

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
- قسنطينة -

كلية الشريعة والاقتصاد
الرقم التسلسلي :
قسم الفقه وأصوله
تخصص: الفقه وأصوله
رقم التسجيل : /

الممهد

للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادى المالكي (ت422هـ)
من أول باب الجعالة إلى آخر باب الوصايا
دراسة وتحقيق

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الفقه وأصوله

إشراف:

الأستاذ الدكتور كمال لدرع

إعداد الطالب :

عبد المجيد خلّادي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. عبد القادر جدّي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	رئيسا
أ.د. كمال لدرع	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	مشرفا ومقررا
د. علي ميهوبي	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا
أ.د. محمد سنيني	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة 2	عضوا
أ.د. عبد القادر بن حرز الله	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة	عضوا
د. عبد الحفيظ هلال	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة	عضوا

السنة الجامعية : 1435 - 1436هـ / 2014 - 2015 م

5

«لم يكن في المالكية أحفظ من عبد الوهاب في زمانه».

شمس الدين بن الزيات، الكواكب السيارة.

إذا أسكت المحتج كل مناظر	فعند ابن نصر نجدة بجواب
وما أنا إلا قطرة من سحابه	ولو أنني صنفت ألف كتاب
	أبو العلاء المعري في سقط الزند.

الإهداء

إلى التي كان قلبها يفيض دعاء، ورعاية واصطفاء، برًّا وإحسانا، وحنانا وامتنانا...
والدتي، حفظها الله وبارك في عمرها.
إلى من علمني كتاب الله، ورباني على الأدب، وأوصاني بالعلم والطلب. وما يزال...
والدي - بارك الله في عمره -
إلى التي كانت تشجعني في مسيرة هذا البحث، وتحملت معي عناء الطريق وتبعات الحياة...
زوجتي أم محمد أمين حفظها الله.
وإلى ابني محمد أمين، إخوتي وأخواتي... رعاهم الله تعالى.

شكر وعرفان

أشكر ربّي على ما تفضلت به عليّ، وأكرمتني بنعمة العبودية إليك، والتوفيق لإتمام هذا العمل، فلك الحمد والثناء الحسن، وأسألك أن تسبلني بمزيد من الطافك، وتفيض علي من الأنوار ما تزيدني به مشاهدة وتحقيقاً لوحدانية ذاتك.

ثم الشكر موصول إلى صاحب الفضيلة، سيدي الأستاذ الدكتور كمال لدرع، الذي رعى هذا البحث من أوله إلى آخره، وأمدني بعلمه ودقة متابعته بروح الأبوة الحانية والأستاذية الرشيدة، عرفانا بجهوده المتواصلة نصحا وتوجيها، وتصحيحا وتعقيبا، فغمروني بتواضعه وأدبه، ولم يدخر جهدا في الأخذ بيدي في الجامعة، رغم كثرة أشغاله ووفرة أعماله، فجزاه الله تعالى عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور محمد سنيني لما أسداه لي من نصائح وتوجيهات علمية قيّمة، ولطالما شجعني على الصبر ومواصلة الطريق جزاه الله تعالى خيرا.

وخالص الشكر والامتنان إلى الأستاذين الدكتور أحمد البوشيخي والدكتور محمد العلمي لقاء ما خدموني به من معارف التحقيق، ومصادر ومؤلفات مهدت الطريق.

وخالص عرفاني إلى أساتذتي وأصدقائي ومن واكب مسيرة هذا البحث لا يسع المقام لذكرهم، مع الاعتذار عن التقصير في أداء حقوقهم. ، أسأل الله تعالى أن يجازيهم عني خير الجزاء.

والشكر الموفور إلى القائمين على المكتبات والمؤسسات العلمية التي كان لها الفضل الكبير في إتمام هذا العمل، وأخص منها:

مكتبة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة.

قسم المخطوطات بمكتبة جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة.

المكتبة الوطنية بالجزائر العاصمة - قسم المخطوطات -.

خزانة القرويين بفاس.

المكتبة الوطنية بالرباط.

الخزانة الملكية بالمشور السعيد بالرباط.

دار الحديث الحسنيّة بالرباط.

مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية، بالدار البيضاء
المغرب.

المكتبة الأزهرية بالقاهرة.

مكتبة دار الكتب القومية القاهرة. التيمورية سابقا.

معهد المخطوطات العربية القاهرة.

المكتبة المركزية للمخطوطات الإسلامية بالسيدة زينب القاهرة.

مكتبة البلدية - الإسكندرية -.

مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي.

مقدمة

الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده، يا ربنا لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك ولعظيم سلطانك، سبحانه لا أحصي ثناءً عليك، أنت كما أثنيت على نفسك، وأصلي وأسلم على سيدنا ومولانا محمد، صلاة وسلاما دائمين متلازمين إلى اليوم الدين .
أما بعد...

فمن أنفس ما حوته خزائن التراث الفقهي الإسلامي، كتاب "الممهّد" في شرح مختصر المدونة، للقاضي أبي محمد، عبد الوهاب بن نصر المالكي البغدادي، المتوفى رحمه الله سنة 422هـ؛ إذ هو واحد من علماء الأمة المستقلين، والأئمة المجتهدين، أطبقت شهرته الآفاق، وطار ذكره في الأمصار، بفضل ما تميز به من نبوغ في العلم ورسوخ في الفقه، وتجديد لأصوله وقواعده، فكان رأس المالكية في زمانه بلا مدافع.

ويعتبر القاضي عبد الوهاب علما من أعلام المذهب المالكي في العراق، وقد بدأ أمر انتشار المذهب المالكي في هذه الديار على يدي عبد الله بن مسلمة بن قعنب التميمي ت 221هـ، أحد رواة الموطأ، ويحيى بن يحيى بن بكير ت 226هـ، ثم قام به خير قيام أحمد بن المعذل، ثم حمل لواء المذهب المالكي بيت آل حماد، لا سيما القاضي إسماعيل ت 282هـ، صاحب كتاب "المبسوط"، وبالقاضي عبد الوهاب ومعاصريه انتهت المدرسة المالكية بالعراق، فكان له الفضل الكبير في تحقيق مسائل المذهب، وربط فروعه بالأدلة الشرعية، وردّها إلى أصول الشريعة.

وقد كان للقاضي عبد الوهاب البراعة في علمي الفقه والأصول، إذ أنّ جُلّ كتاباته ومؤلفاته تدور حول هذين الفنين من العلوم، وذلك لأنه اجتمع له في هذا أمران اثنان: أولهما، التمكن في المذهب المالكي تمكنا منقطع النظير مع سعة اطلاعه على باقي المذاهب الأخرى. والأمر الثاني سيلان ذهنه في تحرير المسائل وتقرير الدلائل، بالطريقة الجدلية على طريقة أهل العراق، فبلغ بهذا مرتبة عظيمة في الاجتهاد الفقهي جعلته مقدما على غيره فيه، ومرجعا فقها يعتمد عليه بعد وفاته.

هذا ومن أجلّ ما ألف القاضي عبد الوهاب كتابه المسمى "الممهّد في شرح مختصر أبي محمد" وهو شرح لمختصر المدونة لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني - رحمه الله - ، وهو تأليف فريد في

بابه، غزير في مادّته وفقهه، لم يُلتفت إليه إلى يومنا هذا، لا بإخراج ولا بتحقيق علمي كما هو شأن كتبه الأخرى، فتعلقت همتي لتحقيق هذا المخطوط النفيس، وتوافرت الدواعي والأسباب لهذا العمل العلمي نظرا للاعتبارات التالية:

1 - نفاسة المخطوط وأصالته، فهذا المخطوط مادته العلمية تزيد على ألف عام، فهي من الناحية التاريخية تضرب في أعماق تاريخ الأمة الإسلامية وحضارتها العلمية التي كانت آنذاك من أكبر الحضارات في العالم ازدهارا ونشاطا.

2 - كونه شرحا لأهم دواوين المذهب المالكي، فهو شرح لمختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني رحمه الله، وقد كان القاضي عبد الوهاب شديد التعلق بكتب ومصنفات ابن أبي زيد حتى أنه شرح كتاب الرسالة له، بعد شرحه للمختصر، مما يضيف على هذا المخطوط قيمة علمية، وبيّن مدى التلاحق العلمي بين المدرسة المالكية المغربية والعراقية.

3 - موضوع هذا المخطوط: وهو في فقه الخلاف العالي في باب المعاملات الذي يقرر الأحكام والمسائل الفقهية مقرونة بأدلتها الجزئية ومبنية على أدلتها الأصولية، على طريقة المناظرة والجدل التي اشتهرت بها المدرسة المالكية العراقية.

4 - كونه نصّا فقهيا مالكيًا قديما ويعد من أهم مصادر المذهب المالكي، حيث حفظ لنا هذا الكتاب أهم الروايات والأقوال والمصادر والتخریجات والترجيحات داخل المذهب المالكي، بالإضافة إلى القواعد الفقهية والأصولية ومقاصد الشريعة الإسلامية، ناهيك عن الاستدلال الفقهي المعبر والقائم على الحجاج والمناظرة والجدل بين الفقه المالكي وسائر المذاهب الفقهية الأخرى.

5 - قيمة مؤلّفه، وهو القاضي الأجل عبد الوهاب بن نصر، فقد عرف عنه - رحمه الله - اشتغاله بالفقه والأصول، والذبّ عن المذهب بالمنقول والمعقول، كما أنه مارس القضاء واختبر معاملات الناس وأقضيّتهم، فلذلك لم يكن هذا التأليف مجرد فقه نظري، وإنما فيه من معاني الخبرة العملية والقضائية ما زاد هذا الكتاب ثراء وفقها عمليا، وهذا أمر مهم في مجال التأليف الفقهي.

كما أنه ثمة أسباب أخرى دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع، وهي كالآتي:

رغبتي في استكمال مسيرتي العلمية في مرحلة الدكتوراه تحقيقا، بعد أن كانت دراستي في مرحلة الماجستير تأليفا، فأحببت أن أجمع بين التأليف والتحقيق.

بدافع المشاركة في تحقيق التراث الإسلامي، وخدمة للفقه المالكي خاصة.

تشجيع أساتذتي الكرام على تحقيق هذا الكتاب وإخراجه للوجود، وأخص منهم بالذكر: العلامة الشيخ أحمد إدريس عبده - رحمه الله - وأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور الفاضل كمال لدرع ، والأستاذ الدكتور نذير حمادو، والأستاذ عبد العزيز بن السائب، والأستاذ الفاضل محمد العلمي المغربي، مما حفزني على خدمة الكتاب، وتحمل لأواء تحقيق التراث ومشقة الطريق.

القيمة العلمية للممهد:

يكتسب كتاب الممهد قيمته العلمية من مكانة صاحبه ومؤلفه القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله، وهو كما أسلفنا طود شامخ ووعاء من أوعية العلم والفقه، تأليفاً وتحقيقاً، لهذا فإن النظرة الأولية في الكتاب، تجعلنا نتقلب في علوم كثيرة ضمّتها في صفحاته، منها علم التفسير، والحديث ورجاله من جرح وتعديل، وعلم اللغة والبلاغة والشعر، وعلم الفقه والأصول وقواعدهما، وعليهما مدار الكتاب، والمخطوط من الناحية المنهجية في غاية السبك والإتقان، فيأتي المؤلف بذكر الباب أولاً ويتبعه بذكر الفصول، ويلحق الفصول بالمسائل، ويربط المسائل بفروع... وهكذا.

وأما من الناحية الفقهية: فإن القاضي رحمه الله يذكر المبحث الفقهي المتناول في باب مستقل كأنه طالعة للمبحث، ثم يؤصله بالدليل من القرآن الكريم أولاً، ومن السنة والآثار ثانياً، وبإجماع الأمة بعد ذلك، ثم يذكر القياس بعد ذلك بجميع وجوهه، وسائر الأدلة الأخرى، والقاضي رحمه الله في تناوله للدرس الفقهي تراه يشد استدلاله وبحثه بالمنهج الجدلي المقارن، يبحث فيها مسائل الباب بطريقة مقارنة جدلية، فيقرر مذهب مالك بذكر دليله، ويأتي بمذهب المخالف لمالك رحمه الله من بقية المذاهب الأخرى، ويناقش أدلتها، ويفترض لذلك الافتراضات، والأسئلة الجدلية، مستعملاً عبارة: (فإن قيل: فالجواب) وهي طريقة معروفة في علم أصول المناظرة والجدل، بإيراد الدليل ونقضه، ثم ذكر المعارض للدليل والترجيح بعد ذلك، وهذا منهج مدرسة مالكية العراق.

وقد أجمعت كتب التراجم والطبقات على أن الممهد هو شرح لمختصر أبي محمد، والمختصر هذا؛ هو مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني، ويفيدنا هذا الكلام أن كتاب الممهد هو مظهر من مظاهر التواصل العلمي بين المدرستين العراقية والمغربية، إذ شرح القاضي رسالة ابن أبي زيد، وشرح المدونة ولم يهتم، ثم شرح مختصر ابن أبي زيد للمدونة، كل هذه الأعمال الثلاثة للقاضي تجعله يتبوأ الصدارة العلمية والفقهية ممن تصدوا لبيان وشرح أهم أمهات ودواوين المدرسة المالكية المغربية.

فلأجل هذا؛ سارعت في البحث عن نسخ هذا المخطوط النفيس في الفهارس والمكتبات، وسؤال أهل الخبرة والتخصص ومن لهم عناية بالمخطوطات، فيسر الله تعالى الوصول إلى نسخة مصورة عن النسخة الأصل، الموجودة بالمكتبة الأزهرية بالأزهر الشريف، وتكرم أستاذنا الفاضل

الدكتور محمد سنيني فأرسل لي بهذه النسخة، رغم صعوبة قراءتها في بداية الأمر، ثم عرضت هذه النسخة على أستاذي المشرف الدكتور الفاضل كمال لدرع فرغبني في تحقيق المخطوطة كاملة، أعني الجزء الذي بين يدي، وهو قسم البيوع والمعاملات.

ولم يكن الطريق ممهدا في رحلة البحث عن أماكن تواجد النسخ الخطية لشرح مختصر ابن أبي زيد، فقد راسلت مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، بدبي، فأجابني بأنه لا يوجد عنده من مخطوط "المهد" إلا النسخة الأزهرية⁽¹⁾، ثم سافرت إلى مصر، في سنة 2013، وزرت المكتبة الأزهرية بالأزهر الشريف، فوقفت على المهد وتصفحته بيدي، وقرأت منه معظم مباحث الكتاب، وصوّرتَه على قرص (CD)، ثم وقفت على نسخة مصوّرة على الأزهرية وهي بمكتبة دار الكتب القومية، وكانت تسمّى بالتيمورية سابقا، ورقمها على الميكروفيلم 49010 - 53324، كما زرت كلا من معهد المخطوطات العربية، والمكتبة المركزية للمخطوطات الإسلامية بالسيدة زينب بالقاهرة، ومكتبة البلدية بالإسكندرية، ولكني لم أجد لكتاب المهد في هذه الخزائن أثرا.

وزاد الأمر صعوبة ومشقة اشتغالي على نسخة فريدة وهي التي حفظتها لنا المكتبة الأزهرية، وتعاضمت المشكلة كون هذه النسخة لا يوجد منها إلا الجزء الخامس من المهد، وباقي الأجزاء الأخرى هي الآن غير معروفة إن لم تكن في حكم المفقود.

ومع ما في التحقيق على نسخة فريدة من المخاطر والمشاق، فقد أنست بهذه المخطوطة الفريدة وتدرّبت على خطها ولغة مؤلفها، على مدار ثلاث سنوات، وكان من فضل الله عز وجل بعد ذلك أن سافرت إلى المغرب سنة 2014، قصد استكمال البحث، فزرت الخزّانة العامة - المكتبة الوطنية حاليا- بالرباط، و الخزّانة الملكية بالمشور السعيد بالرباط، كما زرت خزّانة القرويين بفاس، ومخطوطات مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية بالمغرب، لعلّي أظفر بنسخة من نسخ المهد، وقد كنت أمني النفس أثناء تنقلاتي وأسفاري والبحث في الخزّائن والمكتبات، عسى أن يفتح الله عز وجل بنسخة أخرى تكون رداء لأختها الأزهرية، حتى منّ الله تعالى بنسخة ثانية وصلتني، وهي نسخة مكتبة مركز الدراسات التاريخية بطرابلس بليبيا، عبارة عن قطعة أخرى من المهد، كان الأستاذ الفاضل حمزة أبو فارس وزير الأوقاف بليبيا سابقا قد وعدني بإرسالها إلي، وهكذا تجمعت عندي نسختان اثنتان، وإن كانت الثانية ناقصة وفي عنوانها خطأ على ما سأبينه في وصف النسخ إن شاء الله تعالى.

الدراسات السابقة للموضوع:

(1) انظر: جواب مركز جمعة الماجد عن طريق أستاذنا الدكتور محمد سنيني في آخر نماذج لوحات نسخ المخطوط.

على الرغم من أن القاضي عبد الوهاب اهتم بتأليفه الباحثون والعلماء في مصنفاتهم قديما وحديثا، إلا أن كتاب الممهد لم أر من تناوله بالبحث والتحقيق فيما أعلم، فهذا الكتاب بعدما تم استيداعه لدى اللجنة العلمية لقسم الفقه وأصوله بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، إلا أنني وجدت بحثا واحدا كتب في شأنه بعنوان: "تحقيق كتاب الوكالات من كتاب الممهد شرح مختصر المدونة"، للدكتور عبد الرحمن بن نافع السلمي، وهو بحث منشور بحولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بكلية دار العلوم بالقاهرة، وقد تصرف هذا الباحث في المخطوط بزيادة بعض الكلمات في المتن، وهذا يتنافى مع قواعد التحقيق، وإنما كان الأولى أن يترك المتن (الأصل) على ما هو عليه، والتنبه على الزيادات أو ما يقتضيه السياق في الهامش، كما أغفل صحة نسبة الكتاب إلى صاحبه مكتفيا بتسميته فقط، وعموما كانت دراسته مختصرة جدا ولم تبلغ حد التأصيل والتدليل.

وأما بخصوص الدراسات حول شخصية القاضي عبد الوهاب، فهي كثيرة جدا، ولعل آخرها الملتقى العلمي الذي سمي باسمه، وهو: "ملتقى القاضي عبد الوهاب المالكي، بمناسبة مضي ألف عام على وفاته"، وكانت أشرفت عليه دار البحوث للدراسات بالإمارات العربية المتحدة سنة 1425هـ، 2004م، وطبعت أعمال هذا الملتقى في سبعة مجلدات.

خطة البحث، والمنهج المتبع:

هذا؛ وقد انتظم البحث في قسمين رئيسيين: القسم الدراسي، والقسم التحقيقي، وقسم ثالث خادما لهما وهو قسم الفهارس.

القسم الدراسي: وقسمته بابين:

الباب الأول: الإمام ابن أبي زيد القيرواني وكتابه مختصر المدونة، وفيه فصلان:

الفصل الأول: تكلمت فيه عن سيرة مختصرة لابن أبي زيد القيرواني، فذكرت اسمه ونسبه، شيوخه وتلامذته، مؤلفاته، وفاته، وراثاه.

الفصل الثاني: خصصته لدراسة مختصر المدونة لابن أبي زيد، مبينا فيها اسم الكتاب وتوثيق نسبه إلى صاحبه، سبب تأليف المختصر، موضوعاته، شروحه والمختصرات عليه، كما عقدت مبحثا لبيان منهج ابن أبي زيد ومصادر الاستدلال وموارده في المختصر، وعن مصادره، اجتهاده وترجيحاته، قيمته وأثره فيمن بعده.

وأما الباب الثاني: القاضي عبد الوهاب المالكي، وكتابه الممهد، وفيه فصلان:

الفصل الأول: تحدث فيه عن عصر القاضي، مبينا الحالة السياسية والعلمية، ثم تعرضت لترجمته: اسمه ونسبه، مولده ونشأته، شيوخه وتلامذته، رحلاته وعلاقته بالدولة، مؤلفاته، أدبه وشعره، وفاته وثناء العلماء عليه.

الفصل الثاني: يتعلق بدراسة كتاب الممهد فوسعت الكلام فيه، مبينا اسم الكتاب، وتوثيق نسبه له، وصحته في نفسه، ثم قفّيت بمنهجه في العرض والاستدلال، ومنهج الجدل والحجاج عند القاضي عبد الوهاب، ثم عقدت مقارنة بين كتاب الممهد وباقي كتب القاضي الأخرى التي وصلتنا سواء المخطوط منها أو المطبوع، ثم ختمت البحث بعرض مصادر القاضي في الكتاب.

ولقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التاريخي والوصفي فيما تعلق بالترجمة للمؤلف والشارح في كامل أطوار البحث، كما اقتضت طبيعة البحث أن اعتمد على المنهج الاستقرائي و المنهج التحليلي الاستنباطي والمقارن فيما يتعلق بدراسة الكتابين مختصر المدونة، والممهد (الشرح).

القسم التحقيقي:

وقبل بيان المنهج المتبع فيه، أستعرض النسخ الخطية للممهد، مع وصفها وبيان المعتمد منها، والأبواب المقصودة بالتحقيق، ومحتوياته.

النسخ الخطية، المعتمدة، ووصفها:

لم تحفظ لنا كتب فهارس المخطوطات والمكتبات العربية والعالمية أماكن نسخ كتاب الممهد، وحتى فهرس مخطوطات بغداد لم يشر إلى هذا الكتاب لغلبة الظن أن تكون نسخه محفوظة بالعراق موطن القاضي عبد الوهاب رحمه الله، ولا يبعد أن تكون نسخ الكتاب عند آحاد الناس تملिका خاصا، ومع ذلك؛ فالذي عرف إلى حد الآن من هذا المخطوط نسختان اثنتان:

الأولى: نسخة المكتبة الأزهرية بالأزهر الشريف رواق المغاربة.

الاسم: الخامس من الممهد للقاضي عبد الوهاب رحمه الله.

الرقم: الخاص: 3010، والعام: 371، الرمز: مالكي مغاربة.

وهي تبدأ من تكملة مسائل الإجارة، أولها: "بسم الله الرحمن الرحيم، وبه نستعين. والجواب هو أن هذا لا يصح.." وتنتهي إلى كتاب الجنايات في قوله: "فلما ضمنت دل على أنها ليست بميتة..".

عدد لوحاتها: 258. ووجه من اللوحة: 259.

المقاس: 18 X 26 سنتمتر.

عدد الأسطر: 26.

عدد الكلمات في السطر: ما بين 13 - 14.

الخط: مشرقي واضح وجميل، لونه أسود داكن، وكتبت تصحيحاته في الطرر بلون أحمر فاتح مغاير لخط الأصل.

الناسخ: لم أتمكن من قراءته، بسبب الطمس.

تاريخ المخطوط: وقفية مؤرخة سنة 860هـ.

تاريخ الانتهاء من المقابلة من الأصل المستنسخ منه: مجهول

عدد لوحات النص المحقق: من باب الجعالة، إلى آخر كتاب الوصايا، أي: 255 لوحة.

وهذه النسخة وقف على طلبة الجامع الأزهر الشريف، برواق المغاربة، وقد كتب على الغاشية من المخطوط في أسفله:

الحمد لله وحده، وقف جميع هذا الكتاب وهو الخامس من الممهد للقاضي عبد الوهاب، وما قبله وما بعده بنسخ (...)⁽¹⁾ على طلبة العلم ينتفعون به قراءة ومطالعة وكتابة وغير ذلك، وشرط فيه النظر لنفسه ثم من بعده لمن يصلح، وجعل مقربا برواق المغاربة بجامع الأزهر بخزائنه التي بالرواق المذكور، بتاريخ سادس عشر رجب سنة ستين وثمانمائة.

وقد اتخذت هذه النسخة أصلا وأما للأسباب التالية:

أنه أثبت على ظهرها اسم الكتاب ومؤلفه، بنفس الخط الذي كتب به المخطوط كاملا.

إن هذه النسخة مقابلة على نسخة أخرى أصلية، ويظهر هذا من خلال كلمة (صح) من قبل الناسخ التي كتبها على هوامش المخطوط في كثير من المرات، أو كلمة (بلغ مقابله)، والمقابلة والتصحيح بارزان على لوحاته وبأدق التفاصيل حتى في نقط حروف الكلمات.

إن هذه النسخة تداولتها أيدي العلماء والباحثين بالأزهر الشريف، وعرفت ذلك من الخط المغاير لخط الناسخ الذي كتب عليها في بعض الطرر على المخطوط: وقف برواق المغاربة، بفاء منقوطة في الأسفل، والقاف بنقطة في الأعلى، كما في اللوحة 33 ب.

وضوح هذه النسخة مما يسهل قراءتها، كما أنها خلت من السقط والطمس إلى حد كبير .

الثانية: نسخة مركز الدراسات التاريخية بطرابلس ليبيا.

(1) لم أتمكن من قراءته.

وفيما يلي وصف لهذه النسخة⁽¹⁾.

الاسم: نسبت هذه المخطوطة كما هو ظاهر في غاشيتها: الإشراف في المذهب والخلاف بين فقهاء الأمصار، تصنيف الإمام أبي الفضل محمد بن عبد الله بن عمرو المالكى البغدادى، والأدلة على أن هذه التسمية والنسبة غير صحيحتين ما يلي:

1- هذه التسمية لهذا المخطوط جاءت في غاشية المخطوطة، وكتبت بخط مغربي مغاير لخط المتن المشرقي، مما يغلب على الظن أنها ليست كذلك.

2- أن مادة الكتاب متطابقة تماما مع ما جاء في النسخة الأزهرية للممهد، حتى في أبوابها وعدد لوحاتها.

3- لم تذكر كتب التراجم والطبقات، وكتب الفقه والأصول أن ابن عمرو له كتاب بهذا الاسم، وحتى لو فرضنا ذلك له، فإن أسلوب الكتاب ونفس مؤلفه هو للقاضي عبد الوهاب كما هو في الممهد ومصنفات القاضي الأخرى مما يقوي احتمال أن يكون هذا الكتاب هو الممهد نفسه.

بداية النسخة: تبدأ "بعد البسملة، كتاب الرهن، الأصل في جواز الرهن...، وفي آخره تابع وهو الجزء السابع من الإشراف في المذهب والخلاف، وعونه وكلاءته وصونه وصلواته على سيدنا محمد نبيه وآله وصحبه وسلم، بلغت المقابلة على الأصل حسب الطاقة والجهد".

الرقم: الخاص: 258، العام: 715.

عدد لوحاتها: 268.

المقاس: 23 x 14 سنتيمتر.

مسطرة: 19 سطر.

عدد الكلمات: ما بين عشر إلى اثنتي عشرة كلمة.

الخط: مشرقي واضح وجميل.

الناسخ: مجهول.

(1) كانت أول صلي بهذه النسخة أني قرأت في رسالة الباحث الدكتور حمزة أبو فارس، والموسومة ب: "القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة"، فوجدته يتكلم عن كتاب نسبه لابن عمرو المالكى تلميذ القاضي عبد الوهاب، واسم هذا الكتاب: "الإشراف في المذهب والخلاف"، وساق منه عدة نقول، وبعد اتصالي بالأستاذ حمزة أبي فارس، أخبرني أنه هكذا وجد العنوان على ظهر المخطوطة، وأن هذا المخطوط بمركز الدراسات التاريخية بطرابلس، فطلبت من الأستاذ الفاضل أن يمدني بهذه النسخة بأن يصورها ويبعث بها إلي، لكن الأوضاع والظروف الأمنية التي تمر بها بلاد ليبيا حالت دون ذلك، ومع ذلك فقد بذلت جهدي في الوصول إلى هذه النسخة، حتى يسر الله الحصول على قطعة منها عن طريق مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، التي صورتها عن الأصل، وقام بإرسالها إلي، جزاهم الله تعالى خيرا.

تاريخ النسخ: مجهول.

عدد لوحات ما وصلني من هذه النسخة والتي قابلتها على الأصل: 92 لوحة.

وهذه النسخة مقابلة ومصححة على نسخة أصلية كما هو ظاهر في عدد من لوحاتها الداخلية، وفي كثير من جنباتها، وقد رمزت لها ب: ط.

هذا، وقد قابلت من هذه النسخة تسعة أبواب⁽¹⁾ من أصل تسعة عشر كتابا، أي ما يقارب النصف، ولم أتمكن من مقابلة باقي الأبواب الأخرى⁽²⁾؛ لأنها لم تصلني بسبب الأوضاع المضطربة في بلاد ليبيا، على الرغم من أن مدير مركز الدراسات التاريخية هناك كان قد وعدني ببذل قصارى الجهود لتحقيق هذا الطلب، كما أن الدكتور علي الصلابي التقيته بالجزائر وطلب مني تأجيل هذا الطلب لصعوبة تحقيقه في ظل ما تعانيه البلاد هناك، على أني سأتم مقابلة كامل لوحات الكتاب فور وصوله إلي بإذن الله تعالى، والله المستعان.

وفيما يلي نماذج من لوحات النسختين الأصل، ونسخة طرابلس:

(1) وهي: كتاب الرهن - الحجر - التفليس - الصلح - إحياء الموات - الوديعة - العارية - الحوالة - القسمة. وعدد.

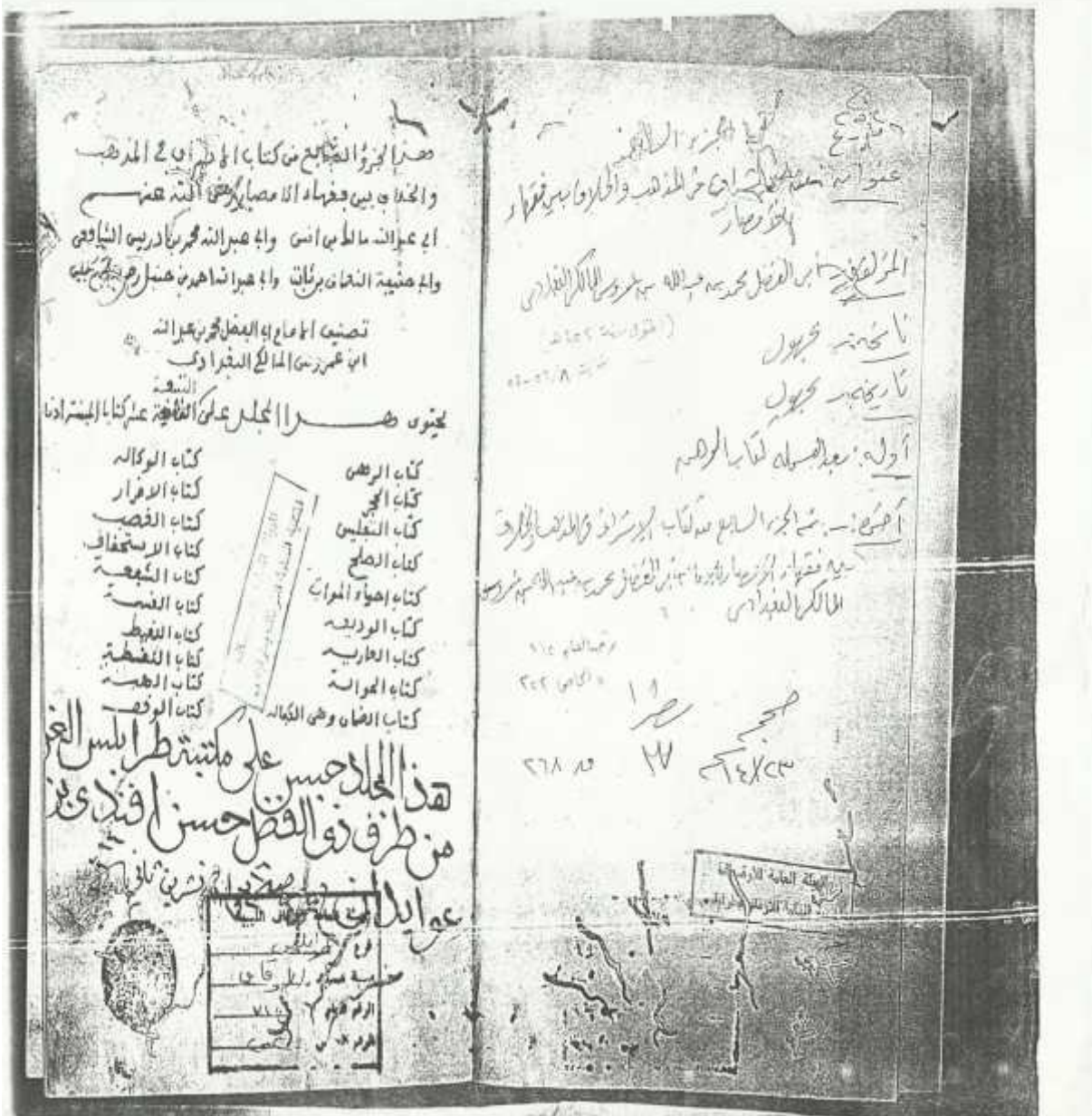
(2) هذه الأبواب هي: الضمان - الوكالة - الإقرار - الغصب - الاستحقاق - الشفعة - اللقيط - اللقطة - الهبة - الوقف.



بداية باب في الجعالة من الأصل



اللوحة الأخيرة من الأصل



غاشية ط، وقد وضع اسم المخطوطة ونسبتها خطأ، وجاء في وسطها: يحتوي هذا المجلد على تسعة عشر كتاب المينة أدناه: كتاب الرهن، كتاب الحجر، كتاب التفليس، كتاب الصلح، كتاب إحياء الموات، كتاب الوديعة، كتاب العارية، كتاب الحوالة، كتاب الضمان وهي الكفالة، كتاب الوكالة، كتاب الإقرار، كتاب الغصب، كتاب الاستحقاق، كتاب الشفعة، كتاب القسمة، كتاب اللقطة، كتاب الهبة، كتاب الوقف.

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب الرهن

الاصل في حوار ثم قوله تعالى انهم على سفر ولم يجدوا
 ديارهم فمن مضمون هذا وقوله عليه السلام لا يعلق الرهن
 وقوله الرهن من دله عده وعليه غريمه وقوله عليه
 السلام الرهن محلول وتزكوت وروى انه عليه السلام
 رهن رهنه على سبع اخطه لا هله ولا نه وسبقه بالحق فان
 حاربا كالهاله ولا يجوز ان يعلق بالدمه ونار وبعاف
 غير المال فوحش ان يكون بمنزله في علقه بالامر
مسألة الرهن حاربه الحضر والسفر ومن الناس من قال
 انه لا يجوز الا في السفر وانما قلت ذلك لما روي عن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم مات ود رهنه مروه عند اليهودي
 على سبع اخطه لا هله وهذا رهن في الحضر واعتبر بالسفر
 لان الحاجة تدعو اليه في الموضع وان كل رهنه حار
 ان يستوفى في السفر جاز ان يستوفى في الحضر اصله الرهن
 ولان الحاجة تدعو الى ذلك في الحضر كما دعت الى ذلك في السفر
باب في الوفاء قال الله تعالى وانهم على سفر ولم يجدوا
 ديارهم فمن مضمون هذا وقوله عليه السلام لا يعلق الرهن
 وقوله الرهن من دله عده وعليه غريمه وقوله عليه
 السلام الرهن محلول وتزكوت وروى انه عليه السلام
 رهن رهنه على سبع اخطه لا هله ولا نه وسبقه بالحق فان
 حاربا كالهاله ولا يجوز ان يعلق بالدمه ونار وبعاف
 غير المال فوحش ان يكون بمنزله في علقه بالامر

ذلك يجوز في الحضر فان الرهن ثم فصل في
 الامور التي استقامت من الرهن في الحضر في حاربه
 الناس من قال لا يجوز الا في السلم وانما قلت ذلك ليقوله
 تعالى وانهم على سفر ولم يجدوا ديارهم فمن مضمون هذا
 وقوله عليه السلام لا يعلق الرهن وقوله الرهن من دله عده
 وعليه غريمه وقوله عليه السلام الرهن محلول وتزكوت
 وروى انه عليه السلام رهن رهنه على سبع اخطه لا هله ولا نه
 وسبقه بالحق فان حاربا كالهاله ولا يجوز ان يعلق بالدمه
 ونار وبعاف غير المال فوحش ان يكون بمنزله في علقه بالامر
مسألة الرهن حاربه الحضر والسفر ومن الناس من قال
 انه لا يجوز الا في السفر وانما قلت ذلك لما روي عن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم مات ود رهنه مروه عند اليهودي
 على سبع اخطه لا هله وهذا رهن في الحضر واعتبر بالسفر
 لان الحاجة تدعو اليه في الموضع وان كل رهنه حار
 ان يستوفى في السفر جاز ان يستوفى في الحضر اصله الرهن
 ولان الحاجة تدعو الى ذلك في الحضر كما دعت الى ذلك في السفر
باب في الوفاء قال الله تعالى وانهم على سفر ولم يجدوا
 ديارهم فمن مضمون هذا وقوله عليه السلام لا يعلق الرهن
 وقوله الرهن من دله عده وعليه غريمه وقوله عليه
 السلام الرهن محلول وتزكوت وروى انه عليه السلام
 رهن رهنه على سبع اخطه لا هله ولا نه وسبقه بالحق فان
 حاربا كالهاله ولا يجوز ان يعلق بالدمه ونار وبعاف
 غير المال فوحش ان يكون بمنزله في علقه بالامر

بداية الرهن من النسخة ط.



التاريخ: 22 / 03 / 2009م
الرقم: ٩٥٧٩١

الأستاذ / محمد أبو عبد البر سنيني المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

نأمل أن تكونوا على خير ما يحب ربنا ويرضى وبعد:

نهدىكم أطيب تحياتنا، وبخالص أمانينا، سائلين الله عز وجل لكم دوام النجاح والتوفيق،
بناء على خطابكم الوارد بتاريخ 2009/03/19 نفيدكم بعد البحث في قواعد البيانات المتاحة
لدينا بالمركز بأننا لم نجد من مخطوطة (الممهد) للقاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي
المتوفى سنة 422هـ إلا قطعة محفوظة بمكتبة الأزهر الشريف (رقم 3010 مغاربة)،
وتمثل الجزء الخامس من الكتاب؛ تبدأ بباب الجعالة إلى باب الجنائيات.
شاكرين لكم حسن اهتمامكم وتعاونكم، متطلعين إلى دوام تواصلكم، آمليين أن يكون لكم
نصيب في إثراء هذا الصرح الوقفي بما ترفدون به من مراجع (مخطوطات، كتب، رسائل
جامعية..).

وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير



للإستشارة والمتابعة: قسم خدمات المستفيدين: / الأستاذة سناء العيسى: 00971.4.6074528
/ الأستاذ طارق مصطفى: 00971.4.6074552

جواب مركز جمعة الماجد فيما تعلق بآماكن تواجد نسخ الممهد.

موضوع الكتاب:

موضوع هذا الكتاب كما يفهم من عنوانه ومحتوياته، هو الفقه المقارن، أو فقه الخلاف العالي، والجزء المحقق منه، هو تنمة لأبواب البيوع، يبدأ بتكملة من مسائل الإجارة وآخره كتاب الجنائيات غير تام، وأما هذا الجزء الذي أحققه، فيبدأ من أول باب الجعالة، إلى آخر كتاب الوصايا، فيكون عدد لوحات النص المحقق 255 لوحة.

وأما محتوياته، فهي تضم ثمانية وعشرون (28) كتاباً، كل كتاب مقسم إلى فصول، والفصول إلى مسائل، قد تطول وتقصّر بحسب طبيعة البحث، وفيما يلي أسماء الكتب والأبواب حسب ورودها في النسخة الأصل:

باب في الجعالة.

باب القراض.

باب المساقاة.

باب الشركة.

كتاب الوديعة.

كتاب الوكالات.

كتاب الأفضية والشهادات.

باب والقدر الذي يلزم في التزكية.

باب والعدالة معتبرة في الشهادة.

كتاب الدعاوى.

كتاب الإقرار.

كتاب الرهن.

كتاب العارية.

كتاب الحجر.

كتاب التفليس.

كتاب الضمان وهي الكفالة.

- كتاب الحوالة.
- كتاب الصلح.
- كتاب إحياء الموات.
- كتاب اللقيط.
- كتاب اللقطة.
- كتاب الغصب.
- كتاب الإستحقاق.
- كتاب الهبات والصدقات والأحباس.
- كتاب الوقف والحبس.
- كتاب الشفعة.
- كتاب القسمة.
- كتاب الوصايا.

أما عملي في التحقيق: فسلكت فيه المنهج الآتي:

- 1- كتبت النسخة الأصل بالرسم الإملائي المعاصر.
- 2- أثبت الفروق بين النسختين بالهامش ما أمكن، مع استكمال النقص وإصلاح خطأ في السياق، وذلك من مصادر المؤلف أو من كتبه التي بين أيدينا، أو من غيرها إذا اقتضت الضرورة، وذلك من أجل خدمة النص وإخراجه سليماً إلى أقرب صورة تركه عليها المصنف، كما أنني أوثق نقول المتن بعرضها على أصولها لتبين الأمانة العلمية للمصنف من جهة، وزيادة في التوثق من صحة النص من جهة أخرى، وأشير إلى الاختلاف إن وجد في الهامش.
- 3- كتبت عناوين الكتب والمسائل والفصول، واختيارات المصنف وترجيحاته بخط بارز قصد تمييز ذلك عن غيره.
- 4- بينت مواضع الآيات بذكر السورة ورقم الآية برواية حفص عن عاصم.
- 5- خرجت الأحاديث النبوية، والآثار الواردة في النص، ونهجت في ذلك ما يلي:
إذا كان الحديث في الصحيحين أو في الموطأ اكتفي بتخرجه من هذه الثلاثة، فإن لم أجده أخرجه من كتب السنن أو من المسانيد والمعاجم، ذاكرًا ما حكم به أهل الصنعة على الحديث ما أمكن

بالاعتماد على كتب التخریج، مثل "نصب الراية، التلخیص الحبیر، السنن الکبری للبیهقی"، وغيرها، وأوثق الحديث بذكر الكتاب أولاً، فالباب فالرقم إن وجد، فالجزء، ثم الصفحة.

6 - وثقت المسائل الفقهية من مصادر المذاهب الأربعة المعروفة، كما وثقت أقوال الفقهاء والعلماء المذكورين في المتن، وما أحال المصنف عليه من كتب شيوخه العراقيين كابن القصار والأبهري وغيرهما، فرجعت إلى عيون الأدلة المخطوط، وشرح الأبهري، المخطوط أيضاً، كما رجعت إلى التفریع لابن الجلاب وكتاب مسائل الخلاف لأبي بكر الوراق، وغيرها من المصادر الأصلية، وإذا وثقت من المختصر فأعني به مختصر المدونة المخطوط، والمطبوع مع التنبيه عليه في الهامش.

7- شرحت الألفاظ الغريبة والمصطلحات الفقهية غير المشهورة.

8 - عرفت بالأعلام غير المشهورين الواردة في النص، من غير أصحاب المؤلف¹، وذلك عند أول ذكر للعلم، فأعرفه تعريفاً موجزاً، وإذا كان العلم في كتاب "جمهرة تراجم المالكية، الحلقة الأولى رجال المالكية من كتاب ترتيب المدارك للقاضي عياض"، اكتفيت منه، لاستيفائه مصادر وتراجم الأعلام التي فيه، وقصدت لعدم إثقال الهوامش، وأذكره باسم "الجمهرة" على وجه الاختصار.

8- عرفت بالأماكن والبلدان الواردة في المتن.

قسم الفهارس:

وضعت في آخر الرسالة فهارس متنوعة خدمة للبحث وتيسير الاستفادة منه، وهي كالاتي:

- فهرس الآيات القرآنية.

- فهرس الأحاديث النبوية.

- فهرس الآثار.

- فهرس القواعد الأصولية والفقهية.

- فهرس الأعلام.

- فهرس الكتب.

- فهرس الأماكن والبلدان.

(1) سأترجم لهم في قسم الدراسة في مبحث شيوخ القاضي عبد الوهاب.

- فهرس الأشعار.

- فهرس الموضوعات.

وفي الختام:

فإن هذا البحث المقدم - يعلم الله جل جلاله - أنني قد استفرغت فيه وسعي، وبذلت فيه قصارى جهدي؛ لأصل به إلى أقرب ما يكون على الوجه المطلوب، وخصوصاً في باب التحقيق العلمي، فهو عمل فيه من المشاق وتحمل التبعات سواء في الجانب المادي أو العلمي والأدبي منه، يعرفه من كابدته، وذاق حلاوته ومرارته. ولقد استمر معي البحث عدة سنوات أرتبه وأحقق أقواله وأوثق نصوصه. وفي ذلك من النصب واحتمال فوت الصواب وورود الوهم والخطأ ما لا يحل عنه بحث أو فكر. فلذلك لا أدعي أنه قد أحاط بالكمال، وعري من النقص والزغل. فإنه إذا لم يأت العبد من الله سداً، ولا كان من بحره استمداده، لم يغن عنه جده ولا اجتهاده.

أسأل الله تعالى أن يلهمنا مرشداً أمورنا، ويمن علينا بستره ويشملنا برحمته، والحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الرموز والاصطلاحات المستعملة في التحقيق:

﴿ 》: لخصر الآيات القرآنية.

“ ”: لخصر الأحاديث النبوية.

« »: لخصر آثار الصحابة.

" ": لخصر المصادر والمراجع ونقولها.

الأصل: النسخة الأزهرية برواق المغاربة.

ط: نسخة مركز الدراسات التاريخية بطرابلس ليبيا.

() : لخصر الفروق بين النسختين، أو تصحيح خطأ في الأصل، أو توضيح كلمة لم أتبينها.

ل: اللوحة من المخطوط.

أ: وجه اللوحة الأيمن.

ب: وجه اللوحة الأيسر.

| : لبداية وجه اللوحة من الأصل، وتقابلها العلامة الموالية.

[] : لخصر ما أضيف للنص المحقق، أو ما أضفته من الطرة، وإذا كانت بالهامش الأيسر

فلخصر رقم اللوحة ووجهها من الأصل.

/ : ما قبل هذا الرمز لرقم الجزء من الكتاب، وما بعده لرقم الصفحة.

ر: لرقم الحديث، أو أثر عن الصحابة، أو لرقم ترجمة العلم.

هـ: للسنة الهجرية.

م: للسنة الميلادية.

... : للاختصار أو للدلالة على أن هناك حذفًا في الاقتباس.

= : تابع.

قسم الدراسة

الباب الأول

الإمام ابن أبي زيد القيرواني، وكتابه مختصر المدونة

الفصل الأول: سيرة ابن أبي زيد القيرواني.

الفصل الثاني: دراسة كتاب مختصر المدونة.

الفصل الأول

سيرة الإمام ابن أبي زيد القيرواني

المبحث الأول: اسمه ونسبه، شيوخه وتلامذته.

المبحث الثاني: مؤلفاته، وفاته وراثؤه.

المبحث الأول: اسمه ونسبه، شيوخه وتلامذته.

الإمام أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني عَلمٌ واسع المحل ذائع الصيت، لذلك لا أطيل في ترجمته كثيرا، فقد اعتنت به كتب التراجم والطبقات، والفهارس والأثبات، كما اهتم بالتعريف به كثير من الباحثين المعاصرين بعضها جاء في أطروحات علمية معاصرة، وبعضها في تحقيق كتبه وتراثه، وسأقتصر في هذا البحث على المطلوب في الترجمة، بذكر اسمه وشيوخه وتلامذته، ثم مصنفاته ووفاته.

أولا: اسمه ونسبه⁽¹⁾:

هو الشيخ الإمام أبو محمد عبد الله بن أبي زيد النفزي، نسبة إلى نفزة، القيرواني مولدا ونشأة ومدفنا⁽²⁾.

قال زروق والدباغ: "نسبته الأصلية ليس النفزي، بل النفزاوي؛ لأنه من نفزي من بلاد الجريد"⁽³⁾.

مولده على الراجح من الأقوال سنة 310هـ، وهو ما نزع إليه عدد من مترجميه القدامى والمعاصرين⁽⁴⁾.

ثانيا: شيوخه وتلامذته:

تفقه الإمام ابن أبي زيد على كبار علماء عصره ورحل في طلب العلم، فدرس علوم القرآن والحديث والفقه وعلوم المقاصد على أجلة، حيث كانت القيروان موطنه تعج بهؤلاء العلماء الأعلام، فلازمهم حتى غدا عالما واسع الدراية قادرا على العطاء والاجتهاد.

(1) اعتمدت في ترجمته على: النوادر والزيادات: 1/ 14، طبقات الفقهاء: 160، ترتيب المدارك: 6/ 215، سير أعلام النبلاء: 17/ 10، الصلة: 98، شرح الرسالة لزروق: 1/ 6، الديباج: 1/ 427، معالم الإيمان: 3/ 135، العمر: 1/ 643، الهادي الدرقاش، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني: حياته وآثاره وكتاب النوادر والزيادات، ص 344، القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة: مقدمة تحقيق كتاب الجامع، أبو الأجنان: 24، مقدمة تحقيق كتاب الذب لمحمد العلمي: 1/ 70.

(2) انظر: ترتيب المدارك: 6/ 215، معالم الإيمان: 3/ 135.

(3) انظر: شرح الرسالة لزروق: 1/ 5، معالم الإيمان: 3/ 135.

(4) انظر: العمر: 1/ 643، المقدمة التحقيقية لأبي الأجنان في الجامع: 24، ومقدمة تحقيق كتاب الذب لمحمد العلمي: 1/ 70.

فمن شيوخه:

- ابن اللباد، أبو بكر محمد بن أحمد بن وشاح (ت 333هـ)^(١).
- أبو الفضل العباس بن عيسى الممسي (ت 333هـ)^(٢).
- وعلى هذين الشيخين تفقه ابن أبي زيد، فقال القاضي عياض: "عول على أبي بكر بن اللباد وأبي الفضل الممسي"^(٣).
- محمد بن مسرور العسال أبو عبد الله (ت 346هـ)^(٤).
- ابن الحجام عبد الله بن أبي هاشم بن مسرور التجيبي أبو محمد (ت 346هـ).
- أبو العرب محمد بن أحمد بن تميم التميمي (ت 333هـ)^(٥).
- ربيع بن سليمان بن عطاء الله القرشي القطان (ت 333هـ)^(٦).
- سعدون بن أحمد أبو عثمان الخولاني (ت 324هـ)^(٧).
- حبيب بن الربيع أبو القاسم أو أبو نصر (ت 339هـ)^(٨).
- ابن الأعرابي أحمد بن محمد بن زياد (ت 340هـ)^(٩).
- ومن الشيوخ الذين أخذ عنهم بالإجازة:
- ابن شعبان أبو إسحاق المعروف بابن القرطي، صاحب كتاب الزاهي (ت 335هـ)^(١٠). قال

(1) انظر: ترجمته في المدارك: 5 / 287.

(2) انظر: ترجمته في ترتيب المدارك: 5 / 297، وما بعدها.

(3) انظر: ترتيب المدارك: 6 / 216.

(4) انظر: ترتيب المدارك: 6 / 76.

(5) انظر: ترتيب المدارك: 5 / 323.

(6) انظر: ترتيب المدارك: 5 / 310 وما بعدها.

(7) انظر: المدارك: 5 / 134، 135.

(8) انظر: المدارك: 5 / 334.

(9) انظر: سير أعلام النبلاء: 15 / 407، ومقدمة تحقيق كتاب الذب: 1 / 74.

(10) انظر: ترتيب المدارك: 6 / 217.

ابن أبي زيد في أول كتابه النوادر: "أنه كتب به إليه"^(١).

- بكر بن محمد بن العلاء أبو الفضل القشيري (ت 344هـ)⁽²⁾. ونص في النوادر أن القشيري كتب إليه بتأليفه⁽³⁾.

- أبو بكر الأبهري محمد بن عبد الله بن صالح (ت 375هـ)⁽⁴⁾.

- أبو زيد محمد بن أحمد بن عبد الله المروزي، (ت 371هـ)⁽⁵⁾، قال في المدارك: استجاز ابن أبي زيد⁽⁶⁾.

تلامذته:

أخذ عن ابن أبي زيد تلامذة من القرويين والأندلسيين وأهل المغرب، فمن من هؤلاء وأشهرهم:

- أبو القاسم بن خلف البراذعي: قال القاضي عياض: "كان من كبار أصحاب ابن أبي زيد وأبي الحسن القاسبي..⁽⁷⁾"

- أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الخولاني (ت 432هـ)⁽⁸⁾.

- أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد الليدي (ت 440هـ)⁽⁹⁾.

- أبو عبد الله الحسين بن أبي العباس الأجدابي⁽¹⁰⁾. لم يذكر القاضي عياض سنة وفاته.

- أبو عبد الله محمد بن عباس الأنصاري، المعروف بالخواص (ت 428هـ)^(١١).

(1) انظر: النوادر: 1 / 14.

(2) انظر: ترتيب المدارك: 5 / 271.

(3) انظر: النوادر: 1 / 14.

(4) ترتيب المدارك: 6 / 183.

(5) سير أعلام النبلاء: 16 / 313.

(6) ترتيب المدارك: 6 / 217.

(7) ترتيب المدارك: 7 / 256 وما بعدها.

(8) ترتيب المدارك: 7 / 239.

(9) ترتيب المدارك: 7 / 254.

(10) ترتيب المدارك: 7 / 100.

- أبو عبد الرحمن عبد الرحيم بن أحمد بن العجوز السبتي الفاسي (ت 413هـ)⁽²⁾.
 - أبو الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف بن نصر الأزدي، المعروف بابن الفرضي (ت 403هـ)⁽³⁾.
 - أبو بكر محمد بن موهب التجيبي الحصار (ت 406)، وهو جد القاضي أبي الوليد الباجي لأمه⁽⁴⁾.
 - أبو المطرف القنازعي عبد الرحمن بن مروان بن عبد الرحمن القرطبي (ت 413هـ)⁽⁵⁾.
 - أبو عبد الله محمد بن يحيى بن أحمد بن الحذاء (ت 410هـ)⁽⁶⁾.
- فهؤلاء بعض تلامذة الإمام ابن أبي زيد رحمه الله، وقد بلغ بهم الأستاذ محمد العلمي المغربي إلى أكثر من ستين تلميذا في مقدمة تحقيقه لكتاب الذب، في ترجمة واسعة للإمام ابن أبي زيد رحمه الله.
- وأما مكاتباته: فقد كاتب ابن أبي زيد عدد من العلماء فاستجازوه وأجازهم كتبه، منهم:
- الفقيه المتكلم أبو عبد الله بن مجاهد البصري المالكي (ت 370هـ)، لخص بعضها القاضي عياض في مداركه⁽⁷⁾.
 - أبو المطرف بن طفيس عبد الرحمن بن محمد بن عيسى (ت 402هـ). قال في الصلة: "كتب إليه من أهل القيروان: أبو محمد بن أبي زيد الفقيه، وأبو محمد بن نصر الداودي وغيرهما"⁽⁸⁾.
 - ابن الصفار يونس بن عبد الله بن عبد الله أبو الوليد القرطبي (ت 429هـ)، قال ابن بشكوال: "وكتب إليه: من أهل المشرق أبو يعقوب بن الدخيل، وأبو الحسن بن جهضم المكيان، والحسن بن رشيق، وأبو الحسن الدار قطني الحافظ، وأبو محمد بن أبي زيد الفقيه وغيرهم"⁽⁹⁾.

(1) ترتيب المدارك: 7 / 260.

(2) المدارك: 7 / 278.

(3) الصلة: ص 79.

(4) ترتيب المدارك: 7 / 188.

(5) ترتيب المدارك: 7 / 290.

(6) ترتيب المدارك: 8 / 5.

(7) ترتيب المدارك: 6 / 196-198.

(8) الصلة، ص 98.

(9) الصلة، ص 223.

كما كتب الإمام الأبهري واستجازه بكتبه، وحكى ابن أبي زيد ذلك في مقدمة النوادر⁽¹⁾.
وكتب القاضي أبا بكر بن الطيب الأشعري المتكلم النظار، في مسألة الكرامات، وذكر القصة
القاضي عياض في المدارك⁽²⁾.

(1) النوادر: 1 / 14.

(2) ترتيب المدارك: 6 / 219.

المبحث الثاني: مؤلفات ابن أبي زيد، وفاته وراثؤه: المطلب الأول: تأليفه:

يقول القاضي عياض رحمه الله: "لخص المذهب، وضم نشره، وذب عنه، وملأت البلاد تأليفه عارض كثير من الناس أكثرها فلم يبلغوا مداه مع فضل السبق وصعوبة المبتدأ وعرف قدره الأكابر"، ثم قال وهو يعدد مصنفاته: "وجملة تواليفه كله مفيدة بديعة، غزيرة العلم"⁽¹⁾.

فمن أهم مؤلفاته رضي الله عنه:

- النوادر والزيادات، ومختصر المدونة - وعليهما المعول بالمغرب في التفقه -، وكتاب تهذيب العتبية، وكتاب الاقتداء بأهل المدينة - ذكره في صدر نوادره -، وكتاب الذب عن مذهب مالك، وكتاب الرسالة - مشهور -، وكتاب المنتخب المستقصي - اختصر فيه شرح مختصر ابن عبد الحكم الصغير لأبي بكر بن الجهم (ت329هـ) -، ومسألة الحبس على أولاد الأعيان، وكتاب التنبيه على القول في أولاد المرتدين، وكتاب المناسك، وكتاب تفسير أوقات الصلوات، وكتاب الثقة بالله والتوكل على الله، وكتاب المعرفة واليقين، وكتاب المضمون من الرزق، ورسالة فيمن تأخذ عنه تلاوة القرآن والذكر حركة، وكتاب حماية عرض المؤمن، وكتاب الدعاء، ورسالة النهي عن الجدل، ورسالة طالب العلم، ورسالة الموعظة الحسنة لأهل الصدق، وكتاب رد السائل، وكتاب البيان عن إعجاز القرآن - مناقضة رسالة البغدادي المعتزلي -، ورسالة في الرد على القدرية، وكتاب الاستظهار في الرد على البكرية، ورسالة في أصول التوحيد، وكتاب فضل قيام رمضان، ورسالة إلى أهل سجلماسة في تلاوة القرآن⁽²⁾.

هذه مجمل تصانيفه وهي متخصصة في كثير من علم وفن، تلقاها كثير من العلماء بالقبول، كما عارضه

(1) المدارك: 6 / 216-218.

(2) انظر: هذه الكتب في ترجمة ابن أبي زيد في المدارك: 5 / 20 6 / 217، 218، ومقدمة تحقيق كتاب الذب، 1 / 116-118، مقدمة تحقيق كتاب الجامع لأبي الأجنان، 43، 49. القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة، حمزة أبو فارس، ص 233-242، أبو محمد ابن أبي زيد القيرواني، حياته وآثاره، للهادي الدرقاش، ص 344، 370.

فيها بعضهم كالحافظ أبي عبد الله محمد بن عمر ابن الفخار القرطبي (ت 419هـ) رحمه الله^(١).

المطلب الثاني: وفاته وراثته:

قال القاضي عياض في المدارك: "وذكر أن أبا محمد رثي في مجلسه فكرة وكآبة، فسئل عن ذلك، فقال: رأيت باب داري سقط، وقد قال فيه الكرمانى: أنه يدل على موت صاحب الدار، فقيل له: الكرمانى مالك في علمه؟ قال: نعم، هو في علمه مثل مالك في علمه، فلم يقم إلا يسيرا حتى مات"^(٢). وكانت وفاته رحمه الله سنة 368هـ.

وهكذا مضى الإمام الجليل بعد حياة ملئت علما وفقها، وعبادة وزهدا، وخدمة للعلم وأهل الإسلام، فجزاه الله عنا وعن المسلمين خير الجزاء. وقد رثاه كثير من الناس والأدباء والعلماء، فمما قيل فيه:

ترزى به الدنيا وآخر مصرع	هذا عبد الله أول مصرع
وتمور أفلاك النجوم الطلع	كادت تמיד الأرض خاشعة
كيف استطاعوا حمل بحر منزع	عجبا لا يدري الحاملون لنعشه
وتقى وحسن سكينته وتورع ^(٣)	علما وحلما كاملا وبراعة

ودفن الإمام ابن أبي زيد رحمه الله بداره بالقيروان، وقبره معروف متبرك به عند العلماء والعامة إلى يومنا هذا^(٤).

(1) قال القاضي عياض في ترتيب المدارك في ترجمة أبي بكر بن الفخار: "له اختصار في كتاب نواذر الشيخ أبي محمد ابن أبي زيد ورد عليه في بعض مسائله،... وله رد على أبي محمد بن أبي زيد في رسالته ردا تعسف عليه في كتاب سماه التبصرة". المدارك: 7/ 288.

(2) ترتيب المدارك: 6/ 222.

(3) ترتيب المدارك: 6/ 222.

(4) معالم الايمان: 3/ 149-151. ومقدمة تحقيق أبي الأجفان، ص 74.

الفصل الثاني: دراسة كتاب مختصر المدونة

المبحث الأول: اسم الكتاب وتوثيق نسبه إلى صاحبه.

المبحث الثاني: سبب تأليف المختصر، موضوعاته، شروحه والمختصرات عليه.

المبحث الثالث: منهج الإمام ابن أبي زيد، ومصادر الاستدلال وموارده في المختصر.

المبحث الرابع: مصادره، اجتهاده وترجيحاته، قيمته وأثره في من بعده.

المبحث الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبته إلى صاحبه:

المطلب الأول: اسم الكتاب:

إذا ذُكرت كتب الشيخ ابن أبي زيد القيرواني ومصادره التي ألفها، فلا يمكن أن يتخلف كتاب مختصر المدونة عن تلك المصادر، فهذا الكتاب يعد اختصاراً لأهم دواوين المذهب المالكي وهو كتاب المدونة. والمدونة في أصلها جمعت فقه أربع أئمة من المجتهدين الكبار: مالك بن أنس وأسد بن الفرات، وابن القاسم، وسحنون بن سعيد، وهي أشرف ما ألف في المذهب من الدواوين. لذلك كان لأئمة المذهب اهتمام حافل بهذا الكتاب و البحث في مضامينه وموضوعاته.

ومن بين تلك الكتب، مختصر الإمام ابن أبي زيد، فقد وردت تسميته في الكتب والمخطوطات والفهارس والأثبات، بهذا الاسم: مختصر المدونة.

ففي النسخ الخطية للمخطوط جاء باسم: مختصر ابن أبي زيد القيرواني⁽¹⁾، وورد بعنوان: اختصار المدونة لابن أبي زيد القيرواني⁽²⁾. وجاء اسمه مطولاً في نسخة القرويين وكُتب على ظهر المخطوطة: اختصار المدونة والمختلطة باستيعاب المسائل واختصار اللفظ في طلب المعنى وطرح السؤال وإسناد الآثار وكثير من الحجاج والتكرار⁽³⁾.

وفي ترتيب المدارك للقااضي عياض، سماه: مختصر المدونة⁽⁴⁾.

وقال ابن النديم في فهرسته وهو يعدد كتب ابن أبي زيد: "وكتاب سماه المختصر يحتوي على نحو خمسين ألف مسألة"⁽⁵⁾.

والظاهر أن ابن أبي زيد رحمه الله لم يجعل لكتابه هذا عنواناً خاصاً محدداً، وإنما كان هذا هو الاسم بالمعنى العام الذي قصده منه، وهو اختصار المدونة، فبقي على هذا الإطلاق عند المتقدمين

(1) انظر: ل 1 من المخطوطة، نسخة القرويين 1.

(2) انظر: ل 1 من المخطوطة، نسخة التيمورية.

(3) انظر: غاشية المخطوط، من نسخة القرويين 2.

(4) انظر: ترتيب المدارك: 6 / 218.

(5) انظر: الفهرست: ص 284.

والتأخرين كما أرادته صاحبه ومؤلفه، حتى صار لصيقاً بابن أبي زيد، فيقال مختصر ابن أبي زيد⁽¹⁾.
وقد أشار إليه ابن أبي زيد في بعض كتبه كالنوادير والزيادات، فقال: "...وهذا المعنى وشبهه
كثير منه في جامع مختصر المدونة.."⁽²⁾. وهذا من أقوى موارد الاستدلال في تسمية الكتاب ونسبته
إلى صاحبه.

(1) انظر: عبارة القاضي عبد الوهاب في الإشراف: 1 / 318.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 14 / 554.

المطلب الثاني: توثيق نسبة الكتاب إلى ابن أبي زيد.

قطعنا بنسبة الكتاب إلى الإمام ابن أبي زيد صحة ونقلًا، بالحجج الآتية:

- 1 - ما جاء في كامل النسخ الخطية أن هذا الكتاب هو للإمام ابن أبي زيد القيرواني رحمه الله.
 - 2 - أن ابن أبي زيد صرح به لنفسه في كتابه النوادر وأحال عليه فقال: "وعن من ينازع القديري فيأخذه ويتنصل إليه.... وهذا المعنى وكثير منه في جامع مختصر المدونة.." ⁽¹⁾.
 - 3 - ولقد ألف ابن أبي زيد كتابه النوادر ليكون كتابا مستوعبا لدواوين مذهب مالك رحمه الله، وضميها للمدونة وكتابه المختصر، فقال في مقدمة النوادر: "...وليكون لمن جمعه مع "المدونة" أو مع "مختصرها" مَنَعَ بهما وغنى بالاختصار عليهما" ⁽²⁾، وفي هذا دلالة على نسبة المختصر إليه.
 - 4 - نقل كثير من علماء المذهب نصوصا وأقوالا من مختصر المدونة ونسبوا ذلك لابن أبي زيد رحمه الله، فمن ذلك:
- قال الخطاب في المواهب: "وقال في آخر كتاب الرهون من مختصر المدونة لابن أبي زيد: وللوصي أن يرهن من مال اليتيم رهنا فيما يبتاع له من مصالحه كما يتداين عليه، ولا يدفع أحد الوصيين رهنا من التركة إلا بإذن صاحبه، وإن اختلف نظر الإمام، وكذلك البيع والنكاح" ⁽³⁾.
- وهذا منقول من المختصر، فقد قال ابن أبي زيد في كتاب الرهون من المختصر: "وللوصي أن يرهن من متاع اليتيم رهنا فيما يبتاع له لمصالحه، كما يتداين عليه، ولا يدفع أحد الوصيين رهنا من التركة إلا بإذن صاحبه، وإن اختلفا نظر الإمام، وكذلك البيع والنكاح" ⁽⁴⁾.
- قال ابن غازي في شفاء الغليل: "والذي في جامع مختصر المدونة لأبي محمد: وحرّم النبي ﷺ ما بين لابتي المدينة وهما حرتان، قال مالك: "لا يصاد الجراد بالمدينة، ولا بأس أن يطرد عن النخل، وقيل: إن حرم المدينة يريد في يريد من جوانبها كلها" ⁽⁵⁾.
- وهذا منقول من المختصر من الكتاب الجامع، فقد قال ابن أبي زيد: "وحرّم النبي ﷺ ما بين

(1) انظر: النوادر: 14 / 554.

(2) النوادر: 1 / 11.

(3) انظر: مواهب الجليل: 8 / 566، 567.

(4) انظر: المختصر، النسخة المطبوعة، 3 / 475.

(5) انظر: شفاء الغليل في حل مقفل خليل: 1 / 350.

لابتي المدينة وهما حرتان، قال مالك: لا يصاد الجراد بالمدينة، ولا بأس أن يطرد عن النخل، وقيل: إن حرم المدينة بريد في بريد من جوانبها كلها^(١).

ومن نقل من المختصر؛ القاضي عياض في التنبيهات في مسألة: بيع الراهن الرهن قبل أن يحوزه المرتهن، حيث قال: "... وكذلك في بعض روايات محمد، قال: ولا يعجل له حقه، ولا يوضع له رهن عند مالك وابن القاسم، وفي رواية أخرى: ويوضع، وعلى هذه الرواية نقل أبو محمد المسألة من كتاب محمد في نواته، ومختصره، قال: ويوضع له رهن إلى أجله"^(٢).

وفي المختصر نص أبو محمد فقال: "محمد: ولو باعه الرهن قبل أن يحوزه المرتهن بحضرة البيع، والثمن مؤجل لمن يردده، ولا يتعجل للمرتهن حقه، وليوضع له رهن مكانه، ولا ينقض ما بينهما من بيع أو سلف، قاله ابن القاسم وأشهب وعبد الله عن مالك"^(٣).

ومن ذلك أيضا ما جاء في البيان والتحصيل لابن رشد الجدة قوله: "وقد حكى ابن أبي زيد في المختصر عن أشهب، في الصنع أن شرطهم ينفعهم، فإذا رآه عاملا في الصنع فأحرى أن يعمل في المرتهن والمستعير"^(٤).

وفي المختصر من كتاب تضمنين الصنع ما نصه: "قال ابن القاسم: عن مالك في غير المدونة: وإن شرط الصنع أنهم لا يضمّنون لم ينفعهم ذلك، وقاله ابن القاسم، وروي عن أشهب أنهم ينفعهم ذلك"^(٥).

ومن ملح العلم والنقل عن المختصر، ما ورد في مسائل ابن رشد في سؤال توجه إلى القاضي الجليل ابن رشد، أورده هنا حيث جاء فيه: "سئل رضي الله عنه فيما ذكره أبو محمد بن أبي زيد، في مختصره في كتاب الصلاة، من قوله: كل فذ بان، وكل مأوم قاضٍ، كيف وجه ذلك ولأي وجه كان ذلك، فقال: تصفحت سؤالك هذا ووقفت عليه، وما ذكره ابن أبي زيد في مختصره صحيح على مذهب مالك وعامة أصحابه..."^(٦).

(١) مختصر المدونة، 4 / 569.

(٢) انظر: التنبيهات: 4 / 1743.

(٣) المختصر: 3 / 459.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: 4 / 226.

(٥) مختصر المدونة: 2 / 716.

(٦) انظر: مسائل ابن رشد: 2 / 35.

وهذه القاعدة الفقهية صاغها ابن أبي زيد رحمه الله، ووردت في مختصره فقال: "ومن وجد الإمام قد سجد سجدة أحرم وسجد ولم ينتظره، وكل فذ أو إمام فبان، وكل مأموم فقاضٍ في القراءة خاصة لا في قيام أو جلوس"^(١).

وورد في كتاب الإشراف وشرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب رحمه الله، كلاما صريحا في شرح هذا المختصر حيث يقول في الإشراف في مسألة تأخير الجمعة عن وقتها "قال ابن القاسم: ما لم تغرب الشمس، وإن صلى بعض العصر بعد الغروب.." ثم قال القاضي: "وقد بينت وجه كل قول في شرح مختصر ابن أبي زيد"^(٢).

وهذا منقول في المختصر لابن أبي زيد: "وإذا أخر إمام الجمعة إلى وقت العصر، فإنه يجمع بهم ما لم تغرب الشمس، وإن صلى بعض العصر بعد غروبها"^(٣).

وأما في شرح الرسالة؛ فقد قال في معرض كلامه عن أوامر الله تعالى وأوامر رسوله صلى الله عليه وسلم ما نصه: "وقد تقصينا الكلام في هذا الفصل وفي سائر الأدلة على أوامر الله تعالى ورسوله ﷺ يجب حملها على الوجوب، وفي أن صفة الأمر في اللغة موضوعة بمجرد اللوجوب وأشبعناه في شرح مقدمات كتاب أبي محمد الكبير في اختصار المدونة، لعلك أن تقف عليه ويتضح لك صوابه إن شاء الله"^(٤).

والمسألة في مقدمات المختصر عند قول ابن أبي زيد رحمه الله: "وقرن طاعتهم بإيجاب طاعته وطاعة رسوله، فقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 59]"^(٥). والذي يتحصل من هذه النقول؛ أن كتاب المختصر ثابت ثبوتا قاطعا إلى الشيخ ابن أبي زيد، وهي كثيرة متضافرة من قبل المتقدمين والمتأخرين نكتفي بما ذكرناه منها، والله أعلم.

(1) مختصر المدونة: 1/ 159.

(2) انظر: الإشراف: 1/ 318.

(3) المختصر: 1/ 207، 208.

(4) انظر: شرح الرسالة: نسخة الرباط: 5/ ل 134 ب.

(5) مختصر المدونة: 1/ 5.

المبحث الثاني: سبب تأليف المختصر وموضوعه، شروحه والمختصرات عليه:

المطلب الأول: سبب تأليفه، وموضوعه:

الفرع الأول: سبب تأليفه:

أفصح الإمام ابن أبي زيد رحمه الله في مقدمة كتابه عن سبب تأليفه لهذا الكتاب، فهو كتاب ألفه رجاء التعليم، وليكون مدخلا يفتح به مغاليق الأفهام، ورغبة منه في اختصار الكتب المدونة من علم مالك وأصحابه، وما أضيف إليها من الكتب المختلطة الأخرى، وليكون هذا المختصر حاويا وجامعا لأقوال أصحاب مالك وأسمعة الأصحاب، فجاء بحق، كتابا مختصرا جامعاً يعلن مضمونه بما هو في ظاهره، وسبب تأليف صاحبه وقصده فيه، فقد بين الشيخ ابن أبي زيد سبب تأليفه لهذا الكتاب بعد مقدمة عن حجية عمل أهل المدينة فقال: "وقد انتهى إلي عافانا الله وإياك من ذلك القول وفتنته، وعمى الجهل وحيرته، ما رغبت فيه من اختصار الكتب المدونة من علم مالك وأصحابه، وما أضيف إليها من الكتب المسماة بالمختلطة، إذ هذه الكتب أشهر دواوينهم وأعلى ما دون في الفقه من كتبهم، وأكثر ما جرى به على أسماع الناقلين لها من أئمتهم، مع فضل من نسبت إليه، وهو عبد الرحمن بن القاسم وفقهه، وزهده وورعه، واتباعه أثر صاحبه، ورأيت أن ذلك أرغب للطلاب وأقرب مدخلا إلى الأفهام، وأسرع للدارس، فسارعت إلى ذلك رجاء التعليم والعناية، وبالله تكون الدراية والعصمة والحول والقوة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موضوعه:

يتناول كتاب المختصر موضوعات الفقه وفروعه ومسائله كما هي في أصل المدونة على وجه التقريب، مع طريقة انتهجها ابن أبي زيد في اختصاره تستوعب جميع أبواب الفقه، من غير أن ننسى بعض الإضافات والزيادات ككتاب الفرائض وكتاب الجامع الذي هو ليس في المدونة، ويمكننا حصر هذه الأبواب والكتب كما وردت في المختصر على النحو الآتي:

جامع في فضل العلم وأهله، كتاب الطهارة والوضوء، كتاب الصلاة الأول، كتاب الصلاة الثاني، كتاب الجنائز، كتاب الزكاة الأول، كتاب الزكاة الثاني، كتاب الصيام وليلة القدر، كتاب الاعتكاف، كتاب الحج الأول، كتاب الحج الثاني، كتاب الحج الثالث، كتاب الجهاد، كتاب الصيد،

(1) مختصر المدونة: 1/ 11.

كتاب الذبائح، كتاب الأيمان والندور، كتاب النكاح الأول، كتاب النكاح الثاني، كتاب النكاح الثالث، كتاب الرضاع، كتاب طلاق السنة والعدة، كتاب الأيمان بالطلاق، كتاب التخيير والتمليك، كتاب إرخاء الستور والرجعة والمتعة والخلع والحكمين، كتاب الظهار، كتاب الإيلاء، كتاب اللعان، كتاب الصرف، كتاب الاستبراء والوكالة، كتاب السلم الثلاثة، كتاب الآجال، اختصار كتاب البيوع الفاسدة، كتاب الخيار، كتاب التجارة ببلد الحرب، كتاب العيوب، كتاب الجعل والإجارة، كتاب تضمين الصناعات، كتاب كراء الرواحل والدواب، كتاب المراهقة، كتاب المأذون له في التجارة، كتاب الحمالة والكفالة، كتاب كراء الدور والأرضين، كتاب القراض، كتاب الشركة، كتاب الأقضية، كتاب الشهادات، كتاب الوديعة، كتاب العارية، كتاب اللقطة، كتاب حريم البئر، كتاب المساقاة، كتاب الرهون، كتاب الاستحقاق، كتاب الغصب، كتاب الشفعة، كتاب القسم، كتاب الوصايا الأول، كتاب الوصايا الثاني، كتاب الحبس والصدقة والهبة، كتاب العتق الأول، كتاب العتق الثاني، كتاب المدبر، كتاب المكاتب، كتاب أمهات الأولاد، كتاب الولاء، كتاب الفرائض، كتاب القذف، كتاب الأشربة، كتاب الجنايات، كتاب الجراح والديات والعقول والقسامة، كتاب السرقة، كتاب الرجم، كتاب الجامع.

المطلب الثاني: شروح المختصر والمختصرات عليه:

نظرا لأهمية المختصر في المذهب المالكي، ومكانة صاحبه الإمام ابن أبي زيد، الذي كان منتهى الأسماح في كل صقع ومصر، فقد تصدى لهذا السفر علماء من أئمة المذهب، فشرحوه وبالغوا في الاعتناء به والاختصار عليه، فكان من تلك الشروح والمختصرات:

- تهذيب المدونة لأبي القاسم البراذعي: قال ابن خلدون: "ولخصه أبو سعيد البراذعي من فقهاء القيروان في كتابه المسمى بالتهذيب، واعتمدته المشيخة من أهل إفريقية وأخذوا به وتركوا ما سواه"^(١).

على أنه في معالم الإيمان يقول الدباغ عن كتاب التهذيب بأنه: "في اختصار المدونة اتبع فيه اختصار أبي محمد بن أبي زيد، إلا أنه جاء به على نسق المدونة، وحذف ما زاده أبو محمد"^(٢).

- شرح مختصر ابن أبي زيد على المدونة: لعبد الله بن إسماعيل أبي محمد الإشبيلي (ت 497هـ)^(٣).

- زوائد مختصر ابن أبي زيد: لمحمد بن الفرج مولى ابن الطلاع (ت 497هـ)، قال ابن عطية في ترجمته للمصنف: "له تأليف في زوائد مختصر ابن أبي زيد على المدونة، لخصها وأخرجها"^(٤). وقال ابن خير: "له زوائد على تأليف ابن أبي زيد"^(٥). ومثله في الديباج لابن فرحون المالكي^(٦).

- مختصر ابن أبي زيد على الولاء لمحمد بن الفرج مولى ابن الطلاع، ذكره القاضي عياض في ترتيب المدارك^(٧)، وابن فرحون في ديباجه^(٨).

- اختصار مختصر ابن أبي زيد على المدونة: لأحمد بن أبي جعفر الزهري الأشيري (ت 435هـ)، ذكره في الديباج^(٩).

- الممهد في شرح مختصر الشيخ أبي محمد: للقاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي (ت

(1) انظر: المقدمة، ص 511.

(2) انظر: معالم الإيمان: 3 / 184.

(3) انظر: صلة الصلة: 3 / 91، مقدمة تحقيق كتاب الذب لمحمد العلمي، 1 / 130.

(4) انظر: فهرست ابن عطية، ص 91.

(5) انظر: فهرست ابن خير، ص 213.

(6) انظر: الديباج: 2 / 243.

(7) انظر: ترتيب المدارك، 8 / 78.

(8) انظر: الديباج: 2 / 243.

(9) انظر: الديباج: 1 / 253.

422هـ)، وهو المعنى بالدراسة والتحقيق، سيأتي الحديث عنه في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

المبحث الثالث: منهج الإمام ابن أبي زيد، ومصادر الاستدلال وموارده في مختصر المدونة:

المطلب الأول: منهج الإمام ابن أبي زيد في المختصر:

صرح الإمام ابن أبي زيد القيرواني بمنهجه في تصنيفه لهذا المختصر، ورسم معالم هذا التأليف وسار عليه، حتى يبين للدارسين وطلبة العلم، ومن لهم اعتناء بفقهِ مالك رحمه الله، أن هذا الكتاب يعتبر خادماً لكتاب المدونة وغيرها من دواوين المذهب، فأشار إلى منهجه العام بعد أن عرض مقدمة في فضل العلم والعلماء، كما عرض بعض أصول مذهب مالك وفضائله، ويمكننا تفكيك منهجه في عرض مادة مختصر المدونة على النحو الآتي:

أولاً: المنهج العام في عرض مادة كتاب المدونة: لم يلتزم الشيخ ابن أبي زيد ترتيباً وتبويباً المدونة الذي تركه عليها سحنون بن سعيد، وإنما أعاد ترتيبها وصاغ تراكيبها ونظم أبوابها، واختصر كتبها، مراعيًا مضامينها ومعانيها، وفي ذلك يقول: "وقد اختصرتها كتاباً كتاباً، وباباً باباً، وربما قدمت فرعاً إلى أصله، وأخرت شكلاً إلى شكله، وإذا التقت في المعنى مواضع كلها شبيهة به ألحقتهما بأقربها شبيهاً، ونبته على موضعه في بقيتها، وربما آثرت تكرار ذلك تماماً للمعنى الذي جرى ذلك فيه منها"⁽¹⁾.

ثانياً: حذف طريقة السؤال والجواب وأسانيد الآثار والمكرر من الأقوال والحجج: وقد قامت المدونة على طريقة السؤال والجواب، وفيها كثير من الأحاديث والآثار، والروايات والأقوال، فرام ابن أبي زيد حذف هذا الأسلوب بغرض الاختصار واستيعاب المسائل، وفي هذا يقول: "وقد

(1) مختصر المدونة: 1 / 11.

حذفت السؤال وإسناد ما ذكرت من الآثار وكثيرا من الحجاج والتكرار"⁽¹⁾.

ثالثا: صياغة معاني المسائل: لم يكتف الإمام بصياغة شكل المدونة فحسب، بل امتد عمله إلى مضمونها، فطلب اختصار ألفاظها مستوعبا لمعاني مسائلها ما أمكنه ذلك، وفي هذا يقول: "واستوعبت المسائل باختصار اللفظ في طلب المعنى بمبلغ العلم والطاقة"⁽²⁾.

رابعا: صياغة مقدمات للكتب تتضمن النصوص الشرعية وقواعدها الكلية: وقد عمد الإمام ابن أبي زيد إلى وضع مقدمات بين يدي الكتب الفقهية المختصرة للاستدلال، ذاكرا نصوص الكتاب والسنة وأقوال السلف والقواعد الكلية، وبناء الفروع على الأصول، وفي هذا يقول: "وكل ما ابتدأت به في أوائل الفصول والأبواب من ذكر أصل من سنة أو كتاب، أو أقاويل سلف، أو حجة قياس، فأكثره من غيرها، وأقله منها، ورأيت أن التلويح بذكر الأصول المجملة عون في فهم فروعها المشكلة"⁽³⁾.

خامسا: الاهتمام بلفظ ابن القاسم واجتهاده في المدونة: اهتم رحمه الله بسياق لفظ المدونة وخاصة لفظ الإمام عبد الرحمن بن القاسم وسماحه عن مالك، وما هو من أصول اجتهاده فيه. قال ابن أبي زيد: "وجعلت مساق اللفظ لعبد الرحمن بن القاسم، وإن كان كله قول مالك، فمنه ما سمعه منه، ومنه ما قاسه على أصوله إلا ما بين أنه خالفه فيه، أو اختاره من أحد قوليه"⁽⁴⁾.

سادسا: الزيادات على المدونة بما هو في غيرها من الأمهات: وقد رأى ابن أبي زيد أن يخرج عن المدونة ويزيد عليها ما هو في غيرها من الأمهات عند الاقتضاء، مما لا غنى للكتاب عنه من بيان أو شرح أو تفصيل مجمل، أو اختيارات للأئمة وغير ذلك، وفي هذا يقول: "وقد أجريت ذكر مالك وغيره من أصحابه فيما لا غنى لي عن ذلك فيه مما هو في المدونة. وربما ذكرت يسيرا من غيرها مما لا يستغني الكتاب عنه، من بيان مجمل أو شرح مشكل أو اختلاف اختاره سحنون أو غيره من الأئمة، وأعلم عليه. وأشبعت الزيادات في اختصار الجراح والديات من المجموعة وغيرها من الأمهات"⁽⁵⁾.

(1) المختصر: 1 / 11.

(2) المختصر: 1 / 11.

(3) المختصر: 1 / 12.

(4) المختصر: 1 / 12.

(5) المختصر: 1 / 12.

سابعاً: الزيادات على المدونة بكتب ومسائل ضمنها كتابه المختصر: وقد أضاف الإمام بعض الكتب والعناوين التي ليست في المدونة، رأى أنها أكمل في التصنيف والتأليف، مثل كتاب الفرائض وكتاب الجامع، ختم به المختصر، حتى صار هذا تقليداً متبعاً عند الشراح والدارسين. وفي هذا يقول: "واختصرت من غيرها كتاب الفرائض وكتاب الجامع؛ إذ ليسا في المدونة؛ إذ لا غنى بكتابنا عنهما؛ ليستوعب الناظر فيه ما عسى أن يحتاج إليه، وليستغني به من اقتصر عليه"^(١).

ثامناً: طريقة المنهج الجامع في المختصر: أعني بذلك اختصاص الإمام بجمع تراجم الكتب والأبواب وما حوته من المسائل والتفريعات تحت ترجمة جامعة، فيكون في خاتمة كل كتاب "جامع القول فيه"، لتقريب البعيد، وإيضاح الخفي، وجمع المفترق من مسائل الفقه. فكان الإمام بهذا الصنيع قد خالف طريقة المدونة التي تعتمد على التفصيل والتطويل. وفي هذا يقول رضي الله عنه: "وقد بذلت الجهد في تقليل الكثير وتقريب البعيد والعبارة عن المعنى الجلي والخفي، وجمع ما افترق من المعاني المتشاكلة"^(٢).

تاسعاً: حذف أسانيد الأحاديث والآثار: اقتصر الإمام على ذكر متون الأحاديث والآثار دون أسانيدها، رغبة منه في الإيجاز والاختصار، فقد قال: "وذكرت متن الحديث دون الإسناد، رغبة في التقليل والاقتصاد"^(٣).

(١) المختصر: ١ / ١٢.

(٢) المختصر: ١ / ١٢.

(٣) المختصر: ١ / ١٣.

المطلب الثاني: مصادر الاستدلال وموارده في مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني:

تضافرت مصادر الاستدلال وموارده في مختصر ابن أبي زيد، من أصول نقلية واجتهادية. وقد حرص في مصنفه على أن يأتي بالأدلة مجزأة في صدر كل باب أو كتاب كما نص على ذلك في مقدمته، مما أضفى على مصنفه صبغة نَحَتْ به إلى بيان أدلة المسائل التي تتفق مع تراجم الأبواب الفقهية عنده. ومن مصادره في الاستدلال:

1. القرآن الكريم:

أكثر المصنف موارد الاستدلال بالقرآن الكريم، فيأتي به في طوابع الكتب الفقهية التي يتناولها، وفي أثناء عرضه للمسائل، وقد تنوعت أوجه الاستدلال عنده واختلفت مراتبه، فيستدل بالظاهر من القرآن ومنطوقه ومفهومه وخاصه وعامه، والمطلق والمقيد، وغيرها من دلالات الكتاب.

ونسوق هنا بعض الأمثلة من مسائل البيوع وما شاكلها حتى تتناسب وتتوافق مع أبواب كتاب الممهد التي بقي منها جزء البيوع والأقضية والأحكام، لعنا نظفر بشيء من هذه الاستدلالات يسند بعضها بعضاً، ويعضد الشرح بما هو في المختصر.

فمن أمثلة ذلك ما جاء في كتاب الجعل، حيث استدلل على جوازه بقوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ أَعُوذُ﴾ [يوسف: 72]، ثم بين وجه ذلك فقال: "فهذا من الجعل لم يوقت فيه أجلاً، وجعل له جعله إذا أتى بالصواع، فدل أنه إن طلبه ولم يأت به لا شيء له"⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضاً: ما جاء في أول كتاب الرهن، فاستدل عليه بقوله تعالى: ﴿فَرِهَنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283]، ثم قال: "فلا يتم رهن إلا بقبضه ولا تتم الشهادة على حوزة إلا بمعاينة البينة لحوز المرتن"⁽²⁾.

2. السنة النبوية:

وأما موارد الاستدلال بالحديث، فلم يخطئه ابن أبي زيد رحمه الله، فقد احتج بظواهر السنة ومنطوقها ومفهومها وما هو متعلق بها، والمتصل منها والمرسل.

ومن شواهد هذا في مختصر المدونة: ما جاء في القضاء في العارية، حيث قال ابن أبي زيد: "والقضاء في العارية أن تكون مضمونة؛ لأن رسول الله ﷺ قال لصفوان في السلاح الذي استعار

(1) مختصر المدونة: 2 / 679، 680.

(2) المختصر: 3 / 429.

منه: "بل عارية مؤداة"^(١).

وما جاء في العمرى والرقبى والإخدام، استدلل عليه بما روي عن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»، والحديث الآخر: رواه جابر: «من أعمار عمرى له ولعقبه، فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث». وبين وجه ذلك بقوله: "فإذا أعمار له ولعقبه، فهذا سبيله ما دام أحد من العقب الذي يتوارثون تلك المنافع قائما. ولكن من أعمار ولم يقل: «ولعقبه»، لم يجز دخول العقب فيه؛ إذ الحديث إنما جعله للعقب المشترك"^(٢). فهذا منطوق الحديث عنده.

واستدل بمفهوم الحديث في هذه المسألة بعينها: حيث قال: "ويدل أن ذكر العقب يرجع بعد نفاد العقب إليه، أن مفهوم قول النبي عليه السلام: «من أعمار عمرى له ولعقبه» إنما هو تمليك النفع دون الأصل، ودل أنه ليس كتوارث الأصل..^(٣)".

ومن فقه الحديث عنده: رده خبر الآحاد إذا خالف ظواهر القرآن، فقد جاء في كتاب الرضاع في جامع ما يحل ويحرم بالرضاع، قوله: "وسقط حديث خمس رضعات؛ لأن عائشة التي روته خالفته، واختلفت الرواية عنها في عدد الرضعات، وأخذت هي بعد الرسول عليه السلام بأكثر من خمس رضعات، ولأنها أحالته على القرآن. فلما لم يؤخذ القرآن بأخبار الآحاد، بطل استعمال هذا الحديث؛ إذ لا يكون قرآن مختلف فيه، ولم يجتمع على العمل به فيؤخذ بإجماع"^(٤).

وفي مواطن من المختصر يلزم بعض المخالفين بظاهر الحديث ومتعلق الحكم فيه، فعند قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من قتل قتيلا قامت له عليه بينة، فله سلبه». قال أبو محمد: وظاهر الحديث، إنما هو فيما قد مضى بقوله: "من قتل قتيلا، ومن ادعى أنه فيما قد مضى وفيما يستقبل من الدهر، فعليه الدليل، وذلك أن ذلك كان يوم حنين بعد أن برد القتال"^(٥).

الإجماع:

اعتمد الإمام الإجماع في استدلالاته على الأحكام، كإجماع الأمة وإجماع الخلفاء، وإجماعات

(١) المختصر: 3/ 361.

(٢) المختصر: 3/ 368.

(٣) المختصر: 3/ 369.

(٤) المختصر: 2/ 81.

(٥) المختصر: 1/ 535.

الصحابة، وإجماع كان مستنده القياس عنده. وهو كثير مثاله في المختصر، فمن ذلك قوله: "واجتمعت الأمة ألا زكاة من الذهب في أقل من عشرين ديناراً، وأن في العشرين ديناراً نصف دينار"^(١). ومن ذلك أيضاً: "ولما أجمعوا أنه لا يجوز نكاح بين امرأة حرة وعبدها، أو بين حر وأمه وجب أن يكون إذا ملك أحدهما صاحبه بعد النكاح أن ينفسخ إذ لا يجتمع ملك ونكاح"^(٢).

وأما الإجماع الذي مستنده القياس، ما نص عليه في بيع الطعام بالطعام إلى أجل، في حديث البر بالبر ربا إلا هاء وهاء قوله: "فجرى الطعام كله عند العلماء في تحريم جنس بخلافه إلى أجل مجرى ما حرم بالنسيئة من الذهب بالفضة إلى أجل، وهذا أمر مجتمتع عليه من علماء دار الوحي"^(٣).

3. القياس:

ولم يكن الاستدلال بالقياس وتعليل الأحكام ليتخلف إعماله في فقه الإمام ابن أبي زيد رحمه الله، فمن ذلك ما نص عليه في مسائل الربا في كُتُب السَّلم الثلاثة، حيث قال: "...فلما ذكر في الحديث أعلى^(٤) الأقوات، وهو البر، وأدنى المؤتدمات وهو الملح، ألحق العلماء ما لم يسم من قوت أو إدام بما سماه مما أشبهها في تحريم التفاضل في الجنس الواحد من المدخرات، وكان أظهر العلل في المسميات^(٥) المسميات^(٥) أنها أقوات مدخرات، وقد نهى الرسول عليه السلام المصدق أن يبادل الجمع من التمر بالجنيب متفاضلاً، وكذلك أصناف التمر في كثرة أسمائه، فلما لم يجز ذلك في الجنس من هاهنا، إلا أنها في النفع والخلقة متشابهان، كان كذلك ما أشبهه من الطعام في النفع والصفة، فكأنه جنس واحد في تحريم التفاضل فيه إذا كان مدخراً، فقد تقاربت منافعه وصفته"^(٦).

ونراه يعلل الأحكام فيما هو معقول معناه، منصوحاً كان أو مستنبطاً، ويركب حكمه عليه، ويرد الفرع إلى أصله إن كان وجه شبهه قائماً في محله، فيقول في النهي عن نكاح السر وإعلان النكاح: "ولما كان النكاح بما لا بال له وبالتافه كالنكاح بغير صداق، إذ لا يعجز عنه عاجز، وإذ يستحيل أن

(1) المختصر: 1 / 242.

(2) المختصر: 2 / 33.

(3) المختصر: 2 / 401.

(4) هكذا في المخطوطة، من المختصر، النسخة التيمورية: ج: 12، ل: 4 أ. وهو الذي أثبت، بينما في المطبوع كُتب: "على الأقوات"، وهو خطأ صريح: 2 / 388.

(5) كتب في المطبوعة، المستثنيات، وهو خطأ، وإنما أنهى على هذا الأمر لأنه في الحقيقة في كتاب المختصر من طبعة محققه عبد الكريم نحيويه أخطاء وقعت في المتن، مما يستلزم ذلك إعادة تحقيق الكتاب خدمة علمية منقحة.

(6) المختصر: 2 / 388، 389. وانظر: ج: 12 / ل: 4 أ. من النسخة التيمورية.

يكون أحد غير مستطيع للطول، وكان القطع في السرقة تأثيراً في البدن، وقامت البينة فيه بالتوقيت ربع دينار، كان تقدير ذلك في الصداق واجبا، لأنه مما له بال استبيح به في أمر البدن، وإذ لا بد من التوقيت في ذلك، فالتوقيت بما يرجع به إلى أصل أولى من توقيت لا يرد إلى أصل، مع أنه يشبه المذكور في حديث عبد الرحمن إذ سأله النبي ﷺ كم سقت إليها، فقال: وزن نواة من ذهب^(١).

4. الاستحسان:

الاستحسان تسعة أعشار العلم، وهو ضرب من ضروب الاجتهاد بالرأي، وقد أورده الإمام ابن أبي زيد في مختصره كأصل معمول به في مذهب مالك، وبعضه كان خاصا به، أي مما تفرد به مالك واستحسنه عنده خاصة. فمن ذلك قول ابن أبي زيد في مختصره: "واستحسن مالك الشفعة في البناء القائم لقوم في عرصة ليست لهم كأهل حبس قد بنوا فيه، ثم مات أحدهم فباع بعض ورثته حصته من البناء..^(٢)" وهذه المسألة هي إحدى استحسانات الإمام مالك خاصة.

وفي جامع الوصايا نص على دليل الاستحسان في مسألة وصية المرأة بملها لغيرها، وبمال ولدها الطفل، فقال: "...وقد روي عن مالك: إن كان المال كثيرا لم يجز ونظر فيه الإمام، وإن كان يسيرا نحو خمسين أو ستين دينارا فجائز إسنادها فيه إلى العدل. قال ابن القاسم في كتاب القسم: وذلك من مالك استحسان وليس بقياس"^(٣).

وفي مسألة نفقة العامل من مال القراض، صرح الإمام ابن أبي زيد رواية عن الأصحاب أخذ الإمام مالك بالاستحسان، ومما ورد من ذلك: "قال مالك: وإن خرج في حاجة لنفسه فدفع إليه رجل مالا قراضا فله أن يفض النفقة على مبلغ قيمة نفقته في سفره... قال محمد: هذا استحسان من مالك، وأحب إلينا أن لا نفقة له كمن تجهز إلى أهله، وقد قاله مالك"^(٤).

5. الاستدلال بسد الذرائع:

أعمل الإمام قاعدة سد الذرائع في الاستدلال، فمن ذلك ما جاء في بيع الطعام بمثله مؤجلا حيث قال: "ولما كان الاقتضاء من ثمن الطعام طعام ذريعة إلى إجازة الطعام بالطعام مؤجلا، ويصير الثمن محلا، لم يجز، كالذرائع في بيوع الآجال حماية لحمة الله تبارك وتعالى، الذي حذر

(1) المختصر: 1/ 676، 677.

(2) المختصر: 3/ 546، 547.

(3) المختصر: 3/ 663.

(4) المختصر: 3/ 171.

الرسول من المرتع حوله"^(١).

ومن ذلك ما ذكره رحمه الله في ما يجوز من صرف وبيع وما لا يجوز منه، فقد قال: "ونهى أهل العلم عن البيع والصرف، ورأوه ممن الذرائع، إلا ما استخفوه مما يبعد عن الصرف لقلته"^(٢).

6. عمل أهل المدينة:

انتصر الإمام ابن أبي زيد رحمه الله في مقدمة المختصر لحجية عمل أهل المدينة، ورأى أن "عملهم حجة على من سواهم من سائر البلدان... لأن أعمالهم وأحكامهم وما عمل به جماهيرهم كالسنة الواجبة"^(٣)، هذه عبارته في مختصره، وهو عنده من أقوى مصادر الاستدلال ويجب المصير إليه، وألف في ذلك كتابا سماه، الاقتداء، ذكره في النوادر فقال: "وقد اختلف في إجماع من كان بالمدينة من الصدر الأول، وفي اجتماع الجمهور من كل قرن، والذي ذهبنا إليه أن ذلك لا يسع خلافه، كالإجماع الذي يخالف فيه، وإن كان هذا مقطوعا به ولا يقطع بالأول، وقد أوردنا لذلك ولما يشبهه كتابا سميناه الاقتداء"^(٤).

فمن مواضع ذلك ما نص عليه في مختصره فقال: "ورأى أهل المدينة أن ما اشترت المرأة بالصدّاق مما يصلحها بينهما لا شيء له غيره"^(٥).

ومن ذلك أيضا: ما جاء في كتاب المديان والتفليس، فيمن وجد عين شيء في فلس أو موت، استدل عليه بالحديث وعمل أهل المدينة، فقال: "...وفي حديث آخر: «فإن مات المشتري، فصاحب المتاع أسوة الغرماء»، وبذلك أخذ مالك وأهل المدينة: أن بائع السلعة في الفلس أحق بها، وإن لم يكن للمفلس مال غيرها"^(٦).

وفي مسألة العمرى للعقب أنها تملك المنافع دون الأصل، بنى دليله على عمل المدينة، فقال: "فهذا دليل أن قوله: «لا ترجع إلى الذي أعطاه»، أنها المنافع، وهي التي يتوارثها العقب... مع

(1) المختصر: 2 / 404، 405.

(2) المختصر: 2 / 336.

(3) مقدمة المختصر: 1 / 7، 10.

(4) انظر: النوادر: 1 / 3.

(5) المختصر: 2 / 15.

(6) المختصر: 3 / 309.

وجود العمل بالمدينة على ما تأولنا من ذلك" (١).

7. قول الصحابي:

جرى الاستدلال بأقوال الصحابة عنده كثيرا، فمن ذلك ما ذكره في الصدقات والأحباس: "وقد قال أبو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس وغيرهم: لا تجوز صدقة حتى تقبض، وقال الصديق لعائشة رضي الله عنها فيما نحلها فلم تقبضه حتى مرض، لو كنت حزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث" (٢).

8. الاستدلال بالمصالح:

تعلق الإمام ابن أبي زيد بالمصالح في الاستدلال، وذلك في مسألة تضمين الصناع وقال: "والقضاء أن جميع الأجراء لا يضمنون، وأنهم على الأمانة إلا في الصناع خاصة، إذ لم يقبضوا على الأمانة، ولكن للضرورة إذ لا غنى للناس عنهم فكان تضمينهم أصلح للعامة، كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التلقي لصالح العامة، وكذلك الاحتكار" (٣).

وقد جرى ابن أبي زيد على رواية الإمام مالك في المدونة في مسألة تضمين الصناع، أنها للضرورة المعتبرة لمصلحة الناس، ففي المدونة عن ابن وهب قال: "قال مالك: إنما يضمن الصناع ما دفع إليهم مما يستعملون على وجه الحاجة إلى أعمالهم، وليس ذلك على وجه الاختبار لهم والأمانة، ولو كان ذلك إلى أمانتهم لهلكت أموال الناس وضاعت قبلهم واجترؤوا على أخذها، ولو تركوها لم يجدوا مستعيبا ولم يجدوا غيرهم، ولا أحدا يعمل تلك الأعمال غيرهم، فضمنوا ذلك لمصلحة الناس، وما يشبه ذلك من منفعة العامة" (٤).

ومن الأمثلة كذلك: ما ورد في القضاء باليمين مع الشاهد وفي شهادة النساء، حيث أعمل المصالح وعبر عنها بمصطلح الضرورة، فقال: "وقضى الرسول عليه الصلاة والسلام بالشاهد واليمين في الأموال، وأجاز العلماء شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه غيرهن للضرورة، وعلى مثل ذلك أجزت شهادة النساء" (٥).

(1) المختصر: 3 / 369.

(2) المختصر: 3 / 741.

(3) المختصر: 2 / 715.

(4) المدونة: 3 / 400.

(5) المختصر: 3 / 255.

9. العرف:

العرف أصل في بناء الأحكام عند ابن أبي زيد، بل إنه نبه عليه بقاعدة فقهية، وهي قوله: "وقد جرى في غير وجه من كلام الأحكام، أن المتعارف كالشرط"⁽¹⁾، مما يدل على أنه معمول به في الشريعة معتبر في قواعد الاستدلال.

ومن المسائل المبنية على ذلك في المختصر، ما جاء في القضاء في هبة الثواب: "إن وجد بالهبة عيباً فله ردها... لأن كل ما عوضه مما يجري بين الناس في الأعواض لزم الواهب قبوله، وإن كان معيباً، وفيه وفاء بالقيمة، وكذلك كل ما عوضه من عرض أو عين فذلك لازم له قبوله..."⁽²⁾.

10. الكليات الفقهية:

اهتم الإمام ابن أبي زيد بالكليات الفقهية في مختصره، وأوردها كثيراً في قضايا الفروع الفقهية، بعض هذه الكليات مما نص عليه ابن القاسم في المدونة، ومنها ما أضافه ابن أبي زيد من صياغته هو في مصنفه، وسأذكر بعضاً منها ليس على سبيل الاستقراء والتتبع، إذ لا بد أن يكون قد فاتني شيء منها في طوايا الفروع الفقهية المثبوتة في المختصر، ولكن على سبيل الذكر والتمثيل مما قد حضر، ومن تلك الكليات:

في كليات العبادات:

"كل قرحة إن تركها لم تسل، وإن نكأها سالت، فما خرج من هذين من دم أو غيره في ثوب أو في جسد غسله، وإن كان في الصلاة قطع... وكل قرحة لا تجف تمصل من أن ينكأها فليدارها ولا يقطع لذلك صلاته"⁽³⁾.

"كل فذ أو إمام، فبان. وكل مأموم، فقاض"⁽⁴⁾.

"كل صلاة صلاها وحده، فله إعادتها في جماعة إلا المغرب؛ لأنها وتر صلاة النهار"⁽⁵⁾.

في كليات النكاح والطلاق:

(1) المختصر: 3 / 767.

(2) المختصر: 3 / 769.

(3) المختصر: 1 / 68.

(4) المختصر: 1 / 159.

(5) المختصر: 1 / 160.

"كل غرر أو خطر أو فساد شرط، فقد دلت السنة على منعه في المعاوضات" ^(١).

"كل ما نص الله ورسوله على تحريمه لا يختلف فيه، فإنه يفسخ بغير طلاق" ^(٢).

كل ما اختلف الناس في إجازته ورده، فالفسخ في بطلاق وتقع فيه الموارثة والطلاق والخلع بها أخذ" ^(٣).

"كل ما فسد لصدقه كالنكاح بالآبق والشارد ففسخ قبل البناء، فلا صداق فيه ولا متعة، ويلزم فيه الطلاق والخلع قبل الفسخ بها أخذ" ^(٤).

"كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يحل المبتوتة، فليس كل ما يحل يحصن ولا يحصن إلا ميسيس معروف" ^(٥).

"كل ما وصل إلى جوفه ولو قطرة، تحرم" ^(٦).

"كل ما فسخ من نكاح من حرم بالرضاع بعد البناء، فلها المسمى" ^(٧).

"كل وطء بملك أو بشبهة نكاح في عدة نكاح يحرم" ^(٨).

"كل معتدة في طلاق بيتات، أو خلع أو صلح أو نكاح فسخ، أو ما يطلق بالقضاء، فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملا" ^(٩).

"كل طلاق فيه الرجعة وعقده صحيح فلها النفقة فيه وإن لم تكن حاملا" ^(١٠).

"وكل حامل في طلاق بائن أو فسخ أو غيره، فلها النفقة والكسوة في الحمل" ^(١١).

(1) المختصر: 1 / 683.

(2) المختصر: 1 / 693.

(3) المختصر: 1 / 694.

(4) المختصر: 1 / 695.

(5) المختصر: 2 / 41.

(6) المختصر: 2 / 82.

(7) المختصر: 2 / 86.

(8) المختصر: 2 / 110.

(9) المختصر: 2 / 144.

(10) المختصر: 1 / 144.

قال ابن أبي زيد رحمه الله: "كل ما قارب ذلك من ألفاظ الطلاق فله حكمه"^(٢). يريد ألفاظ الطلاق، طلقوهن، فارقوهن، سرحوهن.

"كل يمين لا يحنث فيها بالوطء فليس بمول"^(٣).

"كل وطء بشبهة فالولد فيه لاحق، ولا يلحق في الوطء بغير شبهه"^(٤).

في كليات المعاملات والجنائيات:

"كل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله أو أرضا فزرعها فعليه كراء ما سكن أو زرع بنفسه، وغرم ما أكرها به من غيره ما لم يحاب"^(٥).

"كل من ملك بشبهة فسكن أو زرع فلا كراء عليه فيما مضى من الزمان"^(٦).

"كل من انتقل إلى ملكه ملك أمة كانت في حوز غيره بأي وجه ملكها أن يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، ملكها ببيع أو إرث أو هبة أو صدقة أو وصية أو من مغنم أو بغير ذلك"^(٧).

"كل وصية فلا تدخل إلا فيما علم به الميت، وأما المدير فيدخل فيما علم به"^(٨).

"كل ما عوضه يجري بين الناس في الأعواض لزم الواهب قبوله"^(٩).

"كل مدع مكلف للبيان وله اليمين على من أنكره"^(١٠).

"كل مدع مكلف للبيان، وكل من يلزم خصمه مغرماً أو تضميناً.. فهو المدعي"^(١١).

"كل جرح فيه قصاص فإنه يقتص فيه بشاهد ويمين"^(١).

(1) المختصر: 2 / 144.

(2) المختصر: 2 / 194.

(3) المختصر: 2 / 285.

(4) المختصر: 3 / 496.

(5) المختصر: 3 / 508.

(6) المختصر: 3 / 513.

(7) المختصر: 2 / 353.

(8) المختصر: 3 / 685.

(9) المختصر: 3 / 769.

(10) المختصر: 2 / 377.

(11) المختصر: 3 / 184.

"كل بيع فاسد، فضمان السلعة فيه من البائع حتى يقبضه المبتاع"^(٢).

"كل طعام أو إدام فلا يجوز التفاضل فيه بصنفه، وإن كان يدا بيد، إلا ما لا يدخر من ذلك، من رطب الفواكه كالتفاح والرمان.. ونحوه"^(٣)

"كل بيع دخل فيه غرر أو مجهول من ثمن أو مضمون، أو في أجل فلا يجوز"^(٤).

(١) المختصر: 3 / 258.

(٢) المختصر: 3 / 47.

(٣) المختصر: 2 / 390.

(٤) المختصر: 2 / 522.

المبحث الرابع: مصادره، اجتهاده وترجيحاته، قيمته وأثره فيمن بعده:

المطلب الأول: مصادره في المختصر:

تنوعت مصادر اختصار المدونة، وتعددت النقول فيه، اقتصر ابن أبي زيد على ذكر بعضها مجملة في صدر الكتاب، وبعضها جاء مبثوثاً مفرقا، وطبيعة هذه المصادر أنه اعتمد دواوين وأمهات المذهب المالكي، وأقوال علمائه المتقدمين كمالك، وابن القاسم وأشهب وغيرهم، وزيادات أشبعها ابن أبي زيد في اختصاره حفظ لنا به ثرات المذهب كما هو شأن الأسدية، ومختصر الأسدية، وغير ذلك. إن صنيع الإمام هذا مع المحافظة قدر الإمكان على بنية المدونة في مضمونها هو عمل سبق فيه أقرانه ولا يقدم عليه إلا من كان متخصصا ضليعا، حافظاً للأصول والفروع، منهجا في التصنيف والتأليف.

يقول رضي الله عنه في مقدمته: "وقد انتهت إلي ما رغبت فيه من اختصار الكتب المدونة من علم مالك وأصحابه، وما أضيف إليها من الكتب المسماة المختلطة، إذ هذه الكتب أشهر دواوينهم وأعلى ما دون الفقه من كتبهم، وأكثر ما جرى على أسماع الناقلين لها من أئمتهم.... وأشبعت الزيادات في اختصار الجراح من المجموعة وغيرها من الأمهات"⁽¹⁾. فهذه هي مصادره أوضحها بعبارة وساقها بلفظه.

على أنه جاء في بعض نسخ المختصر⁽²⁾، ذكر أسانيد المؤلف للكتب والمصادر والأسمعة والمكاتب، التي اعتمد عليها في المختصر مسندة إلى أصحابها، يحسن بنا هنا أن نوردتها بتمامها كما أثبتتها المصنف في آخر كتابه المختصر، فقد قال رحمه الله تعالى:

"كل ما كان في هذا الكتاب من المدونة فقد حدثني به أبو بكر بن محمد عن يحيى بن عمر، وأحمد ابن داود عن سحنون عن ابن القاسم، وما ليس فيه رواية يحيى بن عمر فقد نبهت عليه.

وما كان فيه من موطأ مالك: فحدثني به أبو بكر بن محمد عن يحيى بن بكير عن مالك.

(1) انظر: مقدمة المختصر: 1/ 11، 12.

(2) نسخة مراکش. وفيها طمس، وبعض خروم. وادركت ذلك بما ورد في كتاب الجامع من المختصر المطبوع بتحقيق: عبد المجيد تركي.

وما كان فيه من موطأ ابن وهب: فحدثني به أبو بكر بن محمد عن يحيى بن عمر عن سحنون،
والحارث وأبي الطاهر عن ابن وهب، ومنه عن بعضهم عن ابن وهب.

وما كان فيه من المستخرجة: فحدثني به أبو بكر بن محمد عن يحيى بن عبد العزيز الأندلسي عن
محمد بن أحمد العتبي عن سحنون وغيره من رجاله.

وما كان فيه من المجموعة: فحدثني به حبيب بن الربيع عن محمد بن بسطام عن محمد بن
إبراهيم بن عبدوس عن سحنون.

وما كان فيه من كتب ابن حبيب: فحدثني به عبد الله مسرور عن يوسف بن يحيى المغامي عن
ابن حبيب.

وما كان فيه من كتب ابن المواز: فحدثني به دراس بن إسماعيل عن علي بن عبد الله بن أبي مطر
عن ابن المواز. ومنه يسير إجازة عن غيره.

وما كان فيه من مختصر ابن عبد الحكم الكبير: فحدثني به أبو بكر محمد بن مسرور عن المقدم
بن داود عن عبد الله بن عبد الحكم.

وما كان فيه من مختصره الصغير: فحدثني به الحسن بن نصر السوسي عن المقدم عن عبد الله
بن عبد الحكم.

وما كان فيه من كتاب ابن سحنون: فروايته عندنا عن غير واحد عن موسى القطان، وغيره من
أصحاب محمد بن سحنون عن محمد بن سحنون. وقليل من إجازة.

وما كان فيه لأصبع: فمنه شيء من أصوله، حدثنا به الحسن بن نصر السوسي عن خالد بن نصر
عن أصبع. ومنه شيء من العتبية، وقد أخبرنا أبو بكر بن محمد عن يحيى عن أصبع ببعض ذلك.

وما كان فيه من شيء لسحنون: فمما رواه لنا أبو بكر بن محمد عن يحيى بن عمر عن سحنون.

وما كان فيه ليحيى بن عمر: فعن أبي بكر بن محمد عن يحيى بن عمر وكذلك عن أبي طالب.

وما كان فيه للبغداديين: فهو عندنا من كتبهم، أكثره إجازة.

وما كان فيه للأبهري: فقد كتب به إلي.

وكذلك ما كان فيه لابن القرطي، ولبكر بن العلاء.

وما كان فيه من سماع أشهب وسماع بن القاسم فمن ذلك ما دخل في العتبية.

وما لم يكن منها وهو من أصل السماع: فسماع ابن القاسم روايتي عن أبي بكر بن محمد عن يحيى بن عمر عن الحارث بن مسكين عن ابن القاسم. وسماع أشهب روايتي عن أبي الحسن بن محمد عن يحيى بن عمر عن الحارث بن مسكين عن أشهب.

وما كان فيه من سماع ابن وهب: فعن أبي بكر بن محمد عن يحيى بن عمر عن الحارث بن مسكين عن ابن وهب.

وما كان لمحمد بن عبد الله بن عبد الحكم: فإجازة عن غير واحد عن محمد بن عمر وغيره عن محمد بن عبد الحكم.

وما كان فيه لابن مزين: فحدثنا به الحسن بن نصر السوسي عن المغامي يوسف بن يحيى عن ابن مزين، ورويناه عن أبي الحسن بن محمد عن سعيد بن شعبان عن ابن مزين.

وما كان فيه لابن الماجشون: فمنه من غير ديوان؛ من الواضحة وكتب ابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز. وأما ديوان ابن الماجشون نفسه: فحدثنا به أبو بكر بن محمد عن عبد الجبار عن جماد بن يحيى عن ابن الماجشون. وربما جرى فيه بشيء لأشهب إما في أحد هذه الدواوين أو في أمهاته، وهي عندنا رواية، وأقل ذلك إجازة من غير واحد عن أبي عياش عن سحنون عن أشهب. وما كان فيه من كلام أوله محمد فهو ابن المواز.

وما كان فيه لابن سحنون أو ابن عبدوس ففي أوله ذكر ابن سحنون، أو ابن عبدوس.

وما كان فيه من أثر عن النبي ﷺ أو قول عن السلف من صاحب أو تابع أو غيره في صدور الأبواب وغيرها وفي المغازي والآداب وغيرها فمروي عندنا بروايات يطول شرحها.

وما كان فيه من احتجاج واستدلال فمنه مذكور صاحبه ومنه ما لم يذكر، وهو لمتقدمي أصحابنا ومنه لمتأخريهم من البغداديين وغيرهم.

ومنه شيء يحضرنى استنبطته على معنى أصولهم واحتجاجهم، وما كان فيه يريد كذا أو غير كذا فهو تنبيه وتفسير على ما فهمت وعلمت من معنى ذلك في قولهم ومذهبهم.

وكل ما رأيت فيه من كتب المختلطة من قول لغير ابن القاسم، فاعلم أنه ليس من المختلطة، وأنه زيادة من غيرها وهو ينصرف إلى ما قد ذكرته من الرويات.

وما كان من ذكر الفرائض: فأصله من موطأ مالك ومن غيره مما لم أعد فيه قول مالك وأهل المدينة.

وما كان في الجامع الذي ختمت به المختصر فمنه من مجالس مالك من السماعات والمجموعة، وكلاهما لابن عبدوس، وغيرها، ومنه من موطاه ومنه من غير ذلك من الدواوين بروايته قدمناها كثيرا منها.

ويمكن أن أذكر بعض مواطن مصادره ونقوله في مختصره من غير عد ولا حصر، ولكن على سبيل الإشارة والتمثيل، وهي على النحو الآتي:

الموطأ: والظاهر أنه اعتمد على روايات للموطأ مختلفة حسبما يفهم من قوله: "وكذلك في الموطأ وفي بعض الموطآت"^(١).

الأسدية لأسد بن الفرات: وهو من أهم مصادر المختصر، ورد ذكره في عدة مواطن^(٢) مما يدل أن هذا المصدر كان له اهتمام من قبل علماء المذهب.

اختصار الأسدية: لابن عبد الحكم: وهذا المصدر جاء ذكره مصرحاً به في المختصر، فقال رحمه الله: "رأيت في اختصار الأسدية لابن عبد الحكم..."^(٣).

المجموعة لابن عبدوس: وخصها بالذكر^(٤)، ونقل منها في مواضع كثيرة، واختصر كتاب الديات والجراح منها^(٥).

الواضحة: لعبد الملك بن حبيب: نقل منها في عدة مواطن، تارة بلفظ الكتاب فيقول: قال في الواضحة^(٦)، وتارة باسم المصنف، فيقول: قال ابن حبيب.

المستخرجة أو العتبية: لمحمد بن أحمد العتبي: أشار إليها في المختصر^(٧) للنقل عن الأصحاب أو الرواية عن مالك رحمه الله.

(١) المختصر: ١ / 493، 3 / 450، 469.

(٢) انظر على سبيل المثال: المختصر: 1 / 466.

(٣) المختصر: 1 / 64.

(٤) من ذلك قوله: "ورأيت في المجموعة": 3 / 349.

(٥) المختصر: 4 / 321.

(٦) المختصر: 3 / 314.

(٧) المختصر: 1 / 511، 3 / 469.

الموازنة: لمحمد بن المواز، أكثر النقل منه، كما صرح أحيانا كثيرة بقوله: ومن كتاب ابن المواز^(١).
 كتاب محمد بن سحنون: هكذا أورده في المختصر، ونقل منه في عدة مواضع^(٢).
 المختصر الكبير لابن عبد الحكم: كان لهذا الكتاب موضع قدم في المختصر، وساق منه نقولا
 مرة باسم الكتاب ومرة باسم مؤلفه^(٣).
 المختصر الصغير: لابن عبد الحكم، وهو مما نقل عنه أيضا، وسماه باسمه فقال: "وفي المختصر
 الصغير: من استحياه الإمام من الأساري فلا يقتل"^(٤).
 كتاب يحيى بن عمر: هذا المصدر نقل منه ابن أبي زيد فقال: "رأيت في كتاب يحيى بن عمر بخطه"^(٥).
 كتاب الأبهري: نقل عن أبي بكر الأبهري رحمه الله وسمى كتابه في مختصره، وصرح بمؤلفه أبي
 بكر في مواضع كثيرة^(٦)، وأظن أنه يقصد به شرح الأبهري على المختصر الكبير لابن عبد الحكم.
 وأما النقول: فهي كثيرة نذكر منها:
 ما نقله عن ابن شعبان فقال: "ذكر لي عن ابن شعبان أنه قال: إلا المريض فإنه يصلي صلوات
 بتميم واحد، ممن يطلب الماء، إذ لا يقدر أن يتوضأ، ولا بأس أن يتنفل بعد الفريضة بتميمه
 ذلك..^(٧)"^(٨).
 ونقل عن أبي بكر الأبهري رحمه الله، وذكره باسمه في إحدى مسائل زكاة ماشية الخلطاء: فقال:
 "قال أبو بكر الأبهري: لا يجزئ عندي أقل من وجهين منها"^(٩).

(١) المختصر: 3 / 418، 431، 434

(٢) المختصر: 3 / 355.

(٣) المختصر: 1 / 214، 215، 529، 3 / 308.

(٤) المختصر: 1 / 511.

(٥) انظر: المختصر: 3 / 493.

(٦) انظر: المختصر: 2 / 404.

(٧) المختصر: 1 / 86.

(٨) عبارة ابن شعبان في الزاهي: "فمن كان مريضا لا يقدر على مسيس الماء لوضوء ولا جنابة، أو لا يقدر ولا يجد من
 يناوله الماء أو جاء من الغائط ولم يجد ماء تيمم للصلاة بما أتى". الزاهي: 133.

(٩) انظر: المختصر: 1 / 303، ومن مواضع ورود الأبهري في المختصر على سبيل المثال: 1 / 88، 465،

ونقل عن أبي الفرج البغدادي المالكي عدة أقوال^(١)، كما نقل عن ابن بكير^(٢) وغيره، ويعبر عنهم أحيانا بقوله: "أصحابنا البغداديون".

(١) انظر على سبيل المثال في المختصر: 1 / 353.

(٢) المختصر: 2 / 55.

المطلب الثاني: اجتهاده وترجيحاته في المختصر:

كان لابن أبي زيد القيرواني اليد الطولى في فقه الإمام مالك رحمه الله، فقد كان بصيرا بالمذهب، خبيراً برواياته وأقواله، ناظراً في أدلته وأصوله، حتى لقب بمالك الصغير، وله ترجيحات واجتهادات خاصة وقفت عليه، قد لا تسعف هذه الدراسة المختصرة الحديث عنها، كما كانت له صياغة فقهية، لجمع ما افترق وتقريب ما بعد وتوضيح ما أشكل، دون أن ننسى ما ضمنه هذا المختصر من قواعد الشرع وكليات الفقه ونظائر المسائل.

وأرى أن هذا يحتاج إلى بحث آخر مستقل، يكشف بدليل الاستقراء والتتبع أنماط الاجتهاد العقلي والمقاصدي، وبيان وجوه الترجيح القائمة على أدلة لا يكتفى منها بالدليل الجزئي فحسب، وإنما بالكلي منها على وجه الخصوص؛ لأن هذا وقع كثير منه في المختصر، وأومات إليه سريعا في كلياته التي مرت معنا. ودرّس مثل هذا المطلب لا شك أنه يكشف جانبا من جوانب علم الكليات الفقهية والمقاصد الشرعية في أطوارها الأولى المتقدمة.

فمن قواعد النهي عن الضرر والفساد في الشريعة، ما صاغه ابن أبي زيد في هذا الفرع الفقهي إذ يقول في باب القضاء في القسمة، "ولما كان تمييز النصيبين بالقسم نفيا للضرر في المواضع التي لا يكون ذلك فسادا فيه، كان من دعا إلى قسم ما لا ينقسم داعيا للفساد وطالبا للضرر فيمنع، ولما أرخص في تمييز الحقين بالسهم على غره⁽¹⁾ لم يجب أن تخرج الرخصة عن موضعها فيصير إلى الغرر المنهي عنه، وكالبيع بالقرعة"⁽²⁾، فهذا وما ضارعه يمكن أن يقاس عليه كثير من الفروع في النهي عن الضرر والفساد.

كما لم يخل مختصر المدونة من اجتهاد ابن أبي زيد ورأيه إذا اقتضى الأمر ذلك، ورأى أن ذكر الأصول مجملة عون في فهم فروع المدونة المشكلة⁽³⁾. وهذا اجتهاد صريح منه لتقريب معاني المدونة ومسائلها إلى الأفهام.

ولننظر إليه وهو يقول في اختصار بيوع الآجال: "وقد دلت السنة أن تحريم ما جر إلى الحرام، كتحریم قصده، كما لعن الرسول عليه السلام اليهود، إذ أكلوا ثمن ما نهوا عن أكل عينه، وجعل مبتاع صدقته كالراجع فيها، ومنع القاتل الميراث، وقد روي النهي عن الجمع بين مفترق والتفريق بين مجتمع خشية

(1) هكذا في أصل المخطوط: نسخة مراکش.

(2) المختصر: 3/ 613.

(3) انظر مقدمة المختصر: 1/ 12.

الصدقة، فمثل هذه الوجوه التي يمنع منها لجرائرها، والربا أحق ما حميت مراعاته^(١).

وابن أبي زيد رحمه الله كان له ترجيحات في المختصر وإن لم يصرح بذلك في منهجه في المقدمة، وإنما كانت ترجيحاته عرضاً اقتضاها السياق والبيان الفقهي، فمن أمثلة ذلك: قوله: "وأنا أرى أن ما لا ينقسم إلا بضرر من دار أو أرض أو حمام فإنه لا يقسم، وكذلك المأجل إلا أن يصير لكل واحد منهما مأجل ينتفع به فليقسم"^(٢).

وفي بعض مسائل القراض: "قال عبد العزيز^(٣): ولا تدفع إليه سلعتك وتقول: قامت علي بكذا، فما كان فيها من ربح بعد ذلك، فبيني وبينك، وهذا له أجر مثله، وما كان في سلعتك من ربح أو ضيعة فلك وعليك". قال أبو محمد: "يظهر لي في مسألة عبد العزيز أنه إن كان قصد إلى أن يعمل بالثمن، ويكون ما قامت به عليه رأس المال عند مفاصلتهما أنه أجبر في كل شيء، لأنه زيادة مشترطة، إما لرب المال أو للعامل، بخلاف القراض بالعرض، ولا يرتب له ثمن، وهذا على أصل قول ابن القاسم. وأما عبد العزيز، فيرى في كل قراض فاسد أجر مثله"^(٤).

ومما يبرز مكانة الاجتهاد عند الإمام ابن أبي زيد رحمه الله في مختصره، إضافاته الفقهية مستدلاً بعلم الفروق في درسه الفقهي، فهذا المثال يوضح هذا المعنى الذي أرمي إليه، وهو قوله في بيان ما يحل ويحرم من السلف في الأشياء: "...وكان من أسلف لينتفع إما بزيادة مقدار، أو بجودة صفة، أو ينتفع بتضمين مستلفه، فغير جائز له، لخروجه عن معروف القرض إلى مكايسة البيع، وإنما يجوز ما يراد به نفع مستقرضه، فجرت العروض هذا المجزئ في تحريم الزيادة في قرضها، فجاز الصنف منها في مثله بمعنى القرض لا نفع فيه إلا أخذه، فإن كان البيع عرضاً بمثله أو بأكثر منه، حرم في الجنس الواحد، وليس ما سميا من البيع محللاً ما أظهرنا من الزيادة في السلف في جنس واحد، حتى إذا اختلفت الأصناف فتباعدت، خرجت عن معنى السلف إلى البيع الجائز، فجائز بعضها في بعض، لرجاء نفاق صنف وكساد الآخر، ولا يرتجى ذلك في الصنف الواحد، بل يصير المقرض على يقين من النفع الذي شرط أو اعتقد، فافترقا"^(٥).

(١) المختصر: 2 / 491.

(٢) المختصر: 3 / 614.

(٣) يقصد عبد العزيز بن أبي سلمة، وقد نص على هذه المسألة في كتابه النوادر والزيادات، انظره: 7 / 250.

(٤) المختصر: 3 / 157.

(٥) المختصر: 2 / 409، 410.

وفي ترجيحه بين أقوال المذهب من أصحاب مالك رحمه الله، نسوق هنا مثالا يدل على سعة علم الإمام ابن أبي زيد:

من كتاب الصرف: "قال أشهب: ولا بأس ببيع حصتك منها من أجنبي، إن قبض المبتاع جميع النقرة. قال يحيى: لا يعجبني، وهي كالدنانير. وذكر ابن المواز عن مالك: ألا يباع نصفها من غير الشريك وإن حضرت إلا بعرض. قال أبو محمد: وقول أشهب أبين مما قال يحيى، لأن قسمة الدينار قسمة فساد، ولا فساد في النقرة"⁽¹⁾.

ولم يكن الإمام ابن أبي زيد ناقلًا في مختصره أو مقلداً للأئمة فحسب، بل كان يعمل النظر في بعض المسائل ويستدرك حتى في حق كبار أصحاب مالك كابن القاسم رحمه الله، ولعل نمثل هنا بما ورد في المختصر مستدركاً على ابن القاسم رحمه الله.

"قال ابن القاسم: من نذر صيام سنة غير معينة فليصم اثني عشر شهراً، ليس فيها رمضان ولا يوم الفطر، ولا أيام النحر، فما صام من الأشهر فعلى الأهلّة، وما أفطر من الأشهر أياماً يلزمه إفطارها فليكملة ثلاثين يوماً. قال أبو محمد: قوله: فما أفطر؛ فيه نظر: ولو كان الفطر في أوله كان بينا"⁽²⁾.

ومن قبيل هذا ما علق عليه في مسألة ضمان الغصب: "... وإن كان ابن القاسم فرق بين جناية الغاصب، وجناية غيره، فلا فرق بينهما، وإن من حجة ابن القاسم أن يقول المغصوب منه أنفاً، تسقط عنك حكم الغصب وأطالبك بالتعدي، فيقال له: أرايت لو قتلها الغاصب لكان ذلك لربها، فهذا لا يقوله في القتل مالك، ولا هو ولا غيره من أصحاب مالك"⁽³⁾. وفي هذا القدر كفاية.

(1) المختصر: 2 / 330.

(2) المختصر: 1 / 348.

(3) المختصر: 3 / 519.

المطلب الثالث: قيمة كتاب المختصر وأثره فيمن بعده:

لا يمكن أن ننهي هذه الدراسة عن ابن أبي زيد وكتابه المختصر دون بيان لقيمة هذا الكتاب وأثره فيمن بعده، فنفاثس الكتب وقيمتها تستمد من عقول وعلوم أصحابها ابتداء، ثم بمن يتفعمون به من أهل العلم ومن يأتون بعدهم، فيؤلفون على منواله أو يشرحونه أو يختصرونه، وكل هذا حصل مع كتاب المختصر للإمام ابن أبي زيد رحمه الله، ولما رزقه الله من بركة في العلم والقبول عند الناس.

وتتجلى قيمة المختصر أن علماء عاصروا الإمام ابن أبي زيد فنسجوا على منوال المختصر تأليفهم كما هو صنيع أبي القاسم البراذعي، ومنهم من خدم المختصر شرحا كالقاضي الجليل عبد الوهاب بن نصر البغدادي في كتابه المسمى الممهد في مختصر الشيخ أبي محمد، ناهيك عن النقول المستفيضة عن المختصر التي جاءت في مصادر علماء المالكية، تدل على قيمة هذا الكتاب.

وقد اهتم المغاربة وأهل الأندلس على الخصوص بمختصر ابن أبي زيد لمكانته عندهم، فهذا أبو عمر بن القطان كان يعتمد في تدريس المدونة في درسه، كما حكى ذلك ابن رشد الجد الذي أخبره شيخه أبو جعفر بن رزق أن أبا عمر بن القطان كان يستفتح مناظراته في ابتداء كتب المدونة بما ذكره ابن أبي زيد في أوائل كتب مختصره ولا يزيد على ذلك⁽¹⁾.

قلت: ولعل هذا هو الأليق بشرح القاضي الجليل أبي نصر عبد الوهاب في ممهده، اقتفاء لطريقة أبي عمر بن القطان في المناظرة، واستفتاحه بما يذكره ابن أبي زيد في المختصر من النصوص الشرعية والقياس وقواعد الشرع، وطريقة الممهد أنه كتاب مناظرة وجدل وخلاف، على ما سألينه في دراسة الممهد إن شاء الله. والله أعلم.

وهذا الفقيه أبو عبد الله محمد بن فرج الطلاع القرطبي يميز لعبد الحق بن عطية المفسر هذا المختصر⁽²⁾.

وأما الفقيه أبو بكر محمد بن خير الإشبيلي صاحب الفهرس، فإنه يروي كتب ابن أبي زيد ومن بينها المختصر، عن الشيخ الحاج أبي الفضل عبد الحق بن أحمد بن سري الغافقي عن أبي عبد الله محمد بن منصور الحضرمي عن أبي محمد بن عبد الله بن الوليد الأندلسي، عن المؤلف ابن أبي زيد⁽³⁾.

(1) انظر: المقدمات الممهدة: 1 / 10.

(2) انظر: فهرس ابن عطية: 91، مقدمة تحقيق كتاب الجامع، لأبي الأجفان رحمه الله: 91.

(3) انظر: فهرس ابن خير: 214.

وأما أبو عبد الله المجاري الأندلسي (ت 864): فإنه قرأ بعض الكتب ومنها مختصر المدونة على شيخه قاضي الجماعة بغرناطة الفقيه أبي عبد الله محمد بن علاق^(١).

وهذا أبو عبد الله بن محمد المتتوري الأندلسي يذكر بين مروياته مختصر المدونة، وقد حدثه بها أبو عبد الله بن عمر عن أبي الحسن بن سليمان القرطبي إلى أن ينتهي به إلى مؤلفه ابن أبي زيد^(٢). كما يذكر المتتوري أنه سمع هذا المختصر تفقهها على قاضي الجماعة أبي عبد الله بن علاق (ت 806هـ)^(٣).

والفقيه أبو بكر المصحفي يسمع مختصر المدونة لابن أبي زيد بقراءة أبيه، حدثه بها عن أبي محمد ابن أبي زيد^(٤).

ويذكر الإمام الفرضي أبو الحسن القلصادي في رحلته الحجازية، أنه قرأ بتلمسان بلفظه بعض مختصر المدونة لابن أبي زيد، على الشيخ الإمام أبي القاسم العقباني (ت 854هـ) رحمه الله^(٥).

فهذا هو الاحتفاء بالمختصر من قبل العلماء قراءة وشرحا واختصارا، وقد حظي من الشهرة والانتشار ما يدل على قيمة هذا الكتاب ومكانة صاحبه الإمام ابن أبي زيد رحمه الله، وننقل هنا عبارة العالم الجليل الشيخ محمد الفاضل بن عاشور رحمه الله في فضل كتاب المختصر وقيمته حيث يقول: "لم يزل من أعظم الكتب الفقهية وأعونها على تكوين الملكة الحق، والتخريج على حسن الفهم ودقة التنزيل وبراعة التعليل، فقد جمع فيه صور الحوادث التي لم تنص أحكامها في المدونة، واهتم بأكثر التي تعرض في عصره في القيروان، فبين أحكامها بحسب تنزيل النقول وتحقيق مناطها أو بالجواب عنها مما يتخرج من الأصول أو من النقول على سنة الاجتهاد في المسائل"^(٦).

(1) انظر: برنامج المجاري: 123.

(2) انظر: فهرس المتتوري.

(3) مقدمة تحقيق كتاب الجامع لأبي الأجفان: 92.

(4) انظر: مقدمة تحقيق الجامع، أبو الأجفان: 91.

(5) انظر: رحلة القلصادي: 113.

(6) انظر: أعلام الفكر الإسلامي، الفاضل بن عاشور: 48.

الباب الثاني
القاضي عبد الوهاب المالكي
وكتابه الممهد في شرح مختصر أبي محمد

الفصل الأول: سيرة القاضي عبد الوهاب البغدادي.
الفصل الثاني: دراسة كتاب الممهد في شرح مختصر أبي محمد.

الفصل الأول: سيرة القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي.

عصر المؤلف.

اسمه ونسبه، مولده ونشأته.

شيوخه وتلامذته.

رحلاته، وظائفه وعلاقته بالدولة.

مؤلفاته، أدبه وشعره، وفاته وثناء العلماء عليه.

المبحث الأول: عصر المؤلف:

المطلب الأول: الحالة السياسية:

كانت الخلافة العباسية في أواخر القرن الرابع وبداية الخامس آيلة إلى الأفول، ففي بغداد مهد الخلافة العباسية - بعد أن ظلت ردحا من الزمن دولة متماسكة البنيان، مهابة الجانب، ممتدة الأقطار، مترامية الأطراف مشرقا ومغربا - لحقها بعد ذلك الضعف والهوان، ثم انتهت أمرها إلى التصدع والانقسام، وتفككت إلى دويلات متناحرة، فلم يبق للخليفة حكم في غير بغداد، "فالبصرة مع ابن رائق وخوزستان إلى أبي عبد الله البريدي، وأمر فارس إلى عماد الدولة ابن بويه، ومصر والشام في يد محمد بن طخج، وبلاد إفريقية تونس والمغرب في يد القائم بن المهدي الفاطمي"⁽¹⁾.

في هذا العصر المشحون بالفتن والاضطرابات السياسية، ظهر القاضي عبد الوهاب البغدادي، وفي فترة حياته ما بين (362 هـ، 422 هـ)، تعاقب على حكم بغداد خليفتان هما:

الطائع لله: أبو بكر عبد الكريم بن المطيع لله الفضل بن المقتدر جعفر بن المعتضد العباسي، وقد كان رجلا صالحا، تولى الخلافة سنة 363 هـ، أي بعد ميلاد القاضي عبد الوهاب بسنة، وبقي على رأس الخلافة إلى أن خلع نفسه عنها سنة 381 هـ، ودامت مدة خلافته سبع عشرة سنة وثمانية شهور، وتوفي سنة 393 هـ، وصلى عليه القادر بالله⁽²⁾.

القادر بالله: أبو العباس أحمد بن إسحاق العباسي البغدادي، تولى الخلافة سنة 381 هـ، وقد كان دينا عالما وقورا من جلة الخلفاء وأمثلهم، وكان على قدر من الدين والتهجد وكثرة الصدقات، وصنف كتابا في الأصول ذكر فيه فضائل الصحابة، وكان هذا الكتاب يقرأ في كل جمعة في حلقة أصحاب الحديث - كما يقول الخطيب البغدادي في تاريخه - وقد عده تاج الدين السبكي وابن الصلاح من فقهاء الشافعية وذكره في طبقاتهم، واستمر في الخلافة إحدى وأربعين سنة إلى أن توفي

(1) انظر: البداية والنهاية، بتصرف يسير: 11 / 197.

(2) انظر مصادر ترجمته: سير أعلام النبلاء: 15 / 118، 126 - الكامل: 7 / 343، 449. البداية: 15 / 437، 501.

سنة 422هـ^(١)، أي: في العام الذي توفي فيه القااضي عبد الوهاب رحمه الله.

وأشارت المصادر التاريخية إلى أن الخليفين لم يكن لهما من الأمر شيء في السلطة والحكم، فقد ازداد أمر الخلافة إداراً، وصار حكم الخلافة الحقيقي للأمرء البويهيين، فهم الذين يولون الخليفة ويعزلونه متى شاءوا، وإليهم الكلمة في تجهيز الجيوش والغزو، وجباية الأموال والتصرف فيها، وغير ذلك من أمور الحكم وتدير الإمارة^(٢)، وبقيت دولة بني بويه مدة قرن وسبع وعشرين سنة^(٣)، وتعاقب على إمارة البويهيين في هذه الفترة:

عضد الدولة: فناخسرو الحسن بن بويه، كان قد تولى الإمارة من سنة: (367هـ - 372هـ). ثم تولى ابنه صمصام الدولة الملك وكان عهده مليئاً بالحروب والاضطرابات، ولم يلبث إلا قليلاً حتى انقلب عليه أخوه شرف الدولة سنة 376هـ، ثم استبد بالحكم بعده أخوه بهاء الدولة (ت 403هـ)، الذي خلع الخليفة الطائع ونصب القادر بالله خليفة للعباسيين، وبقي حكم بني بويه تسيطر عليه الفتن والدسائس والخصومات حتى آخر ملوكهم جلال الدولة أبو طاهر بن بهاء الدولة (ت 435هـ)، حيث كان قد تولى إمارة بغداد بعد موت أخيه شرف الدولة سنة (416هـ)، واستمر ملكه إلى وفاته سنة 435هـ^(٤).

كان البويهيون من الشيعة الزيدية، وكانوا يعتقدون أن بني العباس قد غصبوا الخلافة، فلذلك ما فتئوا يحاولون نقل الخلافة من العباسيين؛ لأن الخلفاء كانوا سُنة، وكان الصراع بين الشيعة والسنة محتدماً، ويروي ابن خلدون في تاريخه: "أن معز الدولة اعتزم على نقل الخلافة منهم إلى العلوية، فقال له بعض أصحابه، لا تول أحداً يشركك قومك كلهم في محبته والاشتغال عليه، وربما يصير لهم دونك، فأعرض عن ذلك وسلبهم الأمر والنهي"^(٥)، وهذه الرواية عن ابن خلدون تبين حال خلفاء بني العباس في آخر عهد دولتهم، وضعف شوكتهم، فلم يبق لهم من أمر السلطة والحكم شيء.

وفي مصر مرتحل القااضي عبد الوهاب بن نصر، يجرنا الحديث إلى الوضع السياسي في هذه البلاد،

(1) انظر: تاريخ بغداد: 4/ 37، سير أعلام النبلاء: 15/ 127، الكامل: 8/ 197، تاريخ ابن خلدون: 3/ 554، طبقات الشافعية الكبرى: 4/ 5، طبقات الشافعية: 1/ 324.

(2) انظر: الكامل: 7/ 90.

(3) انظر: تاريخ الإسلام: 30/ 21.

(4) انظر مختصر المصادر الآتية: الكامل: 7/ 350، النجوم الزاهرة: 4/ 158، 159، تاريخ ابن خلدون: 3/ 534، 536، 551، وظهر الإسلام: 1/ 49، 57، المقدمة التحقيقية للإشراف: 1/ 11، 12.

(5) انظر: تاريخ ابن خلدون: 3/ 522.

فقد كانت مصر تحت سلطة دولة العبيديين الفاطميين، وكان الحاكم الظاهر لإعزاز دين الله العبيدي الفاطمي يحكم مصر عند وصول القاضي عبد الوهاب إليها، والظاهر لدين الله هذا؛ ولي الخلافة بعد قتل أبيه الحاكم بأمر الله العبيدي (ت 411هـ)، واستمر في خلافته إلى أن توفي سنة (427هـ)، وقد ملك الظاهر سائر ممالك والده مثل الشام والثغور وإفريقية، وكان عاقلاً سمحاً جواداً يميل إلى دين وعفة وحلم مع تواضع⁽¹⁾، ووقعت في فترة حكمه حوادث كثيرة، منها أنه وقعت فتنة عظيمة بين الشيعة وأهل السنة قتل فيها خلق كثير⁽²⁾. ثم تولى الخلافة بعده ابنه المستنصر بالله الفاطمي واستمر حتى سنة (487هـ)، فأقام في الخلافة ستين سنة كما ذكر ذلك المؤرخون⁽³⁾.

المطلب الثاني: الحالة العلمية:

شهد القرن الرابع والخامس الهجري نهضة علمية بارزة ارتقت بالعالم الإسلامي إلى أوج الحضارة والفكر، ومست مختلف العلوم والمعارف وحتى الفنون، وقد كانت بغداد من أكبر المراكز العلمية والثقافية إشعاعاً، وظهر بها عدد غير قليل من فحول العلم والفكر، وجهابذة في علم العقائد والديانات، وأئمة الحديث والفقه، وأساطين الكتاب والأدباء، ومشاهير الفلاسفة والجغرافيين والكتاب والكيميائيين والأطباء والصيدالة والعلماء الموسوعيين، وللوقوف على أسباب هذا الازدهار العلمي في هذه الفترة يمكن أن نوجزه في ما يلي:

اهتمام الخلفاء بالعلم والعلماء: كان للخلفاء والأمراء والسلاطين دور كبير في ازدهار الحركة العلمية في بغداد وغيرها من الأقاليم، وذلك بتشجيعهم للعلماء واحتفائهم بهم في المجالس، وإكرامهم وتقديرهم، فهذا عضد الدولة البويهى يسجل له أنه أجرى الجرايات على الفقهاء والمحدثين والمتكلمين، والمفسرين والنحاة والشعراء والأدباء، والنسابين والأطباء والحساب والمهندسين، وبالع في إكرام العلماء والإنعام عليهم، وصار يقربهم من حضرته ويدنيه من خدمته ويعارضهم في أجناس المسائل⁽⁴⁾.

تأسيس المدارس النظامية: لم تكن المدارس النظامية معروفة من قبل في صدر الإسلام، وإنما نشأت هذه المدارس وحدثت بعد الأربع مائة هجرية، وأول من حفظ عنه أنه بنى مدرسة في

(1) انظر: النجوم الزاهرة: 4 / 411، الكامل: 8: 130، 219، المنتظم: 15 / 143، تاريخ ابن خلدون: 4 / 77.

(2) انظر: النجوم الزاهرة: 4 / 415.

(3) انظر: تاريخ الخلفاء: ص، 524.

(4) انظر: التاريخ العباسي، أحمد العبادي، ص 170.

الإسلام أهل نيسابور، فبنيت بها المدرسة البيهقية، وبنى بها أيضا الأمير نصر بن سبكتكين مدرسة، وبنى بها أخو السلطان محمود بن سبكتكين المدرسة السعيدية. وأشهر ما بني في القديم المدرسة النظامية ببغداد؛ لأنها أول مدرسة قرر بها للفقهاء معاليم، وهي منسوبة إلى الوزير نظام الملك، كان قد انتهى من بنائها سنة تسع وخمسين وأربع مائة، ودرس فيها الشيخ أبو إسحاق الشيرازي الفيروزآبادي رحمه الله⁽¹⁾. كما بنى نظام الملك مدارس جديدة منها: مدرسة ببلخ، ومدرسة بنيسابور ومدرسة بهراة، ومدرسة بالبصرة، ومدرسة بأصبهان، ومدرسة بمرو، ومدرسة بآمل طبرستان، ومدرسة بالموصل⁽²⁾، وعرفت هذه المدارس بالمدارس النظامية.

وإلى جانب ظهور المدارس، نشطت المكتبات العلمية وصار كثير من العلماء يوقفون كتبهم على المساجد ليستفيد منها طلاب العلم، وعني بعض الناس ببناء مكتبات عامة يتزود منها الناس بالعلم والمعرفة، ومن أشهر هذه المكتبات، مكتبة جعفر بن محمد بن حمدان الموصلية من أدباء القرن الرابع الهجري وعلمائه، وهي مكتبة ضخمة مملأها بالكتب من جميع الفنون، ووقفها على طلبة العلم⁽³⁾. ومن أهم مظاهر الحركة العلمية في هذا العصر:

المناظرات العلمية التي كانت بين العلماء في المساجد وفي قصور الخلفاء والملوك، وقد حكى القاضي عبد الوهاب في كتبه⁽⁴⁾ بعضا من هذه المناظرات في حضرة الإمام الباقلاني⁽⁵⁾، وذكر القاضي عياض أن الملك عضد الدولة فناخسرو بن يزيد الديلمي كان يحب العلماء، وكان مجلسه يحتوي منهم على عدد عظيم من كل فن، وأكثرهم الفقهاء والمتكلمون، وكان الملك قد أرسل في طلب الباقلاني وشيخه ابن مجاهد ليشغلا مكان أهل السنة والجماعة الذي كان شاغرا في مجلسه من أجل مناظرة المعتزلة الذين كانوا يحضرون مجلسه، منهم رئيس المعتزلة البغداديين الأحدث⁽⁶⁾. وكان من أبرز مظاهر الحركة الفكرية؛ مراسلات العلماء بعضهم لبعض وتبادل الكتب والمعارف، كما حدث بين الإمام ابن أبي زيد مع الإمام الأبهري شيخ القاضي عبد الوهاب، مما يدل على نشاط الحركة الفكرية

(1) انظر: الخطط المقرية: 3/ 436، 437، طبقات الشافعية الكبرى: 4/ 314.

(2) انظر: طبقات الشافعية الكبرى: 4/ 313.

(3) انظر: تاريخ الأدب العربي: العصر العباسي الثاني، شوقي ضيف: 124.

(4) انظر: المعونة: 3/ 1507.

(5) قال في المدارك في ترجمة القاضي أبي بكر الباقلاني: "وتفقه عنده القاضي أبو محمد بن نصر، وعلق عنه، وحكى في كتبه ما شاهد من مناظراته في الفقه بين يدي ولي العهد ببغداد للمخالفين". ترتيب المدارك: 7/ 47.

(6) انظر: ترتيب المدارك - بتصرف -: 7/ 51 وما بعدها.

وازدهارها في هذا العصر.

ومما ساعد على نشاط الحركة العلمية والفكرية، انفتاح الحضارة الإسلامية على الحضارة اليونانية والفارسية والرومانية والهندية التي كانت بدأت من عصر المأمون، وقد اشتغل بها عدد كبير من المثقفين حيث وجدت قبولا، بل وامتزاجا ببعض فروع الثقافة الإسلامية⁽¹⁾، وكان لا بد من هذا الانفتاح أن تصاحبه ترجمة العلوم، ونقل المعارف إلى اللغات الأخرى، فازدهرت حركة الترجمة وزاد نشاطها، وترجمت عدة كتب ومصنفات في الفلسفة والطب وغير ذلك إلى لغات الأجناس مما كان لذلك كبير الأثر في النشاط العلمي والفكري والحضاري، وكان هذا أحد الأسباب والدوافع في الحياة العلمية والثقافية في هذا العصر.

ونسجل هنا سريعا حالة الفقه والفقهاء في هذه الفترة، فقد بلغ الفقه مداه وتعددت مذاهبه ومدارسه، ونبع علماء أرسخوا قواعد الفقه والأصول، وألفوا في ذلك المؤلفات الكثيرة والمصنفات الجليلة، وازدهر علم الخلاف بحيث كانت المجالس العلمية تعج بالفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وتجري بينهم المساجلات والمناظرات في مسائل الفقه أصوله وفروعه، ويجتهد كل منهم لإظهار قوة حجته وبراعة استدلاله، فنشأ بذلك تراث فقهي آخر، لا يقل أهمية عن تراث الكتب والمصنفات والشروح⁽²⁾، بل إنه تكوّن في هذه الفترة فلاسفة الفقه الذين أسسوا للعقل الفقهي مجاله ودوره في تدعيم مكانة الفقه في هذه الفترة من التاريخ، وكان من أبرزهم القاضي عبد الوهاب رحمه الله إمام المالكية في زمانه، والإمام أبي حامد الإسفرائيني الذي انتهت إليه رئاسة الشافعية ببغداد، والإمام أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي انتهت إليه رئاسة العلم لأصحاب أبي حنيفة ببغداد.

وهكذا نرى بصورة مجملة، الحالة العلمية في الفترة التي عاش فيها القاضي عبد الوهاب. وهي فترة لا شك أنها مليئة بالحوادث والوقائع التي تربى في أطوارها، وعركته أيامها بما استجمعت ببغداد في أكنافها من مختلف العلوم والمذاهب والأفكار والفلسفات، فانعكس ذلك كله على شخصيته رحمه الله، حتى صار علما من أعلامها وواحدا من فقهاءها وعلمائها المستقلين، كما سنعرفه في سيرته وحياته في المبحث الآتي.

(1) انظر: مقدمة محقق كتاب المعونة: 1 / 21.

(2) انظر: القواعد الفقهية للروكي: 37.

المبحث الثاني: اسمه ونسبه، مولده ونشأته.

المطلب الأول: اسمه ونسبه⁽¹⁾:

هو عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون بن مالك بن طوق التَّغْلبي البغدادي المالكي، صاحب الرحبة⁽²⁾، كنيته أبو محمد، ويلقب بالقاضي لتوليه القضاء.

وقد اتفقت كلمة الرواة وتراجم السير في نسب القاضي عبد الوهاب، فأجمعوا على أنه عربي فصيح ينتهي إلى جده الأعلى مالك بن طوق التغلبي، من قبيلة تَغْلِب، وهي قبيلة معروفة من بني وائل بن قاسط بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان، وإليها ينسب الشاعر عمرو بن كلثوم⁽³⁾.

(1) مصادر ترجمته في: شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب، النسخة الأزهرية، ل 129 أ، المعونة: 3/ 1507، عيون المسائل: ص 654، الفروق الفقهية، لأبي الفضل مسلم الدمشقي: ص 61، تاريخ بغداد، 12/ 292، المنتقى: 1/ 283، طبقات الفقهاء، 168، فهرس ابن عطية، ص 110، الذخيرة، 2/ 525، 529، ترتيب المدارك 2/ 272، الغنية: 286، شرح المدونة للمازري: ل 85 تاريخ دمشق، 37/ 337، تبين كذب المفترى: 249، فهرست ابن خير 243، الصلة: 2/ 541، المنتظم: 8/ 61، بغية الملتبس، ص 497، جامع الأصول: 11/ 323، غاية النهاية: 2/ 364، ذيل تاريخ بغداد: 12/ 16، وفيات الأعيان: 3/ 222، معالم الإيمان: 3/ 159 برنامج التجيبي، 270، العقد المنظوم: 1/ 516، العبر: 2/ 319، سير أعلام النبلاء: 17/ 432، تاريخ الإسلام، 29/ 89، تذكرة الحفاظ: 3/ 1104، معرفة القراء الكبار: 2/ 860، الطرق الحكمية، ص 131، مرآة الجنان: 3/ 33، طبقات الشافعية الكبرى: 4/ 29، طبقات الشافعية للإسنوي، 2/ 83، تاريخ قضاة الأندلس، ص 62، الديباج: 2/ 29، مقدمة ابن خلدون، ص 501، الكواكب السيارة في ترتيب الزيارة، ص 76، انتصار الفقير السالك، ص 307، حسن المحاضرة: 2/ 188، الرد على من أخلد إلى الأرض: ص 32، المعيار: 10/ 10، طبقات المالكية لمجهول، مخطوط: ل 241، نفح الطيب، 2/ 512، كشف الظنون: 1/ 621، شذرات الذهب: 5/ 114، هدية العارفين: 1/ 637، شجرة النور، 104، القواعد الفقهية للروكي، ص 60، القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة، ص 106، الإنحاف بتخريج أحاديث الإشراف: 1/ 112، بحوث ملتقى القاضي عبد الوهاب، المقدمة التحقيقية لكتاب الحدود الكلامية، ص 36، المقدمة التحقيقية لكتاب المعونة.

(2) "الرحبة": مدينة تقع في شرق سورية إلى جوار مدينة الميادين، أكبر المناطق التابعة لمحافظة دير الزور، والرحبة واقعة على طرف البادية من جهة الشام، وكان نهر الفرات يمر تحتها، ويبعد عنها اليوم من نحو ثلاثة كيلومترات. انظر: معجم البلدان: 3/ 34، الروض المعطار: 268.

(3) انظر: اللباب في تهذيب الأنساب: 1/ 217، 218، جمهرة أنساب العرب: 509، نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب:

المطلب الثاني: مولده ونشأته:

كان مولد القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر رحمه الله ببغداد في النصف الثاني من القرن الرابع للهجرة النبوية، واختلفت المصادر في تحديد سنة مولده على وجه يقين، فذكر القاضي عياض رحمه الله في ترتيب المدارك، أنه رأى في بعض التعاليق، أن القاضي عبد الوهاب مات وعمره ثلاث وسبعون سنة^(١)، وعلى هذا يكون مولده سنة 349 هـ، إذا قطعنا أن وفاته كانت سنة 422 هـ باتفاق المؤرخين.

وذكر ابن خلكان في وفيات الأعيان، أن القاضي عبد الوهاب سئل عن مولده فقال: "يوم الخميس السابع من شوال سنة اثنين وستين وثلاثمائة ببغداد"^(٢). وهو الذي أثبتته ابن فرحون المالكي في ديباجه^(٣) وابن العماد في شذراته^(٤). وقال الذهبي: عاش ستين سنة، وعلى هذا يكون مولده سنة 362 هـ. ذكر هذا في العبر والسير^(٥).

والمرء أعلم بتاريخ مولده، لا سيما وأن القاضي قد صرح بهذا على وجه دقيق ذاكرا اليوم والشهر والسنة والمكان الذي ولد فيه، وهو الأمر الذي نميل إليه بخلاف رواية القاضي عياض رحمه الله^(٦) التي هي في حكم الظن أو أقرب إليه، مع أن صاحب الديباج كثيرا ما يتابع القاضي عياضا في كتابه ترتيب المدارك ويعتمد عليه، غير أنه ههنا صرح بمولد القاضي أنه كان سنة 362 هـ، وهو خلاف ما ذكره القاضي عياض.

وقد نشأ القاضي عبد الوهاب في بيت علم وأدب وفضل، فقد حدثتنا المصادر أن أباه كان من أهل العلم والصلاح في بغداد^(٧)، و"كان من أعيان الشهود المعدلين"^(٨)، يعني أنه من أهل العدالة

(1) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 227.

(2) انظر: وفيات الأعيان: 3 / 222.

(3) انظر: الديباج: 2 / 29، شجرة النور: 104.

(4) انظر: شذرات الذهب: 5 / 114.

(5) انظر: العبر: 2 / 319، سير أعلام النبلاء: 17 / 432.

(6) لم يعتمد الدكتور محمد الروكي في كتابه القواعد الفقهية رواية ابن خلكان، بل رجح عليها رواية القاضي عياض، ومستبعدا أن يكون القاضي قد تتلمذ على الأبهري في حادثة سنه". وهو بعيد كما ترى لما سنذكره بعد هذا ان شاء الله. القواعد الفقهية، ص: 60، 61.

(7) انظر: وفيات الأعيان: 3 / 222.

(8) معنى قوله: الشهود المعدلين، هم رجال يعينهم القاضي يكونون في مجلسه بقصد الشهادة على أحكامه، ويبارسون مهمة مهمة تعديل الشهود، أو تجريحهم. الممهد: ل 39 أ.

واستقامة الحال وحسن الخلق، وكان من العلماء المحدثين، ويدلك على هذا سماع القاضي من أبيه بقوله في شرح الرسالة: "...وقد روي هذا الحديث من طريق آخر بزيادة هي صريح في نفي الوجوب، حدثناه أبي رحمه الله، قال: نا عثمان بن أحمد الدقاق، قال: نا إسحاق بن إبراهيم، قال: نا إسماعيل بن زرارة الدقي، قال: نا عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفي، عن سليمان التميمي عن الحسن عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من توضأ يوم الجمعة⁽¹⁾ ويجزئ من الفريضة، ومن اغتسل بالغسل أفضل»⁽²⁾. وأثبت صاحب المدارك سماع القاضي من أبيه قائلا: "سمع من أبيه عن أبي ثابت الصيدلاني وابن عمر ابن السماك وأبي خالد النصيبي..."⁽³⁾.

وكان والده على جانب من الفقه والعلم، فهو الفقيه المالكي بنص الرواية التي ذكرها ابن النجار البغدادي في كتابه ذيل تاريخ بغداد، قال: "أبنا عبد الوهاب بن علي الأمين، عن محمد بن عبد الباقي الأنصاري، قال: كتب إلي أبو غالب محمد بن أحمد بن بشران الواسطي، قال: حدثني أبو الحسن علي بن محمد بن نصر الكاتب، قال: كنت عند قاضي القضاة أبي عبد الله الحسين بن مأكولة يوما، فحدثه أبو بكر محمد القاضي المعروف بابن الأخضر وهو جالس إلى جانبي قال: حدثني الشيخ أبو الحسن علي بن نصر الفقيه المالكي، وكان ناهيك عدالة وثقة..."⁽⁴⁾ وساق ابن النجار تكملة القصة.

هذا عن شأن والده، وأما أخوه أبو الحسن محمد علي بن نصر، فإنه كان أديبا فاضلا ومن الشعراء المذكورين، ولعل أخاه عبد الوهاب قد أخذ منه بحظ وافر من الشعر، صنف كتاب المفاوضة للملك العزيز جلال الدولة أبي منصور ابن أبي طاهر بهاء الدولة بن عضد الدولة بن بويه، جمع فيه ما شاهده، وهو من الكتب الممتعة في ثلاثين كراسة، مولده ببغداد في إحدى الجماديين سنة اثنين وسبعين وثلاثمائة، وتوفي يوم الأحد شهر ربيع الآخر سنة 437 هـ بواسط وكان قد صعد إليها من البصرة فمات بها⁽⁵⁾.

وتدلنا هذه الأخبار أن القاضي عبد الوهاب تنشأ في بيت علم وفقه وأدب وصلاح، وليس

(1) كلمة لم أستطع قراءتها.

(2) شرح الرسالة: مخطوطة أزهرية، ل: 129 أ.

(3) ترتيب المدارك: 7 / 221.

(4) انظر: ذيل تاريخ بغداد: 19 / 153 وما بعدها.

(5) انظر: الوفيات: 3 / 222، تاريخ الإسلام: 29 / 89، السير: 17 / 432، الديباج: 2 / 29.

غريباً أن يكون هذا مشربه ومنبته الحسن في منازل العلم والفقه والعدالة والاستقامة، ولم تسعفنا الأخبار والروايات في الكشف عن مزيد حياته في صبوته وشبابه وحال أسرته إلا ما وجدناه.

هذا؛ وقد ذكر الخطيب البغدادي في تاريخه في ترجمته لعلي بن نصر بن الصباح بن عبد الله بن مالك بن طوق التغلبي، أبي الحسن البغدادي، كان شيخاً حافظاً للأدب وتفقه على مذهب داود⁽¹⁾، ولم يذكر سنة وفاته ولعله من أسرة القاضي عبد الوهاب، وليس هو والد القاضي عبد الوهاب كما ظن الأستاذ الروكي عند ترجمته للقاضي عبد الوهاب⁽²⁾.

(1) تاريخ بغداد: 12 / 116.

(2) القواعد الفقهية، ص: 62.

المبحث الثالث: شيوخه وتلامذته:

المطلب الأول: شيوخه:

كانت بغداد في تلك الفترة من حواضر العالم الإسلامي، فهي مأوى الفقهاء والمجتهدين، ومفزع الطلاب والقاصدين، وملاذ الراغبين والمحدثين، وكانت قد جرت عادة أهلها أن يدفع الآباء بأبنائهم إلى مجالس العلم وحلقات الدرس، ويأخذوا بأيديهم إلى سماع روايات الحديث والفقه في سن الحداثة، فانقطع القاضي عبد الوهاب في صباه للأخذ عن جلة من علماء بغداد مختلف العلوم الشرعية والعقلية واللغوية، حتى بلغ مبلغ العلماء الكبار، فمن هؤلاء الشيوخ:

- 1 - والده علي بن نصر: سمع القاضي من أبيه وحدث عن جماعة بواسطته، ففي المدارك يقول عياض: "سمع من أبيه عن أبي ثابت الصيدلاني، وأبي عمر بن السماك، وأبي خالد النصيبي والحلوي"⁽¹⁾. وقد ذكرنا قبل سماع القاضي من أبيه فأغنى عن إعادته.
- 2 - أبو عبد الله العسكري: الحسين بن محمد بن عبيد البغدادي الدقاق، حدث عن محمد بن يحيى المروزي وأبي العباس بن مسروق وجماعة، وروى عنه أبو القاسم الأزهري والحسن بن محمد الخلال والقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر، وكان ثقة أميناً، مات سنة 375هـ⁽²⁾.
- 3 - عمر بن محمد بن إبراهيم بن محمد بن خالد أبو القاسم البجلي، المعروف بابن سبنك، كان ثقة وسمع منه القاضي عبد الوهاب المالكي، توفي سنة 376هـ⁽³⁾.
- 4 - أبو حفص بن شاهين عمر بن أحمد بن عثمان: أخذ عن جماعة، من المكثرين، وكان ثقة مأموناً، وسمع منه القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر، توفي سنة 385هـ. ذكر هذا القاضي عياض في مداركه⁽⁴⁾.

(1) ترتيب المدارك: 7 / 221.

(2) تاريخ بغداد: 8 / 100 وما بعدها- السير: 16 / 317.

(3) تاريخ بغداد: 11 / 261، السير: 16 / 368، المدارك: 7 / 221.

(4) ترتيب المدارك: 7 / 220، تاريخ بغداد: 11 / 265 وما بعدها، السير: 16 / 431.

5 - أبو بكر الأبهري: محمد بن عبد الله بن صالح التميمي شيخ المالكية في عصره، سكن بغداد وحدث بها، وتفقه على القاضي أبي الفرج وابن الجهم وغيرهما، وحدث عنه خلق كثير، منهم أبو سعيد القزويني وأبو القاسم بن الجلاب، وأبو الحسن بن القصار، والدارقطني والبرقاني وغيرهم، وأخذ عنه من أهل الأندلس: أبو القاسم الوهراني، والأصيلي واستجازه أبو محمد ابن أبي زيد، ومن تصانيفه: شرح المختصر الكبير^(١) والمختصر الصغير لابن عبد الحكم، وكتاب إجماع أهل المدينة وكتاب الأصول، قال عنه الشيرازي: جمع بين القراءات وعلو الاسناد، والفقه الجيد، وانتشر عنه فقه مالك في البلاد. قال الدارقطني هو إمام المالكية، وإليه الرحلة من أقطار الدنيا، توفي سنة 375 هـ رضي الله عنه^(٢).

هذا، وقد جزم الشيرازي أن القاضي عبد الوهاب قد رأى أبا بكر الأبهري إلا أنه لم يسمع منه شيئاً^(٣)، ولكن القاضي عياضاً يرد عليه بقوله في المدارك: "وهذا غير صحيح بل حدث عنه وأجازه"^(٤).

ويؤيد هذا النص رواية أخرى أثبتها القاضي عياض في مداركه في ترجمة القاضي أبي الفرج عمر ابن محمد البغدادي (ت 331 هـ)، وهو ممن روى عنه أبو بكر الأبهري، قال: قال عبد الوهاب بن نصر: دخلت في حديثي على الأبهري، وفي كمي كتاب الحاوي لأبي الفرج فقال لي: ما الذي في كمي؟ فقلت: الحاوي لأبي الفرج. فقال: ليس بالحاوي ولكنه الحاوي^(٥).

ويؤكد هذا أيضاً ما ذكره ابن فرحون في ديباجه، فقد سئل القاضي عبد الوهاب فقيلاً له: مع من تفقّهت، فقال: صحبت الأبهري^(٦) وتفقّهت مع أبي الحسن بن القصار وأبي القاسم بن الجلاب،

(1) مخطوط بالمكتبة الأزهرية، رقم: 1655.

(2) طبقات الفقهاء: 168، السير: 16 / 332، الأنساب: 1 / 77، الديباج: 2 / 206، 208.

(3) طبقات الفقهاء: 168.

(4) ترتيب المدارك: 7 / 221.

(5) ترتيب المدارك: 5 / 27.

(6) من المهم هنا أن ننبه إلى أن الأبهري أبا بكر يلقب بالصالح، وقد ذكره القاضي عياض بهذا اللقب، وغاب هذا اللقب عن أبي الوليد الباجي فظن أنه غير أبي بكر الأبهري فصرح بأنه مجهول، وتعقبه القاضي عياض في المدارك بقوله: "كما أن قول القاضي أبي الوليد رحمه الله في القزويني أنه مجهول غير ملتفت إليه، وكذلك قال في الصالح، فلو اعتنى رحمه الله بهذا الباب لعلم أن الصالح هو أبو بكر محمد بن صالح الأبهري ولما قال فيه هذا". انظر: المنتقى: 2 / 128، ترتيب المدارك: 1 / 21، والديباج: 1 / 162، 163.

والذي فتح أفواهنا وجعلنا نتكلم أبو بكر بن الطيب^(١).

5 - القاضي أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني: شيخ السنة المتكلم الأشعري النظار. أخذ عن أبي بكر الأبهري وأبي عبد الله محمد بن أحمد بن مجاهد الطائي. وأخذ عنه أبو عمران الفاسي وأبو ذر الهروي وغيرهم. قال أبو عمران الفاسي: "كان الباقلاني سيد أهل السنة في زمانه، وإمام متكلمي أهل الحق في وقتنا". وقيل لأبي ذر الهروي: أنت من هراة، فمن أين تمذهبت لمالك والأشعري؟ فقال: إني قدمت بغداد أطلب الحديث، فلزمت الدار قطني، فكنيت مرة ماشيا ببغداد مع أبي الحسن علي الدار قطني، إذ لقينا شابا، فأقبل الشيخ أبو الحسن عليه وعظمه ودعاه. فقلت للشيخ: من هذا الذي تصنع به هذا؟ فقال لي: هذا أبو بكر بن الطيب الذي نصر السنة وقمع المعتزلة، وأثنى عليه. قال أبو ذر: فاختلفت إليه وأخذت عنه من يومئذ. توفي سنة: 403 هـ، رضي الله عنه^(٢).

وقد وجدت في المعونة نصا مؤرخا يدل على مجالسة القاضي عبد الوهاب لشيخه الباقلاني، في مناظرة علمية بين أبي الفرج بن طرارة والقاضي أبي بكر الباقلاني، نسوقها هنا لأهمية تأريخها ومكانها:

قال القاضي عبد الوهاب في المعونة في مسألة تولي المرأة الإمامة مطلقا: "...وسمعت أبا الفرج ابن طرارة^(٣) وسئل عن هذه المسألة في مجلس السلطان الأعظم عندنا بمدينة السلام وأنا حاضر سنة سبع وثمانين وثلاثمائة، فاحتج بأن قال: لأن الغرض من الأحكام تنفيذ الأحكام وسماع البيعة والفصل بين الخصوم، وذلك مُتأتٍ من المرأة كَتَاتِيهِ من الرجل، فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الأنثى والذكر، وهذا القدر غير مؤثر. فنقضه القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الطيب الأشعري شيخنا رحمه الله بالإمامة الكبرى؛ لأن الغرض بها حفظ البيضة وحماية الحوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج وأموال المسلمين وصرفها في وجوهها. قد يتأتى ذلك من المرأة كَتَاتِيهِ من الرجل ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إماما^(٤).

(1) الديباج: 2 / 26.

(2) تاريخ بغداد: 5 / 379، ترتيب المدارك: 7 / 46، 47، الديباج: 2 / 228، وفيات الأعيان: 4 / 269، السير: 17 / 190 تذكرة الحفاظ: 3 / 1104، 1105، تبين كذب المفتري: 217.

(3) هو القاضي أبو الفرج المعافي بن زكريا النهرواني، المعروف بابن طرارة، كان يذهب إلى مذهب محمد بن جرير الطبري، وكان من أعلم الناس في وقته، وكان فقيها أديبا شاعرا، عالما بكل شيء، توفي سنة 390 هـ. انظر: تاريخ بغداد، 13 / 230، وطبقات الفقهاء: ص 93. وقد وهم في ترجمته الأستاذ عبد الحق حميش في المعونة ونسبه إلى أبي الفرج أحمد بن محمد بن عمر بن حسن بن مسلمة البغدادي المعدل، وهو غير صحيح، انظر: هامش التحقيق في المعونة: 3 / 1507.

(4) المعونة: 3 / 1507.

وفي هذا النص ما يدل على مصاحبة القاضي لشيخه الباقلاني ومجالسته له، وقد فات محقق كتاب المعونة هذه الحكاية ولم ينتبه لها، ونظرا لأهميتها أوردناها بتمامها كاملة.

6 - أبو بكر الصياد: محمد بن أحمد بن يوسف بن وصيف، قال الخطيب البغدادي رحمه الله: "كتبنا عنه وكان ثقة صدوقا خيرا شديدا"⁽¹⁾. وسمع منه أبو محمد القاضي عبد الوهاب، توفي رحمه الله سنة 413 هـ⁽²⁾.

وقد أبعده في ترجمته حمزة أبو فارس في كتابه القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة، حيث قال: "محمد بن أحمد الصياد، كذا في طبعتي المدارك، ولعل ذلك تصحيف الصيداوي، فالموجود في كتب التراجم محمد بن أحمد أبو الحسين الصيداوي المعروف بابن جميع، توفي سنة 402 هـ"⁽³⁾.

قلت: أبو بكر الصياد هو غير ابن جميع، محمد بن أحمد الصيداوي الذي ترجم له الإمام الذهبي في السير⁽⁴⁾، ولعل حمزة أبا فارس غرته ترجمة الذهبي له فمال إليه ولم يتفطن لذلك.

7 - أبو طاهر المخلص: محمد بن عبد الرحمن بن العباس بن عبد الرحمن بن زكريا، سمع من عبد الله بن محمد البغوي، وأبي بكر بن أبي داود وجماعة، كان شيخا صالحا ثقة ومات في شهر رمضان سنة 393 هـ. ذكره عياض في عداد شيوخ القاضي عبد الوهاب⁽⁵⁾.

8 - أبو علي بن شاذان: الحسن بن أحمد بن إبراهيم، أبو علي البزار، سمع من عثمان بن أحمد الدقاق وآخرين، قال الخطيب: كان ثقة صدوقا صحيح الكتاب، توفي سنة 426 هـ⁽⁶⁾.

9 - أبو الفتح القواس: يوسف بن عمر بن مسرور القواس البغدادي، الإمام القدوة الرباني. سمع أبا القاسم البغوي وأبا بكر بن أبي داود ويحيى بن صاعد وغيرهم. كان محدثا ثقة، وعنه حدث خلق كثير، منهم أبو محمد الخلال وأبو يوسف العتيقي وأبو ذر الهروي وغيرهم. صرح الحافظ ابن عساكر برواية القاضي عبد الوهاب عنه⁽⁷⁾، كما أن القاضي عبد الوهاب ذكره في شرح الرسالة وعده من شيوخه⁽⁸⁾. توفي رحمه الله سنة 385 هـ⁽⁹⁾.

(1) تاريخ بغداد: 1/ 378.

(2) ترتيب المدارك: 7/ 221.

(3) القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة، ص: 106 المتن مع هامشه.

(4) انظر: سير أعلام النبلاء: 17/ 152.

(5) تاريخ بغداد: 2/ 322، ترتيب المدارك: 7/ 221.

(6) تاريخ بغداد: 7/ 279، ترتيب المدارك: 7/ 221.

(7) تاريخ دمشق: 37/ 338.

(8) شرح الرسالة: 5/ 118.

10 - أبو الحسن بن القصار: علي بن عمر بن أحمد البغدادي المعروف بالقاضي ابن القصار، وهو من كبار شيوخ القاضي عبد الوهاب تفقه بأبي بكر الأبهري وعلي بن الفضل الستوري السامري، كان أصولياً نظاراً، وولي قضاء بغداد، قال أبو ذر: وهو أفقه من رأيت من المالكيين، وكان ثقة قليل الحديث، وعليه تفقه ابن نصر وأخذ عنه ابن عمرو وس وأبو ذر الهروي، له مصنفات في الفقه والأصول منها عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار. قال القاضي عياض في المدارك: "قال القاضي عبد الوهاب: تذاكرت مع أبي حامد الاسفرائيني الشافعي في أهل العلم وجرى ذكر أبي الحسن بن القصار وكتابه في الحجة لمذهب مالك، فقال لي: ما ترك صاحبكم لقائل ما يقول". توفي سنة 397هـ⁽¹⁾.

أشار القاضي رحمه الله إلى شيخه ابن القصار في مواطن كثيرة وأحال على كتابه في الممهد على ما سنينه إن شاء الله تعالى.

11 - أبو القاسم بن الجلاب: عبيد الله بن الحسين بن الحسن البصري، وقد اختلف في اسمه، تفقه بالأبهري وغيره، وله كتاب في مسائل الخلاف، وكتاب التفریع، وكان أحفظ أصحاب الأبهري وأنبلهم، وتفقه به القاضي عبد الوهاب وغيره من الأئمة، توفي سنة 378هـ⁽²⁾. والظاهر أن القاضي عبد الوهاب قد أكثر النقل عنه في الممهد دون التصريح باسمه وسنينه في موضعه إن شاء الله تعالى.

12 - عبد الملك المرواني المالكي، ابن عبد العزيز بن أحمد المدني قاضي المدينة، كان من أهل العلم، ألف كتاب الأشربة وتحريم المسكر، سمع منه الناس كثيراً، منهم أبو محمد الأصيلي والقاضي ابن السليم وأخذ عنه القاضي عبد الوهاب رحمه الله تعالى⁽³⁾. وترجم له القاضي عياض في المدارك دون أن يصرح بسامع القاضي عبد الوهاب منه⁽⁴⁾.

13- ابن اللبان: أبو الحسين الفرضي البصري الشافعي، كان إماماً في الفقه والفرائض، وصنف

(1) تاريخ بغداد: 14/ 325، المنتظم: 7/ 187، السير: 16/ 447، تاريخ الإسلام: 27/ 113.

(2) تاريخ بغداد: 12/ 41، طبقات الفقهاء: 84، ترتيب المدارك: 7/ 70، 71. أرخ الخطيب سنة وفاته 397 بينا قال عياض وابن فرحون أنه توفي سنة 398هـ. انظر: الديباج: 2/ 100.

(3) ترتيب المدارك: 7/ 76، الديباج: 1/ 461.

(4) الديباج: 2، 22، التحفة اللطيفة: 3/ 94، شجرة النور: 90، وفيها أنه كان حياً بعد 363هـ، وهو بعيد، والذي ينبغي أن يقال: أنه كان حياً بعد 373هـ لأن القاضي عبد الوهاب ولد سنة 362هـ.

(5) ترتيب المدارك: 5/ 255.

فيه كتب كثيرة، وعنه أخذ الناس الفرائض، توفي سنة 402هـ^(١). وصفه القاضي في شرح الرسالة بقوله: "وذكره لنا شيخنا ابن اللبان عن محمد بن الحنفية، أن المسلم يرث الكافر"^(٢).

14- ابن كج القاضي: الشهيد أبو القاسم يوسف بن أحمد الشافعي: من أئمة الشافعية، جمع بين رئاسة الفقه والدنيا، قتله العيارون بالدينور ليلة السابع والعشرين من رمضان سنة 405هـ، وله مصنفات كثيرة^(٣)، وقد سمع منه القاضي وذكره في شرح الرسالة فقال: "سمعت القاضي ابن كج الشافعي بالدينور يقول هذا ويذهب إليه..^(٤)" ذكر هذا في مسائل العلة في تحريم التفاضل.

وهناك شيوخ آخرون أدركهم القاضي عبد الوهاب وسمع منهم وحدث عنهم، وصلهم القاضي عياض في مداركه، ومنهم: القاضي أبو محمد بن زرقويه المتوفى سنة (412هـ)^(٥)، وأبو عمر الهاشمي المتوفى سنة (404هـ)^(٦)، وأبو الحسن بن الصلت المجبر المتوفى سنة (405هـ)^(٧) وابن نافع وغيرهم^(٨)، رحمهم الله جميعاً ورضي عنهم وأرضاهم.

(1) انظر: طبقات الفقهاء: ص 120، السير: 17 / 217، 218.

(2) انظر: شرح الرسالة: 5 / 118.

(3) انظر: طبقات الفقهاء، ص 118، 119، طبقات الشافعية الكبرى: 5 / 359 وما بعدها، السير: 17 / 183.

(4) شرح الرسالة: 4 / ل: 245 ب.

(5) انظر ترجمته في تاريخ بغداد: 1 / 351.

(6) المصدر نفسه: 12 / 451.

(7) المصدر نفسه: 5 / 94.

(8) ترتيب المدارك: 7 / 221.

المطلب الثاني: تلامذته:

أخذ عن القاضي أبي محمد عبد الوهاب خلق كثير من طلبة العلم والفقه، وسمعوا منه وحدثوا عنه ولازموه، وأنس بصحبته كثير من أهل المشرق والمغرب والأندلس، ونذكر من جملة تلامذته هؤلاء الأعلام:

1- أبو الفضل محمد بن عبيد الله بن أحمد بن عمرو بن البزاز البغدادي الفقيه الأصولي: كان ثقة دينا مشهورا، درس على القاضي أبي الحسن بن القصار والقاضي عبد الوهاب بن نصر وحمل عنهما كتبهما، وحمل كتب ابن أبي زيد عنه إجازة، له كتاب تعليق حسن كبير مشهور في المذهب والخلاف، ودرس عليه القاضي أبو الوليد الباجي ببغداد وأبو بكر الخطيب البغدادي وغيرهما توفي سنة 452هـ^(١).

2- أبو الفضل مسلم بن علي بن عبد الله بن محمد بن حسن الدمشقي، الفقيه المالكي، يعرف بغلام عبد الوهاب، وأطال صحبته وخدمته فاشتهر به، له كتاب الفروق، حدث عن القاضي أبي محمد ودرس وأخذ عنه قاسم المأمون من أهل سبته^(٢). ولم أجد سنة وفاته.

3- أبو العباس أحمد بن منصور بن محمد بن قيس الغساني الداراني، من داريا الدمشقي، كان فقيها مالكيا، روى عن القاضي عبد الوهاب بن نصر وعن أبي محمد بن أبي نصر^(٣) وغيرهما توفي سنة 468هـ^(٤).

وقد ذكر حمزة أبو فارس في ترجمته له قائلا: "ولا نعرف إن كانت روايته عن القاضي في بغداد أو عند مرور القاضي بدمشق"^(٥)، وهذا غير صحيح، بل روى عنه أثناء مروره بدمشق، وفاته قول الإمام الذهبي في في تاريخ الإسلام: "وأخذ من الفقه عن القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله لما مر بدمشق"^(٦).

4 - أبو بكر أحمد بن ثابت الخطيب البغدادي، الإمام الحافظ، صاحب التصانيف وخاتمة الحفاظ، ولد سنة 392 هـ، وسمع وهو ابن إحدى عشرة سنة، سمع أبا عمر بن مهدي، وأحمد بن محمد بن الصلت الأهوازي وغيرهم، أدرك القاضي عبد الوهاب وسمع منه وكتب عنه قبل رحلته

(1) تاريخ بغداد: 2 / 339 ، طبقات الفقهاء ص: 169، المدارك: 8 / 53، 54، تبين كذب المفتري ص: 264، الإكمال: 6 / 108، السير: 18 / 73، الديباج: 2 / 238.

(2) ترتيب المدارك: 8 / 57، الديباج: 2 / 347.

(3) في نسخة المدارك الطبعة المغربية: "وعن أبي محمد بن أبي زيد" وهو خطأ صراح، وصوابه ما جاء في النسخة أ، كما في الهامش. انظر ترتيب المدارك: 8 / 57.

(4) ترتيب المدارك: 8 / 57، تاريخ دمشق: 6 / 31، السير: 18 / 347، تاريخ الإسلام: 31 / 248.

(5) القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة: 139.

(6) تاريخ الإسلام: 31 / 248.

إلى مصر، وصرح في تاريخه أنه سمع منه سنة 413هـ⁽¹⁾، من كبار الشافعية تفقه على أبي الحسن المحاملي، والقاضي أبي الطيب الطبري، وعنه أخذ وسمع البرقاني، وأبو نصر بن مأكولا والحميدي وآخرون، ألف نيفا وخمسين مصنفاً منها: تاريخ بغداد، والكفاية في علم الرواية، والفقيه والمتفقه، وغيرها من الكتب، توفي رحمه الله سنة 463هـ⁽²⁾.

5 - ومنهم أبو إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشافعي، كان مولده سنة 339 هـ، أخذ عن أبي عبد الله البضاوي، وأبي القاسم منصور بن عمر الكرخي وغيرهم، صحب القاضي أبا الطيب الطبري كثيراً وناب عنه في مجلسه، ومرتبته معيدا في حلقة، وأدرك القاضي أبا محمد عبد الوهاب وسمع كلامه في النظر، وصنف تأليف مباركة منها: كتاب المذهب والتنبيه في الفقه، واللمع في أصول الفقه، توفي سنة 476 هـ⁽³⁾.

6 - أبو عمران الفاسي موسى بن عيسى بن أبي حاج بن وليم بن الخير الغفجومي، وغفجوم فخذ من زناته، أصله من فاس، تفقه بالقيروان على أبي الحسن القاسبي وغيره، ثم رحل إلى قرطبة وتفقه بها عن أبي محمد الأصيلي، ثم رحل إلى المشرق فحج ودخل إلى العراق وسمع من علمائها، ودرس الأصول على القاضي أبي الطيب الباقلاني، وسمع بمصر عن القاضي عبد الوهاب، وكان رحمه الله أعلم الناس وأحفظهم، وكان يقرأ القرآن بالسبعة، توفي رحمه الله سنة 430 هـ⁽⁴⁾. قال القاضي عياض: "وذكر أن الباقلاني كان يعجبه حفظه ويقول له: لو اجتمعت في مدرستي أنت وعبد الوهاب بن نصر، وكان إذ ذاك بالموصل لاجتمع فيها علم مالك، أنت تحفظه وهو ينصره، لو رآكما مالك لسر بكما⁽⁵⁾".

7 - أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي، من أهل صقلية تفقه بشيوخ القرويين وصقلية، منهم أبو عمران الفاسي والتونسي والسيوري وغيرهم، حج مرتين، ولقي في الأولى القاضي عبد الوهاب وهو ممن سمع منه، وفي الحجة الثانية فلقي أبا لمعالي وباحثه وأجابه، صنف

(1) تاريخ بغداد: 11 / 31.

(2) تاريخ بغداد: 11 / 266، السير: 18 / 270، وفيات الأعيان: 1 / 92، طبقات الشافعية الكبرى: 4 / 29، تبين كذب المفتري، ص: 268.

(3) وفيات الأعيان: 1 / 29، السير: 18 / 452، طبقات الشافعية: 4 / 215، طبقات الإسنوي: 2 / 83، طبقات الفقهاء، ص: 168.

4 ترتيب المدارك: 7 / 243 وما بعدها، طبقات الفقهاء، ص 161، السير: 17 / 445، الديباج: 2 / 337، معالم الإيمان: 3 / 159.

(5) ترتيب المدارك: 7 / 246، الديباج: 2 / 283.

كتاب النكت والفروق لمسائل المدونة، وألف تهذيب الطالب، توفي رحمه الله سنة 466هـ⁽¹⁾.

8 - أبو القاسم مهدي بن يوسف الوراق، صاحب ابن الشماخ الغافقي، سمع من القاضي عبد الوهاب، وعنه أخذ الحافظ أبو بكر بن العربي، وسمع منه كتاب التلقين بالاسكندرية سنة 485 هـ، ولم تعرف سنة وفاته رحمه الله⁽²⁾.

9- أبو عبد الله محمد بن حبيب الشماخ الغافقي، الأندلسي القاضي، كان من أهل العلم والفضل، لقي القاضي عبد الوهاب بمصر سنة 421 هـ، وسمع منه كتاب التلقين وأجازه، وحمل عنه كتبه جميعاً، ومات بغافق سنة 459 هـ⁽³⁾.

وزعم بدوي عبد الصمد صاحب كتاب الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، أنه لم يهتد إلى معرفته على وجه اليقين، وقال: "الظاهر أنه أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الشماخ الغافقي، روى عن أبيه والقاضي أبي عبد الله بن السباط⁽⁴⁾ وغيرهما، وكان من أهل النبل، تولى الأحكام ببلدة غافق مدة طويلة قدر خمس وستين سنة ومات بها سنة 503 هـ"⁽⁵⁾، معتمداً في ذلك على رواية ياقوت الحموي في معجم البلدان⁽⁶⁾، وأخلط بدوي بين الرجلين وظن أن هذا هو تلميذ القاضي عبد الوهاب ورجحه بغير موجب للترجيح، وهو تصحيف كما ترى، وقد قال علي بن المديني: "أشد التصحيف، التصحيف في أسماء الرجال"⁽⁷⁾.

10- أبو الحسن المرسي، يحيى بن إبراهيم بن أبي زيد اللواتي المرسي. يعرف بابن البيان. قرأ بالأندلس على أبي عمرو، عثمان بن سعيد، وأبي عمر الطلمنكي، ومكي بن أبي طالب، وعنه سمع ابن عطية المفسر، ورحل إلى المشرق سنة 421 هـ. سمع التلقين عن القاضي عبد الوهاب، توفي سنة

(1) ترتيب المدارك: 8 / 71 وما بعدها، السير: 18 / 301، الديباج: 2 / 56.

(2) الغنية: 134، فهرست ابن خير، ص: 243، 244، برنامج التجيبي: 270، نفح الطيب: 2 / 512.

(3) المدارك: 2 / 165، الصلة، 2 / 541، تاريخ الإسلام: 30 / 475.

(4) وهي رواية بها تصحيف في معجم البلدان، والصحيح ما قاله ابن بشكوال في الصلة: "روى عن أبيه والقاضي أبي عبد السقاط". انظر: الصلة: 136.

(5) انظر: الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، 1 / 112 مع الهامش.

(6) انظر: معجم البلدان: 4 / 183.

(7) ترتيب المدارك: 1 / 153.

(١) انظر: فهرس ابن عطية، ص 110، 111، الصلة: 2/ 670، بغية الملتبس: 497، معرفة القراء الكبار: 2/ 860، غاية النهاية: 2/ 364.

المبحث الرابع: رحلاته، وظائفه وعلاقته بالدولة:

المطلب الأول: رحلاته:

لم تذكر لنا المصادر والتراجم رحلات القاضي عبد الوهاب بشيء من التفصيل سوى نبذ يسيرة منها، إلا ما كان من رحلته إلى مصر التي عرف بها، غير أنني وجدت بعض التعاليق ذكرت أن القاضي عبد الوهاب قد دخل البصرة وسمع بها، ومر بدمشق في طريقه إلى مصر، وأنه سافر إلى مكة حاجا ولقيه أهل العلم هناك.

فأما رحلته إلى البصرة: فلا شك أنه قد دخلها وحدث بها، وكان قد ابتدأ شرح الرسالة وهو بالبصرة، فقد قال في هذا الشرح: "وقد كنا قد أملينا شرحها من قبل فأخذه منا في السفر بالبصرة من لم يردده قبل حصول أصل منه، ونحن الآن مستأنفون شرح ذلك"⁽¹⁾ وهذا النص صريح في دخوله البصرة وألف هذا الإملاء على شرح رسالة ابن أبي زيد، وحاول الأستاذ بدوي عبد الصمد أن يثبت رحلته إلى البصرة بقرائن بعيدة⁽²⁾ ولكنه لم يأت من رواء ذلك بطائل.

رحلته إلى الحج:

ولم تحتف الكتب برحلة القاضي عبد الوهاب إلى الحج كثيرا، فلم يذكر لنا الخطيب في تاريخه ولا الشيرازي في طبقاته أنه ارتحل قاصدا البلد الحرام، ولكنهم ذكروا حجته من طريق آخر، فقد ذكر أبو محمد عبد الحق الصقلي عن نفسه أنه قد حج مرتين، فلقي في الحجة الأولى القاضي عبد الوهاب المالكي وأبا ذر الهروي، ولقي في الثانية، أبا المعالي إمام الحرمين وباحثه، ذكر هذا القاضي عياض في ترجمة عبد الحق الصقلي⁽³⁾، ولم يبين على وجه التحديد متى كان هذا اللقاء.

وعندي أن هذه اللقيا ثابتة يقينا، لا سيما وأن القاضي عياضا أثبتتها في المدارك ولم يشكك في صحتها، وتبعه في ذلك الذهبي وابن فرحون المالكي.

(1) انظر: شرح الرسالة: 5 / 181 أ.

(2) انظر: الإتحاف: 1 / 104.

(3) انظر: المدارك: 8 / 71، الديباج: 2 / 56، السير: 18 / 301.

غير أن الأستاذ محمد عبد النبي يشكك في رحلة القاضي عبد الوهاب إلى الحج، ويعتبر هذه الرواية من أوهام النقول - أي أوهام نقول أصحاب التراجم - وتدفعه مساورة الشك قائلاً: "إن ثبوت هذا الأمر أي رحلته إلى الحج كان يفترض أن يشيع بين من ترجم له، بينما لم يذكر ذلك أي واحد منهم، بدءاً بالخطيب والشيرازي وانتهاء بالسيوطي، وهو أمر يثير الدهشة أن تسجل رحلته إلى ميفارقين ومعرة النعمان ولا يذكر شيء عن رحلته لمكة، وأن يسجل لقاءه بأبي العلاء المعري، ولا نظفر بأبي لقاء له مع علماء فنه في مكة أو المدينة^(١).

وفي هذا الكلام اعتراض من وجهين:

الأول: إن ما ذكره الأستاذ بصيغة الجزم هو المثير للدهشة والعجب، فقد فاتته رواية القاضي عياض عن الصقلي في حجة القاضي عبد الوهاب ولقائه بعلماء فنه، وفي هذا رد لكلامه الذي شكك به حجة القاضي عبد الوهاب.

الثاني: أن ما ذكره بأن يسجل لقاء القاضي بأبي العلاء الشاعر واحتفاء النقلة بهذه الحكاية هي على سبيل الاستطراف والمسامرة، فلذلك شاعت بين أصحاب التراجم، ولا يستلزم من هذا أن تشيع حجة القاضي عندهم، وفي رواية القاضي عبد الوهاب في المدارك ما يثبت لقاء القاضي بعلماء فنه وإن لم يكن ذلك شائعاً وذائعاً، فلا يكون هذا سبباً في رد وانكار حجة القاضي رحمه الله.

دخوله دمشق ورحلته إلى مصر:

أطبقت كتب التراجم والطبقات التي ترجمت للقاضي عبد الوهاب أنه ارتحل أواخر حياته إلى مصر، وحل بدمشق في طريقه وأقام وحدث بها، فقد روى ابن عساكر عن أحمد بن منصور الغساني، - وهو من تلامذة القاضي - أنه قال: "قدم الشيخ أبو محمد عبد الوهاب بن نصر سنة تسعة عشر وأربع مئة، وخرج في جمادى الأولى سنة عشرين وأربع مئة"^(٢)، وهذا يعني أنه مكث نحواً من سبعة أشهر بدمشق وحدث بها^(٣)، واجتاز في طريقه بمعرة النعمان وبها يومئذ أبو العلاء المعري الشاعر فضيفه، وكتب إليه:

(1) انظر: بحوث ملتقى القاضي عبد الوهاب، القاضي عبد الوهاب وسيرته بين العقل والنقل، 3/ 99.

(2) انظر: تاريخ دمشق: 37/ 338.

(3) فمن ذلك ما ذكره ابن عساكر في تاريخه قال: "أخبرنا أبو الحسن علي بن أحمد بن منصور، نا أبي أبو العباس، نا القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي بدمشق، نا أبو الفتح يوسف بن عمر بن مسرور القواس، نا عبد الملك بن أحمد، أملاًنا علي بن أشكاب، نا عمرو بن محمد البصري، نا أبو المبارك بن سعيد، عن ياسين بن معاذ عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الشياطين يستمتعون بشياكم، فإذا نزع أحدكم ثوبه فليطوه، حتى ترجع إليه أنفاسها، فإن الشيطان لا يلبس ثوباً مطوياً". تاريخ دمشق: 37/ 338.

والمالكي بن نصر زار في سفر بلادنا فحمدنا النأي والسفرا
إذا تفقه أحياء مالكا جدلا وينشر الملك الضليل إن شعرا⁽¹⁾

ثم توجه القاضي رحمه الله إلى مصر فحمل لواءها وملاً أرضها وسماها، واستتبع سادتها وكبراءها، وتناهت إليه الرغائب، وانثالت في يديه الرغائب⁽²⁾، فتولى التدريس والقضاء بها كما ذكر ابن فرحون المالكي⁽³⁾، غير أن السيوطي لم يذكره في حسن المحاضرة ممن ولي القضاء بمصر⁽⁴⁾.

ولقد كان وصول القاضي رحمه الله لمصر وفي نيته الذهاب إلى المغرب والقيروان، وكان قد خاطب علماء القيروان في الوصول إليها فرغبه في ذلك أبو عمران الفاسي، وكسره عنه أبو بكر بن عبد الرحمن، وخاطب أيضاً مجاهد الموفق صاحب دانية في الوصول إلى الأندلس، وسأل القاضي عن أحوال المغرب فوصف له فزهد فيه، وخاطبه ابن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد، وقد انعقد بينه وبينهم وصلة بسبب شرح تواليف أبيهم، ووصلوه بهال، فكتب إليهم:

أناً ذاك الصديق لكن قلبي عند قرب الديار ليس بقرب
فانتفعنا بقربكم ثم لا لو مَ عليكم وإنما الذنب ذنبي
أناً في خطئة وأسأل ربي في خلاص من شرها ثم حسبي⁽⁵⁾

هذه رحلة القاضي إلى مصر باختصار، حيث استقر بها وكانت مقامه الأخير، وقد تحدثت المصادر عن سبب خروجه من بغداد بأسباب مختلفة حاطت بها كثير من الشائعات والمبالغات لا نحتفي بها ونضرب عنها صفحاً⁽⁶⁾، ولعل ما يكون منها أقرب إلى التصديق، هو شظف العيش والخصاصة التي لحقته، وهو السبب الذي مال إليه ابن خلدون حيث قال: "وارتحل إليها القاضي عبد الوهاب من بغداد آخر المائة الرابعة، من الحاجة والتقلب في المعاش، فتأذن خلفاء العبيدين بإكرامه وإظهار فضله نعيًا على بني العباس في اطراح مثل هذا الإمام والاعتباط به"⁽⁷⁾، وهذا السبب

(1) انظر: الذخيرة: 4 / 516.

(2) المصدر نفسه: 4 / 516.

(3) انظر: الديباج: 2 / 226.

(4) انظر: حسن المحاضرة: 2 / 188، 190.

(5) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 226، تاريخ قضاة الأندلس، ص: 62.

(6) انظر في هذا: القاضي عبد الوهاب وسيرته بين العقل والنقل، محمد عبد النبي، ونقده الجيد لمسألة سبب خروج القاضي القاضي من العراق، بحوث الملتقى: 3 / 90 وما بعدها.

(7) انظر: المقدمة، 501.

السبب نستشفه من خلال شعره قائلا:

سلام على بغداد في كل موطن
فوالله ما فارقته عن قلبي بها
ولكنها ضاقت عليّ بأسرها
وكانت كخُلِّ كنت أهوى دُنُوّه
وقوله:

وبغداد لم ترحل فكان جوابيا
وترمي النوى بالمقترين المراميا
ولكن حذاراً من شيات الأعدايا⁽¹⁾
وقائلة لو كان وُدُّك صادقا
يقيم الرجال الموسرون بأرضهم
وما هجروا أوطانهم عن ملائكة
رحم الله القاضي عبد الوهاب.

(1) انظر: طبقات الفقهاء: 129، ترتيب المدارك: 7 / 224

(2) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 225، الذخيرة: 4 / 527

المطلب الثاني: وظائفه وعلاقته بالدولة:

الفرع الأول: وظائفه: تعددت وظائف القاضي عبد الوهاب بين مهام ثلاث: القضاء والتأليف والتدريس.

فأما القضاء: اشتهر به حتى صار لقبا عليه، وبقي عليه حتى آخر حياته، ولم تفصح المصادر متى كانت ولايته القضاء ولا عن سيرته به، والذي ذكره من ذلك أنه "ولي قضاء الدينور، وبادرايا وباكسايا من أعمال العراق، وولي قضاء أسعد، كما تولى قضاء المالكية بمصر آخر عمره وبها مات قاضيا"⁽¹⁾، وذكر شمس الدين الراعي الأندلسي في كتابه انتصار الفقير السالك أنه "كانت التقدمة بمصر والحجاز واليمن في القضاء وغيره للمالكية، حتى قدم مصر خوارج المغاربة العبيديون فأبطلوا من القاهرة مذهب مالك وأبي حنيفة، وولوا القضاء للشافعية لغرض ما، وصارت التقدمة لهم، حتى قدم القاضي عبد الوهاب على مصر فولوه القضاء لغرض ما - ذكر ذلك المؤرخون - فأحيا مذهب مالك بعد أن كان قد درس"⁽²⁾.

ولا شك أن القضاء وظيفه كبرى ومهمة عظمى اضطلع بأعبائها القاضي رحمه الله⁽³⁾، وقد استوفى شرائطه بتحصيله ملكة الاجتهاد والقدرة على الاستنباط، وعلمه بمسائل الأفضية والأحكام، وكان هذا مستنده وعدته في قطعه الخصومات بين الناس، وقد توسع القاضي كثيرا في بيان أحكام القضاء وشرائطه والقضايا المتعلقة به⁽⁴⁾، مما يدل على تضلعه وإحكامه لوظيفة القضاء، ولننظر إليه وهو يستدل على وجوب أهلية من يتولى القضاء، في كتاب الأفضية والشهادات من الممهد.

قال رحمه الله في الممهد: "ويجب أن يكون في القاضي خصال، منها ما لا يتم الحكم إلا به ومنها ما هو من أدب القضاء وسنة الحكم في الشرع.

فأول ذلك أنه يجب أن يكون فقيها غير عامي، وأن يكون من أهل الاجتهاد عارفا بالكتاب والسنة وطرائق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخريج الفروع على الأصول"⁽⁵⁾.

والإ جانب اشتغال أبي محمد بالقضاء كان له مجال آخر في التدريس والتأليف، فقد جلس لتعليم

(1) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 220، الديباج: 2 / 27، انتصار الفقير السالك، ص: 307

(2) انظر: انتصار الفقير السالك: ص، 307، وانظر: تراجم المالكية، مخطوط لمجهول: ل 284.

(3) من ذلك ما صرح به القاضي في كتابه "الرد على المزني" ونقله عنه ابن القيم في الطرق الحكمية، ونصه: "... فلو ممكن كل مدع أن يحلف المدعى عليه بمجرد دعواه لكان ذلك ذريعة إلى امتحان أهل المروءات وذوي الأقدار والأخطار والديانات لمن يريد التشفي منهم.... قال: وقد شاهدنا من ذلك كثيرا وحضرناه وأصابنا بعضه". الطرق الحكمية، ص 131.

(4) انظر: الممهد: ل 36 ب.

(5) الممهد: ل 36 أ.

الطلاب الوافدين إليه من بلاد المشرق والمغرب وبلاد الأندلس، وكان رحمه الله باذلاً ماله على طلبه العلم الذين كانوا ينهضون بطلب العلم عنده⁽¹⁾، وقد تخرج على يديه رجال كبار من طلبه العلم الذين نهلوا من علومه وأخلاقه، وقد تكلمنا عنهم في مبحث تلامذته رحمهم الله جميعاً.

وأما تأليفه وكتبه فهي من أجل ما كتب وانتفعت به العقول، ولا يزال كثير منها اليوم في حكم المفقود ولم تكشف عنها السنون، وسنأتي على ذكر مؤلفاته في مبحث تأليفه إن شاء الله.

الفرع الثاني: علاقته بالدولة والحكام: قد مر معنا أن الأوضاع السياسية في بغداد زمن القاضي شهدت اضطراباً كبيراً في أمور السياسة والحكم، وأن حكم العباسيين في بغداد كان في نهايته، غير أن المصادر لم تذكر إن كان القاضي عبد الوهاب على صلة بالحكام والولاة، كما كان من أخيه أبي الحسن الذي صنف كتاب المفاوضة للسلطان جلال الدولة بن بويه (ت 435)، غير أني ظفرت بنص للقاضي عبد الوهاب يحكيه في المعونة أنه كان حاضراً في مجلس السلطان الأعظم بمدينة السلام سنة (387هـ)⁽²⁾ في مناظرة علمية جرت بين علمين كبيرين هما: ابن طرارة والقاضي الباقلاني، ولما كان القاضي قد أكد بصيغة السماع أنه كان حاضراً في مجلس الخليفة، جاز لنا أن نتساءل: هل كان على صلة ومودة مع السلطان الأعظم جعلته من المقربين إليه ومن خواص حضوره في مجالسه مع أهل العلم، ذلك ما لا نستطيع دفعه أو الاعتراض عليه، خصوصاً إذا اعتبرنا أن الخليفة القادر بالله كان من زمرة أهل العلم فيما يحكيه الخطيب البغدادي حيث يقول عنه: "رأيت القادر بالله دفعات... وكان قد صنف كتاباً في الأصول ذكر فيه فضائل الصحابة على ترتيب مذهب أصحاب الحديث"⁽³⁾. الحديث"⁽³⁾.

وإذا كانت علاقة القاضي مع الخليفة على النحو الذي ذكره، مع توليته القضاء بأعمال العراق، فلماذا زهد فيه السلطان ولقي الإهمال من الخلفاء والأمراء حتى اضطره ذلك إلى مغادرة وطنه بغداد وقد نحى عليه الدهر بكل كلكله، وخرج من بلده عن قلى وملاحة، وهل كان ذلك إهمالاً من الحكام لعالم كبير وقاض جليل، دفعه ذلك إلى أن يثبت لواعته وأشجانه بهذه الأبيات:

متى تصل العطاش إلى ارتواء إذا استتقت البحار من الركايا
ومن يثني الأصاغر عن مُراد وقد جلس الأكابر في الزوايا

(1) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 223.

(2) انظر: المعونة: 3 / 1507.

(3) انظر: تاريخ بغداد: 4 / 37.

وإنَّ ترفع الوُضْعاء يومًا على الرُّفْعاء من إحدى البلايا
إذا استوت الأسافل والأعالي فقد طابت منادمة المنايا⁽¹⁾

ومما يقوى هذا الاحتمال عندي، لاسيما وأن الأرزاق قد ضاقت في هذه الأيام ببغداد، ما ذكره ابن خلدون في المقدمة: "وارتحل القاضي عبد الوهاب من بغداد آخر المائة الرابعة على ما أعلم من الحاجة والتقلب في المعاش، فتأذن خلفاء العبيديين بإكرامه وإظهار فضله نعيًا على بني العباس في أطراح مثل هذا الإمام والاعتباط به"⁽²⁾ وهذا النص يجلي حالة الإهمال والجفاء التي عرفها القاضي من قبل الحكام والخلفاء، وربما كان ذلك في أواخر أيام السلطان الأعظم، فلو لم يكن مهملاً لما اضطره ذلك إلى مغادرة موطنه بغداد.

(1) انظر: وفيات الأعيان: 3 / 221.

(2) انظر: المقدمة: 501.

المبحث الخامس: مؤلفاته، أدبه وشعره، وفاته وثناء العلماء عليه:

المطلب الأول: مؤلفاته:

أوتي القاضي عبد الوهاب رحمه الله مقدرة فائقة على التأليف في علم الفقه والأصول والخلاف، فهو صاحب المصنفات الجليلة والتأليف البديعة التي سارت بها الركبان، وتلقفها العلماء والطلاب بالقبول على مر الأزمان، وهي شاهدة على تضلعه ومكانته في التصنيف بين فقهاء المذهب المالكي وغيرهم، حتى قال تلميذه الشيرازي الشافعي: "له كتب كثيرة في كل فن من الفقه"⁽¹⁾، وقال القاضي عياض: "ألف في المذهب والخلاف والأصول تواليف مفيدة"⁽²⁾، ولأجل هذا تصدى العلماء لبعض كتبه بالشرح، كما نقلوا عنه لما له من فضل في إثراء المذهب والذب عنه، وقد أشار القاضي إلى بعض كتبه بنفسه، وبعضها ذكرتها مصادر التراجم تزيد على عشرين مصنفًا، وهي كالآتي:

1- شرح الرسالة لابن أبي زيد: سلك القاضي في شرحه للرسالة مسلك الإسهاب والإطناب، وهو تأليف ضخيم يقع في نحو ألف ورقة،⁽³⁾ وقيل أن أول نسخة منه بيعت بمائة مثقال ذهباً⁽⁴⁾، ويوجد من هذا السفر العظيم نسخة غير كاملة وقفت عليها في المكتبة الأزهرية برقم: 3821، وتوجد نسخة أخرى تضم الجزء الثالث والرابع والخامس في المكتبة الوطنية بالرباط، برقم: 625، وهذا الكتاب لم يحظ بتحقيق علمي ولا بإخراج كامل إلى غاية كتابة هذه الأسطر.

2- المعونة: وهذا الكتاب ذاع صيته وانتشر ذكره، وهو مما تناقلته الأيدي ونقل منه الفقهاء في مصنفاتهم كثيرًا، حققه الأستاذ عبد الحق حميش وطبع مرات عديدة.

3- التلقين: واسمه الكامل كما عند ابن خير في فهرسته: "تلقين المبتدئ وتذكرة المنتهى"⁽⁵⁾،

(1) انظر: طبقات الفقهاء: 168.

(2) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 221.

(3) انظر: معالم الإيمان: 3 / 112.

(4) المصدر نفسه: 3 / 112.

(5) انظر: فهرست ابن خير: ص 211.

ومثله عند أبي الوليد الباجي اختصاراً "تلقيين المبتدي"^(١)، وهو مع صغر حجمه من خيار الكتب وأكثرها فائدة^(٢)، ويعد من أجود المختصرات الفقهية في مذهب مالك رحمه الله^(٣)، وبارك الله في هذا الكتاب حتى أن الطلبة كانوا يحفظونه، وشرحه المؤلف نفسه في كتاب مستقل، ومن أهم الشروح عليه أيضاً شرح الإمام المازري رحمه الله، وكتاب التلقيين مطبوع متداول.

4- شرح التلقيين: نسبه له معظم المترجمين للقاضي رحمه الله، غير أنه لم يتمه كما صرح بذلك القاضي عياض في مداركه^(٤)، ولا يزال هذا الكتاب مفقوداً إلى يومنا هذا.

5- النصر لمذهب إمام دار الهجرة: يقع هذا السفر العظيم في مائة جزء، وهو من أعظم ما ألف القاضي عبد الوهاب، قيل أنه ألفه فوق بخره في يد أحد قضاة الشافعية فألقاه في النيل بمصر قبل أن يكتب له الانتشار^(٥). وقال بعض المالكية: لو ظهر كتاب "النصرة" لعبد الوهاب البغدادي لم يحتج معه إلى كتاب آخر^(٦).

6- شرح المدونة: هذا الكتاب نسبه له صاحب المدارك، ولكنه قال: "لم يتمه"^(٧). وإليه أشار ابن رشد الجدل في المقدمات الممهديات، ولكنه خلاف الظاهر^(٨). وذكره المازري في شرحه للمدونة، ومن نقوله عنه: "قال عبد الوهاب في مقدمة 'شرح المدونة' من أصول الفقه، إنما الخلاف في استثناء الأكثر دون الأقل هل يصح في اللغة ويحسن أو يقبح ذلك فيها، ولا خلاف في إثبات الحكم به.."^(٩).

(1) انظر: المتقنى: 1 / 283.

(2) انظر: وفيات الأعيان: 3 / 400.

(3) انظر: سير أعلام النبلاء: 17 / 430.

(4) انظر: المدارك: 7 / 222، الديباج: 2 / 28.

(5) انظر: المدارك: 7 / 222، الديباج: 2 / 28، انتصار الفقير السالك: 297. بينما قال المقري: "وقد حكى الواد آشي حسباً رأيته بخطه أن القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي ألف كتاباً لنصرة مذهب مالك على غيره من المذاهب في مائة جزء، وسماه النصر لمذهب إمام دار الهجرة، فوق الكتاب بخطه بيد بعض قضاة الشافعية بمصر فغرقه في النيل". نفح الطيب: 2 / 521.

(6) انظر: الكواكب السيارة في ترتيب الزيارة في القرافتين الكبرى والصغرى: 76.

(7) انظر: المدارك: 7 / 222، الديباج: 2 / 28.

(8) قال في المقدمات في مسألة متى تجب الوصية: "... وإلى هذا ذهب أبو بكر الأبهري حكاه عنه عبد الوهاب في المدونة" 3 / 120، والظاهر أن في الكلام تصحيف لكلمة "المعونة" فكتبت "المدونة". والعبرة هذه في المعونة والممهد مما يرجح احتمال التصحيف في العبارة.

(9) انظر: شرح المدونة للمازري: ل 85 أ.

7- الإشراف على نكت مسائل الخلاف: وهو كتاب حافل بالتنظير الفقهي في منهج مختصر، جمع فيه نحو ألف مسألة فقهية أو أكثر، غير أنه يكتفي فيه بعرض حجج المالكية دون مخالفيهم من فقهاء المذاهب⁽¹⁾، والكتاب مشهور متداول دارت حوله دراسات وبحوث مختلفة في فن الفقه والأصول والقواعد والمقاصد.

8- عيون المسائل: وهو في أصله اختصار لكتاب عيون الأدلة لابن القصار رحمه الله، وعدد مسأله ألف وأربعمائة وأربعون مسألة، كما نص عليه القاضي رحمه الله في آخر الكتاب⁽²⁾، والكتاب مطبوع متداول.

9- أوائل الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الملة: ذكره القاضي عياض وابن فرحون⁽³⁾، ويبدو من خلال عنوانه أنه كتاب في الفقه المقارن ويعتني بالخلاف وبسط الأدلة والحجج.

10- كتاب الإفادة في أصول الفقه: نسبه إليه القاضي عياض وابن فرحون⁽⁴⁾، ومن خلال عنوانه عنوانه يتبين أنه كتاب في أصول الفقه، وعليه اعتمد الإمام القرافي في مقدمات كتابه الذخيرة⁽⁵⁾ وقال بأنه مجلدان في أصول الفقه⁽⁶⁾، كما نقل منه - يعني القرافي - في كتابه العقد المنظوم في الخصوص والعموم⁽⁷⁾، وذكره الزركشي في مقدمة كتابه البحر المحيط⁽⁸⁾، ونقل منه في مواطن كثيرة⁽⁹⁾.

11- كتاب الملخص: وسماه القاضي عياض في مداركه "التلخيص" وتبعه عليه ابن فرحون في ديباجه⁽¹⁰⁾، وموضوعه في علم أصول الفقه، وقد نص عليه القرافي في شرح التنقيح ونقل منه كثيرا، واعتمده تاج الدين السبكي في كتابه رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب⁽¹¹⁾، كما اعتمد عليه أيضا

(1) انظر: القواعد الفقهية للروكي: ص 84.

(2) انظر: عيون المسائل: ص 654.

(3) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 222، الديباج: 2 / 28.

(4) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 222، الديباج: 2 / 28.

(5) انظر: الذخيرة: 1 / 55.

(6) انظر: العقد المنظوم في الخصوص والعموم: 1 / 516، 525.

(7) انظر: البحر المحيط: 1 / 8.

(8) انظر على سبيل المثال المواضع الآتية من البحر: 1 / 99، 105، 107، 189، 238 - 2 / 344.

(9) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 222، الديباج: 2 / 28.

(10) انظر على سبيل المثال المواضع الآتية 1 / 235، 2 / 208، 239، 452.

الزركشي في البحر المحيط^(١)، ونقل منه السيوطي نصوصاً كثيرة في كتابه الرد على من أخلد إلى الأرض^(٢).
الأرض^(٣).

12- المفاهر: كذا في ترتيب المدارك^(٤)، ولم أجده من تعاليق العلماء شيء أرجع إليه.

13- الرد على المزني: ذكره صاحب المدارك أيضاً^(٥)، ونقل منه ابن القيم في الطرق الحكيمة نصاً طويلاً حيث قال: "ومن ذلك قول القاضي عبد الوهاب في "رده على المزني": مذهب مالك أن المدعى عليه لا يحلف للمدعي بمجرد دعواه دون أن ينضم إليها علم بمخالطة بينهما أو معاملة. قال شيخنا أبو بكر: أو تكون الدعوى تليق بالمدعى عليه، لا يتناكرها الناس ولا ينفيها عرف..."^(٦)، ثم ساق بقية الكلام.

14- شرح اللمع: ذكره القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة بقوله: "وقد استدل الناس على صحة الإجماع بأشياء قد ذكرناها في شرح كتاب اللمع لأبي الفرج"^(٧).

15- كتاب الفروق والجموع: ذكره القاضي مرتين في شرح الرسالة، الأولى: في معرض كلامه عن قضاء الصلاة لعذر بقوله: "وأشبعنا القول فيها في الكتاب الذي صنفناه في "علل الفروق والجموع"^(٨). والثانية: في معرض رده على من نقض قول أبي الفرج المالكي في تفضيل مكة على المدينة، حيث قال محيلاً على كتابه الفروق: "وقد أجبنا عن كلام هذا الرذل وما أورده من الجهل في مقدمات كتاب الفروق"^(٩).

ومعلوم أن تلميذه أبا الفضل الدمشقي له أيضاً كتاب في الفروق حيث ذكر فيه ما نصه: "وكان القاضي رحمه الله حدثني أن عمل كتاباً وسماه "بالجموع والفروق" وأنه تلف ولم يعمل غيره"^(١٠)،

(1) انظر: البحر المحيط: 1/ 141، 156، 158.

(2) انظر: الرد على من أخلد إلى الأرض: ص، 32، 83، 89.

(3) انظر: ترتيب المدارك: 7/ 222.

(4) انظر: ترتيب المدارك: 7/ 222.

(5) انظر: الطرق الحكيمة: ص، 130.

(6) انظر: شرح الرسالة: 5/ ل 180 ب.

(7) انظر: شرح الرسالة: النسخة الأزهرية، ل: 99 ب.

(8) انظر: شرح الرسالة: 5/ ل: 139 أ.

(9) انظر: الفروق الفقهية، لأبي الفضل مسلم الدمشقي: ص 61.

والكتاب طبع وحقق مرتين، اختلف المحققون^(١) في صحة نسبته للقاضي رحمه الله.

16- المروزي في الأصول: ذكره القاضي عياض في المدارك^(٢).

17- المقدمات في أصول الفقه: انفرد بذكره السيوطي في الرد على من أخلد إلى الأرض^(٣)، ولم يذكره أحد ممن ترجم للقاضي عبد الوهاب فيما رأيت من مصادر، والذي يقوى في النفس أنه مقدمات لكتابه الممهد الذي شرح فيه مختصر ابن أبي زيد، حيث قال رحمه الله في شرح الرسالة: "وقد ذكرنا التقليد وأحكامه والمواضع التي يجب فيها والمواضع التي يحظر فيها في شرح مقدمات الكتاب الكبير"^(٤). والسيوطي نقل عنه مقدمة يغلب على الظن أنها لهذا الكتاب، جاء فيها بيان لأحكام التقليد والاجتهاد، ومما جاء فيه: قال القاضي عبد الوهاب في أول كتابه المقدمات في أصول الفقه: "... والتفقه من التفهم والتبين، ولا يكون ذلك إلا بالنظر في الأدلة واستيفاء الحجة دون التقليد، فإنه لا يثمر علما ولا يفضي إلى معرفة، وقد جاء النص بدم من أخلد إلى تقليد الآباء والرؤساء، واتباع السادة والكبراء، تاركا بذلك ما ألزمه من النظر والاستدلال، وفرض عليه من الاعتبار والاجتهاد، فقال تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾"^(٥)، وقال: ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّهْتَدُونَ ﴾"^(٦)، في نظائر من الآيات تنبيه على خطر التقليد"^(٧).

18- الحدود الأصلية: هذا الكتاب نسبه له محمد الطبراني، محقق كتاب "الحدود الكلامية" لأبي بكر بن سابق الصقلي^(٨)، وذكر أن عنده منه نسخة مخطوطة. ووعد المحقق أن يبعث إلي بنسخة عنها.

19- الجوهرة في المذاهب العشرة: ذكره صاحب هدية العارفين^(٩)، وحاجي خليفة في الكشف^(١٠).

(١) الراجع أنه صحيح النسبة للقاضي عبد الوهاب خلافا لما قرره الأستاذان محمد أبو الأجنان وحمة أبو فارس، انظر: المقدمة التحقيقية لكتاب الفروق للقاضي عبد الوهاب، باعتناء الأستاذ جلال القذافي الجهاني، ص 18، 19.

(٢) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 222.

(٣) انظر: الرد على من أخلد إلى الأرض: ص 14، 47.

(٤) انظر: شرح الرسالة: 5 / ل 244 ب.

(٥) البقرة: 170.

(٦) الزخرف: 22.

(٧) انظر: الرد على من أخلد إلى الأرض، ص 47، 48.

(٨) انظر: الحدود الكلامية، مقدمة المحقق، ص 36.

(٩) انظر: هدية العرفين: 1 / 637.

(١٠) انظر: كشف الظنون: 1 / 621.

20- الممهد في شرح مختصر أبي محمد: وهو موضوع هذه الدراسة، وسيأتي الحديث عنه في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني: أدبه وشعره:

لا نطيل الكلام في أدب القاضي وشعره، فكل من ترجم للقاضي رحمه الله وصفوه شاعرا كما عرفوه فقيها، ومما يشهد لشاعرية القاضي عبد الوهاب ثناء أبي العلاء المعري عليه بقوله:

والمالكي بن نصر زار في سفر بلادنا فحمدنا النأي والسفرا
إذا تفقه أحياء مالكا جَدَلًا وينشر الملك الضليل إن شَعُرًا^(١)

قال عنه الشيرازي في طبقاته: "كان فقيها متأدبا شاعرا"^(٢)، وقال ابن فرحون في ديباجه: "له شعر حسن"^(٣)، وقال ابن بسام في الذخيرة: "وجدت له شعرا معانيه أجلى من الصبح، وألفاظه أحلى من الظفر بالنجح"^(٤)، ووصفه البطليوسي في سقط الزند: "كان لعبد الوهاب حظ من الشعر ونصيب وافر من الأدب..^(٥)".

فمن مליح أشعاره:

لا تطلبين من المحبوب أولادا
ومن يروم من الأرذال مكرمة
ولا الشراب لتسقي منه ورّادا
ومن محاسن شعره أيضا:

طلبت المستقر بكل أرض
ونلت من الزمان ونال مني
فلم أر لي بأرض مستقرًا
أطعت مطامعي فاستعبدتني
فكان منأله حلوا ومُرا
ومن ذلك أيضا:

بغداد دار لأهل المال واسعة
أصبحت فيها مضاعا بين أظهرهم
وللصعاليك دار الضنك والضيق
كأنني مصحف في بيت زنديق^(٦)

(1) انظر: الذخيرة: 4 / 516.

(2) انظر: طبقات الفقهاء: ص 168.

(3) الديباج: 2 / 29.

(4) انظر: الذخيرة: 4 / 515.

(5) انظر: سقط الزند: 4 / 1701.

(6) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 223.

(7) انظر: الديباج: 2 / 28.

(8) انظر: المدارك: 7 / 223، الديباج: 2 / 28.

وأنشد في بعض الأبيات:

أتبكي على بغداد وهي قريبة
لعمرك ما فارقت بغداد عن قلبي
إذا ذكرت بغداد نفسي تقطعت
كفى حزنا إن رمت لم أستطع لها
خليلي في بغداد هل أنتما ليا
ومما ينسب له أيضا:

ونائمة قبلتها فتنبهت وقالت
فقلت لها إني فديتك غاصب
خذيها وحطي عن أثيم ظلامه
فقلت قصاص يشهد العقل أنه
فباتت يميني وهي هميان خصرها
فقلت ألم أخبر بأنك زاهد
تعالوا فاطلبوا اللص بالحد
وما حكموا في غاصب بسوى الرد
وإن أنت لم ترض فألفا على العد
على كبد الجاني ألد من الشهد
وباتت يساري وهي واسطة العقد
فقلت: بل ما زلت أزهد في الزهد⁽¹⁾

(1) انظر: الذخيرة: 4 / 527.

(2) انظر: الذخيرة: 4 / 518.

المطلب الثالث: وفاته، وثناء العلماء عليه: الفرع الأول: وفاته:

وبعد حياة حافلة بالتحصيل والعطاء، والاجتهاد والقضاء، والمحن والابتلاء، كانت وفاة سيدنا الإمام القاضي الجليل عبد الوهاب بن نصر - رحمه الله تعالى - بمصر، في شعبان سنة اثنتين وعشرين وأربعمائة (422هـ)⁽¹⁾، ودفن بالقرافة الصغرى بين قبة الإمام الشافعي رحمهما الله، وبالقرب من ابن القاسم وأشهب⁽²⁾، رحمهم الله جميعاً.

الفرع الثاني: ثناء العلماء عليه:

قال القاضي أبو بكر الباقلاني وهو يفاخر بتلميذه أبي عمران الفاسي: "لو اجتمعت في مدرستي أنت وعبد الوهاب - وكان إذ ذاك بالموصل - لاجتمع علم مالك: أنت تحفظه وهو ينصره، لو رآكما مالك لسر بكما"⁽³⁾.

وقال الخطيب البغدادي تلميذه: "كان ثقة، ولم نلق من المالكيين أفقه منه، وكان حسن النظر، جيد العبارة"⁽⁴⁾.

ويقول عنه تلميذه الشيرازي: "كان فقهياً متأدباً شاعراً، وله كتب كثيرة في كل فن من الفقه"⁽⁵⁾.

وحلاه ابن بسام في الذخيرة بقوله: "كان أبو محمد في وقته بقية الناس، ولسان أصحاب القياس، وهو أحد من صرف وجوه المذهب المالكي، بين لسان الكفائي ونظر اليوناني، فقدّر أصوله وحرر فصوله، وقرب جملة وتفصيله"⁽⁶⁾.

وقال في شأن مكانته الإمام الحافظ بن حزم الظاهري: "لو لم يكن لأصحاب المذهب المالكي بعد عبد الوهاب إلا مثل أبي الوليد الباجي لكفاهم"⁽⁷⁾، والإمام أبو الوليد الباجي ملتئم من علم القاضي عبد الوهاب رحمهما الله تعالى.

(1) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 226.

(2) انظر: وفيات الأعيان: 3 / 222، والعبر: 2 / 248.

(3) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 246، الديباج: 2 / 283.

(4) انظر: تاريخ بغداد: 12 / 292.

(5) انظر: الطبقات: ص 168.

(6) انظر: الذخيرة: 4 / 515.

(7) انظر: نفح الطيب: 2 / 68، 69.

وقال فيه الحافظ الذهبي: "الإمام العلامة شيخ المالكية"^(١).

ونعته ابن فرحون قائلًا: "كان حسن النظر جيد العبارة، نظارًا للمذهب، ثقة حجة، نسيج وحده وفريد عصره"^(٢).

وفي مقدار فضله قال عنه الحافظ ابن كثير: "أحد أئمة المالكيين ومصنفيهم"^(٣).

ووصفه الياضي في مرآة الجنان بأنه: "أحد الأعلام وإليه انتهت رئاسة المذهب المالكي"^(٤).

وأثنى عليه الحافظ السيوطي بقوله: "أحد الأعلام، وأحد المالكية المجتهدين في المذهب"^(٥).

وقال فيه صاحب معالم الإيمان: "...لولا الشيخان والمحمدان والقاضيان لذهب المذهب المالكي، ويريد بالشيخين: أبا محمد بن أبي زيد، وأبا بكر الأبهري، ويريد بالمحمدين: محمد بن سحنون، ومحمد بن المواز، ويريد بالقاضيين: عبد الوهاب وابن القصار"^(٦).

وعده ابن الأثير رحمه الله من الأئمة المجددين من أصحاب مالك^(٧) عند شرحه لحديث: «إن الله الله يبعث على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها»^(٨).

(1) انظر: سير أعلام النبلاء: 17 / 429.

(2) انظر: الديباج: 2 / 28.

(3) البداية: 15 / 639.

(4) انظر: مرآة الجنان: 3 / 33.

(5) انظر: حسن المحاضرة: 2 / 314.

(6) انظر: معالم الإيمان: 3 / 137.

(7) انظر: جامع الأصول: 11 / 323، ونقله الونشريسي في المعيار: 10 / 10.

(8) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الملاحم، باب ما يذكر في قرن المائة، ر: 4291.

الفصل الثاني

دراسة كتاب الممهد للقاضي عبد الوهاب البغدادي

اسم الكتاب ونسبته لصاحبه.

منهج العرض والاستدلال في الكتاب.

منهج الجدل والحجاج عند القاضي عبد الوهاب.

مقارنة بين كتاب الممهد وكتب القاضي الأخرى.

مصادره في الكتاب.

المبحث الأول: اسم الكتاب، نسبته لصاحبه، وصحته في نفسه:

المطلب الأول: اسم الكتاب:

لا شك أن القاضي عبد الوهاب رحمه الله قد ألف كتابا شرح فيه مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني رحمه الله، وهو صحيح النسبة إليه بلا مرأى، فقد وردت تسمية هذا المصنف في مصادر الفقه وكتب التراجم والطبقات وفهارس المخطوطات، وأغلب الذين ترجموا للقاضي عبد الوهاب ذكروا "الممهد" ضمن مؤلفات القاضي عبد الوهاب.

ولقد دلنا القاضي أبو محمد رحمه الله على كتابه الممهد في بعض مصنفاته التي ألفها بعد هذا الكتاب، فتارة يورده مختصرا وتارة يذكره مطولا، ففي المعونة سماه اختصارا فقال: "وعلى الكتاب المترجم بالممهد وما حواه من المسائل والتفريعات واختلاف الوجوه والروايات"⁽¹⁾. وأحال عليه في شرح الرسالة بقوله: "شرح مقدمات الكتاب الكبير"⁽²⁾.

وفي موضع آخر من شرح الرسالة سماه مطولا: "شرح مقدمات كتاب أبي محمد الكبير في اختصار المدونة"⁽³⁾. ويقصد هنا المقدمات التي تكلم عنها ابن أبي زيد في مختصره للمدونة⁽⁴⁾. وجاء مسمى في كتابه الإشراف: "شرح مختصر ابن أبي زيد"⁽⁵⁾.

ووردت تسميته في غاشية المخطوطة: "الخامس من الممهد للقاضي عبد الوهاب رحمه الله"⁽¹⁾.

(1) انظر: المعونة: 1 / 115

(2) قال في شرح الرسالة: "وقد ذكرنا التقليد وأحكامه والمواضع التي يجب فيها والمواضع التي يحظر فيها في شرح مقدمات مقدمات الكتاب الكبير". انظر: شرح الرسالة: 5 / 244 ب.

(3) انظر: شرح الرسالة: 5 / 134 ب.

(4) قال في شرح الرسالة في معرض كلامه عن أوامر الله تعالى وأوامر رسوله صلى الله عليه وسلم: "وقد تقصينا الكلام في هذا الفصل وفي سائر الأدلة على أوامر الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم يجب حملها على الوجوب، وفي أن صفة الأمر في اللغة موضوعة بمجرد لها للوجوب وأشبعناه في شرح مقدمات كتاب أبي محمد الكبير في اختصار المدونة، لعلك أن تقف عليه ويتضح لك صوابه إن شاء الله". انظر شرح الرسالة: 5 / 134 ب.

(5) انظر: الإشراف: 1 / 318.

ثم وردت تسميته في ترتيب المدارك: "الممهد في شرح مختصر الشيخ أبي محمد"⁽²⁾.
وتبعه على هذا الاسم ابن فرحون المالكي في ديباجه⁽³⁾.

وسماه إبراهيم بن هلال السجلماسي في اختصار الديباج: "الممهد في شرح مختصر ابن أبي زيد"⁽⁴⁾.

وجاءت تسميته عند الخطاب في مواهب الجليل: "الممهد شرح مختصر الشيخ أبي محمد"⁽⁵⁾.
وسماه الراعي الأندلسي في الانتصار: "الممهد"⁽⁶⁾، هكذا باختصار ولم يزد عليه، ونقل منه نقولا كثيرة.

ويلاحظ مما تقدم بيانه: أن هذا الكتاب هو شرح للكتاب الكبير مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني رحمه الله، ومهما اختلفت عباراته في عنوانه وتسميته؛ إلا أن الاسم المعتمد هو الذي ذكره القاضي عياض رحمه الله في مداركه، وهو اسم جدير بالترجيح والاعتبار، ذلك أن القاضي عياض له سندان اثنان بجميع مصنفات وروايات القاضي عبد الوهاب، فالأول منهما حدثه بها: ابن عتاب عن ابن الشماخ عن القاضي عبد الوهاب، والسند الثاني حدثه بها: أبو المطرف بن هارون عن عبد الحق عن القاضي عبد الوهاب⁽⁷⁾، ثم إن كتاب الممهد قد ذكر في المدارك عند القاضي عياض ضمن مؤلفات عبد الوهاب، وترتيب المدارك أقرب عهدا وأقدم المصادر التي ذكرت هذا الكتاب من بين المترجمين للقاضي عبد الوهاب. ولا يفوتنا ههنا سند أبي عبد الله الخطاب الرعيني في مواهب الجليل لكتاب الممهد، فقد أثبت إسناده لتأليف القاضي من طريقين، وقال: حدثه بها الخطيب النويري وابن عمه عبد القادر بن أبي البركات عن الحافظ بن حجر عن عبد الله بن أبي محمد النيسابوري عن يحيى بن محمد عن جعفر بن علي الهمداني عن القاسم بن أبي بشكوال عن أبي بكر بن العربي عن أبي القاسم مهدي بن يوسف بن فتوح الوراق عن القاضي عبد الوهاب.

(1) الممهد: غاشية المخطوط.

(2) انظر: ترتيب المدارك: 7 / 222.

(3) الديباج: 2 / 28.

(4) اختصار الديباج، أبو إسحاق إبراهيم بن هلال السجلماسي، مخطوط الخزانة العامة، [رقم 240ك] ورقة: 83، 84.

(5) انظر: مواهب الجليل: 1 / 13.

(6) انظر: انتصار الفقير السالك، ص 258.

(7) انظر: الغنية، ص: 229

فترجح عندي بهذه الأسانيد، أن تسمية هذا الكتاب هو: "المهد في شرح مختصر الشيخ أبي محمد"، وما أثبتته عنوانا للبحث هذا؛ هو ما جاء على ظهر المخطوطة مختصرا، وهو "المهد"، وقد كانت عادة المتقدمين اختصار عناوينهم عند الإطلاق، فيقول: المعونة، والنصرة، والمسائل، فراعيت هذا كما راعيت جانب الأصل المثبت، وهو أولى بالتقديم والاعتبار في جانب التحقيق، والله أجل وأعلم.

المطلب الثاني: نسبته لصاحبه، وصحته في نفسه:

الفرع الأول: نسبته لصاحبه:

قد تأكد لدينا أن كتاب الممهد صحيح الثبوت والنسبة للقاضي عبد الوهاب رحمه الله لا مدخل للريب في ذلك، فقد نسبته لنفسه في كتبه الأخرى كشرح الرسالة والمعونة والإشراف، وكما هو ظاهر في غاشية النسخة الخطية للممهد، وأثبتت كتب التراجم نسبته إليه، كما أن الذين نقلوا عنه في كتب الفقه نسبوه إليه أيضاً⁽¹⁾، و يؤكد ذلك نقل بعض أئمة الفقه والعلم "الممهد" مسندا عن شيوخهم إلى القاضي رحمه الله، كما مر معنا من قبل في مبحث تسمية الكتاب.

الفرع الثاني: صحته في نفسه:

وأما عن كونه صحيحا في نفسه، أي أن الكتاب الذي بين أيدينا هو الممهد فالذي يدل عليه جملة أمور منها:

1- أنه ورد ذكر اسم المؤلف مرتين في صلب الكتاب بعبارة: "قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر رحمه الله"⁽²⁾. ومرة: "قال القاضي أبو محمد رحمه الله"⁽³⁾. والترحم هنا من عادة النساخ.

2- أسلوبه ونفسه في الشرح: وذلك أن المتأمل في مادة هذا الكتاب وأسلوب صاحبه فيه ومنهجيته المتناسكة، يدرك أن هذا متصل اتصالا وثيقا بالقاضي رحمه الله، بل إن فقرات طويلة من هذا الكتاب تراها قد جاءت متطابقة لما قد ورد في كتبه الأخرى كالمعونة والإشراف وشرح الرسالة وغيرها، وللدلالة على هذا الكلام أورد مثالين اثنين:

الأول: قال القاضي في الممهد: "ولا خلاف بين الأمة في جواز القراض وإن اختلفوا في كثير من أحكامه، والدليل على جواز ذلك: أنه روي عن عمر وعثمان وعلي - رضوان الله عليهم - وكثير من الصدر الأول فعلوا ذلك، ولأن الضرورة داعية إليه؛ لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فدعت الضرورة إلى استئابة غيره، وربما يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة معلومة، لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى وقتنا هذا بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح، فلما كان الأمر على ذلك وجبت الرخصة فيه على نحو

(1) ولعله هو المقصود في مسائل ابن رشد الجدد، حيث ورد مصحفا باسم (المجرد)، لأن كتاب المجرد هذا لم ينسبه إلى القاضي عبد الوهاب أحد من ترجم له. انظر مسائل ابن رشد: 1/ 407.

(2) الممهد ل: 95 ب.

(3) الممهد ل: 79 ب.

ما رخص في المساواة، والأصل في الباين متقارب⁽¹⁾.

وجاء في المعونة ما نصه: "لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة وإن اختلفوا في كثير من أحكامه، وروي عن عمر رضي الله عنه وعثمان وعلي وكثير من الصدر الأول، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فدعت الضرورة إلى استنابة غيره. وإنما لم يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة معلومة لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح، فلما كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساواة، والأصل في الباين متقارب"⁽²⁾.

وجاء في شرح الرسالة: "لا خلاف في جوازه بين الأمة وإن اختلفوا في كثير من شروطه وأحكامه"⁽³⁾.

الثاني: قال في المعهد: "والأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهَنٌ مَّقْبُوضَةً﴾، وقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن»، وقوله: «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غَنَمَهُ وَعَلَيْهِ غَرَمُهُ»، وقوله عليه السلام: «الرهن محلوب ومركوب»، وروي أنه عليه السلام «رهن درعه على شعير أخذه لأهله»، ولأنه وثيقة بالحق فكان جائزاً كال كفالة، ولأنه الحق تارة يتعلق بالذمة وتارة يتعلق بغير المال فكان التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمرين"⁽⁴⁾.

وجاء في المعونة ما نصه: "والأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهَنٌ مَّقْبُوضَةً﴾، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يغلق الرهن»، وقوله: الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه، وقوله: «الرهن محلوب ومركوب»، ولأنه صلى الله عليه وسلم «رهن درعه على شعير أخذه لأهله»، ولأنه وثيقة بالحق كال كفالة، ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة وتارة بعين المال، فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمرين"⁽⁵⁾. والكلام عينه ورد في شرح الرسالة⁽⁶⁾ فدل على ما قلناه،

(1) المعهد: ل: 4 ب.

(2) انظر: المعونة: 2 / 1119.

(3) شرح الرسالة: 4 / ل 355 أ.

(4) المعهد: ل: 116 ب.

(5) انظر: المعونة: 2 / 1151.

(6) انظر: شرح الرسالة: 4 / ل: 420، 421.

وفي هذين المثالين كفاية.

3- نَقْلُ القاضي رحمه الله عن شيوخه الذين أخذ عنهم: وهذا النقل عنده إما بالرواية أو بالمعنى، وهذا طافح في الكتاب: كنقله عن شيخه أبي القاسم بن الجلاب في التفريع دون التصريح باسمه، من ذلك قوله في باب الرهن: "وإذا رهن رهنا على مقدار قيمته أو أقل ثم أراد أن يرهن فضلته من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتنه"⁽¹⁾. وهذه العبارة بعينها في التفريع، حيث يقول أبو القاسم بن الجلاب في التفريع: "ومن رهن رهنا على أقل قيمته ثم أراد أن يرهن فضلته من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتنه..."⁽²⁾.

ومن ذلك أيضا قوله في الممهد: "والعارية على ضربين: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى مثل الرباع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدي، والضرب الآخر يخفى هلاكه ويغاب عليه مثل الحلبي والثياب والسلاح وسائر العروض"⁽³⁾.

وجاء في التفريع: "والعارية على ضربين: مضمونة وغير مضمونة: فالمضمونة منها الأموال مثل الثياب والحلي والسلاح وسائر العروض، وما لا يضمن منها الأموال الظاهرة مثل الحيوان والرباع..."⁽⁴⁾.

كما يمكننا أن نستأنس بما يلي:

4 - ذكره لبعض شيوخه في متن الكتاب: فقد صرح بشيخه أبي الحسن بن القصار⁽⁵⁾ وأبي بكر الأبهري ويطلق عليه لقب الشيخ⁽⁶⁾ وغيرهم، كما نقل عن شيوخه البغداديين كأبي الفرج الليثي، مما يدل على عراقية الكتاب في مصادره وموارده.

5 - نقله عن بعض كتب شيوخه: ومنهم ابن القصار في كتابه عيون الأدلة فصرح بذلك قائلا: "وقد حكى أبو الحسن بن القصار في كتابه"⁽⁷⁾.

(1) الممهد: ل: 133 ب.

(2) انظر: التفريع: 2 / 262.

(3) انظر: الممهد: ل 140 أ.

(4) انظر: التفريع: 2 / 267، 268.

(5) انظر على سبيل المثال المواضع التالية: ل: 132 ب، ل: 95 ب، ل: 173 أ.

(6) الممهد: ل: 95 أ، ل: 207 ب، ل: 219 أ، ل: 254 أ.

(7) الممهد: ل: 173 أ.

6- نَقَلَ الراعي الأندلسي رحمه الله في كتابه الانتصار نصوصاً من الممهد من مسائل الطهارة والصلاة⁽¹⁾، غير أنه لا يوجد بأيدينا غير الجزء الخامس وهو أبواب البيوع والمعاملات، ولو وجدت الأجزاء الأولى من هذا الكتاب الكبير لكان ذلك من أقوى الشواهد عليه، ويبدو من هذه النقول التوافق المنهجي وطول النفس في الاستدلال والاستنباط والرد على المخالفين بما هو مثله في كتاب الممهد.

7- ومن توثيق نقوله كما سيستبين ذلك من هوامش النص المحقق.

فهذه هي بعض الدلائل والشواهد التي تفيدنا أن هذا الكتاب هو صحيح النسبة إلى القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله، وفيما سقناه من بيان ودلائل، كاف في رفع احتمال التوهم في صحة نسبة الكتاب لصاحبه، وليس بأيدينا الآن غير الجزء الخامس منه، الذي يمثل أبواب البيوع والمعاملات، ولو كانت بقية الأجزاء الأخرى موجودة معنا لتضافرت أدلة وزيادات تؤكد، فظهر بذلك أن الكتاب هو الممهد للقاضي أبي محمد عبد الوهاب المالكي رحمه الله تعالى.

(1) المسائل الخلافية التي نقلها الراعي من الممهد هي: مسألة الخلاف في نجاسة المنى، والخلاف في طهارة الكلب، الخلاف في قراءة البسملة في الصلاة، الخلاف في قراءة المأموم وجهره، الخلاف في صلاة المفترض بإمامة المتنفل. انظر انتصار الفقير السالك: ص 254، 258، 275، 289، 293.

المبحث الثاني: منهج القاضي عبد الوهاب في كتابه الممهد:

إن القاضي أبا محمد رحمه الله تعالى امتاز عن نظرائه وأقرانه بسعة علمه وقوة عبارته وتميز أسلوبه، وصحة حججه، وتوجيه استدلاله، مع تمكنه من علم الفقه والأصول، والمناظرة والمعقول تمكنا منقطع النظير، وقد أبان في كتابه هذا عن منهج فذّ جليل، يدل على تضلعه في التأصيل والتفريع والتمثيل، والاعتدال على الاستدلال بما ينصر مذهبه بالراجح من الدليل، وحتى يستبين هذا المنهج وتوضح معالمه، فإنني سأعرض له بشيء من التفصيل، بيانا وتمثيلا.

المطلب الأول: منهجه في عرض المسائل الفقهية، والقضايا الخلافية:

ويقوم هذا المنهج على ما يلي:

1- يصدر القاضي رحمه الله في كتابه الممهد المباحث الفقهية ويقسمها إلى أبواب وفصول يجمع شتاتها و ينظم معاقدها كتاب معنون يدل على موضوعه، كقوله: باب القراض، وباب المساقاة، وكتاب الوديعة، ويقسم هذه الأبواب والكتب إلى مسائل، والمسائل إلى فصول. وهذا المنهج في غاية السبك والإتقان، وهو مضطرد عنده من أول الكتاب إلى آخره.

2- يعرض القاضي رحمه الله حكم المسألة الفقهية، فيصدر المسألة أولا بذكر مذهب الإمام مالك رحمه الله، فتارة يصرح عن الإمام مباشرة فيقول: "عند مالك رحمه الله يقضى بالشاهد واليمين في الأموال"⁽¹⁾، ومثله أيضا: "عند مالك رحمه الله إذا غر المحيل المحتال بفلس المحال عليه فإنه يجوز الرجوع إلى المحيل بالحق"⁽²⁾، وهذا كثير في الكتاب.

وغالبا ما يصدر للمسألة بقوله: "عندنا"، والمقصود بهذا الإطلاق: أي المشهور من مذهب مالك رحمه الله، أو الحكم المعروف عند المالكية، ومثاله: قوله: "عندنا أن عقد الوكالة عقد جائز وليس بلازم"⁽³⁾، ومثله: "عندنا إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس فإن الحاكم يحجر عليه"⁽¹⁾،

(1) الممهد: ل: 48 أ.

(2) الممهد: ل: 162 أ.

(3) الممهد: ل: 25 ب.

ومثل هذا كثير في المتن.

3- يذكر الموافق في حكم المسألة من أئمة المذاهب الفقهية وفقهاء الأمصار، فقد يكون أبا حنيفة، أو يكون الشافعي، أو هما معا، أو يكون معهما أحد علماء الأمصار، ويعبر عن هذا بقوله: (وبه قال أبو حنيفة، وبه قال الشافعي، وقال مثل قولنا) التي تدل على الوفاق، ومن نماذج ذلك مثلا قوله: "عندنا أن المساقاة جائزة وبه قال الشافعي ومحمد وأبو يوسف وأحمد بن حنبل وإسحاق"⁽²⁾.

4- ثم يأتي على ذكر المخالف في المسألة، فقد يكون المخالف أبا حنيفة، وقد يكون الشافعي، أو هما معا، وفي أحيان قليلة يكون المخالف الإمام أحمد، أو يكون المخالف مذهب داود الظاهري، أو إسحاق بن راهوية، أو أحد فقهاء الأمصار، مستعملا عبارة: "وقال أحمد بن حنبل"، أو "خلافا لداود الظاهري". وأحيانا يُبهم المخالف فيقول: "ومن الناس من قال"⁽³⁾. ولكن هذا قليل.

5- ينقل الاختلاف داخل المذهب الواحد كمذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه في القديم والحديث، واختلاف أبي حنيفة وصاحبيه⁽⁴⁾، فمثلا يقول: "واختلف قول الشافعي فقال في القديم"⁽⁵⁾. وكقوله: "وقال الشافعي في أحد قوليه"⁽⁶⁾.

6- يذكر الروايات والأقوال في مذهب الإمام مالك رحمه الله وأصحابه إن كان في حكم المسألة خلافا، وفي هذا بيان وتدوين لأقوال وروايات ونصوص المذهب، ومن أمثلة ذلك قوله: "وقد اختلف قول مالك رحمه الله فيما يجب له في القراض الفاسد: فروي عنه أنه قال: إن للعامل قراض مثله. والرواية الأخرى: إن له أجره المثل. وقال ابن القاسم: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض مثله، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجره المثل، وذكر محمد بن المواز عن مالك رحمه الله: في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض مثله أو مما سمي له من الربح"⁽⁷⁾. ومثاله أيضا: "وقد اختلف أصحابنا في الأحكام في البدن المتعلقة بالأموال مثل

(1) المعهد: ل: 150 ب.

(2) المعهد: ل: 2 أ.

(3) المعهد: ل: 121 أ.

(4) المعهد: ل: 8 أ، ل: 150 ب.

(5) المعهد: ل: 7 ب، ل: 52 ب، ل: 105 ب.

(6) المعهد: ل: 12 ب، ل: 153 أ.

(7) المعهد: ل: 9 ب.

الشهادة على الوكالة بطلب المال، وعلى أسباب الوصية التي ليس فيها إلا المال: فروي عن مالك رحمه الله وابن القاسم وعبد الله بن وهب: أنه يجوز في ذلك شاهد وامرأتان. وقال أشهب بن عبد العزيز وعبد الملك بن الماجشون: لا يجوز في ذلك إلا رجلان⁽¹⁾.

ومن النماذج أيضا: قوله في ضمان الرهن: "وأما إذا قامت بينة بهلاكه أو علم أنه هلك من غير صنع المرتن، فقد اختلف الرواة عن مالك رحمه الله فيه: فروى ابن القاسم وغيره عنه من أصحابنا: أنه لا ضمان عليه ويأخذ دينه من الراهن، وروى أشهب وابن عبد الحكم: أنه ضامن بقيمته وإن علم هلاكه"⁽²⁾. ومن الأمثلة كثير لا يسع المقام لبسطها.

7_ توجيهه لروايات وأقوال أئمة المذهب وناقليه: وهذا التوجيه إنما هو تفريع واستثمار لهذه المرويات والأقوال، بما يشرح مضامينها ويفسر غامضها ويُقاس عليها الأحكام بنظرائها، ويبني من خلال ذلك الفروع على الفروع استنباطا وتوجيها، وعلى سبيل المثال قوله: "وقد اختلف قول مالك رحمه الله فيما يجب له في القراض الفاسد: فروي عنه أنه قال: إن للعامل قراض مثله. والرواية الأخرى: إن له أجره المثل. وقال ابن القاسم: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض مثله، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجره المثل. وذكر محمد بن المواز عن مالك رحمه الله: في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض مثله أو مما سمي له من الربح.

فوجه القول: في أن له قراض المثل في الجملة هو: أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردود إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة فكذلك القراض مثل ذلك.

ووجه اعتبار أجره المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضا يُسمَّى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسدا فللعامل أجره المثل في عمله أصله الإجارة الفاسدة. وأما التفصيل الذي ذكره ابن القاسم فإن ذلك استحسان وليس بقياس⁽³⁾.

ومثال آخر: قوله: "واختلف في الرواية عن مالك رحمه الله في مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم، فروي أن ذلك له.... وروي عنه أنه قال: ليس له مطالبة الكفيل، وهذا على وجه التحقيق ليس برواية ثابتة وإنما هو رجوع إلى الثانية. فوجه الرواية الأولى: قوله ﷺ: «الزعيم غارم» ولم يفرق، والقياس: هو أنها حال ضمان فوجب استيفاء الحق منه أصله إذا أفلس الغريم ولأن

(1) الممهد: ل: 88 ب.

(2) الممهد: ل: 126 أ.

(3) الممهد: ل: 9 ب.

الضمان أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كانت له مطالبة الغريم، فكذلك له مطالبة الكفيل.

ووجه الرواية الثانية: ما قاله أحمد بن المعذل رحمه الله، وذلك أنه قال: إن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى والهلاك ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة، وإذا ثبت ذلك لم يكن له ذلك إلا على الوجه الذي دخل الضامن الضامن عليه. وأما الثالثة فإنها مبنية على هذه، وذلك أنه يبدأ بهال الغريم لأنه أحق بالمطالبة فإن وفى به سقط ذلك عن الضمين وإن جحد لهم من مال الضمين، وإنما كان كذلك لأن استيفاءه متعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان⁽¹⁾.

وهكذا ندرك حقاً صحة ما عناه القاضي في المعونة بقوله: "وعلى الكتاب المترجم بالممهد وما حواه من المسائل والتفريعات واختلاف الوجوه والروايات"⁽²⁾.

أما مصطلحه في الترجيح بين الأقوال والروايات: فقد كان للمصطلح الفقهي حضور واهتمام عند القاضي رحمه الله، ورغم أن كتاب الممهد يعنى بفقهِ الخلاف والاستدلال، إلا أن ذلك لم يكن ليند عن الشيخ أبي محمد في عرضه لعيون المسألة الفقهية، وما يتفرع عنها من جمع واستحضار لأدلة المذهب والذب عنه، باختيار وتوظيف المصطلح بما يدل على الترجيح بين المسائل والقضايا الفقهية الخلافية، فالمصطلح الذي اهتم به القاضي متداول في لغة الفقهاء مستعمل في إطلاقاتهم، وبعضها يوردها بما يدل على الترجيح والتغليب، وبعضها في موارد الشرح والتعليل، فمن تلك المصطلحات: الأظهر، أظهر الروايتين، وهو أظهر الروايتين عن مالك رحمه الله⁽³⁾، المذهب، الصحيح، و الصحيح ما قاله ابن القاسم، أصح وأقيس، أصح في النظر، الأشبه، أليق بظاهر اللفظ، لفظة "التحريم"، يكره، "يحتمل كذا".

8- يعرض القاضي أبو محمد رحمه الله في حكم المسألة الخلافية أولاً أدلة المالكية وحججهم من المنقول والمعقول، مستعملاً في ذلك ما يدل على التدليل والاحتجاج، كقوله: "ودليلنا"، "وإنما قلنا ذلك"، "والأصل في هذا"، ثم يقوم بسرد الأدلة والحجج نقلاً وعقلاً وتمثيلاً. والأدلة التي يسوقها القاضي لحججه لا يسوقها دفعة واحدة، وإنما يأتي بها مجزأة في منهج جدلي رصين يرد به أدلة المخالفين بما يبطلها وينقضها بما يقوى من النصوص والحجج عنده، معبراً عن هذا كله بقوله: (فإن

(1) الممهد: ل: 159 ب.

(2) المعونة: 1 / 115.

(3) الممهد: ل: 132 ب.

قالوا: فالجواب).

ومن الأمثلة على هذا قوله في مسألة مساقاة الأصول الكرم والنخيل: "عندنا تجوز المساقاة في الأصول كلها فيجوز ذلك في النخل والكرم. ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ: «ساقى أهل خيبر على ما فيها من شجر وزرع». وهذا عام في جميع الأشجار فوجب العمل به في كل شجر. والقياس هو أنه أصل له ثمر جازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم. ولأن المساقاة إنما جازت في النخل والكرم للضرورة الداعية إلى ذلك، لأن من له نخل وكرم لا يمكنه أن يعمل بنفسه لأنه قد يكون ممن لا يتولى بنفسه العمل ولا يتمكن في الغالب من يستأجر من يعمل نخله لأن الآخر يطالبه بالأجرة في الحال فلا يقدر على ذلك، وهذا المعنى موجود في كل الأشجار فجاز ذلك في النخل والكرم كان ذلك جائز فيما يشبهه وهو مثله".⁽¹⁾

وأيضا: قوله: "والأصل في ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها الكتاب والسنة والإجماع"⁽²⁾.

وسنأتي على ذكر منهجه وطريقته في الاستدلال في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

9- وبعد أن يذكر أدلة المالكية، يأتي إلى ذكر أدلة المذهب المخالف في منهج لا تراه مشتبهما لما في كتبه الأخرى التي بين أيدينا، فهو يذكر أدلة المخالف في سياق المناظرة والحجاج في أسلوب مائع يشحذ الذهن وينقدح معه الفكر، مما يتلزم عليك متابعة المسألة من أول استدلال لينتظم آخره بأوله، وعبارته في هذا: "واحتج بأن قال"، "قالوا".. واستدلال المخالف يجلبه تارة من المنقول وتارة من القياس والمعقول.

فمثال هذا قوله في مسألة شركة الوجوه: "واحتج بأن قال: إن النبي ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم»"⁽³⁾ وهذا استدلال بصحيح المنقول.

ومثال آخر: "قالوا: ولأن شركة الوجوه تتعقب على وجه الوكالة، بدليل أن ما يشتريه كل واحد منهما يكون بعضه مشتريا لنفسه وبعضه على الوكالة للآخر، وهذه الوكالة تصح"⁽⁴⁾. وهذا استدلال من النظر والمعقول.

(1) الممهد: ل: 11 ب.

(2) الممهد: ل: 241 ب.

(3) الممهد: ل: 18 ب.

(4) الممهد: ل: 18 ب.

10 - مناقشته لأدلة المخالفين وأصحاب المذاهب والفقهاء، وهو في هذا المعترك الفقهي تراه يستعمل قواعد الأدلة التي هي من مهمات أدوات المناظرة والحجاج المعروفة عندهم، في أسلوب علمي محكم مكين، خال من التعسف والتهجم في حق الفقهاء والمخالفين، ففي أمثلة رده ومناقشته لهم يقول:

"قالوا: وروي أن هنذا جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي، أفاخذ من ماله، فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك وولذك بالمعروف»". قالوا: وهذا يدل على جواز الحكم بالعلم. والجواب: هو هذا الخبر لا حجة فيه على الحكم بعلمه؛ وإنما ذلك منه صلى الله عليه وسلم على طريق الفتيا؛ لأن نفقتها واجبة على زوجها فأفتاها أن لها أن تأخذ من ماله كفايتها؛ ألا ترى أنها تستفتيه صلى الله عليه وسلم في ذلك ولم يكن ذلك حكما منه بالعلم، فلم يصح ما قالوه من ذلك"⁽¹⁾.

ومثال آخر: "والجواب: هو أنا قد أبطلنا ذلك بالدليل الذي ذكرناه وهو الإجماع من الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك فلا يلتفت إلى قول من أحدث خلاف قولهم"⁽²⁾.

وكرده على الإمام الشافعي في إحدى مسائل الإقرار بقوله: "والجواب: أن هذا غلط من وجوه: أحدها: أن المقر أعرف أن هذا المقر له ويرث له من أبيه وهذا لا يفيد أن الميت يرث عنده ولا يصح ذلك فيه. والثاني: أن قوله حق في مقابله حق فليس بصحيح؛ لأنه يبطل بما إذا قال هذه زوجة أبي لا يعلم أنه أبانها وكذلك إذا قال لزيد على أبينا دين فأنكر الباكون فإنه يلزمه دونهم. والثالث: هو أنا كذلك نقول وإنما يتوارثان لأنه إذا صدقه الآخر وقال له أنا أخوك فإنه يرث منه فلم يصح ما قالوه من ذلك. وقوله لا ينفك أحدهما من الآخر فغير صحيح ولأن أحدهما قد ينفك من الآخر لأن أحد الأخوين قد يرث من أخيه وإن كان لا يرثه الآخر إذا كان قاتلا، ويبطل بالمشتري تدعي أنه باعه عبدا فأعتقه فإنه لا يصدق في الثمن ويصدق في العبد أنه اعتقه وقد أعرف بحق هذا العتق في مقابلة حق هو الثمن وقد قبل في أحدهما ولم يقبل في الآخر كذلك في مسألتنا مثله، ولا ينفك أحدهما عن الآخر؛ لأنه صدقه فافترقا لأجل ذلك"⁽³⁾.

ورده على الحنفية في مسائل اللقطة بقوله: "وروي أن رجلا وجد لقطة على عهد رسول الله ﷺ

(1) الممهد: ل: 40 أ.

(2) الممهد: ل: 40 ب.

(3) الممهد: ل: 110 أ.

فقال له رسول الله ﷺ: «تصدق بها ولا تكن لقاطا»، وهذا ينفي أكلها. والجواب: هو أنه لا حجة فيه؛ لأنه أمره بالتصدق بذلك ونحن نأمره بذلك لأننا نستحب له بعد التملك أن يتصدق بها⁽¹⁾.

ومثال آخر: قوله: "قالوا: ولأن اللقطة في يده على وجه الأمانة فلم يجوز له الأكل مع الغنى أصله المودع لا يجوز له الأكل فكذلك مسألتنا. والجواب: هو أنا نقبل فنقول: فوجب أن لا يختلف حكم الغني والفقير في باب الأكل أصله ما ذكرتم. والثاني هو أنه لا تأثير لقولكم أمانة؛ لأنه لو لم تكن أمانة كانت بتلك المنزلة، والمعنى في الأصل أن الفقير لا يجوز له أكل الوديعة فلذلك لم تجز للغني وليس كذلك في مسألتنا لأنه لما جاز للفقير الأكل والتمليك لللقطة جاز للغني مباح ذلك⁽²⁾.

11- وليس من الضروري عند القاضي رحمه الله بيان الراجح عنده من الخلاف، إلا نادرا فإنه يوازن بين أقوال المذهب إن كان فيه اختلاف بين الأصحاب بعد أن يبينها ثم يوجهها، فمثلا يقول: "يجوز عندنا أن يرهن فضل رهنه عند إنسان آخر وهو أظهر الروايتين عن مالك رحمه الله"⁽³⁾.

ومثاله أيضا: "وأما الراكب في البحر الخائف من الغرق فقد اختلف أصحابنا فيه: فقال ابن القاسم حكمه حكم الصحيح، وقال أشهب حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف في الصف، فالذي قاله أشهب أصح وأقيس لأنها حالة خوف على النفس فوجب الحجر عليه أصله أنقال الحامل"⁽⁴⁾. وكقوله: "والصحيح ما قاله ابن القاسم"⁽⁵⁾.

12- يعضد ما يراه عنده راجحا بذكر آراء شيوخه زيادة تكون أبلغ في الترجيح وخاصة شيخه الأبهري، فيقول مثلا في إحدى مسائل الوقف: "ولا حد لهذه المدة إلا ما يعلم في مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالملك حياته وأدوا عنه ورثته. وقد حد ذلك ابن القاسم بسنة، وحجته في ذلك أن السنة وضعت للاختبار كإقامة البكر عند الزوج والغائب وعهدة السنة. وكان الشيخ أبو بكر الأبهري رحمه الله يقول: القياس أن لا يصح بعد رجوعه إلى يده طالت المدة أو قصرت"⁽⁶⁾.

13- استدراكه على أئمة المذهب الكبار كابن عبدوس وغيره، فمثلا يقول: "وأن ما حكاه ابن

(1) الممهد: ل: 178 أ.

(2) الممهد: ل: 178 أ.

(3) الممهد: ل: 132 ب.

(4) الممهد: ل: 253 أ.

(5) الممهد: ل: 134 أ.

(6) الممهد: ل: 219 أ.

عبدوس عن بعض أصحابنا ليس بشيء، والصحيح إنما يكون حبسا⁽¹⁾.

14- شرحه للمصطلحات الفقهية والألفاظ المبهمة، معتمدا في ذلك على أئمة اللغة العربية، فمثلا يقول: "وتجوز مساقاة البعل وهو الذي يشرب من أصله من غير سقي"⁽²⁾، ومثال ذلك أيضا: قال سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، ومعنى العدل: هو الاستواء والاستقامة⁽³⁾.

ومثال آخر يفسر به لفظة انغلاق الرهن معتمدا على أئمة اللغة: قوله في الممهد:

"فوجه الدليل منه هو أنه قال: "لا يغلق الرهن". وقال أبو عبيد: له تأويلان: أحدهما: أنه أراد بذلك عليه السلام أنه لا يغلق بمعنى أنه لا يملكه المرتهن عند محل الحق كما كانت الجاهلية تفعل إن قضى الراهن الحق عند محل الأجل وإلا كان الرهن للمرتهن. والثاني: هو أنه أراد بقوله لا يغلق الرهن غلقا لا يمكن للراهن حله وفكه. وأي التأويلين كان قلنا به لأنه علم في كل رهن⁽⁴⁾.

وأيضا قوله: "أراد بالجار ههنا الشريك لأنه قريب من شريكه وكل من قرب من الإنسان تسميه العرب جار حتى المرأة. قال الأعشى....."⁽⁵⁾

15 - تفصيله للمسائل الفقهية التي يتعرض لها من حيث النظر والاستدلال، وهذا بعد ذكره أصل المسألة مستعملا ما يدل على هذا التفصيل كقوله: "فإنه ينظر".

والمثال على هذا قوله: إذا خسر في مال القراض ثم عمل فيه من بعد فربح فإنه ينظر: فإن كان....."⁽⁶⁾.

وكقوله: ولو شرط رب المال الزكاة على العامل فإنه ينظر في ذلك: فإن كان..."⁽⁷⁾

وأيضا قوله: "فأما إذا أخذ اللقطة ثم ردها مكانها فإنه ينظر في ذلك فإن كان أخذها بنية

(1) الممهد: ل: 218 أ.

(2) الممهد: ل: 14 أ.

(3) الممهد: ل: 45 أ.

(4) الممهد: ل: 123 أ.

(5) الممهد: ل: 225 أ.

(6) الممهد: ل: 9 أ.

(7) الممهد: ل: 9 أ.

الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها"⁽¹⁾. ومثل هذا كثير، وفي هذه الأمثلة كفاية.

16- تصويره للقضايا الفقهية التي يتناولها وهذا لبيان صفتها أو تعريفها قبل أن يتعرض لأحكامها وجزئياتها وما يتعلق بها، ومثاله قوله: "وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قُدِّرَ العمل لم يكن ذلك جعلاً وصار ذلك إجارة ولم يجز ذلك إلا فيما يُتَقَدَّرُ من الأعمال"⁽²⁾.

وأيضاً قوله: "وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالا إلى غيره ليتجر فيه ويشترى ويبيع ويبتاع من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير"⁽³⁾.

هذا هو المنهج العام عند القاضي أبي محمد رحمه الله في طريقة عرضه للمسائل الفقهية والخلافية وهو منهج علمي دقيق، يتسم بالاطراد في المنهج، وعارضة قوية في الاستنباط والتوجيه والتعليل، مع أسلوب متميز في العبارة وبيان الأدلة، بعيداً عن التكلف والشطط في حق المخالفين، فكان الكتاب بحق من أهم نفائس وذخائر الفقه الإسلامي المقارن.

(1) المهمل: ل: 179 ب.

(2) المهمل: ل: 2 ب.

(3) المهمل: ل: 4 ب.

المطلب الثاني: منهجه في الاستدلال:

ونقصد بالاستدلال هنا معناه الفقهي الأعم وهو: إيراد الدليل سواء كان نصا نقليا أو عقليا، وليس بالمعنى الأخص الأصولي وهو: كل دليل ليس نصا ولا إجماعا ولا قياسا⁽¹⁾.

أما أصول الاستدلال عند القاضي رحمه الله في الممهد، فتقوم على الأدلة الكلية الحاكمة على أعيان القضايا الجزئية الفرعية، وهي القرآن والسنة والإجماع والنظر، وسائر الأدلة الأخرى التي بنى عليها فقهه واجتهاده، وأعرض هنا الأدلة التي اعتمدها القاضي رحمه الله مع شيء من البيان والتفصيل والتمثيل:

الفرع الأول: استدلاله بالقرآن الكريم: يستدل القاضي رحمه الله على الأحكام الشرعية بما ثبت في كتاب الله عز وجل، فيحتج بعمومات نصوص القرآن، والظاهر منه ومنطوقه ومفهومه، وناسخه ومنسوخه، وسائر مباحث الكتاب العزيز، ثم يوجه استدلاله منه قائلا: "فوجه الدليل منه كذا"، وهذا طافح عنده في الكتاب يعسر ضبطه وإحصاؤه.

ومن الأمثلة في هذا الشأن قوله: "ودليلنا قوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ إِلَى قَوْلِهِ: إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾.

فوجه الدليل منه هو أن الاستثناء إذا ذكر عقب جملة فإنه يرجع إلى جميع الجملة كالشرط، وذلك أن الله تعالى ذكر الجلد وذكر الشهادة والفسق، ثم قال: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾، فعلم أن التوبة تسقط جميع ما تقدم⁽²⁾.

المثال الثاني: قال: ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾ ولم يفصل بين أن يكون صغيرا أو كبيرا فهو على عمومته⁽³⁾.

المثال الثالث: قوله في باب الرهن: ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾ ولا يخلو من أن يكون ذلك شرطا أو أمرا، وأي ذلك كان بالعقد حاصل وإن لم يوجد كذلك. والثاني هو أنه قال فرهان مقبوضة،

(1) يقول الإمام الأمدي رحمه الله: "الاستدلال في اصطلاح الفقهاء: يطلق تارة بمعنى ذكر الدليل، وسواء كان الدليل نصا أو إجماعا أو قياسا أو غيره، ويطلق على نوع خاص من أنواع الأدلة: وهو عبارة عن دليل لا يكون نصا ولا إجماعا ولا قياسا". انظر: الإحكام: 4 / 145.

(2) الممهد: ل: 41 أ.

(3) الممهد: ل: 246 أ.

فذكر الرهن قبل قبضه فلولا أن الرهن قبل قبضه قد يؤخره وإن لم يكن مقبوضاً لم يحتج إلى صفته بالقبض فهو كقول القائل هذا رجل طويل لولا أن في الدنيا غير طويل لم يحتج إلى صفته بذلك. وأيضاً قوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فالراهن والمرتهن قد عقد الرهن فوجب الوفاء به⁽¹⁾. وهذا منطوق الكتاب عنده.

ومن ذلك أيضاً قوله في عقد الرهن: "ودليلنا قوله تعالى ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ولم يفرق بين المطلق والمقيد فهو عام في جميع ذلك⁽²⁾. ونكتفي بهذا القدر من التمثيل.

- تفسيره لآي الكتاب بما يرفع الالتباس في الاستدلال معتمداً في ذلك على علماء اللغة والتفسير، وذلك كما في قوله: "ودليلنا قوله سبحانه وتعالى: ﴿قِيلَ فِي التَّفْسِيرِ: وَلَمَّا بَلَغْتَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، وَلَآنَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَكُونُ ذَلِكَ أَوَّلَ حَالَاتِ الْخَوْفِ لَا مُحَالَةَ فِي ذَلِكَ﴾"⁽³⁾.

ثم يردف قائلاً: "فالذي يدل عليه ما روى الأصمعي قال: "ولد كل حامل يركض في نصف حملها فإذا أثقلت قيل امرأة مثقلة فإذا ضربها المخاض قيل مخضت، فإذا جاء الأثقال ليبدأ الوجل في قلب المرأة ووجدت ما لم تكن قبله تجده، وأول أثقالها ستة أشهر لأنها حالة يجوز أن تلد فيها". ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَحَمْلُهُ، وَفَصْلُهُ، ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.

قالوا: المراد بقوله تعالى: ﴿قِيلَ﴾ إذا ضربها الطلق، وإذا دخلت في الستة الأشهر لا يوجد هذا المعنى.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ لأن الأصمعي قد فسر ذلك ومثله من يرجع إليه في ذلك⁽⁴⁾.

ومن ذلك أيضاً قوله: وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾. قال ابن عباس: أشده ثماني عشرة سنة. فكان الرجوع فيه إلى ما قاله ابن عباس؛ لأنه ترجمان القرآن والنبي صلى الله عليه وسلم قال: «اللهم علمه التأويل ودعاه له بذلك، فكان الرجوع إليه أولى»⁽⁵⁾.

(1) المهمل: ل: 117 أ.

(2) المهمل: ل: 117 ب.

(3) المهمل: ل: 253 أ.

(4) المهمل: ل: 253 أ.

(5) المهمل: ل: 145 أ.

الفرع الثاني: استدلاله بالسنة النبوية:

تمسك القاضي رحمه الله بمدارك السنة في الاحتجاج، فهو يورد أقوال النبي ﷺ وأفعاله وتقريراته ليستدل بها على الأحكام⁽¹⁾، مبينا وجوه الدلالة من وراء ذلك كله، ومعضدا استدلاله بصحيح النظر منها إفحاما للخصم أو نقضا لدليل المخالف عنده. والكلام هنا ينحصر في جانب الاستدلال بالسنة عنده رواية ودراية:

أ- أما فقه الحديث رواية:

فإن القاضي من حيث دراسة الإسناد، يعرض الأحاديث على ميزان النقد والبحث في الأسانيد وعلل الرجال، ويحكم عليها بالصحة والضعف مبينا أوجه العلل إن كان في ذلك اضطراب أو اختلال، هذا بالنسبة لأدلة المخالف عنده، وهو يحرص في استدلاله بأن تكون السنة المستدل بها عنده صحيحة سليمة من القوادح والعلل، لئلا يعترض عليها بالنقض أو الإبطال.

ومن الشواهد على هذا الكلام قوله رحمه الله: "والذي يدل على صحة هذا التأويل ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من دعي إلى حاكم من الحكام فلم يجبه فلا حق له" وهذا قد دعي وما أجاب. والجواب: هو أن هذا الخبر لم يصح عن أحد من أهل الحديث ولا يعرفونه فلا يصح الاحتجاج به، ولو صح؛ كان ظاهره يدل على بطلانه لأنه إذا لم يجبه لا يبطل حقه بل حقه ثابت لازم فلم يصح ما قالوه"⁽²⁾.

فأنت تراه كيف يرد احتجاج الخصم بنقض صحة دليله والحكم على درجته، إذا لم يكن ذلك صحيحا عند أهل المعرفة بالحديث.

وحين ناقش ما استدل به الحنفية على مسألة الشفعة للجار ساق دليلهم وناقش إسناده قائلا: قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الجار أحق بسقبة جاره ينتظره بها إذا غاب إذا كان طريقهما واحدا»، قالوا: وهذا نفي.

والجواب: هو أن هذا الحديث يرويه عبد الملك بن سليمان عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ، وعبد الملك رجل ثقة، إلا أن أصحاب الحديث ضعفوه في جميع أحاديثه التي رواها في الشفعة خاصة

(1) من الأدلة على هذا قوله في الممهد ما نصه: "وذلك أنه إنما استدللنا بهذا الخبر على أن الحكم بالشبه أمر شرعي ثابت يجوز المصير إليه والقول به، وإقرار النبي صلى الله عليه وسلم يدل على أن ذلك شرع له يجب المصير إليه لأن الشرع تارة يثبت بقوله وتارة بفعله وتارة بإقراره على ذلك". الممهد: ل 86 أ.

(2) الممهد: ل 25 أ.

فقال... وغيرهم وهم عبد الملك في هذا الحديث⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضا كلامه في إسناد المخالف حين يستدل به فيضعفه بما يذكره أهل المعرفة بالحديث، والشاهد في هذا من مسائل الشفعة ما رد به على الحنفية في ما ادعوه من الاستدلال قائلا: "قالوا: وروى عمرو بن الشريك عن أبيه أنه قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله: "إن لي جارا وقد باع أرضه وليس لي فيها شرك ولا حق إلا الجوار، فقال النبي ﷺ أنت أحق بأرض جارك". قالوا: وهذا نص. والجواب: هو أن أبا بكر بن المنذر قال: هذا الحديث مضطرب الأسانيد، ولو ثبت فيحتمل أنه يكون قد كان له فيها حق الشفعة بأن تكون أرضا لرجلين باع أحدهما نصيبه منها فثبتت لشريكه الشفعة فلم يطالب بها لأنه كان سلم أن له ذلك حتى كان باع نصيبه أيضا منها ثم علم أنه كانت له فيه الشفعة فقال ليس له فيها شرك ولا حق إلا حق الجوار فقد كان له فيها حق فأثبت له الشفعة، وعلى أنكم رويتموه وما رويناه أولى لأن أخبارنا معروفة مشهورة عند أصحاب الحديث وما رويتموه فإن أصحاب الحديث وأهل المعرفة قد تكلموا في جميعها فوجب تقديم ما ذكرناه⁽²⁾.

- تضعيف الحديث وذلك بالطعن في رجاله؛ وهذا من قواعد الاستدلال عنده؛ فمثلا يضعف ما استدل عليه الحنفية في مسألة اجتماع الغرم مع القطع على السارق في باب الغصب بقوله: "قالوا: وروى عبد الرحمن بن عوف الزهري عن النبي ﷺ أنه قال: «لا غرم على السارق بعد القطع»، وروي أنه عليه السلام: قال: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»، وهو أنه ﷺ قطع سارقا ولم يغرمه، وهذه كلها نصوص فيها اختلافنا فيه.

والجواب: هو أن هذا الخبر ضعيف وذلك أن راويه إبراهيم بن سعيد عن أخيه المسور بن سعيد عن عبد الرحمن، فأما إبراهيم فهو ضعيف في الحديث، وأما أخوه فقد قيل: "إنه لم يلق عبد الرحمن"⁽³⁾.

- اعتبار الحديث المرسل: وهو عنده كالمسند يصح الاحتجاج به على الأحكام الشرعية فلذلك جعله دليلا قائما وخصوصا مراسيل الثقات كسعيد بن المسيب وسلمة بن عبد الرحمن، ومن الشواهد على هذا:

(1) المعهد: ل 225 أ.

(2) المعهد: ل 225 ب.

(3) المعهد: ل 204 ب.

قوله: " قالوا: هذا الخبر يرويه سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب عن النبي ﷺ وهما ما لقيا رسول الله ﷺ.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما عندنا بين المرسل والمسند إذا أرسله ثقة، ولا سيما سعيد بن المسيب وسلمة بن عبد الرحمن⁽¹⁾.

وأيضا قوله ردا على الحنفية والشافعية: "قالوا: فعمر بن شعيب مرسل ونحن لا نقول بالمراسيل.

والجواب: هو أننا نقول بذلك، والثاني هو أن من قال بمراسيل سعيد بن المسيب يجب أن يقول بكل مرسل.

قالوا: فمراسيل سعيد بن المسيب قد تتبععت فوجدت من المسانيد.

والجواب: هو أنها لا تكون مثل المسانيد لأن المسند غير المرسل، والثاني هو أن المرسل قد يكون خيرا من المسند لأنه إذا أرسله الثقة علم أنه ما أرسله إلا لثبوته، والمسند إذا أسند فإنه يريد أن يخرج عن عهده فكان بالقول أحسن حالا من رده فلم يصح ما قالوه"⁽²⁾. وهذه حيلة لدفع النقض عنده رحمه الله.

ومن شواهد إعمال المرسل عنده ما أثبتته في مسألة موت المفلس ووجد البائع سلعته فليس له الرجوع في ذلك، بل هو أسوة الغرماء، باحث الشافعية في هذه المسألة مستدلا عليهم بقوله:

"ودليلنا: ما روى مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث أن رسول الله ﷺ قال: "أيما رجل باع متاعا فأفلس المبتاع ولم يقبض الذي باعه منه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به من الغرماء، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء"، فوجه الدليل منه أنه عليه السلام فرق بين الفليس في الحياة والموت. قالوا: وهذا الخبر مرسل. والجواب: أن المرسل عندنا والمتصل واحد إذا أرسله ثقة، وهذا كما قلتم في مراسيل سعيد بن المسيب فلا فرق بين ما أرسله سعيد بن المسيب أو غيره إذا كان ثقة"⁽³⁾. والأمثلة في هذا الباب كثيرة.

ذكره بعض الأحاديث مسندة وتارة يوردها بروايتها لها، ويروي عن مالك رحمه الله في الموطأ

(1) الممهد: ل 232 ب.

(2) الممهد: ل 201 ب. - ل 149 ب.

(3) الممهد: ل 155 أ.

دون تسميته للكتاب، ويروي عن أئمة الحديث أيضا، فيقول مثلا:

"ودليلنا: ما رواه مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن رسول الله ﷺ: «قضى باليمين مع الشاهد»⁽¹⁾.

وأیضا ما جاء في أحاديث اللقطة قوله: ودليلنا ما روى مالك رحمه الله عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ «سئل عن اللقطة فقال عرفها سنة فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه»⁽²⁾.

ومن ذلك أيضا قوله في مسائل الوقف: "ودليلنا ما روى مالك رحمه الله عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني أصبت مائة سهم من خيبر وما ملكت في الاسلام أحب إلي منه وإني أريد أن أتصدق به، فقال له النبي ﷺ حبس الأصل وسبل الثمرة، فكتب عمر رضي الله عنه هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب على فقراء المسلمين لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا جناح على من ولي ذلك أن يأكل ويطعم صديقه غير متأثر مالا"⁽³⁾.

ومن الأحاديث ما يرويها عن أئمة الفقه والحديث في معرض حجاجه نجده يقول مثلا: "واحتج بما روى المزني عن الشافعي عن أبي فديك عن أبي ذئب عن أبي المعتمر عن جلدة أو ابن خلدة الزرقى عن أبي هريرة أنه رأى رجلا أفلس فقال: فهذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أيما رجل أفلس فصاحب المتاع أحق به بمتاعه إذا وجده يعينه» ثم يرد هذا الإسناد بقوله: "والجواب عنه من أوجه: أحدها: أن هذا الإسناد لا يقر بثبته أهل المعرفة بالحديث"⁽⁴⁾.

ومن ذلك قوله: "قالوا: وروي أن عبد الله بن عمر قال عرضت على رسول الله ﷺ عام أحد فردني وكان لي سبعة عشر سنة فردني وعرضت عليه بعد ذلك فأجازني ولي خمسة عشر سنة. وروى هذا الحديث أحمد بن حنبل بإسناد صحيح"⁽⁵⁾.

كما أنه يروي الأحاديث في مرات كثيرة محذوفة الأسانيد ربما لشهرتها عنده، ومن ذلك قوله: "وأما السنة فما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ له مال وله وارث يريد أن يوصي فيه يبيت

(1) الممهد: ل 48 أ.

(2) الممهد: ل 178 ب.

(3) الممهد: ل 214 ب.

(4) الممهد: ل 155 أ.

(5) الممهد: ل 145 أب.

ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»⁽¹⁾.

وكقوله: "وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البيعة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽²⁾

ومثال ثالث قوله: "وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر».

وروي أن رسول الله ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن قاضياً فقال له: "بم تحكم، فقال: بكتاب الله تعالى، فقال: فإن لم تجد، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد، قال: أجتهد رأيي، فقال صلى الله عليه وسلم: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله"⁽³⁾.

- وهناك من الأدلة ما يسوقه بروايته قائلا: "ودليلنا ما روينا من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه: أنه نحل ابنته عائشة رضي الله عنها جداد عشرين وسقاً من الغلة"⁽⁴⁾.

وكقوله: "وإنما قلنا ذلك لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه: أنه أصاب مائة سهم"⁽⁵⁾.

- تنبيهه على الحديث المرفوع ويعلق على ذلك أحيانا كما في هذا المثال: وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الزكاة" وقد روي ذلك مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ⁽⁶⁾.

- الاستدلال بالحديث الموقوف عنده وهو كثير في صفحات المتن، ومن ذلك قوله:

"والذي يدل على ذلك ما روي عن عمر أنه قال: "لا إقرار لو ارث"⁽⁷⁾.

وكقوله على سبيل المثال: "وذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "الرهن مضمون بأقل القيمتين،

(1) المهد: ل 241 ب.

(2) المهد: ل 73 ب.

(3) المهد: ل 36 أ.

(4) المهد: ل 214 أ.

(5) المهد: ل 216 أ.

(6) المهد: ل 148 أ.

(7) المهد: ل 105 ب.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: الرهن مضمون بكمال قيمته.⁽¹⁾

هذه بعض المعاني والأمثلة عن منهجه في الاستدلال بالسنة رواية.

ب - وأما فقه الحديث دراية:

فإن القاضي أبا محمد لمكنته في دراسة متون الأحاديث، قد أخضع المتون للفحص والبحث والدرس، ناظرا فيها وفي دلالة ألفاظها بما تقرره أصول اللغة وقواعد تفسير النصوص عنده، وهو في أثناء ذلك كله تراه موجهها استدلاله بما ينصر مذهب إمامه في الاستدلال، مستعملا مصطلحات الأصول والحجاج وأدلتها المعروفة عندهم. وهذه بعض النظرات في فقه الحديث عنده.

- الحكم على المتن: يحكم القاضي على متن الحديث وذلك بتعليقه الحديث كغلط الراوي فيه ومنبها على غلطه، وهذا كما في قوله: "واحتج بما روي عن ابن عباس أنه قال: لما نزلت سورة النساء قال النبي ﷺ: «لا حبس بعد الفرائض»". وروي لا حبس بعد.

قالوا: فوجه الدليل منه أنه نفى الوقف عليه السلام والحبس بعد آية المواريث.

والجواب: هو أن الراوي غلط في هذا الحديث وهو قوله لا: "لا حُبْس" وإنما الذي روي أنه قال لا حُبْس، وأراد بذلك حبس النساء في البيوت إذا زين وأتين الفاحشة، لأن الله تعالى أمر بذلك في سورة النساء ثم نسخ، ورفع الحبس بقوله عليه السلام: «قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ثم الرجم»⁽²⁾.

. دراسة ألفاظ الحديث واختلاف رواياته: وذلك إذا كانت متون الأحاديث مختلفة في ألفاظها، أو رويت بعدة طرق، فإنه ينبه على اختلاف ألفاظ الحديث المستدل بها، وحتى عند المخالف يورد عليه هذا الكلام.

ومن الشواهد في هذا المقام قوله في باب المساقاة: وروى معمر عن عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ لما فتح خيبر شارطهم على أن له بيضا وصفرا. فقالوا له: لا علم لكم بالأرض، فأعطاهم إياها على الشطر مما يخرج من ثمر، فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص له عليهم، فحرز عليهم أربعين ألف وسق. فقالوا له: أكثرنا علينا بن رواحة، فقال: إن شئتم فاضمنوا لنا وإن شئتم فاتركوه على ضمان مالكم. فقالوا: هذا هو الحق و به قامت السموات والأرض". فوجه الدليل من هذه الأخبار:

(1) المهد: ل 124 أ.

(2) المهد: ل 215 أ.

أنه روي أنه عامل. وروي أنه ساقا فدل على جواز ذلك⁽¹⁾.

وأيضا ما قاله في مسائل اللقطة ما نصه: "ودلينا ما روى زيد بن خالد الجهني سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال "أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها بها وإلا فشأنك بها"، وروي في بعض الألفاظ أنه عليه السلام قال: "فكلها"، وروي أنه عليه السلام أنه قال: "وذلك مال الله يؤتیه من يشاء".

قالوا: إنما قال ذلك عليه السلام لأن زيد بن خالد الجهني كان فقيرا فلذلك قال له كلها وعندنا إذا كان فقيرا جاز له الأكل.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأن زيد بن خالد إنما سأل عن حكم اللقطة ولم يتعرض لا للفقير ولا للغني، ألا تراه عليه السلام قال له: "أعرف عفاصها ووكاءها" فلم يصح ما قالوه⁽²⁾.

- رده الخبر إذا لم يكن معروفا عنده أو عند المحدثين: وهذا كما في مسألة ثبوت الوصية للقاتل فقد قال: "واحتج بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا وصية لقاتل".

والجواب: هو أن هذا الخبر غير معروف فلا يصح الإحتجاج به، وعلى أنه لو صح لحملناه على وجه صحيح، وهو أنه أراد بذلك الميراث لأنه قد يعبر عن الوصية بالميراث، ألا ترى أنه قال ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِمَتْلُ حَظُّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ وأراد بذلك الميراث وعبر عنه بالوصية فكذلك في مسألتنا مثله⁽³⁾.

ومثله في هذا المثال يدفع به دليل المخالف: "واحتج بما روي عن النبي ﷺ قال: «الشفعة كنشطة العقل إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها»، قالوا وهذا يدل على أن ذلك على الفور.

والجواب: هو أن هذا الخبر غير معروف عند أصحاب الحديث فلا يجوز الإحتجاج به بما لم يصح عندهم، ولو صح لم يكن فيه دليل على أن ذلك على الفور لأنه قال: فاللوم على من تركها، وعندنا أنه إذا تركها أو علم منه ذلك فلا شفعة له فلم يصح ما قالوه⁽⁴⁾.

ج- تفسير النصوص: وهذا العلم ارتكز عليه القاضي في استدلاله على ألفاظ السنة والمباحث

(1) الممهد: ل 10 أ.

(2) الممهد: ل 177 أ- ب.

(3) الممهد: ل 249 أ.

(4) الممهد: ل 229 ب.

التي تتعلق بها لبيان معاني الأحكام، ومن ذلك العام والخاص والمجمل والمفسر والمشارك وغيرها من دلالات الألفاظ، مستندا في كثير من المرات على كلام العرب واللغويين والنحاة، وهذا موجود عنده بكثرة في صفحات الكتاب. ومن الشواهد في هذا:

تفسيره النصوص من كلام العرب: ومنه هذا المثال: "وروي زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ قال: «من طلب طلبة بلا بينة، فإن المطلوب أولى باليمين من الطالب».

فوجه الدليل منه هو أن لفظة أولى في لغة العرب مشتركة. وذلك كما نقول: فلان أفضل من فلان وفلان أفقه من فلان. وهذا إنما يكون إذا كان كل واحد منهما عالما أو فقيها إلا أن أحدهما أعلم وأفقه من الآخر فكذلك في مسألتنا⁽¹⁾.

الاستدلال بالنص: يقرر رحمه الله الاستدلال بالنص فتارة يورده للبيان من غير تعيين، وتارة أخرى يورده معينا بصيغة اللزوم فيقول وهذا "نص"، فمثال الأول قوله: "شركة الوجوه باطلة عندنا... ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «كل شرط ليس في الله فهو باطل»، وروي أنه عليه السلام "نهى عن الغرر" وهذا من الغرر فوجب أن لا يصح⁽²⁾.

ومثال الثاني: قوله: "ودليلنا: ما روي طلحة بن عبيد الله أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»....، وهذا نص في المنع من ذلك⁽³⁾.

وكقوله في الشفعة: "وروي أن النبي ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة». فوجه الدليل منه أنه عليه السلام قال فيما لم يقسم فجعل حبس الشفعة في الحبس الذي يقسم، فوجب أن لا يجب في غيره، والثاني هو أنه قال فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وهذا نص في سقوط الشفعة في المحدود⁽⁴⁾.

- الاستدلال بالظاهر: كما في قوله: وروي أن رسول ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين» والمراد بذلك أنه لا يثبت نكاح إلا بهما، فمن قال يثبت ذلك بنكول ويمين فقد خالف الظاهر⁽⁵⁾.

(1) المعهد: ل 89 ب.

(2) المعهد: ل 18 ب.

(3) المعهد: ل: 64 ب.

(4) المعهد: ل 223 ب.

(5) المعهد: ل 91 أ.

. الاستدلال بالعام: وهذا كقوله في باب إحياء الموات: "ودليلنا: ما ثبت أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»، و"من" من ألفاظ العموم فوجب أن يحمل على عمومته وشموله"⁽¹⁾.

وأيضاً مثال ذلك عنده: "قالوا: إنما أراد عليه السلام بذلك في وقته وزمانه لمن حفره من المسلمين، وهذا كما قال ﷺ يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، وإنما أراد بذلك الوقت لا في غيره من الأوقات والأزمان.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأن "مَنْ" مِنْ ألفاظ العموم، وقد بينا ذلك فيما قبل وأنها للحاضرين والغائبين ومن يأت إلى يوم القيامة"⁽²⁾.

. الاستدلال بالخاص: وهذا كما في مسألة دخول البياض اليسير في أرض المساقاة فيقول رداً على أبي حنيفة رحمه الله: "والجواب: هو أنا نحمله على ما إذا كانت الأرض منفردة بذلك، ولأن خبرنا خاص في الأرض مع النخل، والخاص يقضي على العام فكان مقدماً"⁽³⁾.

الاستدلال بالإطلاق والتقييد: وقد استدل بتقييد المطلق كما هو مقرر في الأصول، ففي هذا المثال يقول: "وإنما أجزنا لها الثلث، لأن الخبر مقيد في المنع فيما زاد على الثلث"⁽⁴⁾.

الاستدلال بالإجمال: وهذا كقوله في هذا المثال: "قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بدار الجار». والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه لأنه مجمل لم يبين فيه بأي شيء يكون أحق بإعانتة وإعارته، فليس أحد الأضمارين بأولى من الآخر"⁽⁵⁾.

الاستدلال بدلالة الاقتضاء والإشارة: وهو يعبر عنه بقوله: "مفهومه كذا"، "وهذا يتضمن"، "وهو يقتضي كذا"، فمن ذلك قوله: ودليلنا قوله تعالى: ﴿الْمُحْسِنَاتُ الْمَنَاتُفُونَ النَّجَّارُونَ الطَّلَاقُ الْبَحْرُ الْمَلِكُ الْقَبْلَةُ﴾ وذلك يتضمن الاجتهاد"⁽⁶⁾. وكقوله في مسائل الوقف: "ويجوز ذلك في المشاع والمحوز... وإنما قلنا ذلك: لما رويناه من حديث عمر رضي الله عنه: أنه أصاب مائة سهم، وذلك يقتضي أنه

(1) الممهد: ل 165 أ.

(2) الممهد: ل 165 أ.

(3) الممهد: ل 12 أ.

(4) الممهد: ل 150 ب.

(5) الممهد: ل 224 ب.

(6) الممهد: ل 26 أ.

مشاع⁽¹⁾.

الاستدلال بدلالة التنبيه والإيماء: اعتمد هذا الاستدلال في رده على الحنفية في مسألة قبول شهادة القاذف إذا تاب فقال ما نصه: "وأما ما ذكروه من التأييد فإنما ذكر ذلك على وجه التنبيه، وذلك أن القذف من أدنى الكبائر، فذكر فيه التأييد لينبه على أن القتل والزنا غيره، فلا تقبل شهادته قبل التوبة فلم يصح ما قالوه"⁽²⁾. ومثاله أيضا قوله: "عندنا لا يجوز أن تكون المرأة حاكما.... ودليلنا: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النساء: «إنكن ناقصات عقل ودين»، وهذا الكلام خارج مخرج الدم، وفيه تنبيه على منع رد شيء من أمر الدين إليهن"⁽³⁾.

الاستدلال بالمفهوم، ودليل الخطاب: وقد أعمله في استدلاله على المخالف كما هو ظاهر في هذا المثال: "وروى معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دين إلا المسلمون فإنهم عدول عليهم وعلى غيرهم» فدل على ما قلناه من ذلك.

قالوا: وهذا الخبر حجة لنا لأننا لا نقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي. والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن ذلك إنما هو من دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به فلم يصح ما قالوه"⁽⁴⁾. وكقوله في مسألة إذا رهن عبده وأعتقه وكان معسرا محتجا على أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه: "واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا عتق فيما لم يملك ابن آدم» وهذا ملك له فوجب أن ينفذ عتقه فيه.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا كان موسرا فإنه ينفذ عتقه فيه، والثاني أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به وإن قلنا به والقياس مقدم عليه"⁽⁵⁾.

وفي مسألة الصلح على الإقرار والإنكار قال ما نصه: "لأن قوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين» قد فهم منه جواز الصلح على مال الغير...."⁽⁶⁾

(1) الممهد: ل 216 أ.

(2) الممهد: ل 41 ب.

(3) الممهد: ل 51 أ.

(4) الممهد: ل 9 أ.

(5) الممهد: ل 135 أ.

(6) الممهد: ل 163 أ.

الاستدلال بالأولى: ويعبر عنه بقوله "فالأولى"، "ولأنه إذا كان، فالأولى". فمن المثل عليه قوله: "وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن من حجته من بعض وإنما أنا بشر فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار».

قالوا: هذا الخبر ورد في الأموال.

والجواب: هو أن هذا الخبر عام في الأموال وغير ذلك فوجب أن يحمل على عمومه وشموله. ولأنه إذا كان ذلك في الأموال فالأولى أن يكون ذلك في الفروج التي ورد الشرع بالإحتياط لها أكثر من الأموال⁽¹⁾.

وكقوله في فكاك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ، أو يرفع عنها الحجر: "ولأنه إذا أجاز دفع مالها إليها بعد أن تتزوج فالأولى أن يدفع إليها قبل أن تتزوج ذلك"⁽²⁾.

. في مسألة أقل الجمع، وهو أصل عند الإمام مالك رضي الله عنه وقد بينه في هذا المثل:

وإذا قال له علي دراهم أو دنانير فإنه يلزمه ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير. وإنما قلنا ذلك: لأن هذا مبني على أصل مالك رحمه الله لأن أقل الجمع عنده ثلاثة، والدليل على هذا هو أن أهل العربية قسموا الأشياء إلى آحاد وتثنية وجمع، وجعلوا لكل قسم صيغة وعبرة موضوعة له يفيد معناه دون غيره. فقالوا: رجل ورجلان ورجال، وإن جاز اتفاق التثنية والجمع في روايات آخر فغير منكر أن يجوز ذلك كما يجوز كناية الجماعة على الواحد، وأما عند عبد الملك بن الماجشون من أصحابنا فإنه يقول: أقل الجمع اثنان. فعلى قوله يلزمه درهمان، والذي ذكرناه أول هو أصح⁽³⁾.

. الحقيقة والمجاز: عند القاضي رحمه الله أن الأصل في الكلام الحقيقة، فقد ذكر في معرض كلامه في باب الوصايا في مسألة الوصية للقراة هل يدخل في ذلك أولاد البنات، مستدلاً بما نصه: "والدليل لما قلناه هو أنه إذا قال لولدي وولد ولدي فإضافة الولد إليه يقتضي من ينتسب إليه ويختص به، وأما أولاد ابنته فهم أولاد قوم آخرين، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾. فإن المسلمين عقلوا من ذلك ولد الصلب حسب.

(1) الممهد: ل 55 ب.

(2) الممهد: ل 144 أ.

(3) الممهد: ل 97 ب.

والدليل على ذلك قول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهم أبناء الرجال الأبعاد
وهذا إخبار عن حقيقة الاسم لا عن مجازه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: استدلاله بالإجماع: وهو عنده الإجماع مطلقا، وإجماع الصحابة، وإجماع الأمة،

إجماع أهل المدينة، كافة أهل العلم، وقد يصفه بنفي المخالف كقوله: "لا خلاف أعلمه"، و: "لا مخالف في ذلك"، و: "لم يخالف في ذلك أحد". كل ذلك ورد بيانه في ثنايا الكتاب.

ومن الأمثلة في هذا قوله في أصل القضاء: "ولأن الإجماع حاصل على ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى وقتنا هذا فوجب العمل به"⁽¹⁾.

وأيضاً في مسألة لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء من الحقوق استدل على ذلك بالإجماع قائلًا: "ولأن المسألة إجماع الصحابة وذلك أنه روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه قال: «لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله عز وجل، ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة»، ولم يخالفه على ذلك أحد من الصحابة فدل على أن ذلك إجماع منهم على ذلك"⁽²⁾.

وفي مسألة قبول شهادة الصبيان في الجراح والقتل، استدل على ذلك بالإجماع من لدن الصحابة قائلًا: "ودليلنا إجماع الصحابة، وذلك أنه روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قبل شهادة الصبيان في الجراح والقتل"⁽³⁾.

ويستدل بالإجماع على المخالف له كما في هذا المثال: "والجواب: هو وإن كان قول واحد من الصحابة إلا أنه إمام الأئمة في وقته ولم يخالفه أحد على ذلك فوجب الاقتداء به لأنه يكون ذلك كالإجماع منهم والإقرار له على ما قال"⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: استدلاله بالقياس: القياس الأصولي استند عليه كثيرا القاضي رحمه الله في بيان الأحكام، ويبدو من خلال المباحث الفقهية التي درسها القاضي أبو محمد أنه قد توسع فيها توسعا كبيرا حتى طغى على وجوه الأدلة الأخرى، ولعل ذلك عائد إلى بيئة العراق التي كانت تتدافع الأقيسة وتحتج بها وتصحح مسالك النظر والتعليل في مجالس المناظرة والجدل، ولا نكاد نجد فرعا فقهيا أو مسألة أخضعت للبحث والمناقشة إلا والقياس بارز في اجتهاد القاضي عبد الوهاب مما يدل على عقل استوعب مسائل القياس استدلالا واستشهادا.

ومن شواهد إعمال القياس عنده: قوله في باب الشركة: "والقياس: هو أنها نوع شركة تختص باسم فجاز أن يكون منها صحيحا، أصله شركة العنان، والذي يكشف عن صحة هذا القياس هو أن

(1) الممهد: ل 36 أ.

(2) الممهد: ل 39 ب.

(3) الممهد: ل 42 ب.

(4) الممهد: ل 194 ب.

اليوم تجمع أنواعا وكل نوع منها فيه ما يصح وفيه ما لا يصح إلا أنه ليس بمقصود العقد فكذا في مسألتنا مثله، يجوز أيضا أن يكون من الشركة ما يصح وما لا يصح⁽¹⁾. فأنت تراه كيف استدل على هذه القضية بالقياس، ثم يبين صحة قياسه برد كل فرع إلى أصله كي تستقيم حجته واستدلالة.

ومثال آخر: قوله في مسألة سفر المودع بالوديعة: "والقياس: هو أنه سافر بالوديعة بغير إذن صاحبها من غير ضرورة فإذا هلك وجب أن يلزمه الضمان، أصله إذا كان الطريق مخوفا ولأن الأمن في الطريق لا يؤمن لأن ما كانت الطرق يخشى عليها فإذا كان كذلك وجب ألا يجوز له الخروج⁽²⁾.

ومن الأمثلة أيضا: في مسألة تولي المرأة القضاء، وذلك في معرض استدلاله على أن ذلك غير جائز قوله: "والقياس: هو أنه ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام فلم يصح من المرأة أصله الإمامة الكبرى، أو لأنها ولاية فلا تصح من المرأة أصله الحدود والقصاص، ولأن من لا يجوز أن يكون قاضيا في القصاص لا يجوز أن يكون قاضيا بحال أصله العبد"⁽³⁾.

- وقد يصحح القياس بنوط الفرع بعلّة صحيحة تستلزم صحة المقيس عليه، كما في هذا الشاهد ردا على قياس المخالف له:

"قالوا: ولأنه عصبه يحوز الميراث كله فجاز أن يثبت النسب بقوله أصله الأب والجد إذا أقر بهال ابنه.

والجواب: وإن كان عصبه ليس فيه أكثر من أن له نسب فيستحق به مال الميت وهذا المعنى لا يؤثر في جواز إقراره عليه بحق. الدليل على ذلك: أن من استحق على غيره مالا بعقد لم يكن ذلك مثبتا بجواز إقراره عليه بالنسب، وعلى أن المعنى في الأب أنه لو أقر بذلك مع جحود بعض الورثة قبل إقراره بذلك لأنه يقر على نفسه وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذا الابن الآخر الذي هو أخوه لم يصح النسب فلم يصح قياس ذلك على الأب، ولأن الأب يملك نفى هذا الولد فملك الإقرار به وليس كذلك في مسألتنا لأن هذا الأخ لما لم يملك نفى هذا الأخ لم يملك الإقرار به، وهذه العلة تدور مع الحكم حيث دار فلم يصح ما قالوه"⁽⁴⁾.

(1) الممهد: ل 17 ب.

(2) الممهد: ل 20 ب.

(3) الممهد: ل 51 ب.

(4) الممهد: ل 113 أ.

قياس الشبه: تردد استعماله كثيرا في الاستدلال، ويعبر عنه بقوله: "فأشبه"، كما في مسألة وقف الحيوان من الخيل والماشية قياسا على العقار، فقد قال: "المعنى في المأكولات أنها لا تبقى فلذلك لم يجز وقفها، وليس كذلك في مسألتنا لأنها أعيان تبقى فأشبه ما ذكرناه من العقار"⁽¹⁾.

- **تعليقه الأحكام في باب القياس:** وهذا من مسائل أصل القياس عند القاضي رحمه الله، فيسميه تعليل الحكم، والتأثير في الحكم وتعليل الحكم بوصف صحيح يدل عليه إما نصا أو استنباطا، ودوران الحكم مع علته وجودا وعدما وغير ذلك مما هو مندرج في أصل القياس، وفي ما يلي بعض شواهد هذا الكلام:

قوله في كتاب القضاء في مسألة شروط القاضي:

"والجواب: هو أن في الأصل علتين: علة الفسق وعلة الجهل له بالحكم، ويجوز أن يثبت الأصل بعلتين كالحيض والإحرام"⁽²⁾.

وأیضا قوله في هذا الباب: "وجواب آخر: وهو أن التأثير إنما يطلب بصحيح الوصف في الأصل، وصاحب الشريعة صلى الله عليه وسلم قد ذكر بيان ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك"⁽³⁾.

وفي باب القراض ما نصه: "ودليلنا: هو أن القراض عقد للجهالة تأثير في إبطاله فلم يجز تعليقه على الاستقبال أصله البيع، لأنه لو قال إذا جاء رأس الشهر بعتك هذا الثوب لم يصح فكذلك في مسألتنا مثله"⁽⁴⁾.

وفي مسائل الشفعة قوله: "والجواب: هو أن ذكر الصفة في الحكم تعليل، لأنه لما قال عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم، كأنه علل عليه السلام لها، بكون الشيء لم يقسم إنما ثبت فيه الشفعة لأنه لم يقسم وصار ذلك بمثابة قوله تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما" لأنها سرقا"⁽⁵⁾.

وفي كتاب الغصب في مسألة من استكره امرأة على الزنى: قوله: "ودليلنا ما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاثا، فإن مسها فلها

(1) الممهد: ل 216 ب.

(2) الممهد: ل 36 ب.

(3) الممهد: ل 36 ب.

(4) الممهد: ل 6 أ.

(5) الممهد: ل 223 ب.

المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها.... لأن الاعتبار يجب أن يكون بما علق عليه الحكم صاحب الشريعة، لأن ذكر الصفة في الحكم تعليل وهو قوله فله المهر بما استحل من فرجها⁽¹⁾.

وأيضاً قوله في كتاب الرهن في مسألة غصب العين المرهونة ما نصه: "وقياس آخر وهو أنه ما يسقط الضمان بالرد يسقطه بالرهن أصله الإثم ولا يلزم عليه الاستدامة لأنه يضمن ذلك بالعدوان، ولأنه عقد صحيح طرأ على عين مغصوبة فزال الضمان أصله البيع والهبة، لأنه لو باعه منه أو وهبه منه لزال ذلك فكذا في مسألتنا، ولا معنى لقولكم إنه لا تأثير لقولكم عين لأنه لو كان على منفعة لكان بهذه المثابة لأنه لا يصح؛ لأن التأثير يراد لصحة العلة، وههنا العلة صحيحة"⁽²⁾.

- وقد بين صحة العلة الشرعية المستبطة من النص ودوران الحكم مع علته وجوداً وعدمها كما في هذا المثال في كتاب اللقطة: "ودليلنا ما روى مالك رحمه الله عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبث عن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال عرفها سنة فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه، وهذا نص لأنه عليه السلام أمر بتسليمها إلى من وصف ذلك، لأنه عليه السلام علق الحكم على ذلك والحكم يدور مع دوران العلة حيث دارت"⁽³⁾.

الفرع الخامس: استدلاله بالأدلة التبعية:

أولاً: الاستحسان: ورد ذكره مرتين: الأولى: قوله في القراض الفاسد بعد أن حكى الروايات والأقوال في ذلك:

"وأما التفصيل الذي ذكره ابن القاسم فإن ذلك استحسان وليس بقياس"⁽⁴⁾.

الثانية: قوله في كتاب الرهن: "وإنما قلنا ذلك لأنه مؤتمن على غير الرهن والراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعرف بها ولأنه لما رضي بأمانته وأن يكون الرهن عنده في قبضته ولم يوثق على ذلك بالإشهاد على عينه وجب أن يكون القول قوله في ذلك لأنه أحسن"⁽⁵⁾.

ثانياً: الاستصحاب: استدلل به في بعض المسائل كما في مسألة الحجر على الأصغر فقد قال في

(1) الممهد: ل 199 ب.

(2) الممهد: ل 130 ب.

(3) الممهد: ل 178 ب.

(4) الممهد: ل 6 أ.

(5) الممهد: ل 127 ب.

ذلك: "ولأن الحجر عليه في الصغر إنما هو لهذا المعنى فإذا بلغ وهو على تلك الحال فالحجر عليه مستصحب واعتبارا ببلوغه وترد تدبيره وانفاقه في وجوهه فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك عنه، وسواء مان فاسقا في دينه أو عدلا"⁽¹⁾.

ومثاله أيضا قوله: "ولأن هذه المسألة مبينة لنا على أصل، و ذلك أن الشيء المغصوب عندنا مضمون على الغاصب من يوم غصبه، فما طرئ بعد ذلك من زيادة أو نقصان فإن ذلك طارئ على عين مضمونة عليه ولا يلزمه بذلك شيء"⁽²⁾.

ثالثا: سد الذرائع: أشار إلى أصل الذرائع في كتابه مستدلا به في مسألة تحليف الحاكم المدعى عليه، وذلك في قوله: "ولأن هذه المسألة مبينة لنا على أصل وهو الحكم بالذرائع، ومعنى ذلك المنع من المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع منه... وذلك فيه إضرار على الناس وتطرق إلى من يريد أذاهم فوجب حسم الباب في المنع من ذلك"⁽³⁾.

وكما هو ظاهر في هذا المثال في قوله: "ولا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير وإنما قلنا ذلك لأن في ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته ثم يخرج عن ورثته بعد موته فوجب حسم الباب في منعه من ذلك"⁽⁴⁾. والأمثلة في ذلك كثيرة⁽⁵⁾.

رابعا: قول الصحابي: وقد تردد الاستدلال به كثيرا في الممهد، فمن ذلك قوله في أحكام الوديعة: "ودليلنا: ما روي أن عائشة رضي الله عنها وابن عمر وجماعة من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم كانوا يستسلفون أموال اليتامى في حجورهم"⁽⁶⁾، وكاستدلالة على قبول شهادة الصبيان الجراح في الجراح بقول الصحابة وأفعالهم، فقال رضي الله عنه: "وذلك أنه روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قبل شهادة الصبيان في الجراح والقتل، وروي عن علي كرم الله وجهه أنه كان يأخذ بأول شهادة الصبيان، وروي مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن عبد الله بن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان بينهم في الجراح، وروى قتادة عن معاوية بن أبي سفيان أنه كان يجيز شهادة

(1) الممهد: ل 142 أ.

(2) الممهد: ل 188 أ.

(3) الممهد: ل 52 أ.

(4) الممهد: ل 219 أ.

(5) انظر على سبيل المثال اللوحات الآتية: ل: 61 أ، ل: 108 ب، ل: 61 ب، ل: 218 ب.

(6) الممهد: ل: 21 أ.

الصبيان بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا"⁽¹⁾.

خامسا: إجماع أهل المدينة: استند عليه في مسألة قبول شهادة الصبيان في الجراح، فقد ذكر أن ذلك أمر ظاهر ولا يعلم له مخالف، كما نص عليه مالك الإمام مالك في الموطأ، قال القاضي في الممهد: "وهذا إجماع منهم على ذلك وفي أحدهم كفاية، فكيف وقد أجمعوا، ولا سيما وذلك أمر قد اشتهر وظهر، لأنه في القتل، ومثل هذا لا يكاد يخفى، فلو كان أحد خالف لظهر ذلك"⁽²⁾.

سادسا: شرع من قبلنا: جاء الاحتجاج به عنده كما في أصل الجعالة في قوله: "ولأن الجعالة كانت قبل الاسلام فأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر"⁽³⁾، وكما في مسائل الكفالة عند قوله: "ودليلنا قوله تعالى: ﴿الْأَشْقَى الْإِنْسَانُ الَّذِي كَذَّبَ وَتَوَلَّى﴾ الآية، وهذا يدل على جواز ذلك. قالوا: فهذا شرع من قبلنا. والجواب: هو أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ به، فلم يصح ما قالوه"⁽⁴⁾.

سابعا: العرف والعادة: وهو عنده من أصول الاستدلال ويُقضى به في الأحكام، فمن ذلك استدلاله على أن الألفاظ المعتبرة في الوقف ما جرى عليه عرف الناس واعتادوه، فقال مبينا ذلك: "وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث فذلك أكد منه والاقتصار على لفظ الوقف كاف. وإنما قلنا ذلك؛ لأن مفهوم هذه اللفظة في العرف أنه يقصد بها التسييل وتأيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك"⁽⁵⁾. وكاستدلاله على ضمان الرهن بقوله: "...و هو أنه قال عليه السلام: "له غنمه وعليه غرمه" فجعل غرمه عليه وغنمه له وغنمه نأؤه وزيادته وغرمه تلفه ونقصانه، وهذا يدل على أن المراد من الرهن ما يظهر هلاكه؛ لأن النماء والدر والغنمية والغرم يكون ذلك في الحيوان والرباع. فأما في الحلي والثياب وما يخفى ويغاب عليه ليس فيه ذلك في غالب العرف والعادة"⁽⁶⁾.

ومن نماذج ذلك ما ذكره في مسألة تصرف المرأة ذات الزوج في مالها فوق الثلث بعقد من عقود المعاوضة، فقد استدلل على ذلك بقوله: "...واستدلال وذلك أن العادة جارية بين الناس أنهم إنما

(1) الممهد: ل 42 ب.

(2) الممهد: ل 42 ب.

(3) الممهد: ل 2 ب.

(4) الممهد: ل 156 أ.

(5) الممهد: ل 217 أ.

(6) الممهد: ل 123 أ.

يبدلون الصداق ويبالغون فيه رغبة في المال كما يبدلون ذلك رغبة في الجمال وأنهم يرغبون فيمن لها المال أتم رغبة ممن لا مال لها، هذه عادة مستمرة ومن أنكر ذلك أنكر نفسه⁽¹⁾. والأمثلة في الاستدلال بالعرف والعادة كثيرة نكتفي منها بما ذكرناه.

الفرع السادس: استدلاله بالمصالح والمقاصد ودليل الفطرة: تردد الاستدلال بالمصالح والمقاصد كثيرا في مادة هذا الكتاب، وكثر الاحتجاج به عند القاضي رحمه الله، فتارة يصرح بذلك بقوله: "والمصلحة"، "والمقصود"، "والقصد"، وتارة ينبه عليه بقوله: "والمعنى في ذلك"، ونحوها من المعاني والألفاظ.

ولا نطيل في استحضار أمثلة إعماله المقاصد ونكتفي منها بهذه الثلاثة، فالأول: قوله في باب القراض: "ولأن المضاربة إنما تراد للربح ونماء المال، فإذا قصرها على واحد بعينه فربما لا يبيعه إلا بما يريد ولا يحصل المعنى المقصود الذي له عُقْدَ العقد فوجب أن لا يصح ذلك الشرط لأنه يخرج ذلك عن موضوعه الذي وضع له"⁽²⁾.

والثاني: قوله في الحوالة ما يبين مقصودها: "ولأن المقصود بها المعروف والرفق بالمتاجرة والمكايسة كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر"⁽³⁾.

دليل الفطرة: ويسمي القاضي رحمه الله هذا الدليل بدليل الطبع، واستدل به في بعض الأحكام، كما في مسألة حكم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر، فقد قال في ذلك ما نصه: "ودليلنا: ما روي أن ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين» والظنين المتهم، والتهمة حاصلة بين الزوجين، الدليل عليه الشرع والطبع:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكَ اللَّهُ الْفَاتِحَةَ الْبَقِيَّةَ الْغَيْبَاتِ الشَّيْءَ الْمُنَانِدَةَ الْأَنْجَلَ الْأَعْرَافِ الْأَنْفَالِ الْيُؤْتِيكَ﴾ فأخبر تعالى أن الزوجية ثبتت لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر.

وأنه تعالى طبعهم على التحاب والتواد والحنو والرأفة، ونبه على تأكيد ذلك بقوله: ﴿جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾، وقال: ﴿لَا يَنْبَغُ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عَدُوًّا لَكُمْ﴾، فجعل هذين الجنسين غاية و مثلاً يستطرف، فراعى العدل من مثلها لأنها الغاية في المحبة والعطف التي لا زيادة فوقها فدل ذلك

(1) الممهد: ل 149 ب.

(2) الممهد: ل 6 ب.

(3) الممهد: ل 160 ب.

على قوة التهمة وتأكدها في ذلك" (1).

وكاستدلالة على أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله في عدم قبول شهادة الصديق الملائف بقوله: "والجواب: هو أن هذا لا يصح وذلك أن هذا معلوم من جهة العادة والطبع وذلك أن من بينه وبين غيره صداقة ومودة فإنه يبره ويصله فإنه يجر النفع إليه ويدفع الضرر عنه، والذي يدل عليه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «جبلت القلوب على حب من أحسن إليها». فإذا كان ذلك كذلك، وجب أن يكون ذلك سببا لرد الشهادة" (2).

وكرده على الشافعية في ضمان قيمة الخمر للذمي إذا أتلفه مسلم أو أراقه، مستدلا عليهم بدليل الطبع بقوله: "قالوا: ولأن الخمر لو كانت مضمونة بمثلها كالخل والعصير والدهن والحنطة والشعير لأنها من ذوات الأمثال، فلما قلت أنه لا يضمنها بمثلها دل على أنه يجب أن لا تضمن بالقيمة، والجواب: هو إنما لم يضمنها بمثلها لأن ذلك يتعذر من جهة الشرع وما تعذر من جهة الشرع كان كما يتعذر من جهة الطبع" (3).

الفرع السابع: استدلاله بالفروق الفقهية: كان استدلاله بالفروق ظاهرا في كثير من المسائل والمباحث الفقهية، فنجد من ذلك قوله في كتاب الوديعة: "ولو دفع رجل إلى رجل مالا في السفر ليحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان عليه. والفرق بينه وبين متبدئ السفر: هو أن هذا قد أذن له في السفر بذلك المال إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفع ذلك إلى غيره مع الضرورة، والحاضر بخلاف ذلك" (4).

الفرع الثامن: استدلاله بالقواعد والضوابط الفقهية:

استدل القاضي رحمه الله بالقواعد الفقهية في التدليل على المسائل والفروع الفقهية كثيرا في ثنايا الكتاب، ويلوح للناظر في هذه القواعد؛ أن الشيخ رحمه الله قعد لكثير من المسائل الفقهية، وفي بعض القواعد قد سبق إليها غيره، مما يدل على قوة عارضة هذا الفقيه، وإنك لتراه يرمي إلى قواعد الفقه والأصول مبينا القاعدة ليؤكد بها استدلالا أو يرد بها اعتراضا أو يأتي بها في مقام التعليل والتدليل، وليس غرضنا في هذا المقام بيان منهجه في التقعيد الفقهي والأصولي الذي سار عليه في كتابه الممهد، إذ

(1) الممهد: ل 61 ب.

(2) الممهد: ل 64 أ.

(3) الممهد: ل 196 أ.

(4) الممهد: ل 21 أ.

ذاك يطول بيانه وشرحه ويحتاج إلى بحث مستقل في شرح كل قاعدة وردها إلى أصولها من جهة الشرع واللغة والبيان، خصوصا في مسائل البياعات وعقود المعاوضات التي يكثر فيها التنازع والخلاف لأنها قضايا تناط بعلم وتدخلها المقاصد وترتب فيها المصالح والمفاسد، كل ذلك يؤصل ويبنى على قواعد الفقه واللغة والأصول، والقاضي عبد الوهاب رحمه الله قد مهد هذا كله وأعمله في كتابه بيانا وتعليلا وتأصيلا. وفي ما يلي تجريد واستخراج لهذه القواعد من كتاب الممهد، وهي كالآتي:

أولا: القواعد والضوابط الفقهية:

التغليب للأكثر.

الأكثر لا ينوب عن الكل.

كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانتا تبرين.

الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردود إلى صحيحه.

كل عقد صحيح يوجب عوضا يُسمَّى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسدا فللعامل أجره المثل في عمله.

العقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه.

الغرر المنهي عنه ما الغالب منه عدم السلامة.

كل ما جاز بيعه جازت الإجارة به.

كل ما جاز ثمنه في البياعات جاز أن يكرى به الأرض.

ما جاز أن يكرى بالدنانير والدراهم جاز أن يكرى بالطعام.

البيوع تجمع أنواعا، وكل نوع منها فيه ما يصح وفيه ما لا يصح إلا أنه ليس بمقصود العقد.

كل شركة لا تصح مع اختلاف الدينين وجبت أن تصح مع اتفاقهما.

كل شركة لا تصح مع تفاضل المالكين وجب أن تصح مع اتفاقهما.

كل شركة جازت مع تساوي رأس المال جازت مع اختلافهما.

كل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه.

كل توكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور.

كل من جاز توكيله مع الرضا جاز توكيله مع عدم الرضا.

كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز له أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، فإذا ملك بها البيع لم يجز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل.

كل ثمن جاز أن يملك به الموكل جاز أن يملك به الوكيل.

القصد من البيع هو توفير الثمن للمالك لا أعيان من يباع ذلك منهم.

من لا يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على التسليم إليه.

كل إقرار لو استثنى لم يصح.

كل حق جاز أن يستوفيه الوكيل إذا كان موكله حاضرا جاز له أن يستوفيه وإن كان غائبا.

كل حالة لو أسقط الموكل فيها القصاص لم يجز للوكيل أن يستوفي.

ما لا تدخله النيابة في الإبقاء لم تدخله النيابة في الاستيفاء.

من لزمه تسليم الثمن بالعقد أو البيع وجب أن تتعلق الحقوق به.

من وجبت عليه اليمين عليه عند الإنكار بالبيع وجب أن تتعلق به الحقوق.

من لا يجوز أن يكون مفتيا فلا يجوز أن يكون قاضيا.

كل موضع جاز الحكم فيه إذا اتفق جاز الحكم فيه وإن لم يتفق.

الحدود طهارة للأصل.

من جاز أن يكون إماما جاز أن يكون شاهدا.

من لا يلزمه حق بقوله وجب أن لا يلزم غيره حق بشهادته.

الخبر أوسع من الشهادة.

الزيادة في الشيء لا تكون نسخا له.

كل شهادة لا تقبل على المسلمين وجب أن لا تقبل على الكفار.

الحد استيفاء حق فجاز أن لا يمنع من قبول الشهادة أصله سائر الحقوق.

كل بينة جاز سماعها جاز الحكم بها.

كل بينة جاز القضاء بها على الحاضر جاز القضاء بها على الغائب.

كل شاهدين لا يجوز الحكم بهما في الأموال لا يجوز الحكم بهما في الفروج.
كل شهادة جاز للخصم فيها الطعن فيها جاز لمن يعتبر فيها البحث.
ما انفردن به وجودا انفردن به شهودا.
من لا تقبل شهادته في الأفعال لا تقبل شهادته في الأقوال.
من صح منه الطلاق والعتاق جاز أن يصح منه الشهادة.
كل من ادعى شيئاً هو في يده وجب أن يحكم له بذلك.
من صح إقراره له في حال الصحة صح إقراره له في حال المرض.
كل حالة صح مع الإقرار فيها للأجنبي صح الإقرار فيها للوارث.
كل ما جاز له لأن يرهن عبده المحجور جاز له أن يرهن عبده المشاع.
كل عقد جاز أن يعقده شخصين على عين واحدة جاز أن يعقد لواحد مشاعاً.
عقود المعاوضات لا تقف على الصفات.
كل قبض لا يوجب ضمان الأجر في حال الاستيفاء لا يتعلق به الضمان.
كل معنى أثر في دفع المال الغير إليه أثر في دفع المال إليه.
كل دين جاز بيع الذهب فيه بالفضة جاز بيع القروض فيه.
كل من ملك المحيا ملك الأحياء.
كل من ملك التصرف باللقطة ملك الأكل
الخراج بالضمان.
ما صح قبضه في البيع والهبة والرهن والإجارة صح أن يضمن بالغصب.
ما ضمن به ما ينقل ويتحول ضمن به ما لا ينقل ولا يحول.
ما كان مباحاً ثم حرم وجب أن لا تسقط قيمته.
ما تعذر من جهة الشرع كان كما يتعذر من جهة الطبع.
كل مشاع جاز بيعه جازت هبته أصله المقوم.

كل عقد صح في المشاع الذي لا ينقسم صح في المشاع الذي ينقسم.
ما جاز إباحته جازت هبته.

كل ملك إن ملك ابنه بالعقد جاز له مراجعته.
ما جاز وقفه على وجه البيع جاز لإفراده بالوقف.
كل هبة لم يملك الرجوع فيها إذا حكم بذلك حاكم لم يملك الرجوع فيها وإن لم يحكم بها حاكم.
كل من صحت الوصية إذا لم يكن قاتلا صحت الوصية له وإن كان قاتلا.
كل من صح معه عقد البيع صحت الوصية له.
كل وصية صحت إذا كانت لقوم محصورين صحت وإن كانت لقوم غير محصورين.
كل من لا تلزم عطيته في حال الحياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة.
كل من دخل في الأمان جاز أن يدخل في عقد الوصية.

ثانيا: القواعد الأصولية:

العرف والعادة جارية مجرى الشرط.
حمل الكلام على ما لا يليق بالخطاب لا يجوز.
حمل الكلام على ما يقتضيه ويليق به أولى من حمله على ما ينافيه.
ولأن الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها ما لم تخلفها علة أخرى.
الخاص يقضي على العام.
المعنى في أوامر الشريعة إنما حملت على العموم لأنها تتعلق بها أحكام المكلفين.
إن أوامر الله تعالى ونواهيها تلزم وإن لم يعلم بذلك المأمور والمنهي.
يجوز أن يثبت الأصل بعلةتين.
التأثير إنما يطلب بصحيح الوصف في الأصل.
الاستثناء إذا ذكر عقب جملة فإنه يرجع إلى جميع الجملة كالشرط.
النهي للتكرار والدوام.

النهى يقتضي فساد المنهي عنه.

التابعي إذا لحق الصحابي وخالفه في زمانه كان ذلك خلافا صحيحا.

الحكم إذا علق على سبب اقتضى أن ذلك السبب إنما هو لأجل ذلك.

الفرع إذا اجتذبه أصلان ألحق بأقواهما شيها.

الاسم إذا أضيف إليه وصف أفاد زيادة عليه.

الواو للجمع.

كل استثناء لو كان من الجنس صح وإن كان من غير الجنس وجب أن يصح.

استعمال الخبرين على فائدتين أولى من استعمال أحدهما واطراح الآخر.

إطلاق التحريم لا يتناول فيما كان مختلفا فيه.

نسخ القرآن لا يجوز إلا بمثل ما ثبت به القرآن.

ذكر الصفة في الحكم تعليل.

المبحث الثالث: منهج الجدل والحجاج عند القاضي رحمه الله في الممهد:

لقد أحكم القاضي عبد الوهاب رحمه الله أصول علم المناظرة والجدل، فانتصب منافحا عن مذهب مالك والذب عنه، مستعملا مصطلحات أهل النظر مثل قوله: (الاحتجاج، والإبطال، والسؤال، والجواب، غير مسلم، لا يلزم، فاسد، نقلب، نعكس، لا يصح، غير صحيح، الاستدلال...) وغيرها من المصطلحات التي تدل على إتقان القاضي رحمه الله لهذا الفن، حتى قال أبو إسحاق الشيرازي صاحب كتاب المعونة في الجدل، إنه أدرك القاضي عبد الوهاب وسمع كلامه في النظر. وفيما يلي توضيح لهذا المنهج، وطريقة القاضي رحمه الله في الرد والاعتراض على مذاهب الفقهاء. ويمكننا أن نستنتج مضامين الجدل الفقهي الاستدلالي عند القاضي رحمه الله بالوقوف على أوجه الرد والاعتراض التي ترد على الاستدلال، لثلاثة أصول هي: القرآن والسنة والقياس.

المطلب الأول: منهجه في الاعتراض على الاستدلال بأي الكتاب:

قال القاضي أبو الوليد الباجي رحمه الله: "الاعتراض على الاستدلال بالكتاب يكون على سبعة أوجه: أحدها: الاعتراض عليه بأن المستدل لا يقول به.

الثاني: القول بموجبه والمنازعة في مقتضاه.

الثالث: الاعتراض عليه بدعوى المشاركة في الاستدلال.

الرابع: الاعتراض عليه بدعوى النسخ.

الخامس: الاعتراض عليه باختلاف القراءة.

السادس: الاعتراض عليه بالتأويل.

السابع: الاعتراض عليه بالمعارضة⁽¹⁾.

والذي نلاحظه في هذا المقام أن القاضي عبد الوهاب رحمه الله وظف هذه الاعتراضات في كتابه

الممهد، فمن ذلك:

(1) انظر: المنهاج: ص 42.

أولاً: الاعتراض على الآية بدعوى المشاركة في الدليل:

والمشاركة في الاستدلال بالكتاب معناه: أن يجعل السائل ما استدل به المستدل دليلاً له في المسألة التي سأل عنها، ويكون ذلك على ضربين:

أحدهما: أن يستدل كل واحد منهما بدليل من جهة الظاهر لا مزية لأحدهما على الآخر فيه.

والثاني: أن يستدل كل واحد منهما بدليل من جهة العموم لا مزية لأحدهما على الآخر فيه⁽¹⁾.

وقد استعمل القاضي أبو محمد هذا القادح في الاعتراض على مذهب أبي حنيفة رحمه الله في مسألة: إذا استكره امرأة على الزنى بها وجب عليه مهر مثلها والحد لله تعالى، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجب لها المهر.

واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى: الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة، فوجه الدليل منه هو أن الله تعالى وجب على الزاني الجلد ولم يذكر المهر، فمن قال يجب المهر فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ. وأجاب القاضي عن هذا قائلاً:

والجواب: هو أن الآية نحن نقول بها والحد وجب بها المهر، والمهر وجب بدليل آخر فيجمع بينهما، والثاني: هو أن هذا لا يصح لأن النسخ هو الرفع والإزالة ولهذا تقول العرب نسخت الشمس الظل ونسخت الريح، ألا ترى إذا أزلته ورفعته، وفي مسألتنا هو زيادة حكم إلى حكم لأننا بقينا حكم الجلد وزدنا فيه المهر بدليل آخر ولا يكون ذلك نسخاً وهذا بمنزلة الزيادة في حاشية الكتاب، وفي زيادة الدراهم على ما في الكيس...⁽²⁾

ثانياً: الاعتراض على الآية بالمعارضة:

المعارضة: هي مدافعة أحد الخصمين للآخر بمثل دليله، أو أقوى⁽³⁾. أو هي: "مقابلة السائل المستدل بمثل دليله، أو بما هو أقوى منه"⁽⁴⁾.

وقد سلك القاضي رحمه الله هذا المسلك في مسألة قبول وكالة الحاضر والغائب والمرأة والرجل خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في قوله: إن وكالة الحاضر لا تصح: فاحتج الحنفية بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾^(٥٨)، فوجه الدليل منه: أن الله تعالى أنكر الإعراض عن دعي

(1) انظر: المنهاج، ص 58.

(2) الممهد: ل 200 ب.

(3) انظر: الحدود الكلامية والفقهية: 188.

(4) انظر: إحكام الفصول: 174، الحدود، الباجي: 79.

إلى الحاكم وهذا مُعرض على ذلك فوجب أن يلحقه الذم. فعارض القاضي رحمه الله هذا الاستدلال بقوله: والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذا مُعرض، بل أناب وأجاد لأن وكيله قائم مقامه ونائب منابه فلم يصح ما قالوه. ولأن الآية عامة وما ذكرناه خاص والخاص يقضي على العام⁽¹⁾.

ثالثا: الاعتراض على الآية من جهة التأويل:

اتخذ القاضي رحمه الله هذا المسلك في دفع احتجاج الحنفية في مسألة تقليد القاضي غيره من العلماء في باب القضاء، فعند مالك والشافعي أنه لا يجوز له تقليد غيره ما دام عليه فسحة في النظر والاجتهاد، بينما قال أبو حنيفة يجوز له تقليد غيره، محتجا بقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجُلًا نُوحِيَ إِلَيْهِمْ فَهُمْ يَشْعَلُونَ أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٤٦). وأجاب القاضي عن هذا الاستدلال بقوله: والجواب: هو إنما أراد بذلك العامي أن يسأل العالم بالأحكام وبطرق الاجتهاد⁽²⁾.

وكما في مسائل الغصب، في مسألة ضمان الشيء المغصوب إذا لم ينتفع به الغاصب، فعند مالك وأبي حنيفة أنه لا ضمان عليه، وقال الشافعي: المنافع مضمونة بالغصب ويؤخذ منه ذلك للمدة التي بقيت العين في يده، واحتج الشافعي بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾ الآية. ورد القاضي رحمه الله عن هذا بقوله:

والجواب: هو أن هذه الآية لا حجة فيها؛ لأنه إنما أراد بذلك الجنايات على النفوس، ألا تراه أنه أضاف ذلك إلينا، والثاني: هو أن الآية تفيد بإطلاقها أن يعتدى على الغاصب وأن يؤخذ منه كما فعل لواحد مثل ما أخذ فلم يصح ما قالوه⁽³⁾.

رابعا: الاعتراض على المستدل بأنه لا يقول بدليله:

وقد استعمل القاضي رحمه الله هذا القادح في مسألة الوصية للحربي، فعند مالك رحمه الله أنه تكره الوصية إليه، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الوصية إليهم، مستدلا بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوا فِي الدِّينِ﴾، فنهانا عن معاملتهم. فنقضه القاضي رحمه الله بقوله: والجواب: هو أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به⁽⁴⁾.

(1) الممهد: ل 24 ب.

(2) الممهد: ل 37 ب.

(3) الممهد: ل 185 أ.

(4) الممهد: ل 255 أ.

خامسا: الاعتراض على الكتاب بالقول بموجبه والمنازعة في مقتضاه:

لقد استعمل القاضي هذا المسلك في الاعتراض في مسألة جواز الصلح على الإقرار والإنكار، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله، وقال الشافعي الصلح على الإنكار غير جائز، واستدل القاضي على صحة مذهب مالك رحمه الله بعموم قوله تعالى: "و الصلح خير"، قال: ودليلنا: هو قوله تعالى: ﴿يَسِّرْ لِلَّهِ الرَّحْمَنَ الرَّحِيمَ﴾ وهذا عام في الإقرار والإنكار.

قالوا: فهذه الآية وردت في صلح الزوجين.

والجواب: أن آخرها عام في كل صلح⁽¹⁾.

سادسا: الاعتراض على الآية بدعوى الإجمال:

وقد حاجّ القاضي أبو محمد الإمام الشافعي في مسألة: إذا أقر على مال ولم يبين مقداره، فعند الشافعي رحمه الله أنه يرجع فيه إلى تفسيره، واختلف المذهب في ذلك إلى ثلاثة أقوال، بيد أن القاضي بين وجه اعتراضه على الشافعي بدعوى الإجمال فقال:

فالدليل على القول الأول: وأنه يرجع فيه إلى تفسيره هو: أنه لفظ مجمل فوجب أن يرجع في مجمله فيه إلى تفسيره؛ أصله ألفاظ صاحب الشريعة مثل قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾. وقوله تعالى: ﴿الْمُتَجَرِّجُ الْخَلْقَ الْإِثْرَةَ الْكَبِيرَةَ﴾.

وقوله عليه السلام: «فإذا قالوا ذلك، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»⁽²⁾.

سابعا: الاعتراض على الآية بدعوى النسخ:

المنازعة بدعوى النسخ تقع على أربعة أوجه: أحدها، أن ينقل نقلا صريحا نسخ آية بآية، والثاني: أن يدعي نسخ آية متقدمة بآية متأخرة، والثالث: أن يدعي نسخها بأن ذلك شرع من قبلنا، الرابع: أن يدعي نسخ جميع أحكام الآية بسنخ حكم من أحكامها. وهذه الاعتراضات غير قاذحة في الاستدلال بالآية إلا أن يدل الدليل على صحة النسخ⁽³⁾.

وقد استعمل القاضي رحمه الله هذا المسلك من الاعتراض في مسألة الكفالة بالوجه، فهي جائزة عند المالكية والحنفية، بينما ذهب الشافعي في أحد قوليه إلى أن ذلك غير جائز. قال القاضي رحمه الله:

(1) الممهد: ل 162 ب.

(2) الممهد: ل 96 أ.

(3) انظر: المنهاج: ص 64.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿الْأَشْهَادُ الْبُرُوجُ الطَّائِفَةُ الْأَعْلَى﴾ الآية، وهذا يدل على جواز ذلك.

قالوا: فهذا شرع من قبلنا.

والجواب: هو أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ به، فلم يصح ما قالوه⁽¹⁾.

فاحتجاج الشافعي رحمه الله بأن ذلك شرع من قبلنا وأن شريعتنا قد نسخته لا يلزم، لأنه أصل عند مالك رحمه الله، ولذلك اعتبر القاضي الاستدلال به صحيحا حتى يرد الدليل على نسخه فدل ذلك على صحة مذهب مالك رحمه الله، وهو نوع غير قادح هنا في الاستدلال كما بينه الإمام الباجي رحمه الله في المنهاج.

المطلب الثاني: منهجه في الاعتراض على الاستدلال بالسنة:

يكون الاعتراض على الاستدلال بالسنة من وجهين: من ناحية الإسناد، ومن ناحية المتن.

فأما الاعتراض على الاستدلال من جهة الإسناد، فيكون بالطعن أو القدح في الإسناد بما يرد به حديث المستدل، بأن يكون صاحبه مجهول الحال، أو يصفه بأنه كذاب، أو أنه معروف بكثرة الخطأ والغفلة، فمثل هذا يعتبر عند أهل النظر من القوادح التي يرد بها الاستدلال ولا يكون مقبولا.

وأما وجوه الاعتراض على متن السنة، فيكون على سبعة أوجه:

أحدها: الاعتراض عليه بأن المستدل لا يقول به.

الثاني: الاعتراض عليه بالمنازعة في مقتضاه.

الثالث: الاعتراض عليه بالمشاركة في الدليل.

الرابع: الاعتراض عليه باختلاف الرواية.

الخامس: الاعتراض عليه بدعوى النسخ.

السادس: الاعتراض عليه من جهة التأويل.

السابع: الاعتراض عليه من جهة المعارضة⁽¹⁾.

وليس غرضنا من وراء هذا الكلام أن نشير إلى جميع هذه الوجوه من الاعتراضات تفصيلا واستقصاء في كتاب الممهد، إذ ذاك قد يطول سرده واستحضاره، وحسبنا أن نشير إلى بعض وجوه الرد والاعتراض على الاحتجاج بالسنة التي جاءت في الممهد من خلال ما يلي:

أولا: بيان وجوه اعتراضه على السنة من جهة الإسناد:

رد الحديث بأن راويه غير معروف: وذلك برده دليل الحنفية في مسألة وجوب الشفعة للجار الملاصق، حيث استدلوا بحديث: قالوا: فقد روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره». فاعترض القاضي على هذا الاستدلال قائلا:

والجواب: هو أن هذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب أهل الحديث. ولو صح، لحملناه على

(1) انظر في هذا: المنهاج، ص 76 وما بعدها.

أنه أحق بالعرض عليه⁽¹⁾.

رده الحديث بأن أحد رواه مدلس: ومثاله عند القاضي اعتراضه على احتجاج الحنفية بحديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم "أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه اجتمعا على أن على عين الدابة ربع قيمتها"، فأجاب القاضي عن هذا بقوله: والجواب: هو أن راويه الحجاج بن أرطاة، فقد قيل إنه من مدلسي الكوفة فلا يلتفت إلى ما رواه⁽²⁾. وهذا طعن منه في راوي الحديث.

رده الخبر بأن راويه مجهول الحال: ومن أمثلة هذا؛ اعتراضه على الشافعية في الحديث الذي احتجوا به وهو ما رواه أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا بلغ الغلام خمسة عشر سنة كتب له وعليه وأحد منه الحدود"، فاعترض عليهم بقوله: والجواب: أن هذا لا أصل له ولا يعرف بوجه ولا سبب ولا يحل ذكره. قالوا: بل قد عرف راويه وهو أبو الحسن الخبائي. والجواب: هو أنه الآن زادت الجهالة به، لأن هذا الرجل غير معروف ولا مشهور في المحدثين ولا في الفقهاء، وما هذا سبيله فلا يحل ذكره فكيف الاستدلال به⁽³⁾.

ثانيا: وجوه اعتراضه على السنة من جهة المتن:

الاعتراض عليه بأن المستدل لا يقول به: وقد استعمل القاضي رحمه الله هذا المسلك في الاعتراض، وذلك في مسألة من رهن عبدا ثم أعتقه، حيث استدل الحنفية والشافعية بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا عتق فيما لم يملك ابن آدم"، قالوا: وهذا ملك له فوجب أن ينفذ عتقه فيه. فاعترض القاضي على أن ذلك لا يصح لأنه ليس من أصولهم، فقال:

أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به وإن قلنا به فالقياس مقدم عليه⁽⁴⁾. وهذا اعتراض على متن السنة في أصل من الأصول.

الاعتراض على الحديث من جهة المعارضة: واحتج بما روي "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة".

والجواب: هو أنا نحمله على ما إذا كانت الأرض منفردة بذلك، ولأن خبرنا خاص في الأرض مع النخل، والخاص يقضي على العام فكان مقبلا.

(1) الممهد: ل 225 أ.

(2) الممهد: ل 183 ب.

(3) الممهد: ل 145 أ.

(4) الممهد: ل 135 ب، ل 59 أ.

الاعتراض عليه بدعوى النسخ: هذا النوع من الاعتراض يقع على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ينقل النسخ صريحاً.

الثاني: أن ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ما ينافي الخبر المستدل به متأخراً عنه.

الثالث: أن ينقل عن الصحابة العمل بخلافه، فيدل ذلك على نسخه⁽¹⁾.

استعمل القاضي رحمه الله هذا القادح في رده دليل الحنفية في مسألة اجتماع الغرم مع القطع على السارق، فقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا غرم قيمة المسروق لم يقطع، واحتج أصحابه بما روى عبد الرحمن بن عوف الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا غرم على السارق بعد القطع»، ويقول عليه السلام: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»، ومن بين الاعتراضات التي أوردها القاضي عليهم قوله: «الثاني: هو أنه محمول على ما كان في صدر الإسلام حيث كانت العقوبات في الأموال دون الأبدان، فلما صارت في الأبدان سقط ذلك الغرم فكأنه عليه السلام أشار إلى ذلك، والدليل على أن ذلك ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من سرق من..... فعليه مثلاه وجلدات نكالا».

وروي «من غل من القيمة شيئاً لعرق عليه رحله». وقال: «فمن امتنع من أداء الزكاة فأنا أخذها وشرط ماله غرامة من غرمات ربنا ليس لآل محمد فيها شيء» ثم نسخ ذلك كله وصارت العقوبات في الأبدان..⁽²⁾

الاعتراض عليه بالمنازعة في مقتضاه: من ذلك ما احتج به الشافعية في مسائل الدعاوى وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر». ووجه الدليل عندهم هو: أنه عليه السلام جعل اليمين في جنة المدعي عليه ولم يفرق بين أن يكون ذلك في دعوى مال أو نكاح. فرد القاضي عليهم بقوله:

والجواب: أن هذا الخبر إنما ورد في الأموال، والذي يدل على ذلك أنه قال عليه السلام: «لو أعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم وأموالهم» فدل على أنه أراد بذلك المال، والثاني: أنا نحمله على الأموال، ونحمل خبرنا على الأموال، والجمع بين الدليلين إذا أمكن خير من القول بأخذ

(1) انظر: المنهاج: ص 111.

(2) الممهد: ل 204 ب.

وترك الآخر فلم يصح ما قالوه من ذلك⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضا: ما قاله الشافعية في مسألة استدامة القبض ليست بشرط في صحة الرهن، حيث استدلووا بقوله صلى الله عليه وسلم: «الرهن محلوب ومركوب»، فاستدل عليهم القاضي معترضا: "ولكن الراهن لا يحلبه ولا يركبه وإنما يحلب له ويركب بإذنه ويتولى المرتهن وله ذلك، ولم يقل عليه السلام: ويركبه الراهن ولا يحلبه، وإنما قال: "محبوب ومركوب" بعد أن أثبتة رهنا مقبوضا، فدل على أنه يحلب ويركب في كونه رهنا مقبوضا، ولا يكون هذا إلا في قبض المرتهن وحلب الراهن وركوبه ليس في قبض المرتهن على ما تقولونه⁽²⁾. فهذا قول بموجب لفظ الحديث ولكنه متنازع في مقتضاه على النحو الذي بينه القاضي رحمه الله.

الاعتراض عليه بالمشاركة في الدليل: وهذا عنده كثير في الكتاب، ومن أمثلة اعتراضه بدعوى المشاركة في الدليل، ما تقدم معنا في الحديث الذي استدل به الشافعية والحنفية في مسائل العتق، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «لا عتق فيما لم يملك ابن آدم»، قالوا: وهذا ملك له فوجب أن ينفذ عتقه فيه. أجاب القاضي عن هذا بقوله:

والجواب: أنا نقول بموجبه وهو إذا كان موسرا فإنه ينفذ عتقه فيه، والثاني أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به وإن قلنا به فالقياس مقدم عليه⁽³⁾.

وأيضا اعتراضه على أصحاب أبي حنيفة رحمه الله حيث استدلووا بالحديث الذي رواه مالك عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أعتق عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعتقها لا يرجع إلى الذي أعتقها»، قالوا: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث... فقال القاضي رحمه الله ردا على هذا الاستدلال بدعوى المشاركة فيه:

والجواب: هو أن هذا الحديث حجة لنا لأنه عليه السلام جعل ذلك الذي أعتقها ولعقبه.... والمخالف لنا ترك هذا الحديث...⁽⁴⁾

الاعتراض عليه باختلاف الرواية:

(1) الممهد: ل 92 أ.

(2) الممهد: ل 119 أ.

(3) الممهد: ل 135 أ.

(4) الممهد: ل 222 أ.

قال أبو الوليد الباجي رحمه الله: "الاعتراض على الاستدلال بالسنة باختلاف الرواية على ضربين: أحدهما: إبدال لفظ مكان لفظ.

الثاني: إبدال حركه مكان حركة.

فأما إبدال اللفظ فعلى ضربين: أحدهما:

أن يورد السائل الخبر على وجه يمنع من الاستدلال المستدل به.

الثاني: أن يرويه على وجه يصير حجة له⁽¹⁾.

وأما القاضي عبد الوهاب رحمه الله فإنه قد سلك هذا القادح في الاستدلال على الخصم، فمن أمثلة ذلك ما احتج به الحنفية من حديث ابن عباس أنه قال: لما نزلت سورة النساء قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا حبس بعد الفرائض". وروي "لا حبس بعد". قال القاضي معترضا عليهم:

والجواب: هو أن الراوي غلط في هذا الحديث وهو قوله: "لا حُبْس"، وإنما الذي روي أنه قال: "لا حَبَسَ" وأراد بذلك حَبَسَ النساء في البيوت إذا زنين وأتين الفاحشة، لأن الله تعالى أمر بذلك في سورة النساء ثم نسخ، ورفع الحَبَس بقوله عليه السلام: «قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ثم الرجم»⁽²⁾.

الاعتراض عليه بدعوى الإجمال: وقد استعمل القاضي هذا الاعتراض ليدفع به احتجاج الحنفية في مسألة الشفعة للجار، وهو ما رواه ابن رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الجار أحق بسقبة»، وأيضا قوله: صلى الله عليه وسلم قال: «الجار أحق بدار الجار». ومما أجاب عنه القاضي بدعوى الإجمال في الاستدلال هو قوله:

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه لأنه مجمل لم يبين فيه بأي شيء يكون أحق بإعانتة وإعارته فليس أحد الإضمارين بأولى من الآخر⁽³⁾.

الاعتراض عليه من جهة التأويل:

وهذا الوجه معتبر في قواعد الاستدلال، وقد استعمله القاضي كثيرا ليرد به دليل المخالف،

(1) المنهاج: ص 107، 108

(2) الممهد: ل 215 أ.

(3) الممهد: ل 224 ب.

ومن أمثله ذلك: ما احتج به الشافعية في ضمان الشيء المحرّم من قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه إن الله حرم الكلب وحرم ثمنه وحرم الخنزير وحرم ثمنه وحرم الخمر وحرم ثمنها"، فاعترض القاضي عن هذا بقوله:

والجواب: هو أن الخمر يقتضي تحريم الثمن، والثمن عبارة عما يستحق بالبياعات والقيمة عبارة عما تستحق بالإتلاف، وخلافنا وقع فيما يستحق فيه القيمة عليه، ألا ترى أن الصيد إذا كان في بيت محرم فإن ثمنه محرم عليه ولو أتلّفه عليه متلف أوجب له القيمة عليه ولم يحرم ذلك عليه، وكذلك ثمن أم الولد حرام عليه ولو قتلت لم تحرم عليه قيمتها، وجواب ثالث: وهو أنا لو سلمنا فإن إطلاق التحريم لا يتناول فيما كان مختلفاً فيه ففي مسألتنا الخلاف قائم كما ترى⁽¹⁾.

المطلب الثالث: منهجه في الاعتراض على الاستدلال بالقياس:

وهذا النوع من الاحتجاج عند أهل النظر يسمى: معنى الخطاب، لأن معقول الأصل عندهم على أربعة أضرب: لحن الخطاب، وفحوى الخطاب، والاستدلال بالحصر، ومعنى الخطاب.

ويكون الاعتراض على القياس (معنى الخطاب) من خمسة عشر وجهاً⁽¹⁾، استعمل القاضي عبد الوهاب رحمه الله بعضها في مناظرته لأرباب المذاهب الفقهية في متن هذا الكتاب، غير أني لا أتبع موارد هذه الاعتراضات كاملة لأنها ليست من غرض هذه الدراسة، ولكني أذكر بعض وجوه هذه الاعتراضات على الاستدلال بالقياس التي جاءت في سياق المناظرة والحجاج في كتاب الممهد، وهذا على النحو الآتي:

أولاً: الاعتراض على القياس بالممانعة في الأصل:

وهو منع الحكم في الأصل، ومن نماذج هذا في الممهد: مسألة الأخذ بالشفعة في عقد النكاح والخلع والصلح على دم العمد وغير ذلك مما يتمول، فعند المالكية والشافعية أنه يصح الأخذ بذلك كله في الشفعة، بينما قال الحنفية لا تثبت الشفعة في ذلك، فاستدل القاضي على مذهب مالك بالقياس قائلًا: والقياس هو أنها معاوضة فإذا ملك بها وجبت فيه الشفعة وجب الأخذ بها أصله البيع.

قالوا: المعنى في البيع هو أن المال في مقصود، ولهذا لا يصح إلا بتسمية البدل وليس كذلك النكاح لأنه لا يقصد به المال وهذا يجوز أن يعقد من غير ذكر بدل.

والجواب: هو أن علة الأصل تبطل بالإجارة والخلع، فإن المال فيهما مقصود ثم لا تثبت الشفعة عندكم في عوضهما، ومعنى الفرع غير مسلم، فإن المال في النكاح مقصود، ولهذا لا نذكره نحن ويتقدر عندنا وعندكم، يدل ذلك على تأكده⁽²⁾.

ثانياً: الاعتراض عليه بالممانعة في الوصف:

ومثاله ما احتج به الأحناف في مسألة الأخذ بالشفعة في عقد النكاح وغيره، وهي المسألة المذكورة في المثال السابق، محتجين بأن قالوا: لأنه لم يملك بدل عما هو مال، فلا تثبت فيه الشفعة أصله الموهوب والموروث. واعترض القاضي عليهم بالممانعة في الوصف بأن قال:

والجواب: هو أنا لا نسلم في الهبة والصدقة، لأن مالكا رحمه الله قال في إحدى الروايتين عنه:

(1) انظر في هذا: المنهاج: 148 وما بعدها، المعونة في الجدل: 225 وما بعدها، شرح اللمع: 718/2

(2) الممهد: ل 227 ب.

أن الشفعة في جميع ذلك، فلا نسلم على هذه الرواية، وعلى أن قوله ليس بمال، يقتضي أن يكون في الأصل بدل ولكنه ليس بمال، والهبة والميراث لا بد في مقابلهما فهذا الوصف لا يصح..⁽¹⁾

ثالثا: الاعتراض عليه بأن ما جعله المستدل علة، لا يجوز أن يكون علة:

وهذا أحد المسالك الحجاجية التي ضمنها القاضي عبد الوهاب رحمه الله مناظراته في رده على المخالف، ومن أمثلة ذلك: ما استدل به الحنفية في مسألة جواز تولي المرأة القضاء، ومما احتج به القاضي على المخالف قوله:

"ولأن من لا يجوز أن يكون إماما في الصلاة لا يجوز أن يكون حاكما أصله المجنون، ولأنها ربما كانت شابة وربما دعت النفس الرجال إليها ومثل هذا ممنوع منه في الدين، فوجب أن لا يصح ذلك. فإن قالوا: فيلزم عليه العجز.

والجواب: هو أنا منعنا في العجز أيضا لعله أخرى، والعلل تختلف فلم يصح ما قالوه".⁽²⁾

وأیضا ما جاء في مسألة شهادة العدو على عدوه: حيث استدل القاضي على صحة مذهبه بالقياس قائلًا: والقياس: هو أنها عداوة لسبب ممنوع منه فوجب أن لا تقبل شهادته أصله شهادة الكافر على المسلم. فاعترض الحنفية عن هذا بقولهم: لا تأثير لقولكم عداوة لأنها لو كانت صداقة أيضا عندكم لمنعت.

والجواب: هو تلك العلة التهمة و ههنا العلة العداوة، والعلل تختلف فلم يصح ما قالوه من ذلك⁽³⁾. فأنت ترى في هذا المثال: استدلال واعتراض ومعارضة بطريقة جدلية مرتبة تدل على صحة ترتيب الحجاج من قبل القاضي رحمه الله.

رابعا: الاعتراض على العلة بالنقض:

وهو كما قال الباكي رحمه الله: "النقض وجود العلة مع عدم الحكم"⁽⁴⁾، وقد سلك القاضي هذا الوجه من الاعتراض لإبطال علة المخالف عنده، ومن أمثلة ذلك: أن الاستثناء من غير الجنس جائز عند مالك وأصحابه، وهو قول الشافعي وزفر، بينما قال أبو حنيفة وأصحابه: إن كان المستثنى مما لا

(1) الممهد: ل 228 أ.

(2) الممهد: ل 51 أ.

(3) الممهد: ل 64 ب.

(4) المنهاج: 185، وانظر: المعونة في الجدل: 242، شرح اللمع: 2 / 881.

يكال ولا يوزن فإن الاستثناء لا يصح، مثل أن يقول: له علي ألف درهم إلا ثوباً أو إلا عبداً فإن ذلك لا يصح، واحتجوا عن ذلك بأدلة منها: أن الاستثناء إخراج ما لولاه لكان المستثنى داخلاً في المستثنى منه، وإذا كان المستثنى داخلاً في المستثنى منه يجب أن يكون من جنسه ليصح الكلام في هذا. فنقض عليهم القاضي هذا الاستدلال بقوله: "وعلى أن ما قالوه ينتقض بما إذا استثنى موزوناً من مكيل أو مكيلاً من موزون..."⁽¹⁾

خامساً: الاعتراض على العلة بالكسر:

وهذا من القوادح التي تدخل على القياس، والكسر الصحيح: أن يلزم السائل المستدل ما هو من معنى علة⁽²⁾. أو هو "وجود معنى العلة ولا حكم"⁽³⁾. وقال الباغي رحمه الله: الكسر سؤال حسن والاشتغال به ينتهي إلى بيان الفقه وتصحيح العلة، وأنه من أدق الاعتراضات وأفقهها⁽⁴⁾.

فمن أمثلة هذا في الممهد: ما ذهب إليه المالكية في مسألة قبول شهادة الصبيان في الجراح والقتل خلافاً للحنفية والشافعية والحنابلة، واستدل القاضي عن هذا بقوله: والقياس: هو أنه - يعني الصبي - يصح إذنه في دخوله الدار فجازت شهادته أصله البالغ، أو لأنه حر تقبل الهدية منه فجاز أن يكون له مدخل في الشهادة أصله ما ذكرناه، أو لأنه حر يصح وضوءه فكان له مدخل في الشهادة في حال دون حال أصله البالغ.

قالوا: المعنى في البالغ أنه مكلف فلذلك قبلت شهادته وليس كذلك في مسألتنا لأنه غير مكلف فلا تقبل شهادته.

والجواب: هو أنه ينكسر هذا الفرق بوصف العلة وهو أنه يصح وضوءه ويصح إذنه في دخول الدار ويصح قبول الهدية منه فلم يصح ما قالوه من ذلك⁽⁵⁾.

سادساً: الاعتراض على القياس بالقلب:

وحده: "المشاركة في الدليل"⁽⁶⁾. وقال الشيرازي في شرح اللمع: "وحده أن يعلق على علة

(1) الممهد: ل: 102 أ.

(2) انظر: المنهاج: ص 192.

(3) انظر: المعونة في الجدل: ص 246، شرح اللمع: 2 / 892، الحدود الكلامية والفقهية: ص 188.

(4) المنهاج: ص 191.

(5) الممهد: ل 42 ب.

(6) انظر: الحدود الكلامية، ص 190.

المستدل بمقتضى حكمه ويقيس على الأصل الذي قاس عليه ولا يغير من أوصافه شيئاً⁽¹⁾. وهو على ثلاثة أنواع: قلب التسوية، وقلب المعلول علة والعلة معلولاً.⁽²⁾

ومن شواهد أعمال القاضي رحمه الله الاعتراض على القياس بالقلب، ما استدل به الحنفية في مسألة جواز الأكل من مال اللقطة إن كان الملتقط فقيراً، ومما تعلقوا به من الاستدلال قولهم: ولأن اللقطة في يده على وجه الأمانة فلم يجوز له الأكل مع الغنى، أصله المودع لا يجوز له الأكل فكذلك مسألتنا. فأجاب القاضي عن هذا بقوله: "والجواب: هو أننا نقول فنقول فوجب أن لا يختلف حكم الغني والفقير في باب الأكل أصله ما ذكرتم"⁽³⁾.

ومن الشواهد أيضاً ما جاء في وكالة الحاضر والغائب، فعند أبي حنيفة أن وكالة الحاضر لا تصح، واحتج أصحابه بجملة من الأدلة والأقيسة منها:

قالوا: ولأنه توكيل من غير رضى خصمه فوجب أن لا يصح أصله وكالة الصبي. فاستعمل القاضي رحمه الله هنا الاعتراض بالقلب فقال:

والجواب: هو أن لا تأثير لقولكم توكيل لأنه لو كانت إجارة أو إحالة أو إقالة أيضاً لا يصح، ونقلب فنقول فوجب أن لا يختلف الحكم فيه بين الغيبة والحضور أصله ما ذكرتم. ولأن المعنى في الصبي وإن كانت وكالته لا تصح مع الغيبة فلم تصح مع الحضور وليس كذلك في مسألتنا، والصبي لا يصح نذره ولا طلاقه وليس كذلك في مسألتنا.⁽⁴⁾

وما جاء أيضاً في مسألة الشفعة على الفور، حيث احتج الحنفية بأصل القياس فقالوا: ولو قلنا على التراخي لكان على المشتري في ذلك غاية الضرر، لأنه ليس من ملكه على ثقة لأنه لا يدري هل يستقر له فيتصرف فيه تصرف المالك أو يأخذ الشفيع بالشفعة والشفعة إنما تراد لإزالة الضرر. فعكس القاضي دليلهم قائلاً:

والجواب: هو أن هذا ينقلب عليكم لأننا لو قلنا إنها أيضاً على الفور لأدى ذلك إلى الضرر بالشفعة لأنه ربما لا يتمكن في الحال من الثمن حتى تبع وحصل الثمن فإذا كان ولا بد من إزالة

(1) انظر: شرح اللمع: 2 / 916.

(2) انظر: المعونة في الجدل: ص 259 وما بعدها.

(3) الممهد: 178 أ.

(4) الممهد: ل 25 أ.

الضرر عنهما جميعا وجب أن يكون ذلك إلى مدة حتى لا يستضر الجميع⁽¹⁾.

سابعا: الاعتراض على القياس بالفرق، وهي المعارضة:

وحد الفرق: "منع تعدي علة الأصل إلى الفرع"⁽²⁾. أو هو كما قال الباجي في المنهاج: "أن يذكر ما يوجب الفرق بين الفرع والأصل، وذلك أن يذكر معنى في الأصل ويعكسه في الفرع"⁽³⁾.

وقد استعمل القاضي رحمه الله هذا القادح في رده قياس الشافعية في مسألة الصلح على الإنكار حيث قالوا: ولأنها معاوضة لا يصح معها الجهل فوجب أن لا يصح مع الإنكار أصله البيع؛ لأنه لو ادعى عليه حقا مجهولا فأقر به ثم قال بعني ذلك لم يجز، فكذلك في مسألتنا مثله. فعارضهم القاضي بالفرق قائلا:

والجواب: أنا لا نسلم أنها معاوضة وإنما هي إسقاط ومساححة، وعلى أن المعنى في البيع أنه لا يصح منهم صلح للأجنبي وليس هو كذلك في مسألتنا⁽⁴⁾.

ثامنا: الاعتراض على العلة بعدم التأثير:

وحده: "هو زوال الحكم لعدم تأثير العلة"⁽⁵⁾. وأما عند القاضي أبي الوليد الباجي: "فهو ألا يعلم الحكم لعدم العلة في موضع من المواضع"⁽⁶⁾.

وأما عند القاضي عبد الوهاب فإن عدم التأثير ظاهر في اعتراضه على الشافعي وأحمد في مسألة النفقة على العامل في مال القراض، حيث استدلوا بأدلة من المعقول منها، أنهم قالوا: لا نفقة تخصه فوجب أن يكون في ماله، أصله إذا كان في الحضر. قال القاضي معترضا:

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم تخصه لأنه لو لم تخصه كانت أيضا بهذه المثابة، ولأنه لا يمتنع أن تكون تخصه ومع ذلك إذا بذل منافعه انتقلت إلى جهة أخرى، الذي يدل عليه: أن المرأة كانت نفقتها تخصها فلما عقد عليها عقد النكاح صارت نفقتها تخصها، فإذا بذلت منافعها صارت نفقتها تخص الزوج وكذلك في مسألتنا مثله. وكذلك المرضعة للصبى كانت نفقتها تخصها، فإذا بذلت

(1) الممهد: ل 230 أ.

(2) الحدود الكلامية: 190.

(3) المنهاج: ص 301.

(4) الممهد: ل 164 أ.

(5) انظر: الحدود الكلامية: ص 185.

(6) المنهاج: ص 195.

منافعها صارت نفقتها في مال الصبي فكذلك في مسألتنا مثله⁽¹⁾.

ومن الأمثلة أيضا: رده على الشافعية في مسألة الحجر على الصغير إذا كان فاسقا، واحتجوا بأن قالوا: لأنه بالغ فاسق فلا يدفع إليه ماله أصله إذا بلغ مبذرا لماله. أجاب القاضي عن هذا بقوله: والجواب: أنه لا تأثير لقولكم بالغ فاسق، لأنه لو بلغ عدلا وفسق كان أيضا بهذه المثابة⁽²⁾.

تاسعا: الاعتراض على العلة بفساد الوضع:

وحَدُّه كما قال أبو بكر بن سابق الصقلي: "هو الاحتجاج بالأولى"⁽³⁾. وهو على وجهين: أحدهما: أن يعلق العلة على مقتضاها. والثاني: أن يعتبر الشيء بما لا يقتضي اعتباره به، وقد يسمى هذا فساد الاعتبار⁽⁴⁾.

وقد اعتمد القاضي رحمه الله هذا القادح في الاعتراض على دليل الحنفية في مسألة قبول شهادة القاذف إذا تاب، فعند أبي حنيفة لا تقبل شهادته وإن تاب، ومما احتجوا به من وجوه الاعتبار أن قالوا: ولأنه حد في القذف حدا كاملا في حال إسلامه فوجب أن لا يقبل شهادته أصله إذا لم يرب. وأجاب القاضي عن هذا من أوجه مبينا أن هذا التعليل فاسد الوضع، فقال:

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم حد بالقذف لأنه لو كان ذلك في الزنا والشرب وغيره كان بهذه المثابة، والثاني هو أنكم علقتم على العلة ضد المقتضى؛ وذلك أن الحدود طهارة للمسلم وما كان هذا سبيله فلا يقتضي تأييد الفسق فيه إذا وجدت التوبة بعده⁽⁵⁾.

عاشرا: الاعتراض على العلة بفساد الاعتبار:

ومن الشواهد عليه ما ذكره القاضي رحمه الله في مسائل الوصايا ردا على الشافعية والحنابلة في مسألة إطلاق الوصية، حيث استدلوا بالقياس فقالوا: لأنها ولاية بتولية فلا يملك نقلها من غير إذن. أصله الوكيل، ولا يجوز له أن يؤكّل فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار الوصية بالوكالة وذلك أن الوكالة تبطل بالموت وهذه الولاية

(1) الممهد: ل 7 ب.

(2) الممهد: ل 142 ب.

(3) الحدود الكلامية: ص 186.

(4) المنهاج: ص 178، شرح اللمع: 2 / 933.

(5) الممهد: ل 42 أ.

تصح بالموت فلا يجوز الجمع بينهما، والثاني هو أن الوكيل يرقب العزل في كل الأوقات من جهة موكله وليس كذلك في مسألتنا لأن هذه الولاية قد استقرت ومن استقر له حق جاز له أن يستنيب فيه غيره، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك⁽¹⁾.

فهذه بعض وجوه الاعتراضات على الاستدلال قرآنا وسنة وقياسا مما جاء مثبتا في كتاب الممهد للقاضي عبد الوهاب رحمه الله، و الذي أحظه هو أن القاضي قد قدم الرد والاعتراض على الاستدلال بالمنقول، على الرد والاعتراض على الاستدلال بالمعقول في تسلسل جدلي محكم، ومن خصائص هذا المنهج الاطراد في ترتيب الأدلة وعرضها في مجمل المباحث الفقهية التي تناولها القاضي بالدرس والكشف، والتدليل الفقهي لكل مسألة معروضة وهو ما يحتاج إليه الفقيه في المناظرة والجدل.

كما أن المنهج الجدلي المحجاجي عند القاضي اتسعت دائرته في مسائل القياس اتساعا كبيرا، وأن أهم مباحث ومصطلحات المناظرة استجمعها القاضي في السياق الفقهي مما يدل على مكانة القاضي رحمه الله بين علماء المذاهب الفقهية الأخرى، مع أدب في المحاجة والمطالبة والاعتراض راعى فيها حق الاختلاف وتطرح الأنظار مما يضيف على كتابه قيمة واعتبار بين كتب مسائل الخلاف. وهذا المنهج هو جانب عملي تطبيقي لا يخرج عن المنهج التنظيري الذي نجده في الغالب في كتب المناظرة والجدل، فهو يمتاز بتركيز العبارة، وإيجاز الاعتراض لفظا ومعنى، ولذلك أثر المالكية منهج القاضي عبد الوهاب على طريقة شيخه أبي الحسن بن القصار في عيون الأدلة، فاعتمدوا على كتب القاضي في التعليل لآراء المذهب وتوجيه أقواله ثم رام القاضي اختصار هذا كله في كتابه المعونة في مذهب عالم المدينة.

كما أني اقتصرت على ذكر الاعتراضات على الاستدلال بالكتاب والسنة والقياس، ولم ألتفت إلى باقي الأدلة الأخرى كالاقتراض على الاستدلال بالإجماع، والاعتراض على الاستدلال باستصحاب الحال، مراعاة للإيجاز والاختصار، ولعلك تقف على ذلك في مضمون النص المحقق إن شاء الله.

المبحث الرابع: مقارنة بين كتاب الممهد، وكتب القاضي عبد الوهاب الأخرى:

ألجأتنا ضرورة البحث لعقد مقارنة علمية بين كتاب الممهد وكتب القاضي الأخرى، وأعني بذلك كتاب المعونة، وشرح الرسالة، والإشراف، عيون الأدلة والتلقين - للوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف في مصنفات هذا العَلم الكبير، ولا بد للباحث في تراث القاضي عبد الوهاب المالكي من أن يطلب الفكر في الكشف عن مقامات الاتفاق والاختلاف بين هذا الكتاب وسائر كتبه التي بين أيدينا اليوم، ويمكن حصر هذه المقارنة في المطالب الآتية:

المطلب الأول: من حيث الأسلوب:

لا يجد الباحث كبير عناء، بأن يدرك أن كتاب الممهد في أسلوبه العام متفق مع ما جاء في الكتب الأخرى، مثل شرح الرسالة، والمعونة، والإشراف التي حملت في بطونها علما وفقها واسعا مستفيضا أحيانا، ومختصرا أحيانا أخرى كما هو شأن المعونة والإشراف، فأسلوب القاضي رحمه الله في الممهد جاء بلغة فقهية دقيقة، تتسم بالتطويل والاحتجاج والرد على المخالفين، وعرض وجوه الأدلة نصرة للمذهب المالكي، مع وضوح في العبارة وجزالة في الأسلوب وخصوصا إذا اعتبرنا مع هذا كله شاعرية القاضي رحمه الله.

وأما المصطلح الفقهي الذي استعمله، فهو متداول في لغة الفقهاء في الغالب الأعم، كقوله الراجح والظاهر والأظهر، والصحيح والأصح، والصواب، والروايات والأقوال، الواجب، والمستحب، ويكره، والتحريم، وغيرها من الألفاظ، ولم يكن مصطلحه غريبا أو متكلفا فيه، وأحيانا يقوم بشرح بعض الألفاظ في سياق الكلام، مما يدل على أنه كان يراعي وضوح المصطلح من غير تكلف أو شطط، وعلى هذا الأسلوب سار القاضي رحمه الله في شرح الرسالة الذي هو أقرب إلى الممهد من حيث طول النفس في الاستدلال والشرح والتعليل والتوجيه، وعبارته في ذينك الكتابين تبدو متقاربة جدا بل هي متطابقة في كثير من الصفحات، وهذا مثال من مسائل الشركة نقتبسه من كتابه شرح الرسالة ليتبين لنا أسلوبه، مقارنة بما هو في الممهد:

قال القاضي رحمه الله في شرح الرسالة: "فصل: وشركة الوجوه باطلة، وبه قال الشافعي، وقال

أبو حنيفة: جائزة. ودليلنا أنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح، أصله إذا قال بع عبدك وأنا شريكك في ثمنه، أو ابتع ما تبتاعه ولي نصف ربحه، ولأن كل واحد مستجير جاه صاحبه ووجهه ومستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح، وذلك من أكل المال بالباطل والغرر، لأنه لا يدري أيسلم ثمنه أم يعود عليه الضمان، أو يربح أو يخسر، ولأن كل واحد منهما يصير بائعا لنصف ما يشتري بنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

فإن قالوا: شركة الوجوه تنعقد على الوكالة لأن كل ما يشتري كل واحد فبعضه له وبعضه الآخر لصاحبه على وجه الوكالة، وهذه الوكالة تصح حال الانفراد، وكل وكالة صحت حال الانفراد عن عقد الشركة جازت مع الشركة أصله العنان.

قلنا: الوكالة على هذا الوجه لا تصح، لأنه لو قال، وكلتك على أن تشتري لي سلعة على أن يكون لك ربح سلعتي التي اشتريتها لم يصح لأن ذلك مجهول بينهما جميعا، فأما العنان فإنها يصح لأن هناك أصلا تنعقد الشركة عليه وهو المال.

فإن قالوا: قد ثبت أنه يجوز أن يشتري الرجلان سلعة شيئا فيكونان شريكين فيها ويكون ربحها لهما، ونقصانها عليهما.

قلنا: في هذا الموضع تكون الشركة بينهما في هذه السلعة بعينها، وليس للبائع أن يبيع من شاء منهما وقد استقر الجزء من الثمن في ذمة كل واحد حتى إذا فلس أو مات لم يرجع على صاحبه، وصاحبه مخير إن شاء باع وإن شاء قاسم، وليس كذلك إذا اشتركا بالوجوه، لأن المبيعة أن يتبعوا كل واحد منهما في الفلس والموت، ولكل واحد منهما التصرف بالبيع والقبض، فبطل ما قالوه⁽¹⁾.

والمسألة نفسها من الممهد وهي كالاتي:

قال القاضي عبد الوهاب في الممهد: "مسألة: شركة الوجوه باطلة عندنا. وبه قال الشافعي رحمه الله [2] ذلك جائز.

ودليلنا: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، وروي: أنه عليه السلام "نهى عن الغرر"، وهذا من الغرر فوجب أن لا يصح.

والقياس: هو أنها شركة على الذمم دون المال والعمل، فوجب أن لا تصح، أصله إذا شرط

(1) شرح الرسالة: 3/ ل: 353 ب.

(2) سقطت من المتن: وتمامه: "وقال أبو حنيفة رحمه الله". شرح الرسالة: 3/ ل: 353 ب.

جميع الربح لأحدهما فكذا في مسألتنا، وإن شئت قلت: لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم يصح، أصله إذا قال له بعني عبدك وأنا شريكك في ثمنه أو ابتع ما ابتاعه ولي نصف ربحه.

ولأن كل واحد منهما مستعير جاه صاحبه ووجهه [ومستأجر له بشرط]⁽¹⁾ ضمان النقصان ورجاء الربح و ذلك من الغرر وأكل المال بالباطل، ولأن كل واحد منهما يصير تابعا لنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

ولأن حقيقة الشركة أن يكون عقدا العقد بشيء يشتركان فيه، إما رأس مال أو شركة بدن موجودة في أيديهما وليس يراعى في الشركة وجود القول فحسب، فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المؤمنون عند شروطهم».

والجواب: هو أن من شروط المؤمنين في الشروط الصحيحة في الشرع، وأما هذا فلا لأننا قد بينا أن ذلك غرر وخطر وأكل المال بالباطل.

قالوا: ولأنها نوع شركة تختص باسم فكان صحيحا منها، أصله سائر الشركة.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا تختص باسم، ومع ذلك لا يصح، كالملازمة والمنازمة كل واحد منها يختص باسم ومع ذلك لا يصح منه.

والثاني: هو أن المعني في سائر الشركة أنها لا تخلوا: من مال أو عمل بدن، فإذا كان منها ما هو صحيح وفاسد وليس كذلك الشركة بالوجوه، لأنها قد تعرف من جميع ذلك فوجب أن لا تصح، لأنها من أكل المال بالباطل، وأنها ما قصدا الشركة وإنما قصدا التحيل على الناس فوجب أن لا تصح لأجل ذلك.

قالوا: ولأن شركة الوجوه تنعقد على وجه الوكالة، بدليل أن ما يشتريه كل واحد منهما يكون بعضه مشتريا لنفسه وبعضه على الوكالة للآخر، وهذه الوكالة تصح.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن القوم ما دخلوا على الوكالة وإنما دخلوا على الشركة، ولأن الوكالة لا بد أن تكون على شيء، فكذا الشركة يجب أن تكون على شيء مشار إليه، وههنا لا مال ولا بضاعة فوجب أن لا تصح لأجل ذلك، والله أعلم بذلك⁽²⁾.

(1) بياض في الأصل، والمثبت من شرح الرسالة للقاضي، 3/ ل: 353 ب.

(2) الممهد: ل: 18 ب.

فأنت ترى في هذا المثال التناسب في الأسلوب والاتفاق في العبارة والتطابق في النَّفس، من حيث إسنادُ الأقوال لأصحابها وعرض الأدلة نقلا وعقلا، وبيان وجه الاعتراض عليها والرد على المعارضة، مع فرض الأمثلة لتوضيح الاستدلال، كل هذا أدرجه القاضي في سياقه الفقهي يشد بعضه بعضا مما يدل على حسن الصياغة الفقهية للمسألة أو الدرس الفقهي المتناول. والملاحظ في هذا المثال أنه استعمل دليلين من السنة في المعهد بينما أغفل الدليل النقلي في شرح الرسالة، واستعمل القياس فيهما جميعا، مقدما النظر العقلي في شرح الرسالة، وعدد الأقيسة التي وظفها ثلاثة أقيسة وهي نفسها في المعهد مع بعض الزيادة فيه، ثم بيانه وجوه الاعتراض على المسألة والرد عليه وهو مشترك في الكتابين معا بنفس العبارة والأسلوب تقريبا.

المطلب الثاني: من حيث المنهج:

وأعني به طريقة القاضي رحمه الله في مؤلفاته الفقهية من حيث تقسيم المباحث الفقهية إلى أبواب وفصول ومسائل، يعرض مادة الفقه فيها على منوال مطرد في المعونة والإشراف وشرح الرسالة والممهد، وأوجه الوفاق في كتابيه المعونة والإشراف: أنه يذكر في صدر المسألة مذهب الإمام مالك رحمه الله، ويتبعها بذكر مذهب المخالف المشهور دون استقصاء لأئمة الرأي المخالفين فيقول مثلاً: خلافاً للشافعي، أو خلافاً لأبي حنيفة، أو خلافاً لداود، ثم يقرر أدلة المذهب من المعقول والمنقول، ولا يلتفت إلى أدلة المخالف، ويحكي روايات المذهب فيقول مثلاً: فيها "رويتان"⁽¹⁾، ويوجه الأقوال، فيقول مثلاً: فأما على قول ابن المواز، ووجه قول عبد الملك، ووجه قول سحنون⁽²⁾، وإن كان في المسألة تخريج فقهي بينه، كقوله: وقال شيخنا أبو القاسم رحمه الله: يخرج فيه رواية أخرى⁽³⁾، ويصحح القاضي ما ينسبه للمذهب في مساق المناظرة كما في قوله: "وحكى الإسفرائيني الشافعي عنا أنا لا نجوز أن نصلي الظهر عقيب الزوال حتى يصير الفياء ذراعاً، ولا أعلم هذا قولاً لأحد من علماء المسلمين، وإذا قلنا لأصحابهم: هذا غلط علينا لا أصل له، قالوا: لا يحكي شيخنا إلا الصواب"⁽⁴⁾. وقد سلك القاضي في هذين الكتابين مسلك الإيجاز والاختصار، كما نبه عليه في مقدمة المعونة بقوله: "وسألتنا تجديد نية في عمل مختصر لك سهل المحمل قريب المأخذ يقتصر فيه على ما لا بد منه ولا غناء عنه، ليسهل على المتلقن مأخذه، ويقرب على المبتدئ تفقهه وحفظه، وليكون إلى ذينك الكتابين مدخلاً"⁽⁵⁾.

وأما منهجه في الممهد وشرح الرسالة، فيختلف عن سابقه، ففي الممهد: إذا اعتبرناه شرحاً إجمالياً لمختصر المدونة لابن أبي زيد⁽⁶⁾، فإنه لم يذكر عبارة المختصر في الجزء الذي بين يدي، بينما في شرح الرسالة؛ فإنه يذكر عبارة ابن أبي زيد في صدر كل مسألة فقهية يشرحها، فيقول مثلاً: "مسألة:

(1) انظر على سبيل المثال: المعونة: 3/ 1344، الإشراف: 1/ 189.

(2) انظر مثلاً: الإشراف: 1/ 183-184.

(3) انظر: المعونة: 3/ 1477.

(4) انظر: الإشراف: 1/ 201.

(5) انظر: لمعونة: 1/ 115، 116.

(6) من ذلك صنيع أبي بكر الأبهري على المدونة، ونجد شرح المازري على المدونة، وما فعله ابن رشد في المقدمات الممهدة، والقاضي عياض في التنبيهات، وشرح المدونة أبو القاسم ابن بهلول المعروف بالبربري، في كتاب سماه التقريب، (المدارك:)، وشرحها عبد الحق الصقلي في كتابه تهذيب الطالب، وغيرها من الشروح.

قال ابن أبي زيد رحمه الله: وسجود القرآن إحدى عشر سجدة، وهي العزائم...⁽¹⁾، وقوله: "مسألة: قال رحمه الله: والمساقاة جائزة في الأصول على ما تراضيا من الأجر"⁽²⁾. والملاحظ أنه لا يأتي على شرح ألفاظ الرسالة مجزأة، بل يذكر المسألة الفقهية، فيقرر مذهب مالك رحمه الله، وإن كان في المذهب اختلاف بين الأصحاب نص عليه، ثم يذكر المخالف له من المذاهب الأخرى وفقهاء الأمصار، ويعرض أدلته من المنقول والمعقول، ثم يذكر دليل المخالف ووجه استدلاله، ويحكي وجوه الرد والاعتراض في أسلوب حجاجي مستعملا عبارة: (فإن قالوا: فالجواب)، وأحيانا يعكس منهجه فيقدم دليل المخالف ثم ينقضه، ثم يدلل لمذهب مالك مبينا وجوه الاعتراض ومفصلا أوجه الروايات، وهذا يشبه منهجه في الممهد، وقد مر معنا في المباحث السابقة.

وننقل هنا على سبيل التمثيل مسألة القراض بالعروض، فقد تناولها القاضي في كتابيه لنرى وجوه الاشتراك في منهجه الفقهي في كتابه الممهد وشرح الرسالة.

قال القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة:

مسألة: قال ابن أبي زيد رحمه الله: "ولا يجوز بالعروض، ويكون إن نزل أجبرا في بيعها أو على قرض مثله في الثمن". قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله: أما منع القراض بالعروض فهو قولنا وقول أهل العراق، والشافعي، وحكي جواز ذلك عن ابن أبي ليلى. وإنما قلنا ذلك، لأن القراض في الأصل غرر، لأنه إجارة مجهولة إذا كان العامل لا يدري كم يربح في المال فيعلم مقدار الجزء المشترك، وكذلك رب المال لا يدري هل يربح أم لا، أم هل يرجع إليه رأس ماله أم لا، فكان غرر من هذه الوجوه، إلا أن الشرع أجازه للضرورة إليه وحاجة الناس إلى التعامل عليه، فيجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع، وما عداه ممنوع بالأصل، يدل عليه أنه لا يخلوا أن يكون رأس المال نفس العوض أو قيمته، لأن معرفة رأس المال ومقداره لا بد منه في القراض، فإن كان نفس العوض هو رأس المال فذلك إلى تلف أصل المال، وكذلك قد يأخذها تساوي مائة، فيردها تساوي ألفا، وفي ذلك تلف أجرة العامل، وذلك غرر وإضرار. وإن جعلنا رأس المال قيمة السلعة فذلك باطل من وجهين:

أحدهما: أن رب السلعة يكون قد شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه على العامل وذلك غير جائز.

والآخر: أنه لا يخلوا أن يكون الاعتبار بقيمتها وقت العقد أو وقت المفاصلة، وأي ذلك كان

(1) انظر: شرح الرسالة، نسخة أزهريّة، ل: 110 ب.

(2) انظر: شرح الرسالة: النسخة المغربية، 4/ ل: 151 ب.

ففيه ما يؤدي إلى تلف المال وذهاب عمل العامل، وكل ذلك غرر وإضرار⁽¹⁾.

ومن الممهد:

فصل: ولا يجوز القراض على شيء من العروض والحيوان أو ما عدا الذهب والفضة، وقال ابن أبي ليلى: يجوز بجميع ذلك.

وإنما قلنا ذلك، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها: أنها: إجارة مجهولة، وأن العامل لا يدري هل يكون في المال ربح أو خسران، إلا أنه جوز لأجل الضرورة فوجب أن يجوز قدر ما جوزه الشرع فحسب لا زيادة عليه.

ولأن رأس المال لا بد من معرفته، فلا يخلو أن يكون هو نفس العوض أو قيمته:

فإن كان نفس العوض والغرر يعظم فالمقصود من الربح لا يحصل، لأن العامل أخذ سلعة وقيمتها ألفاً، فيؤديها وهي تساوي خمس مائة، وفي ذلك تلف رأس المال.

فإن جعل رأس المال قيمة السلعة بطل لأمرين:

أحدهما: أن رب السلعة شرط على العامل [العمل] بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه وذلك غير جائز.

والآخر: أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو المفاصلة، وأي ذلك كان، ففيه ما يؤدي إلى تلف المال أو ذهاب عمل العامل، وذلك إضرار وغرر⁽²⁾.

ففي هذا المثال نرى أوجه الشبه متعلقة من حيث إسناد الأقوال إلى أصحابها، وأيضا التوسع في الاستدلال من المعقول و من معاني الشريعة وأصولها العامة، كاعتباره الضرر والنظر في المال، ومراعاة الضرورة، فهذه الاستدلالات وردت متطابقة في هذين الكتابين بما يشعر الاستمداد من ملكة فقهية واحدة، ونفس متحد في العرض والاستنباط.

غير أنه من خلال قراءتي لشرح الرسالة تبين لي بعض الاختلاف في تأليفه من حيث الطول والاختصار، ففي بعض المسائل لا يتوقف القاضي عندها كثيرا ولا يسهب البحث فيها، فمثلا نجده في باب الأفضية والشهادات من شرح الرسالة يتناوله باختصار⁽³⁾، بينما هذا الباب أخذ منه في الممهد

(1) انظر: شرح الرسالة: 4 / ل: 355 ب.

(2) انظر: الممهد: ل: 5 ب.

(3) انظر: شرح الرسالة: 5 / ل: 42 وما بعدها.

ما يزيد على تسع وخمسين لوحة من المخطوطة (59)⁽¹⁾، وأيضاً باب الإقرار اختصره اختصاراً شديداً، ولم يذكر فصوله ومسائله المتشعبة، تناوله في (لوحتين)⁽²⁾، بينما في الممهد توسع فيه كثيراً وخاض في كثير من جزئياته ودقائقه⁽³⁾، وكتاب الشركة من شرح الرسالة جاء (في ثلاث لوحات وورقة)⁽⁴⁾، بينما في الممهد جاء في خمس لوحات⁽⁵⁾.

بقي أن نشير في الأخير إلى كتابيه التلقين وعيون المسائل، فالأول هو مختصر في فقه الإمام مالك رحمه الله، ولكن "ضمنه مؤلفه القاضي عبد الوهاب إشارات إلى الخلاف العالي واختيارات أئمة الأمصار"⁽⁶⁾، وفي كلام الإمام المازري ما يشهد لمقام القاضي عبد الوهاب رحمه الله. قال في شرح التلقين معلقاً على عبارة القاضي رحمه الله⁽⁷⁾ ما نصه: "ولكن ننبهك هنا على رموز القاضي أبي محمد في هذا الفصل لتستدل بذلك على سعة علمه، فمن ذلك أنه لما ذكر وجوب التعيين في الإحرام مثلاً فيما يمنع مما خالف التعيين بقوله: الله أكبر أو أجل وأعظم، ليشعر بذلك مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة جميعاً، لأن الشافعي لا يجوز أجل وأعظم، ويجوزها أبو حنيفة، وأما الأكبر؛ فيجيزانه جميعاً"⁽⁸⁾.

وأما عيون الأدلة: فقد جرد فيه كتاب شيخه ابن القصار، عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، كما أن فيه جمعاً لأقول فقهاء الأمصار في معظم أبواب الفقه، وطريقته في ذلك أنه حذف الأدلة وأبقى على رؤوس المسائل، لمن أراد حفظ المذهب، والتمس الطلب. قال القاضي في خاتمة هذا الكتاب: "وقد جردتها في هذا الجزء ليقرب حفظها، ويسهل طلبها لمن التمس مسألة منه بعينها ولمن أراد حفظ المذهب فقط، فإن طلب الحجة على المسألة فليرجع إلى الأصل، وقد نقلت

(1) انظر: الممهد: ل 36، 95.

(2) انظر: شرح الرسالة: 5 / ل: 102، 104.

(3) انظر: الممهد: ل: 95، 116.

(4) انظر: شرح الرسالة: 5 / ل 347.

(5) انظر: الممهد: ل: 15، 20.

(6) انظر: المستوعب لتاريخ الخلاف العالي: 2 / 777. وقد أفادني مؤلف هذا الكتاب الدكتور محمد العلمي في بحث الخلاف العالي لدى علماء المدرسة العراقية المالكية، وبعض الإشارات في طريقة القاضي عبد الوهاب رحمه الله في تناوله للدروس الفقهية، فجزاه الله خير الجزاء.

(7) عبارته في التلقين: "ولفظ التكبير متعين وهو فاتحة الكتاب لا يجوز غيره من قوله الأكبر أو أجل أو الأعظم". التلقين: 98.

(8) انظر: شرح التلقين: 2 / 537.

لفظ القاضي رحمه الله حرفاً حرفاً إلا في بعض المسائل اختصرت نقلها بعض الاختصار، وقدمت بعضها وأخرت بعضها من غير إخلال بالمعنى وهو قليل، وقد تركت فصولاً لم نعدّها مسائل لدخولها في المسائل، وسميت فصولاً مسائل لوقوع الاختلاف فيها..⁽¹⁾

ونسوق هنا مثالين لتوضيح منهجه وعبارته في كتابيه التلقين وعيون الأدلة مقارنة بكتابه الممهد.

قال في التلقين: "والوديعة أمانة محضة لا تضمن إلا بالتعدي، والقول قول المودع في تلفها على الإطلاق مع يمينه وفي ردها، إلا أن يكون قبضها بينة فلا يقبل منه إلا بينة"⁽²⁾.

وقال في الممهد: "وهي أمانة محضة لا يضمنها المودع، لأنه قبضها لنفع صاحبها على التجريد، فإن ادعى أنها تلفت فالحق قول في ذلك لأنه يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهماً أو غير متهم، وإنما قلنا ذلك لأن ربه رضي بأمانته، وسواء قبضها بينة أو بغير بينة"⁽³⁾.

فظاهر هنا تطابق النص في التكييف الفقهي للوديعة كونها أمانة محضة لا تضمن إلا بالتعدي، غير أنه في الممهد علل بعدم الضمان وقبول قوله في دعوى التلف. ثم بسط القاضي رحمه الله مسائل وأحكام الباب بالتفصيل.

الثاني: قال في التلقين: "وإذا أنفقها — أي الوديعة — أو بعضها ثم رد قدر ما أنفق، سقط عنه الضمان، إلا أن يكون المردود قيمته، وقيل: الضمان باق"⁽⁴⁾.

وفي عيون الأدلة: "إذا استودع دراهم أو دنائير أو شيئاً مما إذا أتلفه، لزمه مثله، ثم استنفق ذلك كله وأتلفه، ثم رد إلى مكانه من الوديعة ثم تلف ذلك بغير صنه فلا ضمان عليه، سواء رده بعينه بعد أن أخرجه أولاً. وقال أبو حنيفة: إن رده بعينه بعد أن أخرجه لينفقه لم يضمن تلفه بعد ذلك، وإن رد مثله لم يسقط عنه الضمان. وقال الشافعي: هو ضامن على كل حال بنفس إخراجه منها لتعديه، ولا يسقط عنه الضمان، سواء رده بعينه إلى حرزه أو رد مثله"⁽⁵⁾.

وفي الممهد: "مسألة: عندنا إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها، وأما إن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فلا ضمان عليه. وبه قال أبو حنيفة رحمه الله. وقال عبد الملك من

(1) انظر: عبون المسائل: ص، 653، 654.

(2) انظر: التلقين، ص 434، 435.

(3) انظر: الممهد: ل: 19.

(4) انظر: التلقين: ص، 435.

(5) انظر: عيون المسائل: ص، 571.

أصحابنا: يلزمه الضمان، وبه قال الشافعي⁽¹⁾. ثم شرع في سرد الأدلة والاعتراضات والرد عليها بما قد يطول. فهذه بعض النماذج مما استطعت الوقوف عليه في هذه المقارنات، ونكتفي بهذا القدر من التوضيح والتمثيل، والله أعلم.

(1) انظر: الممهد: ل: 21 أ، وما بعدها.

المطلب الثالث: من حيث الفروق الفقهية: مقارنة بين الفروق الواردة في المعونة وفروق الممهد.

عرفنا فيما سبق أن القاضي عبد الوهاب ألف كتاباً سماه المجموع والفروق، وبما أن كتاب الفروق المطبوع لم يجمع فيه مصنّفه كثيراً من الفروق الفقهية في أبواب المعاملات، فإنني سأعقد مقارنة بين الفروق التي نص عليها في المعونة والممهد، فإن ظفرت بفرق له في كتابه الفروق كان ذلك مما تطمئن إليه النفس و يترجح به المقصود في هذا المطلب.

الفرق الأول: قال في المعونة من كتاب الوديعة: "إذا دفع إليه مالا في السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان. والفرق بينه وبين مبتدئ السفر: أن هذه قد أذن له في السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة، والحاضر يخالفه"⁽¹⁾.

وقال في الممهد: "ولو دفع رجل إلى رجل مالا في السفر ليحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان عليه. والفرق بينه وبين مبتدئ السفر: هو أن هذا قد أذن له في السفر بذلك المال إلى ذلك البلد، فلم يتعد بدفع ذلك إلى غيره مع الضرورة، والحاضر بخلاف ذلك"⁽²⁾.

الفرق الثاني: "من له مسيل ماء على سطح لرجل، فالنفقة للسطح على مالكه دون من له حق المسيل، ومن له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهي عليهما جميعاً. قال والفرق: أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على السطح، فعلى صاحب السطح تمكينه من ذلك، وليس له ملك في السطح فلم تلزمه نفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب، لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه"⁽³⁾.

وجاء في الممهد: "ومن له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة على صاحب السطح دون من له حق المسيل. وإنما قلنا ذلك لأنه حق عليه فوجب أن تكون النفقة عليه. فصل: وأما من له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة، فهي عليهما جميعاً. والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، وهو من له مسيل ماء على سطح غيره، حيث قلنا؛ إن النفقة هناك على صاحب السطح؛ لأن صاحب المسيل له حق مرور الماء على سطح الآخر، فعلى صاحب السطح تمكينه من ذلك وليس له مسلك في السطح فلم تلزمه النفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الانفاق على الساقية معه"⁽⁴⁾.

الفرق الثالث: قال في المعونة: "إذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهم، فلا ضمان عليه فيما أئلف بشهادتهم، ولو قامت بينة برقهم أو كفرهم ضمن. والفرق: أن

(1) انظر: المعونة: 2 / 1206.

(2) انظر: الممهد: ل: 21 أ.

(3) انظر: المعونة: 2 / 1201، 1202.

(4) انظر: الممهد: ل: 172 ب.

العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد، وإذا نفذ الحكم باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار، لأن ذلك لا اجتهاد فيه، إذ لا يخفى الكفر والرق، لأنها خلافه أمر ظاهر، فالحكم مع ذلك مقصر في اختبار حال الشهود، فضمن الحاكم بتفريطه⁽¹⁾.

ومن الممهد: "وإذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينة بفسق الشهود، فلا ضمان على الحاكم فيما أتلّف بشهادتهم، وأما إذا قامت بينة برقّ الشهود أو كفرهم، فإنه يضمن ههنا الحاكم ما أتلّف بشهادتهم. والفرق بين المسألتين: هو أن العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد، فإذا نفذ الحكم باجتهاده لم ينقض باجتهاد مثله، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار، لأن ذلك لا اجتهاد فيه، ولأن الكفر لا يخفى وكذلك الرق، لأن ذلك أمر ظاهر، والحكم مع ذلك تقصير في اختبار في حال الشهود، فلذلك قلنا إنه يضمن ههنا لأنه مفرط، وفي المسألة الأولى هو مجتهد فلا يضمن لأجل ذلك".

الفرق الرابع: من الممهد: "وإذا استدان السفية بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره، وأما إذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم عتق أتبع بذلك، إلا أن يكون فسّخه عند سيده. والفرق بينهما: هو أن هذا المحجور عليه لسفه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئاً، والعبد حجر عليه لحق سيده، فإذا أعتق سقط حق السيد فأُتبع بذلك، فدل على الفرق بينهما⁽²⁾".

من كتاب الفروق: قال القاضي: "فرق بين مسألتين: قال مالك: إذا استدان السفية ديناً ثم فك حجره لم يتبع بالدين، وإذا استدان العبد ديناً ثم عتق أتبع بذلك الدين إذا لم يكن السيد قد أسقطه قبل العتق، وكلاهما محجور عليه. الفرق بينهما: أن الحجر على العبد لحق الغير وهو السيد، فإذا زال حق السيد لزم العبد كلها كان ممنوعاً من لحقه، والسفيه إنما صرف الحجر عليه لحق نفسه، فإذا لم يلزمه الدين في حال الحجر لم يلزمه بجده لأن حقه ثابت، ولأن في إلزامه الدين إبطالا لفائدة الحجر، لأن فائدته حفظ ماله، فإذا ألزمه الدين لم يوجد الحفظ، والعبد لا يوجد هذا المعنى فيه فافترقا"⁽³⁾.

ومن الملاحظ في هذه الفروق الفقهية أنها جاءت متطابقة لفظاً ومعنى، محكمة في سياقها الفقهي، متماسكة في مقابلة كل فرق بنظيره، وهذا لا يجيده إلا من أحاط بعلم النظائر والجموع والفروق، ويعبر القاضي رحمه الله تصريحاً بقوله (والفرق بين المسألتين، الفرق بينهما، فافترقا..)، والأمثلة كثيرة في هذا الباب، بيد أن الفرق الذي وجدته من كتابه الفروق يقطع دابر الخلاف في نسبة هذا الكتاب - أعني الفروق - للقاضي عبد الوهاب رحمه الله، وأن الأسلوب والشرح الفقهي واحد

(1) المعونة: 3/ 1563، 1564.

(2) انظر: الممهد: ل 147 ب.

(3) انظر: الفروق، ص 81، 82.

في مصدره غير منفصم ولا متعدد، وهذه من موافقات هذا البحث ونتائجه⁽¹⁾.

(1) لعل من المفيد في البحث الفقهي، استخراج الفروق الفقهية الماثورة في كتب القاضي رحمه الله، وضمها إلى ما جاء في كتابه الفروق، تنميًا للفائدة وإثراء لمادة الفروق الفقهية، وخصوصًا أنها لعلم من الفقهاء المتقدمين.

المبحث الخامس: مصادره في الممهد:

لم يصرح القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله تعالى بمصادره التي اعتمد عليها في الممهد، ولم أجده يذكر هذه المصنفات في صلب كتابه، سواء داخل المذهب أو خارجه، مما يصعب علينا معرفة هذه المصادر على وجه التحديد⁽¹⁾، ولكن هذا لا يعني أن هذا الكتاب لا مصادر له ولا موارد، فقد استطعت الوقوف على بعض من هذه المصادر من خلال توثيقي للأقوال والنصوص التي وردت في محتوى الكتاب، وبعض النقول والآثار التي ذكرها القاضي رحمه الله جاءت مطابقة لمصادر أصحابها، ولعل سبب هذا الأمر يعود إلى طبيعة تأليف الممهد، فهو كتاب جاءت مادته في سياق المناظرة والجدل الفقهي، وذكر المسائل والروايات وبيان اختلاف الوجوه والتفريعات، فكان اهتمام القاضي بالحجاج والاستدلال للمذهب أكثر من اهتمامه بعرض مادة الفقه مسندة إلى كتب أصحابها كتلك التي نجدها مثلاً في كتابه الموسوعي شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني. وأيضاً جرت عادة الفقهاء المتقدمين أنهم في الغالب يؤلفون كتبهم ولا يحيلون على مصادرهم في النقل كما هو صنيع القاضي أبي الحسن بن القصار شيخ القاضي عبد الوهاب في كتابه الكبير عيون الأدلة في مسائل الخلاف، وهي طريقة في التأليف تقتضي الضرورة منا التعامل معها بحسب متطلبات العمل المنهجي في دراسة مصادر المؤلف في كتابه الممهد، ويمكن أن نستنتج أهم المصادر التي اعتمدها القاضي رحمه الله فيما يلي:

الموطأ: اعتمد القاضي على موطأ الإمام مالك رحمه الله برواية يحيى بن يحيى الليثي دون ذكره بالاسم، واستدل بأحاديث الموطأ سواء المسند منها أو المرسل في أكثر من موضع، فمن ذلك قوله: وروي مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن عبد الله بن الزبير كان يميز شهادة الصبيان بينهم في الجراح⁽²⁾. وهذا الحديث بلفظه في الموطأ⁽³⁾، وأيضاً ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مطل الغني ظلم وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع"⁽⁴⁾. وكثير من هذا في الكتاب.

المدونة: لم يذكر القاضي المدونة باسمها في هذا الجزء من كتاب الممهد، ولكن توثيق المسائل والأقوال الفقهية تدلنا على أنه اعتمدها مصدراً في كثير من المرات، وكذلك نقل أقوال ابن القاسم وسحنون بن سعيد دون أن يعزوها إلى المدونة بالاسم، فمن ذلك على سبيل المثال: كلامه في حكم شركة العنان وأنها جائزة إذا كان المال بين الشريكين مختلط أو في حكم المختلط، فإن ذلك جائز في

(1) في المعونة ذكر ثلاثة مصادر فقط، هي: الموطأ، والمدونة، ومختصر ابن عبد الحكم، انظر مقدمة محقق كتاب المعونة: 1 / 68،

(2) الممهد: ل 42 ب.

(3) أخرجه في الموطأ، كتاب الأقضية، القضاء في شهادة الصبيان، ر: 2126، 2 / 268.

(4) أخرجه في الموطأ، كتاب البيوع، جامع الدين والحول، ر: 1968، 2 / 205.

مذهب مالك، بخلاف ما رآه سحنون بن سعيد⁽¹⁾.

الموازية لمحمد بن المواز: تعد الموازية من أمهات ودواوين المذهب، وهو كتاب مشهور وأجل كتاب ألفه قدماء المالكيين، وأصححه مسائل، وأبسطة كلاماً وأوعبه، ولمكانة هذا الكتاب رجحه أبو الحسن القابسي على سائر الأمهات، وقال القابسي: لأن صاحبه قصد إلى بناء فروع أصحاب المذهب على أصولهم في تصنيفه⁽²⁾.

أحال القاضي عبد الوهاب على أقوال ابن المواز في الممهد، ويذكر أحياناً وجه ما قاله ابن المواز، فمن ذلك قوله: "وذكر محمد بن المواز عن مالك رحمه الله: في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض مثله أو مما سمي له من الربح"⁽³⁾.

وكذلك قوله: "وقال محمد بن المواز من أصحابنا: يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وإن كان من أهل العين يلزمه عشرون ديناراً"⁽⁴⁾.

المختصر الكبير لعبد الله بن عبد الحكم: أكثر القاضي النقل من ابن عبد الحكم دون ذكر اسم الكتاب، فقد أحال على جملة من أقواله في عدة مواضع منها: ضمان الرهن إذا هلك وعليه بينة تشهد على هلاكه وهو مما يضمن فإن ضمانه عليه⁽⁵⁾، ومنها أيضاً: إذا باع الحاكم مال المفلس وتلف ثمنه قبل قبض الغرماء له، فقد قال محمد بن عبد الحكم: إن الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء⁽⁶⁾. وهذه النقول عن محمد بن عبد الحكم وجدتها مبثوثة في كتابه المختصر الكبير⁽⁷⁾، وقد أحلت عليه في موضعه في توثيق توثيق النقول إلا إذا لم أجده في المختصر الكبير نظرت في غيره كالنوادير والزيادات لابن أبي زيد.

شرح المختصر الكبير للأبهري: اعتمد القاضي عبد الوهاب أقوال وكُتُب شيخه أبي بكر الأبهري رحمه الله، فمن ذلك: شرح المختصر الكبير⁽⁸⁾، من غير أن يذكره بالاسم، وصرح بالنقل عن الأبهري في عدة مواطن، فمنها على سبيل المثال في مسائل الإقرار: إذا قال علي دينار وأطلق، وكان نقد البلد مختلفاً

(1) الممهد: ل 15 ب.

(2) انظر: ترتيب المدارك: 4 / 169.

(3) الممهد: ل: 5 ب.

(4) الممهد: ل: 95 أ.

(5) الممهد: ل: 126 أ.

(6) الممهد: ل: 155 ب.

(7) قام محقق كتاب المختصر الكبير أحمد عبد الكريم نجيب بتجريد أقوال الإمام ابن عبد الحكم من كتاب شرح المختصر الكبير للأبهري، ولفق بين نسخ هذا الشرح، ثم قام بطبعه كأنه كتاب مستقل وهو عمل لا يصح في مجال تحقيق المخطوطات.

(8) شرح المختصر الكبير لابن عبد الحكم، لأبي بكر الأبهري، وقفت عليه، وتوجد منه نسخة بمكتبة الأزهر الشريف تحت رقم (1655) ويوجد بهذا السفر الجزء الرابع والسابع، والثاني عشر، وبوسطه يوجد كتاب الجامع، والكتاب غير مرتب به تقديم وتأخير ويحتاج إلى إعادة ترتيب وتبويب وتحقيق.

فقد قال الشيخ أبو بكر الأبهري رحمه الله: يحتمل أن يلزم الورثة وسط النقود⁽¹⁾.

عيون الأدلة للقاضي أبي الحسن بن القصار: اعتمده القاضي رحمه الله وذكره في الممهد بقوله: "وقد حكى أبو الحسن بن القصار في كتابه..."⁽²⁾ ويقصد بذلك كتاب: "عيون الأدلة في مسائل مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار"⁽³⁾، ونقل منه القاضي مرات ولم يسم المصدر مقتصرًا على ذكر أبي الحسن بن القصار⁽⁴⁾.

التفريع: لأبي القاسم بن الجلاب: وهناك نقول لعلماء ذكرهم القاضي عبد الوهاب دون ذكر لكتبهم، فمن هؤلاء: سحنون بن سعيد التتوخي، وعبد الله بن وهب، وأشهب بن عبد العزيز، وعبد الملك بن الماجشون، والمغيرة بن عبد الرحمن، ومحمد بن مسلمة، والقاضي إسماعيل بن إسحاق المالكي، والقاضي أبو الفرج المالكي، القاضي عمر بن أبي عمر، وسماه في المتن: عمر بن عمر المعروف بابن القضاة، وأحمد بن المعذل، وابن عبدوس، وزفر، ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف، والمزني، ابن أبي ليلى، وأبو ثور، وسفيان الثوري، وإسحاق بن راهويه، وداود بن علي من أهل الظاهر.

ومن اللغة نقل عن: أبي عبيد القاسم بن سلام، والأعشى، والأصمعي.

واعتمد في تصحيح الحديث وتضعيفه على نقول: أحمد بن حنبل، وأبي بكر بن المنذر. ولعله يقصد كتابه الإشراف على مذاهب أهل العلم.

ونقل من كتب التفسير دون ذكر لمصدر ولا لاسم مؤلف، وكان يُبهم عبارته فيقول: "قيل في التفسير"، ولعله يشير إلى تفسير الطبري حسب ما يظهر من توثيق النقول.

وبعد: فهذا آخر ما تعلق بالقسم الدراسي من مسائل البحث. وقد نجز بتمامه درس كتابي "مختصر المدونة" لابن أبي زيد، و"الممهد في شرح مختصر أبي محمد"، على قدر الاستطاعة والجهد. وفيما يلي القسم التحقيقي من الرسالة، والحمد لله رب العالمين.

(1) الممهد: ل: 102 ب.

(2) الممهد: ل: 173 أ.

(3) اطلعت عليه مخطوطا وتصفحته، وتوجد أجزاء من هذا السفر العظيم بخزانة القرويين برقم: 467، ثم وقفت عليه مرقونا بتحقيق الباحث أحمد بن عبد السلام مغراوي، وإشراف: الدكتور: الحسين آيت سعيد، جامعة القاضي عياض، كلية الآداب والعلوم الانسانية، شعبة الدراسات الاسلامية. والكتاب قيد الطبع الآن بمركز الرابطة المحمدية للعلماء بالمغرب، كما أخبرني بذلك الدكتور محمد العلمي حفظه الله.

(4) الممهد: ل: 95 ب.

قسم التحقيق

كتاب الممهّد في شرح مختصر أبي محمد

من باب الجعالة إلى آخر كتاب الوصايا

(النص المحقق)

أ | باب في الجعالة⁽⁶⁴¹⁾

[ب2]

والأصل في جواز ذلك قوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ أَعُوذُ﴾
[يوسف: 72].

وروي أن النبي ﷺ قال للذي رقى وأخذ عليه جعلاً: «من أكل برقية باطل، فقد أكلت
برقية حق»⁽⁶⁴²⁾.

ولأن الجعالة كانت قبل الاسلام فأقرها رسول الله ﷺ ولم ينكر.

فصل:

وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قُدر العمل، لم يكن
ذلك جعلاً وصار ذلك إجارة، ولم يجز ذلك إلا فيما [لا]⁽⁶⁴³⁾ يُتَقَدَّر من الأعمال⁽⁶⁴⁴⁾.

وصفته فيما لا يتقدر: أن يجعل له جعلاً في المجيء بعده الآبق وبغيره الشارد، فإن جاء
به استحق الجعل المقدر له، وإن لم يأت به فلا شيء له⁽⁶⁴⁵⁾.

ولا يجوز ضرب أجل في ذلك لأنه يخرج عنه بابه، لأن وقت إصابته غير معلومة، ولا
يدري هل يكون ذلك أم لا⁽⁶⁴⁶⁾.

⁽⁶⁴¹⁾ قبل باب الجعالة جاءت تكملة مسائل الإجارة والكراء في الورقة الأولى من المخطوطة.

⁽⁶⁴²⁾ أخرجه أبو داود في الطب، باب: كيف رقى، ر: 3896، 4/ 13، والنسائي في الطب، باب ما ذكر ما يرقى به
المعتوه، ر: 7492، 7/ 71.

⁽⁶⁴³⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة: 2/ 1114.

⁽⁶⁴⁴⁾ انظر: التفريع: 2/ 190.

⁽⁶⁴⁵⁾ انظر: المدونة: 3/ 468، التفريع: 2/ 190.

⁽⁶⁴⁶⁾ انظر: المدونة: 3/ 467، النوادر والزيادات: 7/ 5.

فصل:

والجعل جائز وليس بلازم، إلا أن يشرع المجعول له في العمل فيلزم⁽⁶⁴⁷⁾؛ وذلك أن العمل جائز يجوز (...)⁽⁶⁴⁸⁾ فيه اللزوم، فلم يجز إخراجه | عن بابه. فإذا شرع في العمل فقد حصل أحد [3] الطرفين فلا يجوز إبطاله. وإنما يجوز لك ذلك في الشيء الخفيف الذي لا خطر فيه، أو ما [لا ينحصر]⁽⁶⁴⁹⁾ بأجرة، فأما [ما]⁽⁶⁵⁰⁾ يمكن أن يعقد عليه إجارة فهي أولى، لأنها أبعد من الخطر والغرر، لأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى.

فصل:

ولا يجوز أن تكون الأجرة في الجعالة مجهولة⁽⁶⁵¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك غرر، لأن الجهل يدخل في الطرفين. ولأن الجهل في العمل إنما يجوز للضرورة إليه، لأنه لا يمكن حصره في ذلك في الجعل، فمن ذلك أن يقول: من جاءني بعبدي الآبق فله نصفه، أو جاءني ببعيري الشارد فله نصفه، فلا يجوز ذلك⁽⁶⁵²⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه لا تعرف صفته ووقت المجيء به، ويجوز حصاد الزرع وجذاذ التمر بنصفه، وإنما قلنا ذلك، لأنه معلوم. وأما إن قال له: فما حصدت من شيء فلك نصفه أو ثلثه، فجائز أيضاً⁽⁶⁵³⁾، لأن ذلك معلوم، لأن كل جزء من الزرع مستحق بإزائه جزء منه، فإن قيد ذلك بزمان يعينه مثل أن يقول: أحصد زرعي هذا اليوم، فما حصدت منه، فلك نصفه. فقد قيل: لا يجوز ذلك، وقيل: إنه يجوز ذلك⁽⁶⁵⁴⁾.

(647) انظر: المدونة: 3 / 469.

(648) كلمة لم أتبينها.

(649) ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة: 2 / 1115.

(650) ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة " 2 / 1115.

(651) انظر: التفريع: 2 / 190.

(652) انظر: المدونة: 3 / 468، التفريع: 2 / 190.

(653) انظر: المدونة: 3 / 469.

(654) انظر: المدونة: 3 / 469، 470، النوادر والزيادات: 7 / 13 وما بعدها، التفريع: 2 / 190.

فإذا قلنا: إن ذلك لا يجوز، فلأن قدر ما يحصل في اليوم غير معلوم.

وإذا قلنا: إنه يجوز، فإن الأجرة في الجملة مقدرة.

وأما نَقْضُ الزيتون بنصف ما يسقط منه، فإن أراد تحريك شجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول، وأما إن أراد الجميع فإن ذلك جائز لما قدمناه⁽⁶⁵⁵⁾.

مسألة:

عندنا أن من جاء بعبد أبق أو بعير شارد ابتداء ثم طلب الأجرة: فإن كان ذلك شأنه وعادته وعلم أنه يتكسب بذلك، فله أجرة مثله في قدر سفره وتعبه وتكلف طلبه⁽⁶⁵⁶⁾.

وقال الشافعي: لا شيء له أصلاً؛ لأنه متطوع⁽⁶⁵⁷⁾.

وقال أبو حنيفة: إن رده من مسافة ثلاثة أميال استحق على ذلك أربعين درهماً، وإن رده بأقل من ذلك، استحق بقدر ذلك⁽⁶⁵⁸⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من رد أبقا، فله جعله»⁽⁶⁵⁹⁾، وهذا قد رد فوجب له الجعل.

قالوا: فقد قال أحمد بن حنبل: إنه ما ورد في رد الأبقي خبر⁽⁶⁶⁰⁾.

والجواب: هو أن أحمد بن حنبل ما أحاط بجميع حديث رسول الله ﷺ، فيجوز أن يكون هذا مما لم يسمعه ولم يبلغه.

⁽⁶⁵⁵⁾ انظر: المدونة: 3/ 470، النوادر: 7/ 15، التفريع: 2/ 191.

⁽⁶⁵⁶⁾ انظر: المدونة: 3/ 468، النوادر: 7/ 19 وما بعدها، التفريع: 2/ 190.

⁽⁶⁵⁷⁾ انظر: الأم: 5/ 144، مختصر المزني: 136، المهذب: 3/ 571، الحاوي الكبير: 8/ 29.

⁽⁶⁵⁸⁾ انظر: المبسوط: 11/ 21، بدائع الصنائع: 6/ 204.

⁽⁶⁵⁹⁾ لم أجده بهذا اللفظ فيما عندي من مصادر، ولعله يشير إلى حديث عمرو بن دينار عن ابن عمر قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العبد الأبقي يوجد في الحرم بعشرة دراهم". أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب الجعالة، 6/ 200، وعبد الرزاق في المصنف، باب الجعل في الأبقي، ر: 14907، 8/ 208.

⁽⁶⁶⁰⁾ قال في المغني: "قال ابن منصور: سئل أحمد عن جعل الأبقي، فقال: لا أدري، قد تكلم الناس فيه، لم يكن عنده فيه حديث صحيح". انظر المغني: 8/ 328، 329. وقال البيهقي في معرفة السنن والآثار: "قال أحمد: ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في جعل الأبقي شيء". انظر: معرفة السنن: 9/ 88.

وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «من رد آبقا فله أربعون درهما»⁽⁶⁶¹⁾.

| وروي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه «قضى به في رد إباق من القوم أربعون درهما»⁽⁶⁶²⁾. [3ب]

قالوا: فهذا قول صحابي واحد، والقياس عندنا مقدم عليه.

والجواب: هو أن قوله إذا اشتهر ولم يظهر له مخالف يجب⁽⁶⁶³⁾ تقديمه لأنه أعلم وأعرف.

والقياس: هو أنه رد آبقا أو رد ضالة فوجب له الجعل، أصله إذا شرط ذلك.

قالوا: لا تأثير لقولكم رد آبقا، لأنه لو رد ضالة كان بهذه المثابة.

والجواب: هو أنه يستحق ذلك لأجل أنه رد ضالة، ويستحق ذلك لأنه رد آبقا.

قالوا: المعنى في ذلك أنه شرط، فلذلك استحق وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه ما شرط فلم يستحق.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إذا كان ذلك عادته وصناعته وكسبه فهو كما لو شرطه، ولأنه لا يمتنع أن يكون ما ثم شرط، ومع ذلك يستحق الأجرة؛ ألا ترى أن من استخدم عبدا لغيره بغير إذن سيده فإنه يستحق عليه أجرة منافعه، وإن كان ما شرط ذلك، وكذلك إذا وطئ امرأة بشبهة فإنها تستحق عليه لأجل تلف منافعها عليها، وإن كانت ما شرطت ذلك عليه، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأنه رد آبقا فاستحق الأجرة كما لو رده من دار الحرب.

فإن قالوا: لا نسلم؛ لأنه عندنا لا يستحق ذلك على من رد عليه، وإنما يستحق ذلك على بيت المال لأنه غرر بنفسه في إخراجه.

⁽⁶⁶¹⁾ روي بالفاظ مختلفة، منها ما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، عن ابن جريج، عن عطاء أو ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار، قالوا: ما زلنا نسمع أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد خارجا من الحرم دينار أو عشرة دراهم"، 6/ 540، وأخرجه أيضا في كتاب أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، 10/ 183، وأخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب الجعالة، 6/ 200.

⁽⁶⁶²⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب الجعالة، 6/ 200، وعبد الرزاق في المصنف، باب الجعل في الآبق، ر: 14900، 8/ 208، والزيلي في نصب الراية، كتاب الإباق، ر: 6151، 3/ 470.

⁽⁶⁶³⁾ في الأصل: "يوجب"، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه.

والجواب: هو أنه قد صح أنه استحق ذلك، فادفعوا إليه من أي النواحي شئتم، بعد أن يأخذ الأجرة، فلا نسأل من أين كان ذلك حتى لا نتلف منفعه.

ولأنه أحد نوعي المنافع فجاز استحقاق البدل منه مع الجهالة أصله البضع، فكذلك أنه لو تزوج بامرأة لم يسم لها صداقا حتى دخل بها، فإنها تسحق الصداق فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: إنما استحققت ذلك؛ لأن ذلك استند إلى عقد وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما استند إلى عقد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان لم يستند إلى عقد إلا أنه قد استند إلى عرف وعادة، والعرف والعادة بمنزلة الشرط، ألا ترى أن من اكرى دارا للسكنى لا يجوز له أن يفعل فيها إلا ما جرت العادة والعرف بذلك.

وكذلك لو اكرى دابة، فإنه لا يركبها إلا على ما جرت به العادة، فكذلك في مسألتنا مثله إذا كانت عاداته ذلك، وجب أن يستحق الأجرة لذلك.

[4 أ]

قالوا: المعنى في البضع؛ إنما يستحق فيه العوض لأنه مما لا يجوز أن يعرى عن الأعواض وليس كذلك في مسألتنا، لأنه مما يدخله الإباحة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن منافع الحر أيضا لا تستباح إلا بعوض، لأنه ما رضي ببذل ذلك فلم يصح ما قالوه.

واستدلال في المسألة: وذلك أن العرف والعادة جار[ية]⁽⁶⁶⁴⁾ مجرى الشرط، ألا ترى أن من تقدم إلى مزين، فقال أحلق رأسي فحلقه، فإنه يستحق لأنه ما جلس للسبيل، وإنما جلس على عرف عادة الناس وأنهم ييغون الأجرة على ذلك، وكذلك إذا دفع ثوبه إلى قصار فقال اقصره، وكذلك إذا دخل الحمام، فإن هؤلاء كلهم إنما جلسوا لطلب الأجرة، لأن ذلك عرف وعادة في أخذ الأجرة، كذلك يجب أن يكون حال هذا الذي حبس نفسه على رد الأبق إذا جاء به أن يستحق الأجرة.

قالوا: اختلف أصحابنا في هذه المسائل، فمنهم من قال:

(664) كتبت في الطرة .

لا يستحقون شيئاً لأنه لم يجز للعوض ذكر.

ومنهم من قال: يستحقون العوض.

ومنهم من قال: يُنظر في ذلك: فإن كانت عادته أخذ الأجرة أخذ.

والجواب: هو أنكم قد سلمتم بأيديكم، لأن عندنا إنما استحق الأجرة إذا كانت تلك عادته فلم يصح ما قالوه.

واحج بأن قال: لأنه رد مالا من غير أن يشترط أجرا، فلم يستحق عليه شيئاً، أصله إذا رد ماله.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه لا فرق عندنا بين العبيد وبين الضوال.

والثاني: هو أنه يبطل بما إذا رد ذلك من دار الحرب، فقد رد مالا، ومع ذلك يستحق الأجرة وإن كان ذلك في بيت [مال المسلمين] ⁽⁶⁶⁵⁾ على ما يقولونه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه اصطناع معروف، فلم يستحق به الجعل، أصله إذا أعانه على بناء حائط أو خياطة ثوب.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا أخرجه من دار الحرب، فإنه أيضا اصطناع معروف ومع ذلك يستحق الأجر.

وعلى أن المعنى في البناء والخياطة؛ أنه إن كان مما جرت عادته أن لا يبني إلا بأجرة، فإنه يستحق ذلك، ولأن ذلك أمر قريب والناس يتساحون بمثل ذلك فيما بينهم وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه لو كان يستحق به الجعل، لوجب أن يختلف الحكم فيه ببعد الطريق وقربه.

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأن الأجرة تجب فيه على قدر البعد والقرب والنعته وغير ذلك فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه من أنه يستحق الجعل فله أجر مثله. وإنما قلنا ذلك: لأنه ليس هناك

مسمى يرجع إليه.

| فأما إن أبي صاحب العبد وقال: لا أدفع شيئاً، فإنه يخلو بينه وبين العبد.

وإنما قلنا ذلك: لأن امتناعه من دفع ذلك رضى منه بتسليم العبد.

فصل:

وأما إن علم أن ذلك ليس من شأنه ولا عادته وأنه يرتفع عن مثله، وأنه إنما فعل ذلك على وجه الحسبة واكتساب المودة، فليس له أجره إن طلب ذلك⁽⁶⁶⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن دعواه لذلك تنافي ظاهر حاله، فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئاً.

فصل:

ويجوز مشاركة المعلم على تعليم الصبي القرآن على الحذاق، وكذلك مشاركة الطبيب على برء العليل⁽⁶⁶⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الضرورة تدعوا إلى ذلك فجوز لأجل ذلك، وإن كان مقامه في التعليم غير معلوم، وبراء العليل غير معروف المدة.

فصل:

ويجوز الجعل على استخراج المياه في الآبار والعيون على صفة معلومة ومعروفة، من بعد الأرض وقربها وشدتها ولينها، فأما إن كان لم يعرف ذلك فلا يجوز⁽⁶⁶⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها معاوضة على عمل مجهول لا تدعوا الضرورة إليه، فإن لم يأت الماء فلا شيء له إلا أن يكون رب الأرض قد انتفع بشيء من عمله، فيكون له من الأجرة بقدر ما انتفع به، والله أعلم.

⁽⁶⁶⁶⁾ انظر: النوادر: 7 / 20.

⁽⁶⁶⁷⁾ انظر: المدونة: 3 / 430، التفريع: 2 / 186.

⁽⁶⁶⁸⁾ انظر: التفريع: 2 / 191.

باب القراض

ولا خلاف بين الأمة في جواز القراض⁽⁶⁶⁹⁾ وإن اختلفوا في كثير من أحكامه، والدليل على جواز ذلك: أنه روي عن عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم وكثير من الصدر الأول فعلوا ذلك⁽⁶⁷⁰⁾. ولأن الضرورة داعية إليه؛ لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فدعت الضرورة إلى استنابة غيره، وربما يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة معلومة، لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى وقتنا هذا؛ بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح، فلما كان الأمر على ذلك؛ وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساقاة⁽⁶⁷¹⁾، والأصل في البابين متقارب.

فصل:

وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالا إلى غيره ليتجر فيه، ويشترى ويبيع ويتاع من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه⁽⁶⁷²⁾ من قليل أو كثير.

وإنما قلنا ذلك: لأنه في معنى الإجارة، والعوض في الإجارة موكول في مقداره إلى تراضيها | فكذا القراض في مسألتنا مثله.

مسألة:

ولا تجوز المضاربة إلا بالدنانير والدراهم⁽⁶⁷³⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنها أصول الأثمان التي تُتمول ويفزع إليها في التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات.

ولا يجوز ذلك على دراهم مغشوشة⁽⁶⁷⁴⁾.

(669) انظر: الاستذكار: 21 / 122، الحاوي الكبير: 7 / 307.

(670) انظر: الاستذكار: 21 / 121.

(671) قال أبو محمد ابن أبي زيد في مختصر المدونة: "وذلك مستخرج بالرخصة من الإجارة المجهولة، وكاستخراج بيع العرية، والشرك في الطعام والتولية، فالعمل به جائز على ما جرى من سنته، ما لم يتغير ذلك بفساد عقد أو شرط فيخرجه عن حد رخصته". المختصر: 3 / 156.

(672) هذه عبارة ابن الجلاب في التفريع، انظر التفريع 2 / 193.

(673) انظر: الموطأ: 2 / 223، المدونة 3 / 629، التفريع: 2 / 194، أصول الفتيا: 152، البيان والتحصيل 12 / 139.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان غشُّها النصف فما دون ذلك جاز، وإن كان أكثر من ذلك لم يجز.

ودليلنا: هو أنها دراهم مغشوشة، فلا تجوز المضاربة عليها، أصله إذا كان الغش أكثر من النصف، ولأنها مضادة على ما هو من جنس الأثمان، فوجب أن لا تصح، أصله إذا كانت الفضة مميزة والصفرة مميزة.

واحتج بأن قال: التغليب للأكثر وبه يجب أن يكون الاعتبار، الذي يدل عليه الماء في الدجلة، وكذلك الربا في دار الحرب؛ لأن الدجلة يكون فيها السمك، وربما ملك إنسان سمكة فعادت إلى الدجلة فيجوز له تملكها، وكذلك دار الحرب قد يكون [فيها]⁽⁶⁷⁵⁾ المسلمون، إلا أنها لما كانت دار إباحة كانت الغلبة للأكثر، فكذلك في مسألتنا وجب أن تكون الغلبة للأكثر.

والجواب: هو أنكم لا تعتبرون الأكثر، لأن عندكم إذا كان الغش النصف جاز ذلك. وعلى أن ما قالوه يبطل بمن عليه أربع ركعات فجاء منها بثلاثة، فقد جاء بالأكثر، ومع ذلك لا يجزئه، وكذلك في الطهارة والزكاة وجميع الأحكام، فإن الأكثر لا ينوب عن الكل فلم يصح ما قالوه. والله أعلم.

فصل:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في جواز المضاربة بالتبر⁽⁶⁷⁶⁾ والنقر⁽⁶⁷⁷⁾:

فروي عنه جواز ذلك، وروى عنه منعه.

⁽⁶⁷⁴⁾ تفرد القاضي رحمه الله بهذه المسألة اجتهدا في المذهب، وحكى هذا القول عنه بعض أئمة المذهب وناقله. انظر: عقد الجواهر: 3 / 792

⁽⁶⁷⁵⁾ مثبتة من الطرة.

⁽⁶⁷⁶⁾ التبر: هو ما كان من الذهب والورق والنحاس ما لم تدخله سكة ولا صنع منه حلي ولا آنية، ولا داخلته صنعة، لأن أصل الصنع الشيء المكسور، ومنه قوله عز وجل: "تتبيرا" أي: أهلكنا ومزقنا. غريب المدونة: 34.

⁽⁶⁷⁷⁾ النقر: هو القطع المذابة من الفضة أو الذهب: القاموس المحيط: 2 / 146، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 3 / 518.

وابن القاسم⁽⁶⁷⁸⁾ يحمل المنع من ذلك على الكراهة ويقول: إن نزل أمضيت ذلك⁽⁶⁷⁹⁾.
فوجه الجواز: هو أنه عين ذهب أو فضة فجاز المعاملة عليه كالمضروب، ولأنه ليس في كونه نقرا أكثر من عدم الضرب، والسكة لا تأثير له في الجواز ولا في المنع بدليل:
 أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانتا تبرين، من منع التفاضل ومنع الافتراق في الصرف قبل القبض وغيره.
 ولا يلزم عليه بيع النقر جزافا ومنعه في المضروب، لأن ذلك المعنى يرجع إلى الغرر فكرهه في المسكوك.

ووجه المنع: هو أنها ليست بأثمان على ما هي عليه، وإنما تصير أثمانا متعاملا بها بعلاج وصنعة، وإذا لم تكن أثمانا لم تجر المعاملة عليها كالعروض، ولأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثمانا، فلولا عقد القراض لم يفعل ذلك، فلا يخلو أن يكون ذلك | بأجرة أو بغير [5ب] أجرة:

فإن كان ذلك بغير أجرة، كان زيادة ازدادها رب المال، وذلك غير جائز، لأن موضوع القراض التساوي.

وإن كان ذلك بأجرة، حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها.

فصل:

ولا يجوز القراض على شيء من العروض والحيوان أو ما عدا الذهب والفضة⁽⁶⁸⁰⁾.

وقال ابن أبي ليلى⁽⁶⁸¹⁾: يجوز بجميع ذلك⁽⁶⁸²⁾.

⁽⁶⁷⁸⁾ عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، أبو عبد الله العتقي مولى زبيد بن الحارث العتقي، أصله من الشام من فلسطين من مدينة الرملة، وسكن مصر. روى عن مالك بن أنس، وصحبه، وتفقه به، والليث وعبد العزيز بن الماجشون. روى عنه أصبغ بن الفرج، وسحنون بن سعيد، ويحيى بن يحيى الأندلسي. ولابن القاسم سماع من مالك عشرون كتابا، وكتاب المسائل في بيوع الآجال. توفي بمصر سنة 191هـ. **الجمهرة:** 2/ 645-648 ر: 575.

⁽⁶⁷⁹⁾ انظر: المدونة: 3/ 630، مختصر المدونة: 3/ 156، النوادر والزيادات: 7/ 243.

⁽⁶⁸⁰⁾ انظر: الموطأ: 2/ 221، المدونة: 3/ 630، التفريع: 2/ 194، أصول الفتيا: 152.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القراض عقد خارج عن الأصول، لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها:

أنها: إجارة مجهولة، وأن العامل لا يدري هل يكون في المال ربح أو خسران، إلا أنه جواز لأجل الضرورة، فوجب أن يجوز قدر ما جوزه الشرع فحسب لا زيادة عليه.

ولأن رأس المال لا بد من معرفته، فلا يخلو أن يكون هو نفس العرض أو قيمته:

فإن كان نفس العرض والغرر يعظم، فالمقصود من الربح لا يحصل، لأن العامل أخذ سلعة وقيمتها ألف، فيؤديها وهي تساوي خمس مائة، وفي ذلك تلف رأس المال.

فإن جعل رأس المال قيمة السلعة بطل لأمرين:

أحدهما: أن رب السلعة شرط على العامل [العمل]⁽⁶⁸³⁾ بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه وذلك غير جائز.

والآخر: أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو [المفاضلة]⁽⁶⁸⁴⁾، وأي ذلك كان، ففيه ما يؤدي إلى تلف المال أو ذهاب عمل العامل، وذلك إضرار وغرر، فإن ترك فسخ ما لم يعمل، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجره المثل في بيع العرض.

وقد اختلف قول مالك رحمه الله فيما يجب له في القراض الفاسد:

فروي عنه أنه قال: إن للعامل قراض مثله.

والرواية الأخرى: إن له أجره المثل⁽⁶⁸⁵⁾.

وقال ابن القاسم: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض مثله، وإن كان من جهة

⁽⁶⁸¹⁾ أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي، مفتي الكوفة وقاضيهما، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه. أخذ عن أخيه عيسى، والشعبي، وعطاء بن أبي رباح. حدث عنه: شعبة، وسفيان بن عيينة، والثوري. توفي سنة 148هـ. سير أعلام النبلاء: 6/ 310-316، ر: 133.

⁽⁶⁸²⁾ الاستذكار: 21/ 136، المسالك: 7/ 203.

⁽⁶⁸³⁾ ساقط من الأصل، وما أثبتته من شرح الرسالة: 3/ ل: 355ب.

⁽⁶⁸⁴⁾ في الأصل: (المعاملة)، وما أثبتته من شرح الرسالة: 3/ ل: 355ب، والسياق يقتضيه.

⁽⁶⁸⁵⁾ انظر: النوادر: 7/ 250-التفريع: 2/ 197.

زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجره المثل⁽⁶⁸⁶⁾.

وذكر محمد بن المواز⁽⁶⁸⁷⁾ عن مالك رحمه الله: في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض مثله، أو مما سمي له من الربح.⁽⁶⁸⁸⁾

فوجه القول في أن له قراض المثل في الجملة هو: أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردود إلى صحيحه، كالنكاح والبيع والإجارة، فكذلك القراض مثل ذلك.

ووجه اعتبار أجره المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً يُسمى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسداً فللعامل أجره المثل في عمله أصله الإجارة الفاسدة.

[6 أ] | وأما التفصيل الذي ذكره ابن القاسم: فإن ذلك استحسان وليس بقياس⁽⁶⁸⁹⁾.

ووجه اعتبار أقل الأمرين هو: أن قراض المثل إن كان الأقل فقد رضي به العامل؛ لأنه إذا رضي أن يعمل على أن يكون عوضه من العمل على الربح [على]⁽⁶⁹⁰⁾ الفساد بما ذكر، فقد رضي به أن يكون فيما يصح له بحسابه. وإن كان المسمى الأقل، فليس له زيادة عليه؛ لأن رب المال يقول أنت رضيت بالمسمى عوضاً عن عملك، فليس فساد العقد موجبا لك زيادة في القراض.

مسألة:

ولو أعطاه سلعة وقال له خذ ثمنها قراضاً، فإن هذه المقارضة فاسدة لا تصح⁽⁶⁹¹⁾.

⁽⁶⁸⁶⁾ انظر: المدونة: 3/ 630، النوادر: 7/ 250 - التفرع: 2/ 197.

⁽⁶⁸⁷⁾ محمد بن إبراهيم بن زياد، أبو عبد الله الإسكندراني، المعروف بابن المواز، الفقيه، الزاهد. واسم "محمد" ينصرف إليه عند إطلاقات المالكية. وكان العمل بالديار المصرية إلا على قول ابن المواز. تفقه بابن الماجشون، وابن عبد الحكم، أصبغ بن الفرّج، وغيرهم. روى عنه ابنه بكر، وعلي بن عبد الله بن أبي مطر، وابن ميسر، وغيرهم. ولد في 180هـ، وتوفي بدمشق سنة 269هـ، وقيل سنة 281هـ. انظر: جمهرة تراجم المالكية: 2/ 981-982، ر: 946.

⁽⁶⁸⁸⁾ نظر: النوادر: 7/ 251 - البيان والتحصيل: 12/ 356.

⁽⁶⁸⁹⁾ وقد نقل عبارة القاضي هذه الإمام المازري رحمه الله في شرحه للمدونة في مسائل القراض: أنظر: شرح المدونة للمازري: مخطوط: ل: 210 أ.

⁽⁶⁹⁰⁾ مثبتة من الطرة.

⁽⁶⁹¹⁾ انظر: المدونة: 3/ 630.

وبه قال الشافعي رحمه الله. (692)

وقال أبو حنيفة رحمه الله: المضاربة جائزة على ذلك (693).

ودليلنا: هو أن القراض عَقْدٌ للجهالة تأثير في إبطاله، فلم يجوز تعليقه على الاستقبال، أصله البيع، لأنه لو قال: إذا جاء رأس الشهر بعثتك هذا الثوب، لم يصح، فكذا في مسألتنا مثله.

والذي يدل على أن للجهالة تأثيراً في إبطاله، أنه لو صارفتك على هذه الدنانير التي في يدي لم يصح ذلك، فكذا في مسألتنا مثله.

ولأن رأس المال في الحال مجهول؛ لأنه لا يعلم كم تساوي هذه السلعة ولا بكم تُسَبَّعُ، ومن شرط القراض أن يكون رأس المال معلوماً معروفاً.

ولأنه إذا دفع إليه السلعة لبيعها، فقد استعجل رب المال عمل العامل لنفسه، وهذه زيادة على ما شرط له من الربح، فوجب أن لا يصح لأجل ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه أذن له في التصرف فجاز تعليقه على شرط له مُسْتَقْبَل، أصله الوكالة. والجواب: هو أنا لا نسلم في الوكالة أن ذلك جائز، وعلى أن المعنى في الوكالة، هو أن الوكيل إنما عليه امتثال ما وكل إليه وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه تحصل منه الجهالة بالمال المعمول عليه فلم يصح ما قالوه لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه معنى لا ينافي الجهالة، فجاز تعليقه على الاستقبال، أصله الطلاق والعتاق.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن الجهالة ههنا موجودة لأنه لا يدري ماذا تكون المضاربة، لأنه لم يحصل العلم برأس المال.

وأما المعنى في الطلاق | والعتاق؛ هو أنه يجوز تعليقه على الصفات والأخطار، وليس [6ب] كذلك عقد المضاربة، ولأن الطلاق لا حاجة به إلى ذلك، والحاجة ههنا إليه، فوجب أن لا يصح إلا بما يجوز فيه الصحة.

وربما قالوا: لأنه إذن في التصرف فجاز تعليقه بشرط الاستقبال، أصله الإجارة.

(692) انظر: الحاوي الكبير: 7 / 308.

(693) انظر: الحجة على أهل المدينة: 3 / 20 - بدائع الصنائع: 6 / 82.

والجواب: هو إنما جاز ذلك في الإجارة؛ لأنها تجوز على غير معين وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يجوز ذلك إلا على معين. وكذلك روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «الأمر لا يعدوا واحدا من هؤلاء الستة الذين مات عنهم رسول الله ﷺ وهو عنهم راض»⁽⁶⁹⁴⁾، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

والقراض عَقْدُ أمانة، فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما، فأما إن لم يكن هناك ربح ولا ضيعة وقبض⁽⁶⁹⁵⁾ رأس المال وأراد رب المال أو العامل فسخ العقد، فذلك له، وكذلك لو أراد قبل العمل.

وإنما قلنا ذلك: لأنه عقد جائز وليس بلازم، فأما إن شرع العامل في العمل فلا يجوز لأحدهما فسخه إلا برضى الآخر.

وإنما قلنا ذلك: لأن كل واحد منهما قد تعلق له بذلك حق.

وأما إن كان في رأس المال وضیعة، فذلك من مال رب المال، إلا أن يكون ذلك بتعدّد من العامل فيلزمه ذلك بتعديده.

فأما إن شرط رب المال على العامل الخسران كان العقد فاسدا.

وقد حكى عن أبي حنيفة رحمه الله: أن العقد صحيح⁽⁶⁹⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان كان ذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامّه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه، أصله إذا تزوج امرأة وشرطت عليه أن لا يطيأها، فإن ذلك لا يصح فكذلك في مسألتنا مثله.

مسألة:

عندنا إذا قال رب المال للعامل لا تبع إلا من فلان، ولا تشتري إلا من فلان، ولا تشتري إلا

⁽⁶⁹⁴⁾ أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب فضائل الصحابة، باب قصة البيعة، ر: 3701، 3/ 21، ومسلم في صحيحه، كتاب المساجد، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً، ر: 567، 1/ 396.

⁽⁶⁹⁵⁾ في المعونة: (ونض رأس المال). انظرها: 2/ 1122.

⁽⁶⁹⁶⁾ انظر: الحجة: 3/ 22.

السلعة الفلانية، فإن القراض باطل، ومتى شرط ذلك بطل العقد⁽⁶⁹⁷⁾.

وبه قال الشافعي⁽⁶⁹⁸⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصح⁽⁶⁹⁹⁾.

ودليلنا: هو أنه شرط عليه شرطاً ينافي مقتضى عقد المقارضة، فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال لا تبع إلا بما اشتريت؛ فإن ذلك لا يصح، فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأن المضاربة إنما تراد للربح ونماء المال، فإذا قصرها على واحد بعينه فربما لا يبيعه إلا بما يريد، ولا يحصل المعنى المقصود الذي له عُقد العقد، فوجب أن لا يصح ذلك الشرط،^[7] لأنه يخرج ذلك عن موضوعه الذي وضع له.

واحتج بأن قال: لأنه عقد يدخله الجهالة فجاز تعليقه على وجه واحد أصله الوكالة.

والجواب: هو أن المضاربة لا تشبه الوكالة، لأن الوكالة المقصود منها النيابة عن الموكل فيما جعل إليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن المقصود من المضاربة الربح وتنمية المال، فاقتضى ذلك التصرف العام وطلب الربح مما يجوز له طلبه.

قالوا: ولأن من جاز استثنائه جاز تخصيصه، أصله إذا قال ذلك ببيع [جميع]⁽⁷⁰⁰⁾ ما تحتاج إليه.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه لا يجوز له ذلك معه ومع غيره، ولو سلمنا؛ فالمقصود هناك قد وجد، وليس كذلك في مسألتنا والله أعلم بذلك.

فصل:

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد، وأما إن اشترط عليه ترك السفر فلا يجوز له أن يسافر، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ذلك ضمن⁽⁷⁰¹⁾.

(697) انظر: الموطأ 2/ 224، المدونة: 3/ 630، 652 - النوادر والزيادات 7/ 248.

(698) انظر: الحاوي الكبير 7/ 312.

(699) انظر: المبسوط 22/ 42، بدائع الصنائع 6/ 99.

(700) ساقط من الأصل، والمثبت من الطرة.

(701) انظر: المدونة: 3/ 654 - النوادر: 7/ 248 - التفریع: 2/ 194.

وإنما فرقنا بينهما: لأن الإطلاق محمول على العرف، والنسيئة بخلاف ذلك؛ لأن إطلاق العقد لا يقتضي إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وخشيته عليه، فإذا ثبت ذلك: ضمن ما أنسأ المال أو شيئاً منه، ولا يضمن ذلك في السفر إلا أن يشترط ذلك عليه أيضاً مثل ما كان ذلك في الحضر.

مسألة:

عندنا يجوز [القراض]⁽⁷⁰²⁾ بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما⁽⁷⁰³⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك.⁽⁷⁰⁴⁾

ودليلنا: هو أن تقدير الربح إليهما وموكل إلى تراضيهما، فجاز لأحدهما تركه للآخر، أصله إذا وهب أحدهما للآخر شيئاً.

واحتج بأن قال: لأنها شرطاً [شرطاً]⁽⁷⁰⁵⁾ ينافي مقتضى عقد المضاربة، فوجب أن لا يصح. أصله إذا شرط عليه أن لا يبيع إلا بما اشترى.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنها ما شرطاً إلا ما يجوز لهما فعله، لأن تقدير ذلك إليهما وموقوف على تراضيهما، وأما المعنى في ذلك، إنما لم يحصل تجر، لأنه يخرج عن التصرف التام الذي وضع العقد لأجله من طلب النماء، فلم يصح ما قالوه. والله أعلم بذلك.

فصل:

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل إلى ذلك [الأجل]⁽⁷⁰⁶⁾⁷⁰⁷.

وإنما قلنا ذلك: لأن عقد القراض عقد جائز، فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك بخلاف مقتضاه، ووجب فساد، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز.

⁽⁷⁰²⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من الطرة.

⁽⁷⁰³⁾ انظر المدونة: 3/ 632 - التفريع: 2/ 194.

⁽⁷⁰⁴⁾ انظر: المبسوط: 25/ 271، الحاوي الكبير: 7/ 333.

⁽⁷⁰⁵⁾ ساقط من الأصل، وما أثبتته، من الطرة.

⁽⁷⁰⁶⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من الطرة.

⁽⁷⁰⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 223

[7 ب]

افصل:

ولا نفقة للعامل إذا كان حاضراً⁽⁷⁰⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لم يتعين عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة، لأنه لو لم يكن بيده قراض لكان لا بد له أن ينفق على نفسه وعياله، ولأن ذلك زيادة عليه منه على رب المال فلم يجز ذلك.

مسألة:

عندنا أن للعامل النفقة إذا سافر من المال المضارب به والكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتاج إلى ذلك في الحضر⁽⁷⁰⁹⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽⁷¹⁰⁾.

واختلف قول الشافعي رحمه الله، فقال مثل قولنا، وقال إنها واجبة على العامل⁽⁷¹¹⁾.

وبه قال أحمد بن حنبل رضي الله عنه⁽⁷¹²⁾.

ودليلنا هو: أنها مؤنة تلزم لأجل المال المضارب به، فوجب أن يكون في المال، أصله أجرة البغال والجمال وكراء المخازن وما أشبه ذلك.

قالوا: المعنى في هذه الأشياء كلها، إنما كانت في المال لأنها تختص بالمال لحفظه والاحتياط عليه، فلذلك كان له ذلك في المال، وليس كذلك في النفقة، لأنها تخصه في نفسه، فكانت عليه كما لو كان حاضراً.

والجواب: هو أن هذا كلام لا يسوّى سماعه؛ لأن العامل لم يدخل في العمل على وجه التبرع، وإنما سافر لطلب الفضل، فلو ألزمناه المؤنة في السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بربحه المشروط له، وربما زادت عليه، وسفره لما كان لأجل المال كانت نفقته وكسوته من

⁽⁷⁰⁸⁾ انظر: الموطأ: 2/ 230، المدونة: 3/ 634.

⁽⁷⁰⁹⁾ انظر: الموطأ 2/ 230، المدونة: 3/ 634، التفریع: 2/ 194.

⁽⁷¹⁰⁾ انظر: المبسوط: 22/ 63، 62.

⁽⁷¹¹⁾ انظر: مختصر المزني: 2/ 122، الحاوي الكبير: 7/ 317، المهذب: 3/ 483.

⁽⁷¹²⁾ انظر: المغني: 7/ 149.

المال، ولو قلنا: إن المؤنة عليه لكان ذلك زيادة من رب المال عليه، وذلك غير جائز.

ولو قلنا: إن النفقة تكون عليه لأدى ذلك إلى تلف منفعه وماله، لأن الربح قد يحصل وقد لا يحصل فيعجل تلف ماله، فوجب أن لا يلزمه ذلك.

واحتج بأن قال: لا نفقة تخصه فوجب أن يكون في ماله، أصله إذا كان في الحضر.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم تخصه، لأنه لو لم تخصه كانت أيضا بهذه المثابة، ولأنه لا يمتنع أن تكون تخصه، ومع ذلك إذا بذل منفعه انتقلت إلى جهة أخرى، الذي يدل عليه: أن المرأة كانت نفقتها تخصها، فلما عقد عليها عقد النكاح صارت نفقتها تخصها، فإذا بذلت منافعها صارت نفقتها تخص الزوج، وكذلك في مسألتنا مثله.

وكذلك المرضعة للصبي كانت نفقتها تخصها، فإذا بذلت منافعها صارت نفقتها في مال الصبي فكذلك في مسألتنا مثله.

وعلى أن المعنى في حال الحضر إنما كانت نفقته في ماله؛ لأنه لم يحصل منه عمل ولا بذل منفعه، فلذلك كانت النفقة في ماله، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه دخل في العمل وحصل [8] العقد على عمله ومنفعه، ولو لا ذلك ما حصل له جزء من الربح، فوجب أن تكون نفقته في المال لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه جزء رضيه من المضاربة فلم يستحق غيره، أصله أجره الخياط والمطّيب وما أشبه ذلك.

والجواب: هو وإن كان قد رضي بذلك الجزء؛ إلا أنه ما رضي أن يذهب ماله في النفقة على نفسه في السفر بالمال، وغير ممتنع أن يرضى بجزء من المال ويستحق تسليم منفعه للنفقة كالزوجة، ولأن الرضى ما كان إلا بجزء من المال، ولكنها إذا سلمت نفسها فلها النفقة والكسوة التي لم تكن مشروطة حال العقد وكذلك في مسألتنا مثله.

وأما الأصل فغير مسلم؛ لأنه إن احتاج إلى خياطة ثوب لا بد منه لأجل المال بسببه، وأدى الأجرة من المال، وكذلك أجره طبيبه وحمّامه منه وما أشبه ذلك.

قالوا: ولأن من لزمته نفقته في الحضر لزمته نفقته في السفر. أصله أجره الطبيب.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار حال الحضر بالسفر، وذلك أن في حال الحضر ما

حصل منه عمل على المال، وليس كذلك في مسألتنا، لأن منافعه ههنا قد حصلت مبدولة في العمل، فاستحق بذلك أن تكون في المال، كما أنه إذا كان في الحضر ولم يعمل على المال، فإنه لا يستحق أيضا الجزء المشروط له، فإذا سافر استحق ذلك، فدل على أن الحضر مخالف لما ذكرناه لحكم السفر.

وأما أجرة الطبيب ونفقة زوجته؛ فإن ذلك كله خارج عن حكم ما دخل فيه، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما إذا كان غريبا وأقام في الحضر لأجل المال، فله النفقة أيضا في إقامته لأجل المعنى الذي ذكرناه⁽⁷¹³⁾.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه: فهذه النفقة ملغاة من الفضل كبعض المؤن، ثم يقتسمان الفضل الباقي بعد ذلك⁽⁷¹⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ذلك يكون بمنزلة أجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل المتاع وسائر المؤن التي يحتاج المال إليها. فأما إن لم يكن في المال ربح وقد خرجت منه نفقة العامل لم يلزمه غرمها لرب المال.

وإنما قلنا ذلك؛ لأننا لو ضمننا ذلك لكان في ذلك زيادة من []⁷¹⁵ المال عليه، وذلك غير جائز.

فصل:

ولا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض عقدٌ غيره من بيع أو إجارة أو غيره ولا مرفق يشترطه أحدهما يَسْتَبَدُّ بمنفعته على الآخر⁽⁷¹⁶⁾.

⁽⁷¹³⁾ انظر: التفريع: 2 / 194.

⁽⁷¹⁴⁾ انظر: التفريع: 2 / 194، 195.

⁷¹⁵ كذا في الأصل، وفي المعونة "رب المال عليه"، 2 / 126.

⁽⁷¹⁶⁾ انظر: المدونة: 3 / 641، 642 - التفريع: 2 / 195.

[8 ب] وإنما قلنا ذلك: | لأن عقد القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول، وإنما جُوزَ لأجل الضرورة، ولا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به حسب، فمتى زيدَ عليه ما يخرجُه عن باب رخصته بطل ذلك.

فصل:

ولا يجوز للعامل أن يشارك غيره في المال⁽⁷¹⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن رب المال إنما رضي بأمانته وكون المال في يده ولم يأذن له في تسليمه إلى غيره، فأما إن فعل ذلك وسلم فهمًا على شرطهما، فإن اتَّلفَ المال أو وَضَعَ ضمن العامل. وإنما قلنا ذلك: لأنه يحصل متعديا، لأنه فعل خلاف ما أمر به كالأمين إذا فرط فيما جعل إليه.

فصل:

وأما إذا مات أحد المتضاربين، فإن كان العامل نظرت في ذلك:

فإن مات والمال عين بحالها ما ابتاع بها شيئا، فلرب المال أخذه ولا مقال لورثة العامل، سواء كانوا أمناء أو غير أمناء، وليس لرب المال أيضا إلزامهم العمل بهال⁽⁷¹⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن مَوَرَّثَهُمْ لو كان حيا وأراد رب المال أخذه كان ذلك له، وإنما لم يكن للورثة مقال؛ لأن الميت لم يتعلق له حق في المال، فيجب لهم ما يجب له.

فأما إن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف في المال، فقد تعلق كل واحد من الفريقين حق بالمال، فإن كانوا أمناء قادرين على العمل لا يخاف على المال منهم إتلاف أو إضاعة، وأما أن يكونوا أمناء إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم، وأتوا بأمين ثقة بصير بالعمل ومعروفه ذلك، لزم تسليم المال إليه، وقام مقامهم في البيع وتصحيح الثمن لرب المال.

فأما إن عجزوا عن ذلك كله؛ سَلَّمُوا المال ولم يكن لربه مطالبته بشيء.

⁽⁷¹⁷⁾ انظر: المدونة: 3/ 643.

⁽⁷¹⁸⁾ انظر: المدونة: 3/ 663.

وإنما قلنا إن لهم المطالبة؛ لأنه قد تعلق له⁽⁷¹⁹⁾ حق في المتاع، لأنه مُشْتَرَى بهاله وله جزء من الربح مثل ما لهم.

فصل:

وأما إن مات رب المال؛ فإن العامل على حاله، فإن كان موته قبل العمل، فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه في فسخ العقد أو المضي عليه، فأما إن مات بعد الشراء فليس لأحدهما فسخ ذلك إلا برضا الآخر⁽⁷²⁰⁾.

أما الورثة فإنهم يقولون، لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عينا فكذلك لنا مثل ما كان له. وأما العامل فقد تعلق له حق في المال [بوجوده]⁽⁷²¹⁾ من الربح ببيعه، فليس لهم فسخ ذلك عليه.

فصل:

[9أ] وقد مضى الكلام في أن كل واحد منهما له الفسخ | قبل الشروع في العمل: فأما إذا عمل فليس لأحدهما المطالبة برد المال إلا برضى الآخر، ويلزم العامل التقاضي في البيع حتى يرده على ما أخذ.

وإنما قلنا ذلك: لأن الجزء من الربح المستحق إنما يأخذه بعمله الذي هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمى له، وفي رده إياه عروضاً إسقاط أكثر العمل، لأن العروض تحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن تحصل ذلك عينا.

فصل:

إذا خسر في مال القراض ثم عمل فيه من بعد فربح، فإنه ينظر: فإن كانا تفاصلاً بعد الخسران لم يجز الخسران بالربح الثاني، وكان رأس المال ما بقي بعد الخسران، وأما إن استمر على ذلك العمل فإن الخسران بجزء من هذا الربح، فإن فضل

⁽⁷¹⁹⁾ في الأصل: "قد تعلق له في حق في المتاع"، والصواب ما أثبتته لمقتضى السياق.

⁽⁷²⁰⁾ انظر: المدونة: 3/ 663، 664 - التفريع: 2/ 196.

⁽⁷²¹⁾ هكذا في الأصل، وفي المعونة: "يرجوه من الربح"، 2/ 1127.

شيء بعد ذلك تقاسمها وإلا لم يكن للعامل شيء، ولا يرجع عليه بخسران⁽⁷²²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الحق للعامل في الربح لا في رأس المال، ولا يكون ربحاً إلا بعد حصول رأس المال، ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكمل رأس المال.

فصل:

ولا يتفاضل المقارضان على الربح إلا بحضرة رأس المال⁽⁷²³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال، ومتى كان ذلك عروضاً وتقاسمها الربح، لم يأمن أن ينقص السعر فيخسر رب المال وينكسر إن كان ديناً فيؤدي ذلك إلى تلف المال، ولا يحصل لرب المال ماله.

فصل:

وزكاة رأس مال القراض على رب المال، وزكاة الربح تابعة لأصله تلزم العامل في حصته إذا كان الحول قد حال على رأس المال، سواء كان في حصته نصاب أو أقل⁽⁷²⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الربح تابع للمال الذي هو الأصل.

فصل:

فأما إن كان العامل عبداً أو ذمياً فلا زكاة عليه في حصته من الربح عند ابن القاسم.

وقال عبد الملك بن الماجشون⁽⁷²⁵⁾: يلزمه ذلك⁽⁷²⁶⁾.

فوجه قول ابن القاسم: هو أن العبد لا زكاة عليه، لأنه ليس من أهلها فلا تلزمه، أصله في غير مال المضاربة.

⁽⁷²²⁾ انظر: المدونة: 3 / 651 - التفریع: 2 / 196 - الكافي: 387.

⁽⁷²³⁾ انظر: التفریع: 2 / 197.

⁽⁷²⁴⁾ انظر: المدونة: 3 / 638، النوادر: 7 / 264، مختصر المدونة: ل 18 أ، التفریع: 2 / 197، 198.

⁽⁷²⁵⁾ عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة ميمون، ويقال: دينار، أبو مروان، مولى لبني تيم من قريش ثم لآل المنكدر، المدني، الفقيه، المفتي، المعروف بابن المَاجِشُون. تفقه بمالك بن أنس، وبأبيه عبد العزيز. وتفقه به أحمد بن المُعَدَّل، وعبد الملك بن حبيب، وسحنون بن سعيد. له كتاب سماعاته، وله رسالة في الإيذان. توفي سنة 212هـ. الجمهرة: 2 / 790-792، ر: 731.

⁽⁷²⁶⁾ انظر: التفریع: 2 / 198 - البيان والتحصيل 12 / 351.

ووجه ما قاله عبد الملك: هو أن الجملة على ملك رب المال والربح تابع للأصل، فلزمت الزكاة فيه.

فصل:

ولو شرط رب المال الزكاة على العامل فإنه ينظر في ذلك:

فإن شرط عليه زكاة رأس المال والربح: فإن ذلك لا يجوز⁽⁷²⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ذلك يؤدي إلى الجهل بجزء العامل، ولأن ذلك ربما أتى على أجرته ويزيد على ذلك.

فأما إن شرط عليه زكاة الربح وحده جاز ذلك، وأيهما شرط ذلك على الآخر رب المال أو العامل [جاز]⁽⁷²⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه جزء معلوم مستثنى من جزء، كأنه لما قارضه على النصف وشرط [9 ب] زكاة | الربح في حصته، كأنه قال له: قارضتك على النصف إلا ربع العشر وذلك معلوم، فيجوز ذلك.

فصل:

وما بيع من ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها من أصل المال⁽⁷²⁹⁾. وإنما قلنا ذلك لأنها من المؤن.

مسألة:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في العامل إذا عمل في القراض الفاسد ماذا يستحق.

فروي عنه أنه قال: يرد إلى قراض مثله. وهذا يوجب إن كان في المال فضل، أخذ على ما يشبه قراض المثل، وإن كان فيه وضعية لم يكن له شيء، كما أن رب المال تتقرر الوضعية عليه، ويحتمل أن يكون له قراض مثله، وإن كانت وضعية في المال أيضا.

⁽⁷²⁷⁾ انظر: مختصر المدونة: 2 / ل 19 أ، التفريع: 2 / 197.

⁽⁷²⁸⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من الطرة.

⁽⁷²⁹⁾ انظر: النوادر: 7 / 264، مختصر المدونة: 2 / 19 أ.

وروي عنه: أن له أجره المثل⁽⁷³⁰⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله والشافعي⁽⁷³¹⁾.

فوجه الرواية الأولى: هو أن شبهة كل عقد موضوعة في المال على ردها إلى أصلها كالبيع والنكاح، فكذلك في القراض يجب أن يكون مردودا إليه. ولأن العامل إنما دخل على مثل ما دخل رب المال من طلب النماء والربح، فإذا دخل الفساد عليهما لم يختص به واحد منهما لأنها جميعا دخلا عليه، فهو كما لو كان العقد صحيحا فإن العامل دخل على أنه إن كان في المال ربح أخذ وإن لم يكن فيه ربح لم يأخذ شيئا، فكذلك في الفاسد يجب أن يرد إلى أصله الذي هو الصحيح.

واحتج بأن قال: العامل في القراض الفاسد بمنزلة الأجير في الإجارة الفاسدة، بدليل أنه يستحق أجره المثل.

والجواب: هو أن هذا لا يشبه الأجير في الإجارة الفاسدة؛ لأن الأجير دخل على أن يكون له نصيب من الربح وعلى مثله دخل رب المال في القراض الصحيح، وينبغي أن لا يكون للعامل أجره، بل يرد فاسد القراض إلى صحيحه كما رددنا فاسد [الإجارة]⁽⁷³²⁾ إلى صحيحها.

قالوا: ولأن العامل ما دخل على التطوع بعمله وبمنافعه، وإنما دخل على أن يحصل له عوض منافعه من الربح إن كان ربحا، فإذا لم يسلم له ما اشترطه لأجل فساد العقد، وجب رد منافعه عليه، لأن منافعه تلفت في حق رب المال، فوجب أن يلزم رب المال عوض منافعه التي تلفت في ماله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا كان العقد صحيحا فإنه أيضا يبذل منافعه، ومع ذلك إذا كان (...)⁽⁷³³⁾.

فلو قلنا: إنه يجب للعامل أجره في العقد الفاسد، لوجب أيضا أن يرد على صاحب

⁽⁷³⁰⁾ انظر: النوادر: 7/ 250، التفريع: 2/ 196-197، البيان والتحصيل: 12/ 355-356.

⁽⁷³¹⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 108، الحاوي الكبير: 7/ 315، المهذب: 3/ 488.

⁽⁷³²⁾ في الأصل: "فاسد الأجرة".

⁽⁷³³⁾ هكذا في الأصل، ولعل الكلام فيه سقط.

المال ما دخل عليه من الوضيعة في ماله ولما التزم، فكذلك أيضا يجب أن تلزم ذلك العامل،
والله أعلم بذلك.

[10 أ]

باب المساقاة

عندنا أن المساقاة جائزة⁽⁷³⁴⁾.

وبه قال الشافعي، ومحمد⁽⁷³⁵⁾، وأبو يوسف⁽⁷³⁶⁾، وأحمد بن حنبل، وإسحاق⁽⁷³⁷⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: المساقاة باطلة.⁽⁷³⁸⁾

ودليلنا: ما روى عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «ساقا أهل خيبر على النخل بجزء معلوم وقال: نقركم ما أقركم الله ونخرجكم إذا شئنا»⁽⁷³⁹⁾.

وروى معمر عن عبد الله بن عباس «أن النبي ﷺ لما فتح خيبر، شارطهم على أن له بيضا وصفرا. فقالوا له: لا علم لكم بالأرض. فأعطاهم إياها على الشطر مما يخرج من ثمر. فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص له عليهم، فحزر عليهم أربعين ألف وسق. فقالوا له: أكثرت علينا يا بن رواحة. فقال: إن شئتم، فاضمنوا لنا. وإن شئتم، فاتركوه على ضمان

⁽⁷³⁴⁾ انظر: الموطأ: 2/ 239، المدونة: 3/ 522، النوادر: 7/ 297، التفریع: 2/ 201.

⁽⁷³⁵⁾ محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، أبو عبد الله، صاحب أبي حنيفة، وعنه أخذ الفقه، ثم عن أبي يوسف، نشر علم أبي حنيفة، وروى عن مالك الموطأ. توفي سنة 187هـ. الجواهر المضیة في طبقات الحنفية: 3/ 122-127 ر: 1270.

⁽⁷³⁶⁾ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، القاضي. أخذ الفقه عن الإمام أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحاب أبي حنيفة، ولي القضاء لثلاث خلفاء. توفي سنة 182هـ. الجواهر المضیة في طبقات الحنفية: 3/ 611-613، ر: 1825.

⁽⁷³⁷⁾ انظر: الأم: 4/ 11، مختصر المزني: 1/ 123، الحجة: 4/ 151، المغني: 11/ 300.

⁽⁷³⁸⁾ انظر: الحجة: 4/ 138 - شرح معاني الآثار: 4/ 117 - الكتاب: 382، الباب في شرح الكتاب: 2/ 233.

⁽⁷³⁹⁾ أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، ر: 2329، 2/ 155، وفي كتاب الشروط، باب إذا اشترط في المزارعة إذا شئتُ أخرجتك، ر: 2730، 2/ 278، ومسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ر: 1551، 3/ 1186.

مالككم. فقالوا: هذا هو الحق وبه قامت السموات والأرض»⁽⁷⁴⁰⁾.

فوجه الدليل من هذه الأخبار: أنه روي أنه عامل. وروي أنه ساقى فدل على جواز ذلك.

سألوا عن ذلك أسئلة:

أحدها أنهم قالوا:

المساقاة عندهم؛ إنما تجب أن تكون إلى أجل مسمى معلوم ولم يذكر الأجل، ألا ترى أن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَخْرَجَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، ولم يذكر المدة، فكذلك في مسألتنا يجوز أنه ذكر حكم المساقاة وجوازها، ويجوز أن تكون المدة قد ذكرت أولاً، لأن ذلك جائز. ولأن ذلك له أجل معروف وهو من جذاذ النخل إلى جذاذه.

قالوا: ففي الخبر ما يدل على بطلان ما ذكرتم لأنه قال فيه: "نقرّكم ما أقرّكم الله، ونخرجكم إذا شئنا"، وهذا يتضمن أنه ما جرى للأجل ذكر.

والجواب: هو إنما قال لهم ذلك عليه السلام، لأن النسخ كان يجوز في حياته، لأن الشرع إنما استقر بعد وفاته عليه السلام، فلذلك قال لهم ذلك.

قالوا: فقد روي أنه عليه السلام «جعل لهم سواقط النخل»⁽⁷⁴¹⁾ التي هي الأعذاق⁽⁷⁴²⁾ والشماريخ⁽⁷⁴³⁾.

قالوا: فقد روي أنه «ساقاهم على ما يخرج من تمر وزرع»⁽⁷⁴⁴⁾، ولا تجوز المساقاة على الزرع.

⁽⁷⁴⁰⁾ أخرجه مالك في الموطأ بلفظ آخر، عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار، كتاب المساقاة، ما جاء في المساقاة، ر: 2050، 237 / 2.

⁽⁷⁴¹⁾ لم أجده بهذا اللفظ، وعند أحمد في المسند عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "دفع خير أرضها ونخلها مقاسمة على النصف". أخرجه في المسند، ر: 2255، 4 / 118.

⁽⁷⁴²⁾ الأعذاق: العذق بالفتح: هو النخلة، وبالكسر: العرجون بما فيه من الشماريخ، ويجمع على "عذاق". ومنه حديث سيدنا عمر رضي الله عنه: "لا قطع في عذق معلق". النهاية في غريب الأثر: 3 / 199.

⁽⁷⁴³⁾ الشماريخ: الشمراخ: ما يكون فيه الرطب. المصباح المنير: 439.

⁽⁷⁴⁴⁾ أخرجه الترمذي، باب ما ذكر في المزارعة، ر: 1383، 3 / 60.

والجواب: هو إنما أراد بذلك الأرض التي بين النخل، وذلك إنما يكون على وجه التبع للنخل، لأنه لا يمكن سقي ذلك إلا به.

قالوا: فيحتمل أنه كان يأخذ منهم ذلك على سبيل الجزية.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأننا قد رويناه أنه عاملهم وروينا أنه ساقاهم، وكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم، وهذه صفة المعاملة لا صفة | الجزية. [10 ب]

قالوا: فرسول الله ﷺ لما فتح خيبر استرق أهلها فصاروا مملوكهم، ثم أعطاهم الأرض على أن يعملوا فيها ليكون لهم النصف، وهذا عقد من السيد مع عبده، وهو جائز كيفما وقع، لأنه ليس بعقد في الحقيقة، وإنما هو وعد يعده السيد لعبده، كما يقول له: خذ هذا المال فأجّر فيه على أن نصف الربح لك.

والجواب عنه من أوجه:

أحدها: أن الراوي روى أنه أعطاهم على أن يكون لهم النصف، وهذا أنهم يملكون النصف، فمن قال أنه وعد، فقد خالف الظاهر.

[والثاني]⁽⁷⁴⁵⁾: هو أن عبد الله بن رواحة لما حرز عليهم قالوا له: «أكثر، وقال: إن شئتم فخذوا وعليكم الضمان، وإن شئتم أخذت ولكم علي الضمان»⁽⁷⁴⁶⁾، دل على أن القوم ما كانوا عبيدا؛ لأن العبد لا يلزمه ضمان مال سيده.

والثالث: أنه روي أنه باعهم السواقط.

والرابع: هو أن "عمر رضوان الله عليه أجلاههم إلى الشام لما سحروا ابنه عبد الله"⁽⁷⁴⁷⁾، ولو كانوا عبيدا لم يجلبهم لأنهم رقيق للمسلمين، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فعندكم أن خيبر فتحت عنوة، وقد قلتم: قال لهم على أن يكون له البيضاء والصفراء. وهذه صفة الصلح.

والجواب: هو إنما كان كذلك؛ لأن خيبر حصون متفرقة، وأول ما نزل عليه السلام

⁽⁷⁴⁵⁾ في الأصل: "والظاهر"، ولعل الصواب ما أثبتته لأن السياق يقتضيه.

⁽⁷⁴⁶⁾ أخرجه في الموطأ، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، ر: 2049، 2/ 239.

⁽⁷⁴⁷⁾ أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا اشترط في المزارعة إذا شئت أخرجتك، ر: 2730، 2/ 278.

منها على حصن فتحه عنوة، ثم بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى حصن آخر فلم يسهل فتحه، فقال عليه السلام: «لَا بَعَثَنَّ غدا رجلا يحبه الله ورسوله يكون الفتح على يديه، فلما كان من الغد دعا عليا رضي الله عنه وكان رَمَدَ العين، فتفل في عينيه فبرئ، وسَلَّمَ إليه الراية وبعثه إلى الحصن ففتحته عنوة»⁽⁷⁴⁸⁾ وهو الحصن الذي ساقى أهله، فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنها عين لا يتوصل إلى نائها المقصود إلا بالعمل عليها، فإذا لم تجز إجارتها جاز العمل عليها أصله الدنانير والدراهم.

قالوا: لا نسلم أنها لا تَزْكُوا إلا بالعمل عليها لأنها لو تُرِكَت أخرجت الثمن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأن الذي يخرجها إذا لم يكن عملا لم ينتفع به، لأنه يكون شيئا⁽⁷⁴⁹⁾، والمقصود هو الترطيب، والذي يدل على ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ «مر بقوم وهم يلحقون النخل، فقال لهم: | اتركوه، فتركوه فلم يُنتَفِعْ به، فقال لهم عليه السلام: [11 أ] لقحوه فأنتم أخبر بأمر دنياكم وأنا أخبر بأمر دينكم»⁽⁷⁵⁰⁾. فدل على أنه إذا لم يُلَقَّحْ لا تكون فيه الفائدة عليها، المقصودة من [القصارين]⁽⁷⁵¹⁾ وغيرهم، ومن يرتبط دوابه إليها.

والجواب: هو أن هذا القدر ليس بمقصود، وإنما المقصود ما ذكرناه من الترطيب والتمر.

قالوا: فيبطل بما إذا وقع إليه حيوانا ليعلفه ويقوم عليه، على أن يكون له بعض نائه من الدار والمسيل.

والجواب: هو أن الحيوان لا ينمو بالعمل عليه بل ينقص، وإنما ينمو بالأكل، وليس هذا هو عمل العامل فلم يلزم [ما قالوه].

قالوا: فالدارهم والدنانير يجوز إجارتها.

⁽⁷⁴⁸⁾ أخرجه البخاري في فضائل الصحابة، باب مناقب علي بن أبي طالب، ر: 3701، 3/ 21، ومسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل علي بن أبي طالب، ر: 2404، ص 979.

⁽⁷⁴⁹⁾ الشيص: هو التمر الذي لا تشتد نواه ويقوى، وقد لا يكون له نوى أصلا. النهاية في غريب الأثر: 2/ 518؛ المصباح: 449.

⁽⁷⁵⁰⁾ أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب تلقيح النخل، ر: 2470، 2/ 825.

⁽⁷⁵¹⁾ هكذا في الأصل، وجاءت في الطرة مصححة بكلمة لم أتبينها.

والجواب: هو أن ذلك أيضا ليس بمقصود، وإنما المقصود⁽⁷⁵²⁾ ما ذكرناه.

قالوا: المعنى في الدنانير والدرهم إنما جازت المعاملة عليها بالتصرف فيها وتقلب أعيانها فيما جعلت له، وليس كذلك النخل، لأن أعيانها باقية على ما هي عليه.

والجواب: هو وإن كان كما ذكرتم في الدنانير والدرهم أن العامل يحصل له من كل جزء من النماء حصته، فلذلك جاز العمل عليها، وليس كذلك في النخل لأن النماء يحصل في السعف والليف والكرنوف والجدوع ولا يجب للعامل فيه شيء.

والجواب: هو أن جميع ذلك ليس بمقصود، فلذلك لم يستحق العامل منه شيئا، وإنما المقصود الثمرة فهو يستحق في ذلك.

ولأن الأموال على ضربين:

أموال يجوز التصرف فيها والتلف بتلف أعيانها كالدينار والدرهم.

وأموال يجوز التصرف فيها مع بقاء أعيانها وهي الشجر والنخل، ولأنه أحد نوعي المال فجاز العمل عليه ببعض نمائه، أصله ما ذكرناه من الدينار والدرهم، ولأنه عقد معاوضة فكان ذلك جائزا أصله الشركة والمضاربة.

واستدلال في المسألة: وذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعت على جواز المضاربة وأجازوا المساقاة فرعا عليها، وإنما أجازوا المضاربة لما روي: «أن أولاد عمر رضي الله عنهم مروا ببعض عمال عمر بالعراق فقال لهم: إن عندي لأمر المؤمنين مالا من بيت المال فإن أردتم أعطيتكم إياه فانتفعتم به ثم أعطيتموه إياه بالمدينة، فأخذوا المال وابتاعوا به جهات العراق، فلما قدموا على عمر رضي الله عنه أخبروه بذلك فقال لهم: أكل الناس أعطى مثل ذلك. فقالوا: لا، فقال ردوه وربحه، فقال عبد الله ابنه: فلو تلف المال، ما كان يكون علينا ضمانه؟ [11 ب] فقال نعم، فقال فربحه إذا لنا، فقال عبد الرحمن بن عوف: واجعل لهم نصفه على وجه المضاربة»⁽⁷⁵³⁾، فدل على ما ذكرناه، وأنهم حملوا المساقاة على ذلك الأصل.

⁽⁷⁵²⁾ ساقط من الأصل، وما بين المعقوفتين مثبت من الطرة.

⁽⁷⁵³⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب القراض، ما جاء في القراض، ر: 2007، 2/ 221، والبيهقي في الكبرى، كتاب القراض، 6/ 110.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ: «نهى عن الغرر»⁽⁷⁵⁴⁾.

قالوا: فالمساقاة من أعظم الغرر.

والجواب هو: أن لا غرر في ذلك، وإنما الغرر المنهي عنه ما الغالب منه عدم السلامة، وأيضا فإنه عام فنخصه بدليل ما ذكرناه.

قالوا: «وروي أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة»⁽⁷⁵⁵⁾، والمخابرة هي المساقاة.

والجواب: هو أن المخابرة هي المزارعة والذي يدل عليه حديث ابن عمر عن رافع بن خديج⁽⁷⁵⁶⁾. قالوا: ولأنها عين يتوصل إلى نائها مع بقاء عينها فلم تجز المعاملة عليها أصله الأرض.

والجواب: هو المعنى في الأرض؛ هو أنه يجوز كراؤها بالدنانير والدراهم، فلذلك لم تجز المعاملة عليها وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم تجز إيجارها جازت المعاملة عليها كالدراهم والدنانير.

قالوا: ولأنها ثمرة غير مخلوقة فلم تجز المعاملة عليها، أصله إذا عامله على بستان على أن يعطيه ثمن بستان آخر.

والجواب: هو إنما لم يجز ذلك لأنه لا يعمل ولا يجتهد هذا فيه بالتنمية، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يجتهد في تنمية ذلك كما يجتهد في تنمية المال الذي بيده في المضاربة، ألا ترى أنه لو قال له ضاربتك على هذه الألف دينار، وأعطيتك الربح من غير هذا المال لم يجز ذلك، فكذلك في البساتين مثل ذلك.

قالوا: ولأنها شجرة فلا تجوز المعاملة عليها أصلها سائر الأشجار.

⁽⁷⁵⁴⁾ أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر، ر: 1513، ص 613، ومالك في الموطأ، كتاب البيوع، بيع الغرر، ر: 1941، 2 / 194.

⁽⁷⁵⁵⁾ أخرجه البخاري، كتاب الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، ر: 2381، 2 / 170، ومسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة، ر: 1536، ص 626.

⁽⁷⁵⁶⁾ الحديث رواه ابن ماجه بسنده عن عمرو بن دينار قال سمعت ابن عمر يقول: كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً، حتى سمعنا رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه، فتركناه لقوله". ابن ماجه في كتاب الرهون، باب المزارعة بالثلث والربع، ر: 2449، 2 / 819.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن عندنا يجوز ذلك في سائر الأشجار.

قالوا: ولأن المساقاة هي عقد إجارة عندكم، وعقد الإجارة لا يجوز أن يكون العوض مجهولاً، ألا ترى أنه لو استأجر إنساناً ليعمل له عملاً على أن يعطيه أجرته من ثمرة هذه النخلة لم يجز ذلك.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذه إجارة، وإنما هذا عقد مساقاة منفرد بنفسه كالمضاربة فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا تجوز المساقاة في الأصول كلها فيجوز ذلك في النخل والكرم⁽⁷⁵⁷⁾.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ «ساقا أهل خيبر على ما فيها من شجر وزرع»⁽⁷⁵⁸⁾. وهذا عام في جميع الأشجار، فوجب العمل به في كل شجر.

والقياس: | هو أنه أصل له ثمر جازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم. [12]

ولأن المساقاة إنما جازت في النخل والكرم للضرورة الداعية إلى ذلك، لأن من له نخل وكرم لا يمكنه أن يعمل به بنفسه، لأنه قد يكون ممن لا يتولى بنفسه العمل ولا يتمكن في الغالب من يستأجر من يعمل نخله، لأن الآخر يطالبه بالأجرة في الحال، فلا يقدر على ذلك، وهذا المعنى موجود في كل الأشجار، فإذا جاز ذلك في النخل والكرم، كان ذلك جائزاً فيما يشبهه وهو مثله.

واحتج بما روي «أن رسول الله ﷺ ساقا أهل خيبر على النخل والكرم»⁽⁷⁵⁹⁾، ولم يذكر سوى ذلك من الشجر - فدل على أنه لا يجوز إلا عليهما حسب.

والجواب: هو أن هذه الأعيان كانت قليلة جداً بخير فدل ذكرها لقلتها، ولأننا قد روينا أنه عليه السلام، ساقى أهل خيبر على النخل والشجر، وهذا يدل على دخول كل شيء في ذلك.

⁽⁷⁵⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 241، المدونة: 3/ 578، المنتقى: 2/ 23، المسالك: 6/ 175.

⁽⁷⁵⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁷⁵⁹⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: ولأن التين شجرة لا تجب الزكاة في نوائها فلا تجوز المساقاة عليها، أصله القصب⁽⁷⁶⁰⁾ وغير ذلك.

(...) ⁽⁷⁶¹⁾ والتين تجب الزكاة في ثمرتها فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

وإذا كان بين النخل والشجر بياض يسير، جاز دخوله في عقد المساقاة على وجه التبع للأصل⁽⁷⁶²⁾.

وقال الشافعي: إن لم يكن ساقى النخل الأسرت بالبياض جازت المخابرة عليه.⁽⁷⁶³⁾

وقال أبو حنيفة: لا يجوز هذا كما لا يجوز في الأرض المنفردة⁽⁷⁶⁴⁾.

ودليلنا: ما روي «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على الشجر من ثمر وزرع»، وكان البياض في خيبر⁽⁷⁶⁵⁾.

ولأن الضرورة تدعو إلى جواز ذلك، لأنه عقد لا يمكنه سقي النخل إلا مع الأرض، فلا يجوز أن يكلف العامل سقي الأرض، لأنه لا يلزمه العمل فيما لاحظ له فيه ولا منفعة تحصل له في مقابلة عمله، ولا يمكنه سقي النخل دون الأرض فدعت الحاجة والضرورة إلى جواز ذلك.

واحتج بما روي «أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة»⁽⁷⁶⁶⁾.

والجواب: هو أنا نحمله على ما إذا كانت الأرض منفردة بذلك، ولأن خبرنا خاص في الأرض مع النخل، والخاص يقضي على العام فكان مقداً.

⁽⁷⁶⁰⁾ كلمة لم أتبينها.

⁽⁷⁶¹⁾ الكلام فيه سقط، ولعل الصواب: "والجواب هو..." بحسب مقتضى السياق.

⁽⁷⁶²⁾ انظر: المدونة: 3/ 576، التفريع: 1/ 202، البيان والتحصيل: 12/ 169.

⁽⁷⁶³⁾ انظر: الأم: 4/ 12.

⁽⁷⁶⁴⁾ الحجة: 4/ 175.

⁽⁷⁶⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁷⁶⁶⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: ولأن الأرض ليست تابعة للنخل، ألا ترى أنه لو باع النخل لم تتبعها الأرض.

| والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه لو باع النخل ولم يذكر الأرض لدخلت الأرض في [12 ب] البيع على سبيل التبعية فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

والزرع إذا عجز صاحبه عنه وكان ظاهراً، فإن المساقاة عليه عندنا جائزة⁽⁷⁶⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه يصير حكمه كالأصل المرتجى ثمرة فجازت المساقاة، وأما إن كان مغيباً في الأرض لم يظهر فإنه لا تجوز المساقاة عليه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ليس بأصل ولا يدري هل ينبت جزء أم لا ينبت.

وكذلك المقائي والمباطح إذا ظهرت مثل الزرع إذا ظهر فإن ذلك تجوز فيه المساقاة⁽⁷⁶⁸⁾.

مسألة:

فأما إذا كانت الثمرة قد طابت في النخل والشجر وعجز صاحبها عنها فهل تجوز المساقاة عليها أم لا؟

اختلف أصحابنا في ذلك:

فروي عن مالك رحمه الله: جواز ذلك قبل أن يطيب، وأما بعد ذلك: فلا يجوز⁽⁷⁶⁹⁾.

وقال سحنون بن سعيد⁽⁷⁷⁰⁾ من أصحابنا: إن ذلك جائز⁽⁷⁷¹⁾.

⁽⁷⁶⁷⁾ انظر: المدونة: 3 / 776، التفریع: 2 / 201.

⁽⁷⁶⁸⁾ انظر: التفریع: 2 / 201، التنبيهات: 3 / 1450، 1451.

⁽⁷⁶⁹⁾ انظر: الموطأ: 2 / 241، المنتقى: 7 / 28، المدونة: 3 / 566، النوادر: 7 / 297.

⁽⁷⁷⁰⁾ سحنون لقبه، واسمه عبد السلام بن سعيد بن حبيب، التَّوْخِي، أبو سعيد، الإمام، رأس الفقهاء، الزاهد، الصادق بالحق. درس على البهلول بن راشد، وأسد بن الفرات، وعلي بن زياد، وغيرهم. سمع ابن عيينة، وابن القاسم، وأشهب، وابن وهب، وغيرهم. أخذ عنه ابنه محمد، وأصبغ بن خليل، حمديس، وغيرهم. عاد إلى بلده القيروان بعد رحلته إلى المشرق التي زار فيها مصر، والشام، والحجاز. تولى خطة القضاء وانتصب وباشر الحسبة والمظالم بنفسه. ولم تمنعه هذه الولايات من تدريس الأحكام، وبث العلم. ولد بالقيروان سنة 160 هـ، وتوفي 240 هـ. جمهرة تراجم المالكية: 1 / 503-506، ر: 423.

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يجوز ذلك.⁽⁷⁷²⁾

ودليلنا على جواز ذلك: الخبر الذي روينا من حديث خبير، هو أنه شجر له نهاء يحتاج إلى العمل عليه فجازت المساقاة عليه، أصله إذا لم تكن موجودة. ولأنه إذا جاز ذلك على ثمرة معدومة مع الخطر والجهالة والحاجة إلى تنمية ذلك داعية، كان أولى وأحرى أن يجوز في هذا الموضع.

واحتج بأن قال: إن الثمرة الموجودة قد حدثت على ملك صاحب النخل، فمتى جعلناها عوضاً صار العقد إجارة، والإجارة بلفظ المساقاة لا تجوز.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأن الثمرة المعدومة والموجودة كل ذلك حدثت على ملك رب النخل، والعامل إنما يستحق الجزء بالشرط لا بالملك.

قالوا: فالعامل إنما دخل في المساقاة ليعمل في المال فيحدث بعمله ثمرة فيأخذ جزءاً من ذلك، وإذا كانت الثمرة موجودة لم يكن له في ذلك شيء، كالمقارض الذي يدخل ليعمل فيحصل له في الربح لا في رأس المال شيء.

والجواب: هو وإن دخل والثمره موجودة، فإنه إذا عمل فيها، فإنه يحدث بذلك زيادة ونماء حتى تنامي وتبلغ، كما يدخل في القراض أيضاً لينمي المال ويربيه وهاهنا مثله. والله أعلم بذلك.

افصل:

[13 أ]

وصفة المساقاة: أن يدفع الرجل حائطاً وفيه النخل والشجر إلى من يعمل فيه على جزء من الثمرة يتفقان عليه قلّ أو كثر، من نصف، أو ثلث، أو ربع، أو أقل، أو أكثر، من الأجرة⁽⁷⁷³⁾ المقدرة المعلومه، على أن يكون العمل والتكليف والنفقة فيما تحتاج إليه الثمرة المساقاة عليها، وجميع المؤن على العامل، مثل السقي والإبار وعُلُوفَة الدواب⁽⁷⁷⁴⁾ ونفقة

⁽⁷⁷¹⁾ انظر: النوادر: 297 / 7، المنتقى: 28 / 7، البيان والتحصيل: 167 / 12 - 168.

⁽⁷⁷²⁾ انظر: الأم: 11 / 4، الحاوي الكبير: 361 / 7.

⁽⁷⁷³⁾ في المعونة: (من الأجزاء المقدرة)، المعونة: 1132 / 3.

⁽⁷⁷⁴⁾ العلوقة: ما يعلفون، جمعها علف وعلائف، تعلف الدابة: تأكل، والعلوفة: الناقة أو الشاة، تعلف للسمن ولا ترسل للرعي. وقال الأزهري: تسمن بما يجمع من العلف. لسان العرب: 4 / 3070.

الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر مما لا يبقى بعد انصراف العامل⁽⁷⁷⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الجزء ونفقة الغلمان إنما يستحقه العامل بعمله الذي يصلح به الثمرة، فلا يجوز أن يكون بعضه على رب الحائط لأن ذلك زيادة يزدادها العامل.

ولأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة، بل أنفقوا من أموالهم، فأما ما عدا ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يلزمه ولا يجوز اشتراطه عليه، وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشاء غراس أو بناء بيت يُجْنَى فيه الثمر وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا ذلك: لأن هذه زيادة مشروطة على العامل ينفرد بها رب المال، وذلك غير جائز؛ لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها.

والمساقاة عقد خارج عن الأصول، فلا يجوز منه إلا قدر ما جَوَّزَهُ الشرع⁽⁷⁷⁶⁾.

ومن ذلك أيضاً: اشتراط ضفيرة بينها، فقد اختلف أصحابنا في الضفيرة ما هي:

فقال بعضهم: هو الحائط حول المراح.

ومنهم من قال: هو مجتمع الماء.

ومنهم من قال: هي الشجرة يغرسها⁽⁷⁷⁷⁾. والمراد من ذلك واحد من ذلك.

وما شعث من آلة الحائط فعلى رب المال إصلاحها، كالدواليب تنكسر، ويموت بعض البقر، أو يذهب بعض الآلة أو تغور العين أو ينهار البئر وما أشبه ذلك⁽⁷⁷⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: ليصل العامل إلى العمل ويَتِمَّكَنَّ منه ولا يبطل حقه.

فصل:

⁽⁷⁷⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 201.

⁽⁷⁷⁶⁾ قال ابن أبي زيد في مختصر المدونة: “وإنما تجوز المساقاة على نحو ما جاءت به السنة من العمل فيها كالقراض، فإذا خرج عن حد ما جاءت به الرخصة فيها، كان كإجارة مجهولة فحرمت”. المختصر: 3 / 411.

⁽⁷⁷⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 240، الرسالة: ص 111، التنيها: 3 / 1455، المنتقى: 7 / 22، الذخيرة: 6 / 102.

⁽⁷⁷⁸⁾ انظر: التفريع: 2 / 201.

ولهما أن يتراضيا على ما شاء من الأجزاء⁽⁷⁷⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه عوض على منافع يجوز بغير بدل فلم تتقدر كالإجارة والقراض.

فصل:

فأما إن ساقاه على عدة أقرحة⁽⁷⁸⁰⁾ متفقة الشار أو مختلفة، فلا يخلو أن يكون ذلك في عقد واحد، أو في عقود متفرقة:

فإن كان ذلك في عقد واحد، جاز | على أجزاء متفقة، ولم يجوز على أجزاء مختلفة. [13 ب]
وأما إن كان ذلك في عقود متفرقة، فإن ذلك جائز على أجزاء متفقة ومختلفة، وحكم كل صفقة منفرد بنفسه⁽⁷⁸¹⁾.

وإنما منعنا اختلاف الأجزاء في العقد الواحد لأنها كالتقراض الواحد إذا ضمها عقد واحد، فلا يجوز أن يساقا بعضه على جزء وبعضه على خلافه.

ولأن النبي ﷺ ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطها سقيا واحدا فلا يجوز خلاف ذلك. ولأن المساقاة عقد خارج عن الأصول، ولا يجوز أن تتعدى به قدر ما ورد الشرع به. وعلل بعض أصحابنا بأن فيه ترك فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائط الآخر.

فصل:

وعقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر⁽⁷⁸²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها إجارة في خدمة عين قائمة كسائر الإجازات.

فصل:

ولو مات العامل قام ورثته مقامه إن كان فيهم من يتولى ذلك بنفسه، وإلا تكاروا من

⁽⁷⁷⁹⁾ انظر: التفریع: 2/ 202.

⁽⁷⁸⁰⁾ قال القاضي عياض: "الأقرحة: الفدادين، واحدها قراح، بالفتح، مثل: زمان وأزمنة، وذكر في الكتاب: واحدها: قريح، ولا يبعد صوابه إن كان سمع، مثل قفيز، وأقفزة، وبغير وأبصرة". التنبيهات: 4/ 1879. وبهذا فسر الجببي في شرح غريب المدونة، ص: 102.

⁽⁷⁸¹⁾ انظر: التفریع: 2/ 202، الكافي: 2/ 769.

⁽⁷⁸²⁾ انظر: التفریع: 2/ 202.

ماله، فأما إن مات رب الحائط فالعامل على حاله⁽⁷⁸³⁾.

فصل:

وإذا ساقى حائطاً فيه نخل أو شجر وأرض فيه بياض، وسكتا عن ذكر البياض فلا شيء للعامل فيه، ولرب الحائط زرعه وإجارته، فإن شرطه العامل لنفسه يزرعه، جاز ذلك إذا كان قيمة أجرته بقدر ثلث الثمرة بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه، وأما إذا زاد على ذلك لم يجز، وإن شرط رب المال على العامل جزءاً مما يخرج من البياض جاز ذلك⁽⁷⁸⁴⁾.

وإنما أجزنا ذلك في اليسير دون الكثير: لأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خيبر أبقى البياض الذي كان فيها، ولم يُنقل أنه منع من ذلك اليهود، ولا أنه استثناه ولا طلب منهم أجرته⁽⁷⁸⁵⁾.

وإنما شرطنا الثلث: لأن ذلك معتبر في الأصول في البيع، والمقصود إنما أريد الفرق بينهما معاقلة المرأة الرجل، وكراء الدار فيها النخلة إذا استثنيت، فكذلك هاهنا مثله. وإنما منعنا ذلك فيما زاد على الثلث لأنه يصير مقصوداً بالشرط وزيادة ينفرد بها العامل ويخرج ذلك عن التبعية، وإنما جاز ذلك لرب الأرض أن يشترط بعض ما يخرج منها؛ لأنه لما جاز له إلغاء الجملة للعامل وجعل ذلك معفواً عنه، جاز له اشتراط بعضه تبعاً للسقاء، ويجب أن [14 أ] يكون الجزء الذي يشترطه موافقاً لجزء عقد السقاء لا مخالف له.

فصل:

ويجوز أن يكرى الرجل الدار يسكنها، والأرض البيضاء يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون ذلك فيستثنى المكثري، فإن زاد على ذلك لم يجز له استثنائها⁽⁷⁸⁶⁾. وقال أبو حنيفة والشافعي رحمه الله: لا يجوز ذلك في القليل والكثير⁽⁷⁸⁷⁾.

⁽⁷⁸³⁾ انظر: المدونة: 3 / 574.

⁽⁷⁸⁴⁾ انظر: المدونة: 3 / 576 وما بعدها، والنوادر 7 / 301 - التفريع: 2 / 202.

⁽⁷⁸⁵⁾ انظر: المنتقى: 7 / 10-11.

⁽⁷⁸⁶⁾ انظر: الموطأ: 2 / 243، 244 - المدونة: 3 / 576، 577 - التفريع: 2 / 202.

⁽⁷⁸⁷⁾ انظر: الحجة: 4 / 175، الأم: 4 / 11 - مختصر المزني: 124 - الحاوي الكبير: 7 / 365، 366.

ولأننا أجزنا ذلك في اليسير دون الكثير: لأن الضرورة تدعو إلى ذلك كيلا يتطرق صاحب الدار عليه كل وقت وساعة إذا أراد أخذ ثمرته، وربما كره المكتري مروره عليه ونظره إلى منزله، واحتاج إلى تكلف سترها يكون في الدار عنه، وغير ذلك مما يشق إذا تكرر ذلك، فجعلنا له ذلك لإزالة الضرر عنه، فاستثنى ذلك لينقطع تطرق المالك عليه، كما أجزنا ذلك للمعري بأن يشتري العرية بخرصها لقطع تطرق المعري عنه.

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليها، للإجماع على منع ذلك فيما زاد على الثلث، ولأن ما دون الثلث يصير تبع، لأنه لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، كما لا يتهم في ذلك في العرية، فإذا زاد على ذلك، صار مقصودا وخرج أن يكون تبعا كزيادة العرية على خمسة أوسق.

فصل:

وتجوز مساقاة البعل⁽⁷⁸⁸⁾: وهو الذي يشرب من أصله من غير سقي، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقي⁽⁷⁸⁹⁾، لأن ذلك يحتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريدة وغير ذلك، فجاز السقاء عليه.

فصل:

وانتهاء المساقاة إلى الجذاذ إذا كان السقاء لسنة واحدة⁽⁷⁹⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الحقوق تنقطع عند ذلك ويقع الاستيفاء، فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمره العام المقبل، فلا يلزم إلا بعقد مستأنف، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام فإن العقد لازم له إلى انقضاء المدة التي عقد عليها.

فصل:

وإذا أخرج الحائط خمسة أوسق⁽⁷⁹¹⁾ ففيه الزكاة، بخلاف الشركة في الثمرة⁽⁷⁹²⁾.

(788) البعل: هو ما شرب من الأرض بعروقه غير سقي ساء ولا غيرها. قاله الأصمعي. لسان العرب: 315.

(789) انظر: المدونة: 3/ 575.

(790) انظر: الموطأ: 2/ 242 - المدونة: 3/ 570.

(791) الوسق: بالفتح: ستون صاعا، وهو ثلاثمائة وعشرون رطلا عند أهل الحجاز وأربعمائة وثمانون رطلا عند أهل العراق، على اختلافهم في مقدار الصاع والمد. النهاية في غريب الحديث والأثر: 5/ 185.

لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح، وببدوّ الصلاح قد وجبت الزكاة وكان الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل.

فصل:

ويجوز أن يشترط أحدهما على الآخر الزكاة⁽⁷⁹³⁾ إذا كان الوجوب | يتناولها في حصته [14 ب] وذلك بخلاف القراض، وإنما قلنا ذلك لأنه جزء معلوم.

فصل:

ومساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل، فإن كان المسلم العامل، فإنه يكره ذلك له⁽⁷⁹⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له وتواضعه لشيء يناله من الدنيا.

فصل: ولا يجوز في المساقاة زيادة شرط يشترطه أحدهما على الآخر كالقراض⁽⁷⁹⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن بابها ضيق لا يحتمل الشروط لخروجها عن الأصول، فوجب الاختصار بها على ما ورد به الشرع من ذلك.

مسألة:

وإذا كانت المساقاة صحيحة وبلغت الثمرة فاختلفا، فقال رب الحائط ساقيتك على أن لي الثلثين ولك الثلث، وقال العامل بل على أن لي الثلثين ولك الثلث، كان القول قول العامل عندنا مع يمينه إذا أتى بما يشبه.

[]⁽⁷⁹⁶⁾، فقال: يتحالفان وينفسخ العقد، ويكون للعامل أجره مثله فيما عمل.

⁽⁷⁹²⁾ انظر: المدونة: 3/ 569.

⁽⁷⁹³⁾ انظر: المدونة: 3/ 569، 570، النوادر: 7/ 306، التفريع: 2/ 203.

⁽⁷⁹⁴⁾ انظر: المدونة: 3/ 575 - التفريع: 2/ 203.

⁽⁷⁹⁵⁾ انظر: الموطأ: 2/ 243، المدونة: 3/ 569.

⁽⁷⁹⁶⁾ ساقط من الأصل، وهو قول الشافعي والمزني رحمهما الله، انظر: الإشراف للقاضي: 2/ 649، الحاوي: 7/

ودليلنا: هو أنها لو اختلفا في القراض، فقال رب المال دفعت إليك ألف دينار، وقال العامل بل خمسمائة، فإن القول قول العامل، أصله المضاربة.

قالوا: فالخلاف وقع بينهما في صفة العقد وذلك يوجب التحالف، أصله إذا اختلفا في المبيع.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنها اختلفا في صفة من صفات العقد، وإنما اختلفا في صفة العقد المعقود عليه، لأن المعقود عليه هو الثمرة، فهو كما لو اختلفا في المبيع بعد القبض، فإن القول قول المشتري فكذلك في مسألتنا مثله، والله أعلم.

فصل:

ويجوز كراء الأرض للزرع بالذهب والفضة والعروض والحيوان، ولا يجوز ذلك بالطعام كله على اختلاف أصنافه، كان مما تنبت الأرض كالحنطة والشعير، وسائر الحبوب والثمار، أو مما لا تنبت كاللحم واللبن والعسل وغير ذلك، ولا ببعض ما تنبت من الطعام، كالكتان، والعصفر، وما أشبهه كالزعفران، ويجوز ذلك في الخشب والقصب وما في معناهما⁽⁷⁹⁷⁾.

وإنما أجزنا ذلك بالذهب والفضة وسائر العروض؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]، والإجارة بيع المنافع.

وفي حديث رافع بن خديج أن النبي ﷺ «نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها»⁽⁷⁹⁸⁾، فأما الذهب والفضة فلا بأس بذلك.

ولأن كل ما جاز بيعه جازت الإجارة به.

فصل:

فأما منعنا من إكرائها بالطعام، | فلأن ذلك هو المحاقلة المنهي عنها، والمخابرة: كراؤها [15أ]

⁽⁷⁹⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 247، 248 - المدونة: 3/ 547 وما بعدها.

⁽⁷⁹⁸⁾ أخرجه البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب كراء الأرض بالذهب والفضة، ر: 2346، 2/ 159، ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، ر: 1547، 631، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك، ر: 3394، 380.

ببعض ما يخرج منها⁽⁷⁹⁹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: كل ما جاز ثمننا في البياعات جاز أن يكرى به الأرض⁽⁸⁰⁰⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: "يجوز بالحنطة في الذمة، ولا يجوز إذا شرط مما تنبته الأرض، ويجوز بالطعام الذي لا يخرج منها، كالعسل والتمر والسمن"⁽⁸⁰¹⁾.

وإنما منعنا ذلك: لحديث رافع بن خديج قال: «كنا نخبر على عهد رسول الله ﷺ حتى روي لنا عنه أنه قال: من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بربع ولا ثلث ولا بطعام مسمى»⁽⁸⁰²⁾ وذلك نص.

ولأنه كراء الأرض بطعام فوجب أن لا يجوز، أصله إذا كان مما تنبته الأرض؛ لأن ذلك طعام بطعام متأخر ومجهول، لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام بما تنبته أرضه، أو اكرى من طعام بمثله إلى أجل، أو ابتاع منه لبناً أو عسلاً مما تخرجه أرضه إلى أجل.

والدليل على أنه لا يجوز كراؤها ببعض ما يخرج منها: ما روي أن رسول الله ﷺ «نهى عن أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها»⁽⁸⁰³⁾.

ولأن الكتان والقطن وغيره مما تنبته الأرض فأشبهه إذا شرط الثلث أو الربع. وأما القصب والخشب، فإنه ليس مما يزرع أو يقصد كراؤها لزرعه فجاز ذلك.

فصل:

ولا يجوز شرط النقد إلا في المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار في ذلك بحال الأرض وعادتها في الشرب⁽⁸⁰⁴⁾.

⁽⁷⁹⁹⁾ انظر: المدونة: 3 / 549.

⁽⁸⁰⁰⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 132.

⁽⁸⁰¹⁾ انظر: مختصر المزني: 128 - الحاوي الكبير: 7 / 454، 455.

⁽⁸⁰²⁾ أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزاعة، باب ما يكره من الشروط في المزاعة، ر: 2332، 2 / 155، ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالطعام، ر: 1548، وبهذا اللفظ، أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك، ر: 3395، 380.

⁽⁸⁰³⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁸⁰⁴⁾ انظر: التفريع: 2 / 306.

وإنما منعنا ذلك لمثل ما منعناه في البيع، وهو أنه يكون بيعا وسلفا وقرضا جر منفعة فلذلك لم يجز.

فصل:

والشركة في الزرع جائزة⁽⁸⁰⁵⁾. وصفتها: أن يتكافئا في العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر، فلا يجوز، كان العمل عليهما أو على أحدهما.

وإنما قلنا ذلك: لأن الذي له البذر قد باع حصته منه من شريكه بما تخرجه أرضه، وذلك طعام بطعام متأخر إن زرعنا طعاما ومخابرة، فإن زرعنا على ذلك وتكافئا فيما سواه من العمل و[البقر]⁽⁸⁰⁶⁾، فالزرع لمن وليه منهما، فإن وليه صاحب الأرض؛ فالزرع له ويغرم لصاحب البذر مثل مكيلة بذره، وإن وليه صاحب البذر فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه، وإن ولياه جميعا، اقتسماه نصفين. فكان | على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر، وعلى [15 ب] صاحب البذر نصف كراء الأرض. ويجوز أن تكون الأرض بينهما أو لأحدهما، وتكون من الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما⁽⁸⁰⁷⁾.

فالذي يتحرز منه في هذا الباب: أن يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوي فإذا سلم من ذلك كله جاز ذلك.

⁽⁸⁰⁵⁾ انظر: المدونة: 3/ 603، تهذيب المدونة: 3/ 212، التفريع: 2/ 304، الكافي: 379.

⁽⁸⁰⁶⁾ في الأصل: والسعر، والمثبت من المعونة: 2/ 1141.

⁽⁸⁰⁷⁾ انظر: المدونة: 3/ 603، التفريع: 2/ 304، الكافي: 379، البيان والتحصيل: 15/ 381 وما بعدها.

باب الشركة

والشركة على ضربين: بمال أو بدن.

فأما شركة الأموال، فعلى ضربين: شركة أعمال وشركة مفاوضة.

فأما العنان⁽⁸⁰⁸⁾: فهو أن يخرج كل واحد منهما رأس مال مثل ما يخرج صاحبه أو أكثر أو أقل ويخلطاه، أو يكون في حكم المختلط، وإن لم تكن عينه مخالطة للآخر، مثل أن يكون في صندوق واحد وأيديهما عليه، فإن الشركة جائزة على ذلك عندنا⁽⁸⁰⁹⁾.

وقال الشافعي: لا تصح الشركة إلا بعد خلط المالين⁽⁸¹⁰⁾.

وهو قول سحنون بن سعيد من أصحابنا⁽⁸¹¹⁾.

ودليلنا هو: أن أيديهما ثابتة على المال، فصحت الشركة بينهما، أصله إذا خلطاه. ولأن الشركة عقد يقصد منه تنمية المال فلم يكن من شرطه اختلاطهما، أصله المضاربة.

فإن قالوا: فالمعنى في المضاربة؛ هو أن في أحد طرفيه عمل العامل، فلذلك لا يصح فيه الاختلاط، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الشركة من شأنها اختلاط المالين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن المالين إذا كانا في موضع واحد وأيدي الشريكين يناله، فذلك هو المقصود بالشركة، وهذا قد وجد، فوجب أن لا يصح لأجل ذلك، لأنه بمنزلة الاختلاط؛ لأن كل واحد منهما يده ثابتة عليه كيد الآخر، وكل واحد منهما متصرف كما يتصرف الآخر.

ولأنه عقد معاوضة، فجاز لزومه من غير اختلاط كالبيع.

⁽⁸⁰⁸⁾ شركة العنان: هي الشركة في شيء ظاهر، عن لك الشيء إذا ظهر. انظر: أصول الفتيا: 157.

⁽⁸⁰⁹⁾ انظر: التنبهات: 3 / 1566، المقدمات: 3 / 34-35.

⁽⁸¹⁰⁾ انظر: مختصر المزني: 109، الحاوي الكبير: 6 / 47.

⁽⁸¹¹⁾ المدونة: 3 / 612 النوادر: 7 / 319، البيان والتحصيل: 12 / 403

ولأن حقيقة الشركة: أن يحصل شريكين، لأنهما إذا جمعا ماليهما على وجه الشركة شاع بينهما، فإن كل واحد منهما قد ملّك صاحبه نصف ماله الذي أخرجه، فكان ذلك بمنزلة ما لو أخرجا عرضين، فقال كل واحد منهما: قد بعثك نصف عرضي بنصف عرضك، فكذا في الدراهم مثله.

قالوا: فيلزمكم إذا أخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير.

والجواب: هو وإن لم يخلط إلا أن أيديهما جميعا ثابتة عليه، وتصرف كل واحد منهما [16] ثابت عليه كما لو خلطاه، ولأن القصد من الشركة أن يتفقا على العقد وإخراج المال والعمل عليه، وذلك قد وجد فوجب أن تصح.

وأما الطعام، فكذا أيضا إذا كانت أيديهما عليه في موضع لا ينفرد أحدهما بذلك، جاز ولا فرق بينهما.

قالوا: ولأنهما مالا لو تلف أحدهما كان من صاحبه فلا تصح الشركة فيه، أصله العروض. والجواب: هو أنا لا نسلم ذلك، لأنه إن تلف شيء من ذلك كان منهما، وأما العروض فعندنا تصح الشركة على جميع ذلك، ويكون ذلك على القيمة وإن كانت أعيانها غير مثمرة، ونردّها عند المحاسبة إلى قيمة ما حصل به عرضه وقت الشركة، فهما في التقدير كان كل واحد منهما باع نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، وإن كان كذلك كان كل واحد منهما أخرج قيمة عرضه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه أحد نوعي ما اشترى إليه الشركة من غير اختلاط، أصله الحيوان.

والجواب: هو أنهما يستويان في باب الخسران كما يستويان في باب الربح فلم يصح ما قالوه،

والله أعلم بذلك.

مسألة:

قد بينا أن الشركة تصح إذا أخلط المالكين أو كان في حكم المختلطين، بأن يكونا في موضع واحد وتكون أيديهما عليه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما في يده⁽⁸¹²⁾.

ودليلنا هو: أن كل واحد من المالكين تعلق على ملك صاحبه فلم تثبت به الشركة، أصله سائر أمواله، وعكسه إذا خلطاه، أو كانت أيديهما عليه، فإن تلف ذلك يكون منهما جميعاً. ولأنهما مالان لم تثبت أيدي الشريكين عليه قلم تصح الشركة، أصله مال كل واحد منهما من غير الشركة.

ولأن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال، فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم تصح الشركة، لم توجد حقيقة الشركة، لأنهما على ما كانا عليه في الأول، فلم يصح منهما إلا القول. ومجرد القول لا تأثير له، بدليل أنهما لو تعاقدتا الشركة على مال ولم يُعَيَّنْها، فإنها لا تنعقد، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه عقد معاوضة، فلا يكون من شرطه اختلاط المالكين أصله البيع.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه، وأنه ليس من شرطه الاختلاط، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الشركة مبناها | أن يكون المالان مختلطين أو يكونا في موضع تناله أيديهما، فلم^[16 ب] يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد يقصد منه تنمية المال فلم يكن من شرطه الاختلاط أصله المضاربة.

والجواب: هو أنا كذلك نقول إذا كان ذلك بموضع تصل [إليه]⁽⁸¹³⁾ أيديهما فإن ذلك جائز، وعلى أن المعنى في المضاربة أن في أحد الطرفين عمل العامل فلذلك لم يصح فيه الاختلاط، وليس كذلك الشركة؛ فإنها مبنية على أن يكون المال تحت أيديهما، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن الربح في الشركة على قدر ماليهما، فإن تساويا في رأس المال تساويا في الربح، وأما إن اختلفا في رأس المال مثل أن يكون لأحدهما ألف والآخر ألفان، فإن لصاحب

⁽⁸¹²⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 61.

⁽⁸¹³⁾ في الأصل: "له"، والمثبت من الطرة.

الألف الثلث من الربح، ولصاحب الألفين الثلثان⁽⁸¹⁴⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁸¹⁵⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الربح بينهما وإن اختلفا في رأس المال، ويجوز أن يشترط أحدهما جزءا ينفرد به إذا كان أحذق بالتجارة من الآخر⁽⁸¹⁶⁾.

ودليلنا هو: أنه أحد نوعي ما يفضي إليه عقد الشركة، فوجب أن يكون ذلك على قدر المال، أصله أجرة الدار والدُّكَّان والعييد والبستان، فكذلك في مسألتنا مثله.

وقياس آخر وهو: أنهما شرطا شرطا ينافي مقتضى عقد الشركة فوجب أن لا يصح، أصله إذا شرط لأحدهما جميع الربح.

ولأنهما اختلفا في رأس المال فكان الربح بينهما، أصله إذا أطلقا ذلك.

قالوا: فرق بين الإطلاق والتقييد كخيار الشرط والرهن، فإنه يثبت بالشرط وإن لم يثبت بالتقييد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان ذلك يثبت بالشرط إلا أن إطلاق العقد يقتضي أن يكون الربح بينهما، ألا ترى إذا أطلق عملا في المالكين فإن الربح يكون في ذلك على قدر المالكين، فلم يصح ما قالوه.

ولأن الأصل في الشركة، أن الربح فيها يقابل المال ويتقسط عليه، ولا قسط لعمل واحد من الشريكين من الربح ولا يقابل ذلك، بدليل لو أنها أطلق الشركة وعمل أحدهما في المال ولم يعمل الآخر، قسط الربح على المالكين، ولم يقابل عمل العامل شيء من الربح فدل على ما ذكرناه من ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه عقد يقصد به النماء والربح، فجاز اشتراط الجزء فيه، أصله

المضاربة. والجواب: هو أن المعنى في المضاربة؛ أنها لو أطلقا ذلك ولم يشترط العامل الجزء | [17 أ] وعمل، كان له أجر مثله، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

⁽⁸¹⁴⁾ انظر: المدونة: 3/ 608، النوادر: 7/ 318 وما بعدها، التفريع: 2/ 205.

⁽⁸¹⁵⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6/ 477.

⁽⁸¹⁶⁾ انظر: المبسوط: 11/ 156، بدائع الصنائع: 6/ 62.

قالوا: ولأن أحدهما قد يكون أكثر عملاً من الآخر، فجاز له أن يشترط زيادة من الربح ليكون ذلك في مقابلة عمله الباقي مستفاد بالمال.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأننا قد بينا أن الشركة لا تقتضي أن تكون للعمل فيها قسط، وإنما يقسط الربح على قدر المالكين فحسب، بدليل أنه لو انفرد أحدهما بالعمل في المال لم يستحق بذلك شيئاً من الربح، وإنما يقسط ذلك على المالكين فبطل ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا شركة المفاوضة جائزة⁽⁸¹⁷⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽⁸¹⁸⁾: إلا أنه خالفنا في صورتها⁽⁸¹⁹⁾.

وعندنا: أن المفاوضة: هو أن يفوض كل واحد منهما لصاحبه في الشراء مما يصلح لتجارتهما، وأن يبيع كما يرى ويضمن كما يرى ويؤكّل ويقارض، بعد أن يكون كل واحد منهما كتجارتهما وما يتعلق بذلك، وسواء كان رأس مالهما عروضاً على القيمة أو دنائير أو دراهم، هذا معنى المفاوضة الجائزة عندنا.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فعنده أن يشترك الرجلان في جميع ما يملك أنه من ذهب وورق، ولا يبقى لواحد منهما شيء من هذين الجنسيتين إلا شركاً فيه، ويكون لكل واحد منهما من هذين الجنسيتين مثل ما لصاحبه، فإن زاد مال أحدهما على الآخر لم تصح الشركة بينهما، وكل ما ربحه كل واحد منهما كان شركة بينهما، فكان ما لزم أحدهما من غصب وغيره لزم الآخر، فإن ورث أحدهما ما لا بطلت الشركة بينهما، لأنه زاد ماله على مال صاحبه⁽⁸²⁰⁾.

⁽⁸¹⁷⁾ انظر: المدونة: 3/ 615، التنبهات: 3/ 1567، عقد الجواهر: 2/ 696.

⁽⁸¹⁸⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 58.

⁽⁸¹⁹⁾ في شرح الرسالة قال: "وبه قال أبو حنيفة في الجملة وخالفنا في بعض شروطها.." شرح الرسالة: ل 351 ب.

⁽⁸²⁰⁾ هذه عبارة ابن القصار في عيون الأدلة: 28/ ل: 112 ب، وانظر: مختصر الطحاوي: 107- المبسوط: 11/ 177.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز شركة المفاوضة ولا تصح بوجه.⁽⁸²¹⁾

ودليلنا على جواز ذلك على الوجه الذي بيناه قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]،
وهذان عقدًا عقداً فوجب عليهما الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمنون على شروطهم».⁽⁸²²⁾

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «تفاوضوا فإنه أعظم للبركة»⁽⁸²³⁾ وهذا يفيد جواز ذلك.

قالوا: إنما أراد بذلك تجاملوا وتكالموا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن حمل الكلام على ما لا يليق بالخطاب لا يجوز، لأن النبي ﷺ لا يكون كلامه إلا محمولا على فائدة، وفائدة هذا أن في المفاوضة التي هي الشركة البركة لا في الكلام، | لأنه عليه السلام لا يقصد إلى أن يقول لأصحابه تحدثوا فإن في ذلك [17 ب] بركة، لأن البركة في قلة الكلام أكثر مما يكون منها في كثرتة، وكذلك السكوت أحسن من الكلام فلم يصح ما قالوه، وحمل الكلام على ما يقتضيه ويليق به، أولى من حمله على ما ينافيه.

والقياس: هو أنها نوع شركة تختص باسم فجاز أن يكون منها صحيحا، أصله شركة العنان، والذي يكشف عن صحة هذا القياس: هو أن البيوع تجمع أنواعا وكل نوع منها فيه ما يصح وفيه ما لا يصح، إلا أنه ليس بمقصود العقد، فكذا في مسألتنا مثله، يجوز أيضا أن يكون من الشركة ما يصح وما لا يصح.

فإن قالوا: فلا يمتنع أن يكون ذلك نوعا يختص بالاسم، ومع ذلك لا يكون منه صحيح، كالمنازمة والملازمة هو نوع بيع، ومع ذلك لا يكون صحيحا فكذا في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك النوع ليس منه شيء صحيح بحال فيرده إليه،

⁽⁸²¹⁾ انظر: مختصر المزني: 109، الحاوي الكبير: 6/ 475، المهذب: 3/ 336.

⁽⁸²²⁾ أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، ر: 2273، 2/ 135، بلفظ (المسلمون عند شروطهم)، وأخرجه أبو داود، كتاب الأفضية، باب في الصلح، ر: 3594، 398.

⁽⁸²³⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر.

وليس كذلك الشركة، لأن منها ما يصح وهو شركة العنان، فعندكم يصح، وعندنا مع اختلاط المالكين، ولو لم يخلط المالكين عندكم كان ذلك باطلا، وإن كان ذلك عندنا صحيحا. كذلك في المفاوضة يجب أن يكون منها ما يصح وما لا يصح مثل شركة العنان سواء.

قالوا: المعنى في شركة العنان لأنه يأخذ المال عن عوض صحيح، وليس كذلك المفاوضة لأننا نأخذها عن عوض باطل.

والجواب: هو أنا لا نسلم ذلك، بل كل واحد منهما يضمن ما تعلق بالشركة وما يصلحها، وما سوى ذلك لا يلزمه ذلك عندنا، ولأن شركة المفاوضة جمعت شركة العنان وشركة الأبدان، كالوكالة العامة فكان ذلك جائزا كشركة العنان.

قالوا: ولأن الشركة تعقد على المال والربح الذي يحصل فيه، وقد علم أن مقدار الربح مجهول لجواز أن يكون أو لا يكون ولا يعرف مبلغ ذلك، فإذا كانت هذه الجهالة لا تؤثر في ذلك ولا تمنع من صحة عقد الشركة فجاز، المكفول به أولى.

واحتمل بما روي «أن رسول الله ﷺ نهى عن الغرر»⁽⁸²⁴⁾.

قالوا: وهذا من أعظم الغرر.

والجواب: هو أن الغرر الذي نهى عنه ما الغالب منه عدم السلامة، والغالب من هذه الشركة على الصفة التي ذكرناها السلامة، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «ما بال قوم يشترطون شروطا ليست في الله وكل [ب18] شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»⁽⁸²⁵⁾

والجواب: هو أن كتاب الله تعالى قد تضمن الشركة وجوازها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وهذا عقد من العقود والقرآن قد تضمنه، ولأن المفاوضة عقد وليست شرطا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن كل شركة لا تصح مع اختلاف الدينين، وجبت أن لا تصح مع اتفاقهما.

⁽⁸²⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁸²⁵⁾ أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، ر: 2168، 2/ 106، ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ر: 1504، 610.

أصله الشركة في الثياب.

والجواب: هو أنا لا نسلم لا في الفرع ولا في الأصل، لأن عندنا يجوز في الموضعين جميعاً فلم يصح ما قالوه.

ولأنه لا يمتنع أن لا يصح مع اختلاف الدينين ويصح مع اتفاقهما، كالنكاح يصح مع اتفاق الدينين ولا يصح مع اختلافهما.

فإن قالوا: فقد يصح النكاح لأنه قد يتزوج المسلم بالذمية.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إن صح هناك إلا أنه لا يصح من الكافر مع المسلمة، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن كل شركة لا تصح مع تفاضل المالكين، وجب أن لا تصح مع اتفاقهما. أصله الاحتطاب والاحتشاش.

والجواب: هو أن الشركة تجوز عندنا مع اختلاف المالكين، وهو أن يخرج أحدهما مائة والآخر خمسين، ولأنه لا يمتنع أن يصح ذلك مع التساوي ولا يصح مع الاختلاف، ألا ترى أن يبيع الدرهم بالدرهم جائز ولا يجوز بيع درهم بدرهمين، فأما الاحتطاب والاحتشاش فإنه يجوز عندنا لأن ذلك متفق عليه، وأما إذا اختلفت صنائعهما فإن ذلك لا يجوز.

قالوا: ولأنها شركة مقصودة، على أن يشارك كل واحد منهما بما ينفرد به من العدوان فوجب أن لا تصح، أصله إذا قال لكل واحد منهما: ما جني على كل واحد منا يلزم وللآخر مثله.

والجواب: هو أن هذا القياس لا يلزمنا نحن، ولأنه لا تجوز هذه الشركة، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

فأما ما جوزه أبو حنيفة رحمه الله، من المفاوضة الزائدة على ما ذكرنا، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ: "نهى عن الغرر"⁽⁸²⁶⁾، وهذا من أشد ما يكون من الغرر، لأن أحدهما عنده يجوز أن يتلف مال إنسان، فيلزم شريكه ذلك ويؤخذ ماله عنه لأجل أن ذلك يتعدى ولا إجبار

⁽⁸²⁶⁾ تقدم تحريجه.

الغصب ولا له فيه مأمن.

والقياس: هو أنها عقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما بما ينفرد به من العدوان فوجب أن لا يصح، أصله ما ذكرنا صفته إذا شرط أن ما جنا على أحدهما | يلزم الآخر مثله. [18 ب] واحتج أن النبي ﷺ قال: «تفاوضوا فإنه أعظم للبركة».

والجواب: هو أنا نقول كذلك فيما تجوز المفاوضة فيه، وهو أن يفاوض كل واحد منهما إلى صاحبه التقلب في المال بما يصله من العمل والوكالة ومما يجوز إصلاح المال به. وربما قالوا: لأنه نوع شركة فكانت صحيحة، أصله شركة الضمان.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه؛ لأن عندنا أنها صحيحة على الشرط الذي ذكرناه فلم يصح ما قالوه.

فصل:

ويجوز أن ينفرد أحدهما بهال لا تدخله الشركة وأن تتفاضل رؤوس أموالهما⁽⁸²⁷⁾. وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك.⁽⁸²⁸⁾

وإنما قلنا ذلك: لأن كل شركة جازت مع تساوي رأس المال جازت مع اختلافهما. أصله شركة العنان.

مسألة:

شركة الوجوه باطلة عندنا⁽⁸²⁹⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁸³⁰⁾.

[وقال أبو حنيفة رحمه الله:]⁽⁸³¹⁾ ذلك جائز⁽⁸³²⁾.

⁽⁸²⁷⁾ انظر: المدونة: 3/ 616، التنبيهات: 3/ 1570، عقد الجواهر: 2/ 667.

⁽⁸²⁸⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 107، بدائع الصنائع: 6/ 61.

⁽⁸²⁹⁾ انظر: المدونة: 3/ 593، التنبيهات: 3/ 1570.

⁽⁸³⁰⁾ انظر: المهذب: 3/ 336، 337، الحاوي الكبير: 6/ 477.

⁽⁸³¹⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من شرح الرسالة: 3/ ل: 353 ب.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»⁽⁸³³⁾.

وروي: أنه عليه السلام «نهى عن الغرر»⁽⁸³⁴⁾، وهذا من الغرر فوجب أن لا يصح.

والقياس: هو أنها شركة على الذمم دون المال والعمل، فوجب أن لا تصح، أصله إذا شرط جميع الربح لأحدهما فكذلك في مسألتنا، وإن شئت قلت: لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم يصح، أصله إذا قال له: بعني عبدك وأنا شريكك في ثمنه، أو ابتع ما ابتاعه ولي نصف ربحه.

ولأن كل واحد منهما مستعير جاء صاحبه ووجهه [ومستأجر له بشرط]⁽⁸³⁵⁾ ضمان النقصان ورجاء الربح، وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل.

ولأن كل واحد منهما يصير تابعا لنصف ما يشتري بنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

ولأن حقيقة الشركة أن تكون عقدا العقد بشيء يشتركان فيه، إما رأس مال أو شركة بدن موجودة في أيديهما، وليس يراعى في الشركة وجود القول فحسب، فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: إن النبي ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم»⁽⁸³⁶⁾.

والجواب: هو أن من شروط المؤمنين في الشروط الصحيحة في الشرع، وأما هذا فلا، لأننا قد بينا أن ذلك غرر وخطر وأكل المال بالباطل.

قالوا: ولأنها نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيحا، أصله سائر الشركة.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا تختص باسم ومع ذلك لا يصح، كالملازمة والمنازمة كل واحد منها يختص باسم ومع ذلك لا يصح منها.

والثاني: هو أن المعنى في سائر الشرك أنها لا تخلوا: من مال أو عمل بدن، فإذا كان منها

⁽⁸³²⁾ انظر: المبسوط: 11/ 154 - بدائع الصنائع: 6/ 57.

⁽⁸³³⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁸³⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁸³⁵⁾ بياض في الأصل، والمثبت من شرح الرسالة للقاضي، 3/ ل: 353 ب.

⁽⁸³⁶⁾ تقدم تخريجه.

ما هو صحيح وفساد وليس كذلك الشركة بالوجه؛ لأنها قد تعرف من جميع ذلك فوجب أن لا تصح، لأنها | من أكل المال بالباطل، وأنها ما قصدا الشركة، وإنما قصدا التحيل على الناس، فوجب أن لا تصح لأجل ذلك.

قالوا: ولأن شركة الوجه تتعقب على وجه الوكالة، بدليل أن ما يشتريه كل واحد منهما يكون بعضه مشتريا لنفسه وبعضه على الوكالة للآخر، وهذه الوكالة تصح.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن القوم ما دخلوا على الوكالة وإنما دخلوا على الشركة، ولأن الوكالة لا بد أن تكون على شيء، فكذلك الشركة يجب أن تكون على شيء مشار إليه، وههنا لا مال ولا بضاعة، فوجب أن لا تصح لأجل ذلك، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن شركة الأبدان في الصنائع جائزة صحيحة إذا اشتركا في صنعة واحدة وعملا في موضع واحد⁽⁸³⁷⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: إلا أنه جوز ذلك وإن اختلفت صنائعهم⁽⁸³⁸⁾.

وقال أحمد وإسحاق⁽⁸³⁹⁾: يجوز ذلك في كل شيء⁽⁸⁴⁰⁾.

وقال الشافعي: لا تجوز الشركة على الأبدان بوجه⁽⁸⁴¹⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمنون على شروطهم»⁽⁸⁴²⁾ ولكل مسلم

⁽⁸³⁷⁾ انظر: المدونة: 3/ 294، التفريع 2/ 206، البيان والتحصيل: 12/ 14 وما بعدها.

⁽⁸³⁸⁾ انظر: المبسوط: 11/ 154، بدائع الصنائع 6/ 58.

⁽⁸³⁹⁾ إسحاق بن إبراهيم بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي، أبو يعقوب ابن راهويه: عالم خراسان في عصره. وهو أحد كبار الحفاظ. طاف البلاد لجمع الحديث وأخذ عنه الإمام أحمد ابن حنبل والبخاري ومسلم والترمذي والنسائي وغيرهم. وقيل في سبب تلقيه ابن راهويه إن أباه ولد في طريق مكة فقال أهل مرو: راهويه! أي ولد في الطريق. وكان إسحاق ثقة في الحديث، قال الدرامي: ساد أهل المشرق والمغرب بصدقه. مولده في سنة: إحدى وستين ومائة، وتوفي سنة ثمان وثلاثين ومائتين. تاريخ بغداد: 7/ 362-375. السير: 11/ 358، 383.

⁽⁸⁴⁰⁾ انظر: المغني: 7/ 111، الشرح الكبير: 14/ 158، 159.

⁽⁸⁴¹⁾ انظر: المهذب: 3/ 335، الحاوي الكبير: 6/ 479.

⁽⁸⁴²⁾ تقدم تخريجه.

شرطه.

والقياس: هو أنه نوع شركة تختص باسم فكان منها ما هو صحيح، أصله شركة العنان.

قالوا: المعنى في شركة العنان إنما جازت لأنه يأخذ العوض من ماله الذي أخرجه وليس كذلك في مسألتنا لأنه ما أخرج شيئاً.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأن ههنا قد أخرج أيضاً منفعه الذي يجوز له أخذ الأجرة عليها فلا فرق بينهما، ولأن العمل مما تجوز المضاربة به عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما، أصله المال.

ولأنه أحد أصلي عقد القراض فجازت الشركة عليه أصله المال.

ولأن المقصود من شركة المال، هو العمل بدليل: أن نماء المال واستحقاق الربح يكون على العمل. لأنه لو شرط العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطاً المال على أحدهما والعمل على الآخر لجاز، وكان ذلك مضاربة، وإذا صح هذا؛ وجب متى اشتركا في عمل البدن أن يصح ذلك، لإيقاعهما العقد على الوجه الذي له يُقصد وهو الأصل فيه.

ولأن كل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه. أصله المال. ولأنه لو أخذ ثوباً ليقصره فاستأجر رجلاً ليقصره بخمسين درهماً فإنه يجوز له أخذ المائة، وإن كان هو لم يحدث في الثوب لا قصارة ولا غير ذلك، وإذا جاز ذلك فأولى أن يجوز في هذا الموضع مثله.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»⁽⁸⁴³⁾. [19 ب]

والجواب: هو أن هذا عقد وليس بشرط. وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، في كتاب الله تعالى.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ «نهى عن الغرر»⁽⁸⁴⁴⁾.

والجواب: هو أن هذا ليس بغرر، والغرر هو ما الغالب عليه عدم السلامة.

⁽⁸⁴³⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁸⁴⁴⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: ولأنها شركة على مال عين معلوم فوجب أن لا تصح، أصله الشركة على الثياب.
والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن هذا ههنا معلوم وهو منافع كل واحد منهما، ألا ترى أنها تتعين بالعقد في الإجارة ويجوز المضاربة عليها، وأما الثياب فعندنا تجوز الشركة عليها بأن تقوم فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها شركة على إجارة منافع غير مميزة، فوجب أن لا تصح، أصله إذا قال له شاركتك على أن تكرري دابتك وتكرري دابتي.

والجواب: هو أنها إذا استوفيا في المنفعة جاز ذلك فلا فرق بينهما.

قالوا: ولأنهما عقدا الشركة على منافعهما فوجب أن لا تصح، أصلهما الاحتطاب والاحتشاش.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل؛ لأن عندنا يجوز ذلك إذا تساويا في العمل في باب الاحتطاب والاحتشاش، ولا يمتنع أن يكون على منافعهما العقد، ومع ذلك يصح بالمضاربة، فإنها تجوز وإن كان العمل منهما واتفقا فوجب أن يكون ذلك صحيحا.

قالوا: ولأن أحدهما قد يمرض وقد لا يستأجر فيأخذ الكسب للآخر، فيكون ذلك من أكل المال بالباطل فوجب أن لا تصح.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها إنما دخلا على السلامة، ولو روعي جواز ذلك لوجب أن يبطل أيضا شركة العنان والمضاربة، لأن في العنان أيضا يجوز أن يمرض أحدهما فيعمل الآخر، فيكون في ذلك أيضا أكل المال بالباطل، ولما لم يعتبر ذلك دل على صحة ما قلناه والله أعلم بذلك.

فصل:

وإنما أجزنا ذلك في الاحتطاب والاحتشاش⁽⁸⁴⁵⁾؛ خلافا لأبي حنيفة في منعه من ذلك⁽⁸⁴⁶⁾.

ودليلنا عليه هو: أنه عمل مباح بكسب فجازت الشركة عليه. أصله الخياطة.

⁽⁸⁴⁵⁾ انظر: التفریع: 2 / 206.

⁽⁸⁴⁶⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 64 .

ولأن الحاجة داعية إلى التعاون على ذلك كسائر الصنائع.

فصل:

ومن شرط ذلك عندنا؛ الاتفاق في الصنعة المشترك فيها⁽⁸⁴⁷⁾.

وعند أبي حنيفة يجوز ذلك، وإن اختلفت صنائعهما⁽⁸⁴⁸⁾.

ودليلنا عليه هو: أن أحدهما لا رفق له في مشاركة الآخر ولا حاجة به إلى معاونته ولا [20] تعلق | لكسبه بعمل، فإذا فعلا ذلك فقد قصد الغرر والضمان، فوجب أن لا يصح ذلك، فلم يصح ما قالوه.

فصل:

ومن شرط ذلك؛ أن يكونا في موضع واحد من التساوي في العمل، لما كان معتبرا وكان لا يمكن الرفق والمعاونة إلا على هذه الوجوه، فوجب اعتبار ذلك⁽⁸⁴⁹⁾.

مسألة:

تجوز الشركة بالعروض⁽⁸⁵⁰⁾ وصفة ذلك: أن يخرج أحدهما ثوبا والآخر ثوبا أو عرضا غيره، وتنعقد الشركة بينهما، على أن يكون الربح بينهما بقدر رأسي ماليهما، فيصح ذلك عندنا. وإن لم (يكن)⁽⁸⁵¹⁾ أثمانا ولا قال: إن ثمن هذا الثوب كذا وكذا، وثمن هذا الثوب الآخر كذا وسكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض، فيكون رأس مال كل واحد منهما قيمة عرضه، وسواء كانت العروض مما تتميز أعيانها كالثياب والدراهم السود مع البيض أو مما لا تتميز كالحنطة والعنب.

وقال الشافعي: إن كانت الشركة على أثمان العروض صحت⁽⁸⁵²⁾، مثل أمن يقول كل واحد منهما ثمن عرضي كذا وكذا.

⁽⁸⁴⁷⁾ انظر: المدونة: 3/ 595 - التفريع: 2/ 206 - أصول الفتيا: 156.

⁽⁸⁴⁸⁾ بدائع الصنائع: 6/ 65.

⁽⁸⁴⁹⁾ انظر: المدونة: 3/ 595.

⁽⁸⁵⁰⁾ انظر: المدونة: 3/ 606، النوادر: 7/ 318، أصول الفتيا: 158، البيان والتحصيل: 12/ 255.

⁽⁸⁵¹⁾ هكذا في الأصل، وفي المعونة: "ولم يذكر أثمانا"، 2/ 1149.

⁽⁸⁵²⁾ الذي عند الشافعي وأصحابه أن هذه المسألة فيها وجهان: الجواز وعدمه. انظر: الحاوي الكبير: 6/ 472.

ودليلنا على جواز ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ولأن العروض أعيان وأموال، فجازت الشركة عليها أصله الدنانير والدراهم.

واحتج بأن قال: لأنها عقد شركة على غير معلوم، فوجب أن لا تصح. أصله إذا عقد ذلك على شركة الوجوه.

والجواب: هو أنا قد بينا أن ذلك معلوم، لأنها يرجعان إلى قيمة ذلك، وأما شركة الوجوه فإنها ما أخرجنا عينا من الأعيان ولا منفعة معلومة وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه أعيان فوجب صحة الشركة عليها أصله ما ذكرناه والله أعلم بذلك.

كتاب الوديعة

والأصل في الوديعة قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58].

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»⁽⁸⁵³⁾. ولأن عمل المسلمين من عهد رسول الله ﷺ إلى وقتنا هذا.

وهي أمانة محضة لا يضمنها المودع، لأنه قبضها لنفع صاحبها على التجريد⁽⁸⁵⁴⁾، فإن ادعى أنها تلفت فالحق قوله في ذلك لأنه يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهمًا أو غير متهم، [20 ب] وإنما قلنا ذلك: لأن ربها رضي بأمانته، وسواء قبضها بينة أو بغير بينة.

مسألة:

وإذا ادعى المودع رد الوديعة على مالکها فذلك على وجهين: إن كان قبضها بينة فإنه لا يقبل منه إلا بينة، وأما إن كان قبضها بغير بينة فالحق قوله في ردها كالتلف⁽⁸⁵⁵⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يحتاج إلى بينة⁽⁸⁵⁶⁾.

ودليلنا هو: أن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد، وإنما رضي بها في الحفظ دون القبض؛ لأنه يوثق منه لما أشهد عليه بقبضها فلو لا الضمان وإلا لم ينفع الإشهاد عليه. ولأنه مال دفع إليه بينة فلا يقبل قوله في هلاكه. أصله غير المودع، ولا يلزم عليه

⁽⁸⁵³⁾ أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، ر: 3535، 392، والترمذي، في البيوع، ر: 1264، 3/ 555.

⁽⁸⁵⁴⁾ اختصار المدونة: 3/ 345.

⁽⁸⁵⁵⁾ نظر: المدونة: 4/ 438، اختصار المدونة، 3/ 353، التفريع: 2/ 269.

⁽⁸⁵⁶⁾ انظر: مختصر المزني: 147، المهذب: 3/ 393، الوسيط: 7/ 404.

التلف، لأنه لا يمكنه الإشهاد عليه.

واحتج بأن قال: لأنه أمين، فوجب أن يكون القول قوله أصله إذا لم يشهد عليه.

والجواب: هو أن هذا المعنى في ذلك، أنه رضي بأمانته وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما أشهد عليه ما رضي بأمانته، بل استوثق منه لنفسه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

وإذا عرض للمودع سفر لم يجز له السفر بالوديعة، فإن سافر بها ضمن تلك، وسواء كان السفر آمناً أو مخوفاً⁽⁸⁵⁷⁾.

وبه قال الشافعي⁽⁸⁵⁸⁾.

وقال أبو حنيفة: إذ كان الطريق آمناً كان له السفر بها وأما في الخوف فلا يجوز ولا يلزمه الضمان في السفر مع الأمن⁽⁸⁵⁹⁾.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «إن المسافر في ماله ونفسه لعلّ قلت»⁽⁸⁶⁰⁾، فأراد بذلك الهلاك.

والقياس: هو أنه سافر بالوديعة بغير إذن صاحبها من غير ضرورة، فإذا هلك وجب أن يلزمه الضمان، أصله إذا كان الطريق مخوفاً، ولأن الأمن في الطريق لا يؤمن، لأن (...)⁽⁸⁶¹⁾ ما كانت الطرق يخشى عليها، فإذا كان كذلك وجب ألا يجوز له الخروج.

واحتج بأن قال: لأنه نقل الوديعة من موضع مأمون إلى موضع مأمون، فإذا تلفت لم يلزمه الضمان، أصله إذا نقلها في البلد من موضع إلى موضع.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه إذا سافر بها بغير إذن صاحبها إن نقلها | إلى موضع [21]

⁽⁸⁵⁷⁾ انظر: المدونة: 4/ 433، التفریع: 2/ 270، الذخيرة: 9/ 163.

⁽⁸⁵⁸⁾ انظر: الحاوي الكبير: 8/ 356.

⁽⁸⁵⁹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 164، بدائع الصنائع: 6/ 209.

⁽⁸⁶⁰⁾ قال ابن الملقن في البدر المنير: هذا الحديث غريب ليس في الكتب الستة ولا المسانيد، وقال النووي في تهذيبه، ليس هذا خبراً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، إنما هو من كلام بعض السلف، انظر: البدر المنير: 7/ 305، وانظر: ابن حجر في التلخيص: 3/ 211.

⁽⁸⁶¹⁾ كلمة لم أثبتنها.

مأمون، وإنما غرر بها، والمعنى في البلد أنه ما سافر بها، (إذا أخذ المودع الوديعة لينفقها، فينبما هو لم ينفقها هي موقوفة حتى يؤول الأمر إلى ما يؤول)⁽⁸⁶²⁾ وليس كذلك في مسألتنا، لأنه سافر بها بغير إذن مالكها، والسفر غرر وخطر فلزمه الضمان كما لو تعدى عليها، والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت أنه لا يسافر بها فإنه يودعها ثقة ولا ضمان على واحد منهما⁽⁸⁶³⁾.
وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لا يمكنه حفظها بأكثر من ذلك.

فصل:

فأما إن استودعها من غير عذر، فإنه ضامن لذلك⁽⁸⁶⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ربها إنما رضي بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له في دفعها إلى غيره، فكان متعديا بذلك فلزمه الضمان، ويفارق ما ذكرناه منه: إذا احتاج إلى السفر، لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله، وكذلك إذا خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره ولا ضمان عليه، لأن ذلك يجري مجرى إرادته السفر، ولكن لا يصدق في الخوف على منزله إلا بأمر يظهر فيه صدقه.

فصل:

ولو دفع رجل إلى رجل مالا في السفر ليحمله إلى بلد، فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان عليه⁽⁸⁶⁵⁾.

والفرق بينه وبين متبدئ السفر: هو أن هذا قد أذن له في السفر بذلك المال إلى ذلك البلد، فلم يتعد بدفع ذلك إلى غيره مع الضرورة، والحاضر بخلاف ذلك.

مسألة:

⁽⁸⁶²⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽⁸⁶³⁾ انظر: التفريع: 2/ 270.

⁽⁸⁶⁴⁾ انظر: المدونة: 3/ 433، التفريع: 2/ 270.

⁽⁸⁶⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 433، البيان والتحصيل: 8/ 236، التفريع: 2/ 270.

عندنا إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها، وأما إن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق، فلا ضمان عليه⁽⁸⁶⁶⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽⁸⁶⁷⁾.

وقال عبد الملك من أصحابنا: يلزمه الضمان⁽⁸⁶⁸⁾.

وبه قال الشافعي⁽⁸⁶⁹⁾.

ودليلنا: ما روي أن عائشة رضي الله عنها وابن عمر وجماعة من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم «كانوا يستسلفون أموال اليتامى في حجورهم»⁽⁸⁷⁰⁾، ولو كان ذلك تعدياً ما فعلوا ذلك، لأنهم أعرف بالأحكام منا، فدل على ما ذكرناه، وأنه لا يكون بذلك متعدياً، وإذا لم يكن متعدياً خرج عن أن يلزمه ضمان، بل هو أمين كما كان في الأول.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضمان على المودع»⁽⁸⁷¹⁾.

وروي أنه قال: «من أودع وديعة فتلفت عنده فلا ضمان عليه»⁽⁸⁷²⁾.

قالوا: فهذا الحديث غير معروف.

والجواب: هو أنه قد رواه الثقات.

قالوا: فنحمله عليه إذا (لم)⁽⁸⁷³⁾ يتعد في ذلك.

⁽⁸⁶⁶⁾ انظر: المدونة: 3/ 435، التفرع: 2/ 271.

⁽⁸⁶⁷⁾ انظر: المبسوط: 11/ 112.

⁽⁸⁶⁸⁾ انظر: التفرع: 2/ 271.

⁽⁸⁶⁹⁾ انظر: الحاوي الكبير: 8/ 364.

⁽⁸⁷⁰⁾ مالك في الموطأ، باب زكاة أموال اليتامى، والتجارة لهم فيها، ر: 677، 678، 679، 1/ 342، ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار، 6/ 67، ورواه في السنن الكبرى، في كتاب الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى، 6/ 285، ورواه عبد الرزاق في المصنف، باب كيف يصنع بهال اليتيم وليه، ر: 7001، 4/ 71.

⁽⁸⁷¹⁾ لم أجده بهذا اللفظ، ولعله يشير إلى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، "ليس على المستودع ضمان".

انظر: التلخيص: ر 1455، 3/ 210.

⁽⁸⁷²⁾ ابن ماجه في السنن، كتاب الصدقات، باب الوديعة: ر: 2401، 2/ 82. قال ابن ماجه وهو ضعيف، وقال في

التلخيص: وفيه المتن بن الصباح وهو متروك. التلخيص: 3/ 211.

والجواب: هو أنه ما هو ههنا متعديا، بل حافظ لها فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنها | وديعة تلفت في حوزة فلم يلزمه ضمانها. أصله إذا لم ينتفع بها. [21 ب]

قالوا: فيلزم عليه إذا جحدتها ثم أقر بذلك.

والجواب: هو أنه إذا جحدتها ثم ردها فإنه بنفس الجحود خرج عن أن يكون أمينا عليها⁽⁸⁷⁴⁾، فإذا أقر بعد ذلك قلنا يلزمه الضمان، لأنه غير أمين فلم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في الأصل وهو إذا لم ينتفع بها أنه ما وجد منه العدوان، فلذلك لا يلزمه الضمان، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه وجد منه العدوان، فوجب أن يلزمه الضمان.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن ههنا عدوان، بل ههنا زيادة حفظ لها، لأنه لما أنفق منها شيئا فقد حصلت في ذمته التي يتعلق بها الضمان وقبل الإنفاق ما كانت مضمونة، فإذا ردها إلى موضعها فهي كما كانت في أول الابتداء، فهو كما لو نقلها من حرز إلى حرز، فإنه يجوز له ذلك، فلذلك إذا نقلها إلى ذمته فقد نقلها إلى ما هو أوثق الإحراز، ولو تلفت في هذه الحالة لضمن ذلك، فلم يصح ما قالوه.

ولأن الإذن في إمساك الوديعة إذن عام، فإذا وجد في ذلك ما ينافي الإذن وجب أن لا يبطل ما تقدم أصله الصيام، وذلك لو قيل له: صم شهر رمضان، فقد لزمه صومه ثم لو أفطر فيه لم يكن ذلك رفعا لما تقدم من الإذن، (كذلك في مسألتنا إذا قال له: احفظ هذه الوديعة، فإن هذا إذن عام فوجود ما ينافي ذلك لا يبطل ذلك الإذن المتقدم)⁽⁸⁷⁵⁾.

قالوا: فيلزم عليه إذا جحد وأقر.

والجواب: هو أنا قد بينا أن ذلك يخرج من أن يكون أمينا، لأن بنفس الجحود يكون ضامنا لها، فإذا أقر قلنا له يجب أن تضمن، لأنك خرجت من كونك أمينا وبان لنا بأنك خائن.

قالوا: المعنى في الصوم، أنه يتجدد الإذن فيه في كل الأوقات، فلذلك لم يبطل ما تقدم

⁽⁸⁷³⁾ سقطت من الأصل.

⁽⁸⁷⁴⁾ انظر أحكام الجحود في: عقد الجواهر الثمينة: 2 / 276.

⁽⁸⁷⁵⁾ ما بين قوسين كتبت في الطرة من الأصل.

وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما وجد ههنا تجديد إذن، ووزان⁽⁸⁷⁶⁾ مسألتنا: أن لو وجد إذن منه في الإمساك بعد التعدي.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الإذن في الصوم عام، كما أن الإذن في إمساك الوديعة عام، فلا فرق بينهما، وما طرأ في حال الصوم لا يبطل الإذن المتقدم كذلك ما طرأ في الوديعة بعد الإيداع.

وقولهم: وزان مسألتنا، أن لو وجد الإذن بعد العدوان فهذا ليس بصحيح؛ لأنه يحتاج إلى ذلك لأنه لما أذن له في الإمساك أولاً، تضمن ذلك الحفظ على كل وجه، فله أن ينقلها من الحرز إلى الحرز، فهو لما نقلها إلى ذمته فقد زادها حفظاً، لأنها تكون في هذه الحالة مضمونة عليه، فإذا ردها إلى ما كانت عليه لا يلزمه الضمان، لأنه ردها إلى الحرز الأول الذي لو تلفت فيه لم يلزمه الضمان، فلم يصح ما قالوه.

ولأن الحكم | إذا ثبت بعلته زال بزوالها مالم تخلفها علة أخرى، وههنا الوديعة قد 221 أ
عادت إلى مكانها التي كانت فيه، فلا يلزمه ضمانها كحالة الابتداء.

قالوا: فلم يلزم عليه إذا جحد ثم أقر.

والجواب: هو أنا قد بينا أنه غير لازم، لأنه خرج بالمحود من أن يكون أميناً، وههنا هو أمين كما كان، الدليل عليه، أنه كما كان أنه لا إثم عليه في ذلك، ولأن المؤدع أمين كما أن الوكيل أمين. ثم ثبت وتقرر أن الوكيل إذا ركب الدابة التي وكل في بيعها، أو لبس الثوب الذي وكل في بيعه لا يلزمه الضمان. فكذلك في مسألتنا مثله، ولا يلزم إذا جحد ثم أقر لما تقدم.

قالوا: المعنى في الوكيل إنما جاز له ذلك؛ لأن فعله مستند إلى إذن الموكل، فكأنه قد أذن له في ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما أذن له في الانتفاع بوجه ولا سبب.

والجواب: هو أنه لا اعتبار بالإذن، ألا تراه أيضاً أنه ما أذن له في نقلها من حرز إلى حرز، لأنه مؤتمن على ذلك، فنقلها إياها إلى ذمته أوثق الإحراز، فإذا ردها فقد عادت إلى ما كانت عليه. ولأنه لو كان محرماً فأخذ صيداً ثم أطلقه فتلف الصيد، فإنه لا يلزمه ضمان ذلك، فكذلك

⁸⁷⁶ وزان: هذا وزان ذاك: أي معادله. المصباح: 2/ 906، وقال في اللسان: بوزانته: أي: قبالة. اللسان: 6/ 4829، وفي كليات أبي البقاء: يطلق على النظير، وقد يطلق على مرتبة الشيء إذا كان متساوياً. الكليات: 946

في مسألتنا لا يلزمه ضمان الوديعة إذا ردها إلى ما كانت عليه، كما أن الصيد إذا رده إلى حالته التي كان عليها في الابتداء.

قالوا: إنما كان كذلك لأن الإذن هناك في الإرسال من قبل الله تعالى.

والجواب: هو أن الإذن أيضا في الإمساك هو من قبل المالك، والإمساك موجود كما كان، فلا يوجب عليه ضمان ما لم يوجد منه فيه تعد بحال، ولأنه حافظ للوديعة على الوجه الذي أمر به، فلا يلزمه الضمان أصله في حالة الابتداء.

ولأن الذي أوجب عليه الضمان هو تعديه بالأخذ، فإذا رد ذلك فقد زال التعدي، فوجب أن يسقط الضمان، أصله إذا غصب رجل من رجل شيئا فقد لزمه ضمان ذلك، فإذا رده إليه أو اعترف له به فقال له: دعه عندك وديعة لي فتلف، فإنه لا يلزمه الضمان، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنها وديعة بلغت إلى حالة لو تلفت فيها لزمه ضمانها، فبردها إلى مكانها لا يرتفع حكم الضمان، أصله إذا جردها ثم أقر بها فإنه لا يرتفع حكم الضمان. كذلك في مسألتنا.

[22ب]

والجواب: هو أنكم علقتكم على العلة ضد المقتضى، وذلك أن رد الشيء إلى | موضعه ينفي وجوب الضمان ولا يوجب الضمان، الذي يدل عليه أنه إذا أخذ مال الغير لزمه ضمانه وإذا رده لم يلزمه ضمانه، وكذلك لو ضرب رأس إنسان فأعماه فقد لزمه الضمان، ولو عاد بصره إليه لم يلزمه الضمان، (وكذلك المحرم إذا صاد صيدا لزمه الضمان، ولو رده إلى موضعه لم يلزمه الضمان)⁽⁸⁷⁷⁾ وسائر الأصول على هذا، فلم يلزم ما قالوه.

والثاني: هو أننا نقول بموجبه، وأنه يلزمه الضمان إذا لم يرد ذلك فقد ألزمناه الضمان. وأما المعنى في الأصل، وهو إذا جردها ثم أقر بها، فإنه لا يلزمه الضمان لأجل أنه مودع، بل أنه لما جحد خرج عن كونه أمينا عليها فكان عزل نفسه عن ذلك، فإذا أقر قلنا يلزمك الضمان لأجل أنك ما أنت أمين عليها، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه أمين كما كان في حالته الأولى، ألا ترى أن يده عليها يد أمانة فلم يصح ما قالوه.

⁽⁸⁷⁷⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

والثاني: هو أنه إذا جحد ثم أقره فطالبه نلزمه بإقراره لا بجحوده، كما لو أقر بهال عليه لزمه الوفاء به.

قالوا: وجد العدوان فوجب أن لا يزول الضمان. أصله إذا تعدى بالعارية من موضع أذن له فيه إلى موضع آخر أبعد من ذلك.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه وجد العدوان، لأنه قد رد ذلك إلى المكان، ولأنه غير ممتنع أن يوجد العدوان إن سلمنا على وجه النظر، وإلا فعندنا ما وجد عدوان، بل وجد الحفظ الذي هو أبلغ، ثم إذا وجد الرد إلى ما كان في الأول، فإنه لا يلزم الضمان كالمحرم إذا صاد الصيد فقد وجد العدوان ثم إذا رده فقد زال الضمان.

وكذلك من أذهب بصر إنسان فقد لزم الضمان بالعدوان، ثم لو عاد بصره إلى ما كان عليه زال الضمان. وكذلك من غصب مال الغير فقد وجد العدوان، فإذا رده فقد زال العدوان من الضمان فكذلك في مسألتنا مثله.

وعلى أن المعنى في العارية، إذا تعدى فيها إنما لزمه الضمان، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه، فإذا تعدى في ذلك لزمه الضمان، وليس كذلك في الوديعة، لأنه أخذها لمنفعة صاحبها فلا يلزمه ضمان ذلك.

ووزان مسئلتنا في العارية إذا تعدى في الوديعة ولم يردّها، فإنه يلزمه ضمان ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن العدوان معنى ينافي مقتضى العقد، فوجب أن يبطل العقد، أصله إذا تزوج بامرأة فخرجت أخته من الرضاعة فإنه يبطل العقد، فكذلك في الوديعة مثل ذلك.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه وجد عدوان، بل وجد الحفظ التام فلم يلزم ما قالوه.

وأما ما ذكروه من النكاح؛ فإن ذلك لو وجد فيه الإذن لم يصح العقد ولا الإقامة عليه،

وليس ذلك | في مسألتنا، لأنه لو وجد الإذن ههنا عندكم من صاحب الوديعة صح ذلك [23] العقد، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

وسقوط الضمان بالرد فيما له مثل: كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل مل يكال

أو يوزن، فأما ما يلزم فيه القيمة، فلا يسقط عنه الضمان⁽⁸⁷⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القيمة محتاجة إلى اجتهد وحكم، فلا يقبل حكمه في نفسه، والمثل لا اجتهد فيه.

فصل:

وفي قبول قوله إنه قد رد ما أخذ أو مثله من غير بينة، روايتان عن مالك رحمه الله:

أحدها: أنه يقبل قوله بلا بينة، والثاني: أنه لا يقبل.⁽⁸⁷⁹⁾

فوجه قبول قوله: هو أن ذلك موكل إلى أمانته، فوجب أن يقبل قوله، كما لو ادعى تلف الوديعة رأساً أو الرد، ولأنه منفق لها على وجه التأويل واعتقاد الرد، فلا يخرج ذلك عن كونه أميناً.

ووجه القول أنه لا يقبل قوله: هو أن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به إلا ببينة أو بإقرار الغريم، اعتباراً بسائر [الدعاوي]⁸⁸⁰.

فصل:

ويكره له أن يتجر بالوديعة⁽⁸⁸¹⁾.

وإنما قلنا له ذلك: لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها عليه لا ليتنفع بها، فإن فعل والتجر بها؛ فإنه يلزمه الضمان لها ويكون له الربح.

وأما من أضع معه بضاعة ليشتري بها شيئاً فاتجر فيها، فإن تلفت فإنه يلزمه ضمانها، وإن ربح، فالربح للمالك، بخلاف ما قلناه في الوديعة.

والفرق بينهما: أن المبيع طلب النماء والربح، وليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملك. فإن تلف المال ضمنه بتعديده، والمودع إنما قصد الحفظ لا الربح، فلم يكن له من الربح شيء، فبان الفرق بينهما والله أعلم.

⁽⁸⁷⁸⁾ انظر: المدونة: 4/ 435، التفريع: 2/ 271، عقد الجواهر الثمينة: 2/ 723.

⁽⁸⁷⁹⁾ انظر: المدونة: 3/ 435، التفريع: 2/ 270، الكافي: 403، عقد الجواهر الثمينة: 2/ 723.

⁸⁸⁰ هكذا في الأصل، وفي المعونة: "بسائر الديون". 2/ 184.

⁽⁸⁸¹⁾ انظر: التفريع: 2/ 271.

مسألة:

عندنا إذا دفع رجل إلى رجل وديعة فسلمها الرجل إلى زوجته أو خادمه أو من يدفع ماله إليه فتلفت، فلا يلزمه ضمان⁽⁸⁸²⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.⁽⁸⁸³⁾

وقال الشافعي رحمه الله: يلزمه الضمان بذلك⁽⁸⁸⁴⁾.

ودليلنا هو: أنه سلم الوديعة إلى من يسلم إليه ماله، فإذا تلفت لم يلزمه الضمان. أصله إذا سلمها إلى عبده، فقال: أترك هذه في الصندوق فتلفت فإنه لا يلزمه الضمان، فكذلك في مسألتنا مثله. واحتج بأن قال: سلم الوديعة إلى غيره بغير إذن صاحبها من غير ضرورة، فإذا تلفت وجب أن يلزمه الضمان، أصله إذا سلمها إلى أجنبي.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا سلمها إلى عبده؛ فإن المودع (ما أذن له)⁽⁸⁸⁵⁾ في ذلك، [ب23] ومع ذلك فإذا تلفت لم يلزمه الضمان.

والمعنى في الأجنبي؛ أنه لا يسلم ماله إليه، فكذلك إذا سلم الوديعة إليه لزمه الضمان، وليس كذلك زوجته لأنه يسلم إليها ماله فهي كعبده. والله أعلم بذلك.

مسألة:

ولو أخرج الوديعة ليتنفع بها ثم ردها من غير انتفاع فتلفت، فإنه لا يلزمه ضمانها⁽⁸⁸⁶⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.⁽⁸⁸⁷⁾

وقال الشافعي رحمه الله: يلزمه ضمانها⁽⁸⁸⁸⁾.

ودليلنا هو: أنه لم يوجد منه إلا البينة، وبوجود البينة لا يلزمه الضمان. أصله إذا نوى

⁽⁸⁸²⁾ انظر: المدونة: 3 / 435.

⁽⁸⁸³⁾ انظر: المبسوط: 11 / 109.

⁽⁸⁸⁴⁾ انظر: الحاوي الكبير: 8 / 368.

⁽⁸⁸⁵⁾ في ط: "مأذون له".

⁽⁸⁸⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 435، التفريع: 2 / 272.

⁽⁸⁸⁷⁾ انظر: المبسوط: 11 / 112، بدائع الصنائع: 6 / 209.

⁽⁸⁸⁸⁾ انظر: المهذب: 3 / 391.

أن لا يردّها فتلفت، فإنها لا يلزمه ضمانها.

واحتج بأن قال: لأنه أحدث في الوديعة فعلا يآثم به، فإذا تلفت وجب أن يلزمه ضمانها أصله إذا انتفع.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه يآثم به، ولا نسلم الأصل أيضا، لأن عندنا إذا انتفع ورد مثلها وتلفت لا يلزمه الضمان، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

ولو أودع رجل عند رجل (وديعة هي كيس فيه دراهم)⁽⁸⁸⁹⁾، فتعدى فيه، بأن شقه فإنه لا يلزمه بذلك ضمان ما في الكيس⁽⁸⁹⁰⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽⁸⁹¹⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: يلزمه الضمان⁽⁸⁹²⁾.

ودليلنا هو: أنه لم يوجد منه إلا خرق الكيس، وذلك لا يوجب ضمان ما فيه، أصله إذا خرّقه من فوق بيده.

واحتج بأن قال: لأنه هتك حرز الوديعة، فوجب أن يلزمه الضمان، أصله إذا نقب في الحائط الذي هي فيه.

والجواب: هو أن هذا المعنى في تلك أنه عرضها للتلف وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما حدث ههنا شيء يوجب الضمان والله أعلم.

⁽⁸⁸⁹⁾ في ط: "كيسا فيه دراهم".

⁽⁸⁹⁰⁾ انظر: المدونة: 4/ 433، عقد الجواهر: 6/ 725.

⁽⁸⁹¹⁾ انظر: المبسوط: 11/ 112، بدائع الصنائع: 6/ 209.

⁽⁸⁹²⁾ انظر: المهذب: 3/ 389، الحاوي الكبير: 8/ 362.

كتاب الوكالات

مسألة:

عندنا تصح وكالة الحاضر والغائب والرجل والمرأة⁽⁸⁹³⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁸⁹⁴⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: وكالة الحاضر لا تصح⁽⁸⁹⁵⁾.

وأما المخدرة فعنه فيها روايتان:

إحداهما: أنها تصح، والأخرى: أنها لا تصح⁽⁸⁹⁶⁾.

ودليلنا: ما روى طلحة بن عبيد الله وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما: «أنهما تنازعا في ضفير⁽⁸⁹⁷⁾ أحدثه أحدهما فوكل علي عقيلًا، وقال هذا عقيل فما قُضِيَ به عليه فعليّ وما قُضِيَ له فلي⁽⁸⁹⁸⁾»، وكان ذلك عند أبي بكر الصديق رضوان الله عليه.

وروي أنه وكل عبد الله بن جعفر وقال: «إن الخصومات تقتحمها الشياطين وأنا أكره

[24 أ] ⁽⁸⁹³⁾ انظر: المدونة: 3 / 271 وما بعدها، التفريع: 2 / 315، 316، الكافي: 394.

⁽⁸⁹⁴⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6 / 503.

⁽⁸⁹⁵⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 108 - بدائع الصنائع: 6 / 223، وما بعدها، البحر الرائق: 7 / 145.

⁽⁸⁹⁶⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 22.

⁽⁸⁹⁷⁾ الضفير: هو الرمل المنعقد بعضه على بعض، وقد أحدثه علي بين أرضه وأرض طلحة، رضي الله عنهما، انظر: تهذيب اللغة: 12 / 10، المبسوط: 3 / 3.

⁽⁸⁹⁸⁾ في الأصل: "قفير"، والصواب ما أثبتناه.

⁽⁸⁹⁹⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، وذكره بلفظ آخر، كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة: 6 / 81.

أن أحضرها»⁽⁹⁰⁰⁾، فصار ذلك إجماعاً، لأن ذلك كان بمحضر من الصحابة رضوان الله [عليهم]⁽⁹⁰¹⁾ فلم ينكر أحد منهم عليه.

قالوا: فليس في الخبر أن طلحة رضي بوكالة علي لعبد الله بن جعفر.

والجواب: هو أن لا اعتبار برضا ذلك لأنه ليس بشرط.

قالوا: يمكن أن عليا كان معذورا فلذلك وكل.

قلنا: الأصل عدم العذر، ولأن علياً عليه السلام علل فقال: «إن الخصومات تقتحمها الشياطين»؛ فلاجل ذلك أبى حضورها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: فيحتمل أنه أراد أن يغيب فيوكل، وعندنا ذلك جائز مع الغيبة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لم ينقل أنه أراد الغيبة، ولأنه رضي الله عنه كان قليل الغيبة عن المدينة، ولأن هذا الذي يقولونه، يؤدي إلى إسقاط ما علل به، لأنه قال إن الخصومات ليقتمها الشيطان، هذا هو الذي ذكر عنه فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أن كل توكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور أصله توكيل المريض.

قالوا: المعنى في المريض أن له عذرا وعليه مشقة في حضوره، فلذلك جاز له أن يوكل وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا مشقة عليه في الحضور فلا ينوب منابه غيره.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأنه لو كان ترك الحضور حقا للمدعي لم يجز تركه لأجل العذر، ألا ترى أن ترك الحق لما كان حقا للمدعي لم يجز تركه لأجل العذر، فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن كل من جاز توكيله مع الرضا جاز توكيله مع عدم الرضا أصله المسافر والمريض.

فإن قالوا: المعنى في المسافر والمريض إنما جاز توكيلهما لأجل عذرهما وليس كذلك في مسألتنا، لأنه غير معذور وصار هذا كما نقول في شهود الفرع مع شهود الأصل، إذا وجد العذر في شهود الأصل رجع إلى شهود الفرع، ومع وجود شهود الأصل لا يلتفت إلى شهود

⁽⁹⁰⁰⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة: 6 / 81.

⁽⁹⁰¹⁾ ساقط من الأصل، والمثبت يقتضيه السياق.

الفرع، فكذا في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لو كان ذلك واجبا في نفسه لم يجز إسقاطه بالعدر، الذي يدل على ذلك: قضاء الدين لما كان واجبا في نفسه لم يؤثر العذر فيه، فلا يفرق الحكم فيه بين العذر وعدمه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فقد يؤثر العذر في حقوق الآدميين، ألا ترى أن المرأة إذا كانت معذورة في نفسها ولم يقدر زوجها على وطئها وامتنعت منه، فليس له أن يكرهها على ذلك، فهذا حق من حقوق الآدميين، وأثر العذر في إسقاطه.

وكذلك أيضا، المفلس | إذا ثبت عند الحاكم فليس له أن يجسه، بل عليه أن يطلقه، [24ب] وهذا أيضا من حقوق الآدميين، إذا ثبت عند الحاكم وقد أثر ذلك العذر به.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان قد أثر فيما ذكرتموه إلا أنه لا يؤثر في إسقاط ذلك رأسا، وإنما أثر في حالة دون حالة، فإذا زال ذلك العذر رجع إلى ما كان عليه، وليس كذلك في حال السفر، لأنه يدخل فيه وقد سقط ذلك رأسا.

وأما الشهود فلا حجة في ذلك، لأن شهود الأصل مع شهود الفرع لو تراضوا على إسقاط الشهادة مع وجود العذر لم يصح، وليس كذلك في مسألتنا، لأنهم لو تراضوا على وكالة الحاضر مع العذر لجاز ذلك فافترقا.

ولأن الشهود لا يختلف الحكم فيهم بين السفر والحضر والمرض، وليس كذلك في مسألتنا. فلم يصح ما قالوه.

ولأنه استعان بغيره فيما يدخله النيابة، فكان جائز. أصله إذا وكله في البيع والشراء، فكذا الخصومات وجب أن يصح ذلك فيها سواء كان حاضرا أو غائبا.

ولأن عدم الرضا لا يمنع من صحة الوكالة فلا يمنع من لزومها أصله عدم رضا الحاكم. واستدلال، وذلك أن حضور المدعى عليه ليس لحق المدعي، ألا ترى أنه لو أنقذ الحق الذي عليه على يد وكيله أو على يد من المدة إليه لزمه قبول ذلك، وليس له أن يقول لا آخذ إلا من يده، فدل على أن حضوره ليس بشرط.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾ [النور: 48].

فوجه الدليل منه: أن الله تعالى أنكر الإعراض عمن دعي إلى الحاكم، وهذا مُعرض على ذلك فوجب أن يلحقه الذم.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذا مُعرض، بل أناب وأجاد، لأن وكيله قائم مقامه ونائب منابه فلم يصح ما قالوه.

ولأن الآية عامة، وما ذكرناه خاص والخاص يقضي على العام.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين نفسين فليسو بينهما في اللفظ واللفظ والمجلس ولا يرفع صوته على أحدهما حتى يرفع صوته على الآخر»⁽⁹⁰²⁾ وهذا غير مساو له، لأن هذا متبدل في مجلس الحكم وهذا مترفع في منزله، فوجب أن لا يصح ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه أراد هو أيضا أن يكون في منزله وكل وكيل من عنده يخاصم عنه ولا يتبدل، لأنه هو الذي رضي بتبدل نفسه، لأن له أن يوكل كما وكل |^[25] صاحبه.

وجواب آخر: هو أنه يحتمل أنه عليه السلام قال ذلك فيه إذا حضر الخصمان بين يدي الحاكم فكذلك نقول، وأنه يجب عليه أن يساوى بينهما في المجلس واللفظ والكلام، فلم يصح ما قالوه. والذي يدل على صحة هذا التأويل: ما روي أن النبي ﷺ قال: «من دعي إلى حاكم من الأحكام فلم يجبه فلا حق له»⁽⁹⁰³⁾، وهذا قد دعي وما أجاب.

والجواب: هو أن هذا الخبر لم يصح عن أحد من أهل الحديث ولا يعرفونه، فلا يصح الاحتجاج به، ولو صح كان ظاهره يدل على بطلانه، لأنه إذا لم يجبه لا يبطل حقه بل حقه ثابت لازم فلم يصح ما قالوه.

ولأن هذا قد أجاب لأن وكيله قائم مقامه ونائب منابه.

⁽⁹⁰²⁾ أخرجه الطبراني في الكبير: 23 / 285، وأبو يعلى في المسند، مسند أم سلمة، ر: 6924، 12 / 356، والبيهقي في الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه والاستماع منهما والإنصات لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته وحسن الإقبال عليهما، 10 / 135، وقال الحافظ في التلخيص، وفي إسناد عباد بن كثير وهو ضعيف، التلخيص: 4 / 354.

⁽⁹⁰³⁾ أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، ر: 4492، 5 / 382، والبيهقي في الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من دعي إلى حكم حاكم، 10 / 140.

قالوا: وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «كتب إلى أبي موسى الأشعري أن سَوِّبِ بين الناس في لحظك ومجلسك»⁽⁹⁰⁴⁾.

والجواب: هو أنا كذلك نقول إذا حضر بين يديه، فدل على ما ذكرناه.

قالوا: ولأنها استنابة تدخل فيها النيابة تصح في المجلس، فوجب أن لا تصح ابتداء من غير عذر.

والجواب: هو أنه ينكسر بالغائب والمريض والمخدرة.

والمعنى في الأصل، وهم شهود الفرع مع شهود الأصل، إنما كان كذلك؛ لأنهم لو تراضوا على إسقاط الشهادة لم يصح ذلك، وفي مسألتنا لو تراضى الوكيل والموكل صح ذلك.

والثاني: إنما لم يجز ذلك في شهود الفرع مع شهود الأصل، لأن شهادتهم مخالفة لشهادة الأصل، لأن شهود الفرع يقولون نشهد أن الشهود أشهدونا على كذا وكذا، وشهود الأصل بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: والمعنى في الشهادة إنما كان ذلك في حكمها؛ لأنها تفتقر إلى اجتهاد الحاكم، وفي مسألتنا ليس كذلك، لأن كلام الوكيل مثل كلام الموكل، إما أن يقر أو يجهل، فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه توكيل من غير رضا خصمه، فوجب أن لا يصح أصله وكالة الصبي.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم توكيل؛ لأنه لو كانت إجارة أو إحالة أو إقالة أيضا لا يصح. ونقلب فنقول: فوجب أن لا يختلف الحكم فيه بين الغيبة والحضور أصله ما ذكرتم. ولأن المعنى في الصبي وإن كانت وكالته لا تصح مع الغيبة فلم تصح مع الحضور، وليس كذلك في مسألتنا، والصبي لا يصح نذره ولا طلاقه وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأن الحضور للخصومة حق للمدعى عليه، فلم يكن له نقله | من غير عذر [25 ب] أصله الحوالة.

⁽⁹⁰⁴⁾ أخرجه البيهقي، في الكبرى، كتاب آداب القاضي، 10 / 135، والدارقطني في السنن، كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، ر: 7144، 5 / 367.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه حق له عليه، وأما الحوالة فإن الأعذار لا تؤثر فيها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الوكالة لما أثرت الأعذار فيها، فإذا جازت في حالة الغيبة جازت في حالة الحضور فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه أحد المتداعيين فكان حضوره واجبا، أصله المدعى عليه.

والجواب: هو أنه يلزم عليه حال الغيبة والمخدرة. ونقلب فنقول: فوجب أن لا يختلف الحكم فيه أصله ما ذكرتم.

ولأننا لا نسلم أن حضوره واجب، وعلى أن المعنى في المدعى عليه، هو أن إقامة البينة تتوجه على المدعي ابتداء فلا يجب على المدعى عليه إلا اليمين أو وزن الحق فلذلك جاز توكيل المدعى فافترقا.

قالوا: ولأن جواب المدعى عليه واجب للمدعي، والذي يدل على ذلك أنه إذا حضر وادعا عليه وسكت، أجبر الحاكم المدعى عليه على الجواب، فإما أن يقر أو ينكر.

والجواب: هو أن جواب الوكيل جوابه، لأنه قائم مقامه في ذلك ونائب منابه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن عقد الوكالة عقد جائز وليس بعقد لازم⁽⁹⁰⁵⁾.

وفائدة ذلك: أن لكل واحد منهما الخروج من العقد أي وقت شاء من غير اعتبار برضا الآخر، ولا خلاف أن للموكل عزل الوكيل حضر أو غاب، وكذلك الوكيل له عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل وغييبته⁽⁹⁰⁶⁾.

واختلف قول الشافعي رحمه الله، فقال مثل قولنا، وقال: لا بد من أن يعلمه أنه عزله⁽⁹⁰⁷⁾.

⁽⁹⁰⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 315، شرح المدونة للمازري: ل: 184 ب.

⁽⁹⁰⁶⁾ انظر: التفريع: 2 / 315.

⁽⁹⁰⁷⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6 / 519، المهذب: 3 / 374.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يعزل نفسه الوكيل إلا بحضرة الموكل⁽⁹⁰⁸⁾.

ودليلنا هو: أنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضى شخص، فلا يفتقر إلى حضوره أصله الطلاق والعتاق وعكسه البيع، وذلك أن الطلاق لا يفتقر إلى حضور المرأة، وكذلك لا يفتقر إلى رضاها فكذلك حال الوكيل.

قالوا: فهذا يبطل باللعان، فإنه رفع عقد ومع ذلك يفتقر فسخه إلى حضور المجلس.

والجواب: هو أن هذا لا يلزم، لأن في اللعان لا يعتبر رضا المرأة أيضا كما لا نعتبره في الطلاق، فأما الحضور فإنه لا يلزمها، لأن له أن يلاعن ويلاعن بعده، والحضور ليس بشرط في ذلك، ولا يلزمنا بيع الخيار، فإن عندنا البيع يلزم بالقول، وقد عبّر عنه بعبارة أخرى: وهو رفع عقد غير مؤبد، فإذا لم يفتقر إلى رضى شخص لم يفتقر إلى حضوره أصله ما ذكرناه من الطلاق.

[26أ]

| ولا يلزم عليه ما ذكره من اللعان، لأن اللعان يختص بمكان، وهو عند الحاكم، فلذلك كان الحضور شرطا في ذلك، وليس كذلك الوكالة لأنها لا تختص بمكان دون مكان، لأنه لو كان أحدهما بالمغرب والآخر بالمشرق جاز ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الطلاق إنما لم يفتقر فيه إلى العلم لأنه حق يختص بالزوج وحده دون الزوجة، لأن الطلاق بيده وليس كذلك في مسألتنا، لأن الحق يتعلق بيد الوكيل والموكل.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ لأن الطلاق ليس بحق يختص بالزوج وحده، بل هو حق لهما جميعا، والذي يدل على ذلك: هو أنه إذا طلقها فقد عزل نفسه الكسوة والنفقة ونصف المهر كما يسقط عن الزوج البضع وسائر المنافع منها، فلو كان الطلاق حقا مختصا بالزوج وحده لما أسقط عنه النفقة والكسوة ونصف الصداق، فلما أسقط عنها هذه الأشياء كما يسقط البضع وخرج عن يد الزوج، دل ذلك على أن الحق كان لهما جميعا. فلم يصح ما قالوه.

ولأنه أحد متعاقدي الوكالة فلم يقف فسخ الوكالة على حضور الآخر. أصله موت

(908) بدائع الصنائع: 6/ 38، تبين الحقائق: 4/ 263.

الوكيل. ولأنه عقد جائز؛ فكان للعاقدة فسخه من غير حضور صاحبه. أصله القراض والشركة⁽⁹⁰⁹⁾.

وقولنا: إنه عقد جائز أن له فسخه بعد الدخول من جهة كل واحد منهما، وليس بلازم كالبيع.

واحتج بأن قال: لأنه نهي فلم يثبت من صاحب المال في حقه من غير علم، أصله أوامر صاحب الشريعة ونواهيه يجب التزامها ويجب المعاقبة على تركها، فلذلك لا يجوز تركها إلا بعد العلم بها وليس كذلك في مسألتنا، لأن الوكيل مع الموكل دخلا في عقد جائز، يجوز لكل واحد منهما فسخه بعد الدخول فيه، فجاز أيضا أن يعزل نفسه منه وإن لم يحضر موكله ذلك كالطلاق سواء.

قالوا: ولأنه منع من التصرف فلم يثبت في حقه إلا بعد العلم أصله المودع.

والجواب: هو أنا لا نسلم ولأن له عندنا أن يعزل نفسه عن الوديعة ويسلم الوديعة بعد ذلك إلى صاحبها أو إلى الحاكم، فيجوز ذلك بحضرة صاحبها وبغيته فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن عقد الوكالة يتضمن نقل حق الموكل عن العين الذي بذل، فمتى التزم ذلك لم يجوز له أن يسقطه بعد حضوره. أصله البيع المشروط فيه الخيار.

والجواب: | هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا الحضور ليس بشرط فيه، ولو سلمنا على ما [26ب] تقولونه أنتم، لم يجز اعتبار ذلك بالوكالة؛ لأن الخيار يتضمنه عقد البيع الذي هو عقد لازم، وعقد الوكالة هو عقد جائز، ألا ترى أن للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة بحضور الموكل شاء الموكل أم أبى ذلك، وفي البيع ليس له ذلك إلا بحضور صاحبه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه إذا فسخ ذلك من غير حضور الموكل، فإنه يضيع حق الموكل فلا يجوز له ذلك، والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إذا عزل نفسه إنما أبطل تصرفه في المال ويكون المال في يده على وجه الأمانة والوديعة، كما كان قبل ذلك في يده قبل العزل، فلم يصح ما

⁽⁹⁰⁹⁾ في شرح المدونة للمازري: ل: 147 ما نصه: "العقود على ثلاثة أضرب: عقد لازم من الطرفين جميعا كالبیاعات والایارات والنكاحات، وعقد جائز من الطرفين جميعا كالجعالات والمساقات والقراض على أحد الأقوال عندنا، فإنه قد قيل في الجعل والقراض إنه لازم بالعقد لهما جميعا، وقد قيل: هو لازم بالعقد لرب المال وإن لم يعمل العامل. فإذا تقرر هذا، فالوكالة من العقود الجائزة من الطرفين جميعا".

قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وكله في البيع وكالة مطلقة، لم يجز له أن يبيع إلا بثمن مثله نقدا بنقد البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم شيء من ذلك الموكل إلا برضاه، وكذلك لو وكله في شراء شيء وكالة مطلقة، لم يكن شراء ذلك إلا بثمن مثله⁽⁹¹⁰⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁹¹¹⁾، وأحمد⁽⁹¹²⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا وكله في البيع مطلقا، فإن له أن يبيع بما شاء من نقد البلد وغيره وإلى أجل وبأقل من ثمن المثل، فأما الشراء بأكثر من ثمن المثل، فيلزم كل ذلك في حق موكله⁽⁹¹³⁾.

ودليلنا هو: أنه توكيل في حق معاوضة مطلقا، ولا يلزم عليه البضع، لأننا قلنا في معاوضة وليس ذلك بمعاوضة.

قالوا: لا نسلم في الشراء، لأن عندنا على إحدى الروايتين هو مثل البيع.

والجواب: هو إن لم تسلموا؛ فإننا نلزمكم في حق الولي، فإنه لا يجوز أن يشتري للأيتام إلا بثمن المثل فهذا مسلم لا محالة فيه.

قالوا: المعنى في الشراء؛ أنه إذا قال له اشترى لي كذا وكذا، فمقتضى اللفظ في الشراء ثمن المثل فهذا مسلم لا محالة.

قالوا: المعنى في الشراء أنه قال لا يقتضى سواه، وليس كذلك البيع، فإنه لفظ عام في كل شيء في القليل والكثير.

⁽⁹¹⁰⁾ انظر: مسائل الخلاف، ابن الوراق، ل: 120 أ، التفريع: 2 / 317، المقدمات: 3 / 52 عقد الجواهر: 2 / 616، مواهب الجليل: 7 / 179.

⁽⁹¹¹⁾ الحاوي الكبير: 6 / 519.

⁽⁹¹²⁾ المغني: 7 / 208.

⁽⁹¹³⁾ بدائع الصنائع: 6 / 28.

والجواب: هو أن هذا غير مسلم ولا فرق بينهما؛ والذي يدل على ذلك، أنه لو قال له خذ هذا الدينار واشتر لي به طعاما، فإن قوله: طعام اسم عام لكل طعام، ومع هذا لو اشترى له به لصح ذلك، وإن كان الاسم يقع عليه، لأنه مما ينطعم، فكذلك في مسألتنا | في [27] الشراء وجب أن يكون مثله.

قالوا: المعنى في الشراء إنما لا يجوز له أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، وليس كذلك في البيع؛ لأنه إذا باع ما يساوي كثيرا بقليل؛ فإن في مقابله ما يقابله وهو الثمن فلذلك جاز، فافترقا.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ وذلك أن الزيادة في الشراء ليس في مقابله شيء عوض عنها، لأن ذلك نقصان من مال الموكل فلم يختلفا، فإذا لم يجز ذلك في الشراء فكذلك في البيع مثله.

قالوا: المعنى في الشراء إنما لم يجز إلا بثمن المثل، لأن ذلك ثبت في الذمة، والبيع ليس كذلك، لأنه يتعلق بالعين التي هي الدار أو الثوب أو العبد.

قالوا: والشرع قد فرق بين ما ثبت في الذمة وبين ما ثبت في العين، ألا ترى أنه إذا كان على الموكل ألف دينار فقال لوكيله، خذ هذا الكيس الذي فيه ألف دينار فسلمه إلى صاحب ديني، فأخذ الوكيل الكيس إلى نفسه، ثم بعد وقت جاء صاحب الدين فطالب بدينه، فقال الموكل ما دفع إليك وكيلى شيئا، فقال ما أخذت منه شيئا؛ فإن على الموكل أن يرد ألفا من عند نفسه، وعلى الوكيل أن يحلف للموكل، كذلك في مسألتنا، لما كان الشراء يتعلق بالذمة لا يملك إلا بثمن المثل والبيع ليس [كذلك] (914).

والجواب: هو أن ما قالوه لا يصح؛ لأن عندنا الشراء يقع للموكل كما يقع البيع له فلا فرق بينهما.

وقياس آخر: وهو أن كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز له أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، فإذا ملك بها البيع لم يجز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل. أصله الوصي وأمين القاضي.

قالوا: المعنى في الوصي في مال اليتيم، إنما كان كذلك لأجل الاحتياط في أموال

(914) ساقط من الأصل، والتكملة يقتضيها السياق.

الأيتام، وليس كذلك في حق الموكل، لأنه أمره بذلك مع كونه مكلفاً مختاراً فلم يحتج إلى الاحتياط.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما في باب الاحتياط، لأنه يجب عليه أن يحتاط في ملك المكلف كما يجب عليه في مال الأصاغر فلم يصح ما قالوه.

واستدلال في المسألة: وذلك أن المحابة في حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المرض ومنعها للوارث، وقد ثبت أن الوكيل لا يجوز له هبة ما وكل في بيعه، فلا يجوز له أن يبيعه بأدنى من ثمنه إلا بإذن صاحبه، ولا يجوز له المحابة فيه بوجه ولا سبب، ولأن الأب والجد أقوى وأملك في التصرف في مال اليتيم من الوصي والوكيل، ومع ذلك | لا يجوز لهما [27 ب] البيع إلا بثمن المثل.

واحتج بأن قال: لأنه أمر بالبيع فيما يملك فوجب أن يحمل على العموم. أصله أوامر صاحب الشريعة.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن قوله بع لا يقتضي إلا ثمن المثل كما يقتضي ذلك الشراء، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وجواب آخر وهو: أن المعنى في أوامر الشريعة إنما حملت على العموم لأنها تتعلق بها أحكام المكلفين وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذا هو من الموكل، فوجب أن يحمل على العرف والعادة كما حملناه في باب الشراء.

قالوا: ولأن كل ثمن جاز أن يملك به الموكل جاز أن يملك به الوكيل. أصله الغبن اليسير. **والجواب:** هو أنه لا يجوز اعتبار الوكيل بالموكل في باب التمليك؛ ألا ترى أن الموكل يملك البيع والهبة والصدقة والوصية، وليس كذلك الوكيل فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وأما الغبن اليسير، فإن ذلك معفو عنه ولا يمكن الاحتراز منه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه قول من مكلف فوجب حمله على العموم، أصله قول الرسول عليه السلام.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الشراء، فإنه قول من مكلف وذلك اعتبر فيه ثمن المثل،

والمعنى في قول الرسول عليه السلام ما تقدم ذكره.

قالوا: ولأن الأجل شرط ملحق بالعقد، فجاز أن يملكه الوكيل أصله خيار الثلاث.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الشراء، فإن الأجل فيه شرط ومع ذلك لا يملكه الوكيل، وعلى أن المعنى في الخيار، أن الخيار يملكه في الشراء فيملكه في البيع وليس كذلك في مسألتنا.

ولأن بيع الخيار واشترائه في صلاح العاقلين فلذلك ملكه الوكيل، وليس كذلك في بيع ما يساوي مائة درهم، فوجب أن لا يملك ذلك.

قالوا: ولأنه ملك البيع في حق من لا يولى عليه فكان ذلك جائزاً، أصله الملك نفسه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن المالك يملك الهبة والصدقة والوصية، والوكيل لا يملك ذلك.

وأما الأصل فغير مسلم؛ لأن عندنا المالك نفسه إذا باع بما لا يتغابن في مثله، ملك الفسخ والإجارة ويلزم عليه الشراء، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا اشترى الوكيل ما أمر ببيعه؛ فإن كان ذلك بضمن مثله جاز ولزم، وكذلك الوصي والأب في مال ابنه⁽⁹¹⁵⁾.

ووافقنا أبو حنيفة في الوصي وخالفنا في الوكيل⁽⁹¹⁶⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز فإن وقع كان مردوداً⁽⁹¹⁷⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152]، ومعلوم أن [28] من باع من نفسه ليتيم شيئاً يساوي مائة درهم بمائة درهم أو عشرة، فإنه قد وفر ذلك على اليتيم وقد أحسن غاية الإحسان وسمي بذلك محسناً، والله تعالى قال: ﴿وَلِنْ تَخَالِفُوهُمْ فَأَخْوَفُهُمْ﴾ [البقرة: 220]، فأباحهم الله تعالى أن يخالفوهم بنفقاتهم بيعات أنفسهم.

⁽⁹¹⁵⁾ المدونة: 3/ 273، النوادر: 7/ 200، التفریع: 2/ 318.

⁽⁹¹⁶⁾ بدائع الصنائع: 6/ 32.

⁽⁹¹⁷⁾ الحاوي الكبير: 6/ 539.

والقياس: هو أنه ولي بتولية، فإذا باع من نفسه بضمن المثل كان ذلك جائزاً، أصله الأب والجد إذا ابتاعا لأنفسهما مال ولدهما فإن ذلك يجوز، فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في الأب والجد، أنهما لا يتهمان في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه يتهم أنه يطلب الاسترخاء لنفسه.

والجواب: هو أنه إذا اتهم في ذلك لم يصح، وإنما كلامنا فيه إذا استوفى الثمن واشترى ذلك بضمن مثله. فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن كل عين جاز له أن يبيعها من الغير بضمن المثل جاز له أن يملكها بضمن المثل. أصله الأب والجد.

ولأنه باع السلعة بضمن مثلها فكان ذلك جائزاً أصله إذا باعها من أجنبي.

قالوا: المعنى في الأجنبي أنه لا يتهم في ذلك وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو هذا لا يصح؛ لأن القصد من البيع هو توفير الثمن للمالك لا أعيان من يباع ذلك منهم، فلم يصح ما قالوه.

ولأنه لما اتهمه بدفع ذلك ووكله فيه، فلا يجوز له أن يتهمه في بيع ذلك من نفسه فلم يصح ما قالوه.

ولأن الوصي قائم من جهة الحكم مقام الأب والجد، فإذا جاز ذلك للأب والجد وجب أن يجوز ذلك للوصي والوكيل.

ولأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشتريين، فإذا وجب وجد أن يصح البيع أصله إذا باع ذلك من أجنبي.

واحتج بما روي: «أن رجلاً أوصى إلى رجل وكان فيما خلف دابة فأراد أن يشتريها، فسأل عن ذلك عبد الله بن مسعود فقال: لا»⁽⁹¹⁸⁾، وهذا قول صحابي فوجب الرجوع إليه.

والجواب: هو أن هذا الخبر غير معروف فلا نقبله، ولو صح لحملناه على أن عبد الله بن مسعود علم أن ذلك الرجل حاباً لنفسه، وعندنا إذا فعل ذلك أبطلنا بيعه.

قالوا: ولأنه تحصل قبولا | ممن أوجب العقد لغيره، فوجب أن لا يصح الشراء، أصله إذا قال البائع لرجل بعثك فقال آخر قبلت البيع.

قالوا: وبيان ذلك: أن الموصي والموكل إنما جعل الإيجاب للموصي له وللوكيل، فإذا كان كذلك فالقبول يجب أن يكون لغيره، فإذا اشترى الوكيل لنفسه فقد قبل من أوجب البيع لغيره.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الموكل إذا قال للوكيل وكلتك في البيع، فإنما أذن له في البيع ولم يعين له من يشتري منه ولا من يقبل، فعلى أي وجه كان البيع فقد وقع الامتثال. والغرض المقصود بذلك توفية الثمن للموكل وهذا قد حصل، وينكسر بالأب والجد في مال ابنيهما.

وأما المعنى في الأصل: وهو إذا قال الأجنبي قد قبلت إنما لم يصح ذلك؛ لأن البيع قد وقع ذلك لإنسان بعينه، فقبول الغير لا يقع له بذلك إلا بأن يوكله فيه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الموكل قال له بع ولم يقل له من زيد أو عمرو. ووزان مسألتنا أن يعين له ممن يبيعه فإنه لا يجوز له أن يبيع ذلك من نفسه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه وعنه ملك ذلك، والموكل لا يجوز له أن يبتاع ذلك لنفسه وكذلك الوكيل مثله.

والجواب: هو أن هذا يلزم عليه الأب والجد.

والثاني: هو أن المعنى في الموكل إنما لم يجز ذلك، لأن المبيع والثمن له فلا يبيع ملكه بملكه، فإذا ابتاع الوكيل من نفسه حصل الثمن للموكل والسلعة للوكيل، كما لو كان ذلك مع غيره فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن المقصود من البيع الحط والزيادة في الثمن والمشتري يطلب الاسترخاص واستنقاص الثمن، فلا يجوز أن يكون الشخص الواحد بائعا ومشتريا، لأنه لا يمكن أن يطلب الزيادة في الثمن ويطلب نقصانه والغبن فيه، لأن ذلك يستحيل.

والجواب: هو هذا لا يصح؛ لأنه إن كان كذلك؛ فيجب أن لا يبتاع الأب والجد من مال ولديهما شيئا، لأن هذا المعنى موجود في ذلك، فلما ثبت وتقرر أن ذلك جائز لم يصح ما قالوه.

قالوا: فالأب والجد يطلبان الحط لولديهما لأنهما مجبولان على ذلك، وربما يجب الإنسان لولده أكثر مما يجب لنفسه فلذلك جاز لهما ذلك، وليس كذلك في مسألتنا الأجنبية، لأننا نحن ننظر فيما يفعله الوكيل، فإن | ابتاع ذلك بثمن مثله علمنا أنه ما قصد إلا توفير الثمن [29 أ] على موكله فصح البيع له، وإن حابا في ذلك قلنا لا يصح البيع له وصار ذلك كالأب، فلم يصح ما قالوه.

واحتج: أنه أحد الخصمين فوجب أن يعتبر حضوره أصله الموكل.

والجواب: هو أن الموكل صاحب الحق فله أن يوكل وذلك مدعى عليه، فلا اعتبار بحضوره ولا رضاه، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وكله في قبض دين له على رجل أو ودیعة عنده، فصدق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة، فلا يجبر الغريم على دفع الشيء إلى الوكيل⁽⁹¹⁹⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله.⁽⁹²⁰⁾

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجبر على ذلك في الدين الذي في ذمته. وأما في الوديعة والوصية فلا يجبر على إحدى الروايتين عنده⁽⁹²¹⁾.

ودليلنا هو: أنه أقر ذلك على غيره بالتوكيل فلم يلزمه بحكم ذلك الإقرار تسليم ما في يده إلى الوكيل، أصله سائر الأعيان التي في يده، وإن شئت قلت: إنه أقر بتوكيل في حق الغير فلم يجبر على التسليم. أصله ما ذكرناه منه إذا كان له في يده وديعة.

وقياس آخر: وهو أن من لا يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على التسليم إليه أصله سائر الأجانب.

قالوا: هذا لا يصح لأنه وإن كان قد أقر بتوكيل في حق الغير إلا أنه أقر له أنه لا يلزمه دفع ذلك إليه إلا بما يبرأ به، والإقرار في حق الغريم لا يلزم؛ ألا ترى أنه لو أقر فقال لفلان

⁽⁹¹⁹⁾ النوادر: 7/ 201، التفریع: 2/ 316، شرح المدونة: للمازري: ل: 202، وب. عقد الجواهر: 7/ 692.

⁽⁹²⁰⁾ المهذب: 3/ 370، 371.

⁽⁹²¹⁾ المبسوط: 19/ 67 وما بعدها، بدائع الصنائع: 6/ 26، الهداية، 3/ 151، 152.

عندي مائة دينار لم يلزم ذلك فكذا في مسألتنا.

قالوا: المعنى في الوديعة أنا لا نسلم على إحدى الروايتين، لأنه يجب دفع ذلك إليه.

والجواب: هو أن هذا يدل على أنه لا يجبر على تسليم ذلك إليه أيضا، لأنه مال لم يؤمر بدفعه إلا إلى صاحبه، أصله إذا لم يقر بأنه وكله.

قالوا: المعنى في الوديعة، إنما لم يجبر على تسليمه إلى الوكيل؛ لأن الوكيل إن جردها سقط ذلك الحق رأسا فلم يبق له حق يرجع إليه، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الدين يثبت بالذمة، فإذا قبضه الوكيل ثم جحد ذلك رجع صاحب الدين إلى حق ثابت لا زم في الذمة، بخلاف الوديعة لأنها ليست في الذمة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، ولا فرق في ذلك بين ما يثبت في الذمة وما لم يثبت، ألا ترى أن رجلا لو كان له عند رجل وديعة وغاب المودع وله امرأة، فجاءت إلى الحاكم وقالت إن لزوجي على فلان وديعة ومالي نفقة فأقر المودع بذلك، فإن الحاكم يجبره على أخذ ما تحتاج إليه من ذلك من النفقة على زوجة المودع، فلم يصح ما قالوه من أن ذلك يتعلق بالذمة، وهذا يتعلق بالعين في أنها يتساويان في ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه أقر بلفظ غير مبرئ فلم يجبر على التسليم، أصله الوصي إذا أقر، فإنه لا يجبر على تسليم ذلك إلى الصبي، فكذا في مسألتنا مثله.

قالوا: فيلزم عليه إذا أقر بأخ له وبمن يرث معه بالنسب، فإنه إقرار بلفظ غير مبرئ، ومع ذلك يلزمه دفع الميراث إليه فكذا في مسألتنا مثله.

والجواب: هو هذا لا يصح؛ لأنه في الميراث ما أقر إلا بلفظ مبرئ؛ لأنه قال: هذا أخي يستحق كما أستحق، فهذا أقره بلفظ مبرئ لأنه لا يشوبه شيء، وفي مسألتنا أقره بلفظ غير مبرئ فلم يلزمه التسليم فافترقا.

قالوا: إلا أنه قد صدقه في الوكالة وأنه وكيله وأن المال في ذمته فينبغي أن يخصمه ويطالبه لأنه قد أقر بالوكالة والدين، ألا ترى أنه لو ثبت للوكيل بذلك بينة في الحول لزمه دفع المال إليه.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار إقراره له، بأنه وكله به إذا ثبت ذلك بالبينة؛ لأنه إذا

ثبت بذلك البينة فقد قوي أمر ذلك وزالت الشبهة، لأنه إذا دفع إليه ذلك بالبينة برئ من جميع الوجوه، وليس كذلك في إقراره لأنه لا يبرأ بذلك فافترقا.

قالوا: المعنى في الوطئ أنه إذا أقر بذلك أجبر أيضا على التسليم على إحدى الروايتين.

والجواب: هو أنا ندل على أنه لا يجبر على ذلك، وذلك أنا لو أجزناه سقط المحل وتسقط العين من مال المودع.

قالوا: المعنى في الوصي إنما لم يجبر؛ لأنه بإقراره ذلك ثبتت يد للحاكم وولايته ينظر فيها، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه إذا أقر بالدين لا يثبت للحاكم في ذلك ولاية، فافترق الحال بينهما لأجل ذلك.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن للحاكم في الدين ولاية كما في الوصية لا فرق بينهما، لأنه إذا أقر بالوصية ثبت للحاكم ولاية، وإذا أقر بالدين ثبت للحاكم ولاية، لأنه إذا امتنع من ذلك ألزمه إياه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

[30 أ]

واستدلال في المسألة: وذلك أنا لو أجبرناه على التسليم، لأدعى ذلك إلى أن يؤدي الدين مرتين، لأنه ربما جحد الوكيل ذلك أو هرب من البلد، والذي يدل على ذلك؛ هو أنه لو كان لرجل على رجل مال ببينة فطالبه به صاحبه، كان له أن يمنعه من المال حتى يحضر الوديعة، وتسقط شهادة الشهود والدفع بالإقرار، ولا يبرأ به، بدليل أن صاحب الدين لو جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية. فدل على ما قلناه من ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه أقر بحق في الذمة من غير ولاية فوجب أن يجبر على التسليم، أصله الوارث إذا أقر وقال هذا أخي فإنه أقر بهال ونسب.

والجواب: هو أنه ينكسر بالوديعة والوصية إذا أقر بهما فإنه لا يجبر على تسليم ذلك.

والمعنى في الأصل؛ وهو الوارث إنما وجب عليه التسليم، لأنه أقر له بحق لا يستحقه غيره بحال فلذلك وجب عليه التسليم وليس كذلك في مسألتنا، لأنه أقر له بحق غيره يستحقه وهو الموكل فلم يصح ما قالوه.

ولأنه في الميراث؛ إنما صح إقراره له، لأنه أقر له بلفظ مبرئ فلذلك صح، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا اللفظ لا يبرئه فلم يلزمه التسليم.

قالوا: ولأن من وجب عليه التسليم للوارث جاز أن يجبر على التسليم للوكيل أصله إذا أقام الوكيل البينة بذلك.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك أنه يبرأ في دفع ذلك مع إقامة البينة، وليس كذلك مع إقراره له بأنه وكيل، فإنه لا يبرئه ذلك الإقرار، ولأن ما ذكره يبطل بما إذا جحد المديان فلم يقر بوكالة الوكيل، فإنه لا يلزمه ذلك، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع، ومتى دفع إلى من يعرف له بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فإن أعرف له صاحب الحق فقد برئ، وإن أنكر الوكالة فأقر بأنه قبض الحق برئ الغريم أيضاً⁽⁹²²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ثبوت الوكالة ليست شرطاً في الإبراء، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء فأعرف صاحب الحق بقبضه ليبرئ الغريم من ذلك.

فصل:

وأما إن أقر صاحب الدين بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الحق للوكيل، [30 ب] يلتفت إلى إقرار الوكيل بالقبض وإنكاره، ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم يقدّم البينة غرم ذلك لصاحب الحق.

وإنما قلنا ذلك: لأن الغريم هو الذي ألتف ماله حين دفع إلى من لا يبرأ بالدفع إليه، وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة، وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال، إلا أن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل، لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره.

وإذا كان كذلك: فإن الغريم يغرم المال تأديباً وله خلاف الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله، ثم ينظر: فإن ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك ولا يحتاج إلى إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، لأن البينة قد شهدت له بقبض صاحب الحق لحقه، وأما إن ادعى الدفع إلى صاحب الحق بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب

⁽⁹²²⁾ انظر: التفريع: 2/ 313، عقد الجواهر: 2/ 686.

الحق على ما بيناه⁽⁹²³⁾.

فصل:

والوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله، فإن ادعى رد ما أودعه أو سلمه إليه ليشتري له أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان، صدق معه يمينه، فإن وكله بقبض دينه وادعى بأنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل، فإن ثبت قبضه إياه ببينة من الغريم، صدق في الضياع وفي إقباض الموكل، وإذا لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم، فإن الدين باق على الغريم لا يبرأ إلا بالبينة، وإن دفعه بغير بينة ولم يبرأ الموكل إن جحد صاحب الدين ويغرم الوكيل⁽⁹²⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه أتلّف مال الوكيل بترك التوثق وعلمه بأنه لا يبرأ بذلك، وليس له أن يتلف ماله، وكذلك الوصي إذا قضى دين الميت بغير بينة فهو ضامن لذلك، لأنه أتلّف بذلك مال الأصغر المولى عليهم.

مسألة:

عندنا أن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل، ولا يصح ذلك لا في المجلس ولا في غيره⁽⁹²⁵⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁹²⁶⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان إقراره عليه في مجلس الحكم صح إقراره عليه، وإن كان في غير مجلس الحكم لم يقبل منه⁽⁹²⁷⁾.

ودليلنا: هو أنه توكيل في خصومة على الإطلاق فلم يقبل من الوكيل على موكله. أصله إذا كان ذلك في قصاص فإنه لا يقبل منه.

[31]

⁽⁹²³⁾ التفريع: 2 / 313، شرح المدونة للمازري: ل: 199، 200.

⁽⁹²⁴⁾ انظر: المدونة: 3 / 277، النوادر: 7 / 231 وما بعدها، التفريع: 2 / 316.

⁽⁹²⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 316.

⁽⁹²⁶⁾ انظر: المهذب: 3 / 371.

⁽⁹²⁷⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 23.

قالوا: المعنى في القصاص أنه لا يخلو: إما أن يكون | قد وكل ليستوفي له قصاصاً، أو ليدفع عنه قصاصاً، فإن كان ذلك لاستيفاء قصاص، فلا فرق بينه وبين سائر الديون في أنه يقبل منه إقراره عليه، وإن كان وكله لدفع قصاص عنه، فإنه لا يقبل إقراره فيه؛ لأن إقراره يدل على القصاص، فلاجل ذلك لا يقبل ذلك منه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا فرق بينهما، لأنه إذا لم يقبل إقراره عليه في القصاص فكذلك لا يقبل منه أيضاً في غيره من الحقوق.

وقياس آخر: وهو أن كل إقرار لو استثنى لم يصح، فإذا لم يستثن وجب أن لا يصح أصله إقرار الوصي على مال الأيتام بالدفع إليهم؛ فإنه لا يقبل منه ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في الوصي إنما لم يقبل إقراره لأنه على صبي غير مكلف، والاحتياط في ماله مندوب إليه، وليس كذلك الموكل، لأنه إقرار من الوكيل على موكله مع كونه مكلفاً عاقلاً.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما في باب الاحتياط؛ لأنه ما وكله ليضيع حقه وإنما وكله ليحتاط، كما أن الوصي إنما جعل إليه لأجل الاحتياط في أموال الأيتام فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الوصي إنما لم يجز إقراره؛ لأن إقرار الصبي المولى عليه لا يصح، وليس كذلك في مسألتنا، لأن إقرار الموكل يصح، فكذلك إقرار وكيله يجب أن يصح.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه كان يجب أن تقولوا: إن إقرار الوصي يصح كما يصح بيعه وإجازته على الأيتام، فلما لم تقولوا ذلك دل على صحة ما قلناه، وأن إقراره لا يصح أعني الوكيل.

وقياس آخر: وهو أنه معنى يراد لقطع الخصومة، فإذا لم يصح في غير مجلس الحكم وجب أن لا يصح في مجلس الحكم، أصله الإبراء؛ لأنه لو قال الوكيل للغريم قد أبرأتك، لم يبرأ بذلك فكذلك إقراره عليه مثل ذلك.

قالوا: فلا يمتنع أن يصح ذلك في مجلس الحكم وإن لم يصح ذلك في غيره، الدليل عليه الجحود وإقامة البينة واليمين؛ فإن جميع ذلك لا يصح في غير مجلس الحكم، وإن كان ذلك

يصح في مجلس الحكم كذلك في مسألتنا، يجب أن يصح ذلك في مجلس الحكم وإن لم يصح في غيره.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن تلك الأشياء كلها تختص بمجلس، والوكالة لا تختص بذلك، ألا ترى أنه لا فرق بين إقرار الموكل في مجلس الحكم أو في غيره فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الإبراء إنما لم يصح منه ذلك لأنه تبرع من نفسه ولم يصفه إلى غيره، فلاجل ذلك لم يصح منه وليس كذلك في إقراره على موكله، لا يقول موكل في هذا: قال لي [31 ب] قد استوليت | فأضاف ذلك إلى موكله لا إلى نفسه، فوجب أن يقبل منه ذلك، وذلك بخلاف الابن.

والجواب: هو أنه يبطل بالوصي إذا أقر بالدفع، فإنه لا يبرأ بذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه يملك الخصومة فيما يحتمله الإبراء، فجاز أن يملك الإقرار بقبض الغير. أصله الموكل فإن الموكل يملك الخصومة، فكذلك الوكيل مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الوكيل في القصاص، فإنه يملك الخصومة فيما يحتمله الإبراء ومع ذلك لا يملك الإقرار بالقصاص، لأنه لو قال موكل قتل زيدا لم يقبل منه فكذلك في مسألتنا.

والمعنى في الأصل؛ وهو الموكل أن ذلك يصح منه الإقرار بالحق خارج عن المجلس، فصح منه في المجلس، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما صح منه الإقرار خارج المجلس لم يصح منه في المجلس، كما ذكرناه في القصاص، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن الموكل يملك الإقرار فملك الإقرار بالقبض، وليس كذلك الوكيل.

قالوا: ولأنه أحد جانبي الدعوى فجاز أن يملكه الوكيل أصله الإنكار.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه أحد جانبي الدعوى؛ لأنه لا يملك الإقرار وإنما يملك الإنكار.

والثاني: هو أنه يلزم عليه وصي الصبي؛ فإنه أحد جانبي الدعوى ومع ذلك لا يلزم،

ويلزم عليه الوكالة في القصاص.

ويجوز أن نقبل فتقول: لأنه أحد جوابي الدعوى، فلا يختلف الحكم فيه بين المجلس وغيره أصله ما ذكرتم. وعلى أنه إنما يملك الإنكار لأنه لأجل ذلك أقامه ونصبه، وليس كذلك الإقرار لأنه ما نصبه لأجل ذلك، لأنه لو أراد ذلك لأقر هو نفسه ويخلص من ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا الموكل إذا وكل وكيلًا ثم غاب الموكل فللوكيل أن يستوفي ذلك في غيبة موكله⁽⁹²⁸⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يستوفي ذلك إلا بحضرة موكله⁽⁹²⁹⁾.

وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽⁹³⁰⁾.

ودليلنا: هو أنه استنابة فيما تصح فيه النيابة فلم يفتقر فيه إلى حضور الموكل. أصله إذا وكله في بيع سلعة، أو لأنه توكيل في حق تدخله النيابة، فجاز للوكيل استيفاءه. أصله إذا كان الموكل حاضرا.

قالوا: فلا يمتنع أن يكون ذلك جائزا مع الحضور ولا يجوز مع الغيبة، الذي يدل عليه؛ الصرف والسلم، لأن ذلك يصح في حال | الحضور، ومع الغيبة لا يصح، فكذاك^[32أ] مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الصرف عقد يتعلق صحته بالمجلس، فلذلك كان الحضور شرطًا فيه والتفرق قبل العقد يبطله وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن عقد الوكالة باق على ما كان عليه في حال حضوره وما انسخ ذلك بغيبته، وإذا كان كذلك فإن عقد الوكالة باق يجب للوكيل أن يستوفي ما جعل إليه، ولم يفرق الحكم في ذلك كما لو كان حاضرا.

⁽⁹²⁸⁾ التفرع: 2 / 316.

⁽⁹²⁹⁾ بدائع الصنائع: 6 / 23.

⁽⁹³⁰⁾ انظر: المهذب: 3 / 346.

قالوا: المعنى فيه إذا كان حاضرا، فإنه يجوز ذلك؛ لأنه ربما كان قد وكله في استيفاء قصاص فهو يستوفيه بحضرة موكله، وليس كذلك إذا كان موكله غائبا، لأنه ربما قد عفا عنه فيكون مستوفيا لقصاص قد عفا عنه فوجب أن لا يصح ذلك.

والجواب: هو أن ذلك غير ممتنع، ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا عند الحاكم بالقتل فحكم الحاكم بذلك واستوفى القود بشهادتهم، لم يلتفت من بعد ذلك إلى ما يمكن وجوده من الشهود من إقامة أو رجوع بعد إمضاء الحكم، فإن حكم الحاكم قد نفذ، فكذلك في مسألتنا في باب الوكيل، يجب أن يستوفي ما وكل فيه، وإن كان ذلك لغلبة الظن أنه لعله قد عفا عن ذلك.

ولأن الظاهر أنه ما عفا وأنه لو كان كذلك لوجب أيضا إذا وكله في بيع ثوب أو دار أن ذلك لا يصح، لأنه قد يجوز أن يبدو له، ولعله قد عزله عن الوكالة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر وهو أن كل حق جاز أن يستوفيه الوكيل إذا كان موكله حاضرا جاز له أن يستوفيه وإن كان غائبا أصله سائر الديون، ولا يلزم عليه الصرف والسلم؛ لأننا قلنا فجاز.

قالوا: المعنى في سائر الديون إنما جاز استيفائها في حال الغيبة، لأنه يمكن استدراك ذلك وليس كذلك في القصاص، لأنه إذا استوفى لم يمكن استدراكه.

والجواب: هو أنه يلزم عليه اجتهاد الحاكم في الحادثة إذا اجتهد فحكم فيها باجتهاده ثم غاب عن ذلك البلد ثم وجد قضاء يخالف ما حكم به أولا، فإنه يرجع إلى النص، وما كان قد حكم به من استيفاء لا يمكن الرجوع عنه لأن ذلك قد فات، فكذلك في مسألتنا مثله.

وقياس آخر: وهو أنه توكيل في استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل أصله إذا وكله على جماعة حضر واحد وغاب الباقيون، فإن ذلك جائز، فكذلك في مسألتنا.

| واحتج بأن قال: لأنه توكيل في استيفاء قصاص فلم يلزم الوكيل أن يستوفيه مع وجود العفو الظاهر، أصله إذا قال له المستوفى منه: إنه قد عفا عني موكلك أو قد أسقط القصاص، فإن الوكيل لا يجوز له أن يستوفي فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الشهود إذا شهدوا عند الحاكم في استيفاء القصاص ثم

غابوا عن ذلك المجلس، فيجوز أن يكونوا رجعوا عن تلك الشهادة بم لا يمنع ذلك من الاستيفاء فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: الغالب من حال الشهود أنهم إذا شهدوا أنهم لا يرجعون لحقهم العار وما يلزمهم بذلك مع الرجوع، وليس كذلك حال الموكل الغائب لأنه ربما حن وشفق، وإذا رأى المقتص منه ترك ما وجب له عليه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن الغالب من هذا أنه لا يرجع فيما وكل فيه وكيله. ولأن صاحب القصاص ومستحقه يلحقه من الغصب ما لا يلحقه من الحنة على من قتل له أو جرح، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وأما ما قالوه: إذا قال المستوفى منه إن موكلك قد عفا عني أو أسقط عني ذلك فإنما لم يجز الاستيفاء ههنا، لأنه شبهة وليس كذلك في مسألتنا إذا لم يدع ذلك فلم يصح ما قالوه. **قالوا:** ولأن كل حالة لو أسقط الموكل فيها القصاص لم يجز للوكيل أن يستوفي. أصله حالة الجنون والخبيل.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن حالة الجنون والخبيل لا تصح الوكالة فيها من الحاضر فلم يصح من الغائب، وفي مسألتنا يخالف ذلك، لأنه لما صح ذلك في حالة الحاضر صح في حالة السفر، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن ما لا تدخله النيابة في الإبقاء لم تدخله النيابة في الاستيفاء أصله البضع.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار البضع بمسألتنا، لأن البضع لا يصح الوكالة في استيفائه مع الحضور فلا تصح أيضا مع الغيبة كسائر الحقوق من الديون وغير ذلك، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل وهي مثل ضمان الدرك، والعهدة وغير ذلك⁽⁹³¹⁾.

⁽⁹³¹⁾ انظر: المدونة: 3 / . 278، 279.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁹³²⁾.

[أ 33] | وقال أبو حنيفة رحمه الله: جميع ذلك يتعلق بالوكيل⁽⁹³³⁾.

ودليلنا: هو أنه وكيل في عقد فلم يتعلق به حقوق العقد. أصله إذا وكله في النكاح. قالوا: ولا يمتنع أن يكون ذلك توكيلاً ومع ذلك يتعلق انكاحه بالوكيل، الدليل عليه السَّكَم والتسليم فإنهما يختصان بالوكيل فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يبطل بالحاكم والوصي، فإن السَّكَم والتسليم يتعلقان بهما ومع ذلك لا يلزمهما العهدة⁽⁹³⁴⁾ ولا ضمان الدرك⁽⁹³⁵⁾.

قالوا: المعنى في النكاح إنما لم تتعلق الحقوق فيه بالوكيل لأن النكاح لا ينتقل من شخص إلى شخص فافترقا لأجل ذلك.

والجواب: هو أنه يبطل بالحاكم وولي الحاكم، لأنه يجوز أن يوليا غيرهما وينتقل ذلك من شخص إلى شخص بالتولية والنيابة، ومع هذا فلا تتعلق الحقوق بهما.

قالوا: المعنى في النكاح إنما لم تتعلق الحقوق فيه بالوكيل، لأنه عقد ضعيف والبيع عقد قوي، ألا ترى أن عقد النكاح لا يورث لضعفه والبيع بخلاف ذلك فافترقا.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ وذلك أن عقد النكاح أقوى من عقد البيع، ألا ترى أن من شرطه الولي والشهادة، والبيع لا يشترط فيه ذلك، فدل على قوته على البيع.

وقياس آخر: وهو أنه باع لغيره فلم يتعلق به حقوق البيع أصله الوصي والحاكم.

قالوا: ولا تأثير لقولكم باع لغيره لأنه لو كان كذلك في النكاح كان أيضاً بهذه المثابة.

⁽⁹³²⁾ انظر: المذهب: 370 / 3.

⁽⁹³³⁾ انظر: المبسوط: 33 / 19.

⁽⁹³⁴⁾ ضمان العهدة: معناها تعلق المبيع بضمان البائع وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص مدة معلومة، المتقن: 6 / 57، المسالك: 6 / 55. وقال القاضي عياض في التنبهات: "العهدة: تعلق ضمان المبيع بالبائع، وتعلق المطالبة له بسببه، وذلك في كل المبيعات، واختص الرقيق منها بعهدة الثلاث، استقصاء لما خفي من حال الرقيق". التنبهات: 3 / 1366.

⁽⁹³⁵⁾ ضمان الدرك: "تعلق ضمان المبيع بالبائع، وتعلق المطالبة له بسببه، وذلك في كل المبيعات". التنبهات: 3 / 1366.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن تأثيره في النكاح لأنه قد نبه على ذلك.

قالوا: المعنى في الوصي والحاكم إنما لم تتعلق بهما الحقوق لأن تصرفهما في مال من لا يملك التصرف وليس كذلك في مسألتنا، فإن تصرف الوكيل في مال من يملك التصرف، فافترقا لأجل ذلك.

والجواب: وهو أنه يلزم عليه الحاكم والوصي، لأن الحاكم قد يتصرف في ملك من يملك التصرف في حال، ومع ذلك لا يختص به حكم العقد، فلم يصح ما قالوه. ولأن الوكيل غير ثابت الملك فلا تتعلق به الحقوق في الوكالة أصله الصبي.

قالوا: المعنى في الصبي إنما لم تتعلق به الحقوق لأنه لا تصرف له، وليس كذلك في مسألتنا. **والجواب:** هو أن هذا غير صحيح، لأن الصبي عندكم ينفذ تصرفه وقبول الهدية من يده والإذن يوجد من جهته وكذلك عندنا المراهق مثله.

واحتج بأن قال: لأن من | لزمه تسليم الثمن بالعقد أو البيع وجب أن تتعلق الحقوق به. أصله إذا قال له بع بدنانير فباع بدراهم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأننا لا نسلم أنه لزمه تسليم الثمن بالعقد، وإنما لزمه ذلك بالضمان.

قالوا: فالضمان ما جرى له ذكر.

والجواب: هو أن ذلك غير ممتنع وما جرى له لفظ ومع ذلك يضمن، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والمعنى في الأصل إنما تعلقت تلك الحقوق بالوكيل لأجل المخالفة، لأنه يجب عليه بمثل ما أقر به الموكل، فإذا خالف ذلك لزمه الضمان فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن من وجبت عليه اليمين عليه عند الإنكار بالبيع وجب أن تتعلق به الحقوق. أصله الموكل.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الوكيل في النكاح؛ لأنه لو وكله أن يزوجه بألف دينار فزوجه بألفين فأنكر الموكل، فإنه يلزمه اليمين ولا يلزمه شيء من حقوق النكاح وما يختص به، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المعنى في الموكل إنما تعلقت الحقوق به، لأنه يملك الفسخ والوكيل بخلافه.
قالوا: ولأنه مكلف باع ملك مكلف فجاز أن تتعلق الحقوق به، أصله إذا قال له بعني بدنانير فباع بدراهم.

والجواب: هو أنه يبطل بالعقد إذا وكله سيده في البيع، فإنه مكلف باع مال مكلف [مثله، والمعنى في الأصل، هو أنه وجدت المخالفة في ذلك فلذلك لزمه وليس كذلك في مسألتنا]⁽⁹³⁶⁾، ومع ذلك لا يلزمه ما يختص بالبيع، وينكسر بالوكالة في النكاح، فإنه لا يلزمه بخصائصه، وكذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: هو أن عندنا أن الموكل مخير بين أخذ ذلك أو تركه لأنه خالفه في ذلك.

قالوا: ولأنه لو تعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل، لوجب أن لا يصح قبض مال الصرف والسلم قبل التفرق وكان يصح ذلك من الموكل، ولما أجمعنا على أن ذلك يصح من الوكيل، دل على أن الحقوق تتعلق بالوكيل دون الموكل.

والجواب: هو أن القبض قبل التصرف في الصرف والسلم شرط ويجوز أن يتعلق ذلك بالوكيل، وأما الحقوق فلا تتعلق به، يدل على ذلك النكاح ما كان شرطاً فيه اختص بالوكيل في سائر ما يختص بالعقد لا يتعلق شيء من ذلك بالوكيل، مثل النفقة والكسوة والسكنى وجميع ما يتعلق به فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

[34^أ]

مسألة:

عندنا أن الوكيل لا يملك الإبراء من الثمن⁽⁹³⁷⁾.

وبه قال الشافعي⁽⁹³⁸⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يملك ذلك ولكنه يغرمه للموكل⁽⁹³⁹⁾.

ودليلنا: هو أنه ما يملك الوكيل هبته بعد القبض لا يملكه الإبراء منه أصله الحاكم

⁽⁹³⁶⁾ كتبت في الطرة .

⁽⁹³⁷⁾ انظر: النوادر: 2 / 229، التفريع: 2 / 317.

⁽⁹³⁸⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6 / 515، 516.

⁽⁹³⁹⁾ بدائع الصنائع: 6 / 68.

والوصي والأب والجد.

ولأنه دين لغيره، فلا يملك الإبراء منه إلا بإذن صاحبه أصله سائر ديونه.

ولأنه توكيل في عقد مطلق، فلا يملك الإبراء منه أصله التوكيل في النكاح، لأنه لا يملك الإبراء من الصداق فيه فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأن التوكيل لو ملك الإبراء منه لم يجب عليه غرمه، كالمالك لما ملك الإبراء لم يجب عليه الغرم، فدل على أنه لا يملك ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه بائع بأمر المالك، باع لا على نقل الولاية والحكم، فملك الإبراء من الثمن، أصله إذا باع لنفسه، وليس كذلك في مسألتنا لأنه باع لغيره.

ولأن المعنى في الملك أنه يملك هبته بعد قبضه، فملك الإبراء منه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يملك ذلك لم يملك الإبراء منه فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وكله في شراء سلعة فاشترى ذلك، فإنه ينتقل الملك فيه من البائع إلى الموكل ولا يدخل ذلك في ملك الوكيل⁽⁹⁴⁰⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽⁹⁴¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقع الملك للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل⁽⁹⁴²⁾.

ودليلنا: هو أنه توكيل في عقد، فوجب أن يقع العقد فيه للموكل أصله النكاح.

قالوا: المعنى في النكاح أنه لو تعدى الوكيل فيه لم يقع العقد له، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لو تعدى في الشراء لوقع العقد له.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الحاكم والوصي؛ لأنها لو تعديا في النكاح لم يقع لهما، وكذلك الشراء لا يقع لواحد منهما، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

⁽⁹⁴⁰⁾ انظر: المدونة: 3/ 271 وما بعدها، التفريع: 2/ 275.

⁽⁹⁴¹⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6/ 536، شرح الوجيز: 11/ 39.

⁽⁹⁴²⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 33، الهداية شرح البداية: 3/ 141.

وقياس آخر: وهو من استوجب لغيره وصح العقد لذلك الغير وجب أن يقع الملك له ابتداء أصله الحاكم وأمينه والأب والجد.

ولأن الملك لو وقع للوكيل لثبت له الحكم ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه اشتراه لا بحكم ولا ولاية فوجب أن يقع الملك فيه له. أصله إذا اشتراه لنفسه، فإنه يقع له فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو المعنى في ذلك أنه اشتراه لنفسه فلذلك وقع | له وليس كذلك في [34ب] مسألتنا؛ لأنه اشتراه لغيره وصار هذا كما تقول في الحاكم والوصي إذا اشترى للصبي شيئاً وقع الشراء للصبي، وكذلك في باب الموكل يبيع وكيله وجب أن يكون مثله.

ولأن المعنى في ذلك، وهو إذا اشتراه لنفسه أنه يثبت واستقر له وليس كذلك في مسألتنا، لا يستقر ولا يثبت بل يكون للوكيل، فدل على أن العقد له وقع لا لوكيله.

قالوا: ولأنه لو لم يقع العقد للوكيل لوجب أن لا يقع له إذا تعدى في ذلك، ألا ترى أن في النكاح تعدى فيه أو لم يتعد فإنه لا يقع له ذلك.

(...)⁽⁹⁴³⁾ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه الحاكم وأمينه والوصي والأب والجد، لأنهم إن تعدوا وقع الملك لهم، وإن لم يتعدوا وقع الملك للأيتام المولى عليهم، وكذلك الوكيل إن تعدى وقع الملك له وإن لم يتعد وقع الملك للموكل فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الاعتبار في العقد بالوكيل، وذلك أنه يراعى فيه علمه بالمشتري دون علم الموكل وكذلك يراعى فيه رؤيته دون رؤية الموكل، فوجب أن يقع الملك له ثم ينتقل إلى الموكل.

والجواب: هو إنما كان كذلك لأن ذلك من شروط عقد الوكالة وذلك مجعول إليه، وذلك يتعلق بالعقد، والوكيل هو العاقد بخلاف المالك واستحقاقه، فإن ذلك من جملة حقوقه فوجب أن يقع جميع ذلك للموكل، والله أعلم بذلك.

فصل:

وفائدة هذه المسألة شيان:

⁽⁹⁴³⁾ في الأصل: (قالوا) وهو خطأ من الناسخ.

أحدهما: أن المسلم إذا أراد أن يملك الخمر وكل ذميا فاشترى فيقع الملك له ثم ينتقل الملك منه إلى الموكل.

وكذلك المحرم إذا أراد أن يملك الصيد وكل حلالا يشتريه له، لأنه يدخل في ملك الحلال ثم ينتقل إلى المحرم.

فأما الدليل على أن ذلك لا يجوز: هو أن الخمر والصيد عين لا يملك العقد عليها بنفسه فلا يملك الوكيل العقد له عليها، أصله الميتة والدم.

ولأنه عقد لو باشره بنفسه لم يملكه فإذا وكل فيه وجب أن لا يقع له أصله العقد على المجوسية.

واحتج بأن قال: لأنه شراب من شراب الوكيل فجاز أن يملكه الموكل بشراء وكيله أصله العصير.

والجواب: هو وإن كان ذلك شرابا للوكيل، إلا أنه ليس بشراب للموكل فوجب أن لا يقع له ولا يملكه ويلزم عليه بضع المجوسية، فإنه من جملة ما يملكه المجوسي وإن كان ذلك لا يقع للمسلم ولا يملكه بعقد النكاح.

والمعنى في العصير: | أنه يجوز للموكل أن يشتريه بنفسه فجاز ذلك أيضا للوكيل وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

ولو وكله في شراء جارية أو عبد اقتضى ذلك شراء عبد أو أمة سليمة من العيوب.⁽⁹⁴⁴⁾

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجوز أن يشتري فيه معيبة⁽⁹⁴⁵⁾.

ودليلنا: هو أن إطلاق البيع والوكالة يقتضي الصحة والسلامة، كما لو قال بعتك هذا العبد بكذا وكذا، اقتضى ذلك صحة سلامته من العيوب، فإن العبد إما أن يراد للخدمة أو للتحمل وللتمول وهذا لا يوجد في الأعمى ولا المقطوع ولا من به علة، فوجب أن لا يلزمه ذلك.

⁽⁹⁴⁴⁾ المدونة: 3 / 272، التفريع: 2 / 318، عقد الجواهر: 2 / 691.

⁽⁹⁴⁵⁾ بدائع الصنائع: 6 / 30.

واحتج بأن قال: إن اسم الرقبة يقع على الصحيحة والسقيمة، فإذا أطلق له ذلك وجب أن يلزمه أي رقبة جاء بها.

والجواب: هو وإن كان الاسم يتناول ذلك، إلا أن العرف والعادة أن الإنسان لا يشتري إلا الصحيح لا المعيب فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم بذلك.

فصل:

ولو وكله في شراء جارية للوطء أو للخدمة أو تزويج، أو شراء ثوب أو عبد، ولم يصفه له جاز ذلك، ولزمه من ذلك ما يشبهه دون ما لا يشبهه⁽⁹⁴⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن إطلاق الوكالة يقتضي ما يشبهه، فإذا ادعى غيره لم يقبل منه ذلك، لأن ذلك بخلاف العرف والعادة، كما لو ادعى في بيع سلعة أنه وكله في بيعها بما لا يتغابن الناس بمثله لم يصدق في ذلك، لأنه بخلاف العادة فكذلك في مسألتنا مثله.

مسألة:

وإذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل غير عالم بذلك، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال ابن القاسم: تصرفه مردود⁽⁹⁴⁷⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه⁽⁹⁴⁸⁾.

ومن أصحابنا من قال⁽⁹⁴⁹⁾: إن تصرفه صحيح⁽⁹⁵⁰⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽⁹⁵¹⁾.

والدليل على أن تصرفه يبطل: هو أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم

⁽⁹⁴⁶⁾ المدونة: 3 / 272.

⁽⁹⁴⁷⁾ النوادر: 7 / 192، البيان والتحصيل: 8 / 214، التوضيح: 6 / 414.

⁽⁹⁴⁸⁾ المذهب: 3 / 347، الحاوي الكبير: 6 / 519-520، فتح العزيز شرح الوجيز: 11 / 44.

⁽⁹⁴⁹⁾ المقصود هنا: هو عبد الله بن عبد الحكم. انظر: النوادر: 7 / 192.

⁽⁹⁵⁰⁾ انظر: النوادر: 7 / 192، البيان: 8 / 213، عقد الجواهر: 2 / 688-689، التوضيح: 6 / 414.

⁽⁹⁵¹⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 37-38، تبين الحقائق: 3 / 153.

الوكيل وجهله أصله الموت.

وقياس آخر: وهو أن فسخ العقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلا يفتقر إلى علمه أصله الطلاق.

قالوا: المعنى في الطلاق أنه خالص حق الزوج فلذلك لم يفتقر فيه إلى علم المرأة وليس كذلك الوكالة لأنه يتعلق بها حق كل واحد منهما.

| والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في النكاح أيضا حق المرأة لأن الله تعالى قال: [35 ب] ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]، وينكسر ذلك بوصف العلة وهو الرضا فلم يسلم ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه سبب يفسخ به الوكالة فلا يعتبر فيه علم الوكيل للمنع من التصرف وصحة نفوذه. أصله جنون الموكل أو إغماؤه أو موته، ولأنه منع الوكيل من التصرف مع كونه من أهل المنع فوجب أن لا ينفذ تصرف الوكيل أصله إذا علم بالعزل. واحتج بأن قال: لأنه فسخ عقد بلفظ وضع له، فوجب أن يعتبر فيه علم صاحبه، أصله الإقالة.

والجواب: هو أنه ينكسر بالطلاق، والمعنى في الإقالة إنما كان كذلك فيها؛ لأنها جرت مجرى عقد مجرد، فلذلك اعتبر ذلك فيها، لأنه لا بد فيها من الرضا وليس كذلك الوكالة فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى علم صاحبه كفسخ الوديعة.

والجواب: هو أنه ينكسر بالطلاق، وأما الأصل فإنه غير مسلم، لأن عندنا يجوز فسخ الوديعة من غير حضور صاحبها فلم يصح ما قالوه.

ولأن قول الموكل للوكيل: بَعِّ واشْتَرِ، أمرٌ له، وقوله: لا تبع نهيٌ له، والأمر والنهي لا يثبتان في حق المأمور المنهي إلا بعد أن يعلم بذلك، على ذلك أمر الله تعالى ونهيه، فإنها لا يثبتان إلا بعد العلم بهما فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن قول الموكل للوكيل بع أنه أمر، وقوله لا تبع أنه نهي له، وإنما كان كذلك في الأمر؛ لأن حد الأمر: استدعاء الفعل بالقول لمن هو دونه على سبيل

الإيجاب، وههنا لا يلزم الوكيل، لأن له الامتناع مما دخل فيه فلم يصح ما قالوه.

وعلى أنه قد قيل: إن أوامر الله تعالى ونواهيه تلزم وإن لم يعلم بذلك المأمور والمنهي، وعلى أن المعنى في أوامر الله سبحانه وتعالى ونواهيه إنما يلزم بها الثواب وعليها العقاب، فلذلك لم يلزم إلا بعد العلم بها، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه والله أعلم. كمل ربع البيوع مع النجاح بحمد الله وعونه، وحسبي الله ونعم الوكيل.

[36 أ]

كتاب الأقضية والشهادات والدعاوى

والأصل في القضاء قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: 26].

وقال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: 49].

وقال تعالى: ﴿الْجُمُعَةُ الْمُبَارَكَةُ النَّعَائِمُ الطَّلَاقُ الشَّجَنُ الْمُلْكُ﴾ [النساء: 105].

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»⁽⁹⁵²⁾.

وروي أن رسول الله ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن قاضياً فقال له: «بم تحكم، فقال: بكتاب الله تعالى، فقال: فإن لم تجد، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد، قال: أجتهد رأيي، فقال ﷺ: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله»⁽⁹⁵³⁾.

⁽⁹⁵²⁾ أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ر: 7352، 4 / 372، ومسلم في كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ر: 1716، ص 713.

⁽⁹⁵³⁾ أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية، باب اجتهد الرأي في القضاء، ر: 3952، ص 398، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ر: 1327، 3 / 607. وقال في العلل المتناهية: "حديث لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه ولعمري إن كان معناه صحيحاً إنما ثبوته لا يعرف لأن الحارث بن عمرو مجهول وأصحاب معاذ من أهل حمص لا يعرفون وما هذا طريقه فلا وجه لثبوته". العلل، 2 / 758؛ وقال في البدر المنير: "هذا الحديث كثيراً ما يتكرر في كتب الفقهاء والأصول =

ولأن الإجماع حاصل على ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى وقتنا هذا، فوجب العمل به.
مسألة:

ويجب أن يكون في القاضي خصال، منها ما لا يتم الحكم إلا به، ومنها ما هو من أدب القضاء وسنة الحكم في الشرع.

فأول ذلك: أنه يجب أن يكون فقيها غير عامي، وأن يكون من أهل الاجتهاد عارفا بالكتاب والسنة وطرائق الاجتهاد، وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها، وتخريج الفروع على الأصول⁽⁹⁵⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا يجوز أن يكون القاضي عاميا، إلا أن أبا حنيفة قال: يجوز أن يكون القاضي عاميا ويسأل الفقهاء عن الحوادث إذا وقعت⁽⁹⁵⁵⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿الْمُتَجَنِّبِينَ الْمُنَافِقِينَ وَالْمُنَافِقِينَ الطَّالِقِينَ الْمُتَجَنِّبِينَ الْمُنَافِقِينَ﴾ [النساء: 109]. وذلك يتضمن الاجتهاد.

وقال تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: 26]، والمقلد لا يعرف الفرق بين الحق والباطل بالتقليد.

وروي أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ لما بعثه إلى اليمن قاضيا: «بم تحكم؟» قال بكتاب الله قال فإن لم تجد قال فبسنة رسول الله ﷺ، قال، فإن لم تجد، قال أجتهد رأيي، فقال ﷺ الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضيه رسول الله ﷺ⁽⁹⁵⁶⁾.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»⁽⁹⁵⁷⁾، وهذا كله يدل على أن الحاكم؛ يجب أن يكون | من أهل الاجتهاد.

[36ب]

والمحدثين ويعتمدون عليه، وهو حديث ضعيف بإجماع أهل النقل". البدر المنير: 9 / 534، وانظر: كلام الحافظ عليه في التلخيص: 4 / 333 وما بعدها.

⁽⁹⁵⁴⁾ المسالك: 5 / 228، عقد الجواهر: 3 / 97، المنتقى: 7 / 30.

⁽⁹⁵⁵⁾ بدائع الصنائع: 7 / 6، حاشية ابن عابدين: 5 / 365.

⁽⁹⁵⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽⁹⁵⁷⁾ تقدم تخريجه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «القضاة ثلاثة: قاض حكم بعلم فذلك في الجنة، وقاض حكم بعلم ولم يحكم بعلمه فذلك في النار، وقاض لم يعلم وحكم فذلك في النار»⁽⁹⁵⁸⁾.

قالوا: فهذا القاضي العامي ما حكم إلا بعلم، لأنه سأل من يعلم فيما حكم، فما حكم إلا بعلم.

والجواب: هو أنه لا يكون بذلك عالما وإنما يكون بذلك مقلدا جاهلا فلم يصح ما قالوه، ولأن التقليد لا يثمر العلم فلا يجوز ذلك للعامي إلا للضرورة، ولا ضرورة لعامي أن يلي الحكم وتقليد غيره.

والقياس: هو أنه من لا يجوز أن يكون مفتيا فلا يجوز أن يكون قاضيا. أصله الفاسق، ولأنه لا يعرف الأحكام ولا مواضع الاجتهاد فلم يجوز أن يكون حاكما أصله ما ذكرناه.

قالوا: لا تأثير لقولكم لا يعرف الأحكام؛ لأن الفاسق لو كان عالما بالأحكام، لم يجوز أيضا أن يكون حاكما.

والجواب: هو أن في الأصل علتين: علة الفسق وعلة الجهل له بالعلم، ويجوز أن يثبت الأصل بعلتين كالحيض والإحرام.

وجواب آخر: وهو أن التأثير إنما يطلب بصحيح الوصف في الأصل، وصاحب الشريعة ﷺ قد ذكر بيان ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واستدلال: وذلك أن القضاء أكبر وأقوى من الفتيا، لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه الحقوق، والمستفتي لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتي، فإذا لم يجوز للمفتي أن يكون مقلدا مع قصوره عن الحكم، فالحاكم أولى أن لا يكون عاميا لما ذكرناه.

واحتج بأن قال: إنه شخص تصح منه الشهادة فجاز أن يكون حاكما. أصله إذا كان عالما. والجواب: هو أنه يبطل بأهل الذمة فإنه يجوز أن يكونوا شهودا عندكم، ومع ذلك لا يجوز أن يكون منهم قاضيا وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يجوز أن يكون مفتيا لم يجوز أن يكون قاضيا. ولأن المعنى في العالم أنه يعرف الأحكام ومواضع الاجتهاد، فلذلك جاز أن يكون حاكما،

[37أ]

⁽⁹⁵⁸⁾ أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ، ر: 3573، ص 396، وابن ماجه في الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، ر: 2315، 2/ 776، والترمذي، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي، ر: 1322، 3/ 605، قال في البدر المنير: حديث صحيح، 9/ 552.

وليس كذلك في مسألتنا. ولأن باب الشهادة أوسع من باب القضاء؛ إلا أن النساء هن | مدخل في ذلك. فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن أكثر ما في هذا أنه لا يعرف الحكم في الحادثة، فإذا سأل عنها فأخبر بذلك وقع له العلم بذلك، كما أن له أن يسأل المقومين في السلع فيخبرونه بذلك، فإنه يحكم بقولهم فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو هذا لا يصح؛ وذلك هو أن ههنا ما هو أكثر، وذلك هو أنه جاهل بالأحكام وطرق الاجتهاد في الحادثة، فإذا كان بهذه المثابة كان جاهلاً فلم يصح منه الحكم. فأما قيمة المقوم في الإلتلاف والرجوع إلى ذلك، فإنما جاز له ذلك بعد علمه بحكم الحادثة وبما حكم فيها، وإنما رجع إلى قولهم وسمع كلامهم بعد علمه بذلك، ومع الجهل بذلك لا يهتدي إلى ذلك. فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

وينبغي للقاضي أن يكون فطنا، متيقظاً، كثير التحرز من الحيل، وما يتم مثله على التغفل أو التناقض أو التهاون⁽⁹⁵⁹⁾. وإنما قلنا ذلك؛ لأن معاني العبارات تختلف فيما يدعى عنده، فربما حكم لغياب فظن أنها كما قال المدعي، فإذا كان متحرزاً فطنا لم يتم عليه ذلك.

فصل:

وينبغي أن يكون عالماً بالشروط عالماً بما لا بد له منه⁽⁹⁶⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن كتابة الشروط هي التي تتضمن حقوق المحكوم له وعليه، والشهادة تسمع بما فيه، فقد يكون العقد واقفاً على وجه يصح أو لا يصح، فوجب أن يكون فيه علم بذلك.

فصل:

وينبغي أن يكون عارفاً بالعربية على قدر ما يحتاج إليه، لاختلاف معاني العبارات وأن

⁽⁹⁵⁹⁾ انظر: النوادر: 8 / 10، المقدمات الممهدة: 2 / 295، المتقن: 7 / 133، المسالك: 5 / 228 وما بعدها، الجواهر: 3 / 89.

⁽⁹⁶⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 17، عقد الجواهر: 3 / 99، الذخيرة: 10 / 18.

الأحكام تختلف باختلاف العبارات⁽⁹⁶¹⁾.

فصل:

وينبغي للقاضي أن يزكى بنظر أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة⁽⁹⁶²⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه يستعين بهم على ما هو سبيله ويتقوى بهم على التوصل إلى ما يثبتونه ويخففون عنه فيما يحتاج إلى استنباط فيه من النظر في القضايا والأحباس والوقوف والقسمة وأموال اليتامى وغير ذلك فيما ينظر فيه. والله تعالى الموفق للصواب.

مسألة:

ولا يجوز للقاضي أن يقلد غيره من العلماء ما دام عليه فسحة في النظر ممهلة يمكنه فيها الاجتهاد⁽⁹⁶³⁾.

وبه قال الشافعي⁽⁹⁶⁴⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يقلد غيره⁽⁹⁶⁵⁾.

ودليلنا: هو أنهما تساوى في معرفة الأحكام، فلا يجوز لأحدهما تقليد الآخر. أصله | [37ب] إذا تساويا.

ولأن من لا يجوز له أن يقلد مثله لا يجوز له أن يقلد من هو فوقه. أصله إذا أشكل أمر القبلية على رجلين، لم يجز لأحدهما أن يقلد الآخر فكذلك في مسألتنا، وهو إذا كان الآخر أعرف منه بالنجوم فإنه لا يقلده ولا يرجع إليه؛ ولأنهما تساويا في أمر الحادثة، فلا يجوز لأحدهما أن يقلد الآخر، أصله التقليد في العقلية، لا يجوز لأحدهما أن يقلد الآخر، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتمج بقوله تعالى: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 43].

⁽⁹⁶¹⁾ انظر: عقد الجواهر الثمينة: 3/ 99، الذخيرة: 10 / 18.

⁽⁹⁶²⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 99، الذخيرة: 10 / 18.

⁽⁹⁶³⁾ انظر: المنتقى: 7 / 123، المسالك: 5 / 241، عقد الجواهر: 3 / 97.

⁽⁹⁶⁴⁾ انظر: الحاوي الكبير: 16 / 52 وما بعدها.

⁽⁹⁶⁵⁾ بدائع الصنائع: 7 / 7 وما بعدها، حاشية ابن عابدين: 5 / 367.

والجواب: هو إنما أراد بذلك العامي أن يسأل العالم بالأحكام وبطرق الاجتهاد.

قالوا: وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «لما مات جعل الأمر شورى في ستة، فأخرج عبد الرحمن بن عوف نفسه من الأمر وجعلوا ذلك إليه»⁽⁹⁶⁶⁾.

وروي أنه قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه: «أبايعك على كتاب الله وسنة نبيه وسنة الشيخين، فقال على كتاب الله وسنة رسول الله وسنة الشيخين، فقال عثمان: نعم، فبايعه وبايعه المسلمون»⁽⁹⁶⁷⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه؛ أن عليا كرم الله وجهه كان يعتقد أن عنده من الاجتهاد ما ليس عند الشيخين، فلذلك لم يدخل تحت ذلك، فدل على أنه يجوز للعالم أن يقلد غيره من العلماء.

والجواب: هو هذا الخبر غير مشهور، وإنما الذي روي أنه قال له: «على كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام».

وجواب آخر: وهو أن رأي كل واحد منهما كان غير رأي الآخر، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه خالف أبا بكر رضي الله عنه في مسائل [جمعة]⁽⁹⁶⁸⁾، وكذلك كل من هؤلاء خالف صاحبه.

والجواب الجيد إن صح ما قالوه: فهو أن عليا كرم الله وجهه إنما قال ذلك له؛ لأنه لا يقدر على ذلك، فقال له: «أبايعك على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجتهد رأيي»، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه خفي عليه أمر الحادثة فجاز له أن يقلد غيره أصله العامي في تقليد العالم.

والجواب: هو ما كان كذلك؛ لأن العامي لا طريق له إلى معرفة ذلك؛ فلذلك جاز له أن يقلد وليس كذلك في مسألتنا لأن له طريقا إلى ذلك فافترقا.

قالوا: ولأن الظنون قد تتزايد، فيجوز أن يكون ظن أحدهما أقوى من ظن الآخر، | [38] فجاز أن يرجع إليه.

⁽⁹⁶⁶⁾ جزء من حديث، أخرجه البخاري، في فضائل الصحابة، باب قصة البيعة، ر: 3700، 3/ 21.

⁽⁹⁶⁷⁾ بقية من حديث قصة البيعة، أخرجه البخاري في فضائل الصحابة، ر: 3700، 3/ 21.

⁽⁹⁶⁸⁾ في الأصل "جماعة"، واستفدت التصحيح من الطرة.

والجواب: هو أن هذا يلزم عليه إذا أخطأ القبلة، وأحدهما أعرف بالنجوم من الآخر؛ فإنه لا يرجع إليه الآخر، وعلى أنا نقول بذلك إذا ضاق عليه الوقت، فإنه يجوز له الرجوع إليه. والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما إن خاف فوات الحادثة متى أخرها إلى أن يلوح له فيها النظر، فضيق عليه فيها؛ فمن أصحابنا من قال: إن الأقوى أنه يجوز له أن يقلد في ذلك، ومنهم من قال: لا يجوز⁽⁹⁶⁹⁾.

فوجه الجواز: هو أن الصحابة رضوان الله عليهم قد كان بعضهم يقلد بعضا في الأحكام، إذا خفي على المقلد منهم طريق النظر بالحكم في الحادثة، ولأن تأخر الحكم يؤدي إلى فوات الغرض وإضاعته؛ فلاجل ذلك قلنا إنه يجوز له ذلك.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز له ذلك لأن له طريق إلى ذلك فلا يلزمه الرجوع إلى غيره.

مسألة:

عندنا أن الأولى للقاضي أن يقضي في المسجد⁽⁹⁷⁰⁾.
وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽⁹⁷¹⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: يكره له ذلك⁽⁹⁷²⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ «كان يقضي في المسجد»⁽⁹⁷³⁾. وكذلك الأئمة

⁽⁹⁶⁹⁾ انظر: المنتقى: 7 / 135.

⁽⁹⁷⁰⁾ انظر: المدونة: 13 / 8، النوادر: 20 / 8، البيان والتحصيل: 386 / 17.

⁽⁹⁷¹⁾ انظر: المبسوط: 16 / 82، بدائع الصنائع: 7 / 15.

⁽⁹⁷²⁾ انظر: المذهب: 2 / 293، الحاوي الكبير: 16 / 31، روضة الطالبين: 11 / 138.

⁽⁹⁷³⁾ من ذلك ما رواه البخاري في صحيحه بسنده إلى ابن شهاب عن سهل بن سعد "أن رجلا قال: يا رسول الله، أ رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، أ يقتله، فتلعنا في المسجد وأنا شاهد"، باب القضاء واللعان في المسجد بين الرجال والنساء، ر: 423، 1 / 153.

وروي في الصحيحين من حديث كعب بن مالك "أنه تقاضى ابن أبي حذرر دينا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتها حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجع حجرته، فنادى: يا كعب، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب، =

الأربعة من بعده فوجب الاقتداء به وبأصحابه من بعده.

وروي عن عثمان وعلي رضوان الله عنهما «أنهما كانا يحكمان في المسجد»⁽⁹⁷⁴⁾.

قالوا: فلعلهما فعلا ذلك على وجه الاتفاق.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك كان منهما فعلا مستداما، وكذلك من الرسول عليه السلام ومن الشيخين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما. ولأن كل موضع جاز دروس العلم فيه جاز الحكم فيه أصله سائر المواضع.

قالوا: المعنى في درس العلم؛ أنه ذكر الله تعالى وليس كذلك الحكم، لأن الخصومات تكره في ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنها إذا حضرا بين يدي الحاكم لم يكن ههنا خصومة ولا سباب، بل ذلك موضع حق وفصل بحكم حق فلم يصح ما قالوه.

وقد قيل: كل موضع جاز الحكم فيه إذا اتفق جاز الحكم فيه وإن لم يتفق أصله سائر المواضع، ولأنه إذا كان ذلك في المسجد، كان أقرب من الوصول إليه لأنه يمنع من ذلك أحد، والناس فيه سواء فكان الحكم فيه أولى.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ سمع رجلا ينشد ضالته في المسجد، فقال رسول الله ﷺ: «أيها الناشد غيرك الواجد»⁽⁹⁷⁵⁾، وروي أنه قال: «لا وجدتها إنما جعلت المساجد لذكر الله

قد فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه"، البخاري في الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد، ر: 457، 1/ 164، ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ر: 1558، ص 636.

⁽⁹⁷⁴⁾ أخرجه البخاري تعليقا في كتاب الأحكام، باب من قضى ولاعن في المسجد، قال: "ولاعن عمر عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم، وقضى شريح والشعبي ويحيى بن يعمر في المسجد، وقضى مروان على زيد بن ثابت باليمن عند المنبر، وكان الحسن وزرارة بن أوفى يقضيان في الرحبة خارجا من المسجد". 3/ 334، وانظر كلام الحافظ بن حجر على هذا الحديث المعلق الذي أورده الإمام البخاري رحمه الله: فتح الباري: 13/ 155.

⁽⁹⁷⁵⁾ أخرجه مسلم في كتاب المساجد، باب النهي عن نشدان الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، ر: 558، ص 225، ولفظ: "أيها الناشد غيرك الواجد"، أخرجه في كنز العمال، 7/ 671.

تعالى»⁽⁹⁷⁶⁾.

والجواب: هو أنه نحن نقول بذلك، فإنه لا يجوز الصياح في المسجد، وإنما يكون على الخصمين إذا حضرا عند الحاكم الوقار والسكينة، وأن يعرف كل واحد منهما ما يقول لصاحبه، فأما الصياح فلا يمكنون من ذلك، بل إن وقع منهم ذلك أمر الحاكم بإخراجهم من المسجد حتى يتراوضان ويتفقان فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه سبب يتوصل به إلى حقوق الأدميين، فلم يجوز ذلك في المسجد. أصله الحبس في المسجد لا يجوز فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا يبطل بما إذا أنفق ذلك فإنه يجوز في المسجد فلم يصح ما قالوه. وأما الحبس إنما لم يجوز في المسجد لأن من شأنه أن يكون المحبوس في موضع لا يتمكن من الخروج منه، والمسجد بخلاف ذلك لأن له أن يدخل ويخرج بلا مانع ولا دافع فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: والمساجد إنما بنيت لذكر الله سبحانه وتعالى، والخصومات عند الأحكام من الحكام يقتحمها الشيطان ويدخلها الكذب في الدعاوى والصياح وغير ذلك فوجب أن يتجنب من ذلك.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا أنفق ذلك، والثاني: هو أنا قد بينا أن الحاكم يأمر بإخراجهما إذا سمع ذلك منهما فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

[39]

فصل: وينبغي للحاكم أن يسوي | بين الخصمين وأن يكون إقباله عليهما على حد سواء⁽⁹⁷⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري، أن سو بين الناس في مجلسك ولحظك»⁽⁹⁷⁸⁾، وكذلك روي الأئمة من بعده بذلك.

فصل:

⁽⁹⁷⁶⁾ أخرجه مسلم في كتاب المساجد، باب النهي عن نشدان الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، ر: 558، ص 225.

⁽⁹⁷⁷⁾ انظر: النوادر: 8 / 40، عقد الجواهر: 3 / 121.

⁽⁹⁷⁸⁾ تقدم تخريجه.

وينبغي أن يبدأ منهما بمن بدأ بالعدوان، فيسمع دعواه ويستوفي الحكم له ثم يثني إلى من بعده، فأما إن تشاحا في التقدمة والتبدئة ولم يعلم صدق أحدهما أقرع بينهما فيبدأ بمن خرج سهمه⁽⁹⁷⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا طريق إلى الفصل بينهما إلا بدليل، ويجوز أن يقال إن ذلك موكل إلى اجتهاده، والإقراع أقرب إلى العدل.

فصل:

وينبغي للحاكم أن يستوفي سماع البيه وأراد الحكم [أن يقول]⁽⁹⁸⁰⁾ للمحكوم عليه أو لوكيله إن لم يحضر أبقيت لك حجة؟، أم هل عندك ما تدفع به حجة خصمك؟، فإذا قال لا: حكم له حينئذ، وإن قال: نعم، وقف وانتظر ما يأتي به، وإن تبين منه الدفع حكم، ولم يلتفت إلى قوله⁽⁹⁸¹⁾.

فصل:

وينبغي أن يكون للحاكم صاحب مسائل، ويكون من أهل الأمانة والتفقه وسيلة عن شهوده ويعول عليه في تعديل من شهد عنده له.⁽⁹⁸²⁾

فصل:

وينبغي لهذا المزمع أن يكون عالما بوجوه التعديل والجرح عارفا بطرق ذلك جميعها⁽⁹⁸³⁾.

فصل:

وللحاكم أن يحكم بشهادة من يعلمه عدلا، وإن يرد شهادة من يعلم بفسقه أو يعلمه غير مستكمل شروط العدالة وليس ذلك حكما بعلمه⁽⁹⁸⁴⁾.

⁽⁹⁷⁹⁾ انظر: النوادر: 8 / 41، الذخيرة: 10 / 67، التوضيح: 7 / 437 وما بعدها.

⁽⁹⁸⁰⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة: 3 / 1502.

⁽⁹⁸¹⁾ انظر: النوادر: 8 / 45، عقد الجواهر: 3 / 121 الذخيرة: 10 / 67.

⁽⁹⁸²⁾ انظر: النوادر: 8 / 10، المقدمات: 2 / 295، عقد الجواهر: 3 / 89.

⁽⁹⁸³⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 124.

⁽⁹⁸⁴⁾ انظر: النوادر: 8 / 48، التفريع: 2 / 239، المنتقى: 7 / 150، عقد الجواهر: 3 / 120.

مسألة:

عندنا لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء، وسواء كان علم بذلك قبل ولايته أو بعد ذلك، وسواء علم ذلك في مجلس حكمه أو في غيره، وسواء كان ذلك في حقوق الله تعالى أو حقوق الآدميين⁽⁹⁸⁵⁾.

وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحابنا: يجوز أن يحكم بعلمه في مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم واعترف بحق خصمه⁽⁹⁸⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: يحكم بعلمه في حقوق الآدميين فيما علمه بعد القضاء، فأما ما علمه قبل ذلك، فلا يحكم فيه بعلمه⁽⁹⁸⁷⁾.

وقال الشافعي في أحد قولي: يحكم بعلمه فيما يتعلق بحقوق الآدميين⁽⁹⁸⁸⁾. وله أيضا قولان⁽⁹⁸⁹⁾، فهي حقوق الله تعالى.

ودليلنا قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: 4]، فأمر بالجلد متى لم تقم بينة على ما رميت به المقذوفة.

وروي أن رسول الله ﷺ قال في حديث هلال بن أمية لما لاعن زوجته: «إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لهلال، وإن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو للشريك بن السحماء»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها»⁽⁹⁹⁰⁾.

فوجه الدليل منه، أنه ﷺ علم أنها زنت؛ لأنه أخبر عليه السلام، أنها إن جاءت به على

⁽⁹⁸⁵⁾ انظر: التفریع: 2 / 245، الذخيرة: 10 / 109

⁽⁹⁸⁶⁾ انظر: النوادر: 8 / 65، عقد الجواهر الثمينة: 3 / 133، الذخيرة: 10 / 109.

⁽⁹⁸⁷⁾ هكذا في الأصل.

⁽⁹⁸⁸⁾ انظر: الأم: 6 / 216، الحاوي الكبير: 16 / 641.

⁽⁹⁸⁹⁾ القولان هما: للقاضي أن يقضي بكل ما علم قبل الولاية وبعدها في مجلس الحكم وغيره من حقوق الآدميين، والثاني لا يقضي بشيء من علمه في مجلس الحكم ولا غيره". انظر: الحاوي الكبير: 16 / 641

⁽⁹⁹⁰⁾ أخرجه البخاري في الطلاق، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: لو كنت راجما بغير بينة، ر: 5310، 3 / 415، ومسلم في اللعان، باب وجوب الإحداد في عدة، ر: 1497، ص 606.

نعت كذا فهو لغير زوجها، ثم إنه عليه السلام لم يحكم بالحد لعدم البيّنة، وعندهم يجب أن يرحمها إذا علم بذلك.

وروي أن رسول الله ﷺ «بعث أبا جهم مصدّقا، فلاجّه رجلان فشجها فأتيا النبي ﷺ يطلبان القصاص، فبذل لهما مالا فتراضيا بذلك»، فقال عليه السلام: «إني أخطب الناس فأذكر لهم ذلك أفرضيتما، قالوا: نعم»، فخطب الناس فقال لهما: "أرضيتما"، بعد أن ذكر القصة فقالا لا، فهم بهما المهاجرون والأنصار فمنعهم النبي ﷺ، ثم نزل عليه السلام فزادهما فرضيا، فصعد المنبر فقال: "أرضيتما: فقالا: نعم" (991).

فموضع الدليل منه: أنه عليه السلام لم يحكم عليهما بعلمه لما جحدا أن يكونا رضيا، وهذا من حقوق الآدميين، وعلم ﷺ برضاهما، ولم يحكم بعلمه في ذلك أولا، فلم يصح ما قالوه.

ولأنه ﷺ امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم، وقال ﷺ: «لئلا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه» (992)، وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا كفرهم كعلمه بذلك ﷺ.

ولأن المسألة إجماع الصحابة، وذلك أنه روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه قال: «لو رأيت رجلا على حد من حدود الله عز وجل ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة» (993)، ولم يخالفه على ذلك أحد من الصحابة، فدل على أن ذلك إجماع منهم على ذلك.

والقياس: هو أنه حكم بعلمه فلا يجوز، أصله إذا حكم بعلمه في الحدود، لأنهم يسلمون ذلك على أحد القولين، وأبو حنيفة يسلم ذلك.

[40] ولأن الحاكم غير معصوم، ولا يجوز له أن يحكم أصله سائر الناس، ولأنه قد تلحقه المظنة | والتهمة في أن يحكم لوليه على عدوه، وإذا كان كذلك وجب حسم الباب؛ وذلك

(991) أخرجه أبو داود في الديات، باب العامل يصاب على يديه خطأ، ر: 4543، ص: 495، وابن ماجه في الديات، باب الجراح يقتدى بالقود ر: 2638، 2 / 881، والنسائي في القسامة، باب السلطان يصاب على يديه، ر: 4778، 8 / 35. قال ابن ماجه عقبه: سمعت محمد بن يحيى يقول: تفرد بهذا معمر لا أعلم رواه غيره.

(992) أخرجه البخاري في التفسير، باب يقولون لئن رجعنا إلى المدينة، ر: 4907، 3 / 311، ومسلم في البر والصلة، باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما، ر: 4258، ص: 1041.

(993) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال: ليس للقااضي أن يقضي بعلمه، 10 / 144. وسنده منقطع، فقد حكم بانقطاعه الحافظ ابن حجر في التلخيص. انظر: التلخيص: 4 / 197.

لأنه ربما ادعى عليه ذلك وربما وقع ذلك منه، فلهحق الناس أدية منه، فإذا منعناه من ذلك زالت التهمة عنه في ذلك، فكان أولى.

وعلى قول أبي حنيفة؛ هو أنه حكم بعلمه فوجب أن لا يجوز. أصله إذا علم بذلك قبل ولايته، ولا يلزم عليه إذا شهدوا عنده قبل الولاية بذلك، فإنه لا يحكم بذلك إذا ولي. وإذا شهدوا بعد الولاية حكم، لأن في تلك الحالة ما كانت شهادة، وإنما كان ذلك إخبار منهم بذلك. ألا ترى أن ذلك لا ينفذ الحكم له فوجود ذلك وعدمه سواء.

واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَن أٰحْكُمَ بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: 49].

والجواب: هو أن هذه الآية ما تناولت ما اختلفا فيه، وذلك أن الآية إنما أراد أنهما يعلمان بحكم الحاكم بما أنزل الله، وأن لا يخالف ذلك، وهو إذا حكم بعلمه فقد خالف ما أنزل الله تعالى. لأنه أخذ عليه أن لا يحكم إلا بعد أن يسمع البينة والإقرار، وما لم يسمع فلا يجوز له الإقدام عليه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أحكم بالظاهر والسرائر إلى الله تعالى جل اسمه»⁽⁹⁹⁴⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك أنه لا يعلم المحق من غير المحق، فإذا ثبتت عنده البينة أو لا تحرى وبالحق حكم.

وكذلك قال ﷺ: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أحكم بما أسمع، فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار»⁽⁹⁹⁵⁾ فدل على ما ذكرناه.

قالوا: وروي «أن هندا جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي، أفأخذ من ماله؟»، فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك

⁽⁹⁹⁴⁾ قال الحافظ السخاوي في المقاصد الحسنة: "لا وجود له في كتب الحديث المشهورة ولا الأجزاء المشورة، وجزم العراقي بأنه لا أصل له، وأنكره المزي وغيره". انظر: المقاصد الحسنة: 162.

⁽⁹⁹⁵⁾ أخرجه البخاري في الأحكام، باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه، ر: 7181، 4 / 338، ومسلم في الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، ر: 1713، ص: 711.

وولدك بالمعروف»⁽⁹⁹⁶⁾.

قالوا: وهذا يدل على جواز الحكم بالعلم.

والجواب: هو هذا الخبر لا حجة فيه على الحكم بعلمه؛ وإنما ذلك منه ﷺ على طريق الفتيا؛ لأن نفقتها واجبة على زوجها، فأفتاها أن لها أن تأخذ من ماله كفايتها؛ ألا ترى أنها تستفتيه ﷺ | في ذلك، ولم يكن ذلك حكماً منه بالعلم، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه حصل له العلم في الشيء المقضي به فجاز له الحكم به أصله إذا علم بذلك بعد الولاية.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل؛ لأن عندنا لا يجوز له أن يحكم بعلمه سواء كان علم بذلك قبل الولاية أو بعدها فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه إذا جاز له أن يحكم بشهادة الشاهدين المظنونين فأولى أن يحكم بعلمه ومعرفته، لأن ذلك ليس بمظنون.

والجواب: هو أن هذا يلزم عليه الحدود فكان يجب أن تقولوا: إنه يحكم فلا يلتفت إلى الشهود.

قالوا: ففي أحد القولين يجوز ذلك.

والجواب: هو أنا قد أبطلنا ذلك بالدليل الذي ذكرناه، وهو الإجماع من الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك، فلا يلتفت إلى قول من أحدث خلاف قولهم.

قالوا: المعنى في الحدود إذا سلمنا؛ هو أن الله تعالى ما أذن فيها، وذلك أنه ندب فيها إلى الستر وليس كذلك حقوق الأدميين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه لا فرق بين حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى؛ ولأن الله تعالى أمر بحفظ الأموال كما أمر بحفظ الدماء، فإذا لم يجز الإقدام على الحكم بالعلم في الدماء فكذلك يجب أن يكون في الأموال فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

⁽⁹⁹⁶⁾ أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ر: 2211، 2/ 115، ومسلم في الأقضية، باب قضية هند، ر: 1714، ص 711.

إذا ثبت أنه لا يحكم بعلمه أصلاً فله أن ينفذ الحكم بعلمه بعدالة الشهود العدول، ويقف عنه بعلمه بفسقهم، وليس ذلك حكماً منه⁽⁹⁹⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن غيره من الأحكام يجوز له أن يحكم بشهادتهم، ولو كان ذلك حكماً منه بالعلم لم يجز لمن جاء بعده أن يحكم بشهادة من قد رد الحاكم شهادته للذي قبله، كما لا يجوز له نقض حكم حاكم مما يسوغ الحكم به.

فصل:

وإذا علم الحاكم شيئاً ومنعناه من الحكم به، فإنه يكون شاهداً لمن له الحكم، فيرفع ذلك إلى الإمام أو إلى غيره من الأحكام، ويدعي صاحب الحق بشهادة الحاكم له، فيكون الحاكم كأحد الشهود فيعمل فيه | كما يعمل في شهادة الشاهد في سائر الحقوق⁽⁹⁹⁸⁾. [41أ]

مسألة:

عندنا أن القاذف إذا تاب قبلت شهادته⁽⁹⁹⁹⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽¹⁰⁰⁰⁾.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادته وإن تاب⁽¹⁰⁰¹⁾.

ودليلنا قوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: 4] إلى قوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾، فوجه الدليل منه: هو أن الاستثناء إذا ذكر عقب جملة فإنه يرجع إلى جميع الجملة كالشرط. وذلك أن الله تعالى ذكر الجلد وذكر الشهادة والفسق، ثم قال: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾، فعلم أن التوبة تسقط جميع ما تقدم.

والثاني: هو أن الله تعالى ذكر حكماً وعلل بعلة ثم عقب بالاستثناء، فوجب أن يكون ذلك راجعاً إلى الحكم لا إلى العلة، وصار ذلك بمنزلة ما لو قال: أعط زيدا درهماً لأنه أخي إلا أن يستغني، وقوله إلا أن يستغني راجع إلى الإعطاء، لا أن معنى ذلك إلا أن يستغني فلا

⁽⁹⁹⁷⁾ انظر: النوادر: 8 / 65، التفريع: 2 / 245.

⁽⁹⁹⁸⁾ انظر: النوادر: 8 / 65، التفريع: 2 / 245.

⁽⁹⁹⁹⁾ انظر: الموطأ: 2 / 262، المدونة: 4 / 23، النوادر: 8 / 337، 338، الكافي: 2 / 897.

⁽¹⁰⁰⁰⁾ انظر: الأم: 7 / 26، الحاوي الكبير: 17 / 45.

⁽¹⁰⁰¹⁾ انظر: المبسوط: 9 / 70.

يكون أخى، فدل على ما ذكرناه.

ولأن المسألة إجماع الصحابة، وذلك «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما جلد قذفة المغيرة بن شعبة، قال لهم بحضرة الصحابة توبوا تقبل شهادتكم، فتاب منهم اثنان فقبلت شهادتهما، وقال لأبي بكر: تب تقبل شهادتك، فقال لا أتوب، فكان إذا قيل له: اشهد، قال: إن المسلمين فسقوني»⁽¹⁰⁰²⁾.

فموضع الدليل منه: أن عمر قال لهم بحضرة الصحابة توبوا وقبل شهادة من تاب ولم يقبل شهادة من لم يتب فدل بذلك على صحة ما ذكرناه.

والقياس: هو أنه قاذف، فإذا تاب قبلت شهادته أصله الكافر إذا قذف مسلماً ثم تاب وأسلم.

قالوا: المعنى في الكافر أنه لو شهد عند الحاكم شهادة فردها ثم أسلم وشهد عنده بتلك الشهادة، فإن الحاكم يقبلها وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الفاسق إذا شهد في حال فسقه فردت شهادته ثم تاب وأصلح فيشهد عند الحاكم بتلك الشهادة، لم يقبلها ولم يلتفت إلى ذلك فدل على ما ذكرناه.

والجواب: هو أن هذا لا يلزمنا نحن، وذلك أن عندنا إذا شهد بذلك الكافر والصبي والعبد ثم رد ذلك الحاكم وشهدوا بذلك، فإنها لا تقبل منهم، فلم يصح ما قالوه، ولا فرق بين الموضعين.

وقياس | آخر: وهو أنه حد وجب لأجل كبيرة، فإذا تاب منه بعد الحد قبلت شهادته، فكان في مسألتنا للذي هو أضعف أولى أن تقبل شهادته إذا تاب، ولأن من قبلت شهادته قبل الجلد قبلت شهادته بعد الجلد إذا تاب. أصله إذا زنى فحد ثم تاب.

واستدلال في المسألة؛ وذلك أن الحدود في المسلمين كفارات وتطهر، والذي يدل على

⁽¹⁰⁰²⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى بألفاظ مختلفة، باب شهادة القاذف، 10 / 152. وقال ابن حزم في المحلى: "وأما الرواية عن أبي بكر: "إن المسلمين فسقوني"، فمعاذ الله أن يصح، ما سمعنا أن مسلماً فسق أباً بكره ولا امتنع من قبول شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في أحكام الدين". المحلى: 9 / 433.

ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الحدود كفارات لأهلها»⁽¹⁰⁰³⁾.

وقال عليه السلام في الغامدية لما رجمها: "لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ما تقدم من ذنبه"⁽¹⁰⁰⁴⁾.

فإذا ثبت أن ذلك طهرة له وجب أن لا يؤثر ذلك في شهادته إذا تاب من ذلك، لأن أكبر المعاصي الكفر، ثم إذا تاب منه قبلت شهادته.

والذي يدل على ذلك: ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: "قلت يا رسول الله: ما أكبر الكبائر؟ قال: أن تجعل لله شريكا وهو خلقك، قلت: ثم أي؟، قال: أن تقتل ولدك خوفا أن يأكل معك، ثم قلت أي؟، قال: أن تزني بحليلة جارك"⁽¹⁰⁰⁵⁾.

ثم ثبت وتقرر أن التوبة من جميع ذلك لا تمنع من قبول الشهادة، وكذلك في الأقل والأدون أولى بالقبول من ذلك.

وقد قيل: إن الحد استيفاء حق فجاز أن لا يمنع من قبول الشهادة. أصله سائر الحقوق.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: 4]، وهذا نهى، والنهي للتكرار والدوام.

والثاني: هو أنه تعالى قال: أبدا، وهذا يقتضي التأبید.

والجواب: هو أن هذه الآية لا حجة لكم فيها، لأنه تعالى ذكر شرطا وذكر جملة وذكر استثناء، ومن شأن الاستثناء أن يعود إلى جميع ما تقدم.

قالوا: فلا استثناء يجب أن يرجع إلى أقرب المذكور.

والجواب: هو أنه يحمل على جميع ما تقدم على ما ذكرناه وبيناه.

⁽¹⁰⁰³⁾ أخرجه الحاكم في المستدرک، کتاب الإیمان، 1/ 36، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولا أعلم له علة ولم يخرجاه، وأخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحدود كفارت، 8/ 329.

⁽¹⁰⁰⁴⁾ أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه، ر: 1695، ص: 704، وأخرجه أبو داود في كتاب الحدود، باب المرأة التي أمر النبي صلى الله عليه وسلم برجمها، ر: 4442، ص 484.

⁽¹⁰⁰⁵⁾ أخرجه البخاري في الحدود، باب إثم الزناة، ر: 6811، 4/ 252.

وأما ما قالوه من أن النهي يقتضي التكرار، فإنما يقتضي ذلك ما لم يتيب؛ فأما إذا تاب فقد زال النهي بذلك، وأما ما ذكروه من التأييد، فإنما ذكر ذلك على وجه التنبيه، وذلك أن القذف من أدنى الكبائر فذكر فيه التأييد لينبه على أن القتل | والزنا غيره، فلا تقبل شهادته [42] قبل التوبة، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه حد في القذف حدا كاملا في حال إسلامه فوجب أن لا يقبل شهادته أصله إذا لم يتيب.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم حد بالقذف، لأنه لو كان ذلك في الزنا والشرب وغيره كان بهذه المثابة.

والثاني: هو أنكم علقتم على العلة ضد المقتضى؛ وذلك أن الحدود طهارة للمسلم وما كان هذا سبيله فلا يقتضي تأييد الفسق فيه إذا وجدت التوبة بعده. والمعنى في الأصل: إنما لم تقبل شهادته لأنه مصر على ذنبه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قد تاب وأتاب فوجب أن تقبل شهادته، أصله إذا تاب من سائر المعاصي التي هي أكبر من القذف.

قالوا: ولأنه أحد نوعي الخطاب، ومع ذلك إذا تاب سقط ذلك عنه كالسارق والزاني والشارب كل هؤلاء لا يسقط عنهم الحد، وإذا تابوا قبلت شهادتهم.

وأما المعنى في الأصل، وهو الحد إذا لم يسقط عنه التوبة لأنه حق آدمي، وحقوق الآدميين لا تسقط بالتوبة وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا من حقوق الله تعالى، وذلك يسقط بالتوبة كالسرقة والزنا والشرب وغير ذلك، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن رد الشهادة بالحد عقوبتان، قالوا: والذي يدل على ذلك، أنه إذا ردت شهادته صغر في أعين الناس كما إذا حد سقط من أعين الناس، فإذا كان الأمر على هذا؛ وقد ثبت أن إسقاط الحد لا يجوز، فكذلك رد شهادته وجب أن لا تجوز.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه عندنا وعندكم قبل الحد على ظاهر العدالة بقبول الشهادة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن هذا العضو الذي هو اللسان يجب أن تكون له عقوبة في القذف، كما أن السارق إذا سرق قطع، والمحارب إذا حارب قطع، فكذلك وجب أن يعاقب هذا اللسان، وعقوبته أن لا تقبل منه شهادة أبدا.

والجواب: هو أن هذا ليس بشيء، لأنه لو كان على هذا القياس لوجب أيضا أن نعاقب الزاني بقطع ذكره، لأنه به فعل، فلم يصح ما قالوه. والله أعلم بذلك.

فصل:

وإذا تاب شاهد الزور وعرفت توبته قبلت شهادته⁽¹⁰⁰⁶⁾.

وقال عبد الملك بن الماجشون⁽¹⁰⁰⁷⁾: لا تقبل شهادته⁽¹⁰⁰⁸⁾.

وإنما قلنا إنها تقبل؛ لأن فسقه يزول بالتوبة، فوجب أن تقبل شهادته أصله شارب الخمر إذا تاب وغيره من الفساق.

ووجه ما قاله | عبد الملك: هو أنه لا يتوصل إلى توبته وإلى العلم بذلك، لأنه لا يقدر أن يزيد على ما كان عليه، وقد كان بتلك الصفة وهو فاسق فأشكل أمره، فوجب أن لا تقبل شهادته، فهو عنده كالزنديق الذي لا ظاهر له ينتقل إليه فلذلك قال أنه لا تقبل.

مسألة:

عند مالك رحمه الله: أن شهادة الصبيان تقبل في الجراح والقتل⁽¹⁰⁰⁹⁾، ولذلك شرائط تسعة، ونحن نبين فيما بعد إن شاء الله⁽¹⁰¹⁰⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: لا يقبل بوجه ولا سبب⁽¹⁰¹¹⁾.

ودليلنا إجماع الصحابة، وذلك أنه روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أنه قبل شهادة الصبيان في الجراح والقتل»⁽¹⁰¹²⁾.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ انظر: البيان والتحصيل: 10 / 224، عقد الجواهر: 3 / 147، الذخيرة: 10 / 229.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ انظر: النوادر: 8 / 390.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ في المدونة عن مالك أنه قال: "ولا تقبل له شهادة أبدا وإن تاب وحسنت حاله". انظر: المدونة: 4 / 58، منح الجليل: 8 / 303.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 26، الرسالة: 133، التفریع: 2 / 237، البيان والتحصيل: 10 / 180 وما بعدها، الكافي: 2 / 908، الذخيرة: 10 / 209.

⁽¹⁰¹⁰⁾ انظر: ص: 95.

⁽¹⁰¹¹⁾ انظر: المبسوط: 16 / 136، الأم: 51 / 20، المجموع: 20 / 251، الشرح الكبير على متن المقنع: 29 / 321.

⁽¹⁰¹²⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر.

وروي عن علي كرم الله وجهه «أنه كان يأخذ بأول شهادة الصبيان»⁽¹⁰¹³⁾.

وروى مالك عن هشام بن عروة عن أبيه «أن عبد الله بن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان بينهم في الجراح»⁽¹⁰¹⁴⁾.

وروى قتادة⁽¹⁰¹⁵⁾ عن معاوية بن أبي سفيان: «أنه كان يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا»⁽¹⁰¹⁶⁾.

وهذا إجماع منهم على ذلك⁽¹⁰¹⁷⁾ وفي أحدهم كفاية، فكيف وقد أجمعوا، ولا سيما (أن)⁽¹⁰¹⁸⁾ ذلك أمر قد اشتهر وظهر⁽¹⁰¹⁹⁾، لأنه في القتل، ومثل هذا لا يكاد يخفى، فلو كان أحد خالف لظهر ذلك.

قالوا: فعبد الله بن عبد عباس خالف في ذلك.

والجواب: هو أنه لم يصرح بخلافهم في ذلك، ولو صرح لكان قول الأئمة مقدم على قوله، وهو عمر وعلي ومعاوية، وابن عباس كان يتعلم من عمر وعلي، فلم يصح ما قالوه. وجواب آخر: وهو أنه لو صح ذلك عنه؛ لحملناه على غير الجراح والقتل، وأنهم لا تقبل شهادتهم في ذلك، واستعمال أقوال الجميع أولى من استعمال قول البعض وترك البعض، فلم يصح ما قالوه.

⁽¹⁰¹³⁾ أخرجه عبد الرزاق، في كتاب الشهادات، ر: 15503، 8 / 350، وابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب في شهادة الصبيان، 6 / 285.

⁽¹⁰¹⁴⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في شهادة الصبيان، ر: 2126، 2 / 268. ورواه البيهقي في الكبرى، باب من رد شهادة الصبيان، 10 / 162.

⁽¹⁰¹⁵⁾ قتادة بن دعامة بن عزيز، من التابعين، كان حافظاً ومحدثاً ومفسراً، ومن أوعية العلم ومضرب المثل في الحفظ، روى عن خلق من الصحابة رضوان الله عليهم، ولد سنة ستين وتوفي سنة ثمان عشرة ومائة، رحمه الله. السير: 5 / 269-283. الطبقات الكبرى: 7 / 229.

⁽¹⁰¹⁶⁾ أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ر: 15501، 8 / 350، ولفظه عنده: "أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: أخبرت أن شريحاً أجاز شهادة الصبيان، وأن معاوية قال: إذا أخذوا عند ذلك".

⁽¹⁰¹⁷⁾ قال مالك في موطئه: "الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم". انظر: الموطأ: 2 / 269.

⁽¹⁰¹⁸⁾ في الأصل: (و).

⁽¹⁰¹⁹⁾ انظر: الذب عن مذهب مالك: 2 / 445، 447.

والقياس: هو أنه يصح إذنه في دخوله الدار فجازت شهادته أصله البالغ، أو لأنه حر تقبل الهدية منه فجاز أن يكون له مدخل في الشهادة أصله ما ذكرناه. أولاً أنه حر يصح وضوءه فكان له مدخل في الشهادة في حال دون حال أصله البالغ.

قالوا: المعنى في البالغ أنه مكلف، فلذلك قبلت شهادته وليس كذلك في مسألتنا، لأنه غير مكلف فلا تقبل شهادته.

[43] والجواب: | هو أنه ينكسر هذا الفرق بوصف العلة، وهو أنه يصح وضوءه ويصح إذنه في دخول الدار ويصح قبول الهدية منه، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الأصل وهو البالغ، أنه تقبل شهادته في الأموال، فلذلك قبلت شهادته في القتل والجراح وليس كذلك الصبي؛ لأنه لما لم تقبل شهادته في الأموال التي هي أخفض حرمة، فأولى أن لا تقبل في القتل والجراح.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا تقبل شهادته في شيء وتقبل في شيء آخر، ألا ترى أن النساء يقبلن وإن لم يقبلن في القتل والجراح، وكذلك يقبلن في الرضاع وإن لم يقبلن في النكاح، وكذلك الأب يقبل على ولده ولا يقبل له، وكذلك العدو يقبل على غير عدوه ولا يقبل على عدوه، فكذلك أيضاً في مسألتنا وجب أن تقبل شهادة الصبيان في القتل والجراح لأجل الضرورة، وإن لم تقبل شهادتهم في سائر الحقوق، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه من جاز أن يكون إماماً جاز أن يكون شاهداً أصله البالغ. ولأنه حر تصح وصيته فجاز أن يكون من أهل الشهادة، أصله البالغ.

واستدلال في المسألة: وذلك أن الضرورة تدعو إلى شهادتهم في ذلك، وذلك أنا لو لم نقبل شهادتهم لأدّى إلى أمر ممنوع منها، وذلك أن صاحب الشريعة عليه السلام ندب تمرينهم على الحرب وتعليمهم الرمي والصراع واستعمال السلاح للحاجة إلى القتال والجهاد، وذلك مما يجب أن يمرنوا عليه وبالقوة من الصغر ليثبتوا عليه وبالقوة، ومعلوم أنه لا بد أن يخلوا بنفوسهم لما يتعاطونه بينهم من ذلك، و [لا]⁽¹⁰²⁰⁾ سيما العرب، فإن ذلك لها مع أولادها عادة قد طلّعوا عليها، فلو انتظروا أن يوسطوا أمرهم لكبير يكون معهم لضاق ذلك عليهم، لأن ذلك لهم عادة في كل وقت، يركبون الخيل وهم من الجنس المحقونة

(1020) سقطت من الأصل.

دماؤهم، وكانت الجراح والدماء قد غلظ أمرها وشدت في أمرها بما زيدت به على سائر الحقوق، فقبلت فيها الأيمان مع اللوث⁽¹⁰²¹⁾، وليس ذلك في غير ذلك من الحقوق حيطة، ومعلوم أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يكون بينهم الجراح التي ربما أدى ذلك إلى القتل أو إلى ما دونه، فلو لم تقبل شهادتهم لأدى ذلك إلى أشياء كلها ممنوعة، إما أن لا يجوز لهم التعليم إلى أن يبلغوا وذلك خلاف الإجماع، أو إلى أن لا يمكنوا من الرمي ولا علاج بسيف ولا رمح إلا إذا كان معهم شهود عدول، وهذا أمر متعذر ومؤد إلى أن لا يتعلموا أو إلى أن لا يفعلوا من ذلك ما لا يؤدي إلى جرح، وذلك غير منضبط ولا ممكن لهم، أو إلى أن ذلك إن جرى لهدرت دماهم وإضاعته وذل أيضاً ممنوع منه؛ لأننا لا يجوز لنا أن نبيحهم ما يؤدي إلى هدر دماهم وإضاعته فلم يبق إلا ما قلناه من قبول شهادتهم على الوجه الذي نذكره.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282].

قالوا: وهذا يمنع من شهادة غير البالغين.

والجواب: هو أن هذه الآية عامة، وما ذكرناه من قول الصحابة خاص، والخاص يقضي على العام.

قالوا: فقد قال تعالى: ﴿ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، والصبي لا يتناول اسم عدل.

والجواب: هو أنه عام وما ذكرناه خاص.

قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة»⁽¹⁰²²⁾ فذكر «الصبي حتى يبلغ» ورفع القلم يقتضي أنه لا حكم لقوله.

والجواب: هو أنا نحمله على هذا، بدليل فعل الصحابة. فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه غير مكلف فوجب أن لا تقبل شهادته، أصله إذا شهد في غير القتل

⁽¹⁰²¹⁾ اللوث: "هي الشهادة التي ليست بتامة، كأنها لاثت أي التبتت في الحكم، إذ لم تكن قاطعة". التنبيهات: 2169 / 4.

⁽¹⁰²²⁾ أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ر: 4401، ص: 480، والترمذي، في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ر: 1423، 4 / 32. قال الحافظ في الدراية: "أخرجه الأربعة إلا الترمذي وصححه الحاكم"، الدراية: 1 / 248، وقال صاحب نصب الراية: رواه الحاكم في المستدرک، وقال: على شرط مسلم، نصب الراية: 2 / 333.

والجراح.

والجواب: هو أنه وإن كان غير مكلف إلا أنه ممن يصح إذنه وممن يصح وضوؤه وممن يصح أن يكون إماماً في الصلاة، فما كان يمتنع أيضاً أن يكون من أهل الشهادة في حال دون حال.

والثاني: هو أنه لا تأثير لقولكم غير مكلف، لأنه لو كان مكلفاً كان بهذه المثابة، لأنه لو أراد أن يشهد مع غيره أن زيدا قتل أخاه أو أباه أو جرحه لم يقبل منه ذلك، فلم يصح ما قالوه.

والمعنى في الأصل: وهو غير الجراح إنما لم تقبل شهادته في ذلك، لأن ذلك مما يمكن إسهاد البالغين عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ربما وقع ذلك فيما بينهم في المواضع التي لا يكون هناك بالغ كبير، يشاهددهم ويؤدي ذلك إلى هدر دمائهم فدعت الحاجة إلى قبول شهادتهم.

ولأن الله تعالى غلظ في حفظها ما لم يغلظ في الأموال، فلا يجوز أن يهدر ذلك مع كونهم من الجنس المحقون دماؤهم، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

[44]

قالوا: ولأن من لا يلزمه حق بقوله وجب أن لا يلزم غيره حق بشهادته | أصله المجنون.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا يلزمه حق بقوله، ويلزم غيره حق بشهادته. ألا ترى إلى أن الأب لو قال أخذت من مال ابني أو عبدي لم يلزمه بذلك حق الإقرار بشيء. ولو شهد أن عبده أو ابنه أخذ من مال زيد شيئاً قبلت شهادته، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: هو إنما لم نقبل إقرار الصبي على نفسه لأن إقراره لا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يقر بقتل أو جرح أو يقر بما لا يلزمه في نفسه، فإن كان في قتل أو جرح فلا نقبله فعمده عندنا هو خطأ، فيعود ذلك إلى الدية التي تلزم العاقلة، وإقرار الإنسان على غيره لا يقبل ولا يسمع، وإن كان إقراره بما لا يقبل كما لا تقبل شهادته في شيء من الأموال، وهذا كما لم يقبل إقرار الإنسان على غيره، وإن كنا نقبل شهادته على غيره، فلم يصح ما قالوه.

والمعنى في المجنون: أنه لا يجوز أن يكون إماماً ولا تقبل الهدية من يده، ولا يصح إذنه في دخول الدار ولا يصح وضوؤه، وليس كذلك في مسألتنا، فإن هذا مما يصح منه جميع ذلك. فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لا يصح طلاقه ولا نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه، فلا تصح شهادته. أصله ما ذكره من المجنون.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم أنه لا يصح نكاحه؛ لأنه لو صح نكاحه، كان بهذه المثابة، وهو العبد، وكذلك النكاح، وكذلك البيع والشراء، ولأنه لا يمتنع أن لا يصح منه هذه الأشياء، وتصح منه الشهادة، ألا ترى أنه يصح أن يكون إماماً وهذا أقرب إلى الشهادة من البيع وغيره، وكذلك وضوؤه وإذنه في الدخول في الدار يصح، ووصيته تصح عندنا وعندكم على أحد قوليك. والمعنى في المجنون ما تقدم فأغنى ذكره.

قالوا: فيجب أن تجزوا شهادة صبيان أهل الذمة بعضهم على بعض في الدية، لأن دماءهم محقونة والضرورة داعية إلى ذلك.

والجواب: هو إنما لم تجز شهادتهم لأنهم ليسوا من جنس من تقبل شهادتهم.

والثاني: هو أنا لا نبيح لهم تعلم القتال ولا الاجتماع عليه ولا لدمائهم حرمة كحرمة دماء المسلمين. ولهذا لا يدخله القسامة ولا القصاص بين المسلمين وبينهم.

قالوا: فيجب أن تجزوا شهادتهم في تمزيق ثيابهم في الخلوات لأن ذلك حال ضرورة أيضاً.

[44ب]

والجواب: هو أنه ما جرت عادة الصبيان يجتمعون لتمزيق ثيابهم | وإنما جرت عادتهم لاجتماع الرمي والعلاج بالسلاح، هذه عادة العرب، ونحن لا نتكلم على عادة (...) (1023) أو من لا خير فيهم، ولأننا لو رأيناهم اجتمعوا لذلك منعناهم من ذلك، وفي اجتماعهم الذي هم مندوبون لذلك فلم يصح ما قالوه، ولأن ذلك مال، وقد بينا أن الدماء يحتاط لها ما لا يحتاط للأموال فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن النساء يجتمعن في الولائم المباحة ويجري بينهن القتل والجراح، فهل يجب

(1023) كلمة لم أتبينها.

أن نقبل شهادتهم في ذلك، لأن حضورهم لذلك مباح، ولما منعتهم من ذلك، دل على أنه لا مدخل لهم في الشهادة على ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن ما جرت العادة بأن النساء يحضرن الولائم للقتال، ولا للجراح، وإنما يحضرن للفرح والأكل والشرب، وليس كذلك الصبيان؛ لأنهم خلوا بأنفسهم للضرب والطعن وهم مندوبون لأجل ذلك، فلو قلنا أنه لا تقبل شهادتهم في ذلك لأدعى إلى هدر دمائهم وإضاعته، وذلك لا يجوز في الدين فاحتطنا لهم، وليس من احتاط الدين كمن ضيع. والله أعلم بذلك.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه من قبول شهادتهم في القتل والجراح؛ فإن ذلك على تسعة شرائط: أحدها: أن يكونوا ممن يعقل الشهادة؛ وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغرض من قبول الشهادة أن يؤدوا إلينا ما علموا من حال الحادثة التي يشهدون بها، وذلك لا يتأتى إلا من عاقل مميز، فلذلك شرطنا ذلك.

والثاني: أن يكونوا ذكورا، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الإناث لا مدخل لهن في إثبات الدماء. وقد روي عن مالك رحمه الله: جواز شهادة إناث الأحرار⁽¹⁰²⁴⁾ ووجه ذلك أنه لو ثبت فأشبهه البالغين.

والثالث: أن يكونوا أحرارا. وإنما قلنا ذلك؛ لأن العبيد لا مدخل لجنسهم في الشهادة أصلا ولا يلطخ بها في دم.

والرابع: أن يكونوا مسلمين. وإنما قلنا ذلك؛ لأن البالغين من الكفار لا تقبل شهادتهم، والأصاغر أولى أن لا تقبل.

والخامس: أن يكون ذلك في قتل أو جراح، وبعض أصحابنا⁽¹⁰²⁵⁾ يقول: أن يكون ذلك دون القتل⁽¹⁰²⁶⁾، وإنما قلنا ذلك: لحرمة الدماء ووجوب حفظها وعدم الضرورة في [45]

⁽¹⁰²⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 26، الكافي: 470، البيان والتحصيل: 9/ 476، الذخيرة: 10/ 210

⁽¹⁰²⁵⁾ يقصد الإمام أشهب بن عبد العزيز: في قوله: "إنما تجوز شهادتهم فيما دون القتل". انظر: النوادر: 8/ 426.

⁽¹⁰²⁶⁾ انظر: النوادر: 8/ 426، الكافي: 470، البيان والتحصيل: 10/ 180، عقد الجواهر: 3/ 138

ذلك | إلى غيرها.

ووجه من فرق بين القتل والجراح من أصحابنا: هو أنه قال: أن القتل أغلظ أمرا من الجراح، بدليل أن القسامة تدخله ولا تدخل الجراح، ولأن شهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على أضعف الأمرين. والصحيح التسوية بينهما، وإنما كان كذلك، لأن الواجب بذلك مال، فلا معنى للتفرقة بينهما. وهذا هو الأصح.

والسادس: هو أن يكون ذلك بينهم، لا لصبي على بالغ ولا لبالح على صبي، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الكبير لا ضرورة به إلى مخالطة الصبيان، ولأن قولهم سقط مع شهادة الكبار. ولأن القياس يمنع قبول شهادتهم، وإنما أجري ذلك للضرورة، فوجب قصر ذلك على ما دل عليه الدليل.

والسابع: أن يكون ذلك قبل أن يفترقوا، وإنما قلنا ذلك، لأن الغالب من حالهم أنهم يخبرون بالصدق إذا بدهوا، ويؤدون الأمر على ما جرى عليه، فإذا تفرقوا لقنوا وتعلموا الكذب، وقد روي هذا المعنى عن أجاز شهادتهم من الصحابة رضوان الله عليهم.

والثامن: أن تتفق شهادتهم ولا تختلف. وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغرض من قبول قولهم أن يغلب على الظن صدقهم فيما يخبرون به، ومع اختلافهم وتناقض أقوالهم يغلب على الظن كذبهم وأخبارهم على الأمر بخلاف ما هو به فلم يقبل منهم.

والتاسع: هو أن يكون عددهم اثنين. وإنما قلنا ذلك؛ لأن شهادة الواحد غير مقبولة في البالغين ففي الأصاغر أولى أن لا يقبل ذلك. والله تعالى أعلم بالصواب.

باب:

والقدر الذي يلزم في التزكية: أن يشهد الشاهدان لمن يزكيانه أنه عدل رضي، ولا يكفي أحد الوصفين عن الآخر، ولا يكفي من ذلك أن يقول لا أعلم له زلة ولا جريمة، ولا أعلم إلا خيرا، ولا أني أَرْضَى به لي وعلي⁽¹⁰²⁷⁾.

وإنما قلنا لا بد من وصفه بالعدالة والرضى: لأن الله تعالى شرطهما في قبول الشهادة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وقال: ﴿مِمَّن رَّضَوْنَ مِّنَ

[45ب]

(1027) التفريع: 2 / 239.

الشُّهَدَاءُ ﴿٢٨٢﴾ [البقرة: 282] ومعنى | العدل: هو الاستواء والاستقامة، ولذلك تنتفي الشهادة مع التهمة والغفلة وغيرهما لأن أحوال الشاهد غير مستقيمة معها.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا يجوز من ذلك أن يقول لا أعلم إلا خيرا ولا أعلم له زلة، لأن ذلك شهادة بنفي فلا يستفاد بها شيء، ولأن التزكية بالعدالة إثبات عدالة الشاهد والإخبار عما لا يعلمه الحاكم منه، فإذا قال لا أعلم له زلة ولا أعلم إلا خيرا، كان بمنزلة الحاكم، لأن الحاكم أيضا لا يعلم له زلة وقد يعلم منه التدين والخير، ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا، فأما إذا قال أترضاه لي وعلي فليس بتزكية أيضا.

وإنما قلنا ذلك: لأنه قد يرضى بغير العدل وبالمغفل والمتهم لغرض له، وقد لا يرضى العدل المرضي على حسب اختياره، وليس على رضا الإنسان على أموره غمار، فلم يكن قوله هذا مؤثرا في التزكية. والله أعلم.

فصل:

فأما من عرفه القاضي بالعدالة والرضا قبل شهادته، ولم يحتج إلى من يشهد عنده ليزكيه، وكذلك المشتهر بالصلاح والدين.

وإنما قلنا ذلك: لأن الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنه من أهل الشهادة، فإذا عرف ذلك منه أغناه ذلك عن التزكية، وليس كذلك الحكم بالعلم.

وإنما كان كذلك؛ لأنه أمر يظهر ولا يخفى أعني العدالة والفسق؛ لأنه قد يتوقف عن شهادته ويقبله غيره من الحكام، وإن كان حكما لم يجز نقضه، وإذا كان الحاكم لا يعرفه لم تثبت عدالته إلا بشهادة عدلين أو بأن يعلمه صاحب مسائله بما عرف من حديثه لأنه خليفته وقائم مقامه في التزكية والجرح والتعديل، والذي يكون بشهادة لا يكون باثنتين.⁽¹⁰²⁸⁾

فصل:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله، إذا عدل رجلان رجلا وجرحه آخران، فروي عنه أنه قال: ينظر إلى أعدل البيتين فيؤخذ بذلك. وروي عنه أنه قال: شهادة الجرح أولى من

⁽¹⁰²⁸⁾ انظر: التفريع: 2/ 239.

التعديل⁽¹⁰²⁹⁾.

فوجه الرواية الأولى: أنه قد تتعارض البيتان في أمر طريقه الاجتهاد، فوجب الحكم بأعدلهما. أصله إذا كان ذلك في الأموال.

[146]

ووجه الرواية الثانية: هو أن الجرح يخفى ولا يظهر، فالشاهدان به | عرفا من حال المجروح ما خفي عن المعدلين فكانت شهادتهما أولى؛ ولأن ذلك كالحبرين المبيح والحاضر إذا تعارضا غلب الحاضر، فكذلك في مسألتنا مثله.

مسألة:

والجرح في الشهادة لا يجزئ فيه أقل من اثنين⁽¹⁰³⁰⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁰³¹⁾.

وقال أبو حنيفة: يجزئ فيه واحد⁽¹⁰³²⁾.

ودليلنا: هو أنه خبر لا يقبل من العدل فوجب أن يعتبر فيه العدد أصله الإحصان.

واحتج بأن قال: وقد يقبل من العدل ومن غير العدل، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا بد فيه من العدالة فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

وتحمل الشهادة فرض في الجملة⁽¹⁰³³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: 2]، وذلك من أفضل البر لأنه يتعلق بحفظ الأموال والدماء وحقوق الناس وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده.

وقال عز وجل: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ النِّسَاء: ١٣٥﴾ [النساء: 135].

⁽¹⁰²⁹⁾ انظر: النوادر: 8 / 287، التفريع: 2 / 239، الكافي: 465.

⁽¹⁰³⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 57، النوادر: 8 / 289.

⁽¹⁰³¹⁾ انظر: الأم: 7 / 508، الحاوي الكبير: 16 / 187.

⁽¹⁰³²⁾ انظر: رد المحتار: 8 / 207.

⁽¹⁰³³⁾ انظر: عقد الجوهر: 3 / 163.

وقال تعالى: ﴿يَسِّرْ الصَّافَاتِ حِينَ الرِّبْرِ بِعَظْمِ فَضْلِكَ الشُّرَى الرَّحْمَى﴾ [البقرة: 251].

وروي عن سفيان بن عيينة⁽¹⁰³⁴⁾ أنه قال: "هو ما يدفع الله تعالى بالشهود من التجاحد والتظالم"⁽¹⁰³⁵⁾، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282]، وقال: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2].

فصل:

إذا ثبت أن ذلك فرض في الجملة؛ فإن ذلك فرض من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقي، فهو جار مجرى غسل الميت ودفنه والصلاة عليه، ومجرى الجهاد وغيره من فرائض الكفارات.

والدليل على ذلك: إنما يراد للتوثق وحفظ الحقوق، فإذا حصل هذا المعنى بالبعض سقط عن الباقي كما ذكرنا، وقد يتعين فرضها في بعض المواضع وقد لا يتعين، فالمواضع التي لا يتعين ذلك فيها، فمثل ذلك أن يدعى الشاهد إلى تحمل | الشهادة وهناك جماعة ممن تتحمل ذلك، فإن ذلك يجب على اثنين منهم بغير أعيانهم، فمن قام بذلك سقط عن الباقي، وموضع يسقط عنه ذلك، وهو مثل أن يدعى إلى تحمل الشهادة وقد يتحملها غيره، فلا يلزم الإجابة إلى ذلك.

وإنما قلنا ذلك: لأن الفرض قد سقط ممن قام بها وتحملها.

وأما المواضع الذي يتعين عليه تحمل ذلك، فهو أن يدعى إلى تحمل الشهادة وليس هناك غيره، فإنه تلزمه الإجابة إلى ذلك، وكذلك لو كان من يتحملها إلا أنه يتعذر وجودهم أو يخاف بانتظارهم فوات الحادثة مثل [فوات]⁽¹⁰³⁶⁾ الموصلي أو جحود المقر وما أشبه ذلك،

⁽¹⁰³⁴⁾ سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون الهلالي، أبو محمد الكوفي ثم المكي، ثقة حافظ، فقيه إمام حجة، إلا أنه تغير حفظه بآخره، وكان ربما دلس، لكن عن الثقات، من رؤوس الطبقة الثامنة، وكان أثبت الناس في عمرو بن دينار، أخرج له الستة، مات سنة 98، وله 91 سنة. تقريب التهذيب، ر: 2451، 1/ 245.

⁽¹⁰³⁵⁾ ورد نحو من هذا الكلام عند القرطبي في الأحكام عن سفيان الثوري قال: "هم الشهود الذين تستخرج بهم الحقوق"، الجامع لأحكام القرآن: 3/ 260. وقال الماوردي في تفسيره: "لولا دفع الله بشهادة الشهود على الحقوق، وهذا قول مجاهد"، النكت والعيون، 4/ 29.

⁽¹⁰³⁶⁾ في المعونة: موت الموصي: 3/ 1541.

فإنه يلزمه الإجابة إلى ذلك، وهذا كله إذا لم يكن معه ما يعذر به.

فأما إن كان له عذر من مرض أو زمانة أو حق مثل ذلك الحق يخاف فواته وما أشبه ذلك من الأعذار، فإنه لا يلزمه ذلك أيضا لأجل إعداره، فإذا ثبت تحملها على الوجه الذي ذكرناه، فأدأؤه أيضا فرض على الكفاية وحكمه حكم التحمل في التعيين وغيره، فإن دعي إلى إقامتها وهناك من يقيمها غيره لم تلزمه الإجابة. وإنما قلنا ذلك؛ لأن القصد من الأداء إثبات الحق عند الحاكم، فإذا حصل المقصود سقط الفرض، وكذلك إن كان هناك من يسقط الفرض به كالصلاة على الجنازة، وأما إن دعي ولم يكن قد أشهد سواه، وكانوا قد أشهدوا سواه ولكن تعذر إحضارهم بعذر كغيبه أو مرض فإنه يتعين عليهم الحضور والأداء.

وإنما قلنا ذلك: لأن في امتناعهم إتلاف الحق وإضاعته، والدليل على وجوب الأداء في الجملة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282]، وقال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2]، وقال عز وجل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: 283].

مسألة:

عندنا أن ما كان من العقود التي ليست بهال ولا المقصود منها المال؛ فإنه لا يقبل في شيء من ذلك شهادة النساء، مثل النكاح والطلاق والرجعة والعتاق والتعديل والتجريح والوصية إذا كان فيها عتق، والقتل والجراح⁽¹⁰³⁷⁾.

وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه رحمهم الله⁽¹⁰³⁸⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقبل في جميع ذلك النساء إلا الجراح الموجبة للقيود في النفس والأطراف⁽¹⁰³⁹⁾.

ودليلنا: هو أن الله تعالى رتب الشهادات، | فذكر المداينات فذكر فيها رجلين ثم قال: [47أ] ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282]، فكان كل ما تعلق بالمال مثله.

⁽¹⁰³⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 263، 264، المدونة: 4/ 24، 25، النوادر: 8/ 391، التفريع: 2/ 237، 238.

⁽¹⁰³⁸⁾ انظر: الأم: 8/ 117، الحاوي الكبير: 16/ 8، المغني: 14/ 126، 127.

⁽¹⁰³⁹⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 279.

ثم قال في موضع آخر، وهو في الطلاق والرجعة: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وهذا موضع يتعلق بحكم البدن فكان ما شابهه من الأحكام المتعلقة بالأبدان مثله، إلا في مواضع الضرورة التي لا يطلع عليها الرجل.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽¹⁰⁴⁰⁾، وشاهدين جمع شاهد، وهذا لا يكون إلا في ذكرين.

فإن قالوا: فقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282].
والجواب: هو أنه يعلم أنه ذكر ذلك على وجه البدل، وقد بينا أن ذلك وارد في الأموال.

والقياس: هو أنه ليس بهال ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يجز فيه شهادة النساء أصله الحدود.

قالوا: لا نسلم أنه ليس بهال، بل المقصود منه المال، والذي يدل على ذلك؛ هو أنه لا يصح إلا بذكر المال، ألا ترى أن عندكم لو أعسر الزوج بالنفقة ثبت للزوجة الخيار من المقام والمفارقة، فدل على أنه مال.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن النكاح لا يقصد منه المال، وإنما يقصد منه الألفة والوصلة واجتماع أعيان الزوجين، ألا ترى إلى أنه يصح العقد وإن لم يذكر فيه المال، فلم يصح ما قالوه من ذلك، وأما ثبوت الخيار للزوجة إنما كان ذلك لأجل الضرورة لا لأجل المال فلم يصح ما قالوه.

⁽¹⁰⁴⁰⁾ أخرجه أبو داود، في النكاح، باب في الولي، ر: 2085، ص 238، من غير لفظ، "وشاهدي عدل"، وأخرجه البيهقي، بلفظ المصنف، في الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، 7/ 25، والدارقطني، في كتاب النكاح، 4/ 315. وذكر ابن الملقن في البدر المنير ما نصه: "هذا الحديث مروي من طرق أصحها ما رواه أبو حاتم ابن حبان في صحيحه من حديث ابن جريج، عن سليمان بن موسى الأشرق، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل؛ فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ثم قال: لم يقل أحد في خبر ابن جريج هذا، عن سليمان بن موسى، عن الزهري «وشاهدي عدل» إلا ثلاثة أنفس: سعيد بن يحيى الأموي، عن حفص بن غياث، وعبد الله بن عبد الوهاب الحجي، عن خالد بن الحارث وعبد الرحمن بن يونس الرقي عن عيسى بن يونس قال: ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الحديث. البدر المنير: 7/ 474.

قالوا: المعنى في الحدود إنما تسقط بالشبهة، وليس كذلك في مسائلنا لأنها لا تسقط بالشبهة.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن في النكاح أيضا ما يسقط بالشبهة، وهو إذا تزوج بمرتابة ووطئ بذلك، وكذلك إذا وطئ الأب جارية ابنه، وعلى أنه لا يمتنع أن يكون أحدهما يسقط بالشبهة، والآخر لا يسقط بالشبهة ومع ذلك فإنهما يتساويان، في أنه لا يقبل فيهما إلا الرجال، ألا ترى أن الزنا لو أقر به ثم رجع بعد إقراره لا يقبل عليه إلا الرجال، وفي حد القذف لو أقر ثم رجع لا يقبل منه، وفي كلا الموضعين لا يقبل فيه إلا الرجال فلم يصح ما قالوه.

[47ب]

وقياس آخر: وهو أنها بينة لا تقبل فيها الحدود والقصاص، فلا تقبل في النكاح | والطلاق والعتاق أصله الشاهد واليمين.

وقد قيل إن النساء جنس لا يثبت النكاح بشخصين منه، فلم يكن لذلك الجنس مدخل في الشهادة أصله العبد، وقد قيل: لأنه إتلاف عضو لا يدخله البدل والإباحة فلم يقبل فيه شهادة النساء أصله القطع في السرقة، وقد قيل إن ما انفرد من جنس زيادة شاهدين وجب أن يكونا ذكرا، أصله الزنا.

واحج بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 28].

والجواب: هو ما أنه أراد بذلك الإشهاد على المال، والدليل على ذلك، هو أن الله تعالى افتتح الآية بذكر المال، فقال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾ [البقرة: 282].

والثاني: هو أن الآية عامة وما ذكرناه خاص، والخاص يقضي على العام.

قالوا: ولأن النكاح معنى لا يسقط الشبهة، فجاز أن يقبل فيه شاهد وامرأتان. أصله سائر الأموال.

والجواب: هو أنا لا نسلم لا في الفرع ولا في الأصل، لأنه لو (...)⁽¹⁰⁴¹⁾ المسلم في دار

⁽¹⁰⁴¹⁾ كلمة لم أتبينها، ولعلها: "لوربا".

الحرب فأصاب مال مسلم هناك فإنه لا يضمن وقد سقط عنه بالشبهة. فأما في الفرع فإنه أيضاً قد سقط بالشبهة وهو إذا تزوج مرتابة أو وطئ الأب جارية ابنه.

وعلى أن المعنى في المال أنه يدخله البدل والإباحة فوجب أن يقبل فيه شهادة النساء، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يدخله البدل والإباحة فلم يقبل فيه شهادة القصاص والحدود.

قالوا: ولأنها بينة تقبل في المال فجاز أن تقبل في النكاح، أصله الرجلين.

والجواب: هو أن المعنى في الرجلين، أنهما يقبلان في الحدود والقصاص، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء. أصله البيع والإجارة.

وربما قالوا: ولأنه عقد على منفعة فأشبهه الإجارة.

والجواب: هو أن هذه العقود مال، والمال يدخله البدل والإباحة، فلذلك جاز أن يقبل فيه شهادة النساء وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه لا يدخله البدل والإباحة فهو بالحدود والقصاص أشبه.

قالوا: ولأنه أحد بدلي النكاح فجاز أن تقبل فيه شهادة رجل وامرأتان أصله الصداق.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون أحد بدلي النكاح ومع هذا لا يقبل فيه إلا الرجال، ألا ترى أن النفس لها بدل من قصاص ومال الخطأ فيه، والعمد فيه القود، والخطأ يقبل فيه بشهادة النساء مع الرجال لأنه مال، والقود لا يقبل فيه إلا الرجال، فكذلك في مسألتنا.

و على أن المعنى في ذلك: أنه مال ويدخله البدل والإباحة، وليس كذلك في مسألتنا فافترقا.

قالوا: ولأنه أحد الزوجين فجاز أن تقبل شهادة من كان من جنسه كالزوج.

والجواب: هو أن الزوج يقبل في القصاص والحدود فلذلك قبل، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه قائم مقام غيره، فجاز أن تقبل شهادته أصله الشهادة على الشهادة.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه قائم مقام غيره، والمعنى في الشهادة على الشهادة، إنما قبلت لقوة أمرها فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله تعالى أعلم بذلك.

فصل:

ويقضي بالشاهدين، وبالشاهد والمرأتين في الأموال، وكذلك فيما يكون القصد منه المال⁽¹⁰⁴²⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ للآية. ولأن المقصود منه المال، فلذلك جاز.

مسألة:

عند مالك رحمه الله يقضى بالشاهد الواحد واليمين في الأموال⁽¹⁰⁴³⁾.

وصورة هذه المسألة: أن يدعي رجل على رجل مالا ويقيم شاهدا واحدا يشهد له بصحة ما يدعيه، فإنه يحلف معه ويستحق المال⁽¹⁰⁴⁴⁾.

وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل⁽¹⁰⁴⁵⁾.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز الحكم بذلك، وإن حكم بذلك حاكم نقض حكمه⁽¹⁰⁴⁶⁾.

ودليلنا: ما رواه مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن رسول الله ﷺ «قضى باليمين مع الشاهد»⁽¹⁰⁴⁷⁾ وهذا يدل على ما ذكرناه من ذلك.

وروي عن علي بن الحسين أن النبي ﷺ «أجاز شهادة الشاهد باليمين إذا كان عدلا مع

⁽¹⁰⁴²⁾ انظر: المدونة: 4 / 25، التفرع: 2 / 238.

⁽¹⁰⁴³⁾ انظر: الموطأ: 2 / 263، المدونة: 4 / 29، التفرع: 2 / 238، المنتقى: 7 / 182، المسالك: 6 / 294

⁽¹⁰⁴⁴⁾ استند القاضي رحمه الله في تصوير هذه المسألة اعتمادا على محفوظه من فقه الموطأ، وهو ما أثبتته الإمام مالك رحمه الله في موطئه، باب القضاء باليمين مع الشاهد. انظر: الموطأ: 2 / 265

⁽¹⁰⁴⁵⁾ انظر: الأم: 6 / 273، الحاوي الكبير: 17 / 68، نهاية المطلب: 18 / 629، المغني: 14 / 130، 131، مسائل الإمام أحمد: 193.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ بدائع الصنائع: 6 / 225.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ أخرجه مسلم في الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد، ر: 1712، ص 711، وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد، ر 2111، 2 / 263.

يمين صاحب الحق»⁽¹⁰⁴⁸⁾.

وروي عمرو بن دينار عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ «قضى باليمين مع الشاهد»، قال عمرو بن دينار: "في الأموال"⁽¹⁰⁴⁹⁾.

وروي ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد»⁽¹⁰⁵⁰⁾.

قال عبد العزيز الدراوردي⁽¹⁰⁵¹⁾: سألت سهيل بن أبي صالح فقلت إن ربيعة حدثني بهذا الحديث عنك فقال: "لا أحفظه، اسمع منه فإنه ثقة"⁽¹⁰⁵²⁾.

قالوا: كان عليلاً نسيئة فكان يروي ويقول: حدثني ربيعة عن أبي هريرة.

قالوا: فهذا الحديث لا يصح الاحتجاج به، لأن سهيلاً أنكر وجحد ذلك.

[48ب]

قالوا: وعندنا أن الراوي إذا نسي الحديث لم يجز سماعه من الراوي، لأن الراوي فرع عليه، وإذا سقط الأصل وجب أن لا يسمع من الفرع، وصار ذلك بمثابة شهود الفرع مع شهود الأصل إذا نسي شهود الأصل الشهادة لا يقبل من شهود الفرع، فكذا في مسألتنا. والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنا قد بينا أنه نسيه لعارض عرض له وهو

⁽¹⁰⁴⁸⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب القضاء باليمين مع الشاهد، 10 / 170.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ أخرجه أبو داود في الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد، ر: 3609، ص 399، وابن ماجه في الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد، ر: 2370، 2 / 793، و البيهقي في الكبرى، باب القضاء باليمين مع الشاهد، 10 / 167.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ أخرجه أبو داود في الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد، ر: 3610، ص 400، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد، ر: 1353، 3 / 619. وابن ماجه في الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين، ر: 2368، 2 / 793.

⁽¹⁰⁵¹⁾ عبد العزيز بن محمد بن عبيد الدراوردي، أبو محمد، ودراورد، من قرئ خراسان، حدث عن صفوان بن سليم وسهيل بن أبي صالح، وعنه سفيان وشعبة وإسحاق، روى له الجماعة ولكن قرنه البخاري بآخر، توفي سنة سبع وثمانين ومائة. تذكرة الحفاظ: 1: 269. ر: 254.

⁽¹⁰⁵²⁾ قال أبو داود: "وزادني الربيع بن سليمان المؤذن في هذا الحديث، قال: أخبرني الشافعي عن عبد العزيز، قال: فذكرت ذلك لسهيل فقال: أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة، أنه حدثه إياه ولا أحفظه، قال عبد العزيز: وقد كان أصابت سهيلاً علة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه، فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عن أبيه". سنن أبي داود: 400، والبيهقي في السنن الكبرى، 10 / 168، وذكره الحافظ في التلخيص، 4 / 354.

المرض الذي كان به. والثاني: هو أنه لو مات فحدث عنه بذلك لقبنا ذلك منه، وأحسب أنه قد مات.

وأما شهود الفرع مع شهود الأصل فلا يشبه ما نحن فيه، وذلك أن الخبر أوسع من الشهادة. ألا ترى أنه يقبل من العبد، والشهادة لا تقبل منه، والخبر يدخله العنينة والشهادة بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المسألة إجماع الصحابة؛ وذلك أن ما قلناه مروي عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي بن كعب ومعاوية رضي الله عنهم⁽¹⁰⁵³⁾ فوجب الاقتداء بهم في ذلك، لأنهم علموا بذلك وقد أمرنا بإتباعهم والاقتداء بهم فلا يجوز مخالفتهم في ذلك.

قالوا: فنحن نقول أحد لأن ذلك حكاية فعل، وذلك يقتضي فعل ذلك مرة واحدة، وعندنا يقتضي بالشاهد واليمين في موضع، وهو أن يشتري عبداً أو دابة ويدعي أن به عيباً فلا يقبل منه حتى يشهد له رجل من أهل الصنعة والخبرة بذلك أن هذا عيب، فإذا قال البائع بعتك على البراءة من العيب، كان القول قول المشتري مع يمينه أنه لم يشتره بالبراءة وبرد العبد، فهذا قضاء بالشاهد مع اليمين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح وذلك أن هذا قضاء الشاهد في حكم اليمين في حكم آخر، وجواب آخر: وهو أنه مروي في الأموال لا في العيوب.

قالوا: فيحمل أن يكون قضى يمين المدعى عليه مع وجود شاهد الطالب.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأنه إذا قيل قضى باليمين مع الشاهد اقتضى أن يكون القضاء وقع بهما معاً، والقضاء بيمين المطلوب لا يحصل منه قضاء بالشاهد أصلاً، لأن ذلك بمنزلة عدمه وعلى أن أحد من الصحابة تأوله على هذا.

وروى جابر بن عبد الله، أن النبي ﷺ قال: «أقرني جبريل أن أقضي بالشاهد واليمين، وأخبرني أن يوم الأربعاء | يوم نحس مستمر»⁽¹⁰⁵⁴⁾، وهذا يقتضي العموم في كل شيء إلا ما

[49]

⁽¹⁰⁵³⁾ انظر: المسالك: 6 / 295.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب القضاء باليمين مع الشاهد، 10 / 170، وأخرجه الطبراني في الأوسط، ر: 6422، 6 / 283. وقال في التلخيص: قال البيهقي: رواه إبراهيم بن أبي حية عن جعفر، عن أبيه، عن جابر

خصه الدليل.

والقياس: هو أنه أحد المتداعيين فجاز أن يثبت اليمين في جنسه أصله المدعى عليه.

قالوا: المعنى في المدعى عليه أنه ينفي فلذلك كانت البينة في جنبته، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مثبت.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما وذلك أن هذا المدعى قد قوي سببه بالبينة التي في جنبته واليمين يكون في جنبه أقوى المتداعيين سببا.

والثاني: هو أنه يبطل ما قالوا: بما إذا ادعى النكاح والطلاق والرجعة والعقاق ومع ذلك لا يثبت في جنبته، وقد قيل إن جحد جاز أن يسقط بها عن جنبه المدعى عليه المطالبة. أصله اللعان.

فإن قالوا: اللعان عندنا شهادة.

والجواب: هو أن اللعان عندنا باليمين، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁽¹⁰⁵⁵⁾. وقد قيل إن الرجل يبتت قوة انضاف إليها شهادة ضعيف، فجاز الحكم بها أصله المرأتين مع الرجل.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282].

قالوا: فوجه الدليل منه هو أن الله تعالى رتب الشهادات وحصرها ولم يذكر الشاهد واليمين. قالوا: ولأن قولكم يؤدي إلى الزيادة في النص والزيادة في النص نسخ.

والجواب: هو أن الله تعالى رتب الشهادات إلا أنه لم يذكر للذي يكون في جبينه المدعى عليه، ولم يذكر أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الولادة.

ولأن رسول الله ﷺ قد رتب وبين ذلك، وكذلك الصحابة من بعده فوجب الرجوع

رفعه: "أتاني جبرائيل، وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد، وقال: إن يوم الأربعاء يوم نحس مستمر"، وإبراهيم ضعيف جدا، رواه ابن عدي وابن حبان في ترجمته. انظر: التلخيص: 4 / 378.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ أخرجه البخاري في التفسير، باب ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، ر: 4747، 2 / 264، وأبو داود في الطلاق، باب في اللعان، ر: 2256، ص 256.

إلى ذلك.

فأما ما قالوه من الزيادة في النص نسخ فلا يصح ذلك، وذلك أن النسخ هو الرفع والإزالة، ولذلك يقال نسخت الشمس الفيء إذا أزالته ونحن لا نريد ذلك، بل ذلك زيادة بيان وحكم ولأن الزيادة في الشيء لا تكون نسخاً له كالزيادة في الكيس و حاشية الكتاب، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽¹⁰⁵⁶⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه، أنه ﷺ جمع جميع الأيمان وجعلها في جنبه المدعى عليه فلم يبق يمين يجعل في جنبه المدعي.

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأنه | عليه السلام جعل جميع الأيمان التي هي النفي في جنبه المدعى عليه وهذه اليمين ليست من تلك الأيمان لأنها إثبات لا يمين، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: وروي أن حضرمياً ادعى على كندي أرضاً فأنكر الكندي ذلك، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «شاهدك أو يمينك»⁽¹⁰⁵⁷⁾ ولم يقل شاهدك ويمينك.

والجواب: هو أنا كذلك نقول لأن النبي ﷺ، إنما طلب من ذلك المدعى عليه اليمين، التي هي النفي واليمين التي في جنبه المدعى للإنسان.

قالوا: فقد قال الزهري⁽¹⁰⁵⁸⁾: «إن أول من قضى بالشاهد واليمين معاوية رضي الله

⁽¹⁰⁵⁶⁾ أخرجه مسلم بلفظ: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"، مسلم في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ر: 1711، ص 711، ولفظ المصنف: أخرجه البيهقي في الكبرى، باب البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه، 10 / 426.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ أخرجه أبو داود، في كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالا لأحد، ر: 2244، ص 366، وأحمد في المسند، ر: 21894، 36 / 168، والبيهقي في الكبرى، باب يحلف المدعى عليه في حق نفسه على البت، 10 / 304، وذكر في التلخيص: أن الحديث رواه مسلم من حديث وائل بن حجر. التلخيص: 4 / 382.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ أبو مصعب أحمد بن أبي بكر الزهري، الإمام، شيخ أهل المدينة وقاضيه ومحدثهم، ولد سنة خمس ومائة، ولزم الإمام مالكا وتفقه به وحدث عنه، وروى عنه الموطأ، وكان ثقة، عاش اثنتين وتسعين عاماً، ومات على القضاء سنة اثنتين وتسعين ومائتين، رحمه الله تعالى. تذكرة الحفاظ: 2 / 482-483. ر: 497. تهذيب التهذيب: 1 / 18.

عنه» (1059).

والجواب: هو أنا قد رويناه عن أبي بكر وعمر وعلي وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم الحكم بذلك، وعلى أن هذا يزيدنا خبراً له ويقويه وافقهم على ذلك فكان رشداً لما قلناه.

قالوا: ولأنه مدعي لمن تكمل عدد شهوده فوجب أن لا يحكم له أصله إذا كان ذلك في طلاق أو عتاق فإنه لا حكم له، كذلك في مسألتنا مثلاً

و الجواب: هو أنه يبطل بالشهادة على الولادة، فإنه ما كمل عدد الشهود في ذلك لأنه يحكم في ذلك بامرأة واحدة ولأنه لا يمتنع أن لا يكمل العدد ومع ذلك يحكم له ولأننا بالإسلام أن ما كمل العدد، لأن اليمين هي قائمة مقام الشاهد ونائبة منابه، والمعنى في الأصل وهو الطلاق والعتاق أن ذلك ليس بهال ولا المقصود منه المال فلذلك لم يحكم فيه بالشاهد واليمين وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذه أموال والأموال يتسامح فيها؛ ولأن الطلاق والعتاق مشتبه بالحدود، ولأن ذلك يثبت أحكاماً في البدن وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه أموال فافترقا.

قالوا: ولأنها بينة لا يحكم بها في الطلاق والعتاق فلا يحكم بها أصله يمينه وحدها.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا يقبل في الطلاق ويقبل في غيره كالأموال، والمعنى في يمينه وحدها إنما لم يحكم بها، لأنها ضعيفة وليس كذلك في مسألتنا، لأنها قد انضافت إلى ما يقويه، وهو شهادة الشاهد فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن يمينه قوله فلا يحكم له بذلك أصله دعواه.

[150]

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون | إذا كان وحده لا يقبل فإذا قوي بغيره قبل، ألا ترى أن المدعى عليه إذا قال ما عندي شيء لم يسقط عنه الحق بذلك حتى يحلف فكذلك في مسألتنا مثله. ولأن اليمين هي عن الدعوى لأنها مما يقتطع بها الحقوق، والحجة لا يقطع بها حق فلم يصح ما قالوه من ذلك.

(1059) قال محمد بن الحسن الشيباني: ذكر ذلك ابن أبي ذئب عن ابن شهاب الزهري، قال: سألت عن اليمين مع الشاهد، فقال: "بدعة، وأول من قضى بها معاوية" انظر: الموطأ: برواية محمد بن الحسن الشيباني، ص 274، وابن أبي شيبة في المصنف، باب من كان لا يرى شاهداً ويمينا، ر: 23637، 7 / 298.

قالوا: ولأن جنس الأيمان في جنبه المدعى عليه وجنس الشهادة في جنبه المدعى، فكما لا يجوز نقل الشهادة إلى جنبه المدعى عليه، فكذلك الأيمان وجب أيضاً أن لا يتعدى من جهة المدعى عليه إلى جهة المدعى.

والجواب: هو أنا كذلك نفعل، وذلك أن الأيمان التي هي جنبه المدعى عليه لا ينقلها إلى جنبه المدعى، لأن تلك أيمان نفي، وهذه أيمان إثبات، فلم نتقبل شيئاً من جنبه المدعى عليه إلى جنبه المدعى فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لو كانت اليمين مع الشاهد كالشاهدين لوجب أن يجوز له تقديم اليمين على الشاهد كما إذا كان له شاهدان جاز تقديم أحدهما على الآخر.

والجواب: هو إنما لم نفعل ذلك؛ لأن اليمين عندنا إنما دخلت لقوة سببه، ولا يقوى سبب المدعى إلا أن يكون معه شاهد، فلهذا لم تقدم يمينه على شهادة الشاهد فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

فصل:

ولا يجب الحكم بذلك إلا في الأموال وما يتعلق بذلك دون حقوق الأبدان⁽¹⁰⁶⁰⁾.

وإنما قلنا بذلك: للإجماع على أن يلتزم كل قائل باليمين والشاهد، وقصرهم إياها على التنوع، ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقوق الأبدان، بدليل قبول شهادة النساء في ذلك.

فصل:

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في جراح العمد: هل يجب القود فيها باليمين مع الشاهد أم لا؟. فروى عنه أنه قال يجب ذلك، وروى عنه أنه قال لا يجب ذلك⁽¹⁰⁶¹⁾.

فوجه الجواز هو: أنه يجب به التخيير بين القود والدية، ومن جنس عمده ما لا يجب به إلا مال فقط بخلاف النفس فلاجل ذلك قال ذلك.

ووجه الرواية أنه لا يجب ذلك هو: أن ذلك من حقوق الأبدان، فهذا يقبل فيه شاهد

⁽¹⁰⁶⁰⁾ انظر: الموطأ: 2 / 262.

⁽¹⁰⁶¹⁾ انظر: الموطأ: 2 / 264، التفریع: 2 / 238، الذخيرة: 10 / 252.

ويمين كسائر الحقوق التي تتعلق بالأبدان وهو الصحيح.

مسألة:

عند مالك رحمه الله أن الحاكم إذا حكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به، فشهد بذلك شاهدان | على حكمه، ثبت ذلك ولم يسقط بإنكاره، وكذلك لو نسي أن يكون حكم فشهد [50ب] عنده بذلك شاهدان قبل شهادتهما⁽¹⁰⁶²⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: إن لم يذكر هو حكمه لم ينفع شهادة الشهود شيئاً، وكان وجود ذلك وعدمه سواء⁽¹⁰⁶³⁾.

ودليلنا: هو أنها شهادة عنده على حكم، لو كان ذكر له لساغ له قبولها، فوجب أن يقبل وإن كان ناسياً. أصله إذا شهد عنده بحكم غيره، ولأنه قد تعلق بذلك حق لغيره وهو من يشهد بالحكم له.

فلو قلنا إن الشهادة غير مقبولة إلا أن يذكرها، مع أنه قد نسي أو شك، لأدّى ذلك إلى تضييع حقوق الناس، وما كان معنى للإشهاد على إيقافه؛ ولأنه قد يتهم أيضاً أن يكون جحد حكم لعداوة بينه وبين المشهود له فوجب أن لا يقبل ذلك منه.

قالوا: ولأن الحاكم غير متهم فلا تقبل عليه شهادة الشهود إذا أنكر ذلك، لأن الله تعالى جعل إليهم الحكم وهو أعرف بنفسه منهم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن التهمة قد تسبق إليه في ذلك فلم يصح ما قالوه، وقد بينا ما حكم به، فإذا ذكر ذلك أو شهد عنده المرضيون بذلك وجب أن يرجع إلى قولهم، ويترك ما وقع له من ذلك، ولأن الحاكم إنما له التنفيذ فحسب والحكم إنما هو شهادة الشهود، فإذا شهدوا عليه أنه قد حكم بحكم وجب أن يرجع إلى قولهم في ذلك كما يرجع إليهم في سائر الناس، فدل على صحة ما قلناه من ذلك والله أعلم.

فصل:

وإذا وجد الحاكم في ديوانه حكماً بخطه ولم يذكر أنه حكم به لم يجوز له أن يحكم به، إلا

⁽¹⁰⁶²⁾ انظر: النوادر: 8/ 107، التفريع: 2/ 246، الكافي: 500.

⁽¹⁰⁶³⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 229، 230، الحاوي الكبير: 16/ 207، 208.

أن يشهد عنده بذلك شاهدان⁽¹⁰⁶⁴⁾.

وقال ابن أبي ليلى: يحكم بخطه⁽¹⁰⁶⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لم يثبت عنده أنه حكم به، فلا يجوز له أن يحكم أصله إذا وجد بخط غيره، ولأن الخط قد يشبه الخط، وقد يجوز أنه زور عليه ذلك، فوجب أن لا يحكم بذلك إلا مع البينة على ذلك.

مسألة:

عندنا لا يجوز أن تكون المرأة حاكماً⁽¹⁰⁶⁶⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁰⁶⁷⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون المرأة حاكمة في كل أمر يقبل فيه شهادة النساء، ولا يجوز أن تكون حاكمة في القصاص والحدود⁽¹⁰⁶⁸⁾.

[51]

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال في النساء: «إنكن ناقصات عقل ودين»⁽¹⁰⁶⁹⁾ وهذا الكلام خارج مخرج الدم، وفيه تنبيه على منع رد شيء من أمر الدين إليهن. وروي أن النبي ﷺ قال: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»⁽¹⁰⁷⁰⁾. وروي أن رسول الله ﷺ قال: «أخروهن من حيث أخرهم الله تعالى»⁽¹⁰⁷¹⁾.

⁽¹⁰⁶⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 13، التفرع: 2 / 246، 247، الذخيرة: 10 / 90.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ انظر: الحاوي الكبير: 16 / 206، المغني: 14 / 57.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ انظر: النوادر: 8 / 85، 86 - المنتقى: 7 / 130، التنبيهات: 3 / 1609، المقدمات الممهديات: 2 / 258.

⁽¹⁰⁶⁷⁾ انظر: الحاوي الكبير: 16 / 156.

⁽¹⁰⁶⁸⁾ بدائع الصنائع: 6 / 279.

⁽¹⁰⁶⁹⁾ أخرجه البخاري، في كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم، ر: 1، 304 / 114، ومسلم في الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، ر: 80، ص 60.

⁽¹⁰⁷⁰⁾ أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، ر: 3، 4425 / 181.

⁽¹⁰⁷¹⁾ هذا الحديث موقوف على سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ر: 5115، 3 / 149؛ والطبراني في الكبير، ر: 4484، 9 / 342، وقال الحافظ بن حجر في الدراية: "لم أجده =

وروي: "ولو أمرهن قد وليتهن" (1072) ونحوه.

والقياس: هو أنه ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام فلم يصح من المرأة. أصله الإمامة الكبرى أو لأنها ولاية فلا تصح من المرأة أصله الحدود والقصاص، ولأن من لا يجوز أن يكون قاضيا في القصاص لا يجوز أن يكون قاضيا بحال أصله العبد.

قالوا: المعنى في الإمامة الكبرى إنما لم تصح من المرأة لأنها تراد لتدبير الأمور وتجهيز الجيوش والمرأة لا تحسن ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنها تحسن أن تقضي وتفتي.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن القضاء يحتاج إلى السجلات والمحاضر و على أن ما قالوه يبطل بالحدود والقصاص فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن من لا يجوز أن يكون إماما في الصلاة لا يجوز أن يكون حاكما. أصله المجنون، ولأنها ربما كانت شابة وربما دعت النفس الرجال إليها، ومثل هذا ممنوع منه في الدين فوجب أن لا يصح ذلك.

فإن قالوا: فيلزم عليه العجوز.

والجواب: هو أنا منعنا في العجوز أيضا لعله أخرى، والعلل تختلف فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: من صحت منه الشهادة في حكم من الأحكام جاز أن يكون حاكما أصله الرجل.

والجواب: هو أنه يبطل بأهل الذمة فإن شهادتهم مقبولة عندكم، ومع ذلك لا يجوز أن يكون منهم قاضيا، وعلى أن المعنى في الرجل يجوز أن يكون حاكما في الحدود والقصاص، وجب أن لا تكون حاكمة في شيء من الأموال فلم يصح ما قالوه. ولأن الرجل كامل الأحكام، ألا ترى أنه يجوز أن يكون إماما وليس كذلك المرأة فلم يصح ما قالوه.

مرفوعا، وهو عند عبد الرزاق والطبراني من حديث ابن مسعود موقوفا، انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 1/ 172.

(1072) هكذا في الأصل، ولعله يشير إلى حديث "لن يفلح قوم وليتهم امرأة" وقد تقدم تخريجه.

قالوا: ولأن باب الشهادة أضيق من باب القضاء، وقد ثبت أنها تكون شاهدة فأولى أن تكون حاكمة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الشهادة | خبر وهذا حكم وتنفيذ، وعلى أن [51ب] ما قالوه يبطل بشهادة أهل الذمة.

قالوا: ولأنها ولاية خاصة فصحت من المرأة أصله الوصية.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الإمامة الكبرى، والمعنى في الوصية أنها تصح عندهم للفاسق، وتصح عندنا للعبد وليس كذلك القضاء، لأنه يراد لفصل الخصومات وإبرام المفصلات وذلك لا يتأتى من النساء فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الغرض من الحاكم تنفيذ الأحكام وسماع البيّنات والفصل بين الخصومات، وذلك يتأتى من المرأة كما يتأتى من الرجل، فوجب أن لا يفرق الحكم في ذلك بين الرجل والمرأة.

والجواب: هو أن هذا يبطل بالإمامة الكبرى؛ لأن الغرض منها حفظ البيضة وصيانة الحوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج وأموال المسلمين وصرفها في وجوهها، وذلك كله يتأتى من المرأة كما يتأتى من الرجل، ومع ذلك فلا يصح من المرأة فبطل ما قالوه. ويبطل بالعبد أيضا جميع ما قالوه، فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم. (1073)

مسألة:

وإذا كان الحاكم لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما فإنه يحتاج إلى من يترجم عنه (1074).

واختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من قال:

إن كان الإقرار يتضمن مالا أو ما يتعلق بالمال، قبل فيه رجل وامرأتان، وإن كان مما لا يتضمن مالا، لم يقبل فيه إلا رجلان (1075).

والذي لأجله قالوا ذلك: هو أنهم اختلفوا في الشهادة على الوكالة بالملك.

(1073) انظر هذه المناظرة بين القاضي وابن طرار ذكرها في المعونة: 3 / 1507.

(1074) انظر: النوادر: 8 / 61، الكافي: 498، البيان والتحصيل: 9 / 205، عقد الجواهر: 3 / 108.

(1075) انظر: النوادر: 8 / 61.

فقال مالك رحمه الله وابن القاسم وعبد الله بن وهب⁽¹⁰⁷⁶⁾: أنه يقبل في ذلك رجلان وامرأتان، لأنها شهادة فيما المقصود منه المال؛ فعلى هذا تقبل في الشهادة على لغة الخصم فيما يتعلق بالمال رجل وامرأتان.

وقال عبد الملك وأشهب⁽¹⁰⁷⁷⁾: لا يقبل في ذلك إلا رجلان⁽¹⁰⁷⁸⁾. والعلة عندهما في ذلك أن شهادة الرجل والمرأتين تقبل في دعوى المال والإقرار به.

قالوا: الوكالة على المطالبة والخصومة ليست مالا، وإنما هي فعل بدن وحكم ثبت فيه، يجر إلى تعليق المال فكذلك في مسألتنا هي شهادة على لغة، وهي أن معنى ما قاله باللغة في العربية أنه إقرار بهال، والشهادة على أن هذا اللفظ في لغة الخصم موضوع لهذا المعنى في لغة العرب، ليست شهادة على مال فيجب على هذا أن لا يقبل فيه إلا شاهدان.

[52]

وبهذا القول قال الشافعي⁽¹⁰⁷⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: يكفي في ذلك واحد، سواء كان رجلا أو امرأة⁽¹⁰⁸⁰⁾.

وما ذكرناه عن أصحابنا أولى، والله أعلم.

مسألة:

ولا يحلف الحاكم المدعى عليه إلا بعد أن يعلم أن بينهما مخالطة ومعاملة أو تهمة⁽¹⁰⁸¹⁾.

⁽¹⁰⁷⁶⁾ عبد الله بن وهب بن مسلم، أبو محمد القرشي الفهري مولا هم، المصري الفقيه، الإمام الحافظ. روى عن مالك بن أنس ولازمه وتفقه به، والليث بن سعد والثوري. وروى عنه أصبغ بن الفرج وسحنون بن سعيد ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم. له مصنفات منها: الموطأ الكبير والجامع الكبير وتفسير الموطأ. توفي بمصر سنة 197 هـ. الجمهرة: 2/ 775-778، ر: 718.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم، أبو عمرو القيسي، العامري، الفقيه. اسمه مسكين، وأشهب لقب. روى عن مالك بن أنس، وتفقه به، والليث بن سعد. روى عنه الحارث بن مسكين، وسحنون بن سعيد. له: المدونة، وكتاب الاختلاف في القسامة. توفي بمصر بعد الشافعي سنة 204 هـ. الجمهرة: 1/ 333-335، ر: 244.

⁽¹⁰⁷⁸⁾ انظر: النوادر: 8/ 397، 398.

⁽¹⁰⁷⁹⁾ انظر: مختصر المزني: 299.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 329.

⁽¹⁰⁸¹⁾ انظر: المدونة: 4/ 7، النوادر: 8/ 143، 144، التفریع: 2/ 243.

واختلف أصحابنا في تأويل ذلك فمنهم من قال:

ينظر إلى الدعوى: فإن كانت مما تجوز ويشبه أن يدعى مثلها على المدعى عليه أحلف له؛ ومنهم من قال: إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله يعامل المدعى فيما ادعاه عليه أحلف له.

ومنهم من أقر المسألة على ظاهرها: ولا يحلفه الحاكم إلا أن يعلم أن بينهما مخالطة أو معاملة. وهذا كله إذا كان من أهل البلد أو مقيمين به، وأما إن كانا غريبين فيحلفه ولا يعتبر مخالطة ولا غير ذلك.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: يحلفه ولا يعتبر مخالطة ولا غير ذلك.⁽¹⁰⁸²⁾

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»⁽¹⁰⁸³⁾ إذا كانت بينهما مخالطة.

وروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال: «لا يحلف المدعى إلا بعد أن يسأله عن المخالطة والمعاملة»⁽¹⁰⁸⁴⁾.

فإن قيل: له أن يعامله ويخالطه حلفه وإلا لم يحلفه له، وهذا قول إمام فوجب الاقتداء به في ذلك.

وروي عن علي وعمر بن عبد العزيز، وبه قال السبعة الفقهاء من المدينة⁽¹⁰⁸⁵⁾.

ولأن هذه المسألة مبنية لنا على أصل وهو الحكم بالذرائع، ومعنى ذلك: المنع من المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع منه، وهذا موجود في مسألتنا، وذلك أن اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات، وربما افتدئ منها وربما بذلوا الشيء الذي يدعى عليهم كراهة أن يتحدث الناس عنهم أنهم قدموا على الأيمان وحراسة حسن النظر منهم وانتفاء النظر عنهم، فلو كانت اليمين تجب عليهم بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن

⁽¹⁰⁸²⁾ انظر: المبسوط: 16 / 116، بدائع الصنائع: 6 / 224، 225، الأم: 7 / 558، 559.

⁽¹⁰⁸³⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب النكول ورد اليمين، 10 / 184.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الدعوى، ر 2124، 2: 268.

يؤدي أحدا من أهل القدر أو الدين أو يتعرض لمأثم إلا وأظهر الدعوى ليحصل إما على شيء يأخذه، أو على الأذية والذلة لهم، وذلك فيه إضرار على الناس وتطرق إلى من يريد أذاهم، | فوجب حسم الباب في المنع من ذلك، فإن كان مع الدعوى سبب يقويها وجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعيه المدعى، ويجوز أن يقال لأنها دعوى ليس معها سبب يقويها، فلا يجب الحكم بها أصله إذا لم يحقق دعواه فإن الحاكم لا يحكم له فكذلك في مسألتنا.

و احتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»⁽¹⁰⁸⁶⁾ ولم يفرق بين أن تكون بينهما مخالطة أو معاملة أم لا.

والجواب: هو أنا نقول به إذا كان هناك عليه ظن وأماراة أو سبب تقوى معه التهمة، فإنه يحلفه فكذلك إذا كانا عربيين.

والجواب الثاني: هو أنا نقول به لأن خبرنا زائد، والأخذ بالزائد أولى، لأنه إذا كان بينهما مخالطة فكان مقدما على ما قالوه، ولأن عليا بن أبي طالب ﷺ أعرف بهذا منكم، وقد كان إذا أراد أن يحلف المدعى عليه قال: بينكما معاملة أو مخالطة، فإن قيل له نعم حكم به، وإلا امتنع من ذلك وخلق سبيله.

قالوا: ولأنه مدعى عليه أنكر الحق فوجب أن يحلفه الحاكم. أصله إذا كانا غربيين في البلد وإذا ثبتت الخلطة بينهما.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك، هو أن التهمة والشبهة قد زالت وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا مما يؤدي إلى بذله أهل المروءات والأقدار، فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا حكم الرجلان بينهما رجلا ورضيا بحكمه فحكم بينهما مما يجوز في الشرع، لزمهما ذلك، وسواء وافق ذلك رأي الحاكم الذي في البلد أو خالفه.⁽¹⁰⁸⁷⁾

⁽¹⁰⁸⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁰⁸⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 15، النوادر: 8 / 83، 84، التفريع: 2 / 248، الإعلام بنوازل الأحكام: 407.

وقال أبو حنيفة: إن وافق رأي الحاكم الذي في البلد ما حكم لزم، وإن خالفه لم يلزم⁽¹⁰⁸⁸⁾.

واختلف قول الشافعي: فقال في القديم مثل قولنا، وقال لا يجوز ذلك وإنما يكون ذلك فتوى منه لا حكماً⁽¹⁰⁸⁹⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله»⁽¹⁰⁹⁰⁾؛ فوجه الدليل منه أنه عليه الصلاة والسلام سماه حاكماً.

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي بن كعب «تحكما إلى زيد بن ثابت، وتوجهت اليمين على عمر فحلف»⁽¹⁰⁹¹⁾ وهذا بحضرة الجماعة فدل على ما ذكرناه. [53]

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽¹⁰⁹²⁾ ولكل مسلم شرطه. والقياس: هو أنه حكم بينهما بحكم الله تعالى فوجب أن يلزمه، أصله إذا حكم بينهما الحاكم.

ولأنهما رضيا به فإذا حكم بينهما بحكم الله تعالى وجب أن يلزمهما. أصله إذا كان في البلد حكام جماعة فرضيا بحكم واحد في البلد فاحتكما إليه فحكم، فإنه يلزمهما فكذا في مسائلتنا.

واحتج بأنه قال: لأنه حكم يتعلق بالإمامة فلم يجز الإفتيات عليه فيه أصله استيفاء الخراج والجزية وغير ذلك، فلا يجوز لأحد أن يستوفي ذلك إلا بإذنه ورضاه، فكذا في مسائلتنا وجب أن لا يجوز مثله.

⁽¹⁰⁸⁸⁾ انظر: المبسوط: 16 / 111، مختصر الطحاوي: 333.

⁽¹⁰⁸⁹⁾ انظر: الأم: 8 / 258، 259، المذهب: 5 / 473، الحاوي الكبير: 16 / 326.

⁽¹⁰⁹⁰⁾ قال في التلخيص بعد أن ساقه بلفظه: "ابن الجوزي في التحقيق، قال: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد، فذكره، وتعقبه صاحب "التنقيح" فقال: هي نسخة باطلة؛ كما صرح هو به في "الموضوعات"، وبالغ في الخط على الخطيب، لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب "التحقيق". التلخيص: 4 / 341، 342.

⁽¹⁰⁹¹⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه والاستماع منها والانصاف لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته وحسن الاقبال عليهما، 10 / 136. وذكره أيضا صاحب التلخيص، 4 / 342.

⁽¹⁰⁹²⁾ تقدم تخريجه.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه يتعلق بالإمام وإنما يتعلق ذلك برضاها واختيارها، وهما قد رضا بهذا الرجل، فإذا حكم بالحق وجب أن يلزمها ذلك، والإنسان لا يلزمه المصير إلى الحاكم في جميع أمور.

وأما الخراج والجزية إنما لم يجز لأحد الرعية أن يستوفوا ذلك، لأن ذلك موكل إلى اجتهاد الإمام ومعرفة المصالح ووجوهها وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا يتعلق برضاها أو لا. وقد رضا به فوجب أن يلزمها ذلك.

قالوا: ولأنه حكم جاز للحاكم نقضه فوجب أن لا يلزم إذا وقع من غير دليل قاطع أصله إذا حكما جاهلا بحكم فجهل.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن للحاكم أن يفسخه بل ذلك لازم واقع ماض على كل وجه إذا كان ذلك بحكم الله تعالى، لأن المعنى في الجاهل إنما لم يصح، لأنه إذا حكم بغير حكم الله تعالى أبطلناه كالحاكم إذا حكم بغير الله تعالى أبطلنا حكمه ورددناه، والله أعلم.

فصل:

وأما إن حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع فلا يلزم.⁽¹⁰⁹³⁾
وإنما قلنا ذلك: لأنهما إنما رضا به أن يحكم بينهما بالشرع لا بخلاف ذلك.

فصل:

وإذا ثبت عند حاكم حق لإنسان على رجل في بلد آخر وتعذر عليه إقامة البينة عند حاكم ذلك البلد، جاز للحاكم الذي ثبت الحق عنده أن يكتب مما يثبت عنده إلى حاكم ذلك البلد، وعلى المكتوب إليه أن ينفذه إذا شهد عنده شاهدان بأنه كتاب ذلك الحاكم⁽¹⁰⁹⁴⁾.

[53ب] ولا تنفع الشهادة على خطه | دون لفظه بأنه كتابه⁽¹⁰⁹⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن كتابة الحاكم إلى الحاكم يثبت بها الحق، لأن الضرورة داعية إلى ذلك، وذلك أن البينة ربما تعذر إقامتها عند الحاكم فلم يبق طريق إلا أن يكتب الحاكم به إلى

⁽¹⁰⁹³⁾ انظر: المدونة: 4 / 15، النوادر: 8 / 83، 85، التفريع: 2 / 248.

⁽¹⁰⁹⁴⁾ انظر: التفريع: 2 / 246، البيان والتحصيل: 9 / 160، الإعلام بنوازل الأحكام: 30.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ انظر: البيان والتحصيل: 9 / 160، التفريع: 2 / 246.

من يلتزم تنفيذ الحكم، لأنه لو لم يقبل ذلك لأدى ذلك إلى ضياع الحقوق.

ولأن كتاب الحاكم وشهادة الشهود بثبت الحق عنده، وبأن هذا كتابه مع الغيبة يقوم مقام إشهاده على نفسه بالحكم، فإذا كان الحق ثبت عند الحاكم الثاني بشهادة الشهود عنده حكم للأول به، فكذاك شهادتهم عليه أن هذا كتابه.

وإنما قلنا إن الشهادة على الخط لا تنفع، لأن الحاكم لا يحكم باعتراف كتابه بأنه على ما كتبه أنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها ولو تلفظ بما كتبه لأخذ به.

مسألة:

عندنا إذا مات المكتوب إليه أو عزل فجاء الكتاب إلى الثاني والمكاتبة إلى الذي قبله، لزم الحاكم الثاني أن يحكم بذلك⁽¹⁰⁹⁶⁾.

ودليلنا هو أن الحاكم لا يخلو إما أن يكون:

كتب بأنه حكم، أو بثبت حق عنده لم يحكم به.

فإن كان قد كتب بأنه قد حكم فيلزم كل من ثبت ذلك عنده من الأحكام تنفيذه.

وإن كان كتب بما ثبت عنده، فإن ذلك جار مجرى الشهادة على الشهود، فشهود الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة، فكذاك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه ما كتب إلى هذا الحاكم، وإنما كتب إلى الحاكم الذي قبله، وذلك قد مات فلا يلزم هذا قبول ما كتب به إلى غيره.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك لأن القصد ليس الحياة والموت، وإنما القصد أن يعمل بما في الكتاب وما وقع عليه الإشهاد، فلم يصح ما قالوه. والله تعالى أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا يجوز الحكم على الغائب إذا أقام الحاضر البيئة وسأل الحكم له حكم الحاكم بذلك⁽¹⁰⁹⁷⁾.

⁽¹⁰⁹⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 521، العتبية والمجموعة، من النوادر: 8 / 127.

⁽¹⁰⁹⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 14، النوادر: 8 / 197، 198، التفريع: 2 / 249، المسالك: 5 / 249، الذخيرة: 10 / 113.

وبه قال الشافعي (1098).

وقال أبو حنيفة: يسمع دعوى الحاضر وبينته، ولا يحكم له على الغائب ولا على من هرب قبل الحكم وبعد إقامة البينة. (1099)

[154] ودليلنا: ما روي أن هنداً جاءت إلى رسول الله ﷺ | فقالت: «إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفأخذ من ماله»، فقال لها رسول الله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولئك بالمعروف» (1100)، وهذا قضاء على الغائب.

قالوا: فإن أبا سفيان كان حاضراً وما كان غائباً.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنه كان غائباً عن مجلس الحكم وقد حكم عليه بذلك ﷺ.

قالوا: وهذا إنما كان من النبي ﷺ على وجه الفتيا لا على وجه الحكم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنه ﷺ أخرج ذلك مخرج الحكم، ألا تراه ﷺ قال لها: «خذي ما يكفيك وولئك»، وهذا لا يكون إلا حكماً.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «لو أعطى الناس بدعائهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (1101)، وهذا قد أقام البينة العادلة فوجب أن يحكم له بذلك.

قالوا: إنما أراد بذلك ﷺ إذا كان المدعى عليه حاضراً.

والجواب: هو أنه ﷺ لم يستفصل، فهو على عمومته في الحاضر والغائب.

ولأن المسألة إجماع الصحابة، وذلك ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال بمحض من

(1098) انظر: الحاوي الكبير: 16 / 296 / 297، المهذب: 5 / 519، روضة الطالبين: 8 / 158.

(1099) انظر: المبسوط: 17 / 39، بدائع الصنائع: 6 / 222، 223.

(1100) تقدم تخريجه.

(1101) أخرجه البخاري، في التفسير، باب إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً، ر: 4552، ص 207، 208، ومسلم في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ر: 1711، ص 711. وساقه البيهقي في الكبرى بلفظ المصنف، باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، 10 / 252.

الصحابة: «ألا إن أسيفع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فدان معرضاً فأصبح قد دين به وإنا بايعوا ماله، فمن كان له عليه دين فليحضر فإننا قاسموا ماله بين غرمائه»⁽¹¹⁰²⁾.

قالوا: فيحتمل أن يكون أسيفعا كان ميتاً وعندنا يجوز القضاء على الميت.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن عمر رضي الله عنه قال: «أصبح وقد دين به»، وهذا لا يقال في الميت وإنما يقال للحي فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأنه قال قد أداًن معرضاً، وهذا أراد به قد فر من دين ما عليه لا أنه مات فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنها بينة قد قامت على دينه سمعها الحاكم وطلب صاحبها الحكم بها، فوجب على الحاكم أن يحكم له بها أصله إذا كان حاضراً. قالوا: لا نسلم أن هذا بينة، وإنما قد سمع الحاكم على وجه الشهادة ليعث بها إلى الموضع الذي فيه المدعى عليه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن الحاكم ما سمع | هذه الشهادة إلا بعد سماع [54ب] البينات، والذي يدل على ذلك؛ أن ذلك لو كان على وجه الشهادة لوجب أن يكون معه غيره، لأن الشهادة لا تكون إلا على ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: فلا يمتنع أن تكون مع الحضور تلزم ومع الغيبة لا تلزم، ألا ترى أنه إذا ادعى رجل على رجل مالا، فإن المدعى عليه لا يجوز أن يحلفه الحاكم إلا بمحضر من المدعي، فكذلك في مسألتنا وجب أن لا يحكم على هذا الغائب.

والجواب: هو إنما يجوز للحاكم أن يستوفي اليمين إلا مع حضور صاحبها وطلبه الحكم بها، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الأصل، إنما جاز الحكم عليه، لأنه يدفع عن نفسه ويجرح في الشهود، وليس كذلك إذا كان غائباً، لأنه لا يتمكن من ذلك فلا يجوز الحكم عليه.

⁽¹¹⁰²⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته، ر: 2236، 2 / 319، وابن أبي شيبة في المصنف، باب في رجل يركبه الدين، ر: 23369، 7 / 219.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحاكم قد كفاه، لأن الحاكم لا يحكم إلا بعد البحث عن حال الشهود وصحة قولهم عنده.

والثاني: هو أنه يمنع إذا قدم وكان عنده ما يقدر به في شهادة الشهود كان له ذلك.

وقياس آخر: وهو أن كل بينة جاز سماعها جاز الحكم بها أصله إذا كان حاضرا.

ومن أصحابنا من قال: لأنها دعوى مستحقة على غائب قامت بها بينة، فوجب أن يحكم بها عليه، أصله إذا ادعى على رجل أنه قتل وليه خطأ، فإنه لا خلاف أنه يحكم له بالدية على العاقلة، وإن كانوا غيبا فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأن غيبة المدعى عليه لا تمنع الحكم عليه، أصله إذا ادعى على ميت دينا، فأقام بذلك بينة، فإنه يحكم له فكذلك في مسألتنا.

وقد قيل: كل بينة جاز القضاء بها على الحاضر جاز القضاء بها على الغائب، أصله الورثة إذا تداعيا بعضهم على بعض.

وقد قيل: من لا يعتبر رضاه لا يعتبر حضوره. أصله المشتري للشقص المستحق فيه الشفعة، فإنه يوجد منه ذلك وإن كان غائبا فكذلك ههنا.

ولأن في تأخير ذلك إبطال لحقوق الناس الثابتة لأنه لا يشاء أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا فعل ذلك وغاب، فلا | يمكن القضاء عليه، فوجب أن يزال هذا الضرر بالحكم عليه مع إقامة البينة.

[55]

ولأنه قد وافقنا على أن امرأة لو ادعت على زوجها النفقة وهو غائب وذكرت أن له ودیعة عند زيد فأقر زيد بذلك، أنه يقضى له بذلك ويؤخذ لها منه نفقتها وهذا قضاء على الغائب.

قالوا: هذا ليس بحكم على غائب، وإنما هذا حكم على حاضر وهو الذي عنده المال.

والجواب: هو أن هذا الكلام لا يصح؛ وذلك أن الحكم إنما كان على الزوج الغائب للزوجة الحاضرة فلم يصح ما قالوه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه لما بعثه إلى اليمن: «إذا

جلس بين يديك الخصمان فلا تحكم حتى تسمع كلا منهما»⁽¹¹⁰³⁾، وهذا الحاكم ما سمع كلام المدعى عليه، فلا يجوز له أن يحكم عليه.

والجواب: هو أن هذا الخبر إنما ورد في الخصمين إذا قعدا بين يدي الحاكم، ونحن كذلك نقول: أنه لا يحكم إذا جلسا إليه حتى يسمع منهما جميعا، وكلامنا فيما إذا كان المدعى عليه غائبا.

والثاني: هو أن ههنا قد حصل له العلم بذلك لأن البيئة قد حضرت عنده.

والثالث: هو أنه عام، وما ذكرناه خاص وهو إجماع الصحابة في حديث عمر رضي الله عنه.

قالوا: ولأنه لم يحضر الخصم ولا يدلي عنه فلا يجوز الحكم عليه أصله إذا كان في البلد.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم إنه لم يحضر الخصم، لأنه لو كان حاضرا وسكت لم يجز الحكم عليه، ويبطل بما إذا ادعت المرأة النفقة على زوجها وله مال عند رجل فإننا نحكم عليه بذلك، ويبطل بما إذا حضر وهرب. ولا نسلم الأصل لأن عندنا يحكم عليه وإن كان في البلد.

والثاني: هو أنه إذا كان في البلد فلا يبعد إحضاره مجلس الحكم، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لا يمكن منه ذلك، فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه أحد المتداعيين فلا نحكم عليه من غير حضوره أصله المدعى عليه، وذلك أن الحاكم لو علم أن لهذا الغائب عند إنسان مالا، لم يجز أن يحكم له بذلك فكذا في مسألتنا.

[55ب]

والجواب: | هو أنه يبطل بما إذا حضر وسكت.

والثاني: هو أنا لا نسلم لأنه لو ثبتت له بيئة بهاله عند الحاكم، حكم له بذلك، وهذا ومسألتنا واحد فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن هذا الغائب لا يجوز أن يقضى عليه باليمين، فلا يجوز أن يقضى عليه بالمال

⁽¹¹⁰³⁾ أخرجه أبو داود، في كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، ر: 3582، ص 397، والبيهقي في الكبرى، باب القاضي لا يقبل شهادة الشاهد، 10/ 140. وقال في نصب الراية: "ورواه الحاكم في كتاب المستدرک، في كتاب الفضائل، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". نصب الراية: 4/ 61.

مع غيبته.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن اليمين لا يدخلها النيابة ولا يجوز استيفاءها إلا من جهته، والمال ليس كذلك فلم يصح ما قالوه، والله تعالى أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه وما هو عليه ولا يحيله عن حقيقته⁽¹¹⁰⁴⁾.

ومثال ذلك: أنه يدعي رجل على أجنبية أنها زوجته، ويقيم على ذلك شاهدي زور، ويشهدا له بالزور، فيحكم الحاكم بشهادتهما، فهذا حكم لا يصح في الباطن ولا تحل المرأة به. فإن وطئها مع علمه بذلك فهو زان.

وكذلك لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثاً وشهد لها بذلك شاهدا زور، فحكم الحاكم بالفرقة، فإنها لا تطلق عندنا بذلك، وهي امرأته على ما كانت عليه، ولا يجوز لها أن تتزوج بذلك الحكم، ولا لأحد الشاهدين أن يتزوج بها. هذا وما أشبهه من نظائره⁽¹¹⁰⁵⁾.
وبه قال الشافعي⁽¹¹⁰⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: حكم الحاكم يغير الشيء عما كان عليه، وتكون زوجته بذلك ظاهراً وباطناً عند الله تعالى⁽¹¹⁰⁷⁾، ويقع الطلاق بذلك في المسألة الأخرى. ووافقنا في الأموال وفي ذوي المحارم، أن حكم الحاكم لا يؤثر في الباطن⁽¹¹⁰⁸⁾.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ﴾ [النساء:

⁽¹¹⁰⁴⁾ انظر: النوادر: 8 / 233، المقدمات: 2 / 266، المتتقى: 7 / 138

⁽¹¹⁰⁵⁾ قال ابن أبي زيد في النوادر: "وقال أهل العراق ما لا يشبه قول العلماء، أن امرأة شهد لها شاهدا زور وأخبرتهما أن زوجها طلقها ثلاثاً فحكم بالعراق أنها تحرم على الزوج ويحل لها نكاح غيره، ويحل للشاهدين أن يتزوجا أحدهما، ويلزم قائل هذا لو ادعى أن ابنته أمته وأقام بينة زور فحكم له بهما أن له ملكها ووطئها، فكما لا يحل الحكم حراماً فكذلك لا يحرم حلالاً". النوادر: 8 / 234.

⁽¹¹⁰⁶⁾ انظر: الأم: 8 / 97.

⁽¹¹⁰⁷⁾ انظر: المبسوط: 16 / 180، بدائع الصنائع: 7 / 15.

⁽¹¹⁰⁸⁾ انظر: المبسوط: 16 / 181 وما بعدها.

[24]. فحرم الله تعالى المحصنة، وهي التي لها زوج إلا أن تملك الكوافر بالسبي.

وعند أبي حنيفة: أن التي لها زوج من المسلمين تحل لنا إذا حكم الحاكم بذلك وشهد شاهدا زور.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن من حجته من بعض، وإنما أنا بشر فممن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار»⁽¹¹⁰⁹⁾.

قالوا: هذا الخبر ورد في الأموال.

[56]

والجواب: هو أن هذا الخبر عام في الأموال وغير ذلك، فوجب أن يحمل على عمومه وشموله. ولأنه إذا كان ذلك | في الأموال فالأولى أن يكون ذلك في الفروج التي ورد الشرع بالاحتياط لها أكثر من الأموال فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وروي أن النبي ﷺ قال: «إنما أنا أحكم بالظاهر والله تعالى يتولى السرائر»⁽¹¹¹⁰⁾.

والقياس: هو أنه حكم شهادة باطلة في الباطن، فوجب أن لا ينفذ ذلك ظاهراً وباطناً أصله إذا كان ذلك في الأموال.

قالوا: المعنى في الأموال إنما كان كذلك؛ لأن الحاكم لا يجوز له أن ينقل مال زيد إلى عمرو وليس كذلك في مسألتنا لأنه يجوز له ههنا أن يزوجه الأيتام والأرامل.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك إنه وإن جاز له التزوج إلا أنه إذا علم بأن لها زوجاً لم يلتفت إلى شهادة الشهود فلم يصح ما قالوه من ذلك؛

والثاني: هو أنه يبطل بالقصاص فإن الحكم منه ينفذ، ومعلوم أنه لو شهد عنده شاهدان وعلم فسقهما لم يجز له بذلك الحكم فكذلك في مسألتنا في الفروج يكون مثله.

وقياس آخر: وهو أن كل شاهدين لا يجوز الحكم بهما في الأموال لا يجوز الحكم بهما في الفروج. أصله إذا علم بفسقهما، أو لأنهما شاهدان لو علم بفسقهما لم تجز شهادتهما الحاكم،

⁽¹¹⁰⁹⁾ أخرجه البخاري في الأحكام، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، ر: 7181، 4 / 383، ومسلم في الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، ر: 1713، ص 711.

⁽¹¹¹⁰⁾ تقدم تخريجه.

فإذا لم يجب أن ينفذ الحكم بشهادتهما، أصله العبدین.

وقد قيل: لأن شهادته باطلة في الباطن، فوجب أن لا يغير الحكم عما هو عليه أصله القتل، لأنه إذا شهد على قتل وهو يعلم أنها كاذبان فإنه لا يحكم، فكذلك في مسألتنا مثله. ولأنه حكم بسبب غير صحيح في الباطن، فوجب أن لا ينفذ الحكم به في الباطن أصله إذا ادعى أنها زوجته من ذوات المحارم فكذلك ههنا مثله.

ولأن الأموال أخفض حرمة من الفروج، والذي يدل على ذلك، أن الأموال تملك بالهبات والصدقات وبما ليس بعقد ويدخلها من البدل والمسامحة ما لا يدخل الفروج. وقد ثبت وتقرر: أن حكم الحاكم لا يغير الحقيقة في الأموال، فأولى أن (يكون)⁽¹¹¹¹⁾ ذلك في الفروج التي لا تستباح إلا بالعقود.

واحتج: بما روي «أن رجلاً خطب امرأة من حي هو دونها فأبت عليه وامتنعت من أن تتزوج به، فأقام شاهدي زور عند علي | كرم الله وجهه فحكم له بالزوجة»، فقالت المرأة: [56] والله ما تزوجت به، فقال علي عليه السلام: «شاهدك زوجاك»⁽¹¹¹²⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه أن علياً حكم بالنكاح في الباطن فدل على ما ذكرناه.

والجواب عنه من أوجه:

أحدها: أنكم لا تقولون به، وذلك أنه قال: شاهدك زوجاك، وعندكم لا تصير زوجته بشهادة الشاهدين، وإنما تصير زوجته بحكم الحاكم.

وجواب آخر: وهو أنه قول واحد من الصحابة والقياس مقدم عليه عندنا.

وجواب ثالث: وهو أن شريحاً⁽¹¹¹³⁾ خالفه في ذلك، وروي عنه أنه كان يقول: «يا هذا

⁽¹¹¹¹⁾ كتب في الأصل: "لا يتغير".

⁽¹¹¹²⁾ أورده الحافظ جمال الدين بن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف، 2/ 385؛ وذكره الحافظ ابن حجر في الفتح، 13/ 176؛ والكشميري في العرف الشذي شرح سنن الترمذي، 3/ 74.

⁽¹¹¹³⁾ شريح بن الحارث الكندي القاضي، يعد في كبار التابعين، وكان قاضياً لعمر بن الخطاب على الكوفة، ثم لعثمان، ثم لعلي رضوان الله عليهم، كان أعلم الناس بالقضاء، توفي سنة سبع وثمانين، وهو ابن مئة سنة، وولي القضاء ستين سنة، من زمن عمر إلى زمن عبد الملك بن مروان. الاستيعاب: 333. تهذيب الكمال: 12/ 445، 435.

إن قضائي هذا لا يحل ما كان حراماً عليك⁽¹¹¹⁴⁾، والتابعي إذا لحق الصحابي وخالفه في زمانه كان ذلك خلافاً صحيحاً.

والرابع: هو أنا كذلك نقول وأنها زوجة له في الظاهر لا في الباطن فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ويجوز أن يكون علياً ﷺ علم أن المرأة كاذبة فيما تدعيه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه فرج محكوم باستباحته، فوجب أن يكون حلالاً له ظاهراً وباطناً إذا صدقاه بذلك.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا حكم له باستباحة فروج ذوات محارمه، وعلى المعنى فيه إذا صدقه بذلك أنه يحل له به المال والقصاص فحل له به النكاح وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم تحل له شهادتهما المال ولا القصاص كان في الفروج.

قالوا: ولأنه رفع عقد فنفس القضاء الحاكم فيه باطناً أصله اللعان.

[57أ]

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم إنه رفع عقد لأنه لو كان ابتداء عقد كان بهذه المثابة.

والثاني: هو أنه يبطل بالأموال، والمعنى في اللعان إنما كان كذلك لأن سببه يوجد وهي الأيمان وإن كنا نعلم أن أحدهما كاذب في ذلك فلم يصح ما قالوه في ذلك. ولأن الفرقة في اللعان تتعلق بألفاظ اللعان والحاكم ينفذ ذلك ولا يقع بقوله ولا يحكم بالفرقة، والألفاظ قد وجدت في الظاهر والباطن فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه رفع عقد يقع ظاهراً فوق باطناً أصله فسخ البيع.

والجواب: هو أنه لا تأثير له وينكسر بالأموال، والمعنى في ذلك أنه وجد منه السبب وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأن هذا يؤدي إلى (...) ⁽¹¹¹⁵⁾ الفروج، وذلك أن تكون هذه امرأة هذا وأن

⁽¹¹¹⁴⁾ قال الحافظ بن حجر في الفتح: "وأما قول شريح فوصله بغوي في الجعديات من طريق بن سيرين عن شريح قال: من ادعى قضائي فهو عليه حتى يأتي ببينة الحق أحق من قضائي الحق أحق من يمين فاجرة". الفتح: 5 / 288.

⁽¹¹¹⁵⁾ كلمة في الأصل، لم أتبينها ولعلها "اختلاط"، لأن السياق يقتضي ذلك.

تكون امرأة للآخر وذلك لا يجوز.

والجواب: هو هذا لا يصح، وذلك أن هذا بالصدق، لأن هذه المرأة زوجة الأول ويحكمون بها لهذا الآخر ظاهراً وباطناً، ونحن نقول إنما له ظاهراً لا باطناً، وإن علم بذلك فلا يجوز له المقام على ذلك، وإن وطئ كان زانياً بذلك.

قالوا: ولأن أكثر ما في هذا أن يكون أن يعتقد أن عقد النكاح باطل وداخل تمنع منه، كالنكاح بلا ولي ولا شهود، فإن من الناس من يقول: إن ذلك جائز. ومنهم من يقول ذلك لا يجوز.

والجواب: هو أنه يلزم عليه أجرته من الرضاع.

والثاني هو أن المعنى في ذلك أنها من مسائل الاجتهاد فلذلك ساء ذلك وليس كذلك، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بالصواب.

باب:

والعدالة معتبرة في الشهادة وشرط في قبولها والحكم بها، وإنما قلنا ذلك: لقوله سبحانه وتعالى:

﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2].

وقال النبي ﷺ: «فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا»⁽¹¹¹⁶⁾.

ولأن الاتفاق حاصل على أن شهادة الفاسق غير مقبولة فدل على أن العدالة شرط في ذلك.

مسألة:

عند مالك رحمه الله: لا يجوز للحاكم أن يكتفي في العدالة بظاهر الاسلام دون البحث عن حالهما والسؤال عن طرائقهما والعلم بعدالتهما⁽¹¹¹⁷⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله.⁽¹¹¹⁸⁾

وقال أبو حنيفة رحمه الله: البحث عن العدالة ليس بشرط إلا في القصاص والحدود⁽¹¹¹⁹⁾، ولا بد له من البحث عن العدالة في الشهادة بذلك.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]. يعني [من]⁽¹¹²⁰⁾ المسلمين، فعلم أن العدالة معنى زائد عن العلم بالإسلام.

وقال تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله، ولا يكفي في ذلك العلم بصحة اعتقاده، لأن أفعاله قد تكون مخالفة

⁽¹¹¹⁶⁾ أخرجه النسائي في الصوم، ر: 2437، 3/ 99، وأخرجه الدارقطني في كتاب، الصوم، باب الشهادة على رؤية الهلال، ر: 2193، 3/ 120.

⁽¹¹¹⁷⁾ انظر: المنتقى: 7/ 146، النوادر: 8/ 273، المقدمات: 2/ 285، التفریع: 2/ 238، الكافي: 461.

⁽¹¹¹⁸⁾ انظر: الحاوي الكبير: 16/ 158، روضة الطالبين: 8/ 199.

⁽¹¹¹⁹⁾ انظر: المبسوط: 16/ 113، بدائع الصنائع: 6/ 268 وما بعدها.

⁽¹¹²⁰⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة: 3/ 1517.

لموجب اعتقاده.

وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه "أن رجلين شهدا عنده، وقال لا أعرفكما ولا يضركما أن لا أعرفكما، فجئاني | بمن يعرفكما، فجاءه رجل، فقال له: أتعرفهما، فقال نعم، قال: [57ب] أفكنت معهما في سفر حين تختبر فيه جواهر الرجال عن جواهر الناس، قال لا، قال أفأنت جارهما تعرف صباحهما و مساءهما، قال لا، قال لا، قال أعاملتهما بالدنانير والدراهم التي تنقطع بها الأرحام، قال لا، قال يا بن أخي ما تعرفهما، جئاني بمن يعرفكما" (1121).

فوجه الدليل منه أنه قال ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم، فدل على أن ذلك إجماع منهم على ذلك فلم يجز مخالفة ذلك.

قالوا: فهذه قضية في عين، فيحتمل أن ذلك في الحدود وعندنا لا بد من البحث في الحدود عن العدالة.

والجواب: هو أن هذا عام في الجميع، فوجب حمله على ذلك.

والقياس: هو أنها شهادة تعتبر فيها العدالة، يريد الظاهر في الإسلام، فاعتبر فيها البحث عن العدالة يريد المطالبة أصله الحدود والقصاص.

قالوا: المعنى في الحدود والقصاص إنما اعتبر فيها البحث، لأن شهادة النساء لا تقبل فيه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يقبل في ذلك شهادة النساء ولا يجب البحث عن العدالة.

والجواب: هو أن هو هذا لا يصح، وذلك أن النساء أيضا لا يقبلن في الطلاق ولا في النكاح ولا في العتاق فهو مثل ذلك.

قالوا: المعنى في الحدود والقصاص أنه اعتبر فيها البحث عن العدالة، لأنها لا تستدرك إذا وقعت ولا تسترجع إذا استوفيت، وليس كذلك الأموال لأنها تستدرك.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأن في الأموال أيضا قد لا تستدرك ولا يمكن الاسترجاع فيها ولا فرق في ذلك.

قالوا: المعنى في الحدود أنها محتاط لها لأنها مقدمة والأموال بخلاف ذلك.

(1121) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من يرجع إليه في السؤال يجب أن تكون معرفته باطنة متقدمة، 10/ 125، وابن الملكن في البدر المنير، في القضاء: 6/ 609.

والجواب: هو أن الفروج أيضا يحتاج لها أكثر من ذلك، ولأن الأموال والحدود سواء في الاحتياط، لأنه ممنوع من مال أخيه المسلم كما أنه ممنوع من قتله وشتمه وعرضه والزنا بحليلته، وقد قيل أنها شهادة يعتبر فيها البحث عن العدالة إذا كانت في الحدود فوجب اعتبارها في غير ذلك، أصله الإسلام، فإنه لا بد من البحث عنه فكذلك العدالة مثله.

ولأنها شهادة تتعلق بحكم الحاكم فلا يكتفي فيها بظاهر الإسلام أصله إذا كانت في قتل واحد، وقد قيل: كل شهادة جاز للخصم | الطعن فيها جاز من يعتبر فيها البحث أصله الحدود والقصاص.

[58]

واحتج بقوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُ وَأَشْهَدُ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282].

والجواب: هو أنه تعالى قال: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن الحال.

قالوا: وقال الله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ [البقرة: 143].

والوسط العدل.

وكذلك قال الشاعر: وهم وسط يرضى الأنام بقولهم
بمعظم⁽¹¹²²⁾. إذا نزلت إحدى الليالي

والجواب: هو أن هذا الخطاب إنما هو للصحابة رضوان الله عليهم، لأنهم هم المخاطبون بذلك، فهم العدول فلا يحتاج إلى البحث عن حالهم، وكلامنا فيمن أتى من بعدهم فلا يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الشهادة خبر يقبل من النساء فلم يعتبر فيها البحث عن العدالة، أصله أخبار الرسول ﷺ.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل ولا الفرع، أما الفرع فإن النساء لا تقبل شهادتهن في

⁽¹¹²²⁾ البيت نسبته جار الله الزمخشري في أساس البلاغة لزهير بن أبي سلمى، أساس البلاغة: 2/ 333. وصدر هذا البيت عند زهير في ديوانه: لحي حلال يعصم الناس أمرهم إذا نزلت إحدى الليالي بمعظم. ديوان زهير، ص 49.

كل موضع لا في النكاح ولا في الطلاق ولا في العتاق ولا في الحدود ولا في القصاص، وإنما تقبل في الأموال لضعفها في المال. وأما الأصل وهو أخبار الرسول ﷺ.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل ولا الفرع، أما الفرع فإن النساء لا تقبل شهادتهن في كل موضع لا في النكاح ولا في الطلاق، فلا يقبل ذلك إلا من ثقة ويجب البحث عن عدالته وشهادته، لأننا إذا احتطنا للشهادة، فأولى أن يحتاط لأخبار الرسول عليه السلام، لأنها أصل في تعليق الحكم عليها.

وجواب آخر: وهو أن الخبر أوسع من الشهادة، بدليل قوله من العبد ولا تقبل شهادته، ولأن الأخبار تدخلها العنينة عن فلان عن فلان والشهادة بخلاف ذلك.

قالوا: ولأنه بحث فلم يكن شرطاً في الشهادة على الأموال أصله البحث عن الإسلام.

والجواب: هو أنه ينكسر بالحدود، والمعنى في الأصل وهو الإسلام؛ أنه لا طريق إلى البحث عنه لأنه إذا كان يصلي ويصوم فلا طريق إلى العلم بأنه ليس بمسلم، وليس كذلك العدالة لأنه يمكنه أن يسأل ويبحث عن طريقه وحالته من أمانته وفسقه ونزاهته وشره فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الأصل في المسلمين العدالة.

والجواب: هو | وإن كان الأصل ذلك إلا أنه قد بطل على ذلك ما يمنع منه، ألا ترى [58ب] أنكم تعتبرون البحث عن حاله في الحدود والقصاص فكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

قالوا: ولأن البحث عن العدالة لا يعتبر في النكاح فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الشهادة عندنا ليست شرطاً فيه فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

فصل:

وصفة العدل الجائز الشهادة:

أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً ثقة غير فاسق، وإنما شرطنا البلوغ لأن العدالة من صفات التكليف فهي تتضمن البلوغ.

ولأن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة»⁽¹¹²³⁾ فذكر الصبي حتى يبلغ، والبلوغ شرط في كل الشهادات، إلا في موضع خرج عن قياس لأجل الضرورة ونحن نذكره في موضعه.

وإنما شرطنا العقل؛ لأن الغرض من قبول الشهادة أن يؤدوا ما علموا من حال الحادثة التي يشهدون بها، وذلك لا يتأتى إلا من العاقل فلاجل ذلك كان شرطا في ذلك.

وإنما شرطنا الحرية؛ لأن العبيد لا مدخل لجنسهم في الشهادة.

وإنما شرطنا أن يكون ثقة؛ لأن ذلك من صفات العدالة، لأن الكذاب والخائن فاسقان غير عدلين ولا مرضيين ولا تقبل شهادتهما.

وإنما شرطنا الأمانة؛ لأن ضدها الخيانة وذلك فسق والخائن غير مرضي ولا عدل.

وإنما قلنا إنه يجب أن يكون غير فاسق ولا كذاب؛ لأن ذلك من ضروب الفسق التي هي أبلغ ما يفسق بها الفاسق.⁽¹¹²⁴⁾

مسألة:

عندنا لا يقبل في الشهادة إلا المسلمون، ولا تقبل شهادة الكفار لا على مسلم ولا على كافر⁽¹¹²⁵⁾.

وبه قال الشافعي.⁽¹¹²⁶⁾

وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة الكفار بعضهم على بعض.⁽¹¹²⁷⁾

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَأَعْرِضْنَا بَيْنَهُمُ الْغَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَمَةِ﴾ [المائدة:

14]. وهذا خبر من الله تعالى ولا يجوز أن يقع بخلاف خبره.

⁽¹¹²³⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹¹²⁴⁾ انظر جملة هذه الشروط في: المدونة: 4 / 19 وما بعدها، المنتقى: 7 / 147، المقدمات الممهدة: 2 / 238 وما بعدها، التفريع: 2 / 238، 239.

⁽¹¹²⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 21، النوادر: 8 / 424، التفريع: 2 / 237.

⁽¹¹²⁶⁾ انظر: الأم: 8 / 116، الحاوي الكبير: 17 / 213، المهذب: 5 / 625، الوسيط: 7 / 347.

⁽¹¹²⁷⁾ انظر: المبسوط: 16 / 113، بدائع الصنائع: 6 / 280، 281.

وقد قال النبي ﷺ: «لا تقبل شهادة عدو على عدو»⁽¹¹²⁸⁾.

وقال الله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 182]، وهذا كافر غير مرضي فلا تقبل شهادته على شيء بوجه ولا سبب.

وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: 6] وهذا فاسق فوجب أن لا يقبل منه.

قالوا: إنما أراد بذلك الفاسق المسلم، لأن هذا الاسم يختص به وهو الكافر.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الاسم يتناوله، وذلك أن الفاسق هو الذي عدل عن الطريق المستوي وهذا موجود في الكافر وأبلغ، والذي يدل على ذلك: أن الرسول عليه السلام لما أسر عقبة بن أبي معيط، قال ﷺ: «من يضرب عنق الفاسق» فقام علي رضي الله عنه "فضرب عنقه"⁽¹¹²⁹⁾، فدل على أن الكافر يقع عليه اسم الفاسق.

قالوا: فقله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: 6]، والشاهد الخبر، وكلامنا إنما هو في الشهادة.

والجواب: هو أن الشهادة قد تكون خبرا، وأن الخبر لا يكون شهادة.

قالوا: فقد قال تعالى: ﴿فتبينوا﴾ ولم يقل ذوا شهاداتهم.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح، وذلك أن الثبوت هو التوقف فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وروى معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دين إلا المسلمون، فإنهم عدول عليهم وعلى غيرهم»⁽¹¹³⁰⁾ فدل على ما قلناه من ذلك.

⁽¹¹²⁸⁾ لم أجده بهذا اللفظ، وقال في التلخيص: "قال الإمام في النهاية، اعتمد الشافعي خيرا صحيحا وهو أنه صلى الله عليه وسلم قال: "لا تقبل شهادة خصم على خصمه". قلت: ليس له إسناد صحيح، لكن له طرق يقوى بعضها ببعض". التلخيص: 4 / 374. ويقصد بقوله: قال الإمام في النهاية: هو إمام الحرمين الجويني رحمه الله.

⁽¹¹²⁹⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب ما يفعله بالرجال البالغين منهم، 9 / 64.

⁽¹¹³⁰⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من رد شهادة أهل الذمة، 10 / 163. وابن حجر في التلخيص: 4 / 364.

قالوا: وهذا الخبر حجة لنا، لأننا لا نقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك إنما هو من دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أن كل شهادة لا تقبل على المسلمين وجب أن لا تقبل على الكفار أصله الفساق والمسلمون.

قالوا: لا يمتنع أن تقبل شهادة الشخص في موضع ولا تقبل في موضع آخر، ألا ترى أن شهادة العدو لا تقبل على عدوه وإن كانت الشهادة مقبولة على غيره، فكذلك في مسألتنا وجب أن لا تقبل هذه الشهادة على المسلم وتقبل على غيره.

والجواب: هو أن هذا لا يصح على أصلكم، وذلك أن شهادة العدو على عدوه مقبولة عندكم فلم يصح ما قالوه.

والثاني: إنما لم تقبل شهادة العدو على عدوه لأجل العداوة كذلك في الكفار أيضا مثله.

[59ب]

| وقياس آخر: وهو أنه كافر فلا تقبل شهادته. أصله إذا شهد على مسلم، أو لأنه مصر على كبيرة فلم تقبل شهادته، أصله المسلم الفاسق الشارب، فإن المسلم الشارب الزاني لا تقبل شهادته مع الزنا، به حكم الإسلام، فأولى أن لا تقبل شهادة هذا الكافر المعلن بكفره أولى أن لا يقبله.

وقد قيل: أنه ممن لا يصح خبره على الرسول عليه السلام فلا تقبل شهادته أصله الفاسق المعلن بفسقه، أو لأنه ممن لا يقبل منه رؤية الهلال فلم تصح شهادته أصله ما ذكرناه، أو لأنها شهادة يجب بها مال فلا يحل للحاكم قبولها من الكافر أصله إذا شهد بها على مسلم.

ولأن الشهادة موضوعة على الكمال، والكافر على غاية ما يكون من النقصان، فوجب أن لا يكون محلا للشهادة بحال.

واحتج بقوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: 106]. وأراد بذلك من غير ملتكم.

والجواب: هو أن هذه الآية لا حجة لكم فيها، وذلك أنه قيل في التفسير: أنه أراد بذلك من غير قبيلتكم⁽¹¹³¹⁾.

قالوا: هذا لا يصح وذلك أنه تعالى قال: ﴿أَوْءَاخْرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: 106]، وهذا يدل على أنه أراد بذلك غير (المسلمين)⁽¹¹³²⁾.

والجواب: هو أننا قد بينا أنه المراد بذلك غير قبيلتكم، كذلك قال أهل المعرفة بالتفسير؛ فلا يلتفت في ذلك إلى قولكم، لأنه لا بد لنا من الرجوع إلى قولهم لأنهم أعرف بذلك.

وجواب آخر: وهو أنه يحتمل أن يكون أراد بذلك غير المسلمين، إلا أنه لا يجوز أن ينسخ جواز شهادتهم على المسلمين ويبقى جواز شهادتهم على الكفار، لأن قبول شهادتهم على المسلمين هو الأصل وقبولها على الكافر مستفاد منه، ومحال أن ينسخ الأصل ويبقى الفرع المستفاد منه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: وروي أن النبي ﷺ «رجم يهوديين زنيا بشهادة اليهود»⁽¹¹³³⁾ وهذا يدل على ما ذكرناه.

والجواب: هو أننا وأنتم لا نقول بهذا الخبر، لأن عندنا وعندكم أن من شرط الرجم الإسلام، وإنما رجمهما الرسول عليه السلام بحكم التوراة لا بحكم الإسلام.

والجواب آخر: وهو أنه روي: أن اليهوديين اعترفا فرجمهما النبي ﷺ | بإقرارهما^[60] واعترافهما لا بالشهادة على ذلك⁽¹¹³⁴⁾.

قالوا: فقد روي أنه عليه السلام قال: «اتتوني بأربعة منكم» يعني من المسلمين، الذين في قبيلتكم لأنهم كانوا أمسكوا ومعهم مسلمون، ويحتمل أنه قال لهم ذلك لأنهم كانوا قد أنكروا الرجم.

⁽¹¹³¹⁾ انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 2/ 240.

⁽¹¹³²⁾ في الأصل: (غير المسلمون).

⁽¹¹³³⁾ أخرجه مسلم في كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، ر: 1699، ص 706.

⁽¹¹³⁴⁾ في مسلم عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "رجم في الزنى يهوديين، رجلا وامرأة زنيا، فأنت اليهود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بهما، وساقوا الحديث بنحوه". أخرجه مسلم في كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، ر: 1699، ص 706.

وقالوا: ليس في التوراة رجم، فقال عليه السلام: «أيتوني بأعلمكم، فأتوه بآبن صوريا وبالتوراة فقرئت فوضع أحدهم يده على آية الرجم، فقال له عبد الله بن سلام: ارفع يدك، فرفعها فإذا آية الرجم»⁽¹¹³⁵⁾ فلم يكن بذلك حجة.

قالوا: ولأنه خبر عدل في دينه، فجاز أن تقبل شهادته أصله الحر المسلم.

والجواب: هو أنه يبطل بشهادة الزوج لزوجته وبالضريح المسلم وبالوالد لولده، فإن هؤلاء أحرار وعدول ومع ذلك لا تقبل شهادتهم.

والمعنى في المسلم، أنه تقبل شهادته على المسلم فلذلك كان شاهداً على الكفار، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يقبل على المسلمين وجب أن لا يقبل على الكفار أصله المسلم.

والجواب: هو أن من أصحابنا من قال: إنه غير مخاطب بشريعة الإسلام، ومنهم من قال: إنه مخاطب، إلا أنا إن سلمنا أنه مخاطب، فإنه يلزم عليه الوالد مع ولده والزوج مع زوجته والعبيد، فإن هؤلاء كلهم مخاطبون بفروع الشريعة ومع ذلك شهادتهم مردودة، والمعنى في المسلم ما قدمناه فأعني عن إعادته.

قالوا: ولأنه يلي تزويج ابنته، ومن ولي التزويج جاز أن تقبل شهادته أصله المسلم.

والجواب عنه من أوجه:

أحدها: أن عندنا وعندكم الفاسق المسلم تصح ولا يته في تزويج بناته وإن كانت شهادته غير مقبولة.

والثاني: أنه إنما جاز له عندنا أن يلي تزويج ابنته لأن عندنا أنكحتهم فاسدة، وإنما تصح له بالإسلام، وعلى قول من يقول إن ذلك صحيح إنما جاز لهم ذلك، لأنه حق قد يقر به، فالنقص الذي فيه لا يمنع منه وليس كذلك الشهادة لأنها فرض على الكفاية، إن قام بها غيره جاز ولم يلزمه، فلذلك لم تجز الشهادة إلا من كامل، والكافر أنقص النقائص فلم تصح منه الشهادة والله أعلم.

[ب60]

| مسألة:

⁽¹¹³⁵⁾ البخاري في كتاب المناقب، باب قول الله تعالى: يعرفونه كما يعرفون أبناءهم، ر: 3635، 2/ 537 ومسلم في كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، ر: 1700، ص 706.

عندنا لا تقبل شهادة العبيد⁽¹¹³⁶⁾.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي⁽¹¹³⁷⁾.

وقال أحمد بن حنبل⁽¹¹³⁸⁾ وإسحاق و أبو ثور⁽¹¹³⁹⁾ وداود بن علي: تقبل شهادتهم⁽¹¹⁴⁰⁾.

ودليلنا: قوله سبحانه وتعالى: ﴿سُورَةُ الْفَاتِحَةِ الْبَقَّةُ الْغَنَاءُ﴾ [الروم: 28]. الآية.

فوجه الدليل منها: هو أن الله تعالى نفى المساواة بينهما وبين العبيد عموماً فدل على ما ذكرناه.

وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]. والعدالة مأخوذة من الاستواء، والعبد ليس بمعتدل في أحواله لنقصه بالرق.

والقياس: هو أنه مملوك فلا يكون له مدخل في الشهادة أصله التهمة، ولأنه مما يباع ويبتاع فلا يكون له مدخل في الشهادة أصله ما ذكرناه.

ولأن من لا يجوز أن يكون ولياً في النكاح لا يجوز أن يكون شاهداً. أصله الصبيان والكفار، لأنه أمر لا يتنقض مبني على المفارقة، فلم يكن للعبد فيه مدخل. أصله الرجم والمواريث.

ولأن من لا يورث بحال فلا يكون له مدخل في الشهادة أصله ما ذكرناه من التهمة. أو لأنه عبد فلا تقبل شهادته أصله إذا شهد لسيده.

⁽¹¹³⁶⁾ انظر: النوادر: 8 / 427، المقدمات الممهدة: 2 / 284، التفرع: 2 / 235.

⁽¹¹³⁷⁾ انظر: المبسوط: 16 / 124، بدائع الصنائع: 6 / 267، الأم: 8 / 116، الحاوي الكبير: 17 / 214.

⁽¹¹³⁸⁾ انظر: مختصر الخرقى: 263، المغني: 14 / 185، المقنع مع الشرح الكبير: 29، 397.

⁽¹¹³⁹⁾ أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، الإمام الحافظ الحجة المجتهد، مفتي العراق، مولده في حدود سبعين ومائة، سمع من سفيان بن عيينة، وكيع بن الجراح وأبي عبد الله الشافعي وغيرهم، وحدث عنه أبو داود وابن ماجه، ووصفه النسائي بأنه ثقة مأمون، توفي سنة أربعين ومائتين. طبقات الفقهاء: 101- السير: 72 / 12.

⁽¹¹⁴⁰⁾ انظر: المغني: 14 / 185، المحلى: 9 / 413.

أو لأن الشهادة موضوعة على الكمال والعبد منقوص بالرق فلا يكون له مدخل في الشهادة.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. قالوا: فالعبد من رجالنا فوجب قبول شهادته.

والجواب: هو أنه إنما أراد بذلك الأحرار الذين إذا شهدوا على الطلاق من غير إذن واحد، والعبد لا يصح منه ذلك.

قالوا: فقد قال تعالى: ﴿ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2] والعدل من عدلت أفعاله.

والجواب: هو أن العبد ناقص بالرق فهو أسوأ حلاً من الصبي.

قالوا: ولأن الله تعالى قال: ﴿أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: 13].

قالوا: إذا كان العبد تقياً، فهو كريم عند الله تعالى فوجب قبول شهادته.

والجواب: هو أن هذه الآية لا حجة فيها، لأن الحر الدين التقي الزاهد العابد الكريم على الله إذا كان فيه غفلة لا تقبل شهادته، وإن كان من أكرم الخلق فلم يصح ما قالوه.

قالوا: لأنه يقبل خبره فجاز قبول شهادته أصله الحر.

والجواب: هو وإن جاز قبول خبره إلا أنه لا تقبل شهادته لسيدته، ولا يرث وبيع وبيتاع ولا يكون ولياً في النكاح، والمعنى في الحر: أنه كامل الأحكام يرث ويورث ويرجم والعبد ناقص لا يرث ولا يورث ولا يرجم في الإحصان، ولأن الخبر أوسع من الشهادة [61] لأنه لا يستوي فيه الخبر والمخبر، والشهادة ليست كذلك لأنها إنما تلزم بالشهود عليه فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

ويجب أن يكون الشاهد ضابطاً فطناً⁽¹¹⁴¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه متى لم يكن فيه ذلك تمت عليه حيلة الخصم فلا يؤمن أن يشهد بالزور والكذب، فإذا كان متيقظاً متحرزاً أمن عليه ذلك، وأدى الشهادة سليمة مما يخاف

(1141) انظر: التفريع: 2 / 239، المقدمات: 2 / 285.

عليه من الزلل في ذلك، فذلك أصل في الشهادات، ولذلك جعل الله تعالى امرأتين مقام رجل واحد، لأن الغالب من شأن النساء الغفلة والسهو وقلة التحصيل، ولذلك قال ﷺ: «إنكن ناقصات عقل ودين»⁽¹¹⁴²⁾ فضم إليها أخرى، لأن ذلك يبعد عن الجماعة ويؤمن فيهن غالبا، فلذلك شهادة الواحد لا بد أن يكون من أهل فطنة وضبط حتى لا تتم عليه حيلة.

فصل:

ويجب أن يكون عارفا بالشهادة ووجه تحملها⁽¹¹⁴³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه متى لم يكن فيه ذلك لم يكن مرضيا، وقد شرط تعالى الرضا في قبول الشهادة، والجاهل ليس بمرضي، ولا يكفي في ذلك أن يكون من أهل الدين دون أن ينضاف إليه العلم بما يشهد به، ومعرفة أداء الشهادة، ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحملها لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع منه فلذلك لم يجز.

فصل:

ويجب أن يكون الشاهد بعيدا عن الشره ودناءة النفس⁽¹¹⁴⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه إذا كان معروفا بذلك سقطت مروءته وسبقت المظنة إليه، وتسرع إليه التهمة أنه إنما يشهد لشيء يعطاه، وهذا من أقبح ما يكون في العدالة، مانع للصدق والأمانة فوجب حسم الباب بارتفاعه عن الشهادة.

وإنما شرطنا الحفظ للمروءة لأنه من لا يراعي مروءته فإنه غير مرضي، ولأنه إذا أهملها دل ذلك منه على إهمال دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حقوق الله تعالى، وسبقت الظنة إليه وقد قدح ذلك في عدالته.

مسألة:

ولا تقبل شهادة الولد لو الولد له⁽¹¹⁴⁵⁾، وبه قال كافة أهل العلم⁽¹¹⁴⁶⁾.

⁽¹¹⁴²⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹¹⁴³⁾ انظر: التفريع: 2/ 239، المقدمات: 2/ 285، المنتقى: 7/ 149.

⁽¹¹⁴⁴⁾ التفريع: 2/ 239، المقدمات: 2/ 285، المسالك: 6/ 270، 271.

⁽¹¹⁴⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 20، النوادر: 8/ 298، المنتقى: 7/ 172، الكافي: 461.

وقال داود بن علي⁽¹¹⁴⁷⁾ وأهل الظاهر: يقبل ذلك⁽¹¹⁴⁸⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁴⁹⁾. والظنة ههنا موجودة لأن ذلك معلوم من حيث الطباع، وذلك أن الابن يحب نفع أبيه، والأب أيضاً يحب نفع ابنه ودفع الضرر عنه، ويؤثر ذلك على منفعة نفسه فكيف عن غيره، فربما دعاه ذلك أن يشهد له بالزور ويركب كل محذور في [تخليصه من ضرر يقع]⁽¹¹⁵⁰⁾ أو نفع وإدخال نفع إليه، وقد قال تعالى: ﴿وَأَصْلَحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي﴾ [الأحقاف: 15].

وقال ﷺ: «فاطمة بضعة مني يربيني ما يربوها»⁽¹¹⁵¹⁾ فدل على ما ذكرناه من ذلك.

ولأنها شهادة تقوى التهمة فيها وأشباهها، فوجب أن لا تقبل أصله شهادته لنفسه لا تقبل فكذلك لولده.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. وقال تعالى: ﴿وَمَنْ تَرَضَوْا مِنْ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. وهذا الأب مرضي فوجب قبول شهادته لولده.

والجواب: هو أن هذا عموم، والخبر الذي روينا خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁵²⁾ وقد ثبتت وجه التهمة والظنة التي من الولد ووالده، فوجب حسم الباب في قبول شهادته له.

⁽¹¹⁴⁶⁾ انظر: بداية المجتهد: 2 / 464.

⁽¹¹⁴⁷⁾ داود بن علي بن خلف، الإمام البحر المحافظ العلامة، رئيس أهل الظاهر، ارتحل إلى إسحاق بن راهويه، وسمع منه المسند والتفسير، وناظر عنده وجمع وصنف وتصدر، مولده سنة اثنتين ومائتين، ومات سنة سبعين ومائتين. طبقات الفقهاء: 92، السير: 13 / 97.

⁽¹¹⁴⁸⁾ انظر: المحلى: 9 / 416 - المغني: 14 / 181، الحاوي الكبير: 17 / 16.

⁽¹¹⁴⁹⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، ما جاء في الشهادات، ر: 2017، 2 / 262، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف، باب لا يقبل متهم ولا جار إلى نفسه ولا ظنين، ر: 15365، 8 / 230.

⁽¹¹⁵⁰⁾ في الأصل: "تحصيله من ضرر ونفع"، والمثبت من المعونة: 3 / 1529.

⁽¹¹⁵¹⁾ أخرجه مسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي عليها الصلاة والسلام، ر: 2449، ص 939.

⁽¹¹⁵²⁾ تقدم تخريجه.

وأنه تعالى طبعهم على التحاب والتوادد والحنو | والرأفة، ونبه على تأكيد ذلك بقوله: ﴿خُلِقَ﴾⁽¹¹⁵⁸⁾ لكم من أنفسكم أزواجاً [الروم: 21]، وقال: ﴿إِنَّكَ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأُولَدِكُمْ عَذْوَائِلٌ﴾ [التغابن: 14]، فجعل هذين الجنسين غاية ومثلاً يستطرف، فراعى العدل من مثلها، لأنها الغاية في المحبة والعطف التي لا زيادة فوقها، فدل ذلك على قوة التهمة وتأكيدها في ذلك، فوجب رد الشهادة بذلك بدليل العادة. فالإنسان يعلم من نفسه حقيقة ذلك، وذلك أنه يحب نفع زوجته وهوها ويكره ضررها حتى أنه يغضب لها أهل وأقاربه وأبويه ويقدمها على جميع ذلك، وهذا معلوم عادة وعرفاً لا يمكن عاقلاً دفع ذلك، وينتفع بهاها ويسقط فيه، ويتجمل به ويتتهي في محبتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمة، وإذا كان ذلك كذلك؛ وجب أن لا يقبل شهادة أحدهما للآخر كالأب مع ابنه.

والقياس: هو أنها شهادة يجريها الشاهد إلى نفسه نفعاً، فوجب أن لا تقبل منه أصله إذا شهد لنفسه أو لغريمه.

فإن قالوا: لا نسلم أنه يجزى بذلك لنفسه نفعاً.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الرجل يتجمل بمال زوجته كما يتجمل بمال نفسه، وله فيه من الانبساط مثل ما للوالد في مال أبيه ولذلك قال ﷺ: «تزوج المرأة لثلاث لمالها وجمالها ودينها» فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها شهادة تتقوى التهمة معها وأسبابها، فوجب أن لا يقبل أصله الأب مع ولده.

قالوا: المعنى في الأب إنما كان كذلك لأن الولد بعض منه وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنه لا فرق بينهما، ولأن الله قد جعل من المودة والحنو بين الزوجين مثل ما جعل بين الأبوة والبنوة، لأنه تعالى قال: ﴿الْأَرْوَاقُ الْأَنْفَالُ﴾ [التوبة: 21]، فلم يصح ما قالوه من ذلك، و [لأن]⁽¹¹⁵⁹⁾ لكل واحد منهما من البسط في مال صاحبه مثل مال الآخر فلم تقبل شهادة أحدهما أصله الأب مع الابن.

⁽¹¹⁵⁸⁾ في الأصل: ﴿جعل﴾ وهو خطأ.

⁽¹¹⁵⁹⁾ ساقط من الأصل، والمثبت اقتضاه السياق.

قالوا: لا نسلم أن لأحدهما تبسطا في مال الآخر، لأن مال كل واحد منهما محرر عن مال الآخر.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن لكل واحد منهما تبسطا في مال صاحبه لأن له أن يتجمل بذلك ويأكل منه فلم يصح ما قالوه.

وقد قيل: لأن بينهما سببا يوجب التوارث في جميع الأحوال، فوجب أن يكون ذلك مانعا من قبول شهادة | أحدهما للآخر. أصله الأب مع ابنه. [ب62]

قالوا: المعنى في الأب مع ابنه أن بينهما بعضية فلذلك منع من الشهادة وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما لأن بينهما من المحبة والحنو ما يقبل به التهمة أكثر من البعضية فلم يصح ما قالوه.

وقد قيل: إنه يملك وطئها فلا تقبل شهادته لها أصله الأمة، ولأنها مقيمة بمقامه ومسافرة بسفره فأشبهت أمته.

قالوا: المعنى في الأمة أنها ماله، ولا يجوز للإنسان أن يشهد لماله ولنفسه.

والجواب: هو أن ههنا أيضا مثله، لأنه في معنى ماله لأنه يتجمل به كما يتجمل بمال نفسه ويجب لها من النفع ما يجب لنفسه، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بقوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282].

والجواب هو: أن هذه الآية عامة، وما ذكرناه من خبر الرسول عليه السلام خاص، والخاص يقضي على العام.

قالوا: ولأن بينهما عقد معاوضة، فلا يمنع من رد الشهادة أصله البيع والإجارة.

والجواب: هو وإن كان بينهما عقد معاوضة، إلا أنه يوجب التوارث ويوجب التودد والتحنن والتهمة تقوى في ذلك، فوجب أن يكون ذلك سببا لرد الشهادة.

والثاني: هو أنه لا تأثير لقولكم بينهما عقد معاوضة أيضا، لأنه لو لم يكن بينهما عقد معاوضة كانا بهذه المثابة.

والثالث: أنا نقبل فنقول، فكان لوجود التهمة تأثيراً أصله البيع، لأنه لو كان لرجل على رجل دين فقال صاحب الدين أنا أشهد لهذا المديان على فلان بألف دينار ثمن سلعة باعها منه، فإنه لا يقبل شهادته له، فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى في الأصل: وهو البيع، أن القصد منه المغالبة والمكايسة ونقل مال كل واحد منهما إلى صاحبه، فلذلك جاز أن لا يمنع من قبول الشهادة من أحدهما للآخر.

والمعنى في البيع: أنه لا يوجب التوارث فلا يوجب رد الشهادة، وليس كذلك في مسألتنا، لما أوجب التوارث أوجب رد الشهادة كالأبوة والبنوة.

قالوا: ولأنه عقد على منفعة | فلا يمنع من رد الشهادة أصله الإجارة. [63]

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم أنه عقد على منفعة، لأنه لو كان عقداً على عين كان بهذه المثابة.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون عقد، ومع ذلك يؤثر في رد الشهادة كالعدو مع (...)⁽¹¹⁶⁰⁾ إذا وجد بينهما عقد صح إذا كان ذلك مانعاً من الشهادة فكذلك في مسألتنا.

ونقبل فنقول: فوجب أن لا يختلف الحكم فيه بين العين والمنفعة أصله ما ذكرتم.

والمعنى في الأصل وهو الإجارة، أنه لا يملك به الوطء ولا يورث به ولا تقوى التهمة فيه، فلذلك لا يمنع من رد الشهادة، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن من لا ترد له شهادة قبل النكاح، لا ترد له بعد النكاح أصله الزوج والزوجة.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون قبل العقد لا ترد كما أن قبل وجود العداوة لا ترد الشهادة، فإذا وجدت العداوة ردت الشهادة فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن قبل العقد لم توجد التهمة وليس كذلك في مسألتنا، لأن التهمة قد قويت ههنا فوجب أن يكون سبباً للرد.

والمعنى في الأصل: أن ذلك لا يرث وهو خارج من العقد، ولأن تهمته من جهته وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

⁽¹¹⁶⁰⁾ تأكل في الأصل بمقدار كلمة، ولعلها "عدوه".

قالوا: ولأن بينهما سببا لا يعتق أحدهما على الآخر بحق الملك، فوجب أن لا ترد له الشهادة أصله الإجارة والبيع وما ذكروه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنها وإن لم يعتق أحدهما على الآخر إلا أنها يتوارثان بهذا السبب الذي بينهما.

والثاني: هو أن رد الشهادة ليس هو لأجل العتق فيه مدخل، وإنما ذلك لأجل التهمة ألا ترى أن العدو مع عدوه ترد له الشهادة لأجل ذلك، وإن كان أحدهما لا يعتق على الآخر بحق الملك فلم يصح ما قالوه.

والمعنى في الأصل ما تقدم فأغنى عن الإعادة والله أعلم.

فصل:

ولا تقبل شهادة السيد لعبده⁽¹¹⁶¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن التهمة قائمة، لأنه إن شهد بمال كانت شهادته لنفسه لأنه يملك عبده و ماله ولو شهد بغير مال التزويج أو رجعة وما أشبه ذلك، فالتهمة قائمة في جميع ذلك، فوجب أن لا تقبل شهادته.

فصل:

[63ب] ولا تقبل شهادة الغريم | لغريمه المفلس⁽¹¹⁶²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه متهم في ذلك، ولأن النبي ﷺ: «قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁶³⁾، ولأنه إذا شهد ليصير المال إليه فيكون كأنه إنما شهد لنفسه، فوجب أن لا تقبل شهادته لأجل ذلك.

فصل:

ولا تقبل شهادة الوصي لمن يلي عليه⁽¹¹⁶⁴⁾.

⁽¹¹⁶¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 19، النوادر: 8 / 306.

⁽¹¹⁶²⁾ انظر: النوادر: 8 / 318، التفريع: 2 / 236.

⁽¹¹⁶³⁾ سبق تخريجه.

⁽¹¹⁶⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 27 / 28، النوادر: 8 / 333، التفريع: 2 / 236.

وإنما قلنا ذلك: لأنه يجريها إلى نفسه حقاً، وهو جواز تصرفه في المال وكونه في قبضه بحق ولايته فلاجل ذلك منعنا منه.

فصل:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في الشهادة على الأيتام من الوصي: فروي عنه جواز ذلك، وروي عنه المنع من ذلك⁽¹¹⁶⁵⁾.

فوجه الجواز: هو أن التهمة عنه منفية في ذلك، لأنه يخرج عن يده مالا يقطع حق ولايته فيه، ولأن كل من لم تقبل شهادته إنسان له قبلت عليه أصله الأب والابن.

ووجه المنع من ذلك: هو أنها شهادة في حق موليه بولاية، وذلك أن التهمة قائمة في الموضوعين لأنه يخرج عنهم مالا نقوله قد لزم بحق الولاية حفظه، فوجب أن لا يقبل منه لأجل ذلك.

فصل:

ومن عدا الوالدين والمولودين من سائر القربات، فإن شهادة بعضهم على البعض جائزة كالأخ والعم وولدهم⁽¹¹⁶⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن التهمة فيها تضعف ولا تقوى قوتها في الولادة والزوجية، فلذلك قلنا: أنها تقبل لبعضهم على بعض، بخلاف الأبوة والبنوة والزوجية، لأن التهمة هناك قد قويت، فمنعنا ذلك في موضع قوة التهمة دون هذا الموضع.

فصل:

فأما إن عرضت تهمة من دفع عار أو إثبات ولاء للشاهد أو نسب أو أن يكون في عياله أو تناله صلته أو معروفة أو ما أشبه ذلك، فإن الشهادة مردودة في ذلك له دون سائر الحقوق⁽¹¹⁶⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن التهمة تقوى في ذلك، فوجب المنع من قبول شهادته له لأجل ذلك،

⁽¹¹⁶⁵⁾ انظر: النوادر: 8/ 332، 333، التفریع: 2/ 236 - الكافي: 461.

⁽¹¹⁶⁶⁾ انظر: التفریع: 2/ 236، النوادر: 8/ 303.

⁽¹¹⁶⁷⁾ انظر: النوادر: 8/ 303 وما بعدها، الذخيرة: 10/ 263.

وكذلك في دفع العار عن أخيه، ولأن عاره ينجر إليه، وذلك مثل أن يقذف أخوه رجلاً فشهد هو وثلاثة على المقذوف بالزنا، فإننا لا نقبل شهادته، لأنه بتلك الشهادة يدفع العار عن أخيه لأن عاره ينجر إليه، وكذلك لو قذف أخاه رجل وأتى بأربعة شهداء أنه زنى ثم شهد | هذا الأخ بجرهم، فإنه لا تقبل شهادته، لأنه يتهم بالجرح أن يريد بذلك دفع العار عن أخيه، فلذلك منعنا من ذلك في هذه المواضع.

مسألة:

ولا تقبل شهادة الصديق الملائف إذا كان يناله صلتته أو معروفه، وكذلك الأخ المنقطع إلى أخيه الذي يناله بره وصلته⁽¹¹⁶⁸⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تقبل شهادته له وعليه⁽¹¹⁶⁹⁾.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁷⁰⁾. والظنين المتهم.

والقياس: هو أنها شهادة تقوى فيها التهمة وأسبابها، فوجب أن لا تقبل أصله شهادة الولد لوالده.

قالوا: لا نسلم أن التهمة ههنا تقوى.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن هذا معلوم من جهة العادة والطبع، وذلك أن من بينه وبين غيره صداقة ومودة، فإنه يبره ويصله فإنه يجر النفع إليه ويدفع الضرر عنه، والذي يدل عليه أن الرسول ﷺ قال: «جبلت القلوب على حب من أحسن إليها»⁽¹¹⁷¹⁾ فإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك سبباً لرد الشهادة.

⁽¹¹⁶⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 21، النوادر: 8 / 304، التفریع: 2 / 236، الكافي: 462.

⁽¹¹⁶⁹⁾ انظر: الحاوي الكبير: 17 / 163، 162.

⁽¹¹⁷⁰⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹¹⁷¹⁾ أخرجه البيهقي في شعب الإيمان، ر: 8547، 11 / 306، وقال الحافظ بن الجوزي في العلل المتناهية: "هذا الحديث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن إسماعيل الخياط مجروح، قال أحمد: كتبت عنه ثم حدث بأحاديث موضوعة فتركناه. وقال يحيى: هو كذاب. وقال البخاري ومسلم والنسائي والدارقطني: هو متروك، وقال ابن حبان: يضع الحديث على الثقات وقال ابن عدي هذا الحديث معروف عن الأعمش موقوف. العلل المتناهية: 2 / 518.

قالوا: المعنى في الأب مع ابنه إنما رددنا الشهادة له، لأنه بعض منه والإنسان لا تقبل شهادته لنفسه وليس كذلك هذا الصديق، هو أن هذا يبطل بشهادة العدو على عدوه فإنه لا بعضية بينهما، ومع ذلك ترد شهادته لأجل التهمة فكذلك الصديق مثله.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2].
 واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 182]، وقوله:

والجواب: هو أن هذا عموم، وما ذكرناه خاص والخاص يقضي على العام.

قالوا: ولأنه خبر عدل ليس بينهما ولاية ولا بعضية ولا عداوة فوجب قبول شهادته له وعليه. أصله سائر الناس.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنه وإن لم تكن بينهما هذه الأسباب إلا أن ههنا أكثر من ذلك، وهو التهمة التي تقوى بصلته ومعروفه وكونه منقطعاً إليه ومنعطفاً عليه، وذلك له تأثير في رده الشهادة، والمعنى في الأصل أنه لا تهمه في ذلك فلذلك لم ترد الشهادة، وليس كذلك في مسألتنا لأن التهمة ههنا موجودة فوجب ردها لأجل ذلك.

[64ب]

قالوا: ولأن البر والصلة والشهادات مندوب إلى ذلك كله، وذلك أن النبي ﷺ قال: «لا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً كما أمركم الله»⁽¹¹⁷²⁾. وقال عليه السلام: «تهادوا تحابوا»⁽¹¹⁷³⁾.

قالوا: فإذا كان ذلك كذلك؛ وجب أن لا يكون ذلك سبباً لإسقاط الشهادة، لأن إسقاط ذلك ينقلب عقوبة.

والجواب: هو ذلك كله لا يؤثر فيما ذكرناه، لأننا لا نمنع من الصلة والهبة والهدية، وإنما نمنع من رد شهادته به إذا كان منقطعاً إليه وبره وصلته غادية ورائحة لديه وذلك معلوم بالطبع وأنه يريد نفعه من جميع الوجوه، فكان ذلك سبباً في الرد والله أعلم بذلك.

مسألة:

⁽¹¹⁷²⁾ أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابير، ر: 6064، 4/ 103 ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم التحاسد والتباغض والتدابير، ر: 2559، ص 1033.

⁽¹¹⁷³⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الجامع، باب ما جاء في المهاجرة، ر: 2638، 2/ 493، والبيهقي في الكبرى، باب التحريض على الهبة والهدية، 6/ 169.

عندنا لا تقبل شهادة العدو على عدوه⁽¹¹⁷⁴⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹¹⁷⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: يقبل ذلك⁽¹¹⁷⁶⁾.

ودليلنا: ما روى طلحة بن عبيد الله أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي غمر على أخيه»⁽¹¹⁷⁷⁾ وهذا نص في المنع من ذلك.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ «رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه، وشهادة التابع لأهل البيت وأجازها على غيرهم»⁽¹¹⁷⁸⁾.

وتأول الناس التابع على تأويلين:

فقليل: هو السابق.

وقيل: هو التابع لأهل البيت كالرجل وغيره ممن هو في منزلهم وعيالهم⁽¹¹⁷⁹⁾.

والقياس: هو أنها عداوة لسبب ممنوع منه، فوجب أن لا تقبل شهادته. أصله شهادة الكافر على المسلم.

⁽¹¹⁷⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 57، النوادر: 8 / 308، التفريع: 2 / 235.

⁽¹¹⁷⁵⁾ انظر: المهذب: 5 / 621، الحاوي الكبير: 16 / 162.

⁽¹¹⁷⁶⁾ انظر: المبسوط: 16 / 133.

⁽¹¹⁷⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹¹⁷⁸⁾ أخرجه أبو داود في الأقضية، باب من ترد شهادته، ر: 3600، ص 398، والترمذي في الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، ر: 2298، 4 / 445، والبيهقي في الكبرى، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين ولا خصم، 10 / 200. وهو عندهم بألفاظ مختلفة، وقال الحافظ بن حجر في التلخيص: حديث: "لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية": أبو داود وابن ماجه والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وسياقهم أتم، وليس فيه ذكر الزاني والزانية، إلا عند أبي داود، وسنده قوي، ورواه الترمذي والدارقطني والبيهقي من حديث عائشة، وفيه يزيد بن زياد الشامي؛ وهو ضعيف، وقال الترمذي: لا يعرف هذا من حديث الزهري إلا من هذا الوجه، ولا يصح عندنا إسناد، وقال أبو زرعة في "العلل": منكر، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجوزي، ورواه الدارقطني والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو، وفيه عبد الأعلى، وهو ضعيف، وشيخه يحيى بن سعيد الفارسي ضعيف، قال البيهقي: لا يصح من هذا شيء، عن النبي صلى الله عليه وسلم. انظر: التلخيص: 4 / 364.

⁽¹¹⁷⁹⁾ انظر: المصنف، 8 / 320.

فإن قالوا: لا تأثير لقولكم عداوة؛ لأنها لو كانت صداقة أيضا عندكم لمنعت.

والجواب: هو أن تلك العلة التهمة، وههنا العلة العداوة، والعلل تختلف فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الكافر أن أنا لم نقبل شهادته لأنها أيضا لا تقبل على غير هذا الذي نشهد عليه من المسلمين وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا العدو وإن لم تقبل شهادته ههنا فإنها تقبل على غيره من المسلمين.

والجواب: هو أن هذا يبطل بشهادة الكافر للمسلم [والمسلم على الكافر، فإنها تقبل وإن كان لا يقبل شهادته على المسلم]⁽¹¹⁸⁰⁾.

[65] ولأنه إنما قبل على غير هذا لأنه لا تهمة عليه في ذلك، كما أن له أن يقبل شهادته لغير ولده وإن رد في ولده فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأن | بينهما تهمة غالبية في الطباع فوجب أن تكون مؤثرة في رد الشهادة أصله التهمة بين الأب وولده؛ لأن الطبع يقضي بأن العدو يجب ضرر عدوه وأذيته ويتهم في إدخال الضرر عليه بشهادته عليه، فوجب المنع من ذلك. واحتج بمن قال: من قبلت شهادته على غير عدوه قبلت شهادته على عدوه أصله سائر المسلمين.

والجواب: هو أنه يبطل بالأب مع ولده، فإن شهادته عليه تقبل ولا تقبل له، وكذلك الكافر مع المسلم، وعلى أن المعنى في الأصل أن لا تهمة في ذلك، فلذلك قبلنا شهادته وليس كذلك في مسألتنا، لأن التهمة ههنا قد قويت فوجب رد الشهادة لأجل ذلك.

قالوا: ولأن دينه يمنعه وعجزه من أن يشهد عليه إلا بالحق.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن الطبع يغلب على ذلك كما يغلب ذلك في باب الأب مع ولده والزوج مع زوجته فلم يصح ما قالوه من ذلك والله تعالى أعلم بذلك.

مسألة:

وشهادة الخصم لا تقبل، مثل أن يشهد بجرح من يشهد عليه بزنا أو قتل أو حق من

⁽¹¹⁸⁰⁾ ساقط من الأصل: والمثبت من الطرة.

سائر الحقوق⁽¹¹⁸¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁸²⁾ وهذا خصم.

فصل:

وكل من منع من الشهادة له فشهادته عليه مقبولة، وكل من لا تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة وكل من لم يقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة⁽¹¹⁸³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتتفي في الآخر، فحيث وجدت منعنا منه، وحيث انتفت أخذناها لأنها هي العلة المؤثرة في ذلك.

مسألة:

عند مالك رحمه الله: أن شهادة البدوي على القروي لا تجوز في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد أهل الحضر⁽¹¹⁸⁴⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يقبل جميع ذلك⁽¹¹⁸⁵⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة بدوي على قروي»⁽¹¹⁸⁶⁾، وروي في خبر آخر أنه قال: "على صاحب قرية"⁽¹¹⁸⁷⁾.

والقياس: هو أنها شهادة تقوى فيها التهمة فيها وأسبابها، فوجب أن لا تقبل أصله

⁽¹¹⁸¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 57، النوادر: 8 / 308، التفرع: 2 / 235.

⁽¹¹⁸²⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹¹⁸³⁾ انظر: التفرع: 2 / 236.

⁽¹¹⁸⁴⁾ انظر: النوادر: 8 / 340، البيان والتحصيل: 9 / 431، عقد الجواهر: 3 / 150.

⁽¹¹⁸⁵⁾ انظر: الحاوي الكبير: 17 / 212، الوسيط: 7 / 261.

⁽¹¹⁸⁶⁾ أخرجه الدارقطني، كتاب الأفضية والأحكام، ر: 4515، 5 / 392، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في شهادة البدوي على القروي، 10 / 250.

⁽¹¹⁸⁷⁾ أخرجه أبو داود بلفظه في الأفضية، باب شهادة البدوي على أهل الأمصار، ر: 3602، وابن ماجه في الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، ر: 2367، 2 / 793، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في شهادة البدوي على القروي، 10 / 250.

شهادة الأب لولده.

قالوا: لا نسلم أن التهمة ههنا تقوى.

[65ب]

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الناس لا يتركون التوثق | بشهادة جيرانهم وأهل بلدهم ويشهدون الأبعد وأهل البدو إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من أهل الحضر لا يشهدون في مثل ذلك الشيء فيعدلون إلى من لا يعرف ذلك، وإذا كان ذلك كذلك؛ دل على أن التهمة قد قويت في ذلك فوجب رد شهادته لأجل ذلك.

واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]؛ وقال:

﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، ولم يفصل بين بدوي ولا حضري.

والجواب: هو أن هذا عام وما ذكرناه خاص، والخاص يقضي على العام، وهو قوله ﷺ: «لا يقبل شهادة بدوي على قروي»⁽¹¹⁸⁸⁾.

قالوا: ولأنه حر مسلم عدل ليس بينهما عداوة ولا بغضاء، فوجب أن لا تقبل شهادته له، وعليه أصله غير البدوي.

والجواب: هو أنه قياس يخالف النص فلا نقبله.

والثاني: هو أن المعنى في ذلك، أن التهمة منفية في ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأن التهمة ههنا قد قويت فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا لا تقبل شهادة ولد الزنا في الزنا⁽¹¹⁸⁹⁾.

وبه قال الحسن⁽¹¹⁹⁰⁾ البصري⁽¹¹⁹¹⁾.

⁽¹¹⁸⁸⁾ تقدم تحريجه

⁽¹¹⁸⁹⁾ انظر: النوادر: 8/ 338، التفريع: 2/ 236، 237.

⁽¹¹⁹⁰⁾ الحسن بن أبي الحسن البصري، ولد لستين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه، أمه كانت خادمة لأُم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، ودعا له عمر، فقال: اللهم فقهه في الدين وحبيه إلى الناس، مات بالبصرة سنة عشر ومائة وهو ابن ثمانين سنة، رضي الله عنه. طبقات الفقهاء: 87.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تقبل شهادته⁽¹¹⁹²⁾.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁹³⁾، والظنين المتهم، والتهمة ههنا موجودة، لأن ولد الزنا يجب أن يشاركه غيره في المعرفة، والذي يدل على ذلك هو أن العادة تشهد بذلك، وهو أن كل معرور بأمر لازم لا يفارقه يجب أن يكون غيره مثله، ولو أمكنه أن لا يبقى أحد في الدنيا إلا كان مثل حاله لثلا ينفرد بالعار وحده فيكون له في مشاركة غيره سلوة.

والذي يدل على ذلك ما روي عن عثمان بن عفان ؓ أنه قال: «ودت الزانية أن النساء زنين»⁽¹¹⁹⁴⁾ فأخبر ﷺ أن ذلك طبع في الناس، وأن المعرور يجب أن يشاركه غيره فيما هو فيه، ليقلل من يعيره بذلك، فإذا ثبت ما ذكرناه فقد قويت التهمة فيه فوجب أن تكون عادته مردودة بذلك، ويجوز أن يقال لأنه معرور بالزنا معرة لا تزول عنه، فوجب أن لا تقبل شهادته أصله الفاسق المقر بفسقه.

ولأنها شهادة تقوى التهمة فيها وأسبابها فوجب أن لا تقبل أصله سائر المتهمين.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وقال: ﴿وأشهدوا﴾.

[66]

والجواب: هو أن هذه | عمومات، وقوله عليه السلام: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"⁽¹¹⁹⁵⁾، وهذا خاص، والخاص يقضي على العام.

قالوا: ولأن من قبلت شهادته في غير الزنا، قبلت في الزنا أصله غير ولد الزنا.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن من أصحابنا من قال: لا يقبل أصلاً، فعلى هذا لا نسلم ما قالوه.

⁽¹¹⁹¹⁾ مذهب الحسن البصري رحمه الله أنه تقبل شهادة ولد الزنى في الزنى. انظر: المسالك: 6 / 284، المحلى: 9 / 430 - المغني: 14 / 187.

⁽¹¹⁹²⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 269، مختصر المزني: 311 - الحاوي الكبير: 17 / 210.
⁽¹¹⁹³⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹¹⁹⁴⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر التخريج، وقد ذكره ابن قدامة في المغني بقوله "ودت الزانية أن النساء كلهن زنين"، المغني، 14 / 188.

⁽¹¹⁹⁵⁾ تقدم تخريجه.

وجواب آخر: وهو أنه لا يمتنع أن تقبل شهادة الشاهد في كل موضع و لا تقبل في موضع آخر، الذي يدل عليه الأب يقبل شهادته لغير ولده و إن لم يقبل لولده، و كذلك العدو تقبل شهادته على غير عدوه و إن لم تقبل على عدوه، وكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله، وعلى أن المعنى في الأصل أنه لا يتهم فلذلك قبلت شهادته فكذلك في مسألتنا، لأن التهمة هاهنا موجودة فوجب أن يمنع من قبول شهادته.

قالوا: ولأن كونه معرورا بأنه ولد الزنا لا يمنع من قبول شهادته إذا كان عدلا. أصله سائر الفساق إذا تابوا وأصلحوا، فإنه تقبل شهادتهم كل واحد من هؤلاء فيما حد فيه، فعلى هذا يسقط هذا، وإن سلمنا؛ فالمعنى في أولئك أن معرفتهم قد زالت بالتوبة ولا تلحقهم التهمة ولا الظنة في ذلك، وليس كذلك ولد الزنا، فإن معرفته قائمة ما بقي الدهر، فوجب أن يكون ذلك تهمة في رد شهادته والله أعلم.

فصل:

واختلف أصحابنا في قبول شهادة التائب من كبيرة كان عليها، مثل الزنى والشرب، فمن أصحابنا من قال: لا تقبل شهادته في مثل ذلك الشيء الذي حُدَّ فيه، ومنهم من قال: إذا تاب وصلاح أمره تقبل شهادته⁽¹¹⁹⁶⁾.

فوجه القول أنها لا تقبل: هو أنها معنى يلحقه به العار، فكان ذلك تهمة لمشاركة غيره له في مثل معرفته، فردت شهادته.

ووجه القول أنها تقبل: هو أن معرفة هذه الأشياء تزول بالتوبة منها كالكاfer يسلم، ويفارق ولد الزنا، لأن ولد الزنا معرفته لا تزول بحال والتهمة لا تفارقه بوجه ولا سبب، فلذلك لم تقبل شهادته في ذلك.

مسألة:

عندنا أن الكافر والفساق والعبد والصبي إذا شهدوا شهادة فردت عليهم، ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد وتاب الفاسق فشهدوا بتلك الشهادة ثانية إلا الفاسق، فإنه إذا شهد في ذلك بعد توبته لا تقبل⁽¹¹⁹⁷⁾.

⁽¹¹⁹⁶⁾ انظر: النوادر: 8 / 339، المنتقى: 7 / 176، عقد الجواهر: 3 / 147.

⁽¹¹⁹⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 19، 20، النوادر: 8 / 224، التفرع: 2 / 237.

وقال داوود بن علي: تقبل شهادة الفاسق أيضا إذا تاب وأصلح في ذلك | الشيء الذي ردت فيه شهادته⁽¹¹⁹⁸⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»⁽¹¹⁹⁹⁾. والظنين: المتهم، والتهمة ههنا موجودة فوجب أن ترد الشهادة لأجل شهادتهم، فإذا أعادوها وجب أن لا تقبل شهادتهم أصله الفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأصلح فشهد في ذلك الشيء ثانية، فإن شهادته لا تقبل فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في الفاسق إنما لم تقبل شهادته في الثاني، لأنه لما جاء أول مرة جاء مجيء الشهود وسمع الحاكم منه، ثم نظر الحاكم في عدالته بعد ذلك، وناظر أمره، فلما وجدته فاسقا ردت شهادته فيمن حصلت شهادته مردودة، فإذا شهد بها ثانية رددنا ذلك عليه، لأنه يريد أن يزيل عن نفسه عارا تقدم له من رد شهادته له في الأول، وليس كذلك الصبي والعبد والكافر إذا شهدوا في أول الأمر، فإن ذلك ليست شهادة، فلا يلتفت الحاكم إلى أقوالهم ولا يستمع منهم، فإذا شهدوا في ذلك الشيء ثانية بها لأول شهادتهم، فإذا كانوا عدولا وجب قبول شهادتهم لأنهم ما وردوا في أول أمرهم لأجل الشهادة، لأن ذلك ما كان منهم شهادة، لأن الحاكم إذا جاءه من هو صبي وعبد وكافر وهو لا يعرفهم، فإنه يسمع منهم الشهادة ثم يسأل عن أحوالهم، فإذا انكشف له كفر الكافر ورق العبد وصغر الصبي رد الشهادة فهذا أمثل ما يشهد الحر العدل عند الحاكم، ثم ينكشف له بعد ذلك أنه فاسق فإنه ترد شهادته ولا يقبل منه إذا تاب وأصلح، فكذلك في مسألتنا مثله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وأما إذا كان الحاكم حين جاء الشهود بشهادة لم يسمع منهم أصلا، ولا سألهم عن شيء حتى يبحث عن أمرهم وانكشف له ذلك، فهذا الموضع مسلم به، وأنهم إذا شهدوا بذلك سمع منهم، وإنما الخلاف إذا سمع منهم الشهادة ثم انكشف له بعد ذلك حالهم، فهم والفاسق في ذلك سواء، ألا ترى أن الفاسق لو حضر فسأل عنه الحاكم قبل أن يشهد، فانكشف له أنه فاسق ولم يسأله فصوبه، ثم ظهرت توبته وعدالته فحضر وشهد بها، قبلت شهادته، لأن الحاكم في الأول لم يعلمه فأشهد، فإذا كان كذلك | فقد استويا في ذلك.

[67]

⁽¹¹⁹⁸⁾ انظر: المحلى: 9/ 433.

⁽¹¹⁹⁹⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: والمعنى في الصبي والعبد والكافر أنه لا يلحقهم عار برد شهادتهم، لأن ذلك ليس بنقص، وليس كذلك الفاسق، لأن العار يلحقه فيتهم في شهادته في الثانية أنه يريد أن يزيل ذلك العار عن نفسه فلذلك منعنا من قبول شهادته.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن النقص والعار يلحقهم مثل الفاسق وأشد منه، وذلك أنهم حضروا عند الحاكم، وعندهم أن أقوالهم مقبولة غير مردودة وهذا معلوم بالطبع، ولعلمهم في ذلك أبلغ من الفاسق لا [يعلن]⁽¹²⁰⁰⁾ في ذلك وهم لا ينكرون، وأحسن أحوالهم أن يكونوا مثله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه لم يسمع شهادتهم أولاً، فإذا شهدوا وجب أن تقبل أصله سائر الشهادات.

والجواب: هو أنه لم يسمع منهم ولا التفت إليهم ولا شهدوا عنده فإنه تقبل شهادتهم في ذلك، فقد زال الخلاف إذا كان كذلك وهو بمنزلة الفاسق إذا علم الحاكم بفسقه قبل أن يشهد في الثاني إذا تاب ويقبل قوله، لأنه ما ردت شهادته أولاً ولم يسمع فلم يصح ما قالوه. وإن كان قد سمع منهم، فيجب أن يكونوا هم والفاسق سواء؛ لأنهم ردت شهادتهم كما ردها فيه. فإذا لم يقبل من الفاسق إذا تاب هذه الشهادة فكذلك هؤلاء مثله.

والمعنى في الأصل أن سائر الشهادات ما ردت شهادتهم فيها لبعض تهمة، فلذلك قبلنا منهم وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه شهادات ردت شهادتهم فيها، فإذا شهدوا فيها ثانية وجب أن لا تقبل منهم، كالفاسق والله تعالى أعلم بذلك.

فصل:

فإذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وما ليس فيه تهمة ردت في الجميع ولم تقبل فيما لا تهمة فيه⁽¹²⁰¹⁾.

ومثل ذلك: أن يشهد شهادة لنفسه ولأجنبي، أو يشهد اثنان كل واحد منهما لصاحبه بكتاب واحد، أو يشهد بحق واحد لابنه ولأجنبي فلا تقبل في الجميع.

وإنما قلنا ذلك: لأن التهمة تقوى في ذلك أن يكون شهد بها لا تهمة فيه فيقبل فيما يتهم

⁽¹²⁰⁰⁾ ما بين العارضتين من الطرة.

⁽¹²⁰¹⁾ انظر: البيان والتحصيل: 10 / 197، مواهب الجليل: 10 / 178.

فيه، وذلك كما لو شهد لابنه ولأجنبي بحق، فإنما شهد للأجنبي، لأنها إذا قبلت في حقه قبلت في حق ابنه، فلذلك قلنا يجب أن ترد في الجميع.

فصل:

[67ب]

وأما إن جمعت الشهادة ما يرد فيه لغير التهمة وما لا يرد فيه، قبلت فيما | يرد فيه، وردت فيما لا يقبل فيه⁽¹²⁰²⁾. وإنما قلنا ذلك: لأنه لا تهمة في ذلك فوجب أن لا ترد ووجب قبولها.

فصل:

وإذا شهد بوصية له فيها شيء، فإن كان ذا بال لم تقبل شهادته أصلاً، وأما إن كان ذلك سيرا لا خطب فيه ولا تسبق التهمة إليه أن يكون شهد لأجلها، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله تعالى في ذلك:

فروي عنه قبول الشهادة في الجميع، وروي عنه ردها في الجميع، وروي عنه أنه قال: يقبل فيما ليس له وترد فيما له⁽¹²⁰³⁾.

والصحيح من هذه الروايات: أن شهادته لا تقبل لا في حقه ولا في حق غيره.

وإنما قلنا ذلك: لأن مع التهمة لا تتبعض الشهادة.

ومثال الثاني: أن تشهد النساء بوصية فيها مال وعتق، أو تشهدن بطلاق ودين شهادة واحد فإنها تقبل في الدين دون الطلاق.

مسألة:

عندنا تقبل شهادة القاذف ما لم يجلد فإذا جلد لم تقبل إلا أن يتوب⁽¹²⁰⁴⁾.

وبه قال أبو حنيفة: إلا أنه خالفنا فيه إذا تاب فإنه قال لا تقبل⁽¹²⁰⁵⁾.

وقال الشافعي: القاذف لا تقبل شهادته إلا أن يتوب⁽¹²⁰⁶⁾، ووافقنا فيه إذا تاب وخالفنا

⁽¹²⁰²⁾ انظر: مواهب الجليل: 10 / 178.

⁽¹²⁰³⁾ انظر: المدونة: 4 / 28 التفريع: 2 / 236، الكافي: 462.

⁽¹²⁰⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 23، النوادر: 8 / 337 / 338، المقدمات الممهدة: 2 / 288، 287، المسالك: 6 / 292.

⁽¹²⁰⁵⁾ انظر: المبسوط: 16 / 125، بدائع الصنائع: 6 / 272، حاشية ابن عابدين: 8 / 195.

⁽¹²⁰⁶⁾ انظر: الأم: 8 / 110، الحاوي: 17 / 24، 25، الوسيط: 7 / 361.

فيه إذا قذف.

والدليل على أن شهادته مقبولة قبل الحد هو: أن القذف خبر، والخبر يدخله الصدق والكذب، وما كان هذا سبيله لا يجوز أن يكون سببا لرد الشهادة. أصله سائر الأخبار، ولأنه يبقى على أصل العدالة ما لم تكن عليه بينة فوجب قبول شهادته أصله سائر العدول.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: 4].

قالوا: فوجه الدليل من الآية، أن الله تعالى ذكر شرطا وعطف عليه استثناء، فدل على أن الجملة متعلقة بالشرط.

قالوا: وصار هذا كما لو قال الرجل لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق وعبدي حر ومالي صدقة فإنه يقضي جميع ذلك بدخول الدار فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذه الآية لا حجة فيها، وذلك أنه قال تعالى: "فاجلدوا" "ولا تقبلوا"، فاقضى أن رد الشهادة إنما تكون بعد الجلد، فأما قبل ذلك فإنه عدل كما كان، والدليل على ذلك: هو أنه لا يجب عليه الجلد إلا بإقامة البينة عليه، وأما قبل ذلك فإنه لا يجب عليه ذلك | بمجرد قوله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: أنا نحن وإياكم إنما نقول بالآية إذا تاب، جميع ما شرط بعد ذلك يكون راجعا إلى الأول.

قالوا: ولأن القذف كبيرة يجب به الحد، فأوجب أن يمنع من قبول الشهادة أصله الزنا. والجواب: هو أنا لا نسلم أن القذف يجب به الحد بمجرد اللفظ، وإنما يجب الحد فيه بالبينة إذا قامت، فحينئذ تكون كبيرة ولا يجب عليه الحد فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المعنى في الزنا، أنه فعل، وليس كذلك في مسألتنا لأنه قول، ولأن القول يدخله الصدق والكذب ولا يجوز أن يكون ذلك سببا لرد شهادته.

قالوا: ولأنه سبب يوجب الفسق فوجب أن يمنع من رد الشهادة أصله سائر المعاصي. والجواب: هو أنا لا نسلم أنه يوجب الفسق بمجرد، وإنما يوجب ذلك إذا ثبت أنه غير صادق فيما قال، فقام الحد عليه.

والمعنى في سائر المعاصي أنه قد وجدت منه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يبقى على أصل العدالة حتى تثبت البيئة أو الاعتراف فلم يصح ما قالوه من ذلك. قالوا: ولأنه حد فوجب أن يؤثر في رد الشهادة أصله سائر الحدود.

والجواب: هو أنا كذلك نقول فيه إذا جلد، وكلامنا فيه قبل أن يجلد فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم بذلك.

فصل:

وشهادة الأعمى جائزة⁽¹²⁰⁷⁾ في كل ما وقع له العلم به، وإنما يمنع من ذلك فيما طريقه الرؤية فحسب. فتقبل شهادته على ما يلمسه أنه حار أو بارد أو لين أو خشن، وكذلك فيما يذوقه أنه حلو وحامض، وكذلك فيما يشمه وكذلك فيما يسمعه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن العمى لا يؤثر في العلم بما يجد من ذلك، وكان فقد البصر فيه كفقده غيره من الأعضاء، في أنه لا يمنع قبول ما يتحمله من الشهادة له، فوجب أن تقبل شهادته في جميع ذلك.

فصل:

عند مالك رحمه الله: تقبل شهادة الأعمى فيما طريقه الصوت، [فتقبل⁽¹²⁰⁸⁾] (1209)، وسواء تحمل ذلك وهو أعمى أو بصر ثم عمي بعد ذلك.

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: لا تقبل شهادته إذا تحمل ذلك وهو أعمى⁽¹²¹⁰⁾.

والشافعي يجري شهادته إذا تحملها وهو بصير ثم عمي، وأبو حنيفة يمنع منها في الموضعين.

[68ب]

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2] | وقال: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ﴾

(1207) انظر: النوادر: 8/ 259، البيان والتحصيل: 9/ 444، التفريع: 2/ 236.

(1208) هكذا في الأصل، ولعلها مكررة.

(1209) انظر: النوادر: 8، 259، البيان والتحصيل: 9/ 444، الكافي: 464، المسالك: 6/ 285.

(1210) انظر: المبسوط: 16/ 129، 130، بدائع الصنائع: 6/ 268، الأم: 8/ 113، الحاوي الكبير: 17/ 39/ 40.

﴿الزخرف: 86﴾.

قالوا: فالشهادة مأخوذة من المشاهدة، والأعمى لا يشاهد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الشهادة مأخوذة من المشاهدة وإنما تصرف على لفظ مخصوص، ألا ترى أنه لو قال للحاكم ()⁽¹²¹¹⁾ أن على فلان كذا وكذا لم تقبل كما لا يقبل قوله "أعلم"، غير أن المقصود منها إنما هو أن يشهد بما علم.

قالوا: والأعمى ليس بكامل ولا معتدل فلا تقبل شهادته.

والجواب: هو أن هذا ليس بشيء؛ لأن العدالة إنما هي معتبرة في أفعاله لا في صفة جسمه، والذي يدل على ذلك: أن بعض الأنبياء عليهم السلام كانوا عميانا، وكذلك بعض أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم، ولم يقدح ذلك في عدالتهم فلم يصح ما قالوه.

والدليل على أن الصوت طريق لمعرفة الأشخاص والتمييز بين الأعيان الشرع والعادة:

أما الشرع: فما روي أن الصحابة رضوان الله عليهم والتابعين روي عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، ومعلوم أنهم سمعوا (منهن)⁽¹²¹²⁾ من وراء حجاب، وإنما كانوا يميزون بين أشخاصهن بالصوت، فيقولون هذه عائشة ويقولون هذه حفصة، ويقولون وهذه أم سلمة وإذا كان كذلك دل على ما ذكرناه.

والذي يدل عليه أيضا: ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»⁽¹²¹³⁾. ولم يكونوا يفرقوا بين ذلك إلا بالصوت لا بالشخص.

ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة عليه بالحقوق، وقد ثبت أن الأعمى له وطئ زوجته وهو لا يعرف ذلك إلا بالصوت، فدل ذلك أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص، فدل بذلك على صحة ما قلناه.

⁽¹²¹¹⁾ طمس بمقدار كلمة لم أثبتته.

⁽¹²¹²⁾ في الأصل، "منهم"، والصواب ما أثبتناه.

⁽¹²¹³⁾ أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب الأذان قبل الفجر، ر: 622، 623، 1 / 210، ومسلم في كتاب الصيام، باب بيان أن الدخول في الصوم، ر: 1093، ص: 424.

[169]

وأما العادة: فهو أن الأعمى إذا تكرر عليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه ولما لاجتماعه معه و كثرة ألفه وطروقه بسمعه وقع له العلم بذلك [وبعد]⁽¹²¹⁴⁾ شبهه بغيره، ويميز بين أشخاصه بسماعه وصار ذلك طريقاً مستمراً لا يخالجه فيه شك ولا ريب، وإن جاز أن يخفى عليه إذا غير صوته في بعض الأوقات، فإنه إذا أثبت زوال عنه الشك، فحكمه في هذا حكم المبصر إذا رأى الشخص في الظلمة، فإنه إذا تثبت وتأمله عرفه، وكذلك لو رأى من | بعد عهده به أو كان بعده أمراً والتحى فإنه يشتبه عليه اشتباهاً، فإذا حقق التأمل زال عنه، وإذا ثبت ذلك بالدليل الذي ذكرناه، فإن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص فوجب قبول الشهادة له.

والقياس: هو أنه أعمى فقبلت شهادته إذا كان عدلاً، أصله إذا تحمل ذلك بصيراً ثم أعمى.

وقياس آخر: وهو أنها جارحة فقدت فلا تمنع من قبول الشهادة. أصله الصمم. أو لأنه فقد حاسة لا تضر الشهادة فلا تمنع من قبول الشهادة أصله ما ذكرناه.

ولأنها حاستان تجب بتلف كل واحد منهما دية كاملة، فعدمهما لا يمنع من قبول الشهادة أصله اليدين والرجلين.

ولأنها تأدية شهادة فعدم الرؤية على المشهود له لا يمنع من قبولها أصله بالموت والغيبة.

ولأن من قبلت شهادته في النسب قبلت شهادته في الإقرار أصله البصير.

ولأن الغرض من الشهادة إيصالها للحاكم، وهذا متمكن لأنها تخرج من ذلك فيه إلى حرة أذن الحاكم فإذا كان كذلك وجب قبول ذلك.

واحتج بأن قال: الذي يدل على ذلك ما روى عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ قال: «إذا رأيت مثل (هذه)⁽¹²¹⁵⁾ الشمس، فاشهد وإلا فدع»⁽¹²¹⁶⁾.

(1214) خرم بالأصل، وما أثبتته من المعونة، 3/ 1558.

(1215) في الأصل: "هذا".

(1216) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها، 10/ 156 وفي سنده محمد بن سليمان بن مسمول، قال البيهقي: تكلم فيه الحميدي، ولم يرو من وجه يعتمد عليه. وقال ابن الملقن في البدر المنير: "هذا الحديث رواه الحاكم ثم البيهقي من حديث طاوس، عن ابن عباس قال: ذكر عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام نهى عن إقامة الشهادة إذا لم يرد المشهود به.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن هذا إنما يتوجه إلى ما شاهد ونحن لا نسمع شهادة الأعمى فيما شاهد، وإنما تقبل شهادته فيما يسمع، والذي يدل على ذلك؛ هو أننا قد أجمعنا على أننا نقبل شهادته في الأنساب.

وجواب آخر: وهو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك ألا يشهد إلا بما يعلمه، وقد بينا أن الأعمى يعلم بالصوت كما يعلم المشاهد بالبصر.

قالوا: ولأن من لا يجوز أن يكون قاضيا لا يجوز أن يكون شاهدا. أصله الصبي والمجنون.

والجواب: هو أننا لا نسلم لا في الفرع ولا في الأصل.

أما الفرع: فعندنا أن الأعمى إذا كان من أهل الاجتهاد والعلم جاز أن يكون قاضيا.

وأما الأصل: فعندنا أن الصبيان تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يترقوا، وأما المجنون فليس أن لم تقبل شهادته لأنه لا يكون قاضيا، وإنما لم تقبل شهادته | لأنه غير مكلف ولا [69ب] مخاطب ولا يصح منه شيء من الأحكام، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن من لا تقبل شهادته في الأفعال لا تقبل شهادته في الأقوال أصله العبد.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن تقبل شهادته في الأفعال وتقبل في غيرها، ألا ترى أن شهادته تقبل في النسب والموت، فكذلك أيضا في السماع وجب أن تقبل، وعلى أن المعنى في العبد أنه لا مدخل له في الشهادة بوجه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إذا قبل في النسب، وجب أن تقبل في الصوت.

الله عليه وسلم - الرجل يشهد بشهادة، فقال: أما أنت يا ابن عباس فلا تشهد إلا على أمر يضيئ لك كضياء الشمس. وأوما رسول الله بيده إلى الشمس» ورواه ابن عدي ولفظه عن ابن عباس «أن رجلا سأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن الشهادة، فقال: ترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع» قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد. قلت: فيه نظر فإن في إسناد محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف كان الحميدي يتكلم فيه. وقال النسائي: ضعيف. 617 / 9.

قالوا: ولأن الأعمى إنما يشهد بالاستدلال، فهو بمنزلة البصير إذا شهد على صوت سمعه من وراء حجاب، فقال أشهد أن لزيد على صاحب هذا الصوت كذا وكذا.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن ذلك من طريق الاستدلال، بل يقع لنا العلم بذلك كما يقع للبصير. وقد بينا ذلك لأنه إذا تكرر عليه ذلك علمه قطعاً وبقيناً لا يشك ولا يرتاب فيه، وأما ما ذكره من أنه إذا سمع صوته من وراء حجاب وعلمه فإننا نقبل منه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها شهادة على عقد عدم الشاهد فيها رؤية العاقد فوجب أن لا يقبل، أصله البصير إذا على عقد بالاستفاضة والأعمى إذا شهد بالاستفاضة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن البصير إذا علم لو شهد بذلك أيضاً لم تقبل منه، فالأعمى أحق بذلك وليس كذلك فيما طريقه السمع، لأنه إذا قبل ذلك من البصير قبل ذلك من الأعمى فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولا يحتاج إلى أن يشير إلى المشهود عليه وهذا لا يتمكن منه.

والجواب: هو أنه لا يلزمه ذلك، وإنما عليه أن يبلغ إلى الحاكم ما سمع، والحاكم يحكم بما سمع فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

والشهادة على الشهادة جائزة⁽¹²¹⁷⁾ وبه قال كافة الفقهاء⁽¹²¹⁸⁾، وحكي عن بعض المتقدمين منعها⁽¹²¹⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك جائز: لما روي عن علي بن أبي طالب أنه أجاز الشهادة على الشهادة ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، ولا خالفه في ذلك أحد فدل ذلك على أنه إجماع منهم.

[170]

ولأن الشهادة طريقها الأمانة فأشبهت الأخبار، فإذا جاز النقل في أحدهما فكذلك في الآخر | مثله، ولأن شهادة العدل شهادة بنفسه معني يسوغ للحاكم الحكم بها، فجاز أن يشهد به

⁽¹²¹⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 23، النوادر: 8 / 383.

⁽¹²¹⁸⁾ انظر: المغني: 14 / 199.

⁽¹²¹⁹⁾ حكى ذلك عن داود الظاهري: الإشراف: 2 / 976.

عنده ويحكم به إذا شهد عنده أصله الإقرار.

مسألة:

إذا ثبت ما ذكرنا بأن الشهادة على الشهادة جائزة، فإنها عندنا تقبل في الحقوق كلها، وكذلك في الحدود والقصاص وكل حق⁽¹²²⁰⁾.

وبه قال الشافعي، إلا أن له في الحدود قولان:

أحدهما: أنها تقبل كما قلنا، والآخر: أنها لا تقبل فيه.⁽¹²²¹⁾

وقال أبو حنيفة: تقبل في الأموال ولا تقبل في الحدود والقصاص⁽¹²²²⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وقال: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282].

ونقول لأصحاب أبي حنيفة: هو أن القصاص حق آدمي فجاز إثباته بالشهادة على الشهادة. أصله سائر الحقوق، ولأنه إذا جاز ذلك في الأموال، ففي القصاص أولى، لأنه أشد وأكد من الأموال.

وعلى أصحاب الشافعي: لأنه حق ثبت بالشهادة فجاز إثباته بالشهادة على الشهادة. أصله سائر الأموال من حقوق الآدميين، ولأنه حق مشهود به بالشهادة فجاز إثباته بالشهادة على الشهادة أصله سائر الحقوق.

وإن شئت قلت: شهادة على شهادة فجاز أن تقبل أصله ما ذكرناه، ولأنه أحد بدلي النفس فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة. أصله الدية.

واحتج بأن قال: لأن الشهادة على الشهادة قائمة مقام الغير، فلم تقبل في القصاص والحدود أصله الشاهد والمرأتين.

والجواب: هو أنا لا نسلمه أنه قام مقام الغير، وإنما هو أصل بنفسه فلم يصح ما

⁽¹²²⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 23، النوادر: 8 / 383، عقد الجواهر: 3 / 173.

⁽¹²²¹⁾ انظر: الأم: 8 / 120، 124، الحاوي: 17 / 219، 221.

⁽¹²²²⁾ انظر: المبسوط: 16 / 139، بدائع الصنائع: 6 / 281.

قالوه، والمعنى في الأصل، أن النساء لا مدخل لهن في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وربما قالوا: عقوبة الله تعالى، فلا تقبل فيه الشهادة على الشهادة أصله الحدود والقصاص.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا تقبل الشهادة على الشهادة في جميع ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم بذلك.

فصل:

ويكفي أن يشهد اثنان على اثنين؛ وقال عبد الملك من أصحابنا: لا يجوز إلا أن يشهد على الآخر اثنان سوى الاثنين الذين شهدا على الأول⁽¹²²³⁾.

وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽¹²²⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك أن ذلك يجوز: هو أن شهود الفرع نقلة عن شهود الأصل فصار [70] الشاهدان | كأنهما شهدا مجتمعين فلم يحتج إلى غيرهما في ذلك، ولذلك قلنا ذلك.

فصل:

وإذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا بها وقبل أن يحكم الحاكم بها، فإنها يقبل رجوعهم، ولا يحكم الحاكم بتلك الشهادة في كل شيء شهدوا به، وكذلك إن رجع بعضهم. ومن الناس من قال: أنه يحكم الحاكم بذلك ولا يلتفت إلى رجوعهم⁽¹²²⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت الشاهد عليها، ورجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد، فيصير الحكم الثاني من قبولهما دون الرجوع عنه، كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم، فإنه لا ينفذ الحكم فكذلك في مسألتنا مثله ولا فرق بينهما.

فصل:

وأما إذا رجع الشهود بعد استيفاء الحكم، فإنه لا ينقض الحكم برجوعهم بعد ذلك.

⁽¹²²³⁾ انظر: المدونة: 4/ 23، التفريع: 2/ 240، الذخيرة: 10/ 29.

⁽¹²²⁴⁾ انظر: الحاوي الكبير: 17/ 231.

⁽¹²²⁵⁾ انظر: النوادر: 8/ 435، الكافي: 476، عقد الجواهر: 3/ 177.

ومن الناس من قال: أنه ينقض الحكم برجوعهم⁽¹²²⁶⁾.

وإنما قلنا إنه لا ينقض بذلك؛ لأن رجوعهم إن كان إكذاباً منهم لأنفسهم فذلك تفسيق منهم لأنفسهم، والحكم لا ينقض بقول فاسق وإن كان ذلك عن غلط، فيجوز أن يكون غلطوا في الثاني فلا يقبل قولهم، وقد تعلق بالقول الأول حق المشهود له فلم يجز إبطال ذلك بدعواهم.

فصل:

ولا يخلو المشهود به أن يكون مالا أو طلاقاً أو قتلاً أو حداً، ولا يخلو أيضاً رجوعهم أن يكون إخباراً عن غلط أو تعمد كذب، فأما إن شهد ببال؛ قلنا حكم الحاكم بذلك. [فإن]⁽¹²²⁷⁾ قالوا: غلطنا في الشهادة لم ينقض الحاكم الحكم ولم يرجع على من أخذ المال، ويغرم المال للشهود للمشهد عليه. وإذا رجع غرم نصف الحق⁽¹²²⁸⁾.

وقال عبد الملك من أصحابنا: في الغلط لا يرجع على الشهود بشيء⁽¹²²⁹⁾.

وأما إذا قالوا تعمدنا ذلك فإنه يرجع عليهما في ذلك بلا خلاف على المذهب.

وإنما قلنا إنهم يغرمون ما أغرم المشهود عليه من المال؛ خلافاً لعبد الملك في منعه ذلك بالغلط: هو أنهم في العمد مقرون بإتلاف مال غيرهم، لأنهم اضطروا الحاكم إلى أن يغرمه ما شهدوا به فألزمهم غرمه، ولأن ذلك حصل بإتلافهم فوجب عليهم الغرم أصله | العمد. [71] وإنما قلنا ذلك؛ أنه إذا رجع أحدهم غرم نصف الحق، لأن الإتلاف لم يكن به وحده، فلزمه قدر ما أتلف بشهادته كالشريكين في قتل الخطأ، فإنه يلزم الخاطئ نصف الدية فكذلك ههنا.

مسألة:

إذا شهد شاهدان أن هذا قتل عمداً فقتل الحاكم بشهادتهما أو استوفى القصاص ثم رجع الشاهدان عن الشهادة، وقالوا كذبنا عليه: فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في

⁽¹²²⁶⁾ انظر: التفریع: 2/ 230، الكافي: 476، عقد الجواهر: 3/ 177.

⁽¹²²⁷⁾ ساقط من الأصل، والمثبت مقتضى السياق.

⁽¹²²⁸⁾ انظر: التفریع: 2/ 240، 241، الكافي: 476.

⁽¹²²⁹⁾ انظر: النوادر: 8/ 436، التفریع: 2/ 241، عقد الجواهر: 3/ 177 وما بعدها.

ذلك:

فروى ابن القاسم أن الشهود لا يقتلون، ويجب عليهم الدية في أموالهم، وسواء قالوا: تعمدنا ذلك أو أخطأنا، وقالوا نشهد أنه قد قطع يد رجل، الحكم في ذلك كله واحد⁽¹²³⁰⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽¹²³¹⁾.

وروى أشهب بن عبد العزيز عن مالك رحمه الله أنهم يقتلون⁽¹²³²⁾. وبه قال الشافعي⁽¹²³³⁾.

والدليل لهذه الرواية: ما روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام: «أنه جاءه رجلان ومعهما رجل قالوا: نشهد أن هذا سرق، فقطعه علي رضوان الله عليه، ثم جاءه آخر، فقالا: هذا هو السارق وأخطأنا فرد قولهما الثاني، وقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما به»⁽¹²³⁴⁾. فوجه الدليل منه: أنه [قال]⁽¹²³⁵⁾ بحضرة الصحابة أنهما لو تعمدتا ذلك لأوجب عليهما القطع، فدل بذلك على ما ذكرناه.

وروي مثل ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

والقياس: هو أنه أحد بدلي النفس، فوجب أن يلزم الشهود بالرجوع أصله الدية.

قالوا: المعنى في الدية أنها تجب بحفر البئر ونصب السكين وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن حفر البئر ونصب السكين إن كان عن عمد

⁽¹²³⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 540، النوادر: 8 / 518، 519، التفريع: 241، الكافي: 477.

⁽¹²³¹⁾ نظر: المبسوط: 16 / 178، بدائع الصنائع: 6 / 283، 285.

⁽¹²³²⁾ انظر: النوادر: 8 / 519، التفريع: 2 / 241، الكافي: 477.

⁽¹²³³⁾ انظر: المهذب: 5 / 660، الحاوي: 17 / 256.

⁽¹²³⁴⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الرجوع عن الشهادة، 10 / 251، وأخرجه ابن شيبه في الديات، باب الرجلان يشهدان على الرجل بالحد، ر: 28470، 14 / 292. وقد خرجه البخاري تعليقا بصيغة الجزم في كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب، أم يقتص منهم كلهم، قال البخاري: وقال مطرف عن الشعبي في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه علي، ثم جاء بآخر وقالوا: أخطأنا، فأبطل شهادتهما وأخذ بدية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما" 4 / 272.

⁽¹²³⁵⁾ ساقط من الأصل.

وجب بذلك القود أيضا هذا هو المذهب. وأما البئر فقد يقع فيه من حفر له وقد لا يقع، وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أن ما ضمن بالمباشرة وجب أن يلزم بالشهود بعدوانهم أصله الدية. وقياس آخر: وهو أنهم أُلجئوا الحاكم إلى القتل، فوجب أن يلزمهم القتل، إذا كانوا كفؤا للقاتل، أصله المكروه على القتل.

قالوا: لا نسلم أنهم أُلجئوا الحاكم إلى القتل، لأنه كان يمكنه أن يعزل نفسه عن هذا الحكم ولا يحكم في ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يلزم، لأنه إذا كان حاكما عادلا ويسمع الشهادة فوجب أن يلزمه ذلك ضرورة، وإلا لم يجز ذلك ضرورة أن ينتصب للحكم، وكان هذا يؤدي إلى هدر [71ب] الدماء، لأن الحاكم الآخر أيضا يعزل نفسه عن هذا الحكم ولا يحكم في ذلك، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فلو كان هذا كالمكروه، لوجب أيضا أن يقولوا أن الحاكم يقتل ويقتل الولي المستوفي للقصاص.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحاكم إنما عليه أن يحكم بشهادة الشهود وقد سمع ما وجب عليه، وأما الولي فإنه يستوفي في حقه الذي يثبت له بشهادة الشهود. فأما الشهود فإنهم لا يعذرون بشهادتهم فوجب أن يلزمهم القود لأجل ذلك.

ولأن الشهود إذا كان ظاهرهم العدالة فأدوا الشهادة إلى الحاكم لزمه الحكم بشهادتهم في حقوق الله تعالى، فقد صار بذلك ملحا إلى الحكم بذلك فوجب عليه الحكم.

واحتج بأن قال: لأن الشهود لم يكن منهم مباشرة قتل ولا ألجأ إلى القتل، فلا يلزمهم القتل أصله إذا حفروا بئرا لإنسان فوقع فيها أو نصبوا سكيना لإنسان فوقع فيها.

والجواب: هو أننا لا نسلم أنهم أُلجئوا إلى الحكم، لأنه ذلك يلزمه ولا انفكاك له من ذلك فلم يصح ما قالوه.

ويلزم عليه المكروه فإنه ما كان منه مباشرة ومع ذلك يلزمه القتل.

وأما المعنى في البئر والسكين، فإن ذلك إن كان عن عمد؛ فإنه يلزم بذلك القود،

وكذلك نصب السكين فلا فرق بينهما في ذلك.

ولأن ذلك قد يقع منه من نصب له ومن لم ينصب له، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الإلجاء قد وجد، وقد قيل فوجب قتلهم بذلك.

قالوا: ولأنه حق يجب بالقتل لا تحمله العاقلة ولا تجب على الشهود. أصله الكفارة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الكفارة لا تجب عندكم بقتل العمد، فلم يصح ما قالوه والله تعالى أعلم.

مسألة:

عندنا أنه إذا شهد شاهدان أن زيدا طلق زوجته وحكم الحاكم بذلك ثم رجعا عن الشهادة بعد ذلك وقالوا أخطأنا، فلا شيء عليهما، وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده⁽¹²³⁶⁾.

وبه قال أبو حنيفة. إلا أنه قال: إن كان ذلك قبل الدخول، فإنه يجب عليهما القدر الذي كان سميها⁽¹²³⁷⁾.

وقال الشافعي: إن كان بعد الدخول، وجب على الشهود غرامة جميع المهر، وإن كان ذلك قبل الدخول فله قولان:

أحدهما: أنه لا يجب عليهما شيء كما قلناه، وفي القول الآخر: أنه يجب عليهما نصف المسمى⁽¹²³⁸⁾.

ودليلنا: هو أنهما لم يتلفا برجوعهما عن الشهادة على الزوج شيئاً، فوجب أن لا يلزمهما الضمان، أصله سائر الشهادات.

قالوا: لا نسلم أنهما قد أخرج البضع عن ملكه بشهادتهما فإذا رجعا عن ذلك وجب أن يلزمهما ضمان ما أتلّفاه.

⁽¹²³⁶⁾ في المدونة: "إن كان دخل بها فلا شيء عليها، وإن كان لم يدخل بها فعليها نصف الصداق"، المدونة: 4/ 540، النوادر: 8/ 494، التفريع: 2/ 241

⁽¹²³⁷⁾ انظر: المبسوط: 17/ 3، بدائع الصنائع: 6/ 283.

⁽¹²³⁸⁾ انظر: المهذب: 5/ 666، الحاوي: 17/ 263 / 264.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن المهر قد استحق على الزوج بالدخول، وبالعقد لا يستحق نصفه عليه، فلم يتلفا على الزوج شيئاً بوجه، ومن لم يتلف شيئاً لا يجب عليه الضمان، وأما قولها أخرج البضع عن ملكه فهذا لا يصح؛ وذلك أن البضع ما كان بضعا له، وإنما يملك الاستمتاع به بحرمة العقد المتقدم، ألا ترى أنها لو قبلت هذه الزوجة لم يستحق الزوج شيئاً بوجه، ولم يتلف شيئاً لا يجب عليه في مقابلة ما أتلف عليه من الاستمتاع فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقد قيل: إن خروج البضع عن الزوج لا يوجب الضمان، أصله إذا كان له زوجتان صغيرة وكبيرة وقد دخل بالكبيرة، فإن رضعت الكبيرة الصغيرة فإنها قد حرمتا عليه ولا يرجع على الكبيرة بشيء من مهرها، لأنها قد استحقته بالدخول فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في ذلك، أنا لو رجعنا على الكبيرة بالمهر لعري عقدها ووطأها من مهر وليس كذلك في مسألتنا، لأننا إذا رجعنا على الشهود بالمهر لم يعر عقد الكبيرة عن مهر فافترقا لأجل ذلك.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، وذلك أن الكبيرة قد استحققت المسمى بالدخول، والرجوع عليها بمهر المثل ليس هو الذي استحقته، فكان ينبغي أن تقولوا: إنه يرجع عليها بقدر ما أتلفته عليه من الاستمتاع في المستأنف، لأن الرجوع على الشهود لا يخلوا إما أن يكون:

عوضا عن ما مضى من الوطء، أو عوضا عن الاستمتاع في المستأنف، فبطل أن يكون ذلك عوضا عن الماضي؛ لأن المرأة قد استحقته بالدخول، فكذلك مثله في الكبيرة المرضعة للصغيرة. وفي كلا الموضعين لا يرجع عليها بشيء بوجه ولا سبب، ولأن المرأة لو قتلها [72ب] الشهود أو غيرهم لم يجب للزوج ضمان ما أتلف عليه من البضع فكذلك في مسألتنا مثله ولا فرق بينهما، بل هذا أكد من ذلك.

قالوا: المعنى في القتل أن المنافع تدخل في جميع الضمان على وجه التبع، و ههنا قد أخرج الشهود المقصود من يد الزوج فوجب أن يلزمهم الضمان.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه يبطل بما إذا أرضعت زوجته الكبيرة لزوجته الصغيرة فقد أخرجت المقصود من يده، ومع ذلك لا يرجع عليها بشيء مع أنها قد حرمتا

جميعا بإرضاع الكبيرة الصغيرة فلم يصح ما قالوه.

وجواب آخر: وهو أن قولكم أخرجوا المقصود من يده، فإنه يبطل بالقتل فلم يصح ما قالوه.

واحتم بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194].

قالوا: والشاهدان قد اعترفا فوجب الاعتداء عليهما.

والجواب: هو أنا قد بينا أنهما ما اعتديا، لأنهما ما أخرجا عن يده شيئا، لأن البضع لا قيمة له و قد استحق عليه المهر بأول وطأة، فما أخرجا عن يده شيئا، وتحمل الآية على غير هذا الموضع، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن ما ضمن بالمباشرة وجب أن يضمن بالإتلاف أصله سائر الأموال. قالوا: يريد بذلك أن هذه المرأة لو وطئت وجب لها مهر المثل على الواطئ.

والجواب: هو أنا نقبل فنقول: فوجب أن لا يستحقه الزوج أصله ما ذكرتم على أنه يلزم عليه إذا أرضعت الكبيرة الصغيرة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ويبطل بما إذا قتلت، فإنه يجب ضمانها ولا يجب للزوج شيء في مقابلة ما أتلّف عليه.

والمعنى في الأموال: إنما لزمهم الضمان إذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم، لأن المال لم يتقدم استحقاقه قبل شهادتهم، وليس كذلك في مسألتنا، لأن المهر قد تقدم استحقاقه بالدخول، وما بقي له من الاستمتاع بعده لا قيمة له، والمال له قيمة فلذلك لزمهم ضمانه.

قالوا: ولأنهما شاهدان أخرجا البضع عن يد الزوج، فوجب أن يلزمهما الضمان أصله إذا كان ذلك قبل الدخول وكانا قد سميا.

[73] والجواب: هو أنا لا نسلم لا في الفرع ولا في الأصل، فإنهما ما أخرجا عن يده شيئا، بدليل أنه لا قيمة له في حقه، ألا ترى أنه لو وطئت بشبهة أو أتلّف عليها موضع الاستمتاع وجب لها أرش الجناية ولم يجب للزوج شيء.

وأما الأصل: فلا فرق عندنا من أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده، فإنه لا يلزم الشهود شيء مما بيناه، ويلزم على ما قالوه إذا قتلها الشهود أو غيرهم، فإنه لا يجب للزوج شيء فلم يصح

ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه لو شهد شاهدان أن زيدا أعتق عبدا له ثم رجعا بعد ذلك، فإنهما يلزمهما الضمان فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن إنما غرما لأنهما أتلغا على السيد مالا وليس كذلك في مسألتنا، لأنهما ما أتلغا على الزوج شيئا، لأن ذلك المال مستحق عليه بالدخول، فلما دخل لم يبق له مال والبضع لا قيمة له في حقه، ولأن الشاهدين لو قتلا العبد لوجب عليهما قيمته للسيد، وفي مسألتنا أن الشاهدين لو قتلا هذه المرأة لم يجب للزوج عليهما شيء، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

ولو شهدا أنه تزوج بامرأة وطلقها قبل الدخول وأغرمة الحاكم نصف الصداق ثم رجعا بعد ذلك غرما النصف الذي غرمة⁽¹²³⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنهما قد أتلغا عليه بشهادتهما فلزمهما الغرم لأجل ذلك اعتبارا بالشهادة المبتدأة بهال، وتفارق المسألة التي قبلها لأن المهر كان مستحقا عليه بالعقد الثابت.

فصل:

ولو شهدا عليه بدخوله المرأة وهو مقر بالطلاق ومنكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما، غرما نصف الصداق⁽¹²⁴⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ذلك القدر هو الذي أتلغا بشهادتهما، لأن النصف مستحق عليه بالعقد فلم يتلفاه عليه لما قدمناه.

والثاني: هو أنه لا يستحق إلا بالدخول، والدخول لا يثبت إلا بقولهما فإذا رجعا عن الشهادة فقد اعترفا بأنهما أتلغاه عليه فلزمهما غرمة لأجل ذلك.

فصل:

⁽¹²³⁹⁾ انظر: النوادر: 8/ 494، التفريع: 2/ 241، الكافي: 477.

⁽¹²⁴⁰⁾ انظر: النوادر: 8/ 495، التفريع: 2/ 241، الكافي: 477.

وإذا شهدا عليه أنه أعتق عبده ثم رجعا بعد ذلك فإنهما يلزمهما الضمان⁽¹²⁴¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنهما أتلغا عليه فلزمهما غرم قيمته، كما لو شهدا عليه بمال لرجل ثم رجعا، فإنه يلزمهما الضمان فكذلك في مسألتنا مثله.

فصل:

وإذا شهدا بتنجز عقد مكاتب | ثم رجعا بعد ذلك غرما قيمة كتابته أو ما بقي منها⁽¹²⁴²⁾.

وإنما قلنا ذلك لأنها هي المتلفة دون الرقبة.

فصل:

ولو شهدا بإعتاق أم ولد رجل ثم رجعا بعد ذلك فلا غرم عليهما⁽¹²⁴³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنهما ما أتلغا بشهادتهما مالا، وإنما أتلغا عليه الاستمتاع فلا قيمة لذلك ولا يلزمهما غرم لأجل ذلك.

فصل:

وإذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينة بفسق الشهود، فلا ضمان على الحاكم فيما أتلغ بشهادتهما، وأما إذا قامت بينة برق الشهود أو كفرهم، فإنه يضمن ههنا الحاكم ما أتلغ بشهادتهم⁽¹²⁴⁴⁾.

والفرق بين المسألتين: هو أن العدالة والفسق طريقتهما الاجتهاد، فإذا نفذ الحكم باجتهاده لم ينقض باجتهاد مثله، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار لأن ذلك لا اجتهاد فيه، ولأن الكفر لا يخفى وكذلك الرق؛ لأن ذلك أمر ظاهر، والحكم [مع]⁽¹²⁴⁵⁾ ذلك تقصير في اختيار في حال الشهود، فلذلك قلنا إنه يضمن ههنا، لأنه مفطر وفي المسألة الأولى هو مجتهد، فلا يضمن لأجل ذلك. والله أعلم.

⁽¹²⁴¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 540، النوادر: 8 / 498، 488، التفريع: 2 / 241، الكافي: 477، عقد الجواهر: 3 / 187.

⁽¹²⁴²⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 187، 188.

⁽¹²⁴³⁾ انظر: النوادر: 8 / 508، التفريع: 2 / 242، الكافي: 477.

⁽¹²⁴⁴⁾ انظر: النوادر: 8 / 533، 534، الذخيرة: 10 / 282.

⁽¹²⁴⁵⁾ في الأصل (في)، وصوابه من الطرة.

كتاب الدعوى

مسألة:

وإذا تداعيا شيئاً وكان ذلك الشيء ليس بأيديهما، أو كان في يد من لا يدعيه لنفسه، فإنه لا يحكم بذلك الشيء لأحدهما إلا بينة⁽¹²⁴⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لو أعطي الناس بدعواهم، لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»⁽¹²⁴⁷⁾.
وروي أنه عليه السلام قال: «شاهدك أو يمينه»⁽¹²⁴⁸⁾.

ولأنهما متساويان في الدعوى لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فلم يكن أولى منه.

فصل:

وإذا أقام أحدهما البينة فله أن يحكم له بذلك⁽¹²⁴⁹⁾.

⁽¹²⁴⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 45، النوادر: 9 / 28، 29، التفرع: 2 / 242.

⁽¹²⁴⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹²⁴⁸⁾ أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ر: 2516، 2 / 212، وأخرجه مسلم في الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، ر: 138، ص: 80.

وإنما قلنا ذلك: لقوله ﷺ: «البينة على المدعي»⁽¹²⁵⁰⁾.

وقوله عليه السلام: «شاهدك أو يمينه»⁽¹²⁵¹⁾.

ولأنه قد أتى بالسبب الدال على صدقه فيما ادعاه فوجب أن يحكم له بذلك.

مسألة:

عندنا إذا تداعيا شيئا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه؛ فإنه ينظر إلى،
أعدل البينتين؛ ويرجح على الأخرى فيحكم | بذلك⁽¹²⁵²⁾. [174]

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: الزيادة في العدالة لا يقع بها الترجيح⁽¹²⁵³⁾.
ودليلنا هو أن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهي مبنية على الاجتهاد، فكانت
الزيادة فيها مطلوبة، لأنها أبلغ في التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به.

ولأن الشهادة أقوى من الخبر لأنها مبنية فيها على العدد ولم يقبل فيها قول المرأة ولا
العبد بانفردهما وقال ذلك في الخبر، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح بالخبر، فمن
كان أعدل وأوثق قدم وكان أولى بأن يصار إلى خبره، كان في الشهادة أولى وأحرى أن يفعل
فيها ذلك.

واحتج: بأنه لا سبيل إلى الترجيح بذلك لأنه لا طريق تعرف به ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه يعرف ذلك بالبحث عن ذلك حتى يقع له
أن أحدهما أرجح من الآخر وأعدل، وذلك معلوم يقع مع كثرة البحث والطلب، والناس
يقولون فلان أعدل من فلان ويريدون بذلك أنها قد تساويا في العدالة، إلا أن أحدهما أقوى
بذلك، وكذلك يقولون فلان أعلم من فلان ويريدون بذلك أنها قد تساويا في العدالة إلا
أن أحدهما أقوى بذلك، وكذلك يقولون فلان أعلم من فلان وإن كانا متساويين في ذلك،
إلا أن أحدهما تميز على الآخر بشيء يفوق به عليه، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

⁽¹²⁴⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 45، النوادر: 9/ 28، التفرع: 2/ 242.

⁽¹²⁵⁰⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹²⁵¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹²⁵²⁾ انظر: المدونة: 4/ 45، النوادر: 9/ 29، 30، التفرع: 2/ 243.

⁽¹²⁵³⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 232، الحاوي: 17/ 306، 307، المهذب: 5/ 547.

مسألة:

عندنا إذا تساويا في العدالة سقطتا أعني البينتين.
وإنما قلنا ذلك؛ لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى، فكان ذلك كمن لا بينة لهما
وتعرض الأيمان عليهما.

وإنما قلنا ذلك: لأن اليمين أحد الحجج المدعي، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم
به للحالف؛ لأنه قد ساوى صاحبه بالبينة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه، وأما إن حلفا
قسما ذلك الشيء بينهما، وإنما قلنا ذلك؛ لأن التقادم إذا وجد لم يكن أحدهما أولى من الآخر
لتساويهما فيما يقضي الحكم لمن يثبت له⁽¹²⁵⁴⁾.

وقد قال مالك رحمه الله: إن ذلك الشيء مما يرى الإمام اتفاق الحكم فيه فيقسم
بينهما⁽¹²⁵⁵⁾، والأول أصح في النظر.

واختلف قول الشافعي رحمه الله في هذه المسألة على قولين:

أحدهما: أنهما قد تعارضا فسقطا ويبقى الشيء في يدي الذي هو قبل حتى يخرج له
طالب، والقول الآخر: أنه يحكم لها بذلك. واختلف قوله في كيفية الحكم بذلك على ثلاثة^[74ب]
أقوال: أحدها: أنه يقسم بينهما.

والثاني: أنه يقرع بينهما لمن خرجت له القرعة كان ذلك له جميعه.

والثالث: أنه ثابت في يد الثالث حتى يخرج له طالب⁽¹²⁵⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: يقسم بينهما⁽¹²⁵⁷⁾.

والدليل على أنه لا يقسم بينهما بدعواهما إلا بأيمانها: هو أنهما بيتان تعارضتا ولا يحكم
لأحدهما على الشيء المدعى فلم يحكم الحاكم بذلك، أصله إذا تداعيا امرأة وأقام كل واحد
منهما شاهدين أنها زوجته فإنه لا يحكم بذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

⁽¹²⁵⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 46، النوادر: 9/ 34، 35، التفريع: 2/ 243، الكافي: 482.

⁽¹²⁵⁵⁾ انظر: النوادر: 9/ 34.

⁽¹²⁵⁶⁾ انظر: المهذب: 5/ 547، الوسيط: 7/ 429، روضة الطالبين: 12/ 51.

⁽¹²⁵⁷⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 236.

قالوا: المعنى في النكاح، إنما لم يجز ذلك فيه، لأنها لا يجوز أن يكون من اثنين، وليس كذلك في مسألتنا لأنها تجوز قسمته بينهما.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه يبطل بما إذا تداعيا دارا وأقام كل واحد منهما بينة على إرث ذلك عن أبيه والآخر مثل ذلك فإن عندكم لا يحكم بذلك وإن كان مما تتأتى قسمته.

والثاني: هو أنا نعرض عليهما الأيمان فإن حلفا قسمنا ذلك بينهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ملكنا جميع ذلك للحالف لأنه قد قوي سببه.

ولأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لإحدهما على الأخرى، فلم يجز الحكم بينهما من غير يمين أصله النصان إذا تعارضا وكذلك القياسان.

وقد قيل لأنه حكم ينافي الشهادة فلا يحكم به أصله إذا شهد بذلك لزيد وحكم بذلك لعمره فإنه لا يجوز كذلك في مسألتنا، وإنما عرضنا الأيمان عليهما لترجيح أحدهما فيحكم، له فإذا لم يوجد ذلك فقد أضعفا دعواهما فيتركهما على ما كانا عليه.

واحتج أبو حنيفة بما روي: أن رجلين تنازعا بعيرا فاخصما إلى رسول الله ﷺ فجعله بينهما⁽¹²⁵⁸⁾.

والجواب: هو أنه إن صح؛ فإنه إنما جعله بينهما لأنها حلفا عليه، وعندنا كذلك نفعل فيكون حجة لنا.

قالوا: ولأنهما بيتتان تعارضتا فيما يمكن قسمته، فوجب أن يقسم بينهما. أصله إذا شهد شاهدان أن هذا ابن فلان وشهد شاهدان آخران أن هذا الصبي ابن لفلان الذي شهدا به فإن المال يقسم بينهما فكذلك في مسألتنا | مثله.

[175]

والجواب: هو أنا نقول بموجبه، وهو إذا حلفا كان خارجا فيقسم بينهما فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: أنا نقول بموجبه وهو إذا اختلفا فإنه يقسم بينهما، والمعنى في الأصل إنما كان كذلك لأنه يمكن أن يكون كما قالا، فلذلك قسمناه بينهما وليس كذلك في مسألتنا.

⁽¹²⁵⁸⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 234

قالوا: ولأنه لو شهد شاهدان أن فلانا أوصى بثلث ماله لفلان وشهد شاهدان آخران أنه أوصى بذلك الثلث لفلان آخر غير ذلك، فإن ذلك الثلث يقسم بينهما فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك، أنه لا يمكن ما قالاه في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأن كل واحد منهما يكذب الآخر، ولأننا نقول بذلك إذا حلفا.

قالوا: ولأن الحاكم إنما جلس لفصل القضاء، فلو قلنا إنه لا يحكم بذلك لم يكن لجلوسه معنى.

والجواب: هو أنا نقول له تعرض اليمين عليهما، ولأنه في النكاح أيضا لا يحكم لأحدهما إذا تعارضت البيتان عنده.

قالوا: ولأن في اللعان يحكم بينهما فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن تلك أيمان، والأيمان يحكم بها، وههنا تعرض اليمين عليهما، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

وأما إن كان مع أحدهما يد كان لصاحب اليد مع يمينه⁽¹²⁵⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن اليد ظاهرها يدل على الملك، فقد حصل أقوى سببا من المدعي وكانت البينة على الخارج، وإنما كانت اليمين على صاحب اليد لأنه مدعى عليه وقد قال ﷺ: "اليمين على المدعى عليه"⁽¹²⁶⁰⁾.

ولأنه أقوى سببا باليد والحيازة واليمين يكون في جنبة أقوى المتداعيين سببا، وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره.

فصل:

⁽¹²⁵⁹⁾ انظر: النوادر: 9/ 29، التفريع: 2/ 243، الكافي: 481.

⁽¹²⁶⁰⁾ أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، ر: 2514، 2/ 211، ومسلم في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ر: 1711، ص 711.

وأما إن نكل عن اليمين تقلب اليمين إلى جنبه المدعي⁽¹²⁶¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعى أقوى سببا منه وانقلبت اليمين إلى جنبته، كما أن المدعى عليه تكون اليمين في جنبته لقوة سببه براءة ذمته في الأصل، فإذا كان مع المدعي شاهد انقلبت اليمين إليه لقوة سببه، وإنما قلنا أنه إذا حلف المدعى حكم له بذلك، لأنه قد اجتمع له سببان يمينه ونكول خصمه، وذلك مؤثر في الحكم.

وإنما قلنا ذلك: لأنه إذا نكل فقد أقر لصاحب اليد، لأنه بنكوله | قد أضعف دعواه [75ب] وصارا كأنهما لم يأتيا بشيء ورجح الآخر عليه باليد.

فصل:

وأما إن أقام المدعي بيته فإنه يكون أحق بذلك من صاحب اليد⁽¹²⁶²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها أرجح منهما، لأن البيعة تشهد بما لم تشهد به اليد، لأن اليد مبهمة والبيعة مفسرة، وإنما قلنا إنه يحكم باليد للظاهر، فلقلوله عليه السلام: "البيعة على المدعي"، ولم يفرق، وفائدة ذلك أنه إذا أقامها حكم له بذلك.

وإنما قلنا إن صاحب اليد إذا أقام بيته أرجح بأعدل البيتين، لأن الغرض بالبيعة العدالة والحكم بها موقوف على حصولها فوجب أن يرجح بالزيادة فيها لأجل ذلك.

مسألة:

عندنا إذا تداعيا سببا وأقام كل واحد منهما البيعة على ذلك الشيء المدعى، فإنه يحكم بذلك لصاحب اليد مع بينته ولا يلتفت إلى بيعة الخارج⁽¹²⁶³⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽¹²⁶⁴⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يحكم بيعة الخارج في جميع الأشياء إلا في النكاح

⁽¹²⁶¹⁾ المدونة: 4/ 45، النوادر: 9/ 29، التفريع: 2/ 243، الكافي: 481.

⁽¹²⁶²⁾ انظر: التفريع: 2/ 243، الكافي: 482.

⁽¹²⁶³⁾ انظر: النوادر: 9/ 28 وما بعدها، التفريع: 2/ 243.

⁽¹²⁶⁴⁾ انظر: مختصر المزني: 314، المهذب: 5/ 446 وما بعدها، الحاوي: 17/ 302 وما بعدها، الوسيط: 7/ 433.

والتاج⁽¹²⁶⁵⁾، فإنه يحكم بذلك للدخل كما قلنا.

ومثال ذلك: أن يدعي رجل على رجل أن هذه الدابة له ويقيم على ذلك بينة أنها له، وأنها تجب في ملكه، ويقيم الداخل أيضا بيته بمثل ذلك، فإن عندنا يحكم بذلك كله للدخل دون الخارج.

وقال أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: بينة الخارج أولى في جميع ذلك من بينة الداخل⁽¹²⁶⁶⁾.

ودليلنا ما روى جابر بن عبد الله أن «رجلين تداعيا بعيرا عند النبي ﷺ فأقام كل واحد منهما بينة على ذلك فقضى به رسول الله ﷺ لمن هو في يده»⁽¹²⁶⁷⁾ فدل على ما ذكرناه.

والقياس: هو أن كل من ادعى شيئا هو في يده وجب أن يحكم له بذلك. أصله إذا تداعيا أنه نتجت في ملكه وادعى الآخر مثل ذلك وأقام البينة، فإنه يحكم بذلك لصاحب اليد دون الخارج، فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأنها متداعيان تعارضت بيتهما فوجب أن يحكم بذلك لصاحب اليد، أصله إذا تنازعا دابة أو عبدا أو غزلا، فإنه يحكم به لصاحب اليد كذلك في مسألتنا مثله.

[176]

قالوا: المعنى في الأصل وهو التاج والغزل، إنما حكمنا بذلك للدخل | لأنها أفادت بيته، فلذلك حكمنا به، فقال أحدهما: بنيت في أرضي، وقال الآخر بل في أرضي، فإنه لا يحكم بذلك عندكم ولا تقدمون اليد، فإن كان الملك مضافا إلى سبب لا يتكون، لأن الطعام لا يمكن زرعه من تبين فلم يصح ما قالوه، وكذلك التاج والغزل.

قالوا: المعنى في ذلك أنه ما أفادت يده في الظاهر إلا ما أفادت في الأول.

⁽¹²⁶⁵⁾ انظر: المبسوط: 17/ 32 وما بعدها، بدائع الصنائع: 6/ 232 وما بعدها.

⁽¹²⁶⁶⁾ انظر: المغني: 14/ 279، الكافي في فقه ابن حنبل: 6/ 122.

⁽¹²⁶⁷⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب المتداعيين يتنازعان شيئا في يد أحدهما، 10/ 256، وراه أبو داود بسنده من طريق آخر عن أبي موسى الأشعري، "أن رجلين ادعيا بعيرا أو دابة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليست لواحد منهما بينة فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما"، أبو داود، كتاب الأقضية، باب الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بينة، ر: 3613، ص 400. وذكره في التلخيص وقال: وإسناده ضعيف. التلخيص: 4/ 385.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه قد أفادت أكثر من ذلك، لأن له يد وله بينة فكان أحق بذلك من غيره. ولأن كل واحد منهما مساو لصاحبه في الدعوى قبل البينة، إلا أن صاحب الدعوى أقوى سببا وأرجح لثبوت يده على الشيء المدعى، فلما انفرد بذلك قوي أمره فقدمناه على المدعى لرجحانه عليه باليد، وهذه حالهما بعد البينة، لأنهما قد تساويا فيها فسقطتا وصارتا كأنهما لم يكونا، وانفرد صاحب اليد بيده كما قبل البينة، وإنما عرضنا الأيمان عليهما بعد تهاثر البيتين اعتبارا بحال الابتداء.

وقد قيل: لأنهما أحد المتلاعنين، فإذا لم تسمع يمينه لضعف سببه، فإذا أقام البينة وجب أن تسمع بينته أصله المدعى فإنه لا يسمع يمينه وتسمع بينته، فكذلك في مسألتنا مثله.

وقد قيل: إنها بينة يجوز الطعن فيها فجاز الحكم بها أصله الخبر والقياس.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»⁽¹²⁶⁸⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام، إنما أراد بذلك إذا لم تكن بينة، وههنا قد عارضت فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن بينته لم تفد إلا ما أفادته يده فلم يحكم له بذلك أصله يمينه، وهو إذا قال أنا أحلف أن هذا الشيء لي فلم يقبل منه، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ بل يده قد أفادت الملك، والبينة قد أكذبت ذلك. وعلى أن ما قالوه يبطل بما إذا تداعيا طعاما، فقال أحدهما نبت في أرضي وقال الآخر بل في ملكي، فإنه لا يحكم به لصاحب اليد وإن كان ذلك محتملا.

وعلى أن المعنى في اليمين أنها لم تقبل منه لأن ههنا بينة قوية بإزائها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن اليد ههنا والبينة تُقَوَّى ذلك في جهته، فوجب أن يحكم له بذلك.

[76ب]

قالوا: ولأن من لا تسمع حجته عند خصمه لا يحكم له. أصله | إذا أقام المدعى عليه بينة بأنه لا حق لهذا عنده.

والجواب: هو أنه يبطل بما ذكرناه إذا تنازعا طعاما أو شيئا مما تكرر، والمعنى في هؤلاء الشهود، أننا نقطع بكذبهم لأنهم ما كانوا معه مساء ولا صباحا، لأن الإنسان قد يعامل

⁽¹²⁶⁸⁾ تقدم تخريجه.

الرجل من حيث لا يعلم به الشهود، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما إذا تداعيا ثوبا أو كبشا وهو بأيديهما، فادعى أحدهما الكل، والآخر النصف، أو كانوا ثلاثة فادعى الثالث الثلث، فقد اختلف أصحابنا في كيفية قسمته بينهم:

فمنهم من قال: أنه يقسم بينهم على عدد المدعين بالسوية.

ومنهم من قال: يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى⁽¹²⁶⁹⁾.

وصورة القول الأول: إن تداعى رجلان ثوبا أو كبشا وهو في أيديهما يدعي أحدهما الكل والآخر النصف، فيكون بينهما نصفين، وكذلك إذا ادعاه ثلاثة يدعي الثالث الثلث، فإنه يكون بينهم أثلاثا.

وصورة الحكم على موجب الاختلاف في الدعوى في المسألة الأولى، أن يحكم المدعي في الكل ثلاثة أرباع المدعى فيه، ولمدعى النصف برבעه فيقسم بينهم على أربعة أسهم، هذا الحكم في المسألة الأولى.

وأما في المسألة الثانية: فهو إذا ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والآخر الثلث، فإن ذلك الشيء يقسم بينهم على ستة وثلاثين سهما، لمدعي الكل خمسة وعشرون سهما، ولمدعي النصف سبعة أسهم، ولمدعي الثلث أربعة أسهم.

واحتج من قال من أصحابنا: أنه يقسم بينهم ذلك الشيء المدعى على عدد المدعين، هو أنه قد تساوا في أسباب الحكم والترجيح، وقد تساوا في اليمين وفي الحيازة، وذلك أن مدعي الأكثر قد ساوى مدعى الأقل في اليد، وإنما يزيد عليه في المدعى، وذلك لا يوجب زيادة في الحيازة، وإذا لم يكن معهم ما يرجح به أحدهم على الآخر وجب تساويهم في القسم، فأما إذا لم يكن في أيديهما فعلى موجب الاختلاف.

[177]

واحتج | من قال من أصحابنا: أنه يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى، هو أنه إذا قال أحدهما أنا استحق الكل، وقال الآخر أنا استحق النصف، فمدعي النصف مقر بأنه لا حق له في النصف، فصار النصف للذي لا يدعيه كأن مدعي الكل قد حازه، وليس لأحد يخاصمه فيه،

⁽¹²⁶⁹⁾ انظر: النوادر: 7/ 51 وما بعدها، عقد الجواهر: 3/ 215 وما بعدها

فيكون له ويصير التداعي في النصف الباقي فيقسم بينهما لتساويهما في حيازته، كذلك في المسألة الثانية: يقال لمدعي الصف ومدعي الثلث، أنتما مقرران بأن النصف الباقي لا حق لكما فيه، فسلماه إلى مدعيه إذ لا خصومة بينكما وبينه، فيصير النصف لمدعي الكل، ويقال لمدعي الثلث أنت معترف بأن السدس الزائد على الثلث لا حق لك فيه فسلمه إلى من يدعيه، فيصير التداعي فيه بين مدعي الكل ومدعي النصف وأيديهما متساوية فيه، فيقسم بينهما نصفين، فيصير لمدعي الكل سبعة أسهم من اثني عشر سهما، ولمدعي النصف سهم من اثني عشر، ثم يبقى الثلث وهم يتداعونه بالسوية وأيديهم عليه متساوية، فيقسم بينهم على موجب دعواهم بالتسوية، فيكون لكل واحد منهم سهم وثلث، فيصير لمدعي الكل ثمانية أسهم، وثلث سهم من اثني عشر بينهما، ولمدعي النصف سهمان وثلث، ولمدعي الثلث سهم وثلث، فيضرب في مخرج الكسر لتسلم السهام فتكون ستة وثلاثين، وكذلك الاعتبار في اختلاف التداعي في الأنصباء في ذلك.

ومن أصحابنا من قال في التداعي: إذا حلف ما يدعيه كل واحد منهم، أنها إذا اجتمعت الدعاوى فكانت زائدة على المال كالعول، فإنه يقسم بينهم على موجب العول، وذلك أنه [يضم]⁽¹²⁷⁰⁾ الدعوتين ثم ينظر إلى ما اجتمع في يده، فيجعله النصاب الذي يقسم عليه، وهذا القول بأن القسم على موجب الدعوى؛ وبيان ذلك: أن يدعي رجلان ثوبا أحدهما يدعي جميعه والآخر نصفه، فإنه يكون بينهما كالمسألة إذا عالت بالنصف فيكون ذلك من ثلثه، لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث.

ومثال الآخر: أن يدعي أحدهما الكل والآخر النصف والآخر الثلث، فإنه يقسم بينهم الشيء المدعى عليه على أحد عشر سهما، لمدعي الكل ستة ولمدعي النصف ثلاثة ولمدعي الثلث اثنان.

وإنما كان | كذلك؛ لأنهم إذا تساوا في اليد وضاق المال عن الدعاوى، لم يكن أحدهم بأولى من الآخر، فوجب أن يتساوا في النقص لأجل ذلك، هذا قول هذا القائل من أصحابنا.

فصل:

ولو تداعيا ثوبا في أيديهما، فقال أحدهما لي النصف والنصف الثاني لزيد، وقال الآخر

⁽¹²⁷⁰⁾ في الأصل: تجمع، والمثبت من الطرة.

لي نصفه ونصفه لزيد ولا شيء لك فيه، فإنه يقسم بينهما⁽¹²⁷¹⁾.
وإنما قلنا ذلك: لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصف الآخر الذي قد حازه، فلا يكون للمقر له شيء من ذلك.

مسألة:

عندنا أنه إذا ادعى أنه تزوج بامرأة تزويجا صحيحا، سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شرائط النكاح⁽¹²⁷²⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽¹²⁷³⁾.

وقال الشافعي: لا بد أن يقول هذه زوجتي التي تزوجتها برضاها بولي وشاهدي عدل⁽¹²⁷⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه عقد صحيح فوجب سماعها. أصله إذا ذكر جميع الشرائط، ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن تسمع الدعوى فيه على الصحة [مجملة]⁽¹²⁷⁵⁾ أصله البيع والإجارة.

فإن قيل: المعنى في البيع والإجارة أنها أموال وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه فروج، والفروج يحتاط لها ما لا يحتاط للأموال.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما في ما طريقه الدعاوى، لأن هذا يدعي عقد وذلك مثله، فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: لأنها دعوى تتعلق بالبدن يختص جنسها بعقوبة، فوجب أن يعتبر فيها الاستفصال أصله القتل، وذلك أنه إذا ادعى رجل على رجل أنه قتل وليه، لا بد من أن يقول قتله عمدا لم يشاركه فيه أحد فكذلك أيضا في مسألتنا.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن تكون دعوى تتعلق بالبدن، ومع ذلك لا يعتبر فيها الاستفصال أعني القتل، لأنه يقع عمدا ويقع خطأ ويقع على وجه المشاركة، وليس كذلك

⁽¹²⁷¹⁾ انظر: النوادر: 11 / 240.

⁽¹²⁷²⁾ انظر: المدونة: 4 / 39، الكافي: 480، عقد الجواهر: 3 / 201.

⁽¹²⁷³⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 50.

⁽¹²⁷⁴⁾ انظر: : الأم: 7 / 561، الحاوي: 17 / 309، الوسيط: 7 / 406 وما بعدها، روضة الطالبين: 12 / 14

⁽¹²⁷⁵⁾ سقط في الأصل، والمثبت من الطرة.

النكاح، لأنه لا يقع على وجه المشاركة ولا على وجه الخطأ والعمد وإنما ذلك دعوى عقد، فهو بالبيع والإجارة أشبه مما ذكره.

قالوا: ولأن ما يدخله البدل والإباحة وجب أن يعتبر فيها الاستفصال. أصله ما ذكرناه.

والجواب عنه ما تقدم فأغنى عن إعادته.

[178]

وربما قالوا: خص من جنسه | بزيادة شاهدين، فوجب أن يعتبر فيه عند الحاكم الاستفصال أصله الشهود في الزنا، لا بد أن يقولوا رأيناه يزني بها كالميل في المكحلة فكذلك هاهنا.

والجواب: أنا لا نسلم الفرع، لأن عندنا الشهادة على النكاح ليست بواجبة، وأما الشهادة على الزنى فإنما كان كذلك، لأنه لما اعتبر فيها العدد وهم أربعة، اعتبر في ذلك الاستفصال وليس كذلك في مسألتنا. فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

وإذا مات رجل وترك اثنين، فتنازعا في تركته وأحدهما مسلم والآخر نصراني، فقال المسلم مات أبي مسلما وأنا أرثه، وقال النصراني مات أبي نصرانيا وأنا أرثه فإنه ينظر في ذلك: فإن لم يعرف دين الأب ولم يثبت فإنهما يتساويان في الدعوى، فإن أقاما بينة من المسلمين وتكافأت البيتان فالميراث بينهما مع أيانها كأن لم يكن لهما بينة، فإن علم وثبت أن الأب كان نصرانيا، وادعى أن الأب كان نصرانيا وادعى الابن المسلم أنه أسلم قبل موته، فإن أقام البينة بذلك فهو أولى، وإن لم يقيم بينة فالنصراني أولى بالميراث منه، وكذلك إن تقدم العلم بأنه كان مسلما فالمسلم أولى، وإن علم أنه كان نصرانيا ثم مات وأقاما البينة، فالبينة بالإسلام مقدمة، لأنها قد أثبتت زيادة وهي إسلامه بعد أن كان نصرانيا⁽¹²⁷⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: بينة المسلم مقدمة على كل حال، وكذلك دعواه مقدمة على دعوى النصراني مع عدم البينة⁽¹²⁷⁷⁾.

⁽¹²⁷⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 48، 49، النواذر: 9 / 63 وما بعدها، البيان والتحصيل: 14 / 293 وما بعدها

⁽¹²⁷⁷⁾ انظر: المبسوط: 17 / 49، 50

وقال الشافعي مثل قولنا⁽¹²⁷⁸⁾.

والدليل لما قدمناه: هو أنه إذا لم يعرف له دين متقدم، فالأمر محتمل لما يقوله كل واحد منهما، وليس أحدهما أولى من الآخر، فوجب أن تقسم التركة بينهما كسائر الأموال. ولأنه قد ثبت نسب كل واحد منهما فاجتمعا في سبب الاستحقاق، فليس أحدهما بأولى من الآخر إلا بدليل.

وقد قيل إنها بينتان تعارضا فلم يرجع فيها بالإسلام، أصله إذا ادعى دينا وأحد المتداعيين نصراني والآخر مسلم، وأقام كل واحد منهما شاهدين بذلك، فإنه لا يحكم بذلك إذا تعارضا فكذلك في مسألتنا.

ولأن فصل أحدهما على الآخر لا يوجب الترجيح، أصله إذا كان أحدهما زاهدا عابدا^[78ب] والآخر فاسقا

[⁽¹²⁷⁹⁾ بذلك للزاهد.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الاسلام يعلو ولا يعلى»⁽¹²⁸⁰⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام، إنما أراد بذلك أن الإسلام لا يدخله الصغار والإذلال. وجواب آخر: وهو أنا كذلك نقول، فإذا ثبت لنا إسلامه فإننا نعلي الإسلام على الكفر وندفع جميع ماله لولده المسلم.

قالوا: ولأن الإسلام هو الأصل والكفر حادث بدليل قوله ﷺ: «ما من مولود يولد إلا على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه»⁽¹²⁸¹⁾، فحكم له بحكم الفطرة ونقله عنها بالأبوين

⁽¹²⁷⁸⁾ انظر: مختصر المزني: 315، المهذب: 5/ 560 وما بعدها، الحاوي: 17/ 329

⁽¹²⁷⁹⁾ خرم في الأصل بمقدار كلمة.

⁽¹²⁸⁰⁾ أخرجه البخاري تعليقا، في كتاب الجنائز، باب رقم: 79، قبل حديث، ر: 1345، 1/ 415، وأخرجه الدار قطني في كتاب النكاح، باب المهر، ر: 3620، 4/ 371، والبيهقي في الكبرى، باب ذكر من صار مسلما بإسلام أبويه أو أحدهما من أولاد الصحابة، 6/ 205. قال في التلخيص، ورواه الطبراني في الصغير من حديث عمر مطولا في قصة الأعرابي والضرب، وإسناده ضعيف جدا. التلخيص: 4/ 231.

⁽¹²⁸¹⁾ أخرجه البخاري في الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصل عليه، ر: 1359، 1/ 417، ومسلم في كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، ر: 2658، ص: 1066.

فصار المسلم يدعى إلى الأصل فلا يلتفت إلى ما يدعيه الآخر.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه لو مات الأب وزوجته حامل، فقد مات على الكفر، وحكم الحمل حكمه، بدليل أنه يرثه إذا ولدته، وأنه على الكفر بعد موت أبيه ولم تجتمع أبواه يهودانه وينصرانه بعد أن ولد، فلم يثبت أن الأصل الإسلام.

والثاني: هو أن أبواه تجمع المسلمين وأهل الذمة، فإذا لم يتبين لنا حال الميت احتمل ما يقوله كل واحد منهما فاستويا في ذلك.

قالوا: ولأنهما بينتان تساويا فوجب أن يحكم لمن شهد له بالإسلام. أصله إذا قالت إحدى البيتين بعلمه نصرانيا، وقالت الأخرى نعلمه مسلما وكانا قد أَرَّخَا ذلك الوقت.

والجواب: هو أنا نقبل ذلك، لأنه قد علمنا أنه كان ذلك الوقت مسلما فلذلك ورثناه وليس كذلك في مسألتنا، لأننا لا نعلم ذلك فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

إذا مات الرجل وخلف اثنتين وخلف تركة⁽¹²⁸²⁾، أو ادعى رجل أن له على أبيهما ألف درهم فشهد له بذلك أحد الابنين وأنكر الآخر، فإن كان الشاهد منهما بذلك عدلا حلف صاحب الحق معه وأخذ الألف، على ما نقوله في الشاهد مع اليمين. وأما إن كان مما لا يقبل شهادته، فإنه يلزمه نصف الألف في حصته، وهو مقدار ما يخصه من الدين لو قامت به بينة. وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽¹²⁸³⁾.

وقال أبو حنيفة: يؤخذ جميع الألف من نصيب المقر⁽¹²⁸⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه أقر بحق تعلق | بنصيبه ونصيب أخيه فوجب أن لا يلزمه إلا ما يخصه [179] في حصته، أصله الوصية والإقرار بالوصية لإنسان، وكونه أخوه، فإنه يدفعه مما في يديه نصف ما أقر به من جميع التركة، كذلك في مسألتنا مثله، وهذه المسألة قد ذكرناها في الإقرار فأغنى عن إعادتها.

⁽¹²⁸²⁾ انظر: النوادر: 9/ 67 وما بعدها

⁽¹²⁸³⁾ انظر: الأم: 7/ 568، المذهب: 5/ 559

⁽¹²⁸⁴⁾ انظر: المبسوط: 17/ 44

مسألة:

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لهما، ولا لأحدهما، فعندنا أنه ينظر في ذلك، فما كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها، وما كان للرجال فهو للرجل مع يمينه⁽¹²⁸⁵⁾.

ومن أصحابنا من قال، وهو سحنون بن سعيد التنوخي: إن تعرف بأحدهما فهو له بغير يمين وما كان يصلح لجميعهما فهو للرجل مع يمينه⁽¹²⁸⁶⁾.

وقال المغيرة⁽¹²⁸⁷⁾ من أصحابنا هو بينهما بعد أيماهما⁽¹²⁸⁸⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽¹²⁸⁹⁾.

وبمثل قولنا قال أبو حنيفة رحمه الله في ذلك كله، إلا أنه خالفنا في الذي يصلح لهما، فإنه فرق بين الرجل إذا كان حيا وبينه إذا كان ميتا. فقال: إن كان حيا فهو له، وإن كان ميتا فهو للمرأة⁽¹²⁹⁰⁾.

فقال: إن كان حيا فهو له، وإن كان ميتا فهو للمرأة، وسواء اختلفا قبل الطلاق أو بعده، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما أو مكتراه، وسواء كان الاختلاف منهما أو من أحدهما أو من ورثتهما أو من ورثة أحدهما مع حياة الآخر، كانا حرين أو عبا، أو أحدهما حر والآخر عبد، أو كانت الزوجة مسلمة أو ذمية.

وأما المتاع الذي يصلح للنساء، مثل الحلي وثياب النساء والغزل والجهاز، والمتاع الذي

⁽¹²⁸⁵⁾ انظر: المدونة: 2/ 187 وما بعدها، النوادر: 4/ 616 وما بعدها، الإعلام بنوازل الأحكام: 239، وما بعدها، الواضحة مع البيان والتحصيل: 5/ 445

⁽¹²⁸⁶⁾ انظر: مختصر المدونة: ق1، ل: 28، البيان والتحصيل: 5/ 445

⁽¹²⁸⁷⁾ المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي، روى عن أبيه وعن مالك بن أنس، وروى عنه أبو مصعب الزهري، وابنه عياش بن المغيرة، كان فقيه المدينة بعد مالك بن أنس، توفي سنة: ست وثمانين ومائة. . الجمهرة: 3/ 1263-1265 أر: 1276

⁽¹²⁸⁸⁾ انظر: مختصر المدونة: ل: 28 ب، البيان والتحصيل: 5/ 445

⁽¹²⁸⁹⁾ انظر: المهذب: 5/ 569

⁽¹²⁹⁰⁾ انظر: المبسوط: 5/ 213 وما بعدها، بدائع الصنائع: 2/ 308، 309.

يصلح للرجال مثل السيف والرمح والدرع وسائر السلاح وثياب الرجال والكتب التي للعلم والأدب.

وأما الذي يصلح لهما جميعاً الدنانير والدراهم وغير ذلك مما لا يختص في العرف بأحدهما، وسواء كانت أيديهما عليه شاهدة مثل أن يكونا قائمين عليه أو حكما مثل خشب موضوع في الدار وغير ذلك، هذا جملة مذهبنا في ذلك⁽¹²⁹¹⁾.

وقد روي «أن رجلين تنازعا في خص⁽¹²⁹²⁾ فحكم به ذلك عليه السلام لصاحب القمط»⁽¹²⁹³⁾، وهذا يدل على أن اليد والعرف يحكم له لأجل ذلك.

وأما الدليل على أن ما يصلح لأحدهما، يكون له مع يمينه، هو أن اليد لما كانت مؤثرة في الملك ودالة عليه، بدليل أن من ادعى عمامة على رأس رجل، فإن القول قول من هي عليه. وقد ثبت أن لكل واحد من الزوجين | يدا على جميع ما في الدار، بدليل؛ أن أجنبيا لو ادعى قبض بعض ما في الدار فتداعياه أو أحدهما كان القول قولهما دون الأجنبي، فوجب لأجل ذلك إذا تنازعا أن يعتبر أظهرهما في الدعوى ومن يشهد له العرف بقوة دعواه، وقد ثبت أن الأيدي تتفاضل ويكون بعضها أقوى من بعض، كالراكب والماسك فكذلك في مسألتنا، ولا يلزم على ما ذكرناه الدباغ والعطار إذا تنازعا، وادعى العطار المسك والعطار الجلود لأن أيديهما غير متساوية على ذلك.

قالوا: لا نسلم أن يد كل واحد منهما ثابتة على جميع ما في البيت.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه لو ادعى ذلك أجنبي كان لهما القول في ذلك، وكذلك واحد منهما كان القول قوله فيما يدعى عليه فدل، على أن يده ثابتة على جميع ما في البيت.

⁽¹²⁹¹⁾ انظر: المدونة: 2/ 288، مختصر المدونة: ق 1 ل: 28 ب.

⁽¹²⁹²⁾ الخص: هو البيت من القصب. المصباح المنير: 1/ 233.

⁽¹²⁹³⁾ القمط: بضم القاف، وهو: الشُّرْط، وهو ما يعمل من ليف، وخوص، وقيل: القمط: الخشب التي تكون على ظاهر الخوص أو باطنه يشد إليها حرادي القصب أو رؤوسه. ومنه القمط الذي يشد به الصغير. المصباح: 2/ 708، 709.

⁽¹²⁹⁴⁾ أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب الرجلان يدعيان في خص، ر: 2343، 2/ 785، والطبراني في الكبير: ر: 2087، 2/ 260. وضعفه الدار قطني في السنن وقال: وقد اختلف في اسناده. السنن: 5/ 410.

قالوا: ولا نسلم أيضا في الراكب والماسك، لأن من أصحابنا من قال: أنه يكون بينهما إذا اختلفا.

والجواب: هو أنا ندل على فساد هذا القول، والذي يدل عليه؛ أن الإجماع حاصل على أنه لو تداعيا دارا وأحدهما داخل الدار والآخر خارج الدار، فإنه يحكم بذلك للداخل، ولأننا قد بينا أن لليد تأثيرا في الملك.

قالوا: المعنى في الأصل وهو الراكب والماسك، إنما حكمنا بذلك للراكب لأن المنفعة ثابتة له ويده عليها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن أيديهما ههنا متساوية ولا مزية لأحدهما على الآخر.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن العرف والعادة تمنع مما قلتموه، وذلك أن العادة ما جرت بأن السيوف والرماح والدروع للنساء، وإنما يكون ذلك للرجال وكذلك الخيل والبغال والحواشي، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والذي يدل على ذلك أن الله تعالى قال: ﴿اعُوذُ بِاللَّهِ﴾ [الأعراف: 199].

وقال في قصة يوسف عليه السلام: ﴿إِنْ كُنْتَ فَمِصُّهُ قَدْ مِنْ قُبْلِ فَصَدَقْتَ﴾ [يوسف: 26]. فجعل قوة دعوى كل واحد منهما متعلقة على ما يشهد له العرف بذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأمواهم لكن البينة على من المدعى واليمين على من أنكر»⁽¹²⁹⁵⁾.

[180]

والجواب: هو أن هذا | الخبر لا يتناول ما تنازعنا فيه، لأن كل واحد منهما هو الذي يدعي خلاف الظاهر، والظاهر مع المرأة فيما تدعيه فيما يصلح لها، والظاهر مع الرجل فيما يدعيه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها دعوى مال فوجب أن يكون حكم الزوجين فيها تمييز له إلا الأجنيين. أصله إذا تداعيا دينا على زيد فإنه يحكم لهما بذلك لمن شهد له العرف، أو لمن قوي سببه أصله ما ذكرتم.

والثاني: أنا نقول بموجبه فيما يصلح لهما فلا يكون بينهما، وعلى أن المعنى في الأصل،

⁽¹²⁹⁵⁾ تقدم تخريجه.

وهو أن ذلك قد استوت أيديهما عليه، والعرف والعادة لا يشهد لأحدهما وليس كذلك في مسألتنا، لأن العرف والعادة يشهد لأحدهما بما لا يشهد للآخر، فلم يجز الإخلال بذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها خصومة في مال فوجب أن يحكم فيها بالأصل، أصله الدباغ والعطار إذا تداعيا فإنه لا يحكم بالمسك للعطار والدباغ، وإنما كان كذلك لأن أيديهما غير متساوية وليس كذلك في مسألتنا، لأن أيديهما متساوية، فالعرف يشهد لأحدهما بما لا يشهد للآخر، فوجب أن يحكم بما يشهد به العرف فافترقا لأجل ذلك. وعلى أنا لا نسلم في العطار والدباغ، لأنهما إذا كانت أيديهما متساوية على ذلك، فإننا نحكم بالمسك للعطار وبالجلود للدباغ، فهو مثل مسألتنا سواء، والله أعلم.

فصل:

ووجه القول أنا نحكم لمن يصلح له ذلك يمينه: هو أن الحكم في الأصول لا يكون إلا بسببين، فلم يحكم به لمجرد القول، لأن ذلك يكون حكما بسبب واحد.

ووجه قول سحنون بن سعيد: أن ذلك له بغير يمين إنما قال ذلك؛ لأن يده والعرف الشاهد له سببان فلا يحتاج إلى يمينه في ذلك⁽¹²⁹⁶⁾.

فصل:

ووجه قول مالك رحمه الله: إن ما كان يصلح لهما كان للرجل إنما قال ذلك: لأن جنبة الزوج أرجح، وذلك أن البيت له وهي تابعة له فيه، فالظاهر أن ما يكون في بيت الرجل له إلا ما شهد له العرف، لأن الأغلب كونه للمرأة، وإنما شرطنا اليمين ليحصل له سببان يحكم بهما.

ووجه قول المغيرة: أنه بينهما هو أن أيديهما متساوية ولا بينة، فيحكم بهما، والبيت منسوب إليهما لا إلى الرجل وحده، | فلم يبق إلا أن يكون بينهما كالمتداعيين شيئا [80ب] بأيديهما⁽¹²⁹⁷⁾.

فصل:

⁽¹²⁹⁶⁾ انظر توجيه هذه الأقوال في: النوادر: 4/ 616، البيان والتحصيل: 5/ 446

⁽¹²⁹⁷⁾ انظر: النوادر: 4/ 616، البيان: 5/ 446.

ولم يفرق بين أن يكونا حرين أو عبيدين في جميع ما ذكرناه، وأن كل ذلك لا يؤثر في الدعوى بقوة ولا ضعف، فلذلك استوى الحكم فيه جميعاً، وإنما لم يفرق بين الحياة والمات لأن الورثة يقومون مقام ورثتهم على سبيل ما كان له فعل، ألا ترى إلى أنه لو اشترى سبباً بالحيازة لم يكن لهم أن يصرفوا المبيع على البائع وكان لهم اختيار الجميع أو رده فكذا في مسائلنا مثله⁽¹²⁹⁸⁾.

فصل:

وإذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد، فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا الدين.

وإنما قلنا ذلك، لأن للورثة أن يحلفوا مع شاهد منهم؛ لأنهم يقومون مقام المورث في حقوق الإرث. فلما كان للميت ذلك في حال حياته إن هلك مع شاهده كان ذلك للورثة من بعده⁽¹²⁹⁹⁾.

فصل:

إذا ثبت ذلك أنهم يحلفون مع الشاهد ويأخذوا المال، فإنه يقضى منه الدين الذي على الميت ثم يرثون الباقي، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الدين مقدم على الميراث لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]، فإذا قضوا استحقوا الباقي لوجوبه لهم⁽¹³⁰⁰⁾.

فصل:

وأما إن كان الدين الذي على الميت يستغرق جميع الدين الذي له، فلا شيء للورثة⁽¹³⁰¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الإرث لا يكون إلا بعد الدين، فإذا تراخى قدم الدين عليه.

فصل:

⁽¹²⁹⁸⁾ انظر: المدونة: 2 / 188، مختصر المدونة: ق 1 ل: 28 و: ب - مواهب الجليل: 5 / 237، 238.

⁽¹²⁹⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 56، النوادر: 8 / 414، الكافي: 481.

⁽¹³⁰⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 62، 63.

⁽¹³⁰¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 62، 63، النوادر: 8 / 414.

فأما إذا علموا أن الدين الذي على الميت يستغرق الدين له وبه الشاهد، فإن الورثة مخيرون إن شاءوا حلفوا وإن شاءوا لم يحلفوا، وليس للغرماء إجبارهم على اليمين⁽¹³⁰²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنهم يقولون لا فائدة لنا من هذه اليمين على مال إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ، وكذلك إن لم يكن فيه فضل، فلهم أن يقولوا لا فائدة لنا في هذه اليمين على مال إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ، وكذلك إن كان فيه فضل فلهم أن يقولوا لسنا نختاره أن ما نأخذ بيمين (فلهم)⁽¹³⁰³⁾ ذلك.

فصل:

وأما إذا أرادوا أن يحلفوا مع استغراق الدين الإرث، فلا يضرهم ذلك، وهو أن يستحق المال غيرهم، لأن الحق في التقديم لهم، لأنهم يقومون مقام الميت، ولأنهم لو أدوا الدين من غير التركة لكان ذلك لهم ولم يكن الغريم إلا الاعتراض عليهم في ذلك، وهم مخيرون في ذلك، أعني الورثة في اليمين، لأن الحق لهم، فإن شاءوا أخذوه | وإن شاءوا تركوا [81] ذلك لهم.

مسألة:

وأما إذا لم يرض الورثة أن يحلفوا، فللغرماء عندنا أن يحلفوا مع الشاهد الذي للميت ويستحقوا الدين في ديونهم، فإن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثة⁽¹³⁰⁴⁾.

وقال الشافعي: ليس للورثة أن يحلفوا مع شاهد الميت⁽¹³⁰⁵⁾.

ودليلنا: هو أن الدين حق يتعلق بالتركة، فكان لمستحقه أن يحلف مع شاهد الميت أصله حق الإرث، فإنه يجوز للورثة أن يحلفوا مع عدم هذا الشاهد فكذلك الغرماء مثله.

واحتج بأن قال: لأن الغرماء إنما كان لهم مال في ذمة الميت ولا يلزمهم اليمين مع شاهد الميت.

⁽¹³⁰²⁾ انظر: المدونة: 4 / 63.

⁽¹³⁰³⁾ في الأصل: "فلهن"، والصواب ما أثبتته من المعونة: 3 / 1579.

⁽¹³⁰⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 62 وما بعدها، التفريع: 2 / 244.

⁽¹³⁰⁵⁾ الأم: 7 / 569، مختصر المزني: 309، 310.

والجواب: هو وإن كان وجب أن يستحقوا ذلك بأيانهم إن شاءوا وإلا تركوا ذلك.

فصل:

إذا ثبت أن للغرماء أن يحلفوا مع شاهد الميت، فإن كان وفق حقوقهم أخذوه، وأما إن فضل شيء بعد استيفاء حقوقهم، فإن ذلك الفضل لا يأخذه الورثة⁽¹³⁰⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئاً إذا كان ممن له أن يحلف.

فصل:

فأما إذا أراد الورثة أن يحلفوا بعد ذلك لم يكن لهم ذلك إلا أن يكون لامتناعهم أولاً وجه، مثل أن يقولوا لم نعلم أنه يفضل منه شيء، وكنا نرى أن الدين يستغرق جميعه، فيكون لهم حينئذ أن يحلفوا ويستحقوا ما بقي⁽¹³⁰⁷⁾.

وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا ويستحقوا ما فضل؛ لأنهم يستحقون ما يتركه الميت وكان لهم أن يحلفوا عليه، وليس لامتناعهم أولاً من اليمين بمانع لهم الآن، لأنهم يقولون لم نر أن يحلف على مال يأخذه غيرنا. فأما إذا فضل ما يأخذه، فإننا نحلف عليه وهذا عذر يسوغ، وإنما الذي يمتنع من ذلك: أن يحلفوا بعد ترك اليمين لأن نكولهم قد يسقط حقهم.

فصل:

وأما إذا ادعى إنسان على الورثة أن ميتهم أوصى له بمال، وأقام على ذلك شاهداً واحداً، فله أن يحلف معه، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه يستحق ثمن تركه الميت ما أوصى له به فكان له أن يحلف مع شاهده. فأما إن نكل الوارث أو ادعى الوصية حلف المدعى عليه للورثة وبرئ، وحلف الورثة لمدعي الوصية وبرئوا، ومن نكل منهم لزمه ما يدعي عليه مع الشاهد⁽¹³⁰⁸⁾.

فصل:

ويقسم الورثة الذين تقدر مواريتهم والموصى لهم، يقسمون ذلك على حسب ما يدعون من الوصية ولا شيء لمن لم يحلف، ولا يشارك الحالف | في قسطه، ولكن تعرض له اليمين [81ب]

⁽¹³⁰⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 62 وما بعدها، التفريع: 2 / 244.

⁽¹³⁰⁷⁾ انظر: التفريع: 2 / 244.

⁽¹³⁰⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 71، 72.

عليه على ما قدرناه⁽¹³⁰⁹⁾.

فصل:

فإذا كانت له بينة حاضرة وكان عالماً بها قادراً على إقامتها، فعدل عن ذلك إلى اليمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها بعد ذلك، فقد اختلفت الرواية في ذلك عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه أنه قال: له ذلك، وروي عنه أنه قال: ليس له ذلك⁽¹³¹⁰⁾.

فوجه الرواية أن له ذلك هو: أنها حال لو أقر فيها المدعى عليه لثبت الحق عليه، فوجب إذا أقام المدعي البينة فيها أن يكون له ذلك، أصله قبل أن يحلف.

ولأنه بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين، كان له ذلك فوجب أن لا يقطعها اليمين، أصلها إذا كانت غائبة أو كان لا يعلم بها.

ووجه الرواية الأخرى: أنه ليس له ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «شاهدك أو يمينه»⁽¹³¹¹⁾ فجعل عليه السلام أحدهما، فإذا استوفاه لم يكن له الآخر، ولأنه لو قال للحاكم أريد أن تجمع لي بين الأمرين بين يميني وبينتي لم يكن له ذلك فكذاك هاهنا، ولأن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضا بها فلم يكن له نقض موجبها، كما لو صالح فأراد الرجوع في الصلح لم يكن له ذلك، فكذاك في مسألتنا مثله.

فصل:

ويمين الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع، وعلى فعل غيره يكون على العلم، مثل أن يدعي على رجل مالا فيقر له به، فيزعم أنه قضاه إياه، فيحلف أنه ما قضاه قطعا، ولو ادعى أن لابنه عليه مالا وأنه ورثه عنه، فزعم المدعى عليه أنه قضاه إياه، حلف على العلم أنه لا يعلم أن أباه قد اقتضى منه شيئا، والفرق بينهما: هو أن يقدر على العلم ما اقتضى به بنفسه، ولا يصل إلى العلم باقتضاء أبيه⁽¹³¹²⁾.

⁽¹³⁰⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 61، 62.

⁽¹³¹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 84، النوادر: 8 / 169، 170، التفريع: 2 / 245، عقد الجواهر: 3 / 211.

⁽¹³¹¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹³¹²⁾ انظر: التفريع: 2 / 243، الكافي: 472.

فصل:

والصغير يحلف مع شاهد أبيه على إثبات الحق إذا بلغ، ولو كان الميت شاهد بحق وله ولد صغير فيسمع الحاكم بشهادة الشاهد، ثم عرض اليمين على المدعى عليه، فإن حلف لم تسقط الدعوى عنه، وتؤخر إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويأخذ، وإنما عرضنا اليمين على المدعى عليه لجواز أن ينكل فيثبت الحق ولا يحتاج إلى انتظار بلوغ الصبي، فلما لم ينكل، كان الحق باقيا على ما كان عليه إلى أن يبلغ فيحلف ويأخذ⁽¹³¹³⁾.

فصل:

[82]

وإذا كانت في يد رجل دارا قد حازها وتصرف فيها مدة عشرين سنة | أو أكثر من ذلك، بالبناء والهدم والعمارة والإجارة ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه، وإنسان يراه ويشاهده طول هذه المدة ولا يعارضه فيها، ولا يذكر مدته فيها حقا ولا مانعا يمنعه من مطالبة ذلك، لا خوفا من سلطان، ولا غيره من أسباب الضرر المانع من المطالبة ولا بينة، وبين المتصرف في الدار قرابة أو شركة في ميراث أو ما أشبه ذلك مما يتسامح به القربات فيما بينهم، بل كان ذلك عريا من جميع ذلك بعد طول هذه المدة، فادعى هذه الدار لنفسه وزعم أنها له وأقام بذلك بينة، فعندنا أن بينته غير مسموعة، ويكون صاحب اليد أولى بذلك⁽¹³¹⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن هذه الدعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فوجب أن تكون غير مقبولة. وذلك أننا نرجع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوي حسب النقد والحمولة والسير وغير ذلك، وفي الأبنية ومعاهد القمط، ووضع الجذوع على الحائط، فكذا في هذا الموضع.

ولأننا قد بينا أن الإنسان في العادة إذا كان له ملك يراه في يد غيره، يتصرف فيه تصرف المالك بالهدم والبناء والعمارة والإجارة والرهن، وينسبه إلى ملكه، وهذا حاضر يراه ويشاهده ولا ينازعه، ولا يدعي منه شيئا ولا مانع يمنعه من مطالبته، ولا يذكر أنه ملكه فلا يعارض فيه، فإن سكت ثم أتى بعد سنين طويلة ومدة بعيدة، فزعم أنه ملكه ويقيم على

⁽¹³¹³⁾ انظر: التفريع: 2/ 243، الكافي: 472.

⁽¹³¹⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 49، العتبية مع البيان: 11/ 213، النوادر: 9/ 27، وما بعدها، التفريع: 2/ 242.

ذلك البينة فإن هذا خلاف العادة والعرف، لأن الناس لا يسكتون عما يجري هذا المجرى، وأما إن كان غائباً، سُمِعَتْ بيته، لأنه لا يدعي عرفاً يكذب قوله، وكذلك إن كانت في يد سلطان مخافة إن أقام البينة.

وإنما قلنا إن الحيازة بين الأقارب لا تمنع الدعوى؛ لجري العادة بذلك، لأن بعضهم ينسب في إضافة الملك المشترك فيه وترك مشاحتهم في ذلك، وأن ذلك يبقى مدة طويلة غير مقسومة على شركة الموارث المتداولة ففارقوا الأجانب في ذلك.

مسألة:

عندنا تغلظ الأيمان في الزمان والمكان⁽¹³¹⁵⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽¹³¹⁶⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: حلف حيث شاء⁽¹³¹⁷⁾.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: 106].

قيل في التفسير: إنه أراد بذلك بعد صلاة العصر⁽¹³¹⁸⁾.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف عند منبري هذا على يمين كاذبة ولو على سواك من أراك فليتبوأ مقعده من النار»⁽¹³¹⁹⁾.

[أوروي أنه عليه السلام قال: «من حلف على منبري ليقطع به مال امرئ مسلم لقي^[82ب]

⁽¹³¹⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 54، 55، النوادر: 8 / 152 وما بعدها، التفریع: 2 / 243 وما بعدها، البيان: 9 / 182 وما بعدها، المنتقى: 7 / 227، 228.

⁽¹³¹⁶⁾ انظر: الأم: 7 / 636 وما بعدها، الحاوي الكبير: 17 / 107، المذهب: 5 / 286، 287.

⁽¹³¹⁷⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 228.

⁽¹³¹⁸⁾ انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن الطبري: 11 / 174، تفسير القرآن العزيز لابن أبي زمنين: 2 / 52.

⁽¹³¹⁹⁾ أخرجه مالك في الأفضية، باب ما جاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم، ر: 2128، 2 / 269، والنسائي في الكبرى، كتاب القضاء، باب اليمين على المنبر، ر: 6018، 3 / 281. وابن ماجه في الأحكام، باب اليمين عند مقاطع الحقوق، ر: 2325، 2 / 779.

الله تعالى وهو عليه غضبان»⁽¹³²⁰⁾.

ولأن المسألة إجماع الصحابة⁽¹³²¹⁾؛ وذلك أن ما روي «أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه، بعث عامله باليمن مهاجر بن أمية، أن ابعث إلي بقيس بن مكشوح ليحلف عند منبر رسول الله ﷺ على الدم الذي ادعى عليه»⁽¹³²²⁾، وهذا يدل على ما ذكرناه. وروي أيضا عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنها «كانا يستحلفان الناس عند منبر رسول الله ﷺ»⁽¹³²³⁾.

وروي أن عثمان رضي الله عنه «طولب بذلك في اليمن توجهت عليه فافتدى ولم يحلف»⁽¹³²⁴⁾.

وروي عن علي رضي الله عنه «أنه قال لرجل حلف بالطلاق، فقال لامرأته: حبلك على غاربك، فحلف بالله على المنبر ما أردت الطلاق»⁽¹³²⁵⁾ وهذا يدل على ما ذكرناه.

وروي أن عبد الرحمن بن عوف «رأى قوما يحلفون على المقام فقال، أعلى دم أم على مال عظيم، لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام»⁽¹³²⁶⁾، وأراد بذلك أن لا يتهاون

⁽¹³²⁰⁾ أخرجه مالك في الأفضية، باب ما جاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم، ر: 1229، 2/ 270، وأخرجه النسائي في القضاء، باب اليمين على المنبر، ر: 6021، 3/ 281.

⁽¹³²¹⁾ انظر: الحاوي الكبير: 108/ 17.

⁽¹³²²⁾ هذا الأثر أخرجه البيهقي في الكبرى، باب تأكيد اليمين بالمكان، 10/ 176. وقال في السنن والآثار: "وروى الشافعي بإسناده عن المهاجر بن أبي أمية قال: كتب إلي أبو بكر الصديق: أن ابعث إلي بقيس بن مكشوح في وثاق، فأحلفه خمسين يمينا عند منبر النبي: ما قتل دادويه". السنن والآثار: 14/ 299، 300.

⁽¹³²³⁾ البيهقي في الكبرى، باب تأكيد اليمين بالمكان، 10/ 177، وانظر: المحلى: 9/ 385.

⁽¹³²⁴⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب تأكيد اليمين بالمكان، 10/ 177.

⁽¹³²⁵⁾ هذا الأثر أورده ابن حزم في المحلى، عن مالك "أنه بلغه أنه كتب إلى عمر بن الخطاب رجل من العراق أن رجلا قال لامرأته حبلك على غاربك، فكتب عمر إلى عامله أن يوافيه الرجل بمكة في الموسم ففعل، فأتاه الرجل وعمر يطوف بالبيت، فقال لعمر: أنا الرجل = الذي أمرت أن أجلب عليك، فقال له عمر: أنشدك برب هذه البنية: ما أردت بقولك حبلك على غاربك الفراق، فقال له الرجل: لو استحلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك، أردت بذلك الفراق، قال عمر هو ما أردت". انظر: المحلى: 9/ 383، 384.

⁽¹³²⁶⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب تأكيد الأيمان بالمكان، 10/ 176، من طريق الشافعي: "أن مسلما والقдах أخبراني عن ابن جريج عن عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه رأى قوما يحلفون بين المقام والبيت فقال أعلى دم. فقالوا لا قال فعلى عظيم من الأموال. قالوا لا: قال لقد خشيت أن يبهى الناس بهذا المقام"، وذكره ابن عبد البر في التمهيد بهذا الاسناد عن الشافعي، التمهيد: 22/ 84.

الناس بذلك، وهذا كله يدل على ما ذكرناه.

ولأن الأيمان على ضربين:

يمين دم، ويمين مال، ويدخله التغليظ، فنقول: إنها أحد نوعين اليمين فجاز أن يدخلها التغليظ أصله أيمان القسامة، ولأن اليمين يراد للردع والزجر وليتخرج الحالف ويمتنع من الإقدام على اليمين إذا كان مبطلا فيها، وتخرج عن حق إن كان عليه، وقد ثبت أن المواضع التي تعظم وتشرف أبلغ في الردع وأوقع في الزجر من الحلف في غيرها، فوجب أن تكون بذلك أولى.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»⁽¹³²⁷⁾ ولم يذكر غير ذلك.

والجواب: أنا نحمله على التافه والشيء اليسير من المال، ونحمل أخبارنا وإجماع الصحابة على ما فوق ربع دينار، واستعمال الخبرين أولى من استعمال أحدهما وترك الآخر.

قالوا: ولأنها دعوى مال فلا تغلظ فيها الأيمان أصله ما دون الربع دينار والتافه.

والجواب: هو أن هذا القدر قليل وتافه، فلذلك لم تغلظ فيه | اليمين وليس كذلك في^[83] مسألتنا، لأن هذا المال له حظر ألا ترى أن الطرف تقطع فيه فافتراقاً لأجل ذلك.

قالوا: ولأن اليمين أحد البيئتين فلا يعتبر فيها التغليظ أصله الشهود.

والجواب: هو إنما كان كذلك؛ لأن الشهود يشهدون على غيرهم وليس كذلك في مسألتنا لأن اليمين قوله فغلظ عليه في ذلك كالقسامة.

قالوا: فيجب إذا ردت اليمين على المدعى أن يغلظ عليه.

والجواب: هو أنا كذلك، نقول فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فالمواضع التي تغلظ فيها الأيمان هي أشرف موضع في البلد الذي تكون فيه الحصومة، ففي المدينة عند منبر النبي ﷺ لأنه أشرف المواضع بها، وفي مكة عند

⁽¹³²⁷⁾ تقدم تخريجه.

البيت أو المسجد الحرام، وفي بيت المقدس في المسجد، وفي سائر البلاد أشرف البقاع وأعظمها حرمة كالمسجد الجامع أو غيره، مما يشرف أو يعظم.

وإنما قلنا ذلك، للخبر الذي رويناه، ولأن الردع والزجر بذلك أبلغ، فكان اختصاصه بهذه المواضع أولى من غيرها⁽¹³²⁸⁾.

مسألة:

والحقوق التي تغلظ لا يخلو أن تكون: مالا أو دما أو طلاقا أو عتاقا وما أشبه ذلك، فإن كانت الدعوى غير المال مثل الدماء والطلاق والعتاق غلظ ذلك، وأما إن كان ذلك في مال، فلا تغلظ الأيمان فيه عند المنبر في التافه وما دون الربع دينار من الذهب وثلاثة دراهم من الورق، ويغلظ ذلك في الربع دينار وفي الثلاثة دراهم فصاعدا⁽¹³²⁹⁾.

وقال الشافعي: تغلظ في العشرين دينارا دون ما قصر عنها⁽¹³³⁰⁾.

وقد قال بعض المتأخرين: أنه تغلظ في القليل والكثير⁽¹³³¹⁾.

ودليلنا على أنه لا تغلظ في اليسير ما روي: «أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه رأى رجلا يحلف عند المنبر فقال أعلى دم؟ فقيل لا، فقال أعلى مال عظيم؟ لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان»⁽¹³³²⁾.

وهذا قاله بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فثبت بذلك تقدير المحلوف عليه.

ولأن القصد من التغليظ الردع والزجر، لحرمة الموضع المحلوف عنده، فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدر إعظاما للموضع وتأكيدا لحرمة ذلك.

فأما الدليل على الشافعي رحمه الله حيث يقول: إنه لا تغلظ الأيمان به. أصله نصاب الذهب في الزكاة والورق، أو لأنه قدر من المال يستباح به | عضو، فجاز أن تغلظ له اليمين

⁽¹³²⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 55، النوادر: 8 / 153 وما بعدها، المنتقى: 7 / 229.

⁽¹³²⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 55، النوادر: 8 / 153 وما بعدها، التفریع: 2 / 243، 244.

⁽¹³³⁰⁾ انظر: الأم: 7 / 637، المهذب: 5 / 586.

⁽¹³³¹⁾ يقصد القاضي رحمه الله هنا ابن جرير: انظر: المغني: 14 / 225.

⁽¹³³²⁾ تقدم تخريجه.

أصله العشرين ديناراً⁽¹³³³⁾.

واحتج بأن قال: لأنه تافه، فلا تغلظ به اليمين أصله ما دون الربع دينار.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه تافه بل هو نصاب، ألا ترى أن يد السارق تقطع به والأبضاع تستباح به، والمعنى فيما دون الربع دينار؛ أن ذلك لا يقطع فيه السارق وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما التغليظ بالزمان: فيستحب ذلك في الدماء واللعان وأن يكون الحلف بعد العصر⁽¹³³⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: 106]. قيل في التفسير: إن ذلك بعد صلاة العصر⁽¹³³⁵⁾.

وروي أن النبي ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم: من حلف يمينا كاذبة بعد العصر ليقطع بها مال امرئ مسلم»⁽¹³³⁶⁾.

ولأن أدبار الصلاة أوقات معظمة مشرفة، يرجى فيها إجابة الدعاء ويتقرب إلى الله تعالى فيها بالتسبيح والذكر، فهي أبعد عن اكتساب الآثام بالأيمان، واختير ذلك بعد العصر، لأنه وقت يجتمع فيه الناس وربما ردع ذلك الحالف فلاجل ذلك قلنا ذلك.

مسألة:

عندنا لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالألفاظ، ولا يزداد في الحلف على أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقط⁽¹³³⁷⁾.

⁽¹³³³⁾ انظر: السنن الكبرى للبيهقي: 10 / 176.

⁽¹³³⁴⁾ انظر: النوادر: 8 / 152 وما بعدها، المنتقى: 7 / 228، الكافي: 480.

⁽¹³³⁵⁾ انظر: تفسير الطبري: 11 / 174.

⁽¹³³⁶⁾ أخرجه البخاري في الشرب والمساقاة، باب إثم من منع ابن السبيل من الماء، ر: 2358، 2 / 164، ومسلم في الأيمان، باب بيان غلط الاسبال، ر: 169، ص: 68.

⁽¹³³⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 54، النوادر: 8 / 152، التفريع: 2 / 243، الكافي: 479.

وقال الشافعي رحمه الله: يزداد على ذلك، عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، وما أشبه ذلك⁽¹³³⁸⁾.

ودليلنا ما روي أن ما روي أن رسول الله ﷺ «حلف جماعة فما كان يزيد على أن يقول له قل: بالله الذي لا إله إلا هو»⁽¹³³⁹⁾.

وكذلك الصحابة من بعده، فوجب الاقتداء بهم في ذلك.

ولأن هذه الصفات لا غاية لها ولا حصر فلم ينكر بعضها، بأن تغلظ به اليمين بأولى من بعض فوجب الاقتصار على الحلف باسمه تعالى، ووصفه الأخص الذي لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات، ولأنها صفات فلا يلزم اليمين بها أصله العزيز القدير، وسائر الصفات مما لا نهاية له.

واحتج بأن اليمين: إنما تراد للزجر والردع، فلما كرر ذلك عليه ارتدع وخاف فلعله أن يرجع عن ذلك.

^[184] والجواب: هو وإن كان كذلك فوجب أن يستوفي عليه جميع صفات الله تعالى وجميع أسمائه، ولأن الردع والزجر كبير أيضا بذلك، والقول بذلك خروج عن الإجماع فوجب أن يكون الاعتبار باسم الله تعالى وصفته الأخص لا غير ذلك فلم يصح ما قالوه.

مسألة:

ولا يزداد في إحلاف اليهودي أن يقول: الذي أنزل التوراة على موسى، ولا في إحلاف النصراني: الذي أنزل الإنجيل على عيسى بن مريم⁽¹³⁴⁰⁾.

⁽¹³³⁸⁾ انظر: الأم: 7 / 637، مختصر المزني: 309، المذهب: 5 / 587.

⁽¹³³⁹⁾ أخرجه البيهقي بإسناده عن عطاء بن السائب عن أبي يحيى عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم الطالب البيعة فلم يكن له بيعة فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: قد فعلت، ولكن غفر لك بإخلاص قول لا إله إلا الله". البيهقي في باب ما جاء في اليمين الغموس، 10 / 37، وقال البيهقي عقب هذا الحديث: هكذا رواه حماد بن سلمة وعبد الوارث والثوري وجريير وشريك عن عطاء.

⁽¹³⁴⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 56 وما بعدها، النوادر: 8 / 158، التفریع: 2 / 244.

وقال الشافعي: يزداد ذلك⁽¹³⁴¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها يمين وجبت على حق فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص، أصله في حق المسلم؛ ولأنه كافر فلم يزد في إحلافه على اسم الله تعالى وصفه الإخلاص أصله الوثني، ولأنه لو وجب ذلك لوجب أن يزداد الذي كلم موسى من جانب الطور وغير ذلك، ولو وجب أن يزداد على الوثني اللات والعزى لأن ذلك هو الذي يعظم، وذلك باطل.

واحتج بأن قال: كلما كررت هذه الأوصاف عليهم كان أبلغ في ردعهم وزجرهم.

والجواب: هو أنه كان يجب على هذا أن تلزمهم أن يقولوا: والذي كلم موسى على جبل طور سيناء وما أشبه ذلك، وكل ذلك لا يلزم، فكذلك في مسألتنا، فوجب الاقتصار على ما ذكرناه دون غيره. والله أعلم بذلك.

فصل:

ويحلف قائما في كل الحقوق⁽¹³⁴²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ذلك أبلغ في الردع والزجر، فأما استقبال القبلة فقليل لا يحتاج إليه في ذلك. وإنما كان كذلك؛ لأنه لما لم يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع، وقد قيل باستقبال القبلة، وإنما كان كذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»⁽¹³⁴³⁾، ولأن ذلك أردع له، ولأن استقباله القبلة يعظمه المسلمون ما لا يعظمون الانحراف عنها، ألا ترى أنه يفعل بالمحتضر وعند الدفن وعند الذبح والأذان فكذلك أيضا مثله في اليمين.

فصل:

ويجوز الافتداء من اليمين وهو أن يبذل شيئا ليضع عنه به اليمين⁽¹³⁴⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه مروي عن الصحابة، وذلك مثل ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه

⁽¹³⁴¹⁾ انظر: الأم: 7/ 683، مختصر المزني: 309، المهذب: 5/ 588.

⁽¹³⁴²⁾ انظر: المدونة: 4/ 55، النوادر: 8/ 156، الكافي: 479.

⁽¹³⁴³⁾ أخرجه الطبراني في الكبير: ر: 10781، 10/ 320، والحاكم في المستدرک، 4/ 270، والبيهقي في الكبرى، باب [84ب]

ما جاء في تستير المنازل 7/ 272. وقال الحافظ في التلخيص: ضعيف. 2/ 498.

⁽¹³⁴⁴⁾ انظر: المدونة: 5/ 56، الكافي: 480.

«أنه خاصمه يهودي إلى عمر بن الخطاب عليه السلام فادعى عليه أربعة آلاف درهم فتوجهت عليه اليمين، فأبى أن يحلف وغرم المال، فلما فعل ذلك قال: والله ماله علي شيء، فقال عمر: ما حملك على ما فعلت؟ قال: خفت أن تصادف يميني قدر فيقول الناس: ظلم | عثمان اليهودي ولم ينكر عليه عمر ذلك»⁽¹³⁴⁵⁾، فدل على ما ذكرناه.

وروي أن عبد الله بن مسعود «أخذ بأرض الحبشة فصانع عن نفسه بدينارين»⁽¹³⁴⁶⁾.

ولأن في الاستحلاف بذلة وامتھانة فجاز للإنسان الافتداء به صيانة للعرض، وقد قال النبي ﷺ: «ما وقي المرء عرضه به فهو صدقة»⁽¹³⁴⁷⁾.

فصل:

وإذا كانت المرأة من ذوي الأقدار والشرف، جاز للحاكم أن يبعث من يحلفها إذا اتجه ذلك عليها⁽¹³⁴⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن في ذلك صيانة لها ولأهلها وإقلا لا من تبذلها، ولا مقال للخصم في ذلك.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الذي يجب إحلافها دون تبذلها، فإن كانت ممن لا تخرج نهارا جاز أن تؤخر فتخرج ليلا، فكان ذلك زيادة في الصيانة وقلة التبذل لها.

فصل:

ومن أراد أن يكتب على غيره ذكر حق أملاه الذي عليه، فإن أملاه الذي له الحق

⁽¹³⁴⁵⁾ لعله يشير إلى الحديث الذي رواه البيهقي بسنده عن الشافعي قال: "وبلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حلف على المنبر في خصومة كانت بينه وبين رجل وأن عثمان رضي الله عنه ردت عليه اليمين على المنبر فاتقاها وافتنى منها وقال أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه". السنن الكبرى، باب تأكيد اليمين بالمكان، 10/ 177.

⁽¹³⁴⁶⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من أعطاهما ليدفع بها عن نفسه أو ماله ظلما أو يأخذ بها حقا، 10/ 139.

⁽¹³⁴⁷⁾ أخرجه الحاكم، ر: 2311، 2/ 50؛ وأبو يعلى في المسند، ر: 274، 4/ 36؛ وأخرجه البيهقي في الشعب، في ذم ما لا يحتاج إليه من القصور، ر: 10229، 13/ 223. وذكره في معجم الزوائد، وقال: "رواه بطوله أبو يعلى واختصره الإمام أحمد كما تقدم وفي إسناد أحمد المنكدر بن محمد بن المنكدر وثقه أحمد وغيره وضعفه النسائي وغيره وفي إسناد أبي يعلى مسور بن الصلت وهو ضعيف". معجم الزوائد: 3/ 331؛ وضعفه العراقي في المغني في تخريج أحاديث الأحياء، 1/ 513.

⁽¹³⁴⁸⁾ انظر: المدونة: 4/ 56، النوادر: 8/ 157، التفریع: 2/ 244، الكافي: 480

بحضرته ورضاه فلا بأس بذلك⁽¹³⁴⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ وأنه يمليه الذي عليه الحق لقوله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ [البقرة: 282]، ولأن الذي له الحق قد ينسى بعض حقه، فيتغافل عنه الذي عليه، وإذا أملاه الذي عليه كان ذلك أمنا لما يخاف منه، وقد وعظ الله تعالى الذي عليه الحق فقال تعالى: ﴿وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ، وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [البقرة: 282].

ولأنه قد يزيد الذي عليه الحق في التوثيق على ما يجب فذلك غير جائز، ولأن الذي عليه الحق إذا أملاه صار ذلك إقرارا منه فيعتدى به، وإذا أملاه الذي له كان مدعيا والدعوى لا يعتد بها، فقليل للذي عليه الحق أمليه أنت لتقر بما عليك.

وإنما قلنا أنه إذا أملاه الذي له وكان صاحب الحق بحضرته ورضاه، جاز ذلك، لأن التهمة تزول عنه في ذلك، ويصير ذلك كأن الذي عليه أملاه فيكون إقرارا بذلك.

فصل:

وأما إن كان سفيها أو غير عالم بالشروط، أملا ذلك وليه الذي إليه أمره أو وكيله. وإنما قلنا ذلك: لأنه إذا كان عن أمره وإقراره فالمراد حاصل بذلك.

مسألة:

وأجرة الكاتب عليهما، وإن كان الدين للجماعة فأجرة الكاتب عليهم بالسوية، اتفقت سهامهم أو اختلفت، وكذلك أجرة القسام على ما ذكرناه⁽¹³⁵⁰⁾.
وقال الشافعي: الأجرة في ذلك على قدر المال⁽¹³⁵¹⁾.

[85] ودليلنا: هو أن التعب في ذلك واحد فليس نصيب واحد | منهم بأكثر من الآخر، وكذلك في القسام لأنه ربما تعب في قسمة المال القليل واستخلاصه من الكثير.

واحتج بأن قال: لأنه حق لأخذ الملك، فوجب أن تكون مقسطة على قدر المال، أصله نفقة العبد.

⁽¹³⁴⁹⁾ انظر: التفريع: 2 / 197.

⁽¹³⁵⁰⁾ انظر: التفريع: 2 / 248، 249.

⁽¹³⁵¹⁾ انظر: الحاوي الكبير: 16 / 248.

والجواب: هو أنه إنما كان كذلك؛ لأنه على قدر الملك لأن ذلك يختص بالملك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه يختص بالعمل، وعمله في الكثير كعمله في اليسير فلم يصح ما قالوه من ذلك.

مسألة:

وإذا كان لرجل عند رجل مال، ولا يقدر على أخذه منه فحصل بذلك للرجل الذي عليه مال في يد هذا، بوديعة أو عارية أو غصب أو غير ذلك، فإنه ينظر فيمن عليه الحق:

فإن كان باذلاً له غير ممتنع منه، فليس لصاحب الحق أن يأخذ حقه مما حصل في يده، وسواء كان ذلك من جنس حقه أو من غير جنس حقه، وأما إن كان ممتنعاً منه غير معترف به ولا يقدر على أخذه منه بوجه ولا سبب، فله أن يتحيل ويأخذ قدر حقه⁽¹³⁵²⁾.

وبه قال الشافعي.⁽¹³⁵³⁾

وقال أبو حنيفة: إن أخذ من جنس ماله جاز ونفذ، ولا يجوز له أن يأخذ من غير جنس ماله⁽¹³⁵⁴⁾.

والدليل على أنه لا يجوز أن يأخذ إذا كان من عليه الحق معترفاً مقراً، ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»⁽¹³⁵⁵⁾، وهذا إذا أخذ من هذا المال، فقد خان صاحبه فلم يجز له الأخذ، ولأن من عليه الحق له أن يعطي ما عليه من أي عين شاء، وقد يكون له غرض في أن لا يؤدي من العين التي في يد صاحب الحق، فإذا أخذ صاحب الحق حقه منه فقد فوت عليه غرضه، فوجب أن لا يجوز ذلك.

وأما الدليل على أنه يأخذ إذا امتنع عليه ولم يقر له بذلك؛ ما روي "أن هندا جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني أنا وولدي أفأخذ من ماله، فقال عليه السلام: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽¹³⁵⁶⁾ وهذا يدل على ما

⁽¹³⁵²⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 199.

⁽¹³⁵³⁾ انظر: الحاوي الكبير: 17 / 412، 413.

⁽¹³⁵⁴⁾ انظر: المبسوط: 11 / 128.

⁽¹³⁵⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹³⁵⁶⁾ تقدم تخريجه.

ذكرناه.

ولأن له الأخذ عند الامتناع من ذلك.

والقياس: هو أن له حق، فجاز أخذ ما يتعلق به حق الغير عند الامتناع أخذ من غير جنس ماله، فوجب أن لا يجوز ذلك.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما إذا جوزنا له الأخذ، لأنه يتحكم ويأخذ من غير رضا صاحبه إذا كان ذلك من الجنس، ولأن من جاز له الأخذ من الجنس | جاز له الأخذ من غير الجنس عند الجحود أصله الحاكم.

واحتج بالأخبار التي ذكرناها، وهو أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»⁽¹³⁵⁷⁾.

والجواب: هو أنا كذلك نقول إذا أخذ ما ليس له، وههنا أخذ ماله وما أخذ من مال غيره شيئاً، لأن الذي أخذه حقه وماله.

قالوا: ولأنه أخذه من غير جنس ماله فلا يجوز له ذلك، أصله إذا أقر بذلك.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم أنه أخذ من غير جنس ماله، لأنه في الأصل إذا أقر له بذلك، فلا يجوز له ن يأخذ لا من جنس ماله ولا من غير جنس ماله. والمعنى في الأصل وهو أنه إذا أقر له بذلك.

وإنما قلنا له لا يجوز له الأخذ؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، لأنه يصل إلى ماله برضا من له عليه الحق، وليس كذلك في مسألتنا إذا جحد فلا يقدر على أخذه، ولأن عليه في ذلك ضرراً، فجاز له الأخذ إذا كان على هذا الوجه.

⁽¹³⁵⁷⁾ البيهقي في الكبرى، باب أهل البغي إذا فاؤوا، 8/ 182. وقال الحافظ بن حجر في التلخيص في سند الحديث ما نصه: "حديث " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" الحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه بطيب نفس منه ذكره في حديث طويل، ورواه الدارقطني من طريق مقسم عن ابن عباس نحوه في حديث وفي إسناده العزمي وهو ضعيف، ورواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي من حديث أبي حميد الساعدي بلفظ لا يحل لامرئ أن يأخذ عصى أخيه بغير طيب نفس منه وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم وهو من رواية سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن أبي حميد، وقيل عن عبد الرحمن عن عمارة بن حارثة عن عمرو بن يثري رواه أحمد والبيهقي وقوى ابن المديني رواية سهيل، التلخيص: 3/ 101.

قالوا: ولأنه يتصرف في ملك رشيد لم يأذن له في ذلك وهذا لا يجوز.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا أخذ من جنس ماله فلم يصح ما قالوه. والله أعلم.

مسألة:

عندنا الحكم بالقافة جائز⁽¹³⁵⁸⁾.

وبه قال الشافعي والأوزاعي وأحمد بن حنبل رحمهم الله⁽¹³⁵⁹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الحكم بالقافة باطل لا يجوز في الشريعة⁽¹³⁶⁰⁾ والولد عنده لهما جميعا، وكذلك عنده لو ادعاه بأنه أب، وكذلك في الأم عنده.

وصورة هذه المسألة: أن تكون جارية بين أجنبيين فوطأها فأنت بولد، وادعى كل واحد منهما أن الولد له، فإن الولد يعرض على القافة، فمن استلحقه منهما لحق به.

فعند مالك رحمه الله: أن ذلك لا يكون إلا في ولد الأمة من الشريكين⁽¹³⁶¹⁾.

وقد روي عنه أن ذلك يتصور أيضا: أن يشترك اثنان في وطئ امرأة أن يكون تزوج بامرأة وطلقها وتزوجت بزوج آخر قبل استيفاء العدة فأنت بولد فتنازعه، فإنه يعرض أيضا ذلك الولد على القافة، فمن استحقاه منهما لحق به⁽¹³⁶²⁾.

والدليل لما قلناه: ما روى الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «دخل علي رسول الله ﷺ وأسارير وجهه تبرق، - وروى أنها قالت: أعرف السرور في وجهه» فقال: «يا عائشة ألم تري أن مجز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد عليهما قطيفة | قد

[86]

⁽¹³⁵⁸⁾ انظر: المدونة: 2 / 286، النوادر: 13 / 211، البيان: 10 / 127 وما بعدها، تهذيب المسالك: 2 / 321، بداية المجتهد: 2 / 359.

⁽¹³⁵⁹⁾ انظر: الأم: 7 / 605، 606، التنبيه: 192، المهذب: 5 / 712 وما بعدها، مختصر الخرقى: 117، المغني: 8 / 371.

⁽¹³⁶⁰⁾ انظر: الحجة: 3 / 430، 431، بدائع الصنائع: 6 / 252، 253.

⁽¹³⁶¹⁾ انظر: النوادر: 13 / 211، البيان: 14 / 236 وما بعدها.

⁽¹³⁶²⁾ انظر: المدونة: 2 / 552 وما بعدها.

غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام لبعضها من بعض»⁽¹³⁶³⁾.

فوجه الدليل: أن النبي ﷺ كان قد تبني زيد بن حارثة وكان يدعى زيد بن محمد فلما نزل قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: 5]، الآية، تركه النبي ﷺ⁽¹³⁶⁴⁾. وكان زيد أبيض وأسامة أسود، وكان المشركون يطعنون في نسب أسامة ويقولون هو من زني، وكان ذلك يشق عليه ﷺ لمكانته منه، فلما قال مجزز ما قال، وهو من أهل القيافة المختصين بذلك، سر النبي ﷺ بذلك على الكفار.

فوجه الدليل منه أنه عليه السلام سر بذلك، فلو كان ذاك باطلا في شريعته عليه السلام وحدثا ورجما بالغيب لم يسر بذلك ﷺ، لأنه عليه السلام ليس من صفاته أن يسر بأمر باطل عنده لا يسوغ ذلك في شريعته عليه السلام، فلو كان باطلا لأنكر على مجزز وأظهر ذلك ولم يجز أن يقره عليه، وكان يقول هذا باطل وأمر لا يجوز في ديني ولا في شريعتي حتى لا يظن مجزز أو غيره أن هذا حكم، فلما ثبت وتقرر أنه أقره عليه وسر به دل على صحة ذلك.

قالوا: فيجوز أن يكون النبي ﷺ إنما سر بغير ذلك.

والجواب: أن الحكم إذا علق على سبب اقتضى أن ذلك السبب إنما هو لأجل ذلك. الذي يدل على ذلك: أن النبي ﷺ "قدم عليه جعفر بن أبي طالب يوم فتح خيبر، فقال عليه السلام: لا أدري بأي الأمرين أسر، بقدم جعفر أو بفتح خيبر"⁽¹³⁶⁵⁾، فدل على ما ذكرناه من ذلك.

قالوا: فليس في الخبر إلحاق الولد بالشبه به، لأن الولد لو كان ملحقا بأبيه من طريق الفراش الظاهر، ومجزز لم يقل ذلك من طريق الشبه، لأنه يحتمل أن يكون قد رآهما قبل ذلك وعرفهما فأخبر بما عرفه دون الظن والاجتهاد.

⁽¹³⁶³⁾ أخرجه البخاري في كتاب الفرائض، باب القائف، ر: 6770، 4 / 244، ومسلم في الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، ر: 1459، ص: 581.

⁽¹³⁶⁴⁾ انظر: أحكام القرآن ابن العربي: 3 / 538، 539.

⁽¹³⁶⁵⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ما ذكر في جعفر ابن أبي طالب، ر: 32870، 12 / 106، والحاكم في المستدرک، ر: 4228، 2 / 624، وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه إنما استدللنا بهذا الخبر على أن الحكم بالشبه أمر شرعي ثابت يجوز المصير إليه والقول به، وإقرار النبي ﷺ يدل على أن ذلك شرع له يجب المصير إليه، لأن الشرع تارة يثبت بقوله وتارة بفعله وتارة بإقراره على ذلك.

فأما قولهم أنه يحتمل | أن مجززا كان قد رآهما قبل ذلك فأخبر بذلك من طريق العلم، [86ب] فإن ذلك لا يصح؛ لأن مجززا وغيره في ذلك سواء، وسرور النبي ﷺ لا فائدة فيه أيضا، وإنما الفائدة في ذلك أن مجززا أخبر بما يختص به، فلما أقره على ذلك علم بذلك صحة ما قلناه. **قالوا:** إنما سر بذلك عليه السلام لأجل تكذيب المشركين لما طعنوا في نسب أسامة، لأنهم كانوا يعتقدون صحة قول القائف عندهم.

والجواب: هو أن هذا غلط؛ لأنه عليه السلام لا يسر بحكمهم الباطل، وإنما سر لأن ذلك سائغ في شريعته ﷺ.

ولأن ذلك إجماع الصحابة، وذلك أنه روي «أن رجلين تنازعا مولودا عند عمر بن الخطاب ﷺ، فدعا القافة فألحقاه بهما جميعا، فعجب عمر من ذلك وعلاهما بالدره، وسأل نسوة عن ذلك، فقلن يا أمير المؤمنين: نحن نخبرك بذلك، إنا علقنا من الأول ثم طلقها فهاقت الدم فانخسف الولد، فلما وطئها الزوج الثاني انتعش الولد بالماء، فقال صدقتن»⁽¹³⁶⁶⁾.

فوجه الدليل منه: أن عمر حكم بالقافة، وقد روي عنه أنه كان عالما بالقيافة.

وروي أنس بن مالك «أنه شك في ابن له فدعاه بالقافة»⁽¹³⁶⁷⁾ فدل على ما ذكرناه.

ولأن الفرع إذا اجتذبه أصلان ألحق بأقواهما شيئا فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأن الشبه في الآدمي إذا أشكل أمره رجع فيه إلى أهل المعرفة، أصله ما ذكرناه من العبد.

⁽¹³⁶⁶⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى بطرق مختلفة، باب القافة ودعوى الولد، 10 / 263. وقال البيهقي: هذا اسناد صحيح موصول، وذكره في البدر بطرقه عن البيهقي، 7 / 178، وانظر: التلخيص: 4 / 387.

⁽¹³⁶⁷⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب القافة ودعوى الولد، 10 / 263. وذكره في التلخيص ولم يحكم عليه. 4 / 387.

وأما الدليل على أن الولد لا يجوز أن يكون إلا لأب واحد، هو أن الله تعالى أجرى العادة بذلك، وأنه لا يخلق من ماء ذكرين، لأن ذلك لم يوجد في جاهلية ولا في إسلام، كما أنه تعالى أجرى العادة أن المرأة لا تلد في شهر ولا في شهرين، وكذلك أجرى العادة بأن المرأتين لا تلدان ولدا ذكرا.

قالوا: خلق الولد مغيب عنا، فيجوز أن يخلق من ماء ذكرين كما يخلق من ماء ذكر وأنثى.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لو كان كذلك، لذكره الله تعالى كما ذكر أنه خلقه من ذكر وأنثى، أو كان يوجد ذلك تنبيها، إما من قول الله تعالى، أو من قول النبي ﷺ، أو من جهة عادة، فلما لم يرد بذلك الشرع ولا العادة دل على بطلان ما قالوه من ذلك.

وقد قيل لأنه مولود تداعياه اثنان فوجب أن لا يحكم لهما به، أصله إذا ادعاه مسلم وكافر، فإنه لا يحكم لهما بذلك، كذلك في مسائلتنا.

واحتج بأن قال: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: 36]. ومن قال الحكم بالقافة جائز فقد دخل تحت هذه الآية.

وهذه الآية لا حجة فيها، وذلك أننا لا نأخذ إلا بالإمارة الصحيحة والدليل الواضح، وقد بينا أن الرسول ﷺ علق الحكم عليه وسر بذلك، فلو لا أن ذلك جائز لما سر بذلك ولا أقر عليه، لأنه لا يقر على باطل، وكذلك فعلت الصحابة رضوان الله عليهم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأننا وإياكم قد أجمعنا على العمل بذلك، ألا ترى أنه إذا أشكل علينا أمر رجعنا فيه إلى أهل العلم والخبرة بذلك، فكذلك في مسائلتنا مثله.

قالوا: ولأن الحكم بالقافة لو كان صحيحا، لوجب تقديمه على الفراش، لأن الفراش إنما يحكم به من طريق الظاهر، وهذا من طريق الشرع.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن الفراش استند إلى عقد صحيح فكان له مزية، ولهذا مزية فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنهما لو تنازعا سخلة⁽¹³⁶⁸⁾ وجدت بين شاتين فقال: أحدهما هذه السخلة ولدتها شاتي، وقال الآخر بل شاتي ولدتها، لم يجز الرجوع في ذلك إلى الراعي لعلمه بالغنم، فكذا في مسألتنا وجب أن لا يرجع في ذلك إلى القافة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الشبه يكون في ولد آدم، وأما في البهائم فإنه لا يكون ذلك.

والثاني: هو أننا فرقنا بين الموضعين، ألا ترى أن الولد يلحق بالجماعة. [⁽¹³⁶⁹⁾ ما روي أن رجلين تداعيا ولدا عند شريح، فكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فكتب إليه، هو بينهما يرثهما ويرثانه، وإن مات أحدهما ورثه⁽¹³⁷⁰⁾.]

قالوا: وهذا يدل على ما ذكرناه من ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح عن عمر وقد روينا عنه بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه سبب يورث به من غير فسخ فجاز أن يشترك فيه الجماعة أصله الولاء.

والجواب: هو أن الولاء يتصور أن يكون بين الجماعة، والولد لا يتصور أن يكون الأب واحد وأم واحدة فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

⁽¹³⁶⁸⁾ السخلة: تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن والمعز ساعة تولد والجمع (سَخَالٌ). المصباح المنير: 1/ 366.

⁽¹³⁶⁹⁾ الظاهر أن في الكلام سقط، وتام السياق: "والدليل عليه".

⁽¹³⁷⁰⁾ لم أجده بهذا اللفظ، وأخرجه البيهقي في الكبرى، بلفظ آخر، قال: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ وأبو سعيد قالوا حدثنا أبو العباس حدثنا يحيى أنبأنا يزيد عن مبارك بن فضالة عن الحسن بن عمر رضي الله عنه: "في رجلين وطئا جارية في طهر واحد فجاءت بغلام فارتعنا إلى عمر رضي الله عنه فدعا له ثلاثة من القافة فاجتمعوا على أنه قد أخذ الشبه منها جميعا وكان عمر رضي الله عنه قائفا يقوف، فقال قد كانت الكلبة ينزو عليها الكلب الأسود والأصفر والأنمر فتؤدى إلى كل كلب شبهه، ولم أكن أرى هذا في الناس حتى رأيت هذا، فجعله عمر رضي الله عنه لهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما". ثم قال البيهقي رحمه الله: "هاتان الروايتان رواية البصريين عن سعيد بن المسيب عن عمر، وروايتهم عن الحسن بن عمر رضي الله عنه كلتاها منقطعة. وفيها لو صححتا دلالة مع ما تقدم على الحكم بالشبه والرجوع عند الاشتباه إلى قول القافة، فأما إلحاقه الولد بها عند عدم القافة فالبصريون ينفردون به عن عمر رضي الله عنه. السنن الكبرى، 10/ 264، وذكر هذا أيضا الزيلعي في نصب الراية: 3/ 291.

فصل:

ووجه القول أن القافة إنما تكون في ولد الأمة دون ولد الزوجات⁽¹³⁷¹⁾، لأن الأمة قد تملكها الجماعة في وقت واحد وتقدم جماعتهم على وطئها بالملك، وإن كان وطؤهم كلهم غير مباح، وإذا وجد ذلك، فقد تساوى فلم يكن أحدكم بالولد أولى من الآخر فدخلت القافة في ذلك.

فمن ألحقته القافة لحق وثبتت نسبته منه، وليس كذلك ولد الزوجة، لأن الوطئ الثاني لم يساو الوطئ الأول في الحرمة والقوة، لأن الأول وطئ وطئاً صحيحاً في نكاح صحيح ووطؤه مباح له ولم يكن منه تفريط ولا تقصير، والزوج لم يوطأ وطئاً صحيحاً لأنه وطئ زوجة غيره، لأنه قصر في ذلك وفرط، لأنه كان يمكنه أن ينصرف عن ذلك ولا يقدم على زوجة هي فراش لغيره، فلم يكن وطؤه شبيهاً لوطئ الأول في الحرمة.

ولأن ولد الزوجة لا يسقط بشبهة من الزوج إلا باللعان، لتأكيد سببه ووصيلة حكم الفراش في النكاح على حكم فراش الملك، فلما كانت الحرمة مختلفة جاز أن تدخل القافة في إثبات نسب ولد الأمة، ولم يدخل في حكم ولد الزوجة لأجل ذلك والله أعلم.

مسألة:

عند مالك رحمه الله، يقضى بشهادة امرأتين مع يمين الطالب في الأموال، كما قضى بالشاهد واليمين⁽¹³⁷²⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يقضى بذلك⁽¹³⁷³⁾.

ودليلنا هو أن الله تعالى أقام شهادة امرأتين مقام شهادة رجل واحد فقال تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282]، فإذا قامت مقام رجل وجب الحكم بشهادتهما مع يمين الطالب، كما حكمنا بالرجل مع يمين الطالب.

⁽¹³⁷¹⁾ انظر: المدونة: 2 / 251، البيان: 14 / 238.

⁽¹³⁷²⁾ انظر: الموطأ: 2 / 264، المدونة: 4 / 28، النوادر: 8 / 391 وما بعدها، التفريع: 2 / 238، الكافي: 471، المنتقى: 7 / 173 وما بعدها.

⁽¹³⁷³⁾ انظر: الأم: 8 / 192، مختصر المزني: 307، الحاوي: 17 / 8 وما بعدها.

والذي يدل على ذلك؛ ما روي أن رسول الله ﷺ قال في النساء: «إنكن ناقصات عقل ودين»، «فقلت امرأة، يا رسول الله: ما نقصان عقلنا وديننا؟» قال: «عدلت شهادة امرأتين منكن بشهادة رجل واحد»⁽¹³⁷⁴⁾.

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام أخبر أن شهادة امرأتين منهن بشهادة رجل، ولم يخصص موضعاً من موضع، فإذا كان الرسول عليه السلام قد أخبرنا بذلك، ثم جاز الحكم باليمين مع الشاهد، فكذلك | يجب الحكم بشهادة امرأتين مع اليمين أيضاً. [88]

والقياس: هو أنه أحد شرطَي شهادة المال، فوجب أن يحكم بها مع يمين الطالب، أصله الشاهد الواحد واليمين، ولأنه سبب مؤثر في الحكم قويته به حجة المدعى فجاز أن يحلف معه في المال أصله الشاهد الواحد.

ولأن المرأتين أقوى من اليمين، بدليل أن من له شاهد وامرأتين حكم له بالمال ولم يحلف، ولو كان له شاهد واحد لحلف واحد، فإذا كانت أقوى من اليمين وجب أن يكونا كالرجل، فإذا حلف مع الرجل فكذلك مع المرأتين.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282].

فوجه الدليل منه: هو أن الله تعالى إنما جوز شهادتهن مع الرجل، فإذا عدم الرجل وجب أن لا يقبلن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الله تعالى لم يجز شهادة رجل واحد إلا مع شهادة رجل آخر وامرأتين كما لم يجز شهادة امرأتين إلا مع رجل، فإذا جاز الحكم بشهادة رجل مع يمين فكذلك وجب أيضاً أن يجوز ذلك بشهادة امرأتين ويمين، لأن المرأتين قائمتان مقام الرجل الواحد.

قالوا: ولأن الرجل يقوى المرأتين فهو أقوى منهما وهما أضعف منه.

والجواب: ألا ترى أن شهادة رجلين تجوز في النكاح والطلاق والعتاق والحدود، ولا يجوز في جميع ذلك رجل وامرأتان.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن المرأتين أقوى من الرجل الواحد ومن اليمين، والدليل

⁽¹³⁷⁴⁾ تقدم تخريجه.

عليه: هو أنه لو كان له شاهد واحد وامرأتان لم يحكم بشاهد ويمين فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأن المرأتين أحظى وأقوى من نكول المدعى عليه، فإذا جاز أن يحلف مع نكول المدعى عليه ومع الشاهد الواحد، كان مع شهادة المرأتين أولى، فلم يصح ما قالوه من ذلك. وأما غير الأموال فإنما لم يحكم في ذلك بشهادة امرأتين ويمين، لأننا لا نحكم في ذلك بشهادة رجل أيضا ويمين، فلم يصح ما قالوه.

مسألة:

عند مالك رحمه الله يحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعى عليه في كل موضع قبل فيه الشاهد واليمين والمرأتين واليمين⁽¹³⁷⁵⁾.

ومثال ذلك: أن يدعي رجل على رجل مالا ويقيم على ذلك شاهدا واحدا، ويقول المدعى عليه لا يستحق علي شيئا من ذلك، فيقول الحاكم له تحلف، فيقول لا أحلف، فإن الحاكم يحكم عليه بشهادة الشاهد الواحد ونكوله عن اليمين.

[88ب] أو قال الشافعي رحمه الله: لا يحكم له بذلك إلا أن يحلف المدعي مع الشاهد⁽¹³⁷⁶⁾.

ودليلنا: هو أن نكوله سبب مؤثر في الحكم، فإذا انضاف إلى الشاهد الواحد وجب أن يحكم له أصله يمين المدعى عليه مع الشاهد الواحد، والذي يدل على أن النكول سبب مؤثر في الحكم؛ أنه إذا نكل المدعى عليه انقلبت اليمين إلى جنبه المدعي، فيحلف ويأخذ المال، فكان نكوله كشاهد المدعى.

ولأن الشاهد الواحد أقوى من اليمين، أعني يمين المدعي، بدليل أنها تحتاج إلى اليمين عند عدم الشاهد.

ولأن اليمين مختلف في دخولها مع بيئة المدعي، والشاهد غير مختلف فيه، فالشاهد يدخل في البيئة في جميع الحقوق، ولأن اليمين مضاف إليه وهو لا يضاف إلى الأقوى، وهو شهادة الشاهد أولى وأكد أن يحكم به.

واحتج بأن قال: لأنه مدع ولم يحلف مع شاهده في دعوى المال فلا يحكم له بنكول

⁽¹³⁷⁵⁾ انظر: المنتقى: 7/ 184 وما بعدها، التفرع: 2/ 238، الكافي: 471.

⁽¹³⁷⁶⁾ انظر: الحاوي الكبير: 17/ 75.

المدعى عليه أصله إذا لم ينكل.

والجواب: هو أنه إنما كان كذلك؛ لأنه ما قوي سببه، فلذلك لم يحكم له، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما نكل المدعى عليه قوي سبب المدعى مع قوة شاهده، والذي يدل على قوة سببه أن اليمين تحصل في جنبته إذا نكل المدعى عليه، فدل على صحة ما قلناه من ذلك، فنكوله كشاهد آخر للمدعى فنحكم عليه بذلك. والله أعلم.

ولأننا إذا حكمنا عليه بأضعف البينتين وهي اليمين، فأولى أن نحكم عليه بأقوى البينتين وهو شهادة الشاهد، والله تعالى أعلم بذلك.

فصل:

ويحكم بيمين المدعى ونكول المدعى عليه في الأموال وما يتعلق بذلك⁽¹³⁷⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها سببان مؤثران في تنفيذ الحكم، فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما كالشاهد واليمين، وذلك أن النكول مؤثر في وجوب الحكم به إذا انضم إليه شاهد وامرأتان، وكذلك كون اليمين في جنبه المدعى قد أثرت، فحكمنا بذلك، لأن ذلك سبب مؤثر في الحكم.

فصل:

وقد اختلف أصحابنا في الأحكام في البدن المتعلقة بالأموال، مثل الشهادة على الوكالة بطلب المال وعلى أسباب الوصية التي ليس فيها إلا المال:

[89] فروي عن مالك رحمه الله وابن القاسم وعبد الله بن وهب: أنه يجوز [في ذلك شاهد وامرأتان]⁽¹³⁷⁸⁾.

وقال أشهب بن عبد العزيز وعبد الملك بن الماجشون: لا يجوز في ذلك إلا رجلاً⁽¹³⁷⁹⁾.

فوجه الجواز: هو أنها شهادة على ما يقصد منه المال، فجاز أن يقبل منه شاهد وامرأتان.

⁽¹³⁷⁷⁾ انظر: التفريع: 2 / 238، الكافي: 472.

⁽¹³⁷⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 24، النوادر: 8 / 397 وما بعدها، البيان: 10 / 67.

⁽¹³⁷⁹⁾ في المدونة قول أشهب مثل قول ابن القاسم: انظر: المدونة: 4 / 24، النوادر: 8 / 397، 398، البيان: 10 / 67.

أصله البيع والإجارة.

ووجه المنع من ذلك: هو أن الوكالة فعل بدن ليست بهال، فلا يقبل فيه إلا رجلان، قاله عبد الملك. ولأن الشاهد واليمين لا يقبل في ذلك، فالرجل والمرأتان وجب أن لا يقبل في ذلك.

فصل:

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في قبول ذلك في الطلاق، وكذلك في نكول المدعى عليه مع الموت⁽¹³⁸⁰⁾.

مسألة:

عندنا إذا ادعى رجل مالا ولا بينة له، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف برئ، وإن لم يحلف ونكل عن اليمين رددنا اليمين على المدعي، فإن حلف استحق المال، وإن لم يحلف فلا شيء له، ولا يحكم على المدعى عليه بنكوله⁽¹³⁸¹⁾. وبه قال الشافعي⁽¹³⁸²⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن كانت الدعوى في ملك فنكل المدعى عليه عن اليمين، كرر عليه المحاكم اليمين ثلاثا وقال له أحلف، وإن لم يحلف لزمه الحق ولا يرد عنده اليمين في جنبه المدعى بوجه ولا سبب⁽¹³⁸³⁾.

وأما إن كانت الدعوى في قتل عمد فوجب القود فلا خلاف أنه لا يحكم بالقود بنكوله، والكلام معه في فصلين:

أحدهما: يرد اليمين إذا نكل المدعى عليه.

والثاني: أننا لا نحكم عليه بنكوله.

والدليل على جواز رد اليمين في جنبه المدعي إذا نكل المدعى عليه قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ

⁽¹³⁸⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 25، النوادر: 8 / 391 وما بعدها

⁽¹³⁸¹⁾ انظر: النوادر: 8 / 162، التفريع: 2 / 234، الكافي: 272

⁽¹³⁸²⁾ انظر: الأم: 8 / 93، المهذب: 5 / 510، الحاوي الكبير: 17 / 132، 133

⁽¹³⁸³⁾ انظر: المبسوط: 17 / 34، بدائع الصنائع: 6 / 230

أَدَّيْ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَنُ بَعْدَ أَيْمَنِهِمْ ﴿ [المائدة: 108]، وهذا يدل على رد اليمين.

قالوا: فهذا يقتضي اليمين بعد أن حلف ولا يمين بعد الحلف.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الإجماع لما منع من ذلك، علمنا أن المراد بذلك يمين بعد وجوب يمين، وإلا فالظاهر كان يقتضي ما قلموه، ولا يمنع الاستدلال بظاهر خص بعضه، فروى سهل بن أبي حيثمة «أن الأنصار جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن اليهود قتلت عبد الله وطرحته في فقير، فقال النبي ﷺ: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم» قالوا: لا نحلف قال: فتحلف لكم يهود، فقالوا: وكيف يحلفون وهم كفار» (1384).

[89ب]

فوجه الدليل منه أن النبي ﷺ جعل اليمين في جنبة المدعين وعندهم لا يجوز ذلك.

وروى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ قال: «من طلب طلبة بلا بينة فإن المطلوب أولى باليمين من الطالب» (1385).

فوجه الدليل منه: هو أن لفظة "أولى" في لغة العرب مشتركة، وذلك كما نقول فلان أفضل من فلان وفلان أفقه من فلان، وهذا إنما يكون إذا كان كل واحد منهما عالم أو فقيه، إلا أن أحدهما أعلم وأفقه من الآخر، فكذلك في مسألتنا يجب أن يكون الحق لهما، إلا أن ذلك في جنبة المدعى عليه أقوى، ويجب أن يكون في جنبة المدعى إذا حبس عن ذلك.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» (1386)، وإن نكل حلف المدعى وحلف الطالب واستحق الحق.

وروي مالك عن الزهري عن سلمان بن يسار، «أن رجلا من بني سعد بن ليث أجرى

(1384) أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب القسامة، ر: 6898، 4/ 271، ومسلم في القسامة والمحاريين والقصاص والديات، باب القسامة ر: 1669، ص 689. وأخرجه بهذا اللفظ، مالك في موطئه برواية محمد بن الحسن الشيباني، باب القسامة، ر: 681، ص 214، 215.

(1385) أخرجه الطبراني في الكبير، ر: 4937، 5/ 159، والدارقطني في السنن، كتاب الأقضية والأحكام، باب في قتل المرأة إذا ارتدت، 4513، 5/ 391.

(1386) تقدم تخريجه.

فرسا له فوطئ على إصبع رجل فنزى في نفسه فمات، فترافعا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال للمدعي: أتخلف وتجرح، فقال المدعي عليه أحلف»⁽¹³⁸⁷⁾.

فوجه الدليل منه: أن عمر رضي الله عنه، قبل اليمين. ومعنى ذلك أن عمرا قال للأولياء: أتخلفون أنه مات من ذلك ونحن نرد الأيمان في القسامة.

ولأن المسألة إجماع الصحابة، وذلك ما رواه داود بن أبي هند عن الشعبي عن المقداد أنه «أقرض من عثمان بن عفان رضي الله عنه سبعة آلاف دينار درهم، فلما جاء وقت القضاء جاءه بأربعة آلاف درهم، فقال له عثمان أقرضتك سبعة آلاف، فقال المقداد بل أربعة آلاف دينار، فترافعا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال عمر للمقداد: ما تقول لعثمان، فقال يحلف يا أمير المؤمنين ويأخذ، فقال عمر رضي الله عنه لقد أنصفك، فلم يحلف عثمان، فلما قام المقداد، فقال، عثمان: والله لقد استقرض مني سبعة آلاف، فقال له عمر، ألا قلت: إن هذا السماء سماء وهذه الأرض أرض»⁽¹³⁸⁸⁾.

وموضع الدليل، أن عمر أقر المقداد على قوله "يحلف ويأخذ"، وقال له: "لقد أنصفك"، فلولا أن رد اليمين عندهم جائز، لقال له ليس كذلك بل اليمين عليك ولوجب إذا نكل أن يلزمه ذلك، فدل | على ما ذكرناه من ذلك.

[90]

والقياس: هو أنه أحد المتداعين فجاز أن يثبت اليمين في جنبه المدعي أصله المدعي عليه.

قالوا: المعنى في الأصل وهو المدعي عليه هو أن جنس الأيمان ثابتة في جنبته وليس كذلك المدعي، لأن جنس الشهادة في جنبته فلا يجوز نقل ذلك إليه.

والجواب: أنا كذلك نقول، فإن الأيمان التي في جنبه المدعي عليه أيمان نفى، ولا ينقل ذلك إلى جنبه المدعي، وهذه الأيمان التي يوجبها في جنبه المدعي إنما هي أيمان إثبات لا أيمان نفى، فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأن اليمين إحدى حجتي الدعوى فإذا قعد عنها أحد

⁽¹³⁸⁷⁾ أخرجه مالك في الموطأ، رواية محمد بن الحسن الشيباني، باب القسامة، ر: 680، 214، وأخرجه البيهقي في الكبرى، باب النكول ورد اليمين، 10/ 183، 183.

⁽¹³⁸⁸⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب النكول ورد اليمين، 10/ 184، وقال البيهقي: اسناده صحيح إلا أنه منقطع.

المتداعيين جاز أن يثبت في جنبه المدعى أصله البينة.

واستدلال في المسألة، وذلك أن اليمين في الدعاوي موجهة على أقوى المتداعيين سببا فلذلك وجبت في الأصل على المنكر، فانقلبت إلى المدعى إذا كان له شاهد. فإذا ثبت ذلك؛ فالمدعى في هذا الموضع أقوى سببا من المنكر، لأن المنكر أضعف سببه نكوله، فانقلبت اليمين إلى جنبه المدعى لأجل ذلك.

واحتج على هذا الفصل بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «اليمين على المدعى واليمين على من أنكر»⁽¹³⁸⁹⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام لم يقل []⁽¹³⁹⁰⁾ ويرد الحق بنكوله، ولم يذكر أيضا تكرار القول عليه ثلاثا، وعلى أنا نقول به إذا حلف، وكلامنا فيه إذا نكل، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها يمين فلا يثبت في جنبه المدعى أصله اليمين المبتدأة.

والجواب: هو أن المعنى في تلك، إنما لم يثبت في جنبه لأن جهته في حال الابتداء ضعيفة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن سببه قد قوي، لأنه بنكوله عن ذلك قد أضعف نفسه وقوي سبب المدعى، والأيمان في الأصول لا يثبت إلا في جنبه من قوي سببه، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الشهادة لما لم تجز نقلها إلى جهة المدعى عليه إلى جهة المدعى.

والجواب: هو إنما لم يجز نقل تلك اليمين، لأنها للنفي وهذه اليمين هي للإثبات، فلم يصح ما قالوه.

[90ب]

وأما الشهادة فلا يجوز أن تنقل إلى جنبه المدعى عليه، لأن ذلك يستحيل، لأنهم لو جاؤا فقالوا: نشهد بها للحاكم أن هذا لما استحق على هذا سببا، قال الحاكم لهم، من أين لكم، فلا سبيل إلى ذلك، ولأن اليمين بخلاف ذلك، لأن هذه للإثبات وذلك للنفي.

قالوا: ولأن يمين المدعى قوله ودعواه فلا يحكم له بذلك أصله سائر الدعاوي.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون دعواه، ومع ذلك يحكم له بذلك، ألا ترى أن

⁽¹³⁸⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹³⁹⁰⁾ كلمة لم أتبينها.

المدعى عليه إذا قال لا يستحق علي شيئاً أيها الحاكم لم يترك سبيله بذلك القول حتى يحلف، وإن كان قد ادعى براءة ذمته من الحق، فكذلك أيضاً المدعى إذا حلف استحق الحق، وبدعواه الأولى لا يستحق شيئاً، وإنما بيمينه يستحق الحق لا بدعواه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فأما الدليل على الفصل الثاني: فإنما لا يحكم عليه أصله النكول عن اليمين توجهت عليه، فوجب أن لا يحكم عليه. أصله النكول الأول والثاني.

قالوا: فيلزم عليه اللعان فإنه لا يحكم بالأول ويحكم بالربع.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن في اللعان يتعلق الحد بقذفه المتقدم وعدم البينة، وكذلك إذا لاعن ولم تلاعن الزوجة وجب عليها الحد بلعان الزوج ولها إسقاطه بلعانها، فإذا لم تلاعن حدث بالنكول عن اللعان ولكن بلعان الزوج.

ولأن اللعان حجة عليكم، لأن الزوج لو لاعن ونكلت المرأة عن اللعان لم يحددها بنكولها، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأنه نكول لو كان في القتل لم يحكم به، فإذا كان في غير القتل وجب أن لا يحكم به أصله النكول الأول، والثاني.

قالوا: لا يمتنع ألا يجب الحكم بالواحد ويجب بالاثنتين كالشاهد الواحد لا يحكم به ويحكم بشهادة الشاهدين.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن عندنا يحكم بشهادة الواحد ونكول المدعى عليه، وعندكم في الولادة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن بسكوته عن الكلام يتوجه بخصمه عليه فلا يحكم عليه به، أصله إذا سكت فلم ينطق.

[91]

وقد قيل: لأنه أحد المتداعيين قعد عن حجته، فوجب أن لا يحكم عليه بذلك أصله | المدعى عليه إذا قعد عن إقامة البينة.

وقد قيل: لأنه أحد نوعي القصاص فلا يحكم عليه بالنكول، أصله النفس، وبيان ذلك عنده في القتل لا يحكم عليه في النكول ويحكم عليه بالنكول في الأطراف.

ولأنه لو جاز الحكم عليه بالنكول لوجب أن يحكم عليه بذلك القصاص، لأن هذا نكول كما ذلك نكول.

ولأن المدعى عليه قد أمسك عن جواب المدعى أو قال لا أعرف ولا أنكر ولا أحلف، لم يلزمه هذا الحكم، وهو نكول عن الأمرين عن الاعتراف باليمين، ونكوله عن اليمين بذلك أن لا يلزمه الحكم بذلك.

واحتج بأن قال: لأن النكول معنى يسقط به اليمين عن المدعى عليه، فوجب أن لا تتكرر أصله بالإقرار.

والجواب: هو أنه يبطل بالنكول في القصاص، ونقلب فنقول: فوجب أن لا يتكرر أصله بالإقرار. وعلى أن المعنى في الإقرار، أنه صرح فيه بالحق فلذلك وجب عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما صرح به، لأنه يحتمل أن يكون ترك ذلك على سبيل التبرع، والتورع عن اليمين التي تشق على أهل الأقدار والمروءات فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن المدعى عليه قد وجب عليه شيئان، إما اليمين وإما الورق، ومن وجب عليه أحد شيئين فسقط أحدهما تعين عليه الآخر، الدليل عليه الزوج مع زوجته إذا أعسر بالنفقة، فإما أن ينفق وإما أن يطلق؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 229].

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا نكل عن القصاص فإنه لا يلزمه ذلك.

والثاني: هو أنا لا نسلم أنه يلزمه أحد شيئين بل يلزمه أحد ثلاثة أشياء: إما الورق وإما اليمين وإما أن يرد اليمين على المدعى فلم يصح ما قالوه، ولأن المدعى قد استحق عليه اليمين عوضاً عن حقه لأنه لما جحد ماله عنده فقد صارت اليمين عوضاً عن ذلك.

والجواب: هو أنه يبطل بالنكول في القصاص، ولأننا لا نعلم ذلك وإنما يعلمه علام الغيوب.

مسألة:

عندنا أن كل دعوى لا يقبل فيها شاهد ويمين وامرأتان ولا شاهد ونكول، ولا يقبل فيها إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى.

ومثال ذلك: الدعوى في النكاح | والرجعة والطلاق وقتل العمد، وما أشبه ذلك، فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته أو امرأة على رجل أنه تزوجها أو أنه طلقها فلا يمين عليه على المنكر منهما بمجرد الدعوى، فإن أقام المدعي شاهدا حلف المدعى عليه.

فأما إن نكل: فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه أنه يحكم عليه، وروي أنه يجبس حتى يحلف وإن طال حبسه خلي سبيله⁽¹³⁹¹⁾.

واليمين على هذه الرواية استظهار أو احتياط.

وإذا قلنا لا يحلف بمجرد الدعوى؛ فلا يتصور على هذا رد اليمين على المدعى، لأن ذلك لا يكون إلا بنكول المدعى عن اليمين، والنكول لا يكون إلا بعد توجه اليمين عليه.

وبقولنا قال أبو حنيفة رحمه الله: فإنه لا يعرض اليمين على المدعى عليه في هذه المواضع⁽¹³⁹²⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: تعرض اليمين على المدعى عليه في جميع الحقوق⁽¹³⁹³⁾.

ودليلنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتي بشاهد، وإن كان معها شاهد حلف»⁽¹³⁹⁴⁾، وهذا نص فوجب المصير إليه والعمل به.

قالوا: فعمر بن شعيب له جدان أعلى وأدنى، فإن أطلق الرواية، فإنه مرسل ونحن لا نقول بالمراسيل.

والجواب: هو أن المرسل والمسند عندنا واحد.

⁽¹³⁹¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 38، المنتقى: 7 / 196، 197، النوادر: 419، 420.

⁽¹³⁹²⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 227.

⁽¹³⁹³⁾ انظر: الأم: 7 / 562، الحاوي الكبير: 17 / 309 وما بعدها.

⁽¹³⁹⁴⁾ أخرجه ابن ماجه بسنده بلفظ: "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاء على ذلك بشاهد عدل، استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقه". أخرجه في الطلاق، باب الرجل يحد الطلاق، ر: 2038، قال في مصباح الزجاجة: هذا اسناد صحيح، ورجاله ثقات، 2 / 125. وقال أبو حاتم في العلل: "هذا حديث منكر" 4 / 119.

والثاني: هو أيضا أنكم لو منعتم هذه المراسيل لوجدتموها مثل تلك.

والجواب الآخر: هو أن القوم كانوا عدولا وكانوا لا يرسلون إلا ما ثبت عندهم، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين»⁽¹³⁹⁵⁾، والمراد بذلك، أنه لا يثبت نكاح إلا بهما، فمن قال يثبت ذلك بنكول ويمين، فقد خالف الظاهر.

وقال تعالى في الطلاق والرجعة: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:2]، وإنما أمر بذلك ليثبت بذلك الحكم، ولأن هذه الأشياء لا يدخلها البذل والإباحة، وما لا يدخله البذل والإباحة وجب ألا تعرض فيه اليمين على المنكر أصله الزنا، فإنه لا تعرض فيه اليمين فكذلك في مسألتنا مثله.

ولا يلزمنا القصاص؛ فإن اليمين لا تعرض | فيه أيضا، وقد قيل ما انفرد جنسه بزيادة [192] شاهدين وجب أن لا يعرض فيه اليمين أصله الزنا.

فإن قالوا: المعنى في الزنا أنه حق لله تعالى وليس كذلك في مسألتنا لأنه حق للآدمي.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في النكاح أيضا حق الله تعالى، لأنه لا يدخله البذل والإباحة فلم يصح ما قالوه.

ولأن في ذلك ذريعة إلى امتهان النساء للأزواج، فلا تشأ امرأة أن تؤذي زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه، وذلك إضرار جميع الناس فوجب حسم المادة في ذلك.

ولا يلزم عليه دعوى المال، لأن المال أخفض رتبة من ذلك فلذلك منعنا من ذلك، ولأننا لو جوزنا ثبوت النكاح باليمين وبالنكول، لأدى ذلك إلى استباحة الفروج التي قد غلظ في أمرها، ولا شاء رجل أن يدعي نكاح امرأة فتنكر فيحلفها ويتذللها بذلك، فإن لم تحلف أخذها واستباح فرجها الذي هو أعلى رتبة من الأموال، ويستباح الأجنبي فرجها بيمينه مع كونها زوجة للأول، وفي هذا من الفساد ما لا يخفى فوجب حسم الباب في ذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»⁽¹³⁹⁶⁾.

⁽¹³⁹⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹³⁹⁶⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: فوجه الدليل منه أنه عليه السلام، جعل اليمين في جنبه المدعى عليه ولم يفرق بين أن يكون ذلك في دعوى مال أو نكاح.

والجواب: أن هذا الخبر إنما ورد في الأموال، والذي يدل على ذلك أنه قال عليه السلام: «لو أعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم وأمواهم»⁽¹³⁹⁷⁾ فدل على أنه أراد بذلك المال.

والثاني: أنا نحمله على الأموال، ونحمل خبرنا على الأموال، والجمع بين الدليلين إذا أمكن خير من القول بأحد وترك [الآخر]⁽¹³⁹⁸⁾ فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه حق آدمي فجاز أن تعرض فيه اليمين على المدعى عليه أصله سائر الحقوق.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنا لا نسلم أن النكاح حق لآدمي، بل فيه حق لله تعالى، والذي يدل عليه؛ أنه لا يدخله البدل والإباحة، وعلى أن المعنى في سائر الحقوق أن تلك أموال، والأموال أخفض حرمة من الفروج، فالفروج يحتاط لها ما لا يحتاط للأموال فافترقا لأجل ذلك.

[92ب]

ولأن الأموال يدخلها البدل والإباحة | وليس كذلك النكاح وما ذكرناه معه.

قالوا: ولأنها دعوى تجب على المدعى عليه الإجابة عنها، فوجب أن تعرض فيه اليمين أصله القصاص.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل، لأن عندنا لا تعرض اليمين في القصاص فلم يصح ما قالوه، ولو سلمنا، فالمعنى في ذلك؛ أنه يدخله البدل والإباحة، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن ما اعتبر في كل عقد اعتبر في العقد. أصله البيع.

والجواب: أن ذلك مال، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنها لو ادعت عليه الطلاق وأقامت شاهدا واحدا أوجبتم عليه اليمين فينبغي

⁽¹³⁹⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹³⁹⁸⁾ سقطت من الأصل. والمثبت اقتضاه السياق.

إذا نكل عن ذلك أن ترد اليمين على المرأة ويحكم بطلاقها.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأنه إذا نكل عن اليمين ههنا حبسناه حتى يحلف، فإن طال حبسه خليفناه وكانت زوجته واليمين استحباباً.

مسألة:

عند مالك رحمه الله تقبل شهادة امرأتين في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً، كالولادة والاستهلال والرضاع وعيوب النساء وما أشبه ذلك⁽¹³⁹⁹⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يقبل إلا أربع منهن ولا يجري دون ذلك⁽¹⁴⁰⁰⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجري في ذلك شهادة القابلة وحدها⁽¹⁴⁰¹⁾.

ودليلنا على الشافعي هو: أن كل جنس قبلت شهادته في شيء على الانفراد، وجب أن يكتفي فيه شخصين أصله الرجال.

قالوا: ولأنه جنس لا مدخل له في الشهادة، فوجب أن لا يقتصر فيه على الاثنين أصله الزنا، **والجواب:** هو أنا يبطل بالنكاح والطلاق والعتاق.

والمعنى في الأصل: هو أن الزنا يغلظ حكمه فلذلك قبل فيه أربعة، والدليل على ذلك: هو أنه لا يقبل فيه إلا الرجال، فافترقا لأجل ذلك.

ولأن الشهادات إنما تترتب على حسب ما تدعوا إليه الحاجة، وههنا يجري من ذلك امرأتين فلم يصح ما قالوه.

فصل:

وأما الدليل على أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: يجري من ذلك شهادة القابلة وحدها هو: أنه خبر لا يقبل من العبد فلا يقبل من المرأة وحدها أصله سائر الحقوق.

وقد قيل: أن من لا تقبل شهادته في الرضاع وحده وجب أن لا تقبل في الولادة أصله

[93] ⁽¹³⁹⁹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 264، المدونة: 4/ 22، النوادر: 8/ 398 وما بعدها، الرسالة: 149، التفريع: 2/ 238، الكافي: 467، المنتقى: 7/ 202، 203.

⁽¹⁴⁰⁰⁾ انظر: الأم: 8/ 117، مختصر المزني: 304، المهذب: 5/ 635، الحاوي: 17/ 8، المبسوط: 7/ 367.

⁽¹⁴⁰¹⁾ انظر: المبسوط: 16/ 143، فتح القدير: 7/ 372، رد المحتار: 7/ 74، 75.

الفاسق.

وقد قيل: إنه إثبات ولادة فلا يقبل من المرأة | وحدها أصله إذا كانت المرأة زانية.

فإن قالوا: فعندنا يقبل ذلك من المرأة وحدها وهو أن الولد من المرأة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لو كان ذلك قبولا، لوجب أن يثبت بذلك النسب، ألا ترى أنه لو شهد بذلك شاهدان ثبت بذلك النسب فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ «قبل قول القابلة»⁽¹⁴⁰²⁾.

والجواب: هو أن هذا لا يصح فيحتمل أنه قبل قولها مع غيرها.

قالوا: فقد خص القابلة بالذكر.

والجواب: هو أنه إنما خصها بذلك، لأنها هي التي تبشر إخراج الولد وتعالجه فلذلك خصها بالذكر.

قالوا: وروي عن علي كرم الله وجهه أنه قبل قولها وحدها⁽¹⁴⁰³⁾.

والجواب: هو أنه غير معروف عنه، ولو صح؛ لكان قول واحد من الصحابة، والقياس مقدم عليه.

قالوا: ولأنه خبر يقبل من النساء، فجاز أن يقبل من الواحدة أصله أخبار الرسول ﷺ.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون خبرا، ومع ذلك إذا حصل الاجتماع قبل، وإذا حصل الواحد لا يقبل فكذا في مسألتنا، وعلى أن المعنى في الخبر أنه يقبل من العبيد وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يقبل من العبيد فافترقا.

قالوا: ولأن القابلة لها اختصاص بالولادة ما ليس لغيرها، فوجب أن تنفرد بالولادة.

⁽¹⁴⁰²⁾ أخرجه الدار قطني في الأقضية والأحكام، ر: 4556، 5 / 416، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في عددهن، 10 / 151، والحديث في سنده مجهول، البيهقي، 10 / 151.

⁽¹⁴⁰³⁾ أخرجه الدار قطني في الأقضية والأحكام، ر: 5557، 5 / 417، والبيهقي في الكبرى، 10 / 151، وقال البيهقي: "زاد أبو عوانة" وحدها، هذا لا يصح، وقال الشافعي: لو ثبت عن علي رضي الله عنه صرنا إليه إن شاء الله، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه". وقال في نصب الراية: "قال إسحاق بن راهويه: لو صح حديث علي في القابلة لقلنا به، ولكن في سنده خلل". نصب الراية: 4 / 81.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك وإن كان لها اختصاص إلا أنه إذا انضاف إليها غيره قوي سببها والواحدة لا يقوى سببها، ولأن المرأة إذا أضر بها الطلق اجتمع إليها النساء ما لا يحصى كثره فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه من قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً من أحكام الأبدان في الجملة، فإنما كان كذلك: لأن الشهادات تترتب في الشرع على حسب الأشياء المشهود عليها وتأكد بها وصفها وإمكان التوصل إلى إثباتها.

فجعل في الزنا أربعة، وإنما كان كذلك لأنه غلظ فيه وجعل ذلك التغليظ من الوجهين: أحدهما الجنس، والآخر العدد.

وجعل في القتل وغيره من حقوق الأبدان شاهدين رجلين فغلظ فيه من جهة الجنس، وإنما كان كذلك لأنه لم يطلب فيه من الستر ما طلب في الزنا، وجعل فيه القسامة مع اللوث فتأكد أمره، ولئلا يجترئ الناس على الزنا.

وجعل في الأموال شهادة النساء مع الرجال، لأنها أخفض حرمة من الأبدان فدعت الضرورة في هذه المواضع التي هي الولادة وما يتعلق بها إلى قبول شهادة النساء في ذلك منفردات، كما دعت الحاجة إلى شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح، لأننا لو لم نقبل ذلك لأدّى إلى هدر دمائهم، وكذلك في هذه المواضع، لو لم نقبل شهادة النساء في الولادة وما جرى مجرى ذلك، لأدّى ذلك إلى أحد أمرين ممنوعين:

إما إلى إضاعة الحقوق المتعلقة بها، أو إلى أن يطلع على ذلك الرجال وذلك باطل، فلم يبق إلا ما قلناه من ذلك.

مسألة:

عندنا يقبل في الرضاع شهادة امرأتين⁽¹⁴⁰⁴⁾:

وقال الشافعي: أربعة منهن⁽¹⁴⁰⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: يقبل فيه رجل وامرأتان⁽¹⁴⁰⁶⁾.

⁽¹⁴⁰⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 23، النوادر: 8 / 403، الكافي: 470.

⁽¹⁴⁰⁵⁾ انظر: الأم: 8 / 117، مختصر المزني: 304، المهذب: 5 / 635.

ودليلنا: هو أنها شهادة على عورة فلم يكن للرجال فيها مدخل، أصله الولادة. ولأنها لا يحضرها الرجال فجاز أن تقبل في النساء منفردات أصله الولادة والاستهلال، وقد قيل: لأن ما انفردن به وجودا انفردن به شهودا أصله الولادة. واحتج بأن قال: ما لا تقبل فيه شهادة المرأة وحدها وجب أن لا تقبل فيه شهادة النساء منفردات. أصله البيع والإجارة.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون مع الاجتماع يقبلن ومع الانفراد لا يقبلن، كما قلنا في الشهادة على المال، إذا كان اثنين مع الشاهد الواحد حكمنا، وإذا كانت واحدة لم نحكم، فكذا في مسألتنا مثله، والمعنى في البيع والإجارة؛ أن تلك شهادة لا تختص بعورة فلذلك قبلنا فيها الرجال، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه شهادة على عورة فأشبهه الولادة. قالوا: ولأن الرضاع قد يختص به الرجال.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك إنما يكون من النساء، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه؛ وأنه لا مدخل | للرجال فيه أعني في الشهادة على الرضاع، فقد [94] اختلفت الرواية عن الإمام مالك رحمه الله في شيء ينضم إلى شهادة المرأتين في ذلك: فروي عنه أنه قال: لا يكفي ذلك حتى يفشو ذلك عند الجيران ويظهر وينتشر. وروي عنه أنه قال: يكفي في ذلك شهادتهن حسب⁽¹⁴⁰⁷⁾.

فوجه الرواية الأولى: هو أن الرضاع وإن كان ما انفرد به النساء، فتعلق به أحكام شرعية، ولا يكاد يخفى أمره غالبا بل يظهر وينتشر ويفشو أمره ولا ينكتم، فإذا شهدن به ولم يكن شيء مما ذكرناه، ضعفت شهادتهن ودخلتها التهمة لأجل ذلك⁽¹⁴⁰⁸⁾.

⁽¹⁴⁰⁶⁾ انظر: المبسوط: 16 / 143، بدائع الصنائع: 4 / 14.

⁽¹⁴⁰⁷⁾ انظر: النوادر: 8 / 421.

⁽¹⁴⁰⁸⁾ هذه العبارة نقلها الباجي بتمامها في المنتقى: 7 / 203.

ووجه الرواية الأخرى: هو أنها شهادة على عورة، فلا يحتاج فيها إلى انضمام معنى آخر أصله الشهادة على الولادة والاستهلال، وهذا أصح.

فصل:

والشهادة في السماع مقبولة فيما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه⁽¹⁴⁰⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الضرورة تدعوا إلى قبول ذلك وإلا تلف الحق المشهود به، وذلك أن البيئة لا تبقى على مر السنين وتطاول الأوقات وكان ثبوت الحق المشهود عليه مما يؤمن تغيره وزواله، كالولاء الذي لا يصح نقله عن المالك، بل يبقى ميراثا كالموت والنسب والوقف المخرج وما أشبه ذلك، فجازت فيه شهادة السماع.

وصفة ذلك: أن يشهد شاهدان أنا لم نزل نسمع فلان بن فلان على مر السنين وتطاول الأوقات وليس للقدر الذي يسمع منه الشهادة حد محصور أكثر من ثلج النفس وثقتها إلى خبرهم، فذلك في معنى الخبر المتواتر.

وقد اختلف عنه في النكاح أنها تقبل فيه، وقال لا تقبل⁽¹⁴¹⁰⁾.

فوجه قوله أنها تقبل فيه: هو أنه أمر ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين فشبه بالولاء والوقف.

ووجه القول أنها لا تقبل فيه: هو أن أصله غير مستقر، بدليل جواز إمكان النقل فيه كالشهادة على الأملاك في أنها لا تثبت بالسماع.

فصل:

إذا كتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر كتابا، فإنه يلزم المكتوب إليه بتنفيذ ما فيه⁽¹⁴¹¹⁾

وإنما قلنا ذلك: لأن الضرورة تدعوا إلى ذلك، لأنه لو لم تقبل ذلك لأدى إلى تلف حق المشهود به، وتلك البيئة التي للمدعي قد تكون بغير البلد الذي يحتاج إلى إقامتها به، فلا يجوز تكليفهم السفر إليه ليشهدوا بذلك، وقد لا يكون | هناك من يعرفهم بالعدالة فلم يبق

[94ب]

⁽¹⁴⁰⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 31 وما بعدها، النوادر: 8 / 377، المنتقى: 7 / 168، المسالك: 6 / 277، الكافي: 467.

⁽¹⁴¹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 31، النوادر: 8 / 379، البيان: 10 / 106 وما بعدها، المنتقى: 7 / 169.

⁽¹⁴¹¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 521، النوادر: 8 / 210، التفريع: 2 / 246، الكافي: 499.

إلا شهادتهم في الموضع الذي هم فيه ويشهد شاهدان على ذلك، وكما أن الحاكم الذي يشهدون عنده إلى الذي يحتاج إليه في إقامة الشهادة عنده بما ثبت عنده من الحق بشهادتهم، وعلى ذلك مضى أمر السلف الصالح.

وإنما قلنا أنه لا يثبت إلا بشاهدين دون طابع القاضي، لأنه سبب يجب به تنفيذ الحكم فوجب أن لا يكون إلا بشهادة شاهدين أصله إقرار المدعى عليه.

فصل:

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في كتابة شهود الزنا عنده إلى حاكم آخر: فروي عنه: أن ذلك يثبت في الحدود كما يثبت في سائر الحقوق، ولا يثبت إلا بشاهدين. وروي عنه: أنه لا يثبت إلا بأربعة⁽¹⁴¹²⁾.

فوجه الرواية في الزنا أنه تثبت الكتابة بشاهدين؛ هو أن الشهادة بالكتاب غير الشهادة بالزنا، فإذا ثبت الكتاب بالشاهدين فالحد يقام بشهادة الأربعة الذين شهدوا عند الحاكم الأول.

ووجه الرواية الأخرى أنه لا بد فيه من أربعة؛ هو أن الحد يقام بكتاب الحاكم، وما يقام به الحد من الشهادة لا يكون إلا بأربعة أصله الشهادة المباشرة.

فصل:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله فيمن دفع إلى شهود كتابا مكتوبا وقال اشهدوا على ما فيه، هل يصح تحملهم الشهادة أم لا؟.

وكذلك الحاكم إذا كتب كتابا إلى حاكم آخر وختمه واشهد الشهود بأنه كتابه فلم يقره عليهم:

فروي عنه: أن الشهادة جائزة وإن لم يقرأ الكتاب.

وروي عنه: لا يجوز ذلك إلا بأن يقرأ عليهم ما في الكتاب، وكذلك يشهدون⁽¹⁴¹³⁾.

⁽¹⁴¹²⁾ انظر: المدونة: 4 / 521، النوادر: 8 / 118، والبيان: 14 / 374، 245.

⁽¹⁴¹³⁾ انظر: النوادر: 8 / 120، البيان: 9 / 160.

فوجه الرواية الأولى: أن ذلك جائز من غير أن يقرأ عليهم: ما روي أن رسول الله ﷺ «دفع إلى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب ويتبع ما فيه»⁽¹⁴¹⁴⁾ وهذا يدل على ما ذكرناه.

وروي: أن «عمال النبي ﷺ كانت ترد عليهم كتبه ﷺ يعلمون بما فيها من قبل أن يقرأها عليهم». ولأنه أشهدهم على إقراره بما في عرفوه فصح تحملهم للشهادة أصله إذا أقره عليهم.

ولأن الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ويجب طي ذلك وإخفاءه، فلو لم يخف الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره للحق في ذلك ضرر ومشقة فلذلك قلنا ذلك.

ووجه المنع من ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ [يوسف: 81]، | فإذا لم يقرأوا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم.

وروي أن النبي ﷺ قال: «إذا رأيت مثل الشمس [فاشهد وإلا فلا تشهد]»⁽¹⁴¹⁵⁾ ولأن الخط يشبه الخط ويعمل عليه ويزور، فلا يؤمن ذلك في الكتاب المطوي، فإذا قرؤوه عرفوا ما فيه [استوى الحملة فيه]⁽¹⁴¹⁶⁾ فكان هذا أولى لأجل الاحتياط والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن شهادة الأخرس جائزة إذا كانت إشارته مفهومة معقولة⁽¹⁴¹⁷⁾.
وبه قال الشافعي⁽¹⁴¹⁸⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يقبل⁽¹⁴¹⁹⁾.

⁽¹⁴¹⁴⁾ أخرجه النسائي في الكبرى، باب البكاء عند التشيع، ر: 8752، 8 / 107. وهذا الحديث أورده البخاري معلقاً في باب ما يذكر في المناولة، وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان. 1 / 39، 40.
⁽¹⁴¹⁵⁾ في الأصل (فاشهدوا وإلا فلا تشهدوا)، والصواب ما أثبتته من المعونة في المعونة 3 / 1556، والحديث تقدم تخريجه.

⁽¹⁴¹⁶⁾ في المعونة: قوله: "أمنوا الحيلة فيه" 3 / 1556.

⁽¹⁴¹⁷⁾ انظر: التفریع: 2 / 236، الكافي: 464، المسالك: 6 / 287.

⁽¹⁴¹⁸⁾ انظر: المهذب: 597، الحاوي: 17 / 43.

⁽¹⁴¹⁹⁾ انظر: المبسوط: 16 / 130، بدائع الصنائع: 6 / 268، شرح فتح القدير: 6 / 28.

ودليلنا: هو أن من صح منه الطلاق والعتاق جاز أن يصح منه الشهادة أصله الناطق.
ولأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم عنه بطريق يفهم من مثله وجب أن يقبل منه كالناطق.

ولأنه معنى يحتاج إلى النطق ليقع الفهم به، فإذا تعذر النطق به جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها أصله الإقرار بالطلاق.

واحتج بأن قال: لأنه لم ينطق بالشهادة فلم يقبل منه أصله الناطق إذا سكت.

والجواب: هو أنه ينكسر بالطلاق والعتاق، فإنه ما نطق به ومع ذلك فإنه يلزم فلم يصح ما قالوه.

ولأنه وإن لم ينطق إلا أنه قد فهم منه المراد والمقصود بما شهد به فوجب قبول ذلك.
والمعنى في الأصل: وهو الناطق أن ذلك يقدر على الكلام، فلذلك لا يقبل منه إلا بالنطق،
لأن ذلك موجود منه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن إشارته المفهومة بمن له عبارة غيره المنطوق بها والله أعلم.

كتاب الإقرار

مسألة:

إذا أقر بهال ولم يذكر مبلغه فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال الشيخ أبو بكر الأبهري رحمه الله: يرجع ذلك إلى تفسيره، فيلزمه قدر ما يفسره من قليل أو كثير ولو قيراط أو حبة وحلف عليه⁽¹⁴²⁰⁾.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي⁽¹⁴²¹⁾.

وقال محمد بن المواز من أصحابنا: يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وإن كان

⁽¹⁴²⁰⁾ قال ابن القصار رحمه الله في عيون الأدلة: "وكان شيخنا أبو بكر رحمه الله يقول بقول الشافعي". انظر:

عيون الأدلة: 28/ ل: 199 أ، وانظر: عقد الجواهر: 2/ 703، التوضيح: 6/ 429.

⁽¹⁴²¹⁾ انظر: المبسوط: 18/ 97، بدائع الصنائع: 7/ 217، الأم: 4/ 498، مختصر المزني: 113، المذهب: 5/ 686.

من أهل العين يلزمه عشرون ديناراً⁽¹⁴²²⁾.

ومن أصحابنا من قال: إنه يجيء على هذا القول إن كان من أهل الإبل والبقر والغنم أنه يلزمه أول نصاب منها⁽¹⁴²³⁾.

[95ب] | وقد قال بعض أصحابنا أيضاً وهو أبو الحسن بن القصار رحمه الله: أنه يجيء على مذهب مالك رحمه الله أنه يلزمه ربع دينار أو ثلاثة دراهم⁽¹⁴²⁴⁾.

فوجه القول بنفي التقدير قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلِيَتَمَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: 10]، وهذا يتناول القليل والكثير.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: 5]، وهذا ما يتناول ما قلناه.

ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة ولا عرف، فوجب أن يلزم الاسم قليله وكثيره، ويرجع في ذلك إلى تفسير من أقرب به من قليل أو كثير.

ووجه اعتبار نصاب الزكاة: هو أن اسم المال لما كان لا يكفي فيه الجنس، ووجدنا أن العادة تمنع إطلاق الاسم على ثلاثة دراهم أو ربع دينار، وهي وإن لم يكن فيها تقدير فإنها لا تثبت الاسم إلا في حد من الكثرة، فكان أقل المقادير ما ألفوا عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفضيل، وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً.

ووجه القول بمراعاة نصاب القطع: هو أنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره، وجب تقديره ولم يجب [نفيه لنفي المقر به]⁽¹⁴²⁵⁾، ووجدنا أن المقادير تعلم من ثلاثة أوجه:

⁽¹⁴²²⁾ انظر: النوادر: 9/ 118، عيون الأدلة: 28/ ل 197 أ.

⁽¹⁴²³⁾ انظر: التوضيح: 6/ 429، والمقصود في قوله من أصحابنا: هو ابن وهب رحمه الله.

⁽¹⁴²⁴⁾ في عيون الأدلة ما نصه: "قال القاضي أبو الحسن: والذي عندي أنه يجيء على مذهب مالك رضي الله عنه، أنه يلزمه ربع دينار فإن كان من أهل الورق فثلاثة دراهم وإن كان من أهل الذهب فربع دينار" عيون الأدلة: 28/ ل 197 أ.

وانظر: عقد الجواهر: 2/ 703.

⁽¹⁴²⁵⁾ هكذا في الأصل، ومثله في المعونة: 2/ 1245.

إما لغة أو شرعاً أو عادة، وقد انتفت من طريق العادة واللغة، وثبتت من طريق الشرع في مواضع منها: نصاب الزكاة وتقدير القطع في السرقة، فوجب الأخذ بأقل المقادير، لأنه المتيقن بأقل ما يتناوله الاسم فوجب العمل به.

مسألة:

إذا أقر به مال عظيم أو كثير؛ فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: يرجع فيه إلى تفسيره، فإن سمي ديناراً أو درهماً قبل منه⁽¹⁴²⁶⁾.
وبه قال الشافعي⁽¹⁴²⁷⁾.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة⁽¹⁴²⁸⁾.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر رحمه الله: يحتمل أن يقال إنه يلزمه ألف دينار قدر الدية، ويحتمل أيضاً أن يلزمه ما زاد على قدر نصاب الزكاة⁽¹⁴²⁹⁾.

وليس لأبي حنيفة رحمه الله نص في هذه المسألة، إلا أن أصحابه حكوا أنه يجيء على مذهبه أنه يلزمه مائتا درهم وهو النصاب، وحكوا أنه يلزمه عشرة دراهم لأنه قدر تقطع به اليد عنده⁽¹⁴³⁰⁾.

فالدليل على | القول الأول: وأنه يرجع فيه إلى تفسيره هو: أنه لفظ مجمل فوجب أن يرجع في مجمله إلى تفسيره؛ أصله ألفاظ صاحب الشريعة مثل قوله تعالى: ﴿وَأَثَوْا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: 141]. وقوله تعالى: ﴿الْمَجْزِ الْخَلَاءِ الْإِسْرَاءِ الْكَهْفِ﴾ [البقرة: 43]،

⁽¹⁴²⁶⁾ انظر: النوادر: 9 / 117، وهو قول الشيخ أبي بكر الأبهري رحمه الله، انظر: عيون الأدلة: 28 / ل: 199 أ.

⁽¹⁴²⁷⁾ انظر: الأم: 7 / 537، الحاوي الكبير: 7 / 13.

⁽¹⁴²⁸⁾ يقصد هنا قول القاضي أبي الحسن بن القصار رحمه الله، قال في عيون الأدلة: "والذي يقوى في نفسي قول أبي حنيفة في هذا، وهو على ما بينته من أن أقل المال ربع دينار، فإذا قال مال عظيم احتاج إلى صفة تزيد على قوله، وإلا لم يكن بينهما فرق". عيون الأدلة: 28 / ل: 199 أ. وانظر: مسائل الخلاف، الوراق، ل: 121 ب.

⁽¹⁴²⁹⁾ في المعونة قوله رحمه الله تعالى: "ويحتمل عندي قولين زائدين على هذا أحدهما: ألف دينار وهو قدر الدية، والآخر: ما زاد على نصاب الزكاة" انظر: المعونة: 2 / 1246.

⁽¹⁴³⁰⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7 / 218.

وقوله عليه السلام: «فإذا قالوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»⁽¹⁴³¹⁾.

قالوا: ألفاظ القرآن إذا كانت جملة يرجع في تفسيرها إلى الرسول عليه السلام وإلى الأصول دون الله تعالى.

والجواب: هو أن الرسول عليه السلام مخبر عن الله تعالى، قال فيه عليه السلام: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۖ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النجم: 3، 4]. فما ينطق إلا عن وحي.

وقياس آخر وهو: أنه أقر بهال ووصفه بصفة مبهمة فوجب الرجوع في تفسيره إليه أصله، إذا قال له علي مال.

فإن قالوا: لا نسلم أنه مبهم بل هو مبين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن المبهم إما أن يعرف ذلك من حيث الشرع أو من حيث اللغة أو من حيث العرف، فإذا عرضنا ذلك على الشرع، وجدنا القليل والكثير من المال في الإثم والمؤاخذه وفي الثواب والأجر سواء، فإن عرضنا ذلك على اللغة، فعند أهلها يختلف ذلك بالإضافة؛ فإن أضيفت الألف إلى ما فوقها إلى غني كانت قليلة في جنبته، وإن أضيفت إلى ما دونها كانت عظيمة، وكذلك المائة والدرهم على حسب الإضافة. فأما عرف الناس، فإن الرجل قد يعظم الدرهم الواحد ما لا يعظم غيره الألف درهم، فدل بذلك على صحة ما قلناه.

وقياس آخر: وهو أنه أقر بهال وفسره بما لا يجوز أن يكون هو ضامن من مال أو عوضاً في البيع، فوجب أن يقبل منه أصله إذا أقر بهال عظيم، وفسره بمائتي درهم.

قالوا: فرق بين أن يفسره بمائتي درهم وبين أن يفسره بأقل منه، كما إذا قال له علي دراهم، فلو فسر ذلك بثلاثة دراهم قبل منه، ولو فسر ذلك بأقل منه لم يقبل منه، وكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه إنما كان كذلك؛ لأن أقل الجمع ثلاثة دراهم، وذلك تفسيره فألزمناه ما تحققناه، لأنه لو فسر ذلك بحبة لم يقبل منه، لأنه يقع على ذلك الاسم، وليس كذلك إذا قال له علي مال عظيم، فإن المال مبهم، والعظيم لم يوضع لزيادة عدد وكثرة في الشرع ولا في

⁽¹⁴³¹⁾ تقدم تخريجه.

اللغة ولا في العرف، فلم يصح ما قالوه.

[96ب]

ولأن ما جاز أن يفسر به المال جاز أن يفسر به العظيم أصله قدر النصاب.

قالوا: لا يمتنع أن يكون الاسم عند الإطلاق من غير ضم صفة إليه بحاله. وإذا ضم إليه صفة؛ ألا ترى أنه إذا قال له علي عبد أو ثوب أو طعام فاقصر على ذلك قبل منه الجيد والرديء، ولو زاد صفة بأن قيل له عبد جيد أو ثوب حر أو طعام حنطة، فلو جاء بخلاف ذلك لم يقبل منه، فكذلك في مسألتنا، إذا قال له مال فبأي شيء فسرته قبل منه.

فإذا قال له: علي مال عظيم فقد وصفه، فوجب أن يكون لذكر الصفة تأثير.

والجواب: هو إنما كان كذلك؛ لأن الجيد معروف، لأنه يتعارفه الناس فيما بينهم، والعظيم قد تكون الدرة عند العادم المال مأل، وتكون المائة عند الغني ليس بمال عظيم، فلم يصح ما قالوه.

ولأن الأصل براءة ذمته وفراغ ساحته، وقوله مال عظيم، يحتمل أن يكون قصد بذلك أن الدرهم عظيم من حيث أن مستحله يفسق بأخذه، ويكون عاصيا بذلك، ويؤاخذ ويعاقب على مثله، وأي شيء يكون أعظم من هذا، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يحذرنا المحقرات ويقول: إن لها من الله طالبا»⁽¹⁴³²⁾.

ويحتمل أنه عظيم الخير والبركة، وأنه عظيم عند الفقير وعظيم عند المحتاج، وإذا احتمل هذه الوجوه لم تشتغل ذمته إلا بما يفسره به وأنه أعرف بقصده، وما احتمل من زيادة معنى لا يلتفت إليه، لأن الأصل براءة الذمة.

فإن قالوا: إلا أن عند الإطلاق لا يفهم المال العظيم إلا ما كان قدر نصاب يجب فيه الزكاة، كما أن القائل إذا قال: فلان رجل طويل النجاد أو طويل الباع والذراع، أو طويل القامة أو طويل الرمح، إلا أن الظاهر منه طويل القد فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الطويل إذا كان له عرف حمل عليه والعرف يشهد له، وأنه ما أراد إلا القد، وليس كذلك في مسألتنا لأن له وجوها كثيرة في الاستعمال.

⁽¹⁴³²⁾ أخرجه النسائي في الكبرى، كتاب الرقاق، ر: 11811، 10/ 392، وأحمد في المسند، ر 25/ 177، 29/ 96، والطبراني في الأوسط، ر: 3776، 4/ 125، وقال الحافظ في الفتح: صححه ابن حبان. فتح الباري: 11/

[97]

ووجه القول أنه يلزمه نصاب: هو أن وصفه بالعظيم يقتضي ذلك زيادة صفة على الاسم، لأن قولنا | عظيم يفيد زيادة على ما دونه، ومتى رجعنا إلى تفسيره بحبة أو ذرة لم يستحق ذلك الاسم، ولذلك روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ: «كان لا يقطع في التافه وكان يقطع في ربع دينار»⁽¹⁴³³⁾، والتافه هو الشيء الحقير، والنزر الحقير الذي لا قدر له، وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل في كل اسم العظيم.

والقياس: هو أنه أقر بهال ووصفه بصفة لا يقتضيها إطلاق اسم المال إلا على وجه التكرار، فوجب أن يفيد فائدة، أصله إذا قال له علي مال جيد، لا خلاف أن ذلك يفيد فائدة، وكذلك في مسألتنا مثله، وإن قالوا نقلب فنقول: فوجب أن لا يتقدر بنصاب أصله ما ذكرتم.

والجواب: هو أن القلب لا يصح لكم؛ لأنكم لا تحتاجون إلى ذلك، ولأن ما قلناه أولى لأن هذه الصفة لا بد أن تؤثر تأثيراً ما، وعندكم لا تأثير لها ووجودها وعدمها سواء، ونحن نجعل عليها حكماً ما فلم يصح ما قالوه.

فإن قالوا: إن الجودة معقولة معلومة.

والجواب: هو أن العظيم أيضاً معقول معروف، والدليل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن بن عوف «أنه مر برجل يحلف عند المقام، فقال أعلى عظيم من المال، وإني أخشى أن يتهاون الناس في هذا المكان»⁽¹⁴³⁴⁾ فدل على أنه علم أن العظيم له مزية على غيره⁽¹⁴³⁵⁾.

وقياس آخر: وهو أنه أقر بهال عظيم، فإذا فسر به دون النصاب وجب أن لا يقبل منه. أصله إذا فسر ذلك بقشور الباقلاء وقشور البيض وما أشبه ذلك.

⁽¹⁴³³⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الحدود، من قال لا يقطع في أقل من عشرة دراهم، ر: 28679، 9 / 476، وقال الحافظ في الدراية: "حديث عائشة كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ابن أبي شيبة من رواية هشام بن عروة عن أبيه عنها بهذا أخرجه عن عبد الرحيم ابن سليمان عنه وعن وكيع عن هشام مرسلاً ليس فيه عائشة، وكذا أخرجه عبد الرزاق عن ابن جريج وإسحاق عن عيسى بن يونس كلاهما عن هشام، وقد وصله أيضاً عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام أخرجه ابن عدى في ترجمته وقال لم يتابع عليه كذا قال. الدراية: 2 / 109.

⁽¹⁴³⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁴³⁵⁾ هذه الاستدلالات وأجوبتها ذكرها ابن القصار رحمه الله في عيون الأدلة: ج 28 / ل 201، 202.

فإن قالوا: المعنى في تلك الأشياء، أنها لا تجوز أن تكون أعواضا، فلذلك لم يقبل منه إذا فسر ذلك، وليس كذلك إذا فسر بالدرهم والحبة فإن ذلك يجوز أن يكون عوضا في البيع وغيره.

والجواب: هو أنه لا اعتبار بما ذكرتم، وإنما الاعتبار يجب أن يكون بقوله مال عظيم، لأنه لا بد من تمييز ذلك. ولأن هذا يؤدي إلى أن لا يعرف الفرق بين قولنا مال عظيم، ولا بد لهذه الصفة من أن يكون لها فائدة، فليس إلا ما قلناه من ذلك.

ولأنه إذا أقر له بمال عظيم وفسر بحبة أو ذرة وجب أن لا يقبل منه، لأن هذا بخلاف العادة والعرف، فإن الناس لا يقولون لمثل ذلك مالا عظيما، ولا يلزم عليه الكثير المال، ولا الفقير الذي عنده أن الحبة مال عظيم، | لأن المرجع في ذلك إلى غالب عادات الناس. وكرد العرف لا للواحد ولا للآخرين، فلا يصح ذلك.

ولأننا قد بينا أن الاسم إذا أضيف إليه وصف، أفاد زيادة عليه، مثل أن تقول فلان الفقيه، أو زيد الطويل، هذا وجه هذا القول.

(وأما وجه ما قاله القاضي أبو محمد رحمه الله)⁽¹⁴³⁶⁾ وأنه ألف دينار: هو أن ما ههنا شيء أعظم من الدية في المقدرات الشرعية⁽¹⁴³⁷⁾، فوجب الرجوع إلى ذلك، والله أعلم.

فصل:

وإذا قال له علي دراهم أو دنانير، فإنه يلزمه ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير⁽¹⁴³⁸⁾.
وإنما قلنا ذلك: لأن هذا مبني على أصل مالك رحمه الله، لأن أقل الجمع عنده ثلاثة،

⁽¹⁴³⁶⁾ لعل هذه العبارة قد تصرف فيها الناسخ وهو ترجيح عند القاضي يقتضي السياق أن يقال: "وأما وجه ما قلته".

⁽¹⁴³⁷⁾ قال القاضي في الإشراف: "وجه ما ذكرته من اعتبار الدية؛ أن وصفه بالعظيم يقتضي المبالغة فيه، فوجب أن يطلب له من التقدير أعلى ما في بابه، لأن ذلك عظيم من وجه وقليل من وجه، والوصف له بالعظيم يقتضي تخصيصه بهذا المعنى وانتفاء غيره عنه". الإشراف: 2 / 614. وقال في المعونة: "فإذا ثبت ذلك: وجب أمرين: إما تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية، لأننا لا نختلف أنها لا يتقدر بها اسم المال على الإطلاق، فوجب أن يكون مقدارا لما يسمى مالا عظيما، أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذي يلزمه بمجرد قوله: علي مال وتكون الزيادة مؤثرة بحسب العرف". المعونة: 2 / 1248.

⁽¹⁴³⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 67، النوادر: 9 / 117.

والدليل على هذا؛ هو أن أهل العربية قسموا الأشياء إلى آحاد وتثنية وجمع، وجعلوا لكل قسم صيغة وعبرة موضوعة له يفيد معناه دون غيره. فقالوا: رجل ورجلان ورجال، وإن جاز اتفاق التثنية والجمع في روايات آخر، فغير منكر أن يجوز ذلك كما يجوز كناية الجماعة على الواحد.

وأما عند عبد الملك بن الماجشون من أصحابنا فإنه يقول: أقل الجمع اثنان⁽¹⁴³⁹⁾. فعلى قوله يلزمه درهمان، والذي ذكرناه أول هو أصح.

مسألة:

وأما إذا أقر له وقال له علي دراهم كثيرة، فذكر ابن عبد الحكم أن أصحابنا اختلفوا في ذلك على قولين:

فمنهم من قال: يلزمه تسعة دراهم؛ ومنهم من قال: يلزمه ما زاد على ثلاثة دراهم⁽¹⁴⁴⁰⁾. وكان بعض أصحابنا المتأخرين يقول: إنه يلزمه مائتا درهم.

قال القاضي أبو محمد رحمه الله: وهذا القائل هو القاضي أبو الحسن بن القصار⁽¹⁴⁴¹⁾.

وقال الشافعي يلزمه ثلاثة دراهم⁽¹⁴⁴²⁾.
وقال أبو حنيفة: أقل ما يلزمه في ذلك، اثنا عشر درهما⁽¹⁴⁴³⁾.

والدليل لما قلناه؛ هو أن الإقرار يتضمن مالا بصفة وهي الكثرة، فلم يكن بد من اعتبارها، وقد ثبت أنه لو لم يكن يصفه بذلك لزمه هذا القدر، وكذلك لو وصفه بقلة للزمه أيضا ثلاثة دراهم، وهذان أمران فاسدان، إما أن يقدر وصفه بالقلة أو الكثرة فائدة واحدة وذلك باطل، وأن يلغي الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضا باطل، فإذا بطل ذلك، لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما تضمنه إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة، ولأن غاية ما يستعمل

انظر: الذخيرة: 1/ 94، التوضيح: 6/ 431¹⁴³⁹.

⁽¹⁴⁴⁰⁾ انظر: النوادر: 9/ 117.

⁽¹⁴⁴¹⁾ عيون الأدلة: 28/ ل: 197 أ.

⁽¹⁴⁴²⁾ انظر: الأم 7/ 537، الحاوي الكبير: 7/ 16.

⁽¹⁴⁴³⁾ قال السرخسي: "وإن قال علي دراهم كثيرة لزمه عشرة في قول أبي حنيفة رحمه الله". المبسوط: 18/ 98.

دراهم إلى عشرة، | لأنه يقال، ثلاثة دراهم وأربعة دراهم إلى عشرة دراهم.

واحتج بأن قال: إن الدراهم اسم للجمع وأقله ثلاثة، فأما الكثرة فإن ذلك يحتمل أن يكون أراد بذلك كثرة الخير والبركة والمنفعة ولا يحتمل زيادة في العدد فلا تشتغل ذمته بما لا يفيد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الإقرار يتضمن زيادة صفة وهي الكثرة، فلا بد من فائدة، وهذا الكلام عنده فائدة له، لأنه لو قال ثلاثة لزمه ثلاثة، فيجب أن يكون لقوله دراهم كثرة فائدة، وليس إلا ما قلناه.

فصل:

إذا ثبت ما قلناه من ذلك:

فوجه القول أنه يلزمه زيادة على ما يفيد إقراره بالثلاثة، وليس في الكثرة حد يرجع إليه في ذلك.

ووجه ما قاله بعض أصحابنا وأنه يلزمه تسعة⁽¹⁴⁴⁴⁾: هو أن وصفها بالكثرة مبالغة في زيادة المقدار والتباعد عن القلة، فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف، لأن الكثيرة اسم لجميع الكثير، فلما كان اسم الدراهم يقبل في الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع، فكذلك الكثيرة تفيد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات.

ووجه ما قال يلزمه مائتا درهم أن من أصل هذا القائل من أصحابنا، أنه إذا قال له علي مال عظيم أنه يلزمه مائتان وعظيم وكثير واحد عنده⁽¹⁴⁴⁵⁾.

فصل:

ولو قال: له علي دراهم لا قليلة ولا كثيرة، فقال محمد بن عبد الحكم⁽¹⁴⁴⁶⁾: يلزمه

⁽¹⁴⁴⁴⁾ انظر: النوادر: 9/ 117، والمقصود هنا ابن عبد الحكم رحمه الله.

⁽¹⁴⁴⁵⁾ انظر: عقد الجواهر: 2/ 703، والمقصود هنا: القاضي أبو الحسن ابن القصار رحمه الله.

⁽¹⁴⁴⁶⁾ عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن الليث أبو محمد القرشي الأموي مولا هم، المصري الفقيه، صديق الإمام الشافعي. سمع من مالك بن أنس، والليث. روى عنه بنوه: محمد، وعبد الرحمن، وسعد، وعبد الحكم، كما روى عنه ابن المواز. وكتابه المختصر الكبير اختصر فيه أسمعته، ويقال: إنه نحا به اختصار كتب أشهب، والمختصر الأوسط، والمختصر الصغير. توفي سنة 214هـ. الجمهرة: 2/ 719-721، ر: 656.

أربعة دراهم⁽¹⁴⁴⁷⁾.

ووجه ما قاله: هو أنه إذا نفى عنها القلة، وجب بذلك زيادتها على ثلاثة التي وصفها بالقلة، وإذا وجب ذلك، لزمه زيادة جزء من أجزاء ما أقر به، فيكون بذلك أربعة.

ويحتمل وجهها آخر ذكره بعض أصحابنا وهو: أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع في ذلك إلى تفسيره، بناء على القول إذا قال له علي دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة فلذلك قلناه.

فصل:

فأما إذا قال له علي دريهمات أو دينيرات⁽¹⁴⁴⁸⁾ فذلك بمنزلة قوله دنائير أو دراهم، وإنما قلنا ذلك لأن التصغير لا يؤثر في نقل المعنى عن أصله فلذلك قلنا ذلك⁽¹⁴⁴⁹⁾.

مسألة:

إذا قال له علي كذا درهما، قال محمد بن عبد الحكم: يلزمه عشرون درهما. فأما إن قال كذا وكذا | درهما لزمه أحد عشر درهما، فأما إن قال كذا وكذا درهما، لزمه أحد وعشرون درهما⁽¹⁴⁵⁰⁾.

وقال الشافعي: إذا قال له علي كذا درهما ففسره بدرهم واحد قبل منه، وكذلك إذا قال له علي كذا كذا درهما. فأما إذا قال له علي كذا وكذا درهما فاختلف قوله في ذلك فقال: إذا فسر بدرهمين قبل منه، والقول الثاني: إن فسر بدرهم واحد قبل منه⁽¹⁴⁵¹⁾.
وبقولنا قال أبو حنيفة⁽¹⁴⁵²⁾.

والدليل لما قاله ابن عبد الحكم: هو أن قوله علي كذا [وكذا]⁽¹⁴⁵³⁾ لا يطلق على

⁽¹⁴⁴⁷⁾ انظر: النوادر: 9 / 118.

⁽¹⁴⁴⁸⁾ كذا في الأصل والمناسب لقواعد اللغة أن يقال: دينيرات.

⁽¹⁴⁴⁹⁾ انظر: النوادر: 9 / 117.

⁽¹⁴⁵⁰⁾ انظر: عقد الجواهر: 2 / 704، التوضيح: 6 / 429.

⁽¹⁴⁵¹⁾ انظر: الأم: 7 / 551، الحاوي الكبير: 7 / 26، 27.

⁽¹⁴⁵²⁾ انظر: المبسوط: 18 / 98.

وصف عدد ولا يراد به درهم واحد، هذا ظاهر الاستعمال في عادة اللغة، فلم يصح حمله على درهم واحد، وإذا بطل ذلك فقد علمنا أن الكناية تفسر بما لو فسر به الصريح لصح ولم يمتنع ذلك، وأقل عدد يصح أن يقال فيه درهم أحد عشر فوجب حمله عليه.

وأما الشافعي فاحتج بأن قال: لأنه لفظ مبهم، فوجب أن يرجع فيه إلى تفسيره. أصله إذا قال له علي شيء.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لما قال له درهما أراد بذلك الإبهام، فوجب أن لا يقبل منه إذا فسر بدرهم. ولأنه إذا قال له علي شيء فإنه لا يلزمه درهم، لأنه أي شيء جاء به قبل منه. فلما قلنا إنه لا يقبل منه إلا درهمن أو درهم دل على أنك إنما حكمت بما في لفظه من قوله كذا درهما فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن قوله: علي كذا درهما، يحتمل أنه أراد بذلك بيان الإعراب، ويحتمل أنه أراد به تفسير العدد، وإذا احتمل ذلك لم يلزم منه شيء إلا بيقين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ما أراد بذلك لا الإعراب ولا التفسير، لأن كل الناس لا يعرفون ذلك، فوجب أن يرجع في ذلك إلى اللفظ لا إلى الإعراب والتفسير، وإنما حملنا كذا درهما على عشرين لأنه أول عدد مستقل بنفسه يقال فيه درهما، وحملنا كذا وكذا على أحد وعشرين، لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما في بابه وما زاد عليه مشكوك فيه والله أعلم.

فصل:

[199] إذا قال غصبته شيئاً أوله عندي شيء، فإنه يرجع في ذلك إلى تفسيره ويقبل منه ما يقع عليه اسم شيء، وكذلك إذا أقر بعبد أو ثوب حلف على ما أقر به إن أنكره المدعى عليه⁽¹⁴⁵⁴⁾.

فصل: وأما إذا أقر له وقال له عندي بضعة عشر درهما فإن عليه ما بين عشرة إلى

⁽¹⁴⁵³⁾ سقطت من الأصل، والمثبت من المعونة: 2/ 1251.

⁽¹⁴⁵⁴⁾ انظر: النوادر: 9/ 123.

التسع (1455).

وإنما قلنا ذلك: لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة، وقيل في قوله تعالى: ﴿فَلَيْتَ فِي السَّجْنِ بِضْعَ سِنِينَ﴾ [يوسف: 42]، أنه سبع سنين، فلذلك قلنا ذلك.

مسألة:

إذا قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار، أو ألف وثوب، أو ألف وكر⁽¹⁴⁵⁶⁾ حنطة، فإنه يلزمه الدرهم أو الدينار أو الكر حنطة أو ثوب ورجع في الألف إلى تفسيره، فبأي شيء فسره به قبل منه، فإن قال المقر له هي كلها دراهم حلف له المقر⁽¹⁴⁵⁷⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁴⁵⁸⁾، ويلزمه في الموزونات والمكيلات ما ذكر من المصرح والمبهم، فإذا قال له علي ألف ودرهم لزمه ألف درهم ودرهم وكذلك في الدينار، فأما إذا قال له علي ألف وعبد فإنه يلزمه العبد ويرجع في تفسير الألف إليه كما قلنا نحن.

ودليلنا: هو أن العرب تعطف الجنس على الجنس، وتعطف الجنس على غيره، وكلاهما حقيقة عندهم، ألا ترى أنهم يقولون رأيت زيدا وعمرا، كما يقولون رأيت زيدا وعمرا وخالدا وبكرا، فإذا كان العطف على غير الجنس حقيقة عندهم كالعطف على الجنس، جئنا إلى قوله له علي ألف ودرهم، لم يستقل بمطلقه أنه أراد بالألف الدراهم التي هي من جنس العطف، لأنه يحتمل أنه أراد بذلك ألفا ليست من جنس العطف إذ هو حقيقة أيضا، فوجب أن يرجع في ذلك إلى تفسيره.

والقياس: هو أنه معطوف مفسر على مبهم، فلم يكن تفسيراً لجنسه، أصله إذا قال له علي ألف وثوب أو ألف وعبد، فكذلك إذا قال ألف ودرهم لأنه معطوف على مبهم.

قالوا: فيبطل بما إذا قال: له علي مائة وخمسون درهما، فإن الخمسين درهما معطوفة على المائة المبهمة ومع ذلك تكون تفسيراً لها.

(1455) انظر: المدونة: 4/ 67، النوادر: 9/ 121.

(1456) كر: "بالضم مكيال للعراق، وستة أوقار حمار وهو ستون قفيزا وأربعون إردبا". القاموس المحيط: 2/ 124.

(1457) انظر: النوادر: 9/ 156، 157، عقد الجواهر: 2/ 704.

(1458) انظر: الأم: 7/ 550، الحاوي الكبير: 7/ 17، 18.

والجواب: هو أنه لا نص لنا في ذلك، ويحتمل أن يقال أنه يلزمه خمسون درهما ويرجع في تفسير المائة إليه، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: هو أنه لا يلزم نقصا، | لأننا قلنا معطوف مفسر على مبهم، والمعطوف هناك [99ب] الخمسون وذلك مبهم أيضا، وإنما المفسر هو ودرهما.

والثالث: هو أن الفرق بينهما واضح، وذلك أنه إذا قال ألف ودرهم، أو إذا أقر بمائة وخمسين، أن الدرهم الواحد لا يكون تفسيراً للألف، لأنه إنما أقر له بدرهم واحد والألف المبهمة. وإذا قال له علي مائة وخمسون درهما، فإنه إقرار بعدد زائد، فلذلك قلنا يجوز أن يلزمه ذلك.

قالوا: المعنى في الأصل، إنما لم يكن الثوب والعبد تفسيراً لما تقدم، لأن ذلك مما لا يثبت في الذمة بالإتلاف، فلذلك لم يجعل ذلك تفسيراً للمعطوف عليه، بخلاف المكيلات والموزنات فإنها تثبت بالذمة.

والثاني: هو أنه ليس من حيث كان الثوب مما لا يثبت في الذمة بنفسه، مما يدل على أنه لا يكون تفسيراً لما تقدم. ألا ترى أنه لو قال له علي ألف وثلاثة أثواب أو خمسة أثواب، لكان هذا المعنى في الثوب موجوداً ومع هذا كان تفسيراً للألف، وإذا قال له علي ألف وثلاثة أثواب، كان ذلك لازماً له ألف ثوب وثلاثة أثواب.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عند أبي حنيفة العبد يثبت في الذمة أيضاً بالإتلاف، وكذلك الثوب، وكذلك قال إن من أتلف على إنسان ثوباً أو عبداً قيمته عشر، جاز له أن يصلحه على خمسة عشر، لأن الدين يثبت في ذمته له، وعلة الأصل تبطل بما إذا قال له علي ألف شاة وشاة، فإن الغنم مما لا تثبت في الذمة بالإتلاف، ثم يلزمه المعطوف والمعطوف [100أ] عليه من جنس | واحد.

والثالث: هو أن العبد [والثوب]⁽¹⁴⁵⁹⁾ وإن لم يثبت في الذمة بالإتلاف، فإنها يثبتان في الذمة بالعقد فوجب أن يكون بمنزلة ما يثبت في الذمة بالإتلاف. وإذا كان أحدهما يثبت في الذمة بالإتلاف والآخر لا يثبت في الذمة بالإتلاف وجب أن يفترقا في باب الإقرار.

(1459) كلمة لمأتين قراءتها، ولعلها "ثوب".

ولأن ما قالوه من العرف، يبطل بما إذا قال له علي مائة وخمسون، مما يثبت في الذمة بالإتلاف.

وإذا قال له علي مائة وخمسون ثوبا ودرهما، فإن الدراهم مما يثبت في الذمة، ومع ذلك فإنه يرجع في تفسيرها إليه.

وإذا قال له علي مائة ودرهم وخمسون ثوبا وعبدا، فإن العبد لا يثبت في الذمة بالإتلاف، ثم المعطوف تفسيرا للمبهم الذي هو المعطوف عليه.

ولأن ما لزم به حق بنفسه، لم يكن تفسيرا لما تقدمه. أصله ما ذكرناه، إذا قال له علي ألف وثوب. ولأنه عطف ورد على مجمل فلم يكن تفسيرا لما تقدم أصله إذا قال له علي مائة وخمسون درهما.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يلزمه خمسون درهما، ورجع في تفسير المائة إليه، فلم يصح ما قالوه، ولأنه لا نص لنا في هذه المسألة ولكن يحمل على ما قلناه.

والثاني: هو أن المائة وخمسين مبهمتان وإنما فسر الخمسين لما قال درهما.

والثالث: هو أنه لا تأثير لقولكم مما يثبت في الذمة في الأصل، لأنه لو قال له علي مائة وخمسون ثوبا كان المعطوف تفسيرا للمعطوف عليه فلزمه البيان فيهما، ولا تأثير له في الفرع أيضا، فإن الغنم مما لا يثبت في الذمة، ثم لو قال له علي ألف شاة، لزمه ألف شاة وشاة، وكانت الشاة المعطوفة تفسيرا للألف، ويبطل ما قالوه بما إذا قال له علي ألف وعبد، فإن العبد والثوب عنده يثبتان في الذمة ثم لا يكون تفسيرا للألف.

ولأن المعنى في الأصل أنها جملتان مبهمتان المائة والخمسون، وقوله درهما تفسيرا لهما جميعا بخلاف قوله ألف ودرهم، لأن قوله ألف ودرهم، فالدرهم جملة مبتدأة مفسرة، والمائة مبهمة، فلا يصير ذلك تفسيرا لما تقدم.

قالوا: ولأنه لو قال علي درهم ونصف لزمه درهم ونصف فكذلك في مسألتنا. [100ب]

والجواب: هو إنما كان كذلك، لأنه لو كان ذلك في الثياب والعبيد، لزمه ذلك، لأنه لو قال له علي ثوب ونصف لزمه ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه.

ولأن قوله درهم ونصف لا يستقل بنفسه، فجعلناه تفسيرا لما تقدم في مسألتنا، لأن

ذلك الكلام يستقل بنفسه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لو قال له علي خمسة عشر درهما، لزمه جميع ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا جمع من غير علة ولا يلزم. والثاني: هو أن تلك جملة واحدة، فالكلمة الواحدة مثل قولهم: بعلبك⁽¹⁴⁶⁰⁾ وحضر موت⁽¹⁴⁶¹⁾ بخلاف قوله: ألف درهم. فإن الدرهم جملة مبتدأة، والألف جملة أخرى مبهمه، فلم تجعل كالكلمة الواحدة، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا قال لفلان عندي ثوب في منديل أو في صندوق، وكذلك لو قال عندي عسل في رق، كان مقرا بالعسل دون الظرف، وكذلك إذا قال له علي تمر في جراب، وما أشبه ذلك، ففي كل هذه المسائل، لا يكون إقرارا منه بالظرف⁽¹⁴⁶²⁾.
وبه قال الشافعي⁽¹⁴⁶³⁾.

وقال أبو حنيفة: يلزمه الظرف في جميع ما أقر به⁽¹⁴⁶⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه أقر بشيء مضاف إلى ظرفه ومحله، فلا يلزمه بذلك الإقرار تسليم المحل. أصله إذا قال له غصبت دابة في إصطبل أو نخلة في بستان، فلا يلزمه البستان ولا الإصطبل، فكذلك إذا قال له علي ثوب في منديل.

وقياس آخر: وهو أنه محل لا يدخل في بيع الشيء، فوجب أن لا يدخل في الإقرار به أصله الاصطبل والبستان.

ولأن قوله في جراب أو في منديل، يحتمل أن يكون في جراب، ويحتمل أن يكون في

⁽¹⁴⁶⁰⁾ بعلبك: مدينة تقع على سفح جبل لبنان الشرقي، على بعد 85 كم. ش. بيروت، كانت من أهم المدن في العصر الروماني، وبعلبك اسمها باليونانية: هليوبوليس، يعني: مدينة الشمس. الموسوعة العربية، 2/ 875.

⁽¹⁴⁶¹⁾ حضر موت: منطقة بجنوب جزيرة العرب على خليج عدن والبحر العربي، تمثل الجزء الأوسط من محميات عدن، وتمتد لمسافة 650 كم تقريبا من الشرق إلى الغرب. الموسوعة العربية، 4/ 1546.

⁽¹⁴⁶²⁾ انظر: النوادر: 9/ 139، عقد الجواهر: 2/ 707، التوضيح: 6/ 435.

⁽¹⁴⁶³⁾ انظر: الأم: 7/ 550 وما بعدها، الحاوي الكبير: 7/ 25.

⁽¹⁴⁶⁴⁾ انظر: المبسوط: 17/ 192 وما بعدها، بدائع الصنائع: 7/ 219.

جواب لي، ويحتمل أن يكون في جواب له، وإذا احتمل ذلك؛ لم يحكم بالشك في الوعاء، فلا يجوز أن يخرج عن يده بالشك المحتمل، لأن الأصل براءة الذمة فلا يشغلها إلا بما أقر به.

واحتج بأن قال: لأنه أقر بمغصوب على صفة، فوجب أن يلزمه تسليمه على ذلك الصفة. أصله إذا قال غصبته دابة شهباء | أو درهما، فإنه يلزمه ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله. [101]

والجواب: هو أن المعنى في تلك، أنها صفتا لازمتان مثل أصل الحلقة، فكذلك لزمته بإقراره وليس كذلك في مسألتنا.

ولأن المعنى في تلك الصفة إنما يتبع الأصل، لأن الظرف لا يتبع البيع، فلا يتبع في الإقرار فافترقا.

قالوا: ولأنه أقر له بثوب مغصوب ملفوف في منديل، فوجب أن يلزمه رده. أصله إذا قال له غصبته ثوبا مكفوفاً في منديل.

والجواب: هو أنه إنما لزمه ذلك، لأن لفظ إقراره تضمن ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه جمع بين الثوب والمنديل في الإقرار في حالة واحدة، فوجب أن يلزمه الثوب أصله إذا قال غصبته ثوبا ومنديلا.

والجواب: هو إنما كان كذلك لأن الواو للجمع، فلزمه الثوب والمنديل وليس كذلك في مسألتنا، إذا قال له علي ثوب في منديل، فإنه جعله ظرفاً للثوب كما لو قال غصبته وأنه في اصطبل لما جعل الإصطبل ظرفاً لم يلزم إقراره بالدابة أن يكون الإصطبل مقراً به، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لو قال له علي ثوب مطرز لزمه ذلك، فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو إنما لزمه ذلك؛ لأن الطراز في الثوب إنما يجري مجرى صفات الثوب وبعض أضرابه فلذلك لزمه وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنكم قد قلتم أنه لو أقر بعسل في زق للزمه بتسليم الزق فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم، فلا يلزمه الظرف، وإنما يلزمه تسليم العسل حسب، وإنما بعض أصحابنا فرق بينهما لأن العسل يفتقر إلى وعاء، والثوب ليس كذلك، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن الاستثناء من غير الجنس جائز (1465).

وصورة هذه المسألة: أن يقول له علي ألف درهم إلا ثوبا أو عبدا، وسواء كان المستثنى أو المستثنى منه مما يعد أو يوزن أو يكال، كله واحد، فيقال للمقر أذكر قيمة العبد أو الثوب أو الدابة التي استثنيتها، ويكون مقرا بما فضل من الألف عن قدر قيمته.

وبه قال الشافعي⁽¹⁴⁶⁶⁾.

وقال أبو حنيفة مثل قولنا في المكيال | والموزون، وأما إن كان المستثنى مما لا يكال ولا يوزن، فإن الاستثناء لا يصح عنده⁽¹⁴⁶⁷⁾، مثل أن يقول: له علي ألف درهم إلا ثوبا أو إلا عبدا، فإن ذلك لا يصح.

وقال زفر⁽¹⁴⁶⁸⁾: لا يصح الاستثناء من غير الجنس بوجه⁽¹⁴⁶⁹⁾.

ودليلنا: على أن الاستثناء من غير الجنس جائز قوله تعالى: ﴿ فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾ [الحجر: 30-31]، فاستثنى إبليس من الملائكة وكان من الجن لا من الملائكة. وقال تعالى: ﴿ فَأَنهَمُ عِدُوٌّ لِّيَ إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴾ [الشعراء: 77]، فاستثنى الله تعالى من الكفار. وقال تعالى: ﴿ أَعُوذُ بِاللّٰهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ ﴿﴾ ﴿﴾ ﴿﴾ [الواقعة: 25-26]، والسلام ليس هو من جنس اللغو ولا هما من قبيل التأييم. وقال الشاعر:

(¹⁴⁶⁵) انظر: النوادر: 9/ 206، التوضيح: 6/ 447.

(¹⁴⁶⁶) انظر: الأم: 7/ 550، الحاوي الكبير: 7/ 19 وما بعدها.

(¹⁴⁶⁷) انظر: المبسوط: 18 / 87، وبدائع الصنائع: 7 / 208.

(1468) زفر بن الهديل بن قيس العنبري البصري، صاحب الإمام أبي حنيفة، وكان يفضلته ويقول: هو أقيس أصحابي، كان فقيها حافظا، ثقة مأمونا، ولد سنة عشر ومائة، وتوفي بالبصرة سنة ثمان وخمسين ومائة رحمه الله تعالى. طبقات الحنفية: 207-209.

(¹⁴⁶⁹) انظر: بدائع الصنائع: 7 / 208.

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس⁽¹⁴⁷⁰⁾.

واليعافير والعيس ليستا من جنس الأنيس.

وقال الآخر: وقفت فيها أصيلاً [كي]⁽¹⁴⁷¹⁾ أسائلها عيت جواباً وما بالربع من أحد⁽¹⁴⁷²⁾.

واستثنى الأواري⁽¹⁴⁷³⁾: وهو مواضع الأوتاد وليست من جنس واحد.

وأيضاً فإن أهل العربية واللسان، اختلفوا في إعراب الاستثناء من غير الجنس:

فمنهم من قال: أنه منصوب، ومنهم من قال: أنه مرفوع⁽¹⁴⁷⁴⁾، فتقول: رأيت الرجل إلا الحميرَ والحميرُ، ولولا أنهم سمعوا ذلك من العرب الذين هم أهل اللسان ما قالوه ولا اشتغلوا به فدل على جواز ذلك.

سألوا عليه أسئلة:

قالوا: وإنما ينبغي أن يؤخذ من كلامهم الحقيقة، وأما المجاز فلا يجوز أن يؤخذ منهم لأنهم متحرزون كثيراً في كلامهم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنهم كما يتكلمون بالحقيقة فكذلك يتكلمون بالمجاز، فكذلك حال هذا المقر، إذا قال ما هو معروف في كلامهم، وجب حمله على ذلك، لأنه لا يجوز أن يحمله على حقيقة كلامهم إلا ويحمله على مجاز كلامهم، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أن كل استثناء لو كان من الجنس صح وإن كان من غير الجنس وجب أن يصح. أصله إذا كان ذلك من الجنس.

ولأن الثوب يصح أن يقضى به دين الدراهم، وما صح أن يقضى به دين الدراهم صح

⁽¹⁴⁷⁰⁾ البيت في تاج العروس، 40 / 385.

[102]

⁽¹⁴⁷¹⁾ ساقط من الأصل.

⁽¹⁴⁷²⁾ البيت للنابغة الذبياني: انظره في شرح المعلقات العشر للشنقيطي، ص 160.

⁽¹⁴⁷³⁾ البيت الذي فيه الشاهد من الاستدلال: إلا الأواري لآيا ما أبينها والنؤي كالحوض بالظلمة الجلد.

⁽¹⁴⁷⁴⁾ انظر: تاج العروس: 40 / 386، مغني اللبيب: 1 / 453 وما بعدها.

استثناءؤه من الدراهم أصله الدنانير.

قالوا: المعنى في الأصل، إنما جاز ذلك فيه لأنه مما يثبت في الذمة، والثوب والعبد بخلاف ذلك فافترقا.

والجواب: هو أن هذا الفرق غير صحيح، وذلك أن الثوب يثبت في الذمة بالإتلاف عندكم وبالعقد يثبت فهو كالموزون والمكيل.

ولأن افراقهما من هذا الوجه لا يمنع من صحة الاستثناء منه، ألا ترى أن الدنانير لم يدخل في قوله علي ألف درهم ثم صح ذلك الاستثناء منه، فكذلك في مسألتنا مثله، يجوز أن لا يثبت في الذمة ويصح الاستثناء منه، فلم يصح ما قالوه.

ولأن قوله علي ألف درهم إلا ديناراً معناه إلا قيمة الدينار وأني أعطيته إياه، فكذلك قوله له علي ألف ديناراً إلا ثوباً أو عبداً وقيمتها، فإني أعطيته ذلك، فدل على ما قلناه من ذلك، وأن هذا استثناء حقيقي لا محالة في ذلك.

واحتج بأن قال: الاستثناء إخراج ما لولاه لكان المستثنى داخلاً في المستثنى منه، وإذا كان المستثنى داخلاً في جملة المستثنى منه، يجب أن يكون من جنسه ليصح الكلام في هذا، كما يقول في التخصيص والعموم، فإنه يخرج من اللفظ العام ما قد دخل فيه ولولاه لثبت فيه.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن المستثنى دخل في جملة المستثنى منه، ولو دخل لما خرج ولزمه حكمه؛ وإنما المستثنى منه عبارتان، مرة تقول علي سبعة دراهم، ومرة تقول له علي عشرة إلا ثلاثة، والكل يتصل بعبءه ببعض إلا أن يسكت المتكلم، هذا كما نقول في قوله: “لا إله إلا الله” أنه محض التوحيد، ولا نقول أنه كَفَر بقوله: “لا إله” وأسلم بقوله: “إلا الله”، بل لما كان الكل كالكلمة الواحدة في المعنى، وله عبارتتان: مرة تقول “إلا الله”، ومرة تقول “الله وحده لا شريك له”.

وعلى أن ما قالوه ينتقض بما إذا استثنى موزوناً من مكيل أو مكيلاً من موزون.

وأما ما ذكره من التخصيص، فإنما كان كذلك؛ لأنه يكون منفصلاً عن العام، فوجب إخراج بعض ما يتناوله اللفظ العام، فاقضى أن يكون المخرج من جنس المخرج منه، لأن هذا المعنى بخلاف الاستثناء فإنه يكون متصلاً بالكلام، ولم يكن المستثنى داخلاً في اللفظ

من جهة المعنى لم يخرج منه، فجاز أن يكون من الجنس وغيره، ولأننا لا نسلم أن العرف يستثنى جنس العموم المخصص منه تخصيصاً، وسمعنا منهم يستثنون من غير الجنس في كلامهم، والقرآن ينطق بذلك، الذي هو أفصح اللغات وأقومها.

قالوا: ولأنه استثناء ما ثبت في الذمة مما لا يثبت في الذمة، فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال بعتك هذا الثوب بألف درهم إلا ثوب أو عبد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في باب البيع لو قال بعتك بألف درهم إلا قفيز⁽¹⁴⁷⁵⁾ حنطة لا يصح ذلك، وفي الاستثناء يصح ذلك، ولأن في البيع إذا استثنى ثوباً من دراهم يصير الثمن مجهولاً والجهالة تمنع صحة البيع، وذلك بخلاف الإقرار، لأن الجهالة لا تمنع صحة الإقرار، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فصل:

واستثناء الأقل من الأكثر جائز⁽¹⁴⁷⁶⁾.

وقال عبد الملك من أصحابنا: لا يجوز ذلك⁽¹⁴⁷⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله، وهذا يصح في الكثير إذا خرج من القليل، كما يصح ذلك في القليل إذا خرج من الكثير، وليس فيه أكثر من أن استعمالهم له مستثقل ومستقبح، وذلك يمنع تعلق الحكم به.

ولأنه لو قال: بعتك هذه الدار إلا خمسة أسداسها، صح ذلك وكان بيعاً للسدس، فنقول كل استثناء صح في البيع صح في الإقرار، كالقليل من الكثير، فكذلك الكثير من القليل وجب أن يصح أيضاً.

فصل:

وإذا قال: لفلان علي ألف درهم ولفلان أو فلان فنصف الألف للمقر له أولاً

⁽¹⁴⁷⁵⁾ قفيز: مكيال كان يكال به قديماً ويختلف مقداره في البلاد. القاموس الفقهي، ص 307.

⁽¹⁴⁷⁶⁾ انظر: النوادر: 9/ 210، عقد الجواهر: 2/ 712، التوضيح: 6/ 436.

⁽¹⁴⁷⁷⁾ انظر: النوادر: 9/ 211، عقد الجواهر: 2/ 712، التوضيح: 6/ 436.

والنصف الثاني بين المشكوك فيهما⁽¹⁴⁷⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الأول غير مشكوك فيه، وإنما الشك فيمن يحصل شركا له في الإقرار، فالشك لا يقدم في الإقرار الأول، وإنما تقدم في الاثنين الآخرين، فيكون النصف بينهما لأجل الشك، والأول بخلاف ذلك لأنه غير مشكوك فيه.

فصل:

إذا قال: لفلان علي ألف درهم، وإلا فعبيدي حر، لزمه الألف⁽¹⁴⁷⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن قولنا وإلا فعبيدي حر يمين على تحقيق الإقرار.

فصل:

إذا قال: له علي دينار، ولم يقل جيدا ولا رديئا ولا وازنا ولا ناقصا ومات، حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد⁽¹⁴⁸⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن إطلاق الكلام يجب أن يحمل على المتعارف كالبيع والشراء والإجارة وغير ذلك.

وأما إن كان نقد البلد مختلفا، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال محمد بن عبد الحكم: يلزمه ديناراً من أي الأصناف شاء، ويحلف إن طلب ذلك المقر له⁽¹⁴⁸¹⁾ [1482].

وقال الشيخ أبو بكر الأبهري رحمه الله: يحتمل أن يلزم الورثة وسط النقود⁽¹⁴⁸³⁾. وإنما

كان كذلك لأن نقد البلد مختلف، فوجب الرجوع فيه إلى الأوسط من ذلك والله أعلم [103ب] بذلك.

⁽¹⁴⁷⁸⁾ انظر: النوادر: 9/ 161، 162، البيان والتحصيل: 10/ 539 وما بعدها.

⁽¹⁴⁷⁹⁾ النوادر: 9/ 244.

⁽¹⁴⁸⁰⁾ انظر: النوادر: 9/ 131.

⁽¹⁴⁸¹⁾ في الأصل: "المقر منه"، وما أثبتته من المعونة: 2/ 1255.

⁽¹⁴⁸²⁾ انظر: النوادر: 9/ 131.

⁽¹⁴⁸³⁾ انظر: الذخيرة: 9/ 282.

مسألة:

عندنا إذا أقر له يوم السبت بدرهم، ثم أقر له يوم الأحد بدرهم، فذلك درهم واحد لا يلزمه غيره⁽¹⁴⁸⁴⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁴⁸⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: إن كان ذلك في مجلس واحد كان درهما واحدا، وأما إن كان ذلك إقرارا في مجلس آخر فإنه يكون عنده إقراره مستأنفا⁽¹⁴⁸⁶⁾. ولا فرق عندنا نحن في ذلك.

ودليلنا: هو أنه أعاد الإقرار على لفظه ومعناه، فلم يلزمه بمجرد الثاني في حق، أصله إذا كان ذلك في مجلس واحد، ولأنهما إقراران اتفقا لفظا ومعنى، فكانا بهال واحد. أصله إذا كان ذلك في مجلس واحد.

قالوا: المعنى فيما إذا كان في مجلس واحد، هو أنه يبنى الكلام الثاني على الأول، فصار هذا كالإيجاب والقبول إذا وجد في مجلس واحد صحا، وإن افرقا لم يصح.

والجواب: هو أن هذا بالضد أولى، لأن في المجلس الواحد يقر مرتين ثم لا يكونا بهالين، فبأن لا يكون ذلك في المجلس إقرارين أولى، لأن ذلك يقرب من النسيان ويتطاول العهد في ذلك.

وأما الإيجاب والقبول فإن الاعتبار فيهما بالفور والتراخي لا في المجلس، فما كان القبول جوابا للإيجاب صح، وإن لم يكن جوابا له لم يصح وإن كانا في مجلس.

وقياس آخر: وهو أنها إقراران لو كانا في مجلس واحد كانا بهال واحد، فإذا كانا في مجلسين كانا بهال واحد أصله إذا أضاف الدرهم كل يوم إلى مبيع معين.

واستدلال في المسألة، وذلك أن الإقرار إخبار عن حق متقدم، فإذا أقر له يوم السبت بدرهم وأقر يوم الأحد بدرهم، يحتمل أنه أراد بذلك تأكيدا، ويحتمل أنه أقر بحق آخر مستأنفا، فلا يجوز أن يلزم ذمته ويشغلها بالشك بما لم يثبت، والأصل براءة ذمته.

⁽¹⁴⁸⁴⁾ انظر: عقد الجواهر: 2 / 708 - الذخيرة: 9 / 285.

⁽¹⁴⁸⁵⁾ انظر: الأم: 546، الحاوي الكبير: 7 / 59 وما بعدها.

⁽¹⁴⁸⁶⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7 / 222.

ولأنه لا خلاف أنه لو أقر عنده بشاهدين بأن لزيد عليه درهما، فحملا الشهادة ثم جاء إلى شاهدين فأقر عندهما أن لزيد عليه درهما، كان هذا إقرار بدرهم واحد، أو حضر هؤلاء الشهود الأربعة عند الحاكم فشهدوا بذلك لم يحكم الحاكم عليه إلا بدرهم واحد، فكذاك يجب أن يكون ذلك في المجالس المتفرقة.

قالوا: فقد قلتم أنه لو أقر لزوجته يوم السبت أنه طلق لزمه طلاق، ثم لو قال لها يوم الأحد أنت طالق لزمه تطليقة أخرى، كذلك الإقرار يجب أن يكون مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن قوله يوم السبت | لزوجته أنت طالق إيقاع طلاق، وليس بإخبار عن الأول، ووزان مسألتنا من الإقرار، أن يقر يوم السبت أنه طلق امرأته طلاقاً ثم يقر يوم الأحد أنه طلقها فإنه يكون طلاقاً واحدة، وكذلك إذا أقر يوم السبت أنه قذف زيدا كان ذلك إقراراً واحداً، فلم يصح ما قالوه.

ولأن الطلاق لو أتى به في مجلس واحد مثل أن يقول لها أنت طالق، ثم يقول وأنت طالق، كان ذلك طلاقين، والإقرار بخلاف ذلك، فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: لأنه إقرار يستقل بنفسه، فوجب أن يلزمه فائدة أصله الإقرار الأول.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا أقر به مرة أخرى في مجلس واحد، فإنه يستقل بنفسه ولا يلزمه.

والمعنى في الإقرار الأول، أنه لا يحتمل الإعادة والتكرار، وليس كذلك الثاني، لأنه يحتمل التكرار والإعادة، فوجب أن لا يلزمه بالشك شيء لم يقر به.

قالوا: ولأنها قولان يستقل كل واحد منهما بنفسه، فوجب أن يتعلق بهما، وبكل واحد منهما فائدة. أصله إذا طلق امرأته عند شهود يوم السبت، ثم طلقها عندهم يوم الأحد.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا كان ذلك في مجلس واحد، وأما الطلاق؛ فقد بينا أنه إيقاع والإقرار إخبار، ووزان مسألتنا ما ذكرناه إذا أقر عند شهود أنه طلقها طلاقاً، وأقر عندهم يوماً آخر أنه طلقها طلاقاً، فإن ذلك يكون طلاقاً واحدة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنها إقراران في مجلس من غير حاجة، فوجب أن يتعلق بكل واحد منهما

فائدة. أصله إذا أقر يوم السبت بألف ثم ثوب وأقر يوم الأحد بثمان عبد.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقوله في مجلسين، لأنه لو كان ذلك في مجلس واحد، كان بهذه المثابة ولجعله معاوضة فيقول، المعنى في ذلك، أنه لو كان ذلك في مجلس واحد كان إقرارا بهالين، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا الإقرار لو كان في مجلس واحد كان إقرارا بهال واحد، فكذلك إذا كان في مجلسين، ولأن ذلك لا يحتمل الإعادة والتكرار وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يحتمل الإعادة والتكرار، فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأن كلام العاقل يجب أن يحمل على فائدة، وأنتم تحملونه على غير فائدة، وحمل كلام الثاني على فائدة أولى من حمله على التكرار.

والجواب: هو وإن كان كذلك، فكان يجب أن نحمله على فائدة إذا كان ذلك في المجلس، ولم يرقم فإنه كلام من عاقل، وقد تركتم حمله على فائدة.

والثاني: أنا نحمله على فائدة، وهو أنه أكد به الإقرار الأول فإن ذلك له لغة العرب، وبذلك نطق القرآن، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾ [الحجر: 30].

قالوا: ولأنه لو أراد بالإقرار الثاني الأول لَعَرَّفَ بالألف واللام، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿كَأَمْزَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ﴾ [المزمل: 15-16]، وكذلك تقول دخلت السوق فرأيت رجلا ثم عدت إلى السوق فرأيت الرجل.

والجواب: هو أنه كان يجب أن تقولوا أيضا ذلك، إذا كان في مجلس واحد، ولأن ذلك إنما يعرف إذا لم يتناول الزمان والعهد فيفيد التعريف فائدة، فأما إذا طال العهد، فإنه يحتمل أنه قد نسي ذلك، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

إذا شهد شاهد لزيد على عمرو بألف درهم وشهد له شاهد آخر بألفين، فإنه يثبت له عليه ألف بشهادتهما وله أن يحلف مع شاهده الذي زاد ألفا أخرى أنه أجاز ذلك⁽¹⁴⁸⁷⁾.

⁽¹⁴⁸⁷⁾ انظر: النوادر: 9/ 116، عقد الجواهر: 2/ 708، جامع الأمهات: 402، التوضيح: 7/ 457.

وبه قال الشافعي (1488).

وقال أبو حنيفة: لا يثبت له بهذه الشهادة شيء [أصلاً] (1489)، وهو أيضا لا يقول بالشاهد واليمين (1490).

ودليلنا: هو أنه كثر الشهادة بقدر معلوم أو بألف منها، فوجب أن يحكم له بها أصله إذا قال أحدهما أقر عندي بعشرة وقال الآخر أقر عندي بألف وخمسمائة.

قالوا: لا نسلم الوصف لأننا لا نقول إنها كملت الشهادة في شيء من ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن كل واحد منهما قد تلفظ بألف، لأن الألف الأولى مختلف ولا يدخل الأولى في الألفين لأنها غيرها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن كل واحد منهما قال الألف. وأما المعنى في أن الألف داخلة في الألفين، فلهذا لو أقر بذلك في مجلس الحاكم حكم عليه بذلك.

ولأن من أقر بألفين يكون قد أقر بألف، ألا ترى أنه إذا قال رأيت رجلين فقد رأى كل واحد منهما وهو رأى رجل، وكذلك من سجد سجدتين، فإنه قد يكون سجد سجدة واحدة، ولهذا لو أقر رجل عند الشهود بألفين فقال المقر له اشهدوا عليه بألف منها صح ذلك.

قالوا: المعنى في الأصل، وهو إذا قال أحدهما أقر عندي بألف وقال الآخر بألف وخمسمائة، إنما جاز ذلك لأن الخمسمائة لا يجوز أن تنفرد عنها وتستقل بنفسها، وليس كذلك إذا قال أحدهما بألف، وقال الآخر بألفين، لأنه لا يكون بإقراره بألفين مقرا بألف الأولى، فإن الياء والنون إذا أفردتهما من الألف لا يجيء منها ألف، والألف الأولى لم تدخل في الألفين فكيف يحكم له بذلك.

والجواب: هو أنا قد بينا صحة ذلك؛ وأما قوله: أن الياء والنون والألف والنون في

(1488) انظر: الحاوي الكبير: 7/ 76.

(1489) في الأصل: "أيضا"، والمثبت من الإشراف: 2/ 620. وقال في عيون المسائل: "وقال أبو حنيفة: لا يثبت له بهذه الشهادة شيء أصلاً، وهو أيضا لا يقول بالشاهد واليمين". عيون المجالس، ص 568.

(1490) في المبسوط عند أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه المألان جميعاً، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه إلا مال واحد. المبسوط: 18/ 10 وما بعدها، رد المحتار: 8/ 370

الألفين لا يفيدان شيئاً إذا أفردنا فإن هذا لا يصح. وذلك أنه إذا أفردنا فإن هذا لا يصح ولكن إذا ذكرنا مع غيرهما يتعلق بهما فائدة، ألا ترى أنه إذا قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال نعم كان ذلك إقراراً بالألف، ولو قال ابتداءً نعم لم يعد ذلك فائدة فكذلك الاستثناء مثله، لأنه لو قال إلا ثلاثة لم يكن في ذلك فائدة فإذا قال له علي عشرة إلا ثلاثة تعلق بذلك فائدة.

وقياس آخر: وهو أن الألف الواحدة معقولة من صريح شهادتهما فوجب أن يحكم له بذلك، أصله إذا قال أحدهما أقر بألف والآخر بألف وخمسمائة.

ولأن اختلاف لفظ الشاهدين مع إيقافه في المعنى لا يمنع من الحكم بشهادتهما أصله إذا شهد أحدهما بالعربية والآخر بالعجمية.

ولأن أبا حنيفة قد وافقنا، فيمن قال له الحاكم له علي ألف درهم، ثم رجع فقال: له علي ألف درهم؛ أنه يكون قد أقر له بألفي درهم، ولو كانت الألف الأولى غير الألفين وغير داخلية فيها لكان يجب أن يحكم عليه بثلاثة آلاف درهم، فلما أجمعنا على أنه إذا أقر له بألفين جاز أن تقول: قدران من المال لو أقر بهما في مجلس الحكم كان لأقل منهما داخل في الأكثر. فإذا شهد بهما شاهدان لزمه، أصله الألف واللام والألف وخمسمائة.

واحتج بأن قال: اختلفت شهادتهما في اللفظ والمعنى، فوجب أن لا يحكم بها أصله إذا قال أحدهما أقر بألف درهم | وقال الآخر أقر بألف دينار، فإنه لا يحكم بها فكذلك في مسألتنا مثله.

[105]

والجواب: هو أنا لا نسلم أن شهادتهما اختلفت لفظاً ومعنى، بل قد اتفقت على الألف، وإنما زاد أحدهما شيئاً آخر كما لو قال أحدهما بألف وقال الآخر بألف وخمسمائة. وعلى أن المعنى في لأصل أنه لو أقر بألف في مجلس الحكم ثم أقر بألفين، فإن الألف الأولى داخلية في الأخرتين.

ولأن المعنى في ذلك مهما اختلفا من حيث اللفظ والمعنى وليس كذلك في مسألتنا، لأن الألف قد وجدت الشهادة منهما جميعاً فوجب أن يحكم له بذلك.

مسألة:

عندنا أن إقرار الصبي لا يصح⁽¹⁴⁹¹⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁴⁹²⁾.

وقال أبو حنيفة: يصح بإذن الولي⁽¹⁴⁹³⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم»⁽¹⁴⁹⁴⁾، ورفع القلم عن الصبي يقتضي أن لا يحكم بإقراره، ولأنه غير مكلف فلم يصح إقراره. أصله المجنون.

ولأنه لا يصح طلاقه فلا يصح إقراره أصله ما ذكرناه، أو لأنه قول لا يصح منه بغير إذن، فلا يصح مع الإذن أصله الطلاق.

واحتج بأن قال: لأنه مميز ويعقل الإقرار فيصح منه كالبالغ.

والجواب: هو أن البالغ إنما يصح ذلك منه، لأنه مكلف يصح طلاقه وعتاقه وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

إذا قال لزيد علي ألف درهم ثمن مبيع لم يسلمه إلي ومنعني منه سئل المقر له، فإن قال نعم الألف التي لي عليه بعته بها سلعة ولم أسلمها إليه. فإما أن يسلم البائع المبيع ويقبض الألف، أو يسلم المقر المائة ويسلم المبيع.

فأما إن قال المقر له بالألف، هذه لي عليك وليست من ثمن مبيع، وإنما هي عن شيء آخر استحقته عليك، وليس لك عندي مبيع، فإن القول قوله أنه لم يبعه شيئاً ويحلف، فإذا حلف سقطت الألف التي أقر له بها المقر، ولم يستحق عليه شيئاً⁽¹⁴⁹⁵⁾.

⁽¹⁴⁹¹⁾ انظر: النوادر: 9/ 322 وما بعدها، الكافي: 457، عقد الجواهر: 2/ 695، الذخيرة: 9/ 258.

⁽¹⁴⁹²⁾ انظر: الأم: 7/ 538، الحاوي الكبير: 7/ 548.

⁽¹⁴⁹³⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7/ 222، رد المحتار: 8/ 353.

⁽¹⁴⁹⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁴⁹⁵⁾ انظر: النوادر: 9/ 367.

وبه قال الشافعي (1496).

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه تسليمها إليه (1497).

ودليلنا: هو أنه أقر له بهال عليه مقابلته مال لا ينفذ أحدهما عن الآخر، فإذا لم يسلم له ماله لم يجب عليه ما عليه. أصله إذا قال له علي ألف درهم من ثمن هذا العبد أو الثوب وعين المبيع.

[105ب]

قالوا: المعنى في ذلك أنه | لم يصل بإقراره ما يوجب إسقاطه فإنه عين المبيع، وليس كذلك في مسألتنا فإنه يصل بإقراره ما يوجب إسقاطه من البيع، شرط أن يكون معينا حال البيع لا حال الإقرار فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه إقرار بدين يتضمن عقد بيع، فلا يلزمه حتى يقر بقبض المبيع، أصله إذا قال اشتريت منه عبدا بألف درهم ولم أقبضه، فإن سلم لنا أنه لا يلزمه الألف حتى يقر بالقبض.

واحتج بأن قال: لأنه أقر بهال ووصل إقراره بما يوجب إسقاطه، فوجب أن يلزمه حكم الإقرار أصله إذا قال له علي ألف ثمن درهم ثمن خمر أو خنزير لم أقبضه، فإنه يلزمه الألف وإن كان الخمر والخنزير لا يحل أن يكون عوضا في شيء.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه يوصل بإقراره ما يسقطه، فإن المبيع يجب أن يكون معينا حال المبيع دون حال الإقرار، وأما الأصل فإننا لا نسلم أنه لا يلزمه شيء، لأنه رفع الإقرار حيث أضافه إلى ما لا يجوز أن يكون عوضا بحال فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا أقر المريض في مرضه المخوف لو ارث، فإنه ينظر في ذلك: فإن كان ممن يتهم في إقراره لم يقبل منه، وإن كان ممن لا يتهم في إقراره له، قبل منه (1498).

ومثال ذلك: إن ترك أما وابنه ووجه ومولى، أو بعض العصبه الأبعد، فيقر له بدين،

(1496) انظر: الحاوي الكبير: 7/ 12.

(1497) انظر: المبسوط: 18/ 22.

(1498) انظر: المدونة: 4/ 67، النوادر: 9/ 259، عيون الأدلة، ج 28 ل 176ب.

فهذا يبعد أن يتهم به في العادة فيقبل إقراره.

واختلف قول الشافعي، فقال: يصح إقراره له، ولم يراع التهمة، وقال لا يصح⁽¹⁴⁹⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يصح، مثل قولنا⁽¹⁵⁰⁰⁾ إلا أنه أقر بغير ما اعتبرناه من التهمة.

ودليلنا ما رى أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث ولا إقرار»⁽¹⁵⁰¹⁾.

قالوا: هذا الحديث غير معروف ولا مشهور.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه روه، وعهدته على من رواه في الصحة والسقم لا على من احتج به، والذي يدل على ذلك ما روي عن عمر أنه قال: «لا إقرار لوارث»⁽¹⁵⁰²⁾.

[قال]⁽¹⁵⁰³⁾: هذا قول واحد من الصحابة والقياس مقدم عليه.

والجواب: هو أن الاستثناء من يقول الصحابي أولى من القياس، لأنه شاهد النبي عليه السلام وحضر التنزيل، وقوله أولى.

[106]

والقياس: هو أنه إثبات مال الوارث | بقوله في حال مرضه الذي مات فيه، فوجب أن لا يصح، أصله إذا وهب منه ما لا لو أوصى به، فإن ذلك لا يجوز فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: هذا لا يصح، وذلك أن الهبة والوصية تبرعان لا يشبهان الإقرار، لأن الإقرار له من المزية ما ليس للتبرع.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما؛ لأنه وإن كان أحدهما تبرعا والآخر إقرار، إلا أن التهمة تسبق إليه في الموضوعين جميعا، لأننا نعلم أنه إذا كان له بنت وابن عم أنه يميل إلى التهمة بالتفضيل ما لا تميل إلى ابن عمه، فإذا رأينا قد أقر لا نثبت في هذه الحالة، علمنا أنه

⁽¹⁴⁹⁹⁾ انظر: الأم: 7/ 551 وما بعدها، الحاوي الكبير: 7/ 30.

⁽¹⁵⁰⁰⁾ انظر: المبسوط: 18/ 31، بدائع الصنائع: 7/ 224.

⁽¹⁵⁰¹⁾ ابن ماجه في الوصايا، باب لا وصية لوارث، ر: 2713، 2/ 905، 906، وأحمد في المسند، ر: 18086، 29/ 625، وقال في البدر المنير إسناد رجاله ثقات. 7/ 265. وأما لفظ المصنف "لا وصية لوارث ولا إقرار"، فقد قال أبو بكر البيهقي بعد أن ذكر إسناده: منقطع، ورواه ضعيف لا يحتج بمثله. السنن الكبرى: 6/ 85.

⁽¹⁵⁰²⁾ هذا الحديث ذكره في نصب الراية: عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته"، قلت: غريب. نصب الراية: 4/ 111.

⁽¹⁵⁰³⁾ هكذا في الأصل، ولعل الصواب: "قالوا".

قد أراد بذلك تخصيص شيء زائد لعلمه أنها لا تحوز المال، وهذا مركوز في الطباع لا ينكره من قصد الحق ونحوه، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: هذا لا يصح؛ لأن هذه الحالة هي حالة قدوم على الله تعالى، فلا يجب أن يتهم في ذلك أنه قصد ما ذكرتموه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن التهمة موجودة في كلا الحالتين، ألا ترى أنه في حال صحته لا تقبل شهادته لولده، وإن كان خوف الله مصحوبه في هذه الحالة، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في الأصل، إنما لم تصح الوصية له، لأن ذلك إثبات وتفضيل، وليس كذلك الإقرار، ولأنه إخبار عن حق متقدم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان إقرار إلا أن التهمة موجودة فيه، لأنه يمكن أن يكون أراد أن يجعل ذلك بلفظ الإقرار لعلمه أن ذلك لا يصح بلفظ الوصية، وهذا المعنى يجب أن يعتبر، لا ما قاله من لفظ الإقرار فلم يصح ما قالوه.

ولأنه معنى يتهم فيه فوجب أن لا يقبل منه في حق موروثه أصله ما ذكرناه.

ولأنه محجور عليه في ماله، ومن حجب عليه في ماله لحق شخص وجب أن لا يقبل إقراره له أصله المحجور عليه لفلس في حق الناس، لا يصح منه الإقرار لزيد دون عمرو، فكذا في مسألتنا مثله.

قالوا: لا نسلم أنه محجور عليه لأنه يأكل ويشرب ويتسرى.

والجواب: هو وإن كان كذلك فليس بمرض يخاف عليه هذا صحيح سليم يجب أن ينصرف كما شاء، وإنما كلامنا في مريض مخوف عليه لا يقدر على شيء مما ذكرتموه.

قالوا: فيبطل بما قلموه بالإقرار بما زاد على الثلث في حق الأجنبي.

والجواب: هو أنه غير متهم في ذلك، والتهمة ههنا قوية، فلم يصح ما قالوه.

[106ب] واحتج بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: 135].

قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال: “قولوا الحق ولو على أنفسكم”⁽¹⁵⁰⁴⁾، فأمر بإظهار الحق والقول به ولو كان على أنفسنا.

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأن جميع ذلك واجب عليه، إلا أننا إذا رأينا التهمة قد قويت فيه علمنا أنه ما قال الحق على نفسه، لأنه يقر لوارثه بغير بينة، ويريد أن يحوز ذلك وينفرد به دون بقايا عصباته، فلا يقبل منه ذلك لأجل ما ذكرناه.

قالوا: ولأن من صح إقراره له في حال الصحة صح إقراره له في حال المرض. أصله الأجنبي.

والجواب: هو أنه لا يجوز الاعتبار بحال الصحة بحال المرض، لأنه في حال الصحة لم يتعلق بماله حق الورثة وليس كذلك في حال مرضه، وصار هذا كما يقول حال ملأه المديان أنه يملك الإقرار لمن شاء، وفي حاله فلسه والحجر عليه، لو أقر لزيد عليه بمال أو لولده فلم يقبل منه، فكذلك في مسألتنا مثله⁽¹⁵⁰⁵⁾.

ولأنه في حال الصحة: لو أراد أن يهب ويوصي لورثته بما شاء، جاز له ذلك، وفي حال مرضه لا يملك ذلك، فكذلك الإقرار يجب أن يكون مثله، والمعنى في الأجنبي أنه لا يتهم في حقه، فلذلك صح إقراره وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن الإنسان في عرف العادة والطبع لا يكاد أن يورث أجنبياً على ولده، فيجعل ماله دون ولده لاسيما في حال مرضه وخوفه على الصغار من ولده على الفقر، فلا تهمة تقوى عند ذلك، فوجب أن لا يصح.

قالوا: لا يجوز أن يظن بالمسلم هذا وذلك، لأن هذه حالة قدوم على الله تعالى.

والجواب: هو أن الطبع أغلب مما ذكرتموه.

قالوا: ولأن كل حالة صح مع الإقرار فيها للأجنبي صح الإقرار فيها للوارث. أصله

⁽¹⁵⁰⁴⁾ لم أجد تخريجه فيما عندي من مصادر.

⁽¹⁵⁰⁵⁾ قال القاضي أبو الحسن بن القصار: “فإن قيل: كل من صح إقراره له في حال الصحة صح إقراره له في المرض، أصله غير الوارث. قيل: قد ذكرنا أنه لو صرح بالتهمة في الصحة بأن يهب ماله كله للوارث صح، وفي المرض لا يصح، فاختلف حكم الصحة والمرض، فلما كان في المرض لا يصح منه، لم يصح إقراره له منه، بأن يقصد ما منع منه”. عيون الأدلة، ج 28 ل 178 ب.

حال الصحة.

والجواب: هو أنا قد بينا أن حال الصحة مخالف لحال المرض، وذلك أن في حال الصحة لو أوصى أو وهب له ما شاء من ماله صح، وليس كذلك في مسألتنا، ولأن في حال الصحة ما تعلق حق الحجر عليه للغير، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن من صح إقراره لغير وارث صح إقراره لوارث، أصله حال الصحة.

والجواب: هو أنا لا نسلم ذلك، لأنه إن اتهم | بإقراره لوارث لم يصح أيضا إقراره فلم يصح ما قالوه. [107]

وعلى أن ما قالوه يبطل بالمحجور عليه بفلس، فإنه يقبل إقراره في حال سلامة ذمته فلا يقبل في حال خراب ذمته، والمعنى في الأصل ما تقدم فأغنى عن الإعادة.

قالوا: ولأن الإقرار معنى يثبت به الدين، فوجب أن يستوي فيه الوارث والأجنبي أصله البينة. والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار الأجنبي بالوارث لما قدمناه من التهمة، ألا ترى أن شهادته للأجنبي مقبولة ولولده غير مقبولة فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى في البينة أنه لا تهمة هناك وليس كذلك في مسألتنا، ولهذا قلتم أن الوكيل لا يجوز أن يشتري ما وكل فيه لأجل قوة التهمة، فكذلك يجب أن يكون ههنا مثله، بل هذا أقوى للتهمة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن الإقرار ههنا هو الإخبار عن حق متقدم فوجب أن يقبل منه كما لو أقر بذلك الأجنبي.

والجواب: هو أنا نقول بذلك إذا لم يكن هناك تهمة، وأما مع قوة التهمة فلا يقبل كما قلتم في الوكيل، أنه وإن كان قد يؤخر الثمن من جهته فيما جعل إليه بيعه أنه لا يصح، فكذلك نقول نحن أيضا في هذه المسألة، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم في الصحة والمرضى سواء، يتحاصون بينهم على قدر حصصهم وحقوقهم، لا يقدم من أقر له في الصحة على من أقر له في

المرض (1506).

وبه قال الشافعي رحمه الله (1507).

وقال أبو حنيفة: يقدم غرماء الصحة على غرماء المرض فيوفون ديونهم، فإن فضل شيء كان للغرماء المقر لهم في المرض (1508).

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُورًا قَوْمِينَ بِأَلْقَسَطٍ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: 135] الآية.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «قولوا الحق ولو على أنفسكم»، وقد قال هذا الرجل الحق على نفسه فوجب قبول قوله.

قالوا: فنحن نقبل قوله وشهادته على نفسه، بأنه إن فضل من التركة شيء بعد أن تقضى ديون غرماء الصحة نقضه على غرماء المرض بإقراره وقوله على نفسه.

والجواب: هو أن الآية والخبر يقتضيان جميعاً التسوية بينهم، فيجب قبول خبره وشهادته على نفسه في الحالين على حد سواء، | والمخالف يقدم بعضهم على بعض، وهذا خلاف مقتضى الآية والخبر، فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أن الإقرار معني به ثبوت الحق فاستوى فيه غرماء الصحة وغرماء المرض أصله البينة.

قالوا: فرق بين البينة وبين الإقرار، ألا ترى أن العبد المأذون له في التجارة إذا قامت عليه بينة الحق، لا فرق بين أن يكون مطلق التصرف وبين أن يكون محجوراً عليه من جهة سيده في باب الحق يستوفي منه أو من رقبته بالبينة، ولو أنه أقر بالحق لإنسان فإن كان ذلك الإقرار في حال الإطلاق عمل به في الحال وإن كان في حال الحجز لا يعمل به بل يبقى حكمه في ذمته يتبع به بعد عتقه.

(1506) انظر: النوادر: 9/ 255 وما بعدها، الكافي: 457.

(1507) انظر: الأم: 7/ 551، 552، الحاوي الكبير: 7/ 28 وما بعدها.

(1508) انظر: المبسوط: 18/ 26، بدائع الصنائع: 7/ 222.

والجواب: هو أنا لا نسلم في العبد المأذون له في التجارة، لأن رقبته عندنا لا تباع ولا فرق بين ما يثبت بالبينة أو بإقراره، إذا كان ذلك المال مما يتعلق بالتجارة أنه يلزمه، وأما ما لا يكون متعلقا بالتجارة فإنه لا يلزم ذلك، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في البينة إنما جاز ذلك فيها، لأنها شهادة من جهة المريض، فلا يلحقه فيها تهمة، فلذلك سويها بينهما وبين الغرماء، وليس كذلك الإقرار، لأنه حجة من جهته تلحقه التهمة فيها، لأنه ربما واطأ إنسانا يقر له بطالبه من ماله ليأخذه بإقراره فيرده على ورثته.

والجواب: هو أن هذا خلاف الظاهر، وذلك أن المسلم لا يظن به أنه يفعل هذا فيترك الحق ويأتي الباطل، لا سيما في حال قدومه على الله تعالى والخوف منه، وموضع التوبة وترك المآثم ورد المظالم.

وعلى أنه يبطل بما إذا أقر لغريم في حال مرضه، ثم أقر الآخر في حال المرض الذي يموت منه، فإنه يتهم في حق الثاني على ما ذكرتموه، ثم إنه يسوي بينهما فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن المعنى في الإقرار، أنه لا يتهم فيه، لأن العاقل لا يحمل شيئا على نفسه، وليس هو منه، والإقرار بالمال بخلاف ذلك، لأنه يقر به لمن شاء ليس بينه وبينه مداينة له وفر بذلك عن توريثه.

والجواب: هو أنه قد بينا أنه لا تهمة عليه في هذه الحالة، لأنها حال قدوم على الله تعالى، وعلى أن ما قالوه يلزم عليه إذا أقر به لرجلين في حال مرضه إقرار بعد إقرار.

قالوا: الإقرار | بالنسب ليس مما يحرم على الإنسان سببه، وليس كذلك المال، لأنه مما حجر عليه لأجله وسببه. [108]

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الحجر إنما هو فيما طريقه التبرعات، فأما في الواجبات فلا يحجر عليه لأجله، ولأن الإقرار بالنسب أيضا يتضمن المال لأنه لو أقر لصبي صغير فإنه يلزمه نفقته ومؤنته، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه دين لزمه في حال مرضه، فوجب أن يساوي حكم الذي يقر به في حال الصحة. أصله إذا قامت به البينة في حال مرضه.

ولأن كل إقرار وجب العمل به في حال الصحة وجب العمل به في حال المرض. أصله

إذا أقر بضمن مبيع مشار إليه أو بصدّاق امرأة يشير إليها.

قالوا: المعنى في ذلك أنه إقرار بهال مطلق فإنه ليس في مقابلة مال.

والجواب: هو أن الإقرار بالصدّاق ليس في مقابلة مال، ثم إنه يعمل به سواء كان في حال المرض أو في حال الصحة فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن المقر له ممن لا يتهم عليه المقر في إقراره فوجب أن يلزمه أصله حال الصحة.

واحتج بأن قال: لأنه إثبات مال في مرضه الذي توفي فيه بقوله، فوجب أن يقدم عليه حق غرماء الصحة، أصله الهبة والوصية والصلة.

والجواب: هو أنه ليس إذا لم يقدم عليه التبرعات مما يدل على أنه لا يقدم عليه الواجبات، يدل عليه أن ما طريقته طريق التبرعات لا يقدم على الإقرار في حال المرض بالواجبات، ومع ذلك لو أقر بواجب بعده كان هو وما قبله سواء، وكذلك إقراره لزوجة بعينها إذا أقر بصدّاقها أو بضمن مبيع بعينه.

ولأن الاعتبار؛ الإقرار بالواجب، والتبرع لا يصح أيضا من وجه آخر، وهو أن الواجب له من القوة والمزية ما ليس للتبرع، الذي يدل عليه؛ ما قال المخالف في أن عتق العبد المرهون ينفذ، وسواء كان ذلك في حال اليسار والإعسار لقوة العتق، والبيع لا ينفذ فيه لضعفه، فكذاك أيضا يجوز أن لا ينفذ التصرف بالوصايا والهبات، وينفذ التصرف بالإقرار لقوته، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وعلى أن المعنى في التبرع؛ أنه ليس من جنس الواجب فجاز أن لا يساويه في الثبوت، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الإقرار في حال المرض واجب كالإقرار في حال الصحة، فلم يجب أن يختلفا في ذلك.

قالوا: إقراران | حصل أحدهما في حال الإطلاق والآخر في حال الحجر، فوجب أن لا [108ب] يتساويا أصله إقرار العبد المأذون له في التجارة، فإنه إذا أقر بحق في حال كونه مطلق التصرف جاز الإقرار. ثم لو أقر في حال ما حجر عليه سيده ومنعه من التصرف، لا يلزمه، فكذاك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن المريض يكون محجورا عليه، لأنه يجب أن يأكل ويشرب ويلبس الناعم، وإنما حقوق الورثة تعلقت بهاله بعد موته، ولأن المريض لو لم يكن غرم، كان أيضا بهذه المثابة التي يكون عليه مع الغرماء، فلم يصح ما قالوه.

وأما العبد المأذون له في التجاريف، فإنه يقبل قوله في جميع ما يتعلق بهال التجارة، وسواء كان ذلك في حال الإطلاق أو في حال حجر السيد عليه، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه مال منع من التبرعات بحق الغريم، فوجب أن لا يصح إقراره به أصله المال المرهون.

والجواب: هو أنه ينكسر بالمكاتب وبها زاد عن الثلث في حق المريض.

ولأن المعنى في المال المرهون إنما لم يصح إقراره به للغرماء، لأن فيه إسقاط حق المرتهن، وليس كذلك في مسألتنا.

والثاني: هو أن إقراره يصح به ويقال له: سلم إلينا رهنا غيره، أو قدم الدين الذي عليك في مقابلة الشيء المرهون وتسلم أنت ذلك.

وجواب آخر: وهو أن كل موضع يتهم فيه، فإننا لا نقبل إقراره فيه. فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن المريض متهم في هذه الحالة.

والجواب: هو أنا قد بينا أن هذه الحالة تنتفي عنه التهمة في ذلك، لأنها حال قدوم على الله تعالى فلم يصح ما قالوه. والله أعلم.

فصل:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في إقرار الصديق الملائف: فروي عنه أنه لا يصح.

وروي عنه جواز ذلك ويكون من الثلث⁽¹⁵⁰⁹⁾.

فوجه الرد: هو أنه يتهم في إقراره له، إن أراد بذلك إزواء المسلمين والأباعد من عصبته بالوصية له بالزيادة على الثلث، فجعله إقرارا له، فوجب رده لأجل ذلك.

⁽¹⁵⁰⁹⁾ انظر: النوادر: 9/ 274، الكافي: 458.

ووجه الجواز: هو أن أكثر ما في ذلك أن تكون هبة أو وصية، والذي يخشى منه أن تكون من رأس المال، فإذا حسمنا هذا الباب وجعلناه من الثلث كان ذلك جائزا. والله أعلم بذلك.

مسألة:

[109] | إذا مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث وكذبه الآخر، فإن النسب لا يثبت، لأنه مقر على غيره، ويعطيه عندنا ثلث ما في يده⁽¹⁵¹⁰⁾، وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقر، لو أقر به الآخر وعلى هذا الحساب يترتب الإقرار من بعض الورثة لو ارث. وقال الشافعي: لا يعطيه شيئا⁽¹⁵¹¹⁾.

فالدليل عليه: هو إقرار تضمن أمرين:

أحدهما: على نفسه.

والآخر: على غيره فجاز أن يثبت على نفسه وإن لم يثبت ما على الغير. أصله إذا قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم وأعتقته والآخر ينكر ذلك فقد حصل إقراره بالعتق، فإنه يستحق الثمن على المبتاع فلم يقبل إقراره في الثمن على المشتري، لأنه أقر على غيره ويلزمه ثلث ما في يده؛ لأنه أقر له على نفسه، ولو أعرف الأخ الآخر له أحد يثبت المال كذلك ههنا. وكذلك أيضا، إذا قال طلقت هذه المرأة على ألف درهم وكذبت المرأة، وكذلك إذا قال أعتقت هذا العبد على مائة وكذبه العبد، فإن الطلاق يثبت والعتاق، لأنهما عليه كذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: لا نسلم أنه أقر بشيئين، وإنما أقر بشيء واحد وهو النسب وذلك لم يثبت.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن إقراره تضمن شيئين، ألا ترى أنه إذا ثبت ذلك بينة لصح ولم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في الأصل وهو الطلاق والعتاق، أن الأصل قد ثبت، فلذلك لزمه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الأصل ما ثبت وهو النسب فلا يثبت المال.

⁽¹⁵¹⁰⁾ انظر: النوادر: 13 / 232، 233، عيون الأدلة: ج 28 ل 180 ب، العتبية مع البيان: 14 / 247،

⁽¹⁵¹¹⁾ انظر: الأم: 7 / 554، الحاوي الكبير: 7 / 87 وما بعدها.

والجواب: هو أن هذا ليس بكلام صحيح، وذلك أن الأصل إنما لم يثبت، لأن فيه إقرار على الآخر وليس كذلك في مسألتنا، لأنه أقر على نفسه مع كونه مكلفاً فلم يصح ما قالوه. ولأن الإقرار بالحقوق لا يتضمن ثبوت الأصول، ألا ترى أن من أقر لغيره بشيء أو ببال لا يقول له أصلاً ذلك المال من أين كان، فلا يلزمه بإقراره ما أقر به من غير ثبوت ذلك الأصل، فلم يصح هذا الكلام من هذا الوجه الذي قالوه.

قالوا: المعنى في الطلاق والعتاق وأنها كذباً به كان ذلك يثبت، وفي مسألتنا لو كذبه المقر لا يثبت له شيء من الميراث.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إذا قال بعتك هذا العبد بمائة وأعتقه، والمشتري يكذبه وينكره فإنه يلزمه عتق العبد، وإن كان لا يلزم المشتري | شيئاً بإقراره له بالعبد، فلم يصح ما قالوه. [109ب]

ولأن الميراث تارة يثبت بالنسب وتارة لا يثبت بالنسب، ثم ثبت وتقرر، أن أحد الابنين، لو قال هذه امرأة أبي لا أعلم أنه أبانها أم لا، فكذلك الأخ الآخر فإنها تستحق من نصيبه ميراثها، وإن كانت الزوجية ما ثبتت، كذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: قلنا في هذه المسألة وجهان من أصحابنا من قال: أنها لا تستحق شيئاً، فعلى هذا يسقط هذا، وإن سلمنا؛ فالفرق بينهما واضح، وذلك أنه يجوز أن تستحق الزوجة من الميراث ولا تستحق الميراث عليها، والأخ بخلاف ذلك فإنه كما يستحق الميراث يجب أن يستحق عليها الميراث، وهذا معدوم في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عنده إذا عرف به المقر له فإنه يثبت به التوارث، فلم يصح ما قالوه، ولأن الإرث يتعلق بالتركة كما أن الدين يتعلق بها.

ثم ثبت وتقرر؛ أنه لو قال هذا الابن لفلان على والدنا المتوفى دين وأنكر باقي الورثة، قبل قوله في نصيبه ولم يقبل في غيره، كذلك في مسألتنا مثله.

ولأنه إقرار بما لم يثبت كذبه مضاف لجهة، فوجب أن يكون عدم الحكم فيه بصحة الجهة لا يبطل إقراره. أصله لو كان هذا العبد لفلان أودعني، وقال السيد بل غصبته فإنه قد أقر العبد له وأضاف إقراره أن كونه وديعة ولم يحكم بأنه وديعته، ومع هذا فقد صح إقراره، كذلك أيضاً عدم الحكم بالنسب لا يبطل إقراره بالملك.

ولأنه إذا جاز أن يثبت الميراث، وهو إذا مات الرجل وخلف أخا فأقر الأخ لأخيه بآبن فإنه يثبت نسبه بقوله عندكم، وإن لم يستحق الميراث ولم يثبت النسب. أصله إذا ادعى رجل على رجل أنه باع منه شقصا، فأنكر الآخر، وأنكر الشفيع، فإنه يستحق الشفعة وإن لم يثبت البيع، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه أقر بنسب لم يثبت، فوجب أن لا يستحق به الميراث أصله إذا أقر بصبي معروف النسب.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا يثبت النسب ويصح المال الذي ترك، أصله إذا أقر أحدهما أن هذه زوجة أبينا ولا نعرف أنه طلقها وأبائها، فإن الزوجية لا تثبت وإن كان | [110] يجب أن يخرج ما تستحقه من نصيبه بالميراث، فكذلك أيضا يلزم عليه إذا أقر أحدهما وقال لزيد على أبينا دين وأنكر سائر الورثة، فإنه يلزمه حقه دون سائر الورثة كذلك في مسألتنا مثله.

وعلى أن المعنى في الأصل، أن الأخوين لو أقر بهذا الأخ جميعا ما ثبت بنفسه، وإن كان ذلك يوجب أخذ المال من أيديهما وشاركهما في ذلك فلم يصح ما قالوه.

والمعنى في الصبي المعروف النسب أنه محكوم ببطلان ذلك وليس إذا لم يثبت ما هو محكوم ببطلانه يجب أن لا يثبت المحجور له. ألا ترى أن من أعرف في زوجته وهي معروفة النسب أنها أخته لم تحرم عليه بذلك، ولو كانت مجهولة لحرمت عليه بذلك، فبطل بهذا التقرير اعتبار مجهول النسب، بمعلومه ومعروفه، كذلك لا يجوز اعتبار من هو أكبر سنا من أبيه يقر بأنه أخوه لأننا نحكم بكذبه، وفي مسألتنا يجوز أن يكون صادقا، فجاز أن يتعلق بقوله استحقاق في حقه.

قال الشافعي: ولأنه أقر بحق عليه في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما من الآخر⁽¹⁵¹²⁾، فإذا لم يسلم الذي له [لم يحنث الذي]⁽¹⁵¹³⁾ عليه. أصله إذا قال بعثني هذا الثوب بألف وأنكره المشتري فذلك بأنه لا يجب عليه تسليمه إليه، لأنه لا يسلم إليه الثمن، كذلك في

⁽¹⁵¹²⁾ قال في الأم: "لأن إقراره جمع أمرين: أحدهما له، والآخر عليه، فلما بطل الذي له بطل الذي عليه" انظر: الأم: 7/ 554.

⁽¹⁵¹³⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من الطرة.

مسألتنا إذا لم يرث هو من هذا المقر له شيئاً فكذلك هو أيضاً لا يصح إقراره له بشيء.

والجواب: هو أن هذا غلط من وجوه:

أحدها: أن المقر أعرف أن هذا المقر له ويرث له من أبيه، وهذا لا يفيد أن الميت يرث عنده، ولا يصح ذلك فيه.

والثاني: أن قوله حق في مقابله حق فليس بصحيح، لأنه يبطل بما إذا قال هذه زوجة أبي لا نعلم أنه أبانها، وكذلك إذا قال لزيد على أبينا دين فأنكر الباقي فإنه يلزمه دونهم.

والثالث: هو أنا كذلك نقول وإنهما يتوارثان لأنه إذا صدقه الآخر وقال له أنا أخوك، فإنه يرث منه فلم يصح ما قالوه من ذلك، وقوله لا ينفك أحدهما من الآخر فغير صحيح، ولأن أحدهما قد ينفك من الآخر، لأن أحد الأخوين قد يرث من أخيه وإن كان لا يرثه الآخر إذا كان قاتلاً، ويبطل بالمشتري يدعي أنه باعه عبداً فأعتقه، فإنه لا يصدق في الثمن ويصدق في العبد أنه اعتقه، وقد أعرف |بحق هذا العتق في مقابلة حق هو الثمن وقد قبل في أحدهما ولم يقبل في الآخر، كذلك في مسألتنا مثله، ولا ينفك أحدهما من الآخر، والمعنى في الأصل؛ أنه كذبه فلذلك لم يجب عليه تسليم الثمن، وليس كذلك في مسألتنا لأنه صدقه، فافترقا لأجل ذلك.

[110ب]

قالوا: ولأنه أقر بما لم يحال به على سبب، فإذا لم يثبت النسب وجب أن لا يثبت المال. أصله الإقرار بمعروف النسب.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن إضافة الشيء إلى نسب لا يوجب وقوفه على ثبوت ذلك النسب، الذي يدل عليه أنه إذا أقر بزوجه أنه أخته أحاله على نسب وقد ثبت التحريم من غير أن يثبت النسب، وكذلك المشتري يعرف أن للبائع فإن أعتق ما باعه فإنه قد أحال العتق على فعل البائع، ولم يثبت ذلك، وإن كنا قد أثبتنا العتق من جهته.

ولأن المعنى في الأصل؛ إذا كان محكوماً ببطلانه لأنه أقر بمعروف النسب وليس كذلك في مسألتنا، لأنه مجهول النسب، ألا ترى أنه لو أعرف في زوجته أنها أخته وهي معروفة النسب أنها ليست بأخته بوجه ولا سبب، فإنه لا تحرم عليه بذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه حكم يتعلق بالولادة يثبت بتصديق الورثة كلهم، فوجب أن لا يثبت مع تكذيب بعضهم أصله النسب.

والجواب: هو أنا كذلك نقول فإن النسب لا يثبت، لأن ذلك إقرار على الغير، والمعنى في النسب إنما لم يثبت لهذه العلة، ولم يعلق النسب على غيره وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا إقرار على نفسه مع كونه من أهل الإقرار فوجب أن يلزم.

قالوا: ولأن الميراث فرع النسب فإذا لم يثبت الإقرار بالنسب الذي هو الأصل فالأولى أن لا يثبت الفرع.

والجواب: هو أن هذا لعمري صحيح، لو قلنا إنه يأخذ المال إرثاً حقيقة، ونحن لا نقول أنه يأخذ المال وإنما يأخذه بإقرار المقر له أنه يستحقه وإضافته ذلك إلى النسب الذي لم يثبت لا يمنع من استحقاق ذلك مع جواز أن تكون صادقا فيما يذكره فلم يصح ما قالوه.

ولأن الفرع قد ثبت وإن كان الأصل ما ثبت، ألا ترى أن الزوجة لا تستحق الميراث إلا بالزوجية التي هي الأصل ومع هذا لو أقر، ألا ترى أن هذه زوجة أبيه استحققت وإن كانت الزوجية لم تثبت التي هي الأصل، وكذلك إذا أقر الأخ بآبى أخيه فإن عندكم نسبه ثابت | [111]^أ وإن كان الأصل ما ثبت، لأنه يجوز أن لا يكون ابن أخيه فلم يصح ما قالوه.

فصل:

فأما الكلام مع أبي حنيفة رحمه الله حيث يعطيه نصف ما في يد المقر⁽¹⁵¹⁴⁾ فأعطيناه نحن الثلث، فالدليل عليه هو: أنا قد اتفقنا على أنه مستحق ثلث ما في يده واختلفنا في الزيادة على ذلك فيحتاج إلى دليل⁽¹⁵¹⁵⁾.

ولأن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل في يده من الزيادة على ميراثه، لأن تمام الميراث في يد الابن الآخر.

ولا يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر ولأن معناه في الأخوة يختلف. وذلك أن

⁽¹⁵¹⁴⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7/ 228.

⁽¹⁵¹⁵⁾ هذه العبارة بتمامها وبلغتها في عيون الأدلة، ج 28 ل 187 أ.

المقر يقول: أنا أخ ثابت النسب عند [أخي]⁽¹⁵¹⁶⁾ ولو ثبت نسبك بشاهدين لم يلزمي غير ثلث ما في يدي، فلم يلزمي بإقراره أكثر مما كان يلزمي لو ثبت نسبك بشاهدين عدلين، فإن الإرث يتعلق بالتركة كما أن الدين والوصية يتعلقان بها.

ثم ثبت وتقرر؛ أنه لو قال لفلان على أبينا دين وذكر مبلغه وقد أوصى لفلان بكذا وكذا وأنكر الباقيون ذلك، فإن المقر بذلك يدفع مما في يده بقدر ما يصيبه لو أقرت الجماعة لصاحب الدين وصاحب الوصية ولا فرق بين هذا وما ذكرناه من إقراره.

واحتج بأن قال: لأن إقراره له بأنه أخوه يتضمن مساواته فيما تصير إليه، لأن كل واحد منهما أخ لصاحبه فلا ينبغي أن يكون أفضل منه، وإذا أعطاه ثلث ما في يده فلم يساوه ولم يفعل ما تضمنه إقراره فيقول له المقر أنا وأنت بمنزلة من لو غصبنا غاصب أكثر التركة وبقي بعضها لتساوينا فيما أخذ مما بقي فاعمل على أن الأخ الذي جحدني بمنزلة غاصب فينبغي أن يقسم ما في يدك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن المقر يقول له أنا نسبي ثابت من أبي قد ساواني فيه أخي الذي جحدك حقك، فنحن لا شك فينا فأخي ليس بغاصب وأنت غير ثابت النسب، وإنما تأخذ مني يدي بما تضمنه إقراره وأنا مقر بك وبأخي الذي جحدك، ونسبه ثابت كما أن نسبي ثابت، فلا يجوز أن يأخذ أقل مما يأخذ أخي التام النسب، وليس إذا جحدك أخي يجب أن تأخذ مني غير ما يصيبك لو أقر بك أو قامت بينة لك، فإن كان أخي غاصبا، فهو غاصب لك بعض حقك، فلا تأخذه مني وأنا غير غاصب لك في مقدار ما [111ب] جعل لك في يدي، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا مات رجل وخلف ابنا واحدا لا وارث له غيره، فأقر بأخ لم يثبت نسبه بذلك الإقرار ويعطيه نصف ما في يده⁽¹⁵¹⁷⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽¹⁵¹⁸⁾.

⁽¹⁵¹⁶⁾ في الأصل: "عند أبي"، والذي أثبتته من عيون الأدلة: ل 187 أ.

⁽¹⁵¹⁷⁾ انظر: النوادر: 13/ 232، عيون الأدلة، ل 189 أ.

⁽¹⁵¹⁸⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7/ 228.

وقال الشافعي رحمه الله: يثبت بذلك النسب (1519).

ودليلنا: هو أنه إقرار من ولد واحد فوجب أن لا يثبت النسب به. أصله إذا كان جماعة أولاد فأقر أحدهم وجحد الباقيون، فإنه لا يثبت النسب، فكذلك من هذا الواحد وجب أن يكون مثله.

ولأنه إقرار في حق غيره فوجب أن يقبل، أصله إذا كانا اثنين فأقر أحدهما وجحد الآخر فإن النسب لا يثبت، فكذلك في مسألتنا مثله، وكان فلان إقراره له ليس بأكثر من شهادته له، ولو شهد له لم يثبت نسبه، فكذلك إذا أقر له وجب أن لا يثبت نسبه، لأنه حمل سبب على غيره.

ولا يلزم على ما ذكرناه إذا كان الورثة جماعة فأقروا به أو أقر به اثنان منهم وكانا عدلين، فإن النسب يثبت بشهادتهما وبالجماعة فجاز إثباته بقولهم في حق الغير، ولأن الشهادة أكد من الإقرار في حق الغير، بدليل أن شاهدين لو حضرا فأقرا على المشهود عليه، لم يجز، ولو شاهدا عليه جاز. فإذا كانت الشهادة أقوى ثم كانت شهادة الواحد لا يثبتها النسب في حق الغير، فلئن لا يثبت ذلك بالإقرار أحرى وأولى. ولأنه حمل سبب على غيره فوجب أن لا يثبت بقول واحد، أصله إذا كان ذلك من أجنبيين أو كانا ابنين وأقر أحدهما وجحد الآخر فكذلك في مسألتنا مثله.

ولا يلزم عليه الحد إذا أقر بأنه ابنه، فإن عندنا لا يثبت بذلك الإقرار نسبه.

ولأن من لا يملك نفي النسب لا يملك إثباته أصله خلف ابنين فأقرا بذلك، لأن النسب إنما يثبت هناك من طريق الشهادة لا من طريق الإقرار، وإن كانا فاسقين لم يثبت النسب بذلك ويلزم المال.

قالوا: المعنى في الأصل إذا أقر أحدهما وجحد الآخر إنما لم يثبت النسب، لأن أحدهما يكذب الآخر ويقول هذا ليس بأخ لنا ولا ابن أبينا فلذلك لم يثبت النسب، وليس كذلك إذا كان وحده، فإنه لا يلزمه أحد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه لو كان كذلك لوجب إذا أقر به وجحد أخوه أن [112]

(1519) انظر: الأم: 7/ 557، 558، مختصر المزني: 114، 115، الحاوي الكبير: 7/ 92.

يأخذ | من المال نصيبه، فلما قلت إنه لا يستحق منه ذرة واحدة دل على بطلان ما قلتموه.

والثاني: هو أنه يبطل بما إذا قال أجنبي واحد هذا ابن فلان، وليس هناك من يكذبه، فكان يجب على هذا الكلام أن يثبت نسبه بذلك، لأن ما هاهنا من يكذبه، فلما أجمعنا على أن لا يثبت النسب بذلك دل على أن العلة ليست التكذيب، وإنما ذلك لأنه حمل سبب على الغير بقول واحد فلم يصح ما قالوه.

ولأن الولاء شبيه بالنسب بدليل قوله ﷺ: «الولاء لحمه كلحمه النسب»⁽¹⁵²⁰⁾.

ثم ثبت وتقرر أن الوارث [لو أراد أن يعتق عبدا وتحمل ولاءه على موروثه لم يملك ذلك بقوله ففي النسب]⁽¹⁵²¹⁾ يكون مثله.

ولأن النسب تارة يثبت بالشهادة وتارة يثبت بالإقرار، فيكون أحد نوعي ما يثبت به النسب فلا يثبت بإقرار واحد على غيره أصله الشهادة، فإن ذلك لا يثبت بشاهد، كذلك ههنا، ولا يلزم عليه الأب لأننا قلنا فلا يثبت بواحد على غيره، ولم نقل يثبت على نفسه فلا يلزم، وهو بالشهادة أشبه وأقرب فدل على ما ذكرناه.

واحتج بما روت عائشة رضي الله عنها «أن عبد بن زمعة وسعد بن أبي وقاص اختصما إلى رسول الله ﷺ في ابن وليدة زمعة، فقال سعد: ابن أخي عتبة عهدا إلى أبي أن قدمت مكة أن خذ لك ولديه ومعه، فإنه قد كان ألربها في الجاهلية، وقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه»، فقال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽¹⁵²²⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه، أنه عليه السلام حكم به لعبد بن زمعة وأثبت نسبه بإقراره وحده، فدل على ما ذكرناه.

والجواب عنه من أوجه:

⁽¹⁵²⁰⁾ أخرجه الحاكم في المستدرک، ر: 7900، والشافعي في المسند، باب المكاتب والولاء، ر: 237، 2 / 72، 73، والبيهقي في الكبرى، باب من أعتق مملوكا له، 10 / 293، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وذكر نحوه في البدر المنير: 7 / 575.

⁽¹⁵²¹⁾ ساقط من الأصل والمثبت من الطرة.

⁽¹⁵²²⁾ أخرجه البخاري في البيوع، باب تفسير المشتبهات، ر: 2058، 2 / 75، ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، 1457، ص 580.

أحدها: أن هذه قضية في عين، فيحتمل أنه عليه السلام أنه إنما أراد بذلك إثبات الفراش في الأمة بالوطء، ولم يتعرض عليه السلام لإلحاق النسب، والدليل عليه وأنه أراد هذا المعنى، هو أنه قال "الولد للفراش"، فجعل العلة ذلك، فوجب حمله على هذا لا على النسب الذي لم يجز له ذكر.

وجواب آخر: وهو أنه عليه السلام لم يلحق الولد به وإنما جعله مملوكا له، ألا ترى أنه عليه السلام قال: "هو لك عبد"، هذا قد روي بهذا اللفظ ولم يصرح فيقول، هو لك يا عبد أخ.

والثالث: هو أنه لو صرح بذلك وقال عليه السلام هو لك عبد أخ لم يكن مبنيًا بقول عبد وحده، لأن عبداً بعض الورثة ولا خلاف بيننا أن نقول بعض الورثة لا يثبت بذلك [112ب] النسب.

والرابع: هو إن صح النسب ثبت، فما يثبت بقول عبد وحده لأن أخته سودة فإن كانت مصدقة لاجتهاده فقد اتفق جميع الورثة على ذلك وهما اثنان فلذلك جاز، وإن كانت سودة تنكر عليه فلا يثبت بذلك النسب.

قالوا: فالوارث إنما كان عبد بن زمعة دون أخته سودة، لأن سودة كانت أسلمت قبل موت أبيها وعبد مسلم بعد موت أبيه.

قالوا: والذي يدل على ذلك، ما روي «أن عبد بن زمعة قال أسلمت أختي فحملتها وودت أني أسلمت حين أسلمت»، فبان بذلك أن سودة لم تكن وارثة.

والجواب: هو أن هذا غلط، بين وذلك أن الاختصاص بين يدي رسول الله ﷺ إنما كان في حال كان عبد بن زمعة أسلم، فهو وأخته في ذلك سواء فلم يكن هذا الكلام يصح من هذا الوجه.

قالوا: فيحتمل أنها أقرت به، لأنها لم تحضر الخصومة، فإن الخصومات تحضرها الرجال دون النساء.

والجواب: هو إن كان كذلك، فقد نزلتم على حكمنا، وأن النسب لا يثبت بواحد، وإنما يثبت لأنه الإقرار بذلك من جميع الورثة فلم يصح ما قالوه من ذلك، وكذلك نقول لأنها

اعترفت بذلك، وأنه عليه السلام إنما حكم له به على وجه الملك.

والدليل عليه هو أنه روى أنه عليه السلام قال: "هو لك عبد وليس لك بأخ"، وروي عنه أنه قال لسودة: "واحتجبي منه يا سودة"، وهذا يدل على نفي النسب، ولا يكون شيء أجلا من ذلك.

قالوا: فبعد ما ادعى الملك وإنما قال أخي وابن ولد أبي.

والجواب: هو أن عبدا ما كان علما بذلك، والحكم معلق بقول الرسول عليه السلام، لأنه تصدر عنه الأحكام فلم يلتفت إلى قول عبد أنه أخي، ألا تراه أنه عليه السلام علل وقال: "الولد للفراش"، وقال "هو لك عبد".

قالوا: فإنما قال هو لسودة واحتجبي منه احتياطا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لو كان قد حكم بالنسب ما منعها عليه السلام أن تحتجب من أخيها، لأن ذلك ليس بشرع له عليه السلام، ألا تراه أنه قال في سالم مولى أبي حذيفة لزوجته سهلة: «أرضعيه خمس رضعات حتى | يولج عليكن»⁽¹⁵²³⁾، فحرم بذلك. [113]

وإذا كان عليه السلام يلفظ في حال الأجنبي حتى يدخل على سهلة لما قالت، أنا بعده كالولد، ففي أخي زوجته يمتنع من ذلك، هذا محال من القول، فدل على أن ذلك إنما كان، لأنه ما يحكم بالنسب، وإنما كان حكمه عليه السلام بالملك لزمعة، لأن العاهر ليس له إلا الحجر، فدل على ما ذكرناه من ذلك.

قالوا: ولأنه إقرار بنسب يستحق به الميراث فوجب أن يثبت به النسب، أصله إذا كان الإقرار من جماعة الورثة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح من أوجه:

أحدها: أنه يلزم عليه إذا أقر به واحد وجحد آخر فإن هذا إقرار بنسب ولا يثبت بذلك الإقرار.

⁽¹⁵²³⁾ أخرجه البخاري في كتاب المغازي، ر: 400، 3 / 91، وفي باب الأكفاء في الدين، ر: 5088، 3 / 360، وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الرضاع، باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، ر: 1775، 2 / 123، 124، ولفظ المؤلف ورد في الموطأ.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يثبت بذلك بالاثنتين والجماعة ولا يثبت بالواحد، الدليل عليه الشهادة إذا شهد بذلك شاهدان ثبت، فإذا شهد بذلك واحد لم يثبت فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى في الأصل أن ذلك إنما يثبت؛ لأنه إقرار من جميع الورثة، وليس كذلك في مسألتنا لأنه إقرار من واحد فلم يثبت له النسب كما لو أقر به وأخوه في حاجة له فلم يصح ما قالوه.

وربما قالوا: لأنه إقرار بنسب من كل الوارث، فوجب أن يثبت به النسب أصله إذا كان من الجماعة.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقوله من جميع الوارث، لأنه لو كان من غير الوارث وهم الشهود كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه من ذلك، والمعنى في الأصل ما تقدم.

قالوا: ولأنه عصبية يحوز الميراث كله، فجاز أن يثبت النسب بقوله. أصله الأب والجد إذا أقر بهما ابنه.

والجواب: هو وإن كان عصبية ليس فيه أكثر من أن له نسب فيستحق به مال الميت، وهذا المعنى لا يؤثر في جواز إقراره عليه بحق.

الدليل على ذلك: أن من استحق على غيره مالا بعقد لم يكن ذلك مثبتا بجواز إقراره عليه بالنسب. وعلى أن المعنى في الأب؛ أنه لو أقر بذلك مع جحود بعض الورثة قبل إقراره بذلك، لأنه يقر على نفسه وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذا الابن الآخر الذي هو أخوه لم يصح النسب، فلم يصح قياس ذلك على الأب.

ولأن الأب يملك نفي هذا الولد فملك الإقرار به وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا الأخ لما لم يملك نفي هذا الأخ لم يملك الإقرار به، وهذه العلة تدور مع الحكم | حيث دار [113ب] فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه إخبار لا يعتبر به لفظ الشهادة ولا تعتبر فيه العدالة ومجلس الحكم، فجاز أن يصح ويثبت حكمه من واحد أصله سائر الإقرارات.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن لم يعتبر فيه لفظ الشهادة والعدالة إلا أن فيه

حمل نسب على الغير، وذلك لا يصح من واحد في الشرع، ويلزم عليه إذا أقر بذلك وأخوه الآخر إلى جنبه يجحده، فإن ذلك إخبار ولا يلتفت إلى لفظ الشهادة ومع ذلك لا يثبت به النسب.

والمعنى فيما ذكره من سائر الإقرار، إنما كان كذلك لأنه يصح منه وإن كان أخوه إلى جنبه يكذبه لم يصح.

والمعنى في سائر الإقرار أنه يقر على نفسه فلذلك قبل منه، وليس كذلك في مسألتنا لأنه يقر على غيره فوجب أن لا يقبل منه، فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأن من قضى الدين من ثمن جميع التركة بقوله قضى بالنسب بقوله وحده أصله الميت في حال حياته.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون الدين يقضى بقوله وحده، والنسب لا يثبت بقوله وحده، الدليل عليه الشاهد واليمين يقضى به الدين، وإن كان النسب لا يثبت به.

والثاني: هو إنما قضى بالدين بقوله من التركة وحده، لأن المال له والنسب ليس إليه منه شيء. ألا ترى أنه لا يملك نفيه إن جحده، والمعنى في الأب أنه مقرر على نفسه، والإنسان إذا أقر على نفسه بحق حكم به عليه وليس كذلك هذا الابن، لأنه يريد أن يحمل شيئاً على غيره فوجب أن لا يقبل منه، كما إذا كان هناك أخ آخر يجحد ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن هذا الابن الواحد قام مقام أبيه في القصاص واستيفاء الحقوق والحدود، وإذا ثبت ذلك للأب وجب أن لا يثبت هذا لابن وحده.

والجواب: هو أن هذه الأشياء كلها إنما تثبت للابن، لأنها كانت ثابتة لأبيه في حال حياته، وهذا النسب ما كان ثابتاً لابنه الذي يريد أن يستلحقه هذا الابن، | فوجب أن لا يلحقه، ولأن الأب يملك نفي هذا الولد إذ لو كان حياً فيملك استلحاقه به، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم بالصواب.

فصل:

وإذا قال: أقررت لي ببائة وأنت بالغ، فقال بل أقررت لك بها وأنا غير بالغ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال محمد بن عبد الحكم: القول قول المقر مع يمينه.
ومن أصحابنا من قال: القول قول المدعي⁽¹⁵²⁴⁾.

فوجه قول محمد بن عبد الحكم: هو أن المدعي يروم إلحاق دين بذمة المقر، والمقر ينفي ذلك فلا يقبل منه إلا أن أن تقوم له بينة بما يدعيه، فكذلك الحكم فيه إذا كان مجنوناً واختلفت في إقراره في حال الجنون والصحة.

فصل:

فأما إذا ادعى وقال: قد أقررت لك في حال الجنون، ولم يعلم أنه كان مجنوناً والمدعي يزعم أن الإقرار كان في الصحة، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: القول قول المقر مع يمينه، ومنهم من قال: القول قول المدعي⁽¹⁵²⁵⁾.

فوجه القول: أن القول قول المقر مع يمينه: هو أنه أضاف الإقرار إلى حالة عدم التكليف، فكان القول قوله أصله إذا قال: أقررت لك وأنا صبي، كذلك في مسألتنا مثله.

ووجه القول الآخر: هو أن المدعي يزعم أن الإقرار كان بعذر في حال الجنون وفي حال الصحة، فإذا ثبت له ذلك ببينة، حكم له بذلك الحق والجنون مخالف ذلك، لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر فلم يصح إضافة الإقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها.

فصل:

ومثل ذلك لو قال: قذفتني وأنا بالغ وقال الآخر قذفتك وأنا صبي، فالحكم في ذلك على ما قدمناه، ولو أقر وهو بالغ عاقل أنه قد كان قد استهلك مائة دينار حال صغره أو جنونه، فإنه يعلم بغرم ذلك له⁽¹⁵²⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن هذه أحوال ثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك، بدليل أن البينة لو قامت بذلك لزمه، فكذلك إقراره يلزمه به بما يلزمه بالبينة.

فصل:

⁽¹⁵²⁴⁾ انظر: النوادر: 9/ 344، البيان والتحصيل: 11/ 276، 277.

⁽¹⁵²⁵⁾ انظر: النوادر: 9/ 343.

⁽¹⁵²⁶⁾ انظر هذه الفروع في النوادر: 9/ 342 وما بعدها.

ولو ادعى عليه أنه أقر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل فقال: أقررت لك في حال لست أدري هل كانت حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون أو لا، فقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه ذلك الإقرار بشيء أصلاً⁽¹⁵²⁷⁾، ويجوز أن يقال له: يلزمه على قول من | حكيناه من^[114ب] أصحابنا في المسألة التي قبلها.

فوجه ما قاله محمد بن عبد الحكم: هو أنه لم يقر على نفسه بما يلزمه شيء، لأنه أضاف ذلك إلى حالة ما كان يدري ما هو عليه فيها.

ووجه الثانية: هو أن هذا القول منه ليس بجواب، فيلزم أبداً إلى أن يقر، وهو كمن قيل له أقررت لي بألف وأنت بالغ، وقال لا أدري هل يستحق علي هذه الألف أم لا، فإنه لا يترك وما يدعيه، فكذا في مسألتنا.

فصل:

ولو أتى بالإقرار على وجه الشكر والتحدث، مثل أن يجري ذكر إنسان قد مات فيوصف بأنه كان يسعف من سألته ويقرضه، فيقول رحمه الله فلان لقد سألته مرة أن يقرضني شيئاً وأنا مضيق أو مفلس، ففعل وأجابني إلى مسألتني، فيعمد ورثة ذلك الإنسان فيطالبون المقر، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه أنه إقرار منه، وروي عنه أن ذلك ليس بإقرار ولا يلزمه به شيء⁽¹⁵²⁸⁾.

فوجه الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك: هو أنه معروف بأن الرجل دفعه إليه مالا على وجه القرض، فوجب أن يلزمه ولا يقبل منه أنه قضاة إلا ببينة. أصله الإقرار المبتدأ عند الحاكم.

ووجه الرواية أنه لا يلزمه شيء بذلك: هو أن الحاكم لم يورده على وجه الإقرار وإنما أورده على وجه الشكر، ولفظ الإقرار يقتضي أن يكون على وجه يفهم منه ما أقرب به فلا يلزمه شيء، وهذا مقتضى العادة.

فصل:

⁽¹⁵²⁷⁾ انظر: النوادر: 9/ 342 وما بعدها.

⁽¹⁵²⁸⁾ انظر: النوادر: 9/ 190 وما بعدها، العتبية مع البيان: 10/ 437، 438.

وفرق محمد بن عبد الحكم⁽¹⁵²⁹⁾ بين أن يقر فيقول: هذا سرج دابة فلان أو لجام دابته، وبين أن يقر فيقول هذا باب ولده، فقال في السرج واللجام لا يكون إقرارا منه لفلان، وقال في الباب يكون إقرارا لصاحب الدار، وفرقه في ذلك:

إنما كان كذلك؛ لأن الباب من الدار، وإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه هذا الإقرار، وليس كذلك السرج واللجام، لأنه ليس بجزء من الدابة، بل هو غيرها. فكأنه قال هذا السرج تسرج به دابة فلان، وهذا اللجام يلجم به دابة فلان، وقد سوى بينهما في موضع آخر: إما أن يكون ذلك قولاً أو خطأ عن بعض أصحابنا، ووجه ذلك: هو أنه أضاف ما أقر به إلى ملك المقر به، فوجب أن يتضمن الإقرار به بذلك. والله أعلم.

مسألة:

[115] |ولو أقر بنسب ولد وأضاف ذلك إلى امرأة فقال: ولد هذه المرأة ولدي، فإنه يثبت بذلك نسب الولد ولا يكون ذلك إقرارا للزوجة المرأة⁽¹⁵³⁰⁾.

وقال أبو حنيفة: إذا قال ولد هذه المرأة ولدي، وقالت المرأة أنا زوجته، ثبت بذلك الإقرار زوجيتها بإقراره نسب ولدها⁽¹⁵³¹⁾، ولو مات لورثت منه الثمن.

ودليلنا: هو أنه نسب ولد منه فلا يكون ذلك إقرارا منه بزوجه، أصله إذا كانت المرأة مجهولة النسب لا يعرف أمة أو حرة.

قالوا: المعنى في الأصل؛ إنما لم يثبت ذلك في المجهولة لأنه يحتمل أن تكون حرة فتكون زوجة، ويحتمل أن تكون أمة، وأولدها بملك اليمين ولا تستحق الميراث، لم يحكم لها بالزوجية، وليس كذلك في مسألتنا إذا كانت معروفة النسب.

والجواب: هو أنه لا يحتمل أن يكون قد وطئها بشبهة فلا تستحق به الميراث.

قالوا: فأمور المسلمين محمولة على الصحة لا على الفساد.

⁽¹⁵²⁹⁾ انظر: النوادر: 9/ 216.

⁽¹⁵³⁰⁾ انظر: النوادر: 403 وما بعدها.

⁽¹⁵³¹⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7/ 228، 229.

والجواب: هو إنما يجب ذلك إذا كانوا لا يفعلون إلا الصحيح، وأما إذا فعلوا الصحيح والفساد يكثر منهم فلا يمكن حمله عند الإطلاق على الصحة.

واحتج بأن قال: إن المرأة إذا كانت معروفة النسب حرة الأصل فأقر بولدها، فالظاهر أنه ما وطئها إلا في النكاح، فوجب أن تلحقه الزوجية بإقراره بولدها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يحتمل إن كان وطئها بشبهة فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا أقر أحد الابنين بأن لفلان على أبيهما دين درهم أو أقل أو أكثر وكذبه الابن الآخر، فإنه يلزمه قضاء ما حصه على قدر حصته⁽¹⁵³²⁾.

واختلف قول الشافعي: فقال مثل قولنا وقال: يلزمه جميع الدين مما في يده⁽¹⁵³³⁾. وهو مذهب أبي حنيفة⁽¹⁵³⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه أقر بحق يتعلق بنصيبه ونصيب أخيه، فوجب أن لا يخصه في حصته أصله الوصية والإقرار بالوصية لإنسان وكذبه أخوه، فإنه يدفع مما في يده نصف ما أقر به من جميع التركة كذلك في مسألتنا مثله.

فإن قالوا: المعنى في الوصية إنما كان كذلك؛ لأنها لا تتعلق بجميع التركة وإنما تتعلق بثلاثها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن الدين إنما يتعلق بالتركة وبكل جزء منها إذا كان ذلك الدين ثابتاً، وأما إذا لم يكن ثابتاً، فإنه لا يتعلق بالتركة بجمعها، وعندنا ثبت أن بعض هذا الدين غير ثابت في المال الذي في يد هذا المقر، وإنما نصفه ثابت عليه قضاؤه قد ألزمناه ذلك فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه أقر بحق في مال مشترك بينهما فلا يلزمه من قضاائه إلا ما يخصه

⁽¹⁵³²⁾ انظر: النوادر: 9/ 280.

⁽¹⁵³³⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7/ 103.

⁽¹⁵³⁴⁾ انظر: المبسوط: 18/ 44.

بحصته أصله إذا أقر على عبد بينه وبين شريكه بجناية وأنكر الشريك الآخر ذلك، فإنه يلزمه نصف الاثنين فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأنه أقر بدين يتعلق بجميع التركة، فوجب أن لا يلزمه إلا ما يخصه أصله إذا أقر له أخوه به معه.

وقياس آخر: وهو أن كل حق لو ثبت بالبينة كان شائعا في جميع التركة، فإذا ثبت بالإقرار كان شائعا في جميعها أصله الوصية.

ولأن الإقرار معنى يعلم به ثبوت الدين في التركة، فوجب أن يثبت الدين في جميعها شائعا. أصله إذا أقر له أخوه معه.

وقياس آخر: وهو أن كل حق لو ثبت بالبينة لكان له شائعا في جميع التركة، فإذا ثبت بالإقرار كان شائعا في جميعها أصله الوصية. ولأن الإقرار معنى يعلم به ثبوت الدين في التركة فوجب أن يثبت به الدين في جميعها شائعا أصله البينة.

واستدلال في ذلك: أن أحد الابنين لو شهد ابتداء مع آخر على أبيهما ألف دينار، فإنه يقبل شهادته ويستوفيا الدين كله من التركة من نصيبه ونصيب أخيه، ولو كان يلزمه عند الإقرار جميع الدين قضى جميعه لما في يديه، لوجب أن لا يستمع شهادته، فإنه يجزى بذلك إلى نفسه نفعا ويدفع عنا بذلك ضررا.

واستدلال آخر: وذلك أن أحد الابنين لو ادعى على رجل دينا لأبيه وثبت بإقرار أو بينة، فإنه لا يجوز له أن يأخذ منه إلا نصفه على قدر ما يرثه من أبيه، وكذلك أيضا إذا أقر على أبيه بدين يجب عليه منه حصته وما يخصه من نصيبه. ولأن الورثة يخلفون مورثهم على قدر ميراثهم منه، وإن كان بعضهم يرث نصف ماله كان خليفته في ذلك الدين ووصيته وإن كان يرث ثلثه خلفه في مثل ذلك، وإذا كانوا خلفاء فيجب أن يخلف كل واحد منهم بقدر ما استخلف وذلك لرجل وكل وكيل في مال معلوم فإن الوكيل لا يجوز له أن يتجاوز ذلك المال إلى غيره فكذلك في مسألتنا مثله.

[116]

واحتج بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مَثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ إلى قوله: ﴿مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾ [النساء: 11].

قالوا: فوجه الدليل: منه أن الله تعالى جعل الدين قبل الميراث، وجعل الميراث بعده وأنتم تجعلون الميراث قبل الدين.

والجواب: هو أن الله تعالى إنما أراد بتقديم الدين على الميراث إذا كان ذلك الدين ثابتاً، وههنا ما يثبت إلا ما يقر به هذا المقرر، وما لم يقر به أخوه فإن ذلك غير ثابت ولا لازم، وإنما الثابت عليه ما يخصه من ذلك في حصته بالميراث، وأما الآخر فإنه على أخيه الذي ما أقر له بشيء فلا يلزمه ما جحد أخوه.

وجواب آخر: وهو أن الله تعالى رتب الميراث على الوصية في هذه الآية، كما رتب الدين على الميراث، وقد ثبت وتقرر؛ أن أحد الورثة لو أقر بوصية لإنسان من جهة أبيهما، فإنه يلزمه بقدر حصته من الميراث بتلك الوصية، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن المال المحجور بمنزلة المغصوب في قضاء الدين فيما يعود إلى التركة، وقد ثبت وتقرر أن الوارث الواحد إذا أقر به مال على مورثه ثم غصب بعض الورثة، فإنه يلزمه قضاء جميعه من الباقي، ولا يقف بعضه إلى أن يتخلص الباقي، كذلك إذا أقر بدين على أبيهما وجحد أخوه، فكأنه غصبه بعض التركة فيلزمه قضاؤه من الباقي الذي في يده.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه لا يجوز اعتبار ذلك بما ذكره إذا غصب بعض التركة بما إذا جحد الأخ الآخر، ألا ترى أنه إذا أقر على عبد مشترك بينهما بجناية وغصب نصف العبد، فإنه يلزمه أن يدفع الإرش جميعه من نصيبه وحده حتى يأتي على نصيبه كله، ولو أقر عليه بجناية فجحد شريكه فإنه لا يلزمه إلا نصف الإرش، ولأن الوارث الواحد يلزمه بجميع قضاء دينه لأنه يحلف موروثه في نصف التركة فيلزمه بقدر حصته لا غير ذلك.

قالوا: ولأن الإقرار كالبينة، بل الإقرار أكد منهما، ولو ثبت الدين على أبيهما بالبينة لقدم جميع ذلك فكذلك مع إقرار هذا الوارث يجب أن يلزم جميع الدين.

والجواب: هو أن البينة حجة لنا، لأنه إذا ثبت الدين ببينة حصل إشاعة منه في جميع التركة، وإذا ثبت الإقرار فإنما يحصل ذلك في بعضها، لأن الأخ الآخر جاحد. ولأن البينة [116ب] لو ثبتت بذلك الدين بعد أن قسما الميراث فسحا تلك القسمة وعلمنا أنها باطلة، وكذلك الإقرار لأن هذا لما أقر ألزمناه ما يخصه دون ما يخص أخاه الجاحد بذلك فلم يصح ما قالوه

من ذلك.

قالوا: ولأن واحدا من الورثة لو أقر لرجل بثوب في نصيبه، كان ذلك لأبيهما، فإنه يلزمه تسليم جميع ذلك إلى صاحبه، ولا يجوز أن يمسك نصفه ويسلم إليه النصف، وإذا كان يلزمه ذلك في العين، فكذلك في الدين مثله أيضا.

والجواب: هو أن العين لا يجوز اعتبارها بالدين، ألا ترى أنه إذا قال أحد الورثة: هذا العبد وصي به أبونا لزيد وهو في نصيبه، حصل له كما لو كان قد أعتقه، فيجب عليهم تسليمه إلى الموصي له ورفع يده عنه. ولو قال: قد أوصى أبونا لفلان بألف درهم، فإنه لا يلزمه أن يدفع نصيبه إلا خمس مائة، فلم يجب اعتبار العين بالدين، ولأنه إذا أقر بالثوب المعين، فكأنه قال ما ملكه أبونا ولكن ملكناه بعده، فيجب تسليمه إلى مالكه وليس كذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

كتاب الرهن (1535)

والأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً﴾

(1535) في ط: "بسم الله الرحمن الرحيم، رب يسر".

[البقرة: 283].

وقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن»⁽¹⁵³⁶⁾.

وقوله: «الرهن (من)»⁽¹⁵³⁷⁾ راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»⁽¹⁵³⁸⁾.

وقوله عليه السلام: «الرهن محلوب ومركوب»⁽¹⁵³⁹⁾.

وروي أنه عليه السلام «رهن درعه على شعير أخذه لأهله»⁽¹⁵⁴⁰⁾.

ولأنه وثيقة بالحق فكان جائزا كالكفالة، ولأن الحق تارة يتعلق بالذمة وتارة يتعلق بعين المال (فكان التوثق منه)⁽¹⁵⁴¹⁾ بمنزلته في تعلقه بالأمرين.

فصل:

والرهن جائز في الحضر والسفر، ومن الناس من قال: إنه⁽¹⁵⁴²⁾ لا يجوز إلا في السفر⁽¹⁵⁴³⁾.

وإنما قلنا ذلك، لما روي أن رسول الله ﷺ «مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير

⁽¹⁵³⁶⁾ أخرجه مالك في الموطأ، ما لا يجوز من غلق الرهن، ر: 2132، 2 / 271، وابن ماجه في اللرهون، باب لا يغلق الرهن، ر: 2441، 2 / 816، والحاكم في المستدرک، ر: 2315، 2 / 51، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والبيهقي في الكبرى، باب الرهن غير مضمون، 6 / 39، وقال إسناده حسن متصل، وانظر: نصب الراية: 4 / 320.

⁽¹⁵³⁷⁾ في ط: "من رهنه له غنمه وعليه غرمه".

⁽¹⁵³⁸⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الرهن غير مضمون، 6 / 39، والدارقطني في البيوع، ر: 2925، 3 / 439، وعبد الرزاق في مصنفه، باب الرهن لا يغلق، ر: 15034، 8 / 237 وذكر في التلخيص أن قوله: "له غنمه وعليه غرمه" من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، يعني أنها رواية مدرجة، انظر كلام الحافظ في التلخيص وتحرير روايات هذا الحديث وطرقه. 3 / 83، 84، 85.

⁽¹⁵³⁹⁾ أخرجه الدارقطني، في البيوع، ر: 2930، 3 / 441، والبيهقي في الكبرى، ما جاء في زيادات الرهن، 6 / 38، وابن عدي في الكامل، 1 / 274، وأخرجه الحاكم مرفوعاً، 2 / 58 وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وأعله بعضهم بالوقف، كما ذكر الحافظ في التلخيص. 3 / 83.

⁽¹⁵⁴⁰⁾ أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب في الرهن في الحضر، ر: 2508، 2 / 210.

⁽¹⁵⁴¹⁾ ما بين قوسين في ط: "فوجب أن يكون بمنزلته".

⁽¹⁵⁴²⁾ (إنه) سقطت من الأصل.

⁽¹⁵⁴³⁾ يقصد الإمام مجاهد رحمه الله كما ذكر ابن رشد في المقدمات: 2 / 362.

أخذه لأهله»⁽¹⁵⁴⁴⁾ وهذا رهن في الحضر، (واعتبارا بالسفر، لأن الحاجة تدعوا إليه في الموضوعين)⁽¹⁵⁴⁵⁾.

ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر أصله الضمين.

[117]

ولأن الحاجة تدعوا إلى ذلك في الحضر كما دعت (الحاجة إليه)⁽¹⁵⁴⁶⁾ في السفر. فإن قالوا: فقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283]، فذكر (جواب ذلك)⁽¹⁵⁴⁷⁾ في السفر. والجواب: هو أنه قد ذكر في الآية أيضا (الشهادة والدين)⁽¹⁵⁴⁸⁾ والأجل، ومعلوم أن جميع ذلك يجوز في الحضر، فكان الرهن مثله.

فصل:

وكل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، فإن أخذ الرهن به جائز⁽¹⁵⁴⁹⁾. ومن الناس من قال: لا يجوز إلا في السلم⁽¹⁵⁵⁰⁾. وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283]. وروي أن النبي ﷺ «رهن درعه عند يهودي على شعير (أخذه)⁽¹⁵⁵¹⁾ لأهله»⁽¹⁵⁵²⁾. ولأنه دين لازم يمكن أخذه من ثمن الرهن، فكان ذلك جائزا كالسلم.

فصل:

⁽¹⁵⁴⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁵⁴⁵⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁵⁴⁶⁾ في ط: "كما دعت إلى ذلك".

⁽¹⁵⁴⁷⁾ ما بين قوسين بياض في ط.

⁽¹⁵⁴⁸⁾ ما بين قوسين بياض في ط.

⁽¹⁵⁴⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 133.

⁽¹⁵⁵⁰⁾ قاله أهل الظاهر: انظر: بداية المجتهد: 2 / 273.

⁽¹⁵⁵¹⁾ في ط: "اقترضه".

⁽¹⁵⁵²⁾ تقدم تخريجه.

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه، فمن ذلك: الأثمان في البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة.

وإنما قلنا ذلك: لأن الصرف من شرطه التقابض في عقيب⁽¹⁵⁵³⁾، ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون ديناً، لأنه يكون ديناً بدين، فأما المسلم فيه المتعلق بالذمة إلى أجل، فيجوز أخذ الرهن (عليه)⁽¹⁵⁵⁴⁾، وكذلك القرض والغصب وقيمة السلع المتلفات وأروش الجنایات في الأموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة.

فأما قتل العمد والجراح الذي يقاد منهما، فعلى قول مالك رحمه الله، أنه ليس فيها إلا القود، ولا يجوز أخذ الرهن لها، لأن الحق لا يمكن استيفاءه منه. وعلى قوله، أن الواجب بذلك التخيير في القود أو الدية، فإذا لزمّت الدية جاز أخذ الرهن بذلك⁽¹⁵⁵⁵⁾، ويجوز في قتل الخطأ الرهن في الدية ممن يتعلق عليه (الدية)⁽¹⁵⁵⁶⁾ من العاقلة وذلك بعد الحول، ويجوز في العارية التي تضمن أخذ الرهن عليها، ولا يجوز ذلك فيما لا يضمن منها. ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثلث في البياعات وفي المنافع المستأجر عليها المضمون في الذمة دون الأعيان، وكذلك في الجعل بعد العمل، (لأنه)⁽¹⁵⁵⁷⁾ قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة⁽¹⁵⁵⁸⁾.

مسألة:

[117ب] | عندنا عقد الرهن يصح ويلزم بالقول، وليس من شرط صحته القبض، وإن امتنع الراهن أجبر على التسليم، ولا يبطل العقد بتأخير الرهن⁽¹⁵⁵⁹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: من شرط لزومه (القبض)⁽¹⁵⁶⁰⁾، فإن امتنع الراهن من

(1553) في ط: "عقيب العقد".

(1554) في ط: "به".

(1555) في ط: "بها".

(1556) سقطت من الأصل كلمة "الدية".

(1557) ساقط من ط.

(1558) انظر هذه المسائل في المدونة: 4/ 136 وما بعدها، التفريع: 2/ 258، الكافي: 410، بداية المجتهد: 2/ 273.

(1559) انظر: المدونة: 4/ 131، التفريع: 2/ 263، الكافي: 410.

(1560) سقطت من الأصل.

تسليمه لم يجبر على ذلك⁽¹⁵⁶¹⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]، ولا يخلو (من)⁽¹⁵⁶²⁾ أن يكون ذلك شرطاً أو أمراً، وأي ذلك كان فالعقد حاصل وإن لم يوجد، وكذلك (الاسم)⁽¹⁵⁶³⁾.

والثاني: هو أنه قال: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فذكر الرهن قبل قبضه، فلولا أن الرهن (قبل قبضه)⁽¹⁵⁶⁴⁾ قد يوجد (وإن لم يكن)⁽¹⁵⁶⁵⁾ مقبوضاً، لم يحتج إلى صفته بالقبض، فهو كقول القائل، "هذا رجل طويل" لولا أن في الدنيا غير طويل لم يحتج إلى صفته بذلك.

وأيضاً قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، والراهن والمرتهن قد عقدا الرهن فوجب الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم ولكل مسلم شرطه»⁽¹⁵⁶⁶⁾. والقياس: هو أنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود.

وقياس آخر: وهو أنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس العقد أصله البيع.

قالوا: المعنى في البيع أن المقصود منه حصول الملك، والملك يحصل بالعقد فلذلك لازم بمجرد القول، وليس كذلك الرهن لأن المقصود منه (حصول)⁽¹⁵⁶⁷⁾ التوثق والوثيقة لا تحصل إلا بالقبض.

والجواب: هو أن هذا حجة لنا، لأنه إذا كان المقصود منه التوثق فيجب أن يجبر على التسليم كما يجبر البائع على تسليم المبيع إذا امتنع منه.

(1561) انظر: المبسوط: 21 / 65، بدائع الصنائع: 6 / 137، الأم: 4 / 290، الحاوي الكبير: 6 / 7.

(1562) سقطت من ط.

(1563) سقطت من الأصل.

(1564) ما بين قوسين ساقط من ط.

(1565) في ط: "ولا يكون مقبوضاً".

(1566) تقدم تخريجه.

(1567) سقطت "حصول" من ط.

واستدلال من هذا، وذلك أن سائر العقود التي تقع باختيار المتعاقدين ويملك بها الرقاب والمنافع وكذلك الضمانات كلها تلزم بالأقوال والقبض ليس بشرط فيها، فينبغي أن يكون الرهن مثلها ولا يخرج عنها، لأنه عقد كما أن تلك عقود. ولأن الرهن قد يأخذ قسطاً من الثمن، ألا ترى أنه إذا باعه برهن نقصه في الثمن على ما جرت به العادة، وإذا كان الأمر على هذا وجب أن يلزم بنفس العقد كما إذا باعه وشرط الأجل فإنه يلزمه ذلك فكذاك هاهنا مثله.

ولأن الرهن وثيقة بالحق فلم يكن من شرطه القبض فوجب أن يلزم بالقول، أصله الكفالة بالمال، أولاً أنه عقد لا عوض فيه، فوجب أن يلزم بالقول، أصله الوصية إذا مات [118] الموصي (وقبل الموصي)⁽¹⁵⁶⁸⁾ فإنه يلزم بالقول، فكذاك في مسألتنا مثله.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، قالوا: فوصف الرهن بالقبض فعلم أن القبض شرط (فيه)⁽¹⁵⁶⁹⁾.

والجواب: هو أن القبض ليس بصفة لازمة فيه، والذي يدل عليه أنه لو قال له قد رهنتك ثم نقبضك إياه بعد ذلك، فإنه يكون رهناً وإن كان غير مقبوض أو لا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد إرفاق لا يقع إلا بالصفة، فإذا افتقر إلى الصفة افتقر إلى القبض أصله العوض.

والجواب: هو أنه يلزم عليه سائر العقود، فإن القصد من جميعها الإرفاق، ولأن الناس يرتفقون بعضهم من بعض، لأن الإنسان إنما يشتري الشيء لحاجته إليه ولا رتفاقه به، وكذلك عقد الإجارة وسائر ما ذكرناه. ثم ثبت وتقرر أنها كلها تلزم بالقول، فكذاك في مسألتنا وجب أن يكون مثله. وأما الأصل فغير مسلم، لأننا نلزمه ونجبره على تسليم ما قال وعقد، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه رهن غير مقبوض فلا يجبر على إقباضه، أصله إذا مات.

والجواب: هو أنا لا نسلم (ذلك لأننا نجبر الراهن على تسليم ذلك إلى الورثة فلا يصح

⁽¹⁵⁶⁸⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁵⁶⁹⁾ "فيه"، سقطت من الأصل.

ما قالوه. قالوا: ولأن الرهن عقد لا يتضمن بدلا في مقابلته فلا يجب على العاقد تسليمه أصله العارية، والجواب: هو أنا لا نسلم⁽¹⁵⁷⁰⁾ لأنه إذا قال له أعرتك هذا الثوب أو هذه الدابة وقبل المستعير، فإننا نجبر المعير على التسليم، وهذه الأصول كلها متفق عليها فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل: وإذا تعلق بهال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان قد رهن شيئا من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه، فلا يقبل ذلك إلا بينة تشهد بمعاينة القبض⁽¹⁵⁷¹⁾، (خلافا للشافعي في قوله أنه يكفي الإقرار في ذلك)⁽¹⁵⁷²⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فيما (لا)⁽¹⁵⁷³⁾ يسقط حق غيره، ويمكن أن يكونا قد تواطئا على الإقرار بذلك ليسقط حق باقي الغرماء، فلم يقبل ذلك إلا بشهادة البينة عليه بذلك، (فمتى حصل مقبوضا ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو عارية أو ودیعة أو غير ذلك فقد خرج من الراهن)⁽¹⁵⁷⁴⁾.

مسألة:

عندنا أن استدامة القبض شرط في صحة الرهن، فمتى خرج عن يد المرتهن إلى الراهن على أي وجه كان بطل ذلك وخرج عن كونه رهنا⁽¹⁵⁷⁵⁾.

وبه قال أبو حنيفة: إلا أن أبا حنيفة ناقض فقال: إن خرج إلى الراهن بعارية أو ودیعة لم يبطل الرهن⁽¹⁵⁷⁶⁾.

وقال الشافعي: الاستدامة ليست شرطا، ويجوز أن يخرج بجميع الوجوه من الانتفاع،

⁽¹⁵⁷⁰⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁵⁷¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 153.

⁽¹⁵⁷²⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁵⁷³⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁵⁷⁴⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁵⁷⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 131، التفریع: 2 / 263.

⁽¹⁵⁷⁶⁾ انظر: شرح معاني الآثار: 4 / 100، المبسوط: 21 / 69 وما بعدها.

وهو رهن كما كان (قبل)⁽¹⁵⁷⁷⁾ ذلك⁽¹⁵⁷⁸⁾.

ودليلاً قوله تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فصار القبض فيه صفة لازمة كقولنا "رجل قائم" عبارة عنه إذا كان قائماً في هذه الحال، فإن قعد قلت "كان قائماً" وليس بقائم في الحال، وإذا رجع (الرهن)⁽¹⁵⁷⁹⁾ إلى يد الراهن قيل كان رهناً وقيل كان مقبوضاً إلا أنه (غير)⁽¹⁵⁸⁰⁾ [118ب] مقبوض في هذه الحالة، فكيف يجوز أن يكون مقبوضاً وهو في يد صاحبه فقد خرج بذلك عن صفة القبض.

فإن قالوا: إنما أراد بذلك في حالة الابتداء ونحن نقول إنه لا بد فيه من الاقباض حالة الابتداء، وأما الاستدامة فلا، والذي يدل على ذلك أنه يجوز أن يخرج إليه على سبيل العارية، ويجوز أن يكون على يدي عدل في الثاني، وإن كان ذلك لا يجوز في حالة الابتداء.

والجواب: هو أن هذا لا يلزمنا نحن، لأن عندنا متى خرج على أي وجه من يد المرتهن بعارية أو غير ذلك بطل أن يكون رهناً فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أنه عقد يقصد به الاستيفاء فوجب أن يكون ذلك حقاً، لمن يقع له العقد إلى وجود الاستيفاء، أصله عقد الإجارة فكذلك في الرهن مثله، أو لأنه قبض للاستيفاء فوجب بقاؤه إلى حين وجوده أصله حبس البائع للمبيع، ولأنها حالة من أحوال الرهن فوجب أن يكون ذلك حقاً للمرتهن أصله حالة الابتداء.

قالوا: إنما اعتبر ذلك في حالة الابتداء ليلزم العقد ويثبت وليس كذلك في حالة الاستدامة.

والجواب: هو أن هذا ليس بكلام صحيح، لأنه إنما اعتبر في حالة الابتداء لأنه ما رضي بكون ماله عنده إلا برهن، وهذا المعنى موجود في حال الاستدامة لأنه لو رضي بذلك ما أخذ منه رهناً فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الابتداء ضعيف فاحتاج إلى تقوية وهو القبض، وليس كذلك في مسألتنا.

⁽¹⁵⁷⁷⁾ كلمة "قبل" سقطت من ط.

⁽¹⁵⁷⁸⁾ انظر: الأم: 4/ 290، مختصر المزني: 93/ 94.

⁽¹⁵⁷⁹⁾ كلمة "الرهن" سقطت من الأصل.

⁽¹⁵⁸⁰⁾ كلمة "غير" سقطت من ط.

والجواب: هو أنه (لا فرق بينهما، لأن الحاجة داعية إلى ذلك كما كانت في حالة الابتداء، فلم يفترقا، وقياس آخر:)⁽¹⁵⁸¹⁾ وهو أنه مقبوض في عقد الرهن فلا يجوز إخراجه عن يده، أصله ما لا منفعة له فيه، مثل أن يرهن عنده ثوبا أو قوص⁽¹⁵⁸²⁾ تمر وما أشبه ذلك.

قالوا: المعنى في ذلك أنه لا منفعة له في ذلك وليس كذلك في مسألتنا لأن له فيه منفعة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه يبطل بما إذا رهن عنده جارية وطلب منه أن يسلمها إليه ليطأها فإن ذلك فيه منفعة له، ومع ذلك لا يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه، أولأنه محبوس للاستيفاء فلا يجوز إخراجه عن يده أصله الدار المستأجرة.

قالوا: المعنى في الدار (المستأجرة)⁽¹⁵⁸³⁾ أنها لا تجوز أن تكون على يدي عدل وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما (جاز)⁽¹⁵⁸⁴⁾ أن تكون على يدي عدل جاز أن تخرج إلى يد الراهن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، فلماذا جاز أن تخرج إلى يدي عدل جاز أن تخرج إلى يد الراهن، |وذلك أنها إن خرجت إلى يدي عدل فإنما ذلك لأجل الاستيثاق بالحق، فإن خرج إلى يد الراهن زال معنى الرهن فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأنه محبوس لاستيفاء حق فلا يجوز إخراجه عن يده، أصله حبس المبيع لاستيفاء الثمن.

قالوا: المعنى في ذلك، أن عقد البيع القصد منه التمليك، فلذلك لا يجوز إخراجه إلا بأخذ العوض، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لا يقصد منه التمليك.

والجواب: هو وإن لم يقصد منه التمليك، إلا أنه يقصد منه التوثق، لأنه ما رضي إلا بذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأن القصد من الرهن أن يكون في يد المرتهن ليستوفي الحق منه لئلا يقع التجاحد أو يقع العدم والإفلاس فيرجع المرتهن إلى الراهن فيأخذ منه حقه، وفي إخراجه عن يده إبطال هذا المعنى، فمتى خرج عن يده لم يكن بذلك رهنا، وإنما يكون كأنه ودیعة فلم يجوز إخراجه، ولا يلزم عليه الإعارة لأن ذلك عندنا يخرج عن كونه رهنا، ولأنه إذا كان في يد الرهن أدى ذلك إلى أن لا يفتكه أبدا لأنه ينتفع به كما لو يكن رهنا،

(1581) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(1582) كتب في الطرة من الأصل: "عرف".

(1583) ساقط من الأصل.

(1584) في الأصل كتبت "لما كان"، والصواب ما أثبتته من ط.

وذلك ضرر بالمرتهن فوجب أن لا يصح لأجل ذلك.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فإذا حصل مقبوضا في الابتداء فقد وجد ما يتضمنه القبض.

والجواب: هو أن هذه الآية حجة لنا لأنه شترط في القبض وإذا خرج عن ذلك لم يسمَّ رهنا، وإنما يقال كان رهنا وكان مقبوضا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن محلوب ومركوب»⁽¹⁵⁸⁵⁾، (قالوا: ومعلوم أن ذلك للراهن لا للمرتهن).

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأنه محلوب ومركوب⁽¹⁵⁸⁶⁾، ولكن الراهن لا يحلبه ولا يركبه، وإنما يحلب له ويركب بإذنه ويتولى المرتهن ذلك (له)⁽¹⁵⁸⁷⁾، ولم يقل عليه السلام ويركبه الراهن ولا يحلبه، وإنما قال عليه السلام: "محلوب ومركوب" بعد أن أثبتته رهنا مقبوضا، (فدل على أنه يحلب ويركب في كونه رهنا مقبوضا)⁽¹⁵⁸⁸⁾، ولا يكون هذا إلا في قبض المرتهن (وحلب الراهن وركوبه ليس في قبض المرتهن)⁽¹⁵⁸⁹⁾ على ما يقولونه.

قالوا: ولأنه عقد يقتضي القبض فلا يكون من شرطه الاستدامة، أصله الهبة وذلك أنه إذا وهب منه نصف عبد فإنه لا تجوز استدامة يده عليه فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنكم علقتم على العلة ضد المقتضي، | لأنه إذا كان عقدا من شرطه القبض يجب أن تكون الاستدامة ثابتة، كما أنه إذا استأجر منه (دارا)⁽¹⁵⁹⁰⁾ فإن من شرط ذلك القبض ورفع⁽¹⁵⁹¹⁾ يد المستأجر، ولا يجوز إخراج ذلك من يده فكذلك

⁽¹⁵⁸⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁵⁸⁶⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁵⁸⁷⁾ في الأصل: "ويتولى المرتهن وله ذلك".

⁽¹⁵⁸⁸⁾ ما بين قوسين ساقط من ط.

⁽¹⁵⁸⁹⁾ ما بين قوسين سقط من ط.

⁽¹⁵⁹⁰⁾ كلمة "دارا": سقطت من الأصل.

⁽¹⁵⁹¹⁾ في ط: "ووضع".

ههنا مثله. (وكذلك حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك ههنا مثله)⁽¹⁵⁹²⁾.

والمعنى في الأصل أنه لم يكن الاستدامة في ذلك شرطاً لأنه قد حصل نصف العبد ملكاً له ولا يجوز أن يحول بينه وبين ذلك، وليس كذلك الرهن لأنه وثيقة بالحق، وما يتعلق بذلك حق لغير المرتهن فلا يخرج ذلك عن يده إلا باستيفاء حقه، كالدار المستأجرة وكالبائع إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه عقد يقصد منه المنفعة والتوثق فلم يكن من شرطه الاستدامة، أصله عقد الإجارة.

والجواب: هو أن هذا هو الحجة عليكم، لأن العين المستأجرة لا يجوز أن تخرج عن يدي المستأجر إلى وقت استيفاء المدة، فكذلك الرهن مثله، ونقلب فنقول؛ لأنه عقد يقصد منه التوثق فلا يجوز إخراجه من يد المستوثق له. أصله عقد الإجارة.

وربما قالوا: لأنه عقد يقصد منه المنفعة، فلا يستحق فيه الاستدامة أصله العارية.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه يجوز إخراجه للعارية؛ لأنه متى خرج بطل أن يكون رهناً فلم يصح ما قالوه، ولأنهم علقوا على العلة ضد المقتضى لأنه إذا كان محبوساً يقتضي دوام ذلك كما ذكرنا في الإجارة فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهناً له بذلك العقد، ولا يحتاج إلى استئناف عقد ثان، وكذلك عندنا يصح تقدم الضمان على الحق المضمون⁽¹⁵⁹³⁾. ومثال ذلك؛ أن يقول الرجل للرجل رهنتك عبيدي هذا على أن تقرضني مائة دينار، (أو قال: على أن تبيعني هذا الثوب اليوم أو قال غداً، فإن الرهن عندنا يصح وإن تقدم على وجوب الحق، فإن أقرضه الدراهم أو باعه الثوب، فالرهن لازم يجب تسليمه إليه)⁽¹⁵⁹⁴⁾.

⁽¹⁵⁹²⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁵⁹³⁾ انظر: النوادر: 10 / 175 وما بعدها، الكافي: 410.

⁽¹⁵⁹⁴⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽¹⁵⁹⁵⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك ولا يكون العبد بذلك رهنا بل القرض (يمضي والبيع)⁽¹⁵⁹⁶⁾ يلزم⁽¹⁵⁹⁷⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ولم يفرق بين المطلق (منها)⁽¹⁵⁹⁸⁾ والمقيد، فهو عام في جميع ذلك.

قالوا: فقد قال الله تعالى في أول الآية: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ [البقرة: 282]، والدين ما وجد فلا يثبت الرهن.

والجواب: هو وإن كان الدين ما وجد، إلا أنه قد وجد عقد الرهن، والرهن يلزم بالقول، وكذلك كل عقد إنما يلزم | بالقول فلم يصح ما قالوه.

[120]

والقياس: هو أنه قد أذن له في قبضه على وجه الأمانة أو الضمان، فكان ذلك جائزا. أصله الوديعة والقضاء⁽¹⁵⁹⁹⁾، إذا قال له اقض ما يميئك به فلان من متاعي وديعة (لي)⁽¹⁶⁰⁰⁾ عندك، أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك⁽¹⁶⁰¹⁾، فإن ذلك جائز فكذلك في مسائلنا مثله.

ولأنه رهن يصح بعد لزوم العقد، فجاز أن يصح قبله. أصله إذا قال له بعتك هذه الدابة بألف دينار على أن ترهنني عبدك.

قالوا: فلا يمتنع أن يلزم ذلك بعد العقد وقبله لا يلزم كالشهادة فإنها تلزم بعد العقد وثبوت الدين وقبله لا يلزم، وكذلك الخيار والأجل يلزمان بعد العقد وقبله لا يلزمان فكذلك في مسائلنا.

⁽¹⁵⁹⁵⁾ انظر: المبسوط: 21 / 66 وما بعدها.

⁽¹⁵⁹⁶⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁵⁹⁷⁾ انظر: الأم: 4 / 290، مختصر المزني: 93.

⁽¹⁵⁹⁸⁾ سقطت "منها" من الأصل.

⁽¹⁵⁹⁹⁾ كلمة "والقضاء" سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁰⁰⁾ "لي" سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁰¹⁾ في الأصل: "فاقبض منه ذلك".

والجواب: هو أن هذا لا يلزم، وذلك أن الشهادة إنما لم تلزم قبل ثبوت الحق لأنها لا تكون إلا بعد وجوب العقد وثبوته، (وليس كذلك في مسألتنا)⁽¹⁶⁰²⁾، لأنه إنما يتعلق بالقول، والقول قد وجد فوجب أن يلزم ويصح، وكذلك الأجل والخيار الذي ذكره إنما ذلك من تواع العقد، فلذلك لا يجوز أن يتقدم عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن العقد الذي هو الإيجاب والقبول يتقدم على جميع ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فالمعنى في الأصل إنما جاز ذلك لأنه وجد المتبوع فصح وجود التابع، وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الاعتبار إنما هو بالعقد والعقد قد وجد.

وقياس آخر: وهو أنه رهن في مقابلة الدين فكان ذلك جائزاً، أصله إذا باعه شيئاً وشرط الخيار وجعل ذلك رهناً عنده.

فإن قالوا: لا نسلم أنه في مقابلة الدين.

(**فالجواب:** هو أن هذا لا يصح فلم رهنه عبده لولا أنه في مقابلة ذلك)⁽¹⁶⁰³⁾ ما رهنه عبده فلم يصح ما قالوه، ولأنه وثيقة يستوفي الحق منها فجاز تقديمه على الحق، أصله إذا قال له ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وكذلك إذا قال له بع فلانا وعلي ضمان الدرك فإن ذلك جائز فكذا في مسألتنا مثله.

قالوا: لا نسلم أن ذلك وثيقة وإنما ذلك استدعى إتلاف مال على وجه التخلص من الغرر.

والجواب: هو أن هذا كلام غير صحيح، لأنه لو ما قال له ذلك ما لزمه ضمانه، والإنسان لا يلزمه إلا لأجل ذلك المال، حصل الضمان لا لغير ذلك فلم يصح ما قالوه. ولأنه لم يرض بإعطاء الدين إلا بأخذ الرهن فوجب أن يلزم أصله إذا كان ذلك في نفس [120ب] العقد. ولأنه عقد يصح مطلقاً فلا يشترط المال قبله، ولا بآجال العقد أصله البيع. ولأن الأب لو ضمن نفقة امرأة ابنه سنة كان ذلك جائزاً وإن كان ذلك ضمان مال لم يجب فكذا في مسألتنا.

⁽¹⁶⁰²⁾ في ط: "وليس كذلك عقد الرهن".

⁽¹⁶⁰³⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

واحتج بأن قال: لأنها وثيقة يصح ثبوت الحق بها بعد لزوم العقد فلا يتقدم سبب ذلك على العقد أصله الشهادة لا يجوز أن يشهد قبل وجوب الدين فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا قال له "ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه" فإنها وثيقة بالحق (مع)⁽¹⁶⁰⁴⁾ ذلك يجوز قبل إلقاء المتاع في البحر ويلزمه ضمان الدرك، وكذلك الأب إذا ضمن نفقة زوجة ابنه سنة وإن كانت لا تستحق ذلك إلا يوماً بيوم.

والمعنى في الشهود إنما لم يصح أن يشهدوا، لأن الشهادة إنما تكون بعد الثبوت والإقرار بالحق لا قبله، ولا حال العقد، (والعقد)⁽¹⁶⁰⁵⁾ قد وجد وسبق فلم يصح ما قالوه.

ولأن الشهادة إنما هي مأخوذة من المشاهدة وبعدها وجد ذلك، وليس كذلك العقد لأنه بالإيجاب والقبول يلزم.

قالوا: ولأنه رهن معلق بشرط الاستقبال فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال رهنتك قبل طلوع الشمس.

والجواب: هو أن ذلك (غير)⁽¹⁶⁰⁶⁾ جائز فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه من زوائد العقد فوجب أن لا يلزم قبل وجود العقد أصله الخيار والأجل.

والجواب: هو أنا لا نسلم بأنه من زوائد العقد، بل هذا أصل بنفسه ويلزم عليه ما ذكرناه من قوله "ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه"، وكذلك ضمان الدرك. والمعنى في الأجل والخيار أن ذلك من توابع العقد فلا يتقدم عليه وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه وثيقة يستوفي منه الحق فلا يجوز ذلك قبل الحق أصله إذا قال له ما دأيت به فلانا فعلي.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ما ذكرناه ولا نسلم الأصل، لأن عندنا يلزم ذلك ويصح، إلا أن يدانيه مداينة لا تصح من قبله، فقد قال مالك رحمه الله: إنه يلزمه منه مداينة مثله ولا

⁽¹⁶⁰⁴⁾ في الأصل: "وبعد".

⁽¹⁶⁰⁵⁾ "والعقد" سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁰⁶⁾ كلمة "غير"، سقطت من ط.

يلزمه ما زاد على ذلك⁽¹⁶⁰⁷⁾، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

ويجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين سر يتراضيان به وإن لم يقبضه المرتهن⁽¹⁶⁰⁸⁾.

[121]

وأمن الناس من قال: لا يصح (إلا)⁽¹⁶⁰⁹⁾ إذا قبضه المرتهن بنفسه⁽¹⁶¹⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿فَهَنَ مَقْبُوضَةً﴾، ومعنى ذلك من الراهن، وهذا موجود. ولأنه مقبوض عن الراهن بحق الرهن برضا المرتهن، فكان ذلك جائزا. أصله إذا قبضه بنفسه.

مسألة:

عندنا رهن المشاع جائز⁽¹⁶¹¹⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁶¹²⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك⁽¹⁶¹³⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَهَنَ مَقْبُوضَةً﴾، ولم يفرق بين مشاع وغيره، وهذا يمكن رهنه كما يمكن بيعه لأننا نزيل يد الراهن عنه، إما إلى المرتهن إن رضي الشريك، أو إلى الشريك إن رضي المرتهن، أو إلى عدل يكون عنده.

والقياس: هو أنها عين يجوز بيعها فجاز رهنها أصله المفرد، ولا يلزم عليه الأشياء الرطبة مثل الهريسة والفواكه، فإنه يجوز رهن جميع ذلك إلى مدة لا يسرع الفساد إليها.

⁽¹⁶⁰⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 152، 153.

⁽¹⁶⁰⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 133، النوادر: 10 / 177، المنتقى: 7 / 272، الكافي: 410.

⁽¹⁶⁰⁹⁾ "إلا" سقطت من الأصل.

⁽¹⁶¹⁰⁾ من قال بهذا: الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى، انظر: المغني: 6 / 470.

⁽¹⁶¹¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 132، النوادر: 10 / 168 وما بعدها، التفريع: 2 / 262.

⁽¹⁶¹²⁾ انظر: الأم: 4 / 395، الحاوي الكبير: 6 / 218.

⁽¹⁶¹³⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 92، المبسوط: 21 / 69.

قالوا: قولكم عين لا يصح؛ وذلك أن ما كان جملته مشارا إليه، فما من جزء من أجزاء ذلك إلا وهو بعض تلك العين فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ويلزم عليه المدبر فإنه يجوز بيعه ولا يجوز رهنه.

والجواب: هو أن عندنا لا يجوز بيعه، وإن جاز بيعه على دين عليه، فيجوز أيضا رهنه.

قالوا: فنقول بموجبه، وهو إذا كانت له أرض فقسمها فإنه يجوز رهن ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنكم إن قلتم به فلا تقولون به في غيره، ألا ترى أن العبد لا يجوز قسمته.

قالوا: فلا يمتنع أن يصح ذلك في حال الانفراد، ولا يصح في حال الإشاعة كالنكاح الذي يصح منفردا ولا يصح مع الإشاعة فكذا في مسألتنا (مثله)⁽¹⁶¹⁴⁾.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن رد الرهن إلى البيع أولى من رده إلى النكاح، لأنه قرينه ومشبه به، ولأن النكاح لا يجوز أن تكون المرأة لرجلين، وههنا يجوز أن يكون العبد لنفسين، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في الأصل وهو أن المفرد قد قارنته يد استحقاق، فلذلك جاز رهنه، وليس كذلك المشاع لأنه قارنته يد الشريك وله انتزاعه متى شاء.

والجواب: هو أنه يبطل بالمبيع، فإن يد الشريك قد فارنته، ومع ذلك لا يمتنع من بيعه، فكذا رهنه لا تمنع منه يده.

[121ب] أوقياس آخر: وهو أنه ما جاز قبضه في البيع جاز رهنه في الرهن أصله المقسوم.

وقياس آخر: وهو أنه عقد يجوز على ما ينقسم، فجاز على ما لا ينقسم أصله البيع.

وقياس آخر: وهو أنه عقد يقصد به الفرق، فجاز مع الإشاعة أصله الوصية والهبة.

وقياس آخر: وهو أنه أحد حالتي الرهن فجاز مع الإشاعة. أصله حالة الاستدامة، وذلك أن عبده أنه لو رهن عنده دارا، ثم أذن المرتهن ببيع نصف الدار ويكون النصف الثاني رهنا كما كان، فإن ذلك جائز، فكذا في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

(1614) "مثله" سقطت من الأصل.

قالوا: لا يمتنع أن يصح ذلك في حال الاستدامة ولا يصح (ذلك)⁽¹⁶¹⁵⁾ في حال الابتداء، ألا ترى أنه لو ابتداء العقد على عبد آبق لم يصح، ولو استدأ العقد عليه صح (العقد)⁽¹⁶¹⁶⁾.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن البيع القصد منه التملك، والرهن القصد منه استدأمة يد المرتهن عليه، وكونه تحت يده وسلطانه.

وقياس آخر: وهو أن كل ما جاز له أن يرهن عبده المحوز جاز له أن يرهن عبده المشاع، أصله إذا رهن المحوز عند رجلين، لأنه لو رهن داره من رجلين أو عبده كان ذلك جائزاً، فكذلك عبده المشاع من واحد أيضاً يجوز، وقد عبر عنه بعبارة أخرى: وهو أن كل عقد جاز أن يعقد لشخصين على عين واحدة جاز أن يعقد لواحد مشاعاً. أصله البيع.

وبيان ذلك: أنه يجوز أن يرهن نصف داره عند (رجل)⁽¹⁶¹⁷⁾ واحد ويرهن النصف الآخر عند آخر فكذلك أيضاً يجوز في مسألتنا.

قالوا: لا نسلم ذلك على إحدى الروايتين، وإن سلمنا؛ فالمعنى في ذلك إنها جاز لأن جميع الدار تكون عندنا رهناً عند كل واحد منهما، فلذلك جاز، وليس كذلك في العبد المشاع والدار المشاعة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن عندنا تكون نصف الدار رهناً عند كل واحد، وأما أن يكون جميع ذلك رهناً عند الواحد فلا، والذي يبين ذلك؛ أنه إذا أراد البيع في حق أحدهما باع نصف ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه عين محبوسة لاستيفاء حق فجاز مع الإشاعة أصله جنس المبيع لاستيفاء الثمن، لأنه يجوز أن يحبس بعض المبيع لاستيفاء الثمن فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في ذلك أنه على وجه البيع، وليس | كذلك في مسألتنا لأنه على سبيل [122] الوثيقة.

(1615) "ذلك" ساقطة من الأصل.

(1616) "العقد" سقطت من الأصل.

(1617) كلمة "رجل" سقطت من ط.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، ويلزم عليه حبس (المبيع)⁽¹⁶¹⁸⁾ على بعض الثمر.

واحتج بأن قال: لأن المرهون غير متميز من غير المرهون، فوجب أن لا يصح مع الإشاعة. أصله إذا قال رهنتك أحد هذين العبدین فإن ذلك لا يصح، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم هذا الأصل، لأن عندنا يجوز ذلك، وأي العبدین رهنه جاز ذلك، وقد قيل إنما لم يجوز ذلك لأجل الجهالة به كالبيع وليس كذلك في مسألتنا، لأن نصف الدار معلوم مشاهد، فإذا جاز بيع ذلك جاز رهنه.

قالوا: ولأنه نوع عقد لا يقصد به التملك فلا تصح معه الإشاعة أصله الكفالة، لا يجوز أن يتكفل بنصف (وجه)⁽¹⁶¹⁹⁾ رجل فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه يبطل بحبس بعض المبيع لاستيفاء الحق.
قالوا: إنما كان كذلك لأنه مال.

والجواب: هو أن الحبس ليس بمال، و على أن المعنى في الكفالة بنصف الوجه إنما لم يصح؛ لأن ذلك لا يمكن، لأنه لا يحضر نصفه وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، ولأنه لو أراد أن يتكفل بوجه زوجته لم يصح أيضاً.

قالوا: ولأنه نوع عقد يقصد منه الرفق (فلا تصح الإشاعة فيه)⁽¹⁶²⁰⁾. أصله القرض والقراض.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه يجوز له أن يستقرض منه نصف داره على زيد أو عمرو فكذلك عقد القراض يجوز أن يكون مشاعاً.

قالوا: ولأنه قارن الرهن فالموجب زوال يد المرتهن عنه إلى غيره فوجب أن لا يصح، أصله إذا رهن عنده شيئاً مغصوباً.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم قارن الرهن، لأنه لو طرأ عليه كان بهذه المثابة.

⁽¹⁶¹⁸⁾ في ط: "ويلزم عليه حبس بعض المبيع عن بعض الثمر".

⁽¹⁶¹⁹⁾ "وجه" سقطت من الأصل.

⁽¹⁶²⁰⁾ ما بين قوسين في ط: "فلم يصح مع الإشاعة".

والثاني هو أنه يبطل بما إذا رهن عنده عبدا فارتد فإن يده تزال منه لأنه يجب ضرب عنقه.

قالوا: فالعبد إذا ارتد لا تزال يده عنه إلى غيره وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن يده تزال إلى غيره، وهو الحاكم ليستتبيه، فإن تاب وإلا قتلته. ويبطل بما إذا رهن عنده دارا وأذن له في بيع نصفها، وكذلك إذا رهنه عبد شريكه.

وعلى أن المعنى في الشيء المغصوب إنما لم يجوز رهنه، لأنه لا يملك التصرف فيه بالبيع ولا بغيره وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يملك جميع ذلك منه فيملك رهنه كالمفرد.

[122ب]

قالوا: ولأنه إذا رهنه رهنا مشاعا فكأنه قال له يكون عندك يوما وعندي يوما، ولو صرح بذلك لم يجوز⁽¹⁶²¹⁾ فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا رهن عنده دارا فأذن له في بيع نصفها، والثاني إنما لم يجوز ذلك لأن الرهن من شأنه الاستدامة، فإذا رهنه يوما ويوما فقد خرج عن كونه رهنا، لأن القصد من الرهن التوثق وكونه تحت يد المرتهن.

قالوا: فالقصد من الرهن حبسه وكونه تحت يد المرتهن، فوجب أن لا يصح مع الإشاعة أصله النكاح، لما كان القصد منه الوطء، فلو تزوج بامرأة على أن يقيم في دار أبيها لم يصح ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه ليس المقصود منه الحبس حسب، وإنما المقصود منه بيعه عند وقته إذا تعذر الافتكاك من جهة الراهن، والذي يدل على ذلك أن (رهن أم الولد لا يجوز، والمدبرة أيضا لا يمكن أيضا استيفاء الحق منها)⁽¹⁶²²⁾.

وأما النكاح فالقصد منه الوصلة والألفة واجتماع أعيان الزوجين، فإذا شرط عليها كونها في بيت أبيها ولا تسلم للزوج فذلك شرط باطل، كما لو شرط عليه أن لا يطأها كان ذلك شرطاً باطلاً، ويجوز له الوطء، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

⁽¹⁶²¹⁾ ما بين قوسين في ط: "ولو شرك ذلك في الرهن".

⁽¹⁶²²⁾ في ط: "أن رهن أم الولد والمدبر لا يجوز لأنه يمكن استيفاء الحق منهما".

إذا ثبت ما ذكرناه بأن رهن المشاع جائز، فلا يخلوا بأن يكون باقيه له أو لغيره، فإن كان ذلك للراهن، لم يصح الرهن إلا بأن يقبضه الكل، لأنه ما لم يقبضه ذلك كله قيد الرهن عليه باقيه، وأما إن كان (للمشتري)⁽¹⁶²³⁾ أو لأجنبي صح ذلك إذا خرجت يد الراهن عليه⁽¹⁶²⁴⁾.

فصل:

وأما إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس فإن الرهن يبطل⁽¹⁶²⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم الحيازة قبل موت الراهن وتعلق (حقهم)⁽¹⁶²⁶⁾ بالمال، ومتى أمكن الإقباض فلم يفعل، وأما إذا لم يمكنه بأن يكون لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن يمنعه ويدافعه إلى أن مات أو أفلس، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن لا يبطل بذلك.

مسألة:

عندنا أن الأشياء المرهونة على ضربين:

منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان والعييد، فهذا النوع كله | لا يكون [123] مضمونا على المرتهن ويكون تلفه من المالك ما لم يكن المرتهن فيه متعدد.

ومنها ما يخفى هلاكه، وهو ما يغاب عليه ويوطن، مثل الذهب والفضة والحلي والعروض كلها، فهذا كله يكون مضمونا على المرتهن إذا قبضه وادعى تلفه يقاص به من حقه، إلا أن تقوم بينة له أو يعلم الراهن أنه (تلف)⁽¹⁶²⁷⁾ منه من غير (تعد)⁽¹⁶²⁸⁾ ففيه روايتان:

(1623) في ط: "للمرتهن".

(1624) انظر: المدونة: 4 / 131، التفريع: 2 / 262.

(1625) انظر: المدونة: 4 / 131، الكافي: 410 وما بعدها.

(1626) في ط: "وتعلق حق الغرماء كلهم بالمال".

(1627) "تلف" سقطت من الأصل.

(1628) في ط: "من غير صنعه".

أحدهما: سقوط الضمان عنه. والأخرى: ثبوته عليه⁽¹⁶²⁹⁾

وأما إن شرط فيما يضمن أنه لا ضمان عليه لم ينفعه ذلك، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه ذلك. وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان من ربه، هذا جملة مذهبننا في الرهن وتلفه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الرهن مضمون (بالأقل من قيمته)⁽¹⁶³⁰⁾، (أو من الدين)⁽¹⁶³¹⁾ إن كان بألف وسائى ألفا وتلف فإنه يسقط الحق بذلك، وإن كان يسائى أكثر من ذلك فإنه لا يضمن الزيادة عليه⁽¹⁶³²⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: الرهن أمانة، فإذا تلف لم يتلف من الحق شيء به⁽¹⁶³³⁾.
وبه قال أحمد بن حنبل رحمه الله⁽¹⁶³⁴⁾.

والدليل لما قلناه قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»⁽¹⁶³⁵⁾. فوجه الدليل منه هو أنه قال: «لا يغلق الرهن».

وقال أبو عبيد⁽¹⁶³⁶⁾: له تأويلان: أحدهما: أنه أراد بذلك عليه السلام "أنه لا يغلق" بمعنى أنه لا يملكه المرتهن عند محل الحق كما كانت الجاهلية تفعل، إن قضى الراهن الحق عند محل الأجل وإلا كان الرهن للمرتهن.

⁽¹⁶²⁹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 270، المدونة: 4/ 132 وما بعدها، المختصر الكبير: 264، التفریع: 2/ 259.

⁽¹⁶³⁰⁾ في ط: "بأقل القيمتين".

⁽¹⁶³¹⁾ ما بين قوسين ساقط من ط.

⁽¹⁶³²⁾ انظر: شرح معاني الآثار: 4/ 100، 104، مختصر الطحاوي: 94، 95، المبسوط: 21/ 65، 66.

⁽¹⁶³³⁾ انظر: الأم: 4/ 374، مختصر المزني: 101، الحاوي الكبير: 6/ 254.

⁽¹⁶³⁴⁾ انظر: المغني: 6/ 522 وما بعدها.

⁽¹⁶³⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁶³⁶⁾ أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادي، الفقيه الأديب المشهور، أخذ عن سفيان بن عيينة ويحيى بن مهدي ويحيى بن سعيد القطان، ووكيع بن الجراح وآخرون، وعنه روى محمد بن إسحاق الصغاني، وأبو بكر بن أبي الدنيا، ولي قضاء طرطوس، وصنف كتباً منها: غريب الحديث، والأموال، وكتاب القراءات، وكتاب الأمثال، والناسخ والمنسوخ، كانت وفاته بمكة سنة أربع وعشرون ومائتين. رحمه الله تعالى. تاريخ بغداد: 12/ 403؛ تاريخ مدينة دمشق: 49/ 58، 85.

والثاني: هو أنه أراد بقوله لا يغلق الرهن غلقاً لا يمكن للراهن حله وفكه⁽¹⁶³⁷⁾. وأي التأويلين كان قلنا به، لأنه عام في كل رهن.

والثالث: هو أنه قال عليه السلام: "له غنمه وعليه غرمه" فجعل غرمه عليه وغنمه له، وغنمه نفاؤه وزيادته، وغرمه تلفه ونقصانه، وهذا يدل على أن المراد (من الرهن)⁽¹⁶³⁸⁾ ما يظهر هلاكه، لأن النماء والدر والغنيمة (والغرم)⁽¹⁶³⁹⁾ يكون ذلك في الحيوان والرباع، فأما في الحلي والثياب وما يخفى ويغاب عليه ليس فيه ذلك في غالب العرف والعادة.

ولأن الرهن لا يجري مجرى الأمانة المحضة ولا مجرى المضمون المحض، لأنه قد أخذ شبهاً من الأمرين جميعاً فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، وبيان ذلك؛ أن الأمانة المحضة هو ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه | كله لقابضه كالمشتري أو بتعد وجناية، وما خرج عن هذا وأخذ شبهاً من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وفي مسألتنا لم يكن تعد ولا جناية فيضمن، (ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فسقط الضمان عن المرتهن)⁽¹⁶⁴⁰⁾، بل المنفعة لهما جميعاً، أما المالك فإنه حصل له ما ابتاعه أو ملكه ويقي الدين في ذمته لأجل الرهن، ولولا أنه لم يملكه فقد انتفع به، وأما المرتهن فإنه يحصل له التوثق به فلم يقبضه للمالك كالوديعة، وإنما قبضه ليكون وثيقة له بحقه، وإذا كان ذلك كذلك وقد أخذ شبهاً من الأمرين جميعاً، لم يجوز أن ينفرد بحكم أحدهما على التجريد، فيجب (الفصل)⁽¹⁶⁴¹⁾ بينه وبينهما، وفي ذلك ثبوت ما قلناه لأن أحداً لم يفصل بينهما لما سواه.

وأما الدليل على الشافعي حيث قال: إن الرهن أمانة وأنه لا يضمن، مما روي عن

⁽¹⁶³⁷⁾ قال في التمهيد: "قال أبو عبيد: لا يجوز في كلام العرب أن يقال للرهن إذا ضاع: قد غلق، إنها يقال: قد غلق إذا استحقه المرتهن فذهب به، قال: وهذا كان من فعل الجاهلية فأبطله النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: لا يغلق الرهن". التمهيد: 6/ 439، الاستذكار: 22/ 96. وذكر الماوردي في كتابه الكبير مثل كلام القاضي عبد الوهاب رحمه الله نقلاً عن أبي عبيد. انظر: الحاوي الكبير: 6/ 256.

⁽¹⁶³⁸⁾ ما بين قوسين ساقط من ط.

⁽¹⁶³⁹⁾ في ط: "والغرم عليه".

⁽¹⁶⁴⁰⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁶⁴¹⁾ كلمة "الفصل" سقطت من ط.

رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽¹⁶⁴²⁾. وهذا قد أخذ شيئاً للغير فوجب عليه رده أو رد قيمته.

وروى أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن بما فيه»⁽¹⁶⁴³⁾.

ولا يخلوا: إما أن يكون المراد به أنه محبوس بما فيه، أو مضمون بما فيه، فلا يجوز أن يقال أنه أراد بذلك الحبس، لأنه ليس من شرطه عند الشافعي الحبس، لأنه يجوز أن يخرج عن يد المرتهن إلى يد الراهن، فإذا بطل هذا ثبت أن المراد به الضمان، (فقد قام)⁽¹⁶⁴⁴⁾ الدليل على أن ما لا يغاب عليه لا يضمن، لأنه مشاهد بقي الباقي على ما هو عليه.

قالوا: إنما أراد بقوله عليه السلام "الرهن بما فيه" أنه وثيقة بما فيه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لو أراد بذلك لقال الرهن على ما فيه؛ فلما قال "بما فيه" دل على أنه أراد بذلك ضمانه، فكأنه قال هذا بهذا، وقد علم أن الرهن وثيقة على ما فيه، فالفائدة في كونه مضمونا، لأن الضمان لا يعلم في نفس الرهن والوثيقة معلومة، (فحمل الخبر على ما فيه فائدة تعلم من جهته أولى من حمله على فائدة معلومة من غير جهته)⁽¹⁶⁴⁵⁾.

قالوا: فهذا الحديث يرويه إسماعيل بن أمية عن فلان بن سعيد، وإسماعيل بن أمية

⁽¹⁶⁴²⁾ أخرجه أبو داود في أبواب الإجارة، باب في تضمين العور، ر: 3561، ص 391، وابن ماجه في الصدقات، باب العارية، ر: 2400، 2/ 802، والترمذي في العارية، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ر: 1266، 3/ 557، ونقل في البدر المنير ما نصه: "قال الترمذي: هذا حديث حسن قال المنذري: هذا يدل على أنه يصحح سماع الحسن من سمرة. ونقل صاحب «الإمام» عن ت صحيحه أيضا، وقال ابن طاهر في «تخريج أحاديث الشهاب»: إسناده متصل صحيح. قال: والعلة في عدم إخرجه في الصحيح ما يذكر أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقبة. وقال الحاكم في «مستدركه»: هذا حديث صحيح على شرط البخاري". البدر المنير: 6/ 753.

⁽¹⁶⁴³⁾ أخرجه الدار قطني في البيوع، ر: 2931، 3/ 441، والبيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، 6/ 40، والحديث في إسناده أبو إسماعيل بن أبي أمية الذراع. قال الدار قطني، إسماعيل هذا يضع الحديث. سنن الدار قطني: 3/ 441، 442.

⁽¹⁶⁴⁴⁾ في ط: "فأما الدليل".

⁽¹⁶⁴⁵⁾ في ط: "فحمل الخبر على فائدة تعلم من جهته أولى من حمله على فائدة تعلم من غير جهته".

وضاع للحديث⁽¹⁶⁴⁶⁾.

والجواب: هو أن هذا لا يصح حديث معروف مشهور عند أهل النقل للأخبار، والرجل معروف وظاهر المسلمين العدالة فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فهذا الخبر يفتقر إلى إضمار، لأنه قال الرهن بما في، فإن أضمرتم الضمان عند التلف أضمرنا الرهن بما فيه من الحق وأنه لا يضمن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن قوله عليه السلام "بما فيه" قد بينا أنه لم يرد به الحبس، لأن عندكم ليس من شرطه الاستدامة لم يبق إلا أنه أراد بذلك الضمان.

وروي «أن رجلا رهن فرسا عند (رجل)⁽¹⁶⁴⁷⁾ فمات الفرس، فسأل الرجل رسول الله ﷺ عن ذلك» فقال: «تلف حقه»⁽¹⁶⁴⁸⁾.

فإن قالوا: هذا الخبر مرسل لأنه رواه عطاء.

والجواب: هو أن المرسل عندنا كالمسند.

قالوا: فيحتمل أنه أراد بذلك ذهب حقه من الوثيقة، (لا من الرهن، لأن ذلك ثابت في الزمة، والجواب: هو أن الظاهر ما ذكرناه، وأنه أراد بذلك الحق، لأننا نعلم أنه من الوثيقة قد ذهب حقه)⁽¹⁶⁴⁹⁾، فيجب أن يحمل على فائدة مجردة وليس إلا ما ذكرناه.

ولأن ذلك إجماع الصحابة؛ وذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الرهن مضمون بأقل القيمتين»⁽¹⁶⁵⁰⁾.

⁽¹⁶⁴⁶⁾ قال البيهقي في السنن الكبرى: "قد قيل لإسماعيل بن أبي أمية الذراع، وقيل عنه عن سعيد بن راشد عن حميد عن أنس مرفوعا، قال أبو الحسن الدارقطني: إسماعيل هذا يضع الحديث" السنن الكبرى: 6 / 40.

⁽¹⁶⁴⁷⁾ ما بين قوسين سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁴⁸⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، 6 / 41، والحديث وهنه الشافعي رحمه الله كما صرح بذلك البيهقي في الكبرى، 6 / 41.

⁽¹⁶⁴⁹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁶⁵⁰⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، 6 / 43، ثم قال البيهقي بعد أن ساق هذا الأثر: "هذا ليس بمشهود عن عمر".

وروي عن علي عليه السلام أنه قال: «الرهن مضمون بكمال قيمته»⁽¹⁶⁵¹⁾، فمن قال أنه أمانة فقد خالف الإجماع.

قالوا: فقد روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «الرهن أمانة»⁽¹⁶⁵²⁾.

وروي عن زيد بن ثابت أنه قال: «الرهن أمانة»⁽¹⁶⁵³⁾.

والجواب: هو أنا نستعمل القولين جميعا ونلحق بين الحكمين فنقول، هو أمانة فيما يظهر هلاكه من الدور والحيوان، وهو مضمون فيما يخفى هلاكه كالذهب والفضة وسائر ما يخفى، واستعمال القولين على فائدة أولى من استعمال أحد القولين وترك الآخر.

والقياس: هو أنه محبوس لحق لاستيفاء مال، فجاز أن يكون مضمونا أصله المحبوس على وجه السوم.

قالوا: لا نسلم أنه محبوس لاستيفاء مال.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه لا محالة أنه محبوس لاستيفاء مال، لأنه إذا بلغ المحل ولم (يرد)⁽¹⁶⁵⁴⁾ الراهن المال بيع عليه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فيلزم عليه ولد المرهونة فإذا مات فإنه محبوس لاستيفاء حق ومع ذلك لا يضمن.

والجواب: هو أن عندنا لو ماتت الأم أيضا كانت بهذه المثابة، وأنها لا تضمن لأن ذلك مما لا يخفى ولا يبطن فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فينكسر بما إذا استأجر عبده إلى مدة فمات فإنه محبوس لاستيفاء حق، فإذا مات فإنه غير مضمون (عليه)⁽¹⁶⁵⁵⁾.

والجواب: هو أنه لا يلزمنا نحن، لأن جميع الحيوان والعقار عندنا بتلك المثابة، وإنما

⁽¹⁶⁵¹⁾ هذا روي برويات مختلفة عن علي رضي الله عنه، كما قال البيهقي في سننه وفي إسنادها مقال، 6 / 43.

⁽¹⁶⁵²⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، 6 / 43، وذكره ابن عبد البر في التمهيد: 6 / 437. وقال هو أحسن الأسانيد في هذا الباب.

⁽¹⁶⁵³⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر.

⁽¹⁶⁵⁴⁾ في ط: "ولم يزن".

⁽¹⁶⁵⁵⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

يضمن ما لا يخفى ولا يظهر.

قالوا: المعنى في الأصل وهو المحبوس على وجه السوم، إنما كان كذلك لأنه إذا تلف انفسخ العقد وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأن الحبس في هذا؛ | إنما كان لاستيفاء المال والحق كما [124ب] كان في هذا الموضع.

قالوا: فالمعنى في البيع إنما كان كذلك لأنه في مقابلة معوض، فإذا لم يسلم له ذلك لم يسلم له المعوض وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن الرهن أيضا كان محبوسا في مقابلة ماله من الحق، فإذا تلف وادعى هلاكه كان مضمونا عليه، لأنه في مقابلة حق فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه حق تعلق بالرقبة فجاز أن يسقط بتلف الرقبة أصله العبد الجاني إذا مات، ولا يلزمنا ما لا يخفى هلاكه لأن العلة للجواز.

فإن قالوا: لا نسلم أنه حق تعلق بالرقبة.

والجواب: هو أنا نريد بذلك أنه إذا امتنع من وزن ما عليه من الحق (استوفى الحق من نفسه)⁽¹⁶⁵⁶⁾، ولأنه لولا الرهن ما أعطاه درهما واحدا فكيف يجوز أن يقال إن الحق ما تعلق بالرقبة، ولا يلزمنا عليه ولد المرهونة ولا العبد المستأجر.

قالوا: المعنى في العبد الجاني أنه إذا مات فما بقي محل للحق يتعلق به، فلذلك بطل، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا محل آخر وهو الذمة. (والجواب: هو أنت نقول بموجبه فيما يظهر هلاكه كالعقار والحيوان، والثاني: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان ههنا محل آخر وهو الذمة)⁽¹⁶⁵⁷⁾ إلا أنه ما رضي المرتهن بكون حقه في ذمة الراهن، فيجب أن يتعلق ذلك بذمته، وإنما رضي بالرهن لا بالذمة، والرهن قد تلف فلا ينتقل الحق إلى ذمة ما رضي بها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه عقد يفضي إلى زوال الملك فجاز أن يسقط الحق بتلفه أصله المبيع

⁽¹⁶⁵⁶⁾ في ط: "استوفى الحق من رقبة الرهن".

⁽¹⁶⁵⁷⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

إذا تلف. ولا يلزمنا ما لا يغاب عليه لأن العلة للجواز فيجوز ذلك في الموضع الذي يجوز.
فإن قالوا: لا نسلم أنه يفضي إلى زوال الملك.

والجواب: هو أنا نريد بذلك إذا امتنع الراهن من قضاء ما عليه، فإن الحاكم يبيع عليه الرهن ويسلم الثمن إلى المرتهن، فقد أفضى إلى زوال ملكه بغير اختياره، ولا يلزم عليه ولد المرهونة ولا العبد المستأجر لأن جميع ذلك لا يضمن عندنا، لأنه مما لا يبطن هلاكه.

قالوا: المعنى في ذلك أنه ينفسخ العقد بتلفه وليس كذلك في مسألتنا، لأن عقد الرهن باق على حاله.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه إذا تلف الشيء المرهون وكان مما يغاب عليه فإن عقد الرهن قد انفسخ أيضا فلا نسلم ما قالوه. ولأنه لو كان الرهن أمانة لوجب أن يقبل قوله في رده، فلما لم يقبل قوله في ذلك دل على أنه خارج عن الأمانة، وقد بينا أنه أخذ شيئا من الأمانة وشبهها من الضمان فوجب أن يعطى ما أخذ الشبه | من جهته من الأمانة، وأنه لا يضمن مثل العقار والحيوان الذي لا يكاد يخفى هلاكه وأن يعطى الشبه الآخر من الضمان فيما يخفى هلاكه من الدنانير والدراهم والعروض.

واحتج بقوله عليه السلام: « لا يغلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه »⁽¹⁶⁵⁸⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك بيان حكم الرهن وأنه لا يغلق كما كانت الجاهلية تفعل، (لأن الجاهلية)⁽¹⁶⁵⁹⁾ كانت إذا رهن رهنًا فحل محل الرهن ولم يفتكه الراهن ملكه المرتهن.

والثاني: هو أنه عليه السلام بين أيضا في هذا الخبر أن غنمه له وغرمه عليه ونحن كذلك نقول.

والثالث: أنه عام، وقوله عليه السلام “الرهن بما فيه” أولى.

والرابع: هو أنا نحمله على ما يظهر هلاكه ونحمل خبرنا على ما يغاب عليه، واستعمال

⁽¹⁶⁵⁸⁾ تقدم تحريجه.

⁽¹⁶⁵⁹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

الخبرين على فائدين أولى من استعمال أحدهما وإطراح الآخر، وهم لا يمكنهم ذلك.
قالوا: ولأن الرهن وثيقة بالحق ليست بعوض منه فوجب أن يبطل الحق بتلفها، أصله
الشاهد والضمين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح من أوجه:
أحدها: أنها وإن كانت وثيقة إلا أن الحق قد يستوفي منها في حالة وهي إذا عجز
الراهن عن الحق.

والثاني: نقول بموجبه فيما يظهر هلاكه كالعقار والحيوان.
والثالث: هو أنه ينكسر بالعارية فإنها محبوسة ومع ذلك يضمنها بالتلف.
والرابع: هو أنه لا يجوز اعتبار الرهن (بالشاهد والضمين)⁽¹⁶⁶⁰⁾، لأن الشاهد لا
يستوفي منه الحق عند تعذره من جهة الراهن، وفي مسألتنا يباع الرهن ويستوفي ذلك
(الحق)⁽¹⁶⁶¹⁾ من قيمته.

والثاني: هو أن الشاهد ليس بمحبوس لاستيفاء الحق من جهته ورقبته، فلذلك إذا
مات لم يبطل حقه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الرهن محبوس لاستيفاء الحق من جهته
ورقبته، ولأن الشاهد لا يثبت الحق في ذمته، فموته وحياته واحد، وليس كذلك في مسألتنا،
لأن الحق ثابت في ذمة الراهن فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد لا يجب به الضمان في فاسده فلا يجب به الضمان في صحته، أصله
الوديعة والقراض وسائر أنواع الأمانات.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن عندنا في الفاسد يضمن كما يضمن في الصحيح، لأننا لا
نقبل قوله إذا أخذ شيئاً على وجه الرهن وكان مما يغاب عليه إلا أن يقوم له بينة بذلك.

والثاني: هو أنه يلزم عليه العارية، فإن عندكم | هي مضمونة وهي بالرهن أشبه منها
بالوديعة، وسائر الأمانات إنما لم تضمن في جميع ذلك، لأنه أخذ ذلك لمنفعة صاحبها لا
منفعة له في ذلك بوجه، وليس كذلك الرهن لأنه أخذه لمنفعة نفسه ومنفعة صاحبه، ومن

(1660) في ط: "بالشهود والضمان".

(1661) كلمة "الحق" سقطت من الأصل.

أخذ شيئاً لمنفعة نفسه وجب عليه الضمان كالمقترض والمستعير عندكم.

قالوا: ولأنه مرهون عري عن العدوان فلا يتعلق به بالضمان أصله ما يظهر هلاكه.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه، لأننا لا نضمنه على كل وجه، بل نضمنه في موضع دون موضع، والثاني: هو وإن كان مرهوناً إلا أنه قد أخذ شيئاً من الأمانة وشبهها من الضمان، فأعطيناه شبه الضمان في موضعه وأعطيناه شبه الأمانة في موضعه، وأنتم جعلتموه أمانة محضة وذلك خلاف ما قررناه. وعلى أن المعنى في ذلك هو أنه يظهر هلاكه ويعلم قطعاً ويقينا فلا يلزمه ضمان ما يعلم أنه هلك من غير تعد فيه، وليس كذلك فيما يبطن، لأننا لا نعلم ذلك ولا نحققه، فكان الضمان عليه لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه مقبوض عن عقد الرهن فوجب أن يكون أمانة أصله إذا رهن عنده جارية حاملاً فولدت ومات الولد.

والجواب: هو أنه عندنا لو ماتت الأم كان أيضاً بهذه المثابة، لأن ذلك مما لا يخفى هلاكه فلم يصح ما قالوه.

(قالوا)⁽¹⁶⁶²⁾: ولأنه مقبوض عن عقد واحد فإذا كان بعضه أمانة كان جميعه أمانة أصله المضاربة والشركة.

والجواب: هو أنه ينكسر بالمحبوس على وجه السوم، وكذلك إذا أودع عنده نصف عبد والنصف الآخر له، ويلزم عليه العارية لأنها مقبوضة عن أمانة، ومع ذلك يلزم عندكم ضمانها، ولأننا إنما قلنا إن بعضه يكون أمانة لأنه لا يخفى هلاكه ولا يبطن فلا يلزمه ضمان ما تحققنا هلاكه من غير جهته، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مما يخفى هلاكه ويبطن أمره، ولا يأمن أن يحدد ذلك ويستولي عليه فالزمنه ضمان ذلك.

والمعنى في المضارب والوكيل وما قالوه أنه يقبل قول كل واحد منهما في رد المال، وليس كذلك المرتهن لأنه إذا قال رددته لا يقبل قوله فافترقا.

قالوا: ولأنه أحد محلي الحق فلا يسقط الحق بتلفه أصله الذمة وذلك أن تلف الراهن وموته لا يسقط الحق فأولى أن لا يسقط بتلف الرهن.

والجواب: | (هو أنا كذلك نقول)⁽¹⁶⁶³⁾ فيما يظهر هلاكه مثل العقار والحيوان، ويبطل بالعبد الجاني فإن الحق يبطل بموته. والمعنى في الذمة إنما لم يسقط الحق بتلفها لأنها تتعلق بذمته وماله، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الحق إنما يتعلق بالرهن؛ ألا ترى أنه يباع عند تعذر الحق من جهة الراهن فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه من زوائد العقد فلا يبطل الحق بتلفه أصله الصداق، ولا يتلف المهر بتلفه فكذلك ههنا.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه من زوائد العقد. والثاني: أنا نقول بموجبه، والمعنى في الصداق إنما لم يسقط (الحق بتلفه)⁽¹⁶⁶⁴⁾ لأنه تعلق بذمته وليس كذلك في مسألتنا لأنه تعلق بالرقبة فوجب أن يسقط يتلف الرقبة كرقبة العبد الجاني إذا مات، والله أعلم.

فصل:

وأما إذا قامت بينة بهلاكه أو علم أنه هلك من غير صنيع المرتهن، فقد اختلف الرواة عن مالك رحمه الله فيه:

فروى ابن القاسم وغيره عنه من أصحابنا: أنه لا ضمان عليه ويأخذ دينه من الراهن. وروى أشهب وابن عبد الحكم: أنه ضامن بقيمته وإن علم هلاكه⁽¹⁶⁶⁵⁾.

فوجه الرواية أنه لا ضمان: هو أن سبب الضمان معدوم، لأنه إنما يضمن لئلا يكون هذا قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعه، فإذا علم صدقه في ذلك وجب أن لا يضمن، ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قبوله ولم يضمنه.

ووجه إيجاب الضمان: هو أن أصله مقبوض على (وجه الضمان)⁽¹⁶⁶⁶⁾، فلا يتنفي عنه الضمان حسماً للباب، والقول (الأول)⁽¹⁶⁶⁷⁾ أصح وأوضح، أن لا ضمان عليه لأنه لم يمكن منه تعد.

⁽¹⁶⁶³⁾ في ط: "هو أنا نقول بموجبه".

⁽¹⁶⁶⁴⁾ ما بين قوسين ساقط من ط.

⁽¹⁶⁶⁵⁾ انظر: المختصر الكبير: 265، النوادر: 10 / 186، التفریع: 2 / 259.

⁽¹⁶⁶⁶⁾ في ط: "على ذلك".

⁽¹⁶⁶⁷⁾ سقطت من الأصل.

فصل:

وإذا قلنا إنه يضمن؛ فإنه يضمن بقيمته ويقاوص بذلك من دينه.
وإنما قلنا ذلك: لأن الضمان تعلق بما حصل في قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة.

وإنما قلنا إنه يقاوص به؛ لأن رب الرهن قد استحق في ذمة المرتهن حقا فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه الآخر عليه مثل ذلك، فوجب التقاوص ورد الفضل بينهما، فإن كان قد فضل عن الحق غرمه المرتهن، وإن كان أقل منه لزم الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصا لا له ولا عليه.

فصل:

[126ب] وإذا شرط المرتهن على الراهن أنه لا ضمان عليه إن تلف، فإن ذلك الشرط | غير لازم ولا ينعقد ذلك.

وإنما قلنا ذلك: لأنه شرط شرطا ينافي حكم العقد، فوجب أن لا يثبت أو لا يصح. أصله إذا شرط في الوديعة أنه ضامن أو شرط في القراض أنه (غير)⁽¹⁶⁶⁸⁾ ضامن، ولأن ما يلزم بالعقد يكون هو الأصل في قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح، كما لو شرط في النكاح أنه لا يطأ وفي البيع أنه لا يتصرف في المبيع، فإن كل ذلك لا يلزم.

فصل:

والرهن إذا كان على يد أمين فإن تلفه من ربه⁽¹⁶⁶⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحرز، وهذا معدوم في حق الأمين لأنه قبضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلا يضمنه، ولأن رب الرهن لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن عليه سبيل بوجه ولا سبب.

مسألة:

فإذا اختلف الراهن والمرتهن في الدين الذي حصل به الرهن، فقال الراهن هو علي

⁽¹⁶⁶⁸⁾ "غير" سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁶⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 132، 133، النوادر: 10 / 197 وما بعدها.

مائة وقال المرتهن علي مائتين، والرهن ما ساوى المئتين أو أقل من ذلك، فالقول قول المرتهن مع يمينه. فإذا حلف لزم الراهن، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على (جنبه)⁽¹⁶⁷⁰⁾ الراهن وحلف على ما يدعيه وأخذ رهنه⁽¹⁶⁷¹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قول الراهن⁽¹⁶⁷²⁾.

ودلينا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283]، فوجه الدليل منه: هو أن الله تعالى أقام الرهن في الوثيقة مقام الشهود إذا عدموا، فلما ثبت وتقرر أن الشهود يقبل قولهم في مبلغ الدين وجب أن تكون قيمة الرهن مصدقة كالشهود، وإنما كان كذلك؛ لأن العرف والعادة أن المرتهن يستظهر لنفسه ولا يأخذ ما يساوي دون حقه، وإنما يقول هذا لا يساوي مالي ولا آخذ إلا ما يساويه وزيادة عليه، وإذا كان هذا هو العرف والعادة فيما بين الناس وجب الرجوع إلى قيمة الرهن، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر ما يكذبه العرف، كانت اليمين في جنبه من يصدقه العرف، ولأن أحدا لا يرهن على ألف درهم ما يساوي عشرين درهما ولا على عشرين درهما ما يساوي مائة درهم. والقياس: هو أنه مدع قوي سببه فكانت اليمين في جنبته. أصله إذا تنازعا ثوبا وهو في يد أحدهما كان القول قول من هو في يده، كذلك في باب الرهن وجب أن يكون القول قول من يشهد له العرف.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽¹⁶⁷³⁾ [127] والراهن منكر فوجب أن يكون القول قوله مع يمينه.

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه لأن الراهن مدع، لاستحقاق أخذ الرهن وإخراجه من يد المرتهن بما يذكره من دعواه، والمرتهن منكر أن يكون الراهن مستحقا لذلك إلا بما يذكره، فكانت اليمين في جنبته، لأن الراهن معرف بكونه رهنا في يد المرتهن،

⁽¹⁶⁷⁰⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁷¹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 273، المدونة: 4/ 145، النوادر: 10/ 230، 231، العتبية مع البيان: 11/ 308.

⁽¹⁶⁷²⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 174، الأم: 4/ 309، 310، الحاوي الكبير: 6/ 192، 193.

⁽¹⁶⁷³⁾ تقدم تخريجه.

(قالوا)⁽¹⁶⁷⁴⁾: ولأنهما لو اختلفا في أصل الرهن كان القول قول صاحب الرهن أنه لم يرهن، وكذلك في المبيع مثل ذلك.

والجواب: هو إنما كان كذلك، لأن المرتهن ليس معه شاهد يشهد لدعواه، فقلنا إن القول قول الراهن وليس كذلك في مسألتنا، لأن معه شاهد يشهد لدعواه وهو قيمة الرهن الذي أقيم مقام الشاهد في الشرع.

قالوا: ولأن الزوجين لو اختلفا في الطلاق، فقالت المرأة طلقني، وقال الزوج ما طلقتك، كان القول قول الزوج، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون ههنا القول قول الراهن.

والجواب: هو إنما كان كذلك، لأن المرأة لا شاهد لها يشهد لما تدعيه من الطلاق فلذلك لم يكن القول قولها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا شاهد يشهد وهو قيمة الرهن، فكان المرجع إليه كالمرجع إلى الشهود على الدين. وعلى أن في الزوجة أيضا قد يقبل قولها وإن خالفها الزوج في ذلك مثل أن يقول الرجل لزوجته المدخول بها اختاري لنفسك، فتقول اخترت الثلاث ويقول الزوج إنما خيرتك في واحدة، فإننا نلزمه ما قالت ولا يلتفت إلى قوله، وإنما كان كذلك؛ لأن سببها قوي إذ لا تكون مختارة لنفسها إن ألزمناه واحدة، لأن له أن يرجعها شاءت أم أبت.

قالوا: ولأنها لو ادعى جوهرى جوهره في يد زيات أو كناس لم يقبل قوله فكذلك الدباغ مع العطار.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن مالكا رحمه الله قد قال: إنها إذا كانا في دار واحدة أو موضع واحد فتداعيا ذلك، كان القول قول الجوهرى فيما يدعيه من الجوهره، وكذلك الدباغ مع العطار فلم يسلم ما قالوه. والله أعلم بذلك.

فصل:

وإذا اختلفا في عين الرهن، فقال الراهن ليس | هذا رهني وقال المرتهن هذا هو الذي رهنته عندي كان القول قول المرتهن⁽¹⁶⁷⁵⁾.

(1674) سقطت من الأصل.

(1675) انظر: الموطأ: 2/ 271، المدونة: 4/ 153، 154، التفريع: 2/ 264.

وإنما قلنا ذلك، لأنه مؤتمن على عين الرهن، والراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعرف بها، ولأنه لما رضي بأمانته وأن يكون الرهن عنده في قبضته ولم يتوثق على ذلك بالإشهاد على عينه، وجب أن يكون القول قوله في ذلك لأنه أمين.

فصل:

ومن أقر لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه، وأنكر ربه أن يكون رهنها وأنكر الدين أو اعترف به فالقول قول رب السلعة مع يمينه⁽¹⁶⁷⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الذي في يده معترف له بها ومدع تعلق حق له بعينها فلا يقبل منه ذلك إلا ببينة، ولا يكفي في ذلك كونها في يده، لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها فلا يقبل منه ذلك.

فصل:

ونماء الرهن على ضربين: أعيان نامية من عينه وأعيان غير نامية من عينه وهي من منافعه، فأما غير النامية من عينه فلا تدخل مع الرهن في كونه رهنًا مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك⁽¹⁶⁷⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الأجرة والغلة أعيان منفصلة عن الرهن، فلا يكون حكمها حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجازات فلا يدخل معه ذلك كغيرها من الأموال. ولأن ذلك غلة وخراج، والرهن يتناول العين دون المنافع.

ولأن الرسول ﷺ قال: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»⁽¹⁶⁷⁸⁾ وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق حق لغيره به.

وأما الأعيان فضربان: منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فأما ما لا يتميز فهو مثل كبر الصغير وسمن المهزول فهذا لا خلاف أن حكمه حكم العين (المهزولة)⁽¹⁶⁷⁹⁾. وإنما قلنا ذلك، لأن حكمه حكم الأصل، لأن نفس العين ليس بمعنى

⁽¹⁶⁷⁶⁾ انظر: التفريع: 2 / 264، الكافي: 415.

⁽¹⁶⁷⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 270، المدونة: 4 / 134، 135، التفريع: 2 / 260 المنتقى: 7 / 244، 245.

⁽¹⁶⁷⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁶⁷⁹⁾ في ط: "المرهونة".

زائد عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم، فكذلك إذا طرأ عليه.

وأما ما يتميز فتوعان: نوع منها نسل أو ما يجري مجرى النسل في الحكم، فهذا يكون رهنا مع الأصل كولد الأمة والدابة وفصيل النخل وفرخ الشجر، وأما النوع الآخر فلا يوصف بذلك فلا يكون رهنا مع الأصل | كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها [128] وما أشبه ذلك⁽¹⁶⁸⁰⁾.

مسألة:

عندنا أن جميع نماء الرهن من ولد ولبن وصوف وجميع منافعه له⁽¹⁶⁸¹⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽¹⁶⁸²⁾ والشافعي⁽¹⁶⁸³⁾.

وقال أحمد بن حنبل: الدر يكون للمرتهن دون الراهن⁽¹⁶⁸⁴⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلط الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»⁽¹⁶⁸⁵⁾.

فوجه الدليل منه، أنه ﷺ جعل غنمه الذي هو زيادته له، وهذا يدل على أنه مبقى على ملكه، وأن لا حق للمرتهن فيه.

وروي أن النبي ﷺ قال: «من رهن دابة فعليه نفقتها وله حلبها ودرها»⁽¹⁶⁸⁶⁾ وهذا نص في ما اختلفنا فيه.

والقياس هو أنه محبوس لاستيفاء حق فلا يوجب كون النماء له، أصله البائع إذا أمسك

⁽¹⁶⁸⁰⁾ انظر: النوادر: 10 / 180، التفرع: 2 / 260، الكافي: 412.

⁽¹⁶⁸¹⁾ انظر: الموطأ: 2 / 270، المدونة: 4 / 135، التفرع: 2 / 260.

⁽¹⁶⁸²⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 152.

⁽¹⁶⁸³⁾ انظر: الأم: 4 / 737 وما بعدها.

⁽¹⁶⁸⁴⁾ انظر: المغني: 6 / 514، 515.

⁽¹⁶⁸⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁶⁸⁶⁾ لم أجده بهذا اللفظ، وأصله ما رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدَّر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة". أخرجه في كتاب الرهون، باب الرهن مركوب ومحلوب، ر: 2512، 2 / 211.

المبيع ليستوفي الثمن، فإن ما حدث من نماء المبيع فإنه يكون للمشتري لا للبائع، فكذا في مسألتنا مثله، ولأن عقد الرهن إنما تناول حبس الرهن على الوثيقة لا على استغلال منفعة له فلم يجز له أن يملكه شيئاً من ذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»⁽¹⁶⁸⁷⁾ والرهن عندكم مضمون فيجب أن يكون النماء له لأنه مضمون عليه.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه مضمون عليه؛ لأنه إذا أقام بينة بهلاكه فإنه لا يضمه وكذلك ما يظهر من ذلك (هلاكه)⁽¹⁶⁸⁸⁾ مثل هدم الدار وموت الدابة جميع ذلك غير مضمون، وأما إذا ادعى هلاك ذلك ولم يعلم صدقه فإننا نضمه ذلك.

وأما قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»⁽¹⁶⁸⁹⁾، إنما أراد بذلك (عليه السلام)⁽¹⁶⁹⁰⁾ لمن يضمن ضمان الملك حتى يكون تلفه منه فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا ما كان من نسل نماء، فإنه يكون رهناً مع الأصل، مثل ولد الجارية وولد البهيمة، وأما ما كان من دار أو صوف أو ثمرة، فإنه لا يدخل في الرهن (منه شيء)⁽¹⁶⁹¹⁾ 1692.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: جميع النماء يدخل في الرهن مع الأصل⁽¹⁶⁹³⁾.

وقال الشافعي: جميع النماء لا يدخل مع الرهن منه شيء⁽¹⁶⁹⁴⁾.

[128ب]

⁽¹⁶⁸⁷⁾ أخرجه أبو داود في أبواب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، ر: 3508، ص 389، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، ر: 20243، والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ثم يستغله، 1285، 3/ 574، وقال الترمذي، حديث حسن صحيح، وقد روي من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم.

⁽¹⁶⁸⁸⁾ سقطت من ط.

⁽¹⁶⁸⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁶⁹⁰⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁶⁹¹⁾ ما بين قوسين ساقط من ط.

⁽¹⁶⁹²⁾ انظر: الموطأ: 2/ 270، المدونة: 4/ 135، التفرع: 2/ 260.

⁽¹⁶⁹³⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6/ 152.

⁽¹⁶⁹⁴⁾ انظر: الأم: 4/ 337، 338- الحاوي الكبير: 6/ 120، 121.

والدليل على أبي حنيفة وأن الدرّ والصوف واللبن لا يكون رهنا مع الأصل، | ما روي أن النبي ﷺ قال: « لا يغلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه »⁽¹⁶⁹⁵⁾ فجعل غنمه الذي هو زيادته ونماؤه له.

قالوا: فنحن كذلك نقول وأنه للراهن، وإنما اختلفنا في كونه (رهنا)⁽¹⁶⁹⁶⁾ مع الأصل.

والجواب: هو أن هذا الكلام يجب أن يحمل على فائدة، لأننا قد علمنا أنه ملك له، فيجب أن يكون ما ذهبنا إليه من كون النماء الذي هو الدر والصوف لا يدخل معه، والولد يدخل معه، لأنه من جنسه.

والقياس: هو أنه نماء متميز عن الأصل، مخالف له في الخلق والصورة، فوجب أن لا يكون رهنا مع الأصل أصله الكسب.

قالوا: المعنى في الكسب إنما لم يدخل مع الأصل في الرهن لأنه ليس من نماء الأصل، وإنما ملك منفعة أخرى، وهو الاحتطاب والاحتشاش، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الدار والصوف والثمرة من نماء الأصل فكان مع الأصل كالولد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الخدمة والكسب هي من نماء غير الرهن لا فرق بينهما، وأما الولد فإنما دخل مع الأصل، لأنه من جنس الأصل لا مخالفة في الخلقة والصورة، والحكم إذا ثبت في الرقبة ثبت في الولد فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه نماء من غير جنس الأصل فلا يكون رهنا مع الأصل أصله الأجرة والكسب الذي ذكرناه.

واحتج بأن قال: لأنه نماء متميز فوجب أن يكون مع الأصل أصله الولد.

والجواب: هو أنه ينكسر بالكسب، فإنه نماء متميز من الأصل، ومع ذلك فإنه لا يكون مع الأصل في الرهن. والمعنى في الولد إنما يتبع الأصل لأنه مشابه له في الخلقة والصورة، وجميع أحكام الأصل مبنية فيه فلذلك تبع، لأنه تابع لأمه في جميع الأحكام، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الدر والصوف والثمرة غلة فلا يتبع الأصل، كالكسب لما كان غلة لم يتبع

⁽¹⁶⁹⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁶⁹⁶⁾ "رهنا" سقطت من ط.

الأصل، فكذا في مسألتنا مثله، ولأنه لو رهن عنده أمة ولها مال لم يدخل مالها في الرهن، فكذا الثمرة والصوف والدر يجب أن لا يتبع الأصل.

وأما | الشافعي فالدليل عليه وأن الولد يدخل مع الأصل؛ حيث قال: إن الولد أيضا لا يدخل، هو أنه حق تعلق بالرقبة فوجب أن يسري إلى الولد، أصله الاستيلاد وولد المكاتب وولد الأضحية، ولا يلزم عليه ولد المستأجرة، لأننا قلنا حق تعلق بالرقبة، والعقد في الإجارة تعلق بالمنفعة فلا يسري إلى ولدها ولا يلزم عليه ولد الجانية، لأنه قد روي عن مالك رحمه الله: أن ولد الجانية إذا حدث بعد الجناية وقبل الحكم فإنه يدخل مع الأم، وروي عنه أنه لا يدخل⁽¹⁶⁹⁷⁾.

فإذا قلنا إنه يدخل مع الأم فلا يلزمنا، وإن قلنا إنه لا يدخل معها، فإنما كان كذلك؛ لأن حكم الجانية لا يتعلق بالرقبة، لأن للسيد أن يفديها وليس له دفع غير الرهن، ونحن قلنا إن في علتنا حق تعلق بالرقبة.

قالوا: المعنى في ولد أم الولد إنما يتبع الأصل (لأن أم الولد)⁽¹⁶⁹⁸⁾ حصل لها حرمة الحرية، فهي خارجة من رأس المال، فالولد يأتي في غير ملك، فكذا كان حكم الولد حكمها وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا الحق إنما هو على سبيل التوثق، والتوثق إنما هو بعين الرهن لا بنائها.

والجواب: هو أننا نقول بموجبه في غير الولد، ولأنه لا يكون معه رهنا، وأما الولد فإنه من جنسه وصفته وخلقه، وأنه إذا تبع في الاستيلاد لأجل ما ذكرتموه من الحرمة التي حصلت للأم بالحرية، وإنما كان كذلك لأجل أن الحكم يتعلق بالرقبة، والحق ههنا الذي هو (الحكم)⁽¹⁶⁹⁹⁾ تعلق أيضا بالرقبة، فوجب أن يتبعها في ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وأما ولد الأضحية فإنه يتبع الأصل؛ لأنه إذا نذر ذلك حصلت للفقراء والمساكين فالولد يتبع الأصل.

والجواب: هو أنه ههنا حصل العقد على الرقبة، والولد يتبعها كالبيع والهبة وجميع

⁽¹⁶⁹⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 579، النوادر: 13 / 339.

⁽¹⁶⁹⁸⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁶⁹⁹⁾ ساقط من الأصل.

الأحكام المتعلقة بالرقبة.

وقياس آخر: وهو أن كل ما يتبع أم الولد يتبع المرهون في الرهن أصله السمن.

قالوا: المعنى في السمن أنه لا يتميز من الأصل، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يتميز من الأصل فلا يدخل مع الأصل كالصوف والدر.

والجواب: هو إن كان متميزا عن الأصل إلا أنه على حلقة الأصل في جنسه فوجب أن يكون تابعا له كما يتبعه في جميع الأحكام التي تلزمه.

[129ب] وقياس آخر، وهو أنه مال حصل بسبب الرقبة يجوز استيفاءه منها فوجب أن يدخل الولد في ذلك، أصله حبس المبيع لاستيفاء الثمن، ولا يلزم عليه ولد المستأجرة، لأننا قلنا بسبب الرقبة ولا ولد الجناية لأنه يدخل على إحدى الروايتين.

قالوا: المعنى في ذلك أنه دخل في العقد وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن عندنا بنفس عقد الرهن دخل الولد فيه أيضا فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر، وهو أنه عقد لازم في الرقبة لا ينعقد إلا على ملك يتبع فيه الولد الأم، أصله ولد المبيعة. أو لأنه عقد لازم في الرقبة قد يفضي إلى زوال الملك، فكان الولد فيه تابعا لأمه أصله المكاتب والمذبرة، أو لأنه نماء من جنس الرهن فكان رهنا معه أصله النماء المتصل مثل السمن (والهزل)⁽¹⁷⁰⁰⁾.

واحتج بقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»⁽¹⁷⁰¹⁾.

والجواب: هو أننا كذلك نقول وأنه ليس فيه أن الولد لا يتبع الأصل.

قالوا: فقد علمنا ذلك فلا بد من فائدة تقيد الخبر.

والجواب: هو أن فائدته أن نماءه الذي ليس من جنسه لا يكون معه رهنا، وما كان من جنسه وصورته يكون معه رهنا.

⁽¹⁷⁰⁰⁾ في ط: "والطول".

⁽¹⁷⁰¹⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: ولأن الرهن وثيقة بالحق، فلا يدخل الولد معه في الضمان أصله الضامن للحق، فإن ولده لا يدخل معه فكذا في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن نماءه الذي هو سمنه وطوله وعرضه لا يدخل في الرهن فكذا ولده أيضا لا يدخل معه، والثاني هو أن المعنى في الضامن أنه لا يستوفي الحق من رقبته (فلذلك لا يدخل ولده معه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الحق قد يستوفي من رقبته)⁽¹⁷⁰²⁾ فكان ولده معه فيه، ولأن الضامن إنما يتعلق الحق بذمته، فكذا لما يدخل ولده معه وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه حق تعلق بالرقبة فلا يتبع الولد فيه الأم أصله ولد الجانية.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ولد المبيعة والمدبرة، وولد المكاتب، وأم الولد، وولد الأضحية المذورة، كل ذلك قد تعلق بالرقبة ومع ذلك الولد في ذلك يتبع الأم.

وأما ولد الجانية فلا نسلم، لأن مالكا رحمه الله قد قال: ولد الجانية إذا حدث بعد الجناية وقبل الحكم، فإنه يدخل مع أمه | في حكم الجناية، فلم يلزم ما قالوه من ذلك. [130أ]

وإن سلمنا، فالمعنى في ولد الجانية أن الحق ما لزم في رقبته، لأن للسيد أن يفتكها فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه محبوس لاستيفاء فلا يتبع الولد فيه الأصل أصله ولد المستأجرة.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ولد المبيعة، لأن أمه محبوسة لاستيفاء الثمن، ومع ذلك فالولد يكون محبوسا معها. والمعنى في ولد المستأجرة إنما لم يدخل مع أمه، لأن العقد وقع على منافعها فلا يدخل ولدها معها في ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأن العقد ههنا حصل على الرقبة فكان الولد تابعا لأمه فيه.

قالوا: ولأن الولد لو كان مما يتبع الأم في عقد الرهن لوجب أن يأخذ قسطا من العوض، ألا ترى أن من رهن عند رجلين عبيدين فتلف أحدهما، فإن ذلك يأخذ قسطا من العوض، وإذا ثبت وتقرر أنه لا يأخذ منه قسطا ثبت أنه لا يبيع الأم في الرهن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ (لأن الرهن ليس لما ذكرتموه من أخذ القسط، وإنما هو

⁽¹⁷⁰²⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

أن الحق تعلق برقبته، بمعنى أنه إذا امتنع منه الراهن⁽¹⁷⁰³⁾ استوفى ذلك منه فالولد تابع له في حكمه، لأنه كالجُزء منه، لأنه على صورته وجنسه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

ونفقة الرهن على راهنه⁽¹⁷⁰⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الذي للمرتهن فيه حق التوثق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفاية ومنفعته وخراجه له دون مرتتهن لأنه على ملكه، وإنما للمرتهن منه حق التوثق وهو أخذ دينه من يمينه عند تعذر أدائه.

مسألة: عندنا إذا غصب عينا فهي مضمونة عليه بالغصب، فإذا رهنه مالكة عند الغاصب قبل أن نقيضه من الغاصب فهو رهن عند الغاصب وضامن له ضمان الرهن إذا كان مما يغاب عليه ويزول بذلك ضمان الغصب⁽¹⁷⁰⁵⁾.
وبه قال أبو حنيفة⁽¹⁷⁰⁶⁾، والمزني⁽¹⁷⁰⁷⁾ 1708.

وقال الشافعي: لا يزول ضمان الغصب وإن كان ذلك رهنا⁽¹⁷⁰⁹⁾.

ودليلنا: هو أنه عقد يقتضي امساك العين بإذن مالكة فوجب أن ينتفي حكم الغصب حال حصوله، أصله الوديعة. ولأنه حصل رهنا مقبولا في يد الغاصب فوجب أن يزول ضمان الغصب أصله إذا قبضه ممن وهبه.

[130ب]

⁽¹⁷⁰³⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁷⁰⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 146، النوادر: 10 / 183 وما بعدها، العتبية مع البيان: 11 / 63، 64 - التفريع: 2 / 260

⁽¹⁷⁰⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 259، الكافي: 411، 412.

⁽¹⁷⁰⁶⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 156.

⁽¹⁷⁰⁷⁾ إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزني ولد سنة خمس وسبعين ومائة، وحدث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما، روى عنه ابن خزيمة والطحاوي وزكريا الساجي وابن جوصا وابن أبي حاتم وغيرهم، وكان جبل علم مناظرا محججا، أخذ عن المزني خلائق من علماء خراسان والعراق والشام، وتوفي لست بقين من شهر رمضان سنة أربع وستين ومائتين. رحمه الله تعالى. طبقات الشافعية الكبرى، 2 / 93؛ طبقات الشافعية، لابن قاضي شعبة: 1 / 58.

⁽¹⁷⁰⁸⁾ انظر: مختصر المزني: 94

⁽¹⁷⁰⁹⁾ انظر: الأم: 4 / 296، الحاوي الكبير: 6 / 39، 40

وإن شئت قلت: | لأنه أذن له في مال ماله فلا يكون مضمونا عليه أصله إذا أودعه إياه. ولا معنى لقولهم إنه يضمن ذلك أيضا إذا أودعه إياه، لأن هذا لا يجوز، لأن الأمين لا يضمن في الأصول كلها إلا بالعدوان.

قالوا: المعنى في الوديعة أن العقد يبطل فيها بالعدوان وليس كذلك في مسألتنا لأنه بتعديه لا يبطل فافترقا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إذا تعدى في الرهن فإن عقد الرهن قد زال وصار مضمونا عليه فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر وهو أنه حكم من أحكام الرهن فوجب أن يزيل الضمان أصله المأثم والظلم، لأنه لما رهنه إياه زال الإثم، فكذلك أيضا يزول الضمان أصله الغصب يكون رهنا.

وقياس آخر: وهو أنه ما يسقط الضمان بالرد يسقطه بالرهن أصله الإثم، ولا يلزم عليه الاستدامة لأنه يضمن ذلك بالعدوان، ولأنه عقد صحيح طرأ على عين مغصوبة فزال الضمان أصله البيع والهبة، لأنه لو باعه منه أو وهبه منه لزال ذلك فكذلك في مسألتنا.

ولا معنى لقولكم، إنه لا تأثير لقولكم عين لأنه لو كان على منفعة لكان بهذه المثابة لأنه لا يصح لأن التأثير يراد لصحة العلة، وههنا العلة صحيحة.

قالوا: المعنى في البيع والهبة أنهما ينافيان الضمان وليس كذلك في مسألتنا فإن الرهن لا ينافي الضمان.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأن الرهن مما ينافي الضمان أصلا، ألا ترى أنه عندكم أمانة، ولأن الإنسان قد يجب عليه الضمان في ملكه، ألا ترى أن الراهن لو جنى على الرهن وجب عليه، وكذلك إذا جنى السيد على عبده الجاني.

قالوا: فذلك لا يكون ضمنا وإنما يجب عليه قيمته، ألا ترى أنه يجوز له افتكاكه بما شاء.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأنه لا بد له من ضمانه على وجه.

وقياس آخر: وهو أنه عقد معلق به الضمان فإذا طرأ على الغصب أسقطه البيع، ولأن الرهن ينافي الضمان، الذي يدل عليه؛ أنه إذا رهنه شيئا وقال له شرط أن تضمنه فإن ذلك لا يصح، وكذلك في مسألتنا وجب أن يزول الضمان بالإذن.

ولأن عقد الرهن لا يخلو إما أن يكون: قبضاً مضموناً على ما نقوله نحن، أو قبض أمانة على ما تقولون أنتم. فإن كان قبضاً مضموناً فقد صار ضمان الرهن مخالفاً لضمان الغصب، فإذا طرأ عليه نفاه مثل ضمان البيع، وإن كان أمانة؛ فإن المالك إذا ائتمن إنساناً في الشيء المغصوب زال عنه ضمان الغصب بعد ائتمانه إياه إلا بعقد مستأنف كما لو أو دعه إياه فدل على ما ذكرناه.

واحتج بأن قال: هو أنه مغصوب في يده فمن زعم أنه قد زال ضمان الغصب فعليه الدليل.

[والجواب: هو أنه نعارض بمثله، فنقول لأنه أمانة في يده، فمن زعم أنه مضمون عليه فعليه إقامة الدليل]⁽¹⁷¹⁰⁾

قالوا: ولأنها حالة من أحوال الرهن فلا ينافي الغصب أصله حالة الاستدامة.

قالوا: فنقيس حالة الابتداء على حالة الاستدامة، وذلك أنه إذا تعدى عليه في حالة الاستدامة فإنه يكون مضموناً عليه ضمان الغصب، فكذلك في حالة الابتداء.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار حالة الاستدامة بحالة الابتداء، وذلك أنه في حالة الاستدامة طرأ منه العدوان على مال لم يبرأ منه فلذلك لزمه ضمانه، وليس كذلك في مسألتنا وهي حالة الابتداء، لأنه أبرأه منه ثم طرأ عقد الرهن بعد ذلك، وصار بمثابة ما لو كان عليه دين فأبراه منه فإنه لا يمنع من طريان ضمان آخر عليه.

قالوا: فهذا لا يشبه الدين، لأن الدين يحتاج إلى تجديد آخر وههنا تجدد شيء غير كونه رهناً وذلك لا ينافي ضمانه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لما أذن له في كونه رهناً فقد زال ضمان الغصب، لأن يد العدوان قد زالت، ألا ترى أن الإثم والظلم يرتفع مع ذلك، وذلك كان موجوداً قبل الإذن، فلولا أن ضمان الغصب قد زال ما زال الإثم والظلم فلم يصح ما قالوه.

والثاني: أليس هذه حالة من أحوال الرهن، ومع ذلك قد زال حكم الإثم والظلم ما كان يمتنع أيضاً يزول الضمان، لأن الإثم والظلم إنما يتعلقان بالعدوان، فلما زال بكونه رهناً

⁽¹⁷¹⁰⁾ ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

دل على أنه قد خرج من كونه مغضوباً، وإلا كان يجب بقاء الإثم والظلم والعدوان على ما كان قبل ذلك فلم يصح ما قالوه.

[والثاني هو أنا نقول بموجبه فيما يغاب عليه]⁽¹⁷¹¹⁾.

قالوا: ولأن عقد الرهن عقد لا ينافي طريان الضمان [عليه]⁽¹⁷¹²⁾ فلا ينافي ضماناً سابقاً، أصله النكاح، وذلك أنه لو جنى على امرأة بأن وطئها أو قطع | أصبعها ثم تزوجها، فإن ذلك الزوج لا يزيل الضمان المتقدم فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه يبطل بالإثم والظلم، فإنه لا ينافيه في الثاني. وإن كان ههنا قد زال ذلك الإثم والظلم المتقدم. وعلى أن المعنى في ذلك أنه ما وجد الإبراء منه فكذلك لم يزل الضمان وليس كذلك في مسألتنا لأنه قد أبرأه منه، ألا ترى أن الإثم والعدوان والظلم قد زال فيجب أن يزول ضمان الغصب، لأن الحكم إذا ثبت لعله زال بزوالها كالشدة المطرية، من المحال أن تزول الشدة فيبقى حكم التحريم فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها يد متعدية فوجب أن لا يزيل الضمان السابق، أصله إذا كان قد جنى على ثوب ثم استؤجر على دفو ذلك الثوب فإنه لا يزيل ضمان ما تقدم كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنا لا نسلم، وأن هذه يد متعدية بل هذه يد حصلت بإذن مالكةا والذي يدل على ذلك أن حكم اليد المتعدية قد زال بالظلم والإثم قد زالا فكيف يجوز أن يقال هذه يد متعدية فلم يصح ما قالوه من ذلك. وعلى أنه يلزم عليه إذا أودعه إياها أو وهبها منه، وعلى أن المعنى في ذلك، وهو أنه ما وجد الإبراء من العدوان، فلذلك لم يزل بالاستتجار وليس كذلك في مسألتنا لأنه قد وجد الإذن من المالك وذلك يؤذن بزوال الضمان كالوديعة.

قالوا: ولأن الرهن معنى لا يزيل الملك فلا يزيل الضمان المتقدم أصله الجنائية المتقدمة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يبطل بما إذا أودعه إياها أو باعه إياها. والثاني هو أنه ليس يزيل الملك وقد زال الإثم والظلم والعدوان ما كان يمتنع أيضاً أن يزول حكم الغصب.

⁽¹⁷¹¹⁾ ما بين المعكوفتين ساقط من ط، والظاهر أنه أولى بالصواب حسب ما يقتضيه السياق.

⁽¹⁷¹²⁾ ساقط من الأصل.

والمعنى في الجناية المتقدمة أنه ما وجد الإبراء منها فلذلك لم يزل الضمان وليس كذلك في مسألتنا، لأنه وجد الإبراء وهو قوله رهنتك كما لو قال أودعتك أو بعتك أو وهبتك فلم يصح ما قالوه.

[132]

قالوا: ولأن ما حدث بعد الغصب إلا كونه مرهونا، والرهن لا يزيل | الضمان لأنه قد يطرأ عليه بأن يتعدى عليه فما وجد شيئا أزال ذلك.

والجواب: هو أن هذا ليس بكلام صحيح، لأنه قد وجد ههنا الإذن من المالك الذي ينقل الأملاك ويزيلها، والذي يدل على ذلك أن هذا الإذن من المالك قد زال الإثم وأزال الظلم والعدوان، ومن المحال أن يزول الإثم والظلم والعدوان ويبقى مغضوبا كما كان فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وأما طريان العدوان عليه فإننا لا نمنع من ذلك، ألا ترى أنه لو رهن عنده عينا غير مغضوبة كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه. ولأنه غير ممتنع أن يكون الشيء قد ثبت فيه حكم ثم إذا طرأ عليه شيء آخر أزاله، ألا ترى أنه لو رهن عنده خلا فصار خمرا بطل الرهن ولو صار خلا عاد رهنا، وكذلك لو أودعه شيئا فتعدى عليه ثم أعاده إلى يده فإنه يعود إلى ما كان عليه فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: فلا نسلم أن الخل يعود رهنا إلا بعقد جديد مستأنف.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا يحتاج إلى ذلك، لأنه رهن كما كان، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

والرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك: أن يرهنه عبدين على ألف درهم فيقبض من ذلك تسعمائة، فإن العبدین يبقیان رهنا بالمائة الباقية، ولا يستحق على الراهن تسليم ذلك، ولا تسليم واحد من العبدین، وكذلك لو أقبضه العبدین فتلف أحدهما كان الباقي رهنا بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم، مثل أن يرهنه كرين حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهما فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما (في)⁽¹⁷¹³⁾ مقابلة الحق.

(1713) في ط: "بقي".

ومن الناس من قال: إنه يستحق رد ما أدى بقدره⁽¹⁷¹⁴⁾.

[132ب] وإنما قلنا ذلك: لأن الرهن مال محبوس بحق فيجب أن يكون محبوسا بكل جزء منها. أصله | لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن جميعها محبوس على الدين، فلا يستحق الورثة منها شيئا، إلا بأداء جميع الدين. ولأنه وثيقة بحق فيجب أن يكون وثيقة به وبكل جزء منه، أصله الضمان.

مسألة:

عندنا إذا رهنه رهنا بحق له عليه، ثم أراد أن يأخذ منه زيادة على ذلك الحق، ويكون الرهن رهنا بهما جميعا، فإن ذلك جائز⁽¹⁷¹⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك، والرهن رهن بالحق الأول دون الثاني⁽¹⁷¹⁶⁾. وبه قال الشافعي في الجديد⁽¹⁷¹⁷⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ولم يفصل بين أن يكون رهنا مقبوضا بالدين الأول والثاني أو بهما جميعا.

والقياس: هو أنها وثيقة محضة فجاز زيادة دين عليها أصله الكفالة والشهادة. أو لأنها وثيقة فإذا اشتغلت بحق جاز اشتغالها بحق آخر، أصله الشهادة والكفالة، ولا يلزم عليه جنس المبيع لاستيفاء الثمن لأننا قلنا وثيقة، وذلك ليس بوثيقة.

قالوا: فالمعنى في (الشهادة)⁽¹⁷¹⁸⁾ والكفالة، أن ذلك يجوز أن يتوثق به في حق آخر غير هذا الحق، وليس كذلك الرهن، لأنه يجوز أن يكون رهنا عند انسان ويكون رهنا عند آخر بحق آخر.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يجوز أن يرهن فضل رهنه عند إنسان آخر، وهو

⁽¹⁷¹⁴⁾ لم أقف على من قال بهذا، وزعم ابن المنذر أن الإجماع منعقد على أن الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وبه صرح ابن قدامة في المغني: 6 / 481. الإجماع لابن المنذر: 139.

⁽¹⁷¹⁵⁾ انظر: النوادر: 10 / 192، التفریع: 2 / 262، 263.

⁽¹⁷¹⁶⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 93.

⁽¹⁷¹⁷⁾ انظر: الأم: 4 / 320، 321.

⁽¹⁷¹⁸⁾ في ط: "في الشهود".

أظهر الروايتين عن مالك رحمه الله، بغير رضى المرتهن الأول. فأما برضاه فإن ذلك جائز لا خلاف فيه عندنا⁽¹⁷¹⁹⁾. ولو سلمنا؛ فالفرق يبطل بالعبد الرهن يجني جناية فيفديه المرتهن بإذن الراهن، فإنه يكون رهنا بالحقين جميعا فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة في التراهن في حق المراهنين فكان ذلك جائز كالزيادة في الرهن، وقياس آخر: وهو أنه مال يحتاج إليه في الرهن فجاز إلحاقه بالرهن أصله حال الابتداء.

[133]

وقياس آخر: وهو أنه حق تعلق بالرقبة يجوز استيفاؤه منها، فإذا اشتغلت بحق جاز اشتغالها بحق آخر، أصله رقبة العبد الجاني إذا طرأت عليه جناية أخرى.

قالوا: لا نسلم في العبد الجاني، لأن السيد عندنا فيه بالخيار، إن شاء سلمه وإن شاء افتكه.

والجواب: هو أنه ليس كذلك عندنا، والثاني: هو وإن كان كذلك إلا أنه يحبس على ذلك.

قالوا: وإن سلمنا؛ فالمعنى في رقبة الجاني أنه يجوز أن يشتغل بحق آخر وليس كذلك الرهن، لأنه لا يجوز أن يشتغل إلا بما هو فيه.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الزيادة في ثمن المبيع، فإنه يجوز ذلك مع البائع ومع غيره لا يجوز، ولأننا قد بينا أن ذلك جائز في الرهن إذا كان فيه فضلة فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: لأنه رهن لزم بدين، فلا يجوز أن يثبت بغيره، أصله إذا رهن عند رجل شيئا بألف وأراد أن يرهنه عند آخر، فإنه لا يجوز فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أننا لا نسلم، لأن عندنا يجوز ذلك إذا كان فيه فضل على إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله بغير إذن المرتهن، وأما إن أذن في ذلك فلا كلام فيه.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يثبت (ذلك)⁽¹⁷²⁰⁾ مع العاقد ومع غيره لا يثبت، ألا ترى أن الزيادة في الثمن تثبت مع العاقد عندكم، ومع غيره لا يثبت، وكذلك أيضا في مسألتنا

⁽¹⁷¹⁹⁾ انظر: النوادر: 10 / 192، التفريع: 2 / 262 .

⁽¹⁷²⁰⁾ سقطت من الأصل.

يجوز أن تثبت مع الراهن ولا تثبت مع غيره، وعلى أنا إن سلمنا لكم ذلك؛ فإن ذلك ضرر، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا ضرر على هذا المرتهن لأنه تحت يده غير خارج منه، فكان ذلك جائزاً، وفيما ذكره يخرج عن يده فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد لا يجوز تجديده مع غير العاقد بمثله فلا يجوز مع العاقد. أصله البيع والإجارة، ولأنه لو أراد أن يبيع الشيء المبيع من غير المشتري بعد أن عقد عليه معه لم يجوز، وكذلك العين المستأجرة.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأنه يجوز عندنا مع العاقد ومع غير العاقد فلم يصح ما قالوه.

وعلى أنه ينكسر بالزيادة في الثمن، فإن ذلك جائز مع العاقد ومع غيره لا يجوز ذلك. والمعنى في المبيع أنه عقد معاوضة، وعقد المعاوضة بين المتبايعين يقتضي تسليم ذلك إليه، فلذلك لم يجوز أن يعقد عليه مع غيره وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الزيادة ههنا (هي المعقود عليها)⁽¹⁷²¹⁾، ألا ترى أن في الرهن يجوز أن تكون في حال | الابتداء بمائة ثم يجوز أن تكون [133ب] في حال الأداء رهنا بدرهم واحد، وفي باب البيع والإجارة لا يجوز ذلك.

قالوا: ولأن الرهن الأول قد يشغل الدين، وهذه الزيادة لا تجد ما تشغله فوجب أن لا يصح.

والجواب: هو أنه يبطل بحالة الابتداء، فإنه يكون بألف ولو أدى إليه جميع ذلك حتى بقي درهم واحد كان رهنا بذلك.

قالوا: ولأن الرهن عندنا مضمون بالقيمة من يوم العقد، وهذه الزيادة لم تدخل في العقد.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن الرهن عندنا ينقسم إلى قسمين، إلى أمانة وضمان فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وإذا رهن رهناً على مقدار قيمته أو أقل، ثم أراد أن يرهن فضله من آخر، فليس له ذلك

(1721) في ط: "هي في المعقود عليه".

إلا بإذن مرتته، فإن رضي جاز ذلك، وأما إذا لم يرض نظر في ذلك: فإن كان الرهن بقدر الحق أو قيمته أو أقل من قدر الحق لم يجوز ذلك له، وأما إن كانت قيمة الرهن زائدة على قدر الحق وأراد أن يرهن فضله، فقد اختلف القول في جواز ذلك:

فروي عن مالك رحمه الله جوازه وإن لم يرض، وقيل: إنه لا يجوز إلا بإذنه⁽¹⁷²²⁾.

وإنما قلنا ذلك: أنه لا يجوز إذا كان (بقدر قيمة الحق)⁽¹⁷²³⁾ إلا بإذن مرتته، لأن في ذلك رجوعاً عن الرهن، كما لو رهن عبدين فأراد انتزاع أحدهما، وذلك لأن المرتن الثاني يزاحم الأول في الرهن بعد تعلق (حق)⁽¹⁷²⁴⁾ الأول به وانفرداهما باستحقاقه فلم يجوز ذلك إلا برضاه.

وإنما قلنا إنه يجوز بإذن المرتن الأول على كل وجه؛ (لأن المنع من ذلك لحقه)⁽¹⁷²⁵⁾، فإذا رضي بإسقاطه لم يبق ما يمنع من أجله، ولأنه لو كان بقدر الحق فقد رضي أن يزاحمه غيره، وهو كما لو رهن عبدين فأراد أن يرجع في أحدهما ويرهنه من آخر، فإن المرتن إذا رضي بذلك جاز، وإن كان أكثر من قدر حقه كان أولى (بالحق)⁽¹⁷²⁶⁾، أو لأن الضرر مأمون فيه.

(ووجه القول بأنه إذا رضي جاز ولا يجوز بغير إذنه؛ لأن في ذلك إضراراً به ومشاركة لغيره في حقه، وذلك رجوع في الرهن، ولأنه رهن بحق، فإذا زوحم فيه لم يجوز إلا بإذن من تعلق حقه به، أصله إذا كان بقدر الحق)⁽¹⁷²⁷⁾.

ووجه القول بأن ذلك جائز وإن لم يرض⁽¹⁷²⁸⁾ هو، أنه لا ضرر عليه في ذلك، لأن حقه مقدم على حق الآخر، والآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر (حقه)⁽¹⁷²⁹⁾ وليس له حق

(1722) انظر: النوادر: 10 / 192، التفرع: 2 / 262، 263.

(1723) في ط: "إذا كان بقيمة الحق".

(1724) كلمة "حق" سقطت من الأصل.

(1725) في الأصل: "لأن المبيع من ذلك يخصه"، والمثبت في المتن من ط، لأنه أليق بالسياق بالفقهي.

(1726) في ط: "كان أولى بالجواز".

(1727) ما بين قوسين ساقط من ط.

(1728) في ط: "وإن لم يأذن".

(1729) سقطت من الأصل.

فيما زاد على قدر حقه.

مسألة:

إذا رهن عبدا ثم أعتقه فلا يخلوا أن يكون موسرا أو معسرا: فإن كان موسرا نفذ عتقه وعجل للمرتهن حقه، وإنما قلنا ذلك: لأن العتق مبناه على التغليب (والسرايه)⁽¹⁷³⁰⁾، (وفي إيقاع العتق له رضا بتعجيل الحق، لأن الرجوع في الرهن غير جائز، ولا يجوز رد العتق لقوته، وأنه مبني على التغليب)⁽¹⁷³¹⁾، فلو قلنا إن الحق لا يتعجل، لكان فيه رجوع الراهن عن الرهن وذلك غير جائز.

فأما إذا كان يعطيه رهنا غيره، فقد اختلف أصحابنا في ذلك: فقال ابن القاسم: ليس له ذلك، وقال غيره: له ذلك⁽¹⁷³²⁾، والصحيح ما قاله ابن القاسم.

وإنما كان كذلك؛ لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين، لأن ذلك إن جوزه له، جاز له أن يبذل الرهن بغير رضاه، وذلك غير جائز، هذا جملة الكلام فيه إذا كان موسرا.

فأما إن كان الراهن معسرا فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهنا، فإن أفاد مالا قبل أجله نفذ عتقه وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه، وإن بقي على إعساره بيع العبد عند حلول الأجل. وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا⁽¹⁷³³⁾.

واختلف قول الشافعي فقال في القديم مثل قولنا، وقال ينفذ مثل قول أبي حنيفة، وقال لا ينفذ ذلك⁽¹⁷³⁴⁾.

ودليلنا على أنه لا ينفذ مع الإعسار، قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، والراهن قد عقد على نفسه للمرتهن عقدا فوجب الوفاء به.

⁽¹⁷³⁰⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁷³¹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁷³²⁾ انظر: المدونة: 4 / 158، 159.

⁽¹⁷³³⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 93، المبسوط: 21 / 135 وما بعدها.

⁽¹⁷³⁴⁾ انظر: الأم: 4 / 299 الحاوي الكبير: 6 / 50، 55.

وقال النبي ﷺ: «ولكل مسلم شرطه» (1735).

والقياس: هو أن للعتق معنى يبطل حق المرتهن من الوثيقة مع سلامة الحال وبقاء العين، فوجب أن لا ينفرد به الراهن أصله البيع. ولا يلزم عليه إذا رهن عنده طعاما فاحتاج إلى أكله، لأننا قلنا مع سلامة الحال، ولا يلزم عليه إذا جنى العبد المرتهن، لأننا قلنا مع وجود العين، ولا يمكنهم القول بموجبه، لأننا قلنا فوجب أن لا ينفرد به الراهن، ولا يلزم عليه إذا كان موسرا فأعتقه، لأن ذلك لا يبطل حق المرتهن من الوثيقة، لأنه يزن الحق في الحال ويتعجل على ما ذكرناه.

قالوا: لا نسلم في البيع؛ لأن عندنا يكون البيع موقوفا.

والجواب: هو إنما دللنا على أنه لا ينفرد بذلك ولا يصح منه | البيع. [134ب]

قالوا: فلا يمتنع أن لا يصح البيع، ويصح العتق كأم الولد والمكاتب (لا يصح بيعهما وإن صح عتقهما. والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن أم الولد والمكاتب) (1736) إنما لم يصح بيعهما لأنه قد ثبت لهما حق الحرية، والحرية مقدمة.

فلو قلنا إنه يصح بيعهما، لكان في ذلك إبطال حق الله تعالى الذي وجب لهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا الحق للمرتهن فلا يجوز إسقاطه، لأن في ذلك إضرارا عليه.

قالوا: فلا يمتنع أن يكون البيع لا يصح والعتق يصح، كالمبيع في يد البائع على استيفاء الثمن، لأنه يجوز بيعه ولو أعتقه المشتري نفذ عتقه.

والجواب: (هو أنا لا سلم لأن عندنا المشتري إذا كان معسرا لم ينفذ عتقه) (1737).

والثاني: أنا نقول بموجبه إذا كان موسرا فإنه ينفذ عتقه.

ولأن المعنى في العبد المحبوس لاستيفاء الثمن، أنه لا ضرر فيه على البائع إذا أعتقه، وليس كذلك في مسألتنا.

والثاني: هو أنه لا ينفذ عتقه فيه، لأنه ملك للبائع فلم يصح ما قالوه.

(1735) تقدم تخريجه.

(1736) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(1737) ما بين قوسين سقط من ط.

وقياس آخر: وهو أنه (معنى) ⁽¹⁷³⁸⁾ يبطل حق المرتهن من (غير) ⁽¹⁷³⁹⁾ الوثيقة، فلا يصح من الراهن بعد إذن المرتهن. أصله البيع ولا يلزم عليه الطعام.

فإن قالوا: المعنى في البيع إنما لم يجز، لأنه (لا يقدر) ⁽¹⁷⁴⁰⁾ فيه على التسليم، وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن ههنا مثله لا يقدر فيه على التسليم لأن يد المرتهن ثابتة عليه.

وقياس آخر: وهو أن من لا يصح منه تنفيذ البيع لا يصح منه عتق العبد في حال. أصله الأجنبي، ولا يلزم عليه حالة اليسار، لأننا قلنا في حال، ولأن كل عقد منع منه البيع منع منه تنفيذ العتق أصله الأجنبي.

وقياس آخر: وهو أنه محبوس لاستيفاء حق فلا ينفذ فيه العتق من غير رضى من له الحق أصله التركة.

قالوا: ففي التركة لا يملكون التصرف.

والجواب: هو أنا لا نسلم، والثاني أن الراهن أيضا لا يملك التصرف في العين المرهونة.

وقياس آخر: وهو أنه أحد محلي الرهن فلا يملك الراهن نقله من غير رضى المرتهن أصله الذمة لا يجوز نقلها إلى ذمة، فكذا في الرهن مثله، ولأنه تصرف يمنع من البيع فمنع من العتق في حالة أصله الأجنبي.

واستدلال في المسألة: وذلك أن المرتهن لم يرض بذمة مجردة، وإنما دخل على الذمة

(والعتق) ⁽¹⁷⁴¹⁾، فلو نفذنا عتق | الرهن (المعتق) ⁽¹⁷⁴²⁾ لكنا قد أحلناه على الذمة المجردة [135] وهو ما رضى بذلك.

⁽¹⁷³⁸⁾ في ط: "هو أنه حق".

⁽¹⁷³⁹⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁷⁴⁰⁾ في ط: "لا يقدم على التسليم".

⁽¹⁷⁴¹⁾ في ط: "والعين".

⁽¹⁷⁴²⁾ في ط: "المعين".

ولأن الرهن وثيقة ليصل المرتهن إلى استيفاء حقه منها، فلو نفذنا عتقه مع اعساره أبطلنا حق الوثيقة، لأن الشيء إنما يكون وثيقة حتى متى أراد الراهن الرجوع فيه وإسقاطه حق المرتهن لم يكن له ذلك، ألا ترى أنه ممنوع من الهبة والصدقة والبيع من غريم آخر وهو معسر.

قالوا: فينبغي أن يجوزوا بيعه وهبته وصدقته في حال إعساره.

والجواب: هو أنه قد روي عن مالك رحمه الله جواز ذلك، فإن دفع الدين جاز ذلك، وكذلك الهبة والصدقة فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو إنما قلنا إنه ينفذ عتقه في حال يسره لحرمة العتق، والراهن يصل إلى حقه، وفي حال استدانة الإعسار ليس كذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا عتق فيما لم يملك ابن آدم»⁽¹⁷⁴³⁾، وهذا ملك له فوجب أن ينفذ عتقه فيه.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا كان موسرا فإنه ينفذ عتقه فيه.

والثاني: أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به، وإن قلنا به فالقياس مقدم عليه.

قالوا: ولأنه عتق من مكلف صادف ملكه فوجب أن ينفذ، أصله غير العبد المرهون.

والجواب: هو أنه يلزم عليه المريض إذا كان مرضه خوفاً وعليه دين يحيط به فاعتق عبده، فإنه لا ينفذ، وكذلك يلزم عليه الحربي إذا أعتق عبده، فإنه عتق من مكلف صادف (ملكه)⁽¹⁷⁴⁴⁾ ولا ينفذ.

وعلى أنا نقول بموجب العلة؛ وهو أنه ينفذ له عتقه إذا كان موسرا، والمعنى في الأصل أن ذلك العبد يملك بيعه والتصرف فيه، فلذلك ملك عتقه وليس كذلك في مسألتنا، ولأن ذلك ليس فيه إسقاط حق المرتهن، فلذلك جاز وليس كذلك في مسألتنا.

⁽¹⁷⁴³⁾ أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، ر: 1181، 3/ 477، وقال حسن صحيح، وأخرجه عبد الرزاق في الطلاق، ر: 11457، 6/ 418، والبيهقي في الكبرى، باب لا طلاق قبل النكاح، 6/ 310، كلاهما بلفظ: "لا طلاق لمن لم يملك، ولا عتاق لمن لم يملك". ورواه ابن عدي في الكامل 5/ 82.

⁽¹⁷⁴⁴⁾ سقطت من الأصل.

قالوا: ولأنه محبوس لاستيفاء منفعة فلا يمنع من نفوذ العتق فيه، أصله المحبوس لاستيفاء الثمن.

والجواب: هو أنا نقول به إذا كان موسراً فإنه يجوز له العتق، والأصل غير مسلم، لأن عندنا إذا كان المشتري معسراً لم ينفذ عتقه في العبد المحبوس في الثمن، فقد استوى هو والرهن في ذلك. [135ب]

وعلى أنا إن سلمنا؛ فالمعنى في ذلك، | أنه ما تعلق به حق الغير وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا قد تعلق به حق المرتهن، وفي عتقه إبطال حقه، فوجب أن لا يجوز لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه محبوس لاستيفاء منفعة فلا يمنع من نفوذ عتقه. أصله العبد المستأجر. والجواب: هو أنا نقول بموجبه إذا كان موسراً، والثاني أن المعنى في العبد المستأجر إنما كان كذلك لأن العقد تناول منفعته، فلما لم يمنع من هبته وبيعه وصدقته لم يمنع من عتقه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما منع من بيعه منع من عتقه فافترقا.

قالوا: ولأن العتق إتلاف فلا يمنع منه الرهن، أصله القتل واستيفاء القصاص منه. والجواب: هو أنا نقول بموجبه، والثاني هو أنه يبطل بالبيع، فإنه اتلاف ومع ذلك لا يصح.

والمعنى في القتل؛ أنه من قبل الله تعالى، فلا يمكن دفعه ولا رده وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك فلا يمنع من القتل أصله التزويج. والجواب: هو أنا نقول به، والثاني أن عقد التزويج لا يمنع من البيع فلا يمنع من العتق وليس كذلك في مسألتنا، لأن العقد ههنا تناول الرقبة.

قالوا: ولأنه إذا نفذ منه العتق في ملكه وملك غيره فأولى أن ينفذ في خالص ملكه. والجواب: هو أنا نقول به مع يساره.

والثاني: هو أنه يملك بيع ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، ولأن في ذلك الموضع لا يؤدي إلى إسقاط حق شريكه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يؤدي إلى إسقاط حق المرتهن

فافترقا، والله أعلم.

فصل:

وإنما قلنا إنه يبطل العتق في حال اليسار أنه لا يبطل حق المرتهن من التوثق، لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثق، وأن يوضع له رهن مكانه فحق التوثق باق وبهذا فارق الاعسار. وأما إن أفاد مالا في الإعسار قبل الأجل فإنه ينفذ العتق ويعجل للمرتهن حقه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المنع من نفوذه إنما كان بحق المرتهن، فإذا زال ذلك المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كاليسار ويعجل له حقه، وإنما كان كذلك؛ لأن إعتاقه رضا بتعجيل الحق. وأما إن بقي على إعساره بيع عند الأجل، وإنما كان كذلك؛ لأنه باق على الرق، لأن العتق إذا لم ينفذ فحق التوثق متعلق به.

افصل:

[136]

وإذا رهن أمته لم يجز له وطئها⁽¹⁷⁴⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه وتعريضا لبطلان حق المرتهن منها، لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها. فأما إن وطئها فإنه ينظر في ذلك:

فإن كان ذلك بإذن المرتهن بطل الرهن.

وإنما قلنا ذلك: لأن إذنه له في التصرف رضا منه بإعادة الرهن إلى راهنه، وعندنا أن الاستدامة شرط، وإنما متى خرجت عن ذلك بطل الرهن.

وأما إن وطئها بغير إذنه؛ فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وأما إن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتبارا بالعتق.

وأما إن لم يكن له مال، فإنها تباع ويقضى الحق من ثمنها اعتبارا بالحق المنجز.

فأما إن كان ثمنها أقل من الحق، أتبعه بالباقي في ذمته، وأما إن كان ثمنها أكثر بيع منها بقدر الحق، وكان ما بقي لحساب أم ولد.

وإنما قلنا ذلك: لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها ولا يباع الولد بحال⁽¹⁷⁴⁶⁾.

⁽¹⁷⁴⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 158، النوادر: 10 / 205، التفريع: 2 / 261.

وإنما قلنا ذلك: لأنه واطئ لأمته داخل على حرية ولده وإن كان فيه شبهة.

فصل:

وأما إن وطئها المرتهن فإنه يكون بذلك زانيا والحد لازم له، والولد لا يلحق به، ويكون الولد معها رهنا يباع ببيعها⁽¹⁷⁴⁷⁾.

وإنما قلنا إنه يكون بذلك زانيا، لأن الوطء لا يستباح إلا بنكاح، أو ملك، وكل ذلك منتف في حق المرتهن، وليس بواطئ شبهة فوجب أن يلزمه ما يلزم الزاني.

وإنما قلنا أن الولد يكون رهنا معها، اعتبارا بما إذا زنت بغيره لمرتته فكذلك إذا كان ذلك مع المرتهن.

مسألة:

وأما إذا أذن الراهن للمرتهن في وطئ الجارية المرهونة فوطئها، فإن كان عالما بتحريم ذلك، وجب عليه الحد.

وأما إن لم يكن عالما بذلك وأن مثل هذا يبيح الوطء، فإن ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، ويلزمه قيمتها للراهن لتكامل الشبهة له في درء الحد عنه، وتكون أم ولد له إن حملت، ولا يلزمه قيمة لولدها⁽¹⁷⁴⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن السيد لما أباحه وطأها حصل منتفعا بها بإذنه، ودخل على أن ولده حر بذلك للإذن المتقدم، ولا يجب عليه المهر لأجل ذلك الوطء.

وبه قال الشافعي⁽¹⁷⁴⁹⁾.

وقال أبو حنيفة يجب عليه المهر⁽¹⁷⁵⁰⁾.

[136ب]

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس

⁽¹⁷⁴⁶⁾ انظر: التفريع: 2 / 261.

⁽¹⁷⁴⁷⁾ انظر: النوادر: 10 / 215، التفريع: 2 / 261.

⁽¹⁷⁴⁸⁾ انظر: النوادر: 10 / 215، 216، التفريع: 2 / 261، الكافي: 415.

⁽¹⁷⁴⁹⁾ انظر: الأم: 4 / 299، الحاوي الكبير: 6 / 48 وما بعدها.

⁽¹⁷⁵⁰⁾ انظر: المبسوط: 21 / 162.

منه» (1751).

قالوا: فهذا المال هو للراهن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن المال إنما هو للمرتهن، ألا ترى أنه قبل الوطاء لا يجب عليه شيء من ذلك.

والقياس: هو أنه إذن مجرد من ملك فلا يوجب البدل، أصله إذا أذن له في قطع يدها أو رجلها، فإنه لا يجب عليه لأجل ذلك شيء، فكذلك في مسألتنا مثله.

وقياس آخر: وهو أنه معني لو لم يوجد الإذن فيه، لوجب البدل، فإذا وجد فيه الإذن لم يوجب البدل أصله إذا أذن في قطع عضو من أعضائها.

ولأنه وطئ مجرد صدر عن إذن المالك له فلا يوجب المهر، أصله الحرة إذا أذنت لرجل أن يزني بها.

ولا يلزم عليه المفوضة، لأننا قلنا وطئ مجرد، وذلك الوطاء استند إلى عقد فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: الوطاء ملك الغير لا يخلو من غرامة إن وجد، الدليل عليه إذا وطئ جارية له فيها نصيب، فإنه لما لم يجب عليه الحد وجب عليه المهر فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه لا يلزمه المهر فيما ذكره، وعلى أنه يلزم عليه ما قاله أبو حنيفة في البائع إذا وطئ الجارية المستبرأة، فإنه لا يجب عليه الحد ولا يجب عليه المهر، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

وأما إن حملت الجارية المرهونة التي أذن الراهن للمرتهن في وطئها، فالولد عندنا ينعقد حراً (1752).

وبه قال الشافعي: رحمه الله (1753).

(1751) تقدم تخريجه.

(1752) انظر: المدونة: 4 / 158، الكافي: 415.

(1753) انظر: الأم: 4 / 299.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينعقد مملوكاً⁽¹⁷⁵⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه وطء تصير به الأمة أم ولد، فوجب أن ينعقد الولد حراً، أصله إذا وطئ جارية مشتركة. ولأنه بهذا الوطء يعتقد الإباحة وأنه في ملكه فانعقد الولد حراً. أصله ما ذكرناه من الجارية المشتركة.

واحتج بأن قال: لأنه واطئ جارية الغير فانعقد الولد مملوكاً. أصله إذا تزوج بجارية الغير.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك أن ما هنالك شبهة، وليس كذلك في مسألتنا لأن ههنا شبهة، لأنه اعتقد إباحة | ذلك، ودخل على أن ولده يكون حراً فافترقا لأجل ذلك.^[137]

ولأن المعنى في ذلك أنها لا تكون أم ولد له فلذلك لا ينعقد الولد حراً، وليس كذلك في مسألتنا، لأنها تصير أم ولد فأشبه ما ذكرناه إذا وطئ جارية له فيها شركة، والله أعلم.

مسألة:

ولا يجوز أخذ الرهن على مال الكتابة⁽¹⁷⁵⁵⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁷⁵⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك⁽¹⁷⁵⁷⁾.

ودليلنا: هو أن مال الكتابة مال غير لازم ولا ثابت، فلا يجوز أخذ الرهن عليه، أصله ما يثبت له من الديون، أو لأنه وثيقة (يستوفي الحق منها)⁽¹⁷⁵⁸⁾ فلم يجوز أخذ الرهن فيها أصله (إذا ضمن عنه الحر)⁽¹⁷⁵⁹⁾.

واحتج بأن قال: لأنه دين فجاز أخذ الرهن عليه أصله سائر الديون.

⁽¹⁷⁵⁴⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 156.

⁽¹⁷⁵⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 175.

⁽¹⁷⁵⁶⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6 / 6.

⁽¹⁷⁵⁷⁾ انظر: المبسوط: 21 / 134.

⁽¹⁷⁵⁸⁾ بياض في ط.

⁽¹⁷⁵⁹⁾ بياض في ط.

والجواب: هو أن المعنى في تلك الديون أنها ثابتة ولازمة فلذلك جاز أخذ الرهن عليها وليس كذلك في مسألتنا لأنه غير لازم، ولأن تلك الديون يضمنها وليس كذلك في مسألتنا والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا شرط في عقد الرهن خلاف موجه لم ينفعه ذلك وصح العقد، مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع الرهن إلا متى شاء وبالثلث الذي يختاره ويريده، فإن جميع ذلك لا يلزم، والعقد لازم، ولا يلزم شيء من هذه الشروط⁽¹⁷⁶⁰⁾.
وبه قال أبو حنيفة⁽¹⁷⁶¹⁾.

وقال الشافعي: العقد باطل بهذه الشروط⁽¹⁷⁶²⁾.

فدليلنا هو: أنه شرط شرطا ينافي مقتضى العقد فوجب أن لا يثبت، ويصح العقد. أصله إذا أودع عند إنسان وديعة وقال له أنت ضامن لها، فإن هذا الشرط لا يلزم، وكذلك إذا شرط في عقد القراض أنه ضامن للمال فإنه لا يلزم فكذلك في مسألتنا.

ولأن ما يلزم بالعقد ويكون هو الأصل في قبضه، فإذا شرط فيه انتفاؤه وجب أن لا يصح الشرط. أصله إذا شرط في النكاح أنه لا يطاء وفي البيع أن لا يتصرف فيه بالبيع، فإنه لا يلتفت إلى هذه الشروط، والعقد صحيح فكذلك في مسألتنا.

واحتج بأن قال: لأنه عقد تبطله الجهالة فأبطله الشرط الفاسد أصله البيع.

والجواب: هو أنه يبطل بالنكاح فإن الجهالة بالمرأة تبطله، وإن شرط أن لا يطاء المنكوح لا يبطل ذلك العقد فكذلك في مسألتنا. | والبيع حجة عليكم، لأنه لو باعه شيئا على أن لا يتصرف فيه فإن العقد يلزم، ولا يلتفت إلى شرطه الذي شرط فلم يصح ما قالوه. **قالوا:** ولأنه شرط فاسد قارن الرهن فأبطله. أصله إذا قال له عليّ أن لا أسلمه إليك.

والجواب: هو أنه يبطل بالنكاح والبيع إذا شرط في النكاح أن لا يطاء وفي البيع أن لا

⁽¹⁷⁶⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 151، 152، النوادر: 10 / 179، التفریع: 2 / 258.

⁽¹⁷⁶¹⁾ انظر: المبسوط: 21 / 66، بدائع الصنائع: 6 / 146.

⁽¹⁷⁶²⁾ انظر: الأم: 4 / 323، الحاوي الكبير: 6 / 249.

يتصرف، فإن العقد يلزم ولا يلتفت إلى شرط ذلك، وأما إذا انعقد عقد الرهن بالقول بينهما وقال بعد ذلك لا نسلم، فإننا نجبره على أن يسلم ذلك. وأما إن كان ذلك القول منه في حال الإيجاب فإنه ما حصل هنالك عقد، (فلا يقال أنه أبطل العقد، لأن ما)⁽¹⁷⁶³⁾ هناك عقد فيبطله فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه محبوس لاستيفاء منفعة فأبطله الشرط الفاسد أصله الإجارة.

والجواب: هو أنه يبطل بالنكاح وبالقراض، ولا نسلم في عقد الإجارة، لأنه لو قال أعرتك على أن لا أسلم إليك العبد المستأجر أو الدار المستأجرة، فإنه يجبر على ذلك، لأن هذه الشروط كلها تنافي العقد فوجودها وعدمها سواء، لأنها لغو من القول، والعقود يجب أن تحمل على الصحة فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

«ونهى رسول الله ﷺ عن غلق الرهن»⁽¹⁷⁶⁴⁾.

وصفة ذلك: أن يرهن منه رهنا على أنه إن جاءه حقه عند أجله، وإلا فالرهن بما فيه ومتى شرط ذلك لم يصح ذلك، والرهن على ملك راهنه⁽¹⁷⁶⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لما روي أن رسول الله ﷺ «نهى عن غلق الرهن»⁽¹⁷⁶⁶⁾، وقال: «لا يغلق الرهن الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. ولأن ذلك بيع غرر وجهالة، لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق بيع بصفة، وعقود المعاوضات لا تقف على الصفات، كما لو قال له: إذا قدم زيد بعثك هذه السلعة، فإن ذلك لا يجوز فكذلك في مسألتنا.

فصل:

وإذا باع الراهن الرهن يغير إذن المرتن لم يجز ذلك، وإنما قلنا ذلك، لأن فيه إبطال حق

⁽¹⁷⁶³⁾ ساقط من ط.

⁽¹⁷⁶⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁷⁶⁵⁾ انظر: الموطأ: 2/ 269، المدونة: 4/ المنتقى: 7/ 241، المسالك: 6/ 314.

⁽¹⁷⁶⁶⁾ هو ما ورد في الموطأ، مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يغلق الرهن "، أخرجه في الموطأ، ما لا يجوز من غلق الرهن، ر: 2132، 2/ 269.

المرتهن، |وأما إن باعه بإذنه، فإن ذلك جائز، ولا يلزمه تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن أنه ما أذن له في (بيعه فيتعجل حقه)⁽¹⁷⁶⁷⁾ 1768.

مسألة:

عندنا أنه إذا اشترط المشتري للبائع رهنا أو ضمينا ولم يعين له الرهن ولا الضمين، فالبيع صحيح، وعلى المبتاع أن يدفع رهنا برهن مثله على مبلغ ذلك الدين، وكذلك يلزمه أن يأتي الضمين معه⁽¹⁷⁶⁹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: البيع باطل، والرهن باطل.⁽¹⁷⁷⁰⁾

وقال المزني: الرهن فاسد للجهل به والبيع جائز لعلمهما به، وللبائع الخيار: فإن شاء أتم البيع بلا رهن وإن شاء فسخ بطلان الوثيقة⁽¹⁷⁷¹⁾.

ودليلا قوله عليه السلام: «ولكل شرطه»⁽¹⁷⁷²⁾.

والقياس: هو أن الرهن وثيقة بالحق فجاز مع الجهالة به. أصله الشهادة، لأنه لو قال بعني هذا الثوب بكذا وكذا، وأشهد لك على نفسي، لصح ذلك البيع، ويلزمه أن يشهد له على نفسه وإن لم يعين الشهود في نفس العقد، كذلك إذا قال له علي أن أرهنك أو أن أضمنك إنسانا وجب أن يجوز ذلك.

واحتج بأن قال: لأنه رهن مجهول فوجب أن لا يصح. أصله إذا قال له علي أن أرهنك ما في كمي.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون مجهولا، ولا يمنع ذلك من صحة العقد ثم يشهد له بعد ذلك من تصح شهادته عليه.

والثاني: هو أنا لا نسلم الأصل؛ لأن عندنا هو جائز، ويلزمه أن يرهن عنده ما يجوز أن

⁽¹⁷⁶⁷⁾ في ط: "ما أذن له في ذلك إلا ليتعجل حقه".

⁽¹⁷⁶⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 133، النوادر: 10 / 209، التفريع: 2 / 265، الكافي: 414.

⁽¹⁷⁶⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 135.

⁽¹⁷⁷⁰⁾ انظر: بدائع الصنائع: 5 / 171 - الأم: 4 / 323، الحاوي الكبير: 6 / 248.

⁽¹⁷⁷¹⁾ انظر: مختصر المزني: 100.

⁽¹⁷⁷²⁾ تقدم تخريجه.

يرهن على مثل ذلك الحق فيما جرت به العادة.

قالوا: ولأن العادة تختلف في الرهن؛ فمن الناس من يرهن بمقدار الحق، ومنهم من يرهن فوقيه ومنهم من يرهن دون الحق، وهذا يمنع من الرهن المجهول.

والجواب: هو أن هذا عادة في الناس، كما أن من الناس من يزوج على أكثر من مهر المثل، ومنهم من يتزوج بأقل، فإذا تزوج مطلقاً جاز ذلك ورجع إلى مهر المثل، فكذلك في مسألتنا، إذا قال بعني على أن أرهنك رهناً، يجب أن يصح، ويرجع في ذلك إلى ما يكون رهناً على ذلك القدر، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا قال الراهن للمرتهن بع الرهن عند محل الحق وخذ مالك عندي من ثمنه، فإن ذلك جائز⁽¹⁷⁷³⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽¹⁷⁷⁴⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك⁽¹⁷⁷⁵⁾.

[138ب] ودليلاً ما روي أن رسول الله ﷺ «أمر على الجيش الذي وجهه إلى الشام زيد بن حارثة وقال له: إن قتل زيد فالأمير جعفر بن أبي طالب من بعده، وإن قتل جعفر فالأمير من بعده عبد الله بن رواحة»⁽¹⁷⁷⁶⁾، وهذا توكيل في التصرف والإمارة، وهذا المعنى موجود في الوكالة، والوكالة أضعف من الإمارة، فإذا جاز ذلك في الإمارة (ففي الوكالة أجود)⁽¹⁷⁷⁷⁾. والقياس: هو أنه باعه بتوكيل مالكة فكان ذلك جائزاً. أصله سائر الوكالات، أولاً كل عين جاز بيعها بمحضر منه جاز بيعها بغير محضره إذا أذن في ذلك، أصله غير العين المرهونة، أو لأن ما جاز للعدل بيعه جاز للمرتهن بيعه إذا أذن له فيه أصله غير الغير مرهون.

⁽¹⁷⁷³⁾ انظر: المدونة: 4/ 138، النوادر: 10، 196، التفریع: 2/ 265، الكافي: 416.

⁽¹⁷⁷⁴⁾ انظر: المبسوط: 21/ 84، بدائع الصنائع: 6/ 149.

⁽¹⁷⁷⁵⁾ انظر: الأم: 293، مختصر المزني: 94، 95.

⁽¹⁷⁷⁶⁾ أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة مؤتة من أرض الشام، ر: 4261، 3/ 146.

⁽¹⁷⁷⁷⁾ في ط: "ففي الوكالة أولى أن يجوز".

قالوا: المعنى في جميع ما ذكرتموه أنه ما اجتمع فيه (عوضان)⁽¹⁷⁷⁸⁾ مختلفان فلذلك جاز البيع وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قد اجتمع ههنا عوضان مختلفان، لأن الراهن يريد التوقيف في البيع حتى يتنامى الثمن والمرتهن يريد تعجيل حقه فيبيع في الحال بما تيسر. والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه لا يبيع إلا بعد حلول الأجل ولا يبيع إلا بثمن مثله، فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: لأن عقد يختلف فيه غرض العاقلين، فوجب أن لا يصح إذا قال له وكلتك في بيع هذه السلعة فابتاعها لنفسه، فإن ذلك لا يصح، فكذلك في مسألتنا وجب أن لا يصح.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ما اختلف الغرضان بل الغرض واحد، وهو تحصيل الثمن وأخذ المرتهن حقه وهذا قد وجد. وأما الأصل فغير مسلم، لأن عندنا يجوز أن يشتري السلعة التي وكل في بيعها إذا ابتاعها بثمن مثل ذلك السلعة، لأن الغرض تحصيل الثمن واستيفاءه لا أعيان المشتريين، فلم يصح ما قالوه.

وربما قالوا: وكالة يختلف فيها الغرضان فلم يصح أصله ما ذكروه.

والجواب عنه ما تقدم فأغنى عن الإعادة.

قالوا: ولأن غرض الراهن ألا يبيع إلا بثمن كامل واف، وغرض المرتهن أن يبيع ويستعجل الحق الذي له ويرخص، فوجب أن يكون ذلك غير جائز.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا يبيع إلا بثمن مثله وعند حلول أجله، فلا يحصل هذا المعنى الذي ذكروه والله أعلم بذلك.

[139]

افصل:

وإذا ثبت جواز ذلك؛ فإنه يكره ذلك عند مالك رحمه الله، (فيما له خطر وبال، وقال أشهب: يجوز ذلك في الكل، وإنما كره ذلك مالك رحمه الله)⁽¹⁷⁷⁹⁾ لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما لدعوى الرهن المحاباة بترك الاستقصاء في الثمن على المرتهن، فلذلك

⁽¹⁷⁷⁸⁾ في ط: "غرضان".

⁽¹⁷⁷⁹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

كرهه (1780).

مسألة:

عندنا إذا جعل الراهن والمرتهن الرهن على يدي عدل رضيا به، وقال الراهن للعدل: بع الرهن عند محل الأجل، فجاء وباعه العدل فتلف الثمن قبل قبض المرتهن فهو من المرتهن (1781).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، إلا أنه قال: إن تلف الرهن في يد العدل كان من المرتهن أيضا (1782) وعندنا يكون من الراهن ذلك.

وقال الشافعي: رحمه الله تلف جميع ذلك من الراهن (1783).

ودليلنا: هو أن العدل أمين المرتهن والمرتهن أمين الراهن في حفظ الرهن، لأنه لم يرض بتسليم ذلك إلى المرتهن، وأمين المرتهن في التوثق حتى يبيع فيصل إليه حقه، لأن المرتهن ما رضي بذمة الراهن مجردة، وإن كان كذلك فما دام الرهن باقيا فتلفه من الراهن، لأن الحق لم يحل، وإذا بيع بعد استحقاق المرتهن للحق فقد وجب له الاستيفاء، وهذا موضع أمانة العدل للمرتهن، فيقول (لأنه مال) (1784) تلف تحت يد العدل للمرتهن فكان فيه أصله إذا قبضه له وأودعه عنده، فإن تلف ذلك منه فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: العدل وكيل الراهن ويده كيده وهو وكيل للمرتهن في الحفظ، وإذا كان كذلك وجب أن يكون التلف من يده كالتلف من يد المرتهن.

والجواب: هو أنه وكيل للراهن في حفظ الرهن وبيعه في وقته، وهو وكيل للمرتهن في قبض الحق، والبيع يقع للمرتهن حتى يستوفي حقه، فإذا بيع الرهن فقد خرج الراهن عما وجب عليه ودخل فيه وحصل ما للمرتهن بالتلف منه فدل على ما ذكرناه، والله أعلم بذلك.

(1780) انظر: المدونة: 4 / 138.

(1781) انظر: المدونة: 4 / 138، النوادر: 10 / 200 وما بعدها.

(1782) انظر: المبسوط: 21 / 77، رد المحتار: 10 / 119.

(1783) انظر: الأم: 4 / 350، الحاوي الكبير: 6 / 140، روضة الطالبين: 3 / 329.

(1784) في الأصل: "ما تلف".

مسألة:

ولو اتفقا على كون الرهن على يد عدل، وأراد الراهن أن يعزل العدل عن الرهن وعن بيعه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك: فمنهم من قال لا يجوز له ذلك⁽¹⁷⁸⁵⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى⁽¹⁷⁸⁶⁾.

وقال القاضي إسماعيل بن إسحاق⁽¹⁷⁸⁷⁾ من أصحابنا: له ذلك⁽¹⁷⁸⁸⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽¹⁷⁸⁹⁾.

ودليلنا: هو أنه حق من | حقوق الرهن فلا يملكه الراهن، أصله إمساك الراهن [139ب] وحفظه لا يملك الراهن ذلك، فكذلك عزل من جعل إليه ذلك، لا يملكه ولا ينفرد به إلا بإذن صاحبه.

ولأن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن، وهو تولى بيع الرهن ليصل المرتهن في أخذ حقه، وفي فسخ ذلك إبطال هذا المعنى فوجب أن لا يجوز.

واحتج بأن قال: لأنها وكالة تبطل بموت الوكيل، فجاز للموكل فسخه أصله سائر الوكالات.

والجواب: هو أننا نقول فنقول، فلا ينفرد بذلك أحد الوكيلين أصله ما ذكرتم، ثم المعنى في ذلك أنه لا يبطل بذلك حق الغير وليس كذلك في مسألتنا، لأن في عزله لذلك إبطال حق المرتهن، والمرتهن ما رضي بذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه أحد المتراهنين فجاز له عزل العدل أصله المرتهن.

⁽¹⁷⁸⁵⁾ انظر: التفریع: 2/ 265، الكافي: 416، الذخيرة: 8/ 120.

⁽¹⁷⁸⁶⁾ انظر: المبسوط: 21/ 80، بدائع الصنائع: 6/ 149، رد المحتار: 10/ 119.

⁽¹⁷⁸⁷⁾ إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل، أبو إسحاق الأزدي الجهضمي، مولی آل جریر بن حزم، أصله من البصرة، وبها نشأ، واستوطن بغداد، القاضي، الفقيه، الحافظ، المقرئ، المفسر. سمع أباه، وأبا الوليد الطيالسي. روى عنه موسى بن هارون الحافظ، وأبو القاسم البغوي. له: كتاب أحكام القرآن، وكتاب المبسوط في الفقه. توفي ببغداد سنة 282هـ. الجمهرة: 1/ 324-326أ: 233.

⁽¹⁷⁸⁸⁾ انظر: التوضیح: 6/ 140، الذخيرة: 8/ 120.

⁽¹⁷⁸⁹⁾ انظر: مختصر المزني: 94، الحاوي الكبير: 6/ 180، روضة الطالبين: 3/ 329.

والجواب: هو أن هذا لا يجوز له ذلك إلا برضى الراهن فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

ولو جعل الرهن على يدي عدلين وجب عليهما حفظ ذلك، ولم يجز لأحدهما أن ينفرد بذلك، فإن كان ذلك مما ينقسم قسم بينهما، وإن كان مما لا ينقسم كانت أيديهما عليه⁽¹⁷⁹⁰⁾. وبه قال الشافعي⁽¹⁷⁹¹⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن ينفرد بذلك أحدهما⁽¹⁷⁹²⁾.

ودليلنا: هو أنه تفويض حصل لمستحقين فلا ينفرد به أحدهما أصله البيع.

واحتمج بأن قال: لأنهما بمنزلة الشريكين، والشريكان يجوز أن تكون يد أحدهما ثابتة على المال دون شريكه، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن الشريكين إنما جاز ذلك في حقهما، لأنهما مالكين للمال وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا مفوض إليهما الحفظ، فهو كما لو وكلهما في بيع ذلك لم يجز أن ينفرد أحدهما بذلك، فكذلك في مسألتنا والله أعلم بذلك.

فصل:

ومال العبد ليس برهن معه⁽¹⁷⁹³⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه ملك له دون السيد ما لم ينتزعه منه السيد، ورهن العبد ليس بانتزاع لماله بخلاف البيع.

[تم كتاب الرهن]⁽¹⁷⁹⁴⁾.

⁽¹⁷⁹⁰⁾ انظر: النوادر: 10 / 200 .

⁽¹⁷⁹¹⁾ انظر: الأم: 4 / 350، الحاوي الكبير: 6 / 152.

⁽¹⁷⁹²⁾ انظر: المبسوط: 21 / 80.

⁽¹⁷⁹³⁾ انظر: المدونة: 4 / 162، النوادر: 10 / 179، الرسالة: 135، التفریع: 2 / 261، الكافي: 412.

⁽¹⁷⁹⁴⁾ كتبت في الأصل.

[140]

كتاب العارية

والعارية تمليك منافع العين بغير عوض، وهي جائزة ومندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: 77].

وقوله: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ [النساء: 114].

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «كل معروف صدقة»⁽¹⁷⁹⁵⁾. (وقوله: «العارية مؤداة»)⁽¹⁷⁹⁶⁾.

وروي «أن رسول الله ﷺ استعار»⁽¹⁷⁹⁷⁾، وكذلك الصحابة بعده رضوان الله عليهم⁽¹⁷⁹⁸⁾.

مسألة:

والعارية عندنا على ضربين:

نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى، مثل الرباع والحيوان، فهذا لا يضمن إلا بالتعدي. والضرب الآخر: يخفى هلاكه ويغاب عليه، مثل الحلي والثياب والسلاح وسائر العروض، فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بقول غيره ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد، كان من المستعير، وفيه روايتان:

⁽¹⁷⁹⁵⁾ أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب كل معروف صدقة، ر: 6021، 4/ 95، ومسلم في الزكاة، باب وصول ثواب الصدقة عن الميت إليه، ر: 1004، ص: 388.

⁽¹⁷⁹⁶⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁷⁹⁷⁾ أصله ما ثبت في البخاري قال: حدثنا آدم حدثنا شعبة عن قتادة قال سمعت أنسا يقول: "كان فرع بالمدينة فاستعار النبي صلى الله عليه وسلم فرسا من أبي طلحة يقال له المندوب فركبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيء، وإن وجدناه لبحرا". أخرجه في الهبة، باب من استعار من الناس الفرس والدابة وغيرهما، ر: 2627،

⁽¹⁷⁹⁸⁾ انظر: المحلى: 9/ 68.

احداهما: أنه لا يضمن ذلك وهو الصحيح. والرواية الأخرى: أنه يضمن وهو قول أشهب بن عبد العزيز⁽¹⁷⁹⁹⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁸⁰⁰⁾.

وقال أبو حنيفة: هي أمانة على كل وجه ولا يضمن شيئا منها⁽¹⁸⁰¹⁾.

فالدليل على أنها غير مضمونة في الجملة، ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير ضمان»⁽¹⁸⁰²⁾.

(ولأنه حيوان أو عقار قبضه لاستيفاء منفعة، فلم يضمن تلفه كالعبد المستأجر والدار)⁽¹⁸⁰³⁾.

فوجه الدليل منه، أنه عليه السلام نفى عن المستعير الضمان عموما، فدل على ما ذكرناه. قالوا: فعمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرسل، ونحن لا نقول بالمراسيل.

والجواب: هو أنا نحن نقول بالمراسيل إذا أرسلها الثقات، كما قلتم بمراسيل سعيد بن المسيب.

قالوا: فنحمله على أنه أراد أنه لا ضمان عليه في المنفعة والأجر التي استهلكها بالعارية. والجواب: أن النبي ﷺ نفى عنه الضمان عموما، ولم يخص الأجر ولا المنفعة من الأصل، فوجب أن يحمل على عمومته إلا ما قام الدليل عليه.

وروي عن صفوان بن أبي يعلى بن أمية عن أبيه أنه قال: «عارية مؤداة أم عارية

⁽¹⁷⁹⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 448، النوادر: 10/ 457، الرسالة: 135، التفریع: 2/ 277، 278، المقدمات: 2/ 471.

⁽¹⁸⁰⁰⁾ انظر: مختصر المزني: 116، الحاوي الكبير: 7/ 118، المهذب: 3/ 397، 398.

⁽¹⁸⁰¹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 116، المبسوط: 11/ 134، 135، بدائع الصنائع: 6/ 217.

⁽¹⁸⁰²⁾ أخرجه في المصنف، باب العارية، ر: 14782، 8/ 178، والدار قطني في العارية، ر: 2961، 3/ 466، وقال الدار قطني: في اسناده ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع، ومثل هذا قاله ابن حزم في المحلى، 9/ 170.

⁽¹⁸⁰³⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

مضمونة، فقال: بل مؤداة⁽¹⁸⁰⁴⁾، (وهذا ينفي)⁽¹⁸⁰⁵⁾ الضمان.

والقياس: هو أنها عين حصلت في يده لاستيفاء منفعة فلم تكن مضمونة، أصله العبد والأمة المستأجرة وغير ذلك | مما يؤاجر، وكذلك الموصى بخدمته، ولا يلزم عليه الرهن،^[140ب] لأنه ما حصل في يده لاستيفاء منفعة، والرهن عندنا أيضا ينقسم قسمين كالعارية.

ولأن كل قبض لا يوجب ضمان الأجر في حال الاستيفاء لا يتعلق به الضمان، أصله قبض الموهوب له الهبة. ولأنه مستعار تلف من غير تفريط فلم يلزم ضمانه أصله الأجزاء إذا تلفت.

فإن قالوا: المعنى في الأجزاء إنما لم يضمنها لأنه مآدون في تلفها، وليس كذلك العين، لأنه ما أذن في تلفها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنه لما أذن له في الانتفاع مع العلم، فإن الأجزاء تتلف وإن كان لا يعلم ما يتلف من ذلك، دل على أن ذلك قد يضمنه إذنه، لأنه لما أباح له ذلك فقد تضمن الإذن فلم يصح ما قالوه.

واستدلال، وذلك أنها لا تخلو العارية إما أن: تضمن ضمان الغصب أو ضمان المملوكات. ولا يجوز أن تضمن ضمان الغصب، بدليل سقوط الضمان الأجزاء التالفة فيما استعيرت له، والغصب يوجب ضمان جميع ذلك، ولا يجوز أن تكون مضمونة كضمان المملوكات، لأن ضمانها يقع على معاوضة أو جهة معاوضة، وفي العارية لا يوجد واحد من هذين المعنيين، فدل أنها غير مضمونة.

واحتج بما روي عن صفوان بن يعلى بن أمية أن النبي ﷺ "استعار منه أدرعا فقال: أغصبا يا محمد، فقال عليه السلام: بل عارية مضمونة، وفي بعض الأخبار بل مضمونة

(1804) أخرجه أبو داود في أبواب الإجارة، باب في تضمين العور، ر: 3561، ص 395، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب العارية، باب تضمين العارية، ر: 5746، 5/ 331، 332، وأحمد في المسند: 24/ 13، والدارقطني في السنن، كتاب العارية، ر: 2953، 3/ 452، والبيهقي في الكبرى، باب العارية مؤداة، 6/ 88، وذكر في نصب الراية تصحيحه عن الحاكم وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه. 4/ 117.

(1805) في الأصل: "وقد انتفى"

مؤداة»⁽¹⁸⁰⁶⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه أن صفوان كان جاهلاً بأحكام الشريعة فيما سأل الرسول عليه السلام، وقال أغصبا تأخذها، فقال: "بل عارية مضمونة مؤداة"، أخبر أنه يأخذها عارية (ووصفها بالضمان وجعل ذلك من حكمها. والجواب عنه من أوجه: أحدها أننا قد رويناه أنه قال: عارية)⁽¹⁸⁰⁷⁾ مؤداة أو عارية مضمونة. ففهم صفوان قبل أن يفهم الفرق من العارية المضمونة وبين العارية المؤداة، فأثبت النبي ﷺ أحد الأمرين بقوله مؤداة فانتفى الآخر، وصار تقدير الخبر، كان صفوان قال: أغصبا يا محمد، فقال لا بل عارية، فقال صفوان أعارية مضمونة، أي تضمن مع تلفها أو تكون مؤداة مع سلامتها، فقال مؤداة أي ترد مع سلامتها.

والثاني: هو أن النبي ﷺ إنما قصد بقوله "بل مضمونة" أنها مضمونة بالرد، نفياً لما قاله صفوان: "أغصبا يا محمد".

[141] والثالث: هو أن ذلك هو مما يخفى هلاكه فيغاب عليه، فنقول بالخبر في الأدرع وما يغاب عليه، ولا نقول بالخبر الآخر فيما يظهر هلاكه أنه لا يضمن، بقوله عليه السلام: "ليس على المستعير ضمان"⁽¹⁸⁰⁸⁾، واستعمال الخبرين على فائدتين أولى من استعمال أحدهما واطراح الآخر، فيكون بذلك أسعد.

قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"⁽¹⁸⁰⁹⁾.

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأنه لا يتناول إلا أداء العين، والقيمة لم يجز لها ذكر، وعلى أنا نقول بموجبه فيما يغاب عليه.

قالوا: ولأنه مقبوض لم يخرج عن ملك صاحبه، فوجب أن يكون الضمان مما تعجلت له المنفعة. أصله الإجارة، لأن المؤاجرة تعجل المنفعة بأخذ الأجرة، فكان ضمان الرقبة منه.

والجواب: هو أن هذا حجة لنا لأن المستأجر لما لم يضمن العين المستأجرة، فكذلك

⁽¹⁸⁰⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁸⁰⁷⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁸⁰⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁸⁰⁹⁾ تقدم تخريجه.

المستعير يجب أن لا يضمن، لأن كل واحد منهما قبض العين بإذن المالك لاستيفاء منفعة، فلما لم يضمن المستأجر فكذلك المستعير وجب أن يكون مثله.

قالوا: ولأنها عين مضمونة بالرد فكانت مضمونة بالتلف أصله الغصب.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الوديعة، فإنها مضمونة بالرد وغير مضمونة بالتلف.

والثاني: أليس هي مضمونة بالرد وأجزاؤها غير مضمونة، فكذلك عينها يجب أن تكون مثله، والمعنى في الغصب أن الغاصب يضمن الأخرى ويضمن العين وليس كذلك في مسألتنا. ولأن المعنى في الغاصب أنه متعدد، فلذلك ضمن وليس كذلك في مسألتنا لأنه أخذها بإذن مالِكها.

قالوا: ولأنها عين أخذها بالاستحقاق وهو ينفرد بمنفعتها، فإذا لم يسقط حكم المال⁽¹⁸¹⁰⁾ بالقبض وجب أن يكون ضمانها على القابض أصله القرض.

والجواب: هو أن القرض إنما كان مضمونا لأنه أخذه على عوض وهو رد ما رد مثله، ومنفعة العارية عن إذن المالك (بغير عوض فلم يلزم ضمان ذلك كسائر أجزائها. قالوا: ولأن الأجزاء إنما لم يضمنها لأن المالك⁽¹⁸¹¹⁾ أذن فيها وليس كذلك العين لأنه ما أذن له في تلفها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنه لما أعارها فقد علم أن التلف يتطرق عليها كما يعلم أن الأجزاء تتلف لا محالة فعلمه موجود في كلا الحالتين، وعلى أنه يلزم عليه العين المستأجرة، لأن المؤجر أذن للمستأجر في إتلاف الأجزاء، ولم يأذن له في إتلاف العين المستأجرة، ومع هذا لو أتلف العين المستأجرة من غير تفريط لم يضمن المستأجر ذلك،^[141ب] وإن كان ما وجد الإذن من جهة المؤجر، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما إذا أقامت بينة بهلاكه ففيه روايتان: أحدهما: أنه لا ضمان عليه. و الرواية

⁽¹⁸¹⁰⁾ في ط: "الملك".

⁽¹⁸¹¹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

الأخرى: أنه ضامن⁽¹⁸¹²⁾.

فوجه الرواية أنه لا يلزمه الضمان؛ هو أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له في تلفه، فلم يلزمه ضمان ذلك كالعبد المجذوم⁽¹⁸¹³⁾.

ووجه وجوب الضمان عليه، هو أن الأصل أنه مأخوذ على الضمان لا على وجه الأمانة، فلم يتنقل (بقيام البينة)⁽¹⁸¹⁴⁾ على أصله حسماً للباب.

مسألة:

عندنا إذا أعار شيئاً إلى مدة (لم يكن له الرجوع)⁽¹⁸¹⁵⁾ قبل الاستيفاء، وإنما كان كذلك لأن المدة قد صارت حقاً للمستعير فلم يكن له الرجوع قبل الاستيفاء، (كما ليس له الرجوع في الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها)⁽¹⁸¹⁶⁾ وأما إذا أطلق وأعاره شيئاً آخر فليس له الرجوع فيها أيضاً إلا بعد أن ينتفع بها المستعير انتفاعاً بمثلها⁽¹⁸¹⁷⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: له الرجوع في ذلك⁽¹⁸¹⁸⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا عقد عقداً فوجب الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: "المسلمون عند شروطهم"⁽¹⁸¹⁹⁾.

وقال عليه السلام: "كل معروف صدقة"⁽¹⁸²⁰⁾.

⁽¹⁸¹²⁾ انظر: المدونة: 4 / 448، النوادر: 10 / 477، 458، التفريع: 2 / 268، المقدمات: 2 / 471.

⁽¹⁸¹³⁾ في المعونة: "كالعبد المحروس": المعونة: 2 / 1209.

⁽¹⁸¹⁴⁾ سقطت من ط.

⁽¹⁸¹⁵⁾ في ط: "لم يكن له أخذه قبلها".

⁽¹⁸¹⁶⁾ ما بين قوسين مثبت من ط.

⁽¹⁸¹⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 449 وما بعدها، النودر: 10 / 464، البيان والتحصيل: 9 / 175، 176- التفريع: 2 / 269، الكافي: 408.

⁽¹⁸¹⁸⁾ انظر: المبسوط: 141، بدائع الصنائع: 6 / 215، مختصر المزني: 116، الحاوي الكبير: 7 / 127.

⁽¹⁸¹⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁸²⁰⁾ تقدم تخريجه.

وهذا معروف فلا يجوز الرجوع فيه كما لا يجوز الرجوع في الصدقة، ولأن المعير قد ملكه الانتفاع وصارت العين في يده بعقد مباح، فلا يكون له الرجوع فيها بغير اختيار المالك. أصله الإجارة، فكذلك في مسألتنا مثله. ولأنه لو جاز له أخذها قبل الانتفاع بها لكان رجوعاً في العارية، وهو قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن للمعير إبطال ذلك عليه.

واحتج بأن قال: بأنه لم يأذن له في ذلك إلى مدة معلومة فجاز له الرجوع فيها بالحال. والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأن إطلاق اسم العارية يقتضي الانتفاع، فوجب أن يستحق من ذلك ما ينتفع في العادة بمثل ذلك الشيء، والله أعلم بذلك.

[142]

كتاب الحجر

(فصل) (1821):

ويحجر على الأصغر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد (1822).

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: 220]، وقال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: 10]، ولأن الصغير لا يعرف حظ نفسه ولا يحسن التصرف في ماله، فكان كالمجنون، فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه في ماله، فجعل فيه بالصلاح، فإذا بلغ لم يدفع إليه دون أن يختبره، ويعرف سداذه من فساده، وإصلاحه لنفسه من تبذيره وإضاعته لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (1823)، فعلق انفكك الحجر عنهم بالبلوغ وإيناس الرشد. ولأن الحجر عليه في الصغير إنما هو لهذا المعنى، فإذا بلغ وهو على تلك الحال فالحجر عليه مستصحب واعتبارا ببلوغه مجنوناً.

(مسألة: عندنا إيناس الرشد الذي ينفك معه الحجر هو إصلاح المال وضبطه وترك تبذيره) (1824) وإنفاقه في وجوهه، فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك (الحجر) (1825) عنه، وسواء كان فاسقاً في دينه أو عدلاً (1826).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله (1827).

(1821) سقطت من الأصل.

(1822) انظر: المدونة: 4/ 72، النوادر: 10/ 97، التفريع: 2/ 256، الكافي: 423.

(1823) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(1824) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(1825) كلمة "الحجر" سقطت من الأصل.

(1826) انظر: المدونة: 4/ 74، 75- النوادر: 10/ 96، 97، التفريع: 2/ 256، الكافي: 442.

(1827) انظر: المبسوط: 24/ 162 وما بعدها.

وقال الشافعي رحمه الله: يحجر عليه إذا كان فاسقا في دينه، ولا يسلم المال إليه ولا ينفك الحجر عنه⁽¹⁸²⁸⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَقَّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ اسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]، وهذه نكرة في إثبات شائع على طريق البدل. فأبي رشد حصل فيهم وجب دفع المال إليهم.

قالوا: فالرشد هو ضد الضلالة، وهذا إذا كان فاسقا فهو غير رشيد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الله تعالى ما اعتبر الفسق وإنما اعتبر إصلاح المال، وإصلاح المال قد وجد من جهته، والذي يدل على ذلك؛ أن الحجر عليه قبل البلوغ وإيناس الرشد إنما كان لئلا يضيع المال، لأنه لا يعرف مصالح نفسه ومضارها من منافعها، فإذا زال ذلك المعنى وجب دفع ماله إليه، وأما قولهم: إن الرشد ضد الضلالة؛ فإنه (كما قالوا)⁽¹⁸²⁹⁾، ولكن الحجر على الصبي في ماله لم يكن لأجل الفسق، وإنما كان، لأنه لا يعرف مصالح نفسه لا لأجل ما ذكرتموه، ولأنه لو كان كذلك لوجب أن يحجر على كل فاسق في الدنيا، وهذا ما قاله أحد، فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه مصلح لماله، فوجب دفعه إليه أصله، إذا كان ديناً صالحاً.

قالوا: المعنى في ذلك؛ أنه (يونس)⁽¹⁸³⁰⁾ منه الخير والرشد والصلاح، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يخاف منه مع الفسق التخطي إلى تلف ماله فكان ممنوعاً منه.

والجواب: هو أن هذه علتنا وزيادة فلم يصح ما قالوه.

[142ب]

والثاني: هو أنه إذا كان عالماً بأمور دينه | مراعى لماله، فإن شحه وضبطه يمنعه من أن يخرج ذلك إلا في حقه، ولأنه إذا كان كذا في الفاسق إذا بلغ، فإنكم تخافون منه ذلك، فإن العلة إذن ليست الفسق، وإنما هي إصلاح المال، وهذا موجود، وهذا ضابط مصلح لماله فوجب دفع ذلك إليه.

⁽¹⁸²⁸⁾ انظر: الأم: 4/ 451، الحاوي الكبير: 6/ 339.

⁽¹⁸²⁹⁾ في ط: "فإنه كما قلت".

⁽¹⁸³⁰⁾ في ط: "يؤمن".

ولأن الفاسق قد (يضمن)⁽¹⁸³¹⁾ بهاله ويبالغ في حفظه أكثر من العدل، وهذا معلوم في الطباع ومشاهد في العرف، ولأنه لو كان الحجر عليه واجبا مع الفسق في حال بلوغه لوجب إذا بلغ مصلحا لماله ودينه، ثم دفع إليه ماله ففسق أن يعاد الحجر عليه.

قالوا: فقد قال بعض أصحابنا: إنه يعاد الحجر عليه، ومنهم من قال لا يعاد ذلك عليه. والجواب: هو أن هذا خطأ من القول، لأن النبي ﷺ قد أقام الحد على جماعة، وما نقل أنه حجر عليهم، وكذلك الخلفاء الراشدون من بعده قد جلدوا وقطعوا، وما نقل عن أحد منهم أنه حجر لأجل الفسق، (فلم يصح ما قالوه)⁽¹⁸³²⁾.

واحتج بأن قال: لأنه بالغ فاسق فلا يدفع إليه ماله أصله إذا بلغ مبذرا لماله. والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم بالغ فاسق، لأنه لو بلغ عدلا وفسق كان أيضا بهذه المثابة.

قالوا: فغير ممتنع أن يكون الحكم ثبت في الأصل لعلتين، كالإحرام يمنع من جواز الوطء، فلو ارتفع وخلفته علة أخرى منع أيضا ذلك من الوطء، مثل أن يخلفه الصوم والحيض.

والجواب: هو أنه كان يجب على قدر هذا الكلام، أن يكون كلما أنس منه الرشد دفع إليه المال، وكلما فسق جدد الحجر عليه، لأن العلة قد خلفتها علة أخرى، فلما منعتم من ذلك، دل على أنه إنما جوز ذلك عليه السلام لإصلاح ماله لا غير، والإصلاح موجود، فلا يوجب الحجر عليه.

والثاني: هو أن تلك العلل ثبتت من طريق الشرع.

قالوا: ولأن كل معنى أثر في دفع المال الغير إليه، أثر في دفع المال إليه الجنون.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يجوز دفع مال الغير إليه، لأنه يكون وليا في ذلك، والمعنى في المجنون أنه غير مكلف فلا يصح التصرف منه، فلذلك لم يدفع إليه المال، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه عاقل مكلف | مصلح لماله غير مبذر، فوجب دفع ماله إليه (أصله ما

[143أ]

(1831) في ط: "يشح".

(1832) ما بين قوسين سقط من الأصل.

ذكرتم⁽¹⁸³³⁾، والله أعلم.

مسألة:

عندنا يبتدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم⁽¹⁸³⁴⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا بلغ الرجل من السن خمسا وعشرين سنة، فإنه لا يحجر في ماله⁽¹⁸³⁵⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَافَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]، وهذا غير رشيد فوجب الحجر عليه.

وروي عن عائشة رضي الله عنها «أنها كانت تتصدق كثيرا وتعتق، فقال عبد الله بن الزبير: لتنتهين أو ليحجرن عليها، فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فقالت: والله لا كلمته أبدا»⁽¹⁸³⁶⁾.

فإن قالوا: فقد خالفته.

والجواب: هو وإن كان خالفته في ذلك، إلا أنه قد قال ذلك.

والثاني: هو أن عائشة رضي الله عنها كانت تخرج المال في وجوه البر، وكلامنا هو فيمن يخرج في غير ذلك.

ولأن ذلك مروى عن السلف، فروى عن عثمان رضي الله عنه «جواز الحجر على الكبير»⁽¹⁸³⁷⁾.

وروي مثل ذلك «عن عائشة والزبير بن العوام رضوان الله عليه»⁽¹⁸³⁸⁾، (ولأنه إجماع الصحابة)⁽¹⁸³⁹⁾.

⁽¹⁸³³⁾ في ط: "أصله ما ذكرناه".

⁽¹⁸³⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 75، التفریع: 2/ 256، الكافي: 423، 424.

⁽¹⁸³⁵⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 97، المبسوط: 24/ 159، 161.

⁽¹⁸³⁶⁾ أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب الهجرة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث، ر: 6073، 4/ 105.

⁽¹⁸³⁷⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على البالغين بالسف، 6/ 61.

⁽¹⁸³⁸⁾ ذكر هذا البيهقي في سننه الكبرى، 6/ 62.

⁽¹⁸³⁹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

وروي عن عبد الله بن جعفر "أنه اشترى أرضاً سبخة بمال عظيم، غبن فيها، فقال له علي عليه السلام: قم لأحجر عليك، فشكى عبد الله بن جعفر ذلك إلى الزبير، فقال له الزبير: أنا شريكك فيها، فحملة علي إلى عثمان رضي الله عنهم، فقال علي لعثمان: أحجر علي عبد الله، فقال عثمان: كيف أحجر علي رجل شريكه الزبير" (1840).

فوجه الدليل منه: هو أنه استحق الحجر عليه، لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله.

والقياس: هو أنه مبذر لماله فوجب الحجر عليه، أصله ما دون الخمس والعشرين سنة. ولأن كل من في (منعه من) (1841) ماله إصلاح حاله، وفي تركه معه إتلافه، (وإضاعته وخوف الفقر عليه) (1842)، فكان الحجر عليه مستحقاً أصله الصغر، ولأن الحجر عليه قبل الخمس والعشرين سنة، إنما كان ذلك لأجل إضاعة المال وعدم ضبطه وإنفاقه فيما لا يجوز إنفاقه فيه، وإذا كان ذلك المعنى وجد ابتداء الحجر عليه.

ولأن كل معنى منع من دفع المال إليه فما دون الخمس والعشرين سنة منع من دفعه إليه (فما فوقها) (1843) أصله الجنون.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152]، وهذا قد بلغ الأشد، فوجب دفع ماله إليه.

[143ب]

والجواب: هو | أنه تعالى لم يبين الأشد ما هو، فيجب اعتبار ما ذكرناه.

والثاني: هو أنه قد روي عن ابن عباس أنه قال: "الأشد ثمانية عشر سنة" (1844).

قالوا: ولأنه مكلف يقبل إقراره على نفسه، فلم يجب الحجر عليه أصله إذا بذر ماله في طاعة الله تعالى.

(1840) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على البالغين بالسفه، 6/ 61.

(1841) في ط: "منفعة ماله".

(1842) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(1843) ما بين قوسين سقطت من ط.

(1844) انظر: جامع البيان: 22/ 16، معاني القرآن الكريم: أبو جعفر النحاس: 5/ 162، النكت والعيون المسمى

تفسير الماوردي: 4/ 240، الجامع لأحكام القرآن: 19/ 196.

والجواب: هو أنه لا يقال لمن أنفق ماله في طاعة الله أنه مبذر، وإنما التبذير أن يضع الشيء في غير موضعه. والثاني هو أنه يلزم عليه من له أقل من خمس وعشرين سنة.

قالوا: ولأن الحجر عليه إنما كان لمصلحة ماله، ومن بلغ خمسا وعشرين سنة فقد صار جدا فلا يجوز الحجر عليه.

والجواب: هو أنه يبطل بالمجنون، فإن هذا المعنى موجود فيه ولا يدفع المال إليه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتزوج ويدخل بها زوجها وتكون مصلحة لماها⁽¹⁸⁴⁵⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى: إذا بلغت انفك الحجر عنها إذا وجد الرشد منها، ولا يعتبر في ذلك تزويجها⁽¹⁸⁴⁶⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: 6]، وحقيقة بلوغ النكاح هو أن تتزوج حتى تحصل منكوحة ثم يؤنس رشدها بذلك.

والقياس: هو أنها بالبلوغ لم تختبر الرجال ولا تعرف المعاملات ولا تقف على إصلاح المال ووجوه الغبن، فكان الحجر عليها مستصحباً، أصله إذا بلغت مبذرة.

ولأن البيع في المعاش والمعاملات إنما هو للرجال، وأما النساء فلا يعرفن ذلك إلا بعد مخالطة الرجال واختبارهم، وهذه ما خالطت الرجل ولا عرفت مضارها من منافعها، فكان الحجر مستداماً عليها حتى يدخل بها الزوج، فدل على ما قلناه.

واحتج بأن قال: لأنها بالغة رشيدة، فوجب تسليم ماها إليها، أصله إذا تزوجت ودخل بها زوجها.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنها رشيدة؛ لأن لمجرد بلوغها لا تكون بذلك رشيدة، لأنها غير عالمة بذلك، وأنها تعلم ذلك بعد أن تتزوج ويدخل بها الزوج، فحينئذ تعلم مضارها

⁽¹⁸⁴⁵⁾ انظر: المدونة: 2/ 103، النوادر: 11، 93، 94 - التفریع: 2/ 256 - الكافي: 423.

⁽¹⁸⁴⁶⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 97 - الأم: 459، 460، الحاوي الكبير: 6/ 352، 353.

من منافعتها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

[144أ]

والمعنى فيها إذا تزوجت؛ إنما جاز دفع مالها إليها لأنها قد اختبرت الرجال وعرفت ما يضرها وينفعها وليس كذلك في مسألتنا، لأنها قبل ذلك غير عالمة بإصلاح المال ولا وجوه ضبطه، فكانت ممنوعة لأجل ذلك.

قالوا: ولأنه شخص بالغ رشيد فوجب دفع ماله إليه أصله الغلام.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن الرشد لا يحصل إلا بالاختبار، ولا يوجد ذلك إلا بعد دخول الزوج بها، لأن بذلك يقع الاختبار، والمعنى في الغلام أنه يعرف وجوه الثقلب بالبيع والشراء وجميع التصرفات، وليس كذلك (هذه)⁽¹⁸⁴⁷⁾ الجارية العذراء، لأنها ما مارست الرجال ولا اختبرت، لأنها ممن لا تعرف التصرف لأنهن مقصورات عن الخروج بالاحتياط بالرجال فلم يصح ما قالوه.

ولأنه إذا أجاز دفع مالها إليها بعد أن تتزوج، فالأولى أن يدفع إليها ذلك قبل أن تتزوج، وذلك أنها قبل أن تتزوج تحتاج إلى شراء الجهاز والقماش، فهي تحتاط في هذه الحالة أكثر مما تحتاط بعد الدخول بها، لأن بدخول الزوج قد زال هذا المعنى.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها وإن كانت تحتاط إلا أنها لا تدري ما تشتري ولا تبيع، لأنها غير عارفة بذلك، بل تحتاج مع ذلك إلى علم بالتصرف، ولأن شحها بعد دخول الزوج بها أشد، وذلك أنها تخاف من مجيء الأولاد، وأن يطلقها هذا الزوج بعد الدخول بها، فتحتاج من التجميل للزوج الثاني أكثر من الأول، لأنها تحصل هنا غير مرغوب فيها كربة الأوبار، فلم يصح ما قالوه.

فصل:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في المعنسة التي لها أربعون سنة، أو خمسون سنة، فروى عنه أنه قال: لا يدفع إليها مالها.

وروي عنه أنه قال: إن كانت تعامل الناس دفع إليها مالها، وإن كانت لم تعاملهم لم

(1847) في الأصل: "وليس كذلك في مسألتنا الجارية".

يدفع إليها شيء من ذلك⁽¹⁸⁴⁸⁾.

والوجه في الدفع: هو أن من بلغ هذا السن وعامل الناس فقد اختبر الأمور وجرب وعرف وجوه الاحتياط، فوجب دفع مالها إليها كالغلام.

ووجه المنع: هو أنها غير عالة بذلك، فلا يدفع إليها مالها، لأنها لا تعرف مصالحها من مضارها والله أعلم بذلك.

[144ب]

مسألة:

عندنا أن الصبي إذا بلغ مبذرا لماله، فالحجر ثابت عليه ويمنع من التصرف⁽¹⁸⁴⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: يمنع من المال، إلا أن تصرفه بالبيع والإقرار يصح⁽¹⁸⁵⁰⁾.

ودليلنا: هو أن من منع من دفع المال إليه لأجل السفه، وجب أن يمنع من التصرف أصله المجنون.

ولأنه إنما منعه من دفع المال لأجل أن يضيع، وهذا المعنى موجود في مسألتنا فلا يصح منه التصرف.

واحتج بأن قال: لأنه عاقل بالغ فلم يمنع من التصرف، أصله غير السفه.

والجواب: هو وإن كان بالغاً عاقلاً إلا أنه مبذرا لماله.

والثاني: هو أن المعنى في ذلك إلا أنه لا يدفع من دفع ماله إليه، فلا يمنع من التصرف، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما منع من دفع ماله إليه، كان أحق وأولى أن يمنع من التصرف.

قالوا: ولأنه يصح منه الإقرار بالجناية والقتل فصح منه التصرف أصله غير المبذر.

والجواب: هو أنه يبطل بالعبد، والمعنى في الأصل ما قدمناه.

قالوا: ولأنه يصح طلاقه وخلعه فصح بيعه وتصرفه، أصله ما ذكرناه.

⁽¹⁸⁴⁸⁾ انظر: النوادر: 10 / 95، العتبية مع البيان: 10 / 95 و 482، 483 - المقدمات: 2 / 355، عقد الجواهر: 2 / 626.

⁽¹⁸⁴⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 74 - النوادر: 10 / 97، التفريع: 2 / 256 - المقدمات: 2 / 349.

⁽¹⁸⁵⁰⁾ انظر: المبسوط: 24 / 162 / 163، بدائع الصنائع: 7 / 170.

والجواب: هو أن الطلاق لا تبذير فيه للمال فلذلك صح منه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا تبذير، فوجب أن يمنع منه والله أعلم.

مسألة:

عندنا حد البلوغ في الذكور: الاحتلام أو الإنبات، أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ في العادة⁽¹⁸⁵¹⁾، ولم يجد مالك رحمه الله فيه حداً.

وقال أصحابنا: مثل سبع عشرة سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذه الأوصاف هي علاماته في النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل⁽¹⁸⁵²⁾.

وقال الشافعي: حد البلوغ خمس عشرة سنة في الغلام والجارية⁽¹⁸⁵³⁾، وروي ذلك عن ابن وهب، (أعني خمس عشرة سنة في الغلام والجارية)⁽¹⁸⁵⁴⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الإنبات ليس بدليل على البلوغ، وقال في الجارية سبع عشرة سنة، وفي الغلام ثمان عشرة سنة، وقد قيل عنه: تسع عشرة سنة⁽¹⁸⁵⁵⁾.

فأما الدليل على الخمس عشر سنة لا يكون حداً للبلوغ، فقله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَنْذِرُوا﴾ [النور: 59]، وهذا (ما)⁽¹⁸⁵⁶⁾ بلغ الحلم.

والثاني: هو أن الحكم إذا علق بشرط دل أن ما عداه بخلافه، وقد علق الحكم | [145] ههنا شرط البلوغ، والبلوغ ما وجد.

⁽¹⁸⁵¹⁾ هذه عبارة ابن القصار رحمه الله في عيون الأدلة، انظر: عيون الأدلة: 28/ل1، ولكن زاد القاضي عبد الوهاب هنا عليه بأن الإمام مالكا لم يجد فيه حداً، وهو الذي لم يذكره ابن القصار في كتابه.

⁽¹⁸⁵²⁾ انظر: النوادر: 1/ 269، 2/ 28، الكافي: 118 - المقدمات: 2/ 345.

⁽¹⁸⁵³⁾ انظر: الأم: 4/ 451، مختصر المزني: 105، الحاوي الكبير: 6/ 343، 344.

⁽¹⁸⁵⁴⁾ ما بين قوسين ساقط من ط.

⁽¹⁸⁵⁵⁾ انظر: المبسوط: 24/ 162، بدائع الصنائع: 7/ 171، 172.

⁽¹⁸⁵⁶⁾ في الأصل: "وهذا قد بلغ الحلم".

قالوا: فهذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به.

والجواب: هو أن دليل الخطاب أصل من أصولنا فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أن الدليل منه إنما هو من حيث الشرط وتعلق الحكم به، وما وجد الحكم المعلق به.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152].

قال ابن عباس: "أشده ثماني عشرة سنة"⁽¹⁸⁵⁷⁾، فكان الرجوع فيه إلى ما قاله ابن عباس، لأنه ترجمان القرآن، والنبي ﷺ قال: "اللهم علمه التأويل"⁽¹⁸⁵⁸⁾ ودعا له بذلك، فكان الرجوع إليه أولى.

والقياس: هو أن الخمس عشرة سنة مدة لم يوجد فيها الاحتلام ولا الإنبات ولا الإجماع على وجود التكليف عليه فلا يحكم ببلوغه فيها، أصله الأربع عشرة سنة، ولأن المقادير التي يتعلق بها الصيام والصلاة لا تثبت إلا على توقيف أو اتفاق، كمدة الإقامة وغير ذلك، وفي مسألتنا لا توقيف ولا اتفاق فلا يثبت بذلك حكم البلوغ. وقد قيل لأنها سنة لا يجب عليه فيها إلا صحبة فلا يحكم فيها بإسلامه. أصله ما دون (الخمس والعشرين)⁽¹⁸⁵⁹⁾ سنة وليس بجيد، والأجود من هذا ما ذكرناه، وهو أولى من القياس.

واحتج بما روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال "إذا بلغ الغلام خمسة عشر سنة كتب له وعليه وأحد منه الحدود"⁽¹⁸⁶⁰⁾.

⁽¹⁸⁵⁷⁾ تقدم ذكره.

⁽¹⁸⁵⁸⁾ أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب وضع الماء عند الخلاء، ر: 143، 1/ 68، من غير زيادة "وعلمه التأويل"، وبلغظ "اللهم فقه في الدين وعلمه التأويل": أخرجه أحمد في المسند، ر: 28 وابن حبان في صحيحه، كتاب إخباره صلى الله عليه وسلم عن مناقب الصحابة، ر: 7055، 15/ 531.

⁽¹⁸⁵⁹⁾ في ط: "ما دون الخمسة عشرة سنة".

⁽¹⁸⁶⁰⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد، 6/ 57، قال في التلخيص: "حديث أنس إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأقيمت عليه الحدود"، البيهقي في الخلافات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف. وقال الغزالي في الوسيط تبعاً للإمام في النهاية: رواه الدارقطني بإسناده، فعله في الأفراد أو غيرها فإنه ليس في السنن المذكور. وذكره البيهقي في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا إسناد وقال إنه ضعيف. التلخيص: 3/ 93.

والجواب: هو أن هذا لا أصل له ولا يعرف بوجه ولا سبب ولا يحل ذكره.

قالوا: بلى قد عرف راويه، وهو أبو الحسين الجبائي.

والجواب: هو أنه الآن زادت الجهالة به لأن هذا الرجل غير معروف ولا مشهور في المحدثين ولا في الفقهاء؛ وما هذا سبيله فلا يحل ذكره فكيف الاستدلال به، ولو صح لكم ما ادعيتموه منه لم يكن فيه حجة، لأنه لو بلغ وأثبت مثل الخمس عشرة سنة كان له وعليه وأقيمت عليه الحدود، فلم يكن فيه حجة؛ ولأن الرجوع إلى ما قاله عبد الله بن عباس ترجمان القرآن، وأن الأشد ثمان عشرة سنة، أولى من هذا الخبر الواهي الذي لا أصل له بوجه ولا سبب.

[145ب]

قالوا: وروي أن عبد الله بن عمر قال: «عرضت على رسول الله ﷺ عام أحد فردني وكان لي أربع عشرة سنة، وعرضت (سنة الخندق)⁽¹⁸⁶¹⁾ فأجازني ولي خمس عشرة سنة»⁽¹⁸⁶²⁾.
(والجواب: هو أن هذا الخبر روي مختلفا، فروي في بعض الأخبار أنه قال: "عرضت على رسول الله ﷺ عام أحد ولي ثلاث عشرة سنة فردني، وعرضت عليه بعد ذلك فأجازني ولي أربع عشرة سنة")⁽¹⁸⁶³⁾، وروى هذا الحديث أحمد بن حنبل بإسناد صحيح⁽¹⁸⁶⁴⁾، ولم يذكر في الخبر ذكر البلوغ الذي يقع به الحكم في الشريعة، والخلاف في هذا وقع، وإنما ذكر الإجازة في القتال، وهذا المعنى إنما يتعلق بالقوة والجلد لا بالسنين.

ولأن الحال كانت حالة قتال عند عرض (بن عمر)⁽¹⁸⁶⁵⁾، وإذا كانت الحال هي السبب في إجازته ورده علمنا أن الغرض من ذلك إنما كان القوة والجلد، وصار الحكم معلقا بهذا السبب، ومن أصلنا جميعا أن الحكم إذا تعلق بسبب ونقل معه تعلق به، والسبب هو السن،

⁽¹⁸⁶¹⁾ في الأصل: "وعرضت عليه بعد ذلك".

⁽¹⁸⁶²⁾ أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة الخندق، ر: 4097، 3/ 114، ومسلم في الإمارة، باب بيان سن البلوغ، ر: 1868، ص 778.

⁽¹⁸⁶³⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁸⁶⁴⁾ قال أحمد رحمه الله تعالى: حدثنا يحيى عن عبيد الله أخبرني نافع عن ابن عمر "أن النبي صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة فلم يجزه ثم عرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة فأجازه". المسند: 8/ 287.

⁽¹⁸⁶⁵⁾ سقطت من الأصل.

والحكم هو الإجازة في القتال، فكأنه أجازته القتال لهذا السن، ونحن نجيز قتال الصبي إذا بلغ هذا السن ونسهم له في المقاتلة.

والذي يكشف عن صحة هذا المعنى، وأنه إنما كان لأجل القوة والجلد لا لأجل السن؛ ما روي أن سمرة بن جندب قال: «عرضت على رسول الله ﷺ فردني وأجاز أبا رافع، فقلت يا رسول الله: لم تردني وقد أجزت أبا رافع ولو صارعني لصرعته؟ قال: فصارعته فصرعته»⁽¹⁸⁶⁶⁾، فدل على أن ذلك إنما كان لأجل القوة لا لأجل السن، فلم يصح ما قالوه من هذا الخبر الذي هو معولهم.

قالوا: والقياس هو أنه يصح بيعه فصيح بلوغه، أصله إذا بلغ ثمان عشرة سنة.
والجواب: هو أنا لا نسلم أن يبيعه يصح، والمعنى فيه إذا بلغ ثمان عشرة سنة أن العادة جارية بذلك، وأنه لا يكاد أن يتعدى هنا ذلك ولا يتراخى بلوغه عن ذلك.

والثاني: هو أنه يحصل بالغائها من حيث الإجماع، فكان ذلك دلالة صحيحة، وليس كذلك الخمس عشرة سنة.

قالوا: ولأنها سنة يحكم فيها ببلوغ الجارية، فحكم فيها ببلوغ الغلام أصله ثمان عشرة سنة.

والجواب: هو أنا لا نحكم بذلك في الجارية، والحكم عندنا في الجارية والغلام واحد في باب السن، وإنما الجارية تزيد عليه بالحيض والحمل فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

[146]

افصل:

فأما الدليل على أن الإنبات بلوغ خلافا لما قاله أبو حنيفة، ما رواه عطية القرظي: أن النبي ﷺ حكم سعد بن معاذ في بني قريظة فقال: «من أنبت جعل في المقاتلة ومن لم ينبت جعل في الذراري»⁽¹⁸⁶⁷⁾، فقال رسول الله ﷺ: «لقد حكمت بحكم الله تعالى من سبعة

⁽¹⁸⁶⁶⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب ما جاء في المصارعة، 10 / 18، والحاكم في البيوع، 2 / 60، 61، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقال في مجمع الزوائد: رواه الطبراني مرسلا ورجاله ثقات. 5 / 575.

⁽¹⁸⁶⁷⁾ هذا لفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الحدود، باب من يئى يجب عليه الحد، ر: 2541، 2 / 849، وقال في البدر المنير: صحيح مشهور. البدر المنير: 6 / 670.

أربعة⁽¹⁸⁶⁸⁾، وأراد بذلك من تحت سبع سماوات، والسماء تسمى رقيعا، وكذلك تقول العرب "ما تحت الرقيع أرفع منه" أي ما تحت السماء أرفع منه.

قالوا: فهذا عطية القرظي مجهول لا يعرف.

والجواب: هو أن هذا غلط؛ لأنه صحابي معروف غير مجهول، فروى عنه مجاهد بن جبر⁽¹⁸⁶⁹⁾ وجماعة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: فالفاظ هذا الخبر مختلفة اختلافا متباينا، فقليل فيه "أنبت"، وقليل فيه "أحضر" - وقليل "جرت عليه المواسي"، وهذا الاختلاف يمنع من التعلق به.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الألفاظ إنما اختلفت لاستحاشها، لأن الخبر غير ثابت فلم يصح ما قالوه.

وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: "الجزية على كل من جرت عليه المواسي"⁽¹⁸⁷⁰⁾.

ولأن ذلك إجماع الصحابة؛ وذلك أنه روي عن عمر رضي الله عنه «أنه ذكر له غلام شيب في امرأة، فقال يكشف عن مؤزره فإن أنبت عاقبته»⁽¹⁸⁷¹⁾.

وروي عن عثمان رضي الله عنه «أنه رفع إليه غلام سرق، فقال يكشف عن مؤزره فإن أنبت قطعته»⁽¹⁸⁷²⁾، وهذا كله يدل على ما ذكرناه.

وروي أن عمرو بن العاص لما فتح الإسكندرية عرض عليه غلام: «فقال لا أسهم لمن يبلغ الحلم، فقالوا له، فههنا جماعة من الصحابة نسألهم عن ذلك، فسألوا عتبة بن عامر

⁽¹⁸⁶⁸⁾ أخرجه البخاري في المغازي، باب مرجه النبي صلى الله عليه وسلم ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إياهم، ر: 4121، 3 / 119. ومسلم في الجهاد والسير، باب جواز قتل من نقض العهد، ر: 1768، ص 733.

⁽¹⁸⁶⁹⁾ مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي، شيخ القراء والمفسرين، أخذ عن ابن عباس رضي الله عنهما القرآن والتفسير والفقه، وعن أبي هريرة وعائشة، وسعد ابن أبي وقاص، وابن عمر، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء وهم من أقرانه وخلق كثير، مات سنة ثنتين ومائة، وقيل: سنة ثلاث ومائة، رضي الله عنه. التاريخ الكبير: 7 / 411؛ سير أعلام النبلاء: 4 / 449 - 457.

⁽¹⁸⁷⁰⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الجهاد، ر: 33304، 12 / 239، والبيهقي في الكبرى، باب من ترفع عنه الجزية، 9 / 198، وقال في البدر المنير: حديث صحيح. 9 / 189.

⁽¹⁸⁷¹⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، في الغلام يسرق أو يأتي الحد، ر: 28737، 9 / 485.

⁽¹⁸⁷²⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، في الغلام يسرق أو يأتي الحد، ر: 28735، 9 / 484.

وعطية العوقي فقالا: يكشف عن مؤثره فإن أنبت يسهم له»⁽¹⁸⁷³⁾ فدل على أن الإنبات تعلق عليه حكم البلوغ.

والقياس: هو أنه يصح بيعه فجاز أن يحكم ببلوغه أصله إذا احتلم، ولأنه يصح توكيله فجاز أن يحكم ببلوغه أصله إذا احتلم، وهذان القياسان مركبان، لأن عندنا يصح بيعه لأنه مرأق وعنده يصح بيع الصغير وكذلك في التوكيل مثله.

قالوا: المعنى في ذلك أنه لا يختلف فيه حكم المسلم والكافر، وليس كذلك في [مسألة¹⁴⁶ب]

والجواب: هو أن عندنا يحكم بذلك في المسلم كما يحكم بذلك في الكافر.

وقياس آخر: وهو أن ما يخرج من الآدمي على ضربين: متصل ومنفصل، ثم ثبت وتقرر:

أن المنفصل منه ما يوجب البلوغ، وهو المني ودم الحيض، ومنه ما لا يوجب وهو البول والعرق وغير ذلك، فيجب أن يكون كذلك المتصل ينقسم إلى قسمين:

قسم منه يوجب وقسم منه لا يوجب، وتحريره أنه أحد نوعي ما يخرج من الآدمي، فجاز أن يكون منه ما يوجب البلوغ أصله المنفصل.

واستدلال في المسألة: وذلك أنا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه، وأمكن جحد ذلك، فيؤدي إلى إسقاط الأحكام، فوجب اعتبار معنى زائد على ذلك وليس إلا ما قلناه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاثة فذكر الصبي حتى يبلغ"⁽¹⁸⁷⁴⁾ ولم يذكر الإنبات.

والجواب: هو أن من أنبت فلا يقال له صبي.

والثاني: هو أنا نستعمل الخبرين فنقول بذلك في الاحتلام، ونقول في الإنبات بما ذكرناه من الأدلة، والجمع بين الدليلين واستعمالهما أولى من استعمال أحدهما وإطراح الآخر فلم يصح ما قالوه من ذلك.

⁽¹⁸⁷³⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر.

⁽¹⁸⁷⁴⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: ولأنه شعر فلا يحكم به البلوغ، أصله شعر الصدر وغيره من الشعور.

والجواب: هو أن هذا القياس مخالف للسنة فلا نقبله.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون هذا شعر وهذا شعر، وأحدهما يحكم به، والثاني لا يحكم به، كما أن المنفصل أيضا خارج وأحدهما يحكم به بالبلوغ، والآخر لا يحكم به وهو دم الحيض والمني، وإن لم يحكم بالآخر الذي هو الدمع والعرق، فكذلك في مسألتنا يجوز أن يكون مثله في الشعر.

والمعنى في شعر الصدر إنما لم يحكم به أنه يجوز بلوغا، لأنه ليس بمجاوز، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مجاوز لما يحكم به فكان في حكمه.

قالوا: ولأن الشعر زيادة نماء في البدن، فلا يحكم به في البلوغ أصله السمين.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون هذا زيادة نماء وفي أحدهما يحكم به والآخر لا يحكم به، كما ذكرنا في المنى ودم الحيض، فإنه يوجب البلوغ، وإن كان العرق | والدمع لا يوجب ذلك. ولأنه قياس مخالف للسنة، ولأن السمن لا يجعل دلالة ولا إمارة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن صاحب الشريعة حكم بذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن شعر الوجه أدل على البلوغ من غيره، فلما لم يحكم به، دل على أنه لا يجوز تعليق الحكم عليه.

والجواب: هو أن هذا غلط بين، وذلك أن صاحب الشريعة لم يجعل شيئا من الوجه وما يخرج منه دليلا على البلوغ، وقد جعل في ذكر الرجل وفرج المرأة ما يدل على البلوغ، وهو المنى في الرجل والحيض في المرأة والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما الدليل على الشافعي حيث فرق بين أولاد المسلمين والمشركين في الإنابات في أحد قولي، حيث قال: يكون ذلك دليلا على أولاد المشركين (ولا يكون دليلا على) ⁽¹⁸⁷⁵⁾ أولاد المسلمين ⁽¹⁸⁷⁶⁾، هو أن ما (كان) ⁽¹⁸⁷⁷⁾ بلوغا في أولاد المشركين (كان) ⁽¹⁸⁷⁸⁾ بلوغا في أولاد

⁽¹⁸⁷⁵⁾ في ط: "ولا يكون ذلك في أولاد المسلمين".

⁽¹⁸⁷⁶⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6 / 343.

المسلمين، أصله السن والاحتلام، ولأن دلالة على ذلك ليس بمعنى يرجع إلى الدين، وإنما هو بمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوفي فيه المسلم والكافر.

واحتج بأن قال: إن المشرك لا تلحقه التهمة في أن يعالج ذلك حيث ينبت، لأن الشريك يتعلق عليه حكم القتل بالإنبات، ولذلك يطالب بالجزية، فلا يتهم في أنه أكسب ذلك لنفسه بإنبات الشعر، فلذلك قلنا إن شعره والإنبات فيه يحكم له فيه بالبلوغ، والمسلم بخلاف ذلك، لأنه يتهم أنه عالج نفسه حتى أنبت فيصل بذلك إلى التصرف في المال وإزالة الحجر عليه، ويحصل من أهل الولايات وجميع خصال المكلفين المتصرفين، فإذا لحقته فيه التهمة لأنه ربما قصد ذلك ووجب أن لا يحكم فيه بالإنبات لأنه متهم.

والجواب: هو أنه (لا فرق بينهما)⁽¹⁸⁷⁹⁾، وذلك أن الكافر إن لم يتهم لأجل تعلق الجزية والمطالبة بالإسلام والقتل، فإنه متهم أيضا في أن يتصرف في أمواله ويستحق المطالبة بها، وبما يجب له من غيره ويستحق الولايات وغير ذلك مما هو أنفع له من الجزية فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أن المسلم إن لحقته التهمة فيما ذكرتموه فإنه لا يتهم أن الأحكام لا تتعلق عليه من وجوب القود والحد والتعزير والمطالبة بحضور الصلاة وغير ذلك مما يجب على المسلمين، فما منهم إلا من تلحقه التهمة من وجه ولا تلحقه من وجه، فوجب أن يستويا فيما ذكرناه من مسألتنا والله أعلم بذلك.

فصل:

وبالبلغ إذا ابتدئ عليه الحجر لم يجبر عليه إلا (الحاكم)⁽¹⁸⁸⁰⁾، (خلافا لمحمد بن الحسن)⁽¹⁸⁸²⁾.

⁽¹⁸⁷⁷⁾ في ط: "إنما جاز أن يكون".

⁽¹⁸⁷⁸⁾ في ط: "جاز أن يكون".

⁽¹⁸⁷⁹⁾ في ط: "لا فرق بين المسلم والكافر".

⁽¹⁸⁸⁰⁾ في ط: "إلا بالحكم".

⁽¹⁸⁸¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 75 - الكافي: 423.

⁽¹⁸⁸²⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه أمر مختلف فيه يحتاج إلى اجتهاد ونظر في حاله واختبار لأمره،
فاحتيج بقطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم.

فصل:

ولا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم⁽¹⁸⁸³⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذي حجر عليه لأجله،
وسواء في ذلك الصبي والمجنون والبالغ والمفلس.

فصل: والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها مع إيناس الرشد على ما
بيناه⁽¹⁸⁸⁴⁾.

فصل:

وإذا استدان السفية بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره، وأما إذا استدان العبد بغير
إذن سيده ثم عتق أتبع بذلك، إلا أن يكون فسخه عند سيده⁽¹⁸⁸⁵⁾.

والفرق بينهما: هو أن هذا المحجور عليه لسفه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان الدين
يلحقه لم يرفع الحجر عليه شيئاً، والعبد حجر عليه لحق سيده، فإذا أعتق سقط حق السيد
فأتبع بذلك، فدل على الفرق بينهما⁽¹⁸⁸⁶⁾.

فصل:

ولو لي المحجور عليه بالسفه أو الصغر أن يأذن له في التجارة في قدر من ماله بعينه، ليختبره
وينظر هل تغيرت حاله، وهل قد صار موضعاً لتسليم ماله إليه، وما استدان من شيء وجب
ذلك في المال الذي بيده، لأن إذن الولي له في التجارة يقتضي تعلق حق من استدان به، لأنه دانيه
عليه، ولا يلحق ذلك ذمته لبقاء الحجر عليه، فأما إن زاد الدين على قدر ما في يده، فإنه لا يتبع

⁽¹⁸⁸³⁾ انظر: الكافي: 423، المقدمات: 2 / 349.

⁽¹⁸⁸⁴⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁸⁸⁵⁾ انظر: النوادر: 10 / 92، التفریع: 2 / 257 المقدمات: 2 / 341، 342.

⁽¹⁸⁸⁶⁾ انظر: الفروق، للقاضي عبد الوهاب: ص 81.

بذلك لما ذكرناه⁽¹⁸⁸⁷⁾.

فصل:

ويصدق الوصي فيما يذكره من نفقة اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك، وذلك إذا كان في منزلته وحضنته، فأما إن لم يكن عنده وكان له أم أو حاضنة يدفع إليهما الوصي نفقته، فعليه ههنا أن يقيم البيئة لما دفع إليهما لما دفع إليهما، ونفقة الأيتام تختلف باختلاف حالهم وأموالهم، وإن كان لليتيم مال واسع وقد ألفت النعمة والتوسعة والرفاهية وسع عليه على قدر ماله في ذمته وكسوته. وأما إذا كانت أمه فقيرة فالنفقة لها من مال ابنها، ولا نفقة لها إن كانت موسرة، إلا أن تكون هي حضنته. ولأنها تشاغل به عن أمورها فتستحق عليه أجره، ولا يوجد من يقوم بحضنته بغير أجره، فإنها تعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه⁽¹⁸⁸⁸⁾.

فصل: ولا بأس بتأديب اليتيم وضربه والرفق به والمعروف إذا احتيج إلى ذلك⁽¹⁸⁸⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن فيه مصلحة له وتأديبا، وحسن تأديبه، ولأن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الإمام على نفسه يؤدب من رأى الحظ والصلاح في تأديبه.

فصل:

وأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصي نفسه فجائزة إذا عادت بالرفق والتوفير على اليتيم، وأما إن عادت برفق الوصي فلا يجوز⁽¹⁸⁹⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لِّمَنْ حَرِّ﴾ [البقرة: 220].

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها

⁽¹⁸⁸⁷⁾ الذي للإمام مالك رحمه الله في المدونة: "في الصبي يؤذن له في التجارة" لا يرى ذلك جائزا، ولا أرى له الإذن في ذلك إذنا" : المدونة: 4 / 74.

قال صاحب التبيهات: "والذي له في كتاب الوصايا: إذا أذن للصبي أن يتجر جاز ولم يذكر أنه دفع إليه مالا، ولكن أطلق الجواز على فعله فدل أنه خلاف قوله.... وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد والقاضي أبو محمد وغيرهما: أنه يجوز له دفع المال ليطمئنه ليختبره وللصبي إذا كان يعقل التجارة وهو ظاهر ما في كتاب ابن حبيب" انظر: التبيهات: 3 / 1686.

⁽¹⁸⁸⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 339، النوادر: 11 / 291، 308، التفريع: 2 / 257.

⁽¹⁸⁸⁹⁾ انظر: التفريع: 2 / 258.

⁽¹⁸⁹⁰⁾ انظر: الموطأ: 1 / 341، النوادر: 11 / 292، 298، التفريع: 2 / 257.

الزكاة»⁽¹⁸⁹¹⁾، وقد روي ذلك (مرفوعاً)⁽¹⁸⁹²⁾ إلى رسول الله ﷺ، ولأن في ذلك نظراً لهم ومصلحة وتنمية لأموالهم (وتعريضاً له للتمييز فمهما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز)⁽¹⁸⁹³⁾، وسواء كان ذلك في تجارة أو شراء ضيعة أو عقار يستغل، أو ما يراه الناظر له حظاً وصلاً حاله، ولا ضمان على الوصي في نقص إن حدث لأنه أمين، ولا ضمان على أمين.

مسألة:

عندنا إذا كان وصي الأيتام محتاجاً جاز له أن يأكل من مال الأيتام، وكذلك الأئمة، ويكون ذلك بقدر أجره المثل⁽¹⁸⁹⁴⁾.

وبه قال الشافعي⁽¹⁸⁹⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز له أن يتناول شيئاً من مال الأيتام⁽¹⁸⁹⁶⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]، وهذا يدل على جواز ذلك، لأنه أباح له الأكل عند الحاجة، فدل على ما ذكرناه.

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ "رخص لولي اليتيم أن يأكل بالمعروف"⁽¹⁸⁹⁷⁾.

ولأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على ذلك، فروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه لما ولي الخلافة دخل السوق يطلب المعاش، فرآه عمر رضي الله عنه، فجمع المهاجرين والأنصار، وقال لهم عمر: إن خليفة رسول الله ﷺ يقوم بأموركم وينوب عنكم، وأنه من المسلمين

[148ب]

⁽¹⁸⁹¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽¹⁸⁹²⁾ في ط: "موقوفاً".

⁽¹⁸⁹³⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁸⁹⁴⁾ انظر: النوادر: 11 / 297، عيون الأدلة: 28 / ل: 43 أ، التفرع: 2 / 257، العتبية مع البيان: 10 / 411، 412.

⁽¹⁸⁹⁵⁾ انظر: الحاوي الكبير: 5 / 364، 365، 6 / 340، المذهب: 3 / 278.

⁽¹⁸⁹⁶⁾ انظر: بدائع الصنائع: 5 / 154.

⁽¹⁸⁹⁷⁾ أخرجه البخاري في البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ر: 2212، 2 / 165، 166، ومسلم في التفسير، ر: 3019، ص: 1209.

بمنزلة ولي اليتيم من اليتيم، فقدروا له كل يوم درهمين وأربعة دنانق»⁽¹⁸⁹⁸⁾.

فوجه الدليل منه: أنه شبه ذلك بولي اليتيم، وهذا يدل على أنهم جعلوا الخلافة فرعاً لولي الأيتام، لأنهم كانوا يعلمون أنهم يجوز لهم الأكل، وإذا ثبت أن للإمام أن يأخذ من بيت مال المسلمين كفايته، لأنه ناظر في مصالحهم، فكذلك ولي الأيتام يجب أن يكون بهذه المنزلة، لأنه القيم بشأنهم وقد حبس نفسه عليهم.

والقياس: هو أنه ناظر في مصلحة غيره وقيم عليه، فجاز له أن يأخذ حاجته إليه. أصله الإمام. ولأن الإنسان ليس عليه أن ينقطع عن معيشته وينظر في مصلحة غيره بغير عوض إلا أن يتطوع، فإن ذلك حسن، وأما مع فقره وحاجته إلى شيء يأكله ولا يمكنه من أن يعزل نفسه مما جعل إليه، فيجوز له أن يتناول من ذلك قدر كفايته (حسب)⁽¹⁸⁹⁹⁾.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152]، وليس من الحسن أن يأكل أموال اليتامى.

والجواب: هو إنما أراد بذلك إذا كان غنيا لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: 6]، وفرق تعالى بين الغني والفقير، فدل على ما ذكرناه من ذلك.

قالوا: ولأنه تصرف بإذن سابق فلا يجوز له الأكل، أصله الوكيل.

والجواب: هو أن هذا القياس مخالف للقرآن فلا نقبله. والثاني: هو أنه غير ممتنع أن يكون ذلك تصرفاً بإذن، ومع ذلك يجوز له الأكل، الدليل عليه الأب في مال ابنه فإنه يجوز له الأكل، وكل ذلك ينكسر بالإمام، فإنه تصرف بإذن، ومع ذلك لا يجوز له الأكل، فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى في الأصل؛ هو أن الوكالة تنفسخ بالموت، والوصية تثبت بالموت، فلا يجوز قياس أحدهما على الآخر، وليس كذلك في باب الوصي، لأنه بمنزلة الإمام وجباة الصدقات.

والمعنى في الوكيل؛ أنه مفوض إليه في البيع والشراء، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه

⁽¹⁸⁹⁸⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر، وقد ذكر القصة الإمام الماوردي في كتابه الحاوي 16 / 42.

⁽¹⁸⁹⁹⁾ سقطت من الأصل.

أمين وناظر للأيتام كنظر الإمام لجماعة المسلمين، فلم يجوز اعتبار ذلك بالوكيل، وإلحاقه بما قلناه أولى.

قالوا: ولأن من لا يجوز له الأكل من مال الأيتام مع الغنى، فلا يجوز له الأكل مع الفقراء، أصله سائر الناس.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا يجوز مع الغنى، ويجوز مع الفقير، كالأبوين مع الابن لا يجب عليه الإنفاق عليهما مع الغنى، ويجب عليه مع الفقر فكذلك في مسألتنا مثله.

[149] والمعنى في سائر الناس إنما لم يجوز لهم الأكل؛ لأنهم على معاشهم مقيمين، وهذا قد ترك | شغله ومعيشتته في صلاح الأيتام، فهو كالإمام لما انقطع عن معاشه ونصب نفسه لمصالح المسلمين جاز له الأكل من أموالهم قدر كفايته، كذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: ولأن المنافع لا قيمة لها إلا بحكم عقد يقتضيها، وعقد الوصية لم يشترط فيه المنفعة، فلا يجوز له أخذ ذلك.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن عقد الوصية موضوع لذلك كما أن عقد الأمانة أيضا موضوع لذلك، وكذلك الحاكم فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا بلغ اليتيم، فطالب الوصي بماله فزعم أنه قد دفعه إليه، لم يقبل ذلك منه إلا بيينة⁽¹⁹⁰⁰⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽¹⁹⁰¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول الوصي مع يمينه⁽¹⁹⁰²⁾.

ودليلنا هو قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: 6].

فوجه الدليل منه: هو أنه أمره الله تعالى بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التي

⁽¹⁹⁰⁰⁾ انظر: النوادر: 11 / 308 - التفريع: 2 / 257، الكافي: 424، البيان: 13 / 49.

⁽¹⁹⁰¹⁾ انظر: مختصر المزني: 110، الحاوي الكبير: 6 / 526.

⁽¹⁹⁰²⁾ انظر: المبسوط: 20 / 178.

هي في يده إلى غير من أئتمنه عليها، فلولا أنه يضمن (متى) ⁽¹⁹⁰³⁾ جحد، وإلا لم يكن للأمر بالتوثق فائدة، فدل على ما ذكرناه.

والقياس: هو أنه (قد ادعى رد) ⁽¹⁹⁰⁴⁾ المال (المؤتمن عليه) ⁽¹⁹⁰⁵⁾ إلى من لم يئتمنه عليه، فوجب أن يلزمه الضمان، (أصله إذا دفع ذلك إلى أجنبي فإنه يلزمه الضمان) ⁽¹⁹⁰⁶⁾، فكذا في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه مؤتمن فوجب أن يكون القول قوله أصله المودع.

والجواب: هو أن المعنى في المودع إنما كان القول قوله؛ لأنه يدعي رد الوديعة إلى من أئتمنه عليها، فلذلك كان القول قوله، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يدعي رد المال إلى من لم يئتمنه عليه فلزمه ضمانه.

قالوا: ولأنه أمين فلا يلزمه الضمان، أصله ما يدعيه من النفقة والكسوة.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك؛ أنه لا يمكنه الإشهاد على كل ما ينفقه من درهم وحبّة وذرة، لأن ذلك يشق عليه، فلذلك قبل قوله فيه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه كان يمكنه الإشهاد على ذلك، فلما فرط في ترك الإشهاد عليه لما دفعه وجب عليه ضمان ذلك والله أعلم.

مسألة:

[149ب] عندنا لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئاً من مالها، ولا تتصدق به | ولا تعتق ولا تخرجه في غير معاوضة أو مصلحة، فيما زاد على ثلثها إلا بإذن زوجها ⁽¹⁹⁰⁷⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لها أن تهب جميع مالها وتتصدق به ولا اعتراض له عليها ⁽¹⁹⁰⁸⁾.

⁽¹⁹⁰³⁾ في الأصل: "شيئاً".

⁽¹⁹⁰⁴⁾ في ط: "أنه مدع لدفع المال".

⁽¹⁹⁰⁵⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁹⁰⁶⁾ في ط: "أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي، وقال الأجنبي لم آخذ شيئاً فإنه يلزمه الضمان".

⁽¹⁹⁰⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 123، النوادر: 10 / 104 وما بعدها، التفریع: 2 / 256، الكافي: 424

⁽¹⁹⁰⁸⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 79، الحاوي الكبير: 6 / 353، 354

ودليلنا: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن زوجها"⁽¹⁹⁰⁹⁾، (وهذا نص، وقوله: «تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها» وهذا يفيد أن للزوج حقا في تبقية المال بيدها)⁽¹⁹¹⁰⁾ يدل على ما ذكرناه.

قالوا: وهذا الحديث مرسل، ونحن لا نقول بالمراسيل.

والجواب: هو أنا نحن نقول بها، وأبو حنيفة يقول بذلك، وأما الشافعي فإنه يقول بمراسيل سعيد بن المسيب⁽¹⁹¹¹⁾، وإذا قال بمراسيل سعيد بن المسيب وجب القول بكل مرسل، لأنه لا يثبت إلا عن الثقة.

فإن قالوا: بمراسيل سعيد بن المسيب قد تتبععت فوجدت (مسندة)⁽¹⁹¹²⁾.

والجواب: أن هذه دعوى لا برهان عليها، لأنه لا فرق بين مراسيل سعيد وبين مراسيل الحسن وغيره فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: "تنكح المرأة لثلاث لدينها ومالها وجمالها"⁽¹⁹¹³⁾، وهذا القول منه عليه السلام يفيد أن الرجل ينكح المرأة لأجل المال ورغبته فيها كما ينكحها رغبة في الجمال والدين، ولو قلنا إنها تخرج جميع مالها بغير معاوضة لزال المعنى الذي لأجله نص عليه السلام عليه.

⁽¹⁹⁰⁹⁾ أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، ر: 3546، ص: 392، والبيهقي في الكبرى، باب الخبر الذي ورد في عطية المرأة بغير إذن زوجها، 6/ 60، ثم قال البيهقي بعد أن ساق أحاديث هذا الباب: "أحاديث هذا الباب أصح إسنادا".

⁽¹⁹¹⁰⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁹¹¹⁾ سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن مخزوم بن يقظة أبو محمد المخزومي، الإمام العلم، عالم أهل المدينة، وسيد التابعين في زمانه، روى عمر وسمع عثمان وعلياً وزيد بن ثابت وأبا موسى وعائشة وابن عباس وغيرهم، وكان ممن برز في العلم والعمل، مات سنة ثلاث وتسعين رضي الله عنه. التاريخ الكبير: 3/ 510، السير: 4/ 217.

⁽¹⁹¹²⁾ في ط: "مثل الأسانيد".

⁽¹⁹¹³⁾ أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ر: 5090، 3/ 360، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ر: 1466، ص: 583.

واستدلال، وذلك أن العادة جارية بين الناس أنهم إنما يبدلون الصداق ويبالغون فيه رغبة في المال كما يبدلون ذلك رغبة في الجمال، وأنهم يرغبون فيمن لها المال أتم رغبة ممن لا مال لها، هذه عادة مستمرة، ومن أنكر ذلك أنكر نفسه، وإذا كان ذلك كذلك؛ فلا يجوز لها أن تفوت غرضه من ذلك، فنقول لأنه أحد نوعي الأغراض المقصودة بالنكاح، فلا يجوز للمرأة تفويته على الزوج بغير إذنه. أصله الجماع، وذلك أنها لو أرادت الصوم تطوعاً لم يجز لها ذلك إلا بإذن زوجها، فكذاك أيضاً في مسألتنا وجب أن يكون هذا مثله. أو لأنه أحد نوعي ما يقصد به النكاح، فلا يحل للزوجة (إخراجه عن الزوج)⁽¹⁹¹⁴⁾ إلا بإذنه. أصله ترك التزين له، لأنه لا يحل لها أن تترك ذلك ولا تخرجه إلى غيره.

والدليل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: 31]، ولا يجوز لها أبداً ذلك للأجانب، فكذاك المال | وجب أيضاً أن لا تخرجه عن يده إلا برضاه. [150]

ولأن العادة جارية أن الزوج يتجمل بهال زوجته وله فيه معونة وترفيه، والذي يدل على ذلك؛ أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب قلة مالها وكثرته كما يقل بحسبها بروزها في الجمال. وإذا ثبت ذلك لم يكن لها إبطال غرض (الرجل)⁽¹⁹¹⁵⁾ مما لأجله رغب في ولأجله كمل صداقها.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ "خطب في يوم عيد ثم أقبل على الناس فوعظهم وقال لهم: تصدقن ولو من حليكن فتصدقن"⁽¹⁹¹⁶⁾، وذلك كان منهن من غير إذن أزواجهن، (وعندكم لا يجوز ذلك إلا بإذن أزواجهن)⁽¹⁹¹⁷⁾.

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأن عندنا يجوز لها أن تتصدق بثلث مالها فما دون ذلك من غير إذن الزوج، وإنما منعها من أكثر من ذلك، فيحتمل أن تلك الصدقة كانت فيما دون الثلث، وهذا هو الظاهر من ذلك، وعلى أنها قضية في عين، فيحتمل أن يكون من

⁽¹⁹¹⁴⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁹¹⁵⁾ في ط: "الزوج".

⁽¹⁹¹⁶⁾ أخرجه البخاري في الزكاة، باب العرض في الزكاة، ر: 1447، 1448، 1 / 447، ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، ر: 1000، ص 387.

⁽¹⁹¹⁷⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

حضره عليه السلام في ذلك (اليوم)⁽¹⁹¹⁸⁾ نساء لا أزواج لهن، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها عاقلة بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها بغير إذن زوجها. أصله إذا كبرت وعنست.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل؛ لأنه لا يفترق الحكم في ذلك عندنا، لأنه من كان لها زوج فلا فرق بين الشابة والمعنسة، والثاني: هو أنه غير ممتنع أنه إذا كان بإذن الزوج جاز، وإذا كان بغير إذنه لم يجز، ألا ترى أنها لو أرادت أن تصوم تطوعاً لم يجز لها الدخول فيه إلا بإذنه، ولو لم يأذن لها في ذلك جاز له إبطال ذلك عليها، فكذلك أيضاً في مالها إذا أذن لها فيه جاز، وإن لم يأذن جاز له إبطال ذلك فلا فرق بين الموضعين.

قالوا: ولأنه شخص نسلم إليه ماله فجاز له التصرف فيه أصله الغلام.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار المرأة بالغلام، وذلك أن الغلام يملك عصمة نفسه فلذلك ملك التصرف في ماله، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما ملك عصمتها ملك منعها من التصرف في مالها إلا بإذنه، ولأن النكاح مشتبه بالرق، كذلك قالت عائشة رضي الله عنها: «النكاح رق فليُنظر أحدكم أين يضع كريمته»⁽¹⁹¹⁹⁾، وهذا يدل على أن الزوج قد ملك عليها جميع ما يتعلق بالنكاح فكان ذلك إليه والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت منعها من ذلك بما ذكرناه من الأدلة، فإن زادت على الثلث فقد قال مالك | [150ب] رحمه الله: يرد جميع ذلك، وقال المغيرة من أصحابنا: يجوز منه قدر الثلث⁽¹⁹²⁰⁾.¹⁹²¹

فوجه قول مالك رحمه الله، أن ذلك مما يضر بالزوج فمنع من جميع ذلك. ووجه قول

⁽¹⁹¹⁸⁾ هكذا في ط.

⁽¹⁹¹⁹⁾ قال البيهقي رحمه الله في السنن الكبرى: "ويذكر عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما أنها قالت: إنما

النكاح رق، فليُنظر أحدكم أين يرق عتيقته". وروى ذلك مرفوعاً والموقوف أصح. 7 / 82.

⁽¹⁹²⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 123، النوادر: 10 / 104، 105- التفريع: 2 / 256، الكافي: 424، البيان والتحصيل: 14 /

23، 24

⁽¹⁹²¹⁾ في ط: "قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: وأظنه رواية". وهذه العبارة مدرجة في المتن وليست مثبتة في النسخة الأصل، ولعلها من تصرف الناسخ والله أعلم.

المغيرة أنه معتبر بحال المرض.

فصل:

وإنما أجزنا لها الثلث؛ لأن الخبر مقيد في المنع فيما زاد على الثلث، ولأن كل من منع من إخراج ماله عن غير معاوضة لحق الغير الذي عاوض عليه، فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث أصله المرض. والله أعلم.

كتاب التفليس (1922)

مسألة:

عندنا إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس، فإن الحاكم يحجر عليه ويمنعه من التصرف في جميع أمواله ويبيع عليه ماله ويصرف إلى غرمائه⁽¹⁹²³⁾.

وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد⁽¹⁹²⁴⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يحجر عليه، ولكن يأمره أن يبيع هو ماله ويصرفه إلى غرمائه⁽¹⁹²⁵⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل في ديون ركبته وقال لغرمائه: "خذوا ما معه فليس لكم غيره"⁽¹⁹²⁶⁾.

فوجه الدليل منه: أنه أنه قال حجر عليه، وعندكم أنه لا يحجر عليه.

قالوا: فإن معاذ كان من أفاضل (أصحاب رسول الله ﷺ)⁽¹⁹²⁷⁾، فلا يجوز أن يمتنع من أداء دين عليه فكيف حجر عليه.

والجواب: هو أنه ما امتنع من أداء الدين الذي عليه، ولكنه كان ينفق ما يبيع على المهاجرين والأنصار ويتكل على ذمته، فخشي النبي ﷺ أن ينفق ما معه ويبقى عليه الدين فيلحق أصحابه الضرر بذلك، فحجر عليه ليقضي ديونه.

وروى الزهري "أن معاذاً أداً ديناً، «فباع رسول الله ﷺ ماله عليه حتى قضى دينه من

(1922) معنى التفليس: العدم، وأصله من الفلوس، أي أنه صاحب فلوس بعد أن كان صاحب ذهب وفضة، ثم استعمل في كل من عدم المال. انظر: التنبيهات: 3 / 1675.

(1923) انظر: المدونة: 4 / 78، النوادر: 10 / 7 وما بعدها - التفريع: 2 / 249.

(1924) انظر: الأم: 4 / 433، الحاوي الكبير: 6 / 265، المبسوط: 24 / 163.

(1925) انظر: مختصر الطحاوي: 95، 96 - المبسوط: 24 / 163.

(1926) أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب الأقضية والأحكام، ر: 4541، 5 / 413، و البيهقي في الكبرى، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، 6 / 48، والحاكم في المستدرک، التشديد في أداء الدين، 2 / 58، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال في البدر المنير: هذا حديث صحيح، 6 / 645.

(1927) في ط: "الصحابة".

ذلك»⁽¹⁹²⁸⁾، فدل على ما قلناه من جواز ذلك.

وروي أن عمر بن الخطاب قال: «ألا أن أسيفع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فدان مقرضا فأصبح وقد دين به، فإننا بايعوا ماله، فمن كان له عليه حق فليأتنا»⁽¹⁹²⁹⁾، وهذا قاله بمحضرة من الصحابة، فدل على ما قلناه.

قالوا: فيحتمل أنه كان ميتا فلذلك باع عليه.

والجواب: هو أن الظاهر الحياة، لأنه وصفه بصفة الأحياء، لأنه قال "فأصبح وقد دين به" وأراد بذلك أنه قد انقطع، ولأنه قال "فدان مقرضا"، وهذا يدل على جواز الحجر عليه.

[151] أو أما الدليل على أن الحاكم يبيع ماله عليه ويصرفه إلى غرمائه فحديث معاذ، وأن النبي ﷺ باع ماله عليه، وكذلك حديث عمر رضي الله عنه.

وأما القياس: فهو أن كل دين جاز بيع الذهب والفضة فيه جاز بيع العقار فيه، أصله نفقة الزوجة، وأصله إذا مات المفلس.

أو لأن كل ما جاز أن يباع في دين الميت جاز أن يباع في دين المفلس. أو لأن كل دين جاز بيع الذهب فيه بالفضة جاز بيع العروض فيه أصله المجنون والميت.

قالوا: المعنى في المجنون أنه غير مكلف، وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه ينكسر ببيع دراهمه ودنانيره، ولأنه دين واجب عليه فجاز بيع عروضه عليه فيه. أصله ما ذكرناه، إذا كانت له زوجة وغاب عنها فإنه يجوز للحاكم أن يبيع عروضه في ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه عاقل بالغ لا يحجر عليه في ماله ولا يباع عليه عروضه، أصله غير المفلس.

والجواب: هو وإن كان بالغاً عاقلاً، إلا أنه يجوز بيع الحاكم عليه الدنانير والدراهم وصرف ذلك إلى غرمائه بغير رأيه واختياره، فكذلك أيضاً في مسألتنا يجوز أن يحجر عليه ماله ويبيع جميع أمواله عليه، وعلى أن المعنى في غير المفلس؛ أن دنائره لا تباع بالدراهم

⁽¹⁹²⁸⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، 6/ 48، وانظر: التلخيص: 3/ 86.

⁽¹⁹²⁹⁾ تقدم تخريجه.

لأجل دينه، وليس كذلك هذا المفلس، لأنه لما جاز بيع دنائره بدراهم وصرف ذلك إلى غرمائه، فكذلك يجوز بيع عقاره وصرف ذلك إلى أصحاب ديونه، ولأن غير المفلس لا يأمره بذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأن عندكم يأمره بذلك.

(قالوا)⁽¹⁹³⁰⁾: ولأنه لو جاز الحجر عليه لجاز هو أن يحجر على نفسه ابتداء (لأن تصرف الإنسان في نفسه أكد من تصرف الحاكم، ثم ثبت أنه)⁽¹⁹³¹⁾ لو أراد أن يحجر على نفسه ابتداء لم يجز، فأولى أن لا يحجر عليه الحاكم.

والجواب: هو أنه لا يمنع أن يكون هو لا يملك الحجر على نفسه ويملكه الحاكم عليه، ألا ترى أنه لو قال امرأتي حرام ورفع ذلك إلى الحاكم لاجتهد في ذلك بحسب ما نراه فكذلك في مسألتنا مثله، وكذلك في الإيلاء والعنة، الحاكم له مدخل في ذلك وإن لم يكن هو له مدخل في ذلك، ولأنه لا حاجة به إلى ذلك، والحاجة هاهنا ماسة إلى ذلك.

قالوا: ولأنه عاقل بالغ، فلا يجوز بيع ماله بغير إذنه أصله غير المفلس.

والجواب: هو أنه يبطل بالزوج مع زوجته إذا طالبت بذلك الحاكم وهو غائب فإن الحاكم يبيع عليه ماله، وكذلك يبيع | دنائره بالدارهم فإنه يباع عليه ذلك، وإن كان بالغاً عاقلاً في غير المفلس أن دنائره لا تباع عليه بالدراهم، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما جاز بيع دنائره بالدراهم وصرفها إلى غرمائه فكذلك في سائر عقاره وعروضه وجب بيع ذلك.

قالوا: ولأنه حق واجب عليه، فلا يباع ماله بغير إذنه أصله الكفارات الواجبة عليه.

والجواب: هو أنه يبطل بيع ماله عليه في نفقة زوجته وبيع دنائره بالدراهم، وعلى أن المعنى في الكفارات أنه لا يحبس بذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأن له المطالبة بذلك، ولأن الكفارات من حقوق الله تعالى فلا يجوز حبسه عليها، وليس كذلك في مسألتنا لأنها من حقوق الأدميين، ولأن المعنى في الكفارات أنه لا مطالبة للإمام في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه له المطالبة بذلك، ولأن الكفارات من حقوق الله تعالى فلا يجوز حبسها عليها وليس كذلك في مسألتنا، لأنها من حقوق الأدميين.

قالوا: ولأنه مال يتعين فلا يجوز بيعه عليه أصله كسوته وما يحتاج إليه.

⁽¹⁹³⁰⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁹³¹⁾ ساقط من الأصل.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم يتعين، لأنه لو لم يتعين كان بهذه المنزلة، وعلى أنه لا نسلم الأصل؛ لأنه إن كان له ثياب تزيد على ما يحتاج إليه في كسوته، فإن الحاكم يبيع عليه ذلك، وأما ثوبه الواحد فلا يباع عليه، لأن الحاجة إليه تستغرقه وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه لو وجب بيع ماله عليه بغير إذنه لوجب أيضا أن تقولوا أنه يستأجر لهم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إنما تعلق حقهم بماله، وأما برقبته ومنافعه فلا، ألا ترى أنه أيضا لا يستأثر بنفقة زوجته فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن غرماء المفلس لم يدخلوا على أن تعلق حقوقهم بأعيان أمواله، وإنما دخلوا على أن تكون لهم الذمة يستوفون منها المال فلا يجوز أن يباع ماله (لأجلهم)⁽¹⁹³²⁾.

والجواب: هو أنه يلزم عليه بيع الذهب بالفضة، ومع ذلك يجوز بيعه عليه لأجلهم، وكذلك يلزم عليه نفقة (زوجته)⁽¹⁹³³⁾، وكذلك إذا مات فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل: وإذا ادعى المديان الإفلاس ولم يعلم صدق ذلك من كذبه فإن الحاكم يحبس ليتبين أمره⁽¹⁹³⁴⁾.

[152] وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: "يُلي الواجد محل عرضه وعقوبته"⁽¹⁹³⁵⁾. والعقوبة ههنا الحبس.

وروي أن رسول الله ﷺ «حبس في تهمة»⁽¹⁹³⁶⁾. (وقد حبس كثير من الصدر

(1932) في الأصل: "في حكمهم".

(1933) في ط: "الزوجات".

(1934) انظر: المدونة: 4/ 78، النوادر: 10/ 15 وما بعدها، التفريع: 2/ 247.

(1935) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، ر: 3628، ص: 401، وابن ماجه في كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، ر: 2427، 2/ 811، وقال في البدر المنير: حديث صحيح، وذكره البخاري في باب لصاحب الحق مقال، فقال: ويذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم "لي الواجد محل عقوبته وعرضه" البدر المنير: 6/ 656، وانظر: صحيح البخاري: 2/ 175.

(1936) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الحبس في الدين وغيره، ر: 3630، ص: 400، والترمذي في الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة، ر: 1417، 4/ 28، والحاكم في المستدرک: 4/ 102. وقال: حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه. وانظر: البدر المنير: 5/ 482.

الأول⁽¹⁹³⁷⁾، روي ذلك عن جماعة من الصدر الأول أنهم حبسوا⁽¹⁹³⁸⁾.
(فصل)⁽¹⁹³⁹⁾:

والحبس في ذلك موكل إلى اجتهد الحاكم على قدر ما يغلب (على ظنه)⁽¹⁹⁴⁰⁾ من
تهمة الغريم أو لده⁽¹⁹⁴¹⁾ وإلطاظه⁽¹⁹⁴²⁾ وتغييب ماله، ولا يتقدر ذلك عندنا بمدة من
الزمان⁽¹⁹⁴³⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يتقدر ذلك بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر⁽¹⁹⁴⁴⁾.

ودليلنا: هو أن الغرض من حبسه اختبار حاله وتبين إعساره من يساره، والعلم بذلك
ربما وقع في المدة اليسيرة وربما وقع في المدة الطويلة، فوجب أن لا يتقدر إلا بغلبة الظن
حسب.

واحتج بأن قال: لأنه إذا حبسه الحاكم وأطال حبسه أضجره ذلك، فيؤدي إلى إظهار
ماله بطول مقامه في الحبس.

والجواب: هو أنا كذلك نقول، والثاني هو أن عادات الناس تختلف أيضا في ذلك، لأن
من الناس من لو أقام عمره ما أظهر ذرة واحدة، فيجب أن يكون على ذلك ما رأى الحاكم في
ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا ثبت عسره خلي سبيله، ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره⁽¹⁹⁴⁵⁾.

⁽¹⁹³⁷⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽¹⁹³⁸⁾ قال الإمام علي رضي الله عنه: "إنما الحبس حتى يتبين للإمام، فما حبس بعد ذلك فهو جور". سنن البيهقي
الكبرى: 6 / 53.

⁽¹⁹³⁹⁾ سقطت من الأصل.

⁽¹⁹⁴⁰⁾ في ط: "في قلبه".

⁽¹⁹⁴¹⁾ لده: اللدد: الرجل الشديد الخصومة الجدل. لسان العرب: 5 / 4020.

⁽¹⁹⁴²⁾ إلطاظه: من لَطَّ الشيء يلطه لطا، إذا ألزقه، ويقال: لَطَّ حقه ولَطَّ عليه: جحده، وألَطَّ الرجل: إذا اشتد في
الأمر والخصومة. لسان العرب: 5 / 4034.

⁽¹⁹⁴³⁾ انظر: المدونة: 4 / 59

⁽¹⁹⁴⁴⁾ انظر: المبسوط: 20 / 89، بدائع الصنائع: 7 / 173.

وقال أبو حنيفة: لهم أن يلازموه (لا على معنى أنهم يطلبونه، ولكن يكونون معه)⁽¹⁹⁴⁶⁾ ويدورون معه حيث دار، حتى أنه قال: إذا دخل في داره دخلوا معه⁽¹⁹⁴⁷⁾.

ودلينا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280]، وهذا ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس.

وروي أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وقال لغرمائه "ليس لكم إلا ذلك"⁽¹⁹⁴⁸⁾، ولم يذكر الملازمة.

وروي أن رجلا ابتاع ثمرة وأصيب بها، (فقال عليه السلام: "تصدقوا عليه، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه)⁽¹⁹⁴⁹⁾، فقال عليه السلام لغرمائه: "خذوا ما معه ليس لكم غيره"⁽¹⁹⁵⁰⁾.

والقياس: هو أنه دين لا يجب المطالبة به فلا يجب الملازمة به، أصله الدين المؤجل. قالوا: المعنى في ذلك أنه دين مؤجل، (فلذلك لا تجوز المطالبة به)⁽¹⁹⁵¹⁾، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه دين حال.

والجواب: هو وإن كان حالا إلا أن المطالبة (أيضا)⁽¹⁹⁵²⁾ به قد سقطت، ولأن الحبس قد زال عنه ثبوت عسره فكذاك الملازمة وجب أن تسقط أيضا لأجل ذلك.

(1945) انظر: المدونة: 4 / 59- النوادر: 10 / 15، التفريع: 2 / 247.

(1946) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(1947) انظر: المبسوط: 20 / 89، بدائع الصنائع: 7 / 173.

(1948) تقدم تخريجه.

(1949) ما بين قوسين ساقط من ط.

(1950) أخرجه مسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ر: 1556، ص: 1554.

(1951) في ط: "فلذلك لم يلزم الملازمة به".

(1952) سقطت من الأصل.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: "من نظر معسرا غفر له" (1953).

[152ب]

أقالوا: وهذا يدل على أن ملازمته (تجوز) (1954).

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك من يمكنه وزن ذلك، وأما هذا فلا مال له.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: "من أنظر معسرا إلى يساره أظله الله تعالى في ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله" (1955).

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأما إذا ثبت الإفلاس فليس هناك انظار إلى يساره.

قالوا: وروى عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ قال: "من أنظر معسرا إلى يساره أنظره الله بذنبه إلى توبته" (1956).

والجواب: هو أنه إنما أراد بذلك الثواب ونحن نقول به.

(قالوا) (1957): وروي أن رسول الله ﷺ "قضى على مديان بالملازمة، ثم عاد على الرجل فقال: ما فعل أسيرك؟ فسماه أسيره" (1958). وهذا يدل (على جواز الملازمة) (1959).

والجواب: هو أن هذه قضية في عين، فيحتمل أنه ما كان ثبت فلسه عند رسول الله ﷺ، فلذلك قضى رسول الله ﷺ عليه بالملازمة، وعندنا إذا لم يثبت ذلك عند الحاكم، فإن له المطالبة والملازمة.

(1953) هذا الحديث بمعناه، رواه مسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرفائق، ر: 3006، ص 1203، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله في ظله".

(1954) في ط: "أن له ملازمته".

(1955) تقدم تخريجه.

(1956) أخرجه الطبراني في الأوسط، ر: 2217، 2 / 356، وقال الحافظ المناوي: "ضعفه الأزدي". التيسير بشرح الجامع الصغير: 2 / 786.

(1957) سقطت من الأصل.

(1958) أخرجه الطبراني في الكبير، 22 / 308، و البيهقي في الكبرى، باب ما جاء في الملازمة، 6 / 53. والحديث معلول، فقد قال ابن أبي حاتم في العلل: لم يرو هذا الحديث غير النضر بن شميل، عن الهرماس، والهرماس شيخ أعرابي، لا يعرف أبوه ولا جده. العلل: 4 / 280، 281.

(1959) في ط: "على جواز ذلك".

قالوا: ولأنه دين حال فثبتت به الملازمة أصله إذا كان موسرا.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذا دين حال، وإنما هذا دين منظور به إلى حال يساره، وعلى أن المعنى في ذلك أن له المطالبة به، فلذلك كانت له الملازمة، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما سقطت المطالبة سقطت الملازمة، كالدين المؤجل.

قالوا: ولأن الملازمة سبب يتوصل بها إلى استيفاء حقه، فوجب أن لا يسقط حقه، أصله الموسر بالدين.

والجواب: هو أنه يبطل به إذا كان الدين مؤجلا، والمعنى في الأصل أن له المطالبة، فكانت له الملازمة وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يكن له المطالبة لم تكن له الملازمة.

مسألة:

ولا (تجوز)⁽¹⁹⁶⁰⁾ إجارة المفلس وإن كان له صنعة يتكسب منها⁽¹⁹⁶¹⁾.

وبه قال سائر الفقهاء⁽¹⁹⁶²⁾.

وقال أحمد بن حنبل: يستأجر ويأخذ الغرماء ما كسبه⁽¹⁹⁶³⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280]، ولم يذكر استئجاره.

والقياس: هو أنه ابتداء تملك، فلا يجبر عليه المفلس، أصله الهبة والوصية والصدقة.

^[153] **واحتج بأن قال:** المنافع تقوم مقام الأعيان إذا أمكن استيفاء الدين | الذي عليه من أعيانه، فكذلك من منفعه.

والجواب: هو أن هذا (لا يصح)⁽¹⁹⁶⁴⁾، لأن المال الذي تعلق به ما تعلق برقبته ولا بمنفعه، وإنما تعلق بماله، فإذا لم يوجد له مال، وجب تركه إلى أن يحصل له مال، فلم يصح

⁽¹⁹⁶⁰⁾ في ط: "لا تجب".

⁽¹⁹⁶¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 81، النوادر: 10 / 8، 10.

⁽¹⁹⁶²⁾ انظر: المقدمات الممهدة: 2 / 315.

⁽¹⁹⁶³⁾ انظر: المغني: 6 / 581.

⁽¹⁹⁶⁴⁾ في ط: "ليس بصحيح".

ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

ويحبس في الديون الثابتة كلها، المعاوضة وغير المعاوضة⁽¹⁹⁶⁵⁾. وإنما قلنا ذلك؛ لأنه دين يجب المطالبة به، فاستحق الحبس عليه به.

فصل:

ويحل الدين المؤجل بالموت⁽¹⁹⁶⁶⁾(1967)، (وقال الحسن)⁽¹⁹⁶⁸⁾ وغيره: لا يحل.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لو لم يحل لم يحل إلا أن يكون متعلقاً بذمة الميت أو بذمة الورثة، فلا يجوز أن يكون متعلقاً بذمة الميت، لأن الميت لا ذمة له، ولا يجوز أن يتعلق ذلك بذمة الورثة، لأنه لا شيء يوجب، ولا يلزم صاحب الدين الرضى بذمتهم وتسليم التركة إليهم، ولأن الدين مقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل فلا فائدة في ذلك، ولا نفع للورثة فيه، وإنما هو تعرض المال للتلف، فلم يبق إلا حله وتسليمه إلى الغريم.

فصل:

(والديون التي للميت)⁽¹⁹⁶⁹⁾ أو المفلس لا تحل، بل تبقى إلى آجالها⁽¹⁹⁷⁰⁾، وإنما قلنا ذلك؛ لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم (تفت)⁽¹⁹⁷¹⁾، وإنما حلت الديون التي عليها لبطلان محلها (وغيبته)⁽¹⁹⁷²⁾.

(1965) انظر: النوادر: 10 / 8-9، التفريع: 2 / 247.

(1966) كتب في الأصل: "ولا يحبس وغيره"، وهو خطأ من الناسخ، والصحيح: وقال الحسن وغيره.

(1967) انظر: المدونة: 4 / 83.

(1968) ساقط من الأصل.

(1969) في الأصل: والدين الذي للميت.

(1970) انظر: المدونة: 4 / 83، الكافي: 418.

(1971) في ط: "تغب".

(1972) سقطت من الأصل.

فصل: ويحل الدين بالفلس عندنا كما يحل بالموت⁽¹⁹⁷³⁾.

وقد قال الشافعي في أحد قوليه: إنه لا يحل⁽¹⁹⁷⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الإفلاس يوجب تفريق ماله بين غرمائه كالديون الحالة، ولأن الإفلاس معنى يوجب تعلق الديون التي كانت في الذمة (بأعيان الأموال)⁽¹⁹⁷⁵⁾، فوجب أن يتعجل، أصله الموت.

(فإن)⁽¹⁹⁷⁶⁾ قالوا: لأنه على دين مؤجل فلا يتعجل بالإفلاس أصله إذا كان له وفاء.

(فالجواب)⁽¹⁹⁷⁷⁾: هو أن المعنى في ذلك أنه باق على الذمة، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ههنا ينتقل إلى الأعيان فهو كالموت وبه يتعجل، فكذلك في مسألتنا، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن من باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع الثمن، فالبائع إن وجدها بعينها لم تفت، فهو بالخيار بين أخذها بالثمن الذي باعها به وبين تركها، ومحاصة الغرماء. فإن كان قد قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها، أو التمسك بها والحصاص بما بقي، ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة⁽¹⁹⁷⁸⁾.

وقال أبو حنيفة: |هو أسوة الغرماء، فإن وجدت السلعة في يد المشتري بيعت وكان له أسوة الغرماء يضرب معهم، فإن وجدت السلعة بيد البائع كان مقدما بثمنها على سائر الغرماء، فإن فضل شيء كان للباقيين⁽¹⁹⁷⁹⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو

(1973) انظر: المدونة: 4 / 62، 63، التفريع: 2 / 249.

(1974) انظر: الأم: 4 / 441 مختصر المزني: 104، الحاوي الكبير: 6 / 323.

(1975) في الأصل: "بالأعيان".

(1976) سقط من الأصل.

(1977) سقط من الأصل.

(1978) انظر: المدونة: 4 / 84، 85، النوادر: 10 / 59، التفريع: 2 / 249-250.

(1979) انظر: الحجة على أهل المدينة: 2 / 714 مختصر الطحاوي: 95، 96.

أحق به⁽¹⁹⁸⁰⁾، وهذا قد أدرك عين ماله، فجاز له أخذ ماله.

والقياس: هو أنه مشتر أفلس بثمن سلعته على صفة، والسلعة موجودة لم يتعلق بها حق الغير، فجاز للبائع الرجوع فيها، أصله إذا كان ذلك قبل التسليم.

قالوا: المعنى في ذلك أنه ما وجد التسليم المستحق بالعقد فلذلك جاز له الرجوع، وليس كذلك في مسألتنا لأنه قد وجد ذلك.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، ألا ترى أن عندكم يقدم البائع بالثمن على سائر الغرماء، فدل على أنه أحق بذلك من سائر الغرماء.

وقياس آخر: وهو أن المشتري أحد المتعاضين، فإذا لم يسلم العوض جاز له الرجوع في عين ماله ما لم يتعلق به حق الغير. أصله البائع إذا لم يسلم له العوض، جاز له الرجوع، وكذلك المشتري مثله.

ولأنه عقد معاوضة يلحقه الفسخ، فجاز له فسخه مع وجود عين ماله وتعذر التسليم. أصله إذا أسلم ثوبا في رطب ولم يوجد الرطب، فإنه يجوز له الرجوع في (عين)⁽¹⁹⁸¹⁾ ثوبه، فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: إنما جاز له ذلك، لأن السلم في المعدوم لا يجوز.

والجواب: هو أن ذلك جائز عندنا فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها معاوضة يلحقها الفسخ فجاز (أن يلحقها الفسخ)⁽¹⁹⁸²⁾ مع الإفلاس. أصله الكتابة.

أو معاوضة يلحقها الفسخ بالإقالة فجاز أن يلحقها الفسخ مع الإفلاس. أصله ما ذكرناه من الكتابة، لأن العبد إذا أفلس كان للسيد فسخ كتابته، فكذلك في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أنها معاوضة يلحقها الفسخ برد العيب فيلحقها الفسخ بالإفلاس،

⁽¹⁹⁸⁰⁾ أخرجه البخاري في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس.. ر: 2402، 2/ 175، ومسلم في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس فله الرجوع فيه، ر: 1559، ص 637.

⁽¹⁹⁸¹⁾ سقطت من ط.

⁽¹⁹⁸²⁾ في ط: " فجاز فسخها".

أصله ما ذكرناه، ولا يلزم عليه ما ذكرناه إفلاس المحال عليه، لأنها ليست بمعاوضة، وإنما ذلك نقل مال من ذمة إلى ذمة.

قالوا: المعنى في الكتابة إنما لحقها الفسخ من السيد، لأن العبد له، وما أخرجه عن يده، فلذلك جاز فسخ ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأن البائع قد أخرج السلعة من يده وملكه فلا يملك الفسخ فيه.

[154] والجواب: هو أنه لا فرق بينه وبين المكاتب، لأن السيد | أيضا لما كاتب عبده فقد أخرجه عن ملكه ويده، ثم ثبت أن العبد إذا أعسر عن ذلك ثبت للسيد فسخ ذلك والرجوع إلى رقبته، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

قالوا: وههنا ما وجد الرضى من المفلس برد السلعة إلى البائع.

والجواب: أنا كذلك نقول، وإنما لا يأكل ذلك إلا بعد الفسخ، لأنه يفسخ العقد، وترجع السلعة إلى بائعها فيجوز له أكل ماله.

ولأن الآية عامة، وما ذكرناه من السنة خاص، والخاص مقدم على العام.

قالوا: وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: “لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه” (1983) وهذا ما طابت نفسه فلا يحل.

والجواب: هو أنا كذلك نقول، لأنها إنما ترجع إليه بالفسخ فقد طابت به النفس.

قالوا: فقد روي أن رسول الله ﷺ قال: “من باع سلعة فأفلس المبتاع، فالبائع أسوة الغرماء، سواء قبض ذلك أو لم يقبضه” (1984).

والجواب: هو أنا نحمله على ما إذا رضي بذلك، أو إذا بذل له الغرماء ثمن السلعة، فإنه لا رجوع له فيها.

(1983) تقدم تخريجه.

(1984) أخرجه مالك في الموطأ، ما جاء في إفلاس الغريم، ر: 1979، 2/ 209، 210، وأبو داود في أبواب الإجارة، باب في الرجل يفلس، ر: 3522، ص 391. وقال أبو داود: حديث مالك أصح، وانظر: البدر المنير: 6/ 654.

قالوا: ولأن البائع كان يستحق الإمساك، فلما أسقط حقه منه لم يكن له الرجوع فيه مع الإفلاس، أصله المرتهن إذا أسقط حقه من إمساك الرهن ورده على الراهن، ثم أفلس الراهن بعد ذلك، فإنه لا يملك الرجوع في الرهن، لأنه أسقط حقه وهو الإمساك، فكذلك في مسألتنا في البائع مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا أسلم ثوبا في رطب فلم يوجد الرطب، فإنه قد أسقط حقه، ومع ذلك فله الرجوع في ثوبه، وكذلك يلزم عليه الرد بالعيب.

وعلى أن المعنى في الرهن أنه وثيقة بالحق، فإذا رده إلى الراهن فقد أسقط حقه، فلذلك لم نجز له الرجوع فيه بفلس الراهن، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا ماله والعقد ما انفسخ، ولأن في الرهن لو أراد رده إليه لاحتاج إلى عقد جديد، وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه أسقط حقه (بالعقد)⁽¹⁹⁸⁵⁾ من الإمساك بالتسليم، فلا يرجع إليه بالإفلاس، أصله إذا وهب منه شيئا ثم أفلس، فإنه لا يملك الرجوع، فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا أسلم ثوبا في رطب فلم يوجد الرطب، فإنه قد أسقط [154ب] حقه، ومع ذلك فله الرجوع، وكذلك يلزم عليه الرد بالعيب.

والثاني: أنا نقول بموجبه وهو إذا رضي وبذل له الغرماء قيمة سلعته، فإنه لا يرجع بذلك، وأما المعنى في الهبة أنها غير عين عقد، وليس كذلك في مسألتنا، لأنها عين عقد يقتضي العوض، فكان له الرجوع إلى عين ماله.

قالوا: ولأنها مال من أموال المفلس فلا يملك البائع أخذه، أصله سائر أمواله.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنها مال من أمواله.

والثاني: هو أنه يلزم ما ذكرناه من الثوب المسلم في الرطب فتعذر ذلك، فإنه يرجع إلى عين ماله. وعلى أن المعنى في سائر أمواله أنه ما تعلق بها حق له، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا قد وجد عين ماله فكان له الرجوع فيه، أصله إذا كان قبل التسليم.

قالوا: ولأن من لا يجوز له الرجوع في عين ماله قبل الحجر، لا يجوز له الرجوع فيه بعد الحجر، أصله إذا كان قد باعها ثم رهنها آخر عند آخر.

(1985) سقطت من الأصل.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار ما بعد الحجر بما قبل الحجر، لأن قبل الحجر كان يملك التصرف وفي هذه الحالة لا يملك ذلك. وينكسر بما إذا أسلم ثوبا في رطب.

والمعنى في الأصل إنما لم يجوز له الرجوع؛ لأن هناك يد قد تقدمت يده، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا ما سبقت يده يد.

قالوا: ولأنه بائع فلا يملك الرجوع في السلعة مع الإفلاس أصله إذا كان قد باعها.

والجواب: هو أنه إن كان لم يقبض الثمن، فإنه يرتجعها، وإن كان قد قبض ثمنها فإنما لم يرجع في ذلك، لأنه قد حصل عليها يد لمن استحقها بعقد، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه وجد عين ماله.

قالوا: ولأن الفلاس لو كان يثبت له الخيار في الرجوع إلى عين ماله لوجب إذا وجد ذلك في حال الابتداء أن يمنع من العقد.

والجواب: هو أنه غير ممتنع، ألا ترى أن من اشترى ثوبا وخفي عليه عيبه فإن العقد يصح، وإن كان يثبت له الخيار بعد ذلك، وكذلك نفس المكاتب إذا أفلس.

قالوا: ولأنه لو أحاله بحق له ثم أفلس، فلم يجوز له الرجوع إلى غير ماله.

والجواب: هو إنما كان كذلك؛ لأن الحوالة نقل مال من ذمة إلى ذمة، فلذلك لا يرجع فيه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه بيع ولأن في باب الحوالة قد انقطعت العلائق وليس كذلك في مسألتنا، والله أعلم بذلك.

[155]

مسألة:

عندنا إذا مات المفلس ووجد البائع سلعته، فإنه لا يجوز له الرجوع فيها، بل يكون أسوة الغرماء⁽¹⁹⁸⁶⁾.

وقال الشافعي: يرجع بسلعته إذا وجدها بعينها كما يرجع بها في الإفلاس في حال الحياة⁽¹⁹⁸⁷⁾.

ودليلنا: ما روي مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث أن رسول

⁽¹⁹⁸⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 85، النوادر: 10/ 59، الرسالة: 153- التفريع: 2/ 249.

⁽¹⁹⁸⁷⁾ انظر: الأم: 4/ 484، 485- مختصر المزني: 102، الحاوي الكبير: 6/ 273.

الله ﷺ قال: "أيما رجل باع متاعاً فأفلس المبتاع، ولم يقبض الذي باعه منه شيئاً فوجده بعينه، فهو أحق به من الغرماء"، وإن مات المشتري، فصاحب المتاع أسوة الغرماء⁽¹⁹⁸⁸⁾.

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام فرق بين المفلس في الحياة والموت.

قالوا: فهذا الخبر مرسل.

والجواب: هو أن المرسل عندنا والمتصل واحد إذا أرسله ثقة، وهذا كما قلتم في مراسيل سعيد بن المسيب، فلا فرق بين ما أرسله سعيد بن المسيب أو غيره إذا كان ثقة.

والقياس: هو أن المشتري إذا مات فإنه لم يبق له ذمة، فوجب أن يستوي الغرماء في المال أصله إذا لم يجد عين ماله.

ولأنه إذا أفلس فالذمة باقية، والغرماء لهم ذمة يتعلقون بها، وفي الموت قد خربت الذمة خراباً لا يرجى عمارتها، فلو قلنا إنه يرجع بغير ماله لم يبق للغرماء شيء يرجعون إليه، وبهذا فارق حال الحياة.

واحتج بما روى المزني عن الشافعي عن أبي فديك عن بن أبي ذئب عن أبي المعتمر عن جلدة أو ابن خلدة الزرقى عن أبي هريرة أنه رأى رجلاً أفلس فقال: فهذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما رجل أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده يعينه"⁽¹⁹⁸⁹⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه أنه عليه السلام جعله له بالموت كما جعله له بالإفلاس.

والجواب عنه من أوجه:

أحدها: أن هذا الإسناد لا يقر بثبته أهل المعرفة بالحديث.

والثاني: هو أن خبرنا أولى؛ لأنه ذكر البائع والمشتري فيه مفسراً، وفرق فيه بين الفلاس والموت، وهذه زيادة حكم فكان أولى مما ذكرتموه.

والثالث: هو أننا نحمله عما إذا أفلس المشتري وبأن فلسه ثم مات، فإن صاحب المتاع

⁽¹⁹⁸⁸⁾ أخرجه مالك في الموطأ، ما جاء في إفلاس الغريم، ر: 1979، 2/ 209، 210.

[155ب]

⁽¹⁹⁸⁹⁾ أخرجه الشافعي في المسند، كتاب التفليس، ر: 1527، ص 329، والحاكم في المستدرک، 2/ 50، والبيهقي في الصغرى، باب التفليس، ر: 2033، 5/ 283، 284. وقال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذا اللفظ.

أولاً به، أو نحمله عما إذا لم يكن هناك غرماء غيره بدليل ما ذكرناه.

قالوا: ولأنه بائع وجد عين ماله، فجاز له الرجوع فيما لم يتعلق به حق الغير، أصله إذا أفلس وهو حي.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه ما تعلق بها حق الغير، بل قد تعلق بذلك حق الغرماء وهو واحد منهم، والمعنى فيه إذا أفلس وهو حي، أن هناك ذمة يرجي عودتها وللغرماء التعلق بها، فلذلك قلنا يرجع في عين ماله إذا وجده، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ذمته قد خربت بالموت، فلا يبقى لبقية الغرماء ما يتعلقون به، فوجب أن يكون أسوتهم في ذلك والله أعلم.

فصل:

وله أخذ السلعة وإن كان قد قبض بعض ثمنها إذا رد ما قبضه⁽¹⁹⁹⁰⁾.

خلافًا للشافعي⁽¹⁹⁹¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، للخبر الذي رويناه، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض من ثمنها شيئاً، إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله، وذلك يستوفي فيه الفلاس بجميع الثمن أو بعضه.

فصل:

وله تركها والمحاصة للغرماء، وإنما كان كذلك (لأن أخذها حق له غير مستحق عليه)⁽¹⁹⁹²⁾ لأننا لما لم نجبره لم يجبر عليه⁽¹⁹⁹³⁾.

فصل:

وإذا جمع الحاكم مال المفلس لبيعه لغرمائه فتلّف قبل بيعه، فالتلف من المفلس، وديون الغرماء باقية، وإنما قلنا ذلك، لأن تلفه كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء ولا شيء على الحاكم، وإنما قلنا ذلك لأنه أمين.

⁽¹⁹⁹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 80، النوادر: 10 / 53، التفريع: 2 / 250، الكافي: 417.

⁽¹⁹⁹¹⁾ انظر: الأم: 4 / 449، مختصر المزني: 102.

⁽¹⁹⁹²⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽¹⁹⁹³⁾ انظر: المدونة: 4 / 80، التفريع: 2 / 249، الكافي: 417.

فصل:

وإذا باع الحاكم ذلك وتلف ثمنه قبل قبض الغرماء له، فالتلف من الغرماء⁽¹⁹⁹⁴⁾.
وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ملك لهم والحاكم قابض لهم وقد برئ المفلس منه، وقد قال محمد بن عبد الحكم: إن الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء⁽¹⁹⁹⁵⁾.
فوجه ما قاله محمد: هو أن الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع. والقول الأول هو الصحيح وهو المذهب⁽¹⁹⁹⁶⁾.

فصل:

وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال:

إن كان ذهباً أو ورقاً ودينه من جنسه، فالتلف بعد جمعه من الغرماء، ووجهه: هو أنه لم يبق إلا تسليمه لهم، وقبض الحاكم هو قبض لهم، فضمن الذهب ممن دينه ذهب، وضمن الورق ممن دينه ورق، وإن كان ذلك عروضاً فتلفها من المفلس⁽¹⁹⁹⁷⁾، ووجه ذلك هو: أن الغرماء إنما يستحقون أثمانها دون أعيانها.

فصل:

والصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في ديونهم إذا كانوا قد عملوها في الموت والفلس⁽¹⁹⁹⁸⁾. وإنما كان كذلك، لأنها في قبضتهم وحوزتهم لها، فهم كالرهن في يد المرتهن، وأنه أحق من غيره فكذلك في مسألتنا.

فصل:

ولو استأجر داراً للسكنى ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض السنة فأفلس، فربها أحق بها^[156] بقي من مدة الإجارة، ويخاص الغرماء بما مضى من السكنى، وكذلك ما يرد من هذه المسائل

(1994) انظر: المدونة: 4 / 79، المختصر الكبير: 316.

(1995) انظر: المختصر الكبير: 316، النوادر: 10 / 26.

(1996) مال أبو محمد ابن أبي زيد إلى قول ابن عبد الحكم وبه صرح في نوادره. انظر: النوادر: 10 / 2.

(1997) انظر: النوادر: 10 / 26.

(1998) انظر: المدونة: 4 / 86، النوادر: 10 / 70.

في هذا الباب⁽¹⁹⁹⁹⁾.

كتاب الضمان وهي الكفالة

والأصل في جواز الضمان قوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ أَعُوذُ﴾ [يوسف: 72]، وري أن رسول الله ﷺ قال: “الزعيم غارم”⁽²⁰⁰⁰⁾، ولأنها وثيقة بالحق فكانت جائزة كالرهن، ولا خلاف في جوازها.

ولها عبارات يقال: هي الحماله والكفالة والضمان والزعامة وكل ذلك بمعنى واحد.

فصل:

والكفالة جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن⁽²⁰⁰¹⁾، لأن فائدتها؛ قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق الذي عليه، ولا يجوز ذلك في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، لأن استيفاء ذلك من الضامن غير جائز.

مسألة:

عندنا أن الكفالة بالوجه جائزة إلا في الحدود⁽²⁰⁰²⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁰⁰³⁾.

وقال الشافعي في أحد قولي: لا يجوز⁽²⁰⁰⁴⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿الْأَشْقَى الَّذِي الْوَجَّ الطَّارِقَ﴾ [يوسف: 78]، الآية، وهذا يدل على جواز ذلك.

⁽²⁰⁰⁰⁾ أخرجه أبو داود في الإجارة، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله، ر: 3565، ص 395، وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة، ر: 2405، 2 / 804. والبيهقي في الكبرى، باب وجوب الحق بالضمان، 6 / 27. وانظر كلام الحافظ الزيلعي في نصب الراية على هذا الحديث. 4 / 57.

⁽²⁰⁰¹⁾ انظر: التفريع: 2 / 285 الكافي: 398، المقدمات: 2 / 376.

⁽²⁰⁰²⁾ انظر: المدونة: 4 / 96، النوادر: 10 / 109، عيون الأدلة: 28 / 104 ب، التفريع: 2 / 287.

⁽²⁰⁰³⁾ انظر: المبسوط: 19 / 162 بدائع الصنائع: 6 / 4.

⁽²⁰⁰⁴⁾ انظر: الأم: 4 / 485، مختصر المزني: 109- الحاوي الكبير: 6 / 462.

قالوا: فهذا شرع من قبلنا.

والجواب: هو أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ به، فلم يصح ما قالوه.

وقوله ﷺ: "الزعيم غارم"⁽²⁰⁰⁵⁾، وهذا زعيم فوجب أن يلحقه الحق ما ضمن.

وروي أن عبد الله بن عمر «كان له علي بن علي رضي الله عنهما دين فطالبه به، فتكفلت به أم كلثوم أخت علي»⁽²⁰⁰⁶⁾، وهذا بمحض من الصحابة فدل على جواز ذلك.

والقياس: هو أنها وثيقة بالحق فكان ذلك جائز أصله الرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى حقه على سبيل التوثيق فكان ذلك جائز أصله ما ذكرناه، ولأنه ممن يجوز إحضاره فجاز ضمانه أصله الدين.

ولا يلزم عليه المرأة، ولأنه يجوز عندنا ضمان ما عليها ويجوز إحضارها.

قالوا: المعنى في الدين، إنما جاز ضمانه لأنه يثبت في الذمة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ضمان الوجه لا يثبت في الذمة فلا يجوز ضمانه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الضمان إنما هو رفق، فلا فرق فيه بين ما ثبت في الذمة وبين ما لا يثبت في الذمة، وإنما القصد من ذلك التوصل إلى استيفاء الحق فلم يصح ما قالوه، ولأنها وثيقة يجوز استيفاء الحق منها، فجاز ضمانها كالرهن.

قالوا: المعنى في الرهن أنه إذا تعذر أداء الحق | باعه وأخذ ماله منه وليس كذلك في مسألتنا.^[156ب]

والجواب: هو أنه يلزم عليه الشهود، فإنه لا يجوز له بيعهم في الحق ومع ذلك يجوز له التوثيق بهم فلم يصح ما قالوه.

ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر، فإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم عليه الحدود لأنه لا يقال إن عليه أن يحضر ليقول أو يحد.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ "نهى عن الغرر"⁽²⁰⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁰⁵⁾ تقدم تحريجه.

⁽²⁰⁰⁶⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر.

⁽²⁰⁰⁷⁾ تقدم تحريجه.

وقال هذا غرر.

والجواب: هو أن الغرر ما الغالب عليه عدم السلامة، وإحضار هذا ليس بغرر، لأنه يأخذ مدة ويسلمه إلى من ضمنه عنه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها كفالة بالبدن، فوجب أن لا تصح أصله إذا تكفل ببدن زوجته.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن تكون كفالة ومع هذا يصح كما ذكرناه في الكفالة بالمال، وأما الأصل فعندنا تجوز الكفالة بوجه امرأته ويحضر بها فلم يصح ما قالوه.

وعلى أن المعنى في ذلك؛ أنه لا يجوز أن تتكفل بمنافعها فلم يتكفل بوجهها وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه تكفيل بعين، فوجب أن لا يصح أصله إذا تكفل له بودائع عند زيد.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الكفالة بالمال لأنها عين. والمعنى في الودائع التي عند زيد إن علم بها وأقر له بذلك جاز ضمان ذلك، وأما إذا لم يقر له بذلك وإنما لم يلزم التكفل بذلك لأنه غير قادر على تسليم ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه يأخذ بيده ويحضره في الحال فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الحرما لا تثبت عليه اليد، فلا يجوز التكفيل به أصله سائر الأمانات.

والجواب: هو أنه (2008) لا تثبت عليه اليد، ومع ذلك يختصمان عليه ما كان يمتنع أن يضمن هو أيضا، فأما سائر الأمانات فإنه يجوز ضمان ذلك إذا علمه وتحققه، فلم يصح ما قالوه.

والثاني: أن سائر الأمانات لا يتمكن من إحضارها، وليس كذلك في مسألتنا لأنه يتمكن من إحضار ذلك فافترقا.

قالوا: ولأنه ضمان عين في الذمة فوجب أن لا يصح، أصله إذا أسلم إليه في ثمرة نخلة بعينها. **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، لأن الكفالة بالوجه ليست بضمان للعين، وإنما ذلك يجوز على العين وهو إحضارها كالدين الذي عليه.

والمعنى في السلم في ثمرة نخله بعينها إنما لم يجز، لأن السلم من شأنه أن لا يتغير، لأنه

يجب عليه أن يأت بثمرة من أي وجه قدر عليه | فلم يصح ما قالوه.

والثالث: هو أنه لا يمتنع أنه لا يجوز الضمان في غرماء وإن جاز في غير ذلك، ألا ترى أن من أجر عبده أو داره فإنه ضامن بحق يستوفي من العين، والحق هو المنافع وإن لم يضمن العين فلم يصح ما قالوه.

وربما قالوا: ولأنه عقد شرط فيه أجره السلم فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال له بعثك عبدي على أن لا أسلمه إليك.

والجواب: هو أنه يلزم عليه سائر الديون وكذلك المسلم فيه، والمعنى في ذلك؛ أن البيع موضوع لتسليم كل واحد من المتعاقدين ما عاوض، فلما شرط أن لا يسلمه إليه لم يصح العقد، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه شرط أن يسلمه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه عقد على ما يقدر تسليمه، فوجب أن لا يصح، أصله بيع الطير في الهواء والسمك في الماء.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه قادر على تسليمه، وهو أن يأخذه بيده ويسلمه إلى صاحب الحق، وأما الطير في الهواء والسمك في الماء فإن ذلك غرر وخطر، ولذلك لم يجوز، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا رفق وبر فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لا فائدة في هذا الضمان لأنه يجوز أن يموت أو يهرب.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في ذلك فوائد منها الرفق الذي ندب إليه والمعاونة والتخلص من اللدد، لأنه ربما أراد أن يجبسه ويبدله، فإذا ضمنه زال عنه ذلك، وكان له ذلك في الثواب التام.

والثاني: هو أنه لا اعتبار بما يطرأ بعد ذلك، ألا ترى أن النكاح وسائر العقود تصح، وإن كان قد يطرأ عليها الفسوخ والفساد بعد ذلك فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت أن الكفالة بالوجه جائزة، فإن جاء الكفيل به فقد برئ فإن لم يأت به غرم ما عليه (2009).

وإنما قلنا ذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: "الزعيم غارم"⁽²⁰¹⁰⁾. ولأن الفائدة في الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه احتضار الغريم، بدليل امتناع الكفالة في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه أم لا في أن يكون ضامنا للمال إلا أن يشترط أي يتكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن عليه من المال شيء، فلا يلزمه حينئذ بشرط إلا أن يمكنه إحضاره فيفرض فيلزمه بتفريطه، لأنه كمن تعمد إتلاف مال الغير.

ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء، بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق⁽²⁰¹¹⁾. وإنما قلنا ذلك، لأنه لا صنع له في موته فينسب في ذلك إلى التفريط فلذلك لم يلزمه شيء.

مسألة:

عندنا يصح ضمان المال المجهول مثل أن يقول: دأين فلانا مما حصل لك عليه فأنا ضامن، أو يقول له: أنا ضامن لك بما علي زيد وهو لا يعرف مبلغ ما عليه أو يضمن ما يجد في دفتره أو يثبت قبله كل ذلك يجوز عندنا⁽²⁰¹²⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽²⁰¹³⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز ذلك⁽²⁰¹⁴⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الزعيم غارم"⁽²⁰¹⁵⁾ ولم يفرق بين المجهول والمعلوم، فهو على عمومته وشموله.

والقياس: هو أنه تطوع بإلزام نفسه سببا لم يكن يلزمه على وجه المعروف، فكان ذلك جائزا أصله النذر، ولأنه فعل معروف، فإذا جاز في المعلوم جاز في المجهول أصله الغنم والوصية والهبة.

⁽²⁰¹⁰⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁰¹¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 97، النوادر: 10 / 111.

⁽²⁰¹²⁾ انظر: عيون الأدلة: 28 / ل: 96، التفریع: 2 / 285، الكافي: 398.

⁽²⁰¹³⁾ انظر: المبسوط: 19 / 177- بدائع الصنائع: 6 / 4.

⁽²⁰¹⁴⁾ انظر: الأم: 4 / 484 - المذهب: 3: 315.

⁽²⁰¹⁵⁾ تقدم تخريجه.

وقياس آخر: وهو أن الضمان عقد على نفسه عقدا يلزمه الوقاية أصله سائر العقود. أو لأنه عقد يقصد به المعاونة والتخلص من المطالبة فجاز تعليقه بالشرط، أصله الكتابة، لأنه لو قال لعبده إن أديت إلي ألفا فأنت حر، فإن ذلك جائز فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأنه ضمان مال مجهول فوجب أن يصح، أصله إذا قال لو ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وكذلك ضمان الدرك.

قالوا: المعنى في قوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، إنما جاز ذلك لأنه استدعاء الألف بهال معوض ومثله في مسألتنا، لأنه إذا قال علي مالك على زيد فإنه لا يعلم مبلغ ذلك كما لا يعلم قدر ما يرميه في البحر، وإنما يعلم ذلك بعد التخلص، فإنه إما أن يعرف ذلك من جهة شرائه أولا أو يعرف ذلك بأقرب المواضع التي ألقى به المتاع في البحر وفي وقت الطرح هو مجهول لا نعلم قدره وإنما يعلم في الثاني، فلم يصح ما قالوه من ذلك، فإنه لا فرق بينهما بوجه ولا سبب.

وقياس آخر: وهو أنه نوع ضمان فصيح مع الجهالة.

والجواب: هو أنه يبطل بالوصية فإنه حق لآدمي ومع ذلك يصح بالمعلوم والمجهول فلم يصح ما قالوه، ولأنه إن كان مجهولا في هذه الحالة إلا أنه يصير معلوما في الثاني، ولأنه [158] إسقاط حق يجوز تعليقه على الصفات والأخطار، فجاز مع الجهالة أصله الطلاق والعتاق.

قالوا: المعنى في الطلاق والعتاق أنه مبني على التغليب والسراية وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأنه إذا جاز ذلك في الطلاق والعتاق الذين هما إزالة ملك، كان في مسألتنا أولى من ذلك، لأنه فعل معروف وخير.

واحتج بما روي عن النبي ﷺ أنه “نهى عن الغرر”.

قالوا: وهذا غرر.

والجواب: هو أن الغرر ما الغالب عليه عدم السلامة، وفي مسألتنا هو معروف وطاعة وقربة وقد ألزم ذلك فلزم الوفاء به.

قالوا: ولأنه ضمان مال مجهول، فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال: ضمنت لك بعض

مالك على فلان.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا قال له: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فإن هذا ضمان مال مجهول في الحال، وكذلك إذا قال له: علي صدقة، فإنه قد ألزم نفسه ذمة ضمان شيء مجهول، ومع ذلك لم يلزم، وكذلك ضمان الدرك. والأصل غير مسلم؛ لأن عندنا يجوز ذلك في البعض كما يجوز ذلك في الكل، لأن عندنا يقال له بين ما أردت "بالبعض" عند القضاء، فلم يلزم ما قالوه.

قالوا: ولأنه يثبت مالا في الذمة بعقد لآدمي، فوجب أن لا يصح مع الجهالة أصله البيع.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا قال: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فإنه يثبت مالا في الذمة ومع ذلك يصح مع الجهالة، وكذلك يلزم عليه مهر المثل لأنه يثبت بالجناية.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ لأنه لا يثبت إلا بعد العقد، ولولا العقد ما ثبت، فلم يصح ما قالوه. ويلزم عليه النذر والعتق، والمعنى في البيع؛ هو أن القصد منه المعاينة والمكايسة فلذلك لم يصح مع الجهالة وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يقصد به المعروف والمكارمة والتخليص، فهو كاهبة والصدقة والنذر أشبه منه بالبيع، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

ويصح عندنا ضمان مالم يجب مثل أن يقول رجل لرجل: كلما داينت به فلانا فعلي⁽²⁰¹⁶⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁰¹⁷⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك⁽²⁰¹⁸⁾.

ودليلنا: هو أنه نوع ضمان فصح قبل وجوبه أصله إذا قال له: ألق متاعك في البحر

[158ب]

⁽²⁰¹⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 102، التفريع: 2 / 285.

⁽²⁰¹⁷⁾ انظر: المبسوط: 19 / 177.

⁽²⁰¹⁸⁾ انظر: الأم: 4 / 484.

وعلي ضمانه.

ولا معنى | لقولهم: إن ذلك يستدعي إتلاف مال بعوض، لأنه في الحال إتلاف مال مجهول والضمان قد وجد قبل الإتلاف.

واحتج بأن قال: لأنه ضمان ما لم يجب فوجب أن لا يصح أصله إذا قال له: كلما جنيت على فلان فأنا ضامن له.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ما قلناه من قوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، والمعنى في الجناية إنما لم يجز ذلك، لأنه لا معروف في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه فعل طاعة ومعروف.

قالوا: ولأنها وثيقة يجوز التوثق بها بعد الحق، فلا يجوز التوثق بما قبله أصله الشهود.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا قال له: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، ولا يسلم الأصل؛ لأنه قد يجوز ذلك في الشهادة، ألا ترى أن الشاهدين إن شهدا أيهما سمعا زيدا يقول لفلان كذا وكذا أو فلانة زوجي وجحد أنه ما قال ذلك، حكما عليه بالحق وإن لم يشهدا على أنفسهما ولا يعلمان هل يطلبه زيد أم لا، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا يجوز ضمان ما على الميت من المال وسواء خلف بذلك مالا فيه وفاء بذلك أم لم يخلف خلافا فإن ذلك جائز (2019).

وبه قال الشافعي (2020).

وقال أبو حنيفة: إن لم يخلف وفاء لم يجز ضمان ذلك عنه (2021).

ودليلنا: ما روى جابر بن عبد الله «أن رجلا توفي فغسلناه وكفنناه، فلما جئنا به ليصلي عليه رسول الله ﷺ قال: "فهل على صاحبكم من دين"، فقال ديناران، فقال عليه السلام: "وما تنفعه صلاتي"، فقال علي رضي الله عنه هما علي يا رسول الله، فقال ﷺ: "جزاك الله خيرا عن

(2019) انظر: المدونة: 4 / 100، النوادر: 10 / 116.

(2020) انظر: الأم: 4 / 483، المذهب: 3 / 311.

(2021) انظر: مختصر الطحاوي: 104، بدائع الصنائع: 6 / 6.

الإسلام، وفك رهنك كما فككت رهانه»⁽²⁰²²⁾ فدل على ما ذكرناه.

قالوا: فيحتمل أنه كان قد تحملها عنه في حال ملائته وحياته.

والجواب: هو أنه قال أنا أحملها عنه، وهذا يدل على أنه يحمل ذلك في هذه الحالة لا في ما تقدم.

وروى أنس بن مالك قال: «الحمد لله الذي يمسك السماء أن تقع على الأرض، فقالوا: يا أبا حمزة حدثنا بحديث ينفعنا الله به، فقال ان استطاع أحدكم أن يموت ولا دين عليه فليفعل، فإني كنت عند رسول الله ﷺ فأتى بجنزة ليصلي عليها، فقال هل على صاحبكم من دين، فقالوا: ديناران يا رسول الله، فقال: “أوما تنفعه صلاتي وروحه مرتنه بدينه، فإن قام أحدكم فيضمنها صليت عليه”، فقام أبو قتادة فقال أنا أحملها عنه يا رسول الله، فصلى عليه»⁽²⁰²³⁾. فدل على ما ذكرناه من ذلك.

[159أ]

وهو أن من جاز الضمان عنه حال جنائية جاز الضمان عنه في حال وفاته، أصله إذا حلت بذلك وفاء، ولأن كل من صح الضمان عنه إذا حلف وفاء صح الضمان عنه وإن لم يخلف وفاء، أصله إذا كان ذلك حيا.

قالوا: المعنى فيه إذا كان حيا أن هناك ذمة باقية، وليس كذلك بعد الموت لأنه لا ذمة له ولا محل للحق أن يشتغل به.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن ذمته قد خربت بالموت، ألا ترى أنه يصح الإبراء عنه والقضاء فدل على أن له ذمة، ولأن الموت معنى يزيل التكليف فلم يمنع من صحة الضمان أصله الجنون والإغماء، ولأنه نوع تبرع فصح مع الموت أصله الإبراء والقضاء، ولأن الميت له ذمة، ألا ترى أن أنه يصح الإبراء عنه والقضاء، فلو لا أن ثم ذمة ما صح ذلك.

قالوا: يريد بذلك أنه لا ذمة له، أنه لا يجوز ابتداء الدين في ذمته.

والجواب: هو أن ذلك جائز، ألا ترى أنه لو حفر بئرا في طريق المسلمين فمات فيها إنسان فإنه يجب ضمان ذلك، فدل على أن له ذمة، ولأنه عندنا تصح الوصية له بالمال،

⁽²⁰²²⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب وجوب الحق بالضمان، / 6 / 73، قال البيهقي بعد أن ساق الحديث: والحديث يدور على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف.

⁽²⁰²³⁾ أخرجه البخاري بلفظ آخر، كتاب الحوالة، باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز، ر: 2289، 2 / 139.

فيخرج ذلك في ديونه فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: الموت معنى يسقط المطالبة من كل وجه فلا يصح الضمان عنه. أصله الإبراء وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما يمنع من الاستدانة لم يمنع من الابتداء، والقضاء إنما كان كذلك لأنه لما منع من الاستدانة منع من الابتداء.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا حلف بذلك وفي. و لأن المعنى في الإبراء والقضاء أنه منع من الاستدانة فمنع من الابتداء.

قالوا: ولأنه مات مفلسا فلم يصح الضمان عنه أصله المكاتب إذا مات.

والجواب: هو أن المكاتب لو كان حيا لم يصح عنه الضمان، فكذلك في مسألتنا، لأنه لما صح عنه الضمان في حال حياته صح عنه في حال وفاته. ولأن المكاتب لو كان عبدا لم يصح الضمان عنه وليس كذلك في مسألتنا، ولأن المكاتب معقود عليه فلذلك لم يصح الضمان عنه وليس كذلك في مسألتنا لأنه معقود له.

[159ب]

قالوا: ولأنه ضمان عن ميت مفلس فلم يصح أصله الضمان بالمجهول.

والجواب: هو أنا لا نسلم لأن ضمان المجهول عندنا وعندكم يصح.

قالوا: ولأن المرتهن لا بد له من محل إما ذمة أو عين وليس ههنا واحد من ذلك.

والجواب: هو أنا لا نسلم لأن ههنا ذمة، ألا ترى أن الإبراء لا تجوز عنها وكذلك القضاء فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الموت سبب ينافي الديون من جميع الجهات، فوجب أن يضعف حكم ما تغرم من الدين أصله العبادات لما لم تجب بعد الموت ضعف حكم ما تقدم وجوبه عليه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن العبادات لا تصح النيابة فيها في حال حياته والدين يصح ضمانه عنه في حال حياته فصح بعد وفاته فلم يصح ما قالوه. وعلى أنا لا نسلم لأن عندنا تصح الوصية فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

ولا يبرأ الضمين بالمال بأن يحضر وجه المكفول عنه⁽²⁰²⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن التكفل بغير وجهه والبراءة إنما تكون لخروجه بها تكفل به.

فصل:

واختلف في الرواية عن مالك رحمه الله في مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم، فروي أن ذلك له⁽²⁰²⁵⁾.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله⁽²⁰²⁶⁾.

وروي عنه أنه قال: ليس له مطالبة الكفيل⁽²⁰²⁷⁾، وهذا على وجه التحقيق ليس برواية ثابتة وإنما هو رجوع إلى الثانية.

فوجه الرواية الأولى قوله ﷺ: "الزعيم غارم"⁽²⁰²⁸⁾ ولم يفرق.

والقياس: هو أنها حال ضمان فوجب استيفاء الحق منه أصله إذا أفلس الغريم، ولأن الضمان أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كانت له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

ووجه الرواية الثانية: ما قاله أحمد بن المعذل⁽²⁰²⁹⁾ رحمه الله. وذلك أنه قال: إن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى والهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة، وإذا ثبت ذلك لم يكن له ذلك إلا على الوجه الذي دخل الضامن عليه.

[160]

⁽²⁰²⁴⁾ انظر: التفرع: 2/ 286.

⁽²⁰²⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 107، التفرع: 2/ 286، 287.

⁽²⁰²⁶⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 102/ 103- الأم: 4/ 484.

⁽²⁰²⁷⁾ انظر: النوادر: 10/ 114، 115- التفرع: 2/ 287.

⁽²⁰²⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁰²⁹⁾ أحمد بن المعذل، بن غيلان بن الحكم العبدي، يكنى أبا الفضل البصري، وأصله من الكوفة، وهو الفقيه المتكلم من أصحاب ابن الماجشون، سمع من إسماعيل بن أبي أويس وبشر بن عمر وغيرهما، وعليه نفقه جماعة من كبار المالكية، كإسماعيل القاضي وأخيه حماد بن إسحاق، توفي رحمه الله وقد قارب الأربعين سنة. الجمهرة: 1/ 282، 283، ر: 180.

وأما الثالثة: فإنها مبنية على هذه، وذلك أنه يبدأ بمال الغريم | لأنه أحق بالمطالبة، فإن وفى به سقط ذلك عن الضمين [وإن جحد لهم]⁽²⁰³⁰⁾ من مال الضمين، وإنما كان كذلك؛ لأن استيفاءه متعذر من الغريم، وهذه فائدة الضمان.

فصل:

وأما إذا مات الضمين قبل حلول الحق، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه أنه قال: يؤخذ المال من تركة الضمين فتدفع إلى صاحب الدين ويرجع به [وبرئ]⁽²⁰³¹⁾ الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله.

والرواية الثانية: أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الحق، فإن أمكنه أخذه من الغريم رد على ورثة الضمين، وإن تعذر ذلك أخذ حينئذ من مال الضمين⁽²⁰³²⁾.

والرواية الأولى مخرجة على أن له المطالبة في حلول الحق أيها شاء، لأن موت الضمين يحل الحق عليه.

ووجه الثانية: أن ذلك مبني على أن له مطالبة الضمين، إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما قلنا أنه يعزل لثلا يتلفه.

فصل:

والحمالة بالكتابة لا تصح⁽²⁰³³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها ليست بدين ثابت مستقر لأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة فلذلك لم يصح ضمان ذلك.

مسألة:

ورضا المضمون له شرط عندنا⁽²⁰³⁴⁾.

⁽²⁰³⁰⁾ هكذا في الأصل، والذي في المعونة: " وإن عجز تم من مال الضمين ". المعونة: 2 / 1334.

⁽²⁰³¹⁾ في المعونة: " ورثة ". 2 / 1334.

⁽²⁰³²⁾ انظر: المدونة: 4 / 100 - النوادر: 10 / 116، التفريع: 2 / 286، 287.

⁽²⁰³³⁾ انظر: المدونة: 4 / 118، 119، التفريع: 2 / 285.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁰³⁵⁾.

وقال الشافعي: ليس بشرط⁽²⁰³⁶⁾.

ودليلنا: هو أنه وثيقة بالحق فاعتبر رضاه أصله المرتهن.

فإن قالوا: المعنى في ذلك أن من شرطه القبض وليس كذلك في مسألتنا.

فالجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه ليس من شرطه القبض، ولأنه نوع ضمان فكان رضاه شرطاً فيه أصله المضمون عنه.

واحتج بأن قال: روي أن النبي ﷺ قال: "الزعيم غارم"⁽²⁰³⁷⁾.

والجواب: هو أنه لا يسمى زعيماً إذا لم يرض المضمون له بذلك.

قالوا: ولأنه ضمان ينفعه فلم يعتبر رضاه أصله المضمون عنه.

والجواب: هو أنا لا نسلم لأن رضا المضمون عنه أيضاً شرط فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه ضمان دين فلا يفتقر إلى رضاه أصله إذا كان مريضاً.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه وثيقة ليس من شرط لزومها القبض فلم يفتقر فيها إلى رضا الموثوق له أصله المشهود.

والجواب: هو أنه ينكسر بالرهن، وأما الشهود فإنهم مغيبون | من العقد، وليس كذلك [160ب] في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

⁽²⁰³⁴⁾ انظر: مختصر المدونة: 3 / 79.

⁽²⁰³⁵⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 3.

⁽²⁰³⁶⁾ انظر: الحاوي الكبير: 6 / 434.

⁽²⁰³⁷⁾ تقدم تخريجه.

كتاب الحوالة

(لا خلاف في جوازها)⁽²⁰³⁸⁾، والأصل في جواز الحوالة ما روي أن رسول الله ﷺ قال: “إذا أحيّل أحدكم على مليء فليتبّع”⁽²⁰³⁹⁾.

وهي في الحقيقة بيع الدين بالدين، لأن المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان له عليه، واستثنيت من الكاليء بالكاليء وهو الدين بالدين، ولأن المقصود بها المعروف والرفق دون المتاجرة والمكايسة كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر (في نظائر ذلك)⁽²⁰⁴⁰⁾.

مسألة:

عندنا أن الحوالة تفتقر إلى رضی المحيل والمحال، (وأما المحال عليه)⁽²⁰⁴¹⁾ فلا يعتبر رضاه⁽²⁰⁴²⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه⁽²⁰⁴³⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا بد من رضاه⁽²⁰⁴⁴⁾.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: “مطل الغني ظلم وإذا أحيّل أحدكم على مليء فليتبّع”⁽²⁰⁴⁵⁾.

⁽²⁰³⁸⁾ ما بين قوسين مثبت من ط.

⁽²⁰³⁹⁾ أخرجه البخاري في كتاب الحوالة، باب إذا أحال على مليء فليس له رد، ر: 2228، 2 / 139، ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني ظلم، ر: 1564، ص 636.

⁽²⁰⁴⁰⁾ ما بين قوسين مثبت من ط.

⁽²⁰⁴¹⁾ سقطت من الأصل.

⁽²⁰⁴²⁾ المدونة: 4 / 126، التفریع: 2 / 288، المنتقى: 6 / 452.

⁽²⁰⁴³⁾ انظر: الأم: 4 / 479 - الحاوي الكبير: 6 / 418.

⁽²⁰⁴⁴⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 15.

⁽²⁰⁴⁵⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: فلا نسلم أنه إذا لم يرض بذلك أن ههنا حوالة.

والجواب: هو أن النبي ﷺ سمي ذلك حوالة، وهو أفصح العرب وأعلم بذلك، فكان الرجوع إليه أولى من الرجوع إلى ما قلتم.

والقياس: هو أنه أذن له في أخذ ماله عليه من الحق فلم يفتقر إلى رضاه، أصله إذا قال لو كي له خذ من فلان كذا وكذا، فإنه لا يفتقر إلى رضاه الآخذ منه، فكذلك في مسألتنا. ولأن الحق للمالك فكان له أن يملكه من شاء أصله سائر الحقوق.

واحتج بأن قال: لأنه نوع ضمان فوجب أن يفتقر إلى رضاه أصله سائر الضمانات.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذا نوع ضمان، لأن الضمان إنما هو ضم ذمة إلى أخرى، وههنا هو انتقال من ذمة إلى ذمة، وعلى أن المعنى في الضمان أنه يملك التصرف فيه، وفي مسألتنا لا يملك ذلك فافترقا.

قالوا: ولأنه أخذ من تتم الحوالة به فوجب أن يفتقر إلى رضاه أصله المحيل والمحال عليه.

والجواب: هو أن هذا في أولئك إنما اعتبر رضاهما؛ لأن ذلك عقد من متعاقدين، وليس كذلك في مسألتنا، لأن المحال عليه كالمعقود عليه لا يعتبر رضاه، كما لو باع عبدا لم يعتبر رضاه، فكذلك في مسألتنا مثله، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا أحال رجل رجلا بهال وقبل الحوالة ولم يكن غره بذلك فلا رجوع له عليه بذلك⁽²⁰⁴⁶⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽²⁰⁴⁷⁾: إلا أن الشافعي لا يعتبر التغير له.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: له الرجوع إذا جحد بالحق أو مات مفلسا⁽²⁰⁴⁸⁾.

ودليلنا: ما روى مالك رحمه الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله

⁽²⁰⁴⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 126، النوادر: 10 / 156، التفريع: 2 / 288.

⁽²⁰⁴⁷⁾ انظر: الأم: 4 / 479 - المذهب: 3 / 307.

⁽²⁰⁴⁸⁾ انظر: المبسوط: 20 / 54 - بدائع الصنائع: 6 / 19.

ﷺ قال: “مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع” (2049).

فوجه الدليل منه من وجهين:

أحدهما: قال “إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع”، فأمر عليه السلام بإتباع المليء ولم يخص حال إتباعه بوقت دون وقت، وإذا وقعت الحوالة على مليء فوقت قبولها وجب الإتباع مؤبداً وأن لا يكون له الرجوع في ذلك.

والثاني: هو أنه عليه السلام اعتبر الملاء في المحال عليه وعلق الأمر بإتباع المحال فقال: “إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع عليه، فلو لم يسقط حق المحال بعقد ملاء المحيل لم يكن لتعليق إتباعه على ملائه فائدة.

قالوا: إنما أراد بذلك عليه السلام إذا استدأماً ملاءه إلى وقت الأخذ.

والجواب: هو أن النبي ﷺ لم يفرق بينهما فلم يصح ما قالوه. ولأنه لو اعتبر ذلك لم يكن لذلك فائدة، ولا للحوالة ولا لقبولها فائدة فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه حق انتقل بالحوالة فلم يملك الرجوع به أصله إذا أفلس ولم يمت.

قالوا: المعنى في ذلك أنه لم يخرب ذمته فلذلك لم يجوز له الرجوع وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لو مات لم يبق له ذمة.

والجواب: هو أنه يبطل بها إذا جحد و حلف، فإن الذمة ما خربت ومع هذا يرجع عليه.

وقياس آخر: وهو أنه موت من عليه الحق فلم يجب له الرجوع أصله سائر الديون.

وقياس آخر: وهو إن تعذر الوصول إلى المال المحال به لا يوجب الرجوع. أصله إذا هرب أو خرج إلى بلد آخر، أو لأنه حوالة برئت بذمة المحيل فيها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها. أصله إذا لم يعسر حاله، أو لأنه حق مقدور على أخذه ممن هو عليه، فإذا سقطت المطالبة به وببذله عنه في حال رشده لم يعد ذلك الحق إليه، أصله إذا قضى ما عليه. ولأن الحوالة بمنزلة، الإبراء والقبض، لأن المطالبة بالدين يسقط معها، فالاعتبار يجب أن يكون بحال الرضى لا بما يؤول إليه الحال في الثاني، والدليل على أنها بمنزلة القبض، أنه لو باع

[161ب]

(2049) تقدم تخريجه.

رجل من رجل شيئاً ولم | يسلم إليه العوض، فإنه يجوز له إمساك المبيع، ولو أحاله بذلك فقبل الحوالة لم يكن له إمساك المبيع، ووجب عليه التسليم فدل ذلك على أنها بمنزلة القبض، وإذا كانت بمنزلة القبض لم يكن له الرجوع بعد ذلك إلا أن يغره (فيرجع لمعنى آخر) (2050).

واحتج بما روى أنس بن معونة عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال في حوالة وكفالة: «لا تولى على مسلم» (2051). أي لا هلاك.

والجواب: أن علياً رضي الله عنه خالفه في ذلك، فروى «أن جد سعيد بن المسيب كان له علي علي كرم الله وجهه مال، فطلب أن يحيله على رجل، فأحاله، فمات الرجل، فعاد إلى علي فقال له: قد مات الرجل الذي أحلتني عليه، فقال له علي: اخترت علينا غيرنا أبعدك الله» (2052).

فأخبر رضي الله عنه أنه ليس عليه من موت المحال عليه شيء، لأنه رضي بذلك واختاره فدل على ما ذكرناه.

قالوا: ولأن الحق انتقال من ذمة إلى ذمة غيرها، فإذا أتوا ولم يسلم له كان له الرجوع، أصله إذا كان له عليه ألف درهم فاشترى منه بذلك ثوباً ولم يسلم إليه كان له الرجوع فكذا في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنكم علقتم على العلة ضد المقتضي، لأن الحق إذا كان قد انتقل لم يجب الرجوع فيه، والثاني: هو أن قولكم "إذا أتوا" لا تأثير له، لأنه لو لم يتو كان كذلك، وأما الأصل فإنه باعه عبداً أو ثوباً فالمال الذي له عنده إذا تلف قبل قبضه فإنه يتلف من المشتري عندنا فلم يسلم ما قالوه.

قالوا: ولأنه إنما رضي بالحيلولة ليسلم ماله، فإذا لم يسلم ذلك له كان له الرجوع. أصله إذا كان له عليه دين فاستأجر منه داراً فلم يسلم له، فإن له أن يرجع كذلك في مسألتنا (2050) في ط: "فذلك يرجع لمعنى آخر عليه".

(2051) أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف، باب في الحوالة، أنه لأن يرجع فيها، ر: 21115، 6/ 189، والبيهقي في الكبرى، باب من قال يرجع على المحيل لا تولى على مال مسلم، 6/ 71، والحديث في إسناده مقال، ذكره البيهقي هنا.

(2052) هذا الأثر لم أجده في كتب الآثار، وذكره ابن الجوزي في كتابه: التحقيق في أحاديث الخلاف، 2/ 204؛ والماوردي في الحاوي: 6/ 421.

مثله.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا أفلس ولم يمت. والثاني: هو أن المعنى في الدار المستأجرة إنما كان كذلك لأن العلائق ما انقطعت بينهما، فلذلك جاز له الرجوع، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن العلائق قد انقطعت بينهما.

قالوا: ولأنه لو باع رجل من رجل شيئاً فأفلس المبتاع ووجد البائع متاعه أخذه، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنكم لا تقولون بذلك ولا نحن نقول بذلك، إلا أنا وإن كنا نرى أن له الرجوع إلى ذلك لأنه يرجع إلى غرمائه، والرجوع إلى غرماء المال أولى | من الرجوع إلى [162] الذمة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه قصد بقبول الحيلولة صيانة ماله وتحصيله، فإذا لم يسلم له ذلك كان له الرجوع. أصله إذا قبض دينه ممن هو عليه ثم وجده ديوناً، فإنه يرجع عليه، كذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه ما قصد ذلك، وإنما قصد انتقال الحق من ذمة إلى ذمة فلا نسلم ما قالوه. وأما الرجوع في الدراهم الزيوف إنما جاز ذلك؛ لأنه وجد عينا بالمعقود عليه فكان له الرجوع بذلك كما لو ابتاع ثوباً فوجد به عيباً كان كذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن إفلاس المحال عليه لا يخلوا: إما أن يجري مجرى العيب، أو مجرى الاستحقاق. ومن وجد عيباً يبذل حقه كان له الرد والرجوع إلى الحق، وكذلك من اشترى شيئاً واستحق من يده كان له الرجوع إلى حقه، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا عيب حدث بعد العقد، ألا ترى أن المطالبة بالحق وبذله قد سقطت، وإنما يرجع إذا كان العيب متقدماً وموجوداً قبل العقد، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عند مالك رحمه الله: إذا غر المحيل المحتال بفلس المحال عليه، فإنه يجوز الرجوع إلى

المحيل بالحق (2053).

وقال الشافعي: لا يرجع (2054).

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "إذا أحيل أحدكم" (2055) بها في ذمة الآخر، فإذا غيره بفلس بعلمه فكأنه باعه معييا لا يعلمه، فإذا علمه كان له الرجوع عليه. أصله إذا باعه سلعة معينة فإنه يجوز له الرجوع بذلك كذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في البيع أن المشتري وجد العيب في نفس حقه وهو فوات جزء من المبيع، فلذلك جاز له الرجوع وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا العيب في نفس الذمة التي هي محل الحق وذلك ليس بعيب.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأن أكثر العيوب خراب الذمة، لأن أكثر الحقوق بها تعلق، فإذا جاز له الرجوع بعيب السلعة فأولى أن يرجع في خراب الذمة.

قالوا: ولأن في الحوالة كان يجب عليه أن يسأل ويتثبت، وكذلك يحتال، فلما فرط في ذلك فقد أسقط حقه، وليس كذلك الرد بالعيب، لأنه لم يمكنه أن يسأل الناس عن هذه السلعة هل بها عيب أم لا فلذلك قلنا له أن يرجع في عيب السلعة ولا يرجع في الحوالة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ليس كل الناس يظهر إفلاسهم، لأن ذلك يظهر إذا أفلسه الحاكم وحجر عليه، فإذا غيره بذلك فقد دلس عليه فكان له الرجوع في ذلك.

واستدلال في المسألة؛ وذلك أن المحتال إنما يبرأ المحيل على شرط، وهو صحة سلامة ذمة المحال، فإذا غيره كان له الرجوع عليه لأنه قصد إتلاف ماله.

واحتج بأن قال: لأنها حوالة يرضى بها فلا يملك الرجوع بها على المحيل عليه أصله إذا لم يخره. والجواب: هو أن المعنى في ذلك؛ أنه غيره فلذلك لم يرجع عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه غره فكان له الرجوع عليه، لأنه قصد إتلاف ماله، والله أعلم بذلك.

(2053) انظر: المدونة: 4 / 127، النوادر: 10 / 156 - التفريع: 2 / 288.

(2054) انظر: الأم: 4 / 184، مختصر المزني: 107 - المذهب: 3 / 307.

(2055) تقدم تخريجه.

كتاب الصلح

والأصل في جواز الصلح قوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ [النساء: 128]، وقوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا"⁽²⁰⁵⁶⁾، ولأن فيه قطعاً للخصومة وداعية إلى التوصل والألفة.

مسألة:

ويجوز الصلح عندنا على الإقرار والإنكار⁽²⁰⁵⁷⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁰⁵⁸⁾.

وقال الشافعي: (الصلح على الإنكار غير جائز)⁽²⁰⁵⁹⁾ 2060.

وصورة هذه المسألة: أن يدعي رجل على رجل شيئا ولا بينة له، فأنكر المدعي، وقال له صالحني على شيء أدفعه إليك ولا تحلفني، فإنه عندنا يجوز ذلك ويملكه المدعي، والشافعي يقول إن ذلك حرام ويجب عليه رده ولا يملكه⁽²⁰⁶¹⁾.

ودليلنا هو قوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ [النساء: 128]، وهذا عام في الإقرار والإنكار.

⁽²⁰⁵⁶⁾ أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الصلح، ر: 3594، 398، وابن ماجه في الأحكام، باب الصلح، ر: 2353، 2 / 788، والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، ر: 1352، 3 / 626. وقال الحاكم صحيح على شرطهما. 2 / 50.

⁽²⁰⁵⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 205، النوادر: 7 / 180-التفريع: 2 / 289.

⁽²⁰⁵⁸⁾ انظر: المبسوط: 20 / 134، بدائع الصنائع: 6 / 40.

⁽²⁰⁵⁹⁾ في ط: "لا يجوز الصلح على الإنكار".

⁽²⁰⁶⁰⁾ انظر: الأم: 4 / 464، المهذب: 3 / 290.

⁽²⁰⁶¹⁾ قال ابن القصار: "الصلح على الإنكار جائز، وصورته أن يدعي إنسان على إنسان شيئا فينكره، ولا تكون للمدعي بينة فيصالحه المدعي عليه على شيء يعطيه، فيجوز عندنا له أخذه ويملكه". عيون الأدلة: 28 / ل: 48 ب.

قالوا: فهذه الآية وردت في (صلح)⁽²⁰⁶²⁾ الزوجين.

والجواب: هو أن آخرها عام في كل صلح.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: "الصلح جائز بين المسلمين"⁽²⁰⁶³⁾ ولم يخص صلحا على الإقرار من صلح على الإنكار.

قالوا: فقد روي "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا"⁽²⁰⁶⁴⁾، والصلح على الإنكار بهذه المثابة، لأنه صلح يحرم حلالا ويحل ما كان حراما.

[163]

قالوا: والذي يدل عليه؛ هو أن المدعي كانت له الدعوى والمطالبة بالحق، فيحرم عليه أخذ المال، لأنه ما حقق دعواه، فلما صالح حرم عليه الدعوى والمطالبة، وحل له أخذ المال.

والجواب: هو أن النبي ﷺ ما أراد بذلك ما ذكرتموه، لأنه لو كان كذلك لبطل الصلح على الإقرار؛ لأن المدعي قد كانت له المطالبة بجميع المال الذي أقر له به وإن لم يستوفه، فلما صالح عليه حرم عليه ما كان حلالا له، لأن كل صلح حرم حلالا فهو باطل، وكل صلح أحل حراما فهو باطل، وقد أجاز الصلح (على الإقرار)⁽²⁰⁶⁵⁾ ما كان حراما على المقر من منعه باقي ما أقر به، لأن الصلح لما حصل جاز له أن يمنع الباقي بعد أن لم يكن له منعه، وإذا جاز الصلح على الإقرار وفيه هذا المعنى الذي ذكرتموه، علمنا أنه عليه السلام ما أراد بذلك ما ذكرتموه، وإنما أراد بذلك الصلح على خمر أو خنزير وما لا يجوز في شريعته عليه السلام⁽²⁰⁶⁶⁾.

ولأن النبي ﷺ إنما يطلق اسم التحريم حكاية على تحريم سابق فيما كان منصوفا عليه في القرآن؛ فأما ما فرض فيه الاجتهاد فغير جائز أن يسميه حراما ويطلق عليه (اسم

⁽²⁰⁶²⁾ في ط: "حق".

⁽²⁰⁶³⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب الصلح، 6 / 63.

⁽²⁰⁶⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁰⁶⁵⁾ سقطت من الأصل.

⁽²⁰⁶⁶⁾ هذا الجواب بنصه في عيون الأدلة: 28 / ل 50.

التحريم)⁽²⁰⁶⁷⁾، ولأن ما ذكره يبطل بنفس الخبر، لأن قوله عليه السلام: "الصلح جائز بين المسلمين" قد فهم منه جواز الصلح على مال الغير، ولو كان المراد بالتحريم أخذ مال يستبيحه بالصلح لكان قد نفى ما أثبتته، وهذا غير جائز، فعلم بذلك صحة ما قلناه.

وروى أن النبي ﷺ قال: "المؤمنون على شروطهم"⁽²⁰⁶⁸⁾، وهؤلاء قد شرطوا.

قالوا: إنها أراد بذلك ما وافق الحق.

والجواب: هو أن هذه زيادة، ولأن هذا قد وافق الحق، ولأن النبي ﷺ قال: "ما وقى المؤمن به عرضه فهو صدقة"⁽²⁰⁶⁹⁾ وهذا قد وقى عرضه من التبذيل باليمين، فكان ذلك جائزا.

والقياس: هو أنها دعوى مال لم يحكم ببطالها فجاز الصلح معها أصله الإقرار.

فإن قالوا: ولا نحكم أيضا بصحتها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الدعاوى لا يوقف فيها على الصدق، لأن في حال الإقرار أيضا لا يعلم هل هو صادق أم كاذب فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه لم يثبت كذبه فيما يدعيه فجاز الصلح عليه، أصله حال الإقرار، وإذا قامت له به بينة.

فإن قالوا: ولا صدقه أيضا ثبت فيما يدعيه.

[163ب]

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الصدق لا اعتبار به، لأنه في باب الإقرار أيضا كذلك.

وقياس آخر: وهو أن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار أصله الإبراء، ولأن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار أصله إذا صالح عليه أجنبي.

قالوا: إنها جاز ذلك في حال الإقرار، لأنه اعترف له بالعوض، فجاز له أخذ العوض، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما اعترف له بشيء، فإذا أخذ ذلك أخذه بباطل.

⁽²⁰⁶⁷⁾ في ط: "ويطلق التحريم في ذلك".

⁽²⁰⁶⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁰⁶⁹⁾ تقدم تخريجه.

والجواب: هو أن هذا يبطل بما إذا صالح عليه أجنبي ويبطل بحال الإقرار أيضا، لأنه يجوز أن يكون كاذبا فيما أقر له به.

وقياس آخر: وهو أنه معنى تنقطع به الخصومة فجاز مع الإنكار، أصله اليمين، ولأنه إسقاط حق فجاز مع الإنكار أصله العتاق والطلاق.

واستدلال؛ وذلك أنه قد يجوز أن يكون المدعي صادقا في دعواه، فيكون الصلح واقعا عن مال لم يحكم ببطلانه، فكان ذلك مثل الصلح على الإقرار، لأن المقر أيضا قد يجوز أن يكون صادقا فيما أقر به ويجوز أن يكون كاذبا فيه، غير أننا لم نحكم ببطلان إقراره بالمال فجاز الصلح عليه.

ولأن المدعى عليه لا يخلوا أن يكون محقا في إنكاره أو مبطلا.

فإن كان مبطلا: فقد أحسن إذا لم يحلف على باطل ودفع بعض الحق.

وإن كان محقا: فقد دفع عن نفسه شر المدعي وتبذيله إياه ونزّه نفسه عن اليمين التي تثقل على أهل المروءات والدين، وتسبق الظنة إلى المقدم عليها، وقد فعل ذلك جماعة من السلف، وروي ذلك عن عثمان وعبد الله بن مسعود، ولأننا لو لم نجز الصلح على الإنكار لأدى ذلك إلى إبطال حقوق الناس، لأنه لا يمكنه أن يقر، لأنه يخاف إذا أقر أن يطالب بالحق كله فلذلك جوزناه.

ولأن هذا العقد سمي في التبرع صلحا، فجاز أن يكون من جهة كل واحد منهما. أصله الصلح من دم العمد.

واحتج بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

قالوا: وهذا أكل للمال بالباطل، لأنه يأخذ مالا بغير وجهه.

والجواب: هو أنه تعالى إنما أراد بذلك ما يؤخذ عن غير رضى من صاحبه، وههنا ما أخذ هذا المال إلا برضى صاحبه | فلم يصح ما قالوه.

[164]

قالوا: وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: “الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل

حراماً أو حرم حلالاً⁽²⁰⁷⁰⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك إذا كان على خمر أو خنزير.

والثاني: هو أن قوله عليه السلام “جائز بين المسلمين”، قد فهم منه جواز الصلح على مال الغير، ولا يجوز أن يكون قد قصد بذلك التحريم، لأنه يتناقض، ولأنه ينفي ما أثبتته، وذلك غير جائز، ولأن هذا المعنى أيضاً موجود في الصلح على الإقرار، لأنه لا يجوز أن يقر له بذلك في الظاهر والباطن بخلافه.

قالوا: ولأنه أخذ عوضاً عن مال لم يثبت ملكه عليه، فوجب أن لا يصح، أصله إذا باع ملك غيره.

والجواب: هو أنه لا نسلم؛ لأنه ما أخذ إلا عن ما ثبت له، لأنه لما قال صالحني منه، فقد ثبت له عليه ذلك الحق، وعلى أن هذا يلزم عليه إذا صالح منه أجنبي، وينكسر أيضاً بالصلح على الإقرار، لأنه يجوز ذلك وإن كنا لا نعلم أيضاً صدقة بذلك. والمعنى في ذلك أنه ملك غيره، فلذلك لا يجوز له أخذه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قد اعترف له ببعض حقه فجاز له أخذه، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه صالح على ما لم يثبت له فوجب أن لا يصح، أصله إذا ادعى على رجل شيئاً فأنكر فجاء غيره، فقال له صالحني على الحق الذي تدعيه على فلان فأنكره.

والجواب: هو أن هذا الصلح يجوز عندنا، لأن كل موضع جاز للمدعى عليه أن يصلح عليها جاز ذلك للأجنبي.

قالوا: ولأنها معاوضة لا تصح مع الجهل، فوجب أن لا تصح مع الإنكار. أصله البيع، لأنه لو ادعى عليه حقاً مجهولاً فأقر به ثم قال له بعني ذلك، لم يجز فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنها معاوضة وإنما هي إسقاط ومسامحة، وعلى أن المعنى في البيع أنه لا يصح منه صلح الأجنبي وليس هو كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه لم يحكم بصدقه فيما يدعيه، فوجب أن لا يجوز صلحه عليه أصله إذا حكم

(2070) تقدم تخريجه.

بكذبه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه أيضا لما لم يحكم بكذبه لا يجوز أن يكون صادقا فيما يدعيه، والذي حكم بكذبه (قد قطع في الظاهر بصدقه، وأما إذا حكم بكذبه)⁽²⁰⁷¹⁾ فإنه لا يكون ذلك إقرارا منه، لأننا نعلم بذلك ظاهر حاله.

قالوا: ولأنه | صلح على إنكار فوجب أن لا يصح أصله إذا صالح عليه أجنبي. [164ب]

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأنه لا يصح عندنا ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه صلح على دعوى مجردة، فوجب أن لا يصح، أصله إذا صالحه عن حد قذف.

والجواب: هو أنه لا تأثير له، لأنه لو أقر أيضا لم يجز له ذلك.

والثاني: أنا نقبل فنقول؛ فوجب أن لا يختلف فيه حكم الإقرار والإنكار أصله ما ذكرتم، وعلى أن المعنى في تلك أنها حدود ولا يجوز أخذ الأعاوض عليها وليس كذلك في مسئلتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن هذا المال لا يخلوا أن يكون مأخوذا لأجل إسقاط الدعوى أو لأجل إسقاط اليمين أو عوضا عما ادعاه المدعي، فبطل أن يكون في مقابلة سقوط الدعوى، لأنه لو كان (في مقابلة دعواه)⁽²⁰⁷²⁾ لجاز أن يكون زئدا على الحق الذي يدعيه، وبطل أن يكون عوضا عن الحق الذي ادعاه لأن ذلك إجماع.

والجواب: هو أنه يبطل به إذا صالح منه أجنبي، والثاني هو أن الصلح على الإنكار له حكمان، أحدهما في حق المدعي وهو المعاوضة فيما ادعى ملكه، والحكم الآخر وهو في حكم المدعي عليه مجهول على إسقاط الخصومة واليمين على نفسه، وهذا مثل الإقالة التي أخذت شيها من العقد وشيها من الفسخ فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

والصلح على ضربين: منه معاوضة كالبيع، فهذا حكمه حكم البيع، يدخله من الجواز

(2071) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(2072) في ط: "في مقابلته".

والمنع ما يدخل البيع. ومنه إسقاط وإبراء.

فأما (الأول)⁽²⁰⁷³⁾: فهو أن يدعي على غيره شيئاً ثم يبيعه منه، فلا يجوز ذلك إلا في معلوم، ولا يجوز أن يفسخ ذلك في دين إذا كان المدعى ديناً، ولا في طعام قبل قبضه، ولا عن دعوى في جنس بائنين من جنسه إلى أجل، ولا عن مجهول، ولا غرر، ولا على (ضع وتعجل)⁽²⁰⁷⁴⁾ قبل حلول الأجل، وجملته أن يمتنع فيه جميع ما يمتنع في البيع.

وأما الضرب الثاني: فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه، مثال ذلك أن يكون له على رجل مال حال فيصالحه منه على بعضه وإسقاط باقيه، فإن كان مؤجلاً فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه، (ويجوز)⁽²⁰⁷⁵⁾ أن يصالحه من ذهب على ورق يأخذها منه في الحال نقداً، وعلى ذهب من ورق، وإذا كان ذلك كله حالاً، [أو أن 1165] ينقد ما يصالح عليه، والوضيعة في الصلح لازمة لا يجوز الرجوع بها؛ لأن ذمة الغريم قد برئت من ذلك⁽²⁰⁷⁶⁾، والله أعلم.

كتاب إحياء الموات

(2073) في ط: "فأما القسم الأول".

(2074) في ط: "ولا على وضع وتعجيل".

(2075) في الأصل: "ولا يجوز"، والمثبت هو الصواب، كذا في المعونة: 2/ 1193.

(2076) انظر: المدونة: 4/ 205، النوادر: 7/ 167 وما بعدها، التفريع: 2/ 289، 290، الكافي: 451، 453.

مسألة:

ومن أحياء أرضاً ميتة غير مملوكة لمسلم ولا ذمي بالوجه الذي يكون إحياءاً لمثلها، من بناء أو حفر بئر وجصّها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهي له، إذا كانت في فيافي الأرض وفلواتها بعيدة من العمران والمواضع (التي لا يتشاح)⁽²⁰⁷⁷⁾ الناس فيها، ولا يفتقر ذلك عندنا إلى إذن الإمام⁽²⁰⁷⁸⁾.

وبه قال الشافعي.⁽²⁰⁷⁹⁾

وقال أبو حنيفة: لا بد من إذن الإمام⁽²⁰⁸⁰⁾.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: من «أحيا أرضاً ميتة فهي له»⁽²⁰⁸¹⁾، و«من» من ألفاظ العموم، فوجب أن يحمل على عمومته وشموله.

قالوا: إنما أراد عليه السلام بذلك في وقته وزمانه لمن حضره من المسلمين، وهذا كما

⁽²⁰⁷⁷⁾ في ط: «الذي يتشاح الناس».

⁽²⁰⁷⁸⁾ انظر: الموطأ: 2/ 287، المدونة: 4/ 473، النوادر: 10/ 500، التفریع: 2/ 290.

⁽²⁰⁷⁹⁾ انظر: الأم: 5/ 77 - المذهب: 3/ 612 - الحاوي الكبير: 7/ 478.

⁽²⁰⁸⁰⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 134 - المبسوط: 23/ 167 - بدائع الصنائع: 6/ 194.

⁽²⁰⁸¹⁾ أخرجه مالك في الموطأ، القضاء في عمارة الموات، ر: 2166، 2/ 287، وأبو داود في الخراج، باب إحياء الموات، ر: 3073، ص 347، وأحمد في المسند، ر: 14271، 22/ 170، وقال في البدر المنير: «هذا الحديث ذكره البخاري في «صحيحه» تعليقا فقال: «وقال عمر: من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ويروى عن عمرو بن عوف، عن النبي - صلى الله عليه وسلم، وقال: «في غير حق مسلم» وقال: «ليس لعرق ظالم (فيه) حق». وهذا الحديث رواه أبو داود في «سننه» بإسناد صحيح رجاله رجال الصحيح من حديث هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد - أحد العشرة رضي الله عنهم - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

وهذا الحديث رواه أبو داود في «سننه» بإسناد صحيح ورواه لسنائي أيضاً كذلك، وكذا الترمذي ثم قال: هذا حديث حسن غريب. ونقل الشيخ تقي الدين في آخر «الاقتراح» أنه صححه أيضاً، ولم أره، قال: وهو على شرط الشيخين قد احتجنا بجميع رواته. قال الترمذي: ورواه بعضهم، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلاً.

قلت: وكذا أخرجه مالك والشافعي وكذا النسائي أيضاً. قال الدارقطني في «علله»: وهو أصح. انظر: البدر المنير: 6/ 766.

قال ﷺ يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»⁽²⁰⁸²⁾، وإنما أراد بذلك في ذلك الوقت لا في غيره من الأوقات والأزمان.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأن "مَنْ" مِنْ ألفاظ العموم، وقد بينا ذلك فيما قبل وأنها للحاضرين والغائبين ومن يأت إلى يوملا القيامة. والدليل على ذلك قوله ﷺ: «من بدّل دينه فاقتلوه»⁽²⁰⁸³⁾ وهذا عام في جميع الأوقات والأزمان.

وكذلك قوله ﷺ: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع»⁽²⁰⁸⁴⁾.

وكذلك قوله عليه السلام: «من باع نخلا قد أبرت»⁽²⁰⁸⁵⁾.

وأما قصة أبي سفيان فإنها وردت على سبب، فهي مقصورة على ذلك السبب، وذلك أن العباس بن عبد المطلب قال للنبي ﷺ: «إن أبا سفيان يحب الصّيتَ فاجعل له شيئا يعرف به»، فقال ﷺ: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، فقال: وما تغني داري، فقال عليه السلام: «ومن تعلّق بأستار الكعبة فهو آمن»، قال: وما يغني ذلك، فقال عليه السلام: «ومن ألق السلاح ومن أغلق بابه فهو آمن»⁽²⁰⁸⁶⁾، فدل على أن أبا سفيان كان مخصوصا بذلك.

وروى الحسن بن سمرة عن جندب أن النبي ﷺ قال: «من أحاط حائطا على أرض

⁽²⁰⁸²⁾ أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة، ر: 1780، ص 1780.

⁽²⁰⁸³⁾ أخرجه البخاري في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، ر: 6922، 4 / 279.

⁽²⁰⁸⁴⁾ أخرجه أبو داود في أبواب الإجارة، باب في العبد يباع وله مال، ر: 3433، ص 383، وابن ماجه في التجارات، باب ما جاء في من باع نخلا مؤبرا، ر: 2210، 2 / 745، ومالك في الموطأ عن عمر موقوفا، ما جاء في مال المملوك، ر: 1788، 2 / 131، وقال في البدر المنير: حديث صحيح. 6 / 591.

⁽²⁰⁸⁵⁾ أخرجه البخاري في الشروط، باب إذا باع نخلا قد أبرت، ر: 2716، 2 / 274، ومسلم في البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر، ر: 1543، وتام الحديث الذي استدلل عليه القاضي رحمه الله، قوله صلى الله عليه وسلم عن عبد الله بن عمر: "من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع".

⁽²⁰⁸⁶⁾ تقدم تخريجه.

فهي له»⁽²⁰⁸⁷⁾ وهذا عام.

وروي أن النبي ﷺ قال: «من سبق إلى إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»⁽²⁰⁸⁸⁾.

والقياس: هو أنها عين مباحة (فلم يفتقر تملكها إلى إذن الإمام أصله الاصطياد^[165ب] والاحتشاش، قالوا: لا نسلم أنها مباحة)⁽²⁰⁸⁹⁾، لأنها لجماعة المسلمين.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، لأنها لو كانت لجماعة المسلمين لم يجز لأحدهم أن يتفرد بأخذ شيء منها، ولو أراد أحدهم أن ينقل أحمالاً من ترابها كان ذلك له، فدل على أنها ليست لهم.

قالوا: المعنى في الاحتطاب والاحتشاش أن ذلك يشترك فيه المسلم والذمي، فلذلك لم يفتقر ذلك إلى إذن الإمام وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن افتقارهما من هذا الوجه لا يمنع من حيث جمعنا بينهما، ألا ترى أن المسلم يجوز له أن يتزوج بالذمية، وإن كان الذمي لا يجوز له أن يتزوج بالمسلمة وإن كانا يتفقان في المباحات فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: ولأن ما يفتقر تمليك أجزائه إلى إذن الإمام لا يفتقر حمل جميعه إلى إذن الإمام، أصله (الاحتطاب والاحتشاش، وقياس آخر، وهو أنه سبب من أسباب التملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام، أصله)⁽²⁰⁹⁰⁾ البيع والشراء أو جميع وجوه التملك، ولأنه جاز ما لم تجزه يد فعدم الإذن لا يمنع منه، أصله الصيد.

ولا يلزم على جميع هذه الوجوه والعلل ما قرب من العمران؛ لأننا نجيز ذلك في هذه المواضع، وفي ذلك نجيزه بإذن الإمام، لأن ذلك مما يتشاح الناس فيه.

⁽²⁰⁸⁷⁾ أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إحياء الموات، ر: 3077، ص 348، وأحمد في المسند، ر: 20130، 33/313، والبيهقي في الكبرى، باب ما يكون إحياء وما يرجع فيه، 6/148، وانظر: البدر المنير: 7/54.

⁽²⁰⁸⁸⁾ أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إحياء الموات، ر: 3071، ص 348، وأخرجه الطبراني في الكبير، ر: 814، 2/280. وقال في التلخيص: قال البغوي: لا أعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث، وصححه الضياء في المختارة. انظر: التلخيص: 3/139.

⁽²⁰⁸⁹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽²⁰⁹⁰⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

ولأنه مسلم أحياء أرضاً ميتة في دار الإسلام فكان ذلك جائزاً، أصله إذا أذن الإمام.

قالوا: فلا يمتنع أن يجوز ذلك بإذن الإمام وبعدم إذنه لا يجوز، كمال بيت المسلمين إذا أذن الإمام فيه جاز ذلك وإن لم يأذن فيه لم يجوز.

والجواب: هو أنا نقول بذلك فيما قرب من العمران، فإنه لا يملك إلا بإذن الإمام، وأما بيت مال المسلمين فإن ذلك لا يُفتقر إلى الإذن، وإنما ذلك إعطاء وليس بإذن، لأن ذلك لجماعة المسلمين.

واحتج بما روى معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»، والجواب: هو أن رسول الله ﷺ (2091) قد طابت نفسه بذلك، لأنه قال عليه السلام: «عادت الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني» (2092).

ولأن خبركم عام في الموات والغنائم والصدقات وغير ذلك، وخبرنا خاص في الموات، والخاص يقضي على العام.

ولأننا نقول به فيما قرب من العمران، لأنه عندنا لا بد في ذلك من إذن الإمام، فقد حملناه على فائدة مجردة، واستعمال الخبرين أولى من استعمال أحدهما وترك الآخر.

قالوا: ولأنه أحياء بغير إذن الإمام فوجب أن لا يجوز أصله فيما قرب من العمران.

والجواب: هو أن المعنى فيما قرب من العمران إنما لم يجوز تملكه إلا بإذن الإمام، لأنه [166] في حكم فئائه والانتفاع به مشترك بين جميع أهل البلد من الاحتطاب منه والاصطياد والزرع وغير ذلك من وجوه الارتفاق، فلو أجزنا لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد، فلم يكن في ذلك بد من نظر الإمام ليكون ذلك كالحكم بملكه من يحميه، وليس كذلك فيما بعد من العمران، لأنه لا مضرة في ذلك على أحد، فلم يفتقر ذلك إلى إذن الإمام فافتراق من هذا الوجه الذي بيناه.

قالوا: ولأنه إحياء بغير إذن الإمام فوجب أن لا يجوز، أصله الكافر لا يجوز له ذلك،

(2091) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(2092) في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم: عادي الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعد، فمن أحياء شيئاً من موتان الأرض فله رقبته "أخرجه يحيى بن آدم في كتاب الخراج، ر: 270، ص 82، أخرجه البيهقي في الكبرى، باب لا يترك ذمي يحميه... 6/ 143.

فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه فيما قرب من العمران، والمعنى في الأصل أن الكافر ليس من أهل الدار فلذلك لم يملك ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مسلم من أهل الدار.

قالوا: ولأنه مال مظهر عليه بالقهر والغلبة فلم يملك إلا بإذن الإمام أصله الغنيمة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح من أوجه:

أحدها: أن قولكم "إنه مأل" لا يصح لأن الإحياء ليس بمال، لأن المال هو ما يَتَمَوَّل ويتصرف فيه ويتنقل من يد إلى يد، والموات مباح وليس بمال، وإنما يكون مالا إذا ملك، وكلامنا في ابتداء تملكه.

وقولهم: "مظهر عليه بالقهر والغلبة" غير مسلم في الموات؛ لأنه لا يظهر عليه بالقهر والغلبة.

وأما الغنيمة فإنها للغانمين ولا يفتقر في ذلك إلى إذن الإمام، وإنما الإمام يقسم بينهم فلا يملكون ذلك بإذن الإمام، وإنما يُراد الإمام في ذلك لِيَتَعَيَّن نصيب كل واحد منهم على قدر ما جعل له، فللفارس سهمان وللراجل سهم، وليس كذلك الإحياء؛ لأن لكل إنسان أن يُحْيِي ما شاء من قليل أو كثير فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن إذن الإمام قائم مقام الحجر، ألا ترى أنه لو حجر على أرض فلم يعمرها فإن للإمام أن يجبره على عمارتها أو يرفع يده عنها، فدل على أن له مدخلا في ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عندنا إن شاء عمر وإن شاء تركها وأخذها غيره فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أنه إذا أحيا أرضا ثم خربت ودثرت ثم عادت إلى ما كانت عليه فجاء غيره فأحياها بعد ذلك فهي له دون الأول⁽²⁰⁹³⁾.

(2093) انظر: المدونة: 4/ 473 - النوادر: 10/ 508، التفريع: 2/ 29.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁰⁹⁴⁾.

[166ب]

وقال الشافعي: لا يجوز له أن يملكها الثاني بالأحياء بحال⁽²⁰⁹⁵⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «العباد عباد الله والأرض أرض الله، فمن أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽²⁰⁹⁶⁾.

وروي: «فهو أحق بها»⁽²⁰⁹⁷⁾. ولم يفرق رسول الله ﷺ بين أحد من أحد.

قالوا: فهذا الخبر دليل لنا، لأن الأول أحيأها فيجب أن تكون له ولا تكون لغيره بغير إذنه. والجواب: هو أن الاعتبار بمن تقدم إذا لم تكن ملكاً تشتري أو اختطت من إمام، لأن هذا لو اعتبر لم يتوصل إلى إحياء أرض بحال، لأنه معلوم أن في سالف الدهر عاد وثمود قد كانت الأراضي لقوم فكل من أحيأ أرضاً معلوم أنها قد كانت في سالف الدهر ملكاً لغيره، ولأن الأول لما أحيأها ملكها فلما تركها ودثرت وخربت قد صارت ميتة، فإذا جاء الثاني وأحيأها وعمرها كان أحق بها لأنه أحيأ أرضاً ميتة، وقد قال النبي ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽²⁰⁹⁸⁾. فظاهر الخبر يدل على أنها بهذا المعنى للمحيي لا للأول.

والقياس: هو أنها أرض مباحة لغير مالك معين فجاز تملكها بالأحياء أصله إذا لم يتقدم عليها الإحياء.

قالوا: المعنى في ذلك أنه ما جرى عليها ملك مسلم وليس كذلك في مسألتنا لأنها ملك مسلم.

والجواب: هو أنه لا اعتبار بما تقدم؛ لأن ذلك لو كان معتبراً ما جاز أن تملك بالأحياء بوجه، لأننا نعلم أنه ما من موضع من الأرض إلا وقد كانت أملاكاً لقوم تقدموا. فلو اعتبرنا ما ذكرتموه لبطل الأحياء فلم يصح ما قالوه.

⁽²⁰⁹⁴⁾ انظر: المبسوط: 23 / 168.

⁽²⁰⁹⁵⁾ انظر: الأم: 5 / 77- المذهب: 3 / 612، الحاوي الكبير: 7 / 477.

⁽²⁰⁹⁶⁾ أخرجه الدارقطني في كتاب الأقضية، باب إحياء الموات، ر: 4506، 5 / 387، والبيهقي في الكبرى، باب من أحيأ أرضاً ميتة ليت لأحد، 6 / 142.

⁽²⁰⁹⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁰⁹⁸⁾ تقدم تخريجه.

ولأن ما كان أصله الإباحة إذا عاد إلى ما كان عليه من الإباحة فهو لمن تملكه، أصله الصيد إذا عاد إلى التوحش، وكذلك الماء والسهل إذا عاد إلى الأصل فإنه لمن أخذه، ولا يقال إن ذلك للأول، فكذا في مسألتنا مثله.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»⁽²⁰⁹⁹⁾ وهذا قد سبقه إليها غيره وملكها فلا يجوز أن يملكها غيره بالأحياء.

والجواب: هو أن هذا الخبر حجة عليكم، لأن هذا المسلم الثاني قد سبق وأحيا ما قد خرب ودثر فكانت له.

ولأن هذا الخبر عام، وقوله عليه السلام: «العباد عباد الله والأرض أرض الله»⁽²¹⁰⁰⁾ أولى منه.

قالوا: ولأنها أرض جرى عليها ملك من له حرمة، فلم يجوز تملكها بالأحياء أصله إذا علم أن لها ملكا.

والجواب: هو أنه لا فرق عندنا بين أن يعلم عينه أو لا يعلم إذا تركها حتى خربت وطل زمانها فإنها لمن أحيهاها.

قالوا: ولأن كل ما ملك على وجه مباح بعمل لم يجوز أن ينشأ الملك فيه بمثل ما ملك به. أصله الصيد، لأنه لو صار صيدا فعلمه بعلامة ثم تلف منه، فإنه لا يجوز لغيره أن يملكه بمثل ما ملكه الأول فكذا في مسألتنا.

والجواب: هو أنه يجوز عندنا ويكون الثاني دون الأول، لأنه قد عاد إلى أصل ما كان عليه من الإباحة، فهو كالماء إذا استقاه مالكة ثم عاد إلى النهر كان لمن شرب شربه واحدة كذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: ولأن هذه الأراضي لا تخلوا إما أن تكون لمسلم أو ذمي، فإن كانت لمسلم فهي لورثته، وإن لم تكن لورثته فهي لبيت مال المسلمين، وكذلك إن كانت لذمي.

والجواب: هو أنكم أخللتم بقسم ثالث، وهو أنها لهذا الذي أحيها ثانية، لأنها إنما

⁽²⁰⁹⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²¹⁰⁰⁾ تقدم تخريجه.

كانت ملكا له ما دام محيا لها، فإذا تركها وخربت وجاء هذا المسلم الثاني فأحيها كانت له، لأنه أحيأ أرضا ميتة، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا لا يجوز للذمي أن يملك بالإحياء في دار الإسلام⁽²¹⁰¹⁾.

وبه قال الشافعي⁽²¹⁰²⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز له إذا أذن الإمام⁽²¹⁰³⁾.

ودليلا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «موتان لله ولرسوله ثم هي الأرض لكم مني»⁽²¹⁰⁴⁾.

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام خص جميع موتان، فجعله للمسلمين فلم يبق للكافر فيه شيء.

والثاني: من دليل الخطاب.

والثالث: أنه عليه السلام أخرج ذلك مخرج الامتنان على أمة ولا يجوز أن يمتن بذلك على الكفار، وقد روي أنه عليه السلام قال: «وهي لكم مني، أيها المسلمون».

ولأن النبي ﷺ قال: «اضطروهم إلى أضيق الطرق»⁽²¹⁰⁵⁾، فأمر بضيق الطرق عليهم، ومن قال أنهم يملكون بالأحياء فقد خالف الرسول عليه السلام لأنه يوسع عليهم.

والقياس: هو أنه أحيأ من كافر في دار الإسلام، فوجب أن لا يصح. أصله إذا لم يأذن له الإمام في ذلك.

⁽²¹⁰¹⁾ في المجموعة عن ابن القاسم: أن الأرض له. انظر: النوادر: 10 / 504 - المتقن: 7 / 383.

⁽²¹⁰²⁾ انظر: المهذب: 3 / 614 - الحاوي الكبير: 7 / 476.

⁽²¹⁰³⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 195.

⁽²¹⁰⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽²¹⁰⁵⁾ أخرجه مسلم في كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف يرد عليهم، ر: 2167،

قالوا: فرقا بين أن يأذن له الإمام (وبين أن لا يأذن)⁽²¹⁰⁶⁾، كما قلت أنتم فيما قرب من العمران، يجوز بإذن الإمام، وما بعد يجوز وإن لم يأذن فيه الإمام.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأننا نحن وإن فرقنا بين ذلك، إلا أنه لا يجوز ذلك إلا لمسلم والخلاف | وقع في أهل الذمة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

[167ب]

وقياس آخر: وهو أن من لا يقر في دار الإسلام إلا بعوض لم يملك بالأحياء أصله المعاهد، ولأنه منقوص بالكفر فلا يملك بالأحياء، أصله الحربي. ولأنه كافر فلا يملك بالأحياء أصله المستأمن. ولأن الأحياء سبب من أسباب التملك، فلا يساوي الذمي فيه المسلم كالإبضاع، ولأنها جهة من جهات التملك فلا يملكها الذمي أصله الصدقات. واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «من أحيأ أرضا مينة فهي له»⁽²¹⁰⁷⁾.

والجواب: هو أنه عام وخبرنا خاص، لأنه قال في خبرنا وهي لكم مني أيها المسلمون، فوجب أن يقضى به على العام.

قالوا: ولأنه من أهل دار الإسلام، فملك بالأحياء أصله المسلم.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه من دار الإسلام، كيف يجوز أن يكون من أهل دار الإسلام ونحن لا نقره إلا ببذل الجزية وإلا لحق بداره، وعلى أن المعنى في المسلم أنه من أهل دار الإسلام وأنه كامل الحرية بالإبضاع ويملك الصدقات فلذلك ملك بالأحياء، وليس كذلك الذمي، لأنه لا يملك ذلك فلا يملك بالأحياء.

قالوا: ولأنها عقوبة مستباحة فاستوى فيه الذمي والمسلم أصله الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد.

والجواب: هو أنه يبطل بالمستأمن، فإنه يساوي المسلم في الاصطياد والاحتطاب ولا يملك بالأحياء، وكذلك يلزم عليه الزكاة والإبضاع، والمعنى في الاصطياد والاحتشاش؛ هو أن تلك الأشياء لا يضيق فيها على المسلم، لأنها تخلف بالقطع والتولد فلذلك ملك ذلك الذمي وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا فيه تضيق على المسلمين، فوجب أن يمنعوا

⁽²¹⁰⁶⁾ سقطت من الأصل.

⁽²¹⁰⁷⁾ تقدم تخريجه.

من ذلك.

قالوا: ولأن كل من ملك المحيا ملك بالإحياء أصله المسلم.

والجواب: هو أنه يلزم عليه المستأمن، فإنه يملك المحيا ولا يملك بالإحياء، ويلزم عليه إذا ملك مسلمة فإنه يجوز عندكم ذلك، وهو أن يملكها بالشرء وإن كان لا يملك ذلك بالنكاح. والمعنى في المسلم أنه كامل الحرية لأنه يملك الإيضاع ويملك التصرف في أخذ الزكاة، وليس كذلك الذمي فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

[168] عندنا أن حريم البئر⁽²¹⁰⁸⁾ لا حد فيه (إلا الاجتهاد)⁽²¹⁰⁹⁾ | وما يعلم أنه يضر بالبئر الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضي والمواضع من الصلابة والرخاوة، فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم أن فيه ضرراً منع منه⁽²¹¹⁰⁾، (وذلك في الآبار التي تحفر في الصحاري والفلوات للماشية)⁽²¹¹¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: حريم البئر أربعون ذراعاً⁽²¹¹²⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ أقطع عبد الله بن مسعود بئراً دون الأنصار فجاء حي من بني عذرة إلى رسول الله ﷺ فقالوا: نكب عنا ابن أم عبد، فقال ﷺ: «فلم ابتعني الله إذن؟. إن الله لا يقدر أمة لا يؤخذ لضعيفها من قواها حقه»⁽²¹¹³⁾. فدل على ما ذكرناه.

ولأنه لا ضرر عليه في ذلك فكان لغيره فعله.

⁽²¹⁰⁸⁾ قال ابن شاش: "وأما البئر فليس لها حريم محدود، لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها، وهو مقدار ما لا يضر بائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مرايض مواشيتها عند الورد، ولأهل البئر منع من أراد أن يحفر أو يبني بئراً في ذلك الحريم". عقد الجواهر: 3 / 13.

⁽²¹⁰⁹⁾ ساقط من الأصل.

⁽²¹¹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 468 - النوادر: 11 / 22 - التفرع: 2 / 291.

⁽²¹¹¹⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽²¹¹²⁾ انظر: المبسوط: 23 / 161، 162 - بدائع الصنائع: 6 / 191.

⁽²¹¹³⁾ أخرجه الطبراني في الأوسط، ر: 7208، 7 / 178، والشافعي في المسند، كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين، ر: 1754، ص: 381، والبيهقي في الكبرى، باب سواء كل موات لا مالك له: 6 / 145، والحديث ذكر ابن الملقن أنه مرسل. البدر المنير: 7 / 66. وقال في التلخيص: إسناد قوي. 3 / 140.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «حريم البئر أربعون ذراعاً»⁽²¹¹⁴⁾.

والجواب: هو أن هذا الحديث لا يصح؛ فنحمله على أنه أراد بذلك عليه السلام إذا كانت الأرض رخوة، فإنه لا يجوز لجاره حفر بئر إلى جانبها لئلا تنهض، فإذا بعد ذلك جاز.

فصل:

وأما إذا أراد الرجل أن يحفر بئراً في ملكه بقرب بئر لجاره ويخاف من ذلك الإضرار بها فإن كان له ممدوحة عنه وسعه، فليس له ذلك، وإنما قلنا ذلك، لأن قصده حيثئذ الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك في ذلك.

وأما إن لم تكن له ممدوحة عنه ولا بد من ذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فرروي عنه أنه لا يجوز له ذلك.

وروي عنه جواز ذلك⁽²¹¹⁵⁾.

فوجه المنع من ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²¹¹⁶⁾. ولأن الضررين إذا تقابلا كان الأول أولى بالمراعاة لفضل السبق الذي له.

ووجه الجواز: هو أن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف ولا يجب أن يمنع من ذلك لحق الغير، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فلم يمنع من ذلك.

فصل:

والآبار المحفورة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها⁽²¹¹⁷⁾

⁽²¹¹⁴⁾ أخرجه أحمد في مسنده، ر: 10411، 16، 259، وابن أبي شيبة في حريم الآبار كم يكون ذراعاً، ر: 21771، 6/374، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في حريم الآبار، 6/155. والحديث تعددت طرقه وألفاظه، واختلف في تصحيحه. انظر البيهقي في سننه، 6/155، ونصب الرأية، 4/291.

⁽²¹¹⁵⁾ انظر: المدونة: 4/478 - النوادر: 11/24 - التفريع: 2/291.

⁽²¹¹⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽²¹¹⁷⁾ انظر: المدونة: 4/469 - النوادر: 11/19.

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار»⁽²¹¹⁸⁾.

فأما إن كان هو الذي حفرها في ذلك الموضع، فليس له منع فضل مائها، | بل يكون^[168ب] هو أولى ما يحتاج إليه، فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقي للمسلمين ولم يكن له منع الفضل⁽²¹¹⁹⁾.

ومن الناس من قال: إن له منع ذلك⁽²¹²⁰⁾.

وإنما قلنا إنه لا يمنع فضل ذلك، لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء منع الله يوم القيامة من فضل رحمته»⁽²¹²¹⁾.

ولأن الآبار التي تحفر في (البراري)⁽²¹²²⁾ إنما تحفر للسبيل ولينتفع بها الحافر وغيره، ولا تحفر للتملك والإحياء، ولأنه ليس لأحد أن يحبي في المواضع التي يتشاح فيها الناس بغير إذن الإمام، لما روي أنه عليه السلام قال: «(لا حمى)⁽²¹²³⁾ إلا الله ورسوله»⁽²¹²⁴⁾.

فإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعا من الرعي، لأن أحدا يرعى إلا على ماء. فإذا ثبت ما قلناه من ذلك، فليس له أخذ العوض، وإنما قلنا ذلك؛ لأن حفرها كان على وجه السبيل، لأن الموضع ليس ملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فيكون ملكا له، فإذا ثبت ما ذكرناه؛ فإنما يلزمه بدل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه، لأنه إنما حفرها ليختص هو بمنفعتها وقدر ما يحتاج إليه منها، ولأن النبي ﷺ «نهى عن منع

⁽²¹¹⁸⁾ أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث، ر: 2472، 2 / 826، والحديث صحيح بلفظه. انظر التلخيص: 3 / 143.

⁽²¹¹⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 469 - النوادر: 11 / 19.

⁽²¹²⁰⁾ يقصد بعض الشافعية ومنهم أبو عبيد بن حرب. انظر: المذهب: 3 / 627.

⁽²¹²¹⁾ أخرجه أحمد في المسند، ر: 6722، 11 / 331، بلفظ: "من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاء منعه الله فضله يوم القيامة". والحديث صحيح في معناه. انظر: البدر المنير: 7 / 90.

⁽²¹²²⁾ في ط: "البوادي".

⁽²¹²³⁾ في الأصل: "لا إحياء".

⁽²¹²⁴⁾ أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا الله ولرسوله صلى الله عليه وسلم، ر: 2370، 2 / 117.

فضل الماء»⁽²¹²⁵⁾. وذلك عبارة عما زاد على قدر كفايته.

فصل:

وأما إن حفر بئرا على وجه التملك والإحياء لبني أو يغرس في ذلك الموضع، فله منع فضل الماء. وإنما قلنا ذلك؛ لأن المكان يملك بالإحياء، وكذلك إذا حفر في أرضه أو داره بئرا، فإن البئر ملكه لأنه أحدثها في ملكه، وكذلك إن ابتاع الدار والأرض وفيها البئر، فإن البئر مع الأرض ملك له، والبئر التي فيها ملكه وله منع الماء إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن ينهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه التلف، فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليحيي به زرعه ويجبر على ذلك.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن فيه إحياء زرع جاره وإعانتته، ولكن من حيث لا ضرر عليه ببذله، كما يلزمه بذله له لشربه إذا اضطر إليه، ويقول لصاحب الزرع خذ أنت في إصلاح بئرك، وهذا كله إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئره أو انقطع ماؤها. فأما إذا كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالا | على ماء جاره فإن لجاره أن يمنعه، لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة وههنا لا ضرورة، لأن الزارع هو الذي أتلف زرعه حين زرع على غير ماء، وكذلك إذا زرع على ماء فانقطع⁽²¹²⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك، إن على جاره أن يمكنه من فضل مائه، فإن ذلك يلزم جاره ويتشاغل هو بإصلاح بئره. فأما أن يترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالا على ماء جاره لم يلزم جاره بذل مائه له، لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف فيه أصحابنا (إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه)⁽²¹²⁷⁾ هل تكون له المطالبة بعوض أم لا؟⁽²¹²⁸⁾.

فإن قلنا ليس له ذلك: فوجه ذلك، هو أن ذلك حق على الجار على سبيل الإغاثة مع كون أصله مباحا، كما لو احتاج إليه ليشتره.

⁽²¹²⁵⁾ أخرجه البخاري في المساقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، ر: 2353، 2 / 163، ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء، ر: 1566، ص 640.

⁽²¹²⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 469، 470 - النوادر: 11 / 10 وما بعدها - المقدمات: 2 / 298.

⁽²¹²⁷⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽²¹²⁸⁾ انظر: النوادر: 11 / 11.

وإذا قلنا إن له منعه، فلأن وجوب البذل لا يتضمن الإتلاف اعتباراً بالطعام.

مسألة:

عندنا أن للإمام أن يحظر المراعي إذا احتاج إلى ذلك لإبل الصدقة، وله أن يمنع من ذلك كل أحد⁽²¹²⁹⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²¹³⁰⁾.

واختلف قول الشافعي، فقال في القديم مثل قولنا. وقال في الجديد: ليس له ذلك⁽²¹³¹⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ما أطعم الله نبيا طعمة إلا وأطعمها لمن بعده»⁽²¹³²⁾ وهذا يدل على أن له ذلك عليه السلام ولمن بعده من الأئمة إلى يوم القيامة.

وروي أن عمر بن الخطاب ؓ «حمى واديا يقال له: النقيع، وولى عليه غلاما يقال له هُني، فقال له يا هُني: اضمم جناحك للمسلمين وإياك ودعوة المظلوم فإنها مجابة، وأدخل رب الصَّريمة والغنَّيمة، وإياك ونعم بن عفان وابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى حرث وزرع، وإن رب الصَّريمة والغنَّيمة يأتياني فيقولان: يا أمير المؤمنين أفتراي تارك لهما؟ لا أبا لك، لا الكلاء أهون علي من الدنانير والدراهم»⁽²¹³³⁾. وهذا قاله بمحضر من الصحابة فدل على أن للإمام أن يحمي.

قالوا: فلعله إنما كان يحمي ما كان يحميه رسول الله ﷺ، وذلك عندنا جائز.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عمر ؓ ابتداء ذلك، ألا تراه قال: "حمى واديا يقال له النقيع" ولو أراد ما ذكرتموه لقال: "حمى ما كان رسول الله ﷺ"، ولأنه إمام فجاز له أن يحمي، أصله الرسول عليه السلام.

⁽²¹²⁹⁾ انظر: النوادر: 10 / 493، 494.

⁽²¹³⁰⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 194.

⁽²¹³¹⁾ انظر: الأم: 7 / 94 - المذهب: 3 / 625.

⁽²¹³²⁾ أخرجه أبو داود في الخراج، باب في بيان مواضع قسم الخمس، ر: 2973، ص 337، وأحمد في المسند، ر: 14، 192، والبيهقي في الكبرى، باب بيان مصرف خمس الخمس، 6 / 303.

⁽²¹³³⁾ أخرجه البخاري في باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لليهود. أسلموا تسلموا، ر: 3095، 2 / 375.

قالوا: فالرسول عليه السلام له أن يحمي لنفسه (وليس ذلك)⁽²¹³⁴⁾ لغيره.

والجواب: هو أن للإمام | أيضا أن يفعل ما فيه مصلحة للمسلمين، وفي ذلك مصلحة [169ب] لهم، فكان لهم ذلك.

قالوا: فالنبي ﷺ يملك الإقطاع وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن للإمام أن يقطع أيضا لما يراه من المصلحة فلا فرق بينهما.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»⁽²¹³⁵⁾.

والجواب: هو أنه قد روي أنه قال عليه السلام: «وللائمة من بعده»⁽²¹³⁶⁾.

وجواب آخر: وهو أنه يحتمل أنه عليه السلام إنما قصد بذلك الحمى (الذي كانت تفعله الجاهلية، لأن الرجل منهم كان يحمي لنفسه إذا كان ملكا كبيرا ما بلغ حد صوت الكلب)⁽²¹³⁷⁾ فكان أحد لا يدخل فيما دون ذلك، فقصد عليه السلام ذلك، وأما إذا حمى الإمام لمصلحة المسلمين ولا نفع له هو في نفسه في ذلك فإن ذلك جائز.

قالوا: ولأن من لا يجوز له أن يحمي لنفسه لا يجوز له أن يحمي لغيره أصله آحاد الرعية.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك؛ أن أنه لا ينظر إلى المسلمين في مصالحهم، فلذلك لا يملك ذلك، وليس كذلك الإمام؛ لأنه ناظر للمسلمين في مصالحهم والقيام بشأنهم، فإن كان في ذلك المصلحة فإن له فعل ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لا يملك الإقطاع فلا يملك الإحياء أصله آحاد الرعية.

والجواب عنه ما تقدم فأعنى عن الإعادة والله أعلم بذلك.

مسألة:

⁽²¹³⁴⁾ في ط: "فملك ذلك".

⁽²¹³⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²¹³⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽²¹³⁷⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

وما نبت من الحشيش في ملك الإنسان فهو له وليس لغيره أن يقطعه إلا بإذنه⁽²¹³⁸⁾.
وبه قال الشافعي⁽²¹³⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: هو لمن قطعه⁽²¹⁴⁰⁾.

ودليلنا: هو أنه ثابت على ملكه، فلا يجوز لغيره تملكه بغير إذنه أصله الشجر، أو لأنه
نما في ملكه فكان ملكها له، أصله صوف غنمه ولبنها.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلاء والنار»⁽²¹⁴¹⁾.
والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك الذي في البراري والصحاري، لا الذي في
ملك الإنسان.

قالوا: ولأن ماء العيون لا يملك وكذلك الحشيش مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها إن كانت العين في ملكه فمأواها له، وأما إن كانت
في غير ملكه فذلك مثل الحشيش النابت في غير ملكه، وهو لجماعة الناس فلم يصح ما قالوه
والله أعلم بذلك.

مسألة:

[170] يستحب لمن سأل جاره أن يغرز خشبة في جداره أن يجيبه إلى ذلك ولا يمنعه، فإن أبى
ذلك لم يجبر على ذلك⁽²¹⁴²⁾.

وقال أحمد بن حنبل: يجبر على ذلك⁽²¹⁴³⁾.

وقد حكى ذلك عن الشافعي⁽²¹⁴⁴⁾.

⁽²¹³⁸⁾ انظر: النوادر: 11 / 19، 20 - التفريع: 2 / 291.

⁽²¹³⁹⁾ انظر: الأم: 5 / 79 المذهب: 3 / 616.

⁽²¹⁴⁰⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 194، 195.

⁽²¹⁴¹⁾ تقدم تحريجه.

⁽²¹⁴²⁾ انظر: الموطأ: 2 / 290 - النوادر: 11 / 93 - التفريع: 2 / 292.

⁽²¹⁴³⁾ انظر: المغني: 7 / 35.

⁽²¹⁴⁴⁾ انظر: المذهب: 3 / 294، 295 - الحاوي الكبير: 6 / 391.

ودليلنا أن النبي ﷺ قال: «لا يجل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»⁽²¹⁴⁵⁾ وهذا ما طابت به نفسه فلا يجبر عليه، (ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه باباً أو كوة)⁽²¹⁴⁶⁾.

وروي أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»⁽²¹⁴⁷⁾.

والقياس: هو أنه نوع من الانتفاع فلا يجبر عليه أصله البيع. ولأن وضع الخشب على الحائط مما يهده ويضعفه ويؤثر فيه، فلا يملك ذلك على صاحبه إلا بإذنه. أصله إذا أراد أن يبني عليه، فإنه لا يملك ذلك فكذا في مسألتنا.

ولأنه مال له فلا يجوز الانتفاع به من غير إذنه أصله ثوبه ودابته وسائر أملاكه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبته على جداره» ثم قال أبو هريرة: «مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمينها بين أكتافكم»⁽²¹⁴⁸⁾.

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك على وجه الاستحباب والندب، لأن ذلك من مكارم الأخلاق ومعالي الأمور ورفقا بالجار ومعونة له، لأنه عليه السلام وصلى بالجار، لا أنه يجبر على ذلك إذا أباه، ويحتمل أنه أراد جدار نفسه.

قالوا: ولأنه فضل على ملكه من غير حاجة إليه، فجاز للجار فعله. أصله فضل مائه عن بئر إذا خشي جاره على زرعه من الهلاك، فإن عليه أن يحبي زرعه بفضل مائه، فكذا فضل حائطه لا يجوز له أن يمتنع عنه.

والجواب: هو أنه لا ضرر عليه في الماء، لأنه يخلف في الحال، فلذلك قلنا ذلك، وليس كذلك الجذوع، لأن في ذلك ضرراً عليه وإنهاء حائطه فلا يجبر عليه والله أعلم بذلك.

فصل:

⁽²¹⁴⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²¹⁴⁶⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽²¹⁴⁷⁾ أخرجه الدارقطني في السيوع، ر: 2888، 3/ 425، والحديث فيه ضعف، كما قال الحافظ في التلخيص. 3/ 101، 102.

⁽²¹⁴⁸⁾ أخرجه البخاري في المظالم، باب لا يمتنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، ر: 2463، 2/ 195، ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، ر: 1609، ص 656.

وأما إن أذن له في ذلك ثم طناله بقلعه، فإن كان ذلك لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لا بد له منه فله ذلك، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر بنفسه، كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو يحتاج إليه. وأما إن لم يكن به ضرورة إليه، وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته، لم يمكن من ذلك، ويفارق حال الابتداء؛ لأنه إذا لم يأذن له في ذلك حال الابتداء فلم يتعلق عليه حق، وأما إن أذن له فقد تضمن تبقية ما أذن | فيه على الوجه الذي يؤذن إ [170ب] مثله⁽²¹⁴⁹⁾ (في العادة، فليس له الرجوع فيه)⁽²¹⁵⁰⁾.

مسألة:

عندنا إذا أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة له ليضيء منزله، فله ذلك، لأن به حاجة إلى ذلك، وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه، ولا يضر به، (فإما إن كان ليشرف منها على جاره فيمنع منه، لأن في ذلك إضراراً بالجار، وفتح المجاورة، وليس ذلك له، ولأن الحائط وإن كان في ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة به إليه)⁽²¹⁵¹⁾ وكذلك إذا أراد أن يخرج حائطاً فله ذلك، ما لم يكن في ذلك ضرر على جاره⁽²¹⁵²⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽²¹⁵³⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن أخرج جناحاً فاعترض عليه رجل من المسلمين في نقضه كان له ذلك.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²¹⁵⁴⁾ وفي بعض هذا ضرر على صاحب الملك فوجب أن لا يصح.

وروي أن عمر بن الخطاب ؓ «عبر تحت حائط للعباس، فوقعت عليه نقطة من

⁽²¹⁴⁹⁾ انظر: النوادر: 11 / 94 - التفريع: 2 / 292.

⁽²¹⁵⁰⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽²¹⁵¹⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽²¹⁵²⁾ انظر: المدونة: 4 / 447، 448 - التفريع: 2 / 292 - الكافي: 493.

⁽²¹⁵³⁾ انظر: المذهب: 3 / 294.

⁽²¹⁵⁴⁾ تقدم تخريجه.

الميزاب فأمر بنقضه، فقال له العباس: لقد وضعه رسول الله ﷺ بيده، فقال: والله ما يرده إلا من صعد على ظهر عمر، فصعد العباس على ظهره فردّه إلى موضعه»⁽²¹⁵⁵⁾. فدل على ما ذكرناه من جواز ذلك.

والقياس: هو أنه جناح (يجوز إخراجه فلم يجز نقضه أصله إذا لم يعترض عليه، ولأن كل من لا يمنع من قرار أرضه)⁽²¹⁵⁶⁾ لا يمنع من علوه وهواه، أصله إذا بنى ذلك في ملكه ولم يخرج، ولأن المسلمين يجوزون ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى وقتنا، فدل على جواز ذلك.

ولأنه به حاجة إلى ذلك فجاز له فعله، لأنه ملكه وحقه إنما يجب إذا لم يكن في ذلك ضرر على المالك، وفي منعه من ذلك ضرر عليه فلا يمنع منه. واحتج بأن قال: لأنه اتفاق فهو مملوك، فجاز نقضه أصله إذا كان ذلك في درب غير نافذ.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك؛ أنه لا يجوز له إخراجه فلذلك جاز بعضه، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، ولأنه لما جاز له إخراجه لم يجز نقضه، ولأن المعنى في ذلك أنه لقوم معينين وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه بناء أحدثه في ملك قوم، فوجب نقضه أصله الدكان⁽²¹⁵⁷⁾ في الطريق.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه أحدث ذلك في ملك غيره بل أحدثه في ملكه، ولأن الدكان يضر المار والجائي، ويتعين فيه الإضرار، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وعلو الدار التي بين اثنين مملوك سقفه لصاحب السفلى، وعليه إصلاحه ورَمَّ شعثه

[171] ⁽²¹⁵⁵⁾ أخرجه أحمد في المسند، ر: 1790، 3/ 309، وأخرجه البيهقي في الكبرى، باب نصب الميزاب وإشراع الجناح، 6/ 66، والحاكم في المستدرک، ر: 5428، 3/ 331. وانظر: البدر المنير: 6/ 689.

⁽²¹⁵⁶⁾ ما بين قوسين سقط من الأصل.

⁽²¹⁵⁷⁾ الدكان: الدكة المبنية للجلوس عليها. لسان العرب: 2/ 1406.

وبناؤه إن انهدم، ولصاحب العلو حق الجلوس عليه⁽²¹⁵⁸⁾.

وإنما قلنا إن عمارته على صاحب السفلى؛ لأن السقف ملك له وحق | إلا فيما زاد عليه، لأن البيت لا يكون بيتاً إلا بسقفه في العادة، فإذا ثبت ذلك؛ لزم صاحب السفلى بناؤه ليصل صاحب العلو إلى حقه ويتمكن من الانتفاع به، فإن امتنع صاحب السفلى من البناء ورم الشعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع، ممن يبنى، أو لأدنى ذلك إلى إبطال ملك الأعلى.

مسألة:

عندنا إذا تنازعا السقف، فقال صاحب العلو هو لي، وقال صاحب السفلى هو لي، ولا بينة لواحد منهما، فإن السقف لصاحب السفلى⁽²¹⁵⁹⁾.

(وبه قال أبو حنيفة⁽²¹⁶⁰⁾).

وقال الشافعي: هو بينهما⁽²¹⁶¹⁾.

ودليلنا: هو أنه محمول على ملك صاحب السفلى⁽²¹⁶²⁾ غير متيقن ملكه لغيره، فإذا تنازعا حكم به له. أصله الحمل على الدابة إذا تنازع ذلك صاحب الدابة وأجنبي فإنه يحكم بذلك لصاحب الدابة، فكذلك في مسألتنا.

ولأن السقف موضوع على ملك الغير، فكان له، أصله المتاع الموضوع في دار الغير. ولأن صاحب السفلى يبني الحائط لیسقف عليه ثم يبنى عليه صاحب العلو، فكانت يد صاحب السفلى أسبق إليه، لأن العادة قد جرت أن الناس لا يقعدون تحت السماء بلا سقف، والحكم عند التنازع لمن يشهد العرف له، ولأنه لو باع بيتاً لدخل سقفه في البيع بالإطلاق، فعلم بذلك أنه منه، وكذلك إذا قُسم فإنه يقسم بسقفة فدل على ما ذكرناه.

واحتج بأن قال: لأنه حاجز بين ملكيهما ليس لأحد منهما عليه بينة فلم يحكم له به،

⁽²¹⁵⁸⁾ انظر: العتبية مع البيان: 9 / 178 - النوادر: 11 / 105 - مختصر المدونة: 3 / 400، التفريع: 2 / 294.

⁽²¹⁵⁹⁾ انظر: النوادر: 11 / التفريع: 2 / 294.

⁽²¹⁶⁰⁾ انظر: المبسوط: 20 / 158.

⁽²¹⁶¹⁾ انظر: المهذب: 5 / 566.

⁽²¹⁶²⁾ ما بين قوسين سقط من ط.

أصله الحائط بين الدارين إذا تنازعا، فإنه يكون بينهما فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان حازرا بين ملكيهما، إلا أن العادة ما جرت أن السقف يكون إلا لصاحب السفلى لأنه أولى، وهو يتدئ البناء حتى يبني الأعلى فالظاهر معه فحكم له بذلك، وأما الحائط بين الدارين إنما كان بينهما إذا تنازعا، لأن العرف لا يشهد لأحدهما، وأما إن شهد العرف لأحدهما كان له ذلك، فلا فرق بينه وبين السقف، مثل أن يكون قد أحدث فيه شيئا، وليس كذلك في مسألتنا، لأن العرف يشهد لما قلناه.

قالوا: ولأن السقف يكنُّ صاحب السفلى من الحر والبرد، وصاحب العلو يتنفع به بالعود عليه، وكونه أرضا له، فلم يجوز أن ينفرد به أحدهما.

والجواب: هو أن صاحب السفلى أسبق ويده أظهر، فكان له، لأن العرف يشهد له فيقدمه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا تنازعا حائطا بين دارين، حكم لمن يشهد له العرف بذلك، بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالبا فيه من (الرباط) ⁽²¹⁶³⁾، ومعاقد القمط ⁽²¹⁶⁴⁾، ووجوه الآجر والتجصيص واللبن وغير ذلك ⁽²¹⁶⁵⁾.
وبه قال أبو حنيفة ⁽²¹⁶⁶⁾.

وقال الشافعي: الحائط لهما جميعا ⁽²¹⁶⁷⁾ (بعد أيماهما) ⁽²¹⁶⁸⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ «حرم بين رجلين تنازعا جدار فجعله لمن إليه

⁽²¹⁶³⁾ في الأصل: "الرتاج".

⁽²¹⁶⁴⁾ معاقد القمط: القمط: هي الشرط جمع شريط، وهو ما يعمل من ليف وخوص، وقيل (القمط): الخشب التي تكون على ظاهر الحص أو باطنه يشد إليها حراي القصب أو رءوسه. المصباح المنير: 708.

⁽²¹⁶⁵⁾ انظر: النوادر: 11 / 99 وما بعدها - التفريع: 2 / 293 - الكافي: 493

⁽²¹⁶⁶⁾ انظر: المبسوط: 17 / 87

⁽²¹⁶⁷⁾ انظر: المهذب: 5 / 566

⁽²¹⁶⁸⁾ سقطت من الأصل.

معاقدة القمط»⁽²¹⁶⁹⁾، (ولأن العادة أن مثل هذا التصرف أن يكون من الملاك، فوجب أن يكون الحكم لمن يشهد له العرف، كما يجب مثل ذلك إذا تنازعا في النقد أو صفة السير ومقدار الحمولة)⁽²¹⁷⁰⁾، وهذا يدل على ما ذكرناه.

قالوا: فلعله حكم له به لأنه أقر له بذلك.

والجواب: هو أن هذا غلط بين؛ لأنه إذا أطلق الحكم لا يرجع إلى الإقرار، وإنما يرجع إلى الحكم بذلك، والذي نقل أنه حكم بذلك.

والقياس: هو أنه حائط توسط مليكهما ولأحدهما عليه حمل مقصود، فوجب أن يحكم له به، أصله إذا كان له عليه أرج معقود، ولا يلزمنا إذا كان له عليه جذع واحد فإننا نحكم له به لأنها يد.

قالوا: المعنى في الأرج إذا كان عليه إنما يحكم له به لأن الأرج يبنى قبل الحائط.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الأرج لا يبنى إلا بعد أن يبنى أساس الحائط، ولأنه إذا كان له عليه أجذاع أو شيء من التجصيص والتبييض فإن العرف يشهد له بذلك، فكان ذلك محكوماً له به. أصله الراكب والماسك والداخل في الدار والأخذ بحلقة الباب، فكذا في مسألتنا.

ولأنه إذا كان له فيه عمل، فإنه يبيع في البيع، وأما مع البيع في المطلق وجب أن يحكم له به، أصله الأجذاع والآلات التي تكون في السقف.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لو أعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم وأمواهم لكن البينة على المدعي واليمين على المنكر»⁽²¹⁷¹⁾.

⁽²¹⁶⁹⁾ روى الدارقطني بسنده عن حارثة بن ظفر: "أن دارا كانت بين أخوين فحظرا في وسطها حظارا ثم هلكا وترك كل واحد منهما عقبا، فأدعى كل واحد منهما أن الحظار له من دون صاحبه، فاختصم عقباهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأرسل حذيفة بن اليمان فقصى بينهما، فقضى بالحظار لمن وجد معاقدة القمط تليه، ثم رجع فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أصبت". أخرجه في السنن الكبرى، باب الشفعة، ر: 4455، 5 / 409، والبيهقي في الكبرى، باب من استعمل الدلالة، 6 / 67، وفي إسناده ضعف، ذكره الدارقطني، 5 / 410.

⁽²¹⁷⁰⁾ ما بين قوسين ساقط من الأصل.

⁽²¹⁷¹⁾ تقدم تخريجه.

والجواب: هو أنه عليه السلام؛ إنما أراد بذلك من ادعى خلاف الظاهر، والذي له الجذوع ومعاهد القمط والتجصيص ووجوه الأجر فما ادعى إلا ما هو الظاهر، وأما العرف يشهد له بذلك فحكم له به.

إقوالوا: ولأنه حائط توسط ملكيهما متصل بهما، فلم يجوز أن ينفرد به أحدهما، أصله إذا لم [172] يكن عليه جذوع ولا إليه معاهد القمط.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا كان أرج العقود، وعلى أن المعنى في ذلك أن العرف والعادة والظاهر لا يشهد له، فلذلك كان بينهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الظاهر يشهد له، ومعاهد القمط ووجوه الأجر، لأن العادة والعرف جار بذلك، ومن قويت شبهته قدم في الحكم، كالماسك بلجام الدابة والراكب فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

والحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه، فلا يمكن أن يحدث فيه شيئاً إلا بإذن شريكه، لأنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره إلا بإذنه وحقه غير متميز عن حق الشريك، فكان كالشوب والعبد⁽²¹⁷²⁾.

فأما إن انهدم هذا الحائط وكان سترة لهما وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه: أنه يجبر الممتنع من البناء عليه، وروى عنه أنه قال: لا يجبر⁽²¹⁷³⁾.

واختلف قول الشافعي رحمه الله في هذه المسألة على قولين، فقال: يجبر، وقال: لا يجبر.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينظر فيه. فإن كان مما إذا قسم انتفع كل واحد منهما بحصته على الانفراد لم يجبر المانع، وإن كان مما لا ينتفع به على الانفراد أجبر على ذلك⁽²¹⁷⁴⁾.

والدليل على وجوب الإجبار؛ ما روي أن رسول الله ﷺ قال «لا ضرر ولا

⁽²¹⁷²⁾ انظر: النوادر: 11 / 103 - التفريع: 2 / 293.

⁽²¹⁷³⁾ انظر: النوادر: 11 / 102 - التفريع: 2 / 293 - الكافي: 491.

⁽²¹⁷⁴⁾ انظر: المبسوط: 17 / 93.

ضرار»⁽²¹⁷⁵⁾. وفي امتناع هذا من الاتفاق ضرر على صاحبه، فوجب أن يجبر عليه، لأنه لا يتمكن من الانتفاع به إلا على ذلك الوجه.

والقياس: هو أنه لا يمكنه الانتفاع به إلا بالاتفاق عليه، فوجب أن يجبر عليه. أصله العبد بين اثنين والدابة.

قالوا: المعنى في العبد والدابة أنه لو انفرد أحدهما أجبر على الاتفاق عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الضرر ههنا موجود في حق الغير فأجبر عليه. ولأن في العبد إذا امتنع من الاتفاق عليه أجبر على الاتفاق على بيعه وإزالة ملكه عنه، ولأنه لو كانت بينهما أرض فطلب أحدهما القسمة وإجارة الأرض وامتنع الآخر، فإنه يجبر الممتنع من ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

[172ب]

واحتج بأن قال: لأن كل ملك منفرد لا يجبر على الاتفاق عليه، فإذا شاركه غيره فيه وجب أن لا يجبر عليه، أصله إذا كان ذلك براحا واسعا.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن لا يجبر عليه عند الانفراد، ويجبر عليه عند الاشتراك، كالعبد المشترك والدابة المشتركة، فأما إذا كان براحا واسعا بينهما فأراد أحدهما قسمتهما وأبى الآخر، فإن من أبى ذلك يجبر عليه، فلا فرق بينهما.

وعلى أن المعنى في العرصّة الواسعة: هو أن كل واحد منهما ينتفع بها كما ينتفع الآخر بذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالبناء والاتفاق، فهو كالعبد بين الشريكين أشبه.

قالوا: ولأن الإنسان لا يجبر على الانتفاع بملك نفسه، لأن له الانتفاع وله الترك.

والجواب: هو أنه كما ذكرتم إذا انفرد بذلك، وأما إذا اشترك مع غيره فإنه يجبر على ذلك، كالعبد والدابة بين اثنين إذا امتنع أحدهما من الاتفاق على ذلك أجبر، والله أعلم.

فصل:

والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما، فإن أبى أحدهما فإنها تخرج على

⁽²¹⁷⁵⁾ تقدم تخريجه.

روايتين: كالحائط بينهما⁽²¹⁷⁶⁾.

فصل:

ومن له مسيل ماء على سطح رجل، فالنفقة على صاحب السطح دون من له حق المسيل⁽²¹⁷⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه حق عليه فوجب أن تكون النفقة عليه.

فصل:

وأما من له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة، فهي عليهما جميعاً⁽²¹⁷⁸⁾.

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، وهي من له مسيل ماء على سطح غيره، حيث قلنا؛ إن النفقة هناك على صاحب السطح؛ لأن صاحب المسيل له حق مرور الماء على سطح الآخر، فعلى صاحب السطح تمكينه من ذلك، وليس له ملك في السطح فلم تلزمه النفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه.

فصل:

وإذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم، فإنه يكون بينهم على قدر أموالهم، ولا يجوز لأحدهم الامتناع من طرح متاعه إذا احتيج إلى تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته⁽²¹⁷⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره، وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره فالحكم فيه سواء، ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله، لأن الطارح فعل ما يلزم، هذا فعله، فكان كالنائب عنه.

⁽²¹⁷⁶⁾ انظر: النوادر: 11 / 12 - العتبية مع البيان: 10 / 241 - التفريع: 2 / 293.

⁽²¹⁷⁷⁾ انظر: التفريع: 2 / 293.

⁽²¹⁷⁸⁾ انظر: التفريع: 2 / 293 - الكافي: 495.

⁽²¹⁷⁹⁾ انظر: التفريع: 2 / 295 - الكافي: 492.

وإنما قلنا إنه يكون بينهم على قدر أموالهم؛ لأن الحق في ذلك لجميعهم؛ ولأن غرق المركب لما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما يحتاج إليه من تخفيف.

وقد اختلف في اعتبار القيمة، فقليل يكون في وقت الطرح، وقيل يكون في قرب المواضع إليه، وقيل يكون الاعتبار بالثمن الذي اشترى به. فوجه القول بأن الاعتبار في القيمة بحال الطرح: هو أنه إتلاف فوجب أن يعتبر بحال إتلافه أصله سائر المتلفات.

ووجه القول بأنه يعتبر فيه أقرب المواضع إليه: هو أنه في البحر لا قيمة له، لأنه لا يساوي شيئاً لأنه يطرح في الماء كما لا يقوم المرتد وقت قتله لأنه لا قيمة له.

ووجه الاعتبار بالشري، لأنه ليس ههنا شيء يرجع إليه سواه، إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق، ولا يلزم عمال المركب شيء، وإنما قلنا ذلك، لأنه لم يكن الخوف لأجلهم، وإنما كان لأجل ما في المركب من الحمل والثقل.

فصل:

فأما إذا اصطدم المركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر. (2180)

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لا صنع له في ذلك، لأنه لا يقدر على ضبطه ولا على منع الريح ودفعه الموج، وذلك بخلاف الراكبين على فرسيهما إذا اصطدما، لأن التفريط من قبل الصادم، لأنه قادر على ضبط فرسه وعلاجه، وإلا كان يجب أن لا يركب فرسا لا يضبطه، لئلا يجني على غيره، فالسفينه بخلاف ذلك، لأنه لا يقدر على ضبط ذلك فافترقا.

(2180) انظر: التفريع: 2/ 296 - الكافي: 493

كتاب اللقيط

مسألة:

عندنا أن الصبي المسلم مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه. (2181)

وبه قال الشافعي. (2182)

وقد حكى أبو الحسن بن القصار في كتابه: (2183) إذا كان مميزاً فإنه يصح إسلامه بنفسه. (2184)

وهو مذهب أبي حنيفة (2185).

والدليل على أن إسلامه بنفسه لا يصح؛ ما روي أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة» (2186)، فذكر الصبي حتى يبلغ، وهذا يدل على أن إسلامه قبل ذلك لا يصح.

قالوا: إنما أراد بذلك رفع الإثم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الصبي قبل بلوغه لا يتعلق به إثم، فرفع عنه فلم يصح ما قالوه. |والقياس: هو أنه غير مكلف فلا يصح إسلامه بنفسه أصله المجنون. [173ب] وقولنا: غير مكلف، يريد بذلك أنه لا يلزمه منه شيء من الأحكام الشرعية.

قالوا: المعنى في المجنون أنه لا تمييز له فلذلك لم يصح منه ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مميز.

(2181) انظر: المدونة: 2 / 550 - النوادر: 14 / 500.

(2182) انظر: مختصر المزني: 137 - المذهب: 3 / 659.

(2183) هو كتاب عيون الأدلة في مسائل الخلاف.

(2184) انظر: عيون المسائل: ص، 610.

(2185) انظر: المبسوط: 10 / 214، 215، بدائع الصنائع: 6 / 198.

(2186) تقدم تخريجه.

والجواب: هو أنه لا اعتبار بتمييزه، ولأن طلاقه لا يجوز ولا إقراره بدين ولا شهادته فلم يصح ما قالوه.

ولأن تمييزه إنما يكون بالعقل، والعقل معدوم من جهته، لأن الإيمان بالله تعالى ورسوله لا يصح إلا مع العقل، وهو لا عقل له.

وقياس آخر: وهو أن كل من صح إسلامه على وجه التبعية لم يصح إسلامه بنفسه أصله الصغير.

وقياس آخر: وهو أن من لا يصح طلاقه لا يصح إسلامه، أصله الطفل الصغير. أو لأنه لا يصح إقراره فلا يصح إسلامه بنفسه أصله ما ذكرناه.

ولأن الأيمان شهادة فوجب أن لا تصح من الصبي، أصله الشهادة على الحقوق.

ولأنه لو كان يصح إسلامه بنفسه، لوجب إذا بلغ أن لا يطالب بالإسلام ثانية، فلما قلتم أنه بطل بذلك دل على أن إسلامه لم يصح.

واحتج بما روي أن علياً كرم الله وجهه أسلم وهو صغير، فدل على ما ذكرناه.

والجواب: هو أنه روي أنه أسلم وله خمس عشرة سنة، ومن يكون له هذا السن لا يكون إلا بالغاً عاقلاً.

قالوا: هذا لا يصح؛ لأنه هو أعرف بنفسه من غيره، وقد روي عنه أنه قال: «سبقتكم إلى الإسلام طراً غلاماً ما بلغت أوان حلم».

والجواب: هو أن هذا الخبر ما صح عنه وإنما أضيف إليه، كذلك قال أهل المعرفة بالسير والأخبار والآثار.

وجواب آخر: وهو أنه إنما صح إسلامه لأنه على وجه التبعية لأمه، لأن أمه فاطمة بنت أسد أسلمت قبله فلذلك صح إسلامه، لأنه على وجه التبعية على هذا الوجه، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه مميز يصح إسلامه بنفسه أصله البالغ.

والجواب: هو أننا لا نسلم أن له تمييزاً، لأن تمييزه ليس بصحيح.

والمعنى في البالغ؛ أنه إنما صح إسلامه بنفسه لأنه يصح طلاقه وإقراره ولا تصح شهادته، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يصح جميع ذلك منه لم وجب أن لا يصح إسلامه كالطفل الصغير.

قالوا: ولأن الإيذان | عبادة فصحت من الصبي المميز أصله الصلاة. [174أ]

والجواب: هو أنه يبطل بالحج فإنه عبادة، ومع ذلك فإنه لا يصح منه، والمعنى في الصلاة إنما صحت منه لأن الصلاة من العبادات التي تنقسم إلى فرض ونفل وليس كذلك الإيذان، لأنه لا يكون إلا فرضاً فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن من وجبت الزكاة في ماله صح إسلامه بنفسه أصله البالغ، وذلك أن عندكم هو من أهل الزكاة وتوجبون ذلك في ماله، فلو لا أنه مسلم ما أوجبتم عليه ذلك في ماله، ألا ترى أن الكافر لما لم تجب الزكاة في ماله لم تحكموا بإسلامه.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه مخاطب بالزكاة، وإنما الولي هو المخاطب بذلك دونه، كما نقول أننا جميعاً مخاطبون بغسل الميت، وعندكم بإخراج الفطرة عن هذا الصبي الذي اختلفنا فيه فلم يصح ما قالوه من ذلك، كما يصح من البالغ.

والجواب الآخر: هو أن هذا التمييز لا يصح؛ لأن ذلك النظر يحتاج إلى عقل وتدبر وتفكر وذلك ممتنع في حق الصبي، ألا ترى أن طلاقه الذي هو أقرب مما ذكرتم لا يصح منه.

فإن قالوا: ولأن الإيذان بالله تعالى هو السابق للعباد كما ذكرناه في الكافر.

والجواب: هو وإن كان سابقاً إلا أنه لا تمييز يتميز به ذلك السابق، لأن معرفة ذلك إنما تحصل مع العقل، والعقل معدوم من جهته، فوجب أن لا يصح ذلك منه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

واختلف أصحابنا رحمهم الله تعالى في المرأة إذا ادعت لقيطاً، فقال أكثرهم: لا يلحق بها ولا يكن مسلماً بإسلامها⁽²¹⁸⁷⁾.

(2187) انظر: المدونة: 2 / 548 - مختصر المدونة: مخطوط: 2802، النوادر: 9 / 405.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله (2188).

وقال عبد الله بن وهب من أصحابنا: أنه يلحق بها (2189).

وبه قال الشافعي (2190).

فوجه ما قاله عبد الله: هو أن من صح منه الإقرار بالوطء صح منه الإقرار بالولد أصله الرجل، ولأن الأم أحد الأبوين فصحت منها الإلحاق أصله الأب.

واستدلال، وذلك أن الأم تتحقق ذلك ما لا يتحققه الأب، لأنه انفصل من أحشائها والرجل لا يتحقق ذلك، فإذا جاز إلحاقه بمن لا يتحقق ذلك فإلحاقه بمن يتحقق ذلك منه أولى.

وإذا قلنا أنه لا يلحق بالدليل عليه: هو أن من لا يتبعها في عقد الزمة وجب أن لا يتبعها في الإسلام | أصله الجد والعم، ألا ترى أنه يتبع أباه في الزمة وكذلك أيضا يتبعه في الإسلام، والأم بخلاف ذلك، ولأننا لو قلنا أنه يتبع أمه لكان في ذلك استلحاق نسب على الغير، وذلك غير جائز، فدل على ما ذكرناه، والله أعلم.

فصل:

ومن التقط لقيطا فأنفق عليه فهو متطوع بذلك، فأما إن أراد أن ينفق عليه ويقول أتبعه بذلك ديناً، فليس له ذلك. (2191)

وإنما قلنا ذلك: لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانتته فليس له أن يجعل عليه ديناً من قبل نفسه لأنه إما أن ينفق محتسباً وإلا تركه فإن أمره يلزم الكافة.

فصل:

وسواء استأذن الغلام الإمام في أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، فإنه لا يلزمه شيء من ذلك.

(2188) انظر: بدائع الصنائع: 6 / 198.

(2189) انظر: بداية المجتهد: 2 / 310.

(2190) انظر: الحاوي الكبير: 8 / 57 - المذهب: 3 / 660.

(2191) انظر: المدونة: 3 / 408 - النوادر: 10 / 482.

ومن من الناس من قال: أنه إذا أذن له الإمام في الإنفاق عليه يتبعه بذلك ديناً⁽²¹⁹²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا يلزمه ذلك؛ لأن الإمام لا يملك أن يلزم ذمم الصغار ديوناً يتبعون بها مع الغنى عن ذلك، ولأن النفقة على أمثال هؤلاء إنما تكون على وجه الحسبة والصدقة لا غير، فلم يصح ما قالوه من إلزامهم ذلك له.

مسألة:

عندنا إذا ادعى لقيطاً مسلم وذمي، فإن شهد للمسلم به مسلمون كان له، وإن لم يشهدوا له بذلك مسلمون لم يحكم له به⁽²¹⁹³⁾.

وقال أبو حنيفة: يحكم به للمسلم على كل الأحوال، وسواء قامت له بذلك بينة أو لم تقم⁽²¹⁹⁴⁾.

وقال الشافعي: يعرض على القافة، فمن ألحقته به لحق به⁽²¹⁹⁵⁾.

والدليل على أنه لا يلحق به من غير بينة؛ هو أنها شخصان لو انفرد أحدهما بالدعوى حكم له بذلك، فإذا تساوى وجب أن لا يحكم لأحدهما به، أصله المسلمين والذميين إذا ادعياه، فإنه لا يحكم لهما به فكذا في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أنها مدعيان تساوى فوجب أن لا يحكم به لأحدهما. أصله إذا تداعيا شيئاً مثل ثوب أو عبد وغير ذلك، ولا سبب تثبت الدعوى في النسب، فإذا تساوى في الدعوى وجب أن لا يحكم له لأحدهما. أصله إذا كانت أمه بين اثنين فادعى كل واحد منهما أنه ولده، فإنه لا يحكم له بذلك، كذلك في مسألتنا مثله، ولأن اختلافهما في الدين لا يوجب ترجيح أحدهما على الآخر أصله الفاسق والعدل.

واحتج بأن قال: إن الإسلام أعظم | الأشياء، والكفر أدون الأشياء، فوجب أن يلحق [175] بالأعظم والأولى.

⁽²¹⁹²⁾ انظر: النوادر: 10 / 482 - المنتقى: 7 / 331 - عقد الجواهر: 3 / 89.

⁽²¹⁹³⁾ انظر: المدونة: 3 / 410 - مختصر المدونة: ل: 282 أ - النوادر: 10 / 483.

⁽²¹⁹⁴⁾ انظر: المبسوط: 10 / 217 - بدائع الصنائع: 6 / 199.

⁽²¹⁹⁵⁾ انظر: الأم: 7 / 605 - مختصر المزني: 137.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن نلحقه بالإسلام وإن كان أعظم ولا بالكفر وإن كان أدون، ولكننا نتركه حتى يبلغ، فإذا بلغ فوصف بالإسلام كان مسلماً وإن وُصف بالكفر كان كافراً وأقررناه على ذلك.

وعلى أن ما قالوه ينكسر بما إذا ادعاه غني وفقير فكان أيضاً يجب أن نلحقه بالغني دون الفقير، لأن إلحاقه بالغني له في ذلك فائدة، وبالفقر له بذلك في ذلك ضرره. وكذلك إذا ادعاه العدل والفاسق كان يجب أن نقول إنه يلحق بالعدل، لأنه أشرف وأكمل من الفاسق فلم يصح ما قالوه،

قالوا: ولو أنها اختلفا في حضانة هذا اللقيط، فقال المسلم أنا آخذه للحضانة وقال الذمي أنا آخذه للحضانة كان المسلم أولى به فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا إنما قدمنا المسلم في الحضانة على الذمي لمعنى صحيح؛ وذلك أنا نحاف من الكافر من أن يلحقه الكفر ويستمر عليه، فلذلك قلنا إن المسلم أحق به، فإذا بلغ وصف ما شاء أقررناه على ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وجد لقيطاً في دار الإسلام فما بلغ وصف بالكفر فإنه يقر على ذلك.⁽²¹⁹⁶⁾
وبه قال الشافعي.⁽²¹⁹⁷⁾

وقال أبو حنيفة: لا يقر على الكفر ويحبس حتى يسلم، إلا أنه قال إن لم يسلم لم يقتل.⁽²¹⁹⁸⁾

ودليلنا: هو أنه حكم ثبت له بالدار، فإذا بلغ ووصف غيره وجب أن يقر عليه، أصله إذا قال أنا عبد لفلان.

قالوا: المعنى في ذلك، أنه إقرار على نفسه فذلك قبل منه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه مرتد بإقراره ههنا بالكفران سقط حق الله تعالى، فوجب أن لا يقبل منه.

⁽²¹⁹⁶⁾ انظر: المدونة: 2 / 577 - عقد الجواهر: 3 / 92 .

⁽²¹⁹⁷⁾ انظر: مختصر المزني: 136 - الحاوي الكبير: 8 / 46 .

⁽²¹⁹⁸⁾ انظر: المبسوط: 10 / 214 - بدائع الصنائع: 6 / 198 .

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن حق الحرية أيضا لله تعالى، ألا ترى أنه لو قال رجل لعبده أنت حر فقال العبد أنا عبد فقال أنا عبد، فإنه لا يقبل من العبد بل يقبل من السيد، وفي مسألتنا لو قال أنا عبد لزيد قبل منه ذلك.

ولأنه لو كان في حكم المسلم لوجب إذا وصف الكفران بحكم تصرف عتقه دل على أنك ما حكمت بإسلامه. ولأنه حكم ثبت له بدار الإسلام فإذا وصف غيره وجب أن لا يقبل منه أصله إذا كان تابعا لأبيه.

والجواب: هو أنه إنما كان كذلك، لأن لأنا قد حكمنا له بالإسلام ظاهرا وباطنا، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إنما حكم له بظاهر الدار، وظاهر الدار لا يدل على إسلامه، لأنها تجمع أهل الإسلام وأهل الذمة فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

فصل:

وميراث المنبوذ⁽²¹⁹⁹⁾ لبيت مال المسلمين⁽²²⁰⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه مسلم لا وارث له. وليس للملتقطه شيء من ميراثه⁽²²⁰¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الميراث لا يكون إلا بسبب ونسب، وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، فكان على ما قلنا.

⁽²¹⁹⁹⁾ المنبوذ: اسم للطفل الذي يوجد مطروحا. انظر: الذخيرة: 10 / 129.

⁽²²⁰⁰⁾ انظر: الموطأ: 2 / 283 - المتقى: 7 / 332 - التفريع: 2 / 337.

⁽²²⁰¹⁾ انظر: التفريع: 2 / 337.

كتاب اللقطة

والأصل في اللقطة ما روي أن النبي ﷺ قال للسائل الذي سألته عنها: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»⁽²²⁰²⁾.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فالشيء الملتقط على ضربين:

منها ماله خطر وبال يمكن تعريفه سنة، فينبغي للملتقط أن يعرفه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه.

وإنما قلنا ذلك: لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والعون على فعل الخير وهذا منه، ولأنه قد تحصل مع من لا يؤدي الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم أخذها، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظا كان مندوبا إلى ذلك.

وأما الضرب الآخر: فما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كاليسير من الدراهم والشيء اليسير من المأكول وما أشبه ذلك، فهذا لا فائدة في أخذه، فإن أخذه جاز ذلك⁽²²⁰³⁾.

مسألة:

عندنا يجوز التقاط الدنانير والدراهم والغنم وسائر العروض، وأما الإبل فلا يجوز التقاطها⁽²²⁰⁴⁾.

وبه قال الشافعي⁽²²⁰⁵⁾.

⁽²²⁰²⁾ أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الإبل، ر: 2427، 2 / 184، ومسلم في اللقطة، ر: 1722، ص 716.

⁽²²⁰³⁾ انظر: التفریع: 2 / 273.

⁽²²⁰⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 455 - الموطأ: 2 / 301، 302 - النوادر: 10 / 467 وما بعدها - الرسالة: 136.

⁽²²⁰⁵⁾ انظر: الأم: 5 / 143 - مختصر المزني: 135 - المهذب: 3 / 633.

وقال أبو حنيفة: يجوز التقاط جميع ذلك⁽²²⁰⁶⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ سأل عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فدونك بها»⁽²²⁰⁷⁾. وسئل عن ضالة الغنم: «فقال خذها، فإنها هي لك أو لأخيك أو للذئب»⁽²²⁰⁸⁾. وسئل عن ضالة الإبل فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال: «مالك وما لها معها غذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر»⁽²²⁰⁹⁾.

فوجه الدليل منه أنه ﷺ فرق بينهما فدل على أن التقاط ذلك لا يجوز.

قالوا: إنما أراد بذلك عليه السلام أن لا يملك ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه عليه السلام بين ما يجوز التقاطه مما لا يجوز^[176] التقاطه، إفرق بين ذلك، وقال معها حذاؤها وسقاؤها فدل على ما ذكرناه.

وروي أن ثابت بن الضحاك وجد بعيرا فعرفه، فجاء إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال: «قد شغلني عن ضيعتي»، فقال عمر: «أرسله حيث وجدته»⁽²²¹⁰⁾.

والقياس: هو أن الإبل ضالة تمنع من صغار السباع بنفسها فلم يجز التقاطها أصله الغني.

قالوا: المعنى في الغني أنه لا يملك الالتقاط.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن الغني والفقير في ذلك سواء في جواز الالتقاط لكل واحد منهما فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: لأنها ضالة فجاز التقاطها أصله الغنم.

والجواب: هو أن هذا القياس لا يصح؛ لأنه معاند صاحب الشريعة عليه السلام، لأنه

⁽²²⁰⁶⁾ انظر: المبسوط: 11 / 8، 10 - بدائع الصنائع: 6 / 200.

⁽²²⁰⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²⁰⁸⁾ أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الغنم، ر: 2428، 2 / 184، 185، ومسلم في اللقطة، ر: 1722، ص 716.

⁽²²⁰⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²¹⁰⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في الضوال، ر: 2208، 2 / 305.

غضب عند ذكر الالتقاط، وقال: مالك ولها معها سقاؤها وغذاؤها فلم يصح من هذا الوجه.

والثاني: هو أن المعنى في الغنم إنما جاز التقاطها لأنها لا تدفع عن نفسها لا صغار السباع ولا كبارها، وإن قلنا إنها لا تلتقط لأدنى إلى إتلاف أموال الناس، وقد ندبنا إلى حفظها، وليس كذلك الإبل لأنها تمنع عن نفسها فلم يجز التقاطها لأجل ذلك.

قالوا: ولأن ما جاز التقاطه للتعريف لم يكن فيه فرق بين الصغار والكبار أصله الغنم.

والجواب: هو أننا قد بينا الفرق بين الغنم والإبل فأغنى عن إعادته.

والجواب: هو أن المعنى في الوديعة أنها تصح في حال الغنى والفقر وليس كذلك في مسألتنا، لأن عندكم الغني لا يجوز له الالتقاط بوجه ولا سبب فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وجد شاة في فلاة من الأرض لا قرية بقربها تضمنها إليها وخاف عليها من سبع يأكلها فهو بالخيار بين تركها وأكلها ولا ضمان عليه لربها في أظهر الروايتين عن مالك رحمه الله⁽²²¹¹⁾.

وقال الشافعي: إذا أكلها وجب عليه ضمان قيمتها لربها⁽²²¹²⁾.

والدليل لما قلناه ما روي أن رسول الله ﷺ «سئل عن ضالة الغنم فقال: هي لك ولأخيك أو للذئب»⁽²²¹³⁾.

وروي عنه أنه قال «خذها إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»⁽²²¹⁴⁾.

فوجه الدليل منه أنه قال عليه السلام: «هي لك»، وهذه اللام؛ هي "لام التملك" فجعلها عليه السلام ملكا له، ومن أكل ملكه لا ضمان عليه.

[176ب]

⁽²²¹¹⁾ انظر: النوادر: 10 / 479 - التفرع: 2 / 274.

⁽²²¹²⁾ انظر: الأم: 5 / 135 - مختصر المزني: 136.

⁽²²¹³⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²¹⁴⁾ تقدم تخريجه.

والثاني: هو أنه عليه السلام قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، وهذا تنبيه منه عليه السلام في أنه في حكم المتلف ولا قيمة لها.

والثالث: هو أنه جعله عليه السلام في أكلها بمنزلة الذي لا يتعلق عليه الضمان، لأنها ضائعة لا قيمة لها في هذا الموضع.

والقياس: هو أنها مال جعل له بالشرع، فإذا أكله لم يلزمه ضمانه أصله سائر أمواله، ولأن ما هذه سبيله لا قيمة له في موضعه ولا يمكن تعريفه، ولا يخلو أن يمنع أحدهما، وذلك خلاف الإجماع يلزمه حفظها وسوقها إلى العمران، وذلك لا يلزمه، لأن عليه في ذلك مشقة وكلفة، وأن يباح له أكلها بشرط الضمان وذلك لا يجوز، لأن ما هذه سبيله إما أن يكون بعد التعريف إذا كان مما يبقى فلم يبق إلا ما قلناه، وأن أكلها مباح له فلا ضمان يلزمه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»⁽²²¹⁵⁾، وصاحب هذه الشاة ما طابت نفسه بأكل هذا الملتقط لها، فوجب أن يلزمه ضمانها.

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأن صاحب الشريعة عليه السلام جعل هذه الشاة ملكا له، فما أكل إلا مباحا وملكه، ومن أكل ملكه لا ضمان عليه لنفسه.

وجواب آخر: وهو أنا نقول بخبركم ونستعمل الخبرين ونلحق بين الدليلين فنقول: إذا وجدها قريبا من قربه أو عمران ساقها إلى ذلك الموضع ولا يجوز له الأكل، والجمع بين الدليلين أولى من القول بأحدهما وإطراح الآخر، وأنتم لا يمكنكم استعمال خبرنا إلا في الضمان فحسب فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال في اللقطة: «لا يكتمها ولا يغيبها»⁽²²¹⁶⁾ وهذا يمنع من إتلافها.

⁽²²¹⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²¹⁶⁾ هو ما رواه البيهقي في الكبرى بسنده عن عياض بن حمار المجاشعي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإذا جاء صاحبها فليردها عليه وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء". أخرجه في الكبرى، باب تعريف اللقطة ومعرفتها والاشهاد عليها، 6/

والجواب: هو أن هذا الذي قال هذا؛ قد قال في الشاة: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»⁽²²¹⁷⁾، ففرق بينها وبين سائر الالتقاط.

قالوا: ولأنه أكل مال غيره بغير إذنه فوجب أن يلزمه الضمان أصله الغائب.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه أكل مال غيره، بل إنما أكل مال نفسه الذي جعل له أكله فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وأما المعنى في الغاصب أنه معتدي على مال الغير فلذلك إذا أكله لزمه الضمان، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه أكل ماله وملكه فلا يلزمه ضمانه كسائر أملاكه وأمواله.

وجواب آخر: وهو أن المعنى في الغاصب أنه أتلف ماله قيمة، فلذلك لزمه الضمان وليس كذلك | في مسألتنا، لأن هذا أتلف مالا له قيمة، فلا يلزمه ضمانه، كما لو قتل شيئا من حشرات الأرض فإنه لا يلزمه قيمة لذلك.

قالوا: ولأنها لقطة مندوب في أخذها، فإذا أكلها وجب أن لا يلزمه ضمانها أصله غير الحيوان، والجواب: هو أنا لا نقول أنها مأذون في أخذها بل هي له وأذن له في أكلها. وأما المعنى في الأصل وهو سائر الأشياء فإنها لها قيمة، فإذا أتلف ذلك ألزمناه قيمتها وليس كذلك هذه الشاة فإنه لا قيمة لها.

ولأن سائر الأشياء ما أضافها صاحب الشريعة إليه إضافة الملك، فلذلك لزم ضمان ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه أضاف ذلك إليه بلام التملك، فإذا أكل لم يلزمه ضمان ذلك كسائر أمواله فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا التقط لقطة عرفها سنة عند الموضع الذي أصابها فيه، وفي أقرب المواضع إليه، وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع، فإن جاء من يدعيها، وعرفها بما فيها من العفاص والوكاء، أو بزيادة من ذلك من ذكر ما فيها، من ورق أو ذهب أو رقة وما يغلب معه الظن على صدقه في دعواه، دفعها إليه. وأما إن مضت السنة فلم يأت لها طالب فهو بالخيار؛ بين أن يتركها وتكون في يده أمانة لا شيء عليه في تلفها، وبين أن يتصدق بها بشرط

⁽²²¹⁷⁾ تقدم تخريجه.

الضمان. فإذا جاء صاحبها فأجاز التصديق بها وإلا غرمها له، وبين أن يملكها فيكون ديناً في ذمته يدفعها إلى صاحبها؛ وسواء كان الملتقط لها غنياً أو فقيراً في جواز الأكل⁽²²¹⁸⁾.
وبه قال الشافعي⁽²²¹⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: إن كان فقيراً جاز له الأكل، وإن كان غنياً لم يجز له الأكل⁽²²²⁰⁾.
ودليلنا ما روى زيد بن خالد الجهني سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها بها وإلا فشأنك بها»⁽²²²¹⁾، وروى في بعض الألفاظ أنه عليه السلام قال: «فكلها»⁽²²²²⁾.

وروي أنه عليه السلام أنه قال: «وذلك مال الله يؤتاه من يشاء»⁽²²²³⁾.
قالوا: إنما قال ذلك عليه السلام لأن زيد بن خالد الجهني كان فقيراً فلذلك قال له كلها، وعندنا إذا كان فقيراً جاز له الأكل.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن زيد بن خالد إنما سأل عن حكم اللقطة ولم يتعرض لا للفقير ولا للغني، ألا تراه عليه السلام قال له أعرف عفاصها ووكاءها فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنه لعله كان غنياً ومن أين لك أنه كان فقيراً، وإنما هو قول من عندك لا دليل عليه.

وروي «أن أبي بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أو مائة دينار، فجاء إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال له: «أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك

(2218) انظر: المدونة: 4 / 455 - 456 - النوادر: 10 / 469 - التفريع: 2 / 273.

(2219) انظر: الأم: 135 - مختصر المزني: 135.

(2220) انظر: المبسوط: 11 / 7 - بدائع الصنائع: 6 / 202.

(2221) تقدم تخريجه.

(2222) تقدم تخريجه.

(2223) تقدم تخريجه.

بها» (2224).

وروي أنه عليه السلام قال: «وإلا فكلها» (2225).

قالوا: فقد روي أنه عليه السلام قال له: «فكلها فإنك ذو حاجة إليها» (2226) فلذلك أمره بذلك.

والجواب: هو أن هذه الزيادة غير معروفة، فلا يلزم المصير إلى ذلك ويجب أن يستبدل ذلك وينقلونه نقل الأصل ولا سبيل إلى ذلك.

والثاني: هو أنه قد روي أن أبا من أيسر الأنصار مالا أو مثلهم.

قالوا: وهذا لا يصح؛ لأن «رجلا جاء من قوم أبي بن كعب إلى رسول الله ﷺ فقال: إني أريد أن أتصدق ببعض مالي يا رسول الله». فقال له رسول الله ﷺ: «اجعله في حسان بن ثابت وفي أبي بن كعب» (2227). فدل بذلك على أنه كان فقيرا.

والجواب: هو أن تلك الصدقة كانت وقفا، والوقف يشترك فيه الغني والفقير فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أن الأكل حكم من أحكام اللقطة | فاستوى فيه الغني والفقير أصله [178] معرفة الوكاء والعفاص والتعريف وسائر أحكامها.

وقياس آخر: وهو أن من جاز له الالتقاط جاز له الأكل أصله الفقير، ولأن من جاز له الأعراف جاز له الأكل أصله الفقير.

(2224) أخرجه البخاري في اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة، بالعلامة دفع إليه، ر: 2426، 2 / 184، ومسلم في اللقطة، ر: 1723، ص 717.

(2225) تقدم تخريجه.

(2226) في لفظ البخاري أنه قال صلى الله عليه وسلم: «احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها». وهذا الحديث تقدم تخريجه.

(2227) هذا الحديث مروي بالمعنى، والأصل فيه ما جاء في صحيح مسلم قال: "حدثنا ثابت عن أنس قال: لما نزلت هذه الآية: "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون". قال أبو طلحة: أرى ربنا يسألنا من أموالنا، فأشهدك يا رسول الله أنني قد جعلت أرضي بريحا لله، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اجعلها في قرابتك، قال: فجعلها في حسان بن ثابت وأبي بن كعب". أخرجه في كتاب الزكاة، باب فصل النفقة والصدقة على الأقربين...، ر: 998، ص 387.

قالوا: المعنى في الفقير إنما جاز له الأكل لأنه يأخذ الزكاة وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يأخذ الزكاة فلا يجوز له الأكل.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الغني يجوز له الأكل، ألا ترى أن جبة الصدقات والغزاة لهم استباحة ذلك مع الغني، فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن كل من ملك التصرف باللقطة ملك الأكل أصله الفقير، ولأنها جهة من جهات التملك فاستوى فيه الغني والفقير أصله سائر التمليكات، ولأنه اكتساب بعمل فاستوى فيه الغني والفقير أصله المضاربة.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»⁽²²²⁸⁾.

والجواب: هو أنه محمول على غير الصدقة بدليل جواز أكل الفقير لها بغير إذن صاحبها فلم يصح ما قالوه.

وروي أن رجلاً وجد لقطة على عهد رسول الله ﷺ فقال له رسول الله ﷺ «تصدق بها ولا تكن لقاطاً»⁽²²²⁹⁾. وهذا ينفي أكلها.

والجواب: هو أنه لا حجة فيه؛ لأنه أمره بالتصدق بذلك ونحن نأمره بذلك، لأننا نستجب له بعد التملك أن يتصدق بها.

قالوا: ولأن اللقطة في يده على وجه الأمانة، فلم يجوز له الأكل مع الغني. أصله المودع لا يجوز له الأكل فكذلك مسألتنا.

والجواب: هو أنا نقلب فنقول، فوجب أن لا يختلف حكم الغني والفقير في باب الأكل أصله ما ذكرتم.

والثاني: هو أنه لا تأثير لقولكم أمانة، لأنه لو لم تكن أمانة كانت بتلك المنزلة، والمعنى في الأصل أن الفقير لا يجوز له أكل الوديعة فلذلك لم تجز للغني، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما جاز للفقير الأكل والتمليك للقطعة جاز للغني مباح ذلك.

⁽²²²⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²²⁹⁾ لم أجده بهذا اللفظ فيما عندي من مصادر.

قالوا: اللقطة في يده على وجه الحفظ لصاحبها والاحتياط له، فلا يجوز له أن يأكلها مع الغنى عن ذلك. أصله الوصي لا يجوز له أن يأكل مال الأيتام مع الغنى فكذا في مسألتنا. والجواب: هو أن الوصي لا يجوز له التصديق بمال الأيتام، فلا يجوز له الأكل، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لما جاز له التصديق جاز له الأكل. قالوا: ولأن الفقير إنما جاز له الأكل، لأن لصاحبها في ذلك ثوابا، وليس كذلك الغنى فإنه لا ثواب له في ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الغني إذا أكل لصاحبها في ذلك الثواب.

قالوا: ولأنه مال جعل له النظر فيه بحظ يستحقه فلا يجوز له من غير رضا صاحبه، أصله مال المسلم لا يجوز للإمام الأكل منه إلا مع الحاجة إلى ذلك فكذا في مسألتنا.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن للإمام أن يقترض من بيت مال المسلمين ويأكل، وليس [178ب] كذلك المودع فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا جاء صاحب اللقطة وأعطى علاماتها ووصف عفاصها ووكاءها⁽²²³⁰⁾، لزم تسليم ذلك إليه، ولا يكلف إقامة البينة على ذلك⁽²²³¹⁾.

وبه قال أحمد بن حنبل⁽²²³²⁾.

وقال ابن حبيب⁽²²³³⁾ من أصحابنا: إنه يحلف مع ذكره الوكاء والعفاص فإن نكل

⁽²²³⁰⁾ العفاص: الوعاء: يقال: عفاص القارورة لغلقها وعفاص الراعي لوعائه الذي فيه نفقته، وهو فعال من العفص وهو الثنن والعطف لأن الوعاء يثنى على ما فيه وينعطف. والوكاء: الخيط الذي تُشد به. أراد أن يكون ذلك علامة للقطعة فمن جاء يتعرفها بتلك الصفة دفعت إليه. انظر: الفائق في غريب الحديث: 6 / 3.

⁽²²³¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 156 - النوادر: 10 / 471، 472 - التفريع: 2 / 272.

⁽²²³²⁾ انظر: مختصر الخرقى: 110 - المغني: 8 / 309.

⁽²²³³⁾ عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي، أبو مروان. روى بالأندلس عن صعصعة بن سلام، والغازي بن قيس، وزياد بن عبد الرحمن، وغيرهم. سمع منه ابنه محمد، وعبيد الله، وبقي بن مخلد، وابن وضاح، وغيرهم. كان ابن حبيب حافظا للفقه على مذهب مالك، كثير الكتب. له مؤلفات في الفقه، والتاريخ، والآداب، منها كتاب الجامع، وكتاب التفسير، وكتاب المغازي، وغيرها كثير. توفي بقرطبة سنة 237، وقيل 238، وقيل 239. الجمهرة: 2 / 783-786، ر: 726.

فلا شيء له⁽²²³⁴⁾. والمذهب ما ذكرناه.

وقال أبو حنيفة: والشافعي رحمهما الله لا يدفعها إلا ببينة⁽²²³⁵⁾.

ودليلنا: ما روى مالك رحمه الله، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبث عن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «عرفها سنة فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه»⁽²²³⁶⁾، وهذا نص، لأنه عليه السلام أمر بتسليمها إلى من وصف ذلك، لأنه عليه السلام علق الحكم على ذلك والحكم يدور مع دوران العلة حيث دارت.

والقياس: هو أنه أعطى العلامة والصفة، فوجب دفع ذلك إليه أصله إذا أقام البينة، ولأننا لو قلنا إنه لا يدفع ذلك إليه إلا ببينة، لأدّى إلى أن يصل إلى أخذ ما ضاع من ماله، لأنه لا يمكنه الإشهاد على تضييع له والبيّنات مرتبة، والأصول موضوعة على حسب الأشياء المشهود فيها، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها، فوجب أن يكون في مسألتنا الحكم أن يتعلق بالتعريف والصفة التي علقه بها صاحب الشريعة لا غير.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها»⁽²²³⁷⁾.

قالوا: وإذا ادعاه من لا يعلم أن ربها أو صاحبها وجب أن لا يسلمها إليه، لأن ذلك ليس بتسليم لربها.

والجواب: هو أنه روي عليه السلام أنه قال: «فإن جاء بائعها»، وروي «فإن جاء من يطلبها»، وروي في حديث أبي بن كعب أنه قال عليه السلام «فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعاها فادفعها إليه»⁽²²³⁸⁾ وهذا مفسر فيجب دفع ذلك إليه لأنه عليه السلام بين ذلك.

وجواب آخر: وهو أنه لو أقام البينة لدفعناها إليه وإن كنا لا نعلم أن ذلك | مما له^[179]

⁽²²³⁴⁾ انظر: النوادر: 10 / 472.

⁽²²³⁵⁾ انظر: المبسوط: 11 / 6 - بدائع الصنائع: 6 / 202 - الأم: 5 / 137 - مختصر المزني: 136.

⁽²²³⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²³⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²³⁸⁾ انظر هذه الألفاظ عند البيهقي في السنن الكبرى، 6 / 189 وما بعدها.

حقيقة، لأن العلم في الباطن لا يقع بخبر الشاهدين فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الإتيان بصفات الشيء لا يكون ذلك طريقاً إلى تسليم الشيء إليه، الدليل على ذلك؛ أنه لو كانت عنده ودیعة فَنسي صاحبها فجاء رجل ووصف ذلك الشيء ولم يعرف عينه، ثم جاء رجل فادعى أنه سرق منه ووصف ذلك الشيء لم يجب عليه تسليمه إليه، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن المسروق فإنه يعطى بالعلامة، فإنه مثل صاحب اللقطة لا يتعذر عليه إقامة البينة على ماله، وأما المودع؛ فمن أصحابنا من قال: أنه يسلم إليه إذا وصف ذلك وخرج ما عند المودع على تلك الصفة، ومن أصحابنا من قال: لا يسلم ذلك إليه المودع. وفرق بينهما بأن قال: إن المودع لا يتعذر عليه الإشهاد على الوديعة وقت الإيداع فلذلك لا يسلم إليه بنفس دعواه وليس كذلك في مسألتنا، لأن الإنسان يتعذر عليه الإشهاد في حرفته وكسبه كلما طلب أن يشتري شيئاً، قال اشهدوا على حرفتي لأني أخاف أن يضيع مني، هذا ما لا يقدر عليه أحد ولا يفعله أحد، فوجب اطراح هذا القول ووجب الرجوع إلى ما ذكرناه، لا غير من إعطاء الصفة والوكاء والعفاص فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فوصفه القطة لا يدل على أنها ملك له، لأنه يحتمل أن يكون قد سمع ذلك الوصف من الملتقط فيضبط ذلك ثم يسمع الملتقط يعرفها فجاء ووصف ذلك. وإذا احتمل ما قلناه وجب أن لا يسلم إليه.

والجواب: هو أن الأمر في ذلك يحمل على الظاهر، لأنه لو جاز أن يتوقف في ذلك لوجب أن يتوقف في شهادة الشاهدين، لأنه يجوز أن يكون سمعاً ذلك وتزاورا عليه، فلما حمل أمرهم على الظاهر فكذلك معطي الصفة، وجب أن يحمل أمره أيضاً على الظاهر من ذلك، والله أعلم بذلك.

فصل:

وإذا مضت السنة ولم يأت طالب اللقطة فلملتقطها الخيار بين تملكها والتصدق بها أو تركها⁽²²³⁹⁾.

(2239) انظر: المدونة: 4 / 155 - التفريع: 2 / 272.

وإنما قلنا ذلك: لما روينا أن رسول الله ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»⁽²²⁴⁰⁾، وهذا لفظ إباحة وإطلاق، | فإن شاء تصدق بها لأنه ليس عليه حفظها به [179ب] السنة.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن عليه في ذلك ضررا ومشقة وتكلفة، فيكون عليه الضمان، لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه بتكلف حفظها، وليس له أن يتلف مال غيره بغير إذنه إلا بشرط الضمان، للضرورة الداعية إلى ذلك، وإن شاء تركها أمانة في يده، كالمودع ولا شيء عليه في تلفها، وإنما قلنا ذلك؛ لأن قبضها لمنفعة صاحبها خالصا لا يقع له في ذلك، فكان تلفها من ربه، وإن شاء استلفها فتكون دينا في ذمته، وإنما قلنا ذلك لأن الذمة قد تكون أحرز لها من اليد، ويكره ذلك عند الجواز أن يعسر عند مجيء صاحبها فيتعذر عليه ردها.

مسألة:

فأما إذا أخذ اللقطة ثم ردها مكانها، فإنه ينظر في ذلك: فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها، ضمنها إذا ردها إليه، لأنه متعدد بذلك، لأنه قد لزمه حفظها. وأما إن كان أخذها لا على وجه الحفظ لصاحبها، بل لينظر ويتفكر في ذلك فردها، فإنه لا يلزمه الضمان⁽²²⁴¹⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم الضمان بوجه إذا ردها إلى موضعها الذي وجدها فيه⁽²²⁴²⁾.

ودليلنا: هو أنه متعدد بذلك؛ لأنه لزمه ضمانها. أصله إذا ردها إلى موضع غير الموضع الذي وجدها فيه. ولأنه استخلص مال الغير من الهلكة فإذا رده إلى الهلكة وجب ضمانه. أصله إذا استخلص مال الغير من الغرق ثم رده إلى الغرق، فإنه يلزمه كذلك في مسائلتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه رده إلى موضعه، فإذا تلف لم يلزمه ضمانه. أصله إذا أخذ من الوكيل شيئا ورده إلى الموكل.

⁽²²⁴⁰⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²⁴¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 459 - النوادر: 10 / 474 - التفريع: 2 / 273.

⁽²²⁴²⁾ انظر: المبسوط: 11 / 13.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك؛ أن ما ضيعه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ضيع مال الغير برده إلى الهلكة فأشبهه ما ذكرناه.

قالوا: ولأنه لو أخذ صيدا وهو محرم فأطلقه لم يلزمه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه إنما كان كذلك في الصيد، لأن الله تعالى أمره تركه في موضعه، فإن تلف فإنه لا يلزمه ضمانه. ولأن الصيد يعود إلى ما كان عليه من أصل الإباحة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه مضیعة أو مهلكة له وقد صار متعديا | بذلك، فوجب أن يلزمه ض^[180] ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن حكم اللقطة في الحرم وغير الحرم سواء فله أن يأخذها على حكم الإلتقاط ويتملكها بعد ذلك⁽²²⁴³⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²²⁴⁴⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز تملكها إلا لمنشد لا بعد الحول ولا بعد أحوال⁽²²⁴⁵⁾.

ودليلنا: ما روي أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»⁽²²⁴⁶⁾ ولم يخص الحرم من غيره فهو على عمومته وشموله.

والقياس: هو أنها لقطة، فوجب أن لا يفرق الحكم فيها لالتقاطها أصله سائر الأماكن.

قالوا: المعنى في سائر الأماكن أنها لا تختص بما تختص به مكة، ألا ترى أن صيدها مضمون بالخبر وسائر الأماكن بخلاف ذلك.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأنه وإن كان في ذلك الصيد إلا أن مما طريقه

(2243) انظر: المنتقى: 8 / 61 - المقدمات: 2 / 477، 478 - عقد الجواهر: 3 / 81، 82.

(2244) انظر: بدائع الصنائع: 6 / 202.

(2245) انظر: المهذب: 3 / 634 - الحاوي الكبير: 8 / 4، 5.

(2246) تقدم تخريجه.

الأمانات والاحتياط كله واحد، سواء كان في الحرم أو غيره، فلم يصح ما قالوه من ذلك. وقياس آخر: وهو أنها أمانة فلم يفرق الحكم فيها بين مكة وغيرها أصله الوديعة وسائر الأمانات.

قالوا: المعنى في الوديعة أنه لا يجوز الإشهاد عليها وليس كذلك في اللقطة لا يجوز الإشهاد عليها.

والجواب: هو أنه لا يجب ذلك عندنا، ولأنها إنما تؤخذ معونة للمالك في رد ملكه عليه فصار ذلك بمثابة المعونة في رد المغصوب على صاحبه، وذلك لا يختلف باختلاف الأماكن فلم يصح ما قالوه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال في مكة: «لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا تحل لقطها إلا لمنشد يعرف ذلك، ولا يحل تملكها»⁽²²⁴⁷⁾.

والجواب: هو أن هذا الخبر حجة عليكم، لأن المنشد هو المالك. كذلك قال أبو عبيد القاسم بن سلام⁽²²⁴⁸⁾.

فكانه عليه السلام أراد بذلك: أنها لا تحل لغير المالك، وهو الملتقط في الحال قبل التعريف.

وجواب آخر: وهو فائدة الخبر؛ أنه عليه السلام؛ إنما خص مكة بذلك؛ لأن اللقطة توجد كثيرا في الحرم لاجتماع الناس فيه من كل فج عميق، وأنه موضع ينشد، وأن الغالب منه أن الحاج لا يعود لطلب اللقطة إن كان من أهل الآفاق فيصير أخذًا لنفسه، فخص النبي ﷺ الحرم بذلك وغلظ فيه، ونحن كذلك نقول وأن يسأل من وجد لقطة بمكة، وليس هو من أهلها أن يضمها إلى الحاكم أو إلى ثقة في الموضع، فإن لم يفعل وخاف أن يكون هو من أهل الآفاق وأخذها على شرط اللقطة جاز ذلك.

قالوا: ولأنها لقطة بمكة فلم يجز له تملكها أصله إذا كان غنيا.

⁽²²⁴⁷⁾ أخرجه البخاري في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، ر: 2433، 2/ 186.

⁽²²⁴⁸⁾ قال أبو عبيد: "لا تحل لقطتها إلا لمنشد: يعني: طالبها الذي يطلبها وهو ربه." ثم قال أبو عبيد: "فهذا حسن في المعنى، ولكنه لا يجوز في العربية أن يقال للطالب منشد، إنما المنشد المعروف، والطالب هو الناشد." غريب الحديث لابن عبيد: 4/ 96.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن الغني والفقير في تملكها عندنا سواء فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

والفاسق والعدل عندنا في الالتقاط سواء وتقر في يده (2249).

وبه قال أبو حنيفة (2250).

وقال الشافعي: لا تقر في يده إلا أن ينضم إليه عدل (2251).

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها ولا فشأنك بها» (2252)، ولم يفرق بين أن تكون عدلا أو فاسقا، فوجب حمل اللفظ على عمومته وشموله.

والقياس: هو أن اللقطة سبب من أسباب التملك، فاستوى في ذلك العدل والفاسق أصله سائر التملكيات.

واحتج بأن قال: لأنه غير رشيد فلا تقر اللقطة في يده أصله المجنون.

والجواب: هو وإن كان غير رشيد؛ إلا أنه ممن يصح منه التملك بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك، وله ذمة صحيحة تتعلق الحقوق بها، فكان كالعدل سواء في باب الذمة، والمعنى في المجنون أنه لا يصح منه شيء من العقود، فلذلك قلنا لا يجوز أن يتعلق الشيء الملتقط في ذمته، لأنه لا ذمة له، لأنه لا يصح منه البيع ولا الشراء ولا شيء من العقود فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وربما قالوا: لأنه ليس من أهل الشهادة، فلا تقر اللقطة في يده. أصله ما ذكرناه.

والجواب عنه ما تقدم فأغنى عن إعادته والله أعلم.

مسألة:

(2249) انظر: التوضيح: 8/ 366، 367.

(2250) انظر: الدر المختار: 6/ 435.

(2251) انظر: المهذب: 3/ 649.

(2252) تقدم تخريجه.

عند مالك رحمه الله، أن من رد أبقا إذا كان ذلك عادته وطلب الأجرة على ذلك فله جعله بقدر مبلغ غناه وتعبه⁽²²⁵³⁾.

وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام استحق أربعين درهما، وإن رده من أقل من ذلك استحق بقدر ذلك⁽²²⁵⁴⁾.

وقال الشافعي: إذا تطوع بذلك فإنه لا يستحق عليه جعلاً⁽²²⁵⁵⁾.

ودليلنا: هو أنه رد أبقا فجاز له المطالبة بالجعل أصله إذا شرط ذلك.

أقالوا: المعنى فيه إذا شرط ذلك أنه استحقه بالشرط، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما شرط ذلك فلا يستحق شيئا.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا وطئ امرأة أو غصبها على الوطء، فإنها ما شرطت ومع ذلك استحق المهر، وكذلك المفوضة بضعها ما شرطت، ومع ذلك إذا أتلقت منفعتها استحب الصداق وإن لم تكن شرطت ذلك، فكذلك في مسألتنا يجب أن تكون مثله، لأن منافعه تلفت أيضا في هذه المسافة، فإذا طلب ذلك وجب له.

ولأنه عندهم لو رده من دار حرب استحق الجعل فكذلك في مسألتنا مثله على أحد قوليه. ولأنه له دفع ثوبا للقصار، وقال له اقصره، فقصره له، فإنه يستحق عليه بذلك الأجرة وإن لم يشترط فكذلك في مسألتنا مثله، والعرف والعادة بذلك جرت، وما كان العرف والعادة له شاهد فهو كالمشروط. وقد ثبت أن ذلك يجب له بالشرط فكذلك بالعرف الذي يشهد له، لأنه إذا كان معروفا بذلك ومعايته ذلك فهو كالقصار والمزين وصاحب الحمام والخياط وكل أصحاب هذه الصنائع أمرهم محمول على العرف والعادة، فكذلك هذا الذي حبس نفسه لرد الضوال مثله.

واحتج بأن قال: لأنه رد مال من غير شرط جعل فلم يستحق عليه شيئا أصله إذا رد ضاله. **والجواب:** هو أنه لا فرق بينهما عندنا رد ضالة من الإبل أو ضالة من العبيد، فإن الحكم في ذلك كله سواء أقر أنه استحق على ذلك كله جعلاً إذا طلبه.

⁽²²⁵³⁾ انظر: المدونة: 4 / 458، النوادر: 10 / 481.

⁽²²⁵⁴⁾ انظر: المبسوط: 11 / 17، 18.

⁽²²⁵⁵⁾ انظر: الأم: 5 / 144 - الحاوي الكبير: 8 / 29.

قالوا: ولأنه اصطناع معروف فلم يستحق عليه جعلاً، أصله إذا أعانه على بناء أو خياطة أو غير ذلك.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه إذا لم يطلب ذلك، ولأنه لا يمتنع أن يكون ذلك اصطناع معروف، ومع ذلك إذا أتلقت منافعه فيه استحق العوض، ألا ترى أن المفوضة قد فعلت معروفًا وأمرًا جميلاً وإن أسقطت حقها، ومع ذلك إذا أتلقت عليها البضع بالوطة استحققت العوض فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى فيها إذا عاونه على الخياطة والبناء وكانت صناعته ومعيشته وطلب منها أجراً على ذلك، فإنه يستحق ذلك عليه، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

كتاب الغصب

[181ب]

| وإذا أتلّف على غيره شيئاً ظلماً لزمه ما أتلّف⁽²²⁵⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42].

وقال تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: 40].

وقال تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194].

وروي أن النبي ﷺ قال: «طعام بطعام وصحفة بصحفة»⁽²²⁵⁷⁾.

ولأنه أتلّف ملك غيره بغير استحقاق عينه، فوجب أن يلزمه بدل ما أتلّف، ولأن الإبدال في المتلفات كالقصاص في النفس، وقد قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: 179].

ومعناه أن القاتل أو الخارج إذا علم أنه يفعل به بمثل ما فعل أنه يدع عن فعل ذلك وانزجر خيفة أن يقتص منه، فكان في ذلك حياة النفوس، وإلا اجتراً الناس بعضهم على بعض، فكذلك الجناية على المال، لو لم يجب فيها البدل لاجتراً الناس بعضهم على أموال بعض، إذ لا بدل يلزمهم، فلذلك لزم البدل في ذلك عليهم.

فصل:

إذا ثبت ما قلناه فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه.

والبدل نوعان: مثل من طريق الخلقة والصورة، ومثل من طريق القيمة، فأما الذي من طريق الخلقة والصورة؛ فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلّف على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك كالذهب والفضة والحديد والصفرة والنحاس والحنطة والشعير وسائر المأكولات، ولا يلزمه في جميع ذلك القيمة. وإنما كان كذلك؛ لأن القيمة إنما يصار

⁽²²⁵⁶⁾ انظر: التفريع: 2 / 274.

⁽²²⁵⁷⁾ أخرجه الترمذي في الأحكام، باب إذا كسر قصعة، ر: 1359، 3 / 632. وقال حديث حسن صحيح.

إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة، لأن ذلك ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديلها بالمتلف، والمتلف من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه، فكان ذلك كالا جتهاد مع وجود النص، لأن ذلك لا فائدة فيه فكذا ههنا.

والنوع الثاني: وهو ما لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان فيلزم بإتلاف جميع ذلك قيمته دون مثله من جنسه⁽²²⁵⁸⁾.
ومن الناس من قال: يلزمه مثله من جنسه⁽²²⁵⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك لما ثبت أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد»⁽²²⁶⁰⁾. ثم أوجب فيه القيمة دون المثل، فكان ذلك أصلا في ياب القيمة.

[182]

ولأن كل ما لا يكال ويوزن، فالغرض منه أعيانه فوجب فيه الغير، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله، فدل على الفرق بين ما له مثل وما لا مثل له.

فصل:

والقيمة المعتبرة في جميع ذلك يوم التعدي والجنابة لا يوم الحكم⁽²²⁶¹⁾.
وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحكم متعلق بذمته بالتعدي لا بالحكم، لأن مطالبة الحاكم إنما هي بأمر قد تقدم وجوبه، وإنما ينكشف بالحكم مقدار ما انشغلت به ذمته لا غير.

فصل:

ولا يراعى في ذلك ارتفاع الأسواق وانخفاضها كما لا يراعى في السرقة⁽²²⁶²⁾، وإنما كان كذلك؛ لأن القيمة تعلق بالذمة تعلقاً مُنَبِّهاً حين التعدي، فلا يؤثر في ذلك تغير الأسواق لا بزيادة ولا بنقصان لما ذكرناه.

⁽²²⁵⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 178 - التفريع: 2 / 274.

⁽²²⁵⁹⁾ قاله عبد الله بن الحسن العنبري، انظر المغني: 7 / 361.

⁽²²⁶⁰⁾ أخرجه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء، ر: 2524، 2 / 214، ومسلم في كتاب العتق، باب من أعتق عبداً له في شرك، ر: 1501، ص 609.

⁽²²⁶¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 178 - النوادر: 10 / 331 - التفريع: 2 / 275.

⁽²²⁶²⁾ انظر: النوادر: 10 / 331 - التفريع: 2 / 275.

مسألة:

والجناية على ضريين:

جناية تبطل يسيرا من المنفعة، وجملة المقصود من السلعة باق وهذا يجب فيه ما نقص، وذلك بأن تقوم في وقت الجناية صحيحة وتقوم بالجناية فيلزم الجاني ما بين القيمتين، وإنما كان كذلك؛ لأن الذي يلزمه بدل ما أتلّف، والإتلاف إنما كان لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه.

والضرب الثاني: جناية تبطل الغرض المقصود من الشيء الذي يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة، فهذا يكون صاحبه خيرا إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحا أو معيبا وإن شاء سلمه وأخذ قيمته، وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يريد له بعض المنافع فيتعدى عليه رجل فيقطع يده أو يعميه فيبطل عليه غرضه الذي يراد له في العادة، وكذلك المركوب الذي يراد للتجمل والركوب بقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل له غرضه المقصود، وإن كان يبقى فيه استعمال في الحمل أو ثقل تراب أو ما أشبه ذلك⁽²²⁶³⁾. هذا مذهبا في هذه المسائل.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تلزمه ما بين القيمتين⁽²²⁶⁴⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42] الآية، وهذا ظالم أتلّف غرضا مقصودا، فوجب أن يكون السبيل عليه.

قالوا: فنحن نلزمه ما أتلّف، وهو ما بين قيمته صحيحا ومعيبا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن غرضه قد فات من غير ماله بإتلاف ذلك الشيء المقصود منه فوجب أن يلزمه قيمة جميعه.

والقياس: هو أنه أتلّف عليه غرضه المقصود منه، فوجب أن يلزمه ضمانه. أصله إذا | [182ب] حرقه وأتلّف جميعه.

قالوا: فيلزم عليه إذا وطئ الأب جارية ابنه فقد فوت على الأب غرضه المقصود من

⁽²²⁶³⁾ انظر: المدونة: 4 / 178، 179 - النوادر: 10 / 332 وما بعدها.

⁽²²⁶⁴⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 117 - مختصر المزني: 117.

الوطني، ولا يجب عليه قيمتها.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يجب على الأب قيمة الجارية يوم وطئها، فلا فرق بين ذلك وبين مسألتنا، فإن كان له مال أدى قيمتها إلى الابن، وإن لم يكن له مال بيعت عليه إن لم تكن حملت، ولا يجب على الأب عندنا مهر بوطئه جارية ابنه بشبهة، وإنما يلزمه ما ذكرناه من القيمة فلم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في الأصل، وهو إذا قبلها وجربها إنما يلزمه كمال قيمتها، لأنه ما بقي هناك عين ينتفع بها وليس كذلك في مسألتنا، لأن العين باقية ومنافع كثيرة موجودة فيها، إن كان قد فقد الركوب فالجمال فيها موجود، فوجب أن لا يلزمه كمال قيمتها.

والجواب: هو أنا قد بينا أن غرضه المقصود قد أتلفه عليه.

والثاني: هو وإن كان كذلك أيضا فإن ههنا منافع مثل أن يطعمها كلابه وبقراته ويأخذ جلدها فيدبغها فينتفع بذلك أو يطعم لحمها للمضطرين، فلما لم تقولوا ذلك، بل أوجبتم وأوجبنا كمال القيمة بالإتلاف ولم يراعوا ما بقي بعد ذلك من المنافع دل على أن الضمان إنما وجب لأجل ما قلناه لا لما ذهبتم إليه.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَذَرْتُمْ فَلْيُغْفَرْ لَهُمْ مَا أَعْتَذَرْتُمْ عَلَيْهِمْ﴾ [البقرة: 194] الآية، والجواب: هو أن الآية تقتضي أن يتلف على الجاني مثل ما أتلف، فإن كان له مركوب عملنا به بمثل ما عمل، وهذا غير مراد بالإجماع. بقي أن يكون المراد بذلك قيمة الشيء الذي أتلف الغرض منه، لأن هذا هو المتلف لا ما ذكرتموه من ذلك.

قالوا: ولأنه فعل لو أوقعه في حق غير القاضي لم يلزمه به ضمان القيمة فكذلك في حق القاضي، أصله إذا جنى على عبده أو ولده.

والجواب: هو أنا لا نسلم الفرع، لأنه لا يختلف الحكم فيه بين أن يكون القاضي أو لغيره إذا كان له في ذلك غرض فلم يصح ما قالوه، وأما الدار إذا أتلف عليه منها جزءا إنما لم يلزمه بذلك كمال القيمة، لأن القصد منها السكنى وذلك لا يفوت بفوات جزء منها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن المقصود منها قد تلف لا سبيل إلى ارتجاع ذلك، ولا يمكن تلافيه، فهو كما لو أتلف جميع الدار بأن خربها وأحرقها فإنما تلزمه كمال قيمتها فلم يصح | ما قالو [183] من ذلك.

قالوا: ولأن المنافع المقصودة من الركوب لا تفوت بقطع ذنبه، وإنما يستنكف مثل هذا شيء يعود إليه وقلة مروءة، وهذا لا يتعلق به ضمان القيمة كلها، ألا ترى أن من سود ثياب القاضي ولونها عليه فإنه لا يلزمه كمال قيمتها وكذلك في دابته مثل ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إن كانت بقيت في ذلك منافع إلا أن ذلك لا يمنع من كمال القيمة كما قلناه فيه إذا قتلها، فإنه قد بقي فيها منافع بعدئذ، ومع ذلك يلزمه كمال القيمة.

والثاني: هو أنه يجوز أن يقال أن القاضي والقاضي يستويان فيما طريقه الإتلاف في أنفسهما، لأن القصة من القاضي صحة عقله ومعرفة مواضع الأحكام وعفته ونزاهته، فإذا جنى عليه جاني استوى هو والعامي في ذلك، إذا الغرض باق منه مع إتلاف عضو منه، وليس كذلك إذا أتلّف عليه ماله فيه غرض مقصود فإنه لا سبيل إليه، فيجوز أن يقال إنه يجب كمال قيمته، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا فقأ عين دابة وجب عليه ما يقتص من قيمتها⁽²²⁶⁵⁾.

وبه قال الشافعي⁽²²⁶⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: إذا فقأ عين دابة وجب عليه ربع قيمتها⁽²²⁶⁷⁾.

ودليلنا: هو أنها جناية على دابته، فوجب أن لا يضمن عقد. أصله الجناية على أطرافها، وإن شئت قلت: جناية على غير آدمي، فوجب أن لا يضمن مقدار أصله ما ذكرناه من الأطراف أعني البهيمة.

وقياس آخر: وهو أنها بهيمة لا تضمن أطرافها بمقدر، فلا تضمن عينها بمقدار، أصله الغنم وسائر الطيور الزجاج وغير ذلك.

⁽²²⁶⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 173 - النوادر: 10 / 337 ، 338.

⁽²²⁶⁶⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7 / 139 ، 140.

⁽²²⁶⁷⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب لا يملك أحد بالجناية، 6 / 98، وقال منقطع، وانظر: البدر المنير: 6 / 774.

ولأن الدابة لو كانت مما تضمن عينها بمقدار لكانت أطرافها بهذه المنزلة أيضا، ألا ترى أن الآدمي لما تضمنت أطرافه بمقدار كانت عينه أيضا مضمونة بمقدار، ولأن عين التهمة لو كان مضمونا بمقدار لوجب أن تضمن بنصف قيمتها كالآدمي الذي يضمن عينه بنصف دينه. ولما ثبت وتقرر أنه يضمن ذلك بربع قيمتها دل على أن هذا الاعتبار لا يصح وليس بقياس.

واحتج بما روى الحجاج بن أرطاة عن الحكم «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه اجتماعا | على أن على عين الدابة ربع قيمتها»⁽²²⁶⁸⁾. [ب183]
وهذا تقدير منهما بذلك فوجب الرجوع إليهما في ذلك.

والجواب: هو أن راويه الحجاج بن أرطاة، فقد قيل: إنه من مدلسي الكوفة، فلا يلتفت إلى ما رواه.

وجواب آخر: وهو أن ذلك لو كان صحيحا لاشتهر وعرفناه كما عرفتم، ولو صح لاحتمل أنهما أوجبا فيه ضمان ما نقص فبلغ ذلك ربع قيمتها، ومثله روى بعض الصحابة أنه قضى في العين القائمة ثلث الدية، ولم يكن ذلك من جهة التقدير، وإنما كان ذلك من جهة الحكومة، فبلغ ذلك ثلث الدية فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه حيوان يسهم له من الغنيمة فجاز أن يضمن عنه بمقدار أصله الآدمي.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ أن الدابة يسهم له وإنما أسهم لصاحبها لما يلحقه عنها من المؤونة لأجلها.

والثاني: أنا لا نسلم أن العلة في الأصل ما ذكرتم، وإنما العلة فيه كونه آدميا، ألا ترى أن العبد والمجنون والمرأة والذمي والصبي؛ هؤلاء كلهم تضمن أعينهم بمقدار وإن كانوا لا يستحقون من الغنيمة شيئا.

والثالث: أنا نقلب فنقول؛ فوجب أن لا يتقدر بربع الغنيمة أصله الآدمي، أو فوجب أن يكون أطرافه وعينه سواء أصله ما ذكرتم، وعلى أن المعنى في الآدمي أن أطرافه مضمونة

⁽²²⁶⁸⁾ لم أجده بهذا اللفظ، وعند ابن أبي شيبه في مصنفه عن شريح قال: «أتاني عروة البارقي من عند عمر أن في عين الدابة ربع قيمتها». أخرجه في المصنف، ما جاء في عين الدابة، ر: 27968، 9/ 276.

بمقدار لشرفه وكرمه، والله تعالى كرمه فقال: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: 70]، وهذا المعنى لا يوجد في البهيمة فافترقا.

قالوا: ولأن الحيوان على ضربين: آدمي وغير آدمي، وقد ثبت أن الآدمي منه ما تضمن عينه بمقدار وهو الحر، ومنه ما لا يضمن بمقدار وهو العبد، فكذلك غيره أيضا يجب أن يكون مثله، وتحريره أنه أحد نوعي الحيوان، فجاز أن يكون منه ما تضمن عنه بمقدار أصله الآدمي.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن البهيمة لا ترد إلى الآدمي بوجه ولا سبب، لأنه لا مشابة بينهما ولا مناسبة، والمعنى في الآدمي ما ذكرناه، وأن جميع أطرافه تتقدر وليس كذلك البهيمة فافترقا والله أعلم.

مسألة:

والشيء المغصوب مضمون باليد، فمن غصب شيئا | فقد ضمنه إلى أن يردّه. [184]

فإن رده كما غصبه سقط منه الضمان ولزم المالك قبول ذلك. فأما أن تلف عنده بوجه من وجوه التلف، ضمنه بقيمة يوم الغصب، إما بمثله إن كان له مثل، أو بقيمته إن كان لا مثال له، أي نوع كان؛ من ذهب أو فضة أو متاع أو عروض (2269).

وقال الشافعي: يجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف (2270).

ومثال ذلك عنده: أن يكون الشيء المغصوب يساوي مائة حال الغصب ثم صارت قيمته ألف درهم عند الغاصب في بعض المدة ثم نقصت فإنه يلزمه الألف.

ودليلنا: هو أنها زيادة في القيمة من جهة السوق، فوجب أن لا يلزم الغاصب. أصله إذا كانت العين باقية، فإنه لا يلزمه أكثر من تسليمها، وإن كانت للأسواق قد اختلفت عينها، فلذلك إذا كانت معدومة فوجب أن لا يلزم الغاصب إلا قيمتها يوم الغصب.

ولأن الغصب هو النقل والتحول وذلك لم يوجد إلا يوم الغصب، فأما بعد ذلك فلا يقع عليه هذا الاسم فلا تضمنه قيمة لم تكن في يوم الغصب، لأنه لو كان يجب أن يضمن

(2269) انظر: المدونة: 4/ 178 - النوادر: 10/ 330 - التفریع: 2/ 274.

(2270) انظر: مختصر المزني: 117 - المهذب: 3/ 413 - الحاوي الكبير: 7/ 146.

الزيادة لوجب أيضا إذا كانت تساوي عشرة، ثم نقصت قيمتها فصارت إلى خمسة لوجب أن يأخذ بخمسة، ولما لم يقل ذلك بل أخذناه بقيمتها يوم الغضب، ولم يعتبر النقصان في الثاني فكذا الزيادة مثل ذلك.

واحتج بأن قال: لأن استدامة الغضب كابتدائه، الدليل عليه؛ أنه يطالب بالرد وترك الغضب ويقع عليه اسم غاصب وظالم وآثم والحيلولة حاصلة من جهته كحالة الابتداء، فيجب أن يكون الشيء عليه مضمونا بقيمته من ذلك الوقت كما كان ذلك في الابتداء.

والجواب: هو وإن كان يسمى بذلك، وهو آثم وغاصب وظالم، إنما سمي بذلك لأجل أخذه ما لا يستحقه، والقيمة عليه مستقرة يوم الغضب، فإن رد العين كما كانت يوم الغضب فقد زال عنه الضمان وزال عنه الاسم، فإن تلفت أَلْزَمناه بقيمتها يوم غضبها، والمتلفات كلها على ذلك بقدر لأن ذلك كان وقت العدوان فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا غصب دارا أو ثوبا أو عبدا أو دابة فلم ينتفع به بسكنى ولا بركوب ولا استخدام ولا لبس | ولا غير ذلك ولا بإكراه وأغتله، فلا شيء عليه، ولا يطالب بأجرة المدة [184ب] التي بقيت العين المغصوبة في يده⁽²²⁷¹⁾.
وبه قال أبو حنيفة⁽²²⁷²⁾.

وقال الشافعي: المنافع مضمونة بالغضب ويؤخذ منه ذلك للمدة التي بقيت العين في يده⁽²²⁷³⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: 91]، وهذا الغاصب ما رد العين على ما أخذها فهو محسن بذلك، فلا يجب أن يطالب بشيء آخر، لأنه فعل ما وجب عليه وهو يرد العين المغصوبة إلى صاحبها.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بال ضمان»⁽²²⁷⁴⁾، وهذه العين مضمونة عليه

(2271) انظر: المدونة: 4 / 178 - النوادر: 10 / الرسالة: 137 - الكافي: 430.

(2272) انظر: مختصر الطحاوي: 118 - المبسوط: 11 / 76.

(2273) انظر: مختصر المزني: 117 - المهذب: 3 / 412.

(2274) تقدم تخريجه.

يوم الغصب فلا يلزمه ضمان بالغصب.

والقياس: هو أنها منافع تلفت تحت يد الغاصب من غير أن ينتفع بها ويأخذ لها بدلا، فوجب أن لا يضمنها أصله بضع الأمة. قال لا يمتنع أن تكون هذه منفعة وهذه منفعة وإحداهما تضمن وإن لم تضمن الأخرى، كما أن الحر عين والعبد عين ثم أحداهما يضمن بالغصب وهو العبد، والحر لا يضمن فكذا في مسألتنا يجوز أن لا يضمن بضع الأمة وتضمن منافعها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عندنا إن انتفع بمنافع الأمة أو العبد، فإنه يلزمه لذلك أجرة بأن لم ينتفع لم يلزمه شيء.

والثاني: هو أن عين العبد وإن ضمنت لأنها عين تقبل بال ضمان والحر لا يضمن باليد، وإن كان يضمن بالجناية فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها منافع لم تستوف من العين المغصوبة فلا يضمنها الغاصب أصله منافع البضع، وهو أن يحبس حرة فلم يمكنها من التزويج ومضى لذلك مدة من الزمان، فإنه لا يضمن ذلك كذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في البضع إنما لم يضمن بالغصب، لأن تلك المنافع لا تنحصر ولا يمكن تقديرها ولا يدري كم أتلّف من ذلك، وليس كذلك المنافع التي هي الاستخدام، ولأن ذلك يتجزأ ويتبعض ويعلم قدر ذلك فوجب أن يلزمه ضمان ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه كان يجب أن تقولوا، إنه يجب عليه الشهر أو آخر الأجل فوات عطية واحدة كما قلتم في النكاح الفاسد في مقابلة وطأة واحدة، وهنا قلتم إنه لا يجب عليه بذلك شيء دل على أن المنافع لا تضمن إلا بالانتفاع لا غير.

قالوا: في منفعة البضع أنها لا تفوت بفوات الزمان، ألا ترى أن كل ما حرم الله من الزمان لا يستحق في مقابلة جزء من المهر، بخلاف منفعة الخدمة، | فإنها تفوت بف [185] الزمان.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما لأنه إذا حبس حرة ومنعها من التزويج زمانا من الأزمان فقد فوت منافع بضعها، وما من جزء من الزمان يمر بضمن إلا وقد فوت ذلك عليها ومع ذلك لا يلزمه ضمان ذلك، فكذا في مسألتنا مثله، ولأن الأجرة في المنافع إنما يجب

بوجود المنافع واستيفاء ذلك، وههنا ما يستوفي شيئاً فلا يجب عليه ضمان ما لم يستوفه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المنافع لا يتناولها اسم المال؛ لأنها معدومة في الحال وتعدم بعد وجودها، والتمول لا يصح فيها، وإذا كان التمول لا يصح فيها وجب أن لا يلزم ضمان ذلك، ولأن ما لا يضمن بالغصب منفعة بضعه لا تضمن بمنفعة خدمته، أصله الحر إذا حبسه.

قالوا: لا نسلم؛ لأن عندنا إذا حبس حرة فاستكتبها واستخدمها، فإنه يجب عليه أجرة مثلها وإن لم يستخدمها، فهل يضمن منفعة خدمتها أو لا فيها، فيها وجهان: أحدهما إن ذلك يلزمه. والثاني: لا يلزمه، وإن سلمنا؛ فإن الحرية يده ثابتة على منافعها، والأمة بخلاف ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحرية إذا حبسها مدة من الزمان ولم يستكتبها ولا استخدمها إلا أنه قد فوت بذلك عليها منافع بضعها، لأنه منعها من أن تتزوج وتأخذ لذلك بدلا، ولا تستحق إبدال عليه شيئاً في فوات ذلك عليها، فكذلك في مسألتنا، وأما ما ذكره من الأمة فإنها بخلاف الحرية، لأن منافعها يملكها الغاصب فإن ذلك غير صحيح؛ لأنه مال ينتفع بذلك فلم يملك شيئاً، لأن الملك إنما يطلق على ما يمكن تملكه، وأما ما لم يخلق فلا يصح وصفه بذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194] الآية.

والجواب: هو أن هذه الآية لا حجة فيها؛ لأنه إنما أراد بذلك الجنايات على النفوس، ألا تراه أنه أضاف ذلك إلينا.

والثاني: هو أن الآية تفيد بإطلاقها أن يُعتدى على الغاصب وأن يؤخذ منه كما فعل بواحد مثل ما أخذ فلم يصح ما قالوه.

والثالث: هو أن الآية تفيد أيضاً أن يؤخذ منه مثل ما أخذ، والغاصب ما أخذ منفعة ولا انتفع فلا يؤخذ منه لأجل ذلك شيء.

قالوا: ولأن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب أن يضمن بالغصب أصله الأعيان.

والجواب: هو أنه يلزم عليه البضع، فإنه يضمن بالمسمى في العقد الصحيح فلا يضمن بالحبس فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا انتفع | واستغل، فإنه يلزمه أجرة ذلك فلم يصح [185ب] ما قالوه من ذلك، وعلى أن المعنى في الأعيان أنها أموال ويقع التصرف فيها، فلذلك ضمنت بالغصب، وليس كذلك المنافع لأن اليد لا يثبت عليها فم يجز اجتماعها كذلك في باب الضمان.

قالوا: ولأن الغصب سبب يضمن له أعيان الأموال فتضمن به منافعها أصله عقد الصحيح. والجواب: هو أنه يلزم عليه البضع. والثاني أنا نقول بموجبه وهو إذا انتفع فإنه يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك، والمعنى في الأعيان أنها تملك بالتصرف فيها وليس كذلك المنافع لأنها معدومة، وضمان ما لم يوجد ولم يخلق لا يجوز كالأعيان إذا كانت أيضا معدومة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه أتلف عليه ما يتقوم بغير رضاه وهو من أهل الضمان في حقه، فوجب أن يلزمه ضمانه أصله إذا أتلف عليه عينا.

والجواب: هو أنه يلزم عليه. والثاني أنا نقول بموجبه، والمعنى في الأعيان ما تقدم ذكره فأغنى عن إعادته وإطالته.

قالوا: ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان، والدليل على ذلك؛ أنها تضمن في العقد الصحيح وبالمثل في العقد الفاسد، ويدخلها البدل والإباحة وتملك بالإرث والوصية ويصح بدل المال في مقابقتها، فإذا ثبت الغصب في الأعيان فكذلك في المنافع.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن المنافع لا تجري مجرى الأعيان، لأن الأعيان موجودة ومشار إليها، والمنافع معدومة، وإذا وجدت عدمت في الحال، فكيف يجوز أن يقال إنها مثل الأعيان، فلم يصح هذا الكلام.

والثاني: هو إن كان كذلك؛ فلم أجريتموها مجرى الأعيان، فكان يجب أن تضمن منافع البضع، لأنها منفعة مقصودة، فلما منعتم من ذلك دل على أن المنافع لا تشبه الأعيان بوجه ولا سبب.

وجواب آخر: وهو أنا نضمنه ذلك إذا انتفع، وأما إذا لم ينتفع فإنه ما استوفى شيئا ولا

يضمنه ما لم يحصل في يده، ألا ترى أن العين لما حصلت في يده قلنا إن كانت موجودة ردها، وإن لم تكن موجودة ألزمناه ضمان قيمتها، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن المنافع أكد في باب الضمان من الأعيان، ألا ترى أن عين الحر لا يصح العقد عليها ومنفعته يصح العقد عليها، فقد ثبت أن العين تثبت بالغصب فكذلك المنفعة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن البضع أكد في باب الضمان، بدليل أنه لا يستباح إلا بهال، وسائر ما ذكرتموه يستباح بالعارية والوصية والهبة وغير ذلك، ومع ذلك لا يضمن الغاصب ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم بالصواب.

مسألة:

وإذا سكن الدار المغصوبة إما بنفسه أو أجراها من غيره وأخذ الأجرة لنفسه، أو كانت دابة فركبها أو عبدا فاستخدمه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

ففرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان:

فقال في الربع إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل، وإن أكرها من غيره لزمه غرم ما أكرها به إن كان بقدر أجرة المثل، وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة، وفي الرقيق والدواب لا رجوع للمالك على الغاصب، لا فيما ينتفع بنفسه ولا فيما أكرها واغتله.

وقد قيل: فرق بين ذلك كله، فيرجع المالك عليه بإكراه ما أكرها وغلته.

وروي عن مالك رحمه الله: أن المالك لا يرجع شيئا أصلا لا من أجره ولا من كراء، إلا بما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكرها من كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمان⁽²²⁷⁵⁾.

وهو قول أبي الفرج المالكي⁽²²⁷⁶⁾ من أصحابنا.

وهو قول أبي حنيفة⁽²²⁷⁷⁾.

⁽²²⁷⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 180 - النوادر: 10 / 350 - التفريع: 2 / 276 - البيان والتحصيل: 11 / 230، 231، 283.

⁽²²⁷⁶⁾ أبو الفرج الليثي القاضي المالكي بن محمد بن عبد الله البغدادي، نشأ ببغداد وأصله من البصرة، صحب إسماعيل وتفقه معه، وكان من كتّابه فيما ذكر، وصحب غيره من المالكيين، وولي قضاء طرسوس وأنطاكية والمصيصة والثغور، وكان فصيحاً لغوياً فقيهاً متقدماً، ولم يزل قاضياً إلى أن مات سنة ثلاثين وقيل إحدى وثلاثين وثلاثمائة. الجمهرة: 2 / 886، 887، ر: 853.

وقال الشافعي: جميع ذلك مضمون على الغاصب سواء انتفع أو لم ينتفع⁽²²⁷⁸⁾.

والدليل لقول مالك رحمه الله ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»⁽²²⁷⁹⁾.

وأراد بذلك عليه السلام، الغلة والمنفعة، وفي مسألتنا الضمان على الغاصب، فيجب أن تكون الغلة له.

قالوا: فهذا الخبر ورد على سبب، وذلك أن رجلا ابتاع عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فأراد رده في زمن عمر بن عبد العزيز.

وروى غيره عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: «قضى رسول الله ﷺ في هذا أن الخراج بالضمان»⁽²²⁸⁰⁾ فوجب أن يقتصر على سببه الذي ورد فيه.

والجواب: هو أن أصحابنا اختلفوا في مثل هذا، فمنهم من قال: لا يقض على سببه. ومنهم من قال: يجب أن يحمل على عمومته وشموله، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أنها إحدى منفعة العقود، فوجب أن لا يضمن ذلك أصله منفعة البضع، فكذلك الاستخدام والغلة مثله، بل البضع أكد من الاستخدام. الدليل على البضع الآكد أنه لا تدخله الإباحة بوجه ولا سبب، وإن كان يدخل في سائر المنافع، فإذا لم يجب الضمان في الذي هو أكد فأولى أن لا يجب فيما هو دون من ذلك.

ولا معنى لقولهم أن منفعة البضع لا تنحصر ولا تتقدر، لأنه لا يعلم ما أتلف من ذلك، لأن المنافع أيضا في الخدمة | بهذه المثابة، لأنها معدومة كمنافع البضع، ثم توجد ثم [186ب] تعدم فلا فرق بينهما بوجه ولا سبب.

وقياس آخر: وهو أنها منفعة حيوان فلا تضمن بالغصب. أصله إذا غصب حرا فإن منافعه لا يضمنها فكذلك في مسألتنا مثله.

⁽²²⁷⁷⁾ انظر: المبسوط: 11 / 50، 51 - بدائع الصنائع: 7 / 150.

⁽²²⁷⁸⁾ انظر: المهذب: 3 / 412.

⁽²²⁷⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²²⁸⁰⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الرد بالعيب والخراج بالضمان، 5 / 137.

قالوا: والمعنى في الحر أن يده ثابتة على منافعه، فلذلك لم يضمن ذلك الغاصب وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو وإن كانت يده ثابتة على منافعه، إلا أنه في حال كون مغصوبا أو محبوسا لا يقدر أن يؤاجر نفسه، فقد تلفت منافعه بعدم قدرته على التصرف فيها، ومع ذلك لا يلزم الغاصب بدل ذلك، وكذلك في مسألتنا مثله، ولا فرق بينهما.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²²⁸¹⁾.

والجواب: هو أنا كذلك نقول؛ وأنه يجب أن يرد ما أخذ إن كان موجودا رده بعينه، وإن كان مال مثل رد مثله، وإن كان مما لا مثل له رد قيمته فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن ما كان مضمونا بالبدل في العقد الفاسد كان مضمونا بالغصب أصله العين. وبيان ذلك أن الرجل إذا اشترى عينا فاسدا فتلفت في يده ضمنها بالقيمة، وكذلك إذا استباح منفعة إجارة فاسدة فاستوفاهما ضمنها بأجرة المثل فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه من جنس امرأة حرة حتى تلفت منافع بضعتها على مالك ذلك، فإنه لا يلزمه ضمان ذلك، وإن كانت منافع البضع مضمونة في العقد الفاسد.

وعلى أن المعنى في الأعيان مع التصرف فيها وثبتت اليد عليها وليس كذلك في مسألتنا، لأن المنافع معدومة لا تملك ولا تستقر اليد عليها، وكذلك يلزم أيضا على ما قالوه منافع الحر، وهو إذا حبسه عن التصرف، ولأننا نقول بموجب ما قالوه في العقار، وعلى قول بعض أصحابنا إذا انتفع بذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن المنافع أوسع من ضمان العين، بدليل أن أم الولد لا تضمن بالعقد وتضمن ما فيها بالعقد.

والجواب: هو أن هذا غلط بين عليها، وذلك أن أم الولد لا تملك السيد من الوطاء، فإنه لا يستحق على الغاصب شيئا، ولا يستحق عليه عوض بضعتها فلم يصح ما قالوه.

ولأننا قد بينا أن البضع أكد من سائر المنافع فإذا لم يضمن الأكيد بالغصب وجب أن لا يضمن الأدون، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

افصل:

وأما وجه ما فرق ابن القاسم بين العقار والحيوان: هو أن الحيوان غير مأمون، لأن التغير يسرع والتلف يجوز عليه، فيمكن أن يتلف باستعماله، فلذلك قلنا إنه يلزمه قيمته، وليس كذلك العقار، لأنه مأمون في الغالب، ولأن الحيوان يحتاج إلى نفقة ومؤنة، والغاصب لا يرجع فيما أنفق عليه فلكذلك المنافع غير مضمونة عليه، والرباع ترجع فيما أنفق عليها أو عمر فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتلت.

ووجه التفرقة بين أن ينتفع بنفسه وبين ما أكره واغتله في الحيوان والرقيق؛ هو أن ما أكره عوض في منافع ملك الغير، فكان ذلك كالعين القائمة فلزمه ردها وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضاً يستحق رده عليه، ولأنه إن أتلّف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئاً يغرم منه، فإذا أكره ثم تلف فقد اعتاض من الكراء الذي يغرمه.

ووجه القول أن المنافع لا تضمن أصلاً، ما بيناه أولاً في المسألة المتقدم ذكرها فأغنى عن إعادته.

ووجه القول أنه يلزم جميع ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»⁽²²⁸²⁾.

والجواب: هو أننا قد بينا أن هذه المنافع لا تسمى مالا، لأنهما ما لا يتمول وإنما يتمول الأعيان، والقياس: هو أنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة ملك، فلزمه قيمة ما انتفع أصله إذا ابتداء الاستخدام والسكنى من غير غصب، هذا وجه هذا القول وقد تقدم. والجواب عن جميع ذلك فأغنى عن إعادته.

مسألة:

عندنا إذا زاد الشيء المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة من تعليم صناعة أو زيادة سوق وما أشبه ذلك، فللمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجرة عليه لما علم من ذلك.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المالك لم يأذن له في ذلك، وليس ذلك بعين فيمكنه ارتجاعه، فأما إذا زادت عنده بسمن ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغاصب فردّه على

⁽²²⁸²⁾ تقدم تخريجه.

الحال التي غصب عليها يوم الغصب، أخذه المالك ولا ضمان على الغاصب⁽²²⁸³⁾.
وبه قال أبو حنيفة⁽²²⁸⁴⁾.

وقال الشافعي: الزيادة مضمونة على الغاصب⁽²²⁸⁵⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفس منه»⁽²²⁸⁶⁾ وهذا ما طابت نفسه، فوجب أن لا يلزمه.

والقياس: هو أنه مغصوب عاد إلى يد صاحبه كما كان، فوجب أن لا يلزم الغاصب [187ب] غير ذلك أصله إذا لم يزد عنده سمن ولا رفاهية، فإنه لا يجب عليه غير ذلك، فكذلك في مسألتنا إذا زادت ثم نقصت وردها على ما كانت عليه.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة حصلت في يده بغير فعله وتلفت من غير صنعه ولم توجد المطالبة من جهة من له المطالبة فلا يجب عليه ضمان ذلك، أصله إذا ألقت الريح ثوبا إلى داره وتلف فإنه لا يلزمه ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: لا نسلم أن الثوب يحصل في يده إذا ألقت الريح في داره حتى يأخذه بيده، ويكون ذلك من فعله، وبهذا نقول إذا عشش طائر في دراه فإنه لا يصير تحت يده، حتى أنه لو أخذه أجنبي كان أحق به من صاحب الدار، وكذلك لو طارت سمكة في سنارته لا تثبت يده عليها حتى يأخذها.

والجواب: هو أن هذا كله لا يصح؛ وذلك أن هذه الزيادة قد حصلت لا محالة تحت يده الغاصب لا بصنيعه ولا بفعله وتلفت من غير فعله وصنعه، كالثوب إذا طارت الريح به إلى داره ثم تلف، فإنه لا يلزمه شيء فكذلك في مسألتنا مثله.

وأما ما ذكروه من الطير إذا عشش في ملكه والسمكة إذا وقعت في سنارته؛ فإن ذلك يكون له وإن نازعه في ذلك منازع لحكمنا به له دون غيره، لأن ذلك تحت يده وفي ملكه،

(2283) انظر: المدونة: 4/ 178 - النوادر: 10/ 344 وما بعدها - التفریع: 2/ 276.

(2284) انظر: المبسوط: 11/ 54 - بدائع الصنائع: 7/ 143.

(2285) انظر: الأم: 4/ 535 - مختصر المزني: 117 - المهذب: 3/ 421.

(2286) تقدم تخريجه.

والظاهر شهادته فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وإن كان تلف ذلك من غير فعله إلا أن ذلك سبب فعله، وهو الغصب فصار السبب فيه كالمباشرة فيه، كما لو حفر بئراً فوق فيها إنسان فمات فإنه يلزمه ضمان ذلك فكذا في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ما كان منه سبب إلا غصب العين، والعين قدرها على ما كانت عليه فلا يلزمه غير ذلك مما حدث بغير فعله وتلف من غير صنعه.

وعلى أن ما قالوه يبطل بزيادة السوق؛ فإن الغصب قد وجد من جهته في العين المغصوبة، ومع ذلك إذا زادت قيمتها ثم نقصت لم يلزمه ما زاد، فكذا ما زاد من جهة السمن في عينها.

وأما ما حفر البئر فغير لازم؛ لأنه إن حفر ذلك في ملكه فلا يلزمه ضمان ما تلف فيه، وإن حفر ذلك في غير ملكه لزمه ضمان ما تلف فيه، وليس كذلك الضمان لأجل حفر البئر.

وإنما قلنا ذلك لأجل إنه تعدى في فعل ذلك، ووزان | مسألتنا أن لو جنى على الجارية [188] فإن صاحبها عندنا بالخيار بعد أن يأخذها على ما هي عليه من النقص، وبين أن يطالب بقيمتها يوم الغصب فلم يصح ما قالوه.

وأما قوله: إن السبب مثل المباشرة فليس بكلام صحيح، لأن السبب يفارق المباشرة في وجوب الضمان، ألا ترى أنه عندك لو أمسك إنساناً حتى جاء آخر فقتله فإنك لا تقتل صاحب السبب وإن كان ذلك يجب عليه عندنا، وباتفاق منا ومنكم أنه لو أمسك امرأة غيره حتى زنى بها فإنه صاحب سبب فلا يلزمه الحد فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة لم يتناولها الغصب، فوجب أن لا يضمها الغاصب. أصله زيادة السوق فإنه لا يضمه ذلك فكذا في مسألتان مثله.

قالوا: لا نسلم لأن إمساكه للجارية غصب وتعد، فكان ذلك كأنه وجد يوم غصبها.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن هذه الزيادة ما يتناولها غصبه، وإنما حدثت في الثاني كزيادة السوق ومع ذلك لا يضمن ذلك فكذا في مسألتنا ولا فرق بينهما.

قالوا: فزيادة السوق لها تلك الزيادة في القيمة، والقيمة تختلف بكثرة الجلب وقلته،

وليس كذلك هذه الزيادة لأنها من العين المغصوبة، فلزمه ضمان ذلك كالعين نفسها.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما؛ لأن جميع ذلك حصل لا بفعله وتلف من غير فعله، فلم يصح ما قالوه.

ولأنه رد العين كما أخذها فلم يلزمه غرماً، أصله إذا غصبها مهزولة فردّها على تلك الحالة ولم تكن زادت عنده. ولا يلزم عليه ما يقولونه من الصيد، إذا صاد المحرم صيدا مهزولا وضمن عنده ثم زال ذلك، فإن عندنا لا فرق بينهما فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن هذه المسألة مبينة لنا على أصل، وذلك أن الشيء المغصوب عندنا مضمون على الغاصب من يوم غصبه، فما طرأ بعد ذلك من زيادة أو نقصان، فإن ذلك طارئ على عين مضمونة عليه ولا يلزمه بذلك شيء.

واحتج بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42]، والغاصب ظالم فوجب أن تكون السبيل عليه من كل وجه.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه ظالم للزيادة التي حصلت تحت يده من غير فعله وتلفت من غير صنعه، كما أنه ليس بظالم أيضاً في زيادة الأسواق.

والثاني: أنه محبس بزيادة الشيء المغصوب، لأنه إذا كان قد أنفق عليه وعلمه صناعة [188ب] حسنة يكتسب منها المال، فإن المغصوب منه يأخذ عنده عين الزيادة ولا رجوع للغاصب عليه في مقابلة ذلك الشيء فلم يكن ظالماً، بل يكون قد أحسن بذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها زيادة في العين المغصوبة لو أتلّفها الغاصب ضمنها، فإذا تلفت تحت يده وجب أن يلزمه ضمانها، أصله إذا طالبه صاحبها فلم يردّها وأمسكها عن صاحبها مع وجود تلك العين الزائدة فيها.

والجواب عنه من أوجه:

أحدها: أنا لا نسلم ذلك في الفرع ولا في الأصل، أما الفرع؛ فإن عندنا أن هذا السمن لا يتصور أن يتلفه الغاصب لأن ذلك لا يتمكن منه ولا صنع له فيه.

والثاني: هو أنه لو أتلّف ذلك كما زعمتم وصورتم فإنه لا يلزمه إلا أحد أمرين:

إما أن يأخذها على ما هي عليه، أو يطالبه بقيمتها يوم الغصب، لأنها مضمونة عينها

في ذلك الوقت.

وكذلك عندنا لو جنى عليها بأن قطع يدها ورجلها قلنا لصاحبها: لك الخيار إن شئت أخذتها بنقصانها وإن شئت أخذت قيمتها يوم غصبك إياها، فلم يصح ما قالوه من ذلك. وعلى أنه لا يمتنع أن يلزمه الضمان إذا أتلّف الشيء ولا يلزمه إذا لم يتلفه، ألا ترى أنه لو قصد إتلاف الوديعة لزمه ضمان ذلك. ولو تلفت من غير صنعه وفعله لم يلزمه ضمان ذلك فكذلك في مسألتنا أيضا مثله، وكذلك إذا ألقت الريح ثوبا إلى داره فقام إليه وحرّقه ومزقه فإنه يلزمه ضمانه، ولو تركه على حاله حتى تلف فإنه لا يلزمه ضمانه، فكذلك في مسألتنا، فافترق الحكم بين ما يتعدى فيه وبين ما لا يتعدى فيه. وهذه الزيادة إنما حصلت في يده على وجه الأمانة، فهي كالوديعة تضمن بالتعدي ولا تضمن من غير تعدي، وهذا كله لا يلزمنا نحن؛ لأن عندنا لصاحبها أن يأخذها بنقصانها إن شاء، وإن شاء أخذ قيمتها يوم الغصب لم يصح ما قالوه.

وأما الأصل الذي قاس عليه؛ وهو أن يطالبه بها وهي سميّة فامتنع حتى هزلت عنده، فإنه لا يلزمه عندنا أكثر من أحد أمرين: إما القيمة يوم الغصب، أو ردها على ما هي عليه، وكذلك لو جنى عليها كما بيناه أولا.

قالوا: ولأنها زيادة بسبب حدث في عين مضمونة بيد متعديّة، فوجب أن تكون مضمونة أصله السمن في الصيد في حق المحرم.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذه الزيادة له؛ لأنه لم يغصبه إياها وإنما حدثت | بعد [189] استقرار الضمان عليه فهي في يده أمانة، فإن بقيت إلى حال الرد أخذها وإن لم تبق فلا شيء له، وهذا بمثابة ما لو ألقت الريح ثوبا لإنسان في دار غيره فإنها لصاحبها ما دام هي باقية، في فإذا تلفت من غير صنع لم يلزمه شيء فكذلك ههنا.

والثاني: هو أنه يلزم عليه زيادة الأسواق، فإن هذه الزيادة إن كانت كذلك فهي له ولا يلزمه ضمان ذلك فلم يصح ما قالوه.

وأما ما ذكروه من الأصل: وهو الصيد فإننا لا نسلم؛ لأن عندنا لا يلزمه أكثر من تركه وإطلاقه وما نقص منه لا يلزمه لأجله شيء فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن ما حرم على الغاصب إمساكه من الأموال، وجب أن يضمّنه بزيادة، أصله

السمن الموجود والشعر النابت حال الغضب.

والجواب: هو أنه يلزم عليه زيادة الأسواق.

والثاني: هو أنا قد بينا أن الذي عليه إما العين على ما هي عليه، أو قيمتها يوم الغضب لا غير ذلك، لأن جميع ذلك قد حصل في يده من غير غضب، وإنما غصبت العين لا النماء والسمن فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأن المعنى فيما ذكره أن ذلك قد وجد حال الغضب وليس كذلك في مسألتنا، وإن كان هذا الفرق لا يلزمنا فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما إذا رده ناقصاً في يده عما كان غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يسلمه وتضمنه القيمة يوم الغضب⁽²²⁸⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن متعد عليه والغاصب تعدى فكان أحق بالحمل عليه، لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42]، ولأن المتعدى عليه مخير في الأصول، لأنه مجنى عليه في ملكه فله أن يقول لا أخذها كسيرة وقد غصبها مني صحيحة.

فصل:

إذا ثبت أنه مخير: فإن أخذها ناقصة فإنه ينظر في ذلك:

فإن كان ما حدث بها من النقص من الله تعالى لا بفعل الغاصب، فليس للمالك إلا أخذها بلا إرش وإسلامها، وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغضب.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغاصب كان ضامناً لها يوم الغضب، فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكم في الضمان، لأنه لو كان على أصل مضمون، فأما إذا اختار المالك أخذها فقد رضي بعيبها لأنه لو لم يرض به، لكان يسلمها أو يرجع بالقيمة، فإذا قال أريد الأرش لم يكن ذلك له⁽²²⁸⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الغاصب لم يكن ضامناً لما حدث بانفراده، وإنما كان ضامناً له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة له.

⁽²²⁸⁷⁾ انظر: المدونة: 4/ 178 - النوادر: 10/ 316، 317 - التفريع: 2/ 275، 276.

⁽²²⁸⁸⁾ انظر: النوادر: 10/ 326 - التفريع: 2/ 275.

فصل:

وأما إن كانت الجناية من فعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو رجلها أو فقاً عينها وما أشبه ذلك واختار ربها أخذها على ذلك، فهل يجب لها أرش النقصان أم لا، فقد اختلف في ذلك أصحابنا:

فقال ابن القاسم: له المطالبة بالأرش، وقال محمد بن المواز وسحنون: ليس له ذلك⁽²²⁸⁹⁾.

فوجه ما قال ابن القاسم: أنها جناية على ملك الغير فكان له المطالبة بذلك. أصله إذا ابتدأ الجناية عليها، ولأن المالك متعدد عليه بشيئين: بالغصب فكان له أخذ الغاصب بما شاء من ذلك.

ووجه قول محمد وسحنون: هو أنه ضامن لقيمتها يوم الغصب، والجناية إنما طرأت بعد وجوب الضمان، فلم يكن له بذلك حكم، أصله إذا طرأ ذلك بفعل من الله تعالى، ولأن الجناية على النفس أكد وأغلظ من الجناية على الأطراف، وقد ثبت أن الغاصب لو قتلها لم يلزمه زيادة على قيمتها يوم الغصب، ففي الجناية على الأطراف أولى، فهذا هو الصحيح.

مسألة: عندنا أن العقار يضمن بالغصب، وكذلك النخل والأشجار، فإذا غصب أرضاً قتلقت بسيل أو غرق لزمه قيمة ذلك يوم الغصب⁽²²⁹⁰⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽²²⁹¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يضمن العقار بالغصب، ولا يتصور ذلك فيه، إلا أن يجنى بتلف فيضمنه بالإتلاف⁽²²⁹²⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ ﴾ [الشورى: 42]، وهذا ظالم فوجب أن يكون عليه السبيل.

⁽²²⁸⁹⁾ انظر: النوادر: 10 / 327-329.

⁽²²⁹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 180 - النوادر: 10 / 338 وما بعدها.

⁽²²⁹¹⁾ انظر: الأم: 4 / 524 - المهذب: 3 / 426.

⁽²²⁹²⁾ انظر: المبسوط: 11 / 73 - بدائع الصنائع: 7 / 146، 165.

والقياس: هو أنها عين مضمونة بالقبض من عقد، فوجب أن تضمن بالغصب أصله ما ينقل ويتحول.

قالوا: المعنى في تلك أنها تنقل فلذلك ضمنها بالعطب وليس كذلك العقار لأنه لا يتأتى ذلك فيها.

والجواب: هو أن هذه علتنا وزيادة فلم يصح ما قالوه من ذلك، وعلة الفرع تنتقض بوجود المودع للوديعة، ورجوع الشهود عن ما شهدوا به، فإنه لم يوجد النقل هناك، ثم إن الضمان يجب.

وقياس آخر: وهو أنها مال فجاز أن تضمن بالغصب أصله سائر المنقولات.

فإن قالوا: لا نسلم | أن العقار مال، والمال هو ما ينقل ويحول. [190]

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأنه مال، والدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من غصب شبرا من الأرض طوق بسبع أرضين»⁽²²⁹³⁾. قالوا: فقد روي أنه قال «من سرق»⁽²²⁹⁴⁾.

والجواب: هو أنه أراد بذلك من غصب، لأن السرقة لا تتأتى في العقار، وإنما لفظ الغصب فلا يمكن تأويله.

والذي يدل عليه ما روي «أن الحضرمي أو الكندي لما اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: إنه غصبني أرضي، لم ينكر ذلك عليه رسول الله ﷺ»⁽²²⁹⁵⁾، فثبت أنها بغصب، ولأن الغصب هو الاستيلاء على مال لغير والحيلولة بينه وبينه بالعدوان.

قالوا: المعنى في ذلك أنه ينقل ويحول، فلذلك ضمن بالغصب وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه يلزم عليه البيع، فإن أحدهما ينقل والآخر لا ينقل، ومع ذلك

⁽²²⁹³⁾ أخرجه البخاري، كتاب بدئ الخلق، ر: 3198، 2 / 420، ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض، ر: 1610، ص 656.

⁽²²⁹⁴⁾ أخرجه أحمد في مسنده، ر: 1639، 3 / 182.

⁽²²⁹⁵⁾ تقدم تخريجه.

يستويان في باب الضمان في البيع.

قالوا: المعنى في البيع أنه أوسع من الغصب في باب الضمان، ألا ترى أنه يضمن مائة بألف في البيع وفي الغصب لا يضمنه بأكثر من قيمته.

والجواب: هو أن في البيع قد يضمن ما قيمته مائة بعشرة في النقصان، وإن كان هناك في الزيادة، وعلى أن ما قالوه يبطل بالمنقولات، فإن البيع أوسع باباً من الغصب في الضمان ومع ذلك يستويان.

وقياس آخر: وهو أن كل عين جاز أن تضمن بالمسمى في العقد الصحيح، جاز أن تضمن بالغصب أصله المنقولات.

فإن قالوا: يلزم عليه الحربي، فإنه يضمن الأشياء بالعقد ولا يضمنها بالغصب.

والجواب: هو أن هذا غير لازم، ولأننا عللنا الأعيان، وهذه الأعيان التي لا يضمنها الحربي فإن المسلم والذمي يضمنانها، ولأن من طريق القيمة لا يلزم أيضاً، لأن ضمان الغصب يفتقر إلى الإيثار أو عقد الأمان وذلك غير موجود في الحربي. وأما ضمان البيع فإنه يصح منه؛ لأنه يصح منه عقده فلهذا افرقا.

وقياس آخر: وهو أن ما صح قبضه في البيع والهبة والرهن والإجارة صح أن يضمن بالغصب. أصله ما ينقل ويحول، لأنه سبب تضمن به الأموال المنقولات فجاز أن تضمن به العقار أصله العقد والإتلاف، فإن سائر الأشياء تضمن بذلك فكذلك في مسائلنا مثله.

ولأنه أتى على مال الغير بالاستيلاء فأبلغ ما قدر عليه وأمكنه فوجب عليه ضمانه أصله ما ينقل ويحول.

ولأن الغصب سبب للضمان، فوجب أن يضمن به | العقار أصله الإتلاف. ولأن ما [190ب] ضمن به ما ينقل ويتحول ضمن به ما لا ينقل ولا يتحول، أصله القبض في البيع.

واحتج بأن قال: لأنه لم يحصل منه فعل ولا تحويل لأن ذلك مما لا يتأتى فيه، إنما حصلت منه الحيلولة بين الملك والمالك والمنع من التصرف، وذلك لا يوجب ضمان الضمان. أصله إذا غصب رجلاً نفسه فحبسه في يده فإنه لا يضمنه فكذلك في مسائلنا مثله في العقار.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه قد وجد أكثر من ذلك، لأنه وجد الاستيلاء

منه على مال الغير بالعدوان، وإزالة ملك المالك من التصرف وإثبات يد نفسه عليه، وهذا المعنى زائد على الحيلولة، ولأنه إذا غصبه صاحبه فإنه يمكنه التصرف فيه بوكالته وعمالته ويؤجره غير ذلك من وجوه التصرفات وليس كذلك في مسألتنا لأنه يمنعه من جميع ذلك.

وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله: في مال غصب أنه لا تجب فيه الزكاة، لأنه يمكنه التصرف فيه، ولو غصب الرجل دون ماله أو أسر فإن الزكاة تجب عليه فيه، وكان فرقه في ذلك إمكان التصرف فيه، ولأن المعنى فيه إذا غصب الرجل نفسه وحبسه أن لا يضمن من أمواله ما ينقل ويحول، فلم يضمن ما لا ينقل ولا يحول وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما ضمن ما ينقل ويحول ضمن ما لا ينقل ولا يحول.

قالوا: ولأنه لم يوجد منه النقل والتحويل، فلا يضمن ضمان الغصب كما لو قعد على بساطه وهو بجنبه ومنعه أن يجلس، وأيضا إذا ركب دابته ومنعه منها.

والجواب: هو أنا لا نسلم لا للفرع ولا للأصل؛ لأنه وإن لم يوجد النقل إلا أن الاستيلاء قد وجد باليد المتعدية، ألا ترى أنه يمنع ذلك من بيعه أو إجارته وهبته وجميع تصرفاته فلم يصح ما قالوه.

وأما الأصل فإنه قد حصل أيضا غاصبا بذلك، لأنه قد منعه من ملكه أو ركوبه أو جلوسه عليه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وعلى أنه لا يمنع أن لا يوجد منه النقل والتحويل ومع ذلك الضمان يجب عليه. ألا ترى أن المودع لو جحد الوديعة وكذلك الشهود إذا رجعوا عن الشهادة، فإنه يلزمهم الضمان، فإن كان النقل والتحويل ما وجد فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه ما لا ينقل ولا يحول، فلا يضمنه | بالغصب أصله منفعة البضع. [191]

والجواب: هو وإن كان لا ينقل ولا يحول إلا أن الحيلولة قد وجدت منه واليد المتعدية، وعلى أن المعنى في البضع أن يد الغاصب لا تثبت عليه، ولهذا لا يثبت عليه، ولهذا إن غصب جارية صح تزويجها بخلاف العقار، فإنه تثبت يد الغاصب عليها ولا تصح إجارته. ولأن منفعة البضع لا تجري مجرى الأموال، بدليل أنه لا يدخلها البدل والإباحة فلا يملك الأرض والهبة ولا يتجر فيها، والعقار بخلاف ذلك لأنه مال.

قالوا: ولأنه ما لا يصح غصبه سرقة لا يصح غصبه أصله الحر.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن الحر تصح سرقة ويصح غصبه، وإنما لا يضمه لأن اليد لا تثبت عليه.

وعلى أن هذا القياس لا يصح؛ وذلك أن السرقة على وجه الاستتار والتخفي، وذلك لا يتصور في العقار والغصب يوجد على وجه المجاهرة والمكابرة، وذلك مما يتأتى في العقار فلم يصح اعتبار أحدهما بالآخر، وعلى أن المعنى في الحر أنه ليس بهال ولا يقبل عقد المعاوضات فلم يصح ما قالوه، من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن ولد المغصوبة إذا حدث بعد الغصب فإنه غير مضمون على الغاصب⁽²²⁹⁶⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²²⁹⁷⁾.

وقال الشافعي: هو مضمون⁽²²⁹⁸⁾.

ودليلاً ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»⁽²²⁹⁹⁾، وهذا ما طابت نفسه به بإخراج هذا المال عن يده، فلا يلزمه ذلك.

والقياس: هو أنه ولد حادث حصل في يده على أصل الآدمي فلم يضمه من غير فعل منه. أصله ولد المودوعة، وولد المستأجرة إذا تلفت تحت يده من غير فعل منه فكذلك في مسألتنا، هذا الولد لأنه حدث تحت يده من غير فعل منه، فكذلك في مسألتنا هذا الولد لأنه حدث تحت يده وتلف من غير صنعة.

قالوا: المعنى في ولد المودوعة والمستأجرة، أن ذلك الولد إنما لم يضمه، لأنه ما حدث من أصل مغصوبة وليس كذلك في مسألتنا لأنه حدث عن أصل مغصوبة.

والجواب: هو أنه باطل بولد المبيعة على مذهبهم فإن المبيعة مضمونة. وقياس آخر: وهو أنه ولد مغصوبة فوجب أن لا يضمه بغصب الأم أصله إذا كان حراً.

⁽²²⁹⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 179، 180 - النواذر: 10/ 343 وما بعدها - التفريع: 2/ 280.

⁽²²⁹⁷⁾ انظر: المبسوط: 11/ 70 - بدائع الصنائع: 7/ 156.

⁽²²⁹⁸⁾ انظر: الأم: 4/ 520 - المهذب: 3/ 421.

⁽²²⁹⁹⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: فقد علقتم على العلة ضد المقتضي؛ لأنه إذا كان ولد المغصوبة وكانت الأم مضمونة عليه بالغصب فالولد أيضا يجب أن يكون مضمونا عليه.

والجواب: | هو أنا ما علقنا على العلة إلا وفق المقتضي، وذلك أن هذا الولد حدث [191ب] تجريده بغير فعله وتلف من غير صنعه، والضمان في الأصول إنما يجب بنوع من الإتلاف، وههنا ما وجد أكثر من غضب الأم، فالضمان لازم له في ذلك دون الولد وصار ذلك بمثابة ولد المودوعة والمستأجرة إذا حدث ذلك تحت يد المودع، فإنه لا يلزمه ضمان ذلك إلا بالتعدي فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في الأصل؛ وهو ولد الحرة أن يده لا تثبت عليه، فلذلك لا يضمه وليس كذلك في مسألتنا، لأن الولد تثبت عليه اليد، فإذا ضمن الأم ضمن الولد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن يده لا تثبت عليه، وإنما ذلك أمانة في يده كولد المودعة وولد المستأجرة فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن الغصب سبب لا يضم به الحر فلا يضم به الحمل أصله عقد البيع والهبة والرهن وغير ذلك.

فإن قالوا: لا نسلم في البيع.

فالجواب: هو أنه مسلم في الهبة والرهن؛ لأنه إذا تلف تحت يده في الرهن من غير فعل منه، فإنه لا يضمه فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأنه سبب حصل في الآدمية على سبيل العدوان، فوجب أن لا يتبعها الولد، أصله الجنائية على الأم خاصة. ولأن الولد لا يتبعها فيه كذلك في مسألتنا، ولا يلزم عليه ولد العبد لأننا قلنا في الآدمية.

فإن قالوا: لا يمتنع أن يثبت ذلك في الأم ويكون الولد في ذلك على وجه التبعية لها كالبيع والهبة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن في البيع إنما يتبع، لأن ذلك ملكه فكان له ذلك، لأنه ملك أصل المبيع، فجميع ما حدث في ملكه، والغاصب ههنا إنما يده على الأصل، فما حدث إنما يحدث للمالك على وجه الأمانة، وإن كان موجودا وقت الرد رده مع أصله وإن كان معدوما لم يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وأما ولد المرهونة فإنه يكون مع الأصل رهنا لمالكه، وإن تلف أيضا بغير عدوان، فإنه لا يلزم المرتهن ذلك لأنه أمانة في يده كما ذكرنا في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه حصل في يده بغير صنعه فتلف من غير فعله فلا يضمنه. أصله إذا أتلف الريح ثوبا في دار وتلف ذلك الثوب فإنه لا يلزمه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

[192أ]

| قالوا: وإن لم يكن بفعله، إلا أنه سببه.

والجواب: هو أنه لا اعتبار بالسبب، ألا ترى أن ولد المودعة وولد المجنى عليها لا يضمن ذلك وإن كان السبب وجد منه، ولأن السبب لا يضمن به أيضا، ألا ترى أنه قد وجد منه السبب ومع ذلك لا يضمن زيادة الأسواق فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: المعنى في الثوب إذا ألقاه الريح في داره إنما لم يضمن لأنه سبب الضمان ما تقدم وليس كذلك في مسألتنا، لأن سبب الضمان قد تقدم فوجب أن يلزمه ضمانه.

والجواب: هو أنه يبطل بولد المجنى عليها؛ فإن سبب الضمان قد تقدم ومع ذلك لا يضمن ولدها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»⁽²³⁰⁰⁾، وهذا الولد مال امرئ مسلم قد تلف تحت يد الغاصب.

والجواب: هو أن الخبر لا بد فيه من ضمير، لأن نفس العين لا يتناولها تحريم ولا تحليل، وإنما المراد منها فعل في العين، وهذا الغاصب ما وجد منه فعل، فوجب أن لا يضمنه ما لم يوقع فعلا فيه يوجب الضمان فلم يصح ما قالوه.

ولأن الخبر دليل لنا أيضا، لأننا لا نوجب على هذا الغاصب شيئا لم يغصبه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ومن جهة القياس: هو أن ما ضمنه خارج الوعاء ضمنه في الوعاء. أصله الدراهم يضمنها في الكيس وخارج الكيس كذلك هذا الولد مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن مالكا رحمه الله قال في الحمل: أنه لا يكون له حكم إلا بعد الوضع، لأنه لو قال لأمته: ما في بطنك حر، فإنه لا يجوز له بيع الأمة حتى تضع، وقد

⁽²³⁰⁰⁾ تقدم تخريجه.

قال ينفذ البيع في الدين الحادث، فتبنى هذه المسألة على الغاصب لا يضمن الولد لأنه حمل.

والجواب: هو أن هذا لا يصح من أوجه:

أحدها: القول بموجبه وهذا إذا جنى عليه.

وجواب آخر: وهو أنه إنما يضمنه حال إفراذه عن الوعاء، ولأنه يمكن إفراذه بالضمان وليس كذلك حال كونه في الوعاء، فلم يجز اعتبارها خارج الوعاء مما داخل الوعاء، ولأنه إذا كان في الوعاء فهو كحرمة، ولو أتلّف عضوا منها كان المقصود منه عندنا بالخيار، إن شاء أخذ العين على ما وجدها، وإن شاء طالب بقيمتها يوم الغصب فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المعنى في الدراهم في الكيس إنما ضمنها؛ لأن يده ما ثبتت عليه، لأنه ما تناوله غصبه ولا عدوانه فهو كولد المودعة والمجنى عليها فلم يصح ما قالوه من ذلك. [192ب]

ولأن في الدراهم في الكيس يمكن ضمانها بالعقود التي تفتقر إلى التسليم وليس كذلك الحمل فإنه لا يمكنه ضمانه، لأن الغاصب ما حصل منه فيه فعل فلا يضمنه.

ولأن المعنى في الدراهم في الكيس إنما ضمنها لأن يده ما ثبتت عليه، لأنه ما تناوله عصبه ولا عدوانه، فهو كولد المودعة والمجنى عليها فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأن الدراهم في الكيس يمكن ضمانها بالعقود التي تفتقر إلى التسليم، وليس كذلك الحمل، فإنه لا يمكن ضمانه لأن الغاصب ما حصل منه فيه فعل، فلا يضمنه، ولأن المعنى في الدراهم في الكيس أنها معتبرة بنفسها وليس كذلك الولد في البطن، لأنه يقف ذلك على أمر حادث فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه سبب يضمن به الولد المنفصل فيضمن به الولد المتصل أصله الصيد إذا صادف المحرم.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا لا يكون الحمل مضمونا عليه، فإذا انفصل منه حيا لم يحدث في يده، وإنما يكون ضامنا بعد ذلك، لأنه يلزمه أن يسأله بغير ضمانه من أمر حادث من جهته، ولأن ولد الصيد لا يتعلق الضمان فيه بالإتلاف، وإنما يتعلق الضمان فيه بالإمساك الحادث بعد توجه الخطاب عليه بإرساله من قبل الله تعالى الذي هو المالك، وأما في الآدمي فالمالك هو الآدمي، ولا مطالبة من جهته فيما حدث في يده بغير فعله، فشأنه ولد

المبيعة والمودعة فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها زيادة حصلت في يده من عين مضمونة بيد متعدية فوجب أن يضمناها أصله السمن الموجود بها يوم الغصب.

والجواب: هو أنه ينكسر بزيادة الأسواق فإنها زيادة ومع ذلك لا يضمناها، وعلى أنه لا يمتنع أن تكون زيادة حصلت في يده ومع ذلك لا يضمناها كولد المودعة والمبيعة، ولأننا لا نسلم أن هذه الزيادة لها حكم وإنما يكون لها حكم إذا انفصلت، وأما السمن الموجود حال الغصب؛ فإنه إن كان ذلك موجودا وأراد صاحبها أخذها أخذها، فإن طالب بقيمتها يوم الغصب فله ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا تعذر على الغاصب تسليم المغصوب، مثل أن يغصب عبدا آبقا أو بعيرا فندت منه، أو شيئا سرق منه، أو ضاع ذلك المغصوب، فغرم الغاصب قيمة ذلك الشيء، فإن القيمة تصيره ملكا للمغصوب منه، ويضمن الغاصب ملك الشيء المغصوب، فإن وجده بعد ذلك لم يكن للمغصوب منه الرجوع في ذلك الشيء، ورد القيمة إلى الغاصب إلا أن يتراضيا على ذلك⁽²³⁰¹⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽²³⁰²⁾.

[193] وقال الشافعي رحمه الله: الشيء المغصوب | على ملك المغصوب منه ثابت، إذا وجد ذلك رد القيمة التي أخذها وأخذ عين ماله⁽²³⁰³⁾.

ودليلنا: هو أنه ملك البدل فيما يجوز أن يملك، فجاز أن يزول ملكه على البدل. أصله إذا باع ملك عبده وسلم الثمن، فإن ذلك يزول ملكه فكذلك في مسألتنا مثله، والدليل على أن ذلك على وجه البدل، هو أن العبد يقوم مقام فيقال كم يساوي، فيقال ألفا أو ألفين فيلزم الغاصب غرم ذلك.

⁽²³⁰¹⁾ انظر: التفريع: 2 / 279 - الكافي: 433.

⁽²³⁰²⁾ انظر: المبسوط: 11 / 78.

⁽²³⁰³⁾ انظر: مختصر المزني: 118، 119 - المهذب: 3 / 416.

فإن قالوا: لا نسلم أن القيمة بدل عن العبد، وإنما ذلك عوض عن الحيلولة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحيلولة لا قيمة لها، وإنما القيمة عن العبد فلم يصح ما قالوه.

قالوا: المعنى في الأصل أن لا يملك العبد إذا ابتاعه منه، لأن ذلك على وجه العوض في مقابلة معوض وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا يملك عوض في مقابلة ما لا يقدر على تسليمه فلا يملك ذلك.

والجواب: هو أن هذا يبطل إذا قبله الغاصب، فإنه يلزم القيمة للمغصوب منه، وإن كان ذلك في بدل مال فيما لا يقدر على تسليمه فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأن التضمين فيما هو معرض لانتقال الملك فوجب التملك. أصله الأب يحبل جارية ابنه فإنه يضمن قيمتها ويملكها بذلك فكذلك الغاصب يجوز أن يكون يملك المبنى به.

فإن قالوا: لا نسلم لأن الجارية لا تصير أم ولد للأب ولا تقوم في أحد القولين وإن يسلمها وهو الأصح، فلما جاز ذلك لأن التملك أوجب التضمين، لأن بإحباله إياها صارت أم ولد له وملكها فوجب عليه قيمتها، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه بدل مال فيما لا يقدر على تسليمه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ ولا فرق بينهما، لأن الأب غاصب ومتعد بإحباله جارية ابنه وتلزمه القيمة لولده ويملك الجارية به ويكون أم ولد له، فكذلك أيضا في مسألتنا مثله ولا فرق بينهما، ولأن الآبق كالمستهلك، والذي يدل على ذلك أن لا يباع ولا يوهب ولا يؤاجر ولا يقتنى ولا يتحمل له، فهو كما لو قتله، فإنه تجب قيمته، فإذا أخذ القيمة عليه وجب أن يزول ملكه عنه.

فإن قالوا: لا نسلم أنه كالمستهلك لأنه يصح الوصية به.

والجواب: هو أن باب الوصية أوسع؛ لأنه يجوز الوصية بالحمل وبما لم يخلق، وههنا قد أخذ القيمة، والقيمة في الأموال أخص من الثمن، لأن الثمن قد يزيد وينقص، والقيمة بخلاف ذلك إذا ملك | ذلك بالثمن الذي يجوز له أن يزيد، ويجوز له أن ينقص ذلك، أولى [193ب] وأحرى أن يملك ذلك بما ذكرناه.

ولأن الأعيان تضمن مرة بالثمن ومرة بالقيمة، وقد ثبت أن العبد يجوز أن يملك

بالثمن وكذلك يجوز أن يملك بالقيمة، فنقول لأنه بدلي الأعيان فجاز أن يملك بتضمينه. أصله الثمن، وكذلك بالقيمة يجب أن يملك أيضا بها.

فإن قالوا: لا نسلم أن القيمة ههنا بدل العين وإنما هو عن الحيلولة.

والجواب: هو أن هذا يبطل بها إذا قتله، ولأن هذا محال لأنه لما طالب بقيمته كما طالب إلا بقيمة عبده فلم يصح ما قالوه.

واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²³⁰⁴⁾.

قالوا: وهذا قد أخذ منه القيمة فوجب أن يرد ذلك.

والجواب: هو أن هذا ما أخذ إلا حقه، لأنه أخذ قيمة عبده ورضي بذلك فلا يلزمه رده فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه غرم قيمة ما لا يقدر على رده بخروجه عن يده، فوجب أن لا يملك بذلك الغرم أصله إذا كان الأب مدبرا أو أم ولد.

والجواب: هو أنه يبطل بها إذا قتله، وكذلك إذا غصب منه زيتا فخلطه بزيت له، فإنه قد غرم ما لا يقدر عليه، ومع ذلك يملكه فلم يصح ما قالوه.

وأما أم الولد والمدبر فإن ذلك لا يقبل الملك فلا يجوز أن يأخذ عوضا عما لا يقبل الملك وليس كذلك في مسألتنا، وأما إن قتل أم ولد فإنه يجب عليه قيمتها، فهو وزان مسألتنا في قتله العمد، ولأن المدبر وأم الولد لا تصح الوصية بهما، والابق بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنها جناية لم يستقر قرارها، فوجب أن لا يستقر الملك على يديها، أصله إذا ضرب عين إنسان فزال ضوءها وأخذ منه الدية ثم عاد الضوء كما كان، فإنه يسترجع الدية منه، فكذلك في مسألتنا وجب إذا أخذ القيمة عن عبده المغصوب ثم وجد أن يرد ما أخذ ويأخذ عين ماله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح لأوجه:

أحدها: إنه وإن كاتب لم يستقر فلم يطالب بقيمة عبده ولم يقوم، ويقال كان يساوي

⁽²³⁰⁴⁾ تقدم تخريجه.

ألفا وألفين ويأخذ ذلك منه فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أن قوله يبطل بما إذا غصب منه زيتا وخلطه بزيت له، فإن هذا هذه الجناية ما استقرت، ومع ذلك يأخذ قيمة زيتته.

فإن قالوا: إنما كان كذلك لأنه لا يقدر على الوصول | إلى عين ماله. [194أ]

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأن ههنا أيضا قد رضي بأخذ قيمة عبده فلم يصح ما قالوه، وعلى أن ما قالوه يبطل بما إذا تراضيا بذلك.

وأما الأصل الذي قاسوا عليه، وهو ذهاب الضوء وأخذ الدية ثم عاد ذلك فرد ما أخذ، إنما كان كذلك؛ لأن ذلك لم يكن على وجه القيمة، وإنما أخذ الدين لأجل الإلتلاف، فلما تيقنا أنه ما أتلّف شيئا، رددنا ما أخذه من الدية، لأننا تيقنا أنه ما أتلّف شيئا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنها معاوضة فلا تصح في العبد الآبق أصله البيع.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن هذا معاوضة، وإنما هذه قيمة لأجل الإلتلاف.

والثاني: الثمن هو معاوضة، ومع ذلك رضي به وألزمه نفسه وأخذ ذلك وحصل العوض في يده، فيجب أن لا يرجع فيه كالبيع الذي قاس عليه فالأصل الذي ليس عليه يشهد لما قلناه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن أخذ هذه القيمة لا يخلوا إما أن يكون لأجل الحيلولة التي حال بينه وبين عبده، فلا يجوز أن يكون ذلك لقيّمته، فلو أنه أتلّف في إباقه لوجب على المغصوب منه رد القيمة، فإن العبد لم يسلم للغاصب.

والجواب: هو أنه إنما أخذ العوض عن العين لما تعذر تسليمه فلم يصح ما قالوه من ذلك، ألا ترى أنه يعوضه عليه كما لو كان قد أتلّفه فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

فصل:

ولو غصب جارية فوطئها فإنه يكون بذلك زانيا لأنه وطئ عن غصب، فأشبهه إذا

غصب حرة، فإن جاءت الأمة بولد منه كان ذلك الولد رقيقاً لسيد الأمة⁽²³⁰⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن ولد الأمة من غير السيد تابع لها في الرق والحرية.

مسألة:

ولو غصب أرضاً قد زرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها، فإن كان وقت الزراعة لم يفت كان للمالك قلعه⁽²³⁰⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»⁽²³⁰⁷⁾. فوجب قلعه، ولأن منافعها مملوكة فليس له شغلها عن صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده، فيلزم المالك تبقيته وأخذ الأجرة، وإذا كان كذلك كان له قلعه والانتفاع بأرضه. فأما إن كان وقت الزراعة قد فات، فلا ينتفع المالك بها إن قلع الزرع، ففي ذلك روايتان عن مالك رحمه الله:

إحدهما: إن له قلع الزرع، والأخرى ليس له [قلعه، فيكون له على الغاصب أج^[194ب] المثل⁽²³⁰⁸⁾].

فوجه الرواية أن له القلع: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»⁽²³⁰⁹⁾ ولأنه زرع غاصب فوجب قلعه. أصله إذا كان في وقت يمكنه من زراعتها. ووجه الرواية الأخرى: أن له ليس له ذلك؛ لأنه لا ينتفع له بذلك، فكان قصده مجرد الإضرار بالغاصب، والرواية الأولى أصح والله أعلم بذلك.

مسألة:

⁽²³⁰⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 177 - التفریع: 2/ 280 - الكافي: 430.

⁽²³⁰⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 189 - النوادر: 10/ 340 - التفریع: 2/ 279.

⁽²³⁰⁷⁾ أخرجه مالك في الأقضية، القضاء في عمارة الموات، ر: 2166، 2/ 287. وأورده البخاري تعليقا في صحيحه، كتاب الحرق والمزاعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً، ر: 2235، 2/ 157.

⁽²³⁰⁸⁾ انظر: المدونة: 4/ 190 - النوادر: 10/ 340، 341 - التفریع: 2/ 279.

⁽²³⁰⁹⁾ تقدم تخريجه.

إذا أراق على ذمي خمرًا أو قتل له خنزيرًا، فقال مالك رحمه الله: عليه قيمته⁽²³¹⁰⁾.
وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽²³¹¹⁾.

وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحابنا: لا قيمة عليه في ذلك⁽²³¹²⁾.
وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽²³¹³⁾.

فالدليل لقول مالك رحمه الله: ما روي «أن عمال عمر رضي الله عنه كتبوا إليه يسألونه عن الذمي يمر بالمعاشر ومعه الخمر، فكتب إليهم: ولوهم بيعها وخدوا منهم العشر من أثمانها»⁽²³¹⁴⁾.
وهذا يدل على أن ذلك مال من أموالهم لأنه أمرهم ببيعها، والأمر من الإمام لا يقع إلا ببيع صحيح.

والثاني: هو أنه سمى ذلك بيعًا، والبيع لا يكون إلا فيما يتضمن المال.

والثالث: هو أنه سماها في مقابلة ذلك ثمنًا، والأثمان إنما تستحق في المبيعات الجائزة.

قالوا: فقد روي عن عمر رضي الله عنه خلاف ذلك، فروي «أن رجلاً جاء إليه بهال، وقال هذه صدقة الخمر، فقال له عمر رضي الله عنه: أنت أحق بأكله من المهاجرين والأنصار وغضب عليه»⁽²³¹⁵⁾.

والجواب: هو أنه رضي الله عنه قد حكم وانتشر عنه وظهر، ولم يظهر له خلاف في وقته عليه بذلك، وهو قوله: «ولوهم بيعها وخدوا العشر من أثمانها»، ولا يكون هذا التصريح أكثر

⁽²³¹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 190 - النوادر: 10 / 356.

⁽²³¹¹⁾ انظر: المبسوط: 11 / 102 - بدائع الصنائع: 7 / 147.

⁽²³¹²⁾ انظر: النوادر: 10 / 356.

⁽²³¹³⁾ انظر: مختصر المزني: 119 - المذهب: 3 / 436 - الحاوي الكبير: 7 / 221 وما بعدها.

⁽²³¹⁴⁾ أخرجه عبد الرزاق في المصنف، باب أخذ الجزية من الخمر، ر: 9886، 6 / 23.

⁽²³¹⁵⁾ لم أجده بهذا اللفظ، وروى البيهقي بسنده قال: أخبرنا أبو الحسن: علي بن محمد المقرئ، أخبرنا الحسن بن محمد بن إسحاق حدثنا يوسف بن يعقوب حدثنا إبراهيم بن بشار حدثنا سفيان عن عبد الملك بن عمير عمن سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقول: دخلت على عمر رضي الله عنه وهو يقلب يده هكذا فقلت له: مالك يا أمير المؤمنين قال: عويمل لنا بالعراق خلط في فئ المسلمين أثمان الخمر وأثمان الخنازير ألم تعلم أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن يأكلوها فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها». أخرجه في الكبرى، باب لا يؤخذ منهم في الجزية خمرًا ولا خنزيرًا، 9 / 203.

من هذا، وأما غضبه على الذي قال له ما قال، فإنما ذلك لأجل أن المسلم لا يملك ذلك بوجه ولا سبب، وكلامنا هو في الذمي فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: فهذا قول واحد من الصحابة، والقياس مقدم عليه.

والجواب: هو وإن كان قول واحد من الصحابة؛ إلا أنه إمام الأئمة في وقته، ولم يخالفه أحد على ذلك، فوجب الاقتداء به، لأنه يكون ذلك كالإجماع منهم، والإقرار له على ما قال فوجب تقديمه على القياس.

وأما من جهة القياس: فهو أنه شراب لطائفة، فجاز أن يكون مضمونا بالإتلاف أصله سائر الأشربة التي للمسلمين.

فإن قالوا: وإن كانت شرابا للكفار، إلا أنها ليست | شرابا للمسلمين، والاعتبار [195] بالمسلمين دونهم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الاعتبار الأصول إنما هو فيمن أتلّف عليه شيء، وههنا الذي أتلّف عليه هو الكافر فوجب أن يكون الاعتبار به، وقد بينا أن ذلك ملك له فوجب أن يستحق قيمته على من أتلّف عليه إذا كان من أهل الضمان في حقه.

قالوا: المعنى في الأصل، إنما وجب ضمان سائر الأشربة؛ لأن ذلك طاهر، وليس كذلك في مسألتنا لأنه نجس، فوجب أن لا يضمن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك وإن كان نجسا عندنا إلا أنه طاهر عندهم، وليس كذلك إذا كان عندنا لا يجوز ذلك أن لا يجوز عندهم، ألا ترى أنه لا يجوز عندنا أن يملك ولا يتمول ونقرهم نحن على تملكه، وإن جعلوه صداقا عندهم في النكاح وارتفعوا إلينا، لقال الشافعي إن ذلك نكاحا صحيحا، وإن كان عندنا أنكحتهم باطلة، فلم يصح هذا الفرق، فكذلك بيع الدراهم بالدراهم عندنا باطل وإن كان ذلك عندهم صحيحا، وأشياء كثيرة يعتقدون إباحتها، وإن كان كل ذلك حراما، فوجب أن يكون أيضا هذا الشراب حراما من جملة أموالهم، وأنه يكون مضمونا كسائر أموالهم.

ولأنه مال من أموالهم أتلّفه ظلما عليهم، فوجب أن يلزمه ضمانه إن كان من أهل الضمان في حقهم أصله سائر أموالهم.

ولأنه مال من أموالهم لا يعرض عليهم في تمولها، فإذا أتلّف عليهم من يلزمه الضمان في حقهم لزمه ضمان قيمته. أصله سائر أموالهم.

ولأنه إذا وجب علينا حفظ أموالهم لأنهم ممن له ذمة وحرمة.

ولأن الخمر كانت مباحة في ابتداء الإسلام، ثم حرمت وما كان مباحاً ثم حرم وجب أن لا تسقط قيمته، أصله الحمر الأهلية، فإنها كانت مباحة للأكل في صدر الإسلام ثم حرمت يوم خيبر، ومع ذلك فإنها مضمونة وكذلك في مسألتنا مثله.

فإن قالوا: فقد علقتم على العلة ضد المقتضي لأنه إذا كانت حراماً كان ثمنها حراماً.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، بل علقناها عليها وفق مقتضاها، لأننا رأيناها بهذه المثابة التي ذكرناها في الحمر الأهلية.

قالوا: فالخمر كانت مباحة في حق المسلمين ثم حرمت ولا تكون لها قيمة ولا من حقهم.

والجواب: هو وإن كان كذلك في حق المسلمين إنما كان لأنه لا يجوز لهم تمول ذلك [195] ولا إحراز أيديهم عليه، والكافر بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه، إن الله حرم الكلب وحرم ثمنه، وحرم الخنزير وحرم ثمنه، وحرم الخمر وحرم ثمنها»⁽²³¹⁶⁾.

والجواب: هو أن الخمر يقتضي تحريم الثمن، والثمن عبارة عما يستحق بالبياعات، والقيمة عبارة عما تستحق بالإتلاف، وخلافنا وقع فيما يستحق فيه القيمة عليه، ألا ترى أن الصيد إذا كان في بيت محرم فإن ثمنه محرم عليه، ولو أتلّفه عليه متلف أوجب له القيمة عليه ولم يحرم ذلك عليه، وكذلك ثمن أم الولد حرام عليه ولو قتلت لم تحرم عليه قيمتها.

وجواب ثالث: وهو أنا لو سلمنا فإن إطلاق التحريم لا يتناول فيما كان مختلفاً فيه ففي مسألتنا الخلاف قائم كما ترى.

قالوا: ولأنها مال لا يضمن في حق المسلم لا يضمن في حق الكافر أصله الميتة.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون الضمان يتعلق بحق شخص ولا يتعلق بحق ذلك

⁽²³¹⁶⁾ أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب البيوع، ر: 2815، 3/ 388.

الضمان بحق آخر، ألا ترى أن الصيد مضمون في حق المسلم بالإتلاف ويضمن في حق الكافر بالإتلاف.

وجواب آخر: وهو أنه لا يجوز اعتبار المسلم بالذمي، وذلك أن المسلم لا تقر يده على ذلك فلذلك لا يلزم الضمان متلف ذلك.

قالوا: فليس إذا أقررناهم على شيء يجوز أن نحكم بصحة ذلك، ألا ترى أن المجوس يتزوجون بأمهاتهم وبناتهم ونقرهم على ذلك، ثم أنهم لو ارتفعوا إلينا لا نصح شيئا منه.

والجواب: هو أن هذا هو الحجة عليكم؛ لأنه لما أقررناهم عليه دل على أن ذلك مالا من أموالهم، وإذا كان مالا من أموالهم وجب ضمانه وقيمته على من أتلفه إذا كان من أهل الضمان في حقهم.

وأما نكاح أهل المجوس؛ فإننا نقرهم على ما هم عليه كما نفعل ذلك في نكاح أهل الذمة ولا يحكم بصحة نكاح أهل الذمة ونكاح أهل المجوس، بل الكل عندنا باطل لأنهم يعتقدون ذلك بغير مال فلم يصح ما قالوه، وربما تزوجوا من غير انقضاء عدة ولا ولي ولا شهود فلم يصح ما قالوه من ذلك، والمعنى في الأصل أن الدم والميتة ليس مما يتمولونه [196] فلذلك لم يضمنه تلفه، | وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه من أحل أموالهم وأنفسها عندهم، ولو قلنا إن الميتة والدم مما يتمولونه لأوجبنا ضمانه في حق متلفه عليهم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فإن قالوا: فالمصاحف لا يتمولونها، ثم لو أتلف عليهم ذلك لوجب لهم القيمة في ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن المصاحف لا نقرها في أيديهم بوجه ولا سبب، بل نأخذ ذلك منهم ولا نمكنهم من تخلفها، والخمر تقر في أيديهم على ذلك فلم يصح ما قالوه. قالوا: ولأنها عين نجسة ولا يجوز ضمانها بالقيمة أصله البول والدم.

والجواب: هو وإن كانت عينا نجسة عندنا إلا أنها طاهرة عندهم، ألا ترى أننا نقر أيديهم عليها، وأما المعنى في الأصل أنهم لا يتمولون ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه مال من أموالهم فأشبهه سائر أموالهم في باب الضمان.

قالوا: فإن هذا يؤدي إلى ما (...) ⁽²³¹⁷⁾ الحاكم النصارى واليهود، لأنه يحتاج الحاكم إلى أن يقوم الخمر في مجلس حكمه وقضائه، ويلزم المسلم قيمتها ويدل على رضى الكفار في ذلك، والله تعالى قال: ﴿هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ﴾ [التوبة: 33].

والجواب: هو أن هذا لا يصح، وذلك أن الحاكم إنما جلس ليوصل كل ذي حق إلى حقه، وهذه من حقوق الذمي فوجب أن يحكم له على من ظلمه كما يحكم له على المسلم إذا أحرق ثوبه أو قتل عبدا له أو دابة.

ولأن هذا الكلام لو كان صحيحا لوجب أيضا على الحاكم أن لا يقر أيديهم عليها، لأنه ما جلس إلا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ألا تراه لو رأى ذلك في يد مسلم لوجب على هذا الحاكم أن يقوم من مجلسه ويريقها على المسلم، ولو رأى ذلك في يد ذمي لم يلزمه ذلك، فعلم بذلك أن هذا الكلام لا يصح.

قالوا: ولأن الخمر لو كانت مضمونة بمثلها كالخل والعصير والدهن والحنطة والشعير لأنها من ذوات الأمثال، فلما قلت أنه لا يضمونها بمثلها دل على أنه يجب أن لا تضمن بالقيمة.

والجواب: هو إنما لم يضمونها بمثلها لأن ذلك يتعذر من جهة الشرع، وما تعذر من جهة الشرع كان كما يتعذر من جهة الطبع، ألا ترى أنه إذا أتلّف شعيرا أو حنطة وتعذر ذلك فإننا نعدل إلى قيمته ذلك، فكذلك في مسألتنا | مثله، وما تعذر من جهة المسلم، فإن المسلم لا يجوز له أن يشتري خمرًا ويسلمها إلى الذمي، وكذلك المسلم لو قتل مسلما بألة ⁽²³¹⁸⁾ (...) ⁽²³¹⁷⁾ فإننا لا نقتله بتلك الألة لأن ذلك متعذر من جهة الشرع بل يرجع إلى غير ذلك فكذلك في مسألتنا مثله فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن من فتح قفصا فيه طائر لغيره بغير إذنه، فطار الطير ولم يقدر على أخذه، فالفتاح ضامن لقيمة الطير، وكذلك إذا حل دابة من قيدها فندت، وكذلك إذا فك قيدها من

⁽²³¹⁷⁾ كلمة لم أتبينها.

⁽²³¹⁸⁾ كلمة لم أتبينها.

رحل عبد مقيد فهرب العبد، فإنه يضمن قيمة ذلك كله، وسواء كان الطائر طار عقب الفتح أو ندت الدابة عقب الحل، الحكم في ذلك سواء لا يختلف مذهبنا في وجوب الضمان بذلك⁽²³¹⁹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يضمنه⁽²³²⁰⁾.

واختلف قول الشافعي رحمه الله: فقال في القديم مثل قولنا، وقال في الجديد: لا يضمنه⁽²³²¹⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ ﴾ [الشورى: 42]، وهذا بفتحه القفص، قفص الغير وبحله الدابة من وثاقها ظالم، فوجب أن يلزمه الضمان بظاهر الآية، لأن سبب الإلتلاف هو فتح القفص وحل الدابة، ولولا ذلك كان ماله محفوظا على حاله (...)⁽²³²²⁾ له، وفعله ما لا يجوز له فعله وجب أن يلزمه ضمان ذلك. ولأن فتح القفص سبب لخروجه وطيرانه من غير إذن صاحبه، فوجب أن يلزمه ضمانه. أصله إذا كان عقيب الفتح، فإن الشافعي سلم بهذا الموضع وهو قول واحد.

قالوا: المعنى في ذلك، وهو إذا طار عقيب الفتح، إنما لزمه ضمانه؛ لأنه طار بفعل الغاصب وليس كذلك إذا لم يطر إلا بعد ساعة، فإنه إنما طار باختياره ولا صنع للغاصب في ذلك، لأن الطائر له اختيار فما طار إلا باختياره.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه لا فرق بين هذا، وذلك أن الطير مجبول على الطيران فسواء طار عقيب الفتح أو بعده في وجوب الضمان عليه فلم يصح ما قالوه من ذلك، لأنه إذا ضمن قيمته بخروجه عقيب الفتح أو في الحال طيرانه ضمن ذلك إذا قام ساعة ولم يطر. والثاني: هو أنه لا اعتبار بطيرانه، وإنما الاعتبار يجب أن يكون بظلم هذا الغاصب وفتحة القفص، ألا تراه لو فتح القفص وقتل الطائر | ضمنه قيمته، لأنه وجد منه [197] العدوان، فكذلك بفتحه القفص قد وجد سبب الإلتلاف، وصار بمنزلة ما لو حفر بئرا في

⁽²³¹⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 460 - النوادر: 10/ 370.

⁽²³²⁰⁾ انظر: المبسوط: 11/ 14 - بدائع الصنائع: 7/ 166.

⁽²³²¹⁾ انظر: الأم: 5/ 144 - مختصر المزني: 118 - المهذب: 3/ 437، 438.

⁽²³²²⁾ كلمة لم أتبين قراءتها.

غير ملكه فسقط فيها حيوان لإنسان فمات، فإنه يلزمه ضمان ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله، لأن السبب وجد منه، فدل ذلك على صحة ما قلناه.

وقياس آخر: وهو أنه حل رباطا عن مملوك يمسك به في العادة فوجب عليه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

فإن قالوا: المعنى في ذلك أنه لو بقي ساعة ولم يجر ثم جرى بعد ذلك، فإنه يضمه وليس كذلك الطائر.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما في ذلك، سواء في باب الضمان فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن السبب إذا اتصل به التلف تعلق به الضمان. أصله إذا أخرج إنسان فاشترى إلى نفسه فمات، فإنه يلزمه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه طار باختياره فوجب أن لا يضمه، أصله إذا بقي ساعة ولم يطر ثم طار. والجواب: هو أنه لا فرق بينهما عندنا في وجوب الضمان، لأن السبب قد وجد بيد متعدية فلا فرق بين أن يكون الطيران عقب الفتح أو بعد ساعة، كما إذا أخرج إنسانا فبقي ساعة ثم مات فإنه يلزمه ضمانه وإن كانت روحه ما خرجت عقيب إخراجه فكذلك في مسألتنا مثله، ولا فرق بينهما.

قالوا: ولأن الطائر له اختيار لأنه يقدم على ما ينفعه ويمتنع مما يضره، فإذا فتح قفصه وطار كان ذلك باختياره فلا يجب عليه ضمانه كما لو حل وثاق عبد فهرب.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الطائر وإن كان له اختيار، إلا أنا لا نعلم ما اختار، هل اختار الطيران فوجب أن يتعلق الضمان بتعمد فتح القفص، لأن العدوان وجد في تلك الحالة، والتلف لغضبه فهو كما ذكرناه في الجريح إذا مات.

وربما قالوا: لأن المباشرة أو السبب إذا وجدا تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب. أصله الماسك والذابح.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا حفر بئرا فمات فيها إنسان، فما وجدت المباشرة، ومع ذلك يجب الضمان، وأما الأصل الذي قاسوا عليه فغير مسلم؛ لأن عندنا يلزمهما جميعا الماسك والمباشر فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

ومن غصب شاة فذبحها وشواها، | فإنه يضمن له قيمتها ويجوز له أن يأكلها [197ب]
وقال محمد بن مسلمة⁽²³²⁴⁾ من أصحابنا: يضمن ما بين قيمتها حية ومذبوحة⁽²³²⁵⁾.
وبه قال أبو حنيفة: وله تفصيل في ذلك⁽²³²⁶⁾.
وقال الشافعي: يردّها على مالکها وإرش ما نقص من قيمتها وهي حية⁽²³²⁷⁾
وهو قول محمد بن مسلمة⁽²³²⁸⁾.

والدليل على أنه يلزمه قيمتها ولا يردّها؛ ما روي أن رسول الله ﷺ «زار قوما من الأنصار في بيوتهم فقدمت إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فلم يسقها، فقال عليه السلام: إنها لتخبرني أنها أخذت بغير حق». فقال القوم نعم يا رسول الله، إنها لجيراننا ونحن نخرج إليهم ثمنها، فقال عليه السلام: «تصدقوا بها على الأسارى»⁽²³²⁹⁾.

فوجه الدليل منه، أنه عليه السلام ملكها لهم لما قال لهم: «تصدقوا بها»، وكان ذلك غصبا ولم يقل عليه السلام، فردوها إلى مالکها.

قالوا: فيحتمل أن يكون عليه السلام قد رآها وهي مشرفة على الهلاك ونازع إليها الفساد، ولا سيما في حق المجاز، فحفظ ذلك عليها ورأى أن يعوضهم بيت المال إذا تصدقوا بذلك.

⁽²³²³⁾ انظر: التفريع: 2/ 278 - عقد الجواهر: 2/ 754 - التوضيح: 6/ 531.

⁽²³²⁴⁾ محمد بن مسلمة بن محمد بن هشام بن إسماعيل، أبو هشام المخزومي، المدني نزير دمشق، الفقيه. روى عن مالك بن أنس وتفقه به، والضحاك بن عثمان وإبراهيم بن سعد. روى عنه أبو حاتم وهارون بن عبد الله الحمال وأبو زرعة الدمشقي. له كتب فقه أخذت عنه. توفي سنة 216هـ. الجمهرة: 3/ 1200-1201، ر: 1205.

⁽²³²⁵⁾ انظر: التفريع: 2/ 278 - عقد الجواهر: 2/ 754.

⁽²³²⁶⁾ انظر: المبسوط: 11/ 86 - بدائع الصنائع: 7/ 148.

⁽²³²⁷⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7/ 194.

⁽²³²⁸⁾ انظر: التفريع: 2/ 278.

⁽²³²⁹⁾ أخرجه أبو داود في البيوع، باب اجتناب الشبهات، ر: 3332، ص 374، والبيهقي في الكبرى، باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا... 5/ 335، وقال في نصب الراية صحيح. 4/ 168.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه إذا ادعى بالشك والاحتمال، والظاهر ما قلناه وهو أنه عليه السلام جعلها ملكا لهم وأمرهم بالتصدق بذلك، ولا يأمر عليه السلام بالتصدق وبملك الغير لأنه صاحب الشريعة، ويعلم أنه يقتدى بقوله وفعله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أنه أذهب معظم منفعتها، فوجب أن يزول ملك صاحبها عنه أصله إذا قبلها.

قالوا: لا نسلم أنه أذهب معظم منفعتها.

والجواب: هو أنا نريد بذلك أنها لا تصلح مذبوحة لما كانت تصلح له حية وهذا مسلم لا محالة. قالوا: المعنى في الأصل أن صاحبها أيضا لو قتلها زال ملكه عنها.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن ملكه ثابت عليها ميتة كما كانت في حياتها، لأن له أن يأخذ شعرها فينتفع به ويدبغ جلدها ويطعمها كلابه وبزاته لحمها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه أذهب عين المال، فوجب أن يلزمه قيمتها أصله إذا قتلها.

فإن قالوا: لا نسلم أنه أذهب عين المال بل المال على ما كان عليه.

والجواب: هو أن هذا لا يصلح له إلا الأكل فحسب. وقبل ذلك كان يصلح لغير [198] ذلك وهذا معلوم.

وقياس آخر: وهو أنه أذهب معظم المنفعة لمعنى اكتسب به أشياء لم تكن واستفاد به صفة لم تكن، فوجب أن يزول ملك صاحبها عنها. أصله الأب إذا أحبل جارية ابنه فإنه تصير أم ولد له وتسمى بهذا الاسم بعد أن كانت تسمى جارية وأمة، كذلك هذه الشاة، كانت تسمى حيوانا فصارت تسمى لحما وشواء، وكذلك يقال كان حنطة فصارت دقيقا.

فإن قالوا: لا نسلم الأصل، وذلك أن عندنا على أحد القولين لا تصير أم ولد له، وإن سلمنا فإنها كان كذلك في حق الغاصب.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا قتلها. والثاني: هو أنه لا فرق بينهما، لأنه إن كان في أحبال الأب جارية ابنه لأجل السراية والحرية، فهنا أيضا لأجل الإتلاف، وأنه لا يمكن

ردها على ما كانت عليه فلم يصح ما قالوه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²³³⁰⁾.

والجواب: هو أنا كذلك نقول إذا كان ذلك المأخوذ بحاله، وأما إذا زال عما كان عليه فإنه يلزمه قيمتها، ألا ترى أنه إذا قتلها وقال أنا أردتها وأرد أورش ما نقص منها، لم يلزم ذلك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها جناية محضة، فلا يوجب انتقال الملك إلى الجاني. أصله إذا ذبحها ولم يشوها.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا قتلها فإن هذه جناية محضة، ومع ذلك يلزمه قيمتها، ويلزم عليه وطئ الأب جارية ابنه لأنها جناية محضة ومع ذلك يملكها بذلك فلم يصح ما قالوه.

ونقلب فنقول: فوجب أن لا يختلف الحكم فيها بين الربح والقتل أصله ما ذكرتم، ولا نسلم الأصل؛ لأن عندنا إذا شواها فإنه يأكلها ويلزمه قيمتها حية لا مذبوحة ولا مشوية، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها عين غرمها الغاصب بفعل تعدي له، فوجب أن لا يملكها أصله إذا شواها.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا قتلها فقد غيرها عما كانت، ومع ذلك لا يجب عليه إلا قيمتها. وقد قيل إنه إذا شواها، فإنه لم يتلف معظم منفعتها، لأنها تصلح للشيء، وليس [198ب] كذلك في |مسألتنا، وهذا ليس بشيء، لأن عنده يأكلها وتلزمه قيمتها حية.

قالوا: ولأنه فعل لو فعله المالك بماله لا يزيل ملكه فيه، فإذا فعل الغاصب مثله وجب أن لا يملك به أصله إذا غصب ثوبا فصبغه أو غصب فضة وطبعها.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الإحبال، ويلزم عليه القتل، وأما الأصل فلا نسلمه؛ لأنه إذا غصب فضة وطبعها فإنه يلزمه فضة مثل فضته التي غصبها منه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن التعدي من الغاصب إذا لم يذهب معنى المالية، وجب أن لا يزيل الملك

⁽²³³⁰⁾ تقدم تخريجه.

أصله إذا غصب ثوبا فصبغه.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ما ذكرناه من إحبال الأب جارية ابنه، وأما الأصل فغير مسلم؛ وذلك أنه إذا غصب منه ثوبا فصبغه فلا يخلوا: إما أن يكون تزيد قيمته أو تنقص. فإن نقصه فلديه الخيار، إن شاء أخذه ناقصا، وإن شاء تركه في يد غاصبه وأخذ قيمته يوم الغاصب. وأما إن رده في القيمة فلديه الخيار، إن شاء أخذه ودفع إلى الغاصب ما زاد في قيمته، وإن شاء تركه وأخذ قيمته.

وأما إن أبى رب الثوب أن يأخذه ويعطي زيادة الصبغ وأبى الغاصب أن يعطي قيمته، فإنه يباع الثوب ويدفع إلى ربه قيمته من ثمنه، وإن كان الفضل للغاصب فلم يصح ما قالوه من قياسهم على صبغ الثوب، ودل ذلك على صحة ما قلناه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا غصب رجل من رجل عبدا فقطع الغاصب يدي العبد، فصاحبه بالخيار: بين أن يأخذه على ما وجدته عليه، أو يأخذ قيمة العبد يوم الغصب، ويكون العبد للغاصب ويعتق عليه⁽²³³¹⁾.

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله⁽²³³²⁾.

وقال الشافعي: يأخذ القيمة ويبقى العبد ملكا للغاصب⁽²³³³⁾.

ودليلنا: هو إن في أخذ القيمة من الجاني للسيد ويبقى العبد على ملكه جمع بين البدل والمبدل فيما يقبل التملك فوجب أن لا يجوز ذلك. أصله الثمن والمثمن لا يجوز أن يكونا للبائع والمشتري بدل الثمن للبائع والسلعة للمشتري، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن القيمة في مقابلة العبد وجميعه.

فإن قالوا: لا نسلم أن للقيمة في مقابلة العبد بكماله، إنما هي في مقابلة يديه اللتين قطعها، كما أن في الحر إذا قطعت يدها | كانت الدية بدل يديه لا في مقابلة جملته. [199]

(2331) انظر: المدونة: 4/ 173 - النوادر: 10/ 334 - التفريع: 2/ 280 - التنبهات: 4/ 1777 - المنتقى: 7/ 307.

(2332) انظر: المبسوط للشيباني: 4/ 558، بدائع الصنائع: 7/ 165.

(2333) انظر: الأم: 4/ 517 - المهذب: 3/ 417، 418.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن القيمة إنما هي في مقابلة جملته إلى جملته تقوم، فيقال كم كان يساوي وهو سالم اليدين فيقال ألف، فيلزم الغاصب ذلك، فدل على أن ذلك عوض جملته لا عن أطرافه، وأما الحر: فإن ذلك لا يقوم بتقويم الأموال، ألا ترى أنه لا يزداد في مقداره شيئاً فيده مضمونة بمقدر، والعبد يجري مجرى الأموال، وأطرافه لا تضمن بقدر فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأنها جناية على مملوك لا يملك فيها الجمع بين البدل والمبدل من غير تسليم العين. أصله الثياب، ولا يلزم عليه المدبر وأم الولد، لأننا قلنا جناية على مملوك قائم زال الملك. ولأن التضمين يوجب التملك فيما هو معرض لانتقال الملك، الدليل عليه الأب إذا أحيل عليه جارية ابنته، فإنها تكون له وتلزمه قيمتها فكذلك في مسألتنا مثله.

فإن قالوا: فالإحبال جعلها بمنزلة المستهلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه بقطع يديه لم يجعله في حكم المستهلك.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأنه أيضاً ههنا في حكم المستهلك، لأنه بقطع يديه لا تحصل به المنفعة فلم يصح ما قالوه، ولأنه لما قطع يدها صار مستهلكها، الذي يدل على ذلك؛ أنه لا تجري كذلك في الكفارة، وإذا أخذ قيمته لم يجز له أخذه كما لو أتلف عليه شاة، فأخذ قيمتها لا يجوز أن يأخذ شعرها ولا جلدها، فكذلك في مسألتنا مثله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن السيد لا يستحق من عبده إلا قيمته أو عينه، فأما إن استحق قيمته وعينه فلا، الذي يدل عليه سائر المتلفات لا يستحق فيها الأشياء واحداً فكذلك العبد مثله. ولا يلزم عليه إذا قطع رجل يديه فإن الحكم في ذلك واحد، ولأن السيد له إما أن يأخذه على ما وجدته أو يأخذه بقيمة عبده يوم الغصب.

واحتج بأن قال: لأنها جناية يدي مملوك فلم يكن من شأن أخذ بدلها تسليم العبد إلى الجاني أصله إذا كانت الجناية على إحدى يديه.

والجواب: هو أنا لا نسلم الأصل، فلم يصح ما قالوه. ولأنه في قطع يده الواحدة ما صار في حكم المستهلك وليس كذلك إذا قطع يديه جميعاً فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنها جناية لو كانت على المدبر لا يوجب تسليمه إلى الجاني بدل يأخذ البدل، [199ب]

فإذا كانت على العبد القن كان مثله، أصله إذا طلب حق السيد.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار حال المدبر بالعبد القن، لأن العبد عندنا لا يجوز بيعه ولا المعاوضة عليه، والعبد القن بخلافه، وأما الأصل فغير مسلم؛ لأنه يقال للمغصوب منه أنت بالخيار، إن شئت أخذته مقطوع اليدين، وإن شئت أخذتها جميعاً بكمال قيمة عبدك يوم الغصب، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

مسألة:

إذا استكره امرأة على الزنا بها، وجب عليه مهر مثلها والحد لله تعالى⁽²³³⁴⁾.

وبه قال الشافعي⁽²³³⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يجب لها المهر⁽²³³⁶⁾.

ودليلنا ما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاثاً، فإن مسها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها»⁽²³³⁷⁾.

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام أوجب لها المهر، وهذا قد وجد منه الوطاء، فوجب عليها المهر لا حكم.

قالوا: إنما أراد عليه السلام بذلك إذا كان ذلك في النكاح الفاسد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الاعتبار يجب أن يكون بما علق عليه الحكم صاحب الشريعة، لأن ذكر الصفة في الحكم تعليل، وهو قوله: «فلها المهر بما استحلت من فرجها».

والقياس: هو أنه ملتزم حكم الإسلام صادف وطأه أجنبية منه، فإذا سقط الحد عن الموطوءة سقط وجوب المهر على الواطئ. أصله إذا كان ذلك في النكاح الفاسد.

⁽²³³⁴⁾ انظر: الموطأ: 2/ 276 - المنتقى: 7/ 294 - المسالك: 6/ 337 - النوادر: 10/ 265.

⁽²³³⁵⁾ انظر: الأم: 4/ 541.

⁽²³³⁶⁾ انظر: الآثار لمحمد بن الحسن: 133، 134 - المبسوط: 24/ 90 - بدائع الصنائع: 7/ 181.

⁽²³³⁷⁾ تقدم تخريجه.

ولا يلزم الحربي فإنه غير ملتزم حكم الإسلام، ولا يلزم الزوج إذا وطئ زوجته، ولا السيد إذا وطئ أمته، ولا العبد إذا وطئ عبده، لأننا قلنا أجنبية منه، وههنا العبد ليس بأجنبي من سيده، ألا ترى أن لكل واحد منهما أن ينظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من صاحبه، ولا يلزم إذا طاعته، لأن هناك يلزمه الحد فلا يجب لها المهر، وإن شئت قلت: لأنه عين ملك وطأها، وهو من أهل الضمان في حقها فإذا سقط عنها وجب على الواطئ مهرها. أصله ما ذكرناه ولا يلزم عليه ما ذكرناه من المسائل.

قالوا: فنقلب فنقول، فلا يجمع المهر والحد، أصله ما ذكرتم.

والجواب: هو أنكم لا تحتاجون إلى هذه الأوصاف؛ لأنكم لو قلتم وطئ صائد أجنبية لم ينتقض بشيء، ونحن نحتاج إلى ذلك لئلا يلزم ما ذكرناه من المسائل التي ذكرناها، فلم يصح ما قالوه.

| ولأنكم علقتم على العلة ضد المقتضى، والأوصاف التي ذكرناها تجلب الإيجاب [200] والتغليظ لا الإسقاط والتخفيف.

قالوا: المعنى في الأصل؛ أنه لا يجب الحد؛ فلذلك وجب المهر، وليس كذلك السيد في مسألتنا لأنه لما وجب الحد وجب أن لا يجب المهر.

والجواب: هو أن علة الأصل تبطل بالحربي، وبالزوج وبالسيد، فإن الحد لا يجب ولا المهر، ولأن علة الفرع لا تصح، لأنه بالضد، لأن في الموضع الذي لا يجب الحد يجب المهر، كما قلنا فيمن قتل ذمياً خطأ فإنه يجب عليه الدية ويجب عليه الكفارة، فكذلك في مسألتنا مثله. وكذلك من قتل صيداً مملوكاً وهو محرم وجب عليه قيمته لصاحبه ووجب عليه الكفارة، فكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

وقياس آخر: وهو أن ما يضمن بالمسمى في العقد الصحيح جاز أن يضمن بغير عقد ولا نسميه عقد، أصله الأعيان. ولا يلزم عليه إذا طاعته، لأننا عللنا للجوار، ولأن ما قيمته بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بغير عقد أصله الأعيان.

قالوا: المعنى في الأعيان أنه يوجد فيها معنى المالية، فلهذا جاز أن يضمن بمثلها، والبضع بخلاف ذلك لأنه لا يدخله البدل والإباحة.

والجواب: هو أن هذا بالضد أولى؛ لأن الأعيان لا تتراد للمنافع، ولهذا كل عين لا

منفعة لها فإنها لا تباع ولا يعقد عليها عقد بيع ولا غيره. ولأنه غير ممتنع أن يكون أحدهما كاملاً والآخر ناقصاً، ويقابل أحدهما بالآخر، كالدراهم والدنانير مع الحيوان، فإن الحيوان للتلّف والفناء والتوى⁽²³³⁸⁾، والذهب والفضة يبقيان ما بقي الزمان ولا يفنيان.

ولأن منفعة البضع أدخل في قبول الأعراض وغيرها، ولهذا قدرنا أقل الصداق جميعاً وكان ذلك لتأكد البضع على غيره، وسائر الأموال لا يتقدر العوض فيها، فكان في مسألتنا أولى بأن لا تعزى عن العوض بحال.

وقياس: وهو أنه ظلمها بإتلاف ما تقدم، وهو من أهل الضمان في حقها فوجب أن يلزمه ضمانه أصله إذا حرق ثوبها. ولا يلزم عليه إذا طاعته فإنه غير ظالم ولا هتك حرمتين حرمة الله تعالى وحرمة الآدمي، وكل واحد منهما يقابل العوض فوجب عليه حقان لهما أصله إذا قتل ذمياً خطأ وجبت عليه الدية ووجب عليه الكفارة، فكذلك في مسألتنا. وكذلك إذا قتل صيداً مملوكاً وهو محرم، ولا يلزم عليه إذا قتل حميراً أو بهيمة، فإنه قد هتك حرمة لآدمي، وحرمة الله تعالى لأن النبي ﷺ «نهى عن ذبح الحيوان إلا ليأكله».

أوقياس آخر: وهو أن كل امرأة لو وطئها في النكاح الفاسد وجب عليها مهرها، فإذا [200ب] وطئها مكرهه وجب عليه مهرها أصله الخرساء والمجنونة.

فإن قالوا: وطئ الخرساء والمجنونة ليس بزنا ووطئ المكره زنا.

والجواب: هو أن ذلك كله زنا لأنه يتعلق به العدة ولا يثبت به النسب.

واحتج بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]، فوجه الدليل منه: هو أن الله تعالى وجب على الزاني الجلد ولم يذكر المهر، فمن قال يجب المهر فقد زاد في النص، والزيادة في النص نسخ.

والجواب: هو أن الآية نحن نقول بها، والحد وجب بها، والمهر وجب بدليل آخر، فيجمع بينهما.

والثاني: هو أن هذا لا يصح؛ لأن النسخ هو الرفع والإزالة، ولهذا تقول العرب نسخت الشمس الظل ونسخت الريح، ألا ترى إذا أزالته ورفعته، وفي مسألتنا هو زيادة حكم إلى

(2338) التوى: هو الهلاك، المصباح المنير: 1/ 109.

حكم، لأننا بقينا حكم الجلد وزدنا فيه المهر بدليل آخر، ولا يكون ذلك نسخا وهذا بمنزلة الزيادة في حاشية الكتاب، وفي زيادة الدراهم على ما في الكيس، فإنه لا يكون ذلك رفعا لما في الكتاب ولا لما في الكيس وكذلك في مسألتنا مثله، ولأنه قدرتم أيضا في آية التيمم الوضوء بالنبيذ بخبر واه ضعيف لا أصل له.

قالوا: ولأنه استوفى منفعة من غير عقد ولا شبهة عقد، فوجب أن لا يضمن ذلك بهال أصله إذا طاعته على ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا أخذ العبد الآبق من يد الراد، فإنه قد استوفاهها منفعة من غير عقد ولا شبهة عقد ومع ذلك تلزمه الجعالة، وينكسر بإتلاف العين وأكلها، ولأنها فرق بين المنفعة وبين استيفاء المنفعة في باب الضمان. ألا ترى أنه إذا قطع يد رجل أو ضربها حتى شلت فإن الضمان في ذلك على حد سواء في باب الضمان.

والمعنى في الأصل أنها زانية، فلذلك لم يجب لها المهر، وليس كذلك في مسألتنا، لأنها غير زانية يجب لها المهر، لأنها مظلومة مثابة مأجورة على ما فعل، فلم يصح الجمع بينهما. أو لأن المعنى في الزانية أنه يجب عليه الحد وجب أن لا يعرئ وطأها عن مهر، كما لو وطئها، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يجب عليها الحد وجب أن لا يعرئ وطئها عن مهر كما لو وطئها بشبهة.

قالوا: ولأن أحد الزانيين فلا يجب عليه المهر أصله المرأة.

والجواب: | هو أنه لا تأثير له في الأصل؛ لأنه لو كانت موطوءة بشبهة أو غير ذلك، لم [201] يجب عليها أيضا مهر ثم يجعله (...) ⁽²³³⁹⁾ ومعاوضة. فنقول المعنى في المرأة أنها لو كانت موطوءة بشبهة وجب لها المهر فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه وطئ لا تتعلق به العدة ولا يثبت به النسب، فلم يتعلق به المهر أصله إذا طاعته. والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأنه تتعلق به العدة، وهو أنه ينكسر بالوطئ في النكاح الفاسد، فإنه وطئ لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ولا الإحصان، ومع ذلك يتعلق به المهر، والمعنى في الأصل ما قدمناه.

⁽²³³⁹⁾ كلمة لم أثبتنها.

قالوا: ولأن الفعل الواحد لا يجب به شيئان: أحدهما يسقط بالشبهة، والآخر مما لا يسقط، كالقتل عامدا لا يجب به القود الذي سقط بالشبهة فلا يجب عليه المهر الذي لا يسقط بالشبهة.

والجواب: هو أنه يلزم عليه المسلم إذا شرب خمر النصراني، فإن ذلك فعل واحد، ثم يتعلق به الحد الذي يسقط بالشبهة والقيمة التي لا تسقط عندنا وعندكم.

وأصحاب أبي حنيفة يحتجون فيقولون في شرب الخمر إنها فعلا، فلذلك وجب عليه الحد والقيمة، وجوب القيمة بذهاب عينها في الفم، والحد بحصولها في الجوف، فنقض عليهم أصحاب الشافعي إذا أخذ أنبوبة وردها في جوفه فإنه فعل واحد، ويتعلق به حقان، فكذلك إذا قتل صيدا مملوكا وهو محرم فالفعل واحد ويجب عليه القيمة للآدمي والجزاء، وكذلك قتل الخطأ يجب عليه الدية والكفارة فلم يصح ما قالوه. ولأن الدية والقود تجبان للآدمي واحد بدلان عن مبدل واحد فلا يجتمعان وفي مسألتنا الحد وجب لهتك حرمة الله تعالى، والمهر وجب للمرأة لأجل إتلاف منفعتها عليها من غير رضاها والله أعلم بذلك.

مسألة:

عند مالك رحمه الله أن من مثل بعبده عتق عليه، وذلك مثل أن يقطع أنفه أو يده أو يقلع عينه أو ما أشبه ذلك⁽²³⁴⁰⁾.

واختلفت الرواية عنه: هل يعتق بنفس الجناية، أو بحكم الحاكم. فروي عنه أنه قال: يعتق بنفس الجناية. وروي عنه: أنه يعتق بالحكم⁽²³⁴¹⁾. وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: لا يعتق⁽²³⁴²⁾.

ودليلنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من مثل بعبده [201ب]

⁽²³⁴⁰⁾ انظر: المدونة: 2 / 444 - النوادر: 12 / 393 وما بعدها - شرح مختصر ابن عبد الحكم للأبهري، مخطوط الأزهرية ل: 138 ب - التفريع: 2 / 24.

⁽²³⁴¹⁾ انظر: النوادر: 12 / 394 - التفريع: 2 / 24 - الكافي: 511.

⁽²³⁴²⁾ انظر: الأصل: 4 / 363، مختصر الطحاوي، ص 230، الحاوي الكبير: 7 / 145.

عتق عليه»⁽²³⁴³⁾.

وفي خبر آخر: «فهو حر»⁽²³⁴⁴⁾.

قالوا: فعمرو بن شعيب مرسل ونحن لا نقول بالمراسيل.

والجواب: هو أنا نقول بذلك، والثاني هو أن من قال بمراسيل سعيد بن المسيب يجب أن يقول بكل مرسل.

قالوا: فمراسيل سعيد بن المسيب قد تتبعته فوجدت من المسانيد.

والجواب: هو أنها لا تكون مثل المسانيد، لأن المسند غير المرسل.

والثاني: هو أن المرسل قد يكون خيرا من المسند، لأنه إذا أرسله الثقة علم أنه ما أرسله إلا لثبوته، والمسند إذا أسند فإنه يريد أن يخرج عن عهده فكان بالقول أحسن حالا من رده فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فيحتمل أن يكون عليه السلام إنما قال ذلك على وجه التغليظ، كما قال ﷺ: «من قتل عبده قتلناه»⁽²³⁴⁵⁾. ومعلوم أنه لا يقتل به.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأننا لو خيلنا فالظاهر لقتلنا السيد بقتله عبده، ولكن قام الدليل عليه من حيث الإجماع، وههنا ما قام دليل، فنحن على موجب الخبر ومقتضاه، فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه أتلّف منه جزءا بغير عوض، فجاز أن يسري إلى جميعه. أصله إذا أعتق بعضه، ولأن ذلك على وجه العقوبة حتى لا يعود إلى مثل ذلك فعوقب لإخراج تملكه

⁽²³⁴³⁾ أخرجه الحاكم في المستدرک، في كتاب الحدود، 4/ 268، وابن عدي في الكامل، 2/ 786، والحديث في إسناده ضعف. انظر: نصب الراية: 4/ 177. وروى ابن ماجه عن سلمة بن روح بن زنباع عن جده أنه قدم على النبي صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلاما له، فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلثة". أخرجه في الديات، باب من مثل بعبده فهو حر، ر: 22679، 2/ 894.

⁽²³⁴⁴⁾ أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الحدود، 4/ 268.

⁽²³⁴⁵⁾ أخرجه أبو داود في الديات، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه، ر: 4515، ص 494، والترمذي في الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل عبده، ر: 1414، 4/ 26، وأحمد في المسند، ر: 20214، 33/ 371، والحديث فيه إسناده ضعف، انظر: البدر المنير: 8/ 371.

عنه كما عوقب القاتل عمدا بالإحرام من الميراث.

واحتج بأن قال: إن العتق إسقاط حق [2346].

[والجواب: هو أن هذا لا يصح،] 2347 ومع ذلك فالجناية على البعض يسري كما ذكرناه فيما إذا أعتق شقصا له في عبد، لأنه لما أتلف ذلك سرى إلى جميعه فكذلك في مسألتنا.

وعلى أن المعنى في الأصل وهو أن ذلك لا يملكه، لأن له مطالب يطالب به، وليس كذلك السيد، لأن الحق له فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن كل [جناية] 2348 لا توجب إسقاط الرق إذا لم تكن على وجه المثلة لم توجب العتق إذا كانت على وجه المثلة أصله إذا جرح عبد غيره.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون ذلك في ملكه ولا يجري في ملك غيره، ألا ترى أنه إذا كان له شقص في عبد فعتقه سرى إلى جميعه ولو باشر بذلك عن العبد لم يلزم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وعلى أن عندنا لو غصب عبدا فقطع يده أو فقأ عينه، فإنه يغرم قيمته لربه ويعتق عليه على الغاصب، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن المثلة معصية، والمعصية لا تؤثر في إسقاط الملك أصله إذا ضربه بغير ذنب.

والجواب: هو أن هذا يبطل بما إذا قتله، | فإن هذه من أكبر المعاصي، ومع ذلك لا يزول [2021] ملكه عنه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن من غصب لوحا فأدخله في سقفه أو ساجدة فأدخلها في بنيانه، فإنه يجب عليه

2346 الظاهر أن الكلام فيه سقط في الأصل، وتماه: "العتق إسقاط حق فلا يصح سقوطه بالمثل، أصله ما إذا مثل بمن له عليه دين حيث لا يسقط ذلك الدين". انظر تهذيب المسالك للفندلاوي، 2 / 285.

2347 ما بين عارضتين سقطت من الأصل، والمثبت يقتضيه السياق.

2348 في تهذيب المسالك للفندلاوي: "ولأن كل جراحة"، 2 / 285.

رد ذلك إلى صاحبه ولو كان عليه في ذلك ضرورة⁽²³⁴⁹⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽²³⁵⁰⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه قيمتها⁽²³⁵¹⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42]، والغاصب ظالم فوجب الحمل عليه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم مال أخيه جادا ولا هازلا، ومن أخذ عصي لأخيه فليرد ذلك عليه»⁽²³⁵²⁾، وهذا نص، فوجب العمل عليه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «من وجد عين ماله فهو أحق به»⁽²³⁵³⁾. وهذا قد وجد عين ماله، فجاز له أخذه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²³⁵⁴⁾.

وروي أنه ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»⁽²³⁵⁵⁾.

والقياس: هو أنه مغضوب يجب رده فوجب لما بناه عليها أنها مغضوبة، ولأنه لما ضمنها صارت من جملة أملاكه، لأن قيمته تلزمه فصارت تبعا لأملكه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنا ندل عليه لأنها جناية تمخض تحريمها فلا يزول ملك صاحبها أصله سائر الأشياء المغضوبة. ولأن ما قالوه لا يصح من وجه آخر،

⁽²³⁴⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 87 - النوادر: 10 / 325 - التفريع: 2 / 277 - الكافي: 431.

⁽²³⁵⁰⁾ انظر: ألام: 4 / 525، 526 و538 - المذهب: 3 / 430.

⁽²³⁵¹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 117، 118 - المبسوط: 11 / 93.

⁽²³⁵²⁾ أخرجه أبو داود في الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، ر: 5003، ص541، والطبراني في الكبير: ر: 630، 22 / 241، والبيهقي في الكبرى، باب من غضب لocha... 6 / 100، وقال في البدر المنير: "قال البيهقي في الخلافيات: إسناد هذا الحديث حسن"، 6 / 696.

⁽²³⁵³⁾ أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في الرجل يجد عين ماله عند رجل، ر: 3531، ص392، والدارقطني في البيوع، ر: 2897، 3 / 249، وقال في مصباح الزجاجة: إسناده ضعيف. مصباح الزجاجة: 3 / 45.

⁽²³⁵⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽²³⁵⁵⁾ تقدم تخريجه.

ولأنه لو نقض البناء وردّها على صاحبها أجبر على أخذها، فثبت بذلك أنها مغصوبة منه.

فإن قالوا: لا نسلم أنه يجب عليه ردّها، لأن في ذلك إضاعة المال وإتلافه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك لأنه: «نهى عن القيل والقال وإضاعة المال»⁽²³⁵⁶⁾.

والجواب: هو أن هذا لا حجة فيه؛ لأن إتلاف المال إذا كان الغرض صحيحاً فإنه يجوز له ذلك. ألا ترى أن الرجل يبني حماماً ثم يريد أن يهدمه ويجعله دكاناً أو بستاناً فإن ذلك جائز له فعله وإن كان له في ذلك إضاعة المال، وفي مسألتنا إذا نقض البنيان لخلص الشيء المغصوب ويرده إلى صاحبه وترك ظلمه ويخرج من المأثم، فإن ذلك غرضاً صحيحاً. والخبر إنما يتناول إضاعة المال فيما لا عرض فيه صحيح، مثل أن ينذر ماله فيما لا منفعة له فيه، وههنا يزول الإثم والظلم برد ذلك إلى صاحبه فلم يتناول ما نحن فيه.

قالوا: أليس إذا جاز ردّها فما يوجب وجوب ذلك، ألا ترى أن النوافل والهبات والعطيات وسائر التطوعات يجوز فعلها ولا يجب ردّها.

والجواب: هو أنا لا نقول كل شيء يجوز رده يجب رده، وإنما قلنا | ذلك في المغصوب [202ب] إذا جاز رده وجب رده وهذا يطرد في الأصل، وينعكس في الخيط إذا غصبه ليخيط به خرج حيوان.

قالوا: المعنى في الأصل إنما وجب رده لأنه لم يعد بائعاً للملكه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه صار تابعاً للملكه، ألا ترى أنها لو كانت داراً فأراد بيع الدار تبعثها ساحتها في البيع.

والجواب: هو أن هذا يلزم عليه إذا غصب منه طعاماً ببغداد ثم لقيه بالبصرة وطالبه به، فإنه قال تجب قيمته التي تسوئ ببغداد ويصبر عليه إلى أن يعود إلى بغداد حتى يرد عليه طعامه، وكذلك إذا غصب منه جارية بالري ثم طالبه بها ببغداد فإنه يلزمه دفع القيمة إليه بما يسوئ بالري أو ردّها بالري، ومع ذلك لم يصّر الطعام ولا الجارية تبعاً للملكه.

والثاني: هو أنا لا نسلم أن ذلك صاراً تبعاً للملكه، لأنها باقية على ملك المغصوب منه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه مغصوب يمكن رده من غير ضرر على مال غيره، ولا إدخال

⁽²³⁵⁶⁾ أخرجه مسلم في الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة... 1715، ص 712.

ضرر على حيوان له حرمة، فوجب رده، أصله إذا لم يبين عليها. ولا يلزم عليه إذا غصب منه لوحاً فأدخله في سفينته وفيها متاع الغير وهي في لجة البحر فإن ذلك ضرراً على مال الغاصب. ولا يلزم عليه إذا غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان له حرمة.

ولأنه مغصوب يجوز رده إذا لم يبين عليه فجاز رده، وإن بنى عليه، أصله إذا حوَّط عليه حائط.

وقياس آخر: وهو أنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بعدوان فوجب رده على مالكه أصله إذا غصب عليه أرضاً ماء فيها وغرس.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»⁽²³⁵⁷⁾، وفي بعض هذا البناء ضرر عظيم، فوجب أن لا يجبر على ذلك.

والجواب: هو أن الضرر (...)⁽²³⁵⁸⁾ إلا أن الحمل على الغاصب أولى، لأنه متعدد والسبيل عليه، لأنه أخذ ما لا يستحقه وما لا يحل له فعله، فكان بالحمل عليه أولى.

قالوا: فيمكن زوال الضرر عن المغصوب منه، لأننا لا نسلم إليه قيمة ذلك وأما موفراً، فلا يلحقه بذلك ضرر.

والجواب: هو أن هذا إجبار له على ترك عين ماله، وهذا من أكبر ما يكون في الضرر، ولو لزم هذا في الساجة لجاز أن يقال، إذا غصب منه أرضاً فغرس فيها نخلاً وصارت تحمل على أن لا يجبر على قلع ذلك، لأن فيه ضرراً على الغاصب وسلم إليه القيمة المغصوبة منه، فلما أخذها على خلاف دل على أنه يجب تسليم عين ماله إذا وجد إلى ذلك سبيلاً، ولأنه لا يلزمه أخذ القيمة إلا أن يرضى بذلك.

قالوا: ولأنه تابع لملكه يلحقه في رده الضرر، فلا يجب عليه رد، أصله إذا غصب منه خيطاً وخاط به جرح حيوان له حرمة.

والجواب: هو أننا لا نسلم أنه صارت تابعة لملكه لأنها ملك غيره.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون عليه في ذلك ضرر، ومع ذلك يجب الرد، ألا ترى أنه

⁽²³⁵⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽²³⁵⁸⁾ كلمة لم أتبينها.

لو غصب منه جارية فأولدها فلا يجب للغاصب الرجوع بشيء من ذلك، وإن كنا نعلم أن عليه في ذلك أشد الضرر فلم يصح ما قالوه.

وكذلك إذا غصب منه طعاماً وأجذاعاً ونقلها من موضع إلى موضع وأنفق عليها نفقة لمن حملها، فإنه يرد ذلك كله، وإن كان قد حصل الضرر عليه، بأن أنفق ماله ولا سبيل إلى المطالبة بحبة منه فلم يصح هذا الكلام.

والثالث: هو أنه لما بنى عليها الغير فقد أسقط حرمة ماله وبنائه، لأنه بناه على مال الغير، لأن الرسول عليه السلام قال: «ليس لعرق ظالم حق»⁽²³⁵⁹⁾.

وأما الأصل فمن أصحابنا من قال: لا نسلّمه ويجب أخذ الخيط ورده إلى صاحبه وإن كان في ذلك ضرر وإتلاف الحيوان، ولأن أكثر ما في ذلك إتلاف مال الغاصب، ونحن نتلف عليه حائطاً بناه وأنفق عليه مائة دينار ولا نبالي، فكذلك في الشاة التي تسوى درهماً أو عشرة دراهم يجب أن يفعل ذلك.

ومن أصحابنا من فرق بينهما وقال: لا يرد الخيط، لأن للحيوان حرمة في نفسه⁽²³⁶⁰⁾. ألا ترى أن الغاصب نفسه لو أراد ذلك لما ألزمناه ذلك، لما فيه من الضرر على الحيوان الذي له حرمة، وفي الساجة لو نزع وقال أنا أرد وأنقض جميع ما بنيته كان ذلك له فافترقا.

قالوا: وإن كان للحيوان حرمة وتعظيماً، قلنا لهذا أيضاً حرمة، فوجب أن لا يضع عليه، ألا ترى أن الرسول عليه السلام قال: «حرمة مال الرجل كحرمة دمه»⁽²³⁶¹⁾.

والجواب: هو أن حرمة المال إنما هي لحرمة المالك، وحرمة الحيوان إنما هي لحرمة نفسه، وإن كان للغاصب فإن للحيوان حرمة في نفسه، وإن لم يكن للغاصب حرمة، لأنه أسقط حرمة نفسه، وأما إن كان في السفينة مال للغاصب فإنه يقلع اللوح ويرده على مالكه، وإن كان فيها مال الغير فإننا لا نقلعه، لأن في ذلك إتلاف مال من ليس بغاصب ولا متعد فافترقا لذلك.

[203ب]

قالوا: ولأنه إذا بنى عليها فقد غيبها عن بصره على وجه | يلحقه به الضرر والمشقة في

⁽²³⁵⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²³⁶⁰⁾ انظر: الكافي: 431، 432 - المقدمات: 2 / 495.

⁽²³⁶¹⁾ تقدم تخريجه.

إحضارها فأشبه ما إذا غصب منه شيئاً وغيبه عن مشاهدته، فإنه يضمنه له بالقيمة فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنا لا نسلم ذلك؛ لأنه إذا علم منه أنه غيبه على هذا الوجه وأخذ قيمته ثم ظهر بعد ذلك، فله الرجوع فيه ورد ما أخذ من القيمة، وعلى أنه يلزم عليه إذا سرق متاعاً فغيبه عن صاحبه في بيت وطين عليه، فإنه يوجد ذلك منه وإن كان قد غيبه عن صاحبه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه ينافي ملكه بحق فلا يجوز نقضه عليه أصله إذا لم يكن حوله.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه بنى بحق بل بنى بظلم وعدوان، لأنه عليه السلام قال: «ليس لعرق ظالم حق»⁽²³⁶²⁾، فوجب أن يجبر على قلع ذلك ورده إلى صاحبه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا يجوز اجتماع الغرم مع القطع على السارق⁽²³⁶³⁾.

وبه قال الشافعي رحمه الله⁽²³⁶⁴⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا غرم قيمة المسروق لم يقطع⁽²³⁶⁵⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194]، وهذا قد سرق منه حنطة أو شعيراً أو ثوباً فيجب أن يؤخذ منه بظاهر الآية، لأن الله تعالى لم يفصل بين أن يقطع أو لا يقطع.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²³⁶⁶⁾ ولم يفصل.

والقياس: هو إن ثبتت يده على مال الغير على سبيل العدوان وهو في حقه من أهل

⁽²³⁶²⁾ تقدم تخريجه.

⁽²³⁶³⁾ انظر: المدونة: 4/ 539 - النوادر: 14/ 426 وما بعدها - التفريع: 2/ 230 - الكافي: 580.

⁽²³⁶⁴⁾ انظر: مختصر المزني: 264 - الحاوي الكبير: 7/ 165.

⁽²³⁶⁵⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 269 - 270.

⁽²³⁶⁶⁾ تقدم تخريجه.

الضمان فإذا تلف في يده كان عليه الضمان أصله المغصوب في يد الغاصب، وفيه احتراز من الوكيل والحربي والعبد وغيرهم.

قالوا: نقلب فنقول، فلا يجتمع الغرم مع القطع أصله ما ذكرتم.

والجواب: هو أنكم لا تحتاجون إلى هذه الأوصاف، لأنكم قلتم لو ثبتت يده على مال غيره كفى ذلك، ونحن نتحرز بذلك من مسائل.

و الثاني: هو أنكم علقتكم على العلة ضد المقتضى، لأن ثبوت اليد على الشيء على سبيل العدوان والظلم، فوجب التغليظ عليه لا الإسقاط عنه، فوجب أن لا يصح هذا القلب، ولأن في الأصل لم يوجد إلا أحد الحكمين وهو الغرم، وأما علة القطع فلم توجد، لأن القطع وجب لأخذ المال على سبيل لا يمكن التحرز منه وفي الغصب لا يوجد ذلك، وفي مسألتنا قد وجدت علة كل واحد من الحكمين فإنه سرق على وجه لا يمكن التحرز منه وأتلف مال الغير ظلماً وعدواناً.

[204]

وقياس آخر: وهو | أنه حد يجب مع رد العين فجاز أن يجب مع رد بدل العين أصله حد الزنا.

قالوا: المعنى في ذلك إنما كان كذلك، لأنها فعلاً أحدهما تستوفي المنفعة والآخر يجب للحرمة وفي مسألتنا فعل واحد، ووزان مسألتنا إذا سرق النصاب وأحرق الحرز.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما، لأن كل واحد منهما مثل الآخر، لأن الحد وجب لأجل الهتك والغرم وجب لأجل مال الغير الذي لا شبهة له فيه.

وقياس آخر: وهو أنها حقان بسببين مختلفين لمستحقين فجاز اجتماعهما، أو فوجوب أحدهما لا ينفع وجواب آخر أصله قيمة الصيد والجزاء.

فإن قالوا: لا نسلم أنها حقان بسببين مختلفين بل سببهما السرقة فحسب.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن سبب الضمان أخذه من موضعه يغير إذن صاحبه فإنه لو تلف في يده قبل منه إخراجاً من الحرز وجب عليه ضمانه واستقر ذلك عليه، وسبب القطع انفصاله عن الحرز وإخراجاً منه.

قالوا: المعنى في الأصل، وهو الصيد أنه إذا وجبت قيمته لم تملكه بذلك، وفي مسألتنا

إذا وجبت القيمة صار الشيء ملكاً له فلا يجوز قطع يده في ماله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يبطل بما إذا زنى بأمة فإنه يجب عليه ويجب عليه رد الأمة، والثاني: هو أن التضمن لا يوجب التملك.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: 38]، فوجه الدليل منه، أن الله تعالى أوجب القطع ولم يذكر الغرم، فمن قال إنه يجب معه الغرم فقد زاد في النص وذلك يوجب النسخ، ونسخ القرآن لا يجوز إلا بمثل ما ثبت به القرآن.

والثاني هو أن الله تعالى جعل القطع جميع الجزاء فقال: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾، وأنتم تجعلون ذلك بعض الجزاء فتوجبون الغرم مع القطع.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك هو أن النسخ هو الرفع والإزالة في الشرع، والنقل والتحول في اللغة، وذلك لم يوجد ههنا. ولأن الزيادة في الشيء لا تكون نسخاً له كالزيادة في الكيس والزيادة في حاشية الكتاب.

وأما الجواب عن قوله تعالى الجزاء لقطع عن الجملة فليس بكلام صحيح، لأن القطع إنما هو لأجل هتك الحرمة التي قيل له لا تفعل ذلك، فإذا غصبت وفعلت قطعناك، وأما الغرم فهو حق لآدمي فهو كما ذكرناه إذا قتل صيداً مملوكاً، فإنما يوجب عليه الحد لله تعالى، وتوجب القيمة لصاحبه فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وروى عبد الرحمن | بن عوف الزهري عن النبي ﷺ أنه قال: «لا غرم على السارق بعد القطع»⁽²³⁶⁷⁾ وروي أنه عليه السلام قال: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»⁽²³⁶⁸⁾، وهو ﷺ قطع سارقاً ولم يغرمه، وهذه كلها نصوص فيما اختلفنا فيه.

والجواب: هو أن هذا الخبر ضعيف؛ وذلك أن راويه: إبراهيم بن سعيد عن أخيه المسور بن سعيد عن عبد الرحمن، فأما إبراهيم، فهو ضعيف في الحديث، وأما أخوه فقد

⁽²³⁶⁷⁾ أخرجه النسائي، كتاب قطع السارق، باب لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد، ر: 7435، 7/ 44، والبيهقي في الكبرى، باب غرم السارق، 8/ 277. وقال الحافظ في الدراية: حديث منقطع لا يثبت. 2/ 113.

⁽²³⁶⁸⁾ أخرجه البيهقي في الكبرى، باب غرم السارق، 8/ 277.

قيل: إنه لم يلق عبد الرحمن⁽²³⁶⁹⁾.

والثاني: هو أنه محمول على ما كان في صدر الإسلام، حيث كانت العقوبات في الأموال دون الأبدان، فلما صارت في الأبدان سقط ذلك الغرم، فكأنه عليه السلام أشار إلى ذلك، والدليل على أن ذلك ما روي أن النبي ﷺ قال: «من سرق من حريسة جبل شيئاً فعليه مثلاه وجلدات نكالا»⁽²³⁷⁰⁾.

وروي «من غل من الغنيمة شيئاً أحرق عليه رحله»⁽²³⁷¹⁾.

وقال: «فمن امتنع من أداء الزكاة فإننا أخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شيء»⁽²³⁷²⁾، ثم نسخ ذلك كله وصارت العقوبات في الأبدان، فأما هذا

⁽²³⁶⁹⁾ قال الحافظ بن حجر في لسان الميزان: " وفي ذكره أي الاسناد فائدة: وهو أنه عن سعد بن إبراهيم، أو سعيد عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف كما ترى" انظر: لسان الميزان: 4 / 36. وانظر: السنن الكبرى للبيهقي، 8 / 277.

ويلاحظ أن القاضي نكس اسم الرجلين.

⁽²³⁷⁰⁾ هذا الحديث رواه مالك في الموطأ، برواية محمد بن الحسن الشيباني، قال: أخبرنا مالك حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع في ما بلغ ثمن المجن". أخرجه في كتاب السرقة، باب من سرق تمرا وغير ذلك مما لم يحرز، ر: 683، 216، والبيهقي في الكبرى، باب ما يكون حرزا وما لا يكون، 8 / 266. وأخرج ابن ماجه والحاكم والبيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص: "أن رجلا من مزينة أتى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل؟ قال: «هي ومثلها والنكال وليس في شيء من الماشية قطع إلا فيما آواه المراح وبلغ ثمن المجن ففيه قطع اليد وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال». قال: يا رسول الله فكيف ترى في الثمر المعلق؟ قال: «هو ومثله معه والنكال وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال". سنن البيهقي: باب ما جاء في تضعيف الغرامة، 8 / 278.

⁽²³⁷¹⁾ رواه البيهقي بسنده بلفظ آخر قال: حدثني صالح بن محمد بن زائدة قال: دخلت مع مسلمة بن عبد الملك أرض الروم فأتى برجل قد غل فسأل سالما عنه فقال: سمعت أباي يحدث عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «إذا وجدتم الرجل قد غل فأحرقوا متاعه واضربوه». قال: فوجدنا في متاعه مصحفًا فسئل سالر عنه فقال بعه وتصدق بثمانه. قال البيهقي: لفظ حديث سعيد فهذا ضعيف. أخرجه في السنن الكبرى، باب لا يقطع من غل في الغنيمة، 9 / 103.

⁽²³⁷²⁾ أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة، ر: 1575، ص 187، والنسائي في الزكاة، باب عقوبة مانع الزكاة، ر: 2236، 3 / 11. وإسناده صحيح. انظر: البدر المنير: 2 / 357.

الغرم فإنه على سبيل البدل لا على سبيل العقوبة.

قالوا: ولأنه فعل واحد فلا يجب به القطع والغرم أصله قطع اليد.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه فعل واحد بل هما فعلاّن، أحدهما: حد النصاب في الحرز، فإنه أوجب الضمان، والثاني: إخراجة من الحرز وهو فعل آخر.

قالوا: فنحن نفرض المسألة في رجل سرق ثوبا من تحت رأس رجل نائم؛ فإن ذلك فعل واحد.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك أيضا فعلاّن وضع يده عليها وهو نائم يوجب الضمان وحيث ثبتت يده عليه وانقضت له به من تحت رأسه وسله فعل آخر، وهو الذي يتعلق به القطع.

والمعنى في الأصل، أن تلك جناية واحدة لها بدلان فلا يجتمعان كالقصاص مع الدية، وليس كذلك في مسألتنا لأنهما فعلاّن أحدهما يتعلق بحق الله، والثاني بحق الآدمي، فهما بمنزلة الكفارة والدية، الكفارة لله تعالى، والدية للآدمي، وبمنزلة قتل الصيد المملوك، الجزاء لله تعالى والقيمة للآدمي، فلم يصح ما قالوه، ووجب اجتماع ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: ولأن الفعل الواحد لا يتعلق به ما يسقط بالشبهة وما لا يسقط بها كالزنا | لا [205] يجب به المهر والحد والقتل لا عمدا لا يجب به القود والدية.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا شرب الخمر للنصراني، فإنه يجب عليه الحد ويجب عليه قيمته له، ولا يمتنع أن يجتمعا أيضا من وجه آخر، كالدية مع الكفارة وقيمة الصيد مع الجزاء.

قالوا: فهذه المسألة مبينة على أصل، وذلك أن التضمين يوجب التملك، فإذا غرماه قيمة المسروق صار ملكا له ولا يجوز أن يقطع الإنسان في ملك نفسه.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه يملك ذلك، ألا تراه أنه لو وجدته، أخذه. فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: هو أنه لو كان يملك ذلك بالتضمين لوجب إذا ملك بعض المسروق

وغرم أرشه وملكه بذلك أن لا يجب القطع، فإنه شريك المالك في تلك العين المسروقة،
والشريك لا يقطع بأخذ مال شريكه الذي له فيه شبهة فلما أوجبتم القطع عليه دل
بذلك على بطلان ما قلتم، والله أعلم.

كتاب الاستحقاق

وإذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه: أنه قال للمستحق أن يأخذها.

وروي عنه: أنه ليس عليه أخذها وله قيمتها⁽²³⁷³⁾.

فوجه الرواية أن له أن له أخذها: هو أنها باقية على ملكه، واستيلاد الغير إياها لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها حرمة الاستيلاد، وإنما كان كذلك لأنها لا يثبت لها ذلك إلا بفعل من السيد، فأما على وجه صنع له فيه فإنه لا يجب لها ذلك.

والقياس: هو أنها ولدت من غير مالك فلا يثبت لها حرمة الاستيلاد. أصله إذا ولدت من نكاح فإنه لا يثبت لها ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن اعتقاد الواطئ استباحة بوطئها بالوطئ، كاعتقاده ذلك في النكاح. وقد تقرر أنها لو غرت من نفسها فزوجها رجل على أنها حرة ووطئها، فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك في البيع مثله، وهذه الرواية لا يأخذها، بل يجب له قيمتها هو أنه واطئ بشبهة الملك، وشبهة كل عقد مردودة إلى صحته فلم يجوز له أخذها، والأولى أصح.

فصل:

وإذا قلنا أنه ليس له أخذها فله أخذ القيمة، ويكون الاعتبار في ذلك يوم فاتت بالوطء، كما يكون ذلك على الغاصب يوم الغصب⁽²³⁷⁴⁾.

[205ب]

افصل:

فأما إن لم يختَر أخذ القيمة واختار أخذ الثمن الذي باعها به الغاصب فله ذلك⁽²³⁷⁵⁾.

⁽²³⁷³⁾ المدونة: 4/ 177 و 201 - النوادر: 10/ 391، 392 - التفريع: 2/ 283 - الكافي: 433.

⁽²³⁷⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 177 - النوادر: 10/ 391 - التفريع: 2/ 283 - الكافي: 433.

⁽²³⁷⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 201 - النوادر: 10/ 391 - الكافي: 433.

وإنما قلنا ذلك لأنه متعدد عليها باختيار له.

فصل:

وأما إذا قلنا أنه لا يأخذها أو له أخذها، فإن الولد لا يأخذ بحال ولا سبب⁽²³⁷⁶⁾،
وإنما قلنا ذلك لأن الأب دخل على أنه وطئ في ملكه وأن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم
بوجه ولا سبب.

فصل:

فأما إذا أخذ قيمتهم من الأب أعني من الأولاد، فقد اختلفت الرواية في ذلك:
فروي أن له أن يأخذ ذلك، وروي عنه أنه لا يأخذ لهم قيمة⁽²³⁷⁷⁾.
فوجه الرواية أن له أخذ ذلك: وهو أن الأصل إن ولدها ملك له، إلا أنه منع من ذلك
لحرمة الاستيلاء الثابت بالشبهة، فكان له الرجوع بالقيمة على الأب، لأن ذلك سبب يمنع
أخذ السيد لهم.
وإذا قلنا لا يأخذ قيمتهم فوجه ذلك: هو أنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت القيمة
عليه للام، وثبوت حرمتها، فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل.

فصل:

فأما إذا وجدها قد ولدت من الغاصب فإنه يأخذها ويأخذ ولدها⁽²³⁷⁸⁾.
وإنما قلنا ذلك لأن حرمة الاستيلاء لم تثبت لها، وإنما قلنا إنه يأخذ الأولاد معها لأنهم
ملك له، لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار، والواطئ زان إذا وطئ على الغصب يلزمه الحد
ولا يلحق به الولد.

فصل:

فإذا غرّت الأمة من نفسها رجلا فزوجها على أنها حرة فليسيدها أخذها.

⁽²³⁷⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 177 - النوادر: 10 / 392 - التفريع: 2 / 283.

⁽²³⁷⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 201 - النوادر: 10 / 387 - التفريع: 2 / 283 - الكافي: 433.

⁽²³⁷⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 201 - النوادر: 10 / 391 - التفريع: 2 / 283.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه، وله أخذ قيمة الولد من الأب⁽²³⁷⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه سبب زوال ملك السيد عنهم، لأنه دخل على أن يكونوا أحرارا لما غرته من نفسها، وهذا كله إذا كان الواطئ أجنبيا أو ممن لا يعتق ولده على المستحق. فأما إذا كان له أما أو ابنا أو ممن يعتق ولده على المستحق، فلا رجوع له بقيمة الولد على الواطئ⁽²³⁸⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الولد إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز، والقيمة تكون يوم الحكم، لأن ذلك وقت استحقاقهم، ويرجع الأب بالصدّاق على من غره.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغرض لم يسلم له، ولا يرجع بقيمة الولد إذا أخذت منه على من غره، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغرور لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع فحسب.

فصل:

وإذا ابتاع الرجل خرابه فعمرها وأحيائها مواتا ثم جاء المستحق فإنه يأخذ ذلك؛ لأنه | [206] ملكه إن أحب بعد أن يدفع قيمة العمارة قائمة ويرجع المشتري بالثمن على بائعه، فأما إن لم يختر المستحق ذلك، قيل للثاني ادفع إليه قيمة أرضه براحا وتكون لك، فأما إن أبى ذلك فإنهما يكونا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة، وقيمة العمارة قائمة⁽²³⁸¹⁾.

وإنما قلنا إن المستحق بالخيار؛ لأنه أقوى سببا، لأن الأرض له والمشتري أو المحيي عمر في شبهة ملك، فكان صاحب الملك مقدما عليهما.

وإنما قلنا إنه يعطيه قيمة البناء قائما؛ لأنه لم يتعد في البناء فيه فيطالب بقلع ذلك، وإنما دخل على أنه يبني في ملكه ما شاء، فلم يكن ظالما بل كان لبنائه حرمة.

وإنما قلنا إنه إذا بدل القيمة لزم الثاني أخذها؛ لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة.

⁽²³⁷⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 202 - النوادر: 10 / 399 - التفريع: 2 / 284.

⁽²³⁸⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 202.

⁽²³⁸¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 190 و192 - النوادر: 10 / 406 - التفريع: 2 / 282 - الكافي: 432.

وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم؛ لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق.

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثاني إذا أبى المستحق؛ ليزول الضرر عنهما فيقال للباني ادفع إليه قيمة أرضه براحا، فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجبر على أخذه؛ لأن الثاني يقول لست أختار أن يكون لي بناء في ملك غيري فيكون ذلك له.

وإنما قلنا إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله؛ لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإجماع أو البقاء على الشركة.

فصل:

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير، إن شاء قلع بنيانه وغرسه وإن شاء أعطاه قيمته مقطوعا بعد طرح أجره القلع⁽²³⁸²⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن عرق الغاصب لا حرمة له؛ لأنه عرق ظالم فكان لرب المال قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعا إن اختار، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالي ولا أريد قيمته، لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضي بقلع غراسها أو بنائها أو بإخربها أو إخراج إلى عمارتها فيكون له ذلك.

وإنما قلنا يدفع إليه قيمة ذلك مقلوعا، لأن تبقيته غير مستحقة عليه، ولأن القيمة في هذا الموضع بدل عن عين الغراس، فلما كان كالغاصب أخذه نقضا وخشبا كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه.

وإنما قلنا يحط عنه أجره القلع، لأن قلعه مستحق على الغاصب، لأن عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة، وليس للغاصب قيمة ما لا قيمة له إن قلع، ولا قلع مثل الجص الذي لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزويق | وما^[206ب] ذلك.

وإنما قلنا ذلك، لأن قلع ذلك كله اضرار برب الأرض لأنها تعور أرضه من غير نفع يحصل للغائب فلم يمكن من ذلك، ولا يلتفتن إلى قوله إن هذه غير شيء فلي أخذه، لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار المالك فلا يمكن منه والله أعلم بذلك.

(2382) انظر: المدونة: 4/ 190 ، 192 - النوادر: 10/ 405 - التفريع: 2/ 279 - الكافي: 432

تم الاستحقاق.

كتاب الهبات والصدقات والأحباس

مسألة:

عندنا أن الهبة تصح وتلزم من غير قبض، لأن القبض شرط في نفودها وتتمامها، فإذا قال: تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأموال، أو وهبته منك ولم يرد بالهبة العوض للثواب، فقال قبلت منك، فقد انعقد العقد، وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع في ذلك، ويلزمه إقباضه للموهوب له أو المتصدق عليه، وهو على المطالبة به، ويجبر على ذلك بأن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخر الإقباض. وإن مات الموهوب له والمتصدق عليه لم يبطل ذلك بموته، ولورثه من المطالبة مثل الذي كان في حياته، فإن تراخى الموهوب له بالتصدق عليه في المطالبة بالإقباض وأمكنه قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض، بطلت ولم يكن له شيء⁽²³⁸³⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: لا ينعقد ذلك إلا بالقبض، وما لم يقبض يكون ذلك جائزا غير لازم⁽²³⁸⁴⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا قد عقد على نفسه عقدا فوجب الوفاء به. وأيضا ما روي أن النبي ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»⁽²³⁸⁵⁾، ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض وبعده.

والقياس: هو أنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود.

⁽²³⁸³⁾ انظر: المدونة: 4 / 382 - 387 - النوادر: 12 / 195 - التفریع: 2 / 311.

⁽²³⁸⁴⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 138 - المبسوط: 12 / 48 - بدائع الصنائع: 6 / 115 - المهذب: 3 / 695 - الحاوي الكبير: 7 / 535 - الروضة: 4 / 428.

⁽²³⁸⁵⁾ أخرجه البخاري في الهبة، باب الاشهاد على الهبة، ر: 2589، ومسلم في الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، ر: 1622، ص 622.

وقياس آخر: وهو أنه عطية فلم يفتقر انعقادها إلى القبض أصله الوصية والوقف، ولأن سائر العقود إنما تلزم بالإيجاب والقبول فكذلك الهبة.

« نحل عائشة رضي الله عنها جدادا عشرين وسقا من ﷺ واحتج بما روي أن أبا بكر الغلة، فلما اشتد مرضه قال: يا بنية: إني كنت نحلتهك جدادا عشرين وسقا، وودت أنك حزتيه وقبضتيه، وإنما هو اليوم مال وإرث وإنما هو أخواك وأختاك، فإنه | ألقى في روعي أن ذا بطن خارجة بنت»⁽²³⁸⁶⁾. [207أ]

قالوا: فوجه الدليل منه أشرط في الهبة الإقباض والخيار فدل على أن ذلك شرط. 1435

والجواب: هو أن هذا الخبر حجة عليهم؛ لأنه وهب منها ذلك وصح عقد الهبة وإن لم يكن هناك قبض، وعندكم أن ذلك غير لازم.

والثاني: هو أنه أخبر بلزوم العقد لأنه قال: «كنت نحلتهك» وهذا إخبار عن عقد لازم مستقر، وإنما شابه الرجوع في ذلك لعله؛ وهو لا يظن ظان أن ذلك ازواء لبعض الورثة عن بعض ألا يُقتدي به في ذلك لأنه إمام المتقين، فحسم المادة في ذلك لأجل هذه العلة، وكثيرا ما كانوا يتركون أشياء مسنونة خوفا لأن يظن من يأتي بعدهم أنهم فعلوا ذلك لأنه واجب.

وروي أن أبا بكر ﷺ «كان لا يضحى» خوفا أن لا يظن الناس أن ذلك واجب، وروي مثل ذلك عن عمر ﷺ، وروي عن عبد الله بن عباس.

والثالث: هو أنه إنما رجع ذلك، لأن الأب له أن يرجع فيما وهب من ابنه، فلم يكن فيما قالوه حجة، بل كان الخبر حجة لنا من هذه الوجوه التي ذكرناها.

قالوا: ولأنه عقد إرفاق فلم يكن لازما أصله عقد المضاربة.

⁽²³⁸⁶⁾ روى مالك في موطئه، عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية: ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتهك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جددته واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله. قالت عائشة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى. فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية". أخرجه في الأقضية، ما لا يجوز من النحل، ر: 2188، 2/ 298.

والجواب: هو أنا لا نقبل أنه عقد إرفاق، بل هو عقد لازم كسائر العقود، وعلى أنه يلزم عليه البيع وسائر العقود فإنها كلها يطلب منها الارتفاق، لأن كل واحد من المتبايعين يرتفق من صاحبه مثل ما ارتفقه الآخر منه، ومع ذلك فإنه لا يعتبر في ذلك القبض، فكذا في مسألتنا وجب أن يكون مثله.

والمعنى في عقد المضاربة إنما كان عقداً، لأن كل واحد منهما يملك فسخه عن صاحبه قبل التسليم وبعده، وليس كذلك عقد الهبة، لأنه إذا وهب ذلك منه وقصد، فأراد فسخه ورجوع الهبة يملك ذلك بوجه ولا سبب، فعلم أنه عقد لازم ثابت كالبيع وغيره من العقود، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

وإذا تصدق الرجل على ولده الصغير أو وهب له شيئاً، فحيازته له جائزة، إذا كان قد ميز الصدقة والهبة وأشهد عليها. (2387).

وإنما قلنا ذلك، لأنه القابض له، والصغير ليس ممن يصح منه القبض ولا بد له من قبض قابض له.

وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه، يثبت له الهبة والصدقة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث وهو إذا كان ذلك الشيء مما يمكن تمييزه وتعيينه والإشهاد عليه. فأما ما لا يمكن ذلك فيه مثل الذهب والفضة والطعام وسائر المكيلات والموزونات ف [207ب] يصح قبض الأب لها.

وإنما قلنا ذلك، لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه، لأنه لا يميز الشاهد وقت إقامة الشهادة على ذلك لا يمكن أن يكون ما شهدته به عين الذي يشهد عليه.

فصل:

وأما إن جعل ذلك في يد أجنبي فإنه يكون قابضاً لهم فإنه يجوز ذلك (2388).

وقد قال الشيخ (2389) أبو بكر الأبهري رحمه الله: إنه يجوز أن تكون بيد الأب إذا جعلها

(2387) انظر: الموطأ: 2/ 319 - المدونة: 4/ 386 - النوادر: 12/ 163 - الرسالة: 132 - التفریع: 2/ 312

(2388) انظر: الموطأ: 2/ 319 - المدونة: 4/ 402

في شيء وختم عليها وأشهد عليها.

وإنما كان كذلك؛ لأنها حينئذ تتميز ويمكن الإشهاد عليها، فيكون ذلك كالعبد والثوب وما تتميز عينه.

مسألة:

عندنا هبة المشاع جائزة ويجوز ذلك من الشريك وغيره⁽²³⁹⁰⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽²³⁹¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: هبة المشاع لا تجوز إذا أمكن قسمته، وأما ما لا يمكن قسمته مثل العبد والجوهرة، فإن ذلك جائز⁽²³⁹²⁾.

ودلينا قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وقوله: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: 77]، وهذا يدل على وجوب الوفاء بذلك، لأنه لم يفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم.

وروي أن رسول الله ﷺ «ابتاع سراويلًا ثمننا وقال للوازن أرجح له»⁽²³⁹³⁾، فدل على أن هبة المشاع جائزة.

قالوا: تلك كانت زيادة جائزة في الثمن، والزيادة عندنا تلحق بالثمن.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن تلك الزيادة كانت مجهولة فلم يصح ما قالوه.

وروي أن رسول الله ﷺ لما أتى الروحاء في بعض أسفاره، وجدوا حمار وحش معقورا، فقال ﷺ: «دعوه فإنه يوشك أن يأتي صاحبه»، فجاء رجل من بهز، فقال: «هو لي وهو

⁽²³⁸⁹⁾ في المعونة: "قال شيخنا أبو بكر.."، 3 / 1608.

⁽²³⁹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 396 - النوادر: 12 / 137 وما بعدها - التفريع: 2 / 312

⁽²³⁹¹⁾ انظر: المهذب: 3 / 693 - الحاوي الكبير: 7 / 534

⁽²³⁹²⁾ انظر: المبسوط: 12 / 64 - بدائع الصنائع: 6 / 119.

⁽²³⁹³⁾ أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجحان في الوزن والوزن بالآجر، ر: 3336، ص 375، والترمذي في البيوع، ر: 1305، باب ما جاء في الرجحان بالوزن، ر: 1305، 3 / 589، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

لكم»، فقال النبي ﷺ لأبي بكر، «أقسمه بين الناس»⁽²³⁹⁴⁾.

فوجه الدليل منه، أنه وهب للجماعة ما تتأتى فيه القسمة، لأن ذلك كان في معنى اللحم للجماعة وجعل لكل واحد منهم نصيباً من ذلك مشاعاً، وعند أبي حنيفة لا يجوز ذلك.

قالوا: لا حجة في هذا الخبر، لأن الهبة إنما كانت للنبي ﷺ ثم قسم ذلك بين أصحابه، ومثل ذلك يجوز بين أصحابنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الرجل قال: هو لي وهو لكم، وهذا لفظ الجمع فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: إنما أباحهم إياه؛ فهو كما لو أباحهم أكل طعامه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن النبي ﷺ قال لأبي بكر الصديق ؓ «أقسمه بين المسلمين» فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أن كل | مشاع جاز بيعه جازت هبته أصله المقوم. [208]

ولأن كل عقد صح في المشاع الذي لا ينقسم صح في المشاع الذي ينقسم أصله البيع. أو لأنها عين يجوز بيعها فجاز هبتها أصله المفرد.

وقياس آخر: وهو أن ما جاز إباحته جازت هبته أصله المفرد.

قالوا: المعنى في المفرد أنه متميز حقه فلذلك جازت هبته، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يتميز حقه من ذلك، فوجب أن لا تصح هبته.

والجواب: هو أنه يبطل بالبيع، فإنه يجوز بيعه وإن لم يتميز حقه منه فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأن ما لا يقسم أبعد من القسمة والتمييز بالافراد مما ينقسم، لأن ما لا ينقسم ليس ينقسم في حال الهبة ولا هو في نفسه على صفة تتأتى فيها القيمة، فإذا جازت فيه مما لا ينقسم كان ذلك فيما ينقسم أولى وأحرى بالجواز، ولأنه لو انتهب من رجلين، فإنه يصح ذلك فكذلك في مسألتنا يجوز من واحد.

قالوا: إنما جاز من الرجلين لأن ذلك متميز، وليس كذلك في مسألتنا.

⁽²³⁹⁴⁾ أخرجه بهذا اللفظ مالك في الموطأ، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، ر: 1008، 1/ 482.

والجواب: هو أنه يبطل بالبيع.

واحتج بما روي أنا أبا بكر الصديق عليه السلام قال لعائشة أم المؤمنين: «إني كنت نحلّتك عشرين وسقاً من الغابة وودت أنك حزتيه أو قبضتيه، وإنما هو مال وإرث وإنما هو أخواك وأختاك»⁽²³⁹⁵⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه أنه شرط جواز الهبة والقبض، والمشاع لا يسمى مقبوضاً إلا مجازاً.

والجواب: هو أن هذا الخبر هو الدليل على جواز الهبة المشاع، لأنه أخبر أنه وهبها جداد عشرين وسقاً من بستانه المشاع بالغابة الذي يمكن قسمته، وكان ذلك دليلاً عليهم. وأما قوله: "وددت أنك حزتيه"، لا يدل على أن ما عقده من الهبة لم يجز، وإنما أراد بذلك لئلا يظن به ظان أنه إنما أراد إزواء لبعض ورثته لئلا يقتدى به في ذلك، ويقول القائل بعد ذلك: فالصديق فعل ذلك فلم أفعل أنا اليوم مثله.

قالوا: ولأن الموهوب غير متميز من غير الموهوب فيما يقسم، فوجب أن لا يصح أصله إذا وهب منه إحدى داريه.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن عندنا إذا وهب منه إحدى داريه صح، ويقال له هذه الدار هي التي وهبتك، وكذلك عندنا إذا قال له بعتك إحدى هذين العبدتين له والثوبين، فإنه يأخذ أيهما شاء منهما فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الموهوب غير متميز من أصله فوجب أن لا يصح أصله إذا وهبه صوفاً على ظهور الغنم.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا الهبة على هذا الشرط تلزم وتصح، لأنه يكون واهباً لمنفعته كما يقال في المعرى.

[208ب]

وجواب آخر: وهو أنه لو كان ذلك أيضاً فيما يقبل القسمة كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه، والله تعالى أعلم بذلك.

فصل:

⁽²³⁹⁵⁾ تقدم تخريجه.

وإذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه بذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه جواز ذلك، وروي أنه لا يجوز وكذلك الهبة مثل ذلك⁽²³⁹⁶⁾.

فوجه جواز ذلك، هو أن العين مرهونة بعضها مما يتعين ويمكن الإشهاد عليها، والمشاع منها في حكم المقسوم، ووجه المنع من ذلك: أن نفس الموهوب غير متميز ولا معين فأشبهه المنفرد الذي لا يتعين، والرواية الأولى أصح.

مسألة:

يجوز للأب أن يرجع فيما وهب لابنه في الجملة⁽²³⁹⁷⁾.

وبه قال الشافعي⁽²³⁹⁸⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يملك الرجوع فيه⁽²³⁹⁹⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من وهب هبة وأعطى عطية فلا رجوع له إلا ما كان من الوالد مع ولده فإن له الرجوع في ذلك»⁽²⁴⁰⁰⁾.

قالوا: فنحن نقول بموجبه، وأن له الرجوع عليه إذا حكم الحاكم للأب على ولده بالنفقة فله الرجوع فيما وهب منه.

والجواب: هو أن النبي ﷺ لم يفصل، فهو على عمومه فسواء وجبت له النفقة عليه أو لم تجب.

وروي أن بشيرا نحل ولده النعمان عبدا، فجاء بشير ليشهد النبي ﷺ على ذلك، فقال

⁽²³⁹⁶⁾ انظر: النوادر: 12 / 172، 173 - التفرع: 2 / 312 - الكافي: 534.

⁽²³⁹⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 299 - المدونة: 4 / 410، 411 - النوادر: 12 / 190، 191 - التفرع: 2 / 313.

⁽²³⁹⁸⁾ انظر: المهذب: 3 / 696 - الحاوي الكبير: 7 / 545.

⁽²³⁹⁹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 139 - المبسوط: 12 / 54، 55 - بدائع الصنائع: 6 / 132.

⁽²⁴⁰⁰⁾ أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجوع في الهبة، ر: 3539، ص: 393، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، ر: 1299، 3 / 584، وابن ماجه في الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، ر: 2377، 2 / 795، وانظر: البدر المنير: 7 / 134.

له: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال لا، فقال النبي ﷺ فأرجعه»⁽²⁴⁰¹⁾.

فدل على أن له الرجوع في ذلك.

قالوا: إنما قال له ذلك؛ لأن النعمان كان صغيراً فلا يصح منه قبض الهبة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن قبض الأب قبض له.

قالوا: فيحتمل إنما كان ما أقبضه إياها والهبة لا تلزم عندنا إلا بالقبض.

والجواب: هو أن هذا لا يصح، الهبة إنما تلزم بالقول.

والثاني: هو أنه لو كان الحكم في ذلك يختلف لاستعلم عليه السلام، وقال له: هل أقبضته إياها أم لا، ولما بادر إلى الخصم بذلك من غير استعلام وأمره بالرجوع، دل على أن الحكم في ذلك لا يختلف، ولأنه جاء إلى النبي ﷺ يشهده على ذلك، والإشهاد إنما يكون على أمر ثابت مستقر.

والقياس: هو أنها هبة من الوالد لولده فملك الرجوع فيما لم يتعلق بها حق الغير. أصله إذا وهب منه نصف دار وهذا مركب، لأن عندنا يجوز له | الرجوع لأنه ابنه وعنده [209] مشاع.

قالوا: المعنى في ذلك أنه لا تصح لابنه لأنه مشاع.

والجواب: هو أن ذلك يصح عندنا على إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله.

وقياس آخر: وهو أنه وهب كسبه من كسبه فجاز له الرجوع فيه ما لم يتعلق به حق الغير. أصله إذا وهب لعبده شيئاً، فإن له الرجوع فيه فكذلك في مسألتنا مثله. والدليل على أن الولد كسبه ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن أطيّب ما يكسب الرجل من كسبه، وإن من كسبه ولده»⁽²⁴⁰²⁾.

قالوا: فإن المعنى في العبد إنما جاز للسيد الرجوع فيما وهب منه، لأنه ماله وكسبه

⁽²⁴⁰¹⁾ أخرجه البخاري في الهبة، باب الهبة للولد، ر: 2586، 2 / 233، ومسلم في الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ر: 1623، ص 662.

⁽²⁴⁰²⁾ أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب الحث على المكاسب، ر: 1237، 2 / 723، والنسائي، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، ر: 6000، 6 / 6. وقال ابن الملقن في البدر: حديث صحيح، 8 / 309.

وليس كذلك الولد لأنه ليس بهال له.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا وهب لأخيه وهو عبد أجنبي، فإن عندكم لا يملك الرجوع فيه، ولأنه لا فرق بين الابن والعبد، لأن هذا من كسبه، بل الولد له من الاختصاص بأبيه في سائر الأحكام ما ليس بين العبد وسيده فلم يصح ما قالوه من ذلك. وقد قيل: إن كل ملك إن ملك ابنه بالعقد جاز له مراجعته أصله البيع.

ولأن عندكم لو وهب من أجنبي شيئاً ملك الرجوع فيه فالأب أولى بذلك بهاله من الاختصاص. وقياس آخر: وهو أنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الوهاب في الشرع إضافة الملك، فجاز له الرجوع في ذلك مما لو يتعلق له حق الغير أصله السيد مع عبده.

والدليل على صحة هذه العلة: ما روي أن غلاماً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال له يا رسول الله: "إن أبي يريد أن يأخذ من مالي، فقال له ﷺ «أنت ومالك لأبيك»»⁽²⁴⁰³⁾، فأضافه إليه مع ماله فدل على ما ذكرناه من ذلك.

ولأن للأب من الاختصاص به ما ليس للأجنبي، ألا ترى أنه لا يقاد به على وجه عندنا، وعندكم لا يقاد به أصلاً ويجب عليه النفقة ويولي ماله بغير تولية، ولا يجوز صرف زكاة ماله إليه، ولا تقبل شهادته له، وإذا ملك عتق عليه ويتبعه في الإسلام، فلما كانت للأب هذه الأحكام ثابتة مع الابن جاز أيضاً أن يجوز له الرجوع فيما وهب منه، وعندكم لا يجوز له أن يرجع، وإن كان ذلك به الرجوع فيما وهب من الأجنبي وكان ذلك من للأب أحق وأولى.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»⁽²⁴⁰⁴⁾.

والجواب: هو أن هذا لا يدل على التحريم وإنما يدل على الاستقباح.

والثاني: أنه عام فنخصه بقوله عليه السلام «إلا ما كان | من الوالد مع ولده فإن له [209ب] الرجوع فيما وهب له»⁽²⁴⁰⁵⁾.

⁽²⁴⁰³⁾ أخرجه الطبراني في الكبير، ر: 6961، 7 / 230، وابن أبي شيبة في المصنف، ر: 37370، 14 / 197. وانظر كلام الحافظ على هذا الحديث في الدراية: 2 / 102.

⁽²⁴⁰⁴⁾ تقدم تخريجه

⁽²⁴⁰⁵⁾ تقدم تخريجه.

قالوا: ولأنها هبة من ذي محرم لم يكن له الرجوع فيها أصله هبة الأخ لأخيه.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا وهب لأخيه وهو عبد لأجنبي، فإن له الرجوع فيه عندكم.

قالوا: فلم لا يرجع على أخيه وإنما يرجع على سيده.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الرجوع إنما هو على أخيه لأنه الذي قبل منه، والمعنى في الأصل إنما لم يملك الرجوع فيما وهب من أخيه.

ولأن الأخ لا يختص من أخيه بما يختص به الأب، ألا ترى أن الأخ يقتل بأخيه والأب يخالف ذلك، ولأن الأب له من الانبساط في ملك ولده ما ليس للأخ فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن كل شخصين لو وهب أحدهما من الآخر شيئاً لم يكن له الرجوع عليه، فإذا وهب أحدهما الآخر لم يكن له الرجوع عليه. أصله الولد إذا وهب لأبيه شيئاً، ولأنه لا يملك الرجوع عليه فكذلك الولد مثله.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يملك أحدهما على الأشياء ولا يملك الآخر عليه، ألا ترى أن أحدهما يقتص له منه، وهو الولد من الولد وإن كان الولد لا يقتص له من الوالد فلم يصح ما قالوه. ولأننا قد بينا أن للأب من الاختصاص والانبساط في مال ولده ما ليس للابن فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأن هبة الوالد لولده بمنزلة الصدقة عليه فلا يملك الرجوع عليه في ذلك.

والجواب: هو أنه لولا كان ذلك على وجه الصدقة، فإنه لا يملك الرجوع عندنا في ذلك، وإنما له أن يرجع فيما لم يقصد به الثواب من الله سبحانه وتعالى، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

فصل:

وللأم أن تعتصر⁽²⁴⁰⁶⁾ الهبة من ولدها⁽²⁴⁰⁷⁾.

⁽²⁴⁰⁶⁾ الاعتصار هو: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي. حدود ابن عرفة، 2 / 559.

⁽²⁴⁰⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 412 - النوادر: 12 / 191 - التفريع: 2 / 313.

وإنما قلنا ذلك، لمشاركتها للأب في قرب الولادة ومباشرتها لذلك.

فصل:

فإذا كان الولد يتيمًا فلا عصرة للأُم فيما وهبته لهم⁽²⁴⁰⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الهبة للأيتام له أن يراد بها وجه الله سبحانه وتعالى، وهي كالصدقة، ولا يجوز الرجوع في الصدقة فكذلك في مسألتنا مثله.

مسألة:

عندنا إذا وهب الوالد من ولده شيئًا فداين الابن أو تزوجت البنت الموهوب له، فليس للأب الاعتصار بعد التصرف في ذلك⁽²⁴⁰⁹⁾.

وقال الشافعي رحمه الله: له الاعتصار والأخذ على كل وجه⁽²⁴¹⁰⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا عقد فوجب الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: « لا يجز مال امرئ مسلم إلا عن طيب^[210] منه »⁽²⁴¹¹⁾.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»⁽²⁴¹²⁾.

والقياس: هو أنه نوع تصرف وجد من الأب في الموهوب له فلا يملك الرجوع فيه. أصله إذا وهب منه عبداً فأعتقه أو باعه الأب فإن الأب لا يملك الرجوع فيه، فكذلك إذا استدان عليه فأخذ ما لا فإنه يتصرف، ولا يجوز للأب الرجوع في ذلك. فلو قلنا إن للأب الرجوع فيما وهب من ابنه بعد التدانين، لأن الذين دانيه إنما أعطوه على ما في يده، ولولا ذلك ما دانيه فكان في ذلك إبطال حقوقهم والغرور بهم، فوجب أن يكون ممنوعاً من ذلك في الموضع، لأجل تعلق حق الغير بهذا المال.

⁽²⁴⁰⁸⁾ انظر: النوادر: 12/ 190-191- الرسالة: 132.

⁽²⁴⁰⁹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 299- المدونة: 4/ 410، 411- النوادر: 12/ 189- الرسالة: 132- التفريع: 2/ 313.

⁽²⁴¹⁰⁾ انظر: المهذب: 3/ 696- الحاوي الكبير: 7/ 544 وما بعدها.

⁽²⁴¹¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴¹²⁾ تقدم تخريجه.

ولأنه إذا وهب من ابنته شيئاً فتزوجت فقد حصل للزوج عرضاً في تبقيّة مالها بيدها، فوجب أن لا يجوز للأب أخذ ذلك منها، لأن النبي ﷺ قال: «تزوج المرأة لثلاث لدينها وجمالها ومالها»⁽²⁴¹³⁾.

ولو قلنا إن له الرجوع في ذلك، لكان في ذلك إسقاط حق الزوج، فوجب أن لا يصح ما قالوه في هذه المواضع التي ذكرناها.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «من أعطى عطية أو وهب هبة فلا رجوع له فيها إلا ما كان له من الولد مع والده فإن له الرجوع»⁽²⁴¹⁴⁾.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه إذا لم يتعلق حق الغير بما وهب له بدليل ما ذكرناه.

قالوا: ولأنها عطية من الوالد لولده من غير عوض، فجاز له الرجوع فيها، أصله إذا لم يستحدث ديناً ولا وجب الثلث.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا كان عبداً فأعتقه الابن أو باعه، وعلى أن المعنى في ذلك أنه ما يتعلق بذلك حق الغرماء، ولا في ذلك إسقاط حق الغير، فلذلك جاز له الرجوع في ذلك، فوجب أن لا تبطل حقوق غيره لمصلحة نفسه فافترقا، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن الجد لا يملك الرجوع فيما وهب لابن ابنه وكذلك الجدة⁽²⁴¹⁵⁾.

وقال الشافعي: له ذلك فهو كالأب في باب الرجوع⁽²⁴¹⁶⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجز لأحد أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع فيها إلا الأب فيما يعطيه لابنه فإن له الرجوع في ذلك»⁽²⁴¹⁷⁾، والجد لا يسمى أباً، ألا ترى لو قال لجدته: هذا أبي لكان ذلك مجازاً لا حقيقة، وكذلك الجد لو قال لولد ولده: [210ب]

⁽²⁴¹³⁾ أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ر: 5090، 3/ 360، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ر: 1466، ص 583.

⁽²⁴¹⁴⁾ تقدم تخريجه

⁽²⁴¹⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 411، 412 - النوادر: 12/ 192 - التفريع: 2/ 313 - الكافي: 531.

⁽²⁴¹⁶⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7/ 547 - الوسيط: 4/ 273 - روضة الطالبين: 4/ 440.

⁽²⁴¹⁷⁾ تقدم تخريجه.

هذا ابني، لكان ذلك مجازاً لا حقيقة، فوجب حمل كلام الرسول ﷺ على حقيقته دون مجازه. ولأن الجد ليس بأب ولا يملك الرجوع في الهبة أصله الأخ. ولأنه عطية بمخية الأب فلا يملك الرجوع في الهبة أصله الأخ. وكذلك الجد، وهذا أشبه بالأخ منه بالجد.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب»⁽²⁴¹⁸⁾ وإن كان ﷺ محمد بن عبد الله بن عبد المطلب.

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما قال ذلك على وجه الانتساب، لا على وجه الحقيقة فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الجد بمنزلة الأب في جميع الأحكام، ألا ترى أنه يملك الإجمار في النكاح كما يملك ذلك الأب على المال بنفسه، ويعتق عليه إذا ملكه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح ولا يجري مجرى الأب، أما الإجمار في النكاح فإنه لا يملكه بوجه ولا سبب، ولا يملك ذلك عندنا إلا الأب وحده، وأما الوكالة فقد يليها الغير وهو الأجنبي مثل الحاكم وغيره، وأما العتق فلا نسلم، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وهب من أجنبي شيئاً فلا يملك الرجوع فيه⁽²⁴¹⁹⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله⁽²⁴²⁰⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: له الرجوع فيه ما لم يثب عليه⁽²⁴²¹⁾.

ودليلنا ما روى ابن عباس وابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة وأعطى عطية

⁽²⁴¹⁸⁾ أخرجه البخاري في الجهاد، باب من قاد دابة غيره في الحرب، ر: 2864، 2 / 322، 323، ومسلم في الجهاد، ر: 1776، ص 738.

⁽²⁴¹⁹⁾ المدونة: 4 / 411، 412 - النوادر: 12 / 192 - التفریع: 2 / 313 - الكافي: 531.

⁽²⁴²⁰⁾ المهذب: 3 / 696 - الحاوي الكبير: 7 / 547.

⁽²⁴²¹⁾ مختصر الطحاوي: 138 - المبسوط: 12 / 53 - بدائع الصنائع: 6 / 128.

فلا رجوع له إلا ما كان من الأب مع ابنه»⁽²⁴²²⁾.

وروي أن النبي ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»⁽²⁴²³⁾.

قالوا: فتشبيهه إياه بالقيء لا يدل على تحريمه، وهذا لا يمنع من الرجوع.

والجواب: هو أنه قد روى عبد الله بن عباس أنه قال: «وإن القيء حرام»⁽²⁴²⁴⁾.

والقياس: هو أنه وهب لمن يقاد به فلا يملك الرجوع عليه. أصله إذا وهب الوالد لولده شيئاً أو لذي رحم محرم.

والقياس: موضوع على الرواية التي تقول إن الأب لا يقتل بابنه.

فإن قالوا: المعنى في الأصل أنه إنما لم يملك الابن الرجوع على الأب فيما وهب لابنه؛ لأن المقصود بذلك قد حصل وليس كذلك في مسألتنا، وهو الهبة من الأجنبي كان المقصود بالهبة ما حصل فكان له الرجوع عليه في ذلك.

والجواب: هو أنه عليه السلام إذا وهب من ابن عمه.

والثاني هو أنا لا نسلم، أن ليس ههنا بيع ولا مقصود لأنه يحصل بذلك الآن الصلة والصدقة والألفة والصدقة والمحبة، ولذلك قال ﷺ: «| تهادوا تحابوا»⁽²⁴²⁵⁾، فإن كان [211] كذلك فقد وجد أيضاً المقصود بالهبة فوجب المنع من الرجوع عليه لأجل ذلك، وقد قيل أنه وهب هبة لمن لا يسأل بينه وبينه بعضية فلا يملك الرجوع عليه أصله إذا وهب من زوجته.

فإن قالوا: المعنى في الزوجة إنما لم تملك الرجوع عليها، لأن المقصود من الهبة قد وجد وهي أنها تخدمه وتكرمه لأجل ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه ما وجد المقصود فثبت له الرجوع.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا وهب من ابن عمه، والثاني أنا قد بينا أن في ذلك نفعا حاصلًا وهو المحبة والتودد وذلك معلق بالطبع، لأن الإنسان إذا أهدى لغيره شيئاً أنه يحبه

⁽²⁴²²⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴²³⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴²⁴⁾ قال البيهقي في الكبرى: قال قتادة: "لا أعلم القيء إلا حراماً". 6/ 180.

⁽²⁴²⁵⁾ تقدم تخريجه.

ويؤثره على نفسه ويصير عبدا له فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقد قيل: هو أن كل هبة لم يملك الرجوع فيها إذا حكم بذلك حاكم لم يملك الرجوع فيها وإن لم يحكم بها حاكم. أصله ما ذكرناه منه إذا وهب من زوجته شيئا.

ومن أصحابنا من قال: لأنه وهب هبة لمن لا يلي على ماله إلا بتولية ويجد في وطئه أمته فلا يملك الرجوع فيها، أصله الابن إذا وهب من ابنه شيئا.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «من أعطى عطية أو وهب هبة فله الرجوع بها ما لم يثب عليها»⁽²⁴²⁶⁾.

والجواب: هو أنا نحمله على ما إذا شرط الثواب، فإن له الرجوع في ذلك ما لم يثبت على ذلك، فنحمل هذا الخبر على ما إذا شرط الثواب، وخبرنا على أنه لا يملك الرجوع إذا لم يشترط، فالجمع بين الدليلين أولى من إسقاط أحدهما وترك الآخر، فكان ما قلناه أولى من ذلك.

قالوا: وروي عن عمر بن الخطاب ؓ أنه قال: «من وهب هبة أو أعطى عطية لغير ذي رحم محرم فله الرجوع»⁽²⁴²⁷⁾. وهذا قاله بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد ذلك.

والجواب: هو أنه قول واحد، والسنة مقدمة عليه، ويحتمل أنه أراد بذلك اشتراط الثواب فنحمله على ذلك بدليل ما ذكرناه.

قالوا: ولأنه تبرع في حق الأجنبي لم يقابله عوض، فكان له الرجوع فيه أصله إذا أعاره شيئا.

والجواب: هو أنه لا تأثير لما قالوه، لأنه لو كان ذلك مع ابن عم لملك الرجوع عليه في ذلك، والمعنى في العارية هو أنه هو وابن عمه في ذلك سواء، أعني الأجنبي.

والمعنى في العارية أنها هبة منافع | وليس كذلك في مسألتنا، لأنها هبة عين قد ملكها [211ب] بعقد فلم يمكن له الرجوع عليه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

⁽²⁴²⁶⁾ أخرجه الترمذي مرفوعا، في كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع عن الهبة، ر: 1299، 3 / 583، والحاكم في المستدرک: 2 / 52. قال الحافظ بن حجر: في اسناده ضعف. انظر: الدراية: 2 / 184.

⁽²⁴²⁷⁾ أخرجه مالك في الموطأ، برواية محمد بن الحسن الشيباني، باب الهبة والصدقة، ر: 805، ص 259، وانظر: البدر المنير: 7 / 145.

قالوا: ولأنه إذا وهبه من أجنبي كما ليحصل له الثواب، فإذا لم يحصل له شيء كان له الرجوع في عين ماله كما لو شرط عليه الثواب.

والجواب: هو أنه يلزم عليه إذا وهب من بن عمه شيئاً.

والثاني: هو أنا قد بينا أن أنه قد حصل له التودد والمحبة والألفة والصدقة التي يقصدها الناس بالهدايا، وكذلك يتهادون في العرف والعادة، وإما وجود الثواب بالشرط، وإنما وجب له ذلك لأنه لم يرض بإخراج ماله عن يده إلا بعوض فهو كما لو باعه ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قصد بهبته التودد والمحبة فلم يحصل له الرجوع، والله تعالى أعلم.

فصل:

والهبة على ضربين: ضرب منها يقصد به الثواب، والضرب الآخر لا يقصد به الثواب، بل يكون ذلك على وجه المودة والمحبة وصلة الرحم.

فأما الضرب الذي يقصد به المكافأة والعوض: فحكم ذلك حكم المعاوضات يراعى فيه ما يراعى في البيع لا يفارقه إلا في وجه واحد وهو السكوت عن البذل فيه وعن مقداره، فأما ما عدا ذلك من أحكامه، فإنه يجري مجرى سائر المعاوضات⁽²⁴²⁸⁾.

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه: لأنها تفعل على وجه التودد وإيثار المكارمة والمواصلة وإن كان المقصود منها المكافأة، ففعلها على هذا الوجه له تأثير في التودد والتحبيب، فكانت في معنى نكاح التفويض في المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره.

وقد روي أن النبي ﷺ «أثاب على اللقحة»⁽²⁴²⁹⁾، وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر عليه السلام، بل أنكر سخطه الثواب، وكان ذلك زائداً على القيمة⁽²⁴³⁰⁾، فدل على صحة ما

(2428) انظر: الموطأ: 2/ 289 - المدونة: 4/ 412 - التفريع: 2/ 314

(2429) اللقحة: بالفتح والكسر، هي الناقة الحلوب الغزيرة اللبن. لسان العرب: 5/ 4058.

(2430) يشير إلى الحديث الذي رواه الترمذي وأحمد والحاكم عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة، "أن أعرابياً أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم بكرة فعوضه منها ست بكرات فتسخطها، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «إن فلاناً أهدى إلي ناقة فعوضته منها ست بكرات فظل ساخطاً، لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي أو دوسي». أخرجه الترمذي في المناقب، باب =

قلناه من هذا الضرب.

وأما الضرب الآخر: وهو الذي لا يقصد به الثواب فإنه لا يستحق بذلك ثواباً ولا مكافأة، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الواهب لم يرد بذلك، وإنما أراد التملك بغير عوض فلا يستحق بذلك شيئاً.

فصل:

وأما إذا اختلفا فقال الواهب وهبتك الثواب والموهوب له يقول وهبتي بغير ثواب، فإن الرجوع في ذلك لأحد أمرين:

إما إن كان إلى شرط إن كان بينهما، فإن اعترف به الموهوب له لزمه ذلك، وإن أنكره فالقول قول الواهب | إذا أشكل وتحاكم فيه إن كان يشبه ما قال، وإن كان لا يشبه ما قال، [212] فالقول قول المدعي الأشبه منهما.

وهو القسم الآخر الذي يرجع فيه إلى العرف فينظر في ذلك:

فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يرد الثواب وإن مثله إنما يهب كمثل ذلك الموهوب له لعوض يناله منه أو مكافأة، فالقول قوله، وذلك مثل الفقير يهب للسلطان أو للغني وما أشبه ذلك، فالعادة في هذا إنما يريد منه المكافأة على ذلك⁽²⁴³¹⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يفتقر للثواب إلا بالشرط، فأما بالعرف الذي ذكرتموه فلا يستحق بذلك شيئاً⁽²⁴³²⁾.

ودليلنا ما روي أن «رجلاً وهب من رسول الله ﷺ جملاً فأثابه، فلم يرض بذلك فزاده عليه السلام، فلم يرض بذلك، ثم زاده عليه السلام»، ثم قال عليه السلام: «لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفني»⁽²⁴³³⁾ فهذا يدل على جواز الثواب فهذه هبة

مناقب في بني ثقيف وبني حنيفة، ر: 3945، 5 / 730، وأحمد في المسند، ر: 7918، 13 / 296، والحاكم في المستدرک، 2 / 63، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(2431) انظر: المدونة: 4 / 414، 415 - النوادر: 12 / 241 - التفریع: 2 / 314 - 315.

(2432) انظر: المبسوط: 12 / 75 - بدائع الصنائع: 6 / 130.

(2433) تقدم تخريجه.

عليه من الأدنى إلى الأعلى.

قالوا: إنما فعل ذلك ﷺ على وجه القربة فيه عليه السلام، كان يهب ويعطي من غير هبة لأنه كان أجود الناس إنفاقاً.

والجواب: هو أن الظاهر من الخبر ما ذكرناه، وأنه ﷺ أثابه على ذلك وما أنكر عليه المطالبة، وإنما أنكر عليه السلام سخطه لما دفعت إليه، وإن كان ذلك أكثر مما وهب، فوجب حمل فعله عليه السلام على وجه يتعلق به حكم الشريعة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن العادة جارية بين الناس أن الرجل إذا وهب لمن هو أعلى منه إنما يريد بذلك الثواب، فإذا كانت تلك عادة وعرفاً وجب الرجوع في ذلك إلى العرف الجاري بين الناس، ألا ترى أن المتبايعين إذا اختلفا في النقد رجع ي ذلك إلى العرف فكذلك في مسألتنا مثله ووجب أن يكون.

واحتج بأن قال: لأنه يملك بلفظ الهبة، فوجب أن لا يقتضي الثواب من غير شرط أصله إذا وهب لمن هو دونه.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك، هو أنه إذا وهب الأعلى للأدنى فإنما يريد بذلك الثواب من الله سبحانه في الآخرة، والحمد في الدنيا وليس كذلك في مسألتنا، لأن الأدنى إذا وهب من الأعلى فإنه يعلم أنه إنما يريد بذلك الثواب والعرف يشهد له فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأن ما لا يقتضي الثواب من النظرين لا يقتضي الثواب من الأدنى والأعلى أصله إذا لم يشترط.

والجواب: هو أننا لا نسلم أن النظر أو الأمثال في ذلك وغيرهم سواء، وإنما ينظر في ذلك على حسب ما نعلمه من دلائل الحال ومن قدر الهدية هل يقصد بمثلها الثواب أو هي مما يقبح في العرف طلب الثواب عليها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فصل:

| وأما هبة الغني للفقير والسلطان لأتباعه والرجل يهدي إلى العطار والصالح، [212ب] فالعرف في مثل هذا أنه يقصد بذلك المودة وليس الثواب في الدنيا بحال⁽²⁴³⁴⁾.

(2434) انظر: المدونة: 4/ 414 - النوادر: 12/ 244.

فصل:

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله تعالى في هدية أحد الزوجين من الآخر: فروي عنه أنه إن ذلك يقتضي الثواب، وروي أنه لا يقتضي الثواب⁽²⁴³⁵⁾.

فوجه الرواية أن ذلك يقتضي الثواب: فهو أن المعاوضة مطلوبة بينهما لتمييز المالكين بينهما، ووجه نفي ذلك أن العرف جار بأن كل واحد منهما يتقرب للآخر بالهدية والهبة ويجب التودد إليه وإحراز الحظوة عنده، وهذه الرواية أصح.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه: فمن وهب له شيء للثواب فهو بالخيار: إن شاء أثاب منها قيمتها، فما زاد وإن شاء ردها، فإن أثاب قيمتها أو زيادة عليها لزم واهبها قبول ذلك، ولا مقال له إن قال لا أرضى بقيمتها⁽²⁴³⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الموهوب محبوس للإثابة والرد، لأن ذلك معاوضة، ولا يلزم ذلك إلا باختياره ورضاه، وإنما قلنا إذا قبلها يلزمه الثواب؛ فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظاً وإما عرفاً فلزمه ما دخل عليه كالبيع.

فصل:

والثواب في ذلك على ما يتراضيان عليه⁽²⁴³⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه عبد يشترط فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسومح فيه بترك تسمية العوض فوقف على تراضيهما، أصله نكاح التفويض.

فصل:

فأما إذا لم يتراضيا فالموهوب له مخير إن شاء أثاب القيمة وإن شاء ردها كسائر المعاوضات، وصار ذلك مثل نكاح التفويض في تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض بين

⁽²⁴³⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 413 - النوادر: 12/ 244.

⁽²⁴³⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 415 - النوادر: 12/ 239، 241 - التفريع: 2/ 314.

⁽²⁴³⁷⁾ انظر: المدونة: 4/ 415 - النوادر: 12/ 239 - التفريع: 2/ 314.

بذل صدق المثل الذي هو قيمة البضع أو الطلاق وكذلك في الهبة⁽²⁴³⁸⁾.

فصل:

ولا يلزم بغير رضاه ما زاد على القيمة، كما لا يلزم ذلك في التفويض، إن شاء رده وإن شاء أخذ⁽²⁴³⁹⁾.

فصل:

فأما إن فات عند الموهوب له لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل أو الموت أو العتق أو نقص في البدن⁽²⁴⁴⁰⁾.

وإنما قلنا إنه يلزمه قيمتها؛ لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك أيضا مع فواتها وتأثير الفوت منع ردها فحسب، وإنما كان العتق فوتا لأنه لا يمكن ردها معه ولا فسخه فالحمل ينقص قيمتها والموت عدمها.

فصل:

[213]

وقد اختلفت الرواية عنه | في زيادة الجسم أو الصوف:

فروي عن مالك رحمه الله أنه فوت، وروي عنه أن ذلك ليس بفوت⁽²⁴⁴¹⁾.

فوجه الرواية أنه فوت: هو أنه قد يتغير فيها الحكم فأشبهت النقصان، ووجه الرواية أنه ليس بفوت: هو أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما، وهذا هو الأصح.

فصل:

ولا يراعى عرف في مكافأة تلك الهبة⁽²⁴⁴²⁾. وإنما قلنا ذلك، لأنه لا مدخل للعرف في المكافأة، لأنه ليس فيها حد يرجع إليه، لأن الملك العظيم قد يثيب على هدية تساوى مائة ألف وقد يثيب عشرة آلاف وما بينهما، وقد يخلوا الموهوب في نفسه ويزيد في المكافأة، فذلك

⁽²⁴³⁸⁾ انظر: الموطأ: 2/ 298 - المدونة: 4/ 415، 416 النوادر: 12/ 239.

⁽²⁴³⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 415.

⁽²⁴⁴⁰⁾ انظر: المدونة: 4/ 415 - النوادر: 12/ 239.

⁽²⁴⁴¹⁾ انظر: المدونة: 4/ 415 - النوادر: 12/ 239.

⁽²⁴⁴²⁾ انظر: المدونة: 4/ 415 - التفريع: 2/ 315.

يختلف بحسب حلاوة الموهوب في نفسه ومحبته بنفع مهديه إليه فبطل اعتبار من يعتبر في ذلك العرف.

فصل:

ولا يكفي في ذلك أقل ما يقع عليه الاسم⁽²⁴⁴³⁾، خلافا لمن أجاز ذلك⁽²⁴⁴⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن العرف أن المهدي دخل على زيادة على القيمة أو على مقداره أو [يرتجي]⁽²⁴⁴⁵⁾ الموصلة والمكافأة، وأما إن أثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة دراهم فإنه خلاف العرف الذي عليه دخل، فلا يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فصل:

ولا تفتقر الهبة إلى حيازة⁽²⁴⁴⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنها معاوضة فأشبهت البيع، ولأن التهمة لا مدخل لها فيها لدخولها في هبة غير الثواب.

فصل:

وأما الهبة التي لا يقصد بها الثواب ولا المكافأة فعلى ضربين:

ضرب يراد به المودة والمحبة، وضرب يراد به وجه الله تعالى وصلة الرحم، وذلك كهبة الغني للفقير واليتيم، فهذا الضرب صدقة وحكمه حكم الصدقة، فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا ميراث ولا غيره⁽²⁴⁴⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القربة لله تعالى وابتغاء وجهه، وعلى هذا يحمل قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه؛ لما سأله عن الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله تعالى ثم رآه يباع، فقال له النبي ﷺ: «لا تبتعه ولوباعكه بدرهم ولا تعد في

⁽²⁴⁴³⁾ انظر: انظر: المدونة: 4 / 415 - النوادر: 12 / 241.

⁽²⁴⁴⁴⁾ يقصد الإمام الشافعي رضي الله عنه: انظر: المهذب: 3 / 697 ، 698.

⁽²⁴⁴⁵⁾ في الأصل: "يرتجى"، والمثبت من المعونة: 3 / 1613.

⁽²⁴⁴⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 416.

⁽²⁴⁴⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 414 - التفريع: 2 / 313 .

صدقتك» (2448).

وروي عنه أنه قال له: «ما الصدقة ليومها»⁽²⁴⁴⁹⁾، يريد بذلك ليوم القيامة، ومن هذا هبة الغني للفقير والهبة لصلة الرحم، ومن كان سبيله مثل ذلك، فإذا ثبت منع الرجوع في الصدقة فكذلك الانتفاع بها، لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم اليسير أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل أو ما | أشبه ذلك مما يقل خطره، فذلك أمر قريب [213ب] عنه.

وأما الضرب الآخر: وهو الهبة للمودة والمحبة، فليس لأحد في ذلك رجعة إلا الوالدين فيما وهباه لولديهما فلهما اعتصار ذلك.

فصل:

ويكره أن يتناع الرجل صدقته أو يرتجعها بعوض أو هبة⁽²⁴⁵⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه ضرب من العود فيها لأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحيي منه ويسامحه في ثمنها ويحيط عنه ما لا يحيطه عن غيره فيكون رجوعاً في ذلك القدر.

ومثل ذلك روي في حديث عمر رضي الله عنه لما وجد فرسه الذي حمل عليه في سبيل الله يباع فأراد أن يشتريه، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك، وقال: «لا تبعه وإن باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»⁽²⁴⁵¹⁾.

فصل:

فإن مات المتصدق عليه وورث ذلك المتصدق منه فلا بأس بذلك⁽²⁴⁵²⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك ليس برجوع في الصدقة ولا يتهم بأنه احتال في ذلك، لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعة.

⁽²⁴⁴⁸⁾ أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، ر: 2623، 2 / 242.

⁽²⁴⁴⁹⁾ لم أجده فيما عندي من مصادر.

⁽²⁴⁵⁰⁾ انظر: النوادر: 12 / 195 وما بعدها - التفريع: 2 / 314 - الكافي: 533.

⁽²⁴⁵¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴⁵²⁾ انظر: الموطأ: 2 / 298 - المدونة: 4 / 411 - النوادر: 12 / 196.

وقد روي: أن امرأة وهبت لأُمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة، فلما سألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «أجرت في صدقتك وردت وليدتك عليك الميراث»⁽²⁴⁵³⁾. فإذا ثبت أنه لا يجوز له الرجوع في الصدقة والانتفاع بها ممنوع أيضا على ما قدمناه.

فصل:

ويستحب للإنسان التساوي بين ولده في الهبة ولا يخص بعضهم بشيء يفرد به عن الآخر أو يكون الآخر مثله⁽²⁴⁵⁴⁾.

وإنما استحبنا له ذلك: لما روي أن النبي ﷺ قال لبشير لما نحل ولده النعمان عبدا، فجاء إلى رسول الله ﷺ ليشهده على ذلك، فقال عليه السلام: «أكل ولدك نحلته مثل ذلك، قال لا. قال فارجه»⁽²⁴⁵⁵⁾.

وفي الحديث أنه قال له: «أحب أن يكونوا لك في البر سواء»⁽²⁴⁵⁶⁾، ولأن ذلك يؤدي إلى العقوق وترك البر، ويورث الحسد والضغن، فوجب أن يكون ذلك مكروها وهذا إذا وهب كل ماله.

فصل:

فأما إذا وهب البعض منه أو الشيء بعينه فإن ذلك جائز⁽²⁴⁵⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه « وهب لعائشة رضي الله عنها شيئا من ماله»⁽²⁴⁵⁸⁾.

ولأن في الهبة البعض لا تولد العداوة ولا البغضاء، لأنه قد بقي ما يصير للولد الباقي إذا كان الموهوب يسيرا لا يكون حال المال ولا قطعه مؤثرا فيه.

⁽²⁴⁵³⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب صدقة الحي عن الميت، ر: 2213، 2 / 307.

⁽²⁴⁵⁴⁾ انظر: الموطأ: 2 / 296 - النوادر: 12 / 210 - الرسالة: 134 - التفرع: 2 / 415.

⁽²⁴⁵⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴⁵⁶⁾ جزء من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما، أخرجه مسلم في الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ر: 1623، ص 662.

⁽²⁴⁵⁷⁾ انظر: النوادر: 12 / 209، 210 - التفرع: 2 / 315 - الكافي: 530.

⁽²⁴⁵⁸⁾ تقدم تخريجه.

مسألة:

وأما إن وهب جميع | ماله من واحد من ولد فإن ذلك ينفذ ويلزم، [214]^[1] ذلك⁽²⁴⁵⁹⁾.

وقال أحمد بن حنبل لا ينفذ ولا يلزم⁽²⁴⁶⁰⁾.

ودليلنا ما روينا من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه «أنه نحل ابنته عائشة رضي الله عنها جداد عشرين وسقاً من الغلة»⁽²⁴⁶¹⁾ فدل على جواز ذلك.

ولأنه تصرف في ماله حالة يملك التصرف فيه فوجب نفوذ ذلك، أصله إذا وهب ذلك من أجنبي أو تصدق بجميع ماله على الفقراء والمساكين، ولأنه عقد ألزمه نفسه بكونه مالكا متصرفا، فوجب أن يلزم بقوله أصله البيع والصدقة وجميع الالتزامات.

واحتج بحديث النعمان بن بشير وهو قوله رضي الله عنه «أكل ولدك نحلته مثل ذلك، فقال لا، قال فارجعه»⁽²⁴⁶²⁾.

والجواب: هو أنا نقول بذلك؛ وإنما يستحب له أن لا يفعل، فإذا فعل وألزم ذلك فإنه ينفذ ذلك على كراهية منا لذلك فلم يصح ما قالوه.

فصل:

ويجوز للرجل أن يتصدق بجميع ماله كله في حال صحته وأن يهب جميع ذلك⁽²⁴⁶³⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن جماعة من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وآله فعلوا ذلك وانخلعوا من جميع أموالهم، مثل أبي بكر الصديق رضي الله عنه انخلع من جميع ماله⁽²⁴⁶⁴⁾ (...) ⁽²⁴⁶⁵⁾، وكذلك

⁽²⁴⁵⁹⁾ انظر: النوادر: 12 / 210 - التفريع: 2 / 315.

⁽²⁴⁶⁰⁾ انظر: مختصر الخرقى: 115 - المغني: 8 / 256.

⁽²⁴⁶¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴⁶²⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁴⁶³⁾ انظر: النوادر: 12 / 209 ، التفريع: 2 / 315 - الكافي: 530.

⁽²⁴⁶⁴⁾ من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في شأن سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه: "إن أمن الناس علي في صحبته وماله أبو بكر.." أخرجه البخاري في فضائل الصحابة، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: سدوا الأبواب... ر: 3654، 3 / 7.

⁽²⁴⁶⁵⁾ كلمة لم أتبينها.

روي عن أبي الدحداح وجماعة منهم⁽²⁴⁶⁶⁾.

فصل:

وهذا إذا كان المتصدق له ما يرجع إليه من صنعة أو حرفة يخلف منها ما لا يؤديه على نفسه، وأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته ويقوت عياله إن كان ذا عيال، فلا ينبغي له أن يمنع نفسه وعياله ذلك⁽²⁴⁶⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك لما روي أن النبي ﷺ: «منع سعدا أن يوصي بماله كله إبقاء على ورثته»⁽²⁴⁶⁸⁾ فإبقاء الإنسان على ورثته أولى، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾ [القصص: 77].

فصل:

ومن أخدم رجلا عبدا مدة حياته جاز ذلك⁽²⁴⁶⁹⁾.

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في نفقته على من تكون:

فروي عنه أنه قال: تكون نفقته على مالك رقبته، وروي عنه أنه قال: تكون نفقته على من جعلت خدمته له⁽²⁴⁷⁰⁾.

⁽²⁴⁶⁶⁾ من ذلك ما رواه أحمد والحاكم وابن حبان عن ثابت البناني عن أنس بن مالك "أن رجلا قال يا رسول الله: إن لفلان نخلة وأنا أقيم حائطي بها فمره أن يعطيني أقيم حائطي بها، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أعطاها إياه بنخلة في الجنة فأبى، وأتاه أبو الدحداح فقال بعني نخلك بحائطي قال ففعل، قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال، يا رسول الله: إني قد ابتعت النخلة بحائطي، فجعلها له، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «كم من عذق رداح لأبي الدحداح في الجنة»... مرارا. فأتى امرأته فقال: يا أم الدحداح اخرجي من الحائط؛ فإني بعته بنخلة في الجنة. فقالت: قد ربحته البيع". وقال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط مسلم. أخرجه الحاكم في المستدرک: 2/ 20، وأحمد في المسند، ر: 12482، 19/ 465، وابن حبان في صحيحه، ر: 7195، 16/ 113.

⁽²⁴⁶⁷⁾ انظر: النوادر: 12/ 29 - 210.

⁽²⁴⁶⁸⁾ أخرجه البخاري في الجنائز، باب رثاء النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن خولة، ر: 1295، 1/ 399، ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث، ر: 1628، ص 667.

⁽²⁴⁶⁹⁾ انظر: النوادر: 13/ 41.

⁽²⁴⁷⁰⁾ انظر: المدونة: 4/ 345 - النوادر: 12/ 103 - التنبيهات: 4/ 2073.

فوجه الرواية الأولى: هو أن النفقة على المالك بالرق، وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته أصله إذا أجره.

ووجه الثانية: هو أنه يملك منافعه دون سيده، فكانت النفقة عليه، [كالزوجة لما ملك [214ب] الاستمتاع بها ملك منافعها، ولا يلزم عليه الإجارة، لأن العوض عنها قد أخذ لأجل ذلك.

كتاب الوقف والحبس

مسألة:

عندنا أن الوقف والحبس صحيح لازم بالقول، ولا يفتقر لزومه إلى حكم حاكم⁽²⁴⁷¹⁾.

وبه قال الشافعي⁽²⁴⁷²⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت الوقف إلا بأحد سببين: إما بحكم حاكم أو بالوصية بعد الموت، وإن لم يوجد هذان الشرطان، فإن الوقف لا يصح⁽²⁴⁷³⁾، ويجوز له أن يبيعه ولم ينتقل عنه بل هو على ملك الواقف كما كان أولاً⁽²⁴⁷⁴⁾.

⁽²⁴⁷¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 417 - النوادر: 12 / 5 التفرع: 2 / 317.

⁽²⁴⁷²⁾ انظر: الأم: 5 / 105 - مختصر المزني: 133 - الحاوي الكبير: 7 / 511.

⁽²⁴⁷³⁾ قال في شرح الرسالة: "المشهور عن أبي حنيفة وأصحابه منع الوقف وأنه غير جائز، إلا أن أصحابه في هذا الوقت يمنعون من إطلاق ذلك ويقولون هو جائز، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به حاكم، أو بأن يوصي به في مرضه أو يوقفه بعد موته فيصح". شرح الرسالة: 4 / 408.

⁽²⁴⁷⁴⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 137، 138 - المبسوط: 12 / 27 وما بعدها.

ودليلنا ما روى مالك رحمه الله، عن نافع عن ابن عمر أن «عمر بن الخطاب جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إني أصبت مائة سهم من خير، وما ملكت في الإسلام أحب إليّ منه. وإني أريد أن أتصدق به»، فقال له النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»، فكتب عمر ﷺ: «هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب على فقراء المسلمين. لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولا جناح على من ولي ذلك أن يأكل ويُطعمَ صديقَه غير متأثِّل مالا»⁽²⁴⁷⁵⁾. وروى بنقول.

فوجه الدليل منه: أن النبي ﷺ قال له حبس الأصل وسبل الثمرة.

وقول عمر: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»؛ سألوا عليه [أسئلة]⁽²⁴⁷⁶⁾:

قالوا: هذا لا دليل فيه، لأن أكثر ما في هذا أنه قد وقف، ونحن نقول بذلك، ولكن نحن نقول بذلك، وإنما خلافتنا في أنه لا يلزم إلا بحكم الحاكم.

والجواب: هو أنا قد بينا أن النبي ﷺ قال له: «حبس الأصل وسبل الثمرة». وقول عمر: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، وعندكم يباع ويورث، وما زال عن ملك الواقف، وهذا خلاف ما قاله الرسول ﷺ وخلاف ما فعله سيد المسلمين عمر بن الخطاب.

ولأن هذا إجماع الصحابة فروي «أن أبا بكر الصديق ﷺ وقف دارا بمكة» وهي معروفة⁽²⁴⁷⁷⁾ ووقف عمر ما ذكرناه عنه بخير، ووقف عثمان بن عفان ﷺ بئر رومة، وقال: «دلوي فيها كوافد من دلاء المسلمين»⁽²⁴⁷⁸⁾، وروي «أن عليا كرم الله وجهه حفر بئرا في ضيعة له فخرج ماؤها أعذب ما يكون، فقال بشر الوارث ودفعها فيها»⁽²⁴⁷⁹⁾.

[215] ⁽²⁴⁷⁵⁾ أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، ر: 2737، 2 / 285، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف، ر: 1623، ص 670.

⁽²⁴⁷⁶⁾ ساقط من الأصل، والذي أثبتته مقتضى السياق.

⁽²⁴⁷⁷⁾ ذكره البيهقي في السنن، 6 / 161.

⁽²⁴⁷⁸⁾ روى الطبراني في الكبير، قال: حدثنا محمد بن عبدوس بن كامل السراج وأحمد بن محمد البزار الأصبهاني قالا ثنا عبد الله بن عمر بن أبان ثنا المحاربي عن أبي مسعود يعني الأعلى بن أبي المساور الجرار عن أبي سلمة بشر بن بشير الأسلمي عن أبيه: قال: "لما قدم المهاجرون المدينة استنكروا الماء وكانت لرجل من بني غفار عين يقال لها رومة وكان يبيع منها القربة بمد فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "بعنيها بعين في الجنة"، فقال: يا رسول الله ليس لي ولا لعيلي غيرها لا أستطيع ذلك، فبلغ ذلك عثمان رضي الله عنه فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أتجعل لي مثل =

أوروي عن عائشة أم المؤمنين وقفت، وروي عن فاطمة رضي الله عنها أنها وقفت، ووقف أبو الدرداء إخراج بئرحاء، ووقف أنس بن مالك⁽²⁴⁸⁰⁾، ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه ولا حبسه، فدل على أن ذلك إجماع منهم على ذلك.

والقياس في هذه المسألة: هو أنه تحبب أصل وتسهيل منفعة، فلم يفتقر إلى حكم حاكم أصله المساجد.

قالوا: المعنى في المساجد أنه لو بناها وسبلها لم يفتقر في ذلك إلى أن يقول وقفت أو سبلت، وإنما بنفس المعنى يلزم ذلك حسب، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لا بد أن يقول وقفت.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما لأنه لا بد من القول أيضا في بناء المساجد فلم يصح ما قالوه من ذلك، وقياس آخر: وهو أنه نوع عطية يلزم بعد الوفاء بالوصية، فوجب أن يلزم بقوله حال الحياة أصله الهبة والصدقة.

وقياس آخر: وهو أنه أراد له ملك على وجه القربة، فلا يفتقر إل حكم حاكم أصله بناء القناطر والمساجد، ونزید في الفرع إزالة الملك على منافع الرقبة للمحبسة، وقد قيل لأنه إخراج ملك إلى الله سبحانه وتعالى على وجه القربة فصح الوصية به، ولا يفتقر إلى حكم حاكم أصله ما ذكرناه من بناء القناطر والمساجد.

الذي جعلته له عينا في الجنة إن اشتريتها؟ قال: نعم. قال: قد اشتريتها وجعلتها للمسلمين". أخرجه في المعجم الكبير: ر: 1226، 2 / 41، 42. قال الهيثمي في مجمع الزوائد، في إسناد عبد الأعلى بن أبي المساور، وهو ضعيف. 3 / 318.

⁽²⁴⁷⁹⁾ هذا الأثر رواه البيهقي بسنده من طريق عبد الله بن وهب عن سليمان بن بلال عن جعفر بن محمد عن أبيه: "أن عليا بن أبي طالب قطع له عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ينع ثم اشترى على بن أبي طالب رضي الله عنه إلى قطيعة عمر رضي الله عنه أشياء فحفر فيها عينا فبينما هم يعملون فيها إذ تفجر عليهم مثل عنق الجزور من الماء فأتى على وبشر بذلك قال: بشر الوارث ثم تصدق بها على الفقراء والمساكين وفي سبيل الله وابن السبيل القريب والبعيد وفي السلم وفي الحرب ليوم تبيض وجوه وتسود وجوه ليصرف الله تعالى بها وجهي عن النار ويصرف النار عن وجهي". أخرجه في السنن الكبرى، باب الصدقات المحرمات، 6 / 160.

⁽²⁴⁸⁰⁾ انظر بعض هذه الآثار التي ذكرها المصنف في سنن البيهقي: 6 / 161. ونصب الراية: 3 / 476، 479.

واستدلال في المسألة، وذلك أن تصرف الإنسان في ملكه حال حياته أكد منه بعد مماته، وقد ثبت وتقرر أن ذلك يلزم بعد الوفاء، وأولى أن يلزم ذلك في الحياة، لأن ذلك أكد لما ذكرناه.

واحتج بما روي عن ابن عباس أنه قال: لما نزلت سورة النساء قال النبي ﷺ: "لا حبس بعد الفرائض". وروي: "لا حبس بعد" (2481).

قالوا: فوجه الدليل منه أنه نفى الوقف عليه السلام والحبس بعد آية المواريث. والجواب: هو أن الراوي غلط في هذا الحديث وهو قوله: "لا حبس"، وإنما الذي روي أنه قال: "لا حبس"، وأراد بذلك حبس النساء في البيوت إذا زنين وأتين الفاحشة، لأن الله تعالى أمر بذلك في سورة النساء ثم نسخ، ورفع الحبس بقوله عليه السلام: "قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والشيب بالشيب جلد مائة ثم الرجم" (2482).

وجواب آخر: وهو أنه أراد عليه السلام نفى الحبس الذي كانت الجاهلية تفعله، وذلك أنهم كانوا يسبلون الناقة ولا تمس ولا يتصرف فيها أحد، فقال عليه السلام: "لا حبس".

قالوا: وروي عن شريح أنه قال: «جاء محمد عليه السلام بإطلاق الحبس»، وروي أنه [215ب] قال: «جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس» (2483).

والجواب: هو أن شريحا ما لقي النبي ﷺ فلا يكون في قوله حجة.

وجواب آخر: وهو أنه روي عنه أنه قال: «جاء محمد بإطلاق الوقف الذي كان في الجاهلية السائبة والوصيلة والحام» (2484).

(2481) ورد بلفظ: "لا حبس بعد سورة النساء"، أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب الفرائض، ر: 4061، 5/ 119، والبيهقي في الكبرى، باب من قال لا حبس عن فرائض الله عز وجل، 6/ 162. والحديث في اسناده ضعف. قاله الدار قطني في السنن: 5/ 119.

(2482) أخرجه مسلم في الحدود، باب حد الزنى، ر: 1690، ص 701.

(2483) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، في الرجل يجعل الشيء حبسا في سبيل الله، ر: 21327، 6/ 251، والبيهقي في الكبرى، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل، 6/ 163. قال الحافظ بن حجر: اسناده صحيح. الدراية: 2/ 145.

(2484) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل، 6/ 163.

قالوا: وروي عن عبد الله بن زيد أنه قال: «قلت يا رسول الله: «إني تصدقت على أُمِّي بصدقة وقد ماتت»، فقال ﷺ: “قبل الله صدقتك وعادت إليك ميراثاً”»⁽²⁴⁸⁵⁾.

والجواب: هو أنه كان تصدق عليها بصدقة منجزة وملكها ولم يوقفها عليها فلذلك ورث ذلك عنها، ويحتمل أن يكون ذلك تطوعاً، ألا تراه قال عليه السلام: أجرت على ذلك.

قالوا: وروي أن رجلاً وقف وقفاً، فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فأبطله.

والجواب: هو أنه يحتمل أن ذلك كان وقفاً باطلاً كما لو نقل إلينا أنه عليه السلام أبطل نكاحاً أو بيعاً حملناه على ذلك، إنما كان لفساد العقد لا لصحته، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الوقف عقد منفعة فوجب أن ينقل الرقبة أصله الإجارة.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ بل ذلك عقد على الرقبة لا على المنفعة، وعلى أنه يبطل بالوصية أصله الإجارة بعد الموت، وينكسر بالعتق، لأن السيد إذا أعتق عبده فقد ملكه منفعته فاقضى ذلك، وقال الملك على الرقبة، والمعنى في الإجارة أن العقد يتناول المنافع فكذلك لم تنزل الرقبة، وليس كذلك في مسألتنا لأن العقد تناول الرقبة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه نقل ذلك لا إلى مالك، فوجب أن يلزم بنفس القول أصله إذا قال أجرتك داري هذه.

والجواب: هو أنه يلزم عليه العتق فإنه نقل ملك لا إلى مالك ومع ذلك يلزم بنفس القول.

وأما الأصل الذي قاسوا عليه، وهو إذا قال أجرتك داري فهو أن يبين في أي وجه أخرجها لزم ذلك وإن لم يبين، فليس لقوله ذلك حكم، وليس كذلك في مسألتنا إذا قال: [216] أوقفت هذه الدار، فإنه قد بين وأوضح فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه ترك فلا يلزم بمجرد القول أصله البيع والهبة.

⁽²⁴⁸⁵⁾ أخرجه مالك في الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت، ر: 2213، 2/ 307.

والجواب: هو أنه يبطل بالعتق والوصية، وأما الأصل فغير مسلم؛ وهو إذا قال وقفت هذه الدار فإنه قد بين وأوضح فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأنه ترك فلا يلزم فلا يلزم بمجرد القول أصله البيع والهبة.

والجواب: هو أنه يبطل بالعتق والوصية، وأما الأصل؛ فإن البيع والهبة يلزمان بنفس القول فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأنه وقف على معين فلم يلزم أصله إذا وقف على مكاتبه.

والجواب: هو أنه يلزم عليه، وإن سلمنا فالمعنى في المكاتب أنه عبد ما بقي عليه درهم وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنه لو كان الوقف مثل العتق لوجب أن لا يفتقر إلى شرائط، وفي الوقف لا بد من شرائط تذكر عند العقد.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الوصية بعد الموت، والثاني هو أن الشرائط إنما احتيج إليها ليعلم الوجوه الني تصرف إليها العين الموقوفة، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

ويموز ذلك في المشاع والمحوز⁽²⁴⁸⁶⁾.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز⁽²⁴⁸⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك، لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه: «أنه أصاب مائة سهم»⁽²⁴⁸⁸⁾، وذلك يقتضي أنه مشاع؛ ولأنها عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها أصله المنفرد.

مسألة:

اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في وقف الحيوان من الرقيق والخيول والماشية: فروي عنه جواز ذلك⁽²⁴⁸⁹⁾.

⁽²⁴⁸⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 418 - 419 - الكافي: 536.

⁽²⁴⁸⁷⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 136، 137 - المبسوط: 12 / 37.

⁽²⁴⁸⁸⁾ تقدم تخريجه، والحديث بهذا اللفظ عند البيهقي في الكبرى، باب وقف المشاع، 6 / 162.

⁽²⁴⁸⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 418 - النوادر: 12 / 101 - التفریع: 2 / 310 - الكافي: 536.

وبه قال الشافعي (2490).

وروي عنه المنع (2491).

وبه قال أبو حنيفة (2492).

ومن أصحابنا من قال: إن حبس الخيل جائز. وإنما الخلاف في غير ذلك من الحيوان (2493).

والدليل على جواز ذلك: أن أم معقل بن يسار جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: «يا رسول الله، إن معقلا وقف بعيرا في سبيل الله وإني أريد الحج فأركبه»، فقال ﷺ: «أركبه فإن الحج من سبيل الله» (2494). وهذا يدل على جواز وقف الحيوان، لأنه لو لم يكن جائزا لقال لها، وقف الحيوان لا يجوز، وإنما عدل ﷺ إلى غير ذلك.

وروي أن النبي ﷺ بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاييا على الصدقة، فجاءه يشكوا من ثلاثة: العباس بن عبد المطلب وخالد بن الوليد وابن جميل، فقال النبي عليه السلام: «أما العباس فله علي أمثاله، أما علمت يا عمر أن عم الرجل صنو أبيه، وأما خالد فقد ظلمتموه؛ فإنه حبس أدرعه وأعتده في سبيل الله تعالى. [واعتد الخيل]» (2495)؛ وأما ابن جميل فما ينقم إلا أنه كان فقيرا فأغناه الله تعالى» (2496) وهذا يدل على ما ذكرناه من جواز ذلك.

[216ب]

والقياس هو أنه عين تبقى مع جواز الانتفاع بها، فجاز دفعها أصله العقار، ولأنه مملوك إلا يسرع الفساد إليه، فجاز وقفه أصله الأراضي، ولا يلزم عليه الدراهم والنبات، لأن الرواية قد اختلفت أيضا عن مالك رحمه الله تعالى في ذلك كما اختلفت في الحيوان، وقد

(2490) انظر: المهذب: 3/ 672 - الحاوي الكبير: 7/ 517.

(2491) انظر: النوادر: 12/ 101 - التفریع: 2/ 310 - الكافي: 536.

(2492) انظر: المبسوط: 12/ 45 - بدائع الصنائع: 6/ 220.

(2493) انظر: معين الحكام: 2/ 723 - المنتقى: 8/ 31 - المسالك: 6/ 463 - عقد الجواهر: 3/ 31.

(2494) أخرجه أبو داود في المناسك، باب العمرة، ر: 1989، ص 228، وقال الحافظ: إسناده صحيح. الدراية: 1/ 266.

(2495) هكذا في الأصل.

(2496) أخرجه البخاري في الزكاة، ر: 1468، 1/ 455، ومسلم في الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، ر: 983، ص 484.

قيل: إن ما جاز وقفه على وجه البيع جاز إفراده بالوقف، أصله ما ذكرناه لأنهم قد سلموا ذلك.

واحتج بأنها أعيان لا تبقى على الدوام، فلا يجوز وقفها أصله سائر المأكولات. والجواب: هو أن المعنى في المأكولات أنها لا تبقى فلذلك لم يجوز وقفها، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنها أعيان تبقى فأشبه ما ذكرناه من العقار والله أعلم.

فصل:

والربع الموقوف أو المحبس محرم لا يجوز بيعه إذا خرب ولا استبداله⁽²⁴⁹⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن في بيعه إبطال شرط في الواقف وخلافا لما عقده عليه، وذلك غير جائز، كما لو تحرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان، فلم يكن في تبقيته إتلاف له بجواز عود العمارة إليه، ولأن في بيعه أيضا إبطال حق من حصل له فيه حق مع هذا النظر، ولا سبيل إلى ذلك.

وحكي عن ربيعة بن عبد الرحمن⁽²⁴⁹⁸⁾ جواز بيعه⁽²⁴⁹⁹⁾.

وقد حكي عن بعض أصحابنا مثل ذلك: ولا يعرف هذا القائل⁽²⁵⁰⁰⁾.

فصل:

وأما إذا حبس في شاة أو غيره من الحيوان هرم وحطم وخيف عليه العطب، فقد اختلف أصحابنا في بيعه والاستبدال بثمنه غيره:

فقال ابن القاسم يجوز بيعه. وروي ذلك عن مالك رحمه الله.

وقال عبد الملك لا يجوز ذلك⁽²⁵⁰¹⁾.

²⁴⁹⁷ انظر: المدونة: 4/ 418 - النوادر: 12/ 82 وما بعدها - التفريع: 2/ 310.

⁽²⁴⁹⁸⁾ أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ، الإمام، مفتي المدينة. روى عن أنس بن مالك، والسائب بن يزيد، وكان مالك يقول: ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة. وعنه يحيى بن سعيد الأنصاري، والليث بن سعد، ومالك وعليه تفقه. توفي سنة 136 هـ. سير أعلام النبلاء: 6/ 89-96، ر: 23.

⁽²⁴⁹⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 418 - الكافي: 541.

⁽²⁵⁰⁰⁾ قاله عبد الملك بن الماجشون: انظر: النوادر: 12/ 83 - التفريع: 2/ 310. وقال القاضي في المعونة: "وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه في هذا الوقت" المعونة: 3/ 1594.

⁽²⁵⁰¹⁾ انظر: المدونة: 4/ 418 - النوادر: 12/ 84، 85.

فوجه ما قاله ابن القاسم، هو أنه إذا لم يبق فيه منفعة في الحال ولا في المترقب في الوجه الذي حبس عليه لم يكن في تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف، وذلك غير جائز، ولأن إضاعة المال منهي عنه، وفي بيع هذا الفرس الذي قد كلب أو دخل العيب في قوائمه، فلم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشترية في غير ذلك الوجه، بأن يطحن عليه أو يحمل عليه أو ينتفع بثمانه غيره، فكان ذلك أولى من إضاعته، ولأن تبقيته ومنع بيعه إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع، فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض مسده أولى.

ووجه قول عبد الملك، وهو أنها عين أنه حبسها فلا يجوز بيعها أصله العقار.

فصل:

[217] وإذا قلنا بقول مالك رحمه الله وابن القاسم في أن بيع ذلك جائز، وإن ثمن | ذلك يجعل في مثل تلك العين إن بلغ، وإن لم يبلغ ذلك أعين به في ثمن مثله وانتفع في مثل ذلك الوجه الذي حبس الأصل فيه، لأن بدل الشيء يقوم مقامه، وهذا التفريع إنما هو على قوله إن وقف الحيوان جائز، فأما إذا قلنا إن حبسه لا يصح، فلا معنى لهذا التفريع.

فصل:

الألفاظ التي ينعقد بها الوقف هي أن يقول: وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك، مما يفيد معنى ذلك، فأما لفظ الوقف فإنه صريح في التأيد، فإذا قال وقفت هذه الدار، أو قال هذه الدار وقف، كان هذا العقد كافياً في تأييد تحريمها، فلا يرجع مالكا أبداً. وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث فذلك أكد منه، والاقتصار على لفظ الوقف كافٍ⁽²⁵⁰²⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن مفهوم هذه اللفظة في العرف أنه يقصد بها التسييل وتأييد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام، فوجب الحكم بذلك.

فصل:

وأما لفظة الحبس فهو أن يقول داري هذه حبس في وجه كذا وكذا أو لا يقول في وجه كذا وكذا، لكن إن قال حبس فقط أو قال أحبستها، فإنها تكون حبساً في الوجه الذي جعلها

(2502) انظر: المدونة: 4/ 419 - النوادر: 12/ 9 - التفريع: 2/ 308.

فيه، وأما إن لم يذكر له وجهها ولكن قال حبس فقط، فإنه يصرف ذلك في وجوه البر والخير⁽²⁵⁰³⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الظاهر من قوله حبس الخير والبر فوجب وضع ذلك فيه.

فصل:

وأما الحكم في تأييد ذلك فإنه ينظر في ذلك:

فإن لم يكن ضم ذلك إلى أن يقول: وقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث أو غير ذلك مما يفيد التأييد، وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا موصوفين، مثل أن يقول: حبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولا يذكر عقبا ولا نسلا، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك، هل يتأبد أم لا؟.

فروي عنه أنه لا يتأبد ذلك، وروي عنه أنه يتأبد ذلك ويكون محرما⁽²⁵⁰⁴⁾.

فوجه الرواية أنه يرجع ولا يكون حبسا: هو أنه مجرد لفظ الحبس لا يقتضي التأييد والتحريم لا من لفظه ولا من معناه.

ولأن لفظه مجرد عن التحريم، ومعناه أن المنفعة لمن جعلت له فقط حبس عليهم ولا يخرج عنهم، فأما تحريم ذلك بعد انقراضهم فإنه مما لا يستفاد به، فإذا كان كذلك، وجب عود ذلك ملكا للمحبس لأن ذلك على أصل ملكه لزوال الحق الذي تعلق بها.

| ووجه الرواية أن ذلك يعود حبسا مؤبدا محرما: ما روي أن رسول الله ﷺ قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه "حبس الأصل وسبل التمرة"⁽²⁵⁰⁵⁾.

فوجه الدليل منه، أن عمر رضي الله عنه أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تأبد، وهي تمليك رقبة فأشار عليه رسول الله ﷺ بأن يحبس الأصل ويسبل التمرة، فدل على أن الأصل تأييد تحريمه، ولو لم يكن الغرض حاصلا، لأنه كان يعود إلى ملكه ويبطل غرضه بالتصدق منه، وأيضا فإن إطلاق القول أن هذا حبس أن منافعه مستحقة على التأييد، لأنه لم يقيد ذلك

⁽²⁵⁰³⁾ انظر: المدونة: 4/ 420 - النوادر: 12/ 9 - 10 - التفرع: 2/ 307.

⁽²⁵⁰⁴⁾ انظر: المدونة 4/ 420 - النوادر: 12/ 10، 11 - التفرع: 2/ 307 - 308.

⁽²⁵⁰⁵⁾ تقدم تخريجه.

بوقت دون وقت، فكان الإطلاق مقتضياً للتأييد وليس يخرج عن ذلك، ولأنه لفظ يقتضي التحبّيس، فوجب أن لا يقتضي التأييد أصله لفظ الوقت، أو لأنه لفظ حبس مطلق، فوجب أن يقتضي التحريم أصله إذا كان على مجهولين.

فصل:

وإنما قلنا ذلك على التأييد فإنه يصرف في الوجه الذي جعله فيه، فإذا انقضى عاد حبسا إلى أقرب الناس بالمحبس، فإن لم يكن له فرآه عاد ذلك إلى الفقراء والمساكين⁽²⁵⁰⁶⁾.

وإنما قلنا إنه يعود إلى أقرب الناس بالمحبس، لما روي أن رسول الله ﷺ قال: “لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج”⁽²⁵⁰⁷⁾.

وقال ﷺ لأبي طلحة: “اجعلها في الأقربين”⁽²⁵⁰⁸⁾.

وقال عليه السلام: “خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول”⁽²⁵⁰⁹⁾. ولأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأبعد، لأنها تجمع الحالين جميعا فلذلك قلنا ذلك.

فصل:

وأما إذا قال هذه الدار حبس وإن لم يبين الوجه الذي يتصرف فيه، فإنه يصرف ذلك في وجوه البر والخير⁽²⁵¹⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الحبس إنما يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه، وذلك يتعين بتعيينه، فإذا لم يعين ذلك كان مطلقا في ذلك، ولم يجز إبطال ذلك، لأنه خرج بذلك فكان هذا حكمه، فلذلك قلنا إنه يخرج في وجوه الخير والبر.

فصل:

⁽²⁵⁰⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 419 - النوادر: 12 / 9 - 10 - التفریع: 2 / 307.

⁽²⁵⁰⁷⁾ لم أجده هذا اللفظ، ولعله يشير إلى حديث النبي ﷺ “لا يقبل الله يوم القيامة صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صدقته”. أخرجه الطبراني في الأوسط، ر: 8828، 8 / 346.

⁽²⁵⁰⁸⁾ أخرجه البخاري في الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، ر: 1461، 1 / 453، ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، ر: 998، ص 1000.

⁽²⁵⁰⁹⁾ أخرجه البخاري في الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، ر: 1426، 1 / 441، ومسلم في الزكاة، باب اليد العليا خير من اليد السفلى، ر: 1034، ص: 398.

⁽²⁵¹⁰⁾ انظر: التفریع: 2 / 307.

فأما إن ضم إلى لفظ الحبس في المعنيين بعض ألفاظ التأيد، مثل أن يقول حبس وقف أو مُحَرَّم أو مؤبد أو لا يباع، أو جعل إطلاق لفظه في مجهولين أو موصوفين، كالعلماء والفقراء، أو في تميم أو على فلان وعقبه، أو على ولدي وعقبهم، ولم يعين ذكراً من أبناء، فلا [218] يختلف | المذهب في هذين الوجهين أنهما يفيد التأيد والتحريم⁽²⁵¹¹⁾.

فصل:

وأما لفظ الصدقة فهو أن يقول: هذه الدار صدقة على فلان، فإن ذلك على وجهين: أحدهما: أنه يريد بذلك تمليك الرقبة، أو يريد بذلك الحبس، فذلك على وجهين: إن كان ذلك على رجل معين أو قوم معينين، ولم يذكر عقبا، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك: فروي عنه أنه لا يتأبد. وروي عنه أن يتأبد⁽²⁵¹²⁾.

فإذا قلنا إن ذلك لا يتأبد، هو أن المحابة للتصدق بالمنفعة على زيد أو ولده المعنيين في وجه كذا لا يفيد التحريم، لأنه لا من لفظه ولا معناه، وإنما يقتضي تبقيته ما دام الوجه الذي صرف فيه باقياً، فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل الأول. وأما وجه الثانية: هو أن إطلاق لفظ التصديق به يفيد التخلي منه، فكان ذلك كالوقف، وإذا قلنا إن ذلك يتأبد، فإنه يصرف في الوجه الذي جعلت فيه فإذا انقضى عادت إلى الفقراء والمساكين.

فصل:

وأما إن جعل ذلك في قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كثرة كبنّي تميم أو غيرهم، أو على موصوفين كالعلماء والفقراء، أو شرط في المعنيين أعقابهم، فإن ذلك يتأبد ولا يكون ملكاً⁽²⁵¹³⁾.

⁽²⁵¹¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 420 - النوادر: 12 / 9 - التفريع: 2 / 307.

⁽²⁵¹²⁾ انظر: المدونة: 4 / 420 - النوادر: 12 / 10 - التنبيهات: 4 / 1972 - التفريع: 2 / 308.

⁽²⁵¹³⁾ انظر: المدونة: 4 / 420 - التنبيهات: 4 / 1971.

وقد ذكر ابن عبدوس⁽²⁵¹⁴⁾ عن بعض أصحابنا: في هذه أنه قال، صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولو لم يقل حبسا، إنما يكون ملكا لآخر العقب لرجل أو امرأة فيتصرف فيها بما شاء من بيع أو غيره⁽²⁵¹⁵⁾. وأكثر أصحابنا يرون أن ذلك حبس.

وأن ما حكاه ابن عبدوس عن بعض أصحابنا ليس بشيء، والصحيح إنما يكون حبسا. وإنما قلنا ذلك، لأن عين المحرم إنما تعود إلى المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم، فإذا صرف إلى مجهولين علمنا أنه أراد بذلك التأيد، لأنه لا يعلم انقراضهم، وكذلك الموصوفون أن ينتظم المعدوم والموجود يقتضي تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم، وكذلك العقب يقتضي التأيد إلا أن يكون أصله معينا فإنه يتعين أصله.

مسألة:

عندنا أن من شرط الحبس والوقف أن يخرج من يده في صحته، فأما إن أقام في يده مدة حياته إلى أن مرض المرض الذي مات فيه؛ فإنه يبطل ويكون ميراثا. وأما إن كان يصرف غلات ذلك في وجوهه ويقوم بذلك فقد قال: إنه لا يبطل⁽²⁵¹⁶⁾.

وقال أبو يوسف والشافعي: يصح الوقف وإن لم يخرج من يده وإن لم يصرف [انتفاعه] 218ب في وجوهه⁽²⁵¹⁷⁾.

والدليل لما قلناه، ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه «نحل عائشة رضي الله عنها جدادا وعشرين وسقا فلم يقبضه حتى مرض المرض الذي مات فيه، فقال لها أي بنية: إني كنت نحلتك وودت أنك حزتيه أو قبضتيه فكان لك، وإنما هو اليوم مال وإرث»⁽²⁵¹⁸⁾، وهذا يدل على أنه إذا لم يخرج من يده أنه له.

⁽²⁵¹⁴⁾ محمد بن إبراهيم بن عبّاد بن بشير أبو عبد الله القرشي مولاهم، الفقيه. صاحب سحنون ابن سعيد. له: المجموعة - وهي نحو الخمسين كتابا على مذهب مالك وأصحابه، وشرح مسائل من المدونة. توفي سنة 260هـ. الجمهرة: 2/ 983-985، ر: 948.

⁽²⁵¹⁵⁾ انظر: النوادر: 12/ 9.

⁽²⁵¹⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 421 - النوادر: 12/ 71 - التفریع: 2/ 308.

⁽²⁵¹⁷⁾ انظر: المبسوط: 12/ 28 - الحاوي الكبير: 7/ 528.

⁽²⁵¹⁸⁾ تقدم تخريجه.

وروي أن النبي ﷺ قال لأُم سلمة: "قد كنت أهديت للنجاشي أواق من مسك وحلة وقد مات وأنا لي وستردي علي فأعطيك منها شيئاً، فلما رد عليه ذلك، جعل عليه السلام لكل واحدة من زوجاته أوقية وجعل الباقي مع الحلة لأُم سلمة" (2519).

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام كان قد وهب ذلك للنجاشي، فلما مات قبل أن يقبضه ارتجعه عليه السلام، وهذا الخبر لا حجة لنا فيه؛ لأنه يجوز أن يكون النجاشي مات قبل أن يقبض الهدية فلذلك رجع ﷺ في ذلك.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا تتم النحلة إلا أن يحوزها المنحول له» (2520). وهذا الدليل صحيح؛ وهو أنها منعنا من ذلك لئلا يكون ذلك تطرقاً إلى أن ينتفع الإنسان بهاله حياته، ويخرجه عن ورثته بعد موته، فلا ينتفع الحجر عليه شيئاً فلذلك قلنا من شرطه أن يخرجه عن يده.

واحتج بأن قال: الدليل على أنه يلزم بالقول، فإن كان باقياً في يده بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا قد قال شيئاً فوجب الوفاء به.

والجواب: هو أن هذا عام، فنخصه بما ذكرناه من قصة أبي بكر الصديق رضي الله عنه. قالوا: وروي عن عمر رضي الله عنه «أنه تصدق بصدقة فأمسكها في يده إلى أن مات» (2521). والجواب: هو أنا نقول به إذا أخرج منافعها وصرفها في وجوهها، وعمر رضي الله عنه كان يفعل ذلك.

قالوا: وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه «أنه حبس بستاناً فأمسكه في يده» (2522).

(2519) أخرجه الطبراني في الكبير، ر: 826، 23 / 352. وقال الهيثمي رجاله ثقات، 5 / 512، 513.

(2520) لم أجده فيما عندي من مصادر.

(2521) يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري بسنده عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أن عمر تصدق بهال له على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان يقال له: ثمغ، وكان نخلاً، فقال عمر: يا رسول الله إني استفتدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمرة. فتصدق به عمر فصدقته تلك في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين والضياف وابن السبيل ولذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقه غير متمول به". أخرجه البخاري في الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، ر: 2764، 2 / 295.

(2522) تقدم تخريجه في صدر الكتاب.

والجواب: هو إن كان يخرج غلات ذلك في وجوهها ولا يتهم في ذلك، فعندنا مثل ذلك جائز.

قالوا: وروي عنه أنه قال: «الصدقة جائزة قبضت أو لم تقبض»⁽²⁵²³⁾.

والجواب: هو أن أبا بكر رضي الله عنه خالفه في ذلك، وعلى أنا نحمله على ما إذا أخرج ذلك عن يده فأعاد نظره في ذلك.

[219]

قالوا: ولأنه عقد فوجب أن يلزم بالقول أصله سائر العقود.

والجواب: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا أخرج ذلك عن يده إذا كان يصرف غلات ذلك في وجوهها فإنه يلزم ذلك بالقول، وأما إن كان قد أخرجه عن يده مدة لا يتهم فيها ثم أعاد ذلك إلى نظره فكان يصرف غلاته في وجوهها ويقوم بذلك، فإن ذلك لا يبطل الحبس. وإنما قلنا ذلك؛ لأن التهمة تزول في ذلك إذا كان قد أخرجه مدة بينة أو استقر مدة بذلك.

فصل:

ولا حد لهذه المدة إلا ما يعلم في مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالملك حياته وأدوا عنه ورثته. وقد حد ذلك ابن القاسم بسنة، وحجته في ذلك؛ أن السنة وضعت للاختبار كإقامة البكر عند الزوج والعين وعهدة السنة⁽²⁵²⁴⁾.

وكان الشيخ أبو بكر الأبهري⁽²⁵²⁵⁾ رحمه الله يقول: القياس أن لا يصح بعد رجوعه إلى يده، طال المدة أو قصرت.

فصل:

وأما إن كان المحبس عليه صغيراً في ولايته فإن قبضه له قبض، وكذلك الهبة⁽²⁵²⁶⁾. وإنما قلنا ذلك، لأن الصغير ليس من أهل القبض لنفسه والنظر له فكان قبض وليه له قبضاً.

⁽²⁵²³⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، من قال: لا تجوز الصدقة حتى تقبض، ر: 20505، 6/ 43، ورواه الطبراني في المعجم الكبير عن عبد الله بن مسعود، ر: 8953، 9/ 193. والحديث مختلف في تصحيحه وتضعيفه. انظر: مجمع الزوائد، 7/ 401.

⁽²⁵²⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 422.

⁽²⁵²⁵⁾ في المعونة: "وكان شيخنا الأبهري رحمه الله... 3/ 1601.

⁽²⁵²⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 425 - النوادر: 12/ 118.

فصل:

ولا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير⁽²⁵²⁷⁾، وإنما قلنا ذلك، لأن في ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته ثم يخرج عنه ورثته بعد موته، فوجب حسم الباب في منعه من ذلك.

فصل:

والوقف في الصحة من رأس المال، وفي المرض والوصية من الثلث⁽²⁵²⁸⁾.

وإنما قلنا إن ذلك من رأس المال في حال الصحة؛ لأن الصحيح لا يتعلق عليه الحجر لأحد في ماله لا لوارث ولا لغيره، فكانت عطاياه وهباته من رأس ماله، وأما المريض فمحجور عليه لأجل ورثته، فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته، وإنما كان كذلك لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة عن الثلث، لأن ذلك القدر قد جعله له.

فصل:

وإنما لم يحكم بتنجز ذلك في الحال من الثلث، لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط، لأن الاعتبار بما يتركه بعد الموت لا قبله، فيؤدي إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة، وذلك غير جائز.

فصل:

ووقف الإنسان على نفسه لا يصح⁽²⁵²⁹⁾.

وقال أبو يوسف: يصح ذلك.⁽²⁵³⁰⁾

وإنما قلنا ذلك، إذا ملك شيئاً بضرب [بضروب]⁽²⁵³¹⁾ من المال، لم يملك نقله إ. [219ب] نفسه بغير ذلك الوجه، كما لو وقف لنفسه شيئاً من ماله.

فصل:

⁽²⁵²⁷⁾ انظر المدونة: 4 / 425.

⁽²⁵²⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 424، 426 - التفريع: 2 / 308 - الكافي: 537.

⁽²⁵²⁹⁾ انظر: النوادر: 12 / 10 - المنتقى: 8 / 31 - التوضيح: 7 / 287.

⁽²⁵³⁰⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 220.

⁽²⁵³¹⁾ في الأصل: "بوصوف"، والمثبت من المعونة: 3 / 1602.

فأما إن وقف في مرضه أو وصيته شيئاً على ورثته خاصة دون غيرهم، فإن ذلك لا يصح، وكان ذلك ملكاً للورثة⁽²⁵³²⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك يجري مجرى الوقف على نفسه، فلا يوقف عليهم ملكهم ويمنعهم التصرف فيه، وذلك غير جائز.

فصل:

وأما إن وقف عن غيرهم فإن ذلك لا يجوز أيضاً لما ذكرناه، فأما إن دخل معهم أجنب فإن الوقف ينفذ من الثلث⁽²⁵³³⁾.

وإنما صح الوقف إذا دخل فيه الأجنب، لأنه وقفه على من يصح منه الوقف، ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض إذا ثبت ذلك، فإنه إذا قسم بين الورثة الأجنب فإنه يقسم نصيب الورثة على الشرط الذي شرطه، فأخذ الأجنب حقوقهم من ذلك، فكان ما يصيب الوارث بينه وبين باقي الورثة، ومن مات من الورثة الذين لم يدخلهم الوقف قام وارثه مقامه، لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال الذي كان له، فإذا مات الوارث الموقوف عليهم انقطع في حق الورثة فيما كان نصيبه خاصة، فإذا مات جميع الورثة الموقوف عليهم انقطع حق باقي الورثة جملة وحصلت لغير وارث.

فصل:

فإذا حبس على جماعة شيئاً ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم، فمات بعضهم، فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ وينقسم، كالغلة والتمرة وما أشبه ذلك، فإن حصة الميت تكون في ذلك الوجه الذي جعل فيه بعد انقراضه، ولا يرجع على من بقي من أهل الحبس، لأن حق كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق له به، فكان موته في وجوب عود نصيبه إلى من بعدهم كموت الجميع، ولأن الحبس لا يورث بالشركة، فإذا قلنا: إن حصة الميت تعود إلى من بقي من غير شرط الحبس لذلك، لكان ذلك كالميراث⁽²⁵³⁴⁾.

فصل:

⁽²⁵³²⁾ انظر: المدونة: 4/ 421 - النوادر: 12/ 71 - التفريع: 2/ 308 - الكافي: 537.

⁽²⁵³³⁾ انظر: المدونة: 4/ 424 - النوادر: 12/ 72 - التفريع: 2/ 308 - الكافي: 537.

⁽²⁵³⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 427 - التفريع: 2/ 309 - الكافي: 537-538.

فأما إن كان مما لا ينقسم كالعبد يخخدم والدابة تركب، ففي ذلك روايتان عن مالك رحمه الله تعالى:

أحدهما: أن ذلك بمنزلة ما يقسم، فترجع حصة الميت إلى الوجه الذي بعده.

والرواية الأخرى: أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف على من بقي منهم، فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذي بعدهم⁽²⁵³⁵⁾.

فوجه الرواية أن حصة الميت تعود إلى من بعده، اعتباراً بذلك بما ينقسم، ووجه الرواية أن ذلك لا يعود إلى من كان معه في الحبس؛ لأجل الضرر الذي يحصل في ذلك [السوء [220] المشاركة بخلاف المتميز، والأول أقيس.

فصل:

وأما إن كان الوقف مسكناً فإن ذلك على وجهين: إن كان حبس عليهم الغلة فعلى ما ذكرناه من باب المتميز المنتقسم، وإن كان ذلك للسكنى فعلى ما ذكرناه من الخلاف الذي تقدم ذكره⁽²⁵³⁶⁾.

فصل:

وأما إذا أسكن إنساناً مدة معلومة، فقد أراد بالسكنى الانتفاع ذلك المدة، وليس للمالك الرجوع في ذلك، فأما إن مات الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته⁽²⁵³⁷⁾.
وإنما قلنا ذلك، لأنه مات عن حق له يصح الإرث في نوعه فورثه كما لو كان ذلك عن معاوضة، ولا يلزم عليه الوطاء، لأننا قلنا يصح الإرث في نوعه وذلك لا يصح الإرث بوجه.

فصل:

وأما إن دفع إليه صاحب الدار شيئاً على أن يدع السكنى جاز ذلك.
وإنما قلنا ذلك أنه ليس على سبيل المعاوضة⁽²⁵³⁸⁾، وإنما ذلك انتقل من هبة إلى هبة، ولأن أصل الإسكان كان قرية، والقرية يتسامح فيها ما لا يتسامح في المعاوضات كجواز

⁽²⁵³⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 309.

⁽²⁵³⁶⁾ انظر: التفريع: 2 / 309 - الكافي: 538.

⁽²⁵³⁷⁾ انظر: التفريع: 2 / 310 - الكافي: 538.

الشركة والتولية في بيع الطعام قبل القبض، فكذا القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها به من الأجنبي وما أشبه ذلك لحرمة العتاقة، وإنه ليس القصد محض المعاوضة، وإنما القصد إكمال الحرية والرفق بالعبد فكذا ههنا مثله.

فصل:

وأما إن أطلق المحبس ولم يشترط تقديماً ولا تبدئة فإنه يؤثر في الإسكان والقيمة أهل الحاجة⁽²⁵³⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الأصل المحبس والوقف إنما يقصد بذلك القرية والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة، فوجب أن يكون من اشتدت حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قلت عنه.

فصل:

ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه⁽²⁵⁴⁰⁾. وإنما قلنا ذلك، لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق.

فصل:

وأما إن شرط المحبس تقديماً أو تبدئة كان ذلك له على ما شرط⁽²⁵⁴¹⁾. وإنما قلنا ذلك، لأنه أعرف بهاله حيث يضعه وله أن يقدم من شاء ويؤخر من شاء وليس كذلك إذا أطلق.

فصل:

وأما إذا حبس داراً فسكن بيتاً صغيراً أو شيئاً يسيراً منها، أو حبس دوراً عدة فسكن داراً منها يسيرة فيما بقي جاز المحبس كله ما سكنه وما لم يسكنه، فأما إن سكن شيئاً كثيراً أبطل جميع المحبس كله ما سكنه وما لم يسكنه.

وقد قال ابن القاسم: إنه يجوز ما لم يسكن، ولم يفرق بين القليل والكثير، وقد قيل يبطل الجميع⁽²⁵⁴²⁾.

⁽²⁵³⁸⁾ انظر: التفريع: 2 / 310.

⁽²⁵³⁹⁾ انظر: النوادر: 12 / 16.

⁽²⁵⁴⁰⁾ انظر: النوادر: 12 / 16.

⁽²⁵⁴¹⁾ انظر: النوادر: 12 / 16.

أفوجه القول إنه لا يبطل إذا سكن شيئاً يسيراً، هو أن ذلك لا تهمه فيه أن يكون أراد الانتفاع به حياته وصرفه عن ورثته بعد وفاته، لأن القدر الذي انتفع به يسير الخطب، كاللبن يشربه من غنم حبسها أو التمرة اليسيرة يأكلها من حائط حبسه، ولأن سكنه في الغالب لمراعاته له وحفظه والنظر في مصالحه.

ووجه القول إنه يبطل فيما لم يسكنه ويبطل فيما سكن؛ هو أنه لم يجز عليه فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه قد حيز عليه فزالت التهمة فيه، فوجب نفوذ الحبس فيه.

ووجه منع الجميع: هو أن الحبس إذا كان واحداً بطل الجميع ببطلان بعضه، لأن حكمه حكم واحد غير متبعض.

فصل:

فأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضي معنى الحبس، لا من ألفاظ الناس ولا من صفات المتصدق عليهم، فلا يكون ذلك بمعنى الحبس⁽²⁵⁴³⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ظاهر الصدقة يقتضي تمليك الرقبة، وإنما يصرف ذلك إلى الحبس بقرينة تنضم إليه.

فصل:

وأما إن جمع لفظ الحبس والصدقة، فقال هذه الدار حبس صدقة، فإن ضم إلى ذلك لا يباع ولا يوهب، أو قال محرمة ومؤبدة أو وقف، فلا يختلف المذهب أن ذلك يتأبد بهذا الانضمام إلى ذلك⁽²⁵⁴⁴⁾.

فصل:

وأما إذا قال: حبس صدقة، ولم يضم إلى ذلك شيئاً آخر، وجمع بين اللفظين من غير قرينة، فقد اختلف أصحابنا في تخريج ذلك:

فمنهم من قال: إن ذلك يتخرج على روايتين عن مالك رحمه الله تعالى: إحداهما: أن ذلك يتأبد. والثاني: لا يتأبد⁽²⁵⁴⁵⁾.

⁽²⁵⁴²⁾ انظر: العتبية مع البيان: 12 / 275 - النوادر: 12 / 117 - التفريع: 2 / 311 - الكافي: 539.

⁽²⁵⁴³⁾ انظر: النوادر: 12 / 18 - التفريع: 2 / 308 - التنبيهات: 4 / 1971.

⁽²⁵⁴⁴⁾ انظر: النوادر: 12 / 10 - التفريع: 2 / 308 - التنبيهات: 4 / 1972.

فوجه الرواية أن ذلك لا يتأبد: هو أن ذلك مبني على أن كل واحد منهما بانفراده غير متأبد، فإذا جمعهما لم يتميز جميعه بالتأبد، لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكم يخالف حكم الانفراد.

ووجع الرواية أن ذلك يتأبد: هو أن تأييده لتأكيد تحريم الحبس، وتأبيده كما لو قال لا يباع ولا يوهب، فكذلك إذا قال حبس صدقة وجب أن يتأبد بذلك.

مسألة:

عندنا إذا وقف مسجدا فخرّب ما حوله من الدور، لم يعد ملكا لمن بناه ولا يرجع في ذلك إلا أن يشترط ذلك⁽²⁵⁴⁶⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا خرب ما حوله من الدور، جاز له الرجوع فيه، ويرجع ملكا كما كان ويأخذ أجره وخشبه ويتنفع به⁽²⁵⁴⁷⁾.

وقال الثوري: ⁽²⁵⁴⁸⁾ يباع خشبه وآجره | وينبئ به مسجدا في محله عامرا⁽²⁵⁴⁹⁾. [221أ]

ودليلنا: هو أنه مخرج على وجه القرية، فلا يجوز له الرجوع فيه بتغير الأحوال أصله العتق، أو لأنه أزال ملكه عن الانتفاع به على وجه القرية المؤبدة فوجب أن لا يعود إليه، أصله ما ذكرناه من العتق، ولأن العمارات تنتقل من موضع إلى موضع، فهو وإن خرب ما حوله، فربما عادت العمارة إلى ذلك الموضع ثانية فوجب إبقاؤه على ما هو عليه.

واحتج بأن قال: إنما أخرجه على وجه المصلحة، فإذا انتفت المصلحة جاز له الرجوع فيه أصله إذا كفّن إنسانا فنبشه سَبْعَ فأكله، فإن الكفن يعود إلى صاحبه فكذلك في مسألتنا مثله.

⁽²⁵⁴⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 420 - النوادر: 12 / 18 - التفریع: 2 / 308 - التنبيهات: 4 / 1972.

⁽²⁵⁴⁶⁾ انظر: المنتقى: 8 / 47، عقد الجواهر: 3 / 52 - الذخيرة: 6 / 330 - التوضيح: 7 / 315.

⁽²⁵⁴⁷⁾ انظر: المبسوط: 12 / 42 - بدائع الصنائع: 6 / 221.

⁽²⁵⁴⁸⁾ سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أبو عبد الله الكوفي، ثقة حافظ فقيه، عابد إمام حجة، من رؤوس الطبقة السابعة، وربما دلس. أخرج له الستة، مات سنة 61، وله أربعة وستين سنة. تقريب التهذيب. ر: 2452 / 371.

⁽²⁵⁴⁹⁾ انظر: عيون المسائل، ص 605.

والجواب: هو أنا لا نسلم أن له الرجوع في الكفن، بل يعود إلى ورثة الميت، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن رقبة الوقف على ملك الواقف⁽²⁵⁵⁰⁾.

وقال أبو حنيفة: ينتقل ذلك إلى الموقوف عليه بحكم الحاكم⁽²⁵⁵¹⁾.

واختلف قول الشافعي، وقال في أحد قولي: إنه ينتقل إلى الله تعالى. وقال في القول الآخر: ينتقل إلى الموقوف عليه⁽²⁵⁵²⁾.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: "حبس الأصل وسبل التمرة"⁽²⁵⁵³⁾، والحبس يقتضي يكون محبوسا في ملكه ويسبل التمرة لمن سبل ذلك له.

فوجه الدليل منه أنه عليه السلام فرق بين الأصل وبين التمرة، وأن التمرة إنما تملك عليه على التأييد وأن الأصل يبقى محبوسا، فالواجب الحبس بإخراج الأصل عن ملكه لكان يقبل عليه السلام بتمليك الأصل وتسبيل التمرة فدل بذلك على صحة ما قلناه، فإن الأصل باق على ملكه.

ولأن الواقف ما قال له أخرجت هذا عن يدي، وإنما قال وقفت، فوجب أن يكون وصفا على ملكه ولا يخرج ذلك عن يده إلا بيقين، ولأنه لم يوجد منه لفظ يوجب انتقال ملكه، فوجب أن لا تزول يده عنه أصله إذا لم يوقفه.

واحتج بأن قال: الوقف سبب الاستحقاق العين الحادثة من الأصل على المالك من جميع الجهات فوجب أن ينتقل الملك فيه حتى يثبت الاستحقاق، أصله الميراث والوصية.

⁽²⁵⁵⁰⁾ انظر: النوادر: 12 / 7 - الكافي: 536 - عقد الجواهر: 3 / 49.

⁽²⁵⁵¹⁾ انظر: بدائع الصنائع: 6 / 218.

⁽²⁵⁵²⁾ انظر: المهذب: 3 / 680 - الحاوي الكبير: 7 / 511 وما بعدها.

⁽²⁵⁵³⁾ تقدم تخريجه.

والجواب: هو أن المعنى في الميراث والوصية إنما كان كذلك لأن الملك ينتقل في المنفعة والعين وليس كذلك في | مسألتنا، لأن المنفعة هي المتنقلة، فأما الأصل فلا فلم يصح ما [221ب] قالوه.

قالوا: ولأن الوقف يوجب استحقاق منافعه على التأييد، فوجب أن تزول يده على الرقبة أصله العتق.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن العتق هو إخراج المنافع والرقبة جملة واحدة، فلذلك خرج وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إنما أخرج المنفعة دون الأصل وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إنما أخرج المنفعة دون الأصل، ووزان مسألتنا أنه لو سبل منافع عبده على التأييد، فإنه لا يخرج يده عن رقبته فلم يصح ما قالوه.

قالوا: فما الفائدة في كونه باقياً على ملكه إذا كان لا يصل إلى شيء من منافعه على التأييد.

والجواب: هو أن له في ذلك فوائد (جملة)⁽²⁵⁵⁴⁾ منها أنه يتعين عليه مراعاته والكلام فيه والخصومة عنه حتى لا يتغير عن حاله، ومن يقوم مقامه فيه فيكون حكمه حكم موقفه، ولأنه يقوم بمصالحه ويخرجها من تحت يده ومن يقوم مقامه في ذلك. ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «ولا جناح على من وليه ذلك أن يأكل غير منه غير متأثر»⁽²⁵⁵⁵⁾.

وقد روي أن أولاد عمر رضي الله عنهم كانوا يتولون ذلك دون من سواهم من الناس إلى انقراض ذلك⁽²⁵⁵⁶⁾، فدل بذلك على صحة ما ذهبنا إليه.

مسألة: عندنا إذا أوقف على ولده وولد ولده لم يدخل فيه أولاد البنات⁽²⁵⁵⁷⁾.

وبه قال أبو حنيفة: رحمه الله تعالى⁽²⁵⁵⁸⁾.

وقال الشافعي: يدخل في ذلك أولاد البنات⁽²⁵⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁵⁴⁾ في الأصل: "جماعة"، ولعل ذلك خطأ من الناسخ.

⁽²⁵⁵⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁵⁵⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁵⁵⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 421 - النوادر: 12 / 25.

⁽²⁵⁵⁸⁾ انظر: الحجة: 3 / 56.

ودليلنا هو أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: 11]، فأراد بذلك الأولاد دون البنات، ولأن ابن الابنة ليس من أولاده، وإنما هو من أولاد غيره، ولذلك قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد.

ولأن ابن الابنة لا ينسب إليه فلا يدخل في الوقف أصله سائر الأجانب.

واحتج بأن قال: لأنه إذا قال له علي ولدي وولد ولدي، يقتضي إطلاق ذلك أن يدخل فيه ولد بناته.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأن الإطلاق يقتضي خلاف ما قلتم، لأن ولد ابنته ليس من أولاده إنما هو ولد غيره.

قالوا: فقد روي أن رسول الله ﷺ قال | في الحسن: "إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين" (2560).

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما قال ذلك مجازاً واتساعاً لا حقيقة، ونحن إنما نتكلم عن الحقائق التي تتعلق عليها الأحكام فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن عيسى بن مريم عليهما السلام تكونه من بنات آدم وإن لم يكن له أب، إلا أنه من ولد آدم عليه السلام، ولا يخرج من أن يكون من بني آدم عليه السلام.

والجواب: هو أنا كذلك نقول، ونحن كلامنا في ولد البنات هل يدخلون مع الأولاد في الإطلاق، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

ومن عمر عمرى فقد وهب منافع ذلك.

وصفة ذلك: أن يقول رجل لرجل أعمرتك هذه الدار وأسكنتك حياتك، أو أعمرتك أو مدة بقاءك، أو قال منحتكها، أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي يفهم منها تملك المنافع

(2559) انظر: المهذب: 3/ 684 - الحاوي الكبير: 7/ 528.

(2560) أخرجه البخاري في كتاب الصلح، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن بن علي رضي الله عنهما: إن ابني هذا سيد، ر: 2704، 2/ 269.

عمره، فهذا لم يملكه رقبة الشيء، وإنما ملكه المنافع عمره، فمادام المعطي حيا والمنافع له، يعني المالك أو مات، فإن مات المعطي عادت إلى المالك إن كان حيا أو إلى ورثته كسائر تركته⁽²⁵⁶¹⁾.

وبه قال الشافعي: في أحد قوله⁽²⁵⁶²⁾.

وقال أبو حنيفة: تصير ملكا للمعمر ولورثته ولا تعود ملكا إلى المعطي أبدا⁽²⁵⁶³⁾.

وهو قول الشافعي الثاني⁽²⁵⁶⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه ملكه منفعة داره مدة معلومة، فوجب أن لا ينقل ملكه عنها، أصله إذا أجره إياها فإن ذلك لا ينقل الرقبة، فكذلك في مسألتنا. ولأن المعمر ما شرط للمعطي أن يكون له عمره علمنا بذلك أنه أراد تمليك المنافع، لأن تمليك الرقبة لا يصح إلا على التأييد دون اشتراط العقد، ولأنه لو قال ملكتك رقبة هذه الدار عمرك أو حياتك أو ما دمت حيا لم يصح ما لم يملكها فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة.

واحتج بما روى مالك عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: "من أعمار عُمري له ولعقبه فإنها للذي أعمارها لا ترجع إلى الذي أعمارها"⁽²⁵⁶⁵⁾، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

قالوا: فوجه الدليل منه أنه عليه السلام جعل ذلك لعقب المعمر إذا أعمار زيدا وعقبه.

والجواب: هو أن هذا الحديث حجة لنا؛ لأنه عليه السلام جعل ذلك الذي أعمارهما ولعقبه، لأن عندنا إذا أعمار زيدا أو عقبه، فلا رجوع له في ذلك مادام زيد وعقبه باقين، لأنه قد جعل لعقبه ما جعل له، وكما أنه لا يجوز له أن يرجع فيما أعطى زيدا لا يجوز له أن يرجع فيما أعطى عقبه، والمخالف لنا ترك هذا الحديث، لأن عنده أن المعطي لا يجوز له بيع هذه [222ب]

⁽²⁵⁶¹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 300، 301 - المدونة: 4/ 301 492.

⁽²⁵⁶²⁾ انظر: الأم: 5/ 130 - المذهب: 3/ 701.

⁽²⁵⁶³⁾ انظر: شرح معاني الآثار: 4/ 94 - المبسوط: 112/ 94-95.

⁽²⁵⁶⁴⁾ انظر: المذهب: 3/ 701.

⁽²⁵⁶⁵⁾ أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى، ر: 1625، ص 664، ومالك في الموطأ، باب القضاء في العمرى، ر: 2200، 2/ 302.

الدار والتصرف فيها بما شاء، وهذا خلاف ما يشترطه المعطي المعمر، لأنه أعطى عقبه كما أعطاه وليس هو بأولى بالعطية من عقبه، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن رجلاً أعمار أمه حديقة فماتت، فقال لرسول الله ﷺ أعمارتها حياتها، فقال: هي لها حياتها وبعد موتها، فقال إني تصدقت بها، فقال عليه السلام: “ذلك أبعد”⁽²⁵⁶⁶⁾.

والجواب: هو أن هذا الحديث غير معروف فلا يصح الاحتجاج به.

والثاني: هو أنه قال: تصدقت بها، فقال: لا يملك الرجوع في ذلك إذا كان يلفظ الصدقة.

وعلى أنه قد روي أن النبي ﷺ قال: “إذا قال الرجل للرجل هذا لك حياتك فهو له حياته، فإذا مات رجعت إليه”⁽²⁵⁶⁷⁾، فكان هذا أولى مما قالوه، لأنه لا يحتمل غير ذلك والله تعالى أعلم.

فصل:

وإذا قال أعمارتك ولعقبك، فإنها تكون للمعتمر حياته، فإذا مات كانت لورثته أبداً ما بقي من عقبه إنسان، فإذا مات انقضى عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلى المالك إن كان حياً أو إلى ورثته إن كان ميتاً⁽²⁵⁶⁸⁾.

وإنما قلنا إن ذلك يكون لعقبه، لأن المعمر جعل لهم ذلك، فوجب أن يكون حقاً لهم بعد موت المعمر.

مسألة:

عندنا أن الرقبى لا تصح ولا تجوز⁽²⁵⁶⁹⁾.

⁽²⁵⁶⁶⁾ أخرجه أبو داود في الإجارة، باب العمرى، ر: 3557، ص 394، والبيهقي في الكبرى، باب العمرى، 6/ 174. وإسناده ليس بالقوي، وذكر ابن حجر في الدراية أن ابن القطان صححه. انظر: الدراية: 2/ 185.

⁽²⁵⁶⁷⁾ أصله في صحيح مسلم من طريق الزهري عن أبي مسلمة عن أبي جابر قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها. أخرجه في العمرى، ر: 1625، ص 664.

⁽²⁵⁶⁸⁾ انظر: الموطأ: 2/ 301 - المدونة: 4/ 392 و 451.

⁽²⁵⁶⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 451، 452 - تهذيب المدونة: 4/ 313.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁵⁷⁰⁾.

وقال الشافعي: الرقبى جائزة⁽²⁵⁷¹⁾.

والرقبى: هو أن يقول الرجل أرقبتك هذه الدار، فإن مت قبلك فداري لك، وإن مت قبلي فدارك لي.

ودليلنا ما روى عمر أن رسول الله ﷺ: "أجاز العمرى وأبطل الرقبى"⁽²⁵⁷²⁾.

ولأن كل واحد منهما يتمنى موت صاحبه ليحصل له داره فوجب أن لا يصح ذلك.

والثاني: هو أن كل واحد يقصد إلى عوض فلا يدري هل يحصل له أو يحصل عليه، فوجب أن يكون ممنوعاً من ذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: "أمسكوا عليكم أموالكم ولا ترقبوا ولا تعمروا، فمن أرقب أو أعمر فهو له، فقد أعطى عطية جرت فيها الموارث"⁽²⁵⁷³⁾.

والجواب: هو أن هذا الحديث هو حجة عليكم؛ لأنه قال في أول الخبر "أمسكوا عليكم أموالكم فمن أرقب أو أعمر فهو له"، وهذا يدل على أن ذلك له، وأنه ما خرج عن يده شيء، والخبر هو حجة لنا لا علينا.

قالوا: فقد قال: "فقد أعطى | عطاء جرت فيها الموارث".^[223]

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأنه أعطى عطية وأنه أراد بذلك المنافع في العمرى، وهذا إذا قال أعمرتك حياتك، فإنه لا يملك الرجوع، ولأنه قد روي عنه عليه السلام: "أنه أجاز العمرى وأبطل الرقبى" فكان هذا أولى، فنستعمل الخبرين جميعاً فيكون بذلك أولى.

قالوا: ولأن من ملك بالعمرى فقد ملك بالرقبى أصله المنافع.

⁽²⁵⁷⁰⁾ انظر: المبسوط: 12 / 89.

⁽²⁵⁷¹⁾ انظر: المهذب: 3 / 702.

⁽²⁵⁷²⁾ لم أجده بلفظه عن عمر، وروى البيهقي بسنده عن عمرو بن دينار عن طاوس عن حاجر عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أعمر شيئاً فهو لمعمره حياته ومماته، ولا ترقبوا فمن أرقب شيئاً فهو سبيله". أخرجه في الكبرى، باب الرقبى، 6 / 175.

⁽²⁵⁷³⁾ أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى، ر: 1625، ص: 265.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا يمتنع أن يملك بأحد اللفظين ما لا يملك بالآخر، ألا ترى أن عقد البيع تملك به العين والمنفعة، وعقد الإجارة يملك المنفعة، لأنها إلى مدة آتية لا محالة، وليس كذلك أرقبتك، لأن كل واحد منهما يتمنى موت صاحبه ويترقب لذلك، ولا يدري هل يموت هو قبله أم لا، فوجب أن لا يصح ذلك والله أعلم.

كتاب الشفعة

ولا خلاف في وجوب الشفعة للشريك المخالط⁽²⁵⁷⁴⁾.

والأصل فيه وجوب الشفعة ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة فيما لم يقسم"⁽²⁵⁷⁵⁾.

وروي عنه ﷺ أنه قال: "الشفعة في كل شركة"⁽²⁵⁷⁶⁾.

مسألة:

عند مالك رحمه الله: أن الشفعة لا تحمل إلا للشريك المخالط ولا تجب للجار⁽²⁵⁷⁷⁾.

وبه قال الشافعي⁽²⁵⁷⁸⁾.

وأحمد بن حنبل⁽²⁵⁷⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: تجب للجار الملاصق إذا لم يكن هناك شريك أو كان، ولكنه عفا عن الشفعة، فأما الجار إذا لم يكن ملاصقا فإن الشفعة عنده تجب له أيضا إذا كان في درب غير نافذ، إذا عفا الملاصق فإن الشفعة تثبت لأهل ذلك الدرب كلهم، الأقرب فالأقرب، فإن عفوا عنها تثبت للملاصقين به من درب آخر، هذا مذهبه⁽²⁵⁸⁰⁾.

⁽²⁵⁷⁴⁾ انظر: الإجماع لابن المنذر: 121، فتح الباري: 4/ 436.

⁽²⁵⁷⁵⁾ أخرجه البخاري في كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ر: 2257، 2/ 128، ومسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: 1608، ص 656.

⁽²⁵⁷⁶⁾ أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: 1608، ص 656.

⁽²⁵⁷⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 248، 250، التفريع: 2/ 299، المقدمات: 3/ 61، شرح المدونة للمازري: ل: 118 ب.

⁽²⁵⁷⁸⁾ انظر: مختصر المزني: 119 - الحاوي الكبير: 7/ 227 وما بعدها.

⁽²⁵⁷⁹⁾ انظر: المغني: 7/ 436.

⁽²⁵⁸⁰⁾ انظر: الحجة: 3/ 67 - المبسوط: 14/ 90.

والدليل لما قلناه: ما روى [ابن]⁽²⁵⁸¹⁾ الزبير عن جابر أن النبي ﷺ "جعل حبس الشفعة في الربع والخليط".⁽²⁵⁸²⁾

فوجه الدليل منه: أن الألف واللام للجنس، فإذا جعل حبس الشفعة والشرك لم يبق شفعة تثبت له غير الشرك.

والثاني: هو دليل الخطاب، لأنه قال عليه السلام: "الشفعة في كل شركة ربع أو حائط" دل على أن الشفعة فيما عداه.

وروي أن النبي ﷺ قال: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"⁽²⁵⁸³⁾.

فوجه الدليل منه أنه عليه السلام قال: "فيما لم يقسم"، فجعل حبس الشفعة في الحبس [223ب] الذي يقسم، فوجب أن لا يجب في غيره.

والثاني: هو أنه قال: "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"، وهذا نص في سقوط الشفعة في المحدود.

ولأنه أخبر عليه السلام عن جملة، وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة في غيره، وهو دليل الخطاب.

سألوا عليه أسئلة:

أحدها: أنهم قالوا: هذا الخبر يرويه سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب عن النبي ﷺ، وهما ما لقيار رسول الله ﷺ.

والجواب: هو أنه لا فرق بينهما عندنا بين المرسل والمسند إذا أرسله ثقة، ولا سيما سعيد بن المسيب وسلمة بن عبد الرحمن.

⁽²⁵⁸¹⁾ في صحيح مسلم "أبو الزبير" ص 656.

⁽²⁵⁸²⁾ أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: 1608، ص 656.

⁽²⁵⁸³⁾ أخرجه البخاري في كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ر: 2257، 2 / 128، ومسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: 1608، ص 656.

قالوا: فهذا الخبر حجة لنا لأنه عليه السلام قال: “الشفعة فيما لا يقسم” فأراد به رجلين لهما دار فباعها قبل أن يقسمها من رجل، فإنه تثبت فيها الشفعة للجار.

ويحتمل أيضا أنه أراد بذلك عليه السلام رجلا باع نصف داره مشاعا ولم يقسمها، فثبتت الشفعة فيها للجار، ففي هذين الموضعين إثبات الشفعة للجار فيما لم يقسم فصار الخبر حجة لنا.

والجواب: هو أن ذكر الصفة في الحكم تعليل، لأنه لما قال عليه السلام: “الشفعة فيما لم يقسم”، كأنه علل عليه السلام لها بكون الشيء لم يقسم، إنما تثبت فيه الشفعة لأنه لم يقسم وصار ذلك بمثابة قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]، لأنها سرقا.

وقوله: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور: 2]، فاجلدوا الزاني لأنه زنا، فإذا كان تعليلا منه عليه السلام لم يصح حمله على ما ذكرتم.

قالوا: فهذا دليل الخطاب ونحن لا نقول به.

والجواب: هو أنه تقرير دليلنا أسقط هذا لأننا استدللنا به من حيث الحصر.

والثاني: هو أن دليل الخطاب نحن نقول به، ولأنه عليه السلام صرح بأن لا شفعة فيما وقعت فيه الحدود وصرفت فيه الطرق.

قالوا: فيحتمل قوله عليه السلام: “فإذا وقعت الحدود وصرفت فيه الطرق فلا شفعة”، أي سبب القسمة لا تثبت الشفعة بأن يكون الملك للجماعة فيقسمونه (...) (2584) كالبيع.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ما بقي الشفعة فيه في آخر الخبر هو الذي انتهى فيه أولها لا غير ذلك، ومعلوم أنه عليه السلام | إنما أراد بذلك الشفعة فيما لم يقسم إذا كان [224] مبيعا.

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ “قضى بالشفعة فيما لم يقسم” (2585) وأي مال قسم وأرف عليه فلا شفعة، ومعنى أرف علم عليه، وهذا نص.

(2584) كلمة لم أتيناها.

ولأن ما قلناه هو إجماع الصحابة، وذلك أنه روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما قالوا: «لا شفعة للجار»⁽²⁵⁸⁶⁾ ولا مخالف لهما.

قالوا: وقد روي عن علي رضي الله عنهما وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالوا: «الجار أولى بسقبة»⁽²⁵⁸⁷⁾.

والجواب: هو أما علي رضي الله عنه فقد اختلفت الرواية عنه، فروي عنه مثل قول عمر وعثمان، وروى عنه ما ذكرتم. فإذا اختلف في ذلك تعارضا وسقطا، وبقي معنا قول عمر وعثمان.

وأما عبد الله بن مسعود فما ثبت عنه ما ذكرتم، ولو ثبت لكان قول عمر وعثمان مقدما عليه، ويحتمل أنه أراد بذلك العرض - عليه السلام - قبل البيع.

والقياس: هو أنه ملك محجوز لأن الحائط الذي بينهما شركا لهما فكيف يكون محوزا.

والجواب: هو أنا نريد بذلك أنه محوز بالحائط من عليه الدار، وذلك مسلم.

قالوا: والمعنى في المحاذي إنما لم يستحق بالأخذ بالشفعة، لأنه ليس بينهما شركة في جزء من الدار وليس كذلك في مسألتنا لأنه له شركة في الحائط الذي بينهما وهو من الدار.

والجواب: هو أن الحائط تبع للمكيهما وليس بمقصود، وإنما هو لأجل الحيلولة بينهما فلا يجوز أن تثبت الشفعة لأجل التابع والمتبوع.

قالوا: المعنى في الجار المحاذي إنما لم تثبت به الشفعة لأنه لا يمكنه أن يجعله ملكا، لأن الطرق بينهما وليس الملاصق له لأنه لا يمكنه أن يجعل الملكين ملكا واحدا فافترقا لأجل ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يطل بمن داره آخر الدرب، فإن الشفعة لا تثب له وإن كان يمكنه أن يخرق من داره إلى هذه الدار، فلما قلتم أن الشفعة لا تثبت له بل هي للملاصق علم أن الفرق لا يصح بوجه ولا سبب.

⁽²⁵⁸⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁵⁸⁶⁾ هذا ورد بلفظ آخر، ذكره البيهقي في السنن الكبرى، 6 / 105.

⁽²⁵⁸⁷⁾ أخرجه ابن حزم في المحلى، أحكام الشفعة: 9 / 101.

قالوا: المعنى في الجار المحاذي إنما لم تثبت له الشفعة لأنه لا يتأذى به كأذية الجار الملاصق، لأن الملاصق يمكنه أن يؤذيه بالكلام والدخان وضرب الأوتاد في الحائط الذي بينهما، والشفعة إنما جعلت في الأصل لأجل الضرر.

والجواب: هو أن جميع ما ذكرتموه يمكن إزالته بالحكم، والمسلمون يمنعون من ذلك.

والثاني: هو أن المحاذي يتأذى به أكثر، لأنه ربما أشرف على دراه واطلع على حرمة [224ب] ويفتح بابه بحذائه فيؤذيه ويؤذي من يتعلق به فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن من لا يطالب بالشفعة مع الشريك لا يستحق الشفعة أصله الجار المحاذي، ولأن من لا يستحق الشفعة مع الشريك لا يستحقها إذا انفرد أصله ما ذكرناه.

قالوا: فلا يمتنع أن لا يستحق ذلك مع غيره وإذا انفرد استحق ذلك، الذي يدل عليه ابن الأخ مع الأخ في الميراث، والجد مع الأب، والأخ مع الأب.

والجواب: هو إنما كان كذلك وأنه لا يرث الجد مع الأب وكذلك الأخ معه، لأنها يدلان بالأب إلى الميت، والمدلي به أقرب وأقرب من المدلي، وكذلك الابن مع الأخ يدلي إليه، وذلك كله بخلاف مسألتنا فإن كان كل واحد منهما بنفسه في باب الضرر يدوم ويتصل، فيجب أن يكونا في ذلك سواء لا يقدم أحدهما على الآخر، وصار من الميراث بمنزلة الأم مع الأب، فإنهما لما كانا أصليين فيه ورث كل واحد منهما منفردا ومجتمعاً.

وقياس آخر: وهو أن كل شفعة تستحق بالشركة وجب أن تسقط بالقيمة، أصله إذا كانت دار بين ثلاثة أنفس، فإن لكل واحد منهما الشفعة فيما يبيع شريكه، فإن قسموها ويأكل كل واحد منهم نصيبه بحجزه وباب أحدهم في الوسيط، فإذا باع صاحب الطرف الآخر وقد كانت له الشفعة في هذا المبيع قبل القسم، فقد سقطت شفعته.

واستدلال، وذلك أن الشفعة إنما تثبت لإزالة الضرر عن الشريك الذي لم يبيع، ولا يجوز أن يزال الضرر عنه بأعظم منه من حيث لا ينفك عنه، فلو جعلنا للجار الشفعة لأزلنا الضرر عنه بضرر عنه ندخله عليه، ولا ينفك عنه، فوجب أن لا تصح الشفعة للجار لأجل ذلك.

واحتج بما روى ابن رافع أن النبي ﷺ قال: "الجار أحق بسقبة"⁽²⁵⁸⁸⁾ ويروى بالصاد، والسقب القرب.

قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال: "الجار أحق بدار الجار"⁽²⁵⁸⁹⁾.

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأنه مجمل لم يبين فيه بأي شيء يكون أحق بإعانتة وإعارته فليس أحد الإضمارين بأولى من الآخر.

فإن قالوا: نحمله عليها جميعاً.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الكلام | إذا استقل بإضمار لا يراد فيه شيء آخر إلا [225] بدليل.

قالوا: فقله أحق لا يستقل ما لا فيها هو واجب، والشفعة هي الواجبة لا الإعارة ولا الإعانة.

والجواب: هو وإن كانت هذه الأشياء مستحبة إلا أنها تستعمل فيما لفظه أحق، فيقال الجار أحق بإعارة جاره وأحق بإعانتة، فإذا جاز التصريح فيه ثبت أن ذلك محتمل.

والجواب: هو أنه إنما أراد بالجار ههنا الشريك، لأنه قريب من شريكه، وكل من قرب من الإنسان تسميه العرب جار، حتى المرأة، ألا ترى أنه روي في حديث حمل بن مالك بن النابغة أنه قال: "كنت بين جارتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسقط فقتلتها"⁽²⁵⁹⁰⁾ وأراد بذلك بين امرأتين لي.

وقال الأعشى⁽²⁵⁹¹⁾:

⁽²⁵⁸⁸⁾ أخرجه البخاري في الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، ر: 2258، 2 / 128.

⁽²⁵⁸⁹⁾ أخرجه أبو داود في الشفعة، ر: 3517، 391، والنسائي في كتاب الشروط، ر: 11713، 10 / 364، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، ر: 1368، 3 / 641، وقال حديث حسن صحيح، وانظر: كلام الحافظ في الدراية: 2 / 202.

⁽²⁵⁹⁰⁾ أخرجه مسلم في القسامة، باب دية الجنين...، ر: 1681، 1682، ص: 697.

⁽²⁵⁹¹⁾ ميمون بن قيس بن جندل من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، أبو بصير، المعروف بأعشى قيس، ويقال له أعشى بكر بن وائل، والأعشى الكبير. من شعراء الطبقة الأولى في الجاهلية وأحد أصحاب المعلقة. كان كثير الوفود على الملوك من العرب، والفرس، غزير الشعر، يسلك فيه كل مسلوك، وليس أحد ممن عرف قبله أكثر شعراً منه. وكان يُغني شعره فسمي (صناعة العرب). عاش عمراً طويلاً وأدرك الإسلام ولم يسلم،

أجارتنا بيني فإنك طالقة
أجارتنا بيني فإنك طالقه
وبيني فإن البين خير من العصا
حبستك حتى لامني الناس كلهم
وذوقي فتى حي فإني ذائق
لقد كان في نسل قومك منكح
ومرموقة ما كنت فينا وواقعه
كذلك أمور الناس غاد وطارقه
وأن لا تزالي فوق رأسك بارقه
وخفت بأن تأقي لدي ببائقه
فتاة لحي مثل ما أنت ذائقه
وفتيان هزان الطوال الغرائقه⁽²⁵⁹²⁾

قال عروة: نزل الطلاق موافقا لطلاق الأعشى⁽²⁵⁹³⁾.

قالوا: فقد روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: "الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره"⁽²⁵⁹⁴⁾.

والجواب: هو أن هذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب أهل الحديث، ولو صح لحملناه على أنه أحق بالعرض عليه.

قالوا: وروي أن رسول الله ﷺ قال: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها إذا غاب إذا كان طريقهما واحدا"⁽²⁵⁹⁵⁾.

قالوا: وهذا نفي.

ولقب بالأعشى لضعف بصره، وعمي في أواخر عمره. تاريخ دمشق: 61 / 327.

⁽²⁵⁹²⁾ انظر ديوان الأعشى، ص 35.

⁽²⁵⁹³⁾ انظر: معرفة السنن والآثار، 8 / 314.

⁽²⁵⁹⁴⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، باب من كان يقضي بالشفعة للجار، ر: 23172، 7 / 176. قال الحافظ بن حجر: لا يعرف، الدراية، 2 / 203.

⁽²⁵⁹⁵⁾ أخرجه أبو داود في الإجارة، باب الشفعة، ر: 3518، وابن ماجه في كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجار، ر: 2494، 2 / 833. والبيهقي في الكبرى، باب الشفعة بالجار، ر: 106؛ وقال الحافظ بن حجر في الدراية: أخرجه الأربعة أيضا من طريق عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر رفعه الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بهما وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا". قال الترمذي: لا نعلم من رواه إلا عبد الملك وقد تكلم شعبة فيه لأجل هذا الحديث. وقال الشافعي: نخاف أن لا يكون محفوظا. وقال أحمد: هو منكر. وقال يحيى بن سعيد: أنكره الناس عليه ويقال أنه رأى عطاء أدرجه عبد الملك. انظر: الدراية: 2 / 202.

والجواب: هو أن هذا الحديث يرويه عبد الملك بن سليمان عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ، وعبد الملك رجل ثقة إلا أن أصحاب الحديث ضعفوه في جميع أحاديثه التي رواها في الشفعة خاصة. فقال شعبة⁽²⁵⁹⁶⁾ وغيره: وهم عبد الملك في هذا الحديث⁽²⁵⁹⁷⁾.

وجواب آخر: وهو أنه إن صح، حملناه على أنه أراد الشريك وقد ثبت أنه سما بذلك، ولأنه قد شرط في ذلك أيضاً إذا كان طريقهما واحداً.

قالوا: وروى عمرو بن الشريد | عن أبيه أنه قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال [225ب] يارسول الله: «إن لي جاراً وقد باع أرضه وليس لي فيها شرك ولا حق إلا الجوار»، فقال النبي ﷺ: «أنت أحق بأرض جارك»⁽²⁵⁹⁸⁾.

قالوا: وهذا نص.

⁽²⁵⁹⁶⁾ شعبة بن الحجاج بن الورد، الإمام الحافظ، أمير المؤمنين في الحديث، عالم أهل البصرة وشيخها، حدث عن يحيى بن أبي كثير وسعيد بن أبي سعيد المقبري وغيرهم، وحدث عنه أيوب السخستاني وسفيان الثوري وأبو معاوية الضرير، وكان من أوعية العلم مقدم في الحديث، مولده كان سنة ثمانين، وتوفي سنة ستين ومائة بالبصرة باتفاق. السير: 7 / 202.

⁽²⁵⁹⁷⁾ قال البيهقي في السنن الصغرى: "وأما حديث عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الجار أحق بشفعة أخيه ينتظر إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً". فهذا حيث أنكره على عبد الملك شعبة بن الحجاج ويحيى بن سعيد القطان وأحمد بن حنبل وسائر الحفاظ، حتى قال شعبة: لو روى عبد الملك بن أبي سليمان حديثاً آخر مثل حديث الشفعة لترك حديثه". انظر: السنن الصغرى مع شرحه المنة الكبرى: 5 / 394.

⁽²⁵⁹⁸⁾ رواه ابن حزم من طريق ابن أبي شيبة عن أبي أسامة عن الحسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه قلت يا رسول الله: "أرض ليس فيها لأحد قسم ولا شرك إلا الجوار. قال الجار: أحق بصقبة ما كان". المحلى: 9 / 102، وابن أبي شيبة في المصنف، باب من كان يقضي بالشفعة للجار، ر: 23176، 7 / 168، وابن ماجه في كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار: 2 / 2496، 2 / 834. قال في نصب الراية: "ورواه البزار في مسنده، وقال: ويروى هذا الحديث عن الحسن عن سمرة، وعيسى بن يونس جمع بين الطرفين، أعني عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة، وعن ابن أبي عروبة عن قتادة عن أنس، انتهى. ورواه الدارقطني في سننه وقال: وهم فيه عيسى بن يونس، وغيره يرويه عن قتادة عن الحسن عن سمرة، هكذا رواه شعبة، وغيره، وهو الصواب، انتهى. قال ابن القطان في كتابه: وقد مالا بهذا القول على عيسى بن يونس، فإنه ثقة، ولا يبعد أن يكون جمع بين الروايتين، أعني عن أنس، وعن سمرة، وقد ورد ما يعضد ذلك، قال قاسم بن أصبغ: حدثنا محمد بن إسماعيل ثنا نعيم بن حماد ثنا عيسى بن يونس عن أبي عروبة عن قتادة عن أنس، وبه عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً، ذكره، قال: وعيسى بن يونس ثقة، فوجب تصحيح ذلك عنه. نصب الراية: 4 / 137، والعلل لابن أبي حاتم: 4 / 289، 290.

والجواب: هو أن أبا بكر بن المنذر⁽²⁵⁹⁹⁾ قال: هذا الحديث مضطرب الأسانيد⁽²⁶⁰⁰⁾، ولو ثبت فيحتمل أنه يكون قد كان له فيها حق الشفعة، بأن تكون أرضا لرجلين باع أحدهما نصيبه منها فثبتت لشريكه الشفعة فلم يطالب بها، لأنه كان سلم أن له ذلك حتى كان باع نصيبه أيضا منها، ثم علم أنه كانت له فيه الشفعة فقال ليس له فيها شرك ولا حق إلا حق الجوار، فقد كان له فيها حق فأثبت له الشفعة. وعلى أنكم رويتموه؛ وما روينا أولي، لأن أخبارنا معروفة مشهورة عند أصحاب الحديث، وما رويتموه، فإن أصحاب الحديث وأهل المعرفة قد تكلموا في جميعها، فوجب تقديم ما ذكرناه.

قالوا: ليس بين ملكيهما فاصل فثبتت له الشفعة أصله الشريك.

والجواب: هو أنا لا نجوز اعتبار الشريك بغيره، ألا ترى أنه لو كان له شرك في عبد فأعتقه قوم عليه الباقي، ولو أعتق عبده المنفرد لا يقوم عليه عند شريكه، فلم يجز اعتبار الشريك بالمنفرد، وعلى أن المعنى في الأصل أنه يوجد في حقه معنى لا يوجد في الجار لأنه إن لم يثبت له الشفعة استضرر بالقسمة ونقصان الملك بالقسمة وإحداث مرافق لا بد منهما، والجار بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه.

ولأنه يلحقه ضرر على الدوام فيثبت له الشفعة أصله الشريك.

والجواب: هو أنه يبطل بالجار المحاذي، والمعنى في الأصل ما تقدم.

قالوا: ولأنه معنى ثبت لإزالة الضرر عن المال فجاز أن يثبت للمنفرد أصله الرد بالعيب.

والجواب: هو أنه يبطل بالجار المحاذي.

والثاني: هو أن الرد بالعيب يثبت دار الجار المحاذي والشفعة بخلاف ذلك، ولأن المعنى في الرد بالعيب إنما يثبت لأجل فوات جزء من العوض، وذلك يوجد في المشاع

⁽²⁵⁹⁹⁾ أبو بكر بن المنذر محمد بن إبراهيم النيسابوري، الفقيه الإمام الحافظ العلامة، نزيل مكة، روى عن الربيع بن سليمان ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ومحمد بن إسماعيل الصائغ وغيرهم، وحدث عنه أبو بكر بن المقرئ وغيره، ألف تصانيف عدة، كالإشراف في اختلاف العلماء، والإجماع، وكتاب المبسوط، وغيره، توفي بمكة سنة تسع وثلاثمائة. السير: 14 / 490، طبقات الشافعية الكبرى: 3 / 102-108.

⁽²⁶⁰⁰⁾ انظر: التحقيق في أحاديث الخلاف، 2 / 216.

والمنفرد بخلاف الشفعة، فإنها تثبت لما يلحق من الضرر بالقسمة ونقصان الملك وإحداث مرافق آخر.

قالوا: ولأنه سبب يملك به المشاع فجاز أن يملك به المنفرد أصله البيع والهبة وغير ذلك.

[226]

والجواب: هو أن في البيع يملك به دار الجار المحاذي وبالشفعة لا يملك ذلك، ولأن البيع وضع لنقل الملك وهذه الشفعة إنما وضعت لإزالة الضرر فلم يجوز اعتبار أحدهما بالآخر.

قالوا: ولأننا قد أجمعنا على أن الشفعة إنما جوزت لإزالة الضرر فقلتم إنه لضرر يلحق بسبب القسمة ومرفقها.

ونحن لا نقول إن ذلك لسبب يلحقه على الدوام لا سيما إذا فتح داره غداة فصباحه ومساؤه يؤذيه ومع ذلك لا تجب له الشفعة في ذلك فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

والشفعة مستحقة في العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان⁽²⁶⁰¹⁾.

وقد حكى عمر⁽²⁶⁰²⁾ قال: من الناس من قال: إن الشفعة في كل شيء إن صح ما قاله. والأصل فيما قلناه ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة فيما لم يقسم"⁽²⁶⁰³⁾ وروي عنه عليه السلام أنه قال: "إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"⁽²⁶⁰⁴⁾. وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق لها، ولأنها مما ينقل ويحول فلا تثبت فيه الشفعة أصله الذهب والفضة.

⁽²⁶⁰¹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 254، 256 - المدونة: 4/ 216 - التفرع: 2/ 299.

⁽²⁶⁰²⁾ لعله يقصد ابن القصار، فقد قال في عيون المجالس: "والذي يقوى في نفسي أن فيها الشفعة". ص 584.

⁽²⁶⁰³⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶⁰⁴⁾ تقدم تخريجه.

والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين، وجود الضرر في الأرض بالشركة على وجه الدوام، لأن المخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك.

مسألة:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في الشفعة في الثمرة إذا كان الأصل بأيديهم ملكا أو حبسا أو مساقاة أو مبتدأ الشراء:

فروي عنه أنه قال في ذلك الشفعة⁽²⁶⁰⁵⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁶⁰⁶⁾.

وروي عنه أنه قال: لا شفعة في ذلك. وهو قول المغيرة وعبد الملك⁽²⁶⁰⁷⁾.

وبه قال الشافعي: رحمه الله تعالى⁽²⁶⁰⁸⁾.

والدليل على وجوب الشفعة في ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة في كل شركة"⁽²⁶⁰⁹⁾.

وروي أن النبي ﷺ قال: "الشريك شفيع والشفعة في كل شيء"⁽²⁶¹⁰⁾.

قالوا: فهذا عموم وقد أجمعنا على أن الشفعة لا تجب في الحيوان ولا في الثياب ولا في الطعام، والجواب: هو أن تلك الأشياء قام الدليل عليها فبقي الباقي على ظاهره مخصصا بعض العموم وبقيناه فيما يجوز الأخذ فيه. 1497

[226ب]

⁽²⁶⁰⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 237 - النوادر: 11 / 113، شرح المدونة للمازري: ل 118 أ.

⁽²⁶⁰⁶⁾ انظر: المبسوط: 14 / 133.

⁽²⁶⁰⁷⁾ انظر: النوادر: 11 / 114.

⁽²⁶⁰⁸⁾ انظر: المهذب: 3 / 447 - الحاوي الكبير: 7 / 233.

⁽²⁶⁰⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶¹⁰⁾ أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع، ر: 1371، 3 / 645، والبيهقي في الكبرى، باب لا شفعة فيما ينقل ويحول، 6 / 109، والدارقطني في كتاب البيوع، ر: 2120، 5 / 395، وقال الدارقطني: لا يثبت موصولا وفي اسناده ضعف.

والقياس: هو أنه متصل بالمشفوع فيه، فتثبت فيه الشفعة أصله النخل والشجر وسائر الأصول.

قالوا: المعنى في الأصل؛ إنما كان كذلك لأنه تبع للأصل في إطلاق البيع، والثمرة لا تتبع الأصل بإطلاق البيع فافترقا.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ألا يؤثر، فإنه بيع الأصل في البيع وإن كان لا يثبت فيها الشفعة عندكم. وجواب آخر: هو وإن كان الأصل في البيع عند الإطلاق إلا أن الشفعة⁽²⁶¹¹⁾ لأجل ذلك فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن الشفعة سبب يملك به العقار، فجاز أن تملك به الثمار أصله البيع، ولا يلزم عليه المطلق في الثمرة، لأننا قلنا فجاز ولم نقل فوجب.

قالوا: المعنى في البيع أنه يملك به الثياب والحيوان والطعام، فلذلك ملك به العقار، وليس كذلك الشفعة، لأنه لما لم يملك به الثياب، وما ينقل ويتحول وجب أن لا تملك به الثمار.

والجواب: هو أنه غير ممتنع أن يكونا عقدين ويملك بأحدهما جميع الأشياء، ويملك بالآخر بعض تلك الأشياء، ألا ترى أن عقد الإجارة تملك به المنافع ولا تملك به الرقبة، فكذلك في مسألتنا يجوز أن تملك الشفعة في الثمرة وإن لم يملك الشفعة في الرقبة فلم يصح ما قالوه.

ولأن اتصال الشجرة بالثمر أكد من اتصال الشجر بالأرض والبناء الذي فيها، لأن ذلك مودع والثمرة خلقت من قلب النخل وعين الشجر، فإذا ثبتت الشفعة في النخل كان أولى أن يثبت ذلك في الثمرة، ولأن الشفعة إنما تثبت لأجل الضرر في أصل النخل لدخول الأجنبي على الشريك الذي لا يعلم عسره في مقامه معه، وهذا المعنى موجود في شراء الثمرة، لأنه يدخل عليه من يطله على أهله لا سيما والناس في سائر البلدان يخرجون بأهاليهم إلى البساتين في أيام الثمار، فيؤدي ذلك إلى الضرر بهذا الشريك. وأن يدخل عليه من لا يريده فوجب أن يمنع من ذلك وتكون الشفعة في ذلك كما كان ذلك في الأصل.

(2611) الظاهر أن الكلام فيه سقط في الأصل، وتتمته: الشفعة لا تثبت.

واحتج بها روي أن رسول الله ﷺ قال: "إنما الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة" (2612).

[227]

قالوا: فوجه الدليل، منه أنه عليه السلام أعلمنا أن الشفعة إنما تكون فيما له حدود، أو الثمرة بخلاف ذلك.

والجواب: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأن النخل نفسه لا حد له وإنما يحد بأرضه، وإذا ثبتت الشفعة فيما لا يحد لغيره، وجب أن تجب الشفعة في الثمرة التي في النخل لأنها جميعاً يحدان بالأرض.

قالوا: ولأن ما لا يتبع العرصة بإطلاق البيع وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله غلمان الضيعة وترايبها وآلات الحرث وما أشبه ذلك.

والجواب: هو وإن لم يدخل في إطلاق البيع إلا أنه يدخل الضرر عليه، ولأجل الضرر أثبتنا له ذلك، وعلى أن المعنى في الأصل، أن تلك الأشياء غير منفصلة بالمشفوع فلذلك لم تثبت الشفعة فيها وليس كذلك في مسألتنا، لأنه متصل بالمشفوع ومتعلق بها وجبت فيه الشفعة، فكانت فيه الشفعة كالأصل وهذا أولى مما ذكره.

قالوا: ولأنها ثمرة فلا تثبت فيها الشفعة أصله إذا أفردت بالبيع.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم ثمرة، فإن عين الشار بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه، والمعنى في الأصل، وهو إذا أفردت إنما لم تجز فيها الشفعة لأنها عين متصلة بالمشفوع فأشبهه الأصل.

وربما قالوا: ولأن ما لا تثبت فيه الشفعة إذا ملك بعقد الصداق أو الخلع أو الإجارة والصلح على دم العمد، وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله سائر المنقولات.

والجواب: هو أن هذا القياس لا يلزمنا نحن، لأننا نجوز الشفعة في جميع ذلك، وإنما يلزم أصحاب أبي حنيفة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

(2612) تقدم تخريجه.

قالوا: ولأن الثمرة لا تدخل في بيع النخل إلا بشرط، وما م يدخل على وجه البيع لا يثبت فيه الشفعة، أصله الطعام الموضوع في الأرض لما لم يتبع الدار في العقد لم يتبعها في الشفعة، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك غير متصل بالمشفوع فيه فلذلك لا تجب الشفعة فيه، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

ولا شفعة في طريق ولا عرصة قسمت بيوتها وبقيت مرتفعة لأهلها⁽²⁶¹³⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك تابع للأصل فلا شفعة فيه، وهي البيوت المقسومة.

فأما البئر وفحل النخل: فإن كانت الأرض التي هما فيها مشاعة ففيها الشفعة، وإنما قلنا ذلك: لأن في أصلها الشفعة فهما تبع لها، فإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة في البئر والفحل⁽²⁶¹⁴⁾.

[227ب]

وإنما قلنا ذلك، لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا | تصلح قسمتها ولا هي متصلة بأصل تجب فيه الشفعة فتكون تابعة له.

فصل:

وأما من له ممر في أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علوه، فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض⁽²⁶¹⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه ليس شريك، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق في نفس الملك.

وكذلك الدار إذا كان علوها لرجل وأسفلها لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر⁽²⁶¹⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ملك كل واحد منهما متميز عن ملك الآخر والشركة متتفية بينهما.

⁽²⁶¹³⁾ انظر: الموطأ: 2 / 255 - المدونة: 4 / 215.

⁽²⁶¹⁴⁾ انظر: الموطأ: 2 / 254 - المدونة: 4 / 234 - التفريع: 2 / 299.

⁽²⁶¹⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 215، 216 - النوادر: 11 / 115 - التفريع: 2 / 299.

⁽²⁶¹⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 259.

مسألة:

عندنا أن الشفعة يصح الأخذ بها في النكاح والخلع والإجارة والصلح من دم العمد والخطأ أو عن أرش جناية أو قيمة متلف وغير ذلك مما يتمول، ومثال ذلك: أن يصدق الرجل امرأته شقصاً⁽²⁶¹⁷⁾، أو يجعل ذلك عوضاً في الخلع والإجارة أو غير ذلك، فإنه يثبت في جميع ذلك الشفعة⁽²⁶¹⁸⁾.

وبه قال الشافعي⁽²⁶¹⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت في ذلك الشفعة⁽²⁶²⁰⁾.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة فيما لم يقسم"⁽²⁶²¹⁾.

فأنبه عليه السلام فيما لم يقسم، وهذا موجود في مسألتنا فوجب الأخذ فيها بالشفعة.

قالوا: فهذا الخبر محتمل لا بد فيه من إضمار، فإن قلتم إذا كان صداقاً قلنا إذا كان مبيعاً وليس أحد الإضمارين أولى من الآخر، بل ما أضمرناه أولى لأنه متفق عليه.

والجواب: هو أن اللفظ عام إذا كان صداقاً، فإذا كان مبيعاً فوجب حمله على العموم. والقياس هو أنها معاوضة فإذا ملك بها وجبت فيه الشفعة وجب الأخذ بها أصله البيع.

قالوا: المعنى في البيع؛ هو أن المال فيه مقصود، ولهذا لا يصح إلا بتسمية البدل، وليس كذلك النكاح لأنه لا يقصد به المال، وهذا يجوز أن يعقد من غير ذكر بدل.

والجواب: هو أن علة الأصل تبطل بالإجارة والخلع، فإن المال فيهما مقصود، ثم لا تثبت الشفعة عندكم في عوضهما، ومعنى الفرع غير مسلم، فإن المال في النكاح مقصود ولهذا لا نذكره نحن، ويتقدر عندنا وعندكم، يدل ذلك على تأكده.

⁽²⁶¹⁷⁾ الشقص: بكسر الشين: النصيب. التنبيهات: 4 / 1822.

⁽²⁶¹⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 247 - النوادر: 11 / 168 وما بعدها - شرح المدونة للمازري: ل 143 ب

⁽²⁶¹⁹⁾ انظر: الأم: 5 / 5 - المهذب: 3 / 456.

⁽²⁶²⁰⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 121 - المبسوط: 14 / 144 - 145.

⁽²⁶²¹⁾ تقدم تخريجه.

[228] ولأنه لا يمتنع أن يفترقا من هذا الوجه ويتساويا في الشفعة، كما أنهما يتساويان في الرد بالعيب فجاز أن تثبت الشفعة فيما يقبل القسمة، أصله البيع. ولا يلزمنا الكتابة، لأنها لا يملك منها ما لا يملك بالشفعة إنما وضعت لإزالة الضرر عن المال، فجاز أن تثبت في الصداق والخلع والصلح من دم العمد، أصله الرد بالعيب.

قالوا: فالرد بالعيب يثبت في المنقولات كلها والشفعة بخلاف ذلك.

والجواب: هو أنه يبطل بالبيع، فإنه يثبت في المنقولات والشفعة تقع منه.

واحتج بأن قال: لأنه لم يملك بدل عما هو مال فلا تثبت فيه الشفعة أصله الموهوب والموروث.

والجواب: هو أنا لا نسلم في الهبة والصدقة، لأن مالكا رحمه الله قال في إحدى الروايتين عنه: أن الشفعة في جميع ذلك⁽²⁶²²⁾، فلا نسلم على هذه الرواية.

وعلى أن قوله ليس بمال، يقتضي أن يكون في الأصل بدل ولكنه ليس بمال، والهبة والميراث لا بد في مقابلتها، فهذا الوصف لا يصح، والمعنى في الأصل إذا سلمنا على الرواية الأخرى هو أن الهبة لا يقابلها عوض وإنما هو ثواب، والثواب لا يقوم، والميراث كذلك، فلذلك لا تثبت فيها الشفعة وليس كذلك في مسألتنا، لأن البضع يقابل مالا بعوض يقبل الشفعة، ويقوم البضع بمهر المثل وكذلك المنافع بأجرة المثل وكذلك الصلح عن دم العمد والخطأ وجميع ما ذكرناه.

فإن قالوا: فيمكن أن يقوم الموهوب.

والجواب: هو أنا قد قلنا أن الشفعة تثبت فيه على إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله تعالى، فلم يصح ما قالوه، ولأن الموهوب والموروث لا يثبت فيهما الرد بالعيب، وفي الشفعة بخلاف ذلك، فهو بالبيع أشبه.

قالوا: ولأنه مهر فلا يثبت فيه الشفعة أصله الحمام وما لا ينقسم.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن المهر يجب أن يكون سواء في الشفعة كما كانا سواء في الرد بالبيع فإنه من أحكام البيع وإزالة الضرر عن المال.

(2622) قال ذلك ابن عبد الحكم في المختصر، انظر: النوادر: 11 / 174.

وأما الأصل فغير مسلم؛ لأن الرواية اختلفت عن مالك رحمه الله تعالى: فروي عنه أنه قال: الشفعة فيه، وهو الصحيح من الروايتين، فلم يصح ما قالوه على هذا الوجه. ولو سلمنا؛ فالمعنى في ذلك أنه مما ينقسم لأجل الضرر الذي يلحق الشركاء بذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا ضرر فيه فأشبهه ما ذكره.

قالوا: ولأن البضع لا يقوم على الشفيع لأنه ليس بزواج ولا له شبهة زوجية، فتقويم البضع على من هذا صفته لا يجوز.

والجواب: هو أنه لا يمتنع مثل ذلك، ألا ترى أن الثوب لا يقوم على متلف | أو من له يد عليه مثل الغاصب والقابض على وجه السوم ثم قومناه على الشفيع وليس بمتلف ولا له عليه يد، وكذلك الحر أيضا فإنه لا يباع ولا يعاوض بالثمن إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر، قوم على الجاني تقويم العبد ليعلم به الجاني ما يلزم من دمه، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وإذا وجبت الشفعة في المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص⁽²⁶²³⁾.

وقال الشافعي: تؤخذ بمهر المثل⁽²⁶²⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك أن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فساحه بأخذ الشقص بمهرها، فمتى ألزمتنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف، كنا قد خففنا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر ما عاوضت عليه، وقد تكون قيمة الشقص ألفا ومهر المثل مائة، فلو جعلنا للشفيع الشقص بمائة وهو يساوي ألفا كنا قد خففنا على المرأة، لأن الزوج يقول إنما لم أصدقها من هذا الشقص على أنه يقدر بمهر المثل فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص لا غير ذلك.

فصل:

ويؤخذ الشقص في الصلح من دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية⁽²⁶²⁵⁾.

⁽²⁶²³⁾ انظر: المدونة: 4 / 247.

⁽²⁶²⁴⁾ انظر: المهذب: 3 / 456.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الواجب بالعمد القود، وإنما تجب الدية بالتراضي أو بتعذر القود وليس كذلك في الخطأ، لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها.

فصل:

وجه القول في الهبة والصدقة أنه لا شفعة فيه، لأنه انتقال ملك بغير عوض، فلا يجوز أخذ الشفعة فيه أصله الميراث، ووجه القول أن الشفعة فيهما، هو أنه انتقال ملك باختيار المالك، فكانت فيه الشفعة أصله البيع⁽²⁶²⁶⁾.

ولو باع صفقة واحدة شقصا تجب فيه الشفعة ومعه عروض أو حيوان، فللشفيع الأخذ بشفعته بحصتها من الثمن، وليس للمشتري أن يقول لا أدعك تفرق علي الصفقة⁽²⁶²⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة له فيه، والمشتري دخل على تفريق الصفقة فلا يلزم الشفيع ذلك.

فصل:

ولو اشترى أشقاصا شفيعها واحد، فأراد الشفيع أن يأخذ شفعته من واحد منها وترك البقية، لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري، وذلك بخلاف المسألة الأولى⁽²⁶²⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الحق | له في الجميع فهو المختار لتبعض الصفقة على المشتري فلا [229] يترك وذلك. فإما أن يأخذ الكل وإما أن يترك ذلك.

فصل:

ولو باع شقصا من رجل وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أخذ الجميع أو الترك⁽²⁶²⁹⁾.

⁽²⁶²⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 247.

⁽²⁶²⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 246.

⁽²⁶²⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 253 - المدونة: 4 / 222 - التفريع: 2 / 300.

⁽²⁶²⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 219 - التفريع: 2 / 300.

⁽²⁶²⁹⁾ انظر: الموطأ: 2 / 254 - المدونة: 2 / 219 - التفريع: 2 / 301.

وإنما قلنا ذلك، لأن الباقيين إذا تركوا حصل الشقص، كأنه ليس له إلا شفع واحد، فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك لا غير ذلك.

فصل:

ولو كان بعض الشركاء حاضرا وبعضهم غائبا، فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك. وإنما قلنا ذلك، لأن تبعض الصفقة غير جائز ما لم يرخص المشتري، وهو ممن له في الشفعة حق. فأما إن يأخذ الكل وقدم الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا⁽²⁶³⁰⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن أخذهما الشفعة للجميع إنما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه.

مسألة:

عندنا أن الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع ما لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة، وإن كان غائبا فلا تنقطع شفيعته، ولو طال غيبته ما طالت⁽²⁶³¹⁾.

وإن كان حاضرا فقد اختلفت الرواية عن مالك:

فروي عنه أنه قال: لا حد في بطلان الشفعة من المدة.

وروي عنه أنه قال: ينتظر بذلك سنة ولا شفعة له بعد ذلك⁽²⁶³²⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة على الفور، فإن ترك ذلك سقط حقه منها⁽²⁶³³⁾.

واختلف قول الشافعي رحمه الله على ثلاثة أقوال، والصحيح من أقواله: أنها على الفور مثل أبي حنيفة.

والثاني: أنه إلى ثلاثة أيام.

والثالث: هو أن له ذلك أبدا ما لم يصرح بالترك⁽²⁶³⁴⁾.

⁽²⁶³⁰⁾ انظر: الموطأ: 2/ 254 - المدونة: 4/ 222 - التفريع: 2/ 301.

⁽²⁶³¹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 255 - المدونة: 4/ 229 -

⁽²⁶³²⁾ انظر: المدونة: 4/ 217 - النوادر: 11/ 185 - التفريع: 2/ 301.

⁽²⁶³³⁾ انظر: الحجة: 3/ 92 - مختصر الطحاوي: 121.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة فيما لم يقسم"⁽²⁶³⁵⁾. ولم يخص وقتاً من وقت، فكان له المطالبة بها أي وقت شاء، أصله سائر حقوقه. ولا يلزم عليه إذا علم منه ترك ذلك؛ لأننا نعلم أن ذلك ليس بحق له، ولأنه حق فيه استيفاء مال لم يكن فيه تفريط ولا تدليس، فلم تجب المطالبة به على الفور أصله سائر ديونه، ولا يلزم عليه الرد بالعيب، لأننا قلنا لم يكن في تفريط ولا تدليس.

واستدلال في المسألة، وذلك أن في أخذ الشفعة على الفور ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم بذلك ولم يحصل له الثمن ولا باع ما يحصل الثمن من جهته، فيؤدي ذلك إلى تفويت ما وجب له أخذه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك، وقد يكون أيضاً المشتري قد بنى وغرس | وعمر فيلزم الشفيع دفع القيمة إليه، فلا يجوز أن يثبت حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضي تفويته إياه، فلذلك قلنا لا يكون على الفور.

واحتج بما روي عن النبي ﷺ قال: "الشفعة كنشطة العقل، إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها"⁽²⁶³⁶⁾، قالوا وهذا يدل على أن ذلك على الفور.

والجواب: هو أن هذا الخبر غير معروف عند أصحاب الحديث، فلا يجوز الاحتجاج به بهالم يصح عندهم، ولو صح لم يكن فيه دليل على أن ذلك على الفور، لأنه قال: "فاللوم على من تركها"، وعندنا أنه إذا تركها أو علم منه ذلك فلا شفعة له فلم يصح ما قالوه.

قالوا: وروي أن النبي ﷺ قال: "الشفعة لمن واثبها"⁽²⁶³⁷⁾.

⁽²⁶³⁴⁾ انظر: المهذب: 3 / 456.

⁽²⁶³⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶³⁶⁾ هذا الحديث ذكره ابن حزم في المحلى وحكم عليه بالوضع، ثم ساق حديثاً عقبه بلفظ آخر، هو ما رواه من طريق البزار قال نا محمد بن المثني نا محمد بن الحارث نا محمد بن عبد الرحمن بن البيهقي نا أبيه عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقل من مثل بمملوكه فهو حر وهو مولى الله ورسوله والناس على شروطهم ما وافقوا الحق". المحلى: 9 / 91، وانظر: كلام ابن الملقن في البدر المنير على هذا الحديث. 7 / 15.

⁽²⁶³⁷⁾ هو حديث موقوف على شريح، رواه عبد الرزاق في المصنف، باب الشفيع يأذن قبل البيع. 83 / 83، وقال ابن حزم: "هذا لفظ فاسد لا يصح أن يضاف مثله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم". المحلى: 9 / 91.

والجواب: هو أن هذا الخبر متروك الظاهر. ألا ترى أن الغائب ينتظر وإن كان لا يقدر على التواثب إليها.

والثاني: هو أن هذا قد واثبها لأنه طالب بها، والمواثبة قد تكون إلى الشيء في الحال وقد تكون على التراخي، لأن من له حق ثابت فإنه يثوب إليه متى شاء كسائر حقوقه.

قالوا: ولأنه ترك الأخذ بالشفعة مع الإمكان من غير عذر، فوجب أن تبطل شفيعته. أصله إذا توانى في ذلك وطال الزمان.

والجواب: هو أنا لا نسلم أنه ترك بل هو مطالب بذلك، وغير ممتنع أن يثيب الإنسان حق ويكون له المطالبة به متى شاء كالديون.

وأما المعنى في ذلك، وهو إذا طال ذلك فإنه يعلم أنه قصد الإضرار بالمشتري، فلذلك أسقطنا حقه في ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأننا لو قلنا إن ذلك على الفور، لكننا قد أسقطنا حقه منها، لأنه ربما لا يتمكن من الثمن إلا بعد أن يبيع شيئاً يحصل لك ما وجب له من الشفعة، فوجب أن يكون الرفق للجميع فيما قلناه للشفيع والمشتري.

قالوا: ولأن الأخذ بالشفعة معنى وضع له، وهو إزالة الضرر عن المال، فوجب أن تكون على الفور أصله الرد بالعيب.

[2638] وعندهم أنه يسقط.

والثاني: هو أنه لا يجوز اعتبار الأخذ بالشفعة بالرد بالعيب، لأن خيار الرد بالعيب إنما هو خيار في الترك أو الرد، وخيار الشفعة إنما هو في الترك أو الأخذ، فهو كأروش الجنایات والمطالبة بالديون أشبه منه بالرد بالعيب.

[230أ]

(والثالث)⁽²⁶³⁹⁾: هو أن الشفيع ملك أن يملك، والرد بالعيب قد ملك الجزء الغائب بالعيب وقد يقدم وجوبه باستحقاق ما يقابله من الثمن، فلذلك قلنا إن له إما أن يأخذه في الحال وإما أن يترك فلم يصح ما قالوه.

(2638) الظاهر أن فيه سقط بالأصل بحسب مقتضى السياق.

(2639) في الأصل: "والثاني".

قالوا: ولو قلنا على التراخي لكان على المشتري في ذلك غاية الضرر، لأنه ليس من ملكه على ثقة، لأنه لا يدري هل يستقر له فيتصرف فيه تصرف المالك أو يأخذ الشفيع بالشفعة، والشفعة إنما تراد لإزالة الضرر.

والجواب: هو أن هذا ينقلب عليكم؛ لأننا لو قلنا إنها أيضا على الفور لأدنى ذلك إلى الضرر بالشفعة، لأنه ربما لا يتمكن في الحال من الثمن حتى يبيع ويحصل الثمن، فإذا كان ولا بد من إزالة الضرر عنهما جميعا وجب أن يكون ذلك إلى مدة حتى لا (يتضرر)⁽²⁶⁴⁰⁾ الجميع.

والثاني: هو أن عندنا إذا طال ذلك فإن للمشتري أن يرفع أمره للحاكم حتى يوقف له الشفيع، فإذا أخذ وإلا ترك، فإن لم يفعل ذلك فهو الذي أضر بنفسه والله أعلم بذلك.

فصل:

والغائب لا تنقطع شفيعته⁽²⁶⁴¹⁾.

وإنما قلنا ذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: "وينتظر بها إذا كان غائبا"⁽²⁶⁴²⁾ ولأنه معذور، ولأن المطالبة بها لا تصح مع غيبته فكان لذلك عذره ظاهرا.

فصل:

فأما وجه ما قاله مالك رحمه الله، فإنه ينتظر بذلك سنة إذا كان حاضرا: فلأن السنة أول الآجال لأنها لا تجمع ما يترأخى معه العلل في الصبر والإمهال، وقد جعل ذلك حدا في الشريعة فلذلك قال ذلك.

ووجه التأييد قوله عليه السلام: "الشريك أحق بسقبه"⁽²⁶⁴³⁾ ولم يعلق ذلك بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل ترك المطالبة، أصله أروش الجنايات.

فصل:

⁽²⁶⁴⁰⁾ في الأصل: "يستضر".

⁽²⁶⁴¹⁾ انظر: الموطأ: 2/ 252 - المدونة: 4/ 229 - النوادر: 11/ 187 - التفریع: 2/ 301.

⁽²⁶⁴²⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶⁴³⁾ أخرجه ابن ماجه في الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، ر: 2498، 2/ 834. وورد عند البخاري بلفظ: "الجار أحق بسقبه" وقد تقدم تخريجه.

ولو وهب الشفيع شفيعته قبل وجوبها له لم يلزمه ذلك⁽²⁶⁴⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه غير مالك لها، ومن وهب ما لا يملكه لا تصح هبته، أصله إذا قال وهبت منك عبد زيد أو ثوبه فلا يلزم فكذلك ههنا مثله.

فصل:

وإذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمته ذلك العرض، فإن كان طعاما أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله.

وإنما قلنا ذلك، لأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذي عاوض المشتري به، وإن كان ماله مثل لزم الشفيع مثله، وإلا فقيمته تقوم مقام المثل عند تعذره⁽²⁶⁴⁵⁾.

مسألة:

عندنا أن الشفعة بين الشركاء على قدر الحصص، فيأخذ كل واحد من الشركاء من المبيع بقدر ملكه⁽²⁶⁴⁶⁾.

وبه قال الشافعي: في أحد قوليه⁽²⁶⁴⁷⁾.

[230ب] | وقال أبو حنيفة: تستحق على قدر الرؤوس⁽²⁶⁴⁸⁾.

ودليلنا: أن الشفعة حق يستفاد بالملك، أو يستحق بسبب التملك، فوجب أن يكون معتبرا على قدر الأملاك. أصله ثمرة البستان وأجرة الدكان.

قالوا: لا نسلم؛ وذلك أن الملك هو السبب في استحقاق الشفعة، وإنما استحققت لأجل الضرر الذي يلحقه في ذلك على الدوام.

قالوا: والذي يدل على ذلك، هو أن الملك باق قبل البيع ثم لا يثبت له الشفعة حتى يوجد البيع، ألا ترى أن الملك حاصل في المنقولات ثم لا شفعة فيها.

⁽²⁶⁴⁴⁾ انظر: التفريع: 2 / 301.

⁽²⁶⁴⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 302.

⁽²⁶⁴⁶⁾ انظر: الموطأ: 2 / 252 - المدونة: 2 / 215 - التفريع: 2 / 299.

⁽²⁶⁴⁷⁾ انظر: الأم: 5 / 6 - المهذب: 3 / 463.

⁽²⁶⁴⁸⁾ الحجة: 3 / 85.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الملك سبب فيها، بدليل أن ذلك لا يثبت بينه وبين الأبعد، ومن في البلد تأخر عن ملكه لا شفعة له، وقد يكون السبب الغلة مرة ويكون ما يتوصل به إلى الغلة ويكون ذلك شرطاً في الحكم، والكل يسمى سبباً.

والثاني: هو أن الملك سبب في استحقاق الشفعة، ولو لا ذلك لما استحقها فلم يصح ما قالوه أنها إنما ثبتت لأجل الضرورة على الدوام، فإن ذلك غير صحيح، لأنه يجوز أن يكون الملك سبباً ويقف الاستحقاق على معنى آخر، وهذا كما قلناه في البيع شرط الخيار أن لا ينتقل الملك بنفسه حتى تنقضي المدة، ثم لا يخرج البيع أن يكون سبباً في انتقال الملك، وكذلك وقت دخول الصلاة سبب، وإن كان يفتقر إلى شرائط أخرى من الطهارة والستر.

قالوا: المعنى في الأصل، هو أن طلب المالك التملك لا يجوز أن يستحق جميع الثمرة بحال لأجل ملكه، فلذلك قلنا إن الثمرة تقسم على قدر الأملاك، وليس كذلك في مسألتنا، فإن صاحب المال القليل في الشفعة يجوز أن يستحق جميع المبيع بأن تكون الدار لنصيبين، لأحدهما سدسها، والآخر خمس أسداسها فينتفع صاحب الكثير بنصيبه، فإن كان صاحب القليل يأخذ الجميع وفي الثمرة والأجرة بخلاف ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ليس إذا زاحمه غيره لا ينقسم على قدر المال، ألا ترى أن الرجال إذا انفردوا في الحرب وغلبوا الكفار استحقوا الغنيمة ولو زاحمهم فيها الفرسان، فإننا نعطي كل فارس ثلاثة أسهم ولكل واحد سهم، وإن كان عندهم للفارس سهمان وللراجل سهم، وكذلك الأخت أيضاً من الأب إذا انفردت أخذت النصف، فلو اجتمعت مع الأخت الأب والأم أخذت السدس تكملة للثلثين، وكذلك إذا كانا غريمين لأحدهما ألفان وللآخر ألفان، والتركة ألف واحدة، | فلو انفرد صاحب الألف أخذ الجميع، فإذا زاحم الآخر أخذ ثلثها ويعطي الآخر الثلثين فكذلك في مسألتنا.

قالوا: المعنى في الأصل، وهو الثمرة والزرع إنما كانا كذلك على قدر المال، لأنه إنما المال والأجرة بدل المنفعة، وكان ذلك على قدر ما يملكه كل واحد منهما، وليس كذلك الشفعة، ولأنها إنما وجبت لإزالة الضرر فوجب أن يستويا في ذلك.

والجواب: هو وإن لم يكن نهما ملك ولا هو بدل عنه إلا أن يملكه سبب في استحقاق ذلك.

قالوا: المعنى في الأصل، وهو الثمرة والأجرة إنما استحقاق بقدر الأملاك، فلذلك كانت مستوية عليه وليس كذلك في مسألتنا، لأن الشفعة تستحق بأصل الملك، وصاحب القليل كصاحب الكثير في أصل الملك، يدل عليه أن صاحب الكثير إذا عفا عن الأخذ بالشفعة جاز لصاحب القليل أخذ الجميع.

والجواب: هو أن هذا ينكسر بالرجالة مع الفرسان، والأخت من الأب مع الأخت للأب والأم وكذلك مسألة الدين فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها شخصان فلو انفرد كل واحد منهما استحق جميع المال، فإذا تزاخما كان المال بينهما مقسوما على قدر ماليهما، أصله إذا مات رجل وعليه ألف لرجل وألف وخمسمائة للآخر، وخلف الميت ألفا، فإن كل واحد من هؤلاء الغرماء إذا انفرد أخذ جميع المال، ثم لما تزاخما أخذ صاحب الأكثر أكثرها وصاحب الأقل أقلها كذلك في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أنها شخصان تفاوتا في سبب استحقاق الملك أصله الأخت من الأب والأم مع الأخت لأب، ولا يلزم الاثنان لأنها تساويا في السبب، ولا يلزم إذا قام رجل على رجل شاهدين بحق وأقام الآخر عليه شهودا فإنهما متساويان، لأن الشهادة ليست سبب الاستحقاق، والحق ثابت قبل الشهادة.

وقياس آخر: وهو أنها شفيعان فوجب أن تكون الشفعة على قدر ملكيهما، أصله إذا تساويا في الملك.

واستدلال، وذلك أن الشفعة إنما تثبت لما يلحق الشريك من الضرر في القسمة ومؤنتها، وذلك مثل نقصان قيمة نصيبه إذا قسم وتقدم أجرة القسام واستحداث مرافق أخرى لم تكن وزيادة مؤنة، فوجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك المالك لا على قدر الرؤوس، وإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن تستحق بقدر الملك، لأن هذا الضرر إذا وجد سقط بحسب الملك، وكذلك إذا رفع.

ولأن اختصاص الشفعة بالملك أكثر من اختصاص الثمرة، لأن الثمرة [قد يستحقها 231ب] من لا يكون مالكا لرقبة الشجرة وهو الموصى له بالثمره، وقد ثبت أن الثمرة تستحق على قدر الأملاك، فأولى أن تكون ذلك في الشفعة التي لا تستحق إلا بالملك أو على قدر الأملاك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واستدلال في المسألة: وذلك أن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة، الدليل عليه الربح في التجارة وغير ذلك، فكذا في مسألتنا يجب أن تكون مثله.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»⁽²⁶⁴⁹⁾.

قالوا: وهذا يفيد أن من كان دارا بدارين أو دار بدار واحدة، فإنهما يتساويان في ذلك بدليل أن الإضافة وقعت على وجه واحدة.

والجواب: هو أن هذا الحديث يفيد أن الجار أحق من غيره، فأما أن يكون به أحق فليس فيه. قالوا: ولأنهما شخصان لو انفرد كل واحد منهما أخذ جميع الملك بالشفعة، فإذا تزاما وجب أن يكون الشقص بينهما بالسوية أصله إذا تساويا في الملك.

والجواب: هو أنا نقول فنقول فوجب أن يكون الشقص بينهما على قدر ملكيهما أصله ما ذكرتم، والثاني: هو أنه يبطل بالرجالة مع الفرسان في الغنيمة، فإن الرجالة لو انفردوا أخذوا جميع ذلك، ثم إذا زاحمهم الفرسان تفاضلا، وتبطل بالأخت من الأب مع الأخت بالأب والأم، فإنها إذا انفردت أخذت النصف، وإذا زاحمتها الأخت من قبل الأب والأم أخذت السدس، ويبطل بالغريمين على ما ذكرنا.

وعلى أن المعنى في الأصل إنما تساويا في الملك فلذلك كان بينهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأنهما تفاوتتا في الملك، ولأن العين في ذلك أن ذلك التساوي لكان بين شخصين في الثمرة والأجرة كان بينهما نصفين بالسوية، فكذا في الشفعة مثله.

قالوا: ولأنهما شخصان لو انفرد كل واحد منهما أخذ جميع المال بالغما ما بلغ بسبب واحد، فإذا اجتمعا كان المال بينهما بالسوية أصله الابنين في الميراث.

قالوا: ولا يلزم عليه الأب مع الابن، فإنه إذا انفرد كل واحد منهما أخذ جميع المال، فإذا اجتمعا أخذ الأب السدس والأب الباقي، لأننا قلنا بسبب واحد، وهناك يأخذ أحدهما بالأبوة والأخرى بالبنوة فهما سببان مختلفان.

⁽²⁶⁴⁹⁾ تقدم تخريجه.

والجواب: هو يلزم عليه الرجالة مع الفرسان والأخت من قبل الأب والأم مع الأخت لأم. والمعنى في الأصل أنهما تساويا في النسب وهو البنوة فلذلك تساويا في المال، وليس كذلك الشفيعين، فإنهما اختلفا في الملك الذي هو سبب استحقاق الشفعة، فصار وزان مسألتنا من الميراث الأخت من الأب مع الأخت من الأب والأم، ولما استحقا بالأخوة وتفاضلا فيها فعند التزامهم لم يتساويا في الميراث، وتشبه مسألتنا بالأخوة أولى من شبهها بالبنوة التي لا تتزايد.

قالوا: ولأن الشفعة إنما تستحق بأصل الملك لا بقدر [الملاك]⁽²⁶⁵⁰⁾ وصاحب القليل كصاحب الكثير في أصل الملك، بدليل حال الانفراد إذا كان مع صاحب الكثير.

والجواب: هو أنه يبطل بالرجالة في الغنيمة مع الفرسان، فإنهم انفردوا وكان لهم ذلك لأنهم ملكوا ذلك وعند التزام الفرسان لا يكون لهم ذلك، كذلك عند الانفراد يجوز أن يملك الكل وعند التزامهم لا يأخذ السدس تكملة للثلثين، وكذلك الغريمين لو اجتمعا في تركة رجل فأقام أحدهما شاهدين وأقام الآخر أربعة شهود، فإن زيادة الشهود الآخر لا يؤثران، بل يكونان سواء في الاستحقاق، فكذلك في الشفعة وجب أن يكون مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الفرسان مع الرجالة والأختين والغريمين، وأما الشهادة فليست سبب للملك، وإنما يعرف الحاكم وغيره ثبت الملك والاستحقاق فلذلك لا تؤثر الزيادة في ذلك بخلاف الشفعة فإنها تستحق بسبب الملك وقد اختلفا في ذلك.

قالوا: ولأن الشفعة إنما معنى وضع لإزالة الضرر عن المال كاختلاف الشريكين في الملك لا يوجب المخالفة بينهما في الاستحقاق، أصله إذا كان عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه فأعتق صاحب الثلث وصاحب السدس نصيبهما منه، فإنه يلزمه قيمة نصيب الشريك الثالث وتكون الغنيمة عليهما بالتسوية.

والجواب: هو أن هذا هو الحجة عليكم؛ لأن صاحب النصف لو أعتق نصيبه فإنه لا يقوم لكل واحد منهما إلا قدر ملكه من العبد، فكذلك في مسألتنا في الشفعة، يجب أن تكون مثل ذلك، لأن البائع من الشركاء نصيبه مثل هذا المعتق نصف عبده، وأما المعتقين فعليهما قيمة نصيب شريكهما بالتسوية لأنهما متلفان، لأن كل واحد منهما وجد منه الإلتاف

⁽²⁶⁵⁰⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من الإشراف: 2/ 633.

والسرارية في جميع ملك صاحبهما، فكان ذلك بمنزلة الجراحات من واحد جراحة ومن أحد جراحات، واتصل بذلك الهلاك فإن الجانبين في الضمان سواء، لأن كل واحد من الجراحات يجوز أن يكون قاتله فلذلك يتساويا في ذلك، والشفعة بخلاف ذلك، لأنها مستحقة بسبب الملك، والأملاك مختلفة فاختلفا في أخذ ذلك.

قالوا: ولأنهما استويا في أصل الملك، فإذا تداعيا الاستحقاق وجب أن يكونا سواء، أصله الجارية بين الشريكين لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها وادعى كل واحد منهما أنه أحبلها وهي أم ولد له فإنهما يتساويان في الدعوى ولا يفضل أحدهما على الآخر، فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه يلزم عليه ما ذكرناه من المسائل، وهم الرجالة مع الفرسان والأخت من قبل الأب مع الأخت من قبل الأب والأم والفرسان. وأما الإحبال فإن ذلك إتلاف يسري إلى جميع ملك شريكه كما ذكرناه في الجنائيات.

قالوا: ولأن الشفعة إنما وجبت لأجل الضرر ولما يلحق الشريك من الأذى على الدوام وصاحب القليل في ذلك والكثير سواء.

والجواب: هو أنه ليس كما ذكرتم، وإنما جوزت الشفعة لأجل ما يلحق الشريك بالقسمة وإحداث المرافق، والثاني هو أنها وإن كانا قد تساويا في باب الضرر إلا أنها قد اختلفا في الملك الذي يستحق بالشفعة، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

فصل:

والشفعة بين أهل الميراث على قدر سهامهم: فمن باع (أهل)⁽²⁶⁵¹⁾ سهم منهم، فشركاؤه في ذلك السهم أحق بالشفعة من باقي الورثة، فإن باع جميع أهل سهم سهمهم الذي ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل سهم وعصبة، فباع بعض العصبة حقه، فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعا، ولو باع بعض أهل سهم حقهم، كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة⁽²⁶⁵²⁾.

⁽²⁶⁵¹⁾ في المعونة: 2 / 1270، "أصل"

⁽²⁶⁵²⁾ انظر: المدونة: 4 / 213 وما بعدها - النوادر: 11 / 150 - التفریع: 2 / 299.

ومثال ذلك: أن يترك ميت جدتين وأختين لأم وأخوة لأب وله ستة أسهم من اثني عشر سهماً من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس، فالجدة الأخرى أحق من جميع الشركاء، فإن باعت الجدتان جميعاً فالشفعة لباقي الورثة، [وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الإخوة لأب]²⁶⁵³، وإن باع أحد الأخوين لأب حصته، فالشفعة بين بقية الإخوة لأب وبين باقي أهل الميراث، فلو كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب.

وإنما قلنا إن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الورثة: لأن الشافعي وأبا حنيفة رحمهما الله يخالفان في ذلك⁽²⁶⁵⁴⁾.

لما روي أن رسول الله ﷺ قال "الشفعة في كل شريك"⁽²⁶⁵⁵⁾، والسهم نوع من الشرك، فوجب الشفعة فيه، ولأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه أصله الشركة في العقار.

[233]

وإنما قلنا إلى أهل بقية السهم أولى من العصبة؛ لأنهم أخص منهم بالشركة وأكد أمراً، لأن سهمهم معلوم مقدر. وإنما قلنا ذلك؛ لأن أهل السهام يشاركون العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم.

وإنما قلنا إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة شافعوا بينهم؛ لأنهم أهل ميراث واحد كأهل سهم واحد.

مسألة:

اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله عليه في الشفعة فيما لا يقسم، مثل الحمام والبئر والرحى والرحبة والطريق:

فروي عنه أنه لا شفعة فيه⁽²⁶⁵⁶⁾.

²⁶⁵³ ما بين العارضتين سقط من الأصل، والمثبت من المعونة.

⁽²⁶⁵⁴⁾ انظر: الحجة: 3/ 83 - مختصر الطحاوي: 121 - الأم: 5/ 6 - المذهب: 3/ 463.

⁽²⁶⁵⁵⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶⁵⁶⁾ انظر: الموطأ: 2/ 255 - المدونة: 4/ 240.

وبه قال الشافعي رحمه الله (2657).

وروي عنه أنه أن الشفعة في جميع ذلك (2658).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى (2659).

والدليل على أن فيه الشفعة؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة في كل شركة ربع أو حائط" (2660). والربع الدار والحائط البستان.

وروي عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ: "قال الشريك شفيح، والشفعة في كل شيء" (2661).

وهذا عموم قد علم أن الدليل على أن الشفعة لا تجب في المنقولات، بقي الباقي على ظاهره. والقياس: هو أنه عقار فتثبت فيه الشفعة أصله ما يقبل القسمة.

قالوا: المعنى في ذلك أنه لا يلحقه بذلك ضرر، فلذلك ثبتت فيه الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا لأن عليه بذلك ضرر.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في إسقاط الشفعة أيضا عن هذا أشد ضررا، لأنه يدخل عليه ولم يعلم عسرته ولا صحته، فكان الشريك أولى بإزالة الضرر عنه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه يلحقه الضرر على الدوام فتثبت له الشفعة أصله ما يقبل القسمة، ولا يلزم عليه الجار والملاصق، لأنه لا ضرر عليه من جهته، لأنه يغلق بابه في

(2657) انظر: الأم: 5 / 7، 8 - المذهب: 3 / 448.

(2658) انظر: انظر: المدونة: 4 / 240 - النوادر: 11 / 115.

(2659) انظر: الحجة: 3 / 90 - المبسوط: 14 / 135.

(2660) تقدم تخريجه.

(2661) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيح، ر: 1371، 3 / 645، والدارقطني في السنن، باب الشفعة ر: 2120، 5 / 395، والبيهقي في الكبرى، باب لا شفعة فيما ينقل ويحول، 6 / 109، كلهم من طريق أبي حمزة السكري عن ابن عباس، والحديث لا يثبت موصولا، وإنما رواه شعبة وغيره عن عبد العزيز مرسلًا.. انظر الدارقطني في السنن: 5 / 395.

وجهه وههنا صباحه ومساؤه فوجب أن يقبل منه، فوجب أن يستحق الشفعة لإزالة الضرر عنه.

وقياس آخر: وهو أنه معنى وضع لإزالة الضرر عن المال، فاستوى فيه ما ينقسم وما لا ينقسم أصله الرد بالعيب.

قالوا: ولأن المعنى في الرد بالعيب ثبت في الجواهر وسائر المبيعات وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنا نجيز الشفعة في الموضع الذي يمكن فيه إزالة الضرر، ويرد ذلك في الموضع الذي لا يقبل ذلك، وأما الجواهر والثياب، فإن تلك أموال لا تقبل الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا العقار مما يقبل الشفعة فوجب أن يثبت ذلك لمن يوجب له، ألا ترى أنهما لو تراضيا على قسمة هذا الحمام أو هذا الرحى لجاز ذلك، ولم يكن لأحد اعتراض عليهما في ذلك، ولو تراضيا على قسمة الجوهرة واللؤلؤة لم يجز ذلك، وكانا سفيهين في ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أن الشفعة |سبب يملك به ما ينقسم فملك به ما لا ينقسم، أصله [233ب] البيع والهبة وغير ذلك.

قالوا: المعنى في البيع أنه يملك به سائر المنقولات وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنها كان كذلك؛ لأنها أعيان لا تقبل الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه أعيان تقبل الشفعة، بدليل أنها لو تراضيا على قسمة ذلك جاز وإن كان عليهما في ذلك ضرر فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن الأموال على ضربين: منقول وغير منقول، وقد ثبت أن الشفعة لا تثبت في المنقولات سواء كانت مما يمكن قسمتها أو لا يمكن قسمتها، فيجب أن يكون ما لا ينقل يستوي فيه ما يقبل القسمة وما لا يقبلها في وجوب الشفعة فيه، وتحريره أنه أحد نوعي الأموال، فوجب أن يستوي فيه ما ينقسم وما لا ينقسم في باب الشفعة، أصله المنقولات في أن الشفعة لا تستحق في شيء من ذلك.

قالوا: إنما استويا في ذلك لأنه لا ضرر فيه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها لو تراضيا على قسمة ذلك جاز، وإن كنا نعلم أن عليهما في ذلك ضرر، فإذا كان كذلك جاز مراعاة الشريك الذي لم يدخل عليه الضرر مع الدوام أولى من مراعاة غيره فلم يصح ما قالوه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: “الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة”⁽²⁶⁶²⁾.

قالوا: فوجه الدليل منه أنه عليه السلام؛ جعل حبس الشفعة فيما ينقسم، فلم يبق شفعة تتعلق بما لا ينقسم، لأنه عليه السلام قال “إذا وقعت الحدود فلا شفعة” فعلم أن الشفعة فيما ينقسم.

والجواب: هو أن هذا الخبر حجة عليكم؛ لأنه عليه السلام أثبت فيها لم يقسم، والرحى والحمام لم يقسم، وجميع ذلك مما تتأتى فيه القسمة الشرعية، بدليل أنها لو تراضيا على ذلك صح ولم يبعها الحاكم منه، وبمثله لو تراضا على قسمة الجوهرة لمنعها الحاكم من ذلك وحجر عليهما.

قالوا: وروي عن علي عليه السلام أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل نخل»⁽²⁶⁶³⁾.

والجواب: هو أنه غير ثابت عنه؛ ولو صح قول رسول الله ﷺ أولى، ويجوز أن يكون هذا مذهبا له ونحمله على الاستحباب بدليل ما ذكرناه.

قالوا: ولأنها لا يجب فيه القسمة إذا طولب بما لا يثبت فيه الشفعة أصله الجواهر والالآئ.

والجواب: هو أنا لا نسلم الفرع؛ لأن عندنا يجوز فيه القسمة فلم يصح ما قالوه، لأنها لو تراضيا | على ذلك كان لهما من غير اعتراض عليهما. فأما النخلة والشجرة، فإن كانت

[234]

⁽²⁶⁶²⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶⁶³⁾ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة، ر: 2095، 2 / 256، والبيهقي في الكبرى، باب الشفعة فيما لم يقسم، 6 / 105، والحديث موقوف على سيدنا عثمان بن عفان، وقال الدارقطني في العلل: " يرويه محمد بن عمار بن عمرو بن حزم، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان. قاله صفوان بن عيسى، وابن إدريس عنه. ورواه مالك، عن محمد بن عمار، عن أبي بكر بن حزم، عن عثمان، ولم يذكر أبان وكلهم وقفوه. ورواه يزيد بن عياض، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم. والموقوف أصح، ويزيد بن عياض ضعيف. العلل: 3 / 14، 15.

معها عرصة جازت القسمة وجازت الشفعة، لأن مالكا رحمه الله قد روي عنه أنه قال: الشفعة ثابتة في النخلة الواحدة والنخلات، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

والأخذ بالشفعة جائز من غير حكم حاكم ومن غير تراضي⁽²⁶⁶⁴⁾.
وبه قال الشافعي رحمه الله⁽²⁶⁶⁵⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصح إلا بحكم الحاكم⁽²⁶⁶⁶⁾.

ولأن التراضي أصله الرد بالعيب، ولأنه ملك قضى له به الشرع، فلا يفتقر إلى حكم حاكم، أصله سائر الممتلكات.

واحتج بأن قال: لأنه أخذ بالشفعة فلم يصح من غير تراض، أصله أخذ الدار بالجوار.
والجواب: هو أن المعنى في ذلك أنه مختلف فيه، فلذلك افتقر إلى حكم حاكم ليقطع الخصومة وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا خيار الشفعة موروث ولا يبطل بالموت وينتقل إلى الورثة⁽²⁶⁶⁷⁾.
وبه قال الشافعي⁽²⁶⁶⁸⁾.

وقال أبو حنيفة: رحمه الله الشفعة تبطل بالموت ولا تورث⁽²⁶⁶⁹⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "من ترك مالا فلورثته"⁽²⁶⁷⁰⁾، وهذا من جملة الحقوق فكان لورثته.

⁽²⁶⁶⁴⁾ انظر: عقد الجواهر: 2 / 765.

⁽²⁶⁶⁵⁾ انظر: المهذب: 3 / 466.

⁽²⁶⁶⁶⁾ انظر: بدائع الصنائع: 5 / 23.

⁽²⁶⁶⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 252 - المدونة: 4 / 228.

⁽²⁶⁶⁸⁾ انظر: المهذب: 3 / 467.

⁽²⁶⁶⁹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 123 - مختصر القدوري: 2 / 113.

⁽²⁶⁷⁰⁾ أخرجه البخاري في الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً، ر: 2398، 2 / 174، ومسلم في الفرائض،

قالوا: فقد روى مالا وهذا ليس بهال.

والجواب: هو وإن لم يكن مالا إلا أنه في معنى المال؛ لأنه قد قال حق، وهذا حق من حقوقه فكان لورثته.

والقياس هو أنه خيار ثابت لرفع الضرر عن المال، فكان موروثا أصله خيار الرد بالعيب. ولا يلزم عليه خيار الإقالة، لأننا قلنا ثابت، وذلك ليس بثابت، لأن لصاحبه إبطاله عليه.

وقياس آخر: وهو أنه حق مستفاد بالملك، فجاز أن يكون موروثا أصله ثمرة النخلة ونماء البقرة وخدمة العبد. ولأن الموت معنى يزيل التكليف، فلا يبطل خيار الشفعة أصله الجنون والإغماء.

قالوا: نقلب فنقول، فوجب أن لا يقبل الخيار إلى الورثة أصله ما ذكرتم.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ لأنه قبل الموت لا يقع عليه اسم وارث، وإنما مال ذلك مجاز فلم يصح الحكم في الأصل، ويبطل بالرد بالعيب، فإن الجنون لا ينتقل إلى الوارث وبالموت ينتقل إليه.

قالوا: المعنى في الجنون أنه لا يبطل خيار الرجوع في الهبة وبالموت يبطل.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأن الورثة لهم المطالبة بذلك كما كانت لموروثهم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر وهو أنه حق يثبت للشريك بخروج | بعض الشركاء من الشفعة، فوجب [234ب] أن لا يبطل حق الشريك الذي يثبت له بموته، أصله إذا كان عبدا بين ثلاثة فأعتق أحدهم نصيبه، فإنه يجب التقويم للباقيين، وإذا مات أحدهما لا يبطل حقه من التقويم فكذلك في مسألتنا مثله.

فإن قالوا: التقويم يوجب مالا للشريك، والأموال تورث، وليس كذلك خيار الشفعة، فإنه غير مؤول ولا يؤول إلى مال، وما لا يكون مالا ولا يؤول إلى مال لا يجوز أن يورث.

والجواب: هو أنه يبطل بحبس الرهن للدين، فإنه خيار لا مال فيه ولا يؤول إلى مال، ومع ذلك فإنه يورث فبطل ما قالوه،

وقد قيل إن الشفعة تفتقر إلى شقصين: شقص يؤخذ به وشقص يؤخذ، وقد ثبت أن ملك مالك الشقص الذي يؤخذ لا يبطل الشفعة، فكذلك موت المشتري بمالك الشقص الذي يؤخذ به، وتحريره أنه موت مالك أحد الشقصين، فلا تبطل الشفعة أصله موت المشتري. أو لأنه انتقال الملك في أخذ الشقص إلى الوارث لا تبطل الشفعة، أصله موت المشتري.

ولأن من ورث مالا ورثه بحقوقه، أصله إذا ورث دارا ورث طرقها وجميع منافعها وحقوقها الداخلة فيها والخارجة عنها فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه خيار يملك فوجب أن يبطل بالموت أصله خيار القبول.

والجواب: هو أنه يبطل بالرد بالعيب، فإنه خير يملك، ومع هذا لا يبطل بالموت، والمعنى في الأصل أنه جار جائز غير ثابت ولا لازم، فلذلك لم يورث، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ثابت ولازم فهو بالرد بالعيب أشبه منه، وخيار القبول مشتبه بالشركة والمضاربة والوكالة وسائر العقود الجائزة، وذلك بخلاف الشفعة، والشفعة كالبيع والصلح والإجارة عنده.

قالوا: ولأنه خيار ليس بمال ولا يؤول إلى مال ولا يورث أصله خيار اللعان.

والجواب: هو أنه يبطل بحبس الرهن والمبيع، فإن ذلك ليس بمال ولا يؤول إلى مال ومع ذلك يورثان. والمعنى في الأصل إنما لم يورث اللعان، لأنه مما يستند إلى الزوجية والزوجية لا تورث، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الشفعة مستفادة بالملك وهي بالرد بالعيب أشبه فافترقا.

قالوا: ولأنه يملك بقهر، فوجب أن يبطل بالموت أصله خيار الرجوع في الهبة.

والجواب: هو أنا لا نسلم لا في الفرع ولا في الأصل، لأن الشفعة ما أخذت بقهر وإنما أخذت بحق، وأما خيار الهبة فعندنا ذلك موروث كالشفعة سواء، فلم يصح ما قالوه [235] ويبطل بما قالوه الرد بالعيب.

قالوا: ولأنه تجدد ملك يغير ثبوت الشفعة فلم يكن له الأخذ بالشفعة، أصله إذا وجبت له الشفعة في دار فباع نصيبه قبل أن يأخذ الشفعة لم يكن الأخذ بالشفعة، لأن ملكه طراً بعد ثبوت الشفعة، فكذلك الوارث مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأننا نقول إن الورثة يأخذون ذلك بالشفعة التي كانت للموروث بالملك الذي ورثوه، وإنما نقول إنهم، ورثوا الملك مع الشفعة التي هي من حقوق الملك فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن هذا الوارث لا يخلو: إما أن يكون يأخذ الشفعة لنفسه أو للميت، فإن كان لنفسه فلا يجوز، لأن الشفعة إذا ثبتت لواحد لم يرقم غيره مقامه فيه، ولا يجوز أن يأخذها للميت، لأن في ذلك نقل الملك إليه وإثبات دين مبتدأ في ذمته بعد موته، وذلك لا يجوز.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الوارث إنما يأخذ ذلك لأنه حق ثبت لورثته فورثته عنه كالرد بالعيب، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا ثبتت الشفعة لصبي، فرأى الولي إسقاطها هو المصلحة فأسقطها، لم يكن للصبي المطالبة بها بعد البلوغ⁽²⁶⁷¹⁾.
وبه قال أبو حنيفة⁽²⁶⁷²⁾.

ومن أصحاب الشافعي من قال: إن له الرجوع بذلك إذا بلغ⁽²⁶⁷³⁾.

ودليلنا: هو أنه خيار يملك، فملك الولي إسقاطه أصله خيار القبول، ولا يلزم عليه الرد بالعيب، لأن الولي أيضاً يملك ذلك، إذا كان للصبي في ذلك حظ. ولأن من ملك المطالبة في الشفعة ملك إسقاطها أصله إذا كان الصبي بالغاً، ولا يلزم عليه الوكيل، لأنه إذا وكل فوض إليه ذلك فإنه يملك جميع ذلك.

⁽²⁶⁷¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 217 - شرح المدونة: ل 124 أ.

⁽²⁶⁷²⁾ انظر: المبسوط: 14 / 155.

⁽²⁶⁷³⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7 / 276 - 277.

والثاني: هو أن الوكيل إنما جعل للاستيفاء، والولي جعل للحفظ، فما رآه مصلحة وحظاً أمضاه، ولأن الأخذ بالشفعة تجارة فيملك الولي تركها وأخذها أصله الشراء، لأنه لو رأى شيئاً يصلح الشراء وظن أن فيه ربحاً للصبي، فإنه يجوز له الشراء، ويجوز له الترك، فكذا في مسائلنا مثله، لأنه ناظر في مصالحه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁶⁷⁴⁾، وفي ترك أخذ الشقص ضرر على الصبي فكان له الرجوع فيه.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه قد يكون أيضاً ضرراً في أخذه للصبي بأن يكون لا يحتاج إليه، ويحتاج أن يزن مالا ويبيع له مالا حتى يأخذ ذلك، فيجب أن يكون ذلك إلى الولي فما رآه مصلحة فعله فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه حق ثبت للمولى عليه ضرر في إسقاطه، لأن في ذلك تفريطاً، وإخراج ذلك عن يد الصبي بلا عوض، وليس كذلك في مسائلنا، | لأن ههنا لا يدخل الشقص في [235ب] ملك الصبي إلا لإخراج مال في مقابلته فكان ذلك إليه، كما لو رأى سلعة تباع وتصلح للصبي، فإن له شرائها وله تركها فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأنه معنى وضع لإزالة الضرر عن المال فلم يملك الولي إسقاطه أصله الرج بالعيب.

والجواب: هو أن المعنى في ذلك أنه يستدرك بذلك طلبة الصبي ولا يخرج من ماله في مقابلته شيئاً فلذلك لم يملك إسقاطه، وليس كذلك في مسائلنا، لأنه لا يدخل الشقص في ملك الصبي إلا بعد زوال المال، فربما كان في ذلك ضرراً على الصبي فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه حق جعله الله تعالى له لم (...)⁽²⁶⁷⁵⁾ من جهة الولي، فلا يملك الولي إسقاطه أصله الغنيمة، والجواب عنه ما تقدم، وذلك أن في ذلك استجلاب مال بغير عوض ولا إخراج مال للصبي، وإنما أقيم لذلك فكذا لم يسقط حقه من ذلك، وليس كذلك في مسائلنا، لأنه لا سبيل إلى إدخال الشقص في ملكه إلا بعد زوال المال، فربما كان في ذلك

⁽²⁶⁷⁴⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶⁷⁵⁾ كامة لم أتبينها.

ضرر على مال الصبي فلم يصح ما قالوه، ولأنه ()⁽²⁶⁷⁶⁾ فكان النظر في حقه والاحتياط فيما يفعله الولي، والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع يطالب بالأخذ، فليس له أن يطالبه بقلع البناء وقلع الغرس، ولكنه مخير بين أن يأخذ ذلك بالثمن الذي وزنه به المشتري وقيمة البنيان والغراس قائما يوم أخذه، ويكون ذلك مضافا إلى الثمن ويبن أن يترك⁽²⁶⁷⁷⁾.

ويتصور ذلك بوجوه منها: أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع وطالبه شريكه بالبناء والغراس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فقاسمه وبنى وغرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائبا فأذن الحاكم للمشتري في البناء والغراس ثم جاء الشفيع بعد ذلك، هذه الوجوه التي يتصور في ذلك.

وقال الشافعي: هو بالخيار بين ثلاثة أشياء: إن شاء ترك الغراس في أرضه والبناء ويكونان للمشتري وتكون الأرض للشفيع، وإن شاء قلع وغرم له ما بين قيمته معلوما وقيمته مغروسا، وإن شاء غرم له قيمته وتركه في أرضه⁽²⁶⁷⁸⁾.

وقال أبو حنيفة: له أن يقلع غراسه وبناءه من أرضه ولا يغرم له حبة⁽²⁶⁷⁹⁾.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: “لا ضرر ولا ضرار”⁽²⁶⁸⁰⁾؛ وفي قلع بناء المشتري وغراسه الضرر التام، فوجب أن لا يجبر على أخذ ذلك إلا بدل قيمته.

[236]

أوروي أن النبي ﷺ قال: “ليس لعرق ظالم حق”⁽²⁶⁸¹⁾.

وهذا ليس بعرق ظالم، فوجب أن يكون له حق.

⁽²⁶⁷⁶⁾ بياض في الأصل.

⁽²⁶⁷⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 253 - المدونة: 4/ 243 - شرح المدونة للمازري ل: 233 ب.

⁽²⁶⁷⁸⁾ انظر: المهذب: 3/ 465، 466.

⁽²⁶⁷⁹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 123-124-المبسوط: 14/ 183.

⁽²⁶⁸⁰⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁶⁸¹⁾ تقدم تخريجه.

والقياس: هو أنه غراس صادف ملكه الذي يملكه بيعه وبيع ما غرس فيه، فوجب أن لا يجبر على قلعه أصله إذا كان ذلك في الشقص الممهور.

ولا يلزم عليه غراس الواهب إذا كان ذلك يضر بالأرض وينقص منها، لأننا قلنا يملك بيعه وهناك لا يملك بيه الأرض، وإن شئت قلت: لأنه تصرف لو صادف الشقص الممهور لم يجبر على إزالته على وجه يلحقه به الضرر، فإذا صادف الشقص المبيع وجب أن لا يجبر على قلعه أصله الزرع.

قالوا: المعنى في الزرع إنما قلنا إنه لا يقطع، لأنه لا يتأبد ضرره، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الضرر ههنا يتأبد، فوجب أن يجبر على قلع ذلك.

والجواب: هو أنه يبطل بالغاصب فإنه يستوفي حقه الزرع والغراس فلم يصح ما قالوه.

ولأن هذا لو كان مما يجب قلعه وإزالته، لوجب أن لا يفرق الحال فيه بين ما يتأبد ضرر وبين ما لا يتأبد، كالبيع والإجارة، لأنه لما ملك الشفيع بدل ذلك، استوى فيه البيع الذي يتأبد ضرره والإجارة التي لا يتأبد ضررها.

وقياس آخر: وهو أن من لا يقلع غرسه لحق الشريك أصله إذا كان ذلك في الشقص الممهور.

وقد قيل لأنه غراس لم يتعد فيه فلا يقلع بغير رضاه على وجه يلحقه فيه الضرر، أصله إذا أعاره أرضاً ليغرس فيها فإنه لا يقلع غرسه قبل الملك به بغير رضاه فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: ولا يلزم الغاصب، ولأننا قلنا لا نسلم أنه غير متعد لأن غرسه صادف حق الشفيع.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ لأن من اشترى شقصاً فله أن يتصرف ولا يمنع من ذلك، لأنه قد يجوز أن يأخذ الشفيع وقد يجوز أن لا يأخذ، والدليل على ذلك أن له البيع والإجارة كذلك الشقص الذي اشتراه، فلو لا أنه مالك ما جاز له ذلك، ألا ترى أن الغاصب لا يملك شيئاً من ذلك ولما ملك البيع والإجارة دل على أنه ملك ذلك، ألا ترى أن الحاكم لو رآه يبني أو يغرس لا يملك منعه، فدل على أنه غير متعد بذلك، ولأنه غراس

أو بناء في ملك صحيح يملك بيعه فلا يستحق عليه إتلافه، أصله إذا لم يستحق عليه فيه منفعة، أو لأنه غراس صادم حقا يملك بيعه فلا يستحق عليه إتلافه، أصله إذا لم يستحق عليه فيه منفعة، أو لأنه غراس صادم حقا يملك به فوجب أن لا يجبر على قلعه على وجه يلزمه يلحقه فيه الضرر، أصله إذا وهب به أرضا وغرس فيها ثم رجع الواهب في أرضه إذا كان مما يملك الرجوع، فإنه لا يجبر على قلع ذلك، فكذا في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه تصرف في المشفوع فيه فوجب نقضه أصله البيع والهبة.

والجواب: هو أنه يلزم عليه الزرع، والمعنى في البيع إنما قلنا إنه ينقص، لأن ذلك لو تركناه لأدى إلى الضرر بالشفيع، لأنه يحتاج أن يأخذ من المشتري الثاني، وربما يكون قد اشتراه بثمن كبير، وليس كذلك في مسألتنا فإنه لا يؤدي ذلك إلى الإضرار به.

والثالث: هو أن العقود قد تفسخ من غير عدوان مثل الفسخ بالعيب ونحوه، فجاز أن يفسخ أيضا ههنا، وليس كذلك الغراس، فإنه لا يجوز قلعه من غير عدوان على وجه يلحق به الضرر فافترقا لأجل ذلك، ثم المعنى في الأصل، أنه ينتقض تصرفه المؤقت وهو الزرع، فلم ينتقض تصرفه المؤبد وهو الغراس بوجه يلحقه به الضرر.

قالوا: ولأن من نقض بيعه وإجارته قلع غراسه أصله الغاصب.

والجواب: هو أن هذا الوصف لا يصح في الأصل؛ وهو قوله من نقض بيعه، لأن الشرع نقضه عليه لأن بيع الغاصب بوجه ولا سبب، وعلى أنه يبطل بالمستعير فإنه ينتقض بيعه ولا يقلع غراسه، والمشتري بخلاف ذلك.

[قالوا]⁽²⁶⁸²⁾: ولأن الغاصب ظالم متعد آثم عاص بقلعه وأخذه ما لا يستحقه وليس كذلك المشتري، لأن غراسه صادم حقه، ولأن حق غيره فوجب نقضه، أصله إذا غرس في أرض مشتركة بينه وبين غيره. **والجواب:** هو أنه يبطل بما إذا اشترى شقصا بعبد معيب ثم غرس ورجع عليه بالعيب، فإن ذلك صادم حقه وحق غيره، ومع ذلك لا يجوز قلعه من غير ضمانه، ثم المعنى في ذلك أن غرسه صادم ملك غيره وليس كذلك في مسألتنا، لأنه صادم ملكه الذي يملك بيعه وبيع ما غرس فيه.

⁽²⁶⁸²⁾ سقطت من الأصل.

قالوا: ولأن حق الشفيع سابق على حق المشتري، فوجب أن يقلع غرسه أصله الغاصب.

والجواب: هو أنه يبطل بالزرع.

والثاني: هو أنا لا نسلم؛ لأن حقه يقدم على حق المشتري، والمعنى في الغاصب ما تقدم.

قالوا: ولأن الراهن إن غرس في الأرض المرهونة فإنه يقلع غراسه فكذلك في مسألتنا مثله.

[237]

والجواب: هو أنه متعدد بذلك؛ لأنه غرس في أرض لا يملك بيعها لتعلق حق الغير بذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه غير متعدد بذلك.

وجواب آخر: وهو أن الراهن إن تحمل في الحق الذي عليه، فإننا لا نجيزه على قلع ذلك فقد سويننا بينه وبين المشتري فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع، ودركه في الاستحقاق لازم للمشتري وعليه يرجع بالثمن، ويرجع المشتري على البائع⁽²⁶⁸³⁾، وسواء أخذ الشفيع قبل قبض المشتري إياه أو بعده في حياة المشتري أو بعد موته⁽²⁶⁸⁴⁾.

وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع على كل حال⁽²⁶⁸⁵⁾.

وهو قول أبي حنيفة⁽²⁶⁸⁶⁾.

ودليلنا: هو أن الشفعة تثبت تؤخذ من ملك المشتري بنفس العقد المطلق ومنه يتلف قبل القبض وبعده، فإذا حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، فقد ثبت أنه يأخذ

⁽²⁶⁸³⁾ قال في شرح الرسالة: "أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع ودركه في الاستحقاق لازم للمشتري ويرجع الشفيع عليه بالثمن ويرجع المشتري على البائع بالثمن..." 4/ ل 406 أ.

⁽²⁶⁸⁴⁾ انظر: المدونة: 4/ 218 - النوادر: 11/ 182 - التفریع: 2/ 302.

⁽²⁶⁸⁵⁾ انظر: المبسوط: 14/ 101.

⁽²⁶⁸⁶⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 123 - المبسوط: 14/ 101.

من المشتري بعد تقرير ملكه عليه، فيجب أن تكون العهدة عليه. ولأنها شفعة استحققت على المشتري في الظاهر فوجب أن تكون العهدة عليه أصله إذا أخذ ذلك من يده.

قالوا: لا نسلم أنها استحققت على البائع.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأن الإيجاب والقبول إنما كان من البائع والمشتري لا مع الأخذ بالشفعة، فدل على أنه يأخذ من ملكه ويده، ولأنه لو كان كما قال؛ لوجب إذا أخذه أن يبطل البيع، لأن ذلك بعد التسليم المستحق بالعقد، فكان يبطل الأخذ بالشفعة، ولما ثبت أن ذلك لا يبطل، دل على أنه إنما أخذ من يد المشتري ومن ملكه، فوجب أن يستحق على المشتري، أصله إذا ابتاع أبويه فإنه يستحق عليه فكذلك ههنا.

واحتج بأن قال: الشفعة إنما استحققت على البائع دون المشتري.

قالوا: والدليل على ذلك، أنه لما أخذ منه فقد تعذر التسليم المستحق بالعقد، وإذا تعذر ذلك بطل البيع وإذا بطل البيع دل على أنه لم يأخذها إلا من البائع، فيجب أن تكون العهدة عليه.

والجواب: هو أنا لا نسلم ذلك، بل إنما استحققت إلا من يد المشتري وملكه، والذي يدل على ذلك هو أنها لو كانت تستحق على البائع لارتفعت الشفعة ولم يجز له أن يأخذ.

قالوا: وكيف يجوز أن يأخذ من المشتري وقد تعذر التسليم المستحق | بالعقد. [237ب]

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك مما يتعذر لأن قبض الشفيع قبض له.

قالوا: فكيف يكون قبضا له وهو لم يأمره ولم يوكله على ذلك.

والجواب: هو أنه يجوز أن يكون قبضه قبضا وإن لم يوكله ولم يأمره، ألا ترى أن الوارث يقبض بملك وإن لم يؤذن له في ذلك، ولا وكل ولا أمر، وكذلك أيضا في مسائلتنا يجب أن يكون مثله والله أعلم بذلك.

فصل:

والإقالة لا تسقط الشفعة⁽²⁶⁸⁷⁾.

(2687) انظر: الموطأ: 2 / 253 - التفریع: 2 / 302.

وإنما قلنا ذلك، لأنه بيع حادث قد تقرر الملك للمشتري وجوب الشفعة للشفيع، فأشبهه ببيعها من غير البائع.

فصل:

وقد اختلفت الرواية فيمن تكون عليه العهدة بعد الإقالة:

فروي عنه: أنها تكون على المشتري وتبطل الإقالة. وروي عنه أنه قال: هو بالخيار إن شاء كتبها على [البائع وإن شاء على] ⁽²⁶⁸⁸⁾ المشتري ⁽²⁶⁸⁹⁾.

فوجه الرواية أنها تكتب على المشتري: هو أن الملك قد تقرر للمشتري وقد كانت العهدة عليه كما لو باع ذلك من أجنبي.

ووجه الرواية هو أنه يكون بالخيار: هو أن الشفعة تجب له بالصفتين، فبأي ذلك شاء أخذ فالعهدة على من يأخذ منه.

فصل:

وإذا بيع سهم الشفعة فيه مرارا والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم بذلك، ثم أراد الأخذ بالشفعة، فله أخذها بأي الصفقات شاء، فإن أخذها بأجر صفقته صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها وترادوا بأصل الأثمان بينهم، وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، فإن أخذها بوسطها صح ما قبلها وسقط ما بعدها ⁽²⁶⁹⁰⁾.

فصل:

وإذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة، فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ وإلا ترك ⁽²⁶⁹¹⁾.

وإنما قلنا ذلك: ليتمكن المشتري مما يريد من البناء والهدم والغراس وغير ذلك، مما يتصرف به الملاك في أملاكهم والله أعلم.

فصل:

⁽²⁶⁸⁸⁾ سقط من الأصل، وتماه من المعونة: 2 / 1277.

⁽²⁶⁸⁹⁾ انظر: التفريع: 2 / 203 - الكافي: 444.

⁽²⁶⁹⁰⁾ انظر: التفريع: 2 / 303 - الكافي: 441.

⁽²⁶⁹¹⁾ انظر: التفريع: 2 / 303 - الكافي: 443.

ولا يجوز هبة الشفعة ولا بيعها⁽²⁶⁹²⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الشريك إنما جعلت له الشفعة لزوال الضرر عنه بدخول من لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طالبه بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه في ذلك الضرر، وهذا المعنى إنما يختص به الشريك لا يوجد في غيره.

ولأنه لو أوصى بقطع حقه من يملك الشقص كان المشتري أولى لثبوت ملكه عليه فلذلك قلنا ذلك.

مسألة:

عندنا إذا باع رجل نخلا وعليها ثمر، فإن الشفيع يأخذها مع الثمرة قائمة كانت أو محدودة، وللمشتري ما سقى وأنفق⁽²⁶⁹³⁾.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الثمرة قائمة في رؤوس النخل أخذها مع الأصل، وإن كانت قد أحدث أخذ الأصل فقط من الثمرة⁽²⁶⁹⁴⁾.

[238]

وقال الشافعي: لا يأخذ الثمرة بوجه⁽²⁶⁹⁵⁾.

ودليلنا: هو أن الثمرة متصلة بالمشفوع قد ضمتها الصفقة فثبتت فيها الشفعة أصله الشجر في الأرض.

فإن قالوا: المعنى في الأصل أن ذلك يتبع الأرض عند إطلاق فلذلك تثبت فيها الشفعة أصله إذا كان منفردة.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها إنما لم يتبع الأصل في إطلاق البيع؛ لأن ذلك يفتقر إلى شرط وليس كذلك في باب الشفعة؛ لأنها لا تفتقر إلى ذلك؛ لأنه إنما لا يأخذ الجميع من يد المشتري، فإن كان له فيه عمل ومؤنة بذلنا لآخذ الشقص قيمة ما عمل.

⁽²⁶⁹²⁾ انظر: المدونة: 4 / 227 - التفرع: 2 / 301.

⁽²⁶⁹³⁾ انظر: المدونة: 4 / 236، 237 - النوادر: 11 / 141 وما بعدها.

⁽²⁶⁹⁴⁾ انظر: المبسوط: 14 / 134 - بدائع الصنائع: 5 / 28.

⁽²⁶⁹⁵⁾ انظر: مختصر المزني: 120 - المذهب: 3 / 447.

والثاني: هو أن اتصال الثمرة بالشجر أكد من اتصال الشجر بالأرض والبناء الذي فيه الأرض؛ لأن ذلك مودع فيها، والثمرة من قلب النخل، وعين الشجرة الشجرة، فهي كسائر السعف والليف والكريف وجميع ذلك له أخذه، فكذلك في مسألتنا مثله، فإن الثمرة أكد من جميع ذلك.

ولأن الشفعة سبب يملك به العقار فجاز أن يملك به الثمار أصله البيع.

ولا يلزم عليه البيع المطلق؛ لأننا قلنا مجاز، ولا معنى لقولهم: أن بالبيع يملك غلمان الأرض وآلة الحرث؛ لأنه لا يملك ذلك فلم يصح ما قالوه.

واحتج بأن قال: ما لا يتبع العرصة في إطلاق البيع وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله غلمان الضيعة وتراها وآلات الحرث.

والجواب: هو أن المعنى في تلك الأشياء؛ أنها غير متصلة بالمشفوع، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذا متصل بالمشفوع، والصفقة ضمت جميع ذلك فأشبهه سائر أغصان الشجر. وربما قالوا: ولأنها ثمرة فلا تستحق الشفعة أصله إذا أفردت.

والجواب: هو أنه لا تأثير لقولكم ثمرة، لأنها لو كانت نباتاً أو حيواناً أو طعاماً كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه، والمعنى في أنها غير متصلة بالمشفوع فلذلك لم يملك فيها الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنها متصلة بالمشفوع، فأشبهه سائر أغصانها وسعفها فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم.

فصل:

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة فيه حتى يتم البيع ويحصل الاختيار⁽²⁶⁹⁶⁾.

و قال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة، وإن كان للمشتري وجبت فيه الشفعة⁽²⁶⁹⁷⁾.

⁽²⁶⁹⁶⁾ انظر: الموطأ: 2 / 255 - النوادر: 11 / 179.

⁽²⁶⁹⁷⁾ انظر: المبسوط: 14 / 143.

وإنما قلنا ذلك، لأن الشفعة إنما تستحق بانبرام العقد وتماه، وما لم يقع الخيار فيه فالعقد غير تام، بدليل أن المشتري ربما لم يختَر فرد الشقص. وإذا كان كذلك وجب أن لا [238] يثبت له الأخذ. أصله إذا كان الخيار للبائع.

فصل:

وإذا بيع الشقص بثمن إلى أجل معلوم، فإن شاء الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى الأجل إن كان ثقة ملياً، أو يأتي بثقة مليء يضمن الثمن عنه عند الأجل⁽²⁶⁹⁸⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له أخذه إلا بالثمن الذي بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة ولا نقصان⁽²⁶⁹⁹⁾.

والدليل على أن ذلك أنه لو اشترى ذلك بغلة لم يجز أن يأخذ صحاحاً، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة، فلو ألزمنا الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشتري، وذلك أن العرف جار بأن النقد أقل منه بالنسيئة، ولأن المشتري يلزمه النقد فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشتري، وأن معناه الأخذ إلى المدة أضررنا به لطول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه من ذلك.

فإن قالوا: فهذا شفيع يأخذ الشقص بلا ثمن وهذا لا يجوز.

والجواب: هو أنه مال أخذه بالثمن ولا يسلمه إليه إلا أن يأت بثقة يضمن عنه ذلك للأجل فلم يصح ما قالوه.

مسألة:

وإذا حط البائع عن المشتري شيئاً من ثمن الشقص، فإنه ينظر في ذلك: فإن كان مثله مما يحط في البيوع، والباقي يشبه أن يكون ثمناً للشقص فإنه ينظر في ذلك:

فإن كان مثله مما يحط وجب حط جميع ذلك عن الشفيع، وأما إن كان شيئاً متفاوتاً لا يصح أن يكون الباقي ثمناً للشقص، فذلك هبة لا يجوز وضع ذلك عن الشفيع، وسواء كان ذلك قبل أخذ الشفيع أو بعده⁽²⁷⁰⁰⁾.

⁽²⁶⁹⁸⁾ انظر: الموطأ: 2 / 252 - النوادر: 11 / 162.

⁽²⁶⁹⁹⁾ انظر: مختصر القدوري: 2 / 120 - المهذب: 3 / 453.

وقال أبو حنيفة: تسقط عنه الحطيطة⁽²⁷⁰¹⁾.

وقال الشافعي: الشفيع يأخذ الشفعة بما وقع عليه الثمن الأول على كل وجه⁽²⁷⁰²⁾.

فالدليل على أن الشفيع لا يلزمه إلا وزن ما وزن من المشتري، هو أنه دفع إليه ما انعقد عليه البيع فوجب عليه قبوله، أصله إذا لم يحط عنه شيئاً، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهره لم يكن الثمن، وإنما الثمن هو ما بقي بعد الحطيطة، فوجب أن يلزم المشتري ذلك القدر الذي ورثه.

ولأنه إبراء عن نقص الثمن، فوجب أن يصح أصله إذا كان ذلك في المجلس واختار الثلث، فأما إذا وضع ما لا يشبه أن تكون هي الباقي ثمناً بأننا نعلم أن ذلك لا يتعلق بذلك باستغلاء الشقص واستصلاح ثمنه فلا يجوز حط ذلك عن الشفيع.

فأما الشافعي، فاستدل بأن قال: لا يعتبر به الثمن بعد لزوم العقد، فوجب | أن لا [239] يثبت في حق الشفيع أصله الزيادة.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ أن ذلك يعتبر الثمن، وإنما علمنا أن الذي أظهره ما كان ثمناً، وإنما الثمن ما بقي.

وعلى أنا نقول بموجبه، وأنه إذا كان ما بقي لا يجوز أن يكون ثمناً للشقص، فإننا نعلم أن ذلك هبة فلا يحط ذلك عن الشفيع، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فصل:

وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن، فالقول قول المشتري.

وإنما قلنا ذلك، لأنه مدعى عليه، والشفيع مدعى لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه عنه بدون ما يذكره، فكان على المشتري اليمين، فإن حلف أخذ الشفيع بما حلف عليه وإلا ترك، وأما إن نكل قيل للشفيع احلف، فإن حلف أخذ ما يدعيه، وكل هذا إذا كان التداعي فيما يشبه. فأما إن أتى أحدهما بما لا يشبه كان القول قول مدعي الأ شبه مع يمينه.

⁽²⁷⁰⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 221 - النوادر: 11 / 167.

⁽²⁷⁰¹⁾ انظر: المبسوط: 14 / 107.

⁽²⁷⁰²⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7 / 287 - المذهب: 3 / 452.

وإنما قلنا ذلك، لأن العرف يصدق ويكذب خصمه، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن، لكونه ملكاً لا يبالي ما يبذل فيه أو جارا يزيد في الثمن لحاجته إلى الشقص وما أشبه ذلك، فإن العرف يجوز فيه ذلك.

فأما إن أقام أحدهما بينة تثبت له ما يدعيه مما يشهد به، فإن أقام كل واحد منهما البينة بما يدعيه حكم به لأعدهما بينة، فإن تكافئا في العدالة فإنهما يسقطان ويعود الأمر إلى أن يكون القول قول المبتاع مع يمينه كما قلناه⁽²⁷⁰³⁾.

مسألة:

عندنا أن المسلم والذمي في أخذ الشفعة سواء، فيأخذ الذمي من شريكه المسلم والمسلم من شريكه الذمي⁽²⁷⁰⁴⁾.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي⁽²⁷⁰⁵⁾.

وقال أشهب وأحمد وداود⁽²⁷⁰⁶⁾ والثوري⁽²⁷⁰⁷⁾: لا يأخذ الذمي الشفعة من المسلم.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال: "الشريك شافع"⁽²⁷⁰⁸⁾.

وروي أنه عليه السلام قال: "الشفعة فيما لم يقسم"⁽²⁷⁰⁹⁾، ولم يفرق بين المسلم والذمي فهو على عمومته وشموله.

وروي أن النبي ﷺ قال: "الشفعة في كل شرك ورع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق بالثمن"⁽²⁷¹⁰⁾.

⁽²⁷⁰³⁾ انظر: المدونة: 4 / 217، 218.

⁽²⁷⁰⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 213 - النوادر: 11 / 201.

⁽²⁷⁰⁵⁾ انظر: المبسوط: 14 / 168 - الأم: 5 / 512 - المذهب: 3 / 452.

⁽²⁷⁰⁶⁾ انظر: النوادر: 11 / 201 - مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله: 298 - مختصر الخرق: 103 - المغني: 7 / 524.

⁽²⁷⁰⁷⁾ مذهب الثوري رحمه الله أن المسلم والذمي في أخذ الشفعة سواء، وبه صرح القاضي رحمه الله في عيون المسائل: انظر: عيون المسائل: 587 - المغني: 7 / 524.

⁽²⁷⁰⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁷⁰⁹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁷¹⁰⁾ تقدم تخريجه.

والقياس: هو أنه حق وضع لإزالة الضرر وعن المال، فاستوى فيه المسلم والذمي أصله الرد بالعيب.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: "لا شفعة لنصراني" (2711).

والجواب: هو أن هذا الحديث لا يعرف، فلا يصح الاحتجاج به، ولو صح لحملناه على وجه صحيح، وأنه لا شفعة لنصراني على نصراني، لأن من مذهبنا أن الحكم بينهم بل يردهم إلى ما عندهم.

[239ب] | قالوا: ولأن من لا يملك الإحياء لا يملك الشفعة أصله ما لا شفعة فيه.

والجواب: هو إنما لم يجز للذمي الإحياء، لأن في ذلك تفويت أصل على المسلمين على التأييد بلا بدل، وليس كذلك الأخذ بالشفعة، لأنه لا يأخذ ذلك إلا ببذل مال بما يشبهه سائر التمليكات.

وجواب آخر: وهو أن إسماعيل بن إسحاق لا يجوز له ذلك، لأنه لا يجوز أن يقرهم في ذلك الموضع فلم يسلم ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

وإذا وجبت الشفعة لرجل فبذل له المشتري دراهم على ترك الأخذ بالشفعة، فله ذلك ويملك ذلك (2712).

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك ولا يملك الدراهم بذلك (2713).

ودليلنا: هو أنه ملك أن يملك فجاز أخذ العوض، أصله أخذ الزوج العوض على أن تملك زوجته بضعها. ولأن الأمة إذا أعتقت تحت العبد فقد ملكت بضعها، وهو أن لها الخيار في المقام معه والفسخ، ولو بذل لها الزوج شيئاً على أن لا يوقع الطلاق جاز لها أخذ ذلك وانقطع خيارها، فكذلك في مسألتنا مثله.

(2711) أخرجه الطبراني في الصغير، ر: 569، 1/ 343، والبيهقي في الكبرى، 6/ 108، والحديث ضعيف، في إسناده نائل بن نجیح، عن سفيان الثوري، قال البيهقي: أحاديث نائل مظلمة جداً وخاصة إذا روى عن الثوري. السنن: 6/ 108.

(2712) انظر: المدونة: 4/ 229.

(2713) انظر: الحاوي الكبير: 7/ 244.

واحتج [⁽²⁷¹⁴⁾] سقوط الخيار لا يجوز أن يكون في مقابله مال، ألا ترى أنه لو اشترى شقصا ووجد به عيبا فأخذ الأرض لم يملكه، لأن الرد بالعيب ممكن، فالمال إنما أخذه في مقابلة سقوط الخيار فلا يملكه.

والجواب: (هو أنا لا نسلم ذلك لأنها إن تراضيا في العيب على ذلك جاز لأنه يكون بائعا [⁽²⁷¹⁵⁾] الذي فاته بالعيب) ⁽²⁷¹⁶⁾ فلم يصح ما قالوه والله أعلم به.

كتاب القسمة

والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْضُوهُمْ مِنِّهٖ﴾ [النساء: 8]، الآية.

(وروي أن رسول الله ﷺ قال: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة") ⁽²⁷¹⁷⁾ 2718.

وروي أن رسول الله ﷺ "قسم الغنائم بين الغانمين" ⁽²⁷¹⁹⁾، وأسهم النبي ﷺ "بين العبيد المعتقين في المرض" ⁽²⁷²⁰⁾.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: "كل ما أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية، وما أدركه قسم الإسلام فهو على قسم الإسلام" ⁽²⁷²¹⁾، فدل ذلك على أن القسمة جائزة بهذه الأخبار التي ذكرناها.

⁽²⁷¹⁴⁾ هنا خرم بالأصل، ومقتضى السياق أن يقال: "واحتج بأن قال".

⁽²⁷¹⁵⁾ كلمة لم أتبينها، ولعلها "القدر".

⁽²⁷¹⁶⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من ط.

⁽²⁷¹⁷⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁷¹⁸⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من ط.

⁽²⁷¹⁹⁾ أخرجه مسلم في الزكاة، باب إعطاء المؤلف قلوبهم على الإسلام، ر: 1060، 1061، ص 407، 408.

⁽²⁷²⁰⁾ أخرجه مسلم في الإيمان، باب ما أعتق شركا له في عبد، ر: 1668، ص 687.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه فالأعيان المملوكات على ضربين:

ضرب تصح قسمته وضرب لا تصح قسمته.

فالذي تصح قسمته الحيوان والرقيق والثياب والعروض وغير ذلك كله، فهذا كله تصح قسمة النوع دون الأعيان، فلا تصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد [240] والدابة والسفينة وما في حكم العين الواحد كالحفنين والنعلين والبايين، وكل ما في قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به، فهذا النوع لا يصح قسمته العين منه⁽²⁷²²⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن القسمة في أفراد الحقوق بأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به على ما يريده بقسمه هذه الأعيان بعينها، على هذا المعنى يجب المنع منه، وإن طالب بقسمة العبد أو الثوب أو الدابة أو السطل وما أشبه ذلك، فكأنه يقول أريد أن أتلف على شريكي ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالي بذلك، فإنه لا يترك ذلك.

فصل:

فإذا ثبت أن قسمة هذه الأعيان بانفرادها لا يصح، فلو تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشيعة، وأراد أحدهما البيع فله ذلك، فإن أجابه الآخر إلى البيع معه فذلك جائز، وإن أبى وقال لا أبيع ملكي، أجبر على البيع معه⁽²⁷²³⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن في بيع هذا حصته منه وحده ضرراً عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة، فلا يجوز أن يقال: إن الشريك غير مختار لإخراج ملكه فلا يجبر عليه، وإنما كان ذلك لأنه إذا تعلق بذلك حق الغير أجبر عليه، ولم يلتفت إلى خياره كما يقول في الشفعة.

ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفراد منها بحقه أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة وإلا بالبيع، لأنه لا طريق له إلا بذلك وإلا فما الحيلة في ذلك.

⁽²⁷²¹⁾ أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في قسم الأموال، ر: 2175، 2 / 292، وأبو داود في الفرائض، باب في الولاء، ر: 2914، ص 330، وابن ماجه في الرهون، باب قسمة الماء، ر: 2485، 2 / 831.

⁽²⁷²²⁾ انظر: المدونة: 4 / 269، 275 - التفريع: 2 / 296.

⁽²⁷²³⁾ انظر: التفريع: 2 / 296.

فصل:

فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع معه نظر في ذلك:
فإن أراد أخذ بجملة مما دفع له كان له ذلك⁽²⁷²⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك: لإزالة الضرر عنه بذلك إلا أن يشاء الشريك بيع حصته مشاعة فلا يلزم الشريك بيع حصته معه. وإن اختارا أن يتقاوما رقبة المبيع فمن زاد على صاحبه سلمه الآخر إليه، هذا الحكم فيما لا ينقسم على هذا البيان والشرح.

فصل:

فأما الذي تنقسم أعيانه مثل العقار والرابع، فما أمكن قسمته منها ولم يعد بالضرر لجماعتهم بأن يصير لكل واحد منهم ما لا ينتفع به، فلا يجوز قسمته.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك إضرار بنفسه ولشركائه، فأما إن كان يصير لأحد الشركاء ما ينتفع به، فطالب بالقسمة وفي القسمة إبطال انتفاع الباقي بحصصهم، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال يقسم بينهم ويجبر على القسم من أبى ذلك، ومنهم من قال لا يقسم ذلك. وقد قيل إن العقار يقسم على كل حال إذا كان مما ينقسم إذا دعي بعض الشركاء إلى القسمة⁽²⁷²⁵⁾.

فوجه القول إن ذلك يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهم ما لا ينتفع به على الانفراد، هو أن القسمة إنما وضعت لتمييز الحقوق، فمن دعا إلى ذلك كان له ذلك، أصله [240ب] إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول أنا أريد أن أنفرد بملكي ولا شيء علي من غيري، فوجب أن يكون له ذلك.

ووجه القول أنه لا يقسم ذلك، ما روي أن النبي ﷺ قال: “لا ضرر ولا ضرار”⁽²⁷²⁶⁾، وهذا من الإضرار بالبين فوجب أن يمنع منه، ولأن قسمة رقاب الحيوان إنما منع منه لأجل هذا المعنى فوجب أن يمنع من ذلك، والوجه الأول أصح.

⁽²⁷²⁴⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 788.

⁽²⁷²⁵⁾ انظر: النوادر: 11 / 224 - التفريع: 2 / 296.

فصل:

والقسمة في الأصل على ثلاثة أضرب⁽²⁷²⁷⁾:

قسمة مهياة: وهو أن يتهايا الشريكان، فيأخذ هذا دار يسكنها وهذا دار يسكنها وهذا أرضا يزرعها، فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجب يجبر عليها من أباهما.

وإنما قلنا ذلك، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة الرقاب.

والضرب الثاني: قسمة بيع وصفة: وذلك أن يأخذ أحد الشركاء دارا على أن يأخذ الآخر دارا أو بستانا أو دكانا، فهذه قسمة جائزة، وإنما قلنا ذلك، لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى.

والضرب الثالث: قيمة⁽²⁷²⁸⁾ وتعديل: ومثال ذلك، أن تكون الدار مختلفة البناء، والبستان مختلف الغراس تختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر وبسط، فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم.

وصفة ذلك: تقسم الفريضة وتضرب إن كان في سهامها كسر، إلى أن تصحح السهام، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها، ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة، فربما كانت جريبا⁽²⁷²⁹⁾ من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع آخر على حسب اختلاف قيم الأرض ومواضعها، فمتى حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه.

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر: فإن تراضيا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقي من الطرف الآخر جاز ذلك، وأما إن تشاحوا ضرب بينهم بالسهم، فمن حصل سهم من جهة كانت له. فإن اختلفوا بأي الجهات يبدأ في

⁽²⁷²⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁷²⁷⁾ انظر: المدونة: 265، 266 - التفرع: 2 / 297.

⁽²⁷²⁸⁾ أي قسمة قيمة وتعديل، انظر: المعونة: 2 / 1288.

⁽²⁷²⁹⁾ الجريب: "هو الوادي، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض فقليل فيها جريب وجمعها أجربة". المصباح المنير، ص 130.

الإشهار عليها أسهم على الجهتين بأسهم، فأياها خرج سهمها ليرسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه .

فصل:

وصفة القرعة: أن يكتب اسم الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع، ثم ترمى كل بندقية⁽²⁷³⁰⁾ من جهة، فمن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلاً في تلك الجهة. وقد قيل تكتب الأسماء وتكتب الجهات ثم تخرج أول بندقية من الأسماء ثم أول بندقية من الجهات [241] فيعطى لمن خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة⁽²⁷³¹⁾، هذا وجه القسمة .

فصل:

فأما إذا أراد الشريك قسمة دُور أو دكاكين أو ضياع وطلب بعضهم أن يقسم له بحقه في كل دار أو دكان، وطلب الباقيون القسمة على العدد، فإنه ينظر في ذلك: فإن كانت المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متباعدة قسمت كل دار على حدة⁽²⁷³²⁾. وقال أبو حنيفة والشافعي: يقسم في الوجهين كل دار على جهتها⁽²⁷³³⁾.

وإنما قلنا: إن قسمة العدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر وأعود بالصلاح، لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقل الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد داراً كاملة كمل انتفاعهم بها، وكان عدولهم عن هذا إلى قسمة إحدى الدارين إثارة للإضرار بنفسه وبالشريك فلا يترك ذلك، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين.

⁽²⁷³⁰⁾ البندقية: "البندق: ما يعمل من الطين ويرمى به، الواحدة منها بندقية، وجمع الجمع بنادق". المصباح، ص 54.

⁽²⁷³¹⁾ هكذا نقلها ابن شاش بتمامها. انظر: عقد الجواهر: 2 / 784.

⁽²⁷³²⁾ انظر: المدونة: 4 / 267، 274، 275 - النوادر: 11 / 209 وما بعدها - التفريع: 2 / 297.

⁽²⁷³³⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 410 - المذهب: 5 / 532.

فصل:

فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيج والنضح والدار للسكنى والأرض للزرع، فإن كل ملك يقسم على حدة لاختلاف الأغراض فيه ولحقوق الضرر بقسمتها على العدد، وذلك باختلاف المواضع قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع⁽²⁷³⁴⁾.

فصل:

فأما الحمام والرحى وكل ما يحتمل القسمة⁽²⁷³⁵⁾ إلا أنه إذا قسم بطل الانتفاع به من ذلك الوجه، فإن كان ينتفع به لغير ذلك الوجه ففي قسمته روايتان عن مالك رحمه الله⁽²⁷³⁶⁾:

فإذا قلنا أنه يقسم: فوجه ذلك، هو أن الانتفاع يحصل بقسمته فكان ذلك جائزا كسائر العقار. ووجه الرواية أنه لا يقسم: هو أن في قسمته إبطال منفعته المقصودة منه، وذلك ضرر، فوجب أن لا يجوز لأجل ذلك.

مسألة:

عندنا أن أجرة القسام على عدد الرؤس دون الأنصباء⁽²⁷³⁷⁾.

وقال الشافعي: هي على عدد الأنصباء⁽²⁷³⁸⁾.

ودليلنا: هو أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بزيادة السهم، بل التعب في ذلك واحد، وربما تعب في تمييز السهم القليل، وإفراده أكثر مما يتعب في تمييز الكبير، والذي يبين ذلك، أنه إذا كان في الدار ثلثان وثمان فإنه يحتاج إلى قسمتها أثمانا، ولو كانت نصفين كان أسهل له، والأجرة تستحق على قدر العمل في القلة والكثرة، وإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر في زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر في القليل مثل تأثيره في الكثير أو أكثر وجب | اطراح [241ب] هذا وكان الاعتبار بما ذكرناه.

⁽²⁷³⁴⁾ انظر: التفريع: 2 / 297.

⁽²⁷³⁵⁾ في المعونة قوله: " وكل ما لا يحتمل القسمة " 2 / 1290.

⁽²⁷³⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 307 - النوادر: 11 / 224 - التفريع: 2 / 298.

⁽²⁷³⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 310، النوادر: 11 / 256، التفريع: 2 / 297، 298.

⁽²⁷³⁸⁾ انظر: المهذب: 5 / 528، الحاوي الكبير: 16 / 248.

فإن قالوا: الشفعة توجد على قدر الأملاك، فكذلك هذا القسم وجب أن يكون حقه على قدر الأملاك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن هذه أجرة، والأجرة من شأنها أن تكون على قدر العمل، وقد بينا أنه ربما تعب في السهم القليل أكثر من تعب في السهم الكثير، ومع ذلك يسقط اعتبار ذلك، فكان الرجوع إلى ما قلناه أولى من ذلك والله أعلم.

فصل:

وإذا اشترك جماعة في سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسماً واحداً، ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا ذلك⁽²⁷³⁹⁾. لأن القسمة على قدر أهل السهام، وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد، فإذا انفردوا بسهامهم صار لهم حكم أنفسهم، ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهم لا يدخل فيها أهل سهم فكذلك ههنا مثله.

(2739) انظر: التفریع: 2 / 297، الكافي: 446، 447.

كتاب الوصايا

والأصل في ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها، الكتاب والسنة والإجماع.
فأما الكتاب: فقوله تعالى في آية المواريث: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: 11].

وقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾
[البقرة: 180].

وأما السنة، فما روي أن رسول الله ﷺ قال: "ما حق امرئ له مال وله وارث يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"⁽²⁷⁴⁰⁾.

وأما الإجماع: فالأمة مجمعة على ذلك من لدن رسول الله ﷺ⁽²⁷⁴¹⁾.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه، فهي مندوب إليها⁽²⁷⁴²⁾.

وإنما قلنا إن ذلك مندوب إليه لما روي أن رسول الله ﷺ قال: "ما حق امرئ له مال وله وارث يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"⁽²⁷⁴³⁾.

ولأن في ذلك تحرزا واحتياطاً، لأن الإنسان لا يدري متى تخرمه المنية، وقد يكون عليه حقوق يحتاج إلى التخلص منها فيجب أن يكون على استظهار من ذلك.

فصل:

⁽²⁷⁴⁰⁾ أخرجه البخاري في الوصايا، باب الوصايا وقوله صلى الله عليه وسلم: " وصية الرجل مكتوبة"، ر: 2738، 2 / 286، ومسلم في الوصية، ر: 1627، ص 667.

⁽²⁷⁴¹⁾ انظر: الإجماع لابن المنذر، ص 100.

⁽²⁷⁴²⁾ انظر: الموطأ: 2 / 309 - الاستذكار: 23 / 11 - المنتقى: 5 / 75 وما بعدها - المسالك: 6 / 472.

⁽²⁷⁴³⁾ تقدم تخريجه.

وموضع الوصية الثلث، ولا يجوز الوصية بمقدار ما زاد على ذلك إلا بإذن الورثة⁽²⁷⁴⁴⁾.

وإنما قلنا ذلك أن له أن يوصي بالثلث، لما روي أن سعدا قال: "جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: إنه بلغ بي من الوجع ما ترى وإني ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال لا، قلت فشطره، قال لا، قلت فالثلث،" قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس⁽²⁷⁴⁵⁾. فلذلك قلنا ذلك.

[أ242]

وروي أن النبي ﷺ | قال: "إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم⁽²⁷⁴⁶⁾".

فصل:

وإنما قلنا إن الزيادة زائدة على الثلث إذا أذن الورثة في ذلك، لأن المنع من ذلك إنما كان لأجلهم⁽²⁷⁴⁷⁾. وإنما قلنا إن الزيادة على الثلث حق لهم، فإذا أجازوا ذلك فقد أسقطوا حقوقهم فجاز ذلك.

فصل:

فأما إن أجاز ذلك بعضهم، فإن ذلك جائز في حق من أجاز ذلك دون حق من لم يجز، لأن من أجاز فقد ترك حقه، ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك لأنه ماله⁽²⁷⁴⁸⁾.

مسألة:

⁽²⁷⁴⁴⁾ انظر: الموطأ: 2 / 311، 312 - المدونة: 4 / 379 - التفريع: 2 / 321.

⁽²⁷⁴⁵⁾ أخرجه البخاري في الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ر: 2742، 2 / 287، ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث، ر: 1628، ص 667.

⁽²⁷⁴⁶⁾ أخرجه ابن ماجه في الوصية، باب الوصية بالثلث، ر: 2709، 2 / 904؛ والبيهقي في الكبرى، باب الوصية بالثلث، 6 / 269، والحديث إسناده ضعيف. انظر: التلخيص: 3 / 195.

⁽²⁷⁴⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 315 - المدونة: 4 / 379 - التفريع: 2 / 323.

⁽²⁷⁴⁸⁾ انظر: الموطأ: 2 / 315 - التفريع: 2 / 324.

عندنا من لا وارث له، لا يجوز له أن يوصي بجميع ماله، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فحسب⁽²⁷⁴⁹⁾.

وبه قال الشافعي⁽²⁷⁵⁰⁾.

وقال أبو حنيفة: له ذلك، ولا يمنع من ذلك⁽²⁷⁵¹⁾.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: "إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم"⁽²⁷⁵²⁾، فدل ذلك على أنه لا يجوز الزيادة على ما جعل لنا.

والقياس: هو أنها عطية تلزم بعد الموت، فوجب أن لا تصح أكثر من الثلث، أصله إذا كان له وارث.

قالوا: المعنى في ذلك، أن له وارثاً فلذلك لم يجز له الزيادة على الثلث، فكذلك في مسألتنا لأنه لا وارث له.

والجواب: هو أن له أيضاً وارثاً ههنا وارث، وهو بيت المال، لأنه لا يعقل عنه فهو كورثته المعنيين فلا فرق بينه وبينهم.

وقياس آخر وهو أنه مال له مصرف حكمي، فلم يجز له صرفه إلى غيره أصله إذا كان عليه ديون الغرماء.

قالوا: لا يمتنع أن يكون لهذا المال مصرف حكمي، ومع ذلك يجوز له فيه التصرف، ألا ترى أن المرأة إذا لم يكن لها وارث فإنه يجوز لها أن تصرف نصف مالها إلى الزوج فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك إنما يرجع بعقد النكاح وليس كذلك في مسألتنا.

⁽²⁷⁴⁹⁾ انظر: النوادر: 11 / 375 - التفريع: 2 / 324.

⁽²⁷⁵⁰⁾ انظر: المهذب: 3 / 708.

⁽²⁷⁵¹⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7 / 335.

⁽²⁷⁵²⁾ تقدم تخريجه.

وقياس آخر: وهو أن له من يعقل عنه، فلم يجز له أن يصرف جميع ماله أصله إذا كان له بنوعهم ويريد بذلك بيت مال المسلمين.

ولأنها عطية تلزم بالموت، فوجب أن تلزم في ثلث ماله أصله إذا مات وله ابن وأوصى بجميع ماله، فإن ذلك لا يصح، إلا في ثلثه فكذلك في مسألتنا.

واحتج بحديث سعد بن أبي وقاص، وقول النبي ﷺ: "الثلث والثلث كثير إن تذر ورثك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس" (2753).

فوجه الدليل منه، هو أنه عليه السلام منع من الزيادة على الثلث وعلل له، وهو أن لا يفتقر ورثته فإذا لم يكن له ورثة فالمعنى زائل، فوجب أن يصح له إخراج جميع ماله.

والجواب: هو أن ههنا من يعقل عنه، وهو بيت المال، فهو كما لو ترك ورثة فلم يصح [242] ما قالوه.

قالوا: وروي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «من مات ولا وارث له فليضع ماله حيث يشاء» (2754).

وكذلك روي عنه أنه قال: «ما حق امرئ يموت ولا وارث له إلا أن يتم بأهل همدان، فمن مات ولا وارث له فليضع ماله حيث يشاء» (2755).

والجواب: هو أنا كذلك نقول، وأنه يضع ماله حيث شاء الذي هو الثلث، وأما الثلثان فذلك له مستحق، وهو بيت مال المسلمين.

قالوا: ولأنه مال لا مالك له معين، فجاز له نقله إلى من شاء، أصله إذا كان ذلك في حال الصحة.

(2753) تقدم تخريجه.

(2754) هذا الحديث لم أجده بهذا اللفظ، وذكره الطبراني وعبد الرزاق بلفظ آخر، من طريق أبي ميسرة الهمداني عمرو بن شرحبيل قال قال لي عبد الله بن مسعود: "إنكم من أحرى حي بالكوفة أن يموت أحدكم ولا يدع عصبة ولا رحما فما يمنع إذا كان ذلك أن يضع ماله في الفقراء أو المساكين". أخرجه في المعجم الكبير، ر: 9723، 9/347، وعبد الرزاق في المصنف، باب لا وصية لوارث والرجل يوصي بماله كله، ر: 16371، 9/68. وذكر ابن حزم أنه قد صح عن ابن مسعود. المحلى: 9/317.

(2755) لم أجده فيما عندي من مصادر.

والجواب: هو أنا لا نسلم، بل له مالك معين وهو بيت مال المسلمين .

والثاني: هو أنه مالكة، وعلى أن المعنى في الأصل هو أنه ما تعلق به حكم الغير، فلذلك جاز أن يصرفه حيث يشاء، وليس كذلك في حال المرض، ألا ترى أنه في حال الصحة لو أراد أن يتصدق بجميع ماله وله ورثة جاز له ذلك، ولو كان ذلك في حال المرض لم يجوز ذلك، فدل على أنه تعلق بذلك حق الغير.

قالوا: ولأنه لو قال في مرضه أعطوا فلانا دينارا ولم يعينه، فإنه يلزم الورثة إخراج ذلك.

والجواب: هو إنما يلزم ذلك، لأنه لا مالك له معين، وههنا بيت المال موجود وهو معين كما لو كان له بنوعم فلم يصح ما قالوه، والله أعلم به.

فصل:

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقي الورثة⁽²⁷⁵⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لما روي أن رسول الله ﷺ قال: "إن الله تعالى جعل لكل وارث قدرا معلوما من التركة"⁽²⁷⁵⁷⁾. فإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كان يعطيه من حق غيره.

فصل:

فإذا لم يجزوا ذلك رجع ميراثا⁽²⁷⁵⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لا يجوز أن ينفرد بذلك بعضهم وليس له جهة تصرف إليه من جهته قبل وصية الميت فلم يبق إلا أن يرجع ميراثا كالذي لم يوص به.

فصل:

وأما إن جاز ذلك الورثة فإن ذلك جائز⁽²⁷⁵⁹⁾. ومن الناس من منع من ذلك⁽²⁷⁶⁰⁾.

⁽²⁷⁵⁶⁾ انظر: الموطأ: 2 / 315 - المدونة: 4 / 365 - النوادر: 11 / 350 - التفريع: 2 / 324.

⁽²⁷⁵⁷⁾ هو قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم". وقد تقدم تخريجه.

⁽²⁷⁵⁸⁾ انظر: الموطأ: 2 / 316 - المدونة: 4 / 365.

⁽²⁷⁵⁹⁾ انظر: الموطأ: 2 / 315 - المدونة: 4 / 365.

وإنما قلنا إن ذلك جائز، لأن المنع إنما كان لأجل حقوقهم، فإذا أجازوا ذلك فقد تركوا حقوقهم فوجب جواز ذلك، ولأنها جهة الوصية منع منها بحق الورثة فكان أن يلزم بإجازتهم أصله الزيادة على الثلث.

فصل:

والوصية غير واجبة لقريب ولا أجنبي⁽²⁷⁶¹⁾.

ومن الناس من قال: إن ذلك واجب لمن يرث من الأقربين كالوالدين إذا لم يكونوا وارثين⁽²⁷⁶²⁾.

[243]

وإنما قلنا إن ذلك ليس بواجب، لأن كل من لا تلزم عطيته في حال الحياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة. أصله الأجانب، ولأنها هبة أو عطية فلم تجب أصله حال الحياة.

فصل:

ومن استأذن الورثة في الوصية لو ارث بالثلث أو بأكثر من الثلث فأذنوا له بذلك، فإن ذلك لا يخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن يميزوا في حال الصحة، أو في المرض الذي يحجر عليه فيه، أو يميزوا ذلك بعد الموت، فإن أجازوا ذلك في الصحة؛ فلا يلزمهم ذلك ولهم الرجوع في ذلك.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا حق لهم في الحجر عليه في حال الصحة فلم يلزمهم ذلك؛ لأنهم أذنوا له فيما لا يملكونه، فأما إن أجازوا ذلك بعد الموت، فإن ذلك لازم لهم لا خلاف في ذلك، وإنما كان كذلك لأن الحق لهم قد وجب، فإذا تركوه بعد وجوبه جاز ذلك كما لو وهبوه إياه ابتداءً، وأما إن أجازوا ذلك في حال المرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيه، هذا مذهبنا⁽²⁷⁶³⁾.

⁽²⁷⁶⁰⁾ منع من ذلك المزي وداد بن علي وجماعة أهل الظاهر، وفي ظاهر قول أحمد، وقول للشافعي رحمهم الله تعالى: انظر: الاستذكار: 23 / 20 - المغني: 8 / 396.

⁽²⁷⁶¹⁾ انظر: التفرع: 2 / 322 - الاستذكار: 23 / 15.

⁽²⁷⁶²⁾ هو قول الزهري وأبو مجلز وأهل الظاهر. انظر: عيون المسائل: 641 - الاستذكار: 23 / 15 - المحل: 9 / 314، 315.

⁽²⁷⁶³⁾ انظر: الموطأ: 2 / 313 - النوادر: 11 / 369، 370 - التفرع: 2 / 323، 324.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تصح إجازتهم لذلك ولهم الرجوع في ذلك⁽²⁷⁶⁴⁾.

ودليلنا: هو أنها حالة يملكون الحجر عليه فيها، فإذا أذنوا فيما لهم منعه منه لزمه، أصله السيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته.

وقد قيل: إنها حالة تعتبر عطايها فيها من الثلث، فوجب أن يلزم الورثة ما أذنوا فيه، أصله بعد الموت، ولأن الورثة في هذه الحالة قد ملكوا أن يملكوا وإلا لم يثبت لهم عليه الحجر، ومن يثبت له حق جاز له أن يسقطه، الدليل على إسقاط الشفيع لما ملك الأخذ ملك إسقاط ذلك الحق فكذلك في مسألتنا.

واحتج بأن قال: هذه إجازة من الوارث قبل أن يصير له الإرث، فوجب أن لا يلزم أصله إذا ادعى في حال الصحة.

والجواب: هو أنا لا نسلم، لأنه قد ثبت له حق الإرث، بدليل منعه من التصرف في أكثر من ثلثه فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون ما ثبت له ذلك، ومع ذلك لا يلزم إلا بالإذن فيه، ألا ترى أن الشفيع ما ملك، وإنما ملك أن يملك، ومع ذلك إذا قال أسقطت جميع حقي من الشفعة جاز ذلك فكذلك في مسألتنا، والمعنى في الأصل وهو حال الصحة إنما لم يلزم إذهم في ذلك، هو أنه غير محجور عليه في حقهم، وليس كذلك في مسألتنا لأنه محجور عليه في حقهم، فقد ملكوا أن يملكوا ذلك فهم بمنزلة الشفيع.

قالوا: ولأننا لا نعلم أن هؤلاء ورثته في حال مرضه، لأنه يجوز أن يحدث وارث آخر ويموتوا ويصير الميراث لغيرهم.

والجواب: هو وإن جاز ذلك إلا أنه قد حصل محجورا عليه لأجل حقهم، فإن أجاز هؤلاء جاز ذلك وإن حضر غيرهم لم يلزمهم ذلك في حصتهم، وإنما يلزم ذلك | من أذن له^[243ب] دون من لم يأذن له كما لو كانوا كلهم حاضرين، فأذن بعضهم، فإنه يلزم ذلك في حق من أذن جون من لم يأذن والله أعلم.

فصل:

(2764) انظر: مختصر الطحاوي: 158-159 - الأم: 5/ 202 - المذهب: 3/ 719.

فأما إن استأذنتهم عند خروجه إلى سفر فأذنوا له في ذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه أنه قال: لا يلزم ذلك. وروي عنه: ذلك لازم لهم⁽²⁷⁶⁵⁾.

فوجه الرواية أنه لا يلزم: هو أنه في هذه يصرفه من رأس المال فلا يلزم الورثة إذنتهم في ذلك. أصله حال الصحة.

ووجه الرواية أنه لازم لهم: هو أن السفر حال خوف وخطر، فإذا أذنوا في ذلك وجب أن يلزمهم، أصله حال المرض المخوف عليه، وهذا إنما يكون في السفر البعيد الذي يخاف منه التعب والهلاك.

فصل:

والإذن المحكوم به هو، إذا كان طوعاً لا خوفاً من الإضرار بهم، مثل أن يكون الوارث في عيال الوصي ونفقته، فيخاف إن لم يأذن له قطع ذلك، أو يكون له عليه دين يلزمه به، أو يكون سلطاناً يرهبه وما أشبه ذلك، فمتى كان الإذن على بعض هذه الوجوه، لم يلزم ذلك، فكان لهم الرجوع فيما أذنوا فيه على هذا الوجه⁽²⁷⁶⁶⁾.

فصل:

وهبات المريض وعطاياه مراعاة، فإن صح لزمته من رأس المال كالصحيح⁽²⁷⁶⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: "إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم"⁽²⁷⁶⁸⁾. فأخبر عليه السلام أنه ليس لنا إلا الثلث فلم تجب زيادة عليه.

وروي "أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه لا يملك غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فتغيظ غيظاً شديداً ثم دعاهم فأسهم بينهم، فأعتق ثلثهم وأرق ثلثهم"⁽²⁷⁶⁹⁾.

⁽²⁷⁶⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 330 - النوادر: 11 / 369.

⁽²⁷⁶⁶⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 402.

⁽²⁷⁶⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 352 - النوادر: 11 / 372 - التفریع: 2 / 331.

⁽²⁷⁶⁸⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁷⁶⁹⁾ تقدم تخريجه.

ولأن حضور سبب الموت بمنزلة حضور الموت بعينه، بدليل منع الهبة للوارث، ولأنه إيجاب عطية في المرض فأشبهه الوصية.

مسألة:

عندنا إذا وصى الرجل بنصف ماله والآخر بثلث ماله فلم يجز الورثة ذلك، فإنه يلزم ذلك في الثلث. وأنه ينظر أقل ماله نصف وثلث وهو ستة مبالغ، الوصية منهما خمسة أسهم فيقسم الثلث بينهم على خمسة أسهم، لصاحب النصف ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهمان، وكذلك بالثلث والربع، يكون ذلك على سبعة من اثني عشر، لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب⁽²⁷⁷⁰⁾.

وبه قال الشافعي⁽²⁷⁷¹⁾.

وقال أبو حنيفة: يكون الثلث بينهما بالسواء⁽²⁷⁷²⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّهُ إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدْلُونَهُ﴾ [البقرة: 181]. [244]

قالوا: فقد أجمعنا على تبديل ذلك.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح؛ لأنه ما زاد على الثلث مجمع على تركه وبقي التفصيل على حاله كما كان.

والقياس: هو أنها وصيتان صدرتا عن الموصي في ماله على التفصيل، فوجب قسمتها على التفصيل. أصله إذا أجاز الورثة الكل.

وقياس آخر: وهو أنها وصيتان لو لو نقصتا على الثلث قسمتها على التفصيل، فإذا زادت أوجب قسمتها على التفصيل. أصله إذا كانتا مرسلتين مثل أن يقول لفلان مائة ولفلان مائتين وكان ذلك قدر الثلث، فإن ذلك يقسم على التفصيل، فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: المعنى في ذلك أنه إذا بلغ ثلث ماله ذلك القدر أو أكثر منه، فإنه يجوز ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يملك أكثر من الثلث.

⁽²⁷⁷⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 361، 362 - النوادر: 11 / 353، 413 - التفريع: 2 / 327.

⁽²⁷⁷¹⁾ انظر: الأم: 5 / 228 - الحاوي الكبير: 8 / 198.

⁽²⁷⁷²⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 158.

والجواب: هو أنكم لا تقيدون ذلك، لأنه لو لم يكن له وصارت جاز أن يتصدق بجميع ماله عندكم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنها وصيتان لو كانتا مرسلتين قسمتتا على التفصيل فإذا كانتا مقيدتين قسمتتا على التفصيل، أصله إذا أوصى بالسدس أو الثمن، وبيان ذلك؛ أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدره النصف، وأوصى لعمر و بخمس مائة وقدرها الربع لاقتسما الثلث، إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا، فكذا في مسألتنا مثله.

واستدلال في المسألة: وذلك أن الشركاء يقتسمون المال عند تكامله على التفصيل، فكذا في مسألتنا يجب أن يقتسموه عند تضيقه على التفصيل كالورثة، كذلك الغرماء، وكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

واحتج بأن قال: لأن الزيادة على الثلث لا تملك ذلك بحال، فلا تصح الوصية فيه أصله إذا أوصى بالثلث وبمال الأجانب. والذي يدل على أنه لا يملك الثلث، ما روي أن رسول الله ﷺ: "إن الله تعالى أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم" (2773).

والجواب: هو أن مال الأجانب إنما يلزم فيه الوصية لأنه لا يملك ذلك، وههنا هو مالك لثلث ماله وقد قصد التفصيل بذلك فلا يبطل غرضه وقصده في ذلك، وأما الخبر فكذا نقول، وأنه لا يملك إلا الثلث.

قالوا: ولأن الزيادة على الثلث لغو، فوجب أن لا يلتفت إليه، ويكون كأنه إنما لو أوصى لهما بثلث ماله، فوجب قسمة ذلك بينهما بالسوية كما لو ابتداء بذلك.

والجواب: هو وإن كان أقوى في حقه إلا أن ذلك حقيقة في حق الموصى له، فوجب أيضا له الرجعة، والله تعالى أعلم.

فصل:

وله أن يشتري ابنه بما يكون قدر الثلث (2774).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن له | التصرف في الثلث ويرثه لأنه يعتق عليه وهو حي. [244ب]

(2773) تقدم تخريجه.

(2774) انظر: المدونة: 4 / 327.

وقال محمد بن مسلمة: يجوز أن يشتريه بكل ماله اعتباراً باستلحاقه⁽²⁷⁷⁵⁾.

وكان الشيخ أبو بكر الأبهري رحمه الله تعالى يقول: في توريث ابنه نظر⁽²⁷⁷⁶⁾.

وإنما قال ذلك، لأن في ذلك إخراجاً لورثته عن الميراث بعد ثبوت سببه لهم.

مسألة:

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له كل المال. وكذلك لو كان له اثنان فوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، وعلى هذا ينظر كم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به. وهذا كله إذا أجاز الورثة الوصية⁽²⁷⁷⁷⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يجعل الموصى له كأنه ابن آخر واحد مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث⁽²⁷⁷⁸⁾.

ودليلنا هو: أنه إذا قال وصيت لك بمثل نصيب ابني أو أحد ابني فقد أحال بمعرفة القدر الموصى به على معرفة نصيب من أحال عليه، فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلوماً مقدراً قبل الوصية ليصح العلم بقدرها منه، ومتى علقنا بمعرفة المحال عليه على مقدار الوصية تناقص واستحال، لأن الوصية معلقة عليه، ويصير هو معلقاً على الوصية، فيكون ذلك جعل الشيء شرطاً لما هو شرط له فلا يصح.

فإذا ثبت ما قلناه؛ فلائنه أوصى له بقدر معلوم، فوجب الوفاء به مع الإجازة، أصله إذا قال له ادفعوا إليه عبداً أو ألفاً فإنه يدفع إليه ذلك فكذلك في مسألتنا.

ولأنه لو أوصى لزيد بألف قال ويعطى عمرو مثل ذلك أو مثل نصيب زيد، فإنه يعطى عمرو مثل نصيب زيد، فكذلك إذا قال مثل نصيب ابني ونصيب ابنه الكل، فإنه يجب دفع لك إليه.

⁽²⁷⁷⁵⁾ انظر: النوادر: 11 / 364 - عقد الجواهر: 3 / 418.

⁽²⁷⁷⁶⁾ انظر: عقد الجواهر: 3 / 418.

⁽²⁷⁷⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 376 - النوادر: 11 / 545 - التفرع: 2 / 327.

⁽²⁷⁷⁸⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 157 - بدائع الصنائع: 7 / 346 - الأم: 5 / 187، 188 - الحاوي الكبير: 8 / 196، 197.

واحتج بأن قال له الموصي له فرع والابن أصل، والوصية محمولة على نصيب الابن فتحتاج إلى تصحيح نصيب الابن نصيباً ويحمل عليه.

قالوا: فإذا جعلنا ذلك وصية بكل المال لم يصح ذلك، لأنه لا يبقى للابن نصيب، فنجعله في التقدير كأنه قال بمثل نصيب ابني إن كان الموصي له وارثاً معه.

والجواب: هو أن هذا كله هو الحجة عليكم؛ لأنه إذا كان الابن أصلاً، وكان المال كله له إذا لم تكن وصية، فإذا قال مثل نصيب ابني، فإنما هو نصيبه الذي جعل له قبل الوصية، فهذا هو الأصل، ويمنع أن يكون الموصي له كل المال، ويكون تقدير الكلام كأنه قال: نصيب إذا لم يشركه فيه أحد فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الوصية مقدمة على الميراث، لأن الميراث يستحق بعدها فإذا لم يحصل للابن شيء من الميراث فلم تتقدمه الوصية.

[245]

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إذا قال مثل نصيب ابني ولا ابن له غيره فهذا معلوم أن المال كله له، فإذا حاز الابن ذلك علمنا أن جميع ذلك المال للموصي له، لأن ذلك قد جعله قدراً معلوماً كما لو قال أعطوا زيدا درهما وعمراً مثل نصيب زيد فإنه يعطى مثل ذلك، وإنما كان كذلك؛ لأن نصيب زيد قدر مقدر ونصيب عمرو مثله كذلك نصيب الابن قدر مقدر، وأنه جميع المال، فيجب دفع ذلك له للموصي له ميراثه، ولأنه قد جعل ذلك مثلاً لأنه معلوم عنده أن ابنه يأخذ جميع المال فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وإذا أوصى لزيد مثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم، ثم أعطى جزءاً واحداً منها، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث، ومثال ذلك، أن يكون قد ترك بنتين ذكورا وإناثاً من نوع واحد كالبتتين والبنات أو الزوجات والمجندات والإخوة والأخوات أو غير ذلك، فإنه يعطى السدس.

وإنما قلنا ذلك، لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس لأنه أولى⁽²⁷⁷⁹⁾.

(2779) انظر: المدونة: 4/ 376 - النوادر: 11/ 545، 546 - التفريع: 2/ 327.

مسألة: وإذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب، كل ذلك سواء.

وقد اختلف أصحابنا في مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه لا يزداد على الثلث، فمن أصحابنا من قال: يعطى الثمن، ومنهم من قال: يعطى السدس، ومنهم من قال: ينظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة، والضرب إن احتيج إليه، فيعطى سهما منه قلت السهام أو كثرت⁽²⁷⁸⁰⁾.

وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد عن السدس فيكون له السدس⁽²⁷⁸¹⁾.

وقال الشافعي: يدفع إليه الورثة ما شاءوا من غير تقدير⁽²⁷⁸²⁾.

والدليل على وجوب التقدير؛ هو أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير.

والدليل على ذلك، هو أنه يقال هذا المال بين بني فلان على كذا وكذا جزء أو سهم أو نصيب، فإذا ثبت ذلك فكأنه وصى له مقدارا واحتمل التقدير، فيجب أن يطلب ما هو أولى ما يكون أراحه، ومتى وكلناه إلى مستند الورثة زال التقدير، وصار كأنه قال، وصيت له بشيء فوجب الرجوع إلى ما قلناه.

فإذا ثبت ما ذكرناه؛ فوجه القول أنه يعطى الثمن، هو أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل، لأن ذلك متحقق، وما زاد عليه مشكوك فيه، لإمكان أن يجوز أنه أراد بذلك وإمكان أنه أراد ذلك، فلم يجز أن يدفع إليه | بالشك.

[245ب]

ووجه القول أنه يعطى السدس؛ وهو قول أبي حنيفة، ما روي أن رجلا وصى بسهم من ماله، فسأل رسول الله ﷺ فقال عليه السلام: "يعطى السدس"⁽²⁷⁸³⁾. فهذا يدل على ما ذكرناه.

⁽²⁷⁸⁰⁾ انظر: النوادر: 11 / 549، 550 - الكافي: 547.

⁽²⁷⁸¹⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 157 - مختصر القدوري: 4 / 176.

⁽²⁷⁸²⁾ انظر: الأم: 5 / 189 - مختصر المزني: 143.

⁽²⁷⁸³⁾ لم أجده فيها عندي من مصادر.

وقد روي أنه قال: "يسهم"، عبارة عن السدس مع مكانه من الغلة وفضله، فوجب الرجوع إليه في ذلك.

ولأن أصل حساب الفرائض السدس، ومنه نقول لأنه أقل السهام في الأصول بخلاف الثمن، لأنه ليس بأصل، وإنما هو سهم مستحق ما يجب عن أصل الفرض، فوجب حمله على ذلك، فلا يلزم ما قلناه النصيب والحظ والجزء، لأن ذلك عندنا بمنزلة السهم على الاختلاف الذي ذكرناه عن أصحابنا.

واحتج الشافعي بأن قال: لأنه لفظ لا يتقدر في الوصية، أصله النصيب والحظ والجزء.

والجواب: هو أن هذا لا يصح إلا بالإسلام، لأن ذلك اللفظ لا يتقدر في الإقرار، لأنه لو قال له علي مال عظيم، فإن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك، فمنهم من قال: إن كان من أهل الورق يلزمه مائتا درهم وإن كان من أصحاب الغنم لزمه أول نصاب، ومنهم من قال: تلزمه الدية⁽²⁷⁸⁴⁾.

فأما الأصل؛ فغير مسلم، لأنه لا يفرق الحكم فيه عندنا بين النصيب والجزء والحظ، فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه إذا قال سهم مالي فإنه يحتمل النصف والثلث والسدس وأقل من ذلك إلى ما لا نهاية له فإذا كان كذلك وجب أن يحمل على أقل ما بينا وله الاسم.

والجواب: هو أن هذا هو الحجة عليكم، وذلك أنه سهم فقد أشار إلى سهم ما وجب أن يطلب في ماله أقل سهم فيدفع إليه، ويحمل اللفظ على مقتضاه ومعناه فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

ويحمل اللفظ على مقتضاه، فوجه القول أنه يعطى سهماً مما انقسمت عليه الفريضة بالغاً ما بلغت هو أنه لما قال سهماً من مالي أو جزءاً كان راجعاً إلى أجزاء ماله وسهامه، فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفرائض، وهذا وجه صحيح جيد على ما قال هذا القائل من أصحابنا.

فصل:

⁽²⁷⁸⁴⁾ تقدم الكلام فيها في باب الإقرار.

والوصية في الصحة والمرض سواء⁽²⁷⁸⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنها تنفذ بعد الموت وليست بلازمة وله الرجوع فيها متى شاء إلا التدبير، وإنما كان كذلك لأنه إيجاب في الحياة، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه، وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل في المرض.

فصل:

ويجوز وصية السفية المحجور عليه لتدبير ماله⁽²⁷⁸⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه إنما منع منه السفية من إخراج ماله على غير عوض خوف الفقر [246] عليه، والوصية تنفذ بعد موته، والفقر مأمون عليه في تلك الحالة فلا يبقى مانع من ذلك.

فصل:

وتصح وصية المجنون في حال إفاقته⁽²⁷⁸⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالذي لا يعرفه المجنون.

مسألة:

عندنا تصح وصية الصبي المميز الذي يعقل القرب وإن لم يكن بالغاً⁽²⁷⁸⁸⁾.

وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽²⁷⁸⁹⁾.

وقال أبو حنيفة: لا تصح وصيته⁽²⁷⁹⁰⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]، ولم يفصل بين أن يكون صغيراً أو كبيراً فهو على عمومته.

⁽²⁷⁸⁵⁾ انظر: التفريع: 2 / 231 - الكافي: 547.

⁽²⁷⁸⁶⁾ انظر: الموطأ: 2 / 309 - المدونة: 4 / 345 - النوادر: 11 / 262 - التفريع: 2 / 325 - الكافي: 545.

⁽²⁷⁸⁷⁾ انظر: الموطأ: 2 / 309 - المدونة: 4 / 345 - النوادر: 11 / 262 - التفريع: 2 / 325 - الكافي: 545.

⁽²⁷⁸⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 345 - النوادر: 11 / 261 - التفريع: 2 / 325.

⁽²⁷⁸⁹⁾ انظر: المهذب: 3 / 187 - الحاوي الكبير: 8 / 189.

⁽²⁷⁹⁰⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 161 - بدائع الصنائع: 7 / 332.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: "إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم عند وفاتكم" (2791)، ولم يفرق بين الكبير والصغير.

وروي عمرو بن سليم الزرقني؛ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «سئل عن غلام يفاع من غسان لم يحتلم، أوصل لبنت عم له، وله عشر سنين وله وارث ببلد آخر، فأجاز عمر وصيته» (2792). واليفاع حدث السن، ولو اقتصر على ذلك فهم منه ذلك؛ فكيف وقد قال لم يبلغ، فدل على ما ذكرناه.

والقياس: هو أنه عاقل عارف ونحوه القرب فصحت وصيته أصله البالغ، ولأنه مميز حجر عليه لأجل مصلحة نفسه فصحت وصيته، أصله إذا حجر عليه لا يحل السفه، ولا يلزم عليه المحجور عليه لأجل الفلس.

قالوا: المعنى في ذلك أنه يجوز له البيع، وليس كذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أنه ممنوع من ذلك، ولأن الصبي إنما منع من البيع والشراء لئلا يغبن ويخرج ماله فيما لا فائدة له فيه، والوصية بخلاف ذلك، لأنه خيف عليه في ذلك، لأنه إن أفاق من مرضه الذي فيه رجع في ذلك، وإن مات من مرضه رفعت له بذلك الدرجات وحسنت بذلك له الحسنات، ولا يخاف عليه الفقر بعد ذلك فدل على ما ذكرناه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاثة فذكر الصبي حتى يحتلم، والمجنون والنائم" (2793).

والجواب: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك رفع المأثم، وهذا من القرب وهو ممن يعقل ذلك فوجب أن يصح منه.

قالوا: ولأنه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال: «لا تصح وصية الصبي» (2794).

(2791) تقدم تخريجه.

(2792) أخرجه مالك في باب جواز وصية الصبي والصغير والمصاب، ر: 2216، 2 / 310، وابن أبي شيبة في المصنف، باب من قال تجوز وصية الصبي، ر: 31493، 11 / 183. والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في تدبير الوصي، 10 / 307، والحديث منقطع، لأن عمرو بن سليم الزرقني لم يدرك عمر، انظر: البدر المنير: 7 / 284.

(2793) تقدم تخريجه.

(2794) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، باب من قال: لا تجوز وصية الصبي حتى يحتلم، ر: 31505، 11 / 186،

والجواب: هو أن قول عمر رضي الله عنه أولى؛ لأنه حكم بذلك، فلم يصح ما قالوه.

ويحتمل أن الذي قاله ابن عباس في صبي صغير | لا يعقل وجوه القرب، فإن عندنا لا [246ب] تصح وصيته مثل ذلك، فنحمله على ذلك.

قالوا: ولأنه غير مكلف فلم تصح وصيته أصله المجنون.

والجواب: هو وإن لم يكن مكلفاً إلا أن له تمييزاً وعقلاً ويعرف وجوه القرب، ألا ترى أنه يصح عندكم بيعه وشراؤه ويصح إذنه وقبول الهدية من يده، فجاز أيضاً أن تصح وصيته، والمعنى في المجنون أنه لا تمييز له، فلذلك لم تصح وصيته، وليس كذلك في مسألتنا، لأن له تمييزاً وعقلاً فأشبهه البالغ.

قالوا: ولأنه لا يصح بيعه ولا هبته فلا تصح وصيته أصله ما ذكرناه من المجنون.

والجواب: هو أنه إنما ملك بالبيع والهبة لأجل أنه تعين في ذلك، وليس كذلك الوصية، لأنه إن أفاق رجع في ماله فلم يخرج منه شيء، وإن مات فقد أمن من الفقر، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا تصح الوصية للمرأة والعبد والمكاتب، وإلى عبد غيره إذا أذن سيده في ذلك (2795).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، إلا في عبد غيره، فإنه منع من ذلك (2796).

وقال الشافعي: رحمه الله لا تصح الوصية إلى العبد (2797).

ودليلنا: قوله سبحانه وتعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]، فالوصية تقتضي وصياً ولم يخص وصياً من وصي، فهو على عمومته وشموله.

وابن حزم في المحلى، 9 / 331.

(2795) انظر: الموطأ: 2 / 362 - المدونة: 4 / 335 - التفريع: 2 / 326 - الكافي: 548.

(2796) انظر: بدائع الصنائع: 7 / 339.

(2797) انظر: الأم: 5 / 259 - المهذب: 3 / 714 - الحاوي الكبير: 8 / 329.

والقياس: هو أنه مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذ الوصية، فجازت الوصية إليه أصله الجزء، ولأنه إذا كان أميناً في نفسه فسيما يتولاه مكافياً فهو كالجزء، والغرض في الوصية إيصالها إلى من جعلت له من حيث لا تبلغه ظنة ولا تهمة.

ولأن من صح أن يكون وكيلًا صح أن يكون وصيًا إذا كان أميناً أصله الجزء.

واحتج بأن قال: أنه منقوص فلا تصح الوصية إليه، أصله الكافر.

والجواب: هو أنه لا نسلم؛ لأنه إذا كان ديناً مستورا أميناً فلا يضره نقصه بالرق، ولأن دين العبد ربما كان أوثق من الحر الكامل، والمعنى في الكافر أنه لا دين له ولا أمانة له، وليس كذلك في مسألتنا لأن له ديناً وأمانة فهو كالحر فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأنه لا تقبل شهادته فلا تصح الوصية منه أصله الكافر.

والجواب: هو وإن لم يكن من أهل الشهادة إلا أنه من أهل الدين والثقة والأمانة، والقصد من الوصية إيصال ذلك الحق إلى الموصى له، وهذا المعنى قد وجد فيه فكان أهلاً [247] لذلك، وأما الكافر فإنما لم تصح الوصية منه لأنه عاشر المسلمين ومعلوم ذلك منه، ومن كانت هذه حاله لا تصح الوصية إليه، وليس كذلك العبد، لأنه أمين ثقة دين مأمون فأشبهه الحر الدين فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن سيده إذا أوصى إليه واستنابه في الوصية لم تنزل الولاية عنه، ألا ترى أن الحاكم يبيعه إلى الأصغر إذا احتاجوا إلى ذلك.

والجواب: هو أنه إذا باعه الحاكم فلا تنزل ولايته بل عي على ما كانت عليه، وعلى الحاكم أن يشترط على مشتريه أنه ناظر في أموال هؤلاء الأصغر إلى أن يبلغوا، لما قصده سيده بالوصية إليه لا يزول ذلك عنه بالبيع فلم يصح ما قالوه، والله تعالى أعلم.

فإن قالوا: ولأنه عبد فلا تصح الوصية منه إليه أصله إذا كان في الورثة بالغ.

والجواب: هو أنه لا يلزمنا هذا القياس، وإنما يلزم أصحاب حنيفة، لأن عندنا لا فرق بين أن يكون منهم بالغ أو لا، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا قبل الموصي له الوصية ثم أراد تركها، لم يجز له ذلك، إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها⁽²⁷⁹⁸⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁷⁹⁹⁾.

وقال الشافعي: له الرجوع في ذلك⁽²⁸⁰⁰⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا قد عقد فعل الخير فوجب الوفاء به بما قد وجد من فعل الخير.

وقال النبي: ﷺ "كل معروف صدقة"⁽²⁸⁰¹⁾.

والقياس: هو أنها قرينة وفعل خير ألزمه نفسه، فلم يكن له الخروج منه من غير عذر، أصله الصوم والحج وسائر أنواع الخير.

واحتج بأن قال: لأن الوصية لا تخلوا أن تكون: وكالة أو ولاية. فإن كانت وكالة؛ فالوكيل له أن يرجع بغير دخوله في الوكالة، وإن كانت ولاية؛ فلكل وال أن يعزل نفسه عن الولاية كالإمام والحاكم.

والجواب: هو أنها ولاية وقربة، والولاية على ضرر: فإذا كانت ولاية عامة ودخل فيها محتسبا لا يمنعه من ذلك عذر تضمنت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإقامة الحدود وهو بذلك قيم وعارف وألزم نفسه ذلك، فلا يجوز له الرجوع عن ذلك، لأنه يلزمه ولا محل له الخروج إذا كان يعلم أن أحدا لا يقوم مقامه في ذلك الأمر، لأنه يتعين ذلك عليه، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا لا تجوز الوصية | إلى فاسق لا يؤمن عليها ولا يقر ذلك في يده⁽²⁸⁰²⁾. [247ب]

⁽²⁷⁹⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 334 - النوادر: 11 / 279 - التفریع: 2 / 326.

⁽²⁷⁹⁹⁾ انظر: المبسوط: 28 / 47.

⁽²⁸⁰⁰⁾ انظر: الأم: 5 / 206 - المذهب: 3 / 717.

⁽²⁸⁰¹⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁸⁰²⁾ انظر: التفریع: 2 / 326 - الكافي: 548.

وبه قال الشافعي⁽²⁸⁰³⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك⁽²⁸⁰⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه ليس من أهل الولايات فلا تصح الوصية به إليه، أصله الصبي الصغير، ولأنه غير نفسه فلا تصح الوصية إليه أصله الكافر والصبي، ولأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى له، فإذا لم يكن مأمونا لم يؤمن منه إتلافها فلم تجز ولايته، ولا يراعى في ذلك اختيار الميت له، لأنه ليس له أن يختار على حق غيره من لا يؤمن منه إتلافه وإضاعته.

واحتج بأن قال: لأنه عاقل مكلف فصحت الوصية إليه أصله العدل.

والجواب: هو أن العدل إنما جازت الوصية إليه، لأنه من أهل الأمانات، وليس كذلك الفاسق. ولأن العدل نقر الوصية في يده، وليس كذلك الفاسق لأن الوصية لا تقر في يده فافترقا.

قالوا: ولأن من صح أن يكون وكيلًا صحت الوصية إليه أصله ما ذكرناه.

والجواب: هو أن المعنى في الوكيل أنه يجوز استدانة الشيء في يده، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما أجاز أخذ الوصية من يده دل على أنه ليس من أهل الأمانات، فلم يصح ما قالوه.

مسألة:

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلوا ذلك من ثلاث أحوال:

إما أن ينص على الاجتماع فيقول: لا ينفرد أحدهما عن الآخر في النظر فيكون على ما قال⁽²⁸⁰⁵⁾، أو ينص على الجواز فيقول: وصيت إليكما وإلى كل واحد منهما، فلا خلاف في أن هذا لا يجوز أن ينظر كل واحد منهما منفردا عن الآخر، أو أن يطلق فيقول: وصيت إليكما ولا يذكر

⁽²⁸⁰³⁾ انظر: الأم: 5/ 259 - المذهب: 3/ 753.

⁽²⁸⁰⁴⁾ انظر: المبسوط: 28/ 25.

⁽²⁸⁰⁵⁾ في المعونة: "فيكون على ما قلناه".

اجتماعاً ولا انفراداً، فحكم ذلك عندنا حكم النص على الاجتماع، فإنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد عن الآخر في شيء من النظر⁽²⁸⁰⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر في ستة أشياء: تفرقة الثلث وشراء الكفن والدفن والنفقة على الأيتام والنظر فيما فيه صلاح شأن الميت ورد الودائع وقضاء الديون وكسوة الأيتام⁽²⁸⁰⁷⁾.

ودليلنا: هو أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد بشيء من ذلك دون الآخر، فكذلك في مسألتنا أصله الوكالة، لأنه إذا وكل شخصين لم يجز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر، فكذلك في مسألتنا.

وإن شئت قلت لأنه تصرف مستفاد بالإذن فلم يملك أحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر أصله ما ذكرناه، أو لأنه صرف وصيته إلى شخصين فلم يكن لأحدهما أن يتصرف دون الآخر، أصله ما عدا الستة الأشياء.

[248]

قالوا: ولأننا إن قلنا إنه لا يتصرف في هذه الستة الأشياء إلا مع حضور صاحبه، لأدى ذلك إلى الضرر بالميت، لأنه لا بد من تعجيل شراء كفنه ودفنه ومواراته وقسمة ثلثه والنفقة على ولده، وربما كان أحدهما غائباً، فلو قلنا إنه ينظر لأدى إلى الفساد العظيم وهذا ما لا خفاء به.

والجواب: هو أن ما قالوه ناذر وليس بغالب، وأن يتعذر ذلك أقام الحاكم معه آخر ينظر عن الغائب على وجه النيابة عنه في ذلك، وعلى أن ما قالوه، ينكسر بالوكيلين فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فصل:

وللرجل أن يوصي بثلثه إلى رجل وبولده إلى رجل آخر⁽²⁸⁰⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها أو في بعضها وكيلاً واحداً أو وكلاء عدة. وإذا أطلق فقال: وصيتي إلى فلان أو أنت وصيي، فهو وصيه

⁽²⁸⁰⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 332 - التفريع: 2 / 232 - الكافي: 548.

⁽²⁸⁰⁷⁾ انظر: المبسوط: 28 / 20.

⁽²⁸⁰⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 331 - المختصر الكبير: 342 - التفريع: 2 / 232..

في جميع الأشياء، من قضاء ديونه وتزويج بناته والتصرف في ثلثه، فتلك وصية صحيحة⁽²⁸⁰⁹⁾.

وأما إن قال: أنت وصيي في قضاء ديوني أو قال في تزويج بناتي وعين له ذلك، غير أنه لم يقل له فلا يكون وصيا في غير ذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه عبد الله بن عبد الحكم⁽²⁸¹⁰⁾: أنه يكون وصيه في كل شيء⁽²⁸¹¹⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁸¹²⁾.

وروى ابن القاسم عنه: أنه يكون وصيه فيما عين له دون ما لم يعين له⁽²⁸¹³⁾.

وبه قال الشافعي⁽²⁸¹⁴⁾.

فالدليل على أنه ينظر في الكل، هو أن قوله أنت وصيي لفظ عام، فوجب أن يحمل على عمومته وشموله ما لم يخصه دليل آخر، أصله عموم صاحب الشريعة.

ولأن الوصية، ولاية بعد الموت فوجب أن تقتضي العموم بإطلاقها أصله ولاية الحاكم.

ولأن الإمام إذا قال للحاكم قد وليتك أو قد جعلتك حاكما، فإن ذلك يصح وإن لم يخص له جميع ما يحكم فيه، فكذلك في مسألتنا مثله.

وقد قيل: إنه عقد انتقل إليه بموت الأب فملك التصرف العام، أصله الجد. ولأن المال لا بد له من ناظر فمن جعل إليه في بعضه جاز أن ينظر في الكل.

⁽²⁸⁰⁹⁾ انظر: المدونة: 3 / 331 - النوادر: 11 / 276.

⁽²⁸¹⁰⁾ عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن الليث أبو محمد القرشي الأموي مولا هم، المصري الفقيه، صديق الإمام الشافعي. سمع من مالك بن أنس، والليث. روى عنه بنوه: محمد، وعبد الرحمن، وسعد، وعبد الحكم، كما روى عنه ابن المواز. وكتابه المختصر الكبير اختصر فيه أسمعته، ويقال: إنه نحا به اختصار كتب أشهب، والمختصر الأوسط، والمختصر الصغير. توفي سنة 214 هـ. الجمهرة: 2 / 719-721، ر: 656.

⁽²⁸¹¹⁾ انظر: المختصر الصغير لابن عبد الحكم: 508، المختصر الكبير: 334.

⁽²⁸¹²⁾ انظر: المبسوط: 28 / 26.

⁽²⁸¹³⁾ انظر: النوادر: 11 / 277 - عقد الجواهر: 3 / 429.

⁽²⁸¹⁴⁾ انظر: الأم: 5 / 260 - الحاوي الكبير: 7 / 336.

ووجه ما قاله ابن القاسم والشافعي: هو أنه أذن له في التصرف الخاص فلا يملك به التصرف العام أصله الوكيل، أو لأنه تفويض خاص فلا يملك به التصرف العام أصله ما ذكرناه.

والجواب: هو أن المعنى في الوكالة أنه يتصرف في ذلك بوكالته في حال الحياة، فلذلك لم يملك التصرف العام، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يتصرف بتوليته بعد الموت فملك التصرف العام كما ذكرناه في الجد | وفي الحاكم فكان رده إلى ذلك أولى من رده إلى الوكيل [248ب] لأنه أشبه بذلك والله أعلم.

مسألة:

وإذا أوصى إليه وأطلق ولم يقل له ليس لك أن توصي فله أن يوصي بما أوصى إليه بموته⁽²⁸¹⁵⁾.

وبه قال أبو حنيفة⁽²⁸¹⁶⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، وله قولان إذا أذن له في ذلك: فقال مثل قولنا، وقال لا يجوز ذلك⁽²⁸¹⁷⁾.

وبه قال أحمد بن حنبل⁽²⁸¹⁸⁾.

ودليلنا: هو أن الوصية ولاية تثبت بالموت فجاز له الوصية، أصله الحاكم يجوز له أن يولي من شاء فكذا في مسألتنا مثله.

وكذلك ولاية الجد لما حصلت له بموت الأب، كان له أن يوصي إلى من شاء، كذلك في مسألتنا مثله.

⁽²⁸¹⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 331.

⁽²⁸¹⁶⁾ انظر: المبسوط: 28 / 26.

⁽²⁸¹⁷⁾ انظر: الأم: 5 / 260 - الحاوي الكبير: 7 / 337.

⁽²⁸¹⁸⁾ انظر: المغني: 8 / 551.

ولأن الوصية معني يملكه الموصي إليه إذا نص له عليه، فوجب أن يملكه بإطلاق
الولاية أصله سائر الحقوق التي يوصي فيها، ولا يلزم عليه الوكالة لأن تلك ولاية، وهذه
تولية.

واحتج بأن قال: لأنها ولاية بتولية فلا يملك نقلها من غير إذن. أصله الوكيل، ولا
يجوز له أن يوكل فكذلك في مسألتنا مثله.

والجواب: هو أنه لا يجوز اعتبار الوصية بالوكالة، وذلك أن الوكالة تبطل بالموت
وهذه الولاية تصح بالموت فلا يجوز الجمع بينهما، والثاني هو أن الوكيل يترقب العزل في كل
الأوقات من جهة موكله وليس كذلك في مسألتنا لأن هذه الولاية قد استقرت، ومن استقر
له حق جاز له أن يستنيب فيه غيره، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

ويجوز أن يعفوا الرجل عن قاتله عمدا، ولا يجوز ذلك في الخطأ⁽²⁸¹⁹⁾، إلا أن تكون
الدية ثلث التركة أو أقل من ذلك. وإنما فرقنا بين العمد والخطأ؛ لأن الواجب يقتل العمد
القود وليس في ذلك إخراج مال عن الورثة، والواجب بقتل الخطأ المال وليس له في المال إلا
الثلث، فلذلك قلنا ذلك.

مسألة:

عندنا تصح الوصية للقاتل عمدا أو خطأ⁽²⁸²⁰⁾.

وبه قال الشافعي: في أحد قوليه⁽²⁸²¹⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك⁽²⁸²²⁾.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال: "لا وصية لوارث"⁽²⁸²³⁾. فدل على أن الوصية
للقاتل جائزة.

⁽²⁸¹⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 347 - التفريع: 2 / 323.

⁽²⁸²⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 437 - التفريع: 2 / 323 - الكافي: 545 - 546.

⁽²⁸²¹⁾ انظر: المهذب: 3 / 711، 712 - الحاوي الكبير: 8 / 191.

⁽²⁸²²⁾ انظر: المبسوط: 27 / 176 - بدائع الصنائع: 7 / 339.

⁽²⁸²³⁾ أخرجه ابن ماجه في الوصايا، باب لا وصية لوارث، ر: 2712، 2713، 2 / 905؛ والدارقطني في الفرائض،

والقياس: هو أنه ليس بوارث فصحت له الوصية ما ذكرناه.

ولأن كل من صحت الوصية إذا لم يكن قاتلاً صحت الوصية له وإن كان قاتلاً، أصله الصبي والمجنون.

[249] أو لأنه نوع تمليك أصله البيع، أو لأنها هبة فلا يمنع منها القتل، | أصله حال الحياة، أو لأنه تمليك فصحت في القاتل أصله إسقاط الحقوق.

واستدلال؛ وذلك أن القاتل إنما يمنع من الميراث لأنه يتهم أن يكون أراد بذلك استعجال أحد مال موروث له، فممنوع لأجل ذلك، وهذا المعنى معدوم في مسألتنا، لأنه إن قبله قبل الوصية فلا تصح الوصية، وإن كان بعد الوصية فله الرجوع في ذلك. واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: "لا وصية لقاتل" (2824).

والجواب: هو أن هذا الخبر غير معروف فلا يصح الاحتجاج به، وعلى أنه لو صح؛ لحملناه على وجه صحيح، وهو أنه أراد بذلك الميراث، لأنه قد يعبر عن الوصية بالميراث، ألا ترى أنه قال ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِمَتْل حَظُّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]، وأراد بذلك الميراث وعبر عنه بالوصية، فكذلك في مسألتنا مثله.

قالوا: ولأنه نقل ملك بعد الموت فوجب أن يمنع منه القتل أصله الميراث.

والجواب: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يجوز ذلك بعد الموت، لأنه لو وصى لميت بشيء من ماله صح ذلك، والثاني هو أنه يبطل بأم الولد إذا قتلت سيدها، فإنه ينقل ملك يلزم بعد الموت، لأنها تعتق بعد موته، ويبطل بما إذا كان له عليه ديون فقتله فإنه ينتقل الملك إليه، وعلى أن المعنى في الميراث إنما منع منه لأجل التهمة، لأنها تستعجل المال قبل وجوبه، فحرمه في وقته، وليس كذلك في مسألتنا لأنه أجنبي منه، فلم يمنع من الوصية لأنه لا يتهم في ذلك فافترقا.

باب لا وصية لوارث، ر: 4151، 5/ 171، والبيهقي في الكبرى، باب نسخ الوصية للوالدين، 6/ 264، وقال البيهقي: روي من أوجه ضعيفة، وانظر: البدر المنير: 7/ 265 وما بعدها.

(2824) رواه البيهقي في الكبرى، ما جاء في الوصية للقاتل، 6/ 281، وأخرجه في الصغرى، من طريق مبشر بن عبيد، عن حجاج، عن عاصم، عن زر، عن علي مرفوعاً: ليس لقاتل وصية" وقال البيهقي: إنه باطل لا أصل له، ومبشر بن عبيد منسوب إلى الوضع. السنن الصغرى، 5/ 62.

قالوا: ولأن الميراث أوسع من الوصية، لأنه يدخل في ملكه شاء أو أبى، والوصية لا تدخل في ملكه إلا بالإيجاب والقبول. ثم ثبت وتقرر أن ذلك يمنع من الميراث فكان في الوصية أولى أن يمنع.

والجواب: هو أنه يلزم عليه البيع، لأنه أضيق منها ومع ذلك لا يمنع القتل منه، فبطل ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

إذا قتل الموصي له عمدا بطلت وصيته، إلا أن يعلم بقتله فيقره عليه. وأما إن قتله خطأ، فإنه لا تبطل وصيته⁽²⁸²⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد. أصله الميراث، أو أنه لا يبطل بقتل الخطأ. أصله ما ذكرناه من الميراث.

فصل:

ولو وصى لرجل بجزء من ماله وآخر بدنائير مسماة وضاق الثلث عن الوصيين، ففيها ثلاث روايات عن مالك رحمه الله تعالى:

البداية بالجزء على التسمية، والثانية: البداية | بالتسمية على الجزء، والثالثة: أنهم [249ب] يتحاصون بقدر وصاياهم⁽²⁸²⁶⁾.

فوجه الرواية الأولى: أن التجزئة أكد من التسمية في الأصول، لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية، ألا ترى أنه لو أوصى بألف درهم فتلف المال إلا ألفا لم يستحق الموصي له إلا قدر ثلثها، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك الجزء مستحقا على كل وجه فيما يبقى بعد التلف، أعني أن يكون له ربع الباقي إن أوصى له بالربع أو سدسه إن أوصى بالسدس، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار إن كان كيلا مسمى يعتبر فيه قدر الثلث، وإن كان جزءا فما سمي، وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية كانت أكد فقدمت عليها.

ووجه الثانية: أن التسمية أكد بالنص على مقدارها بخلاف التجزئة.

⁽²⁸²⁵⁾ انظر: المدونة: 4/ 347 - النوادر: 11/ 575 - التفريع: 2/ 223 - الكافي: 545، 546.

⁽²⁸²⁶⁾ انظر: المدونة: 4/ 363 - التفريع: 2/ 328.

ووجه الثالثة: هو أنها جهة تستحق بالوصية فلم يكن أحدهما أولى من الآخر، فلم يبق إلا التحاوص بذلك.

فصل:

وإذا أوصى له بشيء بعينه فتلغ الموصل به بطلت الوصية، وإنما قلنا ذلك، لأن المعين يبطل الحق بتلفه، كالبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكذلك الدابة المكتره بعينها إذا ماتت انفسخ الكراء في ذلك⁽²⁸²⁷⁾.

فصل:

وأما إن تلف ثلثا تلك العين، فالثلث الباقي للموصى له بحمله ثلث كل المال. وإنما قلنا ذلك؛ لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين، فوجب أن يستحقه، كما لو أوصى له بعبد أو بثوب واحتمله الثلث⁽²⁸²⁸⁾.

فصل:

وأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع وما يموت عنه فإنه لا يتعين في شيء بعينه، وذلك أن يقول ثيابي لفلان فإن له ما يموت عنه من ثياب، سواء كانت الثياب التي يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها فالحكم في ذلك سواء⁽²⁸²⁹⁾.

مسألة:

عندنا إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية، فتقضى منها ديونه وزكاته وكفاراته إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه من ذلك [شيء]⁽²⁸³⁰⁾، كان جميع ذلك لورثته⁽²⁸³¹⁾. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تصح الوصية له⁽²⁸³²⁾.

⁽²⁸²⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 321 - التفريع: 2 / 328 - الكافي: 552.

⁽²⁸²⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 323 - التفريع: 2 / 328.

⁽²⁸²⁹⁾ انظر: التفريع: 2 / 328 - الكافي: 552.

⁽²⁸³⁰⁾ ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة: 3 / 1634.

⁽²⁸³¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 377.

⁽²⁸³²⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 157 - المهذب: 3 / 713 - الحاوي الكبير: 8 / 193.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]، ولم يخص حيا من ميت.

وقال تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يَبْدُلُونَهُ﴾ [البقرة: 181].

والقياس: هو أنه آدمي فصحت الوصية له أصله الحي، وإن شئت قلت: لأنها إحدى حالتي الآدمي فصحت الوصية له. أصله حالة الحياة، ولا يلزم عليه إذا لم يعلم بموته لأن الغرض بهذا القياس إلحاق أحد النوعين بالآخر، وقد صح ذلك، لأن الغرض بالوصية نفع [250] الموصى له | على وجه يصح من الموصى قصده، وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصي له، فتارة يكون ذلك بالتمليك كالحی، وتارة يكون بغيره، كالوصية للمسجد والقنطرة والجسر وما أشبه ذلك.

فإذا أوصى لمسجد، فقد علم أنه يريد بذلك تمليكه، وإنما أراد صرف الوصية في مصالحه، وكذلك القنطرة والجسر، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم بموته، فإنما قصد بذلك الوصية في وجوه نفعه ومصالحه، فإن كان عليه ديون قضيت من ذلك، وإلا كان جميع ذلك لورثته أو يصدق بها عنه، لأنه أراد ذلك أن يكون له كماله، ولأن الوصية قد تصح لمن لا روح فيه في الحال، ولمن لم يخلق كما يوصي لولد ولد فلان الذي يأتي وهو بمعدوم لأنه لا روح فيه في الحال لا يعلم هل يكون أم لا.

واحتج بأن قال: لأنها وصية لميت فوجب أن لا تصح أصله إذا أوصى له وهو يعلم حياته ولم يعلم بموته.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون وصية لميت ومع ذلك يصح، ألا ترى أن سائر الجمادات هي أيضا أموات، ومع ذلك تصح الوصية بها مثل المساجد والقناطر والجسور وغير ذلك، فلا أقل من أن يكون هذا الميت جمادا مثل هذه الأشياء، فإذا صح ذلك فيما ذكرناه كان في الميت أولى وأحرى.

وأما المعنى في الأصل؛ وهو إذا علم كونه أنه حي إنما قلنا إن الوصية لا تصح له، لأنه قصده في نفسه في ذلك ولم يقصد سواه، وليس كذلك إذا علم أنه ميت فإنه يقصد بذلك ما يصير به إلى الميت من قضاء ديونه أو كفاراته أو يصير ذلك إلى ورثته فافترقا لأجل ذلك.

قالوا: ولأن الوصية عقد تفتقر إلى الإيجاب والقبول، فوجب أن يصح مع الميت أصله البيع.

والجواب: هو أنه يبطل بما إذا قال: ثلث مالي لولد زيد أو عمرو، ولكل مولود بولد لفلان، أو داري وقف على عقب فلان فإن ذلك يصح، وإن كان ما وجد القول من هؤلاء الذين لم يخلقوا بعد فلم يصح ما قالوه، وكذلك إذا قال داري وقف على الفقراء والمساكين، فإن ذلك لا يحتاج إلى إيجاب وقبول من جهتهم، فكذا في مسألتنا مثله.

والمعنى في البيع أن إنما افتقر إلى الإيجاب والقبول لأنه من المعاوضات المحضة، وليس كذلك في مسألتنا لأن الوصية تجري مجرى الصدقة، والصدقة لا تفتقر إلى قبول من جهة من يتصدق عليه، ألا ترى أنه لو أعتق عبده نفذ، لم يفتقر إلى قبول العبد قبلت ذلك، فافترقا لأجل ذلك.

[250ب]

قالوا: ولأن الميت لا يتقيد بشيء، فلو جوزنا الوصية له جعلنا ابتداء ملك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في هذا تنازعنا، فإنه يجوز أن يبدأ بذلك كما يجوز في حال حياته فلم يصح ما قالوه من ذلك.

قالوا: ولأن الميراث أقوى من الوصية فإذا لم يرث فلان لم تصح الوصية له أولى من ذلك.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الميراث جعله الله تعالى للحي من الميت، ولم يحرم الميت من صرف ثلثه فيما يريده، ألا ترى أن ورثته يرثون عنه الثلثين ولا يرثون عنه الثلث الذي وصى به لعقب فلان في بناء القناطر والمساجد وصرفه إلى الفقراء والمساكين، يجب صرفه في ذلك، فكذا في مسألتنا مثله، لما جعل ذلك إلى الميت، وإنما أراد بذلك نفعه فوجب صرفه في ذلك فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

وإذا أوصى لقربته ففي القربات يكون الأقرب فالأقرب، فأقربهم الآباء والأبناء⁽²⁸³³⁾.

(2833) انظر: المدونة: 4 / 376 وما بعدها. - النوادر: 11 / 533 - المنتقى: 8 / 133.

وقال أبو حنيفة: لا يدخل الولد ولا الوالد في ذلك⁽²⁸³⁴⁾.

ودليلنا: هو أنه قريبه فدخل في الوصية أصله الأخ، ولأن من المحال أن يكون الأخ قريبه، والأب والابن غير قريب منه، ولأن كل من دخل في الأمان جاز أن يدخل في عقد الوصية أصله الأخوة، ولأنه لو أخذ الأمان على أقاربه لكان الأب والابن يقدمان في ذلك، فكذا الوصية مثل ذلك.

واحتج بأن قال، قال الله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: 180]، فوجه الدليل منه، أنه تعالى فرق بينهما فدل على أنها ليسا بأقربين.

والجواب: هو أنه تعالى فرق بينهما تشريفاً لهما كما قال تعالى: ﴿الْأَنْبِيَاءُ الْأَنْبِيَاءُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ﴾ [البقرة: 98]، ومعلوم أنه تعالى أفردهما وكرهما تشريفاً لهما بذلك، فكذا في مسألتنا.

قالوا: ولأن الإنسان لا يقول في أبيه وابنه هذا قرابة لي، وإنما يقول هذا ابني وهذا أبي. والجواب: هو أنه يبطل بالأخ فإنه لا يقول فيه هذا قرابتي، وإنما يقول هذا أخي، ومع ذلك فإنه يدخل في الوصية فالابن والأب بذلك أولى.

فصل:

وأما إذا قال في أهلي: فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله:

فروي عنه أن ذلك يكون في العصبه دون غيرهم، إلا أن يعلم بذلك أنه أراد ذوي الأرحام.

وروي عنه أنه قال: يدخل في ذلك العصبه وذوو الأرحام ممن لا يرثه من بني العمام والخالات⁽²⁸³⁵⁾.

فوجه الرواية الأولى: هو أن الأصل هم العصبه | على الإطلاق، لأنهم الذين يعقلون [251] عنه ويملكون الولاية في النكاح والصلاة على الجنائز وغير ذلك من الولايات.

⁽²⁸³⁴⁾ انظر: بدائع الصنائع: 7 / 350.

⁽²⁸³⁵⁾ انظر: النوادر: 11 / 536، 537 - العتبية مع البيان: 13 / 296.

ووجه الثانية: هو أن اسم القرابة فلاهل يشكل كل من مسه رحم وهذا أصح من الأولى.

مسألة:

عندنا إذا أوصى لقرابته لم يدخل ولد البنات في ذلك، وكذلك إذا أوصى لعقبه، فإن ولد البنات ليس بعقب⁽²⁸³⁶⁾.

وقد قال بعض أصحابنا: وهو عمر بن⁽²⁸³⁷⁾ عمر⁽²⁸³⁸⁾ المعروف بابن القضاة: أن ولد البنات يدخلون في ذلك⁽²⁸³⁹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁸⁴⁰⁾.

والدليل لما قلناه: هو أنه إذا قال لولدي وولد ولدي فإضافة الولد إليه يقتضي من يتنسب إليه ويختص به، وأما أولاد ابنته فهم أولاد قوم آخرين، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: 11]، فإن المسلمين عقلوا من ذلك ولد الصلب حسب.

والدليل على ذلك قول الشاعر:

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا
بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ
وهذا إخبار عن حقيقة الاسم لا عن مجازه.

⁽²⁸³⁶⁾ انظر: النوادر: 11 / 533 - المنتقى: 8 / 133 - العتبية مع البيان: 12 / 428.

⁽²⁸³⁷⁾ كذا في الأصل، وصوابه: عمر بن أبي عمر. والدليل على أن من يقول بأن أولاد البنات من العقب، ما نص عليه الباجي في متقاه حيث قال: "قال القاضي أبو الحسن: ليس ولد البنات بعقب، وكذلك إذا أوصى لولده، قال: ومن أصحابنا القاضي أبو الحسين عمر بن أبي عمر، من قال: يدخل البنات في الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم" المنتقى: 8 / 134.

⁽²⁸³⁸⁾ هو القاضي أبو الحسين عمر بن قاضي القضاة أبي عمر محمد بن القاضي يوسف بن القاضي يعقوب بن إسماعيل بن حماد بن زيد، تفقه على أبيه وكبار أصحاب إسماعيل، ولم يدرك عمه إسماعيل بن إسحاق، له كتاب في الرد على من أنكر إجماع أهل المدينة، وهو نقض كتاب الصيرفي، وعن القاضي أبي الحسين وأبيه أبي عمر، أخذ الشيخ الأبهري وغيره. توفي سنة: 328 هـ وعمره 39 سنة. رضي الله عنه. الجمهرة: 2 / 888، 890، ر: 855.

⁽²⁸³⁹⁾ انظر: المنتقى: 8 / 134

⁽²⁸⁴⁰⁾ انظر: الحاوي الكبير: 7 / 305، 306

واحتج بأن قال: ولد البنات وإن كانوا أبناء قوم آخرين، فهم من جهة أمهم أيضا أبناء الجد الذي هو أبو أمهم، فهم لأبائهم أبناء ولأجدادهم إنما أمهاتهم، وليس كونهم أبناء قوم آخرين قاطعا للنسب.

والجواب: هو أن هذا غلط؛ لأن نسب الإنسان إلى أبيه وجده لأبيه لا إلى جده لأمه، إذ لو كان ابنا لجده لأمه لجاز نسبه لأمه الذي هو أبوها كذلك في الزنا، وكان ينبغي أن يرث كما يرث ولد البنين لأنهم على زعمهم راجعون إليه فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فصل:

وإذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به، فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به⁽²⁸⁴¹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: الوصية فيما علم وما لم يعلم⁽²⁸⁴²⁾.

وإنما قلنا إن الوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به؛ لأن المال الذي لم يعلم به قد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية، فلم يكن له مدخل فيها، كما لو وصى بثلاث دار بعينها لم تدخل الوصية في غيرها من التركة، لأنه لم يرد ذلك فذلك في مسألتنا مثله.

فصل:

وإذا دبر عبده وله مال يعلم به ومال لا يعلم به، فالمدبر لا يخرج إلا من المال الذي به يعلم، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله تعالى في ذلك:

فروي عنه أنه قال: إن المدبر يكون في المالكين، لأنه لا يجوز له الرجوع عنه. والرواية الأخرى يكون فيما علم به⁽²⁸⁴³⁾. وإنما قلنا ذلك لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فصل:

| وإذا أوصى لوارث وأجنبي ولم يحز الورثة وصية الوارث، فإنهم يحاصون الأجنبي^[251ب] بوصية الوارث، فما حصل له رجع ميراثا وما بقي بعد ذلك فلاهل الوصايا⁽²⁸⁴⁴⁾.

⁽²⁸⁴¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 349 - النوادر: 11 / 397 - التفريع: 2 / 315 ، 316.

⁽²⁸⁴²⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 162 - الأم: 4 / 190.

⁽²⁸⁴³⁾ انظر: المدونة: 4 / 349 - التفريع: 2 / 315.

وقال الشافعي: يبطل حق الوارث⁽²⁸⁴⁵⁾.

وإنما قلنا إنهم يحاصون الأجنبي، لأن الميت شرك مع الأجنبي غيره في الثلث، فكأنه أعطاه الباقي عن عطية الوارث، بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث لم يستحق الأجنبي إلا السدس، فإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة.

فصل:

وإذا هلك الموصي له قبل موت الوصي فلا شيء له، وأما إن كانت الوصية للجماعة فمات واحد منهم قبل موت الموصي ففيه ثلاث روايات عن مالك رحمه الله:

أحدها: أنه يحاص أهل الوصايا بمقدار وصيته علم بموته أم لا، فما أصابه كان لورثة الموصي ولا شيء لورثة الموصي له.

والرواية الثانية: أن وصيته تبطل ولا يحاص أهل الوصايا فيما علم بموته أم لا.

والرواية الثالثة: أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم⁽²⁸⁴⁶⁾.

فوجه الرواية الأولى: هو أن الموصي قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت، فلم يستحقوا زيادة على ذلك، كما لو لم يمت، فإن كان لم يعلم فهو على القصد الأول، وإن علم فتركه إن تبين، فهو إقرار منه للأمر على ما كان عليه.

ووجه الرواية الثانية: هو أن الموصي قد صرف المال إليهم وأخرجه عن تركته، فلم يجوز أن يرجع ميراثا، فإن لم يعلم فالعقد على ما كان عليه، فإن علم ولم يعين فذلك دلالة على تبقية إياه.

ووجه الرواية الثالثة: هو أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة، وإنما كان كذلك لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به، وإذا علم فتركه يصرف المال إلى جهة أخرى رضا منه بكونه باقيا على حكم الوصية.

فصل:

⁽²⁸⁴⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 365 .

⁽²⁸⁴⁵⁾ انظر: الأم: 5 / 234، 235.

⁽²⁸⁴⁶⁾ انظر: المدونة: 4 / 379 - النوادر: 11 / 490 وما بعدها - التفريع: 2 / 223.

وإذا أوصى له بعبد من عبيده العشرة أو ببيعير من إبله أو بشاة من غنمه، فله عشرهم بالقيمة التي كان ذلك رأساً أو أقل أو أكثر⁽²⁸⁴⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصى له، وذلك أن الرأس من العشرة عشرها، ولا بد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيمة، ففي اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوي، وذلك أن الورثة يقولون نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول أعلاها قيمة، وليس أحدهم أولى من الآخر فلم يبق إلا [اعتبار]⁽²⁸⁴⁸⁾ القيمة.

فصل:

وأما إن مات من العشرة ثمانية وبقي اثنان | فله نصفهما بالقيمة، ولو مات خمسة كان له [252] خمس الباقي، ولو كان الوصية بجزء منهم فوصى لغيرهم وهم عشرة، فلهذا ثمانية وبقي اثنان فلكل عشرهما بالقيمة⁽²⁸⁴⁹⁾ لأن من مات كأن لم يكن فلا اعتبار به.

فصل:

ومن وصى لرجل بنفقة عمره فقد اختلف أصحابنا في ذلك: فروي عن مالك رحمه الله أنه يعمر سبعين سنة.

وروى عبد الملك: تسعين سنة، ثم ينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية، فتحسب له النفقة ما بقي بالاجتهاد في نفقة مثله وكسوته وسكنائه، فيفرض له مقدار ذلك، فإذا عرف قدره جعل ذلك على يدي وصي أو أمين، وأنفق عليه إما شهراً بشهر، أو أسبوعاً بأسبوع، أو سنة بسنة على ما يؤدي الاجتهاد فيما لا يستضر به. فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفقة رجع باقي نفقته لورثة الموصى أو لأهل الوصايا إن كان المال ضاق عن استيفائها، وأما إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء له.

وقد قال أشهب بن عبد العزيز: أنه يرجع على أهل الوصايا فيحاصهم ثمانية⁽²⁸⁵⁰⁾.

⁽²⁸⁴⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 321 - النوادر: 11 / 488 وما بعدها، التفريع: 2 / 329.

⁽²⁸⁴⁸⁾ بياض بالأصل، والمثبت من المعونة، 3 / 1637.

⁽²⁸⁴⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 323، 324 - التفريع: 2 / 329، 330.

⁽²⁸⁵⁰⁾ انظر: التفريع: 2 / 330 - الكافي: 554.

وإنما قلنا إنه يعمر فلانا؛ لو لم يفعل ذلك لم ندر كم نعطيه، لأننا إن أنفقنا عليه أبداً إلى أن يموت ومدة بقائه مجهولة أضرب ذلك بالورثة، لأن في ذلك حبس حقوقهم عنهم، وإن لم يعط شيئاً حتى يعلم كم بقي من عمره، فإن ذلك غاية المحال فلم يبق إلا التعمير، وإنما قلنا إنه يعمر سبعين سنة، لأن ذلك غالب التعمير، وقد روي أن النبي ﷺ قال: "أعمار أمتي بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجاوز ذلك" (2851).

وأما قول عبد الملك أنه يعمر تسعين سنة، فإن ذلك الغاية في تناهي العمر، وقول مالك أصح.

فصل:

ومن أوصى لمن له سبعون سنة أو ثمانون لم يكن في ذلك إلا الاجتهاد. (2852)

فصل:

وينفق على من ذكرناه ولا يسلم ذلك إليه دفعه واحدة. وإنما قلنا ذلك ليطمئن غرض الموصي، لأن غرضه امتداد الإنفاق عليه بقية عمره، فإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف في صرفها (...) (2853) غرض الموصي (2854).

فصل:

فأما إذا مات قبل استيفاء المدة والنفقة كان باقي النفقة لورثة الموصي (2855).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن موته سبب استحقاقها فعادت ميراثاً، وذلك قوله إذا مات ودخل زيد الدار فأعطوه دينارا، فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثاً، ولا شيء لورثة الموصي له، لأنه لو لم يكن مالكا لها فتنقل إلى ورثته، لأن الموصي أراد إيصالها إليه لا إلى ورثته.

فصل:

[252ب]

(2851) أخرجه ابن ماجه في الزهد، باب الأمل والأجل، ر: 4236، 2 / 1415، والترمذي في الزهد، باب ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة... ر: 2331، 4 / 566، وصححه ابن حبان والحاكم وقال على شرط مسلم. انظر: كشف الحفاء: 1 / 171.

(2852) انظر: التفريع: 2 / 230.

(2853) كلمة لم أتبينها.

(2854) انظر: النوادر: 11 / 455.

(2855) انظر: النوادر: 11 / 455 - التفريع: 2 / 230 - الكافي: 554.

فأما إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء له، وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك كالحكم الذي قد نفذ فلا ينقض باجتهاد آخر.

وأما قول أشهب، فإنه يرجع على أهل الوصايا، فتحاصصهم، لأننا نتبين بقاءه بعد التعمير غلط ذلك الاجتهاد. وإذا أمكن بلا فيه وجب القود فيه، ولأنه لما كان موته قبل استيفائه يوجب رد المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه، كان بقاءه بعدها يوجب عوده عليها⁽²⁸⁵⁶⁾.

فصل:

وهذه النفقة من الثلث، وإنما قلنا ذلك؛ لأن وصية في الثلث، فكانت في الثلث كسائر الوصايا⁽²⁸⁵⁷⁾.

فصل: والأمراض على ضربين:

منها ما لا يخاف عليه منه في العادة، وذلك كالجدام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق معه أحياناً، فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحبه من التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض، وما يهبه ويتصدق به نافذ من رأس ماله.

وأما الضرب الآخر: فهو المرض الذي يخاف منه ولا يؤمن ترقبه إلى الموت مثل الحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك، فهذا الذي يتعلق به حق الحجر على من وجد به ذلك فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء ما يحتاج إليه من الأشربة وأجرة الطبيب، ويمنع ما سوى ذلك مما يخرج على غير بذل يحصل للورثة من هبة أو صدقة، ويكون ما فعل من ذلك موقوفاً على موته، فينفذ من الثلث أو على صحته فينفذ على ما بيناه⁽²⁸⁵⁸⁾.

وإنما قلنا في القسم الأول: أنه لا يوجب الحجر عليه، لأن الخوف إذا عدم معه لم يتعلق للورثة حق، لأن علة ثبوت الحجر عليه لهم بالخوف من الموت، لأن حضور سبب الشيء جار في المنع مجرى حضور نفسه، فإذا عدم هذا المعنى زال ما يوجب بوجوده.

⁽²⁸⁵⁶⁾ انظر: التفريع: 2 / 330 - الكافي: 554.

⁽²⁸⁵⁷⁾ انظر: النوادر: 11 / 455.

⁽²⁸⁵⁸⁾ انظر: التفريع: 2 / 331.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحجر لا يتعلق بما يحتاج إليه، لأن حقه مقدم على حقوقهم، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما يفضل على حاجته، ولأن الحجر لا يدخل في الواجبات وإنما يدخل في التطوع، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الموصى فحقه حال الحياة أولى.

وإنما قلنا إنه يمنع من سرف أو ما خرج عن عادة في قدر ما يحتاج إليه، لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيد منه الورثة، فكان ذلك في معنى إضاعته وذلك ممنوع منه.

فصل:

ولا يمنع من التصرف بالمعاوضات المعتادة في التجارة التي لا محاباة معها، كالبيع والشراء بثمان المثل والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك⁽²⁸⁵⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحجر لا يجب المنع من التقلب في المال، [لأن الورثة لا يتعلق لهم حق في أعيان المال، وإنما الحق لهم في مقداره ومبلغه]⁽²⁸⁶⁰⁾.

[253]

مسألة:

عندنا أن الحامل إذا بلغت ستة أشهر، والمحبوس للقتل في قصاص أو حد، والزاحف في الصف، كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه في وجوب الحجر عليهم⁽²⁸⁶¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى والشافعي: له التصرف ما لم تضرب الحامل الطلق، أو يقرب المحبوس الطلق، ويتقدم الزاحف للبراز⁽²⁸⁶²⁾.

ودليلنا قوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْفَاحِشِينَ﴾ [الأعراف: 189].

قيل في التفسير: "ولما بلغت ستة أشهر"⁽²⁸⁶³⁾. ولأن بعد ستة أشهر يكون ذلك أول حالات الخوف لا محالة في ذلك.

⁽²⁸⁵⁹⁾ انظر: النوادر: 11 / 372 - التفرع: 2 / 331.

⁽²⁸⁶⁰⁾ ساقط من الأصل، وما بين العارضتين من المعونة، 3 / 1441.

⁽²⁸⁶¹⁾ انظر: الموطأ: 311، 312 - النوادر: 11 / 374 - التفرع: 2 / 231.

⁽²⁸⁶²⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 159 - الأم: 257، 258.

⁽²⁸⁶³⁾ في كتب التفسير قولهم: "فلما أثقلت أي: استبان حملها"، والمعنى في هذا وما ذكره القاضي متقارب. انظر:

تفسير الطبري: 13 / 305، معاني القرآن للنحاس: 3 / 112، تفسير الفخر الرازي: 13 / 94.

فالذي يدل عليه ما روى الأصمعي⁽²⁸⁶⁴⁾ قال: ولد كل حامل يركض في نصف حملها، فإذا أثقلت قيل امرأة مثقلة فإذا ضربها المخاض قيل مخضت، فإذا جاء الأثقال ليبدأ الوجل في قلب المرأة ووجدت ما لم تكن قبله تجده، وأول أثقالها ستة أشهر، لأنها حالة يجوز أن تلد فيها، ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَحَمْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15].

قالوا: المراد بقوله تعالى: ﴿فلما أثقلت﴾ إذا ضربها الطلق، وإذا دخلت في الستة الأشهر لا يوجد هذا المعنى.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح، لأن الأصمعي قد فسر ذلك، ومثله من يرجع إليه في ذلك. والثاني: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الستة الأشهر هو أول الأثقال، ألا ترى أنها حالة تلد فيها وما قبل ذلك لا يجوز أن تكون حالة الولادة فدل على ما ذكرناه، ولأن الله تعالى جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه، فقال تعالى: ﴿وَجِئَ قَالَتَا: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمِ﴾ [آل عمران: 143]، يعني أسبابه وعلاماته، وهذا موجود في مسألتنا.

والقياس: هو أنها بلغت حد الوضع، فوجب الحجر عليها بحق الورثة أصله إذا ضربها الطلق.

واحتج بأن قال: لأن ما لم يضرب بها الطلق فليس هنا ما يوجب الخوف، وكذلك ما لم يقدم لضرب عنقه فلا يوجد الخوف عليه فلا يوجب الحجر.

والجواب: هو أن هذا غير صحيح، لأننا قد بينا أن هذه الحالة تبتدئ بالحامل فيما ذكرناه من الخوف عليها، وقد بينا أن تعود أسباب الشيء مثل وجود المسبب نفسه، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فصل:

وأما الراكب في البحر الخائف من الغرق، فقد اختلف أصحابنا فيه:

⁽²⁸⁶⁴⁾ الأصمعي عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن أصمعي بن معن بن مالك بن أعصر، الإمام العلامة اللغوي، حدث عن شعبة ونافع بن أبي نعيم، وحدث عنه أبو عبيد ويحيى بن معين وإسحاق بن إبراهيم الموصلي، تصانيفه ونوادره كثيرة، وأكثر توافقه مختصرات، وقد فقد أكثرها. مات سنة خمس عشر ومائتين. السير: 10 / 175؛ تاريخ بغداد: 10 / 410.

فقال ابن القاسم: حكمه حكم الصحيح، وقال أشهب: حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف في الصف⁽²⁸⁶⁵⁾.

فالذي قاله أشهب أصح وأقيس⁽²⁸⁶⁶⁾، لأنها حالة خوف على النفس، فوجب الحجر عليه أصله أثقال الحامل.

فصل:

[253ب] وإذا أوصى بوصيتين أو أكثر فإذا لم يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع جميعها جازت، وإنما قلنا ذلك؛ لأن قصده إلى تنفيذ جميعها ممكن، وليس هناك شيء يدل على رجوعه، فوجب تنفيذ الكل، فأما إن كان فيها رجوع عن بعضها أنفذ ما لم يرجع فيه وأبطل ما رجع عنه⁽²⁸⁶⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن ما رجع عنه منسوخ بما ثبت عليه.

فصل:

فأما إن أوصى لرجل في موضعين بدنانير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتغير من نوع واحد، ولم يذكر إبطالا لأحدهما ولا أنها جميعا للموصي له فله واحدة منهما⁽²⁸⁶⁸⁾.
وإنما قلنا ذلك، لاحتمال أن تكون الآخرة تكرارا لابتداء.

فصل:

وأما إن كانت إحداها أكثر من الأخرى فقد اختلفت الرواية في ذلك:
فروى ابن القاسم وعبد الله بن عبد الحكم عن مالك رحمه الله أنه قال: يعطى الأكثر منهما.

⁽²⁸⁶⁵⁾ انظر: المنتقى: 8 / 132- أحكام القرآن: 2 / 358 ، عقد الجواهر: 3 / 405.

⁽²⁸⁶⁶⁾ وقد تبع القاضي عبد الوهاب في ترجيح قول أشهب القاضي الأجل أبو بكر بن العربي حيث قال: "وابن القاسم لم يركب البحر ولا رأى أنهم دود على عود ولو عاين ذلك سبعين من الدهر... كان رأيه كراي أشهب" انظر: أحكام القرآن: 2 / 358.

⁽²⁸⁶⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 374 - التفريع: 2 / 332.

⁽²⁸⁶⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 374 - التفريع: 2 / 332.

وذكر ابن حبيب عن مطرف⁽²⁸⁶⁹⁾ وابن الماجشون، عن مالك رحمه الله: أنه ينظر إلى الأكثر: فإن كانت هي الأولى أعطى نصف الجميع، وإن كان هي الأخرى لأعطى الأكثر فقط⁽²⁸⁷⁰⁾.

فوجه الأولى: أنها إن كانت هي الآخرة فقد زاده على الأولى، وإن كانت هي الأولى يحتمل أن تكون الأقل بعدها رجوعاً عنها إلى الأقل، ويحتمل أن تكون زيادة مضمومة إليها، فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأول.

ووجه ما قاله ابن حبيب: هو أنه إذا كان الأكثر هو الأولى حمل الأول بعده على أنه سبيل عنه قراره، وإن كان الأقل أقل الوصيتين كان رجوعاً عن الأولى هذا الحكم فيه، وإن كان ذلك من نوع واحد.

فصل:

وأما إن كان ذلك من أنواع، مثل أن يوصيه بدنانير ودراهم وثياب وعروض، فله الوصيتان جميعاً ولا مقال للورثة⁽²⁸⁷¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما.

فصل:

وإذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به لآخر ولم يذكر رجوعاً عن الأول كان ذلك الشيء بينهما نصفين⁽²⁸⁷²⁾.

ومن الناس من قال: يكون للأول منهم، ومنهم من قال يكون للثاني دون الأول⁽²⁸⁷³⁾.

⁽²⁸⁶⁹⁾ مُطَرَّف بن عبد الله بن مُطَرَّف بن سليمان بن يسار أبو مصعب، ويقال: أبو عبد الله اليساري الهلالي. الفقيه، الأصم، ابن أخت الإمام مالك بن أنس، ويقال: إن مُطَرَّفاً لقب له. روى عن مالك ابن أنس - الموطأ وغيره - وعبد الرحمن بن أبي الزناد، وتفقه به مالك وابن الماجشون. توفي بالمدينة سنة 220هـ. الجمهرة: 3/ 1254-1256، ر: 1267.

⁽²⁸⁷⁰⁾ انظر: المدونة: 4/ 374 - النوادر: 11/ 343، 344 - التفريع: 2/ 332، 333.

⁽²⁸⁷¹⁾ انظر: المدونة: 4/ 374 - التفريع: 2/ 232.

⁽²⁸⁷²⁾ انظر: المدونة: 4/ 374، 375 - النوادر: 11/ 338.

⁽²⁸⁷³⁾ قاله جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود. انظر: المغني: 8/ 465.

وإنما قلنا إنه يكون بينهما نصفين، لأن وصيته به للآخر يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة، فوجب أن يحمل على الرجوع مع إمكان غيره.

فصل:

فأما إذا قال العبد الذي أوصيت به لزيد هو لعمر و فإن ذلك يكون رجوعاً⁽²⁸⁷⁴⁾.
وإنما كان كذلك، لأنه نقله للذي جعله له بعده فانتفى الاحتمال في ذلك.

فصل:

ولو أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم أوصى به لرجل، أو أوصى به لرجل أولاً ثم ثانية [254] بالعتق، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال ابن القاسم: إن الأخرى نقضت الأولى أيها كانت.
وقال أشهب: الحرية أولى قدمت أو أخرت⁽²⁸⁷⁵⁾.

ووجه ما قاله ابن القاسم: هو أنه قد ثبت أن الوصية للثاني يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة، فإذا احتملت الشركة لم يكن حملها على الرجوع أولى على ما بيناه، فإذا لم يحتمل الشركة لم يبق إلا الرجوع، وذلك أن العتق لا يجوز للإشراك فيه، لأنه بمنزلة ابتداء تبييضه، فلما امتنع من ذلك لم يبق إلا أنه رجوع في ذلك.

ووجه ما قاله أشهب: هو أن العتق مبني على التغليب والسراية فوجب تقديمه لأجل ذلك.

والوصية لا تجب إلا بموت الموصي وقبول الموصى له بعد موته⁽²⁸⁷⁶⁾.

وإنما قلنا ذلك: لأن الموصى ما دام حياً فله الرجوع في الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله، فإذا مات وجب للموصى له حق القبول، فإن قبل، تمت الوصية، وإن رد

⁽²⁸⁷⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 375.

⁽²⁸⁷⁵⁾ انظر: المدونة: 4 / 375 - النوادر: 11 / 340.

⁽²⁸⁷⁶⁾ انظر: الاستذكار: 23 / 48 - عقد الجواهر: 3 / 410.

ذلك، عاد ميراثا وفيها جعلها فيه، وإن كان شرط ذلك ولا يدخل في ملكه بنفس موت الموصي دون القبول⁽²⁸⁷⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول أصله الهبة وسائر العقود.

وأما إن مات الموصي له قبل أن يقبل أو يرد، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال الشيخ أبو بكر الأبهري: القياس أن يكون لورثة الموصي، ومن أصحابنا من قال: يكون القبول في ذلك لورثة الموصي له⁽²⁸⁷⁸⁾.

فوجه ما قاله أبو بكر الأبهري: هو أن ذلك الشيء أصل مال أبيهم إلا أن يخرج عنهم بقبول الموصي له، وذلك معدوم في مسألتنا فوجب أن يكون لهم.

ووجه ما قاله غيره من أصحابنا، هو أن القبول بحق واجب له، فإذا مات عنه وجب أن ينتقل إلى ورثته فيقومون في ذلك مقامه كسائر حقوقه، وهذا هو الأشبه بخلاف ما قاله الشيخ.

فصل:

وإن أوصى لرجل بشيء من ماله وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون وكان ما وصى به دون الثلث من جميع تركته، فقال الورثة لا نعطيه هذا لأننا لا نأمن أن تتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد قاربا العين التي أخذها، فعندنا أنهم مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به أو يخرجوا له عن جميع ثلث الميت، ثم هل يقطع له بثلث في جميع التركة أو في الشيء الموصى له به، فعن مالك رحمه الله في ذلك روايتان⁽²⁸⁷⁹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: له ثلث تلك العين، ويكون شريكا في جميع ما تركه الميت حتى يستوفي إتمام قيمته⁽²⁸⁸⁰⁾.

وإنما قلنا | ذلك: لأن الورثة متعدي عليهم، لأن الميت لم يكن له أن يوصي بالعين أكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها، فلما وصى له بجميعها كان متعديا، فكان الخيار للورثة

⁽²⁸⁷⁷⁾ انظر: الموطأ: 2/ 307، 308 - التفرع: 321 - عقد الجواهر: 3/ 411.

⁽²⁸⁷⁸⁾ قال في المقدمات: "وإلى هذا ذهب أبو بكر الأبهري، حكاه عنه عبد الوهاب في المدونة". انظر: المقدمات:

3/ 120 - عقد الجواهر: 3/ 411.

⁽²⁸⁷⁹⁾ انظر: المدونة: 4/ 362 - النوادر: 11/ 418، 419.

⁽²⁸⁸⁰⁾ انظر: مختصر الطحاوي: 158 - المذهب: 3/ 724.

بين أن ينفذوا ما أوصى به أو يخرجوا عن الثلث، لأنه إذا تعدى إلى ما ليس له وجب رد تعديده إلى ماله، فإذا كان كذلك ثبت ما قلناه، ووجه قصر الثلث على العين الموصى بها، هو أنه لم يرد الوصية بغيرها، وإنما أراد هذه العين، فمهما وجدنا سبيلا إلى إخراج العين التي أوصى بها كان أولى.

ووجه القول الآخر، هو أن التعدي إذا سقط وبطل الثلث صار في حكم من وصى بالثلث ليعتده.

فصل:

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الآكد فالآكد، والمدبر في الصحة يقدم على المبتل في المرض، وعلى المدبر في المرض⁽²⁸⁸¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن التصرف في حال الصحة أقوى من التصرف في حال المرض، فلذلك وجب تقديمه.

فصل:

والعتق المبتل في حال المرض مقدم على الوصية بالعتق⁽²⁸⁸²⁾.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المبتل لا رجوع له فيه إذا صح، والوصية له فيها الرجوع إذا صح، فلذلك قلنا ذلك.

فصل:

وإذا أوصى بعتق عبد بعينه كان في ملكه أو يشتري ويعتق، كان مقدما على غيره من الوصايا⁽²⁸⁸³⁾.

وإنما قلنا ذلك، لتأكيد حرمة العتق.

فصل:

وأما إن كانت الوصية بعتق عبد معين فهو وسائر الوصايا سواء⁽²⁸⁸⁴⁾.

⁽²⁸⁸¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 350 - التفريع: 2 / 324.

⁽²⁸⁸²⁾ انظر: المدونة: 4 / 352 - التفريع: 2 / 324.

⁽²⁸⁸³⁾ انظر: المدونة: 4 / 352 - التفريع: 2 / 324.

⁽²⁸⁸⁴⁾ انظر: المدونة: 4 / 351.

وإنما قلنا ذلك، لأنه وصية بهال.

فصل: والوصية بعق معين مقدمة على الوصية بزكاة⁽²⁸⁸⁵⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنها حرمة ثبتت في البدن، ولأن العتق مبني على التغليب والسراية.

وقد قال عبد الملك من أصحابنا: إن الزكاة مبدأة⁽²⁸⁸⁶⁾.

ووجه ذلك، هو أن الزكاة حق من حقوق الله تعالى فوجب تقديمها.

فصل:

وإذا أوصى بزكاة وكفارة، قدمت الزكاة على الكفارة⁽²⁸⁸⁷⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن الزكاة أكد من الكفارة وأوجب، فلذلك قدمناها.

فصل:

وإذا فرط في زكاة، فأوصى بذلك إلى الورثة لزم الورثة إخراج ذلك عنه⁽²⁸⁸⁸⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأن إخراج الزكاة موكل إلى أمانته، فيجوز أن يكون قد أخرجها إلا أن يعلم بأنه لم يفرط في ذلك، مثل أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو لا يؤدي إليه غريم نصاباً من دينه، فهذا يجب أداء الزكاة عليه من رأس المال وصلى بها أو لم يوص بها لزوال التهمة.

فصل:

وإذا وصى بما فرط فيه فذلك من الثلث⁽²⁸⁸⁹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه متهم أن يكون أراد الانتفاع | بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعد [255] ذلك، وكانت كالوصايا ولم تكن كالديون.

فصل:

وإذا زاحمتها الوصايا قدمت على ما هو أضعف منها⁽²⁸⁹⁰⁾.

⁽²⁸⁸⁵⁾ انظر: المدونة: 3 / 351.

⁽²⁸⁸⁶⁾ في التفرع: قوله: "وقال عبد الملك: يبدأ العتق على الزكاة". التفرع: 2 / 324.

⁽²⁸⁸⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 350.

⁽²⁸⁸⁸⁾ انظر: المدونة: 4 / 350، 351.

⁽²⁸⁸⁹⁾ انظر: المدونة: 4 / 351.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنها قد تأكدت إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال.

فصل:

وإذا أقر المريض بدين لوارث، فإن المراعاة في ذلك بالتهمة. فإذا أقر بأمانات كودائع وقراض لمن لا يتهم له، فإن وجدت بأعيانها ردت على أصحابها، وإن لم تعرف كانت كالديون ويخاص بها عند ضيق المال⁽²⁸⁹¹⁾.

وإنما قلنا ذلك، لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت، فالظاهر استهلاكها أو تعلقها بذمته.

فصل:

وإذا أوصى لرجل بمئتين والآخر بمائة والثالث مثل إحدى الوصيتين، ولم يبين أيهما أراد بذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك في ذلك:

فروي عنه: أن له مثل نصف الأول ونصف الثانية.

وروي عنه: أنه قال مثل الآخرة.

وقال أشهب: له مثل الأولى منهما⁽²⁸⁹²⁾.

فوجه الرواية الأولى: أن مقدار الصغرى متحقق أنه موصى له وهو نصف الكبرى، فيصير النزاع في النصف الآخر من الكبرى فتداعياه ولا بينة لواحد منهما فيكون بينهما.

ووجه الثانية: هو أن قوله مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذي يليه، لأنه الظاهر من الكلام.

ووجه قول أشهب: هو أن الأقل متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه، فكان له اليقين دون الشك.

مسألة:

عندنا تكره⁽²⁸⁹³⁾ الوصية للحربي⁽²⁸⁹⁴⁾.

⁽²⁸⁹⁰⁾ انظر: المدونة: 4 / 351 - التفريع: 2 / 3225.

⁽²⁸⁹¹⁾ انظر: المدونة: 4 / 380، 381 - النوادر: 11 / 584.

⁽²⁸⁹²⁾ انظر: النوادر: 11 / 552 وما بعدها - التفريع: 2 / 332.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز الوصية لهم⁽²⁸⁹⁵⁾.

والدليل على جواز ذلك قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوْصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾ [النساء: 11]، وقال النبي ﷺ: "لا وصية لوارث"⁽²⁸⁹⁶⁾، والحربي غير وارث فصحت الوصية له.

والقياس: هو أنه تمليك يفتقر إلى القبول فجاز مع الحربي أصله البيع، ولأن كل من صح معه عقد البيع صحت الوصية له أصله المسلم، ولأن من صح معه البيع صحت له الوصية، أصله الذمي.

واحتج بأن قال، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَهْتَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوا فِي الدِّينِ﴾ [الممتحنة: 9]، فنهانا عن معاملتهم.

والجواب: هو أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به.

قالوا: ولأن من لا تصح الوصية له بالسلاح لم تصح الوصية له بالمال.

والجواب: هو إنما لم تجز لهم، لأن الوصية بالسلاح، لأن ذلك مما يتقوى به على الإسلام وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

قالوا: ولأن الحربي مباح الدم فلا تصح الوصية له.

والجواب: هو أنه لا يمتنع أن يكون مباح الدم، ومع ذلك لا تصح الوصية له. أصله الزاني المحصن مباح الدم والوصية له صحيحة، فكذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

[255ب]

مسألة:

عندنا إذا أوصى بإخراج ثلثه في الرقاب: ابتدئ به العتق في الممالك كالزكاة سواء⁽²⁸⁹⁷⁾.

⁽²⁸⁹³⁾ مذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه أن الوصية للكافر جائزة، ولم يفرق الإمام مالك بين الذمي والحربي في الوصية، غير أن أصبغ قال: تجوز للذمي ولا تجوز للحربي. انظر: النوادر: 11 / 349، البيان: 12 / 478.

⁽²⁸⁹⁴⁾ انظر: النوادر: 11 / 349 - البيان: 12 / 478.

⁽²⁸⁹⁵⁾ انظر: المبسوط: 28 / 93.

⁽²⁸⁹⁶⁾ تقدم تخريجه.

⁽²⁸⁹⁷⁾ انظر: المدونة: 4 / 354 - النوادر: 11 / 377.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يصرف ذلك في المكاتبين⁽²⁸⁹⁸⁾.

ودليلنا: هو أنه إذا قال في الرقاب احتمل أن يكون في فكها بالعتق أو المعونة في الكتابة، فوجه حمله على اللفظ لأنه أليق بظاهر اللفظ.

ولأن كل موضع ذكر فيه الرقبة فإنه يقتضي عتق رقبة كاملة، والمعونة فيها شرك، وليس شيء من الرقاب يقع عليها فيها الشرك، أصله الرقبة في القتل والظهار والصيام والأيمان، فيجب حمل ذلك على فك رقبة كاملة لا غير ذلك.

واحتج بأن قال: إن الله تعالى ذكر مع الرقاب أصنافا، وجدنا كل صنف إذا وقعت عليهم الزكاة ملكوها، فوجب أن تكون الرقاب بهذه الصفة أيضا وهم المكاتبون، ولأن العبيد لا يملكون.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن العبيد لا يملكون، فإذا جاز أن يعطى المكاتبون جاز أن يعطى العبيد، لأنه يقال له اشتر هذا بنفسك من سيدك حتى يعتق، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

ومن أوصى لرجل ببيعير أو بجمل من إبله جاز أن يعطى أنثى، وكذلك إن أوصى له ببدنة أو بقرة جاز أن يعطى الذكر والأنثى.

وأما إن قال، أعطوه بقرة، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: لا يعطى إلا بقرة.

ومنهم من قال: يجوز أن يعطى ثورا⁽²⁸⁹⁹⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز في البعير إلا ذكره وفي البدنة والبقرة إلا أنثى، ولا يجوز الثور والجمل⁽²⁹⁰⁰⁾.

⁽²⁸⁹⁸⁾ انظر: المبسوط: 28 / 16 - الأم: 5 / 197.

⁽²⁸⁹⁹⁾ انظر: النوادر: 11 / 555 - عقد الجواهر: 3 / 414.

⁽²⁹⁰⁰⁾ انظر: الأم: 5 / 192 - المهذب: 3 / 735، 736.

ودليلنا: هو إن سمي البدن والبقر والجمال يشتمل على الذكور والإناث، فإذا قال بقرة لم يكن فيها فرق بين الذكر والأنثى، لأن الاسم يتناول جميع ذلك. ولأن قولنا بقرة وبدنة كقولنا رقبة، والهاء في الرقبة للتأنيث ولا يختص بذلك بالتأنيث دون التذكير، وكذلك فإنه يقع على الذكر فكذلك في مسألتنا.

واحتج بأن قال: لأن الوصية قد تضمنت عينا على صفة، فيجب مراعاة الصفة، فإذا قال بدنة أو بقرة يخصص بذلك بالأنوثة، كما إذا قال جملا أو بعيرا.

والجواب: هو أن هذا ليس بتخصيص، لأنه كقوله رقبة قالها للتأنيث، ومع ذلك تقع على الذكر والأنثى فلم يصح ما قالوه.

مسألة:

عندنا إذا كان الموصي أبا أو جدا وله أولاد صغار صح أن يوصي إلى أجنبي بالنظر في أمر أولاده الأصاغر وقضاء ديونه وإخراج ثلثه⁽²⁹⁰¹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز أن يوصي إلى أجنبي في أمر أولاده مع | وجود أبيه^[256] وجده إذا كانا من أهل العدالة، ويجوز عندهما ذلك في قضاء ديونه وثلثه⁽²⁹⁰²⁾.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]، ولم يخص بالواحد من أجنبي، فوجب حمل ذلك على عمومته.

والقياس: هو أنها نيابة تجوز للأجنبي مع وجود الأب والجد أصله الوكالة.

وإن شئت قلت: من جاز أن يوصى إليه في قضاء ديونه جاز أن يوصى إليه بأولاده. أصله الأب والجد.

واحتج هو أنه لما لم يكن للأب أن يوصي إلى الأجنبي مع وجود الأب، فكذلك الموصي، لأن الأب يتولى ذلك بنفسه.

والجواب: هو إنما كان كذلك؛ لأن الأم ليس لها ولاية على أولادها فتوصي بهم، والأب والجد عليهم بغير تولية فيما في بدنها وقضاء دينها، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

(2901) انظر: المدونة: 4 / 331 - النوادر: 11 / 277.

(2902) انظر: المبسوط: 28 / 26 - الوسيط: 4 / 486 - الحاوي الكبير: 8 / 333.

مسألة:

فأما إن أوصى لقبيلة كبيرة مثل تميم أو قيس جاز ذلك، وقسم ذلك على الاجتهاد فلا يدخل في ذلك الموالي⁽²⁹⁰³⁾.

وقال أبو حنيفة: لا تصح هذه الوصية⁽²⁹⁰⁴⁾.

ودليلنا هو: أن كل وصية صحت إذا كانت لقوم محصورين صحت وإن كانت لقوم غير محصورين. أصله إذا قال وصيت للفقراء والمساكين.

واحتج بأن قال: لأنه إذا قال لبني تميم أو عدي، فإنه يكون فيهم الغني والفقير لا تصح الوصية له.

والجواب: هو أن هذه الوصية عندنا تصح للأغنياء فلم يصح ما قالوه.

مسألة:

وإذا قال وصيت لموالي وله موالي أعلى وأدنى، فإن الوصية تصح ويكون ذلك بين الأعلين والأسفلين نصفين⁽²⁹⁰⁵⁾.

وقال أبو حنيفة: لا تصح هذه الوصية⁽²⁹⁰⁶⁾.

ودليلنا: هو أن كل جنس جاز إفراده بالوصية جاز جمعه الوصية، أصله إذا قال تصدقت على الفقهاء المالكيين والشافعيين، فإن ذلك جائز، فكذلك في مسألتنا.

واحتج بأن قال: اللفظة الواحدة لا يجوز أن تتعلق على معنيين متضادين، الدليل عليه القرء، ولا يجوز أن تتعلق على الطهر والحيض، فكذلك في مسألتنا.

والجواب: هو أن هذا لا يصح؛ لأن اللفظة الواحدة قد يجوز تعلقها بمعنيين؛ لأن اسم الموالي يتعلق بكل مولى، سواء كان أعلى أو أسفل، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

(2903) انظر: المدونة: 4 / 378 - النوادر: 11 / 531.

(2904) انظر: المبسوط: 27 / 158 - بدائع الصنائع: 7 / 344.

(2905) انظر: المدونة: 4 / 378.

(2906) انظر: المبسوط: 27 / 156، 157 - بدائع الصنائع: 7 / 344.

خاتمة

وبعد، فهذا ما انتهى إليه البحث من نتائج في هذه الرسالة، موجزها كالآتي:

1- توصل البحث إلى الكشف عن نسخة ثانية للمخطوط المعنون بالمعهد حفظتها لنا مكتبة مركز الدراسات التاريخية بطرابلس ليبيا، بعد طول بحث عنه في الخزائن ومراكز المخطوطات العالمية، وساهمت هذه النسخة في حل كثير من الإشكالات والتتبعات خدمة للنص، والوصول بالكتاب إلى أقرب صورة كما أراده مؤلفه.

2- صحة نسبة كتاب الممهد في شرح مختصر أبي محمد للقاضي الأجل عبد الوهاب بن نصر المالكي رحمه الله، وهو من أهم الكتب التي ألفها، وموضوعه فقه الخلاف العالي، رغم أن القاضي جعله شرحاً لأهم دواوين المذهب المالكي، وهو مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني.

3- يعتبر كتاب الممهد موسوعة فقهية ضخمة في كتب التراث الفقهي، استوفى فيه القاضي عبد الوهاب نقول الإمام مالك وفقهاء المذهب من مصادره الأصلية، إضافة إلى أقوال المذاهب الأخرى وآراء الأئمة المجتهدين، مما دفع القاضي رحمه الله إلى اختصاره في كتابه المعونة، ليكون مدخلاً لكتابه الممهد وشرح الرسالة.

4- المنهج الذي سار عليه القاضي في كتابه هذا يعتبر أنموذجاً في الدراسات العقلية والفكرية التي تقوم على احترام المخالف، وفسح الأنظار في مجال البحث والاجتهاد قصد توسيع مناط الفكر دون مصادرة أو مشاغبة، وهو منهج فذٌ تأسس عليه العقل الفقهي المالكي باعتبار الدليل ونقضه، والرد والاعتراض، أو ما يسمى بأصول المناظرة والحوار، وهذه طريقة المدرسة المالكية البغدادية خصوصاً في درس كتاب المدونة للإمام مالك رحمه الله.

5- وما توصل إليه البحث من النتائج: الصياغة الفقهية في كتاب الممهد واضحة المعالم- على النحو الذي فصلته الدراسة -، فهو يمتاز بوصف التقسيم والاطراد من أوله إلى آخره، مع الاستيعاب والشمول في بحث المسائل والقضايا الفقهية، جالبا القاضي الأدلة مرتبة من المنقول إلى المعقول، ثم تقرير مذاهب الفقهاء المخالفين فالرد والاعتراض ثم الترجيح إن أمكن، وقد تطول مدارس المسائل وقد تقصر بحسب طبيعة البحث والاستدلال، وقد اعتبر القاضي رحمه الله قول ابن القاسم هو المشهور من أقوال مالك رحمه الله، ولم يخرج عنه إلا في مسائل قليلة جداً.

6- تفسير القاضي رحمه الله نصوص فقهاء المالكية وتوجيهه للأقوال توجيهها زاد به المذهب ثراء ونماء، وهو بلا شك استثمار فقهي فيه من المعاني العملية والقضائية تحقيقاً لملكة الاجتهاد.

7- ويقرر البحث هنا أهم النتائج التي كشف عنها الدرس الفقهي، وهو إلمام القاضي عبد الوهاب بعلم مقاصد الشريعة الإسلامية، ومعاني الأحكام العملية، فكتاب الممهد جمع

في صفحاته كثيرا من القواعد الفقهية والأصولية، والضوابط والكتليات الفقهية، وعلم النظائر والفروق، واستطاع القاضي عبد الوهاب أن يضيف بعض القواعد والكتليات والفروق من محض اجتهاده لم يكن له فيها سلف، وكثيرا ما استعمل في دقائق الأحكام الفقهية عبارة: "والمعنى، والقصد، والمقصود، والمصلحة.." مما يجعلنا نوصي ببحث ذلك في دراسات مستقلة تعنى به وتربطه بواقع المعاملات المعاصرة اليوم التي انتشرت على نطاق واسع في قضايا الناس وأقضيتهم.

8- ولا يفوت النظر هنا أن نسجل عارضة القاضي رحمه الله في كتابه الممهد، فهو عَقْل متخصص في شتى أصناف العلوم، حتى علم الجدل والمناظرة في علم الخلاف قد استغرقه في كتابه هذا الذي تميز به عن سائر كتبه التي وصلتنا، وقد بينت المقارنة التي عقدتها الدراسة القيمة العلمية لكتاب الممهد وما أضافه لخزانة الفقه الإسلامي، بفضل هذا العالم الكبير الذي ربط بكتابه هذا بين أعرق مدارس الفقه المالكي وهما المدرسة البغدادية والمغربية القيروانية، فكان حقا وصلا علميا بين المشرق والمغرب.

9- وأما ما يتعلق بكتاب الممهد، فإني أسجل هنا ما يلي:

ضرورة مواصلة البحث في الفهارس وخزائن المخطوطات العالمية عن باقي أجزاء كتاب الممهد وحتى ربما عند آحاد الناس، وهذا لما لهذا الكتاب من القيمة العلمية ولصاحبه، ولعل هذا الجزء المحقق يكون دافعا لاستنهاض همم الباحثين والمتخصصين في البحث عن أماكن باقي أجزائه ونُسَخه قصد استكمال خدمته وتحقيقه.

الحرص على مزيد من البحث عن سائر كتب القاضي عبد الوهاب رحمه الله، في خزائن المخطوطات، وتشجيع الباحثين والدارسين لذلك، فكم من المصنفات الجليلة التي هي الآن حبيسة الخزائن والإغفال، والتفريط والإهمال، وكثير منها لحقتها العوادي وصروف الزمان، إن لم تكن فقدت وضاعت مع كر الأزمان، ونلح ههنا إلى ضرورة تحقيق كتاب شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب الذي يعد من أقدم شروح الرسالة، وإخراجه للوجود ليكون مصاحبا لأخيه الممهد خصوصا وقد ذكرهما القاضي رحمه الله في محل واحد في مقدمة معونته.

10- ومن توصيات البحث تأسيس مخبر للمخطوط المالكي في جامعاتنا من أجل خدمة التراث، وتكوين طلاب الدراسات العليا في هذا الميدان الفسيح، ليكون دافعا لهم على تحقيق تراث علماء الإسلام في رسائل الماجستير والدكتوراه.

وأخيرا:

فهذا ما فاض به الفكر، وجاد به القلم، ورقنته الأنامل على ألواح من سوابغ النعم. وأسأل الله تعالى أن يجعل هذا الكتاب المحقق ذخرا لي وحسنة يوم معادي، والحمد لله في البدء والختام، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

الفهارس

فهرس القرآن الكريم

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس الأشعار

فهرس الأعلام

فهرس الأماكن والبلدان

فهرس القواعد والكتليات والفروق الفقهية

فهرس القواعد والمسائل الأصولية

فهرس المصطلحات الفقهية والجدلية والألفاظ الغريبة

قائمة المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

فهرس القرآن الكرىم

فهرس القرآن الكريم

سورة البقرة

- ﴿الْأَنْزِلَ الْكَهْفَ مَرْجِعًا طَلَبًا الْأَبْنَاءَ لِلْحَجِّ الْمُؤْتَمِرِينَ النَّبِيِّ﴾ [الآية: 98] 830
- ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا﴾ [الآية: 170] 98
- ﴿الْحَجَرِ الثَّوَالِغِ الْإِنَّمَا الْكَهْفَ﴾ [الآية: 110] 149
- ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ [الآية: 143] 324
- ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [الآية: 194] 148، 646، 649، 654، 697
- ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [الآية: 179] 646
- ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [الآية: 180] 804
- ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [الآية: 180] 830
- ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَدَلًا مِمَّا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ [الآية: 181] 811، 828
- ﴿وَيَسْتَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [الآية: 220] 534
- ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [الآية: 220] 550
- ﴿وَإِنْ تَحَايَطُوا لَهُمْ فَلَئِنَّكُمْ﴾ [الآية: 220] 251
- ﴿فَأَمْسَاكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِخْسَنِ﴾ [الآية: 229] 407
- ﴿بَيْنَ الصَّاقَاتِ مِنَ الْغَيْبِ عَلَظًا فَضَلَّتْ السَّجُودَ الْخُرُوجَ﴾ [الآية: 251] 294
- ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [الآية: 275] 216
- ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [الآية: 280] 563،
- ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبَرُ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾ [الآية: 282] 476، 298
- ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [الآية: 282] 289

- ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ [الآية: 282] 297، 400
399
﴿ وَمَنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ ﴾ [الآية: 282] 118، 293، 326
324
﴿ وَلَا يَأْتِ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ [الآية: 282] 296
﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً ﴾ [الآية: 283] 108، 466، 467، 469، 120

سورة آل عمران

- ﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمِ ﴾ [الآية: 143] 837

سورة النساء

- ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ [الآية: 11] 749، 464، 128
826
﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ﴾ [الآية: 11] 120، 464، 817، 819، 828، 804، 831
846
﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ ﴾ [الآية: 24] 318
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾ [الآية: 135]
443، 445
﴿ إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرِكُمْ أَنْ تُوَدُّوا أَلَا مَنَنْتَ إِلَيْنَ أَهْلِيهَا ﴾ [الآية: 58] 231
﴿ الْحُجَّاتُ الْمُبَاتِلَاتُ وَالنِّسَاءُ وَالْطَّلَاقُ الْبَاطِلُ الْمَلَائِكَةُ ﴾ [الآية: 109] 130، 271
﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾ [الآية: 135] 294
﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾ [الآية: 128] 149
﴿ وَلَا تُوَدُّوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ [الآية: 5] 418
﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [الآية: 10] 418
﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [الآية: 6] 553
﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا ﴾ [الآية: 10] 534
﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [الآية: 29] 568
﴿ وَابْتَاعُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ [الآية: 6] 535، 539
534
﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [الآية: 6]
551
552 ،

- ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ [الآية: 114] 528
- ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ [الآية: 128] 594
- ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [الآية: 29] 597
- ﴿فَإِنْ أَسْنَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [الآية: 6] 534
- ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ فَأَرْضُوهُمْ مِنْهُ﴾ [الآية: 8] 798

سورة المائدة

- ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [الآية: 1] 715، 709، 706، 533، 512، 469، 230، 228، 222 820، 740
- ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ [الآية: 38] 756، 698
- ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ [الآية: 38] 698
- ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [الآية: 2] 294
- ﴿فَاعْرِضْنَا يَتِيمَهُمْ الدَّاءَ وَالْبَعْضَاءَ إِلَى يَوْمِ الْفَيْسَمَةِ﴾ [الآية: 14] 326
- ﴿وَأِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ يَأْتِزِلْ اللَّهُ﴾ [الآية: 49] 280
- ﴿أَوْءَاخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [الآية: 106] 322،
- ﴿ذَلِكَ أَتَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَةِ عَلَى وَجْهٍ أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانُ بَعْدَ آيَتِهِمْ﴾ [الآية: 108] 403

سورة الأنعام

- ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الآية: 152] 542، 538، 251، 121 552
- ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الآية: 141] 149
- 419،

سورة الأعراف

- ﴿﴾ [الآية: 189] 837
- ﴿اعْوِذْ بِاللَّهِ﴾ [الآية: 199] 378

سورة التوبة

- ﴿هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ﴾ [الآية: 33] 679

﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَعِيرٍ﴾ [الآية: 91] 653

سورة يوسف

﴿إِنْ كَانَتْ فَمِيسُهُ قَدْ مِنْ قُبْلِ فَصَدَقَتْ﴾ [الآية: 26] 378

﴿فَلَيْتَ فِي السَّجْنِ بِضَعِ سِنِينَ﴾ [الآية: 42] 426

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ أَعُوذُ﴾ [الآية: 72] 180

، 575

﴿الْأَشَقُّ لِلرُّوحِ الطَّالِقِ الْأَعْلَى﴾ [الآية: 78] 149، 138،

575

سورة الحجر

﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ﴾ [الآية: 30-31] 431

سورة النحل

﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجُلًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ فَتَتَلَوْا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [الآية: 43] 274، 148،

296

﴿جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾ [الآية: 72] 139

سورة الإسراء

﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الآية: 36] 397

سورة الحج

﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الآية: 7] 528

سورة النور

﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [الآية: 2]

..... 689

، 756

﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ [الآية: 48]

..... 147

، 243

﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [الآية: 4] 282، 279، 120،

349، 284

﴿وَلَا يُدْرِيكَ زِينَتُهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [الآية: 31] 555

سورة القصص

﴿وَلَا تَسْ نَصِيْبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾ [الآية: 77] 728

سورة الروم

﴿سُورَةُ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ الْمَدِیْنَةُ الْحَاقَّةِ الْاٰخِرَةُ الْاٰخِرَةُ الْاٰخِرَةُ الْاٰخِرَةُ﴾ [الآية: 21]

..... 139، 334، 35

330 ﴿سُورَةُ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ الْمَدِیْنَةُ الْحَاقَّةِ الْاٰخِرَةُ﴾ [الآية: 28]

سورة ص

271 ﴿فَاَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [الآية: 26]

سورة الشورى

646 ﴿وَحَرِّزُوا سَبِيحَةَ سَيِّدَتِهَا﴾ [الآية: 40]

..... ﴿اِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِيْنَ يَظْلِمُوْنَ النَّاسَ﴾ [الآية: 42]

665، 661، 648، 646

681، 693

سورة الزخرف

98 ﴿اِنَّا وَجَدْنَاهُ اَبَاءَنَا عَلَى اُمَّةٍ وَاِنَّا عَلَى اٰثَرِهِمْ مُّهْتَدُونَ﴾ [الآية:]

351 ﴿اِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ﴾ [الآية: 86]

سورة الأحقاف

837 ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الآية: 15]

سورة الحجرات

331 ﴿اَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اَتْقٰنَكُمْ﴾ [الآية: 13]

..... ﴿يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوا اِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ مِّنْ بَنِيْكُمْ فَتَبَيَّنُوْا﴾ [الآية: 6]

326 327 ،

سورة النجم

419 ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ اِنْ هُوَ اِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [الآية: 3، 4]

سورة الواقعة

431 ﴿اَعُوْذُ بِاللّٰهِ مِنَ الشَّيْطٰنِ الرَّجِیْمِ﴾ [الآية: 25-26]

سورة الممتحنة

..... ﴿اِنَّمَا يَهَيِّئُ اللَّهُ عَنِ الَّذِيْنَ قَتَلُوْكُمْ فِي الدِّیْنِ﴾ [الآية: 9]

148 844 ،

سورة التغابن

﴿إِن مِّنْ أَزْوَاجٍ لَّكُم مِّمَّنْ أَوْلَدْتُمْ عَنْ ذُلِّ لَكُمْ﴾ [الآية: 14]

139 334 ،

سورة الطلاق

﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنكُمْ﴾ [الآية: 2]..... 118، 293، 322، 330، 331، 340، 343، 345، 351،

408، 354

296 ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الآية: 2].....

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحات	الحديث
أ	
712	«ابتاع سراويلًا ثمنًا وقال للوازن أرجح له»
729	«أتحب أن يكونوا لك في البر سواء»
404	«أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم»
723	«أثاب على اللقحة»
752	«أجاز العمرى وأبطل الرقيى»
31	«أجاز شهادة الشاهد باليمين إذا كان عدلا مع يمين صاحب الحق»
729	«أجرت في صدقتك وردت وليدتك عليك الميراث»
637	«اجعله في حسان بن ثابت وفي أبي بن كعب»
738	«اجعلها في الأقربين»
600	«أحيا أرضا ميتة فهي له»
38	«أخروهن من حيث أخرهم الله تعالى»
231	«أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»
393	«أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»
244	«إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين نفسين فليسو بينهما»
12، 11، 10، 7، 6، 2، 1	«إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»
592، 588	«إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبّع»
408	«إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتي بشاهد»
543	«إذا بلغ الغلام خمسة عشر سنة كتب له وعليه وأحد منه الحدود»
48	«إذا جلس بين يدك الخصمان فلا تحكم حتى تسمع كلا منهما»
417، 83	«إذا رأيت مثل (هذه) الشمس، فاشهد وإلا فدع»
752	«إذا قال الرجل للرجل هذا لك حياتك فهو له حياته، فإذا مات رجعت إليه»
701	«إذا قطع السارق فلا غرم عليه»
762	«إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»
458	«أرضعيه خمس رضعات حتى يولج عليكن»
734	«اركبني فإن الحج من سبيل الله»
375	«الاسلام يعلو ولا يعلأ»
607	«اضطروهم إلى أضييق الطرق»
632، 633، 636، 637، 643، 645	«أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»

835	«أعمار أمتي بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجاوز ذلك»
32	«أقرني جبريل أن أقضي بالشاهد واليمين»
730، 729، 715	«أكل ولدك نحلته مثل ذلك، قال لا . قال فارجعه»
734	«أما العباس فله علي أمثالها»
753	«أمسكوا عليكم أموالكم ولا ترقبوا ولا تعمروا»
750	«إن ابني هذا سيد»
716	«إن أطيّب ما يكسب الرجل من كسبه، وإن من كسبه ولده»
680	«إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»
	«إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم عند وفاتكم»
808	«إن الله تعالى جعل لكل وارث قدراً معلوماً من التركة»
806، 811، 812، 817	«إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم»
103	«إن الله يبعث على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها»
232	«إن المسافر في ماله ونفسه لعلّ قلت»
31	«أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد»
202	«أن النبي ﷺ لما فتح خيبر، شارطهم على أن له بيضا وصفرا»
34	«إن أول من قضى بالشاهد واليمين معاوية رضي الله عنه»
15	«أن تجعل لله شريكا وهو خلقك»
369	«أن رجلين تداخيا بعيرا عند النبي ﷺ فأقام كل واحد منهما بينة على ذلك»
528	«أن رسول الله ﷺ استعار»
563	«أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وقال لغرمائه: ليس لكم إلا ذلك»
208	«أن رسول الله ﷺ ساقا أهل خيبر على النخل والكرم»
208	«أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على الشجر من ثمر وزرع»
467	«أن رسول الله ﷺ مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه لأهله»
208	«أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة»
523	«إن قتل زيد فالأمير جعفر بن أبي طالب من بعده»
395	«إن هذه الأقدام لبعضها من بعض»
720	«أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب»
760	«أنت أحق بأرض جارك»
716	«أنت ومالك لأبيك»
50، 12	«إنكم تختصمون إلي»
400، 37	«إنكن ناقصات عقل ودين»
11	«إنما أحكم بالظاهر والسرائر إلى الله تعالى جل اسمه»
764	«إنما الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»
50	«إنما أنا أحكم بالظاهر والله تعالى يتولى السرائر»
10	«إني أخطب الناس فأذكر لهم ذلك أفرضيتما، قالوا: نعم»
60	«أيتوني بأعلمكم»
689	«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»
567	«أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به»
572	«أيما رجل أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»
571	«أيما رجل باع متاعاً فأفلس المتاع»

7	«أيها الناشد غيرك الواجد»

ب

33، 41، 370، 386، 404، 495، 410	«البينة على المدعى واليمين على من أنكر»
798	«بين العبيد المعتقين في المرض»

ت

719	«تزوج المرأة لثلاث لدينها وجمالها ومالها»
66	«تزوج المرأة لثلاث لمالها وجمالها ودينها»
638	«تصدق بها ولا تكن لقاطا»
556	«تصدقن ولو من حليكن فتصدقن»
685	«تصدقوا بها على الأسارى»
563	«تصدقوا عليه، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه»
225، 222	«تفاوضوا فإنه أعظم للبركة»
487	«تلف حقك»
554	«تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها»
721	«تهادوا تحابوا»

ث

388	«ثلاثة لا ينظر الله إليهم: من حلف يمينا كاذبة بعد العصر»
807، 805	«الثلاث والثلاث كثير»

ج

758	«الجار أحق بدار الجار»
776، 758	«الجار أحق بسقبه»
760	«الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها إذا غاب إذا كان طريقهما واحدا»
545	«الجزية على كل من جرت عليه المواسي»
755	«جعل حبس الشفعة في الربع والخليط»
203	«جعل لهم سواقط النخل»

ح

748، 737، 729	«حبس الأصل وسبل التمرة»
561	«حبس في تهمة»
14	«الحدود كفارات لأهلها»
699	«حرمة مال الرجل كحرمة دمه»
615	«حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»

609	«حريم البئر أربعون ذراعاً»
619	«بين رجلين تنازعا جدار فجعله لمن إليه معاقد القمط»
389	«حلف جماعة فما كان يزيد على أن يقول له قل: بالله الذي لا إله إلا هو»
115، 2	«الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله ﷺ»

خ

558	«خذوا ما معه فليس لكم غيره»
45، 12	«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»
393	«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»
659، 655، 499، 498	«الخراج بالضمان»
759	«الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره»
738	«خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»
390	«خير المجالس ما استقبل به القبلة»

د

395	«دخل علي رسول الله ﷺ وأسارير وجهه تبرق، وروى أنها قالت: أعرف السرور في وجهه»
712	«دعوه فإنه يوشك أن يأتي صاحبه»
416	«دفع إلى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب ويتبع ما فيه»

ذ

751	«ذلك أبعد»

ر

718، 717، 709	«الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»
59	«رجم يهوديين زنيا بشهادة اليهود»
551	«رخص لولي اليتيم أن يأكل بالمعروف»
72	«رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه»
441	«رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم»
547	«رفع القلم عن ثلاثة فذكر الصبي حتى يبلغ»
818	«رفع القلم عن ثلاثة فذكر الصبي حتى يحتلم، والمجنون والنائم»
56، 20	«رفع القلم عن ثلاثة»
625	«رفع القلم عن ثلاثة»
486	«الرهن بما فيه»
466	«رهن درعه على شعير أخذه لأهله»
474، 466	«الرهن مخلوب ومركوب»

497	«الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»
466	«الرهن ممن راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»

ز

579 ، 578، 576، 575 586، 585،	«الزعيم غارم»

س

202	«ساقا أهل خيبر على النخل بجزء معلوم وقال: نقركم ما أقركم الله ونخرجكم إذا شئنا»
207	«ساقا أهل خيبر على ما فيها من شجر وزرع»
634	«سئل عن ضالة الغنم فقال: هي لك ولأخيك أو للذئب»

ش

34	«شاهدك أو يمينك»
383، 364	«شاهدك أو يمينه»
773	«الشريك أحق بسقيه»
763	«الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»
796	«الشريك شفيع»
797	«الشفعة في كل شرك»
780	«الشفعة في كل شركة ربع أو حائط»
763، 754	«الشفعة في كل شركة»
779	«الشفعة في كل شريك»
798، 781، 755	«الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»
770، 766، 754، 762 796	«الشفعة فيما لم يقسم»
771	«الشفعة كنشطة العقل، إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها»
771	«الشفعة لمن واثبها»

ص

597، 595، 594	«الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»

ط

648	«طعام بطعام وصحفة بصحفة»

ع

603	«عادت الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»
528	«العارية مؤداة»
529	«عارية مؤداة أم عارية مضمونة، فقال: بل مؤداة»

606، 604	«العباد عباد الله والأرض أرض الله، فمن أحيأ أرضاً ميتة فهي له»
640	«عرفها سنة فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه»
675، 660، 531، 486، 700، 696، 686	«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»

ف

420	«فإذا قالوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»
64	«فاطمة بضعة مني يربيني ما يربينا»
641	«فإن جاء أحد يخبرك بعثتها ووعاها فادفعها إليه»
53	«فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا»
558	«فباع رسول الله ﷺ ماله عليه حتى قضى دينه من ذلك»
633	«فقال خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»
637	«فكلها فإنك ذو حاجة إليها»
609	«فلم ابتعني الله إذن؟. إن الله لا يقدر أمة لا يؤخذ لضعيفها من قويا حق»
702	«فمن امتنع من أداء الزكاة فإننا آخذوها وشرط ماله عزمة من عزمات ربنا»
582	«فهل على صاحبكم من دين»

ق

780	«قال الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»
68	«قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»
732	«قبل الله صدقتك وعادت إليك ميراثاً»
412	«قبل قول القابلة»
731	«قد جعل الله لهن سبيلاً»
740	«قد كنت أهديت للنجاشي أواق من مسك وحلة»
798	«قسم الغنائم بين الغانمين»
2	«القضاة ثلاثة»
756	«قضى بالشفعة فيما لم يقسم»
31	«قضى باليمين مع الشاهد»
444	«قولوا الحق ولو على أنفسكم»
447	«قولوا الحق ولو على أنفسكم»

ك

421	«كان رسول الله ﷺ يحذرنا المحقرات ويقول: إن لها من الله طالبا»
422	«كان لا يقطع في التافه وكان يقطع في ربع دينار»
6	«كان يقضي في المسجد»
228، 225	«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»
798	«كل ما أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية»
528	«كل معروف صدقة»

533	«كل معروف صدقة»
821	«كل معروف صدقة»
ل	
396	«لا أدري بأي الأمرين أسر، بقدم جعفر أو بفتح خير»
728	«لا تتبعه ولوبا عكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»
729	«لا تبعه وإن باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»
74	«لا تقبل شهادة بدوي على قروي»
73	«لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»
72	«لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي غمر على أخيه»
77، 76، 75، 70، 65	«لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»
731	«لا حبس بعد الفرائض»
613	«لا حمى إلا لله ولرسوله»
797	«لا شفعة لنصراني»
697، 621، 616، 610	«لا ضرر ولا ضرار»
800، 787، 786	«لا ضرر ولا ضرار»
234	«لا ضمان على المودع»
514	«لا عتق فيما لم يملك ابن آدم»
701	«لا غرم على السارق بعد القطع»
27	«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»
409	«لا نكاح إلا بولي وشاهدين»
826	«لا وصية لقاتل»
443	«لا وصية لوارث ولا إقرار»
845، 825	«لا وصية لوارث»
695	«لا يأخذ أحدكم مال أخيه جادا ولا هازلا»
719	«لا يجز لأحد أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع فيها إلا الأب»
554	«لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن زوجها»
615، 569، 518، 394، 662، 661، 638، 635، 672، 670	«لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»
502، 498، 484	«لا يغلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»
466	«لا يغلق الرهن»
38	«لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»
738	«لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج»
635	«لا يكتنمها ولا يغيبها»
82	«لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال»
615	«لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبته على جداره»
644	«لا ينفر صيدها ولا يختل خلاها ولا يعضد شجرها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد»
204	«لا بعثن غدا رجلا يحبه الله ورسوله يكون الفتح على يديه»
205	«لحقوه فأنتم أخبر بأمر دنياكم وأنا أخبر بأمر دينكم»

15	«لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ما تقدم من ذنبه»
545	«لقد حكمت بحكم الله تعالى من سبعة أرقعة»
724	«لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي»
542	«اللهم علمه التأويل»
410، 378، 364، 46 620	«لو أعطي الناس بدعواهم، لادَّعى قوم دماء قوم وأموالهم»
10	«لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها»
561	«يَا الواحد يحل عرضه وعقوبته»
529	«ليس على المستعير ضمان»
698، 696، 678، 677	«ليس لعرق ظالم حق»
787	«ليس لعرق ظالم حق»
603	«ليس للمراء إلا ما طابت به نفس إمامه»
10	«لثلاثا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه»

م

596، 227، 222	«المؤمنون على شروطهم»
533، 512، 469، 226	«المؤمنون عند شروطهم ولكل مسلم شرطه»
612	«ما أطعم الله نبيا طعمة إلا وأطعمها لمن بعده»
728	«ما الصدقة ليومها»
804	«ما حق امرئ له مال وله وارث يريد أن يوصي فيه»
375	«ما من مولود يولد إلا على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه»
596	«ما وقي المؤمن به عرضه فهو صدقة»
633	«مالك وما لها معها غذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر»
43	«المسلمون على شروطهم»
589	«مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»
588، 178	«مطل الغني ظلم وإذا أحيى أحدكم على مليء فليتبع»
601	«من أحاط حائط على أرض فهي له»
607، 605	«من أحيى أرضا ميتة فهي له»
649	«من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد»
719	«من أعطى عطية أو وهب هبة فلا رجوع»
722	«من أعطى عطية أو وهب هبة فله الرجوع بها ما لم يثب عليها»
751	«من أعمر عمرئ له ولعقبه فإنها للذي أعمرها لا ترجع إلى الذي أعمرها»
180	«من أكل برقية باطل، فقد أكلت برقية حق»
545	«من أنبت جعل في المقاتلة ومن لم ينبت جعل في الذراري»
564	«من أنظر معسرا إلى يساره أظله الله تعالى في ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله»
564	«من أنظر معسرا إلى يساره أنظره الله بذنبه إلى توبته»
569	«من باع سلعة فأفلس المبتاع، فالبائع أسوة الغرماء، سواء قبض ذلك أو لم يقبضه»
601	«من باع عبدا وله مال فإله للبائع»
601	«من باع نخلا قد أبرت»
601	«من بدل دينه فاقتلوه»

783	«من ترك مالا فلورثته»
42	«من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله»
385	«من حلف على منبري ليقطع به مال امرئ مسلم لقي الله تعالى»
385	«من حلف عند منبري هذا على يمين كاذبة ولو على سواك من أراك»
601	«من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»
244	«من دعي إلى حاكم من الحكام فلم يجبه فلا حق له»
182	«من رد أبقا فله أربعون درهما»
182	«من رد أبقا، فله جعله»
498	«من رهن دابة فعليه نفقتها وله حلبها ودرها»
605، 602	«من سبق إلى إلى ماله يسبق إليه مسلم فهو له»
702	«من سرق من حريسة جبل شيئا فعليه مثلاه وجلدات نكالا»
404	«من طلب طلبه بلا بينة فإن المطلوب أولى باليمين من الطالب»
667	«من غصب شبرا من الأرض طوق بسبع أراضين»
702	«من غل من الغنيمة شيئا أحرق عليه رحله»
694	«من قتل عبده قتلناه»
216	«من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه»
693	«من مثل بعبده عتق عليه»
610	«من منع فضل الماء منع الله يوم القيامة من فضل رحمته»
563	«من نظر معسرا غفر له»
695	«من وجد عين ماله فهو أحق به»
721، 715	«من وهب هبة وأعطى عطية فلا رجوع له»
57	«من يضرب عنق الفاسق»
731	«منع سعدا أن يوصي بماله كله إبقاء على ورثته»
606	«موتان لله ولرسوله ثم هي الأرض لكم مني»

ن

614، 610	«الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار»
521	«نهى رسول الله ﷺ عن غلق الرهن»
224، 223، 226، 206، 580، 576، 228	«نهى عن الغرر»
696	«نهى عن القيل والقال وإضاعة المال»
206	«نهى عن المخابرة»
217	«نهى عن أن تستأجر الأرض ببعض مما يخرج منها»
691	«نهى عن ذبح الحيوان إلا ليأكله».
216	«نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها»
611	«نهى عن منع فضل الماء»

و

456	«الولاء لحمه كلحمه النسب»
457	«الولد للفراش وللعاهر الحجر»

ي

816	«يعطى السدس»
368	«اليمين على المدعى عليه»
405	«اليمين على المدعى واليمين على من أنكر»
773	«ينتظر بها إذا كان غائبا»

فهرس الآثار

فهرس الآثار

الصفحة	راويہ	الأثر
أ		
551	عمر	اتجروا في أموال اليتامى لثلا تأكلها الزكاة
404	عمر	أتحلف وتحرج، فقال المدعى عليه أحلف
650	عمر وعلي	اجتمعا على أن على عين الدابة ربع قيمتها
206	عبد الرحمن بن عوف	اجعل لهم نصفه على وجه المضاربة
204	عمر	أجلاهم إلى الشام لما سحروا ابنه عبد الله
592	علي	اخترت علينا غيرنا أبعدك الله
391	ابن مسعود	أخذ بأرض الحبشة فصانع عن نفسه بدينارين
632	عمر	أرسله حيث وجدته
457	عبد بن زمعة	أسلمت أختي فحملتها وودت أني أسلمت حين أسلمت،
542	ابن عباس	أشده ثمان عشرة سنة
315	عمر	ألا إن أسيف جهيئة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فدان معرضا فأصبح قدرين به وأنا بايعوا ماله، فمن كان له عليه دين فليحضر فإننا قاسموا ماله بين غرمائه
560	عمر	ألا إن أسيف جهيئة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فدان معرضا فأصبح قدرين به، فإننا بايعوا ماله، فمن كان له عليه حق فليأتنا
191	عمر	الأمر لا يعدوا واحدا من هؤلاء الستة
242	علي	إن الخصومات تقتحمها الشياطين وأنا أكره أن أحضرها
303	الزهري	إن أول من قضى بالشاهد واليمين معاوية رضي الله عنه
252	ابن مسعود	أن رجلا أوصى إلى رجل وكان فيها خلف دابة فأراد أن يشتريها،
583	جابر بن عبد الله	أن رجلا توفي فغسلناه وكفنناه

204	عبد الله بن رواحة	إن شئتم فخذوا وعليكم الضمان، وإن شئتم أخذت ولكم علي الضمان
727	أبو بكر	انخلع من جميع ماله
537	عبد الله بن جعفر	أنه اشترى أرضا سبخة ببال عظيم، غبن فيها، فقال له علي : قم لأحجر عليك
734	عمر	أنه أصاب مائة سهم
741	عمر	أنه تصدق بصدقة فأمسكها في يده إلى أن مات
741	علي	أنه حبس بستانا فأمسكه في يده
391	عثمان	أنه خاصمه يهودي إلى عمر رضي الله عنه فادعى عليه أربعة آلاف درهم
546	عمر	أنه ذكر له غلام شيب في امرأة، فقال يكشف عن مؤترره فإن أنبت عاقبته
397	أنس بن مالك	أنه شك في ابن له فدعا له بالقافة
385	علي	أنه قال لرجل حلف بالطلاق، فقال لامرأته: حبلك على غاربك، فحلف بالله على المنبر ما أردت الطلاق
286	عمر	أنه قبل شهادة الصبيان في الجراح و القتل
287	علي	أنه كان يأخذ بأول شهادة الصبيان
287	معاوية بن أبي سفيان	أنه كان يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ما لم...
422	عبد الرحمن بن عوف	أنه مر برجل يحلف عند المقام، فقال: أعلى عظيم من المال، وإني أخشى أن يتهاون الناس في هذا المكان
730	فاطمة	أنها وقفت
241	طلحة بن عبيد الله وعلي	أنهما تنازعا في صغير أحدهما فوكل علي عقيلا، وقال هذا عقيلا، فما قضي به عليه فعلي وما قضي له فلي
276	عثمان وعلي	أنهما كانا يحكما في المسجد

ب

385	أبو بكر	بعث عامله باليمن مهاجر بن أمية، أن ابعث إلي بقيس بن مكشوح ليحلف عند منبر رسول الله ﷺ
730	عثمان	بئر رومة، وقال: دلوي فيها كوافد من دلاء المسلمين

ت

312	عمر وأبي بن كعب	تحاكمها إلى زيد بن ثابت، وتوجهت اليمين على عمر فحلف

ج

732	شريح	جاء محمد بإطلاق الوقف الذي كان في الجاهلية السائبة والوصيلة والحام
732	شريح	جاء محمد عليه السلام بإطلاق الحبس
732	شريح	جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس
757	علي وابن مسعود	الجار أولى بسقبه
537	عثمان	جواز الحجر على الكبير

ح

730	علي	حفر بئرا في ضيعة له فخرج ماؤها أعذب ما يكون، فقال بشر الوارث ودفعها فيها
583	أنس بن مالك	الحمد لله الذي يمسك السماء أن تقع على الأرض، فقالوا: يا أبا حمزة حدثنا بحديث ينفعنا الله به

ر

386	عبد الرحمن بن عوف	رأى قوما يحلفون على المقام فقال، أعلى دم أم على مال عظيم، لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام
546	عثمان	رفع إليه غلام سرق، فقال يكشف عن مؤثره فإن أنبت قطعته
488	زيد بن ثابت	الرهن أمانة
488	علي	الرهن أمانة
487	عمر	الرهن مضمون بأقل القيمتين
487	علي	الرهن مضمون بكامل قيمته

س

277، 244	عمر	سَوَّيْنِ الناس في لحظك ومجلسك

ش

321	علي	شاهدك زوجاك

ط

385	عثمان	طولب بذلك في يمين توجهت عليه فافتدى ولم يحلف

ع

544	ابن عمر	عرضت على رسول الله ﷺ عام أحد فردي وكان لي أربع عشرة سنة
544	سمرة بن جندب	عرضت على رسول الله ﷺ فردي وأجاز أبا رافع

ف

818	عمر	فأجاز عمر وصيته
397	عمر	فدعا القافة فألحقاه بها جميعا
552	أبو بكر	فراه عمر رضي الله عنه ، فجمع المهاجرين والأنصار
398	عمر	فكتب إليه، هو بينهما يرثهما ويرثانه، وإن مات أحدهما ورثه

ق

182	ابن مسعود	قضى به في رد إياق من القوم أربعون درهما

ك

707	أبو بكر	كان لا يضحى خوفا أن لا يظن الناس أن ذلك واجب،
577	ابن عمر	كان له علي دين فطالبه به، فتكفلت به أم كلثوم أخت علي

287	عبد الله بن الزبير	كان يميز شهادة الصبيان بينهم في الجراح
385	أبو بكر وعمر	كانا يستحلفان الناس عند منبر رسول الله ﷺ
234	عائشة وابن عمر وجماعة	كانوا يستسلفون أموال اليتامى في حجورهم
186	عمر وعثمان وعلي	كثير من الصدر الأول فعلوا ذلك
216	رافع بن خديج	كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ

ل

546	عمرو بن العاص	لا أسهم لمن يبلغ الحلم
323	عمر	لا أعرفكما ولا يضركما أن لا أعرفكما
443	عمر	لا إقرار لو ارث
741	عمر	لا تتم النحلة إلا أن يجوزها المنحول له
819	ابن عباس	لا تصح وصية الصبي
783	علي	لا شفعة في بئر ولا فحل نخل
757	عمر وعثمان	لا شفعة للجار
729	عمر	لا بيع ولا يوهب ولا يورث
310	علي	لا يحلف المدعى إلا بعد أن يسأله عن المخالطة والمعاملة
405	عمر	لقد أنصفك، فلم يحلف عثمان
274	عمر	لما مات جعل الأمر شورى في ستة، فأخرج عبد الرحمن بن عوف نفسه من الأمر وجعلوا ذلك إليه
358	علي	لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما به
280	أبو بكر	لو رأيت رجلا على حد من حدود الله عز وجل ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة

م

808	ابن مسعود	ما حق امرئ يموت ولا وارث له إلا أن يتم بأهل همدان، فمن مات ولا وارث له فليضع ماله حيث يشاء
808	ابن مسعود	من مات ولا وارث له فليضع ماله حيث يشاء
719	عمر	من وهب هبة أو أعطى عطية لغير ذي رحم محرم فله الرجوع

ن

707	أبو بكر	نحل عائشة رضي الله عنها جدادا عشرين وسقا من الغلة
760	عروة	نزل الطلاق موافقا لطلاق الأعشى

هـ

295	سفيان بن عيينة	هو ما يدفع الله تعالى بالشهود من التجاحد والتظالم

و

537	عائشة	والله لا كلمته أبدا
718	ابن عباس	وإن القيء حرام
345	عثمان	ودت الزانية أن النساء زين
731	أبو الدرداء	وقف أبو الدرداء إخراج بئراء
730	أبو بكر	وقف دارا بمكة
676	عمر	ولوهم بيعها وخذوا منهم العشر من أثمانها

ي

612	عمر	يا هُني، اضمم جناحك للمسلمين وإياك ودعوة المظلوم فإنها مجابة

فهرس الأشعار

فهرس الأشعار

الصفحة	البيت
	ب
2	إِذَا أَسَكَتَ الْمُحْتَجُّ كُلَّ مُنَاطِرٍ فَعِنْدَ ابْنِ نَصْرٍ نَجْدَةٌ بِجَوَابِ وَمَا أَنَا إِلَّا قَطْرَةٌ مِنْ سَحَابِهِ وَلَوْ أَنِّي صَنَنْتُ أَلْفَ كِتَابِ
89	أَنَا ذَاكَ الصَّدِيقُ لَكِنْ قَلْبِي عِنْدَ قُرْبِ الدِّيَارِ لَيْسَ بِقُرْبِ فَانْتَفَعْنَا بِقُرْبِكُمْ ثُمَّ لَا لَوْ مَ عَلَيْكُمْ وَإِنَّمَا الذَّنْبُ ذَنْبِي أَنَا فِي خُطَّةٍ وَأَسْأَلُ رَبِّي فِي خَلَاصٍ مِنْ شَرِّهَا ثُمَّ حَسْبِي
	د
100	أَتُبْكِي عَلَى بَغْدَادَ وَهِيَ قَرِيبَةٌ فَكَيْفَ إِذَا مَا أَزْدَدَتْ عَنْهَا غَدًا بَعْدًا لَعَمْرُكَ مَا فَارَقْتُ بَغْدَادَ عَنْ قَلْبِي لَهَا أَنْ وَجَدْنَا لِلْفِرَاقِ بِهَا بُدًّا إِذَا ذَكَرْتُ بَغْدَادَ نَفْسِي تَقْطَعُ مِنَ الشَّوْقِ أَوْ كَادَتْ تَمُوتُ بِهَا وَجَدًا كَفَى حَزَنًا إِنْ رُمْتُ لَمْ أَسْتَطِعْ لَهَا وَدَاعًا وَلَمْ أُحْدِثْ لِشَاطِئِهَا عَهْدًا
132	بَنُونَا بَنُوا أَبْنَانَنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ
99	لَا تَطْلُبَنَّ مِنَ الْمَحْبُوبِ أَوْلَادًا وَلَا الشَّرَابَ لِتَسْقِيَ مِنْهُ وَرَادًا وَمَنْ يَرُومُ مِنَ الْأَرْدَالِ مَكْرُمَةً كَمَنْ يُؤْتَدُ فِي الْأَثْبَانِ أَوْ تَادًا
100	وَنَائِمَةٌ قَبْلَتْهَا فَتَبَّهَتْ وَقَالَتْ تَعَالُوا فَاطْلُبُوا اللَّصَّ بِالْحَدِّ فَقُلْتُ لَهَا إِنِّي فَدَيْتُكَ غَاصِبٌ وَمَا حَكَمُوا فِي غَاصِبٍ بِسَوَى الرَّدِّ خَذِيهَا وَحُطِّي عَنْ أَثِيمِ ظُلَامَةٍ وَإِنْ أَنْتِ لَمْ تَرْضِي فَالْفَاءُ عَلَى الْعَدِّ

الصفحة	البيت
100	فَقَالَتْ قِصَاصُ يَشْهَدُ الْعَقْلُ أَنَّهُ فَبَاتَتْ يَمِينِي وَهِيَ هَمِيَانُ خَصَرِهَا فَقَالَتْ أَلَمْ أُخْبَرْ بِأَنَّكَ زَاهِدٌ عَلَى كَبِدِ الْجَانِي أَلَدُّ مِنَ الشَّهْدِ وَبَاتَتْ يَسَارِي وَهِيَ وَاسِطَةُ الْعَقْدِ فَقُلْتُ: بَلَى مَا زِلْتُ أَزْهَدُ فِي الزُّهْدِ
99	وَالْمَالِكِيُّ بْنُ نَضْرٍ زَارَ فِي سَفَرٍ إِذَا تَفَقَّهَ أَحْيَا مَالِكًا جَدَلًا بِلَادِنَا فَحَمَدْنَا النَّأْيَ وَالسَّفَرَا وَيَنْشُرُ الْمَلِكُ الضَّلِيلَ إِنْ شَعُرَا
99	طَلَبْتُ الْمُسْتَقَرَّ بِكُلِّ أَرْضٍ وَنَلْتُ مِنَ الزَّمَانِ وَنَالَ مِنِّْي أَطَعْتُ مَطَامِعِي فَاسْتَعْبَدْتَنِي فَلَمْ أَرَلِي بِأَرْضٍ مُسْتَقَرًّا فَكَانَ مَنَالُهُ حُلُوءًا وَمُورًا فَلَوْ أَنِّي قَنَعْتُ لَكُنْتُ حُرًّا
90	سَلَامٌ عَلَى بَعْدَادَ فِي كُلِّ مَوْطِنٍ فَوَاللَّهِ مَا فَارَقْتُهَا عَنْ قَلْبِي بِهَا وَلَكِنَّهَا ضَاقَتْ عَلَيَّ بِأَسْرِهَا وَكُنْتُ كَخِلِّ كُنْتُ أَهْوَى دُنُوهُ وَحُقَّ لَهَا مِنِّْي سَلَامٌ مُضَاعَفٌ وَإِنِّي بِشَطْطِي جَانِبِيهَا لَعَارِفٌ وَلَمْ تَكُنِ الْأَرْزَاقُ فِيهَا تُسَاعَفُ وَأَخْلَاقُهُ تَنَأَى بِهِ وَتُخَالَفُ
759	أَجَارْتَنَا بَيْنِي فَإِنَّكَ طَالِقَهُ أَجَارْتَنَا بَيْنِي فَإِنَّكَ طَالِقَهُ وَبَيْنِي فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا حَبَسْتُكَ حَتَّى لَا مَنِي النَّاسُ كُلُّهُمْ وَدُوقِي فَتَى حَيٍّ فَإِنِّي ذَائِقُ لَقَدْ كَانَ فِي نَسْلِ قَوْمِكَ مَنَكْحُ وَمَوْمُوقَةٌ مَا كُنْتُ فِينَا وَوَامِقَهُ كَذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادَ وَطَارِقَهُ وَأَنْ لَا تَزَالِي فَوْقَ رَأْسِكَ بَارِقَهُ وَخَفْتُ بِأَنْ تَأْتِيَ لَدَيَّ بِبَائِقَهُ فَتَاةٌ لَحْيٍ مِثْلَ مَا أَنْتَ ذَائِقَهُ وَفَتْيَانٌ هَزَانُ الطُّوَالِ الْغَرَانِقَهُ

البيت	الصفحة
بغدادُ دارٌ لأهل المال واسعةٌ أصبحتُ فيها مضاعاً بين أظهرهم	99
وللصّعليك دارُ الضّنك والضيق كأنني مصحفٌ في بيت زنديق	
ي	
وقائلة لو كان وذك صادقاً يقيمُ الرجالُ المُوسرون بأرضهم	90
وما هجروا أوطانهم عن ملالةٍ ولكن حذاراً من شِمات الأعدايا	
خليلي في بغداد هل أنتماليا	100
على العهد مثلي أم غدا العهد باليا	
متى تصل العطاش إلى ارتواء ومن يثني الأصغر عن مُراد	90
وإن ترفع الوضعا يوماً إذا استوت الأسافل والأعالي	
إذا استتت البحار من الركايا وقد جلس الأكابر في الزوايا	
على الرفعاء من إحدى البلايا فقد طابت منادمة المَنايا	

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

١

العلم	الصفحة
ابن الأثير	89
إبراهيم بن هلال السجلماي	105
أبي بن كعب	636، 301
ابن أبي ذئب	125
أحدب	73
أحمد ابن حنبل	369، 331، 299، 296، 228، 286، 202، 195، 82، 112، 125، 796، 754، 726، 638، 614، 565، 544، 498، 484، 395
أحمد بن المعذل	585، 114، 6
ابن أبي زيد	38، 37، 36، 35، 34، 33، 32، 31، 30، 29، 15، 11، 9، 8، 7، 56، 55، 54، 53، 52، 50، 48، 47، 46، 44، 42، 41، 40، 39، 168، 105، 104، 90، 70، 69، 68، 67، 66، 64، 60، 58
ابن الأعرابي أحمد بن محمد بن زياد	31
الأعشى	759
أبو إسحاق الشيرازي	160، 103، 97، 80، 87، 72
إسحاق بن راهوية	331، 369، 296، 228، 202، 112
أسد بن الفرات	63، 38
إسماعيل بن إسحاق	797
أسيف جهينة	559، 315
أشهب بن عبد العزيز	835، 796، 493، 309، 834، 402، 358، 117، 113، 67، 60، 844، 841، 840، 838
الأشيري	47
ابن أبي ليلى	790، 306، 188، 169
أنس بن مالك	730، 582، 486، 397

الأصمعي	838 ، 837
الأوزاعي	395

ب

البراذعي	46
ابن بسام	105 ، 103
ابن بشكوال	34
ابن بكير	65
بكر بن محمد بن العلاء أبو الفضل القشيري	32
أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الخولاني	32
أبو بكر أحمد بن علي الجصاص	73
أبو بكر الأبهري = القاضي	25 ، 32 ، 61 ، 64 ، 80 ، 73 ، 109 ، 118 ، 179 ، 418 ، 436 ، 708 ، 813 ، 742 ، 841
أبو بكر الخطيب البغدادي	86 ، 87
أبو بكر الصديق	301 ، 552
أبو بكر الصياد : محمد بن أحمد	82
أبو بكر الوراق	25
أبو بكر بن العربي	88
أبو بكر بن المنذر	761
أبو بكر بن سابق الصَّقلي	102 ، 162
أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني الأشعري	34 ، 73 ، 72 ، 81 ، 82 ، 105
بقيس بن مكشوح	385
بهاء الدولة	70

ت

تاج الدين السبكي	70 ، 100
التجيبى الحصار	33

ث

632	ثابت بن الضحاك
796 ، 747	الشوري
331	أبو ثور

ج

369 ، 302	جابر بن عبد الله
396	جعفر بن أبي طالب
25	ابن الجلاب
82	ابن جُمَيْع، محمد بن أحمد الصيداوي

ح

83 ، 73	أبو حامد الإسفرائيني
71	الحاكم بأمر الله العبيدي
840 ، 839 ، 638	ابن حبيب
650	الحجاج بن أرطاة
31	ابن الحجام
105	ابن حجر
105	ابن حزم الظاهري
555 ، 345	الحسن البصري
105 ، 40	الحطاب
34	أبو الحسن الدارقطني
178	أبو الحسن القاسبي
70	أبو الحسن القلصادي
87	أبو الحسن المحاملي
89	أبو الحسن المرسي، يحيى بن إبراهيم بن البيان

85	أبو الحسن بن الصلت المجبر
624 ، 424 ، 418 ، 179 ، 177 ، 171 ، 109 ، 99 ، 25 ، 80 ، 83	أبو الحسن بن القصار = القاضي
77	أبو الحسن محمد علي بن نصر
543	أبو الحسين الجبائي
79	أبو حفص بن شاهين
112 ، 131 ، 147 ، 148 ، 153 ، 159 ، 165 ، 171 ، 172 ، 173 ، 182 ، 187 ، 190 ، 192 ، 193 ، 194 ، 200 ، 202 ، 208 ، 213 ، 216 ، 220 ، 221 ، 222 ، 225 ، 226 ، 227 ، 228 ، 230 ، 233 ، 234 ، 240 ، 241 ، 242 ، 247 ، 249 ، 252 ، 255 ، 258 ، 261 ، 263 ، 266 ، 268 ، 269 ، 271 ، 273 ، 275 ، 278 ، 282 ، 286 ، 294 ، 296 ، 300 ، 305 ، 307 ، 309 ، 310 ، 311 ، 314 ، 319 ، 323 ، 327 ، 331 ، 335 ، 344 ، 345 ، 350 ، 351 ، 356 ، 358 ، 360 ، 365 ، 366 ، 367 ، 369 ، 373 ، 374 ، 376 ، 377 ، 385 ، 393 ، 395 ، 403 ، 408 ، 411 ، 414 ، 417 ، 418 ، 424 ، 431 ، 432 ، 437 ، 439 ، 340 ، 342 ، 426 ، 441 ، 442 ، 443 ، 447 ، 456 ، 463 ، 464 ، 469 ، 471 ، 475 ، 479 ، 484 ، 494 ، 497 ، 499 ، 503 ، 508 ، 512 ، 518 ، 519 ، 520 ، 522 ، 523 ، 525 ، 527 ، 529 ، 533 ، 534 ، 536 ، 539 ، 541 ، 542 ، 545 ، 551 ، 553 ، 554 ، 555 ، 558 ، 562 ، 567 ، 575 ، 579 ، 581 ، 582 ، 584 ، 586 ، 588 ، 589 ، 600 ، 594 ، 604 ، 606 ، 608 ، 612 ، 613 ، 616 ، 617 ، 619 ، 621 ، 626 ، 624 ، 628 ، 629 ، 631 ، 635 ، 639 ، 641 ، 642 ، 643 ، 644 ، 648 ، 650 ، 653 ، 657 ، 660 ، 665 ، 667 ، 668 ، 672 ، 676 ، 681 ، 683 ، 686 ، 687 ، 691 ، 693 ، 697 ، 706 ، 709 ، 711 ، 717 ، 721 ، 729 ، 734 ، 747 ، 748 ، 749 ، 750 ، 752 ، 754 ، 763 ، 766 ، 770 ، 774 ، 780 ، 782 ، 783 ، 785 ، 787 ، 790 ، 792 ، 794 ، 795 ، 796 ، 802 ، 805 ، 809 ، 811 ، 813 ، 815 ، 817 ، 819 ، 820 ، 821 ، 822 ، 823 ، 824 ، 825 ، 828 ، 830 ، 832 ، 837 ، 842 ، 845 ، 847 ، 848	أبو حنيفة

خ

571 ، 125	ابن خلدة الزرقي
96 ، 93 ، 71 ، 46	ابن خلدون
76	ابن خلكان
33	الخوارج
97 ، 46	ابن خير

د

80	الدارقطني

796، 347، 333، 331	داود بن علي
46، 30	الدباغ
727	أبو الدحداح
730	أبو الدرداء

ذ

81	أبو ذر الهروي
106، 86، 82، 76	الذهبي

ر

98، 69، 41	ابن رشد الجد
110، 105	الراعي الأندلسي
216، 206	رافع بن خديج
735، 39، 136، 300	ربيعة بن أبي عبد الرحمن

ز

99	الزركشي
30	زروق
432	زفر
488، 404، 129	زيد بن ثابت
635، 128	زيد بن خالد الجهني
32	أبو زيد محمد بن أحمد بن عبد الله المروزي

س

79	ابن سبتك
665، 379، 376، 219، 210، 178، 60، 48، 47، 38	سحنون بن سعيد
759، 151	أبو سعيد الخدري

545	سعد بن معاذ
31	سعدون بن أحمد أبو عثمان الخولاني
755 ، 692 ، 591 ، 555 ، 123	سعيد بن المسيب
295	سفيان بن عيينة
123	سلمة بن عبد الرحمن
601 ، 544	سمرة بن جندب
404	سهل بن أبي حيثمة
106 ، 101 ، 100 ، 92 ، 91	السيوطي

ش

112 ، 116 ، 125 ، 131 ، 147 ، 148 ، 149 ، 150 ، 158 ، 161 ، 165 ، 168 ، 171 ، 172 ، 173 ، 182 ، 190 ، 192 ، 194 ، 202 ، 208 ، 210 ، 213 ، 215 ، 216 ، 219 ، 221 ، 223 ، 226 ، 228 ، 231 ، 232 ، 233 ، 235 ، 240 ، 241 ، 242 ، 247 ، 249 ، 252 ، 255 ، 258 ، 261 ، 263 ، 265 ، 266 ، 269 ، 273 ، 275 ، 278 ، 282 ، 286 ، 294 ، 296 ، 299 ، 300 ، 305 ، 306 ، 309 ، 310 ، 312 ، 314 ، 318 ، 323 ، 327 ، 331 ، 335 ، 340 ، 342 ، 345 ، 350 ، 351 ، 352 ، 355 ، 356 ، 357 ، 358 ، 361 ، 365 ، 366 ، 369 ، 373 ، 374 ، 376 ، 377 ، 381 ، 384 ، 385 ، 386 ، 387 ، 388 ، 389 ، 390 ، 391 ، 392 ، 393 ، 395 ، 400 ، 401 ، 403 ، 409 ، 411 ، 412 ، 414 ، 417 ، 418 ، 420 ، 424 ، 426 ، 427 ، 428 ، 431 ، 432 ، 437 ، 439 ، 441 ، 442 ، 443 ، 447 ، 451 ، 453 ، 456 ، 464 ، 471 ، 475 ، 479 ، 484 ، 486 ، 487 ، 494 ، 497 ، 499 ، 500 ، 504 ، 508 ، 512 ، 518 ، 519 ، 520 ، 523 ، 525 ، 526 ، 529 ، 533 ، 534 ، 539 ، 542 ، 548 ، 551 ، 553 ، 554 ، 555 ، 558 ، 566 ، 571 ، 572 ، 575 ، 579 ، 581 ، 582 ، 586 ، 588 ، 589 ، 592 ، 594 ، 599 ، 599 ، 600 ، 604 ، 606 ، 612 ، 613 ، 614 ، 616 ، 617 ، 619 ، 620 ، 624 ، 626 ، 628 ، 629 ، 631 ، 633 ، 635 ، 642 ، 643 ، 644 ، 650 ، 652 ، 653 ، 657 ، 660 ، 665 ، 668 ، 672 ، 676 ، 678 ، 681 ، 683 ، 686 ، 687 ، 691 ، 693 ، 697 ، 700 ، 706 ، 709 ، 711 ، 715 ، 716 ، 717 ، 724 ، 729 ، 734 ، 740 ، 748 ، 749 ، 750 ، 752 ، 754 ، 760 ، 763 ، 766 ، 768 ، 770 ، 774 ، 779 ، 780 ، 782 ، 783 ، 785 ، 787 ، 793 ، 795 ، 797 ، 803 ، 805 ، 811 ، 815 ، 816 ، 817 ، 819 ، 820 ، 821 ، 823 ، 824 ، 825 ، 831 ، 832 ، 833 ، 837 ، 842 ، 846 ، 847	الشافعي
279	شريك بن السحما
64 ، 31	ابن شعبان أبو إسحاق
105	ابن الشهاخ
94	شمس الدين الراعي

ص

70	صمصام الدولة
34	ابن الصفار

ط

69	الطائع لله
82	أبو طاهر المخلص
46	ابن الطلاع
342، 242	طلحة بن عبيد الله

ظ

71	الظاهر لإعزاز دين الله

ع

36، 55، 51، 137، 235، 422، 457، 537، 551، 557، 687، 730، 657، 706	عائشة
86	أبو العباس أحمد بن منصور الداراني
63، 113، 178، 424، 427، 493، 823، 839	ابن عبد الحكم
62، 63، 118، 739	ابن عبدوس
105	ابن عتاب
33	ابن العجوز عبد الرحيم لسبتي الفاسي
31	أبو العرب
91	ابن عساكر
46، 89	ابن عطية
76	ابن العماد
91، 92، 103	أبو العلاء المعري
32	أبو عبد الله الحسين الأجدابي

79	أبو عبد الله العسكري
70	أبو عبد الله المجاري
33	أبو عبد الله بن مجاهد البصري
70	أبو عبد الله بن محمد المتوري
88	أبو عبد الله محمد الشماخ الغافقي
70	أبو عبد الله محمد بن علاق
35	أبو عبد الله محمد بن عمر ابن الفخار
33	أبو عبد الله محمد بن يحيى بن الحذاء
643، 484	أبو عبيد
83	أبو علي بن شاذان = الحسن بن أحمد
85	أبو عمر الهاشمي
69	أبو عمر بن القطان
92، 87، 81	أبو عمران الفاسي
69	عبد الحق بن عطية
123	عبد الرحمن بن عوف الزهري
699، 387، 386، 206	عبد الرحمن بن عوف
287، 138	عبد الله بن الزبير
416	عبد الله بن جحش
537، 242	عبد الله بن جعفر
204، 202، 127	عبد الله بن راحة
330	عبد الله بن سلام
818، 731، 717، 564، 543، 538، 300، 287، 127، 55	عبد الله بن عباس
717، 576، 543، 235، 137، 55	عبد الله بن عمر
807، 757، 756، 608، 391، 284، 253، 182	عبد الله بن مسعود
6	عبد الله بن مسلمة بن قعنب التميمي
626، 402، 309، 113، 61، 55	عبد الله بن وهب
84	عبد الملك المرواني المالكي
358، 402، 356، 309، 286، 234، 278، 199، 132، 113، 843، 835، 834، 763، 736، 735، 676، 435، 424	عبد الملك بن الماجشون
63	عبد الملك بن حبيب

عبد الملك بن سليمان	760،
عبد الوهاب = القاضي أبو محمد	11، 12، 6، 7، 10، 13، 42، 47، 67، 69، 70، 71، 72، 73، 74، 75، 76، 78، 79، 80، 81، 82، 83، 84، 85، 86، 87، 88، 89، 90، 91، 93، 94، 95، 96، 97، 98، 100، 101، 103، 106، 104، 105، 107، 110، 111، 134، 146، 147، 155، 157، 158، 161، 163، 164، 165، 169، 171، 174، 177، 178، 179، 420، 423، 424
عثمان	391، 405، 757
العسال	31
عضد الدولة البويهى	71
عطية القرظي	545
علي بن أبي طالب	242، 274، 301، 310، 355، 358، 650، 756
علي بن الحسين	300
علي بن نصر بن الصباح	78
علي بن نصر	79
عمر بن الخطاب	55، 125، 138، 191، 204، 245، 274، 277، 283، 286، 301، 312، 315، 323، 386، 391، 397، 398، 405، 551، 559، 612، 616، 650، 729، 734، 817
عمر بن عبد العزيز	310، 657
عمرو بن الشريد	760
عمرو بن العاص	546
عمرو بن دينار	300
عمرو بن شعيب	124، 342، 409، 554، 691

غ

ابن غازي	40

ف

فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم	730
أبو الفتح القواس :يوسف بن عمر	83
أبو الفرج البغدادي	65، 657
أبو الفرج بن طرارة	81
ابن فرحون	46، 76، 80، 99، 105، 106

33	ابن الفرضي
86	أبو الفضل مسلم بن علي بن عبد الله

ق

69	القادر بالله
100، 99	القراقي
61	ابن القرطي
70	أبو القاسم العقباني
80	أبو القاسم الوهراني
109، 84، 80	أبو القاسم بن الجلاب عبيد الله بن الحسين
69، 32	أبو القاسم بن خلف البراذعي
32	أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد الليبيدي
88	أبو القاسم مهدي بن يوسف الوراق
178، 136، 118، 117، 115، 113، 68، 60، 53، 41، 44، 38، 606، 512، 493، 402، 358، 309، 269، 199، 190، 189، 838، 824، 823، 745، 742، 736، 735، 664، 659، 656، 841، 840، 839	ابن القاسم = عبد الرحمن
31	القطان
87	القاضي أبو الطيب الطبري
161، 154، 159، 158، 150، 146، 105، 98، 86	القاضي أبو الوليد الباجي
85	القاضي أبو محمد بن زَرْقَوَيْه
526، 6	القاضي إسماعيل بن إسحاق
97، 90، 88، 84، 80، 76، 72، 46، 41، 35، 38، 34، 31، 25، 105، 99، 98	القاضي عياض
831	ابن القضاة = عمر بن عمر
100	ابن القيم

ك

106	ابن كثير
84	ابن كج القاضي الشهيد
36	الكرماني

ل

31	ابن اللباد
84	ابن اللبان: أبو الحسين الفرضي

م

839، 62	ابن الماجشون
171، 98	المازري
63، 60، 55، 54، 53، 48، 47، 44، 42، 41، 40، 36، 35، 38، 132، 125، 124، 117، 115، 114، 113، 68، 111، 67، 66، 168، 158، 157، 154، 150، 149، 148، 146، 138، 136، 202، 200، 189، 188، 187، 178، 177، 175، 171، 169، 299، 294، 291، 287، 286، 275، 239، 235، 209، 206، 344، 341، 339، 334، 323، 315، 310، 309، 305، 300، 395، 386، 385، 382، 379، 376، 366، 358، 351، 349، 419، 416، 414، 411، 408، 404، 403، 402، 401، 399، 493، 478، 468، 466، 463، 462، 459، 450، 426، 424، 541، 540، 524، 523، 521، 514، 511، 509، 502، 500، 600، 592، 589، 585، 584، 571، 569، 557، 550، 543، 671، 657، 656، 644، 639، 633، 632، 620، 609، 605، 712، 711، 709، 707، 702، 700، 691، 682، 676، 675، 735، 734، 732، 729، 728، 727، 725، 723، 722، 719، 768، 767، 763، 754، 751، 746، 744، 739، 737، 736، 827، 823، 818، 810، 802، 799، 782، 779، 773، 770، 845، 844، 842، 839، 837، 835، 834، 833، 832، 830	مالك بن أنس
73	ابن مجاهد
92	مجاهد الموفق
545	مجاهد بن جبر
70	محمد الفاضل بن عاشور
63	محمد بن أحمد العتبي
549	محمد بن الحسن
418، 189، 178، 168، 113، 64، 62، 61	محمد بن المواز
46	أبو محمد الإشبيلي
88، 90	أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي
69	محمد بن خير الإشبيلي

64	محمد بن سحنون
573، 463، 462، 461، 436، 426، 425	محمد بن عبد الحكم
86، 83، 13	محمد بن عبد الله بن عمرو = أبو الفضل
69	محمد بن فرج الطلاع
813، 683، 682	محمد بن مسلمة
72	محمود بن سبكتكين
571، 522، 503	الزني
62	ابن مزين
839	مطرف
33	أبو المطرف القنازعي
34	أبو المطرف بن طفيس
71	المستنصر بالله الفاطمي
563، 558، 328	معاذ بن جبل
301، 287	معاوية بن أبي سفيان
283	المغيرة بن شعبة
31	المسي
277، 245	أبو موسى الأشعري

ن

38	ابن النديم
727	النعمان بن بشير
72	نصر بن سبكتكين

هـ

138	هشام بن عروة
279	هلال بن أمية

و

542

ابن وهب

ي

106

اليافعي

89

ياقوت الحموي

64 ، 60

يحيى بن عمر

177

يحيى بن يحيى الليثي

743 ، 740 ، 733 ، 202 ، 112

أبو يوسف

فهرس الأماكن والبلدان

فهرس الأماكن والبلدان

أ

أسعرد	92
الأسكندرية	546 ، 86
أصبهان	72
إفريقية	71
الأندلس	84

ب

بادرايا	92
باكسايا	92
البصرة	694 ، 88 ، 72 ، 69
بعلبك	429
بغداد = دار السلام	694 ، 94 ، 93 ، 84 ، 82 ، 80 ، 79 ، 78 ، 75 ، 71 ، 69
بلخ	72
بيت المقدس	387
بئر رومة	730
بئرحاء	730

ت

تلمسان	67

69	تونس
ث	
71	الثغور
ح	
429	حضر موت
خ	
202، 203، 207، 730	خيبر
د	
84، 88	دمشق
83، 92	الدينور
ر	
74	الرحبة
694	الري
ش	
69، 71، 204، 523	الشام
ص	
85	صقلية

ط

72

طبرستان

ع

206 ،92

العراق

غ

67

غرناطة

ف

69

فارس

85

فاس

ق

92

القاهرة

102

القرافة

85

قرطبة

90 ،45،85 ،33 ،30

القيروان

م

641 ،40 ،387 ،242 ،206

المدينة

72

مرو

387

المسجد الحرام

246 ،84

المشرق

92 ،88 ،85 ،71 ،70

مصر

89

معرة النعمان

90 ، 84 ، 69	المغرب
730 ، 643 ، 642 ، 601 ، 456 ، 387 ، 89	مكة
102 ، 72	الموصل
89	ميفارقين

ن

30	نفزى
72	نيسابور
96	النيل بمصر

هـ

80 ، 72	هراة

ي

385 ، 317 ، 270	اليمن

فهرس القواعد والكلیات والفروق الفقهية

فهرس القواعد والكليات والفروق الفقهية

الصفحة	القاعدة أو الكلية أو الفرق
722	الفرق أنه إذا وهب الأعلى للأدنى أنه يريد بذلك الثواب في الآخرة والمحمدة في الدنيا بخلاف الأدنى إذا وهب للأعلى إنما يريد الثواب فقط.
829	الفرق أنه إذا علم أنه حي فإن الوصية لا تصح له بخلاف إذا علمه ميت
673	الأعيان تضمن مرة بالثمن ومرة بالقيمة
320	الأموال أخفض حرمة من الفروج
284	الحد استيفاء حق فجاز أن لا يمنع من قبول الشهادة. أصله سائر الحقوق.
ب	
272	باب الشهادة أوسع من باب القضاء
430	الأصل براءة الذمة
ت	
827	الأصل أن التجزئة أكد من التسمية في الوصايا
701	التضمنين يوجب التملك
187	التغليب للأكثر وبه يجب أن يكون الاعتبار
ح	
697	حرمة المال إنما هي لحرمة المالك، وحرمة الحيوان إنما هي لحرمة لنفسه
خ	
301	الخبر أوسع من الشهادة
ز	

575	الزعيم غارم

ش

250	الشرع قد فرق بين ما ثبت في الذمة وبين ما ثبت في العين
784	الفرق أن الشفعة مستفادة بالملك بخلاف خيار اللعان
329	الشهادة موضوعة على الكمال
662	الشيء المغصوب مضمون على الغاصب من يوم غصبه، فما طرأ بعد ذلك من زيادة أو نقصان، فإن ذلك طارئ على عين مضمونة عليه

ع

192	العقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله، وجب بطلانه
521	عقود المعاوضات لا تقف على الصفات
789	الفرق أن العقود قد تفسخ من غير عدوان مثل الفسخ بالعيب ونحوه، وليس كذلك الغراس

غ

206	الغرر المنهي عنه ما الغالب منه عدم السلامة
667	الغصب سبب للضمان

ف

762	الفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين، وجود الضرر في الأرض بالشركة على وجه الدوام، لأن المخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك.
233	الفرق بين المودع المسافر وبين المودع المقيم الذي ابتدأ سفراً، هو أن الأول قد أذن له في السفر بذلك المال إلى ذلك البلد، فلم يتعد بدفع ذلك إلى غيره مع الضرورة، والحاضر بخلاف ذلك
239	الفرق بين التجارة في وديعة للحفظ والتجارة في بضاعة برسم البيع والنماء، هو أن المبيع طلب النماء والربح، وليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملك. فإن تلف المال ضمنه بتعديه، والمودع إنما قصد الحفظ لا الربح، فلم يكن له من الربح شيء، فبان الفرق بينهما
549	الفرق أن المحجور عليه لسفه حجر عليه لحق نفسه، بخلاف العبد حجر عليه لحق سيده

ق

272	القضاء أكبر وأقوى من الفتيا

ك

433	كل استثناء لو كان من الجنس صح وإن كان من غير الجنس وجب أن يصح.
258	كل إقرار لو استثنى لم يصح، فإذا لم يستثن وجب أن لا يصح أصله إقرار الوصي على مال الأيتام.
57	كل بيع دخل فيه غرر أو مجهول من ثمن أو مضمون، أو في أجل فلا يجوز.
57	كل بيع فاسد، فضمان السلعة فيه من البائع حتى يقبضه المبتاع.
316	كل بينة جاز القضاء بها على الحاضر جاز القضاء بها على الغائب
316	كل بينة جاز سماعها جاز الحكم بها أصله إذا كان حاضرا.
242	كل توكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور
250	كل ثمن جاز أن يملك به الموكل جاز أن يملك به الوكيل
57	كل جرح فيه قصاص فإنه يقتص فيه بشاهد ويمين
693	كل جنائية لا توجب إسقاط الرق إذا لم تكن على وجه المثلة لم توجب العتق إذا كانت على وجه المثلة أصله إذا جرح عبد غيره
848	كل جنس جاز إفراده بالوصية جاز جمعه الوصية
250	كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يميز له أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، فإذا ملك بها البيع لم يميز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل
445	كل حالة صح مع الإقرار فيها للأجنبي صح الإقرار فيها للوارث
261	كل حالة لو أسقط الموكل فيها القصاص لم يميز للوكيل أن يستوفي.
56	كل حامل في طلاق بائن أو فسخ أو غيره، فلها النفقة والكسوة في الحمل
260	كل حق جاز أن يستوفيه الوكيل إذا كان موكله حاضرا جاز له أن يستوفيه وإن كان غائبا
188	كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانتا تبرين
407	كل دعوى لا يقبل فيها شاهد ويمين وامرأتان ولا شاهد ونكول، ولا يقبل فيها إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى
559	كل دين جاز بيع الذهب والفضة فيه جاز بيع العقار فيه، أصله نفقة الزوجة
467	كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، فإن أخذ الرهن به جاز
56	كل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله أو أرضا فزرعها فعليه كراء ما سكن أو زرع بنفسه، وغرم ما أكرها به من غيره ما لم يحجب
319	كل شاهدين لا يجوز الحكم بهما في الأموال لا يجوز الحكم بهما في الفروج

224	كل شركة لا تصح مع اختلاف الدَّيْنَيْنِ
224	كل شركة لا تصح مع تفاضل المالكين
758	كل شفعة تستحق بالشركة وجب أن تسقط بالقيمة
328	كل شهادة لا تقبل على المسلمين وجب أن لا تقبل على الكفار
54	كل صلاة صلاها وحده، فله إعادتها في جماعة إلا المغرب
596	كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار
595	كل صلح حرم حلالا فهو باطل، وكل صلح أحل حراما فهو باطل
57	كل طعام أو إدام فلا يجوز التفاضل فيه بصنفه، وإن كان يدا بيد، إلا ما لا يدخر من ذلك، من رطب الفواكه كالتفاح والرمان... ونحوه
56	كل طلاق فيه الرجعة وعقده صحيح فلها النفقة فيه وإن لم تكن حاملا
480	كل عقد جاز أن يعقد لشخصين على عين واحدة جاز أن يعقد لواحد مشاعا
711	كل عقد صح في المشاع الذي لا ينقسم صح في المشاع الذي ينقسم
190	كل عقد صحيح يوجب عوضا يُسمَّى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسدا فللعامل أجره المثل في عمله
514	كل عقد منع منه البيع منع منه تنفيذ العتق
666	كل عين جاز أن تضمن بالمسمى في العقد الصحيح، جاز أن تضمن بالغصب
524	كل عين جاز بيعها بمحضر منه جاز بيعها بغير محضره إذا أذن في ذلك
251	كل عين جاز له أن يبيعها من الغير بثمن المثل جاز له أن يملكها بثمن المثل
689	كل عين لا منفعة لها فإنها لا تباع ولا يعقد عليها عقد بيع ولا غيره.
55	كل غرر أو خطر أو فساد شرط، فقد دلت السنة على منعه في المعاوضات
54	كل فذ أو إمام فبان، وكل مأوم ففاض
530	كل قبض لا يوجب ضمان الأجر في حال الاستيفاء لا يتعلق به الضمان
54	كل قرحة إن تركها لم تسلم، وإن نكأها سالت، فما خرج من هذين من دم أو غيره في ثوب أو في جسد غسله، وإن كان في الصلاة قطع... وكل قرحة لا تحف تحصل من أن ينكأها فليدارها ولا يقطع لذلك صلاته
55	كل ما اختلف الناس في إجازته ورده، فالفسخ فيه بطلاق وتقع فيه الموارثة والطلاق والخلع بها أخذ

559	كل ما جاز أن يباع في دين الميت جاز أن يباع في دين المفلس
	كل دين جاز بيع الذهب فيه بالفضة جاز بيع العروض فيه
	كل دين جاز بيع الذهب فيه بالفضة جاز بيع العقار فيه
228	كل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه
480	كل ما جاز له أن يرهن عبده المحوز جاز له أن يرهن عبده المشاع
57	كل ما عوضه يجري بين الناس في الأعواض لزم الواهب قبوله
55	كل ما فسخ من نكاح من حرم بالرضاع بعد البناء فلها المسمى
55	كل ما فسد لصداقه كالنكاح بالآبق والشارد ففسخ قبل البناء، فلا صداق فيه ولا متعة، ويلزم فيه الطلاق والخلع قبل الفسخ بما أخذ
56	كل ما قارب من ألفاظ الطلاق فله حكمه
647	كل ما لا يكال ويوزن، فالغرض منه أعيانه فوجب فيه الغير، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله
606	كل ما ملك على وجه مباح بعمل لم يجوز أن ينشأ الملك فيه بمثل ما ملك به
55	كل ما نص الله ورسوله على تحريمه لا يختلف فيه، فإنه يفسخ بغير طلاق
55	كل ما وصل إلى جوفه ولو قطرة تحرم
57	كل مدع مكلف للبيان وله اليمين على من أنكره
57	كل مدع مكلف للبيان، وكل من يلزم خصمه مغرماً أو تضميناً.. فهو المدعي
56	كل معتدة في طلاق ببتات، أو خلع أو صلح أو نكاح فسخ
538	كل من منع من دفع المال إليه فما دون الخمس والعشرين سنة منع من دفعه إليه فما فوقها
714	كل ملك إن ملك ابنه بالعقد جاز له مراجعته أصله البيع
621	كل ملك منفرد لا يجبر على الاتفاق عليه، فإذا شاركه غيره فيه وجب أن لا يجبر عليه
369	كل من ادعى شيئاً هو في يده وجب أن يحكم له بذلك.
54	كل من انتقل إلى ملكه ملك أمة كانت في حوز غيره بأي وجه ملكها أن يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، ملكها ببيع أو إرث أو هبة أو صدقة أو وصية أو من مغنم أو بغير ذلك
242	كل من جاز توكيله مع الرضا جاز توكيله مع عدم الرضا أصله المسافر والمريض.
625	كل من صح إسلامه على وجه التبع لغيره لم يصح إسلامه بنفسه أصله الصغر.
583	كل من صح الضمان عنه إذا حلف وفاء صح الضمان عنه وإن لم يخلف وفاء

845	كل من صح معه عقد البيع صحت الوصية له أصله المسلم
825	كل من صحت الوصية إذا لم يكن قاتلاً صحت الوصية له وإن كان قاتلاً
637	كل من ملك التصرف باللقطة ملك الأكل أصله الفقير
608	كل من ملك المحيا ملك بالإحياء أصله المسلم.
57	كل من ملك بشبهة فسكن أو زرع فلا كراء عليه فيها مضى من الزمان
344	كل من منع من الشهادة له فشهادته عليه مقبولة، وكل من لا تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة وكل من لم يقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة
276	كل موضع جاز الحكم فيه إذا اتفق جاز الحكم فيه وإن لم يتفق
276	كل موضع جاز دروس العلم فيه جاز الحكم فيه
846	كل موضع ذكر فيه الرقبة فإنه يقتضي عتق رقبة كاملة
719	كل هبة لم يملك الرجوع فيها إذا حكم بذلك حاكم لم يملك الرجوع فيها وإن لم يحكم بها حاكم
467	كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر
57	كل وصية فلا تدخل إلا فيما علم به الميت، وأما المدبر فيدخل فيما علم به
55	كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه محل المبتوتة، فليس كل ما محل يحصن ولا يحصن إلا ميسر معروف
56	كل وطء بشبهة فالولد فيه لاحق، ولا يلحق في الوطء بغير شبهة
55	كل وطء بملك أو بشبهة نكاح في عدة نكاح يحرم
56	كل يمين لا يحنث فيها بالوطء فليس بمول

ج

715	الفرق في أن للأب من الاختصاص والانبساط في مال ولده ما ليس للابن

م

413	ما انفردن به وجودا انفردن به شهودا
680	ما تعذر من جهة الشرع كان كما يتعذر من جهة الطبع
711	ما جاز إباحته جازت هبته أصله المفرد.
632	ما جاز التقاطه للتعريف لم يكن فيه فرق بين الصغار والكبار
524	ما جاز للعدل بيعه جاز للمرتن بيعه إذا أذن له فيه أصله غير الغير مرهون

667	ما صح قبضه في البيع والهبة والرهن والإجارة صح أن يضمن بالغصب.
362	ما ضمن بالمباشرة وجب أن يضمن بالإتلاف
655	ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب أن يضمن بالغصب أصله الأعيان
667	ما ضمن به ما ينقل ويتحول ضمن به ما لا ينقل ولا يتحول
689	ما قيمته بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بغير عقد
605	ما كان أصله الإباحة إذا عاد إلى ما كان عليه من الإباحة فهو لمن تملكه
658	ما كان مضمونا بالبدل في العقد الفاسد كان مضمونا بالغصب
765	ما لا تثبت فيه الشفعة إذا ملك بعقد الصداق أو الخلع أو الإجارة والصلح على دم العمد، وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله سائر المنقولات
262	ما لا تدخله النيابة في الإبقاء لم تدخله النيابة في الاستيفاء
723	ما لا يقتضي الثواب من النظرين لا يقتضي الثواب من الأدنى والأعلى
688	ما يضمن بالمسمى في العقد الصحيح جاز أن يضمن بغير عقد ولا تسمية عقد
602	ما يفتقر تمليك أجزائه إلى إذن الإمام لا يفتقر حمل جميعه إلى إذن الإمام
265	ما يملك الوكيل هبته بعد القبض لا يملكه الإبراء منه أصله الحاكم والوصي والأب والجد.
763	الفرق أن المتصل بالمشفوع فيه تبع للأصل في إطلاق البيع بخلاف الثمرة لا تتبع الأصل
829	الفرق في أن البيع يفتقر إلى الإيجاب والقبول بخلاف الوصية
826	الفرق في أن القتل يمنع من الميراث بخلاف القتل في الوصية
193	من جاز استثناءه جاز تخصيصه
582	من جاز الضمان عنه حال جناية جاز الضمان عنه في حال وفاته
288	من جاز أن يكون إماما جاز أن يكون شاهدا أصله البالغ
847	من جاز أن يوصى إليه في قضاء ديونه جاز أن يوصى إليه بأولاده
637	من جاز له الالتقاط جاز له الأكل
443	من حجر عليه في ماله لحق شخص وجب أن لا يقبل إقراره له
445	من صح إقراره لغير وارث صح إقراره لوارث
444	من صح إقراره له في حال الصحة صح إقراره له في حال المرض
819	من صح أن يكون وكيلا صح أن يكون وصيا إذا كان أمينا
821	من صح أن يكون وكيلا صحت الوصية إليه

845	من صح معه البيع صحت له الوصية
627	من صح منه الإقرار بالوطء صح منه الإقرار بالولد
308	من صحت منه الشهادة في حكم من الأحكام جاز أن يكون حاكما
343	من قبلت شهادته على غير عدوه قبلت شهادته على عدوه
346	من قبلت شهادته في غير الزنا، قبلت في الزنا
283	من قبلت شهادته قبل الجلد قبلت شهادته بعد الجلد إذا تاب
338	من لا ترد له شهادة قبل النكاح، لا ترد له بعد النكاح
845	من لا تصح الوصية له بالسلاح لم تصح الوصية له بالمال.
354	من لا تقبل شهادته في الأفعال لا تقبل شهادته في الأقوال
411	من لا تقبل شهادته في الرضاع وحده وجب أن لا تقبل في الولادة
254	من لا يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على التسليم إليه
307	من لا يجوز أن يكون إماما في الصلاة لا يجوز أن يكون حاكما
307	من لا يجوز أن يكون قاضيا في القصاص لا يجوز أن يكون قاضيا بحال
354	من لا يجوز أن يكون قاضيا لا يجوز أن يكون شاهدا
331	من لا يجوز أن يكون وليا في النكاح لا يجوز أن يكون شاهدا
552	من لا يجوز له الأكل من مال الأيتام مع الغنى، فلا يجوز له الأكل مع الفقراء
613	من لا يجوز له أن يحمي لنفسه لا يجوز له أن يحمي لغيره
274	من لا يجوز له أن يقلد مثله لا يجوز له أن يقلد من هو فوقه
757	من لا يستحق الشفعة مع الشريك لا يستحقها إذا انفرد
514	من لا يصح منه تنفيذ البيع لا يصح منه عتق العبد في حال
757	من لا يطالب بالشفعة مع الشريك لا يستحق الشفعة
290	من لا يلزمه حق بقوله وجب أن لا يلزم غيره حق بشهادته
797	من لا يملك الإحياء لا يملك الشفعة أصله ما لا شفعة فيه
331	من لا يورث بحال فلا يكون له مدخل في الشهادة
196	من لزمته نفقته في الحضر لزمته نفقته في السفر
256	من وجب عليه التسليم للوارث جاز أن يجبر على التسليم للوكيل
626	من وجبت الزكاة في ماله صح إسلامه بنفسه

264	من وجبت عليه اليمين عليه عند الإنكار بالبيع وجب أن تتعلق به الحقوق.
656	المنافع أكد في باب الضمان من الأعيان
655	المنافع تجري مجرى الأعيان
830	الميراث أقوى من الوصية
826	الميراث أوسع من الوصية
453	الميراث فرع النسب فإذا لم يثبت الإقرار بالنسب الذي هو الأصل فالأولى أن لا يثبت الفرع.

فهرس المصطلحات الفقهية والجدلية والألفاظ الغريبة

فهرس المصطلحات الفقهية والجدلية والألفاظ الغريبة

الصفحة	المصطلح
210	الإبار
607	الإبضاع
،283 ،280 ،301 ،286 ،317 ،315 ،396 ،385 ، 537 ،487 ،756 ،730	إجماع الصحابة
،287 ،270 378	الإجماع
619	الأرج
468	أروش
190	استحسان
206	استدلال
571	أسوة الغرماء
841	الأشبه
،676 ،366 834 ،702	الأصح

509	أظهر الروايتين
422،187، 604	الاعتبار
715	الاعتصار
473	الإفلاس
212	أقرحة
562	إلطاط
625	أهل المعرفة
432	الأواري
436	الإيجاب والقبول
ب	
801	بندقة
213	بياض
468	البياعات
730	بئرحاء
ت	
191	تأثير في إبطاله
505	التأثير يراد لصحة العلة
271	تخريج الفروع
434	التخصيص
270	ترتيب الأدلة
365	الترجيح
187	التغليب للأكثر
736	التفريع
837	التفسير
285	التنبية
585	التوى

ج

308	جباية الخراج
434	جنس العموم

ح

699	حريسة جبل
608	حريم البئر

خ

447	خلاف الظاهر
192	خلاف موجب أصله
783	خيار الإقالة
783	خيار الرد بالعيب
783	خيار الشفعة

د

617	الدُّكَّان
335	دليل العادة
211	الدواليب
639	دوران العلة

ر

735	الربع
779	الرحبة
802	الرحى
752	الرقبى
294	الرواية

ز

493	زوائد العقد
661	زيادة السوق

س

692	ساجدة
580	السراية
462	السرج
793	السعف
758	السقب
188	السكة
802	السيح

ش

219	شركة أعمال
222	شركة المفاوضة
231	شركة الوجوه
316	الشفعة
316	شقص

ص

612	الصَّريمة
574	الصناع

ض

317	الضرر
288	الضرورة
211	ضفيرة
580	ضمان الدرك

ط

270	طرائق الاجتهاد

ظ

345	الظنين

ع

182	عبد آبق
686	العبد القن
842 ، 816	العتق المبتل
621	العرصة الواسعة
216	العصفر
378	العطار
635	عفاصها
522	عقود المعاوضات
688	علة الأصل
752	العمري
219	العنان
741	عهدة السنة
790	عهدة الشفييع

غ

446	غرماء الصحة
446	غرماء المرض
452	غلط
521	غلق الرهن

ف

497	فرخ الشجر

759	فسطاط
497	فسيل النخل
ق	
396	القافة
292	القسامة
799	قسمة أعيان
799	قسمة النوع
801	قسمة بيع وصفة
800	قسمة مهياة
456	قضية في عين
217	القطن
377	القمط
742	القياس أن لا يصح
292	القياس يمنع
763	القياس
546	القياسان مركبان
801	قيمة وتعديل

ك

215	الكتان
793	الكريف
560	الكفارات

ل

272	لا تأثير لقولكم
690	لا تأثير له في الأصل

284	لا حجة لكم
241،230	لا نسلم الأصل
649	لا نسلم الفرع
204	لا نسلم
245	لا يصح الاحتجاج به
290	لا يمتنع
462	اللجام
562	لده
292	لطنخ
288	اللوث
793	الليف

م

209	المباطخ
216	المحاكمة
206	المخابرة
837	المخاض
502	المدبرة
357، 639،573،359	المذهب
211	المراح
206	المزارة
202	المساقاة
806	مصرف حكومي
613	المصلحة
618	معاهد القمط
345	المعرة
688	المالية

209	المقاضي
564	الملازمة
224	الملازمة
224	المنابذة
629	المنبوذ
642	المنشد
768	المواصلة والمكارمة
515	موجب العلة
369	التتاج

ن

802	النضح
366	النظر
188	النقر
407	النكول

و

769	الواجب بالعمد
202	وسق
192	وضيعة
635	وكاءها
503	ولد الجانية
502	ولد المبيعة

ي

432	اليعافير
246,270	ينكسر

500 ،449

559،510

732 ،671

فهرس القواعد والمسائل الأصولية

فهرس القواعد والمسائل الأصولية

الصفحة	القاعدة أو المسائل
646	الاجتهاد مع وجود النص
419	الأخذ بأقل المقادير، لأنه المتيقن بأقل ما يتناوله الاسم
311	الأخذ بالزائد أولى
301	إذا سقط الأصل وجب أن لا يسمع من الفرع
433	الاستثناء إخراج ما لولاه لكان المستثنى داخلا في المستثنى منه، وإذا كان المستثنى داخلا في جملة المستثنى منه، يجب أن يكون من جنسه
283	الاستثناء إذا ذكر عقب جملة فإنه يرجع إلى جميع الجملة كالشرط
443	الاستثناء من يقول الصحابي أولى من القياس، لأنه شاهد النبي عليه السلام وحضر التنزيل، وقوله أولى.
284	الاستثناء يجب أن يرجع إلى أقرب المذكور
287	استعمال أقوال الجميع أولى من استعمال قول البعض وترك البعض
531، 386، 603	استعمال الخبرين أولى من استعمال أحدهما وترك الآخر
488	استعمال القولين على فائدة أولى من استعمال أحد القولين وترك الآخر
423	الاسم إذا أضيف إليه وصف، أفاد زيادة عليه
430	الأصل براءة الذمة
423	أقل الجمع عند مالك ثلاثة
678	إطلاق التحريم لا يتناول فيما كان مختلفا فيه
435	إطلاق الكلام يجب أن يحمل على المتعارف
755	الألف واللام للجنس
845	أليق بظاهر اللفظ

269	إن أوامر الله تعالى ونواهيها تلزم وإن لم يعلم بذلك المأمور والمنهي
423	أهل العربية قسموا الأشياء إلى آحاد وتثنية وجمع، وجعلوا لكل قسم صيغة وعبرة موضوعة له يفيد معناه دون غيره
247	أوامر صاحب الشريعة ونواهيها يجب التزامها ويجب المعاقبة على تركها

ت

272	التأثير إنما يطلب بصحيح الوصف في الأصل
434	التخصيص والعموم، فإنه يخرج من اللفظ العام ما قد دخل فيه ولولاه لثبت فيه.

ج

410	الجمع بين الدليلين إذا أمكن خير من القول بأحد وترك الآخر
634 ، 547	الجمع بين الدليلين واستعمالهما أولى من استعمال أحدهما وإطراح الآخر

ح

269	حد الأمر : استدعاء الفعل بالقول لمن هو دونه على سبيل الإيجاب
544	الحكم إذا تعلق بسبب ونقل معه تعلق به
506 ، 235	الحكم إذا ثبت بعلته زال بزوالها ما لم تخلفها علة أخرى
542	الحكم إذا علق بشرط دل أن ما عداه بخلافه
310	الحكم بالذرائع هو المنع من المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع منه
486	حمل الخبر على ما فيه فائدة تعلم من جهته أولى من حمله على فائدة معلومة من غير جهته
222	حمل الكلام على ما يقتضيه ويليق به، أولى من حمله على ما ينافية.

خ

209 ، 289 ، 298 ، 244 ، 341 ، 337 ، 346 ، 345 ، 603	الخاص يقضي على العام

د

542 ، 328 ، 606	دليل الخطاب أصل من أصولنا

ذ

755، 687	ذكر الصفة في الحكم تعليل

ر

301	الراوي إذا نسي الحديث لم يجز سماعه من الراوي

ز

698	الزيادة في الشيء لا تكون نسخا له
303	الزيادة في النص نسخ

ش

396	الشرع تارة يثبت بقوله وتارة بفعله وتارة بإقراره على ذلك.
576	شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ به

ع

340	العادة والطبع
184	العرف والعادة جارية مجرى الشرط
493	العرف
343	العلل تختلف

ف

397	الفرع إذا اجتذبه أصلان ألحق بأقواهما شيها

ل

404	لفظة "أولى" في لغة العرب مشتركة

م

645	ما كان العرف والعادة له شاهد فهو كالمشروط
420	المبهم إما أن يعرف ذلك من حيث الشرع أو من حيث اللغة أو من حيث العرف
220	مجرد القول لا تأثير له
487	المرسل كالمسند
691	المرسل قد يكون خيرا من المسند، لأنه إذا أرسله الثقة علم أنه ما أرسله إلا لثبوت، والمسند إذا أسند فإنه يريد أن يخرج عن عهده فكان بالقول أحسن حالا من رده

435	معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله
250	المعنى في أوامر الشريعة إنما حملت على العموم لأنها تتعلق بها أحكام المكلفين
269	المعنى في أوامر الله سبحانه وتعالى ونواهيه إنما يلزم بها الثواب وعليها العقاب، فلذلك لم يلزم إلا بعد العلم بها
601، 600	مَنْ مِنْ أَلْفَاظِ الْعُمُومِ

ن

698	نسخ القرآن لا يجوز إلا بمثل ما ثبت به القرآن.
535	النكرة في إثبات شائع على طريق البدل

284	النهي للتكرار والدوام

ي

272	يجوز أن يثبت الأصل بعلتين

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص بن سليمان عن عاصم بن أبي النجود.

المصادر المخطوطة

2. التعليقة على المدونة للمازري، محمد بن علي أبي عبد الله النيمي، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، ر: 150ق.
3. اختصار الديباج، لأبي إسحاق إبراهيم بن هلال السجلماسي، مخطوط الخزانة العامة، ر: 240.
4. اختصار المدونة، ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله، مخطوط، خزانة القرويين، ر: 1461.
5. اختصار المدونة، ابن أبي زيد القيرواني، مخطوط، المكتبة التيمورية، القاهرة، ر: 227.
6. اختصار المدونة، ابن أبي زيد القيرواني، مخطوط، نسخة مراكش.
7. شرح الرسالة، أبو محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، مخطوط، المكتبة الوطنية الرباط، ر: 625ق.
8. شرح الرسالة، أبو محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، مخطوط، نسخة المكتبة الأزهرية، ر: 2049.
9. شرح المختصر الكبير لأبي بكر الأبهري، مخطوط مكتبة الأزهر الشريف، ر: 1655.
10. طبقات المالكية لمجهول، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، ر: 3928د(م).
11. عيون الأدلة في مسائل الخلاف، القاضي علي بن عمر بن القصار، مخطوط خزانة القرويين، ر: 467.

12. مسائل الخلاف لأبي بكر الوراق، مخطوط خزانة القرويين، ر: 329.

المصادر والمراجع المطبوعة

كتب التفسير

13. أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: علي محمد البجاوي. بيروت، دار المعرفة.
14. تفسير الرازي، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، للإمام محمد فخر الدين الرازي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1401هـ / 1981م.
15. تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، حققه: محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دت.
16. الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المالكي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ / 2006م.
17. معاني القرآن الكريم، لأبي جعفر النحاس، تحقيق: محمد علي الصابوني، جامعة أم القرى، ط1، 1409هـ / 1988م.
18. النكت والعيون (تفسير الماوردي)، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت دت.

كتب الحديث النبوي علومه ورجاله

أ- مصادر الحديث النبوي:

19. الجامع لشعب الإيمان، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: مختار أحمد الندوي، مكتبة الرشد، ط1، 1423هـ، 2003م.
20. سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دت.

21. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، طبعة بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، دت.
22. سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط: 2، 1395هـ، 1975م.
23. سنن الدار قطني، علي بن عمر الدار قطني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، طبعة مؤسسة الرسالة، ط1، 1414هـ، 2004م.
24. السنن الصغرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ومعه المنة الكبرى شرح وتخرىج السنن الصغرى، محمد ضياء الرحمن الأعظمي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1422هـ، 2001م.
25. السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، طبعة مجلس دائرة العثمانية، حيدر آباد، الهند، 1352هـ.
26. سنن النسائي، المجتبى من السنن، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ترقيم: عبد الفتاح أبي غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط: 2، 1406هـ، 1986م.
27. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، حققه شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1414هـ، 1993م.
28. صحيح البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة، ط: 1، 1403هـ.
29. صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، طبعة: بيت الأفكار الدولية، 1419هـ، 1998م.
30. كتاب الآثار للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، عني بتصحيحه والتعليق عليه: الأستاذ أبو الوفاء الأفعاني، دار الكتب العلمية، بيروت.
31. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري، مؤسسة الرسالة، ط: 5، 1405هـ، 1985م.
32. المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة بيروت، دت.

33. مسند أبي يعلى الموصلي، أحمد بن علي بن المثنى التميمي، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، ط: 1، 1408هـ، 1988م.
34. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أشرف على تحقيقه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1416هـ / 1995م.
35. مسند الشافعي، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية، دت.
36. مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، طبعة الدار السلفية الهندية القديمة.
37. المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن الهمام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، طبعة المجلس العلمي، كراتشي، 1391هـ، 1972م.
38. المعجم الأوسط، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، وأبو الفضل عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، 1415هـ / 1995م.
39. المعجم الكبير، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دت.
40. معرفة السنن والآثار، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تعليق: الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، دار الوعي، حلب، ط: 1، 1411هـ، 1991م.
41. الموطأ: مالك بن أنس، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، طبعة وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط: 4، 1414هـ، 1994م.
42. الموطأ: مالك بن أنس، رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط: 2، 1417هـ، 1997م.

ب- شروح الحديث الكتب الجامعة لأدلة أحكامه وغريبه:

43. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من

- المعاني والآثار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، توثيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي حلب القاهرة، ط: 1، 1993م.
44. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي تحقيق: مجموعة من الباحثين. المحمدية-المغرب-: مطبعة فضالة. الطبعة الثانية: من 1967 - 1982م.
45. التيسير بشرح الجامع الصغير، للحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط3، 1408هـ / 1988م.
46. جامع الأصول في أحاديث الرسول، لمجد الدين أبي السعادات بن الأثير الجزري، حققه: عبد القادر الأرئوط، مكتبة الحلواني، 1392هـ / 1972م.
47. شرح معاني الآثار، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، حققه وعلق عليه: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، دت.
48. العرف الشذي شرح سنن الترمذي، محمد أنور شاه الكشميري الهندي، تحقيق: محمود أحمد شاكر، ط1، مؤسسة ضحى للنشر والتوزيع، دت.
49. الفائق في غريب الحديث، للعلامة جار الله محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم و علي محمد البجاوي، دار الفكر بيروت، ط3، 1399هـ / 1979م.
50. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، قرأه وعلق عليه، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ورقمه محمد فؤاد عبد الباقي، وأخرجه: محب الدين الخطيب، طبعة: دار المعرفة ، بيروت، لبنان، دت.
51. كتاب الخراج، يحيى بن آدم القرشي، صححه الشيخ أحمد محمد شاكر، ط 1309هـ، 1977م.
52. كتاب غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام، تحقيق: محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي، ط1، 1336هـ.
53. المسالك في شرح موطأ مالك، للقاضي أبي بكر بن العربي المالكي، قرأه وعلق عليه، محمد بن الحسين السليمان، وعائشة بنت الحسين السليمان، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1428هـ / 2007م.

54. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ / 1999م.

55. النهاية في غريب الحديث لأبي السعادات مبارك بن محمد بن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي. بيروت: المكتبة العلمية. طبعة: 1399هـ / 1979م.

ج- كتب تخريج الحديث ورجاله:

56. الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، (تخريج لأحاديث كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب)، بدوي عبد الصمد الطاهر صالح، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط: 2 / 1422هـ / 2001م.

57. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، للإمام سراج الدين أبي حفص عمر الأنصاري الشافعي، المعروف بابن الملقن، تحقيق: أبي صفية مجدي بن السيد بن أمين، أبي محمد عبد الله بن سليمان، دار الهجرة للنشر والتوزيع، دت.

58. التحقيق في أحاديث الخلاف، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن الجوزي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.

59. تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1413هـ / 1993م.

60. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل شهاب الدين علي بن حجر العسقلاني، تعليق أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، دار المشكاة، مؤسسة قرطبة، 1416هـ، 1995م.

61. تهذيب التهذيب لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى: 1404هـ / 1984م.

62. الدراية في تخريج أحاديث البداية، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دت.
63. العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، ضبطه الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط: 1 / 1403 هـ، 1983 م.
64. العلل الواردة في الأحاديث النبوية، للإمام الحافظ أبي الحسن علي بن عمر الدار قطني، تحقيق وتخرّيج: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، دار طيبة الرياض، ط1، 1406 هـ / 1986 م.
65. الكامل في ضعفاء الرجال، لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني، تحقيق: سهيل بكار، دار الفكر، ط 3، 1988 م.
66. كتاب العلل، لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي، ط1، 1427 هـ، 2006 م.
67. كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، لإسماعيل بن محمد العجلوني، حقق أصوله: يوسف بن محمود الحاج أحمد، مكتبة العلم الحديث.
68. لسان الميزان، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، بيروت، دت.
69. مجمع الزوائد، ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، دار الفكر، دت.
70. مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية بيروت، 1403 هـ.
71. المغني عن حمل الاسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، لأبي الفضل زين الدين العراقي، مكتبة طبرية الرياض، ط1، 1415 هـ، 1995 م.
72. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، للحافظ عبد الرحمن السخاوي، دار الكتاب العربي، دت.
73. نصب الراية لأحاديث الهداية، للحافظ جمال الدين الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة،

مؤسسة الريان، دت.

أصول الفقه والمناظرة، القواعد والفروق الفقهية

74. إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد خلف بن سليمان الباجي. تحقيق ودراسة: عبد الله محمد الجبوري. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الأولى: 1409هـ/1989م.

75. الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، دط، دت.

76. البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهاور الزركشي، راجعه: عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 2، 1413هـ/1992م.

77. الحدود الكلامية والفقهية على رأي أهل السنة الأشعرية، لأبي بكر محمد بن سابق الصقلي، تحقيق: محمد الطبراني، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط: 1، 2008م.

78. الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دت.

79. العقد المنظوم في الخصوص والعموم، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي، دراسة وتحقيق: أحمد الختم عبد الله، دار الكتبي، ط: 1، 1420هـ/1999م.

80. الفروق الفقهية، لأبي الفضل مسلم بن علي الدمشقي، دراسة وتحقيق: محمد أبو الأجفان، حمزة أبو فارس، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1992م.

81. الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي، اعتناء، جلال القذافي الجهاني، ط.

82. القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، محمد الروكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط: 1، 1424هـ/2000م.

83. كتاب الحدود في الأصول للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: نزيه حماد، ط: 1، مؤسسة الزعبي، بيروت، 1973م.

84. كتاب المعونة في الجدل، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ / 1988م.
85. اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، تحقيق: محي الدين ديب مستو، ويوسف علي بدوي، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1406هـ / 1995م.
86. المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية، تأليف محمد العلمي، الرابطة المحمدية للعلماء، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، ط1، 1431هـ / 2010م.
87. المنهاج في ترتيب الحجاج، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: عبد المجيد تركي، بيروت دار الغرب الإسلامي، ط2، 1987م.

كتب الفقه

88. الإجماع لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، حققه: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان عجمان، ط2، 1420هـ / 1999م.
89. اختصار المدونة والمختلطة: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجويه للطباعة والنشر، ط: 1، 1434هـ / 2013م.
90. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، قارن بين نسخه وخرج أحاديثه وقدم له: الحبيب بن الطاهر، دار بن حزم، ط1، 1420هـ / 1999م.
91. أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك، لمحمد بن حارث الحشني، حققه وعلق عليه: محمد المجذوب، محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ. تونس: الدار العربية للكتاب. طبعة: 1985م.
92. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط1، 1422هـ / 2001م.
93. انتصار الفقير السالك لترجيح مذهب الإمام مالك، شمس الدين الراعي

- الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجنان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دت.
94. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، دت.
95. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة بيروت، ط6، 1402هـ / 1982م.
96. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ / 1986م.
97. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد بن رشد القرطبي تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الثانية: 1408هـ / 1998م.
98. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ.
99. التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري، دراسة وتحقيق: حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 1987م.
100. التلقين في الفقه المالكي، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، دت.
101. التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، لأبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: محمد الوثيق، وعبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، ط:1، 1342هـ / 2011م.
102. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي المالكي، ضبطه أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار نجبويه للطباعة والنشر، ط1، 1429هـ / 2008م.
103. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ / 2003م.
104. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، بيروت: دار الفكر. طبعة:

1419هـ / 1998م.

105. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، للإمام أبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ / 1994م.

106. حدود ابن عرفة. (مطبوع مع شرحه الهداية الكافية الشافية للرصاع).

107. ديوان الأحكام الكبرى-النوازل والأعلام- لأبي الأصبع عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، 1428هـ / 2007م.

108. الذب عن مذهب مالك في غير شيء من أصوله وبعض مسائل من فروعه وكشف ما لبس به بعض أهل الخلاف، وجهله من محاج الأسلاف، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دراسة وتحقيق: محمد العلمي، الرابطة المحمدية للعلماء، المغرب، ط:1، 1432هـ / 2011م.

109. الذخيرة، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1994م.

110. روضة الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، 1423هـ / 2003م.

111. الزاوي في أصول السنة، لأبي إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المالكي المعروف بابن القرطي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، المكتبة التوفيقية، دت.

112. شرح التلقين، لأبي عبد الله المازري، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1997م.

113. شرح الرسالة لزروق أحمد بن محمد الفاسي، دار الرشاد، الدار البيضاء، ط:1، 1428هـ / 2007م.

114. الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين أبي الفرج بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1417هـ / 1996م.

115. شفاء الغليل في حل مقفل خليل، محمد بن أحمد بن غازي العثماني، دراسة وتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجويه للطباعة والنشر، القاهرة، ط:1، 1428هـ / 2008م.

116. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: محمد أبو الأجفان، عبد الحفيظ منصور، إشراف ومراجعة: محمد الحبيب الخوجة، بكر ابن عبد الله أبو زيد. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1410هـ/ 1995م.
117. عيون المسائل، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بورويبة، دار ابن حزم، بيروت، ط: 1، 1430هـ/ 2009م.
118. فتح العزيز شرح الوجيز للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، دار الفكر، بيروت، دت.
119. الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1407هـ/ 1987م.
120. كتاب الأصل، المعروف بالمبسوط، للإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، اعتنى بتصحيحه الأستاذ أبو الوفاء الأفعاني، عالم الكتب، دت.
121. كتاب الجامع في السنن والآداب والمغازي والتاريخ، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ، مؤسسة الرسالة، المكتبة العتيقة، ط: 2/ 1403هـ/ 1983م.
122. كتاب الجامع لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط2، دار الغرب الإسلامي بيروت.
123. كتاب الحجة على أهل المدينة، للإمام محمد بن الحسن الشيباني، رتب أصوله وعلق عليه: السيد مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، دت.
124. كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، حققه وعلق عليه: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة السعودية.
125. كتاب شرح غريب المدونة للجبلي، تحقيق: محمد محفوظ. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1982م.
126. الكتاب للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي، دط، دت.

127. اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني العنيمي الدمشقي الميداني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية بيروت، دت.
128. المبسوط لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي. بيروت: دار المعرفة بيروت، دت.
129. متن الرسالة، لأبي عبد الله ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية بيروت.
130. المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة النهضة، دت.
131. مختصر الخرقى على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، لأبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى، مؤسسة دار السلام، دمشق، ط1، 1398هـ.
132. المختصر الصغير، لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري، تحقيق: عمر علي أبو بكر زاريا، دار ابن القيم، ودار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1434هـ / 2013م.
133. مختصر الطحاوي، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي الحنفي، عني بتحقيقه: أبو الوفاء الأفغاني، نشر: لجنة إحياء المعارف النعمانية حيدر آباد الدكن، دت.
134. المختصر الكبير لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1432هـ / 2011م.
135. مختصر المزني، للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، دار المعرفة، ط2، 1393هـ / 1973م.
136. المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس. بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، دت.
137. مسائل أبي الوليد بن رشد (الجد)، تحقيق عن ست نسخ خطية مع دراسة عن المؤلف والكتاب: محمد الحبيب التجكاني. الدار البيضاء-المغرب-: مطبعة النجاح الجديدة. الطبعة الأولى: 1412هـ / 1992م.
138. مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه عبد الله بن أحمد، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط1، 1401هـ / 1981م.

139. المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، دراسة وتحقيق: حميش عبد الحق. بيروت: دار الفكر، 1419هـ/ 1999م.
140. المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الوشرسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد الحججي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. طبعة: 1401هـ/ 1981م.
141. معين الأحكام على القضايا والأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرافع، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد. بيروت: دار الغرب الإسلامي. طبعة: 1989م.
142. المغني لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ/ 1997م.
143. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن رشد، تحقيق: محمد الحججي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1988م.
144. منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد أحمد عيش. مكتبة النجاح، طرابلس.
145. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم دمشق، ط1، 1412هـ/ 1992م.
146. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، دت.
147. نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، حققه عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، 1428هـ/ 2007م.
148. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب

الإسلامي. الطبعة الأولى: 1999م.

149. الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغاني، المكتبة الإسلامية، دت.

150. الوسيط في المذهب لحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر، شارع الأزهر، ط1، 1417هـ / 1997م.

كتب التاريخ والسياسة والتراجم ، الرحلات ومعاجم البلدان

151. أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني: حياته وآثاره وكتاب النوادر والزيادات، الهادي الدرقاش، دار قتيبة، بيروت، ط1، 1409هـ / 1989م.

152. الاستيعاب في معرفة الأصحاب: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، صححه عادل مرشد، دار الأعلام، ط1، 1423 هـ، 2002م.

153. الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.

154. أعلام الفكر الإسلامي في تاريخ المغرب العربي، لمحمد فاضل بن عاشور. تونس: مكتبة النجاح.

155. البداية والنهاية، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 1418هـ / 1998م.

156. برنامج التجيبي، القاسم بن يوسف التجيبي، تحقيق: عبد الحفيظ منصور، الدار العربية للكتاب، تونس، 1981م.

157. برنامج المجاري، لأبي عبد الله محمد المجاري الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجفان. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1982م.

158. بغية الملتبس في تاريخ رجال الأندلس، أحمد بن يحيى الضبي، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1976م.

159. تاريخ ابن خلدون، ضبط المتن ووضع حواشيه والفهارس: خليل شحادة، مراجعة:

- سهيل زكار. بيروت دار الفكر. طبعة: 1421هـ / 2001م.
160. تاريخ الأدب العربي: العصر العباسي الثاني، شوقي ضيف، دار المعارف، القاهرة، ط: 8، دت.
161. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1407هـ / 1987م.
162. تاريخ الخلفاء، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة مصر، ط: 1، 1371هـ / 1952م.
163. التاريخ الكبير: أبو عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دت.
164. تاريخ بغداد، لأبي بكر الخطيب البغدادي. بيروت: دار الكتب العلمية.
165. تاريخ بغداد، لأبي بكر الخطيب البغدادي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1422هـ / 2001م.
166. تاريخ مدينة دمشق، الإمام الحافظ أبي القاسم بن هبة الله بن عساكر، دراسة وتحقيق: محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمروي، دار الفكر، بيروت، 1415هـ / 1995م.
167. تبين كذب المفترى فيما نسب إلى الإمام أبي الحسن الأشعري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1404هـ.
168. التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، تحقيق: أسعد طرابزوني الحسيني، دط، 1399هـ / 1979م.
169. تذكرة الحفاظ، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ / 1998م.
170. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقااضي عياض بن موسى بن عياض السبتي، تحقيق: محمد بن تاويت، عبد القادر صحراوي، محمد بن شريفة، وسعيد أعراب. نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. الطبعة الثانية: 1403هـ / 1983م.
171. تهذيب التهذيب: أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،

مؤسسة الرسالة، د.ت.

172. تهذيب الكمال في أسماء الرجال: جمال الدين أبو الحجاج يوسف المزني، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، ط: 1 / 1408 هـ، 1988 م.

173. جمهرة أنساب العرب، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق وتعليق: عبد السلام محمد هارون، دار المعارف، ط: 5،

174. جمهرة تراجم المالكية، الحلقة الأولى: رجال المالكية من كتاب ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي السبتي، ترتيب واختصار وتهذيب واستدراك وتوثيق: قاسم علي سعد. دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث. الطبعة الأولى: 1423 هـ / 2002 م.

175. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لمحي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن نصر بن أبي الوفاء القرشي، تحقيق: محمد عبد الفتاح الحلو، دار إحياء الكتب العربية، ط: 2، 1408 هـ، 1988 م.

176. حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية ط: 1، 1387 هـ / 1967 م.

177. الخطط المقرزية، تقي الدين أحمد بن علي المقرزي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط: 3، 1400 هـ / 1980 م.

178. الديباج المذهب في معرفة تراجم المذهب، إبراهيم بن نور الدين بن فرحون المالكي، تحقيق وتعليق محمد الأحدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، د.ت.

179. الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة، لأبي الحسن علي بن بسام الشنتريني، تحقيق: إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، د.ت.

180. ذيل تاريخ بغداد، للحافظ محب الدين أبي عبد الله الحسن، ابن النجار البغدادي، صحح بمشاركة قيصر فرح، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.

181. رحلة القلصادي، أبو الحسن علي القلصادي الأندلسي، دراسة وتحقيق: محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم، ط: 1، 1432 هـ / 2011 م.

182. الروض المعطار في خبر الأقطار، لمحمد بن عبد المنعم الحميري، تحقيق: إحسان عباس. بيروت: مؤسسة ناصر للثقافة الطبعة الثانية: 1980م.
183. سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: جماعة من الباحثين، أشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: شعيب الأرناؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الثالثة: 1405هـ/ 1985م.
184. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف. بيروت: دار الفكر.
185. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، شهاب الدين أبو الفلاح بن العماد الحنبلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1406هـ/ 1986م.
186. صلة الصلة، أبو جعفر بن الزبير، تحقيق: عبد السلام الهراس، سعيد أعراب، ط وزارة الأوقاف المغربية، 1414هـ/ 1994م.
187. الصلة في تاريخ علماء الأندلس، لأبي القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال، صححه وراجعته: السيد عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، ط: 2، 1374هـ/ 1955م.
188. طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو. القاهرة: مطبعة البابي الحلبي وشركاءه. الطبعة الأولى: 1386هـ/ 1967م.
189. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة أبي بكر بن أحمد بن محمد، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ.
190. طبقات الشافعية، جمال الدين الإسني، تحقيق: عبد الله الجبوري، ط بغداد، 1391هـ.
191. طبقات الفقهاء: أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، دت.
192. الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري، دار صادر بيروت.
193. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، دت.
194. ظهر الإسلام، أحمد أمين، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 5، دت.

195. العبر في خبر من غبر، للحافظ شمس الدين الذهبي، حققه أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني، دار الكتب العلمية، بيروت، دت.
196. غاية النهاية في طبقات القراء لأبي الخير محمد بن محمد الجزري. عني بنشره: ج. برجستراسر، القاهرة: مكتبة المتنبي.
197. الغنية: فهرست شيوخ القاضي عياض، تحقيق: ماهر زهير جرار. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1402هـ/ 1982م.
198. فهرس ابن عطية، القاضي أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجنان، محمد الزاهي، دار الغرب الاسلامي، ط: 2، 1983م.
199. فهرس المنتوري، المنتوري، الرابطة المحمدية للعلماء.
200. فهرسة ابن خير الاشبيلي، أبو بكر محمد بن خير بن عمر الأموي، وضع حواشيه: محمد فؤاد منصور، دار الكتب العلمية بيروت، ط: 1، 1419هـ/ 1998م.
201. في التاريخ العباسي والأندلسي، أحمد مختار العبادي، دار النهضة العربية، بيروت، دت.
202. القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة، حمزة أبو فارس، منشورات elga، 2003.
203. الكامل في التاريخ: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد، المعروف بابن الأثير الجزري، تحقيق: أبي الفداء عبد الله القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1407هـ/ 1987م.
204. كتاب العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين، لحسن حسني عبد الوهاب، مراجعة وإكمال: محمد العروسي المطوي بشير بكوش. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1990م.
205. الكواكب السيارة في ترتيب الزيارة في القرافتين الكبرى والصغرى، لشمس الدين محمد بن الزيات، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2005م.
206. اللباب في تهذيب الأنساب، عز الدين بن الأثير الجزري، مكتبة المثنى بغداد، دت.
207. مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان، للإمام أبي محمد عبد الله بن سليمان اليافعي، وضع حواشيه: خليل المنصور، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1417هـ/ 1997م.

208. المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، تاريخ قضاة الأندلس، لأبي الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. بيروت: المكتب التجاري.
209. معالم الإيوان في معرفة أهل القيروان، أبو القاسم الدباغ التنوخي، المطبعة الرسمية العربية، 1320هـ.
210. معجم البلدان، لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. دار صادر، بيروت. طبعة: 1404هـ/ 1984م.
211. معرفة القراء الكبار على الطبقات والأعصار، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: طيار آلي قولا، ط استانبول، 1416هـ/ 1995م.
212. مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون، دط، دت.
213. المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، أبو الفرج عبد الرحمن بن الجوزي، دراسة وتحقيق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1412هـ/ 1992م.
214. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن تغري الأتابكي، قدم له وعلق عليه: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية بيروت، دت.
215. نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لأحمد بن محمد المقرئ التلمساني، حققه: إحسان عباس. بيروت: دار صادر. طبعة: 1997م.
216. نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب، لأبي العباس أحمد القلقشندي، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب اللبناني، ط: 2، 1400هـ/ 1980م.
217. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان مما ثبت بالنقل أو السماع أو أثبتته العيان، لابن خلكان تحقيق: إحسان عباس. دار صادر، بيروت. دت.

كتب الأدب والشعر واللغة وقواميسها

218. أساس البلاغة، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزنجشري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1419هـ/ 1998م.

219. تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد الأزهرى، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت، دار إحياء التراث العربى، ط: 1، 2001م.
220. ديوان الأعشى، للأعشى، دط، دت.
221. سقط الزند، لأبي العلاء المعري، دار بيروت، دار صادر، 1376هـ/ 1957م.
222. العقد الثمين في ديوان الشعراء الثلاثة الجاهليين - ديوان زهير-، المطبعة اللبنانية بيروت، 1886م.
223. القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي. دت.
224. الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي، قابله: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة ناشرون، دت.
225. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي. بيروت، دار صادر. الطبعة الأولى، دت.
226. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي. بيروت: المكتبة العلمية.

فهارس المخطوطات ومعاجم المصنفات والموسوعات

227. فهرس الخزانة الحسنية بالقصر الملكي بالرباط، ط1، 1407، 1987م.
228. فهرس المخطوطات بالخزانة العامة بالمغرب، الرباط: مطبعة التومي. طبعة: 1973م.
229. فهرس مخطوطات المكتبة الأزهرية. القاهرة: مطبعة الأزهر. طبعة: 1946م.
230. فهرس مخطوطات بغداد.
231. فهرس مخطوطات خزانة ابن يوسف بمراكش للمصديق بن العربي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1414هـ/ 1994م.
232. فهرس مخطوطات خزانة القرويين، محمد العابد الفاسي، قدم له وترجم له: ابنه أحمد الفاسي الفهري. الدار البيضاء-المغرب-: دار الكتاب. الطبعة الأولى: 1399هـ/ 1979م.
233. فهرس مخطوطات دير الأسكوريال-إسبانيا-، إعداد: يونس زيدان، تقديم: إسماعيل سراج الدين. مكتبة الإسكندرية. طبعة: 2002م.

234. فهرس مخطوطات مكتبة البلدية بالأسكندرية، لأحمد أبي علي. شركة المطبوعات المصرية. طبعة: 1345هـ/1926م.
235. الفهرست في أخبار العلماء المصنفين من القدماء والمحدثين وأسماء كتبهم، محمد بن إسحاق النديم، المعروف بأبي يعقوب الوراق، تحقيق: رضا تجدد، دط، دت.
236. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله الرومي الحنفي. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
237. الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، السعودية، ط2، 1419هـ/1999م.
238. هدية العارفين: أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل باشا البغدادي. طبع بعناية: وكالة المعارف أستانبول: 1955م. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

البحوث والدراسات الجامعية

239. بحوث الملتقى الأول: القاضي عبد الوهاب البغدادي، شيخ المالكية بالعراق، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1: 1425هـ/2004م.
240. حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد: 21، 1422هـ/2011م.
241. عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، للقاضي أبي الحسن بن القصار المالكي، تحقيق الباحث أحمد بن عبد السلام مغراوي، وإشراف: الدكتور: الحسين آيت سعيد، جامعة القاضي عياض، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، شعبة الدراسات الإسلامية.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الإهداء.....	3
شكر وعرفان.....	4
مقدمة.....	6
قسم الدراسة.....	14
الباب الأول: الإمام ابن أبي زيد القيرواني، وكتابه مختصر المدونة.....	15
الفصل الأول: سيرة الإمام ابن أبي زيد القيرواني.....	29
المبحث الأول: اسمه ونسبه، شيوخه وتلامذته.....	30
المبحث الثاني: مؤلفات ابن أبي زيد، وفاته وناؤه.....	34
الفصل الثاني: دراسة كتاب مختصر المدونة.....	36
المبحث الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبته إلى صاحبه.....	37
المطلب الأول: اسم الكتاب.....	37
المطلب الثاني: توثيق نسبة الكتاب إلى ابن أبي زيد.....	39
المبحث الثاني: سبب تأليف المختصر وموضوعه، شروحه والمختصرات عليه.....	42
المطلب الأول: سبب تأليفه، وموضوعه.....	42
الفرع الأول: سبب تأليفه.....	42
الفرع الثاني: موضوعه.....	42
المطلب الثاني: شروح المختصر والمختصرات عليه.....	44
المبحث الثالث: منهج ابن أبي زيد، ومصادر الاستدلال وموارده في المختصر.....	45
المطلب الأول: منهج الإمام ابن أبي زيد في المختصر.....	45
المطلب الثاني: مصادر الاستدلال وموارده في مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني.....	48

المبحث الرابع: مصادره، اجتهاده وترجيحاته، قيمته وأثره فيمن بعده:.....	57
المطلب الأول: مصادره في المختصر:.....	57
المطلب الثاني: اجتهاده وترجيحاته في المختصر:.....	62
المطلب الثالث: قيمة كتاب المختصر وأثره فيمن بعده:.....	65
الباب الثاني: القاضي عبد الوهاب المالكي وكتابه الممهد في شرح مختصر أبي محمد.....	67
الفصل الأول: سيرة القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي.....	67
المبحث الأول: عصر المؤلف.....	69
المطلب الأول: الحالة السياسية.....	69
المطلب الثاني: الحالة العلمية:.....	71
المبحث الثاني: اسمه ونسبه، مولده ونشأته.....	74
المطلب الأول: اسمه ونسبه.....	74
المطلب الثاني: مولده ونشأته.....	75
المبحث الثالث: شيوخه وتلامذته.....	78
المطلب الأول: شيوخه.....	78
المطلب الثاني: تلامذته.....	84
المبحث الرابع: رحلاته، وظائفه وعلاقته بالدولة.....	87
المطلب الأول: رحلاته.....	87
المطلب الثاني: وظائفه وعلاقته بالدولة.....	91
المبحث الخامس: مؤلفاته، أدبه وشعره، وفاته وثناء العلماء عليه.....	94
المطلب الأول: مؤلفاته.....	94
المطلب الثاني: أدبه وشعره.....	99
المطلب الثالث: وفاته، وثناء العلماء عليه.....	101
الفصل الثاني: دراسة كتاب الممهد للقاضي عبد الوهاب البغدادي.....	103
المبحث الأول: اسم الكتاب، نسبته لصاحبه، وصحته في نفسه:.....	104
المطلب الأول: اسم الكتاب:.....	104
المطلب الثاني: نسبته لصاحبه، وصحته في نفسه:.....	107

المبحث الثاني: منهج القاضي عبد الوهاب في كتابه الممهد:	111
المطلب الأول: منهجه في عرض المسائل الفقهية، والقضايا الخلافية:	111
المطلب الثاني: منهجه في الاستدلال:	120
المبحث الثالث: منهج الجدل والحجاج عند القاضي رحمه الله في الممهد:	146
المطلب الأول: منهجه في الاعتراض على الاستدلال بأي الكتاب:	146
المطلب الثاني: منهجه في الاعتراض على الاستدلال بالسنة:	151
المطلب الثالث: منهجه في الاعتراض على الاستدلال بالقياس:	157
المبحث الرابع: مقارنة بين كتاب الممهد، وكتب القاضي عبد الوهاب الأخرى:	164
المبحث الخامس: مصادره في الممهد:	177
قسم التحقيق	179
كتاب "الممهد في شرح مختصر أبي محمد"، من الجعالة إلى آخر الوصايا (النص المحقق)	179
باب في الجعالة	180
باب القراض	186
باب المساقاة	202
باب الشركة	218
كتاب الوديعة	231
كتاب الوكالات	241
كتاب الأقضية والشهادات والدعوى	270
باب: والقدر الذي يلزم في التزكية	292
باب: والعدالة معتبرة في الشهادة وشرط في قبولها والحكم بها	322
كتاب الدعوى	364
كتاب الإقرار	417
كتاب الرهن	466
كتاب العارية	528
كتاب الحجر	534
كتاب التفليس	558

575.....	كتاب الضمان وهي الكفالة.....
588.....	كتاب الحوالة.....
594.....	كتاب الصلح.....
600.....	كتاب إحياء الموات.....
624.....	كتاب اللقيط.....
631.....	كتاب اللقطة.....
646.....	كتاب الغصب.....
702.....	كتاب الاستحقاق.....
706.....	كتاب الهبات والصدقات والأحباس.....
729.....	كتاب الوقف والحبس.....
754.....	كتاب الشفعة.....
798.....	كتاب القسمة.....
804.....	كتاب الوصايا.....
849	الخاتمة.....

ملخص أطروحة الدكتوراه

إن من أنفس ما حوته خزائن التراث الفقهي الإسلامي، كتاب "الممهد" في شرح مختصر المدونة، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي البغدادي، المتوفى رحمه الله سنة 422هـ؛ إذ هو واحد من علماء الأمة المستقلين، والأئمة المتهدين، أطبقت شهرته الآفاق، وطار ذكره في الأمصار، بفضل ما تميز به من نبوغ في العلم ورسوخ في الفقه، وتحديد لأصوله وقواعده، فكان رأس المالكية في زمانه بلا مدافع.

ومن أجل ما ألف القاضي عبد الوهاب كتابه المسمى "الممهد في شرح مختصر أبي محمد" وهو شرح لمختصر المدونة لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني . رحمه الله . ، وهو تأليف فريد في باب، غزير في مادته وفقهه، لم يلتفت إليه إلى يومنا هذا، لا بإخراج ولا بتحقيق علمي كما هو شأن كتبه الأخرى. وقد أجمعت كتب التراجم والطبقات على أن الممهد هو شرح لمختصر أبي محمد، والمختصر هذا؛ هو مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني، ويفيدنا هذا الكلام أن كتاب الممهد هو مظهر من مظاهر التواصل العلمي بين المدرستين العراقية والمغربية، إذ شرح القاضي رسالة ابن أبي زيد، وشرح المدونة ولم يتمه، ثم شرح مختصر ابن أبي زيد للمدونة، كل هذه الأعمال الثلاثة للقاضي تجعله يتبوأ الصدارة العلمية والفقهية ممن تصدوا لبيان وشرح أهم أمهات ودواوين المدرسة المالكية المغربية.

ويكتسب كتاب الممهد قيمته العلمية من مكانة صاحبه ومؤلفه القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله، فهو أحد أوعية العلم والفقه تأليفاً وتحقيقاً. لهذا؛ فإن النظرة الأولية في الكتاب، تجعلنا نتقلب في علوم كثيرة ضمها في صفحاته، منها علم التفسير، والحديث ورجاله من جرح وتعديل، وعلم اللغة، وعلم الفقه والأصول وقواعدهما، وعليهما مدار الكتاب، والمخطوط من الناحية المنهجية في غاية السبك والإتقان، فيأتي المؤلف بذكر الباب أولاً و يتبعه بذكر الفصول، ويلحق الفصول بالمسائل، ويربط المسائل بفروع... وهكذا.

وأما من الناحية الفقهية: فإن القاضي رحمه الله يذكر المبحث الفقهي المتناول في باب مستقل كأنه طالعة للمبحث، ثم يوصله بالدليل من القرآن الكريم أولاً، ومن السنة والآثار ثانياً، ويأجماع الأمة بعد ذلك، ثم يذكر القياس بعد ذلك بجميع وجوهه، وسائر الأدلة الأخرى، والقاضي رحمه الله في تناوله للدرس الفقهي تراه يشد استدلاله وبحته بالمنهج الجدلي المقارن، يبحث فيها مسائل الباب بطريقة مقارنة جدلية، فيقرر مذهب مالك بذكر دليله، ويأتي بمذهب المخالف لمالك رحمه الله من بقية المذاهب الأخرى، ويناقش أدلتها، ويفترض لذلك الافتراضات، والأسئلة الجدلية، مستعملاً عبارة: (فإن قيل: فالجواب) وهي طريقة معروفة في علم أصول المناظرة والجدل، بإيراد الدليل ونقضه، ثم ذكر المعارض للدليل والترجيح

بعد ذلك، وهذا منهج مدرسة مالكية العراق.

وقد تناول هذا المخطوط الذي حققته أبواب الفقه الآتية:

باب الجعالة، القراض، المساقاة، الشركة، الوديعة، الوكالات. الأقضية والشهادات،
الدعاوى، الإقرار، الرهن، العارية، الحجر، التفليس، الضمان وهي الكفالة، الحوالة،
الصلح، إحياء الموات، اللقيط، اللقطة، الغصب، الإستحقاق، الهبات والصدقات والأحباس،
الوقف والحبس، الشفعة، القسمة، الوصايا.

Résumé de thèse

Le Manuscrit intitulé l' « Introduction » " El-Mûmahed ", est l'un des plus précieux patrimoines de la jurisprudence islamique, expliquant le précis de droit "ELMOUDAOUANA", de son auteur le juge Abu Muhammad Abdul Wahab bin Nasr al-Maliki al-Baghdadi, Mort en (422 H), grâce à ce qui le distingue comme un génie de la science et ancrée dans la jurisprudence, et le renouvellement de ses fondements et ses règles.

Parmi les plus importantes manuels de juge Abdul Wahab, un manuel intitulé «introduction à l'interprétation du précis de Ābu Mohammed» qui a étudié l'ouvrage dite El-moudaouana de Abu Muhammad Abdullah bin Abi Zaid Al Ghairawani , qui est unique dans son genre, est qui n'a pas été étudié auparavant. Les spécialistes en biographie ont été unanimes que "El-Mûmahed" est un manuel interprétatif du précis Elmoudaouan d'Ibn Abi Zayd, ce discours nous à montrer les liens scientifique entre l'école irakienne et maghrébine, selon les travaux d'interprétation menu par un juge et jurisconsulte chevronné tel que Abu Muhammad Abdul Wahab.

Ce Manuscrit acquiert une valeur scientifique par rapport à son auteur, et suite ou premier observation sur ce travail, on peut constater son richesse dans de nombreux domaine scientifique, y compris la science de l'interprétation (Tafssir), Le Hadith (le droit formel) et ses spécialistes, de la linguistique, et de la jurisprudence et ses règles. Sur le plan méthodologique ce manuscrit est très fonderie et perfectionné, où l'auteur commence par la partie (Elbab), suivie par des chapitres(Fossol), arrivant aux sections (Massâil), repartie sur des branches (Fourouê) ... et ainsi de suite.

Sur le plan doctrinal, le juge entame dans une section distincte comme un préambule d'étude, puis il commence à les fonder sur le Coran d'abord, suivi par la loi formelle (sunna), les conduites exemplaires (El-aâthar) en seconde, et le consensus des jurisconsultes, et puis il entame Le « Qiyas » ou le raisonnement par analogie dans tous ses aspects, et tous les autres éléments de preuve, le juge dans ses recherches comparatives dialectiques, dévoile de manière argumentative les différents écoles, en utilisant le lexie: (S'il est dit: la réponse est) un procédé bien connu dans la littérature juridique musulmane (Aélm oussol elfiqh) selon la méthodologie de l'école Malkite.

Ce manuscrit, que je suis actuellement en train d'étudier, contient les parties suivantes : La promesse de récompense (Eldjaâla), les prêts (Elqyrad), le droit d'irrigation (Elmosakat), la Société (El-chareêka), le dépôt (Elwadyâa), les mandats (El-wakalat). Droit processuel (El-aqdya wa chahâdat) , le gage (Errahne), le prêt à usage (El-aârya), de l'interdiction (El-hadjr), la faillite, la garantie tel que le cautionnement (El-kafalâ), la médiation (Solh), revitalisant terre désaffectée (Ihyaâ elmaouat), bâtard (El-lakit), l'irrégularité (El-gasb), les dons et la charité (El-hibat wa Es-sadaqat), de la préemption (El-chefâa), la division (Kissma), de la tutelle testamentaire (Elwassaya).

Abstract :

Among the best hut the Islamic Jurisprudence has included, is the book of « The paved » in explaining the summary blog, of the judge: Abi Muhammad Abd Alwaheb Ben Nacer Al Maliki Al Baghedadi ,who died in year 422 H - Allah's Mercy be upon him-, he was one of the nation's independent scholar and the hardworking preachers his fame over the horizons and was well-known in wide territories due to his features of being genius in knowledge and his firmness in renovation of Jurisprudence Assets and rules he was the head of Malikites in his time without defender.

For what the judge Abd Al Waheb has edited in his book : The paved in explaining the summary of Abi Muhammad, that was a clarification for the blog summary of abi Muhammad Abd Allah Ben Abi Zyd Al- Kirawani-Allah's mercy be upon him- and it was a unique authoring in its gate, prolific in his substance & jurisprudence and till nowadays no one was bearing about it neither by edition nor by a scientific investigation as for his other books.

The books of interpretations and classes have agreed on that the paved is an explanation of abstract of Abi Muhammad; the latter is a blog abstract of Abi Zayd Al Kirawani, according to this speech that the paved book is an appearance of the scientific communication appearances between both Irakian and Maghrebian schools; the judge has explained the letter of Ibn Abi Zayd and the blog but he have not finished it, then he has explained the summary of ibn Abi Zayd of the blog, all these three works for the judge has made him lead the scientific and jurisprudence advancement by illustrating the most important blogs of the Malikite's Magharebian School.

The book of the paved has granted its scientific value from the position of its owner and author the judge Abdu Al Waheb Al-Maliki-Allah's Mercy be upon him-he is one of the vessels of science and jurisprudence authoring & investigation; that is why the first glance on the book, let us search for lot of sciences its pages implied such: the science of interpretation, tradition and its men from wound & amendments, science of language and jurisprudence's assets and their rules around them both which the book and the manuscript in methodological side in a very foundries and proficiency;

The author came to note first the class followed by chapters that were also followedby issues and then he linked issues with branches ,...and so on.

While from the jurisprudence side : the judge –Allah's Mercy be upon him-has mentioned the section of jurisprudence which has been treated in an independent class as an entrance to the section, then he tied it by an evidence from Quran Kareem firstly and from the Sunnah & the trails secondly after that by the nation consensus ; he cited analogy by all its faces, and other collection of proofs; the judge –Allah's Mercy be upon him- in his dealing with the jurisprudence lecture you see him strengthening his inference and his search by the controversial comparative method , he sought for issues in the latter manner

the he approved the rite of Malik by noticing his proof then he used another Rite opposing the previous Rite of the other remaining Rites and discussed their justifications, he presumed for that hypotheses and controversial questions using the expression : (***if it was said : the answer is***) this is a well-known manner is the assets science of controversialist & dialoguing by showing the evidence and its criticism also speaking about the oppose of the proof and its weightings after that and this is the method of Irak Malikit School.

This manuscript which I has investigated has dealt with the following jurisprudence's gates :

The gate of royalty, the ticks, the watering, the deposit, the claims, the districts, the mortgage, the naked, the stoning, the bail, the bankruptcy, the detour, the conciliation, revitalizing of disused land, the foundling, the snapshot, the violation, the deserve, the donations and alms, the irregularity, the endowment, and the confinement, pre-emption, the partition, and the commandments.