

المسالك في شرح مَوْكَا مَالِك

للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المصنف
(المتوفى سنة : 543 هـ)

قراه وعلق عليه

محمد بن الحسين السليمانى عائشة بنت الحسين السليمانى

قدم له

الشيخ الإمام يوسف القرضاوى
رئيس الاتحاد العالمى لعلماء المسلمين

المجلد السادس



دار القرب الإنشاي

© دار الغرب الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

1428 هـ - 2007 م

دار الغرب الإسلامي

ص: ب. 5787 - 113 بيروت

جميع الحقوق محفوظة. لا يسمح بإعادة إصدار الكتاب أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل كان أو بواسطة وسائل إلكترونية أو كهرومستاتية، أو أشرطة ممغنطة، أو وسائل ميكانيكية، أو الاستنساخ الفوتوغرافي، أو التسجيل وغيره دون إذن خطي من الناشر.

المسالك في شرح مَوْكِبًا مَالِك

للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري

(الطبعة الأولى، 543 هـ)

المجلد السادس

(١) كتاب البيوع

ولا بدّ فيه من مقدمات وقواعد وتمهيدات تُفسّر لك ما أشكل منه، وتوضّح لك ما خفيّ منه، وإقامة الأدلّة من الكتاب والسنة. قال الله تعالى: ﴿وَأَمَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١) وهذه الآية الأصل في جواز البيوع كلّها، واختلف العلماء فيها، هل هي مُجملة أو عامّة؟ والصحيح عندنا أنّها عامّة في كلّ بيع.

فإن قيل: فإذا كانت الآية عامّة، فلأني شيء لم تجز بعض البيوع؟ قلنا: ما نقض البيوع لم يجز؛ لأنها خرجت بدليل، وهو قوله عليه السلام، وما داخله فساد لم يجز؛ لأنّ حدّ العامّ: ما اشتمل اثنان فصاعداً.

وقوله: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا﴾^(٢) قالت ثقيف: كيف نتبرأ عن الربا وهو مثل التبيع؟ فنزلت فيهم الآية^(٣).

قال علماؤنا: الربا كناية عن استجابة في البيع وقبضه باليد^(٤)؛ لأنّ ذلك إنّما يفعله المرابي قسداً لما يأكله^(٤).

والربا في اللغة: الزيادة، وكان الربا عندهم معروفاً، يبيح الرجل الرجل إلى أجل، فإذا جاء الأجل، قال^(٣): تعطني أم تربني على ما عليه؟ أو تضرب أجلاً آخر^(٤)؟ فحرّم الله الربا، وسيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله.

(١) من هنا يبدأ السقط في نسخة ج.

(٢) ف: «في اليد» والمثبت من الأحكام.

(٣) «قال» استدركناها من الأحكام.

(٤) الأحكام: «قال أتقضي أم تربني؟ يعني أم تزيدني على مالي عليك وأصبر أجلاً آخر» وهو الضواب.

(١) البقرة: 275.

(٢) البقرة: 275، وانظر شرحه للآية في أحكام القرآن: 240/1.

(٣) أخرجه مطولاً أبو يعلى في مسنده (2668) والواحد في أسباب النزول: 125 من طريق أبي يعلى، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد: 4/119 وقال: «رواه أبو يعلى وفيه محمد بن السائب الكلبي، وهو كذاب».

(٤) «فعبّر بالأكل عنه، وهو مجاز من باب التعبير عن الشيء بفائدته وثمرته، وهو أحد قسمي المجاز» قاله ابن العربي في أحكام القرآن: 240/1.

المقدمة الأولى⁽¹⁾ في حقيقة القصد

قال القاضي الزُّنْجَانِيُّ بَيِّنَتِ الْمُقَدِّسُ: الْبَيْعُ وَالنُّكَاْحُ عَقْدَانِ يَتَعَلَّقُ بِهِمَا قَوَامُ الْإِنْسَانِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ خَلَقَ الْآدَمِيَّ مُحْتَاجًا إِلَى الْغَدَاءِ، مُشْتَهِيًا لِلنِّسَاءِ، وَخَلَقَ لَهُ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا، كَمَا أَخْبَرَ فِي صَادِقِ كِتَابِهِ، وَلَمْ يَتْرُكْهُ سُدىً يَتَصَرَّفُ فِي اقْتِضَاءِ شَهَوَاتِهِ وَيَسْتَمْتِعُ بِنَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ كَمَا فَعَلَ بِالْبَهَائِمِ؛ لِأَنَّهُ فَضَّلَهُ عَلَيْهَا بِالْعَقْلِ الَّذِي جَعَلَهُ لِأَجَلِهِ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ، وَبِتَعَارُضِ الشَّهَوَاتِ وَالْعَقْلِ تَعَيَّنَ أَنَّ يَكُونُ هُنَاكَ قَانُونٌ يَنْفَصِلُ بِهِ وَجْهُ الْمَنَازَعَةِ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ، فَتَسْتَرْسِلُ الشَّهْوَةُ بِحُكْمِ الْجَبَلِيَّةِ، وَتَقَيِّدُهَا الْعِلَاقَةُ بِحُكْمِ الشَّرِيعَةِ، وَجَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَكْلُوفِينَ اخْتِصَاصًا يُقَالُ⁽¹⁾ لَهُ: الْمَلِكُ، بِمَا يَتَهَيَّأُ بِهِ⁽²⁾ التَّفْعُ، وَجَعَلَ لَهُ سَبْعِينَ⁽³⁾:

أحدهما: يُنْبِتُهُ⁽⁴⁾ ابتداءً، وهو الاصطبيادُ، والاحتشاشُ، والاحتطابُ، والاقْتِطَاعُ، على اختلافٍ وتفصيلٍ.

والثاني: يَنْقُلُهُ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ، وَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَهُوَ الْهَبَةُ.

والثاني: بِعِوَضٍ⁽⁵⁾، وَهُوَ الْبَيْعُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ، وَهَذَا بِأَبْأَيْهِ، وَلَهُ شُرُوطٌ كَثِيرَةٌ، وَمُفْسِدَاتُهُ أَكْثَرُ، لِمَا قَضَى اللَّهُ أَنْ يَكُونَ الْفَسَادُ أَكْثَرَ مِنَ الصَّلَاحِ، وَالشَّرُّ أَوْعَافُ⁽⁶⁾ مِنَ الْخَيْرِ، وَلِذَلِكَ تَمْتَلِئُ النَّارُ بِأَهْلِهَا وَتَبْقَى الْجَنَّةُ خَالِيَةً حَتَّى يُنْشِئَ اللَّهُ لَهَا خَلْقًا آخَرَ.

(1) «يقال» ساقطة من الأصل، واستدركتها من القبس.

(2) في الأصل: «بما فيها له» والمثبت من القبس.

(3) في القبس: «سبعين».

(4) في الأصل: «يشبه» والمثبت من القبس.

(5) ف: «عوض» والمثبت من القبس.

(6) ف: «أضعف من» والمثبت من القبس.

(1) انظرها في القبس: 775/2.

المقدمة (١) الثانية في خضري شروطيه

وهي ثلاثة:

أحدها: أهلية المتعاقدين، وهو أن يكون كل واحد منهما عاقلًا بالغًا، على اختلاف وتفصيل، لم يتقدم عليه حَجْرٌ باتِّفاقٍ، ولا أذْرَكَةٌ سَفَهٌ في ماله على اختلاف^(١)، على ما نبيته إن شاء الله، فنقول^(٢):

يكون فساد البيع من خمسة أوجه:

- 1 - منها ما يرجع إلى المبيع.
 - 2 - ومنها ما يرجع إلى الثمن.
 - 3 - ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين.
 - 4 - وما يرجع إلى صفة العقد.
 - 5 - وما يرجع إلى الحال التي يقع العقد فيها.
- وأما ما يرجع إلى المبيع، فإن يكون مما لا يصح بيعه، وذلك خمسة أشياء:
- 1 - الإنسان الحر.
 - 2 - والخمر^(٣).
 - 3 - والخنزير^(٣).
 - 4 - والنجاسة.
 - 5 - وما لا منفعة فيه، نحو خَشَاشِ الأَرْضِ والضَّفَادِعِ^(٤) ونحو ذلك.

(١) «المقدمة» ساقطة من الأصل، وهي من استدراكنا.

(١) لم يذكر المؤلف باقي الشروط التي وَعَدَ بها، وهي كما في القيس: 776/2 «[الشرط الثاني]: أهلية المعقود عليه لمؤرد العقد، وذلك بأن يكون مُتَمَوِّلاً مُتَمَلِّكًا، عَرَبِيًّا عن حق الله فيه بأمر أو نهى، وعن حق لآدمي غير الذي يباشر العقد. [الشرط الثالث]: انتظام العقد بانتلاف الإيجاب والقبول فيه مطردين».

(٢) الكلام التالي مقتبس من الخصال الصغير لابن الصواف: 71 - 72. وانظر التلغين: 106، 113.

(٣) في حق المسلم.

(٤) في الخصال الصغير: «... الأرض مثل الخنافس والضفادع».

وأما الراجِعُ إلى الثَّمَنِ، فَأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَحِلُّ تَمَلُّكُهُ.

وأما الرَّاجِعُ إلى المتعاقِدَيْنِ، فَأَنْ يَكُونَ أَوْ أَحَدَهُمَا مِمَّا لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ، وَلِذَلِكَ

أربعة أوصاف:

- 1 - الصُّغُرُ.
- 2 - والجُنُونُ.
- 3 - والحَجْرُ عَلَيْهِ فِي الْكَثِيرِ وَغَيْرِهِ.
- 4 - والجهلُ بالمبيعِ.

وأما ما يرجعُ إلى صفةِ العَقْدِ، فأربعة أشياء:

- 1 - الرِّبَا ووجوهُهُ.
- 2 - والعَرَزُ وأبوابُهُ.
- 3 - والمزائنةُ وأحكامُها.
- 4 - والبيعُ والسُّلْفُ في عَقْدٍ واحدٍ.

وأما ما يرجعُ إلى حالِ العَقْدِ، فأحد عشر شيئاً:

- 1 - البيعُ على بَيْعِ أَخِيهِ⁽¹⁾.
- 2 - الثاني: التَّبَاعُ فِي حَالِ الخُطْبَةِ وَالصَّلَاةِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ.
- 3 - الثالث: بَيْعُ نَجَشٍ⁽²⁾.
- 4 - الرابع: بَيْعُ العُرْبَانِ.
- 5 - الخامس: بَيْعُ المُنَابَذَةِ⁽³⁾.
- 6 - السادس: بَيْعُ المَلَامَسَةِ⁽⁴⁾.
- 7 - السابع: بَيْعُ الحِصَاةِ⁽⁵⁾.

(1) زاد القاضي عبد الوهاب في التلقين: 113: «إذا ركن إليه، وقرب اتفاقهما».

(2) وهو أن يزيد التاجر في ثمن السلعة ليغتر غيره، لا لحاجة منه إليها.

(3) وهو أن يبدل أحدهما ثوبه إلى الآخر، وينبذ الآخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك.

(4) وهو أن يلمس الرجل الثوب فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبينه.

(5) من جملة صور هذا البيع أن تكون بيد الرجل حصة فيقول: إذا سقطت من يدي فقد وجب البيع.

- 8 - الثامن: بيعتان في بيعة.
 9 - التاسع: ما يعلم صاحبه وزنه وكيله، فيبيعه جُزْأً على ظاهر المذهب.
 10 - العاشر: بيع الموقوف.
 11 - الحادي عشر: بيع الغائب على خيار الرؤية⁽¹⁾.

فصل⁽²⁾

وأما البيوع المحظورة، فإنها تنقسم إلى قسمين:
 أحدهما: ما كان محظوراً لحقّ آدمي.
 والثاني: ما كان محظوراً لحقّ الله.
 فأما ما كان محظوراً لحقّ الله، فإن ذلك ينقسم إلى أربعة أقسام:
 أحدها: ما كان محظوراً لتعلقه بالمحظور في الشرع، دون أن يطابقه نهياً، أو يُخلّ فيه شرط من الشرائط المُشترطة في صحته.
 الثاني: ما طابقه النهي ولم يُخلّ فيه شرط من الشرائط المُشترطة في صحته.
 الثالث: * ما أخلّ فيه بشرط من شرائط صحته.
 الرابع⁽¹⁾: * بيوع الشروط، وهي التي يسميها الفقهاء بيوع النيبا.
 وأما القسم الأول وهو ما كان محظوراً لتعلقه بالمحظور دون أن يطابقه نهياً أو يخلّ فيه شرط من شرائط صحته، مثل أن يبيع قبل الصلاة في آخر وقتها بقدر ما لا يُدركه قبل تمامه إلا ركعة من الصلاة، ويعلم أنه يفوته جميع الوقت باشتغاله بالبيع، ومثل البيع والشراء في موضع مغصوب * وما أشبه ذلك؛ فإن البيع على هذا الوجه حرام محظور غير جائز، إلا أنه إذا وقع لم *⁽²⁾ يُفسخ، فات أو لم يُفت باتفاق، إلا ما كان من هذا النوع علّة الخطر فيه باقية ببقاء المبيع، مثل شراء النصراني المضحف والمسلم،

(1) ما بين النجمتين ساقط من ف واستدركناه من المقدمات الممهّدات.

(2) ما بين النجمتين استدركناه من المقدمات الممهّدات ليكمل النقص ويستقيم الكلام.

(1) هنا ينتهي النقل من كتاب الخصال.

(2) هذا الفصل مقتبس من المقدمات الممهّدات: 63/2.

وغير ذلك؛ فإنه يُفَسِّخ، لبقاءِ عِلَّةِ الحَظَرِ فيه بعدَ البَيْعِ، وقيل: إنه لا يُفَسِّخ وتُرْفَعُ العِلَّةُ بِبَيْعِ^(١) المُشْتَرِي^(٢)، في كلامٍ طویلٍ لهم.

المقدمة^(٣) الثالثة

في معرفة الرِّبَا وأبوابه

قال اللهُ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الآية^(١)، فلفظ البيع عام؛ لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم، قال الله تعالى: ﴿وَالْمَصْرَ إِذْ أَتَيْنَاكَ لِيُخْبِرَكَ﴾ الآية^(٢)، فاستثنى من الإنسان جماعة المؤمنين لاقتضائه العموم، واللفظ العام إذا ورد فإنه يُحْمَلُ على عُمومِهِ، إلا أن يأتي ما يخصُّهُ، فإن خَصَّ منه شيئاً، بقي ما بعدَ الخُصوصِ أيضاً، فيندرجُ تحت قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الآية^(٣) كلُّ بيعٍ إلا ما خَصَّ منه بالدليل، وقد خَصَّ منه بأدلةِ الشَّرْعِ بيوعٌ كثيرةٌ، فيبقى ما عداها على أصلِ الإباحةِ منه، ولذلك قلنا في البيوعِ الجائزةِ إنها ما لم يحظرها الشَّرْعُ، ولا وردَ فيها التَّهْيِ.

قال علماءنا^(٤): الرِّبَا في الصَّرْفِ^(٤) وفي جميعِ البيوعِ، وفيما تقرَّرَ في الذِّمَّةِ^(٥)، حرامٌ مُحَرَّمٌ بالكتابِ والسُّنَّةِ وإجماعِ الأُمَّةِ.

فأما الكتابُ، فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الآية^(٦)، وقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا

(١) ف: «بمنع».

(٢) المقدمات: «بيع المشتري على المشتري».

(٣) «المقدمة» من استدراكنا.

(٤) ف: «العرف» والمثبت من المقدمات.

(١) البقرة: 275.

(٢) العصر: 1 - 2.

(٣) البقرة: 275.

(٤) المقصود هو الإمام ابن رشد الجذ، ومن هذا الموضع إلى آخر الفصل مقتبس من المقدمات الممهِّدات: 2/5 - 6.

(٥) من الدين.

(٦) البقرة: 275.

الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴿الآية (2)﴾، والنهي إذا قُرِنَ به الوعيدُ، عَلِمَ أَنَّ المرادَ به التحريم.

وقوله تعالى: ﴿فَيُظَاهِرُ مِنَّنِ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمًا عَلَيْهِمْ طَبَقَتْ أُحِلَّتْ لَكُمْ﴾ الآية (3)، يريدُ نهيَ تحريم؛ لأنه عَطْفُهُ على ما نصَّ على (1) تحريمه، إلا أَنَّ الاحتجاجَ بهذه الآية على تحريم الرِّبَا إنما يَصِحُّ على مذهبٍ مَنْ يرى أَنَّ ما أخبر اللهُ تعالى به من شرائعٍ مَنْ قَبَلْنَا من الأنبياء لازمٌ لنا، إلا أَنَّ يَأْتِي في شَرْعِنَا ما يَنْسَخُه عَنَّا، وإلى هذا ذهب مالك (4) - رحمه اللهُ -؛ لأنه قد احتجَّ في «مَوْطِئِهِ» (5) بقوله تعالى: ﴿وَأَقْرِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾ الآية (6)، يريد في التوراة، وهو الصحيحُ، لقوله عليه السلام: «إِذَا نَامَ أَحَدُكُمْ عَنِ الصَّلَاةِ أَوْ نَسِيَهَا ثُمَّ فَرَعَ إِلَيْهَا فَلْيُصَلِّهَا كَمَا كَانَ يُصَلِّيهَا فِي وَفَيْهَا، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: ﴿وَأَقْرِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾» (7)، (8) والخطابُ بهذا إنما هو لموسى عليه السلام، وهذا يَبِينُ، وقد اختلفَ العلماءُ في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أنها لازمةٌ لنا جملةً من غير تفصيلٍ (9)، بدليلِ قوله عزَّ وجلَّ: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَّتْهُمْ آفْتَدُهُ﴾ الآية (10).

(1) ف: «عليه» والمثبت من المقدمات.

.....

(1) آل عمران: 130.

(2) النساء: 29.

(3) النساء: 160.

(4) نصُّ على هذا ابن القصار في المقدمة في الأصول: 149 - 150.

(5) 446/2، كتاب العقول، [باب] القصاص في القتل.

(6) المائة: 45، وانظر وجه الاستدلال بهذه الآية في إحكام الفصول للباقي 395، والمحرم الوجيز: 275/5 [ط. قطر].

(7) طه: 14.

(8) أقرب رواية إلى رواية المؤلف هي ما رواه مالك في الموطأ (26) رواية يحيى، من حديث زيد بن أسلم. وكذلك ما رواه الطبراني في الأوسط (6129) من حديث أنس.

(9) وهو قول جمهور أهل الأصول من المالكية، انظر شرح تنقيح الفصول: 297، وتقريب الوصول: 118، ونشر البنود: 32/2.

(10) الأنعام: 90.

الثاني: أنها غير لازمة لنا جملةً من غير تفصيل⁽¹⁾، بدليل قوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾⁽²⁾.

الثالث: أنها غير لازمة لنا إلا شريعة إبراهيم عليه السلام، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ﴾ الآية⁽³⁾، وقوله: ﴿وَمِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ الآية⁽⁴⁾.

الرابع: أنها غير لازمة لنا إلا شريعة عيسى؛ لأنها آخر الشرائع المتقدمة، وكل شريعة ناسخة للذي قبلها، وهذا القول ضعيف؛ لأن شريعة عيسى إذا كانت ناسخة لما قبلها من الشرائع، فشريعتنا ناسخة لشريعة عيسى، وهذا لا غبار عليه.

فصل (5)

وأما قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ﴾ الآية⁽⁶⁾، المعنى: الذين يربون في تجارتهم في الدنيا، لا يقومون يوم القيامة من قبورهم إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس، أي: يصرعه من الجنون.

ويؤى⁽⁷⁾ أن أكلة الربا يعرفون يوم القيامة أنهم أكلة الربا يأخذهم خبل يشبه الخبل الذي يأخذهم في الآخرة بالجنون الذي يكون في الدنيا.

وفي الصحيح أن النبي عليه السلام حدث عن ليلة الإسراء فكان في حديثه أنه قال: أتيت على سابلة فزعون حيث ينطلق بهم إلى النار، ثم قرأ: ﴿النَّارُ يُعْرَضُونَ عَلَيْهَا﴾ الآية⁽⁸⁾، ثم قال: وإذا أنا برجال بطونهم كالببوت، فيقومون فيقومون ببطونهم، قال:

(1) وهو قول أبي تمام البصري وأبي بكر الباقلائي وطائفة من المالكية، كما نص على ذلك الباجي في أحكام الفصول: 394، وهو الذي نصره إسماعيل بن إسحاق القاضي، كما في البحر المحيط: 42/6.

(2) المائدة: 48.

(3) النحل: 123.

(4) الحج: 78.

(5) هذا الفصل مقتبس من المقدمات الممهّدة من مواضع مختلفة، انظرها مرتبة: 7/2 - 8، 12 - 13، 8 - 10.

(6) البقرة: 275.

(7) رواه عبد الرزاق في تفسيره: 110/1، ومصنفه (19706) والبيهقي في الشعب (5514) من حديث عبد الله بن سلام.

(8) غافر: 46.

قُلْتُ: يَا جَبْرِيلُ، مَنْ هَؤُلَاءِ؟ قَالَ: هَؤُلَاءِ أَكَلَةُ الرَّبَا، ثُمَّ تَلَا هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَرْبَابًا﴾ الْآيَةَ (1)(2).

وفي «صحيح البخاري» (3) عن النبي عليه السلام قال: «رَأَيْتُ اللَّيْلَةَ رَجُلَيْنِ أَتْيَانِي (1)، فَأَخْرَجَانِي إِلَى أَرْضٍ مُقَدَّسَةٍ، فَأَنْطَلَقَا حَتَّى أَتَيْتَا عَلَى نَهْرٍ مِنْ دَمٍ، فِيهِ رِجَالٌ (2) قَائِمُونَ فِي وَسْطِ النَّهْرِ، وَرَجُلٌ بَيْنَ يَدَيْهِ حِجَارَةٌ، فَأَقْبَلَ الرَّجَالُ الَّذِينَ فِي النَّهْرِ، فَإِذَا أَرَادُوا أَنْ يَخْرُجُوا رَمَى فِي فِيهِمْ بِحِجَارَةٍ فَرَجَعُوا كَمَا كَانُوا، فَقُلْتُ: مَا هَذَا؟ فَقَالَ الَّذِينَ رَأَيْتَ فِي النَّهْرِ: هُمْ أَكَلَةُ الرَّبَا».

وأما السُّنَّةُ، فمنها ما رواه ابن مسعود؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَعَنَ أَكْلَ الرَّبَا وَمُؤْكَلَهُ وشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ (4)، قَالَ: هُمْ سَوَاءٌ (5)، وَمِنْ ذَلِكَ تَحْرِيمُ التَّفَاضُلِ بَيْنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، عَلَى مَا يَأْتِي بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وأما الإجماعُ، فمعلومٌ من دِينِ الْأُمَّةِ ضَرُورَةٌ أَنَّ الرَّبَا يَحْرُمُ فِي الْجَمَلَةِ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي تَفْصِيلِ مَسَائِلِهِ، عَلَى مَا تَبَيَّنَتْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

واختلفَ العلماءُ فِي لَفْظِ «الرَّبَا» الْوَارِدِ فِي الْقُرْآنِ، هَلْ هُوَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ الَّتِي يُفْهَمُ الْمَرَادُ بِهَا وَتُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهَا حَتَّى يَأْتِيَ مَا يَخْصُصُهَا؟ أَوْ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْمُجْمَلَةِ الَّتِي لَا يُفْهَمُ الْمَرَادُ مِنْهَا (3) مِنْ لَفْظِهَا وَتَفْتَقِرُ فِي الْبَيَانِ إِلَى غَيْرِهَا؟ عَلَى قَوْلَيْنِ، وَالَّذِي

(1) «أتيناني» استدركتاها من المقدمات والبخاري.

(2) في المقدمات والبخاري الكلام عن الرجال بصيغة الجمع.

(3) المقدمات: «بها».

(1) البقرة: 275.

(2) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (36574)، وأحمد: 2/353، 363، وابن ماجه (2273)، والحاثر بن أبي أسامة كما في زوائد الهيثمي (25)، قال البوصيري في مصباح الزجاجة: 3/34 «هذا إسناد ضعيف لضعف علي بن زيد» وقال الهيثمي في المجمع: 4/117 «فيه علي بن زيد وفيه كلام، والغالب عليه الضعف».

(3) الحديث (2085) عن سَمْرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ.

(4) أخرجه الطيالسي (343)، وأحمد: 1/393، 394، وأبو داود (3333م)، وابن ماجه (2277)، والترمذي (1206) وقال: «حديث حسن صحيح»، وأبو يعلى (4981)، وابن حبان (5025).

(5) هذه الزيادة أخرجه مسلم (1598) من حديث جابر.

يدلُّ عليه قولُ عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - «كَانَ مِنْ آخِرِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ آيَةَ الرِّبَا، فَتُوِّفِي رَسُولُ اللَّهِ وَلَمْ يُفَسِّرْهَا»⁽¹⁾، فَلَمَّا لَمْ يُفَسِّرْهَا عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُعَمِّمْ جَمِيعَ وُجُوهِ الرِّبَا بِالنُّصِّ عَلَيْهَا، لِلْعِلْمِ الْحَاصِلِ أَنَّهُ ﷺ قَدْ نَصَّ⁽¹⁾ عَلَى كَثِيرٍ مِنْهَا، مِنْ ذَلِكَ:

تَحْرِيمُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَنْ⁽²⁾ التَّفَاضُلِ بَيْنَ الذَّهَبَيْنِ وَبَيْنَ الْوَرِقَيْنِ، وَنَهْيُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ بَيْعِ وَسَلْفِ، وَعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَعَنْ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ⁽³⁾، وَعَنْ بَيْعِ الشُّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، وَمَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَحَادِيثَ تُحْمَلُ عَلَى الْبَيَانِ وَالتَّفْسِيرِ لِمَا أَجْمَلَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ مِنْ ذِكْرِ الرِّبَا، وَمَا لَمْ يَنْصُ عَلَيْهِ ﷺ مِنْ وُجُوهِ الرِّبَا، فَإِنَّهُ أَحَالَ فِيهِ عَلَى طَرُقِ الْأِدْلَةِ أَدْلَةَ الشَّرْعِ وَبَيَّنَّ وُجُوْهُهَا، وَمَا تُؤْفِي رَسُولُ اللَّهِ إِلَّا بَعْدَ أَنْ كَمَلَ الدَّيْنُ، وَبَعْدَ أَنْ يَبَيِّنَ كُلَّ مَا يَحْتَاجُهُ النَّاسُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ الْآيَةَ⁽²⁾.

قال⁽³⁾: وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى مَا تَأَوَّلْنَا حَدِيثَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الرِّبَا، وَقَوْلُ عُمَرَ: «إِنَّكُمْ تَزْعُمُونَ أَنَّا نَعْلَمُ أَبْوَابَ الرِّبَا، وَلِأَنَّ أَكُونَ أَعْلَمَهَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ لِي مِثْلُ مِضْرٍ وَكُورِهَا، وَلَكِنْ مِنْ ذَلِكَ أَبْوَابٌ لَا تَخْفِيَنَّ عَلَى أَحَدٍ: أَنْ تَبَاعَ الثُّمْرَةُ وَهِيَ مُعْصِفَةٌ⁽⁴⁾ لَمْ تَطْبُ، وَأَنْ يُبَاعَ الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ وَالْوَرِقُ بِالذَّهَبِ نَسِيئًا⁽⁴⁾»⁽⁵⁾. فَأَخْبَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ مِنْ وُجُوْهِ الرِّبَا مَا هُوَ بَيْنَ جَلِيٍّ⁽⁶⁾ لِنَصِّ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَيْهِ⁽⁶⁾، وَمِنْهُ مَا هُوَ بَاطِنٌ خَفِيٌّ لِعَدَمِ

(1) «قد نص» استدركناها من المقدمات ليلتم الكلام.

(2) كذا بزيادة «عن»، وحذفها أولى.

(3) المقدمات: «الملامسة والمنازعة».

(4) في الأصل: «جزافا» والمثبت من المقدمات والمصنف.

(5) ف: «ما منه جلي خفي» والمثبت من المقدمات.

(6) «عليه» استدركناها من المقدمات.

(1) أخرجه أحمد: 36/1، 49، وابن ماجه (2276)، والمروزي في السنة (197)، قال البوصيري في

مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه: 3/35 «هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات».

(2) المائدة: 3.

(3) يحتمل أن يكون القائل هو المؤلف ناقلاً كلام ابن رشد، ويحتمل أن يكون ابن رشد صاحب الكلام المنقول.

(4) أي ذات سنبل.

(5) أخرجه عبد الرزاق (14161)، وذكره محمد بن الحسن في الحجة: 486/2.

النُّصْر فيه، وَتَمَنَّى^(١) أن تكونَ جميع وجوه الرُّبَا ظاهرة جلية يعلمها بنصُّ النَّبِيِّ عليه السلام عليها، ولا يفتقر إلى طَلَبِ الأدلَّةِ في شيءٍ منها، والله عزَّ وجلَّ^(١) لَمَّا أراد أن يَمْتَحِنَ عبادهُ ويبتليهم فَرَّقَ بينَ طرقِ العِلْمِ، فجعلَ منها ظاهرًا جليًّا وباطنًا خفيًّا، ليُعَلِّمَ الباطنَ الخَفِيَّ بالاجتهادِ والنُّظَرِ من^(٢) الظاهرِ الجليِّ، فرفعَ بذلك الذين آمنوا والذين أوتوا العلمَ درجاتٍ، وقال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ﴾ الآية^(٢).

قال علماؤنا^(٣): فمن استحلَّ الرُّبَا فهو كافرٌ حلالُ الدِّمِ يُسْتَتَابُ، فإن تابَ والأُ قُتِلَ، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(٤) يريد عاد إلى^(٣) الرُّبَا مستحلًّا له؛ لأنَّ الخلودَ في النار من صفات الكافرين.

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ الآية، إلى قوله: ﴿فَازْدُؤُوا يَحْرِبَ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ الآية^(٥) أي: إن لم تفعلوا فتقبلوا ذلك وتقرؤا به ﴿فَازْدُؤُوا يَحْرِبَ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ الآية^(٦)، أي: فاعلموا أنكم مُحَارَبُونَ من اللّٰهِ ورسوله لأنكم مشركون.

وقد بيَّنا أن أصلَ «الرُّبَا» لغةً وشرعًا: الزيادةُ، يقال: رَبَا الشَّيْءُ يَرْبُو، إذا زَادَ وَعَظَمَ، وأزبى فلانٌ على فلانٍ إذا زَادَ عليه، يُزْبِي إِزْبَاءً، وقيل للمُزْبِي: مُزِبٌ لزيادته التي يستزِيدها في دينه لتأخره إلى أجلٍ، أو غير ذلك.

وأما من باعَ بَيْعًا أَرَبِيًّا فيه غير مُسْتَجِلٍّ للرُّبَا، فعليه العقوبة المَوْجَعَةُ إن لم يُغَدَّرَ

(١) ف: «وبين» والمثبت من المقدمات.

(٢) ف: «في» والمثبت من المقدمات.

(٣) «إلى» استدركناه من المقدمات والموطأ.

(١) من هنا إلى آخر الفقرة يشبه كلام ابن القصار في المقدمة في الأصول: 5، ومن الجائز أن يكون ابن رشد قد اعتمد عليه.

(٢) آل عمران: 7.

(٣) المقصود هو الإمام ابن رشد الجذ.

(٤) البقرة: 275.

(٥) البقرة: 278.

(٦) البقرة: 279.

بجهل، ويُفسخُ البَيْعُ ما كان قائماً في قول مالك وجميع أصحابه.

والْحُجَّةُ في ذلك: أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَمَرَ السُّعْدِيَّ أَنْ يَبِيعَا آيَةَ مِنَ الْمَعَانِمِ مِنْ دَقَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، فَبَاعَا كُلُّهُمَا (١) ثَلَاثَةَ بِأَرْبَعَةٍ عَيْنًا، أَوْ كُلُّ أَرْبَعَةٍ بِثَلَاثَةِ عَيْنًا، فَقَالَ لَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَزَيْتُمَا فَرْدًا» (١).

فإن فات البَيْعُ، فليس له إلا رأس المال، فَبَضَّ الرُّبَا أو لم يقبضه. فإن كان قَبَضَهُ رَدَّهُ إلى صَاحِبِهِ. وكذلك مَنْ أَرَزَى ثُمَّ تَابَ مِنْهُ، فليس له إلا رأس مَالِهِ، وما قَبَضَ مِنَ الرُّبَا وجب عليه رَدُّهُ إلى مَنْ قَبَضَهُ مِنْهُ، وإن لم يعلمه، تَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ، لقوله: ﴿وَإِنْ تَبَيَّنْتُ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ الآية (٢).

وأما مَنْ أَسْلَمَ وَلَهُ رِبَا، فإن كان قَبَضَهُ فهو له، لقوله تعالى: ﴿مَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ الآية (٣)، ولقوله عليه السَّلَامُ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ» (٤).

وأما إن كان الرُّبَا لم يقبضه، فلا يَحِلُّ له أن يأخذه، وهو موضوعٌ عن الَّذِي هو عليه، ولا خلاف في هذا أَعْلَمُهُ، لقوله: ﴿وَدَّرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ الآية (٥).

قيل (٢): نزلت هذه الآية في قَوْمٍ أَسْلَمُوا، ولهم على قوم أموالٌ مِنَ الرُّبَا كانوا أَرَبُوا (٣) عليهم، وكانوا قد قبضوا (٤) بعضه وبقي، فَعَفَا اللَّهُ لَهُمْ عَمَّا كَانُوا قَبَضُوهُ (٥)، وحرَّم عليهم اقتضاء ما بَقِيَ مِنْهُ (٦).

(١) «كل» استدركناه من المقدمات والموطأ.

(٢) «قيل» من إضافات المؤلف على نص المقدمات.

(٣) المقدمات: «أربوه».

(٤) في نسخة من المقدمات: «اقتضوا».

(٥) المقدمات: «اقتضوه».

.....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (1843) رواية يحيى.

(2) البقرة: 279.

(3) البقرة: 275.

(4) أخرجه أبو يعلى (5847)، والبيهقي: 113/9، قال ابن أبي حاتم في علل الحديث: 203/1 «هذا حديث لا أصل له»، وانظر تلخيص الحبير: 110/4.

(5) البقرة: 278.

(6) أخرجه ابن الطبري في تفسيره: 51/5 (ط. هجر) عن الضحَّاك، وانظر الدرر المشور: 373:3 (ط. هجر).

وقيل: إن هذه الآية نزلت في العباس بن عبد المطلب ورجل من بني المغييرة كانا يُسلفان في الربا، فجاء الإسلام ولهم أموال عظيمة في الربا، فأنزل الله تعالى هذه الآية بتحريم اقتضاء ما بقي لهما من الربا، فلم يقبضوا ذلك⁽¹⁾.

وقال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «أَلَا إِنَّ كُلَّ رَبَا كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ رَبَا يُوضَعُ رَبَا الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ»⁽²⁾.

المقدمة الرابعة⁽³⁾

في تمهيد القواعد وترتيب الأحاديث الواردة في البيوع

اختلف الناس في أصول البيوع، فأدَارَهَا المتكلمون على أربعة أحاديث، وأدَارَهَا الفقهاء أيضًا على أربعة، وزاد مالك فيها أصليين، ونحن نبيِّن ذلك على معنى يوافق غرض مالك في «الموطأ» خاصة، ونقرِّع على قالب كلامه فيه فنقول:

الأصول سبعة: أربعة من الحديث، واثنان من المعنى.

الحديث الأول: حديث الربا، قال النبي عليه السلام: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ، وَلَا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، وَلَا الثَّمَرَ بِالثَّمَرِ، وَلَا الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ، إِلَّا سَوَاءً، عَيْنًا بِعَيْنٍ، يَدًا بِيَدٍ»⁽⁴⁾ وهذا لفظ الحديث.

الثاني: قديم النبي عليه السلام المدينة وهم يُسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال عليه السلام: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»⁽⁵⁾.

الثالث: روى ابن عمر وزيد بن ثابت، عن النبي عليه السلام في بيع الثمار؛ أما ابن عمر فقال: نهي النبي عليه السلام عن بيع الثمار حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا⁽⁶⁾، فذكره في

(1) رواه الطبري في جامع البيان: 22/6 (ط. شاكر)، وانظر أسباب النزول للواحدي: 78، والعجاب في بيان الأسباب لابن حجر: 637/1، والدر المنثور: 372/3 (ط. هجر).

(2) أخرجه مطولاً: أحمد: 426/3، وأبو داود (3334)، وابن ماجه (1851، 2669، 3055)، والترمذي (3087) وقال: «هذا حديث حسن صحيح».

(3) انظر هذه المقدمة في القبس: 777/2 - 779.

(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت، مع اختلاف في اللفظ.

(5) أخرجه البخاري (2240)، ومسلم (1604) من حديث ابن عباس.

(6) أخرجه مالك في الموطأ (1807) رواية يحيى.

الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ، ورواه زيدُ بنُ ثابتٍ في درجته الأولى^(١) فقال: قال النبيُّ عليه السَّلام: «لَا تَبَايَعُوا الشُّمَارَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا»^(١) وزادَ عنه عليه السَّلام فبيِّنَ عِلَّةَ المَنعِ^(٢) فقال: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللّهُ الثَّمْرَةَ فِيمَ^(٣) يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»^(٢) لَكِنَّهُ عَقَّبَ عَلَيْهَا^(٤) بِمَا غَيْرَ الدَّلِيلِ وَأَتَعَبَ فِي التَّأْوِيلِ، فقال^(٥): كَالْمَشْوَرَةِ لَهُمْ، فجعلَ ذلكَ زيدٌ في ظاهرِ الحديثِ رَأْيًا عَرَضَهُ لَا نَهْيًا حَرَمَهُ^(٦)، وسيأتي تحقيقُ ذلكَ في موضعه إن شاء الله.

الرَّابِع: حديثُ ابنِ عمرَ وابنِ عباسٍ، قوله: «مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»^(٣) زادَ ابنُ عباسٍ: «وَأَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ»^(٤).

وكان بعضُ الأصوليينَ قد عدَّ في جُملة الأربعة الأحاديثِ أَنَّ النَّبِيَّ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَرِ»^(٥)، ومعنى هذا الحديثِ صحيحٌ، ليس في الصَّحيحِ لفظُهُ، لكن وَرَدَ في الصَّحيحِ طرفٌ من معناه، وهو أَنَّ النَّبِيَّ عليه السَّلام «نَهَى عَنِ اللَّمَسِ»^(٧) وَالْمُنَابَذَةِ^(٦).
وأما المعنى فإنَّ مالكاَ زادَ في الأصولِ:

1 - مراعاة السَّبه، وهي التي يسمونها الذرائع^(٧).

2 - والثَّاني^(٨): المصلحةُ، وهو كلُّ معنى قامَ به قانونُ الشَّرِيعَةِ، وَحَصَلَتْ

(١) في الأصل: «وروى... الأول» والمثبت من القيس.

(٢) في الأصل: «وزاد عليه السلام فبين علة البيع» والمثبت من القيس.

(٣) في الأصل: «بما» والمثبت من القيس.

(٤) القيس: «علينا».

(٥) «فقال» زيادة من القيس

(٦) في الأصل: «لأنه ما حرّمه» والمثبت من القيس.

(٧) القيس: «اللماس» وهي أسد.

(1) أخرجه البخاري معلقاً في باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (2193)، وأخرجه أحمد: 35/

488، 516 (ط. هجر) وأبو داود (3372 م) موصولاً.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (1808) رواية يحيى، من حديث أنس.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1863) رواية يحيى.

(4) أخرجه البخاري (2135)، ومسلم (1525/29).

(5) أخرجه مالك عن ابن المسيّب في الموطأ (1941) رواية يحيى.

(6) أخرجه البخاري (2146)، ومسلم (1511) من حديث أبي هريرة.

(7) وهو الأصل الخامس، كما صرح بذلك المؤلف في القيس.

(8) وهو الأصل السادس، كما صرح بذلك المؤلف في القيس.

به^(١) المنفعة العامة في الحليقة، ولم يساعذ على هذين الأصليين^(٢)، وهو في القول بهما أقوم قبلاً، وأهدى سبيلاً، وقد بيّنا ذلك في «كتاب النكاح» إن شاء الله^(٣).

فصل (١)

أما حديث الرّبا، فهو أصلٌ مُتَّفَقٌ عليه بين الأئمة، وقد تكلموا^(٤) فيه على أربعة أقوال:

- 1 - فقال الشافعي: يجري في كلِّ مطعموم خاصة^(٢).
- 2 - وقال أبو حنيفة: في كلِّ مكيّلٍ وموزون^(٣).
- 3 - وقال مالك: يجري في كلِّ مُقْتَاتٍ^(٤)، على تفصيلٍ طويلٍ.
- 4 - وقال ابن الماجشون: يجري الرّبا في كلِّ مالٍ.

ولم يقل أحدٌ من الأئمة أن الرّبا يقتصرُ على هذه الأعيانِ السّتّة، لا من الصحابة فمنّ دُونهم، بل كانوا يتحرّون^(٥) الرّبا، ويتأسفون على أن البيان لم يقع فيه بالجلاء، وقد كان عمرُ بن الخطّاب يقولُ على منبرِ رسولِ الله: «تُوَفِّيَ رَسولُ اللهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَنَا آيَةَ الرّبا^(٦)، فَدَعُوا الرّبا والرّبيّة» كما تقدّم^(٥).

وأما حديثُ ابنِ عبّاسٍ في السّلم، فإنّ الله شرّعه مُعيّناً في الحال، مضموناً في الدّمة. وأما القرآن، فحديثُ بقرةِ بني إسرائيل^(٦)، قال ابنُ عبّاسٍ: لو أنّهم إذ سمعوا الأمر

(١) ف: «فيه» والمثبت من القيس.

(٢) في القيس: «ولم يساعده على هذين الأصليين أحدٌ من العلماء».

(٣) القيس: «وقد بيّنا وجوب القول بهما والعمل بمقتضاهما في أصول الفقه ومسائل الخلاف».

(٤) في القيس: «اتفقوا».

(٥) القيس: «يتخوفون».

(٦) في القيس: «ولم يبين لنا أبواباً من الرّبا».

(1) انظره في القيس: 779/2 - 786.

(2) انظر الحاوي الكبير: 81/5 - 83.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 75.

(4) انظر التصريح لابن الجلاب: 125/2.

(5) انظر صفحة: 14 من هذا الجزء.

(6) في سورة البقرة: 67 - 73.

بَادَرُوا إِلَى أَيِّ بَقْرَةٍ كَانَتْ لِأَجْزَائِهِمْ، وَلَكِنَّهُمْ شَدُّدُوا فَشَدَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَزَالُوا يَسْأَلُونَ وَتُوصَفُ حَتَّى نُعِيَتْ (1) لَهُمْ (1).

وَأَمَّا السُّنَّةُ، فَقَدْ رُوِيَ فِي الْأَثَرِ - وَهُوَ حَدِيثٌ لَا بَأْسَ بِهِ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَعَنَ اللَّهُ الْمَرْأَةَ تَصِيفُ الْمَرْأَةَ لِرُؤُوسِهَا حَتَّى كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا» (2).

وَأَمَّا الْمُعَايَنَةُ، فَقَدْ أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى إِدْرَاكِ الْمُعَيِّنَاتِ بِالصِّفَاتِ، لِمَعْرِفَةِ الْخُدُودِ، وَالْقُدُودِ، وَالشُّعُورِ، (2) وَالْأَطْرَافِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ (3).

وَأَمَّا قَوْلُهُ (4): «مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِغُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» فَلَيْسَ فِيهِ تَعْلِيلٌ، وَإِنَّمَا هُوَ شَرْعٌ مَخْضُصٌ، وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ:

1- فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ جَارٍ (3) فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَهُوَ الشَّافِعِيُّ (5)، وَتَعَلَّقَ فِي ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ «نَهَى عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ وَرِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ» (6)، وَرُوِيَ أَنَّهُ لَمَّا وَلَّى عَثَابُ بْنُ أَبِي سَيْدٍ عَلَى مَكَّةَ قَالَ: «إِنَّهُمْ عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ أَوْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ» (7)، وَهَذَا

(1) فِي الْقَبْسِ: «تَعَيَّنَتْ لَهُمْ».

(2) فِي الْأَصْلِ: «وَالشُّهُورُ» وَهُوَ تَصْحِيفٌ ظَاهِرٌ، وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(3) فِي الْأَصْلِ: «جَائِزٌ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(1) رَوَاهُ الطَّبْرِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ: 339/1.

(2) لَمْ نَجِدْهُ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَأَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ (5240) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ: «لَا تُبَايِعُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، فَتُتَمَتَّنَهَا لِرُؤُوسِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا».

(3) يَذْكُرُ الْمَوْلَفُ فِي الْقَبْسِ: 782 أَنَّهُ سَمِعَ شَيْخَ النَّخَّاسِينَ بِبَغْدَادٍ يَقُولُ: الَّذِي يَحْصُرُ الصِّفَاتِ مَعْرِفَةَ الْحُدُودِ وَالْقُدُودِ... الخ.

(4) أَي قَوْلُهُ ﷺ فِي الْمَوْطَأِ (1863) رِوَايَةٌ بِحَسْبِ.

(5) فِي الْأَمِّ: 227/6 (ط. قَتِيْبِيَّة).

(6) لَمْ نَجِدْهُ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ (1334) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانٌ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» قَالَ التِّرْمِذِيُّ: «وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ»، وَانظُرْ أَحْمَدُ: 174/2، وَالدَّارِمِيُّ (2563)، وَأَبُو دَاوُدَ (3504م)، وَابْنُ مَاجَةَ (2188).

(7) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ فِي الْأَمِّ: 229-228/6 (ط. قَتِيْبِيَّة)، وَابْنُ قَانَعٍ فِي مَعْجَمِ الضَّحَابَةِ (792)، وَالتَّبْرَانِيُّ فِي الْأَوْسَطِ (9007)، وَابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ: 270/2، وَالتَّبْرَانِيُّ فِي الْمَجْمَعِ: 313/5.

قَالَ الْهَيْثَمِيُّ فِي الْمَجْمَعِ: 85/4 «رَوَاهُ التَّبْرَانِيُّ فِي الْأَوْسَطِ، وَفِيهِ بِحَسْبِ بْنِ صَالِحِ الْأَيْلِيِّ، قَالَ الذَّهَبِيُّ: وَوَيْدَى عَنْهُ بِحَسْبِ بْنِ بَكِيرٍ مَنَّاكِرٍ، قُلْتُ: وَلَمْ أَجِدْ لِغَيْرِ الذَّهَبِيِّ فِيهِ كَلَامًا، وَبَقِيَّةُ رِجَالِهِ رِجَالُ الصَّحِيحِ».

الحديثانِ خَرَجَهُمَا الدَّارِقُطْنِيُّ⁽¹⁾، وغيره، وليس⁽²⁾ بصحيحين.

2 - ومنهم من قال: يُحْمَلُ كُلُّ شَيْءٍ عَلَى الطَّعَامِ الَّذِي وَرَدَ فِيهِ الْحَدِيثُ، بِقِيَاسِ أَنَّهُ مَبِيعٌ⁽³⁾ لَمْ يُقْبَضْ فَلَمْ يَجْزُ بَيْنَهُ كَالطَّعَامِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «وَأَخْسَبُ كُلُّ شَيْءٍ مِثْلَهُ»⁽²⁾ وَهَذَا فَاسِدٌ؛ لِأَنَّا قَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ شَرَعٌ مُحَضَّرٌ وَتَعَبُدٌ صِرْفٌ، لَا يُفْهَمُ الْمَعْنَى فِيهِ، وَلَا تُعْقَلُ عِلَّتُهُ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْإِلْحَاقُ عِنْدَ فَهْمِ الْعِلَّةِ، وَعَقْلِ الْمَعْنَى، فَيَرَكَّبُ عَلَيْهِ مِثْلَهُ.

3 - الثَّالِثُ: قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: هَذَا عَامٌّ فِي كُلِّ شَيْءٍ، إِلَّا فِي الْعَقَّارِ⁽³⁾؛ لِأَنَّ الْعَقَّارَ لَيْسَ فِيهِ قَبْضٌ، إِذْ لَا يُنْقَلُ⁽⁴⁾ وَلَا يُحَوَّلُ، وَقَالَ: إِنَّ الْعَقَّارَ لَا يُضْمَنُ بِالْغَضَبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي «مَسَائِلِ الْخِلَافِ» أَنَّ هَذَا فَاسِدٌ، فَإِنَّهُ لَوْلَا تَصَوُّرُ الْقَبْضِ فِي الْغَضَبِ مَا صَحَّ أَنْ يَكُونَ لِأَحَدٍ بِهِ اخْتِصَاصٌ، وَلَا لَهُ عَلَيْهِ يَدٌ⁽⁴⁾، لَكِنِ الْقَبْضُ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَلَى قَدْرِ صِفَتِهِ، فَالْمَنْقُولُ⁽⁵⁾ قَبْضُهُ إِثْبَاتُهُ إِلَيْكَ، وَالْعَقَّارُ قَبْضُهُ مَشِيكَ إِلَيْهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَجَمَاعَةٌ مَعَهُ: يُحْمَلُ عَلَى الطَّعَامِ كُلِّ مَكِيلٍ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَلَفْظِهِ، وَنَزَلَ⁽⁶⁾ عَلَيْهِ الْمَوْزُونُ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ الْخَاصُّ بِهِ، وَلَيْسَ الَّذِي يُعْرَفُ مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ كَوْنِ الشَّيْءِ فِي مَعْنَى الشَّيْءِ الَّذِي يُعْرَفُ قَبْلَ التَّقَطُّنِ لَوْجِهِ النَّظِيرِ. وَقِيلَ فِي الْحُجَّةِ⁽⁷⁾ لَهُ: لَمَّا كَانَ الطَّعَامُ مِنْهُ مَا يُكَالُ، وَمِنْهُ مَا يُوزَنُ، وَانْقَسَمَتِ الْحَالُ فِيهِ، حُمِلَ عَلَيْهِ مَا كَانَ مِثْلَهُ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ ذَلِكَ شَرَعٌ غَيْرٌ مُعَلَّلٌ، فَلَا يَصِحُّ الْإِلْحَاقُ⁽⁸⁾ بِمَا يُغْنِي عَنْ إِعَادَتِهِ.

- (1) فِي الْأَصْلِ: «وَلَيْسَ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.
 (2) فِي الْأَصْلِ: «لَا يَنْتَقِلُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.
 (3) فِي الْأَصْلِ: «بَدَّ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.
 (4) فِي الْأَصْلِ: «فَالْعَرَضُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.
 (5) فِي الْقَبْسِ: «وَيُحْمَلُ».
 (6) فِي الْأَصْلِ: «الْحَجَرُ» وَهُوَ تَصْحِيفُ ظَاهِرٍ، وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.
 (7) فِي الْأَصْلِ: «الْحَاقُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

- (1) أَمَّا الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ فَقَدْ رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ: 74/3 - 75 مِنْ طَرِيقِ عَمْرُو بْنِ شَعِيبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ جَدِّهِ، بِاللَّفْظِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي تَعْلِيلِنَا مَا قَبْلَ السَّابِقِ. أَمَّا الْحَدِيثُ الثَّانِي فَلَمْ نَقِفْ عَلَيْهِ فِي سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ، وَقَدْ أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي الْأَوْسَطِ (9007).
 (2) سَبَقَ تَخْرِيجُهُ صَفْحَةَ: 18، التَّعْلِيقُ رَقْمًا: 4.
 (3) انظُرْ مُخْتَصَرَ الطَّحَارِيِّ: 84.

الزابع: قول مالك: إنه مخصوص بما ورد في الحديث دون إلحاق⁽¹⁾ ولا تعليل، وقال عليه السلام: «مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»⁽²⁾ فلذلك جوز بيعه في الهبة قبل قبضه.

وأما الشبهة⁽³⁾، فإنه في ألسنة الفقهاء عبارة عن كل فعل أشبه الحرام⁽⁴⁾ فلم يكن منه، ولا بعد عنه، وتسميها علماءنا الذرائع، ومعناه: كل فعل يمكن أن يتدرع به أي⁽⁵⁾ يتوصل به إلى ما لا يجوز، وهي مسألة انفرد بها مالك دون سائر العلماء، وقد مهدنا القول عليها في «مسائل الخلاف» قرآنا وسنة، وإجماعا من الأمة، ولو لم يكن في ذلك إلا⁽⁶⁾ الأتعاط ببني إسرائيل فإنه حرم عليهم الصيد في يوم السبت، فكان الحوت يجري في الشهر أكثر من الماء، وأبيع في سائر الأيام، فكانوا لا يجدون حوتا فيه، فتذرعو إلى صيد الحوت في الأيام المباحة بأن سدوا منافس الحوت ومنافذه عند رجوعه، فلما أراد أن يرجع ضربت في وجوه الأسداد، فأصبح الماء كله حوتا، وأصبحوا هم قردة خامسين.

وأجمعت الأمة أنه لا تجوز شهادة الأب لابنه وإن كان عدلا⁽⁷⁾.

وأما المقاصد والمصالح، فهي أيضا مما انفرد بها مالك⁽⁸⁾ - رضي الله عنه - دون سائر العلماء، ولا بد منها، لما يعود من الضرر في مخالفتها، ويدخل من الجهالة في العدول عنها، وقد رأيت في ذلك تمهيدات وقواعد، يطلق البيان عليها إن شاء الله.

وإذا انتهى الكلام إلى هذا المقام، فلا بد من تأسيس قواعد عشر ينبنى عليها معنى الكتاب، ويرجع إليه الناظر في أثناء الأبواب.

(1) في الأصل: «الحال» وهو تصحيف، والمثبت من القبس.

(2) ف: «الشبه» والمثبت من القبس.

(3) ما بين النجمتين سقط من الأصل بسبب انتقال نظر الناسخ، وقد استدركناه من القبس.

(4) «إلا» استدركناه من القبس ليستقيم الكلام.

.....

(1) سبق تخريجه صفحة: 20، التعليق رقم: 4.

(2) انظر التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي: 176، 423.

(3) حكى هذا الإجماع ابن القطن في الاتعاف: 1504/3 نقلاً عن ابن المنذر ف الإشراف.

(4) انظر المعارضة: 315/5، 123/11، وأحكام القرآن: 623/2.

القاعدة الأولى⁽¹⁾

تحقيق الربا

قال الإمام: سمعتُ القاضي الزنجاني بيِّت المقدس يقول: قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽²⁾ قال: هذه الآية منتظمة لكل بيع صحيح وبيع فاسد، فأما البيع الصحيح فقد أشرنا إليه، ولكنَّ حده عندهم⁽³⁾: كلُّ بيعٍ سلِّمٍ مِنَ الرِّبَا والجِهَالَةِ، فإنَّ البيع إنما هو مُقَابَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، ولا بُدَّ أن يكونَ المَالَيْنِ مِنَ الجِهَتَيْنِ مُقَدَّرَيْنِ، والتَّقْدِيرُ على قسمين:

- 1 - تقديرٌ تولاهُ الشَّرْعُ في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ.
- 2 - تقديرٌ يتولَّى المتعاقِدَانِ ذلك باختيارِهِمَا، وذلك في سائرِ الأموالِ.

القاعدة الثانية⁽⁴⁾

الفسادُ يرجعُ إلى البيعِ من ثلاثةِ أشياء:

- 1 - إتا من الربا.
 - 2 - وإتا من الغررِ والجِهَالَةِ.
 - 3 - وإتا من أكلِ المَالِ الباطلِ.
- وحدُّهُ: أن يدخُلَا في العَقْدِ على العِوَضِيَّةِ⁽¹⁾، فيكونُ فيه ما لا يقابله عِوَضٌ؛ لأننا قد بينا أن البيوعَ⁽⁵⁾ تنقسمُ على ثلاثةِ أقسامٍ:
- 1 - بيعٌ جائزٌ.
 - 2 - وبيعٌ محظورٌ.

(1) في الأصل: «الفريضة» والمثبت من القبس.

(1) انظرها في القبس: 786/2 - 787.

(2) البقرة: 275.

(3) أي عند الأحناف.

(4) القسم الأول من هذه القاعدة إلى قوله: ما لا يقابله عوض، ورد في القبس: 787/2.

(5) من هنا إلى آخر القاعدة مقتبس من المقدمات الممهّدة: 61/2.

3 - وبيوعٌ مكروهةٌ.

فالبِيعُ الجائزُ هي التي لم يحظرها الشَّرْعُ، ولا وَرَدَ فيها نَهْيٌ، وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ اللهَ تعالى أباحَ البِيعَ لعبادهِ وأذنَ لهم فيه إذنا مُطلقًا، وأباحه عامَّةً في غير ما آية من كتابه، مثل قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽¹⁾ وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾⁽²⁾ وقال: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّى لِبِئْسَ تَبْلُغًا مِنَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾ الآية إلى قوله: ﴿تَعْلَمُونَ﴾⁽³⁾ إلى غير ذلك من الآيات.

القاعدةُ الثالثةُ⁽⁴⁾

قال لنا الشاشي⁽⁵⁾ الإمام بمدينة السلام: الصفقة إذا جمعت مألني⁽¹⁾ ربًا من الجهتين، ومعهما أو مع أحدهما ما يخالفه في القيمة، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، فإن ذلك لا يجوز، مثاله: أن يبيع رجل من آخر مدًا من قمحٍ ودرهمًا بمُدَيْنٍ ودرهم⁽²⁾؛ لأن⁽⁶⁾ أجناس البيوع تنقسم إلى أربعة أقسام:

1 - بَيْعُ مُرَابَحَةٍ.

2 - وَبَيْعُ مَكَايَسَةٍ.

3 - وَبَيْعُ مُزَايَدَةٍ.

4 - وَبَيْعُ اسْتِمْعَانَةٍ⁽³⁾ واسْتِزْسَالٍ، وقال ابن حبيب: إلا أن الاسترسال إنما يكون في

الشراء دون البَيْعِ، وليس ذلك بصحيح من القول، ولا فَرْقٌ في ذلك بين البَيْعِ والشِّراءِ.

(1) ف: «ما فيه» والمثبت من القبس.

(2) القبس: «... من آخر بمد من قمح ودرهم».

(3) في الأصل: «استماعة» والمثبت من المقدمات التي أشار ناشرها في الهامش إلى أنه في نسخة: استقامة.

(1) البقرة: 275.

(2) البقرة: 278.

(3) الجمعة: 9.

(4) انظر الفقرة الأولى من هذه القاعدة في القبس: 787/2.

(5) هو أبو بكر محمد بن أحمد.

(6) من هنا إلى آخر القاعدة مقتبس من المقدمات الممهّدة: 125/2 - 126.

وأما بَيْعُ الْمُزَابِحَةِ فإنه على وجهين:

أحدهما: أَنْ يُبَاعَهُ عَلَى رِنِحٍ مَسْمُومٍ عَلَى جَمَلَةِ الشَّيْءِ^(١).

الثاني: أَنْ يُبَاعَهُ عَلَى أَنْ يُرْبِحَهُ لِلدَّرْهَمِ دَرَهْمًا، وَلِلدَّرْهَمِ نِصْفَ دِرْهَمٍ، * وَلِلْعَشْرَةِ

أَحَدَ عَشْرٍ دَرَهْمًا، أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، مِمَّا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ مِنَ الْأَجْزَاءِ.

فأما إِذَا بَاعَهُ عَلَى أَنْ يُرْبِحَهُ لِلدَّرْهَمِ دَرَهْمًا، أَوْ لِلدَّرْهَمِ نِصْفَ دِرْهَمٍ*^(٢)، أَوْ

لِلْعَشْرَةِ أَحَدَ عَشْرٍ دِرْهَمًا وَمَا أَشْبَهَ^(٣) ذَلِكَ، فَإِنَّ مَا كَانَ فِي السَّلْعَةِ الْمَبِيعَةِ مِمَّا لَهُ عَيْنٌ

قَائِمَةٌ، كَالصَّبْغِ وَالْكَيْمْرِ وَالْفُتْلِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَنِ يُحَسَّبُ، وَيُحَسَّبُ لَهُ

الرَّيْحُ.

وأما ما ليس له عَيْنٌ قَائِمَةٌ، فإنه على وجهين:

أحدهما: ما يَخْتَصُّ بِالمُبْتَاعِ.

والثاني: ما لا يَخْتَصُّ بِهِ، عَلَى وَجْهِ تَبَيُّنِهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

القاعدة الرابعة^(١)

قوله عليه السلام: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ، وَلَا الْبُرَّ

بِالْبُرِّ...» الحديث إلى قوله: «إِلَّا سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَيْنٍ، يَدًا بِيَدٍ»^(٢) فقال العلماء:

الجهل في التَّمَاتِلِ فِي فسادِ البَيْعِ كَالْعِلْمِ بِالتَّفَاضُلِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ شَرَطَ السَّوَاءَ

فِي الكَيْلِ وَالمِثْلِ فِي العَدَدِ^(٤)، وَاتَّفَقَ عَلَيْهِ جَمِيعُهُمْ، إِلَّا أَنَّ مالِكًا قَالَ: إِنَّ العِلْمَ بِالتَّمَاتِلِ

يَجُوزُ أَنْ يَذْرَكَ بِالتَّحْرِي فِي الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ، وَنَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي البَيْضِ بِالبَيْضِ، وَالخُبْزِ

بِالخُبْزِ، وَاللَّحْمِ بِاللَّحْمِ، وَالقَدِيدِ بِاللَّحْمِ، وَشَبَّهَ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا فِي نَقْلِ ذَلِكَ عَنْهُ، فَتَارَةً جَعَلُوهُ عَامًّا، وَتَارَةً جَعَلُوهُ خَاصًّا فِيمَا

ذَكَرْنَا، وَالصَّحِيحُ عَمُومُهُ؛ لِأَنَّ مالِكًا جَعَلَ الحَزْرَ وَالتَّخْمِينَ طَرِيقًا مِنَ المَعْرِفَةِ بِالظَّاهِرِ مِنَ

(١) المقدمات: «التمن».

(٢) ما بين التجمتين ساقط من الأصل بسبب انتقال نظر الناسخ، وقد استدركناه من المقدمات.

(٣) في الأصل: «وما آمنه» وهو تحريف، والمثبت من المقدمات.

(٤) في القبس: «في القدر».

(١) انظرها في القبس: 787/2 - 788.

(٢) سبق تخريجه صفحة: 17، التعليق رقم: 4.

التَّمَاثُلِ، إِذِ الْكَيْلُ لَا يُوصَلُ بِهِ إِلَى حَقِيقَةِ التَّمَاثُلِ، إِذْ يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَ الْكَيْلَانِ وَالْمُدَّانِ فِي وَضْعِ الْقَمَحِ فِيهِمَا، فَالَّذِي أَخَذَ عَلَى الْمُكَلَّفِ⁽¹⁾ الْقَصْدُ إِلَى التَّمَاثُلِ فَعَلَاءً، وَالْقَصْدُ إِلَى اجْتِنَابِ التَّفَاضُلِ بِمَعْيَارٍ شَرْعِيٍّ، وَالْحَزْرُ وَالتَّخْمِينُ مَعْيَارٌ فِي الشَّرْعِ أَيْضًا. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَالِكٌ أَجْرَى ذَلِكَ فِي الْبَسِيرِ، وَحَيْثُ لَا يَخْضُرُ الْكَيْلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

القاعدة الخامسة⁽¹⁾

القول بالعرف

قلت للفقهاء أبي بكر⁽²⁾: إِنَّ اللَّهَ قَالَ: ﴿خُذِ الْقَوَّ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ الآية⁽³⁾، فهذه حُجَّةٌ فِي الْقَضَاءِ بِالْعُرْفِ.

قال: ليس المرادُ ههنا بِالْعُرْفِ الْعَادَّةُ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ الْمَعْرُوفُ الَّذِي هُوَ ضِدُّ الْمُنْكَرِ. قُلْتُ لَهُ: فَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي قِصَّةِ يُونُسَ: ﴿إِنْ كُنْتَ تَقِيبُ قَدًّا مِنْ قَبْلُ﴾ الآية⁽⁴⁾.

قال: ذَلِكَ شَرْعٌ لِمَنْ قَبَّلْنَا، وَلَيْسَ بِشَرْعٍ لَنَا.

فَسَكَتُ، وَهُوَ مِمَّا لَمْ يَقَعْ فِيهِ إِنصَافٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ خِلَافٌ فِي أَنْ شَرْعٌ مِنْ قَبَّلْنَا شَرْعٌ لَنَا، وَأَوَّلُ مَنْ تَفَطَّنَ لِهَذَا مِنْ فَقَهَاءِ الْأَمْصَارِ مَالِكٌ، وَعَلَيْهِ عَوَّلَ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ⁽⁵⁾.

وقد اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى حُكْمٍ؛ وَهُوَ: إِذَا بَاعَ الرَّجُلُ سِلْعَةً بِدِينَارٍ فَإِنَّهُ يُقْضَى لَهُ بِغَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى سَائِرِ النُّقُودِ الْمُخْتَلِفَةِ، فَيُحْكَمُ بِفَسَادِ الْبَيْعِ حَتَّى يُعَيَّنَ مِنْهَا وَاحِدًا.

(1) فِي الْأَصْلِ: «التَّكْلِيفُ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(1) انظرها في القبس: 788/2 - 789.

(2) فِي الْقَبْسِ: «قَالَ لَنَا أَبُو الْقَاسِمِ بْنُ حَبِيبٍ قَالَ لَنَا الْفَقِيهَ عَبْدِ الْخَالِقِ: قُلْتُ لِلْفَقِيهِ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْخَوْلَانِيِّ».

(3) الْأَحْرَافُ: 199، وانظر أحكام القرآن: 823/2 - 825.

(4) يوسف: 26.

(5) انظر المقدمة في الأصول لابن القصار: 149 - 152.

ومن أعظم^(١) مسائل العُرْفِ والعادة مسألة العهدة، وقد انفرد بها مالك دون سائر الفقهاء، وقد رَوَى في ذلك ابنُ وَهْبٍ أَنَّ الثَّيْبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَضَى فِي الْعُهُدَةِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَأَرْبَعَةٍ^(٢)(١)، وَهِيَ أَنَّ السُّلْعَةَ بَعْدَ قَبْضِ الْمُبْتَاعِ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ حَتَّى تَمْضِيَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ، فِي كُلِّ آفَةٍ تَطْرَأُ عَلَى الْمَيْبِيعِ، مَا عَدَا الْجُنُونَ وَالْجُدَامَ وَالْبَرَصَ فَإِنَّهُ يُقْضَى فِيهَا بِعُهُدَةِ سَنَةٍ، وَعَوَّلَ عِلْمَاؤُنَا عَلَى أَنَّ هَاتَيْنِ^(٣) الْعُهُدَتَيْنِ إِنَّمَا يُقْضَى بِهِمَا لِمَنْ يَشْرُطُهُمَا، أَوْ حَيْثُ تَكَوَّنَ الْعَادَةُ جَارِيَةً بِهَا.

وقد قال قومٌ: إنها إنما كانت في المدينة لكثرة حُمَاهَا، وَالْحُمَى لَا تَنْكَشِفُ إِلَّا فِي الرَّابِعِ^(٤)، وَهَذَا غَلَطٌ بَيِّنٌ، فَإِنَّ الْبَارِيَّ تَعَالَى قَدْ نَقَلَ الْحُمَى عَنِ الْمَدِينَةِ - بِبِرْكَه الثَّيْبِيَّ الصَّادِقِ ﷺ - إِلَى الْجُحْفَةِ، حَتَّى لَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا^(٥)، مَعَ أَنَّهَا تَحُلُّ بَيْنَ حَرَّتَيْنِ، وَهِيَ إِحْدَى مَعْجَزَاتِهِ.

القاعدة السادسة⁽³⁾

في معرفة الغش

وَهُوَ كَتْمُ الْغَيْبِ، يَكْتُمُهُ الْبَائِعُ عَنِ^(٥) الْمُبْتَاعِ إِذَا جَهِلَهُ، وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ عَادَةً وَمَمْنُوعٌ شَرْعًا، فَإِنَّ جِبِلَّةَ^(٦) الْجِنْسِيَّةَ تَقْتَضِي بِحُكْمِ الْاِعْتِيَادِ^(٧) أَلَّا يَرْضَى أَحَدٌ لِجِنْسِيَّتِهِ إِلَّا بِمَا يَرْضَى بِهِ لِنَفْسِهِ، وَالشَّرِيعَةُ قَدْ مَنَعَتْ مِنْهُ تَحْقِيقًا لِهَذَا الْغَرَضِ، وَقَدْ مَرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

(١) في الأصل: «أعلم» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «أو أربعة».

(٣) في الأصل: «على هذين» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «الربيع» والمثبت من القبس.

(٥) ف: «على» والمثبت من القبس.

(٦) في الأصل: «الجملة» والمثبت من القبس.

(٧) في الأصل: «حكم الاعتبار» والمثبت من القبس.

(١) قال مسنون في المدونة: 334/3 عن ابن وهب؛ عن سلمة بن علي، عن حمزة، عن عقبه بن عامر الجهني؛ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «عهدة الرقيق أربعة أيام أو ثلاثة».

(٢) انظر صفحة: 187، من الجزء: 7

(٣) انظرها في القبس: 789/2 - 790.

على رَجُلٍ يَبِيعُ طَعَامًا مُضَبَّرًا، فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِي (١) الصُّبْرَةِ، فَرَأَى فِيهَا بَلَلًا قَدْ أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ، فَأَخْرَجَهُ إِلَى ظَاهِرِ الصُّبْرَةِ، وَقَالَ: «مَنْ عَشْنَا فَلَيْسَ مِنَّا» (٢).

وَيَدْخُلُ فِيهِ بَيْعُ الصُّبْرَةِ يَعْلَمُ الْبَائِعُ كَيْلَهَا وَلَا يَعْلَمُ الْمُبْتَاعُ ذَلِكَ، فَلَا يَجُوزُ حَتَّى يَعْلَمَا ذَلِكَ جَمِيعًا أَوْ يَجْهَلَا ذَلِكَ جَمِيعًا، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ يُحَاجِي (٣) بِهَا عَلَى الطَّلَبَةِ، فَيَقَالُ لَهُمْ: هَلْ يَجُوزُ بَيْعُ الْمُجَازَفَةِ؟ فَيَقُولُونَ (٤): لَا، وَذَلِكَ جَائِزٌ، فَإِنَّهُمَا إِذَا جَهِلَا (٥) جَمِيعًا، أَوْ عَلِمَا جَمِيعًا، جَازَ ذَلِكَ كَمَا قَدَّمْنَا، وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ مِنَ الْجَهَةِ الْوَاحِدَةِ (٥). وَمِنْ ذَلِكَ: يَدْخُلُ الرَّجُلُ السُّوقَ بِقِصِّ يَظُنُّهُ رُجَاجًا، فَإِذَا رَأَى الْمُشْتَرِيَّ تَحَقَّقَ أَنَّهُ فَصٌّ يَاقُوتٍ، فَهَذَا غِشٌّ، إِنْ انْعَقَدَ الْبَيْعُ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ، وَكَانَ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ، وَنَظَائِرُهُ كَثِيرَةٌ.

القاعدة السابعة (2)

اعتبار الحاجة في تجويز (٦) الممنوع، كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم. ومن ذلك: استثناء القرض من تحريم بيع الذهب بالذهب إلى أجل، وهو شيء انفرد به مالك ولم يجوزه أحد من العلماء سواه، لكن الناس كلهم اتفقوا على جواز التأخير (٧) فيه من غير شرط بأجل (٨)، فإذا جاز التفرق قبل التقابض بإجماع، فضرِبَ الأجل أتم (٩) للمعروف وأبقى للمؤدة.

وعول في ذلك علماؤنا على قول النبي عليه السلام: «أَنْ رَجُلًا كَانَ فِيمَنْ قَبْلَكُمْ

-
- (١) في الأصل: «إلى» والمثبت من القيس.
 - (٢) في الأصل: «يحاجي» والصواب ما أثبتناه.
 - (٣) في الأصل: «فيقولان» والمثبت من القيس.
 - (٤) في الأصل: «جهلاء» والمثبت من القيس.
 - (٥) «الواحدة» استدركتها من القيس.
 - (٦) في الأصل: «اختبار في تحديد» والمثبت من القيس.
 - (٧) في الأصل: «الظنر» والمثبت من القيس.
 - (٨) في الأصل: «باطل» والمثبت من القيس.
 - (٩) «أتم» ساقطة من الأصل، وقد استدركتها من القيس.

(1) رواه مسلم (101) من حديث أبي هريرة.

(2) انظرها في القيس: 790/2 - 791.

اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ أَلْفَ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ، فَلَمَّا جَاءَ الْأَجَلَ، طَلَبَ مَرْكَبًا يَخْرُجُ فِيهِ إِلَيْهِ، فَلَمَّ يَجِدُهُ، فَأَخَذَ قِرْطَاسًا وَكَتَبَ فِيهِ إِلَيْهِ، وَنَقَرَ خَشَبَةً فَجَعَلَ فِيهَا الْقِرْطَاسَ وَالْأَلْفَ دِينَارًا، وَرَمَى بِهَا فِي الْبَحْرِ، وَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنَّهُ قَدْ قَالَ لِي حِينَ دَفَعَهَا إِلَيَّ: اشْهَدْ لِي، قُلْتُ: كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا، وَقَالَ: اثْبِتْ بِكَفِيلٍ، قُلْتُ: كَفَى بِاللَّهِ وَكَيْلًا، اللَّهُمَّ إِنَّكَ أَنْتَ الْكَفِيلُ بِإِبْلَاحِ الْأَلْفِ، قَالَ: فَخَرَجَ صَاحِبُهُ إِلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ يَحْتَطِبُ، فَرَفَعَ الْبَحْرُ لَهُ الْعُودَ فَأَخَذَهُ، فَلَمَّا فَلَقَهُ وَجَدَ أَلْفَ الْمَالِ وَالْقِرْطَاسَ، ثُمَّ إِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ وَجَدَ مَرْكَبًا فَأَخَذَ^(١) الْمَالَ وَرَكِبَ فِيهِ وَحَمَلَ الْمَالَ إِلَيْهِ، فَلَمَّا عَرَضَهُ عَلَيْهِ قَالَ لَهُ: قَدْ أَدَى اللَّهُ عَنْكَ أَمَاتَكَ^(١).

فإن قيل: هذا شرع من قبلنا.

قلنا: كل ما ذكره النبي لنا مما كان عملاً لمن قبلنا في معرض المدح فإنه شرع لنا، وقد مهدنا ذلك في «الأصول»^(٢).

ومن ذلك: حديث العرابيا، وبيع الثمر على رؤوس النخل بالتمر الموضوع على الأرض.

ومن ذلك: استثناء نخلة من النخلات، وذلك جائز في القليل دون الكثير، وبناء علماءنا وكثيراً من مسائل البيوع^(٢) على أن المستثنى هل هو مبيع مردود^(٣) بالاستثناء، أو مبقى على أصل الملك، وهذه جهالة عظيمة، وخلط النسخ بالاستثناء، فإنه لا خلاف بين العقلاء ولا بين العلماء في أن النسخ رقع بالخطاب الثاني^(٤) لِمَا تَضَمَّنَهُ الْخَطَابُ الْأَوَّلُ^(٣)، وأن الاستثناء بيان بالخطاب الثاني لِمَا اخْتَمَلَهُ الْخَطَابُ الْأَوَّلُ من عموم أو خصوص^(٤).

ولو أن أحداً من العلماء يقول: إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة،

(١) ف: «فاتخذ» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «الخلافا» والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «ممنوع» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «... رفع فجاء بـخطاب» والمثبت من القبس.

.....

(1) أخرجه البخاري (2291) معلقاً، من حديث أبي هريرة، وقد وصله في الحديث (2063).

(2) انظر أحكام القرآن: 271/1.

(3) انظر في تعريف النسخ عند المؤلف: عارضة الأحوذبي: 232/7، والمحصل في علم الأصول: لوحة 62/أ.

(4) انظر المحصول في علم الأصول: لوحة 32/ب، والإحكام: 1128/3.

أنه يلزمه الثلاث؛ لأنها قد دخلت في الثلاث، ولو أراد أن يُخْرِجَهَا بعد إدخالها لكان حراماً؛ لإجماع^(١) الأمة.

وكذلك لو قال رَجُلٌ لزوجته: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ فُلَانٌ، فإنه لم يَقُلْ أَحَدٌ مِنَ الْأُمَّةِ: إِنَّ الطَّلَاقَ قَدْ وَقَعَ، والاستثناء بعد ذلك رفع له، وإنما هو شرطٌ موقوفٌ عليه، فلا تَعَوَّلُوا على هذه المسألة في شيءٍ من الفروع فإنه أصلٌ باطلٌ.

القاعدة الثامنة^(١)

في حالة الجهالة

قَدْ اتَّفَقَتِ الْأُمَّةُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَيْعُ مَعْلُومٍ بِمَعْلُومٍ بِأَيِّ طَرِيقٍ مِنْ طَرِيقِ الْعِلْمِ وَقَعَ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي تَفَاصِيلِ طَرِيقِ الْعِلْمِ:

فمنها ما قاله مالك^(٢) وأبو حنيفة^(٣)؛ أَنَّ الْبَيْعَ عَلَى الصِّفَةِ يَجُوزُ^(٢)، وَخَصَّصَهُ مَالِكٌ فِي بَيْعِ الْبِرْنَامِجِ^(٤) وَلَا يَذَرِي مَا فِي جَوْفِهِ.

وقال الشافعي^(٥): لَا يَجُوزُ^(٣) فِي ذَلِكَ الْبَيْعِ عَلَى الصِّفَةِ؛ لَيْسَ^(٤) لِأَنَّ الصِّفَةَ لَيْسَتْ طَرِيقًا^(٥) إِلَى الْعِلْمِ، وَلَكِنْ^(٦) لِأَنَّ الصِّفَةَ بَدَلٌ عَنِ^(٧) الْمَعَانِيَةِ، وَالْأَخْذُ بِالْبَدَلِ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْمَبْدَلِ، وَهُنَا تُمْكِنُ الرُّؤْيَةُ لِمَا فِي الْبِرْنَامِجِ بِحَلِّهِ.

(١) القيس: «لكان خارقاً لإجماع» وهي سديدة.

(٢) في الأصل: «لا يجوز» والمثبت من القيس.

(٣) في الأصل: «يجوز» والمثبت من القيس.

(٤) «ليس» زيادة من القيس.

(٥) ف: «الصفة طريق» والمثبت من القيس.

(٦) «لكن» زيادة من القيس.

(٧) في الأصل: «تدل على» والمثبت من القيس.

(١) انظرها في القيس: 791/2 - 792.

(٢) انظر المدونة: 255/3، والتفريع: 170/2، والمعونة: 978/2.

(٣) انظر مختصر اختلاف العلماء: 74/3.

(٤) انظر المدونة: 257/3، والتفريع: 171/2، والمعونة: 981/2، والبرنامج هو مُعَرَّبٌ بِرَنَامِهِ

بالفارسية، معناه: الورقة المكتوب فيها ما في العدل. انظر تفسير غريب الموطأ: 388/1،

والتعليق على الموطأ للوقشي: 140/2.

(٥) في الأم: 120/6 (ط. قنية).

قلنا: في حَلِّهِ مَشَقَّةٌ، فَلْيَعْوَلْ^(١) على حَبْرِ الْوَاجِدِ، ويجوزُ العملُ على حَبْرِهِ إجماعًا في سَلَامَةِ السَّلْعَةِ وَعَيْنِهَا وفي طِبِّ التَّقْدِ وَزَيْفِهِ^(٢).

وكذلك يجوزُ العملُ في صَفَةِ الْمَبِيعِ^(٣) وَجَلِّيَّتِهِ، وَالصَّفَةُ طَرِيقٌ إِلَى الْعِلْمِ بلا خِلافٍ، فَوَجِبَ أَنْ يُصَارَ إِلَيْهَا عِنْدَ الْحَاجَةِ، وكذلك يجوزُ المَصِيرُ إِلَى الْبَدَلِ عِنْدَ الْحَاجَةِ في الْعِبَادَاتِ، فَكَيْفَ في الْمَعَامَلَاتِ؟!

ومسألةُ الْبِرْنَامِجِ مسألةٌ عَظِيمَةٌ لِلتُّجَّارِ، فَهَمَّ يَتَّبِعُونَ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا يَخْتَلِفُونَ فِي الْأَغْلِبِ^(٤)، وَهَذَا مُسْتَمَدٌّ مِنْ قَاعِدَةِ الْمَصْلُحَةِ فِي رَفْعِ الْحَرْجِ وَالْمَشَقَّةِ عَنِ الْخَلْقِ، وَقَدْ شَاهَدْتُ ذَلِكَ، بَأَن يَخْرُجُ كُلُّ أَحَدٍ بِرِنَامِجِهِ، وَيَبِيعُهُ مِنْهُ عَلَى الصَّفَةِ، وَلَا يَخْتَلِفُونَ، وَهِيَ أَمَانَةٌ عَظِيمَةٌ.

القاعدةُ التاسعةُ^(٢)

ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْمَبِيعَاتِ^(٤) التَّهْيِ عَنْ سَبْعِ وَثَلَاثِينَ مِنْهَا:

1 - الْعَرَزُ.

2 - الْمَلَأَسَةُ.

3 - وَالْمُنَابَذَةُ^(٥).

4 - حَبْلُ الْحَبْلَةِ.

5 - الْمَلَأَقِيحُ.

-
- (١) في الأصل: «فتقول» والمثبت من القيس.
 (٢) في الأصل: «وزنته» والمثبت من القيس.
 (٣) في الأصل: «البيع» والمثبت من القيس.
 (٤) في الأصل: «البيعات» والمثبت من القيس.
 (٥) «المنابذة» استدركتها من القيس.

(1) يقول المؤلف في العارضة: 238/5 «وقد شاهدتُ التاجر يأتي برحله من أقصى المغارب فيلقى الآخر يأتي به من أقصى المشارق، فيُخْرِجُ كُلُّ وَاحِدٍ بِرِنَامِجِ [كذا] وَيَقِفُ صَاحِبُهُ عَلَيْهِ، وَسَلِمَ كُلُّ وَاحِدٍ شِدَائِدَهُ عَلَى الصَّفَةِ، وَيَتَقَلَّبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى مَوْضِعِهِ، فَلَا يَلْقِيَانِ أَبَدًا، وَيَلْفَنِي أَلَّا يَجِدَ خِلافاً عَمَّا فِيهِ، وَهِيَ أَمَانَةٌ عَظِيمَةٌ وَعَادَةٌ كَرِيمَةٌ».

(2) انظرها في القيس: 792/2.

- 6 - الْمَضَامِينُ
- 7 - بَيْعُ الْحَصَى .
- 8 - بَيْعُ الثُّنْيَا .
- 9 - بَيْعُ الْعُرْيَانِ .
- 10 - شُرْطَانٍ فِي بَيْعٍ .
- 11 - بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ .
- 12 - بَيْعُ ثَمْرَةٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صِلَاحُهَا .
- 13 - الْمُرَابَّةُ .
- 14 - الْمُحَاقَلَةُ .
- 15 - الْمُخَابَرَةُ .
- 16 - الْمَعَاوِمَةُ ^(١) .
- 17 - الرُّطْبُ بِالثَّمْرِ .
- 18 - الْكَزْمُ بِالزَّرِيْبِ .
- 19 - بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى .
- 20 - وَعَنْ ^(١) بَيْعٍ وَسَلَفٍ .
- 21 - لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْعَتَمَ .
- 22 - وَنَهَى عَنْ تَمَنِ الْكَلْبِ .
- 23 - وَنَهَى عَنْ تَمَنِ السُّنُورِ .
- 24 - وَنَهَى عَنْ حُلُوَانِ الْكَاهِنِ .
- 25 - وَنَهَى أَنْ يَبَّيْعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ .
- 26 - النَّجْشُ ^(٢) .
- 27 - بَيْعُ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ .
- 28 - رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ .

(١) ف: «المعاوضة» والمثبت من القبس .

(٢) «النجش» ساقطة من الأصل، واستدركتها من القبس .

(١) أي: ونهى عن بيع وسلف .

29 - التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا.

30 - كِرَاءُ الْأَرْضِ.

31 - عَسِيبُ الْفَخْلِ.

32 - بَيْعُ نَقْعِ الْمَاءِ.

وَنَهَى عَنْ بَيْعِ:

33 - الْخَنْزِيرِ.

34 - وَالْمَيْتَةِ.

35 - وَالْدَّمِ.

36 - وَالْأَصْنَامِ.

37 - وَنَهَى تَعَالَى عَنِ الْبَيْعِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ.

فهذه سبعة وثلاثون مبيعًا وَرَدَ النَّهْيُ عَنْهَا، قَبَضَهَا^(١): «مسلم» و«البخاري» و«الترمذي» و«أبو داود» و«النسائي» فاطلبوها فيها.

تفصيل وشرح ما تقدم

فأما «الغَرَزُ» فهو كلُّ أمرٍ خَفِيَّتْ^(٢) عاقبته وانطوى أمره. وقف رؤية على رجلٍ فسَاوَمَهُ تَوْبًا، فَقَلَبَهُ فَلَمْ يُعْجِبْهُ، فقال له: أَعِدْهُ عَلَى غَرِّهِ. ذَكَرَهُ^(١) مسلم⁽²⁾ من طريق أبي هريرة، ولم يذكره البخاري؛ لأنَّ رَاوِيًا وَاحِدًا مَرَّجَهُ مَعَ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ، وسائرُ رواةِ الحديثِ لم يُدْخِلُوهُ، فتوقَّع البخاري أن يكونَ تفسيراَ لِلْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ، إذ هو في الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الْحَدِيثِ، وقد زَهَقَ عَنِ الْأَوْلَى، فلو قال النَّبِيُّ ﷺ: «لَا تَبَايَعُوا غَرَزًا»

(١) في القيس: «قبضتها يد الإسلام» وهي سديدة.

(٢) في الأصل: «خفيت».

(1) الظاهر أنه سقطت قبل قوله: «ذكره» عبارة: «نهى عن بيع الغرر وبيع الحصة» وقد ذكرها المؤلف في المعارضة: 237/5، وبها يستقيم المعنى.

(2) الحديث (1513).

* 2 شرح موطأ مالك 6

لكان في الدرّجة الأولى، ولو قال: «لا تَبَايَعُوا هَكَذَا» وأشار إلى قِصَّةٍ فيها غَرَرٌ، لَعَلَّلْنَا وَعَدَيْتَاهَا^(١) إلى نظائرها.

وأما «المَلَامَسَةُ» و«المُنَابَذَةُ» فهو بَيْعٌ كان أهل الجاهليّة يتبايعونه، وفي تفسيره خلافٌ، كلُّه يرجع إلى المُخاطرة والجهالة، منه أن يقول: إذا لَمَسْتَ الثوبَ فقد وَجِبَ البَيْعُ، وإذا نَبَذْتُ هذه الحصاة التي في يدي، فهو^(٢) بَيْعُ الحَصَى أيضًا، أو إذا^(٣) جعلتُ الحَصَاةَ على هذا الثوب^(٤).

وأما «حَبْلُ الحَبَلَةِ» فقليل: هو بَيْعُ التَّنَاجِ الثاني، وبَيْعُ الموجودِ المجهولِ لا يجوزُ، فكيف المعدومُ؟!

وقيل: كانوا يجعلونه أَجَلًا، فلا يجوزُ إن كَانَ مجهولًا، وإن كَانَ ميقانًا معلومًا - كما قال مالك في الجَدَادِ والعطاء - فذلك جائزٌ^(٥).

وأما «المَلَاقِيحُ» فهي ما في ظُهورِ الفُحولِ، و«المَضَامِينُ» ما في بطونِ الإناثِ، وذلك مجهولٌ معدومٌ، وقد قال جميعُ أهلِ اللُغةِ: إنَّ المَلَاقِيحَ ما في بَطُونِ الإناثِ، وأطالوا في ذلك الكلامِ، واستشهدوا في ذلك بالأشعارِ، ونحن لا نحتاجُ إلى ذلك؛ لأنه لا يجوزُ كَيْفَمَا كَانَ^(٦).

وأما «الثُّنْيَا»^(٧) فهي في اللُغةِ عبارةٌ عن الرُّجوعِ إلى ما مَضَى، أو عن ما مَضَى،

(١) في الأصل: «قلنا وعرحما» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «وهو» والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «وإذا» والمثبت من القبس.

.....

(١) انظر المعارضة: 237/5 - 238.

(٢) يقول المؤلف في المعارضة: 236/5 - 237 «بيعُ الحبلَةِ: وهو بيعٌ كانت تبايعه أهل الجاهلية، كان الرّجل منهم يبتاع من الآخر ولد الناقة، وإن بيع الحمل لا يجوز للغرر في وجوده وانفصاله وصفته، فكيف ولد ولده؟».

(٣) يقول المؤلف في القبس: 794/2 «ولم أجد التهي عن الملاقح والمضامين مُسندًا، إلا أنه ورد في الموطأ من قول سعيد بن المسيّب أنه نهي عن المضامين والملاقح وفسرهما».

(٤) الثُّنْيَا في البيع: أن يَسْتَثْنِي منفعةَ المبيعِ أو شيئًا منه، وأصله: من ثنا ثناه عن حاجته: إذا ودّه عنها، كأنه ردّ بعض المبيع إليه. قاله الرّكبي في النظم المستعذب: 238/1، وانظر مشارق الأنوار: 132/1، والمغني لابن باطيش: 316/1، والنهاية لابن الأثير: 224/1، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 131.

ويتصرف في البيع على وجوه كثيرة، منها؛ إن جئني بالثمن إلى وقت كذا زدْتُ عليك، وإن لم تأتني إلى وقت كذا فلا يَبِّع بيني وبينك، وفي ذلك تفصيل بين علمائنا، منه جائز ومنه ممنوع، يأتي بيانه إن شاء الله.

وأما «بيع العُزبان» فقد فسره مالك، وتفسيره يرجع إلى قاعدة: أكل المال بالباطل؛ لأنه قال⁽¹⁾: «إِنْ تَمَّ الْبَيْعُ فَالْعُزْبَانُ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْبَيْعُ فَالْعُزْبَانُ لَكَ، وَإِذَا كَانَ لَمْ يَتِمَّ فَمِي مَقَابِلَةٍ مَنْ يَكُونُ» رواه مالك⁽²⁾ عن «صحيفة عمرو بن شعيب» وهي صحيفة صحَّحها البخاري في حديث «الرُّبَاعِيَّاتِ»⁽³⁾⁽¹⁾ وصَحَّحَهَا الدَّارِقُطْنِيُّ⁽⁴⁾، فَإِذَا وَجَدْتُمْ الطَّرِيقَ إِلَيْهَا صَحِيحًا فَخُذُوا بِهَا، وَإِنَّمَا تَرَكْنَا أَكْثَرَهُمْ لَعَدَمِ الثَّقَةِ فِي طَرِيقِهَا⁽⁵⁾، لَا لِعَدَمِ فِي ذَاتِهَا.

وقد اعترض عليها بعضهم⁽⁶⁾ فقال: إنما رُدُّها لاحتمالها؛ لأن عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو إذا قال عن *جدّه، احتمل أن يكون الأقرب، فيكون مُرسلاً، واحتمل أن يكون*⁽⁷⁾ جدّه الأعلى، فسقط بالاحتمال. وليس هذا بلازم؛ لأن عبد الله بن عمرو كتَّبها عن النبي عليه السلام⁽⁷⁾ وصارت مُتَوَاتِرَةً⁽⁸⁾ في أولاده متوالدة في أحفاده⁽⁴⁾،

(1) في الأصل: «الرابعيات» والمثبت من القبس.

(2) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، وقد استدركناه من القبس: 114/16 (ط. هجر).

(3) في الأصل: «متواترة» والمثبت من القبس.

(4) في القبس: «متداولة في عقبه».

.....

(1) بنحوه في الموطأ (1782) رواية يحيى.

(2) أي روى حديث: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْعُرْبَانِ» رواه مالك في الموطأ (178) رواية يحيى.

(3) انظر تاريخ البخاري: 342/6 - 343.

(4) في سُنِّيهِ: 50/3.

(5) انظر الكلام على هذه الصحيفة:

(6) انظر الجرح والتعديل: 238/6، والمجروحين لابن حبان: 72/2 - 73، وسير أعلام النبلاء: 5/

167.

(7) وهذه الأحاديث التي كتبتها عبد الله بن عمرو جمعها في صحيفة واحدة كان يسميها «الصحيفة

الصادقة»، يقول - رضي الله عنه -: «مَا يُرْعَبُنِي فِي الْحَيَاةِ إِلَّا خَصْلَتَانِ: الصَّادِقَةُ، وَالْوَفْطُ. فَأَمَّا

الصادقة: فَصَحِيفَةُ كَتَبْتُهَا عَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. وَأَمَّا الْوَفْطُ: فَأَرَضْتُ تَصَدَّقَ بِهَا عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ كَانَ

يقوم عليها» أخرجه الدارمي (502)، والرَّامَهُزْمِيُّ فِي الْمَحْدُثِ الْفَاضِلِ: 367.

فإن أرادَ عن جدِّه الأقرب وهو مُحَمَّدٌ، فمُحَمَّدٌ إنما أخذَ الصَّحيفَةَ عن عبد الله، ولو أن مَالِكًا يَقِفُ عليها مثلاً لجازَّ لَهُ أن يقولَ: قال رسولُ الله، وهكذا نحنُ إلى يومِ القيامةِ.

وقد كان عند أولادِ تَمِيمِ الدَّارِيِّ بِحَبْرُونَ - قرية إبراهيم - كِتَابُ النَّبِيِّ ﷺ في قِطْعَةٍ من أُويَمٍ⁽¹⁾ فيه⁽¹⁾: «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا أَقْطَعَ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ تَمِيمًا الدَّارِيَّ؛ أَقْطَعَهُ قَرَيْتَيْنِ حَبْرُونَ⁽²⁾ وَعَيْثُونَ⁽³⁾ - قريتي إبراهيم الخليل - يسير فيهما بِسِيرَتِهِ» وشاهد النَّاسُ كِتَابَهُ، إلى أن دَخَلَتْهُمَا الرُّومُ سنةً ثنتين وتسعين، ولقد اعترضهُ فيهما بعضُ الولاةِ لِيأخُذَهُمَا من يده إِبَّانَ كوني بالشَّامِ⁽²⁾، فحَضَرَ مَجْلِسَهُ⁽³⁾ القاضِي حَامِدُ الهرويُّ⁽⁴⁾ وكان حَنْفِيًّا في الظَّاهِرِ، ومعتزليًّا في الباطنِ، مُلْجِدًا شَاغِبًا⁽⁴⁾، وكان الوالي سَكْمَانَ بن أرتق⁽⁵⁾، فاستظهرَ أولادُ تَمِيمٍ بكتابِ النَّبِيِّ⁽⁶⁾، فقال القاضِي حامدٌ: هذا الكتابُ لا يَلْزَمُ؛ لأنَّ النَّبِيَّ⁽⁶⁾ أَقْطَعَ

- (1) ف: «كتاب النبي قطعه لتميم والمثبت من القبس».
 (2) في الأصل: «... بيده أنا وكذا بالسلام» وهو تصحيف ظاهر، والمثبت من القبس.
 (3) في الأصل: «مجلس» والمثبت من القبس.
 (4) في القبس: «شيعيا».
 (5) في القبس: «يكمان بن ارتيدتك» وقد تصحف هذا الاسم تصحيفًا شديدًا.
 (6) 齋

- (1) انظر روايات لهذا الكتاب في مجموعة الوثائق السياسية: 100 - 102 لحميد الله.
 (2) انظر معجم البلدان: 212/2.
 (3) انظر معجم ما استعجم: 420/1، ومعجم البلدان: 180/4.
 (4) ذكر المؤلف في العواصم: 43 (ط. طالبي) أنه لقيه في عسقلان، يقول عنه أبو الوفاء القرشي في الجواهر المضية: 24/3 «كان عارفا بعلم الكلام على مذهب المعتزلة». وقال ابن العديم: كان فقيها حنفيا، قرأ ببلده المبسوط وشرحه، والخلافيات، ومهر في علم النظر وجرى له بمصر مناظرات مع جماعة من المتكلمين، منهم المقدم على مذهب الإسماعيلية داعي الدعاة أبو نصر هبة الله، وردَّ عليه في كتاب سَمَاءَ «الهدى والإرشاد لأهل الحيرة والعيادة» ومن تصانيفه كتاب «تحقيق الرسالة بأوضح الدلالة» في النبوات، توفي سنة: 482. وانظر أخباره في زبدة الطلب: 19/2 - 20، وسير أعلام النبلاء: 586/8، وميزان الاعتدال: 462/3.
 (5) يذكر القلقشندي في مآثر الإنافة في معالم الخلافة: 5/2 أن أتسز [والملاحظ أن ياقوت سَمَاءَ في المعجم: 171/5 سَكْمَانًا] بن أرتق الخوارزمي أحد أمراء السلطان ملكشاه السلجوقي، تغلب على دمشق في سنة 468، وقطع الخطبة بها للمستنصر الفاطمي وخطب للمقتدي العباسي... ولم يخطب بعدها بالشام لأحد من الفاطميين بقي بها إلى ما بعد خلافة المقتدي.

مَالَا يَمْلِكُ، فَاسْتَفْتِيَ الْفُقَهَاءَ، فَقَالَ الطُّوسِيُّ (1) . وَكَانَ بِهَا حَيْتُنْدُ .: هَذَا كَافِرٌ، وَالنَّبِيُّ ﷺ كَانَ يَقْطَعُ الْجَنَّةَ، وَيَقُولُ: قَصْرُ عَمْرٍ، وَقَصْرُ فُلَانٍ (2)، فَكَيْفَ لَا يَقْطَعُ الدُّنْيَا وَقَدْ قَالَ ﷺ: «زُوِيَتْ لِي الْأَرْضُ» الْحَدِيثُ (3) فَوَعْدُهُ صَادِقٌ وَكِتَابُهُ حَقٌّ، فَخَزِيَ الْقَاضِي وَالْوَالِي، وَبَقِيَ أَوْلَادُ تَمِيمٍ بِكِتَابِهِمْ فِي قَرِيْبِهِمْ .

وَأَمَّا «بَيْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ» (1) فَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ طَرِيقِ أَبِي هُرَيْرَةَ (4)، وَاخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ وَفِي تَفْسِيرِهِ عَلَى سِتَّةِ أَقْوَالٍ (5):

الْأَوَّلُ: قَالَ الشَّافِعِيُّ (6): هُوَ أَنْ يَقُولَ: أَيْبَعُكَ دَارِي بِكَذَا وَكَذَا، عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي غِلَامَكَ بِكَذَا، فَإِذَا وَجِبَ لِي غِلَامُكَ، وَجَبَتْ لَكَ دَارِي، وَهَذَا يُبَيِّنِي عَلَى بَيْعِ مَجْهُولٍ بِشَيْءٍ مَجْهُولٍ، لَا يَدْرِي (7) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ صَفَقَتُهُ .

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ لَهُ: أَيْبَعُكَ ثَوْبِي هَذَا بِتَقْدِيرِ عَشْرَةَ، أَوْ بِتَأْخِيرِ عَشْرِينَ، وَلَا يَفَارِقُهُ عَلَى إِحْدَى الْبَيْعَتَيْنِ، هَكَذَا قَالَهُ أَبُو عَيْسَى (7)(3) .

وَأَمَّا «بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» فَهُوَ شَيْءٌ قَدْ اتَّفَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمَّةُ، وَهُوَ مِنْ بَابِ الْعَرَرِ وَإِلَيْهِ يَعُودُ (8)، إِلَّا أَنِّي رَأَيْتُ لِمَالِكٍ جَوَازَةً فِي «الْعُنْبِيَّةِ» (9) وَقَدْ تَكَلَّمْنَا عَلَيْهِ فِي «كُتُبِ الْمَسَائِلِ»،

(1) فِي الْأَصْلِ: «شُرْطَانٌ فِي بَيْعٍ» وَالْمَثْبُوتُ الَّذِي يَنَاسِبُ السِّيَاقَ مِنَ الْعَارِضَةِ .

(2) الْعَارِضَةُ: «... وَهَذَا اتِّفَاقٌ عَلَى ثَمَنِ مَجْهُولٍ لَا يَدْرِي» .

(3) «قَالَ أَبُو عَيْسَى» سَاقِطَةٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَاسْتَدْرَكَهَا مِنَ الْعَارِضَةِ .

(1) لَعَلَّهُ يَقْصِدُ الْإِمَامَ الْغَزَالِيَّ .

(2) انْظُرِ الْبُخَارِيَّ (7024) .

(3) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (2889) مِنْ حَدِيثِ ثَوْبَانَ .

(4) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ: 432/2، 475، وَالدَّارِمِيُّ (1379)، وَالتِّرْمِذِيُّ (1231) وَقَالَ: «حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ»، وَالنَّسَائِيُّ: 295/7، وَأَبُو يَعْلَى (6124)، وَابْنُ حِبَانَ (4973) .

(5) انْظُرْهَا فِي الْعَارِضَةِ: 238 240/5، وَقَدْ اقتصَرَ الْمُؤَلِّفُ هُنَا عَلَى ذِكْرِ قَوْلَيْنِ فَقَطْ .

(6) قَوْلُ الشَّافِعِيِّ نَقَلَهُ الْمُؤَلِّفُ مِنَ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ لِلتِّرْمِذِيِّ: 514/2، وَانْظُرِ الْحَاوِيَّ الْكَبِيرَ: 341/5 .

(7) فِي جَامِعِ التِّرْمِذِيِّ: 514/2 .

(8) وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ كَمَا فِي الْعَارِضَةِ: 239/5 «إِذَا جَاءَ الرَّجُلُ فَقَالَ لِلْآخَرِ: اشْتَرِ لِي، أَوْ اشْتَرِ سَلْعَةً بِكَذَا، أَوْ بِمَا اشْتَرَيْتَهَا، وَبِعَهَا مِنِّي بِكَذَا» .

(9) لَمْ تَقَفْ عَلَيْهِ فِي الْعُنْبِيَّةِ .

وبيئنا كيفية خروج^(١) مسألة مالك على الأصل الجائز، وقلنا في بعض تأويلاته: إنما جعله رسولاً وواسطة ولم يجعله بائعاً ولا مَبْتاعاً^(١).

فصل

وأما «بيع الثمرة قبل أن يندو صلاحها» فيأتي بيانه إن شاء الله^(٢)، وكذلك «المزابنة» و«المحاقلة» و«المخابرة» و«الرطب بالتمر» و«الكرم بالزبيب» و«بيع الطعام قبل أن يستوفى».

وأما «بيع سلف» فإنما نهى عنه لتضاد العقدين^(٣)، فإن البيع مَبْنِيٌّ على المشاحة والمغابنة^(٣)، والسلف مَبْنِيٌّ على المعروف والمكازمة، وكلُّ عقدين^(٤) يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً، فاتخذوا هذا أصلاً^(٣).

وأما «التضرية» فاختلف العلماء فيها:

فمنهم من جعلها عيباً، فتكون من أكل المال بالباطل.

ومنهم من جعلها غشاً، وقد بيئنا ذلك في «الخلافة».

وأما «ثمن الكلب» فلا يخلو أن يكون مأذوناً في اتخاذه، أو غير مأذون، والحديث مَحْمُولٌ على ما حرم اتخاذه. فأما ما يجوز اتخاذه فبيعه جائز، وقد اختلف علماؤنا في ذلك:

ومن قال منهم: لا يجوز بيعه، قال: تَلَزَمَ الْقِيَمَةُ لِمَنْ أَتْلَفَهُ، فَبَعِيدٌ عَنِ الصُّوَابِ، وَالصَّحِيحُ جَوَازُ الْبَيْعِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ كَلَامٍ، وَقَدْ قَرَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ «الْإِنْصَافِ لِتَكْمِيلَةِ كِتَابِ

(١) «خروج» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القيس.

(٢) في الأصل: «التقدير» والمثبت من القيس: 116/16 (ط. هجر).

(٣) ف: «المشاهدة والمعابنة» والمثبت من القيس.

(٤) في الأصل: «عقد» والمثبت من القيس.

.....

(١) الغريب أن المؤلف عدَّ هذا القول في العارضة: 241/5 فساداً ظاهراً.

(٢) انظر صفحة: 72 من هذا الجزء. وانظر أيضاً العارضة: 233/5.

(٣) انظر العارضة: 241/5. يقول البوني في تفسير الموطأ: 93/ب «قال أبو محمد الأصيلي: ليس يوجد في النهي عن البيع والسلف حديث مُسْنَدٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَّا مَا بَلَغَ مَالِكًا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ وَسَلْفٍ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ: ثَبَتَتِ السُّنَّةُ أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ وَسَلْفٍ، وَلَمْ يَذَكَرْ فِيهِ حَدِيثٌ».

الإشراف» وقد تقدّم القول في اقتنائه، وكلُّ ما جازَ اقتناؤه جازَ الانتفاع به، صار مالاَ وجازَ بذلك العوض فيه.

واختلفَ علماؤنا في بَيِّعِهِ⁽¹⁾، هل هو محرّمٌ أو مكروهٌ؟ وصرّح مالك بالمنع في مواضع، والصّحيح في الدليلِ جواز البيع، وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾. وقال الشافعي: لا يجوزُ بَيِّعُهُ⁽³⁾.

وظنُّ بعضهم أنّ التَّهْيِيَّ عن تَمَنِ الكلبِ إنّما هو في المأذونِ في اتِّخَاذِهِ؛ لأنَّ المأمورَ بقتله لا يُنْهَى عن بَيِّعِهِ.

قلنا: هذه غفلة⁽¹⁾ عظيمة، كان أمرَ بقتلها، ثم نَسَخَ الأمرَ بالقتلِ، وأذنَ في اتِّخَاذِهِ⁽²⁾⁽⁴⁾، وكان بعد ذلك جوازُ البيعِ أو التَّهْيِيَّ عنه.

وقال بعضهم: إِنَّهُ قَرَنَهُ بِحُلُوانِ الكَاهِنِ، فدلَّ على أنّه حرامٌ، ودليلُ القرائنِ أضعفُ دليل، لا يَسْتَنْبَلُ به المحقّقون من علمائنا.

فصل

وأما «السُّورُ» فانفردَ مسلمٌ بروايةِ التَّهْيِيَّ⁽³⁾ عن بَيِّعِهِ⁽⁵⁾، فإن سَلِمَ عن العِلَّةِ التي ذكرناها في أوَّلِ «الكتابِ»⁽⁶⁾ فإنَّ ذلك محمودٌ على المصلحة، وأنَّ النبيَّ عليه السَّلامُ أراد أن تكون⁽⁴⁾ السُّنَانِيَرُ مسترسلةً على المنازلِ تحميها من القَارِ من غير اختصاصِ فَجَازَ.

وأما «حُلُوانُ الكَاهِنِ» وهو الثالثُ والعشرون من المحرّمات، فهو مُحَرَّمٌ بإجماعِ

(1) في الأصل: «عضلة» والمثبت من العارضة.

(2) العارضة: «الاتخاذ».

(3) في الأصل: «برواية الهر والنهي» ولعلَّ الصواب ما أثبتنا.

(4) «تكون» استدركنها من القبس.

.....

(1) انظر هذا الكلام في العارضة: 278/5 - 279.

(2) انظر مختصر الطحاوي: 84، ومختصر اختلاف العلماء: 94/3.

(3) انظر الحاوي الكبير: 375/5.

(4) وهو الذي نصَّ عليه الحازمي في الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار: 189.

(5) الحديث (1569) عن جابر.

(6) في القبس: «شرح الصحيح» ويمكن أن يستدلَّ بهذه الإحالة على أن «شرح الصحيح» هو المسالك.

الْأُمَّةِ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ؛ لَأَنَّهُ مَالٌ فِي مَقَابَلَةِ فِسْقٍ، لَأَنَّهُ ثَمَنٌ لِلْكَذِبِ وَالضَّلَالِ، فَيَكُونُ مُحَرَّمًا كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، لَأَنَّهُ مِنْ بَابِ مَعْرِفَةِ طَلَبِ الْغَيْبِ، وَهَذَا مِمَّا لَا يُذْرَكُ.

وَأَمَّا «رَبِحَ مَا لَمْ يَضْمَنْ» فَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ لَأَنَّ بَيْعَهُ لَا يَجُوزُ؛ لَأَنَّ مَا لَمْ يَضْمَنْ، إِذَا لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ فَيَكُونُ^(١) مِنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَإِنَّمَا لَأَنَّهُ غَيْرُ^(٢) مَقْدُورٍ عَلَى تَسْلِيْمِهِ، فَيَكُونُ مِنْ بَابِ بَيْعِ الْغَرَرِ وَالْمُخَاطَرَةِ.

وَأَمَّا «بَيْعُ حَاضِرٍ لِبَادٍ» وَ«النَّجَشُ»^(٣) وَ«بَيْعُ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ» فَيَأْتِي بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فِي «شرح الأبواب».

وَأَمَّا «التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا» فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

1 - فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: ذَلِكَ لِحَقِّ الْأُمِّ فِي التَّوْلِيهِ، وَقَدْ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: «لَا تَوَلَّهِ»^(١) وَالِدَةٌ عَلَى وَلَدِهَا»^(٢).

2 - وَقِيلَ: لِحَقِّ الطِّفْلِ^(٣).

3 - وَقِيلَ: لِحَقِّ اللَّهِ.

فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي ذَلِكَ، إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ حَقٌّ لِلْأُمِّ فَيَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهَا، وَقَدْ خَرَجَ التِّرْمِذِيُّ^(٤) فِي ذَلِكَ حَدِيثَ أَبِي أَيُّوبَ: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «... يَضْمَنْ، كَأَنَّهُ فَيَكُونُ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «... عِنْدَكَ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ غَيْرُ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٣) «وَالنَّجَشُ» زِيَادَةٌ مِنَ الْقَبْسِ.

(١) أَي لَا يَفْرُقْ، أَنْظِرِ النِّهَايَةَ: 227/5.

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ: 5/8 مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ، وَضَعَّفَ ابْنَ حَجْرٍ فِي تَلْخِيصِ الْحَبِيرِ: 15/3 سَنَدَهُ. كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو عُبَيْدٍ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ: 65/3 مِنْ مَرْسَلِ الزُّهْرِيِّ، وَرَاوَيْهِ عَنْهُ - كَمَا قَالَ ابْنُ حَجْرٍ فِي التَّلْخِيصِ - ضَعِيفٌ.

وَأَخْرَجَهُ ابْنُ عَدِيٍّ فِي الضَّعْفَاءِ: 418/6 مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ، فِي تَرْجُمَةِ مَبْشُرِ بْنِ عُبَيْدٍ أَحَدِ الضَّعْفَاءِ. وَأَنْظِرِ خِلَاصَةَ الْبَدْرِ الْمُنِيرِ: 62/2.

(٣) ذَكَرَهُ ابْنُ يُونُسَ فِي الْجَامِعِ لِمَسَائِلِ الْمَدُونَةِ: 1017 وَعَزَاهُ إِلَى ابْنِ الْمُؤَاذِ عَنْ مَالِكٍ، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ الْأَصُوبُ.

(٤) فِي جَامِعِهِ الْكَبِيرِ: الْحَدِيثُ (1566)، وَأَخْرَجَهُ أَحْمَدُ: 412/5، وَالدَّارِمِيُّ (2482)، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ (4008)، وَالدَّارِقُطْنِيُّ: 67/3، وَالْحَاكِمُ: 55/2 وَصَحَّحَهُ، وَالْقِضَاعِيُّ فِي مَسْنَدِ الشَّهَابِ =

أبيه وهو حديث حسن غريب، وذكر حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال: «وَهَبَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَامَتَيْنِ أَخَوَيْنِ، فَبِعِنْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: مَا فَعَلَ عَلَامَكَ؟ فَقُلْتُ لَهُ: بِعْتُهُ، فَقَالَ: رُدَّهُ»⁽¹⁾ حسن غريب.

وهي مسألة غريبة⁽²⁾، اختلف العلماء فيها على أربعة أقوال:

الأول: أنه لا يُفَرَّقُ بين والدية وولديها، ولا بين الوالد وولديه، ولا بين الأخوين والأختين، قاله أبو حنيفة⁽³⁾.

الثاني: قال ابن القاسم: يُفَرَّقُ⁽⁴⁾ بين الوالد وولديه⁽⁵⁾.

الثالث: أن ذلك في الحرِّيَّاتِ لا في المؤلِّدات الذين ولدوا في أرض الإسلام⁽⁶⁾.

الرابع: تجوزُ التفرقة إذا أدت في ذلك الأم⁽⁷⁾، وقال ابن الماجشون: لا يجوز ذلك، وقد قال ابن عبد الحكم: لا يُفَرَّقُ بينهما.
الخامس⁽¹⁾: في التوجيه⁽²⁾.

(١) كذا في الأصل، والصواب حذفها.

(٢) في الأصل: «في التوفيه» والمثبت من العارضة.

.....

= (456)، والبيهقي: 126/9، والخطيب في تلخيص المشابهة(212)، وابن الجوزي في أحاديث الخلاف (1495).

يقول ابن حجر في الدررية: 153/2 «في إسناده ضعف» وانظر تلخيص الحبير: 15/3، ونصب الراية: 23/4.

(1) أخرجه الترمذي (1284)، والطيالسي (185)، وأحمد: 102/1، وابن ماجه (2249)، والدارقطني: 66/3، والبيهقي: 127/9، وابن الجوزي في أحاديث الخلاف (1492).

(2) انظرها في العارضة: 282/6 - 283.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 85، والمبسوط: 139/13.

(4) الذي وجدناه في المدونة: 283/3 عن ابن القاسم أنه قال: «فأما ما سوى الأم والولد فلا بأس بالتفرقة بينهم».

(5) «وذلك لأنه لا يستتزر الطفل بمفارقة الأب كاستتزره بمفارقة الأم، ولأن الأم أولى بذلك؛ لأن حق الحضانه يثبت لها دون الأب» قاله القاضي عبد الوهاب في المعونة: 1072/2.

(6) انظر المدونة: 283/3 في التفرقة بين الأم وولدها في البيع.

(7) ذكره المؤلف في العارضة أنه قول إبراهيم التخمي، وبه قال مالك وابن القاسم في أحد روايته.

قال الإمام: وهذه المسألة تنبني على أن المَنع هل هو حقٌّ لله أو للأُمِّ أو حقٌّ للوَلد؟ وفي ذلك للعلماء ثلاثة أقوال^(١):

الأوَّل: أنه حقٌّ للوَلد.

الثاني: أنه حقٌّ للأُمِّ.

الثالث: أنه حقٌّ لله.

فإن قلنا: إنه حقٌّ لله، لم يعمل الرِّضا في إسقاطه.

وإن قلنا: إنه حقٌّ للأُمِّ، عمل فيه الرِّضا.

وإن قلنا: إن ذلك حقٌّ الولد للرفق به، لم يَجُز.

وأما الأخوان، فحديثُ عليٍّ حُجَّةٌ عليه^(٢)، وقال علماؤنا: نحمله^(٣) على

الاستحباب^(١).

وأما «التفرقة» ففي ذلك خمسة أقوال:

الأوَّل: إذا تُعِر - بالتاء المعجمة باثنين من فوقها - يعني: إذا سقط تُعِرُهُ، قاله

مالك^(٢).

الثاني: إذا عرف ما يؤمر به وتُنهى عنه.

الثالث: إذا بَلَغَ سبع سنين^(٣).

الرابع: إذا بَلَغَ الحُلُم، قاله أبو حنيفة^(٤).

(١) «أقوال» استدركناها من العارضة.

(٢) في الأصل: «فحديث عليه فيه حجة» والمثبت من العارضة.

(٣) في الأصل: «مجملة» وهو تحريف، والمثبت من العارضة.

.....

(١) تنمة العبارة كما في العارضة: «والحقيقة فيه أنه لو راعى المحرمية لما جازت التفرقة بينه وبين الخالة لوجود المحرمية بينهم».

(٢) في المدونة: 283/3 في التفرقة بين الأم وولدها في البيع.

(٣) ذكر المؤلف في العارضة أنه قول الشافعي، وعزاه ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 1018 إلى ابن حبيب.

(٤) زاد في العارضة: «وابن غانم عن مالك» وعزاه إلى ابن غانم أيضًا ابن يونس في الجامع: 1018، وانظر قول الحنفية في المبسوط: 139/13.

الخامس: إذا بلغَ عشر سنينَ، قاله ابنُ وهبٍ عن مالك^(١) والليث^(١).
والصحيح أنه حقٌّ للأُمِّ، والمسألةُ أصوليةٌ أكثر من فروعية.
وأما «كِرَاءُ الأَرْضِ» فسيأتي بيانه إن شاء الله.

وأما «عَسْبُ^(٢) الفَحْلِ»^(٢) فجمهورُ العلماءِ على أنه لا يجوزُ، حَمَلَهُ مالكٌ على أن يكونَ يُقْصَدُ به الإلقاحُ، وأما لو كان نَزَوَاتٍ معلومةً فهو جائزٌ، وهو الصحيح؛ لأنه أمرٌ مَأذُونٌ فيه شرعاً، محتاجٌ إليه عادةً، معلومٌ بالتقدير، فلا وَجْهَ لِرَدِّهِ إلا من طريق الجهالة التي أشرنا إليها في اشتراطِ الإلقاحِ، وفي^(٣) المُضِيِّ^(٤) على العادة فيه.

وأما «بَيْعُ المِياهِ» فزُوي في الأثر: «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ نَفْعِ البِثْرِ»^(٣) وَزُوي «نفع» بالقاف والغاء، وَزُوي: «لَا تَمْنَعُوا قُضْلَ المَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الكَلَاءَ»^(٤) والأحاديثُ فيه صِحَاحٌ. نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ بَيْعِ المَاءِ^(٥)، واختلفَ العلماءُ في تفسيرِهِ، فقال كلُّ واحدٍ وأطالَ، وَجُمَلَتْهُ ترجعُ إلى ثلاثةِ أقوالٍ^(٦):

١ - الأَوَّلُ: قال مالك^(٥)^(٧): إذا كان الماءُ في بئرٍ مملوكةٍ، فلا يدخلُ الحديثُ

(١) «عن مالك» ساقطة من العارضة.

(٢) في الأصل: «عسيب».

(٣) في القبس: «أو في» ولعلها أسد.

(٤) في الأصل: «المصالح» والمثبت من القبس.

(٥) «قال مالك» زيادة من العارضة.

.....

(١) حكاه ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 1017-1018.

(٢) انظر القبس: 800/2، والعارضة: 275/5.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ من حديث عائشة: أبو نعيم في الحلية: 95/7، والخطيب في تاريخ بغداد: 349/10، وأخرج مالك في الموطأ (2170) رواية يحيى؛ أن النبي ﷺ قال: «لَا يُمْنَعُ نَفْعُ بئرٍ».

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (2169) رواية يحيى، بلفظ: «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ...».

(٥) أخرجه الترمذي (1271) وقال: «حديث إياس حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم أنهم كرهوا بيع الماء»، والحديث أخرجه عبد الرزاق (14495)، والحميدي (912)، وأحمد: 417/3، والدارمي (2615) وغيرهم.

(٦) انظرها في العارضة: 272/5.

(٧) في المدونة: 402/3 في إجارة البئر.

فيها، وإذا كانت في الصَّحَارِي، ففيها الحديث، ويكون^(١) في الشَّفَةِ^(٢) لا في الزَّرْعِ.

2 - وقال ابنُ حبيب: الفضلُ في الزَّرْعِ مباحٌ، كالفَضْلِ في الشَّفَةِ^(٣).

3 - وقال الشَّافِعِيُّ^(٤) نحو قول مالك أَنه في الآبَارِ الفَلَوِيَّةِ لا المملوكَةِ.

قال الإمام: الماء مباح^(٥)، الأصلُ فيه قوله: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالْكَلَاءِ، وَالنَّارِ»^(٦) أسكَنَ اللُّهُ الْمَاءَ فِي الْأَرْضِ، فَمَنْ أَتَبَطَّه^(٧) كَانَ أَحَقَّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِذَا أَخَذَ مِنْهُ حَاجَتَهُ، رَجَعَ الْفَضْلُ إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الْإِبَاحَةُ وَالِاشْتِرَاكُ، هَذَا فِي مَاءِ الْأَرْضِ الْمَشْتَرَكَةِ، وَأَمَّا مَا فِي الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمَالِكَ يَسْتَوْلِي عَلَى بَاطِنِ الْأَرْضِ كَاسْتِيلَاتِهِ عَلَى ظَاهِرِهَا^(٨)، فَالْمَاءُ لَهُ. وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا ظَاهِرَهَا، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْمَاءِ إِلَّا مَا لَهُ فِي الْأَرْضِ الْفَلَوِيَّةِ، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ بَنَى أَصْحَابُ مَالِكٍ قَوْلَهُمْ: إِنَّ مَنْ أَنْهَارَتْ بِشْرُهُ وَاحْتِاجَ إِلَى مَاءٍ جَارِهِ أَنَّهُ يَعْطِيهِ لَهُ بِغَيْرِ تَمَنٍّ، إِذْ لَا خِلَافَ مِنْ قَوْلِهِ فِي وَجُوبِ الْإِعْطَاءِ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي جِهَةِ^(٩) الْإِعْطَاءِ.

كما اتَّفَقَ النَّاسُ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ الْمَاءِ أَحَقُّ بِالْأَصْلِ، قَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّهُ لَا حَقَّ لَكُمْ فِي الْمَاءِ فَقَالَ: وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَيَذَادَنَّ^(١٠) رِجَالٌ عَنْ حَوْضِي أَوْ قَالَ: رَجُلٌ، الْحَدِيثُ^(١١)، وَقَالَ: «ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، فَذَكَرَ رَجُلًا كَانَ لَهُ فَضْلُ مَاءٍ

(١) في العارضة: «ولكن».

(٢) في الأصل: «المنفعة» والمثبت من العارضة.

(٣) «الماء مباح» زيادة من العارضة.

(٤) في الأصل: «أبضه» ولعل الأفضل ما أثبتناه من العارضة.

(٥) في الأصل: «ظاهره» والمثبت من العارضة.

(٦) «جهة» زيادة من العارضة.

(٧) في الأصل: «ليرادن»، وفي العارضة: «لازودن» والمثبت من كتب الحديث.

.....

(1) انظر الحارثي الكبير: 506/7 - 510.

(2) رواه بلفظ المؤلف الحارث كما في بغية الباحث (449) من حديث أبي خدش، وكذلك رواه

الخطيب في موضع أوهام الجمع والتفريق: 48/2، وانظر علل الحديث لابن أبي حاتم: 322/1.

وأخرجه ابن ماجه (2472) من حديث ابن عباس بلفظ: «المسلمون» قال ابن حجر في تلخيص

الحبير: 65/3 «وفيه عبد الله بن خراش متروك، وقد صححه ابن السكن»، وقال البوصيري في

مصباح الزجاجية: 80/3 «هذا إسناد ضعيف».

(3) أخرجه بنحوه مُطَوَّلًا مالك في الموطأ (64) رواية يحيى.

بِالطَّرِيقِ فَمَنْعَهُ مِنْ ابْنِ السَّبِيلِ⁽¹⁾، وهذا يدلُّ على ترجيح إحدى روايتي⁽¹⁾ مالك في تحريم بيع فضل الماء، على الرواية الأخرى في الكراهية.

وكذلك اختلف قول مالك في الكلا الذي ينبئ في الأرض المملوكة، هل يجوز له منعه أم لا؟

ف قيل: له منعه؛ لأنه مالك أرضه.

وقيل: ليس له منعه؛ لأنه لم يتكلف فيه.

والأول أصح؛ لأنه رزق ساقه الله إليه في خالص ملكه، والكلا الذي حرم عليه

منع الماء هو الكلا الذي ليس بثابت في ملكه.

فصل (2)

وأما «كسب الحجام» فهو خبيث، و«مهر البغي» فلا كلام فيه لفساده.

وأما «كسب الحجام» فقد وردت فيه ثلاثة أحاديث كلها صحاح:

الأول: أن النبي عليه السلام اختجم وأعطاه صاعاً من طعام⁽³⁾، وزوي:

«صاعان»⁽⁴⁾، وزوي «من تمر»⁽⁵⁾، وزوي: «فأعطاه أجرته»⁽⁶⁾.

الثاني: أن النبي عليه السلام قد⁽²⁾ نهى عنه، فلم يزل يستأذنه حتى قال له: «اغلفه

نضاحك» يعني: رقيقك⁽⁷⁾، رواه⁽³⁾ ابن محيصة الأنصاري عن أبيه⁽⁸⁾.

(1) في الأصل: «رواية» والمثبت من العارضة.

(2) في الأصل: «قال وقد» والمثبت من العارضة.

(3) «رواه» استدركتها من العارضة.

.....

(1) أخرجه البخاري (2358)، ومسلم (108) من حديث أبي هريرة.

(2) انظره في العارضة: 275/5 - 278.

(3) رواه البخاري (2277) من حديث أنس.

(4) في المصدر السابق.

(5) رواه مالك في الموطأ (2791) رواية يحيى.

(6) رواه البخاري (2278)، ومسلم (1202) من حديث ابن عباس.

(7) رواه مالك في الموطأ (2793) رواية يحيى.

(8) هكذا رواه الترمذي (1277)، أما الإمام مالك فقال: «عن ابن محيصة الأنصاري أحد بني =

الثالث: هذا الذي تلوناه آنفاً.

وكُلُّهَا مُعَارَضَةٌ^(١)، وبعضُهَا أَخْلَفٌ من بعض.

أما قوله^(١): «كَسَبَ الْحَجَّامُ حَيْثُ» فهو نَصٌّ في التَّحْرِيمِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَيَحْرِمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾^(٢).

وأما قوله^(٣): «اغْلِفُهُ نُضَاحَكَ» فكأنه مشتبه، فنزَّهه عنه في ذاته، وأمره بإطعامهم للإبل لا للرقيق، كذا رواه يَحْيَى؛ لأنَّ ما لا يرضاه لنفسه في الطَّعْمَةِ لا يرضاه لرقيقه؛ لأنهم مكلفون في الحلال والحرام والشبهة بمثل ما كلف، بخلاف الإبل والبقر والبهائم، فإنه لا تكليف عليها، وأما ما أعطاه إياه^(٤) أجره، فـدليلٌ على الجِلِّ المُطْلَقِ، فإنَّ النَّبِيَّ عليه السلام لا يدخل في شُبُهَةٍ، لِمَا هو عليه من رَفِيعِ المنزلةِ ومَرَاتِبِ العصمة^(٥)، ولو ثبت التاريخ في المتقدم منها من المتأخر، فينبغي^(٤) التَّرجيحُ أو التَّأويلُ، فورودُ النَّهْيِ فيه يُحمَلُ على أنه كانت معاملة مجهولة، يحتجُّمون إلى وقت التَّجَارِ، أو الجَدَادِ، أو الحَصَادِ، فيعطي معلوماً، فيكونُ عَوْضًا عن عمل^(٥) مجهولٍ، أو يكونُ مجهولاً، فيكونُ عَوْضَ مجهولٍ عن مجهولٍ، فأعلَمَهُمُ النَّبِيُّ عليه السلام بتحرِيمِ ذلك، وعرفوه بينهم، فأعطاهم النَّبِيُّ عليه السلام معلوماً عن معلوم.

وأما التَّرجيحُ؛ فإنَّ الجوازَ أقوى من المنعِ للحاجةِ إليه، فكان النَّبِيُّ عليه السلام منع منه، فلَمَّا رأى الحاجةَ إليه رخصَ فيه.

(١) العارضة: «متعارضة».

(٢) «إياه» استدركتاها من العارضة.

(٣) العارضة: «وواجب العصمة».

(٤) العارضة: «فتعين».

(٥) في الأصل: «حل» والمثبت من العارضة.

.....

= حارثة؛ أنه استأذن رسول الله ﷺ قال ابن عبد البر في التمهيد: 77/11 «وذلك من الغلط الذي لا إشكال فيه على أحد من أهل العلم».

(1) أي قوله ﷺ في الحديث الذي رواه الترمذي (1275) عن رافع بن خديج.

(2) الأعراف: 157.

(3) أي قول رسول الله ﷺ في حديث الموطأ السابق ذكروه.

وقد يُحْمَلُ التَّهْيُّ عَنْ كَسْبِ الْحِجَامِ عَلَى مَا حُوِّلَ عَلَيْهِ التَّهْيُّ عَنْ كَسْبِ الْأُمَّةِ، فَإِنَّهَا كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَكْسِبُ بَفَرْجِهَا، فَيَرْجِعُ التَّهْيُّ إِلَى مَا لَا يَجُوزُ، فَإِذَا اِكْتَسَبَتْ بِيَدِهَا جَارًا، فَكَذَلِكَ كَسْبُ الْحِجَامِ كَانَ عِنْدَهُمْ مَجْهُولًا، فَإِذَا تَعَامَلُوا بَيْنَهُمْ بِمَعْلُومٍ جَارًا، لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ احْتَجَمَ، فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ^(١) تَمَنُّ الْمَنَافِعِ يَجُوزُ أَنْ يَجْرِيَ فِيهِ الْمُتَعَامَلَانِ عَلَى الْعَادَةِ وَالْمُرُوءَةِ، فَإِذَا عَمِلَ^(٢) لَهُ أَنْ يَعْطِيَهُ أَجْرَهُ الْوَاجِبَ لَهُ جَارًا، وَإِنْ زَادَهُ شُكْرًا، وَإِنْ خَاسَرَهُ صَبْرًا، أَوْ طَلَبَ مَبْلَغَ حَقِّهِ^(٣)، وَهُوَ مَاخُودٌ مِنْ قَاعِدَةِ الْعُرْفِ، إِحْدَى^(٤) الْقَوَاعِدِ الْعَشْرَةِ الَّتِي تَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَحْكَامُ الْمُعَامَلَاتِ فِي الْمَذْهَبِ الْمَالِكِيِّ.

وَأَمَّا «التَّهْيُّ عَنِ الْبَيْعِ وَفَتْ التَّدَاؤِ»^(١) فَذَلِكَ لِحَقِّ اللَّهِ، وَأَغْرَبُ مَا فِيهِ مَا^(٥) تَقَطَّنَ لَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا، فَإِنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى نَقْضِهِ وَإِنْ فَاتَتْ، قَالُوا كُلُّهُمْ: يَضْمَنُ الْقِيَمَةَ، إِلَّا مَالِكًا الْغَوَاصَّ، فَإِنَّهُ قَالَ: يَضْمَنُ الثَّمَنَ، لِنُكْتَةِ بَدِيعَةٍ، وَهِيَ أَنَّ الْقِيَمَةَ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهَا أَبَدًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِوَقْتِ بَيْعٍ لِأَحَدٍ، فَرَجَعْنَا إِلَى الثَّمَنِ ضَرُورَةً الَّذِي قَرَّرَهُ عَلَى نَفْسِهِ وَرَضِي ذَلِكَ الْآخِرُ بِهِ.

القاعدة العاشرة^(٢)

فِي بَسْطِ الْمَقَاصِدِ وَالْمَصَالِحِ الَّتِي أُشْرِنَا إِلَيْهَا قَبْلَ هَذَا

وَقَدْ اتَّفَقَتِ الْأُمَّةُ عَلَى اعْتِبَارِهَا فِي الْجُمْلَةِ، وَلَا جُلْهَا وَصَّحَ اللَّهُ الْحُدُودَ الزَّوَاجِرَ^(٦) فِي الْأَرْضِ اسْتِصْلَاحًا لِلخَلْقِ، حَتَّى تَعْدَى ذَلِكَ إِلَى الْبِهَائِمِ، فَتُضْرَبُ الْبِهِيمَةُ اسْتِصْلَاحًا، وَإِنْ لَمْ تُكَلَّفْ، تَسْبِيًا^(٧) إِلَى تَحْصِيلِ قَصْدِ^(٨) الْمَكْلُوفِ، وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الطُّفْلَ يُضْرَبُ

(١) «أَنَّ» اسْتَدْرَكَانَهَا مِنَ الْعَارِضَةِ.

(٢) ف: «تَحْمَلُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٣) الْعَارِضَةُ: «... صَبْرٌ مُطْلَقًا فَبَلَّغَهُ حَقَّهُ».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «أَعْنِي» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْعَارِضَةِ.

(٥) «مَا» اسْتَدْرَكَانَهَا مِنَ الْقَبْسِ.

(٦) فِي الْأَصْلِ: «الزَّوَاجِرَةُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٧) فِي الْأَصْلِ: «شَيْئًا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ: 120/16 (ط. هجر).

(٨) فِي الْأَصْلِ: «قَرَأَ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(1) انظره في القبس: 801/2.

(2) انظرها في القبس: 801/2 - 803.

على التَّمَرُّنِ عَلَى الْعِبَادَاتِ^(١) لَا ضَرْبَ تَكْلِيفٍ، وَلَكِنْ ضَرْبَ تَأْيِيسٍ وَتَدْرِيبٍ، حَتَّى يَأْتِيَهُ التَّكْلِيفُ عَلَى عَادَةٍ، فَتَخِفُ عَلَيْهِ الْمَشَقَّةُ فِي الْعِبَادَةِ.

ولقد انتهت الحال بالشيخ المعظم أبي بكر الشاشي القفال إلى طرد ذلك حتى في العبادات، وصنّف في ذلك كتاباً كبيراً سماه «محاسن الشريعة»^(١) وليس له فيه نكتة بديعة^(٢).

والدليل على صحة ما صار إليه مالك من انفرادِهِ فِي تَعْوِيلِهِ عَلَيْهَا وَاخْتِصَاصِهِ بِهَا دُونَ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ، اتِّفَاقُ أَرْبَابِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ عَلَى أَنَّ الْجَمَاعَةَ يُقْتَلُونَ بِالوَاحِدِ قِصَاصًا؛ اسْتِبْقَاءَ لِلْبَاقِيْنَ وَاسْتِصْلَاحًا لِحَالِهِمْ، وَقَدْ قَتَلَ عَمْرٌ نَفْرًا بَوَاحِدٍ قَتَلُوهُ غِيْلَةً، وَلَمْ يَلْتَفِتْ عَمْرٌ إِلَى الْغِيْلَةِ، بَلْ قَالَ: لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ^(٢) لَقَتَلْتُهُمْ^(٣)، فَإِنَّ أَلْفًا يُقْتَلُونَ بِاغْتِيَالِ حِمَارٍ، فَكَيْفَ بِاغْتِيَالِ إِنْسَانٍ^(٤)؟! فَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ إِنَّمَا كَانَ بِالرَّدْعِ^(٣).

وكذلك اتفقوا على أن^(٤) جِرْمَانُ الْقَاتِلِ الْمِيرَاثَ رَدْعًا^(٥) وَسَدًّا لِلذَّرِيعَةِ.

وكذلك قال عمر: مَنْ^(٦) نَكَحَ فِي الْعِدَّةِ لَا يَتَاكحَانِ أَبَدًا^(٥).

وكذلك وَقَعَ تَأْيِيدُ التَّحْرِيمِ فِي اللَّعَانِ^(٦).

وكذلك راعى مالك المقاصد في تحقيقِ الْجِنْسِيَّةِ فِي الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ. وَقَالَ سَائِرُ

(١) فِي الْأَصْلِ: «التَّمَرُّنُ بِالْعِبَادَاتِ» وَالْمُشَبَّهُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «أَصْبَهَانَ» وَالْمُشَبَّهُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٣) الْقَبْسُ: «إِنَّمَا كَانَ بِالتَّمَالُؤِ الَّذِي هُوَ مَشْوُوفُ الْأَعْدَاءِ وَمَظَنَّةُ الْحَسَادِ».

(٤) «أَنَّ» اسْتَدْرَكَاهُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٥) الْقَبْسُ: «رَغْبًا لِلْمُصْلِحَةِ».

(٦) الْقَبْسُ: «إِذَا».

(١) قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ السَّلِيمَانِي: أَقُومُ بِإِعْدَادِهِ لِلنَّشْرِ بِالِاشْتِرَاكِ مَعَ أَخِي الْأَسْتَاذِ أَحْمَدَ الرَّيْسُونِي، بِالاعْتِمَادِ عَلَى نَسَخَتَيْنِ خَطِيئَتَيْنِ، أَسْأَلُ اللَّهَ الْعَوْنَ وَالتَّيْسِيرَ.

(٢) كَذَا بِالْأَصْلِ، وَلَا نَدْرِي مَا السَّرُّ فِي هَذَا الْحُكْمِ الْقَاسِي عَلَى الْكِتَابِ.

(٣) رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ (2552) رَوَايَةً يَحْيَى.

(٤) هَذَا مِنْ أَغْرَبِ مَا أوردَهُ الْمُؤَلِّفُ فِي هَذَا الْكِتَابِ وَفِي الْقَبْسِ أَيْضًا، وَالغَالِبُ أَنَّ تَصْحِيْفًا وَقَعَ فِي النِّسْخِ الْخَطِيئَةِ.

(٥) رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ (545) رَوَايَةً مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ، وَكَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي الْمَدُونَةِ: 442/5 (ط. صادر).

(٦) قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ (1653) رَوَايَةً يَحْيَى: «إِنَّ السُّنَّةَ مَضَتْ: أَنَّ الْمُتَلَاعِثَيْنِ لَا يَتَرَاكحَانِ أَبَدًا».

الفقهاء: إنما يُعتبرُ الجنسُ في الصُّورة والهيئة، وما قاله مالك أوزلي؛ لأنَّ المطعوماتِ والحيوانات لم تكن أجناسًا بصُورها، وإنما كانت أجناسًا بمنافعِها المقصودة منها وصفاتها التي تتفاوت بها^(١)، حتى جعلَ مالكُ الشعيرَ والقمحَ صنفًا واحدًا، وهي أغسُرُ مسألةٍ علينا في الأجناسِ، لكن رأى مالك - رضي اللُّهُ عنه - قربَ ما بينهما، إذ لبَّابُ الشعيرِ يُوازِي دقيقَ الخُشكارِ^(٢) فيلتقيان^(٣) على الطرفين.

وكما^(٣) تُرَاعِي حُرْمَةُ الرِّبَا في التَّفْرِيقِ^(٤) باعتبار *الثمنية، وفي الأعيان الأربعة باعتبار*^(٥) القُوتِ والطَّعامِ، كذلك يراعي في الجنسِ أن يقولَ في علةِ الرِّبَا: مقتاتٌ جنسي^(٦)، فلا يجوزُ التَّفاضُلُ مع الأجلِ *في المُقتاتين، كانا جنسين أو جنسًا واحدًا، كذلك لا يجوزُ التَّفاضُلُ مع الأجلِ*^(٧) في الجنسِ الواحدِ؛ كانا مُقتاتين أو غير مُقتاتين.

وكذلك اعتُبرَ قَصْدُ المعروفِ في العَرَائِبِ، واستُثْنِيَتْ من قواعدِ الرِّبَا لخروجها عن مقصودِ البَيْعِ في المكايسة، وانخراطها^(٨) في شِغْبِ الرِّفْقِ والمُكَارَمَةِ، وعليها بَنَى مالكُ مسائلَ الأثمانِ كُلِّها.

إذا^(٩) تمهّدت هذه القواعدُ، عُدْنَا^(١٠) إلى الأبوابِ، وأريناكمُ بناءَها عليها، ورجوعَها إليها، حتى تعلموا شُفُوفَ مالكٍ في الإدراكِ على سائرِ العلماءِ، وتكونوا مُتَّبِعِينَ له في الحقيقة، سالكين معه على الطَّرِيقَةِ.

(١) في الأصل: «لها» والمثبت من القبس.

(٢) «فيلتقيان» استدركناها من القبس.

(٣) في الأصل: «كما» والمثبت من القبس.

(٤) في القبس: «التعدية».

(٥) ما بين النجمتين استدركناه من القبس.

(٦) في القبس: «مقتاتٌ جنس».

(٧) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، بسبب انتقال نظر الناسخ، واستدركنا النقص من القبس: 16/121 (ط. هجر).

(٨) القبس: «انخرطها».

(٩) في الأصل: «إنما» والمثبت من القبس.

(١٠) في الأصل: «عندنا» والمثبت من القبس.

(1) هو الخبز الأسمر غير النقي.

بَاب مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْعُرْبَانِ

مَالِكٌ⁽¹⁾، عَنِ الثَّقَفِ⁽²⁾، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ. عَنْ جَدِّهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ.

قال الإمام: يقال: إن الثقة الذي لم يسمه مالك في سند هذا الحديث هو: بَكَيْرِ بن عبد الله بن الأشج⁽³⁾.

وقد تكلم الناس في سند هذا الحديث، فقال يحيى بن معين: أحاديث عمرو بن شعيب عن جده صحاح. وقال قوم⁽⁴⁾: هي واهية؛ لأنها بيده ضحف، ولم يسمع بعضهم من بعض.

وأما الثقة، فهو بَكَيْرِ بن الأشج⁽⁵⁾، ولم يرو عنه مالك⁽⁶⁾، وإنما روى عن ولده مَخْرَمَةَ⁽⁷⁾، ويكنى بأبي المِسْوَرِ⁽¹⁾، تُوفِّيَ في زمان هشام.

ولم⁽⁸⁾ يذكر عنه⁽⁹⁾ مالك في «الموطأ» إلا هذا الحديث، وحديث: «الرَّاكِبُ شَيْطَانٌ والراكبان شيطانان، وَالثَّلَاثَةُ نَفَرٌ»⁽¹⁰⁾.

(1) في الأصل: «بالمسور» والمثبت من كتب الرجال.

.....

(1) في الموطأ (1781) رواية يحيى.

(2) هكذا قال يحيى عن مالك، عن الثقة، وتابعه على ذلك: أبو مصعب (2470)، وسويد (217)، والطباع كما عند أحمد: 2/183.

أما القعني كما عند الجوهري (849)، وهشام بن عمار عند ابن ماجه (2192)، فقالوا: «عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب...».

(3) لا ندري كيف يصح أن يكون الثقة هو بكير ولم يثبت له سماع من عمرو بن شعيب، ويرى ابن عبد البر في الاستذكار: 8/19 - 9 أن أشبه ما قيل فيه أنه ابن لهيعة؛ لأن هذا الحديث أكثر ما يُعرف عند ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب. وانظر التمهيد: 24/176.

(4) المقصود هو البوني في تفسير الموطأ: 93/أ.

(5) انظر أخباره في تهذيب الكمال: 1/379 (752) [ط. 1418].

(6) وهو الذي نض عليه المعجلي كما في تهذيب الكمال: 1/379.

(7) انظر أخباره في تهذيب الكمال: 7/57 - 58 (6421).

(8) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 93/أ.

(9) أي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

(10) في الموطأ (2801) رواية يحيى.

ويقال: عُرْتَانٌ وَعُرْتُونَ، وَأُرْتَانٌ وَأُرْتُونَ⁽¹⁾.

قال الإمام⁽²⁾: أَكْثَرُ مَا عَوَّلَ فِيهِ مَالِكٌ وَفِي مَا بَعْدَهُ ذِكْرَ الْمُفْسِدَاتِ لِلْيُيُوعِ، لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ أَنَّ الْبَيْعَ الصَّحِيحَ مَحْصُورٌ، وَالْفَسَادُ يَبْعُدُ حَضْرَهُ⁽¹⁾، فَأَشَارَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِلَى جَمَلِ⁽²⁾ الْمُفْسِدَاتِ فِي الْأَبْوَابِ، فَمَسْأَلَةٌ⁽³⁾ الْعُرْتَانِ، تَرْجِعُ إِلَى قَاعِدَةِ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ. وَمَسْأَلَةٌ بَيْعِ الْعَبْدِ التَّاجِرِ الْفَصِيحِ، بِالْأَعْبُدِ مِنَ الْحَبَشَةِ⁽³⁾ تَنْبِيهُ عَلَى اعْتِبَارِ الْجِنْسِ بِالْمَقَاصِدِ.

واستثناء الجنس من البطن، مبني على قاعدة العَرَرِ وَالْجَهَالَةِ⁽⁴⁾، وَعَلَى أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ ضَمِيَ⁽⁵⁾ مِنْ ثَمْنِهَا فِي⁽⁶⁾ غَيْرِ مَقَابِلَةِ شَيْءٍ. وَمَسْأَلَةُ «الْجَارِيَةِ الَّتِي سَأَلَ فِي إِقَالَتِهَا، وَيَزِيدُهُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ نَقْدًا إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنَ الْأَجَلِ الَّذِي كَانَ قَدْ ابْتِاعَ إِلَيْهِ»⁽⁴⁾ مَبْنِيٌّ عَلَى قَاعِدَةِ الصَّفَقَةِ إِذَا اجْتَمَعَ⁽⁷⁾ مَالٌ رِيًّا وَمَالٌ آخَرَ. **الفقه في ثلاث مسائل:**

الأولى: نَهْيُهُ عَنِ بَيْعِ الْعُرْتَانِ

فهو أن يشتري الرجلُ دارًا بمئة دينارٍ ويعطي المشتري للبايع دينارًا ويقول له: إن أتيتك بالثمن إلى أجلٍ كذا تمَّ البيعُ بيننا، وإن لم آتِ فالدينارُ لك، فمثلُ هذا لا يجوزُ على حالٍ. وحديث آخر أنه «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْعُرَرِ»⁽⁵⁾ فإذا قلنا: نهى عن بيعِ العُرَرِ، فقد تضمَّن

(1) في الأصل: «والفسادُ يبعُدُ محظور» والمثبت من القبس.

(2) في القبس: «حمل».

(3) في الأصل: «ومسألة» والمثبت من القبس.

(4) في الأصل: «قاعدة الضرر والحماية» والمثبت من القبس.

(5) القبس: «لا يضع» وفي (ط. هجر) بسقوط: «لا».

(6) في الأصل: «إلى» والمثبت من القبس.

(7) لعله: «اجتمع فيها».

(1) يقول ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة [295/1] «وإنما العريان في معناه: أول الشيء وعنفوانه» وانظر الاقتضاب: 69/أ.

(2) انظره في القبس: 803/2 - 804.

(3) قاله مالك في الموطأ (1783) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2472)، وسويد (217).

(4) قاله مالك في الموطأ (1786) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2475).

(5) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

هذا كلَّ عَرَرٍ بِالنُّصِّ و صار داخلاً فيه، وإذا قلنا: «نَهِيَ عَنِ بَيْعِ الْعَرَرِ» دخل فيه كلَّ عَرَرٍ بِالتَّسْمِيَةِ، فقد دخلَ البَيْعُ في هذا اللَّفْظِ بِالنُّصِّ، ودخلَ الْعَرَرُ بِالتَّسْمِيَةِ.

المسألة الثانية⁽¹⁾:

قوله: «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْعُرْبَانِ» البَيْعُ معروفٌ، وهو يَفْتَقِرُ إلى إيجابٍ وقَبُولٍ، ويلزَمُ بوجودهما بلفظِ الماضي، فإذا قال⁽²⁾: بِغَيْبِي، فقال⁽³⁾: بِغَتِّكَ، فحكى علماؤنا العراقيون أَنَّ البَيْعَ يَصِحُّ وَيُنْعَقَدُ.

وقال أبو حنيفة⁽⁴⁾ والشافعي: لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك: اشتريته، أو قَبِلْتُ.

دليلنا: كلُّ ما كان إيجاباً وقَبُولاً في عَقْدِ النِّكَاحِ، كان إيجاباً وقَبُولاً في عَقْدِ البَيْعِ، كما لو قال: قَبِلْتُ، بعد الإيجاب⁽⁵⁾.

وليس للإيجاب لفظٌ مُعَيَّنٌ، وكلُّ لفظٍ أو إشارة فُهِمَ منها الإيجاب⁽⁴⁾ لَزِمَ بها البَيْعُ، إلاَّ أَنَّ في الألفاظِ صريحاً لا يَحْتَمِلُ⁽⁶⁾، مثل أن يقول: بِغَتِّكَ فَرَسِي، فيقول: قد قَبِلْتُ⁽⁷⁾. وأما الألفاظ⁽⁸⁾، فلا يَلْزَمُ البَيْعُ بها بمجردِها⁽¹⁾، حتَّى يَفْتَرِنَ بها عُرْفٌ أو عَادَةٌ.

الثالثة:

فإذا ثبت هذا فنقول: الأشياء التي تدخل البيع من الفساد أربعة:

1 - إما أن يكون الفساد في الثمن.

2 - أو المضمون.

3 - أو البائع.

(1) ف: «ولا بمجردِها» والمثبت من القبس.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 157/4.

(2) المبتاع.

(3) البائع.

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 49/3، والمبسوط: 108/12.

(5) في المتقى: «الإيجاب والقَبُول».

(6) أي لا يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ.

(7) فهذا يلزم به العقد المتبايعين.

(8) أي الألفاظ المحتملة.

4 - أو المبتاع.

فهذه الأربعة الأشياء، فمتى دخل الفساد في شيء من هذه الأربعة فسد البيع، إلا أن يكون الغرر يسيراً لا يمكن الاحتراز منه، فإنه مَعْفُو عنه، كالطير في البر يجد فيها موضعاً لا يدركه النظر غالباً يجده غير... (1)، ومثل الهذم اليسير يوجد في البناء وما أشبه هذا؛ لأن العلة قل ما تقع بمثل هذا الغرر اليسير.

وأما الفساد الذي من غير الركن، فهو فساد لكنه يسقط ويصح البيع، مثال ذلك: أن يبيع خادماً وميلاً على أن يسلفه عشرة دنانير، فإنه لا يجوز؛ لأن البيع والسلف منه عنده، فإذا أسقط الشرط جاز البيع، والفروع على هذا كثيرة.

بَاب

مَا جَاءَ فِي مَالِ الْمَمْلُوكِ

رَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنِ سَالِمٍ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ عُمَرَ، عَنِ الثُّبَيْيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ؛ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» (1).
قال الإمام: أوقف مالك هذا الحديث في «الموطأ» (2) عن نافع عن ابن عمر، ولم يبلغ به الثبي عليه السلام.

وقال أبو عمر (3): «هذا أحد الأحاديث الأربعة التي أسندتها سالم، وأوقفها نافع عن ابن عمر»، والحديث مُسْنَدٌ صحيحٌ من طريقي (4).
قال الإمام (5): هذه المسألة تنبني على القاعدة العاشرة، وهي المقاصد والمصالح؛

(1) طمس في الأصل.

(2) في الأصل: «أبو محمد» والصواب ما أثبتناه، فإن هذا الكلام لابن عبد البر.

(1) رواه من هذا الطريق ابن أبي شيبة (22519)، ومن طريقه ابن عبد البر في الاستذكار: 31/19 -

32، وانظر الحميدي (613)، وسنن أبي داود (3433)، والبيهقي: 219/6.

(2) الحديث (1788) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2477)، وسويد (218)، ومحمد بن الحسن (793)، والتبسي عند البخاري (2379).

(3) في التمهيد: 283/13.

(4) انظرها في التمهيد: 284/13 - 286.

(5) انظر هذه الفقرة في القبس: 805/2.

لأنَّ الرَّجُلَ إذا اشترى عبداً له ذَهَبٌ بِذَهَبٍ، فالقاعدةُ الثالثةُ تمنعُ منه من جهةِ الرِّبَا، والقاعدةُ العاشرةُ في المقاصدِ والمصالحِ تقتضي جوازَهُ؛ لأنَّه إنَّما المقصودُ ذاته لا ماله، والمالُ وَقَعَ تَبَعًا.

وقال علماؤنا: أصلُ البيعِ يقتضي ألاَّ يجوزَ بَيْعُ العبدِ وماله؛ لأنَّ مثلَ هذهِ المسألةِ لا تجوزُ، ألا تَرَى أن بَيْعَ سِلْعَةٍ وذَهَبٍ بِذَهَبٍ لا يجوزُ، لكنَّها مستثناةُ من الأصولِ.

واختلفَ العلماءُ في العبدِ هل يملكُ أو لا يملكُ؟ فذهب مالكٌ إلى أنَّ العبدَ يملكُ⁽¹⁾.

قلنا: ما فائدةُ الخلافِ في هذهِ المسألةِ؟

فالجوابُ: إنَّ فائدتها في معنى دقيقٍ، وهو أنَّ العبدَ إذا قلنا: إنَّه يملكُ على مذهبنا، كان له أن يشتري الإمامَ، ويطأ بملكِ اليمينِ. وإذا قلنا: إنَّه لا يملكُ، لم يكن له ذلك.

وقال أهلُ مَكَّةَ والعراقِ: إنَّ العبدَ لا يطأ البتَّةَ.

وقال مالكٌ: إنَّه يطأ.

وحجَّةُ مالكٍ في أنَّ العبدَ يملكُ: حديثُ النبيِّ عليه السَّلامُ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» قال مالكٌ: وهذه إضافة، كما تقول: مال زيد، وألفاظُ الرُّسولِ عليه السَّلامِ ذاتُ معانٍ مفيدة.

واحتجَّ أيضًا مالكٌ بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ وَيَنْكِحُوا﴾ الآية - إلى قوله: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ﴾ الآية⁽²⁾، والفقر والغنى صفتان لا يخبر بهما إلا عن من يملك⁽³⁾.

واحتجَّ أهلُ العراقِ والحِجَازِ على أنَّه لا يملكُ، بأنَّها إضافة محلٍّ، كما يقال: سَرَجُ الدَّابَّةِ، وبابُ الدَّارِ، فجعلوها إضافة محلٍّ.

بَابُ

مَا جَاءَ فِي الْعَهْدَةِ

قال الإمام⁽⁴⁾: العُهْدَةُ تنبني على القاعدة الخامسة، وهي الرَّجوعُ إلى العُرْفِ الَّذِي⁽¹⁾ تنبني عليه أكثرُ المسائلِ الشرعيَّةِ.

(1) في الأصل: «التي» والمثبت من القبس.

(1) انظر التفريع: 179/2، والمعونة: 1069/2. (2) النور: 32.

(3) انظر هذه الحجة في المعونة: 1069/2. (4) انظره في القبس: 805/2.

الفقه في ثلاث مسائل:

الأولى:

قوله⁽¹⁾: «لَا عَهْدَةٌ فِي شَيْءٍ مِنَ السَّلْعِ وَالْحَيَوَانِ إِلَّا فِي الرُّقِيقِ» اختلف أصحابنا في أيام العهدة الثلاث، هل تدخل في أيام الاستبراء أم لا؟
فقال ابن القاسم: تدخل⁽²⁾.

وقال أشهب: لا استبراء إلا بعد أيام العهدة، غير أن أشهب نقض أصله في مسألة بأن قال: زكاة الفطر في أيام العهدة على المشتري.
الثانية⁽³⁾:

قوله⁽⁴⁾: «كَأَنَّا يَذْكُرَانِ فِي حُطْبَتَيْهِمَا عَهْدَةَ الرُّقِيقِ» يريد أنها من الأمور المشهورة المؤكدة.

وقوله⁽⁵⁾: «العَهْدَةُ» معناها عندنا: تعلق البيع بضمان البائع مدة معلومة، وذلك أن البيع بما فيه العهدة لازم، ولكنه مُرْتَقِبٌ، فإن سَلِمَ في العهدة لزمهما جميعاً، وإن أصابه نَقْصٌ، لزم البائع وثبت الخيار للمبتاع في إرضائه أو ردّه، كَعَيْبٍ دَلَسَ بِهِ البائع أنه لا تنفعه براءته⁽⁶⁾ من التذليس بالعيب الذي ظهر في مدة العهدة، وهي مضافة إلى ملكه ما⁽⁷⁾ تعلقت العهدة به.

الثالثة: في محلّ العهدة من البلاد⁽⁸⁾

فاختلف العلماء في ذلك:

-
- (1) أي قول مالك في الموطأ (1792) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2481) وابن وهب في المدونة: 334/3.
 - (2) انظر المدونة: 333/3 في عهدة الثلاثة، والمعونة: 1064/2.
 - (3) اقتبس المؤلف هذه المسألة من المتقى: 173/4 مع بعض التصرف.
 - (4) أي قول عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم في الموطأ (1790) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2479).
 - (5) أي قول مالك في ترجمة الباب: 134/2 من الموطأ.
 - (6) في المتقى: «... البائع لا يعلم براءته».
 - (7) في المتقى: «بما».
 - (8) اقتبس المؤلف هذه المسألة من المتقى: 175/4 - 176.

فقال ابنُ حبيب: قال المصريون: لا تلزم أهل بلد عُهْدَةِ الثَّلاثِ^(١) حتَّى يحملهم السُّلطانُ عليها، ومثله روى ابن القاسم^(٢) عن مالك.

وقال ابنُ حبيب: روى المدنيون عن مالك؛ أنه يُقضى بها في كلِّ بلدٍ، وعلى الإمام أن يحكم بها على من عرفها وجهلها^(٣)، قبل التَّقدم فيها وبعده.

ووجه الرُّواية الأولى: العُرفُ جارٍ فيها بالمدينة^(٤).

ووجه الرُّواية الثانية: أن ذلك من مقتضى العَقْدِ لأنَّه من تمامِ التَّسليمِ^(٥).

الزَّابِعة: في محلِّها^(٦)

أما محلُّها من المبيع، ففي الرِّقِيقِ خاصَّةً، والفرقُ بينها^(٥) وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أن لها تمييزًا تكتُمُ به عيوبه، فَجُعِلَتِ العُهْدَةُ لاختبار حاله، حكاها عبدُ الرُّهَّابِ^(٣) عن ابن الجهم^(٤)، وهذا ضدُّ ما يُحتاج إليه؛ لأنَّ هذا دليلٌ على جواز البيع بالبراءة، والصَّحيح عندي^(٦) ما ذكره غيره من^(٧) أن للرِّقِيقِ^(٨) أفهامًا تخبر عن أسباب أمراضه قبل ظهورها، فيكون كِثْمَانُ السَّرِّ بِذَلِكَ^(٩) تدليسًا يَقُومُ مقامَ تدليسه، ولها فروغٌ كثيرةٌ أضربنا عنها.

(١) في الأصل: «الثلاثة» والمثبت من المتقى.

(٢) في المتقى: «رُوي عن ابن القاسم».

(٣) في الأصل: «وحملها» والمثبت من المتقى.

(٤) في الأصل: «... العقد وان من تمام المسألة» والمثبت من المتقى.

(٥) في الأصل: «بينهما» ولعلَّ الضَّواب ما أثبتنا.

(٦) في الأصل: «... البراءة الصحيحة» والمثبت من المتقى.

(٧) «من» استدركنها من المتقى ليلتم الكلام.

(٨) في الأصل: «الرِّقِيقِ ما يجنب به» والمثبت من المتقى.

(٩) في المتقى: «... كتمان السُّيد لما أخبره به من أسباب أمراضه...».

(١) ولما كان له وجه من وجوه الصَّحَّةِ حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 176/4.

(٣) انظر المعونة: 1067/2 ولم يرد فيه ذكر ابن الجهم.

(٤) لم نجد هذا القول في كتابه المسمى بأسباب الخلاف.

بَابُ الْغَيْبِ فِي الرِّقِيقِ

ذكر فيه حديث ابن عمر؛ أَنَّهُ بَاعَ غُلَامَهُ بِثَمَانٍ مِئَةَ دِرْهَمٍ، وَبَاعَهُ بِالْبِرَاءَةِ^(١).
قال الإمام^(٢): الحديث صحيح.

هذا الباب يُتَّبَعُ عَلَى الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ، وَهِيَ^(١) أَكْلُ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا بِعَشْرَةٍ، فَكُلُّ جُزْءٍ مِنَ الْعَشْرَةِ قَابِلٌ كُلُّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْعَبْدِ^(٢)، وَوَأَزَى كُلُّ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الْمَقْصُودَةِ لِلْمُبْتَاعِ تَحْصِينًا مِنَ الْعُيُوبِ^(٣).

الفقه في مسائل:

الأولى:

قوله^(٣): «عَلَى الْبِرَاءَةِ» وَفِي بَيْعِ الْبِرَاءَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ^(٤):

الأول: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِحَالٍ^(٥).

الثاني: أَنَّهُ يَجُوزُ^(٦).

الثالث: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الرِّقِيقِ خَاصَّةً^(٧).

ووجه من أجازة على الإطلاق: حديث عبد الله بن عمر؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي بَيْعِ

البراءة؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبِرَاءَةِ أَلَّا جَوَازًا، فَإِذَا أُوجِبَ الْحَدِيثُ جَوَازَهَا جَازًا.

(١) فِي الْأَصْلِ: «وَهُوَ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَيْسِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «الْعَيْدِ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَيْسِ.

(٣) فِي الْقَيْسِ: «... لِلْمُبْتَاعِ جَلْبًا وَتَحْصِينًا، وَلِلْبَائِعِ تَبَادُلًا وَتَمْوِيلًا».

(١) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ (1793) رَوَايَةً يَحْيَى، وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ: أَبُو مَعْصَبٍ (2482)، وَسُوَيْدٌ (220).

(٢) انظُرْهُ فِي الْقَيْسِ: 805/2.

(٣) فِي حَدِيثِ الْمَوْطَأِ السَّابِقِ ذَكَرَهُ.

(٤) انظُرْهَا فِي الْمَعْمُونَةِ: 1066/2 - 1067.

(٥) انظُرِ الْمَدُونَةَ: 235/3.

(٦) وَهِيَ الرِّوَايَةُ الَّتِي نَصَّ الْقَاضِي عَبْدُ الْوَهَّابِ فِي الْمَعْمُونَةِ: 1066/2 عَلَى أَنَّهَا الْمَعْتَبَرَةُ وَعَلَيْهَا النَّظَرُ.

(٧) انظُرِ الْمَدُونَةَ: 235/3، وَالتَّفْرِيعَ: 179/2.

وأما وجه من قال: إنه لا يجوز على الإطلاق في كل شيء مما يدخله الغرر.
وأما حجة من أجازها^(١) في الرقيق خاصة، قياساً على حديث عبد الله بن عمر.
فنقول: سلعة من السلع، جاز بيعها بالبراءة كالرقيق، وقضاء عثمان - رضي الله عنه
- في قصة عبد الله بن عمر، ولم يوجد له مخالف، فكان إجماعاً.

٢ - الثانية: في معرفة العقود التي يجب فيها الرد^(١).

٣ - الثالثة: في معرفة العيوب التي يثبت بها الرد^(٢).

أما العقود، فعلى ثلاثة أضرب:

1 - عقد مختص بالعوض، كالبيع والتكاح، فهذه يثبت بها حكم الرد.
2 - والثاني: عقد مختص بالمكارمة، كالهبة لغير الثواب، والصدقة، فهذا لا يثبت
فيه حكم الرد.

3 - والثالث: عقد ظاهره المكارمة، وله تعلق بالعوض، كالهبة للثواب لمدة،
فالموهوب له لا يرده بعيب^(٢)، حكاه إسماعيل القاضي عن عبد الملك، وعن المغيرة: لا
رد ولا^(٣) في البيع المفسد.

ووجه ذلك: أن هذه عقود جرت العادة أن يكون العوض فيها أكثر^(٣)، وهذا
ينافي^(٤) الرد بالعيب.

٣ - الثالثة: في بيان العيوب التي يجب بها الرد مُجملة؛ ذلك أن خيار^(٥) الرد على

ضربين:

أحدهما: ما يثبت بغير شرط.

(١) في الأصل: «... من قال جازه...» ولعل الصواب ما أثبتنا.

(٢) «فالموهوب له لا يرده بعيب» استدركناها من الأصل المنقول عنه وهو المتقى حتى يلتئم الكلام.

(٣) في الأصل: «إلا» والمثبت من المتقى.

(٤) في الأصل: «وهذا بيان» والمثبت من المتقى.

(٥) في الأصل: «اختبار» والمثبت من المتقى.

(1) هذه المسألة اقتبسها المؤلف من المتقى: 4/188.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 4/188 - 190.

(3) من قيمة الموهوب.

والثاني: لا يثبت إلا بشرط.

فأما ما يثبت بغير شرط، فهو لكل عَيْبٍ ينقص الثمن، وهو على قسمين:

أحدهما: نقص في عين المبيع.

والثاني: نقص في غير عينه، لكنه ينقص ثمنه، فالتقص في عينه، كالعوز،

والعمى، والبياض في العين، والصَّمَم، والخرس، والبكم، إلا في الصغير الذي لا يبين أمره، وما أشبه ذلك.

فصل (1)

أما «الأضرار» فإن نقص الضرر عيب في الزائفة، وليس بعيب في غيرها، إلا أن يكون في مقدم المم، أو ينقص ضرسان حيث كانا، فإنه عيب في الذكر والأنثى.

وأما «الشيب» فإنه ترد به الزائفة⁽²⁾، وهو في «كتاب محمد»⁽¹⁾.

وقال محمد: وهو في الشابة عيب. وقال عبد الملك عن مالك: لا ترد⁽³⁾ إلا بكثيره.

ويحتمل أن تكون الروايتان قولاً واحداً؛ لأن اليسير منه ليس بعيب؛ لأنه شائع، كالخال يكون، والشعرة والشعرتان تبدو ولا ترى إلا مع التأمل، وأما الكثير فإنه يؤثر في الجمال، فاختص بالزائفة دون غيرها.

وأما «الاستحاضة» فعيب في الرقيق ووَخْشِهِ⁽⁴⁾⁽²⁾.

قال ابن حبيب: إن كانت تعتربها المرة بعد المرة، فعلى البائع أن يبين، وإلا فهو عيب ترد به.

وارتفاع الحيض إن كان يعتربها المرة بعد المرة لم يلزمه التبيين، ولم ترد به.

(1) في الأصل: «وهو في كتاب محمد عن مالك» والمثبت من المتقى.

(2) في الأصل: «في العلى والوخش» والمثبت من المتقى.

(1) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 188/4 - 190.

(2) قاله ابن أبي زيد في النواذر والزيادات: لوحة 87/ب.

(3) أي الزائفة.

(4) الوخش من الرقيق: الخسيس. انظر شرح غريب ألفاظ المدونة: 80.

والفرق: أن دم الاستحاضة مما^(١) يُكره، وتلحق المشقة في التوقي منه، وليس في ارتفاع الحيض شيء من ذلك، والذي يقتضيه مذهب^(٢) «المدونة»^(١) أنهما سواء. فإن استحاضت^(٣)، لم يكن ذلك عيبًا حتى يثبت أنه كان عند البائع. وأما «ارتفاع الحيض» فالمشهور من المذهب؛ أنه إذا أتى من ذلك ما فيه ضرر^(٤) عليه^(٢)، فإنه يردها، ولا خلاف في ذلك في المذهب^(٣)، إلا ما قال ابن حبيب^(٤) في التي لم يأت منه في مدة الاستبراء ما خالف المعهود، وإذا^(٥) اطلع على أنه كان يتأخر عند بائعها المرة بعد المرة جاز^(٦)، والله أعلم.

والحمل في المرتفعة عيب، ولا خلاف في ذلك. وأما «الوخش» فروى ابن القاسم عن مالك^(٧) أنه عيب^(٤). قال ابن كنانة: ليس بعيب^(٥)، ورواه أشهب عن مالك. فإذا قلنا يرده به^(٦)، فكيف يكون^(٨) وجه الرد؟ ففي «المبسوط»: إن جاءت به لينة

(١) «مما» استدركناها من المتقى.

(٢) «مذهب» استدركناها من المتقى.

(٣) في المتقى: «استحيضت» وهي أسد.

(٤) لعل الناسخ أسقط هاهنا فقرة بسبب انتقال نظره، وهي كما في المتقى: «إلا ما قاله ابن حبيب قبل هذا أن ارتفاع الحيض المرة بعد المرة لا يلزم البائع التبري منه وليس للمبتاع الرد به، ويحتمل أن يكون ما ذهب إليه ابن القاسم في المدونة في تأخره في مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر، وما قاله ابن حبيب...».

(٥) في المتقى: «وإنما».

(٦) «جاز» ساقطة من المتقى.

(٧) «عن مالك» استدركناها من المتقى ليستقيم الكلام.

(٨) «يكون» استدركناها من المتقى.

(١) باب جامع العيوب: 3: 314 - 315.

(٢) أي على المبتاع.

(٣) انظر المدونة: 3/315.

(٤) ووجه هذا القول: أن الرخش عيب ينقص من الثمن، فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب.

(٥) ووجه هذا القول: أنه لو ابتاعها في جملة رقيق لم يردها بعيب الحمل، رواه ابن القاسم عن مالك في العتية.

(٦) أي بالحمل.

أشهر من يوم قبضها لم يرده البيع، وإن وكدت قبل ذلك كان له الرد. ووجه ذلك: أنها إذا⁽¹⁾ وكدت لسيئة أشهر⁽¹⁾، جاز أن يحدث عند المبتاع، فصار له حكم ما يقدم ويحدث من العيوب، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر على أنه عيب قديم، يثبت الرد به.

وأما «الزعر»⁽²⁾ فإنه عيب يرده به⁽³⁾. وقال محمد: وإن كان في غير العائنة.

واختلف علماءنا في تعليل ذلك:

فقال سحنون: هو عيب؛ لأنه يذهب بلذة الوطء، وهذا يقتضي اختصاصه بالفرج.

وقال ابن حبيب: لأنه لا يتقى⁽²⁾ عاقبه⁽⁴⁾، يعني: الجذام.

وإن كان في آباء الرقيق مجذوم أو مجذومة، فهو عيب يرده به، وخشاً كان أو رائعاً، قاله⁽³⁾ عبد الملك عن مالك. أما إن كان أحدهما⁽⁵⁾ أسود، فلا رد له، قاله أشهب، وإن كانت ذات عيب⁽⁴⁾، وفي⁽⁴⁾ «الواضحة» عن مالك أنه عيب في الرائحة، قال: لِمَا يَتَّقَى أَنْ يَخْرُجَ الْوَلَدُ أَسْوَدَ.

وأما «عيوب الدواب» فإن كان خلقة، كالعور والجرد، أو حادثاً كالرمص والدبر، فإنه يرده به، وكذلك سائر المبيعات غير الرباع⁽⁶⁾.

فأما «الدار» إن وجد بها صدع، قال ابن القاسم⁽⁷⁾: أما ما يخاف منه سقوطها فيرد به، وإلا فلا.

(1) «إذا» استدركتها من المتقى.

(2) في الأصل: «لأنه يتقى» وهو تصحيف، والمثبت من المتقى.

(3) في الأصل: «وقال» وفي المتقى: «رواه» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) في الأصل: «ثمن ففي» والمثبت من المتقى.

.....

(1) من يوم البيع.

(2) الزعر: قلة الشعر وتفرقه.

(3) قاله مالك في المدونة: 312/3.

(4) تنمة العبارة كما في المتقى: «... من الذاء السوء».

(5) أي أحد أجداد الأمة.

(6) فإن ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها فإنه يثبت به خيار الرد بالعيب.

(7) في المدونة: 312/3 فيمن اشترى داراً أو حيواناً فأصاب بها عيباً.

وقال ابنُ أبي زيدٍ: العيوبُ فيها على ثلاثةٍ أُضربُ:
أحدها: أن تستغرق معظم الثمن، فهذا يردُّ به ويرجع بالثمن.
الثاني: ألا ينقص من الثمن، فهذا لا يردُّ به، ولا يرجع قيمة العيب.
الثالث: أن ينقص من الثمن ولا ينقص^(١) معظمه، فهذا يرجع^(٢) بقيمة العيب، ولا تردُّ به، ورأيت لبعض أصحابنا أنه تردُّ^(٣).

واختلف القائلون بقول^(٣) ابن أبي زيدٍ في تعليل ذلك؟
فقال أبو محمد: إن الدار تخالف سائر المبيعات، بدليل أنه إذا استحقَّ منها اليسير
لزم الباقي بالثمن.
وأيضاً: فلو أطلق أحد^(٤) العقد فيها، واستحقَّ بعض جدرانها، لم يرجع المبتاع في
شيء من الثمن.

وقال غيره: العلة أنها لا تتخذ غالباً إلا للقيّة، وليس المقصود منها الأمان.
٤ - الرابعة^(٢):

وأما «ما ينقص ثمن المبيع ولا ينقص جسده، كالإباق^(٥)، والسرقة، وشرب
الخمير، والزنا في العبد عند مالك» فهو عيبٌ يردُّ به، وبه قال الشافعي^(٣).
وقال أبو حنيفة: لا يردُّ به^(٤).

ودليلنا: أنه زنا وجد في مملوك، فإن له أن يردُّه كما لو كان له جارية.
وأما «البول في الفراش» ففي الكبر عيبٌ يردُّ به العبد والأمة، راعين كانا أو لا،

-
- (١) في الأصل: «ولا يكون» والمثبت من المتقى.
 - (٢) في الأصل: «راجع» والمثبت من المتقى.
 - (٣) في الأصل: «في قول» والمثبت من المتقى.
 - (٤) «أحد» استدركتها من المتقى ليلتم الكلام.
 - (٥) في الأصل: «كالباق» والمثبت من المتقى.

-
- (١) في المتقى: لبعض أصحابنا الأندلسيين أنه تردُّ به.
 - (٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 190/4.
 - (٣) انظر الحاوي الكبير: 249/5 - 254.
 - (٤) انظر المبسوط: 92/13، 106.

وبه قال الشافعي⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة⁽²⁾: لا يردُّ به العبد، وتردُّ به الأمة.

ودليلنا ما تقدّم.

فرع⁽³⁾:

والثانيُّ في العبد، والتَّرْجُلُ في الأَمَّةِ غَيْبٌ، *قال ابنُ حبيبٍ عن مالك: معنى ذلك أن يكون العبد متخَنَّنًا*⁽¹⁾، ومعنى ذلك أنه يُؤْتَى.

وأما من اشترى عبدًا على أنه أعجم، فألفاه فصيحًا، أو على أنه مجلوب، فألفاه مولدًا، ففي «الواضحة» عن أَضْبَغٍ أنَّ له الردَّ؛ لأنَّ النَّاسَ في المجلوب أرغب، وكذلك الدَّوَابُّ.

وأما «عِثَارُ الدَّابَّةِ» ففي «المدنية»⁽²⁾ رواية ابن دينار عن ابن كنانة: إِنَّ عَلِيمَ أَنْ ذَلِكَ كَانَ عِنْدَ بَائِعِهَا بِشَهَادَةِ أَوْ إِقْرَارِ رُدَّتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَكَانَ عِثَارُهَا قَرِيبًا مِنْ بَيْعِهَا، حَلَفَ الْبَائِعُ أَنَّهُ مَا عَلِمَ بِذَلِكَ، وَإِنْ ظَهَرَ ذَلِكَ بِهَا بَعْدَ طَوِيلٍ مَدَّةٍ يَحْدُثُ الْعِثَارُ فِي⁽³⁾ مِثْلِهَا، فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ⁽⁴⁾.

قال الإمام⁽⁴⁾: هذه العيوبُ إنما يُردُّ بها⁽⁵⁾ إذا ثبت⁽⁶⁾ أنها كانت في ملك البائع.

(1) ما بين النجمتين استدركناه من المتقى ليستقيم الكلام.

(2) في الأصل: «المدونة» والمثبت من المتقى.

(3) في الأصل: «فحديث العثار فيها» والمثبت من المتقى.

(4) في الأصل: «عليها» والمثبت من المتقى.

(5) «بها» زيادة من المتقى.

(6) في الأصل: «أثبت» والمثبت من المتقى.

(1) انظر الوسيط للغزالي: 120/3.

(2) انظر المبسوط: 108/13 - 109.

(3) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 190/4، ما عدا المسألة الثانية فيه فإنها مقتبسة من صفحة: 191.

(4) الكلام موصول للإمام أبي الوليد الباجي.

فرع⁽¹⁾:

واختلف علماؤنا في هُزَالِ⁽¹⁾ الدَّوَابِّ وسمنها.

فَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ: لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِهَمَا فِي الرَّقِيقِ، وَيَثْبُتُ بِهِزَالِ⁽¹⁾ الدَّوَابِّ⁽²⁾.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَثْبُتُ لِهَمَا فِي الرَّقِيقِ وَلَا فِي الدَّوَابِّ⁽³⁾.

وَاخْتَارَ ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ بِالْخِيَارِ، وَرَوَاهُ عَنْ شَيْوَخِهِ⁽⁴⁾.

٥ - الخامسة: مسألة المواضعة⁽⁵⁾ في الرقيق⁽⁶⁾

أَمَّا حُكْمُهَا، فَإِنَّ ضَمَانَهَا مِنَ الْبَائِعِ، وَيَلْزِمُهُ قِيمَتُهَا، وَمَا لِحَقِّهَا فِيهَا مِنْ مَوْتٍ أَوْ نَقْصِ جِسْمٍ فَمَنْهُ، وَلِلْمُبْتَاعِ فِي الْمَوْتِ إِسْكَاتُ الثَّمَنِ وَارْتِجَاعُهُ إِنْ كَانَ أَخْرَجَهُ، وَفِي النَّقْصِ خِيَارُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ أَوْ الْإِسْكَاتِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الْجَسَدِ كَالزُّنَا وَالسَّرْقَةِ، فَجَمُورٌ أَصْحَابُنَا أَنَّ لَهُ الرَّدَّ بِذَلِكَ⁽⁷⁾، وَحَكَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغٍ: لَا يَرُدُّهَا⁽⁸⁾. وَأَمَّا مَا حَدَّثَ لَهَا مِنْ مَالٍ يَهَبَةٌ أَوْ صَدَقَةٌ، فَلِلْبَائِعِ إِنْ كَانَ لَمْ يَسْتَشِنْ مِنْهُ مَالَهَا؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لَهَا.

(1) في الأصل: «هزل» والمثبت من المتقى.

- (1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 198/4.
- (2) الذي في المتقى: «... فروى ابن حبيب أن مالكاً لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب ولا بهزال الرقيق ولا بسمنه، وشبهه بهزال الدواب».
- (3) الذي في المتقى: «وابن القاسم لا يثبت بهزال الرقيق ويثبت بهزال الدواب وسمنها».
- (4) وهي رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة في الدواب، ويذكر الباجي أن هذا مبني على أن النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير، وأما صلاح البدن ما لم يكن سمناً بينا فلا خلاف أنه لا يثبت الخيار لأنه زيادة في الجسم خاصة، وإنما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتمادهم في نقص كثير القيمة.
- (5) عرّف أحمد بن المعذل المواضعة في كتابه «المبسوط» فقال: «أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة معدلة حتى تحيض حيضة، فإن هي حاضت كمل البيع، وإن لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع» عن المتقى: 202/4.
- (6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 204/4 - 205.
- (7) وجه قول جمهور المالكية: أن هذا لو كان أقدم من أمد التبايع لرد به، فإذا حدث في مدة المواضعة كان له الرد كنقص الجسم.
- (8) وجه قول أصبغ أن مثل هذا يمنع البائع بيعها؛ لأنها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا في مدة المواضعة فترد عليه، وما كان بهذه الصفة رجب أن يمنع منه.

وأما ما حدث لها من وُلْدٍ:
 فقد قال ابنُ القاسم: للمبتاع⁽¹⁾.
 وقال أشهبُ: للبائع⁽²⁾.
 وإن أسقط المواضعة ورَضِيَ بالحمل بعد العَقْدِ:
 فقال ابنُ القاسم⁽¹⁾: له ذلك وإن أباه البائع.
 وقال سُحنون: ليس له ذلك.
 ووجهُ القولِ الأول: أن كلَّ عَيْبٍ يجوزُ له⁽³⁾ الرُّضَا به بعد ظهوره، فإنَّه يجوزُ له
 الرُّضَا به قبلَ ظهوره كسائر العيوبِ.
 ووجهُ قولِ سُحنون: أنَّ المبتاعَ إنما أسقط ما وجب له من الضَّمَانِ على البائع
 ليتعجَّلَ الخِدْمَةَ.

٦ - السادسة: في بيان ما تنقُضُ به المواضعة⁽⁴⁾

فإنَّها تكونُ بأحد وجهين: بحيض، أو شهور.
 فأما الحيضُ، فالَّذي يُجْزِئُ منه حيضةٌ واحدةٌ⁽⁵⁾؛ لأنَّ بها تحلُّ الأُمَّة⁽⁶⁾، وليس
 يتعلَّقُ بها معنى من العبادة^(٢)، ولا حرمة الحرِّية، فلذلك لم يتكرَّر⁽⁷⁾. فإن كان البيع بعد
 ابتداء الحيض، فإن كان في أوله أجزاء، وإن كان في آخره⁽⁸⁾ استؤنفت بعد المواضعة.
 ووجه ذلك: ما احتجَّ به ابنُ القاسم من أنَّ الرَّحْمَ من ذلك الوقت لا يقبل المنى،
 بل يقذف بالدم، وفي آخره يقبل المنى، فلذلك افترقا.

(١) في الأصل: «ابن الماجشون» والمثبت من المتقى.

(٢) في الأصل: «العادة» والمثبت من المتقى.

.....

(1) لأنه نماء من جنس المبيع فأشبه الثمن.

(2) وذلك لأنه نماء منفصل في مدة المواضعة، فكان للبائع كنماء المال.

(3) أي المبتاع.

(4) هذه المسألة اقتبسها المؤلف من المتقى: 205 / 4.

(5) انظر العمونة: 944 / 2.

(6) في المتقى: «لأنَّ بها تحصل غلبة الظَّنِّ ببراءة الرَّحْمِ».

(7) أي لم يتكرَّر الحيض فيها تكرره في العدة.

(8) أي في آخر الحيضة وبعد أن ذهب معظم الدَّم لم تقع به البراءة.

٧ - السابعة: في حدّ المقدار الذي يجزىء من الحَيْضَةِ الباقية⁽¹⁾

قال محمد: إن بقي منه ما يعرف أنه حَيْضَةٌ أجزاء. ويحتمل قوله أمرين: أحدهما: أنه مقدار أقلّ الحَيْضِ، فلذلك أجزاء، ولذلك قال في آخره: وإن كان إنما بقي منه اليوم واليومان لم يجزئه.

والثاني: أنه إن كان في وقت يرى أن الرّحم يرخي⁽²⁾ الدّم، فلا يقبل المَنِيّ، فهو براءة، وإن كان على غير ذلك، فإنما هي مدّة لاستقصاء بقايا الدّم، فليس ببراءة.

فرع:

وإن كانت الحيضة بعد الابتاع، فلا يخلو أن تأتي على المعهود، أو تتأخر عنه، فإن أتت على المعهود، تمت المواضعة بها. وإن كانت بعد التّباع بلحظة؛ لأننا قد قلنا: إن التّباع إن كان في أول الحيضة إن المواضعة تتمّ بهناء.

فرع:

فإن كانت ممّن تحيض فارتفعت حيضتها، فاختلف علماؤنا في ذلك⁽³⁾:

فروى ابنُ وهب أن براءتها تسعة أشهر⁽⁴⁾.

وقال ابنُ القاسم وغيره: براءتها ثلاثة أشهر، إلا أن ترتاب فتُقيم تمام التسعة الأشهر ولم⁽¹⁾ تبرا، إلا أن يطرأ⁽²⁾ بها حمل⁽⁵⁾.

وهذا فيمن يتكرّر حيضها قبل الثلاثة، فأما من كانت حيضتها تبطيء أكثر من ثلاثة،

(١) في الأصل: «ثم» والمثبت من المتقى.

(٢) في المتقى: «يظهر».

(1) هذه المسألة بفرعيها اقتبسها المؤلف من المتقى: 205/4.

(2) في المتقى: «يرمي».

(3) انظر المدونة: 346/2 في استبراء الأمة تباع فتحيض عند البائع قبل أن يقبضها المبتاع.

(4) وجه رواية ابن وهب: أن ارتفاع الحيض ربية، فوجب أن ترتب له مدّة الحمل وهي تسعة أشهر، وأصل ذلك: ارتفاع حيضة المطلقة.

(5) وجه رواية ابن القاسم: أن ارتفاع الحيض بمجرد ربية؛ لأنه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك، فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيضة.

فلا يخلو أن تكون عادتُها أن تكونَ أقلَّ من تسعةٍ أو أكثر⁽¹⁾، فإن كانت أقلَّ، فَرُوِيَ⁽²⁾ عن ابن القاسم أنها ثلاثة تبرئها⁽³⁾. وروى يحيى⁽⁴⁾ أنه لا يبرئها إلا الحيض، وإلا رفعت إلى التسعة الأشهر⁽⁵⁾ إن استبرأت، والفروعُ على هذا الباب كثيرة جداً، لُبَّأها ما سردناه عليكم، فَعُولُوا عليه.

باب⁽⁶⁾

ما يُفعل بالوليدة إذا بيعت واشترط فيها

الأحاديث في هذا الباب:

قال الإمام: فالشُرط فيها ينبنى على أكثر القواعد السابقة⁽¹⁾، ولكن مسائلَ الشُرط مُغضلةٌ قديماً وحديثاً. رُوِيَ⁽⁷⁾ عن عبد الوارث بن⁽²⁾ سعيد⁽⁸⁾ قال: دخلتُ مكةَ فلقيتُ أبا حنيفةَ، فسألته عن بيعٍ وشُرطٍ؟ فقال: البيعُ باطلٌ، والشُرطُ باطلٌ. ثم أتيتُ ابنَ أبي ليلى فسألته عن بيعٍ وشُرطٍ؟ فقال: البيعُ جائزٌ والشُرطُ باطلٌ⁽⁹⁾. ثم أتيتُ ابنَ شُبْرَمَةَ فسألته، فقال: البيعُ جائزٌ والشُرطُ جائزٌ. فقلت: ثلاثةٌ اختلفوا في هذه المسألة ولم يتفقوا فيها على جواب! قال: فأتيتُ أبا حنيفةَ فأخبرته، فقال: لا أدري ما قالوا. حدثني عمرو

(1) في الأصل: «... الإمام: لا يبنى على أكثر القواعد السبعة» والمثبت من القبس.

(2) في الأصل: «أن» والمثبت من القبس.

.....

- (1) إن كانت عادتُها أكثر من تسعة أشهر فجمهور المذهب أن الثلاثة تبرئها.
- (2) الزاوي عن ابن القاسم هو عيسى، كما نصَّ على ذلك الباجي.
- (3) وجه رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم: أن من كانت لا تحيض في ثلاثة أشهر، فإن ثلاثة أشهر تبرئها كألتي لا تحيض، إلا في أكثر من تسعة أشهر؛ لأن الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا رية بها.
- (4) رواية يحيى هنا هي عن ابن القاسم، ووجه هذه الرواية: أن من كانت عادتُها في الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التسعة، فإن الثلاثة لا تبرئها؛ لأن هذه حالها التي لا تبرئ قط في الحمل وغيره، فلا يستدلُّ بها على براءتها.
- (5) في المتقى: «إلى ثلاثة أشهر».
- (6) انظره في القبس: 806/2 - 810.
- (7) رواه المؤلف بسنده في القبس: 806/2 - 807، وانظر هذه الفقرة في المبسوط: 13/13 - 14.
- (8) هو أبو عبيدة البصري (ت. 180) أحد الأئمة الأعلام، انظر أخباره في تهذيب الكمال: 478/18، وسير أعلام النبلاء، 189/19.
- (9) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 18.

بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ وَشْرَاطٍ»⁽¹⁾. ثُمَّ أُتِيَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى فَأَخْبَرْتَهُ فَقَالَ: لَا أُدْرِي مَا قَالَا، حَدَّثَنِي هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهَا فِي بَرِيرَةَ: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا» الْحَدِيثُ. ثُمَّ أُتِيَ ابْنُ شُبْرَمَةَ فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ: لَا أُدْرِي مَا قَالَا، حَدَّثَنِي يَسْعَرُ بْنُ كِدَامٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ دِنَارٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: اشْتَرَى النَّبِيُّ ﷺ مِنِّي نَاقَةً وَشَرَطَ لِي حُمْلَانَهَا إِلَى الْمَدِينَةِ⁽²⁾.

فهذه أغراض متفاوتة⁽¹⁾ في فهم مواقع ذكر الشروط في الحديث، وقد رأيت لعبد الحميد الصائغ⁽³⁾ «جزءاً في تفصيل الشروط» لكن على المذهب المالكي، قد أتقن⁽²⁾ فيه ترتيب المذاهب في هذا الحديث، كنت قد كتبتُه بخط يدي وقرأته، لكنه شدَّ عني، والذي يحضر الشروط في الأغلب رُدُّها إلى القواعد التي مهَّدناها، وعرضها⁽³⁾ عليها.

فلا يخلو وقوع الشروط في العقد⁽⁴⁾، والأمثلة في ذلك أربعة أمثلة:

الأول: إذا اشترى عبداً من رجل بشرط الهبة له⁽⁴⁾ أو لغيره، انفرد بها مالك فقال:

هو جائز.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه⁽⁵⁾ إنما يحتمل في البيع⁽⁶⁾ لحرمة العتق وما فيه من

التقرب إلى الله.

قلنا: وكذلك يحتمل الهبة؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْمَعْرُوفِ وَالْمَوَاصِلَةِ وَإِسْدَاءِ⁽⁷⁾ الْمَعْرُوفِ

(1) في الأصل: «اعتراض متقاربة» والمثبت من القيس.

(2) في الأصل: «قد قضى» والمثبت من القيس. (3) ف: «مهَّدنا وعرضناها» والمثبت من القيس.

(4) له زيادة من القيس. (5) في الأصل: «لا» والمثبت من القيس.

(6) في البيع زيادة من القيس يلتزم بها الكلام.

(7) في الأصل: «وابتداء» والمثبت من القيس.

.....

(1) أخرجه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة: 160.

(2) أخرجه الطبراني في الأوسط (4361)، قال الهيثمي في المجمع: 85/4 «وفي طريق عبد الله ابن عمرو مقال» وانظر نصب الراية: 17/4.

(3) هو الإمام الأصولي النظار عبد الحميد بن محمد المعروف بابن الصائغ (ت. 468) انظر أخباره في ترتيب المدارك: 105/8، والجمهرة: 615/2.

(4) الظاهر أنه سقطت هاهنا فقرة لا يستقيم الكلام بدونها، وإليكموها كما في القيس: «ولا يخلو وقع الشرط في العقد من أن يكون ملائماً لمقصود العقد ومقصود العاقد غير مطرق إلى العقد عدداً ولا موقع المال خسارة، فلا وجه لردِّه، هذا إذا كان مقصود العقد غير معارض لطريق من طرق الشريعة».

وتأكيد الوضلة، فهذا الذي لحظ مالك فيها.

الثاني: إذا باعه منه على ألا يبيعه المشتري ولا يفوته، لم يَجُزْ؛ لأنها مُغَابَنَةٌ^(١) مناقضة للعقد ومعارضة.

الثالث: إذا باع منه عبداً على أنه إن أبق كان من ضمانه، أو مريضاً على أنه إن مات كان من ضمانه، لم يَجُزْ؛ لأن ذلك مناقض لمقصود العقد ومقتضاه، إذ العقد يقتضي خروج المبيع من ملك البائع وضمانه، وهذا يضاؤه.

الرابع: إذا اشترط عليه إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، فلا يتم بينهما. قال علماؤنا: لم يَجُزْ؛ لأنه زاده في الثمن لموضع الشرط، وهذا من أكل المال بالباطل، وعرضه محمد بن المواز على أصل آخر فقال: إن كان في العقار والدور الشهر ونحوه، جاز، وفي العروض لا يجوز، نظراً إلى أن المدة اليسيرة داخله في حد القلة، فلا تُعتبر كما لا تُعتبر في الاستثناء^(٢)، وما أشبهه يرجع إلى القاعدة السابعة^(٣).

باب (١)

التَّهْيُ أَنْ يَطَأَ الرَّجُلُ وَلِيدَتَهُ وَلَهَا زَوْجٌ

قال الإمام: ذكر مالك^(٢) فيه^(٤) مسألة شراء الطلاق من الزوج، حين أرضى ابنُ عامرٍ زوجٍ مملوكته حتى طلقها. والطلاق^(٥) إنما يجوز شراؤه بين الزوج والزوجة، وفي حق غيرهما ليس مما يقابله مال^(٦). بيد أن شراء الأمة ذات الزوج إنمّا^(٧) اختلف العلماء

(١) في القيس: «مجانبة» ا

(٢) في الأصل: «سائر الأشياء» والمثبت من القيس.

(٣) في القيس: «... الاستثناء وما شابهه من القاعدة السابعة».

(٤) في الأصل: «فيها» والمثبت من القيس.

(٥) في الأصل: «الطلاق» بدون واو، وقد استدركتناها من القيس.

(٦) «مال» زيادة من القيس.

(٧) ف: «لما» والمثبت من القيس: 201/16 (ط. هجر).

(١) انظره في القيس: 810/2 - 811.

(٢) في الموطأ (1804) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2494)، وسويد (222)، ومحمد بن الحسن (795).

في بيعها، هل يكون طلاقاً أم لا؟ فإن كان طلاقاً بطلَ حقُّ الزَّوجِ، وإن كان ماضيًّا^(١) نُزِلَ السَّيِّدُ منزلةَ أَمَتِهِ في شراء الطَّلَاقِ لوجهين:
أحدهما: أنَّ السَّيِّدَ مالِكُها.

والثاني: أَنَّهُ شَرِيكٌ لِلزَّوْجِ فِيهَا، الْحِلُّ لِلزَّوْجِ وَالْبُضْعُ لِلسَّيِّدِ، وَلِذَلِكَ لَوْ وَطَّئَهَا السَّيِّدُ لَمْ يُحَدِّثْ^(٢)، فَكَانَ شَرَاؤُهُ مِنْهُ مِنْ بَابِ الْمَعْرُوفِ.

باب

ما جاء في تَصَرُّفِ الْمَالِ يُبَاغِ أَصْلَهُ

قال الإمام: قوله^(١): «قَدْ أُبْرِتَ» التَّابِيرُ: التَّلْقِيحُ^(٢)، قال ابنُ حبيب^(٣): هو أن يُشَقَّ الطَّلَعُ عَنِ الثَّمْرِ، فَإِذَا تَمَّ اللُّقَاحُ سَقَطَ مَا سَقَطَ، وَثَبَّتْ مَا ثَبَّتْ، فَحَيْثُذِ تَكُونُ الثَّمْرَةُ لِلْبَائِعِ بِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ.

قال الإمام^(٤): هذا الباب ينبنى على القاعدة العاشرة، وهي قاعدة المقاصد؛ لأنَّ الثَّمْرَةَ ما دامت كائنةً في الشَّجَرَةِ، لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا قَضٌ، وَلَا أَمَكَّنَ لِأَحَدٍ فِيهَا تَنَاوُلًا، فَإِذَا بَرَزَتْ تَعَلَّقَتْ بِهَا الْمَقَاصِدُ، وَانْفَرَدَتْ عَنِ الشَّجَرَةِ صُورَةً وَصِفَةً وَاسْمًا، فَلِذَلِكَ لَمْ تَتَبِعْهَا^(٥)، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَقَدْ مَهَّدْنَا ذَلِكَ فِي «مَسَائِلِ الْخِلَافِ».

الفقهاء في أربع مسائل:

الأولى:

ما عدا التَّخْلُفَ فِي التَّابِيرِ، فِيهِ مَا قَدَّمْنَا، وَفِي التَّيْنِ وَمَا لَا زَهْرَ لَهُ، أَنْ يَبْرُزَ جَمِيعٌ

(١) القبس: «باقيا» وفي حاشية نسخة من القبس: «باطلاً»

(٢) في الأصل: «لم يجز» والمثبت من القبس. (٣) ف: «فيها» والمثبت من القبس.

(٤) ف: «يمنتها» والمثبت من القبس.

.....

(١) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (1806) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2495)، وسويد (223)، وابن القاسم (234)، ومحمد بن الحسن (792)، والقعنبي عند الجوهري (682)، والشافعي في الرسالة (331)، وابن مهدي عند أحمد: 63/2، والتنيسي عند البخاري (2204)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1543)، وابن بكير عند البيهقي: 324/5.

(2) انظر غريب الحديث للحري: 80/1، والاقطصاب في غريب الموطأ: 69/ب [174/2].

(3) لم نجد هذا الكلام في تفسير غريب الموطأ: 85/2 بل وجدنا ما نصه: «أبرت نخلي، وهي نخل مأبورة: إذا ذكرتها بطلع الفعل».

(4) انظر هذا القول في القبس: 811/2.

الثمرة عن موضعها، وهو بمنزلة التأبير فيها؛ لأنه حينئذ يتبين حاله وكثرته وقلته. والتأبير في الثخل التي لا تؤبر، أن يبلغ مبلغ الإبار في غيرها.

وأما «الزرع» فإبازه أن يفرك في رواية ابن القاسم، وروى عنه أشهب أن إبازه ظهوره في الأرض.

الثانية:

قوله: «فَثَمَرْتُهَا لِلْبَائِعِ» يريد أنها له بمطلق العقد.

وقال ابن أبي ليلى: هي للمشتري⁽¹⁾.

ودليلنا: هذا، ومن جهة القياس: أن هذا إنما يتميز، فلم يتبع الأصل بمطلق العقد، كالجنين بعد الولادة.

الثالثة:

إذا ثبت هذا، فليس للمشتري إجباره على نقل ثمرته قبل أوان جدادها، وبه قال الشافعي⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة: له ذلك⁽³⁾، والمسألة خلافة.

الخامسة:

فإن أبر بعضه دون بعض، فلا يخلو أن يكونا متساويين، أو يكون أحدهما أكثر، فإن كانا متساويين، فقد قال مالك: ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمبتاع⁽⁴⁾.

وقال محمد: ما أبر تبع ما لم يؤبر، وذلك للمبتاع.

وقال سحنون عن ابن القاسم في «العُنبية»⁽⁵⁾: إما أن يسلم المبتاع، أو يسلمها

جميعاً، وإلا فسخ البيع وإن رضي المبتاع بالنصف.

.....

(1) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 81، ومختصر الطحاوي: 78.

(2) انظر الحاوي الكبير: 169/5.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 78.

(4) انظر المعونة: 1012/2.

(5) 305/7 في سماع ابن القاسم عن مالك، من كتاب أوله: كتب عليه ذكر حق.

بَاب

النَّهْيُ عَنِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ^(١) قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحَهَا

وقال^(١) في حديث أنس^(٢)؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تُزْهِىَ، قِيلَ^(٣): يَا رَسُولَ اللَّهِ: وَمَا تُزْهِى؟ قَالَ: حَتَّى تُخْمَرَ.^(٣)

وقال في حديث آخر^(٣): «أَرَأَيْتَ إِنْ^(٤) مَنَّعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَخَذَكُم مَالَ أَخِيهِ» قال الإمام: الحديثُ صحيحٌ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ.

قوله: «حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحَهَا» معناه: حَتَّى تُزْهِىَ، وهو بُدُوُ الحُمْرَةِ.

وقال^(٤) ابنُ الأعرابي: يُقَالُ زَهَا الثُّخْلُ يَزْهُو، إِذَا ظَهَرَ ثَمَرُهُ، وَأَزْهَى: إِذَا اخْمَرَ وَاصْفَرَّ^(٥).

وقال غيره: بَزْهُو^(٥) حَطَأٌ فِي الثُّخْلِ، إِنَّمَا هُوَ يُزْهِى، فَإِذَا أَزْهَتْ خَرَجَتْ مِنْ حَدِّ الخَضِرَةِ إِلَى الزَّهْوِ، وَالزَّهْوُ أَحْمَرٌ، وَالْبَسْرُ أَصْفَرٌ.

وفي^(٦) حديث آخر: أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِهِ حَتَّى يَنْتَقِحَ^(٧)، وَالتَّنْقِيحُ هُوَ الزَّهْوُ أَيْضًا.

قال ابنُ حَبِيبٍ^(٨): «الثَّمَرُ الثُّخْلُ^(٦) سَبْعُ دَرَجَاتٍ:

-
- (١) في الموطأ: «الثمار».
- (٢) في الموطأ: «فقيل له».
- (٣) في الموطأ: «حين».
- (٤) في الموطأ: «إذا».
- (٥) في الأصل: «الزهو» والمثبت من المعلم.
- (٦) ف: «للثمرة والنخل» والمثبت من كتاب ابن حبيب.

.....

- (١) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 93/ب.
- (٢) في الموطأ (1808) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3499)، وسويد (224)، وابن القاسم (151)، والقعني عند الجوهري (319)، والشافعي في مسنده: 143، والتنيسي وقتيبة بن سعيد عند البخاري (2198، 1488)، وابن وهب عند مسلم (1555).
- (٣) هو في الموطأ جزء من الحديث السابق.
- (٤) هاتان الفقرتان مقتبتان من المعلم للمازري: 171/2.
- (٥) انظر قول ابن الأعرابي في الاقتضاب في غريب الموطأ: 69/ب [176/2].
- (٦) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: الورقة 93/ب.
- (٧) رواه الطبراني في المعجم الأوسط (6386) من حديث جابر معزلاً.
- (٨) بنحوه في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 73 [370/1]، وذكر نحوه في الواضحة كما نص على ذلك ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 720. وانظر كلام ابن حبيب في المنتقى: 217/4، والاقتضاب: 181/2.

- 1 - الطَّلْعُ، ثُمَّ يَتَفَحُّ الْحَبُّ عَنْهَا وَيَبْيَضُ فَيَكُونُ إِغْرِيبًا.
- 2 - ثُمَّ يَعْظُمُ وَتَعْلُوهُ خُضْرَةٌ فَيَكُونُ بَلْحًا.
- 3 - ثُمَّ تَعْلُوهُ حُمْرَةٌ، فَيَكُونُ زَهْوًا.
- 4 - ثُمَّ يَضْفَرُ، فَيَكُونُ بُسْرًا.
- 5 - ثُمَّ تَعْلُوهُ كُنْزَةٌ، فَيَكُونُ نَفْسِيحًا.
- 6 - ثُمَّ يَكُونُ رُطْبًا.
- 7 - ثُمَّ يَبْسُ فَيَكُونُ تَمْرًا.

وصلاحُ «الثين» أن توجدَ فيه الحلاوة، ويظهرُ السوادُ في أسوديه، والبياضُ في أبيضه، وكذلك العنب.

وصلاحُ «الزيتون» أن ينحو إلى السواد.

وصلاحُ «القيثاء» أن ينعقد ويبلغ حدَّ ما له طعم.

قال: وأما «البطيخ» فإذا نحا ناحية الاصفرار والرطوبة.

الفقه في أربع مسائل:

الأولى⁽¹⁾:

لا يخلو أن يكون بشرط القطع، فذلك جائزٌ إجماعًا لعدم الفساد⁽¹⁾.

وأما أن يكون بشرط التبقية، فهو باطلٌ إجماعًا، مبنيًا على قاعدة العَرَرِ والجهالةِ.

وأما إن باعها مطلقًا، فقال الشافعي: لا يجوز⁽²⁾؛ لأن الإطلاق يقتضي التبقية، إذ

المقصودُ من الثمرة زهوها واجتناؤها طيبةً.

وقال أبو حنيفة: ذلك جائز⁽³⁾؛ لأن مطلق العقد يُحمَلُ على الجائز شرعًا فيجوزُ،

ويكُلَّف أن يُجَدَّ.

(1) في القبس: «المفسد».

(1) انظرها في القبس: 811/2.

(2) انظر الحاوي الكبير: 191/5.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 117/3.

واختلفَ في ذلك جوابُ علمائنا؛ فوردَ بالوجهين، والمسألةُ محتَمِلَةٌ⁽¹⁾، والعُمدَةُ فيه أن العَقْدَ باطلٌ؛ لأنَّ المقصود من الثمرة اجتنأؤها طيبةً، فَتُحْمَلُ على المقاصدِ، وَيُفْسَخُ العَقْدُ حتَّى يُصْرَحَ بما نوى.

الثانية:

فإذا ثبت ذلك، فإنَّ نهيَهُ ﷺ عن ذلك اختلف علماءنا في تعليقه، فقال ابنُ مَسْلَمَةَ: العَرَرُ موجود قبل بُدْوَ الصَّلاحِ وبعده، ولكنه لا عَرَضٌ في شرائها قبل بُدْوَ الصَّلاحِ، إلا بمجرد الاسترخاصِ فلم يَجْزُ ذلك، لأنها قد تسلم فترخص عليه، أو تتلف فتكون أقل من ثلثها وتكون غالباً.

وقال غيره: إن العَرَرَ قبل الصَّلاحِ أكثر، وبعد بُدْوَ الصَّلاحِ يقل، وكثرة العَرَرِ يبطلُ العَقودَ.

فإذا ثبت ذلك، فالممنوعُ منه البيع المطلق دون اشتراط القطع، وذلك أن يَبَعَ الثمرة على ثلاثة أوجه⁽²⁾:

أحدها: شرطُ القَطْعِ، فهذا لا خلاف في جوازِهِ؛ لأنه⁽¹⁾ لا عَرَرَ فيه.

والثاني: أن يشترط التَّبْقِيَةَ، فهذا لا خلاف في منعه، إلا ما رُوِيَ عن ابنِ حبيب في العرّة.

وجهُ منعه: أن المنفعة تَقِلُّ في ذلك ويكثرُ العَرَرُ.

وأما الثالث: فإطلاقُ البيعِ فيها، فالمشهورُ عن مالك منعه⁽³⁾، وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

ورَوَى ابنُ القاسم في البيوع الفاسدة جوازَهُ، ويكون مقتضاه الجَدَاد.

(1) في الأصل: «أنه» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(1) انظر المعارضة: 233/5 - 234.

(2) انظرها في المعونة: 1005/2، وعزاها إليه ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 719.

(3) انظر الموطأ (1810) رواية يحيى، والتفريع: 141/2، والمعونة: 1006/2.

(4) انظر الحاوي الكبير: 191/5.

بَابُ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْقَرِيَّةِ

الأحاديث:

رُوي⁽¹⁾ عن أبي هريرة: «أرخص رسول الله ﷺ في العَرَايَا فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ» أو «دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ».

وفي «الترمذي»⁽²⁾ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ أُذِنَ لِأَهْلِ الْعَرَايَا.

وقول أبي هريرة⁽³⁾: «أرخص رسول الله في العَرَايَا حَسَنٌ صَحِيحٌ»⁽⁴⁾.

قوله⁽⁵⁾: «القرية» قيل: هي قَبيلة بمعنى مفعولة، من عراه يعرؤه.

وقيل: من عرى يعري، كأنها عريت من جملة التحريم، فعريت أي خرجت، فهي فعيلة بمعنى فاعلة⁽⁶⁾.

قوله: «أرخص لصاحب القرية» مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضي أن يُخصَّ بعض الجملة المحظور عليه حكماً، لا يُعدَّى إلى غيره، وليس هذا بصحيح، والصواب أن ينظر إلى علة ذلك، فإن كانت علته واقفة، بُني⁽¹⁾ الحكم على موضعها، وإن كانت متعدية،

(1) في الأصل: «فني» ولعل الصواب ما أثبتناه.

.....

(1) في الموطأ (1814) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2506)، وسويد (226)، وابن القاسم (157)، ومحمد بن الحسن (758)، والقعنبي عند الجوهري (328)، والشافعي في مسنده: 144، وابن مهدي عند أحمد: 237/2، وعبد الله بن عبد الوهاب، ويحيى بن قزعة عند البخاري (2190، 2382)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1541)، وزيد بن الحباب، رقتيبة بن سعيد عند الترمذي (1301)، وابن وهب عند ابن الجارود (659)، وعثمان بن عمر عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 30/4، وابن بكير عند البيهقي: 310/5.

(2) الحديث (1300) من حديث زيد بن ثابت. وقد أخرجه أيضاً: أحمد: 185/5، 190، والطبراني في الكبير (4756).

(3) في حديث الموطأ السابق ذكروه.

(4) هذا الحكم مستفاد من الترمذي في جامعه: 572/1.

(5) انظر هذا التفسير في العارضة: 36/6.

(6) انظر غريب الحديث لأبي عبيد: 293/1، وتفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 84 [372/1].

أثبت الحكم المعلق منها حيث وُجِدَتْ.

ومعنى إطلاقهم عليها اسم الرخصة؛ أن زيد بن ثابت رَوَى عن النبي عليه السلام منع بيع الرطَّبِ بالثَّمَرِ⁽¹⁾، وروى عنه بإباحة ذلك على الخَرَصِ في العَرِيَّةِ⁽²⁾، فخصَّ العَرِيَّةَ بهذا الحُكْمِ دون سائر المَبِيعِ من الثَّمَارِ، والمعنى المبيح لذلك، ضرورة الشَّرِكَةِ إذا كان أصلها العَرِيَّةَ، وهذا وإن كان ورد بلفظ المبيع فيه معنى من المنع، وذلك أن المعري إذا خرصت عليه العَرِيَّةَ، له أن يبيعها أو يأكلها ويصنع بها ما شاء، وروى عن مالك.

وهذا الباب⁽³⁾ يُخَرِّجُ على القاعدة الخامسة في استثناء المعروف من المُعَابَاةِ والمُكَازَمَةِ من الرُّبَا.

وَرَوَى عن مالك أن بيع العَرِيَّةِ لا يجوزُ إلا بالدنانير والدراهم⁽⁴⁾، وهذا ينبني على مسألة من أصول الفقه اختلف فيها قوله، وهي: إذا جاء خَبَرُ الواحدٍ معارضاً لقاعدة من قواعد الشَّرْعِ⁽⁵⁾، هل يجوزُ العملُ به أم لا؟ فقال أبو حنيفة: لا يجوزُ العملُ به⁽⁶⁾. وقال الشافعي: يجوز⁽⁷⁾.

وتردَّدَ مالكٌ في المسألة، والمشهورُ من قوله والذي عليه المَعْوَلُ، أن الحديث إذا عَضَدَتْهُ قاعدةٌ أخرى قال به، وإن كان وحدهُ تَرْكَةً⁽⁸⁾، ولهذا قال في مسألة غسل الإناء

-
- (1) لم نجد هذه الرواية عن زيد بن ثابت، فلعل الاسم تحرف من زيد أبي عيَّاش.
 - (2) رواه مالك (1813) رواية يحيى.
 - (3) الكلام التالي انظره في القبس: 812/2 - 813.
 - (4) الذي في العارضة: 37/6 «أثبت عند مالك أنه قال: يجوز بيعها بكل شيء»، وقيل: لا يجوز بيع العرية بالخرص إلا بالدنار والدرهم... وكأنه رأى ذلك رخصة كانت في صدر الإسلام لحاجة الناس - كما جاء في الحديث - فلما توسع الناس سقطت الملة فسقط الحكم.
 - (5) انظر هذه المسألة عند ابن القصار في المقدمة في الأصول: 110 - 111 باب القول في خبر الواحد والقياس يجتمعان، وانظر حواشي المعلق ففيها فوائد.
 - (6) انظر أصول السرخسي: 339/1، وكشف الأسرار: 378/2.
 - (7) انظر شرح اللمع للشيرازي: 609/2، والبحر المحيط: 34/5.
 - (8) يقول المؤلف في العارضة: 248/3 «أصل مالك... أن خبر الواحد إذا جاء بخلاف القواعد لم يعمل به، كما قال في بيع العرية بخرصها؛ لأنه لا يجوز بيعها إلا بالدنانير والدرهم».

من وُلُوغِ الْكَلْبِ⁽¹⁾: «قد جاء هذا الحديث، ولا أدري ما حقيقته»⁽²⁾ لأن هذا الحديث عارض أصليين عظيمين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾⁽³⁾ فقال مالك: يُؤْكَلُ صَيْدُهُ فَكَيْفَ يُكْرَهُ لِعَابَهُ.

والثاني: أَنْ عِلَّةَ الطَّهَارَةِ هِيَ الْحَيَاةُ، وَهِيَ قَائِمَةٌ مَوْجُودَةٌ فِي الْكَلْبِ⁽⁴⁾.
وَأَمَّا حَدِيثُ الْعَرَايَا، فَإِنَّ صَدَمَتَهُ قَاعِدَةُ الرُّبَا عَضَدَتُهُ قَاعِدَةُ الْمَعْرُوفِ.
الْأَوَّلُ⁽¹⁾⁽⁵⁾: قَالَ مَالِكٌ: الْعَرِيَّةُ: هِيَ أَنْ يَعْرِى الرَّجُلُ التَّخْلَةَ، ثُمَّ⁽²⁾ يَتَأَذَى بِدُخُولِهِ عَلَيْهِ، فَرُخِّصَ لَهُ فِيهَا أَنْ يَشْتَرِيهَا مِنْهُ بِتَمْرٍ.

الثَّانِي: قَالَ الشَّافِعِيُّ⁽⁶⁾: لَا يَكُونُ بِالْجُزَافِ⁽³⁾ وَإِنَّمَا يَكُونُ بِالْكَيْلِ مِنَ الثَّمْرِ يَدًا بِيَدٍ.
الثَّلَاثُ: قَالَ سَفْيَانُ⁽⁷⁾: هِيَ⁽⁴⁾ نَخْلٌ تُوهَبُ لِلْمَسَاكِينِ فَلَا يَسْتَطِيعُونَ أَنْ يَنْتَظِرُوهَا، فَرُخِّصَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهَا⁽⁵⁾ بِمَا شَاءُوا مِنَ الثَّمْرِ⁽⁶⁾⁽⁸⁾.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ⁽⁹⁾: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بَاطِلَةٌ، لَا يُبَاعُ مَالُ الرُّبَا بِالْخَرْصِ.
وَقَدْ ثَبَتَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: يَجُوزُ بَيْعُهَا بِكُلِّ شَيْءٍ.

-
- (1) وقع في الأصل طمس مقدار كلمتين، وكلمة «الأول» هي من تقديرنا.
(2) «ثم» زيادة من العارضة يقتضيهما السياق.
(3) في الأصل: «إلا بالجزاف» والمثبت من العارضة.
(4) في الأصل: «هو» والمثبت من العارضة.
(5) «أن يبيعوها» زيادة من يقتضيهما السياق، وهي ثابتة في المصادر.
(6) في الأصل: «الثمرة» ولعل الضواب ما أثبتنا.

-
- (1) رواه مالك في الموطأ (71) رواية يحيى.
(2) قاله في المدونة: 5/1.
(3) المائدة: 4.
(4) فإذا كان الموت علة التجاسة، فقياس العكس يقتضي أن تكون الحياة علة الطهارة.
(5) انظر هذه الأقوال في العارضة: 36/6 - 37.
(6) انظر الحارثي الكبير: 218/5.
(7) في العارضة: سفیان بن حسین.
(8) في العارضة زيادة: «وبه قال إسحاق».
(9) انظر مختصر الطحاوي: 78.

وقيل: لا تجوز العرأيا بالخرص، لا بالدنانير ولا بالدرهم والعروض وغيره. وإذا كانت للمساكين؛ فإنه يجوز بيعها، وقد مهدنا ذلك في «كتب المسائل».

بَابُ

الْجَائِحَةُ فِي بَيْعِ الثَّمَارِ وَالزَّرْعِ

قال الإمام⁽¹⁾: الجائحة في الثمار هي مسألة انفرد بها مالك دون سائر الفقهاء، وهي مسألة تنبني⁽¹⁾ على القاعدة الخامسة في العزف، وعلى القاعدة العاشرة في المقاصد والمصالح، ونحن نبينها لكم بعد أن نذكر حكم المفظم فيها.

رَوَى مسلم في «الصحیح»⁽²⁾ أن النبي عليه السلام أمر بوضع الجوائح، فإذا ثبت هذا الأصل، فإن الذي ينبغي عنه اعتراض المخالفين وتأويلاتهم رده إلى قاعدة المقاصد والمصالح والعزف الجارية عليها أحكام الشرع فنقول:

من حكم عقد البيع أن ينزل المشتري في منزلة البائع في المبيع ملكاً بملك، وحالاً بحال، ومنفعة بمنفعة، وإذا اشترى الثمرة بعد بدو صلاحها من صاحبها، فذلك محمول على حال البائع فيها وعلى عزف الناس، وهو أن يقتضيها بطناً بطناً، وحالاً حالاً⁽³⁾، ولا يجوز أن يجدها جملة؛ لأن البائع لها لم يكن حاله فيها كذلك⁽³⁾، ولأن المقصود المعتاد والمصلحة لا تقتضي ذلك فيها، فإذا أنزلت الجائحة عليها، من غير تفريط من المشتري في اقتضاها، فهذه مصيبة نزلت قبل القبض، فلا كلام لأحد من المخالفين عليها، بيد أن المتقدمين اختلفوا في نكته، وهي أن الجائحة المكتسبة؛ هل تساوي الجائحة الواقعة بالقدرة الإلهية أم لا؟

وصورتها: أن نزول الجيش على البلد وإفساده الثمار، هل يساوي هبوب الرياح ووقوع البرد أم لا؟

(1) «تنبني» استدركتها من القبس.

(2) في القبس: «يقبضها ملكاً بملك وحالاً بحال».

(3) في القبس: «حاله كذلك فيها».

(1) انظره في القبس: 813/2.

(2) الحديث (1554) عن جابر بن عبد الله.

وهي مسألة نظرية قد حَقَّقناها في «مسائل الخلاف».

الفقه في أربع مسائل:

الأولى:

وفي هذا الباب ثلاث مسائل:

أحدها: في تبيين ما يكون من المُتَلَقَّاتِ جائحة.

الثانية: في تبيين ما توضع فيه الجائحة.

والثالث: في مقدار ما يكون من ذلك جائحة.

أما الأولى⁽¹⁾: فاختلف علماؤنا في معنى ما يوضع من الجوائح، فعند ابن القاسم⁽²⁾ أن ما لا يُستطاع دفعه، فإن عَلِمَ به فإنه يكون جائحة، وما يُستطاع⁽³⁾ دفعه، فإن علم به، فلا يكون جائحة، كالسارق ونحوه، قاله في «كتاب محمد» وهو مذهب ابن نافع في «المدونة»⁽³⁾.

وزوي عن ابن القاسم في «المدونة»⁽⁴⁾ أن كل ما أصاب الثمر بأي وجه كان، فهو جائحة.

وقال مُطَرِّف وابن الماجشون: لا يكون جائحة إلا ما أصاب من أمر السماء من عَقْن، أو بَرْد، أو عطش، أو فساد بِحَرٍّ^(٢).

فرع:

فإذا ثبت ذلك، فالجائحة على ضريين:

1 - جائحة من قِبَلِ الماء^(٣).

(١) في المتقى: «ولا يستطاع».

(٢) في الأصل: «بحري» والمثبت من المتقى.

(٣) في الأصل: «السماء» والمثبت من المتقى.

(1) هذه المسألة بفرعيها مقتبسة من المتقى: 233/4 - 234.

(2) في المدونة: 21/4 في جائحة الجراد والريح والجيش والثار وغير ذلك.

(3) انظر الموضوع السابق.

(4) انظر الموضوع السابق.

2 - وجائحةٌ من قِبَلِ غيره .

فأما الأول، فإن كان من قِبَلِ العطش، فقد قال مالك في «الواضحة»: يوضع قليلٌ ذلك وكثيره . وقاله ابنُ القاسم⁽¹⁾ .

وجهه: أن هذه منفعةٌ من شرط تمامها السَّقْيُ، كمنفعةِ الأرض المكتراة، والفرقُ بينها وبين سائرِ الجوائح، أن سائرَ الجوائح لا تنفكُ الثمرةُ من يسيرها، وهذه تنفكُ الثمرةُ من يسيرها، فالمشتري دخلَ على السلامة منها، ولم يدخل على السلامة في يسيرِ العَفْنِ وأكلِ الطَّير .

وأما الجائحةُ بكثرةِ المطر، فهو نوعٌ من العَفْنِ يوضع كثيره دون قليله .
القانية⁽²⁾:

وأما ما يُعتبرُ به في وضع الجائحة، فإنه يرجع إلى معنيين:
أحدهما: جنسُ الثمرة .

والثاني: معنى يقرنُ بها .

فأما جنسها، فهو كلُّ مَبِيعٍ⁽¹⁾ يحتاج إلى بقاءه في أصله، وذلك على ضربين:

أحدهما: لانتهاه صلاحه كثمرةِ النَّخْلِ والعِنَبِ والتُّفَّاحِ والثَّينِ .

والثاني: يُحتاج إليه لبقاء رُطوبته، كثمرةِ⁽²⁾ العِنَبِ إذا اشتريت بعد انتهاء طيبها،

وكالبقول، والقَصِيبِ، والجَزَرِ⁽³⁾، والسُّلْجَمِ، والبَصْلِ، والثوم .

فأما الأول⁽³⁾، فلا خلاف⁽⁴⁾ في وضع الجائحة فيه .

وأما ما لا يحتاج إلى بقاءه لتمام⁽⁴⁾ صلاحه، ولا⁽⁵⁾ لبقاء رطوبته، كالتمر اليابس،

(1) في المتقى: «بيع» .

(2) في الأصل: «تمر» والمثبت من المتقى .

(3) في المتقى: «والأصول المغيبة من الجزر» .

(4) في الأصل: «نماء» والمثبت من المتقى .

(5) «لا» زيادة من المتقى .

.....

(1) قاله في المدونة: 21 / 4 .

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 233 / 4 .

(3) أي ما يُحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه .

(4) عند المالكية .

والزَّرْعِ، فلا خلاف أنه لا يوضع فيه جائحة؛ لأنه ليس له في أصله منفعة مستثناة يُسْتَنْظَرُ استيفائها^(١).

الثالثة^(١):

وأما تبيين مقدار الجائحة التي توضع، فإن المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع:

1 - ثمار كالثمر والتين والعنب ونحوها، فهذه يُرَاعَى في جوائحها الثلث، فإن قُصِرَتْ عنه لم توضع عن المشتري.

2 - ونوع ثانٍ وهو سائر البقول والأصول المغيبة، مما الغرض في أعيانها، وقد تقدم أن فيها روايتين⁽²⁾.

فإذا قلنا بإثبات حُكْمِ الجائحة فيها، فهل يُعتبر فيها الثلث أم لا؟

رَوَى ابنُ القاسم عن مالك⁽³⁾؛ أن الجائحة توضع فيها، بلغت الثلث أم لا⁽⁴⁾. وَرَوَى ابنُ زيادٍ عنه: لا يوضع منها إلا ما بلغ الثلث.

ووجه القول الأول: أن البقول لما لم يَجْزُ بيعها إلا عند جدها، وجب أن يستوي^(٢) قليلها وكثيرها، كالمكيل والموزون.

ووجه القول الثاني: أن هذا مبيع ثبت فيه حُكْمُ الجائحة فاعتبر فيها الثلث كالثمرة. مسألة⁽⁵⁾:

وقوله⁽⁶⁾: «وَالْجَائِحَةُ الَّتِي تُوَضَعُ عَنِ الْمُشْتَرِي، الثُّلُثُ فَصَاعِدًا» وهذا كما قال، وإن قُصِرَتْ عن ذلك في الثمار، لم توضع عن المشتري، وهو معنى قوله⁽⁷⁾: «فَلَا يَكُونُ

(١) في الأصل: «منفعة مستثنى نظراً» والمثبت من المتنى.

(٢) في المتنى: «يستوي».

(1) هذه المسألة مقبسة من المتنى: 335/4.

(2) إحداهما نفي ذلك جملة، والثانية إثباتها.

(3) في المدونة: 18/4 في جائحة البقول.

(4) ذكر الباجي في المنتقى: 235/4 أنه ثبت في المدينة عن ابن القاسم عن مالك: «إلا أن يكون الشيء التافه».

(5) وهي المسألة الزابعة، وهي مقبسة من المتنى: 236/4.

(6) أي قول مالك في الموطأ (1818) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2509)، وسويد (227).

(7) في المصدر السابق.

فيما دون ذلك^(١) جائحة.

وقال الشافعي^(١): يوضع قليل ذلك وكثيره في الثمرة وغيرها.

ودليلنا: أن الثمرة لا تنفك من يسير العفن والطير^(٢)، فهذا مما دخل المشتري

عليه^(٣)، ولو كان الرجوع له، لما صح بيع ثمر^(٢) أبدًا.

فرع^(٤):

وهل يعتبر ثلث الثمرة، أو ثلث القيمة، فعلى قولين:

1 - فرؤي عن ابن القاسم^(٥) أن الاعتبار بثلث الثمرة^(٦).

2 - ورؤي عن^(٣) أشهب أن الاعتبار بثلث القيمة^(٧).

وقال أصبغ: إنما ينظر في هذا كله إلى ثلث القيمة^(٨).

فرع^(٩):

فإن كان أنواعًا من جنس واحد، فيصاب نوع منها، فلا خلاف أن الاعتبار بثلث

جميع المبيع.

(١) في الأصل: «في ذلك» والمثبت من الموطأ.

(٢) في الأصل: «ثمرة» والمثبت من المتقى.

(٣) «عن» زيادة من المتقى.

.....

(1) في الأم: 184/6 (ط. قتيبة).

(2) أي أكل الطير.

(3) فلا يكون له الرجوع به.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 235/4 - 236 مع تقديم وتأخير.

(5) هي رواية ابن الموّاز عن ابن القاسم ومالك وعبد الملك، كما نصّ على ذلك الإمام الباجي.

(6) وجه هذا القول: أن التقويم يحتاج إليه في اختلاف الأجناس، فإذا كان النوع واحدًا ورجع إلى الاعتبار به، فالاعتبار بقدر الثمرة كما لو كانت مفردة.

(7) وجه هذا القول: أن الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثلث الثمرة المجاحة، وأما أن يعتبر الأمران جميعًا فذلك خلاف الأصوب.

(8) فإن أصيب من الجنس الواحد ما يفني ثلث قيمة الجملة فهي جائحة، وإن كان أقل من ذلك فليست بجائحة.

(9) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 236/4.

بَابُ مَا يَجُوزُ مِنْ اسْتِثْنَاءِ الثَّمْرِ

قال الإمام⁽¹⁾: قد تقدم في القاعدة الخامسة الإشارة إليه⁽²⁾، وذلك يجوز من ثلاثة أوجه:

1 - بذهب من ذهب.

2 - أو بكنيل من جزاف.

3 - أو بكنيل من كنيل، مثل أن يقول: ثلث أو ربع.

وانفرد مالك بمسألة دون الفقهاء، وهي بأن تختار ثلاث تَخَلَّاتٍ من الجملة، ورافقه بعضهم فيها على تفصيل، وهي وإن كانت غرراً؛ لأن هذا الذي يختار لعله يجعله في الأطيب. ولكن هذا الغرر يسير، ولا خلاف بين العلماء بأن يسير الغرر مغفوق عنه، وهذا يستمد من بحر المقاصد حسب ما تقدم بيانه في القاعدة العاشرة⁽³⁾، واتفق علماء الأماص على أن ذلك لا يجوز، وكان ابن⁽⁴⁾ عمر وابن المسيب⁽⁵⁾ يريان الاستثناء على الإشاعة، وغيرهم.

وكان ابن سيرين يجيز أن يستثنى كراً أو كُرَيْن⁽⁶⁾، وعلى كل حال فإن المسألة ترجع إلى المستثنى؛ هل هو داخل في المبيع؟ ولا خلاف بين العرب والعلماء أن

(1) انظر هذه المقدمة في القيس: 814/2. (2) انظر صفحة: 26 من هذا الجزء.

(3) انظر صفحة: 47 من هذا الجزء.

(4) أخرج ابن أبي شيبة (21202) عن أبي حازم قال: «اشترينا من ابن عمر ثنيا واستثنى بعضه» ذكر ابن عبد البر في الاستذكار: 134/19 أن ابن وهب روى عن ابن لهيعة، عن محمد بن عبد الرحمن؛ أن ابن عمر كان يستثنى على بيعه إذا باع الثمر في رؤوس النخل بالذهب أن لي منه كذا وكذا. والذي يصح عن ابن عمر ما رواه عبد الرزاق (15153) عن ابن عون؛ أنه سأل القاسم بن محمد قال: ما كنا نرى بالثنيا بأساً لولا ابن عمر كرهه، وكان عندنا مرضياً - يعني أن يبيع ثمر نخلة ويستثنى نخلات معلومات، قال ابن عبد البر في الاستذكار: 134/19 «هذا أصح ما روي عن ابن عمر؛ لأنه متصل برواته ثقات».

(5) الذي وجدناه هو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه (15150) عن المسيب أنه قال: «يكروه أن يبيع النخل ويستثنى منه كيلاً معلوماً. قال سفيان: فلا بأس أن يستثنى هذه النخلة وهذه النخلة».

(6) أخرج ابن أبي شيبة (21203) ومن طريقه ابن حزم في المحلى: 434/8 عن ابن سيرين؛ أنه كان لا يرى بأساً أن يبيع الرجل ثمرته ويستثنى نصفها ثلثها وربيعها. والكُر: مكياً بابلي الأصل، هو عند أهل العراق سون قفيزاً، للتوسع انظر إثبات ما ليس منه بد لأبي العباس العزفي: 133، والمكاييل والأوزان الإسلامية لغاتر هتس: 69.

المستثنى لا يدخل في المستثنى منه مُرَادًا وإن دخل فيه لفظًا؛ لأنه لو كان كذلك لكان الاستثناء نسخًا، وذلك محالٌ وخَلَطٌ للحقائقي، فثبت أنه تخصيصٌ للعموم وبيانٌ للمراد. لكن الفقهاء اختلفوا؛ هل يدخل في المبيع أم لا؟ على تفصيلٍ طويلٍ.

الفقه في مسائل:

الأولى^(١):

قوله^(٢): «كَانَ يَبِيعُ ثَمَرَ حَائِطِهِ» قال علماؤنا^(٣): يبيعه على ثلاثة أضربٍ: أحدها: أن يبيع كَيْلًا معروفًا^(٤).

والثاني: أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعًا بالخزص.

والثالث: أن يبيعه جُزَأًا.

الثانية^(٥):

فإن باعه على أن فيه كذا وكذا على التحري، فقد قال ابن الجلاب: لا يجوز^(٦).

وقال عبد الوهاب^(٧): إن التحري فيها من باب الغرر، فلا يجوز بيعها على

التحري^(٨). وأما أن يبيعه جُزَأًا، فلا خلاف في جوازه^(٩).

ووجه ذلك: أنه *مرئي يتأتى فيه الحزر، فجاز بيعه جُزَأًا.

(١) في الأصل: «الأول».

-
- (١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 236/4.
- (٢) أي قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن في الموطأ (1819) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2510)، وسويد (228)، ومحمد بن الحسن (764).
- (٣) المقصود هو الإمام الباجي.
- (٤) في المتقى: «منه يَكَيْلَةٌ معروفة».
- (٥) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 236/4 - 237.
- (٦) قاله في التصريح: 147/2.
- (٧) انظر نحوه في المعونة: 1013/2 حيث يقول: «ولا يجوز بيعها بالخرص لأنه غرر».
- (٨) ووجهه عند الباجي أن الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتحري والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما.
- (٩) على الإطلاق في القليل والكثير، انظر التلقين: 111، والمعونة: 1013/2.

وقوله (1): «وَسَتِّفِنِي مِنْهُ»*(1): يَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ بِهِ كَيْلًا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ جُزْءًا شَائِعًا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ نَخْلَاتٍ يَخْتَارُهَا.
القائلة (2):

استثناء الرجل عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه:
أحدهما: أن يعينها، وذلك لا خلاف في جوازه (3)؛ لأنه أَوْقَعَ الْبَيْعَ عَلَى سَائِرِهَا وهو مُعَيَّنٌ.

والثاني: أن يُطْلَقَ الْقَوْلُ، فيقول: أبيعُ منك (2) هذا الحائط غير أربع نخلات، فهذا بَيْعٌ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ لَهُ مَخْرَجًا يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَكُونُ شَرِيكًا بِمَا اسْتثنَى مِنَ الْعَدَدِ.
الثالث (3): فإن كان اشترط اختيار ما استثنى منها، فإن كان استثنى الكثير، لم يُجْزَ ذلك، وإن كان استثنى اليسير، جاز ذلك عند مالك (4)، ومنع منه ابنُ القاسم (5).

بَابُ

مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الثَّمَرِ

قال الإمام: في هذا الباب حديثُ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ؛ إِذْ سَأَلَهُ زَيْدٌ عَنِ الْبَيْضَاءِ بِالسُّلْتِ؟ فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ: أَيُّهُمَا أَفْضَلُ؟ قَالَ: الْبَيْضَاءُ، فَنَهَاهُ عَنِ ذَلِكَ (4)، وَقَالَ سَعْدٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ اسْتِزَاءِ (5) الثَّمَرِ بِالرُّطْبِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: أَيْتَقْصُ

(1) ما بين النجمتين سقط من الأصل، وقد استدركناه من المتقى؛ لأن الكلام لا يستقيم من دونه.

(2) في المتقى: «منه».

(3) في الأصل: «الزابع».

(4) هذا السطر يكاد يكون مطموسا في الأصل، وقد استدركناه من الموطأ.

(5) «استزاء» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من الموطأ.

(1) في أثر الموطأ السابق ذكروه.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 238/4.

(3) وهو الذي نصّ عليه القاضي عبد الوهاب في المعونة: 1014/2.

(4) في المدونة: 241/3 في الزجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى أن يختار ثمر أربع نخلات أو خمسة.

(5) قال الجُبَيْرِيُّ في كتابه التوسط بين مالك وابن القاسم: الورقة 40 «أما إجازة بيع الحائط المثمر على أن يختار منه البائع نخلات يسيرة، فإنما وجه ذلك - والله أعلم - على أن البائع =

الرُّطْبُ إِذَا يَسَسَ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ، فَتَهَى عَنْ ذَلِكَ⁽¹⁾.

أبقى التخلات التي استثناها على ملكه وأنفذ البيع فيما سواها، ولم يجز أن يتوهم عليه التنقل في اختياره من بعض إلى بعض، هو أكثر منه أو أقل، فيدخله بيع التمر بالتمر متفاضلاً؛ لأنه قد خبر الجميع وعرف الفاضل منه من المفضل في الكيل والجودة، فكان ما استثناء معلوماً له قبل الاشتراط وبعبءه، وإنما يبيّن أمره على أنه قصد الارتفاق بما اشترطه من ذلك واستدفاع المضرة التي تلحقه في تفريق صفته وإن كان مجهولاً، فوجب أن يحكم لما كان في معناه بحكمه.

فأما الذي ابتاع نخلات من حائط مشمر على أن يختارهن، فإنه لا يجوز عنده من أجل أن نخل الحائط متفاوت في الحمل والجودة وغرض المبتاع فيما اشترطه من الخيار: المناجزة والمكايسة وطلب الفضل، فلو مضى ابتاعه من غير شرط لكان حقه في جميع الحائط سائغاً، وإذا اشترط الاختيار فقد انتقل من بعض ذلك إلى بعض هو أكثر منه أو أقل، فيدخله بيع التمر بالتمر متفاضلاً وبيع التمر بالتمر جزافاً، وهذا ما لا يجوز اتفاقاً.

وأما كراهية ابن القاسم لبائع الحائط المشمر أن يستثنى منه اليسير من نخله على أن يختاره جمكته، فقياس على المبتاع؛ لأن في الحائط الجيد والرديء وما يفضل بعضه بعضاً في كثرة الحمل وقوته، فيصير في معنى بيع التمر بالتمر متفاضلاً، وقد صرح ابن القاسم بهذا المعنى في قوله: لأن الغنم بعضها ببعض لا بأس بها متفاضلاً، والتمر بالتمر لا خير فيه متفاضلاً، والمعنى الذي له ومن أجله أبيع للبائع استثناء لليسير مما باعه غير موجود في المبتاع؛ لأن المبتاع إنما عرضه فيما يشترطه من الاختيار: المكايسة وطلب الفضل... التخل متفاوت في الحمل والجودة، وما يختار منه غير معلوم له في حال الاشتراط، فهو ينتقل من بعض ذلك إلى بعض هو أكثر منه ويدخله بيع التمر بالتمر متفاضلاً. والبائع المستثنى اختيار اليسير من حائطه بخلاف ذلك؛ لأن ما يستثنى منه إنما هو في معنى ما يبقيه على ملكه، وهو معلوم له، ولا يتوهم عليه التنقل في اختياره.

وأيضاً: له عرض فيما يشترطه من ذلك، وهو استدفاع المضرة التي تلحقه من تبعض صفته، فأشبهه البائع الذي يستثنى لليسير من ثمر حائطه كيلاً، وهذا مما لم يختلف في تجويزه قول مالك ولا ابن القاسم لأنهما لم يقصدا قصد الفضل، وإنما قصد الارتفاق بكمال صفته واستدامة مرتفعه، وقول مالك في ذلك أولى بالصواب عندي والله أعلم.

(1) أخرجه مالك في الموطأ (1826) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2517)، وسويد (230)، ومحمد بن الحسن (765)، والقعنبي عند الجوهري (462)، وعبد الرزاق في مصنفه (14185)، والطيالسي في مسنده (214)، والشافعي في مسنده: 147، وعبد الله ابن نمير، وابن مهدي عند أحمد: 1/175، 179، وإسحاق بن سليمان الرازي، ووكيع بن الجراح عند ابن ماجه (2264)، وقتيبة بن سعيد عن الترمذي (1225)، ومعن بن عيسى، ويحيى بن سعيد عند النسائي في الكبرى (6034، 6136)، وعبد الله بن وهب عند ابن الجارود (657)، وعبد الله بن عون عند أبي يعلى (713)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند الحاكم: 2/38، وانظر تعليق بشار عواد معروف على الموطأ ففيه فوائد.

الإسناد:

صحيح لا كلام فيه.

قال الإمام⁽¹⁾: «أطلق مالك - رحمه الله - لفظ المكروه⁽²⁾ على الحرام؛ لأنه يتناولُه تناولُه⁽¹⁾ للفعل الذي في تركه ثواب وليس في فعله عقاب، كما يتناول⁽²⁾ المأمور للفعل الذي يلام تركه ويحمد فاعله. ويتناول⁽²⁾ أيضاً الفعل الذي يحمّد فاعله ولا يلام تركه، ويستى في عريف المتأخرين المندوب. والمكروه عندهم هو الذي ليس في فعله ثواب ولا في تركه عقاب، خلافاً للمحذور، واللغة ما أشار إليه مالك، والاصطلاح حسنٌ للتمييز بين المشتركات⁽³⁾ قصد البيان والتفصيل من المختلقات.

الفقه في مسائل:

الأولى⁽⁴⁾(3):

فأما حديث «عامِلٌ خَيْبَرَ فِي الثَّمْرِ» الحديث⁽⁴⁾ فإن مسلماً روى فيه: «وَكَذَلِكَ الْمِيزَانُ»⁽⁵⁾ فسوى بين الوزن والكَيْل، وصار أصلاً في معرفة التّساوي؛ لأن الله شرّطه وهو معنى خفي، ثم جعل السبيل إليه الكَيْلَ والوَزْنَ، وهو غاية القدرة في معرفة التّساوي. وكان الشاشي⁽⁶⁾ ببغداد في الدرس يقول: قال رسول الله ﷺ للعامل: «بيع

(1) في الأصل: «بتأوله» والمثبت من القيس.

(2) في الأصل: «تأول» والمثبت من القيس.

(3) «للتمييز بين المشتركات» غير واضحة بالأصل.

(4) في الأصل: «الأول».

(1) انظر هذه الفقرة في القيس: 815/2.

(2) يقصد لفظ مالك في ترجمة الباب: 145/2 «ما يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الثَّمْرِ».

(3) انظرها في القيس: 815/2 - 817.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (1825) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2516)، وسويد (229)، ومحمد بن الحسن (822)، وابن القاسم (394)، والقعنبي عند الجوهري (595)، وقتيبة بن سعيد، والتميمي، وابن أبي أويس عند البخاري (2201، 2202)، (2302، 2303)، (4244، 4245)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1593).

(5) الحديث (1593).

(6) هو الإمام المعروف أبو بكر محمد بن أحمد، شيخ المؤلف.

الْجَمْعُ^(١) بِالذَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتِغَ بِالذَّرَاهِمِ جَنِيْبًا^(١)،^(٢) «وكذلك الميزان»^(٣)، ولم يفرّق بين أن يبتاعَ الْجَنِيْبَ من مشتري الْجَمْعِ^(١) أو من غيره، وبه قال الشافعي^(٤)، وأبو حنيفة^(٥)، وأكثر فقهاء الأمصار.

وقال مالك: لا يفعل ذلك بحضرة العقد الأول، مخافة أن يكونا متواطئتين عليه، فيرجعان بعمليهما^(٢) إلى ما نهيّا عنه، وهذا يبني على قاعدة الذرائع، وقد مهّدنا ذلك في أول الكتاب.

وأما حديث «الْبَيْضَاءِ بِالسُّلْتِ»^(٦) فَإِنَّ كَثِيرًا من العلماء جَنَبَهُ^(٣)؛ لَأَنَّ زَيْدًا أَبَا^(٤) عِيَاشٍ^(٧) عِنْدَهُمْ مَجْهُولٌ^(٨)، ومن يروي عنه مالك بن أنس ليس بمجهول، فإن روايته عنه تعديل؛ لِمَا ثَبَتَ من عظيم تحرّره^(٩). وقد قال جماعة من العلماء: إِنَّ الْمُرْكَبِي فِي الشَّهَادَةِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَاحِدًا، فكيف في الخبر الذي هو أَسْرَعُ^(٥) في الإثبات؟!

(١) في الأصل والقيس: «الجمع» والمثبت من الموطأ.

(٢) في الأصل: «فترجعان بقيمة بقيمتها» والمثبت من القيس.

(٣) في القيس: «اجتنبه».

(٤) في الأصل: «يزيد» وهو تصحيف. (٥) في الأصل: «الشرع» والمثبت من القيس.

(١) يقول ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 74 - 75 [374/1] «الجمع: خلط الثمر الذي يجتمع فيه الطيب والرديء»، والجَنِيْبُ: المتخيز الذي نُقِيَ عنه حشْفُهُ ورديته، قال عبد الملك: ولا يكون بيعُ الجَمْعِ واشتراءُ الجَنِيْبِ من إنسان واحد، ولكن يبيعُ من هذا ويبتاعُ من هذا.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (1825) رواية يحيى.

(٣) هذه الزيادة رواها مسلم (1953).

(٤) في السنن المأثورة: 459.

(٥) انظر بدائع الصنائع: 184/5.

(٦) تقدّم تخريجه أول الباب.

(٧) هو أبو عياش الزُرْقِي، ويقال المخزومي. انظر تهذيب الكمال: 85/3 (2108).

(٨) قاله ابن عبد البر في الاستذكار: 149/19 بصيغة: «فقل: إنه مجهول» وقد ذكره ابن حبان في الثقات: 251/4. قال ابن حجر في تهذيب التهذيب: 424/3 «وصحح الترمذي وابن خزيمة وابن حبان حديثه المذكور، وقال فيه الدارقطني: ثقة».

(٩) يقول الحاكم في المستدرک: 38/2 عن حديث زيد بن عياش: «هذا حديث صحيح: لإجماع أئمة الثقل على إمامة مالك بن أنس وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث، إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح، خصوصًا في حديث أهل المدينة، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد أبي عياش».

والمسألة مبيّنة في «أصول الفقه» .

وأما^(١) بَيْعُ الرُّطْبِ بِالْيَابِسِ، كَالرُّطْبِ بِالتَّمْرِ، وَالتَّبْيَضَاءِ بِالسُّلْتِ، فَإِنَّ جَمَاعَةً مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ أَبَتَهُ^(٢)، مِنْهُمْ مَالِكٌ^(١) وَالشَّافِعِيُّ^(٢)، وَجَوْرُهُ أَبُو حَنِيفَةَ^(٣) بَيْغَدَادَ، وَهِيَ^(٣) أَوَّلُ مَسْأَلَةٍ سُئِلَ عَنْهَا بِبَيْغَدَادَ، قَالَ لَنَا فَخْرُ الْإِسْلَامِ^(٤): دَخَلَ أَبُو حَنِيفَةَ، فَسُئِلَ: هَلْ يَجُوزُ بَيْعُ^(٤) الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ؟
قَالَ: ذَلِكَ جَائِزٌ.

قيل له: ما الدليل؟

قَالَ: لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الرُّطْبُ وَالتَّمْرُ^(٥) جِنْسًا وَاحِدًا أَوْ جِنْسَيْنِ، فَإِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا جَائِزًا^(٦) مَتَمَاثِلًا، وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسَيْنِ جَائِزًا^(٦) مَتَفَاضِلًا وَمَتَمَاثِلًا.
قِيلَ لَهُ: إِنَّ زَيْدًا أَبَا عِيَّاشٍ^(٧) سَأَلَ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ عَنِ التَّبْيَضَاءِ بِالسُّلْتِ. الْحَدِيثُ إِلَى آخِرِهِ؟ فَقَالَ: ذَلِكَ لَا أَعْرِفُهُ.

وهذا الدليل الذي ذكر أبو حنيفة هو محض القياس، ولباب النظر، لولا الحديث المذكور، إلا أن عنده أن خبر الواحد إذا خالف الأصول سقط في نفسه، وقد مهّدنا ذلك في «أصول الفقه»، طعنه في زيد أبي عيَّاش^(٧) بجهالته له لا يؤثر فيه، فإنه كان موقوفًا

(١) في الأصل: «وأما حديث» والمثبت من القيس.

(٢) في الأصل: «أبته» والمثبت من القيس.

(٣) في الأصل: «وهو» والمثبت من القيس.

(٤) «بيع» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القيس.

(٥) ف: «بالتمر» والمثبت من القيس.

(٦) في القيس: «كان».

(٧) ف: «... أصول الفقه، وزيد بن عيَّاش» والمثبت من القيس.

(١) قال مالك في الموطأ: 147/2 «كل رطب يبابس من نوعه حرام» وقول مالك هذا لم يشبهه محقق الموطأ في صلب الكتاب وإنما أورده في الهامش، مع أن الضواب وضعه في المتن، بدليل قول ابن عبد البر في الاستذكار: 148/19 «قول يحيى عن مالك لم يروه أحد في الموطأ غيره فيما علمت، ومعناه صحيح في مذهبه».

(2) في الأم: 54/6 (ط. قتيبة)، وانظر الحاربي: 130/5.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 36/3، والميسوط: 184/12.

(4) هو أبو بكر الشاشي.

على رواية المجهول والضعيف، فصارَ هذا الحديثُ قاعدةً من قواعدِ الرُّبا، اتَّفَقَ عليه العلماءُ في الجملة، حتَّى إنَّ أبا حنيفةً ناقضَ أصلهُ فقال: لا يجوزُ بيعُ الجِنطَةِ المبلولةِ باليابسةِ⁽¹⁾ بحالٍ⁽¹⁾، وهذا هو الرُّطْبُ بالتمر بعينه، وليس لأصحابه فيها جوابٌ يُفْنِغُ، وهذا هو يَبِعُ الرُّطْبُ بالتمر اليابس وأصلُ فيه.

وأما بيعُ الرُّطْبِ بالرُّطْبِ كالرُّطْبِ بالرُّطْبِ، فاختلَفَ فيه⁽²⁾ عبدُ المَلِكِ⁽²⁾ وأصحابُ مالك. وكذلك العجيينُ بالعجيين، ذَكَرَ ابنُ القاسمِ جوازَهُ في «كتابِ مُحَمَّد» ولم يُجْزِهِ في «العُشْبِيَّة»⁽³⁾ بحالٍ⁽³⁾، وإذا امتنع الرُّطْبُ باليابس لأنَّ التماثلَ مجهولٌ بينهما حالةِ الأذخار، فكذلك يلزم الرُّطْبُ* باليابس لأنَّ التماثلَ مجهولٌ فيهما حالةِ الأذخار، فكذلك يلزمُ في الرُّطْبِ*⁽⁴⁾ بالرُّطْبِ؛ لأنَّ تساويهما حالةِ الأذخار مجهولٌ أيضًا، إلا أنَّ علماءنا سأمحوا في العجيينُ بالعجيين لِيَسَارَتِهِ⁽⁵⁾ وخِفةِ أمرِهِ، وأنه مستثنى من القاعدةِ الرُّبُويَّةِ للحاجةِ إليه، وبقيَ التحريمُ في⁽⁶⁾ الكثير الذي يُقصدُ منه المُغابنةُ والمُكايسةُ⁽⁷⁾ على أصلِ القاعدة.

بَابُ

مَا جَاءَ فِي الْمُرَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ

قال⁽⁴⁾ في حديث أبي سعيد؛ إنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عَنِ الْمُرَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ⁽⁵⁾.

- (1) في الأصل: «باليابس» والمثبت من القبس.
- (2) «فيه» زيادة من القبس.
- (3) في القبس: «ولم يُجْزَوْز في العتيةِ الدقيقِ بالعجين بحال».
- (4) ما بين النجمتين مستدرَك من القبس بسبب السقط الذي وقع فيه الناسخ.
- (5) في الأصل: «لتساويه» والمثبت من القبس.
- (6) «في» ساقطة من الأصل واستدركتها من القبس. (7) في الأصل: «والمكايبة» والمثبت من القبس.

- (1) انظر كتاب الأصل: 58/5.
- (2) فأجازه ابن حبيب في الواضحة، نصَّ على ذلك ابن رشد في البيان والتحصيل: 107/7.
- (3) 106/7 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب أوله: كتب عليه ذكر الحق.
- (4) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبروني: 94/أ.
- (5) أخرجه مالك في الموطأ (1828) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2519)، وسويد (231)، وابن القاسم (158)، ومحمد بن الحسن (780)، والقعنبي عند الجوهري (329)، والشافعي في مسنده: 146، وابن مهدي عند أحمد: 6/3، والتنيسي عند البخاري (2186)، =

قال مالك⁽¹⁾: «وَالْمَزَابِنَةُ اشْتِرَاءُ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ فِي رُؤُوسِ الثُّخْلِ. وَالْمُحَاقَلَةُ كِرَاءُ الْأَرْضِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا»⁽²⁾.

قال الإمام: الإسناد صحيح.

وَذَكَرَ⁽³⁾ حَدِيثَ ابْنِ عَمَرَ قَالَ: «وَالْمَزَابِنَةُ بَيْعُ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ كَثِيراً، وَبَيْعُ الْكُرْمِ بِالزَّرْبِيبِ كَثِيراً».

قال أهل العربية⁽⁴⁾: «المزابنة المدافعة، ومنه قوله تعالى: ﴿سَتَّحُ الرِّبَابَةَ﴾»⁽⁵⁾ أراد - والله أعلم - الملائكة الذين يدفعونه إلى النار.

وفسرها الفقهاء فقالوا: المزابنة: بَيْعُ الثَّمْرِ فِي رُؤُوسِ الثُّخْلِ بِالثَّمْرِ، ثُمَّ حَمَلَ ذَلِكَ عَلَى كُلِّ رَطْبٍ يَبَاسٍ، ثُمَّ حَمَلَ عَلَى الْبَيْعِ الْمَجْهُولِ.

وقال مالك⁽⁶⁾: «الْمَزَابِنَةُ: كُلُّ شَيْءٍ مِنَ الْجَزَافِ الَّذِي لَا يُعْلَمُ كَيْلُهُ، وَلَا وَزْنُهُ، وَلَا عَدْدُهُ»، وَأَمَّا⁽⁷⁾ «الْمُحَاقَلَةُ» فَهِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْحَقْلِ وَهُوَ الْبَرَّاحُ مِنَ الْأَرْضِ، يُقَالُ لِلْفَدَّادِينَ: الْمَحَاقِيلُ، كَمَا يُقَالُ لَهَا: الْمَزَارِيعُ. وَاخْتَلَفَ النَّاسُ فِي ذَلِكَ، وَقَدْ فَسَّرَهَا الصَّاحِبُ الرَّازِي

.....

= ابن وهب عند مسلم (1546) ومُطَرَّف بن عبد الله عند ابن ماجه (2455).

(1) قول المؤلف - تبعاً للبيوتى -: «قال مالك» فيه نظر، يقول ابن عبد البر في التمهيد: 313/2 «قد جاء في هذا الحديث مع جودة إسناده تفسير المزابنة والمحاقلة، وأقل أحواله إن لم يكن التفسير مرفوعاً فهو قول أبي سعيد الخدري، وقد أجمعوا أن من روى شيئاً وعلم مخرجه سلم له في تأويله؛ لأنه أعلم به، وقد جاء عن عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله في تفسير المزابنة نحو ذلك».

(2) في الموطأ: «كراء الأرض بالحنطة».

(3) مالك في الموطأ (1827) ورواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2518)، وسويد (231)، ومحمد بن الحسن (778)، وابن القاسم (236)، والقعنبي عند الجوهري (684)، وعبد الرزاق في المصنف (14489)، والشافعي في الرسالة (906)، وابن مهدي عند أحمد: 7/2، وابن أبي أويس، والثنيسي عند البخاري (2171) (2185)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1542) وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 266/7.

(4) قول أهل العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبيوتى: 94/أ.

(5) المعلق: 18.

(6) في الموطأ (1831) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2522).

(7) الفقرات التالية مقتبسة من تفسير الموطأ للبيوتى: 94/أ مع بعض الزيادات اليسيرة.

لها فقال⁽¹⁾: «المُحَاقَلَةُ: اكْتِرَاءُ⁽²⁾ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ» وكذلك قال ابنُ المُسَيَّبِ⁽³⁾.

وقال أبو عُبَيْدٍ⁽⁴⁾: سمعتُ غيرَ واحدٍ ولا اثنين من أهلِ العِلْمِ قالوا: المُحَاقَلَةُ: بَيْعُ الزَّرْعِ وهو في سُبُلِهِ بالبُرِّ، وهو مأخوذٌ من الحَقْلِ.

وقال الهَرَوِيُّ⁽⁵⁾ وغيره⁽⁶⁾: يريدُ نهى عن بَيْعِ الزَّرْعِ الَّذِي فِي الحَقْلِ، فَكُنِيَ بالحَقْلِ عن الزَّرْعِ الَّذِي فِي الحَقْلِ، وعلى هذا التفسير فهمه البخاري في رِوَايَةِ عَلَيْهِ⁽⁷⁾، فقال: «بَابُ بَيْعِ الخَضِرِ»⁽¹⁾ ثم أدخل هذا الحديث⁽⁸⁾، وعلى هذا التأويل أكثر العلماء⁽⁹⁾.

وقال ابنُ حَبِيبٍ⁽¹⁰⁾: «أصلُ المزابنةِ: المخاطرةُ والعَرَرُ، والزُّبْنُ هو الخِطَارُ»⁽¹¹⁾⁽²⁾. وقال غيره: الزُّبْنُ الدَّفْعُ، تقول: زبنته الثاقفة إذا دفعته برجلها، فكان هذا الضرب من البَيْعِ الَّذِي تدخله المزابنة يقع فيه⁽³⁾ التَّدافِعُ⁽¹²⁾.

وقال غيره: معنى ذلك أن كل واحدٍ منهما قد دفع صاحبه إلى العَرَرِ.

(1) كذا في تفسير الموطأ، وفي البخاري: «المخاضرة».

(2) في كتاب ابن حبيب: «الخَطْرُ».

(3) في تفسير الموطأ: «شبه».

(1) في حديث الموطأ (1828) رواية يحيى.

(2) في الموطأ: «كراء»، وكذلك في الأصل المنقول منه وهو تفسير الموطأ للبوني.

(3) في حديث الموطأ (1829) رواية يحيى.

(4) في غريب الحديث: 1/229 - 230.

(5) لم نجده في المطبوع من الغربيين، وهو من زيادات المؤلف على نص البوني.

(6) انظر الاقتضاب في غريب الموطأ: 70/ب.

(7) في الجامع الصحيح المُسْتَد.

(8) هو برقم (2207).

(9) تنمة الكلام كما في تفسير الموطأ للبوني: 94/أ «لأنه بين الغرر».

(10) في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 75 [1/375]. وقد اقتبس المؤلف كلام ابن حبيب بواسطة البوني.

(11) تنمة الكلام كما في شرح الغريب: «... والخِطَارُ من القِمَارِ، والقِمَارُ من الميسير الَّذِي حرّم الله في كتابه».

(12) تنمة الكلام كما في تفسير الموطأ للبوني: 94/أ «كأن المتبايعين إذا وقعا [واحد] منها على الغبن، أراد المغبون أن يفسخ البيع، وأراد الغائب أن يُمضيه، فترابنا، أي تدافعا واختصما».

الفقه في خمس مسائل :

الأولى^(١) :

قوله^(٢) : «وَالْمَزَابَةُ بَيْعُ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ^(٣) كَيْلًا» يقتضي أن يكونا مكيّلين، ويجوز أن يكون تفسيراً من النبي عليه السلام، ويصح أن يكون تفسيراً من الراوي، والأظهر أنه من قول النبي لا اتصاله بقوله، وإن كان من قول الراوي وهو ابن عمر فهو حجة؛ لأن هذا أمر طريقه أهل اللغة، وابن عمر حجة^(٤) في ذلك.

الثانية^(٥) :

وأما «بَيْعُ الثَّمْرِ^(٦) بِالثَّمْرِ» فإنه متأث فيه.

وأما «العنب بالزبيب كَيْلًا» فإن ذلك غير متأث فيه^(٧)، ولا يباع العنب كَيْلًا بوجه. ويحتمل أن يسمى الوزن كَيْلًا.

ويحتمل أن يريد أن يتحرى في العنب مكيّلة الزبيب^(٨).

وقد اختلف قول مالك في إجازة التحري فيما يحرم فيه التفاضل، فأجازة في البيض بالبيض، والخبز بالخبز، واللحم باللحم، وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد وأجازه مع القول بإباحته في القديد باللحم الطري، ومنعه في رواية أخرى. وزوي في «الواضحة» أنه قال: وما لا يجوز فيه من الطعام والإدام التفاضل، لا تجوز قسمته تحرياً. وكذلك السمن^(٩) والزيت والعلس، لا يجوز إلا كَيْلًا أو وزنًا^(١٠).

(١) في الأصل: «الأول».

(٢) في الأصل: «بيع الرطب بالتمر» والمثبت من المتقى.

(٣) في الأصل: «وحجته» وهو تصحيف.

(٤) في الأصل: «الرطب» والمثبت من المتقى.

(٥) في الأصل: «التين» وهو تصحيف، والمثبت من المتقى.

(٦) في الأصل: «ووزناً» والمثبت من المتقى.

(١) هذه المسألة اقتبسها المؤلف من المتقى: 243/4 - 244.

(٢) في حديث الموطأ (1827) رواية يحيى.

(٣) هذه المسألة مقبسة من المتقى: 244/4.

(٤) إلا الوزن.

(٥) أورد الباجي عدة احتمالات أخرى، أسقطها ابن العربي.

واختلف علماؤنا^(١) في تأويل ذلك :

فمنهم من قال : إن ذلك على روايتين^(٢) .

ومنهم من قال : إن ذلك^(٣) لاختلاف حالين ، فيجوزُ مع تَعَدُّرِ الموازين ، ويمنعُ مع وجودها .

ومنع من ذلك أبو حنيفة^(٤) والشافعي^(٥) بكل حال .

ودليلنا : أن هذا معنى وُضِعَ في الشرع لمعرفة المقدار ، فجاز أن يعتبر به المبيع ، كخِصِّصِ العَرِيَّةِ وَالزَّكَاةِ .

الثالثة^(٦) :

فإن قلنا بجواز ذلك ، ففي أي شيء يجوز؟ فالمشهورُ عن مالك أنه يجوزُ في الموزون دونَ المَكِيلِ والمعدودِ ، رواه عنه محمد^(٥) وغيره ، وهذا عندي ينبي على قول من قال : إن ذلك ممنوعٌ ، إلا في الأسفار وحيث تُغَدَّمُ الموازين .

وأما على قول من يجيزُ ذلك على الإطلاق ، مع القُدْرَةِ على الموازين ، وهو الأظهر عندي ، لتجويزه السَّلمُ في اللحم بالتحري ، فإنه يجب أن يجوزَ ذلك في المَكِيلِ .
ووجهه : أن الكَيْلَ يعدم كما يعدم^(٣) الميزان ، والقبضة ليست بمقدارٍ صحيحٍ ؛ لأنه لا يتأتى^(٤) فيها^(٥) المساواة^(٦) .

(١) في المتقى : «أصحابنا» .

(٢) «إن ذلك» ساقطة من الأصل واستدركناها من المتقى .

(٣) في الأصل : «... يعدم مع عدم» والمثبت من المتقى .

(٤) في الأصل : «لأنه يتأتى» واستدركنا اللام من المتقى ليستقيم الكلام .

(٥) في الأصل : «فيه» والمثبت من المتقى .

(١) تنمُّ الكلام كما هو في المتقى : «فإنه جوزّه على إحدى الروايتين على الإطلاق» .

(٢) انظر مختصر الطحاوي : 8/3 ، ومختصر اختلاف العلماء : 8/3 .

(٣) في الأم : 79/6 (ط . قتيبة) .

(٤) هذه المسألة مقبسة من المتقى : 244/4 - 245 .

(٥) يعني ابن الموزان .

(٦) وذلك لتعدُّر بقاء القبضة على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط ، بخلاف المكيل المعتاد .

فإذا قلنا: إِنَّ التَّحْرِيَّ فِيمَا^(١) يَحْرُمُ فِيهِ التَّفَاضُلُ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي سِيرِهِ دُونَ كَثِيرِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ فِيهِ التَّحْرِيُّ وَيُخَافُ فِيهِ الْغَرَرُ^(٢)، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ.
الرَّابِعَةُ^(٢):

وَأَمَّا مَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ مِنَ الْمَطْعُمَاتِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ، رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ^(٣). وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا، أَنَّهُ لَا يُخَافُ فِيهِ التَّفَاضُلَ الَّذِي يَحْرُمُ فِيمَا يَجْرِي^(٤) فِيهِ الرِّبَا.

فَصْلٌ (٤)

فإذا ثَبَتَ التَّحْرِيَّ، فَقَدْ جَوَّزَهُ مَالِكٌ فِي الْخُبْزِ بِالْخُبْزِ، وَالْبَيْضِ بِالْبَيْضِ، وَاللَّحْمِ بِاللَّحْمِ. فَأَمَّا الْخُبْزُ بِالْخُبْزِ، فَالَّذِي قَالَهُ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ يُتَحْرَى مَا فِيهِ مِنَ الدَّقِيقِ دُونَ وَزْنِ الْخُبْزِ^(٥)؛ لِأَنَّ الْخُبْزَ بَعْضُهُ أَرْطَبُ مِنْ بَعْضِ^(٥)، وَهَذَا لَا يَكَادُ يَصِحُّ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى أَصْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي اعْتِبَارِهِ بِالرُّطُوبَاتِ الْبَاقِيَةِ فِي حَالِ الْأَذْخَارِ، وَلِذَلِكَ مَنَعَ الثَّمَرُ الْقَدِيمَ بِالْحَدِيثِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ فَإِنَّهُ عِنْدَهُ عَلَى ضَرِيحَيْنِ:

أحدهما: أَلَّا يُوَكَّلَ الْمَطْعومُ مَعَ الرُّطُوبَةِ الْحَادِثَةِ غَالِبًا، كَالْقَوْلِ الْمَبْلُولِ، وَالْقَمَحِ الْمَبْلُولِ، وَالْعَجِينِ، فَإِنَّهَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسَاوِي.

والثَّانِي: أَنَّهُ يُوَكَّلُ بِوُجُودِهَا غَالِبًا، كَرُّطُوبَةِ الرُّطْبِ وَالْعِنَبِ وَالْخُبْزِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ التَّسَاوِي، طَارِئَةً كَانَتْ أَوْ أَصْلِيَّةً، فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ الْخُبْزُ بِالْخُبْزِ وَزْنَ، وَلَا

(١) «فِيمَا» ساقطة من الأصل، واستدركتها من المتقى.

(٢) في المتقى: «فِيمَا يَحْرُمُ».

(٣) السطر السابق يكاد يكون مطموماً في الأصل، وقد استدركتها من المتقى.

(١) الذي في المتقى: «... لأن كثيره يتعدَّر في التحري ويخاف فيه الخطأ وقلة الإصابة» وهو أسد.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 245/4.

(٣) تنمة الكلام كما هو في المتقى: «... ابن حبيب عمن يرضى من أصحاب مالك».

(٤) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 245/4.

(٥) فلا تصح المماثلة فيه بالوزن.

يحتاج إلى تحريّ الدقيق، فإنه قد صار جنساً آخر^(١)، كما يجوز بيع المخبض بالمخبض كَيْلاً، ولا يُتحرى ما فيها من اللبن^(١)، وربما كان لأصحابنا قولان في أصل واحد، واتفق ظهور أحد القولين^(٢)، وذلك موجودٌ كثير^(٢)، فيجب ردُّ كلِّ شيءٍ من ذلك إلى أصله.

وقد رَوَى فضل^(٣) عن مالك؛ أنه يجوز بيع^(٣) الكعك بالمخبز مُمَثِّلاً، وهي رواية ابن القاسم، و^(٤) القديد بالثي على التحري، ثم رجع عنه، وهذا فيه نظر؛ لأن القديد والثي لم يفرق بينهما صنعة^(٤). والكعك والمخبز قد وُجِدَ فيهما ذلك.
الخامسة^(٥):

قوله: «نَهَى عَنِ الْمُرَابَّةِ» قد تقدّم أنّ معناها أن يجهل قدر أحد المبيعين من الآخر في الجنس الواحد؛ لأن كلَّ أحدٍ من المتبايعين يُقصد إلى غبن صاحبه.
السادسة^(٦):

فإذا ثبت هذا، فإن المبيع على ضربين:

1 - ضَرَبٌ يَحْرُمُ فِيهِ التَّفَاضُلُ.

2 - وَضَرَبٌ يَجُوزُ فِيهِ.

فأما ما يحرم، فقد بيّناه.

(١) «آخر» زيادة من المتقى.

(٢) في الأصل: «وَاتَّفَقَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْقَوْلَيْنِ» والمثبت من المتقى.

(٣) «بيع» ساقطة من الأصل، واستدركاها من المتقى.

(٤) في الأصل: «فِي» والمثبت من المتقى.

(1) تنمة الكلام كما هو عند الباجي: «... اللبن، ويجوز خلُّ الثمر كَيْلاً، ولا يُتحرى ما فيه من الثمر، وربما...».

(2) اختصار ابن العربي لما في المنتقى شابه نوع من الغموض، وإليك الكلام كاملاً كما هو عند الباجي: «... القولين منهم في أحدهما في فرع من فروعه، وظهور القول الثاني في فرع آخر وذلك كثير».

(3) أي الفضل بن سلمة.

(4) تنمة الكلام كما في المتقى: «... صنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 245/4.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 245/4.

وأما ما يجوزُ فيه^(١)، فإنه لا يجوزُ أن يباعَ يابِسُهُ بِرَطْبِهِ على رؤوسِ الثُّخْلِ؛ لأنَّ القَبْضَ لا يَتَنَجَّزُ^(٢) فيه، ويحرُمُ فيه التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ لآثِهِ مَطْعُومٌ، ولا يجوزُ رُطْبُهُ بِيَابِسِهِ، ولا رُطْبُهُ بِرَطْبِهِ، ولا يابِسُهُ بِيَابِسِهِ، لا جِزْأً فَيُهْمَا أو في أحدهما، والآخِرُ بِالكَئِيلِ على وجهِ يجوزُ فيه التَّساوي والتفاضلُ حتَّى يَتَبَيَّنَ الفِضْلُ^(٣) في أحدهما فيجوزُ ذلك، وكذلك كلُّ مَبِيعٍ وإن لم يكن مطعوماً.

بَابُ جَامِعِ بَيْعِ الثَّقَارِ

قال الإمام:

الأصول في مسائل:

مسائل^(١) هذا الباب تدورُ بين أربعِ قواعدٍ: قاعدتان في المنع والفساد، وهي: الرُّبَا والجهالةُ. وقاعدتان في الجواز، وهي: المصالحُ والعادةُ. فإنَّ العادةَ إذا جَرَتْ أَكْثَبَتْ عِلْمًا، وَرَفَعَتْ جَهْلًا، وَهَوَّنَتْ صَغْبًا، وهي أصلٌ من أصولِ مالك «العُرْفُ والعادة» وأباها سائرُ العلماءِ^(٢)، ولقد قلتُ يومًا لشيخنا فخر الإسلام^(٣) وقد جَرَتْ مسألةٌ: إذا باعه بمئة دينارٍ وخمسين، هل تحمَلُ الخَمْسُونَ على الدنانيرِ أم لا؟ فذَكَرَ الخِلافَ ورجَّحَ الحَمْلَ عليها. فقلتُ له: وهذه المئةُ الدِّينارُ أمرابِطِيَّةٌ تكونُ أم أميرِيَّةً^(٤)؟ فقال: هذا قضاءُ العادةِ؛ لأنَّه لا يجري في مدينةِ السَّلامِ غيرُها^(٥)، فتعلَّقُ بالعُرْفِ والعادةِ، وهي أصلٌ من أصولِ مالك.

(١) في الأصل: «منه» والمثبت من المتنى.

(٢) في الأصل: «يتحرى» والمثبت من المتنى.

(٣) في المتنى: «التفاضل».

(٤) في الأصل: «مرابطة أم عبادة» والمثبت من القبس.

(٥) في الأصل: «فإنه يجري في مدينة السلام» والمثبت من القبس.

(١) انظر هذه الفقرة في القبس: 819/2.

(٢) في القبس: «... العلماء لفظًا، ويرجعون إليها على القسْرِ معنى» وهي أسدٌ وأدق.

(٣) هو أبو بكر الشاشي.

4 * شرح موطأ مالك 6

الفقه في مسائل:

الأولى (1):

«مَنْ اشْتَرَى ثَمْرًا مِنْ نُخْلٍ مُسْمَاةٍ» (2) هو كما قال؛ لأنه (3) يشرع في قبضه (1)، يريد أن ذلك في وقتٍ يُمكنُ قبضه بِبَدْوٍ صلاحِ الثمرة، وكون اللبَن في العَنَم. وأما إذا لم يَبْدُ صلاحها، أو لم يكن في الغنم لبِنٌ، فذلك غير جائز، والأصل في ذلك نَهْيُهُ عليه السلام عَن بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُو صَلَاحُهَا (4).

وأما اللبَن (5)، فإنما جازَ ذلك خلافاً للشافعي (6)؛ أن هذا مائعٌ طاهرٌ خارجٌ من حيوانٍ لا يختلفُ جنسُهُ غالبًا، فجاز أن يُفَرَّدَ بالبَّيْعِ دونها كماءِ العيون (7) (2).
الثانية (8):

إذا ثبت هذا فقد قدّمنا أن شراء الثمرة في النخل يكون على ثلاثة أوجه، تقدّم بيان (3) الوجهين وبقي الثالث: وهو إذا اشترط منه أضوعاً معروفةً، فإن ذلك على وجهين:

أحدهما: أن يشترط أخذه على حاله.

والثاني: أن يشترط أخذه بعد تغييره.

فأما أخذه على حاله بُسْرًا (4) فجائز؛ لأنه بمنزلة اشتراء أضوعٍ تمرٍ من صبرة، فإن

(1) في الأصل: «يشتر في قبضه» والمثبت من المتقى.

(2) في الأصل: «كالطير» والمثبت من المتقى.

(3) في الأصل: «تقدّمت» والمثبت من المتقى.

(4) في الأصل: «بشراء» وهو تصحيف، والتصويب من المتقى.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 248/4.

(2) هو من قول مالك في الموطأ (1833) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2524).

(3) أي المشتري.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (1807) رواية يحيى.

(5) أي لبن الغنم.

(6) في الأم: 78/6 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 332/5.

(7) لعلّ الناسخ أسقط هاهنا جملة، وهي: «ودليل ثان: أن هذه أنثى ذات لبن فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالطير».

(8) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 248/4.

شَرَطَ إِبْقَاءَهُ إِلَى تَغْيِيرِهِ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَشْتَرَطَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَصِيرَ رُطْبًا، أَوْ إِلَى أَنْ يَصِيرَ تَمْرًا، فَإِنْ اشْتَرَطَ أَخْذَهُ رُطْبًا فَلَا خِلَافَ فِيهِ⁽¹⁾.

ووجه ذلك: أنه معلوم الصفة؛ لأن الإرباط إنما هو نضج وليس فيه نقصان ولا زيادة، فجاز ذلك.

الثالثة⁽²⁾:

فإن اشترط أخذه تمرًا، فإن ذلك ممنوع في الجملة. وقال ابن وهب عن مالك هذا، وكذلك لو وقع العقد حين الإرباط واشترطه تمرًا.

ووجه ذلك: لأنه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه⁽³⁾، وذلك مؤثر في معنى العقد، إلا أنه لا يتفاوت تغير ذلك، فلذلك لم يؤثر⁽⁴⁾ عند مالك وأصحابه⁽⁴⁾ في⁽⁵⁾ فساد العقد، والفروع في هذا الباب متشعبة جدًا، لبأبها ما سردناه عليكم.

بَاب

بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ عَيْنًا وَتَبْرًا

قال في حديث مالك⁽⁵⁾، عن يحيى بن سعيد أنه؛ قال: أمر رسول الله ﷺ السعديين أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة⁽³⁾، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا، أو كل أربعة بثلاثة عينا، فقال لهما رسول الله: «أزبيئما فردا».

قال الإمام: ذكر ابن وهب أنه قال: «السعديين: سعد بن مالك»⁽⁶⁾. وقال غيره:

(1) في الأصل: «بتغير» والمثبت من المتقى.

(2) «في» ساقطة من الأصل، واستدركتها من المتقى.

(3) «أو فضة» زيادة من الموطأ.

(1) بين المالكية.

(2) هذه المسألة إلى قوله: «مالك وأصحابه في فساد العقد» مقبسة من المتقى: 248/2.

(3) لأن التغير يلحقه في المقدار والصفة.

(4) في المتقى: «وأكثر أصحابه».

(5) في الموطأ (1843) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (1536)، وسويد (232).

(6) حكاة ابن عبد البر في التمهيد: 104/24 عن ابن وهب، ثم قال: «هكذا جاء في هذا الإسناد =

هو أبو سعيد الخدري، والثاني سعد بن أبي وقاص.

وقيل: إن أحدهما سعد بن عباد⁽¹⁾، والآخر سعد بن أبي وقاص، وهو الصحيح⁽¹⁾.

وأما حديث عطاء بن يسار⁽²⁾: أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب بأكثر منها⁽³⁾، فقال له أبو الدرداء: سمعت رسول الله ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل، فقال له معاوية: ما أرى بهذا⁽³⁾ بأساً، فقال أبو الدرداء: من يغدزني من معاوية، أخبره⁽⁴⁾ عن رسول الله، ويخبرني عن رأيه، لا أسألك بأرض أنت فيها⁽⁵⁾، ثم قدم أبو الدرداء على عمر، فذكر ذلك له فكتب عمر إلى معاوية: ألا تبيع شيئاً من⁽⁶⁾ ذلك إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن⁽⁷⁾.

حديث آخر: روى مجاهد أنه قال: كنت مع ابن عمر، فجاءه صائغ⁽³⁾ فقال: يا أبا عبد الرحمن إنني أصوغ الذهب، ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه، فأستفضل من

(1) في الأصل: «أبي عباد» وهو خطأ.

(2) في الموطأ: «من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها».

(3) في الموطأ: «بمثل هذا».

(4) في الموطأ: «أنا أخبره».

(5) في الموطأ: «بها».

(6) «شيئاً من» ساقطة من الموطأ.

(7) في الأصل: «... بمثل، فقال له بوزن» والمثبت من الموطأ.

= في آخر الحديث أن أحد السعديين سعد بن مالك، ولا أعلم في الصحابة سعد بن مالك إلا سعد بن أبي وقاص وأبا سعيد الخدري، فأما سعد بن أبي وقاص فهو سعد بن مالك بن وهيب... وأما أبو سعيد الخدري فهو سعد بن مالك بن سنان... والأظهر الأغلب أنه سعد بن أبي وقاص.

(1) وهو الذي اختاره ابن عبد البر في التمهيد: 106/24.

(2) في الموطأ (1848) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2541)، وسويد (235)، والقعني عند الجوهري (348)، والشافعي في الرسالة (1228)، ويحيى بن سعيد القطان عند أحمد: 6/448، وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 279/7، وانظر تعليق بشار هواد معروف على الموطأ رواية يحيى.

(3) الصائغ هو وردان الرومي، انظر غوامض الأسماء المبهمة لابن بشكوال: 298/1.

ذَلِكَ قَدَرٌ عَمَلِي^(١). فَتَهَاؤُ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ ذَلِكَ، فَجَعَلَ الصَّائِغُ يُرَدُّدُ عَلَيْهِ الْمَسْأَلَةَ. الْحَدِيثُ^(١).

الفقه في مسائل:

الأولى^(٢):

قوله^(٣): «أَمَرَ السُّغْدَانِيْنَ» هو من باب الوكالة في المرافلة بالذهب والمبادلة، ومن شروطها أن يتولى قبض العوض^(٢) فيها من عَقْدَهَا، فَإِنْ عَقَدَ هُوَ^(٣) الصَّرْفَ، وَوَكَّلَ مَنْ يَقْبِضُ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يَصْرِفُ، وَيَقْبِضُ هُوَ، فَقَالَ مَالِكٌ^(٤): لا يجوزُ، وهذا إذا فارق الذي عَقَدَ الصَّرْفَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْآخَرَ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يِرَاعَى فِي فَسَادِهِ^(٤) مَفَارِقَتَهُ^(٥) قَبْلَ الْقَبْضِ. الثَّانِيَةَ^(٦):

فَإِنْ عَقَدَ الصَّرْفَ، وَدَفَعَ الدَّيْنَ، وَأَحَالَ عَلَيْهِ مَنْ يَقْبِضُ الدَّرَاهِمَ، ثُمَّ فَارَقَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ. فَإِنْ قَضَاهُ قَبْلَ مَفَارِقَتِهِ^(٧)، فَبِئْسَ كِتَابُ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ، سِوَاهُ أَحَالَ بِجَمِيعِ الدَّرَاهِمِ أَوْ بَعْضِهَا^(٥). وَرَوَى زَيْدُ بْنُ بِشْرٍ^(٦) عَنِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ.

(١) في الموطأ: «قدر عمل يدي».

(٢) في الأصل: «القرض» والمثبت من المتنى.

(٣) «هو» ساقطة من الأصل، واستدركتها من المتنى.

(٤) في الأصل: «فساد» والمثبت من المتنى.

(٥) في الأصل: «أحال بالدرهم أو بعضها» والمثبت من المتنى.

(٦) في الأصل: «بشيرة» والمثبت من المتنى.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (1846) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2540)، وسويد (234)، وعبد الرزاق في المصنف (14574)، وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 278/7.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 257/4.

(٣) في حديث الموطأ (1843) رواية يحيى.

(٤) حكاه عنه ابن المَوَاز.

(٥) أي العاقد.

(٦) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المتنى: 257/4.

(٧) أي مفارقة المصارف له.

وقال أشهب: **يُفْسَخُ** ^(١) ذلك إلا أن يفارقه قبل قبض المحال، سواء ثبت دين المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده.

قال الإمام ^(١): **فَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ** ^(٢) أن يقبض العاقد العوض، ومن شرطه عند أشهب ألا يفارقه قبل القبض هو أو غيره، هو بمنزلة الإقالة في السلم ^(٣).

فرع:

فإن كان دينار بين رجلين، فصرفاه بدراهم، ثم وكل أحدهما صاحبه على القبض، ثم انقلب ^(٤)، جاز أن يقبض الثاني قبل أن يفارق الصراف. حكاه ابن الموزان ^(٢) عن ابن القاسم، وكذلك الحلي. الثالثة ^(٥):

قال علماؤنا ^(٦): ولا اعتبار بالسكة وبالصياغة في شيء من ذلك، فإن كان المصوغ أذون ذهباً ^(٣) والتبر أفضل، فلا بأس بذلك، لأن الصياغة تبع ملغى غير مؤثر كالجودة، ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ، فأراد أن يقبضه عنه ^(٤) تبراً أفضل ذهباً ^(٥) لم يجز، لأن الصياغة قد ثبتت له في ذمته، فترك ذلك عوضاً عن جودة الذهب ^(٥) التبر، فدخل

(١) الأصل: «أنسخ» والمثبت من القيس.

(٢) «ابن الموزان» ساقطة من الأصل، وقد استدركتها من المتقى.

(٣) «ذهباً» ساقطة من الأصل، وقد استدركتها من المتقى.

(٤) «عنه» زيادة من المتقى.

(٥) «ذهباً... الذهب» ساقطة من الأصل، وقد استدركتها من المتقى.

.....

(١) الكلام دائماً للإمام الباجي.

(٢) أي شرط الصرف.

(٣) ويذكر الباجي في المتقى أن الفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف أن الصرف أشد؛ لأن سرعة القبض فيه معتبرة لنفسها لا لمعنى في غيرها، والإقالة في السلم لم يلزم القبض فيها قبل التفريق؛ لأن ذلك مقتضى عقد الإقالة بدليل جواز تأخير القبض في الإقالة من الأعيان، وإنما يلزم ذلك فيها لثلا يؤول إلى فسخ دين في دين.

(٤) قبل القبض.

(٥) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 258/4.

(٦) المقصود هو الإمام الباجي.

ذلك التفاضل، لأن ذلك ذهب وصياغة بذهب⁽¹⁾، وليس كذلك المراطلة فإن الصياغة لم تثبت في ذمته، فلا تأثير لها.

الرابعة⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «الدِّيْنَارُ بِالدِّيْنَارِ» يريدُ إيجاب التَّساوي، ولا تجوز فيه زيادة.

وبدل الدنانير والدراهم بمثلها، يكون ذلك على وجهين: وزنًا وعددًا.

فأما الوزن⁽³⁾، فلا يجوز فيه إلا التساوي، ولا تجوز فيه زيادة على وجه معروف.

وأما المبادلة بالعدد، فإنه يجوز⁽³⁾ ذلك، وإن كان بعضها أوزن من بعض على وجه

المعروف، وليس ذلك في التفاضل؛ لأنهما لم يبيتا على الوزن، ولهذا النوع تقديران:

الوزن والعدد، وإن كان الوزن أحق، إلا أن العدد معروف، فإذا عمل على العدد، جوز

يسير الزيادة على وجه المعروف.

الخامسة⁽³⁾:

قوله: «الدِّيْنَارُ بِالدِّيْنَارِ، وَالدَّرْهَمُ بِالدَّرْهَمِ، لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا» يحتمل معنيين:

أحدهما: أن الاسم لهذا المقدار⁽⁴⁾، مَصُوغًا كان أو غيره، فيكون عامًا.

والثاني: أن يكون اسمًا للمضروب دون غيره، ولكنه قاس المصوغ عليه، على ما

قدمناه.

وقوله: «الدِّيْنَارُ بِالدِّيْنَارِ» فإنه يقتضي ثلاثة أشياء:

1 - المبايعة.

(1) في المتن: «لأنه صياغة وذهب بذهب».

(2) في الأصل: «العدد» وهو تصحيف، والمثبت من المتن.

(3) في الأصل: «لا يجوز» والمثبت من المتن.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 259/4 مع تصرف يسير.

(2) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (1844) رواية يحيى، رواه عن مالك: أبو مصعب (2537)،

وسويد (232)، ومحمد بن الحسن (816)، وابن القاسم (192)، والقعني عند الجوهري (635)،

والشافعي في الرسالة (759)، وعبد الرحمن بن مهدي عند أحمد: 485/2، وابن وهب عند مسلم

(1588)، وقتيبة بن سعيد عند النسائي في الكبرى (6161).

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 260/4.

(4) من ذهب وورق.

2 - والمبادلة .

3 - والقضاء .

وأما المبايعة، فإنها تختص في الأغلب بمعاوضة العُروض بعضها ببعض، والعرض بالأثمان^(١). وأما الأثمان^(٢) بعضها ببعض، فإن لها اسمًا أخص، فإن بيع^(٣) منها شيء بغير جنسه، فاسم الصّرف أخص به، فإن بيع بجنسه، فاسم المبادلة والمراطة أحق به، وهما يختلفان، وذلك أنّ المراطلة تكون وزنًا، والمبادلة تكون عددًا.

وأما القضاء فقد يكون قضاء^(٤) عن سلف * وقضاء عن غير سلف، فإن كانت عن سلف*^(٥)، أسلفه ذهبًا عددًا قضاء، مثل عدده ووزنه؛ كأن هذا معنى الدينار بالدينار وزنًا وعددًا.

-
- (١) في الأصل: «وبالعروض الاحار» والمثبت من المتقى .
 (٢) «وأما الأثمان» ساقطة من الأصل، وقد استدركتها من المتقى ليلتم الكلام .
 (٣) في الأصل: «... يختص بأن يباع...» والمثبت من المتقى .
 (٤) «قضاء» ساقطة من الأصل، وقد استدركتها من المتقى .
 (٥) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، واستدركتها من المتقى ليلتم الكلام .

كتاب⁽¹⁾ الصرف

قال الإمام الحافظ⁽¹⁾: هذه الكلمة لم تأت بهذا البناء في كتاب اللغوي ولا على لسان رسول الله ﷺ، وإنما هي كلمة فصيحة عربية، جاء لفظ الفعل منها في حديث طلحة⁽²⁾، قال فيه: «فَتَرَاوَضْنَا حَتَّى اضْطَرَفَ مِنِّي».

واختلف أهل العربية فيه: فقال بعضهم: هو في لسان العرب: يَبِغُ التَّقْدِينَ بَعْضُهُمَا بِيَعُضٍ.

قال أبو حاتم⁽³⁾: الصَّرفُ في اللُّغة مأخوذٌ من صرف أحد العَوَضِينَ في الآخر، وقد يكون ذلك بالقول، وقد يكون بالفعل، وهو عامٌ في كلِّ مُعَاوَضَةٍ، وإنما حُصِّ في اللُّغة يبيع التَّقْدِينَ بذلك تعريفاً.

وقال ابن السكيت⁽⁴⁾: سُمِّي الصَّرفُ صرفاً؛ لأنه لا يفارق أحدهما صاحبه حتى يصرف إليه عِوَضَ ما أخذ منه، وهذا قولٌ فاسدٌ.

وقال الشاشي: إنما فسد قول ابن دُرَيْدٍ⁽⁵⁾؛ لأن فيه بناء اللُّغة على الشرع، والشرع هو المبني على اللُّغة⁽⁶⁾.

(1) لا ندري إن كانت هذه التسمية من المؤلف، أم هي من الناسخ؟ فما جاء في الصرف هو باب من كتاب البيوع.

(1) انظر بعض هذا الكلام في القبس: 822/2 - 823، والفقرة الأولى أوردها اليفرنى في الانتصاب: 193/2 ولم ينسبها إلى ابن العربي.

(2) في الموطأ (1856) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2549)، وسويد (238)، وابن القاسم (10)، ومحمد بن الحسن (817)، والقعنبي عند الجوهري (206)، وعبد الرزاق في المصنّف (14541)، وعبد الملك بن عمرو العقدي، وعثمان بن عمر، عند أحمد: 45/1، والتبسي عند البخاري (2174)، وروح بن عبادة، وعبد الله بن نافع، ومعن، عند ابن عبد البر في التمهيد: 282/6.

(3) هو سهل بن محمد السجستاني، اللغوي المعروف.

(4) لم نجد كلام ابن السكيت في إصلاح المنطق، ولا في كتاب الألفاظ.

(5) كذا، ولعله ابن السكيت.

(6) انظر التوقيف على مهمات التعاريف: 454، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 213.

والأصلُ في الصَّرف: حديثُ عُبَادَةَ بنِ الصَّامِتِ عن النَّبِيِّ عليه السَّلَامُ.

الفقه في خمس مسائل:

الأولى:

قال علماؤنا: إذا تصارَفَ الرَّجُلَانِ، وأحدهما يعرف أن ذنابيره زيوف، فالصَّفقة عند مالك مفسوخة. وقد قيل: إنها تامة، على تفصيلٍ وتفريعٍ طويلٍ.

وقد (1) غَلِطَ أبو حنيفة (2) في هذه المسألة فقال: «إِنَّ التَّفْرُقَ» (1) قَبْلَ التَّقَابُضِ يَجُوزُ فِي بَيْعِ كُلِّ مَالٍ رَبَوِيٍّ مَا عَدَا التَّقْدِينَ، فَإِنَّ التَّقَابُضَ قَبْلَ التَّفْرُقِ (1) وَاجِبٌ فِيهِمَا، سِوَاءَ بَيْعِ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ أَوْ بغيرِهِ مِنْهُمَا، قَالَ: لِأَنَّ اسْمَ الْمُبَايَعَةِ فِيهِمَا صَرْفٌ، وَذَلِكَ عِبَارَةٌ عَنْ صَرْفٍ، أَحَدُهُمَا فِي الْآخِرِ (2) فَإِذَا لَمْ يَوْجَدْ مَعْنَى التَّقَابُضِ، لَمْ يَوْجَدْ مَعْنَى الْاسْمِ. وَهَذَا وَهَمٌّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أحدها: أَنَّ لَفْظَهُ لَمْ يَرِدْ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ - كَمَا قَدَّمْنَا - فَيُنْبَنِي عَلَيْهِ حُكْمٌ.

الثاني: أَنَّ الصَّرْفَ فِي اللُّغَةِ - كَمَا قَالُوا - مَأخُودٌ مِنْ صَرْفِ أَحَدِ الْعَوَاضِينَ فِي الْآخِرِ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ.

الثالث: حديثُ عمرَ «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْوَرِقُ بِالْوَرِقِ رَبًّا إِلَّا (3) هَاءَ وَهَاءَ. الْحَدِيثُ» (3) وَفِي الصَّحِيحِ: «فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَيَبْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِنْ كَانَ يَدًا بِيَدٍ» (4) وَهَذَا نَصٌّ، وَإِنْ كَانَ الْعُلَمَاءُ قَدْ اخْتَلَفُوا فِي عِلَّةِ الرَّبَا فِي هَذِهِ الْأَعْيَانِ الرَّبَوِيَّةِ.

(1) في الأصل: «التفريق» والمثبت من القبس.

(2) «صرف أحدهما في الآخر» زيادة من القبس.

(3) «ربا إلا» ساقطة من الأصل، واستدركتها من الموطأ.

(1) انظر هذه الفقرة في القبس: 822/2 - 823.

(2) انظر مختصر الطحاوي: 75، والمبسوط: 2/14.

(3) أخرجه مالك (1856) رواية يحيى، بلفظ: «الذهب بالورق ربًا...» قال ابن عبد البر في التمهيد: 282/6 «هكذا قال مالك، ومعمر، والليث، وابن عُيَيْنَةَ في هذا الحديث عن الزهري الذهب بالورق، ولم يقولوا: الذهب بالذهب، والورق بالورق، وهؤلاء هم الحجة الثابتة في ابن شهاب على كل من خالفهم».

(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت، بلفظ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف...».

فَأَمَّا التُّقْدَانِ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ⁽¹⁾ وَغَيْرُهُ: الْعِلَّةُ فِيهِمَا⁽¹⁾ الْوَزْنُ، وَحَرَّمَ الرَّبَا فِي كُلِّ مَوْزُونٍ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ⁽²⁾: الْعِلَّةُ فِيهِمَا كَوْنُهُمَا أَثْمَانَ الْأَشْيَاءِ، وَتِلْكَ عِلَّةٌ وَاقِفَةٌ تَخْتَصُّ بِهِمَا.
الثَّانِيَةَ⁽³⁾:

قَالَ الْإِمَامُ: وَبَابُ الصَّرْفِ مِنْ أَضْيِقِ أَبْوَابِ الرَّبَا، وَالتُّخْلُصُ مِنَ الرَّبَا عَسِيرٌ، إِلَّا مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْوَرَعِ وَالْمَعْرِفَةِ بِمَا يَحِلُّ فِيهِ⁽¹⁾ وَيُحْرَمُ، وَقَلِيلٌ مَا هُمْ، وَلِذَلِكَ كَانَ أَضْبَعُ يَكْرَهُ أَنْ يَسْتَنْظَلَ بِظُلِّ الصَّرْفِيِّ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَيْهِمُ الرَّبَا⁽⁴⁾.

وَقَالَ عِلْمَاؤُنَا⁽⁵⁾: لَا يَجُوزُ فِي الصَّرْفِ وَلَا فِي بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَلَا الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ مُوَاعَدَةٌ وَلَا خِيَارٌ، وَلَا كِفَالَةٌ وَلَا حَوَالَةٌ، وَلَا يَصْحُ إِلَّا بِالْمُتَاجِرَةِ الصَّحِيحَةِ، لَا يَفَارِقُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَبَيْنَهُ وَبَيْنَهُ عَمَلٌ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا⁽³⁾ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ»⁽⁶⁾.
الثَّالِثَةَ⁽⁷⁾:

قَالَ عِلْمَاؤُنَا⁽⁸⁾: وَالتُّنْظَرَةُ فِي الصَّرْفِ تَنْقَسِمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ⁽⁹⁾:

أَحَدُهَا: أَنْ يَنْعَقِدَ الصَّرْفُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَنْ يَنْظَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِشَيْءٍ مِمَّا اصْطَرَفَا فِيهِ - وَإِنْ قَلَّ، فَهُوَ إِذَا وَقَعَ قُسْخٌ جَمِيعُ الصَّرْفِ بِاتِّفَاقٍ، لِانْعِقَادِهِ عَلَى فُسَادٍ.

(1) فِي الْأَصْلِ: «لَهُمَا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(2) «فِيهِ» زِيَادَةٌ مِنَ الْمَقْدَمَاتِ الْمَمْهَدَاتِ.

(3) فِي الْأَصْلِ: «وَلَا تَسْلَفُوا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَقْدَمَاتِ وَالْمَوْطَأِ.

.....

(1) انظُرْ مُخْتَصَرَ الطُّحَاوِيِّ: 75.

(2) انظُرْ الْحَاوِيَّ الْكَبِيرَ: 91/5.

(3) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمَقْدَمَاتِ الْمَمْهَدَاتِ: 14/2 - 15.

(4) قَوْلُهُ: «لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَيْهِمُ الرَّبَا» مِنْ تَعْلِيلِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ حَبِيبٍ.

(5) الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِمَامُ ابْنُ رِشْدِ الْجَدِّ.

(6) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ (1845) رَوَايَةً يَحْيَى، مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ.

(7) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمَقْدَمَاتِ الْمَمْهَدَاتِ: 15/2.

(8) الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِمَامُ ابْنُ رِشْدِ الْجَدِّ.

(9) اِكْتَفَى الْمَوْلُفُ بِذِكْرِ قَسْمَيْنِ فَقَطْ.

الثاني: أن ينعقد الصَّرْفُ بينهما على المُتَاجِرَةِ، ثم يُؤخَّرُ أحدهما صاحبه بشيءٍ مما اضطرَّ فيهِ، فهذا يَنْتَقِضُ الصَّرْفُ فيما وَقَعَ فِيهِ التَّأخِيرُ باتِّفَاقٍ، إنْ كانَ درهماً انتقض صرفُ دينارٍ واحدٍ ما بيئه وبين أن يكونَ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ التَّأخِيرُ أَكْثَرَ مِنَ الصَّرْفِ لِلدَّيْنَارِ، فهذه الأقسامُ متى وقعت بَطَلَ الصَّرْفُ.

الرَّابِعَةُ⁽¹⁾: وهي مسألة المراتلة

قولُه⁽²⁾: «يُرَاطِلُ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ» يريدُ المبادلة بالوَرِقِ⁽¹⁾، وهو على ضربين:

أحدهما: غيرُ مسكوكٍ، فلا خِلافٍ في جوازِهِ فِي المذهب⁽³⁾.

والثاني: مسكوكٌ، فهو يتخرَّجُ⁽⁴⁾ على روايتين:

1 - إحداهما⁽²⁾: أنه جائزٌ، وذلك مبنيٌّ على أنه متعين⁽⁵⁾، وعلى هذا يراه أكثر

علمائنا في المراتلة⁽⁶⁾، فإن أقوالهم في ذلك مطلقة لا تتقيَّدُ بمعرفة⁽³⁾ الوَزنِ.

2 - والثانية: أنه لا يجوزُ، وذلك مبنيٌّ على أنها لا تتعين بالعتد؛ لأن هذا من باب

الجُزَافِ، والجُزَافُ في مسكوكِ الذَّهَبِ والفضة لا يجوزُ العتدُ عليه، إلا أن يكونَ هذا

حكماً يختصُّ عندهم بالمراتلة، ولا فرقَ بينها⁽⁴⁾، وبين الصَّرْفِ وغيرِهِ من البيوع. وقد

رأيتُ لبعضِ أصحابنا أنه لا يجوزُ المراتلة⁽⁵⁾ بين الدنانيرِ والدرهمِ لهذا المعنى، وقد

(1) في المنتقى: «يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزنا بوزن» وهو أسد.

(2) في الأصل: «أحدهما».

(3) في الأصل: «بتفرقة» والمثبت من المنتقى.

(4) في الأصل: «بينهما» والمثبت من المنتقى.

(5) «المراتلة» ساقطة من الأصل، واستدركتها من المنتقى.

.....

(1) هذه المسألة مقبسة من المنتقى: 276/4.

(2) أي قول يزيد بن عبد الله بن قسيط في الموطأ (1858) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2551)، وسويد (239).

(3) في المنتقى: «فلا خلاف على المذهب في جوازه»، وهو المسمى بالمراتلة، انظر المعونة: 2/1027، وجامع ابن يونس: 495.

(4) في المذهب.

(5) أي أن الدنانير والدرهم تتعين بالعتد.

(6) في المنتقى: «وعلى هذا ترد أكثر مسائل أصحابنا في المراتلة».

يجوزُ ذلك بأن يعرف وزن أحدِ الذميين ثم يراطل بها الآخر⁽¹⁾.

بَابُ العينة وما يشبهها

قال الإمام⁽¹⁾: هذه كلمة تزجم بها مالك، وردت في الحديث، روى أبو داود⁽²⁾ عن النبي عليه السلام أنه قال: «إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِالْعَيْنَةِ، وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقْرِ. الْحَدِيثُ»، وجرث في الفاظ الصحابة⁽³⁾، ذكرها علماؤنا عن ابن عمر وابن عباس، إلا أن ابن عباس فسرها بأن يبيع الرجل من الرجل سيلعته بدين إلى أجل، ثم يشتريها بأقل مما باعها نقداً، وهي مسألة الذرائع، وفسرها غيره بأنها بيع ما ليس عندك، وأصلها فغلة من العون، وقد كانت جارية عندهم فيما يجوز وفيما لا يجوز، فوقع النهي منها على ما لا يجوز، وجعل مالك منها بيع الطعام قبل قبضه، ليبيّن أنها عنده عبارة⁽³⁾ عن كل عقد لا يجوز، هذا معنى الترجمة.

قال الإمام: وقد روي عن النبي عليه السلام في ذلك أحاديث ثلاثة:

1 - الأول: قال: «مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبْغُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»⁽³⁾.

(1) في الأصل: «يراطل بها الأخرى» والمثبت من المتن.

(2) في الأصل: «الحديث» والمثبت من القيس.

(3) في الأصل: «فهي» والمثبت من القيس.

(1) انظر الكلام التالي في القيس: 825/2 - 826.

(2) الحديث (3462) عن ابن عمر. والحديث أخرجه أيضاً ابن عدي في الكامل في الضعفاء: 360/5، وأبو نعيم في الحلية: 209/5، والبيهقي: 316/5، كلهم بلفظ «إذا تابعتم بالعينة».

كما روي بلفظ: «وتبايعوا بالعينة» رواه أحمد: 42/2، والطبراني في الكبير (13583) من طريق أبي بكر بن عياش عن الأعمش، عن عطاء، عن ابن عمر، واعتبر ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/19 هذا الحديث من أصح ما ورد في بيع العينة، وصححه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام: 5/295 (2484).

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1864) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2559)، وسويد (240)، وابن القاسم (287)، والقعني عند الجوهرى (474)، والشافعي في مسنده: 189، وفي السنن: 271، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 38/4.

2 - قال ابن عمر: كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاغُ الطَّعَامَ، فَيَبِيعُ الْبَيْتَانِ (1) مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ فِيهِ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ. هكذا رواه مالك (2) وجماعة (3)، زاد في «الصحيح»: «كُنَّا (1) نَبْتَاغُ الطَّعَامَ جُزْأَفَا» (4) وزاد عن ابن عباس: «مَنْ ابْتَاغَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: وَأَخْسِبُ كُلُّ شَيْءٍ مِثْلَهُ» (5).

3 - وَرَوَى الذَّارِقُطَنِيُّ وَغَيْرُهُ قَالَ: «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضْ، وَرَبِيعَ مَا لَمْ يُضْمَنْ» (6). وزاد عن عثاب بن أسيد؛ أن النبي ﷺ قال له حين ولأه مكة: «انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا، وَرَبِيعَ مَا لَمْ يُضْمَنُوا» (7).

الفقه في مسائل:

الأولى (8):

اختلف العلماء في هذا على سبب أقوال:

1 - الأول: أن كل مبيع كيف ما (2) تصرف حاله، من أي مال كان، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، قال الشافعي (9)، وأحمد في إحدى روايته (10).

(1) في الأصل: «حتى» والمثبت من القبس وكتب السنة.

(2) في الأصل: «كلما» والمثبت من المتقى.

.....

(1) في الموطأ: «علينا».

(2) في الموطأ (1865) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2560)، وسويد (240)، ومحمد بن الحسن (768)، وابن القاسم (239)، والقعني عند الجوهري (686)، والطباع عند أحمد: 1/56، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1527).

(3) انظر تعليقنا السابق.

(4) أورده بهذا اللفظ ابن عبد البر في التمهيد: 335/13، والذي وجدناه في صحيح مسلم (1527) من حديث ابن عمر بلفظ «وكنا نشترى الطعام من الركباني جزأفا».

(5) سبق تخريجه صفحة: 18 من هذا الجزء.

(6) سبق تخريجه صفحة: 20، 21 من هذا الجزء.

(7) سبق تخريجه صفحة: 20 من هذا الجزء.

(8) انظرها في القبس: 826/2 - 827.

(9) في الأم: 227/6 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 220/5.

(10) انظر الشرح الكبير لابن قدامة: 498/11.

- 2 - قال أبو حنيفة⁽¹⁾ مثله، إلا في العَقَارِ فإنه يجوزُ بيعُهُ قبلَ قبضِهِ.
- 3 - الثالثُ: أن هذا في الأموال الرَبَوِيَّةِ خاصَّةً، قاله مالكٌ في المشهور⁽²⁾.
- 4 - الرَّابِعُ: أن ذلك في المطعوماتِ من جُمْلَةِ الأموالِ، قاله ابنُ وَهْبٍ عنه⁽¹⁾.
- 5 - *الخامسُ: أن ذلك في الأموال الرَبَوِيَّةِ وفي المطعوماتِ، نعم، وفي المعدوداتِ، قاله جماعة؛ منهم عبدُ العزيز بن أبي سَلَمَةَ وابن حبيبٍ.
- 6 - السادسُ: أن ذلك يجري في الجُزَافِ، ولا يجوزُ بيعُهُ حتى يُقْبَضَ، كما جرى فيما فيه حقٌ تَوَفِيَّةٌ*⁽²⁾.

على تفصيلٍ طويلٍ أَعْرَضْنَا عَنْهُ.

الثَّانِيَةُ⁽³⁾:

قال علماؤنا⁽⁴⁾: «الْمَبِيعُ»⁽³⁾ على ضربين: مطعومٌ، وغيرُ مطعومٍ.

فأما «المطعومُ» فإنه قسمان:

1 - قسَمٌ يجري فيه الرِّبَا.

2 - وقسَمٌ لا يجري فيه الرِّبَا.

فأما «ما يجري فيه الرِّبَا» فلا خلافٌ في المذهبِ أنه لا يجوزُ بيعُهُ قبلَ استيفائه.

وأما «ما لا يجوزُ فيه الرِّبَا» فعن مالكٍ فيه روايتان:

1 - إحداهما⁽⁴⁾: أنه لا يجوزُ بيعُهُ قبلَ قبضِهِ، وهو المشهورُ من المذهبِ.

2 - ورَوَى ابنُ وَهْبٍ عنه أنه يجوزُ بيعُهُ قبلَ قبضِهِ.

(١) «عنه» ساقطة من الأصل، وأضفناها من القبس.

(٢) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من القبس.

(٣) في الأصل: «البيع» والمثبت من المتقى.

(٤) في الأصل: «أحدهما».

(1) انظر مختصر الطحاوي: 84، ومختصر اختلاف العلماء: 29/3.

(2) انظر المعونة: 969/2 حيث ذكر أن هذا القول هو رواية ابن وهب عن مالك.

(3) هذه المسألة مقبسة من المتقى: 279/4.

(4) المقصود هو الإمام الباجي.

فوجه الأولى^(١): ما احتجوا به من قول النبي عليه السلام * «مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِغُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»^{(٢)(٣)}، وهذا يصح الاحتجاج به في هذا الحكم، على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغاة، وأما من رأى التخصيص بعرف اللغاة، فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم؛ لأن لفظه الطعام إذا أُطِلقت، فإنما يفهم منها بعرف الاستعمال الجنبطة، ولذلك لو قال رجل: مضيت إلى سوق الطعام، لم يفهم منه إلا سوق الجنبطة^(٣).

وجه الثاني: أن ما لا يجوز فيه التفاضل نقداً، فإنه لا يحرم^(٤) بيعه قبل قبضه.

الثالثة^(٢):

قال الإمام: هذا في المطعوم المقتات^(٥) المكييل أو الموزون^(٦). ورؤى ابن القاسم عن مالك في «المبسوط»: وكذلك المعدود لا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه، وهذا قاله جماعة، وهو المدّعب.

فرع:

فإن كان غير مطعوم، فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم، ولا تعلق له^(٧) به، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو غيره.
وقال ابن أبي سلمة وربيعة ويحيى بن سعيد: كل ما يبيع على كئيل أو وزن أو عددي، مطعوماً كان أو غير مطعوم، فلا يجوز بيعه قبل قبضه، واختاره ابن حبيب. وقال

(١) في الأصل: «الأزل».

(٢) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من المتقى.

(٣) الفقرة السابقة بعض كلماتها مطموس في الأصل، وقد استعنا - بعد الله سبحانه - بالمتقى في تكملة القصص.

(٤) في الأصل: «يجوز» والمثبت من المتقى.

(٥) الأصل مطموس، والمثبت من المتقى.

(٦) في الأصل: «والموزون» والمثبت من المتقى.

(٧) «له» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المتقى.

.....

(١) سبق تخريجه صفحة: 18 من هذا الجزء.

(٢) هذه المسألة بفرعها مقبسة من المتقى: 280 / 4.

أبو حنيفة⁽¹⁾: هذا الحُكْمُ ثابتٌ في كُلِّ مَبِيعٍ ينقل ويحول.

وقال الشافعي⁽²⁾: هو ثابتٌ في كُلِّ مَبِيعٍ.

ودليلنا: قوله عليه السلام: «مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»⁽³⁾ فخصَّ الطَّعَامَ، فَدَلَّ أَنْ غَيْرَهُ مُخَالَفٌ لَهُ، وهذا الاستدلال بِدَلِيلِ الْخِطَابِ، وقد تقدَّم الكلام عليه في «أَوَّلِ الْكِتَابِ»⁽⁴⁾.

الرَّابِعَةُ⁽⁵⁾:

وأما ما يختصُّ به هذا الحُكْمُ من وجوه الاستفادَةِ؛ فَإِنَّ الْعُقُودَ عَلَى ضَرِيحَيْنِ:

1 - معاوِضَةٌ.

2 - وغير معاوِضَةٌ.

فالمعاوِضَةُ: البيعُ وما في معناه من الإجارة، والمُصَالِحَةُ، والمُخَالَعَةُ، والمُكَاتَبَةُ، والأرزاق، على وجهِ العِوِضِ، كأرزاق القُضَاةِ والمؤدِّينِ.

وقال أبو حنيفة: ما مُلِكَ بِمِيرَاثٍ أو خُلِعَ⁽⁶⁾ من طعامٍ أو غيره، فإنه يجوزُ بيعُهُ قبلِ

قبضِهِ.

الخامسة⁽⁷⁾:

وهو أَنَّ الْعُقُودَ تنقسمُ إلى ثلاثةِ أقسامٍ:

1 - قسمٌ يختصُّ بالمُعَابَةِ⁽¹⁾، كالبيعِ والإجارة، وما كان في حُكْمَيْهِمَا.

2 - وقسمٌ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ *المُغَابَةِ، وَيَصِحُّ أَنْ يَقَعَ عَلَى وَجْهِ الرُّفْقِ،

كالإقالة، والشَّرِكَةِ، والتَّوَلِيَةِ.

(1) في الأصل: «المعاملة» وهو تصحيف، والمثبت من المتقى.

(1) انظر مختصر الطحاوي: 84.

(2) انظر الحاوي الكبير: 220/5.

(3) سبق تخريجه صفحة: 18 من هذا الجزء.

(4) في المتقى: «وقد تقدَّم الكلام فيه، ودليلنا من جهة القياس: أن هذا مبيع ليس بمطعم فجاز بيعه

قبل قبضه كالذنانير والدراهم».

(5) هذه المسألة اقتبسها المؤلف من المتقى: 280/4.

(6) في المتقى: «بمهر أو خُلِعَ».

(7) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 280/4.

3 - وقسم لا يكون إلا على وجه الرِّفق كالقَرَضِ*^(١).

فأما البيعُ وما كان في معناه^(٢)، فقال عبدُ الوهاب: ما كانَ أجرةً لعملٍ، أو قضاءً لِذَيْنٍ، أو مَهْرًا، أو خُلْعًا، أو صلْحًا، فذلك يجري مَجْرَى البَيْعِ، فلا خِلافَ أَنه لا يجوزُ أن يتوالى منه^(٣) عَقْدَانِ لا يتخلَّلُهُما قبْضٌ. والأصلُ في ذلكَ الحديثِ المتقدِّم.

السادسة^(١):

وأما ما يكونُ قبْضًا، فهو ما يخرجُ به من ضمانِ البائعِ إلى ضمانِ المشتري، من الكَيْلِ، والتَوْفِيَةِ في المَكْيَلِ والموزونِ، والتَوْفِيَةِ في الموزونِ^(٢)، فمثلُ هذا يكونُ فصلًا بين البيعتين، فإنَّ عَقْدًا بَيْعًا في طعامينِ في ذِمَّتَيْنِ، ثمَّ أرادَا أن يتقاضيا بهما^(٤)، لم يجز ذلكَ على المشهور من المذهب، وبه قال ابن القاسم. وقال^(٥) أشهب^(٣): إن اتَّفَق رؤوس مالهما^(٤).

- (١) ما بين التجمتين مضطرب في الأصل، وقد أثبتنا الضواب من المتقى.
- (٢) في الأصل: «فأما البيع وما معناه» والمثبت من المتقى.
- (٣) في الأصل: «أن يناوله» والمثبت من المتقى.
- (٤) في الأصل: «يتقاضيا فيهما» والمثبت من المتقى.
- (٥) «قال» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المتقى ليستقيم الكلام.

.....

- (1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 282/4.
 - (2) تنمُّ الكلام كما في المتقى هي كالتالي: «... الموزون وفي التحري في الاتفاق على مقداره والحكم به، وتوفيته إن كان فيه حق توفيه، وذلك بأن توفية البائع المبتاع، وتسليم المبتاع إياه، لازم قبل أن يبيعه... فمثل هذا...».
 - (3) في كتاب ابن المَوَازِ.
- ووجه هذا القول: أَنهما لَمَّا تقاضيا بالطعام آل أمرهما إلى طعام واحدٍ، فقد انعقد عليه عَقْدًا بَيْعٍ، وكلُّ واحدٍ منهما انعقد بلفظ البيع وعلى معناه من المغابنة والمكايسة لم يفصل بينهما قبض وذلك ممنوع.
- (4) تنمُّ الكلام كما هو في المتقى: «... في القَدْرِ والصِّفَةِ جاز ذلك».
- ووجه هذا القول: أَن مآل أمرهما إلى الإقالة لأنَّ المسلمَ الثاني رَدَّ إلى الأوَّلِ مثل رأس ماله وهذا معنى الإقالة والمعقود لا تعتبر فيها باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى، ولما كان معنى ما وُجِدَ منهما السلم والإقالة وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه، جاز ذلك في مسألتنا.

بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ

قال الإمام⁽¹⁾: أدخل مالك في هذا الباب مسألة سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار⁽²⁾، وذلك بناء على أن البيعتين اللتين تبيّن الآخرة منهما الربا تُفسخان جميعاً⁽³⁾.

قال مالك⁽³⁾: «مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ». ودَكَرَ مسألة الذريعة، وهي حرامٌ عنده، وقبل⁽²⁾ ذلك قال⁽⁴⁾: «مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الثَّمَارِ، وَدَكَرَ مَا هُوَ أَشَدُّ مِنْهُ وَهُوَ الرِّبَا فِي الثَّمَرِ⁽³⁾»، وهو حرامٌ أيضًا باتِّفاق. وأطلقَ المكروهَ على الحرام، وهو ينقسمُ عنده إلى ما يَحْرُمُ فِعْلُهُ، أو إلى ما تركه أَوْلَى مِنْ فِعْلِهِ، وهو المكروه في إطلاقِ الأصوليين، إلا أنهم ما يَبْنُوهُ بيانًا شافِيًا. وأصلُهُ في اللُّغَةِ: ما يريدُ المرءُ تَرْكَهُ، وكراهيةُ الله تعالى للشيءِ مِنْ إِرَادَتِهِ الْإِذَا يَكُونُ⁽⁵⁾، قال الله تعالى: «وَلَكِنْ كَرِهَ اللَّهُ لِعِبَادِهِمُ الْآيَةَ⁽⁶⁾». وليس يمتنعُ إطلاقُهُ على الحرام، ولا على ما تركه أَوْلَى مِنْ فِعْلِهِ، كما ليس يمتنعُ⁽⁴⁾ تخصيصُهُ في الاصطلاح بما تركه أَوْلَى مِنْ فِعْلِهِ، ولكن الأدلة إنما تُعَيِّنُ⁽⁵⁾ كلَّ واحدٍ مِنَ الحالتين، وتُبيِّنُ⁽⁶⁾ المخصوصَ في النازلةِ مِنَ الحُكْمَيْنِ، والمسألةُ أصوليةٌ أكثر من فقهيّةٍ.

(1) العبارة مضطربة في الأصل، وأثبتنا ما في القبس 264/3 (ط. الأزهري) و(ط. هجر) 553/16.

(2) في الأصل: «وقيل» والمثبت من القبس.

(3) في الأصل: «الثلث»، وفي القبس: «الثمرة» والمثبت من القبس: 265/3 (ط. الأزهري).

(4) في الأصل: «نتبع» والمثبت من القبس.

(5) في الأصل: «يعتبر» والمثبت من القبس.

(6) في الأصل: «وتبيّن» والمثبت من القبس.

(1) انظر هذه الفقرة في القبس: 829/2 - 830.

(2) هي في الموطأ (1871) رواية يحيى، ورواها عن مالك: أبو مصعب (2567)، وسويد (243)، ومحمد بن الحسن (771)، وعبد الرزاق في مصنفه (14125).

(3) في ترجمة الباب من الموطأ: 170/2 رواية يحيى.

(4) في ترجمة الباب من الموطأ: 145/1 رواية يحيى.

(5) هذا التأويل فيه نظر.

(6) التوبة: 46.

الفقه في مسائل:

الأولى⁽¹⁾:

قال مالك من بين مَشِيخَةِ الْأَمْصَارِ من علمائنا⁽¹⁾: ما كان من شَرِكَةِ أو إِقَالَةٍ أو تَوَلِيَّةٍ، فَإِنَّهُ مُسْتَتْنَى من بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ⁽²⁾، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَيْعًا حَقِيقَةً.

الثانية⁽³⁾:

وَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْأَرْبَعَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي حَدِيثِ عِبَادَةَ وَغَيْرِهِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَبْيَعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ، وَلَا الشُّعَيْرَ بِالشُّعَيْرِ، وَلَا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلَا الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ، إِلَّا سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، عَيْتًا بِعَيْنٍ، يَدًا بِيَدٍ»⁽⁴⁾ فَتَصَّ عَلَى هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ دُونَ غَيْرِهَا.

اخْتُلِفَ فِي ذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ:

1 - فَرَوَى ابْنُ الْمَاجِشُونِ* أَنَّهُ قَالَ: الْعِلَّةُ فِي هَذِهِ الْأَعْيَانِ الْمَالِيَّةِ، وَأَجْرَى الرِّبَا فِي كُلِّ مَالٍ.

2 - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ*⁽²⁾: الْعِلَّةُ فِيهَا الْكَيْلُ، وَأَجْرَى الرِّبَا⁽³⁾ فِي كُلِّ مَكِيلٍ⁽⁵⁾.

3 - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْعِلَّةُ الطَّعْمُ⁽⁶⁾.

4 - وَاضْطَرَبَ الْأَصْحَابُ فِي عَرَضِ مَالِكٍ فِيهَا:

فَأَمَّا الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْاسْتِقْرَاءُ مِنْهَا أَنَّ الْعِلَّةَ الْقُوَّةُ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَوْ أَرَادَ الْمَالِيَّةَ كَمَا قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَمَّا ذَكَرَ مِنْهَا إِلَّا⁽⁴⁾ وَاحِدًا، وَكَذَلِكَ الْكَيْلُ، وَلَوْ أَرَادَهُ⁽⁵⁾ لَاكْتَفَى

(1) فِي الْأَصْلِ: «وَعِلْمَانَا» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(2) مَا بَيْنَ التَّجْمِيعِ سَاقِطٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَاسْتَدْرَكَتَاهَا مِنَ الْقَبْسِ.

(3) فِي الْأَصْلِ: «إِنَّ الْعِلَّةَ فِي ذَلِكَ الْكَيْلِ وَالرِّبَا فِي كُلِّ مَكِيلٍ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(4) فِي الْأَصْلِ: «... الْمَاجِشُونُ لَكَانَ ذَلِكَ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(5) فِي الْأَصْلِ: «لَوْ ذَكَرَهُ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(1) انظرها في القبس: 829/2.

(2) انظر التلقين: 114.

(3) ما عدا الفقرة الأخيرة انظره في القبس: 830/2 - 831.

(4) سبق تخريجه صفحة: 17 من هذا الجزء هامش رقم: 4.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 75. وانظر عرض الماوردي لرأي أبي حنيفة في الحاوي: 85/5 - 86.

(6) انظر الحاوي الكبير: 86/5.

منها بواحدة؛ لأنَّ جهةَ الكَيْلِ واحدةٌ فيها، وإنما بَقِيَ الإشْكَالُ بينَ الطَّعْمِ والقُوتِ؛ لأنَّه هو المقصودُ منها، وهي أصولُ الأقواتِ، فَذَكَرَ اللهُ البُرَّ تَنْبِيهاً على ما يُفْتَاتُ في الاختيارِ والرِّفاهيةِ، وَذَكَرَ الشَّعِيرَ تَنْبِيهاً على ما يُفْتَاتُ في⁽¹⁾ حالِ الضَّرورةِ والمَخْمَصَةِ، وَذَكَرَ الثَّمَرَ تَنْبِيهاً على ما يُفْتَاتُ تَحَلِّيًا وَتَفَكُّهاً؛ كالعَسَلِ والزَّيْبِ ونحوِهِ، وَذَكَرَ المَلْحَ تَنْبِيهاً على ما يُفْتَاتُ لإصلاحِ الأَطعمَةِ، واللهُ أعلمُ.

قال الإمام: هذه الأعيانُ الأربعةُ المذكورةُ في حديثِ عُبادةِ بنِ الصَّامِتِ، هو حديثٌ من أصولِ الشريعةِ، انفردَ به عُبادةُ بنِ الصَّامِتِ، ووقعَ في «صحيحِ البخاري»⁽¹⁾ واللفظُ لَهُ، قال رسولُ الله ﷺ: «البُرُّ بالبُرِّ رِيًّا، إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِيًّا، إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالثَّمَرُ بِالثَّمَرِ رِيًّا، إِلا هَاءَ وَهَاءَ، عَيْنًا بِعَيْنٍ».

أما قوله: «عَيْنًا بِعَيْنٍ» يريدُ مُدًّا بِمُدٍّ، لا يكونُ غائبًا بحاضرٍ، والمعنى هو التَّقْدانُ. وقال الخطابي: ما دام غيرُ مسكوكٍ فهو تبرٌ، فإذا ضربَ فهو عينٌ⁽²⁾.

باب السَّلْفَةِ فِي الطَّعَامِ

قال الإمام⁽³⁾: السَّلْفُ في لسانِ العربِ اسمٌ ينطلقُ على القَرْضِ وعلى السَّلْمِ⁽⁴⁾. قال ابنُ عباسٍ في الصحيحِ: قَدِيمَ رَسُولِ اللهِ ﷺ المَدِينَةَ وهم يُسَلِفُونَ في الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ: «مَنْ سَلَفَ فَلْيُسَلِفْ فِي كَيْلِ مَعْلُومٍ، وَوَزْنِ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»⁽⁵⁾.

(1) في الأصل: «من» والمثبت من القيس.

(2) في الأصل: «وكذلك» والمثبت من القيس.

(1) الحديث (2134) عن عمر بن الخطاب.

(2) قاله بنحوه في غريب الحديث: 247/1.

(3) انظر هذه الفقرة في القيس: 831/2 - 832.

(4) انظر مشارق الأنوار للمقاضي عياض: 219/2، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 193.

(5) أخرجه البخاري (2240)، ومسلم (1604).

الفقه في مسائل:

الأولى⁽¹⁾:

هذا أمرٌ اتفقت الأمة على جوازه.

فأما «سَلَفُ الْقُرُوضِ»⁽¹⁾ فمعروفٌ ومُكَارَمَةٌ، وله ثوابه⁽²⁾.

وأما «سَلَفُ السَّلَمِ» فمُرابحةٌ ومُكَايَسَةٌ⁽³⁾، على ما يأتي بيانه إن شاء الله.

الثانية⁽²⁾:

قوله⁽³⁾: «لَا بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ»⁽⁴⁾ فِي الطَّعَامِ الْمَوْصُوفِ يقتضي أن

يكون سَلَفًا موصوفًا⁽⁴⁾؛ لَأَنَّ السَّلْفَةَ بِمَعْنَى الْقَرْضِ وبمعنى السَّلَمِ. فأما «الْقَرْضُ» فلا

يحتاج إلى وُضْفٍ؛ لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَ إِلَّا مِثْلَ مَا أُعْطِيَ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَرِيدَ بِهِ⁽⁵⁾ الْقَرْضُ.

وأما «السَّلَمُ» فلا بد أن يكون موصوفًا؛ لَأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْوَضْفِ؛ لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ

أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا، وَإِنَّمَا يَكُونُ مُتَعَلِّقًا بِالذَّمَّةِ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ.

وَلِلسَّلَمِ سِتَّةُ شُرُوطٍ، مَتَى انْخَرَمَ مِنْهَا شَرْطٌ لَمْ يَصِحَّ⁽⁵⁾، وَنَحْنُ نُفَرِّدُ لِكُلِّ شَرْطٍ بَابًا.

الأول: أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِالذَّمَّةِ.

الثاني: أَنْ يَكُونَ موصوفًا.

الثالث: أَنْ يَكُونَ مُقَدَّرًا.

(1) في الأصل: «العروض» وهو تصحيف، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل: «أثوابه» وهو تصحيف، والمثبت من القيس. وفي (ط. هجر) 575/16 «أبوابه».

(3) في الأصل: «ومكايسة» والمثبت من القيس.

(4) «الرجل الرجل» زيادة من الموطأ.

(5) «به» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المتقى.

(1) انظرها في القيس: 832/2.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 292/4 - 293 مع تصرف يسير.

(3) أي قول ابن عمر في الموطأ (1875) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2571)، وسويد (244)، وابن بكير عند البيهقي: 19/6.

(4) في المتقى: «يقتضي أن يكون المسلم فيه موصوفًا».

(5) قوله: «متى انخرم منها شيء لم يصح» هي من إضافات ابن العربي، وانظر العمونة: 983/2.

الرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا.

الخَامِسُ: أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا عِنْدَ الْأَجَلِ.

السَّادِسُ: أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ تَقْدَا.

فَأَمَّا «الْأَوَّلُ» فَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ.

وَأَمَّا «الثَّانِي» فَكَوْنُهُ مَوْصُوفًا، فَإِنَّهُ مِمَّا لَا يَخْتَلَفُ فِيهِ فِي الْجُمْلَةِ، وَذَلِكَ يَكُونُ عَلَى

وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنْ يُرِيَهُ مِثْلَ مَا سَلِمَ إِلَيْهِ^(١) فِيهِ، فَيَقُولُ لَهُ: أَسَلِمَ إِلَيْكَ فِي مِثْلِ هَذَا، فَهَذَا اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ، فَزَوَى مُحَمَّدٌ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ^(٢) فِيمَنْ أَسَلِمَ فِي زَيْتٍ، أَيْ أَخَذَهُ مِنْ^(٣) غَيْرِهِ، وَيَطْبَعُ عَلَيْهِ حَتَّى يَأْخُذَ مِنْ صِفَتِهِ؟ قَالَ: لَا يَصْلِحُ^(٤). قَالَ أَصْبَغُ^(٥): إِذَا كَانَ مضمونًا، لَمْ يَصْلِحْ ذَلِكَ فِيهِ^(٥)، وَإِنْ كَانَ بَعِيْنَهُ غَائِبًا، فَجَائِزٌ، مَا لَمْ يَشْتَرَطْ خَلْفَ مِثْلِهِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَصْفَهُ بِصِفَاتٍ يَخْتَلَفُ ثَمَنُهُ بِاخْتِلَافِهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَصْفَهُ بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ^(٦). وَلَا خِلَافَ أَنْ مَا لَمْ يُضْبَطْ بِصِفَةٍ فَلَا^(٦) يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ، وَإِنَّمَا يَخْتَلَفُ فِيمَا يُضْبَطُ بِالصِّفَةِ، فَمِنْ ذَلِكَ الْحَيَوَانَ، يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ أَنْ يَقْرَضَ وَيَسَلِمَ فِيهِ، وَيَبْهَ قَالَ الشَّافِعِيُّ^(٣).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٤): لَا يَثْبُتُ فِي الذَّمَّةِ قَرْضًا وَلَا سَلَمًا.

وَلَنَا فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ طَرِيقٍ:

- (١) «إِلَيْهِ» سَاقِطَةٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَاسْتَدْرَكَنَاهَا مِنَ الْمُتَقَى.
- (٢) فِي الْأَصْلِ: «لِيَأْخُذَ مِنْ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمُتَقَى.
- (٣) فِي الْأَصْلِ: «لَا يَصْحَحُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمُتَقَى.
- (٤) «قَالَ أَصْبَغُ» سَاقِطَةٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَاسْتَدْرَكَنَاهَا مِنَ الْمُتَقَى لِيَسْتَقِيمَ الْكَلَامُ.
- (٥) «لَمْ يَصْلِحْ ذَلِكَ فِيهِ» سَاقِطَةٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَاسْتَدْرَكَنَاهَا مِنَ الْمُتَقَى لِيَسْتَقِيمَ الْكَلَامُ.
- (٦) فِي الْمُتَقَى: «فَإِنَّهُ».

- (١) وَأَصْبَغُ كَذَلِكَ، كَمَا نَصَّ عَلَى ذَلِكَ الْبَاجِي.
- (٢) لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُوَثِّرُ فِي ثَمَنِهِ وَلَا يُوَجِبُ رَغْبَةً فِيهِ.
- (٣) فِي الْأَمِّ: 375/6 (ط. قتيبة)، وَانظُرِ الْحَاوِي الْكَبِيرَ: 399/5.
- (٤) انظُرِ كِتَابَ الْأَصْلِ: 5/5، وَمَخْتَصَرَ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ: 12/3.

أحدها: أن يدلُّ على عين السَّلْمِ.

الثاني: أن يدلُّ على الحيوان يُضَبَّطُ بِالصِّفَةِ.

الثالث: أن يدلُّ على أنه يثبت في الذِّمَّةِ.

فالدَّلِيلُ عَلَى الْقَرْضِ (1) حَدِيثُ أَبِي رَافِعٍ (2) الَّذِي بَعَدَ هَذَا (3).

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ يُضَبَّطُ بِالصِّفَةِ: مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ، قَالَ الثَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ:

«لَا تَبَايِرُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَتَتَعْتَمَهَا لِزَوْجِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا» (4).

وَدَلِيلُنَا (5) أَنَّهُ يَثْبِتُ فِي الذِّمَّةِ: أَنَّ الْحَيَوَانَ مَعْنَى يَكُونُ بَدَلًا عَنْ سَلْفٍ، فَوَجِبَ أَنْ

يَثْبِتَ فِي الذِّمَّةِ كَالطَّعَامِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ حُكْمِهِ أَنْ يَقُولَ فَارَهَا، وَإِنَّمَا يَصِفُهُ عَلَى حَسَبِ مَا

ذَكَرْنَا، فَإِذَا آتَاهُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ، لَزِمَهُ أَخْذُهُ، قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي «الْمُدَوَّنَةِ» (6).

الرَّابِعَةُ (7):

وَيَجُوزُ السَّلْمُ فِي اللَّحْمِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ (8)، وَمَنْعَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ (9).

وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ: أَنَّهُ يَضْبِطُهُ بِالصِّفَةِ (10)، وَذَلِكَ بَأَن يَصِفُهُ أَوْ يُوصَفُ لَهُ بِأَنَّهُ لَحْمٌ

صَّانٌ وَيُوصَفُ بِالسَّمَنِ، وَغَيْرِ (11) ذَلِكَ مِنْ أَوْصَافِهِ الْمُخْتَصَّةِ، وَبِهِ قَالَ (12) ابْنُ الْقَاسِمِ (10).

(1) فِي الأَصْلِ: «الصِّفَةُ» وَالمُثَبِّتُ مِنَ المَتْنِ.

(2) فِي الأَصْلِ: «وَغَيْرِهِ» وَالمُثَبِّتُ مِنَ المَتْنِ.

(3) «بِهِ قَالَ» مَطْمَوسَةٌ فِي الأَصْلِ، وَأَثْبَتَاهَا مِنَ المَتْنِ. كَمَا زِدْنَا وَارِ العَطْفِ.

(1) أَي عَلَى جِوَارِ القَرْضِ.

(2) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي المَوْطَأِ (1986) رِوَايَةً يَحْيَى.

(3) انظُرْ صَفْحَةَ: 165 مِنْ هَذَا الجِزْءِ هَامِشِ رَقْمِ: 2.

(4) أَخْرَجَهُ البِخَارِيُّ (5240) مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ.

(5) هَذَا الدَّلِيلُ مَتَرْتَّبٌ عَلَى دَلِيلٍ قَبْلَهُ، يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ المَوْئَلَفُ قَدْ أَهْمَلَهُ قَصْدَ الإِخْتِصَارِ، وَيَحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ سَبَقَ نَظْرٌ مِنَ النَّاسِخِ، وَالدَّلِيلُ هُوَ كَمَا فِي المَتْنِ: «وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ القِيَاسِ: أَنَّ كَلَّ مَا صَحَّحَ أَنْ يَثْبِتَ فِي الذِّمَّةِ فَإِنَّهُ يَصْخُحُ أَنْ يَضْبِطَ بِالصِّفَةِ كَالثِّيَابِ».

(6) 155/3 فِي السَّلْفِ فِي الثِّيَابِ.

(7) كَذَا بِالأَصْلِ، أَهْمَلِ المَوْئَلَفُ أَوْ النَّاسِخُ ذِكْرَ المَسْأَلَةِ الثَّالِثَةِ، وَالمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ المَتْنِ: 293/4.

(8) فِي الأَمِّ: 342/6 (ط. قَتِيْبِيَّةٌ)، وَانظُرِ الحَاوِيَّ الكَبِيرَ: 404/5.

(9) انظُرِ الأَصْلَ: 7/5، وَإِخْتِصَارَ اِخْتِلَافِ العُلَمَاءِ: 11/3، وَالمَبْسُوطَ: 137/12.

(10) فِي المَدْوَنَةِ: 125/3 فِي التَّسْلِيفِ فِي الرُّؤُوسِ وَالأَكْرَاعِ.

الخامسة⁽¹⁾:

ويجوز السُّلْمُ فِي الزُّمُرْدِ وَالْفُصُوصِ⁽²⁾، خِلافاً لِلشَّافِعِيِّ⁽³⁾.
وَدَلِيلُنَا: أَنَّهُ مِمَّا يُدْرَكُ بِالصَّفَةِ، فَيُوصَفُ لَوْنُهُ وَصِفَاؤُهُ وَصَفْتُهُ، مِنْ طُولٍ، أَوْ
تَدَخُّرٍ، عَلَى تَفْصِيلِ طَوِيلٍ.
السادسة⁽⁴⁾:

وَالسُّلْمُ فِي الْأَكَارِ وَالرُّؤُوسِ جَائِزٌ⁽⁵⁾، خِلافاً لِلشَّافِعِيِّ⁽⁶⁾ وَأَبِي حَنِيفَةَ⁽⁷⁾.
وَدَلِيلُنَا: مَا قَدَّمَاهُ فِي مَسْأَلَةِ اللَّحْمِ، وَيَحْتَاجُ مِنَ الصُّفَاتِ⁽¹⁾ إِلَى مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ
اللَّحْمُ، وَيَذْكَرُ مَعَ ذَلِكَ كِبَارًا أَوْ صِغَارًا أَوْ مُتَوَسِّطَةً إِذَا سَلِمَ فِيهَا عَدَدًا.
السابعة⁽⁸⁾:

وَيَجُوزُ السُّلْمُ فِي الدَّنَائِيرِ وَالذَّرَاهِمِ⁽⁹⁾، خِلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ⁽¹⁰⁾.
وَدَلِيلُنَا: أَنَّ كُلَّ مَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ ثَمَنًا، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِيهِ سَلَمًا، كَالثِّيَابِ وَالطَّعَامِ.
الثامنة⁽¹¹⁾:

وَأَمَّا السُّلْمُ فِي اللَّبَنِ وَالرَّطْبِ، فَهِيَ مَسْأَلَةٌ مَدِينِيَّةٌ، اجْتَمَعَ عَلَيْهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ، وَهِيَ
مَبْنِيَّةٌ عَلَى قَاعِدَةٍ الْمَصْلُوحَةِ؛ لِأَنَّ الْمَرَّةَ يَحْتَاجُ إِلَى أَخِذِ اللَّبَنِ وَالرَّطْبِ مِيَاوَمَةً، وَيَشُقُّ أَنْ

(1) فِي الْأَصْلِ: «الصَّفَةُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمُتَقَى.

-
- (1) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمُتَقَى: 294/4.
- (2) إِذَا اشْتَرَطَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا مَعْرُوفًا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ، انظُرِ الْمَدُونَةَ: 126/3، وَالْجَامِعُ لِابْنِ يُونُسَ: 77.
- (3) فِي الْأَمِّ: 363/6 (ط. قَتَيْبَةَ)، وَانظُرِ الْحَاوِيَّ الْكَبِيرَ: 406/5.
- (4) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمُتَقَى: 294/4.
- (5) نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمَدُونَةِ: 125/3 فِي التَّسْلِيفِ فِي الزُّرُوسِ وَالْأَكَارِ.
- (6) الَّذِي فِي الْمُتَقَى خِلافاً لِأَحَدِ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ، وَانظُرِ الْأَمِّ: 349/6 (ط. قَتَيْبَةَ)، وَالْحَاوِيَّ الْكَبِيرَ: 406/6.
- (7) انظُرِ كِتَابَ الْأَصْلِ: 10/5، وَمَخْتَصَرَ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ: 11/3.
- (8) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمُتَقَى: 294/4.
- (9) نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمَدُونَةِ: 128/3 فِي تَسْلِيفِ الْفُلُوسِ فِي الطَّعَامِ وَالنَّحَاسِ وَالْفُلُوسِ وَالْفِضَّةِ. وَانظُرِ
الْمَعْرُوفَةَ: 986/2.
- (10) انظُرِ كِتَابَ الْأَصْلِ: 56/5.
- (11) انظُرْهَا فِي الْقَبَسِ: 832/2.

يأخذ كل يوم ابتداءً؛ لأنَّ التَّقْدِيقَ لا يحضُرُه، وصاحبُ الثَّخْلِ واللَّبَنِ يحتاجُ إلى التَّقْدِيقِ؛ لأنَّ الَّذِي عنده عُرُوضٌ لا يَتَصَرَّفُ له. فلَمَّا اشتركا في الحاجةِ رُخِّصَ لهما في هذه المعاملةِ قياسًا على العَرَائِيَا.

التاسعة⁽¹⁾:

وأما السَّلْمُ الثَّالِثُ، وهو أن يكون السَّلْمُ مَقْدَرًا، فهذا ممَّا لا يَصِحُّ السَّلْمُ دونه؛ لأنَّ السَّلْمَ فيه يتعلَّقُ بِالذِّمَّةِ، وما يتعلَّقُ بِالذِّمَّةِ يستحيلُ أن يكونَ جُزْأً؛ لأنَّه لا يَتَبَيَّنُ⁽¹⁾ في الذِّمَّةِ من غيره إلا بالتَّقْدِيرِ، وليس كذلك المشاهدة؛ لأنَّه يَتَبَيَّنُ⁽¹⁾ من غيره بالإشارة له والتَّعْيِينُ له⁽²⁾.

العاشر⁽³⁾:

وهو أن يكون مؤجَّلًا، فإنَّ الظَّاهِرَ من مذهبِ مالِكٍ⁽⁴⁾ أن السَّلْمَ لا يجوزُ إلا في مؤجَّلٍ، وبه قال أبو حنيفة⁽⁵⁾.

ورَوَى⁽²⁾ ابنُ عبدِ⁽³⁾ الحَكَمِ⁽⁶⁾ وابنُ وهبٍ: يجوزُ إلى يومين، ورَوَى ذلك عن مالِكٍ⁽⁷⁾⁽⁴⁾. وقال عبدُ الوهَّابِ⁽⁸⁾: اختلفَ أصحابُنَا في تخريجِ ذلك على المذهبِ، فمنهم من قال: إنَّ ذلك روايةٌ في جوازِ السَّلْمِ الحالِّ، وبه قال الشَّافِعِيُّ⁽⁹⁾، ومنهم من قال: إنَّ الأَجَلَ شرطٌ في السَّلْمِ، وإنَّما تختلفُ الرُّوَايَةُ في مقداره.

(1) في المتقى: «يتميز».

(2) «وروى» زيادة من المتقى.

(3) «عبد» زيادة من المتقى.

(4) في المتقى: «وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك: يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 296/4.

(2) انظر المعونة: 987/2.

(3) الفقرة الأولى إلى قوله: «كعدم المعين» مقتبسة من المتقى: 297/4، وانظر الفقرة الأخيرة في القيس: 834/2.

(4) انظر المعونة: 988/2.

(5) انظر كتاب الأصل: 2/5، ومختصر الطحاوي: 86، ومختصر اختلاف العلماء: 6/3.

(6) الذي في الجامع لابن يونس: 112 «وقال ابن عبد الحكم في اليوم أنه جائز».

(7) قال ابن المواز: رواه ابن وهب عن مالك، نصَّ على ذلك ابن يونس في جامعه: 112.

(8) لم نجد قول عبد الوهَّاب في الموجود من كتبه المطبوعة، وانظر نحوه في المعونة: 988/2.

(9) انظر الحاوي الكبير: 395/5.

والدليل على اعتبار^(١) الأجل: أن ما اختصَّ بالسلم فإنه شرط في صحته كعدم المعين^(٢).

وانفرد مالك عن جميع العلماء في مسألة الأجل في السلم، فقال: يجوز أن يُسلم الرجل إليه في بلد في طعام في بلد آخر، يُعطيه إياه في بلد آخر^(٣) يُسميه ولا يدكر الأجل، وتكون مسافة ما^(٤) بين البلدين أجلاً^(١)، وهي مسألة ضعيفة؛ لأنه أجل مجهول، وهي مسألة ضعيفة جداً.

باب

الحُكْرَةُ وَالتَّرْبِصُ^(٢)

قال الإمام: ذكر مالك^(٣) - رحمه الله - اللفظتين جميعاً؛ لأنَّ حُكْمَهُمَا يَخْتَلِفُ.

أما «الاحتكار» فهو ضمُّ الطعام وجمعه.

وأما «التربص» فهو انتظار الغلاء به.

قال الإمام: ذكر مالك في الباب^(٤) قوله: «لَا حُكْرَةَ فِي سُوقِنَا» وفي الباب حديث

حسن خزيه الترمذي^(٥)، قال: «لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئَةً» وليس في هذا الباب ما يقال^(٥) في أحاديث الحُكْرَةِ غير هذا.

(١) في الأصل: «اختيار» والمثبت من المتقى.

(٢) في المتقى: «التعيين».

(٣) «في بلد آخر» زيادة من القيس: 615/16 (ط. هجر).

(٤) «ما» زيادة من القيس.

(٥) في الأصل: «يقول» ولعل الضواب ما أثبتنا.

(١) انظر نحو هذه المسألة في المدونة: 121/3.

(٢) انظر فصل ما جاء في الحكرة وما يجوز فيها، من كتاب النظر والأحكام في جميع أحوال السوق: 113 - 117.

(٣) في ترجمة الباب من الموطأ: 179/2.

(٤) الأثر (1898) ورواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2598).

(٥) في جامعه الكبير: الحديث (1267) من حديث مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نَضْلَةَ، وقال الترمذي: «وحدِيث مَعْمَرِ حَدِيثِ حَسَنِ صَحِيحٌ».

قوله (1): «لَا يَخْتَكِرُ إِلَّا خَاطِيَةٌ» لفظةٌ مشكّلةٌ، اختلفَ فيها وفي ورودها في اللسان العربي، فيقال: «خاطيء» على الإطلاق، إذا عمل ما لا يجوز، يقال: خاطيء في دينه يخطأ (1) إذا أئتم، ومنه قوله تعالى: «إِنَّ قَلْبَهُ كَانَ خَاطِيًا كَبِيرًا» (2) ويقال: أخطأ، إذا سلك سبيل الخطيئة، عامداً وغير عامد. وقد يكون الخطأ بمعنى الإثم، قال الله العظيم: «وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً» (3) وقال أيضاً: «رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا» الآية (4)، وإذا اشترك ورودهما لم تفضلهما (2) إلا القرائن، فقوله: «لَا يَخْتَكِرُ إِلَّا خَاطِيَةٌ» يعني: آئمة (3).

الفقه في مسائل:

الأولى (5):

فقول: الأموال على قسمين: مطعوم، وغير مطعوم.

والمطعوم على قسمين: قوت، وغير قوت.

والقوت على قسمين: بُرّ وشعير، وما عداهما.

أما الاحتكاك والتربص في الأموال غير المطعومات، فلا خلاف فيه. وأما في المطعومات، فهو الذي يكره جمعه (4) في حالٍ دون حالٍ. ويحرم التربص لانتظار الغلاء به، إذا لم يكن زفع السوق وخفضه الذي جرت العادة به (5)، والمعول في ذلك على النية، فإن تعلقت بضررٍ أحدٍ حرّم ذلك القصد.

(1) في العارضة: «خطأ».

(2) في العارضة: «لم تفسرها».

(3) في الأصل: «آئمة».

(4) في الأصل: «جميعه» والمثبت من القبس.

(5) في الأصل: «الذي أحدث الغلاء به» والمثبت من القبس.

(1) انظر هذه الفقرة في العارضة: 22/6.

(2) الإسراء: 31.

(3) النساء: 92.

(4) البقرة: 286.

(5) انظرها في القبس: 836/2 - 837.

ولا يخلو أن يكونَ المحتَكِرُ للطَّعامِ من مالِ نَفْسِهِ، أو من كَسْبِ يَدِهِ، أو ممَّا اشتراه في السُّوقِ، فإن كان من مالِ نفسه وكَسِبَ يده، فالْحُكْرَةُ جائزةٌ بلا خلافٍ، وإن انتظرَ به رَفَعَ السُّوقِ وخفضَها، وتربَّصَ لأجلِ ذلك، فهو جائزٌ أيضًا بغيرِ خلافٍ. وإن انتظرَ به غلاءً متفاوتًا لِنازلةٍ تحدُّثُ من قَحْطٍ أو عَدُوٍّ ونحوه، فالْحُكْرَةُ جائزةٌ والتَّرْبِصُ حرامٌ، فلَمَّا تَنافرتِ^(١) الحُكْرَةُ والتَّرْبِصُ لفظًا ومعنىً وحُكْمًا جعلهما مالكٌ لفظيتين.

وأما إن كان يحتكرُ بشراءٍ من السُّوقِ، فذلك جائزٌ أيضًا بثلاثةِ شروطٍ:

الأوَّل: سلامةُ النِّيَّةِ كما تقدَّم.

الثاني: ألا يضرَّ النَّاسَ بالشَّراءِ فيرتفعَ السُّعْرُ بكثرةِ الطَّالِبِ.

الثالث: ألا يكونَ من أصولِ المعاشِ والحياةِ، كالذُّهْنِ والخلِّ ونحوه.

أما إنَّه قد تكونَ الحُكْرَةُ مستحسنةً^(٢)، وذلك بأن يكثرَ الواردُ على الموضعِ بالأقواتِ وعند بعضِ النَّاسِ نُقُودٌ، فإن لم يشتروا من الجالبِ رَدًّا ما جَلَبَ، فالشَّراءُ حينئذٍ جائزٌ، والحُكْرَةُ حسنةٌ.

فَضْلٌ^(١)

فإذا احتكرَ ونزلت نازلةٌ بالنَّاسِ، فاحتبسَ عن البيعِ إلا ما يريدُ، فهي مسألةُ التَّسعيرِ، وبيانها أنه صحَّ عن النَّبِيِّ عليه السَّلامُ أن نَفَرًا من الصَّحابةِ سألوه التَّسعيرَ في السُّوقِ، فقال: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَا يَطْلُبَنِي أَحَدٌ بِمَظْلَمَةٍ عِنْدَهُ»^(٢) ويحملُ الحديثُ على وجهين:

أحدهما: إذا لم يكنِ الزَّائِدُ متفاوتًا.

الثاني: إذا لم يكن في ذلك *ضَرَرٌ* بأن يترقى منه إلى غيره*^(٣).

فإن خرجَ عن هذين الوجهين لم يَجْزِ التَّسعيرُ أيضًا، ولكن يقالُ للذي يتولَّى

(١) في القبس: «تغايرت».

(٢) في القبس: «مستحبة».

(٣) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من القبس.

(١) انظره في القبس: 837/2 - 838.

(٢) أخرجه أحمد: 356/3، 286، وأبو داود (3451م)، وابن ماجه (2200)، والترمذي (1314) وقال:

«هذا حديث حسن صحيح»، وابن حبان (4935) من حديث أنس.

الزيادة: أَخْرَجَ عن سوقنا⁽¹⁾، كما فعلَ عمرُ بنُ الخطابِ بحاطِبِ بنِ أبي بُلْتَعَةَ⁽²⁾، هذا إذا كان من أهل السوق. فأما إذا كان الجالبُ للمبيعِ من غير أهل البلد، فذلك الذي يبيع كيف شاء لا يُمنعُ منه، ولا يُخجَرُ عليه، كما قال عمرُ: «أَيُّمَا جَالِبٍ جَلَبَ عَلَيَّ عُمُودَ كَيْدِهِ» الحديث⁽³⁾ وهذا مبنيٌّ على قاعدة المصلحة، فإن الجالبَ لو قيلَ له كما يقالُ للرجل من أهل السوق: إما أن تبيعَ بِسِعْرِنَا، وإما أن تقومَ عن سوقنا، لانقَطَعَ الجلبُ واستضرَّ الناسُ، وعلى هذا اثبت⁽⁴⁾ مسألة التمشير⁽²⁾ في أن كلَّ من جَلَبَ من المعاهدِين إلى بلاد الإسلام أخذَ منه العُشْرُ، إلا أن يجلبَ إلى مكَّةَ، فإنه يؤخَذُ منه نصفُ العُشْرِ مصلحةً، سببها التحريضُ والتضيضُ⁽³⁾ على جَلَبِ الأقواتِ إليها، وفائدته كثرته. ولما لَحَظَ ابنُ حبيبٍ من أصحابنا هذه المصلحةَ وفهمَ المقصودَ فيها قال⁽⁴⁾: إنَّ الجالبَ للطعام لا يمكنُ من أن يبيعَ إلا بِسِعْرِ النَّاسِ، ما خلا القمحَ والشعيرَ، فإنه يكون فيه بحُكْمِ نفسه للحاجةِ إليه ولتمامِ المصلحةِ بهما⁽⁵⁾.

فصل⁽⁴⁾

قال الإمام: وللحُكْرَةُ محلٌّ وزمانٌ، واختلِفَ في ذلك:

- (١) في الأصل: «أنت» والمثبت من القيس.
- (٢) في الأصل والقيس: «التشهير» وهو تصحيف، ولعل الصواب الذي يناسب السياق ما أثبتناه.
- (٣) «سببها التحريض والتضيض» ساقطة من الأصل، واستدركتها من القيس.
- (٤) في الأصل: «فقال» والمثبت من القيس.
- (٥) في الأصل: «فيها» والمثبت من القيس.

(1) يقول يحيى بن عمر في كتابه «النظر والأحكام في جميع أحوال السوق»: 44 «حدَّثني من سفيثٍ لك من مشايخي [وهم سحنون بن سعيد، والحارث بن مسكين، وأبو طاهر أحمد بن عمر] عن ابن وهب، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: لا يُسعر على أحد من أهل السوق، فإن ذلك ظلمٌ، ولكن إن كان في السوق عشرة أصوع، فحطَّ هذا صاعًا، يُخْرَجُ من السوق. قال يحيى بن عمر: هذا الذي أخذ به وأختاره لنفسه: لا يُسعر على أحد، وكل من حطَّ من السعْر الذي في السوق يخرج».

- (2) أخرجه مالك في الموطأ (1899) رواية يحيى.
- (3) أخرجه مالك في الموطأ (1898) رواية يحيى.
- (4) انظر النصف الأول من هذا الفصل في المعارضة: 22/6 - 23، وابتداء من قوله: «لا حُكْرَةُ في سوقنا يريد المنع...» إلى آخر الفصل مقتبس من المنتقى: 15/5 - 16.

فأما «المحل»^(١) فقال مالك^(١) والثوري: الاحتكارُ في كل شيءٍ إلا الفواكه.
وقال ابن حنبل: الاحتكارُ في الطعام وحده في مكة والمدينة والثغور، لا في
الأمصار^(٢).

وقال قوم: ليست الحِكْرَةُ إلا في الثوت لا في الإدام، ولأجل ذلك كان سعيد بن
المسيب يحتكر الزيت^(٣).

وأما «زمان الاحتكار» فاختلف فيه أيضًا، فقيل: إنه في كل وقت.
وقيل: إنما ذلك عند ميسيس^(٢) الحاجة إليه، والذي يربط^(٣) لكم فيه العَقْد؛ أن
النبي عليه السلام قال: «لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِيَةٌ»^(٤) فينبني على هذا الحديث، أو على
قوله: «لَا ضِرَازَ»^(٥) أو على إجماع الأمة على هذه المناهي، من القَصْدِ إلى ما يضرُّ
بالتاس على الخصوص والعموم لا يجوز، وكذلك فعل ما يضرُّ بهم، فنقول: إذا كان
المحتكرُ يقبضُ اليدَ عن الشراء من مال نفسه وكسبِ يده، فلا حَرَجَ عليه في احتكاره
لذلك، فإن خاف على نفسه وعلى الناس، وتأهَّبَ لذلك، لم يكن آثمًا، وإنما إذا كان
المحتكرُ يشتري من السوق، فذلك جائزٌ بثلاثة شروط كما قدمنا:
الأول: سلامة النيَّة.

الثاني: ألا يضرَّ بالتاس في السوق فيرفع^(٤) في سوقهم لكثرة الطلب^(٥).

(١) «فأما المحل» ساقطة من الأصل، واستدركتها من العارضة.

(٢) في الأصل: «سنين» والمثبت من العارضة.

(٣) في العارضة: «يضبط» وهي سديدة.

(٤) في الأصل: «أو يرفع» والمثبت من العارضة.

(٥) في الأصل: «طلبه» والمثبت من العارضة.

(1) الذي في المدونة: 290/3 في ما جاء في الحكرة، قول مالك: «الحكرة في كل شيء في السوق من الطعام والكتان والزيت وجميع الأشياء، والصوف وكل ما أضرَّ بالسوق»، وانظر المعونة: 2/1035.

(2) انظر الشرح الكبير لابن قدامة: 200/11.

(3) أخرجه عبد الرزاق (14886)، وابن أبي شيبة (22076).

(4) سبق تخريجه صفحة: 123 من هذا الجزء.

(5) أخرجه مالك (2171) رواية يحيى.

الثالث: ألا يكون من أصول^(١) المعاش والطعام والدّهْن، ففيه الخلاف على ما قد يتّأه.

هنا موضع التركيب للفروع فنقول:

قوَاه^(١): «لَا حُكْرَةَ فِي سُوْقِنَا» يريدُ المنع في سوق المدينة؛ لأنّ غالب أحوالها غلاء الأسعار، ولذلك يمنع الأذخار لما فيه من التضييق على الناس.

هنا تركيب جملة مسائل:

أحدها: في بيان معنى الاحتكار^(٢) وحُكْمِهِ.

الثاني: في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الأذخار.

الثالث: في بيان ما يتعلّق به في^(٣) المنع.

الرابعة: في بيان من يَمْنَعُ من الاحتكار.

فنبني^(٤) الكلام على هذا فنقول:

الاحتكار هو الأذخار للمبيع، وطلب الرّيح بتقلّب الأسواق^(٥)، فأما الأذخار للقوت^(٦) فليس من باب الاحتكار.

فإذا ثبت ذلك، فإنّ احتكار الأوقات وغيرها ليس بممنوع، ورَوَى محمد عن مالك أنّه سئل عن التّربص بالطعام رجاء الغلاء؟ قال: ما علمت فيه نهياً. قيل له: فمن يتاعه فيحبّ غلاءه؟ قال: ما من أحدٍ يتاعه إلا وهو يحبّ غلاءه.

ويتعلّق المنع بمن يشتري في وقت الغلاء أكثر من مقدار قوّته^(٧)، وذلك ضربان:

(١) في الأصل: «أموال» والمثبت من العارضة.

(٢) في الأصل: «الأذخار» والمثبت من المتقى.

(٣) «في» زيادة من المتقى.

(٤) في الأصل: «فينبي» ولعلّ الصواب ما أثبتنا.

(٥) «بتقلّب الأسواق» زيادة من المتقى.

(٦) في الأصل: «والقوت» والمثبت من المتقى.

(٧) في الأصل: «من القوت» والمثبت من المتقى.

(١) أي قول عمر في الموطأ (1898) رواية يحيى.

- ١ - أحدهما: أن يكون من أهل ذلك الموضوع أو غيره. فإن كان من أهل ذلك الموضوع، فحُكْمُهُ ما ذكرنا.
- ٢ - وإن كان من غيره، فينظر على أيِّ وجهٍ يشتريه، إن كان للاذْخَار أو للمعاش كلَّ يوم⁽¹⁾.

(1) لا ندري إن كان المؤلف قد اختصر الكلام هنا فَعَدَلَ عن ذكر باقي المسائل التي أشار إليها، أم أنه سَقَطَ طرأ على النسخة فبتر الكلام بترًا مشيئًا، ورأينا من المستحسن نقل كلام الباجي كما هو في المتقى: 16/5 مختصرًا: «المسألة الثانية» في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الأذخار. إن لذلك حالتين:

إحدهما: حال ضرورة وضيق، فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار، ولا خلاف نعلمه في ذلك. والثانية: حال كثرة وسعة، فهنا اختلص أصحابنا، فالذي رواه ابن القاسم عن مالك أنه لا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء. قال مالك: وما يعيبه من مَضَى وورونه ظلمًا منع التجر إذا لم يكن مضرًا بالناس ولا بأسواقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أن احتكار الطعام يمنع في كلِّ وقت، فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة دون وقت السعة...

[المسألة الثالثة] وهو ما يمنع من احتكاره.

فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك [في المدونة: 290/3] أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضمر ذلك بالناس. ووجه ذلك: أن هذا مما تدعو الحاجة إليه، لمصالح الناس، فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام.

[المسألة الرابعة] في بيان ما يمنع من الاحتكار.

أما ما يمنع من الاحتكار، فإنَّ الناس في ذلك على ضربين: ضربٌ صار إليه بزراعته، أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك ضرورة أو غيرها، روى ابن المواز عن مالك أنه قال: يبيع هذا متى شاء، ويمسك إذا شاء بالمدينة وغيرها.

والضرب الثاني: من صار إليه الطعام بابتياح بالبلد، فإن المنع يتعلّق به في وقتين: أحدهما أن يبتاعه في وقت ضرورة... والثاني: أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء، ثم تلحق الناس شدة وضرورة إلى الطعام، ففي كتاب ابن المواز: قيل لمالك: فإذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون، أيتأع عليهم؟ قال: ما سمعته.

بَابُ

مَا يُجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ وَالسَّلْفِ فِيهِ^(١)

الفقه في مسائل:

الأولى^(١):أما بيع الحيوان ببعضه ببعض نقداً، فلا كلام فيه، ولا تفرغ^(٢) عليه.وأما بيعه بنسيئة، فإنه جائز عندنا، وبه قال الشافعي^(٢).وقال أبو حنيفة وجماعة الكوفيين^(٣): إن الحيوان لا يثبت في الذمة؛ لأن الصفة لا تخصره، وقد تقدمت المسألة.

وَبَيَّ مَالِكٍ أَصْلَهُ فِي الرَّذِّ عَلَيْهِمْ بِقَوْلِ عَلِيٍّ - إِمَامِهِمْ وَالْخَلِيفَةُ عَلَيْهِمْ^(٣) - وَفِعْلِهِ؛ إِذْ بَاعَ جَمَلَهُ نَقْدًا بِعِشْرِينَ بَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ^(٤)، وَمِنَ الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ مَا خَرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٥) وَغَيْرُهُ^(٦)، عَنْ أَبِي رَافِعٍ، أَنَّهُ قَالَ: «اسْتَسَلَفَ النَّبِيُّ جَمَلًا بَكْرًا فَقَضَى حِيَارًا رِبَاعِيًّا» وَغَلَطَ بَعْضُ النَّاسِ مِنَ الْمَتَأَخِّرِينَ مِنْ عِلْمَانِنَا، فَظَنُّوا أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ فِي السَّلْفِ مِنْ بَابِ الْمَعْرُوفِ، فَلَا يَحْتَجُّ بِهِ^(٤) فِي السَّلْمِ الَّذِي هُوَ مِنْ بَابِ الْمُغَابَنَةِ، وَالْمَسْأَلَةُ وَاحِدَةٌ،

(١) «والسلف فيه» زيادة من الموطأ والقبس.

(٢) وفي القبس: «تفرغ».

(٣) في القبس: «فيهم».

(٤) في الأصل: «فيه» والمثبت من القبس.

(١) انظرها في القبس: 838/2 - 839.

(٢) في الأم: 381/6 (ط. قتيبة).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: 86، ومختصر اختلاف العلماء: 40/3.

(٤) يقصد علي بن أبي طالب، في الأثر الذي أخرجه مالك في الموطأ (1901) رواية يحيى، ورواه عن

مالك: أبو مصعب (2602)، وسويد (248)، ومحمد بن الحسن (800)، وعبد الرزاق في المصنف

(14142)، والشافعي في المسند: 141، وابن بكير عند البيهقي: 22/6.

(٥) الحديث (1600).

(٦) كالإمام مالك في الموطأ (1986) رواية يحيى، والدارمي (2568)، والترمذي (1318) وغيرهم.

والخلاف بيننا وبين أهل الكوفة في ذلك واحد، ثم رُكِبَ^(١) مالك - رحمه الله - على هذا الباب دخول الرّبا على الحيوان، كَبَيْعِ الْجَمَلِ بِالْجَمَلِ وزيادة الدّراهم نقدًا أو بنسيئة^(٢)، وذلك إنّما^(٣) هو من قاعدة الدّرائع.

القائمة^(٢):

قوله^(٣): «لَا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِالْجَمَلِ بِمِثْلِهِ» إلى آخر كلامه، هو كما قال، إنّ ما يجوز التفاضل فيه نقدًا من غير المقتات والذهب والفضة ويحرم فيه التفاضل نسيئًا^(٤). فإن^(٤) مَنْ باع بعضه ببعض يدًا بيّد، فلا يفسد ذلك ما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس، نقدًا أو^(٥) إلى أجل، بعد أن يتعجل الجنسان، فإن تأجل ذلك، لم يَجُزْ بوجه^(٤)، وهذا عقد الباب وضبطه.

القائمة^(٥):

قوله^(٦): «لَا بَأْسَ بِالْبَعِيرِ النَّجِيبِ بِالْبَعِيرَيْنِ» يحتمل أن يريد بالنجيب جنسًا منها، ويحتمل أن يريد الفأرة القوي.

و «الْحَمُولَةُ» ما يحمل عليها دون ما يُراد للذّر والنسل، وحواشيها أذونها^(٦)، وليس يُوصف المقدم منها بأنه من الحواشي، وهو أظهر في قول مالك، فيجوز البعير الفأرة بالبعيرين، وإن كان المؤجل والمعجل من نوع واحد.

(١) في الأصل: «نكب» والمثبت من القيس.

(٢) «إنما» زيادة من القيس.

(٣) في المتن: «فيها».

(٤) في الأصل: «قال» والمثبت من المتن.

(٥) «أر» زيادة من المتن.

(٦) «أدونها» زيادة من المتن.

(١) الموطأ (1904) رواية يحيى.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 20/5.

(٣) أي قول مالك في الموطأ (1904) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2605).

(٤) ووجه ذلك: أنه إذا لم يتأجل شيء من جنسهما فقد سلّمًا من السلف فلا بأس بالزيادة، وإذا تأجل شيء من جنس ما تعجل فقد صار سلفًا وازداد أحدهما فيه ما أفسد السلف.

(٥) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 20/5.

(٦) أي قول مالك في الموطأ (1905) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2606).

ولا يجوز⁽¹⁾ أن يريد به الشَّجِيب من النوع؛ لأنَّ ذلك ليس في الأغلبِ ممَّا يحمل⁽¹⁾ عليه فيوصف⁽²⁾ بأنَّه حُمُولَةٌ.

الرابعة⁽²⁾:

قوله⁽³⁾: «وَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُهَا»⁽³⁾ يريد في المنفعة المقصودة، سواء كانت من جنسٍ واحدٍ أو أجناس، فإنَّه لا يجوزُ منها اثنانِ بواحدٍ.

الخامسة⁽⁴⁾:

قوله⁽⁵⁾: «إِذَا انْتَقَدَ»⁽⁴⁾ ثَمَّتُهُ يريد ألا يبيعه بدينين؛ وذلك لأنَّه لا يخلو أن يكون العرضُ والحيوانُ مؤجَّلاً أو غير مؤجَّلٍ، فإن كان مؤجَّلاً، لم يَجْزُ بيعه بمؤجَّلٍ مَمَّن هو عليه ولا من غيره؛ لأنَّه يدخله في بيعه مَمَّن هو عليه⁽⁵⁾ فسحَّ دَيْنٍ في دَيْنٍ، وَيَدْخُلُهُ⁽⁶⁾ في بيعه من غيره الكالِيء الكالِيء⁽⁶⁾.

وهل يجوزُ *بيعه معجلاً مَمَّن هو عليه؟ حُكْمُهُ في ذلك حُكْم سائر العروض، يجوز أن يبيعه منه بما يجوزُ*⁽⁷⁾ أن يُسلم فيه رأس مال السلم، ويسلم في المُسَلَّم فيه، ولا يجوزُ على⁽⁸⁾ غير ذلك.

(1) في المتقى: «يغلب».

(2) في الأصل: «... عليه، فهو صعب» والمثبت من المتقى.

(3) في الأصل: «بعضه» والمثبت من الموطأ.

(4) في الموطأ: «انتقدت».

(5) في الأصل: «... يبيعه منه» والمثبت من المتقى.

(6) «ويدخله» زيادة من المتقى.

(7) ما بين النجمتين زيادة على نصِّ المتقى، وهي مضطربة.

(8) «على» زيادة من المتقى.

(1) في المتقى: «قال القاضي أبو الوليد الباجي: ولا يجوز عندي...».

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 20/5 - 21.

(3) أي قول مالك في الموطأ (1905) رواية يحيى.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 21/5.

(5) أي قول مالك في الموطأ (1906) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2607).

(6) تمة الكلام كما في المتقى: «وكلاهما يمنع صححة المقد».

بَابُ مَا لَا يُجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ

الفقه في مسائل:

الأولى⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ» الحَبْلُ هو الحَمْلُ، والحَبَلَةُ هو الجنينُ، فكأنه باعه إلى أن ينقضي حمل الجنين، فيحلّ البَيْعُ بائناً⁽¹⁾ -حملة، وذلك على ضربين: أحدهما: أن يكونَ الأجلُ يتقدَّرُ به.

والثاني: أن يكون المبيعُ هو الجنينُ الثاني.

فأما الأول فلا يجوز؛ لأنَّ الأجل⁽²⁾ مقصود بالعمد، فيجبُ أن يكونَ معلوماً.

والذي يدخل فيه الفساد أمران:

أحدهما: الجهالة فيه⁽³⁾.

والثاني: أن يكون بعيداً يدخله الغرر لبُعده.

فأما الأول، فعلى ما ذكرنا من البَيْعِ إلى أن تنتج الثاقه، أو إلى قدوم فلان، أو

نزول المطر، مما يختلف اختلافاً متبايناً تختلف الأغراض باختلافه.

الثانية⁽³⁾:

فأما إن كان إلى أجلٍ بعيدٍ جداً، فقد رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عن مالك في «المُدَوَّنَةِ»⁽⁴⁾

(1) في الأصل: «بائناً» والمثبت من المتقى.

(2) «الأجل» زيادة من المتقى.

(3) في المتقى: «به».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 21/5 - 22.

(2) أي قوله ﷺ في الموطأ (1908) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2609)، وسويد (249)، وابن القاسم (240)، ومحمد بن الحسن (777)، والقعني عند الجوهري (687)، والطباع، وابن مهدي عند أحمد: 56/1، 63/2، والتنيسي عند البخاري (2143)، وابن المبارك عند أبي نعيم في حلية الأولياء: 352/6.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 22/5.

(4) 262/3 في اشتراء سلعة إلى الأجل البعيد.

تجويز الشراء إلى عشرين سنة، وهذا بعيدٌ جداً⁽¹⁾.

وقال ابنُ القاسم في «الموازاة» إنه جَوِّزَ ذلك إلى عشر سنين، وَكَرِهَهُ⁽¹⁾ إلى عشرين، ثم قال: ولا أفسخه إلا إلى ستين أو سبعين⁽²⁾.

الثالثة⁽²⁾:

قوله⁽³⁾: «لَا رَبَا فِي الْحَيَوَانِ» معناه: أنه لا يثبت فيه تحريم التفاضل يداً بيدٍ على ما ثبت في المدخر المُقْتَاتِ.

وقوله⁽⁴⁾: «وَأِنَّمَا نُهِيَ مِنَ الْحَيَوَانِ عَنِ ثَلَاثَةٍ» لا خلاف بين الفقهاء في الحكم أنه لا يجوز أن يُباع ما في البطن من الحيوان من جنين، ولا «مَا فِي ظَهْرِ الْفَحْلِ»⁽⁵⁾ بمعنى⁽³⁾ أنه يحمله البائع على ناقته.

الرابعة⁽⁶⁾:

قوله⁽⁷⁾: «لَا يَشْتَرِي الْحَيَوَانُ الْغَائِبَ بِالتَّقْدِيرِ قَرِيبًا وَلَا بَعِيدًا» هذه رواية «الموطأ»⁽⁸⁾، ورُوِيَ في «المدونة»⁽⁹⁾ وغيرها؛ أنه يجوز التقدُّ⁽⁴⁾ فيما قَرُبَ دُونَ مَا بَعْدَ⁽¹⁰⁾.

(1) في الأصل: «أكرهه».

(2) في المتن: «أو تسعين».

(3) في الأصل: «يعني» والمثبت من المتن.

(4) «التقد» زيادة من المتن.

(1) قوله: «وهذا بعيد جداً» من إضافات ابن العربي على نص المتن.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 22/5.

(3) أي قول ابن المسيب في الموطأ (1909) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2610)، وسويد (249)، ومحمد بن الحسن (776)، وابن بكير عند البيهقي: 341/5.

(4) في المصدر السابق.

(5) في الموطأ: «ما في ظهور الجمال».

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 22/5.

(7) أي قول مالك في الموطأ (1910) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2611).

(8) ووجه هذه الرواية: أن الحيوان مبيعٌ غائب يتقل ويحول، فلا يجوز التقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة.

(9) 258/3 في اشتراء الغائب.

(10) ووجه هذه الرواية: أن ما قَرُبَ يقل فيه العَرَرُ لَعَرَبِ إمكان قبضه، وإن دخله نقص عرف وقت نقصه، فكان ذلك كالحاضر؛ لأنه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع، بل قد يجوز ذلك والمبيع غائب في دار البائع ومخزنه.

فإذا قلنا بالفرق بين القُرْبِ والبُعْدِ، فقد رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ مَالِكٍ بِجَوَازِ التَّقْدِيمِ^(١) كَانَ عَلَى الْبَرِيدِ أَوْ الْبَرِيدِينَ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: عَلَى الْيَوْمِ وَنَحْوِهِ. وَيَجُوزُ عَلَى مَسِيرَةِ الْيَوْمِ، وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ^(٢). وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْحَيَوَانِ خَاصَّةً الْبَرِيدَ وَالْبَرِيدِينَ^(٣). وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْهُ: لَا^(٤) يَنْقَدُ فِي الطَّعَامِ يَكُونُ عَلَى نِصْفِ يَوْمٍ حَتَّى يَقْرُبَ جَدًّا. الْخَامَةَ^(٥):

وَالْبَيْعُ بِالرُّؤْيَةِ الْمَتَقَدِّمَةِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَقَعَ عَلَى^(٦) الْإِطْلَاقِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَشْتَرَطَ الْبَائِعُ* أَنْ الْمُسْتَعْتَبِ عَلَى الصُّفَةِ الَّتِي كَانَ عَلَيْهَا حِينَ رَأَى الْمُبْتَاعَ*^(٧)، فَذَلِكَ جَائِزٌ.

وَفِي صِحَّةِ بَيْعِ الْبَعِيدِ الْغَيْبَةِ شَرْطَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَلَّا يُضْرَبَ لِقَبْضِهِ أَجَلًا، وَرَوَى^(٨) عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إِنْ ضُرِبَ لِذَلِكَ

أَجَلًا لَمْ يَجْزُ، زَادَ مُحَمَّدٌ: قَرِيبًا وَلَا بَعِيدًا^(٩).

وَوَجْهٌ ذَلِكَ: أَنَّ أَجَلَ قَبْضِهِ مُتَقَدِّرٌ بِقَدْرَيْنِ، فَهُوَ مَفْسَدُ الْقَدْرَيْنِ^(١٠):

1 - أَحَدُهُمَا: مَسَافَةٌ^(١١) مَا بَيْنَ بَلَدِ الْبَائِعِ وَبَلَدِ الْمُبْتَاعِ^(١٢).

(١) فِي الْأَصْلِ: «فِيهِ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَتَقَيِّ.

(٢) «لَا» زِيَادَةٌ مِنَ الْمَتَقَيِّ.

(٣) «عَلَى» زِيَادَةٌ مِنَ الْمَتَقَيِّ.

(٤) مَا بَيْنَ النَّجْمَتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنَ الْمَتَقَيِّ.

(٥) فِي الْمَتَقَيِّ: «... قَبْضُهُ يَفْسُدُ؛ لِأَنَّهُ مُتَقَدِّرٌ تَقْدِيرَيْنِ».

(٦) فِي الْأَصْلِ: «مُسْتَأْنَفٌ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَتَقَيِّ.

(٧) فِي الْمَتَقَيِّ: «بَلَدُ الْبَيْعِ وَبَلَدُ الْمُسْتَعْتَبِ».

(١) أورد هذه الرواية ابن يونس في جامعه: 900 إلا أنه قال: اليوم واليومين.

(٢) أورد هذه الرواية ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 900.

(٣) هذه المسألة مقبسة من المتقى: 22/5 - 23.

(٤) الزاوي عن ابن القاسم هو عيسى بن دينار كما صرح به الباجي في المتقى.

(٥) أورد هذه الزيادة ابن يونس في جامعه: 900.

2 - والثاني: الأجل الذي يضربان، وذلك يمنع صحة العقد.

والضرب الثاني⁽¹⁾: أن يبيع البعيد الغيبة بصفة، فإن كان كما وصف، لزم المبتاع، وإلا كان له الخيار. ومنع الشافعي⁽²⁾ بيع ما لم يُر.

فرع⁽³⁾:

فلذا ثبت هذا⁽⁴⁾، فهل يكون ضمانه⁽⁵⁾ من البائع أو المبتاع؟ اختلف فيه قول مالك، فقال: هو من المبتاع، إلا أن يشترط ذلك على البائع، إذا كان ممّا لا يجوز فيه التقد⁽⁶⁾، وبه قال مطرف وابن وهب، ثم رجع فقال: هو من البائع، إلا أن يشترط ذلك على المبتاع، وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون.

ووجه القول الأول: أنه لم⁽¹⁾ يبق فيه حق توفية، فكان من المبتاع كالحاضر يكون في الدار.

ووجه الثاني: أنه ممنوع من التقد فيه⁽⁷⁾، فكان من البائع كالجارية المبيعة بالمواضعة.

(1) في الأصل: «انه إن لم» والمثبت من المتن.

(1) الضرب الثاني أو الشرط الثاني كما هو في المتن: «أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع إلى بلد بعيد يستوفيه فيه منه». أنا ما أورده المؤلف فهو مسألة مستقلة أوردها الباجي في الصفحة: 42 من الجزء: 5.

(2) في الأم: 122/6 (ط. قتيبة)، وانظر مختصر خلافيات البيهقي: 269/3.

(3) هذا الفرع مقتبس من المتن: 24/5.

(4) أي جواز بيع الأعيان الغائبة.

(5) قبل القبض.

(6) قوله: «إذا كان ممّا لا يجوز فيه التقد» من إضافات ابن العربي على نص المتن.

(7) مخافة تغيره.

بَابُ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ

الفقه في مسائل:

الأولى⁽¹⁾:

نَهَيْهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ⁽²⁾ يَقْتَضِي تَحْرِيمَهُ، وَيَه قَالَ مَالِكٌ⁽³⁾⁽¹⁾ وَالشَّافِعِيُّ⁽⁴⁾ وَجَمَاهُورُ الْفُقَهَاءِ.

وقال أبو الزناد: «إِنْ كُلَّ مَنْ أَدْرَكَتْ كَانَ يَنْهَى عَنْ ذَلِكَ»⁽⁵⁾.

وأجاز أبو حنيفة بيع الحيوان باللحم⁽⁶⁾.

والمسألة لنا، لا كلام لأحد فيها، وحججنا في ذلك: حديث ابن المسيب؛ لأنه رَوَى عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ النَّهْيَ عَنِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ⁽⁷⁾. وقد اتفقت الأمة على قبول مُرَائِيلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ، ولا كلام لهم عليه، فالمسألة غير معلّلة، وتعليلها فيه تعارض ظاهر وتناقض كثير.

وعول علماءنا فيها من طريق المعنى على أن⁽²⁾ الشَّيْرَجَ⁽⁸⁾ بالسَّمْسِمِ لا يجوز؛ لأنه يخرج منه، فكذاك اللحم بالحيوان، وتحرير⁽³⁾ ذلك وتفصيله في «مسائل الخلاف».

(٢) «أن» زيادة من القبس.

(١) «مالك و» زيادة من المتقى.

(٣) ويمكن أن تقرأ: «وتحديد».

(١) الأسطر الأولى إلى آخر قول أبي حنيفة مقتبسة من المتقى: 25/5، وانظر الباقي في القبس: 2/840 - 839.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (1912) رواية يحيى، ورواه عن مالك أبو مصعب (2613)، وسويد (250)، ومحمد بن الحسن (783).

(٣) في المدونة: 174/3 في ما جاء في اللحم بالحيوان.

(٤) انظر الحاروي الكبير: 157/5.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (1914) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2615)، وسويد (250)، ومحمد بن الحسن (781).

(٦) انظر مختصر اختلاف العلماء: 41/3.

(٧) سبق تخريجه في التعليق رقم: 2 من هذه الصفحة.

(٨) هو دهن السَّمْسِمِ، انظر شرح غريب ألفاظ المدونة: 44.

أما «بيع اللحم باللحم» فإنه مما لا ريباً فيه، وأموال^(١) الرِّبَا بشروطها من اعتبار الجنس في ربا الفضل والنساء، واعتبار القوت في ربا النساء خاصةً مذكورة في «كتب المسائل».

مسألة أصولية^(١):

قال بعض علمائنا حين تعلق بحديث نهي النبي عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان: هذا تلقته الأمة بالقبول فوجب القضاء به، وهذا وهم^(٢) بطريق الحديث، فليست شهرة الحديث بموجبة لصحته إجماعاً، وهذا الحديث ما تلقته الأمة بالقبول، فإن أهل الكوفة ردوه^(٣)، وقد عدّ العلماء الأحاديث المشهورة المتداولة على ألسنة الأمة من العلماء وليست بصحيحة، وذكروا منها نبذاً كحديث: «الخراج بالضمان»^(٤) وحديث: «رفع عن أمي الخطأ والنسيان»^(٥) ودونهما حديث: «لا يأوي الضالة إلا ضالاً»^(٦) وذلك مذكور في كتب الحديث.

الثانية^(٦):

قال علماؤنا^(٧): نهي عن بيع الحيوان باللحم، إن ذلك في اللحم النيء، أما

(١) في الأصل: «أبواب» والمثبت من القبس. (٢) في الأصل: «رووه» والمثبت من القبس.

(١) انظرها في القبس: 840/2 - 841.

(٢) في القبس: «وهذا جهل منه».

(٣) أخرجه الشافعي في مسنده: 189، والطيالسي (1464)، وعبد الرزاق (14777)، وعلي بن الجعد في مسنده (2811)، وابن أبي شيبة (21181)، وأحمد: 49/6، 237، وأبو داود (3508م)، والترمذي (1286) وقال: «هذا حديث حسن غريب»، وابن ماجه (2242)، والنسائي في الكبرى (6081)، وأبو يعلى (4537)، وابن حبان (4928)، والدارقطني في سننه: 53/3، كلهم من حديث عائشة. وصححه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام: 212/5 (2425)، وقال ابن حزم في المحلى: 250/5 «إنه خبر لا يصح؛ لأن رواية مخلد بن خفاف وهو مجهول».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) أخرجه علي بن الجعد في مسنده (2160) من حديث علي، وأخرجه من حديث جرير بن عبد الله: ابن أبي شيبة (216172)، وأحمد: 360/4، وأبو داود (1720م)، وابن ماجه (2503)، والنسائي في الكبرى (5799، 5800)، والطبراني في الكبير (2376). وقال ابن حزم في المحلى: 261/8 «هذا حديث لا يصح».

(٦) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 25/5.

(٧) المقصود هو الإمام الباجي.

المطبوخ، فروى ابنُ المَوَازِ وأشهب كراهية ذلك. وأجازهُ ابنُ القاسم، وهو^(١) أحبُّ إلينا. الثالثة^(١):

قال^(٢): واللَّحْمُ^(٢) على ثلاثة أجناس: ذوات الأربع، إنسيها ووحشيها، المباحة كلها جنس واحد^(٣)، والطير كله^(٤) جنس واحد، والحيتان كلها جنس واحد.

وأما الجراد، فروي عن مالك أنها جنس رابع. وروي عنه في «المُدَوَّنَة»^(٣) أنه قال: ليست بلحم، وإنما يمنع^(٥) بيع اللحم بالحيوان من جنسه.

قال ابنُ القاسم: ولم أر عند مالك تفسير الحديث في اللحم بالحيوان إلا من صنف واحد لموضع المزابة.

وذهب الشافعي^(٤) إلى^(٦) أنه لا يجوزُ بيعُ لحم بحيوان بجنسه^(٧)، ولا من غير جنسه.

ودليلنا: ما يُعتبرُ فيه الرُّبَا يُعتبرُ فيه الجنس كالحبوب، وهذا فيما أكله مباح. وأما ما حرّم أكله، فلا يمنع من ذلك؛ لأنه ليس ممّا يجلُّ أكله، فيقال: إن فيه من جنس هذا اللحم.

وأما المكروه، فمّا^(٨) جرت العادةُ بأكله، مُنعَ من بيعه بلحم جنسه، كالهَرِّ والثعلب والضبع.

(١) «هو» زيادة من المتقى.

(٢) في المتقى: «فالحيوان».

(٣) في المتقى: «... الأربع التي هي مباحة الأكل كلها جنس».

(٤) في الأصل: «كلها» والمثبت من المتقى.

(٥) «يمنع» زيادة من المتقى.

(٦) «إلى» زيادة من المتقى.

(٧) في المتقى: «بيع لحم الحيوان من جنسه».

(٨) في المتقى: «مما».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 25/5.

(2) القاتل هو الإمام الباجي.

(3) 174/3 في ما جاء في اللحم بالحيوان.

(4) انظر الحارثي الكبير: 157/5، ومختصر خلافيات البيهقي: 304/3.

وأما الخيلُ والبغالُ والحميرُ، فقد قال مالك⁽¹⁾: لا بأسُ بها باللحم، نقدًا أو إلى أجلٍ؛ لأنَّ ذلك لم تجرِ العادةُ بأكلِهِ⁽²⁾، ولأنَّ منافعها⁽³⁾ غير الأكل.

بَابُ بَيْعِ اللَّحْمِ بِاللَّحْمِ

الفقه في مسائل:

الأولى⁽⁴⁾:

اللحمُ الذي يُعتبرُ فيه التَّساويُ أو التفاضلُ، هو اللحمُ على هيئته التي يستعملُ عليها، ممَّا يشتملُ عليه من عَظْمٍ وغيره، ما لم يكن مضافًا إليه، كنوى التمر حُكْمُهُ حكم التمر، ما لم يكن مضافًا إليه.

فرع:

وأما «الكَرْشُ»، والكَيْدُ، والقلْبُ، والرَّئَةُ، والأَكْرَعُ، والرَّاسُ، والحُلْقُومُ، والشَّحْمُ، والكُلَيْتَانِ، والخُصِيَّتَانِ» فلا يصحُّ شيءٌ منه باللحم، إلاَّ مِثْلًا بِمِثْلٍ، قاله ابنُ القاسم في «المدونة»⁽⁵⁾ وقال: «وما علمتُ مالكا كَرِهَ أكلَ الطَّحَالِ، ولا بأسَ به». فإذا ثبت ذلك من قوله، فيجبُ أن يكونَ حُكْمُهُ حُكْمَ اللَّحْمِ.

الثانية⁽⁶⁾:

قوله⁽⁷⁾: «الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا» يريد عند أهل المدينة أن لحم ذوات الأربع

-
- (1) في المدونة: 174/1 - 175 في اللحم بالذَّوَابِ والسَّبَاعِ إلى أجل.
 - (2) الذي في المدونة: «لا بأسُ به يَدًا بيد، وإلى أجل؛ لأنَّ الذَّوَابَ ليس مما يُؤْكَلُ لحومها».
 - (3) المقصودة منها.
 - (4) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المتقى: 26/5.
 - (5) 179/3 في ما جاء في اللحم باللحم.
 - (6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 26/5.
 - (7) أي قول مالك في الموطأ (1915) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (6219).

جنسٌ يحرمُ فيه التفاضل . والطَّيرُ جنسٌ آخرٌ يجوزُ^(١) التفاضلُ بينه وبين ذوات الأربع .
والأمرُ في الجرادِ على اختلاف قول مالك، وقد تقدّم .

الثالثة^(١) :

رَوَى ابنُ القاسم عن مالك في «العُتْبِيَّة»^(٢) وغيرها؛ أَنَّ الخُبْزَ واللَّحْمَ والبَيْضَ يجوزُ
بيع بعضه ببعض تحريراً^(٣)، ولم يُجزَّه أبو حنيفةً والشافعي^(٤) .

ودليلنا: أَنَّ هذا ممَّا تدعو الحاجةُ إليه، وإلى قسمته ومبادلته في السَّفَرِ، وحيث لا
توجدُ الموازين، فجازاً للضرورة مع الوصول بذلك إلى التماثل .

وقال عبدُ الوهاب^(٥) : من أصحابنا من أجازَه على الإطلاق، ومنهم من أجازَه
بشَرْطِ تَعَدُّرِ المَوازين، وهذا في الموزون دون المَكِيلِ والمعدودِ، وفي «الواضحة» عن
مالك: ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام غير الإدام، لا يجوزُ قسمته تحريراً، فكذلك
السَّمْنُ والعسل والزَّيْتُ، وإنما تقسم وَزْناً وَكَيْلاً^(٦) .

الرابعة^(٧) :

نهيه عن بيع اللحم باللحم، وهل يجوزُ ذلك في الحيِّ بالحيِّ ؟ ففي «الواضحة» :
لا يباعُ ما لا يُقْتَنَى^(٨)، حيِّ بحيِّ مثلهِ إلا تحريراً، وفيه احتمال .

(١) في المتقى: «... آخر يحرم فيه التفاضل، ويجوز...» .

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 27/5 .

(٢) 189/7 في سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم، من كتاب أوله: باع شاة .

(٣) أي دون كيل أو وزن . وانظر الهداية شرح البداية: 71/2 .

(٤) في الأم: 57/6 (ط . قتيبة) .

(٥) في المعونة: 967/2 بنحوه .

(٦) ووجه ذلك: أَنَّ ما لا يجوز التماثل فيه بالوزن فإنه يجوز أن ينوب عنه فيه التحري، لتعدُّر
الموازين في كثير من الأوقات، وما يجوز فيه الكَيْلُ والعدد فإنه يجوز فيه التحري لإمكان ذلك في
المعدود على كلِّ حال وفي المكيل وإن كان على غير الكَيْلِ المعهود .

(٧) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 27/5 مع تصرف يسير .

(٨) تنمة الكلام كما في المتقى: «... من الوحش والطَّيرُ بجزء من صنفه إلا تحريراً مثلاً بمثل، رواه
عيسى عن ابن القاسم في العُتْبِيَّة في المجلد الذي يتدَّى بقوله: يجوز التحري في الحيِّ» .

بَاب مَا جَاءَ فِي تَمَنِ الْكَلْبِ

قال الإمام⁽¹⁾: ثبت عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ نَهَى عَنِ تَمَنِ الْكَلْبِ⁽²⁾، واختلفت الرواية فيه عن مالك وعلماؤنا بعده على قولين، وذلك في كلبٍ يجوز الانتفاع به، فأما كلب لا يُتَمَّنَعُ به، فلا خلاف أنه لا يجوز بيعه، ولا تَلَزَمُ قيمته لمُتَمِّلِهِ.

وقال الشافعي⁽³⁾: تَمُّهُ حَرَامٌ.

وقال أبو حنيفة: تَمُّهُ جَائِزٌ⁽⁴⁾.

ولم يزل مالك - رضي الله عنه - عُمَرَهُ كُلَّهُ يَقُولُ: أَكْرَهُهُ⁽⁵⁾. وحمل بعض علمائنا لفظه على التحريم. وحمله آخرون على أن تركه خير من أخذه على أصل المعذرة⁽¹⁾.

قال الإمام: والصحيح عندي جواز بيعه وحل⁽²⁾ تَمِّهِ؛ لأنها عينٌ يجوز اتِّخَاذُهَا والانتفاع بها، فيصح مِلْكُهَا، بدليل وجوب القيمة على مُتَمِّلِهَا، فجائز بيعه؛ لأن هذه الأوصاف هي أركان صِحَّةِ الْبَيْعِ، ولولا جواز بيعه من أين كان يُوصَلُ إليه كما لا يُوصَلُ إلى سائر الأموال إلا بالبَّيْعِ أو الهِبَةِ، وقد مهدنا ذلك في «مسائل الخلاف».

(1) في القبس: «المكروه».

(2) في الأصل: «وأخذ» والمثبت من القبس.

.....

(1) انظر هذه المقدمة في القبس: 841/2 - 842.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (1918) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2622)، وسويد (251)، وابن القاسم (57)، والقعني عند الجوهرى (214)، والشافعي في السنن: 285، والمسند: 220، والتنيسي، وقيية بن سعيد عند البخاري (2237) (2282)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1567).

(3) في الأم: 38/6 (ط. قتيبة).

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 94/3.

(5) قاله في الموطأ (1919) رواية يحيى.

الفقه في مسائل :

الأولى⁽¹⁾ :

قوله: «تَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ»⁽²⁾ يَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ التَّهْيَ عَنْ اتِّخَاذِهِ، وَهَذَا يَمْنَعُ بِيَعَهُ⁽³⁾.

وَأَمَّا الْمَبَاحُ اتِّخَاذُهُ، وَهُوَ كَلْبُ الْمَاشِيَةِ وَالْحَرْثِ وَالصَّيْدِ، فَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ عَلَى جَوَازِهِ⁽⁴⁾.

وَقَالَ سَحْنُونُ: يَجُوزُ أَنْ يَحِجَّ بِثَمَنِهِ⁽⁵⁾، وَقَالَهُ ابْنُ كَنَانَةَ.

الثانية⁽⁶⁾ :

قوله: «وَعَنْ مَهْرِ الْبَيْعِ»⁽⁷⁾ يَرِيدُ مَا تُعْطَاهُ عَلَى اسْتِبَاحَةِ الْوَطْئِ الْحَرَامِ، وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ شَرْعًا⁽⁸⁾.

الثالثة⁽⁹⁾ :

قوله: «وَحُلُوانُ الْكَاهِنِ»⁽¹⁰⁾ إِنَّمَا حَرَّمَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ، وَلِأَنَّ الْمُتَكَهِّنَ كُلُّ مَا يَأْخُذُهُ عَلَى تَكْهِنِهِ حَرَامٌ، مُحَرَّمٌ عَلَى لِسَانِ صَاحِبِ الشَّرِيعَةِ، وَمَا حَرَّمَ فِي نَفْسِهِ حَرَّمَ عِوَضَهُ، كَالْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ.

.....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 28/5.

(2) خرجناه في الصفحة السابقة: 142، التعليق رقم: 2.

(3) يقول ابن حبيب في شرح غريب الموطأ: الورقة 82 «أما ثمن الكلب، فيعني كلاب الذور التي أمر بقتلها ونهى عن اتخاذاها»، وانظر الفصل الممتنع في الموضوع عند ابن الجهم في مسائل الخلاف: 105/أ - ب، ونقل ابن شاس في جواهره: 2/425 عن ابن العربي قوله: «الصحيح عندي جواز بيعه».

(4) في المتقى: «... والصيد، فاختلف فيه قول مالك: فيتأزل بعض أصحابه بأنه يجوز بيعه».

(5) حكاه عنه البوني في تفسير الموطأ: 97/ب.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 28/5.

(7) خرجناه في الصفحة السابقة: 142، التعليق رقم 2.

(8) انظر تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 82.

(9) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 28/5 - 29.

(10) خرجناه في أول الباب صفحة: 142، ويقول ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 82 «والحلوان في كلام العرب الزشوة على الشيء»، تقول منه: حلوت الرجل حلواناً، إذا رشوته شيئاً».

بَابُ (1)

السَّلْفُ وَيَبِيعُ الْعُرُوضِ بَغْضِهَا يَبْغِضُ

ثبت عنه ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسَلْفٍ .

قال الإمام: أدخله مالك (2) بِلَاغًا، ولا أعلم له سَنَدًا صحيحًا، رواه الترمذي (3) وقال: هو حديث صحيح (4).

فإن قيل: كيف يصح وهو من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ بَيْعُ وَسَلْفٍ» وإجماع (5) الفقهاء على العمل به يدل على صحته، ومعناه يقرم له مقام الإسناد.

قال الإمام: ويركّب على هذا الحديث أصلٌ بديعٌ من أصول المالكية، وهو أن كلَّ عَقْدَيْنِ يَتَضَادَانِ وَضْعًا (1) ويتناقضان حُكْمًا، فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البَيْعُ والسَّلْفُ، فَيُرَكَّبُ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ الْمَسَائِلِ، وَمِنَ الْبَيْعِ وَالنُّكَاحِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَبْنَى عَلَى الْمُعَابَةِ وَالْمُكَابَةِ، خَارِجٌ عَنِ بَابِ الْقُرْبِ وَالْعِبَادَاتِ، وَالسَّلْفُ مُكَارَمَةٌ وَقُرْبَةٌ، وَمِنْ هَذَا الْبَابِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَقْدِ الْوَاجِبِ وَالْجَائِزِ، وَمِثْلُهُ بَيْعٌ وَجِعَالَةٌ. ويدل على ذلك أن أخذ العَوَاضِ فِي الْجِعَالَةِ مَجْهُولٌ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، فإنه إن كان معلومًا خرج عن باب الْجَعْلِ وَالْحَقِّ بِبَابِ الْإِجَارَةِ، وَأَمْثَالُ (2) ذَلِكَ لَا تُخَصِّصِي، وَفِي هَذِهِ الْإِشَارَةِ إِلَى أَنْوَاعِهِ نَبْذَةٌ كَافِيَةٌ، فَتَأْمَلُوهَا فَهِيَ خَيْرٌ لَكُمْ مِنْ كِتَابٍ.

(1) «وضعا» زيادة من القبس.

(2) في الأصل: «ومثال» والمثبت من القبس.

(1) انظره في القبس: 842/2 - 843.

(2) في الموطأ (1920) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2624).

(3) في جامعه الكبير: الحديث (1234).

(4) الذي في الجامع الكبير: «حسن صحيح».

(5) نفضل إضافة كلمة «قلنا» قبل كلمة «وإجماع» مع حذف الواو.

بَابُ السُّلْفَةِ^(١) فِي الْغُرُوضِ

الفقه في مسائل :

١ - الأولى^(١) :

قوله^(٢) : «سَلَفٌ فِي^(٢) سَبَائِبٍ» قال مالك : هي غلائل ثمانية .

وقوله^(٣) إن معنى ذلك : «أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ غَيْرِ بَائِعِهَا مِنْهُ بِأَكْثَرِ» فیدخله الوزن بالوزن متفاضلاً .

ويحتمل أن يريد بهذا : أنه مذهب ابن عباس^(٤) .

ويحتمل أن يريد منه : مقتضى اللفظ ، وقد سأل عيسى ابن القاسم عن ربح ما لم يُضْمَنَ؟ فقال : ذكر مالك أن ذلك بيع الطعام قبل أن يُسْتَوْقَى .

2 - وأما الغرُوضُ والحيوان ، فإن ربحه حلال ؛ لأن بيعه قبل استيفائه حلال .

ومن «كتاب محمد» أن ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل^(٣) شيئاً بغير أمره ، ثم يتاعه منه وهو لا يعلم^(٥) ، وهذا الباب ضيقٌ جداً ، وفروعه كثيرة .

(١) في الأصل : «السلف» والمثبت من الموطأ .

(٢) «في» زيادة من الموطأ .

(٣) في الأصل : «الرجل» والمثبت من المتنى .

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتنى : 31/5 .

(2) أي قول ابن عباس في الموطأ (1924) رواية يحيى ، ورواه عن مالك : أبو مصعب (2628) ، وسويد (251) .

(3) أي قول ابن عباس في المصدر السابق .

(4) يقول البوني في تفسير الموطأ : 98/أ «حديث ابن عباس هذا حجةٌ لأهل المدينة في المنع من الذرائع» .

(5) «تمة العبارة كما في المتنى : «... لا يعلم يبيع بأقل من الثمن ، وكذلك يبيع ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع ويشهد أنك رضيته فإن لم تعلمه فربحه للبائع ، فإن قلت : بعت بعد أن اخترت ، صدقت مع يمينك ، وكذلك الرّبح» .

بَابُ النَّهْيِ عَنِ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ

قال الإمام⁽¹⁾: أدخل مالك⁽²⁾ بلاغاً، وهو ثابت عن النبي عليه السلام صحيح⁽³⁾، رواه النسائي⁽⁴⁾ والشافعي⁽⁵⁾، وقال الترمذي⁽⁶⁾: «هو حديث حسن صحيح».

الفقه في مسائل:

الأولى⁽⁷⁾:

اختلف العلماء في تفسير هذا الحديث:

فأما المالكية فقالوا: هو أن يبيع الرجل من الرجل سلعتين بثمانين مختلفين، على أنه قد لزمته إحدى الصفقتين، فيُنظر أيهما يلزم⁽⁸⁾⁽¹⁾.

وقال الشافعي⁽⁹⁾: تفسيرها أن يقول الرجل: أبيعك داري على أن تبيعني أنت غلامك⁽¹⁰⁾.

وكلاً التفسيرين صحيح، والمسألتان جميعاً لا تجوز وإن اختلف التعليل، وهي تستمد تارة من قاعدة الربا، وتارة من قاعدة الغرر، وربما اجتماعاً.

(1) في القبس: «فلينظر أيهما يلتزم».

(1) انظر هذا المدخل في القبس: 842/2.

(2) في الموطأ (1935) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2640).

(3) وهو الذي نص ابن عبد البر القرطبي في الاستذكار: 171/20 حيث قال: «هذا حديث مسند متصل عن النبي ﷺ من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وحديث أبي هريرة، كلها صحاح من نقل العدول، وقد تلقاها أهل العلم بالقبول» وانظر التمهيد: 388/24.

(4) في الكبرى (6228) من حديث أبي هريرة.

(5) رواه من طريقه البيهقي في معرفة السنن والآثار: 381/4 - 382 (3518، 3519)، وعزاه إلى الشافعي ابن حجر في تلخيص الحبير: 12/3.

(6) في جامعه (1231) من حديث أبي هريرة.

(7) انظرها في القبس: 842/2.

(8) انظر التصريح لابن الجلاب: 166/2.

(9) انظر الحاوي الكبير: 341/5.

(10) نقل المؤلف قول الشافعي هذا من الجامع الكبير للترمذي: 514/2.

الثانية⁽¹⁾ :

و«نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ مَحْمُولٌ عَلَى التَّحْرِيمِ.

وقال الفقهاء: معناه أن يتناول عَقْدُ الْبَيْعِ بَيْعَتَيْنِ، عَلَى أَنْ لَا تَتَمَّ⁽²⁾ مِنْهُمَا إِلَّا وَاحِدَةٌ مَعَ لُزُومِ الْعَقْدِ كَمَا قَدَّمْنَا.

بَابُ

بَيْعِ النُّحَاسِ وَالْحَدِيدِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يُوزَنُ

الفقه في مسائل :

الأولى⁽²⁾ :

قوله⁽³⁾ : «وَإِنْ كَانَ الصَّنْفُ يُشْبِهُ الصَّنْفَ» يريدُ بِالتَّشَابُهِ تَقَارُبَ الْمَنَافِعِ مَعَ تَقَارُبِ الصُّورَةِ، كَالْأَنْكِ⁽⁴⁾ وَالنُّحَاسِ وَالرُّضَاصِ، زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَالْقَزْدِيرُ فَإِنَّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَلِكَ الشُّبَّةُ⁽⁵⁾ وَالصُّفْرُ وَالنُّحَاسُ، وَكَذَلِكَ الْحَدِيدُ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ بِالْعَمَلِ، فَإِذَا عُمِلَ الْحَدِيدُ سُيُوقًا أَوْ سَكَكِينَ أَوْ النُّحَاسُ أَوْانِي، فَإِنَّهُ يَصِيرُ أَصْنَافًا بِاخْتِلَافِ الْمَنَافِعِ وَالصُّورِ.

الثانية⁽⁶⁾ :

قوله⁽⁷⁾ : «فَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يُؤْخَذَ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجْلِ» لَمَّا قَدَّمْنَا مِنْ أَنَّ الْجِنْسَ لَا

(1) في الأصل: «على الاسم» والمثبت من المتنى.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 36/5.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 35/5.

(3) أي قول مالك في الموطأ (1931) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2635).

(4) يقول الجبتي في شرح غريب ألفاظ المدونة: 68 «والأنك: ضرب من الصفر، والصواب أنه القزدير».

(5) هو النحاس الأصفر.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 35/5.

(7) أي قول مالك في المصدر السابق.

يجوزُ بعضُهُ ببعضٍ* مع الأجل، لمقاربة البيعة ولما يدخل...، ولا بأس ببيع بعضه ببعضٍ*^(١) نقدًا مفاضلاً^(٢) في ذلك كله، إلا ما ذكره أصحاب مالك في منع^(٣) التفاضل في الفلوس، واختلفوا في تأويل ذلك:

فمنهم من قال: منعه على الكراهية.

ومنهم من قال: على التحريم.

وجه الكراهية: أن السبك^(٤) في الثحاس لا يُخرجه عن أصله، كصياغته^(٥) منه طسوسًا.

وجه التحريم: أن السبك^(٤)، نوعٌ يختص بالأثمان، فوجب أن يؤثر في تحريم

التفاضل، كجنس الذهب والفضة، ومن نسب إلى مالك في هذا القول المناقضة لم يتبين وجه الحكم.

الثالثة^(١):

قوله^(٢): «وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ، وَإِنْ كَانَتِ الْحَضَبَاءُ وَالْقَصَّةُ^(٧)، فَكُلُّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِثْلَيْهِ^(٨) إِلَى أَجَلٍ، رِيًّا» وقد قال ابن حبيب: إن التراب الأبيض والأسود

صنقان، وكذلك الجير والتراب الأبيض، وكذلك الكدآن^(٣) بالرخام، والجندل بالحجارة

وبالحضباء^(٩)، فهذا كله مختلف يجوز التساوي فيه والتفاضل إلى أجل.

وقال غيره: وما استوت منافعه كالجندل بالحجارة لم يجز ذلك فيه.

(١) ما بين التجمتين من زيادة المؤلف على نص الباجي، وفي العبارة طمس شديد، وقد اجتهدنا في

إثبات ما وقفنا إلى قراءته، وحذفه والاقتران على ما في المتن في الغرض.

(٢) الذي في المتن: «لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه ببعض نقدًا مفاضلاً».

(٣) في الأصل: «بيع» والمثبت من المتن.

(٤) في المتن: «السكة».

(٥) في المتن: «كصناعته».

(٦) في الأصل: «بيع» والمثبت من الموطأ.

(٧) في الأصل: «والقصّة» والمثبت من الموطأ. والقص: الجص بلغة أهل الحجاز.

(٨) في الأصل: «بمثله» والمثبت من الموطأ.

(٩) في المتن: «والحجارة بالحضباء».

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 36/5.

(٢) أي قول مالك في الموطأ (1934) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2638).

(٣) الكدآن: حجارة فيها رخاوة، وربما كانت نخرة.

بَابُ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْغَرَرِ

قال الإمام⁽¹⁾: الحديث في هذا الباب رواه مالك⁽²⁾ مُرْسَلًا، وهو مُسْتَنَدٌ من طُرُقٍ⁽³⁾، وأجمعت عليه الأئمة، وهذا أحدُ أركانِ البيوعِ وقواعدهِ كما بيّناه.
العربيّة⁽⁴⁾:

بيعُ الغررِ: هو الذي يكثرُ فيه الغررُ، ويغلبُ عليه حتّى يُوصَفَ به؛ لأنَّ الشيءَ إذا كان متردّدًا بين معنيين، لا يوصَفُ بأحدهما دون الآخر، إلّا أن يكون أخصَّ به وأغلبَ عليه.

الفقه في مسائل:

الأولى:

قال علماؤنا⁽⁵⁾: «وجوه الغرر في البيوع كثيرة لا تُحصى». من⁽⁶⁾ ذلك يَبِيعُ المَعْدُومَ، فإنه أشدُّ من الموجود المجهول، وقد بَوَّبَ عليه مالك⁽⁷⁾ فقال: «مَا لَا يَجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانَ» وهي المَضَامِينِ والمَلَأَقِيحِ وَحَبْلُ الْحَبَلَةِ، فإنه غَرَّرَ في المَعْدُومِ.

ومنه: ذَكَرُ مَالِكٍ⁽⁸⁾ لِيَبِيعَ الدَّابَّةَ الضَّالَّةَ وَالْعَبْدَ الْآبِقِ، لَأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ هَلْ هُوَ عَلَى حَالِهِ

أَمْ لَا؟

.....

- (1) انظر هذا المدخل في القبس: 843/2.
- (2) في الموطأ (1941) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2501)، وابن وهب عند البيهقي: 338/5.
- (3) منها ما أخرجه مسلم (1513) من طريق عبيد الله، عن الأهرج عن أبي هريرة، وانظر طرق الحديث في التمهيد: 135/21.
- (4) كلامه في العربية مقتبس من المقدمات الممهّدات: 71/2.
- (5) المقصود هو الإمام ابن رشد الجدّ في المقدمات الممهّدات: 71/2.
- (6) من هاهنا إلى آخر قوله: «بيع الملامسة والمناينة وقد بَوَّبَ عليه مالك» وَرَدَ في القبس: 843/2 - 844.
- (7) في الموطأ: 182/2 رواية يحيى.
- (8) في الموطأ (1942) رواية يحيى.

ومنه: الحَمْلُ، وجَعَلَ مالِكُ⁽¹⁾ منه استثناء الحَمْلِ من الجارية المبيعة، وذلك عَيْبٌ⁽¹⁾ صحيح لوجهين:

أحدهما: أنه لا تُدرى السلامة منه عند الرَضْع، وحاله يختص بالأدميين.

والثاني: الجهالة بالثمن دون خوف الهلاك، وذلك في سائر الحيوانات، ولهذه الدقيقة تفتن مالك، فقال في هذا الباب⁽²⁾: «وَدَلِّكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: تَمَنُّ شَاتِي ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ، فَهِيَ لَكَ بِدَيْنَارَيْنِ، وَلِي مَا فِي بَطْنِهَا، فَهَذَا غَرَرٌ وَمَخَاطَرَةٌ».

ومنه: بيع الملامسة والمناذة، وقد بوب عليه مالك⁽³⁾.

ومن⁽⁴⁾ ذلك: نهيه ﷺ عن بيع الحصة⁽⁵⁾، وهو أن يساوم الرجل الرجل ويبيد أحدهما حصة، فيقول لصاحبه: إذا سقطت الحصة من يدي فقد وجب البيع بيني وبينك.

وقيل: هي أن تكون السلع⁽²⁾ منشورة، فيرمي المبتاع حصة، فأبى شيء وقعت عليه وجب له بها، وأبى ذلك كان، فهو من الغرر المنهي عنه.

ومن ذلك: نهيه عليه السلام عن بيعتين في بيعة⁽⁶⁾.

ومن ذلك: نهيه عن بيع العرتان⁽⁷⁾، وتفسيره⁽⁸⁾: أن يشتري السلعة ويُعطيه ديناراً أو درهماً، فيقول له: إن أخذتها فهو من الثمن، وإن لم يأخذها فهو لك، وذلك باطل أخذها بغير شيء⁽³⁾، وهو غرر.

(1) «عيب» ساقطة من القبس.

(2) في المقدمات: «السلعة».

(3) في المقدمات: «... إن أخذتها فذلك من الثمن، وإن تركتها كان ذلك باطلاً بغير شيء».

(1) في الموطأ (1944) رواية يحيى، ذرواه عن مالك: أبو مصعب (2647).

(2) من الموطأ (1955) رواية يحيى.

(3) في الموطأ: 196/2 رواية يحيى.

(4) من هاهنا إلى آخر المسألة مقتبس من المقدمات الممهّدة: 72/2.

(5) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(6) سبق تخريجه صفحة: 146 من هذا الجزء الهامش رقم: 4 - 6.

(7) سبق تخريجه صفحة: 50 من هذا الجزء الهامش رقم 1 - 7.

(8) أي تفسير مالك في الموطأ (1782) رواية يحيى.

وكانت هذه كلها بيوعًا كان أهل الجاهلية يتبايعون بها، فنهى رسول الله ﷺ عنها؛ لأنها من باب أكل المال بالباطل، لقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ الآية (1).

الثانية (1)(2):

والعَرَزُ يقع من قليل وكثير، فالقليل مَغْفُورٌ عنه، وأما العَرَزُ الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء:

أحدها: العقد.

والثاني: أحد العَوَاصِيْنِ: الثمن أو المشمون، أو كلاهما.

الثالث: الأجل فيهما أو في أحدهما.

فأما «العَرَزُ في العقد» فهو مثل نهى النبي ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وعن بَيْعِ العُرْبَانِ، وعن بَيْعِ الحَصَاةِ على أحد التأويلين، وما أشبه ذلك مما لا جهل فيه في ثَمَنِ ولا مَشْمُونِ، وإنما حصل (2) العَرَزُ فيه بانعقاده بين (3) المتبايعين على هذه الصفات، ومن هذا المعنى بيع المَكِيلِ (4) والجُزَافِ في صَفَقَةٍ واحدةٍ، والقولُ فيما يجوز من بيع الجُزَافِ والمَكِيلِ (4) في صَفَقَةٍ واحدةٍ (3)، وعلى هذه الأنواع تتركب المسائل في هذا الباب إن شاء الله.

(1) في الأصل: «الثالثة» ولعلّ الصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل: «جعل» والمثبت من المقدمات.

(3) في الأصل: «بإنفاذه في» والمثبت من المقدمات.

(4) في الأصل: «الكيل» والمثبت من المقدمات.

(1) النساء: 29.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المقدمات الممهّدة: 73/2.

(3) الظاهر أنه سقطت هاهنا فقرة، نرى من المستحسن إثباتها في هذا الهامش وهي: «... واحدة، يتحصل بأن يعلم أنّ من الأشياء ما الأصل فيه أن يُباع كَيْلًا ويجوز بيعه جُزَافًا كالحبوب، وأنّ منها ما الأصل فيه أن يُباع جُزَافًا ويجوز بيعه كَيْلًا كالأرضين والثياب، وأنّ منها عروضًا لا يجوز بيعها كَيْلًا ولا وَزْنًا كالعبيد والحيوان، فالجُزَافُ ما أصله أن يُباع كَيْلًا كالحبوب لا يجوز بيعه مع المَكِيلِ منه، ولا مع المَكِيلِ ممّا أصله أن يُباع جُزَافًا كالأرضين والثياب باتّفاق، والجُزَافُ ممّا أصله أن يُباع جُزَافًا لا يجوز أن يُباع مع المَكِيلِ منه باتّفاق أيضًا».

بَابُ بَيْعِ الْخِيَارِ

قال الإمام: ذكر مالك⁽¹⁾ في هذا الباب الْمُتَبَايَعَانَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا، وحديث ابن عمر في هذا الباب مشهور؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» أو «يَخْتَارَا» كذا رواه الترمذي⁽²⁾.

قال الإمام: اختلف العلماء في هذا الحديث⁽³⁾:

١ - فمن الناس من رَدَّه؛ لَأَنَّهُ حَبَّرَ وَاحِدًا يَخَالِفُ أَصُولَ الشَّرِيعَةِ، فَإِنَّ الْبَيْعَ كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بَيْعَانِ: بَيْعُ صَفَقَةٍ أَوْ بَيْعِ خِيَارٍ⁽⁴⁾، فَأَمَّا بَيْعُ خِيَارٍ كُلِّهِ فَلَيْسَ فِي الْأَصُولِ.
٢ - التَّأْوِيلُ الثَّانِي: مِنَ النَّاسِ⁽⁵⁾ مِنْ تَأْوَلَهُ بِأَنَّ مَعْنَاهُ: الْمَتْرَاوِضَانَ^(١) فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، فَإِذَا قَالَ الْبَائِعُ: بَعْتُ، فَالْأَمْرُ^(٢) لَمْ يَنْعَقِدْ، *وَكُلُّ مَنْهُمْ بِالْخِيَارِ، حَتَّى يَقُولَ الْآخِرُ: قَبِلْتُ*^(٣).

٣ - الثالث: منهم من قال: معناه ما لم يفترقا بالأقوال.

٤ - الرابع: قال بعضُ الفقهاء⁽⁶⁾: المراد به خِيَارُ الْإِقَالَةِ الَّتِي^(٤) فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْمَشْرُطَانِ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْعَارِضَةِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «ثَلَاثًا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْعَارِضَةِ.

(٣) مَا بَيْنَ التَّجْمَعَيْنِ سَاقِطٌ مِنَ الْأَصْلِ، وَاسْتَدْرَكَتَاهُ مِنَ الْعَارِضَةِ.

(٤) فِي الْأَصْلِ: «الْمَرَادُ فِيهِ خَيْرٌ لِإِقَالَةِ النَّبِيِّ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْعَارِضَةِ.

(١) فِي الْمَرْطَأِ (1958) رَوَايَةٌ يَحْيَى، وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ: أَبُو مَصْعَبٍ (2664)، وَسُوَيْدٌ (252)، وَابْنُ الْقَاسِمِ (241)، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ (785)، وَالْقَعْنَبِيُّ عِنْدَ الْجَوْهَرِيِّ (688)، وَالشَّافِعِيُّ فِي الرَّسَالَةِ (863)، وَالْأَمُّ: 8/6 (ط. قَتَيْبَةَ)، وَالطَّبَاعُ عِنْدَ أَحْمَدَ: 56/1، وَالتَّنِيسِيُّ عِنْدَ الْبُخَارِيِّ (2111)، وَيَحْيَى بْنُ يَحْيَى النِّسَابُورِيُّ عِنْدَ مُسْلِمٍ (1531)، وَابْنُ وَهْبٍ عِنْدَ الدَّارِقُطِيِّ: 6/3.

(2) فِي جَامِعِهِ (1245) وَقَالَ: «حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ».

(3) انظُرِ الْأَقْوَالَ التَّالِيَةَ فِي الْعَارِضَةِ: 4/6 - 5.

(4) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ (14273، 14274)، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (22577)، وَابْنُ بَيْهَقٍ: 272/5، قَالَ عَنْهُ الشَّافِعِيُّ الْأَمُّ: 30/6 (ط. قَتَيْبَةَ) مَخَاطَبًا مُحَاوِرَهُ: «وَحَدِيثُكَ الَّذِي رَوَيْتَ عَنْ عُمَرَ غَلَطٌ، وَمَجْهُولٌ، أَوْ مُنْقَطِعٌ، فَهُوَ جَامِعٌ لِجَمِيعِ مَا تُرَدُّ بِهِ الْأَحَادِيثُ» وَانظُرِ نَصْبَ الرَّايَةِ: 3/4.

(5) قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ كَمَا نَصَّ عَلَى ذَلِكَ الْمُؤَلِّفُ فِي الْعَارِضَةِ.

(6) وَهُمُ فُقَهَاءُ مَا وَرَاءَ الثَّهْرِ، وَقَدْ قَالَهُ بَعْضُ الْعِرَاقِيِّينَ كَمَا صَرَحَ بِذَلِكَ الْمُؤَلِّفُ فِي الْعَارِضَةِ: 5/6 - 7.

٥ - الخامس^(١): قال مالك^(٢): «لَيْسَ لِهَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ، وَلَا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ» أشار إلى أن المجلس مجهول المدوة، ولو شرط الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعاً، فكيف يثبت حكم بالشرع بما لا يجوز شرطاً في الشرع^(١)؟! وهذا شيء لا يتفطن له إلا مالك - رضي الله عنه ..

وظن بعض المتوسمين بالعلم من الجهلة؛ أن مالكا إنما تعلق فيه بعمل أهل المدينة، وهذه جهالة^{(٢)(٣)}.

فإن قيل: قد أثبت مالك خيار المجلس في التمليك.

(١) في الأصل: «... حكم شرع ما لا يجوز» والمثبت من القيس.

(٢) في القيس: «غباوة».

(1) انظره في القيس: 844/2 - 845.

(2) في الموطأ (1959) رواية يحيى.

(3) اعتبر ابن الزواق في مسائل الخلاف: 83/أ أن هذا المستند باطل باتفاق. وفي هذا الموضوع يقول المؤلف في العارضة: 6/6 «فمن لا تحصيل له من أصحابنا يظن أنه يعني به أن عمل أهل المدينة بخلافه فقدّم العمل عليه، ولم يفعل ذلك ولا فعله قط، ولا ترك قط مالك حديثاً لأجل مخالفة [أهل] المدينة له بعملهم وفتواهم. وقد توهم عليه ابن الجويني فقال: يزوي الحديث عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ ثم يتركه لعمل أهل المدينة، يريد هذا الحديث، ولم يفهم الجويني عنه، بل أقام في جَوْنٍ [أي ظلمة]، فلم يتطلع عليه. والذي قصد مالك من المعنى؛ قوله: هو أن النبي ﷺ لما جعل المتعاقدين بالخيار بعد تمام البيع ما لم يفرقا، ولم تكن تفرقتهما وانفصال أحدهما عن الآخر وقت معلوم ولا غاية معروفة إلا أن يقوموا، أو يقوم أحدهما على مذهب المخالف، وهذه جهالة يقف عليها انعقاد البيع فيصير من بيع المناقلة واللامسة، بأن يقول له: إذا لمسته فقد وجب البيع، وإذا نبذته أو نبذت الحصة فقد وجب البيع، وهذه صفة مقطوع بفسادها في العقد، فلا يتردد الحديث ولم يتحصل المراد منه، وإن كان فسرهما بما يبين الجهالة فيه فيدخل تحت التهي عن الفرر عموماً، وتحت التهي عن بيع اللامسة والمناقلة تبييناً، وليس من قول النبي ﷺ ولا تفسيره، وإنما هو من فهم ابن عمر وتقديره وأصل الترجيح - الذي هو معضلة الأصول - أن يقدم المقطوع به على المظنون والأكثر رواية على الأقل، فهذا الذي قصد مالك مما لا يدركه إلا مثله، ولا يتفطن له أحد قبله ولا بعده، وهو إمام الأمة غير مدافع في ذلك، وكيف لابن الجويني أن يزوده في تأويل إن سلم في نقل؟ هيهات يا أبا المعالي، لست هذا الموضوع ترقى إليه، ولا تغالي في قنوك، وأفهم أمرك، والله ينفك برحمته، على هذا فلتعولوا يا معشر المتفقهة والفقهاء، انتهى من العارضة، ومنتذر عن بعض الأخطاء، فالطبعة من أسف سقيمة.

قلنا: الطلاق يعلّق على⁽¹⁾ العَرَرِ وَالْحَطَرِ، وَيَثْبُتُ فِي الْمَجْهُولِ وَالْمَعْلُومِ، وَالْبَيْعِ بِخِلَافِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُن فِي هَذَا «الْقَبْسُ» إِلَّا هَذِهِ الْمَشْكَائَةُ لَكَفَّاهُ.

وقال الشافعي⁽¹⁾: خِيَارُ الْمَجْلِسِ ثَابِتٌ فِي الْبَيْعِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ حَتَّى يَقُومَا عَنْ مَجْلِسِهِمَا، وَرَوَى فِي ذَلِكَ الدَّارِقُطَنِيُّ⁽²⁾ تَفْسِيرًا عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخِيَارِ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا عَنْ مَكَانَيْهِمَا الَّذِي تَبَايَعَا فِيهِ» وَكَانَ ابْنُ عَمْرٍوَ إِذَا بَاعَ أَحَدًا قَامَ وَمَشَى حُطَى حَتَّى يَلْزَمَ الْبَيْعَ⁽³⁾.

مسألة⁽⁴⁾:

وَالْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ فِي أَصْلِهِ غَرَرٌ، وَإِنَّمَا جُوزَتْهُ السُّنَّةُ لِحَاجَةِ النَّاسِ لِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُبْتَاعَ قَدْ لَا يَخْتِيرُ⁽²⁾ مَا ابْتَاعَ، فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَخْتِيرَهُ، أَوْ يَعْلَمُ أَكَّانَ يَصْلِحُ أَمْ لَا، وَمِثْلُ هَذَا⁽⁵⁾.

بَابُ

بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ⁽⁶⁾

قال الإمام: هذا باب عَرِيضٌ⁽³⁾، لَيْسَ لَهُ فِي الْقُرْآنِ وَلَا فِي السُّنَّةِ تَرْجِمَةٌ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنَّ اللَّهَ قَالَ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»⁽⁷⁾ فَاقْتَضَى هَذَا الْإِطْلَاقَ - كَمَا قَدَّمْنَا -

(1) فِي الْأَصْلِ: «طَلَاقٌ عَلَى» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ، وَعِبَارَةٌ الْعَارِضَةُ: 7/6 «فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: إِنْ الْخِيَارُ لَا يَتَقَدَّرُ بِالْمَجْلِسِ فِي التَّمْلِيكِ وَنَحْوِهِ. قُلْنَا: ذَلِكَ طَلَاقٌ، وَهُوَ يَعْلَقُ عَلَى الْأَغْرَارِ وَالْأَخْطَارِ».

(2) فِي الْمَقْدَمَاتِ: «يَخِيرُ».

(3) فِي الْأَصْلِ: «عَرِيضٌ» وَالْمَثْبُوتُ مِنَ الْقَبْسِ.

.....

(1) فِي الْأَمِّ: 11/6 (ط. قتيبة)، وَاَنْظُرِ الْحَاوِي الْكَبِيرَ: 32/5.

(2) فِي سُنَّتِهِ: 5/3 بِلَفْظٍ: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، وَكَانَ جَمِيعًا، أَوْ يَخْتِيرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَيَتَبَايَعَانِ عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ» أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (1531).

(3) أَخْرَجَهُ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ مَعَانِي الْأَثَارِ: 363/4.

(4) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمَقْدَمَاتِ الْمَهْدِيَّاتِ: 86/2.

(5) اَنْظُرِ الْفَصْلَ الْمَمْتَعِ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ فِي كِتَابِ مَسَائِلِ الْخِلَافِ لِأَبِي بَكْرٍ بْنِ الْجَهْمِ الْمَشْهُورِ بِابْنِ الْوَرَّاقِ: لَوْحَةٌ 83/1 - ب.

(6) اَنْظُرْهُ فِي الْقَبْسِ: 846/2.

(7) الْبَقْرَةُ: 275.

جوازَ بيعِ كلِّ بيعٍ إلا ما قام الدليلُ على رَدِّهِ حَسَبَ ما تقدَّم في القواعد. وقد طالعتُ في كتب العلماء المُعَوَّلِ عليهم في المذاهب، فما رأيتُ أحدًا منهم فهم هذا الباب كما ينبغي، ولا قرَّره كما يجبُ، فاستَوَفَّي معاقدهُ على الكمال، إلا محمَّد بن عبدوس⁽¹⁾، فإنه بيَّنه ورَّبه على ستَّة معاهد، وقعت منثورةٌ في كلام مالك، فجمَعها وقرَّعَ عليها فروعًا كثيرةً⁽²⁾.

الأول: ما يُحتَسَبُ في الثمن والربح.

والثاني: ما يُحتَسَبُ في الثمن ولا يُحتَسَبُ في الربح.

الثالث: ما يُحتَسَبُ في عَقْدٍ واحدٍ في الشرط ولا يُحتَسَبُ بالإطلاق.

الرابع: أن يُتَعَقَّدَ البيعُ على الكذب.

الخامس: أن يُتَعَقَّدَ البيعُ على الغش.

السادس: أن يُتَعَقَّدَ البيعُ على عَيْبٍ.

ولكلِّ واحدٍ حُكْمٌ ليس للآخر، وقد يجتمعُ الكذبُ والغشُ والعَيْبُ في البيعِ في عَقْدٍ واحدٍ، وقد يجتمعُ اثنانٍ منهما في عَقْدٍ، فتعارضُ الأحكامُ، ولولا أن هذا «الكتاب» على القواعدِ والأصولِ لا الفروع، لمهدناها لكم.

بَابُ

جَامِعِ الدِّينِ وَالْحَوَالِ

قال الإمام⁽³⁾: الأصل في هذا الباب قوله عليه السلام: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ»⁽⁴⁾ فإنه

(1) هو الإمام محمد بن إبراهيم بن عبدوس، من أكابر أصحاب سحنون، كان حافظًا للمذهب، متقدِّمًا فيه، غزير الاستنباط، توفي سنة: 260، انظر أخباره في رياض النفوس للمالكي: 459/1، وترتيب المدارك للقاضي عياض: 222/4 - 228.

(2) لعلَّ المؤلف يقصد شرح ابن عبدوس لمسائل المدونة، هذا الكتاب الذي يقع في أربعة أجزاء وشرح فيها - حسب القاضي عياض في ترتيب المدارك - 223/4 - 225، كتاب المراجعة وكتاب المواضع، وتفسير كتاب الشفعة وكتاب الدور.

(3) انظر هذا المدخل في القبس: 846/2 - 847.

(4) رواه مالك في الموطأ (1968) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2674)، وسويد (254)، وابن القاسم (354)، والقعني عند الجوهرى (555)، والشافعي في السنن المأثورة: 277، والطَّبَّاع عند أحمد: 465/2، وخالد بن مخلد عند الدارمي (2589)، والتنيسي عند البخاري (2287)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1564).

مَتَّقٌ عَلَيْهِ^(١)؛ لِأَنَّهُ لَا عُدْرَ فِي التَّأخِيرِ لِمَنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ، وَمَهُمَا اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الْأَمْرِ بِحَقْقِ^(١) اللَّهِ تَعَالَى، هَلْ هُوَ عَلَى الْفَوْرِ أَوْ مُسْتَرْسَلٌ عَلَى الْأَزْمَانِ^(٢)، فَإِنَّهُمْ قَدْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْأَمْرَ لِحَقِّ الْآدَمِيِّ عَلَى الْفَوْرِ، وَذَلِكَ لِفَقْرِ الْآدَمِيِّ وَحَاجَتِهِ، وَأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْغَنِيُّ، لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ.

فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا، وَاشْتغَلَ^(٢) الْغَنِيُّ عَنْ أَدَاءِ الْحَقِّ، فَإِنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ، يَنْشَأُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ إِذَا اشْتَغَلَ بِالصَّلَاةِ عَنْ أَدَاءِ الدَّيْنِ، فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: الصَّلَاةُ بَاطِلَةٌ.

وَقَالَ جَمَاهُورُ الْعُلَمَاءِ: الصَّلَاةُ صَحِيحَةٌ، مِنْهُمْ مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، وَحَكِيُّ عَنْهُ أَبُو الْمُعَالِي الْجَوْنِي^(٣) أَنَّ الصَّلَاةَ بَاطِلَةٌ، وَلَمْ أَرَهَا فِي كُتُبِهِ، وَلَا تَجْرِي عَلَى أَصُولِهِ، وَهُوَ حُكْمٌ أَصُولِيٌّ لَيْسَ مِنْ^(٣) الْفُرُوعِ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِي «كُتُبِ الْأَصُولِ» حُكْمَ الصَّلَاةِ فِي الدَّارِ الْمَغْضُوبَةِ، وَحَقَّقْنَا تَعَارُضَ الْأَمْرِ وَالتَّهْيِ، وَبَيَّنَّا اتِّصَالَهُمَا وَانْفِصَالَهُمَا، فَلْيُنْظَرْ هُنَاكَ، فَبِهِ شِفَاءٌ لِلْعَلِيلِ^(٤) إِنْ شَاءَ اللَّهُ

الفقه في مسائل:

الأولى^(٤):

قوله ﷺ^(٥): «إِذَا أُتِيَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ مِنْ^(٥) الْقَضَاءِ، فَإِنْ شَاءَ الرَّجُلُ أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ الَّذِي عَلَيْهِ قَضَى مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُحِيلَ

(١) في الأصل: «في حقوق» والمثبت من القيس.

(٢) في الأصل: «فاشتغل» والمثبت من القيس.

(٣) في الأصل: «في» والمثبت من القيس.

(٤) في القيس: «الغليل».

(٥) في الأصل: «في» والمثبت من القيس.

(١) انظر تعليقنا السابق.

(٢) انظر المقدمة في الأصول لابن القصار: 132 - 135.

(٣) الظاهر أنه حكاه في كتابه المشهور «نهاية المطلب في دراية المذهب» والكتاب قيد الطبع، بعناية العالم الزاهد عبد العظيم الديب.

(٤) انظرها في القيس: 847/2 - 848.

(٥) في حديث الموطأ (1968) رواية يحيى.

على غيره به إذا كان مَلِيئًا جازًا، ولا تكونُ محاولةَ الحَوَالَةِ من المَطْل، هذا إذا كان له على المُحَال عليه دَيْنٌ ولا يُعتبر رِضَى مَنْ عليه الدَّيْنُ؛ لأنَّه لو وَكَّل رجلاً يَقْبِضُهُ^(١) لجازَ، فالجَوْلُ له وَكَالَةٌ، وأما رِضَى مَنْ له الدَّيْنُ فإنه يُعْتَبَرُ عند كَافَّةِ العلماءِ، وتعلّق بعضُ التابعينَ بقول النبي عليه السلام: «إِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» ولم يشترط رِضَاهُ بل أَمْرَهُ بالاتباع^(٢).

وقال أبو حنيفة^(١): يُعْتَبَرُ؛ لأنَّها عنده مبايعةٌ.

وعندنا أنه نقلُ حقٍّ من^(٣) دِمَّةٍ إلى دِمَّةٍ، وقد بيَّنا ذلك في «مسائل الخلاف».

ومُطلَقُ قولِ النبي عليه السلام: «إِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» يقتضي ألا يُشترطَ رِضَاهُ، بل أمره بالاتباع.

قال علماؤنا: هو محمولٌ على التُّذْبِ، بدليل قولِ النبي ﷺ «الْمُسْلِمُونَ عَلَى^(٤) شُرُوطِهِمْ»^(٢). وعمومِ قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) وهذا إنما عاقَدَ للمُجِيلِ وعليه شرطُ الثَّمَنِ، وفي دِمَّتِهِ أوجبَ المالَ، فلا ينتقلُ عنه إلى غيره، فيسقطُ شرطه ويتبدَّل^(٥) عَقْدُهُ، إلا بِرِضَاهُ، وهذا ما لا جواب لهم عليه.

الثانية (١×٤):

فإن رَضِيَ المُحَالُ بالمحال عليه فخرج عديمًا:

(١) في الأصل: «يقتضيه» والمثبت من القبس.

(٢) «رضاه، بل أمره بالاتباع» زيادة يقتضيها السياق من القبس.

(٣) «حق من» زيادة من القبس.

(٤) في القبس: «عند».

(٥) في الأصل: «فسقط شرطه ويبدل» والمثبت من القبس.

(٦) في الأصل: «الثالث» ولعلَّ الصواب ما أثبتناه.

(1) انظر مختصر الطحاوي: 103، والمبسوط: 52/20.

(2) أخرجه ابن ماجه (2353)، والترمذي (1352) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والدارقطني: 3/27 من حديث عمرو بن عوف المزني، وقد ضعفه ابن حجر في التلخيص: 23/3.

(3) المائدة: 1.

(4) انظرها في القبس: 848/2.

قال الشافعي⁽¹⁾: إنه يَخْسَرُ.

وقال أبو حنيفة⁽²⁾: إنه يَرْجِعُ.

وقال مالك⁽³⁾ وغيره: إن غَرُّهُ منه رَجَعَ عليه، وإلا فلا رُجُوعَ له عليه. وقد قررنا

ذلك في «مسائل الخلاف» وبيننا أن الحَوَالَةَ نقلُ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ، وليست بمبايعة⁽⁴⁾.

وأما إذا غَرُّهُ، فلا إشكال في رجوعه عليه؛ لأن أصلَ الحَوَالَةِ انبئى⁽⁵⁾ على باطلٍ

من الغِشِّ والمُخَادَعَةِ، وقد أمرَ النبيُّ عليه السلامَ باجتناِبَهُمَا، ونهى عن فعلهما، وقال:

«مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»⁽⁶⁾ فوجبَ الحُكْمَ برده.

تتميم⁽⁵⁾:

قد بينا أن أصلَ الحَوَالَةِ الحديثَ المتقدمَ، حديثَ أبي هريرةَ أن «مَطَّلَ الْغَنِيِّ ظُلْمًا،

وَإِذَا أُتِيَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»⁽⁶⁾ وفي هذا الحديثِ أن الغني لا يحلُّ له أن يمطلَّ

غريمه.

وقال أضحى: مَطَّلَ الْغَنِيَّ جُرْحَةً تَرُدُّ شَهَادَتَهُ بِهَا؛ لأنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ سَمَّاهَا

ظُلْمًا⁽⁷⁾، وقد رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لِيُ الرَّاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَتَهُ»⁽⁸⁾ فعرضه

(1) في الأصل: «بمغابنة» والمثبت من القبس.

(2) في الأصل: «أثبتت» والمثبت من القبس.

.....

(1) انظر الحاروي الكبير: 421/6.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 270/4، والمبسوط: 126/20.

(3) في المدونة: 148/4 كتاب الحوالة.

(4) أخرجه مسلم (1718) من حديث عائشة.

(5) هذا التتميم مقتبس من تفسير الموطأ للبخاري: 98/ب.

(6) سبق تخريجه في أول الباب.

(7) أورده الباجي في المتقى: 66/5 ونسبه إلى سحنون.

(8) أخرجه ابن أبي شيبة (22402)، وأحمد: 222/4، 388، والبخاري معلقًا (بعد حديث: 2400)،

وأسنده في التاريخ الكبير: 259/4 [وانظر تغليق التعليق لابن حجر: 318/3]، وأبو داود

(3628م)، وابن ماجه (2427)، والنسائي في الكبرى (6288)، وابن حبان (5089)، والطبراني في

الكبير (7249)، والبيهقي: 51/6 كلهم من رواية عمرو بن الشريد عن أبيه. وقال ابن كثير في

تحفة الطالب: 362 «هذا إسناد جيد».

التظلم منه بقول: مَطَلَنِي وَظَلَمَنِي.

وقال بعض العلماء: عقوبته سجنه حتى يؤذي. وعرضه أن يقول الطالب: ظلمني ومَطَلَنِي، وهذا من باب قوله سبحانه: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالشُّوْرِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾ الآية⁽¹⁾، وهذا وإن كان إنما نزل في الضيف، فهو يشتمل على كل ظلم. والجَوَالَة مختصة بما نهى ﷺ من الكالء بالكالء، ومن الذمة بالذمة. وقد فسره مالك في «الموطأ»⁽²⁾ فقال: «الكالء بالكالء»، وهو أن يبيع الرجل ديتنا له على رجل بدئين على رجل آخر.

وقال ابن حبيب⁽³⁾: «هو النسيئة بالنسيئة وهي مهموزة ممدودة»⁽⁴⁾، وهو التأخير، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا النِّيْءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ﴾ الآية⁽⁵⁾، وذلك تأخيرهم⁽¹⁾ تحريم المحرم إلى صفر». وتفسير ما كره من الكالء بالكالء العرر، وهو أن يحيله على غريمه بما له عليه من الدين، ويحيله الآخر على غريمه له بمثل ذلك، فكأنما قد أحالا على عرر⁽⁶⁾.

بَاب

إِفْلَاسِ الْغَرِيْبِ

مالك، عَنْ يَحْيَى⁽²⁾ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيْزِ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ⁽³⁾: «أَيُّمَا امْرِئٍ»⁽⁴⁾

(1) في غريب الموطأ: «إنما هو تأخيرهم».

(2) في الأصل: «مالك عن الليث عن يحيى» وهذا سنن الترمذي والمثبت من الموطأ.

(3) «قال» زيادة من الموطأ.

(4) في الموطأ: «رجل».

(1) النساء: 148، وانظر أحكام القرآن: 512/1 - 514.

(2) في السلف في الفروض (1927) رواية يحيى.

(3) في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 83.

(4) تنمة العبارة كما هي في كتاب ابن حبيب: «... والعرب تقول: أنسا الله فلانا أجله».

(5) التوبة: 37.

(6) في تفسير البوني: «فكأنهما قد تغارزا؛ لأن كل واحد منهما يقول: ذمة المحال عليه أعسر من ذمة غريمي، والله أعلم».

أَفْلَسَ، فَوَجَدَ رَجُلٌ سِلْعَتَهُ عِنْدَهُ بِعَيْنَيْهَا، فَهُوَ أَوْلَىٰ بِهَا مِنْ غَيْرِهِ»⁽¹⁾.
 قال الإمام⁽²⁾: وكذلك خَرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ⁽³⁾، غير أنه زاد فيه: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ
 أَفْلَسَ، فَوَجَدَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُ بِعَيْنَيْهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»⁽⁴⁾ ولم نجد في الصحيح ولا
 وجد فيه ليحكم الموت ذكراً.

وروى الدارقطني⁽⁵⁾ مثل ذلك وصححه وقال: وما زاده⁽¹⁾ مالك من الأسوة في
 الموت، هو من قول الزاوي. وما زوي⁽²⁾ من استواء الموت والفلس لم يصح.
 قد بينا أن قول مالك مبني على صحة القول بصحة المراسيل من الأسانيد، وقد بينا
 أنه صحة⁽³⁾؛ لأنه ثقة عما نقل⁽⁶⁾.

«الفلس»: العدم والقيام بالأمته⁽⁴⁾، يقال: فليس يفلس فلاناً⁽⁷⁾.

الفقه في مسائل:

الأولى:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال⁽⁸⁾:

- (1) في الأصل: «وما زاد» والمثبت من العارضة.
- (2) في العارضة: «وما روي».
- (3) في الأصل: «حجة» ولعل الضواب ما أثبتناه.
- (4) كذا في الأصل، ولم نبين المقصود.
- (5) وردت هذه الأقوال مضطربة في الأصل، وقد حاولنا إقامة النص بالاستعانة بالعارضة: 19/6.

(1) هذا متن الترمذي (1262) أما متن الموطأ برواية يحيى (1979) فهو: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ
 الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضْ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ تَمِيهِ شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بِعَيْنَيْهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِي
 ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهِ أَسْوَةٌ الْقَرَمَاءِ»، وانظر تعليق بشار معروف على الحديث.

(2) انظر القبس: 848/2 - 849.

(3) في سننه (3519، 3520م).

(4) كذا أورد المؤلف هذه الرواية في القبس: 849/2 ونسبها إلى أبي داود، ولم نجدها بهذا اللفظ،
 والذي وجدناه هو الحديث رقم (3520) عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن هشام، والفاظه
 قريبة من ألفاظ الترمذي.

(5) في سننه: 29/3، ولم يتكلم عليه، كما أننا بحثنا في المطبوع من كتابه العلل فلم نجد للحكم
 على الحديث ذكراً.

(6) انظر الفقرة السابقة في العارضة: 19/6.

(7) انظر التعليق على الموطأ للوقشي: 147/2، والانتصاب لليفرني: 75/ب - 76/أ [170/2].

1 - الأول: أن من أفلس أو مات أن السَّلعة للغرَماء هم فيها أسوة، وكذلك رُوِيَ عن الشافعي⁽¹⁾.

2 - الثاني: أنه أسوة الغرَماء، وقاله أبو حنيفة⁽²⁾، وإنما عوّل على المعنى⁽¹⁾ دون الحديث، فلا يُلتفت إليه ولا يُعوّل عليه.

3 - وعوّل مالك - رضي الله عنه - في هذه المسألة على الفرق بين الفلاس والموت؛ فإن الموت ليس فيه عن النبي ﷺ نص، وإنما الخبر في الإفلاس، والفرق بين الإفلاس والموت⁽²⁾ ظاهر؛ لأن الموت قد برئت⁽³⁾ به الذمّة، وإذا أفلس أخذ ذلك الدّين ما بقي حياً. وأما الموت فقد انقطع منه الرجاء وصارت أحكامه في الآخرة. الثانية⁽³⁾:

ومن ادعى الفقر وظاهره الغنى، وأقام بيّنة لم يزكها، لم يؤخذ منه حميل⁽⁴⁾، وُسجّن حتى يزكها، من «كتاب ابن سحنون» وذلك أنه يدعي خلاف الظاهر من حاله. هذا لمن⁽⁴⁾ تَقَالَس وقال: لا شيء له. وأما إن سأل أن يؤخر⁽⁵⁾ فليؤخره الإمام حسب ما يرجو له، حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون، وقال في «كتاب سحنون» إن سأل⁽⁵⁾ أن يؤخره يوماً أو نحوه أخره ويعطي حميلاً بالمال، فإن لم يجد حميلاً سُجّن.

فرع:

ومدة سجنه⁽⁶⁾ تختلف باختلاف الدّين فيما رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون،

(1) في الأصل: «إنما على غير المعنى»، والتصحيح بالاستئناس بالعارضة.

(2) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، وقد استدركناه من العارضة: 19/6.

(3) في الأصل: «خريت» والمثبت من العارضة.

(4) في الأصل: «لم» والمثبت من المتقى.

(5) في الأصل: «شاه» والمثبت من المتقى.

.....
(1) انظر الحاوي الكبير: 273/6.

(2) انظر مختصر الطحاوي: 95 - 96.

(3) هذه المسألة مع فرعها مقبسة من المتقى: 81/5.

(4) أي كنفيل وضامن.

(5) مع وَهِيه بالقضاء.

(6) في المتقى: «ومدة سجن مجهول الحال».

6 * شرح موطأ مالك 6

فقال: يُحْبَسُ فِي الدُّرَاهِمَاتِ قَدْرَ نِصْفِ شَهْرٍ، وَفِي الكَثِيرِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَفِي الوَسْطِ شَهْرَانِ⁽¹⁾.

الثالثة⁽²⁾:

قال علماؤنا⁽³⁾: وَيُحْبَسُ الوَصِيُّ فيما على الأيتام⁽⁴⁾ إِذَا كان لهم في يَدَيْهِ مالٌ، وكذلك الأب في ذَيْنِ الوَلَدِ إِنْ كان له بيده مالٌ، رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحَكَمِ⁽⁵⁾، ومعنى ذلك: أَنَّهُ قَبِضَ له مالاً ولا يُعْلَمُ نفاذُه⁽⁶⁾، فلا يُقْبَلُ قولُه؛ لأنَّهُ يَدْعِي خِلافَ الظَّاهِرِ.

الرابعة⁽⁶⁾:

قال علماؤنا⁽⁷⁾: وَيُحْبَسُ الأب إذا امتنع من الإنفاق على وَلَدِهِ الصَّغِيرِ، ولا يُحْبَسُ في ذَيْنِ الوَلَدِ، يريدُ إذا كان له عليه ذَيْنٌ يَطْلِبُهُ به، وأما تركه الإنفاق عليه، فضرره يلحق الولد، وغيره يطلبه به.

فرع:

ويُحْبَسُ المسلمُ للكافرِ في الدَّيْنِ، رواه سحنون⁽⁸⁾، وَيُحْبَسُ السَّيِّدُ لمُكَاتِبِهِ في الدَّيْنِ.

(1) في المتقى: «بقاؤه».

(2) في المتقى: «ابن حبيب» ولعله هو الصواب.

(1) ووجه ذلك: أَنَّهُ سُجِّنَ على وجه اختبار حاله، فوجب أن يكون على قَدْرِ الحَقِّ الَّذِي يُخْتَبَرُ مِنْ أَجَلِهِ.

(2) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المتقى: 81/5.

(3) المقصود هو الإمام الباجي.

(4) من ذَيْنِ.

(5) أَرَضِحَ اللُّخْمِي هذه المسألة في التبصرة: الورقة 46 [مخطوط الخزانة العامة بالرباط 645 ق] فقال: «ويفترق الجواب في حبس الأب، فقال ابن القاسم: لا يحبس الأب في دين الولد، وقال محمد ابن عبد الحكم: يحبس إذا امتنع من النفقة على ولده الصغير؛ لأنَّ ذلك يضرُّ بهم، وليس كدين الولد على أبويه. وقال أيضاً: يحبس الأب إذا كان في يده مال الولد، يريد إذا أُلِّدَ عن تسليمه، إلا أن يكون المال عيناً، وله مال ظاهر يُقَدَّرُ على الأخذ منه، فيؤخذ ولا يحبس».

(6) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المتقى: 81/5 - 82.

(7) المقصود هو الإمام الباجي.

وجه ذلك: أن الحقوق لا تُعتبر^(١) فيها الحرمة، إلا للوالد على وكده فيما له عليه من الدين من حق الأبوة^(٢) الموجبة للنفقة^(٣)، ويُحبس سائر القرابات من الأجداد وغيرهم^(٤).

الخامسة^(٢):

فإذا ظهر أنه لا مال له، فعن ابن القاسم في «العتيبة»^(٣) أنه يحلفه ويطلقه، رواه ابن حبيب عن مالك^(٤)، ومعنى ذلك: أن يشهد له الشهود أنهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا، ويلزمه اليمين؛ لأن الشهود إنما يشهدون على العلم، فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبيت، كالرجل يستحق الدار، فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لا يعلمون قوته^(٥)، ويحلف هو على الباطن بالبيت.

فرع:

وأما من ثبت فلسه، فروى ابن وهب عن مالك في «الواضحة»^(٤) أنه لا يُحبس إن كان مُغيبا لا شيء له، وفي «الموازية»: إن عليم الأشياء له، فلا يُحبس حر ولا عبد. وجه ذلك: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُنُقٍ فَنُطْرُؤُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ الآية^(٦). ولا يُؤاجر المُفلس في دينه^(٧)، خلافا لابن حنبل. ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُنُقٍ﴾ الآية^(٨). ومن جهة المعنى: أن الدين

(١) في الأصل: «لا يستمر» والمثبت من المتنى.

(٢) في الأصل: «... الدين الآخرة» والمثبت من المتنى.

(٣) في الأصل: «المنفعة» والمثبت من المتنى.

(٤) في الأصل: «الواضحات» وهو تصحيف.

(١) وزاد اللخمي في التبصرة: الورقة 44 «وتُحبس النساء في الدين وغيره بموضع لا يكون فيه رجل، والأمين عليهن امرأة مأمونة لا زُوج لها، أولها زوج مأمون معروف بالخير».

(٢) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المتنى: 81/5 - 82.

(٣) 419/10 من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم، من كتاب أوله: نقدها نقدا.

(٤) في المتنى: «رواه ابن حبيب عن مُطَرِّف عن مالك».

(٥) أي اضطراب حاله المالية.

(٦) البقرة: 280، وانظر أحكام القرآن: 245/1.

(٧) انظر المعونة: 1183/2، والممهّد للقاضي عبد الوهاب: 152/أ.

(٨) البقرة: 280.

إنما يتعلّق بالذمّة دون عمله. قال محمّد: سواء كان حرّاً أو عبداً مأذوناً⁽¹⁾.

فرع:

أما إذا عَلِمَ غِنَاءَهُ، وكان ذلك ظاهر أمره، ففي «الموازنة» و«العُنْبِيَّة»⁽²⁾ أنه يُحبس حتى يوقى⁽³⁾، أو يتبين أنه لا شيء له فيُطْلَق، قال مالك⁽⁴⁾: فإن شهد له ناس أنه لا شيء له، فلا يعجل إخراجه حتى يُستبرأ أمره، قال: هذا مثل التجار يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها، ولا يُعلّم ذلك إلا بقولهم، والبُروغ في هذا الباب أكثر من أن تُحصى، أو يأتي عليها الاستقصاء.

بَاب

مَا يَجُوزُ مِنَ السَّلْفِ

قال الإمام⁽⁵⁾: قد بيّنا حلّ البيع وتحريم الرّبا، وقرّنا في قاعدة المعروف أنه يجوز فيها من المسامحة في الزيادة في المقدار والصفة ما لا يجوز في البيع، لكونها خارجة عن المُكَايَسَةِ، وهي داخلّة في باب المعروف، وقد فصلت الشريعة بين الغرضين وجعلتهما قاعدتين، وقد أعطى النبي عليه السلام في القرض شيئاً أفضل من السنّ، وقال: «خِيَارُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»⁽⁶⁾ وهذا كما قال مالك⁽⁷⁾: «إِذَا نَمَّ يَكُنْ فِي ذَلِكَ شَرْطًا، وَلَا رَأْيِي، وَلَا عَادَةً».

قوله: «وَلَا رَأْيِي» الوأبي: الوعد⁽⁸⁾.

وقيل: هو إضمار في النفس أو القلب.

قال⁽⁹⁾: فإنه يخرج حينئذ من باب المعروف إلى باب المعاوضة التي يُعتَبَرُ فيها

(1) أي مأذوناً له في التجارة.

(2) 550/10 في سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم.

(3) أي يوقى الناس حقوقهم.

(4) في المدونة: 105/4 كتاب المديان.

(5) انظر هذا المدخل في القبس: 850/2.

(6) أخرجه البخاري (2305)، ومسلم (1601) من حديث أبي هريرة.

(7) في الموطأ (1988) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2695).

(8) انظر تفسير البوني للموطأ: 99/أ، والاقضاب: 76/أ.

(9) القائل هو ابن العربي.

الرُّبَا، ويجوزُ في المقدارِ إذا كان يسيراً، فإن كان كثيراً لم يجز، وعليه يُخْرَجُ قولُ عمرَ بن الخطَّاب: «قَائِنَ الْحَمَالِ»^(١)»^(١).

الفقه في ثلاث مسائل:

الأولى:

قولُه^(٢): «اسْتَسْلَفَ بَكْرًا فَقَضَى خِيَارًا رَبَاعِيًّا» الحديث^(٣).

و «الرُّبَاعِيَّ»: الَّذِي سَقَطَتْ رَبَاعِيَّتُهُ، وهو ابن سبع سنين^(٣).

فهذا^(٤) يدلُّ على ثبوته في الذِّمَّةِ بِالصُّفَّةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَضْبِطُ بِهَا، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمَا جاز ثبوته في الذِّمَّةِ عَوْضًا عما يستقرضه؛ لِأَنَّهُ لَا خِلافَ بِأَنَّ عَلَيْهِ رَدٌّ مِثْلَ مَا اسْتَقْرَضَ، ووافقنا على ذلك أبو حنيفة^(٥)، وخالف في السَّلَمِ، وقد تقدَّم.

الثانية^(٦):

قال علماؤنا^(٧): والقرضُ يكون^(٣) مؤجلاً وغير مؤجل، فإن كان مؤجلاً لم يكن للقارض أن يطلبه قبل الأجل، وللمستقرض أن يدفعه متى شاء^(٨) إذا كان عَيْتًا.

(١) في الموطأ: «الْحَمَلُ».

(٢) في الأصل: «رباعيا البكر الحديث لسن» ولم تتبين معناها فأثبتنا ما وُفِّقنا لفهمه.

(٣) في المتقى: «يجوز».

.....

(١) أخرجه مالك في الموطأ بلاغاً (1989) رواية يحيى.

(٢) أي قول أبي رافع في حديث الموطأ (1987) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2693)، وسويد (255)، وابن القاسم (172)، ومحمد بن الحسن (827)، والقعني عند الجوهرى (349)، وعبد الرزاق في مصنفه (14158)، والشافعي في مسنده: 140، والحكم بن المبارك عند الدارمي (2568)، وابن وهب عند مسلم (1600)، وروح بن عباد عند الترمذي، وابن الماجشون عند النسائي: 291/7، والتيسري عند الطبراني في الكبير (913).

(٣) هذا الشرح مستفاد من تفسير الموطأ للبيوني: 99/أ.

(٤) كلامه حتى آخر المسألة مقتبس من المتقى: 96/5.

(٥) يقول محمد بن الحسن في موطئه: 267 «يَقُولُ عمر نأخذ، لا بأس بذلك إذا كان من غير شرط اشترطه عليه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله».

(٦) هذه المسألة من المتقى: 96/5.

(٧) المقصود هو الإمام الباجي.

(٨) قبل الأجل.

الثالثة⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «اسْتَسَلَفَ بَكْرًا» لا يخلو أن يكون⁽³⁾ اقترضه لنفسه، أو لغيره من أهل الصدقة، فإن كان لنفسه، فلا تحل له الصدقة، ويحتمل هذا وجوهًا: أحدها: أن يكون منها⁽⁴⁾ وقد بلغ محله، ثم صار⁽¹⁾ للثبي عليه السلام بابتياح أو غيره.

وإن كان اقترضه من أهل الصدقة لغيره، فلا إشكال فيه؛ لأنه يقضي منها، كما يستقرض الوالي لتيمة على ماله، غير أنه لا يجوز أن يعطى من أموال المساكين ما هو⁽²⁾ أفضل مما أخذ لهم⁽³⁾، إلا أن يكون المقرض من أهل الصدقة، فيكون الفضل صدقته عليه، وليس في الحديث ما يدل على إخراج الزكاة قبل الحول، على قول من قال: إنه اقترض للمساكين، وإنما فيه أنه استقرض لهم ممن لا تجب عليه الصدقة.

بَابُ جَامِعِ الْبَيْوعِ

قال: في هذا الباب حديث ابن عمر، أن رجلاً ذكرَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبَيْوعِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ» قَالَ: وَكَانَ الرَّجُلُ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ لَا خِلَابَةَ. الحديث إلى آخره⁽⁵⁾.

- (1) في الأصل: «محله وصار» والمثبت من المتقى.
 (2) «من أموال المساكين ما هو» زيادة من المتقى.
 (3) «لهم» زيادة من المتقى.

- (1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 96/5.
 (2) أي قول أبي رافع في حديث الموطأ السابق ذكروه.
 (3) أي النبي ﷺ.
 (4) أي من إبل الصدقة.
 (5) أخرجه مالك في الموطأ (1999) ورواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2705)، وسويد (258)، ومحمد بن الحسن (788)، والقعنبي عند الجوهري (475)، والتميمي وابن أبي أويس عند البخاري (2117، 6964)، وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 252 / 7.

قال الإمام⁽¹⁾: هذا الرجل منقذ بن عمرو الأنصاري المازني⁽²⁾، جد واسع بن حبان، وكان سبب ذلك أنه أصابته في رأسه في الجاهلية مأمومة⁽³⁾، فغيرت لسانه وبعض ميزه⁽⁴⁾.

وقيل: إنه حبان بن منقذ، فقال له النبي عليه السلام: «بيع، وقُل: لا خِلافةَ، وأنت بالخيار»⁽⁵⁾.

فقال بعضُ الناس: إن هذا خاصُّ بهذا الرجل لضعفه عن الثَّحْرُز. وقد قال بعض العلماء: إن الحديث يُحملُ على عمومه حتى يخصصه الدليل القاطع.

الفقه في سبع مسائل: الأولى⁽⁶⁾:

روى عبد الوهاب في «إشرافه»⁽⁷⁾ أنه «إذا تبايع الناسُ بما لا يُتَعَابَن بِمِثْلِهِ⁽¹⁾ في العادة، وكان أحدهما يَمُنُّ⁽²⁾ لا يخبر سعر⁽³⁾ ذلك المبيع⁽⁴⁾، فاختلف أصحابنا في ذلك: فمنهم من يقول: لا خِيارَ له، وبه قال أبو حنيفة⁽⁸⁾ والشافعي⁽⁹⁾. ومنهم من يقول: له الخِيارُ إذا زاد الغبنُ على الثلث، أو خرج عن⁽⁵⁾ العادة.

(1) في الإشراف: «إذا تَبَايَعَا بِمَا لَا يَتَعَابَن النَّاسُ بِمِثْلِهِ».

(2) في الإشراف: «مَنَّا».

(3) في الأصل: «بيع»، وفي المنتقى: «بسر» والمثبت من الإشراف.

(4) في الأصل: «المبيع» والمثبت من الإشراف والمنتقى.

(5) في الأصل: «من» والمثبت من الإشراف والمنتقى.

(1) ما عدا السطر الأخير مقتبس من المنتقى: 108/5.

(2) انظر أخباره في الاستيعاب: 1451/8؛ والإصابة: 224/6.

(3) الأمة: النسيان وذهاب العقل.

(4) انظر هذه الرواية مُسَنَّدَةً في كتاب غوامض الأسماء المبهمة: 109/1 - 111.

(5) انظر المصدر السابق، وقد رجح ابن عبد البر في الاستذكار: 99/21 القول الأول.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 108/5.

(7) 250/1 - 251 وقد تصرف الباجي في نقله من كتاب الإشراف.

(8) انظر مختصر الطحاوي: 74.

(9) انظر الحاوي الكبير: 66/5.

والدليل على هذا القول: نهيه ﷺ عن إضاعة المال، ونهيه عن تلقّي السلع⁽¹⁾ فعلى هذا يكون الحديث عاماً.

الثانية: في الإشهاد على التّابع

والأصل في هذه المسألة: الكتاب والسنة، قال الله العظيم: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ الآية⁽²⁾، ثم نسخ الله ذلك⁽³⁾ بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽⁴⁾، ولم يذكر معه إشهاد، فلو ثبت الأمر على الأول ما جاز بيع لا يشهد فيه.

وقال أكثر العلماء: إنه لم ينسخ ولكنه حُضُّ على الإشهاد، وأدب لا فرض؛ ولأنه احتياط، لأنهم لا فرض عليهم فيه.

وقالت طائفة أخرى: يسقط فرض الإشهاد، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آيِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ الآية⁽⁵⁾، فكان هذا أقوى دليلاً على أنه حُضُّ وأدب واحتياط، لا فرض ولا أمر، وبهذا أقول.

وأشد ما فيه قول ابن عباس: «مَنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيَّ يَبِيعْ فَقَدْ عَصَى»⁽⁶⁾.

الثالثة⁽¹⁾:

وأما حديث «العارية مؤذاة»⁽⁷⁾ فليس في ذلك حديث صحيح يُعْرَلُ عليه⁽⁸⁾.

(1) في الأصل: «الثالث» ولعلّ الضواب ما أثبتناه.

(1) انظر المعونة: 1049/2.

(2) البقرة: 282، وانظر أحكام القرآن: 259/1.

(3) رد المؤلف في كتابه النسخ والمنسوخ: 105 - 110 على من قال بنسخ هذه الآية، وأطال في الكلام عليها، فراجع.

(4) البقرة: 275.

(5) البقرة: 283.

(6) لم نجده.

(7) أخرجه الطيالسي (1127)، وعبد الرزاق (7277، 14796، 16308)، وابن أبي شيبة (20562)، وأحمد: 267/5، وأبو داود (3565)، وابن ماجه (2398)، والترمذي (1265) وقال: «هذا حديث حسن»، والنسائي في الكبرى (5781)، من حديث أبي أمامة. وقد ضعفه ابن حزم في المحلى: 172/9، وانظر نصب الراية: 57/4.

(8) وهو الذي قرره في العارضة: 21/6 حيث قال: «ليس في العارية حديث صحيح».

الزابعة⁽¹⁾: في بيع الخمر

أدخل الترمذي⁽²⁾ حديث أبي طلحة⁽¹⁾ وأنس في تحريم الخمر، وليس بصحيح، وترك⁽²⁾ حديث أبي سعيد وحديث ابن عباس وعائشة، وهذه الأحاديث الثلاث تقطع العذر، وتقوم الحجة بها، وإنه لا يجوز بيع الخمر أصلاً.

فصل⁽³⁾

قال الإمام: وبتركب على هذا إذا نجس الزيت والعسل واللبن بما يقع فيه من النجاسات، فهل يحرم بيعه أم لا؟

فعلى رواية العراقيين⁽³⁾ عن مالك في أن المائع⁽⁴⁾ كالماء في أحد القولين، وهو الصحيح، ولا ينجسه إلا ما غيرُه، أو ينزل⁽⁵⁾ عن درجة الماء على كل قول،* أو ينجس بكل ما وقع فيه، فإذا جعلناه كالماء لا ينجس إلا بتغيير، فلا كلام، وإن قلنا: إنه بخلاف الماء*⁽⁶⁾ فاختلف علماؤنا فيه:

فمنهم من قال: يطهر.

ومنهم من قال: يستصبح⁽⁷⁾ به في غير المسجد وتحفظ منه، وكل ذلك مروى عن مالك، فإذا قلنا بذلك فإن بيعه يجوز⁽⁸⁾⁽⁴⁾.

-
- (1) في الأصل: «أبي صالح» وهو تصحيف، والمثبت من جامع الترمذي، والثابت: «عن أنس عن أبي طلحة».
- (2) في الأصل: «وترد» والمثبت من العارضة.
- (3) في العارضة: «المدنيين».
- (4) في الأصل: «البيع» والمثبت من العارضة.
- (5) في العارضة: «ينزل» بدون «أو».
- (6) ما بين النجمتين استدركناه من العارضة ليستقيم الكلام.
- (7) في العارضة: «يتفتح».
- (8) في الأصل: «لا يجوز» والمثبت من العارضة.

.....

- (1) انظرها في العارضة: 295/5.
- (2) في جامعه (1293)، والحديث أخرجه الطبراني في الكبير (4712)، والدارقطني في سننه: 265/4.
- (3) انظره في العارضة: 301/5 - 302.
- (4) تنمة الكلام كما في العارضة: «لأننا قد بيننا أن كل منفعة مأذون فيها شرعاً جاز بيعها وأخذ =

الخامسة: في كره بيع المغنّيات⁽¹⁾

ذكر فيه الترمذي⁽²⁾ حديث أبي أمامة عن النبي عليه السلام قال: «لَا تَبِيعُوا الْمُغْنِيَّاتِ⁽¹⁾، وَلَا تَشْتَرُوهُنَّ، وَلَا تُعَلِّمُوهُنَّ، وَلَا خَيْرَ فِي تِجَارَتِهِنَّ⁽²⁾، وَتَمْنَهُنَّ حَرَامٌ»، وفي مثل ذلك نَزَلَتْ: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهَوَ الْكَلْبِ» الآية⁽³⁾.

قال الإمام: وقد بيّنا الآية في «كتاب الأحكام»⁽⁴⁾.

وأما حديث علي بن يزيد، فضعيف⁽⁵⁾.

وأما بيعُ المغنّيات، فينبني على أنّ الغناء⁽³⁾ حرامٌ أو حلال، وليس الغناءُ بحرام، فإنّ النبي عليه السلام سمعه في بيته وبيت غيره، وقد وقف عليه في حياته، فإن زاد فيه أحدٌ على ما كان في عهد النبي عليه السلام، مثل غناء دفّ يضرب عليه نغمة بدیعة⁽⁴⁾، فقد دخل في قوله: «مِزْمَارُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ اللَّهِ»⁽⁶⁾ إنما يكون ذلك مثل الطنبور⁽⁷⁾

(1) في جامع الترمذي: «القينات».

(2) في جامع الترمذي: «في تجارة فيهن».

(3) في الأصل: «البيع» والمثبت من العارضة.

(4) في العارضة: «مثل عودًا بصوت عليه نغمة».

.....

= العوض عنها، وكذلك العسل واللبن إذا نجسا جاز الانتفاع بهما... وليس ذلك إلا مبنياً على اختلاف العلماء لتعارض الأدلة عليه، فلا يتزل منزلة من قال: الدليل قطعاً على إبعاده ووقع الردع والزجر عنه وعظم الوعيد فيه كالخمر والخنزير».

(1) انظرها في العارضة: 281/5 - 282.

(2) في جامعه (1282)، (3195)، والحديث أخرجه أيضاً الحميدي (910)، وأحمد: 225/5، والطبراني في الكبير (7805).

(3) لقمان: 6.

(4) 1493/3 - 1494.

(5) قال الترمذي في جامعه معلقاً على الحديث المذكور: «حديث أبي أمامة [الذي رواه علي بن يزيد، عن القاسم، عن أبي أمامة] غريب، إنما نعرفه مثل هذا من هذا الوجه، وقد تكلم بعض أهل العلم في علي بن يزيد وضعفه، وهو شامي».

(6) أخرجه البخاري (952)، ومسلم (892) من حديث عائشة.

(7) هو آلة من آلات الطرب ذات عنق وأوتار، انظر كتاب الملاهي وأسمائها للمفضل بن سلمة: 14.

وشبهه، فلا بد من تحريمه⁽¹⁾، فإنها كلها آلات تتعلّق بها قلوب الضعفاء⁽²⁾.

وقال علماؤنا: من اشترى جارية فظهر عنده أنها قينة، فله الخيار، ولو كان عندهم بيعها غير جائز لحكموا بفسخه ولم يجعلوا له الخيار، والله أعلم.

السادسة: في حكم المكيال والميزان⁽³⁾

روى الترمذي⁽⁴⁾، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ لأصحاب الكَيْلِ والمِيزانِ: «إِنَّكُمْ قَدْ وُلِّيتُمْ أَمْرَيْنِ هَلَكَتَ بِهِمَا⁽¹⁾ الْأُمَّمُ السَّالِفَةُ قَبْلَكُمْ» والحديث ضعيف، والصحيح وثقه على ابن عباس موقوفاً مقطوعاً⁽⁵⁾، رواه مالك⁽⁶⁾ عن ابن عباس فقال: «مَا نَقَصَ قَوْمٌ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِلَّا قَطَعَ عَنْهُمْ الرِّزْقَ».

قال علماؤنا: أراد بذلك كثرة الرزق أو المال بغير طريقه، فقطع الله عليهم الرزق من غيره.

السابعة⁽⁷⁾:

قال النبي عليه السلام: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَالْمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ»⁽⁸⁾.

(1) في العارضة: «فيهما»، وفي جامع الترمذي: «هلك فيهما».

(1) يقول أبو بكر الطرطوشي في كتاب تحريم الغناء والسماع: 166 «فأما العود والطنبور وسائر الملاهي فحرام، ومستمعه فاسق».

(2) الذي في العارضة - بعد إيراد الحديث الشريف -: «وإن اتصل نقر طنبور به فلا يؤثر أيضاً في تحريمه، فإنها كلها آلات تتعلّق بها قلوب الضعفاء، وللتقس عليها استراحة وطرح لتقل الجذ الذي لا تحمله كل نفس ولا يتعلّق به قلب، فإن تعلقت به نفس فقد سمح الشرع لها فيه».

(3) انظرها في العارضة: 222/5 - 223.

(4) في جامعه (1217)، وأخرجه أيضاً الطبراني في الكبير (11535)، والحاكم: 31/2.

(5) يقول الترمذي في التعليق على الحديث المذكور: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حسين بن قيس، وحسين بن قيس يَضَعُفُ في الحديث. وقد رُوِيَ هذا بإسناد صحيح عن ابن عباس موقوفاً».

(6) في الموطأ مَطْوُلاً (1323) رواية يحيى.

(7) انظرها في العارضة: 223/5.

(8) أخرجه عبد بن حميد (803)، والنسائي في الكبرى (2299) بإسناد جيد كما قال ابن الملقن في تحفة المحتاج: 58/2، كما أخرجه الطبراني في الكبير (13449)، وأبو نعيم في الحلية: 20/4، والبيهقي: 31/6، وابن حزم: 353/11، كلهم من حديث ابن عمر.

وقال: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُمْ فِي صَاعِهِمْ وَمُدِّهِمْ»⁽¹⁾.
 وقال مالك لأشهب: «الْبَرَكََةُ فِي صَاعِنَا أَكْثَرُ مِمَّا عِنْدَكُمْ».

تَمَّ الْكِتَابُ⁽¹⁾

(١) هنا ينتهي السَّقَط الطويل في نسخة «ج».

(1) سبق تخريجه صفحة: من الجزء: .

كتاب المُساقاة

الإسناد:

قال الإمام: أرسل مالك في «الموطأ»⁽¹⁾ حديث المساقاة ولم يُسنِّده، وأسنَّده أبو داود⁽²⁾، عن أحمد بن حنبل، عن يحيى بن سعيد القطان، عن نافع عن عبد الله بن عمر، أن رسول الله ﷺ عاملٌ خَيْرَ بَشَطِرٍ ما يخرج منها من تَمْرٍ أو زُرْعٍ. الحديث⁽³⁾.

تنبيه:

قال الإمام: لم يُدخل مالك هذا الحديث في «الموطأ» من أجل حديث رافع بن خديج؛ أن النبي ﷺ نهى عن كِرَامِ المَزَارِعِ⁽⁴⁾ بغير ما يخرج منها من الطعام، وإنما ساقى النبي ﷺ أهل خيبر من أجل اشتغاله عنها بالجهاد في سبيل الله، وأمرَ بِخَرْصِ تَمْرِهَا على اليهود من أجل أنه لم يأمنهم عليها.

وقال علماؤنا: ليس العمل على حديث عبد الله بن رواحة في المساقاة⁽⁵⁾ في خرصه على اليهود، ولا تصحُ القِسْمَةُ في المُساقاة إلا كَيْلًا، إلا أن تختلفَ حاجةُ المساقين، مثل أن يريد أحدهما أن يبيعَ نَصِيبَهُ من الثمرة، ويريد الآخر أن يأكلها ولا يبيعها، فيقسمانها حينئذ بالخرص. وليس العملُ في المساقاة أن يكون إلا لأجل معلوم، كما قال النبي ﷺ لأهل خيبر: «أَقْرَبُكُمْ مَا أَقْرَبُكُمْ اللَّهُ عَلَى أَنْ الثَّمَرِ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ»⁽⁶⁾.

(1) الحديث (2049) رواية يحيى، فقد رواه مالك عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، مُرْسَلًا. وكذلك الحديث (2050) رواية يحيى، فقد رواه مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار، مُرْسَلًا.

(2) في سننه (3408م).

(3) والحديث متفق عليه، أخرجه البخاري (2329)، ومسلم (1551).

(4) أخرجه مالك في الموطأ (2073) رواية يحيى.

(5) الذي أخرجه مالك (2050) رواية يحيى.

(6) أخرجه مالك (2049) رواية يحيى.

ولا تكون المساقاة إلا لأجل معلوم، ويُكره فيها ما طال من السنين، ولا بأس بالعشر سنين فدونها⁽¹⁾، على ما يأتي بيانه إن شاء الله.

الأصول⁽²⁾:

اعلموا - وَفَقَّكُمْ اللَّهُ - أَنْ عَقَدَ الْمَسَاقَاةَ مَرْفَقًا فِي الشَّرِيعَةِ، وَرَحْمَةً⁽¹⁾ مِنْ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ أَيْضًا مُسْتَثْنَى مِنَ الْبُيُوعَاتِ لِلضَّرُورَةِ وَالْحَاجَةِ.

وقال قوم: هو مُسْتَثْنَى مِنَ الْإِجَارَةِ الْمَجْهُولَةِ الْعَمَلِ⁽²⁾ لِلْحَاجَةِ. ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الصَّحِيحِ؛ أَنَّهُ قَالَتْ الْأَنْصَارُ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَفِيسْمَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ إِخْوَانِنَا الْمُهَاجِرِينَ النَّخِيلِ، قَالَ: «لَا» قَالُوا: فَيَكْفُونَنَا الْمَوْوَنَةَ وَنَشْرَكُهُمْ فِي الثَّمَرَةِ. قَالُوا: سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا⁽³⁾.

وثبت عنه ﷺ أَنَّهُ سَأَى أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ نَخْلِ وَزَرْعٍ⁽⁴⁾، وَكَانَ بَيْنَ النَّخِيلِ بِيَاضٌ، فَكَانَ لَغَوًّا.

وقال أبو حنيفة: المساقاة باطلة⁽⁵⁾، وَحُدْرًا لَهُ فَإِنَّهُ⁽³⁾ كَانَ ضَعِيفًا فِي الْحَدِيثِ، ذُكِرَتْ⁽⁴⁾ لَهُ قِصَّةُ خَيْبَرَ فَقَالَ: إِنَّ الْيَهُودَ كَانُوا رَقِيقًا لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَجَعَلَ رَقِيقَهُ فِي مَالِهِ عُمَّلَةً⁽⁵⁾ فِيهِ، وَجَعَلَ لَهُمْ نِصْفَ الثَّمَرِ أَرْزَاقًا لَهُمْ. وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ

(1) في القيس: «ورخصة».

(2) ف: «والعمل».

(3) ف، ج: «المساقاة باطل وغرر، وإنه» والمثبت من القيس.

(4) ف، ج: «فذكرت» والمثبت من القيس.

(5) ج: «عمل» ولعلها: «عمله».

(1) الذي في المدونة: 8/4 كتاب المساقاة، في المساقاة سنين، قال سحنون لابن القاسم: «أرأيت المساقاة أنجوز عشر سنين؟ قال: قال مالك المساقاة سنين جائزة، فأما يحدد بعشر سنين أو ثلاثين أو خمسين، فلا أدري ما هذا ولم أسمع من مالك فيه شيئاً، وأما ما لم يكثر جداً فلا أرى به بأساً».

(2) انظره في القيس: 861/3 - 863.

(3) أخرجه البخاري (2325) من حديث أبي هريرة.

(4) سبق تخريجه.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 127، ومختصر اختلاف العلماء: 21/4.

أَجِيرًا فَلْيُعْلِمُهُ أُجْرَتَهُ⁽¹⁾ وَالسُّنَنُ لَا تُقَاسُ بِرَأْيٍ، وَلَا تُعَارَضُ بِقِيَاسٍ، وَالْمَسَاقَاةُ مِنْ عَمَلِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ⁽²⁾.

قلنا: لو عَرَفَ الْحَدِيثَ لَمَّا قَالَ هَذَا، وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يَبْقَاءَهُمْ فِي الْأَرْضِ إِنَّمَا هُوَ لِلْمُسْلِمِينَ، إِنْ شَاءُوا أَنْ يُبْقَوْهُمْ أَبْقَوْهُمْ، وَإِنْ شَاءُوا أَنْ يُخْرِجُوهُمْ أَخْرَجُوهُمْ، وَلَوْ كَانُوا رَقِيقًا مَا صَحَّ⁽¹⁾ ذَلِكَ، وَكَلَامُهُمْ أَقْلٌ مِنْ أَنْ يُتَكَلَّمَ عَلَيْهِ. وَمَسَائِلُ الْمَسَاقَاةِ عَوِيصَةٌ⁽²⁾؛ لِأَنَّهَا رَخِصَةٌ مَخْصُوصَةٌ، وَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ قِيَاسًا مُعْتَلًا⁽³⁾، أَمَكْنَ تَعْلِيلُهُ وَأَطْرَدَتْ فِرْوَعُهُ، وَإِذَا ثَبَتَ رَخِصَةٌ⁽⁴⁾، عَسَرَ الضَّبْطُ فِيهِ، وَاضْطَرَبَتْ آرَاءُ الْمُجْتَهِدِينَ عَلَيْهِ، وَلِذَلِكَ⁽⁵⁾ أَطْنَبَ مَالِكٌ فِي الْمَسَاقَاةِ، وَذَكَرَ مِنْهَا مَسَائِلَهَا وَفِرْوَعَهَا، اتَّبَعَ فِيهَا كُلُّهَا الْأَثَرُ وَبِمَا وَجَدَ مِنَ الْعَمَلِ.

وَمِنْ أَمْهَاتِ مَسَائِلِهَا أَنَّ الْمَسَاقَاةَ تَجُوزُ فِي كُلِّ شَجَرَةٍ⁽³⁾.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ⁽⁴⁾: لَا تَجُوزُ إِلَّا فِي الْأَصُولِ⁽⁶⁾ مِنَ النَّخِيلِ وَالكَرْمِ؛ لِأَنَّهَا رَخِصَةٌ،

فَاقْتَصَرَ بِهَا عَلَى مُؤَرِّدِ الثَّمَرِ.

قلنا له: مهلاً عليك، إِنَّمَا وَرَدَتْ فِي النَّخِيلِ، فَلِمَ عَدَيْتَهَا إِلَى الْكَرْمِ؟ وَالْأَصْلُ فِي كُلِّ رَخِصَةٍ فِي الشَّرِيعَةِ أَنْ يَكُونَ مَا فِي مَعْنَاهَا لِأَحَقِّقًا بِهَا، مِمَّا يَنْتَفِطُنُ لَهُ قَبْلَ النَّظَرِ فِي الْعِلَّةِ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي «أَصُولِ الْفِقْهِ» وَخُصُوصًا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ تَجُوزُ الْمَسَاقَاةُ فِي الثَّمَرَةِ بَعْدَ ظَهْوَرِهَا.

(1) القيس: «صلح».

(2) ف، ج: «عريضة».

(3) ف، ج: «مقاساً مقالاً» والمثبت من القيس.

(4) ف، ج: «رفضه» والمثبت من القيس.

(5) ف: «وكذلك».

(6) ج: «الأصل».

(1) رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة: 89 من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة، والحديث أخرجه عبد الرزاق (15023)، وانظر تلخيص الحبير: 60/3، ونصب الراية: 131/4.

(2) الكلام من أول الحديث النبوي مقتبس من تفسير الموطأ للبخاري: 109/ب، وتتمة الكلام في الكتاب المذكور هي: «ينقله صغيرهم عن كبيرهم من عهد النبي ﷺ وهلم جزءاً».

(3) انظر التصريح لابن الجلاب: 201/2، والمعونة: 1132/2، والممهّد للقاضي عبد الوهاب: 11/أ.

(4) في الأم: 19/8 (ط. قتيبة).

وقال الشافعي⁽¹⁾: لا تجوز.

ودليلنا: أن ما بعد الظهور في معنى ما قبل الظهور؛ لأن المقصود كفاية العامل لرَبِّ المال⁽¹⁾، وهذا يستوي فيه ما قبل الظهور وما بعده، ولذلك قال ابن القاسم⁽²⁾ وغيره خلافاً لسحنون⁽³⁾: إنَّ المساقاة تجوزُ في الثمرة⁽²⁾ بعد طيِّبها؛ لأنَّ الحاجة⁽³⁾ في المساقاة بعد طيِّبها كالحاجة إلى المساقاة قبل طيِّبها، إذ الشجرة مُفْتَقِرَةٌ إلى العمل من أول ما تُغْرَسُ إلى أول ما تُجَدُّ ثمرها، أو من أول ما يُؤْخَذُ منها⁽⁴⁾ إلى أن تستحصد ثمرتها⁽⁵⁾، ولذلك اتبع مالك الأثر حين⁽⁶⁾ قال: تجوزُ المساقاة في خمسة أوسقٍ من تمرٍ بين العامل وصاحب التخل، وإن كان نصيب كل واحدٍ منهما يقصُرُ عن الثَّصَابِ بخلاف سائر الأموال الزكائية⁽⁷⁾⁽⁴⁾؛ لأنَّ عبد الله بن رواحة كان يخرُصُ ويأخذُ الزكاةَ ممَّا يجبُ، ولا يسألُ عن الشُّركاءِ⁽⁵⁾.

وقد بنى علماؤنا هذه المسألة على أنَّ العاملَ في المساقاة متى يَمْلِكُ حِصَّتَهُ؟
فقيل: لا يملكها حتى يقبضها، فتنبني هذه المسألة على أنَّ العاملَ لا يملك ذلك حتى يقبضها، والأول أقوى في الدليل.
وقد خرَّج ابن القاسم⁽⁶⁾ عن هذا الأصل فقال: لا تجوزُ مساقاةُ التصرانيِّ في كَرْمِكَ

(1) القيس: «لرب العمل».

(2) ف: «التمر»، ج: «التمر» والمثبت من القيس.

(3) ف، ج: «العادة» والمثبت من القيس.

(4) ف: «ما يتأخر منها»، القيس: «ما تحاول خدمتها».

(5) ج: «ثمرها».

(6) ف، ج: «حتى» والمثبت من القيس.

(7) ف، ج: «الكائنة» والمثبت من القيس.

.....

(1) في المصدر السابق.

(2) انظر المدونة: 5/4، والمعونة: 1137/2.

(3) انظر قول سحنون في الممهّد للقاضي عبد الوهاب: 13/أ، والمقنع لابن مغيث: 275.

(4) نسبة إلى «الزكاة»، وهو لحن، والصواب «الزكوية».

(5) انظر هذه المسألة في الممهّد للقاضي عبد الوهاب: 13/ب، والمعونة: 1137/2.

(6) في المدونة: 11/4 في مساقاة المسلم حائط التصراني، وفي مساقاة التصراني حائط المسلم.

إلا إذا أُمِنتَ أن يَغَصِرَهُ خمرًا.

والثبني عليه السلام قد سَأَى أهلَ خيبرَ كلَّهم، وهم كَفَازٌ بأجمعهم، وفيهم من لا يُؤَمَّنُ أن يَتَّخِذَ ثمره خمرًا، بل جميعُهُم لا يُؤَمَّنُ عليه ذلك، فصَحَّ أن هذه الرّوايةُ في نهاية الضَّغْفِ.

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

قال الفقهاء أجمع: المساقاة لازمة، وذلك أن يدفع الرجل حائطه فيه النخل والشجر إلى العامل ليعمل ذلك بما يحتاج إليه من الخدمة، بجزء من الثمر⁽¹⁾ معلوم. إما أن يكون بينهما بنصفين، أو على الثلث، أو الربع، أو نحو ذلك، والزكاة من الجميع قبل القسمة⁽²⁾.

المسألة الثانية⁽³⁾:

اختلف العلماء في افتتاح خيبر:

فقال بعضهم: افتتحها عتوة⁽⁴⁾.

وقال آخرون: افتتح بعضها عتوة وبعضها صلحًا⁽⁵⁾.

والصحيح أنه افتتحها عتوة، فكان النصف لله والرسول، والنصف الآخر للمسلمين.

المسألة الثالثة:

والمساقاة عند مالك جائزة في الأصول كلها مما يتصل ثمره⁽⁶⁾، وكذلك

(1) ف: «الثمرة» وفي الخصال: «الثمار».

.....

وانظر المعونة: 1138/2.

(1) هذه المسألة مقتبسة من الخصال الصغير لابن الصّواف: 76.

(2) انظر الممهّد للقاضي عبد الوهاب، باب صفة المساقاة: 12/ب، والمعونة: 1132/2.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 118/5.

(4) بدليل ما رواه البخاري (371) من حديث أنس.

(5) من الذين قالوا بهذا الرأي البوني في تفسير الموطأ: 109.

(6) قاله في الموطأ (2058) رواية يحيى، ورواية أبي مصعب (2406).

المقائي⁽¹⁾، والورد والياسمين⁽²⁾، ولم تَجُزْ المساقاةُ في الموز والقصب⁽³⁾؛ لأنَّ ذلك يأتي بطناً بعد بطن، بخلاف سائر الأموال، والله أعلم.

.....

- (1) قاله مالك في المدونة: 13/4 في مساقاة المقائي.
- (2) قاله في المصدر السابق في مساقاة كل ذي أصل والياسمين والورد.
- (3) قاله مالك في المدونة: 14/4 في مساقاة الموز.

كتاب (١) الشفعة (١)

الإسناد:

- ذكر مالك في «الموطأ» (٢) حديث الشفعة مُرسلاً (٣)، وأحاديث الشفعة أربعة:
 الحديث الأول: عن جابر، قال رسول الله: «إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وَصُرِّقَتِ الطُّرُقُ، فَلَا شُفْعَةَ» (٤).
 الحديث الثاني: حديث الحسن، عن سَمُرَةَ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ» (٥).
 الحديث الثالث: عن جابر: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ، يَنْتَظِرُهُ إِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا» (٦).

(١) هنا تبدأ نسخة م وفي مطلعها: «بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على محمد وعلى آله وسلم تسليمًا».

(٢) م: «أحق بشفعتي» وهي رواية الدارقطني في جزء أبي طاهر محمد بن أحمد (51).

.....

(١) نقل ابن الزهراء هذا الكتاب كاملاً في الممهد الكبير: الورقة 54 - 56 ما عدا أواخر المسألة السابعة فلم ينقله.

(٢) الحديث (2079) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2371)، ومحمد بن الحسن (855)، وانظر التعليق المستفيض للأستاذ بشار عواد معروف ففيه فوائد.

(٣) وقد رواه جملة من أصحاب مالك، انظره في التمهيد: 44/7.

(٤) أخرجه بهذا اللفظ الترمذي (1370) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» وأصل الحديث في البخاري (2257).

(٥) أخرجه الطيالسي في مسنده (904)، وابن أبي شيبة في مصنفه (22720)، وأحمد: 8/5، 12، وأبو داود (3517م)، والترمذي (1368) وقال: «حديث سَمُرَةَ حديث حسن صحيح»، وابن الجارود (644)، والطبراني في الكبير (6920)، والبيهقي: 106/6.

(٦) أخرجه الطيالسي في مسنده (1677)، وابن أبي شيبة (22721)، وأحمد: 303/3، والدارمي (2630)، وأبو داود (3518م)، وابن ماجه (2494)، والترمذي (1369) وقال: «هذا حديث حسن غريب، ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر. وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث»، والطبراني في الأوسط (8399).

الحديث الرابع: عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنه قال: «الشَّفِيعُ شَرِيكٌ - أو قال - الشَّرِيكُ شَفِيعٌ، والشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ»⁽¹⁾.

قال الإمام: إسنادهما وقع في «البخاري»⁽²⁾ و«مسلم»⁽³⁾ عن جابر: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ مَالَمَ يُقْسَمَ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وَصَرَفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ» وهذا اللفظ للبخاري، وقال مسلم⁽¹⁾: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ عَلَى كُلِّ شِرْكَةٍ مَا لَمْ تُقْسَمِ الْأَرْضُ، أَوْ زَيْعٌ - وفي رواية: أَوْ زَيْعَةٌ - أَوْ حَائِطٌ، لَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكُهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

ونحوه لأبي داود⁽⁴⁾ فقال: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ» وفي «البخاري» كذلك⁽⁵⁾.
فهذه أحاديث الشفعة الصَّحاح التي أصَلَ عليها هذا الكتاب.

العربية⁽⁶⁾:

الصُّقْبُ: الْقُرْبُ، وَيُكْتَبُ بِالصَّادِ وَالسَّيْنِ⁽⁷⁾.

وَالزَّيْعُ: الْمَتْرَلُ، وَتَأْنِيهِ زَيْعَةٌ⁽⁸⁾.

وَالْحَائِطُ: الْبِسْتَانُ الْحَاوِي لِلشَّجَرِ، نَخْلٌ أَوْ سِوَاهُ⁽⁹⁾.

(1) في الممهد: «قال رسول الله ﷺ».

(2) في الممهد: «في كل شركة».

(3) في الممهد: «أو سواد».

(1) أخرجه الترمذي (1371)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: 125/4، والطبراني في الكبير (11244)، والدارقطني: 222/4، والبيهقي: 109/6، وابن حزم في المحلى: 84/9، وانظر نصب الراية: 177/4.

(2) الحديث (2213) بلفظ: «جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل مال لم...».

(3) الحديث (1908).

(4) في سننه (3516م).

(5) الحديث (2258) عن عمرو بن الشريد.

(6) انظر كلامه في العربية في العارضة: 130/6.

(7) انظر غريب الحديث للحري: 1115/3.

(8) انظر غريب الحديث لأبي عبيد: 385/4.

الأصول⁽¹⁾:

اختلف العلماء - رضوان الله عليهم - في عِلَّةِ الشُّفْعَةِ بعد اتِّفَاقِهِمْ على أَنَّ أصلَهَا موضوعٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ:

فمنهم من قال: العِلَّةُ الضَّرَرُ⁽¹⁾، يعني ضَرَرُ الخُلَطَاءِ، وعداها إلى الجار، وهو أبو حنيفةٌ وأهلُ العراق.

ومنهم من قال: إنَّها لَضَرَرِ الشَّرِكَةِ، وذلك فيما⁽²⁾ يُلْزَمُ من مؤونة القِسْمَةِ.

وقال أبو المعالي الجويني في ذلك قولاً بديعاً لم يُسَبِّقْ إليه⁽²⁾ في «كتاب الأساليب» فقال: «الأخذُ بالشُّفْعَةِ غيرُ معلَّلٍ؛ لأنه فسَخَ قهريٌّ يترتَّبُ على عَقْدِ اختياريٍّ أذِنَ الشَّرْعُ⁽³⁾ فيه، وهذا ما لا نظيرَ له في الشريعة، وإنما شرَّعه اللهُ تعالى بما عَلِمَ من الحُكْمِ لا لعلَّةٍ⁽⁴⁾ نَصَبَهَا عَلَماً» وهذا الذي أشار إليه لا يَصِحُّ عند أكثر⁽⁵⁾ العلماء؛ لأنَّ الحُكْمَ إِذَا وَرَدَ في الشريعة وظَهَرَ تعليلُهُ وعُلِمَتْ فائدَتُهُ، وجَبَ البناءُ عليها، وتعيَّنَ العملُ بها، وقد ظَهَرَتْ عِلَّةُ الضَّرَرِ في الشُّفْعَةِ⁽⁶⁾ ظهوراً جلياً، ووافقنا على التفريعِ عليها، ولو كان الأخذُ بالشُّفْعَةِ تعبدًا ما فُرِعَ ولا رُكِّبَ عليها، وتعليلُ الشُّفْعَةِ في كُتُبِ الشافعيةِ أعظمُ ممَّا في كُتُبنا⁽⁷⁾، وقد كانت الأموال الرُّبُوبِيَّةُ أوَّلَى بالتعليلِ منها.

(1) م: «فمنهم من منعها لعلَّةِ الضرورة»، وفي الممَّهَد: «فمنهم من قال: العلة الضرورة».

(2) في الممَّهَد: «مما».

(3) ف، ج والممَّهَد: «الشريعة».

(4) م، ج: «بعلَّة».

(5) في القيس: «كافة».

(6) في الممَّهَد: «علة الضرورة في الشركة».

(7) في الممَّهَد: «أعظم مما كتبنا».

(1) انظر كلامه في الأصول في القيس: 854/2.

(2) الذي في القيس: «قال أبو المعالي الجويني قولاً لم يُسَبِّقْ إليه، وروى عنه إسماعيل الطوسي وغيره، وذكره لنا عنه محمد بن طاهر الزنجاني الشهيد في كتاب العمد، وأشار إليه في الأساليب».

الفقه في اثنتي عشرة مسألة:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

اتفق علماء الأماص على أن الشفعة إنما تكون في العقار دون المنقول، لما قدمناه من أن الشفعة إنما ثبتت لضرر مؤنة القسمة، وذلك يختص بالعقار دون المنقول، إذ من المنقول ما لا يقسم بحال، وما ينقسم منه فلا مؤنة فيه.

وانفرد مالك عن جمهور⁽¹⁾ العلماء بفرعين:

أحدهما⁽²⁾، أنه قال: الشفعة في الثمار⁽²⁾، وهي من المنقولات.

وقال سائر العلماء: كل منقول لا شفعة فيه كالعروض.

وهذا قياس جلي، وعول مالك - رحمه الله - على ركنين:

أحدهما: أن⁽³⁾ الثمرة وإن كانت مقطوعة منقولة فإنها بأصلها من العقار تابعة⁽⁴⁾،

عنها نشأت، وفيها نبتت⁽⁵⁾، فما دامت متصلة بها فحكمها حكمها، أو لا ترى أن الأغصان والأوراق فيها الشفعة تابعة للأصول، وهي تفضل⁽⁶⁾ عنها وتقطع⁽⁷⁾ منها.

الركن الثاني - وهو خفي -: أن النبي ﷺ أخص في بيع العرايا، واستثناها من الربا

لضرر المداخلة، وكذلك ضرر المداخلة في الثمرة مثله عند القضاء بالشفعة.

الفرع الثاني: قال مالك: ما لا يقسم من العقار إلا بفساد هيئته وتغير صفته⁽⁸⁾

(1) في الممهد: «جميع».

(2) في الممهد: «الفرع الأول».

(3) في الممهد: «الركن الأول: إنما».

(4) وفي الممهد: «ثابتة» ف: «تابعة».

(5) ج، م: «بقيت».

(6) م، القيس: «تنفصل».

(7) ج، القيس: «وتقطع».

(8) في الممهد: «فلا».

(1) انظرها في القيس: 856/2 - 856.

(2) رواه عنه ابن القاسم في المدونة: 207/4 باب ما لا تقع فيه الشفعة، وانظر المعونة: 1268/2.

شُفَعَةٌ فِيهِ⁽¹⁾، كَالْحَمَامِ وَالْبِئْرِ، وَذَلِكَ لِغَيْبِهِ⁽¹⁾ بَدِيحٍ لَمْ يَتَفَطَّنْ لَهُ سِوَاهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الشُّفَعَةَ وَضِعَتْ - كَمَا قُلْنَا - لِدَفْعِ الضَّرَرِ فِي الْقِسْمَةِ، وَالْحَسَارَةِ⁽²⁾ فِي تَغْيِيرِ هَيْئَةِ الْحَمَامِ وَالْبِئْرِ أَكْثَرَ مِنْهَا فِي مَوْنَةِ الْقِسْمَةِ⁽³⁾، فَكَيْفَ يُدْفَعُ ضَرَرٌ⁽⁴⁾ بِأَعْظَمٍ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يُرْفَعُ أَعْظَمُ الضَّرَرِ⁽⁵⁾ بِأَهْوَنَ مِنْهُ، وَهَذَا بَيِّنٌ لِمَنْ تَأَمَّلَهُ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّ رِوَايَةَ الْمَصْرِيِّينَ أَقْوَى، وَلَمْ يَكُنْ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿يَمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرًا نَصِيحًا﴾⁽²⁾ مَتَعَلِّقٌ؛ لِأَنَّهُ عُمُومٌ تَخْصُهُ قَاعِدَةُ الضَّرَرِ وَالْفَسَادِ الْمُتَعَقِّقُ عَلَيْهَا.

المسألة الثانية⁽³⁾:

اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الشُّفَعَةَ إِنَّمَا يَرْتَبُ حُكْمُهَا فِي عَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ، فَإِنْ وَقَعَ الْمِلْكُ فِي الْخَطِّ الْمَشَاعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، كَالْهَيْبَةِ الْمَخْضَعَةِ، فَرُويَ عَنْ مَالِكٍ فِيهِ الشُّفَعَةُ، وَاتَّفَقَتِ الْأُمَّةُ عَلَى أَنَّهُ لَا شُّفَعَةَ فِي الْخَطِّ الْمَشَاعِ الْمَوْرُوثِ، وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْهَيْبَةِ وَإِنْ كَانَتْ قَلِيلَةً فِي التَّقْلِ فَإِنَّهَا قُوَّةٌ فِي الدَّلِيلِ، فَإِنَّ الشُّفَعَةَ إِنَّمَا تُبْتَلِغُ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ، وَذَلِكَ فِي الْمَوْهُوبِ كَمَا هُوَ فِي الْمَبِيعِ⁽¹⁾.

فَإِنْ قِيلَ: الْمَوْهُوبُ يَمْلِكُ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَلِمَ تَكُنْ فِيهِ الشُّفَعَةُ، كَالْمَوْرُوثِ جِزْءًا مُشَاعًا، وَهُوَ قَوْلُ كَأَفَّةِ الْعُلَمَاءِ.

قُلْنَا: لَيْسَ مِنَ التَّحْقِيقِ قِيَاسُ الْهَيْبَةِ عَلَى الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْرُوثِ دَخَلَ قَسْرًا⁽²⁾

(1) م، ف، ج والممهد: «لفظ» والمثبت من القبس.

(2) ف: «والحيازة» وهو تصحيف.

(3) ف، م، ج: «تغيير هيئته» والمثبت من القبس.

(4) في القبس: «ضرره».

(5) في القبس: «الضررين».

(6) م، ف، ج: «البيع» والمثبت من القبس والممهد.

(7) م، ف، ج والممهد: «بشراء» والمثبت من القبس.

.....

(1) اختلفت الرواية عن الإمام مالك في الحمام، ففي المدونة: 224/4 في الشفعة في الحمام والعين والتهر والبئر، قال بوجود الشفعة في الحمام، وسقوطها في البئر، انظر المعونة: 1281/2، والممهد: 226/ب، والإعلام بنوازل الأحكام لابن سهل: 653/1.

(2) النساء: 7، وانظر أحكام القرآن: 328/1.

(3) انظرها في القبس: 857/2، وراجع المدونة: 215/4، والمعونة: 1271/2.

من الله لا دَفْعَ له بِحِيلَةٍ^(١)، بخلاف الهبة فإنه مِلْكٌ دَخَلَ على الشريك باختيار المتعاقدين، فوجب^(٢) فيها الشفعة كالمتابعين.

المسألة الثالثة^(١):

كما ثبتت الشفعة عند علمائنا في المبيع^(٣)، كذلك ثبتت في الممهرة^(٤) والمخالعة، وبه قال الشافعي^(٢).

وقال أبو حنيفة: هي مختصة بالمبيع^(٥)(٣).

والمسألة قريبة^(٦) المأخذ؛ لأننا نقول مع الشافعي: إنه شِفْصٌ، مِلْكٌ عن معاوضة، فوجب فيه الشفعة كالمبيع^(٤)، ولا إشكال في أن النكاح والخلع معاوضة؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿فَكَأْوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ رِيضَةً﴾^(٥)، وقال عز من قائل: ﴿مُحَصَّنَاتٍ غَيْرِ مُسْلُوحَاتٍ﴾ الآية^(٦)، إلا أن الشافعي^(٧): يأخذ في^(٨) الشفص بمهر المثل^(٧)، وقال مالك: يأخذه بقيمته^(٨)، وما قاله الشافعي هو بادي الرأي؛ لأن الشفعة^(٩) إنما تكون بالثمن، فإن تعذر يؤخذ بقيمته، كما لو اشترى شيفصاً بعبد أو ثوب، والبضع عندنا وعند الشافعي متقوم

- (١) م: «فجملته»، ج: «فحملته»، القيس: «بحيلة».
- (٢) في القيس والممهد: «فوجبت».
- (٣) م، ف، ج والممهد: «المبيع» والمثبت من القيس.
- (٤) في القيس: «الممهرة».
- (٥) في النسخ: «بالمبيع» والمثبت من القيس والممهد.
- (٦) ف، ج، القيس: «غريبة».
- (٧) «قال» زيادة من القيس.
- (٨) في الممهد: «يأخذ في أخذ».
- (٩) في القيس: «المنفعة».

- (١) انظرها في القيس: 857/2 - 858.
- (٢) انظر الحاوي الكبير: 249/7.
- (٣) انظر مختصر الطحاوي: 121.
- (٤) انظر الحاوي الكبير: 249/7 - 250.
- (٥) النساء: 24، وانظر أحكام القرآن: 380/1 - 390.
- (٦) النساء: 25، وانظر أحكام القرآن: 391/1 - 397.
- (٧) انظر الحاوي الكبير: 250/7.
- (٨) انظر الممهد: 228/أ، والمعونة: 1272/2.

يُضْمَنُ بِالْمُسْمَى فِي الصَّحِيحِ، وَبِالْمِثْلِ فِي الْفَاسِدِ، إِلَّا أَنْ مَالِكًا تَفَطَّنَ لِدَقِيقَةِ؛ وَهِيَ أَنْ التَّكَاحَ مَبْنِيًّا عَلَى الْمُكَارَمَةِ، وَقَدْ يَزِيدُ الْمَهْرُ وَقَدْ يَنْقُصُ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ أَعْدَلُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ بِقِيَمَةِ الشُّفْصِ، وَقَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى أَنَّهُ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَةِ الشُّفْصِ عِنْدَ تَعَدُّرِ حَالِ الثَّمَنِ، وَهَذِهِ حَالَةُ تَعَدُّرٍ، وَحُجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْجَوَابُ عَلَيْهَا فِي «كُتُبِ الْأَصُولِ» مِنَ الْخِلَافِ.

المسألة الزابعة⁽¹⁾:

قال علماءنا: الشُّفْعَةُ عَلَى مَقْدَارِ الْأَنْصِبَاءِ⁽²⁾؛ لِأَنَّهَا فَائِدَةٌ مِنْ فَوَائِدِ الْمِلْكِ فَقَدَّرَتْ بِقَدْرِ⁽¹⁾ الْمِلْكِ كَالْعَلَّةِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وقال أبو حنيفة⁽³⁾: إِنْهَا عَلَى قَدْرِ الرُّءُوسِ؛ لِأَنَّهَا لِدْفَعِ الضَّرْرِ بِدَلِيلِ حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ. وَالمسألة عريضة⁽²⁾ المأخذ جدًّا، لَا تَحْتَمِلُهَا هَذِهِ الْعُجَالَةُ، فَانظُرُوهَا فِي مَوْضِعِهَا مِنْ «مَسَائِلِ الْخِلَافِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

المسألة الخامسة⁽⁴⁾:

خِيَارُ الشُّفْعَةِ مَرُوثٌ عِنْدَنَا⁽⁵⁾، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ⁽⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: لَا يُورَثُ⁽⁷⁾.

قال الإمام أبو علي الصَّاعِقَانِي الْحَنْفِيُّ: الْخِيَارُ غَيْرُ مَتْرُوكٍ، وَإِنَّمَا يُورَثُ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: «مَا تَرَكَ»⁽⁸⁾ وَكَيْفَ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَتْرُوكًا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَهُوَ⁽³⁾ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِهِ،

(1) م: «فتقررت تقرر»، ف: «فتقررت بقدر»، ج: «فتقررت بتقرر» وفي الممهّد: «فتقررت تقرر» والمثبت من القبس.

(2) في القبس: «عريضة».

(3) م والممهّد: «بعد الميت وهي»، ف، ج: «الميت بعد الموت وهي» والمثبت من القبس.

.....

(1) انظرها في القبس: 858/2.

(2) قاله مالك في الموطأ (2088) رواية يحيى، وفي المدونة: 207/4 باب أقسام الشفعة، وانظر التصريح: 299/2، والمعونة: 1269/2.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 121، ومختصر اختلاف العلماء: 248/4.

(4) انظرها في القبس: 858/2.

(5) قاله في المدونة: 216/4 في وراثة الشفعة، وانظر المعونة: 1279/2.

(6) انظر الحاوي الكبير: 257/7.

(7) انظر مختصر الطحاوي: 123.

(8) النساء: 11.

يبطل موته حقوقه من خيار^(١) وعلم وقُدْرَة وغير ذلك، فقال له فخر الإسلام الشاشي: هذا مزجُ الشرعيات بالعقليات، والشرعية^(٢) لم تُبَيَّنْ على هذا؛ فإن الأحكام كلها إنما هي راجعة إلى قول الله تعالى، والحقوق التي أثبتتها إنما هي ثابتة بإثباته، لا بقول أحد من البشر، ولا بفعله، ولا بصفته، فهي تنتقل بنقل الله لها من شخص إلى شخص، ولو باع رجلُ فدانا، ف قيل له: ما بعْتَ من الأرض إنما هي لله، لا تقدُر على نقلها ولا على تصرفها^(٣)، إذ الملك إنما هو له، فلا نفسره إلا بما يرجع إلى الفعل، والفعل عَوْضٌ لا يبقى، فكيف يُتصوَر أن يُباع ويُنقل؟ فَتَتَبَعُ^(٤) مثل هذا إفساداً للأحكام، ولكن الباري تعالى جعل الحي خليفة الميت، فما كان للميت فهو له.

المسألة السادسة^(١):

قال مالكٌ دون^(٥) سائر الفقهاء: الشُّفَعَةُ إنما تكونُ بين أهلِ السُّهَامِ من الوَرَثَةِ دونَ غيرِهِم من المشركين^(٢).

وقال غيره بأجمعهم: إنما تكونُ لكلِّ شريكٍ قَرَبٍ أو بَعْدٍ؛ لأنها للدفع^(٦) الضَّرَرِ كما قَدَمناه، وذلك يستوي فيه القريبُ والبعيدُ من الشركاءِ.

مثال ذلك: ميتٌ تركَ جدتين، وأخوين لأُمٍّ، وإخوةً لأبٍ، فباعَت إحدى الجدتين، لم تُشَفَعْ في حظها إلا الأخرى. وكذلك لو باع الأخ للأُم، لم يشَفَعْ عليه إلا أخوه، ولو باع أحدُ الإخوةِ للأب، لشفَع^(٧) عليه جميعُ الوَرَثَةِ.

والدقيقة التي تفتن لها مالكٌ في هذا البابِ وفاتتِ الشافعي، فإنَّ أبا حنيفة بنى

(١) القبس: «وصفاته تبطل بموته، من حياة».

(٢) ف، القبس: «والشرعية».

(٣) م، ف، ج والممهّد: «تصرفها» والمثبت من القبس.

(٤) ف، ج: «فيمنع»، م: «فمنع» وفي الممهّد: «فيمنع» والمثبت من القبس.

(٥) «مالك دون» زيادة من القبس يستقيم بها الكلام.

(٦) في الممهّد: «ترفع».

(٧) في القبس: «لمنع».

(1) انظرها في القبس: 858/2 - 859.

(2) أي الشركاء، وانظر هذه المسألة في المدونة: 206/4 باب تشافع أهل السُّهَامِ، والتفريع: 299/2، والمعونة: 1270/2.

عليها وأطرَدَ أصله فيها، وتلك الدقيقة المالكية هي أن الشفعة إنما⁽¹⁾ تَبَيَّنَتْ لَضَرَرِ الشَّرِكَةِ كما قلناه مع الشافعي، ودليلنا عليه فيما تقدم، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها ثابتة للضَّرَرِ الْمُطْلَقِ، وإذا تَبَيَّنَتْ لَضَرَرِ الْقِسْمَةِ كما دللنا عليه، فهذه الدار التي تركها الميت إنما تُقَسَّمُ أسداساً؛ فللجدتين⁽²⁾ سُدُسُهَا، وللأخوين للآم ثُلُثُهَا، والثلاثة الأسداس للإخوة للآبِ، فينفرد كل واحد بنصيبه، ثم يُقَسَّمُ الأخوان حَظُّهُمَا بينهما، وكذلك الجدتان.

فكما⁽³⁾ يُجْمَعُ السَّهْمُ في الْقِسْمَةِ، كذلك تَجِبُ به الشفعة، ومن يفارقه في القسمة لا شفعة له، كما لا يَجْتَمِعُ معه في الْقِسْمَةِ. لكن يبقى على هذا إشكال واحد، وهو أن أهل السهام يشفعون على العصبية عندنا، ولا يشفع العصبية على أهل السهام، وذلك لقوة السهم، فيدخل الأقوى على الأضعف، ولا يزاحم الأضعف الأقوى، وهذا لباب الدليل، وهو مستوفى في «مسائل الخلاف».

المسألة السابعة⁽¹⁾:

قال الشافعي⁽²⁾ وأبو حنيفة⁽³⁾: الشفعة على الفور، لما روي في الحديث عن النبي ﷺ: «إِنَّ الشُّفْعَةَ كَنْشَطَةٌ»⁽⁴⁾ عِقَالٍ؛ إِنْ أَخَذَهَا مَسْكَهَا، وَإِنْ تَرَكَهَا ذَهَبَتْ»⁽⁴⁾.

وعند مالك: إن طلب الشفعة ليس على الفور، وعنه في انقطاعها للحاضر روايتان⁽⁵⁾:

إحداهما: أنها تنقطع بعد سنة⁽⁶⁾.

(1) ف، ج: «لما».

(2) ج: «فللجدة».

(3) م، ف، ج: «كما» والمثبت من القيس.

(4) ف: «كشط»، ج: «كشف» وفي الممهد: «كسر» وفي تلخيص الحبير: «كشَطٌ».

(1) انظرها في القيس: 859/2 - 860.

(2) انظر الحاوي الكبير: 240/7.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 121.

(4) أورده بدون إسناد الماوردي في الحاوي الكبير: 240/7، وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/

56 وعزاه إلى القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا من غير إسناد.

(5) انظرهما في التفریح: 301/2، والمعونة: 1274/2.

(6) وهو اختيار ابن أبي زيد في الرسالة: 228.

والرواية الأخرى: أنها لا تنقطع، إلا بأن يأتي عليها من الزمان ما يُعَلِّم أنه تارك لها، وقول أبي حنيفة إنها على الفور⁽¹⁾، وهو أظهر أقاويل الشافعي⁽²⁾.
ودليلنا: قوله: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ»⁽³⁾ ولم يعلقه بحد.

وعن مالك في ذلك روايتان:

إحداهما: أنها غير محدودة بمدة⁽⁴⁾، وإنما هي على مقدار الثمن والمثمن والمشتري والشفيع.

والثانية: أنها مُقَدَّرَةٌ بعام ونحوه.

ودليلنا: أنه حَقُّ ثبت لدفع الضرر، فلم يكن على الفور، أصله القصاص.

المسألة الثامنة:

لا تستحق الشفعة بالجوار⁽⁴⁾، خلافاً لأبي حنيفة⁽⁵⁾، لقوله: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ»⁽⁶⁾. وفيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه أخبر عن محل الشفعة، وهو أنه ما لم يُقَسِّمْ، فانتفى بذلك وجوبها في غيره.

والثاني: دليل الخطاب، وهو أنه لما عَلَّقَهَا^(٢) بغير المقسوم، وجب أن يكون المقسوم بخلافه.

والثالث: نُصُّهُ على سقوطها مع^(٣) القسمة.

(١) م: «المدة».

(٢) في الممهد: «عللها».

(٣) في الممهد «بعد».

.....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 121.

(2) انظر الحاوي الكبير: 240/7 حيث ذكر الماوردي أن القول بالتراخي هو القول القديم للإمام الشافعي، وأما الجديد فهو القول بالفور.

(3) سبق تخريجه صفحة: 180 من هذا الجزء.

(4) انظر الموطأ: 257/2 رواية يحيى، والرسالة: 227، والتفريع: 299/2، والمعونة: 1267/2، والممهد: 222/ب.

(5) انظر مختصر اختلاف العلماء: 239/4.

(6) أخرجه مالك في الموطأ (2079) رواية يحيى.

المسألة التاسعة:

الذَّمِيُّ والمسلم في الشُّفْعَةِ سواءً⁽¹⁾، خلافاً لأبي حنيفة⁽²⁾، وأحمد بن حنبل⁽³⁾ في قوليهما: لا شُفْعَةٌ، لقوله: «الشَّرِيكُ شَفِيحٌ» قَعْمٌ، ولأنه حقٌّ وُضِعَ لإزالة الضَّرَرِ، فاستوى فيه⁽¹⁾ المسلم والكافر كالرَّدُّ بالعيب، ولأنه معنى يسقطُ بالمِلْكِ كالاستخدام.

المسألة العاشرة:

لا شُفْعَةٌ في العُرُوضِ والحيوان⁽⁴⁾، خلافاً لما حَكَى عنه غير هذا، ولقوله: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمَ» وقوله: «فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّقَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ» ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة.

المسألة الحادية عشرة⁽⁵⁾:

إذا بَتَّى المشتري في الدَّارِ أو عَرَسَ، ثم أراد الشَّفِيحُ الأخذَ بالشُّفْعَةِ، فإنه يأخذ الشُّفْعَ بَقِيْمَةِ البِنَاءِ وَالغَرَسِ^(٢) قائماً، وليس له إجبار المشتري على قَلْعِ البِنَاءِ وَالغَرَسِ⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة: له ذلك⁽⁶⁾.

ودليلنا: قوله عليه السلام: «لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»⁽⁷⁾ وهذا عَرَقٌ لغير ظالم، فكان له حرمةٌ وحقٌّ، ولأنه بناءٌ مباحٌ في مِلْكٍ صحيحٍ فلم يستحق عليه قلعهُ وإتلافهُ، كالأذي لا يستحق عليه شُفْعَةٌ.

(١) «فيه» زيادة من الممهد.

(٢) ف والممهد: «الغراس».

.....

(1) انظر المدونة: 205/4 باب يشافع أهل الذمة، وشرح المدونة للمازري: الورقة 288.

(2) الثابت عن أبي حنيفة وأصحابه أنهم يقولون بقول الجمهور، أي أن المسلم والذمي في الشفعة سواء، وهو الذي نص عليه صاحب مختصر اختلاف العلماء: 244/4، فإن لم يكن وقع تصحيح في الاسم، فهو سبق قلم من المؤلف، والمصادر المالكية عزت هذا القول إلى داود وأحمد وهو الصحيح، انظر المعونة: 1281/2.

(3) انظر المقنع، والشرح الكبير لابن قدامة: 519/15.

(4) قاله في الموطأ (2111) رواية يحيى، والمدونة: 207/4 في باب ما لا تقع فيه الشفعة.

(5) انظر هذه المسألة في المعونة: 1278/2.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 123، ومختصر اختلاف العلماء: 247/4.

(7) أخرجه مالك في الموطأ (2166) رواية يحيى.

المسألة الثانية عشرة:

اختلف قول مالك في الحمام وغيره مما لا يُقسَم إلا بإتلافٍ مما هو عليه، فقال: فيه الشُّفْعَةُ⁽¹⁾، وقال: لا شُفْعَةَ فيه، وكذلك الرُّخْبَةُ والطَّرِيق وغيرهما. وعند أبي حنيفة أن فيه الشُّفْعَةَ⁽²⁾، وعند الشافعي: لا شُفْعَةَ فيه⁽³⁾. ودليلنا على أنه لا شُفْعَةَ فيه: أن كل ما⁽⁴⁾ لا يُقسَم للضرورة فلا شُفْعَةَ فيه. ووجه إثبات الشُّفْعَةَ: أنها مستحقة لأجل الضَّرَرِ سِوَى الشَّرْكَةِ فيها⁽⁵⁾.

مسألة⁽⁴⁾:

إذا باع شِفْقُصًا بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ⁽⁵⁾؛ قال الشافعي⁽⁶⁾ وأبو حنيفة⁽⁷⁾: الشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ بِالثَّمَنِ، وَإِلَّا يَنْتَظِرُ الْأَجَلَ، وَهَذَا تَحَكُّمٌ وَتَغْيِيرٌ لِلشُّفْعَةِ، فَإِنْ⁽⁸⁾ حُكِمَ الشُّفْعَةَ أَنْ يَنْزَلَ الشَّفِيعُ مِنْزَلَةَ الْمُشْتَرِي⁽⁸⁾، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ.

(1) ف والممهد: «مال».

(2) في الممهد: «إنما هو مستحقة لأجل الضرر سواء الشركة بينهما».

(3) «وهذا تحكم وتغيير للشفعة، فإن» زيادة من القبس.

(1) قاله في المدونة: 224/4 في الشفعة في الحمام والعين والتهر والبشر.

(2) انظر المبسوط: 132/14.

(3) انظر الحاوي الكبير: 272/7 - 274.

(4) انظرها في القبس: 860/2.

(5) قال مالك في الموطأ (2085) رواية يحيى: «إذا كان مَلِيًّا فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، وَإِنْ كَانَ مَخُوفًا أَنْ لَا يُوَدِّيَ الثَّمَنَ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، فَإِذَا جَاءَهُمْ بِحَمِيلٍ مَلِيًّا ثَقِيًّا مِثْلَ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الشَّقْصَ فِي الْأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ، فَلَهُ ذَلِكَ» وانظر: المعونة: 1280/2، والممهد: 238/أ.

(6) انظر المجموع للنووي: 309/11.

(7) انظر مختصر اختلاف العلماء: 243/4.

(8) تَمَّةُ الْعِبَارَةِ كَمَا فِي الْقَبْسِ: «فَقَلْبُ هَذَا لَا يَجُوزُ، وَنَحْنُ أَسْعَدُ بِالْمَسْأَلَةِ مِنَ الْقَوْمِ».

كتاب كراء الأرضين⁽¹⁾

قال الإمام: أدخل مالك في «الموطأ»⁽²⁾ حديث النبي ﷺ في النهي عن كراء المزارع مُجْمَلًا غير مُفسَّر، وأدخله غيره⁽³⁾ مُفسَّرًا⁽¹⁾ عن رافع⁽²⁾ فقال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِينَ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَقَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُهُ عَنْ كِرَائِهَا بِالذُّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ. وروى عنه⁽⁴⁾ أنه نهى عن المُرَابَّاتِةِ وَالْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُحَاقَلَةُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ وَشِبْهَيْهَا.

الإسناد⁽⁵⁾:

قال الإمام أبو بكر بن العربي - رضي الله عنه -: مسألة كراء الأرض مسألة عويصة⁽³⁾، لها صُوَرٌ وغوائلٌ، اختلف العلماء فيها من لَدُنِ الصُّحَابَةِ إِلَى زَمَانِنَا هَذَا، واضطربت فيها الأحاديث اضطرابًا كثيرًا⁽⁶⁾، وبَاحَثْتُ عنها⁽⁴⁾ قديمًا أثرًا ونظرًا، فما وجدتُ من أَتْقَنَهَا إِلَّا

(1) ف: «وأدخله غيره»، م، ج: «وأدخله غير مفسر».

(2) م، ف، ج والممهّد: «أبي رافع» والصواب ما أثبتناه.

(3) م، ف، ج: «عريضة» وهي ساقطة من الممهّد والمثبت من القيس.

(4) ف: «علتها»، وفي الممهّد: «عليه».

.....

(1) نقل ابن الزهراء هذا الباب كاملاً في الممهّد: الورقة 85 - 87 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق].

(2) الحديث (2073) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2425)، وابن القاسم (162)، ومحمد بن الحسن (830)، وابن بكير عند الجوهري (336)، والشافعي في مسنده: 751، ويحيى بن سعيد القطان عند أحمد: 140/4، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1547)، وقتيبة بن سعيد عند أبي داود (3393م)، وابن أبي أويس، والقعنبي، والتنيسي عند الطبراني في الكبير (4329).

(3) كالإمام أحمد: 140/4، والنسائي في الكبرى (4644)، والبيهقي: 136/6.

(4) رواه مالك في الموطأ (1828) رواية يحيى.

(5) انظره في القيس: 863/3 - 864.

(6) نرى من المستحسن نقل فقرة لطيفة من الكتاب النادر الذي توصلنا إلى صحة نسبه إلى صاحبه، وهو تفسير الموطأ للإمام البونني، يقول رحمه الله في لوحة: 111/ب «اختلف العلماء في كراء الأرض بما يخرج منها قديمًا وحديثًا، واحتج من أجاز ذلك باختلاف الروايات في ذلك، =

أبا عبد الرحمن النَّسائي؛ فإنه جَمَعَ أَحاديثَها باختلافِها وطُرُقِها في جزءٍ كبيرٍ، وجملَةُ الأمرِ أن علماءنا قالوا: لا يجوزُ كِرَاءُ الأرضِ بطعامٍ وإن كان مما لا تُثْبِتُهُ الأرضُ⁽¹⁾.

وقال الشافعي⁽²⁾: يجوزُ بِحِنْطَةٍ معلومةٍ في الذَّمَّةِ.

وقال أبو حنيفة⁽³⁾: يجوزُ بكلِّ ما كان ثَمَنًا في المَبِيعِ⁽⁴⁾.

وقال اللَّيْثُ: يجوزُ بجزءٍ معلومٍ مما يَخْرُجُ منها.

وقال غيره: يجوزُ بجزءٍ معلومٍ أو مجهولٍ، مثل أن يقول: لي ما تُثْبِتُهُ هذه البُقْعَةُ منها. ويعيَّنُها.

وقيل: لا يجوزُ كِراؤُها بحالٍ.

وفي متعلِّقٍ كلِّ واحدٍ منهم^(٢) حديثٌ وأثرٌ، فأما قولُ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ يَمْنَحْهَا أَخَاهُ»⁽⁴⁾ وهو الصحيح، فيعارضُه مثله في الصِّحَّةِ، وهو أن النَّبِيَّ ﷺ قال لرافع: «مَا تَصْنَعُونَ بِأَرْضِكُمْ؟» قَالَ: نُكْرِبُهَا بِالرُّبْعِ وَبِالْأَوْسُقِ مِنَ التَّنْمْرِ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا تَفْعَلُوا، ازْرَعُوهَا أَوْ ازرَعُوهَا»⁽⁵⁾.

وأما قول علمائنا: إنها لا تجوزُ بشيءٍ من الطعامِ، فهو ذريعة^(٣) أنها لا تجوزُ بشيءٍ مما يَخْرُجُ منها، وإن كان مما لا تُثْبِتُ الأرضُ فلوجهين:

(١) م: «البيع».

(٢) م، ف، ج: «منهما» وفي القبس: «كل ذلك» والمثبت من الممهّد.

(٣) في الممهّد: «ذريعة إلى».

= وقال بعضهم: يروى عن رافعٍ عن النبي ﷺ. وبعضهم: عن رافعٍ عن أبيه عن النبي عليه السلام. وبعضهم يقول: عن عمِّه، فاعتلَّ بعضهم بهذا فأراد أن يضعفَ بذلك الحديث، وليس له في ذلك حجة؛ لأنه قد يسمَعُ بعضٌ من روى عنه طائفةٌ من الحديث، ويسمعُ بعضهم طائفةً أخرى، فيؤدِّي إليه كلُّ واحدٍ ما سمعَ ويسمعُ هو شيئًا آخر فيحكِّي ذلك على ما بلغه، ويكون ذلك في مجلسٍ ومجالسٍ، وتكون كلُّ لفظَةٍ انفرد بها أحدهم حديثًا منفردًا، وأنتم ما فيه وأصحُّ إسناده رواية الأوزاعي والليث.

(1) انظر المدونة: 468/3 في اكتراء الأرض بالطعام والعلف، والمعونة: 1139/2.

(2) في الأم: 30/8 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 454/7.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 132، ومختصر اختلاف العلماء: 120/4.

(4) أخرجه البخاري (2341)، ومسلم (1544) من حديث أبي هريرة.

(5) أخرجه مع اختلاف في الألفاظ البخاري (2339)، ومسلم (1548) من حديث رافع بن خديج.

أحدهما: أنها ذريعةُ الذرائع^(١)، وشبهةُ الشبه^(٢) مسألةٌ مُختلفٌ فيها، وقد بينها في «الخلافيات».

الثاني: - وهو الأقوى - قال^(٣) النبي ﷺ لرافع: «لَا تَفْعَلُوا» وقد قال له: نُكْرِيهَا بِالْأَوْسُقِ مِنَ الثَّمْرِ^(٤)، وذلك أننا رأينا الله تعالى قد أذن لمن كان عنده نَقْدٌ أن يتصرف فيه طَلَبًا لِلرَّيْحِ، أو يُعْطِيَهُ لغيره يتصرف فيه بجزءٍ معلوم، فالأرضُ مثله، وإلا فأَيُّ فرقٍ بينهما، فهذا أقوى في الباب، ونحن نفعله الآن في بلدنا.

الأصول^(٥):

قوله^(٦): «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ كِرَاءِ الْمَرَاعِ» قال علماؤنا^(٧): هو عامٌ في كلِّ ما نُكْرَى به، إلا ما خصه الدليل، وإلى المنع ذهب طاووس^(٨) في الجملة في أحد قوليه. وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك^(٩).

وقوله^(١٠): «بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ» يقتضي إباحة ذلك بهما، وقد ذهب إلى إباحته بغيرهما مالك والفقهاء، غير ربيعة فإنه منعه بغيرهما^(١١).

(١) م، ج والممهد: «الذريعة».

(٢) م، ف والممهد: «الشبهة».

(٣) في القبس: «قول».

.....

(١) تمة الكلام كما في القبس: «والنهي يقتضي التحريم».

وأما الكِرَاءُ بجزءٍ منها وإن كان مما لا تنبت، فلوجهين:

أحدهما - وهو مذهبٌ فيه أحاديث كثيرة والمعنى فيه قويٌّ -

(٢) كلامه في الأصول مقتبسٌ من المتقى: 142/5 - 143.

(٣) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2073) رواية يحيى.

(٤) المقصود هو الإمام الباجي.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه (14459) وانظر الاستذكار: 251/21.

(٦) تمة الكلام كما في المتقى: «ووجهه أن الزاوي للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبي ﷺ وإنما

أخبره عنه، وهو الذي أخبر بأن ذلك مقصورٌ على غير الذهب والورق».

(٧) في حديث الموطأ السابق ذكره.

(٨) انظر الاستذكار: 253/21.

7 * شرح موطأ مالك 6

الفقه في ست مسائل :

المسألة الأولى⁽¹⁾ :

قال علماؤنا⁽²⁾ : والأرض على ضريين :

مأمونة، وغير مأمونة .

فالمأمونة : أرض التَّيْل، قال مالك⁽³⁾ : وليس أرض المطر كأرض⁽⁴⁾ التَّيْل، وإن

كانت لا تكاد تخلف⁽¹⁾، فالنَّقد جائزٌ، خلافاً لعمر بن عبد العزيز .

ودليُّنا : أنَّ الغالب من منافعها الاستيفاء⁽²⁾، فجارُّ الكراء فيها كسكنى الدور، قال

مالك وأصحابه : وكذلك الآبار والأنهار⁽⁵⁾ لا تخلف⁽³⁾ إلا في الغبِّ .

المسألة الثانية⁽⁶⁾ :

وأما أرضُ المَطَرِ، فقال مالك⁽⁷⁾ : لا بأس به، والتَّيْلُ أبين، وبه قال ابن عبد

الحَكَم، وأصْبَغُ، وابن المَاجِشُون، وقد قيل لهم⁽⁴⁾ : أرضُ الأندلس أرض مطر ولا تكاد

تخلف⁽³⁾، فقالوا : لا تنفد⁽⁵⁾ حتى يأتيها المطر الذي يحرق عليه، ولا ينتظر بها الرِّوَاء

بخلاف أرض التَّيْل .

وعندي أنَّ معنى المأمونة عند مالك : أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض

التَّيْل، وأما أرض المطر فلا يكفيها إلا المطر الكثير⁽⁶⁾ .

(1) م، ف، ج: «تختلف» والمثبت من الممهد والمدونة والمنتقى .

(2) م، ج: «الاستثناء» .

(3) م، ف، ج: «تختلف» والمثبت من الممهد المدونة والمنتقى .

(4) في المنتقى: «لهما» .

(5) في المنتقى: «لا ينعقد فيها» .

(6) في المنتقى: «المتكرر» .

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 146/5 .

(2) المقصود هو الإمام الباجي .

(3) في المدونة: 461/3 في اكتراء أرض النيل وأرض المطر قبل أن تطيب للحرق .

(4) في المدونة والمنتقى: «... المطر عندي بينا كيان أرض» وفي الممهد: «المطر بخلاف أرض» .

(5) أي وأرض الآبار والأنهار .

(6) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 146/5 .

(7) في المدونة: 461/3 في اكتراء أرض النيل وأرض المطر قبل أن تطيب للحرق .

فأما التي ليست بمأمونة، فلا يجوزُ التقد فيها بشرط⁽¹⁾، خلافاً لأبي حنيفة⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾.

ودليلنا: أنه قد يعدم المطر فيجب ردّ الكراء⁽⁴⁾، فتكون تارة كراءً إن نزل المطر، وتارة سَلَمًا إن عدم.

فرع:

فإن نقد بشرط، ففي «العُثْبِيَّة»⁽⁴⁾ - من رواية حسين بن عاصم - فيمن اكرى أرضه عشر سنين⁽⁵⁾ وانتقد، فإن لم تكن مأمونة فهو كِراءٌ وسَلَفٌ يُفَسِّخ ما لم يفت، فإن فاتت بقليب⁽³⁾⁽⁶⁾ أو زرع، يُقَاصَه⁽⁴⁾ بكراء سنة بعينها من سائرهما، ويرد ما بقي⁽⁷⁾.
المسألة الثالثة⁽⁸⁾:

فإن أطلق العَقْد، فمتى يلزم التقد؟ رأيتُ لعبد الحق⁽⁹⁾ أن ذلك على ثلاثة أوجه:

- 1 - فأما «أَرْضُ الْمَطَر» فلا يلزمه حتى يتم زرع.
- 2 - وأما «أَرْضُ التَّيْلِ وَالْمَأْمُونَةِ» فينقده⁽⁵⁾ إذا رويت.
- 3 - وأما «أَرْضُ السُّقْيِ الَّتِي تَزْرَعُ بَطُونًا» فينقده⁽⁵⁾ عند ابن القاسم عند تمام كل بطن ما ينوبه.

(1) «المطر فيجب ردّ الكراء» زيادة من الممهّد.

(2) م: «عشرين سنة».

(3) في المتقى: «فإن حرثها لقليب» وفي الممهّد: «فإن فات بقليب».

(4) م، ف، ج والممهّد: «خاصة» والمثبت من المتقى.

(5) في المتقى: «فينقده».

(1) عند العَقْد.

(2) انظر مختصر الطحاوي: 133.

(3) انظر الحاوي الكبير: 459/7.

(4) لم نجد هذه الرواية في المطبوع من العتبية.

(5) وهي أرض مطر.

(6) القَلِيبُ هو البئر.

(7) ووجه ذلك: أنه إن كان نقده بشرط، لم يجوز؛ لأنه سَلَفٌ جَرُّ منفعة، وإن نقده بغير شرط فقد أطلق اللفظ في المسألة.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 146/5.

(9) هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون (ت: 460)، له كتاب النكت والفروق لمسائل =

وعند أشهب؛ عند ابتداء كل بطن ما ينوبه، ولا فرق بين الأول والثاني عندهما.

ويحتاج هذا إلى تأويل⁽¹⁾؛ فإنه ذكر في «المدونة»⁽¹⁾: «لا يصلح⁽²⁾ التقد في أرض المطر إلا بعد ما تُرَوَى ويُمكنُ الحرث⁽³⁾» وهذا لا يجوز أن يريد به إلا غير المأمونة⁽²⁾، لكن العلة مفهومة⁽³⁾.

المسألة الزابعة⁽⁴⁾:

ومن اكرى أرضاً لها بئر، فذهب ماؤها، فإن لم يزرع فسخ الكراء، وليس له أن ينفق فيها كراء عامه ولا غيره، قاله محمد وابن حبيب⁽⁵⁾.

قال محمد: فإن أنفق فيها، فهو مُصَدِّقٌ، ثم لا يلزم ذلك ربها، إلا أن يشاء فيؤديه نقداً، وإن حبسه في الكراء جاز، ولم يكن ديتاً بدئين.

فرع⁽⁶⁾:

فإن كان قد زرع، فلا يخلوا أن يكون في كراء السنة الأولى ما يصلح به أو لا⁽⁷⁾؟ فإن لم يبلغ ذلك، فسخ الكراء، قاله محمد.

(1) في المتقى: «تأمل» وهي سديدة.

(2) في الممهد: «ولا يصح» وفي المدونة والمتقى: «لا يصلح» وهو الأسد.

(3) في المدونة: «وتمكن للحرث» وفي المتقى: «وتمكن من الحرث».

.....

= المدونة، وتهذيب الطالب في شرح المدونة، ولعله الكتاب الذي اطلع عليه الباجي، وتوجد منه عدة نسخ مخطوطة. انظر ترتيب المدارك: 8 / 72-73، وتاريخ التراث العربي لسزكين: 1/3/154.

(1) 460/3 في اكرء أرض المطر سنين والتقد فيها.

(2) تمة العبارة كما في المتقى: «فإن المأمونة يصلح التقد فيها قبل أن تروى».

(3) الذي في المتقى: «ولكنه لعله أراد في مسألة المدونة الرئي المبلغ».

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 148/5.

(5) ووجه ذلك: أنه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكرى من الماء الذي تتم به المنفعة المقصودة.

(6) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 148/5.

(7) أي ما يصلح به ما فسد من الماء، أو لا يبلغ ذلك.

فرع⁽¹⁾:

فإن ذهب ماء البئر أو العين قبل تمام الزرع فهلك، فلا كِرَاءَ له⁽²⁾، فإن أخذه لزمه رده، وإن كان لم يأخذه فذلك عن الزارع موضوع.
ولو هلك بعضه وبقي بعضه، أُعطي⁽¹⁾ بقدر ما يبقى من الكِرَاءَ بحساب ذلك، وإن لم يكن له قَدْرٌ، ولا فيه منفعة، لم يكن له⁽³⁾ من الكِرَاءَ شيئاً، قاله مالك في «المدونة»⁽⁴⁾.

فرع⁽⁵⁾:

ولو كانت من أرض المطر، فقد قال مالك في «المدونة»⁽⁶⁾: إن لم يتم زرعها فلا كِرَاءَ له.
ولو كثر المطر فأفسد⁽²⁾ الزرع، فإن كان في الإبان⁽⁷⁾، في وقتٍ لو أقلع⁽³⁾⁽⁸⁾ لأمكنه أن يعيد زراعتها، فلم ينكشف حتى مضت أيام الزراعة، فلا كِرَاءَ عليه؛ لأنه بمنزلة أن تغرق⁽⁹⁾، فإن انكشف في الإبان، فالكِرَاءَ له لازمٌ، قاله ابن القاسم⁽¹⁰⁾ عن مالك⁽⁴⁾⁽¹¹⁾.

- (1) في المتقى: «... ولو هلك بعضه وكان قد حصد شيئاً له قَدْرٌ ومنفعة أعطي من الكراه».
(2) في المدونة والمتقى: «قتل».
(3) في المتقى: «انقطع» وفي الممهّد: «في الإبان غرقت في وقت لو قلع».
(4) في المتقى: «ابن القاسم وبعضه عن مالك».

.....

- (1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 148/5.
(2) أي لصاحب الأرض.
(3) أي لرب الأرض.
(4) 460/3 في الرجل يكتري أرض المطر.
(5) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 148/5 - 149.
(6) 460/3 في الرجل يكتري أرض المطر.
(7) أي في أوان الزرع.
(8) أي انكشف الماء وأمكست السماء عن المطر.
(9) أي تغرق الأرض قبل الزراعة فيها.
(10) في المدونة: 261/3 في أرض المطر تستغدر وفيها الزرع.
(11) انظر المصدر السابق.

ولو غرقت بعد الإبان، فقد قال مالك⁽¹⁾: إن زرع فجاهه برّد فأذهبه، فالكراء عليه، وكذلك إن أصابه جراد أو جليد وغرقت⁽¹⁾ في غير الإبان⁽²⁾ فتلف الزرع.
المسألة الخامسة⁽²⁾:

فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنيهم، فخرّج الترمذي⁽³⁾ فيه حديث عطاء عن رافع بن خديج، قال رسول الله: «مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ» وفي هذا الحديث كلام.

أما «الإسناد» فقال البخاري: شريك يثهم في الحديث كثيراً⁽⁴⁾، وقال أبو عيسى⁽⁵⁾: هو حديث حسن⁽⁶⁾، وأنكر أحمد بن حنبل على أبي⁽³⁾ إسحاق أن يكون زاد فيه: «بغير إذنيهم» وقال: ولم يروه غيره⁽⁷⁾.

واختلف علماء الأمصار في هذه النازلة:

فمنهم من قال: الزرع للزارع، وهم الأكثر.

وقال ابن حنبل⁽⁸⁾: إذا كان الزرع قائماً فهو لرب الأرض، وإذا كان قد حصد فإنما تكون له الأجرة، وذلك لحديث رافع؛ لأنه متعد على صاحب الأرض، ولأنه شغل مال غيره⁽⁴⁾.

(1) م، ف، ج والممهّد: «أو غرقت» والمثبت من المنتقى.

(2) م: «في إبان».

(3) «أبي» زيادة من العارضة.

(4) في الممهّد: «ولم أره لغيرهم».

(1) في المصدر السابق: 460/3 - 461.

(2) انظرها في العارضة: 124/6.

(3) في جامعه (1366)، والحديث أخرجه أحمد: 465/3، وأبو داود (3403م)، وابن ماجه (2466)، والطبراني في الكبير (4437) عن رافع بن خديج.

(4) انظر التاريخ الكبير: 237/4، والجرح والتعديل: 365/4.

(5) في جامعه (1366).

(6) الذي في الجامع: «هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه من حديث أبي إسحاق إلا من هذا الوجه من حديث شريك بن عبد الله». وانظر علل الترمذي الكبير (377).

(7) انظر الشرح الكبير لابن قدامة، والإنصاف للمرداوي: 134/15.

(8) علّق المؤلف في العارضة على قول الإمام أحمد بقوله: «وأنا أحمد فما أتى بمقالٍ يُحمد، ولا له وجه يُقصد».

وما طَبَّقَ الْمُفْضَلُ فِي هَذِهِ النَّازِلَةِ إِلَّا مَا لَكَ حَيْثُ قَالَ: إِنْ كَانَ فِي إِيَّانِ الزَّرَاعَةِ، فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ فَاتَ إِيَّانَ الزَّرَاعَةِ، فَالزَّرْعُ لِلزَّارِعِ، وَعَلَيْهِ كِرَاءُ الْأَرْضِ، لِأَصْلِ عَظِيمٍ فِي مَسَائِلِ الْعُضْبِ، قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي مَوْضِعِهِ.

تكملة:

كرء الأرض للزرع يجوز بالعروض والحيوان والذهب والفضة، ولا يُمنع إلا

بنوعين:

أحدهما: الطعام، سواء كان مما يخرج منها كالحنطة والشعير، أو ما لا يخرج منها

كاللبن والعسل⁽¹⁾.

والثوع الثاني⁽¹⁾: ما يخرج منها طعاماً كان أو غيره، كالقطن⁽²⁾ والزعفران⁽³⁾

والكتان⁽⁴⁾ وغير ذلك.

(1) ف، ج والممهّد: «الأخر».

.....

(1) نص مالك في المدونة: 468/3 على عدم الجواز، وذهب بعض فقهاء المذهب إلى غير هذا الرأي، فنقل البيهقي في تفسير الموطأ: 111/ب - 112/أ عن أبي جعفر أحمد بن نصر الداودي أنه قال «الذي يدل عليه الكتاب والآثار والتظن أن كراء الأرض بالطعام والشراب إذا كان معلوماً جائزاً، كان ذلك مما يخرج منها أو لا يخرج؛ لإجماعهم أنها تشتري بذلك، ولا فرق بين الكراء والشراب».

(2) نص على كراهته ابن القاسم في المدونة: 464/3 لأن القطن عنده بمنزلة الكتان.

(3) نص ابن القاسم على عدم جوازه في المدونة: 465/3 في اكتراء الأرض بالطيب والخطب والخشب.

(4) نص على عدم جوازه مالك في المدونة: 464/3.

كتاب القراض⁽¹⁾

قال الإمام: الأحاديث في هذا الباب قليلة، وأصلها حديث أبي موسى⁽²⁾.

الترجمة والعربية:

قال أهل العربية: القراض مأخوذ من القرض وهو القطع، فكأنه قطع للمقارض جزءاً من ماله، أو قطعاً كله للعامل.

وقيل: هو مأخوذ من المساواة، يقال: قارض فلان فلاناً، أي ساوَاهُ، وفي حديث أبي الدرداء: «قارض الناس ما قارضوك، فإنك إن تركتهم⁽¹⁾ لم يتركوك»⁽³⁾.

وقيل: إنه مأخوذ من الضرب في الأرض.

وقيل: إنه مأخوذ من ضرب معه في سهمه، يعني في الربح.

وأهل العراق يسمونه مضاربة، وأهل الحجاز يسمونه قراضاً، قاله أكثر العلماء⁽⁴⁾.

الأصول⁽⁵⁾:

قال علماؤنا: القراض عقد كان في الجاهلية، وأقره الإسلام، وقَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ قبل

(1) م، ج: «تركهم».

(1) نقل ابن الزهراء الباب الأول من هذا الكتاب في الممهد: الورقة 124 - 125 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق] وانظر كلام المؤلف في الترجمة والعربية في القبس: 865/3.

(2) الذي رواه مالك في الموطأ (2007) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (4229)، وابن بكير عند البيهقي: 110/6.

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (34596)، ومن طريقه صاحب حلية الأولياء: 218/1، وأخرجه من طريق آخر بلفظ: «إن ناقدت الناس ناقدوك...» الخطيب في تاريخ بغداد: 198/7 ومن طريقه ابن الجوزي في العلل المتناهية: 434/2 وقال: «والحديث لا يصح عن رسول الله ﷺ وغلط من رَفَعَهُ، وإنما هو من كلام أبي الدرداء».

(4) يقول الإمام المازري في شرح المدونة: الورقة 204 «والقراض جائز بإجماع الأمة، هكذا ذكر البغداديون والمغاربة في كتبهم... إلا أن الشعبي انفرد بالظن في القراض».

(5) انظره في القبس: 865/3.

المبعت، قَارَضْتُهُ خَدِيجَةً فَقَبِلَ قَرَاضَهَا، وَخَرَجَ بِهِ إِلَى الشَّامِ، وَبُعِثَ النَّبِيُّ ﷺ فَلَمْ يُكْرَهُ مِنْ شَرِيعَةِ الْإِسْلَامِ⁽¹⁾.

وَأَدْخَلَ فِيهِ مَالَكُ أَصْلًا قَوِيًّا، وَهُوَ قِضَاءُ عَمَرَ عَلَى أَبِي مُوسَى وَعَلَى وَلَدَيْهِ، حَسَبَ مَا نَصَّهُ فِي هَذَا «الْكِتَابِ»⁽²⁾.

فإن قيل: كيف جازَ لعمرَ أن يُتَّقَضَ قِضَاءُ أَبِي مُوسَى وَهُوَ أَمِيرٌ مِنَ الْأُمَرَاءِ؟

الجوابُ، قلنا: إذا كان الإمامُ أَعْدَلَ مِنَ الْأَمِيرِ، تَعَيَّنَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظَرَ فِي أَقْضِيَةِ عُمَالِهِ⁽³⁾.

جوابٌ ثانٍ، قلنا: لم يعترض قطُّ عمرُ ولا غيره قِضَاءَ أَمِيرٍ؛ لِفَضْلِهِمْ وَعَدَالَتِهِمْ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَتْ هَذِهِ النَّازِلَةُ فِي وَلَدِي عَمَرَ، خَشِيَ مَا خَشِيَ، وَقَالَ مَا قَالَ، فَزَالَ عَنِ الرَّيَّةِ لِعَظِيمِ وَرَعِهِ، وَبَرَأَ نَفْسَهُ وَابْنَتَهُ وَأَمِيرَهُ عَنِ التُّهْمَةِ، وَأَرْخَصَ فِيهِ لِلضَّرُورَةِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا النَّاسُ، فَهُوَ مُسْتَثْنَى مِنَ الشَّرْعِ، كَالْمُسَاقَاةِ وَالسَّلْمِ وَأَشْبَاهِهِمَا.

فإذا⁽⁴⁾ ثبت هذا، ففعلُ أَبِي مُوسَى يَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن يكون فعلٌ ذلكَ لِمَنْفَعَتَيْهِمَا، وَجَازَ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْإِمَامُ الْمُفَوَّضَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ كَانَ بِيَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَدِيعَةِ لِلْمُسْلِمِينَ، فَاسْتَسْلَفَهُ وَأَسْلَفَهُمَا إِيَّاهُ، وَلَوْ تَلَفَ وَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمَا وَفَاءَ لَضَمَنَهُ.

والثاني: أن يكون لأبي موسى النظرُ فيه بالتَّشْمِيرِ، فَإِذَا أَسْلَفَهُ كَانَ لِعَمْرِ الْمُفَوَّضَ إِلَيْهِ

(1) وفي هذا المعنى يقول البيهقي في تفسير الموطأ: 79/ب «وليس للقراض أصل في كتاب الله عز وجل، ولا في سنة ثابتة عن رسول الله ﷺ، إلا أنه كان في الجاهلية فأقر في الإسلام».

(2) أي الموطأ في الحديث المشار إليه في أول الباب.

(3) وهناك بعض اللطائف التي استنبطها البيهقي من الحديث، فقال رحمه الله في تفسير الموطأ: 80/أ «وفي الحديث دليل على أن عمر رضي الله عنه كان يحمل بين يديه كما يحمل غيرهم من الخروج في البعث أخذًا على نفسه، وليتأسي به من بعده. وفيه: نقل الأموال من البلدان إلى الإمام، وإنما ذلك - والله أعلم - بعد اكتفاء أهل الموضع الذي نُقِلَ ذلك منه، أو لحاجة من قبيل عمر. وفيه: احتجاج الابن على أبيه إن تبين له أن ذلك صوابٌ ولم يرد ذلك عمر عقوقًا ولا هَضْمًا من حق الأبوة ولا من حق الخلافة. جواز الاجتهاد عند عدم النص. وفيه: إباحة التجارة للغزاة عند قتلهم».

(4) من هنا إلى آخر الكلام مقتبس من المنتقى: 150/5.

تَعَقَّبَ فعله^(١)، فتعقَّبَهُ ورَدَّهُ إلى القِرَاضِ، والله أعلم.

مسألة^(١):

فإن أراد^(٢) إحرازه في ذِمَّتِهِ^(٣) كالسَّفَاحِجِ^(٤) التي يستعملها أهل المشرق، فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز^(٥). وروى أبو الفَرَجِ^(٦) جواز السَّفَاحِجِ^(٧)، ولعله أراد ما لم يقصد المسلفُ منفعة نفسه. والأظهرُ منعها إذا قصد ذلك.

وسواء كان المسلفُ صاحب المال، أو ممن^(٢) له النظر فيه من إمام أو قاضٍ أو وصيٍّ أو أبٍ، فلا يجوزُ للإمام أن يُسلفَ من مال المسلمين ليحرزه في ذمَّةِ المسلف، وكذلك القاضي والوصي، وقد نصَّ على ذلك علماؤنا في^(٣) مسألة القاضي.

فإن وقع، كما ذكرنا، فُسِّخَ في الأجل والبلد، وأجْبِرَ^(٨) على تعجيل المال، وأجْبِرَ المُسلفُ على قبضه، وبَطَلَ الأجلُ، كالبيع بأجلٍ^(٤) على فسادٍ فإنه يُعجَّل.

(١) في الممهد: «التعقب لفعله».

(٢) في المتقى: «ممن».

(٣) م، ف، ج والممهد: «من» والمثبت من المتقى.

(٤) في الممهد: «بالأجل».

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 149/5 - 150.

(٢) المرید هو المسلف.

(٣) أي في ذمة المسلف.

(٤) السَّفَاحِجَةُ في الأصل كلمة فارسية مُعَرَّبَةٌ، وفي الاصطلاح الفقهي هي عبارة عن رقعة أو كتاب أو صلٌّ يكتبه الشخص لثابه أو مدينيه في بلد آخر يلزمه فيه بدفع مبلغ من المال لشخص أقرضه مثله. وقد سميت هذه المعاملة سفتجة [والتي معناها في الفارسية الشيء المحكم] لما فيها من إحكام الأمر وتوثيقه وتجنب العناء والخطر. انظر معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 190 مع هامش المراجع، والبحث الجيد لنزبه حماد حول السفتجة في كتابه دراسات في أصول المدائيات: 187 - 197.

(٥) لأنها قرضٌ يجرُّ منفعة.

(٦) هو الإمام عمرو بن عمرو الليثي البغدادي، الفقيه والأصولي المشهور، من كتبه الحاوي في الفقه، واللمع في أصول الفقه توفي سنة 330 أو 331. انظر الديباج المذهب: 215.

(٧) ذكر البروني في تفسير الموطأ: 80/أ أن محمد بن عبد الحكم كان يجيزه.

(٨) المسلف.

تنبيه على مقصد⁽¹⁾:

أكثر مالك - رحمه الله - في القراض، وقسم أبوابه على خمسة عشر باباً، وأكثر في التفريع، وكان له به اهتمام عظيم؛ لأنها كانت نازلتهم.

الفقه في مسائل⁽²⁾:

إذا ثبت ما قدمنا؛ فإنه يجوز القراض بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين بلا خلاف⁽³⁾، فإن كانا تيراً أو نقاراً، ففي ذلك اختلاف كثير بين العلماء⁽⁴⁾.

وهنا غريبة: وهي أن قراض الناس في⁽¹⁾ الجاهلية وفي صدر الإسلام لم يكن مسكوكاً، وإنما كان تيراً ونقاراً، فعجبت للشافعي⁽⁵⁾ ولعلمائنا كيف منعوا ذلك، وجوازَه في الشرع إنما انعقد بغير مسكوك!

قالت الشافعية ومن ساعدتهم من علمائنا: إنما امتنع القراض بغير المسكوك؛ لأن العامل يحتاج إلى عمل في بيع الثمرة حتى تعود سكة، فتصير المقارضة بعرض.

قلنا: ليس هذا كالعرض على ما يأتي بيانه إن شاء الله؛ وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز القراض بالمعروض⁽⁶⁾، إلا الأوزاعي وابن أبي ليلى⁽⁷⁾، واحتجاً بأن ما كان ثمتاً في البيع جاز القراض به كالثقدين.

وعول سائر العلماء على مسألة أصولية اختلف الناس بزعمهم فيها، وهي متفق بين العلماء عليها، فافهموها واذكروها⁽²⁾، وهي النظر في المال، قالوا: إن قارضه بعرض

(1) م، ف، ج: «كان في» وفي الممهد: «وهي أن القراض كان في» وأسقطنا «كان» بناء على ما في القبس.

(2) ف: «واذكروها».

(1) انظره في القبس: 866/3.

(2) انظرها في القبس: 866/3.(ض).

(3) وحكى البوني في تفسير الموطأ: 80 إجماع العلماء على ذلك، وانظر المدونة: 46/4، في القراض بالدنانير والدراهم والفلوس، وانظر أيضاً المعونة: 1120/2.

(4) انظر آراء علماء المذهب في النوادر والزيادات: 107/أ - 108/أ [نسخة آياصوفيا].

(5) انظر الحاوي الكبير: 307/7.

(6) انظر التفريع: 194/2، والمعونة: 1121/2.

(7) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 30.

فباعه العامل بِمَثَّةٍ، ثُمَّ أَتَجَرَ فِيهِ حَتَّى صَارَ الْمَالُ مِثَّةً وَخَمْسِينَ، ثُمَّ دَعَاهُ إِلَى الْمُقَاسَمَةِ، فَقَالَ لَهُ: خَلِّصْ رَأْسَ الْمَالِ كَمَا يُلْزَمُ وَنَقَسْمٌ^(١) رِبْحَ الْمَالِ، فَجَاءَ لِيَشْتَرِيَ ذَلِكَ الْعَرَضَ فَوَجَدَهُ بِمِثَّةٍ وَخَمْسِينَ، فَإِنَّهُ يَشْتَرِيهِ^(٢) وَيَذْهَبُ رِبْحُهُ، وَيَمْضِي عَمَلُهُ بَاطِلًا، وَهَذَا مَا لَا جَوَابَ لَهُمْ عَلَيْهِ.

بَابُ مَا يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى^(١):

قوله^(٢): «عَلَى أَنْ يَغْمَلَ فِيهِ، وَلَا ضَمَانَ» هو على ما قال، وقد قدمنا أَنَّ الضَّمانَ على رَبِّهِ، وَلَا خِلافَ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ اشْتَرَطَ^(٣) عَلَى الْعَامِلِ فسادَ^(٤)، خِلافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ^(٥) فِي قَوْلِهِ: الْعَقْدُ صَحِيحٌ.

ودليلنا: أَنَّ هَذَا نَقَلَ الضَّمانَ عَنْ مَحَلِّهِ بِإِجْمَاعٍ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ فسادَ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ، أَصْلُهُ: إِذَا بَاعَ مِنْهُ شَيْئًا عَلَى أَنْ عَلَى الْبَائِعِ ضَمَانُهُ أَبَدًا، وَكَذَلِكَ لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ حَمِيلًا أَوْ رَهْنًا، فَقَالَ مُحَمَّدٌ^(٦): يَرُدُّ إِلَى قِرَاضٍ مِثْلِهِ.

(١) م، ف: «ويقسم».

(٢) في النسخ: «يشتري به» والمثبت من القبس.

.....

(١) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 153/5.

(٢) أي قول مالك في الموطأ (2009) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3431).

(٣) أي اشترط الضمان.

(٤) انظر التفريع: 194/2.

(٥) انظر مختصر اختلاف العلماء: 47/4.

(٦) قاله محمد بن المواز عن ابن وهب، كما نصَّ على ذلك الباجي.

بَابُ الْقِرَاضِ بِالْعُرُوضِ⁽¹⁾

الْقِرَاضُ لَا يَجُوزُ بِالْعُرُوضِ⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة⁽³⁾: يجوزُ القِرَاضُ بِالْعُرُوضِ، وذلك بأن يقول له: بئح هذا، فإذا بئته فأنت فيه مُقَارِضٌ.

قلنا: وهذا لا يجوزُ؛ لأنه إن باع بأجرة فهو قِرَاضٌ وإجارة، والقِرَاضُ لا يضاف⁽¹⁾ إليه عَقْدٌ آخر إجماعاً. وإن باع بغير أجرة كان قد شرط عليه زيادةً في العمل، ولا يجوزُ بإجماعٍ أن يشترطَ ربُّ المالِ زيادةً في العمل على العامل في القِرَاضِ.

وبالجملة، فإن مَبْنَى القِرَاضِ على الرِّفْقِ، ولا تتغير له هيئةٌ على ما وُضِعَ في الأصل له، ولا تكون فيه زيادةً. ومن ذلك: أكلُ العاملِ منه⁽²⁾ بالمعروفِ، وذلك على الاعتبار في السَّفَرِ والحَضَرِ، وهذه عادةٌ رجَّحَ العلماءُ فيها - على زعمهم - إلى مذهب مالك في اعتبار العادة.

ويجوزُ⁽⁴⁾ له أن يشترطَ على العامل ما يعودُ بالمنفعة له في الرِّيحِ، وبما يزُجُو صيانةً⁽³⁾ المالِ أو نماءً، ويقول له⁽⁴⁾: لا تشتري إلا سلعةً كذا وكذا، فإن قال له: على ألا تشتري إلا من فلانٍ، فإن كان فلانٌ مُتَّسِعَ الحَالِ، عَظِيمَ التَّجَارَةِ، كأبي سعيدٍ

(1) ف: «يضاف».

(2) م: «منها».

(3) م: «إصابة».

(4) في الممهد: في القبس والممهد: «كأن يقول له».

(1) انظره في القبس: 866/3 - 867.

(2) وهو الذي عليه المذهب، انظر: التفريع: 194/2، والمعونة: 1121/2.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 40/4، والمبسوط: 23/22.

(4) الفقرة التالية نقلها ابن الزهراء في كتابه الممهد الكبير: الورقة 138 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق].

الحداد⁽¹⁾، وأبي مالك الفقيه⁽²⁾، فإنه يجوز عند علمائنا، ويكون بمنزلة أن يُعَيَّن له سلعة كثيرة الوجود نافية في البيع⁽¹⁾ والابتياح، ولذلك قال علماؤنا: إنه متى كان في المال خسارة - ولو ذهب جميعه - لم يكن على العامل شيء، فإذا كانت الخسارة بزيادة على رأس المال، لزمَت العامل ولم يَكُنْ⁽²⁾ لرب المال منها شيء.

بَابُ التَّعْذِي فِي الْقِرَاضِ⁽³⁾

قال الإمام: هذا الباب من مسائل الغصب، وغير ذلك من مسائله كثيرة، ومفسيده طويلاً، وهي مذكورة في «كتب المسائل» فلتُنظَرْ هنالك.

فإن فسَدَ القِرَاضُ، فاختلَفَ العلماء فيه على خمسة أقوال:

الأول: أن فيه قِرَاضَ المِثْلِ⁽⁴⁾.

الثاني: أجرة المثل⁽⁵⁾، وبه قال عامة الفقهاء.

الثالث: رُوِيَ عن ابن القاسم أنه قال: إن كان الفساد في العقد، رُدَّ لِقِرَاضِ مِثْلِهِ،

وإن كان لزيادة، رُدَّ إلى الأجرة⁽⁵⁾.

(1) ج، م: «البيع».

(2) القيس: «يتعلق».

(1) لعله أحد التجار الكبار في عهد المصنّف، ولا يمكن أن يكون هو أحمد بن داود أبو سعيد الحداد الواسطي نزيل بغداد المتوفى سنة 221 تلميذ الإمام أحمد والمترجم في تاريخ بغداد: 4/139، فإنه لم يعرف أنه كان غنياً أو تاجراً.

(2) لم نقف عليه، ويمكن أن يكون أحد كبار التجار في عصر المؤلف، وورد في الممهّد باسم: «ابن مالك».

(3) انظره في القيس: 3/867 - 868، وقد نقله ابن الزهراء في الممهّد الكبير: الورقة 136 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق].

(4) وهي رواية عن مالك، نصّ عليها ابن الجلاب في التصريح: 2/196 - 197.

(5) هي رواية عن مالك، صاحب المصدر السابق، والقاضي عبد الوهاب في المعونة: 2/1128. والفرق بين قِرَاضِ المِثْلِ وأجرة المثل؛ أن قِرَاضِ المِثْلِ متعلّق بالرُّبْح، فإن لم يكن في المال رِبْحٌ فلا شيء للعامل. وأجرة المثل متعلّقة بذمة رَبِّ المال، كان في المال رِبْحٌ أو لم يكن.

وقال محمد بن المواز⁽¹⁾ مسألة رُد^(١) فيها إلى الأقل من قِرَاضِ المِثْلِ، أو ممَّا سُمِّيَ من الرِّيحِ، فإذا اطَّرَدَتْ صارت قولاً رابعاً.

القول الخامس: أَنَّ قِرَاضِ المِثْلِ وَأَجْرَةَ^(٢) المِثْلِ إِنَّمَا هِيَ بِاخْتِلَافِ الحَالِ حَسَبَ مَا أُشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ القَاسِمِ فِي بَعْضِ المِصْنُفَاتِ^(٣)، وَقَدْ حَقَّقْتُ أَنَا النَّظْرَ فِي المَسَائِلِ الَّتِي فِيهَا قِرَاضُ المِثْلِ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ القَاسِمِ، فَوَجَدْتُهَا تَسَعُ^(٤) مَسَائِلَ^(٥):

الأولى: القِرَاضُ بِالضَّمَانِ.

الثانية: إلى أَجَلٍ.

الثالثة: عُروض.

الرابعة: دنانيرٌ ليصيرَ قَافِئاً.

الخامسة: دَيْنٌ يَقْبِضُهُ.

السادسة: مُبْتَهَمٌ.

السابعة: إِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ^(٥) العَمَلِ، فَالقولُ قولُ العَامِلِ إِذَا أتَى بِمَا يُشْبِهُ، وَإِلَّا رُدَّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ، وَكَذَلِكَ المَسَاقَاةُ. * وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ جَاءَ بِمَا يُشْبِهُ، وَإِلَّا صُدِّقَ رَبُّ المَالِ فِيهَا بِشِبْهِ^(٦)، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ حُجْمٌ^(٧) عَلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ. وَعِنْدِي أَنَّهُ قولٌ وَاحِدٌ.

(١) فِي النسخ: «المواز مثله رده» والمثبت من القيس والممهّد.

(٢) فِي القيس: «أو أجرة».

(٣) فِي النسخ: «الصفات» والمثبت من القيس.

(٤) م، ف: «سبع».

(٥) م: «في».

(٦) ما بين النجمتين سقط من جميع النسخ بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركنا النقص -

الذي لا يستقيم الكلام بدونه - من الممهّد والقيس.

(٧) م، ف، ج والممهّد: «عمل» والمثبت من القيس.

.....

(1) حكاة القاضي عبد الوهاب في المعونة: 1128/2 عن ابن المواز عن مالك.

(2) الذي وجدناه في شرح المدونة للمازري: الورقة 200 قال الشيخ: وعقد بعض الفقهاء مذهب ابن القاسم في المدونة أنه يرجع فيه إلى إجارة المِثْلِ إِلا فِي خَمْسَةِ مَسَائِلَ اسْتِثْنَاهَا: أَحدهَا: القِرَاضُ بِالْمَرُوضِ. والثاني: القِرَاضُ إِذَا كَانَ فِيهِ الحِجْر. والثالث: القِرَاضُ المِجْمُوم. والرابع: القِرَاضُ إِلَى أَجَلٍ. والخامس: القِرَاضُ بِالضَّمَانِ. فهذه الخمس مسائل جعل ابن القاسم فيها في الكتاب أنه يرجع فيها إلى قِرَاضِ المِثْلِ، وما سواها يرجع فيه إِذَا كَانَ القِرَاضُ فَاسِداً إِلَى إجارة المِثْلِ.

والثامنة: قال أضحج: إن قارضاً ألا يشتري إلا سلعةً كذا غير موجودة، فاشترى غيرها فقد تعدى، فإن ربحَ فله فيما ربحَ قراضٌ مثله.

التاسعة: وهي إذا قارضة على أن يشتري عبيراً^(١) فلان، ثم يشتري بغيره^(٢) ثانياً^(٣)، فهو يدخل في قسم القراض بالمثل كما تقدم، والصحيح خروجه عنه.

والقراض ثلاثة أقسام في هذا المعنى:

1 - غير جائز ماضٍ^(٤)، كالقراض بالتقار.

2 - غير جائز بالمثل.

3 - وغير جائز بالإجارة، وهو الأكثر.

وقد استوفينا ذلك في «مسائل الخلاف» محرراً^(٥) إن شاء الله.

وجه من قال: إنه يُردُّ إلى قراض المثل^(٦)، وإليه يميل الشافعي في قوله: إن كلَّ عقدٍ فاسدٍ^(٧) يُردُّ إلى عوضٍ مثله، وهذا هو الصحيح، إلا أن يكون مع عقد القراض زيادة تُخرجه عن بابه إلى الإجارة، فتكون له أجره المثل، وهو وجه القول الثاني.

وهذا يدلُّك^(٨) على صحة القول الثالث في تفصيل ابن القاسم؛ أن الفساد إذا كان من غير زيادة - ويقي^(٩) قراضاً - أن فساداً^(١٠) لا يُخرجه عن عوض^(١١) صحته^(١٢).

وبهذا أيضاً يستدلُّ على صحة القول الخامس؛ أن ما كان من الزيادة لا يُخرجه إلى عمل يقابله عوض، أو من فسادٍ يَرُجِعُ إلى ربِّ المال لا يتعلَّقُ بالعقد، ولا يدخلُ به في

(١) م، ف، ج: «عند» والمثبت من الممهد والقبس. وفي القبس: 463/17 (ط. هجر): «عبد».

(٢) م، ف، ج: القبس: «بعده» ولعلَّ الصواب ما أنبتاه.

(٣) م، ف، ج: «ثيابا» والمثبت من القبس.

(٤) ج: «رأسا»، م، ج: «ناضاً» والمثبت من الممهد.

(٥) ف: «مجرداً».

(٦) القبس: «مثله».

(٧) في النسخ: «إن كان عقداً فاسداً» والمثبت من القبس.

(٨) ف والممهد: «يدل».

(٩) م، ف، ج: «ويقي» والمثبت من الممهد والقبس.

(١٠) في القبس: «لأن فاسده» وفي الممهد: «فأفسده».

(١١) م: «عرض».

(١٢) في القبس: «صحيحه» وفي الممهد: «صحيح».

الأجرة، أنه يكون فيه قراض المثل^(١).

* ووجه قول ابن المواز: أن له الأقل؛ لأنه إن كان قراض المثل*^(٢) أقل، فهو الذي وجب له الحكم^(٣)، والتسمية^(٤) قد أسقطها الشرع، وإن كان المسمى أقل، فقد رضي به، ولا يزداد عليه، وهذا كثير في مسائل البيوع الفاسدة، فأفتشوها^(٥) تجدوه فيها إن شاء الله.

(١) في القيس والممهّد: «مثله».

(٢) ما بين التجمتين ساقط من جميع النسخ بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركتاه من الممهّد حتى يلتئم الكلام ويستقيم.

(٣) في الممهّد: «له في الحكم».

(٤) «والتسمية» ساقطة من جميع النسخ، واستدركتاه من الممهّد والقيس.

(٥) في القيس: «فاطلبوه».

كتاب الأقضية والأحكام

صدّر مالك هذا⁽¹⁾ الكتاب بحديث أم سلمة زوج النبي ﷺ؛ أنه قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ»⁽²⁾ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْهُ»⁽³⁾ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»⁽⁴⁾.

قال الإمام: هذا كتابٌ عظيمُ العلم، جُمُ الفقه، أثقنهُ مالك ورثبُ أبوابه؛ لأنَّ للأحكام والقضاء قاعدة من قواعد الدين، ولا بدَّ في صدره من مقدمات وفواتح، تُبين لك الغرض، وتكشف لك الأمر.

فاتحة الكتاب ومقدمته

اعلموا⁽²⁾ أن القضاء بين الناس أصلُ الشريعة، ومدارُ الأحكام، وخلافةُ الله في الخلق، قال الله تعالى: «يَنْدَادُؤُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ» الآية⁽³⁾، وقال الله تعالى لرسوله محمد ﷺ: «وَأَنِّي أَنعَمْتُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلْتُ اللَّهُ»⁽⁴⁾، وقال عز من قائل: «لِيَتَحَكَّمُ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلظَّالِمِينَ حَصِيْبًا»⁽⁵⁾.

(1) م، ج: «في هذا».

(2) «مثلكم» ليست في الموطأ.

(3) في الموطأ بزيادة: «فلا يأخذن منه شيئاً».

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2103) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2877)، وسويد (272)، وابن القاسم (478)، ويحيى بن بكير عند الجوهري (778)، والشافعي في الأم: 229/13 (ط. قتيبة)، والقعنبي عند البخاري (2680)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/145.

(2) انظر هذه الفقرة في القبس: 869/3.

(3) سورة ص: 26.

(4) المائدة: 49.

(5) النساء: 105.

نكتة أصولية⁽¹⁾:

اعلموا - بَصُرْكُمُ اللهُ الحقائق - أَنَّ الأحكامَ الَّتِي تسمعون *في كلام الله، ورسوله ذكرها، وَالَّتِي يذکرها العلماء فيقولون*⁽¹⁾: هَذَا حُكْمُ اللهِ، وَقَدْ حَكَمَ اللهُ⁽²⁾، أَوْ هَذَا⁽³⁾ حلالٌ وَهَذَا حرامٌ، فليس ذلك كله صفة للأعيان المحللة والمحترمة، المضاف ذكر ذلك إليها، ولا إلى الأفعال، وإنما هي عبارات⁽⁴⁾ عن قول الله، فالواجب هو المَقُولُ فيه: إفعال، والمقول فيه لا تفعل، فرجع ذلك كله إلى الإخبار عن قول الله.

وقالت المبتدعة: «إِنَّ الأحكامَ من التحليل والتحرير من أوصاف الذات⁽⁵⁾ ومن أوصاف الأفعال» لإلحاد أضمره⁽⁶⁾، وحاجة من الكفر في أنفسهم قضوها، وأتبعهم في ذلك العفلة من أهل السنة، وقد بينا ذلك في «أصول الفقه»⁽²⁾.

سَرَدُ الأحاديثِ الوارِدَةِ في تحذيرِ الجورِ في القضاء:

الحديث الأول: خَرَجَ أَبُو داوُدَ⁽³⁾ وَالتِّرْمِذِيُّ⁽⁴⁾ وَالتَّنَسَائِيُّ⁽⁵⁾ حَدِيثًا اتَّفَقُوا عَلَى مَعْنَاهُ وَاخْتَلَفُوا فِي لَفْظِهِ: «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي الثَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ قَضَى بِغَيْرِ

-
- (1) ما بين التجمتين ساقط من النسخ المعتمدة، وقد استدركناه من العارضة.
 (2) لفظ الجلالة استدركناه من العارضة.
 (3) م: «وهذا».
 (4) في العارضة: «عبارة».
 (5) في العارضة: «الذوات».
 (6) م: «الأفعال، لا تجوز مزورة»، ف: «الأفعال لا صورة»، ج: «يجوز ضرورة» والمثبت من العارضة.

-
- (1) انظرها في العارضة: 63/6 - 64.
 (2) انظر المعتمد لأبي الحسين البصري: 335/1 - 337.
 يقول المؤلف في المحصول في علم الأصول: 2/أ «والأحكام ليست من التكليف ولا من صفات الأفعال، وإنما الحكم هو قول الله سبحانه ودليله الذي نضب على الفعل أو التكليف».
 (3) في سننه (3573م) من حديث بريدة.
 (4) في الحديث (1322).
 (5) في سننه الكبرى (5922)، وأخرجه أيضًا: الزوياني في مسنده (66)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (54)، والطبراني في الكبير (1154)، وفي الأوسط (3616)، والبيهقي في السنن: 116/10، والشعب (7531).

الْحَقُّ فَعَلِمَ ذَلِكَ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ لَا يَغْلَمُ فَأَهْلَكَ حُقُوقَ النَّاسِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ
قَضَى بِالْحَقِّ فَذَلِكَ فِي الْجَنَّةِ» الحديث صحيح⁽¹⁾.

الحديث الثاني: حديث عائشة في «الترمذي»⁽²⁾ قالت: قال رسول الله ﷺ:
«يُؤْتَى⁽¹⁾ بِالْقَاضِيِ الْعَدْلِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، فَيُلْقَى مِنْ شِدَّةِ الْحِسَابِ مَا يَتَمَنَّى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَقْضِي
بَيْنَ أَحَدٍ فِي تَمَرَّتَيْنِ».

والحديث الثالث: حديث أبي هريرة في «الترمذي»⁽³⁾ أيضاً قال: قال رسول
الله ﷺ: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ دُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ».

الحديث الرابع: رُوِيَ مِنَ الْأَحَادِيثِ الْجَسَانَ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ
فَعَلَبَ عَدْلَهُ جَوْرَهُ فَلَهُ الْجَنَّةُ، وَمَنْ عَلَبَ جَوْرَهُ عَدْلَهُ فَلَهُ النَّارُ»⁽⁴⁾.

(1) م، ج: «يجاء».

(1) قال الحاكم في المستدرک: 90/4 «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» وقد جمع ابن حجر
طرقه في جزء مفرد، كما نص على ذلك في تلخيص الحبير: 185/4.

(2) عزو المؤلف الحديث إلى الترمذي سبق قلم منه رحمه الله، والحديث أخرجه الطيالسي في مسنده
(1546)، والبخاري في التاريخ الكبير: 282/4 (2816)، والعقيلي في الضعفاء: 204/2، 297/3
وقال: «عمران بن حطان عن عائشة، ولا يتابع على حديثه، وكان يرى رأي الخوارج، ولا يتبين
سماعه عن عائشة».

كما أخرجه أيضاً: ابن حبان (5055)، والبيهقي: 96/10، والخطيب في موضع أوامم الجمع
(370)، وابن الجوزي في العلل المتناهية: 755/2 وقال: «هذا حديث لا يصح»، وانظر تلخيص
الحبير: 148/4.

(3) الحديث (1325) وقال: «هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه».

والحديث أخرجه أيضاً: ابن أبي شيبة (22980)، وأحمد: 320/2، وأبو داود (3571)، وابن ماجه
(2308)، والنسائي في الكبرى (5923)، وأبو يعلى (6613)، والجرجاني في تاريخه: 101/1 (81)،
والطبراني في الأوسط (2678)، وابن عدي في الكامل: 161/7، والدارقطني: 303/4 - 204،
والحاكم: 91/4 وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، والقضاعي في مسند الشهاب (395)،
والبيهقي: 96/10، وابن الجوزي في العلل المتناهية: 756/2 وقال: «هذا حديث لا يصح» وتعقبه
ابن حجر في تلخيص الحبير: 756/2 بقوله: «وليس كما قال، وكفاه قوة تخريج النسائي له وذكر
الدارقطني الخلاف فيه على سعيد المقبري».

(4) أخرجه أبو داود (3575)، والبيهقي: 88/10، وحسن إسناده الصنعاني في سبل السلام: 117/4.

الحديث الخامس: رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ⁽¹⁾؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ، فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا أَخْطَأَ، فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ» حديث حسن غريب.

الحديث السادس: من طريق أبي بكر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِذَا أَصَابَ الْحَاكِمُ فَلَهُ عَشْرَةُ أَجُورٍ، وَإِذَا أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»⁽²⁾ وهذا إذا صحَّ العدل منه فإنه يشهد له القرآن، قوله: «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ» الآية⁽³⁾.

الحديث السابع: رَوَى فِي الْأَحَادِيثِ الْمَأْثُورَةِ: «إِنَّ الْمُقْسِطِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى مَنَابِرٍ مِنْ نُورٍ عَنِ يَمِينِ الرَّحْمَانِ وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينٌ»⁽⁴⁾ والآثار والأحاديث كثيرة المساق، أصحها ما سردناه عليكم.

مَرْجِعٌ وَتَفْسِيرٌ:

أما حديث أم سلمة⁽⁵⁾، قوله: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ»: اعلموا⁽⁶⁾ - نور الله قلوبكم للمعارف - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَشَرٌ مِثْلَكُمْ كَمَا بَلَغَ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ» الآية⁽⁷⁾، فأخبر ﷺ أَنَّهُ عَلَى حَكْمِ الْبَشَرِيَّةِ الَّتِي جُبِلَ عَلَيْهَا، وَأَنَّ اللَّهَ شَرَّفَهُ بِالْوَحْيِ الَّذِي أَوْحَى إِلَيْهِ بِهِ، وَجَعَلَهُ وَسِطَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَلْقِهِ، فَقَالَ ذَلِكَ عَلَى مَعْنَى الْإِقْرَارِ بِصِفَةِ الْبَشَرِ⁽¹⁾ مِنْ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ الْغَيْبَ، وَلَا يَعْلَمُ اللَّحْنَ مِنَ الْخَصْمِينَ، وَلَا يَعْلَمُ إِلَّا مَا عَلَّمَ. ففیه من الفقه: موعظة الإمام الخَضَمَتَيْنِ⁽⁸⁾.

(1) ف: «البشرية».

(1) أخرجه الترمذي (1326)، والنسائي: 223/8، وابن الجارود (996)، وأبو يعلى (5903)، وابن حبان (5060)، والدارقطني: 404/4، والبيهقي: 82/11.

(2) أخرجه - مع اختلاف في الألفاظ -: أحمد: 187/2، والدارقطني: 203/4، والطبراني في الأوسط (8988)، والحاكم: 99/4 (ط. عطا) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة»، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وضمَّف ابن حجر في تلخيص الحبير: 180/4 إسناده.

(3) الأنعام: 160.

(4) أخرجه مسلم (1827) من حديث عبد الله بن عمرو.

(5) في الموطأ (2103) رواية يحيى.

(6) من هاهنا إلى قوله: «بينه وبين خلقه» ورد في القبس: 871/3 فانظره، وراجع العارضة: 83/6.

(7) الكهف: 110، وانظر واضح السبيل إلى معرفة قانون التأويل: 105/أ - 106/أ.

(8) دكَّرَ هذه الفائدة البونى في تفسيره للموطأ: 100/أ - ب.

وفيه: أَنَّ الخَصْمَ بعد الموعظة محكم^(١) من حُجَّتِهِ.

وللبشر^(١) صفات منها^(٢) كمال، ومنها دناءات، فأما صفات الكمال، فهي له ولأصحابه الكرام على التمام والكمال، وأما الدناءات، فهم مُبْرَأُونَ منها، مُتَزَهُونَ عن التُّبُسِ بِهَا^(٣). على أَنَّ النَّاسَ قد اختلفوا في عِصْمَةِ الأنبياء عليهم السلام، وقد بيَّناه في «كتب الأصول»، والذي عندنا أنهم بعد الثبوت معصومون، لا يُوقَعُ أَحَدٌ منهم خطيئة، ولا يأتي دناءة، صغيرة ولا كبيرة، وقد دللنا عليه وبيَّناه، وانفصلنا عن الظواهر^(٤) التي تشبَّت بها الجاهلون، وخُذُوا في ذلك أصلاً بديعاً: لا يَقُولَنَّ أَحَدُكُمْ عن النَّبِيِّ ﷺ ولا عن سائر الرُّسُلِ إِلَّا ما قال الله تعالى، لا يزيدُ من عنده، ولا يفسرُ بما لا^(٥) يحتمله اللَّفْظُ من آدمٍ إلى محمدٍ ﷺ، وإذا قال عن أحدٍ منهم شيئاً من ذلك فلا يقوله إِلَّا قارِئاً للقرآن، أو منبِّهاً لمن^(٦) أشكلَ عليه حال^(٧) من الأحوال، فإنَّما أن يضربَ لذلك مثلاً وتنزُّهاً، وإما أن يجعله لمن يعصى عُذْرًا، فهو كفرٌ يستتابُ فأنله.

فآدم صلى الله عليه إنما اجتهد في التأويل، فلم يُصِبْ وَجْهَ الدَّلِيلِ، وذلك جائزٌ على الأنبياء في كلِّ حال.

ونوح صلى الله عليه غَضِبَ على قومه، فدعا عليهم بالهَلَكَةِ^(٢)، وما أحقهم بتلك الدعوة، ولكنَّ الَّذِي يقتضيه مُنْصِبُ الثبوت، احتمالُ الأذى والصبرُ على الخلق، ولم يكن ذلك إِلَّا لمحمد^(٨) ﷺ حين كُيِّرَت رِباعِيَّتُهُ وشُجَّ وجهُهُ، فقال: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِقَوْمِي فَإِنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ»^(٣) فهذا المقدارُ رأى نوحُ أَنَّهُ قد قَصُرَ فيه بعدَ ما سَبَقَ منه، فهو يعدُّه على نفسه لا نحن.

(١) م، ج: «محكي».

(٢) م: «فيها»، ف: «فيها منها» وهي ساقطة من ج.

(٣) ف: «فيها».

(٤) م: «الظاهر».

(٥) (٥) في القيس: «إلا بما» وهي سديدة.

(٦) م: «لما».

(٧) (٧) ف، ج: «حالا».

(٨) (٨) في القيس: «ولم يطق ذلك إلا محمد».

(١) من هاهنا إلى آخر المسألة الثالثة وارد في القيس: 872/3 - 874.

(٢) تنمة العبارة كما في القيس: «... حين يش منهم».

(٣) أخرجه أحمد: 1/453، والبخاري (3477)، ومسلم (1792) من حديث عبد الله بن مسعود.

وإبراهيم عليه السلام قال: «إني كذبت ثلاث كذبات، وكل كذبة منها تصلح أن يكون لنا درجاً إلى الجنة» قال النبي: «إنما قالها لأنه ما حل⁽¹⁾ بها عن دين الله»⁽²⁾، وهذا يدلُّك على جهالة المفسرين للقرآن الذين قالوا في قوله: «هَذَا رَبِّي»⁽³⁾ إنه غلط في الكوكب في قوله: «هَذَا رَبِّي» فظنه أنه الله.

وكذلك موسى صلى الله عليه قتل بالعصب في الله نفساً لم يؤمر بقتلها، وإنما كان الوهم في عدم انتظار الأمر خاصة وقتله بالنظر⁽⁴⁾.

ومثله أن يوسف عليه السلام هم⁽⁵⁾ بها، فكان فعل قلب لا فعل جارحة، فالبارئ يُخبر أن يوسف*⁽⁶⁾ فعل بقلبي، والناس كلهم يقولون: إنما فعل بجوارحه، والهم غير مؤخذ به.

وأما داود عليه السلام، فقد داد⁽⁷⁾ فيه دين الخلق، وانبت أقوالهم حتى ملأت الخلق دقراً⁽⁸⁾، والله جل ثناؤه إنما أخبر عنه بكلمة واحدة وهي⁽⁹⁾ قوله: «أَكَلْنَا» الآية، *فقال: «لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَجْمِكَ إِنْ نَعَامِهِ»⁽¹⁰⁾⁽⁷⁾ وليس في قول الرجل: «طلق أهلك لي» معصية، لكنه يُعد من المروءة والصلوة⁽¹¹⁾ أن يقول الرجل لصاحبه: هذه زوجتي أطلقها لك فخذها وتزوجها، وقد فعل ذلك أصحاب النبي ﷺ⁽¹²⁾.

- (1) م، ف، ج: «فإنما كان إبراهيم في عدم الإنكار خاصة» وهي عبارة مصحفه، والمثبت من القبس.
- (2) في القبس: «فهم» ولعل الصواب ما أثبتنا.
- (3) ما بين التجمتين ساقط من جميع النسخ بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركتنا النقص من القبس.
- (4) م، ف، ج: «ذهب» والمثبت من القبس. والداد من الدود، أي أن دين الله دخله التحريف.
- (5) م، ف، ج: «كفراً» والمثبت من القبس. والمراد بالدقرا: التناة.
- (6) م، ف، ج: «وهو» والمثبت من القبس.
- (7) ما بين التجمتين استدركتنا من القبس.
- (8) كذا في جميع النسخ، ولم نبين معناها، ولعلها تصحيف لكلمة: «والصحيح».

- (1) أي جادل ودافع.
- (2) أخرجه مع اختلاف في الألفاظ الطيالسي (411)، والحميدي (448)، وأحمد: 387/5، والترمذي (3148) وقال: «هذا حديث حسن»، وأبو يعلى (1040)، وابن حبان (45)، والحاكم: 359/2.
- (3) الأنعام: 76.
- (4) سورة ص: 23 وانظر أحكام القرآن: 1633 - 1637.
- (5) انظر البخاري (2049).

وأما محمد ﷺ، فتلك حَضْرَةٌ^(١) مكرّمةٌ، ودفع عن المكروهاتِ مُطَهَّرٌ، وشخصٌ رُضِيَ عنه^(٢) في كلِّ حالٍ، وعُفِرَ له ما تقدّم من ذنبه وما تأخّر في الأوّل والمآل^(٣)، فإذا أردتم الشّفاء فعليكم بكتاب «المشكّلين».

الفائدة الثانية^(٤)(١):

قوله^(٢): «إنّما أنا بشرٌ» أشار في هذا الموضع إلى أنّه لا يعلمُ الغَيْبَ، وهي مسألةٌ أصوليّةٌ؛ فإنّ المشاهدةَ أبرّزها الله إلى الخَلْقِ، وجعلها مُذرّكةً لهم بالطُّرُقِ^(٥) التي شرّع الله لهم إليها، وأمسك الغَيْبَ لنفسه فهو عالم الغَيْبِ والشّهادة، وأخبر أنّه لا يذريه^(٦)، إلّا هو، وقطعَ أطماعَ الخَلْقِ عنه، فقال: «وَمَا كَانَ اللَّهُ يُطْلِعُكُمْ عَلَى الْغَيْبِ»^(٣) الآية، وألقى إلينا منه ما شاء للحِكْمَةِ التي عَلِمَ، ومن فضله المتقدّم، قال: «وَلَا يَكُنَّ اللَّهُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ»^(٤) معناه: يُطْلِعُهُمْ عَلَى الْغَيْبِ، فيُعْلِمُونَكُمْ به كما شاء، لا إله إلّا هو. وفي هذا إشارة إلى أنّه لا يُعَلِّمُ شيءَ من عِلْمِ الْغَيْبِ إلّا مِنْ قِبَلِ الرُّسُلِ، فلا يَلْحَقُكُمْ^(٧) في ذلك زَنْبٌ، ولا تغتروا بمُنْجِمٍ ولا عَرَّافٍ، ولا تستدلُّوا بأمارة^(٨) ما في السّماء من كوكبٍ، أو في الأرض من مذهب^(٥)؛ فإنّ ذلك تِيَةٌ وضلالٌ^(٦)، ولو جاز لأحدٍ أن يذركه لكان أولّانا به رسولُ الله.

(١) ف، م: «حضرته».

(٢) م: «إهابه مطهر وشخص منور روي عنه»، ف: «إهابه مطهر وشخص مطهر منور روي عنه»، ج: «إهابه مطهر وشخص مطهر منور وي» والمثبت من القيس.

(٣) «في الأوّل والمآل» زيادة من القيس.

(٤) ف: «الثالثة».

(٥) م: «بالنظر»، ف، ج: «بالطرق» والمثبت من القيس.

(٦) م: «لا يدرك كونه»، ف، ج: «لا يدركونه رلاع يدركه» والمثبت من القيس.

(٧) ج، ف: «يلحقهم».

(٨) ف، ج: «بإشارة».

(١) انظرها في القيس: 874/3.

(٢) في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

(٣) آل عمران: 179.

(٤) آل عمران: 179.

(٥) تمة العبارة كما في القيس: «على ما يكون غداً بحال».

(٦) تمة العبارة كما في القيس: «قد تبرأ النبي ﷺ منه».

وقوله (1): «إنما أنا بشرٌ» يعني به: بشرٌ (1) حاكمٌ بينكم.

وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ (2) وفي ذلك إشارة إلى الدليل على أن الخصام (1) لا يكون إلا عند الحاكم، وهو الذي يقضي ويتفد قضاؤه.

فإن حَكَمَ رجلان رجلاً (3) بينهما، فإنه على اختلاف كثير بين العلماء، جملته: أنه يجوزُ عندنا ويتفدُ، وبه قال الشافعي (3)، وقال أبو حنيفة (4): لا يتفدُ إلا أن يوافقَ مذهبَ قاضي البلد، وهذا باطلٌ؛ لأن علماءنا قالوا: إنه يتفدُ؛ لأن القاضي وكيل الخلق، هم أقاموه للفضل بينهم والقيام بمنافعهم، فإن خففوا عنه من ثقلهم جاز ذلك لهم، ولا يجوزُ صرف الكلُّ عنه أو الأكثر؛ لأن ذلك يكون عدولاً عنه (4)، وقد اتفقنا على أن القاضي إن (5) قدَّم قاضيًا فتحكمَ الثاني بغيرِ مذهبِ الأول، أنه نافذٌ معمولٌ به، فكذاك هذا.

الفائدة الرابعة (5):

قوله (6): «وَلَعَلَّ بَغْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَغْضٍ». قال أبو عبيد (7):

«اللحنُ - بفتح الحاء - الفطنة، واللحنُ - بجزم الحاء - الخطأ في الكلام».

والخصم - بفتح الخاء - أحد الخصمين، ويقال ذلك للثنين والجمع (6)، قال الله

تعالى: «وَهَلْ أُنْتَك تَبَوُّا أَلْخَصِمَ» الآية (8)، والخصم - بالكسر - والخصام: المجادلة.

(1) يعني به بشرٌ استدركتاها من القبس.

(2) م، ف، ج: «الدليل أن الحكم» والمثبت من القبس.

(3) «رجلاً» زيادة من القبس.

(4) في القبس: «يكون عزلاً».

(5) في القبس: «لو».

(6) م، ج: «الجمع».

(1) في حديث الموطأ السابق ذكره.

(2) جزء من الحديث السابق.

(3) انظر الحاوي الكبير: 325/16.

(4) حكاه عنه العثماني في رحمة الأمة: 409.

(5) انظر المعارضة: 83/6.

(6) أي قول النبي ﷺ في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

(7) في غريب الحديث: 232/2 - 233.

(8) سورة ص: 21.

وَاللَّحْنَ⁽¹⁾ - بفتح الحاء - الفِطْنَةُ، يقال منه لِحْنٌ - بكسر الحاء - أي فِطْنٌ، يَلْحَنُ لِحْنًا - بالفتح - في المصدر، واسمُ الفاعل منه لِحْنٌ، أي فِطْنٌ، ومنه قول عمر بن عبد العزيز: عَجِبْتُ لِمَنْ لَاحَنَ النَّاسَ كَيْفَ لَا يَعْرِفُ جَوَامِعَ الْكَلِمِ. ويقال منه: رجلٌ لِحْنٌ، إذا كان فِطْنًا.

وَاللَّحْنُ - بإسكان الحاء - الخطأ في الكلام، يقال منه قد لَحَنَ - بفتح الحاء - لِحْنًا - بإسكان الحاء - ومنه حديث عمر: «تَعَلَّمُوا اللَّحْنَ وَالْفَرَائِضَ وَالسُّنَنَ كَمَا تَتَعَلَّمُوا الْقُرْآنَ»⁽²⁾، ومنه حديث أبي العالية قال: كُنْتُ أَطُوفُ مَعَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَهُوَ يُعَلِّمُنِي اللَّحْنَ مِنَ الْكَلَامِ⁽³⁾، وإنما سُمِّيَ لِحْنًا لِأَنَّهُ إِذَا بَصُرَهُ فَقَدْ عَرَفَهُ⁽⁴⁾، ومن اللَّحْنِ قَوْلُهُ تَعَالَى: «وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ»⁽⁵⁾، تأويله - والله أعلم - في فحواه ومعناه.

قال الشاعر⁽⁶⁾:

وَلَقَدْ لَحَنْتُ لَكُمْ لِكَيْمًا تَفْهَمُوا رَوَّحَيْتُ وَخِيَا لَيْسَ بِالْمُرْتَابِ

وقوله: «وَلَعَلَّ بَغْضُكُمْ» يقول: ربّما كان وقد يكون، وأراد بذلك أهل الخصام⁽⁷⁾، وأكثر ما يأتي «لَعَلَّ» بمعنى التُّرْجِي⁽¹⁾ والطَّمَعُ إلّا في هذا فإنّها بمعنى: رُبٌّ. وقوله: «بَغْضُكُمْ» يقول لبعض الخصمين.

(1) ف: «الزّجاء».

(1) الكلام التالي إلى قول الشاعر، مقتبس بتصريف من غريب الحديث لأبي عبيد: 232 / 2 - 233.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (31044) من قول عمر.

(3) أخرجه الفاكهي في أخبار مكة (334)، والحاكم في المستدرک: 2 / 368 (ط. عطا) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

(4) يقول أبو عبيد في غريب الحديث: 233 / 2 «لأنه إذا بصره الصواب، فقد بصره اللحن» وهو الصواب.

(5) محمد: 30.

(6) هو القتال الكلابي، عبد الله بن مجيب، كنيته: أبو المسيب، لُقِبَ بالقتال لتمرّده وقتكبه، وهو شاعر إسلامي، وقيل جاهلي، قضى حياته في الاقتتال والهرب من أهل قتلاه، على أنّ فتكه ليس رغبة منه في القتل، بقدر ما هو تورط وأنفة وبأس، وقد مات مقتولاً، انظر: الشعر والشعراء لابن قتيبة: 2 / 294، وأسماء المغتالين: 203. والبيت في ديوانه: 36.

(7) قال نحوه البوني في تفسير الموطأ: 100/ب.

وقوله: «ألحن» قال ابن حبيب⁽¹⁾: «يعني أفطن وأجدل»⁽²⁾. وقيل: أذرى وأقوى على الخصام⁽³⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَتَرْفِقُنَّهُمْ فِي لَحَنِ الْقَوْلِ﴾⁽⁴⁾ يعني في منطق القول. وقال الهروي⁽⁵⁾: يعني أقوى وأجدل⁽⁶⁾.

وثبت عنه عليه السلام أنه قال: «أبغض الرجال إلى الله الخصم الألد»⁽⁷⁾، وقوله: «من خاصم فجز، ومن فجر كفر»⁽⁸⁾.

مزيد وضوح⁽⁹⁾:

قال علماؤنا في قوله عليه السلام: «ولعل بغضكم أن يكون ألحن بحجته من بغض» إشارة إلى الدليل على أن أحد الخصمين وإن كان أفهم من الآخر، فإنه ليس ينبغي للحاكم أن يعضده بحجته، ولا أن يبنيها على منفعة، وقد قال بعض علمائنا: لا بأس للقاضي أن يبنيها على حجة⁽¹¹⁾، ولست أراه لِمَا يبتاه.

الفائدة الخامسة⁽¹⁰⁾:

وقوله⁽¹¹⁾ «فأقضي له على نحو ما أسمع» إشارة إلى الدليل على أن القاضي لا يكون إلا عالماً، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: إنه يجوز أن يكون جاهلاً عاقلاً، فيقلد

(1) ف: «الحجة». وفي القيس: «أن يبني المغفل من الخصوم على حجة».

.....

- (1) في تفسير لغريب الموطأ: الورقة 104 [236/2].
- (2) الذي في غريب ابن حبيب: «يعني أفطن وأخذق».
- (3) جملة: «وقيل: أدرى وأقوى على الخصام» غير ثابتة في غريب ابن حبيب.
- (4) محمد: 30.
- (5) في غريب الحديث: 232/2.
- (6) في الغريب: «يعني أفطن لها وأجدل».
- (7) أخرجه البخاري (2457)، ومسلم (2668) من حديث عائشة.
- (8) القسم الأول من الحديث أخرجه البخاري (34)، ومسلم (58) من حديث عبد الله بن عمرو. أما القسم الثاني، فأخرجه أحمد: 176/2 من حديث عبد الله بن عمرو أيضاً.
- (9) انظره في القيس: 874/3 - 875، وراجع العارضة: 83/6.
- (10) انظرها في القيس: 875/3، وراجع العارضة: 83/6.
- (11) أي قوله عليه السلام في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

غيره ويحكّم بما يقول له⁽¹⁾، وهذا باطل؛ فإنّ الذي يُفتي هو الذي يُقضي، وهذه غاية الجهالة من أبي حنيفة⁽¹⁾. وقد تعلق أصحابه في ذلك بأنّ عبد الرحمن بن عوف دعا عثمان بن عفان إلى البيعة على تقليد أبي بكر وعمر⁽²⁾، وعجبا لعلمائهم أن يتعلقوا بهذا المعنى الذي ليس من مسألتنا بوزد ولا صدر، وأول ما فيه الكذب؛ فإنّ عبد الرحمن إنّما بايع عثمان ليسير⁽³⁾ بسيرة الشيخين في اعتماد العدل، والاحتياط على الخلق، وإحكام الضبط لِمَا انتشر⁽³⁾ من أمر الناس، وكذلك فعل، ما خالف ولا نقض⁽⁴⁾، كما بيّناه في «كتاب المشكلين».

أما أنه ربما توهم متوهم أنّ قول عبد الرحمن لعثمان: «أبايُك⁽⁵⁾ على سيرة الشيخين» حملاً له على تقليديهما فيما سبق من أحكامهما، بناء على تقليد العالم للعالم⁽⁶⁾ على ما تقدّم وضحوه في «أصول الفقه»⁽³⁾، وذلك يجوز عند الحاجة إلى ذلك وضيق الوقت، فأما مع الإطلاقي والاسترسال في كل نازلة تقع، فإنه ممنوع إجماعاً.
الفائدة السادسة⁽⁴⁾:

قوله⁽⁵⁾ **عَلَى سِيرَةِ أَبِي حَنِيفَةَ**: «فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ» هذا ممّا تعلق به بعض أصحاب أبي

(1) في القبس: «وهذه الوساطة الجاهلة عناء في القضاء».

(2) م: «يسير». (3) ف: «أيسر».

(4) م، ج: «نقص». (5) م: «أنا».

(6) ف: «العالم» وهي ساقطة من م، ج، والمثبت من القبس.

(1) يقول المرغيناني في الهداية: 101/3: «الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا، خلافاً للشافعي».

(2) أخرجه البخاري مطوّلاً (7207) من حديث المسور بن مخرمة.

(3) يقول المؤلف في المحصول في علم الأصول: 65/ب «لا يجوز لمن قدر على النظر أن يقلّد عالماً. وقال بعض الناس: يجوز للعالم أن يقلّد عالماً، كما يقلّده في القبلة. وهو ضعيف؛ فإنّ العمل في القبلة ليس من باب التقليد، وإنّما هو من باب سماع الخبر وقبوله. فأما إن خاف العالم القوت، فهل يجوز له أن يقلّد العالم؟ اختلف الناس فيه، وهي مسألة اجتهادية. والصحيح عندي جوازه؛ لأنّ ما يقتحم في التقليد من الخطأ أيسر من اقتحام فوت الوقت» وانظر هذه المسألة في المقدمة في الأصول: 10 مع حاشية المعلق.

(4) انظرها في القبس: 875/3 - 877.

(5) في حديث الموطأ السابق ذكره.

حنيئة في الامتناع من القضاء على الغائب⁽¹⁾؛ لأنه إذا لم يسمع كلامه، لمن يقضي؟ أو بم⁽¹⁾ يقضي؟ وقد روى أبو داود⁽²⁾ وغيره⁽³⁾ عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال لعلي حين أرسله إلى اليمن: «لَا تَقْضِي لِأَحَدٍ الْخُضْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ، فَإِنَّكَ إِنْ⁽²⁾ فَعَلْتَ لَا تَذَرِي بِيَمَا⁽¹⁾ قَضَيْتَ» وساعده على ذلك عبد الملك بن الماجشون من أصحابنا والشافعي. والمسألة عظيمة الموقع، كثيرة الاختلاف في المذهب⁽⁴⁾.

وفي هذا: إن الحاكم أو القاضي لا يقضي بعلمه بخال، ولو جاز ذلك لأحد لكان أولى الناس بذلك رسول الله ﷺ، وهو قد ترك ذلك وتورع عنه، فروي أنه قال حين أُشير عليه بقتل من استوجب القتل ممن ظهر نفاقه وتبين شقاؤه: «أَخَافُ أَنْ يَتَخَدَّثَ النَّاسُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ»⁽⁵⁾ فعلى ذلك بالثمة التي نعم ما قدمناه.

وروى أبو داود⁽⁶⁾؛ أن النبي ﷺ أرسل أبا جهم مُصَدِّقًا فُلُوجِجَ⁽³⁾ في الصَّدَقَةِ فَشَجَّ، فَازْتَفَعُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالُوا: الْقَوْدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَقَالَ: أَوْ تَأْخُذُونَ كَذَا وَكَذَا؟ فَأَبَوْا، ثُمَّ قَالَ: أَوْ كَذَا؟ فَأَبَوْا. ثُمَّ قَالَ: أَوْ كَذَا؟ فَرَضُوا. قَالَ: فَأَخْطَبُ النَّاسَ وَأَعْلِمُهُمْ بِرِضَاكُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ. فَأَعْلَمَ، فَقَالُوا: لَا، مَا رَضِينَا. فَأَزَادَهُمُ الْمُهَاجِرُونَ وَالْأَنْصَارَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لَا، وَنَزَلَ، فَجَلَسُوا إِلَيْهِ فَأَرْضَاهُمْ، وَقَالَ: أَخْطَبُ وَأَعْلِمُ النَّاسَ؟ قَالُوا: نَعَمْ. فَمَخْطَبٌ فَأَعْلَمَهُمْ، فَقَالُوا: رَضِينَا. وهذا نص.

(1) في النسخ: «بما» والمثبت من القبس.

(2) في القبس: «يعني إن».

(3) في سنن أبي داود: «فَلَاجَه» من المنازعة والمخاصمة.

(1) انظر الهداية شرح البداية: 107/3 وقده بقوله: «إلا أن يحضر من يقوم مقامه».

(2) في سننه (3582م).

(3) كالإمام الطيالسي (125)، وأحمد: 90/1، والترمذي (1331) وقال: «هذا حديث حسن»، وأبي يعلى

(371)، والبيهقي: 137/10.

(4) انظر العمونة: 1512/2.

(5) أخرجه البخاري (4905)، ومسلم (2584) من حديث جابر.

(6) في سنن أبي داود (4523) من حديث عائشة، مع اختلاف في اللفاظ. وأخرجه أيضًا: ابن أبي شيبة

(18032)، وابن ماجه (2638)، والنسائي في الكبرى (9680).

وثبت في الصحيح أن النبي ﷺ قال في قصة هلالٍ وشريك: «إِنْ جَاءَتْ بِهِ بِكَذًا^(١) فَهُوَ لِهِلَالٍ» يَعْنِي الزَّوْجَ، «وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ بِكَذًا^(١) فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ السُّمْحَاءِ» يَعْنِي بِهِ الْمَقْدُوفَ^(٢) فَجَاءَتْ بِهِ عَلَى الثُّغْبِ الْمَكْرُوفِ، فَقَالَ: «لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بِغَيْرِ بَيْتَةٍ لَرَجَمْتُهَا»^(١).

وقد وَهَمَ بعضُ^(٣) الناسِ في إحدى هاتين المسألتين، وهي مسألة القضاء على الغائب، منهم البخاري^(٢)، فقالوا: الدليل على القضاء على الغائب أن النبي ﷺ قَضَى لِهَيْدٍ عَلَى أَبِي سُفْيَانَ، فقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ»^(٣) وقد بيَّنا في «مسائل الخلاف» أن هذا وهمٌ عظيمٌ، وأنه لا مُتَعَلِّقٌ لَهُمْ فِي هَذَا^(٤) الحديث، وحقَّقنا أنها كانت فتوى، وأن أبا سفيان كان حاضرًا، ولا خلاف بين الأمة أنه لا يُقَضَى عَلَى غَائِبٍ فِي الْبَلَدِ مَعْلُومِ الْمَوْضِعِ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.
الفائدة السابعة^(٤):

قوله^(٥): «فَلَا يَأْخُذُنْ» إشارة إلى الدليل على حُكْمِ الْحَاكِمِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ مَحْرَمًا وَلَا يُحْرَمُ مَحَلًّا، وَلَا يَغْيَرُ شَيْئًا مِنْ طَرِيقِ الشَّرْعِ، بِمَا يَظْهَرُ مِنْ حُجَّةِ أَحَدِ الْخُضْمِينَ عَلَى الْآخَرِ، فَمِنْ هَذَا حَذَرُهُمُ النَّبِيَّ ﷺ وَعَلَى هَذَا نَبَّهَهُمْ^(٥)، وَقَدْ اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا أبا حنيفة^(٦)، فَإِنَّهُ سَقَطَ^(٧) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَقَالَ: إِنْ الرَّجُلُ إِذَا جَاءَ إِلَى الْحَاكِمِ بِشَاهِدِي

(١) م، ف: «لكذا».

(٢) م، ف، ج: «المعروف».

(٣) «بعض» زيادة من القبس.

(٤) «هذا» زيادة من القبس.

(٥) ف: «ينهم».

(١) أخرجه مسلم (1496) من حديث أنس.

(٢) وذلك في كتابه «الجامع الصحيح المسند» كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب (الباب الذي قبل الحديث 7180).

(٣) أخرجه البخاري (5364)، ومسلم (1714) من حديث عائشة.

(٤) انظرها في القبس: 3/ 877 - 878.

(٥) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

(٦) انظر المبسوط: 180/16، 184، ويدائع الصنائع: 15/7.

(٧) في القبس: «فإنه سقط على أم رأسه». وجاء في هامش نسخة من نسخ القبس بخط مغاير: =

زُور في الباطن، فشهدوا أن فلانة زوجُ فلانٍ، وليست منه، قَبِلَ شهادتهما وَحَكَمَ له بتزويجها^(١)، أَنه يَجِلُّ له ذلك ظاهراً وباطناً، وَيَطْوُهَا بكتاب الله. ومعادُ الله أَن يكون باطلٌ تُنْزَهُ^(٢) الأموالُ على أَن يَنْفَذَ فيها، وَيَنْفَذَ في الفُروجِ التي هي أَعْظَمُ حُرْمَةً، على ما أَوْضَحناه^(٣) في «مسائل الخلاف».

وأقوى مُتَعَلِّقٍ لهم؛ أَن النبي ﷺ أَباح المرأةَ في اللعانِ للزوجِ الثاني، مع أَن اللعانَ زُورٌ وكِذِبٌ، واللعانُ أصلٌ مُسْتَوْفَى وَحُجَّةٌ ضَرْوَرَةٌ كما بيَّنا.

وأقوى ما في هذا الحديث؛ أَن النبي ﷺ قال: «اللَّهُ يَغْلَمُ أَن أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْ نَائِبٍ»^(٤) فبين النبي ﷺ أَن قضاءهُ انبى على كِذِبٍ للضرورية، وقد اتفقنا على أَن القاضي لو عَلِمَ الكِذِبَ في هذه المسألة، لَمَّا جاز له أَن يَقْضِيَ، فَإِن خَطَأَ القاضي لا يَلْزَمُ، وهي مسألةٌ عظيمةٌ؛ فَإِن ذلك لا يُلْزِمُهُ ضَمَانًا يُوجِبُ عليه مَلَامًا^(٥).

والأصلُ في ذلك: أَن خالدَ بنَ الوليدِ لَمَّا أَخْطَأَ في بني جَدِيمَةَ، لم يُعَلِّقْ به النبي ﷺ^(٥) شيئاً، اللهم إلا أَنه قال: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ وَمِمَّا صَنَعَ خَالِدٌ»^(٦) وَوَدَّاهُمْ^(٧) وأموالَهُم، والمعنى^(٧) يعضده. والقاضي^(٨) لو نظر بشرطِ سلامةِ العاقبةِ، وهو أَلَّا يُعْوَلَ على النَّصِّ وإنما بيني حُكْمَهُ على الاجتهاد، لكان ذلك باطلاً من وجهين: أحدهما: أَنه كان يكون تكليف ما لا يُطَاق.

والثاني: أَنه كان يكون تفييراً للخلقي عن الولاية، فتعطل الأحكام.

(١) في القبس: «بزوجيتها» وفي القبس: 23/18 (ط. هجر): «لها بزوجيتها».

(٢) في القبس: «فيتزها».

(٣) ج: «أوعيناه».

(٤) «ملاماً» استدركتاها من القبس.

(٥) ﷺ.

(٦) في النسخ: «وردتهم» والمثبت من القبس.

(٧) في النسخ: «والحق» والمثبت من القبس.

(٨) في القبس: «فإن القاضي».

= «رحم الله الإمام، ما كان ينبغي لجلالته وفضله أن يذكر الإمام الأعظم بمثل ذلك: وطريق الأدب مع سائر الأئمة واجب، وكل مجتهد مصيب على مذهب المؤلف» القبس: 3/373 (ط. الأزهرى).

(1) أخرجه مسلم (1493) من حديث ابن عمر، وقد سبق تخريجه.

(2) أخرجه البخاري (4339) من حديث سالم عن أبيه.

(3) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبيهقي: 100/ب.

الفائدة الثامنة⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» يقول: إنما أخكم له بما يُوجبُ النارَ، إلا أن يفرَّ الله⁽³⁾، ويرضى المظلوم عن الظالم، وإلا فالنار⁽⁴⁾.

الحديث الثاني، قوله⁽⁵⁾: «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ» العارضة فيه⁽⁶⁾: أن الذي يقضي بالجور، فإنه قد أتى كبيرة من أعظم الكبائر في ظلم⁽¹⁾ العباد، ونقض عهد الله بالجور من بعد ميثاقه، وما أبعدُه من المغفرة المطلقة، والذي يقضي بالجهل⁽²⁾ جائر⁽³⁾، لا⁽⁴⁾ تقصُر مرتبته عنه.

ومثال الأول: مثل أمير يقتل من لا يحلُّ قتله من مستحقه أو لا مستحقه.

ومثال الثاني: مثل من يتعرض للقتال، ولا يُبالي أصابَ بقتله من يستحقه أو من لا يستحقه، وكذلك من يسترسل على وطيء من وجد من النساء، ولا يُبالي كيف كانت الحال، أتجل أو لا تجل.

فالأوّل متهكٌ للحُرْمَةِ عَمْدًا. والثاني مستهينٌ بها نيّةً وعقدًا. والثالث من خلفاء الله في أرضه، وممن قال فيه النبي: «الْمُقْسِطُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى مَنَابِرٍ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَانِ وَكُنَّا يَدْيِهِ يَمِينٌ»⁽⁷⁾.

(1) ف: «ظلمه».

(2) م، ج: «بالحق»، ف: «بالجور» والمثبت من العارضة.

(3) ف: «عالمًا».

(4) م، ج: «إلا».

.....

(1) في الموطأ (2103) رواية يحيى.

(2) في تفسير الموطأ: «إلا أن يعفو الله».

(3) «وإلا فالنار» من زيادات المؤلف على نصّ البوني.

(4) أي قوله ﷺ في الحديث الذي في أوّل الباب.

(5) انظر هذا الشرح في العارضة: 67/6 - 68.

(6) سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.

(7) انظره في العارضة: 68/6، وراجع الذخيرة: 16/10.

تفصيل⁽¹⁾:

هذا الذي قضى بالحق، إن كان عن علم، فهو الذي يقوم عن يمين الرحمن، وإن كان عن تقليد، فلا يجوز أن يتخذ قاضيًا إلا عند الضرورة، فيقضي حينئذ في النازلة بفتوى⁽¹⁾ عالم رآه، ورواه بنص النازلة، فإن قاس على قوله، أو قال: يجوز من هذا كذا أو نحوه، فهو متعدي، ولا يحل تولية مقلد في موضع بوجه من الوجوه، في موضع يكون فيه من هو أعلم منه، أو يكون فيه عالم مشهور، فإن تقلد، فهو جائز متعدي؛ لأنه قعد في متعدي غيره.

الحديث الثالث⁽²⁾، قوله: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ قَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا أَخْطَأَ قَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ» وقد بيّنا أنه حسن غريب، وهو في الصحيح من طريق أبي بكر⁽³⁾⁽²⁾؛ قال النبي: «إِذَا أَصَابَ الْحَاكِمُ قَلَهُ عَشْرَةَ أَجُورٍ، وَإِذَا أَخْطَأَ قَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»⁽⁴⁾.

الأصول⁽⁵⁾:

قال الإمام: هذا الحديث يشهد له القرآن، وذلك قوله: «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَثَارٍ»⁽⁶⁾.

وهذا الحديث مما يتعلّق به من ذهب إلى أن الحق في جهة واحدة في مسألة تصويب المجتهدين، وهي نازلة في الخلاف عظيمة، وقد بيّنا ذلك في «كتب الأصول»⁽⁷⁾.

(1) ج: «يفتي».

(2) في العارضة: «أبي بكر».

(1) انظره في العارضة: 71/6، وقد سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.

(2) لم نقف على هذا الطريق في ضوء المصادر التي وقفنا عليها، والحديث سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.

(3) سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.

(4) انظر كلامه في الأصول في العارضة: 71/6 - 72.

(5) الأنعام: 160.

(6) يقول المؤلف في المحصول في علم الأصول: 65/ب «وقد اختلف الناس فيه [أي في تصويب المجتهدين] اختلافًا متباينًا، عمدته: أن قومًا قالوا: إن كل مجتهد في الفروع مصيب، وهو قول العلماء. ومنهم من قال: الحق في قول بعضهم، وإليه يميل الضعفاء من الفقهاء بجهلهم بالطريقة. والصحيح أن كل مجتهد مصيب. واحتج من قال بأن الحق في قول أحدهما بأن النازلة إذا

ومما قال فيه^(١) مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنْ الْكُلُّ صَوَابٌ؛ أَنَّهُ خَبِرٌ وَاحِدٌ وَلَا يُثْبِتُ خَبِرٌ^(٢) الواحد^(٣) الأصول.

الحديث الرابع: حديث ابن أبي أوفى في «الترمذي»^(١) قال رسول الله ﷺ: «اللَّهُ مَعَ الْقَاضِي مَالَمْ يَجُزْ، فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ».

إيضاح مشكلة:

القاضي بالحق ما كان الله معه، فإذا تركه الله جاز، هذا إخبار عن بداية المقادير وحكمه بالتقدير، وملكه بالتدبير^(٤)، فالله تعالى هو الحق، ولا يريد إلا الحق، والباطل ليس منه في شيء.

الحديث الخامس: ذكر أبو عيسى^(٢) عن أنس بن مالك؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ

(١) «ومما قال فيه» زيادة من العارضة يقتضيهما السياق.

(٢) م، ج: «بخبر».

(٣) م: «واحد».

(٤) م، ج: «بتدبير»، ف: «للتدبير» ولعل الصواب ما أئنتاه.

وقعت وقال أحد المجتهدين: هي حلال، وقال الآخر: هي حرام. فلا يجوز أن يكونا مصيبين؛ لأن ذلك يؤدي إلى محال، وهو اجتماع التحليل والتحريم في عين واحدة. وهي عمدتهم التي يعتقدون قوتها، وهي لا تساري أن تسمع، والجواب عنها أن نقول: الدليل في المسألة ما قدمناه في أول الكتاب من أن التحليل والتحريم ليست بصفات للمحللات ولا للمحرمات، وإنما هي عبارات عن قول الشارع فيما شرع، وعن قول المفتي فيما أفتى، وذلك كالنبوة ليست بصفة ذاتية للنبي، وإنما هي عبارة عن مكاشفته بالوحي، فإذا أدى الناظر النظر إلى تحليل عين، لم يتعلق بالعين من ذلك وصف، وهو مطلوب بالعمل باجتهاده، وبما أدى إليه نظره. وإن نظر آخر فأذاه نظره إلى تحريم عمل أيضًا على مقتضى اجتهاده ولم يتعلق بالعين من قوله شيء. وانظر أحكام القرآن: 3/1270؛ والعارضة: 2/144، 6/71، 13/231.

(١) الحديث (1330) وقال: «هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث عمران القطان».

قلنا: أخرجه أيضًا ابن ماجه (2312)، وابن حبان (5062)، والحاكم: 4/93 وصححه، والبيهقي: 88/10، 134. قال ابن حجر معلقًا على قول الترمذي السابق ذكره: «وفيه [أي في عمران القطان] مقال، إلا أنه ليس بالمتروك، وقد استشهد به البخاري وصحح له ابن حبان والحاكم».

(٢) في جامعه الكبير (1323)، والحديث أخرجه أيضًا: أحمد: 3/118، وأبو داود (3578 م) وابن ماجه (2309)، والحاكم: 4/92، والبيهقي: 10/100.

(٣) علق المؤلف في العارضة: 6/70 على هذا الحديث بقوله: «وكثرة [أي الترمذي في الحديث اللاحق

سَأَلَ الْقَضَاءَ وَكُلَّ إِلَى نَفْسِهِ^(١)، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَنْزِلُ عَلَيْهِ مَلَكَ مِنَ السَّمَاءِ يُسَدِّدُهُ^(٢)، وهذا لا كلام فيه.

الحديث السادس: حديث أبي هريرة؛ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ»^(٢) حَسَنٌ غَرِيبٌ^(٣).

قال علماؤنا: هذه عبارة عن كلِّ حال القضاء أو بعضه، فَإِنَّ الْقَتْلَ إِعْدَامٌ^(٢) الْحَيَاةِ، وَإِذَا وَلِيَ الْقَضَاءَ بَعْدَ عَدَمِ^(٣) الْحَيَاةِ الْآخَرَى. وضرب المثل بالسُّكِينِ لآتِهِ أَوْجَزٌ^(٤) وَأَعْجَلٌ فِي الْهَلَكَةِ، فَيَكُونُ هَلَاكُهُ بِغَيْرِ السُّكِينِ مِنَ الْآلَاتِ تَعْدِيًا^(٥). وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ إِذَا طَلَبَتْهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ إِذَا حَرَّصَ عَلَيْهِ، وَكَانَ بَعْضُ الْأَشْيَاخِ يَحْكِي عَنْ بَعْضِ الْقَضَاةِ الشَّرِّ أَنَّهُ إِذَا سَمِعَ هَذَا الْحَدِيثَ يَقُولُ: أَيُّ ذَبْحَةٍ، مَا أَحْلَاهَا!

المقدمة الثانية

في معرفة شروط القضاء^(٦)، ومعرفة من يجب تقديمه ومن لا يجب، ومن يجوز له الحكم ممن لا يجوز.

(١) في النسخ: «وكل إليه» والمثبت من الترمذي.

(٢) في النسخ: «عدم» والمثبت من العارضة.

(٣) في النسخ: «إعدام» والمثبت من العارضة.

(٤) في العارضة: «أوحى».

(٥) م، ف: «تعدياً».

(٦) م: «القضاء وشروطه».

(1324) بأصح من السُّنَدِ الْأَوَّلِ. وقال: هو حسن غريب، وهذا يعضده الحديث الصحيح؛ أن النبي ﷺ قال لعبد الرحمن بن سمرة: يا عبد الرحمن، لا تسأل الإمارة...».

(1) أخرجه ابن أبي شيبة (22980)، وأحمد: 230/2، 365، وأبو داود (3571 م)، وابن ماجه (2308)، والترمذي (1325)، والنسائي في الكبرى (5923)، والطبراني في الأوسط (2678)، والدراقطني: 4/203، 204، والحاكم: 91/4 وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، والبيهقي: 96/10. وانظر الدراية: 66/2، وتلخيص الحبير: 184/4، ونصب الراية: 64/4.

(2) هذا الحكم هو للإمام الترمذي في جامعه (1325).

(3) هذه الصفات مقتبسة من المنتقى: 182/5.

وفي هذه المقدمة فصلان: أحدهما: في صفة القاضي، والفصل الثاني في مجلسه وأدابه وحُسن سيرته.

الفصل الأول في صفته

- أما⁽¹⁾ صفاته⁽¹⁾ في نفسه:
 فأحداها⁽²⁾: أن يكون ذكراً⁽²⁾.
 والثانية: أن يكون مُفَرِّداً.
 والثالثة: أن يكون بصيراً.
 والرابعة: أن يكون مسلماً.
 والخامسة: أن يكون حُرّاً.
 والسادسة: أن يكون عالماً فقيهاً.
 والسابعة: أن يكون عَدلاً.
 والثامنة⁽³⁾: أن يكون سليم الجوارح من الضَّمِّ والعمى وغير ذلك.

تفصيل:

- أما⁽⁴⁾ «اعتبار الذكورة» فتحكى عبد الوهاب⁽⁵⁾ وغيره أنه مذهب مالك والشافعي⁽⁶⁾.
 وقال أبو حنيفة: يجوز أن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص⁽⁷⁾.

(1) م، ف، ج: «صفته» والمثبت من المتنى.

(2) «فأحداها» زيادة من المتنى يقتضيها السياق.

.....

(1) في المتنى: «ذكراً بالغا».

(2) هذه الصفة من زيادة ابن العربي على نصِّ الياجي.

(3) من هاهنا إلى قوله: «من عهد النبي ﷺ إلى الآن» مقتبس من المتنى: 182/5 . 183.

(4) انظر المعونة: 1506/3، والإشراف: 278/2.

(5) انظر الحاوي الكبير: 156/16.

(6) انظر المبسوط: 72/16.

(7) انظر أدب القاضي للخصاف مع شرحه للجصاص: 354.

وقال محمد بن الحسن⁽¹⁾ والطبري: يجوز على كل حال.

والأدلة لنا من ثلاث طرق: الأول: ما زوي عنه عليه السلام أنه قال: «لَا يُفْلِحُ قَوْمٌ أَسْتَدُّوا أَمْرَهُمْ إِلَى امْرَأَةٍ»⁽²⁾.

ومن جهة المعنى: إنما هو أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تُنافيه الأئمة كالإمامة.

ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي عليه السلام إلى الآن.

وقال⁽³⁾ أصحاب أبي حنيفة⁽⁴⁾⁽¹⁾: إن المرأة تقضي فيما تشهد فيه؛ لأنه من جاز أن يكون شاهداً في شيء، جاز أن يقضي وأن يكون فيه قاضياً كالذكر، وهو ينتقض عليه بالكافر، فإنه يجوز عنده أن يكون شاهداً، ولا يجوز أن يكون حاكماً ولا قاضياً. وأجمعت الأئمة أنها لا تكون خليفة، وكذلك القضاء، وإنما أشار الطبري إلى مذهب أبي حنيفة، ومذهب أبي حنيفة إنما هو إذا حكمت، وأما أن يُقدّمها الإمام لتكون منصوبة للناس، فما كان ذلك قط مذهباً لأحد. وقد اتفقت الأئمة على أنها لا تؤذن؛ لأن صوتها عورة، فإذا لم يجز سماع صوتها وهي في المثلثة لا تُرى، فأولى وأخرى ألا تجوز مجالستها ولا محادثتها ابتداءً من قبل نفسها، فكيف أن يُلجئها الإمام لذلك، ولو تَقَطَّنت لهذا عصبه الجاهلين ما كانوا عن الحق ناكبين.

القائمة⁽⁵⁾:

أما «كونه مفرداً» فإنه لا يؤلى اثنان فأكثر على وجه الإشراك، فيكون لأحدهما النظر مفرداً. وقال ابن شعبان في «الزاهي» له: «والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع اثنان فيكونان حاكِمَيْن» وعلى ذلك إجماع⁽²⁾ الأئمة من زمان النبي عليه السلام إلى وقتنا

(1) في القبس: «وقد قال أبو حنيفة».

(2) م، ف، ج: «اجمع» والمثبت من المتنى.

.....

(1) أخرجه البخاري (4425) من حديث أبي بكر.

(2) من هنا إلى قوله: «عن الحق ناكبين» ورد في القبس: 3/ 878 - 879.

(3) انظر شرح فتح القدير: 7/ 279.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 5/ 182 - 183.

(5) من هنا إلى قوله: «هو ذلك أو غيره» مقتبس من المتنى: 5/ 183.

هذا، ولا أعلم أنه اشترك قط قاضيان في زمان من تقدم، ولا سُمِعَ بذلك؛ لأن ذلك كان يؤدي إلى المخالفة والتناقض.

الثالثة:

أما⁽¹⁾ «كونه بأن يكون بصيراً» فلا خلاف بين المسلمين في المنع من كَوْنِ الأعمى حاكماً⁽¹⁾. وهو مذهب أبي حنيفة⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾، وبلغني عن مالك أنه كان يقول: إن كان⁽⁴⁾ يميّز الأصوات ممن تكرر عليه صوته⁽⁵⁾، وليس كل من شهد عنده ممن يتكرر عليه، فقد يشهد عنده ويؤكد في غير ذلك المجلس، فلا يدري هل هو المزكّي عنده هو الذي زكّي عنده بالأمس أو غيره، وقد يخرج بغير هذه التزكية، فلا يدري هل هو ذلك أو غيره.

وقد احتج قومٌ بحديث⁽⁶⁾ ابن أم مكتوم فقال: إن النبي ﷺ قد استخلفه على المدينة في أحد الغزوات.

الجواب - قلنا: إنما كان ذلك لأنه لم تكن في ذلك الزمان خصومات، وإنما كان يقع في النادر أمرٌ يحتاج إلى التّسديد⁽²⁾، وكان ابن أم مكتوم به مُستَقْبلاً⁽³⁾، أو لا ترى أنه إنما كان يخاف على المدينة عورة، ولم يكن ابن أم مكتوم مُستَقْبلاً بحماية الحوزة،

(1) م، ف، ج: «حكماً» والمثبت من المنتقى.

(2) م، ف، ج: «التشديد» وفي القبس: «التسير» والمثبت من القبس (ط. الأزهري) وقد أشار ناشرها في الهامش إلى أن في نسخة مخطوطة: «التشيد». وفي القبس (ط. هجر): «التسير».

(3) ف: «مستدلاً».

(1) انظر المبسوط: 108/16 - 109.

(2) انظر أدب القاضي لابن القاص: 101/1، والحاوي الكبير: 155/16.

(3) الذي المنتقى: «وقد بلغني ذلك عن مالك، والدليل على صحة هذا القول: أن في تقديمه للقضاء تضييقاً على المسلمين في طرق القضاء وانفاذاً لأحكام، والحاكم مضرٌ إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلباً من مطالب الحق، والأعمى وإن كان...».

(4) نقل القرافي عن القاضي عياض أنه قال في التبيّهات: «الإجماع على اشتراط السمع والبصر، إلا ما يُحكى عن مالك في جواز قضاء الأعمى، فغير معروف ولا يصح عن مالك» الذخيرة: 19/10.

(5) انظر باقي المسألة في القبس: 879/3 - 880.

(6) انظر هذه الفقرة في القبس: 879/3 - 880.

وخليفة الأمير^(١) لا بُدُّ أن يكونَ فيه من الاستقلالِ بحمايةِ الحوزةِ وَلَمْ الشَّعْثِ عند الاختلافِ العامِّ، وقد كان ذلك مُتَعَدِّراً في ابن أمِّ مكتوم، فدلَّ على أن رسولَ الله - والله أعلم - إنما كان يثقُ من ربِّه ببعضِ المدينة على أن يخالفَ إليها بعدَهُ من يريدُها بسوءٍ، وكان يعلمُ من أهلها قِلَّةَ الاختلافِ، فلاجل ذلك كان استخلافه له.

الرابعة:

وأما^(١) إن كان التَّعَدُّرُ في السَّماعِ من بَكم^(٢)، فلم يَفْهَمِ الحاكِمُ الإشارةَ، أو كان من لُغَةٍ^(٣) لم يَعرِفِ التَّكَلُّمَ بها، ولم يكن عنده^(٤) معبَّرٌ يُعبِّرُ له ذلك الكلام، فهذه مسألة خلافتية اختلف فيها العلماء.

أما «الصَّمَم» فقال قوم: لا يجوز لقوله ﷺ^(٢): «فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ» فيه دليلٌ على أن التَّفْهَمَ قد جُعِلَ بين الحاكم والخَصْمَيْنِ، فإن^(٣) تَعَدَّرَ ذلك من القاضي بَصَمَم، أو من الخَصْمِ بِبَكم، أو بِلُغَةٍ لا يفهمها القاضي، فالذي سمعتُ أن الرَّجُلَ إذا كان أصمَّ أو أعمى فإنَّ النَّاسَ اختلفوا في توليته القضاء، والذي عندي أنَّ واحداً منهم لا يجوزُ أن يكونَ قاضياً، وأقول: إن ذلك إجماعٌ، وذلك على الإطلاق، إلا في الأوقات اليسيرة والقَصَصِ المخصوصة؛ فإنَّ القضاء مَبْنِيٌّ على الفَضْلِ، وكلُّ ما أمكَنَ من تحصيلِ الفَضْلِ والاختصارِ لا يُلْتَمَتُ معه إلى التَّطْوِيلِ، ولهذا قال العلماء: لا يجوزُ قَبُولُ شَهَادَةِ الفَرْعِ مع القُدرةِ على شُهودِ الأصلِ، لِما في ذلك من زيادةِ التَّنْظَرِ على القاضي في العدالة، ولِما في ذلك من زيادةِ الأعذارِ على المطلوب، فإذا رُوِيَ هذا القَدْرُ في رسمِ القضاء، فالذي يفوتُ بالصَّمَمِ والعَمَى أعظمُ^(٥) من ذلك.

(١) ف: «الامر».

(٢) م: «بكم أو صمم».

(٣) م، ف، ج: «من معه» والمثبت من القيس.

(٤) في القيس: «ولم يكن بدَّ من».

(٥) ف: «أكثر».

(١) في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

(٢) انظر باقي المسألة في القيس: 879/3.

(٣) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 183/5.

المسألة الخامسة⁽¹⁾:

أما «اعتبارُ إسلامِهِ» فلا خلافَ فيه بينَ المسلمينَ أنَ الكافرَ لا يكونُ قاضيًا على مُسْلِمٍ.

السَّادسة⁽²⁾:

وأما «اعتبارُ الحرِّيَّةِ» فقالَ عبد الوهَّاب⁽³⁾: لا خلافَ فيه بينَ الأُمَّةِ. ووجهُ ذلك: أنَ منافعَ العبيدِ مستحقَّةٌ لسيِّده، فلا يجوزُ أنَ يصرِّفها للنظرِ بينَ المسلمينَ. ولأنه ناقصُ الحُرْمَةِ نقصًا يؤثِّرُ في الإمامةِ كالمرأةِ.

السَّابعة⁽⁴⁾:

وأما «اعتبارُ كونه عالِمًا فقيهاً» فلا خلافَ في ذلك مع وجودِ العالمِ العَدَلِ، و*إن كان الناس قد اختلفوا في تولية الأُمِّي إذا كان بصيرًا مُمَيِّزًا، فأكثر العلماء منعوا من ذلك*⁽⁵⁾.

والذي يحتاجُ إليه من العِلْمِ، أن يكونَ من أهلِ النظرِ والاجتهادِ، رُوِيَ عن ابنِ القاسمِ عن مالك⁽¹⁾ في «المجموعَةِ» أنه قال: لا يُسْتَقْضَى مَنْ لَيْسَ بِفَقِيهِ. وقالَ أَشْهَبُ وابن المَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ في «الواضحة»: لا يصلحُ أن يكونَ صاحبَ حديثٍ إلا فقيهاً، ومن لا فِئمةَ له وهو من أهلِ الحديثِ المجرَّدِ، فلا تَصِحُّ فتواه ولا قضاؤه؛ لأنَّ أكثرَ التوازلِ تفوته معرفتها، فلا يفتي إلا من كانت له صفة الفقه، وأن يكونَ قد جمعَ صفاتِ الاجتهادِ.

والأصلُ في ذلك: قوله تعالى: ﴿لَتُبَيِّنَنَّ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ الآية⁽⁶⁾. فاعلم أنَّ

(1) «عن مالك» زيادة من المتتقى.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتتقى: 183/5.

(2) في المعونة: 1506/3.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتتقى: 183/5.

(4) ما بين التجمتين من زيادات المؤلف على نص المتتقى.

(5) النحل: 44.

(6) النساء: 105.

النَّبِيِّ إِذَا بَيَّنَّ لَهُمْ تَفَكَّرُوا، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ تَبْيِينُ النَّبِيِّ لِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ، لَمْ يَتِمَّ كُنْ لَهُمُ التَّفَكُّرُ فِي أَحْكَامِهِ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿لِيَتَحَكَّمُوا بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرْسَلَ اللَّهُ﴾ الآية⁽¹⁾، وَمِنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ فَإِنَّهُ لَا يَرَى شَيْئًا، وَلِذَلِكَ قَالُوا: لَا يَفْتِي مَنْ لَا يَعْرِفُ إِلَّا أَنْ يَخْبِرَ بِمَا سَمِعَ⁽¹⁾، فَلَمْ يَجْعَلْ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْفَتْوَى، وَإِنَّمَا هُوَ إِخْبَارٌ عَنِ الْفَتْوَى صَاحِبِ الْمَقَالَةِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ، لِعَدَمِ الْمَجْتَهِدِ الَّذِي تَجَوَّزَ لَهُ الْفَتْوَى.

فَإِذَا لَمْ يَوْجَدْ إِلَّا عَالَمٌ غَيْرَ مَرْضِيٍّ، أَوْ مَرْضِيٍّ غَيْرِ عَالِمٍ، فَاخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ أَضْبَغُ: يُسْتَقْضَى الْعَدْلُ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَشِيرُ أَهْلَ الْعِلْمِ وَيَجْتَهِدُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عِلْمٌ وَوَرَعٌ، فَعَقْلٌ وَوَرَعٌ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْلِ يَسْأَلُ وَبِالْوَرَعِ يَعْفُ، فَإِذَا طَلَبَ الْعَالِمَ وَجَدَهُ، وَإِذَا طَلَبَ الْعَقْلَ لَمْ يَجِدْهُ.

مسألة (2):

وَأَمَّا «اعْتِبَارُ الْعَدَالَةِ» فَالظَّاهِرُ مِنْ أَقْوَالِ عُلَمَائِنَا الْمُسْلِمِينَ أَنَّهَا شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْقَضَاءِ، وَفِي «التَّوَادِرِ»⁽³⁾ مِنْ «كِتَابِ أَضْبَغٍ»: أَنَّهُ يَجُوزُ حُكْمُ الْمَسْخُوطِ مَا لَمْ يَخْطُكُمْ بِجَوْرٍ، وَإِنْ لَمْ تَجْزِ شَهَادَتُهُ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ⁽⁴⁾؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ يُتَابِي نُفُوذَ الْأَحْكَامِ كَالْكَفْرِ.

نازلة (5):

وَهَلْ يَعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ سَمِيعًا؟ لَمْ أَرِ فِيهِ نَصًّا، وَعِنْدِي أَنَّهُ مَمْنُوعٌ، لِمَا يَحْتَاجُ مِنْ سَمَاعِ دَعْوَى الْخُصُومِ وَأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ شَاهِدٍ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَكْتُبَ شَهَادَتَهُ فَيَعْرِضُهَا عَلَيْهِ، مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَضْيِيقِ الْحَالِ عَلَى النَّاسِ.

(1) ف، ج: «يسمع».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 183/5 - 184.

(2) 12/8.

(3) الظاهر أن القول الأول سقط من النسخ المعتمدة، وهو كما في المتقى: «وقال القاضي أبو الحسن: لا تمنع الولاية للحاكم الفاسق وإن طرأ الفسق بعد انعقادها انفسخت ولايته».

(4) هذه النازلة مقتبسة من المتقى: 184/5.

(5) هذه النازلة مقتبسة من المتقى: 184/5.

نازلة أخرى⁽¹⁾:

وهل يجوزُ أن يكون الأمي⁽²⁾ حاكمًا⁽¹⁾ وإن كان عالماً عدلاً؟ لم أر فيه نصاً أيضاً، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان: المنع والجواز⁽³⁾.

والأظهرُ عندي الجواز؛ لأنَّ النبي ﷺ كان لا يكتُب.

ومن جهة المعنى: أنه لا يحتاجُ إلى قراءة العقود، وينوبُ عنه في ذلك أهل العدل.

نازلة أخرى⁽⁴⁾:

وهل يُستَقْضَى وُلْدُ الزَّنا؟

قال سحنون: لا بأس بذلك، ولا يحكم في حدِّ الزَّنا كما لا يحكم القاضي لأبيه. والأظهرُ عندي أنه ممنوع؛ لأنَّ القضاء موضعُ رِفْعَةٍ وَطَهَارَةٍ، فلا يليها ولدُ الزَّنا، كالإمامة في الصلاة.

نازلة أخرى⁽⁵⁾:

وهل يُستَقْضَى الفقيرُ أم لا؟

فروى ابن سحنون عن أبيه أنه يُستَقْضَى إذا كان أعلمهم وأرضاهم، ولكن لا ينبغي أن يجلسَ حتَّى يُعْتَى وَيُقْضَى عنه دَيْنُهُ. وهذا مما لا خلاف في صحته، وليس يُؤْتَرُ⁽⁶⁾ في دينه ولا عليه، ولكن يُستحبُّ أن تُزَالَ حاجتُه للتفرُّغ للقضاء وليكون له أسلم، وقد أجمع العلماء أنَّ قضاءه جائزٌ. وليس من صفاته أن يكون غنياً بإجماع، وقد قال الله

(1) م، ف، ج: «حكماً» والمثبت من المتقى.

(1) المراد بالأمي هنا: الذي لا يكتب.

(2) انظر الوسيط للغزالي: 291/7.

(3) هذه النازلة مقتبسة من المتقى: 184/5.

(4) الفقرة الأولى مقتبسة من المتقى: 184/5، أما الثانية فانظرها في العارضة: 77/6.

(5) أي الفقر.

(6) البقرة: 247.

تبارك وتعالى عن بني إسرائيل في قصة طالوت: ﴿أَنْ يَكُونَ لَهُ الْمُلْكُ عَلَيْنَا﴾ الآية⁽¹⁾، والقاضي أبداً في حكم الشرع لا يكون إلا غنياً أو يُغنى؛ لأن بيت المال له ولأمثاله، ومغناه⁽¹⁾ فيه، فلما حبس بيت المال⁽²⁾ واحتاج هو وأمثاله إليه ولم يمكن⁽³⁾ منه، كان غناء القاضي أفضل من فقره.

العارضة⁽²⁾:

قال الإمام الحافظ أبو بكر الطرطوشي بالمسجد الأقصى - طهره الله - قال: لما ولي جدي - يعني لأمه - أبو زيد بن الحشا⁽³⁾ القضاء بطليطلة⁽⁴⁾، جمع أهلها وأخرج لهم صندوقاً فيه عشرة آلاف دينار، وأخرج لهم صندوقاً آخر مملوءاً من ثياب حسنة، فقال لهم: هذا مالي وهذه ثيابي، فلا تحسبوا ظهورَ حالي من ولايتكم، ولا مالي من أموالكم، فنزّهوه عن ذلك.

نازلة أخرى⁽⁵⁾:

وهل يُستقضى المحدود في الزنا والقذف، والمقطوع في السرقة إذا كان مرضي الحال؟ وهل يخكم فيما حد فيه⁽⁴⁾؟ فجوز ذلك أصبغ، وفرق بينه وبين الشهادة. ومثله

(1) في العارضة: «فغناه».

(2) في العارضة: «المال أربابه».

(3) ج: «يكن».

(4) ف: «فيما فيه حد».

(1) انظرها في العارضة: 77/6.

(2) هو عبد الرحمن بن محمد بن عيسى، المعروف بابن الحشا، أصله من قرطبة، رحل إلى المشرق، قال عنه ابن حبان - فيما نقله عياض في ترتيب المدارك: 143/8 - «كان بارع العلم، راجحاً عفيفاً، حاضر الشاهد والخابر».

(3) يقول ابن بشكوال في الصلة: 326/1 «استقضاء المأمون بن يحيى بن ذي النون بطليطلة بعد أبي الوليد بن صاعد في 450، وحمده أهل طليطلة في أحكامه وحسن سيرته، ثم صرف عنها في سنة ستين، وصار إلى طرطوشة واستقضى بها، ثم صرف واستقضى بدانية، إلى أن توفي بها سنة ثلاث وسبعين وأربع مئة».

(4) هذه النازلة مقبسة من المتقى: 184/5.

(5) وهم جمهور المالكية، انظر المعونة: 1501/3.

سُحْنُونُ عِتْبَارًا بِالشَّهَادَةِ، وَهُوَ الصَّرَافُ عِنْدِي.

الفصل الثاني في آداب القضاء ومجلسه

قال علماؤنا: في هذا الباب جملة مسائل:
المسألة الأولى:

قال عمر بن عبد العزيز: لا ينبغي للرجل أن يكون قاضيًا حتى تكون فيه خمس خصال، فإن أخطأ واحدة كانت فيه وصمة، وإن أخطأته اثنتان كانت فيه وصمتان: حتى يكون عالمًا بما قبله، مستشيرًا لذوي الرأي، منزهاً عن الطمع، حليماً على⁽¹⁾ الخصم، مخلصاً لله تعالى، فإذا كان هذا، نصب نفسه للحكم بين الناس.

واختلف علماؤنا في أي موضع ينصب نفسه للأحكام؟

فقال قوم⁽¹⁾: ينبغي أن يكون في المسجد، فيمن كان يقضي في المسجد شريح، والحسن البصري، والشعبي، ومُحَارِبُ بنِ دِثَارٍ، ويحيى بن يعمر.
⁽²⁾ وكرهه جماعة منهم: الشافعي⁽³⁾، وعمر بن عبد العزيز.

وقال مالك⁽⁴⁾: «القضاء في المسجد من الحق والأمر القديم؛ لأنه يرضى بالذنون من المجلس، ويصل إليه الصغير والكبير، والضعيف والمرأة، ولا يحجب⁽²⁾ عنه أحد»⁽³⁾.

قال ابن أبي زيد⁽⁵⁾: «واحتج بعض أصحابنا في ذلك بقوله: ﴿وَهَلْ أُنْتَك تَبَوُّأً

(1) م، ج: «عن».

(2) ف: «ولا يحجب».

(3) «أحد» زيادة من المتنى يقتضيها السياق.

(1) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من المتنى: 184/5 - 185.

(2) انظر أدب القاضي لابن القاص: 152/1، والحاوي الكبير: 31/16.

(3) في المدونة: 76/4 كتاب القضاء.

(4) في النوادر والزيادات: 20/8.

(5) سورة ص: 21.

أَلْحَقَمَ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ ﴿الآية (1)﴾، وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي الْمَسْجِدِ (2).
 وَرُتِحِبُ أَنْ يَجْلِسَ مِنْهُ فِي رِحَابِهِ الْخَارِجَةِ، قَالَ مَالِكٌ: لِيَصِلَ إِلَيْهِ الْيَهُودُ
 وَالتَّصَارِيُّ وَالْحَائِضُ وَالْجُنُبُ، وَحَيْثُ مَا جَلَسَ الْقَاضِي الْمَوْفَّقُ الْمَأْمُونُ أَجْزَأَهُ.
 وَقَالَ أَشْهَبُ فِي «الْمَجْمُوعَةِ»: لَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ فِي مَجْلِسِهِ وَمَنْزِلِهِ وَحَيْثُ أَحَبُّ،
 وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْضِيَ حَيْثُ جَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ وَفِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ.
 وَقَالَ سَحْنُونُ (1): إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ لِكَثْرَةِ النَّاسِ حَتَّى يَشْغَلَهُ ذَلِكَ عَنِ التَّنْظَرِ
 وَالْفَهْمِ، فَلْيَكُنْ لَهُ مَوْضِعٌ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يَشْغَلُهُ، وَأَتَّخِذْ سَحْنُونُ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ
 فَكَانَ يَقْعُدُ (2) وَيَحْكُمُ لِلنَّاسِ فِيهِ.
 قَالَ عِلْمَاؤُنَا (3): وَلَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ فِي الطَّرِيقِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَمْرٌ عَرَضَ
 وَاسْتُغْنِيَتْ فِيهِ إِلَيْهِ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْمُرَ فِيهِ وَيَنْهَى، فَأَمَّا الْحُكْمُ الْفَاصِلُ فَلَا، قَالَهُ مُطَرِّفُ
 وَابْنُ الْمَاجِشُونِ.
 وَقَالَ أَشْهَبُ فِي «الْمَجْمُوعَةِ»: لَا يَقْضِي وَهُوَ يَمْشِي، وَقَالَ أَيضًا: لَا بَأْسَ إِذَا لَمْ
 يَشْغَلَهُ ذَلِكَ.
 قَالَ عِلْمَاؤُنَا (4): وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ وَهُوَ مَتَكِّيٌّ.

المسألة الثانية (5):

قَالَ عِلْمَاؤُنَا (6): وَلَا تَقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسْجِدِ بِالضَّرْبِ (3) الْكَثِيرِ، إِلَّا الْيَسِيرِ

(1) فِي الْمَتْنِ: «قَالَ سَحْنُونُ قَالَ غَيْرُهُ».

(2) م: «يَعْقُدُ».

(3) فِي الْمَتْنِ: «وَلَا الضَّرْبُ».

(1) كَمَا فِي حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدِ السَّاعِدِيِّ الَّذِي أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (423) وَمُسْلِمٌ (1492).

(2) الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِمَامُ الْبَاجِي.

(3) الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِمَامُ الْبَاجِي.

(4) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُقْتَبَسَةٌ مِنَ الْمَتْنِ: 185/5.

(5) الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِمَامُ الْبَاجِي.

(6) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (6233)، وَمُسْلِمٌ (2160) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ.

كالخمس أسواط^(١) والعشرة ونحوها، قاله مالك في «الموازية» و«المجموعة» و«كتاب ابن سحنون».

وروجه ذلك: أَنَّ الحُدُودَ تَبْلُغُ^(٢) مَيَلَانَ الدَّمِ والتَّأثيرِ فِي الأَجسامِ^(٣)، والمساجد تُنَزَّهُ عن مثل هذا. وأما أن تكثر الحدود فيه فلا؛ ولأنها موطن رحمة.

المسألة الثالثة:

وينبغي للقاضي إذا دخل المسجد أن يركع ركعتين عند دخوله قبل أن يجلس، ويدعو الله عند فَرَاغِهِ مِنْهُمَا بالتَّوفيقِ والعِصْمَةِ والتَّسديدِ، ثم يجلس مستقبل القبلة، ويسلم على القوم إذا استقبلهم، وعند دخوله أيضًا وعند خروجه، إلا إذا صار لمنزله، لقوله ﷺ: «يُسَلِّمُ القَلِيلُ على الكَثِيرِ»^(١). وكذلك يفعلُ الخَصْمَانِ إذا وصلَا إليه، اقتداء برسول الله ﷺ، فيرد السلام، ويجلس الخصمان بين يديه، ويسوي بينهما في المجلس، لا يرفع أحدهما على صاحبه.

وقد اختلف فيمن تقدم إذا خفي عليه السابق منهما، فقالت فرقة: يُقَرَعُ بينهما، فمن خرجت قُرعته قَدَّمَهُ، وأحسن من هذا أن يمدَّ خيطًا يلي مجلسه أحد طرفي الخيط، ويلي الطرف الآخر ناحية مجلس الخصوم، فكلُّ مَنْ جاء كتب اسمه في رقعة ورفع الرقعة في طرف الخيط، هكذا حتى إلى آخرهم، فإذا جلس القاضي، مدَّ يده إلى الطرف الذي يليه من الخيط، فكلُّ رُقعةٍ تُقَابِلُهُ أَخَذَهَا وأمرَ بصاحبها، ثم لا يزال كذلك حتى يأتي على آخر الرقاع. فإن كثرت الرقاع عليه، وزال الوقت الذي يقضي فيه، عرف الطرف الذي كان يليه من الخيط حيث جلس، فيتناول في المجلس الثاني الرقاع كِفَعِلِهِ في المجلس الأول حتى تنفذ الرقاع.

وليس في الوقت الذي يقضي فيه القاضي سنة يُعْتَمَدُ عليها، والذي يجب إذا حضر الخصوم أن ينظر بينهم ولا يؤخَّرَ ذلك، بل ينفذ الحكم بينهم.

(١) م، ج: «الأسواط».

(٢) في المتن: «تباشر».

(٣) ف: «الأجساد».

(١) المقصود هما مطرف وابن الماجشون كما نص على ذلك الباجي في المتن: 185/5، وهذه الفقرة

المسألة الزابعة:

فإذا كان هذا، فهل يتخذ أوقاتاً يحكمُ فيها أم لا؟ أو يجلس على ما هو أرفق به وبالناس ولا يضيق عليه حتى يصير كالأجير؟

فقد قال علماؤنا⁽¹⁾: لا يجلسُ بين العشاءين ولا في الأسحار، إلا أن يحدث أمرٌ لا يؤمن منه، فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويسجن. وأما على وجه الحكم بين الخصوم فلا، وقد شدَّ أشهب فقال في «المجموعة»: لا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء.

توجيه⁽²⁾:

أما قول مُطَرِّف وابن المَاجِشُون أنه يتخذ أوقاتاً يجلس فيها على ما هو أرفق به، فالمعنى: أنه ليس عليه الجلوس في ذلك الوقت لإحضار الخصوم وتقييد المقالات؛ لأن ذلك لا يقرب، فأما ما يُخَاف فوائده فيلزم الحكم فيه.

ومعنى قول أشهب أنه أباح له ذلك؛ لأن تركه من حقوقه، فإذا أراد ذلك فهو مباح له. والأول أظهر عندي لِمَا في ذلك من الضَّرَرِ لمن يدعي⁽¹⁾ في⁽²⁾ ذلك الوقت، ويشق فيه نقل البيئات، مع ما في ذلك من الخروج عن العادة.

المسألة الخامسة⁽³⁾:

وليس عليه أن يقضي النهار كله، قاله في «المجموعة» وقال⁽⁴⁾ في «الموازية»: إنني أخاف أن يُكثِرَ فيخطيء.

وقال في «المجموعة»: ويكره أن يقضي إذا دخله همٌ أو نَعَاسٌ أو ضَجَرٌ أو جُوعٌ؛ لأنه يُخَافُ على فهمه إلا أن يكون خفيفاً لا يضرُّ بفهمه⁽⁵⁾.

(1) في المتن: «بما يدعي».

(2) «في» زيادة من المتن.

.....

مقتبسة من المتن.

(1) هذا التوجيه مقتبس من المتن: 185/5.

(2) القسم الأول من هذه المسألة - إلى قوله: «فهي كالغضب» مقتبس من المتن: 185/5.

(3) القائل هو الإمام مالك كما في المتن.

(4) أورده ابن أبي زيد في النوار والزيادات: 24/8 نقلاً عن المجموعة.

(5) أخرجه - مع اختلاف في الألفاظ -: البخاري (7158)، ومسلم (1717) من حديث أبي بكر.

والأصل في ذلك: قوله: «لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَانٌ»⁽¹⁾. فكلُّ حالٍ يمنعُ من استيفاء حُجَجِ الْخُصُومِ فِيهَا كَالغَضْبِ.

وأما الحديث فصحيحٌ سنَدًا ومعنى، خرَّجه أبو عيسى الترمذي⁽²⁾ عن أبي بكرَةَ، والمشهورُ عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَانٌ»⁽³⁾ وهذا ممَّا اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ وَهُوَ غَضْبَانٌ، أَرَادَ⁽⁴⁾ إِذَا نَالَهُ غَضَبٌ أَوْ جُوعٌ أَوْ جَزَعٌ، أَوْ يُشْغِلُ خَاطِرَهُ، وَيُفْسِدُ - بِقَطْعِ النَّظَرِ - عِلْمَهُ وَرَأْيَهُ⁽¹⁾، وَلِهَذَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يُصَلِّئُ أَحَدُكُمْ وَهُوَ ضَامٌ بَيْنَ وَرَكَيْتَيْهِ»⁽⁵⁾ لِأَجْلِ ثَقَلِ مَا يَجِدُهُ.

المسألة السادسة:

وهو ذكرُ ما يبتدئ به القاضي عند جلوس الخصوم عنده، وما يأمر به، فقد قال علماؤنا: إذا تقدَّم إلى القاضي الخصمان، تركهما ليتكلم المدعي منهما، فإن جهل ذلك، فلا بأس أن يقول: يتكلم المدعي منكم، ولا يدعهما جميعًا يتكلمان، لكن يبدأ المدعي فيتكلم، فإذا فرغ من كلامه، تكلم المدعى عليه، وليسوي⁽²⁾ بين الخصوم في جلوسهما بين يديه، والإقبال عليهما، وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه كان يكتب إلى أبي موسى الأشعري: «أَسْ بَيْنَ النَّاسِ بِوَجْهِكَ وَقَضَائِكَ، حَتَّى لَا يَطْمَعُ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ وَلَا يَتَأَسَّرُ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ»⁽⁶⁾. ولتسوي بين الخصمين وكان شريح القاضي يسوي بين الخصمين

(1) م، ف، ج: «قطع النظر عليه ورأيه فلا يحكم» والمثبت من العارضة.

(2) م، ج: «ويسوي».

(1) في جامعه (1334) بلفظ: «لَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ» وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(2) هو الحديث السابق نفسه، ولا ندري إن كان هذا سبق قلم من المؤلف، أم من فعل التناسخ؟ أم هو من عيوب النقل الحرفي من المصادر، فالفقرة السابقة نقلها المؤلف من المتقى، ثم أضاف إليها من إنشائه.

(3) من هنا إلى آخر المسألة ورد في العارضة: 78/6.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (440) من قول عمر بن الخطاب.

(5) أخرجه الدارقطني: 207/4، والبيهقي: 150/10.

(6) انظر الحاوي الكبير: 275/16.

في المجلس، وبه قال الشافعي⁽¹⁾ وأبو حنيفة⁽²⁾.

وليس لأحد أن يلبي القضاء حتى يكون عالماً بالكتاب والسنة، عالماً باختلاف الصحابة ومن بعدهم، وأن يكون عالماً بإجماع أهل العلم واختلافهم، جيد العقل أميناً قبطاً، فإذا كان كذلك وتقلد القضاء، أمضى ما يجب عليه من الأحكام، مما هو منصوص في الكتاب والسنة والإجماع، أو ما دل عليه بعض ذلك، فإذا ورد عليه مشكل من الأمر عنده، أحضر له أهل المعرفة بالكتاب والسنة والإجماع، وسألهم عن ذلك واستشارهم فيه.

والأصل فيه: قوله تعالى لئن لم يكن الله أعلم أنه ليس له إليهم حاجة، ولكن أراد أن يسأل لمن بعده.

وكان سفيان الثوري يقول: بلغني أن المشورة نصف العقل. وقد سن رسول الله ﷺ الاستشارة في غير ما موضع، واستشار أصحابه عام الحديث، واستشار أبا بكر وعمر في أسرى بدر. وقال ابن سيرين: التثبت نصف القضاء.

وقال سفيان الثوري: ليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الأمانة ومن يخشى الله⁽⁴⁾. فإذا استشار القاضي وأفتى العلماء، سألهم: من قاله؟ وأين قاله؟ فلا يحكم بشيء حتى تتبين له حجة يجب أن يحكم بها. ولا يقلد القاضي أحداً من أهل العلم في زمانه، ولا يقضي شيئاً حتى يتبين له الحق فيه، لا يسعه غير ذلك.

المسألة السابعة:

ومنها أن يحكم باجتهاد الرأي وما رآه من ظاهر الأمر، قال الله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ الآية⁽⁵⁾.

(1) انظر مختصر الطحاوي: 325، وشرح فتح القدير: 257/7.

(2) آل عمران: 159.

(3) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء: 13/7.

(4) النساء: 105، وانظر أحكام القرآن: 498/1.

(5) أخرجه الطبري في تفسيره: 266/5.

قال عطية العوفي: بما أراه الله في كتابه.

وقال قتادة: بما أنزل الله عليك وبيته لك⁽¹⁾.

والأحاديث كثيرة المساق في هذا الباب، ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا قَضَى الْحَاكِمُ فَاَجْتَهَدَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا قَضَى فَاَجْتَهَدَ وَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»⁽²⁾.

قال الإمام: هذا الحديث يدل على أن المجتهد المخطئ الذي له الأجر، هو من كان عالمًا بالأصول والأدلة، دون الجاهل الذي لا اجتهاد له، ثبت عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «مَنْ عَرَضَ لَهُ مِنْكُمْ قَضَاءٌ فَلْيَقْضِ بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ جَاءَهُ أَمْرٌ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلْيَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ نَبِيُّهُ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ فَلْيَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ الصَّالِحُونَ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلْيَجْتَهِدْ رَأْيَهُ»⁽³⁾.

وفي حديث شريح القاضي: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَا سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ، وَلَا فِيمَا قَضَى بِهِ أَيْمَةُ الْهُدَى فَأَنْتَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شِئْتَ أَنْ تَجْتَهِدَ رَأْيَكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَقْضِيَ بِذَلِكَ»⁽⁴⁾.

وحديث معاذ بن جبل الذي خرجه أبو عيسى⁽⁵⁾؛ قال: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، فَقَالَ لِي: بِمَاذَا تَحْكُمُ يَا مُعَاذُ؟ قُلْتُ: بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟ قُلْتُ: بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟ قُلْتُ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي. قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ⁽¹⁾.

(1) م، ف، ج: «وفق قولك» والمثبت من الترمذي.

-
- (1) أخرجه البخاري (7352)، ومسلم (1716) من حديث عمرو بن العاص.
- (2) أخرجه ابن أبي شيبة (22991)، والدارمي (165)، والنسائي في الكبرى (5946)، والطبراني في الكبير (8920)، وابن حزم في الأحكام: 202/6.
- (3) أخرجه النسائي في الكبرى (5944)، وابن حزم في الأحكام: 241/6، 444/7، والضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (133).
- (4) في جامعه الكبير (1327، 1328). وأخرجه أيضًا: الطيالسي (559)، وابن أبي شيبة (22988)، وأحمد: 536/5، وعبد بن حميد (124)، وأبو داود (3592 م)، والطبراني في الكبير: 170/20 (362)، والبيهقي: 114/10.
- (5) انظر هذا الجواب في العارضة: 72/6 - 73.

اعتراض:

فإن قيل: ليس حديث معاذ بصحيح، ولا متصل السند.

قلنا⁽¹⁾: قد اختلف العلماء في هذا الحديث، فمنهم من قال: هو صحيح، ومنهم من قال: إنه لا يصح⁽²⁾، والذي أقول: إنه صحيح سندًا ومعنى؛ لأنه حديث مشهور، رواه شعبة بن الحجاج، ورواه عنه جماعة ثقات.

المسألة التاسعة وهي مسألة أصولية:⁽³⁾

قلنا: لو اتفق العلماء على صحة هذا الحديث، لم يكن أصلاً للتلحق⁽¹⁾ عند علمائنا الأصوليين في إثبات الاجتهاد؛ لأن خبر الواحد على أصلهم لا يتعلق به⁽²⁾. ولكن أقول: إنه يضاف على أصلهم إلى غيره، فيكون مجموعاً⁽³⁾ من باب التواتر المعنوي، كشجاعة أبي بكر وجوده بماله على الدين في مصالح المسلمين.

المسألة العاشرة⁽⁴⁾: في ترتيب أدلة الأحكام من الكتاب والسنة والأخبار

وذلك أن القرآن هو الأصل في البيان، وهو فيه على وجوه من الجلاء والخفاء، فتولى النبي ﷺ بيانه، كما قال جل ثناؤه: ﴿إِنبَيْنَ لِلنَّاسِ مَا نَزَّلَ إِلَيْهِمْ﴾ الآية⁽⁵⁾، فإن لم يكن في الكتاب جلاء، طلبه في بيان النبي ﷺ وبقي إن كان بين القرآن والسنة تعارض، وهي مسألة خلافة طولية، بيتاها في «أصول الفقه».

(1) في العارضة: «أصلاً في التعلق».

(2) في العارضة: «لا تعلق به فيه».

(3) في العارضة: «مجموعها».

(1) قال الترمذي في جامعه (1328) «وليس إسناده عندي بمتصل» وقال البخاري: «لا يصح» وقال ابن

حزم: «هذا حديث ساقط» انظر تحفة الطالب: 152، وتلخيص الحبير: 182/4، ونصب الزاوية: 4/

63، وقد توسع الألباني في الكلام على الحديث في سلسلته الضعيفة (881) فراجعه فيه فوائد.

(2) انظرها في العارضة: 73/6 - 74.

(3) انظرها في العارضة: 75/6.

(4) النحل: 44.

(5) انظرها في العارضة: 75/6.

المسألة الحادية عشرة⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «أَجْتَهِدُ رَأْيِي» قال علماؤنا: هو أفتعل من الجُهد، وهو الجِدُّ في الأمر بجميع وجوهه، يعني في طلب النظائر والأشباه التي تلحق المسكوت بالمنطوق⁽¹⁾ به⁽²⁾ فيها.

المسألة الثانية عشرة: المطلوب بالاجتهاد

وفيه زِحَامٌ كثيرٌ واضطرابٌ طويلٌ، وقد اختلفَ أهل العلم أيضًا في كيفية الاجتهاد، فكان الشافعي⁽³⁾ يقول: لا يجوز أن يقول: إِنَّا اسْتَحْسَنَّا كَذَا، ولا بما خطر على قلوبنا، ولا تقوله قياسًا على اجتهاده على طلب الأخبار اللازمة.

وقال أبو عبيد: الاجتهادُ عندنا هو الاختيار من المذاهب إذا اختلفت وتضادت، فحينئذٍ يحسن التدبير لأقربها إلى الرُّشد والصواب، فإن عرض للقاضي ما ليس بموجود نَعْتُهُ في هذه الخِصَالِ، رجع إلى الكتاب والسُّنة، وما حَكَمَتْ به الأُمَّة والصالحون بالإجماع.

وقال الشافعي: والعلم طبقات:

الأول: الكتابُ والسُّنة إذا ثبتت⁽³⁾.

ثم الثانية: الإجماعُ فيما ليس فيه كتابٌ ولا سُنَّةٌ.

والثالثة: أن يقولَ بعضُ أصحابِ النبي⁽⁴⁾ ذلك، ولا يعلم له مخالفًا منهم.

الرابعة: اختلاف أصحابِ النبي ﷺ.

والخامسة: القياسُ على بعض هذه الطبقات.

وقال في موضع آخر: فأما أن يقلدَ مستشيرًا، فلم يجعل اللهُ هذا لأحدٍ بعدَ رسول الله

ﷺ.

(1) م: «بالظنون»، ف، ج: «بالمظنون» والمثبت من العارضة.

(2) «به» زيادة من العارضة يستقيم بها الكلام.

(3) م، ف، ج: «ثبت» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) ﷺ.

(1) أي قول معاذ في الحديث السابق ذِكْرُهُ.

(2) انظر الرسالة: 505، والحاوي الكبير: 165/16.

(3) وهو المسألة الثالثة عشرة، وانظرها في العارضة: 75/6.

اصطلاح⁽¹⁾:

قال شيخنا أبو بكر بن العربي: المطلوبُ بالاجتهادِ فيه كلامٌ طويلٌ كما قدّمنا، والذي يظهر الآن، أنه ما يغلبُ على ظنّه أنه نظير ما وقع اليأسُ فيه من الله تعالى.

المسألة⁽²⁾:

في حديث معاذٍ تحريم التقليد، ولكن على من كانت له قدرة على النظر، وعلمٌ بماخذ الأدلة، وفي الأحاديث الحسان واللفظ لأبي داود⁽³⁾ أكثر من أبي عيسى⁽⁴⁾، قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تُرْسِلُنِي إِلَى الْيَمَنِ وَأَنَا حَدِيثُ السُّنَنِ وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ. إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِي لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخِرِ، فَإِنَّهُ آخَرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ. قَالَ: فَمَا شَكَّكَ فِي قَضَاءِ بَعْدُ».

قال أصحاب أبي حنيفة⁽⁵⁾: قولُ الثبيّ لعلّي: «إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ الْخَضَمَانِ فَلَا تَقْضِ لِأَحَدِهِمَا حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخِرِ». فيه دليلٌ على أنه لا يُقضى على الغائب إذا ادّعى عليه، وهي إحدى رواياته، في تفصيلٍ طويلٍ؛ لأنه لم يسمع منه، وهذا إنما هو مع إمكان السماع من الآخر، وأما مع تعذُّره لغيبه⁽¹⁾، فلا يمنع⁽²⁾ القضاء، كما لو تعذَّر بإغماءٍ أو جنونٍ، وقد ناقض⁽³⁾ أبو حنيفة في القضاء في الوديعة على المودع عنده بالنفقة، وهذا

(1) م، ف: «بعينه»، وفي العارضة: «بمغيب».

(2) م، ف: «يسمع»، ج: «يسع» والمثبت من العارضة.

(3) م، ف، ج: «قضى» والمثبت من العارضة.

(1) وهي المسألة الرابعة عشرة، وانظرها في العارضة: 75/6 - 76.

(2) في سنته (3577).

(3) في جامعه الكبير (1331) وقال: «هذا حديث حسن». والحديث أخرجه أيضاً: ابن أبي شيبة (29098، 32068)، وأحمد في مسنده: 83/1، وفي فضائل الصحابة (984)، وابن ماجه (2310)، والنسائي في الكبرى (8417)، وخصائص علي (32)، وأبو يعلى (401)، والبيهقي: 86/10، وانظر نصب الراية: 61/4.

(4) انظر مختصر الطحاوي: 336، والمبسوط: 76/16، وشرح فتح القدير: 288/7.

(5) الحديث (3790) عن أنس بن مالك وقال الترمذي: «هذا حديث غريب»، إلا أنه لم يرد في لفظ

خطأ منه، وفي «الترمذي»⁽¹⁾: «أفضاكم عليّ، وأعلمكم بالحلال والحرام مُعَاذُ بَنِي جَبَلٍ، وَأَفْرَضُكُمْ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ» الحديث، ولا يكون قاضيًا إلا مَنْ عَلِمَ الحلال والحرام، ولكن سرعة الفصلِ صنعةً في القضاء، والغرض على دقائق الأدلة نوعٌ من الفطنة، كما كان علي رضي الله عنه.

المسألة الخامسة عشرة⁽²⁾:

قوله: «أجتهد رأبي» فيه دليلٌ على أن مَنْ فيه ذلك، فيه صفةٌ من الاجتهاد، وذلك معنى يختصّ بالعالمِ دون المقلدِ.

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة⁽³⁾: يجوز أن يولّى المقلد القضاء، وكذلك رجلٌ عَلِمَ الحقَّ فقضى به، وهذا ليس بصفة المقلد⁽⁴⁾، في كلام طويل⁽⁵⁾.

المسألة السادسة عشرة⁽⁶⁾:

خطأ القاضي بعلم لا يُوجبُ عليه ضمانًا ولا يُدرکه منه⁽¹⁾ تعبٌ، فإذا قضى بجهلٍ، فحكمه حكم المتعدي⁽²⁾ في ماله وبذنبه، ويُؤخذ منه القصاص في كلِّ واحدٍ منهما⁽³⁾ يتعلّق به، فإذا كان عالماً لم يلزمه شيءٌ. والأصل في ذلك: أن خالد بن الوليد لما أخطأ في بني جذيمة لم يعلّق النبيُّ به

(1) في العارضة: «فيه».

(2) في العارضة: «المتعمد».

(3) في العارضة: «بما».

الترمذي: «أفضاكم عليّ» وورد عند ابن ماجه (154)، وأبي يعلى (5763).

(1) انظرها في العارضة: 76/6.

(2) انظر المبسوط: 68/16.

(3) تتمّة الكلام كما في العارضة: 76/6 «كما يشهد يقضي».

(4) ردّ المؤلف في العارضة: 76/6 - 77 على أصحاب أبي حنيفة بقوله: «يلزمكم أن يقضي بما علم، كما يشهد من علم. فإن قيل: أليس يقلد الشهود والمقومين؟ قلنا: لأنه جاهل بطريق الشهادة ولا سبيل له إلى إحصائها، وكذا التقويم، فكانت ضرورة، وهاهنا لا يجوز له أن يجهل طريق الحكم، ولا يخلّ عليه طريق الحق، فكان كالمفتي، ومن لا يفتي لا يقضي وهذا أولى».

(5) انظر الفقرة الأولى في العارضة: 76/6.

(6) أخرجه البخاري (4339) من حديث ابن عمر، ولم نجد زيادة «في دمائهم وأموالهم» في مصادر

شيئاً، اللهم إلا أنه قال: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِدٌ فِي دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ»⁽¹⁾ والمعنى يعضده؛ فإنَّ القاضي لو نظر بشرط سلامة العاقبة، وهو لا يُعَوَّلُ على النَّصِّ وإنما مَبْتَنَى⁽¹⁾ حكمه على الاجتهاد، لكان ذلك باطلاً من وجهين:

أحدهما: أنه كان يكون تكليف ما لا يُطَاق.

والثاني: أنه كان يكون تفتيراً للخلق عن الولاية، فتعطل الأحكام.

المسألة السابعة عشرة:

واختلف العلماء فيما يخطئ فيه الإمام من قتل أو جرح على ثلاثة أقوال:

1 - فقال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي⁽²⁾: هو على بيت المال.

2 - والقول الثاني: أن هذا على عاقلة الأرحام، وهذا قول⁽³⁾ الشافعي.

المسألة الثامنة عشرة:

هل يكون الحاكم مصلحاً أم لا؟

قيل: يكون أكثر جريه إلى الصلح، لقوله عز وجل: «لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ

تُجْرَتِهِمْ» الآية⁽⁴⁾، ولحديث النبي ﷺ؛ أنه مشى إلى ناسٍ من الأنصار ليُصْلِحَ بينهم⁽⁵⁾.

وقال جماعة المسلمين: إن الصلح جائز بين المسلمين، وللحاكم أن يُصْلِحَ بين

الخصوم، وذلك مذهب الشافعي والكوفي⁽⁶⁾.

وقال عطاء: لا يحل للإمام إذا تبين له القضاء أن يُصْلِحَ بين مَنْ تبين له القضاء

فيما بينهما، وكان أبو عبيد إنما يسعه ذلك في الأمور المشككة، وأما إذا صارت الحجة

(١) في المعارضة: «بنى».

(٢) م: «على قول».

الحديث التي وقفنا عليها.

(1) انظر أدب القاضي للخصاف مع شرحه للجصاص: 364.

(2) انظر أدب القاضي لابن القاص: 389/2.

(3) النساء: 114.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (451) رواية يحيى.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 333.

(6) انظر أدب القاضي لابن القاص: 121/1، والحاوي الكبير: 176/6.

لأحد الخصمَين على الآخر، وتبيّن للحاكم الظالمَ منهما من المظلوم، فليس يجب عليه أن يحملهما على الصّليح.

قال الإمام: وهذا قولٌ قويٌّ جدًّا في النظر⁽¹⁾.

المسألة التاسعة عشرة:

هل يكون للقاضي تُرجمانٌ يترجمُ عن الألسن للقاضي؟ ففيه أقوال:

كان الشافعي⁽¹⁾ يقول: لا تُقبَل الترجمة عنه - يعني العجمي - إلاّ بشاهدين عدلين يعرفان ذلك اللسان.

وقال قومٌ: لا يحلُّ للقاضي أن يحكّم حتى يعرف جميع الألسن⁽²⁾، وهذا بعيدٌ جدًّا.

وقيل: إنّ المسلم إذا ترجمَ عنه قبل منه، واثنان أحبّ إليّ، ولا يقبل في ذلك كافرٌ، ولا مكاتبٌ، ولا عبدٌ، ولو قبِلَ ترجمة امرأة بعد أن تكون حرة مسلمة عدلة فهو في سعةٍ، ورجلان أو رجلٌ وامرأتان أحبّ إلينا، هذا قول أبي حنيفة⁽³⁾ ويعقوب.

الموفية عشرين: في ذكّر ما يجوزُ إنفاذه من كُتِب القضاة بعضهم إلى بعض

قال جماعة العلماء: إنّ ذلك جائزٌ إذا كتب قاضٍ إلى قاضٍ، ولا يكون ذلك إلاّ بشاهدين عدلين معروفين، يقرؤه عليهما، ويشهدان على ما فيه على خاتم القاضي، وعلى ما في كتابه كلّهُ؛ لأنه حقٌّ، وهو مثل شهادة على شهادة.

نازلة:

كتاب القاضي يصلُّ وقد مات المكتوبُ إليه وولي غيره؟ فاختلف العلماء فيه:

ف قيل عن الحسن البصريّ أنّه قبِلَ كتاب قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية في حكم وقد عزل إياس، فأمر الحسن بعده بإنفاذه.

(1) م، ج: «قوي في النظر جدًّا».

(1) يقول ابن القاص في أدب القاضي: 117/1 «ويحرص أن يكون فصيحًا، عالمًا بلغات الخصوم، ضابطًا لتغيير المعجمة إلى العربية».

(2) انظر المبسوط: 89/16.

(3) في الأم: 56/13 (ط. قتيبة)، وانظر الحاروي: 231/16.

وقال الشافعي⁽¹⁾: يقبله ولا يمتنع من قبوله بموته ولا عزله؛ لأنه يُقبل بيئته كما يُقبل حُكمه.

وقال أصحاب الزاي⁽²⁾: لا يُعمل به. والحق إنفاذه.

نازلة أخرى:

وإذا كتب القاضي إلى القاضي في الحدود، فكان أبو ثور يُجيز ذلك في الحدود كلها، وهو مذهب الشافعي⁽³⁾، وبه قال ابن القاسم⁽⁴⁾ صاحب مالك.

وقال الشافعي⁽⁵⁾: فيها قولان: إن ذلك جائز، والآخر: لا يجوز.

وقال أصحاب الزاي⁽⁶⁾: لا يُقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود.

قال الإمام: والأول أصح، وأقوى في النظر أنه يقبل.

نازلة أخرى: في القضاء على الغائب

وهي مسألة عظيمة اختلف العلماء فيها، فممن كان لا يرى القضاء على الغائب شريح القاضي، والقاسم، وابن أبي ليلى، والنعمان⁽⁷⁾، ويعقوب.

وقال مالك⁽⁸⁾ والبخاري والشافعي⁽⁹⁾ وأبو عبيد والليث وأبو ثور: إن ذلك جائز،

وقالوا: الدليل على القضاء على الغائب: أن النبي ﷺ قضى لهند على أبي سفيان، فقال لها: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»⁽¹⁰⁾ وقد بينا في «مسائل الخلاف» أن هذا وهم عظيم منهم أن تعلقوا بهذا الحديث، وهو لا متعلق لهم به، وحققنا أنها كانت فتوى

.....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 330.

(2) في الأم: 56/13 (ط. قتيبة)، وانظر أدب القاضي لابن القاص: 323/1.

(3) في المدونة: 77/4 كتاب القضاة.

(4) في الأم: 57/13.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 330، وأدب القاضي للخفاف مع شرحه للجصاص: 446.

(6) انظر شرح فتح القدير: 400/6.

(7) في المدونة: 77/4 كتاب القضاة.

(8) انظر أدب القاضي لابن القاص: 364/2، والحاوي الكبير: 296/16.

(9) أخرجه البخاري (5364)، ومسلم (1714) من حديث عائشة.

(10) انظر الحاوي الكبير: 292/6.

واهية^(١)، وأن أبا سفيان كان حاضرًا، ولا خلاف بين الأمة أنه لا يقضى على غائب في بلدٍ معلومٍ الموضع.

الحادية والعشرون: في ذكر أرزاق القضاة

قال الإمام: هذه مسألة اختلف أهل العلم فيها، وكرة طائفة أن يأخذ على القضاء أجرًا، وهو مذهب الحسن البصري، وإنما كان هذا مذهبه ليوزعه ورهده في الدنيا، وبه أخذ الشافعي^(١) والقاسم، وقال مرة^(٢): إن أخذ جفلاً لم يحرم عليه عندي.

وقال أحمد: ما يعجبني أن يأخذ على القضاء أجرًا، وإن كان فيعدّ عليه.

ورخصت طائفة أخرى فيه منهم: ابن سيرين، وشريح. واحتجوا في ذلك: بأن عمر بن الخطاب استعمل ابن مسعود على بيت المال، وعمار بن ياسر على الصلاة، وابن حنيف على الجند، ورزقهم كل يوم شاة شطرها لعمار، وربعا لابن مسعود، وربعا لابن حنيف.

ورخص في ذلك إسحاق بن راهوية وأبو عبيد.

وقال أبو بكر بن المنذر^(٣): «الأعلى والأسلم له ترك الدخول في القضاء، استدلالاً بحديث النبي ﷺ أنه استعمل رجلاً على عمل، فقال: يا رسول الله جُد لي قال: «اجلس وألزم بيتك»^(٤).

قال الإمام: ولا شك أن الذي أشار إليه النبي ﷺ كان لمعنى توجسه^(٢) فيه، والصحيح أنه إن ولي القضاء رجل وكان مستغنياً عن أخذ الأجرة، فالأفضل له ألا يأخذ شيئاً ويعمل لله، فإن احتاج رزقاً على قدر عمله وعلمه من مال الفيء، وليس له أن يأخذ

(١) ف: «واسه» وهي ساقطة من م.

(٢) في جميع النسخ المعتمدة كلمة غير مفهومة، رسمها النسخ رسمًا لأنهم لم يدركوا معناها، ولعل الضواب ما أثبتناه.

(١) في الأم: 43/13 (ط. قتيبة).

(٢) في كتابه الإقناع: 513/2.

(٣) ذكر محقق كتاب الإقناع أن ابن المنذر أخرج هذا الحديث في كتابه الأوسط: لوحة 8/62 [مخطوط المكتبة السلمانية بتركيا].

(٤) المائدة: 42.

من أموال الصدقات ولا من المغنم.

الثانية والعشرون: في قبول الهدية والرüşوة للأمرء والقضاة

فيه أحاديث كثيرة وشواهد جمة، قال الله تعالى في ذم من أكل أموال الناس بالباطل: ﴿أَكَلُونَ لِلسُّخْتِ﴾ الآية⁽¹⁾، ففسر ذلك الحسن: أنها الرüşوة⁽²⁾.

وقال مجاهد: هي الرüşوة في الحكم⁽³⁾.

وثبت عن النبي ﷺ أنه لعن الرأشي والمزثشي في الحكم⁽⁴⁾.

وسئل ابن مسعود عن الرشا في الحكم؟ قال: ذلك الكفر⁽⁵⁾.

وقال التخمي: الرشا في الحكم سُخْتٌ.

وكان الشعبي والحسن البصري يقولان: لا بأس أن يُصانِعَ الرُّجُلَ على نفسه وماله إذا خاف الظلم⁽⁶⁾.

وقال جابر بن زيد: ما رأينا في زمان زياد أنفع من الرشا⁽⁷⁾.

ومثل أحمد عن الرüşوة؟ فقال: أرجو إذا كان يرفع بها عن نفسه الظلم.

وقال الشافعي⁽⁸⁾: أكره للقاضي الشراء والبيع والنظر في الثقة وفي ضيعته.

ويكره للقاضي أن يفتي في الأحكام إذا سئل عن ذلك، وكان شريح يقول: إنما أفضي ولا أفتي، وأما الفتوى في سائر الأمور من الطهارة والصلاة، والزكاة والحج،

.....

(1) أخرجه الطبري في تفسيره: 239/6.

(2) أخرجه الطبري في تفسيره: 239/6.

(3) أخرجه من حديث أبي هريرة: أحمد: 387/2، والترمذي (1336) وقال: «حديث حسن»، وابن الجارود (585)، وابن حبان (5076)، والحاكم: 103/4، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وانظر تلخيص الحبير: 189/4.

(4) أخرجه الطبري في تفسيره: 240/6، ووكيع في أخبار القضاة: 51/1، والطبراني في الكبير (9101).

(5) أورده ابن الأثير في النهاية: 226/2 منسوبا إلى جماعة من أئمة التابعين، كما أورده ابن قدامة في الشرح الكبير: 354/28 منسوبا إلى عطاء وجابر بن زيد والحسن.

(6) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، كما في المعتصر من المختصر لأبي المحاسن الحنفي: 7/2، وأورده ابن قدامة في الشرح الكبير: 355/28.

(7) في الأم: 12/13 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 42/16.

(8) الحديث (1335)، وأخرجه أيضا المؤلف في علله الكبير (354)، والطبراني في الكبير: 180/20 (259)، وابن عدي في الكامل: 80/3.

والأطعمة والأشربة، وكل ما هو من باب (1) الأفضية فمباح له.

حديث في «الترمذي» (1) فيه قيس بن أبي حازم، عن معاذا؛ قال: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، فَلَمَّا سِرْتُ أَرْسَلَ لِي، فَقَالَ: «أَتَدْرِي لِمَ بَعَثْتُ إِلَيْكَ؟ لَا تُصَيِّنُ شَيْئًا بِغَيْرِ أَمْرِي فَإِنَّهُ غُلُولٌ، وَمَنْ غُلَّ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ. فَلِهَذَا دَعَوْتُكَ، فَاغْضِ لِقَمَلِكَ»، وهو حديث حسن غريب (2)، والأحاديث في هذا الباب كثيرة جدًا.

عريية:

في أربعة ألفاظ (3):

الأول: «الغُلُولُ» وهي الخيانة عامة، فإذا كانت في الغنيمَة ونحوها فهي غُلُولٌ في عُرْفِ الشَّرْعِ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

اللفظ الثاني: «الرُّشُوةُ» وهو كل مالٍ دفع لِيَبْتَاعَ بِهِ مِنْ ذِي جَاهٍ عَوْنًا عَلَى مَا لَا يَجُوزُ، وَالْمُرْتَشِيُّ هُوَ قَابِضُهُ، وَالرَّاشِيُّ هُوَ دَافِعُهُ، وَالْمُرَاشِيُّ (2) هُوَ الَّذِي يَوْسُطُ بَيْنَهُمَا، رَوَاهُ أَهْلُ الْعَرِيَّةِ (3).

اللفظ الثالث: «الهدية» وهي كل مالٍ أعطاه عِيَوضًا عَنْ (4) مَحَبَّةٍ وَمَوَدَّةٍ بَيْنَهُمَا (4).

اللفظ الرابع: «الأكراع» قوائم الشاة (5) الأربعة، واحدهما كُرَاعٌ.

وبالجملة فقد أجمع الفضلاء والعلماء الجِلَّةُ عَلَى ذَمِّ الرُّشُوةِ وَأَنَّهَا سُخْتٌ، وَهِيَ الَّتِي ذَكَرَهَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي كِتَابِهِ، رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي «السُّنَنِ» (5) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ

(1) ف: «أبراب».

(2) في العارضة: «والرائش».

(3) في العارضة: «أهل الغريب».

(4) م، ف، ج: «من غير» والمثبت من العارضة.

(5) م، ف، ج: «قوائم الشاة الاكراع» والمثبت من العارضة.

(1) هذا الحكم هو للإمام الترمذي.

(2) انظرها في العارضة: 79/6 - 80.

(3) تنمة الكلام كما في العارضة: «... ينشئها أو يديمها».

(4) الحديث (3535) عن أبي أمامة. وأخرجه أيضًا الطبراني في الكبير (7853، 7928)، بدون لفظ: «والسرقة».

(5) أورد هذا البيت ابن عبد البر في بهجة المجالس: 28/1، والأصفهاني في محاضرات الأدباء: 495/1.

(6) أورد هذا البيت ابن حبان في روضة العقلاء: 243 من إنشاد الكزبري.

شَفَعَ لِأَخِيهِ شَفَاعَةً، وَأَهْدَى لَهُ هَدِيَّةً عَلَيْهَا فَقَبِلَهَا، فَقَدْ آتَى بَابًا عَظِيمًا مِنَ الرَّبِّ وَالسَّرِيقَةَ لِأَنَّكَ إِذَا قَدَرْتَ عَلَى قَضَاءِ حَاجَتِهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ الظَّالِمِ أَوْ السَّيِّدِ القَاهِرِ، صَارَ ذَلِكَ وَاجِبًا عَلَيْكَ.

وقال بعضهم: الهدية تعمي وتصم، وأنشورا⁽¹⁾:

إِذَا آتَيْتَ الْهَدِيَّةَ دَارَ قَوْمٍ تَطَايَرَتِ الْأَمَانَةُ مِنْ كُؤَاهَا
وقال آخر⁽²⁾:

إِنَّ الْهَدِيَّةَ حَلْوَةٌ كَالسُّخْرِ تَجْتَلِبُ⁽¹⁾ الْقُلُوبَ
وقال آخر⁽³⁾:

وَأَكْرَمُ شَافِعٍ يَنْشِي عَلَيْهِ⁽²⁾ أَبُو الْمَنْقُوشِ فَوْقَ الصَّفْحَتَيْنِ
والأخبار في ذلك كثيرة أضربنا عنها في هذا «المختصر».

حديث صمر بن الخطاب⁽⁴⁾ إِذِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ يَهُودِيٌّ وَمُسْلِمٌ. فَرَأَى عُمَرَ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ فَقَضَى لَهُ عُمَرُ. فَقَالَ الْيَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ فَضْرَبَهُ عُمَرُ بِالذُّرَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ الْيَهُودِيُّ: إِنَّا لَنَجِدُ فِي التَّوْرَةِ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ، إِلَّا كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ، يُسَدِّدَانِهِ وَيُؤَفِّقَانِهِ لِلْحَقِّ، مَاذَا مَعَ الْحَقِّ، فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ.

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى:

«ضَرَبَ عُمَرُ الْيَهُودِيَّ بِالذُّرَّةِ» يحتمل أن يكون إنما ضربه لَمَّا زَكَاهُ فِي وَجْهِهِ، فَكَرِهَ ذَلِكَ مِنْهُ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا ضَرَبَهُ لِقَطْعِهِ بِالْيَمِينِ عَلَى الْحُكْمِ بِالظَّاهِرِ، حَتَّى ذَكَرَ لَهُ الْيَهُودِيُّ الَّذِي حَمَلَهُ عَلَى الْيَمِينِ، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ عَظِيمَةٌ، هَلْ يَقْضِي الْقَاضِي بِالظَّاهِرِ مِنَ الْأُمُورِ؟ وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ، لِقَوْلِهِ⁽⁵⁾: «وَإِنَّمَا أَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ».

(1) في روضة العقلاء: «تختلب».

(2) في بدائع السلك: «عليها».

(1) أورده ابن الأزرق في بدائع السلك: 347/1.

(2) في الموطأ (2104) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2878)، وسويد (272).

(3) أي لقوله ﷺ في حديث أم سلمة الذي رواه مالك في الموطأ (2103) رواية يحيى.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 187/5. (5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 187/5.

(6) أي لم تتعرض للحكم بينهما.

المسألة الثانية⁽¹⁾:

قوله: «اخْتَصَمَ إِلَيْهِ يَهُودِيٌّ وَمُسْلِمٌ» يقتضي أن كلَّ حكمٍ بين مسلم وكافر فإنما يُقضى فيه بحكم الإسلام؛ لأنَّ الذمَّةَ على هذا عَقِدَتْ.

وإن كانوا أهل حرب، فإن أمكن الحُكْمَ بين المسلم وبينهم على حكم الإسلام نَقَدَ، وإن تَعَدَّرَ ذلك لم يخرج أمرهم على وجه الحكم، وذهب به إلى الصُّلح.

المسألة الثالثة⁽²⁾:

وأما «أحكام أهل الكفر» فلا يخلو أن يكونوا على دينٍ واحدٍ، أو دينين، فإن كانوا على دينٍ واحدٍ، لم نتعرض⁽¹⁾ لهما⁽³⁾؛ لأنَّ الذمَّةَ انعقدت على ذلك⁽⁴⁾، على أن لا تجري في أحكامهم بينهم إلا باجتماع رضاهم ورضى الأساقفة، فإن رضيا دون الأساقفة، والأساقفة دونهما، لم يحكم بينهما⁽⁵⁾، وفي «كتاب ابن عبد الحكم»: إن رضيا حكمَ بينهما، وإن أبى أحدهما لم يعرض لهما، فإن اتفقا، فالحاكم مُخَيَّرٌ بين الحُكْمِ وتركه. والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَخِمْ بَيْنَهُمْ﴾ الآية⁽⁶⁾.

المسألة الرابعة⁽⁷⁾:

وأما «إن كانا على دينين» ففي «النوادر»⁽⁸⁾ قال يحيى بنُ عمر: يحكم بينهما وإن أبى⁽²⁾ أحدهما، لاختلاف مِلَّتَيْهِمَا.

المسألة الخامسة⁽⁹⁾:

وهذا في طريق التطالب في الحقوق، وأما التظالم كالغضبِ والسَّرِقَةِ؛ فإنه يحكم

(1) م، ف، ج: «يعرض» والمثبت من المتقى: 187/5.

(2) في النوادر: «وإن كره ذلك» وكذلك في المتقى.

(1) أي على أن تجري أحكامهم بينهم.

(2) عبارة المتقى: «لا يحكم بينهم إلا برضى الخصمين ورضى أساقفتهم، فإن رضي الخصمان وأبى الأساقفة، أو رضي الأساقفة وأبى ذلك أحد الخصمين، لم يحكم بينهما».

(3) المائدة: 42.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 187/5 (5) 239/8.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 187/5.

(7) البقرة: 282.

(8) البقرة: 282.

في ذلك أهل الإسلام، سواء كانوا مسلمين أو كافرين، على ملّة واحدة أو ملتين، وهذا كله قول مالك في «كتاب ابن عبد الحَكَم» وغيره.

باب

ما جاء في الشهادات وأحكامها وسننها

قال الإمام: الأصل في هذا الباب: الكتاب والسنة والأدلة.

اعلموا أن الله سبحانه قد نَدَبَ الإِشْهَادَ عَلَى الدُّيُونِ فِي كِتَابِهِ، فَقَالَ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ بَنِيكُمْ﴾ الآية (1)، وَقَالَ: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ الآية (2)، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الآية (3)، وَقَالَ: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ الآية (4)، وَقَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ﴾ الآية (5)، وَقَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ الآية (6).

الأصول (7):

قال الإمام: اعلموا - وفقكم الله - أن الشهادة ولاية من ولايات الدين، وهي بمعنى التعديل عندنا؛ لأنه تنفيذ (1) قول الغير على الغير (2)، والأصل الأ ينفذ قول أحد على أحد، ولكن لما خلق الله الخلق للخلطة والمعاش والمعاملة، وكتب عليهم ما علمته الملائكة فيهم من الفساد وسفك الدماء، وبحث الحقوق والتوايها (3)، شرع الله الشهادة،

(1) م، ج: «ينفذ».

(2) في النسخ: «قول الغير» والمثبت من القيس: 3/ 383 (ط. الأزهرى) 18/ 35 (ط. مجر).

(3) في القيس (ط. الأزهرى): «الحقوق والتزامها ذلك».

(1) الطلاق: 2.

(2) النور: 13.

(3) النور: 6.

(4) النور: 4.

(5) انظر كلامه في الأصول في القيس: 3/ 882 - 886.

(6) يقول المؤلف في المعارضة: 11/ 198 «الأعمار وإن كانت مكتوبة كالأرزاق، ولكن قد تكتب ميرمة،

وقد تكتب بشروط محكمة، فترتب على الشروط».

ونفذ بها قولَ العَيْرِ على الغيرِ على وجه المصلحة، للحاجة الداعية إلى ذلك، إحياءً للحقوق الدارسة. وقد رَوَى جماعةٌ من العلماء عن النبي عليه السلام أنه قال: «لَمَّا خَلَقَ اللَّهُ آدَمَ مَسَحَ ظَهْرَهُ بِيَمِينِهِ، فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ دُرِّيَّتَهُ، فَعَرَّضَهُمْ عَلَيْهِ، فَرَأَى فِيهِمْ رَجُلًا حَسَنَ الرَّوْحِ، قَصِيرَ الْعُمُرِ، فَقَالَ: مَنْ هَذَا يَا رَبِّ. قَالَ: هَذَا ابْنُكَ دَاوُدُ. قَالَ: مَا أَحْسَنَ وَجْهَهُ، وَأَكْثَرَ عِبَادَتَهُ، لَوْلَا قِصْرُ عُمُرِهِ. قَالَ: يَأْرَبُ كَمْ عُمُرُهُ؟ قَالَ: سِتُّونَ عَامًا. قَالَ لَهُ: يَا رَبِّ زِدْهُ⁽¹⁾. قَالَ: لَا، زِدْهُ أَنْتَ مِنْ عُمُرِكَ. قَالَ: فَقَالَ لَهُ آدَمُ: يَا رَبِّ عُمْرِي أَلْفَ سَنَةٍ، اعْطِهِ⁽¹⁾ مِنْهُ أَرْبَعِينَ سَنَةً تَكْمَلُ لَهُ بِهَا مِئَةَ سَنَةٍ. قَالَ لَهُ: قَدْ فَعَلْتُ. قَالَ: فَلَمَّا كَمَلْتَ مُدَّةَ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَجَاءَهُ مَلَكُ الْمَوْتِ لِيَقْبِضَ رُوْحَهُ، قَالَ لَهُ: فِيمَ جِئْتَ؟ قَالَ: جِئْتُ لِقَبْضِ رُوْحِكَ. قَالَ: إِنَّهُ بَقِيَ لِي أَرْبَعُونَ عَامًا. قَالَ لَهُ: أَلَمْ تَهْبِئْ لَابْنِكَ دَاوُدَ⁽²⁾؟ قَالَ: لَا⁽³⁾. قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: فَجَحَدَ آدَمُ، فَجَحَدَتْ دُرِّيَّتُهُ، وَنُسِيَ آدَمُ فَنُسِيَتْ دُرِّيَّتُهُ⁽³⁾»⁽⁴⁾. وَرَوَى أَنَّهُ قَالَ: «وَمِنْ ذَلِكَ الْيَوْمِ أَمَرَ بِالْكِتَابِ وَالشُّهُودِ⁽⁵⁾»⁽⁶⁾.

ورَوَى جماعةٌ في الحديث: «فَأَكْمَلَ اللَّهُ لآدَمَ الْأَلْفَ، وَلِدَاوُدَ الْأَرْبَعِينَ»⁽⁷⁾. ولكونها ولايةٌ من الولاياتِ، وكثرةُ فسادِ النَّاسِ فيها، وتتابُعهم بالمُسامحةِ⁽³⁾ بالزُّورِ

(1) ف، ج: «اعطيه».

(2) «قال: لا» زيادة من القبس.

(3) م، ف، ج: «وتابعتهم المسامحة» والمثبت من القبس.

(1) قال المؤلف في العارضة: 199/11 «قيل: لو كان الرُّبُّ تعالى هو المخاطبُ لآدم لما راجعه ولكن

ملك الموت يمكن ذلك فيه. والذي عندي أن آدم جحد الهيئة جحود ذاهل لا جحود متعسف».

(2) يقول المؤلف في العارضة: 199/11 «[في هذا] بيان أن الصفات موروثه، وأخلاق الآباء مكتسبة للأبناء».

(3) أخرجه من حديث أبي هريرة - مع اختلاف في الألفاظ - ابن سعد في الطبقات: 27/1، والترمذي

(3076) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، وأبو يعلى (6654)، والحاكم: 325/2.

(4) علن المؤلف على هذا الحديث في العارضة: 199/11 «يعني: للتوثق على الحقوق ومع البيئة عليها، ولم ينزل الإيجاب فيها».

(5) أخرجه من حديث أبي هريرة: الترمذي (3368) وقال: «هذا حديث حسن غريب»، وأبو يعلى

(6580)، وابن حبان (6167)، والحاكم: 64/1، 263/4.

(6) أخرج نحوه أحمد: 1/298 - 299 من حديث ابن عباس.

(7) القول (2127) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (287).

(8) انظر مختصر الطحاوي: 335، ومختصر اختلاف العلماء: 340/3.

في أداها، حتى صارت في بغداد والشام ولاية من قبل الإمام والقاضي، وصارت الفتوى مُرسَلةً، ولا يشهد ببغداد والشام إلا من ولّاه القاضي، ويُفتي كل من عَلِمَ من غير إذن، وهذه هي المصلحة؛ لأن المفتي إذا^(١) زاعَ فَضَحَهُ العِلْمُ، والشاهد لا يَعْلَمُ زِنَعَهُ إلا الله. وَقَلَبَ أَهْلَ بِلَادِنَا فِي ذَلِكَ الْقَوْمَ رَكْوَةً، وسيرة بغداد أحسن وأصلح، ولأجل ذلك كان الشاهد من جَمَعَ خِصَالاً جَمَّةً، وهي خَمْسٌ:

1 - البلوغ.

2 - الذكورية.

3 - الإسلام.

4 - العدالة.

5 - المروءة.

أما «البلوغ» فأجمعت الأمة عليه؛ لأن الصغير قليل الضبط ناقص العقل يقبل الخديعة، فلذلك لم تجز شهادته، ولم يقل بجواز شهادته أحد فيما علمته، إلا عبد الله بن الزبير فإنه جوز شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح، وتابعه علماؤنا. واختلف قول مالك في القتل، وذكر في «الموطأ»^(١) من شروط شهادتهم واحدة، وهو ألا يحببوا بعد تفرقهم أو يعلموا.

وذكر المتأخرون^(٢) من علمائنا أن شروط قبول شهادة الصبيان سبعة:

1 - العقل.

2 - والإسلام.

3 - والذكورية.

4 - والحرية.

5 - بينهم في الجراح.

6 - 7 - واختلف قول مالك في القتل قبل التفرّد^(٣) اثنان فصاعداً.

(١) م، ف: «إن».

(٢) في القبس: «المحرزون».

(٣) ف: «قبل التفرّد»، وفي القبس (ط. الأزهرى): «قبل التفرّق».

(١) انظر المغني لابن قدامة: 170/14.

9 * شرح موطأ مالك 6

فأما «اشتراط العقل» فلأنه أصل التحصيل.

وأما «اشتراط الإسلام» فلأن الكافر لا شهادة له؛ لأن الله وَصَفَهُ بِالْكَذِبِ، ولأنه ولاية شرطها الكرامة، والكافر حَقُّه الإهانة.

وقد قال أبو حنيفة⁽¹⁾: تجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض إذا كانوا عُدُولاً في دينهم، وقد بيّنا فسادَه فيما تقدّم في «مسائل الخلاف».

وقال أحمد بن حنبل⁽²⁾: تجوز شهادة الكفار على المسلمين في الرصية في السفر، لقوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ الآية⁽³⁾، يريد: من غير أهلِ مِلَّتِكُمْ. قلنا: إنما أراد من غير قبيلتكم.

فإن قيل: هذا لا يصح؛ لأن الآية إنما نزلت في شأن تميم الداري، وعدي بن بداء حين أخذوا جأماً فضية⁽⁴⁾ ورَوَى الترمذي⁽⁵⁾ وغيره⁽⁶⁾، عن تميم في تفسير قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمُ﴾ الآية⁽⁷⁾، وذكر الحديث.

قلنا: هذا حديث ضعيف، فلا يلتفت إليه، وقد بيّنا لكم أن أضر شيء بالمتعلم أو العالم الاشتغال بالحديث الضعيف، وهذا حديث ليس له أصل في الصحة، فلا يجوز أن يضاف إلى القرآن الذي هو الصحيح، وأصح كل صحيح، وإنما يبين⁽¹⁾ القرآن، ويضاف إليه الحديث الصحيح، وفيه وقع الوعد الكريم في قوله: ﴿لَتُبَيِّنَنَّ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ الآية⁽⁸⁾.

وأما «الدكورية» فلأن شهادة الأنثى ليست بأصل في الشهادة، وإنما هي بدل، أو

(1) ف: «يتبين».

(1) المائة: 106، وانظر أحكام القرآن: 713/2.

(2) أخرجه الطبري في تفسيره: 115/7.

(3) في جامعه الكبير (3059).

(4) منهم الطبري في تفسيره: 115/7، وابن الأثير في أسد الغابة: 5/4.

(5) المائة: 106، وانظر أحكام القرآن: 722/2.

(6) النحل: 44.

(7) البقرة: 182.

(8) النساء: 43.

كما قال أهل خراسان: شهادة ضرورة، ولأجل ذلك جاءت في القرآن بصفة الضرورة، وعلى نعت البدلية، قال الله تعالى: ﴿إِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾⁽¹⁾، كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً﴾ الآية⁽²⁾، وقال: ﴿مَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾⁽³⁾ وإنما جازت في الأموال رفقا من الله تعالى⁽⁴⁾، فلو وقف زبط الشهادة على الذكور في ذلك، لضاعبت الحقوق، فرخص في شهادة النساء في ذلك، وبقيت في أصل الرد في غيرها من الحقوق، وقد حصل الإجماع على⁽¹⁾ أنها لا تجوز في الدماء.

وأما «الحرية» فإنها شرط عند عامة العلماء.

وقال أحمد⁽⁵⁾: تجوز شهادة العبد؛ لأنه عدل، والدليل على ثبوت عدالته قبول

روايته.

وعسر الانفصال على سائر العلماء عن دليل أحمد هذا، وسلكوا فيه طرقا بينهاها في

«مسائل الخلاف» بفتحكم الآن عنها انفصالان:

الأول: أن العبد مستغرق الأوقات في حق السيد، فلا يجد سبيلا إلى الشهادة.

والثاني: أن اعتبار الشهادة بالخبر فاسد؛ لأن وضعها في الشريعة مختلف، ألا ترى

أن شهادة المرأة لا تجوز في القصاص، ويجوز قبول روايتها، ويجوز قبول رواية الفرع،

ولا يجوز قبول شهادة الفرع مع وجود الأصل، وهذا يبين عند التأمل، وفيه إنصاف بيننا

وبيته.

أما قبولها في الجراح خاصة؛ فلأنه الذي يقع بينهم في الغالب، ولا يحضره

غيرهم، فدارت الحال بين أحد أمرين؛ إما أن يضيع هذا الحق، وذلك لا يجوز. أو

تقبل فيه شهادة الصبيان، وذلك أحسن، ولقوله مع صغره موضع عظيم في التحليل

(1) «على» زيادة من القبس.

(1) البقرة: 196.

(2) تنمة الكلام كما في القبس: «لكثرة الترداد فيها، فقد حضرها الرجال وقد يفيون عنها».

(3) انظر المغني لابن قدامة: 185/14.

(4) حكى هذا الاجماع ابن القطان في الإقناع: 1518/3.

(5) أخرجه من حديث زيد بن خالد الجهني مالك في الموطأ (2105) رواية يحيى، ورواه عن مالك أبو

والتحريم، وهو في إباحة الدُّخُولِ إلى المنزلِ وهتِكِ السُّرِّ الَّذِي كَانَ مُحَرَّمًا^(١) قَبْلَ قَوْلِهِ، ولكنه جاز ذلك للحاجة إليه، ولأنه لا عَنَاءَ فِيهِ، فَكَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتِنَا.

وَرُكِبَ عَلَيْهِ عِلْمَاؤُنَا شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي لَا يَكُونُ فِيهَا غَيْرُهُنَّ، كَالْأَعْرَاسِ وَالْمَأْتَمِ وَالْحَمَامَاتِ.

وَأَمَّا قَوْلُنَا: «بَيْنَهُمْ» فَلِأَنَّهَا شَهَادَةٌ ضَرُورَةٌ^(٢): فَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ.

وَأَمَّا شَرْطُ «الْإِنْتِنِيَّةِ»^(٣) فَلِأَنَّهَا أَصْلُ الشَّهَادَاتِ حَيْثُ وُضِعَتْ، وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ وَاحِدَةٌ عِنْدَ جَمِيعِ^(٤) الْعُلَمَاءِ^(١)، وَلَا يُثَبَّتُ بِهَا حَقٌّ مِنَ الْحَقُوقِ إِجْمَاعًا، إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ اِخْتَلَفَ فِيهَا عُلَمَاءُ الْإِسْلَامِ، وَهِيَ شَهَادَةُ الْقَابِلَةِ وَحَدَّهَا عَلَى الْوِلَادَةِ، وَمِنْ رَوَايَاتِ مَالِكٍ أَنَّهَا تَجُوزُ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ: الضَّرُورَةُ الدَّاعِيَةُ إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا تَحْضُرُ الْمَرْأَةَ غَيْرُهَا، فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهَا لَضَاعَتِ الْوِلَادَةُ، وَلَبْطَلَّ مَا يَتَرَكَّبُ عَلَيْهَا مِنْ نَسَبٍ وَحُزْمَةٍ وَمِيرَاثٍ وَسَائِرِ الْحَقُوقِ.

حَدِيثٌ: ثَبِتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ»^(٢). وَثَبِتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَكْرِمُوا أَصْحَابِي فَإِنَّهُمْ خِيَارُكُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَظْهَرُ الْكُذِبُ حَتَّى يَخْلِفَ الْإِنْسَانُ عَلَى الْيَمِينِ لَا يَسْأَلُهَا، وَيَشْهَدُ عَلَى الشَّهَادَةِ لَا يَسْأَلُهَا، فَمَنْ سَرَّهُ بِخُبْرَةِ الْجَنَّةِ فَعَلَيْهِ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الْوَاحِدِ، وَهُوَ مِنَ الْإِثْنَيْنِ أَبْعَدُ»^(٣).

(١) في القبس: «محترماً».

(٢) م، ف، ج: «ضرورية» والمثبت من القبس.

(٣) م: «الأنوثة»، ف: «الأنوثية»، ج: «الذكورة» والمثبت من القبس.

(٤) ف، ج: «عند أحد من».

مصعب (2931)، وسويد (290)، وابن القاسم (317)، ومحمد بن الحسن (849)، والقعنبي عند الجوهري (507)، وعبد الرحمن بن غزوان عند عبد الرزاق (1557)، والطباع عند أحمد: 115/4، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1719)، وابن وهب عند أبي داود (3596 م)، والفراز عند الترمذي (2295)، وعبد الله بن عبد الحكم والتنيسي عند الطبراني في الكبير (5182).

(1) أخرجه معمر بن راشد في الجامع (20710)، ومن طريقه عبد بن حميد (23)، والقضاعي في مسند الشهاب (404) من حديث عمر بن الخطاب.

كما أخرجه بنحوه الطبراني في الأوسط (7249) من حديث ابن عمر. قال الهيثمي في مجمع الزوائد: 225/5 «وفيه عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله بن خالد المصيبي، وهو متروك».

الأصول:

فإن قيل: ما الفرق بين الحديثين؟

قيل له: الفرق بين الحديثين أنه فرق بين المذموم من الشهادات، وهو شهادة الكذب، وبين الشهادة التي المرء فيها صادق.

ما جاء من الفرق بين الشهادتين⁽¹⁾:

ألا تراه قال في الخبر الأول: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَادَةِ»، وقال في الخبر الثاني: «ثُمَّ يَظْهَرُ الْكُذِبُ» فدل ذلك على أن الشهادة المذمومة شهادة الكذب، خلافاً للشهادة التي يكون فيها الشاهد صادقاً فيها. ورؤي عنه عليه السلام أنه قال: «خَيْرُكُمْ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَأْتِي قَوْمٌ يَشْهَدُونَ وَلَا يُسْتَشْهَدُونَ»⁽²⁾.

قال النخعي: معنى الشهادة هاهنا اليمين، وقد سمي اليمين شهادة، يريد أن يحلف قبل أن يستحلف.

المسألة الثانية:

وقوله⁽³⁾: «شَهَادَاتُ⁽¹⁾ الزُّورِ». وهي من الكبائر، وقد قرنت بالشرك بالله تعالى وعقوق الوالدين، وكان عبد الله بن مسعود يقول⁽⁴⁾: عدلت شهادة الزور بالشرك بالله، ثم قال: «فَأَجْتَبَيْنَا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوْلِيَانِ» الآية⁽⁵⁾.

(1) في النسخ: «وشهادة» والمثبت من الموطأ.

.....

- (1) وهو المسألة الأولى.
- (2) أخرجه البخاري (2651)، ومسلم (2535) من حديث عمران بن حصين.
- (3) في حديث الموطأ (2106) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2932)، وسويد (290)، ويحيى بن بكير عند البيهقي: 166/10.
- (4) أخرجه عبد الرزاق (15395)، وابن أبي شيبة (23038)، والطبراني في الكبير (8569)، وقال الهيثمي في المجمع: 200/4 - 201 «رواه الطبراني في الكبير وإسناده حسن».
- (5) الحج: 30.
- (6) الحج: 30.
- (7) أخرجه الطبري في تفسيره: 154/17.

وقال مجاهد: ﴿وَأَجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾⁽¹⁾ قال: هو الكذب⁽²⁾، وكذلك قال أبو عبيدة⁽³⁾.

واختلف العلماء فيما يُفعلُ بشاهد الزور:

فقال علماؤنا: يؤدَّبُ الأدبَ الرَّجِيعَ، ويُشهر حتى يكون ذلك رَدْعًا لغيره، ولا تحلق له لحيته، فإن الله تعالى لم يشرع في الحدود تغيير الهيئة والخلقة.

وقال أبو حنيفة⁽⁴⁾: لا أدب عليه، وإنما عقوبته ردُّ شهادته؛ لأنه قائل⁽¹⁾ كذب وزور، فلم يجب عليه أدبٌ ولا تعزيرٌ، أصله: المظاهرة⁽²⁾، وعلى هذه التُّكْتة عَوَّلَ علماؤنا من أهل العراق وخراسان، وقد بيَّنا في «مسائل الخلاف» أن الله جعل جزاء الظَّهَارِ الكفارة؛ لأنه لم يضرَّ بذلك إلا نفسه، وهو ذُنْبٌ لا يتعدى لغيره، وكان في الأصل طلاقًا، فأرخص الله فيه فصار ظَهَارًا فافترقا. وقد رُوِيَ عن عمر بن الخطاب أنه قال: يُحْلَى سبيله. وكان سُرَيْحُ القاضي إذا أخذ شاهدَ الزورِ إن كان سُوقِيًّا بعث به إلى السوق، فقيل: إن هذا شاهد زور⁽³⁾، وإن لم يكن سُوقِيًّا بعث به إلى قومه، وقيل: إن هذا شاهد زورٍ، وكان بعضهم يذهب به إلى الجامع، وإلى حِلَقِ الذُّكْرِ، يقول: هذا شاهد زورٍ فلا تستشهدوه واخذروه.

وقال مالك: أرى أن يُفْضَحَ وَيُشْهَرُ وَيُلْعَنَ⁽⁵⁾.

وقال الشافعي⁽⁶⁾: يُعَزَّرُ ولا يبلغ بالتعزير أربعون ويُشْهَرُ بأمره.

ورُوِيَ عن عمر أنه حبسه يومًا وحَلَى سبيله⁽⁷⁾.

(١) ف: «قال».

(٢) ف: «التظاهر»، ج: «المظاهرة».

(٣) ف: «الزور».

(1) في مجاز القرآن: 50/2.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 360/3، والمبسوط: 145/16.

(3) وفي المدونة: 105/4 في شهادة الزور «قال مالك: يضرب ويطاق به في المجالس».

(4) انظر الحاوي الكبير: 319/16 - 320.

(5) روى هذه الحكاية وكيع في أخبار القضاة: 19/2.

(6) انظر الحاوي الكبير: 321/16.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 188/5.

وقال قوم: تُسَوَّدُ وجوههم، وَيُطَافُ بهم في الأسواق، وهو مذهب عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة، فإنه⁽¹⁾ أمر بخلق أنصاف رؤوسهم وتسويد وجوههم ويطاف بهم على الأسواق.

فرع غريب:

واختلفوا فيمن يشهد بزور ثم يتوب وتظهر توبته:
فعلى مذهب الشافعي⁽¹⁾ والكوفي أنه يجب قبول شهادته إذا أتت على ذلك مدة تظهر في مثلها توبته، وبه قال أبو ثور.
وقال مالك: أرى أن تبطل شهادته.
والقول الأول أصح إن شاء الله.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽²⁾:

قوله: «أَلَا أَخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟» قال مالك⁽³⁾ وغيره معناه: أن يكون عنده شهادة لا يعلم بها فيؤدبها له عند الحاكم، وذلك أن المشهود به على ضريين:
حق الله، وحق آدمي.

فأما ما كان حقاً لله، فعلى قسمين:

1 - قسم لا يُستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر، زاد أضيف: والسرقة، فهذا ترك الشهادة به⁽²⁾ جائزة.

والأصل في ذلك: قوله ﷺ لَهُزَالٍ: «هَلَا سَتَرْتَ عَلَيَّ بِرِدَائِكَ» ولو علم الإمام بذلك، فقد قال ابن القاسم في «المجموعة»: يكتُمها ولا يشهد⁽³⁾، إلا في تجريحه إن

(1) في النسخ: «وإنه» ولعل المناسب ما أثبتناه.

(2) م، ف، ج: «له» والمثبت من المتقى.

(3) في المتقى: «يكتُموا الشهادة ولا يشهدوا بها».

(1) في «المجموعة» كما نص على ذلك الباجي.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 188/5 - 189.

(3) الطلاق: 2.

شهد على^(١) آخر.

2 - والقسم الثاني: ما يُسْتَدَامُ فيه التحريم، وهو كالطلاق والعِتْقِ والأَخْبَاسِ، والهَيَّاتِ لمن ليس له إسقاط حقّه، والمساجد والقناطير والطّرق، فهذا على الشاهد أن يؤدّي شهادته متى رأى ارتكاب المحظور بها، وله في ذلك حالان:

1 - حالٌ يعلم أنّ غيره يشاركه فيها ويقوم بها.

2 - وحالٌ لا يعلم ذلك فيها.

فإن علم أنّ غيره يقوم بها فإنه يستحبّ له أن يُبادِرَ بها ليحصل له أجر القيام بها، ولأنّ^(٢) في قيام العدد الكثير بها رُذْعًا^(٣) لأهل الباطل. ويصحّ أن يتناول هذا عموم قول النبي: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ...» الحديث.

المسألة الثانية^(١):

فإذا تبين له أنّ غيره قد ترك القيام، ولم^(٤) يكن ممن يقوم بها غيره، تعيّن عليه القيام بها، لقوله تعالى: «وَأَقِمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»^(٢) ولقوله: «وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ»^(٣) ولأنّ القيام بها من فروض الكفاية، كالجهاد وصلاة الجنائز، فإذا قام به البعض سقط عن سائر الناس، وإذا تركه جميعهم أئتموا إذا كان الحقّ مجتمعًا^(٥) عليه.

المسألة الثالثة^(٤):

وأما الضرب الثاني، وهو حقّ الأدميين، فإن كان لمن يجوز إسقاطه، مثل أن يرى ملك الرجل يباع أو يوهب، فرؤي عن ابن القاسم^(٥) في «العُتْبِيَّة»^(٦) أنّ ذلك جُرْحَةٌ في

(١) م، ف، ج: «ان يشهد عليه» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «والا» والمثبت من المتقى.

(٣) م، ف، ج: «الكثير لها ردها» والمثبت من المتقى.

(٤) في المتقى: «أو لم».

(٥) في المتقى: «مجمعًا».

(١) البقرة: 283.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 189/5.

(٣) في المتقى: «فروي ابن القاسم».

(٤) لم نجده في المطبوع من العتبية.

(٥) في المتقى: «إنما ذلك فيما كان من حق الله تعالى».

(٦) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 192/5 - 194.

الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بعلمه فيه .

وقال غيره في «المجموعة»: هذا إذا كان المشهود له حاضرًا لا يعلم أو غائبًا، وأما إن كان يعلم^(١) فهو كالإقرار .

وقال ابن سحنون عن أبيه: إنما ذلك فيما كان في كفاله^(١) . أو كان له القيام به كالحوالة^(٢) والطلاق . وأما العروض والحيوان فلا يبطل ذلك شهادته؛ لأن صاحب الحق إن كان^(٣) حاضرًا فهو^(٤) أضع حقه، وإن كان غائبًا فليس للشاهد شهادة .
المسألة الزابعة^(٥):

فإذا ثبت هذا، فالشهود^(٥) على ثلاثة أضرب:

1 - ضرب يعرف الحاكم عدالته .

2 - وضرب يعرف فسقه .

3 - وضرب يجهله .

فأما الأول: فيجب عليه الحكم بشهادته، إن لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها . وقال سحنون في «المتبىة»⁽³⁾: وذلك أن يكون مشهورًا عند الحاكم من معرفته مثل ما عند من يُعدله، فهذا عليه أن يقبله . ورؤى يحيى عن ابن القاسم: أنه إذا كان القاضي يعرفه وكان يزكّيه عند غيره، فهذا الذي يسعه قبول شهادته .

وأما الضرب الثاني: فلا يجوز له أن يحكم بشهادته، وذلك على ضربين:

أحدهما: أن يعرف فسقه .

والثاني: أن يجرح عنده بأنه يرتكب محظورًا، كالزنا، والسرقة، وشرب الخمر،

والعمل بالرّبا أو ترك واجب كالصيام والصلاة حتى يخرج وقتها . وأما ترك الجمعة

(١) في المتبى: «كان حاضرًا» .

(٢) م، ف، ج: «كالحرية» والمثبت من المتبى .

(٣) «إن كان» زيادة من المتبى يقتضيها السياق .

(٤) م، ف، ج: «هو» والمثبت من المتبى .

(٥) م، ف، ج: «فالمشهودون» والمثبت من المتبى .

(1) 117/10 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب .

(2) 142/10 - 144 في نوازل سئل عنها سحنون من كتاب الشهادات .

(3) هذا الفصل مقتبس من المتبى: 194/5 - 195 .

فَجُرْحَةٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَاخْتُلِفَ فِي تَرْكِهَا مَرَّةً، فَقَالَ أَضْبَعُ: هِيَ جُرْحَةٌ كَالضَّلَاةِ مِنَ الْفَرِيضَةِ يَتْرُكُهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَيُؤَخِّرُهَا عَنْ وَقْتِهَا، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي «الْعُتْبِيَّةِ»^(١). وَقَالَ سَحْنُونُ: لَا تَكُونُ جُرْحَةٌ حَتَّى يَتْرُكَهَا ثَلَاثًا مُتَوَالِيَاتٍ.

وَأَمَّا مَنْ جِهَلَ الْحَاكِمُ أَمْرَهُ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَتَنَاوَلَ شَهَادَتَهُ^(٢) مَا يَعْدَمُ^(٣) شَهَادَةَ الْعُدُولِ فِيهِ فِي الْأَغْلَبِ، أَوْ مَا لَا يَعْدَمُ ذَلِكَ مِنْهُ^(٤)، وَأَمَّا مَا لَا يَعْدَمُ ذَلِكَ فِيهِ^(٥)، مِثْلَ شَهَادَةِ الرُّفْقَةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا يَخْتَصُّ بِمَعَامَلَاتِ^(٥) السُّفَرِ، مِنْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ شَبْهِهِ. فَأَمَّا بَيْعُ الْعَقَارِ وَالْأَمْوَالِ الَّتِي لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِبَيْعِهَا فِي السُّفَرِ، فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا إِلَّا الْعُدُولُ، وَكَذَلِكَ مَا شَهِدَ بِهِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا يُوجِبُ^(٦) الْحَدَّ أَوْ الضَّرْبَ كَالغَضَبِ^(٧)، فَلَا يُقْبَلُ فِي ذَلِكَ إِلَّا الْعُدُولُ.

فَإِذَا انْتَهَى الْكَلَامُ إِلَى هَذَا الْمَقَامِ؛ فَإِنَّ فِي ذَلِكَ خَمْسَةَ فُصُولٍ: الْأَوَّلُ: فِي عَدَدِ الْمُزَكِّينَ. وَالثَّانِي: فِي الْمَزَكِيِّ. وَالثَّلَاثُ: فِي مَعْرِفَةِ الْعَدَالَةِ. وَالرَّابِعُ: فِي لَفْظِ التَّزْكِيَةِ. وَالخَامِسُ: فِي تَكَرُّرِ التَّعْدِيلِ وَمَا يَلْزَمُ مِنْهُ.

فصل الأول^(٢) في عدد المُزَكِّين

فإن ذلك على وجهين:

تَزْكِيَةٌ عَلَانِيَّةٌ. وَتَزْكِيَةٌ سِرٌّ.

فَأَمَّا «تَزْكِيَةُ الْعَلَانِيَّةِ» فَفِي «الْمَجْمُوعَةِ» وَ «الْعُتْبِيَّةِ»^(٨) عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا

(١) فِي الْمَتْنِيِّ: «شَهَادَةٌ».

(٢) م، ف، ج: «مَا تَقْدَمُ مِنْ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَتْنِيِّ.

(٣) «أَوْ مَا لَا يَعْدَمُ ذَلِكَ مِنْهُ» زِيَادَةٌ مِنَ الْمَتْنِيِّ يَلْتَمِسُ بِهَا الْكَلَامُ.

(٤) فِي الْمَتْنِيِّ: «مِنْهُ».

(٥) م، ف، ج: «مِنْ مَعَامَلَاتٍ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَتْنِيِّ.

(٦) ف، ج: «مِمَّا يَجِبُ» وَهِيَ سَاقِطَةٌ مِنْ: م، وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَتْنِيِّ.

(٧) ف، ج: «وَالضَّرْبُ وَالغَضَبُ» وَهِيَ سَاقِطَةٌ مِنْ: م، وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْمَتْنِيِّ.

(٨) «وَالْعُتْبِيَّةِ» سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَتْنِيِّ.

يُجْزَىء فيها أقل من اثنين.

وروجه ذلك: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الآية^(١). وهذا عام في كل شيء، إلا في تزكية شهود الزنا، فَرَوَى ابنُ حبيب عن مُطَرِّف عن مالك^(١): لا يعدل كل واحد إلا أربعة.

وقال ابنُ المَاجِشُون: يجوز في تعديلهم ما^(٢) يجوز في تعديل غيرهم، اثنان لكل واحد، أو أربعة^(٣) لجمعهم.

وأما «تزكية السر» فَرَوَى ابنُ حبيب عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون وأصْبَغ أنه ينبغي أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وميَّزَه^(٤)، لا يعرفه سوى الحاكم، ليبحث عن أحوال الناس، فإذا كلفه ذلك، تَسَبَّبَ إلى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يَعلَم به أحد، ثم يُعلِّمُ الحاكم بما عنده من ذلك، فهذه تزكية السر.

فإذا كانت على هذا، فكم عددهم؟

ففي «المجموعة» من رواية ابن القاسم عن مالك؛ أنه قال: *يكفي في ذلك الرجل الواحد العَدْل، وفي «العقبية»^(٢) من رواية ابن القاسم عن مالك*^(٥) قال: لا يجب^(٦) أن يسأل في السر إلا^(٧) اثنان.

قال الإمام: والأفضل في التعديل أن يجمع بين السر والعلانية. وقال ابن حبيب^(٣): لا ينبغي أن يكتفي بتعديل العلانية، وقد يجزىء تعديل السر.

(١) «عن مالك» زيادة من المتقى.

(٢) «يجوز في تعديلهم ما» ساقطة من الأصول، واستدركناها من المتقى.

(٣) م، ف، ج «وأربعة» والمثبت من المتقى.

(٤) م، ف، ج: «وسره» والمثبت من المتقى.

(٥) ما بين النجمتين سقط من النسخ المعتمدة، واستدركناه من المتقى.

(٦) في المتقى: «لا أحب».

(٧) في المتقى: «أقل».

(١) تنمة العبارة كما في المنقى: «عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون وأصْبَغ» وأورد ابن أبي زمنين في كتابه منتخب الأحكام: 110/1 قول ابن حبيب نقلا من كتابه الواضحة.

(٢) إلى المشهود عليه.

(٣) أي لما عليه من الغضاضة بمكالبته بالتزكية.

ووجه ذلك: أن تعديل السِّرِّ لا يجزىء فيه إلا بالخبر الفاشي الذي يقع به العلم، ولذلك لا يُعَدَّرُ فيه لأحد^(١)، وأما تعديل العلانية فيفعله شاهِدَان، فلا يقوى قوَّة ما يقع به العلم، ولذلك يُعَدَّرُ فيه^(٢)، فإذا أمكن الأمران فهو أولى، ليستوي تعديله في السِّرِّ والعلانية، وإن اقتصر في المشهورِ العَقْلِ^(٣) بتزكية السِّرِّ، فلا بأس بذلك، لما عليه^(٤) في التَّوَقُّفِ في قَبُولِ شهادته. وفي «المدونة»^(٥) أنه يكفي في ذلك أن يُزَكَّى في السِّرِّ أو العلانية^(٦).

الفصل الثاني^(٤) في صفة المزكي

فقد رَوَى ابنُ حبيب عن مُطَرِّفِ وابنِ المَاجِشُونِ وابنِ عبدِ الحَكَمِ وأصْبَغِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْدِيلُ الرَّجُلِ وَإِنْ كَانَ عَدْلًا حَتَّى يَعْرِفَ وَجْهَ التَّعْدِيلِ.

فرع غريب:

رَوَى عن سحنون^(٥) أَنَّهُ قَالَ: لَا تُقْبَلُ تَزْكِيَةُ الْأَبْلَهِ، وَلَيْسَ كُلُّ^(٤) مَنْ تَجُوزُ شهادته يَجُوزُ تَعْدِيلُهُ، وَلَا يَجُوزُ فِيهِ^(٦) إِلَّا الْمَبْرِزُ الْفَطِنُ.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ^(٧) غَيْرَ مَعْرُوفِينَ عِنْدَ الْحَاكِمِ، فَيَزَكِّيَانِ عِنْدَهُ^(٥) إِذَا كَانَ^(٦) شَاهِدًا

(١) في المتن: «إلى أحد» وهي أسد.

(٢) في المتن: «الفضل».

(٣) م، ف، ج: «... السر والعلانية رجلان» والمثبت من المتن.

(٤) «كل» زيادة من المتن يقتضيهما السياق.

(٥) «عنده» زيادة من المتن.

(٦) «كان» زيادة من المتن.

(١) 104/4 في تعديل الشهود عليه، وانظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 109/1.

(٢) هذا الباب مقتبس من المتن: 195/5.

(٣) وهي رواية ابنه عنه، كما نص على ذلك الباجي في المتن.

(٤) أي في التعديل.

(٥) الكلام عن المعدلين.

(٦) انظر نحوه في المدونة: 371/4 في شهادة الغرباء وتعديلهم.

(٧) القسم الأول من هذا الباب إلى مبحث «اطلاع في النظر» مقتبس من المتن: 195/5.

الأصل من البلد، وإن كان غريباً^(١) جاز، قاله مالك: في «المدونة»^(١) وغيرها. ووجه ذلك^(٢): أنَّ الغريبَ قد يكونُ مجهولَ الحالِ في البلدِ فلا يعرف عدالتهُ إلا من يعرف^(٣) الحاكم، فيحتاج أن يعرف به. وأما البلديُّ فحالُه معلومةٌ في الأغلب، فلا يقبل في تزكيته إلا أهل العدل على ما وصفنا.

الفصل الثالث^(٢)

في معنى العدالة

ومن لا يعرفه الحاكم^(٣)؟ فقال سحنون: يُزكّيه من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره ممن صحبته الصُحبة الطويلة، وعامله بالأخذ والإعطاء.

وقال ابن سحنون^(٤): يزكّيه من يعرف باطنه وصحبه في السفر والحضر، كما يقال^(٤) لمن مدح رجلاً: أصحبه في السفر؟ أخالطته في مالٍ؟ وقد قيل^(٥) في الرجل يصحب الرجل شهراً فلا يعلم منه إلا خيراً: لا يزكّيه بهذا^(٦)، وليس هذا^(٥) باختبار.

وقال يحيى عن ابن القاسم^(٧) في الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا فساد، إلا أنه يحضر الصلاة في المساجد، قال سحنون: يعرف^(٦) بظاهر جميل من أهل المساجد

(١) م، ف، ج: «كانا غريبين» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «ومنه» والمثبت من المتقى.

(٣) م، ف، ج: «من لا يعرفه» والمثبت من المتقى.

(٤) في المتقى: «... في الحضر والسفر. قال مالك كان يقال».

(٥) «هذا» زيادة من المتقى.

(٦) في المتقى: «يعرفه».

.....

(١) تتمّة الكلام كما في المتقى: «بهذه الصفة يطلب فيه التزكية».

(٢) قاله عن أبيه كما نصّ على ذلك الباجي في المتقى.

(٣) القائل هو الإمام مالك كما نصّ على ذلك الباجي في المتقى.

(٤) تتمّة الكلام كما في المتقى: «وهو كبعض من يجالسك». وانظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين:

114/1 - 115.

(٥) انظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 114/1 - 115، والبيان والتحصيل: 79/10.

(٦) وهو أن التزكية تقتضي إلى أن يعرف المزكّي حال الشاهد.

(٧) 119/10 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.

والجهاد^(١).

وقال ابنُ القاسم: لا يقبل ويطلب تزكيتَه.

وقال سُحنون أيضًا: لا يزكِّيهِ بذلك.

فإذا ثبت هذا^(١)، وما ذكرناه من معرفة المزكِّي، ففي «العُشْبِيَّة»^(٢) عن سُحنون ما معناه: أنه لا يؤثّر في ذلك أن يقارف بعض^(٣) الذَّنْبِ كَالخَفِيفِ مِنَ الزَّلَّةِ وَالفَلْتَةِ، فَمِثْلُهُ لا يَمْنَعُ مِنْ عَدَالَتِهِ.

وقال مالك: من الناس من لا تُذَكَّرُ عِيوبُهُمْ يَكُونُ عِيْبُهُ خَفِيفًا.

اطِّلاع في النظر^(٣):

فإذا انتهى الحال إلى هذا المقام، فالعدالة والسلامة من العيوب، وكمال الشهادة، إنما هي للأنبياء عليهم السلام. والضابط لهذا الباب نُكْتَةُ يَنْتَفِعُ بِهَا مِنْ لا يَعِيْبُهَا، وَذَلِكَ أَنَّ اللهَ نَوَّرَ الْعَبْدَ بِالْعَقْلِ، وَهُوَ نُورُ الطَّاعَةِ، وَأَظْلَمَهُ بِالشُّهُوَةِ وَهِيَ حَبَالَةُ الْمَعْصِيَةِ، فَصَارَ الْعَبْدُ مَرْتَدًّا بَيْنَهُمَا، وَالْمَلِكُ يَغْضُدُ جَانِبَ الْعَقْلِ، وَالشَّيْطَانُ يُغْوِي فِي جَانِبِ الشُّهُوَةِ، وَالتَّوْفِيقُ وَالْخِذْلَانُ عَلَى^(٤) قِمَّةِ الرَّاسِ مُحَلَّقَانِ، وَالْقَضَاءُ وَالْقَدَرُ فَوْقَ ذَلِكَ كُلِّهِ، فَإِنْ سَبَقَ الْقَضَاءُ بِالتَّوْفِيقِ، انْتَصَرَ حِزْبُ اللهِ، وَإِنْ سَبَقَ الْقَضَاءُ بِالْخِذْلَانِ، نَفَذَ حُكْمُ اللهِ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ حَظَّهُ مِنَ الزَّنَا، أَدْرَكَ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ» الْحَدِيثُ إِلَى آخِرِهِ^(٥)، فَلَمْ تَكُنِ الْعِصْمَةُ إِلَّا لِلْأَنْبِيَاءِ كَمَا سَبَقَ، وَسَائِرُ الْخَلْقِ وَإِنْ آمَنُوا وَطَهَّرَ اللَّهُ قُلُوبَهُمْ بِالتَّوْحِيدِ عَنِ وَضَرِ الشُّرْكِ، فَلابدٌ أَنْ تَتَدَنَّسَ أَبْدَانُهُمْ بِأَرْحَاضِ الْمَعَاصِي، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا مَطِيعٌ، مَا وَجَدَ أَحَدٌ يَسْلَمُ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ^(٦)، وَلَكِنْ بَنَتْ^(٧) الشَّرِيعَةُ الْأَمْرَ عَلَى

(١) م، ف، ج: «الجهات» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «... أن ينافي فيه بعض» والمثبت من المتقى.

(٣) «على» زيادة من القيس.

(٤) في القيس: 41/18 (ط. هجر): «ما وجدت أحدًا تُسَلِّمُ عليه».

(٥) م، ف، ج: «بينت» والمثبت من القيس.

(١) انظره في القيس: 886/3.

(٢) أخرجه البخاري (6243)، ومسلم (2657) من حديث ابن عباس.

(٣) انظرها في القيس: 887/3.

(٤) البقرة: 143.

المُنكِنِ في الوجودِ، الغالبِ في الأحوالِ، وهو التَّنْزُهُ^(١) عن الكِبائرِ، فإذا صانَ العبدُ - بفضلِ الله - نفسَهُ عن الكِبائرِ وأكثرِ الصغائرِ كانَ عَدْلًا.

نكتة^(٢) بدیعة^(١) :

وهي أن العِيَارَ^(٣) في الدنيا يُخْرِجُ الخالِصَ في الآخِرَةِ، وهو اعتدالُ الميزانِ، بالألِفِ^(٤) تكون في الكفَّةِ كَبيرةٌ، فإنَّ كِفَّةَ السَّيِّئَاتِ إن تفرَّغَتْ عن الكِبائرِ، عَلِمَ قطعًا أنَّ الميزانَ لا يميلُ إليها. فإمَّا أن يَغْتَدِلَ، وإمَّا أن يَخِفَّ بها، ويكونُ الرَّجْحانُ للكِفَّةِ الأخرى، وإلى هذا وقَّعتِ الإشارةُ بقولِهِ: ﴿وَكَذَلِكَ جَمَلْتُمْ أُمَّةً وَصَطَا﴾ الآية^(٢). ولذلك شرطَ العلماءُ اجتنابَ الدُّنَائَاتِ لحفظِ المُرُوَّةِ، وهو الشرطُ الخامِسُ؛ لأنَّ المُرُوَّةَ سِتْرُ الدِّينِ والحجابُ بينَهُ وبين المَعاصِي، كالثوبِ يسترُ البدنَ عن الحرورِ والزَّمْهَرِيرِ. وضبطَ المُرُوَّةَ مِمَّا عَسَرَ على العُلَماءِ، ولم يَنْطِقْ به فقيهُ، وقد بيَّنناه في «مسائل الخِلاف» على الإيضاحِ، والضابطةُ لكم الآن فيه: ألا يَأْتِيَ أَحَدٌ منكم ما يُعْتَدِرُ مِنْهُ، وَمِمَّا يَنْخُسُهُ^(٥) عن مرتبَتِهِ عندَ أهلِ الفضلِ^(٣)، وحيثُ يكون من أهلِ العدالة.

الفصل الرَّابِعُ^(٤)

في لفظها وحكمها

رَوَى ابنُ وَهْبٍ عن مالكِ في المُرْكِي يقول: «لا أعلمُ إلا خَيْرًا» وهو يلقاهُ في الطَّرِيقِ ولا يَعْلَمُ مِنْهُ إلا خَيْرًا، قال: لا يجوزُ هذا. وقال سُحنونُ: ولا يُجْزِيءُ أن يقولَ: صَالِحٌ.

(١) م، ف، ج: «... على التمكن في الوجود الغالب وهي العزة» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، ج: «ومعناه نكتة» والمثبت من القبس.

(٣) في النسخ: «العبادة» والمثبت من القبس: 42/18 (ط. هجر).

(٤) في القبس: 42/18 (ط. هجر): «في الأ.»

(٥) م، ف، ج: «يجسه» والمثبت من القبس.

.....

(١) نقل ابن شاش في عقد الجواهر الثمينة: 140/3 هذا التعريف منسوبًا لابن العربي.

(٢) هذا الفصل مقتبس من الممتقى: 196/5.

(٣) انظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 111/1.

(٤) أي اختير لفظ «العدل» و«الرؤى».

وزَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَضْبَغٍ: يُجْزَىءُ فِي ذَلِكَ لَفْظَ الْعَدْلِ وَالرَّضَى (1).

وقال القاضي أبو بكر بن الطيب الباقلائي: كلُّ لفظٍ يعبرُ به عن العدلِ والرِّضَا أجزأ، وإنما اختير (2) لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (3) وقوله: ﴿يَمَّنَ رَضَوْنَ مِن الشُّهَدَاءِ﴾ (4)(5).

وقال ابنُ الجلاب (6): «ولا يقتصر على أحدهما حتى يجتمعا». فإذا ثبت الاعتبار بهذين اللفظين؛ فإنه يجزىء أن يقول: أراه عدلاً رِضًا عندي، وهو عندي عدلٌ رَضِيٌّ، وليس عليه أن يقول: هو عدلٌ رَضِيٌّ عند الله، ولا أن يقول: أَرْضَاهُ وَلِيًّا (7). ولا يُقْبَلُ منه حتى يقول: إنَّه عدلٌ رَضِيٌّ.

الفصل الخامس في تكرير التزكية

رَوَى (8) أشهب عن مالك في «المجموعة»: أنه يقبل بالتزكية الأولى، وليس الناس سواة، فمنهم المشهورُ بالعدالة، ومنهم من يَفُوضُ منه الناس. وقال ابن كنانة: أما غير المعروف فَيُؤْتَف فيه تعديلٌ ثانٍ (1)، وأما المشهورُ بالعدالة

(1) م، ف، ج: «فيؤتف تعديله» والمثبت من المنتقى.

(1) الطلاق: 2.

(2) البقرة: 282.

(3) انظر كتاب التلخيص للجويني: 363/2 [وهو مختصر كتاب التقريب والإرشاد للباقلاني].

(4) في التفرع: 239/2.

(5) الظاهر أنه وقع خلط وتداخل في ذكر الأقوال، ونرى من المستحسن أن نورد نصَّ الباجي كما هو في المنتقى حتى يتضح الأمر بإذن الله: «... قال مُطَرِّفُ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَضْبَغُ: يَجْزَاهُ أَنْ يَقُولَ: أَرَاهُ عَدْلًا رَضِيًّا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ وَأَعْلَمَهُ عَدْلًا رَضِيًّا جَائِزَ الشَّهَادَةِ، وَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ إِذَا قَالَ: لَا أَعْلَمُهُ إِلَّا عَدْلًا رَضِيًّا. قَالَ سَحْنُونُ: وَلَا يَقْبَلُ».

(6) من هنا إلى قوله: «ذلك إلا خيرًا» مقتبس من المنتقى: 196/5.

(7) ووجه هذا القول: أَنَّ الْحَكْمَ الْأَوَّلَ بِتَعْدِيلِهِ بَاقٍ لَا يَنْقُضُهُ التَّجْرِيحُ وَالْإِرْتِيَابُ، فَلَا يَلْزَمُ تَجْدِيدَ حَكْمِ آخِرِ فِيهِ.

فالأول يجزيه حتى يُجرح بأمرٍ بين^(١).

روى ابن حبيب عن مالك ومُطَرِّف وابن المَاجِشُون: ليس عليه ائتنافه، إلا أن يغمز فيه، أو يرتاب منه، ولا يزيدُه طولُ ذلك إلا خيراً^(١).

فإذا انتهى الكلامُ إلى هذا المقام، وتَحَصَّل^(٢) ضبطُ الشهادة، فلها حالان:

الحالة الأولى: حالة التَحْمَلِ.

والثانية: حالة أداء.

1 - واختلف العلماء في التَحْمَلِ هل هو فرضٌ أو ندبٌ؟ مبيئاً على قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَا دُعُوا﴾^(٣) وقد بيئنا فيما تقدم^(٤) أنها فرضٌ على الكِفَايَةِ، ولذلك يجبُ على الإمام أن يَنْصِبَ لَهَا عُدُولاً يَرْزُقُهُمْ من بيت المال، ويتفرَّغُونَ لإحياءِ حقوقِ الله، ويتوجَّهُ إليهم الخطابُ حينئذٍ بالفريضة بإجماع.

2 - والحالة الثانية: حالة الأداء، وهي فرضٌ إجماعاً إذا وَقَعَتْ على عدلين، فإن زادوا، أَلْحَقَتْ بفروضِ الكِفَايَةِ، هذا إذا عَلِمَ بها صاحبُها، فإن لم يعلمَ والشاهدُ أنه يحتاجُ المتحاكِمَ^(٢) إلى أدائها، فإنه عليه فرضٌ أن يفعلَهُ وَيُعَلِّمَهُ بها ههنا، لحديث زيد بن خالد الذي رواه مالك^(٥)؛ أن رسولَ الله قال: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا» فإن كان الحقُّ لله، تَعَيَّنَ عَلَى الشاهدِ فَرَضاً أن يقومَ بها عند الحاكِمِ، إلا أن يكونَ من الحدودِ، والأفضل^(٣) له أن يستر على الْمُتَهْتَكِ كما تقدَّم البيان قبل.

(١) ف، ج، وفي المتن: «بأمرين».

(٢) في النسخ: «يحتاج إلى الحاكم» والمثبت من القبس 43/81 (ط. هجر).

(٣) في القبس: «فإن الأنصل».

(1) من هنا إلى آخر الفصل ورد في القبس: 3/887 - 888.

(2) البقرة: 282.

(3) في القبس: «وقد بينا في كتاب الأحكام» قلنا: وهو في الأحكام: 1/256 - 257.

(4) في الموطأ (2105) رواية يحيى.

(5) هذه المسألة مع تفصيلها مقتبسة من المتن: 5/197.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 332، ومختصر اختلاف العلماء: 3/336، والمبسوط: 16/129.

الفقه في ست مسائل :

المسألة الأولى^(١) :

أما تحمّلها فعلى ثلاثة أضرب :

أحدها : تحمّل نقلها من الأصل .

والثاني : تحمّل نقلها عن^(١) الشهود .

والثالث : تحمّل نقل حكمها عند الحاكم^(٢) .

تفصيل :

فأما الأول : فعلى ضربين :

أحدهما : أن يسمع لفظها من الذي عليه الحق بالشهادة^(٣) له وإقراره .

والثاني : أن يشهد على ما تقيّد في الكتاب .

فأما الأول : فهو أن يسمع ما يشهد^(٤) به، فإذا وعاه، جاز أن يشهد به، ويلزمه

ذلك إذا لم يقم بها غيره .

ويجوز على هذا إشهاد^(٥) الأعمى، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) في قوله^(٦) : لا يجوز ما

يسمع^(٧) في حال العمى، على ما تبيّنه في موضعه إن شاء الله .

المسألة الثانية^(٣) :

وأما إذا شهد على ما تقيّد في الكتاب، فلا يخلو أن يكون مختوماً، أو غير

(١) م، ف، ج: «على» والمثبت من المتقى .

(٢) م، ف، ج: «عن الحكم» والمثبت من المتقى .

(٣) م، ف: «بإشهاد» .

(٤) م: «يسمع فيشهد»، ف: «يسمع يشهد»، ج: «يسمع فشهد» والمثبت من المتقى .

(٥) ج: «إشهاد»، المتقى: «شهادة» .

(٦) م، ف، ج: «لقوله» والمثبت من المتقى .

(٧) في المتقى: «ما تحمّل» .

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 198/5 .

(٢) 1555/3 .

(٣) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 199/5 .

مختوم، فإن كان غير مختوم، فعندي أنه يلزمه أن يقرأ^(١) ما تقيّدت به الشهادة في آخر العقد إن كان يقرأ، أو يُقرأ له إن كان أمياً أو أعمى، لينلّم موافقة تقييدها لما شهد^(٢) به. وإن كان مختوماً ففي «المعونة»^(١) اختلاف حكاه عبد الوهاب قال: «اختلف قول مالك فيمن دفع إلى الشهود كتاباً وختّمه وأشهد الشهود وهو مطوي، فقال لهم: اشهدوا على ما فيه، هل يجوز تحمّلهم لها أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتّب كتاباً وختّمه وأشهد الشهود أنه كتابه ولم يقرأه عليهم، فعنه في ذلك روايتان: إحداهما: أن الشهادة جائزة. والرواية الثانية: أنهم لا يشهدون حتى يقرأه عليهم». وهو الصحيح عندي.

المسألة الثالثة^(٢):

وأما حال الأداء، فإن كان يؤدّي شهادة^(٣) حفظها، فحكّمه أن يكون حافظاً لها حين الأداء، إمّا لأنه استدّام حفظها، وإمّا لأنه قيّدتها في كتاب عند نفسه أو عند المشهود له. وهذا يُسمّى عقداً استزاعاً، يكتب^(٣): يَشْهَدُ مَنْ تَسَمَّى فِي هَذَا الْكِتَابِ مِنَ الشُّهَدَاءِ، أَنَّهُمْ يَعْرِفُونَ كَذَا، ثُمَّ يَكْتُبُ شَهَادَتَهُ وَيَسْلَمُ الْعَقْدَ إِلَيْهِ^(٤). فإن احتاج إليه ودعاه، لزمه أن ينظره، فإن كان ذاكراً لجميعه، أذاها على عمومها، وإن ذكر بعضهما، شهد بما ذكر، وإن لم يذكر شيئاً فلا يشهد.

المسألة الرابعة^(٥):

وأما «تحمّل نقلها» فيه فصلان: أحدهما: في نقلها عن مُعيّنين. والثاني: في نقلها عن غير مُعيّنين.

فأما الأول: فيجب أن يكون ممن ينقل عنه، متيقناً لما أشهد به، فإن شك فيه أو نسيه لم يصح نقلها عنه، قاله مالك في «المجموعة».

(١) م، ج: «أن يطرقه» وهي ساقطة من: ف، والمثبت من المتقى.

(٢) ف: «يشهد».

(٣) م، ف، ج: «شهادته» والمثبت من المتقى.

.....

(١) أي صفته عند أصحاب الوثائق أن يكتب.

(٢) أي إلى المشهود له.

(٣) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 200/5 - 201.

(٤) الظاهر - والله أعلم - أنه سقطت هاهنا عبارة بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، والعبارة كما في المتقى: «... أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك. ووجه ذلك: أن المخبر قد ترك التحرز

وأما لو سمعه ينصها، لم يَجُزْ أن ينقلها عنه⁽¹⁾، كأدائها إلى الحاكم، ولو سمعه الحاكم ينصها ولم يؤدّها عنده، لم يكن له العمل بها، فكذلك الناقل لها عنه. ولو سَمِعَهُ يُشْهَدُ عليها غيره، ولم يشهد، فقد قال مالك: لا يشهد على شهادته وإن احتج إليه، بخلاف المقرّ على نفسه.

المسألة الخامسة⁽²⁾:

قال علماؤنا⁽³⁾: وما يتصل بالشهادة بالشهادة على الخط⁽⁴⁾، فالمشهور من قول مالك: أنه لا تجوز الشهادة على خطّه، رواه محمد⁽⁵⁾ واختاره. ورَوَى ابنُ القاسم وابنُ وهب عنه⁽⁶⁾ في «العُشْبِيَّةِ»⁽⁷⁾ و«الموازية» الجواز، ولا يجزىء فيها أقلّ من شاهدين يحلف الطالب ويستحقّ حقّه، قاله سحنون. وقال أَصْبَغُ⁽⁸⁾: الشهادة على خطّ الشاهد الغائب أو الميّت قويّة في الحكم بها⁽¹⁾.

واحتج محمد لل منع: بأنّ الشهادة على خطّه بمنزلة أن يسمعه ينصها، وذلك لا يُسَوِّغُ نقلها عنه. فإذا قلنا بجوازها، فقد قال مُطَرِّفُ وابنُ المَاجِسُونِ⁽⁹⁾: إنها تجوز في الأموال

(1) في النسخ: «به» والمثبت من المتقى ومتخب الأحكام.

- والاستيعاب للشهادة، والمؤدّي للشهادة يتحرّز فيها ويؤدّيها أداء يقتضي العمل بها، وأداء الشاهد شهادته إلى من ينقلها عنه...»
- (1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 201/5 - 202.
- (2) المقصود هو الإمام الباجي.
- (3) أي خطّ الشاهد.
- (4) نصّ عليه ابن أبي زمنين في متخب الأحكام: 144/1 - 145.
- (5) أي عن الإمام مالك.
- (6) 166/10 - 168 في نوازل مثل عنها سحنون، من كتاب الشهادات.
- (7) أورد هذا القول ابن أبي زمنين في متخب الأحكام: 144/1 نقلاً عن ابن حبيب.
- (8) أورد نحو قولهما ابن أبي زمنين في متخب الأحكام: 144/1 نقلاً عن ابن المواز الذي نقل بدوره عن كتاب ابن حبيب.
- (9) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 202/5.
- (10) في التفرع: 247/2.

خاصة، حيث يجوز اليمينُ مع الشاهد، وقاله أصبغ.

وروجه ذلك: أنها شهادة ناقصةٌ مختلف في صحتها كاليمين مع الشاهد.

المسألة السادسة⁽¹⁾:

وأما الشهادة على خطِّ المقرِّ، فقد قال محمد: لم يختلف⁽¹⁾ قول مالك فيها،

وقال: هي بمنزلة أن يسمعه يُقرِّ، فتصحُّ شهادته عليه وإن لم يَأْذَن في ذلك.

وقال ابنُ الجلاب⁽²⁾: «فيها روايتان الجواز والمنع».

فوجهُ المنع: ما قاله ابنُ عبد الحَكَم: لا أرى أن يقضى بها، لِمَا أحدثَ الناسُ من

الضربِ على الخطوط، ومذهب مالك أنه لا تجوزُ.

فإذا قلنا بجوازها، فهل يلزمه اليمين معها أم لا؟ قال ابنُ الجلاب⁽³⁾: «فيها

روايتان: إحداهما: يحكم له بها وباليمين. والثانية: لا يحكم له بذلك».

المسألة السابعة⁽⁴⁾:

وأما نقلها عن غير معيَّنين، وهي الشهادة على السَّماع، فهي جائزة عند مالك،

وهي مختصةٌ بما تقادم تقادمًا يبيد فيه الشهود وتُنسى فيه الشهادات⁽⁵⁾. وقال: عبد

الوهاب⁽⁵⁾: «تختصُّ بما لا يتغير حاله ولا يتقل⁽³⁾ ملكه، كالموت والنسب والوقف»⁽⁶⁾.

فأما «الموت» فإنه يشهد فيه على السَّماع فيما بُعد من البلاد، وأما ما قرَّب فلا.

(1) م، ف، ج: «... محمد اختلف» والمثبت من المتقى.

(2) م، ف، ج: «بما تقادم وما يفيد فيها الشهود ولتبين الشهادات» وهي عبارة مصخفة، والمثبت من المتقى.

(3) م، ف، ج: «ولا ينقل» والمثبت من المعونة والمتقى.

.....

(1) في الترمذ: 247/2.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 202/5.

(3) في المعونة: 1554/3.

(4) أي الوقف المحرَّم كما في المعونة والمتقى.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 202/5 - 203.

(6) قوله: «اختلف...» هو من قول ابن المراز. كما نصَّ على ذلك الباجي.

مسألة (1):

وأما «النسب والولاء» فقد اختلف⁽²⁾ قول مالك في شهادة السماع في الولاء والنسب، فأكثر قوله وقول⁽¹⁾ ابن القاسم: يقضى له فيها⁽³⁾. مثل⁽⁴⁾ أن يقول: أشهد أن نافعا مولى ابن عمر، يريد: إذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم، فيشهد على علمه ولا يضيف شهادته إلى السماع، وفي آخر المسألة قيل لابن القاسم: أفنشهد أنك ابن القاسم ولا نعرف أباك⁽⁵⁾ إلا بالسماع؟ قال: نعم: يقطع بها، ويثبت بها النسب. ولأن الشهادة على السماع غير الشهادة على العالم بالخبر المتواتر، لأن هذا فلان ابن فلان⁽⁶⁾.

المسألة الثامنة⁽⁷⁾:

قال الإمام: أما شهادة السماع، فإنها معلومة، وهي على ضربين: خاصة فيما سمعه وتشاهده.

وعامة فيما سمعه ولا تشاهده.

وقد اختلف العلماء في هذا القسم من^(٧) شهادة السماع اختلافا كثيرا، بيّناه في

(١) م، ف، ج: «وقال» ولعل الصواب الذي يناسب السياق ما أثبتنا.

(٢) م، ف، ج: «في» والمثبت من القيس.

.....

(١) أي يقضي له بالولاء والنسب.

(٢) الظاهر أن جملة سقطت لا يستقيم الكلام بدونها، ونرى من المستحسن إثباتها، وهي: «وفي التثنية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم: يقضي له بالميراث ولا يجز بذلك ولاء ولا يثبت له نسب، إلا أن يكون أمر انتشر، مثل...».

(٣) تمة العبارة كما في المتقى: «ولا أنك ابنه».

(٤) هذه العبارة الأخيرة وردت في الأصل المنقول عنه ضمن كلام طويل، ونظرا لغموضه نرى من المستحسن إيراد كلام الباجي كما هو في المتقى: «قال القاضي أبو محمد في معونه [1554/3]: إن الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر، ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد في السماع من عدد غير محصور؛ لأنه قال: يقول الشاهد في أداء الشهادة لم أزل أسمع أن فلان بن فلان، غير أنه لم يشترط أهل العدل فيمن سمع منهم، فلم تختص المسألة على مذاهب شيوخنا، والله أعلم».

(٥) انظرها في القيس: 3/ 889 - 890.

(٦) يقول المؤلف في القيس: «وقال سحنون فيها: لا تجوز، قال علماؤنا: وذلك إذا لم يدرك زمان المجز والمعدّل فإن أدرك زمانه لم يقع ذلك إلا على العلم».

(٧) أي قول عمر بن الخطاب بلاغا في الموطأ (2107) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب

«مسائل الخلاف» وما توسّع فيها أحد من العلماء كتوسيعه^(١) المالكية، وقد جمعناها على آرائهم، فالفيناها كثيرة، الحاضر الآن في الخاطر خمسة وعشرون حُكْمًا:

- 1 - الأحياس .
- 2 - الملك المتقادم .
- 3 - الولاية .
- 4 - النسب .
- 5 - الموت .
- 6 - الولاية .
- 7 - العزلة .
- 8 - الجرحه^(١) .
- 9 - الصدقة .
- 10 - الهبة .
- 11 - الإسلام .
- 12 - الكفر .
- 13 - الحمل .
- 14 - الولادة .
- 15 - الترشيد .
- 16 - التسمية .
- 17 - البيع في حال الرضاغ .
- 18 - النكاح^(٢) .
- 19 - الطلاق .
- 20 - الضرر .

(١) م : «أكثر سعة»، في القبس : «توسع» .

(٢) «النكاح» زيادة من القبس .

(2933)، وابن بكير عند البيهقي : 166 / 10 .

(1) أخرجه الترمذي (2298) وقال : «هذا حديث غريب... ولا نعرف معنى هذا الحديث، ولا يصح

21 - الوَصَايَا .

22 - إِبَاقُ الْعَبْدُ .

23 - الْحُرِّيَّةُ .

24 - الْجِرَابَةُ .

25 - *وزاد بعضهم: البُتُوَّةُ والأُخُوَّةُ*^(١) . وقد مهدنا ذلك تأصيلاً وتفصيلاً وتفريعاً

في «كتب المسائل» فهذه كلها تجوزُ شهادة السَّماعِ فيها إن شاء الله .

حديث: قوله^(١): «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَضَمٍ وَلَا ظَنِينٍ» رُوِيَ عن يزيد بن سنان عن

عروة عن عائشة ترفعه قالت: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا ذِي غِمْرِ عَلَى أُخِيهِ،

وَلَا ظَنِينٍ فِي وَلَايَةٍ وَلَا قَرَابَةٍ، وَلَا الْقَانِعِ مَعَ أَهْلِ الْبَيْتِ لَهُمْ»^(٢) وأصحها حديث عمر

البلاغ في «الموطأ» قوله: «وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَضَمٍ وَلَا ظَنِينٍ» .

الإسناد:

قال الإمام: قد بينا أن حديث عُمر بلاغٌ، ولكنه صحيحٌ مُسنَدٌ من طُرُقٍ^(٣) .

العربية في خَمسةِ أَلْفاظٍ:

الأول: قوله: «خَضَمٌ» يقالُ بفتح الخاء وكسرهما، فإذا كان بالفتح، فهو أحد

الْخَصْمِينَ، ويقال ذلك للثنتين والجمع^(٤)، قال الله تعالى: «وَهَلْ أُنْتَكَبُ نَبْؤًا الْخَصْمِ إِذْ

(١) ما بين النجمتين زيادة من القيس .

(٢) م، ف، ج: «الجميع» ولعل الصواب ما أثبتناه .

.....

عندي من قبل إسناده» والطحاوي في شرح مشكل الآثار (4866)، وابن حبان في المجروحين: 3/

100، وابن عدي في الكامل: 259/7، والدارقطني: 244/4، والبيهقي: 155/10، والبغوي

(2510)، كما رواه ابن الجوزي في العلل: 759/2 وضعفه، ونقل ابن أبي حاتم في علله: 476/1

عن أبي زرعة أنه قال: «هذا حديث منكر» وقال ابن حزم في المحلى: 416/9 «لا يصح» وانظر

نصب الراية: 83/4 .

(1) انظر الاستذكار: 29/22 .

(2) سورة ص: 21، وانظر أحكام القرآن: 1630/4 .

(3) هذا السطر والذي يليه قاله ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 104 [7/2] .

(4) يقول البوني في تفسير الموطأ: 100/أ «في هذا الحديث من الفقه: أن الناس كانوا في أول الإسلام

سَرَّوًا الْمِعْرَابَ ﴿ الآية (1) ، وإذا كان بالكسر فهو بممعنى الخِصَامِ والمجادلة .

اللفظ الثاني: قوله: «وَلَا ظَنِّينَ»: وهذا (2) يدخل (1) في وجوه شتى:

منها: الظنُّينُ في حالةٍ بغير الصِّلاح .

وقيل: هو الَّذي يُتَّهَمُ في الدِّعَاوى، مثل أن يدعى إلى غير أبيه، أو المتوالي إلى

غير واليه، وقد يكون الَّذي يُتَّهَمُ في شهادته لقربته كالوالد للولد (3) .

وقيل (4): هو الْمُتَّهَمُ في دينه .

اللفظ الثالث: قوله في الحديث الثاني: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا ذِي

غَيْرِ عَلَى أَخِيهِ» .

أما قوله: «خَائِنٍ» فَإِنَّ الخِيَانَةَ تدخل في أشياء كثيرة سوى الخيانة في المال، منها

أن يُؤْمَنَ عَلَى فَرْجٍ فلا يؤدي فيه الأمانة، وكذلك إن استودع سراً .

ومنه أيضاً قوله: «إِنَّمَا تُجَالَسُونَ بِالْأَمَانَةِ» (5) .

اللفظ الرابع: أما قوله: «وَلَا ذِي غَيْرِ عَلَى أَخِيهِ» فَإِنَّ الغِمْرَةَ الشَّحْنَاءُ وَالْعَدَاوَةَ،

فإذا كان هذا، فللرجل أن يُوَكَّلَ الخِصْمَ للكلام، وهذا هو الَّذي لا تجوز شهادته لأجل

مُخَاصَمَتِهِ .

اللفظ الخامس: قوله: «وَلَا الْقَانِعِ مِنْ أَهْلِ النَّيِّبِ لَهُمْ» فإنه الرَّجُلُ يكون مع الرَّجُلِ

كالجارٍ لهم، والقانع يطلب فضله .

قال الإمام: ويرتّب على هذا الحديث من الفقه إحدى وعشرون مسألة:

(1) ف: «يدل» .

على العدالة، حتى كَثُرَ من دخل في الإسلام من أصناف أهل الأديان . فبدت منهم شهادة الزور، فحكم عمر أن يكون الناس على الاستخبار، وحيث قال: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين .

(1) قاله البوني في تفسيره في الموضع السابق .

(2) رواه ابن سعد في الطبقات: 370/5، والعقيلي في الضعفاء: 169/1، 340/4، والقضاعي في مستند الشهاب (1021) من حديث ابن عباس مطوّلاً .

(3) في المدونة: 80/4 في شهادة ذوي القرابة بعضهم لبعض .

(4) في الأم: 357/13 (ط . قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 165/17 .

(5) انظر مختصر الطحاوي: 335 .

(6) انظر المغني: 181/14 .

المسألة الأولى: فيمن تجوز شهادته ومن لا تجوز

وشهادة الوالد لولده والوالد لوالده، قال جماعة: تبطل شهادة بعضهم لبعض، وأبطل ذلك مالك⁽¹⁾، والشافعي⁽²⁾، والتخمي، وأبو حنيفة⁽³⁾، وأحمد⁽⁴⁾، وسفيان الثوري.

وأجازت طائفة شهادة الوالد للولد، والوالد للوالد، بظاهر قوله تعالى: ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنْ أَلْسِنَتِهِمْ﴾⁽⁵⁾ وهو مذهب عمر بن الخطاب، وعمر بن عبد العزيز، وإسحاق، وأبي ثور.

وأجاز إياس بن معاوية شهادة الرجل لابنه.

وذكر الزمري قوله⁽⁶⁾: ﴿يَكْفُرُ بِاللَّيْلِ مَا مَنُوا كُفْرًا قَوِيًّا لِلَّهِ شَهَادَةٌ بِالْقَسْطِ﴾ الآية⁽⁷⁾، والصحيح من المذهب أنه لا يجوز ذلك لواحد منهم⁽⁸⁾.

المسألة الثانية: شهادة الإخوة والأخوات والقربان بعضهم لبعض

فقال مالك: لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب، وتجاوز في الحقوق⁽⁹⁾.

وأجمع عوام أهل العلم أن شهادة الأخ لأخيه جائزة إذا كان عدلاً.

وقال أصحاب الرأي: شهادة العم والخال جائزة، وكذلك شهادة الرجل لأبيه وابنه من الرضاة.

فأما مالك فقال: لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب.

- (1) البقرة: 282، وانظر أحكام القرآن: 1/254.
- (2) بمعنى أنه كان يتأول الآية الكريمة ليجيز شهادة الوالد لولده، وأخرج قوله الطبري في تفسيره: 5/322.
- (3) المائدة: 8، وانظر أحكام القرآن: 2/585.
- (4) وهو الذي نصره في الأحكام: 1/507 حيث قال: «والمختار عندي أن أصل الشريعة لا تجوز شهادة الوالد للولد ولا الولد للوالد لما بينهما من البغضة».
- (5) انظر المدونة: 80/4 - 81 في شهادة الصديق والأخ والشريك.
- (6) انظر الحاروي الكبير: 17/166.
- (7) في المدونة: 80/4 في شهادة ذوي القربان بعضهم لبعض.
- (8) المشهور عن الشافعي أنه يقول بالجواز، وهو الذي نص عليه المؤلف سابقاً.
- (9) انظر المغني لابن قدامة: 14/183.

المسألة الثالثة: شهادة الزوج لزوجته والمرأة لزوجها

اختلف العلماء في شهادة الزوجين كل واحد منهما لصاحبه، فأجاز ذلك الحسن البصري، والشافعي⁽¹⁾، وأبو ثور.

وأجاز شريح شهادة زوج وأب.

وقال مالك⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾ وأحمد⁽⁴⁾ وإسحاق: لا تجوز شهادة واحد منهما لصاحبه. وهو الصحيح عندي، لقوله: ﴿يَمَن رَّضَوْنَ مِنَّا الشُّهَدَاءُ﴾⁽⁵⁾.

المسألة الرابعة: في شهادة الشريك لشريكه

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة، فقال قوم: لا تجوز شهادة الشريك لشريكه، وهذا قول الشافعي⁽⁶⁾ وأحمد⁽⁷⁾ والنعمان⁽⁸⁾.

قال الإمام: أما ما كان من حال الحدود والقصاص والنكاح؛ فإن هذا ليس من التجارة ولا المشاركة في شيء، وإنما يبعد تجويزها فيما قد اشتبكا فيه، أو فيما هما فيه شريكان، والله أعلم.

المسألة الخامسة: في شهادة البدوي على القروي

وقد ثبت الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا تُجَوِّزُ شَهَادَةُ قَرَوِيٍّ عَلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ»⁽⁹⁾.

.....

(1) البقرة: 282.

(2) انظر فتاوى ابن الصلاح: 509/2.

(3) انظر المغني: 178/14.

(4) انظر المبسوط: 83/28، والهداية شرح البداية: 123/3.

(5) أخرجه أبو داود (3602 م)، وابن ماجه (2367)، والدارقطني (58)، والحاكم: 111/4 [ط. عطا]، والبيهقي: 250/10.

(6) البقرة: 282.

(7) انظر الحاوي الكبير: 213/17.

(8) انظر مختصر اختلاف العلماء: 338/3.

(9) البقرة: 282.

واختلفوا في شهادة البدوي على الحَضْرِي أو على القروي.

فقال طائفة: شهادته جائزة إذا كان عدلاً على ظاهر قوله تعالى: ﴿يَمَن رَّضَوْنَ مِن الشُّهَدَاءِ﴾ الآية⁽¹⁾، هذا قول ابن سيرين والشافعي⁽²⁾ وأبي ثور، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه⁽³⁾ إذا كان عدلاً بظاهر الآية.

المسألة السادسة: في شهادة ولد الزنا

وهي مسألة اختلف العلماء فيها، فقالت طائفة: يجب قبولها إذا كان عدلاً على ظاهر قوله: ﴿يَمَن رَّضَوْنَ مِن الشُّهَدَاءِ﴾ الآية⁽⁴⁾، هذا قول عطاء بن أبي رباح⁽⁵⁾، والحسن، والشعبي⁽⁶⁾، والزهرري، والشافعي⁽⁷⁾، وأحمد⁽⁸⁾، وإسحاق، وأبي حنيفة وأصحابه⁽⁹⁾، وأبي عبيد.

قال الإمام: وكذلك⁽¹⁾ نقول بالجواز إذا كان عدلاً.

وقالت طائفة: لا تجوز شهادته، كذلك قال نافع مؤلى ابن عمر، وبه قال الليث في الشهادة في الزنا إذا كانوا أربعة: أحدهم ولد زناً، قال: تُرَدُّ شهادتهم ولا حدٌ عليهم.

وقال مالك في ولد الزنا: إنه في شهادته بمنزلة رجل من المسلمين، ولا تجوز شهادته في الزنا خاصة⁽¹⁰⁾.

(١) م، ج: «ويذلك».

(1) أخرجه عبد الرزاق (15381).

(2) أخرجه عبد الرزاق (15382).

(3) انظر الحاوي الكبير: 210/17.

(4) انظر المغني: 187/14.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 337، ومختصر اختلاف العلماء: 378/3.

(6) انظر المعونة: 1534/3، ومواهب الجليل: 161/6.

(7) البقرة: 282.

(8) رواه ابن أبي شيبة (20285).

(9) روى ابن أبي شيبة (20282) عن أنس أنه أجاز شهادة العبيد، وانظر اختلاف العلماء للمروزي: 383.

(10) انظر الحاوي الكبير: 213/17.

المسألة السابعة: في شهادة العبد

فقال طائفة: شهادته كشهادة الحر إذا كان رضى، لدخوله في جملة قوله: ﴿وَيَمَّنَ رَضُونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ الآية⁽¹⁾، ورؤي هذا القول عن علي⁽²⁾، وبه قال أنس بن مالك وقال: ما علمت أن أحدا رد شهادة العبد⁽³⁾.

وقال الشافعي⁽⁴⁾: تجوز شهادته في الشيء اليسير، وقد تقدم الكلام عليه أن من شروطه الحرية.

المسألة الثامنة: في شهادة الأعمى

وهي مسألة خلافية جداً! فقال مالك⁽⁵⁾ وجماعة منهم الزهري⁽⁶⁾، والشعبي⁽⁷⁾: إن شهادته جائزة.

وقال الشافعي⁽⁸⁾: لا تجوز.

والعارضة فيها أن نقول⁽⁹⁾: إذا ثبت أن الشهادة تقف على العلم؛ فإن الله تعالى جعل الحواس⁽¹⁰⁾ طريقاً إليه. فأما البصر فهو أخو البصيرة، يكشف جُملاً من المشاهدات، ويُلقِي إلى القلب⁽¹¹⁾ فنوناً من المعلومات بواسطة الألوان، ويعضد⁽¹²⁾ السمع

(1) «الحواس» زيادة من القبس.

(2) «إلى القلب» زيادة من القبس.

(3) في النسخ: «يعضده» والمثبت من القبس.

.....

(1) انظر التزريع: 236/2، والمعونة: 1557/3.

(2) رواه عنه عبد الرزاق (15374)، وابن أبي شيبة (20956).

(3) رواه عنه عبد الرزاق (15376).

(4) في الأم: 355/13 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 39/17.

(5) من هنا إلى آخر المسألة ورد بالقبس: 888/3 - 889.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 332، ومختصر اختلاف العلماء: 336/3، والمبسوط: 129/16.

(7) انظر الأم: 518/13 (ط. قتيبة).

(8) رواه مالك في الموطأ (194) رواية يحيى.

(9) حكاه عنه الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء: 344/3، وابن حزم في المحلى: 418/9.

(10) انظر مختصر اختلاف العلماء: 344/3، والمبسوط: 148/16.

كما يعضده، وَيَسْتَرْفِدُ^(١) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَاهُ فَيُرْفِدُهُ، فَإِنْ عُدِمَ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ كَانَ الْمَعْدُومُ هُوَ السَّمْعُ، فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ الشَّهَادَةِ^(٢) بِمَا يُلْقِيهِ الْبَصْرُ. فَإِنْ عُدِمَ الْبَصْرُ؛ فَإِنَّ النَّاسَ قَدْ اختلفوا فِي شَهَادَةِ مَا يُلْقِيهِ السَّمْعُ؛ فَجَمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ شَهَادَةَ الْأَعْمَى جَائِزَةٌ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٣) وَالشَّافِعِيُّ^(٤): لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى لِاشْتِبَاهِ الْأَصْوَاتِ وَوُجُودِ الْمُحَاكَاةِ^(٥) الَّتِي يَغْسُرُ^(٦) الْفِصْلُ فِيهَا إِلَّا عَلَى مَنْ عَايَنَ^(٧) الْمُحَاكِمِيَّ وَالْمُحَاكِمِيَّ، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ عَسِيرَةٌ جَدًّا تَهَاوَنَ الْعُلَمَاءُ بِهَا، وَهِيَ مَعْضَلَةٌ، وَقَدْ بَيَّنَّاها فِي «مَسَائِلِ الْخِلَافِ» وَاعْتَصَدَ^(٨) الْعُلَمَاءُ الْقَدَمَاءُ وَالْمُحَدِّثُونَ^(٩) بِقَوْلِ النَّبِيِّ: «فَكُلُّوا^(١٠) وَأَشْرَبُوا حَتَّى يُتَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ»^(١١) فَرَبَطَ النَّبِيُّ ﷺ الْجِلَّ وَالْحِرْمَةَ بِسَمَاعِ الصُّوْتِ الْمَغْهُودِ، وَفَرَّقَ عُلَمَاءُ الْحَنْفِيَّةِ بَيْنَهُمَا بِفَرْقٍ عَظِيمٍ، وَهُوَ أَنَّ الْأَذَانَ لَيْسَ بِمَوْضِعٍ لِلتَّلْبِيسِ^(١٢) وَالْحِجَلَةَ، وَالشَّهَادَةَ مَعْدِنٌ ذَلِكَ. وَقَالَ عُلَمَاؤُنَا: الْمُحَاكَاةُ الَّتِي يَغْسُرُ^(١٣) الْفَرْقُ فِيهَا، إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْكَلِمَةِ وَالْكَلِمَتَيْنِ، وَأَمَّا سَرْدُ الْقَوْلِ، فَلَا يَكَادُ يَخْفَى الْفَرْقُ بَيْنَ التَّحْكِيمِ وَالْحَقِيقَةِ، وَلِذَلِكَ يُقَالُ لِلْأَعْمَى: لَا تَقْنَعْ فِي تَحْمِيلِ الشَّهَادَةِ بِقَوْلٍ: نَعَمْ، حَتَّى تُوصَفَ^(١٤) الْمَسْأَلَةُ بِأَنْ يَقُولَ: بَايَعْتُ، وَتَكَحُّتَ^(١٥)، فَحَيْثُ يَرْتَفِعُ اللَّبْسُ وَيُظْهَرُ الْفَرْقُ.

(١) ج، م: «ويشرك»، ف: «ويستزيد»، والمثبت من القيس.

(٢) م: «الشهادات».

(٣) م، ج: «المحكّمات»، ف: «المحكّمات» والمثبت من القيس.

(٤) م، ف، ج: «يتغير» والمثبت من القيس.

(٥) «من عاين» زيادة من القيس.

(٦) م، ف، ج: «اعتمد»، وفي القيس: «واعترض» ولعلّ الصواب ما أثبتنا.

(٧) في القيس: «العلماء من الفقهاء والمحدثين».

(٨) م، ف: «وكلوا»، ج: «كلوا» والمثبت من القيس والموطأ.

(٩) م، ف: «للتلبيس».

(١٠) م، ف، ج: «يتغير» والمثبت من القيس.

(١١) في القيس: «يُصَف».

(١٢) م: «ودافعت»، ج: «وربحت» وهي ساقطة من: م، والمثبت من القيس.

(1) قاله مالك في المدونة: 79/4 في شهادة الأجير.

(2) انظر الحارثي الكبير: 162/17.

(3) انظر المدونة: 80/4 - 81 في شهادة الصديق والأخ والشريك، والمعونة: 1532/3.

المسألة التاسعة: في شهادة الأجير والصديق والوكيل

قال جماعة: لا تجوز شهادة الأجير إذا استأجره، وبه قال الأوزاعي⁽¹⁾ وأصحاب الرأي⁽²⁾.

وقال الإمام: لا تجوز شهادة الأجير لمن استأجره⁽³⁾ فيما يتولى قبضه الأجير⁽¹⁾، وشهادته جائزة له فيما لا يتولاه الأجير ولا يلي قبضه، وهذا يشبه مذهب الشافعي، وشهادة الوكيل للذي⁽²⁾ وكُلّه بمنزلة شهادة الأجير.

وأما شهادة الصديق لصديقه فذلك جائز في قول الشافعي⁽⁴⁾.

وقال⁽³⁾ مالك وأبو ثور: إن شهادة الرجل الملاطف⁽⁴⁾ بصنعة ويعطف⁽⁵⁾ لا أرى شهادته جائزة، وإذا كان لا يناله⁽⁶⁾ معروفه فأرى شهادته جائزة⁽⁵⁾.

المسألة العاشرة: في شهادة الأخرس

اختلف العلماء فيها: فكان مالك يقول: إذا كانت شهادته تفهم فشهادته جائزة، وطلاقه يجوز إذا كتبه بيده⁽⁶⁾، وذكر المُرزئي أن هذا قياس على قول الشافعي⁽⁷⁾.

(1) م، ف، ج: «الاجير» ولعل الصواب ما أثبتنا.

(2) ف: «الذي».

(3) «وقال» زيادة يقتضيها السياق.

(4) م، ف، ج: «المصاب له» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) م، ج: «وتعطف».

(6) م: «لا يسأله»، ج: «لا يسلمه».

(1) انظر الضريع: 236/2، والمعونة: 1558/3.

(2) انظر المهذب للشيرازي: 324/2 (ط. الفكر).

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 369/3، والمبسوط: 30/16.

(4) أخرجه البخاري (688)، ومسلم (412) من حديث عائشة.

(5) هو الكثير الخليف.

(6) وهو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه، لسمع إقراره ولا يعلم به.

(7) وهي الرواية الصحيحة في مذهب أحمد، انظر المغني: 211/14.

وقال أصحاب الرأي⁽¹⁾: لا تجوز شهادته حتى يتكلم.

قال الإمام: شهادته جائزة إذا كانت تُفهم بالإشارة استدلالاً؛ لأن النبي ﷺ صلى وهو جالس ومم قيام، فأشار إليهم أن اجلسوا⁽²⁾، ففهموا عنه إشارته.

المسألة الحادية عشرة: في شهادة الأهل⁽³⁾

وقد اختلف العلماء فيها. فرؤينا عن عليّ وابن عباس أنهما قالوا: لا تجوز شهادته. قال الإمام: ولا يصح ذلك عن⁽⁴⁾ أحد منهما.

وقال الحسن البصري: شهادته وصلاته مقبولة.

المسألة الثانية عشرة: في شهادة المختفي⁽⁴⁾

فقال قوم بتجوز ذلك⁽⁵⁾، ومنع منه قوم، وقد تقدّم بيانها.

المسألة الثالثة عشرة: في شهادة أهل الأهواء

واختلف العلماء في قبولها؛ فرأت طائفة ردّ شهادتهم، وممن رأى ذلك أحمد⁽⁶⁾، وإسحاق، وأبو ثور، وردّ شريك شهادة يعقوب، فليل له في ذلك، فقال: أربعة لا تجوز شهادتهم: رجل يزعم أن له في الأرض إماماً مفترض طاعته، وخارجي يزعم أن الدنيا دار حرب، وقدري يرى أن المشيئة إليه، ومرجيء⁽⁷⁾.

وقال أحمد: لا يعجبني شهادة الجهمية والزافضة والقدرية⁽⁸⁾.

وقال مالك: لا تجوز شهادة القدرية.

(1) ف، ج: «على» وهي ساقطة من: م، ولعلّ الصواب ما أثبتنا.

.....

(1) انظر المغني: 168/10 (ط. الفكر).

(2) أورده ابن قدامة في المصدر السابق.

(3) أورده ابن قدامة في المصدر السابق.

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 334/3.

(5) في الأم: 34/13 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 186/17.

(6) في الأم: 205/6 (ط. النجار).

(7) أخرجه الترمذي (2844)، وأبو يعلى (5104)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: 297/4 من حديث

عبد الله بن مسعود.

وأجاز قومٌ شهادة أهل الأهواء إذا لم يستحلّ الشاهد منهم شهادة الزور، وهذا قول ابن⁽¹⁾ أبي ليلى⁽¹⁾ وسفيان الثوري والشافعي⁽²⁾.

وقال الشافعي⁽³⁾ أيضاً: لا تردّ شهادة من أخذ بشيء من التأويل.

المسألة الزابعة عشرة: في شهادة الشعراء

وللعلماء في هذه المسألة أقوال:

أجازها قومٌ؛ لأنّ كلام الشعراء حِكْمَةٌ ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ مِنَ الشُّعْرِ لِحِكْمَةٌ»⁽⁴⁾. فدلّ قوله على هذا أنّ من تكلم بالحكمة وقالها قيلت شهادته.

وقال الشافعي⁽⁵⁾: «الشعرُ كلامٌ حسنه كحسن الكلام، وقبيحه كقبيح الكلام، فمن كان من الشعراء لا يُعرَفُ بنقص⁽²⁾ المسلمين ولا يتعرّض للكذب لم تردّ شهادته». وعلى هذا المذهب، وأما إذا تعدّى⁽³⁾ في القول ويُعرَفُ بهنجريّ الناس، لم تُقبَلْ شهادته، ويؤدّب إذا تعرّض لذلك.

المسألة الخامسة عشرة: في شهادة اللاعب بالشطرنج والتزرد

قال مالك⁽⁶⁾: «أما من أذمّن اللّعب به، أرى شهادته ضلالة؛ لآته من الضلال، قال الله تعالى: ﴿فَمَاذَا بَدَأَ الْحَيُّ إِلَّا الْفُتُلُ﴾»⁽⁷⁾.

(1) «ابن» زيادة لا بد منها.

(2) ف: «ينقص»، م: «يبعض».

(3) ج: «تعرض».

كما أخرج من طرق عن أبي بن كعب وابن عباس.

(1) في الأم: 40/13 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 202/17.

(2) انظر المدونة: 79/4 في شهادة اللاعب بالشطرنج والتزرد.

(3) يونس: 32.

(4) في الأم: 42/13 (ط. قتيبة).

(5) رواه مالك في الموطأ (2752) رواية يحيى.

(6) في المتقى: 193/5.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 193/5.

(8) وذلك كمن يترك واجباً كترك الصلاة والضيام حتى يخرج الوقت المشروع.

10 * شرح موطأ مالك 6

وقال الشافعي⁽¹⁾: «لا نُحِبُّ اللَّعِبَ بِالشُّطْرَنْجِ وَهُوَ⁽¹⁾ أَحْفَى مِنَ النَّزْدِ»، ومن لعب بشيء من هذا على الاستحلال وَعَقَلَ به عن الصلاة لم تُقْبَلْ شهادته، وقد رَوَيْنَا فِي ذَلِكَ حَدِيثًا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ لَعِبَ بِالنَّزْدِ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»⁽²⁾.

المسألة السادسة عشرة:

واختلف العلماء في شهادة القراء بالألحان، وأحب إليّ ألا تجوز، وقد قال أبو الوليد⁽³⁾: «لا تقبل شهادة القراء بعضهم لبعض فإنهم يتحاسدون فهم كالضرائر».

المسألة السابعة عشرة⁽⁴⁾: في شهادة البخيل الذي ذمّه الله ورسوله

فقيل: هو الذي لا يؤدي زكاة ماله. ومن أذاها فليس ببخيل ولا تردّ شهادته.

وقال بعض أصحابنا: تردّ شهادته لأنه ساقط المروءة، وذلك يمنع من قبول الشهادة.

وكذلك ما كان من العبادات على الفور⁽⁵⁾، وأما ما كان على التراخي فإنه⁽²⁾ لا

تبطل شهادته حتى يترك ذلك مدة يغلب على الظن التهاون بها مع⁽³⁾ تمكّنه⁽⁴⁾ من أدائها.

المسألة الثامنة عشرة: في شهادة المولى عليه⁽⁶⁾ إن كان عدلاً

فشهادته جائزة⁽⁷⁾، وكان الحسن والشافعي يقولان في قوله: «إِنَّمَا أَكْتَمْتُمْ مِنْهُمْ

رُشْدًا» الآية⁽⁸⁾ قالوا⁽⁵⁾: صلاحًا لدينه وحفظًا لماله⁽⁹⁾.

(1) في النسخ: «وهي» والمثبت من الأئم للشافعي.

(2) في المتقى: «فإنها».

(3) م، ف، ج: «وذلك» والمثبت من المتقى.

(4) ف: «لتمكينه».

(5) م، ف، ج: «قال» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(1) أي لمولاه.

(2) قاله مالك في المدونة: 79/4 في شهادة المولى لمولاه.

(3) النساء: 6.

(4) وقول الحسن رواه الطبري في تفسيره: 252/4، وانظر أحكام القرآن: 322/1.

(5) انظر المعونة: 3/1525.

(6) انظر المهذب للشيرازي: 324/2 (ط. الفكر).

(7) انظر المسبوط: 131/16.

(8) انظر الأئم: 46/13 (ط. قتيبة).

(9) انظر المعونة: 3/1535.

المسألة التاسعة عشرة: في شهادة المجنون

أجمع أهل العلم أن شهادته جائزة إذا أفاق من جنونه وعقل، وهو مذهب مالك⁽¹⁾ والشافعي⁽²⁾.

المسألة الموقى عشرين: في شهادة اللاعب بالحمام

فكان شريح لا يجيز شهادته.

وقال أصحاب الرأي⁽³⁾: لا تجوز شهادة اللاعب بالحمام، ولا الذي يطيرهن ولا لجامع⁽⁴⁾ الطير المسجونة.

المسألة الحادية والعشرون: في شهادة متخذ القينات⁽⁵⁾

قال الشافعي⁽⁴⁾: إذا اتخذها للهو والإعلان فهو بمنزلة السفية لا تقبل شهادته.

المسألة الثانية والعشرون: في شهادة شارب الخمر يتوب أو هو مقيم عليها

قال علماؤنا: إذا كان الرجل ممن يشرب الخمر الحرام حتى يسكر، ثم يتوب فيشهد، فشهادته جائزة⁽⁵⁾.

واختلفوا فيمن يشرب مسكراً متأولاً أو غير متأول.

فكان الشافعي يقول⁽⁶⁾: «من شرب من الخمر شيئاً وهو يعرفها خمراً فهو مردود

(1) ف، ج: «الجمع»، م: «بجمع» ولعل الصواب ما أثبتنا.

(2) م: «المغنيات».

(1) في الأم: 37/13، وانظر الحاوي الكبير: 182/17.

(2) في الموطأ (2110) رواية يحيى.

(3) انظره في القبس: 890/3.

(4) انظر أحكام القرآن للجصاص: 118/5، 127 (ط. قماوي).

(5) النور: 4.

(6) 262/2 (2110) رواية يحيى.

الشهادة؛ لأنَّ تحريمها نصٌّ في كتاب الله أسكَّرَ أم لم يسكَّرَ.

وقال الحسن في السارق إذا قُطعت يده والزاني والسكران إذا أقيمت عليهما الحد: إنَّ شهادتهم جائزة إذا كانوا عدولاً، وهو مذهب مالك⁽¹⁾ والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور، خلافاً لأهل العراق، ولهذا قال مالك في «كتابه» وبُوب فقال:

باب⁽²⁾

القضاء في شهادة المحدود

قال الإمام: وإنما حَصَّ مالك هذه الترجمة والتي بعدها وهي: «القضاء باليمين مع الشاهد» دون سائر مسائل الشهادات، لمُكَابَرَةِ أهل العراق * فيهما القرآن والسنة⁽³⁾، وتعلق أهل العراق في*⁽¹⁾ ذلك بقوله عزَّ وجلَّ⁽²⁾: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾⁽⁴⁾، واعتمد مالك في «الموطأ»⁽⁵⁾ وغيره على قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَسْلَمُوا﴾ الآية⁽⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: إنما تُفِيدُ التوبةُ المغفرةَ والرَّحْمَةَ التي وَعَدَ اللهُ بها، فأما ردُّ الشهادة فلا تُسْقِطُهُ التوبةُ كما لم تُسْقِطِ الجَلْدَ، ولو رَجَعَ قوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ﴾ الآية⁽⁷⁾، إلى ما تقدَّم لأسقطتِ التوبةُ الحدَّ والرُّدَّ معاً، والبارئُ تعالى قد جعل الرُّدَّ مؤبداً.

(1) ما بين النجمتين ساقط من النسخ المعتمدة، وقد استدركتاه من القبس.

(2) «بقوله عزَّ وجلَّ» زيادة من القبس.

(1) النور: 5.

(2) النور: 5.

قلنا له: يا أبا حنيفة، أنت أول^(١) من نقض هذا، فلا يمكنك أن تتقوى^(٢) به، قال النبي ﷺ: «الْمُتْلَاعَيْنِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»^(١)، وقلت أنت: إذا أكذبت نفسك ردها، فكيف زاعيت الأبدية في القذف وردذتها في اللعان، واللفظ واحد؟ وهذا ما لا جواب له عليه، وقد مهذنا ذلك في «مسائل الخلاف».

القضاء باليمين^(٣) مع الشاهد

قال الإمام^(٢): عول مالك في هذا الباب على حديث أبي جعفر محمد بن علي المرسل^(٣)، وعلى قضاء عمر بن عبد العزيز الذي عهد به^(٤).
الإسناد^(٥):

قال الإمام: الصحيح أن هذا الحديث مرسل^(٦)، وأسنده غيره^(٧) عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ؛ أنه قضى بالشاهد مع اليمين^{(٨)(٤)}.

(١) ف، ج: «أولى».

(٢) في القبس: «تقول» وفي القبس: 66/18 (ط. هجر): «تقوى» وهي سديدة.

(٣) ج: «واليمين».

(٤) م: «في اليمين».

(١) أخرجه الدارقطني: 276/3 والبيهقي: 409/7 عن ابن عمر.

(٢) انظره في القبس: 890/3 - 891.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (2111) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2911)، وسويد

(285)، ومحمد بن الحسن (846)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 145/4. وانظر

تعليق بشار عواد معروف على الحديث في الموطأ.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (2112) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2912)، وسويد

(285)، والشافعي في الأم: 255/6 (ط. النجار).

(٥) كلامه في الإسناد مقتبس من تفسير الموطأ للفتاوي: الورقة 176 مع اختلاف طفيف.

(٦) عند جميع رواه الموطأ، كما نص على ذلك ابن عبد البر في الاستذكار: 47/22.

(٧) وهم جماعة من الثقات، كما نص على ذلك ابن عبد البر في المصدر السابق.

(٨) أخرجه بهذا الإسناد: أحمد: 305/3، وابن ماجه (3369)، والترمذي في جامعه (1344)، وفي علله

الكبير (358)، وابن الجارود (1008)، والدارقطني: 212/4، والبيهقي: 170/10، وابن عبد البر في

التمهيد: 134/2.

الأصول⁽¹⁾:

اعلموا - رحمكم الله - أنه ما أطنب مالك في مسألة كإطنابه في هذه المسألة، فلقد سلك فيها طريق الجدال، وكثر⁽¹⁾ الأسئلة والأجوبة، وأفاض في ضرب⁽²⁾ الأمثال، والتفريق بين مثال ومثال⁽³⁾، وتحقيق الفرق بين الأصل والتوابع. وظهر⁽⁴⁾ له في ذلك علم عظيم من الأصول والأحكام، بما يتفق به⁽⁵⁾ جميع الطوائف.

وأما متعلق الخصم⁽⁶⁾ في إسقاط الشاهد واليمين، فظاهر البداية، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الآية⁽²⁾، وقال ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»⁽³⁾ وهذا لا غبار عليه قرآناً وخبراً، ونحن لا نُنكِرُ هذا ولكننا نُدعي⁽⁷⁾ زيادة، فإننا نقول: في ذلك ثلاث طرق⁽⁴⁾:

الطريقة الأولى - وهي أقواها - : إجماع أهل المدينة على نقل ذلك

ثبت⁽⁸⁾ عن النبي ﷺ وعن الخلفاء بعده. وهو ما لا حجة لهم عليه⁽⁹⁾؛ لأنه مهما اختلف الناس في إجماع أهل المدينة من طريق النظر، فليس يقدر أحد على اعتراض ما يجتمعون على نقله من طريق الأثر، وهذا قوي جداً في النظر⁽⁵⁾.

الطريقة الثانية: في سرد الأحاديث الواردة في ذلك

وقد ورد في ذلك أحاديث كثيرة في المصنفات والمُسْنَدَات، وجمَعَ في ذلك

- (1) في القبس: «وأكثر من».
- (2) م، ف، ج: «ضروب» والمثبت من القبس.
- (3) «ومثال» زيادة من القبس.
- (4) في القبس: «وأظهر».
- (5) في القبس: «به تفقّهت».
- (6) م، ج: «الحكم».
- (7) م، ف، ج: «نراعي» والمثبت من القبس.
- (8) في القبس: «ذلك سُنة».
- (9) في القبس: «وهذا لا غبار عليه».

(1) انظر كلامه في الأصول بالقبس: 891/3.

(2) الطلاق: 2.

(3) أخرجه البخاري (2515، 2516)، ومسلم (138) من حديث عبد الله بن مسعود.

(4) انظرها في القبس: 892/3 - 894.

(5) انظر المقدمة في الأصول لابن القصار: 75 مع تعليقات المحقق.

الذارقطني وأبو بكر البغدادي⁽¹⁾ جُزءَيْنِ عَظِيمَيْنِ، خَرَجَا فِيهِمَا هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ بَضْعَةِ عَشْرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ بِأَسَانِيدَ كَثِيرَةٍ، وَقَدْ رَوَى مُسْلِمٌ⁽²⁾ وَالْإِمَامَةُ⁽³⁾ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ» وَخَرَجَ⁽⁴⁾ التِّرْمِذِيُّ⁽⁵⁾: «يَمِينٌ وَشَاهِدٌ» وَخَرَجَ الذَّارِقُطْنِيُّ⁽⁵⁾ عَنْ عَلِيٍّ⁽⁶⁾ أَنَّ رَجُلًا خَاصَمَ عَبْدَ اللَّهِ فِي حَقِّ⁽⁷⁾، فَأَنْكَرَ الزُّبَيْرُ، فَسَأَلَ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ الزُّبَيْرَ الْبَيْتَةَ عَلَى مَا ادَّعَاهُ، فَقَالَ لَهُ: عِنْدِي فِي ذَلِكَ سَمْرَةٌ بِنُ جُنْدُبٍ وَرَجُلٌ آخَرُ، فَأَمَّا سَمْرَةٌ فَلَمْ يَشْهَدْ، وَأَمَّا ذَلِكَ الرَّجُلُ الْآخَرَ فَشْهَدَ، فَحَلَفَ النَّبِيُّ الزُّبَيْرَ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ.

الطريقة الثالثة: وهي مَعْنُوَّةٌ

قال علماؤنا: قال النبي ﷺ: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْبَيْتَةَ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»⁽⁷⁾ وَالْحِكْمَةُ فِي ذَلِكَ بَيْتَةٌ، فَإِنَّ قَوْلَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ قَدْ تَعَارَضَا⁽⁸⁾ وَتَسَاوَيَا، وَلَيْسَ قَبُولُ أَحَدِهِمَا أَوْلَى مِنْ قَبُولِ الْآخَرِ، فَسَرَعَ اللَّهُ⁽⁹⁾ التَّرْجِيحَ، وَلِهَذَا قَالَ عَلَمَاؤُنَا: لَا يَكُونُ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهَا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا قَضَى بِهِ فِيهَا، وَلَمْ يَقْرَأْ⁽¹⁰⁾ الْقُوَّةَ الَّتِي تُرَاقُ بِهَا الدَّمَاءُ وَتَقَامُ⁽¹¹⁾ بِهَا الْحُدُودُ؛ فَإِنَّ هَذِهِ مَعَانٍ تَسْقُطُ بِالشُّبُهَةِ، وَالشُّبُهَةُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ قَائِمَةٌ، فَاقْتَصَرَ بِهَا عَلَى مَوْرِدِهَا وَهِيَ الْأَمْوَالُ.

(1) في القبس: «قال».

(2) في القبس: «أن الزبير خاصم رجلاً عند النبي ﷺ في حق فانكر الزبير...».

(3) م، ف، ج: «تراضيا» والمثبت من القبس.

(4) م، ج: «إليه».

(5) في القبس: «يفد».

(6) م، ف، ج: «وتقوم» والمثبت من القبس.

.....

(1) هو الخطيب البغدادي، وانظر موارد الخطيب لأكرم ضياء العمري: 80.

(2) الحديث (1712) عن ابن عباس، بلفظ: «قضى يمين وشاهد».

(3) كأبي داود (3610)، وابن ماجه (2368)، وأبي يعلى (6683)، وابن حبان (5073) وغيرهم.

(4) في جامعه (1343).

(5) في سننه: 212/4.

(6) وردت بالقبس جملة نرجح أنها سقطت من النسخ المعتمدة، وهي: «... علي وغيره بالشاهد مع

يمين الطالب، وروي بالشاهد مع يمين طالب الحق، ورووا أن الزبير خاصم...».

(7) أخرجه البخاري (2514)، ومسلم (1711) من حديث ابن عباس.

وقال أبو حنيفة⁽¹⁾: لا يجوزُ القضاء باليمين مع الشاهد.

ودليلنا: حديث عمرو⁽¹⁾ بن دينار، عن ابن عباس؛ أن النبي ﷺ: «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ» خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ⁽²⁾.

وقال أبو عبد الرحمن النَّسَوِيُّ⁽³⁾ فيه: «هذا إسنادٌ جَيِّدٌ».

فإن قيل: يحتملُ أن يكونَ إنَّما حَكَمَ في ذلك بشهادة خُزَيْمَةَ الَّذِي جعل شهادته شهادة اثنتين، ولذلك سُمِّيَ ذا^(٢) الشهادتين.

الجوابُ: أنه يصحُّ أن النبي^(٣) لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنتين، وهذا إذا ثبت حُكْمُ ذلك اختصَّ بالنبي كما اختصَّ في أن يكونَ الحَكَمُ ويسمع البيئات فيما ادعى عليه؛ لأنه إنَّما شهد له بما سمِعَ.

باب

القضاء في الدعوى

الأصول⁽⁴⁾:

قال الإمام: قد تقدَّم من قولنا التصدير^(٤) بالأحاديث الواردة فيها؛ كقول النبي ﷺ: «الْبَيْئَةُ عَلَى الْمُدْعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»⁽⁵⁾، وقال النبي ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»⁽⁶⁾،

(١) م، ف، ج: «محمد» والمثبت من النسائي.

(٢) ف: «يسمى ذوا».

(٣) ﷺ.

(٤) م، ف، ج: «التصديق» والمثبت من القيس.

(٥) م، ج: «يعينك أو شاهدك».

(1) انظر مختصر الطحاوي: 333.

(2) الحديث (1711).

(3) في السنن الكبرى (6011).

(4) انظر كلامه في الأصول في القيس: 896/3.

(5) أخرجه من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: الدارقطني: 111/3، والبيهقي: 123/8،

كما روي من حديث أبي هريرة، وأبي موسى الأشعري في المصدرين السابقين، وانظر تلخيص

الحيير: 39/4، ونصب الراية: 96/4.

(6) أخرجه البخاري (2670) من حديث الأشعث بن قيس، وأخرجه أيضًا مسلم (138) من حديث ابن

وروى مسلم في «صحيحه»⁽¹⁾: «الْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ»، وفي لفظ آخر⁽²⁾: «عَلَى مَا يُصَدِّقُ فِيهِ صَاحِبُكَ».

فأما البيّنة، فهي لإثبات الحق، وأما اليمين، فهي لرفع التهمة، حسب ما بيّناه في البيوع، ووفى القاعدة مالك - رحمه الله -، وحقّق النظر فيها دون سائر العلماء، فقال: إن اليمين لا تتوجه بمجرد الدغوى حتى تقترب بها شبهة، وذلك مستمد من قاعدة صيانة العرض؛ *لأنّ الرّجل يدعي على الرّجل ليلوئنه باليمين، وصيانة العرض*⁽¹⁾ على⁽²⁾ الحقيقة، والتّهمة واجبة كما هي في الدّم والمال.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽³⁾:

قوله⁽⁴⁾: «إِنْ كَانَتْ يَمِينُهُمَا مُخَالَطَةً» هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة، وبه قال مالك⁽⁵⁾.

وقال أبو حنيفة⁽⁶⁾⁽³⁾ والشافعي⁽⁷⁾: يستحلف المدعى عليه⁽⁴⁾ من غير إثبات خلطة. ودليلنا: أن مجرد الدغوى لا يثبت حكماً إلا لضرورة، والاستحلاف⁽⁵⁾ مضرّة تلحقه⁽⁸⁾، فلا يجوز أن يؤذى باليمين⁽⁶⁾ بمجرد دغوى المدعي⁽⁷⁾، إلا أن يكون من

-
- (1) ما بين النجمتين ساقط من النسخ بسبب انتقال ناسخ الأصل، واستدركنا النقص من القبس.
 (2) م، ف، ج: «عن» والمثبت من القبس.
 (3) م، ف، ج: «مالك» والمثبت من المتقى.
 (4) م، ف، ج: «...» والشافعي: يحلف» والمثبت من المتقى.
 (5) م، ف، ج: «واستحلاف» ولعل الضواب ما أثبتناه.
 (6) م، ف، ج: «أن يكون اليمين».
 (7) في المتقى: «بمجرد الدعوى عليه».

.....

- (1) الحديث (1653) برقم فرعي (21) عن أبي هريرة.
 (2) الحديث (1653) برقم فرعي (20) عن أبي هريرة.
 (3) هذه المسألة بما تحتوي من فروع وفصول مقتبسة من المتقى: 224/5 - 226.
 (4) أي قول مالك في الموطأ (2124) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2924)، وسويد (286).
 (5) قال في الموطأ (2125) رواية يحيى: «وعلى ذلك الأمر عندنا».
 (6) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/378، والمبسوط: 30/17.
 (7) انظر الحاوي الكبير: 68/17. (8) أي تلحق المدعى عليه.

الأمر التي تقع كثيراً من غير مخالطة، ولذلك تأثير في الشرع، ولذلك تُقبل شهادة الضبيان في القتل، لما كان يتعدّر إثبات ذلك بشهادة العُدول، وفي هذا ثلاثة فصول: الفصل الأول: في الدعاوى التي تعتبر فيها الخلطة، والثاني: في تفسير* معنى الخلطة، والثالث: فيما تثبت به الخلطة.

الفصل الأول

في الدعاوى التي تعتبر فيها الخلطة* (١)

ما تُعتبر فيه فهو المدابنة وأدعاء ذين من معاوضة، وفي «الموازية»: وكذلك إن ادعى عليه كفالة بحق، فلا يلزمه، ويحلفه (٢) إن لم يكن بينهما خلطة. ووجهه: أن الكفالة نوع من المعاوضة، مبني على المشاحة (٣) بين الكفيل ومن تكفل له، فأشبه البيع.

ويندرج في هذا الفصل فروع كثيرة، منها: أن من أوصى أن لي عند فلان كذا، حلف (١) من غير إثبات خلطة، رواه في «العنينة» أشهب (٢) وابن نافع (٣) عن مالك، وقاله ابن كنانة، وقال: إن الميت (٤) أقرب ما يكون إلى الصدق عند موته (٤).

فرع آخر:

ومن ادعى ثوباً بيد إنسان أنه له، فاليمين على المدعى عليه؛ لأنه ليس كل (٥) من له ثوب أو عرض يمكنه إثباته بالبيئنة، ولو احتيج إلى ذلك لتعدّر حفظ الشهود له

(١) ما بين النجمتين سقط بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركناه من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «... بحق، فلا يحلفه»، وفي المنتقى: «... بحق فلا يلزمه ويلحقه» ولعل الضواب ما أثبتنا.

(٣) م: «التشاجر»، ف، ج: «التاجر» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «وقال ابن المسيب» والمثبت من المنتقى.

(٥) «كل» زيادة من المنتقى.

(١) أي حلف المدعي عليه.

(٢) 113/10 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.

(٣) 449/9 في سماع أشهب وابن نافع عن مالك.

(٤) تنمة الكلام كما في المنتقى: «فيوجب من ذلك ما توجه به المخالطة».

وضبطهم لذلك، فيؤذي ذلك إلى إبطال الحقوق، فلذلك يثبت فيه اليمين بغير خُلطة.

فرع آخر:

والصُّنَاعُ يتعيَّن عليهم اليمين لمن ادَّعى عليهم في صناعتهم دون إثبات خلطة، قال يحيى بن عمر، وقال: لأنهم نصبوا أنفسهم للناس، وكذلك التجار، غير أن الفرق بينهما أن الصُّنَاعَ نصبوا أنفسهم لما يُوجبُ عليهم المطالبة بالعمل والمعمول خاصة، دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك.

قال علماؤنا⁽¹⁾: وإنما تجبُ اليمينُ في الدَّعَاوى مع تحقيقها وتحقيق الإنكار، ولو قال: أظنُّ أن لي عليك حقاً أو كذا، لم يلزمه يمين، وكذلك من قال: أظنُّ أنني قضيتُك حقك، لزمه أداءه، ولا يمين على الطالب حتى يحقق يمينه، قاله في «الموازية».

فرع آخر:

فإذا لم تكن خلطة، إلا أن المدعى عليه مُتَّهَمٌ، فهل يجب عليه يمين بمجرد الدَّعْوَى؟ قال سحنون: يُحْلَفُ، والمشهور من المذهب المنع من ذلك، واحتج بأن للثَّهْمَةِ تأثيراً في الأحكام؛ لأن مالكا قال في امرأة ادَّعت أن رجلاً ممن يُشارُ إليه بالخير استكرهها أنها تُحدُّ، وإن كان لا يُشارُ إليه بذلك نظرَ الإمام فيه، فالثَّهْمَةُ تُوجِبُ ما تُوجِبُ الخُلطة.

قال الإمام: ووجه القول الثاني: أن حُكْمَ العدلِ والفاجرِ في الأيمانِ التي تتحقَّقُ فيها الدَّعَاوى سواء، وإنما يختلفان في يمين التَّهْمَةِ⁽¹⁾، والله أعلم.

الفصل الثاني

في تفسير معنى الخُلطة

أما الخُلطةُ، فروى أصبغ عن ابن القاسم في «العُنْبِيَّة»⁽²⁾ قال⁽²⁾: «هي أن يُسألِفَهُ»

(1) ف: زيادة «فقيل ترد وقيل لا ترد». (2) قال: زيادة من المتقى.

.....

(1) المقصود هو الإمام الباجي.

(2) 288/9 في سماع أصبغ من ابن القاسم، من كتاب القضاء المحض.

فبيعه^(١) ويشترى منه» وكذلك قال سحنون^(١): ولا تكون الخُلطة إلا بالبيع والشراء^(٢)، ولا تثبت بينهما الخُلطة بكونهما في السوق^(٣)، ولا الاجتماع في المسجد للصلاة والأنس والحديث^{(٤)(٥)}.

الفصل الثالث

وأما ما تثبت به الخُلطة، فإقرار المدعى عليه بها، أو بيينة^(٣) تشهد بها، قاله محمد.

وأما من أقام شاهداً بالخُلطة؟ ففي «المجموعة» عن ابن كنانة: أن شهادة رجل وامرأة تُوجب اليمين أنه خليفته^(٤). وروى عن ابن القاسم^(٥) في «المدنية» مثله في الشاهد.

وقال محمد: إذا أقام بها شاهداً، حلف المدعى معه وتثبت الخُلطة، ثم يخلف حيثد المدعى عليه.

باب

ما جاء في الحديث على منبر النبي ﷺ

قال الإمام: الأحاديث في ذلك كثيرة:

الأول: ثبت في الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ افْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ، حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ»^(٦).

(١) م، ف، ج: «أو يبايعه»، المتقى: «مبايعه» والمثبت من العتية.

(٢) م، ف، ج: «للحديث» والمثبت من المتقى.

(٣) في المتقى: «والبينة».

(١) في العتية: 288/9.

(٢) من المتداعين.

(٣) أي من أهل السوق، حتى يثبت التباعد بينهما.

(٤) ووجه ذلك: أن التداعي من جهة البيع، فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع.

(٥) الراوي عن ابن القاسم هو عيسى، كما نص على ذلك الباجي في المتقى.

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (2129) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2929)، وسويد (288)،

وابن القاسم (195)، والقعني عند الجوهري (627)، والشافعي في السنن: 392، والطباع عند أحمد:

260/5، وابن عبد الحكم عند الطبراني في الكبير (797)، وابن بكير عند البيهقي: 179/10.

وصح في الخبر؛ أن الكبائر: الإشراف بالله واليمين الغموس⁽¹⁾.
وقال: «مَنْ خَلَفَ عَلَى مِثْبَرِي» الحديث⁽²⁾.

و «الغموس» هي التي تغمس صاحبها في النار.

قالوا⁽³⁾: «وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكِ. قَالَهَا ثَلَاثًا».

الأصول⁽⁴⁾:

قال الإمام: اختلف علماءنا المتكلمون في هذا النوع على قولين:

1 - أحدهما: أن الوعيد ليس من باب الخبر، فلا يقال لمن رجع عنه كاذب؛

ولذلك قال الشاعر⁽⁵⁾:

وَإِنِّي وَإِنْ أَوْعَدْتُهُ أَوْ وَعَدْتُهُ لَمُخْلِيفُ إِعَادِي وَمُنْجِرٌ مَوْعِدِي

فمدح نفسه بإخلاف⁽¹⁾ الوعيد، ولو كان ذلك كذباً لما مدح به نفسه، فعلى هذا،

الوعيد متوجه إلى كل عاص.

2 - وقيل: إنه من باب الخبر وإن الخلف فيه ضرب من الكذب، وذلك محال

في صفة الباري تعالى، فهذا⁽²⁾ الوعيد متوجه إلى كل من عرف⁽³⁾ الباري تعالى

أنه لا يغفر له، دون من أراد العفو عنه، وقد قال تعالى: «فَعَمَّرُوهَا فَقَالَ تَمَمُّوا فِي

كَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعَدُّ عِزِّ مَكْذُوبٍ»⁽⁶⁾، وقال: «كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا

(1) م، ف، ج: «باختلاف» والمثبت من المتنى.

(2) في المتنى: «فعلى هذا».

(3) في المتنى: «علم».

(1) أخرجه البخاري (6675) من حديث عبد الله بن عمرو.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2128) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2928)، وسويد (288)،

وابن القاسم (484)، والقعني عند الجوهري (736)، والشافعي في مسنده: 153، وسننه: 391، والطباع

عند أحمد: 3/344، وابن وهب عند الحاكم: 4/296، وابن بكير عند البيهقي: 7/398.

(3) في حديث الموطأ السابق ذكره (2129) رواية يحيى.

(4) كلامه في الأصول مقتبس من المتنى: 5/232 - 233.

(5) هو عامر بن طفيل، والبيث في ديوانه: 58 رواية أبي بكر محمد بن القاسم الأنباري عن ثعلب.

(6) هود: 65.

بَيِّنًا⁽¹⁾ فوصف الوعد بالصدق والكذب.

تحقيق:

واعلم أن التأس في هذا الباب طوائف:

الأولى: الوَعِيدِيَّةُ، فإنها تعلقت بظواهر الآيات والآثار، وهذا هو الذي دَعَا سَالِفَةُ علمائنا المتكلمين - رحمة الله عليهم - إلى إنكار العموم⁽¹⁾، وقد بيَّنَّا القول بصِحِّه، وأنه لا يُحتَاجُ إليه معهم؛ فإنَّ الحقَّ ظاهرٌ والأدلة بيِّنةٌ، وحَمَلَ التَّقْصِيرُ كثيرًا من علمائنا على أن يقولوا: إنَّ الله لا يُنْفِذُ وَعِيدَهُ، فإنَّ تَرْكَ إنْفَازِ الوعيدِ من مكارم الأخلاق. وقد بيَّنَّا أنَّ ذلك يُتَصَوَّرُ في المخلوق الذي يجوزُ له الكَذِبُ بعُذْرٍ⁽²⁾، ويُتَصَوَّرُ منه على الإطلاق، فأما الصَّادِقُ الوَاجِبُ الصَّدِّقِ⁽³⁾، فلا يجوزُ أن يقع مُخْبِرُهُ بخلافِ خَبْرِهِ، ويتعالى الله عن الأخلاقِ الذميمةِ، وإنما له الصِّفَاتُ العَلِيَّةُ؛ ولكن وإن جاءت⁽⁴⁾ الأخبارُ بإطلاقِ القولِ في الوعيدِ، فقد جاءت أُخْرُ بإطلاقِ القولِ في الوعيدِ، كقول النبي عليه السلام: «مَنْ كَانَ آخِرَ كَلَامِهِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، حَرَّمَهُ اللَّهُ عَلَى النَّارِ» وبهذا تعلقتِ المُرْجِئَةُ. وكقوله: «إِنَّ بَغِيًّا مِنْ بَعَايَا بَنِي إِسْرَائِيلَ مَرَّتْ بِكَلْبٍ يَأْكُلُ الثَّرَى مِنْ شِدَّةِ العَطَشِ، فَتَرَعَتْ مَوْقَهَا⁽²⁾ فَسَقَتْهُ مِنْ رَكِيَّةٍ⁽³⁾، فَغَفَرَ اللَّهُ لَهَا».

وههنا⁽⁴⁾ نكتةٌ، وهي: أنَّ الباريء تعالى رحيمٌ شديدُ العقابِ، فلا بدَّ أن يأخذَ كُلَّ حُكْمٍ من أحكامِ الصِّفَتَيْنِ جُزْءًا من الخَلْقِ تتَحَقَّقُ⁽⁶⁾ فيه الصِّفَةُ، وكذلك هو غفورٌ منتقمٌ⁽⁵⁾، وتحقيقُ ذلك هو الشِّفَاعَةُ. فَمَنْ نَظَرَ إلى صِفَةٍ من صِفَاتِ الباريءِ وآمَنَ بها، وتركَ البَوَاقِي، لا يكون مؤمنًا بالله، وكذلك من نَظَرَ إلى أخبارِ الوعيدِ دون الوعيدِ، أو

(1) م، ف، ج: «الانكار بالعموم» والمثبت من القبس.

(2) م، ف، ج: «بعد» والمثبت من القبس.

(3) م، ف، ج: «الصدق الواجب» والمثبت من القبس.

(4) م، ف، ج: «... العلية» فقد جاءت» والمثبت من القبس.

(5) «فقد» زيادة من القبس. (6) م، ف، ج: «ليتحقق» والمثبت من القبس.

(1) مريم: 54، وانظر التحقيق التالي في القبس: 898/3.

(2) أي حُفَّهَا. (3) أي من بئر.

(4) من هنا إلى قوله: «وانشدني بعض الأصحاب» ورد بالقبس: 898/3 - 899.

(5) تنمة الكلام كما هو في القبس: «فلا بد أن يكون للمغفرة جزء معلوم من الخلق وللاتنقام جزء معلوم...».

أخبارِ الرَّعِيدِ دونِ الرَّعْدِ، لا يكونُ عارِفًا بِحُكْمِ اللهِ، وإنما ينبغي لك أن تعرضَ بعضها على بعضٍ، وتَرُدُّ البِنْتُ^(١) منها إلى الأمِّ، وبالجملة فأخر الحَالِ أن إثبات الشفاعةِ لمحمد ﷺ فيها تحقيقُ الرَّعْدِ والرَّعِيدِ، وأن المُرَجَّةَ لا تَرَى لمحمد ﷺ شفاعةً؛ لأن لا إله إلا الله تُعْنِي عندهم^(٢)، ولا يَرَوْنَ النارَ على مذهبهم، والخوارجُ والقَدْرِيَّةُ لا تراها أيضًا؛ لأن الخلودَ عندهما^(٣) يَمْنَعُ منها، والحمدُ لله الَّذِي وَفَّقَ عِصَابَةَ الحَقِّ للإقرارِ بها وبحقِّ الله والعِلْمِ بصفاتِ الله، والاعترافِ بمتزلة نبيِّ الله، فالله تعالى غفورٌ رحيمٌ، شديدُ العقابِ. وأنشدني بعض الأصحاب (١)(٤):

أضَبَحْتُ قَدْ شَفَّ قَلْبِي	خَوْفٌ عَلَيهِ مُقِيمٌ
خَوْفٌ تَمَكَّنَ مِنِّي ^(٥)	فَالْقَلْبُ مِنِّي سَقِيمٌ
لَوْلَا رَجَائِي بِوَعْدِ	وَعَدَّتْهُ يَا كَرِيمٌ
فِي سِوَةِ الحِجْرِ نَصًا	لَأَذْهَلْتَنِي ^(٦) التَّمُومُ
عَلَى لِسَانِ نَبِيٍّ	قَلْبِي إِلَيْهِ يَهِيمٌ ^(٧)
نَبِيٍّ عِبَادِي أَنِي	أَنَا التَّمُورُ الرَّحِيمُ ^(٢)
كَذَاكَ أَنْتَ إِلَهِي	أَنْتَ التَّمُورُ الرَّحِيمُ
فَقَدْ وَثِقْتُ بِهَذَا	وَالْقَلْبُ مِنِّي سَقِيمٌ ^(٨)
مَنْ آيَةٌ أَذْهَلْتَنِي	فِيهَا وَعِيدٌ جَسِيمٌ
هِيَ الَّتِي قُلْتَ فِيهَا	وَالْقَوْلُ مِنكَ حَكِيمٌ
أَلَا وَإِنَّ عَذَابِي	هُوَ الْمَسْدَابُ الْأَلِيمُ ^(٣)

(١) م، ف، ج: «الغير» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، ج: «عنهم»، وفي القبس: «عنها» وهي سديدة.

(٣) م، ف، ج: «عندها» والمثبت من القبس. (٤) ف: «... الأصحاب شعر».

(٥) في البغية: «مني» (٦) في البغية: «لقابلتي».

(٧) في البغية: «قلبي لديه عليهم». (٨) في البغية: «كليم».

(١) روى هذه الأشعار ابن العديم في بغية الطلب في تاريخ حلب: 4749/10 ونسبها إلى المناسكي.

(٢) إشارة إلى الآية: 49 من سورة الحجر.

(٣) إشارة إلى الآية الكريمة رقم 50 من سورة الحجر. وزاد صاحب البغية:

«فالقلم بين رجاء وبين خوف يسوم»

نكتة بديعة⁽¹⁾:

قال الإمام: وقوله في الحديث الثاني⁽²⁾: «حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ» هو عمومٌ عَارِضٌ قوله: «مَنْ كَانَ آخِرَ كَلَامِهِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ النَّارَ»⁽³⁾ فيتقابل الخبران، فوجب الرجوع إلى الآية المُحَكِّمَةِ، قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ﴾ الآية⁽⁴⁾، فهي أم الوعيد والوعد، * وإلى هذا المعنى أشار بعض الناس في⁽⁵⁾ قوله في هذا الحديث ونظائره، معناه: حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ النَّارَ فِي وَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ. وَفَرَّ بَعْضُ عُلَمَائِنَا إِلَى أَنْ قَالَ: إِنَّ مَعْنَى ذَلِكَ: إِذَا كَانَ مُسْتَجِلًّا، فَرَدَّهُ إِلَى الْكُفْرِ، وَهَذَا رُجُوعٌ مِنْهُمْ إِلَى قَوْلِ الْمُبْتَدِعَةِ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَشْعُرُوا، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي مَوْضِعِهِ، وَإِسْقَاطٌ لِأَحْكَامِ الْمُذْنِبِينَ، وَإِخْرَاجٌ لَهُمْ عَنِ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ، وَذَلِكَ بَاطِلٌ قَطْعًا.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُنْتَبِرِ فِيهِ⁽⁷⁾ لِقَلْبِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ ذَلِكَ فِيمَا لَهُ قِيَمَةٌ، لَكِنَّهُ إِنْ وَقَعَ مِنْ أَحَدِ الْيَمِينِ عَلَى مُنْتَبِرِ النَّبِيِّ ﷺ فِي قَضِيٍّ مِنْ أَرَاكٍ أَوْ شَيْءٍ تَأْفِيهِ فِهَذَا حُكْمُهُ. وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْيَمِينِ عِنْدَ الْمُنْتَبِرِ فِي هَذَا الْمَقْدَارِ، وَإِنَّمَا تَضَمَّنَ الْحَدِيثُ حُكْمَ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُ آثَمًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(1) ما بين النجمتين ساقط من النسخ المعتمدة، واستدركناه من القبس.

(1) انظر هذه النكتة البديعة في القبس: 3/ 899.

(2) الذي رواه مالك (2129) رواية يحيى.

(3) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (574) من حديث علي، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: 2/ 323 «فيه أبو هلال الأشعري ضعفه الدارقطني».

(4) النساء: 48.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 232.

(6) في حديث الموطأ (2129) رواية يحيى.

(7) أي في قضيب من أراك.

جامع ما جاء في اليمين على الميثبر

ذكر أبو⁽¹⁾ عطفان بن طريف المري قال: اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما، إلى مزوان بن الحكم، فقصى مزوان على زيد باليمين على الميثبر. فقال زيد بن ثابت: أحلف له مكاني. فقال له مزوان: لا والله إلا عند مقاطع الحرق. . . الحديث⁽¹⁾، وهو صحيح.

الأصول:

قال الإمام: اعلموا - وفقكم الله - أن الآثام في الآخرة تتضاعف بتضاعف الحرمات في الدنيا، وتعدّد بتعدّد⁽²⁾ها⁽²⁾، بخلاف أحكام الدنيا، فإن الحرمات لا تتضاعف بتضاعف الأسباب، ولا تعدّد بتعدّد⁽²⁾ها⁽²⁾، كالحائض المخرمة الضائمة، فالكذب حرام كبير، فإن اتصلت بذكر الله عظمت، فإن اتصلت بقطع حق امرئ مسلم تضاعفت، فإن كانت بعد العصر زادت، فإن كانت على ميثبر النبي ﷺ - وهو روضة من رياض الجنة - لم يأمن أن يكون ذلك قطعاً إلى حقه منها⁽³⁾، ويقال له: إنك لا تدخل موضعاً عصيت فيه. وآيات الوعيد وأخباره كثيرة، وهي بإجماع من الأمة من المتشابه الذي نبه الله عليه في قوله: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنْهُ لِقَاءَ الْكَاذِبِينَ﴾⁽²⁾ الذي لا يتبعه إلا زائغ القلب.

وفيه للعلماء ثلاثة مذاهب:

- 1 - طائفة حققتها أولاً وهم الخوارج، ونسجت على منزلها القدرية.
- 2 - وطائفة أسقطتها وهم المرجئة، قالت: كما لا ينفع مع الشرك عمل، كذلك لا يضر مع الإسلام ذنب ولا سيئة⁽⁴⁾.
- 3 - وطائفة توقفت، وقالت: أمر ذلك إلى الله تعالى، إن شاء غفر، وإن شاء أخذ، كما تقدم بيانه.

(1) «أبو» زيادة من الموطأ.

(2) م، ف، ج: «تعدّر بتعدّرها» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) في القبس: «قطعاً لحظه».

(4) م، ج: «تشبيه» ف: «سببه» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2130) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2930)، وسويد (289)، ومحمد بن الحسن (847).

(2) آل عمران: 7.

الفقه في سبع مسائل :

المسألة الأولى⁽¹⁾ :

قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة، ولم يكن زيد يقول: إنه لا يلزمه، وإنما كان يمتنع منه إعظاماً له.

وقد روي عن ابن عمر؛ أنه كان يكره ذلك، ويقول: أخشى أن يوافق قَدَرًا، فيقال: إن ذلك ليمينه⁽²⁾.

المسألة الثانية⁽³⁾ :

قال علماؤنا⁽⁴⁾ : حديث النبي ﷺ يدل على أن اليمين على منبر النبي ﷺ واجبة، وأن الذي قضى به مروان هو الصواب، وليس في إنباء زيد عن اليمين على المنبر ما يمنع من ذلك؛ لأن زيدا لو قطع أن ذلك لا يلزمه، لرد ذلك على مروان ولأنكر عليه قوله وقضاءه؛ لأن⁽⁵⁾ زيدا كان من أحد الثلاثة الذين كانوا يفتنون الناس.

المسألة الثالثة⁽⁶⁾ :

قوله: «على المنبر» قال علماؤنا⁽⁷⁾ : يريد عند المنبر؛ لأن حروف الخفض يدل بعضها من بعض، ولا يصعد أحد على المنبر لليمين* بوجه ولا على حال، ويحلف بمكة عند الركن، ذكر ذلك ابن القرطي*⁽⁸⁾ والذي رأى مالك وأصحابه أن اليمين على المنبر إنما تجب في رُبع دينار فصاعداً. وقد أوجب قوم اليمين عند المنبر في القليل والكثير، واحتجوا بظاهر قوله عليه السلام: «وإن كان قضييًّا من أراك» ولا حجة لهم في ذلك؛ لأن النبي ﷺ إنما أراد بهذا التقليل في الوعيد والتخويف، ولم يرذ أن اليمين تجب على المنبر في قضيب من أراك⁽⁹⁾، وإنما يجب اليمين عند المنبر فيما له

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى : 233 / 5.

(2) أورده البوني في تفسير الموطأ : 101 / أ.

(3) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني : 101 / أ.

(4) المراد هو أبو عبد الملك البوني.

(5) الكلام التالي من زيادات المؤلف على نص البوني.

(6) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني : 101 / أ.

(7) المراد هو الإمام البوني.

(8) ما بين التجمتين غير وارد في تفسير البوني.

(9) تنمة الكلام كما في تفسير الموطأ: «وذلك مثل قوله ﷺ في الأمة الزانية: بيعوها ولو بضيفير، =

بِالْ⁽¹⁾، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

المسألة الرابعة⁽²⁾:

اختلف العلماء في كيفية اليمين، وفي موضعها، فقال الشافعي: تُغْلَظُ اليمينُ بالألفاظ العشرة⁽³⁾.

وقال بعض علمائنا: تُغْلَظُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ، هُوَ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ.

قال الإمام أبو بكر بن العربي: أما قول⁽¹⁾ أصحاب الشافعي في الألفاظ العشرة، فَدَعَوَى عَرِيضَةً؛ لِأَنَّ مِنْهَا مَا لَيْسَ فِي أَسْمَائِهِ الْحُسْنَى، وَهِيَ⁽²⁾ قَوْلُهُ: «الطَّالِبُ» «الغَالِبُ»⁽³⁾ وَنَحْوَهُ. وَإِذَا كَانَ الْحَلْفُ بِأَسْمَائِهِ الْحُسْنَى، فَمَا مَعْنَى عَشْرَةِ دُونَ تِسْعَةٍ وَتِسْعِينَ!، هَذَا تَحَكُّمٌ⁽⁴⁾. وَأَمَّا مَنْ زَادَ مِنْ أَصْحَابِنَا: الَّذِي⁽⁵⁾ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، فَلَهُ وَجْهٌ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ: «يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ، وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَتَعْلَمُونَ»⁽⁶⁾ أَنِّي رَسُولُ اللَّهِ»⁽⁴⁾.

وأما الصحيح من المذهب؛ فقوله «بِاللَّهِ» خاصة، لقوله تعالى: ﴿فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾

(1) قول زيادة من القيس.

(2) م، القيس: «وهو».

(3) «الغالب» ساقطة من القيس.

(4) م: «الحكم»، ف: «حكم».

(5) م، ف، ج: «في الذي» والمثبت من القيس.

(6) م، ف، ج: «لتعلمن» والمثبت من البخاري والقيس.

= إِنْ مَا ذَلِكَ مِنْهُ ﷺ نَدَبٌ إِلَى إِخْرَاجِهَا مِنْ مَلِكِهِ، وَلَمْ يُرَدْ أَنْ يَيْمِمْهَا بِضَفِيرٍ.

(1) تنمة الكلام كماً في تفسير الموطأ: «لأن ذلك الموضع أعظم في النفوس [ففي الأصل نفوس] من غيره، مُحَوَّرًا بِذَلِكَ رَجَاءً أَنْ يَهَابَ الْيَمِينَ فِيهِ. وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى أَهْلِ كُلِّ مَلِكٍ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَعْتَمِدُونَهُ، مِثْلَ الْجَوَامِعِ وَغَيْرِهَا. وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ لَا يُوجِبُونَ ذَلِكَ، وَيَقُولُونَ: حَيْثُ مَا حَلَفَ أَجْزَأَهُ. وَفِيمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْحِجَّةَ عَلَيْهِمْ».

(2) انظرها في القيس: 3/ 899 - 900.

(3) انظر الحاروي الكبير: 112/17.

(4) أخرجه البخاري (3911) من حديث أنس.

الآية⁽¹⁾، وقوله: ﴿وَاللَّهُ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾⁽²⁾ ولقول النبي ﷺ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَخْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَضْمَتْ»⁽³⁾، وكقوله⁽⁴⁾: «إِي وَاللَّهِ»⁽⁴⁾ و«إِنِّي وَاللَّهِ إِنَّ شَاءَ اللَّهُ»⁽⁵⁾، وأما تأكيد اليمين في يمينه⁽⁶⁾ في موضع، وقوله في آخر: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ»⁽⁷⁾ فَإِنَّمَا هُوَ لِيَتَعَلَّمَ الْخَلْقَ التَّصْرُفَ⁽³⁾ في ذلك بذكر الله بجميع صفاته العلى وأسمائه الحسنى.

المسألة الخامسة:

وأما موضعها حيث تجب، فإن علماءنا قالوا: موضعها حيث تجب في القليل والكثير وهو المسجد⁽⁸⁾.

⁽⁹⁾ ويميز الحر والعبد والنصراني في الحقوق سواء، وقال ابن القاسم: والمجوس يحلفون بالله.

المسألة السادسة⁽¹⁰⁾:

وأما التخليط بالمكان فهو الجامع، قاله مالك في «المدونة»⁽¹¹⁾ وغيرها. وهل يكون تخليطاً في سائر المساجد أم لا؟ ففي «التوادر»⁽¹²⁾ أنه لا يحلف في مساجد القبائل في قليل ولا كثير. وروى عنه سحنون أنه يحلف في مساجد الجماعات

(1) ج، القيس: «وقوله».

(2) م، ف، ج: «إن شاء الله» والمثبت من القيس (ط. الأزهرى: 407/3).

(3) م، ج: «التقرب».

(1) المائدة: 106.

(2) النور: 6.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1382) رواية يحيى.

(4) أخرجه الترمذي ضمن حديث طويل (311) عن عبادة بن الصامت.

(5) أخرجه البخاري (3133)، ومسلم (1649) من حديث أبي موسى الأشعري.

(6) أي يمينه ﷺ.

(7) أخرجه البخاري (3121) من حديث جابر بن سمرّة.

(8) الذي في القيس: 900/3 «وأما موضعها، فقال الشافعي: حيث تجب، وقال علماءنا: موضعها في

السير حيث وجبت، وموضعها في الكثير موضع التعظيم وهو المسجد».

(9) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من المتقى: 233/5 - 234.

(10) هذه المسألة مقتبسة مع التصرف من المتقى: 234/5 - 235.

(11) 103/4 في استحلاف المدعى عليه، وفي كتاب الأفضية: 71/4.

(12) 155/8.

بالأمصار، والأحسن أن يحلف في المسجد الجامع⁽¹⁾، وهو أقوى في النظر للتخليط.
وأما النصارى فيحلفون في كنائسهم⁽²⁾، واليهود في بيوتهم، والمجوس حيث
يعظمون، رواه في «الواضحة»⁽³⁾ ولا يزيدون على «بالله» شيئاً⁽⁴⁾، ولا يقولون: لا والذي
أنزل التوراة على موسى، ولا والذي أنزل الإنجيل على عيسى⁽⁵⁾.
المسألة السابعة⁽⁶⁾:

قال علماؤنا: تُغْلَظُ بِالزَّمَانِ فِي غَلِيظِ الْأَحْكَامِ⁽¹⁾، بعد العصر أو بأثر صلاة،
كاللعمان، فيقصد به⁽²⁾ بعد الصلوات وأعظمها صلاة العصر. وقد اختلف في صحيح
الحديث في الصلاة التي نهى النبي عليه السلام على المتلاعنين باليمين بعدها، هل هي
الظهر أو العصر؟ وأصح الروايتين سنداً أنها العصر⁽⁷⁾، وهي أقوى نظراً؛ لأن ذلك الوقت
بعد العصر أعظم من⁽³⁾ الوقت بعد الظهر؛ لأنه وقت تجتمع فيه الملائكة المتعاقبة بالليل
والنهار، الذين يكتبون أعمال العباد، فإن كتبتها ملائكة النهار كانت خاتمة صحيفته كبيرة،
وإن كتبتها ملائكة الليل كان افتتاح صحيفته كبيرة، وإن كتباها⁽⁴⁾ معاً كان ختام الأولى
وافتتاح الأولى شيئاً عظيماً وما بعده أعظم منه، إلا إن عفا الله.

(1) م، ف، ج: «في غلظ الوقت» والمثبت من القبس.

(2) «به» زيادة من القبس.

(3) م، ف، ج: «منه من» والمثبت من القبس.

(4) م، ف، ج: «كتبتها» والمثبت من القبس.

.....

(1) الظاهر أنه قد اضطرب النقل هاهنا، ونرى من المستحسن إيراد كلام الباجي كما هو في المنتقى:
«وروى ابن سحنون عن مالك: ما علمت أنه يحلف في مساجد الجماعات بالأمصار [في الأصل
كالأمصار]، روى عنه ابن القاسم في «كتاب ابن الموزان»، يحلف في مساجد الجماعة فيما له بال،
ولا أشك أنه يحلف فيها في ربع دينار. قال القاضي أبو الوليد - رضي الله عنه -: فيحتمل عندي أن
يريد المسجد الجامع».

(2) قاله مالك في المدونة: 4/104 في استحلاف اليهود والنصارى والمجوس.

(3) الذي في المنتقى: «رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة».

(4) قاله مالك في المدونة: 4/104.

(5) قاله مالك في المصدر السابق.

(6) انظرها في القبس: 3/900 - 901.

(7) أخرجه الروياني في مسنده: 2/222، والبيهقي: 7/398 من حديث ابن شهاب أو غيره وذكر ابن
حجر في تلخيص الحبير: 3/230 أن ابن وهب رواه في موطنه.

كتاب الرهون

وفيه خمسة أبواب:

الباب الأول

ما لا يجوز من غلق الرهن

مالك⁽¹⁾، عن الزهري⁽²⁾ عن ابن المسيب؛ أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» الحديث.

الإستناد:

قال الإمام: الحديث مُرْسَلٌ من مراسيل ابنِ المُسيَّب⁽²⁾، وقد يُسْتَدُّ من طُرُقٍ كثيرة⁽³⁾.

العريّة:

قال الإمام أبو بكر بن العربي: يقال: غَلِقَ الرَّهْنُ بكسر العين في الماضي، وفتحها في المستقبل.

(1) م، ف، ج: «مالك عن الداودي عن الزهري» والمثبت من الموطأ.

(1) في الموطأ (2132) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2957)، وسويد (297)، ومحمد بن الحسن (848)، وابن مهدي عند أبي عبيد في غريب الحديث: 114/1 [ومسند الحديث أثبته المحقق في الهامش]، وابن وهب في شرح معاني الآثار: 100/4، وأحمد بن إبراهيم بن أبي سُكَيْنَةَ عند الخطيب في تاريخه: 303/3، ومحمد بن كثير عند الخطيب في تاريخه: 165/6، والصيداوي في معجم الشيوخ: 211 [مسنداً]، وبشر بن الحارث عند الخطيب: 242/12، كما ذكر أبو يعلى القزويني في الإرشاد: 235/1 رواية معن.

(2) يقول الدارقطني في العلل الواردة في الأحاديث النبوية: 167/9 «واختلف عن مالك بن أنس، فروى مجاهد بن موسى، عن معن عن مالك، عن الزهري، عن سعيد عن أبي هريرة، وتابعه محمد بن كثير المصيصي عن مالك من رواية أحمد بن بكر الباسي عنه، وتابعه يحيى بن أبي قتيلة عن مالك، من رواية النضر بن سَلَمَةَ، وأما القعني وأصحاب الموطأ فرووه عن مالك، عن الزهري، عن سعيد مرسلًا، وهو الصواب عن مالك».

(3) انظر هذه الطرق في التمهيد: 524/6. أما القنازعي فقال في تفسير الموطأ: الورقة 179 «حديث مرسل، ولا يُسْتَدُّ من طريق صحيح».

وقال ابن حبيب⁽¹⁾: «هو بَرْفَعِ القاف على معنى الخبر أنه⁽²⁾ تَغْلُقُ فَيُحْبَسُ بما زُهِنَ⁽³⁾، فلذلك ازْتَفَعَ. ولو كان نهياً لكان جَزْماً. ثم يكسر لالتقاء الساكنين»⁽⁴⁾.
وقال غيره: هو على فعل بفتح العين وكذلك المستقبل.

الأصول⁽⁵⁾:

قال الإمام: الرهنُ مصلحةٌ من مصالح الخلاق، شرَعها الله تعالى لمن لم يرضَ بِذِمَّةِ صاحبه الَّذي عامَلَهُ، وفائدته: التوثيقُ لِلخَلْقِ، مخافةً ما يطرأ عليهم من التَّعَدُّرِ، قال الله تعالى: «وَلَنْ كُنْتُمْ عَلَيَّ سَئِرًا وَكَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً» الآية⁽⁶⁾.

فظنُّ قومٌ أن ذلك مخصوصٌ بالسُّفَرِ⁽⁷⁾، وإنما خرج الكلام في ذِكْرِ السُّفَرِ مَخْرَجَ سَبَبِ⁽¹⁾ الحاجة وموضِعِها، لا أنه شرطٌ فيها، والدليل على صِحَّة ذلك: ما رَوَى الأيْمَةُ في الصَّحِيح وغيره، أن النبي ﷺ اِبْتِاعَ بِالْمَدِينَةِ مِنْ يَهُودِيٍّ شَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ، وَرَهْنَهُ بِزَعَةِ⁽⁸⁾.

واختلف الناس في قوله: «فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً»⁽⁹⁾ فجعلَ القبضَ شرطًا في الرهنِ في موضعين:

أحدهما: أنه لا يكونُ رهنًا يُقبَضُ، وحينئذٍ يكون له حُكْمُ الرهنِ.
والثاني: أنه إذا قبِضَ، هل يُلْزَمُ دائماً فيه؟ فإن خرجَ عنه بَطَلٌ، أم يكفي له قبضُ

(1) م، ف، ج: «فخرج بسبب» والمثبت من القبض.

.....

- (1) في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 105 [2/9].
- (2) في تفسير الغريب: «برفع القاف لأنه ليس بنهي ولكنه خبرٌ يخبرُ به أنه...».
- (3) تنمة الكلام كما في شرح الغريب: «... رهن به اشترط أو لم يشترط».
- (4) في تفسير الغريب: «ثم خفضاً للقيء الألف واللام»، وانظر غريب الحديث لأبي عبيد: 114/1 - 116.
- (5) انظره في القيس: 3/902.
- (6) البقرة: 283.
- (7) هو قول مجاهد كما نصَّ على ذلك المؤلف في الأحكام: 260/1.
- (8) أخرجه البخاري (2069) من حديث أنس.
- (9) البقرة: 283.
- (10) 260/1 - 262.

أَوَّلِ الْعَقْدِ؟ وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي «الْأَحْكَامِ»⁽¹⁾، وَالصَّحِيحُ دَوَامُ الْقَبْضِ وَاسْتِمْرَارُهُ، وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ عُلَمَاؤُنَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ جَعَلَهُ رَهْنًا بِصِفَةٍ، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ تِلْكَ الصِّفَةُ خَرَجَ عَمَّا حَكَّمَ اللَّهُ بِهِ.

فصل

قال الإمام⁽²⁾: ليس في الرهن حديث صحيح إلا رهن النبي عند اليهودي، وما روى البخاري أن النبي ﷺ قال: «الرهن مَرْكُوبٌ وَمَخْلُوبٌ، يُرَكَّبُ بِتَفَقُّتِهِ وَيُخْلَبُ بِتَفَقُّتِهِ»⁽³⁾ وهذا الحديث الذي أرسله مالك، عن سعيد بن المسيب، إنما ساقه لاتفاق العلماء على القول به⁽⁴⁾، وإن اختلف في ذلك علماء الحديث، وقد زاد الدارقطني⁽⁴⁾ في حديث سعيد وأسنده فقال: عن النبي ﷺ: «لَا يَغْلُقُ الرَّهْنَ مِنْ رَاهِنِهِ»⁽⁵⁾ الَّذِي رَهْنُهُ، لَهُ عُثْمُ وَعَلِيٌّ عُرْمُهُ، وَهَذَا يَعَارِضُ⁽⁶⁾ حَدِيثَ النَّبِيِّ ﷺ الَّذِي خَرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي قَوْلِهِ: «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَخْلُوبٌ بِتَفَقُّتِهِ».

وقد اتفق العلماء على أن منافع الرهن⁽⁴⁾ للراهن ليس للمرتبهن فيها حق، وإنما له حق الحبس والتوثيق، فأما منفعته فلا.

وقال أبو حنيفة⁽⁵⁾ قولاً غريباً لا يشبهه فطنته: تبقى منافع الرهن عطلاً لا سبيل للمرتبهن إليها؛ لأنها ليست له، ولا سبيل للراهن إليها؛ لأن الرهن قد زال⁽⁶⁾ عن يده.

(٢) في مصادر الحديث: «صاحبه».

(٤) في القيس: «المرهون».

(١) «به» زيادة من القيس.

(٣) م: «معارض».

(٥) في القيس: «خزل».

(1) من هنا إلى بداية كلامه في الفقه أورده في القيس: 902/3 - 904.

(2) قوله ﷺ: «الرهن مَرْكُوبٌ وَمَخْلُوبٌ» أورده البخاري في ترجمة الباب (4) من كتاب الرهن (48)، والباقي رواه بنحوه في الحديثين (2511، 2512) عن أبي هريرة. والعبارة الأولى رواها وكيع في نسخته عن الأعمش: 74 ومن طريقه ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل: 229/1، كما رواها الشافعي في الأم: 164/3 (ط. النجار)، والرازي في علل الحديث (1113)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (282) كلهم من حديث أبي هريرة. وانظر تلخيص الحبير: 35/3.

(3) في سُنَّته: 33/3.

(4) انظر بدائع الصنائع للكاساني: 145/6.

(5) انظر الأم: 155/3 (ط. النجار).

وقال الشافعي⁽¹⁾: «يَسْتَوْفِي الرَّاهِنُ عِنْدَ نَفْسِهِ مَنَافِعَ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ قَدْ صَحَّ وَلَزِمَ بِالْقَبْضِ⁽¹⁾ الْأَوَّلِ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِسْتِدَامَةِ».

قال الإمام: فأما قولُ أبي حنيفةَ فمخالفٌ للحديث والأصولِ والنُّظَرِ، أما الحديثُ فمن ثلاثة أوجه:

أحدها - وهي القاعدةُ -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ».

وما رَوَى البخاريُّ: «أَنَّ الرَّهْنَ مَخْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ» يناقضُ قوله: «الرَّهْنُ عَطْلٌ» وهو

الثاني.

وأما الحديثُ الثالثُ فهو⁽²⁾: «لَهُ عُنْمُهُ وَعَلَيْهِ عُرْمُهُ».

وأما «الأصولُ» فكلُّ مالِكٍ أَحَقُّ بِمِلْكِهِ، وكلُّ ذِي حَقٍّ لَا يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَقِّهِ فِي

مَسَائِلِ الشَّرِيعَةِ كُلِّهَا.

وأما «النُّظَرُ» فليس من المصلحة للخالق، ولا مِنْ شُكْرِ نِعَمِ الْخَالِقِ، أَنْ تُتْرَكَ النُّعْمُ

سُدَى حَتَّى تُتَوَى⁽²⁾.

وأما قولُ الشافعيِّ: «إِنَّ الرَّهْنَ يَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهِ» ففي ذلك إِبْطَالٌ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ أَوْ

تَعْرِضُهُ لِلْآفَاتِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَالصَّحِيحُ مَا قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ أَنَّ الْمَنَافِعَ تَبْقَى فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ* مَعَ الْأَصْلِ؛ فَإِنْ شَاءَ

الرَّاهِنُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا تَحْتَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ بِنَفْسِهِ اسْتَوْفَاها*⁽³⁾، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُنِيبَ مِنْ يَسْتَوْفِيَهَا

لَهُ فَعَلَّ، فَبِهَذَا يَصُلُّ كُلُّ ذِي مِلْكٍ إِلَى مِلْكِهِ، وَيَبْقَى كُلُّ ذِي حَقٍّ مَحْفُوظًا عَلَى صَاحِبِهِ.

وأما قوله: «الرَّهْنُ مَخْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ» فهذه إشارةٌ إِلَى مَا قُلْنَا مِنْ أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا

تَبْقَى مَعْطَلَةً.

وأما قوله: «يَرْكَبُ بِتَفَقُّتِهِ وَيُخَلَبُ بِتَفَقُّتِهِ» فَإِنَّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى بَقِيَّةِ عَادَةِ كَانَتْ

(1) م، ف، ج: «قبض» والمثبت من القبس.

(2) «فهو» زيادة من القبس.

(3) ما بين النجمتين استدركناه من القبس 184/18 (ط. هجر)؛ ليلتم الكلام.

(1) أي تهلك.

(2) انظرها في القبس: 3/904 - 905.

عندهم، أو على تراضٍ بذلك من المتراهنين، فأنا أن يأخذ ذلك المُرتَهِنُ بشرع، فلا يصحُّ ذلك؛ فإنه كان يكون زيادةً في حقِّه، وأخذ مال الرّاهِنِ بغيرِ رضاه، فارتبط الباب، والحمدُ لله على هذه الأصول التي مهَّدنا.

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

قوله: «لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ» قيل: معناه لا يذهبُ هَدْرًا، قال الشاعر⁽²⁾:

وَفَارَقْتُكَ بِرَهْنٍ لَا فَكَّكَ لَهْ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ⁽¹⁾ قَدْ غَلِقَا

ففسر الغلق - وهو ذهابه - بغير شيء، وقواته من غير جبر، وفي ذلك ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: ما فسره مالك أنه نهى عن عقْدٍ تضمّن ذلك، وعن استدائمه إن عُقِدَ

على وجه يتضمّنه.

الحالة الثانية: أن يفوت⁽²⁾ الرهن عند المُرتَهِنِ، أو يتلف بوجه من وجوه التلف.

فقال الشافعي⁽³⁾: يذهبُ هَدْرًا، ويأخذُ صاحبُ الحقِّ حقّه.

وقال أبو حنيفة: يُقَاضُه بقيمته من الدّين.

ولمالك في ذلك قولان⁽⁴⁾:

أحدهما: الفرق بين أن يكونَ ممّا يُغَابُ عليه وما لا يُغَابُ عليه، فإن كان ممّا

يُغَابُ عليه، كان كما قال أبو حنيفة، وإن كان ممّا لا يُغَابُ عليه كان كما قال الشافعي.

القول الثاني: أنّ الحُكْمَ فيه كما قال أبو حنيفة في كلِّ حالٍ. زاد⁽³⁾ مالك: إلا أن

تقومَ بيّنةٌ على تَلْفِيهِ من غير جهة المُرتَهِنِ، فإنه يكونُ من الرّاهِنِ، وهذه مسألةٌ عظيمةٌ

(1) في القبس: «الرّاهِن»، المنتقى: «رهنها غلقا».

(2) في القبس: «يموت».

(3) في التسخ: «قال» والمثبت من القبس.

(1) هو زهير بن أبي سلمى، والبيت في ديوانه: 33.

(2) في الأم: 160/3 (ط. النجار).

(3) انظر المعونة: 2/1156.

(4) انظر روضة الطالبين: 12/157.

الموقع، أَخَذَتْ شَبَّهًا مِنَ الْأَمَانَاتِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، وَأَشْبَهَتْ الْمُسْتَأْمَ (١) مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ قَبْضُهُ عَلَى وَجْهِ الْمُعَاوَضَةِ، وَمِنْ حُكْمِ الْفِرْعِ إِذَا تَجَادَبَهُ الْأَصْلَانُ أَنْ يُوفَرَ (٢) عَلَيْهِ مِنْ حُكْمِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَا جِلَّةَ قَالَ مَالِكٌ مَرَّةً: إِنَّهُ أَمَانَةٌ. وَقَالَ أُخْرَى: إِنَّهُ مِضْمُونٌ، وَإِنَّمَا قَبْضُهُ عَلَى التَّوْتُّقِ مِنَ الْأَمَانَاتِ (٣)، وَالذَّيْنُ مُسْتَقَرٌّ فِي الذَّمَّةِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمِ (٤)، فَإِنَّهُ قَبْضُهُ عَلَى مَعْنَى الْاِعْتِيَاضِ فَحَقَّقَ ذَلِكَ فِيهِ.

وَمِنْ (٥) غَلَقِ الرَّهْنِ مَسْأَلَةٌ (٦) إِعْتَاقِ الرَّاهِنِ (٧)، فَإِنَّ عُلَمَاءَ الْإِسْلَامِ اِخْتَلَفُوا فِيهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ مَرْدُودٌ، قَالَهُ الشَّافِعِيُّ (١).

الثَّانِي: أَنَّهُ نَائِذٌ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ (٢).

الثَّلَاثُ: أَنَّهُ يَنْفُذُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَيُرَدُّ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا (٣).

وَالْمَسْأَلَةُ مُشْكِلَةٌ (٨)؛ إِلَّا أَنَّ (٩) الْكَلَامَ لِمَالِكٍ يَظْهَرُ فِيهَا مَعَ الْاِعْتِبَارِ جَدًّا؛ لِأَنَّهُ مِنْ

غَلَقِ الرَّهْنِ، وَالصَّحِيحُ فِي اسْتِقَاوِهِ أَنْ يَذْهَبَ بِاطِّلًا، كَمَا قَالَ الشَّاعِرُ (٤):

وَفَارَقْتِكَ بِرَهْنٍ لَا فِكَكَ لَهْ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

وَيَكُونُ (١٠) الْهَلَاكُ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَكَمَا لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ عَلَى الرَّاهِنِ، فَأَوْلَى

(١) ف: «المستامر»، م: «المستأمن».

(٢) ف: «يومر».

(٣) م، ف، ج: «الآفات» والمثبت من القيس.

(٤) ف: «المستامر»، م: «المستأمن».

(٥) م، ف: «من»، ج: «عن» والمثبت من القيس.

(٦) م، ف، ج: «مثله» والمثبت من القيس.

(٧) م، ف، ج: «الرهن» والمثبت من القيس.

(٨) ج: «معسرة».

(٩) م، ف، ج: «لأن» والمثبت من القيس.

(١٠) ف: «وكان»، ج: «ولا يكون».

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/300، والمبسوط: 21/138.

(٢) انظر المعونة: 2/1165.

(٣) هو زهير بن أبي سلمى، والبيت سبق تخريجه صفحة: 34، التعليق رقم: 2.

(٤) هذه المسألة مقتبسة من المتنقى: 5/240 - 241.

وأخرى ألا يغلَقَ الرهن^(١) على المرتهن.

وأما الشافعي فإنه قال: إن الرهنَ حقٌ يتعلَّقُ باليد، والعِثْقُ حقٌ يتعلَّقُ بالملك، فمَجِلُّ^(٢) العِثْقِ غيرُ مَجِلُّ^(٣) الرهن.

قلنا له: ولكنه يبطله، وكلُّ ما^(٤) أدى إلى بطلانه فإنه ينطَلُ في نفسه. وهذا فصلٌ عسيرٌ لا يستقيم على أصولنا؛ لأن مالكا قد قال في عدة مسائل: إنه ينفذ العِثْقُ من المؤسِرِ والمُعسِرِ، وإن أدى إلى إبطالِ حقِّ الغير، فإذا طُولِبَ بالفَرْقِ لم يُقَدِرْ عليه، ويَتَوَلَّى الكلامَ إلى تشغيب^(٥) في الفروع وتشغيب^(٥) أيضا في الأصول، بيأنها في «كتب الأصول».

القضاء في رهن الثمر والحيوان

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى^(١):

«فإن ذلك الثمر لا يكون رهنًا مع الحائِطِ»^(٢) معناه: لا يكون للثمره حكم الرهن، ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء، وذلك أن الثماء^(٦) من الرهن على ضربين: أحدهما: أن يكون من غير جنس الأصل، كثمره النخل، وعسل النحل، وغلة الدور^(٧)، والعييد، وسائر الحيوان، فهذا كله لا يكون رهنًا مع الأصل، ما حدث منه بعد عقد الرهن.

(١) في النسخ: «الدين» والمثبت من القيس (ط. هجر).

(٢) م، ف: «محمل».

(٣) م، ف: «محمل».

(٤) م، ج: «وكما».

(٥) ف: «تشغيب»، القيس: «تشغيب» م، ج: «شعب» والمثبت من القيس: 188/18 (ط. هجر).

(٦) م، ف، ج: «المنافع» والمثبت من المتقى.

(٧) في المتقى: «الزرع».

(١) عبارة الموطأ (2134) رواية يحيى، قال: «سمعتُ مالكا يقول فيمن رهنَ حائطًا له إلى أجل مُسَمَّى، فيكون ثمرُ ذلك الحائط قبل ذلك الأجل: إن الثمرَ ليس برهنٍ مع الأصل» ورواه عن مالك: أبو مصعب (2959).

(٢) انظر مختصر الطحاوي: 94، ومختصر اختلاف العلماء: 290/4.

فأما «الثمرة» فسواء حدثت^(١) بعد العقد أو كانت موجودة حين^(٢) الرهن، مزهية أو غير مزهية، قاله ابن القاسم وأشهب.

وقال أبو حنيفة^(١) والثوري: ما حدث من اللبن والصوف والثمرة^(٣) بعد الرهن فهو في الرهن، وكذلك الغلة والخراج.

ودليلنا: أنه نماء حادث من غير جنس الأصل، فلم يتبعه في عقد الرهن، أصل ذلك: مال العبد.

المسألة الثانية^(٢):

وأما «الصوف واللبن» فلا يتبع^(٤) أيضًا إذا حدث بعد العقد، أو كان غير كامل، فأما^(٥) إن كان كاملاً يوم العقد، فقد قال ابن القاسم: يلحقه حكم الرهن. وقال أشهب: لا يكون رهناً إلا بالشرط^(٣).

وروجه قول ابن القاسم: أنه متصل بالحيوان اتصال خلقته، ويتبع في البيع بمجرد العقد، فكذلك في الرهن كأعضاء الحيوان. وقد قال بعض القرويين في النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة: يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام.

قال الإمام: وعندي أنها^(٤) لا تتبع في البيع^(٥) بخلاف الصوف؛ لأن الصوف لا يخلو منه الحيوان، ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له، فأشبهه جريد النخل، وأما الثمرة

(١) م، ف، ج: «التمر سواء حدث» والمثبت من المتقى.

(٢) ف: «في حين».

(٣) في المتقى: «وتمر النخل والشجر».

(٤) م، ج: «ينبغي».

(٥) م، ج: «... العقد إذا كان كاملاً»، ف: «... العقد إذا كل ملك» وقد أثبتنا ما رأيناه صواباً بالاستعانة بما في المتقى.

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 241/5.

(٢) ووجه قول أشهب: أن هذه غلة فلم تتبع الأصل في الرهن بمجرد العقد، كاللبن في ضروع الغنم.

(٣) أي الثمرة اليابسة.

(٤) في المتقى: «لا تتبع في الرهن لأنها لا تتبع في البيع».

(٥) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 241/5.

(٦) المقصود هو الإمام الباجي.

فهي من غير جنس الأصل، ومقصودةً بالغلّة^(١)، تخلو منها الشجرة^(٢) في بعض أوقاتها، وذلك حكم رطبها وبابسها.

المسألة الثالثة^(١):

قال علماؤنا^(٢): ويجوز ارتهان مال العبد دونه، فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن إن قبضه، قاله مالك أيضًا في «المجموعة».

ووجهه: أن المجهول يصح ارتهانه، كما يصح أفراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتهان. المسألة الرابعة^(٣):

قوله^{(٤)(٣)}: «ومن ارتهن جارية وهي حامل فقد تقدم الكلام في النماء الذي ليس من جنس الأصل، وأما ما كان من جنسه كالولد، زاد ابن الجلاب^(٥): «وفراخ النخل والشجر» فإن جميع ما تلده الأمة بعد الرهن يكون رهنًا معها دون شرط، خلافاً للشافعي^(٦).

ووجه ذلك: أنها نماء من جنس الأصل فأشبهه جنسها^(٤).

ومن ارتهن عبداً فولد له من أمته، فقد قال ابن شعبان: الولد رهن مع أبيه دون أمه.

ووجه ذلك: أن أمه مال العبد^(٥)، فلا^(٦) تكون رهنًا معه بمجرد العقد، والولد نماء

(١) م، ج: «ومقصوده بالعلم»، ف: «ومقصوده بالعلم لعله»، والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «الشجر» والمثبت من المتقى.

(٣) «قوله» زيادة من المتقى يقتضيها السياق.

(٤) في المتقى: «سمنها».

(٥) في المتقى: «للعبد».

(٦) م، ف، ج: «لا» والمثبت من المتقى.

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 241/5.

(٢) أي قول مالك في الموطأ (2134) رواية يحيى.

(٣) في التفریح: 260/2.

(٤) في الأم: 78/7 (ط. قتيبة)، وانظر الحارثي الكبير: 208/6.

(٥) تنمة الكلام كما في المتقى: «... قاله مالك في المدونة، وقال في المجموعة: لا برتهن الجنين دون الأم وليس الولد كالثمره».

من جنس، فكان تبعًا له في الرهن.

ولو شرط أنها رهنٌ دون ما تلد لم يجز⁽¹⁾.

وروجه ذلك: أنه جزء معينٌ منها، فلم يجز أن يفرد عن الرهن كئديها.

المسألة الخامسة⁽²⁾:

وفُرقَ علماؤنا بين الثمرة وولد الجارية؛ لأن النبي ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ

أُبْرَثَ فَتَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ»⁽³⁾.

قال مالك⁽⁴⁾: «والأمرُ الذي لا خِلافَ فيه، أن من باع جارية⁽¹⁾ وفي بطنها جنينٌ

أن ذلك للمُشْتَرِي وإن لم يَشْتَرِطْهُ».

فهذا على ما قال، فرق بين الثمرة المأبورة والجنين، وفيه حُجَّةٌ على من أراد إلحاق

أحدهما بالآخر. وأما غير المأبورة فخارجة عن ذلك؛ لأنها تتبع النخل في البيع وإن لم

يشترطها، فهي في البيع كالجنين، وفي الرهن مخالفة له، على ما نبئته إن شاء الله تعالى.

القضاء في الرهن من الحيوان

الفقه في تسع مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ»⁽⁷⁾ وهذا يدلُّ على ما قال. فأما الأرض

(1) في الموطأ: «وليدة» وتابع ابن العربي نص المتقى.

(2) م، ف، ج: «رهن» والمثبت من الموطأ والمتقى.

.....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 242/5.

(2) أورده مالك في الموطأ (2135) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2959).

(3) في الموطأ (2136) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2960).

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 242/5 - 243.

(5) أي قول مالك في الموطأ (2137) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2964).

(6) أسقط المؤلف أو الناسخ فقرة نرى من المستحسن إيرادها كما هي في المتقى: «يريد أن =

= يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر ولا يغاب عليه كالأرض والدور والحيوان؛ فإن هذا

لا يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه والستر له. قال مالك: وكذلك الزرع والثمرة في رؤوس النخل،

والزباج وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول، فأمرها ظاهر يُعلم صدق مدعي ضياعها من كذبه. وأما الحيوان فإن ادعاء أباق العبد وهروب الحيوان، فهذا مما لا يكاد المُرْتَبِين أن يقيم به بَيِّنَةٌ؛ لأن هذا يكون في وقت الغفلة. قال مالك: لأن الأصل ما أخذه عليه من غير الضمان حتى يتبين كذبه، وذلك مثل ما قال أشهب: إذا زعم أن الدابة انفلتت منه، أو كابره العبد بحضرة الجماعة فينكرون ذلك، فلا يُصدَّقُ إلا أن يكون الذين^(١) ادّعى عليهم ذلك غير عُذُول، فلا يُصدَّقون، والقول قوله.

قال محمد: هذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يَغَابُ عليه، والمشهور^(١) من قول مالك؛ أنهم إذا كانوا غير عُذُول لم يثبت كَذِبُهُ، وكان على أصله في التصديق وانتفاء الضمان؛ لأنه على ذلك أخذه، فوجود غير^(٢) العُدُول كعدمهم فيما يتعلَّق بالحكم له وعليه.

المسألة الثانية⁽²⁾:

وأما «الموت» ففي «الموازية» عن مالك: أنه يُصدَّق، إلا أن يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك، ومعنى ذلك: أنه يُصدَّق إذا ادّعى مَرْتَهُ في الفَيَافِي، وبحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه.

المسألة الثالثة⁽³⁾:

ولو قال^(٣): ماتت دابة لا نعلم لمن هي، ففي «المجموعة»: يصفوها^(٤) إن عرفوا الصفة، وإن لم^(٥) يصفوها قُبِلَ قوله أنها هي ويحلف.

(١) م، ف: «الذي».

(٢) «غير» زيادة من المتقى يستقيم بها الكلام.

(٣) م، ف، ج: «قالوا» والمثبت من المتقى.

(٤) في المتقى: «فوصفوها».

(٥) في المتقى: «أو لم».

وهذا . . .

(١) في المتقى: «ووجه المشهور».

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 243/5.

(٣) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 243/5.

(٤) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 243/5.

(٥) أخرجه الطحاوي بسند صحيح - كما نصَّ الزَّيْلَعِي - في شرح معاني الآثار: 102/4 من طريق عبد

المسألة الرابعة⁽¹⁾:

قال أبو الزناد وفي الحديث: «إِذَا عَمِيتَ قِيمَتَهُ»⁽²⁾ وهذا الذي ذَكَرَهُ لا يثبت عن النبي عليه السلام فيه شيء، وإنما هو قول جماعة الفقهاء: إنَّ الرُّهْنَ يضمن منه قَدْر الدَّيْنِ، وما زاد على ذلك فهو أمانة، وهذا قول ابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة⁽³⁾.
وأما ما رُوِيَ من قول أصحابنا في قوله: «الرُّهْنُ بِمَا فِيهِ» هو قول الفقهاء السبعة، إنما ذلك إذا جُهِلَتْ صِفَتُهُ ولم يدَّع معرفة ذلك رَاهِنٌ ولا مُرْتَهِنٌ، وهو قول اللَّيْثِ، وبلغني⁽⁴⁾ عن عليّ رضي الله عنه⁽⁵⁾. وقد قال مالك: الرُّهْنُ بما فيه إذا ضاع عند المُرْتَهِنِ ما يغاب عليه إذا كانت قيمته بمقدار الدَّيْنِ، وسيأتي بيانه إن شاء الله.
المسألة الخامسة⁽⁶⁾:

وإذا جاء المُرْتَهِنُ بالرُّهْنِ⁽¹⁾ وقد احترق وقال: قد وقعت عليه نار، فلا يصدَّق وهو ضامِنٌ إلا أن تقوم⁽²⁾ بيئته، أو يكون من الاحتراق أمر مشهور، من احتراق منزله أو حانوته فيأتي ببعض ذلك محروقًا، فإنه يصدَّق، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم⁽⁷⁾.
والقول قوله فيما ادَّعاه إذا جاء بالشبهة من إحراق حانوته أو منزله.

(1) م، ف، ج: «بالثوب» والمثبت من المتقى.

(2) ف: «يقيم»، المتقى: «تقوم عليه».

الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه، قال: كان من أدركت من فقهاها الذين ينتهي إلى قولهم: منهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة من نظرانهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر جميع ما جمع من أقاريلهم في كتابه على هذه الصُّفَّة؛ أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ، وانظر نصب الراية: 322/4.

(1) انظر مختصر الطحاوي: 95، ومختصر اختلاف العلماء: 309/4، والمبسوط: 64/21 - 65.

(2) القائل هنا هو الإمام الليث.

(3) نص على ذلك الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء: 310/4، ورواية عليّ أخرجها عبد الرزاق (15039)، والبيهقي: 43/6.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 244/5 - 245.

(5) في المتقى: «رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم».

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 245/5.

(7) في المتقى: «وإذا أتى المُرْتَهِنُ بالرُّهْنِ وهو ساج قد تأكله السوس» قلنا: والساج هو الحائك.

المسألة السادسة⁽¹⁾:

وإذا أتى بالرهن قد تأكل من السوس⁽²⁾، فلا ضمانَ عليه ويحلف ما ضَيَّعَهُ، وإن كان أضعاه حتى أصابه، فيشبهه أن يكون فيه شيء، رواه في «العُتْبِيَّة» عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وقال ابن شعبان: إذا تأكلت الثياب عنده أو قرضها الفأر وما أشبهه، فإن كان أضعاه ضَمَنَ وإلا لم يضمن، وقال ابن القاسم: يضمن.

المسألة السابعة⁽³⁾:

وأما إذا تَلَفَ بغير بَيِّنَةٍ، فلا خلاف في المذهب أنه مضمون، خلافاً لابن المُسَيَّب والزَّهْرِيَّ وابن دينار⁽⁴⁾ في قولهم: إنَّ الرُّهْنَ كُلَّهُ أَمَانَةٌ ما يَغَابُ عليه وما لا يَغَابُ عليه، وبه قال الشافعي⁽⁵⁾.

ودليلنا: أن قَبُضَ ما يملك، فمنفعته للقابض مؤثِّرة⁽⁶⁾ في الضمان كالشراء.

إنَّ الرُّهْنَ⁽⁷⁾ مضمونٌ على حكم الارتهان⁽⁸⁾ في الضمان، من حين يقبضه المُرْتَهِنُ إلى أن يرده.

ولو ضاع الرُّهْنُ بعد أن وهبَهُ الرُّاهِنُ، ففي «العُتْبِيَّة» عن ابن القاسم⁽⁹⁾ أنه يضمنه. ووجهه: ما قدَّمناه من أنه مقبوضٌ على حكم الارتهان في الضمان⁽¹⁰⁾.

(١) م، ف، ج: «لابن المسيب والترمذي» والمثبت من المتنى.

(٢) م، ف، ج: «ما يملك لمنفعة القابض مؤثر» والمثبت من المتنى.

(٣) م، ف، ج: «لأن الرهن» وفي المتنى بعد كلمة «مسألة»: «والرهن» ولعل الضواب ما أثبتنا.

(٤) م، ف، ج: «الرهن» والمثبت من المتنى.

.....

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 245/5.

(٢) في الأم: 155/7 (ط. قتيبة).

(٣) في المتنى: «ففي العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب».

(٤) الذي في المتنى: «... مقبوض على حكم الرهن، فبراءة الرهن مما رهن به لا تغير حكمه في الضمان كما لو قضاء ذلك».

(٥) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 247/5.

(٦) أي قول مالك في الموطأ (2137) رواية يحيى.

المسألة الثامنة⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «وَلَوْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لَا عَلِمَ لِي بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ. حُلْفَ الرَّاهِنِ⁽³⁾، إِذَا جَاءَ بِمَا لَا يُسْتَنْكَرُ» يريد أن يأتي بما يُشبهه من صفة ما رُهنَ في مثل ذلك، وما يكون له من القيمة مما يقرب منه على ما جرت به العادة، وإنما يُرَاعَى في ذلك ما لا يُسْتَنْكَرُ مِنَ الثَّمَنِ.

المسألة التاسعة⁽⁴⁾:

قوله⁽⁵⁾: «وَذَلِكَ إِذَا قَبِضَهُ وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ». يريد أنه⁽⁶⁾ إنما ضمن الرهن الذي لا يغاب عليه إذا كان حائزاً له، وأما إذا كان موضوعاً على يد غيره بحكم⁽⁷⁾، أو باتفاقهما، فلا ضمان عليه في ضياعه، وإن لم تقم بذلك بيّنة.

وأما سائر ما تقدّم من قوله في شهادة قيمة الرهن بقدر الدّين، فيحتمل أن يناوله هذا الشرط على قول أصبغ، ويحتمل أن لا يناوله على قول محمد، وسيأتي ذكره إن شاء الله.

تركيب:

قال الإمام: ويتركّب على هذا ست مسائل⁽⁸⁾: المسألة الأولى: في وجوب الحيّزة للرهن وأنها شرط في صحته وإتمامه. والثانية: في صفة الحيّزة وتميّزها⁽¹⁾ مما ليس بحيّزة. والثالثة: فيمن يكون وضع الرهن على يديه. والرابعة: فيمن يوضع على يده عند

(1) م: «وحيزها»، ج: «وغيرها»، المتقى: «وتمييزها» وهذه أولى.

(1) تنمّة الكلام كما هو في الموطأ: «عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ، وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ».

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 247/5.

(3) أي قول مالك في الموطأ (2137) رواية يحيى.

(4) أي المُرْتَهِنُ.

(5) أي بحكم حاكم.

(6) هذه المسائل مقتبسة من المتقى: 247/5.

(7) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المتقى: 247/5 - 248.

(8) ذكره ابن حزم في المحلى: 87/8 ونصّ على صحته إسناده.

اختلافهما. والخامسة: فيمن يقوم بالرهن^(١) ويولي الإنفاق عليه والاستغلال له^(٢).
والسادسة: في حكم العدل الذي يوضع على يده.

أما المسألة الأولى^(١): في وجوب حيازته وكونها شرطاً في تمامه

فليس من شرطها^(٣) السفر، خلافاً لمجاهد في قوله: لا يصح الرهن إلا في السفر^(٢).

ودليلنا: أن كل وثيقة صحت في السفر فإنها أصح في الحضر كالكفالة، ولا يتم لها حكم الرهن إلا بالحيازة له، قال الله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٣) فجعل ذلك من صفته اللازمة له، وذلك بمعنى الشرط فيه، فصار حكم الرهن متعلقاً بالرهن المقبوض.

فرع:

فإن مات الرهن أو أفلس، ووُجد الرهن بيد المرتهن أو الأمين، ففي «الموازية» و«المجموعة» عن عبد الملك: لا ينفع ذلك حتى تعلم البيعة أنه حازة قبل ذلك^(٤).

وقال محمد: لا ينفعه إلا بمعينة الحوز لهذا الارتهان^(٤).

ووجهه: أنه لما كان من شرطه قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به، لم يحكم له بذلك إلا بعد ثبوت الشرط في وقته وقبل وفاته^(٥).

وعندي: لو ثبت أنه وجد بيده قبل الموت أو الفلاس، لوجب أن يحكم له بحكم الرهن، ولعله معنى قول محمد: لا ينفعه إلا بمعينة الحوز.

(١) «الرهن» زيادة من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «الاستغال به» والمثبت من المتقى.

(٣) في المتقى: «ليس من شرط الرهن».

(٤) في المتقى: «الحوز لها حين الارتهان».

(٥) في المتقى: «فوته».

(١) البقرة: 283.

(٢) أي قبل الموت أو الفلاس.

(٣) هذه المسألة مع فروعها مقتبسة من المتقى: 248/5 - 249.

(٤) انظر مختصر الطحاوي: 93، والمبسوط: 68/21.

المسألة الثانية⁽¹⁾: في صفة الحيابة وتمييزها مما ليس بحيابة فأول ذلك أن الرهن يلزم بمجرد القول، خلافاً لأبي حنيفة⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾ في قوليهما: لا يلزم إلا بالقبض.
قال عبد الوهاب⁽⁴⁾: والدليل على ذلك، قوله تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽⁵⁾ قال⁽¹⁾: قلنا: من الآية دليلان:

أحدهما: أنه قال تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فأثبتها رهناً قبل القبض.

والدليل الآخر: قوله: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ هو أمر؛ لأنه لو كان خبراً لم يصح أن يوجد⁽²⁾ رهن غير مقبوض، ومن قولهم: إن الرهين لو جن أو أغمي عليه ثم أفاق لصح⁽³⁾، فثبت أنه أمر.

ومن جهة القياس: أنه عقد وثيقة كالكفالة.

فرع:

وهل يكون من شرط الحيابة أن يقبض الرهن الحائز أم لا ؟

اختلف أصحابنا في ذلك: ففي «الموازية» من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن أكثرى داراً أو عبداً سنة، أو أخذ حائطاً مساقاة، ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل تمام السنة، فلا يكون محوزاً للرهن؛ لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر.

وفي «المجموعة» قال سحنون: ومذهب ابن القاسم: أنه يجوز أن يرتهن ما بيده بإجازة أو مساقاة ويكون ذلك حيابة للمرتهن، كالذي يخدم العبد ثم يصدق به على

(1) «قال» زيادة من المتقى؛ لأن القائل هو القاضي عبد الوهاب.

(2) في الأصول: «يكون» والمثبت من المتقى.

(3) ف، ج: «أفاق منه لصح»، وفي المتقى: «أفاق فلم فصح».

(1) في الأم: 8/7، وانظر الحاوي: 8/6.

(2) انظر نحوه في المعونة: 1153/2.

(3) البقرة: 283.

(4) 94/11 في سماع عيسى من ابن القاسم، من كتاب العتق.

(5) وذلك لأنه إنمارهه البيوت التي له، ولم يرهنه الطريق الذي ليس له من الحق فيه إلا ما لغيره من المرور فيه.

آخر، فحوزُ المخدوم^(١) حوزٌ للمُتَصَدِّقِ عليه.

فرع آخر:

ومن رَهَنَ بيتًا من دارٍ بما يليه منها، فحازَهُ المُرْتَهِنُ بِعَلَقِيٍّ أو كراء. قال ابنُ حبيبٍ عن أصبغ: إنَّ حَدَّ له نصف الدار فهو أحسن، وإن لم يحده ولكنه رهنه البيت بعينه ونصف الدار شائعًا، فحيازته للبيت تكفيه، وكذلك في الصُّدُقَةِ، يريد بقوله: «فحيازة المُرْتَهِنِ بخلق البيت» أن غلقه له على ذلك الوجه حيازة له ولسائر ما ارتهن من الدار. وأما الكراء فإنه يشتمل على الجميع، واختار أصبغ أن لو حَدَّ له بِحَدِّ حتى^(٢) يتميَّز الرهن من غيره، لكنه إن حاز البيت أجزاء^(٣). ويحتمل وجهين: أحدهما: أن البيت معظم الرهن والتالي^(٤) له تَبِعٌ.

والثاني: يكون مبنياً على جواز حيازة المُشَاعِ مع غير الرهن، ويكون معنى المسئلة أن بَقِيَّةَ الدار لغير الرهن، وفي «المُعْتَبَةِ»^(١) من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارتهن دارًا وفيها طريق للمسلمين يسلكه الرهن وغيره، قال: إذا حاز البيوت لم يضره الطريق؛ لأنه حق للناس كلهم. فراعى في الحيازة البيوت^(٥) دون الساحة^(٢)، ويحتمل ما قدمنا من أنها تَبِعٌ للبيوت.

فرع:

ويجوز عند مالك رهن المُشَاعِ^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، ومنعه أبو حنيفة^(٥).

(١) في المتنقى: «المخدوم».

(٢) في المتنقى: «أن يحده ما اختاره من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة حتى...».

(٣) م، ف، ج: «لكنه حيازة البيت حيازة» والمثبت من المتنقى.

(٤) م، ف: «والثاني» وهو تصحيف، وفي المتنقى: «والباقي».

(٥) م، ف، ج: «مراعى للحيازة للبيوت» والمثبت من المتنقى.

(1) انظر الضريع: 262/2، والمعونة: 1155/2.

(2) في الأم: 177/7.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 287/4، والمبسوط: 69/21.

(4) هذه المسألة مع فرعيها مقتبسة من المتنقى: 251/5.

(5) المقصود هو الإمام الباجي.

ودليلنا: أنه كل ما صح قبضه بالبيع صح ازتهائه كالمقسوم.
المسألة الثالثة⁽¹⁾:

قال علماؤنا⁽²⁾: هذا في جِيازَةِ الأعيان، وأما الدُّيون فارتهاها جائزٌ، قاله مالك، ولا يخلو الدُّين أن يكون له ذكر حق، أو لا ذِكر له، فإن كان له ذكر حق، فحيازته أن يدفع إليه ذلك⁽³⁾ الحق ويشهد له به، فهذا حَوْزٌ⁽⁴⁾ ويكون أحق به في الموت والفلس، قاله مالك في «الموازاة».

فرع:

فإن لم يكن له⁽³⁾ ذكر حق، فهل يُجزىء فيه الإسهاد؟ قال ابن القاسم في «المجموعة»: لا بأس بذلك، ونحوه عن مالك⁽³⁾.

المسألة الرابعة⁽⁴⁾: فيمن يصح وضع الرهن على يده

فإن كان يتيم له وليان، فارتهن منهما رهنًا بدَّين على اليتيم، فوضع على يد أحدهما، ففي «الموازاة» عن عبد الملك: لا يتم فيه الحَوْز؛ لأنَّ الولاية لهما، ولا يحوز المرء على نفسه.

فرع:

ومن ازتهنَّ حائطًا، فجعل على يد المساقى فيه أو الأجير، فليس برهن حتى يجعل على يد من في غير الحائط، ويجعل مع المساقى رجلًا يستخلفه، أو يجعلاه على يد من يرضيان به، رواه ابن القاسم عن مالك في «الموازاة».

وقال عبد الملك في «المجموعة»: إن كان رهن نصفه لم يجز ذلك في الأجير

(1) في المتقى: «ذكر».

(2) م: «فهو أحوز»، ج: «فهو أجوز»، المتقى: «فهذا جوز».

(3) «عن مالك» زيادة من المتقى.

(1) أي للذَّين.

(2) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المتقى: 251/5 - 252.

(3) أي بقاء الرهن بيد الزاهن.

(4) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المتقى: 252/5 - 253.

والقيّم، وإن كان رهن جميعه جاز.

وجه الأول: أنّ المُسَاقِي والأَجِير لَمَّا كانا عاملين للرَّاهِن كانت أبدانهما^(١) له، فلا تصحّ الحِيارَة مع بقاءه بيده^(١) أو بيد من يقوم مقامه، كما لو رَهَنَ نصفه لم يجز.

وجه الثاني: أنّ يَدَ الأَجِير إنّما نَأَبَتْ^(٢) عن يَدِ الرَّاهِن بأمره، فإذا بقي له أمر فيه، بقي له بعضه غير مرهون^(٣)، فلم يجز ذلك كان حائزاً أو محوزاً منه.

المسألة الخامسة^(٢): فيمن يوضع على يده عند اختلافهما

وإنه إذا اشترط المُرْتَهِنُ كونه على يده، جاز إن كان ممّا يُعْرَفُ بعينه، كالدور والعقار والحيوان والثياب، وغير ذلك ممّا لا يكال^(٤) ولا يُوزَنُ، فأما الدنانير^(٥) والدرهم فلا^(٦) يحوز ذلك فيها لجواز أن يتفع بها فيرة مثلها.

وقال أشهب في «المجموعة»: لا أحب ارتهائها وارتهان الفلوس إلا مطبوعة، للثمة في سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرهن ويستقبل^(٧) طبعها متى عثر على ذلك، وهذا إذا كان على يَدِ المُرْتَهِنِ دون الأمين^(٣)، فالثمة فيه أبيض. والذي في «المدونة»^(٤) في الدنانير والدرهم والفلوس: يجوز ارتهائها إذا طبع عليها.

(١) في المتن: «أيديهما».

(٢) م، ف، ج: «بانت» والمثبت من المتن.

(٣) في المتن: «فإذا بقي له أمر في بقاءه بيده لبقاء بعضه غير مرهون».

(٤) م، ف، ج: «يوكل» والمثبت من المتن.

(٥) م، ف: «فأما العين والدنانير»، ج: «فأما العين كالدنانير» والمثبت من المتن.

(٦) م، ج: «فقد».

(٧) م: «ويقتل»، ج: «ويقتل».

(١) الظاهر أنه سقطت هاهنا جملة، ترى من المستحسن إثباتها كما هي في المتن: «وما أرى ذلك في

الطعام والإدام وما لا يعرف بعينه؛ لأنه لا يكاد يخفى التصرف فيه ويخفى في العين، فالثمة...».

(٢) 163/4 فيمن ارتهن دنانير أو دراهم أو فلوساً أو طعاماً.

(٣) 156/4 - 157 في الرهن يُجْعَلُ على يدي عدل فيموت العدل فيوصي إلى رجل هل يكون الرهن على يديه.

(٤) قاله في «المجموعة» كما نص على ذلك الباجي في المتن.

فرع:

وإن شرط كونها على يد أمين، لزمهما ولا يحتاج إلى الطبع، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب.

وإن لم يشترطاً^(١) شيئاً، قال محمد بن عبد الحَكَم: إن اختصما في ذلك، قيل لهما: اجعلاهُ على يد أمينٍ ممن ترضون، فإن اختلفا في الرضا، جعله القاضي عند من يرضى.

فرع:

فإن مات الأمين فأوصى إلى رجل، لم يكن الرهن^(٢) على يده ولكن^(٣) على يد من رضيا به، قاله ابنُ القاسم في «المدونة»^(٤).

وقال أشهب^(٥): على الوصي أن يعلمهما^(٦) بمؤنه^(٧)، ثم إن شاء أقره عنده أو عند غيره، فإن اختلفا فيه وفي غيره جعل عند أفضل الرجلين.

المسألة السادسة^(٨): فيمن يلي الرهن

رَوَى ابنُ حبيب عن ابن المَاجِشُون: إنَّ المُرْتَهِنَ يلي كراءه، وأحبُّ إليَّ أن يستأمر الرَّاهن إن حضر، فإن لم يأمره^(٩) مضى ذلك.

وقال ابنُ القاسم: له أن يكرهه بغير إذنه عَلِمَ أو لم يَعْلَم.

(١) م، ف، ج: «يشترط» والمثبت من المتقى.

(٢) «الرهن» زيادة من المتقى.

(٣) م، ف، ج: «ولا كان» والمثبت من المتقى.

(٤) م، ف، ج: «يعلم» والمثبت من المتقى.

(٥) م، ف، ج: «بمونه» والمثبت من المتقى.

(٦) م، ف، ج: «يوامره» والمثبت من المتقى.

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 253/5.

(٢) في المتقى: «قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة».

(٣) 28/11 في سماع ابن القاسم عن مالك، من كتاب كتب عليه ذكر الحق.

(٤) معظم هذا الباب إلى قوله: «وفروع هذا الباب أربعة» أورده في القبس: 905/3 - 908.

وقال أشهب⁽¹⁾: إن لم يأمره الزاهن، فلا يكرهه.

وفي «العشبية»⁽²⁾ عن ابن القاسم: يلي كراءه بإذن الزاهن، وكذلك من وضع على يده.

باب⁽³⁾

القضاء في كراء الذابة والتعدي فيها⁽¹⁾

الترجمة والإسناد:

قال الإمام: بوّب مالك - رحمه الله - على كراء الدواب والزواجل، ولم يرذ لهما في الحديث أصل⁽²⁾، سوى أتى وجذت إشارتين إحداهما أقوى من الأخرى.

وأما الأولى: فهي⁽³⁾ الحديث الصحيح⁽⁴⁾ عن عائشة: أنه⁽⁵⁾ استأجر رجلاً من بني الدليل يقال له: ابن الأريقط⁽⁶⁾، دفعنا إليه راجلتيهما وواعداه في غار ثور صبح ثلاث. فقد أخذت الذابة ههنا حفظها من الكراء.

وأما الحديث الثاني - وهو أقوى -: وهو حديث جابر: أنه باع من النبي جملًا، واشترط ظهره إلى المدينة⁽⁷⁾. وهذا ظاهر في أن الاستثناء قد وقع على جزء من الثمن.

(1) ج: «عليها»، في الموطأ: «بها».

(2) م: «أصلاً»، ج: «ولم يردهما في الحديث أصلاً».

(3) م، ف، ج: «فهو» والمثبت من القيس.

(1) الذي أخرجه البخاري (2263).

(2) أي النبي ﷺ وكان معه أبو بكر رضي الله عنه.

(3) يقول ابن بشكوال في غوامض الأسماء المبهمة: 144/1 «الرجل الديلمي هو عبد الله بن أرقط، ويقال أريقط، ذكر ذلك ابن إسحاق فيما أخبرنا به أبو محمد، عن أبيه - رحمه الله -، عن أبي الوليد القاضي... عن محمد بن إسحاق بذلك في قصة طويلة».

(4) أخرجه البخاري (2718)، ومسلم (715).

(5) أي قول مالك في الموطأ: 276/2.

(6) أخرجه البخاري (1739) من حديث ابن عباس.

(7) البقرة: 179.

وأما قوله⁽¹⁾ في الترجمة: «وَالْتَعَدِّي فِيهَا» فإنه نَبْءٌ⁽¹⁾ على أصل، فإنَّ العدوانَ بابٌ عظيمٌ، تصرَّفَتْ فيه الشريعةُ بالبيان، وتعلقت به من الأفعالِ أحكامٌ، قال النبي ﷺ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ» الحديث⁽²⁾، فإذا وقع التعدي فيها، فإلشزع على المتعدي حكمان:

1 - أحدهما: حُكْمُ زَجْرٍ⁽³⁾، كالضربِ والقتلِ⁽⁴⁾.

2 - والآخر: حُكْمُ جَبْرِ، كالفيمَّةِ والذية.

وفي الجبرِ زجرٌ؛ لأنه يتقيض⁽⁴⁾ لمملك⁽⁵⁾ المتعدي، وليس في الزجر⁽⁶⁾ جبرٌ⁽⁷⁾، ولكن فيه حفظٌ واستنفاع⁽⁸⁾، وعنه وقع⁽⁹⁾ البيانُ في قوله تعالى: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ» الآية⁽³⁾، ولأجل ذلك شرف الله هذه الأمة على سائر الأمم. فإنَّ القصاصَ زاجرٌ⁽¹⁰⁾ في كلِّ أمةٍ، وحُصِّت هذه الأمةُ بالذيةِ جبراً، وجعل الله الوليَّ بالخيارِ بين أن يقتلَ أو يأخذَ الذيةَ، وهذا هو الصحيح.

ومن الثكثِ البديعة⁽¹¹⁾ في هذا الحديث: أن النبي ﷺ لم⁽¹²⁾ يذكر فيه الفروجَ، ولكنها دخلت في الأعراضِ، فاستوعب هذا الحديثُ محارمَ الشريعةِ.

(1) ف: «بيته».

(2) م، ف، ج: «حد» والمثبت من القبس.

(3) م، ف: «المثل».

(4) م: «يقبض»، القبس: «يقبض».

(5) في القبس: «بملك».

(6) م، ج: «الخبر».

(7) م، ف: «خبر».

(8) في القبس: «واستيفاء».

(9) م، ف، ج: «ووقع» بدون كلمة «وعنه» والمثبت من القبس.

(10) م: «حاحز»، ف: «جاء حد»، ج: «حائز» والمثبت من القبس.

(11) في القبس: «الغريبة».

(12) م، ف، ج: «... الحديث لمن يذكر» والمثبت من القبس.

.....

(1) انظرهما في العارضة: 113/6.

(2) وذلك إذا تلف بما يوجب الضمان، هل يضمن بقيمته أو بمثله؟

(3) أخرجه البخاري (2481، 5225) من حديث أنس.

وأما الزجر، فيكون بما تقدم من القتل والضرب.
وأما الجبر، فيكون بالمثل، وهو على قسمين⁽¹⁾:
مثل في الصورة، ومثل في المايّة.

فأما المثل من جهة المايّة، فقد عيّننا الله في القيمّة من التقدين⁽¹⁾ وما جرى مجراهما⁽²⁾ بالعرف.

وأما المثل من طريق الصورة فيما يشاهد، وذلك في المكيل والموزون، أما إنه قد يثبّد من ذلك شيء في التفرع في مسألة العزل⁽²⁾، فإن العلماء اختلفوا فيها، هل هي من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيم؟ والصحيح أنها⁽³⁾ من ذوات القيم، فإن ضبط القاعدة أوكد من النظر في الفروع.

فإن قيل: كيف تضمنون بما في الحديث الصحيح، من أن النبي ﷺ كان في بيت بغض نسائه، فأهدت إليه إحدى أمهات المؤمنين قصعة فيها طعام، فضررت التي هو في بيتها يد الخادم، فوقعت القصعة أو الضحفة فأنكسرت، فقال النبي: «غارت أمكم» وجعل يجمع الطعام في الضحفة ويقول: «كلوا» فأكلوا وجبر قصعة التي هو في بيتها وأرسله إلى التي كسرت قصعتها⁽³⁾.

الجواب: الأمر جرى للنبي ﷺ مرتين:

إحداهما: كانت أم سلمة أهدت إلى النبي ﷺ وهو في بيت عائشة، خرجه النسائي⁽⁴⁾.

المرّة الثانية: أن التي أهدت كانت زينب، فقالت عائشة للنبي عليه السلام: ما

(1) م، ف، ج: «التقدير» والمثبت من القبس.

(2) م، ف، ج: «مجراهما» والمثبت من القبس.

(3) م، ف، ج: «أنه» والمثبت من القبس.

(1) في المجتبى: 70/7.

(2) قول المؤلف: «خرجه مسلم في صحيحه» فيه نظر، فالذي وجدناه هو ما في سنن أبي داود (3568) عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله، ما كفارة ما صنعت؟ قال: «إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام»، والملاحظ في هذا الحديث أن التي أهدت هي صفة. أما ما نصّ عليه المؤلف من أنها زينب، فقد

كفارة ما صنعت؟ قال: «إِنَاءٌ بِإِنَاءٍ، وَطَعَامٌ بِطَعَامٍ» خرجه مسلم في «صحيحه»^(١)، واختلاف المَهْدَى دليلٌ على أنها كانت حالتان، وكانت دارُ الثَّيْبِ^(٢) وأَهْلُهُ^(٣) وأوانيه والكُلُّ له، وإنما الكلامُ في التَّشَاخُ^(٤) بين المتنازِعِينَ وطلبِ المثلِ على التحقيق عند الاختلاف، وذلك لا يكون إلا بالمعيارِ الشرعيِّ.

وقيل: إنما كان ذلك في القَصَّةِ لِحَقَارَتِهَا، وإن القِيَمَةَ في ذلك لا تختلفُ بخلافِ الأثوابِ والدَّوَابِّ؛ فإنها لا تكاد تتفقُ لكثرة^(٥) قيمتها. أما أنه قد رُوِيَ عن عبد الله بن عمر وغيره؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «فِي الْكَلْبِ الْمُتَّخِذِ لِلزَّرْعِ فَرَقٌ مِنْ طَعَامٍ، وَفِي كَلْبِ الْعَنَمِ شَاءَةٌ، وَفِي كَلْبِ الصَّيْدِ كَذَا دِزْهَمًا، وَفِي كَلْبِ الدَّارِ فَرَقٌ مِنْ تُرَابٍ، عَلَيْنِكَ أَنْ تَحْمِلَهُ»^(٦) وَعَلَيْهِ^(٧) أَنْ يَأْخُذَهُ»^(٨).

قال الإمام: وهذا الحديثُ ضعيفٌ في السُّنَدِ، فلا يُلْتَمَتُ إليه لضعْفِهِ؛ لأنه لا يصحُّ منه حرفٌ.

مَرْجِعٌ:

فإذا اكَتَرَى^(٩) دابةً فتعدى، والفروعُ فيها كثيرةٌ، ولكن جملةً الحالِ ترجعُ إلى

(١) ف، ج: «التي».

(٢) ساقطة من القبس. وفي النسخ: «بأهله» والمثبت من القبس: 226/18 (ط. هجر).

(٣) ف، ج: «المستباح»، وفي القبس: «المشاحة».

(٤) في القبس: «وتكثر».

(٥) في المصادر: «تقبله».

(٦) م: «وعليك».

(٧) في القبس: «أكرى».

رواه ابن حزم في المحلى: 141/8، وانظر فتح الباري: 124/5.

(١) أخرجه عبد الرزاق (18415)، وابن أبي شيبة (20921)، والعقيلي في الضعفاء: 81/1، والدارقطني:

243/4، وابن حزم في المحلى: 523/10، كلهم من قول عبد الله بن عمر وابن العاص موقوفًا.

(2) انظر الحاروي الكبير: 439/7.

(3) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي: 107، ومختصر الطحاوي: 128.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 265/5.

(5) أي قول مالك في الموطأ (2143) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3013).

أصل، وهو أن الشافعي⁽¹⁾ يقول: على المتعدي قيمة ما أفسد بالغًا ما بلغ، قليلاً أو كثيراً، ولا يسقط حق المالك عن العين المملوكة بالتعدي، ولو بقي منها قيمة حبة، بل يُحكّم بردها إلى مالِكها بجميع قيمتها غير تلك الحبة.

وقال مالك وأبو حنيفة⁽²⁾: إذا ذهب المعظم⁽³⁾ من المنفعة، فعلى المتعدي جميع القيمة، ويكون لرب الذابة أو السلعة أو العبد، ويكون ذلك كله للمتعدّي مُعَارَضَةً قهرية. وهنا⁽⁴⁾ فروع تتعارض فيها الأدلة، فحكّم مالك فيها للمالك بالتخيير، وقد بينا⁽⁵⁾ في «مسائل الخلاف» هذه⁽⁶⁾ المآخذ، والأقوى عندي فيها مذهب الشافعي إن شاء الله.

فروع هذا الباب أربعة:

الأول⁽³⁾: قوله⁽⁴⁾: «فإنما لرب الذابة نصف الكراء» إنما جعل له النصف في البداءة والنصف في العودة، بناء على أن قيمتهما سواء لتساويهما في المسافة، وهو الغالب في أحوال المسافات، ولو اختلفت قيمة الكراء لرغبة الناس في البداءة والعودة للزم التقديم الفرع الثاني⁽⁵⁾:

إن ردها وقد تغيرت، فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيّرًا شديدًا أو هلكت. فإن تغيرت، ففي «الواضحة» عن مالك: أن من رد الذابة ولم يمسكها إلا يسيرًا، فليس لربها إلا الكراء فقط، إلا أن يكون قد نقصها وغيّرها تغيّرًا شديدًا، فهو مخيّر بين كرائها في تلك الأيام وبين قيمتها. وكذلك لو عطبت في مدة التعدي⁽⁵⁾، والتعدي يكون في⁽⁶⁾

(1) ف: «المقصود».

(2) في القبس: «وينشأ هنالك».

(3) م، ف، ج: «مهدنا ذلك» والمثبت من القبس.

(4) م، ف، ج: «وهذه» والمثبت من القبس.

(5) في النسخ: «التغير» والمثبت من المتقى.

(6) «في» زيادة من المتقى.

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 265/5 - 266.

(2) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 266/5.

(3) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 266/5.

(4) 430/3 في المكتري يكره من غيره.

(5) 432/3 في ما جاء في التعدي في الكراء.

حبسها بعد زمان الكِرَاءِ⁽¹⁾.

الفرع الثالث⁽¹⁾:

وأما التَّعْدِي فِي تَجَاوِزِ الْمَسَافَةِ، فَمِثْلُ أَنْ يَكْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ مِنْ مِصْرَ إِلَى بَرْقَةِ، فَيُرْكَبُهَا إِلَى إِفْرِيْقِيَّةِ، فَهَذَا حَكْمُهُ فِي طَوْلِ الْإِمْسَاكِ، وَقُرْبِهِ مِثْلُ مَا تَقَدَّمَ فِي الزُّيَادَةِ عَلَى زَمَنِ الْكِرَاءِ إِنْ رَدَّهَا سَالِمَةً، فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجَاوِزِ الْمَسَافَةَ إِلَّا بِالْيَسِيرِ، فَلَيْسَ لِمُصَاحِبِهَا إِلَّا الْكِرَاءُ بِمَقْدَارِ مَا زَادَ، وَلَوْ زَادَ كَثِيرًا خَيْرَ رَبِّهَا⁽²⁾، فَإِنْ عَطِبَتْ فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ فَهَوْضَايْنِ لَهَا.

الفرع الرابع⁽²⁾:

وأما التَّعْدِي فِي الْحَمْلِ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: الزُّيَادَةُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ.

والثاني: حَمْلٌ غَيْرُ ذَلِكَ الْجِنْسِ.

فَأَمَّا الْأَوَّلُ، فَفِي «الْمَدُونَةِ»⁽³⁾ فَيَمْنِ اِكْتَرَى دَابَّةً لِيَحْمَلَ عَلَيْهَا أَرْطَالًا، فَحَمْلٌ أَكْثَرَ فَعَطِبَتْ، إِنْ كَانَتْ الزُّيَادَةُ يُغَطِّبُ مِنْ مِثْلِهَا، فَلِمُصَاحِبِهَا الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ وَكَرَاهٌ مَا تَعْدَى فِيهِ. وَقَالَ سَحْنُونُ: إِنْ زَادَ وَلَوْ رَطْلًا ضَمِنَ.

وقال عبد الملك: الفرق بين هذا وبين الزُّيَادَةِ فِي الْمَسَافَةِ؛ أَنَّ مَجَاوِزَةَ الْمَسَافَةِ تَعْدُ كَلَّهُ، فَلِذَلِكَ ضَمِنَهَا فِي قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ، وَزِيَادَةَ الْحَمْلِ إِذَا⁽³⁾ اجْتَمَعَ فِيهِ تَعْدٌ وَإِذْنٌ، فَإِنْ كَانَتْ الزُّيَادَةُ يُغَطِّبُ مِنْ مِثْلِهَا ضَمِنَ وَإِلَّا لَمْ يَضْمَنْ.

(1) فِي الْمَتْنِ: «حَبْسُهَا بِقَدْرِ مِنَ الْكِرَاءِ، وَيَكُونُ فِي أَنْ يَتَعَدَى بِهَا مَكَانَ الْكِرَاءِ وَيَكُونُ فِي أَنْ يَجْعَلَ عَلَيْهَا مَا لَمْ تَكْتَرِ لَهُ».

(2) فِي الْمَتْنِ: «لَوْ زَادَ كَثِيرًا فِيهِ الْأَيَّامُ الَّتِي تَتَغَيَّرُ فِي مِثْلِهَا سَوَقَهَا مِنْ رَبِّهَا إِنْ رَدَّهَا الْمَتَعْدِي سَالِمَةً عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَإِنْ عَطِبَتْ...».

(3) «إِذَا» زِيَادَةٌ مِنَ الْمَتْنِ.

.....

(1) أَيُّ مَا بَلَغَتْ الْقِيَمَةَ.

(2) انظُرْهَا فِي الْقَبْسِ: 3/908. وَرَاجِعِ الْعَارِضَةَ: 6/236 - 238.

(3) انظُرِ الْهَدَايَةَ شَرْحَ الْبَدَايَةِ: 1/210.

فإذا قلنا: له كِراءُ الزيادة إن شاء، ففي «المدونة»⁽¹⁾: له⁽¹⁾ أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ، إلا أن يكون⁽²⁾ مثل قفيز من العشرة⁽³⁾ التي اكرى عليها.
 ووجه ذلك: أن له فيه قيمة كراءٍ مثله ما بلغت⁽²⁾؛ لأنه لم يتقدم فيه عقد، والفروع كثيرة اقتصرنا على هذه التبعة منها، وبالله التوفيق⁽⁴⁾.

القضاء في المستكرهة من النساء

الفقه في ست مسائل:

المسألة الأولى⁽³⁾:

قال علماؤنا: إذا غصب الفرج وجبث عليه قيمته؛ لأن ما ضمّن بالمسمى⁽⁵⁾ في الصحيح من العقد وبالمثل في الفاسد، ضمّن بالإنلاف، أصله الأعيان. ولا تستمر لنا هذه المسألة مع أبي حنيفة وأهل الكوفة إلا بعد القول بأن منافع الرقاب مضمونة بالإنلاف، وفيه خمسة أقوال، والصحيح منها أن المنافع مال، وأنها مضمونة، سواء تلبت تحت اليد العادية، أو أتلفها المتعدي.

وقال أبو حنيفة⁽⁴⁾: منافع البضع لا تقوم، وليس المهر في النكاح ثمنًا⁽⁶⁾ لها.

قلنا: لو كان هذا صحيحًا لما ضمّنت بالمثل في الفاسد.

فإن قيل: ذلك لشبهة⁽⁷⁾ العقد.

(1) في المتقى: «ففي قول مالك له».

(2) م، ف، ج: «ما بلغ ولا يكون» والمثبت من المتقى.

(3) م، ف، ج: «الشعير» والمثبت من المتقى.

(4) ف: «والله الموقق».

(5) م، ف، ج: «بالميس» والمثبت من القيس: 230/18 (ط. هجر).

(6) م، ف، ج، القيس: «بمثل» والمثبت من القيس: 231/18 (ط. هجر).

(7) م، ف، ج: «يشبه» والمثبت من القيس.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 268/5 - 269.

(2) في الأم: 258/3 (ط. النجار).

(3) انظر آثار أبي يوسف: 134، ومختصر اختلاف العلماء: 298/3.

(4) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المتقى: 269/5.

قلنا: إذا ضُمَّت بالاستيفاء بالشبهة، فأولى وأخرى أن تُضمَّن بالإتلاف في اليقين.
وقد مهَّدنا ذلك في «مسائل الخلاف» فإنها من المطولات^(١)، وهذه المسألة لا تُتصوَّر إلا
بأحد ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: إن ثَبَّتَ الزُّنَا عَضْبًا، فلا بُدَّ من ثلاثة أحوال: إما بَرَجَمَ، أو بَجَلَدَ، أو
بَغْرَمَ^(٢).

الوجه الثاني: إن ثَبَّتَ ذلك بالإقرار، فلا بُدَّ من الحُكْمِ فيه، وهذا لا خلاف فيه بين
العلماء.

الوجه الثالث: انفردَ به مالك، وهو أن يَشْهَدَ شاهدان أنه احتملها قهراً^(٣) حتى
أدخلها في داره، ثم خرجت فقالت: وَطِئْتِي. قال العلماء: يُؤدَّب أدبًا عظيمًا، وتُحَدُّ هي
حَدُّ الْقَذْفِ^(٤)، وتُحَدُّ في نفسها حدُّ الزُّنَى كيف ما كانت صفتها.

وقال مالك: لا تُحَدُّ بهذا، بل تُصَدَّقُ مع يمينها وتَغْرَمُ المَهْرَ. وهذا مبني على
قاعدة المصلحة؛ فإنه لا يَصِحُّ أن تُدْخَلَ الدَّارُ^(٥) قهراً ثم يظَهَرَ بها حَمْلٌ فترَجَمَ أبداً،
فلا بُدَّ أن تقول: إنه من فلان، وقد ظَهَرَ مِنَ الحَالِ ما يشهد لها، وقد أوجِبَ ذلك على
نفسه تصديقها فيما يكون من حقوقها، ومن حقوقها المَهْرُ.

المسألة الثانية^(١):

المستكرهة لا يخلوا أن تكون حُرَّة أو أمة، فإن كانت حُرَّة فلها صَدَاقٌ مثلها على
من استكرهها وعليه الحد، وبه قال الشافعي^(٢)، وهو مذهب الليث، وقد رُوِيَ عن علي
رضي الله عنه ..

(١) ف، م، ج: «الطبوليات» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف: «إما يرجم أو يجلد أو يفرم».

(٣) في القبس: «قسراً».

(٤) «وتحد هي حد القذف» ساقطة من ف. ولعل حذفها أولى. ولو كان الحرف بعدها: «أو» لاستقامت
العبارة.

(٥) «أن تدخل الدار» زيادة من القبس.

(١) في المتن: «وقال ابن حبيب عن أصيب».

(٢) وجه ذلك: أنه جرح في الوجهين؛ لأنه يشين ويزهد في المرأة، وإن لم يشن الجسد، فلذلك

وقال أبو حنيفة⁽¹⁾ والثوري: عليه الحد دون الصّدّاق.

ودليلنا: أنّ الحدّ والصّدّاق حقّان: أحدهما لله، والثاني للمخلوق، فجاز أن يجتمعا، كالقطع في السرقة وردّها. وقال مالك: سواء كانت حرّة مسلمة أو ذمّية أو صغيرة افتضّها.

المسألة الثالثة⁽²⁾:

فإن افتضّها بأصبغه، ففي «الموازية» من رواية أبي زيد عن ابن القاسم؛ أنّ ذلك كالجائفة، في ذلك ثلث ديّتها. قال محمّد: وأحب ما فيه إليّ⁽¹⁾ أن ينظر إلى قدر نقصها عند الأزواج⁽²⁾، مثل أن يكون مهر مثلها بكرًا مئة وثيًّا خمسون. فيؤدّي ما نقص ذلك. وقال ابن حبيب⁽³⁾: لأنّه⁽³⁾ جرح وليس بوطىء.

فرع:

فإن كان الذي افتضّها بأصبغه أو ذكره صبيًّا؟ قال محمّد: فيه⁽⁴⁾ في قولنا الاجتهاد بعد رأي الإمام وأهل المعرفة، وقد حكّم فيه عبد الملّك بأربعين دينارًا⁽⁴⁾.

المسألة الرابعة⁽⁵⁾:

فإذا ثبت ذلك، فإنّ النّساء على ثلاثة أضرب: كبيرة، أو صغيرة لا تُمَيِّز، أو صغيرة تُمَيِّز.

فأما الكبيرة، فهذا حكمها إن أكرهت، وأما إن أمكّنت من نفسها، فعليها الحدّ ولا شيء لها.

(1) م، ف: «وأقل ما في ذلك»، ج: «وقال ما في ذلك» والمثبت من المتقى.

(2) م، ج: «الزّواج»، ف: «الزّوج»، والمثبت من المتقى.

(3) م، ف، ج: «أنّه» والمثبت من المتقى.

(4) «فيه» زيادة من المتقى.

.....

صرف الأمر فيه إلى اجتهاد الإمام.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 269/5.

(2) 329/16 من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 269/5.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 269/5.

(5) تمة العبارة كما في المتقى: «مع يمينها».

وأما الصغيرة التي لا تُمَيِّز^(١)، فحكمها حكم الإكراه على كل حال؛ لأنَّ تمكينها ليس بتمكين.

وأما الصغيرة التي لا تُمَيِّز^(٢)، ففي «العُتْبِيَّة»^(١) من رواية سحنون عن أشهب في الصُّبَّةِ تُمَكَّن من نفسها رجلاً: فإن كان مثلها يخدع^(٣)، فعليه الصَّدَاق، وإن كان مثلها لا يُخدَع، فلا صَدَاق عليه وإن لم تحض.

المسألة الخامسة^(٢):

وبماذا يثبت الإكراه، إن^(٤) قامت بيِّنة فهو أقوى ما فيه، وهذا لا خلاف فيه، ولا يثبت هذا إلا بالإشهاد^(٥)، إسهاد أربعة^(٦) آتة^(٧) زنا بها مُكْرَمَةٌ، فهذا يلزمه الصَّدَاق لها، ويجب عليه الحدّ بشهادتهم، ولو شهد شاهدان، قال ابنُ القاسم، أو دون أربعة حدوا بالْقَدْفِ، قال أضحج: لأنهما قطعاً عليه بالوطء.

فرع^(٣):

فإن لم يشهد عليه بذلك، ولكنه شهد عليه شاهدان بإقراره، أو أنهما رأياه أدخلها منزله غَضَبًا، فغاب عليها، فقالت: أصابني. فقال سحنون وابنُ القاسم: لها الصَّدَاق عليه^(٤)، ورواه محمد عن مالك. ولا حدُّ عليها ولا على الشَّاهِدَيْنِ.

(١) م، ف: «التي تميز»، ج: «التي لا تسد» وهو تصحيف، ولعل الصواب ما أثبتنا.

(٢) م، ف: «التي تميز»، ج: «التي تسد» والمثبت من المتقى.

(٣) م، ف، ج: «توطأ» والمثبت من المتقى والعتية.

(٤) م، ف، ج: «فإذا ثبت الإكراه فإن».

(٥) ف: «الإشهاد».

(٦) في القبس: «إلا بشهادة أربعة شهداء».

(٧) ج: «إذا».

(١) اختصر المؤلف هذا الفرع من المتقى: 269/5 - 270.

(٢) أي لم ير لها شيئاً.

(٣) وهي رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك، كما في المتقى.

(٤) هذه الفائدة مقتبسة من المتقى: 270/5 - 271.

وروجه ذلك: قوة الأمر في البيّنة مع ما بلغته من فضيحة نفسها، فقوى ذلك دغواها واستحقت بيّنتها صدّاقها.

فرع⁽¹⁾:

فإن نظر إليها النساء فالفينها بكراً، ففي «الموازية» قال أشهب: لا شيء⁽²⁾، قال أصبغ: وقد قيل: ذلك لها.

وروجه الأول: أن شهادة النساء تبطل ما ادّعته.

وروجه الثاني: أن النساء في ما في أرحامهن مؤتمنات، والحرائر لا يُنظر إليهن.

فإذا حلفت فاستحقت الصدّاق، فلا جدّ على الرّجل بذلك، رواه سحنون عن ابن

القاسم.

وقال مالك في «الموازية»: يوجع أدباً إن أنكر.

قال الإمام: ووجه ذلك: أن يمينها إتما يؤثر في استحقاقها الصدّاق. وأما وجوب

الحّد عليه فلا تأثير ليمينها فيه؛ لأنه من حقوق الله فلا يثبت إلا بالبيّنة القاطعة.

فإن قذفت رجلاً صالحاً، فعليها الحّد للقذف قولاً واحداً⁽³⁾. وإن قذفت غير

صالح، فلا حدّ عليها رواية واحدة أيضاً، رواه ابن حبيب عن مالك.

فوجه إثبات الحّد عليها: أن صلاحه يشهد له، ولم يوجد من خلّوه بها على وجه

التعدّي منه ما يشهد لها.

المسألة السادسة⁽⁴⁾:

قوله⁽⁵⁾⁽¹⁾: «فَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَلَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ. وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً، فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ

تَمَنِّيَّهَا» وقد تقدّم الكلام في الحرّة، والكلام ههنا في الأمّة، وذلك أن من وطىء أمة

(1) قوله «زيادة من المتنى».

(1) أي قول مالك في الموطأ (2147) رواية يحيى.

(2) 234/11 من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، ورواية سحنون من كتاب الأفضية.

(3) هذا الفرع مع توجيهه وتنقيحه مقتبس من المتنى: 271/5.

(4) 382/4 في الرّجل يطأ مكاتبته طوعاً أو غصباً.

(5) هذا الفرع مقتبس من المتنى: 271/5.

غَيْرِهِ، فَإِنْ أَكْرَهَهَا، فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا بِكَرًا كَانَتْ أَوْ تُبَيَّا، وَيُرِيدُ بِالثَّمَنِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْقِيَمَةَ. وَفِي «الْعُشْبِيَّةِ»⁽¹⁾ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْأُمَّةِ الْفَارِصَةِ تَتَمَلَّقُ بَرَجُلٌ تَدْعِي أَنَّهُ غَضِبَهَا نَفْسَهَا، قَالَ: الصَّدَاقُ⁽¹⁾ عَلَيْهِ بِمَا بَلَغَتْ مِنْ فُضِيحَتِهَا⁽²⁾ نَفْسَهَا بِغَيْرِ يَمِينٍ، كَانَتْ بِكَرًا أَوْ تُبَيَّا. وَقَالَ: يُرِيدُ فِي عَدَمِ مَا نَقَصَهَا⁽³⁾ فِي الْحَدِّ. وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي إِلْزَامِهِ نَقْصَ الْأُمَّةِ وَصَدَاقِ الْحُرَّةِ بِهَذَا.

فِرْع⁽²⁾:

فَإِنْ طَاوَعْتَهُ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي «الْمَدُونَةِ»⁽³⁾: عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا. وَقَالَ غَيْرُهُ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَهُوَ الصَّوَابُ.

تَوْجِيهِ وَتَنْقِيح:

أَمَّا الْوَجْهَ الْأَوَّلُ: أَنَّ الصَّدَاقَ حَقٌّ لِلسَّيِّدِ فَلَا يَسْقُطُ بِإِبَاحَةِ الْأُمَّةِ، كَمَا لَوْ أَبَاحَتْ لَهُ قَطْعَ يَدَيْهَا.

وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهَا مَحْجُورٌ عَلَيْهَا. فَبِإِبَاحَتِهَا الْوَطْءَ سَقَطَ⁽⁴⁾ الْمَهْرُ كَالْبِكْرِ.

فِرْع⁽⁴⁾:

قَوْلُهُ⁽⁵⁾ (5): «فَإِنْ كَانَ الْمُعْتَصِبُ عَبْدًا، فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ»

(1) م، ف، ج: «... نفسها فلا تصدق» والمثبت من المتقى.

(2) في المتقى: «فضيحة» وهي أسد.

(3) في النسخ: «وقال يزيد يفرم ما نقصها إلا» والمثبت من المتقى.

(4) ج: «يسقط».

(5) قوله «زيادة من المتقى».

(1) 234/11 من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، ورواية سخنون من كتاب الأفضية.

(2) هذا الفرع مع توجيهه وتنقيحه مقتبس من المتقى: 271/5.

(3) 382/4 في الرجل يطأ مكاتبته طوعًا أو غصبًا.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 271/5.

(5) أي قول مالك في الموطأ (2147) رواية يحيى.

ومعنى ذلك: أَنَّ جَنَائَتَهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ؛ لَكِن (١) سَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ بِالْجِنَايَةِ بِالْفِعْلِ (٢) مَا بَلَغَتْ، أَوْ يَسْلُمَهُ بِفِعْلِهِ (٣) وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ ذَلِكَ، فَيَكُونُ مِلْكًا لِمَنْ جَنَى عَلَيْهِ، وَهَذَا إِذَا ثَبِتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي «الْمَوَازِيَةِ»: وَمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الْحَرَّةِ وَنَقْصِ الْأُمَّةِ، فِي رَقَبَتِهِ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِيهِ بِفُؤْرٍ (٤) مَا فَعَلَ، وَهِيَ مُتَعَلِّقَةٌ تَدْمِي، فَأَمَّا مَا بَعُدَ مِنْ فِعْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ (٥) فِيمَا يَلْحَقُ بِرَقَبَتِهِ (١).

المسألة السابعة (٢):

فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ ذِمِّيًّا، فِي «الْمَوَازِيَةِ»: إِنْ أَكْرَهَهَا أَنَّهُ يُقْتَلُ، كَنَقْضِ الْعَهْدِ فِي الْمَحْصَنَةِ الْمُسْلِمَةِ، وَقَالَ اللَّيْثُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَقَدْ قَتَلَ أَبُو عُبَيْدَةَ ذِمِّيًّا اسْتَكْرَهَ مُسْلِمًا. وَقَالَ سَحْنُونٌ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي «الْعُثْبِيَّةِ» (٣): إِذَا اغْتَصَبَ النَّصْرَانِيُّ حَرَّةً مُسْلِمَةً قُتِلَ (٤).

وروي عن ابن وهب أنه قال: إن اغتصبها صلب.

فرع (٥):

فإن قيل: بماذا يثبت اغتصابه لها؟

-
- (١) في المتقى: «لأن».
 (٢) «بالغة» زيادة من المتقى.
 (٣) «بفعله» ساقطة من: م، والمتقى، وهي في ف: «لفعله».
 (٤) ف، م، ج: «بقدر» والمثبت من المتقى.
 (٥) ف: «فأما بعد يُعَدُّ... قولها»، ج: «... قولها».

- (١) ووجه ذلك: أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ تَسْتَحِقُّ فِيهِ الْحَرَّةُ الصَّدَاقَ بِيَمِينِهَا، فَإِنَّهَا مُسْتَحَقَّةٌ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَلَا تَأْتِي لِقَوْلِ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ أَنَّ إِقْرَارَ الْعَبْدِ إِنَّمَا يَقْبَلُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ مِنَ الْحُدُودِ بِجَسَدِهِ، فَأَمَّا مَا يُخْرِجُهُ عَنِ مِلْكِ سَيِّدِهِ إِلَى مِلْكِ غَيْرِهِ فَلَا يَقْبَلُ فِيهِ قَوْلُهُ.
 (٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 271/5.
 (٣) 330/16 في سماع يحيى بن عيسى من ابن القاسم وأشهب.
 (٤) ووجه ذلك: أَنَّ اغْتِصَابَهُ الْمُسْلِمَةَ وَتَغْلِبَهُ عَلَيْهَا نَقْضٌ لِلْعَهْدِ وَتَغْلِيظٌ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ. انظر المعونة: 1395/2.
 (٥) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 271/5.

قال سحنون عن ابن القاسم⁽¹⁾: يثبت ذلك بأربعة شهداء، وقد كان يقول بشاهدين ثم رجع إلى هذا، وبه قال سحنون.

ووجه اعتبار الأربعة: ما احتج به سحنون: من أنّ القتل لا يثبت إلا بالوطء ولا يثبت الوطء إلا بأربعة شهداء.

ووجه الثاني: أن الاعتبار بالإكراه، ولذلك⁽²⁾ لو لم يكن الإكراه لم يجب القتل، والإكراه يثبت بشهادة رجلين.

فروع⁽²⁾:

فإن طارعت، فقد قال مالك في «الموازية»: تُحَدُّ هي وينكَل هو، والنكال في هذا مثل ضعفي الحد وأكثر جَلْدًا عظيمًا.

وقال ابن وَهَبٍ: يجلد حتى يموت منه.

فروع⁽³⁾:

فإن استكره أمة مسلمة، قال محمد: لا يقتل؛ لأنه لو قتلها لم أقتله بها، وفيه اختلاف، وهذا أحب إلي لما جاء: لا يُقتَل حُرٌّ بعبدٍ، وقد قال مالك: عليه في الأمة ما نقصها في البكر والثيب.

وهذا كله فيما يجب عليه بحق الإسلام، وأما ما يلزمه من الحق، ففي «المدونة» أنه يردّ إلى أهل دينه⁽²⁾.

ووجه ذلك: أنه إنما عُقِدَت لهم الذمّة لتنفيذ بينهم أحكامهم وشرائعهم.

والفروع في هذا الباب كثيرة جدًا؛ لأنها مسألة عظيمة الموقع، فجننا بالمشهور من أقاويل العلماء فيها، فُلْيَعْتَمَد عليه، والحمد لله.

(1) م، ف، ج: «وذلك» والمثبت من المتقى.

(2) في المتقى: «أهل ذمته».

(1) في العتبية: 330/16 - 331 في سماع يحيى بن عيسى من ابن القاسم وأشهب.

(2) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 271/5.

(3) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 271/5 - 272. ما عدا الفقرة الأخيرة.

القضاء في استهلاك الحيوان والطعام

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «مَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ، أَنْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ». وهذا على ما قال، وكذلك العُروض كلها مما ليس بمكيل ولا موزون ومعدود.

ومعنى قولنا: «معدود»: أن تستوي آحاد جملته⁽¹⁾ في الصُفة غالبًا، كالبيض والجزء، كما تستوي حبوب القمح والشعير من⁽²⁾ المكيل، وآحاد⁽³⁾ العنب الموزون.

فأما استهلاك الحيوان والعروض فعلى ضربين:

أحدهما: أن يستهلك الجملة.

والثاني: أن يستهلك البعض.

واستهلاك الكل على قسمين:

1 - أحدهما: أن يتقدمه عُضْبُ.

2 - * أو لا يتقدمه عُضْبُ.

فإذا تقدم عليه غضب⁽⁴⁾، فالضمان يتعلّق به دون الاستهلاك؛ لأنه لو انفرد الغُضْبُ لضمن، وقد رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عن مالك في «المجموعة» فيمن اغْتَضَبَ عَبْدًا فمات في وقته من غير سبب؛ فإنه ضامن له لتعديده، وقاله ابن القاسم⁽⁵⁾.

(1) م، ف، ج: «يستوي إجارته» والمثبت من المتقى.

(2) ف: «في».

(3) م، ف، ج: «وأجاز» والمثبت من المتقى.

(4) ما بين النجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، وقد استدركناه من المتقى.

(5) «وقاله ابن القاسم» ليست من المتقى قته.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 272/5 - 273.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2148) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3010).

المسألة الثانية⁽¹⁾:

قال ابنُ القاسم فيمن غَضِبَ دارًا فلم يسكنها حتى انهدمت: إنه ضامنٌ لها ولقيمتيها، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنَّ ما لا يصحُّ نقلُه⁽²⁾ لا يضمن بالغَضِبِ.
ودليلُنا: أن هذا معنى يضمن به * ما ينقل ويحول، فضمن، به*⁽¹⁾ ما لا ينقل، كالإتلاف والاستهلاك. قاله أشهب، وإن هلك بأمر من الله⁽³⁾.

المسألة الثالثة⁽⁴⁾:

فيمن غصب أم ولد رَجُلٍ فماتت عنده، ففي «العُتْبِيَّة»⁽⁵⁾ عن عيسى عن ابنِ القاسم؛ أنه يضمن قيمتها على أنها أمة لا عتق فيها⁽²⁾. وقال سحنون في «المجموعة»: لا يضمنها ويضمن ولدها⁽⁶⁾.

تنقيح⁽⁷⁾:

فوجه الأول: أنها محبوسة بالرَّق، فضمنت بالغَضِبِ كالأمة. ولأن ابنها له حكمها، وقد أجمعنا⁽³⁾ أنه يضمن بالغَضِبِ، فكذلك الأم.
وجه الثاني: أنه لا يصلح بيعها بوجه، ولا تسلّم في جنابة، فلم تُضَمَّن كالحُرَّة، وفرقٌ بينها وبين ولدها؛ بأنها لا تسلّم في الجنابة ولا تستخدم، وولدها يُستخدَم ويُسلّم في الجنابة، فالغاصبُ له قد حبسَ منافعه، فلزمه ضمانه.

(1) ما بين النجمتين استدركناه من المتقى.

(2) ف: «... قيمتها أو قيمة أمة مثلها»، م، ج: «... قيمتها أو قيمة مثلها» والمثبت من المتقى.

(3) ج: «اجتمعنا».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 273/5.

(2) وذلك كالأرضين والعقار.

(3) ووجه ذلك: أن الغصب تعدُّ يضمن به الغاصب، فعليه أن يرده ما غَضِبَ ويسلمه إلى صاحبه، فإن لم يفعل وفاته ذلك، فعليه بدله من مثل أو قيمة إن كان مما لا مثل له.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 273/5.

(5) 242/11 في سماع عيسى من ابن القاسم، من كتاب أوله: يوصي لمكاتبه بوضع نجم من نجومه.

(6) أي يضمن ولد أم الولد.

(7) هذا التنقيح مقتبس من المتقى: 273/5.

المسألة الرابعة⁽¹⁾:

ومن غصب وذياً⁽²⁾ فغرسها في أرضه فكبرت، ففي «الموازية» عن مالك: أن لربها أخذها، وكذلك الحيوان يكبر قَلْبُهُ أخذه.

وقال سحنون: إنما يحكم في الثبات بقلعه إذا كان مما يعلق⁽¹⁾، فإنه يقلع ويغرس⁽²⁾.

أما الشجر، فعندي أن الغاصب إن كان قلعها وقد علق، فإن له أن يأخذها أو يضمن القيمة؛ لأنه ليس على ثقة إن فعلها وغرسها أن تعلق. وإن كان إنما أخذها مقلوعة، فهي بمنزلة الحيوان لا خيار له، وإنما يجب الخيار له في موضع النقص، وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن غصب خمراً فخللها: ليس له إلا أخذها خلاً.

وقال أشهب: إلا أن يكون صاحبها ذمياً، فله أن يأخذها أو يضمنه قيمتها⁽³⁾ يوم الغضب.

وجه ذلك: أنها إذا كانت لمسلم فقد زادت بالتخليل، فلم يكن له إلا عين ماله، وإن كانت لذمي فقد نقصت في حقه، فلذلك كان له الخيار.

المسألة الخامسة⁽⁴⁾:

إذا غاب الغاصب عن⁽³⁾ الجارية ولم يعلم أنه وطئها، فقد روى ابن حبيب عن⁽⁴⁾ ابن الماجشون ومطرف: أن صاحبها بالخيار بين أن يأخذها⁽⁵⁾ أو يضمنه قيمتها، قال: وهذا قول مالك⁽⁶⁾ وأصحابه. قال: ولسنا نقول ذلك في الرقيق المذكور، ولا في

(1) ف: «يتعلق»، ج: «يتعلق به»، م: «يلعق» والمثبت من المتقى.

(2) في المتقى: «وقال سحنون: إنما يحكم بقلع النخل إذا كان مما يعلق إن قلعت وغرست».

(3) م، ف، ج: «على» والمثبت من المتقى.

(4) م، ف، ج: «... روي عن ابن حبيب وابن...» والمثبت من المتقى.

(5) ج: «بين أخذها».

(6) في المتقى: «... قيمتها، قاله مالك».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 274/5.

(2) الرذئي، صغار الفسيلة، والفسيلة: النحلة الصغيرة تقطع من الأم، أو تفلح من الأرض فتغرس.

(3) يضمنه قيمتها خمراً كما في المتقى.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 274/5.

الدواب. ومعنى ذلك: أنه لا يؤمن⁽¹⁾ على أن يصيبها، وذلك ينقص ثمنها. وقال أضحج: إنما ذلك في الجارية الزائفة.

فرع⁽²⁾:

ومن غصب شيئًا من ذلك، فوجده صاحبه بغير البلد⁽³⁾، ففي «المجموعة» من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: ليس له أن يأخذهم إلا حيث وجدهم⁽⁴⁾.

وقال أشهب في الحيوان والعروض: له أن يأخذه حيث وجده، أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه⁽⁵⁾.

وأما «البز والعروض» فرثه مخير بين أخذه⁽⁶⁾، أو قيمته حيث غصبه، وقاله أشهب⁽⁷⁾.

وقال سحنون: البز والرقيق سواء، إنما له أخذه حيث وجده ما لم يتغير في يديه⁽⁸⁾.

فإن أخذه في غير البلد⁽⁹⁾، فلا كراء عليه ولا نفقة، ولا على الغاصب ردّها⁽¹⁾ له، قاله أضحج وأشهب.

(1) في المتن: «ردّه».

(1) أي لا يؤمن على الغاصب.

(2) هذا الفرع مقتبس من المتن: 273/5.

(3) أي بغير ذلك البلد الذي غصب فيه.

(4) ووجه هذا القول: أن هذا مما ينتقل غالبًا بغير مؤنة على الناقل، فلا مضرة في ذلك على الغاصب؛ لأنه لم يتمون في نقله إلا ما كان يتمون في مقامه، وكذلك صاحبه لا مضرة عليه في ردّه ولا مؤنة بخلاف العروض.

(5) وجه هذا القول: أنه مغضوب نقل فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض.

(6) أي أخذه بعينه.

(7) وجه هذا القول: أنه قد ينقصه نقله من بلد الغصب إلى غيره، وذلك بفعل الغاصب فكان له مطالبته بالقيمة.

(8) وجه قول سحنون: أن ما احتج به من أنه نقص لا تأثير له في البدن فلم يوجب الخيار للمغضوب منه كحوالة الأسواق.

(9) أي بغير بلد الغصب.

المسألة السادسة⁽¹⁾:

ومن قطع يدَ عبدٍ أو فقا عينه، قال أشهب⁽²⁾: عليه ما نقصه، ويجعل⁽¹⁾ ذلك في حيز السير، قال: وأما قطعُ اليدِ في البهائم فيبطل جلَّ منافعها، فعليه قيمتها. وأما فقا العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرهما كسرًا يُجبر، فإنَّ عليه قيمتها⁽²⁾، وقال مالك: عليه ما نقصها.

وأما قطع يد العبد أو فقا عينه، فإنَّ⁽³⁾ ربَّه مخيَّر بين أخذ ما نقصه، أو يضمه قيمته فيجعله في حيز الكثير.

وقال ابنُ حبيب وابن المَاجشون⁽⁴⁾ فيمن قطع يدَ عبدٍ، فإن كان صانعًا وعظم قدره لصنعتة ضمنه، وإن لم يكن صانعًا فقيمته ما نقصه وإن كان تاجرًا نبيلًا. وأما فقا العين ففيه ما نقصه وإن كان صانعًا.

فرع⁽³⁾:

وأما إذا كان الفساد كثيرًا، فقد قال ابنُ القاسم: فيه القيمة⁽⁵⁾؛ لأن قطع اليد قد أذهبت⁽⁶⁾ أكثر منافعها ففيه القيمة.

فرع⁽⁴⁾:

وأما إذا كثر الفساد في الثوب والعبد إذا كان⁽⁷⁾ له تضمينه بكثرة الفساد، فليس له

(١) في المتقى: «فجعل» وهي أسد.

(٢) في المتقى: «عليه ما نقصها».

(٣) في النسخ: «أن» ولعل الضواب ما أثبتناه.

(٤) في المتقى: «وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون» وهي أسد.

(٥) الذي في المتقى: 275/5: «... فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجًا أو قمقمًا أو شقَّ ثوبًا أن في التقص الكثير قيمته».

(٦) ج: «يقطع اليد قد ذهبت».

(٧) م، ج: «فإن»، ف: «كان» والمثبت من المتقى.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 275/5.

(2) قاله في «المجموعة» و«الموازية» كما صرح بذلك الباجي في المتقى.

(3) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 275/5.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 276/5 وهو فيه من قول أشهب.

أن يأخذه وما نقصه، وإنما له أخذه على حاله أو قيمته، وكذلك ذابح^(١) الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحمًا وما نقصها.

فرع^(١):

ومن عَصَبَ قَمَحًا فَطَحَهُ، قال ابنُ القاسم^(٢): عليه مثله.

وقال أشهب: يأخذ دقيقه ولا شيء عليه في طحنه^(٢).

قال الإمام: وأصلُ ابنِ القاسمِ مخالف لأصلِ أشهب، وذلك أن ابنَ القاسمِ يقول: إنَّ العَاصِبَ إذا صنعَ فيما عَصَبَ صنَاعَةً، لم يكن للمغصوب أن يأخذ ذلك، إلا أن يدفع إلى العَاصِبِ قيمة تلك الصنَاعَةِ، وإلاَّ ضمَّنه ما غصبه، فإن كان ثوبًا صبغه، كان لصاحبه أن يدفع إليه قيمة صبغه أو يضمَّنه قيمة ثوبه.

فرع^(٣):

ومن عَصَبَ عَمودًا أو حَشَبَةً فأدخلها في بنيانه، فلصاحبها أن يأخذها وإن خَرِبَ البنيان، قاله مالك وأشهب وابن القاسم. ولو عَمِلَ الحَشَبَةَ بآبٍ لم يكن له أخذه، قال مالك: لأنه لا يقدر أن يُعِيدَهُ إلى ما^(٣) * كان عليه، وعلى قول أشهب قد انتقل عن اسم الخشبة إلى اسم الباب، وليس له أخذ الباب*^(٤) دون غرم قيمة الصنعة، ولا أن يأخذه ويدفع قيمته؛ لأنه قد حال إلى غير ما كان عليه. وكذلك الحِنطَةُ تُتَّخَذُ خَبْرًا والجلد خَفَافًا.

(١) في النسخ: «ذبح» والمثبت من المتقى.

(٢) في المتقى: «طحنه».

(٣) م، ف، ج: «إلى ما أخذه» والمثبت من المتقى.

(٤) ما بين النجمتين سقط من النسخ المعتمدة، ونرجح أنه سقط بسبب انتقال نظر بعض النسخ، وقد استلركناه من المتقى.

(١) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 277 / 5.

(٢) قاله في «المجموعة» كما نص على ذلك الباجي في المتقى.

(٣) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 277 / 5.

فرع⁽¹⁾:

ومن غَصَبَ فِضَّةً فِصَاغَهَا حَلِيًّا أَوْ ضَرَبَهَا دِرَاهِمًا، أَوْ دِرَاهِمًا فِصَاغَهَا، أَوْ حَلِيًّا فَكَسَرَهُ وَصَاغَ مِنْهُ *آخِرُ يَخَالِفُهُ، أَوْ نُحَاسًا فَصَنَعَ مِنْهُ*⁽¹⁾ آتِيَةً أَوْ حَدِيدًا، فَعَمِلَ مِنْهُ سِيوِقًا، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: لَيْسَ لِرَبِّهِ أَخْذُ ذَلِكَ وَلَهُ مِثْلُ وَزْنُ⁽²⁾ فَضَّتِهِ⁽³⁾ وَنُحَاسِيهِ وَحَدِيدِهِ، أَوْ مِثْلُ دِرَاهِمِهِ وَقِيَمَةِ حَلِيَّتِهِ.

القضاء فيمن ارتد عن الإسلام

وَقَالَ⁽²⁾ فِي حَدِيثِ الرَّجُلِ الَّذِي قَدِمَ عَلَى عُمَرَ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ. فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ. فَأَخْبَرَهُ. فَقَالَ عُمَرُ: هَلْ فِيكُمْ مِنْ مُعَرَّبَةٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ. فَقَالَ: فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ؟ قَالُوا: قَرَّبْنَاهُ فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ. فَقَالَ عُمَرُ: هَلَّا حَبَسْتُمُوهُ ثَلَاثًا، وَأَطَعْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيْفًا، وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ الْإِسْلَامَ. اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَخْضُرْ، وَلَمْ أَمُرْ، وَلَمْ أَرْضُ، إِذْ بَلَغَنِي.

الإسناد:

قال الإمام: قد قدم مالك في صدر هذا الباب حديثين صحيحين: أحدهما مرسَل، عن زيد بن أسلم؛ أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ بَدَّلَ⁽⁴⁾ دِينَهُ فَأَضْرِبُوا عُنُقَهُ»⁽³⁾. قال

(1) ما بين النجمتين مستدرك من المتقى لاحتمال سقوطه بسبب انتقال نظر الناسخ.

(2) م: «مثل الاسلام وزنة».

(3) ف: «مثل ورقه».

(4) في الموطأ: «غَيْرٌ».

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 278/5.

(2) مالك في الموطأ (2152) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2986)، وسويد (303)، والشافعي في مسنده: 321، وفي الأم: 258/1 (ط. النجار)، وابن بكير عند البيهقي: 206/8.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (2151) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (1761، 2987)، وسويد (304)، والشافعي في مسنده: 321، وابن وهب في كتاب المحاربة من الموطأ: 50.

يقول ابن عبد البر في الاستذكار: 136/22 «هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ مرسلًا، وقد رُوِيَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ بِإِسْنَادٍ مُتَّكِرٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ، لَا يَصِحُّ بِهِ».

يحيى⁽¹⁾: سمعتُ مالكا يقول: مَنْ عَيَّرَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ⁽²⁾. وإنما قدّمنا الحديث الأول لما فيه من العلوم.

عربية⁽³⁾:

اختلفَ الرّواةُ في ضبط هذا الحرف:

فبعضهم يرويه بتخفيف الرّاء يعني: غريبة خَبِرَ، من الخَبَرِ الغريب، وهو الخبر الحادث المجهول⁽⁴⁾.

وبعضهم يرويه: مُعْرَبَةٌ خَبِرَ - بتشديد الرّاء -.

وبعضهم بتخفيفها وجزم الغين.

قال ابنُ حبيب⁽⁵⁾: والصوابُ مُعْرَبَةٌ بتخفيف الرّاء «ولست مُعْرَبَةٌ بالتشديد» كما قال

أبو عبيد⁽⁶⁾. وأصلها فيما نرى⁽¹⁾ من الغَرْبِ وهو البُعد: «لأنَّ المعرّبة بالتشديد هي التي تنحو ناحية الغرب، كما تقول: مُشْرِقَةٌ في التي تَنحُوا ناحية المشرق»⁽⁷⁾.

واللفظُ الثاني قوله: «خبر» يُزَوَى بحذف التنوين وخفض خبرٍ على الثغمت، ويجوزُ

(1) م: «برى»، ج: «تري».

= ويقول في التمهيد: 304/5 «والحديث معروف ثابت مسندٌ صحيح من حديث ابن عباس» قلنا: وحديث ابن عباس أخرجه البخاري (3017، 6922).

(1) في موطنه: 280/2.

(2) الذي في الموطأ: «ومعنى قول النبي ﷺ فيما نرى - والله أعلم -: مَنْ عَيَّرَ دِينَهُ فَأَضْرَبُوا عُنُقَهُ...».

(3) الظاهر - والله أعلم - أن المؤلف اقتبس كلامه في العربية من تفسير الموطأ للبيوني 101/ب، الذي اعتمد بدوره على ابن حبيب.

(4) هذا القول هو لعبد الملك بن حبيب في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 105 [9/2].

(5) في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 105 [9/2 - 10]، وقد جعلنا كلام ابن حبيب بين المعقوفتين حتى يتميز عن كلام غيره.

(6) الذي في تفسير غريب الموطأ: «كما يقول من لا يعرف» وفي تفسير الموطأ للبيوني: «كما قال قائل»، وانظر غريب الحديث لأبي عبيد: 279/3.

(7) قال ابن حبيب عقب هذا الكلام: «فانهم هذا، وهكذا خذّنيها مُطَرَّفٌ وابن [في الأصل: وان] الماجشون عن مالك: مُعْرَبَةٌ خَبِرَ - بتخفيف الرّاء - وفسرها كما فسرتها لك» شرح غريب الموطأ: الورقة 105 [10/2].

(8) انظره في القبس: 909/3 - 910.

رفع خبر على الابتداء وخبره في المحذوف.

الأصول:

قال (1) الإمام: ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ بَدَلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ» (2) من كل طريق، وهو عام في كل مُبَدِّلٍ، لقوله: «مَنْ» وهي من ألفاظ العموم، وقد شهدت له القاعدة بالاستمرار على الشمول. فلذلك قلنا: إن المرأة إذا ارتدت تُقتل، وبه قال الشافعي (3).

وقال أبو حنيفة (4): لا تُقتل؛ لأن عاصمها معها وهو الأنثوية (1)، ألا ترى أنها لم تُقتل في الكفر الأصلي، فكذلك في الطاريء.

قلنا: قد حققنا هذه المسألة في «التلخيص» (2) وغيره، وقد بينا أن عاصمها ليست الأنثوية (1)، وإنما عاصمها في الأصل أنها مال يُسرق، وقد بطل ذلك بالردة.

اغتراض:

فإن قيل: هذا الحديث لا حجة فيه، فإن زاوية (3) ابن عباس وكان يُفتي بأن المرتدة (4) لا تُقتل (5)، والزواوي إذا أفتى بخلاف ما روى سقطت روايته.

قلنا: هذا سؤال فاسد؛ لأنهم بنوه على مذهبهم، وعندنا أن الزاوي في مخالفة روايته كسائر الناس (6)، وهي مسألة أصولية، وقد أوضحناها في «الكتاب الكبير» (5) وبيننا

(1) القبس: «الأنثوية».

(2) ف، ج: «التلخيص».

(3) ف، ج: «رواية».

(4) في النسخ: «المرتدة» ولعل الصواب الذي يناسب السياق ما أثبتناه.

(5) في القبس: «كتب الخلاف».

.....

(1) رواه البخاري (3017) من حديث ابن عباس.

(2) في الأم: 1/ 258 (ط. النجار)، وانظر الحاوي الكبير: 13/ 155.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 259، والمبسوط: 10/ 108.

(4) رواه عبد الرزاق (18731)، وابن أبي شيبة (28994)، (32773).

(5) الذي قرره المؤلف في المحصول في علم الأصول: 35/ ب هو قوله: «[إذا] أفتى = [الراوي] بخلاف ما روى، أو رد الحديث أصلاً، قال أبو حنيفة والقاضي [الباتلاني] وأحد قولي =

آتهم قد نقضوا هذا الأصل، وأخذوا بمسائل أفتى فيها الزاوي بخلاف ما روى،
فلتطلب^(١) هنالك.

وتعلق الشافعي بعموم هذا الحديث فيمن خرج عن دين اليهودية إلى دين النصرانية،
فقال: إنه يُقتل أخذًا بعموم الحديث^(٢).

قلنا: إنما معنى الحديث: من بدل دين الحق بسواه^(١).

والدليل عليه: أنه لو رجع الإنسان من النصرانية إلى الإسلام لم يُقتل، وإن كان
بدل دينه؛ لأنه بدل دين الباطل بدين الحق، ونحن لم نعايذهم على صحة دينهم، إنما
عاهدناهم ألا يتعرض لهم، وقد زل بعض علمائنا فيها، فوافق قول الشافعي فيها، وليس
بشيء، فلا يلتفت إليه.

الفقه في ثمان مسائل:

المسألة الأولى⁽²⁾:

اختلف العلماء هل تجب استتابة المرتد أم لا؟ اختلافًا متباينًا: فمنهم من تعلق

(١) م، ف، ج: «فبطلت» والمثبت من القبس.

(٢) م: «فقال: هذا بعموم»، ف: «فقال: إنه يسأل أهل هذا بعموم»، ج: «فقال: هذا لعموم» والمثبت
من القبس.

.....

مالك: يسقط الحديث؛ لأن ذلك تهمة فيه، واحتمال أن يكون قد سمع ناسخه، إذ لا يظن به غير
ذلك. وقال الشافعي ومالك: الحديث مقدم على فتواه، وهذا هو الصحيح ومثاله: ما روى ابن
عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه» ثم أفتى بأن المرتدة لا تُقتل، فخص الحديث
في فتواه. وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحديث إذا كان عرضة للتأويل، فراويه وغيره في ذلك سواء، وإنما
يتفاضلون بصحة السماع وجودة القريحة، وذلك مما لا يقدح في النظر، ولا يؤثر في طريق
الاجتهاد». وانظر المعارضة: 171/2، 832/6.

(١) وفي هذا المعنى يقول القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 181 «وهذا الحديث إنما هو فيمن بدل دينه
من أهل الإسلام، لا فيمن خرج من يهودية إلى نصرانية، ولا من نصرانية إلى مجوسية. فمن خرج
من الإسلام إلى الكفر وأظهره فإنه يستاب، فإن تاب وإلا قُتل».

(2) انظر الفقرة الأولى من هذه المسألة في القبس: 910/3، وباقي المسألة اقتبسها المؤلف من تفسير



بمُطْلَقِ الْحَدِيثِ، وَمِنْهُمْ مَنْ تَعَلَّقَ بِقَوْلِ عُمَرَ⁽¹⁾، وَإِنَّهُ لَيُظْهِرُ فِيهَا⁽¹⁾ الْاِسْتِحْبَابَ. فَأَمَّا الْاِیْجَابُ فَبَعِيدٌ⁽²⁾ دَلِيلُهُ؛ لِأَنَّ مَعَاذًا وَأَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ خَالَفَا عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَسَائِرَ الصَّحَابَةِ، مِنْهُمْ مَنْ سَكَتَ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَالَفَ، فَتَنَقَّطِعُ الْحُجَّةُ وَلَا يَبْقَى إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنَ الْمَعْنَى، وَهُوَ أَنَّهُ يُسْتَأْنَى بِهِ لَعَلَّهُ قَدْ ارْتَدَّ بِشُبُهَةٍ فَتُبَيِّنُ لَهُ، فَإِنْ عَادَ وَإِلَّا قُتِلَ، وَهَذَا الْاِحْتِمَالُ إِنَّمَا يَسْتَقِيلُ⁽³⁾ بِالْاِسْتِحْبَابِ، وَلَيْسَ يَفْوَى بِاِقْتِضَاءِ الْاِیْجَابِ.

وَأَمَّا⁽²⁾ مَنْ رَأَى اسْتِثْنَاءَهُ، فَمَا لَكَ وَأَصْحَابِهِ.

وَالْحُجَّةُ لَهُمْ فِي ذَلِكَ قَوْلُ عُمَرَ.

وَحُجَّةٌ مَنْ لَمْ يَرِ ذَلِكَ: مُطْلَقُ الْحَدِيثِ: «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ».

وَذَكَرَ الْبُخَارِيُّ فِي «كِتَابِهِ»⁽³⁾ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ مَعَاذَ بْنَ جَبَلٍ إِلَى الْيَمَنِ وَأَرْذَقَةَ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ: فَوَجَدَ عِنْدَهُ رَجُلًا مَوْثُوقًا فِي الْحَدِيدِ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ؟ فَقِيلَ: رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ. فَقَالَ أَبُو مُوسَى: لَا أَجْلِسُ حَتَّى يُقْتَلَ بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. قَالَ قَوْمٌ: فَهَذَا الدَّلِيلُ عَلَى قَتْلِ الْمُرْتَدِّ وَلَا يَسْتَتَابُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ طَالِبٌ أَنَّهُ أُتِيَ بِرَجُلٍ مِنْ بَنِي عَجَلٍ⁽⁴⁾ قَدْ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ، فَكَلَّمَهُ عَلِيٌّ وَعَاتَبَهُ، فَقَالَ: لَا أَذْرِي مَا تَقُولُ، غَيْرَ أَنَّ عَيْسَى ابْنَ اللَّهِ. قَالَ: فَتَوَّاهُ عَلِيٌّ⁽⁴⁾.

فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى قَتْلِهِ وَلَمْ يَسْتَتَبْهُ. وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْاِسْتِثْنَاءَ مِنْ عُمَرَ إِنَّمَا هِيَ عَلَى وَجْهِ الْاِسْتِحْبَابِ⁽⁵⁾.

(1) «فيها» زيادة من القبس.

(2) في القبس: «فيعجز».

(3) في القبس: «يسقط».

(4) في النسخ: «عجلان» والمثبت من تفسير الموطأ للبخاري والمصادر.

(1) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من تفسير الموطأ للبخاري: 101/ب.

(2) الحديث (6923).

(3) أخرجه ابن الجعد في مسنده (2335)، ومن طريقه البيهقي 254/6.

(4) الذي في تفسير الموطأ للبخاري: «والذي يدلُّ أنَّ الاستثناء إنما هي استحسان للإبلاغ، والله أعلم».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المستقى: 282/5.

رس .سمن إلى غير دين الإسلام، لا يخلو أن يسر كُفْرَهُ أو يُظْهِرَهُ، فإن أسْرَهُ فهو زنديقٌ لا يستتاب ولا تُقْبَلُ توبته. قال محمد: من أظهر كُفْرَهُ من زندقة أو كفر برسول الله أو غير ذلك ثم تاب، قُبِلَتْ توبته⁽²⁾، وبه قال الشافعي⁽³⁾.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحَدَّمُوهُ﴾ الآية⁽⁴⁾.

وقال جماعة المفسرين: البأس ههنا السيف.

واحتمج مالك لذلك⁽¹⁾ بأن توبة الزنديق لا تُعْرَف.

فرع⁽⁵⁾:

فإن أقر الزنديق بكُفْرِهِ قبل أن يظهر عليه، فهل تقبل توبته أم لا ؟ فقال أصْبَغُ في «الغنيّة»⁽⁶⁾ عسى أن تُقْبَل، وحكى ابن القصار ذلك.

فرع⁽⁷⁾:

ومن تزندق من أهل الذمّة، ففي «الواضحة» عن مالك وابن عبد الحَكَم وأصْبَغُ أنه لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر.

وقال ابن المَاجِشُون: يُقْتَلُ لأنه دين لا يقر عليه أحد ولا تؤخذ عليه جزية.

وقال ابن حبيب: ولا أعلم من قاله غيره.

(1) «لذلك» استدركتها من المنتقى.

(1) الظاهر أنه سقطت ههنا فقرة بسبب انتقال نظر بعض النساخ، وإليكموها كما هي في المنتقى: «... توبته، وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه: يُقْتَلُ الزنديق ولا يُستتاب إذا ظهر عليه. قال سحنون: إن تاب لم تقبل توبته، وهذا أحد قولي أبي حنيفة، وله قول آخر: تقبل توبته، وبه قال الشافعي...»

(2) انظر الحاوي الكبير: 151/13.

(3) غافر: 84.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 282/5.

(5) 444/11 في سماع أصْبَغُ بن الفرج من ابن القاسم، من كتاب الحدود.

(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 282/5.

(7) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 282/5.

ويحتمل أن يريد بالزُندقة هنا الخروج إلى غير شريعة، مثل التّعطيل ومذاهب الذّهريّة.

ويحتمل أن يريد الاستسرار⁽¹⁾ لما خرج إليه والإظهار لما خرج منه، والأوّل أظهرُ عندي.

فروع⁽¹⁾:

وإذا أسلم اليهودي الذي تزندق، فرَوَى أبو زَيْد الأندلسي عن ابنِ المَاجِشُون أَنَّهُ يُقْتَل، كالمسلم يتزندق ثم يتوب.

فروع⁽²⁾:

«وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنَ الْإِسْلَامِ إِلَى غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ⁽³⁾»، وبه قال عمر وعثمان وعليّ.

المسألة الثالثة⁽⁴⁾:

قال علماؤنا⁽⁵⁾: ولا عقوبة عليه إذا تاب، رواه في «المُعْتَبِية»⁽⁶⁾ و«المَوَازِينَة» أشهب عن مالك.

ودليلنا قوله تعالى: «كُلٌّ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ» الآية⁽⁷⁾. ومن جهة المعنى: أنه منتقل من كفرٍ إلى إيمان، فلم تجب عليه عقوبة لما تقدم من الكفر، كالتصرائي يُسَلِّم.

(1) م، ف، ج: «الاستسرار» والمثبت من المتقى.

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 282/5.

(2) هذا من قول مالك في الموطأ (2151) رواية يحيى.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 282/5.

(4) المراد هو الإمام الباجي.

(5) 378/16 في سماع أشهب وابن نافع عن مالك، من كتاب الأفضية.

(6) الأنفال: 38.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 282/5 - 283.

المسألة الزابعة⁽¹⁾:

قال جماعة: يستتاب ثلاثة أيام، وهو أحد قولي الشافعي⁽²⁾، وله قول آخر أنه يستتاب في الحال، فإن تاب وإلا قُتِل. وقد رواه ابن القصار عن مالك. وروى عن أبي حنيفة⁽³⁾ أنه يستتاب ثلاث مرات في ثلاثة أيام وثلاث جمع. ودليلنا: أنه من قُبِلت توبته، عُرِضَتْ عليه كسائر الكفار.

فرع⁽⁴⁾:

قال علماؤنا⁽⁵⁾: وليس في استتابه تخويف في قول مالك. وقال أصبغ: يُخَوَّف في الثلاثة بالقتل ويُذَكَّر الإسلام. ووجه قول مالك: أن هذا إكراه بنوع من العذاب، فلم يُؤخَذ به في الاستتابة، كالضرب والقطع.

فرع⁽⁶⁾:

والعبد والحرُّ والمرأة في ذلك سواء، قاله مالك والشافعي⁽⁷⁾. وقال أبو حنيفة⁽⁸⁾: لا تقتل المرأة، وقد تقدّم الكلام عليه. والحجة عليه: قوله: «مَنْ بَدَلَ دِيْنَهُ فَأَقْتُلُوهُ» وهذا عامٌ. ومن جهة القياس: أنه سبب يُقتل به الرجل فجاز أن تُقتل به المرأة، كالقتل. المسألة الخامسة⁽⁹⁾:

قوله⁽¹⁰⁾: «هَلْ مِنْ مُغْرَبَةٍ خَبِرَ؟» سأله أولاً عن المعهود من الأحوال وما يعم

.....

- (1) انظر الحاوي الكبير: 158/13.
- (2) انظر مختصر الطحاوي: 258، والمبسوط: 98/10.
- (3) هذا الفرع مقتبس من المستقى: 283/5.
- (4) المراد هو الإمام الباجي.
- (5) هذا الفرع مقتبس من المستقى: 283/5.
- (6) انظر الحاوي الكبير: 155/13.
- (7) انظر مختصر الطحاوي: 259، والمبسوط: 98/10.
- (8) هذه المسألة مقتبسة من المستقى: 283/5 - 284.
- (9) أي قول عمر - رضي الله عنه - في الموطأ (2152) رواية يحيى.
- (10) أي قول عمر في الموضع السابق.

الناس، ثم سأله عما عسى أن يطرأ مما يُستغرب⁽¹⁾، فأخبره أن رجلاً كفر، وهذا يقتضي أن هذا كان نادراً عندهم، ولذلك حكّم فيه أبو موسى بحكمٍ مخالفٍ لما رواه عمر.

وقوله⁽¹⁾: «فَضَرْنَا عُنُقَهُ» ولم يذكر استتابته، وقد كان يحتمل في أن يقتل بعدها، ولكن عمر فهم منه تركها، وقد احتجّ علماؤنا على وجوبها بقول عمر هذا وأنه لا مخالف له، وهذا لا يصحّ إلا بأحد وجهين: إما أن يُحْمَل فعلُ أبي موسى على أنه قُتِلَ بعد الاستتابة، ولعلّ الناقل للخبر لم يعلم بهذا، وإن ثبت رجوعُ أبي موسى ومن وافقه، وإلا فخلافه يمنع انعقاد الإجماع على قول عمر.

المسألة السادسة⁽²⁾:

قوله⁽³⁾: «هَلَا حَبَسْتُمُوهُ ثَلَاثًا» يحتمل أن يأخذها من قول الله تعالى: «تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» الآية⁽⁴⁾، ولأنها قد جعلت أصلاً في الشرع في اعتبار معانٍ⁽⁵⁾ في المصراة والاستظهار والعدة⁽⁶⁾، وغير ذلك.

وأما قوله⁽⁵⁾: «هَلَا أَطَعْتُمُوهُ رَغِيْفًا» ورُوِيَ عن ابنِ القاسم⁽⁶⁾ أنه قال: ليس العملُ على قول عمر، ولكن يطعم ما يكفيه ولا يجوع، وإنما يطعم من ماله.
وقال ابن مزين: يعني بغير توسّع ولا تفكّه⁽⁷⁾.
وقال مالك⁽⁸⁾: يقوت من الطعام بما لا يضره.

(1) ج: «استغرب»، وفي القبس: «من الأمور التي تستغرب».

(2) في المنتقى: «... معان واختيارها».

(3) في المنتقى: «وفي استظهار المستحاطة وعهدة الزئبق».

.....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 284/5.

(2) أي قول عمر في الموطأ بلفظ: «أفلا...».

(3) هود: 65.

(4) أي قول عمر.

(5) رُوِيَ في «المَدَنِيَّة»، كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى، كما أورده البونوي في تفسير الموطأ: 101/ب نقلاً عن ابن مزين.

(6) أورده البونوي في المصدر السابق نقلاً عن ابن مزين، بلفظ: «في غير تنعم...».

(7) في «الموازية» كما نصّ على ذلك الباجي.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 284/5.

وإنما أراد ابن القاسم بقوله: «ليس العمل على قول عمر» ألا يجعل ذلك حَداً، ولم يرد عمر ذلك، وإنما أشار إلى قِلَّة مؤنثه ويسارة وراثته^(١) في ماله إن كان له مال، أو بيت المال إن لم يكن له مال.

المسألة السابعة^(١):

قوله^(٢): «اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَخْضُرْ، وَلَمْ أَرْضَ إِذْ وَصَلَنِي^(٣)». فإنه تبرأ من الأمر وصرح بخطأ فاعله، ولا يكون ذلك إلا بنص من النبي ﷺ أو إجماع بعده. وقد قال سحنون: إن أبا بكر استتاب أهل الرُّدة.

وقد رَوَى عيسى عن ابن القاسم؛ أَنَّ الصُّدَيْقَ اسْتَتَابَ أُمَّ قَرْفَةَ إِذْ ارْتَدَّتْ فَلَمْ تَثْبُتْ فَتَنَلَهَا، فَلَعَلَّهُ قَدْ عَلِمَ بِانْعِقَادِ الْإِجْمَاعِ^(٣) عَلَى ذَلِكَ^(٣)، وَفَعَلَ أَبُو مُوسَى غَيْرَ ذَلِكَ^(٤) فَأَنْكَرَهُ عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَإِذَا كَانَ أَبُو مُوسَى مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ، وَحَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ وَلَا إِجْمَاعَ، لَمْ يَبْلُغْ عَمْرٌ مِنَ الْإِنْكَارِ هَذَا الْحَدَّ، وَلَوْ لَمْ يَجْزُ^(٤) لَهُ ذَلِكَ، لَمَا جَازَ أَنْ يَوْلِيَهُ الْحُكْمَ^(٥) حَتَّى يَطَالَعَهُ عَلَى قَضَيْتِهِ^(٦)، وَفِي هَذَا مِنْ فِسَادِ الْأَحْوَالِ وَالتَّوَقُّفِ مَا لَا خَفَاءَ فِيهِ^(٧).

(١) م، ف، ج: «مؤنثه وإذابته» والمثبت من المتقى.

(٢) في الموطأ: «بلغني».

(٣) م، ف، ج: «الانعقاد بالإجماع» والمثبت من المتقى.

(٤) م، ف، ج: «... ذلك، ثم رأى أبو موسى ذلك».

(٥) م، ف، ج: «أن يوجه عمر» والمثبت من المتقى.

(٦) في المتقى: «قضيت».

(٧) في النسخ: «عليه» والمثبت من المتقى.

(١) أي قول عمر في الموطأ.

(٢) في زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

(٣) أي لأبي موسى.

(٤) في الموطأ (2154) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2983)، وسويد (301)، والشافعي

القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

قال الإمام: أدخل مالك⁽¹⁾ حديث ابن المسيب؛ أن رجلاً من أهل الشام، وجد مع امرأته رجلاً فقتله وقتلها؛ فأشكَلَ على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه. فكتب إلى أبي موسى الأشعري يسأل له علي بن أبي طالب عن ذلك. الحديث.

الإسناد:

قال الإمام: قد تبين⁽¹⁾ أن هذا حديث مُرْسَلٌ من مراسيل ابن المسيب، والأحاديث في هذا الباب عزيزة جداً.

حديث سهيل بن أبي صالح⁽²⁾، عن أبيه، عن أبي هريرة⁽³⁾ وهو حديث انفرد به سهيل بن أبي صالح⁽⁴⁾، وهذه ترجمة لم يُدخِل البخاري منها شيئاً، مع إدخال مالك لها. أما إن البخاري ذكر منها في الاستشهاد أحاديث، يذكر الأحاديث من أصلها ثم يقول⁽⁵⁾: «رواه سهيل بن أبي صالح، عن أبيه عن أبي هريرة»، فيورده⁽²⁾ متابعاً لا أصلاً⁽³⁾. وأدخله مسلم

- (1) م: «قد قَدَمْنَا».
(2) م: «فبرده».
(3) م: «لا صفة»، ف، ج: «لا صلة»،
والمثبت من القيس.

في مسنده: 276، 362، وابن بكير عند البيهقي: 337/8.
(1) في الموطأ (2153) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (1762، 2982)، وسويد (301)، وابن القاسم (441)، والقعني عند الجوهري (429)، والشافعي في مسنده: 201، 379، والطباع عند أحمد: 2/ 465، وقتيبة بن سعيد عند النسائي في الكبرى (7333)، ومطرف عند ابن الجارود (787).

(2) من هنا إلى آخر كلامه في الإسناد ورد بالقبس: 911/3 - 912.
(3) يقول ابن عبد البر في التمهيد: 254/21 «وزعم أبو بكر البزار أن مالكاً انفرد بحديثه عن سهيل في هذا الباب، وأنه لم يروه غيره، ولا تابعه أحدٌ عليه. وأظنه لما رأى حماد بن سلمة قد أرسله وأسنده مالك، ظن أنه انفرد به، وليس كما ظن البزار. . . ولو لم يروه أحدٌ غير مالك - كما زعم البزار - ما كان في ذلك شيء، لكن أكثر السُّنَن والأحاديث قد انفرد بها الثقات، وليس ذلك بضائر لها ولا لشيء منها، والمعنى الموجود في هذا الحديث مجتمع عليه، قد نطق به الكتاب الحكيم، وقد وردت به السنة الثابتة، واجتمعت عليه الأمة، فأبي انفرد في هذا؟ وليت كل ما انفرد به المحدثون كان مثل هذا».

(4) في صحيحه (6408).

- (5) الحديث (1498) برقم فرعي (15).
(6) الحديث (1498) برقم فرعي (14).

أصلاً⁽¹⁾، فذكر حديث مالك بلفظه، ثم أدخله من طريق عبد العزيز بن محمد الدراويزي، عن سهيل⁽²⁾، قال فيه: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ؟ قَالَ: «لَا». قَالَ سَعْدٌ: بَلَى وَالَّذِي أَكْرَمَكَ بِالْحَقِّ. فَقَالَ⁽¹⁾ النَّبِيُّ ﷺ: «انظُرُوا⁽²⁾ إِلَى مَا يَقُولُ سَيِّدُكُمْ».

وأدخله أيضاً من طريق سليمان بن بلال، عن سهيل⁽³⁾، قال فيه: لَوْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا لَمْ أَمْسُهُ حَتَّى آتِي بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ! قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ»، قال: كلا وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ، إِنْ كُنْتُ لِأَعَاجِلُهُ بِالسَّيْفِ.

قال البرقاني⁽⁴⁾⁽³⁾: لِمُعَالَجِهِ⁽⁴⁾.

وقال الجوزقي⁽⁵⁾⁽⁵⁾: لِأَعَاجِلُهُ.

قال رسول الله ﷺ⁽⁶⁾: «انظُرُوا إِلَى مَا يَقُولُ سَيِّدُكُمْ إِنَّهُ لَعَيُورٌ، وَأَنَا أَعْيِزٌ مِنْهُ، وَاللَّهِ أَعْيِزٌ مِنْهَا» وهذه المراجعة من سعد لرسول الله لم تكن على معنى الرد، وإنما رجا بها الثبوت⁽⁶⁾ في المراجعة وطلب⁽⁷⁾ المخرج، لعل الله أن يفتح فيه، فكان سؤالاً مكرراً، لا رداً لقول النبي ولا آية له.

كما روي عن هلال بن أمية في حديثه الذي فيه؛ أنه قال لرسول الله ﷺ: الرَّجُلُ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، إِنْ تَكَلَّمْتَ جَلَدْتُمُوهُ، وَإِنْ قَتَلْتُمُوهُ*⁽⁸⁾، وَإِنْ سَكَتَ سَكَتَ عَلَيَّ

(1) ج، والقيس: «قال».

(2) م، ف، ج: «البرقي» والمثبت من القيس.

(3) ف، ج: «للمعاجله»، وفي طبعة الأزهرى: 430/3 «للمعاجله بالسيف».

(4) ف، ج: «الهوري».

(5) م: «التسبب».

(6) م، ف، ج: «من طلب» والمثبت من القيس.

(7) ما بين النجمتين ساقط من الأصول، واستدركناه من القيس.

(1) الحديث (1498) برقم فرعي (15).

(2) الحديث (1498) برقم فرعي (16).

(3) هو الإمام المشهور أبو بكر، أحمد بن محمد البرقاني (ت 425) وانظر أخباره في سير أعلام النبلاء: 464/17.

(4) هو الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله الخراساني (ت 388) انظر أخباره في سير أعلام النبلاء: 16/493.

(5) هذا تنمة لحديث مسلم السابق ذكره.

عَيْبَهَا، فدعا له رسولُ الله ﷺ بِالْفَرَجِ وَالْفَتْحِ⁽¹⁾. فهذا وجهُ كلامِ سعدٍ، والله أعلم.

الأصول⁽²⁾:

فأما قول النبي ﷺ مع سعدٍ، فإنه بيانٌ لشرع⁽¹⁾ وإيضاحٌ لحُكْمٍ؛ وذلك أن كلامَ سعدٍ الذي جاءت فيه «نعم»⁽²⁾ جوابٌ محذوفٌ تقديرُه: «أنهله حتى آتني بأربعة شهداء؟ أو أقتله فأقتل؟ فكانت نازلةً تقابلُ فيها حُكْمَانِ:

أحدهما: أن يُنهَلَ الرَّجُلُ من ضَرِّهِ في أهله.

أو يَدْفَعَ الضَّرَّ بِتَلْفِ نَفْسِهِ بِأحدِ وجهين:

1 - إما أن يقتله المَضَارُ.

2 - وإما أن يقتلَ هُوَ المَضَارُ فيقتلَ بِهِ.

فعلَّمَهُ النبي ﷺ التَّرجيحَ، وقال له: إِنَّ الأَرْقَنَ بك والأوْلَى أن تَحْتَمِلَ في الأهلِ الأَدَى، ولا يُؤْتَرَ الفَرْجَ على النَّفسِ فإنها فوقه⁽³⁾. فاختارَ سعدٌ تَقْدِيمَ الفَرْجِ على النَّفسِ، فقال النبي ﷺ متعجبًا: «انظروا إلى ما يَقُولُ سَيِّدُكُمْ» معناه: إنه لعظيمُ الغَيْرَةِ واختارَ احتمالَ الأَشَدِّ من الأَدَى، وليس ذلك بممْتَنِعٍ إذا كَثُرَتِ الغَيْرَةُ، وَغَيْرَةُ اللَّهِ كَفُهُ⁽⁴⁾ لِلخَلْقِ بِقُدْرَتِهِ لِمَنْ عَصَمَ من الفَوَاحِشِ حُصُوصًا، وبأمره ونهيه لكافةِ الخَلْقِ عموماً، فعَبَّرَ عن الشَّيْءِ بِمُقَدِّمَتِهِ، ووصَفَ بذلك نَفْسَهُ تَشْرِيقًا لِلصَّفَةِ وتَعْظِيمًا لِلحالِ.

إيضاحٌ مُشْكِلٌ مُغْضِلٌ:

قول سعد بن عبادةٍ للنبي ﷺ: «أنهله حتى آتني بأربعة شهداء؟ قال: نعم».

قال الإمام: هذا كلامٌ يُوهِمُ بظاهره تركَ الزَّاني مع الزَّنا وتمكينه منه، وذلك لا يليقُ بذوي المُرُوءاتِ، ولا يجوزُ على الأنبياءِ صلوات الله عليهم التَّقْرِيرُ على المعاصي، وهذا

(٢) في القبس: «الذي أجاب عنه بنعم».

(١) م: «تباين للشرع» ولعلها تبيان.

(٣) م، ف، ج: «فرقة» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، ج: «كفت» والمثبت من القبس.

(1) أخرجه مسلم (1495) من حديث عبد الله بن مسعود.

(2) انظر كلامه في الأصول في القبس: 911/3 - 912.

(3) انظره في القبس: 912/3.

انفردَ به سُهَيْلُ بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة.

تكملة⁽¹⁾:

وبعد أن انتهى القول إلى هذا المقام، فَلِفْظَاعَةِ النَّازِلَةِ وَقَعَ الاختلافُ بين الصحابةِ فيها، فقال عمرُ: دَمُهُ هَدْرٌ⁽²⁾ لآنها حالةٌ لا صَبْرَ فيها. وقال عليٌّ⁽¹⁾: عليه القَوْدُ. وقال بعضهم: عليه الدُّيَةُ.

وأما الفقهاء، فقال ابنُ عبدِ الحَكَمِ: إن كان معروفًا بالتشكي منه فدَمُهُ هَدْرٌ. وقال علماؤنا⁽²⁾: عليه الدُّيَةُ في البِكرِ الذي لا يَسْتَوْجِبُ القَتْلَ، والقَتْلُ ليس مقصودًا، وإنما هو مُدَافَعَةٌ وقِصَاصٌ⁽³⁾، وكان شَبِيهَ الغِيْلَةِ، فإن الرُّجْلَ إذا أخذَ نفسَ الرُّجْلِ غِيْلَةً* أو مَالَةً استوجبَ القَتْلَ، وكذلك إذا أخذَ أهْلَهُ غِيْلَةً*⁽⁴⁾ كان أوْلَى وأخْرَى أن يَسْتَوْجِبَ القَتْلَ، ولا تُرَاعَى الثُّبُوتُ⁽⁵⁾ ولا البِكَارَةُ، ولهذا قال ابنُ القاسمِ: إن دَمَهُ هَدْرٌ. وذلك - والله أعلم - من اختلافِ العلماءِ قديمًا وحديثًا، إنما هو إذا قامتِ البيِّنَةُ على دخوله إلى داره وقَتْلِهِ فيها، وأنا على شكٍّ من اشتراطِ⁽⁶⁾ القَتْلِ فيها، فأدخلَ مالكٌ حديثَ عليٍّ وهو الأصلُ والأشدُّ، وإذا وقعتِ البيِّنَةُ فقولُ مالكٍ هو المقبولُ⁽⁷⁾ فيها، والله أعلم.

الفوائد المتعلقة بهذا الحديث:

وهي سبعٌ⁽⁸⁾:

- (١) «علي» استدركنها من القيس.
- (٢) في القيس: «وقال كما قدمنا عن علمائنا».
- (٣) في القيس: «أو اقتصاص».
- (٤) ما بين التجمتين ساقط بسبب انتقال نظر الناسخ، وقد استدركناه من القيس.
- (٥) م: «الأنوثة»، م، ج: «الأنوثة» والمثبت من القيس.
- (٦) م، ف، ج: «وأتى على اشتراط» والمثبت من القيس.
- (٧) ف: «هو القول»، وفي القيس: «فقول مالك - والله أعلم - ما رواه عنه أصحابه».
- (٨) ف: «... الحديث، سبع فوائد».

(1) انظرها في القيس: 912/3 - 913.

(2) أخرجه عبد الرزاق (1719)، وذكر ابن عبد البر في التمهيد: 257/21، والاستذكار: 152/22 أن هذه الرواية لا تصح. وأخرج عبد الرزاق (17914) عن مجاهد أنه كان ينكر أن يكون عمر أهدر دمه إلا بيينة.

الفائدة الأولى⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «فَسَأَلَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَنِ ذَلِكَ» فيه سؤال الحاكم عما أشكل عليه من هو أعلم منه.

الفائدة الثانية:

وسؤاله عما أشكل عليه وكيفية⁽¹⁾ القضاء، تدلُّ على فضله وتوقُّفه فيما لا يعلم.

الفائدة الثالثة⁽³⁾:

وفيه قبُول الكِتَاب إذا عُرِفَ أَنَّهُ كِتَابٌ مِنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، وبهذا يَحْتَجُّ مِنْ يُجِيزُ إِجَازَةَ الْمُعَلِّمِ⁽²⁾.

الفائدة الرابعة⁽⁴⁾:

فيه إباحة التقليد.

الفائدة الخامسة⁽⁵⁾:

قول علي⁽⁶⁾: «إِنَّ هَذَا الشَّيْءَ لَيْسَ بِأَرْضِيًّا» أَوْ قَالَ: «بِأَرْضِي» يريد: أنه لو كان بأرضه لَعَلِمَهُ؛ لَأَنَّهُ كَانَ مُتَّفَقًا لِأَحْوَالِ الرِّعْيَةِ مَا بَعُدَ وَمَا قُرِبَ.

الفائدة السادسة⁽⁷⁾:

قال في حديث آخر: «كَتَبَ مُعَاوِيَةُ إِلَى عَلِيٍّ يَسْأَلُهُ عَنِ مِيرَاثِ الْخُنْثَى، فَقَالَ: عَجَبًا لِمُعَاوِيَةَ يُخَالِفُنِي وَيَسْأَلُنِي، فَأَجَابَهُ»⁽⁸⁾.

(1) ف: «وحقيقته». (2) في تفسير الموطأ: «العالم».

-
- (1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/ب.
- (2) في أثر الموطأ (2154) رواية يحيى.
- (3) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/ب.
- (4) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
- (5) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
- (6) في أثر الموطأ (2154) رواية يحيى.
- (7) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/ب - 102/أ.
- (8) أخرج ابن أبي شيبة (31365) عن ابن كثير الأحمسي، عن أبيه؛ أن معاوية أتته في خنثى، فأرسلهم إلى عليّ [في الأصل: عمر، والمثبت من متن الحديث الذي أورده الزيلعي في نصب الراية: 4/417] فقال: يورث من حيث يبول.

الفائدة السابعة⁽¹⁾ :

قوله⁽²⁾ : «إِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَلْيُغَطِّ بِرُمْتَيْهِ» فالرُّمَّةُ - بضمِّ الرّاء - الحبل البالي، وكان الأمرُ إذا أُقيد من أحدِ سَيْقَى بحبلٍ في عُنُقِهِ إلى القتل، فأمر عليّ أن يُفعلَ ذلك بالزُّوج، أن يُلقَى الحبلُ في عُنُقِهِ وَيُجَبَّرَ إلى القتل⁽³⁾.

الفقه في ثلاث مسائل :

المسألة الأولى⁽⁴⁾ :

قال علماؤنا⁽⁵⁾ : فلو ضربه فقطع رجله أو جرحه، فرَوَى ابنُ حبيب عن ابنِ المَاجِشُونِ : إن قاتله⁽⁶⁾ فذلك جائز⁽¹⁾، وإن قتله قُتِلَ به، إلا أن يأتي بأربعة شهداء. ووجه ذلك : أن وجوده في داره يُوجبُ له التَّسْلُطَ⁽²⁾ عليه، فإن قاتله كان له مدافعتة بما⁽³⁾ يؤدِّي إلى الجراح ونحوها، وأما القتلُ فلا يُستباحُ إلا بيّنة، لما ورد الشرع به من حَقْنِ الدِّمَاءِ.

المسألة الثانية⁽⁷⁾ :

قال علماؤنا⁽⁸⁾ : البِكَرُ والثَّيْبُ في ذلك سواء، يترك إذ قامت⁽⁴⁾ البيّنة بالرؤية⁽⁹⁾. واستحب ابنُ القاسم الدِّيَةَ في البِكَرِ⁽¹⁰⁾.

(1) في المتقى : «جبار».

(2) ف : «التسليط».

(3) م، ف، ج : «الما» والمثبت من المتقى.

(4) في تفسير الموطأ : «قامت له».

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني : 102/أ.

(2) في أثر الموطأ (2154) رواية يحيى.

(3) في تفسير الموطأ : «ويُجاءُ به إلى القتل».

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقى : 285/5.

(5) المقصود هو الإمام الباجي.

(6) بمعنى إن قاتله فكسر رجله أو جرحه.

(7) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني : 102/أ.

(8) المراد هو الإمام البوني.

(9) هذا الرأي هو عند البوني من قول ابن القاسم عند ابن مزين.

(10) هذا الرأي هو عند البوني من قول أصبغ عن ابن القاسم.

وقال أَضَيَّعُ: وتكون الدِّية في ماله.

وقال ابنُ حبيب⁽¹⁾: «أما إن كان المقتول غير مُخَصَّن، فعلى قاتله القَوْد، وإن أتى بأربعة شُهداء على فعله بامرأته»، والذي قاله ابنُ القاسم أحسن لأنه عَدَّرَهُ بِالغَيْرَةِ.

المسألة الثالثة⁽²⁾:

إذا قلنا: إنَّ عليه الدِّية، فقد قال ابنُ القاسم والمُغِيرَةُ وابنُ كنانة: هي دية خطأ.

ووجه ذلك: لِمَا فجأه^(3X1) من الغضب، يصير⁽²⁾. في حكم المغلوب الذي لا عقل له، فكانت جنايته خطأ.

وحكى ابنُ مزين عن أَضَيَّعُ: أن ذلك في ماله⁽⁴⁾.

ووجه ذلك: أنه خطأ غير متعيّن⁽³⁾ ليست بشبهة⁽⁴⁾، فأشبه إقرار القاتل بالخطأ.

القضاء في المنبوذ

قال الإمام: أدخل مالك في هذا الباب حديث⁽⁵⁾ سُنَيْنِ أَبُو جَمِيلَةَ⁽⁶⁾، كذا في المتن: أبي جميلة رجلٌ من بني سُلَيْمٍ، أَنَّهُ وَجَدَ مَثْبُودًا فِي رَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ. قَالَ⁽⁷⁾: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا

(1) م، ف، ج: «يفجأه» والمثبت من المتقى.

(2) «يصير» استدركناها من المتقى.

(3) في المتقى: «متيقن» وهي أسد.

(4) في المتقى: «ليست شبيهته بالقوية» وهي أسد.

(5) م، ف، ج: «ابن أبي جميلة» والمثبت من الموطأ.

(6) م، ف، ج: «فقال» والمثبت من الموطأ.

(1) في تفسير غريب الموطأ: الورقة 106.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 286/5.

(3) أي أن القاتل لما فجأه.

(4) أي أن الدية في مال القاتل.

(5) الحديث (2155) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3020)، وسويد (312)، وعبد الرزاق

صَابِعَةً فَأَخَذْتُهَا. فَقَالَ لَهُ عَرِيْفُهُ^(١): إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكْذَلِكُ^(٢)؟ قَالَ: نَعَمْ. فَقَالَ عُمَرُ: اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ.

الإسناد^(١):

قال الإمام: أدخل مالكٌ حديثَ سُنَيْنٍ هذا، ثمَّ عَقَّبَهُ بأن قال^(٢): الأمرُ عندنا أنه حُرٌّ وأنَّ وِلاَهُ للمسلمينَ، وقد رُوِيَ عن مالكٍ في ذلك روايتان:

إحدهما: قال أشهبُ: إنما اتَّهَمَهُ لِأَنَّهُ خَشِيَ أَنَّهُ. ولَدُهُ جاء به ليفرَضَ له من بيت المال. وهذا الكلامُ عندي قاصرٌ جدًّا؛ لِأَنَّ عُمَرَ كان في أَصْحَ قَوْلَيْهِ وَأَخْرِهِمَا^(٣)، إِذَا وُلِدَ لِلرَّجُلِ مولودٌ فرَضَ له من تلك اللَّيْلَةِ. فالرَّوايةُ خطأٌ لاشكَّ فيه^(٤)، وصوابُه أن يُقالَ: اتَّهَمَهُ أن يكون جاء به وليس بولده، ليفرَضَ له من بيت المال، فيتولَّى هو الإنفاقَ عليه فيرتفقَ بذلك، وفي مثل هذا نزلت ﴿وَإِنْ تَخَاطَبُوهُمُ﴾ الآية^(٥).

والرَّوايةُ الثانيةُ: قال مالكٌ: لو علمتُ أن عُمَرَ قاله لقلتُ إنَّ وِلاَهُ له.

قال بعضُ الناس: كيف وَجَّهَ هذا^(٥) الكلامُ من مالكٍ، يَزْوِيهِ ثمَّ يشكُّ فيه؟ قلنا: قد قَدَّمنا في «كتاب النكاح»^(٤) الجوابَ على مثل هذا في قوله: «حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ». والذي يَخْصُصُ هذا الموضعَ أنَّ قولَه: «وَلَكَ وَلَاؤُهُ» مُحْتَمِلٌ^(٦) أن يريدَ به وِلايَةَ النَّسَبِ. وَيَحْتَمِلُ أن يريدَ به وِلايَةَ الكِفَالَةِ. فلما احتَمَلَ اللَّفْظُ المعنيينَ، جاز ذلك.

(١) م، ف: «عمر» وهو تصحيف.

(٢) م، ف، ج: «كذلك» والمثبت من الموطأ.

(٣) م، ف، ج: «أو أحدهما» والمثبت من القبس.

(٤) م: «لاشكَّ فيها»، ف: «لا بُدَّ فيها».

(٥) «هذا» استدركناه من القبس.

(٦) ج: «محتملة»، القبس: «يحتمل».

.....

(١) انظره في القبس: 913/3 - 914.

(٢) في الموطأ (2156) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3021)، وسويد (312).

(٣) البقرة: 220.

(٤) انظر صفحة: 550 من الجزء الخامس.

وقال علماؤنا⁽¹⁾: يحتمل أن يجيء به⁽²⁾ ليستفهمه⁽¹⁾ في أمره، وليسأله الحكم له بولائه، أو غير ذلك.
وأما قوله⁽³⁾: «مَا حَمَلَكَ عَلَىٰ أَخْذِ هَذِهِ التُّسْمَةِ» فقيل⁽⁴⁾: إنه اتهمه أن يكون ولده، فجاءه ليفرض له.
ويحتمل أن يكون سأله لثلاً يلتقطه من عياله.

الفقه في ست مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «مَا حَمَلَكَ عَلَىٰ أَخْذِهَا؟ قَالَ: «وَرَجَدْتُهَا ضَائِعَةً» قال علماؤنا⁽⁷⁾: ومن وجد بهذه الصفة لزمه أخذه؛ لأنه لا يحل له تركه للهلاك، وأخذه على وجهين:
1 - أحدهما: أن يأخذه ليربّيه، فقد قال أشهب: ليس له ردّه.
2 - وإما أن يأخذه ليرفعه إلى السلطان فلم يقبله، فلا يضيق عليه أن يرده إلى موضع أخذه.

ومعناه عندي: موضع لا يُخَافُ عليه فيه الهلاك، ويؤمن^(٧) أنه يسارع الناس إلى أخذه.

المسألة الثانية⁽⁸⁾:

قوله⁽⁹⁾: «رَجُلٌ صَالِحٌ» ليس هو من باب التزكية؛ لأنه ليس كل صالح تُقْبَلُ

(١) في المتقى: «ليستفهمه».

(٢) في المتقى: «ويوقن».

(1) المراد هو الإمام الباجي في المتقى: 2/6.

(2) إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(3) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.

(4) هو قول الإمام مالك، رواه عنه أشهب، كما نصّ على ذلك الباجي في المتقى.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 3/6.

(6) أي قول عمر بن الخطاب في الموطأ (2155) رواية يحيى.

(7) المراد هو الإمام الباجي.

(8) الفقرة الأولى من هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 3/6.

(9) في الموطأ (2155) رواية يحيى.

شهادته، وإنما يتنفي عنه بهذا ما ينافي الصّلاح ممّا خاف⁽¹⁾ أن يكون التقط المنبوذ له .
 وقد وَهَمَ البونيني⁽²⁾ فقال: «إِنَّ عدالةَ رجلٍ واحدٍ إذا حضر مجلسَ القاضي فأخبره
 بعدالة المعدّلِ أنّه يقبله، ويجزىء في ذلك بسؤال الواحدِ إذا وثق به . وكذلك رُوِيَ عن
 أَضْبَحَ أنّه قال: إذا شهد الشاهدُ عند القاضي وهو لا يعرفه، فسأل عنه رجلاً فأخبره وزكاه
 عنده⁽³⁾، أجزأ بذلك إذا كان القاضي هو السائلُ عنه والكاشف لأمره؛ لأنّ ذلك بمنزلة
 علم القاضي إذا علمَ العدالةَ من الشاهدِ، وإذا⁽⁴⁾ كان ذلك بعدلّين يأتي بهم الشهود⁽⁵⁾،
 فلا يقبل في ذلك أقلُّ من اثنين⁽⁶⁾، والصوابُ ما قدّمناه أنّه ليس من باب التزكية .
 المسألة الثالثة⁽³⁾ :

قول عمر⁽⁴⁾: «أَذْهَبَ فَهُوَ حُرٌّ» قال علماؤنا⁽⁵⁾: إنّما قال ذلك على وجه الإخبار أنّه
 حرٌّ، ولا خلاف فيه؛ لأنّ الأصل في الخلق الحرية حتى يثبت الرّق، والفقر حتى يثبت
 الغنى، ولثبوتها طرق: منها بلوغُ السعي، والجهلُ حتى يقع العلم، وهذا مُشَاهِدٌ،
 والإسلامُ بعد عموم الدّعوة حتى يثبت الكفر .
 وقال غيره: قوله: «حُرٌّ» يدلُّ⁽⁶⁾ على وجه الإخبار أنّه حرٌّ، وسواء التقطه عبدٌ أو
 نصراني⁽⁶⁾ .

وروجه: أنّه لا يتيقّن فيه سبب⁽⁶⁾ من الأسباب، أعني سبب الاسترقاق . وقد بيّنا

(1) م، ف: «غيره» .

(2) ف: «إن» .

(3) في تفسير الموطأ بزيادة «له» في هذا الموضع .

(4) في تفسير الموطأ: «من رجلين» .

(5) ف، ج: «فدلّ» .

(6) م، ف، ج: «أنه يتفق فيه سبباً» والمثبت من المتفق .

.....

(1) أي ما خاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(2) في تفسير الموطأ: 1/102 .

(3) انظر بعض هذه المسألة في القيس: 3/914، وفي المتفق: 3/6 .

(4) في الموطأ (2155) رواية يحيى .

(5) لعله يقصد الباجي الذي قال في المتفق: 3/6 «وقوله: هو حرٌّ، على وجه الإخبار له بحكمه وأنّ اللقيط حرٌّ» .

(6) ورد هذا القول في كتاب ابن المواز، نصّ على ذلك الباجي في المتفق: 3/6 .

ذلك في «مسائل الخلاف» ومهدنا القول فيها، ولذلك قال أشهب: إذا التقطه مسلم؛ كان مُسْلِماً على أي حالٍ وقع الالتقاط. وقال غيره: المَعْوَلُ⁽¹⁾ على الدار فإن كانت داراً كُفِرَ فهو كَافِرٌ، وإن كانت دار إسلام فهو مسلمٌ. وهذا لأنه عارض الأصل⁽²⁾ ظاهراً، فرجح أشهب الأصل، ورجح أصحابه الظاهر.

وقال ابنُ القاسم: لو كان في القرية مسلمان أو ثلاثة، كان الولد مسلماً، فغلب الإسلام.

وذلك أن للدار تأثيراً وللملتقط⁽³⁾ تأثيراً، فوجب أن يغلب حكم الإسلام، وكذلك لو التقط في كنيسة، لحكّم بالإسلام⁽¹⁾ له، كما يُحكّم له بالحرية. المسألة الزابعة⁽²⁾:

قوله⁽³⁾: «وَلَكَّ وَلَاؤُهُ» يريد: تخصيصه بذلك، ذلك يقتضي كونه على دينه. وقوله: «وَلَكَّ وَلَاؤُهُ» يريد: القيام عليه.

فإن التقطه نصراني، فقد قال أصبغ: يُنَزَعُ منه لثلاً يُتَصَرَّه أو يسترقه، وهذه ولاية الإسلام لا⁽⁴⁾ العتق؛ لأن هذا اللقيط⁽⁵⁾ مجهول النسب فولأوه للمسلمين، وإلى هذا ذهب مالك⁽⁴⁾ وأكثر أهل الحجاز، وبه قال الشافعي⁽⁵⁾.

وروي عن عليّ أنه قال: اللقيط حر⁽⁶⁾ وله أن يوالي من أحب، وبه قال ابن

-
- (1) م، ف، ج: «المعمول» والمثبت من القبس.
 - (2) م، ج: «وهذه الآية عارض أصل»، ف: «وهذه الآية عارض أصلاً» والمثبت من القبس.
 - (3) ف، ج: «ولللخلطة» وهي ساقطة من «م» والمثبت من المتقى.
 - (4) م، ف، ج: «إلا» والمثبت من المتقى.
 - (5) م، ف، ج: «هذه اللقطة»، وقد أثبتنا «اللقيط» من المتقى، وأثبتنا اسم الإشارة بما يناسب السياق.
 - (6) «من» استدركناه من المتقى.

-
- (1) أي بحكم الإسلام.
 - (2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 3/6 - 4.
 - (3) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.
 - (4) قاله في المدونة: 368/8 (ط. صادر) في ولاء الملقوط.
 - (5) في الأم: 70/4 (ط. النجار) إلا أنه قال: «هو حرٌ ولا ولاء له وإنما يرثه المسلمون»، وانظر الإشراف لابن المنذر: 300/1.
 - (6) أخرجه عبد الرزاق (13842).

شهاب⁽¹⁾، وعطاء⁽²⁾، وجماعة من⁽¹⁾ أهل المدينة.

وقال النخعي⁽²⁾: ميراثه بمنزلة اللقطة⁽³⁾، وبه قال أكثر الكوفيين.

وقال أبو حنيفة⁽⁴⁾: ميراثه لمن التقطه، إلا أن له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم

يعقل عنه من والاه، فإن عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه لولائه⁽³⁾.

المسألة الخامسة⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ» يريد: في بيت المال، وهذا حكم اللقيط إن أمكن ذلك؛

لأنه من فقراء المسلمين مع عجزه عن التكبس وخوف الضياع عليه، فإن تعذر الإنفاق

من بيت المال، فقد قال مالك في «الموازية»: إن على ملتقطه نفقته حتى يبلغ ويسعى⁽⁴⁾،

وليس له أن يطرحه⁽⁵⁾.

وروجه ذلك: أنه إذا وجده فقد لزمه حفظه⁽⁷⁾.

فرع⁽⁸⁾:

قال علماؤنا: ولا رجوع له عليه بما أنفق، وإن استأذن في ذلك الإمام، قاله عبد

الوهاب⁽⁹⁾، قال: وكذلك لو كان له مال لا يعلم به.

(1) «النخعي» استدركناه من المتقى.

(2) في المتقى: «بولائه».

(3) في المتقى: «يستغنى» وهي سديدة.

(4) في المتقى: «يطرده».

(5) م، ف، ج: «يستفاد منه» والمثبت من المتقى.

.....

(1) أخرجه ابن أبي شيبة (21891)، (21900) كما أخرجه أيضًا من طريق آخر البيهقي: 298/10.

(2) رواه ابن أبي شيبة (21897).

(3) أخرجه ابن أبي شيبة (31356)، (31572).

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/447.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 4/6.

(6) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.

(7) في المتقى: «إنه إذا أخذه ملتقطًا له فقد لزمه أمره وحفظه».

(8) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 4/6.

(9) في المعونة: 2/1292.

ووجه ذلك: أنه من الفقهاء، فليس له أن يشغل ذمته^(١) بدين للإنفاق عليه كسائر الفقهاء.

فإن استلحقه^(٢) أحد، فقد قال ابن القصار وابن القاسم: إن استلحقه^(٢) بيينة أو غيرها، رجع عليه بما أنفق إن كان تعمّد طرحه وهو مليء. وإن طرحه غيره^(٣)، فلا شيء على الأب.

وقال أشهب: لا شيء على الأب بكل حال؛ لأن هذا أنفق على وجه التطوع. وقوله^(١) في المنبؤ «أنه حر»^(٤) لأنه هو المطروح، إلا أنه في عُرْب اللغة مستعمل فيمن بُدّ من الأطفال على وجه الاستمرار^(٥) به، فيلتقطه من يخاف الضيعة عليه فقد قال مالك^(٢): هو حر.

ووجه ذلك: أنه قد عرّا من وجه^(٦) الاسترقاق^(٣)، وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون، إنما نحملهم على الحرية لعدم سيمّة^(٧) الاسترقاق.

القضاء بإلحاق الولد بأبيه

قال الإمام: فائدة الترجمة التي بوّب عليها مالك^(٤) في قوله: «إلحاق الولد بأبيه» أنه يُبين إلحاقه به بالفراش في حديث زُمعة، وإلحاقه به في الدُّعوى في الإسلام لأولاد

(١) م، ف، ج: «استخلفه» والمثبت من الممتنى.

(٢) في الممتنى: «فإن لم يطرحه».

(٣) م، ف، ج: «وقوله: هو حر» والمثبت من الموطأ والممتنى.

(٤) م، ف، ج: «الاستمرار» والمثبت من الممتنى.

(٥) في الممتنى: «من أسباب».

(٦) في الممتنى: «معاني».

(٧) ج: «به».

(١) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.

(٢) في الموطأ (2156) رواية يحيى.

(٣) فلذلك ألحق بالأحرار.

(٤) في الموطأ: 283/2 رواية يحيى.

الجاهلية في حديث عمر، لكن صفة الفراش الذي قضى فيه^(١) النبي ﷺ بالولد مأخوذ من أدلة سواه، فالمرأة تصير بعقد النكاح فراشا، والأمة تصير بالولادة فراشا، لا خلاف فيه. واختلف هل تكون بالوطء فراشا أم لا؟ وقد مهذنا ذلك في «مسائل الخلاف».

الإسناد:

قال الإمام: حَدِيثُ عَائِشَةَ^(١) زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، أَنَّ ابْنَ وَليدَةَ زَمْعَةَ مِثِّي، فَأَقْبِضُهُ إِلَيْكَ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، وَقَالَ: ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ^(٢) بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَأَبْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ. فَأَتَيْتِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ سَعْدُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ. وَقَالَ عَبْدُ^(٤) بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَأَبْنُ وَليدَةَ أَبِي. وَوَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ^(٥) بْنُ زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْفِرَاشِ الْحَجَرُ» ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: «اخْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ. قَالَتْ: فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ.

الفوائد المستقراة في هذا الحديث:

وفي هذا الحديث ثمان فوائد^(٦):

الفائدة الأولى^(٢): فيه من الفقه إلحاق الولد بالفراش.

(١) م، ف، ج: «عبد الله» والمثبت من الموطأ.

(٢) في الموطأ: «فتساقوا إلى رسول الله».

(٣) م، ف، ج: «عبد الله» والمثبت من الموطأ.

(٤) م، ف، ج: «عبد الله» والمثبت من الموطأ.

(٥) م، ج: «وهي ثمان».

(٦) ف: «على المسلمين».

(١) في الموطأ (2157) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2879)، وسويد (273)، وابن القاسم

(41)، ومحمد بن الحسن (845)، والقعني عند الجوهري (171)، وعثمان بن عمر عند أحمد: 6/

246، ويحيى بن قزعة، وعبد الله بن يوسف، وابن أبي أويس، عند البخاري (2053)، 6749،

(7182)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 3/104، 113.

(2) من هنا إلى آخر الفائدة السادسة مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 102/أ - ب.

وفيه: قَبُولُ وصِيَةِ الكافرِ إذا لم يكن فيها ضررٌ على أهل الإسلام^(١).
وفيه: ثُبُوتُ فراشِ أهلِ الكُفْرِ.

وفيه: الإقرارُ بالوطءِ إمَّا بشهادةٍ وإمَّا باستفاضةٍ أو بغير^(٢) ذلك، لإجماع العلماء أن الأَخ لا يستلحق، فألحقه النبي بزَمعةَ، وجعله أَخًا لِبَنِي زَمعةَ لمن حضر منهم وقت الحُكْمِ، ولمن غابَ، ولمن ادَّعاه، ولمن لم يدَّعه.

وفيه: ما يدلُّ أن الحرام يُفْسِدُ الحلال لقلوله: «اِخْتَجِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ» وألحقه بها^(٣) أَخًا، ثم أمرها أن تَحْتَجِبَ منه لِمَا رَأَى من شَبَهِهِ^(٤) بَعْتَبَةَ، وحكَمَ بالظاهر لأنَّ الولدَ للفراشِ، ودلَّ أنَّ الأُمَّةَ لها فراش كفراشِ الحُرَّةِ.

وفيه نكتة من العربية: قوله: «يَا عَبْدَ بَنِ زَمعةَ» بنصب الدال من «عبد» ورفعها، كما قال الله تعالى: «وَإِذْ قَالَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ ﴿الآية (١)﴾، فالمختار أن يكون موضع عيسى نصبًا، ويجوز رفعه، وأما «ابن» فهو منصوب^(٥) على الحال.

وفيه: تَوَقُّي الشبهات^(٦)، لقلوله: «اِخْتَجِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ».

وفيه: القولُ بالِخْتِافَةِ، لقلوله: «اِخْتَجِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى من شَبَهِهِ بَعْتَبَةَ.

وفيه: ما يدلُّ أنه لا يحل للرجل أن يتزوج ابنته من الرِّثَا ولا أخته، وقد جوز ذلك ابن الماجشون، وهو قولٌ مَعْرُوفٌ عنه^(٢).

وفيه: قوله: «وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» قيل: أراد بذلك أن للعاهِرِ المسلم الرُّجْمَ.

وقيل: أراد بذلك معنى الذَّم، كما يقال: بفيه الحجَرُ.

(١) ف، ج: «وبغير».

(٢) ف: «والحقناها».

(٣) في النسخ: «الشبهة» والمثبت من تفسير الموطأ.

(٤) م: «مصدر».

(٥) في النسخ: «الشبهة» والمثبت من تفسير الموطأ.

(٦) في النسخ: «بيان الشبه الذي جعل» والمثبت من القبس.

(١) المائدة: 116.

(٢) من هنا إلى آخر الفائدة العاشرة مقتبس من تفسير الموطأ للبيهقي: 102/ب.

(٣) في تفسير الموطأ: «مرغوب عنه» وتنمة الكلام كما في الكتاب المذكور: «لأنَّ النبي ﷺ قد جعل للزاني حرمة بقوله: «احتجبي منه»».

الأصول⁽¹⁾:

قال الإمام: هذا حديث عظيم، وأصل في الشريعة قوي، فائدته: بيان النسب الذي جعله^(١) الله في الخلق للتعرف ثم للتعاقد، وأصله: البعضية^(٢)، ولكنها لما كانت خفية، نصب الله للخلق عليها علماً ظاهراً وهو الفراش، على سُنَّته^(٣) في حكيمته، ولطفه بخليقته في وضع^(٤) الأشياء الظاهرة علماً على المعاني الخفية التي يتفرد بالاطلاع عليها. وقد قدمنا لكم منها نظائر، كالحيض في براءة الرجم، وصورة السفر في تحقيق المشقة التي رتب الله عليها الرخصة في القصر والقطر^(٥) في السفر.

وخذوا مقدمة في صفة القاضي وصورة تناوله للأحكام: إذا حضر رجل عند القاضي وقال: أنا وصي فلان، وله حق عند هذا الإنسان، أمر بإخراجه حتى يثبت العهد، ولا يكلمه^(٦) عن ميت ولا عن حاضر حتى يثبت وكالته له^(٧)، ويثبت الوصي أو من طلب عن ميت حتى يثبت، وهذه طرقه التي يسلك عليها الحاكم^(٨).

فلما قال سعد: «ابن أخي، عهد إلي فيه» وقال الآخر: «هو أخي، وابن وليدة أبي». ظن الغافلون أن ظاهر هذا الكلام^(٩)؛ أن النبي عليه السلام لم يلتفت إلى هذه الأحوال التي قدمناها، وهي غفلة عظيمة، فإن النبي عليه السلام إنما سكت عنها لأحد وجهين:

إما لأنه كان عليمها وقضى بعلمه فيها، على قول كثير من العلماء في قضاء القاضي بعلمه.

(١) في النسخ: «بيان الشبه الذي جعل» والمثبت من القبس.

(٢) في النسخ: «المعصية» والمثبت من القبس.

(٣) م، ف، ج: «سببه» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، ج: «موضع» والمثبت من القبس.

(٥) م، ف، ج: «والقصر» والمثبت من القبس.

(٦) ج: «ولا يكلمه».

(٧) في القبس: «... ميت حتى يثبت عهده عنده، ولا عن حاضر حتى يثبت وكالته له».

(٨) الذي في القبس: «... عن ميت موته وعدة ورثته، فإن أثبت الموت دون الوراثة أو الوراثة دون الموت أمر القاضي بإخراجه حتى يثبت طريقه التي يسلك عليها إلى طلب حقه عنده عليها».

(٩) في القبس: «فيبدو للناقلين بظاهر هذا الكلام».

وأما أن يكون صحيح قد ثبت ذلك عنده، ولم تذكر عائشة من الحديث إلا فصوله^(١) التي يحتاج إليها من صفة الدغوى وصورة القضاء، دون شروطه التي لا تتم إلا بها، وليست الأحكام مأخوذة من حديث واحد، ولا الشروط ثابتة من طريق واحد، بل تُلَفَّط من الأدلة حتى يجتمع للمجتهدين فتوناً، فيوضحونها^(٢) للطالبيين^(٣).

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى^(١):

قوله: «إِنَّ عُثْبَةَ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ» هذا على حَسَبِ ما كان يفعله أهل الجاهلية؛ لأنه قد رُوِيَ أَنَّ النُّكَاحَ كَانَ عِنْدَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرِبٍ: أَحَدُهَا الِاسْتِبْضَاعُ^(٢)، كَمَا قَدَّمْنَا فِي «كِتَابِ النُّكَاحِ»، فَلَمَّ عُثْبَةُ أَرَادَ اسْتِلْحَاقَهُ مِنْ أَحَدِ الْأَرْبَعَةِ الْأَوْجُهَةِ الَّتِي قَدَّمْنَا فِي «كِتَابِ النُّكَاحِ»^(٣).

وأما من استدعى واستلحق ولدًا في الإسلام، فلا يخلو أن لا^(٤) يكون عُرِفَ له ملكها أو نكاحها، أو قد عُرِفَ، فإن لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك^(٤)، فقد

(١) في القيس: «فصوله».

(٢) في النسخ: «فتوضّحها» والمثبت من القيس: 302/18 (ط. هجر).

(٣) ج: «للتناظرين»، وفي القيس: 438/3 (ط. الأزهرى): «للمضالين».

(٤) «لا» استدركتاه من المتقى.

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 5/6.

(٢) وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله فيأمر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيع نفسها له، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطنها حرصاً على نجابة الولد.

أما الضرب الثاني: فهو أن تكون المرأة لا زوج لها يغشاها الجماعة من الرجال منفردين أو مجتمعين، فإذا استمر بها حملٌ دعتهم وقالت لأحدهم: هذا منك، فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه.

والضرب الثالث: وهو أن البغايا كن يجعلن الرّايات على مواضعهن، فمن رأى تلك الرّاية علم أنّه موضع بني، فيتكرر عليها بذلك من شاء من الناس حتى إذا استمر بها حملها، قالت لبعضهم: هو منك، فيلحق به.

والضرب الرابع: هو النكاح الصحيح. اه عن الباجي.

(٣) انظر صفحة: 423 من الجزء الخامس.

(٤) أي بملك يعين.

اختلف قولُ ابنِ القاسمِ في ذلك، فقال مرّةً: يُلْحَقُ به ما لم يتبيّن كذبه ولم^(١) يكن له نسبٌ معروفٌ، وبه قال مالك^(١).

وقال أيضًا: لا يلحق به حتى يتقدّم له على أمةٍ ملكٌ أو نكاحٌ يجوز أن يكون منه، ولا يمنعه من ذلك نسبٌ معروفٌ، وبه قال سحنون^(٢).

المسألة الثانية^(٣):

لم يذكر في الحديث أن النبي ﷺ ورثه، وإنما أضافه إلى عبد، إذ أقرّ أنه أخوه وهو المنفردُ بميراث أبيه، فلا يحلّ له بيعه ولا يثبت بذلك نسبه؛ لأنّ النسب إنما يلحق بالأب فلا يلزمه ذلك بقول عبد^(٤).

عارضه^(٥):

قال الإمام: ألحق معاويةً زيادًا، وأخذ الناس عليه في ذلك، وأبي^(٦) أخذ عليه فيه إن كان سمح ذلك من أبيه، وأبي عار^(٧) على أبي سفيان أن يليب^(٨) بنفسه ولذّ زنا كان في الجاهلية؟! فمعلوم أن سمية لم تكن لأبي سفيان، كما لم تكن وليدة زمة لعنبة، لكن كان لعنبة منازعٌ تعين القضاء له، ولم يكن لمعاوية منازعٌ في زياد، اللهم إلا أن ههنا نكتةٌ اختلف العلماء فيها، وهي: أنّ الأخت إذا استلحق أخا، يقول: هو ابنُ أبي، ولم

(١) في المتن: «وإن لم».

(٢) م: «واني»، ف: «والتي»، ج: «واني» والمثبت من القيس.

(٣) م، ج: «عذر».

(٤) م، ج: «ينيط».

(١) وجه هذا القول: أنّ الأسباب موضوعة على الاستلحاق، وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بالوطء أو بآئه ولده، فإذا لم يكن ثم نسب مانع، لحق بمن استلحقه.

(٢) وجه هذا القول: أنّ النسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح، فإذا لم يكن ثم سبب يقوّي الدّعوى وجب أن تبطل؛ لأنه لو ثبت بمجرد الدّعوى لكثير تعرض الدّعوى في ذلك وفسدت الأنساب.

(٣) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 7/6.

(٤) تتمّة الكلام كما في المتن: «إلا على وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة».

(٥) انظرها في القيس: 916/3 - 917.

يكن له مُتَنَزَعٌ. فإن كان وحده، فقال مالك: يَرِثُ ولا يَثْبُتُ⁽¹⁾ النَّسَبُ في جماعةٍ.
وقال الشافعي: يثبت النَّسَبُ ويأخذُ المَالَ، هذا إذا كان المُقَرَّبُ به غيرَ معروفِ النَّسَبِ.
واحتج الشافعي بقوله: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ»⁽²⁾ بِنِ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ فقضى بكونه
للفراش⁽³⁾ وإثباتِ نَسَبِهِ.

قلنا: هذا جهلٌ عظيمٌ، وذلك أن قوله: «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِكَوْنِهِ لِلْفِرَاشِ»
صحيحٌ، وأما قوله: بنبوت النَّسَبِ فباطلٌ؛ لأنَّ عبداً ادَّعى شيئين:

أحدهما: الأَخُوَّةُ.

والثاني: ولادةُ الفِراشِ.

فلو قال له النبي: «هو أخوك»، الولدُ للفراشِ» لكان إثباتاً للحُكْمِ ونفيًا للعِلَّةِ⁽⁴⁾، يَدَّ
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَدَلَ عَنِ الأَخُوَّةِ ولم يتعرَّضْ⁽⁵⁾ لها، وأعرَضَ عن النَّسَبِ ولم يصرِّحْ به،
وإنما قال: «هُوَ لَكَ» معناه: فأنت أعلمٌ به.

حديث:

وهو حديث عبد الله بن أبي أمية⁽²⁾؛ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَأَعْتَدَتْ أَرْبَعَةَ
أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ. فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ، ثُمَّ
وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَدَعَا عُمَرَ نِسْوَةً مِنْ
نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قَدَمَاءَ، فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ. فَقَالَتِ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أَخْبِرُكَ بِهَذِهِ الْمَرْأَةِ، هَلَكَ
عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ حَمَلَتْ، فَأَهْرَيْقَتِ عَلَيْهِ⁽⁵⁾ الدَّمَاءَ. فَحَسَّ وَلَدَهَا⁽³⁾، فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا

(1) «عبد» استدركناها من القبس.

(2) «قضى بكونه للفراش» استدركناها من القبس ليلتصم الكلام.

(3) م، ف، ج: «لعلة» والمثبت من القبس.

(4) م، ف، ج: «يعترض» والمثبت من القبس.

(5) «عليه» زيادة من الموطأ.

(1) انظر المدونة: 373/8 (ط. صادر) في الشهادة على الشهادة.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2158) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2888)، وسويد
(275)، وابن بكير عند البيهقي: 444/7.

(3) في بطنها.

الَّذِي نَكَحَهَا، وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءَ، تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا وَكَبِرَ. فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ
الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ: أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلَّا خَيْرٌ، وَالْحَقُّ الْوَلَدُ بِالْأَوَّلِ.
قال الإمام: والحديث صحيح.

العربية⁽¹⁾:

قولها⁽¹⁾: «فَحَشَّ وَلَدَهَا فِي بَطْنِهَا» تريد: رقى وضمر من الدم الذي أهرقت عليه،
ثم انتفش بماء الزوج الثاني وكبر⁽²⁾. يقال من ذلك: جَشَّ يَجْشُ إِذَا يَبَسَ، وقد أَحَشَّتِ
المرأة: فهي مُحَش. وبعضهم يرويه بضم الحاء.
وفي هذا الحديث⁽³⁾ أدل دليل على أن الحامل تحيض.

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى⁽⁴⁾:

قوله: «أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلَّا خَيْرٌ» يريد: أنهما لم يتعمدا⁽²⁾ النكاح في
العِدَّة، وأن المرأة ظنت أنها قد حلت.

وقال سحنون⁽⁵⁾: في هذا الحديث أصل من أصول العلم، فيه من الفقه: أن الولد
لا يلحق إذا جاءت به المرأة لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجت، ولو جاءت به لأكثر
من ستة أشهر للحق بالزوج الآخر وكان ولدًا له⁽³⁾.

(1) م، ف، ج: «قوله» والمثبت من تفسير الموطأ.

(2) في النسخ: «أنه لم يتعمد» والمثبت من تفسير الموطأ.

(3) في النسخ: «ولدًا للآخر» والمثبت من تفسير الموطأ.

(1) كلامه في العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب.

(2) هذا التفسير هو لابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 106 [12/2]، ونقله عنه البوني.

(3) هذا الاستنباط مقتبس من المصدر السابق. وقد أورده أيضاً القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 184.

(4) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب. ما عدا الفقرة الأخيرة فهي مقتبسة من تفسير
الموطأ للقنازعي: الورقة 184.

(5) قاله في تفسير الموطأ، كما صرح البوني في شرحه.

(6) أسقط المؤلف سطرًا من كلام سحنون، نرى من المستحسن إثباته، وهو كما في تفسير الموطأ:

وفي هذا الحديث⁽¹⁾: ما يدلُّ على فساد قول⁽¹⁾ أهل العراق؛ بأنَّ الولد يلحق بالأول ما لم تقرَّ المرأة بانقضاء العدة قبل ذلك.

وفيه من الفقه: أنه ما كان من أمور النساء، أنه يُرْجَع فيه إلى النساء العارفات وإلى قولهنَّ ممَّا لا يعرفه الرجال⁽²⁾.

المسألة الثانية:

قوله: «فَدَعَا النِّسَاءَ» يريد القوافي، وهي مسألة عظيمة بيناها في موضعها، وهي القولُ بالِثَّاقَةِ، والأصلُ في ذلك: حديثُ مُجَرِّزِ المُدَلِّجِي، رواه الأيْمَةُ⁽³⁾، ولم يُدْخِلْهُ مالك. ثبت أن رسول الله ﷺ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ تَبْرُقُ أُسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: أَلَمْ تَرَي أُنْ مُجَرِّزًا المُدَلِّجِي نَظَرَ الآنَ إِلَى أُسَامَةَ وَزَيْدٍ وَهُمَا فِي قَطِيفَةٍ قَدْ غَطِيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ... الحديثُ إلخ، وهو صحيح.

العريئة:

قال: والِثَّاقَةُ جمعُ قائفٍ وهم الذين يُمَيِّزُونَ الدِّمَاءَ ويلحقون الناس بعضهم ببعض. اللفظ الثاني: قوله: «تَبْرُقُ أُسَارِيرُ وَجْهِهِ» الأسارير: هي الغضون والتكسر التي في الوجه، واحدها سِرٌّ - بكسر السين - وجمعها أسرار، وجمعُ الجَمْعِ أسارير⁽⁴⁾.

الأصول⁽⁵⁾:

قال الإمام: وجهُ الدليل من هذا الحديث؛ أن النبي ﷺ سُرَّ بقول القائف في إثباتِ نَسَبِ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، لَشَبِّهِ⁽²⁾ الأقدام في التقدير والهيئة، وإن اختلفا في اللون، فإنَّ زَيْدًا

(1) في تفسير الموطأ: «مذهب».

(2) ف: «بسبب».

«وفيه: أن المرأة تُقَرُّ بانقضاء العدة فتتزوج، فتأتي بولد لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها الثاني، قد يضرها إقرارها بانقضاء العدة».

(1) تنمة الكلام كما في تفسير الموطأ للقتازعي: «وهذا سل في الرد عند الحكم إلى أهل الصناعات».

(2) أخرجه البخاري (6770، 6771)، ومسلم (1459) وغيرها.

(3) انظر المعلم للمازري: 117/2.

(4) انظره في القبس: 918/3.

(5) الفقرة الأولى من هذه المسألة مقتبسة من المستقى: 14/6، وانظر القبس: 918/3 - 919.

(6) أي في أولاد الإمام والحرائر، انظر الاستذكار: 187/22.

كان أبيض وأسامة أسود، والنبي ﷺ لا يُسرُّ بالباطل، على ما قررناه في «أصول الفقه».

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

لم يختلف قول مالك وأصحابه في القافة في الإماء⁽²⁾، واختلف قوله في الحرائر⁽²⁾، فالمشهور عنه أنه لا يدعى لهم القافة.

وحكى عبد الوهاب في «معوّثيه»⁽³⁾ عن ابن وهب أنه يدعى لهم القافة، وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

وحديث النبي ﷺ إنما⁽¹⁾ كان في الحرائر ولم يكن في الإماء، فلا وَجْهٌ لغير هذا.

المسألة الثانية⁽⁵⁾:

واختلف علماؤنا في ثبوت النسب بالقافة، هل يكون لواحد أو لاثنتين؟ فمذهب مالك⁽⁶⁾ أنه يكون للرجل أبوان. قال أبو يوسف: نعم وأمان.

وأما قول أبي يوسف هذا فما رأيت له في أثناء الطلب دليلاً أحكيه؛ لأن المشاهدة تُبطله وتنفيه. وأما الأبوان فلا إشكال فيه⁽⁷⁾، وقد تبين في حديث عمر وجه امتزاج الماعين، وإذا اضطررنا إلى القافة وتعارض الشبهة الحقنأة⁽²⁾ بهما، فمن علمائنا من قال: يقال لهما: انظروا⁽³⁾ إلى أغلب الشبه.

(1) م، ف، ج: «انه» والمثبت من القبس.

(2) في القبس: «والحقنأة».

(3) ف: «انظر»، وفي القبس: «انظرا».

.....

(1) 1082/2 قال: «وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري، عن أبي يعقوب الزاوي؛ أنّ ابن وهب روى عن مالك أنه يحكم فيه [أي في ولد الحرّة] بالقافة كولد الأمة».

(2) في الأم: 248/6 - 249 (ط. النجار)، وانظر الحاوي الكبير: 380/17.

(3) انظرها في القبس: 919/3.

(4) في المدونة: 341/8 (ط. صادر) في الرجلين يطآن الأمة في طهر واحد فتحمل.

(5) أي في أنه ممكن.

(6) في الموطأ (2159) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2889)، وسويد (277)، وابن بكير عند البيهقي: 263/10.

ويقال له: فإن استويا، فماذا يكون الحكم؟

فقد قال ابن القاسم وغيره من العلماء: إذا ألحقت القافة الولد بهما كان ابنا لهما.

وقال بعضهم: يُوالي من شاء.

قال ابن القاسم وغيره: يكون ابنا لهما ولا يكون له الاختيار. وقد روي عن مالك أنه⁽¹⁾ قال: إن القافة لا تكون في بغايا الجاهلية، وإنما تكون في أولاد الرشدة. وهذا خلاف حديث عمر الذي أدخل، والصحيح أنها تجري فيهم؛ لأنه إذا جاز استلحاقهم بالدعوى، فكلُّ نَسَبٍ يَلْحَقُ بِالدَّعْوَى والفراش تدخله القافة.

حديث سلمان بن يسار⁽¹⁾؛ أن عمر بن الخطاب كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا عمر قائفا، فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتراكا فيه، فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان الماء⁽²⁾ لأحد الرجلين، وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها. الحديث.

العربية⁽²⁾:

قوله: «يليط» يعني: يلحقهم بمن ادعاهم ويلصقهم به. والكلمة⁽³⁾ مشتقة من الشيء المليط⁽⁴⁾ بالشيء، يعني الملتصق به.

وقال في «الغريب»: كان يليب أولاد الجاهلية بالآباء في الزنا⁽³⁾. يليب - بضم الياء وكسر اللام - أي: يلحق ويلصق. تقول العرب: الولد أليط، أي ألصق بالرجل.

(1) م، ف، ج: عن ابن القاسم وغيره ومالك أنه والمثبت من القيس.

(2) «الماء» ساقطة من: م، ف، وهي في الموطأ: «هذا».

(3) في تفسير الموطأ: «والإلاطة» وكذا في شرح ابن حبيب.

(4) في تفسير الموطأ لابن حبيب: «الملتاط».

(1) الفقرة الأولى من كلامه في العربية مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب، والبوني نفسه نقلها عن ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 106 - 107 [12/2].

(2) انظر الاقتصاب في شرح غريب الموطأ: 79/ب.

(3) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ: 102/ب، والفقرة الأولى منها اقتبسها البوني من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 106 - 107 [13/2].

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

قال علماؤنا: كان أولئك أولاد لَزَيْتِيَّة، وكذلك السُّنَّةُ اليومَ فيمن أسلمَ من النَّصَارَى واليهود، ثمَّ ادَّعى ولدًا كان من زنا في حال نصرانيَّته، أنه يُلْحَقُ به إذا كان مجذوذًا⁽²⁾ النَّسَبِ، لا أبَ له ولا فِرَاشَ فيه.

قال ابنُ مُزَيْنٍ⁽³⁾: أفِيؤخذُ⁽¹⁾ بذلك الحديث في مثلهم ممَّن أسلمَ اليوم؟ قال: نعم. ولو أسلمَ⁽²⁾ قومٌ بجماعتهم في دارهم، وتحملوا إلى دار الإسلام، فادَّعى بعضهم ولد الزنية؟ قال: نعم مِن حُرَّةٍ كان الولد أو من أمةٍ، إلا أن يدَّعيه معه سيِّدُ الأُمَّةِ أو زوجُ الحُرَّةِ.

المسألة الثانية⁽⁴⁾:

قال علماؤنا⁽⁵⁾: في هذا الحديث ما يدلُّ على قَبُولِ القَائِفِ الواحد والحكم به. وقال عيسى⁽³⁾: لا يجوز من القَافَةِ إلاَّ اثنان فصاعدًا، ولا يقبل في ذلك إلاَّ أهل العدل.

ويحتمل أن يكون عمرُ إنمَّا ضَرَبَ القَائِفَ بعد أن ادَّعى المُبَادَرَةَ بالقول قبل العِلْمِ والتَّامِلِ، والله أعلم.

قال علماؤنا⁽⁶⁾: ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القَائِفِ الواحد لأنه لم يجد غيره، ويحتمل أنه اقتصر عليه لتحقُّق الحكم به.

(1) ف: «أيوخذ».

(2) في تفسير البوني: «اليوم إن أسلم».

(3) في النسخ: «وقال ابن القاسم وقال عيسى» والمثبت من تفسير البوني.

(1) أي مقطوع.

(2) في تفسير البوني: «قال ابن مزين لعيسى: فقلت».

(3) الفقرات الثلاث الأولى مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب.

(4) المراد هو الإمام البوني.

(5) المراد هو الإمام الباجي في المتقى: 14/6.

(6) الذي في المتقى: «وقد روى ابن حبيب عن مالك...».

(7) انظر الحاوي الكبير: 386/17، 391.

وقال ابنُ حبيب⁽¹⁾: إنما يجوز القائف الواحد إذا كان عَدْلًا ولم يوجد غيره، وهو قولُ الشافعي⁽²⁾، وعليه الجماعة من أصحابنا، إلا ما رواه أشهب عن مالك أنه لا يجزىء إلا قائفان، وبه قال عيسى⁽³⁾.

المسألة الثالثة⁽⁴⁾: في التوجيه⁽¹⁾

فوجه الأوّل: أنّ هذه طريقُهُ الخبير عن عِلْمٍ يختصُّ به القليل من الناس، كالطبيب والمفتي.

ووجه الثاني: أنه يختصُّ بِسَمَاعِهِ الحُكَّام والحكم به، فلم يجز في ذلك أقل من اثنين، كالشهادات لآته طريقه.

القضاء في ميراث الولد المُستَلْحَق

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ». وهذا كما قال، أنّ مذهب أهل المدينة في الذي يتوفى ويترك ولَدَيْنِ، ويترك سِتَّةَ مئة دينار، أنّ لكل واحدٍ منهما ثلاث مئة دينار.

فإن قال أحدهما: إنّ أباه أقرّ لرجلٍ أنه ابنه.

فيل له: قد أقررت له بمالٍ، فانظر إلى ما في يدك ممّا كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه إليه؛ لأنك مقرّ له به.

ولو ثبت نسبه، لكان لكل واحدٍ منهم مئة دينار، وقد أخذ هذا ثلاث مئة دينار،

(1) ف: «الترجمة» وهو تصحيف.

(1) انظر الفروق للقراني: 8/1، والتبصرة لابن فرحون: 290/2.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 14/6.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 17/6.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2161) رواية يحيى، ورواه عن مالك أبو مصعب (2891).

(5) المصدر السابق.

(6) انظر قول الشافعي في الاستذكار: 199/22 - 200.

والمئة الزائدة قد أقرَّ بها للمقرِّ به^(١)، وبهذا قال مالك^(١).

وقال الشافعي: لا يلزمه أن يعطيه شيئاً؛ لأنه أقرَّ له بشيء لا يستحقُّه إلا من جهة النَّسَبِ^(٢).

ودليلنا: أن إقراره يتضمَّن شيئين:

أحدهما: النَّسَب، وهو إقراره على غيره فلا^(٣) يثبت إلا بمجرد قوله.

والثاني: إقراره بمالٍ في يده فلزمه، كما لو توفي رجل وترك ولداً واحداً، فأقرَّ بأخ

ثبت نسبة^(٣) أنه إنما أقرَّ على نفسه وعلى أخيه، وقد مهَّدنا ذلك في «كتب المسائل».

القضاء في أمهات الأولاد

قال الإمام^(٤): هذه كلمة مخصوصة بالإماء إذا وَلَدْنَ، يقال: زوجة وأمٌ وُلِدَ،

فتكون^(٣) الأمة أمةٌ حتى تَلِدَ، فإذا وَلَدَتْ صارت أمٌ وُلِدَ، بل تكونُ أمٌ وُلِدَ بالحَمْلِ إجماعاً.

واختلفوا في الحَمْلِ الذي تكونُ به أمٌ وُلِدَ، فقال مالك: تكونُ أمٌ وُلِدَ بالَعَلَقَةِ فما

فوقها^(٥).

وقال الأوزاعي: تكونُ أمٌ وُلِدَ بالمُضْغَةِ^(٦).

وقال الشافعي^(٧): تكونُ أمٌ وُلِدَ بالعين والظفر.

(١) م، ف: «له». (٢) ج: «فلم»، وفي المتن: «لأنه».

(٣) لعلها: «فلا تكون».

(١) كأنه سقطت هاهنا جملة نرى من المستحسن إثباتها كما وردت في المتن: «... نسبة عند الشافعي، وقاسمه المال باتفاق. مسألة: وقال أبو حنيفة: يلزم المقر أن يدفع إليه نصف ما بيده دون المنكر، والدليل على ما نقوله أنه إنما...».

(٢) انظر هذه المقدمة في القبس: 3/ 920 - 921.

(٣) انظر المعونة: 3/ 1489.

(٤) حكاة عن الأوزاعي ابن المنذر في الإشراف: 1/ 378.

(٥) انظر الإشراف لابن المنذر: 1/ 377، والحاوي الكبير: 18/ 308.

(٦) الحج: 5. وتتمُّ الكلام كما في القبس: «إلى قوله: «وإن مُضْغَةً تُخَلِّقُ وَفِي عُلْفَةٍ» فلم يجعل لها خلقاً إلا بعد المضغة».

13 * شرح موطأ مالك 6

وقال قوم: إنما تكون أمٌ ولِدٌ بخلقةِ الآدمي.

وقال مالك في أثناء كلامه وعند سرد قوله: وما يَرَى النساءُ أنه ولِدٌ.

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ﴾ الآية⁽¹⁾.

وفي الحديث الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: «يُجْمَعُ خَلْقٌ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نُطْفَةً، وَأَرْبَعِينَ عِلْقَةً، وَأَرْبَعِينَ مُضْغَةً، فَإِذَا أَرَادَ اللَّهُ خَلْقَهَا كَانَ»⁽²⁾ وذكر الحديث. فلم يجعل للخلق رتبة إلا بعد كونه مُضْغَةً، ولا يكون ولدًا إلا بعد كونه خَلْقًا، ولا تكون هي أمٌ ولِدٌ حتى يكون الولد، فهذا هو الأسلوب المتهجج⁽³⁾.

وإذا أسقطت المرأة دما مجتمعًا منعقدًا متماسكًا أو متناثرًا، فإنه يحتمل أن يكون تركيب خَلْقَةً، ويحتمل أن يكون عقدةً تجمعت من خِلطٍ، ولا يقضي أحدٌ فيها على يقين ثابتٍ بمشكوكٍ فيه في إبطال حقٍّ ولا إثباته.

فإذا ثبت أنها تكون أمٌ ولِدٌ، فأجمعت الأئمة على أن بيعها لا يجوز من لدن علي بن أبي طالب إلى زمان داود الأصبهاني.

قال علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - على المنبر: كنت أرى رأي أبي بكر وعمر في أن أم الولد لا تُباع، ثم ظهر لي⁽⁴⁾ أن بيعها جائز. فقال له عبيدة السلماني: رأيك والله يا أمير المؤمنين مع رأي أبي بكر وعمر أحب إلينا من رأيك وحدك⁽³⁾.

ثم ثبت أن عليًا رجَعَ عن ذلك⁽⁴⁾، واستقر الأمر بين المسلمين عليه إلى الوقت الذي ذكرنا.

(1) م، ج: «المتبع».

(2) «لي» استدركتاه من القيس.

(1) أخرجه - مع اختلاف في الألفاظ - البخاري (2308)، ومسلم (2643) من حديث عبد الله بن مسعود.

(2) أخرجه عبد الرزاق (13224) وصححه ابن حجر في تلخيص الحبير: 219/4.

(3) أخرجه عبد الرزاق (13231) والبخاري (3707).

(4) في سنته (3954 م).

(5) كالحاكم: 22/2 وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم»، والبيهقي: 347/10 وغيرهما.

(6) انظره في القيس: 921/3 - 923.

وتعلّقوا في ذلك بحديث جابر الذي رواه أبو داود⁽¹⁾ وغيره⁽²⁾، قال جابر: «كُنَّا نَبِيْعُ سَرَائِيْنَا⁽¹⁾ وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ وَأَبِي بَكْرٍ، ثُمَّ نَهَانَا عُمَرُ وَهَذَا حَدِيثٌ ضَعِيفٌ لَا يُلْتَمَثُ إِلَيْهِ.

تنبيه⁽³⁾:

واجتمع أبو العباس بن سُرَيْجٍ مع أبي بكر بن دَاوُدَ، فَاخْتَجَّ أَبُو بَكْرٍ بِنُ دَاوُدَ عَلَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تَبَاعُ، وَقَالَ: أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أُمَّةً تَبَاعُ، فَمَنْ ادَّعَى أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ يَزُولُ بَوْلَادَتِهَا فَعَلِيهِ الدَّلِيلُ.

قال أبو العباس بن سُرَيْجٍ له: أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا لَا تَبَاعُ، فَمَنْ ادَّعَى أَنَّهَا تَبَاعُ إِذَا انفصلَ الحملُ فَعَلِيهِ الدَّلِيلُ أَيضًا. فَبُهِتَ أَبُو بَكْرٍ. بَيَّنَّ أَنَّ عُلَمَاءَنَا أَشَارُوا فِي ذَلِكَ فِي إِثْبَاتِ هَذَا الْحُكْمِ بِمَنَازِعٍ مِنْ حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ، وَكُلُّهَا صَحِيحَةٌ، مِنْهَا:

1 - قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ ذَكَرَ أَشْرَاطَ السَّاعَةِ فَقَالَ: «أَنَّ تَلِدَ الْأُمَّةُ رَبَّهَا»⁽⁴⁾ وَفِي رِوَايَةٍ⁽⁵⁾: «بَعْلَهَا»⁽²⁾ وَالْبَعْلُ: هُوَ السَّيِّدُ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ، وَمَعْنَى كَوْنِهِ سَيِّدًا: أَنَّهَا اسْتَفَادَتْ الْحَرِيَّةَ بِسَبَبِهِ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَعْنَى سِوَاهُ.

2 - الثَّانِي: حَدِيثُ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: «أَصَبْنَا سَبَائِيَا، وَاشْتَدَّتْ عَلَيْنَا الْعُرْبَةُ، وَأَخْبَيْنَا الْفِدَاءَ، فَأَرَدْنَا أَنْ نَعْزِلَ، فَقُلْنَا: كَيْفَ نَعْزِلُ وَالْقُرْآنُ يَنْزِلُ فِيْنَا، فَسَأَلْنَا رَسُولَ اللَّهِ عَنْ ذَلِكَ. وَذَكَرَ الْحَدِيثَ»⁽⁶⁾.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا مَعْنَى قَوْلِهِ: «فَأَخْبَيْنَا الْفِدَاءَ» لِأَنَّهَا مَا دَامَتْ حَامِلًا لَا تَبَاعُ وَلَا يُفَادَى

(1) في القيس: «سرارينا».

(2) «بعلها» استدركنها من القيس.

(1) أخرجه البخاري (50)، ومسلم (9) من حديث أبي هريرة.

(2) هي رواية مسلم.

(3) أخرجه - مع اختلاف في الألفاظ - البخاري (2542)، ومسلم (1438).

(4) أخرجه البخاري (2739) من حديث عمرو بن الحارث.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 21/6.

(6) يعني يكتب الفقه: كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك، وكتاب ابن حبيب عن مالك، نُصِّ

بها حتى ينفصل الولد، فعُشِيَ أبو سعيد وأصحابه أن يقعوا في هذه الحالة. قلنا: قد تقدم الجواب، وآته إذا تقرر^(١) المنع في حالة، فما الدليل الذي يدفعه^(٢)؟ قلنا: قد قال علماؤنا: قد استأثر الله بنبيه^(٣) ﷺ، وطلب بعض أزواجه وزنه^(٤)، وقال أصحابه وخلفاؤه: إن رسول الله ﷺ لم يترك إلا بغلته وسلاحه وأرض كذا^(٥)، ولم يذكرها مارية^(٥) ولا اعتراضها أحد من الطالبين، ولولا كونها أم ولِدٍ لطلبتها فاطمة والعباس للاستخدام أو البيع.

قد تعلق بعض علمائنا بأن الأثر قد ورد، وأجمعت الأمة عليه في المنع من التفريق بين الأم وولدها، وذلك^(٦) يمنع من بيع أم الولد، وهو حُكْمٌ لا إشكال فيه، فأتخذوا هذه الأقوال أنموذجاً في الاحتجاج للمخالف.

الفقه في ثمان مسائل:

المسألة الأولى^(٢): فيما تصير به أم ولد

ففي كتب الفقه^(٣): أنها تكون أم ولد بكل ما أسقطته إذا علم أنه مخلوق، وفيه تجب الغرة، وهو أحد قولي الشافعي^(٤). وقد تقدم اختلاف القوم في ذلك فمنهم: من قال بالمضغة. ومنهم من قال بالعلقة، فلي نظر هنالك في أول الباب.

المسألة الثانية^(٥):

أن حكمها لا يملكها^(٧) غيره ببيع ولا هبة.

-
- (١) م، ف، ج: «انفرد» والمثبت من القبس.
 (٢) م، ف، ج: «نيه» والمثبت من القبس.
 (٣) في القبس: «بعض ورثته ميراثه».
 (٤) م، ف، ج: «إمامه» والمثبت من القبس.
 (٥) م، ف، ج: «وكذلك» والمثبت من القبس.
 (٦) م، ف، ج: «لا يملكه» والمثبت من المتقى.

على ذلك الباجي.

- (١) انظر الحاوي الكبير: 310/18.
 (٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 22/6.
 (٣) يقول ابن المنذر في الإشراف: 375/1 «وعلى هذا أدركنا عامة علماء الأمصار».
 (٤) الكلام كما لا يخفى هو للإمام الباجي وبالتالي فالإحالة هي على المتقى.
 (٥) سبق تخريجه.

وهو مذهبُ جميع الفقهاء مالك وأبي حنيفة والشافعي⁽¹⁾، وقد تقدّم تفسير حديث أبي سعيد في غزوة بني المصطلق من⁽¹⁾ الدليل ما يعني⁽²⁾ عن⁽³⁾ إعادته⁽²⁾.

والدليل على ذلك: إجماع الصحابة، لحديث عليّ وقول⁽⁴⁾ عبيدة السلماني⁽³⁾.

المسألة الثالثة⁽⁴⁾: فيما بقي له⁽⁵⁾ فيها وفي ولدها

فروى محمد عن ابن القاسم أنه ليس للرجل أن يتعبها⁽⁶⁾ في الخدمة وإن كانت دنيئة، وتبتذل الدنيئة في الخدمة الخفيفة بما لا تبتذل فيه الرقيقة.

وقال عبد الوهاب⁽⁶⁾: «له استخدامها فيما يقرب ولا يشق».

وقال أبو حنيفة⁽⁷⁾ والشافعي: له فيها الخدمة والاستمتاع.

وهو الأظهر؛ لأنه المقصود من ملكها، وإنما منع أن يملكها غيره.

وأيضاً: فإنه لا خلاف أن للسيد استخداماً ولدها وحكمه كحكمها⁽⁸⁾.

ومما تعلق به مالك: أنه ممنوع من بيعها، وأنها لا تُعتق في ثلثه، فلم يكن له استخدامها كالحرة.

المسألة الرابعة⁽⁹⁾:

وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا؟ كره مالك أن يزوّج الرجل أم ولده.

(1) م، ف، ج: «فمن» والمثبت من المتقى.

(2) م، ج: «بقي».

(3) «عن» استدركناه من المتقى.

(4) لعلها: «في قول».

(5) م: «بيتها»، وفي المتقى: «يعتتها» وهي سديدة.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 23/6 - 24.

(2) أي بقي له فيها من التصرف والمنفعة.

(3) في المعونة: 1489/3.

(4) انظر المبسوط: 160/7.

(5) وذلك لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الرق والحريّة، فعلى هذا يكون له استخدام الأم.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 24/6.

(7) انظر الحاوي الكبير: 320/18، والإشراف لابن المنذر: 380/1.

(8) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 24/6.

(9) في الواضحة، كما نص على ذلك الباجي. وانظر المعونة: 1496/3.

وقال الأبهري: إنه ليس له فيها إلا الاستمتاع، فكره له أن يُزَوَّجَهَا وإن رضيت. ومعنى ذلك عندي: أنه شَبَّهَهَا بِالزَّوْجَةِ الَّتِي لَيْسَ لَهَا فِيهَا إِلَّا الِاسْتِمْتَاعُ، وَلَا يَجُوزُ لَهَا^(١) أَنْ تَتَزَوَّجَ^(٢) مَعَ بَقَاءِ ذَلِكَ السَّبَبِ.

فإن زَوَّجَهَا، فقال ابنُ القاسم في «المدونة»: لا أفسخه.

وقال الشافعي^(١) في أحد قَوْلَيْهِ^(٣): لا يجوز له أن يُزَوَّجَهَا.

ودليلنا: أنه وليُّ لها، فجاز إنكاحها لها كما لو نفذ عتقها.

فرع^(٢):

واختلف قولُ مالك في إجبارها على النكاح، فقال ابنُ حبيب^(٣): له أن يكرهها على النكاح.

وقد اختلف فيه قول مالك، وثبت على أنه لا يزوجه إلا برضاها^(٤).

وجه القول الأول: أنها أمة يملك الاستمتاع بها بملك اليمين، فملك إجبارها على النكاح كالأمة القرن^(٤).

المسألة الخامسة^(٥): في حكم مالها في حياته

فللسيد انتزاعه ما لم يمرض؛ لأنها باقية على ملكه بقاءً تستحق به^(٥) النفقة،

(١) م، ف، ج: «له» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ج: «يتزوج»، ف: «يتزوجها» والمثبت من المتقى.

(٣) في المتقى: «أقواله».

(٤) م، ف، ج: «وجه ذلك: إنما [وفي ج: انه] يملك الاستمتاع منها» والجملة ناقصة، وقد استدركنا النقص من المتقى.

(٥) م، ف، ج: «... ملكه لها تستحق» والمثبت من المتقى.

(١) وجه هذا القول: أنها ثبت لها سبب حرية يمنعه رهنها وإجارتها، فوجب أن يمنعه إجبارها على النكاح كالمكاتبية.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 24/6.

(٣) 54/3 في أم الولد يكتبها سيدها.

(٤) في المعونة: 1493/3.

(٥) يقول الباجي في المتقى: «وجه ذلك عندي: أن من تقرّر ملكه على مالٍ بموت إنسان فإنه لا يملك

ويبيع⁽¹⁾ الاستمتاع بها، فكان له انتزاع مالها. أصل ذلك: الأمة في حال الرُق، وليس له انتزاعه إذا مرض على ما في «المدونة»⁽²⁾، وقال عبد الوهّاب⁽²⁾: «إذا اشتدّ مرضه لم يكن له انتزاعه، كما ليس له إخراج ماله في المرض المخوف، إبقاءً على ورثته لِقُرْبِ وقتِ استحقاقهم له». كالمعتق إلى أجل، للسَّيِّد انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل⁽³⁾.

فرع⁽⁴⁾:

وإذا أفلس سيدها، فليس لغرمائه أخذ مالها، ولا أن يجبر السَّيِّد على ذلك، وللسَّيِّد أن يأخذه لنفسه ولقضاء دينه⁽⁵⁾.

المسألة السادسة⁽⁶⁾: في حكم مالها وحكمها بعد موته

فإنها تُعتق من رأس ماله، وإن كان عليه دين يحيط به⁽⁷⁾. وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته، فأما إن تُوفِّي وهي حامل ففي «العُنْبِيَّة»⁽⁸⁾ عن أشهب وفي «الواضحة»⁽⁹⁾ أيضًا: إن كان الحمل يتيماً فقد تمت حرمتها في الشَّهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك.

المسألة السابعة⁽¹⁰⁾:

قوله⁽¹¹⁾: «إِذَا جَنَّتْ ضَمِينَ سَيِّدُهَا» يريد: أنه يلزمه أن يفتديها بالأقل من الأرش أو

(1) م، ف، ج: «ويستبيع» والمثبت من المتقى.

(2) م، ف، ج: «المعونة» والمثبت من المتقى.

انتزاعه منه في مرضه كالوارث.

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 24/6، وقد عزا الباجي هذه المسألة إلى المدونة.

(2) ووجه ذلك: أن انتزاع مال أم الولد بملك لما يملكه باختياره ليقضي به دينه، وذلك مما لا يُجبر عليه السَّيِّد، كقبول الهبة والوصية.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 25/6.

(4) تنمة الكلام كما في المتقى: «...» به فإنها حرّة.

(5) 92/4 من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، من كتاب الأفضية الثالث.

(6) من رواية مطرف عن مالك، نص على ذلك ابن رشد في البيان والتحصيل: 92/4.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 25/6.

(8) أي قول مالك في الموطأ (2165) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2883).

(9) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 25/6.

(10) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 25/6 - 26.

(11) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 26/6.

قيمتها؛ لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره، لم يكن له أن يسلمها، ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بالأزش، أو يسلمها بقيمتها.

واختلفوا في تقويمها، فقال أشهب في «الموازية»: خالفني ابن القاسم والمغيرة في أم الولد، فقالا: على السيد قيمتها يوم جنت، فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة، وإنما عليه قيمتها يوم الحكم.

فرع (1):

فإذا قلنا: تُقَوَّمُ، فهل تُقَوَّمُ بمالها أم لا؟ قال محمد عن أشهب عن مالك⁽¹⁾: تُقَوَّمُ بغير مالها. وأنا أرى أن تُقَوَّمُ بمالها، وبه قال: المغيرة وعبد الملك.

فرع (2):

فلو ماتت بعد أن جنت، ففي «المجموعة» عن ابن القاسم: لا شيء للمجروح من مالها؛ لأنها لو كانت حية قُومَت بغير مالها.

وقال عبد الملك: إن كان عينًا وفي⁽²⁾ منه الأزش، فإن لم يكن يفي، لم يكن له غيره.

المسألة الثامنة⁽³⁾:

قوله⁽⁴⁾: «وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَخْوِلَ مِنْ جَنَائِبِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهَا» هذا إذا كانت جناية واحدة، فإن تكررت وتعقب كل جناية الحكم فيها حكم الثانية وما بعدها حكم الأولى⁽⁵⁾، فإن جنت

(1) «عن مالك» استدركاها من المتقى.

(2) في المتقى: «أدى».

(1) أي قول مالك في الموطأ (2165) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2881)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 114/3.

(2) عبارة المتقى: «فإن تكررت جناباتها، فإن تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى».

(3) ووجه ذلك: أن الحكم فيها لما كان حكمًا واحدًا كان حكم جناباتها حكم جناية واحدة.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 26/6.

(5) انظر المبسوط: 330/4.

جنايات ثم قام المجني عليه^(١)، ففي «المدنية»^(٢) من رواية محمد عن مالك: ليس عليه إلا قيمتها^(١).

فروع^(٢):

وليس على العاقلة شيء من جناية أم الولد؛ لأنها أمة، ولا تحمل العاقلة إلا جناية الأحرار.

وقال أبو يوسف: إن لم يفتدها السيد أعتقها عليه، وجعلت دية قتلها^(٣) على العاقلة^(٣)، وهذا غير صحيح.

القضاء في عمارة الموات

مالك^(٤)، عن هشام بن عروة، عن أبيه؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من أحميا أرضاً ميتة فهي له»^(٤)، وليس لعرق ظالم حق. وهو عن عروة مرسل^(٥).

(١) في المتقى: «عليهم».

(٢) م، ف، ج: «الموازية» والمثبت من المتقى.

(٣) «قتيلها» استدركنها من المتقى.

(٤) م، ج: «... له، ومثله حديث سهيل [وفي ج: سهل] أيضاً مرسل الإسناد. حديث سهيل [وفي ج: سهل] مرسل في رواية مالك، ومثله حديث: من أحميا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

(٥) م، ف، ج: «مرسل أيضاً» ولعل الصواب حذف أيضاً.

(١) في الموطأ (2166) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2893)، وسويد (278)، ومحمد بن الحسن (833)، والشافعي في الأم: 230/7 (ط. النجار).

(2) يقول ابن عبد البر في الاستذكار: 207/22 «لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث» وانظر التمهيد: 280/22.

(3) انظر القيس: 923/3 - 924.

(4) الحديث (2335).

(5) في سننه (3074 م) من حديث عروة عن أبيه.

وقد (1) ثبت في الصحيح عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا» خَرَجَهُ الْبَخَارِيُّ (2).

أما قوله: «لَيْسَ لِعِزْقِي ظَالِمٌ حَقٌّ» فهو حديث صحيح، وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ (3) نَازِلَةً تَعْبُدُهُ: أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنَّ أَرْضِي غَرَسَ فِيهَا نَخْلًا، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ بِأَرْضِهِ، وَأَمَرَ صَاحِبَ النَّخْلِ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْهَا. قَالَ: فَلَقَدْ رَأَيْتَهَا وَإِنَّ أَصُولَهَا لَتُضْرَبُ بِالْفُتُوسِ حَتَّى أُخْرِجَتْ عَنْهَا وَهِيَ نَخْلٌ عُمٌّ.

الأصول والغريب (4):

اختلف الناس في هذا الحديث الذي خَرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، هل هو تَعْبُدُ (1) أم مَعْلَلٌ؟ فالذين قالوا إنه معللٌ اختلفوا في تعليه:

فمنهم من قال: إِنَّ الْعِلَّةَ فِيهِ الْإِشْتِرَاكُ بَيْنَ الْخَلْقِ، كَالْمَاءِ وَالْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ، فَتَخْلُصُ بِالْإِحْيَاءِ لِلْمُخَيَّبِ، كَمَا تَخْلُصُ بِالْإِحْتِطَابِ وَالْإِحْتِشَاشِ وَالْإِصْطِيَادِ وَالْإِسْتِقَاءِ، كُلُّ ذَلِكَ لِقَاعِلِهِ.

وقيل في تعليه: إثمًا ذلك إلى الإمام يُخْلِصُهَا لِمَنْ شَاءَ، وَليست كالماء والحشيش والحطب والصيد؛ لأنَّ ذلك ليس بثابت ولا مُتَّحَصِّلٌ (2). وقد رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَوَاتَانُ الْأَرْضِ (5) لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِثِّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ» (6) وهذا

(1) في القبس: «تعبدى» وهي سديدة.

(2) في القبس: «محتمل».

(1) انظرهما في القبس: 924/3.

(2) يقول الخطابي في إصلاح غلط المحدثين: 156 «يعني الموات من الأرض، وفيه لغتان، يقال: مَوَاتَانٌ - مفتوحة الميم ساكنة الواو -، ومَوَاتَانٌ - الميم والواو متحركتان -»، وانظر تصحيقات المحدثين للعسكري: 247.

(3) لم نجده في سنن الدارقطني. وقد رواه البيهقي: 6/143 إلى قوله: «ولرسوله» وزاد بدل الباقي: «فمن أحيا منها شيئًا فهو له» من رواية طاوس عن ابن عباس، ثم قال: تفرد به معاوية بن هشام = مرفوعًا موصولاً. قال ابن الملقن في البدر المنير: 2/109 «هو صدوق، وهو من رجال الصحيح» وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/62 «قوله في آخره: أيها المسلمون، مُدْرَجٌ ليس هو في شيء من طرقه».

يَرْفَعُ^(١) التَّعْلِيلَ الْأَخِيرَ^(٢)، وَيَرْفَعُ التَّعْبُدَ، وَيُوجِبُ الْأَشْتِرَاكَ، وَيَقْضِي لِلْمُخَيِّي بِالِاخْتِصَاصِ كَمَا يَقْضِي لِلْمُحْتَطَبِ وَالْمُحْتَشِّ.

العربية^(١):

قال الشارحون للحديث^(٢): «الْعِرْقُ الظَّالِمُ» عِرْقَان: عِرْقٌ بَاطِنٌ وَعِرْقٌ ظَاهِرٌ. فَالْعِرْقُ البَاطِنُ: مَا اخْتَفَرَهُ الرَّجُلُ مِنَ الْآبَارِ أَوْ اغْتَرَسَهُ مِنَ الْغِرَاسِ وَالْعِرْقُ الظَّاهِرُ: مَا بَنَاهُ الرَّجُلُ مِنَ الْبُنْيَانِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ^(٣).
وقوله: «لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ» يريد: ليس له حق^(٣) كحَقِّ مَنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى^(٤).

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى^(٥):

قوله^(٦): «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً». قال علماؤنا^(٧): إحيائها عِمَارَتِهَا، وَمَوْتِهَا تَبْوِيرُهَا،

(١) ويمكن أن تقرأ: «ويدفع».

(٢) م، ف، ج: «الآخر» والمثبت من القبس.

(٣) «يريد: ليس له حق» زيادة من تفسير البوني يلتزم بها الكلام.

.....

(١) كلامه في العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 103/أ، والبوني اقتبسه من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 108 [15/2].

(٢) المراد هما البوني وابن حبيب، وقد روي عن مالك، قال: «وبلغني عن ربيعة أنه قال...».

(٣) تنمة الكلام كما في المصدرين المذكورين: «قال ابن حبيب: فالحكم فيه: أن يكون صاحب الأرض مخيرًا على الظالم، إن شاء حبس ذلك في أرضه بقيمته مقلوعًا، وإن شاء نزع الظالم من أرضه».

(٤) تنمة الكلام في تفسير البوني: «... بناءً أو غرس بشبهة، فإذا غرس بشبهة فله حق، إن شاء رب الأرض أن يدفع إليه قيمة ما بنى أو غرس قائمًا فعل، وإن أبى قيل للذي غرس وبني: ادفع إليه قيمة أرضه بزأحا. وإن كانا شريكين: هذا بقيمة أرضه بزأحا. وهذا بقيمة ما بنى وغرس قائمًا».

(٥) هذه المسألة مقتبسة من المستقى: 26/6 - 27.

(٦) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2166) رواية يحيى.

(٧) المراد هو الإمام الباجي.

(٨) الروم: 50.

(٩) انظر مختصر اختلاف العلماء: 518/3.

(١٠) فيمن أحيا ما يمتد وقرب.

(١١) عقب الإمام الباجي على هذه الأقوال بقوله: «وعندي: أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه

وقد يستعمل موثها بمعنى عدم سقيها، قال الله تعالى: ﴿فَانظُرْ إِلَىٰ آثَرِ رَحْمَتِ اللَّهِ كَيْفَ يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ الآية⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة⁽²⁾: كل ما قُرب من العُمران فليس بموات، وما بَعُدَ ولم يملك قَبْلُ فهو موات.

وزَوَى سحنون عن ابنِ القاسم: أن ما قُرب من العُمران فليس بمَوَاتٍ ولا يدخل في الحديث.

فيحتمِلُ أن يريد أن اللفظ عام⁽³⁾، فخص منه ما قُربَ بدليلٍ ظهر إليه، فثبت بذلك أن المراد به ما بَعُدَ.

ويحتمِلُ* أن يريد أن لفظ «الأرض» لما ورد منكرًا لم يقتض العموم، وإنما أريد به ما بَعُدَ دون ما قُربَ.

ويحتمِلُ*⁽¹⁾ قول أبي حنيفة الوجهين.

وأنكر سحنون قول ابن القاسم وقال: المعروف له⁽²⁾ أنه لا يجوز له إحياءه إلا بإذن الإمام⁽⁴⁾.

وقوله: «فَهِيَ لَهُ» يقتضي ظاهره ملكه لها، وفي ذلك خمس فصول: الأول: في صفة الأرض التي تملك بالإحياء. والثاني: في صفة المُحْيِي لها وحكمه. والثالث: في

(1) ما بين التجمتين استدركتاه من المنتقى ليلتم الكلام.

(2) أي لابن القاسم.

سحنون من قوله المعروف، وقد روى ابن سحنون عن أبيه، قال مالك: معنى الحديث في نياقي الأرض وما بَعُدَ من العُمران، وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون، فثبت بذلك أن الذي أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على أنه لا يجوز الإحياء فيما قرب من العُمران وإن أذن فيه الإمام على وجه التملك بالإحياء وإن جاز أن يملكه الإمام على وجه الإقطاع، وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم: ما قُربَ من العُمران لا يحييه إلا بقطيعة، ونحوها رُوِيَ عن ابن نافع، والله أعلم وأحكم.

(1) هذا الفصل بمسائله وفروعه مقتبس من المنتقى: 27/6.

(2) الشُعَارُ: الشجر الملتف.

(3) قاله في كتاب ابن سحنون، نص على ذلك الباجي في المنتقى، ووجه ذلك: أن بشر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به، وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام فليس لأحد أن يبطل حقهم

صفة الإحياء. والزبايع: في حكم ما أحبي منها ثم مات. والخامس: في حكم الأرض الموات والأبوار في البيع والقسمة وغير ذلك.

الفصل الأول⁽¹⁾

في صفتها

قال سحنون في «المجموعة»: الأرض على ثلاثة أضرب: عثوة، وصلاح، وما أسلم عليها أهلها.

فأما «العثوة» فما كان فيها من موات وشعار⁽²⁾ لم تعمل ولا جرى فيها ملك فهي لمن أحيها، وكذلك أرض الصلح.

وما «أسلم عليها أهلها» فإنها على ما أسلموا عليه، وهو ملك على وجهين:

أحدهما: أن تكون محدودة ولها مالك مخصوص.

والثاني: أن تكون من الأودية والمراعي ليست بمحدودة ولا لها مالك معين.

وقال في موضع آخر: لا تملك حقيقة الملك، وإنما هي للمرافق، فما كان من

أرض الأعراب على غير هذين الوجهين فهي لمن أحيها.

وعندي: أن هذا التقسيم لا يحتاج إليه إلا بمعنى التفسير؛ لأن حكمها واحد.

ووجه ذلك: أن كل ما ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة فإنما يملك⁽¹⁾ منها ما

تقدم ذكر الملك له. إما يملك الأرض⁽²⁾ على وجه الاختصاص، أو العموم وملك

المنافع على الوجه العام. وبهذين⁽³⁾ النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفياضي

والقفار، فمن أحيأ أرضاً لم يتعلق بها حق لأحد فهي له.

(1) م، ف: «فإنه ملك»، ج: «فإنه ذلك» والمثبت من المتقى.

(2) في المتقى: «الرقاب».

(3) م، ف، ج: «وبهذا» والمثبت من المتقى.

.....

منه بالإحياء كالمراعي.

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 518/3، والمبسوط: 167/23.

فرع:

وما كان من بئرٍ ماشيةٍ، فلا يُغرس عليها أحدٌ غَرْسًا ولا يُحیی عليه حقًا، قاله ابن كنانة⁽¹⁾.

مسألة:

فإذا ثبت ذلك، فالمَوَاتُ على ضربين: ضربٌ يَبْعُدُ، وضربٌ يَقْرُبُ.

فأما ما بعد، فقد قال مالك: يُحْيِيهِ بغير إذن الإمام، خلافاً لأبي حنيفة⁽²⁾ في قوله: ليس ذلك له إلا بإذن الإمام، وقد رواه يحيى عن ابن نافع.

ودليلنا: قوله: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» وهذا عامٌ فحُمِلَ على عمومِهِ.

فإن عَمَرَهَا بغير إذنهِ، ففي «كتاب ابن سحنون» عن مالك: ما علمتُ اختلافاً بين أهل العلم أن من أحيا أرضاً مَيْتَةً في بُعْدٍ من العمارة بغير إذن الإمام فهي له.

وفي⁽¹⁾ «المَدِينِيَّة» قال⁽¹⁾ مالك في الغنيِّ يقطعُ الموات البعيد بغير إذن الإمام: ينظر⁽²⁾ فيه الإمام، فإن رأى أن يُقرَّه أقرَّه، وإن رأى أن يُخرجه أخرجه⁽³⁾.

وأما ما قَرَّبَ، فلا يحييه أحدٌ إلا بإذن الإمام، رواه سحنون عن مالك وابن القاسم وأشهب، خلافاً للشافعي⁽⁴⁾ في قوله: يُحْيِيهَا من شاء بغير إذنهِ، ورواه ابن عبدوس عن أشهب، وبه قال كثيرٌ من العلماء من أصحابنا.

(1) م، ف، ج: «... في... وقال...» والمثبت من المتقى.

(2) م، ف، ج: «وينظر» ولعل الصواب إسقاط الواو، وهو الثابت في المتقى.

(1) الظاهر أن المؤلف - رحمه الله - تداخلت عنده رواية العتبية مع رواية المدينة، فالقسم الأول هو من رواية المدينة وهو في المتقى: 29/6 السطر: 14، والقسم الثاني هو من رواية العتبية، وهو في المتقى: 28/6 السطر: 7.

(2) انظر الأم: 102/8 وما بعدها (ط. قتيبة).

(3) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 29/6.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (2607) رواية يحيى.

(5) أي حياة الذمي في بلاد المسلمين.

(6) تمة الكلام كما في المتقى: «... والحجاز كله والتجود واليمن».

فرع:

ومن أحياء أرضاً في القِيَافِي، فليس لغيره أن يحيي بقبره إلا بإذن الإمام، قاله سحنون في «المجموعة» قال: لأنه قد صار بالإحياء عمراً فلا يعمر بقبره إلا بإذن الإمام.

وأما حدُّ القُرْبِ والبُعدِ، فقال سحنون في «كتاب ابنه»: ما رأيت مَنْ وَقَّتْ فيه من أصحابنا، وما كان على يوم وما لا تدركه المواشي في غدوها ورواحها فأراه من البعيد⁽¹⁾، وأما ما تدركه في غدوها ورواحها أو بَعُدَ قليلاً بما فيه المَرْفِقُ لأهل العمارة، فهو القريب يدخله نظر السُلطان فلا يُحَيِّي إلا بإذنه.

الفصل الثاني⁽¹⁾ في صفة المحيي

ذلك أنّ المحيي للأرض في بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلماً أو ذمياً، فإن كان مسلماً فحُكْمُهُ ما تقدّم، وإن كان ذمياً ففي «المجموعة» عن ابن القاسم: هي له، لِمَا رُوِيَ عنه ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» إلا أن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله: «لا يَبْقَيْنُ دينانِ في جزيرة العرب»⁽²⁾.

مسألة:

وإنما ذلك⁽³⁾ فيما بَعُدَ، وأما فيما قَرُبَ، فإنه يخرج عنه ويُعْطَى قيمته؛ لأنّ ما قَرُبَ من العمران بمنزلة القِيءِ، والذَّمُّ لا حقّ له في القِيءِ. وكذلك إن عَمَرَ في جزيرة العرب مكّة والمدينة والحجاز⁽⁴⁾ فإنه يخرج منها ويعطى قيمة ما عمّر، قاله ابن حبيب وابن الماجشون.

(1) ساقطة من م، وهي في: ف، ج: «البعده» والمثبت من المتن.

(1) هذا الفصل مقتبس من المتن: 30/6.

(2) قاله في «المجموعة» و«كتاب ابن سحنون» ونص على ذلك الباجي.

(3) في المدونة: 196/15 (ط. صادر) في ما جاء في إحياء الموات.

(4) زاد في المتن: «وجميع أصحابنا».

قال الإمام: وفيه نظر؛ لأنه إن كان ما قَرُبَ حكمه حكم الفَيء، فلا يجوز لأحدٍ تملكه ولا اقتسامه؛ لأن هذا حُكْمُ الفَيءِ من الأرض عند مالك، ويلزمه ألا يصح إحياءه⁽¹⁾ من العبد والمرأة؛ لأنهما ليسا من أهل الفَيءِ ولا يصح ممن⁽²⁾ لم يفتح ذلك البلد.

الفصل الثالث⁽¹⁾

في صفة الإحياء

قال مالك⁽²⁾: الإحياء أن يحفر بئرًا أو يُجري عيّنًا. ومن الإحياء غرس الشجر والبيان والحرث، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وقال مطرف وابن الماجشون: الإحياء حفر الآبار وشق العيون والغرس والبناء وقطع الحياض والفحص عن الأرض مما تعظم مؤونته وتبقى منفعته حتى يصير مالا، فهذا وما أشبهه إحياء.

مسألة:

وأما الرُّغبي، فلا يكون إحياء، قاله ابن سحنون⁽³⁾ عن ابن القاسم⁽³⁾. وقد قال أشهب⁽⁴⁾: من نزل أرضًا فرعى ما حولها فهو أحق بها، وذلك إحياء.

مسألة:

وأما من حَجَّر⁽⁵⁾ أرضًا بعيدة، فقد قال أشهب: لا تكون له حتى يعلم أنه حَجَّرَهَا ليعمل فيها إلى أيام، فذلك له. وأما من حَجَّرَ مالا يقوى عليه فله منه ما عَمَّرَ.

(1) م، ف، ج: «إحياءه من الأرض» ولعل الصواب حذف «من الأرض».

(2) م، ف، ج: «ولا يصلح لمن» والمثبت من المتنى.

(3) م، ف، ج: «سحنون» والمثبت من المتنى.

(1) أي من وضع على حدود الأرض أعلامًا بالحجارة ونحوها للإحياء.

(2) نص ابن رشد في البيان والتحصيل: 305/10 على أن هذه الرواية حكاه أشهب.

(3) قاله في «المجموعة» وغيرها، نص على ذلك الباجي.

(4) قاله في المدونة: 196/15 (ط. صادر) في ما جاء في إحياء الموات.

(5) هذا الفصل مقتبس من المتنى: 30/6.

وقال أشهب في «المجموعة»: قد زُوِيَ عن عمر أنه قال: من حَجَرَ أرضًا ولم يعتمرها أنه ينتظر به ثلاث سنين⁽¹⁾، وأراه حسنًا.

مسألة:

وقد قال ابنُ القاسم⁽²⁾: ليس الحَجْرُ⁽¹⁾ إحياء. ووجه ذلك: أن هذا لا يعمل للإحياء، وإنما هو مَنَعٌ⁽²⁾ لغيره من التصرف فيها.

مسألة:

وليس حفر بئر الماشية إحياء، قاله ابنُ القاسم⁽³⁾ وأشهبُ؛ لأنه عمل لمنافع الماشية كالرعي⁽³⁾.

الفصل السابع⁽⁴⁾

في حكم ما أحيى ثم مات

فإنَّ الأرض على ضربين:

1 - ضرب يقسم⁽¹⁾ ملكه.

2 - وضرب يملك عن مالك.

فأما ما اقتسم⁽⁵⁾ ملكه، فعلى قسمين: إقطاع⁽⁵⁾ وإحياء.

فأما الأول: ففي «الغنيّة»⁽⁶⁾ عن ابن القاسم فيمن أقطعه الإمام أرضًا قريبة فهي له

(1) في المتقى: «التحجير».

(2) م، ف، ج: «وإنما يعمل [وفي ج: يمنع] موضعًا والمثبت من المتقى».

(3) في المتقى: «كالراعي».

(4) في المتقى: «يفتح».

(5) في المتقى: «افتح»، م: «اقسم».

(1) نص ابن رشد في البيان والتحصيل: 305/10 على أن هذه الرواية حكاهما أشهب.

(2) قاله في «المجموعة» وغيرها، نص على ذلك الباجي.

(3) قاله في المدونة: 196/15 (ط. صادر) في ما جاء في إحياء الموات.

(4) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 30/6.

(5) أي إقطاع الإمام.

(6) 300/10 في سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم، من كتاب يشتري الدور والمزارع.

وإن لم يعمرها، ويبيع ذلك إن شاء ويورث عنه.

وقال ابن المَاجِشُون⁽¹⁾: إن لم يقو على عمارتها، فله أن يبيعها ويهب ويتصدق ما لم ينظر في عجزه عنها فيقطعها غيره.

فوجه قول ابن القاسم: أن الإقطاع عنده بمعنى التملك والذي لا يفتقر إلى عمارة، كالبيع والميراث.

وجه الثاني: أن الإقطاع إنما هو إذن في الإحياء، ومن شرط ذلك العمارة.

الفصل الخامس⁽²⁾

في حكمها في القسمة والبيع

فإن الأبوار والشُعَارَى على ثلاثة أضرب:

1 - ضرب تحيط به العمارة⁽¹⁾.

2 - وضرب لا تحيط به.

3 - وضرب يكون قد شقَّ⁽²⁾.

فأما ما تحيط به العمارة⁽²⁾، فقد قال ابن وَهَبٍ وَأَشْهَبٌ وَأَضْبَعٌ: لا يقسم بينهم وإن اتفقوا على قسمته، وفي «كتاب ابن سحنون» عن ابن القاسم؛ أن الشُعْرَاءَ الَّتِي تَقْرُبُ مِنَ الْقَرْىِ تَلْحَقُهَا الْمَاشِيَةُ فِي غَدْوِهَا وَرَوَاحِهَا، وَهِيَ لَهُمْ مَرْعَى وَمَحْتَطَبٌ، فَلَا تَكُونُ لِمَنْ أَحْيَاهَا، وَلَا لِهَلِ تِلْكَ الْقَرْىِ قَسَمْتَهَا بَيْنَهُمْ.

وأنكره سحنون، وقال: المعروف لمالك وابن القاسم غير هذا، وذلك أن الناس لم يختلفوا فيما بعد من العمران أن يحيا بقطيعة⁽³⁾ الإمام. واختلفوا فيما قرَّب، فقال كثير منهم: للرجل أن يُحْيِيَهُ دُونَ الْإِمَامِ. وقال غيرهم: لَا يُحْيِيَهُ⁽⁴⁾ إِلَّا بِقَطِيْعَةٍ. فهذا خارج

(1) م، ف، ج: «يحيط بالعمارة» والمثبت من المتقى.

(2) م: «قد ساس»، وفي المتقى: «وضرب يكون بين قريتين».

(3) م، ف، ج: «أن يجيز قطعه» والمثبت من المتقى.

(4) ف، ج: «لا يهبه».

(1) في المتقى: «وقال ابن حبيب عن مُطَرِّفِ بْنِ الْمَاجِشُونِ».

(2) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 31/6 - 32.

من هذين القولين.

ووجه المنع من القسمة: ما تقدم.

ووجه إباحتها: أنهم يختصرون بمعظم⁽¹⁾ منافعها، وإنما لغيرهم في ذلك ما فضل عنهم على وجه الضرورة إليه.

مسألة⁽¹⁾:

وأما ما أحاطت به العمارة، فقال أضحج وداود بن سعيد: يقسم، وبه قال مطرف وابن الماجشون.

وقال أشهب وابن وهب: لا يقسم أجمعوا⁽²⁾ على ذلك أو أبى بعضهم؛ لأن البور لا يقسم⁽³⁾ وليس بمال لهم فيه حق لكل المسلمين، وقد قال ﷺ: «لَا يُنْمَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُنْمَعَ بِهِ الْكَلَاءُ»⁽²⁾.

ووجه القول الأول⁽⁴⁾: ما احتج به ابن حبيب أن هذه الأبوار أفنية أهل القرى ومحتطبهم ومراعيهم، ولذلك لم يكن للإمام أن يقطع لأحد شيئاً منها؛ لأنها حق لهم كأفنية الدور، فمن دعا إلى القسمة منهم فذلك له.

تنبيه على وهم⁽³⁾:

قال علماؤنا المالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾: لا يجوز للذمي إحياء الموات. وقال أبو حنيفة⁽⁶⁾: يجوز.

(1) ج: «بعض».

(2) م، ف، ج: «اجتمعا» والمثبت من المتنى.

(3) في المتنى: «والمتمتع».

(4) «القول الأول» زيادة من المتنى يستقيم بها الكلام.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 31/6.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2170) رواية يحيى.

(3) انظره في القبس: 924/3 - 925.

(4) انظر عقد الجواهر الثمينة: 17/3.

(5) انظر الحاوي الكبير: 476/7.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 134.

وقالت الحنفية في كُتُبها: يجوز للذمِّي إحياء الموات.

وقال الشافعي ومالك: لا يجوز.

ونصر كلا^(١) الطائفتين ما ادعاه وأبطل ما عدها، والمسألة غير مُتَصَوِّرة^(٢) على مذهب أبي حنيفة؛ لأنَّ أبا حنيفة يقول: إن إحياء الأرض كيف ما كانت وأين ما كانت لا يجوز إلا بإذن الإمام، وإذا أذن الإمام للذمِّي في إحياء الموات نَفَذَهُ؛ لأنه حكمٌ مُخْتَلَفٌ فيه، ولا يبقى للمسألة صورة، على أن بعض علمائنا قال: يجوز للذمِّي إحياء الموات إلا في جزيرة العرب مَكَّةَ والمدينة؛ لأنَّ النبي ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا الْحَدِيثِ، وَهَذَا عَامٌ. وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أَخْرِجُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»^(١) وهذا خاصٌّ، فَقَضَى الْخَاصُّ عَلَى الْعَامِّ بِاتِّفَاقٍ مِنَ الْأُمَّةِ، نَصَّ عَلَيْهِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ.

و يَصَحُّ أَنْ يَكُونَ لِلذَّمِّي فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ حَقٌّ لثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أحدها: أنَّ أبا حنيفة يقول: إنَّ الكفَّار لا يَخَاطَبُونَ بِفُرُوعِ الشَّرِيعَةِ، فَلَيْسَ لَهُمْ دُخُولٌ فِي الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ، مِنْ بَابِ نَفْيِ^(٣) التَّكْلِيفِ بِالْأَحْكَامِ، وَهَذَا مَا لَا جَوَابَ لَهُمْ عَلَيْهِ.

الثاني: في قول النبي ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهِيَ أَحَقُّ بِهَا»^(٢) وهذه الأرض للمسلمين، لقول النبي ﷺ: «مَوَاتَانِ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِثِّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ»^(٣).

الثالث: أنَّ الذمِّي ليس من أهل الأرض، إنما هو فيها مكتر^(٤) بأجرة معلومة، فأى حَقٌّ لَهُ فِي الْإِشَاعَةِ حَتَّى يُعَيِّنَهُ بِالْإِحْيَاءِ، وَفِي مَسَائِلِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ تَفْرِيعٌ عَظِيمٌ، فَابْتِنَا عَلَى هَذِهِ الْأَصُولِ الَّتِي أَصْلَنَاهَا لَكُمْ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ.

(١) م، ف: «كل» وهي ساقطة من ج، والمثبت من القبس.

(٢) م، ج: «منصورة»، وفي القبس: «مقصورة».

(٣) «نفي» زيادة من القبس.

(٤) ج: «مكري».

(١) أخرجه البخاري (3053)، ومسلم (1637) من حديث ابن عباس.

(٢) سبق تخريجه صفحة: 394 من هذا الجزء.

(٣) سبق تخريجه صفحة: 234، التعليق رقم: من هذا الجزء.3.

القضاء في المياه

قال الإمام: أدخل مالك⁽¹⁾ في هذا الباب حديث عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذنب: «يُمسِكُ حَتَّى الْكُغَيِّبِ ثُمَّ يُزِيلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ».

الإسناد⁽²⁾:

قال الإمام: الأصل في المياه وأحكامها حديث الزبير، وهو مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنَ الْأَيْمَةِ وَالْأُمَّةِ⁽³⁾، زُوِيَ أَنَّهُ خَاصَمَهُ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ فِي شِرَاحِ الْحَرَّةِ، فَتَرَفَعَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «اسْتَيْ يَا زُبَيْرُ وَأَرْسِلْ إِلَى جَارِكَ» فقال الأنصاري: إِنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ. فَتَلَوْنَ وَجْهَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ ثُمَّ قَالَ لِلزُّبَيْرِ: «أَمْسِكِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَذْرَ، ثُمَّ أَرْسِلْهُ» وفي ذلك نزلت الآية: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يَوْمُنُوتَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ الآية⁽⁴⁾، وقد فات الإيمان للأنصاري بهذه الكلمة، ولكن النبي ﷺ سكت عنه؛ لأنها كانت منه فُلْتَةً⁽¹⁾، وقد كان سَكَتَ عَنِ الْمُنَافِقِينَ الَّذِينَ يُسِرُّونَ⁽²⁾ الْكُفْرَ، فإِذَا الْعَثْرَةَ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ وَأَوْلَى⁽³⁾، ولذلك قال النبي ﷺ: «إِنَّهَا صَفِيَّةُ بِنْتُ حُجَيْبٍ، وَإِنِّي خَشِيتُ أَنْ يَقْدِفَ الشَّيْطَانُ فِي قُلُوبِكُمْ شَيْئًا فَيَهْلِكُ مَنْ هَلَكَ»⁽⁵⁾ فكل من اتهم النبي ﷺ

(1) في القيس: «فلة التلافا».

(2) م، ف، ج: «يسرحون» وفي القيس: «يصرحون» ولعل الصواب ما أثبتنا.

(3) «أقل من ذلك وأولى» زيادة من القيس.

(1) في الموطأ (2168) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2899)، وسويد (278)، ومحمد بن الحسن (835)، وانظر تعليق بشار عواد معروف على موطأ يحيى.

يقول ابن عبد البر في التمهيد: 407/17 «لا أعلم هذا الحديث في سيل مهزور ومذنب هكذا يتصل عن النبي ﷺ من وجه من الوجوه» وقال في موضع آخر: 410/17 «حديث سيل مهزور ومذنب حديث مدني مشهور عند أهل المدينة، مُتَّفَعَلٌ عندهم، معروف معمول به» وقال عنه المؤلف في المعارضة: 119/6 «[هو] مقطوع غير أنه مُتَّفَقٌ عليه».

(2) انظره في القيس: 925/3 - 926.

(3) أخرجه البخاري (2359)، ومسلم (2357) من حديث عبد الله بن الزبير.

(4) النساء: 65.

(5) أخرجه البخاري (2035)، ومسلم (2175) من حديث صفية بنت حُجَيْبٍ.

بباطل فهو كافر، والحكمة ما ذكرناه إن شاء الله .

عربية⁽¹⁾ :

قال الشارحون⁽²⁾ للحديث الأول: «مَهْزُورٌ وَمَذْنِيبٌ» هما واديان من أودية المدينة⁽³⁾ يسيلان بالمطر⁽⁴⁾، ويتنافس أهل الحوائط في سيلهما، فقضى رسول الله للأعلى⁽⁵⁾. زاد سحنون⁽⁶⁾: وليس ملكهما لأحد.

الفقه في مسائل :

المسألة الأولى⁽⁷⁾ :

قال علماؤنا: والماء على قسمين: مملوكٌ مُبَاحٌ .
ضرب⁽⁸⁾(1): لا يُملك أصله كالسيول⁽²⁾ أو ماء الأمطار .
وضرب: يُملك أصله كالعيون والآبار .

(1) م، ف، ج: «وضرب» ولعل الصواب حذف الواو.

(2) م، ف، ج: «السيول» والمثبت من المتقى.

.....

(1) كلامه في العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 103/1، والبوني نقله من ابن حبيب وصرح بذلك، انظر تفسير غريب الموطأ: الورقة 110 [2/19].

(2) هما ابن حبيب والبوني .

(3) قاله عيسى بن دينار وسحنون، نص على ذلك الباجي في المتقى: 33/6.

(4) انظر معجم ما استعجم: 1275/4، ومعجم البلدان: 234/5.

(5) تنمة الكلام كما في شرح ابن حبيب وتفسير البوني: «للأعلى فالأعلى إلى ذلك السيل، والأقرب فالأقرب، به يدخل صاحب الحائط الأعلى اللاصق بذلك السيل جميع الماء في حائطه، ويصرف مجراه إلى حائطه [عند ابن حبيب: بيته] فيسيل فيه ويسقي به، حتى إذا بلغ الماء من قاعة الحائط إلى الكعبين من القائم فيه، أغلق مدخل الماء، وصرف ما زاد من الماء على مقدار الكعبين إلى من يليه بحائطه، فيصنع به مثل ذلك، ثم يصرفه إلى من يليه أيضًا. هكذا يكون الأعلى فالأعلى، والأقرب فالأقرب أولى به على هذه الفعل، حتى يبلغ ماء السيل إلى أقصى الحائط وينتهي إليه...» قال عبد الملك: هكذا فتره لي مطرف وابن الماجشون.

(6) هذه الزيادة مقتبسة من المتقى: 33/6.

(7) انظرها في القبس: 926/3.

(8) هذان الضريان مقتبسان من المتقى: 33/6.

فأما المملوك، فلا كلام لأحد فيه إلا لصاحبه. ومن أسباب ملك الماء ملك مَحَلِّه، كمن احتقرَ بئراً أو بئى^(١) عيناً، فذلك سَبَبٌ يقضي^(٢) له بالاختصاص به^(٣) دون غيره، على تفصيل معلوم في «كتب المسائل» يأتي الآن منه شيء إن شاء الله.

قال الإمام: ولم يكن الماء الذي اختصم فيه الزبير والأنصاري مملوكاً لأحد^(٤)، وإنما كان ممّا^(٥) يجري في السيل فيجذب^(٦) كل جذر^(٧) يمرُّ عليه من أحد جانبي السيل ما يحتاج إليه، وكان الأنصاري تحت الزبير في جانبه، أو من الجانب الآخر، ولو كان فوقه لكان أحقُّ به، إلا بملك ثابت باتفاق أو باختياز قديم. فإن ساوَاهُ في الجانب الثاني، فالحكم لمن سبق، وإن اختلفا قبل الاختصاص، فيما أن يقتسما، وإما أن يستهما. فلما سبق الزبير كان له أن يأخذ حاجته، حتى إذا استغنى أرسل الفاضلة له، فأشار عليه السلام بأن يأخذ ويترك من حقه، وقال له: «أمسك ماءك حتى تبلغ الجذر»^(٨) يعني: حتى يستوي مع^(٨) حائط الحوض.

المسألة الثانية^(٢):

اختلف علماؤنا لمن يكون ذلك؟

ف قيل: يكون لصاحب الشجر باتفاق؛ لأنها تحتاج إلى ري كثير، فإن كان زرعاً أمسك حتى ينثر الأرض؛ لأن الزرع إنما يحتاج إلى قليل، وقضاء النبي ﷺ أحق.

(١) في القبس: «أنيط».

(٢) ف، ج: «يقضي».

(٣) «به» زيادة من القبس.

(٤) في القبس: «الأصل».

(٥) في القبس: «كان ماء سماء».

(٦) م: «ليجذب».

(٧) ف، القبس: «جار».

(٨) م، ف، ج: «حوض» والمثبت من القبس.

.....

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظرها في القبس: 926/3.

المسألة الثالثة⁽¹⁾:

أدخل مالك⁽²⁾ في هذا الباب حديث أبي هريرة: «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ» وتردد قوله في: «نقع البثر» فتارة منعه، وقال: لا يجوز، وهو في «المجموعة» وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾. وتارة كرهه، وبه قال الشافعي⁽⁴⁾، واختار الكراهية ابن القاسم. وهذا إنما يكون في بثر لا تُخْفَرُ في ملك. ومن كرهه بيعها حمله⁽⁵⁾ على التذنب⁽²⁾ والآداب.

والصحيح عندي من هذا الاختلاف كله، أنه يجب عليه إعطاء الفضل. فإذا ثبت هذا، فلا يجوز حيثنذ بيعه؛ لأن المبيع حيثنذ يكون مجهولاً. فإن قيل: لم منعت هاجر؟

قلنا: لأن الله ملكها الماء والموضع، واختطه لها جبريل عليه السلام، وجعلها أرضاً مباركة مملكة موروثه، مقدمة لخير البرية محمداً وأمه⁽³⁾. والفروع عليه كثيرة جداً.

وقوله: «لَا يُمنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ»⁽⁴⁾ يقتضي النهي عن الذرائع⁽⁵⁾.

(1) ف: «وقد كره بيعها جملة».

(2) في القيس: «حمله على أنه من المرءات».

(3) في القيس: «لخير البرية ومنشأ له».

(4) م، ف، ج: «فهو عن بيع الماء» وهو تصحيف والمثبت من الموطأ.

(1) انظرها في القيس: 3/ 927 - 928.

(2) في الموطأ الحديث (2169) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2900)، وسويد (280)، وابن القاسم (355)، والقعني عند الجوهري (556)، والشافعي في سننه: 385، ومسنده: 382، والتميمي، وابن أبي أوس، عند البخاري (2353، 6962)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1566)، وابن بكير عند البيهقي: 151/6.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 140.

(4) انظر الحاوي الكبير: 7/ 488.

(5) هذا الشرح مقتبس من المتقى: 37/6 ومعناه: أن من منع فضل الماء لتسبب به إلى منع الكلا المباح لا يقدر على زهيه من منع فضل الماء، والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالباً الانفراد بالكلا فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه في الذرائع أن يمنع منه من قصد الكلا ومن لم يقصده.

القضاء في المزيق

قال الإمام: حديث عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه؛ أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾ والحديث صحيح الإسناد⁽²⁾.

قال الإمام: وما يطابق هذا قوله عليه السلام: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»⁽³⁾.

حريية:

قال علماؤنا⁽⁴⁾: «الضرر في الإعراب: الاسم، والضرار: الفعل».

وإن كانوا قد اختلفوا في تأويله:

فمنهم من قال: إنهما بمعنى واحد.

ومنهم من غاير بينهما، وصوّر للمغايرة صورا منها: ألا تضر صاحبك⁽¹⁾ بما ينفعك، أو لا تمنعه ما لا يضرّك وينفعه.

وتقدير آخر معناه: إنه لا يدخل على أحد من أحد ضرر وإن لم يعمد إدخاله عليه.

وقيل: قوله «لا ضرر» يقول ألا يضرّ أحد بأحد.

وقيل: الضرر والضرار كلّ واحد، وإنما ردّها على معنى التأكيد في المنع عنها، وقد تأخذها تصاريف الإعراب⁽²⁾.

(1) ف: «بأخيك».

(2) م: «للإعراب».

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2171) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2895)، وسويد (279)، والشافعي في مسنده: 224، وابن بكير عند البيهقي: 6/69.

(2) قال ابن عبد البر في الاستذكار: 221/22 «هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جميع الرواة مرسلًا» وقال في التمهيد: 58/20 «وأما معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول» وراجع كلام ابن عاشور في كشف المغطى: 306 - 310 ففيه فوائد.

(3) أخرجه البخاري (13)، ومسلم (45) من حديث أنس.

(4) المقصود هو عبد الملك بن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 112، وقد نقل عنه هذه العبارة ابن عبد البر في الاستذكار: 222/22، والتمهيد: 158/20، والبنوني في تفسير الموطأ: 112/أ.

الأصول⁽¹⁾:

قوله: «لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُجِبَ لِأَخِيهِ مَا يُجِبُ لِنَفْسِهِ» وليس هذا من شروط الإيمان الأصلية، وإنما هو من الكمال والتمام، ومن الأفعال التي شُرعت لتقوية العقيدة، فإذا عرض أمر فيه رَفَقَ لِجَارِكَ ومنفعة، أو لرفيقك في السَّفَرِ، أو لمُسْلِمٍ يَرُدُّ عَلَيْكَ، ليس عليك من ذلك ضَرَرٌ.

واختلف قول مالك هل يُلْزَمُهُ أَنْ يَفْعَلَهُ أَمْ لَا؟ واختلف العلماء كاختلافه، والذي أراه وجوب ذلك؛ لَأَنَّ مَنْعَهُ إِيَّاهُ مِمَّا يَنْتَفِعُ بِهِ إِضْرَارٌ بِهِ، وَالتَّبَيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَدْ قَالَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارًا» وَقَدْ أَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا الْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانُوا قَدْ اخْتَلَفُوا فِي مَعْنَاهُ.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽²⁾:

قوله: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارًا» قَالَ عِلْمَاؤُنَا: قَدْ يَدْخُلُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ وَجُوهٌ مِنَ الضَّرَرِ، مِثْلُ مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي عَرْضَتِهِ مِنْ بِنَاءِ حَمَامٍ، أَوْ فُرْنٍ، أَوْ دُخَانٍ، أَوْ كَبِيرٍ لِعَمَلِ الْحَدِيدِ، أَوْ رَحَى، وَهُوَ مِمَّا يَضُرُّ بِالْجِيرَانِ.

وَعِبَارَةٌ⁽³⁾ الْأَنْدَادِ وَتَثْنُ دَبَاغِ الدَّبَاغِينَ، فَذَلِكَ مِنَ الضَّرَرِ، وَالْحُكْمُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ لِأَهْلِهِ: احْتَالُوا فِي الدَّخَانِ وَالْعَبَارِ وَتَثْنِ الدَّبَاغِينَ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِمَنْ جَاوَزَهُ، وَإِلَّا فاقطعوه. وسواء كان ذلك قديماً أو محدثاً⁽¹⁾؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَدَمِ⁽⁴⁾.

(1) في النسخ: «حديثاً» والمثبت من تفسير الموطأ.

(1) انظره في القيس: 928/3.

(2) هذه المسألة مقتبسة من الباجي في المتقى: 40/6 - 41.

(3) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 104/أ، والقسم الثاني من هذه الفقرة اقتبسه البوني من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 112 - 113.

(4) تنمّة الكلام كما في تفسير البوني: «أَنْ يَكُونَ بَيْتُ فُرْنِهِ قَدِيمًا أَوْ بَيْتُ حَمَامِهِ أَوْ أَنْدَرِهِ، فَلَيْسَ الضَّرَرُ مِمَّا يَسْتَحَقُّ أَحَدٌ بِحِيَازَةِ التَّقَادُمِ فِيهِ، إِنَّمَا حِيَازَةُ التَّقَادُمِ الَّذِي جَاءَ فِيهِ الْأَثَرُ مِنْ حَازَ عَلَى خِصْمِهِ شَيْئًا عَشْرَ سَنِينَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ فِيمَا يَحُوزُهُ النَّاسُ مِنَ الْأَمْوَالِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، مِنْ أَجْلِ أَنْ الْحَائِزَ لِمَا مَلَكَ يَكْتَفِي بِالْحِيَازَةِ وَالاعْتِمَادِ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ وَثِيقَتِهَا الَّتِي بَهَا صَارَ إِلَيْهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ مِنْ شِرَاءٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ مَعَاوِضَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ».

وقد⁽¹⁾ قال ابنُ القاسم عن مالك في «المجموعة»: «لهم منعه، وقاله في الدخان في الفرن والحمام، وهو من الضَّرَرِ الكثير⁽¹⁾ المستدام، يُمنَعُ إحدائُه على مَنْ يستصِرُّ به. أما «الرَّحَا»⁽²⁾: فَضَرَرُهُ أمران: أحدهما: إفسادُ الجِدَارَاتِ. والثاني: صوتُها.

فأما إفساد الجدارات، فإن ثبت ذلك فإنه من الضَّرَرِ الذي يمنع. وأما صوتها؛ فإنه أيضًا مُضِرٌّ، ولا سِيَّما إذا كان الصوت شديدًا فإنه ضَرَرٌ يمنع. وأما «الدَّبَاغ»: فإنه يؤذي بئسَ دِبَاغِهِ، فروي⁽²⁾ عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون: أنه يمنع منه، والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما⁽³⁾، أن هذا ضَرَرٌ قديمٌ⁽⁴⁾ فوجب أن يمنع منه.

مسألة⁽³⁾:

ومن كان له أندر إلى جانب⁽⁵⁾ جِئَانِ رَجُلٍ يضرُّ به يَبْنُهُ⁽⁴⁾.
ومن رفع جدارًا يمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الرياح، فقد قال ابن نافع⁽⁶⁾

(1) ف، ج: «الكبير».

(2) م، ف، ج: «الدخان» والمثبت من المنتقى.

(3) م، ف، ج: «أصلها» والمثبت من المنتقى.

(4) «قديم» ساقطة من: ف، ج، وهي في المنتقى: «دائم».

(5) «جانب» زيادة من المنتقى.

(6) م، ف، ج: «ابن القاسم» والمثبت من المنتقى.

(1) هذه الفقرة مقتبسة من المنتقى: 41/6.

(2) رواه ابن حبيب، نص على ذلك الباجي.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 41/6، وانظر كتاب الجدار للتطيلي: 178.

(4) الظاهر أنه سقطت هنا فقرة، نرى من المستحسن إثباتها في الهامش كما وردت في المنتقى: «قال مُطَرِّف وابن المَاجِشُون: يمنع من ذلك. وقال سحنون في «العُثْبِيَّة» إذا كان الأندر قبل بنیان الجنة لم يغير. وجه القول الأول: أن البنیان وإن كان محدثًا فإنَّ لصاحبه أن يمنع صاحب الأندر، وإن كان قديمًا يمنع من وقوع تبه في أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول إلى أرضه، وبالله التوفيق. ووجه قول سحنون: أنها منفعة استحَقَّها بالقدم فلم يمنع منها».

عن مالك في «المجموعة»: لا يمنع من ذلك، وهو في «كتاب البيان» من رواية ابن القاسم عن مالك. وقال ابن كنانة: إلا أن يفعل ذلك ليضرب بجاره دون منفعة له فإنه يمنع.

مسألة⁽¹⁾:

ومن كانت له أرض ملاصقة أندر، فأراد أن يبني فيها ما يمنع الريح عن⁽¹⁾ الأندر، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع.

وزوى يحيى عن ابن القاسم؛ أنه يمنع ما يضرب بجاره في قطع مرافق الأندر القديم.

وقال ابن نافع⁽²⁾: ليس له أن يحدث بقربها ما يضرب به⁽²⁾ وإن احتاج إلى البيان؛ لأنه قال: «لَا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ».

فرع⁽³⁾:

ومن اتخذ كوى يشرف منها على دار جاره، فقد قال ابن القاسم ومالك: يمنع.

قال مالك⁽³⁾: وذلك إذا كان يناله بالنظر. وقال ابن القاسم⁽⁴⁾: إن كانت من كوى السقف لاحقة⁽⁴⁾ به⁽⁵⁾ لا يطلع منها لم يمنع من ذلك. فأما ما يطلع منه فإنه يمنع.

فرع⁽⁵⁾:

ولا يخلو أن يكون الضرر مما يتزايد أو لا يتزايد.

(1) «عن» زيادة من المتنى.

(2) م، ف، ج: «ابن حبيب» والمثبت من المتنى.

(3) «قال مالك» زيادة من المتنى.

(4) ج: «لاصقة».

(5) م، ف، ج: «به لدخول الضوء» ولعلها عبارة مقحمة.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتنى: 41/6.

(2) أي بصاحب الأندر.

(3) هذا الفرع مقتبس من المتنى: 41/6.

(4) قاله في «كتاب البيان» نص على ذلك الباجي في المتنى.

(5) هذا الفرع مقتبس من المتنى: 42/6 - 43.

قال ابن مَزِين⁽¹⁾: ما كان من الضَّرَرِ باقٍ على حالٍ واحدةٍ كفتح الأبواب وشبهه، فإنه يستفتح⁽¹⁾ من أخذته بطول الزَّمان.

قلنا: وهذا كله في الضرورة، وأما العام فمثل تضييق⁽²⁾ الطريق وما جرى مجراه، فهذا يمنع منه.

وأما إخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى الطرق، فقد رَوَى ابنُ القاسم عن مالك؛ أنه لا بأس بذلك.

حديث أبي هُرَيْرَةَ⁽²⁾؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ جَارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ» ثُمَّ قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُغْرِضِينَ، وَاللَّهِ لَأَزِيمِينَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَاغِكُمْ. الإسناد⁽³⁾:

قال الإمام: خَرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ⁽⁴⁾، عن أبي هريرة أيضًا؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ فَلَا يَمْنَعُهُ» فَلَمَّا حَدَّثَ بِهِ أَبُو هُرَيْرَةَ طَأْطُؤًا رُؤْسَهُمْ، فَقَالَ: مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُغْرِضِينَ... الحديث. وهذا حديثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ⁽⁵⁾.

وفيه فائدتان:

إحداهما: أن اللَّيْثَ رواه عن مالك⁽⁶⁾، وهي رواية التَّظْيِيرِ عن⁽³⁾ التَّظْيِيرِ.

(1) م، ف، ج: «يستحقه» والمثبت من المتقى.

(2) م، ف، ج: «ضيق» والمثبت من المتقى.

(3) م، ف، ج: «على» والمثبت من العارضة.

.....

(1) هو من رواية يوسف بن يحيى. وكلام ابن مزين في الضرر الذي لا يتزايد.

(2) في موطأ مالك (2172) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2896)، وسويد (279)، وابن القاسم (82)، ومحمد بن الحسن (804)، والقعنبي عند الجوهري (200)، والشافعي في مسنده: 224، وابن مهدي عند أحمد: 2/463، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1609)، وابن وهب في شرح مشكل الآثار (2411)، والليث بن سعد عند ابن حبان (515)، وابن عفير عند ابن عبد البر في التمهيد: 220/10.

(3) انظره في العارضة: 105/6.

(4) في جامعه الكبير (1353).

(5) هذا الحكم هو للإمام الترمذي.

(6) انظر هذه الرواية مسنده عن ابن عبد البر في التمهيد: 219/10 - 220.

الفائدة الثانية: أنه روي «بَيْنَ أَكْثَانِكُمْ» بالنون والتاء، والصحيح التاء⁽¹⁾؛ لأنه لما أخبرهم بها أعرضوا عنه وتولوا مُذْبِرِينَ، فقال لهم: إني أرمي بها بين أكتافكم، أي: في ظهوركم كما رميت بها في وجوهكم.

نكتة في الإسناد⁽²⁾:

وهو أن يونس بن عبد الأعلى سأل ابن وهب، كيف يروي هذا الحديث «خَشَبَةَ» بحال الأفراد. أو خَشَب على الجمع؟ قال: الذي سمعتُ من جماعة: خَشَبَةَ على لفظ الواحد، وهو الصحيح؛ لأنَّ وضع خشبة واحدة مرفق. وهو الذي يحتاج إليه السائل. وأما خَشَب فهو زيادةٌ واستكثارٌ يُوجِبُ له استحقاق الحائط ويشهد له وضع⁽¹⁾ الخَشَبِ لذلك، فلم يكن داخلاً في الحديث ولا مندوباً إليه.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽³⁾:

اختلف العلماء في هذا الحديث، فَجَوَزَهُ الشافعي⁽⁴⁾ في أحد قوليه، وقال: له أن يضع خشبة على جدار جاره. وزاد⁽²⁾ أحمد بن حنبل⁽⁵⁾ و⁽³⁾ يقضي عليه بذلك، لقوله عليه السلام: «فَلَا يَمْتَعُهُ» فهذا نهْيٌ ومقتضى الأصل⁽⁶⁾ التحريم.

قلنا: هو محمولٌ على التذَبُّبِ في الإذن في ذلك، *والكراهة إذا منع لما للجار من المحافظة وحرمة*⁽⁴⁾ التوسعة فيما يعرض من حاجة، فيجتهد لجاره في ذلك⁽⁵⁾. وقد

(1) م: «تطمع».

(2) «وزاد» زيادة من العارضة.

(3) «الواو» زيادة من العارضة.

(4) ما بين النجمتين مستدرك من العارضة.

(5) في العارضة: «فيستحمد إلى جاره بذلك».

(1) وهو الذي صححه ابن عبد البر في التمهيد: 221/10.

(2) انظرها في العارضة: 106/6.

(3) انظرها في العارضة: 105/6 - 106.

(4) انظر شرح النووي على مسلم: 47/11.

(5) انظر المغني لابن قدامة: 324/4 (ط. الفكر).

(6) أي مقتضى أصل النهي.

جاء هذا اللفظ في هذا الحديث على التذنب في الشريعة فلا يُنكر⁽¹⁾.

المسألة الثانية⁽¹⁾:

اختلف قول مالك فيه، والمشهور عندنا وعندهم أن ذلك على الاستحباب؛ لأن الأمة أجمعت على أن من اختص بحق لا يلزمه أن يعطيه لغيره وإن لم يضر به، فكيف ووضع الخشبية على الجدار يضر بصاحب الجدار⁽²⁾.

وقال ابن نافع عن مالك⁽²⁾: إن ذلك على وجه المعروف⁽³⁾ والترغيب في الوصية بالجار ولا يُقضى به، وقد كان ابن⁽³⁾ المطلب⁽⁴⁾ يقضي به عندنا، وما أراه إلا ذلالة على المعروف، وإني منه لفي شك⁽⁵⁾.

وروى ابن وهب عنه⁽⁶⁾ أنه أمر رغب فيه النبي ﷺ.

وقال ابن القاسم: لا ينبغي أن يمنعه ولا يقضي به عليه، وهذا على ما قال، إلا أن⁽⁴⁾ ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه يقتضي الوجوب، لكنه يعدل عنه بالدليل،

(1) في العارضة: «فهذه أصول الشريعة، وقد جاء مثل هذا اللفظ على التذنب في الشريعة فلا يستنكر».

(2) م، ف: «كيفية ضرره بالخشبة على الجدار»، ج: «كيفية ضررها لخشبة على الجدار» والمثبت من القبس.

(3) م، ف، ج: «ابن عبد» وفي المتن: «أبو» والضواب ما أثبتناه.

(4) «ما قال، إلا أن» زيادة من المتن.

(5) م، ف، ج: «حنيفة» والمثبت من الموطأ.

(1) انظر الفقرة الأولى في القبس: 929/3، أما الباقي فهو مقتبس من المتن: 43/6.

(2) قاله في المجموعة، نص على ذلك الباجي.

(3) وهو الذي رواه عنه ابن القاسم في المدونة: 431/11 (ط. صادر) في الرجل يستأجر الحائط ليحمل عليه خشبة.

(4) هو عبد العزيز بن المطلب المخزومي المدني قاضٍ من قضاة المدينة النبوية (ت 170) انظر الجرح والتعديل: 393/5.

(5) أورد هذا القول التطيلي في كتاب الجدار: 109. ويقول القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 187 - 188 شارحاً هذا الحديث: «إنما هذا من النبي ﷺ على طريق الرفق بالجار لا على الإلزام؛ ولذلك كان الصحابة يعرضون عن أبي هريرة إذا كان يحدثهم بهذا الحديث، ولو كان عندهم على الإلزام ما عرضوا عنه. فالأحاديث الواردة عن النبي ﷺ هي على حسب ما تلقاها أصحابه عنه، لا على ظواهرها».

(6) أي عن الإمام مالك.

وبهذا قال أبو حنيفة⁽¹⁾.

وقال الشافعي: هو على الوجوب إذا لم يضرَّ بجداره، وبه قال ابن حنبل.
ودليلنا: أن الجدار ملك موضوعه المُشَاخَة، فجاز له أن يمنعه⁽²⁾، كركوب دابته
ولباس ثوبه.

حديث عمرو بن يحيى المازني⁽³⁾، عَن أَبِيهِ؛ أَنَّ الضُّحَاكَ بْنَ خَلِيفَةَ⁽⁴⁾ أَرَادَ أَنْ
يَتَّخِذَ خَلِيفًا مِنَ الْعَرَبِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ،
فَقَالَ: لَا. فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ؟ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ تَسْقِي بِهِ أَوْلًا وَأَخْرًا،
وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ. فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ.
فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَقَعَلَ الضُّحَاكَ.

عربية:

قوله: «خَلِيفًا» الخليفة: التَّهْرُ الصَّغِيرُ⁽⁴⁾. وقال النبي ﷺ حين انصرف من قراءته:
«أَيْكُمْ خَالَجِيئَهَا»⁽⁵⁾ فالخَلَجُ: الْجَذْبُ، يقال: خَلَجْتَ الشَّيْءَ وَأَخْلَجْتَهُ، أي: جَذَبْتَهُ
إِلَيْكَ، ومنه الخليفة من التهر كأنه جَذِبَ منه، والزَّبِيعُ: السَّاقِيَةُ.

الفوائد: وهي ثلاث

الأولى⁽⁶⁾:

فيه: مراجعة الخُضْمِ الإمام ومراجعة الإمام الخُضْمَ فيما يحتمل به التأويل، وانقياد
الخُضْمِ عند عزم الإمام الأعدل.

(٢) ف: «فإن».

(١) في تفسير البوني: «المعاني».

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء: 401/3.

(٢) أي يمنع منافعه بغير ضرورة.

(٣) في الموطأ (2173) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2897)، وسويد (279)، ومحمد بن
الحسن (836).

(٤) هذا الشرح هو للبوني في تفسير الموطأ: 104/ب.

(٥) أخرجه مسلم (398) من حديث عمران بن حصين.

(٦) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 104/ب - 105/أ.

الثانية⁽¹⁾:

فيه: أن الأيمان تُصَرَّفُ في القول إلى المعنى⁽¹⁾ وإن كانت خلاف اللفظ، وأن⁽²⁾ التأكيد في القول بلفظ فيه بأكثر من الحقيقة، لقوله: «وَاللَّهِ لَيَمُرَّنْ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ». وروى زياد عن مالك أن يقضى بالحديثين: حديث محمد بن مسلمة، وحديث عبد الرحمن بن عوف، إذا لم يضرب به، وإن أضرب به فليمنع. قال ابن نافع: وهذا فيما يُراد تحويله، وأما ما يدل⁽³⁾ عمله فليس ذلك له.

القضاء في قسم الأموال

مَالِك⁽²⁾، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قَسَمِ الْجَاهِلِيَّةِ. وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامَ وَلَمْ تُقَسَّمْ فِيهَا عَلَى قَسَمِ الْإِسْلَامِ».

الإستاد:

قال الإمام: هذا حديثٌ بِلَاغٍ⁽³⁾، وَتَتَّصِلُ سَنَدُهُ مِنْ طُرُقٍ⁽⁴⁾.

الأصول⁽⁵⁾:

إن الله سبحانه وله الحُكْمُ، لَمَّا خَلَقَ لَنَا مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا، وَأَنْشَأَنَا بِصِفَةِ التَّشَاحِ وَطَلَبِ الاستِثَارِ⁽⁴⁾، شَرَعَ اخْتِصَاصَ المَالِكِ⁽⁵⁾ بِالأملاك؛ لأن الله تعالى شَرَعَ

(2) ف: «الاستتار»، ج: «الاستكثار».

(1) في تفسير البوني: «يفتدى».

(3) القيس: «الملاك».

(4) «تمييز الحق» زيادة من القيس.

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 105/أ.

(2) في الموطأ (2175) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2902)، وسويد (281).

(3) يقول ابن عبد البر في الاستذكار: 236/22 «هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جميع الزواة، لم يختلفوا في أنه بلاغٌ عن ثور بن زيد».

(4) روي مسنداً من حديث ابن عباس عند أبي داود (2914 م)، وابن ماجه (2485)، وأبي يعلى (2359)، وانظر التمهيد: 48/2.

(5) انظر كلامه في الأصول في القيس: 930/3 - 931.

القِسْمَةَ تَمييزًا لِلحقوقِ المُشترَكَةِ، حَتَّى تَعوَدَ إِلَى القِسْمَةِ بِالاختصاصِ المذکورِ. وقد قال تعالى في القِسْمَةِ في عارِضِ الاشتراكِ: ﴿وَإِذَا حَصَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى﴾ الآية⁽¹⁾.

1 - وَأما أَحاديثُها فِهي قَليلَةٌ في الصَّحيحِ، والصَّحيحُ مِنْها أربعة:

الأول: حَدِيثُ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ؛ حَيْثُ أَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَفْسِمَ عَنَّمَا بَيْنَ أَصْحَابِهِ،

فَبَقِيَ مِنْها عَثُودٌ، فَقَالَ: «ضَحَّ بِهَ أَنْتَ»⁽²⁾.

الحديث الثاني: قَوْلُهُ في الصَّحيحِ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمِ»⁽³⁾.

الحديث الثالث: مِنْها قَوْلُهُ ﷺ: «مَثَلُ الْقَائِمِ فِي حُدُودِ اللَّهِ وَالْمُدَاهِنِ فِيهَا كَمَثَلِ

قَوْمٍ كَانُوا فِي سَفِينَةٍ فَاسْتَهَمُوا عَلَى أَغْلَامًا وَأَسْفَلِيهَا» الْحَدِيثُ إِلَى آخِرِهِ⁽⁴⁾.

الحديث الرابع: وَمِنَ المَشهُورِ فِيهَا حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ؛ أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سَيِّئَةً

أَعْبَدَ فِي مَرَضِهِ لِأَنَّ مَالَ لَهْ غَيْرُهُمْ، فَأَفْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمْ. الْحَدِيثُ إِلَى آخِرِهِ⁽⁵⁾.

2 - القاعِدةُ الثَّانِيَةُ⁽⁶⁾: فِي كَيْفِيَّتِهَا

أما كَيْفِيَّةُ القِسْمَةِ، فَلَيْسَ فِيهَا أَثَرٌ، وَإِنَّمَا سَبِيلُهَا النَّظَرُ، وَكُلَّتْ إِلَيْهِ وَعَصَبَتْ بِهِ؛ لِأَنَّ

المَطْلُوبُ فِيهَا تَمييزُ الحَقِّ⁽¹⁾، وَالْمَخُوفُ مِنْها ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ:

1 - العَرَزُ.

2 - الرِّبَا.

3 - وَأَكْلُ المَالِ بِالْباطِلِ.

فمِيزَ الحَقوقِ إِنْ أَرَدتِ القِسْمَةَ، وَخَلَصَها مِنْ هَذِهِ العَوَارِضِ الثَّلَاثَةِ إِنْ أَرَدتِ أَنْ

تَكُونَ واقِعَةً⁽²⁾ عَلَى وَفْقِ الشَّرْعِ، وَعَلَى هَذِهِ الأَصُولِ تُبْنَى مَسائِلُ القِسْمَةِ كُلِّها، وَهي عَلَى

وَجْهَيْنِ:

(1) ف: «واقفة»، ج: «واقفة».

(2) «الثاني» زيادة من القبس.

(1) النساء: 8.

(2) أخرجه البخاري (2300)، ومسلم (1965) من حديث عقبة بن عامر.

(3) أخرجه البخاري (2257) من حديث جابر.

(4) أخرجه البخاري (2686) من حديث التعمان بن بشير.

(5) أخرجه مسلم (1668).

(6) انظرها في القبس: 931/3.

أحدهما: أن تكون بالتراضي، بأن يقول أحدهما للآخر: خُذ أنت هذه العين، وأخذ أنا هذه الأخرى.

الثاني^(١): أن^(٢) يَقُومَ الْمُشْتَرِكُ قِيَمَةً تحريراً وتعديلاً، ثم يُقَرَّرُ^(٣) على الأجزاء^(٤) ويُعَدَّدُ^(٥) على الأقل^(٦) من السُّهَامِ، ثم يُقْتَرَعُ^(٧) عليها على صفةٍ تُؤَمِّنُ فيها الحِجْلَةَ والانخداع، بأن يُكْتَبَ اسْمُ الْمُشْتَرِكِينَ فِي الرَّقَاعِ، ثم تُطْلَى بِطِينٍ^(٨) أو قَارٍ أو شَمْعٍ، ثم يَجْعَلُهَا مِنْ لَا يَدْرِهَا عَلَى الْأَعْيَانِ. فمن وَقَعَ على شيءٍ منها^(٩) اسْمُهُ فهو سَهْمُهُ.

وعرضت ههنا مسألةٌ بدیعةٌ، وهي: أن علماءنا قالوا: إذا وقع في قسمة التراضي عُبْنٌ، لم يكن فيه رجوعٌ، ولو وقع العُبْنُ في قسمة التقويم والافتراع، لوجب الارتجاع، بناءً على أن القسمة هل هي تمييزٌ حقٌ أو عَقْدٌ بَيْعٍ؟ فإذا قلنا: إنها بَيْعٌ، فالعُبْنُ في البَيْعِ لَا يُوجِبُ الرَّجُوعَ، فكيف وجب في القسمة؟ فتبين أنها لا تكون بَيْعًا بحالٍ.

الفقهاء في خمس مسائل:

المسألة الأولى^(١):

قوله^(٢): «قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ» قال^(١٠) ابنُ وهبٍ وابنُ القاسمِ^(٣) عن مالكٍ: إن ذلك في مشركي العرب والمجوس فقط، فأما اليهود والنصارى فهم على قسمتهم^(١١)،

(١) م، ف، ج: «أو» والمثبت من القبس.

(٢) في النسخ: «يقوم» والمثبت من القبس.

(٣) م، ج: «الأخرى».

(٤) م: «ويقدر»، ف: «وتقدر».

(٥) م: «الأول».

(٦) م، ف، ج: «يقرع» والمثبت من القبس.

(٧) م، ف: «بقير»، ج: «نقير» والمثبت من القبس.

(٨) في النسخ: «منه» والمثبت من القبس.

(٩) في تفسير البوني: «فروى».

(١٠) في تفسير البوني: «قسمهم».

(١١) في القبس: «الأبنية».

(١) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 105/أ.

(٢) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2175) رواية يحيى.

(٣) رواها عنه عيسى، كما نص على ذلك الباجي في المتقى: 48/6.

وإن أسلموا كلهم قبل القسم.

والرواية الثانية⁽¹⁾: رَوَى مُطَرِّفُ وابْنُ المَاجِشُونِ وابنُ نَافِعٍ وَأشْهَبُ عن مالِك؛ أن ذلك في مشركي العرب والمجوس واليهود والنصارى وجميع الملل، وهو الصحيح عندي⁽²⁾.

المسألة الثانية⁽³⁾:

اختلف علماؤنا في القسمة، هل هي ببيع أو تمييز حق؟ ولأصحابنا مسائل تقتضي كلاً القولين، ونحن ننبه عليها عند ذكرها إن شاء الله.

وقد قال مالك في «المدونة»⁽⁴⁾: القسمة ببيع من البيوع⁽⁵⁾.

وأما من قال: إنها تمييز حق، وذلك أنه غير موقوف على اختيار المتقاسمين، بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة، وذلك يُنافي البيع كما قدمناه.

المسألة الثالثة⁽⁶⁾:

ومن فروع القسمة المحتمل فيها ترك المرافق من الألفية⁽¹⁾ والطرق، وقد يوب على هذا مالك في الباب المتقدم قبل هذا، ولكنه ذكر بعض المرافق العامة وأغفل المرافق الخاصة، كالجلوس على الضعفات، وصب الأقدار في الطرقات.

فأما الجلوس على الضعفات، فجائز بأداء حقها من غص البصر وإرشاد الضال ونصير المظلوم، وما يعرض لمن يعرض⁽²⁾ ذلك⁽³⁾ من الحقوق.

(1) ف: «وما تعرض لمن تعرض».

(2) في نسخ مخطوطة من القيس: «لذلك».

(3) في القيس: «والاتفاق».

(1) أوردها الباجي في المتقى: 48/6.

(2) الذي في تفسير البوني: «ورواية مطرف وابن الماجشون وأشهب أزلوا بالصواب؛ لأن شريعة الإسلام نسخت ما كان قبلها» وانظر تفسير الموطأ للقنازعي: الورقة 188.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 49/6.

(4) 469/14 (ط. صادر) في ما جاء في القسمة.

(5) ووجه ذلك: أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه؛ لأنه ملك حصة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه، وهذه معاوضة ومبايعة محضة.

(6) انظرها في القيس: 932/3.

وأما صبب الأقدار في الطُرُقَات، فلا يجوز على الإطلاق؛ لأن في ذلك إذابة المسلمين، وإماطة الأذى عن الطريق صدقة، وقد بيّنا ذلك في موضعه من «المسائل» و «شرح الحديث»، إلا إذا كانت ضرورة عامة، كخمر يتعّين كسرها حتى تجري في السكك، كما ورد في الحديث⁽¹⁾.

المسألة الزابعة⁽²⁾:

ومن القول في المرافق مسألة السفينة إذا غلب الهولُ عليها، فاحتاجوا إلى التخفيف عنها، فاتفقت الأمة على وجوب التخفيف والانتفاع⁽¹⁾ بما يُطرح فيما بقي، واختلفوا بعد ذلك في تفاصيل⁽³⁾، منها: دخول السفينة وآلاتها⁽²⁾ في الحصص ورجالات المراكب والعبيد الرّاكبين عليها. وانتهى النظر إلى نازلة عظيمة، وهي: إذا علم الأحرار من أهل السفينة؛ أن بقاء جميعهم مهلك، وأن خلوص بعضهم مُتيقّن، فنسب الخراسانيون الحنفيّون والشافعيّون إلى مالك: أن هلاك بعض الأمة في الاستصلاح واجب، ونراه بريء من ذلك، وإنما سمعوا من قوله اعتبار المصلحة فاعتبروها بزعمهم حتى بلغوا بها إلى هذا الحد. وكان من حقهم⁽³⁾ لجلالة أقدارهم في العلم وسعة حفظهم ودقة فهمهم أن يتفطنوا لمقصده بالمصلحة، وأن يجروها مجراها وأن ينتهوا بها حيث انتهت. وليس بين الأمة خلاف في هذه المسألة أنهم يَضِرُّون لقضاء الله حتى ينفذ حكمه فيهم. ويترتب على هذا مسائل مشكّلة بيّناها في «كتب المسائل» و«الأصول» فعليكم بها، والله الموفق للصواب.

(1) ف، ج: «والانتهاه».

(2) «من حقهم» زيادة من القيس.

(3) م، ف، ج: «سعيد» والمثبت من الموطأ. (4) في الموطأ: «ضامن».

.....

(1) أخرجه البخاري (2464)، ومسلم (1980) من حديث أنس.

(2) انظرها في القيس: 932/3.

(3) للتوسع في هذا الموضوع انظر كتاب أكرية السنن والنزاع بين أهلها لمحمد بن عمر الأندلسي (ت: 310)، والمنشور في مجلة الكراسات التونسية المجلد 31، عدد: 123 - 124، سنة 1983.

القضاء في الضواري والحريسة

فيه حديث حَرَامِ بْنِ سَعْدٍ⁽¹⁾ بْنِ مُحَيِّصَةَ⁽¹⁾؛ أَنَّ نَاقَةَ لَيْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطًا لِرَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظُهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَائِئِ بِاللَّيْلِ ضَمَانٌ⁽²⁾ عَلَى أَهْلِهَا.

الإسناد:

قال الإمام: حديث البراء بن عازب حديث مُرْسَلٌ⁽²⁾، أَرْسَلَهُ مَالِكٌ عَنْ حَرَامِ بْنِ مُحَيِّصَةَ، وَالْحَدِيثُ مُسْتَدَدٌ عَنْ حَرَامٍ مِنْ طُرُقٍ عَنْ حَرَامِ بْنِ مُحَيِّصَةَ، عَنْ أَبِيهِ مُحَيِّصَةَ؛ أَنَّ نَاقَةَ الْبَرَاءِ. الْحَدِيثُ⁽³⁾.

العريية والترجمة⁽⁴⁾:

قوله: «وَالضَّوَارِي» يريد المعتادة للإذابة.

وأما قوله: «الْحَرِيْسَةُ» فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ الَّتِي تُحْرَسُ وَيَكُونُ مَعَهَا حَافِظُهَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ: حَرِيْسَةٌ، أَيْ: يُحْتَرَسُ مِنْهَا.

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

اختلفَ علماؤنا في هذا الحديث، فقال أبو حنيفة⁽⁶⁾: لا ضَمَانَ عَلَى أَرْبَابِ الْمَاشِيَةِ

(1) في القبس: «أو نهارة».

(1) في الموطأ (2177) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2904)، وسويد (282)، ومحمد بن الحسن (678)، والقعنبي عند الجوهري (228)، والشافعي في سننه: 385، ومسنده: 195، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 203/3، وابن بكير عند البيهقي: 279/8.

(2) يقول ابن عبد البر في التمهيد: 81/11 «هكذا رواه جميع رواة الموطأ - فيما علمت - مُرْسَلًا، وكذلك أصحاب ابن شهاب عن ابن شهاب أيضًا هكذا مُرْسَلًا» قلنا: وكلام ابن عبد البر فيه نظر، وقد تعقبه بشار عواد معروف في تعليقه على موطأ يحيى فانظره فيه فوائد.

(3) رواه عبد الرزاق (18437)، ومن طريقه أحمد: 436/5.

(4) انظرهما في القبس: 933/3.

(5) انظر الفقرة الأولى في القبس: 934/3.

(6) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي: 204/3.

فيما نَفَسَتْ فيه لَيْلًا ولا نَهَارًا⁽¹⁾، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ: «جُرْحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ»⁽¹⁾. وما قلناه أَصْحُ⁽²⁾؛ لحديث البراء، وهو خاصٌ يقضي على ذلك العام، كما قَضَى على خُصُوصَةٍ⁽³⁾ السُّوقِ وَالْقَوْدِ وَالرُّكُوبِ.

ويحدث البراء أخذ مالك أن على أرياب المَواشي ما أفسدت بالليل، قل ذلك أو كثر، وإن بلغ ذلك أضعاف قيمة المَواشي لِرَبِّهَا لَمَّا لم يمنعها ولم يحفظها، فكأنه هو الجاني الذي جنى.

وقالت⁽³⁾ الحنفية: لا ضَمَانٌ، لقوله: «جُرْحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ» واعتلوا أن الحديث مُرْسَلٌ.

والذي يدل على صحة الحديث، قوله تعالى في قصة سليمان وداود حيث حَكَى الله عنهما حيث يقول: «وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ» الآية⁽⁴⁾، والنفس لا يكون إلا بالليل⁽⁵⁾.

المسألة الثانية⁽⁶⁾:

واختلف علماؤنا في فرع مُتْرَكِبٍ على هذه المسألة، وهو إذا نَفَسَتْ في زرع مُخْطَرٍ أو مُطَلَّقٍ، فمنهم من قال: إنما يكون الضمان إذا كان الزرع مُخْطَرًا، ونزع في ذلك بنكتة⁽³⁾ بديعة وهو قوله: «نَاقَةٌ لِلْبِرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ»⁽⁴⁾ والحائط إنما

(1) في القبس: «خصوصية».

(2) م: «لنكتة»، ج: «نكتة».

(3) «دخلت حائط رجل» زيادة من الموطأ، وهي في: م، ج: «قوله: حائط البراء بن عازب» وفي القبس: «حائطًا للبراء».

(4) م: «فهم».

.....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2541) رواية يحيى، من حديث أبي هريرة.

(2) وهو الذي نصره الفنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 189 حيث قال: «والصحيح في هذا ما قاله مالك وأهل المدينة».

(3) من هنا إلى آخر المسألة نرجع أن يكون مقتبسًا من تفسير الموطأ للبونى: 105/أ.

(4) الأنبياء: 78، وانظر أحكام القرآن: 1266/3.

(5) وهو الدليل الذي استدل به المالكية كما في كتاب الجدار للتطيلي: 348 - 349.

(6) انظرها في القبس: 934/3.

يكونُ مُحَظَرًا، وَلَعَمْرِي إِنَّهُ لَمَتَعَلِّقٌ، إِلَّا أَنَّهُ فَاتَهُ أَنْ يَمَشِيَ إِلَى آخِرِ الْحَدِيثِ فَيُظَهِّرَ لَهُ النَّبِيَّ، وَهُوَ قَوْلُهُ: فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَرْبَابِ الْمَوَاشِي. إِلَى آخِرِهِ.

المسألة الثالثة⁽¹⁾:

قال علماءنا: إِنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَمَسَّكُمَانِ فِي الْغَرْتِ﴾ الآية⁽²⁾، وقالوا: إِنَّ قِضَاءَ سُلَيْمَانَ النَّبِيِّ كَانَ فِيهِ التَّفْهِيمُ، وَوَقَعَ بِهِ التَّصَوُّبُ، عَلَى مِثْلِ قِضَاءِ النَّبِيِّ فِي حَدِيثِ الْبِرَاءِ: «أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ فَهِيَ ضَامِرٌ لِذَلِكَ».

فَأَمَّا قِصَّةُ سُلَيْمَانَ عَلَى الْجُمَلَةِ، فَإِنَّ مَا ذَكَرَ اللَّهُ مِنْهَا مَقْطُوعٌ بِهِ، وَكَيْفِيَّةُ قِضَاءِ سُلَيْمَانَ لَا تُعْلَمُ أَبَدًا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَتَلَعَّنَا عَنْهُ فِيهِ شَيْءٌ، وَطَرِيقُ كَعْبٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ كَعْبٍ وَوَهْبِ بْنِ مُتَبِّهِ لَا عِلْمُ فِيهَا وَلَا اهْتِدَاءٌ، وَعَلَيْهِمْ عَوَّلَ الْمَفْسُرُونَ، فَسَوَّدُوا الْقِرَاطِيسَ بِمَا لَا تَقُومُ بِهِ حُجَّةٌ. وَيَكْفِينَا قَوْلُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِلْسُّلُوكِ مَحْجَّةٌ، وَمَنْ أَرَادَ الشُّفَاءَ مِنْ قِصَّةِ سُلَيْمَانَ وَحُكْمِ دَاوُدَ، فَعَلِيهِ بِالْكِتَابِ الْكَبِيرِ.

المسألة الرابعة⁽³⁾:

وَاخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا هَلْ هَذَا الَّذِي قَضَى بِهِ النَّبِيُّ فِي حَدِيثِ الْبِرَاءِ حُكْمٌ مُبْتَدَأٌ فِي الشَّرْعِ، أَوْ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى عَادَةِ النَّاسِ؟ فَإِنَّ كَانَ ذَلِكَ حُكْمًا مُبْتَدَأً فِي الشَّرْعِ، فَهُوَ كَمَا وَرَدَ. وَإِنْ كَانَ مَبْنِيًّا عَلَى عَادَةِ النَّاسِ، فَإِنَّ أَرْبَابَ الْمَوَاشِي بِالنَّهَارِ مَعَهَا، فَهَمَّ يَتَوْلَوْنَ حِفْظَهَا. فَعَلَى هَذَا إِنْ وَجَدَ خِلَافَ الْعَادَةِ بِأَنَّ⁽¹⁾ يُهْمِلُونَهَا أَوْ يَكُونُوا مَعَهَا وَيَغْفُلُوا عَنْهَا، فَإِنَّ الضَّمَانَ وَاجِبٌ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ الْحُكْمِ قَدْ عُدِمَ حَسَبَ مَا رَبَّنَهُ النَّبِيُّ ﷺ.

وَمِنْ الْعُلَمَاءِ مَنْ جَعَلَ حَمَامَ الْأَبْرَاجِ وَالنُّخْلِ مِنَ الضُّوَارِي.

(1) «فاقتلوه» زيادة من الترمذي، والوارد في جميع النسخ: «فاقتلوا البهيمة».

(1) انظرها في القبس: 934/3 - 935.

(2) الأنبياء: 78.

(3) انظرها في القبس: 935/3، وانظر السطر الأخير في الموضع: 933/3.

القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم

قال الإمام: قد تقدّم الكلام في ذلك في باب استهلاك الحيوان، إلا أنّ الترمذي⁽¹⁾ خرج حديثاً عن عكرمة عن ابن عباس، أنّ النبي ﷺ قال: «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ وَقَعَ عَلَىٰ بَيْهَمَةٍ فَاقْتُلُوهُ»⁽¹⁾ وَاقْتُلُوا الْبَيْهَمَةَ وَذَكَرَ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَتَىٰ بَيْهَمَةً لَا حَدَّ عَلَيْهِ»⁽²⁾ وهذا أصح من الأوّل⁽³⁾، والباب ضعيف.

الفقه في مسألتين:

المسألة الأولى⁽⁴⁾:

اختلف الناس في هذا الحديث على خمسة أقوال:

الأول: أنه يقتل مَنْ أَتَى الْبَيْهَمَةَ مُتَعَمِّدًا⁽¹⁾، إلا أن يندراً الإمام، أو يرى زوال القتل عنه فليحده حدّ الزنا، قاله إسحاق بن راهويه.

الثاني: إن كان بكراً جليداً، وإن كان مُحَصَّنًا رُجِمَ، وهذا قول الشافعي⁽²⁾، وقاله الحسن⁽⁵⁾.

الثالث: يُجْلَدُ مِثَّةً بِكَرًّا كَانَ أَوْ ثِيًّا، قاله الزهري⁽⁶⁾.

الرابع: يُعَزَّرُ، قاله النخعي، ومالك، والثوري، وأحمد⁽⁷⁾، وعطاء، وهو أحد أقوال الشافعي⁽⁸⁾.

(١) في العارضة: «محصنا متعمداً».

(٢) في العارضة: «وهو أحد أقوال الشافعي».

(٣) ما بين النجمتين استدركناه من العارضة.

(1) في جامعه الكبير (1455)، والحديث أخرجه عبد الرزاق (13492)، وأحمد: 269/1، وعبد بن حميد (575)، وأبو داود (4462 م)، وابن ماجه (2561، 2564)، والدارقطني: 24/3. انظر تلخيص الحبير: 55/4.

(2) أورده الترمذي في جامعه (1455) وانظر التخریج السابق.

(3) هذا الحكم هو للإمام الترمذي.

(4) انظرها في العارضة: 238/6 - 239.

(5) أخرجه ابن أبي شيبة (28510).

(6) أخرجه ابن أبي شيبة (28513).

(7) انظر المغني: 59/9 (ط. الفكر).

(8) وهو القول الذي صححه المؤلف في العارضة.

الخامس: أنه يقتل بكرًا كان أو ثيبًا من غير تفصيل، قاله الشافعي أيضًا^(١).

قال الإمام: المسألة تنبني على أصليين:

أحدهما - وهو الأقوى -: ضعف^(٢) الحديث.

الثاني: أنّ هذا الفعل ليس بزنى ولا من جنسه. والدليل عليه: ثلاثة مسائل:

إحداها: أنه^(٣) عمل^(٤) لا يتعلّق به تكليف فلم يتعلّق للحكم حد^(٥).

ثانيها: أنه لا يسمّى زنى، فلا يتعلّق به قذف.

ثالثها: أمّا البهيمة فلا تقتل بحال، وقال الإسفرايني: إذا كانت ممّا تُؤكّل ذُبِحَتْ

قولاً واحداً عندهم، وإن كانت ممّا لا تُؤكّل فقولان لهم فيها، وقد ثبت أنّ النبي ﷺ

نهى عن ذبح الحيوان إلّا لِمَأْكَلَةٍ؛ لأنّها لا تكليف عليها فلا عقوبة لها.

ويجوز إن ذُبِحَتْ أن تُؤكّل.

المسألة الثانية^(١).

قوله^(٢): «فِي الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ» وهو كما قال، أنّ من^(٦) صال عليه جمل

أو دابة فقتلها، أو قامت له بيئة بأته دفعها عن نفسه، فلا ضمان عليه، وبه قال

الشافعي^(٣).

وقال أبو حنيفة والثوري: هو ضامن^(٤).

ودليلنا: أنه من قتل تخوفاً على نفسه دفعاً له عنها، فلا ضمان عليه فيه، كالعبد

(١) م: «لا يقوم لضعف»، ف، ج: «لا يقوى لضعف» والمثبت من العارضة.

(٢) «ثلاثة مسائل إحداها أنه» زيادة من العارضة.

(٣) في العارضة: «محل».

(٤) في العارضة: «فلم يتعلّق بالإيلاج فيه حكم كالنقب في كلّ جماد».

(٥) م، ف، ج: «قال ومن» والمثبت من المتقى.

(٦) م: «الغسال»، وهو الثابت في نسخة من الموطأ أشار إليها المحقق، والثابت أيضًا في رواية أبي مصعب.

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 66/6.

(٢) أي قول مالك في الموطأ (2181) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2908)، وسويد (283).

(٣) في الأم: 6/177 (ط. دار المعرفة).

(٤) انظر مختصر اختلاف العلماء: 5/210.

يريد قتل الحرّ فيقتله الحرّ دَفْعًا له عن نفسه، فإنه لا شيء عليه من قيمته. والفروع فيه كثيرة جدًا.

القضاء فيما يُعطى الغَمَالُ^(١)

الأصول^(١):

قال الإمام: هذه مسألة اختلف العلماء فيها، فقال أبو حنيفة^(٢) ومالك: يضمون إذا كانوا مُشْتَرِكِينَ.

وقال الشافعي: لا ضَمَانٌ عليهم^(٣)، على أصله الذي مهّدَه بزَغِيه، وهو أن ما قُبِضَ بإذن المالك لا ضَمَانٌ فيه، على تفصيل قرّزناه في «مسائل الخلاف».

ومُعَوَّلُ أبي حنيفة على معانٍ لا تقوم على ساقٍ، وعمدتهم على المصلحة التي مهّداها، فإن الصَّنَاعَ لو علموا أن الضمان ساقط عنهم، لادعوا التَّلْفَ وتَلَفَتْ أموالُ الناس، فقَوِيَتِ التُّهْمَةُ وتعيّنت المصلحة، فوجب الضمان، وتركّب على هذا عند بعض علمائنا دُزُجُ الصَّنَاعِ^(٢) وغاشية^(٣) الحائِطِ وغيره.

الفروع وهي عشرة:

الفرع الأول^(٤):

قوله^(٥): «فِيَمَنْ دَفَعَ إِلَى غَسَالِ ثَوْبًا» هذا على ما قال، إذا دفع إليه ثوبًا في مَضْبَعِيهِ، وأنكر صاحبه أن يكون أمره بذلك الصُّبُغِ، فالقول قول الغَسَالِ. وهذا ظاهر لفظ «الكتاب»^(٦) إلا أن صاحب الثوب قد ينكر على وجهين:

(١) في النسخ: «الصانع» والمثبت من القبس.

(٢) ج: «عاقبة».

(٣) م: «للثوب».

.....

(١) انظره في القبس: 3/935.

(٢) انظر مختصر الطحاوي: 129.

(٣) ذكر ابن المنذر في الإشراف: 1/237 أنه الصحيح من قول الشافعي.

(٤) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 6/68.

(٥) أي قول مالك في الموطأ (2182) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (6968).

(٦) المقصود بالكتاب هو المدونة: 11/491 (ط. صادر) في تضمين الأكرياء.

أحدها: أن يقول: أمرتك أن تصبَّغَه.

والثاني أن يقول: لم أمرك.

فإذا قال: أمرتك، فإنه أيضًا على قسمين:

أحدهما: أن يقول: أمرتك بغير هذا الصَّبْغِ.

والثاني: أن يقول: أمرتك به، واختلفا في القَدْرِ، فإن قال: أمرتك بغيره، فإن لم

يكن لواحد منهما بَيِّنَةً، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده، فإن كان قبله، فقد قال

محمد: يتحالفان ويتفاسخان⁽¹⁾.

فرع⁽²⁾:

فإن تَحَالَفًا بعد العمل، فالقولُ قول الصَّبَاغِ، وكذلك سائر الصُّنَاعِ فيما يحوزه

الصَّانِعِ بِالْقَوْتِ⁽¹⁾، ولما له فيها من العمل بوجه حق.

وقال أبو حنيفة⁽³⁾ والشافعي: القولُ قول صاحب الثوب.

ووجه قول مالك: أن الصَّانِعِ حائِزٌ لِلثَّوْبِ فلا يستحقُّ أخذه منه إلا بعد أداء ماله

فيه، وصاحبه مُدَّعٍ لأخذ ما في يده من الثوب والصَّبْغِ على غير الوَجْهِ الَّذِي يُقَرُّ بِهِ

الصَّبَاغُ، فكان القول قوله.

الفرع الثالث⁽⁴⁾:

رَوَى عيسى عن ابن القاسم عنه⁽⁵⁾ في الحائك يقول: أمرتني أن أتسبِّحَ لك⁽²⁾ سبْعًا

في ثلاث، ويقول صاحبه: بل سَبْعًا في أربع، أن الحائك مُصَدِّقٌ مع يمينه.

(1) م: «أمرني... له».

(2) في المتن: «وما قيمته».

(1) ووجه ذلك: أنه لم يفت بالعمل وقد تحالفا في صفة ما وقع التبایع عليه، فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا، كتنج الأعيان.

(2) هذا الفرع مقتبس من المتن: 68/6.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 93/4، ومختصر الطحاوي: 29.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتن: 68/6، 71.

(5) أي عن الإمام مالك.

ولو شرط الصانع ألا ضمان عليه، ففي «العُشْبِيَّة»⁽¹⁾ و«الموازية» عن أشهب عن مالك: لا ينفعه⁽²⁾، وقال أشهب: إلا أن ذلك ينفعه⁽³⁾.

الفرع الرابع⁽⁴⁾:

وإذا أفسد القصار أو الخياط الثوب فسادًا يسيرًا، فقد قال مالك⁽⁵⁾: عليه ما نقصه بعد أن يرفأه، يقال: ما قيمته يوم دفعه صحيحًا، وقيمته⁽¹⁾ مرفوءًا ذلك اليوم؟ ويلزمه⁽²⁾ ما بين ذلك، وإن كان كثيرًا ضمّن قيمته يوم دفعه إليه. وروى ابن وهب عنه⁽⁶⁾؛ أنه إذا أفسده بخياطة، فله أن يضمّنه قيمته صحيحًا.

فرع⁽⁷⁾:

وقال مالك في «الموازية»: لا يضمن من دفعت إليه لؤلؤة ليثقبها إذا كسرها، وكذلك البيطار يسرج الذابة، والسيف يقومه الصنقل⁽⁸⁾ فينكسر ذلك كله، والمريض ينسى الدواء أو يكوّبه الطبيب فيموت، أو الحائض يموت الصبي من خثائته، أو الحجام يقلع الضرس فيموت صاحبها، فلا ضمان على أحد منهم. والفرق بين هذا وبين ما تقدّم، ما قال ابن حبيب: أن الغالب في هذا العَرَر، فإذا أذن صاحبه في ذلك وعَمِلَ على ما جرت العادة به، فقد عرضه لما حدث عليه، فلا

(1) في المتقى: «فيغرم».

(2) م، ف، ج: «أن يتعرض بنفسه» والمثبت من المتقى.

(1) 225/4 في سماع أشهب عن مالك، من كتاب الأفضية.

(2) ووجه هذا القول: أنه محلل للضمان متفق عليه، فلا يجوز نقله بالشرط، كشرطه في القرض والتبّع.

(3) ووجه هذا القول: أنه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالبيئة عن تلفه من غير تعدّد، فوجب أن ينفعه ذلك ويسقط عنه؛ لأن معنى تصديقه في الضياع، ومن شرط التصديق نفعه، كمن شرط ذلك في الاقتضاء.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 72/6.

(5) قاله في «الموازية» و«المختصر» نصّ على ذلك الباجي.

(6) أي عن الإمام مالك.

(7) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 72/6.

(8) هو من صناعتة الصنقل.

(9) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 72/6 - 73.

ضماناً على الصانع، وإنما يضمن بالتعدي أو بتلفٍ بغير بيّنة.

فرع⁽¹⁾:

وقد قال مالك في «الموازية» و«المُدوّنة»⁽²⁾ في القرآن يحرق الخبز أنه لا يضمن ما أحرق؛ لأنه ليس من سببه وهو من غلبة النار، إلا أن يغير من نفسه⁽¹⁾ أو يقرط⁽³⁾.

وإذا ادعى القرآن احتراق الخبز أو الغزل بغلبة النار، فقد روى ابن حبيب أنه قال⁽²⁾: إنما يسقط الضمان عليه إذا بقي من الخبز أو الغزل ما يعلم به أنه خبز ذلك الرجل أو غزله، فأما لو ذهب أصلاً ولم يُعرف إلا بقوله ضمين.

ووجه ذلك: أنه ادعى ضياعاً غير معلوم، فهو عندي⁽³⁾ على وجه الضمان فلا يُصدق فيه. وأما إذا كان الخبز باقياً فهو مُصدق في أنه غلبته النار وصاحبه مدّع التعدي، قاله أضحغ في «العنينة»⁽⁴⁾.

فرع⁽⁵⁾:

ولو تلف الخبز عند القرآن، فقد قال سحنون وغيره: هو ضامن وقد أسلمه إليه صاحبه. قال: ولو تركه صاحبه ولا يعلم به القرآن فلا ضمان.

وإذا وجب عليه الضمان يسلمه⁽⁴⁾ إليه، ففي «سماع ابن وهب» و«المختصر الكبير»: لا يُعجّبي أن يُعطيه غير خبزته وليعطيه مثلها، ولا بأس أن يأخذ أصغر منها ولا يأخذ أكبر منها.

(1) «أنه قال» ليست في المتن، وحذفها أولى.

(2) م، ف، ج: «وهو عنده» والمثبت من المتن.

(3) في المتن: «بتسليمها».

(4) في المتن: «... الصانع بعد ذهاب المتاع بيّنة أنه سرق» وهو الصواب.

(1) 374/3 في القضاء في تضمين الخبز إذا احترق الخبز.

(2) وفي هذه الحالة عليه الضمان.

(3) 220/4 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب الرطب باليابس.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتن: 73/6.

(5) هذا الفرع مقتبس من المتن: 73/6.

فرع⁽¹⁾:

ولو ادعى الصانعُ ذهابَ المتاعِ وعُرفَ أن بيته سُرق⁽¹⁾ لم يُصدّق. وكذلك لو احترق بيته ورُئي الثوبُ فيه محترقاً. ورَوَى مُحَمَّدٌ عن مالك أنه ضامن. وكذلك الرهنُ، قال مُحَمَّدٌ: حتّى يعلم أن الثار من غير بيئته⁽²⁾، أو سئل يأتي فيهدم⁽³⁾ البيت، فهذا وشبهه يسقط الضمان.

قال الإمام: وهذا الذي رَوَى مُحَمَّدٌ مخالِفٌ لما روى ابن حبيب⁽²⁾ في قرض الفأر، ففيه الروايتان: الضمان⁽³⁾، ونفيه⁽⁴⁾.

فرع آخر⁽⁵⁾:

وأما الحائكُ يفسد⁽⁶⁾، فإنه يغرّمُ الغزلَ فقط.

انفصال⁽⁷⁾:

وهذا حكم الصُّناعِ، وأما الأجرَاءُ فعلى ضربين:

1 - أجرَاءٌ للصُّناعِ.

2 - أجرَاءٌ للحفظ والرعاية.

(1) ف، ج: «بيته»، وفي المتن: «سببه».

(2) في المتن: «أو يهدم».

(3) م، ف، ج: «يضمنوا» والمثبت من المتن.

.....

(1) عن الإمام مالك.

(2) وجه هذه الرواية: أن التعدي سبب للضمان، فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة في حق الصانع، أصل ذلك المغيب عليه.

(3) أي أنه مُصدّق. وجه هذه الرواية: أن التعدي لا يثبت بالدعوى، وذلك أن الثلف ظاهر وهو تبرؤ من سبب الضمان الذي هو المغيب على المصنوع.

(4) هذا الفرع مقتبس من المتن: 74/6.

(5) أي يفسد الثوب.

(6) هذا الانفصال مقتبس من المتن: 76/6.

(7) أي بين يدي القصار.

فأما الأول: فالذي رَوَى مُحَمَّدٌ عن ابن القاسم؛ أن أجيْرَ القصار لا يضمن، والقصارُ ضامنٌ لما أفسدَهُ أجيْرُهُ، وقاله ابن حبيب. وهذا في الأجير المتصرف بين يديه⁽¹⁾ بحسب اختياره، وليس بحائز لما يعمله، فأما إن حاز ما يعمله ففي «الموازية» و«العُتبية»⁽²⁾ عن أَصْبَغٍ وأشهب: إن كثر على العَسال الثياب، فأجر أجيْرًا يبعثه إلى المُضِيِّ بالثياب فيُدْعَى ثَلْفَهَا أنه ضامنٌ، وكذلك أجير الخياط يتصرف بالثياب.

وأما الأجرَاءُ للحفظ، فعلى قسمين:

قسم لهم تَعَلَّقَ بالعمل.

وقسَمَ لا تَعَلَّقَ لهم به.

فأما الأول: فكصاحب الحَمَامِ يضع عنده الثياب، فقد قال مالك في «العُتبية»⁽³⁾ من سماعِ ابنِ القاسم: قد أمرت أصحاب السُّوقِ أن يضمن⁽¹⁾ أصحاب الحمامات ثياب الناس، أو يأتوا بمن يحرسها. وقال ابنُ أبي زَيْدٍ في «نوادره»⁽⁴⁾ بإثر هذا: وقد قال أيضًا في كتاب آخر: لا يضمنون، وهذا الذي أشار إليه قد أشار إليه غيره، ولا أعلم أنهم يشيرون إلا إلى ما في «المُدونة»⁽⁵⁾ في الجَعْلِ: لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب الناس في الحَمَامِ؛ لأنه بمنزلة الأجير، وهذا الذي أشار⁽²⁾ إليه ليس هو مما نحن فيه؛ لأنَّ أجزَاءَ الصُّنَاعِ لا يضمنون، وإنما يضمن الصانع أو من هو في حكمه، وصاحب الحَمَامِ ليس بأجير، إنما المقصود العمل من المتصرف والاعتسال، فهم⁽⁶⁾ يضمنون على ما جرت به العادة.

(1) في المتن: «أشاروا».

(2) م: «يصنع»، وفي المتن: «يطحن».

(1) 251/4 في سماع أصبغ وأشهب، من كتاب البيع والعيوب.

(2) 224/4 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب نذر سنة بصومها.

(3) 87/7.

(4) لم نجده في المطبوع من المدونة، وراجع كشف القناع عن تضمين الصُّنَاعِ للمعداني: 102.

(5) أي أصحاب الحمامات.

(6) هذا الفرع مقتبس من المتن: 76/6.

فرع⁽¹⁾:

وقال ابن حبيب⁽²⁾ في الطحان يضيع⁽¹⁾ القمح بحضرة صاحبه أنه لا يضمن ظرفاً⁽³⁾ ولا قمحاً، إلا أن يخرج الناس عن الرُحَى . . . المسألة إلى آخرها⁽⁴⁾.

فرع آخر⁽⁵⁾:

وقال مالك في المستأجر يحرس بيتاً أو خَيْلاً أو غَنَمًا فينام فيسرق ما في البيت أو تذهب الخيل⁽²⁾ أو الغنم: إنه لا ضَمَان عليه، وله أجرته كاملة.

وقال ابن القاسم: لا يضمن الأجير إلا ما ضَيِّع أو فَرَط.

وقال محمد: لا يضمن جميع الخُرَاس إلا بالتَّعدِّي، كان مما يُغاب عليه أو لا، من طعامٍ أو غيره⁽⁶⁾.

فرع⁽⁷⁾:

وأما الأجيرُ على البيع والشراء، فالذي نَصَّ عليه علماؤنا؛ أنه لا ضَمَان عليه، زاد محمد: ضاع المبيع أو ثمنه.

وروجه ذلك: أنه مستحفظ لا تعلق له بالعمل، فلم يضمن ما ضاع من غير تعدُّ كالمودع.

وإذا ضَمِنَ بالتضييع، فقد قال ابن القاسم: من التضييع أن يترك ما وُكِّلَ به⁽⁸⁾ مما يمكن الاحتراز منه.

(1) في المتن: «أو يذهب بالخيل» وهي سديدة.

(2) في المتن: «السفر».

(1) قاله في «الواضحة» كما نصَّ على ذلك الباجي.

(2) أي وعاء.

(3) تنمة المسألة كما في المتن: «... عن الرُحَى للزحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفران، فجعل الخروج عن الرُحَى والفرن مفياً يوجب الضمان على الحافظ الذي له تعلق بالعمل».

(4) هذا الفرع مقتبس من المتن: 76/6 - 77.

(5) روجه ذلك: أنه مؤتمن لا تعلق له بالعمل، فلم يكن عليه ضمان كالمودع.

(6) هذا الفرع مقتبس من المتن: 77/6.

(7) تنمة الكلام كما في المتن: «... به ويذهب إلى غيره، فليس الثوم والغفلة من التضييع. = روجه ذلك: أنه لا يبدل لكلٍ أحدٍ منه ولا يمكنه الاحتراز منه، فأما من ترك حفظ ما وكل به بحفظه

فرع آخر⁽¹⁾:

وأما الحارس الذي لا تعلق لحراسته⁽²⁾، فله الأجرُ كاملاً وإن ضاع ما احتفظه.
وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك في الطريق بفعله، فلا أجره له حتى يبلغه.
وكذلك ما يعطب في السفن⁽³⁾؛ لأنه من سبب السفينة يهلك.
وأما المُستأجر للتبّع والشراء يُتلف السلعة أو ثمنها، فلا أجره له، قاله محمد؛ لأن
هذا من باب الجفّل، فلا جفّل له إلا بتمام العمل، وهو أن يُوصل إليه ما ابتاع له، أو
ثمن ما باع له.

فرع آخر⁽³⁾:

وفي «العُتبية»⁽⁴⁾ عن ابن القاسم⁽⁵⁾ فيمن بعث معه بخادم يبلغها⁽²⁾، فينام في
الطريق، فذهبت⁽⁶⁾، له من الأجر بحسب ما بلغ، ولا ضمان عليه. وقال ابنُ أبي زَيد:
يريد أنها بإجارة وليس بجعل، وقد قال ابنُ القاسم عنه⁽⁷⁾: إن ماتت في الطريق فله
الأجر كاملاً وعليه أن يتم له بقية سفره.
ووجه ذلك: أنه ما كان من هذا على وجه الجفّل فلا أجره له إلا بتمامه، وما كان
على وجه الإجارة فهانئا اختلف قول مالك، فمرة فسخ الإجارة لِقَوَاتِ العين، وجعل له
من الأجر بحساب ما عمِل، ومرة أبقاها وجعل له الأجر كاملاً. والفروع هاهنا كثيرة،
فرُكِبَ عليها ما شئت من «كتب المسائل» إن شاء الله.

(1) م، ف، ج: «ليبيها» والمثبت من العتبية والمنتقى.

(2) م، ف، ج: «يحتمل» والمثبت من الموطأ.

والاستعمال لغيره فيما يمكن...».

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 77/6.

(2) بعمله.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 77/6.

(4) 428/8 في سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون، من كتاب طلق بن حبيب.

(5) عن الإمام مالك.

(6) أي هربت فأبقت منه.

(7) أي عن الإمام مالك.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 80/6.

القضاء في الحمالة والحول

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتَحَمَّلُ⁽¹⁾ لَهُ الرَّجُلُ» هذا على ما قال. والحمالة معناها: أن يلزم المتحمل إحضار ما تحمّل به، وهي الكفالة والزعامة والضمان.

قال عبد الوهاب⁽³⁾: «كُلُّ ذَلِكَ بِمَعْنَى وَاحِدٍ». وقال في: «الْمُدُونَةُ»⁽⁴⁾: إذا قال له: أنا ضامن، أو كفيل، أو حميل، أو زعيم، أو هو لك عندي، أو علي، أو قبلي، فهو كَلِّه ضامناً لازم في الحق والوجه.

قال: والأصل في ذلك⁽²⁾: قوله تعالى: «وَأَنَا بِهِ رَعِيءٌ»⁽⁵⁾ وهذا إن استدلّ به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللّغة قَبِيْنٌ، وأما إن استدلّ به على ثبوت حكمها على ما ذكره عبد الوهاب⁽⁶⁾، فإنما هو على رأي من يقول: شرع من قَبَلْنَا شرع لنا إلا ما خَصّه الدليل، وهو المشهور من مذهب مالك⁽⁷⁾.

المسألة الثانية⁽⁸⁾:

فإذا ثبت هذا، فإنها على وجهين:

1 - حمالة بالوجه.

2 - وحمالة بالمال.

(1) م، ج: «فيه»، وفي المتن: «في جوازها».

(2) في المتن: «يبلده».

(1) أي قول مالك في الموطأ (2185) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2971).

(2) في المعونة: 1230/2.

(3) 130/4 في الحميل بالوجه لا يفرم المال.

(4) يوسف: 72.

(5) في المعونة: 1230/2.

(6) انظر المقدمة في الأصول لابن القصار: 149 - 152، وإحكام الفصول للباي: 394.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 80/6.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المتن: 80/6 - 81.

فأما «الحماله بالوجه» فهي جائزه، خلافاً للشافعي.

ودليلنا: أن المقصود منها المال لأنه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال، فنقول: إنه وثيقه يتوصل بها إلى المطالبة بالمال، فصح تعلقها بالوجه كالشهادة.
المسألة الثالثة⁽¹⁾:

وهي أيضاً على وجهين:

1 - حمالة بالوجه على الإطلاق.

2 - وحماله بالوجه على الأشياء عليه من المال.

فأما «الحماله بالوجه على الإطلاق» فإن جاء به⁽²⁾ برىء.

وروجه: أنه قد برىء، وقد وقاه ما تحمّل له، وهذا ما لم يتعيّن لمجيئه وقت، فمتى جاء به برىء، وإن ضرب أجلاً بمجيئه فجاء به عند الأجل برىء⁽³⁾، قاله في «المُدونة»⁽⁴⁾.

ولو تحمّل به على أن يحضره هو أو وكيله بعد شهر، فأحضره من الغد، لم يبرأ حتى يأتي به عند الأجل⁽⁵⁾، رواه أبو زيد في «الغنية»⁽⁶⁾ عن ابن القاسم. قال علماؤنا⁽⁷⁾: ومن شرط إحضاره أن يحضره هو أو وكيله، فإن أحضره أجنبي لم يبرأ بذلك الحميل، قاله في «المُدونة»⁽⁸⁾.

ولو مات الغريم لسقطت الحماله عن الحميل؛ لأنه إنما تحمّل للطالب بإحضار نفسه، ونفسه قد ذهبت⁽⁹⁾، وهذا إن مات ببلد⁽¹⁾ قبل أن يلزم الحميل إحضاره قبل أجل

(1) في المتقى: «إن شرط حمالة الوجه ليست».

.....

(1) أي إن جاء الكفيل بالكفيل به.

(2) لأنه قد أتى به على ما شرط، فوجب أن يبرأ.

(3) 129/4 في ما جاء في الحميل بالوجه يفرم المال.

(4) روجه ذلك: أنه شرط إحضاره في وقت معيّن فلا يبرأ بحضوره قبله، أصل ذلك حضوره يوم الحماله.

(5) 362/11 من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم، كتاب محض القضاء.

(6) المقصود هو الإمام الباجي.

(7) 130/4 في الحميل بالوجه لا يفرم بالمال.

(8) وعديمّ بذلك شرط التمكن من إحضارها.

(9) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 82/6.

إحضاره أو بعده.

المسألة الزابعة⁽¹⁾:

وأما الضرب الثاني وهو: «الحمالة بالوجه على ألا شيء عليه من المال» ففي «الموازية» عن مالك: أنه إذا شرط في حمالته الوجه ليس⁽¹⁾ من المال في شيء. قال محمّد: أو يقول⁽²⁾: لا أضمن لك إلا الوجه، فهذا لا يضمن إلا الوجه، مات أو أفلس، حضر أو غاب. وفائدة هذه الحَمالة يضمن الإحضار خاصة، أو يكفيه مؤنة طلبه ويؤمّنه من مغيبه، فإذا قيدها بآنها لا تتعلّق بالمال، لم يلزمه غير ما التزم من الإحضار، وجازت هذه الحَمالة في الجملة لتعلّقها بالمال المعلق بالذمّة، ولولا أن المقصود منها طلب الذمّة لما جازت؛ لأنّ الأعيان لا يصحّ تعلّق الضمان بها، كمن ضَمِنَ لرجلٍ دابةً معينةً أو عبداً يحضره، أو ضَمِنَ من وجب عليه حدٌّ أو تعزيرٌ، لأنّ ذلك الضمان لا يتعلّق له بالذمّة.

فروع⁽²⁾:

فإن أحضره⁽³⁾ برىء، وإن حان الأجل فلم يحضره، فلا شيء عليه إلا إحضاره. وقال مالك: لا شيء عليه إلا طلبه.

المسألة الخامسة⁽⁴⁾:

وأما «الحمالة بالمال» فمعناها التزام إيصال المال إلى من تحمل له به، ولا تبرأ بذلك ذمّة المتحمّل عنه، خلافاً لابن أبي ليلى⁽⁵⁾.

قال عبد الوهاب⁽⁶⁾: «لأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن».

فإذا ثبت هذا، ففي الحَمالة بالمال ستة فصول: الأول: فيما تصحّ به الحَمالة.

(1) م، ف، ج: «ويقول» والمثبت من المتقى.

(2) في المتقى: «فيمن تصحّ الحَمالة عنه وتمييزه ممن لا تصحّ الحَمالة عنه».

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 82/6.

(2) أي أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 82/6.

(4) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 55.

(5) في العمونة: 1232/2.

(6) هذا الفصل بفروعه مقتبس من المتقى: 83/6 - 84.

الثاني: فيمن تصح الحماله منه. الثالث: فيمن لا تصح الحماله عنه^(١). الرابع: فيما للطالب من مطالبه الحميل. الخامس: في رفع الطالب بالحميل أو الغريم. السادس: في قضاء الحميل عن الغريم.

الفصل الأول^(١)

فيما تصح به الحماله

قال علماؤنا^(٢): إنها تصح في المعلوم والمجهول، خلافاً للشافعي في منعها في المجهول.

ودليلنا: أن هذه وثيقة بحق، فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية.

فإذا ثبت ذلك، فقد قال مالك في «الموازية» فيمن أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه: فذلك جائز، سماه^(٣) أو لا، والغرماء حضور أو غياب، في الصحة أو المرض. وفي «العشبية»^(٤) عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات وعليه من الدين مالا يدري كم هو وترك مالا^(٥) لم يُخصر، فتحمّل بعض ورثته بدينه إلى أجل على أن يُخلى بينه وبين ماله. فإن كان فيه فضل^(٦)، كان بينه وبين الورثة، وإن كان نقصاً فعليه وخذّه، إن ذلك عليه جائز، كان الذي تحمّل به نقداً أو مؤجلاً؛ لأنه منه معروف^(٧)، ولو كان على أن له^(٢) الفضل وعليه النقص لم يجز؛ لأنه يتبع فاسد.

فرع:

إذا ثبت ذلك، فلو طرأ عليه غريم لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه، ولا ينفعه

(١) م، ف، ج: «عليه» والمثبت من المتقى.

(٢) في المتقى: «لازم».

(١) المقصود هو الإمام الباجي.

(٢) أي سقى الدين.

(٣) 327/11 في سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم، من كتاب الزهون.

(٤) من عين وعرض.

(٥) وذلك بعد وفاء الدين.

(٦) أي على وجه المعروف.

(٧) أي التزم أداء الدين.

قوله: لم أعلم، قاله مالك وابن القاسم.
 ووجه ذلك: أنه التزمه⁽¹⁾ على العموم ولم يخص ما علمه دون ما لا يعلمه،
 والتزام المجهول لا يلزم⁽¹⁾.

فرع:

والحمالة بالجعل حرام، قاله مالك في «الغنيية»⁽²⁾ من رواية ابن القاسم. وقال ابن
 القاسم في «الموازية»: فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك، سقطت الحمالة وردَّ الجعل.
 وإن لم يعلم بذلك فالحمالة لازمة والجعل مردودٌ ومعنى ذلك أنه عقْدٌ يختص بالمعروف
 فلم يصح فيه العوض كالفرض.

ومن أسلف سلفاً فلا بأس أن يأخذ به حميلاً⁽³⁾، قاله مالك في «الموازية».

الفصل الثاني⁽⁴⁾

فيمن تصحُّ الحمالة منه

فإنها تصحُّ من كلِّ مالك لأمره لا حَجَرَ عليه لأحد، كان يقدر على التُّطق أو كان
 أخرس إذا فهم أمره^(٢). وقال مالك في «المُدونة»⁽⁵⁾: تجوز كفالته إذا فهم عنه، وأما
 محجورٌ عليه لحقه أو لحق غيره فإنه يُعْتَبَرُ أمره، فإن كان محجوراً لحقه كالصغير والسفيه
 المولى عليه، لم تلزمه الحمالة.

وأما البكر التي لم تُغْنَس كالصغيرة، وأما التي عَنَسَتْ وأونس رشدها، ففي

(١) في المنتقى: «مراده».

(٢) ف: «كتاب الرجم» وفي المنتقى: «عبد الرحمن».

(١) 289/11 من سماع ابن القاسم، رواية سحنون، من كتاب الرطب باليابس.

(2) ووجه ذلك: أنه وثيقة تجوز في البيع فجازت في القرض كالشهادة.

(3) هذا الفصل بفروعه مقتبس من المنتقى: 84/6 - 85.

(4) 141/4 في كفالة الأخرس.

(5) 145/4 في كفالة المرأة التي قد عنست.

«المُدُونَةُ»⁽¹⁾ عن ابن القاسم، ووجدته في «كتاب عبد الرحيم»⁽¹⁾⁽²⁾، عن مالك: لا تجوز هبتها وكذلك كفالتها؛ لأنَّ بَضْعَهَا بيد أبيها.

وجه ذلك: أنَّ ولاية الأب لَمَّا لم تسقط في البُضْع بالتَّغْيِيس لم تسقط في المال.

وجه الأول: أنَّ الولاية في البُضْع لا تزول بالرُّشْد، والولاية في المال تزول بالرُّشْد؛ لأنَّهَا تُرَادُ لحفظ المال، فإذا حُفِظَ زالت⁽³⁾ وبقيت في البُضْع؛ لأنَّهَا تُرَادُ لحفظ ما يغيب⁽²⁾، فمعناها باقٍ ما بقيت المرأة.

فرع:

وأما المحجور لحقِّ غيره، كالعبد والمستغرق في الدَّيْن والمريض وذات الزوج، فإنَّ العبد والمُكَاتَبَ والمُدَبِّرَ وأُمَّ الولد، حَمَالَتُهُم بغير إذن السَّيِّد باطل⁽³⁾. وإن كان العبد مأذونًا له⁽⁴⁾، فقال ابن الماجشون: تجوز حَمَالَتُهُ. وحكى محمد القولين في العَبْد.

وجه الأول - وهو قول مالك وجمهور أصحابه -: أنه⁽⁴⁾ معنى يدخل في ذِمَّتِهِ نقصًا، فلم يكن له ذلك بغير إذن سَيِّدِهِ، كالمُدَايِنَةِ.

وأيضًا: فإنَّه وَجْهٌ من المعروف، فلا يجوز له بغير إذن سَيِّدِهِ وإن أُذِنَ له في التَّجَارَةِ، كَهَبَةِ مَالِهِ.

فرع:

وتجوز حَمَالَتُهُ بغير إذن سَيِّدِهِ وإن لم يكن مأذونًا، إلا أن يستغرقه الدَّيْن، فلا يجوز وإن أُذِنَ له السَّيِّد.

(1) في المتن: «الحفظ البضع مما يغيب».

(2) في المتن: «باطلة» وهي أسد.

(3) م: «لأنه».

(4) في المتن: «الموازنة».

(1) لعل هذا الكتاب هو المسائل التي رواها عبد الرحيم بن خالد الجُمَحِي (ت. 163) عن الإمام مالك،

انظر ترتيب المدارك: 54/3.

(2) ولاية المال.

(3) في التجارة.

(4) 114/4 في كفالة العبيد بإذن ساداتهم.

وأما المُكَاتَّب، فقد قال ابن القاسم في «المُدَوْنَة»⁽¹⁾: إذا أذِنَ له وللمدبِرِ وأُمُّ الولدِ في الحَمَالَة جاز. وقال غيره: لا يجوز معروف المُكَاتَّب؛ لأنَّه داعية إلى رِقِّه، وليس ذلك له ولا لسيِّده.

ووجه قول ابن القاسم: أنه محجورٌ عليه بحُكْمِ الرِّقِّ، فجاز ما يفعله من ذلك بإذن السيِّد، أصل ذلك العبد القين.

فرع:

وأما المستغرق في الدين، ففي «المُدَوْنَة»⁽¹⁾،⁽²⁾ و«العُنْبِيَّة»⁽³⁾ عن مالك: أنه لا تجوز حملته، كصدقته، وتُنسخ؛ لأنها من المعروف⁽⁴⁾.
وأما المريض، ففي «المُدَوْنَة»⁽⁵⁾: تجوز كفالته في ثلثه⁽⁶⁾.

فرع:

وأما ذات الزوج، ففي «المُدَوْنَة»⁽⁷⁾ عن ابن القاسم أن ذلك في ثلثها⁽⁸⁾، وإن زادت على الثلث في كفالتها، فللزوج إبطال جميعها، إلا أن يزيد الشيء اليسير⁽⁹⁾.
وقال الثغيرة: إذا جاوزت⁽¹⁰⁾ الثلث لم يبطل، كالمريض يوصي بأكثر من ثلثه.
وإذا تكفلت بزوجها، ففي «المُدَوْنَة»⁽¹⁰⁾، قال مالك: عطيتها لزوجها جميع ما لها

(١) في المتقى: «الموازية».

(٢) في المتقى: «حازت».

(1) 114/4 في كفالة العبيد بإذن ساداتهم.

(2) انظر المدونة: 141/4 - 142 في الرجل يقر في مرضه بالكفالة لوارث أو غير وارث.

(3) 369/11 في سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم.

(4) وجه هذا القول: أن لما كان للفرماء رد عتقه، كان لهم رد كفالته وهيئته، كالمضروب على يديه.

(5) 142/4 في كفالة المريض.

(6) وجه هذا القول: أنه معروف يفعله المريض، فكان في ثلثه كهيته.

(7) 142/4 في كفالة المريض.

(8) أي ثلث مالها.

(9) وفي هذه الحالة يمضي الثلث والزيادة.

(10) 147/4 في كفالة المرأة عن زوجها.

جائز، وكذلك كفالتها عنه. ومعنى ذلك: أن كفالتها برضاها، فإن لم يرض، فعلى مذهب ابن القاسم: تبطل إلا بالثلث فأدنى.

الفصل الثالث⁽¹⁾

فيمن تصيخ عنه

فتحريم ذلك: أنها تجوز عن مالك لأمره وغير مالك لأمره فيما يلزم أدائه من ماله. وأما المولى عليه⁽¹⁾، فلا يخلوا أن يكون تحمّل عنه حميل بما تقدّمت المعاملة فيه، أو بما تستقبل المعاملة فيه. فإن كان تحمّل عنه بضمن ما قد ابتاعه، فقد قال ابن القاسم في «العشبية» و«الموازاة»: إن كان ممّا يلزم اليتيم لزمه ويرجع به في مال الصبي. وقال عبد الملك: لا يلزم المولى عليه شيء ممّا تحمّل عنه به، فإن كانت المعاملة قبل الحماله لم يلزم الحميل شيء. يريد أنه لم يتحمّل عنه بدين ولا عامله المتحمّل له بسببه.

الفصل الرابع⁽²⁾

فيما للطالب من مطالبة⁽²⁾ الحميل

لأنه لا يخلو أن يكون واحداً أو جماعة، فإن كان واحداً، فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم أو غيبه⁽³⁾؟ فقد اختلف فيه قول مالك، فقال في

(1) م، ف، ج: «الأعلى» والمثبت من المتقى.

(2) م، ف، ج: «مصالحة» والمثبت من المتقى.

(3) ف، ج، والمتقى: «عناه».

(4) في المتقى: «في مال».

(1) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 86/6.

(2) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 86/6.

(3) انظر المدونة: 131/4 في أخذ الحميل بالحق والمتحمل به مليء غائب أو حاضر.

(4) ووجه هذا القول: أن الحق متعلق بذمته في حال عدم الغريم، فوجب أن يكون متعلقاً بذمته في حال يساره كالغريم.

«الْمُدُونَةُ»⁽³⁾: له طلبه في غيب⁽¹⁾ الغريم وحضوره⁽⁴⁾.

قال عبد الوهاب⁽¹⁾: «وبه قال أبو حنيفة والشافعي» ثم رجع مالك، فقال: لا يتبعه⁽²⁾ إلا في عدمه⁽³⁾ أو في غيبته⁽²⁾. قال عبد الوهاب⁽³⁾: «وهو قول عبد الملك».

الفصل الخامس⁽⁴⁾

في رفق الطالب بالغريم⁽⁴⁾ أو الحميل

ووجه ذلك: أَنَّ الطَّالِبَ قَدْ يَهَبُ حَقَّهُ لِلغَرِيمِ أَوْ لِحمِيلٍ، أَوْ يُؤَخِّرُ⁽⁵⁾ أَحدهما⁽⁶⁾.
فَأَمَّا الهِبَةُ، فَإِنَّ وَهَبَ الغَرِيمُ فَقَدْ بَرِيَءَ الحمِيلُ؛ لِأَنَّ الهِبَةَ كَالاقتضَاءِ.

فرع:

ومن أخذ حميلاً بشمنٍ سِلْعَةٍ، على أن له أن يأخذ أيهما شاء، فمات الغريم، ثم أراد أن يطالب⁽⁷⁾ الحميل ففي «العُنْيِيَّة»⁽⁵⁾ و«الموازية» عن مالك: يحلف ما وضع إلا⁽⁸⁾ للميت وهو على حقه، قال محمد: فيها شيء، وقال في موضع آخر: فيها نظر.
وأما إن أخذ الغريم ففي «العُنْيِيَّة»⁽⁶⁾ و«الموازية» لأشهب عن مالك⁽⁹⁾: إن أخذه سنة فالحمالة ثابتة، إلا أن للحميل أن يمنع التأخير ويقول: أخاف أن يفلس، فليس له التأخير.

(1) في المتقى: «لا يبيعه».

(2) م، ف، ج: «حضوره» والمثبت من المتقى.

(3) م، ف: «للغريم»، ج: «الغريم» والمثبت من المتقى.

(4) في النسخ: «يأخذ» والمثبت من المتقى.

(5) م، ف، ج: «أحدهما به» ولعل الصواب حذف «به» كما في المتقى.

(6) م، ف، ج: «يطلب» والمثبت من المتقى.

(7) «إلا» زيادة من المتقى.

(8) «عن مالك» زيادة من المتقى.

.....

(1) في المعونة: 1233/2.

(2) ووجه هذا القول: أنه وثيقة بالحق، فلم يتقل إليه إلا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالزمن.

(3) في المعونة: 1233/2.

(4) هذا الفصل بفرعه مقتبس من المتقى: 88/6.

(5) 301/11 في سماع أشهب وابن نافع، رواية سحنون، من كتاب الأفضية.

(6) 302/11 في سماع أشهب وابن نافع، رواية سحنون، من كتاب الأفضية.

وقال ابن القاسم في «المدونة»⁽¹⁾: لا⁽¹⁾ تسقط الحمالة. وقال غيره في «المدونة»⁽²⁾: إذا أخر الغريم وهو مؤبّر تأخيرًا بيّنًا فقد سقطت حمالته.

الفصل السادس⁽³⁾ في قضاء الحق

فإن دفعه الغريم، برئ وبرئ الحميل. وإن دفعه الحميل، برئ من مطالبة صاحب الحق، وكان له مطالبة الغريم. فإن كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله، وإن كان أدى عنه غير ما عليه، مثل أن يكون الدين دنانير فيدفع عنه دراهم، فإن ذلك لا يجوز قبل الأجل، لما فيه من تأخير أحد عوّضي الصّرف. وأما بعد الأجل ففي «الموازنة»: أن ذلك جائز⁽⁴⁾، وفيها أنه غير جائز⁽⁵⁾، وإليه رجع ابن القاسم، وهو قول أشهب وأصحابه، ولهذا توجبه طويل في «كتب المسائل».

القضاء في العيوب

الإسناد⁽⁶⁾:

قال الإمام ابن العربي: هذا باب ليس فيه حديث صحيح على التخصيص، أما أن

(1) في المتقى: «إلا أن».

(1) 136/4 - 137 في الغريم يؤخذ منه الحميل، فإذا حلّ الأجل أخر طالب الحق الغريم، أيكون ذلك تأخيرًا عن الحميل.

(2) انظر المصدر السابق.

(3) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 88/6 - 89.

(4) ووجه هذا القول: أن ما بين الطالب والغريم قد صبح باتخاذ المصارفة؛ لأن ذلك متعلق بدمته، كالذي كان له عليه الدين.

(5) ووجه هذا القول: أن الغريم يكون مختيرًا بين أن يدفع ما كان عليه وما دفع عنه، فيدخله الخيار في الصّرف وفسخ دين في دين.

(6) انظره في القبس: 936/3.

في تحريم الغش أحاديث، روى الدارقطني⁽¹⁾ عن النبي ﷺ كلمة في الباب، قال النبي ﷺ: «لَا يَجُلُ لِمُسْلِمٍ يَبِيعُ بَيْنًا يَعْلَمُ بِهِ عَيْنًا إِلَّا بَيْتَهُ»⁽²⁾.

قال الإمام: وهذا مبني على إحدى القواعد المتقدمة⁽³⁾، وهي تحريم أكل المال بالباطل، وذلك بين في الباب.

فإن قيل: فلم لا يُحْكَمُ بِفَسْخِ الْعَقْدِ وقد انعقد على حرام وانبتى على باطل؟ قلنا: لأنه عارضته قاعدة أخرى تقدمت الإشارة إليها ومهدناها في «كتاب البيوع»، وهي أن التهي إذا كان في حق الله فسخ ما انبتى عليه، وإن كان في حق الآدمي فالله⁽⁴⁾ قد جعل للآدمي الخيار، فإنه قد يحتل أن يشتره بعشرة دنانير ببيع لا يعلمه، فإذا أطلع عليه وجد العيب⁽⁵⁾ يساوي أحد عشر دينارًا، فيرى الحظ لنفسه، فرد الله الأمر إليه، وذلك إجماع. أما إنه قد يدخل على مسائل العيب وجوه من المنهيات من الغرر والرؤيات، فتتعد ذلك أحكامها، وتختلف مأخذها، وتكثر فروعها، ولا تحتلها هذه العجالة، فعليكم بكتب المسائل، ولا سيما ابن عبدوس؛ فإنه أطنب في هذا الباب، وجاء فيه باللباب.

باب

ما لا يجوز من التخلي

أدخل⁽⁴⁾ فيه حديث الثُّغَمَانِ بْنِ بَشِيرٍ، أَنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

(١) «في» زيادة من القبس.

(٢) م، ف، ج: «والله» والمثبت من القبس.

(٣) في القبس: «المعيب».

(١) لم نجده في سنن الدارقطني، بالرغم من أن ابن حجر في تلخيص الحبير: 22/3 عزاه أيضًا إلى الدارقطني.

(٢) أخرجه ابن ماجه (2246) من حديث عقبة بن عامر بلفظ: «المسلم آخر المسلم، ولا يجل لمسلم باع من أخيه بيعًا فيه عيب إلا بيته له». وأخرجه أيضًا أحمد: 158/4، والحاكم: 9/2، والطبراني في الكبير: 317/17 (877) كلهم من حديث عبد الرحمن بن شماسه عنه، قال ابن حجر وفي تلخيص الحبير: 22/3 «مدارؤه على يحيى بن أيوب، وتابعه ابن لهيعة». وانظر مصباح الزجاجة للبوصيري: 31/3.

(٣) انظر صفحة: 398 من الجزء: 2.

(٤) مالك في الموطأ (2188) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2938)، وسويد (292)، =

فقال: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَامًا كَانَ لِي، فقال له رسولُ الله ﷺ: «أَكُلْ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟» فقال: لا. قال: «فَارْتَجِعْهُ».

الفقه في مسألتين:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

استدل مالك وأصحابه بهذا الحديث؛ أن الأب يعتصر ما وهب أو نحل ابنه ما لم ينكح الابن أو يداين، ويستدلون في الاعتصار بهذا الحديث. وزاد البخاري⁽²⁾ في هذا الحديث: «لَا أَشْهَدُ عَلَى جُزْرِ» فدل هذا القول أن⁽³⁾ بشيرًا كان قد مال بالنخلة إلى الثعمان دون سائر بنييه، فأمره رسولُ الله ﷺ باعتصاره؛ لأن هبة بعض بنييه دون بعض رُتبا آكل ذلك إلى أن يفقد من لم ينحله من بنييه، فأمر النبي ﷺ أباه بذلك على⁽⁴⁾ التذنب إلى التسوية بين البنين، لا على أن هبة الرُّجل بعض بنييه غير جائزة.

المسألة الثانية:

وهل يجوز للرُّجل أن يتصدق بجميع ماله على ولديه؟ فرؤي عن مالك في ذلك

قولان:

أحدهما: المنع.

والآخر: الجواز.

وقال⁽³⁾ في «العُتبية»⁽⁴⁾ و«الموازية»⁽⁵⁾: يجوز له أن يتصدق بماله كله في صحته،

وقد فعله أبو بكر رضي الله عنه.

(1) م: «فدل على هذا القول أن».

(2) في تفسير البيهقي: «على وجه».

= وابن القاسم (33)، ومحمد بن الحسن (807)، والقعنبي عند الجوهرى (159)، والشافعي في

مسنده: 174 [على الشك بين مالك وسفيان]، والتنيسي عند البخاري (2586)، ويحيى بن يحيى

النيسابوري عند مسلم (1623)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 84/4.

(1) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبيهقي: 105/ب - 106/أ، وراجع المعارضة: 127/6 - 128.

(2) في صحيحه (2650).

(3) القائل هو الإمام مالك.

(4) 394/13 في سماع ابن القاسم عن مالك، من كتاب أوله: باع غلامًا.

(5) نص على الموازية الباجي في المتقى: 93/6.

وقال ابنُ القاسم: أكره أن يتصدَّق الرَّجُلُ بماله كلَّه على بعض ولده. فخرج من هذا وجه الكراهية، وإليه ذهب عبد الوهاب⁽¹⁾، وفيه كلامٌ طويلٌ يأتي بيانه في «كتاب الهبة»⁽²⁾، إن شاء الله.

.....
(1) في المعونة: 3/ 1616 - 1617، وانظر التفرع: 2/ 315.

(2) انظره في صفحة: 448 - إلى صفحة: 471 من هذا الجزء.

كتاب الهبة

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول⁽¹⁾

قال الإمام: الهبة على الحقيقة لله وحده؛ لأن حقيقة الهبة هو العطاء بغير عوضٍ مما لا يجب، والذي يُعطي على الحقيقة بغير عوضٍ ولا يجب عليه، فهو الله سبحانه، ولا يتصور ذلك في الآدمي؛ لأنه مجبورٌ على التلّف⁽¹⁾ إلى الأغراض، إما في جلب منفعة، وإما في دفع مَضْرَءة، فلذلك كانت هبته محمولةً على القصد إلى البدلية⁽²⁾ فيها. وقد تكون على توقع البَدَل من الآدمي في هبته من الله، فاسمها صدقة، وقد تكون على توقع البَدَل العام على عادة العرب في إطلاقها، وفي مثله قال الله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رَّبِّهَا لِيَرْبُوهَا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ﴾ الآية⁽²⁾.

وقد يُعطى الرُّجُل على المروءة، وذلك من الشريعة، وجارٍ مجزئ الصدقة. روى⁽³⁾ مسلم في «صحيحه»⁽³⁾ عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ» وضرب له النبي ﷺ أمثلة متعددة من الواجب والمندوب، بيأنها في «كتاب الجامع» إن شاء الله.

وقد تكون الهبة لِبَصَلَةِ الرُّجْم، وهي من المعروف المُوَجَّل العوض. وقد تكون طلباً لِمَخْضِ المودّة⁽⁴⁾ من الواهب في مال الموهوب. فأما مالك فقضى به⁽⁴⁾، وأما جمهور

(1) «التلف» ساقطة من: ف، وهي في: م، ج: «محمول على التلف» والمثبت من القبس.

(2) م، ف، ج: «التولية» والمثبت من القبس.

(3) م: «وروى».

(4) في القبس: «العوض».

(1) انظره في القبس: 937/3 - 939.

(2) الروم: 39، وانظر أحكام القرآن: 1491/3.

(3) الحديث (1005) عن حذيفة بن اليمان.

(4) انظر المعونة: 1613/3.

الفقهاء منهم الحنفية والشافعية⁽¹⁾ فحرموه؛ لأنها مَبَايَعَةٌ بَشْمِنٍ مَجْهُولٍ، قالوا: ويجب أن تُخْلَصَ العقودُ بألفاظها لأحكامها، فإن عَرِبَتْ⁽²⁾ الألفاظُ لم يَجُزْ إسقاطُ الشروط، وَهَبَةُ الثَّوَابِ مَجْهُولَةٌ الْعِوَضِ وَذَلِكَ حَرَامٌ، مَجْهُولٌ⁽³⁾ الْأَمْرِ، وَذَلِكَ⁽⁴⁾ لَا يَجُوزُ، مُعَقَّبَةٌ بِالْمَنَازَعَةِ، وَتِلْكَ مِزَابَةٌ⁽⁵⁾ مِنْهُيْ عَنْهَا بِالْإِجْمَاعِ، مَحْظُورَةٌ بِاتِّفَاقٍ.

تنزيل وتقريب:

قال علماؤنا: هذا كله صحيح، إلا أن كلَّ عَقْدٍ قد نَزَلَهُ الشَّرْعُ مَنْزِلَتَهُ، وَبَيَّنَّهُ⁽⁶⁾ بِشُرُوطِهِ، هَذَا كُلُّهُ صَحِيحٌ، فَالْبِوَعُ وَأَحْكَامُهَا عَلَى مَسَاقِهَا، وَالْهَبَةُ عَلَى مَوْضِعِهَا.

وأما الأحاديث في الهيئة فعزيرةٌ جدًّا، وهي ثلاثة، فالذي عَوَّلَ عَلَيْهِ مالِكٌ حَدِيثُ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: «إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا...» الْحَدِيثُ إِلَى آخِرِهِ.

وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ⁽²⁾ زِيَادَةَ: فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «أَشْهَدُ عَلَيْكَ عَيْرِي».

وَرَوَى: «إِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جُزْرٍ»⁽³⁾.

وَرَوَى أَنَّهُ قَالَ: «أَتَجِبُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءٌ؟» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَسَوْ يَبْتَنُهُمْ فِي الْعَطِيَّةِ»⁽⁴⁾. هَذَا كُلُّهُ فِي الصَّحِيحِ، زَادَ أَبُو دَاوُدَ⁽⁵⁾: «إِنَّ عَلَيْهِمْ مِنَ الْحَقِّ أَنْ يَبْرُوكَ، وَعَلَيْكَ أَنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُمْ».

(1) في القبس: «عَيْرَتْ».

(2) في القبس: «مجهولة».

(3) في القبس: «وكذلك».

(4) في النسخ: «مرتبة» والمثبت من القبس.

(5) في القبس: «وعينه».

(1) انظر الأم: 211/3 (ط. النجار).

(2) في سننه (3542 م).

(3) سبق تخريجه صفحة: 446 من هذا الجزء هامش رقم: 2.

(4) أخرجه - مع اختلاف في الألفاظ - مسلم (1623) برقم فرعي (17).

(5) في سننه (3542 م).

15 * شرح موطأ مالك 6

مفاهية:

اختلف العلماء في جواز ذلك، أما مالك فجوزَه⁽¹⁾، وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾.

وقال أحمد: ذلك باطلٌ يجبُ فسْخُه؛ لأنَّ النبي ﷺ أمرَ برْده، وقال في الصحيح: «لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْزِ»⁽⁴⁾ وقال: «أَتَجِبُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً»⁽⁵⁾ فعَلَّلَ⁽¹⁾ بالعقود إلى ما يدخل بينهم بالشحناء، وذلك يقتضي التحريم، ورده هو الصحيح في الحكم⁽²⁾. فإن قيل: قد قال: «أَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي».

قلنا: هذا هو تأكيد التحريم؛ لأنَّ أمرًا لا يرضاه رسول الله ولا يشهد به، من الذي يرضاه أو يشهد به؟ وسائر ألفاظ الحديث نصٌ صريحٌ فلا يردُّ بهذا المحتمل. وقد كان رسولُ الله ﷺ يقبل الهدية ويثيبُ عليها. ورَوَى البخاري⁽⁶⁾ أنه كان لا يردُّ طيبًا لمحبيته فيه.

مفاهية أخرى:

ولما رأى الناس أن عقد الهبة تبرُّع⁽³⁾ مَحْضٌ، قالوا: إنه لا يَلْزَمُ إلا بالقبض، وإليه صغى أكثر الفقهاء، منهم الشافعي وأبو حنيفة، وَعَجَبًا لهم من أين نَزَعُوا⁽⁴⁾ لهذا الأصل⁽⁵⁾، والهبة عَقْدٌ من العُقود، ومَبْنَى العُقود على اللزوم، ومحلها القول،

(1) م، ف، ج: «فعدل» والمثبت من القبس.

(2) م، ف، ج: «ورده في الصحيح» والمثبت من القبس.

(3) م: «برع»، ف: «تزع»، القبس: «شرع».

(4) م، ج: «فرعوا».

(5) في القبس: «الفصل».

(1) انظر المعونة: 1607/3.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 137/4، والمبسوط: 48/12.

(3) انظر الأم: 62/4 (ط. النجار).

(4) سبق تخريجه صفحة: 446 من هذا الجزء.

(5) سبق تخريجه صفحة 449 من هذا الجزء.

(6) في صحيحه (2582) من حديث أنس.

منه ^(١) تكون، وبه تلتزم. وقد بين الله ذلك في كتابه فقال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْثُورِ﴾ الآية ^(١)، وما بقي بعد قول هذا: ومبث، وقول الآخر: قبلت، والكفالة عقد تبرع ^(٢) باتفاق، وتلتزم بالقول بإجماع، فكيف غفلوا عن هذا؟

فإن قيل: كذلك كنا من قبل نقول كما ذكرتم، لولا ^(٣) قول أبي بكر الصديق: «لَوْ كُنْتُ حُزْبِي لَكَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ» ^(٢) فبين أن الهبة إنما تكون هبة بالقبض، وأن انفرداها عنه مبطل لها.

قلنا: كيف تعلقتم بهذا في مثل هذا الأصل العظيم، وهو قول الواحد من الصحابة ^(٣).

الفصل الثاني ^(٤)

فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضاً فيها

قال علماؤنا ^(٥): ما لا يجوز بيعه فلا تجوز هبته للثواب، كالأبق، والجمل الشارد، والجنين في بطن أمه، وما لم يبد صلاحه من ثمر أو حب، روى محمد عن مالك ذلك. ووجه ذلك: أنه عقد معاوضة فلا يجوز عقده بالأبق كالبيع.

فرع:

وأما الذناتير والدراهم، فروى محمد ^(٤) عن ابن القاسم؛ أن ذلك لا يصلح أن يوهب للثواب، فإن شرط ذلك في الهبة رذث، وهو المشهور عن مالك.

(١) ج: «سنة»، ولعلها في ف: «بسيه».

(٢) ف، ج: «ينزع».

(٣) «لولا» زيادة من القيس.

(٤) ج: «عيسى».

(١) المائة: 1.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (2189) رواية يحيى.

(٣) انظر بقية الجواب في القيس: 940/3 - 941.

(٤) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 110/6.

(٥) المقصود هاهنا هو الإمام الباجي.

وقال⁽¹⁾: إذا كانت الهبة عينًا، فإنما تكون قيمتها من العروض ثبتت في الذمّة غير مؤجلة ولا موصوفة، وذلك يمنع صحّة البيع.

الفصل الثالث⁽²⁾

فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط

فإنّه إذا شرط ذلك، فلا خلاف أنّ هبته محمولة على ذلك، اقتضى ذلك الجواز أو المنع، وأما إن وهب من غير شرط، ثم ادعى أنّه قصّد الثواب، فإن كان من غير جنس ما يوجب الثواب⁽¹⁾ كالذنانير، فقله مردود، رواه محمّد عن مالك وابن القاسم⁽²⁾ وأشهب. وقد روى⁽³⁾ أنّه من وهب قمحًا أو شعيرًا ففيه الثواب. وأما الذي لا ثواب فيه مثل الفاكهة أو الرطب يهدى للقادم، قاله مالك. وإن قام يطلب ثوابًا، لم يعطه، قاله: أشهب وابن القاسم.

ووجه ذلك: أنّ الذنانير لا عرّض⁽³⁾ في أعيانها، وأما الفاكهة فلم تجر العادة بطلب الثواب على ذلك، فحملت على العادة في الغالب. وقال ابن العطار⁽⁴⁾: وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التحف كالتمر وشبهه.

فإن كان قد فات، فلا شيء له في الهبة ولا في العوض، وإن كان لم يفت، فروى محمّد عن أشهب وابن القاسم⁽⁵⁾: أن لا عوض له ولا له أخذه⁽⁶⁾ وإن لم يفت.

(1) في المتقى: «ما لا يوجب للثواب».

(2) في المتقى: «وروى ابن القاسم».

(3) م، ف، ج: «عوض» والمثبت من المتقى.

(4) م، ف، ج: «ابن القصار» والمثبت من المتقى.

(5) م، ج: «فروى محمد وأشهب عن ابن القاسم» وهي ساقطة من ف، والمثبت من المتقى.

(6) م: «ولا أجره له».

(1) القائل هو محمد بن الموّاز.

(2) هذا الفصل مقتبس من المتقى: 111/6 - 112.

(3) ابن الموّاز.

فرع⁽¹⁾:

وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً مُطْلَقَةً فَادَّعَى أَنَّهُ وَهَبَهَا لِلثَّوَابِ، حُجِلَ عَلَى الْعُرْفِ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ الْوَاهِبِ يَطْلُبُ بِهِ الثَّوَابَ عَلَى هِبَتِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ لَا يَطْلُبُ الثَّوَابَ عَلَى هِبَتِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَهَّبِ لَهُ⁽¹⁾ مَعَ يَمِينِهِ.

فرع:

ولا ثواب لذي سلطان فيما يهبه⁽²⁾.

فرع:

وما وهبه⁽²⁾ لذي رَجِمَ فليست على الثَّوَابِ، قال ابنُ القاسم في «المدونة»⁽³⁾: إلا أن يرى النَّاسُ أَنَّهُ وَهَبَهُ لِلثَّوَابِ.

الفصل الرابع⁽⁴⁾

في مقتضاها من اللزوم أو الجواز

فألذي عليه المذهب⁽³⁾، أنها لازمة باللفظ للواهب، فإن أُنَابَهُ⁽⁴⁾ المعطي قيمتها فلا سبيل له إليها، وسيأتي ذكره.

(1) «له» زيادة من المتنى والتفريع.

(2) ج: «وما وَهَبَ»، وفي المتنى: «وأما هبة» وهي سديدة.

(3) في المتنى: «ظاهر المذهب».

(4) ج: «أتى به»، وفي المتنى: «أخذ».

(1) هذا الفرع اقتبسه الباجي من التفريع: 314/2 - 315.

(2) رواه محمد بن المَوَاز عن أشهب: نص على ذلك الباجي.

(3) 228/4 في باب الهبة لغير الثَّوَابِ.

(4) هذا الفصل مقتبس من المتنى: 113/6.

فإن أراد منعه - على هذا القول - من قبضها^(١)، فقد قال محمّد: ليس له منعه من قبضها ولا بيعها، والظاهر من قول أشهب أنها وإن كانت تلزم بالقول، إلا أن للواهب منعه من قبضها حتى يشبهه.

فرع:

فإن فاتت الهبة، فقد لزمته بالقيمة، كنكاح التفويض يلزم بالدخول فيه مَهْر المثل، على تفصيلٍ طويلٍ.

الفصل الخامس^(١)

فيما تفوت به وفي وجود^(٢) العيب بها

فإنه إن أطلع على العيب قبل أن يشبهه وقبل أن تفوت، فإن علم الواهب بالعيب، فليس له إلا قيمتها معينة؛ لأنهما عالمان بالعيب، قاله محمد.

فرع:

فإن ظهر العيب بعد إثابته وقبل الفوت، فله ردها والرجوع في الثواب أو إمساكها، ولا يرجع بشيء بما أثاب به، وذلك كالبيع.

فرع:

ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردها فأثابه^(٣)، ثم ظهر على العيب * قبل أن يؤدي^(٤) القيمة أو قبل أن يشبه، لكانت عليه قيمتها معينة*^(٥).

(١) في المتنق: «فإن زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها».

(٢) م، ف، ج: «وجوب» والمثبت من المتنق.

(٣) م، ف، ج: «فأثابها» والمثبت من المتنق.

(٤) كلمة يؤدي أثبتناها من النسخ الخطية، وهي في المتنق: «يوفي».

(٥) ما بين النجمتين أثبتناه من المتنق، والوارد في النسخ الخطية: «... العيب قال يؤدي القيمة وعليه الاصحاب» وهو تصحيف ظاهر.

باب الاعتصار في الصدقة

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ» وهذا على ما قال: إِنْ مِنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الْكَبِيرِ أَوْ الصَّغِيرِ فِي حَجْرِهِ، فليس له أن يعتصرها إِذَا قَبِضَتْ وَحِيزَتْ؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ لَا اعْتِصَارَ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ، وَمَا كَانَ مِنَ الْعَطِيَّةِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ فَلَا اعْتِصَارَ فِيهِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْعَطَايَا الْمَتَّقَرَّبَ بِهَا تَلْزَمُ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّمَا قَالَ⁽³⁾: «قَبِضَهَا الْإِبْنُ أَوْ كَانَتْ فِي حَجْرِ أَبِيهِ فَأَشْهَدُ لَهُ» لِيَذْكَرَ⁽⁴⁾ أَقْوَى وَجُوهَهَا فِي حِيَازَةِ الْكَبِيرِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ ذَكَرَ أَصْعَبَ وَجُوهَهَا وَهُوَ أَنَّ يَتَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ فِي حَجْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْإِشْهَادِ لَهُ، وَلَمْ يَذْكَرِ الْحِيَازَةَ لَهُ، فَلَا اعْتِصَارَ لَهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، لِمَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّدَقَةِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ مَا يَأْتِي بَعْدَهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ صَدَقَتَهُ وَلَا يَأْخُذَهَا⁽⁵⁾ بِعَوَضٍ⁽⁶⁾.

المسألة الثانية⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا» يريد المدينة وعلماءها.

وقوله⁽⁷⁾: «مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الْإِبْنُ دَيْنًا» خصَّ الولد بذلك لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَعْتَصِرُ الْأَبْوَانَ عَلَى⁽⁸⁾ الْإِبْنِ وَالْإِبْنَةَ صَغَارًا كَانُوا أَوْ كِبَارًا، فَأَمَّا الْجَدُّ وَالْجَدَّةُ فَاخْتَلَفَ

(1) م، ف، ج: «ليكون» والمثبت من المتقى.

(2) في المتقى: «وأخذها».

(3) في المتقى: «لا يعتصر إلا الأبوين من».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 116/6.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2197) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2950).

(3) أي مالك في المصدر السابق.

(4) تمة العبارة كما في المتقى: «فبان لا يكون له أن يأخذها بغير عوض أولى»، وانظر المقنع في علم الشروط لابن مغيث: 332.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 117/6.

(6) أي قول مالك في الموطأ (2198) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2951).

(7) أي قول مالك في المصدر السابق.

قول مالكٍ فيهما، فرَوَى ابن وهب عنه: لا يعتصر^(١) ولا تلزمه التَّفَقَّة، ويرث معه الإخوة، ولا يكون بيده بضع بنات الابن. ورَوَى عنه أشهب أنَّهما يعتصران^(١)، وبه قال ابن عبد الحَكَم.

وجه الأول - وهو المشهور في المذهب -: أنَّ الجدَّ لا تلزمه التَّفَقَّة فلم يكن له الاعتصار كالعم^(٢).

المسألة الثالثة^(٢):

إذا ثبت ذلك^(٣)، فإنَّ الأمَّ لا تعتصر^(٣) من يتيم، قاله محمَّد؛ لأنَّ الهبَّةَ له صدقة فلا تعتصر، وإن احتاج الواهب جدًّا كان أو أمًّا أو غير ذلك.

وجه ذلك: أنَّ ظاهر الهبَّة له^(٤) الإشفاق عليه، وهذا معنى^(٤) القُرْبَة، فلذلك كان حكمها حكم الصدقة.

ورَوَى ابنُ القاسم عن مالك^(٥) أنَّه قال: للاب أن يعتصر وإن لم يكن للولد أم، وليس للأمَّ أن تعتصر إذا لم يكن للولد أب؛ لأنَّ اليتيم من قبَلِ الأب، وهو قول جمهور أصحاب مالك.

ورَوَى محمد عن أشهب؛ أن اليتيم إذا كان غنيًّا، فللأمَّ أن تعتصر إذا لم يكن له أب^(٥)، فتعصر منه كما تعتصر من الكبير، قال مالك: وللأم من الاعتصار ما للاب.

وجه ذلك: أنَّها أحد الأبوين، فجاز أن تعتصر. فإذا كان ذلك، وقلنا: لا تعتصر من اليتيم، فوهبت ابنها الصَّغير في حياة أبيه ثم مات الأب وهو صغير، لم يجز لها أن

(١) م، ف، ج: «الاعتصار» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «كالأب» والمثبت من المتقى.

(٣) م، ف، ج: «فإن الأم تعتصر ولا تعتصر» ولعل حذف «تعتصر» أصح.

(٤) م، ج: «يمنع».

(٥) «إذا لم يكن له أب» ليست في المتقى.

.....

(١) وجه هذا القول: أنَّه أدنى بالأبوة، ويقدم في الميراث على الأخوة كالأب.

(٢) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 117/6.

(٣) أي أنَّ الأم تعتصر.

(٤) أي لليتيم.

(٥) في المدونة: 137/15 (ط. صادر) في اعتصار ذوي القُرْبَى.

تعتصر وإن كبر. ولو كبر قبل أن يموت أبوه فمات، كان لها أن تعتصر؛ لأن الموهوب له^(١) قد انقطع عنه الاعتصار، بل بقي حكمه ثابتاً عليه.

المسألة الرابعة^(١):

ويمنع^(٢) الاعتصار مرض المعطي، وروى ابن القاسم عن مالك^(٢) أنه يمنع الاعتصار، ورواه ابن حبيب عن مالك أنه قال: لا يعتصر مريض ولا يعتصر منه. فأما المريض فلا يعتصر؛ لأنه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بأبَاء^(٣)؛ لأنه لا يعتصر إلا الأب. ولا يعتصر^(٣) منه؛ لأنه حق الورثة قد تعلق بماله، كما لو تعلق حق الغرماء بماله لا تمتنع^(٤) الاعتصار.

القضاء في العُمري

الإسناد:

قال الإمام: الأحاديث في العُمري صِحاحٌ، وصحح أبو عيسى^(٤) حديث جابر هذا وحسنه^(٥)، عن جابر بن عبد الله الأنصاري؛ أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرِي لَهُ وَلِعَقِبِهِ. فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لَا تَرْجِعُ لِلَّذِي أُعْطَاهَا لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»^(٦).

(١) في المتن: «لأن الصغير».

(٢) م، ف، ج: «قوله ويمنع» وقد حذفنا كلمة «قوله» ليستقيم الكلام.

(٣) م، ف، ج: «وليس باب» والمثبت من المتن.

(٤) م، ف، ج: «امتنع» والمثبت من المتن.

(١) هذه المسألة مقبسة من المتن: 118/6.

(٢) في المتن: «وروى عيسى عن ابن القاسم».

(٣) أي المريض.

(٤) في جامعه الكبير (1350).

(٥) فقال: «هذا حديث حسن صحيح».

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (2200) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2953)، وسويد

(296)، وابن القاسم (21)، ومحمد بن الحسن (811)، والقعنبي عند الجوهري (150)، =

تنبيه في الإسناد:

قال الإمام: زاد مالك: «أَبْدًا» وانفرد به يحيى بقوله «أَبْدًا» ولم يروه عن مالك غيره⁽¹⁾.

الغريب⁽¹⁾:

العُمري: هي⁽²⁾ فُعَلَى من العُمر، والمعنى: اعتمرتك، أو أعمرتك، أي جعلتها لك عمري.

وقال أبو عبيد⁽²⁾: وهو مأخوذ من العُمر، ألا تراه يقول: هو لك عمري.

فمعنى⁽³⁾ العُمري: هِبَةٌ منافع الملك مدة عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه، فسُمِّيَت عُمري لتعلقها بالعُمر، وإنما يتناول الأعمار هبة المنافع لا الرقبة، وقد قال ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ عُمري لَهُ وَلِعَقِبِهِ»⁽⁴⁾ يريد: أن ما أعطى من المنافع يكون له ولِعَقِبِهِ، ولا تبطل لِعَقِبِهِ⁽³⁾ بموته، ولا ترجع إلى الذي أعطاهَا؛ لأنه أعطى عطاءً تقع فيه الموارد، وهذا كله راجع إلى المنافع دون الرقبة، وفي هذا الباب ثمانية أبواب: الأول: في معنى العُمري وألفاظها ومعنى الحَبْس والصدقة. والثاني: فيمن يصح منه الحَبْس⁽⁴⁾

(٢) م: «هو».

(١) م: «العربية».

(٤) في المتن: «التحيس».

(٣) م، ج: «العقب».

= والشافعي في الأم: 63/4 (ط. النجار)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1625)، ويشرب بن عمر عند أبي داود (6552)، ومعن عند الترمذي (1350)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 93/4.

(1) يقول القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 191 «قال أشهب: قال مالك: وليس على حديث جابر بن عبد الله في العمري العمل، ولوددت أنه مُجَي من الموطأ. قال أبو المطرف [القنازعي]: وسألت أبا محمد [ابن أبي زيد] عن هذا الحديث، فقال لي: هو حديث صحيح، ومعناه قائم؛ وذلك أن من أعمر رجلاً عُمرًا له ولعقبه، فامتدّ العقب، فإنها لا ترجع إلى المعمّر ولا إلى ورثته مادام أحد من عقب المعمّر حيًا. فإذا انقرض عقبه رجعت العمري للمعمّر الذي كان أعمرها إن كان حيًا، أو إلى ورثته إن كان ميتًا. وإنما تجري هذه الأشياء على شروط أصحابها».

(2) في غريب الحديث: 77/2.

(3) هذه الفقرة مقتبسة من المتن: 119/6، وانظر المقنع لابن مغيث: 334.

(4) أخرجه مسلم (1625) من حديث جابر.

ومن يصح عليه وبماذا يصح تحبيسه. والثالث: في دخول العقب مع المعطى بعده. والرابع: في معنى العقب والذرية والبنين والمولى. والخامس: في قسمة منافع العُمري. والسادس: في استحقاق القسم منها^(١) بالولادة وانتقاله بالموت. والسابع: فيما يجوز من بيع العُمري والحبس. والثامن: إلى من^(٢) تعود بعد انقراض المعمر والمحبس عليه.

الباب الأول^(١)

أما ألفاظها، فقد تقدّم أنموذج^(٣) منها، ونحن نبينُ باقيها، ونذكرُ ما يقرب منها وما يخالفها، وذلك أنه إذا كان معناها هيئة المنافع، فكلُّ ما كان من الألفاظ يقتضي ذلك المعنى، فإنَّ حكمه في ذلك حكم العُمري وإن اختلفت^(٤) في بعض الأحكام، من ذلك أن يقول: أسكتتُك هذه الدار عمري^(٥)، أو أسكتتُك هذه الدار عمرك، أو وهبتُك سكنها عمرك، ففي «المُدونة»^(٦)،^(٢) عن ابن القاسم فيمن قال: أسكتتُك هذه الدار وعقبك، فمات الساكن وعقبه، رجعت إلى صاحبها. وكذلك لو قال: هذه الدار لك ولعقبك سُكني، أو قال: هي لك صدقة سكني فليس له إلا سكنها صدقة دون الرقبة^(٣)، قال محمد: إنما ذلك في حياته.

وإذا قال: هذه الدار حبسُ علي فلان ولم يزد، فقال عبد الملك في «المجموعة»: إنها عُمري، وقال في «الموازية»: هي حبس. ورؤى ابنُ وهبٍ عن مالك في الحبس

(١) في المنتقى: «فيها».

(٢) م، ف، ج: «ما» والمثبت من المنتقى.

(٣) ف: «أنموذجا».

(٤) م، ف، ج: «اختلفا» والمثبت من المنتقى.

(٥) م، ف، ج: «وعقبك» والمثبت من المنتقى.

(٦) م، ف، ج: «الموازية» والمثبت من المنتقى.

.....

(١) هذا الباب بتوجيهه وفرعه وانفصاله ومسأله مقتبس من المنتقى: 120/6 - 121.

(٢) 92/15 (ط. صادر) في الرجل يقول داري صدقة سكني.

(٣) هذا القول الأخير هو في «المجموعة» و«الموازية» عن ابن القاسم وأشهب، نص على ذلك الباجي رحمه الله تعالى.

على المعنيين أتهما^(١) بمعنى العُمري. وقد اختلف فيها قول ابن القاسم^(١).

توجيه:

وجه الأول: أن التحبّيس إنما يقتضي هبة المنافع، فإذا قال: على فلان، اقتضى ذلك اختصاصها به دون غيره^(٢)، وذلك يقتضي أنه إنما وهبهُ المنافع، وذلك معنى العُمري.

وجه الثاني: أن لفظ التحبّيس يقتضي المنع من رجوع المنافع إليه؛ لأن معنى التحبّيس أن تكون^(٢) محبوسة في^(٣) وجوه نص عليها. فإذا حبسها على فلان انصرفت إليه مدة العمر، فإذا انقضى عمره لم ترجع إلى المُحبس؛ لأن معنى الحبس يمنع ذلك. فإن كان المُحبس حياً، ففي «الموازية» عن مالك: *يُسأل عما أراد من عُمرى أو حبس، فيحمل على ذلك ويُقبل قوله فيه. فإن مات قبل أن يُسأل*^(٤) فإنه^(٣) اختار أن يكون^(٥) ميراثاً لورثته، ويجب^(٦) أن يجري في ذلك الخلاف المتقدم، وإنما قُبِلَ قوله^(٧) لأنه احتمل الوجهين جميعاً.

فرع:

ومن قال: داري حبس لا تُباع ولا تُوهب ما عاش المُحبس عليهم، ففي «الموازية» عن مالك: أنه حبس مؤبّد. ووجه ذلك: أن قوله: لا تُباع ولا تُوهب ما عاش، تصريح بالتأييد وإن كان قد

(١) في المتقى: «لهما».

(٢) في المتقى: «اختصاص الهبة دون غيرها».

(٣) ج: «من»، وفي المتقى: «على» وهي سديدة.

(٤) ما بين النجمتين ساقط من الأصول، واستدركناه من المتقى.

(٥) في المتقى: «يعود» وهي أسد.

(٦) في المتقى: «ويجوز».

(٧) م، ف، ج: «وإنما قال ذلك» والمثبت من المتقى.

(١) قوله: وقد اختلف فيها... الخ، هو من قول محمد في الموازية، نص على ذلك الباجي.

(٢) المنافع.

(٣) أي ابن المواز.

علقه بمدة؛ لأن العُمريُّ تُباع وتوقَّف في مدَّة التعمير، فلما شرط نفي البيع والهبة اقتضى ذلك التحبُّس المؤبَّد. وقد قال عبد الوهاب⁽¹⁾: «اختلف أصحابنا في تخريج⁽¹⁾ ذلك⁽²⁾، فمنهم من قال: إنها على روايتين، كقولك: حبس فقط. ومنهم من قال⁽³⁾: إنها ترجعُ حَبْسًا».

ولو قال: داري⁽²⁾ حَبْسٌ على فلان وولده، فإن كان ولده معيَّن جاز ذلك.

انفصال:

وأما لفظ التوقيف، فقد قال عبد الوهاب⁽⁴⁾: «لفظ التوقيف صريحٌ في تأبيد الحَبْسِ، فلا يرجع ملكًا أبدًا؛ لأنَّ مفهوم هذه اللفظة في العُرْفِ التَّبْتِيلُ⁽³⁾ على وجه التأييد، وتمليك المنافع على الدوام».

وأما لفظ الصدقة، فإن أراد به تمليك الرقبة فهو على ما أراد كالهبة، وإن أراد به معنى التحبُّس، فإن كان على معيَّن ولم يقترن به ما يقتضي التأييد، ففيه روايتان على ما تقدَّم في الحَبْسِ، لزم فيه التأييد، قاله كلُّه عبد الوهاب في «معونه»⁽⁵⁾.

مسألة:

فإذا ثبت ذلك، فالحبسُ وما في معناه بأيُّ لفظ كان يقتضي الملك، وتبقى الرقبة على ملك المُحَبَّسِ.
وللشافعي فيها ثلاثة أقوال:
أحدهما: مثل هذا.

(1) ج: «تحريم» وهو تصحيف، وفي المتن: «مخرج».

(2) «داري» زيادة من المتن.

(3) في المتن: «التبيل»، وفي المعونة: «السبيل».

.....

(1) في المعونة: 1598/3.

(2) أي تخريج قول الإمام مالك.

(3) وهؤلاء يقولون: إنها على رواية واحدة.

(4) في المعونة: 1595/3.

(5) 1596/3 - 1598.

والثاني: ينتقل إلى ملك المُحْبَس^(١).

والثالث: لا ينتقل^(٢).

ودليلنا: أنه بدل المنافع فلا تخرج بذلك الرّبة عن ملك الباذل كالعارية.
وأيضاً: فإن ما لا يجوز عتقه لا يجوز أن يزول الملك عن رقبته، ويبقى الملك على منفعه، كالحَيوان والعُروض.

الباب الثاني^(١)

فيمن يصحّ التحبّيس منه

ومن يصحّ عليه وما^(٢) يصحّ تحبّيسه

فإنه في الأصل جائزٌ يلزم في الحياة والمَمَاتِ، لا يفتقرُ إلى حُكْم حاكم. والمشهورُ عن أبي حنيفة^(٢) أنه لا يجوز ولا يلزم، وأصحابه المتأخرون يحكون عنه أنه جائزٌ، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين: إما بِحُكْم حاكم، أو يُوصِي في مرضه أن يوقف بعد موته، فيصحّ ويكون من ثلثه كالوصية، إلا أن يكون مسجداً أو سقايةً فإن ذلك يلزم ولا يفتقر إلى حُكْم حاكم.

وهذه المسألة التي تكلم فيها أبو يوسف ومالك - رحمة الله عليهما - في مجلس الرّشيد، فظهر عليه مالك، وقال له: هذه أوقاف رسول الله ﷺ ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم، يشير إلى الخبر المتواتر، فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة. وهذا فعل أهل الدين في الرجوع إلى الحق إذا تبين، ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم بما قدّمناه.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُؤَدَّاتِ﴾ الآية^(٣).

(١) في المتقى: «ينتقل إلى الموقوف عليهم».

(٢) في المتقى: «والثالث: ينتقل إلى الباري تعالى».

(٣) م، ف، ج: «ومن» والمثبت من المتقى.

(١) هذا الباب بمسأله وفرعيه مقتبس من المتقى: 122/6 - 123.

(٢) انظر مختصر الطحاوي: 136.

(٣) المائة: 1.

ومن جهة السنة: ما روي عن ابن عمر أنه أصاب بخيبر⁽¹⁾ أرضاً فأتى النبي ﷺ، فقال: إني أصبتُ أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه... الحديث⁽¹⁾.

ومن جهة المعنى: أنه تحبب عقار على وجه القرية، فلم يفتقر إلى وصية ولا حكم، كالمسجد والمقبرة.

مسألة:

إذا ثبت ذلك، فإن تحبب الرباع وإعمارها قول واحد وهو الجواز، وأما الحيوان والسلاح والعروض، ففي «الموازية» عن مالك؛ أنه كره الحبس في الحيوان. وقد قال ابن القاسم في «المجموعة»: من أعمار داره أو دابته أو عبيده⁽²⁾ في حياته، جاز⁽³⁾ ويرجع بعد موته إلى ورثته.

وقال⁽²⁾ في «العتبية»⁽³⁾: لم أسمع عن مالك في تحبب الثياب شيئاً، ولا بأس به. وقال أشهب: ذلك جائز.

فإذا قلنا بالجواز، لزم لموافقة الشرع مع كونه من⁽⁴⁾ العقود اللازمة. فإن قلنا بكراهية ذلك، ففيه روايتان: إحداهما الجواز. والثانية اللزوم.

وقال عبد الوهاب⁽⁴⁾: «من أصحابنا من يقول في الخيل قولاً واحداً⁽⁵⁾، وإنما الخلاف في غيرها».

⁽⁵⁾ ومن حبس على نفسه وغيره صح حبسه ودخل معهم، وإنما يرد ما حبس على نفسه خاصة.

(1) م: «بخين». (2) م: «أو جناه».

(3) «جاز» زيادة من المتقى. (4) م، ف، ج: «مع» والمثبت من المتقى.

(5) في المعونة: «من يقول: إن حبس الخيل جائز».

(1) أخرجه البخاري (2737)، ومسلم (1632).

(2) القائل هو ابن القاسم.

(3) لم نعر على قول ابن القاسم في العتبية.

(4) في المعونة: 1593/3.

(5) الكلام التالي هو لأبي إسحاق بن شعبان، نص على ذلك الباجي.

فرع غريب:

ولو حبس ذمّي دارًا على مسجد، ففي «العُشْبِيَّة» من رواية ابنِ القاسم عن مالك، ورواه^(١) معن بن عيسى عنه في نصرانيّة بعثت بدينارٍ إلى الكعبة، قال: يردُّ إليها. ووجه ذلك: أنّ هذه الجهات إنّما يجب أن تخصّ بأفضل الأموال وأطيبها.

فرع آخر:

ولو حبس مسلمٌ على كنيسةٍ مالا، فالأظهر عندنا أن يردُّ؛ لأنّه صرّف صدقته إلى وجهٍ معصية، كما لو صرفها إلى شرب الخمر.

الباب الثالث^(١)

فالأصل والقاعدة فيه، قوله ﷺ: «لَهُ وَلِعَقِبِهِ» وذلك أن إعطاء المنافع في العُمري والحبس لا يخلو أن يكون لغير مُعيّنين، أو لمُعَيّنين وغير معيّنين، وذلك كمن^(٢) قال: أعمرتُ هذه الدار على ولدي فلان وعقبه^(٣)، فإنّه يرث الأقرب. وإذا قال: على ولد ولدي، أو قال: على ولدي وولد ولدي، فإذا أرجع فإذا قلنا: يرث^(٤) الأقرب في قوله: ولدي، بأن يرثها^(٥) الأقرب، في كلام لهم طويل إن شاء الله.

الباب الرابع^(٢)

في معنى العقب

قال مالك^(٣): العقب: الولد ذكرًا كان أو أنثى، وليس ولد البنات عقبًا ذكرًا كان أو أنثى. وقاله عبد الملك.

(١) م، ف، ج: «رواه» وزيادة الواو من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «كما» ولعلّ الصواب ما أثبتناه.

(٣) في المتقى: «ولد فلان أو عقبه».

(٤) كذا، والعبارة قلقة.

(٥) في المتقى: «يوثر ههنا».

(١) هذا الباب مقتبس من المتقى: 6/ 123 باختصار.

(٢) هذا الباب بمسألتيه وفرعه مقتبس من المتقى: 6/ 124 - 125.

(٣) في رواية ابن القاسم عنه في «المجموعة» نصّ على ذلك الباجي.

وقال ابن حبيب: ويجمع ذلك أن كل ذكرٍ أو أنثى حالت دونه أنثى فليس بعقب،
وقاله^(١) ابن شهاب.

وأصل ذلك عندي: أن عَقِبَ الرَّجُلُ مَنْ يَتَسَبَّبُ إِلَيْهِ، وولد البنات لا يتسبون إليه،
ولذلك لا يقال لعبد الله بن عباس الهاشمي: عبد الله بن الحارث الهلالي، وإن كانت أمه
لبابة بنت الحارث الهلالية.

مسألة:

وأما الولد، فإنه اسمٌ يتناول الولد وولد الولد، الذكور ذكورهم والإناث^(٢) إناثهم،
وقد قال مالك في «المجموعة»: من حبس على ولده وولد ولده، لم يدخل فيه ولد
البنات؛ لأنهم لم يدخلوا في آية الموارث. قال عبد الملك: فلذلك لا يدخلون في
صدقة الجد في أنهم^(٣) بهذا الاسم. قال عبد الملك: والصدقة على الولد والعقب
سواء.

واحتج أشهب بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ وَلَدٌ وَوَرِثَتَهُ أَبَوَاهُ﴾ الآية^(١)، وقال: ولا
خلاف أن ولد الولد كالولد في رد الأم إلى السدمس، ولا تأثير في ذلك لولد البنات. قال
ابن العطار^(٤): هذا قول مالك^(٢).

قال مالك: ومن تصدق على بنيي وبني بنيي، فإن بناته وبنات بنيي^(٥) يدخلون في
ذلك.

(١) م، ف، ج: «وقال» والمثبت من المتقى.

(٢) «الإناث» زيادة من المتقى يلتم بها الكلام.

(٣) م، ف، ج: «صدقة أبيهم» والمثبت من المتقى.

(٤) م، ف، ج: «ابن القصار» والمثبت من المتقى.

(٥) م، ف، ج: «بناته» والمثبت من المتقى.

(١) النساء: 11.

(٢) تنمة الكلام كما في المتقى: «وكانت الفتوى عندنا - يريد بقرطبة - أن ولد البنات يدخلون في ذلك،
وقضى به محمد بن إسحاق بن السليم، وبه يفتي أكثر من كان في زمانه. قال [ابن العطار]: وكذلك
الأعقاب يدخل فيه ولد البنات إلا في قوله: بني وبني بني، وولدي وولد ولدي أبيي».

واختلِفَ في الأحوال والخالات، والاختيار^(١) أن يدخلوا، وهذه المعاني إنما وردت على سبيل المجاز، ومقتضي^(٢) مذهب^(٣) مالك اعتبار حقائقها وعرف^(٤) استعمالها^(٥) الغالب على حقائقها.

مسألة:

وأما القرابة، ففي «الموازية» و«المجموعة»^(١) فيمن أوصى بمالٍ لأقاربه؛ أنه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد. قال مالك في «العُتبية»: ولا يدخل في ذلك ولد البنات ولا ولد الخالات.

وزَوَى ابن عبدوس عن ابن كنانة؛ أنه يدخل فيه الأعمام والعمات، والأخوال والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت.

فرع:

وأما المَوَالِي، فقد قال مالك فيمن حبسَ على مَوَالِيه: إن موالِي مَوَالِيه يدخلون معهم، وكذلك موالِي أبيه وموالِي ابنه. ولو حبسَ على قومه أو قوم فلان، فقد قال ابن شعبان: ذلك على الرجال خاصة من العُتبية دون النساء. واحتج بقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَتَخَرَّ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ﴾ الآية^(٢)، ففرق بين القوم والنساء.

الباب الخامس^(٣)

في قسمة منافع العُمري والحبس

فَأَمَّا العُمري وما في معناها من الحبس، فإذا كانت على مُعَيَّنِينَ فإنهم فيه سواء،

-
- (١) في المتقى: «والاخْتَان». (٢) م، ج: «ويقتضي». (٣) ج: «قول». (٤) في المتقى: «أو عرف». (٥) م: «اسمائها»، ف: «اشتمالها»، ج: «اسمالها»، والمثبت من المتقى.

(١) عن الإمام مالك.

(٢) الحجرات: ١١.

(٣) هذا الباب بمسائله مقتبس من المتقى: ١٢٥/٦ - ١٢٦.

وقد قال في «المجموعة»: أما ما^(١) حُبِسَ على قومٍ بأعيانهم دارًا أو زرعًا أو ثمرًا، فذلك بينهم سواء، للذكر مثل ما للأُنثى^(٢).

وقال ابن القاسم في «الموازاة»: من حُبِسَ على مُعَيَّنِينَ دون تعقيب، فإنَّ حقَّ الغائب منهم ثابتٌ في السُّكْنَى، وحاضرهم وغائبهم في ذلك سواء. قال محمد: وفقيرهم وغنيهم في ذلك سواء.

وأما العُمَرَى والحَبْس على غير مُعَيَّنِينَ، ففي «المجموعة» عن مالك: أنَّ من حُبِسَ على قومٍ وأعقابهم، فإنَّه يفضل أهل الحاجة والمؤنة والعيال والزَّمانَةَ بِقَدْرِ ما يراه من ولي ذلك. ورَوَى محمد عن عبد الملك: لا يفضل ذو الحاجة على الغني في الحَبْس إلا أن يشترط في الحَبْس^(٣).

ووجه الأول: أنَّ معنى الحَبْس القُرْبَةَ، وإيثار ذوي الحاجة يقتضي القربة^(٤).

مسألة:

فأما الفقير، فهو الذي له كفاية وربما ضاقت به الحال بكثرة عياله. وأما ولد الغني لا مال له، فهو فقيرٌ، وإذا بلغ صحيحًا لم يلزم الأب الإنفاق عليه فهو من الفقراء. وإذا تساوى^(١) في الفقر والغنى، أو وُثِرَ الأقرب، ويعطى الفضل من يليه. وإن كان الأبعد^(٢) غنيًا أو وُثِرَ الفقيرُ الأبعد^(٥)، ذكره ابن عبدوس في «المجموعة». والذكر والأُنثى في الحَبْس سواء، وهو قول مالك^(٣) إلا أن يكون بشرط^(٤).

(١) م، ف، ج: «من» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «للكر مثل حظَّ الأثنين».

(٣) في المتقى: «إلا بشرط من المحبس».

(٤) «يقتضي القربة» زيادة من المتقى يستقيم معها الكلام.

(٥) م، ف، ج: «الأقرب» والمثبت من المتقى.

(١) أهل الحَبْس.

(٢) وجه ذلك: أنه لما قصد المُحْبَسُ بالحَبْسِ قرابته، كان للقريب تأثير في الإيثار، إلا أن تأثير ذوي الفقر والحاجة أكثر؛ لأنه مقصود الصدقات والأجاس.

(٣) زاد الباجي: «وأصحابه»، وقول مالك هذا حكاه عنه ابن حبيب، نص على ذلك الباجي.

(٤) وجه هذا القول: أن لفظ التشريك يقتضي التسوية، ولذلك قال الله تعالى في الإخوة للام: ﴿قَهْمُ شُرَكَاءَ فِي الثَّلَثِ﴾ وسوى بين ذكورهم وإناثهم في ذلك الثلث.

مسألة:

وإذا قسم الحَبْس بين أهله من غَلَّةٍ أو سُكْنَى، فليس على كثرة العدد وليبدأ بأهل الحاجة.

مسألة:

وأما الكراء والغَلَّة، فإنَّ حقَّ من انتجع أو غاب لا يسقط، وإنما يسقط^(١) حقه من السُّكْنَى إذا لم يكن فيه فضل، قاله ابن القاسم.

الباب السادس^(١)

في استحقاق القسم منها بالولادة وانتقاله بالموت

فإنَّ انتقاله يكون على ضريين: إلى المحبِّس أو المعمر عليهم، وإلى غيرهم^(٢).

فأما الانتقال إلى المحبِّس أو المعمر، فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الإشاعة أو الإبهام. فإن كان بلفظ الإشاعة، فقد رَوَى مُحَمَّدٌ عن مالك وابن القاسم وأشهب وابن وَهَبٍ فيمن حبِّسَ دَارًا على قوم فمات بعضهم؛ فإنَّ ما كان للميت من ذلك يرجع إلى بقيَّة أصحابه حتى ينقضوا، وذلك في الأحباس كلِّها من غَلَّةٍ أو مسكن، كان مرجع الحَبْس إلى صاحب الأصل أو غيره، أو إلى النسل^(٣).

وروى ابن حبيب عن مُطَرِّفٍ عن مالك؛ أنَّ ما لا يُقسم من عبْدٍ أو أصلٍ أو دارٍ فنصيب الميت يرجع إلى أصحابه، ونحوه روى ابن وهب عن مالك^(٤). قال سحنون: وكذلك روى عنه جميع الرواة^(٥).

(١) «وإنما يسقط» ساقطة من المتن.

(٢) م، ف، ج: «أو المعمر أو إلى من حبس عليهم» والمثبت من المتن.

(٣) ف: «النساء»، وفي المتن: «السييل».

(٤) «روى ابن وهب عن مالك» زيادة من المتن يقتضيها السياق.

(٥) «وكذلك روى عنه جميع الرواة» زيادة من المتن.

الباب السابع⁽¹⁾ في بيع الغُضْرَى والغُضْرَى

فأصل ذلك: أنَّ عقد الغُضْرَى والغُضْرَى عَقْدٌ لازم؛ لأنه هِبَةٌ للمنافع، وهِبَةٌ للأعيان والغُضْرَى على ضربين:

أحدهما: على غير موجود عند التحبُّس.

والثاني: على موجود.

فأما إن كان على موجود، مثل أن يعمر زيداً أو يعمره⁽¹⁾ وعَقِبَهُ، ومَنْ أعمره أو حبَّس عليه موجود عند الغُضْرَى، فقد امتنع البَّيْعُ بنفس العَقْدِ. فإن كان جميعُهُم غير موجودين، مثل أن يحبَّس على ولده ولا وُلْدَ له: ففي «المجموعة» و«الموازاة» عن مالك فيمن حبَّس على ولده ثم في سبيل الله، فله أن يبيع ما لم يولد له، فإذا وُلِدَ له فلا يجوز له البيع.

وقال ابنُ القاسم: ليس له أن يرجع حتى يُؤْيس من الولد، ولو أجزت له هذا، لأجزت له أن يبيع إذا كان له ولد ثم ماتوا ولم ينتظر أن يُولَدَ له غيرهم⁽²⁾.

وقال ابن الماجشون: هي حَبْسٌ⁽³⁾.

وروجه قول مالك: أنَّ الحَبْسَ لم يتعلَّق به حقُّ أحد⁽²⁾ فيلزم بسببه⁽³⁾، فإذا وُلِدَ له فقد تعلَّق حقُّ المولود به، فلم يجز له بيعه.

(١) م، ف، ج: «أو لغيره» والمثبت من المتقى.

(٢) ف: «به أحد»، وفي المتقى: «به قبول أحد».

(٣) ج، المتقى: «سببه».

(١) هذا الباب مقتبس من المتقى: 129/6 - 130.

(٢) ووجه قول ابن القاسم: أنَّ الحَبْسَ متوجِّهٌ إلى من يصح وجوده ويتوقَّع لزوم حقه، وعلى ذلك عقد الحَبْسِ فليس له نقضه ما لم يُؤْيس من وجود المُحبَّس عليه؛ لأنَّ ذلك يخرج الحَبْسَ عن حكمه في اللزوم، فإذا يش منه علم أن الحبس لم ينفذ بصرفه إلى من قد ظهر أنه لا يوجد ولا يثبت له حق.

(٣) ووجه قوله: أنَّ عَقْدَ الحَبْسِ عَقْدٌ يلزم وإن لم يذكر من حبَّس عليه، فلو قال: حائطي حبس، لزم، وأكثر ما في قوله: حائطي حَبْسٌ على ولدي، ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبَّس عليه، وذلك لازم ويوجب تصرُّفه إلى من قررت الشريعة ردها إليه.

مسألة:

ومن بنى مسجداً بقرية، ثم صلى فيه، ثم باعه أو تصدق به، على من هدمته وبنائه داراً فليفسخ ذلك ويرد إلى ما كان عليه من الحَبْس؛ لأنَّ المسجد لله لا يباع ولا يغير، قاله مطرف، ومعنى ذلك: أنَّ المسجد من جملة الأحباس اللازمة، بل هو من أوكدها؛ لأنها خالصة لله ومضافة إليه، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَنَعَ مَسْجِدَ اللَّهِ﴾ الآية⁽¹⁾.

وأما قول مطرف⁽¹⁾: «من بنى مسجداً» يريد على الصورة المختصة بالمساجد.

«ثم بنائه داراً» يريد نقله إلى صورة الدور.

وقوله: «ثم يرد إلى ما كان عليه» يقتضي عندي أن للمسجد بنياناً مخصوصاً يمنع من يريد التملك من بنائه ويمنع من تملكه.

فرع:

ومن حبس حبساً وعليه دين قبله، واستحدث ديناً بعده، فقام أهل الدين، فقال سحنون: يباع⁽²⁾ منها للدين القديم ويدخل معهم أهل الدين الثاني ولا يباع منها غير ذلك، وقد قيل: إذا دخل معهم الآخرون، بيع للأولين بقدر ما انتقصهم الآخرون، ثم يدخل عليهم الآخرون، هكذا أبداً حتى يستوفوا ويفرغ الحبس، وكذلك لأصحابنا قولان في العتق⁽³⁾.

الباب الثامن⁽²⁾

فيمن تعود إليه منافع العُمري والحبس بعد موت المعتر والمحبس عليهم

فأما العُمري والحبس الذي حكمه حكم العُمري، فإنما تعود إلى صاحب الأصل إذا كان حياً، فإن كان ميتاً فالإلى ورثته يوم مات⁽³⁾؛ لأنه لم يخرج عن ملكه إخراجاً

(1) «قول مطرف» زيادة من المتقى.

(2) في المتقى: «قد قيل».

(3) في العتق» ساقطة من المتقى.

(1) البقرة: 114.

(2) هذا الباب مقتبس من المتقى: 131/6 - 132.

(3) يقول أحمد بن مغيث في المقنع: 334 «هذا قول مالك وجميع أصحابه، وبه العمل، وعليه فتيا الشيخ».

مؤبداً، وإنما أخرجه إخراجاً مؤقتاً كالإجارة، وقد قال مالك: إنه إذا أعمره داراً ثم مات، إن لم يكن له عقب رجعت إليه⁽¹⁾.

ومن ذلك: صدقته على رجل حياته، فقال عبد الملك: ترجع إلى ربها بملكها، أو إلى ورثته ميراثاً.

وأما الحبس المؤبد، فقد قال مالك: يرجع إلى أولى الناس ممن⁽¹⁾ حبسه حبساً عليهم.

وروجه ذلك: أنه لما اقتضى التأبيد لم يرجع عليه. قال ابن كنانة: لأنه رجوع في الصدقة فلم يكن له وجه معين يرجع إليه، فرجع إلى أحق الناس بالمحبس⁽²⁾، وذلك أول وجه ينصرف إليه، لما يجتمع فيه من الصلة وسد خلة الفقراء.

مسألة⁽²⁾:

قال الإمام: والمشهور اليوم عند الناس أنه إذا انقطع العقب في العُمري، رجعت إلى أقرب الناس بالمعتمر.

وقال سائر الفقهاء: ترجع إلى بيت المال كسائر الموارث.

وتعلقوا بظاهر الحديث، وهو قوله⁽³⁾: «لَا تَرْجِعْ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا وَلَا سِيمَا بزيادة مالك⁽⁴⁾» في قوله: «أبداً» وهذا قطع محض، وقد تكلم العلماء على ذلك دليلاً وسؤالاً وجواباً بكلام طويل نسرده في هذه العاجلة إن شاء الله.

(1) ج: «لمن»، المتقى: «ممن».

(2) في المتقى: «بالحبس».

(1) عبارة الباجي: «فيمن أعمار داراً أو خادماً لفلان وعقبه ما عاشوا، ولم يقل مرجعها إليه ولا إلى وجه ذكره، فإنها ترجع إليه كما لو اشترطه».

وروجه ذلك: أن منافعه لم يملكها مؤبداً، وإنما أخرج منها شيئاً مؤقتاً على غير لفظ القرية التي تقتضي التأبيد، فبقي الباقي على ملكه.

(2) انظرها في القيس: 3/942 - 943.

(3) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2200) رواية يحيى.

(4) في رواية يحيى.

كتاب الوصايا

الأصل في ذلك كتابُ الله، قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ الآية (1).

قال الإمام: وأدخل مالك (2) حديث ابن عمر؛ أن النبي ﷺ قال: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ بَيْتٌ لِنِئْتَيْنِ إِلَّا وَرِصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» الحديث.

قال (1) ابنُ وضاح: «مَكْتُوبَةٌ» ليس من كلام النبي ﷺ. قال الشيخ: جعلت من «الموطأ» المُدرَج في النقل.

الإسناد:

قال الإمام: وأحاديث الوصية كثيرة، أصولها أربعة:

الحديث الأول: ما تقدّم، حديث ابن عمر.

الحديث الثاني: عبد الله بن أبي أوفى، قيل له: هل أوصى رسول الله ﷺ؟ قال: لا. قيل: فكيف كتبت الوصية؟ قال: أوصى بكتاب الله (3).

الثالث: حديث سعد بن أبي وقاص: «الثلث، والثلث كثير» وهو حديث صحيح

(1) هذه الفقرة ساقطة من: م، وهي تلقى.

(1) البقرة: 180، وانظر أحكام القرآن: 1/69 - 74.

(2) في الموطأ (2214) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2988)، وسويد (305)، وابن القاسم (249)، ومحمد بن الحسن (734)، والقعنيبي عند الجوهري (698)، والطبائع عند أحمد: 2/113، والتبسي عند البخاري (2738)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح مشكل الآثار (3630).

(3) أخرجه البخاري (2740)، ومسلم (1634).

مَتَّقْ عَلَيْهِ (1).

الرُّابِع: حديثُ أَبِي أُسَامَةَ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، لَا وَصِيَّةَ لِرِثٍ» خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ (2) وَالتِّرْمِذِيُّ (3).

العربيَّة (4):

والوصيَّة في اللُّغة: عبارةٌ عن كلِّ قولٍ يُلقِيه أحدهما إلى الآخر ليعمَلَ به، وهو مخصوصٌ في الغائبِ والميتِ، وَضَعَهُ اللَّهُ لِلْحَاجَةِ، إذ لا يَتَّفِقُ للمرءِ (1) كلُّ ما يريدُه أو يحتاجُه حاضراً، ولا بدُّ من التَّعاونِ بينِ حالَتِي العَيِّبَةِ والحُضُورِ فيما يختصُّ بالمُوصِي (2)، أو فيما يَخُصُّ بالمُوصَى إليه به أو فيه، أو ما يتعلَّقُ بالكلِّ، أو يَخُصُّ ثنتين منها (3) على التفصيلِ والتقسيمِ. وقد ذَكَرَها (4) اللَّهُ في كتابه في مواضع كثيرة.

مفاهية (5):

قال علماءنا: وللوصيَّة أحكام كثيرة بيَّناها في «كتب المسائل» أمثلها (6) خمسة (6):

الحُكْمُ الأوَّلُ: في وجوبها

واختلاف في ذلك: فذهب ذاهبون (7) إلى أنها واجبةٌ وجوب الأعيانِ، ويتعيَّن على

(1) في النسخ: «للمريد» والمثبت من القبس (ط. الأزهرى).

(2) في النسخ: «المريد» والمثبت من القبس: 496/3 (ط. الأزهرى).

(3) ج: «يختص بشيء منها».

(4) م، ف، : «ذَكَرَها»، ج: «ذَكَرَ» والمثبت من القبس.

(5) في القبس: «أمهاتها».

(1) أخرجه مالك (2219) رواية يحيى، والبخاري (1295)، ومسلم (1628).

(2) في سننه (2870 م).

(3) في جامعه الكبير (2120) وقال: «وهو حديث حسن».

(4) انظرها في القبس: 949/3.

(5) انظرها في القبس: 950/3.

(6) انظر الأحكام الأربعة منها في القبس: 950/3 - 952.

(7) منهم منذر بن سعيد البلوطي حيث قال: «على كلِّ مسلم أن يوصي إذا كان له مال، وذلك فرضٌ عليه... فالوصيَّة واجبة بنص القرآن» عن المقنع لابن مغيث: 298.

كُلُّ أَحَدٍ أَنْ يُوصِي بَعْدَ^(١) مَوْتِهِ إِخْوَانَهُ وَأَهْلَهُ وَمَنْ حَضَرَهُ، كَذَلِكَ فَعَلَّتِ الْأَنْبِيَاءُ، وَكَذَلِكَ فَعَلَ خَاتِمُهُمُ الْأَعْلَى. وَقَدْ ذَكَرَ اللَّهُ ذَلِكَ فِي كِتَابِهِ فِي آيَاتٍ كَثِيرَةٍ.

وَقَالَ آخَرُونَ: تَجِبُ الْوَصِيَّةُ إِذَا خَافَ الْمُوصِي الْفَوْتَ، كَدَيْنٍ^(٢) يَقْضِيهِ مِنْ حَقِّ اللَّهِ أَوْ حَقِّ الْعِبَادِ، وَإِلَيْهِ صَغَى الْفَقَهَاءُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَهُوَ الْمَرَادُ بِحَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ: «مَا حَقُّ أَمْرِيءِ مُسْلِمٍ» فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَقٌّ، لَمْ تَكُنِ الْوَصِيَّةُ عَلَيْهِ بِحَقٍّ.

فَأَمَّا الْآيَةُ، فَقَدْ ثَبِتَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الْأَمِيرَاتُ لِلْوَالِدِ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدِ، فَنَسَخَ اللَّهُ ذَلِكَ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ، فَأَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ^(١).

وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ مِنَ التَّابِعِينَ، وَإِسْحَاقُ بْنُ زَاهْوِيَةَ مِنَ الْفُقَهَاءِ: نَسَخَ اللَّهُ ذَلِكَ فِي الْوَالِدَيْنِ، وَبَقِيَ الْوَجُوبُ فِي الْأَقْرَبِينَ، حَتَّى قَالَ الْحَسَنُ وَطَاوُسُ: إِنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِثُلُثٍ لِأَجْنَبِيٍّ لَرُدُّ ذَلِكَ إِلَى قَرَابَتِهِ^(٢)، وَهَذَا تَحَكُّمٌ مِنْهُمَا لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَيْهِ^(٣) لَضَعْفِهِ.

وَأَمَّا قَوْلُ سَعِيدٍ: إِنَّهَا بَاقِيَةٌ فِي الْأَقْرَبِينَ، فِيرُدُّهُ أَنَّ الصَّحَابَةَ مِنْ^(٤) الْخُلَفَاءِ إِلَى أَعْيَانِ الْفُقَهَاءِ قَبْلَ^(٥) أَنْ يَتَّعَدَّ الْحَالُ إِلَيْهِ، لَمْ يُوَصَّ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ^(٦). وَقَدْ قَالَ عِلْمَاؤُنَا: قَوْلُهُ: «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ»^(٣) مَحْمُولٌ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ بِمَجْهُولٍ، وَهُوَ مَقْدَارُ الْخَيْرِ، وَالْوَاجِبُ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَجْهُولٍ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْوَجُوبِ إِمْكَانَ الْفِعْلِ، وَلَا إِمْكَانَ مَعَ الْجَهَالَةِ.

(١) فِي الْقَبْسِ: «عِنْدَ».

(٢) فِي الْقَبْسِ: «لَدَيْنِ».

(٣) ف، ج: «لَيْسَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ»، وَفِي الْقَبْسِ: «لَيْسَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ يَغْنِي ذِكْرَهُ عَنِ الدَّلِيلِ».

(٤) م، ف، ج: «و» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٥) «قَبْلَ» زِيَادَةٌ مِنَ الْقَبْسِ.

(٦) م، ف، ج: «مِنْهُمَا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(١) أَخْرَجَهُ مَعَ اخْتِلَافٍ فِي الْأَلْفَاظِ الْبِخَارِيُّ (2747).

(٢) أَخْرَجَهُمَا الطَّبْرِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ: 117/2.

(٣) الْبَقْرَةُ: 180.

الحكم الثاني :

لَمَّا أَرْجَبَ اللَّهُ الْوَصِيَّةَ أَوْ نَدَبَ إِلَيْهَا، سَقَطَ^(١) لَزْوْمُهَا وَجَازَ^(٢) فِي كُلِّ وَقْتٍ تَغْيِيرُهَا^(٣)، فَلَوْ كَانَتْ لَا تُغَيَّرُ لَمَا كَانَتْ لِأَحَدٍ قُدْرَةٌ عَلَى أَنْ يُبَادِرَ إِلَيْهَا، مَخَافَةَ أَنْ يَبْقَى حَيًّا وَيَلْزِمُهُ عَقْدُهَا، حَتَّى إِنَّهُ جَوَّزَ فِيهَا تَبْدِيلَ مَا لَا يُبَدَّلُ وَهُوَ الْعِتْقُ، وَكُلُّ شَيْءٍ يُفْعَلُ لِلْمَرْءِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِ. وَكُلُّ شَيْءٍ يُنْفِذُ فِي صِحَّتِهِ، يَلْزِمُهُ. وَكُلُّ مَا يَفْعَلُهُ فِي مَرَضِهِ، لَهُ تَغْيِيرُهُ^(٤). - كَمَا قُلْنَا - إِلَّا الْعِتْقَ الْمُبْتَلَّ وَالْمَدْبُرَّ. وَسَتَرَى ذَلِكَ مَبِينًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ فِي «كِتَابِ الْعِتْقِ».

الحكم الثالث :

إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا مَلَكَ الْأَمْوَالَ لِلخَلْقِ، وَعَلِمَ أَنَّهُمْ عَلَى قَسَمَيْنِ: مِنْهُمْ مَنْ يَحْفَظُ الْمَالَ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُهْمِلُهُ، فَشَرَعَ الْحَجَرَ عَلَى مَنْ أَهْمَلَهُ مِنْ صَغِيرٍ أَوْ مُصَابٍ، أَوْ ضَعِيفٍ أَوْ سَفِيهِ، وَقَبَضَ أَيْدِيَهُمْ عَنِ الْأَمْوَالِ، وَأَلْعَى مَا يَصْدُرُ عَنْهُمْ^(٥) فِيهَا مِنَ الْأَقْوَالِ، إِبْقَاءً عَلَيْهِمْ وَرَحْمَةً لَهُمْ، إِلَّا أَنْ يُوضُوا، فَمَنْ أَوْصَى مِنْهُمْ تَقَدَّتْ وَصِيَّتُهُ؛ لِأَنَّهَا ظَاهِرَةٌ فِي وَقْتٍ لَا يُتَوَقَّعُ عَلَيْهِ فِسَادٌ فِي مَالِهِ وَلَا حَاجَةٌ فِي حَالِهِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ مُمَيِّزًا يَعْقِلُ مَا يُوصِي بِهِ، وَيَتَكَلَّمُ عَنْ فَهْمِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقُولَ. وَعَلَى هَذَا جَاءَ قَضَاءُ عَمْرٍ، وَعَلَيْهِ حَمَلُ^(٥) الْمَجْنُونِ فِي حَالِ الْإِفَاقَةِ.

الحكم الرابع :

مَحَلُّ الْوَصِيَّةِ الثَّلْثُ لِلصَّحِيحِ وَالْمَرِيضِ، لِحَدِيثِ^(٦) سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ: «الثَّلْثُ وَالثَّلْثُ كَثِيرٌ»^(١) وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِيهِ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَاكُمْ ثَلْثَ أَمْوَالِكُمْ

(١) فِي الْقَبْسِ: «أَسْقَطَ . . . وَأَجَازَ».

(٢) م، ف، ج: «تَغْيِيرُهَا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٣) م، ف، ج: «تَغْيِيرُهُ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٤) م، ف، ج: «عَنْهَا» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

(٥) فِي الْقَبْسِ: «يَحْمَلُ».

(٦) م، ف، ج: «بِحَدِيثِ» وَالْمَثْبُتُ مِنَ الْقَبْسِ.

في آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ»⁽¹⁾ وهذا الحديث وإن لم يكن صحيحًا، فإنَّ معناه صحيحٌ، يُصَدِّقُهُ حَدِيثُ سَعْدِ الَّذِي اقْتَضَى بظاهره تعليقَ حَقِّ الوَرَثَةِ بِمَالِ المَرِيضِ، وَخَلَّصَ لَهُ التُّلْكَ لِحَاجَاتِهِ وَاسْتِدَارَكَاتِهِ.

وفي الحديث الصحيح عن أبي هريرة، قال: سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: «أَنْ تَتَّصِدَّقَ وَأَنْتَ صَاحِبُ شَيْءٍ، تَأْمَلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ، وَلَا تُنْهَلُ حَتَّى إِذَا بَلَغْتَ الْحُلُقُومَ، قُلْتَ: لِفُلَانٍ كَذَا، وَلِفُلَانٍ كَذَا»⁽²⁾.

وَمَنْ فَاتَهُ الاستِدْرَاكُ فِي مَحَلِّ الاستِدْرَاكِ وَهُوَ التُّلْكَ، فَاخْتَلَفَ⁽³⁾ الْعُلَمَاءُ هَلْ يَلْزَمُ الْوَارِثُ أَنْ يُعْطِيَ عَنْهُ مَا فَرَطَ فِيهِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كُلُّ مَا فَرَطَ فِيهِ مِنْ حَقِّ مَالِي⁽⁴⁾ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَهُوَ قَوْلٌ ضَعِيفٌ⁽⁵⁾ لَمْ يَجْزُ لَهُ إِجْمَاعًا⁽⁶⁾؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ الْإِخْرَاجَ وَمَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ تَعْوِيلٌ عَلَى أَنْ يَتَمَتَّعَ بِهِ فِي الدُّنْيَا، وَيُفَوِّتَهُ وَرَثَتَهُ فِي الْآخِرَى. هَذَا مَقْصِدٌ لَا يَجُوزُ لَهُ مَسْلَمٌ يَفْهَمُ حَقِيقَةَ الشَّرْعِ.

الحكم الخامس⁽⁴⁾: في كيفية الوصية

رُوي⁽⁵⁾ أَنَّ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ كَانَتْ تُوصِي بِهَذَا، وَإِنْ كَانَ السَّلْفُ يُوصُونَ بِهِ: فَلَا يُشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَيُوصِي مَنْ تَرَكَ مِنْ أَهْلِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ وَإِصْلَاحِ ذَاتِ بَيْنِهِمْ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ، وَيُوصِي بِمَا أَوْصَى بِهِ إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبَ.

(1) م، ف، ج: «واختلف» والمثبت من القبس.

(2) م، ف: «حق مال».

(3) في النسخ: «لم يوجد له إجماع» والمثبت من القبس.

(1) أخرجه الطبراني في مسند الشاميين (1613)، والمعجم الكبير (4129) من حديث خالد بن عبيد السلمي. قال الهيثمي في المجمع: 212/4 «وإسناده حسن» وقد روي من حديث أبي أمامة وأبي الدرداء وأبي هريرة، انظر تلخيص الحبير: 91/3. نصب الراية: 4/399-400.

(2) أخرجه البخاري (1419)، ومسلم (1032).

(3) تنمة الكلام كما في القبس: «لأنه قد صار بالمرض إلى حالة لو أراد أن يعطي فيها جميع ماله يجز له إجماعًا».

(4) هذا الحكم مقتبس من المتقى: 147/6.

(5) رواه ابن عون، كما نص على ذلك الباجي.

قيل لمالك: إِنَّ رَجُلًا كَتَبَ فِي وَصِيَّتِهِ: أَوْمِنَ بِالْقَدَرِ خَيْرَهُ وَشَرَّهُ، حُلُوهُ وَمُرَّهُ، قال: ما أرى هذا⁽¹⁾.

فرع⁽²⁾:

فمن كَتَبَ وَصِيَّتَهُ وَوُجِدَتْ فِي تَرْكِيَّتِهِ، وَعُرِفَ أَنَّهُ خَطَّهَ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ، قال مالك: لا تَثْبُتُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهَا، وَقَدْ يَكْتُبُ الرَّجُلُ فَلَا يَغْزِمُ، رواه ابنُ القاسم في «العُتْبِيَّة»⁽³⁾ و«المجموعة».

وقال ابن المَوَاز⁽⁴⁾: ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة، فليس بشيء حتى يقول: إنها وصية وإن ما فيها حق وإن لم يقرأها، وكذلك لو قرؤها وقالوا: نَشْهَدُ أَنَّهَا وَصِيَّتُكَ، فقال: نعم، أو قال برأسه نعم⁽¹⁾، ولم⁽²⁾ يتكلم، جاز.

الحكم السادس: في فرض الوصية

قال الإمام: الوصية على ضربين: فرض وسنة.

والفرض على ضربين: منسوخ إلى تحريم. ومتروك على حاله.

فأما «المنسوخ إلى التحريم» فقولُ الله تعالى في الكتاب ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾ الآية⁽⁵⁾، فنسخ قول النبي ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِرِوَارِثٍ».

وأما الثانية: فهي وصية بدين للأجبيين، ففرض عليه أن يوصي بذلك.

وهل يلزم إذا كانت لوارث أن يوصي؟

قلنا: نعم يلزمه؛ لأن الشافعي وأبا حنيفة يُجيزانها للوارث، وكذلك البخاري، ويحتجون بقوله: «أَحَقُّ مَا تَصَدَّقَ بِهِ الرَّجُلُ أَوَّلَ يَوْمٍ مِنَ الْآخِرَةِ وَأَخْرَ يَوْمٍ مِنَ الدُّنْيَا»⁽⁶⁾

(1) م، ف، ج: «أو برأسه» والمثبت من المتقى.

(2) ج: «وإن لم».

(1) قاله أشهب عن مالك في «المجموعة» نص على ذلك الباجي.

(2) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 147/6.

(3) 473/12 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب أوله مرض وله أم ولد فحاضت.

(4) عن أشهب، كما نص على ذلك الباجي.

(5) البقرة: 180، وانظر التاسخ والمنسوخ للمؤلف: 17/2، والأحكام الصغرى: 49/1.

(6) أورده البخاري في كتاب الوصايا (55)، باب قوله تعالى: ﴿مِنَ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يَوْمَ أُوذِيَ﴾ =

ويحملون الدين في الوصية على العموم، خلافاً لمالك.

وأما «النَّدْبُ» فقوله: «مَا حَقَّ امْرِئٌ مُسْلِمًا» فجاء الحديث بلفظِ التَّخْيِيرِ والوَعْظِ، ولأنه لو أُمِّي لم يُجَبَّرْ على الوصية.

واختلف الفقهاء في الوصية والصدقة في المرض أيهما أفضل؟

وَيُسْتَحَبُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، أَنْ يُوصِيَ بِتَقْوَى اللَّهِ وَلِزُومِ الْخَيْرِ أَهْلَ بَيْتِهِ وَمَنْ يَحْضُرُهُ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ.

فوائد حديث عبد الله بن عمر:

فيه⁽¹⁾⁽²⁾: النَّدْبُ إِلَى الْوَصِيَّةِ فِي التَّطَوُّعِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ دُيُونٌ، ففَرْضٌ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةُ بِهَا.

وفي هذا الحديث: أَنَّ الْوَصِيَّةَ نَافِذَةٌ وَإِنْ كَانَتْ عِنْدَ صَاحِبِهَا إِذَا لَمْ يَجْعَلْهَا عِنْدَ غَيْرِهِ ثُمَّ ارْتَجَعَهَا، لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَلَا لَا يَبْيِئَنَّ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ»⁽²⁾، وَقَوْلُهُ: «إِنَّ أُمَّيْ أَفْتَلَيْتُ نَفْسَهَا»⁽³⁾ يَعْنِي مَاتَتْ بَعْتَهُ.

وقال في حديث عمر⁽⁴⁾: إِنَّهُ قِيلَ لَهُ: «إِنَّ هَاهُنَا غُلَامًا يَفَاعَا»⁽²⁾، لَمْ يَخْتَلِمِ مِنْ عَسَانٍ... إِلَى آخِرِ الْحَدِيثِ.

فيه من الفقه: إِجَازَةُ وَصِيَّةٍ مِنْ لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمِ. وَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَابِ أَفْضَلُ مِنْهَا

(1) م، ف: «وهي قوله صدقة الحي على الميت فيه».

(2) م، ف، ج: «غلام يفاع» والمثبت من الموطأ.

[النساء: 11]، من قول الحسن. قال ابن حجر في فتح الباري: 375/5 «هذا أثر صحيح، رؤيناه بعلو في مسند الدارمي (3257) من طريق قتادة، قال: قال ابن سيرين، عن شريح: لا يجوز إقرار لوارث. قال: وقال الحسن: أحق ما جاز عليه عند موته أول يوم من أيام الآخرة، وآخر يوم من أيام الدنيا».

(1) هذه الفوائد مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/أ.

(2) أغرب المؤلف في ألفاظ الحديث، مع أنه عند البوني بلفظ الموطأ.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (2212) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3000)، وسويد (310)، والقعنبي عند الجوهرى (759).

(4) الذي أخرجه مالك في الموطأ (2216) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2992)، وسويد (305)، ومحمد بن الحسن (735)، وابن بكير عند البيهقي: 282/6.

للأجنبي^(١)؛ لأن عمر أمره أن يوصي لابنة عمه.

والغلام اليافع: الذي قد قارب الحلم^(٢).

وقيل: هو الذي ارتفع^(٣) شيئاً من^(٤) ثمان سنين ونحوها، وإنما اشتق اليافع من الأرض، وهو ما ارتفع من الأرض^(٥).

باب الوصية في الثلث لا تتعدى

قال في حديث سعد بن أبي وقاص، قال: جاءني رسول الله ﷺ يعوذني من وجم اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا» فقلت: فالشطر؟ قال: «لا» ثم قال رسول الله ﷺ: «الثلث، والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عائلة يتكفون الناس، وإنك لن تفيق نفقة تبتغي بها وجه الله، إلا أجزت، حتى ما تجعل في في امرأتك» قال: قلت يا رسول الله، أأخلف بعد أصحابي؟ فقال رسول الله ﷺ: «إنك لن تخلف، فتعمل عملاً صالحاً، إلا ازددت به درجة ورفعة، ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون، اللهم أمض لأصحابي هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم. لكن البائس سعد بن خولة»، يرثي له رسول الله ﷺ أن مات بمكة^(١).

الإسناد:

قال الإمام: الحديث صحيح متفق عليه.

(١) في تفسير الموطأ: «للأجبيين».

(٢) في تفسير الموطأ: «الاحتلام».

(٣) ف: «ارتجع»، ج: «ارتفع».

(٤) في تفسير الموطأ: «إلى».

(٥) في تفسير الموطأ: «ما ارتفع منها» وهي أسد.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (2219) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2995)، وسويد (307)، وابن القاسم (68)، ومحمد بن الحسن (736)، والقعنبي عند الجوهري (217)، والتنيسي عند البخاري (1090)، وابن بكير عند البيهقي: 268/6.

الفقه والفوائد المنثورة في هذا الحديث:

الفائدة الأولى⁽¹⁾:

فيه: أن المريض ليس له من ماله إلا الثلث في وصاياه.

الثانية⁽²⁾:

فيه: عيادة النبي ﷺ لأصحابه إذا مرضوا.

وزيارة المريض من البرِّ ومن القرب، يدلُّ على ذلك حديث البراء، قال: أمرنا

رسول الله ﷺ أن نتبع الجنائز، ونعود المريض، ونفسي السلام⁽³⁾.الثالثة⁽⁴⁾:قوله: «قَدْ بَلَّغَنِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى» فيه دليلٌ على جواز إخبار العليل⁽¹⁾⁽⁵⁾ ومايجده المرء، إذا لم يُرِدْ بذلك الشكوى والسخط، ويجوز⁽⁶⁾ إذا تسبب⁽²⁾ إلى المعافاة أوالمعافاة⁽⁷⁾، أو يُخبر به من يرجو بركته بدعائه.الرابعة⁽⁸⁾:فيه: أن مفهوم الخطاب يقوم مقام الخطاب، لقوله⁽³⁾: «ما ترى» ما نزل بي،

يعني: ما أصف لك.

الخامسة⁽⁹⁾:

فيه قوله: «لَا يَرْتُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي» أراد من الولد؛ لأنه كان له عصابة، فسكت عن

(1) م، ف، ج: «العلل» والمثبت من المتقى.

(2) م، ج: «نسبها»، ف: «ثبت فيه» والمثبت من المتقى.

(3) م، ف، ج: «بقوله» والمثبت من المتقى.

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبروني: 108/أ.

(2) الفقرة الأولى مقتبسة من المصدر السابق، والباقي مقتبس من المتقى: 156/6.

(3) أخرجه البخاري (5650)، ومسلم (2066).

(4) هذه الفائدة مقتبسة من المتقى: 156/6.

(5) أي إخبار المريض بشدة حاله.

(6) أي يجوز التشكي لا السخط؛ لأنه محبط للأجر.

(7) أي الاهتمام به.

(8) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبروني: 108/ب.

(9) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

ذلك لعلم السّامع، وكان هذا في آخر حياة رسول الله ﷺ، ففيه الرّدّ على مَنْ يقول بالرّدّ على الابنة، ألا ترى قول سعد: «وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتُهُ لِي» أراد أنّها لا تُحيط بالكلّ.

السادسة⁽¹⁾:

قوله: «عَالَةٌ» يريد فقراً، ومنه قوله تعالى: «وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى»⁽²⁾ وقد اختلف الناس في ذلك:

فقيل: غنى القلب.

وقيل: غنى الحسنات.

وقيل: غنى المال، أي أغناك بمال خديجة، على ما نُبيّه في «التفسير» في سورة والضحى⁽³⁾، إن شاء الله.

السابعة⁽⁴⁾:

قوله في الحديث: «أَخْلَفْتُ بَعْدَ أَضْحَابِي» يحتمل أن يريد: أخلف في مكّة بعد خروجهم إلى المدينة، وهذا يدلُّ على فضل المدينة.

وفيه: دليلٌ على أنّ الهجرة لم تنقطع⁽¹⁾ عمّن هاجر قبل الفتح، وإنّما جاء⁽²⁾: «لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ»⁽⁵⁾ على معنى: أنّ من⁽³⁾ لم يكن هاجر قبل ذلك أن يهاجر إلى المدينة فيقيم بها، والذي جاء في حديث صفوان؛ أنّ من مات ولم يهاجر هلك⁽⁶⁾، يقول: من لم يأت المدينة فيقيم مع النبي ﷺ، ولقوله تعالى: «وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَجِدْ فِي الْأَرْضِ

(1) في تفسير البوني: «أن حكم الهجرة لم ينقطع».

(2) في تفسير البوني: «والذي جاء».

(3) في تفسير الموطأ: «إنما معناه أنه ليس من».

(1) ما عدا الفقرة الأخيرة مقتبس من المصدر السابق.

(2) الضحى: 8.

(3) لعله يقصد كتاب أحكام القرآن، أو أمالي أنوار الفجر، أو كتاب التفسير من القبس.

(4) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ب، وانظر المستقى: 6/156.

(5) أخرجه البخاري (3080)، ومسلم (1864) من حديث عائشة.

(6) أخرجه مالك في الموطأ (2416) رواية يحيى.

(7) النساء: 100.

16* شرح موطأ مالك 6

والمهاجرة والمصارمة واحداً.

الثامنة⁽¹⁾:

قوله: «لَكِنَّ الْبَائِسُ سَعْدُ بْنُ خَوْلَةَ، يَزِيهِ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ» والبائس هو الفقير، وهو مشتق من البؤس⁽²⁾، وأراد به هاهنا التَّفَضُّص من الخير والفضل، والله أعلم.

وقوله: «يَزِيهِ» يقول: يتوجع، ومنه المراثي في الشعر، فتوجع له رسول الله ﷺ إذ⁽¹⁾ مات بمكة.

التاسعة⁽³⁾:

اتَّفَقَتِ الْأُمَّةُ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْثُلُثِ هُوَ الْمَعْمُولُ بِهَا الْيَوْمَ.

فإن قيل: قد روي عن عمر أنه أوصى بالربع، وأوصى أبو بكر - رضي الله عنه - بالخمس، وقال: رَضِيْتُ فِي وَصِيَّتِي مَا رَضِيَ اللَّهُ بِهِ لِنَفْسِهِ مِنَ الْغَنِيمَةِ⁽⁴⁾.

قلنا: إذا ثبت ذلك، فليس بمعمول به؛ لأنه قد اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ مَنْ لَهْ وَارِثٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ، لقوله: «وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» ولقوله: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ...» الحديث⁽⁵⁾، فثبت أن للورثة حق في مال المريض يمنع ما زاد على الثلث.

فرع⁽⁶⁾:

فإن لم يكن له وارث، فهل له أن يوصي بماله كله؟ فَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ⁽⁷⁾، وبه قال الشافعي⁽⁸⁾، وهو قول زيد بن ثابت.

(1) في تفسير البوني: «إن».

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ب.

(2) تنمة الكلام كما في تفسير البوني: «ويقال أيضاً لكل من نزلت به مصيبة بئس».

(3) انظر المتقى: 156/6 - 157.

(4) أخرجه عبد الرزاق (16363).

(5) الذي أخرجه مالك في الموطأ (2219) رواية يحيى. من حديث سعد بن أبي وقاص.

(6) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 156/6.

(7) والدليل على ما ذهب إليه المالكية: أن له من يعقل عنه، فلم يكن له أن يوصي بأكثر من الثلث، أصل ذلك من يرثه بنوه.

(8) انظر الحاوي الكبير: 195/8.

وجوز ذلك أبو حنيفة⁽¹⁾، وزوي ذلك عن ابن مسعود⁽²⁾ وعلي.

فرع آخر⁽³⁾:

إذا ثبت ذلك، فمن مات ولا وارث له، فقد زوى محمد عن ابن القاسم⁽⁴⁾: يتصدق بماله⁽¹⁾، إلا أن يكون الوالي يُجزيه⁽²⁾ في وجهه، كعمر بن عبد العزيز فليدفع إليه.

وكذلك من اعتق نصرانياً، فمات النصراني ولا وارث له، فليتصدق بماله ولا يجعله في بيت المال⁽⁵⁾.

ولو أوصى نصراني بماله للكنيسة، ففي «المُنبية»⁽⁶⁾ عن ابن القاسم؛ أنه يدفع إلى أساقفتهم ثلثه وثلثاه للمسلمين.

ووجه ذلك: أنه لم يكن له وارث فماله للمسلمين، فالحكم في تركته بين المسلمين وبين الناظر في الكنيسة، فيجري على حكم الإسلام، فلا تجوز له وصية في أكثر من ثلثه.

العاشرة:

وإذا أوصى الرجل بأمته أن تعتق على ألا تزوج، ثم مات، فقالت: لا أتزوج، فإنها تعتق من ثلثه، فإن تزوجت بعد ذلك لم يبطل ذلك وصيتها، من قبل أن عتقها قد وجب، وهو قول أبي ثور والأوزاعي والليث بن سعد وأهل الرأي، وبه أقول. واختلف العلماء في الرجل يوصي لأمّ الولد بألف درهم على ألا تزوج، أو قال:

(1) في المنتقى: «بما ترك».

(2) م: «يخرجه».

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 53/5، والمبسوط: 121/28.

(2) أخرجه عبد الرزاق (16374).

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 157/6.

(4) رواه محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم.

(5) وجه ذلك: أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر، فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر، ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر.

(6) 326/13 في سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم في كتاب الوصايا.

إن لم تتزوج، أو على أن تثبت مع ولدي، فقبلت وفعلت بما اشترط عليها بعد موته، فإن الوصية لها من ثلثه. فإن تزوجت بعد ذلك لم تبطل وصيتها في قول أصحاب الرأي. وقال أبو ثور: يرجع عليها بالوصية.

فرع:

وإذا أوصى الرجل بعقبي عبده على ألا يفارق ولده، وعليه دين يحيط بماله، بطلت وصيته ويبيع في الدين، فإن أعتقه الورثة لم يُجزىء عنهم.

فرع:

الرجل يوصي بوصية بعد وصية، فقالت طائفة: ينفذان جميعاً إن لم يكن رجوع عن الأول، وهو قول مالك⁽¹⁾ والشافعي وزبيدة وإسحاق وأحمد.

الحادية عشر:

أن للرجل أن يرجع في جميع ما يوصي به إلا العتق فإنهم اختلفوا فيه: فروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: يُغَيَّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنَ الْوَصِيَّةِ⁽²⁾، وبه قال عطاء والزهرري وقتادة ومالك والشافعي⁽³⁾. وقال⁽¹⁾ أحمد وإسحاق، إلا التدبير في قول مالك.

وقالت طائفة: يُغَيَّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِلَّا الْعِتَاقَةَ، وعلى هذا جمهور أهل العلم.

وقالت طائفة: لا تجوز وصية الصبي حتى يبلغ، ولا تجوز وصية الأحمق والمؤنسوس، وهو مذهب مالك.

وأوقف إياس بن معاوية وصية الصبي والمجنون.

وأما وصية الأسير فلا تجوز إلا في الثلث، وبه قال أحمد وإسحاق وسفيان الثوري، والفروع كثيرة جداً، لبابها ما سردناه عليكم.

(١) لعل الصواب: «وقاله».

(١) في المدونة: 70/15 (ط. النجار) في الرجل يوصي للرجل بالوصية.

(٢) أخرجه البيهقي: 281/6.

(٣) انظر الحاوي الكبير: 309/8.

باب ما جاء في المؤنث من الرجال

قال الإمام: ذكر مالك⁽¹⁾ حديث المَخْنَثِ الداخل على أم سلمة إلى آخر قوله في الحديث، وهو صحيح مُتَّفَقٌ عليه⁽²⁾.

قال الإمام⁽³⁾: هذا المؤنث اسمه هَيْت⁽⁴⁾، وكان مولى لعبد الله بن أبي أمية أخي أم سلمة، وكان يدخل على أزواج النبي ﷺ، وأرى⁽¹⁾ ذلك لقوله عالي: ﴿غَيْرِ أَوْلَى الْإِنِّيَةِ﴾ الآية⁽⁵⁾.

العربية:

قوله⁽⁶⁾: «أَنْ مُخْنَثًا» وهو المؤنث من الرجال وإن لم تُعْرَف فيه الفاحشة؛ لأن الخنث هي شدة التأنث في الخلق والفعل⁽⁷⁾.

وهو مأخوذ من تكسر الشيء، ومنه حديثه الآخر: أنه ﷺ نَهَى عَنِ اخْتِنَاثِ الْأَسْقِيَةِ⁽⁸⁾، وهو أن تكسر أفواه الأسقية ويشرب منها.

وكانت هيئة هذا المخنث: «مؤنث التغممة، يُشَبُّ المرأة في الخلق واللين والتكسر واللفظ واللفظ⁽²⁾ والفعل والعقل⁽⁹⁾».

(1) في المتنقى: «لا أرى».

(2) م، ف: «واللحظة»، ج: «والخطة» والمثبت من شرح غريب الموطأ لعبد الملك بن حبيب.

(1) في الموطأ (2229) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3017)، وسويد (311)، والقعنبي عند الجوهري (776)، وابن القاسم عند النسائي في الكبرى (9250)، والبزاز في غرائب مالك (96).

(2) أخرجه البخاري (4324)، ومسلم (2180).

(3) هذه الفقرة مقتبسة من المتنقى: 183/6.

(4) أخرجه ابن بشكوال في غوامض الأسماء المبهمة: 160/1.

(5) النور: 31.

(6) أي قول عروة في حديث الموطأ السابق ذكروه.

(7) هذا التفسير مقتبس من شرح غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 123.

(8) أخرجه البخاري (5625)، ومسلم (2023) من حديث أبي سعيد الخدري.

(9) ذكر هيئة المخنث اقتبسه المؤلف من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب، الورقة 123، وقال عبد الملك في آخره: «هكذا فسره لي ابن الماجشون».

الفوائد المتعلقة به والشرح:

وهي جمّة^(١):

الأولى^(١):

قوله: ﴿غَيْرِ أُولَى الْأَرْوَاحِ﴾ الآية^(٢)، قال عكرمة وأهل التفسير: هو المَخْنُثُ الَّذِي لَا يَقُومُ لَهُ، يَرِيدُ الْعَيْنِ.

وقيل: هو الشيخ الهرم، والخنثى، والمغتوه، والطفل، والعين.

وقال ابن عباس: هو الأحمق الذي لا حاجة له بالنساء^(٣)

وقال مجاهد: هو الذي يتبعك ليصيب من طعامك، ولا يريد النساء، ولا يهتبه إلا بطنه^(٤).

وقال ابن الكلبي: إنه^(٥) قال لعبد الله بن أبي أمية وهو عند النبي ﷺ في بيت أم سلمة: إِنْ افْتَتَحْتُمْ الطَّائِفَ فَعَلَيْكَ بَبَادِنَةَ بِنْتِ غِيلَانَ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ، مَعَ ثَغْرِ كَالْأَفْحُونَ، إِنْ قَعَدْتَ تَبْتُتُ^(٦)، وَإِنْ تَكَلَّمْتَ تَغَثْتُ، بَيْنَ رِجْلَيْهَا كَالْإِنَاءِ الْمَكْفُوءِ، وَرَسُولُ اللَّهِ يَسْمَعُ، فَقَالَ: «لَقَدْ غَلِغَلْتَ النَّظَرَ إِلَيْهَا يَا عَدُوَّ اللَّهِ» ثُمَّ أَجْلَاهُ إِلَى الْحَمَى، قَالَ: فَلَمَّا فُتِحَتِ الطَّائِفُ تَزَوَّجَهَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ فَوَلَدَتْ لَهُ بَرِيهَةَ، وَلَمَّا قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَوَلِيَ أَبُو بَكْرٍ كَلِمَهُ فِيهِ، فَأَبَى أَنْ يَزُدَّهُ، فَلَمَّا وَلِيَ عُمَرَ، قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ قَدْ ضَعْفَ وَكَبُرَ وَاحْتِاجٌ، فَأُذِنَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ كُلَّ جُمُعَةٍ فَيَسْأَلُ النَّاسَ ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى مَكَانِهِ^(٦).

(١) م، ج: «جملة».

(٢) ف، ج: «تبنت»، وفي أحكام القرآن: 1375/3 «إن جلست تبنت وإن قامت تبنت».

(١) هذه الفائدة مقتبسة من الممتقى: 183/6.

(٢) النور: 31، وانظر تفسير ابن أبي حاتم: 2578/8.

(٣) أخرجه الطبري في تفسيره: 122/18.

(٤) أخرجه الطبري في تفسيره: 122/18.

(٥) أي المخنث.

(٦) أورد هذا الحديث ابن عبد البر في الاستذكار: 63/23 - 64 وعزاه إلى ابن الكلبي والراقي، كما عزاه

ابن حجر في الفتح: 335/9 - 336 إلى ابن الكلبي أيضًا.

الثانية⁽¹⁾:

قال ابن وهب: يقول: «إِذَا أَقْبَلْتُ أَلَا تَرَى إِلَّا صَدْرَهَا وَمُلُوسَةَ بَطْنِهَا، لَا يَشْفُ مِنْهَا شَيْءٌ عَلَى شَيْءٍ»، وَإِذَا أَدْبَرْتُ تَبِينَ أَعْكَانُهَا مِنْ كِلَا الْجَانِبَيْنِ⁽²⁾» فَلَمَّا سَمِعَهُ النَّبِيُّ ﷺ يَصِفُ النِّسَاءَ، قَالَ: «لَا أَرَاهُمْ إِلَّا يَغْرِفُونَ النِّسَاءَ، لَا يَدْخُلُونَ عَلَيْكُنَّ».

وقال أهل⁽¹⁾ التفسير: إنما قال «بِثَمَانٍ» ولم يقل: «بشمانية»، وهي الأطراف، واجدُها طرفٌ وهو مُذَكَّرٌ؛ لأنه لم يقل: «ثمانية أطراف»، فلما جاء بلفظ الأطراف لم يجد بداً⁽²⁾ من التذكير، وهذا كقولهم: هذا الثوبُ سبعٌ في ثَمَانٍ⁽³⁾، فلم يذكر.

وقوله⁽⁴⁾: «تُقْبَلُ بِأَرْبَعٍ» يريد أعكائها؛ لأنَّ العُكْنَ هي أربع طرائق في بطنها، رواه حبيب عن مالك⁽⁵⁾.

وقوله: «وَإِنْ تَكَلَّمْتَ تَعَنَّتْ» يعني من العُنَّةِ وليس من الغِنَاءِ؛ لأنَّ العرب تقول من العُنَّةِ: تَعَنَّى الرَّجُلُ فِي كَلَامِهِ وَتَعَنَّى، وكما يقال من الظَّنِّ: تَظَنَّى وَتَظَنَّى. القائلة⁽⁶⁾:

قال علماؤنا: كان دخولُ هذا المُخَحَّثِ على النِّسَاءِ فِي عَزْوَةِ الطَّائِفِ بَعْدَ نَزُولِ الْحِجَابِ بِسِتِّينِ⁽³⁾، وَإِنَّمَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي ذَلِكَ لِكَوْنِهِ مِنْ أَوْلِي الإِزْبَةِ، وَلِلْحِجَابَةِ⁽⁴⁾ أَحْكَامٌ كَثِيرَةٌ، وَلَمْ يَفْرُدْ لَهَا عِلْمَاؤُنَا كِتَابًا وَلَا بَابًا مُسْتَوْفَى.

(1) في تفسير البوني: «قال بعض أهل».

(2) ف: «لم يكن بداً»، ف: «بدا».

(3) ف: «بسبع سنين».

(4) في النسخ: «ولحجته» والمثبت من القبس.

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 109/أ. ب.

(2) تنمة الكلام كما في تفسير الموطأ للبوني: «ومن كلا وركيها».

(3) تنمة الكلام كما في تفسير البوني: «والثمان يراد بها الأشبار».

(4) الشرح التالي مقتبس من المتقى: 183/6.

(5) نص على ذلك ابن حبيب في شرح غريب الموطأ: الورقة 124، وابن عبد البر في الاستذكار: 64/23،

وفي التمهيد: 271/22 - 272 «وحبيب كاتب مالك متروك الحديث، ضعيف عند جميعهم، لا يكتب حديثه، ولا يُنْتَفَعُ إِلَى مَا يَجِيءُ بِهِ».

(6) انظرها في القبس: 953/3 - 954.

الرابعة⁽¹⁾:

وأما «أولوا الإزبة» فعلى ضربين: ذؤوب محارم، وأجنيون.
فأما ذؤوب المحارم، فيجوز لهم الدخول على ذات محارمهم، والنظر إلى ما جرت به العادة بكشفه، كالوجه والشعر والعضدين⁽¹⁾.

وقد قال مالك في «الموازية»: لا بأس أن يرى شعر أم امرأته وامرأة أبيه، ولا بأس أن يقبل خد ابنته إذا قدم من سفره⁽²⁾. وأما أن يراها مجردة فلا يجوز ذلك.
وفي «العشبية» عن ابن القاسم عنه⁽³⁾: يستأذن على أمه وأخته، ولا يجوز أن يرى أمه عريانة.

وقيل في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾⁽⁴⁾ قيل: هو الوجه والكفان لأنها لا تستر⁽²⁾ في الصلاة⁽⁵⁾.

وأما أم الزوجة، فحوز مالك النظر إلى شعرها، ومنعه ابن جبير.
ودليلنا: أنها محرمة على التأيد، كالأم والأخت.

وأما من ليس بذئ منحرم، فلا يخلو أن يكون الوطء مباحا أو لا. فإن كان مباحا له، فهو الزوج والسيد، فإنه يجوز له أن ينظر إلى العورة وغيرها، وهي أيضا كذلك⁽⁶⁾.
ومن لا يباح له الوطء على ضربين: صغير، وكبير.
أما الصغير، فلا كلام فيه⁽⁷⁾.

(1) في المتقى: «والمعصمين». (2) ف: «لأنها تستر».

(1) هذه الفائدة مقتبسة من المتقى: 6/183 - 184.
(2) ووجه ذلك: أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها، انظر كتاب النظر في أحكام النظر لابن القطان الفاسي: 392.
(3) أي عن الإمام مالك.
(4) النور: 31.
(5) قال القاضي أبو إسحاق بن شعبان في تفسير الآية المذكورة: «الظاهر أنه يريد الوجه والكفين؛ لأن المرأة يجب عليها أن تستر منها في الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القريباء، وليس يجوز لها أن تظهر في الصلاة إلا وجهها وكفيها، وفي ذلك دليل على أنه لا يجوز للقريب أن يروا منها ذلك، والله أعلم بما أراد». عن المتقى: 6/183.
(6) أي تنظر هي منه إلى مثل ذلك.
(7) فيجوز نظره لها.

وأما الكبير، فعلى ضربين: خَصِيٍّ وَفَحْلٍ.

فَأَمَّا الْخَصِيُّ: فلا يخلو أن يكون عبداً أو حرّاً، فإن كان عبداً لها، فلا بأس أن يدخل عليها، وهو المشهور، وأن ينظر إلى شعرها وأن يرى وجهها.
فَأَمَّا الْحَرْزُ مِنَ الْخَصِيَانِ، فكره مالك أن يدخل عليها عبداً كان أو غيره.
وأما الفحل، فعلى ضربين: عبدٌ أو حرٌّ. فالعبد لها لا بأس أن يراها على الوجه الذي تقدّم.

الخامسة⁽¹⁾:

قوله⁽²⁾: «فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِمًا» يقتضي أنه كان هنالك عند أمه، أو جدّته، ولعله كان عند جدّته زائراً، ولعلّ أمه كانت تزوّجت فانتقلت الحضانة إلى الجدّة.
وهنا الكلام على الحضانة، وأصل هذا: أنّ الفقهاء متفقون على أنّ الأمّ أحقّ بالحضانة ما لم تتزوّج.

وقد خرّج أبو داود في هذا الباب أحاديث: وذلك أنّ امرأة جاءت إلى النبيّ عليه السلام، فقالت له: يا رسول الله: هذا ابنتي، كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له جِواء، وإنّ أباه طلقني، ويريد أن يأخذَه مني، فقال لها النبيّ ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكِحِي»⁽³⁾.

وأنفق العلماء على ذلك؛ لأنّ الأدميّ محتاج⁽¹⁾ في صغره⁽²⁾ إلى الكفالة، محتاج⁽¹⁾ في كِبَرِهِ إلى النُصرة والولاية، والأمّ على الكفالة أقدر، فهي أولى به، وهو يأوي إليها إذا وجدها، والوالدة مهما عكفت على الولد كانت به أحقّ، فإذا دخل بها زوجها الثاني سقط حقّها بالنّصّ وبالمعنى، وهو أنّ الضّرر يلحق الولد باشتغالها بزوجها في حالة الكفالة، وتعرض ولد الغير معه للذلّة، فأزيل عنها لهذا.

(٢) «في صغره» زيادة من القيس.

(١) ج: «يحتاج».

(1) الفترتان الأولتان مقتبستان من المنتقى: 185/6، وانظر الباقي في القيس: 954-955.

(2) أي قول القاسم بن محمد في المرطأ (2330) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3016)، وسويد (311).

(3) أخرجه أبو داود (2276) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وانظر تخريجه في الصفحة اللاحقة، تعليق رقم: 5

نكتة أصولية⁽¹⁾:

واعلموا أنّ الموجود ههنا عمودان:

1 - أحدهما: عمود الأم، وقد قُضِيَ النبي^(*) بالوَلَدِ للخالة حسب ما تقدّم.

2 - فإن لم يكن عمود الأم، فالأب وأهله.

واختلفوا هل يقدّم؛ الأب على أهله لأنهم يستحقّون، أو يقدّم الأهل عليه لأنهم

أرفق به؟ والصحيح: أنّ الأب يقدّم لأنّه أنظر له، يرى حاله معه، فإن استقلّ بالكفاية⁽¹⁾، وإلا نقله إلى من يرى من أهله⁽²⁾.

واختلف العلماء هل الحضانة حقّ لله أم للحاضنة أم للولد؟

فقال⁽²⁾ مالك⁽³⁾: هو من حقوقها - يعني الأم - إن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته⁽³⁾.

قال عبد الوهّاب⁽⁴⁾: فإذا قلنا: إنّ من حقوقها، فلقوله: «أنتِ أحقّ به ما لم

تتكّجي»⁽⁵⁾.

ومن جهة المعنى: أنّه يلحقها بالتفرقة الضّرر، مع ما جُبلَ عليه النساء⁽⁴⁾ من

الإشفاق من ذلك والتّوجّع.

وإذا قلنا: إنّ حقّ له، فلأنّ الغرض حفظه، ولذلك يُؤخّذ منها إذا تزوّجت وإن

لحقها الضّرر بأخذه.

﴿﴾

(1) في النسخ: «بالكفالة» والمثبت من القيس.

(2) في القيس: «من أبداله» وفي نسخة من القيس: «أجداده».

(3) في المتقى: «فقد اختلف عن مالك في ذلك، فقال الشيخ أبو القاسم [ابن الجلاب] وهو الصواب.

(4) م، ف، ج: «الناس» والمثبت من المتقى.

(1) انظر القسم الأول هذه النكتة في القيس: 954/3 - 955.

(2) من هنا إلى آخر هذه النكتة الأصولية مقتبس من المتقى: 185/6.

(3) هذا القول هو لابن الجلاب في تفريره: 71/2.

(4) في المعونة: 940/2 وقد تصرّف الباجي في النص.

(5) أخرجه أحمد: 182/2، وأبو داود (2276)، والحاكم: 225/2 (ط. عطا) وقال: «هذا حديث صحيح

الإسناد ولم يخرجاه»، والبيهقي: 4/8 كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال

الهيثمي في المجمع: 323/4 «رواه أحمد ورجاله ثقات».

قال الإمام: والذي عندي: أن فيه حقًا لكل واحد منهما.

تفريع⁽¹⁾:

قال علماؤنا⁽²⁾: ونهاية الحضانة في قول مالك البلوغ في الذكور، ورأيت لابن وهب عن مالك: الإثغار.

وقال ابن الجلاب⁽³⁾: «حدّها الاحتلام، وقيل: الإثغار».

وأما في الإناث، فلا نعلم أنه اختلف قوله بأن لها الحضانة إلى أن يدخل بها زوجها، إلا أن يكون موضع أبيها أخرز لها.

وقال أبو حنيفة⁽⁴⁾: إن كانت أنثى فحتى تبلغ، وإن كان ذكرًا فحتى يستغني عن يحضنه ويقوم بنفسه.

وقال الشافعي⁽⁵⁾: إذا بلغ سبع سنين أو ثمانية خير بين أبويه.

وقد احتج علماؤنا بقوله: «هُوَ حَقٌّ لَكَ مَا لَمْ تَنْكِحِي» وهذا الحديث ليس إسناده مما يحتج به، ولا في هذا الباب شيء يُعْتَمَدُ عليه.

ووجه ذلك: أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه، والأم أشفق عليه وأصبر على خدمته، فكانت أحق به حتى يبلغ، وهو الحد الذي يقوى فيه ويستقل بنفسه.

فروع⁽⁶⁾:

ولا يُمنع الولد من الاختلاف لأبيه يعلمه ويأوي إلى أمه، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

(1) هذا التفريع مقتبس من المتقى: 185/6 - 186.

(2) المقصود هو الإمام الباجي.

(3) في التفريع: 72/2 بنحوه.

(4) انظر مختصر الطحاري: 226، والمبسوط: 171/16.

(5) انظر الأم: 316/10 (ط. قتيبة)، ومختصر خلافيات البيهقي: 320/4.

(6) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 186/6.

فرع (1)(1):

وإن شكك الأب ضياع نفقته^(٢) وأراد أن يطعمه، فله ذلك، ولكن يأوي إلى أمه أو خالته⁽²⁾.

فرع (3):

فإذا ثبت أن حضانتها تبطل بدخول الزوج بها، فإنها تنتقل إلى أقرب النساء بالضبي، ويتقل ذلك بتزوج^(٣) الأم.

ولا يخلو أن يكون الولد ذكرًا أو أنثى، فإن كان ذكرًا فإنه ينتقل إلى من له حق في الحضانة من أنثى أو ذكر، قال محمد^(٤): مثل الوصي ومولى النعمة، ومولى النعمة أحق من الأم^(٥) إذا تزوجت. وقال مالك^(٦): الأولياء أحق بالحضانة إذا تزوجت؛ لأن الأولياء هم العصبة.

وإن كانت أنثى، فقال مالك في «الموازية»: العم والجدة⁽⁴⁾، وأما الوصي، فإن كان ذا محرم، فهو أحق من الجدة، وإن لم يكن ذا محرم، فقد^(٧) قال مالك * في «الموازية»:

(١) م، ف، ج: «قال» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «ضياعته» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «بتزويج» والمثبت من المنتقى.

(٤) ج: «مالك».

(٥) م، ف، ج: «الأخ» وهو نصيف، والمثبت من المنتقى.

(٦) «قال مالك» زيادة على نص المنتقى.

(٧) «فقد» زيادة من المنتقى.

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 186/6.

(2) اختصر المؤلف - رحمه الله - هذا الفرع اختصارًا استبهم معه المعنى، ونرى من المستحسن إيراد كما جاء في المنتقى: «... وأراد أن يطعمه، فقد كتب سحنون إلى شجرة في الخالة تجب لها الحضانة فيقول الأب: يكون ولدي لعلمي وأطعمه، فإن الخالة تأكل ما أوزقهم، وهي مكذبة، أن للاب أن يطعمه ويعلمه، وتكون الحضانة للخالة، فجعل الحضانة أن يأوي إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته».

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 187/6.

(4) أي أن للعم والجدة أخذ الضبية إذا نكحت أمها.

كونها مع زوج أمها أولى؛ لأنه ذو محرم. وقال أصبغ*⁽¹⁾: إذا تزوجت فالوصي أحق به غلامًا كان أو أنثى.

فرع⁽¹⁾:

فإن لم تكن جدّة، أزيلت الحضانة عنها بالنكاح، والظاهر من المذهب أنها تنتقل عنها إلى الخالة. وقال محمد عن مالك⁽²⁾: إن الأب أحق من الخالة. قال أصبغ: وليس هذا بشيء. وقول مالك المعروف أن الخالة أحق.

ووجه الأول: ما روي عنه عليه السلام أنه قضى بالحضانة في ابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها، وهي زوج جعفر بن أبي طالب، وقال: «الخالة أم»⁽³⁾.

وخالة الأم كالخالة، قاله مالك في «الموازاة» وقال في «المدونة»⁽⁴⁾: الخالة أحق من الجدّة.

فرع⁽⁵⁾:

وإذا عدم النساء، فالأب والأخ⁽²⁾، ثم الجدّ، ثم ابن الأخ، ثم العم. وقال محمد: والوصي ومولى التّعمة أولى من الأم إذا تزوجت. وقال في «المدونة»⁽⁶⁾: مولى التّعمة من الأولياء، وموالي العتاقة وابن العم من الأولياء، وكذلك العصبّة، وإنما يستحق ذلك الأقرب فالأقرب.

(1) ما بين النجمتين زيادة من المنتقى يقتضيهما السياق.

(2) في المنتقى: «فإذا عدم النساء والأب ففي كتاب محمد: والأخ...».

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 188/6.

(2) الذي في المنتقى: «قال محمد: وروي عن مالك».

(3) أخرجه أبو داود (2280 م)، والنسائي في الكبرى (8579)، والحاكم: 4/382 (ط. عطا) وقال: «هذا

حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» كلهم من حديث عليّ.

(4) 244/2 في ما جاء في حضانة الأم.

(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 188/6.

(6) 246/2 في ما جاء في حضانة الأم.

فرع⁽¹⁾:

وهذا إذا كانت الحاضنة مع الأب في بلد واحد، أو فيما حُكِّمَ حكم البلد الواحد. وأما مع الاختلاف في المواضع، فالأبُ ومن له حق من الغصبة أولى، وفي هذا مسألتان: المسألة الأولى: فيمن استحق ذلك بافتراق الدارين. والثانية: في المسافة التي بها يحصل حكم الفراق.

*المسألة الأولى⁽²⁾:

فإذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد غير بلد سُكِنَتِ الأم يريد السكْنَى، فله أن يرتحل بولده معه، تزوجت الأم أم لم تتزوج، وإن كان إنمًا*⁽¹⁾ هو مسافرٌ يجيء ويذهب، فليس له أن يخرجهم عن الأم، قاله مالك: في «المُدونة»⁽³⁾. وقال في «الموازنة»: وإن كان يَرَضُّ ذَكَرًا كان أو أنثى. وكذلك لو كانوا كبارًا ما دام يقيم⁽²⁾. قال: وكذلك لو تزوج ببلد فولد له، ففارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به إلى حيث شاء، ما لم يكن موضعًا قريبًا لا ينقطع بغيبته خبرهم.

ووجه ذلك: أن كونهم مع أبيهم أحوط وأثبت للنسب.

فرع:

قال⁽⁴⁾: «والوصي في ذلك بمنزلة الأب، إذا⁽⁵⁾ ارتحل فهو أحق بالصبيان، وليس لأحد منهم من إخوة أو أعمام.

ووجه ذلك: أنه الناظر لهم دُون الحاضنة، ومالهم عنده، فكان كالأب».

(1) ما بين التجمتين زيادة من المتقى يقتضيهما السياق.

(2) م: «بينهم»، ف، ج: «يليه» والمثبت من المتقى.

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 189/6.

(2) هذه المسألة بفروعها مقتبسة من المتقى: 189/6.

(3) 245/2 في ما جاء في حضانة الأم.

(4) أي الإمام الباجي في المتقى: 189/6.

(5) هذا القول هو لأضيق عن ابن القاسم كما نص على ذلك الباجي.

فرع⁽¹⁾:

والأولياء بمنزلة الأب في انتقالهم معه عن مكان الأم تزوجت أم لا، قاله مالك .
 ووجهه : أنهم عَصَبَةٌ .

فرع⁽²⁾:

وإن أرادت الأم الانتقال عن موضع الأب والعَصَبَةِ، لم يكن لها ذلك؛ لأنَّ مُفَارَقَةَ
 الطِّفْلِ عَصَبَتَهُ فِي الدَّارِ كَانْتِقَالَ الْعَصَبَةِ .

المسألة الثانية⁽³⁾ : في تقدير المسافة التي لا تأثير لها

فقال في «المدونة»⁽⁴⁾ : ليس لها أن ترتحل بهم إلاَّ البريد⁽⁵⁾ ونحوه حيث يبلغ⁽⁶⁾ .

وقال ابنُ القاسم في «الموازاة» : ليس لها أن ترتحل بهم إلاَّ مثل المرحلة والمرحلتين،
 وقاله مالك أيضًا .

وقيل⁽⁷⁾ : ليس للأب⁽¹⁾ أن يرتحل أكثر من ستة بُرُودٍ⁽⁸⁾⁽²⁾ .

وقال أشهب : ليس لها أن تنتقل به أكثر من ثلاثة بُرُودٍ .

فرع :

وهذا إذا كان الأب حرًا، فإن كان عبدًا لم يكن له أن يظعن⁽⁹⁾ به، سواء كانت أمه

حرّة أو أمة، قاله مالك في «المدونة»⁽¹⁰⁾ .

(1) م، ف، ج: «ليس لها وللأب» والمثبت من المنتقى .

(2) «برد» زيادة من المنتقى .

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى : 189 / 6 .

(2) هذا الفرع مقتبس من المصدر السابق .

(3) هذه المسألة بفروعها مقتبسة من المنتقى : 189 / 6 - 190 .

(4) 45 / 2 في ما جاء في حضانة الأم .

(5) البريد : المسافة بين كلِّ منزلتين من منازل الطريق، وهي أميال اختلفت في عددها .

(6) أي يبلغ الأب والأولياء خبرهم .

(7) قاله محمد بن المواز، نص على ذلك الباجي .

(8) ووجه هذا القول : أن ما دون ستة بُرُودٍ ليس له حكم السفر، وإنما له حكم الحضر كالبريد .

(9) أي يسير ويرتحل .

(10) 246 / 2 في ما جاء في حضانة الأم .

فرع:

وإن كان الأب حرًا والأم أمةً فعتق الابن، فالحضانة للأم، إلا أن تباع أو تنكح أو يظعن الأب، قاله مالك⁽¹⁾.

وأم الولد⁽²⁾ فهل⁽¹⁾ لها حضانة إذا أعتقت؟

قال⁽²⁾ ابن وهب⁽³⁾: لا حضانة لها.

وروى ابن القاسم في «الموازية» و «المُتَبَّية»⁽⁴⁾: أنها أحق بالحضانة كالحرة.

وقول ابن وهب عندي مبني على أن الرق يمنع ولاية الحضانة، ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه في الظن.

فرع:

فإن أعتقت على إن تركت⁽⁵⁾ حضانة ولدها؟

فقد روى عيسى عن ابن القاسم⁽³⁾ أنه يرد إليها، بخلاف الحرة تُصالح الزوج على تسليم الولد إليه لا يلزمه⁽⁴⁾.

وروى عنه أبو زيد؛ أن الشرط لازم كالحرة.

(1) «فهل» زيادة من المتقى.

(2) م، ف، ج: «وقال» ولعل الصواب إسقاط الواو.

(3) م، ف، ج: «روى عن ابن القاسم عن مالك» والمثبت من المتقى.

(4) في المتقى: «لأنه يلزمه».

(1) وجهه: أنه يلزم السيد إباحة مراعاة ولدها؛ لأنه كان عبده، فإذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه، ولا يفرق بينه وبينها لحق الرق. فإن كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق، فإن النكاح يبطلها، وكذلك إذا بيعت فإنه لا يلزم المشتري أن يؤويه معها.

(2) الموطوءة بملك اليمين.

(3) رواه عنه محمد بن المواز، نص على ذلك الباجي.

(4) 151 / 5 في سماع ابن القاسم من مالك، رواية سحنون، من كتاب أوله أخذ يشرب خمراً.

(5) كذا في النسخ، ولعل الصواب: «على أن ترك».

باب

جامع القضاء وكرهيته⁽¹⁾

قد تقدم الكلام في كتاب القضاء⁽²⁾ بما يُعني عن⁽¹⁾ إعادته لهنا، غير أن ولاية القضاء خلافة الله في أرضه، ونيابة عن رسوله في شرعته⁽²⁾، ومنزلة⁽³⁾ ذات خطرٍ مع ما فيها من الخطر، ولذلك خَوَّفَ النبي ﷺ منها كثيراً، فقال: «مَنْ جُعِلَ بَيْنَ النَّاسِ قَاضِيًا، فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ»⁽³⁾.

القضاء في حال العبيد⁽⁴⁾

اعلم أن العبد له شرف الآدمية، خلقه الله حياً ذراكاً، عاقلاً مُمَيِّزاً، فإذا آمنَ كَمَلَتْ درجته، بل في الحديث أنها زادت على درجة الحرِّ، لقوله: «ثَلَاثَةٌ يُؤْتَوْنَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ» فَذَكَرَهُ وَقَالَ: «عَبْدٌ أَدَّى حَقَّ اللَّهِ وَمَوَالِيهِ»⁽⁵⁾ وهذا حقٌّ مردُّه ربُّنا، لقوله ﷺ: «إِخْوَانُكُمْ خَوْلُكُمْ، مَلِكُكُمْ اللَّهُ رِقَابُهُمْ، أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ، وَامْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ» الحديث⁽⁶⁾. فأخبر النبي عليه السلام أن الأخوة والجِثَّةَ ثابتةٌ بين العبد وسيده، إلا أن درجته نقصت بملك الرقبة.

وحقيقة ذلك ومعناه: أن للعبد ذمَّةً، وذمُّه لا سلطانٌ للسيد عليها، والذمُّ معلومٌ، والذمَّةُ مجهولةٌ عند الناس. وقد بيَّنا ذلك في «مسائل الخلاف» وأنها عبارة عن كون العبد أهلاً للإيجاب والاستحباب، وفي «العبد التصرف والانتفاع» وهو حقٌّ للسيد، ثبت فيه⁽⁴⁾

(١) «عن» زيادة لستقيم السياق.

(٢) في القيس: «شرعه».

(٣) في القيس: «ومنزله».

(٤) في القيس: «له».

(1) انظره في القيس: 956/3.

(2) انظر صفحة: 210 وما بعدها من هذا الجزء.

(3) سبق تخريجه في التعليق رقم: 3، صفحة: 212 من هذا الجزء.

(4) انظره في القيس: 959/3.

(5) أخرجه البخاري (97)، ومسلم (154) من حديث أبي موسى الأشعري.

(6) أخرجه البخاري (30)، ومسلم (1661) من حديث أبي ذر الغفاري.

ثبوتاً رسخ فيه^(١) في الرقبة، وتمييز به عن عقد الإجارة الثابت في المنفعة.

فإذا فهم هذا، فكل ما كان من الحقوق يتعلّق بالمالية والمنفعة فهو للسيد، وكل ما كان من الحقوق يتعلّق بالدم والذمة فهو للعبد، إلا أنه ممنوع شرعاً أن يُلقَى^(٢) في دمه أو ذمته معنى يضرّ بالسيد في ماليته، فإن فعل، فعلى شك من القول الذي يمكن رده^(٣)، وما كان من الفعل الذي لا يمكن رده نَقْدًا^(٤) واستوفى حكمه، وإن تعدى إلى حقّ السيد لكون الأدمية والذموية والذمّية أصولاً^(٥)(١)، وعلى هذا النوع تتركب مسائل الفروع.

باب

القضاء في البيع الفاسد^(٢)

وهي مسألة عظيمة انفرد بها الشافعي^(٣) دون مالك وأبي حنيفة^(٤)، وقويّ عليهما فيها، فقال: إذا باع الرجل بيعاً فاسداً واتصل به القبض، فإنه يردّ في كلّ وقت^(٦) وعلى كلّ حال، لا يؤثر فيه عيب، ولا تمنع منه حوالة الأسواق، ولا يتوقف فيه بثمناً سلعة.

(١) في القبس «له» وفي القبس (ط. هجر) «به».

(٢) النسخ «يبقى» والمثبت من القبس.

(٣) في القبس: «... فإن فعل، فما كان من القول الذي يمكن رده بطل...».

(٤) م، ف، ج: «بعد» والمثبت من القبس.

(٥) «أصولاً» زيادة من القبس.

(٦) م: «وجه».

(١) تتمة الكلام كما في القبس: «والرقى فرغ، فظهرت الأصول إذا تعاضدت أحكامها بالفعل على حقّ السيد».

(٢) انظره في القبس: 955/3. وترجمة الباب كما هي في الموطأ: 317/2 «العيب في السلعة وضماتها» يقول ابن عاشور في كشف المعطى: 300 «كذا وقعت الترجمة في جميع الروايات، وقال ابن أبي الخصال عن أبي عمر: صواب هذه الترجمة: «باب الحكم في البيع الفاسد» في حاشية كتاب القاضي: هذه الترجمة لا يقتضيها ما في الباب، وإنما يجب أن تترجم: «الحكم في البيع الفاسد في السلعة وضماتها» اهـ من حاشية النسخة المقابلة على نسخة ابن بشكوال» اهـ.

(٣) انظر الحاوي الكبير: 245/5.

(٤) انظر مختصر الطحاوي: 85.

وإن دخل^(١) عليه عثق أو بيع صحيح نقض ذلك كله، ورجع كل ما دفع البائع والمبتاع إلى صاحبه؛ لأن كل ما ينبي^(٢) على غير قاعدة فهو وآه^(١). وهذا كلام لا غبار عليه ولا معارض له. وقد تكلمنا عليه معهم في «كتب المسائل والخلاف» فليُنظر هنالك.

(١) في القبس: «ترتب».

(٢) ف: «بني»، القبس: «انبي».

(١) تنمة الكلام كما في القبس: «وقد قال النبي ﷺ في الحديث الصحيح: من عمل عملاً ليس عليه أمرنا

فهو رد».

كتاب العتق

الترجمة والعربية:

قال ثعلب: يقال أعتق الغلام فهو مُعتَق، وَخُصَّتِ الرُّقْبَةُ بذلك لأنها تملك الجسد كله. ومعنى أعتقه: أي جعله عتيقاً، والعتيقُ الكريمُ، والعتيقُ من كلِّ شيءٍ: الكريمُ⁽¹⁾.
قال الإمام: فيه حديثُ ابنِ عُمَرَ⁽²⁾؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شِرْكَاءَهُ حِصَّتَهُمْ⁽¹⁾، وَعَتَقَ عَلَيْهِ⁽²⁾ الْعَبْدُ. وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».
وقد⁽³⁾ رُوِيَ من غير طريق ابنِ عمر: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ اسْتِشْعَابِ الْعَبْدِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ⁽⁴⁾»، فتعلَّقَ بذلك أهلُ العراقِ، وقالوا: إِنَّ جَمِيعَ الْعَبْدِ حُرٌّ وَيُسْتَسْقَى فِي قِيَمَةِ نَصِيبِ الَّذِي لَمْ يُعْتَقَ، ويقولون: إِنَّ قَوْلَهُ فِي الْحَدِيثِ: «فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» هُوَ مِنْ كَلَامٍ نَافِعٍ، وَلَيْسَ مِنَ الْحَدِيثِ وَلَا مِنْ لَفْظِ النَّبِيِّ⁽⁵⁾⁽³⁾.

(1) في الموطأ: «حصصهم».

(2) ف، ج: «عليهم».

(3) ﷺ

(1) انظر إصلاح المنطق لابن السكيت: 234، والزاهر لابن الأنباري: 188/2، والانتصاب لليفرني: 88/ب.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2240) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2240)، وسويد (420)، وابن القاسم (244)، ومحمد بن الحسن (840)، والقعني عند الجوهرى (699)، والشافعي في مسنده: 194، والطباع، وحماد بن خالد، عند أحمد: 1/56، 2/156، والتنيسي عند البخاري (2522)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1501)، وعثمان بن عمر عند ابن ماجه (2528)، وحماد بن مسعدة عند ابن الجارود (970)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 106/3.

(3) الكلام التالي مقتبس من تفسير الموطأ للبيوني: 113/ب.

(4) أخرجه البخاري (2527)، ومسلم (1503) من حديث أبي هريرة.

(5) تنمة الكلام كما في تفسير الموطأ «ويحتجون في ذلك؛ بأن أبا أيوب قال في الحديث: لا أدري أهو في الحديث أم من كلام نافع. وقال الشافعي: مالك أثبت في نافع من أيوب».

وقيل في لفظ: «وَالْأَسْتُسْعِي» من كلام قتادة؛ فإن صحَّ ذلك فعلى⁽¹⁾ التَّذْب، كما قال عز وجل: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا»⁽¹⁾.

وحديث ابن سيرين⁽²⁾؛ أن رجلاً في زمان⁽³⁾ رسول الله ﷺ أعتق عبيداً له سيئة عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق تلك تلك العبيد.

قال مالك: وبلغني أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم.

قال الإمام: هذا الحديث مُرْسَلٌ عند مالك⁽³⁾، وقد أسنده غير مالك⁽⁴⁾ فذكره عن

ابن سيرين عن عمران بن حصين، أن النبي ﷺ أقرع بينهم.

مقدمة⁽⁵⁾:

اعلموا أن العتق من أفضل الأعمال وأعظم القربات ثواباً، جعله الله مخلصاً⁽³⁾ للأرقاء⁽⁴⁾ الذين ابتلاهم به عقوبة، فمنَّ عليهم بالعتق بعد ذلك نعمة خلصهم بها، وأجر المترلين له⁽⁵⁾ عليه. والله تعالى عتقنا، فأقرب العبيد إليه من أعتق عبداً بين يديه. قال النبي عليه السلام: «مَا مِنْ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ يَعْتِقُ عَبْدًا مُسْلِمًا إِلَّا أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنَ النَّارِ حَتَّى الْفَرْجِ بِالْفَرْجِ»⁽⁶⁾ والآثار في فضيلة العتق كثيرة، بيأنها في «الكتاب

(1) في تفسير الموطأ: «فمعناه».

(2) ج: «زمن».

(3) ف: «مختصاً».

(4) في النسخ: «لرقاب» والمثبت من القبس.

(5) م، ف، ج: «به» والمثبت من القبس.

(1) النور: 33.

(2) في الموطأ (2244 رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2720، 2721)، وسويد (422)، وانظر تعليق بشاد عواد معروف على موطأ يحيى.

(3) يقول ابن عبد البر في التمهيد: 414/23 «هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، وغير واحد. وتابعه طائفة من رواة الموطأ. وروته أيضاً جماعة عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن غير واحد عن الحسن وابن سيرين مثله مرسلًا».

(4) انظر هذه الروايات المُسْتَدَّة في التمهيد: 414/23 - 421.

(5) انظرها في القبس: 961/3.

(6) أخرجه البخاري (6715)، ومسلم (1509) من حديث أبي هريرة.

الكبير» إن شاء الله .

الأصول⁽¹⁾ :

وللعِثق اسمان :

أحدهما : العتق .

والثاني : الحرية .

ولا خلافَ فيهما لكونهما صريحينَ غالبين في هذا الباب وَضَعًا وَعُرْفًا، ويلحق بهما قول الرَّجُل في عبده : هو لله .

والأصل في ذلك - أعني الحرية - معانٍ : منها حديث أبي هريرة في الصحيح حين هاجر إلى النبي ﷺ مع عبده فبلغَ إليه دونه⁽²⁾، فبينما هو مع النبي ﷺ إذ طلع عليهم العبدُ، فقال النبي ﷺ : «يا أبا هريرة، هاهو، فقال أبو هريرة : هُوَ حُرٌّ»⁽³⁾، وفي رواية : «هو لله»⁽⁴⁾.

والصحيح : أن قولَ القائل : «هو لله» ليس بصريحٍ ؛ لأنه يحتمل وجوهاً سوى العِثق، إلا أن يكون في سياق⁽¹⁾ الكلام ما يدلُّ عليه، ألا ترى أنه لو قال الرَّجُل في عبده : «هو حُرٌّ» وأشار إلى حُسن خُلُقِهِ لُقِبَ منه، حيث يدلُّ البساط⁽²⁾ عليه . وفي العِثق كنايةات كما فيه صرائح، وأشبهُ شيءٍ به في ذلك الطَّلاق، ومن كنياته قول القائل لعبده : «هذا ابني» واختلف العلماء في ذلك . فقال الشافعي⁽⁵⁾ : لا يكون حُرًّا وإن نَوَى العتق ؛ لأنه نية⁽³⁾ بغير⁽⁴⁾ لفظ .

(1) م، ج : «ساق» .

(2) ف : «النشاط» .

(3) في النسخ : «شبه» والمثبت من القبس .

(4) ج : «لغير» .

(1) انظر كلامه في الأصول في القبس : 961 / 3 - 962 .

(2) تنمّة الحديث كما في القبس : «وقال [أبو هريرة] : أبق مئي» .

(3) أخرجه البخاري (2531) .

(4) أخرجه البخاري (2532) .

(5) انظر الحاوي الكبير : 4 / 18 .

وقال أبو حنيفة⁽¹⁾: يكون عتقًا وإن كان العبدُ أكبر سنًا منه .

وتحقيقُ القولِ في المسألة وعمدتها؛ أن الأعمال بالثبوتات، وإنما يكفي من القول أدنى ما يقع به الفهم، ولذلك قامت الإشارة مقامَ العبارة، والكناية من القول مضافًا إلى الثبوت في الدلالة على المرادِ أبلغ من الإشارة .

الفقه في خمس مسائل :

المسألة الأولى⁽²⁾ :

قوله⁽³⁾: «مَنْ أَعْتَقَ شِفْصًا⁽⁴⁾ لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ⁽¹⁾» .

قال علماؤنا: قوله: «فِي عَبْدٍ» دليلٌ على أن الأمة في معناه في الحكم المبيّن فيه قبل النظر إلى علّة الحكم، أو اعتبار التّظهير بالتّظهير .

وظنّت طائفة من الجهلة أن الأمة إنما تبيّن منها هذا الحكم من قوله: «عَبْدٌ» والعبد لفظٌ ينطلق على الذّكر والأنثى، وهذا وإن كان يعضده⁽²⁾ الاشتقاق فلا تُسلم أنّه يقتضيه الإطلاق، وقد اتّفقت الأمة على أنّه لو قال: «عَبِيدِي أَحْرَارًا» لما دخل فيه الجوّاري .

المسألة الثانية⁽⁵⁾ :

قوله: «فَكَانَ لَهُ مَالٌ» بيانٌ أنّ الْمُعْتَقِينَ على ضربين: مُوسِرٌ ومُعْصِرٌ .

فأما «المُوسِرُ» فقد تبيّن حكمه .

وأما «المُعْصِرُ» فقد اختلف العلماء فيه :

فمنهم من قال: يبقى نصيبُ شريكه رقيقًا، وهم الأكثر .

ومنهم من قال: يُسْتَسْعَى العبدُ في قيمة سهم سيّده المتمسك بالرّق، قاله

(١) في القيس: «العبد» .

(٢) في القيس: «يعطيه» .

(1) انظر المبسوط: 66/7 .

(2) انظرها في القيس: 962/3 .

(3) في حديث الموطأ (2240) رواية يحيى .

(4) في الموطأ: «شِرْكًا» ولفظ «شقص» ورد في الصحيحين، وهو بمعنى التصيب .

(5) انظرها في القيس: 962/3 - 963 .

أبو حنيفة⁽¹⁾ وغيره. وتعلقوا بالأثر والنظر.

أما النظر: فهو الاعتبار بالكتابة⁽¹⁾، وهو مَقْطَعٌ ضَعِيفٌ؛ لأنَّ الكتابة⁽¹⁾ مخصوصة بحكمها، خارجة عن قواعد الشريعة بنفسها، وقد بيَّنا أنه لا يقاسُ على مخصوصٍ، ولا يقاسُ منصوص على منصوصٍ حسب ما تقدّم.

وأما الأثر: فرَوَى أبو هريرة عن النَّبِيِّ ﷺ الحديث بعينه إلى قوله: «عتق العبد» زاد بعده⁽²⁾: «وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ»⁽²⁾ هو من كلام الراوي.

المسألة الثالثة⁽³⁾:

قوله: «قَوْمٌ عَلَيْهِ» هو بيانٌ لحكم⁽³⁾ الشرع على الإطلاق، يتولاه نائب الشرع وخليفته إن اختلفوا.

وأما قوله: «قِيَمَةٌ عَدْلٍ» فقد قَدَمْنَا لَكُمْ العدل ومعناه، فخذوا فيه نكته، وذلك إذا قَوْمَهَا المتلف، ففي تقويمه تحريرٌ فَاتٌ علماءنا بيَّانه، وهو أَنَا نقول للمقوم: قَوْمُهُ مُشْتَرَى غير مبيع، ليقع الجبرُ لمن أتلف عليه على الكمال، وإلى هذا المعنى وقعت الإشارة بقوله: «قِيَمَةٌ عَدْلٍ» فافهموه.

المسألة الرابعة⁽⁴⁾:

قوله: «وَعَتَّقَ الْعَبْدَ» فاختلف العلماء، هل يعتق بنفس السراية أو بعد التقويم؟ وخرَجَ⁽⁴⁾ الشافعي⁽⁵⁾ قوله على أنه يعتق بنفس السراية، وهذا ضعيفٌ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال ما تقدّم، فشرط في نفوذ العتق اليسر والتقويم، لا سيما وفي الصحيح عن النَّبِيِّ ﷺ أنه

(1) م: «بالكناية... الكناية»

(2) «زاد بعده» زيادة من القيس.

(3) في النسخ: «بحكم» والمثبت من القيس.

(4) في القيس: «وجزم».

(1) انظر مختصر الطحاوي: 370، والمبسوط: 105/7.

(2) أخرجه البخاري (2492)، ومسلم (1503).

(3) انظرها في القيس: 964/3.

(4) انظرها في القيس: 965 - 964/3.

(5) انظر الحاوي الكبير: 4/18 - 5.

قال: «فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، ثُمَّ عَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ»^(١).

فإن قيل: أنتم لا تقولون بهذا الحديث؛ فإنه لو قَوْمَ عليه الحاكم نفذ العتق وإن لم يقبض الشركاء شيئاً، فقد تركتم ظاهر الحديث.

قلنا: المراد بالتقويم والإعطاء نفس التحصيل بتقدير الوجوب، لثلاً يفوت الرق على سيد العبد ولا يأخذ له عوضاً، فإذا وقع الحكم بالقيمة استقرت العوضيّة وتحقق الجبر، وصارت صورة القبض حينئذٍ لا معنى لها، والأحكام إنما تثبت بمعانيها لا بصورها. ولهذا قال علماؤنا: إنه يقوم العبد بكمال^(١) الرق لا مبعوضاً^(٢)، ولهذا قيل^(٣): إن التقويم حق العبد، فإذا اختار السيد العتق كان له. أما إنه قد اختلف علماؤنا فيما إذا رضي الشريك بالتقويم حالة العسر*^(٤)، فقال^(٥) محمد: ذلك له. وفي «الكتاب»: ليس له، وهو الأقوى من ظاهر^(٦) الحديث.

وكذلك اختلفوا أيضاً إذا كان الشريك بالخيار فاختار العتق، لم يكن له رجوع إلى التقويم، فإن اختار التقويم لم يكن له رجوع إلى العتق، لأجل حق الأول في الولاء. وقال الأكثر من علمائنا: له الرجوع إلى العتق؛ لأنه تصرف قبل الحكم.

وكذلك اختلفوا أيضاً^(٧) إذا كان العبد مسلماً والسادة كفاراً، هل يقضى بالتقويم أو لا؟ والصحيح^(٨) أنه^(٩) يقضى به؛ لأنه حكم بين كافر ومسلم.

(١) في القبس: «على أنه كامل».

(٢) ف: «متقضاً».

(٣) ف، ج: «قال»، وفي القبس: «قالوا».

(٤) ما بين التجمتين زيادة من القبس يقتضيها السياق، والراجح عندنا أنها سقطت من الأصول الخطية المعتمدة.

(٥) م، ف، ج: «قد قال» والمثبت من القبس.

(٦) م، ف، ج: «الأقوى وظاهر» والمثبت من القبس.

(٧) م، ج: «أيضاً اختلفوا».

(٨) م، ف، ج: «بالتقويم والأول الصحيح» والمثبت من القبس.

(٩) م، ج: «لأنه».

المسألة الخامسة⁽¹⁾:

قوله: «مَنْ أَعْتَقَ شِفْصًا» هذا⁽¹⁾ لفظ عامٌ في كلِّ مُعْتَقٍ، فإن كان مسلمًا لمسلمين فأعتق أحدهما حصته قَوْمٌ عليه⁽²⁾ الآخر⁽³⁾. وإن كان نصرانيًا لمسلمين فكذلك⁽²⁾، وكذلك إن كان مسلمًا لنصرانيين، قاله ابن الجلاب⁽³⁾، وحكاه عبد الوهاب⁽⁴⁾ عنه، وحكى عن المذهب نفي التقويم، قال⁽⁵⁾: «وجه ذلك: أن تكميل العتق من حقوق الله، والكفار لا يؤخذون⁽⁴⁾ بذلك. قال: وجه إيجاب التقويم: أن في تكميل العتق ثلاثة حقوق:

أحدها: لله.

والثاني: للشريك.

والثالث: للعبد.

فيجب على هذا أن يكمل على النصراني⁽⁵⁾ نصيبه⁽⁶⁾ من العبد المسلم؛ لأنه حكم بين نصراني ومسلم.

فرع⁽⁷⁾:

فإن كان العبد نصرانيًا لمسلم ونصراني، فأعتق المسلم حصته⁽⁶⁾، قومت عليه حصة النصراني.

(1) م، ف: «هو».

(2) م، ف، ج: «على» والمثبت من المنتقى.

(3) م: «الآخرين»، وفي المنتقى: «الباقى».

(4) م، ف: «يؤجرون».

(5) ج: «يكمل للنصراني».

(6) م، ج: «نصيبه».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 255/6 - 256.

(2) الذي في المنتقى: «... لمسلمين فأعتق أحدهما حصته، ففي الموازية وغيرها: يقوم على المعتق منهما، وكذلك...».

(3) انظر التفريع: 21/2.

(4) في المعونة: 1439/3.

(5) في المعونة: 1438/3 - 1439.

(6) أي على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم.

(7) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 256/6.

ولو أعتق النُّصراني حصّته، فقال ابنُ القاسم: لا يقوّم عليه؛ لأنّه لو كان جميعه للنُّصراني فأعتق جميعه أو بعضه لم يحكم عليه بعتقه، وبه قال سحنون. وقال غيره: يقوّم عليه.

ووجه ذلك: أنّه حكم بين مسلم ونصراني فجاز.

فرع⁽¹⁾:

ولو كان العبدُ لعبدٍ وحرٍّ، فأعتق العبدُ حصّته، ففي «الموازنة»: لا عتق له إلاّ بإذن السيّد، فإن أذن في ذلك قوّم في مال السيّد كان للعبد مالٌ أولاً. وكذلك لو كان بغير إذنه ثمّ أجاز، وقال سحنون: في «كتاب ابنه»: ويستوعب ذلك⁽²⁾ كلامٌ طويلٌ في الفروع أضربنا عنه.

باب الشروط في العتق

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى⁽³⁾:

قال علماؤنا⁽⁴⁾: معنى هذا الباب: أنّ من بتلّ عتق عبده⁽⁵⁾، فلا يجوز أن يشترط عليه عملاً؛ لأنّ ذلك بمنزلة أن يُبقي عليه شيئاً⁽¹⁾ من الرّق، وذلك مخالفٌ للمال يشترطه⁽²⁾ عليه. وقد قال محمّد عنه⁽⁶⁾ فيمن قال لعبده: أنت حرٌّ وعليك كذا، فلم

(1) ويمكن أن تُقرأ: «أن يبقى عليه شيء».

(2) في المتقى: «المشترط».

.....

(1) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 256/6.

(2) اختصر المؤلف هنا كلام الباجي، فاضطربت العبارة، ونصّ المتقى هو: «قال سحنون في كتاب ابنه: ويستوعب في ذلك مال السيّد وإن احتجج إلى بيع رقبة العبد».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 263/6.

(4) المراد هو الإمام الباجي.

(5) ويكون ذلك التبتيل معجلاً غير معلّي بأجل ولا عمل.

(6) أي عن الإمام مالك.

يرض العبد، فذلك له⁽¹⁾ وإن كره، وبه قال ابن وهب وابن القاسم وعبد الملك، وهو قول ابن شهاب.

وقال ابن المسيب: هو حرٌ ولا شيء عليه. قال ابن القاسم: وذلك أحب إلي.

فرع⁽¹⁾:

فإن شرط عليه عملاً، فإن كان قبل العتق لزم، قاله ابن القاسم. وأما إن كان بعد العتق، فقد قال ابن القاسم: إن قال له: أنت حرٌ واحمل هذا العمود، فهو حرٌ ولا شيء عليه وإن قدر على حمله. وكذلك إن قال: وأخدمني سنة، أو على ألا تفارقني، قال محمد: هو حرٌ وشرطه باطل⁽²⁾.

ووجهه: ما تقدم من استثناء الرق.

المسألة الثانية⁽³⁾:

فإذا ثبت ذلك، فإن لفظ: «أنت حرٌ عليك كذا» هو الممتق عليه من قول من يرى لزوم ذلك.

وأما قوله: أنت حر⁽²⁾ على أن عليك كذا، فقال ابن الماجشون: اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار.

وروى محمد⁽³⁾ عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد. وفرق بينهما وبين قوله: «أنت حرٌ على أن تؤذي إلي كذا وكذا» فقال: هذا لا يعتق حتى يؤذي.

ووجهه: أن الذي قال: «على أن عليك» قد علق العتق بشيء * يتعجل وهو ثبوت الذنن في ذمة العبد، والذي قال: «على أن تؤذي إلي» أو «على أن تعطيني» علق العتق

(1) في الممتق: «عليه».

(2) قوله: أنت حرٌ زيادة من الممتق.

(3) في الممتق: «ابن القاسم» وهو الصواب.

(1) هذا الفرع مقتبس من الممتق: 263/6.

(2) في هذه الفقرة زيادة في موضع واختصار في موضع آخر، ونرى من المستحسن إيرادها كما هي في الممتق: «وأما إن كان العمل بعد العتق، فقد قال ابن القاسم: إن قال لعبدك أنت حرٌ واخدمني سنة، فهو حرٌ ولا شيء عليه، وكذلك لو قال له: أنت حرٌ على أن لا تفارقني، قال محمد...».

(3) هذه المسألة مقتبسة من الممتق: 263/6 - 264.

بشيء*^(١) لا يوجد إلا بمعنى مستأنف، وربما تعجل^(٢) الأمد البعيد، وربما تعذر، فكان العتق يتأجل بتأجله.

المسألة الثالثة^(١):

فإن قال لأمتي: أنت حرّة على أن تُسليمي، فقد قال ابن حبيب عن أضحغ: إن أبث فلا حرّة لها، كقوله: إن شئت، وليس كقوله^(٣): أنت حرّة على أن تنكحي فلاناً، ثم تأتي، فإن العتق ماضٍ، والفرق بينهما: أنها رضيت بذلك، فبنفس العتق تكون مسلمة، كقوله: على أن عليك عشرة^(٢)، وقوله: على أن تنكحي، إنّما شرط عليها عملاً بعد تمام العقد يصح^(٤) أن يتأخر الزمن الطويل^(٣)، وهذا تأخر، فكان بمنزلة أن يشترط عليها عملاً أو خدمة.

باب

من أعتق رقيقاً لا يملك مالا غيرهم

الإسناد^(٤):

قال الإمام: هذا الحديث مُرْسَلٌ^(٥)، وقد أسنده مسلم^(٦) من رواية إسماعيل بن عُلَيْة، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أبي المهلب، عن عمران بن الحصين.

(١) ما بين التجمتين مستدرك من المتقى لسقوطه من الأصول المعتمدة.

(٢) م، ف، ج: «تأجل» والمثبت من المتقى.

(٣) «إن شئت وليس كقوله» زيادة من المتقى.

(٤) م: «فصح».

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 264/6.

(٢) أي عشرة دنانير.

(٣) وهو إباحة بعضها وقبول الزوج.

(٤) كلامه في الإسناد مقتبس من المتقى: 264/6.

(٥) سبق الكلام على الحديث صفحة: 501 والتعليق رقم: 2، وانظر الاستذكار: 136/23 - 139.

(٦) في صحيحه (1668).

الفقه في ثلاث مسائل :

المسألة الأولى⁽¹⁾ :

قال علماؤنا⁽²⁾ : تستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق في المرض⁽¹⁾ أو الوصية به في جملة⁽³⁾ يضيّق ثلثه عنهم، وكذلك في المجهولين من جملة⁽¹⁾ إذا كان في مرضه أو وصية. ولا يُسهم بين المدبرين في الصّحة؛ لأننا لا نعدو ما جاء فيه الخبر. ولفظ ما روى مالك : «أَعْتَقَ عَبْدًا⁽²⁾» ظاهره بتلّهم عند موته، وظاهر ذلك المرض، وإن كان يجوز أن يكون في الصّحة ويريد به القُرْبَة.

المسألة الثانية⁽⁴⁾ :

وأما الوصية بعتقهم، فلا خلاف في المذهب أنه يقرع بينهم. وأما إن بتلهم في المرض، فرَوَى مُحَمَّدٌ عن ابن القاسم؛ أنه يُقرع بينهم. وقال أَصْبَغُ والحارث : يعتق من كل واحدٍ بغير سهمٍ وإنما السهم في الوصية.

تبيين⁽⁵⁾ :

قال الإمام الحافظ : وإنما وجب الاختلاف في هذا، لإشكالٍ وقع في الحديث الثاني حديث الثقفى أنه أوصى بعتقهم، وهذا أسهم وأقرع بينهم⁽⁶⁾. فوجه الأول : أن العتق في المرض خارج من الثلث كالوصية.

(1) م، ف، ج: «الموصي» والمثبت من المنتقى.

(2) ف، ج: «عبدًا».

(1) الفقرة الأولى من هذه المسألة مقتبسة من المنتقى : 264 / 6 - 265.

(2) المراد هو الإمام الباجي.

(3) أي من جملة رقيق.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى : 265 / 6.

(5) هذا التبيين مقتبس من المنتقى : 265 / 6.

(6) العبارة كما وردت في المنتقى هي : «وإنما وجب الاختلاف في هذا لاختلاف لفظ الحديث، ففي حديث عبد الوهاب أن ما حكم فيه النبي ﷺ بالقرعة إنما كان في وصية الأنصاري يعتق ستة أعبد، ورَوَى إسماعيل بن عليّة وحماد بن زيد أنه أعتقهم عند موته، وذلك يحتمل إيقاع العتق بالقرب من وقت موته، وظاهره حال المرض، ويحتمل أن يريد به بعد موته».

وروجه الثاني: أنه عتق لا رجوع له فيه، كالعتق في الصحة.

وإذا قلنا: تُستعمل القرعة في العتق، فقد روي عن ابن نافع⁽¹⁾: لا يسهم بينهم إذا كان للمالك مال، وإنما ذلك إذا لم يكن له غيرهم⁽²⁾. وإنما أسهم النبي ﷺ بين السنة لأنه لم يكن له مال سواهم.

المسألة الثالثة⁽³⁾:

قال⁽⁴⁾: ومن أعتق في صحته، فقال مالك وابن القاسم: لا يسهم في عتق الصحة، ومعنى ذلك: أن يعتق جميع رقيقه في الصحة؛ لأن⁽⁵⁾ ذلك ينفذ.

مال العبد إذا أعتق

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «مَضَّتِ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ»: يريد أنه لا يكون له انتزاعه⁽⁷⁾ منه إذا أعتقه، ولم يستثن ماله ولا شيء منه؛ لأن لفظ العتق لم يتناول ماله، وإنما قوى ملكه له، بخلاف البيع فإنه وإن كان⁽²⁾ لا يتناول أيضًا إلا العبد دون ماله، فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله ما للأول، فكان الأول أحق به؛ لأن بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه، وذلك جائز له.

(١) م، ف، ج: «أن» والمثبت من المتقى.

(٢) م، ف، ج: «فإن كان» والمثبت من المتقى.

(1) هي رواية عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعمش عنه، نص على ذلك الباجي.

(2) في المتقى: «إذا كان للمالك شيء من مال. وأما السهمان إذا لم يكن للمالك إلا ذلك الرقيق فقط».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 266/6.

(4) القائل هو الإمام الباجي.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 267/6.

(6) أي قول ابن شهاب في الموطأ (2246) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2723)، وسويد

(423).

(7) أي لا يكون للسيد انتزاع مال العبد.

المسألة الثانية⁽¹⁾:

هذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية؛ لأن الوصية بالعتق عتق⁽²⁾.
وقال أشهب: ليس للوارث أو الورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل إنفاذ عتقه، إن كان العتق معجلاً. وإن كان مؤجلاً بعد الموت، فلهم انتزاعه ما لم يقرب الأجل، وبه قال محمد.

وقال ابن عبد الحكم: ليس لهم ذلك.

ووجه الأول: ما احتج به محمد؛ أنّ حكم الورثة حكم الموروث⁽¹⁾⁽³⁾.

باب

عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة

الفقه في خمس مسائل:

المسألة الأولى⁽⁴⁾:

قوله⁽⁵⁾: «لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا وَلَا يُورِثُهَا». هو كما قال، وعليه فقهاء الأمصار، وقد تقدّمت الإشارة إليه.

المسألة الثانية⁽⁶⁾:

وإذا أسلمت أم ولد الذمي، عرض عليه أن يُسَلِّمَ، فإن أسلم فهي على ما كانت، وإن لم يُسَلِّمَ ففي «الموازاة»: تعتق عليه بالحكم⁽²⁾، وهو قول مالك وأصحابه.

(1) م، ف، ج: «الوارث» والمثبت من المتقّى.

(2) م، ف، ج: «لا يحكم» والمثبت من المتقّى.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقّى: 267/6.

(2) فيلزم أن يتبع المال المعتق.

(3) فمن أعتق عبده إلى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل، فكذلك ورثة المعتق إلى أجل.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المتقّى: 268/6.

(5) أي قول عمر في الموطأ (2248) رواية يحيى، ورواه عن مالك (2728)، وسويد (424)، ومحمد بن الحسن (799).

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتقّى: 268/6.

وفي «كتاب ابن^(١) سحنون»: عن مالك في ذلك روايتان؛ قال: تُعتق، ثم قال: تُوقف إلى أن يموت أو يُسَلِّم، ثم رجع إلى العتق.

وزَوَى ابن حبيب عن ابنِ المَاجِسُون: إن أنفق عليها وقتت حتى يموت، أو يُسَلِّم فتكون أم ولد.

وقال ابن عبد الحَكَم: تُوقف حتى تحيض حيضة، فإن أسلم فيها وإلا عتقت.

ووجه القول الأول بتعجيل عتقها: أنه إنما له فيها الاستمتاع، فإذا حرم عليه عجل عتقها. ألا ترى^(٢) أن المَعْتَق إلى أجل إذا وهب سيده عتقه عجل^(٣) عتقه لَمَّا لم يبق له فيه تصرف.

ووجه القول الثاني: أنه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأييد، وإنما حرم بسبب يمكن زواله كما لو زُوِّجها.

المسألة الثالثة^(١):

وأما المرتد، فقال أشهب: قد عتقت أم ولده بالرُدَّة، فلا ترد إليه كفره زوجته.

وقال ابنُ القاسم: تحرم عليه بالرُدَّة، فإن تاب رجعت أم ولد له، وإن قتل عتقت، رواه محمد عنه.

ووجه^(٢) ما احتجَّ به: من قياسه على الطلاق.

ووجه الثاني: أنها ملك له فلا تزول برُدِّته، وإنما تبقى مراعاة كسائر رقيقه.

وقوله^(٣): «يَسْتَمْتَعُ بِهَا»^(٤) يدلُّ على أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع؛ لأن اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله، ولم يذكر أن^(٥) له استخدامها.

(١) «ابن» زيادة من المتقى.

(٢) في المتقى: «إلى أن يرى».

(٣) في المتقى: «إذا وهب سيده خدمته عجل».

(٤) م، ف، ج: «يستمتع أو ثمنها» والمثبت من المتقى.

(٥) «أن» زيادة من المتقى.

(١) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 6 / 268 - 269.

(٢) أي وجه قول أشهب.

(٣) أي قول عمر في الموطأ (2248) رواية يحيى.

*17 شرح موطأ مالك 6

وقال عبد الوهاب في «معونته»⁽¹⁾: «له استخدامها فيما يقرب».

وقال في «الإشراف»⁽²⁾: «ليس له إجازتها، خلافاً لأبي حنيفة»⁽³⁾ والشافعي⁽⁴⁾.

ودليلنا: أنه نوع من المعاوضة كان يملكه عليها قبل الاستيلاء⁽⁵⁾، فلم يملكه بعده⁽¹⁾ كييع رقبتهها.

المسألة الرابعة⁽⁶⁾:

قوله⁽⁷⁾: «فَضْرَبَهَا سَيْدُهَا بِتَارٍ» الإصابة بالنار على ضريين:

أحدهما: العَمْد.

والثاني: الخطأ.

أما «العَمْد» فمؤثر في إيجاب⁽²⁾ العتق.

وأما «الخطأ» فليس بمؤثر فيه.

وفي «العُشْبِيَّة»⁽⁸⁾ عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده بسوط في أمرٍ عتَبَ عليه فقفاً

عينه، قال: لا يُعْتَق عليه. قال: وإنما يعتق بما كان على وجه العَمْد، يريد أن يقصد فقه عينه. وأما إن ضربه فأخطأ فأصاب عينه، فلا يعتق عليه.

قال سحنون: ولو ضرب رأسه فنزل الماء في عَيْنَيْهِ، فليس بمثله يعتق بها.

ووجهه: ما قدّمناه⁽⁹⁾.

(1) م، ف، ج: «بعد» والمثبت من الإشراف والمعونة.

(2) في المتنق: «إيجاز».

(1) 1489/3.

(2) 315/2.

(3) انظر المبسوط: 62/7 - 63.

(4) انظر الحاوي الكبير: 320/18.

(5) أي قبل ثبوت حرمة الاستيلاء.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المتنق: 269/6.

(7) أي قول عمر في الموطأ (2249) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2729)، وسويد (424).

(8) 434/14 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب البيز.

(9) وهو أنه لم يقصد إلى ذلك، وإنما قصد الضرب فقط.

المسألة الخامسة⁽¹⁾:

وأما «العمد» وهو القصد إلى إتلاف عضو أو إحداث ما يتولد عنه الشين، فعلى ضربين:

1 - ضرب يبلغ به شيئًا فاحشًا، فهذا يعتق به عليه⁽²⁾.

2 - وإن لم يبلغ ذلك لم يعتق، وإنما يعتق باجتماع⁽¹⁾ أمرين: العمد، وبلوغ الشين الفاحش، قاله عيسى، ورواه محمد عن أشهب.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يعتق عليه في شيء من ذلك.

وتعلق أصحابنا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ مَثَلَ بِعَبْدِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ»⁽³⁾.

قال الإمام⁽⁴⁾: ولم أره من وجه صحيح.

وأما من جهة المعنى، قال عبد الوهّاب⁽⁵⁾: يعتق عليه زجرًا عن معاودة مثله، كالقاتل عمدًا يُمنع الميراث.

المسألة السادسة:

إذا ثبت العتق بالمثلة، فقد قال عبد الوهّاب⁽⁶⁾ في كيفية العتق روايتان:

إحدهما: أنه يقع بالمثلة⁽⁷⁾.

والثانية: لا يقع إلا بالحكم.

(1) م، ف، ج: «باحتراج» والمثبت من الممتق.

(1) هذه المسألة مقتبسة من الممتق: 269/6.

(2) أي على فاعله المالك له.

(3) ورد بهذا اللفظ في كتب الفقهاء، انظر على سبيل المثال: المعونة: 1445/3، ورواه ابن عدي في الكامل: 377/2، والحاكم: 409/4 (ط. عطا) بلفظ: «من مثل بعبده فهو حر» عن عمر عند ابن عدي، وعن ابن عمر عند الحاكم.

(4) الكلام هو للإمام الباجي.

(5) في المعونة: 1445/3.

(6) في المعونة: 1445/3.

(7) أي أنه يعتق عليه بنفس المثلة.

فرع⁽¹⁾:

فلو أبقَ العبدُ، فوسم في وجهه أو جبهته وكتب فيه أبقَ، فقال أشهب وابن وهب وأصْبَغ: يُعتَق عليه. قال أصْبَغ: فأما لو فعله في ذراعه أو باطن جَسَدِهِ، لم يعتق عليه. ومعنى ذلك: لما⁽¹⁾ في الوجه من التشويه البين، وأما في باطن الجسد فليس فيه شيء⁽²⁾.

فرع⁽³⁾:

ومن قطع يدَ عبده⁽²⁾ أو أذنه، عتق عليه ويُعاقب، قال أشهب: وُسِّجَن⁽⁴⁾. وهذا فيما يبين من الأعضاء.

فرع⁽⁵⁾:

وأما قلع الضرس، فمن مالك أنه مُثَلَّةٌ يُوجبُ العتق⁽⁶⁾.

فرع⁽⁷⁾:

وأما خلُق الرأس واللحية، فرُوِي عن ابن المَاجِشُون⁽⁸⁾ عن مالك: ليس ذلك بمُثَلَّةٍ. وقال ابن المَوَاز عن ابن وَهَب: ويؤدَّب. والفروع في هذا الباب كثيرة جداً.

(١) في القيس: «ابتداء».

(٢) ف: «القرضية»، ج: «الفريضة».

(٣) في الموطأ والقيس: «توقنين».

(١) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 269/6.

(٢) عبارة الباجي كما في المتقى: «... الجسد فهو حرق قليل وليس فيه شين فاحش».

(٣) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 269/6 - 270.

(٤) ووجه هذا: أنه أتى على وجه العمدة ما فيه نقص من الخِلْقَة وشين فيعتق به.

(٥) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 270/6.

(٦) هي رواية محمد بن المَوَاز عن أشهب عن مالك في قلع الأسنان، نص على ذلك الباجي.

(٧) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 270/6.

(٨) هي رواية ابن حبيب عنه، نص على ذلك الباجي.

باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة

الأصول⁽¹⁾:

قال الإمام: أما العتق المبتدأ⁽¹⁾، فلا خلاف فيه أنه يجوز فيه عتق الكافر والمسلم، حتى قال مالك: إن عتق الكافر ابتداءً أفضل من عتق المسلم إذا كان أكثر ثمنًا، للحديث الصحيح؛ أن النبي ﷺ سئل أي الرقاب أفضل؟ قال: «أغلاها ثمنًا وأنفسها عند أهلها»⁽²⁾. وخالفه أضحج وأصاب، فليس النظر إلى تنقيص الملك على المعتق، وإنما النظر إلى تخليص المملوك من الرق وتفرغه لعبادة الله، وثواب المعتق بتخليص كل عضوٍ منه عضوًا من النار. والكافر ليس بمحلٍ للتخليص؛ لأنه من أهل النار.

وأما الواجب، فالجمهور على أن الكافر لا يجزىء فيه.

وقال أبو حنيفة⁽³⁾: يجزىء الكافر عن فرض العتق، كما يجزىء المؤمن، لانطلاق اسم الرقبة عليه إلا في القتل؛ لأن الله تعالى نص على الإيمان فيه. وهذا لا يصح؛ لأن الكافر ليس بمحلٍ للقرب الفرضية⁽⁴⁾، ولذلك لا يجوز أن يُعطى من الزكاة الفرضية⁽⁵⁾.

وقد احتج مالك⁽⁴⁾ بحديث الجارية التي أَرَادَ الأَنْصَارِيُّ عِتْقَهَا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ: «أَيْنَ اللّٰهُ؟ فَقَالَتْ: فِي السَّمَاءِ. فَقَالَ لَهَا: مَنْ أَنَا؟ فَقَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللّٰهِ. قَالَ: أَعْتَقْتُهَا»، فأعتقها، فلم يأمره النبي ﷺ بعتقها حتى اعتبر حالها بالإيمان، ولو أجزأ الكافر لأمره بعتقها. وكذلك قال في حديث السوداء⁽⁵⁾: «أَتَشْهَدِينَ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللّٰهُ؟ وَأَنْ

(1) في القبس: «ابتداء». (2) ف: «القرضية»، ج: «الفريضة».

(1) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 965 - 967.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2263) رواية يحيى.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 213.

(4) في الموطأ (2251) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2730)، وسويد (425)، وابن القاسم (485)، وقتيبة بن سعيد عند الجوهري (737)، وعند النسائي في الكبرى (7756)، والشافعي في الرسالة (242)، وابن وهب عند البيهقي: 57/10.

(5) الذي أخرجه مالك في الموطأ (2252) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2731)، وسويد (426)، وانظر تعليق بشار عواد معروف على موطأ يحيى.

مُحَمَّدًا رَسُولَ اللَّهِ، وَتُؤْمِنِينَ^(١) بِالْبَعْثِ؟ قَالَتْ: نَعَمْ». ذلك كله لِيُبَيِّنَ عَلَيْهِ السَّلَامُ شرط الإيمان وحقيقته.

فإن قيل: فهل يثبت الإيمان عندكم بهذه الصفات التي اعتبرها النبي ﷺ * أم بغيرها؟

قلنا: يثبت الإيمان بما أثبتته النبي ﷺ *^(٢) وهي شهادة الحق: لا إله إلا الله، محمد رسول الله، والنبي عليه السلام قد اختبر^(٤) هذا كله من حالها، وعلم من حالها أنها كانت متعلقة بمعبود في الأرض، فأراد أن يقطع علاقة قلبها بكل إله في الأرض. اعتراض^(١):

فإن قيل: فقد قال لها: أين الله؟ وأنتم لا تقولون بالأينية والمكان. قلنا: أما المكان فلا نقول به، وأما السؤال عن الله بأين فنقول بها؛ لأنها عن المكان وعن المكان التي يُسأل عنه^(٥) بأين، ولم يجر أن يريد المكان؛ لأنه محال عليه. وأما قوله للجارية الثانية: «تُؤْمِنِينَ^(٦) بِالْبَعْثِ؟» وهو الموت وما بعده، فعلم أيضا من حالها ما دعاه إلى أن يسألها هل تعتقد الدار الآخرة وتؤمن بها وأنها المقصودة، وأن هذه الدار الدنيا فنظرة إليها، فإن من علم ذلك وبني عليه، صح اعتقاده وسلم عمله. وأما^(٢) قولها: «في السماء» فإنها أرادت^(٣) وصفه بالعلو، ولذلك يقال: فلان في السماء، بمعنى علوه وشرفه.

وأما قوله: «من أنا؟ فقالت: رسول الله» يقتضي أن الإيمان لا يتبعض ولا يصح

(١) في الموطأ والقبس: «توقنين».

(٢) ما بين التجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، واستدركناه من القبس.

(٣) م: «الا».

(٤) م، ف، ج: «اعتبر» والمثبت من القبس.

(٥) في القبس: «عنها».

(٦) في القبس: «أتوقنين».

(١) انظر القسم الأول من هذا الاعتراض - إلى قوله: وسلم عمله - في القبس: 967/3.

(٢) من هنا إلى بداية المسألة اللاحقة اقتبس المؤلف من المتقى: 274/6.

(٣) عبارة الباجي في المتقى: «لعلها تريد وصفه» فنتبه.

الإيمان بالله مع الكفر بمحمد.

وقوله ﷺ: «أَعْتَقَهَا» يقتضي أن الإيمان يحصل بالإقرار وإن لم يقترن به نظرٌ ولا استدلالٌ، قاله القاضي أبو جعفر السَّمْنَانِي (1).

وكذلك إذا أتى (1) من يُؤْمِن (2)، أَخَذْنَا عليه الشهادتين، فإذا أقرَّ بهما حَكَمْنَا بإيمانه ولم نسأله عن نظره، وإن كنا نأمره بذلك بعد إيمانه.

مسألة (2):

أدخل مالك في هذا الباب عتق الزانية وابن الزاني، وأدخل عليه حديث النبي ﷺ في جواب السائل عن الرقاب أغلاها ثمنًا.

ووجه النظر في ذلك: أن الكافر لا يجزىء بحالٍ، والمطيع أفضل من العاصي ولا سيما الزانية، والزناة متوعدون بالنار، فكان عتق المطيع أفضل، ولكن أصل الإيمان يجزىء؛ لأن المعاصي عندنا لا تسلب الإيمان.

وأما ذكره ولد الزنا، فإنما قصد به أن يبين به أن العيب إذا لم يكن في البدن، لا يؤثر في العتق وإن نقص من القيمة.

وقال القاضي أبو الوليد (3) فيمن وجب عليه عتق: «أجزأه أن يعتقه (4) في ذلك؛ لأن ذلك التقص لا يختص به، وإنما يختص بنسبه، وذلك غير ماثورٍ في العتق، كما لو كان أبواه مجوسيين.

وقال زيد بن أسلم: هو خير الثلاثة ولم يعمل سوءًا: ﴿وَلَا تَزُدَّ وَازِرَةً وِزْرًا﴾ (5).

(1) ج: «أوتي».

(2) في المتقى: «وكذلك كل من أتى ليؤمن» وهي أسد.

(1) هو المتكلم المشهور، أحمد بن محمد، المتوفى سنة: 444، انظر أخباره في تبين كذب المفتري لابن عساكر: 259، وسير أعلام النبلاء: 304/18.

(2) انظر القسم الأول من هذه المسألة - إلى قوله: وإن نقص من القيمة - في القبس: 967/3 - 968.

(3) في المتقى: 274/6.

(4) أي يعتق ولد الزنا.

(5) فاطر: 18.

وقال ربيعة: إني أجد في الإسلام شأنه تاماً⁽¹⁾.
وقد روى في «العُتْبِيَّة»⁽²⁾ أشهب عن مالك: أحب إليّ ألا يعتق ولد الزنا في الرقاب الواجبة».

باب

ما لا يجوز في الرقاب الواجبة⁽³⁾

قال الإمام: مَعْوَلٌ هذا الباب على أصليين:

أحدهما: كمال الرق في العبد.

الثاني: سلامته عن العيب.

وبهذا قال الجمهور، إلا أبا حنيفة⁽⁴⁾ فإنه قال: يجوز المعيب في الكفارة، ويجزىء⁽¹⁾ فيها المكاتب والمدبر؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾⁽⁵⁾ وكل هؤلاء رقبة.

قلنا: أما المكاتب والمدبر، فليسا برقبة، ولا يصح أن يتناولهما اللفظ؛ لأنه لا يقدر على بيعهما، فقد تززع ملكه وتخلخلت ماليته. فنقول: رقبة ناقصة لا يجوز له بيعها، فلا يجوز له عتقها كأم الولد، وقد مهّدنا ذلك في «مسائل الخلاف».

وأما المعيب، فكيف يصح لأبي حنيفة⁽⁶⁾ أن يجعل الأعمى رقبة؟ وهذا يوجب جميع القيمة على من أخرج عينه⁽⁷⁾، فكيف يجعل الأعمى رقبة، وهو يوجب جميع القيمة على من أخرج عينه فكيف يجعل⁽⁸⁾* الرقبة ذاهبة في حق الإنلاف، موجودة في حق العتق فيكون حرّاً⁽⁴⁾؟ بل لو قاله بالعكس كان أولى.

(1) في النسخ: "يجري" والمثبت من القيس (ط. هجر).

(2) م، ف، ج: «عينه» والمثبت من القيس.

(3) ما بين النجمتين ساقط من النسخ، واستدركناه من القيس (ط. هجر).

(4) في القيس: «... العتق، هذا بعيد جداً».

(1) أورد ابن رشد في البيان والتحصيل: 483/14 قول ربيعة، بلفظ: «إني لا أجد» فليحزر.

(2) 481/14 في سماع أشهب وابن نافع من مالك، رواية سحنون، من كتاب العتق.

(3) انظره في القيس: 968/3.

(4) انظر مختصر الطحاوي: 213، 307.

(5) النساء: 92.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 213.

باب الولاء ومصيره لمن أعتق

الأصول⁽¹⁾:

الولاء كما جاء في الحديث: «لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ»⁽²⁾؛ لأنه أخرج به بالحرية إلى الوجود حُكْمًا، كما أخرج الأب من الثُّطْفَةِ إلى الوجودِ جِسْمًا، فَإِنَّ الْعَبْدَ كَانَ مَعْدُومًا فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ شَرْعًا، لَا يَشْهَدُ وَلَا يَقْضِي وَلَا يُؤْمُّ وَلَا يَحْتَجُّ وَلَا يُعْطَى، «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»⁽³⁾، فَأَخْرَجَهُ اللَّهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَلَى يَدَيْ سَيِّدِهِ عَنْ عَدَمِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ إِلَى وُجُودِهَا، كَمَا أَخْرَجَهُ إِلَى يَدَيْ أَبِيهِ بِالْثُّطْفَةِ إِلَى الْوُجُودِ، وَالْكَوْلُ لِلَّهِ خَلْقًا وَحُكْمًا، وَلَهُ الْجِحْمَةُ فِي هَذَا النَّسَبِ وَالْإِضَافَةُ⁽⁴⁾، وَلَمَّا أُثْبِتَتْ لِحْمَةٌ⁽²⁾ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ وَأَجْرَاهُ مُجْرَى الْبَغْضِيَّةِ، نَاطَأَ بِالْعِتْقِ خَاصَّةً، فَقَالَ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ الصَّحِيحِ⁽⁴⁾.

وقال أبو عبد الله المازري في «المُعْلِمِ»⁽⁵⁾ له: «في حديث بَرِيرَةَ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ وَمَسَائِلُ عَظِيمَةٌ:

أَوَّلُ ذَلِكَ: فِي هَذَا الْحَدِيثِ مَكَاتِبَةٌ مِنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ.

الثَّانِيَةُ⁽⁶⁾: فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْخَيْرَ الَّذِي ذَكَرَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ هُوَ الْعِفَافُ، فِي قَوْلِهِ: «إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا»⁽⁷⁾ أَرَادَ الْعِفَافَ وَلَمْ يُرِدِ الْمَالَ.

(١) م، ف، ج: «السبب والإصابة»، والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، ج: «أثبت لحمته»، والمثبت من القبس.

(١) انظر الفقرة الأولى في القبس: 968/3 - 969.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده: 338، وابن حبان (4950)، والحاكم: 379/4 (ط. عطا) وقال: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» كلهم من حديث أبي يوسف القاضي، عن عبد الله ابن دينار، عن ابن عمر. وانظر تلخيص الحبير: 213/4.

(٣) النحل: 75

(٤) رواه مالك في الموطأ (2267) رواية يحيى، والبخاري (2535)، ومسلم (1506).

(٥) 146/2.

(٦) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبروني: 1/113.

(٧) النور: 33. وانظر الأحكام: 1383/3.

- الثالثة⁽¹⁾: فيه جواز السؤال للمكاتب للعون على كتابته.
- الرابعة⁽²⁾: فيه أن المسؤول ليس عليه فرضٌ يعطي السائل إذا لم يخف عليه الهلكة من موتٍ أو أسير⁽¹⁾.
- الخامسة⁽³⁾: فيه أن أزواج النبي عليه السلام كنّ يشرين⁽²⁾ من غير أن يستأذن النبي ﷺ، وقبل أن يأمرهن.
- السادسة⁽⁴⁾: فيه أنه ليس على سيد المكاتب أن يضع عنه إلا أن يشاء.
- السابعة⁽⁵⁾: فيه فسخ الكتابة للبيع على العتق. وقال بعض أصحاب مالك: إن بريرة كانت عجزت، وهذه دغوى، والحديث يدلُّ على خلافه؛ فإن العجز إنما يكون عند الحاكم⁽⁶⁾.
- الثامنة⁽⁷⁾: وفيه أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد أن يعاقب⁽³⁾ في أمرٍ يكون تأديباً لمن عاقبه⁽¹⁾، يخطبُ الناس قائماً، ليكون ذلك أثبت في قلوبهم. ومعاقبة النبي ﷺ إياهم بأن حرّمهم الولاء إذا قدموا على ذلك قبل أن يسألوه وهو بين أظهرهم.
- التاسعة⁽⁸⁾: قوله⁽⁹⁾: «وإن كان في هذا مئة شريطة» ففي هذا أن مفهوم الخطاب يقوم مقام الخطاب، وأن ما فوق المئة داخل في حكم المئة.
- العاشرة⁽¹⁰⁾: فيه دليلٌ أن المكاتب عبدٌ ما بقي عليه شيء، وكان ابنُ عباس يرى

(١) كذا في النسخ، وهي مطموسة في تفسير الموطأ.

(٢) في تفسير الموطأ: «يتبرزن».

(٣) في النسخ: «يعاتب»... عاتبه عليه» والمثبت من تفسير الموطأ.

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.

(2) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(3) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(4) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(5) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(6) قوله: «فإن العجز إنما يكون عند الحكم» من إضافات المؤلف على نص البوني.

(7) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.

(8) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(9) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2265) رواية يحيى.

(10) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.

أن بمنعقد^(١) الكتابة يخرج حراً ويتبع بالمال.

الحادية عشرة^(١): فيه أن بيع الأمة لا يكون طلاقاً كما يُذكر عن ابن المسيب^(٢).

الثانية عشرة^(٣): فيه أن الحرّة تنكح العبد إن شاءت؛ لأن النبي ﷺ خير بريرة في

المقام^(٢) مع زوجها وهو عبد.

الثالثة عشرة^(٤): فيه أن عتق الأمة تحت العبد لا يكون طلاقاً، إلا أن نشاء

المُعْتَقَة.

الرابعة عشرة^(٥): فيه أن آل محمد الذين لا تحلّ لهم الصدقة هم: بنو هاشم دون

سائر قريش؛ لأن ولاء بريرة كان لعائشة وقومها بنو تميم.

الخامسة عشرة^(٦): فيه أن لفظ الاستفهام ربّما أتى بمعنى التقرير، لقوله: «ألم أر

برمة تُفَوِّرُ بِلَحْمٍ^(٧)؟» ومنه قوله تعالى: «أَلَمْ تَرَ إِنْ رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ الظِّلَّ» الآية^(٨).

الفقه في مسائل:

فأولها^(٩):

ابتداء الكلام في جواز بيعها، وقد اختلف العلماء وأقوال الأئمة في بيع المكاتب

على الجملة، فأجازه بعضهم، ومنعه بعضهم، والجواز على أنه يتأذى منه المشتري لا

على أنه تبطل كتابته؛ لأن هذا لم نعلم من يذهب إليه، وكذلك أجاز مالك بيع كتابته

خاصة، ويؤدّي^(٣) للمشتري، وإن عجز رَقُّ له. ومنع من ذلك ابن أبي سلمة وزبيعة،

(١) م، ج: «منعقد» وفي تفسير الموطأ: «بمعقد».

(٢) في تفسير البوني: «البقاء» وهي أسد.

(٣) ف: «ويوجب».

(١) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(٢) روى ابن أبي شيبة (18256) من طريق سعيد عن قتادة، عن الحسن، عن أبيه؛ قال: «بيع الأمة طلاقها».

(٣) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.

(٤) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(٥) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(٦) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (1625) رواية يحيى.

(٨) الفرقان: 45.

(٩) هذه المسألة مقتبسة من المعلم بفوائد مسلم للمازري: 146/2 - 147.

وهو مذهب أبي حنيفة⁽¹⁾⁽¹⁾ والشافعي.

وأجاز بعض الناس بيع المكاتب للعِثق لا للاستخدام، وإن رَضِيَ بالبيع وعجز عن الأداء لفقْره أو ضَعْفِهِ عن التَّكْسِبِ جاز بيْعُهُ، وهو المذهب.

وفي بيع العبد بشرط⁽²⁾ العِثق من مشتريه اختلافٌ بين الأئمة، فأجازه مالك والشافعي⁽²⁾، ومنعه أبو حنيفة، ولكنه قال⁽³⁾: إن وقع البيع مَضَى بالثَّمَن.

وأما شراء العبد بشرط الإعتاق، فتعلّق بهذا الحديث. وبقره⁽⁴⁾: اشترتها عائشة بشرط العِثق، وقال النبي ﷺ: «إِبْتَاعِي وَاعْتِقِي»⁽³⁾ وهذا⁽⁵⁾. الصحيح⁽⁶⁾ إن شاء الله. الوجه الثاني⁽⁴⁾:

وهو المشكل من هذا الحديث ممّا⁽⁷⁾ وقع في بعض طرق هشام ههنا، وهو قوله ﷺ في «كتاب مسلم»⁽⁵⁾: «اشْتَرَيْهَا وَاعْتَقَيْهَا وَاشْتَرَيْتَ لَهَا الْوَلَاءَ» فوجه المشكل منه أن يقال: كيف أمرها النبي ﷺ بهذا وفيه عَقْدٌ على شرط لا يجوز، وتغريّر بالبايعين، إذ شرطت لهم ما لا يصحّ وخذعتهم فيه؟ ولَمَّا صعب الانفصال عن هذا على بعض الناس، أنكر هذا الحديث أصلاً، فحكى ذلك عن يحيى بن أكثم. وقد وقع في كثير من الروايات سَقَطَ هذه اللفظة، وهذا ممّا يشجّع يحيى على الكلام⁽⁸⁾ على هذا الحديث.

(1) م، ف، ج: «مالك» والمثبت من المعلم.

(2) م، ج: «شرط».

(3) «قال» زيادة من المعلم.

(4) في المعلم: «ويقول».

(5) ف: «وهو».

(6) في المعلم: «وهذا يصحح ما ذهبت إليه».

(7) في المعلم: «فما».

(8) م، ف، ج: «امتنع يحيى عن» والمثبت من المعلم.

.....

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 429/4.

(2) انظر الحاوي الكبير: 247/8.

(3) أخرجه البخاري (2561)، ومسلم (1504).

(4) هذا الوجه مقتبس من المعلم بفوائد مسلم: 148/2.

(5) الحديث (1504).

وأما المحققون من أهل العلم فطلبوا لذلك تأويلاً، واختلفوا فيه، فقال بعضهم: «لَهُمْ» ههنا بمعنى «عليهم»، فيكون معناه: «اشترطي لهم الولاء». وقال آخرون: إنما⁽¹⁾ بين لهم النبي ﷺ أن هذا الشراء⁽¹⁾ لا يحل، فلما تقاحموا على مخالفته، قال لعائشة هذه اللفظة: «اشترطي» بمعنى⁽²⁾: لا تبالي⁽³⁾ بشرطهم، وهو⁽⁴⁾ باطل مردود.

والوجه الثالث⁽²⁾: الكلام على قوله: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»

ولا خلاف بين العلماء فيمن أعتق عبده عن نفسه أن ولاءه له. واختلفوا إذا أعتقه عن غيره⁽³⁾، أو عن جميع المسلمين. فمذهبنا⁽⁵⁾ أن الولاء للمعتق عنه. ولأنهم⁽⁴⁾ أجمعوا أن الوصية⁽⁶⁾ بعتق عن الميت أن الولاء للميت. ورؤى ابن سحنون عن أبيه؛ أنه من أعتق عبده عن غيره، فولأؤه للغير وإن كره. وقال عبد الوهاب⁽⁵⁾: سواء أعتق عنه بإذنه أو بغير إذنه. وقال الشافعي وأبو حنيفة: الولاء للمعتق إذا أعتق عنه بغير إذنه. ودليلنا: أن الولاء معنى يورث به⁽⁷⁾ على وجه التعصيب، فلا يفتقر حصوله لمن حصل إلى إذن كالنسيب⁽⁸⁾.

(1) في المعلم: «الشرط».

(2) «بمعنى» زيادة من المعلم.

(3) م، ف، ج: «ولا تبالي» وأسقطنا الواو كما في المعلم.

(4) في المعلم: «لأنه».

(5) م، ف، ج: «فلا خلاف» والمثبت من المعلم.

(6) م، ف، ج: «الوصي» والمثبت من المتقنى.

(7) «به» زيادة من المتقنى.

(8) م، ف، ج: «كالميت» والمثبت من المتقنى.

(1) في المعلم: «إنما المراد بهذا الزجر والتوبيخ؛ لأنه كان بين . . .».

(2) الفقرة الأولى من هذا الوجه اقتبسها المؤلف من المعلم بفوائد مسلم: 148/2 - 149.

(3) في المعلم: «عن غيره رجل بعينه».

(4) من هنا إلى آخر الوجه مقتبس من المتقنى: 280/6.

(5) في المعونة: 1454/3.

فرع (1):

ومن هذا الباب: أَنْ من أعتق من الزكاة؛ أَنْ ولاءه للمسلمين دون المعتق؛ لأنه لم يعتق عن نفسه وإنما أعتق عن غيره. وقوله: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» محمولٌ على عمومهِ، إلا أنه خصَّ منه المعتق عن غيره، وقد رُوِيَ: «أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْطَى الْوَرِقَ»⁽²⁾ وقد يكون في الأغلب مُعْطِي الْوَرِقِ من يعتق عنه دون مباشرة العتق.

فرع (3):

وأما العتق في الكفارة، فولأؤه للمعتق؛ لأنه⁽¹⁾ أعتق عن نفسه. قال⁽⁴⁾: «ومن أعتق مُدْبِرًا»⁽²⁾ عن فلان، فالولاء للمعتق، قاله ابنُ القاسم في «العُنَيْتَةِ» و«المَوَازِيَةِ».

نازلة معضلة ومشكل⁽⁵⁾:

وهو لو قال رجلٌ لعبيدِهِ: أنت حرٌّ ولا ولاء لي عليك؛ فأما ابنُ القصار فالتزم في هذه النازلة أن يكون الولاء للمسلمين، ونزَّلَ هذا القول منزلة قول القائل: أنت حرٌّ عن المسلمين، وكان بعضُ شيوخنا يخالفه ويقول⁽³⁾: إنَّ قوله: «أنت حرٌّ» استقرَّ الولاء، واستثناه⁽⁴⁾ بعد ذلك جملة⁽⁵⁾ ثانية، وهي⁽⁶⁾ قوله: ولا ولاء لي عليك⁽⁶⁾.

(1) م، ف، ج: «إذا» والمثبت من الممتقى.

(2) في الممتقى: «مدبره».

(3) ج: «ويقولون».

(4) م، ف: «استثابه»، ج: «استثاؤه» والمثبت من المعلم.

(5) م، ف، ج: «كلمة» والمثبت من المعلم.

(6) م، ف، ج: «وهو» والمثبت من المعلم.

.....

(1) هذا الفرع مقتبس من الممتقى: 280/6.

(2) أخرجه البخاري (2536) من حديث عائشة.

(3) هذا الفرع مقتبس من الممتقى: 280/6.

(4) القائل هو الإمام الباجي في الممتقى.

(5) هذه النازلة مقتبسة من المعلم بفوائد مسلم: 149/2.

(6) تنمة الكلام كما في المعلم بفوائد مسلم: «لا يغيَّرُ حكم الجملة الأولى؛ لأنه إخبار على أن =

مسألة⁽¹⁾:

وأما جرّ الولاء، فأجمعت الأمة عليه من الصحابة عن بكثرة أبيهم، وما يُحكى عن خلاف رافع بن خديج فيه ليس بصحيح، إنما كان رافع المخاصم فيه إلى عثمان، ففضى عليه⁽²⁾، وليس نزاع⁽¹⁾ المنازع في مجلس القضاء بقول معدود في الخلاف، وإنما كان يكون لو تكلم بعد ذلك.

وفي جرّ⁽²⁾ الولاء فروع دقيقة، ومسائل حسنة، اختلف فيها العلماء، وقد بسطنا القول فيها في «كتب المسائل» ولا نخليكم من تبذرها في هذا «المختصر» ليقوى فيها⁽³⁾ النظر. الأولى⁽³⁾:

قوله⁽⁴⁾: «إِنَّ الْجَدَّ يَجْرُ وَلَاءَ وَوَلَدِ ابْنِهِ»، قال محمد: مات أو عاش.

ووجه ذلك: أن جرّ⁽⁴⁾ الولاء وحده معنى يختص بالأبوية⁽⁵⁾، ولا يشارك في ذلك الأب غير⁽⁶⁾ الجد، وقال سحنون وابن الماجشون⁽⁷⁾: وكذلك أبو الجد إذا كان حرًا، وكان الجد وابنه عبدين، فإنه يجرّ ولاء ابنه إلى مواليه، حتى يعتق الجد فينتقل إلى مواليه هكذا. وإن مات الأب عبدًا، ثبت الولاء لمن جرّه.

وقال في «الموازية»: لا ينتقل⁽⁵⁾ لأحد من القرابات إلا للأب، في تفريع طويل لهم.

(1) م، ف، ج: «بنزاع» والمثبت من القبس.

(2) م، ف، ج: «خبر» والمثبت من القبس.

(3) م، ج: «فيه».

(4) «جر» زيادة من المنتقى.

(5) م: «بالأنوثة».

(6) «غير» زيادة من المنتقى.

(7) في المنتقى: «عن ابن الماجشون».

= حكم الجملة الأولى - المستقرة بالشرع - على خلاف ما حكم الله تعالى به، فيكون إخباره كذبا وقتواه باطلاً، والباطل والكذب لا يلتفت إليه، ولا يُعَوَّلُ في مثل هذه الأحكام عليه.

(1) انظرها في القبس: 3/ 969 - 970.

(2) أخرجه عبد الرزاق (16283).

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 3/ 283.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2274) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2755)، وسويد (436).

(5) أي الولاء.

باب

ما جاء في ميراث السائبة وولاء من أعتق

قال الإمام⁽¹⁾: الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيَّةٍ وَلَا حَآئِرٍ﴾ الآية⁽²⁾. ومن قول متقدمي العلماء أنه لا سائبة في الإسلام، وألفاظ العتق معلومة وقد مهدناها، وليس⁽¹⁾ السائبة منها. لكن⁽²⁾ إذا قال الرجل: عبدي سائبة، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

1 - أحدها: أن يريد «ليس لي فيه ملك ولا منتفع» فهذه على⁽³⁾ الحرية، ولكن جاء بلفظ ليس من ألفاظها.

2 - وإن أراد بقوله: «هو سائبة» أنه عتيق عن المسلمين، لا أجعل ذلك على أحد مخصوصاً، فإنه يكون أيضاً عتقاً، ويكون ولاؤه لجميع المسلمين. ولذلك كره مالك هذا اللفظ ونهى عنه؛ لأنه قد تكلم بقول قد عابه الله على قوم. وقال سحنون وأصيبغ: لا يعجبنا كراهية مالك لذلك، وباعه في العلم أوسع منهم.

3 - وأما إذا قال: «هو سائبة» كان ولاؤه لجميع المسلمين، قاله عمر، وابن عمر، وابن عباس، ورواه مطرف عن مالك.

وقيل: إن ولاءه لمعتقه، وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز، وذهب إليه ابن نافع وابن الماجشون، وقد قال النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

فإن قال السيد: هو سائبة، وقد قصد به إبطال الملك، فهو حرٌّ، وولاؤه* له. وإن قال: هو سائبة، وقصد به نبذه للناس أجمعين، فهو حرٌّ وولاؤه*⁽⁴⁾ لجميع المسلمين، فعلى هذا تحمّل الروايات من اختلاف الحالات، وليس باختلاف قولٍ في حالٍ واحدة.

(1) في القبس: «وليست».

(2) م، ف، ج: «أكثر» والمنبث من القبس.

(3) في القبس: «هي».

(4) ما بين النجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، واستدركناه من القبس.

(1) انظر هذا المدخل في القبس: 970/3 - 971.

(2) المائة: 103.

تفريع :

في هذا الباب سبع مسائل :

المسألة الأولى⁽¹⁾ :

وفي «العتبية»⁽²⁾ أضحج عن ابن القاسم : أكره عتق السائبة ؛ لأنه كهبة الولاء . وقال

عيسى : أكرهه وأنهى عنه .

الثانية⁽³⁾ :

قوله⁽⁴⁾ : «في اليهودي يسلم عبده فيعتقه قبل أن يباع عليه» يقتضي⁽¹⁾ أنه يباع عليه

إن لم يخرجه عن ملكه ؛ لأنه لا يجوز استرقاق كافر مسلماً ، لقوله ﷺ : «المسلم أخو

المسلم لا يظلمه»⁽²⁾ ولا يسلمه»⁽⁵⁾ ، وليس في إسلامه⁽³⁾ أعظم من أن يسلمه إلى استرقاق

الكافر له .

فرع⁽⁶⁾ :

وفي «الموازية» : يرث المسلم عبد⁽⁴⁾ عبده النصراني والمجوسي بالرق ، ولو أسلم

عبد المجوسي ثم مات قبل أن يباع عليه ، ورثه الكافر بالرق . قال⁽⁷⁾ : وكذلك مدبره وأم

ولده .

ووجهه : أنه ليس على معنى الميراث ؛ لأنه لو كان على وجه الميراث لكان أحق

بميراثه ومن يرثه بالنسب ، والرق يتأفي التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له .

(1) «يقتضي» زيادة من المتقى .

(2) في المتقى : «لا يظلمه» .

(3) في المتقى : «وليس حين أثلمه له أعظم . . .» .

(4) «عبد» زيادة من المتقى .

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى : 286 / 6 .

(2) لم نجده في العتبية مع أن ابن رشد أشار إلى هذه الرواية في البيان والتحصيل : 489 / 14 .

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى : 286 / 6 .

(4) أي قول مالك في الموطأ (2282) رواية يحيى ، ورواه عن مالك : أبو مصعب (2564) ، وسويد (440) .

(5) أخرجه البخاري (2442) ، ومسلم (2580) من حديث سالم عن أبيه .

(6) هذا الفرع مقتبس من المتقى : 286 / 6 - 287 .

(7) القائل هو محمد بن المواز .

المسألة الثالثة⁽¹⁾:

قوله⁽¹⁾⁽²⁾: «فَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ الْوَلَاءُ»، وذلك أن العتق وقع في وقت يمنع ثبوت الولاء بافتراق الدينين؛ لأنه لا يثبت ولاء مسلم لكافر، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصْرَانَةَ أَوْلِيَاءَ بِمَنْهُمْ أَوْلِيَاءُ﴾ الآية⁽³⁾، فإذا أعتق الكافر المسلم، لم⁽²⁾ يصح ثبوت الولاء له، ولم⁽³⁾ يكن له موضع يرجع إليه إلا إلى جماعة المسلمين، فثبت لهم، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ﴾ الآية⁽⁴⁾.

فرع⁽⁵⁾:

وأما قوله⁽⁶⁾: «إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا عَلَى دِينِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَ مِنْ أَعْتَقَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ وَالْأَوْءُ» يريد أن النصراني إذا أعتق عبده النصراني، فقد ثبت له الولاء لاتِّفَاقِ الدِّينَيْنِ. فإن أسلم أحدهما ثم مات المعتق، لم يرثه المعتق لاختلاف الدينين. والفروع كثيرة في هذا النوع⁽⁴⁾.

(1) قوله زيادة يقتضيها السياق.

(2) في المتقى: «لم».

(3) في المتقى: «لم».

(4) ف: بزيادة «إن شاء الله».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 287/6.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2282) رواية يحيى.

(3) المائدة: 51.

(4) التوبة: 71.

(5) هذا الفرع مقتبس من المتقى: 287/6.

(6) أي قول مالك في الموطأ (2282) رواية يحيى.

كتاب الكتابة

الأصول⁽¹⁾:

أذن الله تعالى في الكتابة رحمةً للخلق، وحالةً متوسطةً بين السادة والعبيد؛ لأنَّ السَّيِّدَ ربَّما شقَّ عليه أن يخرج قيمة العبد عن ملكه، وربَّما لم يشق بالعبد في أداء خراجهِ⁽¹⁾، فيريد أن يجتهد العبدُ في أداء المالِ لقصدِ الحرِّيةِ، فيحصل لكلِّ واحدٍ منهما مقصوده. وربَّما كره بقاءه في ملكه، وإن كان مجتهدًا في أداء كسبه فيخرجه عن يده، ويقتنع بالقيمة. وقد يكون راغبًا في عبده، ولكن يرى فيه من الأمر ما يحمله على عتقه⁽²⁾، وإن سمحت نفسه بذلك أنفذ له الحرِّيةَ، وإن شخ على ماله باعه على⁽³⁾ نفسه وهي الكتابة. قال الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ الآية⁽²⁾.

قال بعض المفسرين: الكتابة واجبة؛ لأنَّ الله تعالى أمر بذلك أمرًا مطلقًا، والأمر المُطلَقُ محمولٌ على الوجوب.

قال علماؤنا: كذلك نقول إن لم تقم قرينة تصرفه عن⁽⁴⁾ الوجوب، أو يدل على سقوط الوجوب دليلًا، وههنا قرينة، وهي قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾⁽³⁾ فصرف الأمر إلى علم المأمور، والتكاليف الجازمة والأوامر الواجبة لا تقف على خيرة⁽⁵⁾ المكلف وعلمه.

(1) م، ج: «إخراجه».

(2) ف، م، ج: «نفسه» والمثبت من القبس.

(3) في القبس: «من».

(4) م، ف، ج: «يدل على» والمثبت من القبس.

(5) في النسخ: «خير» وفي القبس: «خيرية» والمثبت من القبس: 41/4 (ط. الأزهرى).

(1) انظره في القبس: 972/3 - 974.

(2) النور: 33.

(3) النور: 33.

وأما الدليل الذي دلّ على سقوط الوجوب فيها، فهو أنّ العتق - وهو الأصل - لا يجب فضلاً عن الفرع⁽¹⁾ وهي الكتابة، ولذلك قال علماؤنا: إنها رخصة مستثناة من جميع المعاملات؛ لأنّ السّيّد يبيع فيها ماله بماله، ولا يصحّ أن يُجَبَّر العبدُ عليها، وإنّما تكون برضاه، فإذا عقدها مع سيّده لزمته عند جمهور العلماء.

وقال الشافعي⁽¹⁾: يجوز له أن يتركها متى شاء، وقال بذلك جماعة من المتقدمين، واحتجوا على ذلك بحديث بريرة، قوله فيه: «فَجَاءَتْ⁽²⁾ أَهْلَهَا فَبَاغَوْهَا» خرّجه البخاري⁽²⁾.

قلنا: لم يبيع أهل بريرة رقبة بريرة، وإنّما باعوا كتابتها، ولأجل ذلك قالت عائشة في الحديث: «إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكَ أَنْ أُعَدَّهَا لَهُمْ عِدَّةً وَاجِدَةً فَعَلْتُ» فهذا الذي يقتضيه حديث بريرة. وإن كان⁽³⁾ العلماء اختلفوا في بيع الكتابة، فكره ذلك الشافعي⁽³⁾ وابن الماجشون وزبيعة، وحديث عائشة نصٌّ في جوازه.

فإن قيل: إنّ بريرة كانت عجزت، وإذا عجز المكاتب رقياً.

قلنا: هذه دَعْوَى وزيادة في الحديث.

وأيضاً: فإنّ عجزها لا يكون إلّا عند الحاكم، وأما بقوله فلا يسمع⁽⁴⁾؛ لآته ليس له أن يرق نفسه، إذ قد ثبت له حق الحرّية.

وأما إيتاء المال، فقال الشافعي وغيره: إنّه واجبٌ عليه، ويحطّ له من آخر نجومه نجماً واحداً من أجزاء الكتابة. وحمل قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ الآية⁽⁴⁾، على الوجوب.

(1) في النسخ: «الفرع» والمثبت من القيس.

(2) م، ف، ج: «فجاءت» والمثبت من القيس.

(3) «كان» زيادة من القيس.

(4) م، ف، ج: «وأما قوله لا يسمع» والمثبت من القيس.

(1) انظر الأم: 650/13 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 156/18، 171.

(2) في صحيحه: (2561).

(3) في الأم: 765/13 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 247/18.

(4) النور: 33.

وقال علماؤنا: ليس الإيتاء واجباً. واحتجوا على ذلك بالأدلة المعروفة، وليس الأمر كذلك، بل إيتاء الحق إلى المكاتب واجب بإجماع الأمة، إلا أن قوله تعالى: ﴿مِن مَّالِ اللَّهِ﴾⁽¹⁾ يحتمل أن يريد به: الذي بيد السيد، ويحتمل أن يريد به: من مال الله الذي هو الزكاة، ويحتمل أن يريد به: من مال الله الذي هو لجماعة المسلمين في أيديهم، فإن عَوْنُ المكاتبِ فرضٌ على الكفاية. ومع هذه الاحتمالات، لا يصحُّ للشافعي ولا لغيره أن يقول: الإيتاء واجبٌ من الكتابة دون سائر المحتملات.

تفريع⁽²⁾:

إذا عقد الكتابة لجماعة من عبيده في عقد واحد، فإن بعضهم حُمَلَاءُ⁽¹⁾ عن بعض، وقال الشافعي⁽³⁾: لا يحمل أحدٌ عن أحدٍ شيئاً؛ لأنه ضمانٌ كتابةً، فلا يجوز، كضمان الأجنبي. فنظر الشافعي إلى الأجنبي، ونظر علماؤنا إلى عقد الكتابة بين القرابة، وخصوصاً الأبناء، يحمل بعضهم عن بعض، ولو يكن ضماناً⁽²⁾ بعضهم عن بعض لأجل القرابة، فإنه لا تَزْرُ وَاِزْرَةٌ وَزَرَ أُخْرَى، ولا يلزم قريباً عن قريبه مال بغير رضاه في شيء من أحكام الشرع، ما خلا العاقلة المستثناة بإجماع. فدل على أن ذلك إنما كان بعقد الكتابة، وذلك يستوي فيه القريب والبعيد. وفروع هذا الباب كثيرة، وهي مرگبة عليه من غيره، إما يدخل عليها من شَرْطٍ، أو ولاءٍ، أو حمالة⁽³⁾، أو وصية، أو صفة لمقابلة، أو جراح تطراً فيه⁽⁴⁾، أو بيع يقع في كتابته⁽⁵⁾ بما⁽⁶⁾ يجوز أو لا يجوز، واختلاف السَّيِّدِينَ⁽⁷⁾ بعد عقد الكتابة واتفاقهما⁽⁸⁾. وهذا كله معلومٌ في أبوابه، مضبوطٌ بأصوله، وهي من فن التركيب والتعليل

(1) ج: «حميل» وفي القيس (ط. هجر): «حميلاً».

(2) م، ف، ج: «ولو لم يكن ضامن» والمثبت من القيس.

(3) م، ف، ج: «جناية» والمثبت من القيس.

(4) في القيس: «منه أو عليه».

(5) في القيس: «كتابة».

(6) ف: «الما»، القيس: «فما».

(7) م، ف، ج: «المديرين» والمثبت من القيس.

.....

(1) النور: 33.

(2) انظره في القيس: 3/ 975 - 976.

(3) انظر الحاروي الكبير: 18/ 158.

الذي لم نتعرض له ههنا؛ لأنه بابٌ عظيمٌ في الفروع، أمّا إنّه عرضت في⁽¹⁾ الكتابة مسألةً مُغضلةً وهي الكتابة الحالة، وقد اختلف فيها الفقهاء قديماً وحديثاً، وبيّناها في «كتب الخلاف والمسائل» على الاستيفاء.

ومن غريب اضطراب العلماء فيها؛ أنّ الشافعي⁽¹⁾ يقول: إن السّلم الحال جائزٌ، والكتابة الحالة لا تجوز. واختلف فيها جواب علماء المالكية، والذي عندي أنّ تصويرها يكشف حقيقتها، ولها ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يقول لعبده: كاتبتك على تسعِ أواقٍ في تسعة أعوامٍ، وهذا بينٌ إن التزمه العبدُ.

الصورة الثانية: أن يقول لعبده: إن أعطيتني كذا دنانير فانت حرٌّ والمال حاضر، فيقتطعه السيّد من يده، ويقضي بحرّيته؛ لأنّ له انتزاع ماله وإبقائه في الرّق، فكيف غير ذلك ممّا له فيه حظٌّ؟.

الصورة الثالثة: أن يقول له: ألزمتك مئة دينار تُعطينيها⁽²⁾ وأنت حرٌّ، والعبدُ ليس عنده شيءٌ.

فقال الشافعي: هذا كلامٌ لغوٌ.

وقال علماؤنا: يرتفعان إلى الحاكم ينظر في ذلك، فإن أراد العبدُ الالتزام ألزمه الحاكم، ونُجمَ المالُ على قدرِ حالِ العبدِ وحالِ المال.

ونظّرنا أقوى من نظيرِ الشافعي؛ لأن السيّد لما تكلم به أوجبَ حقّاً للعبد في الالتزام وسعيّاً في الحرّيّة، فلم يجز له الرجوع فيه؛ لأنّ هذا الحق لا يقبلُ الرجوع ولا الإسقاط كسائر الحقوق المتعلقة بالعتق.

ومن مسائله المُغضلة العظيمة التي اختلف فيها الفقهاء والصحابة: إذا مات المُكاتبُ وترك وفاءً بالكتابة وترك ورثةً.

(1) في القيس: «أو اتفاهما».

(2) م، ف، ج: «من» والمثبت من القيس.

(3) م، ف، ج: تعطيها» والمثبت من القيس.

(1) انظر الحاوي الكبير: 146/18.

ف قيل : تبطل الكتابة، وبه قال الشافعي⁽¹⁾.

وقال قوم: تبقى الكتابة، وبه قال مالك وأبو حنيفة⁽²⁾، في تفصيلٍ طويلٍ بيّن الطوائف وأرباب المذاهب، ولا تستقلّ به إلا «كتب المسائل».

ونظر الشافعي إلى المعقود عليه - وهو المَكَاتِبِ - قد *هلك، والأصل عنده: أن المعقود عليه إذا هلك بطل العَقْد كسائر العقود كلّها، وهذا لَعَمْرُ الله هو الأصل، يَبْدُ أَنْ هذا الحق*⁽¹⁾ قد يتعدى من المعقود عليه إلى غيره وهم الأولاد، وثبت فيهم ثبوته في الأصل. فمن نظر من الصحابة إلى هذا المعنى أبقى الكتابة، وحكم بأداء النجوم، وأوجب الحرّية والميراث للأولاد، وبه نقول، والحمد لله رب العالمين.

(1) ما بين النجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، واستدركناه من القيس.

(1) انظر الأم: 829/13 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 181/18.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 215/7.

كتاب المُدَبِّر

الترجمة:

قال الإمام: التدبير هو إنفاذ عتقه⁽¹⁾ بعد موته، وأجمع المسلمون على انتقال اسم المُدَبِّر، وسموه مُدَبِّرًا من الدبر⁽¹⁾؛ لأنه أعتقه بعد مماته، والممات دُبُرُ الحياة. والفقهاء يقولون: المُعْتَق عن دبر، أي بعد الموت. وهو لفظ لم يُستعمل إلا في العبيد، ووجب حُكْمُه في الابتياح في حياة مدبره⁽²⁾.

قال الإمام⁽³⁾: وهذا الباب من متعلقات عقود الحرّية وفروعها، وهو أصل في نفسه أيضًا، وله أصل وفروع أقل من الأول.

والتدبير: هو عَقْدٌ مَتَّقٌ عليه بين الأمة، كان في الجاهلية وأقره الإسلام، وفي الصحيح عن جابر؛ أن النبي ﷺ باع مُدَبِّرًا⁽⁴⁾.

وأصله أن يقول: أنت مُدَبِّرٌ، وأنت حرٌّ بعد موتي، لا على معنى الوصية.

وقال الشافعي⁽⁵⁾: هو عِتْقٌ إلى أجل. ومن أصله: أن كلَّ⁽²⁾ عِتْقٌ إلى أجلٍ - قُطِعَ بإتيانه أو لم يقطع - لا يقضى بلزوم العِتْقِ على السَّيِّدِ، والمسألة معلومة في «مسائل الخلاف».

فهذه المسألة من جملة تلك الصُّور، ويخصها أن النبي ﷺ باع المُدَبِّرَ، ولو كان حُرًّا⁽³⁾ - كما قال مالك وأبو حنيفة - ما باعه.

(1) م: «عقده».

(2) ف، ج: «إن كان».

(3) في القبس: «حراماً».

(1) حكى هذا الإجماع القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 133 عن ابن أبي زيد القيرواني.

(2) قارن الكلام السابق بالمتقى: 40/7 فلا شك أن المؤلف قد استفاد منه.

(3) انظر القبس: 976/3 - 977.

(4) أخرجه البخاري (2230)، ومسلم (997).

(5) انظر الحاوي الكبير: 100/18.

ونظر علماؤنا إلى أنه عَقْدُ ألزمه نفسه في رقبة العبد يتعلّق بالحرّيّة، يظهر عند أَجَلٍ آتٍ لا مَحَالَةً، فلزم كأمّ الولد.

وأما حديث جابر، فلا حُجَّة فيه؛ لأنّها حكاية حال وقضية عَيْنٍ، وقضايا الأعيان وحكايات الأحوال لا يُسْتَدَلُّ بها على العموم؛ لأنّها لا تقتضي ذلك لفظاً ولا معنى، وقد بيّناه في «مسائل الأصول». فيحتمل أن يكون باعه عليه السلام في دَيْنٍ سَبَقَ التَّدْبِيرَ، وكذلك نقول. ويحتمل أن يكون باعه إذ كانت أمّ الولد تُباع على ما رَوَى جابر، ثمّ نُسِخَ ذلك. وبالجملة، فلا يُحْتَجُّ بمثل هذا لأنه محتمل، وهذه المسألة من فروع التدبير، وههنا موضع التركيب في مسائل، فنقول:

التدبير لازم بالقول لموجبه على نفسه، في يمين كانت أو غير يمين، ولا رجوع له فيه عند مالك وأصحابه.

وقال الشافعي⁽¹⁾: له الرجوع فيه بإخراجه عن ملكه ببيع أو هبة، ولا يرجع فيه بالقول دون الإخراج عن الملك.

وقال علماؤنا: الرجوع فيه بالقول يُبطل تدبيره، ولا يعتق إن مات جعلاً.

التدبير كالوصية التي يرجع فيها، وكذلك قال فيه أحمد⁽²⁾ وإسحاق، واحتجوا بحديث جابر، ولا حُجَّة في ذلك لما فيه من الاحتمال.

المسألة الثانية⁽³⁾:

قوله⁽⁴⁾: «مَنْ دَبَّرَ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادَهَا» هو على ما قال؛ إن ولدها بعد التدبير حكمهم حكمها؛ لأنّ الولد تبع لأمه في الرّق والحرّيّة.

وأما الموصي بعقبتها، فما وَلَدَتْهُ قبل موت سيدها، فلا يدخل في وصيتها؛ لأنّ

(1) في الأم: 595/3 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 111/18.

(2) يقول ابن قدامة في المغني: 422/14 «اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً، فالصحيح أنه لا يُبطل؛ لأنه علّق العتق بصفة».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 39/7 - 40.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2348) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2765).

الوصية لا تثبت إلا بموته⁽¹⁾؛ لأن له الرجوع قبل ذلك. فإذا ثبت حكم التدبير لهم⁽²⁾، لم يُخْرِجَهُمْ عن ذلك⁽³⁾ موت الأم.

وكذلك موت الْمُعْتَقَةِ وَالْمُكَاتِبَةِ إلى أجل وَالْمُخْدَمَةَ أو⁽¹⁾ بعضُها حرّاً أو أم الولد، فإنّ ولدَ كلِّ واحدةٍ بمنزلتها، يُعْتَقَ بعقها ويرقّ برقها، ويعتق منه بقدر ما اعتق منها.

قوله⁽²⁾⁽⁴⁾: «وَأَمَّا مَنْ ذَبَرَ مَدْبَرَةً وَهِيَ حَامِلٌ إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا» وهذا على ما قال؛ لأن التدبير يتناول ما في بطنها، وبه قال عليّ، وعثمان، وابن عمر⁽⁵⁾، وجابر⁽⁶⁾، وابن المُسَيَّب⁽⁷⁾.

وروي عن زيد بن ثابت أنّ ولدها رقيق، وقد روي عنه أيضاً مثل ما تقدّم.

المسألة الثالثة⁽⁸⁾:

قد بيّنا⁽⁹⁾ أنّ المُدَبِّرَ مأخوذاً من الدبر؛ لأنه أعتقه بعد موته، والممات دبر الحياة. والفقهاء يقولون: المعتق عن دبر، أي: بعد الموت، وهذا اللفظ لم يُسْتَعْمَلْ إلا في العبيد والإماء دون سائر ما يملك، كما لم يُسْتَعْمَلِ العِتْقُ إلا فيهم.

المسألة الرابعة⁽¹⁰⁾:

قوله⁽¹¹⁾ في المُدَبِّرِ الَّذِي ذَبَرَ أُمَّتَهُ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا، هو قول مالك، وأبي حنيفة⁽¹²⁾،

(1) م، ف، ج: «و» والمثبت من المتقى.

(2) «قوله» زيادة يقتضيهما السياق.

(1) أي بموت الموصي.

(2) أي لولد المدبرة.

(3) أي عن ذلك الحكم بعد ثبوته.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2350) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2767).

(5) رواه عبد الرزاق (16685)، وابن أبي شيبة (20623)، والبيهقي: 315/10.

(6) رواه عبد الرزاق (16683)، وابن أبي شيبة (20637).

(7) رواه ابن أبي شيبة (20622).

(8) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 40/7.

(9) صفحة: 537 من هذا الجزء.

(10) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 44/7.

(11) أي قول مالك في الموطأ (2352) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2769).

(12) انظر المبسوط: 183/7.

والشافعي⁽¹⁾.

وجه ذلك: أَنْ عِتْقَهَا إِنَّمَا يَكُون بَعْدَ الْمَوْتِ مِنَ الثُّلُثِ، كَالْمَوْصِي بِعِتْقِهَا.
وأيضاً: فَإِنَّ وَطَافَهَا يُؤَكِّدُ عِتْقَهَا؛ لِأَنَّهَا إِنْ حَمَلَتْ مِنْهُ عِتْقَتْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ
بَقِيَتْ عَلَى حَالِهَا فَإِنَّهَا تُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ.

ويحتمل أن يقال: إِنَّهَا إِذَا حَمَلَتْ بَطَلَ تَدْبِيرَهَا وَانْتَقَلَتْ إِلَى مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ، كَمَا
يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ بِالْعِتْقِ.

المسألة الخامسة⁽²⁾:

قوله⁽³⁾: «وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ»⁽¹⁾ يريد أن حُكِمَ التَّدْبِيرُ قَدْ لَزِمَهُ، فَلَيْسَ لَهُ إِبْطَالُهُ
بِقَوْلٍ وَلَا فِعْلٍ.

وقال أبو حنيفة⁽⁴⁾: مَا كَانَ مِنْهُ مُطْلَقًا فَلَيْسَ لَهُ نَقْضُهُ⁽⁵⁾، وَمَا كَانَ مُقَيَّدًا فَلَهُ إِبْطَالُهُ.
وعندنا: لَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ كَالْمُطْلَقِ، وَإِنَّمَا قَالَ⁽⁶⁾: إِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَغْيِرَهُ⁽⁷⁾ فيقول: لَمْ
أُرِدْ بِهِ التَّدْبِيرَ، فَيَكُونُ لَهُ حِينَئِذٍ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ.

ودليلنا على تسليم إحدى الروايتين: أَنَّ هَذَا تَدْبِيرٌ، فَوَجِبَ أَنْ يَلْزِمَ كَالْمُطْلَقِ.
وَإِذَا قُلْنَا: يُقَدَّرُ⁽²⁾ فِي الْمُقَيَّدِ قَوْلٌ وَاحِدٌ؛ أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ⁽³⁾ بِهِ التَّدْبِيرَ لَزِمَ، فَكَذَلِكَ
الْمُطْلَقُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ عِنْدَنَا صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ، لَا يَقْبَلُ مِنْهُ أَنَّهُ⁽⁴⁾ أَرَادَ بِهِ غَيْرَهُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ.

(1) في الموطأ: «أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَهَبَهَا» وهو الصواب.

(2) م، ف، ج: «نقد» والمثبت من المتقى.

(3) في المتقى: «أريد».

(4) م: «إذا».

(1) في الأم: 624/13 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 126/18.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 44/7 - 45.

(3) أي قول ابن المسيب في الموطأ (2363) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2781)، وسويد
(441)، ومحمد بن الحسن (844).

(4) انظر المبسوط: 178/7 - 179.

(5) لا بقول ولا بفعل.

(6) بعض المالكية.

(7) بمعنى أن يفسر المقيد.

وقال الشافعي في أحد قوليه⁽¹⁾: له الرجوع عن التدبير المطلق والمقيّد بالقول دون الفعل، والقول الثاني: له الرجوع بالقول والفعل.

والدليل على ما نقوله: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾.

ومن جهة المعنى: أنه عقْدُ عتقي استفاد به*⁽¹⁾ اسماً يعرف به، فلم يكن له إبطاله، أصله الكتاب.

وأيضاً: فإنه عقْدُ ليس له إبطاله بالقول، فلم يكن له إبطاله بالفعل.

المسألة السادسة:

قال علماؤنا: ولا بأس برهن المدبّر، وللمرتهن أن يخدمه في حياة السيّد، وهو أحقّ به بعد موته إن كان قد حازه لنفسه، وإلا كان أسوة الغرماء. ومنع أشهب من رهن المدبّر، والأول أصحّ عندي.

ولا بأس بإجارته، وولده من أمته بمرتته، وولد الأمة من زوجها بمنزلتها، وللسيّد وطؤها.

ولا يجوز بيع المدبّر ولا هبته، فمن باع مدبّراً فسخ بيعه، فإن أعتقه مبتاعه قبل فسخ بيعه مضى عتقه؛ لأنه أقوى سبباً من التدبير.

وقيل: يردّ عتقه، ويعود مدبّراً على حاله. ومن أمضى عتقه لم يوجب على بائعه إدخال ثمنه في غيره، واختار ذلك ابن وهب.

فإن مات عند مبتاعه، فقد فات رده، ويستحبّ له أن يجعل الفضل من قيمته في مدبّر مثله.

وقيل: يفسخ بيعه، ويكون موته كعتقه، ويردّ الثمن على مبتاعه، ولا يضمن قيمته في مدبّر مثله.

وقيل: يفسخ على كلّ حال، وهو عندي ضعيف، بل يردّ الثمن على مبتاعه ولا يضمن قيمته في مدبّر مثله اعتباراً بأم الولد.

(1) ما بين النجنتين ساقط من الأصول المعتمدة، وقد استدركناه من المنتقى؛ لأنّ فقه الموضوع يوجب، وسياق الكلام اللاحق يؤكده، والله الموفق.

(1) انظر الأم: 589/13 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 101/1.

(2) المائة: 1.

المسألة السابعة:

والمُدبّرُ في الحدود كالعبد، فإن جنى جناية^(١) فوَمَ قِيمَةَ عبْدٍ، يريد فيه: وإن جنى فجنائته في خدمته دون رَقَبَتِهِ، وفُدي بمال إذ كان له، فإن وَفَى بجنائته فكَّ سبيل ذلك، وإن قَصَرَ عنها حُيِّرَ بين دفع البقية وبين إسلام الخدمة لا الرّقة، فإن أسلم استوفى ذلك سيّده حين عاد على تدبيره. وإن مات قبل ذلك وله مالٌ يخرج^(٢) من ثلثه عتق، وكان ما بقي من أَرْشِهِ دَيْنًا في ذمّته، وقيل: لا شيء عليه^(٣) من أَرْشِ جنائته.

وإن جرح اثنين^(٤)، تَخَاصًا^(٥) في خدمته^(٦). وإن جرح واحدًا فأسلمه إليه^(٧)، ثم جرح آخر بعد ذلك^(٨)، تَخَاصًا في خدمته.

وقيل: إن المجروح يُخَيَّر في افتكاكه أو إسلامه^(٩)، فإن أسلمه بَطَلَ حَقُّه، وإن افتكّه اختصَّ في خدمته.

فرع:

فإن هلك سيّده وعليه دَيْن، وقد جنى مدبّره جناية، كان أرباب الجناية أحقَّ به، إلا أن يقول أرباب الدّين: نحن نزيد على قيمته شيئًا نحطّه عن ذمّة الميّت، وندفع إلى أرباب الجناية القيمة، فذلك لهم، ولا كلام لأرباب الجناية. فإن لم يزيدوا وكانت الجناية وفاء الرّقة، كان أربابها أَوْلَى بها، وإن كان فيها فضلٌ على الجناية والدّين، بيع منه لهما جزء لدى^(١٠) من الثمن^(١١) بأَرْشِ الجناية، ثم بالدّين، ثم أعتق ثلث ما بقي، وكان الأفضل^(١٢) فيه عن الأَرْش والدّين فأرباب الجناية أحقَّ به، وقيل: إنّه يباع كلّه فيقتضا منه جميعًا، وبه نقول.

(١) ف، ج: «عليه».

(٢) م، ف، ج: «اثنان» والصواب ما أثبتناه.

(٣) م: «ذمته» وهو تصحيف.

(٤) م، ف، ج: «وإسلامه» ولعلّ الصواب الذي يقتضيه السياق ما أثبتناه.

(٥) كلمتان غير واضحتين في الأصول المعتمدة.

(٦) كذا بالأصول، ولعلّ الصواب: «وكان ما فضل».

(١) أي يخرج المدبّر. (٢) منّا بقي.

(٣) أي: تقاسما. (٤) وذلك ليخدمه.

(٥) أي بعد إسلامه.

فرع:

فإن جرح السيد مدبره، لم يضمن له أزش جراحه. وإن قتله، فلا ضمان عليه. وإن قتل المدبر سيده عمداً، بطل تدبيره، وإن قتله خطأ، عتق في ماله دون دينه، وكان على المدبر الدية يتبع بها، ولا تكون على عاقلته. والحمد لله رب العالمين.

كتاب الفرائض والموارث

العربية:

قال أبو حاتم⁽¹⁾: الميراث مِفْعَالٌ مِنَ الْإِرْثِ، وَالْإِرْثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ صَاحِبِهِ، وَقِيلَ لِمَالِ الْمَيِّتِ: إِرْثٌ وَمِيرَاثٌ؛ لِأَنَّهُ يَخْلُفُهُ وَيَبْقَى بَعْدَهُ.

اللفظ الثاني: «العَصَبَة» هم قرابة الرجل وورثته من قبيل أبيه الذين ليس لهم سهم معلوم في كتاب الله.

والعَصَبَة: مأخوذة من العِصَابَة وهم الجماعة من الخلق، وقيل: هي مأخوذة من العِصَابَة الَّتِي يَعْصِبُ بِهَا الرَّجُلُ رَأْسَهُ عِنْدَ الْحَرْبِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يُؤْمِنُكُمْ اللَّهُ فِي أُولَئِكُمْ﴾ الآية⁽²⁾، إِلَى قَوْلِهِ: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلَا يُورِثُ﴾.

مقدمة للكتاب⁽³⁾ وفاتحة له:

اعلموا - وفقكم الله - أَنَّ الْفَرَائِضَ أَصْلٌ مِنَ أَصُولِ الدِّينِ، وَمِنْ أَهَمِّ عُلُومِ الشَّرِيعَةِ وَأَرْكَانِهَا، حَضَّرَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَيْهَا وَعَلَى تَعْلِيمِ مَعَانِيهَا وَتَعَلُّمِهَا، فَقَالَ ﷺ: «تَعَلَّمُوا الْقُرْآنَ وَالْفَرَائِضَ، وَعَلَّمُوهُمَا النَّاسَ، فَإِنِّي مَقْبُوضٌ»⁽⁴⁾ وَقَالَ: «الْعِلْمُ ثَلَاثٌ: آيَةٌ مُحْكَمَةٌ، وَسُنَّةٌ قَائِمَةٌ، وَقَرِيبَةٌ عَادِلَةٌ»⁽⁵⁾ تَوَلَّى اللَّهُ تَقْدِيرَهَا، وَبَيَّنَّ أَحْكَامَهَا.

والأصل فيها: آية الموارث المتقدمة، قوله جل ثناؤه وتقدست أسماؤه: ﴿يُؤْمِنُكُمْ اللَّهُ فِي أُولَئِكُمْ﴾⁽⁶⁾ الآية.

والأصل فيه من السنة: قوله في حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال النبي

.....

- (1) في كتابه الزينة.
- (2) النساء: 11.
- (3) انظرها في القبس: 3/ 1031.
- (4) أخرجه الترمذي (2091) وقال: «هذا حديث فيه اضطراب» انظر تلخيص الحبير: 3/ 79، وتعليق بشار عواد معروف على الجامع الكبير.
- (5) أخرجه أبو داود (2885 م)، وابن ماجه (54)، والدارقطني: 4/ 67، والبيهقي: 6/ 208، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
- (6) النساء: 11.

عليه السلام: «أَلْحَقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبَقَتِ الْفَرَائِضُ، فَلَأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرَهُ»⁽¹⁾ وأكمل صلى الله عليه أمرها بحديثه الصحيح حين قال: «لَا تُورَثُ، مَا تَرَكَتَاهُ»⁽¹⁾ فَهُوَ صَدَقَةٌ»⁽²⁾، وقال النبي عليه السلام: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»⁽³⁾.

وقد قرأناها على ستة أنواع: قرأناها على القرآن، وعلى السنة، وعلى الاتفاق والاختلاف، وعلى القربى، وعلى الإيجاز، وعلى الإلغاء، وبهذه الأصول السنة تنضبط، وبقلبها ظهراً لبطنٍ تتحصل، ولكن مالكاً في «الموطأ» تولى بيانها على الأقرباء، فنحن على منواله ننسخ، وفي سبيله نستنهج، فقال مالك في ذلك على طريق البيان⁽⁴⁾:

باب ميراث الصلب⁽⁴⁾

وهي كلمة بديعة تلقنها⁽³⁾ مالك - رحمه الله - من القرآن في قوله: ﴿يَتَرَكُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾⁽⁵⁾. فذكر قرابة⁽⁴⁾ الأب التي هي الأصل، وبدأ بها لأنها أصل الولادة، بها تجمع وعنها يتفرع⁽⁶⁾، فإذا خرجت عنها وانفصلت منها، نزلت في منازل التطوير، وتغيرت⁽⁶⁾ بإحكام التقدير، وتفصلت بأحكام التدبير، حتى تعود خلقاً سويًا من السلالة إلى استواء الخلق، فهاتان الحالتان⁽⁷⁾ هما⁽⁸⁾ أخص الأحوال بالإنسان، فوجب أن تقع البداية بها، ولذلك لم يؤثر الله تعالى شيئاً عليهما، قال الله تعالى: ﴿يُؤْتِيكَ اللَّهُ فِي

(1) م: «تركنا».

(2) ج: «البيان».

(3) في القبس: «تلقفها».

(4) في النسخ: «موته» والمثبت من القبس.

(5) م، ج: «يجتمع وعنها يتفرع».

(6) م: «وتعرفت».

(7) ج: «... الخلق، بهاتين الحالتين».

(8) م، ف، ج: «والمثبت من القبس».

(1) سيأتي تخريجه صفحة: 548، التعليق رقم: 1.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2840) رواية يحيى.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1475) من حديث أسامة بن زيد.

(4) انظره في القبس: 3/ 1031 - 1032.

(5) الطارق: 7.

أَزْلَدِكُمْ ﴿ الآية (1) ، واتفقت الأمة على أنها عامة جارية على شمولها، منتظمة على جملتها وتفصيلها، لا تبيّن إلا في جملة مسائل:

المسألة الأولى (2):

تخصيضا بحديث جابر عن النبي عليه السلام؛ قوله: «لَا نُورُثُ، مَا تَرَكْنَا صَدَقَةً»، قالت فاطمة لأبي بكر: أَرَأَيْتَ لَوْ مُتُّ أَكَانَتْ تَرِثُكَ ابْنَتُكَ؟ قال لها: نَعَمْ، قالت (1): فَأَعْطِنِي سَهْمِي! قال لها: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا نُورُثُ مَا تَرَكْنَا فَهَوُ صَدَقَةٌ» (3) فكانت إحدى خصاله الكريمة يذكرها من سمعها، وأصغى لها من غاب عنها، وَاتَّقَلَّتْ الْخَلِيقَةَ عَلَيْهَا.

المسألة الثانية (4):

هي مخصوصة بالكافر، لقول (2) النبي ﷺ: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ» وقيل له ﷺ: أَيْنَ تَنْزِلُ؟ حين جاء مكة، فقال: «وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلَ شَيْئًا» (5) وذلك إجماع أيضا.

المسألة الثالثة (6):

اتفق العلماء من الصحابة والتابعين على أن من لا يرث لأجل (3) الكفر لا يحجب، إلا عبد الله بن مسعود فإنه حجب بالابن الكافر، كما (4) يحجب بالابن المسلم (7). وهذا ضعيف؛ لأن الله تعالى أنزله في الميراث معدوماً، فكذلك في الحجب، وتحريمه أحد

(1) ج: «فقلت».

(2) ف، م: «الحديث».

(3) ج: «من أجل».

(4) في القيس: «من».

(1) النساء: 11.

(2) انظرها في القيس: 1032/3.

(3) أخرجه بنحوه أحمد: 13/1، والترمذي (1608) من حديث أبي هريرة.

(4) انظرها في القيس: 1032/3 - 1033.

(5) أخرجه البخاري (4282)، ومسلم (1351) من حديث أسامة بن زيد.

(6) انظرها في القيس: 1033/3.

(7) أخرجه ابن أبي شيبة (31155).

فائدتي⁽¹⁾ القرابة في الميراث، فأسقط حكمها الكفر، أصله السهم⁽²⁾.

مزيد إيضاح:

قوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكَ اللَّهُ فِي الْأَمْثَالِ مَثَلًا بَلِيغًا﴾ الآية⁽¹⁾. وهو المذكور في قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ﴾⁽²⁾.

تنبيه على مسألة أصولية⁽³⁾:

قوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكَ اللَّهُ فِي الْأَمْثَالِ مَثَلًا بَلِيغًا﴾ الآية⁽⁴⁾، اتفق المفسرون على أن هذه الآية نسخت آية الوصية للأقربين⁽⁵⁾، وهذا لا يصح⁽⁶⁾؛ لأن من شروط النسخ الأربعة - وهو أصلها - المعارضة حتى لا يُمكن الجمع، والجمع بين الآيتين ممكن، فاستحال أن يقال: إن إحداهما نُسخت الأخرى.

وقالت طائفة: نسخها قول النبي ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»⁽⁷⁾، وهذا الحديث اتفقت الأمة عليه.

قلنا: هذا باطل؛ لأن الأمة لم تتفق عليه لفظاً، والحديث ضعيف، ولو كان قوياً لَنَقَلَهُ العدل عن العدل، وما جاز نسخ القرآن به لأنه خبر واحد، ونسخ القرآن لا يجوز

(1) كذا، ويمكن أن تقرأ: «أخذ ما يؤتى».

(2) م: «النسيم» ج: «المسلم» والمثبت من القبس، وتمة العبارة كما في القبس: «... السهم، يزيده إيضاحاً أن المذكور في قوله: ﴿يُؤْتِيكَ اللَّهُ فِي الْأَمْثَالِ مَثَلًا بَلِيغًا﴾ والمذكور في قوله: ﴿إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ﴾ حجبا

(1) النساء: 11.

(2) النساء: 11.

(3) انظره في القبس: 1033/3 - 1035.

(4) يقصد الآية: 180 من سورة البقرة.

(5) انظر كلام المؤلف في هذه المسألة في كتابه الناسخ والمنسوخ: 17/2.

(6) أخرجه الطيالسي (1217)، وأحمد: 186/4، والدارمي (2532)، وابن ماجه (2712)، والنسائي: 6/247، والترمذي (2121) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والبيهقي: 264/6. وقد سبق تخريج الحديث من طريق آخر.

بخبر الواحد بإجماع من الأمة. وأما إن كانت الأمة أجمعت على معناه، فالتسخ بالإجماع محال؛ لأنه لا يصح تصوّره إلا بعد عدم الشريعة الواردة ببيان الأحكام على التنصيص في المقال خاصة.

فإن قيل: إجماع الأمة لا يكون إلا عن حديث سمعوه من النبي عليه السلام، فإذا أجمعوا عَلِمْنَا ضرورة وجود الأثر.

قلنا: هذا مذهب محمد بن جرير الطبري، وهو ساقط قطعاً، فإن الأمة قد تُجمِع على النظر كما تُجمِع على الأثر، وقد بيّنا ذلك في «أصول الفقه»:

ومنهم من قال: إنما سقطت الوصية للوالدين والأقربين، لقوله في الحديث الصحيح: «أَلْجَفُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبَقَتِ الْفَرَائِضُ، فَهِيَ لِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرَ»⁽¹⁾.

قلنا: كما لم يُسقط هذا الحديث أصل الوصية في آية الموارث، لا يُسقط وصف الوصية للأقربين. وإنما معنى هذا الحديث المخصوص، فما بقي بعد الوصية والذين كيفما تصرفت وجوه الوصية، وكيفما تصرفت وجوه الذين، وقد روى جابر بن عبد الله أنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعوذني فقلت: يا رسول الله، كيف أصنع في مالي؟ فأنزل الله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ»⁽²⁾. رواه البخاري⁽³⁾. وثبت في الصحيح أيضاً من طريق آخر أنها نزلت: «يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ»⁽⁴⁾. وروى المصنفون والمُسْنِدُونَ عن جابر بن عبد الله أنه خرج مع النبي ﷺ إلى الأسواف، وذكر حديثاً طويلاً، منه: أن امرأة سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ جاءت⁽¹⁾ بابنتين لها، فقالت: يا رسول الله ﷺ؛ إِنَّ سَعْدًا

(1) في القيس: «جاءته».

(1) أخرجه البخاري (6732)، ومسلم (1615) من حديث ابن عباس يقول ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 81 «الثابت في الصحيحين من حديث ابن عباس: فما أبقت الفرائض فلاولى رجل ذكر [وهي الرواية التي ذكرها المؤلف سابقاً صفحة: 446]، وهذا اللفظ تبع [أي الرافعي] فيه الغزالي [في الوسيط: 4/ 346] وهو تبع إماميه [لعله الجويني في نهاية المطلب] وقد قال ابن الجوزي في التحقيق: إن هذه اللفظة لا تحفظ، وكذا قال المنذري. وقال ابن الصلاح: فيها بُعِدَ عن الصُّحَّةِ من حيث اللغة فضلاً عن الرواية؛ فإن العصبية في اللغة اسم للجمع لا للواحد».

(2) النساء: 11.

(3) في صحيحه: (4577).

(4) النساء: 176. والحديث أخرجه مسلم (1616) عن جابر.

هَلَك، وَتَرَكَ هَاتَيْنِ، وَإِنْ عَمَّهُمَا اسْتَفَاءٌ⁽⁵⁾ مِيرَاثُهُمَا، وَإِنَّهُمَا لَا تُنْكَحَانِ إِلَّا عَلَى مَالٍ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَقْضِي اللّهُ فِي ذَلِكَ» ثُمَّ نَزَلَتْ: «يَوْمَئِذٍ اللَّهُ فِي تُولَدِكُمُ» الآية⁽¹⁾. فدعا رسولُ الله ﷺ عَمَّهُمَا، وَقَالَ: «اذْفَعِ الثَّمَنَ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَالثَّلْثَيْنِ لِلابْنَتَيْنِ، وَخُذْ مَا بَقِيَ»⁽²⁾.

تنبيه على وهم⁽³⁾:

قال بعض علمائنا: هذه الآية في شأن سعد، نسخت ما كان في الجاهلية، وهذا باطل؛ فإن الجاهلية ليس لها حُكْمٌ يثبت حتى يتطرق إليه رَفْعٌ، ولا يثبت له في الإسلام قدم بيان⁽⁴⁾، فإنه لو كان مسكوتاً عنه لكان شرعاً، ولو كان شرعاً لما انتزع النبي عليه السلام من أخي سعد بن الربيع ما كان أخذه، فإن حُكْمَ النَّاسِخِ يَثْبُتُ سَاعَةَ نَزْوِلهِ وَلَا يَعْتَرِضُ عَلَى مَا سَبَقَهُ، فَلَمَّا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَخَا سَعْدٍ بِأَنْ يَرِدَ مَا أَخَذَ، وَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّهَا كَانَتْ ظُلَامَةً.

تفسير⁽⁴⁾:

قوله تعالى: ﴿فِي تُولَدِكُمُ﴾⁽⁵⁾ فأولاد الرجال: كلُّ موجودٍ كان من صُلبه، ذنِياً أو بعيداً⁽⁶⁾. قال الله تعالى: ﴿بَيْنِي وَبَيْنَ آدَمَ﴾⁽⁶⁾. وقال عز من قائل: ﴿وَيْلَةَ أَيْكُمُ إِزْهِيمًا﴾⁽⁷⁾.

فمن علمائنا من قال: إنه حقيقة في الأذنين مجاز في الأبعدين.

(1) في القبس: «ولا يثبت له قدم في الإسلام بيان ولا تقرير».

(2) ف: «بعدا» وفي القبس: «دنا أو بعد».

.....

(1) أي استرجاع حقهما من الميراث وجعله فينا له، وهو استفعل من الفيء.

(2) النساء: 11.

(3) أخرجه أحمد: 3/352، وأبو داود (2891 م)، وابن ماجه (2720)، والترمذي (2092) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، وأبو يعلى (2039)، والبيهقي: 216/6.

(4) انظره في القبس: 3/1035.

(5) انظره في القبس: 3/1035 - 1036.

(6) النساء: 11.

(7) الأعراف: 26.

(8) الحج: 78.

ومنهم من قال: إنه حقيقة في الكلّ لأجل عموم الاشتقاق الذي هو التولد فيه .
والصحيح عندي أنه مجاز؛ لأنه يجوز نفيه عنه، والحقائق لا يجوز نفيها عن مسمايتها.
وعلى كل حال فإنّ الأمة أجمعت على العموم في قوله: ﴿أَوْلَادُكُمْ﴾⁽¹⁾ وإن سفلوا
كما دخل في قوله: «آباء» الآباء وإن علوا، فإذا ثبت أنه على العموم في الأولاد، فليس
يقتضي ذلك اشتراك⁽²⁾ الأدنى والأبعد، لقول النبي ﷺ: «فَمَا أَبَقَتِ الْفَرَائِضُ فَلَأَوْلَى
رَجُلٍ ذَكَرٍ»⁽²⁾ فلاجل ذلك يقدم الابن على أبيه⁽³⁾، ولولا ذلك لاشترك الأب وابنه في
الميراث بحكم الاشتراك في العموم، وعلى هذا ينبنى اختلاف العلماء في قوله: «هذا
خَبَسٌ على ولدي» هل تلحق الدرجة السفلى بالعليا؟ على ثلاثة أقوال:

- 1 - فقالت طائفة: لا تلحق، وهذا ضعيف .
- 2 - وقالت طائفة: تلحق بهم، وهو الصحيح .
- 3 - وقالت طائفة: يشتركون فيه، ويؤثر الأعلى، وهذا إنما هو استحسان لا يعضده
الدليل في أصل المسألة، وكذلك يكون الحكم في البنات وبنات الابن .

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽³⁾:

قوله⁽⁴⁾: «مِيرَاثُ الْوَلَدِ مِنْ وَالِدِهِمْ» اعلم أن ميراثهم على ضربين:

أحدهما: أن يرثوا بالتعصيب، وهو أن يكونوا رجالاً ونساء .

والثاني: أن يرثوا بالفرائض، وهو أن يكنّ نساء، فإن ورثوا بالتعصيب وكانوا
رجالاً، فالميراث بينهم بالسواء، لتساويهم في سبب استحقاقه، وإن كانوا رجالاً ونساء
فللذكر مثل حظّ الأنثيين .

وأما إن ورثت البنات بالفرائض، فلا يخلو أن تكون واحدة أو أكثر، فإن كانت

(١) م، ف، ج: «اشتراط» والمثبت من القيس .

(٢) م، ف، ج: «الابنة» والمثبت من القيس .

.....

(1) النساء: 11 .

(2) سبق تخريجه .

(3) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 224 / 6 .

(4) أي قول مالك في الموطأ (1449) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3026) .

واحدة فلها النصف، وإن كانتا اثنتين فالذي عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم أن فرضهما الثلثان؟
وروي عن ابن عباس أن فرضهما النصف، ولم يثبت ذلك عنه، والدليل على
ضعفه: إجماع الناس على خلافه.

ومن جهة المعنى: أن كل نوع من النساء فرض إحدهن النصف، فإن فرض الاثنين
منهما الثلثان، أصله الأخوات.

المسألة الثانية⁽¹⁾:

فإن كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبية يستحق الباقي، دفع إليه. وإن لم
يكن ذلك، دفع باقي الشركة إلى بيت مال المسلمين، هذا قول زيد⁽²⁾، وغيره⁽³⁾،
وسليمان بن يسار، ومالك، والشافعي⁽⁴⁾، وقد روي عن عمر، والمشهور عنه أنه كان
يرد ما فضل عن ذوي الفرائض على ذوي السهام من ذوي الأرحام، وبه قال علي، وأبو
حنيفة⁽⁵⁾، وأحمد، والثوري، إلا ابن مسعود فإنه لم يرد على أربع من أربع: لم يرد على
ابنة الابن مع البنت، ولا على الأخت للأب مع الأخت الشقيقة، ولا على ولد الأم مع
الأم، ولا على الجد مع ذي سهم من ذوي الأرحام، فإذا انفردن عن الأربعة رد عليهن،
وأجمعوا على⁽¹⁾ أنه لا يرد على الزوج والزوجة.

والدليل على صحة القول الأول: قوله تعالى: ﴿فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾⁽⁶⁾، وقوله: ﴿وَلَهُنَّ
أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾⁽⁷⁾ فيجعل تعالى للأخت النصف، وأبو حنيفة يجعل لها الكل.
وأيضاً: فإنه تعالى قد فرق بين الأخ والأخت، وأبو حنيفة⁽⁸⁾ جعل حكمهما واحداً.
ومن جهة القياس: أن هذا ذو سهم لا تعصّب له، فلم يرد عليه كالزوج والزوجة.

(1) «على» زيادة من المتقى.

(1) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 224/6.

(2) هو زيد بن ثابت.

(3) كمروة بن الزبير.

(4) انظر الأم: 219/8 (ط. قتيبة).

(5) انظر المبسوط: 192/29.

(6) النساء: 11.

(7) النساء: 176.

(8) انظر المبسوط: 154/29.

وهنا كلامٌ يفتقرُ إلى جملةِ بيانٍ في فصول ثلاثة:

الفصل الأول

في بيان الأسباب التي يتوارث الخلق بها

فالأسبابُ التي تُوجِبُ الميراثَ عندنا أربعة: نسب، ونكاح، وولاء، وإسلام، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: هي خمسة: نكاح، ونسب، وولاء، وحلف، واتحاد الديوان.

وقولنا: «إن الإسلام سبب»^(١) أن علماءنا اتفقوا على أن الرجل إذا لم يكن له وارثٌ لا يجوز له أن يُوصي بجميع ماله؛ لأن بيت المال وارثه.

وقال أبو حنيفة^(١): يُوصي بجميع ماله، والمسألة طبولية، وتعلّق فيما انفرد به عنا بقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوْلَىٰ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ الآية^(٢). فأوجب^(٣) تعالى الميراثَ بالمعاقدة قولاً، والاتحاد في الديوان معاقدةً فعلاً.

والوارثون^(٣) من الرجال عشرة؛ الابن، وابنُ الابنِ وإن سفل، والأب^(٣)، والجَدُّ وإن علا، والأخ، وابنُ الأخ،^(٤) والعم، وابنُ العم، والزوج، ومولى النعمة. ومن النساء سبع: البنت، وابنة الابن وإن سفلت، والأم، والجدة، والأخت، والزوجة، ومولاة النعمة.

وأما الفروض المقدّرة في القرآن فستة: النصف، ونصف النصف وهو الربع، ونصف الربع وهو الثمن، والثلاثان، ونصف الثلثين وهو الثلث، ونصف الثلث وهو السدس.

(١) «سبب» زيادة من القبس: 1045/3، حيث وردت العبارة نفسها، والفقرة التالية هي المسألة الأولى.

(٢) م، ف، ج: «وأوجب» والمثبت من القبس: 1046/3.

(٣) في الخصال الصغير بزيادة: «والأب وأبوه».

(٤) في الخصال الصغير بزيادة: «والأخ وأبوه وإن سفل».

(١) انظر المصدر السابق: 18/29.

(٢) النساء: 33.

(٣) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من الخصال الصغير: 90 بتصرف يسير.

المسألة الثانية:

وأما تسمية من لا يرث من وجهٍ ويرث من وجهٍ آخر: فهو الجد من الأم، وبنو الإخوة من الأم، والأعمام من الأم، والأخوال، وذكور بني البنات، وذكور بني الأخوات، وبنوهم لا يرثون بهذا النسب الذي ذكرنا، وهم يرثون إذا كانوا من عصبه الميت بسبب قرابة الصُّلب.

المسألة الثالثة: في تسمية من لا يرث بحالٍ من الأحوال

بنات البنات من قبل ما كنَّ^(١)، وبنات الإخوة من قبل ما كانوا، وبنات الأعمام، فهؤلاء وبنوهم وبنو بنوهم لا يرثون شيئاً، ولا يَحْجُبُونَ وارثاً، والعمّة تُورَثُ ولا تَرِثُ، والخالة لا تُورَثُ ولا تَرِثُ، وقد تكون الخالة عمّة فتورث، والجدّة أمُّ الأمِّ تَرِثُ ولا تُورَثُ، والجدّة أمُّ الأب تَرِثُ وتورث. ولا يرث ذين ذيناً، ولا الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر، إلاّ السيّد يرث عبده بالملك مسلماً كان العبد أو ذميّاً، وكذلك النصرانيّ يُسَلِّمُ عبده ويده مالاً، فيموت العبدُ الذي أسلمَ قَبْلَ أن يباعَ عليه، هو يرث المال الذي كان بيده، ولا يرث الحرُّ العبدَ، ولا العبدُ الحرَّ، ولا يرث المُعْتَقُ إلى أجلٍ، ولا المُعْتَقُ بعضه، ولا المُكاتبون، ولا المُدبُّرون، وأولادهم يتوارثون إذا كانوا أحراراً ولا يرث القاتلُ عَمْدًا من مالٍ من قَتَلَ، ولا من دَيْتِه، ويقاد منه القتلُ إلاّ أن يعفو من له العفو من الورثة. ولا يرث القاتلُ خطأً من الذية التي أخذت منه، ويرث من المال. والقاتلُ عَمْدًا أو القاتلُ خطأً يرثان الولاء جميعاً. ولا يرث^(٢) المولودُ حتّى يستهلَّ صارخاً. ولا يتوارث المجهولون موتهم^(١) إلاّ بالبيّنة واليمين، وميراثُ كلِّ واحدٍ منهم لوَرَّثتِه من الأحياء. ولا يورث إلاّ من وُلِدَ في الإسلام. ولا يتوارث تُوأمٌ^(٣) الزانية إلاّ بالأم، وكذلك أولاد المغتصبة وتوأمها لا يتوارثان إلاّ بالأم، وتوأمُ المسيبة، وتوأمُ الملاعنة، وتوأمُ المستأمنة

(١) ف، ج: «ما كان» .

(٢) م: «يورث» وهي صحيحة أيضاً؛ لأنه لا يرث ولا يورث.

(٣) م، ف: «أتوأم» ثم كل النسخ تنفق على هذا في الرسوم اللاحقة.

(١) أي لا يتوارث من جهل موته، مثل أهل البيت يموتون في حادث فلا يعلم أيهم مات قبل صاحبه.

يتوارثان بالأب والأم إذا كانت الولادة في العرب. ولا يرث أولاد أمهات الأولاد الذين وُلِدُوا من غير سيدهم؛ لأنهم بمنزلة أمهاتهم، والأمهات لا تعتق إلا بموت السيد، فإنهم كما وصفت لك ممن ترث وتورث، وممن ترث ولا تُورث.

الفصل الثاني

في ذكر الحجب ومن يحجب ومن لا يحجب وكيفية القسمة

الأب يخجُب أبويه، ويخجُب الإخوة ذكورهم وإناثهم، والأعمام لا يرثون معه شيئاً. والأم تخجُب الجدات كلهن لا يرثن معها شيئاً. والابن يخجُب من تحته من بني البنين ذكورهم وإناثهم، ويخجُب الإخوة كلهم، والأعمام لا يرثون معه شيئاً. والأخ من الأب والأم يخجُب الأخ من الأب، والأخ من الأب يخجُب ابن الأخ للأب، وابن الأخ من الأب يخجُب ابن الأخ من الأب والأم، الأقرب أبداً يخجُب الأبعد.

وأما من لا يسقط بحال وهم ستة: البنون، والبنات، والآباء، والأمهات، والزوج، والزوجات.

وأما قسمة المال، ففي ذلك إحدى عشرة مسألة:

المسألة الأولى: فيمن يرث المال كله

الابن، وابن الابن، والأخ، وابن الأخ، والعم، وابن العم، والأب والجد إذا انفردوا.

المسألة الثانية: فيمن يرث الثلثين

ترثه ابنتان فصاعداً إذا لم يكن معهما ابنٌ ذكرٌ، وكذلك ابنتا ابن^(١) وأختان شقيقتان

ولابٍ فصاعداً إذا لم يكن معهن ذكرٌ منهن.

المسألة الثالثة: فيمن يرث النصف

الابنة الواحدة إذا لم يكن معها ذكرٌ، وكذلك ابنة الابن، والأخت الشقيقة ولاب

الواحدة إذا لم يكن معهن ذكرٌ منهن، والزوج إذا لم يكن معه ولد، ولا ولد وُلِد.

المسألة الرابعة: فيمن يرث الثلث

الأم إذا لم يكن معها ولد، ولا ولد وُلِد، ولا اثنان من الإخوة فصاعداً إلا في

(١) ف: «ابنتان ابن»، ج: «ابنتان وابن».

الفريضتين التي يقال لهما: العَرَاوَان، وإخوان الأم فصاعداً ذكورا كانوا أو إناثا، مقسوماً ذلك بينهم بالسواء.

المسألة الخامسة: فيمن يرث الربع

الزوج مع الولد، وولد، والزوجة إذا لم يكن معها ولد، ولا ولد وولد، ذكراً كان الولد أو أنثى.

المسألة السادسة: فيمن يرث السُدُس

يرثه الأب والجدّ مع الولد وولد الولد، والأم مع الولد وولد الولد، ومع اثنتين من الإخوة فصاعداً، والأخ الواحد للأم ذكراً كان أو أنثى، والجدّة واحدة كانت أو أكثر، وبنات البنين مع الابنة الواحدة، والأخوات للأب مع الأخت الشقيقة الواحدة.

المسألة السابعة: فيمن يرث الثُمَن

ترثه الزوجة مع الولد وولد الولد، ذكراً كان أو أنثى.

المسألة الثامنة: في المقاسمة في المال كلّهُ بالسواء وفيما يبقى أيضاً كذلك

وهم الذكور من البنين، وبنو البنين، والإخوة الشقائق، والأب والأعمام وبنوهم وبنو بنوهم، والأخوات الشقائق، والأب مع البنات ومع بنات البنين.

المسألة التاسعة: في المقاسمة للذكور مثل حظّ الأنثيين في المال كلّهُ وفيما يبقى

لأهل الفرائض المسمّاة

وهم الذكور مع الإناث مع البنين وبنو البنين، والإخوة الشقائق، والأب والجدّ مع الأخوات الشقائق، والأب إذا كانت المقاسمة أفضل أنصباؤه.

المسألة العاشرة: في التخيير

فالجدّ مخيّر مع الإخوة إذا كان معهم من له فريضة مسمّاة في السُدُس من رأس المال، أو في ثُلث ما بقي لأهل الفرائض، وفي مقاسمة الإخوة كأنه أخ مثلهم. فإذا لم يكن معهم من له فريضة مسمّاة، كان مُخيّراً في الثُلث من رأس المال وفي مقاسمة الإخوة.

المسألة الحادية عشرة: في قسمة ثلث ما بقي للأم في الفريضتين اللتين يقال لهما

العَرَاوَان⁽¹⁾

وهما زوج وأبوان، وزوجة وأبوان، للزوجين فرائضهما، وللأم ثُلث ما بقي.

(1) انظر كتاب الفرائض للسهيلي: 58.

فهذه أصولٌ ربطت جميعَ الفرائض والموارث^(١) والحُجب المشكّلة منها فقابلوها .

باب^(١)

ميراث الرّجل من امرأته والمرأة من زوجها

بوَّب مالك هذا الباب، وبيَّن أنّ فرض الرّوج النّصف، ويرجع إلى الرّبع^(٢)، وكذلك الرّوجة فرضها الرّبع، وترجع إلى الثّمّن^(٣). والأصل في ذلك: الآية المتقدّمة . وإن كانت الرّوجات اثنتين أو ثلاثاً، فهذا حكمها: لهنّ الرّبع دون الولد وولد الولد، ولهنّ الثّمّن مع الولد وولد الولد، يقتسمن ذلك على السّواء، ولا ينقصن من الثّمّن إلاّ أن ينقص العول، وذلك مثل أن يترك زوجة وأبوين وابنتين، فأصلُ الفريضة من أربعة وعشرين، وتعوّل إلى سبعة وعشرين، وتسمّى: «المنبريّة» وذلك أنّ عليّ بن أبي طالب سئل عن^(٤) ميراث الرّوجة من هذه المسألة وهو يخطب فقال: «عَادَ ثُمْنُهَا نَسْعًا»^(٤) ومضى في خطبته، فسُميت المنبريّة .

باب^(٥)

ميراث الإخوة للأُمّ

قال الإمام: معنى هذا الباب؛ أن الإخوة للأُمّ لا يرثون مع وارث من الولد وولّد الولد، ولا يرثون مع وارث من الآباء والأجداد، ويرثون مع غيرهم بالفرض دون التعصيب؛ لأنهم يستفيدون ذلك من الأُمّ وليست من أهل التعصيب، وفرض الواحد منهم

(١) م، ف، ج: «الموارث» .

(٢) م، ف، ج: «في» والمثبت من المتنى .

(١) هذا الباب مقتبس من المتنى: 227 / 6 .

(٢) أي يحجبه الولد وولد الابن إلى الرّبع .

(٣) أي يردها الولد وولد الابن إلى الثلث .

(٤) أخرجه البيهقي: 253 / 8، وانظر تلخيص الحبير: 90 / 3 .

(٥) هذا الباب مقتبس من المتنى: 229 / 6 .

الشدس⁽¹⁾، وفرض الاثنيين فما زاد الثلث⁽²⁾، ذكورهم وإناثهم في ذلك سواء.
الأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً﴾⁽³⁾
معناه: أن يورث بغير أبوين ولا ولده، ثم قال: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَجِدٍ مِّنْهُمَا
الشدس﴾⁽⁴⁾ فسوى بين الأخ والأخت، ثم قال: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ
شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾⁽⁵⁾ فوجب أن يرجع الضمير إلى الذكور والإناث، وذلك يقتضي
تساويهم في الثلث؛ لأن ذلك ظاهر لفظ⁽⁶⁾ الاشتراك.

باب⁽⁵⁾

ميراث الجدة

قال الإمام: اعلموا أن الجدة قد دخلت في قوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ﴾⁽⁶⁾ كما دخل الجد،
فاقتضت التشريك⁽⁷⁾ وإن خالف اللفظ، كما دخلت الأم وإن اختلف اللفظ؛ إلا أن⁽⁸⁾
مالكاً⁽⁹⁾ وغيره روى عن قبيصة بن ذؤيب؛ أنه قال: «جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق
رضي الله عنه» إلى قوله: «فَهُوَ لَهَا». وقول أبي بكر: «مَالِكٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ»

(1) «الثلث» زيادة من المتقى يلتزم بها الكلام.

(2) في المتقى: «لفظ ظاهر».

(3) م، ف، ج: «الشريك» والمثبت من القيس.

(4) م، ف، ج: «لأن» والمثبت من القيس.

(1) ولا ينقص ذلك إلا بالعول.

(2) النساء: 12.

(3) النساء: 12.

(4) النساء: 12.

(5) انظر أغلب هذا الباب في القيس: 3/ 1039 - 1040.

(6) النساء: 11.

(7) رواه مالك في الموطأ (1461) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3038)، وسويد (212)،

ومحمد بن الحسن (723)، والقعنبي عند الجوهري (223)، وإسحاق بن سليمان الرازي، والطَّبَّاع،

ومصعب الزبيري عند أحمد: 225/4، ومعن عند الترمذي (2101)، وبشر بن عمر عند ابن الجارود

(959)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح مشكل الآثار (6049).

غريب في⁽¹⁾ الفقه؛ لأنه جعل الجدَّ أباً ولم يجعل الجدَّة أمًّا، والمعنى في ذلك: نقصان درجات النساء؛ لأنه لا ينكر⁽²⁾ في الأولاد قلم ينكر⁽²⁾ في الآباء، فبنتُ البنتِ ليس لها شيء، وكذلك أمُّ الأم.

ثم جاءت الأخرى إلى عمر، وقيل: إلى أبي بكر، فذكر مالك الزوايتين⁽¹⁾، وقال علماؤنا: إنَّ التي جاءت أولاً إلى أبي بكر كانت أمُّ الأم، ورَوَى ذلك ابن وهب وغيره مُفسِّراً⁽²⁾، وعليه يدلُّ تعليل الأنصاري، إذ قال لأبي بكر: أَمَا إِنَّكَ تَتْرُكُ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ وَهِيَ حَيَّةٌ، كَانَ إِبَاهَا يَرِثُ، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا⁽³⁾.

توفية:

اعلم أنَّ الجدَّة من قِبَلِ الأمِّ لها السُّدُس، والجدَّة من قِبَلِ الأبِّ لها السُّدُس، فإذا اجتمعتا وكانت جدَّة الأبِّ أقرب بدرجة أو درجتين فالسُّدُس لها وحدها، وأيهما خَلَّتْ به فهو لها.

واعلم أنَّ جدَّة الأبِّ ترث مع كلِّ وارثٍ إلَّا مع الأبِّ والأمِّ، وجدَّة الأمِّ ترث مع كلِّ وارثٍ إلَّا مع الأمِّ وحدها.

باب

ميراث الكلالة

الأصل في هذا الباب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورِثُ كَكَلَّةٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ﴾ الآية⁽⁴⁾.

(1) م، ف، ج: «من» والمثبت من القبس.

(2) م، ف، ج: «ينكرون» والمثبت من القبس، وفي القبس: 176/4 (ط. الأزهرى): «يتكررن».

.....

(1) انظر الموطأ (1465) رواية يحيى.

(2) انظر التمهيد لابن عبد البر: 96/11.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1462) رواية يحيى.

(4) النساء: 12، وانظر أحكام القرآن: 345/1.

وقوله (1): «إِنَّ عُمَرَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْكَلَالَةِ؟» يحتمل (2) أن يسأل عن حكمهم في الميراث. ويحتمل أن يسأل عمّن يستحق هذا الاسم من الوَرَثة والمورثين. العربية (3):

اختلف العلماء وأهل اللغة وغيرهم في الكَلَالَةِ، فقال: صاحب «العين» (4): الكَلَالَةُ الذي لا ولد له ولا والد.

وقيل: إِنَّ الكَلَالَةَ مَنْ بَعُدَ، يقال كَلَّتِ الرَّجْمُ إِذَا بَعُدَ مِنْ خَرَجَ مِنْهَا.

وقيل: إِنَّ الكَلَالَةَ هُمُ الوَرَثَةُ الَّذِينَ يَحِيطُونَ بِالمِيرَاثِ:

وقيل: إِنَّ الكَلَالَةَ المَالُ، ولا وجه له.

وقيل: الكَلَالَةُ مَنْ فَقَدَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ قَبْلَهُ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ.

تنقيح (5):

قال الإمام: والكَلَالَةُ الموروث على مقتضى الحديث، وهو ظاهر القرآن، وذلك قوله: «وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَكَلَّةٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ» (6) وقال ﷺ: «يَكْفِيكَ آيَةُ الصِّنْفِ» (7) يقتضي أن السؤال كان عن أحكام الوارثين.

والآية نزلت في شأن جابر بن عبد الله، رواه ابن المُثَكِّدِ عنه، قال جابر: مرضت فأتاني النبي ﷺ وأبو بكر وعمر (1) وقد أُغْمِيَ عَلَيَّ فلم أكلّمهم، فتوضأ فصبّ عليّ،

(1) في المتن: «فأتاني النبي ﷺ يعودني هو وأبو بكر ماشين».

(1) أي قول زيد بن أسلم في الموطأ (1467) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3045)، وسويد (214).

(2) الكلام التالي مقتبس من المتن: 241/6.

(3) قارن بالأحكام: 345/1 - 347.

(4) 279/5 وعبارته: «الْكُلُّ: اليتيم [والكلُّ]: الرجلُ الذي لا وَلَدَ له، والفعلُ: كَلَّ يَكْلُ كَلَالَةً».

(5) ما عدا الفقرة الأخيرة مقتبس من المتن: 241/6، وانظر كلام السهيلي [وهو تلميذ ابن العربي] على الكلالة في كتاب الفرائض: 69 - 72.

(6) النساء: 12.

(7) أخرجه مالك في الموطأ (1467) رواية يحيى، بلفظ: «يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصِّنْفِ».

فأفقتُ فقلتُ: يا رسولَ الله! كيف أصنعُ في مالي ولي أخوات؟ قال: فنزلت آية الضيف⁽¹⁾.

وروى أبو إسحاق عن البراء⁽²⁾؛ أن⁽¹⁾ آخر آية نزلت: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً﴾ الآية⁽³⁾.

قُرِئَ⁽⁴⁾ بفتح الزاء وكسرها، وتشديدها مكسورة، فإن كان بالفتح فذلك عائد على الميت، ويكون قوله: ﴿كَالَّةً﴾ حالاً من الضمير في يُورَثُ.

وإذا قرئ بالكسر، فذلك عائد إلى الورثة، ويكون قوله: ﴿كَالَّةً﴾ مفعولاً يتعدى الفعل إليه، وكذلك بالتشديد؛ وإنما فائدته تضعيف الفعل.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى⁽⁵⁾:

قوله⁽⁶⁾: «الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا» إلى آخر كلامه، هو كما قال، أن الكلالة على ضربين عند كثير من العلماء:

أحدهما: من لا يرث مع الوالدين علياً أو سفلاً؛ كالإخوة للأُم، وذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً﴾⁽⁷⁾.

والثاني: من لا يرث مع الابن وابن الابن، ولا مع الأب، ويرث مع الجد وابنة الابن، وذلك قوله⁽⁸⁾ تعالى: ﴿يَسْتَأْذِنُكَ قُلُوبُ اللَّهِ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَّةِ﴾ الآية⁽⁹⁾.

(1) م، ف، ج: «أنها» والمثبت من المتقى.

(1) أخرجه البخاري (5664)، ومسلم (1616).

(2) أخرجه مسلم (1618).

(3) النساء: 12.

(4) انظر كلامه في النحو في الأحكام: 345/1 - 346.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المتقى: 241/6.

(6) أي قول مالك في الموطأ (1468) ورواه يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3046).

(7) النساء: 12.

(8) أي: وذلك ما تضمن حكمه قوله تعالى.

(9) النساء: 176. وانظر كتاب الفرائض لأبي القاسم السهيلي: 69 - 77.

باب ما جاء في العمة

هذه المسألة⁽¹⁾ ترجمتها في «مسائل الخلاف» وقد اختلف الصحابة فيها والفقهاء والتابعون، فالأكثر على سقوطها، وأنّ التوارث إنما يقع بين من سمى الله في كتابه، والباقي للعصبة، لقوله: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا» الحديث المتقدم⁽²⁾.

واختار أبو حنيفة⁽³⁾ توريث ذوي الأرحام، وتعلق بالقرآن والسنة والمعنى.

أما القرآن فقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽⁴⁾ وقد تكلم علماؤنا عليها بوجوه، أقواها أنه عموم إن لم يكن مُجَمَلًا، فإذا كان عامًا خصصه المُفَسِّر من القرآن والسنة.

وأما متعلقه من السنة فضعيف، ليس له في ذلك أثر صحيح.

وأما متعلقه من المعنى فقوي، قال: ساوي⁽¹⁾ المسلمون في الإسلام، وقضلتهم بالقرابة، فوجب ترجيحه عليهم. وقد استوفينا الكلام معه في ذلك في «مسائل الخلاف» والصحيح توريثهم.

عارضة:

وهي امرأة توفيت وتركت زوجها، وأمها، وأختها لأمها وأبيها، وجدها، فللزوجة النصف، وللأم الثلث، وللجدّ السُدُس، وللأخت للأب والأم النصف، ثم يجمع سُدُس الجدّ ونصف الأخت فيقسم للذكر مثل حظّ الأنثيين؛ لأنّ الجدّ يقول: أنا أشارك أخاك وأفضله، فكيف يفضلني وهو أفضل منك؟ وهذا ترجيح في ترجيح، ولا جواب عليه، وذلك بيّن في «الخلاف».

(1) م: «فقوي؛ لتساوي»، ف: «فقوي تساوي»، ج: «فقوي يتساوي» والمثبت من القيس.

(1) انظرها في القيس: 1044/3 - 1045.

(2) انظر صفحة: 546، 549 من هذا المجلد.

(3) انظر: مختصر اختلاف العلماء: 4/472، والمبسوط: 2/30.

(4) الأنفال: 75، وانظر أحكام القرآن: 1/889.

عارضه أخرى:

وهي مسألة «المُعَاذَة» قال بها مالك في الميراث والوصية، وأنكرها الشافعي وكثير من الفقهاء⁽¹⁾. فقال مالك: إِنَّ الْوَرَثَةَ يَعَادُونَ أَهْلَ الْوَصَايَا بِوَصِيَّةِ الْوَارِثِ، ثُمَّ يَرُدُّونَهَا مِيرَاثًا، وكذلك يعادون الإخوة للأب والأم والجد⁽¹⁾ بالإخوة للأب، فإذا أخذوا نصيبهم معهم أخذوه من أيديهم.

فإن قيل: كيف يحجب الجد من لا يرث؟ أو كيف يحط من لا يقسم له؟ قلنا: ليس ذلك بنكير في الفرائض؛ فإن الإخوة للأم يَحْجُبُونَ الْأُمَّ عَنْ فَرْضِهَا وَيَحْطُونَهَا عَنْ سَهْمِهَا، وهم يحجبون عن سهمهم.

عارضه أخرى:

اختلف العلماء في ميراث المرتد:

فقال طائفة: ميراثه لَوَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ، رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ⁽²⁾، وبه قال ابن المسيب⁽³⁾، والحسن البصري⁽⁴⁾، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز⁽⁵⁾.
وقالت طائفة: لا يرث⁽²⁾ المرتد وَرَثَتَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، ولا يرثهم لأنه كافر، وقد ثبت أنه «لا يرث المسلم الكافر»⁽⁶⁾ وهذا قول مالك وربيعة؛ أن ميراثه للمسلمين؛ لأنّ دمه كان مباحًا. وهذا هو الصحيح للحديث المتقدم، وبه أقول.

عارضه أخرى:

قال علماؤنا: حكم ولد الزنا حكم ولد الملاعة⁽⁷⁾، إذ لا أب له ولا لابن

(1) م، ج: «الجد».

(2) كذا في الأصول، ولعلها: «لا يرث».

(1) انظر المبدع لابن مفلح: 124/6.

(2) أخرجه عبد الرزاق (10139)، (10143)، كما أخرجه أيضًا ابن أبي شيبة (31385).

(3) أخرجه عبد الرزاق (10144).

(4) أخرجه عبد الرزاق (10146)، وابن أبي شيبة (3187).

(5) أخرجه عبد الرزاق (10141)، كما رواه ابن أبي شيبة (31386).

(6) سبق تخريجه صفحة: 546، التعليق رقم: 3.

(7) انظر المعونة: 1655/3.

19* شرح موطأ مالك 6

الملاعنة، هذا قول عطاء، وسفيان الثوري، والزّهري، وبعض المدنيين.

عارضضة أخرى في ميراث الخنثى:

هذه نازلةٌ تعتبر، وإن كان قد قال كل من يُحفظ عنه من أهل المدينة أنّ الخنثى يورث من حيث يبول، فإنّ بال من حيث يبول الرّجل ورث ميراث الرّجل، وإن بال من حيث تبول المرأة ورث ميراث المرأة⁽¹⁾، وهو مذهب عليّ بن أبي طالب، ومعاوية، وأهل الكوفة⁽²⁾.

وقالت طائفة: يورث من حيث يسبق البول⁽³⁾، وعليه الجمهور، وبه قال أحمد⁽⁴⁾، وإسحاق.

فإن بال منهما جميعاً، فهو الخنثى المشكل، واتفق أهل الفرائض على أنّ له نصف ميراث رجلٍ ونصف ميراث امرأةٍ، فإن انفرد وحده فله ثلاثة أرباع المال، قال أبو غالب في «فرائضه»: لا كلام بين أهل العلم في ذلك، وقد اختلفوا في الحساب. فقال بعضهم: من توفي وترك ابناً خنثى وابتناً صحيحاً، فريضةً من سبعة، وللصحيح أربعة وللخنثى ثلاثة.

ومنهم من قال: فريضةً من خمسة، للخنثى سهمان وللصحيح ثلاثة. وذلك كلّ غلط، والصواب أن يعمل فريضةً من سبعة على أنّه ذكر، وفريضةً على أنّه أنثى، ففريضةً على أنّهما ذكران من اثنين، وفريضةً على أنّ أحدهما أنثى من ثلاثة، فاضرب الثلاثة في اثنين فذلك ستة، ثم ضعّفهما فذلك اثنا عشر، وإنما أضعفناهما

(1) فصل المؤلف في الأحكام: 4/1274 ما أجمله هاهنا فقال: «وَرَوَى عن علمائنا فيه [أي في الخنثى] قال مُطَرِّف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وابن وهب وابن نافع وأصْبَغ: يعتبر مَبَالُهُ، فإن بال منهما فالأُنثَى، وإن خرج منهما فالأكثر، ولولا ما قال العلماء هذا لقلْتُ: إن بال من ثقب؛ إنه يعتبر به هو الآخر؛ لأنّ الولد لا يخرج من المبال بحالٍ، وإنما ثقب البول غير مخرج الولد، ويتبين ذلك في الأنثى. وقالوا على مخرج البول يبني نكاحه وميراثه وشهادته وإحرامه في حجّه وجميع أمره».

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/456.

(3) جاء في الأحكام: 4/1673 «قال لنا شيخنا أبو عبد الله الشّافعيّ في الإسلام: إن بال منهما جميعاً ورث بالذي يسبق منه البول، وكذلك رواه محمد بن الحنفية عن عليّ، ونحوه عن ابن عباس، وبه قال ابن المسيب، وأبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وحكاه المزني عن الشافعي».

(4) هو الذي نصّ عليه أحمد كما في المغني لابن قدامة: 9/109.

ليكون بيد^(١) كل واحد منهما من التذكير والتأنيث نصف صحيح، ثم قسمناهما على أنهما ذكران فلكل واحد ستة، ثم قسمناهما على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية، وللأنثى أربعة، ومن أراد الشفاء من هذه المسائل فعليه «بالكتاب الكبير» والحمد لله

تم بحمد الله ومته الجزء السادس
 بالتجزئة السليمانية، يليه الجزء
 السابع وهو الأخير، وأوله:
 «كتاب القول في الدماء والقسمامة»

(١) م، ف: «المايد».

الفهرست الإجمالي لموضوعات الكتاب

172 - 5	كتاب البيوع
5	مقدمة كتاب البيوع
6	المقدمة الأولى: في حقيقة العقد
7	المقدمة الثانية: في حصر شروطه
9	أقسام البيوع المحظورة
10	المقدمة الثالثة: في معرفة الربا وأبوابه
12	فصل في شرح قوله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا﴾ البقرة: 275
17	المقدمة الرابعة: في تمهيد القواعد وترتيب الأحاديث الواردة في البيوع
19	فصل في الكلام على حديث الربا
22	القواعد العشر التي يبني عليها موضوع الربا
23	القاعدة الأولى: في تحقيق الربا
23	القاعدة الثانية: في الفساد الذي يرجع إلى البيع
24	القاعدة الثالثة: في الصفقة إذا جمعت مالي ربا من الجهتين
25	القاعدة الرابعة: في الجهل بالتمائل في فساد البيع كالعلم بالتفاضل
26	القاعدة الخامسة: في القول بالعرف
27	القاعدة السادسة: في معرفة الغش
	القاعدة السابعة: في اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في
28	تحليل المحرم
30	القاعدة الثامنة: في حالة الجهالة

- 31 القاعدة التاسعة: في المبيعات المنهي عنها
- 33 تفصيل وشرح ما تقدّم
- 47 القاعدة العاشرة: في بسط المقاصد والمصالح التي أشرنا إليها قبل هذا
- 50 باب ما جاء في بيع العُربان
- 50 شرح حديث عبد الله بن عمرو: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العُربان
- 51 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 53 باب ما جاء في مال المملوك
- 53 شرح أثر عمر أنه قال: من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع
- 54 باب ما جاء في العُهدة
- 55 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 57 باب العيب في الرقيق
- شرح أثر سالم في اختلاف ابن عمر ورجل في غلام باعه ابن عمر له بالبراءة
- 57 وزعم الرجل أن به داء. وقضاء عثمان بن عفان في ذلك
- 57 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 57 المسألة الأولى: في بيع البراءة
- 58 المسألة الثانية: في معرفة العقود التي يجب فيها الرّد
- 58 المسألة الثالثة: في معرفة العقود التي يثبت فيها الرّد
- 63 فرع: في تأنيث العبد وترجّل الأمة
- 64 المسألة الخامسة: المواضعة في الرقيق
- 65 المسألة السادسة: في بيان ما تنتقص به المواضعة
- 66 المسألة السابعة: في حدّ المقدار الذي يجزىء من الحيضة الباقية
- 67 باب ما يفعل بالوليدة إذا بيعت واشترط فيها
- 69 باب النهي أن يطأ الرّجُل وليدته ولها زوج
- شرح أثر عبد الله بن عامر نه أهدى لعثمان بن عفان جارية ولها زوج ابتاعها بالبصرة
- 69 بالبصرة
- 70 باب ما جاء في ثَمَر المال يباع أصله

	شرح حديث ابن عمر؛ أنه قال: قال رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد
70	أبّرت
70	المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
72	باب النهي عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها
72	شرح حديث؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي
72	درجات ثمر النخل
73	المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
75	باب ما جاء في بيع العريّة
75	شرح حديث أبي هريرة؛ أن رسول الله ﷺ أُرخص في بيع العرايا بخرصها
78	باب الجائحة في بيع الثمار والزرع
78	أحكام عقد البيع
79	المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
83	باب ما يجوز من استثناء الثمر
83	أوجه جواز استثناء الثمر
84	المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
85	باب ما يُكره من بيع الثمر
85	حديث زيد أبي عيَّاش؛ أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسُّلت
87	الكلام في المكروه والمندوب عن مالك
87	المسائل الفقهية الواردة في الباب
90	باب ما جاء في المزبنة والمحاولة
90	شرح حديث أبي سعيد الخدري؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة والمحاولة
91	شرح حديث ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة
91	شروح لغوية واصطلاحية
93	المسائل الفقهية الواردة في الباب
95	فصل في جواز التَّحرُّي
96	أنواع المبيع

- 97 باب جامع بيع الثُّمار
- 97 مسائل تتعلق بالعرف والعادة
- 98 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 99 باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبراً
- 99 شرح مرسل يحيى بن سعيد؛ أنه قال: أمر رسول الله ﷺ السعديين أن يبيعا آنية . . .
- 100 مرسل عطاء بن يسار؛ أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو رَدِقٍ . . .
- 100 حديث مجاهد؛ أنه قال: كنت مع ابن عمر، فجاءه صائغ فقال: إني أصوغ الذهب . . .
- 101 المسائل الفقهية المستنبطة من الأحاديث
- 105 كتاب الصَّرف
- 105 الصرف في اللِّغة والاصطلاح
- 106 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 108 مسألة المرافلة
- 109 باب العِيْنَة وما يُشْبِهُهَا
- 109 الكلام في ترجمة الباب
- 109 حديث ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه»
- 109 حديث ابن عمر؛ أنه قال: «كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام، فيبعث علينا . . .»
- 110 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 113 أقسام العقود
- 115 باب ما يُكْرَهُ من بيع الطَّعام إلى أجل
- أثر أبي الزناد أنه سمع سعيد بن المسيّب وسليمان بن يسار ينهيان ن بيع الرجل حنطة بذهب إلى أجل، ثم يشتري بالذهب تمراً قبل أن يقبض . . .
- 115 شرح قول مالك: ما يكره من بيع الطَّعام إلى أجل
- 115 مسألة أصولية تتعلق بالمكروه

- 116 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 116 اختلاف العلماء في الأعيان الأربعة المذكورة في حديث الربا
- 117 باب السُّلْفَةِ في الطَّعام
- 117 السُّلْف في لسان العرب
- 118 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 118 اتِّفَاق الأُمَّة على جواز السُّلْف
- 118 شروط السُّلْم
- 123 باب الحُكْرَةِ والترَبُّص
- 123 معنى الاحتكار والترَبُّص
- 123 بلاغ مالك؛ أن عمر بن الخطاب قال: لا حُكْرَةَ في سوقنا
- 124 شرح قوله: «لا يتحكر إلا خاطيء»
- 124 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 124 أقسام الأموال
- 125 فصل في مسألة التسعير
- 126 فصل في محلِّ وزمان الحُكْرَةِ
- 130 باب ما يجوز من بيع الحيوان ببعضه ببعض والسُّلْفِ فيه
- 130 حكم بيع الحيوان ببعضه ببعض نسيئة
- 130 أثر علي بن أبي طالب أنه باع جملاً له يدعى عصيفراً بعشرين بعيراً
- 131 شرح قول مالك: «لا بأس بالجمل بالجمل مثله»
- 131 شرح قول مالك: «لا بأس بالبعير النجيب بالبعيرين»
- 132 شرح قول مالك: «وإن أشبه بعضها»
- 132 شرح قول مالك: «إذا انتقد ثمنه»
- 133 باب ما لا يجوز من بيع الحيوان
- 133 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 133 شرح حديث ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حَبْلِ الحَبَلَةِ
- 134 شرح أثر ابن المسيَّب أنه قال: «لا ربا في الحيوان...»
- 134 شرح قول مالك: «لا يشتري الحيوان الغائب بالنقد قريباً ولا بعيداً»

- 135 أوجه البيع بالرؤية
- 135 شروط صحة بيع البعيد الغيبة
- 137 باب بيع الحيوان باللحم
- 137 شرح مرسل ابن المسيّب؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم
- 138 مسألة أصولية: ليست شهرة الحديث بموجبة لصحة الحديث
- 139 أجناس اللحم
- 140 باب بيع اللحم باللحم
- 140 اللحم الذي يعتبر فيه التساوي أو التفاضل
- 140 شرح قول مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الإبل والبقر...»
- 142 باب ما جاء في ثمن الكلب
- 142 شرح مرسل أبي بكر بن عبد الرحمن وحديث أبي مسعود الأنصاري؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي وحلوان الكاهن
- 143 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 144 باب السلفِ وبيع العروض بعضها ببعض
- 144 بلاغ مالك؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلفِ
- 145 باب السلفة في العروض
- 145 شرح أثر ابن عباس أنه سئل عن رجل سلفَ في سبائب
- 146 باب النهي عن بيعتين في بيعة
- 146 وفضل بلاغ مالك؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة
- 146 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 147 باب بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يُوزنُ
- 147 المسائل الفقهية المستنبطة من أحاديث الباب
- 147 شرح قول مالك: «وإن كان الصنفُ يُشبهُ الصنفَ»
- 149 باب ما جاء في بيع الغرر
- 149 شرح مرسل ابن المسيّب؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر
- 149 معنى الغرر

- 149 وجوه الغرر
- 151 المانع من صحة العقد في الغرر الكثير
- 152 باب بيع الخيار
- 152 شرح حديث ابن عمر؛ أن النبي ﷺ قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يقرقا» . . .
- 152 اختلاف العلماء في تأويل هذا الحديث
- 153 شرح قول مالك: «ليس لهذا الحديث عندنا حدّ معروف ولا أمر معمول به» . .
- 154 باب بيع المرابحة
- 155 باب جامع الدين والحوال
- 155 مقدمة للباب
- 155 حديث أبي هريرة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «مَطْلُ الغني ظلم»
- 156 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 159 باب إفلاس الغريم
- حديث أبي هريرة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرئ أفلس، فوجد رجل
سلعته . . .»
- 160 المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 164 باب ما يجوز من السلف
- 164 مدخل إلى فقه الباب
- 165 شرح حديث أبي رافع أنه قال: «استسلف رسول الله ﷺ بكرة» . . .
- 165 أنواع القروض
- 166 باب جامع البيوع
- 166 شرح حديث ابن عمر؛ أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يُخدع في البيوع . . .
- 167 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 168 في الإشهاد على التبايع
- 169 حكم بيع الخمر
- 170 كراهة بيع المغنيات
- 171 في حكم المكيال والميزان

- 178 - 173 كتاب المساقاة
- 173 ما جاء في المساقاة
- 173 مرسل ابن المسيّب؛ أن رسول الله ﷺ قال لليهود خبير: «أقركم ما أقركم الله...»
- 173 مرسل سليمان بن يسار؛ أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خبير فيخرص
- 174 منزلة عقد المساقاة في الشريعة
- 174 ردّ عفيف على الإمام أبي حنيفة النعمان
- 177 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 177 اختلاف العلماء في افتتاح خبير
- 190 - 179 كتاب الشُّفْعَة
- 179 ما تقع فيه الشُّفْعَة
- 179 مرسل بن المسيّب وأبي سلمة بن عوف؛ أن رسول الله ﷺ قضى بالشُّفْعَة
- 179 ذكر الأحاديث الواردة في الشُّفْعَة
- 180 العربية: شرح «الصُّفْب» و «الرَّبْع» و «الحائط»
- 181 اختلاف العلماء في عِلَّة الشُّفْعَة
- 182 المسألة الأولى: اتفاق علماء الأمصار على أنّ الشُّفْعَة إنما تكون في العقار دون المنقول
- 182 المسألة الثانية: اتفاق علماء الأمصار على أنّ الشُّفْعَة إنما يترتب حكمها على عقْد معاوضة
- 184 المسألة الثالثة: ثبوت الشُّفْعَة في المُمَهَّرَة والمُخَالِجَة
- 185 المسألة الرابعة: الشُّفْعَة على مقدار الأنصاء
- 185 المسألة الخامسة: خيار الشُّفْعَة موروثٌ عند المالكية
- 186 المسألة السادسة: الشُّفْعَة إنما تكون بين أهل السهام من الورثة عند مالك...
- 187 المسألة السابعة: هل الشُّفْعَة على الفور أم على التراخي؟
- 188 المسألة الثامنة: لا تستحقّ الشُّفْعَة بالجوار
- 189 المسألة التاسعة: الدَّمِيّ والمسلم في الشُّفْعَة سواءً

- 189 المسألة العاشرة: لا شُفَعَةَ في العُرُوض والحيوان
- المسألة الحادية عشرة: إذا بنى المشتري في الدار أو غرس ثم أراد الشفيع
- 189 الأخذ بالشفعة
- 191 المسألة الثانية عشرة: الشُّفَعَة في الحمام
- 199 _ 191 كتاب كراء الأرضين
- 191 ما جاء في كراء الأرضين
- 191 حديث رافع بن خديج؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع
- 191 الكلام على مسألة كراء الأرض
- 194 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 194 أنواع الأرض
- 195 عند إطلاق العقد متى يلزم التقيد
- 198 حكم من زرع في أرض قوم بغير إذنه
- 199 كراء الأرض للزرع يجوز بالعُرُوض والحيوان والذهب والفضة
- 209 _ 200 كتاب القِرَاض
- 200 ما جاء في القراض
- 200 أثر أسلم في إسلاف أبي موسى الأشعري لابني عمر بن الخطاب مآلاً
- 200 معنى القراض
- 200 القراض عَقْدٌ كان في الجاهلية وأقرّه الإسلام
- 203 تنبيه على مقصد
- 204 باب ما يجوز في القراض
- 204 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 204 شرح قول مالك: «على أن يعمل فيه ولا ضماناً»
- 205 باب القِرَاض بالعُرُوض
- 205 حكم القِرَاض بالعُرُوض

- 205 مبنى القراض على الرِّفق
- 206 باب التَّعدِّي في القراض
- 206 حكم القراض إذا فسد
- 207 المسائل التي فيها قِراض المِثل على رواية ابن القاسم
- 208 أقسام القراض
- 210 كتاب الأفضية والأحكام
- 210 حديث أم سلمة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ...»
- 210 فاتحة الكتاب ومقدمته
- 211 نكتة أصولية: الأحكام هي صفة للأعيان المحللة والمحرمة لا للأفعال
- 211 سرد الأحاديث الواردة في تحذير الجور في القضاء
- 213 مرجع وتفسير: عودة إلى شرح حديث أم سلمة
- 213 الفوائد الفقهية المتضمنة في حديث أم سلمة
- 214 اختلاف الناس في عصمة الأنبياء
- 214 عصمة آدم عليه السلام
- 214 عصمة نوح عليه السلام
- 215 عصمة إبراهيم الخليل عليه السلام
- 215 عصمة موسى عليه السلام
- 215 عصمة يوسف عليه السلام
- 215 عصمة داود عليه السلام
- 216 عصمة نبينا محمد ﷺ
- 216 لا يعلم الغيب إلا الله جل وعزَّ
- 217 شرح معنى اللحن في اللغة والاصطلاح
- 219 مزيد وضوح
- 222 مسألة القضاء على الغائب
- 222 حكم الحاكم لا يحلُّ محرِّماً ولا يحرمُّ محللاً
- 223 خطأ القاضي لا يلزم

225 تفصيل
225 الأصول: مسألة تصويب المجتهدين
226 إيضاح مشكلة
227 المقدمة الثانية: في معرفة شروط القضاء
228 الفصل الأول: في صفة القاضي
228 اختلاف العلماء في اعتبار الذكورية
234 نازلة: هل يجوز أن يكون الأمي حاكماً؟
234 نازلة: هل يُستقضى ولد الزنا؟
234 نازلة: هل يُستقضى الفقير أم لا؟
235 نازلة: هل يُستقضى المحدود في الزناً والقذف والمقطوع في السرقة؟
236 الفصل الثاني: في آداب القاضي ومجلسه
236 اختلاف العلماء في الموضوع الذي ينصب فيه القاضي للأحكام
237 مسألة في حكم إقامة الحدود في المساجد
243 اختلاف العلماء في صحة معاذ
243 مسألة في ترتيب أدلة الأحكام من الكتاب والسنة والأخبار
244 مسألة في معنى الاجتهاد
244 مسألة في المطلوب بالاجتهاد
246 مسألة في خطأ القاضي
247 مسألة: هل يكون القاضي مصلحاً؟
248 مسألة: هل يكون للقاضي ترجمان؟
248 مسألة: في ذكر ما يجوز إنفاذه من كتب القضاة بعضهم إلى بعض
249 نازلة في القضاء على الغائب
250 مسألة في ذكر أرزاق القضاة
251 مسألة في قبول الهدية والرشوة للأمراء والقضاة
253 شرح أثر عمر بن الخطاب أنه اختصم إليه مسلم ويهودي
253 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
255 باب ما جاء في الشهادات وأحكامها وسننها

255	مقدمة في تأصيل الإشهاد
255	الشهادة ولاية من ولايات الدّين
257	الخصال التي ينبغي أن يتحلّى به الشاهد
257	شروط قبول شهادة الصبيان
		شرح حديث زيد بن خالد الجهني؛ أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أخبركم بخير
260	الشهداء...»
261	شهادة الزور
262	اختلاف العلماء فيما يُفعلُ بشاهد الزور
263	اختلاف العلماء فيمن يشهد الزور ثم يتوب وتظهر توبته
263	المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
265	أنواع الشهود
266	الفصل الأول: في عدّة المزكّين
268	الفصل الثاني: في صفة المزكّي
269	الفصل الثالث: في معنى العدالة
270	اطلاع في النظر
271	الفصل الرابع: في لفظ الشهادة وحكمها
272	الفصل الخامس: في تكرير التزكية
274	المسائل الفقهية الواردة في الباب
274	أقسام تحمّل الشهادة
275	مسألة في حال الأداء
275	مسألة في تحمل نقلها
276	مسألة في الشهادة على الخطّ
277	مسألة في شهادة على خطّ المُقرّر
277	مسألة في الشهادة على السماع
280	شرح بلاغ مالك؛ أن عمر بن الخطاب قال: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين
282	مسألة فيمن تجوز شهادته ومن لا تجوز
282	مسألة في شهادة الإخوة والأخوات والقربات بعضهم لبعض
283	مسألة في شهادة الزوج لزوجته والمرأة لزوجها

- 283 مسألة في شهادة الشريك لشريكه
- 283 مسألة في شهادة البدوي على القروي
- 284 مسألة في شهادة ولد الزنا
- 285 مسألة في شهادة العبد
- 285 مسألة في شهادة الأعمى
- 287 مسألة في شهادة الأجير والصديق والوكيل
- 287 مسألة في شهادة الأخرس
- 287 مسألة في شهادة الأهل
- 288 مسألة في شهادة المختفي
- 288 مسألة في شهادة أهل الأهواء
- 289 مسألة في شهادة الشعراء
- 289 مسألة في شهادة اللاعب بالشطرنج والترد
- 290 مسألة في شهادة القراء بالألحان
- 290 مسألة في شهادة البخيل الذي ذمه الله ورسوله
- 290 مسألة في شهادة المولى عليه إن كان عدلاً
- 291 مسألة في شهادة المجنون
- 291 مسألة في شهادة اللاعب بالحمام
- 291 مسألة في شهادة متخذ القينات
- 291 مسألة في شهادة لاعب الخمر يتوب أو هو مقيم عليها
- 292 باب القضاء في شهادة المحدود
- 292 الكلام في ترجمة الباب
- 293 باب القضاء باليمين مع الشاهد
- 293 مرسل محمد بن علي بن الحسين؛ أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد
- 293 الكلام في الإسناد
- 294 إجماع أهل المدينة على نقل القضاء باليمين مع الشاهد
- 294 سرد الأحاديث الواردة في الموضوع
- 296 باب القضاء في الدعوى

- 296 ذكر الأحاديث الواردة في الموضوع
- 297 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- شرح أثر جميل بن عبد الرحمن؛ أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضي
بين الناس.....
- 297 بين الناس.....
- 298 الفصل الأول: في الدعاوى التي تعتبر فيها الخلطة
- 299 الفصل الثاني: في تفسير معنى الخلطة
- 300 الفصل الثالث: في ما ثبت به الخلطة
- 300 باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ
- 300 حديث أبي أمامة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حقَّ امرئ مسلم يمينه...»
- 301 اختلاف علماء الكلام في الوعيد
- 304 نكتة بديعة
- 304 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 305 باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر
- 305 أثر أبي الغطفان بن المري في اختصام زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما...
- 305 الأصول: الآثام في الآخرة بتضاعف الحرمات في الدنيا
- 306 المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 307 اختلاف العلماء في كيفية اليمين
- 309 تغليظ الأيمان بالزمان في غليظ الأحكام
- 447 - 310 كتاب الرهن
- 310 باب ما لا يجوز من غلق الرهن
- 310 مرسل ابن المسيب؛ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يُغلقُ الرهنُ»
- 310 الكلام في الإسناد
- 311 الحكمة من تشريع الرهن
- 311 الردّ على أبي حنيفة
- 314 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 316 باب القضاء في رهن الثمر والحيوان

- 316 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 316 شرح قول مالك: «فإن ذلك الثمر لا يكون رهناً مع الحائط»
- 318 جواز ارتهان مال العبد دونه
- 318 شرح قول مالك: «ومن ارتهن جارية وهي حامل»
- 319 الفرق بين الثمرة وولد الجارية
- 319 باب القضاء في الرهن من الحيوان
- 319 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 319 شرح قول مالك: «ما كان من أمر يُعرفُ هلاكه»
- 321 إذا جاء المرتهن بالرهن وقد احترق
- 322 إذا جاء المرتهن بالرهن وقد تآكل من السوس
- 322 إذا تلف الرهن من غير بيئة
- 323 شرح قول مالك: «ولو قال المرتهن: لا علم لي بقيمة الرهن...»
- 323 شرح قول مالك: «وذلك إذا قبضه ولم يضعه على يدي غيره»
- 324 المسألة الأولى: في وجوب حيازته وكونها شرطاً في تمامه
- 325 المسألة الثانية: في صفة الحيازة مما ليس بحيازة
- 325 هل يكون من شرط الحيازة أن يقبض الرهن الحائز أم لا؟
- 326 هل يجوز رهن المشاع؟
- 327 حكم حيازة الأعيان
- 327 المسألة الرابعة: فيمن يصح وضع الرهن على يده
- 328 المسألة الخامسة: فيمن يوضع على يده عند اختلافهما
- 329 المسألة السادسة: فيمن يلي الرهن
- 330 باب القضاء في كراء الدابة والتعدي فيها
- 330 الكلام في الترجمة والإسناد
- 334 الفروع الفقهية المتضمنة في الباب
- 334 شرح قول مالك: «فإنما لرب الدابة نصف الكراء»
- 335 التعدي في الحمل
- 336 باب القضاء في المستكرهة من النساء

- 336 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 336 إذا غضب الغاضب الفرج وجبت عليه قيمته
- 337 استكراه الحرة والأمة
- 338 حكم اقتضاض المرأة بالأصبع
- 338 أقسام النساء
- 339 بماذا يثبت الإكراه
- 340 شرح قول مالك: «فإن كانت حرة فلها صداق المثل
- 341 شرح قول مالك: «فإن كان المغتصب عبداً...»
- 342 حكم الواطء إذا كان ذمياً
- 342 بماذا يثبت الاغتصاب
- 343 حكم استكراه الأمة المسلمة
- 344 باب القضاء في استهلاك الحيوان والطعام
- 344 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 344 شرح قول مالك: «من استهلك شيئاً من الحيوان بغير إذن صاحبه...»
- 345 حكم من اغتصب أم ولد رجُلٍ فماتت عنده
- 346 حكم من غضب وذياً
- 346 حكم غياب الغاصب عن الجارية ولم يعلم أنه وطئها
- 348 حكم من قطع يد عبدٍ أو فقأ عينه
- 350 باب القضاء فيمن ارتدَّ عن الإسلام
- 350 أثر عمر بن الخطاب أنه استنكر ضرب عنق من كفر بعد إسلامه قبل حبسه واستتابته
- 350 شرح مرسل يزيد بن أسلم؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من غير دينه فاضربوا عنقه»
- 353 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 353 اختلاف العلماء في وجوب استتابة المرتد
- 355 حكم استتابة الزنديق
- 355 حكم من تزندق من أهل الذمة
- 356 حكم التائب بعد الردة
- 357 ليس في الاستتابة تخويف عند مالك

- 360 باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً
- 360 أثر ابن المسيب في رجلٍ من أهل الشام وجد مع امرأته رجلاً فقتله
- 360 الكلام في الإسناد
- حديث أبي هريرة؛ أن سعد بن عبادَةَ قال لرسول الله ﷺ: أرأيت إن وجدت مع امرأتي
- 362 الكلام في الأصول
- 362 إيضاح مُشكِـلٍ مُعضل
- 363 تكملة
- 363 الفوائد المتعلقة بالحديث
- 365 عودة إلى شرح أثر سعيد بن المسيب
- 365 المسائل الفقهية المستنبطة من أثر سعيد بن المسيب
- 366 باب القضاء في المنبوذ
- 366 أثر سُـنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُذًا؛ وَقَضَاءَ عَمْرٍ فِي ذَلِكَ: اذْهَبْ فَهُوَ حَرٌّ
- 367 الكلام في الإسناد
- 368 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 372 باب القضاء بإلحاق الوالد بأبيه
- 372 الكلام في ترجمة الباب
- 373 حديث عائشة في قضاء رسول الله ﷺ في ابن وليدة زمعة لعبد بن زمعة
- 373 الفوائد المستقرأة من هذا الحديث
- 375 أهمية معرفة النسب
- 375 نبذة في صفة القاضي وصورة تناوله للأحكام
- 376 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 377 عارضة: إلحاق معاوية زياداً وأخذ الناس عليه في ذلك
- أثر عبد الله بن أبي أمية في امرأة توفي عنها زوجها ثم تزوجت فولدت بعد زواجها
- 378
- 379 المسائل الفقهية المستنبطة من الأثر
- 380 شرح حديث مجرّز المدلجي [من غير الموطأ]

- 381 حكم القافة في الإمام والحرائر
- 381 اختلاف العلماء في ثبوت النسب بالقافة
- 382 أثر عمر بن الخطاب أنه كان يُلِيطُ أولاد الجاهلية
- 383 المسائل الفقهية المستنبطة من الأثر
- 384 باب القضاء في ميراث الولد المستلحق
- 384 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 384 شرح قول مالك: «الأمر المجتمع عليه»
- 385 باب القضاء في أمهات الأولاد
- 385 اختلاف العلماء في الحمل الذي تكون به أم ولد
- 387 تنبيه: مناظرة بين ابن سُرَيْج وابن داود
- 388 المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 388 المسألة الأولى: فيما تصير به أم ولد
- 389 مسألة: فيما بقي له فيها من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها
- 389 مسألة: هل له أن يجبرها على النكاح أم لا؟
- 390 مسألة: في حكم مالها في حياته
- 391 مسألة: في حكم مالها وحكمها بعد موته
- 393 باب القضاء في عمارة الموات
- 393 مرسل عروة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»
- 394 الأصول والغريب
- 395 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 397 الفصل الأول: في صفة الأرض التي تملك بالإحياء
- 399 الفصل الثاني: في صفة المُحْيِي لها وحكمه
- 400 الفصل الثالث: في صفة الإحياء
- 401 الفصل الرابع: في حكم ما أحيا منها ثم مات
- 402 الفصل الخامس: في حكمها في القسمة والبيع
- 403 تنبيه على وهم
- 405 باب القضاء في المياه

- بلاغ عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ أنّ رسول الله ﷺ قال في
 405 سيل
- 405 الكلام في الإسناد
- 406 المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 406 أقسام المياه
- شرح حديث أبي هريرة؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به
 408 الكلام
- 409 باب القضاء في المرفق
- 409 مرسل يحيى المازني؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»
- 410 الأصول
- 410 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- حديث أبي هريرة؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره خشبة يفرزها
 413 في جداره
- 413 الكلام في الإسناد
- 413 الفوائد المستنبطة من الحديث
- 414 نكتة في الإسناد
- 414 المسائل الفقهية المستنبطة من هذا الحديث
- أثر يحيى المازني في قضاء عمر لعبد الرحمن بن عوف أن يحول ربيعاً له كان
 416 في حائط
- 416 الفوائد المستنبطة من الأثر
- 417 باب القضاء في قسم الأموال
- بلاغ ثور بن زيد الديلي؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيما دار أو أرض قسمت في
 417 الجاهلية فهي على قسم الجاهلية»
- 417 الكلام في الإسناد
- 417 الأصول
- 418 سرد أحاديث القسمة
- 418 كيفية القسمة

- 419 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 420 اختلاف العلماء في القسمة هل هي بيع أو تمييز حقّ
- 421 مسألة السفينة إذا غلب الهول عليها واحتاجوا إلى التخفيف عنها
- 422 باب القضاء في الضوّاري والحريسة
- 422 مرسل حرام بن سعد بن مَحِيصَة؛ أنّ ناقةً للبراء بن عازب دخلت حائطاً
- 422 الكلام في الإسناد
- 422 الكلام في ترجمة الباب
- 422 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 425 باب القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم
- حديث ابن عباس؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «من وجدتموه وقع على بهيمة...»
- 425 [من غير الموطأ]
- 425 اختلاف الناس في تأويل هذا الحديث
- 426 شرح قول مالك: «في الجمل يصول على الرّجل»
- 427 باب القضاء فيما يعطى العمال
- 427 الفروع الفقهية الواردة في الباب
- 427 شرح قول مالك: «فيمن دفع إلى غَسَّال ثوباً
- 429 إذا أفسد القصار أو الخياط الثوب فساداً يسيراً
- 430 حكم الفران إذا أحرق الخبز
- 430 حكم الفران إذا تلف الخبز عنده
- 431 أنواع الأجراء
- 432 أقسام أجراء الحفظ
- 433 حكم الطحان إذا ضيع القمح
- 435 باب القضاء في الحمالة والحوال
- 435 المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 435 شرح قول مالك: «فأمّا الرّجل يتحمل له الرّجل»
- 435 أوجه الحمالة
- 436 أوجه الحمالة بالوجه

- 438 الفصل الأول: فيما تصحّ به الحماله
- 439 الفصل الثاني: فيمن تصحّ الحماله منه
- 442 الفصل الثالث: فيمن تصحّ الحماله عنه
- 442 الفصل الرابع: فيما للطالب من مطالبه الحميل
- 443 الفصل الخامس: في رفق الطالب بالغيريم أو الحميل
- 444 الفصل السادس: في قضاء الحق
- 444 باب القضاء في العيوب
- 444 الكلام في الإسناد
- 445 لم لا يُحكّم بفسخ العَقْد وقد انعقدَ على حرام وانبئى على باطل؟
- 445 باب ما لا يجوز من التُخْلِ
- 445 حديث النعمان بن بشير؛ أن أباه نحلّه غلاماً، فقال رسول الله ﷺ: «أكل ولدك نحلته...»
- 446 المسائل الفقهية المستنبطة من الحديث
- 471 - 448 كتاب الهبة
- 448 الفصل الأول: في حقيقة الهبة
- 449 تنزيل وتقريب: أحاديث الهبة عزيزة جداً
- 450 مفاهية: اختلاف العلماء في جواز الهبة
- 450 مفاهية أخرى: عقد الهبة لا يلزم إلاً بالقبض
- 451 الفصل الثاني: فيما يجوز هبته للشواب وما لا يجوز وما يكون عَوْضاً فيها
- 451 ما لا يجوز بيعه فلا تجوز هبته للشواب
- 452 الفصل الثالث: فيما تحمل هبته على الشواب من غير شرط
- 453 الفصل الرابع: في مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز
- 454 الفصل الخامس: فيما تفوت به وفي وجود العيب بها
- 455 باب الاعتصار في الصدقة
- 455 المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 455 شرح قول مالك: «من تصدق على ابنه بصدقة»
- 455 شرح قول مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا»
- 455 شرح قول مالك: «من لم يستحدث الابن ديناً»

- 456 الأم لا تعتصر من يتيم
- 457 مرض المعطي يمنع الاعتصار
- 457 باب القضاء في العُمري
- 457 الإسناد: الأحاديث الواردة في العُمري
- 457 حديث جابر بن عبد الله؛ أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عَمْرِي...»
- 458 تنبيه في الإسناد
- 458 الغريب
- 459 الباب الأوّل: ألفاظ العُمري
- 462 الباب الثاني: فيمن يصحّ التحسيس منه ومن يصحّ عليه وما يصحّ تحسيسه
- 464 الباب الثالث: في دخول العقب مع المعطي
- 464 الباب الرابع: في معنى العقب
- 466 الباب الخامس: في قسمة منافع العمري والحبس
- 468 الباب السادس: في استحقاق القسم منها بالولادة وانتقاله بالموت
- 469 الباب السابع: في بيع العمري والحبس
- الباب الثامن: فيمن تعود إليه منافع العمري والحبس بعد موت المعمر والمحبس عليهم
- 470 عليهم
- 499 - 472 كتاب الوصايا
- 472 حديث ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «مَا مِنْ حَقٍّ أَمْرِيءَ مُسْلِمٍ...»
- 472 أصول أحاديث الوصية
- 473 الوصية في اللغة
- 473 مفاقهة في أحكام الوصية
- 473 الحكم الأوّل: في وجوبها
- 475 الحكم الثاني: في تغيير الوصية
- 475 الحكم الثالث: في الحجر على من أهمل المال
- 475 الحكم الرابع: محل الوصية الثلث
- 476 الحكم الخامس: في كيفية الوصية
- 477 الحكم السادس: في فرض الوصية
- 478 فوائد حديث عبد الله بن عمر

- 478 أثر عمر بن الخطاب أنه قيل له: إن ههنا غلاماً يافعاً.
- 478 الفوائد المستنبطة من الأثر
- 479 باب الوصية في الثلث لا تتعدى
- 479 حديث سعد بن أبي وقاص في وصيته عام حجة الوداع
- 479 الكلام في الإسناد
- 480 الفقه والفوائد المنثورة في الحديث
- 485 باب ما جاء في المؤنث من الرجال
- 485 حديث عروة في المخنث الذي كان عند أم سلمة، وقول النبي ﷺ: «لا يدخلن هؤلاء عليكم»
- 485 العربية
- 486 الفوائد المتعلقة بالحديث
- 490 نكتة أصولية
- 491 تفريع
- 497 باب جامع القضاء وكرهيته
- 497 منزلة القضاء في الإسلام
- 497 القضاء في حال العبيد
- 498 باب القضاء في البيع الفاسد
- 498 انفراد الشافعي بهذه المسألة
- 530 - 500 كتاب العتق
- 500 الترجمة والعربية
- 500 حديث ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد...»
- مرسل الحسن البصري ومحمد بن سيرين؛ أن رجلاً في زمان رسول الله ﷺ
- 501 أعتق عبيداً له
- 501 مقدمة في العتق
- 502 أسماء العتق
- 503 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 507 باب الشروط في العتق
- 507 المسائل الفقهية الواردة في الباب

- 509 باب من أعتق رقيقاً لا يملك مالاً غيرهم
- 509 الكلام في الإسناد مرسل الحسن البصري وابن سيرين
- 510 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 511 باب العبد إذا أعتق
- 511 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 511 شرح أثر ابن شهاب أنه قال: مضت السنّة أن العبد إذا أعتق
- 512 باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة
- 512 المسائل الفقهية الواردة في الباب
- 512 شرح أثر عمر بن الخطاب؛ أنه قال: «أَيُّمَا وَلِيدَةً وُلِدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا...»
- 514 شرح بلاغ مالك؛ أنّ عمر بن الخطاب أتمّه وليدة قد ضربها سيدها بنار
- 517 باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة
- 517 أنواع العتق
- حديث عمر بن الحكم في ضربه جاريتة وأمر النبي ﷺ له بعثتها بعد سؤالها:
 «أين الله؟». فقالت: «في السماء...»
- 517 اعتراض في موضوع الأيئته والمكان لله تعالى
- 518 تأويل قول الجارية: «في السماء»
- 520 باب ما لا يجوز في الرقاب الواجبة
- 520 الكلام في كمال الرق في العبد وسلامته ممن العيب
- 521 باب الولاء ومصيره لمن أعتق
- 521 مقدّمة الولاء
- 521 الفوائد المستنبطة من حديث بريرة
- 523 المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 523 المسألة الأولى: في جواز بيعها
- 525 الوجه الثاني: في شرح المشكل من هذا الحديث
- 526 الوجه الثالث: في الكلام على قوله: «الولاء لمن أعتق»
- 527 نازلة معضلة ومشكل
- 527 مسألة في جرّ الولاء
- 527 شرح قول مالك: «إنّ الجدّ يجرّ ولاء وُلْدِ ابْنِهِ»

- 528 باب ما جاء في ميراث السائبة وولاء من أعتق
- 528 مدخل إلى فقه الباب
- 529 تفريع: المسائل الفقهية المستنبطة من الباب
- 529 شرح قول مالك: «في اليهودي يُسَلِّم عبده فَيُعْتَقُهُ...»
- 530 شرح قول مالك: «فإن أسلم اليهودي أو النصراني لم يرجع إليه الولاء»
- 530 شرح قول مالك: «إذا أعتق عبداً على دينه ثم أسلم من أعتقه...»
- 536 - 532 كتاب الكتابة
- 532 مدخل إلى مشروعية الكتابة في الإسلام
- 534 تفريع
- 535 اختلاف العلماء في الكتابة الحالة
- 543 - 537 كتاب المُدَبَّر
- 537 الكلام في ترجمة الباب
- 537 ذكر المسائل الفقهية الواردة بالباب
- 538 شرح قول مالك: «من دَبَّرَ جارية فولدت له ولدها»
- 539 شرح قول مالك: «وأما من دَبَّرَ مُدَبَّرَةً وهي حامل إن ولدها بمنزلتها»
- 539 شرح قول مالك في المدبِّر الذي دَبَّرَ أُمَّتَهُ: «له أن يطأها»
- 540 شرح قول مالك: «وليس له بيعه ولا هبته»
- 564 - 544 كتاب الفرائض والموارث
- 544 الميراث في اللغة
- 544 مقدمة لكتاب الفرائض وفاتحة له
- 545 باب ميراث الصلب
- 545 مدخل إلى فقه الباب
- 546 جملة المسائل المستنبطة من الباب
- 547 مزيد إيضاح
- 547 تنبيه على مسألة أصولية
- 549 تنبيه على وهم وقع فيه بعض العلماء
- 549 تفسير قوله تعالى: ﴿فِي أَوْلَادِكُمُ النِّسَاءُ: 6﴾
- 550 المسائل الفقهية الواردة في الباب

- 550 شرح قول مالك: «ميراثُ الوَكْد من والدهم»
- 552 الفصل الأوّل: في بيان الأسباب التي يتوارث الخلق بها
- 553 مسألة في تسمية من لا يرث بحال من الأحوال
- 554 الفصل الثاني: في ذكر الحجب ومن يحجب ومن لا يحجب وكيفية القسمة ..
- 554 المسألة الأولى: فيمن يرث المال كلّهُ
- 554 المسألة الثانية: فيمن يرث الثلثين
- 554 المسألة الثالثة: فيمن يرث النصف
- 554 المسألة الرابعة: فيمن يرث الثلث
- 555 المسألة الخامسة: فيمن يرث الرّبع
- 555 المسألة السادسة: فيمن يرث السُدس
- 555 المسألة السابعة: فيمن يرث الثمن
- 555 المسألة الثامنة: في المقاسمة في المال كله بالسواء وفيما يبر
- 555 المسألة التاسعة: في المقاسمة للذكر مثل حظّ الانثيين في المال كلّهُ وفيما يبقى
- 555 لأهل الفرائض
- 555 المسألة العاشرة: في التخيير
- 555 المسألة الحادية عشرة: في قسمة ثلث ما بقي للأُم في الفريضتين اللّتين يقال
- 555 لهما الغرّاوان
- 556 باب ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها
- 556 الكلام على فقه الباب
- 556 باب ميراث الإخوة للأُم
- 556 المعنى الإجمالي للباب
- 557 باب ميراث الجدّة
- 557 شرح مقتضب للباب
- 558 توفية
- 558 باب ميراث الكلاله
- 558 مشروعية ميراث الكلاله
- 559 اختلاف الفقهاء وأهل اللغة في الكلاله
- 559 تنقيح

560 المسائل الفقهية الواردة بالباب
560 الكلالة عند كثير من العلماء على ضربين
561 باب ما جاء في العمة
561 اختلاف الصحابة والفقهاء والتابعين في المسألة
561 عارضة
562 عارضة أخرى في مسألة «المعادة»
562 عارضة أخرى في حكم ولد الزنا
563 عارضة أخرى في ميراث الخنثى

تمّ الفهرست
والحمد لله



دار الغرّب الإسلامي
بيروت - لبنان

لصاحبها: الحبيب المسمي

شارع الصوراني (المعماري) - الحمراء ، بناية الأسود

تلفون : 009611-350331 / خليوي : 009613-638535

فاكس : 009611-742587 / ح.ب. 113-5787 بيروت ، لبنان

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P. 113-5787 Beyrouth, LIBAN

الرقم : 2007 / 3 / 2000 / 476

التنضيد : المؤلف

الطبعة : دار صادر - بيروت - لبنان

Al-Masālik fī Šarḥi Muwaṭṭa'ī Mālik

**Abū Bekr ibn al - 'Arabī al - Mu'āfirī
(543 / 1148)**

Edited with an introduction

by

Aaicha Hocine Esslimani

Mohamed Hocine Esslimani

Prefaced

by

Sheikh Yusuf Al-Qaradawi,

the head of the International Union for Muslim Scholars (IUMS)

Vol. 6



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI