

كتاب الغصب (1)

[مسألة] (2) [99]:

[في حكم من غصب ربعاً لرجل، ثم رده إليه، أو استحقه]

إذا غصب رجل من رجل ربعاً⁽³⁾، ثم رده إليه بعد زمان، أو استحقه⁽⁴⁾ فلا أجر له عليه على أحد القولين عند⁽⁵⁾ أصحابنا⁽⁶⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽⁷⁾. وقال الشافعي: عليه أجر المثل للمدة التي أقام في يده⁽⁸⁾. واحتج أصحابه فقالوا: إن الغاصب قد حال بين المالك، وبين ما ملكه، ومنعه من أخذ المعاوضة عنه على الإطلاق، فأشبهه الأعيان التي

- (1) الغصب: أخذ مال غير منفعة ظلمًا قهراً لا لخوف قتال. ن: شرح الحدود 350. وانظر: حلية الفقهاء 145، والطلبه 198، والمغرب 340، وتهذيب الأسماء واللغات / غصب. والتعريفات 162، والأنيس 269، ولغة الفقهاء 332.
- (2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.
- (3) «الرَّبْعُ: بفتح أوله وسكون ثانيه: «المنزل ودار الإقامة، ورَبْعُ القوم: مَحِلَّتُهُمْ» لغة الفقهاء 219، وانظر: المغرب 181.
- (4) الاستحقاق: «ظهور كون الشيء واجباً أداءه للغير»، لغة الفقهاء 59، وانظر: شرح الحدود 353.
- (5) في الأصل: بعد وهو خطأ.
- (6) قال في التفریع 2 / 276: «ومن غصب داراً فسكنها، فلا أجره عليه في سكنها»، وقال في الإشراف 2 / 45: «بين أصحابنا في منافع الشيء المغصوب إذا استوفاه الغاصب بنفسه. واستغلاله، من الرباع والحيوان، خلاف كثير يذكر في مسائل الخلاف بين أصحابنا والنظر في هذا الموضع ألا يضمن خلافاً للشافعي». وانظر: اختلاف الفقهاء 152، والبداية 2 / 240 - 241.
- (7) قال في المبسوط 11 / 78: «وليس على الغاصب في سكنى الدار، وركوب الدابة أجر»، وقال في البدائع 2 / 154: «وأما الغلة فللغاصب عندنا، وعند الشافعي رحمه الله للمالك»، وانظر: اختلاف الفقهاء 153.
- (8) قال في المهذب 1 / 367: «فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة، فأقام في يده مدة لمثلها أجره، ضمن الأجرة». وانظر: اختلاف الفقهاء 153.

تضمن بالغضب .

قالوا: ولأنه حال بينه، وبين ما يملك عنه العوض بالعقد الصحيح أو الفاسد، ويصح فيه الإباحة. فوجب أن يملك عوضه بالإتلاف⁽¹⁾.
دليله: أصله.

قالوا: ولأن الرقاب المغصوبة، لو هلكت بيد الغاصب، كان ضامناً لقيمتها بإجماع، فوجب أن يكون ضامناً لقيمة المنافع. لأن المنافع توابع، والتوابع لاحقة بأصولها [هـ 211].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»⁽²⁾، فلما ثبت أن رقبة المغصوب لو هلكت كان ضمانها من الغاصب بإجماع، فوجب ألا⁽³⁾ يكون الخراج في ضمانه، وأن يكون له، وإلا فلا فائدة [في]⁽⁴⁾ قوله عليه السلام.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: منعه من أخذ المعاوضة منه على الإطلاق، فأشبهه الأعيان التي تضمن بالغضب. فليس كذلك. لأن غضب الرقاب يغير⁽⁵⁾ غضب المنافع، لأنه لو غضب سكنى⁽⁶⁾ دار⁽⁷⁾، لوجب عليه أجره المثل، ولو غضب رقبته ومنع ربها منها، فلم يسكنها هو ولا غيره، ثم ردها عليه بعد زمان، لم يكن عليه كراؤها على أحد القولين لأصحابنا.
وقولهم: حال بينه وبين ما يملك عنه العوض بالعقد الصحيح أو

(1) في الأصل: للاتلاف.

(2) رواه أحمد والشافعي وأصحاب السنن الأربعة، وغيرهم من حديث عروة عن عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمان. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ن: طريق الرشيد 2 / 74.

(3) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهاداً.

(4) تكملة يقتضيهما السياق.

(5) في الأصل: تغاير.

(6) في الأصل: سكننا.

(7) في الأصل: دارا.

الفاقد، وتصح فيه الإباحة، فوجب أن يملك العوض عنه بالإتلاف. دليله: أصله⁽¹⁾، فليس كذلك. لأن ما يضمن بالعقد، أو بما في حكم العقد، فإنه لا يكون مضموناً باليد في كل موضع. دليله: منافع الحر. والله أعلم.

(1) لعل المراد به: ملكه.

**[في حكم من فتح قفصًا عن طائر،
أو حل دابة أو عبدًا من قيد بغير إذن ربه فذهب]**

ومن فتح قفصًا عن طائر، أو حل دابة أو عبدًا من قيد بغير إذن ربه فذهب فهو ضامن لذلك، سوى كان عقيب الفتح أو بعده بمُهْلَةٍ⁽¹⁾.
وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه⁽²⁾.

وقال الشافعي: إن طار الطائر، أو ذهبت الدابة بعد الفتح لساعة، فلا ضمان عليه، وإن كان عقيب الفتح، فله فيه قولان: أحدهما وجوب الضمان، والآخر نفيه⁽³⁾.

واحتج أصحاب أبي حنيفة فقالوا: الفتح سبب، والطيران مباشرة الطائر بنفسه للطيران⁽⁴⁾، وخروج الدابة بعد الحَلِّ، مباشرة الدابة بنفسها للخروج من غير أن يخرجها أحد⁽⁵⁾. والسبب والمباشرة إذا اجتمعا، فإن المباشرة تقدم

(1) قال في الإشراف 2 / 46: «إذا فتح قفصًا فيه طير، فطار ضمنه هاجه أو لم يهجه، طار عقيب الفتح أو بعد مهلة، وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كل وجه. وقال الشافعي: إن لم يهجه فلا يضمن، وإن هاجه ضمن». وانظر: البداية 2 / 237.

(2) قال في الإفصاح 2 / 32: «واختلفوا فيما إذا فتح القفص عن الطائر فطار، أو حل عقال البعير، فشرّد، فقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كل وجه. وقال مالك وأحمد: عليه الضمان سواء خرج عقيقه أو متراخيًا، وعن الشافعي قولان، في القديم: لا ضمان عليه مطلقًا، وفي الجديد: إن طار عقيب الفتح وجب الضمان، وإن وقف ثم طار لم يضمن». وانظر: البدائع 7 / 166.

(3) قال في المهذب 1 / 374: «وإن فتح قفصًا عن طائر، نظرت، فإن نفره حتى طار ضمنه . . . وإن لم ينفره، نظرت فإن وقف ثم طار لم يضمنه . . . فإن طار عقيب الفتح فقيه قولان، أحدهما: لا يضمن، لأنه طار باختياره، فأشبهه إذا وقف بعد الفتح، ثم طار، والثاني: يضمن. لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه، فإذا طار عقيب الفتح، كان طيرانه بنفوره منه، فصار كما لو نفره.

(4) في الأصل: كالطيران.

(5) في الأصل: آخر.

على السبب، بدليل ما لو حفر إنسان بئراً في أرض، فأخذ رجل رجلاً فطرحة فيها، فمات، فالطراح ضامن دون الحافر، لأن الحافر إنما جنى⁽¹⁾ على المكان لا على الحيوان، والجنابة على المكان، لا توجب ضمان الأعيان، بدليل ما لو فتح باباً عن حيوان فخرج منه الحيوان، فإنه لا يضمن. كذلك ما اختلفنا فيه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِبْرَاهِيمَ الَّذِي وَاعَدَ اللَّهَ لَآ يُمْسِكُ بِالْعُرْوَةِ الْأُولَىٰ﴾ [البقرة: 190، والمائدة: 87]، وما اختلفنا فيه عدوان محض، فوجب أن يكون فاعل ذلك ضامناً، وقوله عز وجل: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: 91] فمن كان في فعله غير محسن وجب عليه بعدوانه الضمان، لأن فتحه للقفص، وحله للدابة عدوان.

ويقال لأصحاب الشافعي: إن وجود الطيران بعد فتحه للقفص من غير تراخ موجب للضمان على أحد القولين عندكم، فكذلك إذا طار بعد ذلك. ولأنه لو حفر بئراً في ملك غيره، فوقع فيه إنسان أو حيوان، كان ضامناً، سواء كان ذلك عقيب الحفر أو بعد بمهلة، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

فإذا ثبت هذا، فما ذكره⁽²⁾ أصحاب أبي حنيفة: أن السبب والمباشرة إذا اجتمعا، فإن المباشرة تقدم على السبب، فإن الكلام صحيح إذا كانت المباشرة مما يلزم بها الضمان، فأما إذا كانت مما لا يلزم بها الضمان، فلا اعتبار بها، ألا ترى أنه إذا أرسل ماشية بالليل، فأتلقت زرعاً أن عليه الضمان؟ وليس هو في إرسالها مباشراً لإتلاف الزرع، وإنما هو متسبب.

وقولهم إن الجنابة إنما وقعت على المكان لا على الحيوان، فهو منتقض عليهم بما إذا حفر بئراً في أرض غيره، فوقع فيها إنسان أن عليه الضمان. وما ذكروه فيمن فتح باباً عن حيوان، فخرج غير لازم لنا، ولا جار⁽³⁾ على أصولنا. والله أعلم.

(1) في الأصل: جنا.

(2) في الأصل: ذكروه.

(3) في الأصل: جارياً.

مسألة [101]:

[فيمن غصب دابة لرجل فتلفت عنده فغرم قيمتها، ثم وجدت .
هل لربها أخذها أم لا؟]

إذا غصب رجل دابة، فتلفت عند الغاصب، وعُدِمَت عينها، فغرم قيمتها، ثم وجدت الدابة بعد ذلك، لم يكن لربها أخذها⁽¹⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾.

وقال الشافعي: له أخذها، ويرد ما أخذ من قيمتها⁽³⁾.
واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»⁽⁴⁾، قالوا:

(1) قال في الإشراف 2 / 46: «إذا تعذر على الغاصب رد المغصوب، يباقي العبد، وشروء الدابة، وغير ذلك، وأخذ المالك القيمة، فإنها تصير ملكًا للمغصوب منه، ويصير الشيء المغصوب ملك الغاصب، فإذا وجد لم يكن للمالك رد القيمة وأخذها، وقال الشافعي: يرد القيمة ويرجع السلعة».

(2) قال في البدائع 7 / 152: «ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، وعجز عن رده إلى المالك، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء انتظر إلى أن يظهر، وإن شاء لم ينتظر، وضمن الغاصب قيمته، ولو ضمنه قيمته، ثم ظهر العبد، ينظر: إن أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه، التي سماها ورصي بها، أو بتصادفهما عليه، أو بقيام البينة، أو بنكول الغاصب عن اليمين، فلا سبيل له على العبد عندنا، وعنده (أي الشافعي) يأخذ عبده بعينه».

(3) قال في المهذب 1 / 368: «وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده، بأن كان عبدًا فأبق أو بهيمة فضلت، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله، فوجب له البدل، كما لو تلف، وإذا قبض ملكه، لأنه بدل ماله، فملكه كبدل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع، فلا يملك بالتضمن كالتالف، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك... وإذا رد المغصوب، وجب على المغصوب منه رد البدل...».

(4) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي». وأخرجه أحمد في مسنده، والطبراني في معجمه، والحاكم في المستدرک، وقال: حديث صحيح على شرط البخاري، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في «البيوع» وقال فيه: «حتى تؤديه...»، ن: نصب الراية 4 / 167.

ولأن إنساناً [لو] (1) ضرب إنساناً، فابيضت عينه، فأخذ منه عقلها (2)، ثم ذهب (3) بياضها، وعاد إليه نظرها (4)، فإنه يرد ما أخذ من عقلها. قالوا (5): فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك، لأنه إنما أخرج عوضاً عن عوض تالف في ظنه، وظن الآخر، ثم صح أنه غير تالف، فوجب عليه رد ما أعطاه.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن صاحبها قد أخرجها من ملكه بما أخذ عنها من العوض بالطوع منه لا بالإكراه، ولو شاء ألا يستعجل حتى ينظر ما يكون من أمرها: إما أن توجد (6) فيأخذها، أو يصح عدمها على اليقين، فيأخذ قيمتها لفعل، فوجب ألا تعود إليه إذا أخذ قيمتها بالطوع منه إلا بعقد مؤتلف (7)، دليله: ما إذا باعها.

ولأنه لو غصب زيتاً فخلطه بزيت خير منه، «أو مثل زيتته (8)»، أو أدنى (9) منه، كان عليه للمغصوب منه مثل مكيلة زيتته [هـ 212]، أو وزنه، ولا سبيل له أن يأخذ من الزيت الذي خلطه الغاصب بزيتته: بل يكون ذلك كله للغاصب وعليه مثل ما غصب.

ولأن الشفيع يُجبر (10) المشتري على أخذ ثمن الشقص (11) المبيع، ويأخذ منه الشقص مع كون المشتري مالكا، فوجب أن يكون ما اختلفنا

(1) تكملة لازمة.

(2) العقل: الدية. ن: غريب المدونة 112، والمغرب 323، ولغة الفقهاء 318.

(3) في الأصل: ذهبت.

(4) في الأصل: نضرها.

(5) في الأصل: قال.

(6) في الأصل: يوجر.

(7) في الأصل: موته، وهو خطأ. المؤتلف: المستأنف والجديد، وعقد مؤتلف: عقد جديد.

(8) في الأصل: كأنها مضروب عليها.

(9) في الأصل: ادنا.

(10) في الأصل: يخير.

(11) «الشقص»: بكسر الشين: النصيب، والقطعة من الأرض، والجزء من الشيء». ن: غريب

المدونة 102، ولغة الفقهاء 265.

فيه كذلك .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ». فلا حجة لهم فيه، لأن اليد جارحة، وليست بمأمورة ولا منهيّة، فدل ذلك على وجوب التجوز⁽¹⁾ في الحديث، وتصور الاحتمال فيه، والمحمّل لا يكون حجة على الخصم .

ولأنه اسم مفرد⁽²⁾ دخل عليه الألف واللام، فوجب أن يجري على عمومه لدخول الاحتمال فيه .

وإن شئنا قلنا بظاهر الحديث: إن «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»، ويكون معناه: إذا كان موجوداً قائم العين، فإذا فقدت عينه، فقد وجبت القيمة، فقد شاركناهم في التأويل .

وتشبيههم بالعين إذا ضربت، فايضت ليس بتشبيه صحيح، والفرق بين المسألتين هو أن العين إذا ضربت فايضت فقد تم عقْلُها، فإذا ذهب بياضها، وعاد بصرها: كشف⁽³⁾ الغيب⁽⁴⁾ أن الحكم أخطأ في المحل، لكون العين سالمة تحت البياض، فوجب نقض الحكم بالعقل، وردّ الدابة المغصوبة إذا ضاعت، وأخذ ربها قيمتها مع القدرة على التكشف عنها والطلب لها، لم يكن له غير ذلك . ومسألة العين ليست كذلك، لأنه لا يقدر على التوصل بعد بياض العين إلى معرفة سلامة البصر من فساده جملة، فبان الفرق بين السؤالين واتضح . والله أعلم .

(1) في الأصل: التحور، والتجوز في الحديث: اعتبار المجاز فيه .

(2) في الأصل: مفردا .

(3) في الأصل: كشفا .

(4) في الأصل: كالغيب .

[في من استكره امرأة فوطئها غضباً، ماذا عليه؟]

ومن غضب امرأة واستكرهها، فوطئها، فعليه الحد ومهر المثل⁽¹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة: عليه الحد ولا مهر عليه⁽³⁾.

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. قالوا: فالزامه المهر زيادة على ما نص الله تعالى عليه. والزيادة على النص نسخ.

قالوا: ولأن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ، وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ»⁽⁴⁾.

قالوا: ولأن وجوب الحد على الواطئ⁽⁵⁾، يوجب سقوط المهر عنه. دليله: ما إذا كانت طائعة.

قالوا: ولأنه وطء لا يوجب عدّة، فوجب ألا يوجب⁽⁶⁾ مهراً. دليله ما إذا كانت طائعة.

(1) قال في التفریع 2 / 280: «ومن غضب أمة فوطئها، فهو زان، وعليه الحد، وما نقصها وطؤه لها». وقال في الإشراف 2 / 45: «إذا أكره امرأة على الزنا فعليه الحد والمهر، وقال أبو حنيفة: لا مهر عليه». وقال في مسائل الخلاف 194: «المستكرهه على الزنا تستحق المهر...».

(2) قال في المسالك 963: «المستكرهه لا يخلو أن تكون حرة أو أمة، فإن كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها، وعليه الحد. وبه قال الشافعي. وهو مذهب الليث، وقد روي عن علي، وقال أبو حنيفة والثوري: عليه الحد دون الصداق».

(3) قال في المبسوط 24 / 90: «وفي كل موضع وجب الحد على المكره، لا يجب المهر لها... إذا الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد. خلافاً للشافعي رحمه الله».

(4) تقدم تخريجه.

(5) في الأصل: الوطاء.

(6) في الأصل: يجب.

قالوا: ولأنه وطء لا يوجب شيئاً من أحكام النكاح، ولا يثبت به نسب، ولا تجب به عدة، ولا ينتشر به حرمة⁽¹⁾، ولا مصاهرة⁽²⁾، ولا إحصان، ولا إحلال؛ وقد أجمعنا [على ذلك]⁽³⁾، فدل مجموع ذلك على صحة ما قلناه. والدليل على صحة ما قلناه: نَهْيُهُ ﷺ عن مهر البَغِيِّ⁽⁴⁾، وهذه المرأة المكروهة ليست ببغوي، فوجب أن يكون لها المهر، لأن نهييه عليه السلام: إنما تناول ما تأخذه المرأة الزانية بالزنا بالطوع منها، وهذه ليست زانية ولا طائعة بالزنا.

ولأنها وطئت وطئاً حراماً بغلبة واستكراه، ولم يوجد منها رضی باستهضام ما وجب لها من استباحة بُضعها كرهاً، فوجب أن يجب لها مهرها. دليله: ما لو وطئت في نكاح فاسد.

ولأن وجوب حق الله تعالى في الحد، لا يمنع من وجوب حق الأدمي، دليله ما إذا قتل وهو مُحْرِمٌ صيداً مملوكاً لرجل، فإن عليه جزاءه حقاً لله تعالى، وعليه قيمته لربه.

ولأنه لو غصب خمراً لذمي، فشربها لكان عليه الحد لله تعالى، وقيمة الخمر لربها.

ولأن منافع بُضع المرأة، تجري مجرى سائر أملاكها، فيجب العوض من تلك المنافع إذا استُبيحت⁽⁵⁾، كما يجب ذلك في سائر ما يستباح من أملاكها.

ولأن كل وطء يسقط فيه الحد عن الموطوءة، فإن المهر يجب بذلك الوطاء، دليله ما إذا وطئت بشبهة نكاح أو ملك.

(1) في الأصل: الحرمة.

(2) في الأصل: المصاهرة.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) البَغِيُّ: بفتح الباء، وكسر الغين، وتشديد الياء: العاهر، والفاجرة من النساء. ن: حلية الفقهاء 139، والمغرب 48.

(5) في الأصل: استجبت.

فإذا ثبت هذا، فاحتجاجهم بقوله عز وجل: ﴿الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي (1) فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ وأن الزيادة على النص نسخ. ليس لهم فيه قليل ولا كثير على ما اختلفنا فيه، لأن (2) معنى (3) الآية: إذا كان الزنا عن طوع منها (4)، وهذه ليست بزانية، وإنما (5) هي مكرهة. ألا ترى (6) أنه لا حد عليها؟ واحتجاجهم بنهيه ﷺ عن مهر البغي، فهو نفس حجتنا، لأن هذه المرأة المكرهة على الوطاء ليست ببغي، ألا ترى (7) أن الحد لا يلزمها؟ وما ذكروه من العدة ولحوق النسب والإحصان، فكله غير لازم. لأن مثل ذلك كله لا يجب في النكاح الفاسد.

-
- (1) في الأصل: والزانية.
 - (2) في الأصل: ولأن.
 - (3) في الأصل: ولأن.
 - (4) في الأصل: معنا.
 - (5) في الأصل: منهما.
 - (6) في الأصل: لأنها.
 - (7) في الأصل: ترا.

[في حكم إراقة الخمر الذي]

إذا أراق مسلم على ذمي خمرًا، كان ضامنًا لقيمتها⁽¹⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾.

وقال الشافعي: لا شيء عليه في إراقتها⁽³⁾.

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»⁽⁴⁾. قالوا: ولأنه أتلّف عينًا حرامًا، لو استحلبها مسلم لكفر، فوجب ألا يضمن قيمتها. دليله: ما إذا أتلّفها على مسلم.

قالوا: ولأنه أتلّف عينًا محرمة، فوجب ألا يكون عليه شيء. دليله: ما لو أتلّف عليه بولاً، أو عذرة حيث لا يجب عليه شيء بإجماع.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الخمر كانت [مالاً]⁽⁵⁾ متقومًا قبل ورود الشرع بتحريمها في حق أهل الإسلام خصوصًا، فبقيت في حق غيرهم

(1) قال في الإشراف 2 / 46: «إذا أراق خمرًا على ذمي، أو أتلّف عليه خنزيرًا على وجه التعدي، فعليه القيمة. خلافًا للشافعي».

(2) قال في المبسوط 11 / 102: «... مسلم غضب من نصراني خمرًا، فاستهلكها، فعليه ضمان قيمتها عندنا، وقال الشافعي: لا ضمان عليه، وكذلك الخنزير». وانظر: البدائع 7 / 167. وإيثار الإنصاف 261.

(3) قال في المهذب 1 / 374: «وإن غضب خمرًا نظرت: فإن غضبها من ذمي لزمه ردها عليه، لأنه يقر على شربها، فلزمه ردها عليه، وإن غضبها من مسلم، ففيه وجهان: أحدهما يلزمه ردها عليه... والثاني: لا يلزمه، وهو الصحيح... فإن أتلّفها، أو تلّفت عنده، لم يلزمه ضمانها». وقال في اختلاف الفقهاء 160: «واختلفوا في حكم المسلم يتلف خمر ذمي، فقال مالك: عليه قيمتها، حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه. وقال الشافعي: لا شيء على من أهلك خمرًا لمسلم أو نصراني، وكذلك إن قتل خنزيرًا، حدثني بذلك عنه الربيع».

(4) ذكره الشيرازي في المهذب 1 / 374: مرويًا عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعًا بلفظ قريب جدًا هو: «إن الله تعالى إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»، ولم أقف عليه في غيره.

(5) تكملة يقتضيهما السياق.

من أهل الكفر على ما كانت عليه من الإباحة. وهذا كنيح المشركات، فإنه كان قبل ورود الشرع على الإباحة، ثم لما ورد الشرع حرمه⁽¹⁾ الله سبحانه على المسلمين، وبقي⁽²⁾ في حق الكفار على الإباحة، كما كان قبل ورود الشرع، فوجب أن يكون مسألة الخمر كذلك.

والدليل على أن الخمر إنما حرمت خصوصاً في حق المسلمين: قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ [هد: 213] وَالْمَيْسِرُ⁽³⁾ [وَالْأَنْصَابُ⁽⁴⁾ وَالْأَزْلَامُ⁽⁵⁾] رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَأَجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿ [المائدة: 90] وهذا نص في التحريم⁽⁶⁾ وقوله في آية أخرى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا ﴿ [البقرة: 219]. وهذه الآية وإن لم تكن نصاً في التحريم، فإنها والآية التي قبلها خطاب لأهل الإسلام دون غيرهم. ولأن هذا المسلم أتلف على هذا الذمي عيناً يعتقدها مالاً حلالاً على زعمه، فوجب على المسلم ضمانها. دليله: ما إذا أتلف عليه غير الخمر من سائر أمواله.

ولأن بضع المجوسية محرم كتحرير الخمر، ثم إن مسلماً لو عدا⁽⁷⁾ عليها، فاستكرهها على الوطاء، واستباح بضعها. فإنه يجب عليه الحد ومهر المثل، فوجب أن يكون الخمر كذلك. والعلة الجامعة بينهما: هي أنه أتلف

(1) في الأصل: حرمهن.

(2) في الأصل: وبقيت.

(3) الميسر: القمار. ن: لغة الفقهاء 470.

(4) الأنصاب جمع نصب بضمين: حجارة حول الكعبة كان الجاهليون يعظمونها. وهي أيضاً: كل نصب عبد من دون الله تعالى. ن: كلمات القرآن 82، ولغة الفقهاء 92.

(5) الأزلام: سهام صغيرة كان أهل الجاهلية يكتبون على بعضها افعال، وعلى بعضها لا تفعل، ثم يضعونها في كيس أو نحوه، فإذا أراد المرء حاجة توجه إليها يستقسمها بإدخال يده في الكيس، وإخراج واحد منهما، فإن كان قد كتب عليه افعال، مضى لحاجته، وإن كتب عليه لا تفعل، أحجم عنها. لغة الفقهاء 56.

(6) يحتمل أنه فات الناسخ أن يثبت جملة هنا هي: «في حق المؤمنين»، والله أعلم.

(7) عد: اعتدى.

على الذمي والمجوسية ما يجوز لهم أخذ الأعواض عنه في دينهم، فوجب أن يجب الضمان على من استهلك لهم ذلك، لأن دماءهم وأموالهم، كانت حلالاً قبل عقد الذمة والأمان لهم، فلما انعقد الأمان حرمت دماءهم وأموالهم [فوجب] ⁽¹⁾ أن يجب على من استهلكها ضمانها.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحديث غير متناول موضع الخلاف، لأنه ﷺ إنما حرم بيعها وابتاعها على أمته، ولا ذكر في النهي عن البيع والابتاع لأهل الذمة، فثبت بذلك أن النهي إنما توجه على المسلمين دون غيرهم.

ولأن الثمن ما تقرر بين المتبايعين عن تراض منهما، والقيمة: ما احتج فيه إلى حكم حاكم عند اختلاف المتداعين.

وقياسهم استهلاك الخمر على استهلاك البول والعذرة. [باطل لأنهم] ⁽²⁾ لا يعدونها مالاً، فيجب على من استهلك لهم ذلك القيمة. والله أعلم.

(1) تكملة لازمة.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

[في من صال عليه الفحل ، فقتله ، هل عليه ضمان أم لا؟]

إذا صَالَ الْفَحْلُ⁽¹⁾ عَلَى إِنْسَانٍ، فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ⁽²⁾.
وبه قال الشافعي⁽³⁾.

وقال أبو حنيفة: يلزم الضمان⁽⁴⁾.

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «جَرَحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»⁽⁵⁾، قالوا⁽⁶⁾: فجعل عليه السلام جرحها هَدْرًا⁽⁷⁾ لا شيء فيه، فوجب أن يكون على قاتل هذه العجماء الضمان إذ لم يجعل النبي عليه السلام لفعلها تأثيرًا بوجه.

(1) صال الفحل: وثب وسطا، عاديًا على غيره، يريد قتله، والفحل: الذكر من كل حيوان. ن: لغة الفقهاء 269 و340.

(2) قال في الإشراف 2 / 196: «إذا صال الفحل على إنسان فله دفعه على نفسه، فإذا أدى إلى قتله، فلا ضمان عليه، ووافقنا أبو حنيفة في أن له دفعه عن نفسه، وخالفنا في الضمان، فقال: يضمن البهيمة».

(3) انظر: مختصر المزني 5 / 178: بهامش الأم: كتاب صول الفحل، باب دفع الرجل عن نفسه وحريمه ومن يتطلع في بيته، ففيه: «قال الشافعي رحمه الله: إذا طلب الفحل رجلاً، ولم يقدر على دفعه إلا بقتله، فقتله، لم يكن عليه غرم..»، قال في المهذب 2 / 225: «وإن صالت عليه بهيمة فلم تندفع إلا بالقتل فقتلها، لم يضمن».

(4) قال في الإفصاح 2 / 271: «واختلفوا فيمن صالت عليه بهيمة، فلم تندفع إلا بالقتل فقتلها، فقال أبو حنيفة: عليه الضمان، وقال الباقر: لا ضمان عليه».

(5) أخرجه البخاري ومسلم، وأصحاب السنن الأربعة، ن: طريق الرشد 2 / 147. ومن ألفاظه في صحيح مسلم في كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار. هذا اللفظ: «عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس».

والجبار: الهدر، الذي لا يغرم، أي لا دية فيه.

(6) في الأصل: قال.

(7) الهدر: بفتح الهاء، وسكون الدال، وفتحها: الباطل، والساقط: ومنه دمه هدر، أي: لا شيء على قاتله. وأهدر دمه: أبطل حرمة. ن: لغة الفقهاء 493.

قالوا: ولأنه أتلف مال غيره بغير إذنه، إبقاءً على نفسه، فوجب عليه الضمان. دليله: ما إذا اضطر إلى طعام غيره فأكله، فإنه يجب عليه الضمان.

قالوا: ولأن البهيمة، لها حُرمتان: حرمة لصاحبها، وحرمة لها في نفسها، وإذا صالت على إنسان فقتلها، بطلت حُرمة نفسها، ووجب⁽¹⁾ ألا تبطل حرمة صاحبها فيها لأجل صولتها. وَحُرْمَتَهُ⁽²⁾ فيها: وجوب قيمتها [لأجل صولتها]⁽³⁾ على قاتلها. لأنه يجوز له دفعها عن نفسه، فبطلت حرمتها في نفسها لذلك؛ وإذا بطلت حرمتها في نفسها، لم تبطل حرمة صاحبها.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَنهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: 193]. وهذا في دفعها عن نفسه غير معتد فيما فعل، فوجب ألا يكون ضامناً، لأنه إنما فعل فعلاً مأذوناً له فيه.

ولأنه مضطر إلى القتل لمعنى في المدفوع المقتول، فوجب ألا يجب عليه ضمان. دليله: ما لو [أن]⁽⁴⁾ إنساناً أراد قتل إنسان ظلماً فقتله المطلوب، فإنه لا ضمان عليه، ودم المقتول هدر، ولا شيء فيه بغير خلاف بيننا وبينهم، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك. لأن صيداً⁽⁵⁾ لو صال على محرم، فقتله المحرم دفعاً عن نفسه، لم يكن عليه جزاء، مع كون الصيد مضموناً على المحرم، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «جَرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»، لا حجة لهم فيه؛ بل هو حجة عليهم، لأنه عليه السلام، إنما أراد أن فعلها في الجرح والقتل غير مضمون على ربها جملة، ولم يرد عليه السلام بذلك، المعنى الذي قالوا.

وقولهم: ولأنه أتلف مال غيره بغير إذنه، إبقاءً على نفسه، فوجب عليه

(1) في الأصل: وجب.

(2) في الأصل: حرمة.

(3) هكذا في الأصل والظاهر أنها زائدة.

(4) تكملة لازمة.

(5) في الأصل: صيد.

الضمان . فالجواب عنه أن العصمة إنما يجب ثبوتها لمال الغير [ما⁽¹⁾] لم يوجد من ذلك المال عدوان، فإذا وجد من الدابة صَوْلَةٌ⁽²⁾ على إنسان، فات بذلك شرط العصمة⁽³⁾، وإذا فات شرط العصمة، فاتت العصمة، لأن عصمة المحل، إنما هي لتوفر منافع المحل على المال، ولا بد مع هذا أن يكون المحل منتفعًا به، ليكون معصومًا، وإنما يكون منتفعًا به، إذا غلب خيره على شره، ونفعه على ضرره .

فأما إذا غلب شره على خيره، وضرره على نفعه، سقطت عصمته، فلم يجب على متلفه دفعًا عن نفسه ضمانه، لأن دفع الشر مشروع، وفعل المشروع لا يوجب في الشرع ضمانًا .

وقولهم كما لو اضطر إلى مال غيره فأكله، فإنما يجب عليه الضمان . فالجواب عنه: أن حرمة المحل، والانتفاع به في هذه الصورة موجود، فلذلك وجب الضمان فيها، ومسألة صولة الفحل إذا قتله المصول عليه، فإنما لم يجب عليه الضمان، لفوات منفعة المحل، لأنه إذا صال، صار كالأسد، ففاتت⁽⁴⁾ المنفعة المبتغاة منه، فسقط لذلك الضمان .

وقولهم: ولأن البهيمة لها حرمتان، حرمة لأجل⁽⁵⁾ صاحبها، وحرمة لها في نفسها، إلى آخر ما ذكره من هذا الفصل، فالجواب عنه ما تقدم، والله أعلم .

-
- (1) تكملة لازمة .
 - (2) الصولة: السطو، والتهديد للأموال، أو الأنفس، أو الأعراس . ن: لغة الفقهاء 278 .
 - (3) العصمة: المنع والحفظ . ن: اللسان / عصم .
 - (4) في الأصل: فايث .
 - (5) في الأصل: الحال، وهو خطأ .

كتاب الشفعة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [105] :

[في الجار . هل له شُفعة أم لا؟]

لا شُفعةَ للجار سوى كان لصيقاً أو غير لصيق، وإنما تجب الشفعة للشريك في رقبة الملك⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.
وقال أبو حنيفة: تجب الشفعة للجار الملاصق، وإن لم يكن شريكه في رقبة الملك⁽⁵⁾.
واحتج أصحابه بحديث الحسن⁽⁶⁾ عن سَمُرَةَ⁽⁷⁾ أن النبي ﷺ

-
- (1) الشُّفْعَةُ: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بئمنه» شرح الحدود 356، وانظر: حلية الفقهاء 155، والطلبه 245، والتعريفات 127، والأنيس 248، ولغة الفقهاء 264.
- (2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.
- (3) قال في التفریح 2 / 299: «والشفعة للخليط، وليست للجار شفعة»، وقال في الإشراف 2 / 48: «الشفعة بالجوار لا تستحق خلافاً لأبي حنيفة»، وقال في البداية 2 / 193: «ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم، وقال أهل العراق: الشفعة مرتبة، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة، ثم الجار الملاصق». وانظر: مسائل الخلاف 140 و1.
- (4) قال في المهذب 1 / 377: «لا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والمقاسم، فلا شفعة لهما» وانظر: الأم 4 / 4 - 6.
- (5) قال في المبسوط 14 / 94: «والحاصل أن الشفعة عندنا على مراتب، يقدم الشريك فيها في نفس المبيع، ثم الشريك في حقوق المبيع بعده، ثم الجار الملاصق بعدها، وعن أبي ليلي والشافعي: لا تجب الشفعة إلا للشريك في نفس المبيع»، وقال في البدائع 5 / 4: «... فسبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة: الشركة في ملك البيع، والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك، والجوار... وهذا عند أصحابنا رضي الله عنهم، وقال الشافعي: السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير». وانظر: إيثار الإنصاف 329 - 332.
- (6) تقدمت ترجمته.
- (7) تقدمت ترجمته.

قال: «الجارُّ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ»⁽¹⁾، قالوا: وروي: «الجارُّ أَحَقُّ بِالذَّارِ»⁽²⁾.
 قالوا: وروي عبد⁽³⁾ الملك بن أبي سليمان، عن عطاء⁽⁴⁾، عن جابر⁽⁵⁾
 أن النبي ﷺ قال: «الجارُّ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ، يُنْتَظَرُ لَهُ»⁽⁶⁾ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ
 طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا»⁽⁷⁾.

- (1) قال في نصب الراية 4 / 174: «أخرجه البخاري في صحيحه عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ، أنه سمع النبي ﷺ يقول: «الجارُّ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ». وفي المتن أنه مروى عن سمرة رضي الله عنه، ولم أفق على أحد رواه عنه، وإنما المروى عنه الحديث بعده، كما سنرى، وسقبه ورد في الحديث بالسين والصاد، والسقب: المساقب أي المجاور. ن: لغة الفقهاء 246. وورد في البداية 2 / 193: أن هذا الحديث متفق عليه، وهو خطأ، والصواب أنه قد انفرد به البخاري. ن: طريق الرشد 2 / 93.
- (2) أخرجه أحمد، وأبو داود والترمذي وصححه، والطبراني والبيهقي، ولفظه في الترمذي من طريق الحسن عن سمرة مرفوعًا: «جار الدار أحق بالدار». ن: طريق الرشد 2 / 93.
- (3) هو أبو محمد عبد الملك بن أبي سليمان بن ميسرة العزرمي الفزاري الكوفي، أحد الأعلام، روى عن أنس، وسعيد بن جبير، وعنه شعبة والسفيانان، وخلق. وثقه ابن معين، وابن شاهين، والنسائي، وضعفه شعبة من أجل حديث رواه عن عطاء عن جابر في الشفعة، تفرد به. وقال أحمد: وثقة يخطئ. وقال الترمذي: ثقة مأمون عند أهل الحديث، لا نعلم أحدًا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. مات سنة 145هـ.
- ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 231، والخلاصة 244.
- (4) تقدمت ترجمته.
- (5) تقدمت ترجمته.
- (6) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب بها، بدليل ورودها كذلك في روايات الحديث الذي تم الاطلاع عليها خارج المتن.
- (7) قال في نصب الراية 4 / 173: «أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: «الجارُّ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا (كذا). انتهى. قال الترمذي: حديث حسن غريب، ولا نعلم أحدًا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث، ولا نعلم أحدًا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث...».

قالوا: ولأن الشفعة إنما وجبت للشريك [هـ 214] لإزالة الضرر، ويعني بالضرر سوء المشاركة، والشرع قد أوجب دفع الضرر ما أمكن، ووجه⁽¹⁾ دفع الضرر أخذ الشقص بالشفعة، قالوا: فوجب أن يكون الجار الملاصق كالشريك.

وحرروا القياس وقالوا: الجار خائف من الضرر على وجه معهود عرفاً وعادة، فوجب أن يثبت له حق الشفعة فيما بيع دليله ما إذا كان شريكاً. وليس كالجار المقابل: إذ لا شفعة [له]⁽²⁾، لأن الطريق الذي بينهما حاجز⁽³⁾ ومانع للضرر، قالوا: فأما الجار الملاصق، فهو كالشريك من حيث وجود الأذى⁽⁴⁾، لأجل اتصال الملك بالملك، فلذلك وجبت الشفعة للجار الملاصق، دون الجار المقابل.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه الزهري⁽⁵⁾ عن أبي سلمة⁽⁶⁾ بن عبد الرحمن، عن جابر⁽⁷⁾، عن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ، فَلَا شُفْعَةَ»⁽⁸⁾، ففي هذا الحديث فوائد:

(1) في الأصل: وجه.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) في الأصل: جائز.

(4) في الأصل: الاذا.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري، روى عن أبيه، وأسامة بن زيد، وأبي أيوب، وخلق. وعنه ابنه عمرو، وعروة، والأعرج، والشعبي، والزهري، وخلق. كان ثقة، فقيهاً، كثير الحديث، نقل الحاكم أبو عبد الله أنه أحد الفقهاء السبعة. قيل: مات سنة 94هـ، وقيل: 104هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 61، وطبقات الحفاظ 30، والخلاصة 451.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) قال في نصب الراية 4 / 175: «أخرجه البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة». انتهى. وفي لفظ البخاري: «إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود...» الحديث. وأخرجه النسائي عن أبي سلمة عن النبي ﷺ مرسلًا، وهكذا =

منها: قوله ﷺ: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ» ولفظة وقولة إنما في اللغة للحصر والجمع، كقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهُ وَاحِدٌ﴾ [النساء: 171]، و﴿إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ﴾ [النساء: 171]، وكقوله عليه السلام: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»⁽¹⁾.

ومنها قوله: «الشُّفْعَةُ» بالألف واللام اللذين⁽²⁾ بها لتعريف⁽³⁾ الجنس، وذلك يقتضي الاستغراق⁽⁴⁾.

ومنها: أنه أثبت حكماً ونفى حكماً.

ومنها: أنه قال: «إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ، فَلَا شُفْعَةَ»، فأخبر ألا شفعة فيما وقعت فيه الحدود والطرق، ولا بيان بعد بيان رسول الله ﷺ.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ» فلا حجة لهم فيه، لأن اسم الجار يقع على الشريك، لأنه يجاور شريكه، والمشاركة⁽⁵⁾ في الدار المشتركة، وقد تسمى الزوجة جارة. قال الأعشى⁽⁶⁾:

أَجَارَنَّا⁽⁷⁾ بَيْنِي فَإِنَّكَ⁽⁸⁾ طَالِقَةٌ كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ⁽⁹⁾ وَطَارِقَةٌ⁽¹⁰⁾

= مالك في الموطأ. ولم أفق عليه باللفظ الذي أورده المؤلف.

(1) قال في نصب الراية 4 / 149: «أخرجه الأئمة الستة عن عائشة أنها لما اشترت بريدة،

اشترط أهلها أن ولاءها لهم، فسألت عائشة النبي ﷺ فقال: «أعتقها، فإنما الولاء لمن أعتق»، والولاء: قرابة حكمية تنشأ عن إحسان أو عقد. ن: لغة الفقهاء 509.

(2) في الأصل: الذين.

(3) في الأصل: التعريف.

(4) الاستغراق: «شمول جميع الأفراد بحيث لا يخرج عنه شيء». لغة الفقهاء 63.

(5) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) هكذا في الأصل، وهي في ديوان الأعشى 313: يا جارتى والمراد بها: الزوجة.

(8) في الأصل: إنك، والصحيح ما أثبتناه، بدليل وروده كذلك في الديوان، والأم 4 / 6 للشافعي.

(9) في الأصل: عاد، وفي الأم 4 / 6: تغدو. وفي الديوان: غاد، ولعله الصواب. والغادي:

الذي يأتي غدوة في الصباح، وذكر غاد هنا على إرادة الجمع.

(10) والطارق: الذي يطرق، أي يأتي ليلاً. وأثت طارقة هنا على إرادة الجماعة. وهذا البيت =

وعلى أن الحديث فيه ضعف⁽¹⁾ لأن يحيى⁽²⁾ بن معين قال: لم يسمع الحسن عن سمرة شيئاً، وإنما هي صحيفة وقعت إليه. وقال غير يحيى بن معين: لم يسمع الحسن عن سمرة شيئاً إلا حديث العقيقة فحسب⁽³⁾.
وأما حديث عبدالملك بن أبي سليمان فحديث مغموز⁽⁴⁾، وقال فيه سعيدان⁽⁵⁾ راوي عبدالملك بن سليمان: حديث⁽⁶⁾ مثل هذا تركت أحاديثه. ولو صح لم يكن علينا منه ضرر، ولا ألزمتنا به حجة، لأننا نحمله على

= للأعشى من قصيدة من البحر الطويل، تتألف من ستة أبيات، قالها في زوجته الهزانية، لما رابه ما رابه من أمرها فطلقها. ن: ديوان الأعشى. القصيدة 41، ص 312.

(1) لقد سبقت الإشارة إلى أنني لم أقف على هذا الحديث من رواية سمرة، وإنما من رواية أبي رافع، وهو صحيح مخرج في البخاري، ولعل الذي لم أقف عليه هو الذي يشير إليه بالضعف هنا. والله أعلم.

(2) هو أبو زكريا يحيى بن معين بن عون الغطفاني البغدادي، الحافظ الإمام، العلم. روى عن ابن عيينة وإسماعيل بن عياش ويحيى القطان، وخلق. وعنه البخاري، ومسلم وأبو داود، وأحمد وخلق. وقال أحمد: كل حديث لا يعرفه يحيى فليس بحديث. مات بالمدينة سنة 203هـ، وحمل على أعواد النبي ﷺ، ونودي بين يديه، هذا الذي يذب الكذب عن رسول الله ﷺ.

ترجمته في طبقات الحفاظ 188 - 189، والخلاصة 428، وفيها توفي سنة 233هـ.
(3) قال في نصب الراية 4 / 167: بعد قول الترمذي في حديث الحسن عن سمرة «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» حديث حسن.

قال: قال المنذري: وقول الترمذي فيه: حديث حسن، يدل على أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة، وقال في طريق الرشد 93 هامش 1: «... ولأنه من رواية الحسن عن سمرة، والجمهور على أنه لم يسمع منه إلا حديث العقيقة».

(4) أي: معيب بما سبق نقله عن شعبة من أنه تفرد به، وسئل الإمام أحمد عن هذا الحديث فقال: هذا حديث منكر. وقال يحيى: لم يحدث به إلا عبد الملك، وقد أنكروه الناس عليه. وقال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال: لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك، تفرد به. ن: نصب الراية 4 / 174.

(5) هو في الأصل هكذا في وضع يحتمل معه أن يقرأ: سعيد، وسعيدان. وعلى كلا القراءتين، لم أهتم إلى معرفة من هو.

(6) هكذا في الأصل، ولعل الصواب، لحديث.

الشريك، لأن في الحديث: «إذا كان طَرِيقُهُما واحداً (كذا)»، ولا يكون الطريق واحداً إلا في المشاع دون المقسوم غالباً.

ومثل هذه الأحاديث مع ما اعتورها من الغمز والتأويل لا تقوم بها حجة. والحديث الذي احتجنا⁽¹⁾ به نحن صحيح، ليس لأحد فيه مغمز، ولا تأويل بوجه ولا سبب، وهو نص في موضع الخلاف.

وقولهم: إن الشفعة إنما وجبت للشريك لإزالة الضرر، فوجب أن يكون الجار الملاصق كالشريك، فهو محض محال، لأن الشركة في الرقبة تثبت بواجبات شرعية بدليل جواز قسمة الرقبة المشتركة، وليس كذلك الجار الملاصق؛ إذ لا قسم بينه وبين جاره ولا شفعة لعدم الشركة في الرقاب.

وليست الملاصقة بالجوار سبباً لوجوب حق ما، وإنما الذي يجب للجار على الجار، ألا يؤذيه، وألا يتعرض لضرره، وهذا واجب لحق الناس كلهم، وإنما وجبت الشفعة للشريك بالنص، لشركتهما في رقبة الملك. والجار من هذا ليس كالشريك جملة.

ولأن اتصال الملك بالملك، لا دليل فيه على وجوب الشفعة جملة. وأما قولهم: إن الجار خائف من الضرر على وجه معهود عرفاً وعادة. فليس خوفه من الضرر سبباً يوجب له استحقاق ملك ما؛ إذ لاستحقاق الملك أسباب شرعية، ليس ملاصقة الجوار منها جملة.

ولأن الضرر متى وجد [بين الجارين]⁽²⁾، أو غيرهما، وجب على السلطان إزالته [عن الضرورة]⁽³⁾، وعلى⁽⁴⁾ هذا يسقط كل ما عللوا به وجوب الشفعة للجار. والله أعلم.

(1) في الأصل: احتجنا.

(2) تكملة لازمة.

(3) هكذا في الأصل، وهو مضطرب، ويحتمل أن يكون زائداً.

(4) في الأصل: على.

[في الشُّفْعة. هل تجب فيما دُفِعَ مهرًا. أو خُلْعًا،
أو إجارة، أو في صلح عن دم أم لا؟]

تجب الشفعة في الشُّقْص إذا وقع عوضًا عن مهر، أو خُلْع، أو إجارة،
أو صلح عمدًا أو خطأ، عن دم عمد أو خطأ⁽¹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁾.
وقال أبو حنيفة: «لا شفعة في شيء من هذه العقود»⁽³⁾.
واحتج أصحابه فقالوا: شقص مملوك لا في مقابلة مال، فلم يجب فيه
الشفعة. دليله: ما إذا ملك بهبة، أو صدقة، حيث لا تجب فيه شفعة.
وتحقيق مذهبهم: هو أن الشفعة، إنما تملك بما له مثل، ليصح إيجاب
الشفعة به. قالوا: وهذه العقود التي اختلفنا فيها هي منافع، والمنافع لا مثل
لها.

- (1) قال في الإشراف 2 / 49: «تستحق الشفعة في النكاح، والإجارة، والخلع، خلافًا لأبي
حنيفة»، وقال في البداية 2 / 195: «واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء...
فالمشهور عن مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان الانتقال بعوض كالبيع والصلح والمهر،
وأروش الجنائيات، وغير ذلك. وبه قال الشافعي. وعنه رواية ثانية: أنها تجب بكل ملك،
انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الشواب، والصدقة. ما عدا الميراث فإنه لا شفعة
عند الجميع فيه باتفاق. وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط». وانظر: التفريع
300 / 2، ومسائل الخلاف 141، و: 1.
- (2) قال في المهذب 1 / 277: «وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض، كالإجارة،
والنكاح، والخلع، لأنه عقد معاوضة، فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به
كالبيع».
- (3) قال في المبسوط 14 / 144 - 145: «قال رحمه الله: قد بينا في النكاح أن المهور لا
تستحق بالشفعة، وتستحق عند الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال
بمال، لأن الشفيع لا يتمكن من الأخذ إلا بمثل السبب الذي يملك به الجار الحادث، وأخذه
لا يكون إلا بمبادلة مال بمال مطلقًا. وعلى هذا الأصل: لا شفعة في المجمعول بدلًا في
الخلع والصلح في القصاص عن نفس أو عضو...» وانظر: البدائع 5 / 12.

قالوا: ولأن إيجاب الأخذ بالشفعة، إنما هو لإزالة الضرر، قالوا: ولا ضرر في النكاح، لأنه إنما يطلب منه السكّن والازدواج دون المال.
قالوا: ولأن البضع لا يُقوّم إلا على عاقد عليه، أو متلف له، والشفيع ليس بعاقِدٍ عليه، ولا متلف له، فلا يجوز تقويمه عليه، كما لا يجوز تقويمه على الغاصب فصح ما قلناه.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن هذا الشقص المأخوذ عن هذه العقود المذكورة مملوك عن عوض، فيجب فيه الشفعة، كما لو ملك بالبيع. وذلك أن الشفعة إنما وجبت في الشقص الذي ملك بالبيع لدفع الضرر، فإذا كانت العلة في جواز الأخذ بالشفعة وجود الضرر. فالضرر في هذه العقود التي اختلفنا فيها موجود فيجب فيها الشفعة.

فإن قالوا: إن الضرر في هذه العقود التي اختلفنا فيها غير موجود. قيل لهم: وكذلك في البيع، الضرر أيضًا فيه غير موجود، أفلا يجب فيه الشفعة؟ وهذا لا يقوله أحد.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: شقص مملوك لا في مقابلة مال، فالجواب: أنه في مقابلة عوض، وهذا كاف في وجوب الشفعة، لأنه متى⁽¹⁾ يملك هذا الشقص بعوض في عقد، فلا بد أن يكون ما أخذ عنه⁽²⁾ متقوّمًا، كما لو بيع هذا الشقص بثوب، أو عبد [هـ 215]، فإن الشفعة تجب فيه بقيمة الثوب أو العبد من الدنانير أو الدراهم، فتصير الدنانير أو الدراهم مثل العبد أو الثوب حكمًا. وهذا هو الجواب هما ذكروه في الفصل الثاني⁽³⁾.

وقولهم: إن النكاح إنما يعقد للسكن والازدواج، لا للمال. غير صحيح على الإطلاق؛ بل المال فيه مطلوب من قبل الزوجة لقوله عليه السلام: «تُنكحُ المرأةُ لمالِها، ودينِها، وجمالِها... الحديث»⁽⁴⁾.

(1) في الأصل: متا.

(2) في الأصل: منه.

(3) أي في الفقرة الثانية عن اعتراضهم في أول المسألة.

(4) أخرجه أبو داود، وابن ماجة في سنيهما. في كتاب النكاح: الأول في باب ما يؤمر به من =

وأما الزوج فالنكاح في جانبه قائم، وملكه للبضع على ما ثبت عليه ابتداء العقد حاصل.

وقولهم: إن البضع لا يُقَوَّمُ إلا على عاقد عليه، أو متلف له، غير لازم لنا، وإنما يلزم أصحاب الشافعي، لأن الشفيع عندهم إنما يشفع بمهر المثل⁽¹⁾، وعندنا إنما يشفع بالمسمى لا بمهر المثل⁽²⁾، فسقط عنا ما قالوه. والله أعلم.

= تزويج ذات الدين. والثاني: في باب تزويج ذات الدين، معاً عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «تنكح النساء لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها. فاظفر بذات الدين تربت يداك». وأخرجه الترمذي في سننه في أبواب النكاح، باب ما جاء في من تنكح على ثلاث خصال، عن جابر رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «إن المرأة تنكح على دينها، ومالها، وجمالها، فعليك بذات الدين تربت يداك». ثم قال: وفي الباب عن عوف بن مالك وعائشة، وعبد الله بن عمرو، وأبي سعيد. حديث جابر، حديث حسن صحيح.

(1) قال في المهذب 1 / 379: «فإن جعل صداقاً في نكاح، أو بدلاً من خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة».

(2) قال في الإشراف 2 / 49: «... ويؤخذ الشقص بقيمته خلافاً للشافعي في قوله: مهر المثل» وبالمسمى في الأصل هكذا: بالمسما.

[في الشفعة، إذا وجبت لجماعة .
هل تقسم على أنصباهم أم على رؤوسهم؟]

إذا وجبت الشفعة لجماعة، قسمت بينهم على قدر أنصباهم⁽¹⁾، لا على عدد رؤوسهم⁽²⁾. وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة: بل تقسم عليهم على عدد رؤوسهم⁽⁴⁾، وهو اختيار المزني⁽⁵⁾. واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: إنهم قد استتوا في سبب استحقاق الأنصاء، فيجب تساويهم في الأخذ بالشفعة، ولأن الشفعة إنما تستحق بأصل⁽⁶⁾ الملك، لا بقدر الملك. ألا ترى أن من قل⁽⁷⁾ نصيبه منهم، فإنه يستحق جميع الشفعة إذا انفرد؟

- (1) الأنصاء: جمع نصب، وهو لغة في النصيب والنصيب الحظ من كل شيء. ن: اللسان / نصب.
- (2) قال في الإشراف 2 / 48: «الشفعة على قدر الأنصاء خلافاً لأبي حنيفة». وقال في البداية 2 / 196: «فأما المسألة الأولى، وهي كيفية توزيع المشفوع فيه، فإن مالكاً والشافعي، وجمهور أهل المدينة، يقولون: إن المشفوع فيه، يقتسمونه على قدر حصصهم، فمن كان نصيبه من أهل المال الثلث مثلاً، أخذ من الشقص بثلث الثمن، ومن كان نصيبه الربع، أخذ الربع. وقال الكوفيون: هو على عدد الرؤوس على السواء، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر، وذو الحظ الأصغر». وانظر: التفرع 2 / 299.
- (3) قال في المهذب 1 / 381: «وإن كان للشقص شفعاء، نظرت، فإن حضروا وطلبوا أخذوا، فإن كانت حصة بعضهم أكثر، ففيه قولان: أحدهما أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس. وهو قول المزني... والثاني: أن يقسم بينهم على قدر الأنصاء...».
- (4) قال في المبسوط 14 / 970: «... ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير الأنصاء والدور. وقال الشافعي: على مقدار النصب»، وانظر: البدائع 5 / 5، وإيثار الإنصاف 332.
- (5) انظر: مختصر المزني بآخر الأم 8 / 219، والمهذب 1 / 381، والمزني تقدمت ترجمته.
- (6) في الأصل: لأصل.
- (7) في الأصل: قبل.

قالوا: ولأن الأخذ بالشفعة حق واجب لدفع الضرر عن الملك، وليضم ملكًا إلى ملك لئتم له مرافق⁽¹⁾ الملك، فيجب أن يستوي في ذلك من قل نصيبه أو كثر.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الشفعة حق الملك. فتجب قيمتها بين الشركاء على قدر الملك. دليله: الغلات، والأرباح، وسقي الأراضي؛ إذ لا خلاف أنه لا يأخذ أحد منهم من الماء إلا بقدر نصيبه من الأرض. والدليل على أن الشفعة حق الملك: أن الشفيح إنما يستحق الشفعة بملك نصيبه، وإذا كان ذلك حق الملك كما ذكرنا، فمن كثر ملكه، كثر حق ملكه، ومن قل ملكه، قل حق ملكه، كما ذكرناه.

ويدل على صحة ما قلناه هذا⁽²⁾ أيضًا، أن عدد الرؤوس غير معتبر في المُحاصَّة⁽³⁾ في مال الغريم⁽⁴⁾ عند فَلَسه أو موته، إنما المعتبر مقدار الديون، فيضرب لكل واحد مقدار دينه. ولا معتبر بعدد رؤوسهم. وهذا إن شاء الله واضح لا إشكال فيه.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إنهم استووا في سبب استحقاق الأنصباء، فيجب تساويهم في الأخذ بالشفعة. كلام غير مسلم، لأنه فيه وقع اختلافنا. وقولهم: إن الشفعة إنما تستحق بأصل الملك لا بقدر الملك، فالجواب: أنا لا نسلم لهم، وإنما الأخذ بالشفعة بحق الملك، أو بمرفق من مرافق الملك.

وقولهم: إن من قل نصيبه، يستحق جميع الشفعة إذا انفرد. فهو كما قالوا، وإنما كان كذلك، لأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر الدخيل، وذلك الضرر، لا يندفع بأخذ البعض وترك البعض، وإنما يندفع بأخذ الجميع، لأن

(1) المَرافق: جمع مرفق وهو: ما يتبع العقار مما ينتفع به، ومرافق الملك: منافعه التابعة له. ن: لغة الفقهاء.

(2) هكذا في الأصل والظاهر أنها زائدة.

(3) المُحاصَّة: «بيان حصة كل مستحق». لغة الفقهاء 408.

(4) الغريم هنا: المدين. ويطلق على الدائن. ن: لغة الفقهاء 331.

الفائدة لا تحصل بأخذ ما دون الكل .
وقولهم : إن الأخذ بالشفعة حق واجب لدفع الضرر عن الملك ، فكذلك
نقول : وقد تقدم الجواب عنه .
وقولهم : ويجب أن يستوي في ذلك [من قل] ⁽¹⁾ نصيبه ، أو أكثر . فهو
باطل بما تقدم من قسم الغلات ، والأرباح ، ومحاصة الغرماء في مال المفلس ،
على ما تقدم من الشرح . والله أعلم .

(1) تكملة لازمة .

في الشفيع الذي لم يعلم المشتري به .
هل له قلع ما بنى المشتري أو غرس أم لا؟]

إذا بنى المشتري أو غرس⁽¹⁾ في الشقص المبيع، ثم قام شفيع لم يعلم به المشتري به . فليس له أخذ المشتري⁽²⁾ بقلع بنائه وغرسه، ولكن يدفع إليه قيمة بنائه وغرسه قائماً، ويأخذ بشفعته إن شاء، وإلا فلا شفعة له⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

وقال أبو حنيفة . ومحمد⁽⁵⁾ بن الحسن: للشفيع قلع بناء المشتري وغرسه، أو يأمره بقلعه⁽⁶⁾.

(1) في الأصل: عرس .

(2) في الأصل: المترا .

(3) قال في الإشراف 2 / 51: «إذا بنى المشتري في دار، أو غرس، ثم أراد الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه يأخذ الشقص بقيمة البناء والغرس، وليس له إجبار المشتري على قلع البناء والغرس، وقال أبو حنيفة: له ذلك». وقال في مسائل الخلاف 141 و2: «إذا بنى المشتري في الشقص المشفوع، أو غرس لم يكن للشفيع نقضه مجاناً، بل ينقضه ويغرم الأرض . . .» .

(4) قال في المهذب 1 / 382: «وإن اشترى شقصاً، وكان الشفيع غائباً، فقاوم وكيله في القسمة، أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاومه، وغرس وبنى، ثم حضر الشفيع، أو أظهر له ثمناً كثيراً فقاومه، ثم غرس وبنى، ثم بان خلافه، وأراد الأخذ، فإن اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه، فملك نقله، ولا تلزمه تسوية الأرض، لأن غير معتد، وإن لم يختار القلع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن، والغراس والبناء بالقيمة . وبين أن يقلع الغراس والبناء، ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً .

(5) تقدمت ترجمته .

(6) قال في البدائع 5 / 29: «وإن كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأساً، لا أصلاً، ولا تبعاً . بأن بنى المشتري بناء، أو زرع، ثم حضر الشفيع، يقضى له بشفعة الأرض، ويجبر المشتري على الخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن، والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشتري على القلع هذا جواب ظاهر الرواية . وروي عن أبي يوسف: أنه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس، ولكنه يأخذ الأرض بثمانها، والبناء والغرس بقيمته قائماً =

واحتج أصحابه فقالوا: إن تصرف المشتري في شقص المبيع، يؤدي إلى إبطال حق الشفيع، فجاز للشفيع نقضه عليه، دليله: ما إذا [باع] ⁽¹⁾ الشقص أو رهنه.

قالوا: لأن المشتري ممنوع شرعاً من كل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الشفيع صيانة لحقه عن الفوات.

قالوا: وإنما قلنا: إن هذا التصرف يؤدي إلى إبطال حقه، لأنه قد وجب له أن يأخذ الشقص بشفيعته بالثمن الذي دفع فيه المشتري بغير زيادة، فهو إذا بنى أو غرس، لم يقدر الشفيع أن يأخذ إلا بزيادة عن الثمن. وهو قيمة البناء والغرس، فلزمه غير ما وجب عليه في أصل عقد البيع.

قالوا: فإن قلت: إن نقض ⁽²⁾ البناء والغرس بغير قيمة ضرر على المشتري، والضرر ممنوع.

فالجواب: أن المشتري هو الذي أدخل نفسه في ذلك، لأنه كان واجباً عليه ألا يضع بناءه على أصل فاسد، فكان ⁽³⁾ أولى ⁽⁴⁾ بالضرر.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن المشتري وضع بناءه وغرسه على وجه جائز، ولم يضعه على أن يقلعه، أو يُقْلَع عليه؛ بل إنما وضعه على التأييد، دليله: إذا لم يكن لهذا الشقص المبيع شفيع.

ولأن من الحق أن يقر عليه ⁽⁵⁾ فاعله، ومن الحق ألا يقر على الباطل فاعله. والدليل على أنه [هـ 216] إنما بنى بحق، هو أنه بان في ملكه الذي لا حق لأحد فيه سواه.

فإن قالوا: للشفيع فيه حق، قيل لهم: حقه إنما هو في الإذن [في الأخذ

= غير مقلوع إن شاء، وإن شاء ترك. وبه أخذ الشافعي رضي الله عنه.

(1) تكملة لازمة.

(2) في الأصل: بعض، وهو خطأ.

(3) في الأصل: كان.

(4) في الأصل: أولاً.

(5) أي على الحق.

بالشفعة⁽¹⁾ فقبل الأخذ لا حق له في الشقص، ولهذا لم يكن [المشتري]⁽²⁾ في البناء والغرس مؤثماً، ولذلك يجوز فيه جميع تصرفاته، من البيع، والهبة، والإجارة، والرهن، وغير ذلك، ولو كان حق الشفيع ثابتاً في البقعة - كما زعموا - لما جاز فيها شيء من تصرفاته، كما لا يجوز تصرف المرتهن في البقعة المرهونة .

ولو قلنا: ينقض بناء المشتري، لأضررنا به إضراراً عظيماً، فلم يكن بد للشفيع إذا أخذ بالشفعة من غرم قيمة البناء والغرس . (وإنما كما قلنا)⁽³⁾ .
ولأنه لما لم يجر له نقض شرائه، والأخذ بالشفعة، إلا بما قام به عليه الشقص من الثمن، فكذلك لا يجوز له نقض بنائه إلا بعد دفع⁽⁴⁾ ما قام به عليه . فإذا ثبت هذا . فقولهم: تصرف المشتري في الشقص المبيع يؤدي إلى إبطال حق الشفيع، فجاز للشفيع نقضه عليه . كلام غير صحيح . لأن المشتري إنما بنى على وجه جائز سائغ⁽⁵⁾ له، فأخذه بقلع البناء والغرس بغير دفع عوض عنه معلوم، ظلم، وجور، وضرر، وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضراراً»⁽⁶⁾ (لا لعبد ضرراً في الشرع)⁽⁷⁾ .

وأما ما ذكره من الرهن، وغيره من التصرفات، فإنما ينقض من ذلك ما يؤدي إلى إبطال حقه، وهو إن شاء الله بين، وهو الجواب عن قولهم: إن المشتري ممنوع شرعاً من كل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الشفيع، وما في كلامهم قد تقدم فيه الجواب فأغنى⁽⁸⁾ عن إعادته إن شاء الله . والله أعلم .

-
- (1) تكملة يقتضيها السياق بدليل ما بعدها .
 - (2) تكملة لازمة .
 - (3) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة .
 - (4) في الأصل: رفع .
 - (5) في الأصل: شائع .
 - (6) تقدم تخريجه .
 - (7) هكذا في الأصل، ولا معنى لها، ولم أهد إلى إقامتها .
 - (8) في الأصل: فأغنا .

كتاب الرهن⁽¹⁾

[مسألة]⁽²⁾ [109]:

[في حكم الرهن المشاع]

رهن المُشاع جائز⁽³⁾، وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز⁽⁵⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: عقد الرهن ملك اليد، لأن الرهن في اللغة مأخوذ من الحبس⁽⁶⁾، بدليل قوله عز وجل: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾

(1) الرَّهْنُ: «حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين» التعريفات 113، وانظر: شرح الحدود 304، وحلية الفقهاء 141، والطلبية 297، والمغرب 203، والأيس 289، ولغة الفقهاء 227.

(2) ليست في الأصل ويقتضيها السياق.

(3) قال في التفریع 2 / 262: «ولا بأس برهن المشاع». وقال في الإشراف 2 / 2: «ويصح رهن المشاع كما يصح بيعه، خلافاً لأبي حنيفة»، وقال في البداية 2 / 205: «واختلفوا في رهن المشاع، فمنعه أبو حنيفة، وأجازه مالك والشافعي»، وانظر: مسائل الخلاف 109 و 2.

والمُشاع: الشائع المنتشر، وهو حصة مقدرة غير معينة، ولا مفرزة، من شيء غير مقسوم. ن: لغة الفقهاء 430.

(4) قال في المهذب 1 / 308: «وما جاز رهنه، جاز رهن البعض منه مشاعاً، لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع، فكان كالمقسوم في جواز الرهن، وقال في (ت) للمجموع 13 / 198: «وبه قال ابن أبي ليلى، ومالك، والبتّي، والأوزاعي، وسوار، والعنبري، وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي: لا يصح إلا أن يرهنها (أي العين المشاعة) من شريكه، أو يرهنها الشريكان من رجل واحد...».

(5) قال في الميسوط 21 / 69: «ولا يجوز رهن المشاع فيما يقسم، وما لا يقسم من جميع أصناف ما يرهن عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز...». وانظر: البدائع 6 / 138، وإبصار الإنصاف 370.

(6) في الأصل: الجنس.

[المدثر : 38]، أي محبوسة بفعلها . قال الشاعر⁽¹⁾ :
 وَفَارَقْتُكَ بِرَهْنٍ لَا فِكَأَكَ⁽²⁾ لَهُ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقًا⁽³⁾
 قالوا: فسمى حبس القلب بالحب رهناً، فإذا ثبت أنه مأخوذ من
 الحبس، وجب أن يكون حكمه الحبس على كل حال، لأن أسماء العقود دالة
 على أحكام العقود، ألا ترى⁽⁴⁾ أن اسم الكفالة⁽⁵⁾ مأخوذ من الضم؟ والحوالة⁽⁶⁾
 من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة⁽⁷⁾؟ والصرف من تبديل ما في اليد بما في يد
 أخرى، وهو أن يصرف هذا إلى هذا ما في يده من ذهب، ويصرف إليه الآخر
 ما بيده من فضة؟ فوجب أن يكون أحكام العقود على ما تقتضي أسماؤها⁽⁸⁾.

(1) هو زهير بن أبي سلمى المزني المضري، جاهلي لم يدرك الإسلام، هو أحد الثلاثة
 المتقدمين على سائر الشعراء: امرؤ القيس، والنابغة الذبياني، وهو يفضل كثير من الرواة
 على صاحبيه، ويقولون: إنه أحكمهم شعراً، وأبعدهم عن سخف، وأجمعهم لكثير من
 المعاني في قليل من المنطق، توفي قبل البعثة بسنة.

ترجمته في مقدمة ديوانه 8 - 18 .

(2) الفكك بفتح الكاف وكسرها والافتكك: كالفك، وأصله الإزالة، ومنه فك الرقبة، وفك
 الخلخال، وفك اليد من المفصل، وقد انفكت يده: إذا زالت من المفصل . . . ن: الطلبة
 298.

(3) وغلق الرهن: صار للمرتهن بدينه ليس للراهن افتكاكه . . . ن: الطلبة 298. وهذا البيت من
 قصيدة من البحر البسيط تقع في أكثر من أربعين بيتاً، يمدح فيها هرم بن سنان، أولها:
 إِنَّ الْخَلِيْطَ أَجَدَّ الْبَيْتِ فَاَنْفَرَقَا وَعَلَّقَ الْقَلْبُ مِنْ أَسْمَاءِ مَا عَلَّقَا
 والبيت المستشهد به في الديوان هكذا:

وفارقتك برهنٍ لا فِكَأَكَ لَهُ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى رَهْنُهَا غَلِقًا
 (4) في الأصل: ترا.

(5) في الأصل: الكالة. والكفالة: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة». ن:
 التعريفات 185، والطلبة 284، والمغرب 412.

(6) الحوالة: «نقل الدين من ذمة إلى ذمة». الطلبة 285 - 286، وانظر: حلية الفقهاء 142،
 والمغرب 134، والتعريفات 93، والأنيس 224، ولغة الفقهاء 187.

(7) الذمة: وصف يصير به الإنسان أهلاً للإيجاب له وعليه. ن: التعريفات 107، والمغرب
 176، ولغة الفقهاء 214.

(8) في الأصل: أسماؤها.

قالوا: ولأن الرهن وثيقة⁽¹⁾ بجانب الاستيفاء، فكان الثابت به من جنس⁽²⁾ ما يثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة.

وتحصيل مذهبهم: هو أن المشاع عندهم لا يتأتى⁽³⁾ قبضه، فلا يجوز رهنه. قالوا: ويعضد ما قلناه قوله عز وجل: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]، فأخبر [جل]⁽⁴⁾ وعز أن الرهن لا يكون رهنًا إلا بالقبض.

قالوا: وإنما شرطنا القبض لبيان أن اليد إذا لم تكن قابضة للرهن، لا توجب⁽⁵⁾ صحة العقد ابتداءً، والقبض⁽⁶⁾ في هذه الصورة التي اختلفنا فيها معدوم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن المشاع والمفرد في موجب عقد الرهن واحد. فنقول: ما تحقق فيه موجب عقد الرهن، صح فيه الرهن كالمفرد. وذلك أن موجب عقد الرهن إنما هو تعليق الدين بالعين، على معنى تعيينه لاستيفاء الدين منه، فنقول: كل ما أمكن تعليق الدين به صح رهنه، وصح بيعه، لأن ما يقبل موجب البيع⁽⁷⁾، فيكون⁽⁸⁾ على صحة هذه المقدمة، هو أن معنى الرهن: إحباس العين وثيقة بالحق، ليستوفي الحق من ثمنها، أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغرم، وذلك أن حقيقة الوثيقة ثبوت زيادة حق من جنس⁽⁹⁾ ما كان ثابتًا من قبل. زيادة عليه. والثابت في جانب الاستيفاء هو المطالبة، وذلك أن موجب عقد الكفالة ثبوت واجب على واجب، ليتأكد

(1) الوثيقة: صك الدين ونحوه، وهكذا المستندات المكتوبة الوثوق بها. ن: لغة الفقهاء 499.

(2) في الأصل: حبس.

(3) في الأصل: يتأتى.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) في الأصل: يوجب.

(6) في الأصل: فالقبض.

(7) الظاهر أن هنا جملة فات الناسخ أن يثبتها، لا يستقيم المعنى بدونها، أفترض أنها كالاتي: «يصح فيه الرهن» والله أعلم. ويحتمل عندي أيضًا أن أصلها: «يقبل موجب الرهن».

(8) في الأصل: يكون.

(9) في الأصل: حبس.

به الواجب الأول، وكذلك الرهن زيادة مطالبة على مطالبة، ليتأبد به الأول. ففي الكفالة كان الحق واجباً في ذمة واحدة، والآن صار في ذمتين، وفي الدين كانت المطالبة فيه بالاستيفاء فقط على الإطلاق، فإذا رهنه صارت المطالبة بالاستيفاء من عين مخصوصة. وعلى هذا الإيضاح لا يكون بين المفرد والمشاع في جواز رهنهما⁽¹⁾ فرق. ويدل على صحة هذا أيضاً: ما إذا رهن عيناً من رجلين، فإنه يجوز عندنا وعندهم، وهو رهن المشاع على الحقيقة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن [موجب]⁽²⁾ عقد الرهن ملك اليد، غير مسلم، وإنما موجب عقد الرهن عندنا: تعليق الدين بالعين، على معنى تعيينه لاستيفاء الدين منه.

وأما ما احتجوا به من اللغة فقد قال الفراء⁽³⁾: الرهن مأخوذ من الدوام والثبوت، يقال لكل شيء دام وثبت: قد رهن، ومن ذلك قيل: ماء راهن: إذا كان دائماً⁽⁴⁾.

وقال ابن عرفة⁽⁵⁾: الرَّهْنُ في كلام العرب: هو الشيء

(1) في الأصل: رهنها.

(2) تكملة يقتضيها السياق، ويدل عليها ما بعدها، وإن كانت لم ترد في اعتراض الحنفية في أول المسألة. والله أعلم.

(3) هو أبو زكرياء يحيى بن زياد بن عبد الله كان أعلم الكوفيين بالنحو بعد الكسائي، أخذ عنه وعليه اعتماد، وأخذ عن يونس. صنف: معاني القرآن، واللغات، والمصادر في القرآن، وغير ذلك كثير. مات سنة 200هـ.

ترجمته في: بغية الوعاة 333، وتهذيب التهذيب 11 / 212، ووفيات الأعيان

176 / 2.

(4) لم أجد هذا في كتاب الفراء: معاني القرآن 1 / 188، حين تفسيره قول الله عز وجل: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ولعله ذكره في كتاب آخر له، لم أقف عليه.

(5) هو أبو عبد الله إبراهيم بن محمد بن عرفة العتكي المعروف بنفطويه، كان عالماً بالحديث والعربية، فقيهاً رأساً في مذهب داود، صنف: غريب القرآن، وأمثال القرآن، وغيرهما. توفي سنة 323هـ.

ترجمته في: نزهة الألباء 260 - 262، والأعلام 1 / 61، ووفيات الأعيان 1 / 47.

الملزوم⁽¹⁾ وإذا كان ذلك كذلك فنحن نقول: الرهن ملزوم بالحق. وعلى هذا يكون معنى⁽²⁾ قوله عز وجل: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ أي ملزومة بعملها. وعلى هذا لا يبقى لهم في الاشتقاق [هـ 217] الذي اعتمدوا⁽³⁾ عليه حجة. وقولهم: إن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء، فهو مسلم، ولكن وثيقة⁽⁴⁾ فيما قلناه، لا فيما قالوه. وقولهم: ويعضد ما⁽⁵⁾ قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾: قد تقدم الكلام فيه، والجواب عنه، فأغنى⁽⁶⁾ عن إعادته. والله أعلم.

-
- (1) انظر: اللسان، وتاج العروس. مادة: رهن. لقد قال في هذا الأخير: «وقال ابن عرفة: الرهن الشيء الملزوم...».
- (2) في الأصل: معنا.
- (3) في الأصل: اعتمد.
- (4) في الأصل: الوثيقة.
- (5) في الأصل: فيما.
- (6) في الأصل: فأغنا.

[في الراهن . هل يجوز له أن يُعتقَ العبد الرَّهْنُ أم لا؟]

لا يجوز للراهن أن يُعتقَ العبد الرهن⁽¹⁾ إلا أن يكون موسراً، فينفذ عتقه، ويعجل للمرتهن حقه⁽²⁾. وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة: يجوز عتقه وينفذ⁽⁴⁾.
واحتج أصحابه فقالوا: إن إعتاق الراهن للعبد⁽⁵⁾ بمنزلة إتلاف العبد،

(1) العبد الرهن: العبد المرهون.

(2) قال في الإشراف 2 / 3 - 4: «إذا رهن عبداً ثم أعتقه، فإن كان موسراً نفذ عتقه، وعجل الحق للمرتهن، أو رهنه غيره، وإن كان معسراً لم ينفذ. وبقي رهناً، فإن أفاد مالاً قبل الأجل، نفذ العتق. وإن بقي على إعساره بيع عند الأجل. وقال أبو حنيفة: ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً وللشافعي قولان: أحدهما مثل قول أبي حنيفة، والآخر أن العتق لا ينفذ موسراً كان أو معسراً». وقال في البداية 2 / 209: «وإذا كان الرهن غلاماً، أو أمة فأعتقها الراهن، فعند مالك أنه إن كان موسراً جاز عتقه، وعجل للمرتهن حقه، وإن كان معسراً، بيعت وقضي الحق من ثمنها. وعند الشافعي: ثلاثة أقوال: الرد، والإجازة، والثالث مثل قول مالك». وانظر: المسالك 955.

(3) وهو الصحيح، قال في المذهب 1 / 212: «وإن أعتقه فيه ثلاثة أقوال: أحدها: يصح، لأنه عقد لا يزيل الملك، فلم يمنع صحة العتق كالإجازة، والثاني: أنه لا يصح، لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع، والثالث وهو الصحيح: أنه إن كان موسراً صح، وإن كان معسراً، لم يصح...». قال في (ت) للمجموع 13 / 238: «قال الشافعي في الأم: إذا كان موسراً، فقد عتقه، وإن كان معسراً فعلى قولين، وقال في القديم: قال عطاء: لا ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً. ولهذا وجه». وانظر: اختلاف العلماء 270.

(4) قال في المبسوط 21 / 135: «وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبداً، يساوي خمسمائة، ثم أعتقه الراهن، فعتقه نافذ عندنا موسراً كان أو معسراً، وهو أحد أقاويل الشافعي...»، وقال في البدائع 6 / 171: «... الإعتاق نافذ عندنا، وعنده (أي الشافعي): لا ينفذ...»، وانظر: المسالك 955.

(5) في الأصل: للعقد، وهو خطأ.

والراهن لو أتلف الرهن خرج من الرهن، فوجب أن يكون إذا أعتق كذلك .
قالوا: لأن للعتق مزية على غيره في أكثر الأصول، لأنه يقدم على غيره
في كثير من الأحكام .

قالوا: ولأنه أعتق ملكه، وهو ممن يعتقد⁽¹⁾ قوله . فوجب أن يجوز
عتقه . دليله: ما إذا أعتق عبداً له قد كان أجره، قبل أن يخرج من الإجارة، أو
أعتق شريكاً له في عبد .

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ ﴾، ومعنى
الرهن: إحباس العين وثيقة بالحق، فإذا قبض المرتهن العين المرهونة، تعلق
حقه بها، فلم⁽²⁾ يكن للراهن في تلك العين تصرف بعتق ولا غيره مما يؤدي
إلى إبطال حق المرتهن .

ولأن المرتهن لما أخذ العبد رهناً وثيقة بحقه، فإنه⁽³⁾ لم يرض بذمة
الراهن، ولو رضي بذمته ما أخذ منه رهناً . وإذا أجزنا عتقه للعبد، بطل حق
المرتهن من الرهن، ورجع إلى اتباع ذمة لم يكن راضياً، ولا عامل الراهن على
اتباعها؛ وقد يكون هذا الراهن معدماً فيئوي⁽⁴⁾ حق المرتهن، ولا خفاء ببطلان
هذا .

ولأن الحميل بالحق لا سبيل إلى إبطال حمّالته، حتى يصل الحق الذي
تحمّل به إلى ربّه، فوجب أن يكون الراهن⁽⁵⁾ كذلك، ولا فرق بين الموضعين .
ولأن⁽⁶⁾ عتق المحجور عليه غير جائز، وإن كان عبده غير مرهون، فعتق
الراهن عبده المرهون أولى⁽⁷⁾ وأحرى ألا يجوز، لتعلق حق المرتهن به .
ولأنه عقّد في هذا العبد عقداً منع به نفسه من التصرف فيه إلا بإذن

(1) يعتقد قوله: أهل للعقد .

(2) في الأصل: لم .

(3) في الأصل: إنه .

(4) في الأصل: فيئوي، ويئوي: يهلك .

(5) في الأصل: الرهن .

(6) في الأصل: ولا .

(7) في الأصل: أولاً .

المرتتهن . فوجب ألا يجوز عتقه فيه ، لتقدم حق المرتتهن فيه على حقه . دليله ما إذا رهنه من رجل آخر ، وأخذه منه ؛ حيث لا يجوز ذلك .

فإذا ثبت هذا . فقولهم : إن إعتاق الراهن للعبد ، بمنزلة إتلافه للعبد ، والراهن إذا أتلف الرهن خرج من الرهن . فهو باطل بالبيع ؛ إذ لا فرق بين خروجه عن ملكه بالعتق ، أو بالبيع ، ولما لم يجز بيعه بإجماع ، وجب ألا يجوز عتقه .

وقولهم : إن للعتق مزية على غيره في أكثر الأصول ، فكذلك نقول ، ولكن ما لم يتعلق بعين العبد حق للغير . وفي مسألتنا تعلق بعينه حق المرتتهن ، فلم يجز تقديم العتق عليه ، ويبطل عليهم أيضا بالمريض المدين ، أو الصحيح المدين إذا أعتق عبده ؛ حيث لا يجوز إلا بإذن الغرماء .

وأما عتق العبد المؤاجر ، فإنما جاز عتقه ، لأن عتقه لا يؤدي إلى إسقاط حق من استأجره ، فإنه يخدم حتى يتم الإجارة ، ومسألة العتق فيها⁽¹⁾ إسقاط حق المرتتهن أصلاً وفرعاً ، فافترقا .

وأما من أعتق شريكاً له في عبد ، فإن عتقه لاقى⁽²⁾ محلاً مملوكاً ، لم يتعلق به حق لغيره ، فنفذ عتقه في نصيبه ، ويقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً .

(1) في الأصل : منها .

(2) في الأصل : لاقا .

[في الرهن إذا تلف في يد المرتهن . هل يضمه أم لا؟]

ضمان الرهن إذا أُلّف في يد المرتهن من المرتهن⁽¹⁾ . وبه قال

(1) إذا كان مما يغاب عليه كالثياب والعروض وما أشبهها، ولم تقم بينة على تلفه، لا ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار. قال في التفریح 2 / 259: «والرهن على ضربين: مضمونة وغير مضمونة، فالمضمون منها: الأموال الباطنة، مثل العروض والحلي، وغير المضمون منها: الأموال الظاهرة مثل الرّبع والحيوان». وقال في الإشراف 2 / 7: «يضمن من الرهن ما يخفى هلاكه كالذهب والفضة والعروض. ولا يضمن ما يظهر هلاكه، كالحيوان والعقار، وقال أبو حنيفة: يضمن كل ذلك، وقال الشافعي: الرهن أمانة، لا يضمن إلا بالتعدي». وقال في المنتقى 5 / 244 تعليقا على قول مالك في الموطأ: «وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن، فلا يعلم هلاكه إلا بقوله، فهو من المرتهن». قال: يريد أنه مما يغاب عليه، ولا يكاد يعلم هلاك ما كان من جنسه إلا بقول من هو بيده، كالثياب والعروض والعنبر... وغير ذلك مما يكال أو يوزن. فهذا وما أشبه يوصف مما يغاب عليه. وهذا الجنس من الرهن إذا ضاع بيد المرتهن، فلا يخلو أن تقوم بضياعه بينة، أو لا تقوم بذلك بينة. فإن قامت له بينة، فعن مالك في كتاب ابن المواز في ذلك روايتان: إحداهما أنه لا يضمن. وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ، واختارها ابن المواز، والثانية: يضمن في الرهن والعارية. وهو مذهب الأوزاعي في الرهن. وبه قال أشهب...»، وقال في المسالك 955: «الحالة الثانية: أن يفوت الرهن عند المرتهن، أو يتلف بوجه من الوجوه التلف (كذا). فقال الشافعي: يذهب هدرًا، ويأخذ صاحب الحق حقه، وقال أبو حنيفة: يقاصه بقيمته من الدين، ولمالك في ذلك قولان:

أحدهما: الفرق بين أن يكون مما يغاب عليه، أو مما لا يغاب عليه فإن كان مما يغاب عليه: كان كما قال أبو حنيفة، وإن كان مما لا يغاب عليه كان كما قال الشافعي.

القول الثاني: أن الحكم فيه كما قال أبو حنيفة في كل حال. قال مالك: إلا أن تقوم بينة على تلفه من غير جهة المرتهن، فإنه يكون من الراهن». وانظر: المقدمات المحققة 2 / 367 - 368، والبداية 2 / 208. ولعل المؤلف يذهب في هذه المسألة والله أعلم إلى القول بأن ضمان الرهن من المرتهن فيما يغاب عليه وإن قامت بينة على تلفه من غير جهته، وهو رواية أيضًا عن مالك، وبه قال أشهب. ن: المنتقى 5 / 244.

أبو حنيفة⁽¹⁾.

وقال الشافعي: لا ضمان عليه، لأن الرهن في يده أمانة⁽²⁾.
واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غَنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»⁽³⁾.

قالوا: ولأنه رهن محبوس ليستوفي الحق من ثمنه بعقد لم يتضمن زوال ملك مالكة عنه، فوجب ألا يكون مضموناً على المرتهن. دليله: الدابة المستأجرة إذا أتلقت⁽⁴⁾ في يد من استأجرها، فإنه لا ضمان عليه بغير خلاف. والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ»⁽⁵⁾، وقوله عليه

(1) قال في البدائع 6 / 154: «قال أصحابنا رضي الله عنهم: «إن المرهون يهلك مضموناً بالدين. وقال الشافعي رحمه الله: يهلك أمانة». وانظر: الإشراف 2 / 7، والبداية 2 / 208، والمسالك 955.

(2) قال في (ت) ث للمجموع 13 / 249: «إذا قبض المرتهن فهلك في يده من غير تفريط، لم يلزمه ضمانه، ولا يسقط من دينه شيء. وبه قال الأوزاعي وعطاء وأحمد، وأبو عبيد، و...».

(3) قال في طريق الرشد 2 / 98: «رواه ابن حبان في صحيحه، والحاكم، والبيهقي من طريق زياد بن سعد عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة مرفوعاً: «لا يغلق الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غرمه». وأخرجه ابن ماجه من طريق إسحاق بن راشد عن الزهري، وأخرجه الحاكم من طرق عن الزهري موصولاً أيضاً. ورواه الأوزاعي، ويونس، وابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد مرسلًا، ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك، وابن أبي شيبة عن وكيع، وعبد الرزاق عن الثوري، كلهم عن ابن أبي ذئب كذلك. ولفظه: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»... وصحح أبو داود والبخاري والدارقطني، وابن القطان إرساله... وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله. وقوله: «له غنمه، وعليه غرمه» قيل: إنها مدرجة من قول ابن المسيب...».

(4) في الأصل: أتلقت.

(5) قال في نصب الراية 4 / 321: «رُوي مسندًا، ومرسلًا، فالمسند رواه الدارقطني في سننه: حدثنا محمد بن مخلد، ثنا أحمد بن غالب، ثنا عبد الكريم بن روح، عن هشام، عن زياد، عن حميد، عن أنس، عن النبي ﷺ، قال: «الرهن بما فيه». قال الدارقطني: هذا لا يثبت عن حميد، ومن بينه وبين شيخنا، كلهم ضعفاء... وأما المرسل فرواه أبو داود في =

السلام: «ذَهَبَتِ الرَّهَانُ بِمَا فِيهَا»⁽¹⁾، ولأن رجلين تحاكما إليه ﷺ في فرس، رَهْنَهَا أحدهما عند الآخر في دَيْن له عليه، وأن الفرس هلكت في يد المرتهن، فقال ﷺ للمرتهن: «ذَهَبَ حَقُّكَ»⁽²⁾.

ولأن الرهن عين⁽³⁾ محبوسة ليستوفى الحق من ثمنها، عند عُدْم الرهن وفَلَسَه، فإذا هلكت تلك العين كان ضمانها من المرتهن. دليله: العبد إذا جنى⁽⁴⁾ جناية، ثم هلك قبل أن يُسَلَّم إلى المجني عليه، فإن ضمانه من المجني عليه، ولا شيء له على ربه بغير خلاف.

فإذا ثبت هذا. فما احتجوا به من الحديث باطل، لأن أهل العلم مجمعون على ترك العمل بظاهره، لأنه مستحيل أن يكون على الرهن غرم الرهن، وهو رب الرهن، وإذا كان غارماً فلن يغرم؟ فبان بما ذكرناه ضعف الاحتجاج بذلك الحديث. وقياسهم على الدابة المستأجرة. غير صحيح، لأن معنى الإجارة: المعاوضة على منافع الأعيان مع بقاء الرقبة على ملك ربها، والرهن⁽⁵⁾ ليس كذلك، لأن المرتهن لم يعاوض على حسبه على منفعة عينه، وإنما حسبه وثيقة بالحق، حتى يباع له إن كان الرهن عديماً، أو مفلساً. ولأن ضمان الرهن، لو كان من الرهن، لامتنع الناس من رهن

= مراسيله، عن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»، انتهى. قال ابن القطان: مرسل صحيح، انتهى. وأخرجه أيضاً عن طاوس مرفوعاً نحوه سواء.

(1) لم أقف عليه بلفظه وهو في البدائع 6 / 154، بلفظ: «الرهن بما فيها». من غير إسناد.
(2) قال في نصب الراية 4 / 321: «أخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت، قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن فرساً، فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حَقُّكَ». انتهى، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع: حدثنا عبد الله بن المبارك به. قال عبد الحق في أحكامه: هو مرسل وضعيف، قال ابن القطان في كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير، ضعيف كثير الغلط، وإن كان صدوقاً. انتهى».

(3) في الأصل: غير.

(4) في الأصل: جنا.

(5) في الأصل: فالرهن.

أموالهم، لأنها إذا كانت غير مضمونة على المرتهن، وقع التساهل فيها من المرتهن، لعلمه بسقوط الضمان عنه، فيؤدي⁽¹⁾ ذلك إلى تلف أموال الناس، وإلى امتناع أرباب الأموال من الرهن جملة. ولا خفاء بما في هذا من⁽²⁾ إدخال الضرر على الناس. والله أعلم.

(1) في الأصل: فيء، وهو خطأ.

(2) في الأصل: مثل، وهو خطأ.

مسألة [112] :

[في حكم العصير في يد المرتهن إذا انقلب خمراً . ثم خلاً .
هل يبقى رهناً أم لا؟]

إذا استحال العصير خمراً في يد المرتهن، ثم انقلب الخمر خلاً، فهي رهن بحالها⁽¹⁾. وبه قال أبو حنيفة والشافعي⁽²⁾.
وقال قوم: لا تكون رهناً إلا بعقد مؤتلف، لأن بانقلاب العصير خمراً، خرج أن يكون رهناً، فافتقر إلى عقد جديد يوجبه رهناً.
والدليل [هـ 218] على صحة ما قلناه: هو أن تغير وصف العين المرهونة، لا يخرجها عن الرهن، دليله: العبد المرهون إذا ارتد، ثم راجع الإسلام، فإنه يبقى⁽³⁾ رهناً كما كان.
ولأنه لما جاز أن يعود ملك المالك عليها إذا عادت خلاً، وجاز⁽⁴⁾ أن يكون ملك السيد على العبد المرتد إذا راجع الإسلام [صحيحاً]⁽⁵⁾، من غير ائتناف عقد، وجب أن يبقى ما اختلفنا فيه رهناً كما كان من [غير]⁽⁶⁾ ائتناف عقد. والله أعلم.

- (1) قال في الإشراف 2 / 5: «إذا رهنه عصيراً، فصار خمراً، ثم عاد خلاً، فإن ارتهانه ثابت، فلا يحتاج إلى عقد مستأنف، خلافاً لبعضهم.
- (2) قال في (ت ت للمجموع 3 / 247): «فإذا رهنه عصيراً، فاستحال خمراً، زال ملك الراهن عنه، وبطل الرهن فيه، وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يزول ملك الراهن عنه، ولا يبطل الرهن به، لأنه يجوز أن يصير له قيمة... وإن استحال الخمر خلاً بنفسه من غير معالجة، عاد الملك فيه للراهن بلا خلاف، وعاد الرهن فيه للمرتهن...».
- (3) في الأصل: يبقا.
- (4) في الأصل: جاز.
- (5) تكملة لازمة.
- (6) تكملة لازمة.

كتاب الحَجْر (1)

مسألة (2) [113]:

[في البالغ السفية المبذر لماله، هل يُحَجَّرُ عليه أم لا؟]

يُحَجَّرُ على البالغ السفية المبذر لماله، الذي يسقط فيه سقوط من لا يعد المال عدلاً⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾، والقاضي أبو⁽⁵⁾ يوسف، ومحمد⁽⁶⁾ بن الحسن. وأكثر العلماء.

وقال أبو حنيفة: لا حَجْر على حر بالغ عاقل⁽⁷⁾. وقال

(1) الحَجْرُ: صفة حكمية، توجب منع موصوفها نفوذه في تصرفه في الزائد على قوته. أو تبرعه بماله. انظر: شرح الحدود 313، وحلية الفقهاء 142، والطلبة 328، والمغرب 103، والأنيس 265، والتعريفات 82، ولغة الفقهاء 175.

(2) ليست في الأصل، ويقضيها السياق.

(3) قال في التفریع 2 / 256: «ويحجر على السفهاء من الأكابر وهم المبذرون لأموالهم»، وقال في الإشراف 2 / 15: «يبتدأ الحجر على البالغ إذا كان مبذراً لماله، مضيعاً له. وقال أبو حنيفة: لا يحجر على البالغ ابتداء». وقال في البداية 2 / 210: «واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار، إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم، فذهب مالك، والشافعي، وأهل المدينة، وكثير من أهل العراق إلى ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم، وذلك إذا ثبت عنده سفههم، وأعذر إليهم، فلم يكن عندهم مدفع، وهو رأي ابن عباس، وابن الزبير، وذهب أبو حنيفة، وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار، وهو قول إبراهيم وابن سيرين...».

(4) قال في (ت ت للمجموع 13 / 277): قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: والجمهور على جواز الحجر على الكبير، وخالف أبو حنيفة، وبعض الظاهرية، ووافق أبو يوسف ومحمد، قال الطحاوي: لم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير، ولا عن التابعين، إلا عن إبراهيم وابن سيرين.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) قال في المبسوط 24 / 154: «فأما إذا بلغ عاقلاً، فلا حجر عليه بعد ذلك، على ما قال أبو حنيفة رحمه الله: الحجر على الحر باطل، ومراده: إذا بلغ عاقلاً، وحكي عنه أنه كان =

أيضاً⁽¹⁾: إنما يجب الحجر على الفقيه الجاهل، والطبيب الجاهل، والمُكاري المفلس. وهذا ليس بحجر على الحقيقة، وإنما هو مجرد زجر ومنع، كيلا يتراعى⁽²⁾ فعلهم إلى الإضرار بالناس.

واحتج أصحابه فقالوا: حر بالغ فلا يجب الحجر عليه في التصرفات. دليله الرشيد⁽³⁾.

قالوا: ولأن العقد يقبل أهلية التصرف، والملك محل التصرف، فإذا اجتمعت الأهلية والمحلية، صح التصرف، ولم يجز أن يمنع منه.

قالوا: ولأن التكاليف الشرعية لازمة له بإجماع، ألا ترى⁽⁴⁾ أنه يُقبَلُ إقراره على نفسه بالحدود والجنايات؟

ولأنه لو مُنِعَ من البيع والشري والهبة، والصدقة، لمنع من الوصية، والكتابة، والحُلع، والطلاق، وأنتم لا تقولون بذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُجِبَلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ لِوَلِيِّهِ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282]، وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء: 5]، ومعناه: لا تؤتوا السفهاء أموالهم، وليس المراد [في]⁽⁵⁾ الآية أموالنا. وإذا كان

= يقول: لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة: على المفتي الماجن، وعلى المتطبب الجاهل، وعلى المكاري المفلس. لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم...»، وقال في البدائع 171 / 7: «وأما السفه فعند أبي حنيفة عليه الرحمة، ليس بمحجور عن التصرفات أصلاً، وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء... أما عندهما (أي أبو يوسف ومحمد بن الحسن) فحكمه وحكم الصبي العاقل، والبالغ المعتوه سواء، فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته، وهبته، وصدقته، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقض والفسخ...». وانظر: إيثار الإنصاف 381 - 384.

(1) في الأصل: أَيْضَى.

(2) في الأصل: يَتْرَاقَا.

(3) في الأصل: الرَّشِد.

(4) في الأصل: تَرَى.

(5) تَكْمَلَةُ يَقْتَضِيهَا السِّيَاق.

ذلك كذلك، كان هذا السفية المذكور في الآية هو البالغ المكلف، الذي لا يحسن النظر في ماله كما ذكرنا. وليس هو الصغير، لأن الله تعالى ذكر بعد ذلك ما يجب علينا من النظر في مال⁽¹⁾ الصغير، فقال تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6].
ولأن النبي ﷺ، سئل أن يُحَجَّرَ على حَبَّان⁽²⁾ بن منقذ، وكان يخدع في البيوع، فلم ينكره النبي عليه السلام عن الذي سأله في ذلك⁽³⁾، فيدل على صحة ما قلناه.

وأما من جهة المعنى، فنقول: إن الشرع جاء بحسن النظر له، فوجب أن يجب الحجر عليه⁽⁴⁾ لأهل الإسلام.
والسَّفَه⁽⁵⁾ معنى مؤثر في إيجاب النظر، والحجر على السفية من جنس النظر له، فوجب أن يجب الحجر عليه نظراً. دليله: الحجر على الصغير.
وإنما⁽⁶⁾ كان السَّفَه⁽⁷⁾ معنى⁽⁸⁾ مؤثراً في إيجاب النظر، لأن السفية تارك

(1) في الأصل: حال.

(2) في الأصل: حبان، وهو خطأ، والصواب: حبان، والذين سألوا النبي عليه السلام أن يحجر على حبان هم أهله. ن: (ت ث للمجموع) 378 / 13.

وحبان بن منقذ هذا هو: حبان بفتح أوله وتشديد الموحدة، بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني، من بني مازن بن النجار، له صحبة، شهد أحدًا وما بعدها. مات في خلافة عثمان رضي الله عنه.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 2 / 291، والإصابة 2 / 197 - 198.

(3) حديث حبان أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، ومسلم في البيوع، في باب من يخدع في البيع، وأبو داود في البيوع والإجازات، باب في الرجل يقول في البيع لا خلافة، والنسائي في البيوع، باب الخديعة في البيع، ومالك في البيوع، جامع البيوع، كلهم عن ابن عمر، بألفاظ متقاربة، وانظر: إثار الإنصاف 381 - 384.

(4) في الأصل: عليها.

(5) في الأصل: السفية.

(6) في الأصل: فإنما.

(7) في الأصل: السفية.

(8) في الأصل: معنا.

النظر لنفسه، والشرع ناظر لمن لا يحسن النظر لنفسه، كما هو ناظر لمن ليس هو من أهل النظر. وهذا وصف مسلم لا يمكنه دفعه.

فإذا ثبت هذا. فقولهم: حر عاقل بالغ، فلا يحجر عليه في التصرفات، دليله الرشيد⁽¹⁾ فهو تمسك منهم بمجرد الصورة، وليس لهم فيه دليل معتمد، لأنه وإن كان حرًا بالغًا عاقلًا، فهو مع ذلك سفیه (والعقل والبلوغ كائناً، فبان الحجر عليه، لمعارضة السفه لذلك⁽²⁾) لأن تضييع المال وتبذيره حرام بإجماع؛ وقد ذم الله تعالى المبذرين في كتابه بغاية الذم، فقال جل وعز: ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا﴾ [الإسراء: 27]، فوجب المنع من التبذير⁽³⁾، وفائدة الحجر المنع من التبذير.

وقولهم: إن العقد يقبل أهلية التصرف، والملك محل التصرف، فإذا اجتمعت الأهلية والمحلية، صح التصرف، ولم يمنع منه. فهو كلام صحيح، لكن عارضه السفه فمنعه من التصرف.

لأن العقد إنما يكون سبباً لإطلاق الحجر مع وجود الرشد، وأما مع عدم الرشد فلا.

وقولهم: إن التكاليف الشرعية لازمة له، إلى آخر ما ذكره. فالجواب: أنا⁽⁴⁾ بالتكاليف الشرعية حجرتنا عليه. قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ﴾، وقال: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [الإسراء: 29] نزلت في الإنفاق. وقال: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: 67]، قالت عائشة: «حَسَنَةٌ بَيْنَ حَسَنَتَيْنِ»⁽⁵⁾.

وعلى أن كل ما قالوه منتقض عليهم بمن لم يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإنه عندهم حر، بالغ، عاقل، مكلف، يقبل إقراره في الحدود، والجنايات،

(1) في الأصل: الرشد.

(2) هكذا في الأصل، وهو مضطرب جداً، ولم أهد إلى إقامته.

(3) في الأصل: المبذرين.

(4) في الأصل: أن.

(5) لم أفق عليه.

وغير ذلك . ومع ذلك فإنه لا يمكن من ماله حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة .
وهذا هو الجواب عما ذكروه من الهبة ، والصدقة ، والوصية ، والكتابة ،
والخلع ، والطلاق ، ولأن الصبي تجوز وصيته عندنا ، وليس يدل جوازها على
جواز بسط يده في ماله بالهبة ، وهذا ظاهر إن شاء الله .

[في حكم تصرف المرأة فيما زاد على الثلث من مالها]

إذا تزوجت امرأة، ودخل بها زوجها، لم يجز لها التصرف فيما زاد على الثلث من مالها إلا بإذن زوجها⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تصرفها في جميع مالها جائز، ولا حرج للزوج عليها في شيء من ذلك⁽²⁾.

واحتج أصحابهما فقالوا: حالها بعد البلوغ ووجود الرشد منها، حال الرجل لوجود الحرية، والبلوغ، والعقل، والرشد، والصحة، والملك التام. قالوا: فلا معنى للحجر عليها فيما زاد على الثلث، وإباحة التصرف لها في الثلث، لأنها إن كان حالها حال المحجور عليه، منعت من التصرف في الثلث وفيما زاد عليه، وإن لم يكن حالها حال المحجور عليه، جاز تصرفها في الثلث وغيره.

قالوا: ولأن من أصل [هـ 219] مذهبكم: أن لو أعطت جميع مالها لزوجها جاز ذلك⁽³⁾، وذلك تناقض.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ

(1) قال في التفریع 2 / 256: «ولا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تتصرف بهبة، ولا عتق، ولا صدقة بأكثر من ثلثها إلا بإذن زوجها». وقال في الإشراف 2 / 16: «لا يجوز للمرأة التصرف في أكثر من ثلث مالها لغير معاوضة إلا بإذن زوجها. وقال أبو حنيفة والشافعي: لها أن تتصرف بالهبة والصدقة من غير اعتبار بإذنه».

(2) قال في الفقه الإسلامي وأدلته 5 / 453: «وقال الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم): للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، وهو ظاهر في فك الحجر عنهم، وإطلاقهم في التصرف، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن...»، وأنهن تصدقن، فقبل صدقتهن، ولم يسأل ولم يستفصل...».

(3) قال في: الفقه الإسلامي وأدلته 5 / 453: عطفًا على قول المالكية: «ولها أن تهب جميع مالها لزوجها».

بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴿النساء: 34﴾، فجعل
جل وعز الرجل قَوَامًا⁽¹⁾ على المرأة، لكمال حال الرجل على العموم.

فلما جعل الله تعالى [الرجل]⁽²⁾ قوامًا بها، وقائمًا عليها، لم يجز لها
التصرف في شيء من مالها فيما زاد على الثلث إلا بإذنه لعموم قوله: ﴿الرِّجَالُ
قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾.

وقد روى عمرو⁽³⁾ بن شعيب عن أبيه⁽⁴⁾ عن جدّه⁽⁵⁾، عن النبي ﷺ قال:
«لَا يَجُوزُ لَامْرَأَةٍ مَلَكَ زَوْجَهَا عِصْمَتَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِي مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ»⁽⁶⁾. معناه

(1) في الأصل: قوام.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، نزيل
الطائف. روى عن أبيه عن جدّه، وطاوس، وعن الربيع بنت معوذ، وطائفة. وعنه عمرو بن
دينار، وقتادة، والزهري، وأيوب، وخلق. قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج
به، وفي رواية: إذا حدث عن غير أبيه فهو ثقة، وقال أبو داود: عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جدّه، ليس بحجة. وقال أبو إسحاق: هو كأيوب عن نافع عن ابن عمر، وثقه النسائي. وقال
الحافظ أبو بكر بن زياد: صح سماع عمرو من أبيه، وصح سماع شعيب من جدّه عبد الله بن
عمرو، وقال البخاري: سمع شعيب من جدّه عبد الله بن عمرو. قال خليفة: توفي سنة
118، خرج له الأربعة، والبخاري في جزء القراءة.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 221، والخلاصة 290.

(4) هو شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي. روى عن جدّه، وابن عباس،
وابن عمر، وعنه ابنه: عمرو وعمر، وثابت البناني، وعطاء بن أبي مسلم. ثبت سماعه من
جدّه: وقد وثقه ابن حبان، خرج له الأربعة.
ترجمته في الخلاصة 167.

(5) هو محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي. روى عن أبيه، وعنه ابنه شعيب،
أخرجه له أبو داود والترمذي والنسائي.
ترجمته في الخلاصة 345.

(6) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها. عن عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جدّه مرفوعًا، بلفظ هذا نصه: «لا يجوز لمرأة عطية إلا بإذن زوجها»، وأخرجه
الترمذي في سنته في أبواب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، عن أبي أمامة الباهلي =

فيما زاد على الثلث، لأن الثلث يجوز التصرف فيه بإجماع العلماء فثبت أن الثلث فما دونه خارج عن عموم هذا الخبر.

وقد قال ﷺ: «تُنكحُ المرأةُ لِدِينِهَا وَمَالِهَا. عَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ»⁽¹⁾، فأخبر عليه السلام أن المرأة تنكح رغبة في مالها، كما تنكح رغبة في جمالها ودينها. وإذا كان ذلك كذلك، صح أن للزوج في مالها شبهة، وتعلقًا ما، وإذا كانت له فيه شبهة. جاز له أن يتعرض عليها فيه.

وأما من جهة المعنى. فإننا نعلم قطعًا وطبعًا أن مهر المثل (لما كان)⁽²⁾ يعتبر فيه حال المرأة وجمالها ومالها، لأنها إذا كانت دينية وجميلة، ولا مال لها، وأخرى دينية جميلة ذات مال، فإن الدينية الجميلة ذات المال، أكثر مهرًا لرغبة الناس فيها أكثر من رغبتهم في الدينية الفقيرة. وهذا معلوم ومفهوم عند ذوي العقول والألباب من العلماء، إلا على من حَرَصَ⁽³⁾ على الخلاف، ونكَبَ⁽⁴⁾ عن الائتلاف. فثبت بهذا أن تصرف الزوجة فيما زاد على ثلثها لا يجوز إلا بإذن زوجها؛ بالكتاب، والسنة وأدلة العقول.

فإذا ثبت هذا. فقولهم: حالها بعد البلوغ ووجود الرشد، حال الرجل إلى آخر ما ذكره من هذا الفصل. فهو معارض؛ بل ساقط بما نص الله عز وجل عليه من قوامية الرجل على المرأة، وما روينا عن رسول الله ﷺ في ذلك، مع ما أضيف⁽⁵⁾ إلى ذلك من أدلة العقول.

وقولهم: ولأن معنى الحجر عليها فيما زاد على الثلث، وإباحة التصرف لها في الثلث، باطل أيضًا بالمريض، لأنه ممنوع من التصرف فيما زاد على

= رضي الله عنه، من حديث طويل بلفظ: «... لا تنفق المرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها»، قيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: «ذاك أفضل أموالنا...» وانظر: طريق الرشد 2 / 104.

- (1) تقدم تخريجه.
- (2) كلمتان يحتمل أنهما زائدتان، لأن السياق يستقيم أكثر بحذفهما.
- (3) في الأصل: حرص.
- (4) في الأصل: نكت.
- (5) في الأصل: أضاف.

الثالث، ومباح له [التصرف]⁽¹⁾ في الثلث، والمرأة ذات الزوج عندنا مثله سوى .

وهذا أصل مذهب مالك، صوابه⁽²⁾ عمن خالف مالكاً رحمه الله، لأن الحجر على المرأة لحق الزوج، والحجر على المريض لحق الورثة، بخلاف الحجر على السفية والصغير. لأن الحجر عليهما⁽³⁾ لحقوا أنفسهما، فلذلك⁽⁴⁾ لا يجوز تصرفهما⁽⁵⁾ في شيء من أموالهما⁽⁶⁾.

وقولهم: ولأن من أصل مذهبكم: أنها لو أعطت جميع مالها [لزوجها]⁽⁷⁾ جاز ذلك، وذلك تناقض. غير لازم [لأنها]⁽⁸⁾ إنما وهبت وأمضت لمن⁽⁹⁾ كانت ممنوعة من الهبة والصدقة من أجله. فإذا وهبته، أو تصدقت عليه، جاز فعلها كالمريض إذا وهب جميع ماله لورثته، أو أقسم بينهم وهو⁽¹⁰⁾ حي على فرائض الله عز وجل. فإن ذلك جائز، وإنما يكون ممنوعاً إذا أخرج عنهم أكثر من الثلث من المال وهذا بين إن شاء الله. والله أعلم.

(1) تكملة يقتضيها السياق .

(2) هكذا في الأصل، ولا وجه له، ولم أهد إلى إقامته .

(3) في الأصل: عليها .

(4) في الأصل: فكذلك .

(5) في الأصل: تصرفها .

(6) في الأصل: أموالها .

(7) تكملة يقتضيها السياق .

(8) تكملة يقتضيها السياق .

(9) في الأصل: بمن .

(10) في الأصل: فهو .