

بسم الله الرحمن الرحيم وهو حسبي
الحمد لله الواحد العدل

كتاب الاستحسان*

قال محمد بن الحسن : لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه أو من ابنته

(*) قال السرخسي في شرح كتاب الاستحسان من المختصر: كان شيخنا الإمام (أى شمس الأئمة عبد العزيز الحلواني البخاري) يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما أوفق للناس؛ وقيل : الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبطل فيه الخاص والعام، وقيل : الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، وقيل : الأخذ بالساحة وابتغاء ما فيه الراحة؛ وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر اليسر، وهو أصل في الدين، قال الله تعالى "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"، وقال صلى الله عليه وسلم: خير دينكم اليسر؛ وقال لعل ومعاذ رضى الله عنهما حين وجهها إلى اليمن: يسرا ولا تعسرا وقربا ولا تنفرا؛ وقال صلى الله عليه وسلم: ألا ! إن هذا الدين متين فأغلو فيه برفق ولا تبغضوا عباد الله فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى؛ والقياس والاستحسان في الحقيقة قياسان، أحدهما جلي ضعيف أثره فسمى قياسا، والآخر خفي قوى أثره فسمى استحسانا أى قياسا مستحسنا، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والظهور، كالدنيا مع العقي فإن الدنيا ظاهرة والعقي باطنة، وترجحت بالصفاء والخلود، وقد يقوى أثر القياس في بعض الفصول فيؤخذ به. وهو نظير الاستدلال مع الطرد فانه صحيح، والاستدلال بالمؤثر أقوى منه، والأصل فيه قوله تعالى "فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه"، والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع الأحسن، وبيان هذا أن المرأة من قرنها إلى قدمها عورة، هو القياس الظاهر، وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: المرأة عورة مستورة؛ ثم أبيح النظر =
النافعة (١٢)

البالغة أو من أخته أو من كل ذات محرم منه من رحم أو رضاع إلى شعرها أو إلى صدرها أو إلى ثديها أو عضدها أو ساقها أو قدمها ، ولا ينبغي له أن ينظر إلى بطنها أو إلى ظهرها أو إلى ما بين سرتها حتى يتجاوز الركبة . وكذلك كل ذات محرم من نكاح نحو امرأة الأب وامرأة الابن وأم الزوجة وابنة الزوجة إذا كان قد دخل بأمرها ؛ فإن كان ينظر إلى شيء من ذلك منها أو من ذات محرم ممن وصفت لك لشهوة فليس ينبغي له أن ينظر إلى ذلك . وكذلك إذا كان أكبر ظنه أنه إن نظر اشتهاها فينبغي له أن يغض بصره .

وإن أمن على نفسه فلا بأس بأن يسافر بها ويكون محرما لها وتسافر معه لا محرم معها غيره ، فإن كان يخاف على نفسه فلا يسافر معها ولا يخلون معها ، ولا ينبغي لها إن خافت ذلك منه أن تخلو معه في بيت ، ولا تسافر معه ، فأما إذا أمنا ذلك أو كان عليه أكبر رأيهما

= إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس كما قلنا ، والكرخي رحمه الله في كتابه ذكر مسائل هذا الكتاب وسماه « كتاب الحظر والإباحة » لما فيه من بيان ما يحل ويحرم من المس والنظر ، ولوسماه « كتاب الزهد والورع » كان مستقيما لأنه بين فيه غرض البصر وما يحل وما يحرم من المس والنظر وهذا هو الزهد والورع - اهـ
١٠ / ١٤٥ . (٢) وفي هـ « أمته » تصحيح .

(١) سقط قوله « وابنة الزوجة » من هـ .

(٢) وفي ز « بها » .

(٣) وفي هـ « إذا انشا » تصحيح .

فلا بأس بالخلوة معها^١ والسفر بها .

وكل شيء من هذا الذي وصفت لك لا بأس بأن ما ينظر^٢ إليه من أمه أو ذات رحم محرم منه^٣ فلا بأس بأن يمسه منها ، ولا بأس بأن يمس شعر أمه ويغسله ويدهنه أو يمس ساقها ورجلها .^٥ ويغمر ذلك لها ويمس صدرها ، ثديها وعضدها ووجهها وذراعيها وكفيها . ويكره له أن يمس منها ما كرهنا له النظر إليه إذا كانت مجردة له ، فإن كانت غير مجردة له . احتاج إلى حملها أو النزول بها فلا بأس بأن يحملها . ينزلها متواخذا بظهرها أو يبطنها ؛ وكذلك كل ذوات المحرم منه من جميع ما وصفت . فإن كان يخاف على نفسه أن يشتهي^{١٠} إن يمس شيئا من ذلك وكان عليه أكبر ظنه فليجتنب ذلك بجهد^٥ .

(١) سقط لفظ « معها » من هـ .

(٢) وفي هـ « لا بأس بأنه ينظر » .

(٣) وفي هـ « أو من ذات رحم محرم منه » .

(٤) وفي المختصر الكافي : لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه أو ابنته البالغة وأخته وكل ذات محرم منه من نسب أو سبب إلى رأسها وصدرها وثديها وعضدها وساقها ، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وما بين سرتها حتى يجاوز الركبة ، وما حل له النظر إليه منهن حل له مسه ونمزه ، وما كرهنا له النظر إليه منهن كرهنا له مسه متجردا ، فأما إذا كان من وراء الثوب فلا بأس له أن يحملها وينزلها ويأخذ ببطنها أو بظهرها وأن يسافر بها ويخلو بها في بيت ، وهذا كله

= على ما أمتاع على أنفسها الشهوة، وإذا اشتهى واحد منها أو خاف إن نظر أو مس أو سافر بها أو خلا معها من وراء الثوب يحمل أو يزال أن يشتهي وكان عليه أكبر رأيه فليجنب ذلك بوجهه، وكذلك الحكم في النظر والمس والحمل والإزال مع أمة غيره - اهـ ق ٢٩٤ .

(هـ) قال السرخسي في ١٤٩/١٠ من شرح المختصر: (فأما نظره إلى ذوات محارمه) فنقول (يباح له أن ينظر إلى موضع الزينة الظاهرة والباطنة) لقوله تعالى "ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن" الآية، ولم يرد به عين الزينة فإنها تباع في الأسواق ويراها الأجانب، ولكن المراد منه موضع الزينة وهي الرأس والشعر والعنق والصدر والعضد والساعد والكف والساق والرجل والوجه. فالرأس موضع التاج والإكليل، والشعر موضع القصاص، والعنق موضع القلادة والصدر كذلك، فالقلادة والوشاح قد ينتهي إلى الصدر، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملاج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والحضاب، والساق موضع الخللخال، والقدم موضع الحضاب؛ وجاء في الحديث أن الحسن والحسين رضي الله عنهما دخلا على أم كلثوم وهي تمتشط فلم تستر؛ ولأن المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استئذان ولا حشمة، والمرأة في بيتها تكون في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستورة، فلو أمرها بالتستر من ذوي محارمها أدى إلى الحرج (وكما يباح النظر إلى هذه المواضع يباح المس) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل فاطمة رضي الله عنها ويقول: أجد منها ريح الجنة؛ وكان إذا قدم من سفر بدأ بها فعاثها وقبل رأسها، وقبل أبو بكر رأس عائشة رضي الله عنها؛ وقال صلى الله عليه وسلم: «من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة» وقال محمد بن المنكدر: بت أعجز رجل أمي وبات أني أبو بكر يعلى وما أحب أن تكون ليلتي بليته =

= (ولكن إنما يباح المس والنظر إذا كان يأمن الشهوة على نفسه وعلينا، فاما من كان يخاف الشهوة على نفسه أو عليها فلا يحل له ذلك) لما بينا أن النظر عن شهوة والمس عن شهوة نوع زنا، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ، وكما لا يحل له أن يعرض نفسه للحرام لا يحل له أن يعرضها للحرام، فإذا كان يخاف عليها فيلجئ إلى ذلك (ولا يحل له أن ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا أن يمس ذلك منها) لأن حكم الظهر ثابت بالنص، وصورته أن يقول الرجل لامرأته «أنت عليّ كظهر أمي» وهو منكر من القول لما فيه من تشبيه المحلة بالحرمة؛ فلو كان النظر إلى ظهر الأم حلالا له لكان هذا تشبيه محلة بمحلة، وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن لأنه أقرب إلى المأني وإلى أن يكون مشتبه منها، والجناب كذلك؛ وذوات المحارم بالنسب كالأمهات والجدات والأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت، وكل امرأة هي محرمة عليه بالقرابة على التأييد فهذا الحكم ثابت في حقها (وكذلك المحرمة بالرضاع) لقوله صلى الله عليه وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؛ والحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يا رسول الله! إن أفلح بن أبي قيس يدخل على وأنا في ثياب فضل! فقال: ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة؛ وإن عبد الله بن الزبير كان يدخل على زينب بنت أم سلمة وهي تمتشط فيأخذ بقرون رأسها ويقول: أقبلي علي؛ وكانت أخته من الرضاعة؛ ولأن الرضاع لما جعل كالنسب في حكم الحرمة فكذلك في حل المس والنظر (وكذلك المحرمة بالمصاهرة) لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله "بجعل نسبا وصهرا" إلا أن مشايخنا يختلفون فيما إذا كان ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا فقال بعضهم: لا يثبت به حل المس والنظر لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة، ولأنه قد جرب مرة فظهرت خيائته فلا يؤمن ثانيا، والأصح أنه لا بأس بذلك لأنها محرمة عليه على التأييد فلا بأس بالنظر إلى محاسنها، كما لو كان ثبوت حرمة المصاهرة بالنكاح (ثم يحل له أن يخلو بهؤلاء وأن يسافر بهن) لقوله صلى الله عليه وسلم «الا! لا يخلون رجل =

وقال أبو حنيفة: إذا بلغت الأمة لم ينبغ أن تعرض في إزارها.
وقال محمد: وكذلك قولنا، وإن بلغت أيضا أن تشتهي وتجامع^١ مثلها
= بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثها الشيطان» معناه ليست بمحرم له، فدل أنه
يباح له أن يخلو بذوات محارمه (ولكن بشرط أن يأمن على نفسه وعليها)
لما روى عن عمار بن ياسر أنه خرج من بيته مذعورا فسئل عن ذلك فقال:
خلوت بابقى فخشيت على نفسي فخرجت (وكذلك المسافرة) لقوله صلى الله عليه
وسلم: لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام وليأبها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم
محرم منها؛ فدل أنه لا بأس بأن تسافر مع المحرم (وإن احتاج إلى أن يعالجها
في الإركاب والإزال فلا بأس بأن يمسه وراء ثيابها ويأخذ بظهرها وبطنها)
لما روى أن محمد بن أبي بكر رضى الله عنهما أدخل يده في هودج عائشة
رضي الله عنها ليأخذها من الهودج فوَقَعَتْ يده على صدرها فقالت: من الذي
وضع يده على موضع لم يضعه أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم! فقال: أنا
أخوك؛ وروى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن أمي
كانت سيئة الخلق! فغضب وقال: أكانت سيئة الخلق حين حملتك؟ أكانت سيئة
الخلق حين أرضعتك حولين - الحديث إلى أن قال قال الرجل: أرايت لو حملتها
على عاتقي وحججت بها أكنت قاضيا حقها؟ قال: لا، ولا طلقه (أي بطلقة،
وهي بفتح الطاء وجع الولادة) ولأن سبب السر ينعدم معنى العورة وبالمحرمة
ينعدم معنى الشهوة فلا بأس بحملها ومسها في الإركاب والإزال كما في حق
الجنس - اه ص ١٥٠ بالاختصار والتغيير في بعض المواضع.

(١) كذا في المختصر وكذا في شرحه للسرخسي، وفي الأصول «يعرض»
بصيغة التذكير.

(٢) كذا في الأصل؛ وفي ز، هـ «يجامع» وفي م غير منقوط.

لم ينبغ^١ أن تعرض في إزارها^٢.

ولا ينبغى للرجل أن ينظر من^٣ أمة غيره إذا كانت بالغة أو تشتهى^٤ مثلها أو توطأ، إلا ما ينظر إليه من ذوات المحرم؛ ولا بأس بأن ينظر إلى شعرها وإلى صدرها وإلى ثديها وعضدها وقدمها وساقها،
 ٥ ولا ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى ما بين السرة منها حتى يجاوز^٥ الركبة، وكل ما لم^٥ ينظر إليه منها فلا ينبغى له أن يمسه مكشوفاً وإن لم يره ولا غير مكشوف، إلا أن يضطر إلى حملها^٦ أو إلى النزول^٦ بها، ولا بأس^٧ بأن يمس منها ما يحل له النظر إليه، لا بأس بأن يمس ساقها وصدرها وشعرها وعضديها^٨؛ بلغنا أن ابن عمر مرَّ بجارية تباع فضرب في صدرها ومس ذراعيها وقال: اشترؤا، ثم مضى وتركها^٩؛

(١) وفي «و لم ينبغ» وزيادة الواو تحريف.

(٢) لأن الظهر والبطن منها عورة لغنى الاشتواء، فإذا صارت مشتهاة كانت كالبالغة لا تعرض في إزار واحد - ٥١.

(٣) كذا في الأصل؛ وفي م، ز، «يشتهى».

(٤) كذا في م، ز، «و في الأصل» تجاوز.

(٥) سقط حرف «لم» من م، وهو سهو الناسخ.

(٦-٦) وفي «و النزول» وفي م «أو النزول».

(٧) وفي «فلا بأس».

(٨) وفي «عضدها».

(٩) وزاد في شرح المختصر «فانها رخيصة». قلت: روى البيهقي في سننه ٢٢٧/٢ أخبرنا أبو سعد الماليني أنبا أبو أحمد بن عدى أنبا عمر بن سنان ثنا عباس الخلال =

فهذا^١ ونحوه لا بأس به^٢ من أراد الشراء أو من لم يرد، فإن كان يخاف على نفسه^٣ أن يشتبه^٤ إن مس ذلك منها^٥ أو كان عليه أكبر رأيه فليجنب أن يمسه . وكذلك إن كانت الجارية هي التي تمسه فلا بأس بأن تمس منه كل شيء^٦ إلا ما بين السرة إلى الركبة^٧، ولا بأس بأن تدهن رأسه وتسرحه وتدهن^٨ شعره و صدره و ظهره و ساقه و قدمه^٩ وتغمز^{١٠} ذلك إلا أن يشتبه أو يكون أكبر^{١١} رأيه على أنها إن فعلت ذلك اشتهاها أو اشتته^{١٢} فينبغي له أن ينهاها^{١٣} أن تعرض^{١٤} لذلك

= ثنا يحيى بن صالح ثنا حفص بن عمر ثنا صالح بن حسان عن محمد بن كعب عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا بأس أن يقلب الرجل الجارية إذا أراد أن يشتريها ، و ينظر إليها ما خلا عورتها ، وعورتها ما بين ركبته إلى معقده إزارها - ه .

(١) وفي ز « فهو » .

(٢) لفظ « به » ساقط من ه .

(٣-٣) وفي ز « أن يشتبه ذلك منها » .

(٤) وفي م « بأن يمس كل شيء منه » .

(٥) وفي ه « والركبة » .

(٦) كذا في ه ؛ وفي ع ، م بصيغة الغياب في الأفعال الثلاثة و ليس بصواب .

(٧) وفي م « يغمز » و ليس بصواب .

(٨) وفي م « أكثر » .

(٩) وفي ه « اشتهاها » تصحيف .

(١٠) وفي م ، ه « يعرض » و ليس بشيء .

منه؛ ألا ترى أن أمة امرأة الرجل تحميه و تدهنه و تغمر رجله و تخضبه فلا يكون بذلك بأس ما لم يشته^١ أو يكون أكبر^٢ رأسه على أنه يشتهى إن فعلت أو على أنها تشتهى إن فعل^٣ ! فإن كان أكبر^٢ رأسه على ذلك فليجنبه . وكذلك لا بأس بأن تنظر منه إلى كل شيء ما خلا ما بين السرة و الركبة ، ولا بأس بأن تنظر^٤ إلى السرة ، إنما يكره أن تنظر^٤ إلى ما تحت السرة ، ولا ينبغي أن تنظر إلى الركبة لأن الركبة من العورة .

و أما المرأة الحرة التي لا نكاح بينه وبينها ولا حرمة ممن يحل له نكاحها فليس ينبغي له أن ينظر إلى شيء منها مكشوفاً إلا الوجه (١) وفي م « ذاك » وليس بشيء .

(٢) قال السرخسي : وهذا لأنه بمنزلة ذوات المحارم في حكم المس ولأنه كما يحتاج إلى النظر يحتاج إلى المس ليعرف أين بشرتها فيرغب في شرائها ، وتحل الخلوة والمسافرة بينها كما في ذوات المحارم ، إلا أن عند بعض مشايخنا ليس له أن يعالجها في الإركاب والإزال لأن معنى العورة وإن انعدم بالستر فعلى الشهوة باق فيها فأنها ممن يحل له ، والأصح أنه لا بأس بذلك إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لأن المولى قد يبعثها في حاجته من بلد إلى بلد ولا تجد محرماً ليسافر معها وهي تحتاج إلى من يركبها وينزلها فلا بأس بذلك (وكذلك لا بأس بأن يخلو بها كالمحارم ، ألا ترى أن جارية المرأة قد تغمر رجل زوجها وتخلو به) ولا يمتنع أحد من ذلك ، (والمدبرة وأم الولد والمكاتبة في هذا كالأمة القنة) لقيام الرق فيهن (والمستسعاة في بعض القيمة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) لأنها بمنزلة المكاتب - اهـ ص ١٥١ - ١٥٢ .

(٣) وفي م « أكثر » .

(٤) وفي « ينظر » والصواب « تنظر » بضمير التانيث .

والكف، ولا بأس بأن ينظر إلى وجهها وإلى كفها، ولا ينظر إلى شيء غير ذلك منها؛ وهذا قول أبي حنيفة، وقال الله تبارك وتعالى ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَفْضَضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ ففسر المفسرون أن ما ظهر منها الكحل والحاتم، والكحل زينة الوجه، والحاتم زينة الكف، فرخص في هاتين الزينتين. ولا بأس بأن ينظر إلى وجهها وكفها، إلا أن يكون إما ينظر إلى ذلك اشتهاً منه لها فإن

(١) قال علي وابن عباس رضي الله عنهما: ما ظهر منها: الكحل والحاتم؛ وقالت عائشة رضي الله عنها: إحدى عينيها، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: خفها وملأها، واستدل في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: النساء حياثل الشيطان، بهن يصيد الرجال، وقال صلى الله عليه وسلم: ما تركت بعدى فتنة أضرع على الرجال من النساء؛ ولأن حرمة النظر لخوف الفتنة في النظر إلى وجهها أكثر منه إلى سائر الأعضاء، وبتحريم هذا تستدل عائشة رضي الله عنها ولكنها تقول هي لا تجدد بدا من أن تمشي في الطريق فلا بد من أن تفتح عينها لتبصر الطريق، فيجوز لها أن تكشف إحدى عينيها لهذه الضرورة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، ولكننا نأخذ بقول علي وابن عباس رضي الله عنهما، فقد جاءت الأخبار في الرخصة بالنظر إلى وجهها وكفها، من ذلك ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إلى وجهها فلم ير فيها رغبة؛ ثم لاشك أنه يباح النظر إلى ثيابها ولا يعتبر خوف الفتنة في ذلك فكذلك إلى وجهها وكفها، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يباح النظر إلى قدميها أيضاً، وهكذا ذكر الطحاوي لأنها كما تبلى بإبداء وجهها في المعاملة مع الرجال وإبداء كفها في الأخذ والإعطاء تبلى بإبداء قدميها إذا مشيت حافية أو متعلة وربما لا تجد الخلف في كل وقت؛ وذكر في جامع البرامكة عن أبي يوسف أنه يباح النظر =

كان ذلك فليس ينبغي له أن ينظر إليه ، وإن دعى إلى شهادة عليها
أو أراد تزويجها أو كان حاكما فأراد أن ينظر إلى وجهها وكفها
ليجيز* إقرارها عليها . وليشهد^٣ الشهود^٢ على معرفتها ، وإن كان إن نظر

= إلى ذراعيها أيضا لأنها في الخبز وغسل الثياب تتبلى بأبداء ذراعيها أيضا، قيل :
وكذلك يباح النظر إلى ثيابها أيضا لأن ذلك يبدو منها في التحدث مع الرجال ،
وهذا كله إذا لم يكن النظر من شهوة ، فإن كان يعلم أنه إن نظر اشتهى لم يحل له
النظر إلى شيء منها لقوله صلى الله عليه وسلم « من نظر إلى محاسن أجنبية عن شهوة
صب في عينيه الآنك يوم القيامة » وقال لعل رضى الله عنه « لا تتبع النظرة بعد
النظرة فإن الأولى لك والأخرى عليك » . يعني بالأخرى أن يقصدها من شهوة ،
وجاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نظرت إلى امرأة فاشتيتها فأتبعتها
بصرى فأصاب رأسي جدار ! فقال صلى الله عليه وسلم : إذا أراد الله بعبد خيرا عجل
عقوبته في الدنيا ؛ وكذلك إن كان أكبر رأيه إن نظر اشتهى ، لأن أكبر الرأى
فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين وذلك فيما هو مبني على الاحتياط ؛ وكذلك
لا يباح لها أن تنظر إليه إذا كانت تشتهى أو كان على ذلك أكبر رأيا ، لما روى
أن ابن أم مكتوم استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده عائشة
وحفصة رضى الله عنهما فقال لهما : احتجبا ، قالتا : إنه أعمى يا رسول الله ! فقال :
أو أعميان أنتم ؟ ١ - شرح المختصر للسرخسي مع الاختصار ١٠ / ١٠٤ - ١٠٥ .

(٢) وفي ز « كفها » .

(١) كذا في ه ، وسقط قوله « وكفها » من بقية الأصول .

(٢) وفي ه « ليخبر » وفي ز « ليجر » تصحيف .

(٣) وفي ه « لتشهد » .

(٤) وفي ه « الشهود » تصحيف .

إليها أو كان عليه أكبر، رآه فلا بأس بالنظر إلى وجهها، وإنه كان على ذلك لأنه لم ينظر إليها^٢، ههنا ليشتهها^٣، إنما النظر إليها لغير ذلك فلا بأس بالنظر إليها، وإن كان في ذلك شهوة إذا كان على ما وصفت لك. ولا ينبغي له أن يمس يدها ولا وجهها^٤ إذا كانت شابة ممن تشتهى، فأما إذا كانت عجوزا ممن لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها، وإن كانت^٥ عليها ثياب فلا بأس بأن يتأملها^٦ أو يتأمل جسدها ما لم تكن ثياب تصفها^٧، فإن كانت ثيابها تلزق^٨ بجسدها حتى يستبين له جسدها^٩ فينبغي أن يفض بصره عن ذلك، وإن كانت ثيابها لا تصف شيئا من جسدها^{١٠} فلا بأس بالنظر إليها لأنه

(١) وفي م «أكثر» .

(٢) من قوله «أو كان عليه» ساقط من هـ .

(٣) وفي هـ «يشتهها» والصواب «ليشتهها» .

(٤) وفي هـ «نظر» وفي م «انظر» .

(٥) وفي هـ «في غير ذلك» تحريف .

(٦) وفي هـ «وجهها ولا يدها» .

(٧) في م «كان» .

(٨) كذا في الأصل؛ وفي م، ز «بتأملها» وفي هـ «بأن يتشاكلها» ولم يذكر هذا

اللفظ في المختصر .

(٩) وفي م «أو بتأمل» .

(١٠) أي تكون عليها ثياب رفاق يشف منها بدنها .

(١١-١١) وفي هـ «ثيابها تصفها تلزق»، والصواب «ثيابها تلزق» .

(١٢-١٢) من قوله «فينبغي» ساقط من الأصل، موجود في بقية الأصول .

إنما ينظر إلى الثياب وإلى القامة فلا بأس بذلك .

ولا بأس ' بأن تنظر المرأة التي لا نكاح بينها وبين الرجل منه إلى جميع جسده ووجهه ورأسه إلا ما بين سرتة إلى ركبته فإن ذلك عورة ، ولا ينبغي لها أن تنظر إليه ، ولا بأس بأن تنظر إلى السرة أيضا، إنما يكره أن تنظر إلى ما تحتها، فأما السرة خاصة فلا بأس بالنظر إليها .
ولا ينبغي لها أن تنظر إلى الركبة لأن الركبة من العورة . ولا ينبغي لها أن تمس منه قليلا ولا كثيرا إذا كانت شابة يشتهي مثلها أو كان شابا يجامع مثله ، فإن كانا كبيرين لا يجامع مثله ولا يجامع مثلها فلا بأس بالمصافحة ' ،

(١) سقط قوله « ولا بأس » من ه .

(٢) قال السرخسي في شرح المختصر: وإن كان لا يأمن عليها أن تشتهي لم يحل له أن يصافحها فيعرضها للفتنة ، كما لا يحل له ذلك إذا خاف على نفسه ، فأما النظر إليها عن شهوة لا يحل بحال إلا عند الضرورة وهو ما إذا دعي إلى الشهادة عليها أو كان حاكما ينظر ليوجه الحكم عليها باقرارها أو بشهادة الشهود على معرفتها ، لأنه لا يبعد بدا من النظر في هذا الموضع ، والضرورات تبيح المحظورات ، ولكن عند النظر ينبغي أن يقصد أداء الشهادة أو الحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة لأنه لو قدر على التحرز فعلا كان عليه أن يتحرز ، فكذلك عليه أن يتحرز بالنية إذا عجز عن التحرز فعلا ، كما لو تروس المشركون بأطفال المسلمين فعلى من يرميهم أن يقصد المشركين وإن كان يعلم أنه يصيب المسلم ، واختلقوا فيما إذا دعي إلى تحمل الشهادة وهو يعلم أنه إن نظر إليها اشتبهى ، فمنهم من جوز له ذلك أيضا بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة ، ألا ترى أن شهود الزنا لم أن ينظروا إلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة ، والأصح أنه لا يحل له ذلك لأنه لا ضرورة عند التحمل ، فقد يوجد من يتحمل الشهادة ولا يشتهي ، بخلاف حالة الأداء فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل وهو متعين لأدائها ؛ وكذلك إن كان أراد أن يتزوجها فلا بأس أن ينظر إليها وإن كان يعلم =

و يكره غير ذلك . وإذا كانت المرأة إذا نظرت إلى بعض ما وصفت

== أنه يشتهيها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للغيرة بن شعبة لما أراد أن يتزوج امرأة « أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما » وكان محمد بن مسلمة يطالع بنية تحت اجارها فقيل له : أ تفعل ذلك وأنت صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا ألقى الله خطبة امرأة في قلب رجل أحل له النظر إليها » ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة ، وإنما يعتبر ما هو المقصود لا ما يكون تبعاً ؛ (وإن كان عليها ثياب فلا بأس بتأمل جسدها) لأن نظره إلى ثيابها لا إلى جسدها ، فهو كما لو كانت في بيت فلا بأس بالنظر إلى جدرانها - إلى أن قال (وهذا إذا لم تكن ثيابها بحيث تلتصق في جسدها وتصفها حتى يستبين جسدها ، فإن كان كذلك فينبغي له أن يغض بصره عنها) لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا تلبسوا نساءكم الكتان ولا انقباطي فانها تصف ولا تشف ؛ وكذلك إن كانت ثيابها رقيقة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لعن الله الكسيات العاريات » يعني الكسيات الثياب الرقاق اللاتي كأنهن عاريات ، وقال صلى الله عليه وسلم « صنفان من أمتي في النار : رجال بأيديهم السيوط كأنها أذئاب البقر يضربون بها الناس ، ونساء كاسيات عاريات مائلات متماثلات (على رؤسهن) كأسنمة البخت » ؛ ولأن مثل هذا الثوب لا يسترها فهو كشبكة عليها فلا يحل له النظر إليها ، وهذا فيما إذا كانت في حد الشهوة ، فإن كانت صغيرة لا يشتهي مثلها فلا بأس بالنظر إليها ومن مسها لأنه ليس ليدنها حكم امورة ولا في النظر والمس معنى خوف الفتنة ، والأصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل زب الحسن والحسين رضي الله عنهما وهما صغيران ، و روى أنه كان يأخذ ذلك من أحدهما فيجره والصبي يضحك ؛ ولأن العادة الظاهرة ترك التكلف لستر عورتها قبل أن تبلغ حد الشهوة - ١٥٤ ، ١٥٥ باختصار .

(١ - ١) وفي ز « الى ما » .

لك من الرجل وقعت في قلبها له شهوة أو كان على ذلك أكبر رأياً فأحب إلى أن تغض بصرها عنه .

والرجل من الرجل لا ينبغي له أن ينظر منه إلا إلى ما تنظر منه المرأة ، ولا ينبغي له أن ينظر من الرجل إلى ما بين سرتة إلى ركبته ، ولا بأس بالنظر إلى سرتة ، ويكره النظر منه إلى ركبته . وكذلك المرأة من المرأة .

(١) وفي م « أكثر » .

(٢) وفي « وركبته » وفي البقية « إلى ركبته » .

(٣) قال السرخسي في شرح المختصر : بدأ الكتاب بمسائل النظر وهو ينقسم أربعة أقسام : نظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة ، والمرأة إلى الرجل ، والرجل إلى المرأة ؛ أما بيان القسم الأول فانه (يجوز للرجل أن ينظر إلى الرجل إلا إلى عورته ، وعورته ما بين سرتة حتى يجاوز ركبته) لحديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عورة الرجل ما بين سرتة إلى ركبته - وفي رواية : ما دون سرتة حتى يجاوز ركبته ؛ وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة ، بخلاف ما يقوله أبو عصمة سعد بن معاذ أنه أحد حدى العورة فيكون من العورة كالركبة ، بل هو أولى لأنه في معنى الاشتواء فوق الركبة ، وجئت في ذلك ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا أقرأ بدي عن سرتة ؛ وقال أبو هريرة للحسن رضي الله عنهما : أرني الموضع الذي كان يقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم منك ! فأبدي عن سرتة فقبلها أبو هريرة رضي الله عنه ؛ والتعامل الظاهر فيما بين الناس أنهم إذا أقرروا في الحمامات أبدوا عن السرة من غير نكير منكر دليل على أنه ليس بعورة ، فأما =

محمد قال: أخبرنا قدامة بن موسى بن عمر بن قدامة بن مظعون عن أبيه^١ قال: صليت إلى جانب ابن عمر و كنت فتي من الفتيان أنزرت علي صدري كما ينزرت الفتيان فأدخل ابن عمر إصبعه فخط إزارى حتى أبدا السرة ثم قال: هكذا فأنزرت يا ابن أخى^٢.

= دون السرة عورة في ظاهر الرواية للحديث الذى روينا، وكان أبو بكر محمد بن الفضل يقول: إلى موضع نبات الشعر ليس من العورة أيضا لتعامل العمال في الإبداء عن ذلك الموضع عند الآثار، وفي النزاع عن العادة الظاهرة نوع حرج؛ وهذا بعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر، وإنما يعتبر فيما لا نص فيه - اهـ ص ١٤٦. قلت: أبو عصمة هذا راوى الكتاب مر في ابتداء الكتاب كتاب التحرى ص ٢.

(١) سقط قوله « ابن مظعون عن أبيه » من م. قلت: قدامة بن موسى بن عمر ابن قدامة بن مظعون الجمحي المكي، إمام حرم المدينة، روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأيوب وسالم بن عبد الله بن عمر وعمر بن ميمون بن مهران وأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين، وعنه أخوه عمرو وابنه إبراهيم وابن جريج وسليمان بن بلال وهيب ويحيى بن أيوب المصرى والدراوردى وكيع وأبو عاصم والواقدي وغيرهم، روى له البخارى تعليقا وأبو داود والترمذى وابن ماجه، مات سنة ثلاث وخمسين ومائة، وفي صحة سماعه من ابن عمر نظر، قال الزبير بن بكار: عمّر قدامة ابن موسى وكان نبيا، وذكره ابن حبان في الثقات - كذا في تهذيب التهذيب مشططا. وأما أبوه موسى بن عمر بن قدامة بن مظعون فلم أجده فيما عندى من كتب الرجال.

(٢) في « تتر » وهو في م غير منقوط.

(٣) هذا الأثر في ما سوى هذا الكتاب.

و بلغنا عن عبد الله بن عمر أنه كان إذا أترأ أبدا عن سرتة^١؛
و السرة ليست من العورة،^٢ 'ولكن ما تحتها من العورة' فلا ينبغي أن
ينظر إليه الرجل من الرجل والمرأة من المرأة حتى يأتي^٣ العذر، فإذا
جاء العذر فلا بأس بالنظر إلى ذلك .

٥ لا بأس إذا أرادت المرأة الولادة أو تنظر المرأة منها إلى موضع
الفرج وغيره . وكذلك الرجل يريد أن يحتقن أو يحتتن^٤ وهو كبير؛
ولا بأس بأن يحقنه^٥ أو يحتته رجل لأن هذا موضع عذر .
فإن أصاب امرأة جرح أو قرحة في موضع لا يحل للرجال أن
ينظروا إليه . فلا بأس بأن تعلم^٦ امرأة ذلك الجرح أو تلك القرحة
١٠ فتكون^٧ هي التي تداوى به^٨؛ ألا ترى أن الجارية البكر الحرة^٩ إذا

(١) لم أجد سند هذا البلاغ؛ وبلاغات محد كلها مسندة .

(٢-٢) قوله « ولكن ما تحتها من العورة » ساقط من هـ .

(٣) وفي هـ « تأتي » تصحيف .

(٤) قوله « أو يحتتن » ساقط من هـ .

(٥) وفي هـ « يحقنه » .

(٦) وفي هـ « يعلم » .

(٧) وفي هـ « فيكون » .

(٨) قال السرخسي في شرح هذه المسألة من المختصر: ولكن مع هذا إذا جاء
العذر فلا بأس بالنظر إلى العورة لأجل الضرورة، فمن ذلك أن الختان ينظر
ذلك الموضع، والخافضة كذلك تنظر، لأن الختان سنة وهو من جملة الفطرة في
حق الرجال لا يمكن تركه وهو مكرومة في حق النساء أيضا، ومن ذلك عند =

تزوجها الرجل فكشفت عنده لا يصيها فرافعته إلى القاضي أجله سنة ،
فان وصل إليها ، وإلا فرق بينهما ، فان مضت السنة فقال « قد وصلت
= الولادة المرأة تنظر إلى موضع الفرج وغيره من المرأة لأنه لا بد من قابلة تقبل
الولد وبدونها يخاف على الولد ، وقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة
القابلة على الولادة فذلك دليل على أنه يباح لها النظر ؛ وكذلك الرجل ينظر إلى
موضع الاحتقان عند الحاجة ، أما عند المرض فلائذ الضرورة قد تحققت ،
والاحتقان من المداواة ، وقال صلى الله عليه وسلم « تداووا عباد الله فان الله
لم يخلق داء إلا خلق له دواء الا الهرم » إلى أن قال (وإذا أصاب امرأة قرحة
في موضع لا يحل للرجل أن ينظر إليه لا ينظر إليه ولكن يعلم امرأة دواءها
لتداويها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف (ألا ترى أن المرأة تغسل المرأة بعد موتها
دون الرجل ! وكذلك امرأة العنين ينظر إليها النساء ، فان قلن : هي بكر ، فرق
القاضي بينهما ، وإن قلن : هي ثيب ، فالقول قول الزوج مع يمينه) والمقصود في هذا
الموضع بيان إباحة النظر عند الضرورة ، فأما ما وراء ذلك من الفرق بين الإخبار
ببكايتها وثيابها ليس من مسائل هذا الكتاب - إلى أن قال (وإن لم يجدوا
امرأة تداوي تلك القرحة ولم يقدرُوا على امرأة تعلم ذلك إذا علمت وخافوا أن
تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمله فلا بأس أن يستروا منها كل شيء ، إلا موضع
تلك القرحة ، ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع) لأن
نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ فيعتبر فيه تحقق الضرورة ، وذلك لخوف الهلاك
عليها ، وعند ذلك لا يباح إلا بقدر ما ترتفع الضرورة به (وذوات المحارم
وغيرهم في هذا سواء) لأن النظر إلى موضع العورة لا يحل بسبب الحرمة
فكان المحرم وغير المحرم فيه سواء - اهـ مع الاختصار ص ١٥٦ - ١٥٧ .

(٩) سقط لفظ « الحرة » من م .

إليها، وقالت «لم يصل» إلى، نظر إليها النساء، فان قلن «هي بكر على حالها، خيرت، وإن قلن «هي ثيب» كان القول قول الزوج مع يمينه. أفلا ترى أنه لا بأس بنظر النساء في هذه الحال لأنها حال عذراء وكذلك رجل اشترى جارية على أنها بكر فقبضها فقال «وجدتها ثيباء» وأراد ردها على البائع أو يمينه بالله لقد باعها وقبضها وانها لبكر فان النساء ينظرن إليها، فان قلن «هي بكر، فلا يمين» على البائع، وإن قلن «إنها» ثيب، استحلف البائع بالله البتة لقد باعها وقبضها المشتري وإنها لبكر، فان حلف على ذلك لم ترد عليه، وإن نكل عن اليمين ردت عليه. أفلا ترى أنه لا بأس بأن ينظر النساء في هذه الحال في أشياء كثيرة نحو ذلك ١٠. فان لم يحدوا امرأة تداوى الجرح الذي بها أو القرحة ولم يحدوا على امرأة تعلم ذلك وخافوا على المرأة التي بها الجرح أو القرحة أن تهلك أو يصبها بلاء أو دخلها من ذلك وجع لا يحتمل أو لم يكن يداوى الموضع إلا رجل فلا بأس بأن يستتر منها كل شيء إلا موضع الجرح

(١) وفي «لم تصل» خطأ.

(٢) وفي م «فلا بأس» تحريف.

(٣) وفي «ز، م» هي «مكان» إنها.

(٤) وفي م «إن».

(٥) وفي ز «فاذا».

(٦-٦) من قوله «ولم يحدوا» ساقط من م.

(٧) وفي «م» مكان «أو».

(٨) وفي «يستر».

أو القرحة ' ثم يداويه الرجل و يغض بصره بما استطاع عن عورة ، و ذات محرم و غيرها في ذلك سواء .

و العبد فيما ينظر إليه من مولاته و الحر الذي لا أهلية بينه و لا بينها و لا حرمة سواء ، 'خصيا كان' أو خلا إذا كان قد بلغ مبلغ الرجال فلا ينبغي أن ينظر منها إلى شيء إلا إلى ٣ وجهها و كفها ' ٥ . و لا يحل للخصي شيء يحرم على الفحل . و لا تحل المثلة التي مثلت

(١) و في ز «القرح» .

(٢-٢) و في ع «كان خصيا» .

(٣) و في ز «لا إلى» .

(٤) قال السرخسي في شرح المختصر : (و العبد فيما ينظر من سيده كالحرة الأجنبية) معناه : لا يحل له أن ينظر إلا إلى وجهها و كفها عندنا ، و قال مالك : نظره إليها كنظر الرجل إلى ذوات عارمه ؛ و حجتنا في ذلك ما روى سعيد بن مسيب و سعيد بن جبير قالا : لا يفرونكم سورة النور فانها في الإناث دون الذكور ؛ و مرادها قوله تعالى "أوما ملكت إيمانهم" و الموضع موضع الإشكال لأن حال الأمة يقرب من حال الرجل حتى تسافر بغير محرم فكان يشك أنه هل يباح لها الكشف بين يدي أمتها ؟ و لم يزل هذا الإشكال بقوله تعالى "أو نسائهم" ، لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء ، و المعنى فيه أنه ليس بينهما زوجية و لا محرمية ، و حل النظر إلى مواضع الزينة الباطنة ينبغي على هذا السبب ، و حرمة المناكحة بينهما بمعارض على شرف الزوال فكانت في حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدته - الخ ص ١٥٧ .

(٥) و في «المسئلة» تحريف .

به شيئا يحرم على غيره من العبيد^١ والأحرار^٢.

(١) وفي «العبد».

(٢) قال السرخسي في شرح المختصر: قال (خصيا كان أو غلام) هكذا نقل عن عائشة رضي الله عنها قالت: انحصا مثله، فلا يبيع ما كان محرما قبله، ولأن الحصى في الأحكام من الشهادات والمواريث كالفحل، وقطع تلك الآلة منه كقطع عضو آخر، ومعنى الفتنة لا ينعدم فالخصي قد يجامع، وقد قيل: هو أشد الناس جماعا فإنه لا تقتر آلته بالإزال، وكذلك المحبوب لأنه قد يسحق فيزول، وإن كان محبوبا قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا في حقه بالاختلاط بالنساء لوقوع الأمن من الفتنة، والأصح أنه لا يحل له ذلك، ومن رخص فيه تأول قوله تعالى: «والتابعين غير أولى الإربة من الرجال» وبين أهل التفسير كلام في معنى هذا، فقيل: هو المحبوب الذي جف ماؤه، وقيل: هو الخنث الذي لا يشتهي النساء، والكلام في الخنث عندنا أنه إذا كان خنثا في الرديء من الأفعال فهو كغيره من الرجال بل من الفساق ينحى عن النساء، وأما من كان في أعضائه لين وفي لسانه تكاسر بأصل الحلقة ولا يشتهي النساء ولا يكون خنثا في الرديء من الأفعال فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء (إلى أن قال) وقيل: المراد بقوله تعالى «او التابعين» الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما هم بطنه، وفي هذا كلام عندنا، فقيل: إذا كان شابا ينحى عن النساء، وإنما كان ذلك إذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص في ذلك، والأصح أن نقول: قوله تعالى «او التابعين» من المتشابه، وقوله تعالى «قل للمؤمنين يغضوا» محكم فنقول: كل من كان من الرجال فلا يحل لما أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها، إلا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى «او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» - اه ص ١٥٨.

فأما الزوجة والأمة تكون للرجل فلا بأس بأن ينظر منها إلى كل شيء فرج أو غيره أو بمسه .

ولا بأس بأن يصيبها وهي حائض فيما دون الفرج : ولا بأس بمباشرتها وإن لم يكن عليها إزار .

محمد قال أحقرنا الصلت بن دينار^٢ عن معاوية بن قرة المزني^٣ قال ه سألت عائشة أم المؤمنين : ما يحل للرجل من أمراته وهي حائض ؟ قالت : يحتب شعار الدم وله ما سوى ذلك . قال محمد : وبهذا تأخذ ،

(١) وفي ز « تمسه » .

(٢) صلت بن دينار أبو شعيب الأزدي الهنائي المحنوني البصري ، روى عن عبد الله بن شقيق وأبي عثمان النهدي ، وعنه وكيع وأبو داود الطيالسي ومسلم ابن إبراهيم ومكي بن إبراهيم ، مات سنة ستين ومائة ، وهو من روى له الترمذي وابن ماجة ، قال أحمد : تركوا حديثه - كذا في الخلاصة .

(٣) معاوية بن قرة بن لباس أبو لباس المزني البصري ، روى له الستة ، وروى عن أبيه ومغل بن يسار المزني وأبي أيوب الأنصاري وعبد الله بن مغفل ، روى عنه ابنه لباس وابن ابنه المسمي بن أخضر بن معاوية وقابت البناني وبسطام بن مسلم وسمك بن حرب ومنصور بن زاذان ومطر الزراقى وقادة وشعبة وأبو عوانة وآخرون ، قال خليفة وغيره : مات سنة ثلاث عشرة ومائة ، وقال ابن معين : مات وهو ابن ست وسعين - من تهذيب التهذيب .

(٤) قالت : أشار الإمام إلى هذا الحديث في مؤلفه ولم يستده ، فقال بعد ما روى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم : ما يحل لي من امرأتي ؟ قال : تشد عليها إزارها ثم شأنك بأعلاها ، قال محمد : هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقد جاء ما هو أرخص من هذا عن عائشة أنها قالت : =

وشعار الدم موضع الفرج ، فأما أبو حنيفة قال : للرجل من امرأته وجاريته إذا كانت حائضا ما فوق الإزار ، وكره ما تحت الإزار .

= يجتنب شعار الدم ، وله ما سوى ذلك - اهـ ص ٧٧ . وهو هذا الحديث ، وروى البيهقي في سننه من طريق بحر بن نصر قال : قرئ على شعيب بن الليث : أخبرك أبوك عن بكير عن أبي مرة مولى عقيل بن أبي طالب عن حكيم بن عقال أنه قال : سألت عائشة أم المؤمنين : ما يحرم على من امرأتى وأنا صائم ؟ قالت : فرجها ، قال : فقلت : ما يحرم على من امرأتى إذا حاضت ؟ قالت : فرجها ، وروى من طريق أبي عمر ثنا حماد عن أيوب عن عكرمة عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وعلها وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد من الحائض شيئا أمرها فألقت على فرجها ثوبا ثم صنع ما أراد - ج ١ ص ٣١٤ . وأخرجه أبو داود في سننه : حدثنا موسى بن إسماعيل نا حماد عن أيوب عن عكرمة عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وعلها وسلم قالت : إن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد من الحائض شيئا ألقى على فرجها ثوبا - اهـ ص ٤١ . وأيده ما رواه البيهقي عن ابن عباس من طريق الحسن بن مكرم ثنا أبو النضر هاشم ابن القاسم ثنا الحكم بن فضيل عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس قال : اتق من الحائض مثل موضع النعل - اهـ ص ٣١٤ .

(١) وحجة أبي حنيفة قوله تعالى " فاعزلوا النساء في الحيض " فظاهره تحريم الاستمتاع بكل عضو منها ، فما اتفق عليه الآثار صار مخصوصا من هذا الظاهر وبقي ما سواه على الظاهر ، وروى أن وفدا سألوا عمر رضي الله عنه عما يحل للرجل من امرأته الحائض وعن قراءة القرآن في البيوت وعن الاغتسال من الجنابة فقال : أسحرة أنتم ! لقد سألتهموني عما سألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : للرجل من امرأته ما فوق المئزر ، وليس له ما تحته ، وقراءة القرآن =

باب النظر واللمس ثمن الأمانة إذا أراد أن يشتريها

وإذا أراد الرجل أن يشتري جارية فلا بأس بأن ينظر إلى شعرها وصدرها وساقها وقدمها وثديها وإن اشتهى ذلك ، وإنما يكره له ٣

= نور فنور بيتك ما استطعت ؛ وذكر الاغتسال من الجنابة ؛ وفي حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت : كنت في فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضت فالتسكت من الفراش فقال : ما لك ؟ أنفست ؟ قلت : نعم ، قال : أنت ترى وعودي إلى مضجعتك ، ففعلت فعانقني طول الليل ؛ والمعنى فيه أن الاستمتاع في موضع الفرج محرم عليه ، وإذا قرب من ذلك الموضع فلا يأمن غلى نفسه أن يواقع الحرام فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر ، وكان هذا نوع احتياط ذهب إليه أبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « ألا إن لكل ملك حمى وحمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » وعمد أخذ بالقياس وقال : ليس المراد بالانزاع حقيقة الانزاع بل المراد موضع الكرسف في ذلك الموضع ، وبين التابعين اختلاف في معنى قوله عليه الصلاة والسلام « ما فوق المئزر » فكان إبراهيم يقول : المراد به الاستمتاع بالمرة وما فوقها ، وكان الحسن يقول : المراد أن يتدافأ بالإزار ويقضى حاجته منها فيما دون الفرج فوق الإزار ، ولا ينبغي له أن يعتزل فراشها لأن ذلك تشبه باليهود وقد نهينا عن التشبه بهم ، وروى أن ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك فبلغ ميمونة رضي الله عنها فأنكرت عليه وقالت : أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ كان يضاجعنا في فراش واحد في حالة الحيض - انتهى ما قاله السرخسي في شرح المختصر

١٥٩ - ١٦٠ .

(١) وفي « المس » .

(٢) وفي « م » ، « إذا أراد الرجل » .

(٣) لفظ « له » ساقط من « م » .

أن ينظر إلى ذلك منها إذا كان إنما ينظر إليه^١ ليشتهي^٢ بغير شراء ،
و مس هذه المواضع منها إذا كان^٣ يشتهي إذا مسها أو كان أكبر^٤ رآه على
ذلك فأنى أكره له مس شيء من هذه المواضع وإن كان يريد الشراء ؛
ولا يشبه النظر في هذا الوجه اللس ، ألا ترى أن النظر لا يحرم عليه
أمرها ولا ابتها حتى ينظر إلى الفرج مكشوفاً بشهوة ، وإنه لو مس شيئاً
من هذه المواضع بشهوة حرمت عليه أمرها وابتها^٥ و حرمت هي على
ابنه و آيه ! فصار اللس في هذه المواضع أشد من النظر ، فلذلك رخصنا^٦
في النظر وإن اشتهي ، وكرهنا في اللس إن خاف الشهوة^٧ أو كان عليه
أكبر^٨ رآه^٩ .

باب المرأة إذا ماتت مع الرجال

ولو أن امرأة ماتت مع الرجال لا امرأة^١ معهم غيرها لم يتبع

(١) سقط لفظ «إليه» من « .

(٢) وفي « يشتهي » .

(٣) سقط لفظ « كان » من « .

(٤) وفي « أكثر » .

(٥) وفي « أمرها وابتها » .

(٦) وفي « رخصنا » .

(٧-٧) وفي « أو عليه أكثر » .

(٨) زاد في « والله أعلم » . قال السرخسي في شرح المختصر « وقد بينا في كتابه

الصلاة حكم غسل كل واحد من الزوجين لصاحبه بعد موته وما فيه من

الاختلاف ، وحكم غسل أم الولد لمولاه » - اهـ ص ١٦٠ .

(٩) وفي المختصر « ولا امرأة » .

لهم أن يغسلوها وإن كانوا ذوى رحم محرم منها^١ أبوها أو غيره، ولكنهم يقيمونها بالصعيد؛ فإن كان أبوها^٢ أو ابنها أو أخوها أو ذوو رحم محرم منها يقيمها بالصعيد؛ يضرب يديه الأرض ثم ينفض بهما ويمسح بهما وجهها، ثم يضرب يديه الأرض الثانية ثم ينفضها كذلك ويمسح يديها إلى المرفقين ظاهر^٣ كفيه وباطنهما في ظاهر الذراعين وباطنهما^٤ ليس بين يديه وبين وجهها وذراعها ويديها^٥ شئ.

فإن كان الرجال الذين معها لا محرم بينهم وبينها فإن أحدهم يضع الثوب على يديه فيضرب به الأرض ثم ينفضه ويمسح بذلك وجهها، ثم يعود فيضرب بالثوب وهو على يديه الأرض ثم ينفضه ويمسح يديها إلى المرفقين ويعرض بوجهه عن ذراعها. وكذلك يفعل بها^٦ زوجها إن كان معهم^٧ لأنها حين ماتت صارت غير زوجته^٨ وحل له

(١) وفي م « ذى رحم منها » .

(٢) كذا في ز « يقيمونها » ؛ وفي المختصر « تيمم » وليس بصواب .

(٣) وفي م « فإن أبوها » سقط لفظ « كان » بسهو الناسخ .

(٤) كذا في الأصل ، وفي ز « يمسح بالصعيد » وفي هـ « يمسح بالصعيد » .

(٥) وفي هـ « بظاهر » .

(٦) وفي م « تديها » تصحيف .

(٧) وفي المختصر « معها » .

(٨) وفي م « زوجه » .

نكاح أختها ونكاح ابنتها^١ إن كان لم يدخل بها ونكاح أربيع سواها^٢.
قال: بلغنا أن عمر بن الخطاب قتل في امرأة له هلكت: نحن كنا
أحق بها إذا كانت حية، فأما إذا ماتت فأولياؤها أحق بها^٣؛ أفلا ترى
أنه لم ير لنفسه فيها حقا بعد موتها^٤ فكذلك نقول^٥ في غسلها
و الصلاة عليها^٦.

باب الرجل يموت مع النساء ليس معهن رجل^٧

و إذا مات الرجل مع النساء ذوات المحرم منه صنعن به كما وصفت

- (١) قوله « ونكاح ابنتها » ساقط من هـ .
- (٢) هذا البلاغ هكذا ذكره في كتاب الآثار أيضا بلاغا، وأسنده ابن أبي شيبة
في مصنفه: حدثنا حفص بن غياث عن ليث عن يزيد بن سليمان عن مسروق قال:
ماتت امرأة لعمر رضي الله عنهما فقال: أنا كنت أولى بها إذا كانت حية، فأما
الآن فأنتم أولى بها - اهـ ص ٨٨ من كتاب الخنازير .
- (٣) وفي هـ « يقول » .

(٤) قال السرخسي في شرح المختصر: (و إن كان من تيممها محرما لها يممها
بغير خرقه، و إن كان غير محرم لها يممها بخرقة يلفها على كفه) لأنه لم يكن له أن
يمسها في حال حياتها، فكذلك بعد مماتها (ولا بأس بأن ينظر إلى وجهها ويعرض
بوجهه عن ذراعيها) كما في حال الحياة كان له أن ينظر إلى وجهها دون ذراعيها
(وكذلك يفعل زوجها) لأنه التحقق بالأجنبي، كما قال عمر رضي الله عنه في
امرأة له هلكت: نحن أحق بها حين كانت حية، فأما إذا ماتت فأولياؤها أحق
بها - اهـ ص ١٦٠ - ١٦١ .

(هـ) وفي هـ « غيره » مكان « رجل » .

لك من التيمم في ذوات المحرم من الرجل في المرأة، ولو كان من ذوات محرم منه فيصممه^٢ الصعيد كما وصفت لك من وواء الثوب، إلا امرأته خاصة فانها تغسله، ثم يصلين عليه، وتقوم المرأة الإمام منهن وسط الصف لا تتقدم^٣ الصف كما يتقدم الرجال؛ ولا تشبه^٤ امرأة الرجل في هذا الزوج في غسل امرأته لأن المرأة عليها عدة من زوجها فهي بمنزلة امرأته حتى تنقضي عدتها، والرجل لا عدة عليه؛ وقد بلغنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أمر أسماء ابنة عُميس رضي الله عنها أن تغسله فغسلته^٥، وأمر أبو موسى الأشعري رضي الله عنه (١) سقط قوله «من الرجل» من هـ، وفي ز «من المرأة في الرجل».

(٢) وفي هـ «أو» بدون الواو.

(٣) كذا في «فيصممه».

(٤-٤) سقط قوله «الصف كما يتقدم» من هـ.

(٥) وفي هـ «ولا يشبه».

(٦) قال السرخسي في شرح المختصر ص ١٦١: (وإن مات رجل مع نساء ليس فيهن امرأته يممته على ما بينا) إلا أن من يممته إذا كانت حرة تيممه بغير خرقه) لأنه كان لها أن تمسه في حياته فكذلك بعد موته، فإن الأمة بمنزلة المحرم فده حق الرجال، وأمه وأمة غيره في هذا سوله لأن ملكه قد انتقل إلى وارثه بموته، فإن كان معهن رجل كافر علمته الغسل، وكذلك إن كان مع الرجال امرأة كافرة علموها الغسل لتغسلها لأن نظر الجنس إلى الجنس لا يختلف بالموافقة في الدين والمخالفة، إلا أن الكافر لا يعرف سنة غسل الموتي فيعلم ذلك.

(٧) أخرجه في موطئه: أخبرنا مالك أخبرنا عبد الله بن أبي بكر أن أسماء بنت =

= عَمِيسُ امْرَأَةِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا غَسَلَتْ أَبَا بَكْرٍ حِينَ تَوَفَّى، فَخَرَجَتْ
فَسَأَلَتْ مَنْ حَضَرَهَا مِنَ الْمُهَاجِرِينَ فَقَالَتْ: إِنِّي صَائِمَةٌ وَإِنْ هَذَا يَوْمٌ شَدِيدُ الْبُرْدِ
فَهَلْ عَلَى مَنْ غَسَلَ؟ قَالُوا: لَا؛ قَالَ عُمَرُ: وَبِهَذَا نَأْخُذُ، لَا بِأَسْ أَنْ تَغْسَلَ الْمَرْأَةَ
زَوْجَهَا إِذَا تَوَفَّى، وَلَا غَسَلَ عَلَى مَنْ غَسَلَ الْمَيِّتَ وَلَا وَضُوهُ، إِلَّا أَنْ يَصِيبَهُ مِنْ
ذَلِكَ الْمَاءِ فَيَغْسَلُهُ - اه ص ١٦٢. وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي مَصْنَفِهِ: حَدَّثَنَا عَلَى
ابْنِ مَسْعُورٍ عَنْ ابْنِ أَبِي إِيمِيلٍ عَنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شَدَادٍ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَوْصَى
أَسْمَاءَ بِنْتَ عَمِيسٍ أَنْ تَغْسَلَهُ، حَدَّثَنَا سَفْيَانُ بْنُ عَيْنَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ
أَنَّ أَبَا بَكْرٍ حِينَ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ أَوْصَى أَسْمَاءَ بِنْتَ عَمِيسٍ أَنْ تَغْسَلَهُ، وَكَانَتْ صَائِمَةً
فَعَزَمَ عَلَيْهَا لَتَفْطُرْنَ - اه ٨٢/٢؛ وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ الْمَنْقَرِيِّ
ثَنَا عُمَرُ بْنُ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَخِي الزَّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ
قَالَتْ: تَوَفَّى أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَيْلَةَ الْثَلَاثَةِ اثْنَيْنِ بَقِيَيْنِ مِنْ بَهَادِي الْآخِرَةِ
سَنَةِ ثَلَاثِ عَشْرَةٍ وَأَوْصَى أَنْ تَغْسَلَهُ أَسْمَاءُ بِنْتُ عَمِيسٍ امْرَأَتُهُ، وَإِنَّمَا ضَعُفَتْ
فَلَمْ تَعْنَتْ بَعْدَ الرَّحْمَنِ؛ قَالَ: وَإِنْ كَانَ رَاوِيهِ عُمَرُ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْوَاقِدِيِّ صَاحِبُ
التَّأْرِيخِ وَالْمَغَازِي فَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ، وَلَهُ شَوَاهِدٌ مَرَّاسِيلٌ عَنْ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ وَعَنْ
عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ وَسَعْدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ عَمِيسٍ غَسَلَتْ زَوْجَهَا أَبَا بَكْرٍ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَوْصَى بِذَلِكَ؛ وَرَوَى مِنْ طَرِيقِ
عَبِيدِ بْنِ شَرِيكَ ثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ ثَنَا الْحَكَمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْأَزْدِيُّ حَدَّثَنِي
الزَّهْرِيُّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ السَّيِّبِ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «رَحِمَ اللَّهُ امْرَأَةً غَسَلَتْهُ امْرَأَتُهُ وَكَفَنَتْ فِي أَخْلَاقِهِ»
قَالَتْ: فَفَعَلَ ذَلِكَ بَأَبِي بَكْرٍ، غَسَلَتْهُ امْرَأَتُهُ أَسْمَاءُ بِنْتُ عَمِيسٍ الْأَشْجَعِيَّةُ وَكَفَنَتْ
فِي ثِيَابِهِ الَّتِي كَانَ يَتَذَلُّهَا (ثُمَّ قَالَ) هَذَا إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ - اه ٨٧/٣. قُلْتُ: هَذِهِ
الْأَنْبَارُ يَتَقَوَّى بِبَعْضِهَا بَعْضٌ، وَالْإِسْنَادُ وَالْإِنْقِطَاعُ لَا يَضُرُّ عِنْدَنَا إِنْ كَانَ
مِنْ ثِقَةٍ.

امراته^١ أن تغسله فغسلته^٢، فهذا لا بأس به . فأما أمته أو مدبرته أو مكاتبته أو أم ولده فانهن لا يغسلنه^٣، ولكنهن ييممنه^٤ كما ييممنه^٥ النساء اللاتي لسن بذوات محرم منه^٦، إلا الأمة خاصة فانه لا بأس بأن ييممه^٧ وإن لم يجعل على يديها ثوبا، فأما أم الولد فانها تيممه من وراء الثوب وإن كانت عليها عدة، لأن^٨ عدتها ليست من موته وإنما ه وجبت عدتها لأنها عتقت بموته فوجب^٩ عليها العدة للعتق^{١٠}؛ ألا ترى أنه لو أعتقها في مرضه حرمت عليه بالعتق، وإن مات وهي في العدة لم تغسله فكذلك هذا إذا مات^{١١} فعتقت حرمت عليه بالعتق^{١٢} كما تحرم في الحياة فليس ينبغي لها بعد ما صارت حرة أن تغسله .

- (١) سقط لفظ « امرأته » من م .
- (٢) أسنده ابن أبي شيبة : حدثنا وكيع عن حفيان عن إبراهيم بن المهاجر أن أبا موسى غسلته امرأته - ٨٣ / ٢ ٨١ . وإبراهيم بن المهاجر لم يدرك أبا موسى فهو منقطع ، والاتقطاع ليس بعيب عندنا - والله أعلم .
- (٣) وفي م « ييمنه » وفي ه « ييممنه » .
- (٤) وفي ه « ييمنه » .
- (٥) سقط لفظ « منه » من م .
- (٦) وفي ه ، م « ييمنه » .
- (٧) وفي ه « لأنها » تحريف .
- (٨) وفي ز « ووجب » .
- (٩) وفي ه « للعتق » .
- (١٠) كذا في م وهو الصواب ؛ وفي ع ، ز « ماتت » .
- (١١) من قوله « وإن مات » س ٧ ساقط من ه .

فكذلك امرأته لو فجر بها ابنه من بعد موته أو ارتدت عن الإسلام لم تغسله ، وإن رجعت إلى الإسلام بعد ردتها لم تغسله لأنها لو ارتدت في حياته ثم مات وهي في العدة لم تغسله ، فكذلك إذا ارتدت بعد موته فصارت في حال لا تغسله لم يحل لها أن تغسله بعد إسلامها .

(١-١) من قوله « لم تغسله » ساقط من م ، هـ .

(٢) وفي المختصر وشرحه للسرخسي ١٠/١٦١ : (فإن ارتدت امرأته عن الإسلام بعد موته ثم رجعت إلى الإسلام أو فجر بها ابنه لم يكن لها أن تغسله) عندنا ، وعند زفر لها ذلك لأن حل المس والغسل ههنا باعتبار العدة ، حتى لو انقضت عدتها بوضع الحمل لم يكن لها أن تغسله ، وبما اعترض لم يتغير حكم العدة ، بخلاف ما إذا كان العارض قبل موته لأن الحل هناك باعتبار النكاح وقد ارتفع بهذا العارض ، وحجتنا في ذلك أن ردتها وفعل ابن الزوج بها لو صادف حلا مطلقا كان رافعا له ، فكذلك إذا صادف ما بقي من الحل بعد موته وهو حل الغسل والمس فيكون رافعا له بطريق الأولى ، ولا نقول إن هذا الحل لأجل العدة فإن العدة من نكاح فاسد ، والوطء بالشبهة لا يفيد حل الغسل والمس ، وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن المجوسى لو أسلم ومات ثم أسلمت امرأته فليس لها أن تغسله عند زفر ، ولها ذلك في قول أبي يوسف ، فزفر يعتبر وقت الموت ، فإذا لم يكن بينهما حل غسل والمس عند الموت لا يثبت بعد ذلك ، بخلاف ما لو أسلمت قبل موته أو انقضت عدة الأخت ، وقال بحكم الفرار في الميراث فإنها لو اعتقت بعد موته أو أسلمت لم ترث منه ، بخلاف ما لو أسلمت في حال الحياة أو اعتقت ثم طلقها ثلاثا ، وأبو يوسف يقول : الحل قائم بينهما بعد وطئ الأخت ، ولكن عدتها مانعة ، وزال هذا المانع في حال حياته ثبت حل الاستمتاع مطلقا ، فكذلك إذا زال بعد موته ثبت من الحل بقدر ما يقبله المحل وهو حل الغسل والمس - انتهى ص ١٦٢ .

وإن ماتت امرأة مع رجال ومعهم غلمان لا يشتهون النساء
لصغرهم ولا يجامع^١ مثلهم فلا بأس بأن يعلموهم الغسل إن ضبطوا ثم
يأمروهم أن يغسلوا المرأة^٢. وكذلك الجارية الصغيرة التي تموت مع
الرجال وهي لا يشتهى^٣ مثلها ولم تبلغ أن تجامع لصغرها فلا بأس أن
يغسلها الرجال وإن كانوا غير ذوي محرم منها^٤.

وإذا ماتت المرأة مع رجال ومعهم امرأة من أهل الذمة
فلا بأس بأن يعلموها الغسل ثم يخلوا بينها وبينها حتى تغسلها. وكذلك
الرجل يموت مع النساء ومعهن رجل من أهل الذمة فلا بأس بأن يعلنه
الغسل ثم يخلين بينه وبينه حتى يغسله

وكذلك إذا مات رجل مع النساء ومعهن صبيان صغاراً من ١٠

(١) وفي هـ «جامع».

(٢) قال السرخسي في شرح المختصر: وهذا عجيب! فالرجال قد يعجزون عن
غسل الميت فكيف يقوى عليه الصغار الذين لم يبلغوا حد الشهوة؟ ولكن مراد
مجد بيان الحكم إن تصور - اهـ.

(٣) كذا في هـ، م، ز؛ وفي الأصل «لا تشتهى».

(٤) قال السرخسي في شرح المختصر ص ١٦٢: (وأما الصغير الذي لم يبلغ
حد الشهوة إذا مات مع النساء فلا بأس بأن يغسله، وكذلك الصغيرة مع الرجال)
لما بينا أنه ليس لعورته حكم العورة في الحياة حتى لا يجب ستره وبإباح النظر
إليه، فكذلك بعد الموت، والمنعوتة كالعاقلة لأنها تشتهى - اهـ.

(هـ) وفي ع «مع» مكان «من» وليس بشيء.

(٦) كذا في ز «صغاراً» وفي البقية «صغار».

الجواري لم يبلغن أن يشتهن ولا يجامع مثلهن فلا بأس بأن تصف^١ النساء لمن^٢ الغسل إن ضبطته^٣ ثم يخلين بينهما وبينه حتى يغسلنه .
والخصي والمعتوه في ذلك سواء كله بمنزلة الرجل الكبير الصحيح
الفحل في جميع ما وصفت لك ، وكذلك الرتقاء والمعتوه^٤ هي بمنزلة
غيرها من النساء في جميع ما وصفت لك .

باب الشهادة في أمر الدين

وقال محمد بن الحسن : إذا حضر رجل مسافر يريد الصلاة
فلم يجد ماء إلا ماء في إناء أخبره رجل أنه قدر أو قال^٦ بال فيه صبي
أو وقع فيه دم أو عذرة أو غير ذلك بما ينجسه ، فإنه ينبغي للرجل أن
ينظر في حال الرجل الذي أخبره ، فإن كان يعرفه وكان^٧ عنده عدلا
مسلمارضا لم يتوضأ بذلك الماء^٨ وتيمم وصلى . وكذلك إن كان الرجل
عبدا أو كانت امرأة حرة مسلمة أو أمة بعد أن تكون عدلا ثقة فيما
قالت ، فإن كانت^٩ غير ثقة أو كان الذي لا يدرى أخبره ثقة أو غير ثقة

(١) وفي هـ « يصف » ولم ينقط في م .

(٢) وفي هـ « لهذا » وهو تصحيف « لمن » .

(٣) وفي هـ « ضبطه » تصحيف .

(٤) وفي هـ « المعتوه » .

(٥) وفي هـ « باب في الشهادة » .

(٦) سقط لفظ « قال » من هـ .

(٧) وفي هـ « كان » بغير واو قبله .

(٨) سقط لفظ « الماء » من هـ .

(٩) كذا في م ، هـ ، وفي ع ، ز « كان » .

فانه ينظر في ذلك، فان كان أكبر رأيه وظنه أنه صادق فيما قال تيمم أيضا ولم يتوضأ به، فان أهراق الماء ثم تيمم بعد ذلك وأخذ في ذلك بالثقة فهو أفضل؛ وإن كان أكبر رأيه أن الذي أخبره بذلك كاذب توضأ ولم يلتفت إلى قوله وصلى، وأجزاه ذلك ولا تيمم عليه. ألا ترى أن عمر رضي الله عنه حين ورد حياض ٣ ماء حيا فقال عمرو بن العاص لرجل ه من أهل الماء: أخبرنا عن السباع أ ترد ماءكم هذا؟ فقال عمر: لا تخبره عن شيء. ألا ترى أن عمر قد كره أن يخبره! ولأنه لم يعد خبره

(١) وفي م « أكثر » .

(٢) وفي ه « فاني احب إهراق الماء » .

(٣) كذا في ع، ز، م؛ وفي ه « مكان حياض » .

(٤) قوله « ماء حيا » كذا في الأصول أى قبيلة وهو مفعول « ورد » وله « ماء حياض » كما هو في المختصر فسقط لفظ « ض » فيكون لفظ « حياض » إذن مكررا، ولعله كانت على هامش الأصل نسخة « ماء حياض » على « حياض ماء » فأدرجه الناسخ في الأصل فنصار مكررا - والله أعلم .

(٥) هذا الأثر ذكره المؤلف بسنده في موطئه فقال: أخبرنا مالك أخبرنا يحيى ابن سعيد عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب ابن أبي بلتعة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج في ركبة فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص: يا صاحب الحوض! هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض! لا تخبرنا فانا نرد السباع وترد علينا؛ قال محمد: إذا كان الحوض عظيما إن حركت منه ناحية لم تحرك به الناحية الأخرى لم يفسد ذلك الماء ما واغ فيه سبع ولا ما وقع فيه قدر، إلا أن يغلب على ريح أو طعم، فاذا كان حوضا صغيرا إن حركت منه ناحية تحركت الناحية الأخرى فولغ فيه السباع أو وقع فيه القدر لا يتوضأ منه، ألا يرى أن عمر بن =

خبراً ما نهاه عن ذلك ١ .

= الخطاب رضى الله عنه كره أن يخبره و نهاه عن ذلك ! وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله - اه ص ٦٦ . (٦) وفي ٥ « فذكره » تصحيح .

(١) قال السرخسي في شرح المختصر (الخبر بنجاسة الماء إما أن يكون عدلاً) مرضياً (أو فاسقاً أو مستوراً، فإن كان عدلاً فليس له أن يتوضأ بذلك الماء) ترجيح جانب الصدق في خبره لظهوره وعدالته (وإن كان فاسقاً فله أن يتوضأ بذلك الماء) لعدم ترجيح الصدق في خبره واعتبار تعاطيه الكذب وارتكابه ما يعتقد الحُرمة فيه دليل على كذبه في خبره، فتتحقق المعارضة بينهما، ولهذا أمر الله بالتوقف في خبر الفاسق بقوله تعالى «فتبينوا» وعند المعارضة الأصل في الماء الطهارة فيتمسك به ويتوضأ؛ وهذا بخلاف المعاملات فإنه يجوز الأخذ فيها بخبر الفاسق لأن الضرورة هناك تتحقق فالعدل لا يوجد في كل موضع، ولا دليل هناك يعمل به سوى الخبر وهنا لا ضرورة، ومعنا دليل آخر يعمل به سوى الخبر وهو أن الأصل في الماء الطهارة، فإن قيل: أليس خبر الفاسق لا يقبل في رواية الأخبار وليس هناك دليل سوى الخبر؟ قلنا: الضرورة هناك لا تتحقق، لأن في العدول الذين يروون ذلك الخبر كثرة بوضع الفرق أن الخبر في المعاملات غير ملزم فيسقط فيه اعتبار شرط العدالة، وفي الديانات الخبر ملزم فلا بد من اعتبار شرط العدالة فيه (وكذلك إن كان مستوراً) فألحق المستور في ظاهر الرواية بالفاسق، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة قال: المستور في هذا كالعدل، وهو ظاهر على مذهبه فإنه يجوز القضاء بشهادة المستورين إذا لم يظعن الخصم، ولكن الأصح ما ذكره لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً، وقد سقط اعتبار العدد فلم يبق إلا اعتبار العدالة، فإذا ثبت أن العدالة شرط قلنا: ما كان شرطاً لا يكتفى بوجوده ظاهراً، كمن قال لعبد «إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر» ثم مضى اليوم فقال العبد: لم أدخل، وقال =

فان كان ذلك الذى أخبره بنجاسة الماء فى الإناء رجلا من أهل
الذمة لم يصدق بقوله ، وإن وقع فى قلبه الزى قيل له إنه صادق فانه
= المولى : دخلت ، فالقول قول المولى لأن عدم الدخول شرط فلا يكتفى بثبوته
ظاهرا لزول العتق (وكذلك إن كان المخبر عبدا) لأن فى أمور الدين خبر العبد
نكبر الحر كما فى رواية الأخبار ، وهذا لأنه يلزم نفسه ثم يتعدى منه إلى غيره
فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير ، وبالرق يخرج من أن يكون أهلا
للولاية ، فأما فيما هو إلزام يسوى بين العبد و الحر لكونه مخاطبا (وكذلك إن
كان المخبر امرأة أو أمة) كما فى رواية الأخبار ، وهذا لأنها تلزم كالرجل ثم
يتعدى إلى غيرها ، ورواية النساء من الصحابة كانت مقبولة كرواية الرجال ،
قال صلى الله عليه وسلم : تأخذون شطر دينكم من عائشة - رضى الله عنها (ثم بين
فى الفاسق والمستور انه يحكم رآيه ، فان كان أكبر رآيه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ)
لأن أكبر الرأى فيما بنى على الاحتياط كاليقين (وإن أراه ثم تيمم كان أحوط ،
وإن كان أكبر رآيه أنه كاذب توضأ به ولم يتيمم) فان قيل : كان ينبغي أن
يتيمم احتياطاً لمعنى التعارض فى خبر الفاسق كما قلنا فى سؤر الحمار إنه يجمع بين
التوضئ وبين التيمم لتعارض الأدلة ! قلنا : حكم التوقف فى خبر الفاسق معلوم
بالنص ، وفى الأمر بالتيمم هنا عمل بخبره من وجه فكان بخلاف النص ، ولما
ثبت التوقف فى خبره بقى أصل الطهارة للماء فلا حاجة إلى ضم التيمم إليه (واستدل
بحديث عمر رضى الله عنه حين ورد ماء حياض مع عمرو بن العاص فقال عمرو
لرجل من أهل الماء : أخبرنا عن السباع أترد ماء كم هذا ؟ فقال عمر رضى الله عنه :
لا تخبرنا عن شيء ؛ فلو لا أن خبره عند خبرنا لما نهاه عن ذلك) وعمرو بن العاص
بالسؤال قصد الأخذ بالاحتياط ، وقد كره عمر رضى الله عنه لوجود دليل الطهارة
باعتبار الأصل ، فعرنا أنه ما بقى هذا الدليل فلا حاجة إلى احتياط آخر - اهـ

أحب إلى أن يهريق الماء ثم يتيمم ويصلي، وإن توضأ ولم يهريق أجزاء وأحب إلى إذا وقع في قلبه أنه صادق أن يتيمم مع ذلك ويصلي، وإن كان أكبر؛ رأيه أنه كاذب توضأ به ولم يلتفت إلى قوله . وإن توضأ وصلى في الوجهين جميعاً ولم يتيمم أجزاء ذلك لأن هذا شيء .
 من أمر الدين ولا تقوم الحجة فيه إلا بمسلم، ولكن ليفعل الذي ذكرت لك فإنه أفضل . وكذلك الصبي الذي لم يبلغ إذا عقل ما يقول والمعنوه إذا عقل ما يقول .

(١) كذا في ع، ز؛ وفي م « يهريق » وفي هـ « اهراق » .

(٢) وفي هـ « ولم يهريق الماء » تصحيف .

(٣) وفي ع « انه » .

(٤) وفي م « اكثر » .

(٥) وفي ز « ليس » مكان « شيء » تصحيف .

(٦-٧) قوله « والمعنوه - الخ » ساقط من هـ . وفي المختصر: فإذا حضر المسافر

الصلاة فلم يجد ماء إلا في إناء أخبره رجل أنه قدز وهو عنده مسلم لم يتوضأ به ،

وكذلك إن كان المخبر عبداً أو امرأة حرة أو أمة ، فإن كان المخبر بذلك غير

ثقة أو كان لا يدرى أنه ثقة أو غير ثقة نظريه ، فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب

توضأ به ولا يلتفت إلى قوله وأجزاء ذلك ولا يتيمم عليه ، ألا ترى أن عمر بن

الخطاب رضي الله عنه حين ورد ماء حياض قال عمرو بن العاص رضي الله عنه

لرجل من أهل الماء: أخبرنا عن السباع أترد ماء كم؟ فقال عمر رضي الله عنه:

لا تخبرنا عن شيء؛ ففكره أن يخبره ، ولو لا أن أخبره عد خبراً ما نهاه عن ذلك .

فإن كان الذي أخبره بنجاسة ماء الإناء رجل (كذا) من أهل الذمة لم يقبل =

ولو أن رجلا دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاما و يشربون شرابا لهم فدعوه^١ إليه فقال له رجل مسلم ثقة قد عرفه بذلك: إن هذا = قوله ، فإن وقع في قلبه أنه صادق فأحب إلى أن يريق الماء ثم يتيمم ويصلي ، فإن توضأ وصلى به أجزاء لأن هذا شيء من أمر الدين ولا تقوم الحجة فيه إلا بمسلم ، وكذا الصبي والمعنوه إذا عقلا ما يقولانه - اهـ ق ٢٩٦ . وفي شرحه للسرخسي : (وإن كان الذي أخبره بنجاسة الماء رجل من أهل الذمة لم يقبل قوله) لا لأن الكفر يتنافى معنى الصدق في خبره ولكن لأنه ظهر منهم السعي في إفساد دين الحق ، قال الله تعالى ” لا يالونكم خبالا “ أي لا يقصرون في إفساد أمركم فكان متنبها في هذا الخبر فلا يقبل منه ، كما لا يقبل شهادة الوند لوالده لمعنى التهمة ؛ يقول (فإن وقع في قلبه أنه صادق فأحب إلى أن يريق الماء ثم يتيمم ، وإن توضأ به وصلى أجزاء) وفي خبر الفاسق قال (وإذا وقع في قلبه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ به) وهذا لأن الفاسق أهل للشهادة ولهذا نفذ القضاء بشهادته فيتأيد ذلك بأكبر رأيه ، وليس الكافر من أهل الشهادة في حق المسلم ، بوضعه أن الكافر يلزم المسلم ابتداء بخبره ولا يلتزم ولا ولاية له على المسلم ، فأما الفاسق المسلم يلتزم وهو من أهل الولاية على المسلم ، قال (وكذلك الصبي والمعنوه إذا عقلا ما يقولان) من أصحابنا من يقول : مراده بهذا العطف أن الصبي كالبالغ إذا كان مرضيا ، ولأنه كان في الصحابة رضي الله عنهم من سمع في صغره ولو روى كان مقبولا منه ، كما سقط اعتبار الحرية والذكورة يسقط اعتبار البلوغ كما في المعاملات ، والأصح أن مراده العطف على الذم ، وأن خبر الصبي والمعنوه في هذا كخبر الذمي لأنها لا يلتزمان شيئا ولكن يلزمان الغير ابتداء فانها غير مخاطبين فليس لهما ولاية إلا الإلزام ، فكان خبرهما في معنى خبر الكافر - هـ ص ١٦٤ .

(١) في هـ : فدعوه .

اللحم الذى يأكلونه ذبيحة مجوس^١ أو خالطه لحم الخنزير، وهذا الشراب الذى يشربونه قد خالطه الخمر، فقال الذين دعوه إلى ذلك^٢: ليس الأمر كما قال^٣؛ وأخبروه أنه حلال وبينوا له الأمر على وجهه. وأن الأمر كما ذكروا له فإنه ينظر في حالهم فإن كانوا عدولا ثقات يعرفهم بذلك لم يلتفت إلى قول الرجل الواحد^٤ وأخذ بقولهم، وإن كانوا عنده^٥. غير عدول متهمين على ذلك أخذ بقوله^٦ ولم يسهه أن يقرب شيئا من ذلك. والرجل المسلم إذا كان عدلا ثقة حجة^٧ في هذا، وكذلك^٨ المرأة الحرة والأمة والعبد^٩.

(١) وفي هـ: مجوس.

(٢) قوله « إلى ذلك » ساقط من هـ.

(٣) وفي ز « قالوا » وليس بصواب، وفي هـ « قال ذلك ».

(٤) لأن خبر الواحد لا يعارض خبر الجماعة، فإن خبر الجماعة حجة في الديانات والأحكام، ولأن الظاهر من حال المسلمين أنهم لا يأكلون ذبيحة المجوس ولا يشربون ما خالطه الخمر، فخير الواحد في معارضة خبرهم خبر مستنكر فلا يقبل - اهـ ما قاله السرخسي في شرحه ص ١٦٤.

(٥) سقط لفظ « عنده » من م.

(٦) لأن خبره باعتبار حالهم مستقيم صالح، ولا معتبر بخبرهم لفسقهم في حكم العمل به، ولأن خبر العدل بالحرمة يريه في هذا الموضع باعتبار حالهم، وقال صلى الله عليه وسلم « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١٦٤.

(٧) وفي م « وكذا ».

(٨) لأنه أخبره بأمر ديني، فإن الحل والحرمة من باب الدين - قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١٦٥.

فإن كان القوم غير ثقات إلا رجلين منهم فأنهما ثقتان وهما فيمن أخبراه^١ بخلاف ما قال الرجل الواحد أخذ بقولهما وترك قوله^٢. وإن كان رجل واحد منهم ثقة نظر فيما أخبره به^٣ الرجلان بما اختلفا فيه، فإن كان أكبر^٤ ظنه أن الذي زعم أنه حرام صادق أخذ^٥ بقوله، وإن كان لا رأى له في ذلك قد استوت الحالان عنده فلا بأس^٦ بأن يأكل ذلك ويشربه^٧. والوضوء بمنزله في جميع ما وصفت لك إذا اختلفا فيه.

فإن كان الذي أخبره به أنه حلال رجلين ثقتين إلا أنهما مملوكان وكان الذي زعم أنه حرام رجلا واحدا حرا فلا بأس بأكله^٨. وإن (١) وفي ز «اجزاء» تصحيف.

(٢) لأن الحجة في الأحكام تتم بخبر المثني فلا يعارض خبرهما خبر الواحد - قاله السرخسي في شرحه ص ١٦٥.

(٣) وفي ه «أخبر به».

(٤) وفي م «أكثر».

(٥) وفي م «وأخذ» وليس بشيء إلا أن يكون قبله شيء سقط من الأصول - والله أعلم.

(٦) وفي م «إن».

(٧) وفي ه «تأكل ذلك وتشربه» وليس بشيء.

(٨) لأن في الخبر الديني المملوك والحر سواء، ولا تتحقق المعارضة بين الواحد والمثني في الخبر لأنه يحصل من طمأنينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد - قاله السرخسي.

كان الذى زعم أنه حرام رجلين مملوكين ثقتين و الذى زعم أنه حلال رجلا واحدا حرا ثقة لم ينبغ له أن يأكله . وكذلك لو أخبره بأحد الأمرين عبد ثقة و الذى أخبره بالأمر الآخر رجل حر ثقة نظر إلى أكبر ظنه فى ذلك ٣ فلزمه ، و لم يلتفت إلى غير ذلك . فان كان الذى أخبره بأحد الأمرين رجلين حرين ثقتين و كان الذى أخبره بالأمر الآخر رجلين مملوكين ثقتين أخذ بقول الرجلين الحرين و ترك قول المملوكين ، لأنهما فى الحجة بمنزلة المملوكين و شهادتهما تقطع فى الحكم فهما أولى أن تقبل شهادتهما إذا كانا حرين من غيرهما . ألا ترى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه شهد عنده المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أعطى الجدة أم الأم السدس فقال : ائت بشاهد آخر ، فجاء بمحمد بن مسلمة فشهد على مثل شهادته فأعطى أبو بكر

(١) لما بينا أن خبر الواحد لا يكون معارضا لخبر الاثنين - قاله السرخسى .

(٢) وفى م « أكثر » .

(٣) لأن الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر حر واحد ، و من حيث الدين خبر الحر و المملوك سواء . فلتحقق المعارضة بين الخبرين يصير إلى ترجيح الأكبر الرأى - قاله السرخسى فى شرح المختصر .

(٤) فعند التعارض يرجح قول الحرين لأن فى قولها زيادة إلزام فان الإلزام بقول المملوكين يبنى على الإلزام اعتقادا ، و الإلزام فى قول الحرين لا يبنى على الإلزام اعتقادا حتى كان ملزما فيما لا يكون المرء معتقدا له ، فعرفنا أن فى خبرهما زيادة إلزام فالترجيح بقوة السبب صحيح - اهـ ما قاله السرخسى

فى شرحه ص ١٦٥ - ١٦٦ .

الجدّة السدس^١ ، وهذا شيء من أمر الدين ، وعمر بن الخطاب رضى الله عنه شهد عنده أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع فقال : أت معك ٣ بشاهد على ذلك ؟ فهذا أفضل في الاحتياط ، والواحد مجزى^٢ .

(١) أخرجه في موطنه : أخبرنا مالك أخبرنا ابن شهاب عن عثمان بن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال : جاءت الجدّة إلى أبي بكر تسأله ميراثها فقال : ما لك في كتاب الله شيء وما علمنا لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعى حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بنت شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس ، فقال : هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة فقال مثل ذلك فأنفذه لها أبو بكر - الحديث ، ص ٣١٤ - ٣١٥ .

(٢) سقط لفظ « قال إذا » من ه ، م .

(٣) سقط لفظ « معك » من ه .

(٤) أخرجه البخارى وغيره ، قال البخارى : حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال حدثنا يزيد بن خصيفة عن بسر بن سعيد عن أبي سعيد الخدرى قال : كنت في مجلس من مجالس الأنصار إذ جاء أبو موسى كأنه مدعور فقال : استأذنت على عمر ثلاثا فلم يؤذن لى فرجعت و قال : ما منعك ؟ قلت : استأذنت ثلاثا فلم يؤذن لى فرجعت ، و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع ؛ فقال : والله لتقيمن عليه بيته ! أمنكم أحد سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ؟ فقال أبي بن كعب : والله لا يقوم معك إلا أصغر القوم ، فكنت أصغر القوم فقمتم معه فأخبرت عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك ؛ وقال ابن المبارك : أخبرني ابن عيينة قال حدثني يزيد عن بسر =

ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما قال له ذلك إلا ليحاطا
لغيره، ولو لم يأت بشاهد غيره تقبل^١ شهادته لأنه قد قبل شهادة

= ابن سعيد قال سمعت أبا سعيد بهذا - اه ص ٩٢٣ من كتاب الاستئذان .

(هـ) كذا في الأصول، وفي المختصر «يجزى» .

(١) وفي م «ليحاط» تصحيف .

(٢) وفي م «قبل» . قال السرخسي: قال محمد (فهذا إنما فعلاه للاحتياط،
و الواحد يجزى) وكان عيسى بن أبان يقول: بل إنما طلبا شاهدا آخر على
طريق الشرط لأن طمانينة القلب تحصل بقول الثني دون الواحد، ولم يكن
في ذلك الوقت ضرورة في الاكتفاء بخبر الواحد لكثرة الرواة، فأما في زماننا
فقد تحقق معنى الضرورة في الاكتفاء بخبر الواحد، والأصح ما أشار إليه
محمد (إنهما طلبا ذلك للاحتياط، وكانا يقبلان ذلك وإن لم يشهد آخر، ألا ترى
أن عمر رضي الله عنه قبل شهادة عبد الرحمن بن عوف حين شهد عنده أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكح
نساءهم ولا آكلي ذبائحهم - ولم يطلب شاهدا آخر، وأجاز قول عبد الرحمن
ابن عوف رضي الله عنه في الطاعون حين أراد أن يدخل الشام وبها الطاعون
فاستشارهم فأشار عليه بعض المهاجرين بالدخول فقال له أبو عبيدة بن الجراح
رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين أقرر من قدر الله؟ فقال عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إذا وقع هذا
الرجز بأرض فلا تدخلوا عليه وإذا وقع وأنتم فيها فلا تخرجوا منها؛ فأخذ
عمر بقوله ورجع) وذكر الطحاوي في مشكل الآثار هذا الحديث فقال:
تأوله أنه إذا كان بحال لم يدخل فابتلى وقع عنده أنه ابتلى بدخوله، ولو خرج
فنجى وقع عنده أنه نجى بخروجه، فلا يدخل ولا يخرج صيانة لاعتقاده، فأما إذا
كان يعلم أن كل شيء بقدر وأنه لا يصيبه إلا ما كتب الله تعالى فلا بأس بأن =

عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه في مثل ذلك، شهدا عنده وحده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر عنده المجوس فقال: «سئوا بهم سنة أهل الكتاب في أخذ الخراج»، فأجاز عمر قوله وحده. وأجاز قول = يدخل ويخرج - الخ. راجع ١/ ١٦٦ من شرح المختصر للسرخسي لأن تمام البحث فيه.

(١) وفي م «شهد».

(٢) ذكره مؤلف الكتاب في ص ١٧٢ من موطئه بلاغا: قال محمد: السنة أن تؤخذ الجزية من المجوس من غير أن تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم، وكذلك بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم - أ. ه. - وأخرج الإمام مالك في بحث جزية أهل الكتاب عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدرى كيف أصنع في أمرهم؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: سئوا بهم سنة أهل الكتاب - أ. ه. ص ٢١. وروى أبو عبيد في ص ٣٢ من كتاب الأموال عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد عن أبيه مثله. وأخرجه الإمام الشافعي في ٤/ ٩٦ من كتاب الأم عن مالك مثله سنداً ومتناً. وأخرج أبو داود في باب أخذ الجزية من المجوس من سننه: حدثنا مسدد عن عمرو بن دينار سمع بجالة يحدث عمرو بن أوس و أبا الشعثاء قال: كنت كاتباً لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس إذ جاءنا كتاب عمر قبل موته بسنة: «اقتلوا كل ساحر، وفرقوا بين كل ذي محرم من المجوس - الحديث» وفي آخره: ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر - أ. ه. وفي الدر المنثور ج ١ ص ٢٢٨: وأخرج ابن أبي شيبة عن بجالة قال: لم يأخذ عمر رضى الله عنه الجزية من المجوس حتى شهد =

عبد الرحمن بن عوف في الطاعون حين أراد أن يدخل إلى الشام وكان بها الطاعون فاستشار عمر في الدخول فأشار إليه بعض المهاجرين بالدخول وقال له أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه : يا أمير المؤمنين أتقر من قدر الله ؟ فقال له قوم من أهل مكة : لا تدخل . نجاء عبد الرحمن ابن عوف فقال : إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إذا وقع هذا الرجس بأرض فلا تدخلوا عليه ، وإذا وقع وأتم بها فلا تخرجوا فرارا منها » ، وأخذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله و حديث آخر

= عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر ، وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن بن محمد بن علي رضي الله عنهم قال : كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ، ومن أبي ضربت عليهم الجزية ، حتى أن لا تؤكل لهم ذبيحة ولا ينكح منهم امرأة - اهـ .

(١) وفي « بغير » وليس بصواب ، وفي م غير منقوط .

(٢) وفي « لا يدخل » تصحيف .

(٣) وسقط لفظ « هذا » من هـ .

(٤) كذا في م ، وسقط لفظ « فرارا » من بقية الأصول .

(٥) أخرجه البخاري وغيره ، قال البخاري في باب ما يذكر في الطاعون من

كتاب الطب - ص ٨٥٣ : حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب عن عبد الله بن عبد الله بن الحارث بن نوفل عن عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرغ لقيه أمراء الأحناد أبو عبيدة بن الجراح وأصحابه فأخبروه =

== أن الوباء قد وقع بالشام، قال ابن عباس: فقال عمر: ادع لي المهاجرين! فدعاهم فاستشارهم وأخبرهم أن الوباء قد وقع بالشام فاختلقوا فقال بعضهم: قد خرجت لأمر ولا نرى أن ترجع عنه، وقال بعضهم: معك بقية الناس وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء، فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي الأنصار، فدعوتهم فاستشارهم فسلخوا سبيل المهاجرين واختلقوا كاختلافهم فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي من كان ههنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح، فدعوتهم فلم يختلف منهم عليه رجلا فقالوا: نرى أن ترجع بالناس ولا تقدمهم على هذا الوباء؛ فنأدى عمر في الناس: إني مصبح على ظهر، فأصبحوا عليه؛ قال أبو عبيدة: أفرارا من قدر الله؟ فقال عمر: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة! نعم نعم من قدر الله إلى قدر الله، أ رأيت لو كان لك إبل هبطت واديا له عددتان إحداهما خصبة والأخرى جدبة أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله؟ قال: بلحاء عبد الرحمن بن عوف. وكان متغيبا في بعض حاجته فقال: إن غندي في هذا علما، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه» قال: فحمد الله عمر ثم انصرف. وكما أخرجه البخاري عن الإمام مالك أخرجه هو أيضا. قال البخاري حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عامر أن عمر خرج إلى الشام فلما كان بمرغ بلغه أن الوباء وقع بالشام فأخبره عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه - اهـ. وأخرج الإمام مالك في موطنه في باب الطاعون ص ٣٦٢ والإمام محمد عنه في موطنه باب الفرار من الطاعون ص ٣٩٥ عن محمد بن المنكدر وعن سالم أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن وقاص عن أبيه أنه سمعه يسأل أسامة بن زيد: ماذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم =

أراد عمر بن الخطاب أن لا يورث المرأة من دية زوجها شيئا حتى شهد له الضحاك بن سفيان أنه أتاه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم، فأخذ بقوله .

= يقول في الطاعون ؟ فقال أسامة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الطاعون رجز أرسل على طائفة من بني إسرائيل - أو : على من كان قبلكم - فإذا سمعتم به بأرض فلا تدخلوا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » ؛ قال محمد : هذا حديث معروف قد روى عن غير واحد ، فلا بأس إذا وقع بأرض أن لا يدخلوها اجتنابا له - اه ص ٣٩٦ . وأخرجه البخاري عن حفص بن عمر عن شعبة عن حبيب بن أبي ثابت عن إبراهيم بن سعد قال سمعت أسامة بن زيد يحدث سعدا - الحديث نحوه ص ٨٥٣ . وأخرج مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب إنما رجع بالناس عن حديث عبد الرحمن بن عوف - اه ص ٣٩٢ .

(١) قال في الخلاصة : ضحاك بن سفيان الكلبي أبو سعيد وإلى نجد ، صحابي ، له أربعة أحاديث ، وعندهم حديثه في توريث امرأة أشيم الضبابي ، وعنه ابن المسيب والحسن البصري - اه . ورمز له « عم » .

(٢) وفي « تورث » خطأ .

(٣) أشيم بوزن أحمد ، الضبابي بكسر المعجمة بعدها موحدة وبعد الأنف أخرى ، قتل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم مسلما فأمر الضحاك بن سفيان أن يورث امرأته من دية ، أخرجه أصحاب السنن من حديث الضحاك ، وأخرجه أبو يعلى من طريق مالك عن الزهري عن أنس قال : كان قتل أشيم خطأ ؛ وهو في الموطأ عن الزهري بغير ذكر أنس ، قال الدارقطني في الفرائب : وهو المحفوظ ؛ وروى أبو يعلى أيضا من حديث المغيرة بن شعبه أن النبي صلى الله عليه وسلم =

= كتب إلى الضحاك أن يورث امرأة أشيم من دية زوجها، ورواه ابن شاهين من طريق ابن إسحاق: حدثني الزهري قال حدثت عن المغيرة أنه قال: حدثت عمر بن الخطاب بقصة أشيم فقال: لتأتيني على هذا بما أعرف، فنشدت الناس في الموسم، فأقبل رجل يقال له زرارة بن جزء فحدثه عن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك - انتهى ما في الإصابة ١/ ٥١ .

(٤) أى فأخذ عمر بقول الضحاك. أخرجه مؤلف الكتاب في موطنه: أخبرنا مالك أخبرنا ابن شهاب أن عمر بن الخطاب نشد الناس بمنى: من كان عنده علم في الدية أن يحضرنى به! فقام الضحاك بن سفيان فقال: كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أشيم الضبابي أن ورث امرأته من دية، فقال عمر: ادخل الخباء حتى آتيك، فلما نزل أخبره الضحاك بن سفيان بذلك فقضى به عمر بن الخطاب؛ قال محمد: وبهذا نأخذ، لكل وارث في الدية والدم نصيب، امرأة كان الوارث أو زوجها أو غير ذلك، وهو قول أبي حنيفة والعامّة من فقهاءنا - اهـ باب الرجل يرث من دية امرأته والمرأة ترث من دية زوجها ص ٢٩٢. وفي نصب الراية: روى أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم؛ قلت: روى من حديث الضحاك بن سفيان ومن حديث المغيرة بن شعبة، فحديث الضحاك بن سفيان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه كان يقول: الدية للعاقلة، لا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً؛ حتى قال الضحاك بن سفيان: كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها؛ فرجع عمر - انتهى؛ أخرجه أبو داود والنسائي في الفرائض وابن ماجه في الديات والترمذي فيها وقال: حديث حسن صحيح؛ ورواه أحمد في مسنده: حدثنا سفيان به، ورواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: ما أرى الدية إلا للعصبة لأنهم يعقلون عنه فهل سمع أحد منكم من رسول الله =

= صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً؟ فقال الضحاك بن سفيان الكلابي وكان عليه السلام استعمله على الأعراب: كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أوث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها؛ فأخذ به عمر - انتهى؛ أخبرنا ابن جريج عن الزهري به وزاد: وكان قتل خطأ؛ ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في معجمه وابن راهويه في مسنده، وصحح عبد الحق في أحكامه هذا الحديث، وتعقبه ابن القطان في كتابه وقال: إن ابن المسيب لم يسمع من عمر إلا نفيه النعمان بن مقرن، ومن الناس من أنكروا سماعه منه البتة - انتهى؛ وأما حديث المغيرة فأخرجه الدارقطني في سننه عن محمد بن عبد الله الشعمي عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية - انتهى؛ وزفر بن وثيمة مجهول الحال - قاله ابن القطان، وتفرد عنه الشعمي، قال الذهبي: وثقه ابن معين وديلم، ثم أخرجه عن محمد بن عبد الله الشعمي عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة أن زراراً بن جزء قال لعمر بن الخطاب: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك بن سفيان أن يورث - الحديث؛ قال الدارقطني في كتابه المؤلف والمختلف: وزراراً بن جزء له صحبة، روى عنه المغيرة؛ قال: وهو بكسر الجيم، هكذا يعرف أصحاب الحديث، وأهل العربية يقولون بفتح الجيم - انتهى؛ وأخرجه الطبراني في معجمه عن محمد بن عبد الله الشعمي عن زفر بن وثيمة البصري عن المغيرة بن شعبة أن أسعد بن زراراً الأنصاري قال لعمر بن الخطاب: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك بن سفيان أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها - انتهى؛ قال الطبراني: وأسعد بن زراراً صحابي يكنى أبا أمامة، توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في السنة الأولى من الهجرة - انتهى ٢٥٢/٤. وروى ابن الأثير في ترجمة أشيم من أسد الغابة من طريق ابن المبارك عن مالك عن الزهري عن أنس قال: كان قتل أشيم خطأ، أخرجه أبو عمر وأبو موسى - اهـ ١/٩٩.

و بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم دحية الكلبي وحده إلى قيصر ملك الروم بكتابه يدعو^١ إلى الإسلام فكان حجة عليه^٢ . وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : كنت إذا لم أسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثني^٣ به غيره استحلقتني على ذلك ؛ وحدثني به أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، صدق أبو بكر ، فكل هذا قد قبل منه * شهادة رجل مسلم^٤ . ه

(١) وفي م « يدعو » وهو تصحيف « يدعو » .

(٢) قلت : حديث دعوة النبي صلى الله عليه وسلم هرقل معروف عند أئمة الحديث ، أخرجه البخاري في ابتداء صحيحه في باب كيف كان بدء الوحي عن أبي اليان الحكم ابن نافع عن شعيب عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن عباس أن أبا سفيان بن حرب أخبره في قصة طويلة مع هرقل ملك الروم ، وفيه : ثم دعا بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي بعثه مع دحية الكلبي - الحديث بطوله ص ٤ .

(٣) وفي م « يحدثني » تصحيف .

(٤) سقط لفظ « به » من ه .

(ه) سقط لفظ « منه » من ه .

(٦) حديث استحلاف علي من روى له عن النبي صلى الله عليه وروايته عن أبي بكر الصديق معروف عند أئمة الفن ، رواه أحمد في مسند أبي بكر في ابتداء مسنده : حدثنا وكيع قال حدثنا مسعر وسفيان بن عثمان بن المغيرة الثقفي عن علي بن ربيعة الوائلي عن أسماء بن الحكم الفزاري عن علي قال : كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثاً نفعتني الله بما شاء منه ، وإذا حدثني عنه غيري استحلقتني فإذا حلف لي صدقته ، وإن أبا بكر حدثني وصدق أبو بكر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما من رجل يذنب ذنباً فيتوضأ فيحسن =

و بلغنا أن نفرا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو طلحة كانوا يشربون شرابا لهم من الفضيق^١ فأتاهم آت فأخبرهم أن الخمر قد حُرمت، فقال أبو طلحة: يا أنس قم! إلى هذه الجرار فاكسرها، فقامت إليها فكسرتها حتى اهراق ما فيها^٢. والحجج في هذا كثيرة.

= الوضوء - قال مسعر: فيصلى، وقال سفيان: ثم يصلى - ركعتين فيستغفر الله عز وجل إلا غفر له - ٢/١ من تصحيح الشيخ أحمد شاكر طبع دار المعارف بمصر. قال المرخسي في شرح هذا القول في شرح المختصر الكافي ١٠/١٦٧: وهذا مذهب تفرد به على رضى الله عنه فإنه كان يحلف الشاهد، ويحلف المدعى مع البيعة، ويحلف الراوى ولم يتبع ذلك، فكأنه كان يقول: إن خبره يصير مزكى بيمينه كالشهادات في باب اللعان من كل واحد من الزوجين حتى تصير مزكاة باليمين، ومن لم يعصم عن الكذب لا يكون خبره حجة ما لم يصير مزكى بيمينه، إلا أبو بكر رضى الله عنه فإن تسمية رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه «الصديق» كاف في جعل خبره مزكى، ولستأنا نأخذ بهذا القول لأن الله تعالى أمرنا باستشهاد شاهدين وطلب العدالة في الشهود، فاشتراط اليمين مع ذلك زيادة على ما في الكتاب، وقد وقعت الدعاوى والخصومات في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل أنه حلف أحدا من الشهود ولا حلف المدعى مع البيعة، ولا يجوز أن يقال: إنهم قد تركوا نقله، لأن هذا لا يظن بهم خصوصا فيما تنم البلوى فقد نقلوا كل ما دق وجل من أقواله وأفعاله - اهـ.

(١) وفي هـ، م «فمنهم» وفي شرح المختصر «منهم».

(٢) الفضيق شراب يتخذ من البسر - كذا في المغرب ٢/٩٨.

(٣) سقط «قد» من م.

(٤) أخرجه المؤلف في باب تحريم الخمر وما يكره من الأشرية من موطنه =

محمد قال : أخبرنا حازم بن إبراهيم البجلي عن سماك بن

ص ٣١٢ : أخبرنا مالك أخبرنا إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة الأنصاري عن أنس بن مالك أنه قال : كنت أسمى أبا عبيدة بن الجراح و أبا طلحة الأنصاري و أبي بن كعب شرابا من فضيخ و تمر فأتاهم أت فقال : إن الخمر قد حرمت ! فقال أبو طلحة : يا أنس قم إلى هذه الحرارة فاكسرها ! فقامت إلى مهراس لنا فضربت بها بأسفله حتى تكسرت ؛ قال محمد : النقيع عندنا مكروه . ولا ينبغي أن يشرب من البسر والزبيب والتمر جميعا ، وهو قول أبي حنيفة ، إذا كان شديد السكر - اهـ . وأخرجه البخاري في صحيحه في باب نزل تحريم الخمر وهي من البسر والتمر من كتاب الأشربة ص ٨٣٦ : حدثنا إسماعيل بن عبد الله قال حدثني مالك بن أنس عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك قال : كنت أسمى أبا عبيدة و أبا طلحة و أبي بن كعب من فضيخ زهو و تمر فأتاهم أت فقال : إن الخمر قد حرمت ! فقال أبو طلحة : نعم يا أنس فأهرقتها ، فأهرقتها - اهـ . قال السرخسي في شرح المختصر : و أولم يكن خبر الواحد حجة ما وسعهم ذلك لما فيه من إضاعة المال ، و أولم يكسر الحرارة أن الخمر كانت تشرب فيها فلا تصلح للانتفاع بها بوجه آخر ، و كان ذلك لإظهار الانقياد و تحقيق الإلزام عن العادة المألوفة ، و على هذا يحمل ما روى أن النبي صلى الله عليه و سلم أمر بكسر الدنان و شق الروايا - اهـ ص ١٦٧ .

(١) ذكره في لسان الميزان فقال : حازم بن إبراهيم البجلي ، مصري ، عن سماك ابن حرب ، ذكره ابن عدى فساق له أحاديث و لم يذكر لأحد فيه قولا ولا مطعنا ، ثم قال : أرجو أنه لا بأس به - انتهى ؛ و ذكر ابن أبي حاتم أنه روى عنه حماد بن زيد و سلم بن قتيبة و لم يذكر فيه جرحا ، و ذكره البخاري ، و ذكره ابن حبان في الثقات ، و ذكره الطوسي و علي بن الحكم ، كان ثقة كثير العبادة - اهـ ١ / ١٦١ . قلت : يا ليت شعري فما الباعث في ذكره في الضعفاء و المجاهيل ! و إلى الله المشتكى .

حرب ١ عن عكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة أعرابي وحده على رؤية هلال شهر رمضان ، قدم المدينة فأخبرهم أنه قد رآه فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصوموا بشهادته .

محمد قال أخبرنا وكيع عن سفيان الثوري عن سماك بن حرب عن عكرمة أن أعرابيا شهد عند رسول الله ٢ صلى الله عليه وسلم في رؤية الهلال فقال : تشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ؟ فقال : نعم ، فأمر الناس فصاموا ٣ ؛ فهذا مما يدل على أن شهادة الواحد في (١) سماك بن حرب من رجال التهذيب ، من الأعلام ، روى له الخمسة والبخارى تعليقا .

(٢) وفي « عند النبي » .

(٣) أخرج أبو داود الحديث فقال : حدثنا محمد بن بكر بن الريان نا الوليد يعني ابن أبي نرود (ح) وحدثنا الحسن بن علي نا الحسين الجعفي عن زائدة المعنى عن سماك ابن حرب عن عكرمة عن ابن عباس قال : جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني رأيت الهلال - قال الحسن في حديثه : يعني رمضان - فقال : أتعهد أن لا إله إلا الله ؟ قال : نعم ، قال : أتعهد أن محمد رسول الله ؟ قال : نعم ، قال : يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا ؛ حدثنا موسى بن إسماعيل نا حماد عن سماك بن حرب عن عكرمة أنهم شكوا في هلال رمضان مرة فأرادوا أن لا يقوموا ولا يصوموا بخفاء أعرابي من الحيرة فشبه أنه رأى الهلال فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أتعهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ؟ قال : نعم ، وشهد أنه رأى الهلال ، فأمر بلالا فنادى في الناس أن يقوموا وأن يصوموا ؛ قال أبو داود : رواه جماعة عن سماك عن عكرمة مر - لا عن النبي صلى الله عليه وسلم =

الدين جائزة . ولا يقبل ' على هلال الفطر أقل من شهادة رجلين حرين
 = ولم يذكر القيام أحد إلا حماد بن سلمة - اه باب في شهادة الواحد على
 رؤية هلال رمضان ص ٢٧ - من السنن . قال الزيلعي في ٢/ ٤٤٣ من
 نصب الراية : أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن زائدة بن قدامة عن سماك عن
 عكرمة عن ابن عباس - الحديث ، ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحهما
 والحاكم في المستدرک وقال : على شرط مسلم فانه احتج بسماك . والبخاري
 احتج بعكرمة ، ولفظ ابن خزيمة وابن حبان وابن ماجه « يا رسول الله انى
 رأيت هلال الليلة » وعند الدارقطني « جاء ليلة رمضان » وتابع زائدة على
 إسناده الوليد وحازم فرواه عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس ، لحديث
 الوليد عند أبي داود و الترمذی ، قال الترمذی : حديث ابن عباس فيه اختلاف
 وأكثر أصحاب سماك يروونه عنه عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم - لا ؛
 وحديث حازم عند الطبرانی و الدارقطني ، ورواه عن سماك أيضا حماد بن سلمة
 واختلاف عليه فأخرجه البيهقي عن موسى بن إسماعيل عنه مسندا ، ورواه أبو داود
 عن موسى بن إسماعيل به مرسلا ، ورواه عن سماك أيضا سفيان واختلاف عليه
 أيضا فأخرجه النسائي في سننه عن الفضل بن موسى السنياني عن سفيان عن سماك
 به مسندا ، وعن ابن المبارك عن سفيان به مرسلا ، قال : وهذا أولى بالصواب
 لأن سماك كان يلقن فيتلقن ، وابن المبارك أثبت في سفيان من الفضل - انتهى ؛
 قال الحافظ محمد بن عبد الواحد : رواية زائدة وحازم بن إبراهيم البجلي مما يقوى رواية
 الفضل السنياني ، وقد رأيت ابن المبارك يروى كثيرا من حديث صحيح فيوقفه -
 انتهى ما نقلته من نصب الراية - تصرف مع التصريف والزيادة . (٤-٤) وفي م
 « على شهادة » سهو الناسخ .

(١) كذا في ز والمختصر ، وفي هـ « ولا تقبل » وفي ع م الحرف غير منقوض .

أو رجل وامرأتين، لأن هلال الفطر وإن كان من أمر الدين ففيه بعض المنفعة بفطر^٢ الناس وتركهم الصوم^٣ فذلك يجري مجرى الحكم، ولا يقبل فيه من الشهادة إلا ما يقبل في الأحكام. ولا يقبل في هلال شهر رمضان قول مسلم ولا مسلمين إذا كانوا ممن لا تجوز شهادته وممن يتهم، فأما عبد ثقة مسلم أو امرأة مسلمة ثقة حرة أو أمة أو رجل مسلم ثقة إلا أنه محدود في قذف فشهادته في ذلك جائزة^٥.

(١) وفي م «أو شهادة».

(٢) وفي م «يفطر» وفي المختصر «لفطر».

(٣) وفي م «للصوم».

(٤-٤) وفي م «هلال رمضان».

(٥) قال السرخسي في شرح المسألة: والكلام في هذا الفصل قد بيناه في كتاب الصوم، وذكر ابن سماعة في نوادره قال: قلت لمحمد: فإذا قبلت شهادة الواحد في هلال رمضان وأمرت بالصوم ثلاثين يوماً ولم يروا الهلال أليس هم يفطرون بشهادة الواحد؟ فقال: لا أتهم المسلم بتبديل يوم مكان يوم؛ ويمكن أن يجاب عن هذا فيقال: الفطر غير ثابت بشهادة وإن كانت تفضي إليه شهادته، كما لو شهددت القابلة بالنسب ثبت استحقاق الميراث ولا يستحق المال بشهادة القابلة، وهذا على قول محمد، فأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يفطرون وإن صاموا ثلاثين يوماً إذا لم يروا الهلال؛ قال الحاكم: وهلال الأخصى كهلال الفطر، ذكره في كتاب الشهادات، وفي النوادر عن أبي حنيفة أن الشهادة على هلال الأخصى كالشهادة على هلال رمضان لما يتعلق به أمر ديني وهو ظهور وقت الحاج وذلك حق الله تعالى، فأما في ظاهر الرواية قال (هذا في معنى هلال =

وإن كان الذي شهد بذلك في المصّر ولا علة في السماء فشهد على ذلك لم تقبل شهادته ، لأن الذي يقع في القلب من ذلك أنه باطل . فان كان في السماء علة من سحاب فأخبره أنه رآه من خلل السحاب = (الفطر لأن فيه منفعة الناس) هنا من حيث التوسع بلحوم الأضاحي في اليوم العاشر كما في هلال الفطر (ولا يقبل في هلال رمضان قول مسلم ولا مسلمين ممن لا تجوز شهادتهم للتهمة) لما بينا أن خبر الفاسق في أمر الدين غير ملزم ، وذكر الطحاوي أن شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان مقبول عدلا كان أو غير عدل ؛ قيل : المراد بقوله « غير عدل » أن يكون مستورا فيكون موافقا لرواية الحسن عن أبي حنيفة في المستور ، وقيل : بل مراده الفاسق ، ووجه هذه الرواية أن التهمة منتفية عن خبره هذا لأنه يلزمه من الصوم ما يلزم غيره (فاما عبد مسلم ثقة أو أمة مسلمة أو امرأة مسلمة حرة فشهادتهم في ذلك جائزة) لأن في الخبر الديني الذكور والإناث والأحرار والمماليك سواء (وكذلك إن شهد واحد على شهادة واحد) وبهذا تبين أنه خبر لا شهادة حتى لا يشترط فيه لفظ « الشهادة » ؛ وذكر (أنه إذا كان محدودا في قذف قد حسنت توبته فشهادته جائزة) أيضا ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن شهادته لا تقبل لأنه محكوم بكذبه ، وإذا كانت شهادة المتهم بالكذب لا تقبل هنا فالمحكوم بالكذب أولى ؛ ووجه هذه الرواية أن خبر المحدود في أمر الدين مقبول ، ألا ترى أن أبا بكره بعد ما أقيم عليه حد القذف كانت تعتمد روايته ! وهذا لأن رد شهادته لحق القذوف وهو دفع العار عنه باهدار قوله ، وذلك في الأحكام التي يتعلق بها حقوق العباد وينعدم هذا المعنى في أمور الدين فكان المحدود فيه كغيره - ١٦٧ ص ١٦٨ .

(١) وفي زعم ولا في علة « خطأ .

أوجاء من مكان آخر فأخبره بذلك وهو ثقة فينبغي للسليمان أن يصوموا بشهادته .

باب الشهادة في الرضاع

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت امرأة مسلمة ثقة أوجاء رجل مسلم حر ثقة فأخبره أنها أرضعت من لبن امرأة واحدة فأحب إلى أن يتزوجه عنها . يطلقها ويعطيها نصف صداق إن لم يكن دخل بها . والصداق كله إن كان دخل بها . وأحب إلى لها أن لا تأخذ منه صداقا وأن (١) يقول (فإذا كان الذي شهد بذلك في النصر ولا علة في السب) من ذلك (لا تقبل شهادته ، لأن الذي يقع في القلب من ذلك أنه باطل ، وقد بينا في كتاب الصوم أقاويل العلماء في هذا الفصل ، وعن أبي يوسف أنه اعتبر فيه عدد الجنتين على قياس الإيمان في القسامة ، وفيما ذكر هناك إشارة إلى أنه إذا جاء من خارج المصر فانه تقبل شهادته ، فقد ذكر بعد هذا أيضا (أوجاء من مكان آخر وأخبر بذلك) وهكذا ذكره الطحاوي في كتابه لأنه يتفق من الرؤية في الصحاري ما لا يتفق في الأمصار لما فيها من كثرة الغبار . وكذلك إن كان في المصر على موضع مرتفع فقد يتفق له الرؤية ما لا يتفق لمن هو دونه في الموقف - انتهى ما قاله امرئ القيس في شرح المختصر ص ٨ - ١ .

(٢) كذا في هـ ، وفي بقية الأصول « المرأة » .

(٣) وفي هـ « المرأة » .

(٤) سقط لفظ « مسلم » من هـ .

(٥) وفي هـ « كها » خطأ .

(٦) سقط لفظ « لها » من هـ .

تنزه^١ منه إن كان لم يدخل بها . وإن قاما^٢ على نكاحهما لم يحرم ذلك عليها ، ولكن الأفضل أن^٣ يتنزه^٤ عن ذلك .

وكذلك الرجل يشترى الجارية فيخبره رجل عدل ثقة أنها حرة الابوين أو أنها^٥ أخته من الرضاعة فإن تنزه عن وطئها فهو أفضل ، وإن لم يفعل فذلك له واسع .

محمد قال أخبرنا عمر بن سعيد^٦ بن أبي حسين عن ابن أبي مليكة^٧

(١) وفي « يتنزه » .

(٢) وفي « وإذا قاما » .

(٣) سقط لفظ « أن » من « .

(٤) وفي « يتنزه » .

(٥) سقط لفظ « أنها » من « .

(٦) وكان في الأصول « محمد بن أبي سعيد » صحف عمر بمحمد وهما متقاربان في الخط يصحف أحدهما بالآخر ، « وأبي سعيد » تحريف ، والصواب « سعيد » وهو عمر بن سعيد بن أبي حسين النوفلي المكي ، روى عن ابن أبي مليكة والقاسم ابن محمد بن أبي بكر الصديق وابنه عبد الرحمن بن القاسم وعطاء بن أبي رباح وطاوس وعمر بن شعيب وعبد الرحمن بن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعثمان بن أبي سليمان بن جبير بن مطعم ومحمد بن المنكدر وجماعهم وعنه الثوري وهب بن خالد وابن المبارك وعيسى بن يونس ويحيى القطان وأبو أحمد الزبيرى وروح بن عباد وعبد الله بن داود الخريبي وأبو عاصم النبيل وآخرون ، روى له الستة إلا أبا داود فإنه روى له في المراسيل ؛ قال أحمد : مكي قرشي من أمثل ما يكتبون عنه - راجع تهذيب التهذيب وغيره من كتب الرجال .

(٧) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن جدعان بن عمرو بن كعب =

أن عقبه بن الحارث^١ تزوج ابنة أبي إهاب^٢ التميمي فجاءت امرأة

= ابن سعد بن تيم بن مرة ، أبو بكر ويقال أبو محمد ، التميمي المكي ، كان قاضيا لابن الزبير ومؤذنا له ، روى عن العبادلة الأربعة وعبد الله بن جعفر وعبد الله بن السائب المخزومي والمصور بن محزمة وأبي مخذولة وأسماء وعائشة وأم سلمة وعقبه بن الحارث وطلحة بن عبيد الله - وقيل : لم يسمع منه - وعثمان بن عفان وذكوان مولى عائشة وحميد بن عبد الرحمن بن عوف والقاسم ابن محمد وعباد بن عبد الله بن الزبير وعروة بن الزبير وعلقمة بن وقاص وعبيد الله ابن أبي يزيد ومات قبله وجماعة ، روى عنه ابنه يحيى وابن أخته عبد الرحمن بن أبي بكر وعطاء بن أبي رباح وهو من أقرانه وحميد الطويل وعبد العزيز بن رفيع وعمر بن دينار وأيوب وجرير بن حازم وحبيب بن الشهيد وعبد الله بن عثمان بن خثيم وابن جريج وعمر بن سعيد بن أبي حسين وأبو هلال الراسي والليث ، روى له الستة ، مات سنة ١٧٠ . ويقال : سنة ١٨٠ وكذا أرخه ابن قانع - من التهذيب . قلت : وكان في الأصل «عن أبي مليكة» سقط منه لفظ «ابن» بسهو الناسخ ، وفي البقية «ابن أبي مليكة» .

(١) هو عقبه بن الحارث بن عامر بن نوفل . أبو سروة - بكسر المهملة الأولى - المكي ، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه ، له أحاديث ، تفرد له (خ) بثلاثة ، وعنه إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وابن أبي مليكة ، روى له البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي - كذا في الخلاصة .

(٢) أبو إهاب بن عزيز - بفتح العين - بن قيس بن سويد بن ربيعة بن زيد بن عبد الله بن دارم التميمي الدارمي ، حليف بني نوفل بن عبد مناف ، قدم أبوه مكة لخالفهم وتزوج منهم فاختة بنت عمرو بن نوفل فأولدها أبا إهاب فتزوج عقبه بن عامر بنته أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : أرضعتكما - الحديث في الصحيح ، وذكره جعفر المستنفر في الصحابة ، وأخرج الفاكهي =

سوداء فأخبرته أنها أرضعتها جميعا فأثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال له ' رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كيف وقد قيل ١٢ » قال محمد : فلو كان هذا حراما لفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم

= في كتاب مكة من طريق سفیان أنه سمع بعض أهل مكة يذكر أن أبا إهاب المذكور أول من صلى عليه في المسجد الحرام لما مات - اه من الإصابة ١١/٧ - ١١٢ - قلت : وكان في ع ، ز ، م « ابن أبي إهاب » والصواب ما في ه « أبي إهاب » . (١) سقط لفظ « له » من ه .

(٢) كذا في الأصول الثلاثة ، وفي م قوله « كيف وقد قيل » مكرر وهو من سهو النسخ . قلت : هذا الحديث رواه البخاري عن ابن المديني عن ابن علي عن أيوب السخيتاني عن ابن أبي مليكة عن عبيد بن أبي مریم عن عقبة بن الحارث قال : وقد سمعته من عقبة ولكنني لحديث عبيد أحفظ ، قال : تزوجت امرأة بلقاء ثنا امرأة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ! فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان بلقاء امرأة سوداء فقالت لي « إني قد أرضعتكما » وهي كاذبة ! فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه قلت : إنها كاذبة ، قال : كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ! دعها عنك ؛ وأشار إسماعيل بإصبعه السبابة والوسطى يحكي أيوب - اه باب شهادة المرضعة من كتاب النكاح ص ٧٦٤ . و رواه البيهقي في سننه الكبرى باب شهادة النساء في الرضاع من طريق محمد بن كثير عن سفیان الثوري عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين عن ابن أبي مليكة عن عقبة بن الحارث - الحديث ، وفيه : فذكر ذلك له فأعرض وتبسم النبي صلى الله عليه وسلم وقال : وكيف وقد قيل ! قال : و رواه البخاري في الصحيح عن محمد بن كثير ، و روى من طريق ابن علي عن أيوب عن ابن أبي مليكة عن عبيد بن أبي مریم عن عقبة - الحديث ؛ قال : رواه البخاري في الصحيح عن علي بن عبد الله عن إسماعيل ، و رواه من طريق الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد =

= عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عقبة أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب بجماءات أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عني فتبعيت ثم ذكرته له فقال: كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما! فنهاه عنها؛ قال: لفظ حديث يحيى بن سعيد رواه البخاري في الصحيح عن أبي عاصم وعن علي بن عبد الله عن يحيى هكذا مدرجا، ورواه من طريق الإمام الشافعي عن عبد الحميد عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عقبة نحوه ثم قال: قال الشافعي: إعراضه صلى الله عليه وسلم يشبه أن يكون لم يرها شهادة تلزمه، وقوله: كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما يشبه أن يكون كره له أن يقيم معها وقد قيل له إنها أخته من الرضاعة، وهذا معنى ما قلنا من أن يتركها ورعا لاحكام - اهـ ٤٦٣/٧ . وأخرجه الدارمي في باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع من كتاب النكاح ١٥٧/٢ من سننه طبع دمشق: حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة قال حدثني عقبة بن الحارث - ثم قال: لم يحدثني ولكن سمعته يحدث القوم: تزوجت بنت أبي إهاب بجماءات أمة سوداء فقالت: إني أرضعتكما، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فأعرض عني؛ قال أبو عاصم: قال في الثالثة أو الرابعة قال «كيف وقد قيل» ونهاه عنها؛ قال أبو عاصم: وقال عمرو بن سعيد بن أبي حسين عن ابن أبي مليكة: «كيف وقد قيل» ولم يقل: نهاه عنها؛ قال أبو محمد: كذا عندنا - اهـ ص ١٥٨ . قلت: كذا في نسخ السنن والصواب «عمر بن سعيد» كما مر، أما «عمرو» فهو تصحيف. وأخرجه الدارقطني في سننه ص ٤٩٩ عن أبي بكر النيسابوري عن محمد بن يحيى عن أبي عاصم عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة نحوه ما رواه البخاري في كتاب النكاح؛ (قال الدارقطني) حدثنا أبو بكر النيسابوري نا محمد بن يحيى نا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عقبة بن الحارث، قال أبو عاصم وأخبرني عمر بن سعيد وأخبرني محمد بن سليم وأخبرني أبو عامر الخزاز؛ وهذا حديث ابن جريج، قال: تزوجت ابنة أبي إهاب - وساق الحديث؛ اهـ ص ٥٠٠؛ ورواه الترمذي من =

بينهما ، ولكنه أحب أن يتزوه بقوله : « كيف وقد قيل » . .

= طريق أيوب عن ابن أبي مليكة نحو ما رواه البخارى ثم قال : حديث عقبة حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، أحازوا شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، وقال ابن عباس : تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع وتؤخذ يمينها ، وبه يقول أحمد وإسحاق ، وقال بعض أهل العلم : لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع حتى يكون أكثر ، وهو قول الشافعي ؛ قال الترمذى : سمعت الجارود بن معاذ يقول سمعت وكيعا يقول : لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع في الحكم ، ويفارقها في الورع - اهـ باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ص ١٨٥ . ورواه أبو داود في الشهادات ٢ / ١٥١ من طريق حماد بن زيد والطارث بن عمير البصرى وإسماعيل بن علية عن أيوب عن ابن أبي مليكة الحديث نحو الذى رواه البخارى .

(١) قال السرخسى في شرح الحديث : هذا القدر ذكره مجد ، وأهل الحديث يروون « ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما » فهو حجة مالك ، وحجتنا في ذلك حديث عكرمة بن خالد (الآتى بعد ذلك) قال عمر رضى الله عنه : لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين ؛ ولأن هذه شهادة تقوم لإبطال الملك ولا تتم الحجة فيه إلا بشاهدين ، كالعتق والطلاق ، فأما الحديث ففيه إشارة إلى التنزه بقوله « كيف وقد قيل » ولو ثبتت الحرمة بخبرها لما أشار إلى التنزه بهذا اللفظ ، والزيادة التى يروونها أهل الحديث لم تثبت عندنا ، والدليل على ضعفه ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت بنت أبي إهاب بثلاث امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها بثلاث من الغد تشهد على الرضاع ، ومثل هذه الشهادة تكون من ضعف فلا تتم الحجة بها ، فأما بيان وجه التنزه بها أن الخبر إذا كان ثقة فالذى يقع في قلوب السامعين أنه صادق فيه فصحتها تريبه ومفارقة لا تريبه ، ولو =

محمد قال أخبرنا محمد عن أبي كدينة ٢ البجلي عن الحجاج بن

= أمسكها ربما يظن فيه أحد ويتهمه ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن موافق التهم » وقال صلى الله عليه وسلم : إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك اعتذاره ، فليس كل سامع فكرا تطيق أن توسعه عذرا ؛ ولأن يدع وطأ حلالا خير له من أن يقدم على وطئ حرام ، ولكن ينبغي أن يطلقها لأنها منكوحته في الحكم ، فإذا لم يطلقها لا تقدر على التزوج بغيره فتبقى معلقة ، ثم يعطيها نصف الصداق بعد الطلاق إن لم يكن دحل بها لأنها استوجبت في الحكم ذلك عليه فلا ينبغي له أن يمنعها بنظره لنفسه ، والمستحب لها أن لا تأخذ شيئا إن كانت لم يدخل بها لجواز أن يكون الخبر صادقا والنيكاح لم ينعقد بينهما ، وإن كان دخل بها فلا بأس بأن تأخذ مقدار مهر مثاها بما استحلت من فرجها ، وينبغي أن لا تأخذ الزيادة على ذلك إلى تمام المسمى ولكن تبرئه عن ذلك لأنه حق مستحق لها في الحكم فلا يسقط إلا باسقاطها ، ولا يبعد أن يندب كل واحد منهما إلى ما قلنا ، كما أن الله تعالى أثبت نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ثم ندب كل واحد من الزوجين إلى العفو - اه من شرح المختصر ١٠ / ١٦٩ - ١٧٠ .

(١) قوله « محمد قال أخبرنا محمد » كذا في الأصول ، ولعل الأول راوى الكتاب ، وإلا فهو مكرر كرهه الناسخ - والله أعلم ؛ لأن المؤلف يروى عن أبي كدينة من غير واسطة .

(٢) كذا في الهندية وهو الصواب ، وفي بقية الأصول « عن ابن أبي » تحريف ، لفظ « ابن » زاده الناسخ سهوا .

(٣) وفي الهندية « كرية » تصحيف ، والصواب « كدينة » كما في بقية الأصول وهو يحيى بن المهلب أبو كدينة البجلي الكوفي من رجال التهذيب ، روى له البخاري والترمذي والنسائي ، روى عن سليمان التيمي وحسين بن عبد الرحمن =

أرطاة عن عكرمة بن خالد المخزومي^١ قال قال عمر بن الخطاب : لا يقبل^٢

= وقابوس بن أبي طبيان ومطرف بن طريف وليث بن أبي سليم وسهيل بن أبي صالح وعطاء بن السائب ومغيرة بن مقسم وغيرهم ، وعنه الأسود بن عاصم شاذان وأبو أحمد الزبيري وأبو جعفر محمد بن الصلت وأبو أسامة وأبو نعيم وآخرون ، قال ابن معين وأبو داود والعجلي : ثقة - راجع التهذيب ؛ . وكدينة بضم الكاف مصغر - كما في الخلاصة .

(١) قلت : الحجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعي الكوفي ، قاضي البصرة ، أحد الأعلام ، روى عن يحيى بن أبي كثير ولم يسمع منه وعن الشعبي وعطاء وعكرمة . وعنه منصور بن المعتمر شيخه وشعبة وعبد الرزاق وخلق ، قال أبو حاتم : إذا قال « حدثنا » فهو صالح لا يرتاب في حفظه وصدقه ، قال ابن معين : صدوق يدلّس ، روى له الأربعة ومسلم مقرونا بغيره والبخاري في الأدب المفرد - اهـ من الخلاصة . وأما عكرمة بن خالد فهو ابن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومي القرشي ، روى عن أبيه وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وأبي الطفيل ومالك بن أوس وسعيد بن جبير وغير واحد ، قال أبو زرعة : عكرمة بن خالد عن عثمان مرس ، وقال ابن أبي حاتم : قال أحمد بن حنبل : لم يسمع من عمر وسمع من ابنه ، روى له الستة إلا ابن ماجه ، روى عنه أيوب وابن جريج وعبد الله بن طاوس وعبد الله بن عطاء المكي وحنظلة بن أبي سفيان وعباد بن منصور وقنادة وابن إسحاق وعطاء بن عجلان ومطر الوراق ويونس ابن القاسم الحنفي وحامد بن سلمة وآخرون ، وثقه البخاري ، وقال ابن سبعة : كان ثقة - من تهذيب التهذيب .

(٢) كذا في ز . وفي هـ « لا تقبل » وفي ع ، م غير منقوط .

على الرضاع أقل من شاهدين^١. قال محمد: فبهذا نأخذ. فان قال قائل: فمن أين افرق هذا وما وصفت قبله من الوضوء والطعام والشراب؟ قيل له: لا يشبه هذا الوضوء والطعام والشراب، لأن الطعام والشراب والوضوء يحل بغير ملك بملكه^٢ صاحبه. ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل: كل طعامي هذا؛ أو: توضع بمانئ هذا؛^٣ أو: اشرب؛ شرابي هذا؛ وسعه أن يفعل ذلك بغير بيع ولا هبة ولا صدقة.

ولو أن رجلاً قال لرجل: طأ جاريق هذه فقد أذنت لك في ذلك، أو قالت له امرأة حرة مسلمة: قد أذنت لك في وطئ، لم يحل له الوطء باذنها حتى يتزوج الحرة أو يشتري الأمة أو توهب له أو يصدق بها عليه. ١٠. أفلا ترى أن الفرج لا يحل له إلا بتزوج^٤ أو بملك المملوكة فلا ينقض النكاح ولا الشراء ولا الهبة ولا الصدقة بقول رجل واحد ولا بقول

(١) أخرج البيهقي في باب شهادة النساء في الرضاع ٧/ ٣-٤ من سننه من طريق سعيد بن منصور نا هـ شيم أنا ابن أبي ليلى والحجاج عن عكرمة بن خالد المخزومي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى في امرأة شهدت على رجل وامرأته أنها أرضعتها، فقال: لا حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان - اهـ.

(٢) سقط لفظ «له» من هـ.

(٣) وفي هـ، م «يملك».

(٤-٤) كذا في الأصول، وفي هـ «واشرب».

(٥) وفي ز «أذنت».

(٦) وفي هـ «تصدق» وفي م غير منقوط.

(٧) وفي هـ «بزوج» تصحيف.

امراة واحدة ، فاذا كان النكاح و الملك لا يتقضان بذلك او إنما حل
الفرج بهما ولو لا هما ما حل الفرج و الفرج على حاله حتى يتنقض
الذى به حل الفرج ' و لا يتنقض إلا بشهادة رجلين عدلين أو بشهادة رجل
وامرأتين فكذلك لا يحرم الفرج إلا بما يتنقض به النكاح و الملك .
وكذلك كل أمر ' لا يحل ٣ إلا بملك أو نكاح فانه لا يحرم بشئ . ه
حتى يتنقض النكاح و الملك ، و لا يكون الرجل الواحد المسلم و لا المرأة
في ذلك حجة ، لأنه إنما حل من وجه الحكم و لا يحرم إلا من الوجه
الذى حل به منه .

ألا ترى أن عقدة النكاح و عقدة الملك لا ينقضهما في الحكم
إلا رجلان أو رجل و امرأتان ! فان كان الذى يحل بذلك لا يحل إلا به ١٠
لم يحرم حتى يتنقض الذى به حل ' ، كل أمر يحل بغير نكاح و لا ملك
إنما يحل بالإذن فيه فأخبر رجل مسلم ثقة أنه حرام فهو عندنا حجة في
ذلك ؛ و لا ينبغي أن يؤكل و لا يشرب و لا يتوضأ منه .
ولو أن رجلا مسلما اشترى لحما فلما قبضه أخبره رجل مسلم ثقة
أنه ذبيحة مجوسى لم ينبغ له أن يأكله و لا يطعمه غيره* ، و لا ينبغي له ١٥

(١-١) من قوله « و إنما حل ... » ساقط من ه .

(٢) كذا في الأصول ، وفي ه و المختصر « كل امرأة » .

(٣) كذا في الأصول ، وفي ه « لا تحل » .

(٤) وفي م « حل به » .

(ه) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها في نفقائه : أتطمعين

مالا تأكلين - قاله السرخسي ص ١٧١ .

أن يرده على صاحبه ولا يستحل منع البائع ثمنه، لأن نقض الملك فيه لا يجوز بقول^١ واحد ومنع الثمن لا يجوز بقول واحد، ولا ينبغي له أن ينتقض^٢ ملكا ولا يمنع ثمنه بقول رجل واحد. فان قال قائل: كيف كرهت له أكله أو بيعه وإنما حل بالملك كما حلت الجارية بالشراء^٣؟ قيل له: إن حل ملك هذا بالإذن في أكله وشربه والوضوء به فليس بالملك حل ذلك منه؛ ألا ترى أن صاحبه لو أذن في ذلك بغير بيع^٤ حل له ما لم يعلم أنه حرام^٥ فلما ملكه كان كأنه أذن له فيه، ولا يشبه هذا ما لا يحل إلا بالنكاح والملك. ألا ترى أن الذي اشتراه لو قال له رجل مسلم ثقة قبل أن يشتريه إنه ذبيحة مجوسى وقد أذن له صاحبه^٦ في أكله لم يحل له أن يأكله، فان اشتراه كان على الحال التي كان عليها قبل الشراء، فلا ينبغي له أن يأكله ولا يطعمه، لأنه قد كان مكروها له أن يأكله قبل الشراء وقد أذن له فيه، فكذلك يكره ذلك له بعد ملكه إياه.

وكذلك الميراث والوصية في جميع ما وصفت لك بمنزلة الشراء^٧ والهبة والصدقة^٨ والوطئ^٩ والأكل^{١٠} والشرب وغير ذلك.

(١) وفي ز « لقول ».

(٢) وفي ه « ينتقض ».

(٣) وفي ه، م « بالشراء ».

(٤) وفي ه « مع » والصواب « بيع » كما في بقية الأصول.

(٥) وفي م « إن أكله حرام » وليس بشيء.

(٦-٧) وفي ه « والأكل والوطئ ».

ولو أن رجلا اشترى من رجل طعاما أو اشترى جارية وقبض ذلك أو ورث ذلك ١ ميراثا أو أوصى ٢ له به أو وهب ٣ له أو تصدق به عليه فأتاه رجل مسلم ثقة فشهد عنده أن هذا لفلان بن فلان غصبه منه البائع أو الميت أو المتصدق أو الواهب، فأحب إلينا أن يتنزه عن أكله وشربه والوضوء منه ولباسه ووطئ الجارية، وإن لم يتنزه عن هـ شيء من ذلك كان في سعة ٤، وكان التنزه أفضل.

وكذلك لو أن طعاما أو شرابا أو وضوءا في يد رجل أذن له فيه صاحبه وأخبره أنه له فقال له رجل آخر مسلم ثقة: إن هذا الذي في يده ٥ هذا الطعام والشراب والوضوء غصبه من رجل وأخذه منه ظلما وإن الذي في يده ذلك يكذبه ويزعم أنه له، وهو متهم غير ثقة فأحب ١٠ إلينا أن يتنزه عن ذلك الذي أذن له فيه، وإن أكل أو شرب أو توضأ كان في سعة من ذلك، وإن لم يجد وضوءا غيره فهو في سعة وإن

(١) سقط لفظ «ذلك» من هـ.

(٢) وفي م «أوصى».

(٣) كذا في هـ، م؛ وفي ع، ز «وهبت».

(٤) قال السرخسي في شرح المختصر في قوله (فهو في سعة من ذلك): لأن الخبر هنا لم يخبر بحرمة العين، وإنما أخبر أن من تملك من جهته لم يكن مالكا، وهو مكذب في هذا الخبر شرعا فإن الشرع جعل صاحب اليد مالكا باعتبار يده ٥ ولهذا لو نازعه فيه غيره كان القول قوله - اهـ ص ١٧١. وفي ز «وسعه» مكان «في سعة».

(٥) سقط لفظ «يده» من هـ.

توضاً ولم يقيم^١، ولا يشبه هذا في الطعام والشراب والوضوء الذي وصفت لك قبله من ذبيحة المجوسى ومن الشراب الذى خالطه الخمر ومن الوضوء الذى خالطه القذر، لأن هذا إنما ذكر الشاهد أنه مغضوب ولم يذكر أنه حرام من قبل نفسه، إنما ذكر أنه حرام لأن الذى كان فى يديه لا يملكه وهو عندنا فى الحكم للذى هو^٢ فى يديه حتى^٣ يقوم شاهداً عدل^٤ أنه لغيره، فإذا حكمنا بأنه للذى فى يده حل أكله وشربه والوضوء منه^٥، وإن الذى ذكرت لك من ذبيحة المجوسى والشراب إنما أخبر عنه الرجل المسلم الثقة أنه حرم^٦ من قبل نفسه لما خالطه من الحرام، وهذا يبين لك أن ما كان من أمر الدين الواحد فيه حجة، وأخذ الطعام والشراب والوضوء من يدي الذى هو فى يديه حتى يصير كغيره حكم^٧، ولا ينبغي أن يحكم بشهادة واحد وإن كان عدلاً^٨.

(١) كذا فى الأصول، ولعل الصواب «فهو فى سعة أن يتوضأ ولم يقيم». وفى المختصر وشرحه للسرخسى: وإن لم يتزه كلف فى سعة وفى الماء إذا لم يجد وضوءاً غيره توضأ به ولم يقيم) لأن الشرع جعل القول قول ذى اليد فيما فى يده - اهـ ص ١٧٢.

(٢) سقط لفظ «هو» من هـ.

(٣-٣) فى هـ «يقيم شاهداً عدلاً».

(٤) سقط لفظ «منه» من هـ.

(٥) وفى هـ «حرام».

(٦) وفى هـ «لغيره حكم».

(٧) قال السرخسى فى شرح المختصر: بخلاف ما سبق لأن هناك الخبر إنما أخبر=

ولو أن رجلا مسلما شهد عند رجل بأن هذه الجارية التي في يد فلاتن المقررة بالرق أمة لفلان غصبها منه ، و الذي في يده ' يحدد ذلك

= بملك الغير في المحل وخبره في هذا ليس بحجة ، وهناك أخبر بحرمة ثابتة في المحل لحق الشرع ، و خبر الواحد فيه حجة ، فان قيل : الحل والحرم ليس بصفة للحل حقيقة وإنما هو صفة للفعل الصادر من المخاطب وهو التناول وقد أخبره بحرمة التناول في الفصلين جميعا ! قلنا : هذا شيء توهمه بعض أصحابنا وهو غلط عظيم فاننا لو جعلنا الحرمة صفة للفعل حقيقة ثم توصف العين به مجازا كان مشروعا في المحل من وجه وذلك ممتنع بعد ثبوت حرمة الأمهات وحرمة الميتة بالنص ، ولكن نقول : الحرمة صفة العين حقيقة باعتبار أنه خرج شرعا من أن يكون محلا للفعل الحلال ، وكذلك حقيقة موجهة النفي والنسخ ، ثم ينتفى الفعل باعتبار انعدام المحل لأن الفعل لا يتصور إلا في المحل ، كالتقتل لا يتصور في الميت ، وكان هذا إقامة العين مقام الفعل في أن صفة الحرمة تثبت له حقيقة ، ويتضح ذلك بالتأمل في مورد اسرع فان الله تعالى في مال النير نهى عن الأكل فانه قال تعالى "ولأنأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" الى قوله "لأنأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم" فعرفنا أن المحرم هو الأكل ؛ وفي الميتة قال تعالى "حرمت عليكم الميتة" فقد جعل الحرمة صفة للعين ، وكذلك قال "حرمت عليكم أمهاتكم" ولمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه ، وكذلك من حيث الأحكام من قال لامراته « انت على كالميتة » كان بمنزلة قوله « أنت على حرام » بخلاف ما لو قال « انت على كتاع فلان » ؛ فاذا قررر هذا قلنا : الحرمة الثابتة صفة للعين محض حق الشرع فتثبت بخبر الواحد ولهذا لا يسقط إلا باذن الشرع ، وحرمة التناول في طعام الغير ثابتة لحق الغير ولهذا يسقط باذنه ، وحق الغير لا يثبت بخبر الواحد فلا تثبت الحرمة أيضا - ١٧٢ ص .

(١) وفي ز « والذي هي في يده » .

و هو غير مأمون على ما ذكر منه فأحب إلى أن لا يشتريها ، وإن اشتراها ووطئها فهو في سعة من ذلك .

ولو أخبره بأنها حرة الأصل حرة الأدين أو أنها كانت أمة لفلان الذى فى يده فأعتقها ، و الذى أخبره بذلك رجل مسلم ثقة فأحب إلى له أن يتزوه عن ذلك و لا يشتريها ، لا يطأها ، فان اشتراها ووطئها فهو فى سعة من ذلك إلا أنه أحب إلى أن يفعل . فان قال قائل : كيف جاز هذا و قد وصف الشاهد أنها حرمت من قبل نفسها ؟ قيل : فكيف لم يشبه هذا الطعام و الشراب و الوضوء الذى حرم من قبل نفسه ؟ قيل له : إنما هذا بمنزلة النكاح الذى يشهد فيه بالرضاع لأنه لا يحل الوطؤ إلا بملك ، و لا يشبه هذا الطعام و الشراب و الوضوء الذى يحل بالإذن فيه دون الملك الذى حرم من قبل نفسه .

(١) وفى « و اذا » .

(٢) سقط حرف « بأنها » من « .

(٣) وفى « أخبر » .

(٤) وفى « تعينها » تصحيف ، و انصواب « نفسها » كما فى بقية الأصول ، قلت : و الظاهر أن جواب هذا السؤال ساقط من الأصول .

(٥) كذا فى الأصول ، و لعل لفظ « فان » قبل « قيل » ساقط من الأصول لأن هذا سؤال يأتى جوابه بقوله « قيل له » بعد - والله أعلم .

(٦) وفى م « قيل » .

(٧) وفى « شهد » .

(٨) وفى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٢ : (ولو أخبره أنها حرة الأصل =

باب الرجل يبيع جاريته ويعلم المشتري أنها أمة لفلان

قال محمد: إذا كانت الجارية لرجل فأخذها رجل آخر فأراد بيعها فليس ينبغي لمن علم أنها كانت لذلك الرجل أن يشتريها حتى يعلم أنها قد خرجت من ملكه إلى الذي هي في يديه بشراء أو هبة أو صدقة أو يعلم أنه قد وكله ببيعها^٢، وإذا علم ذلك فلا بأس بأن يشتريها منه .^٥ فان قال الذي هي في يده: إني قد اشتريتها أو وهبتها أو تصدق بها عليّ أو وكلني ببيعها؛ فان كان الرجل القائل ذلك عدلا مسلما ثقة = أو أنها كانت أمة لهذا الذي في يده فأعتقها، وهو مسلم ثقة فهذا والأول سواء لما بينا أن المخبر مكذب شرعا وأن تصادفها على أنها مملوكة لذى اليد حجة شرعا في إثبات الملك له فلمشتري أن يعتمد الحجة الشرعية، والتزوه أفضل له؛ فان قيل: في هذا الموضع أخبر بحرمة المحل حين زعم أنها معتقة أو حرة فلو جعلت هذا نظير ما سبق! قلنا: لا كذلك فحرمة المحل هنا لعدم الملك ثابت بدليل شرعي ومع ثبوت الملك لا حرمة في المحل؛ وفي الكتاب قال (وهذا بمنزلة النكاح الذي يشهد فيه بالرضاع) وهو إشارة إلى ما قلنا إن حل الوطى لا يكون إلا بملك، والملك المحكوم به شرعا لا يطل بخبر الواحد، فكذلك ما ينبنى عليه من الحل - اه ص ١٧٣ .

(١) وفي « بيعها » تصحيف .

(٢) وفي « يده » .

(٣) وفي « بيعها » .

(٤) كذا في ز وكذا في المختصر، وفي بقية الأصول « على بها » .

(٥) وفي « القذيل » تصحيف .

فلا بأس بأن يصدق بذلك و يشتريها منه .

٢ وكذلك إن كان أراد أن يهبها له أو يتصدق بها عليه فلا بأس

بأن يقبلها منه ٢؛ فإذا اشتراها حل له وطؤها إن أحب .

و كذلك إن كان الذي أتاه به طعاما أو شرابا أو ثيابا قد علم أنها

كانت لغيره فأخبره ببعض ما وصفت فلا بأس بأخذ ذلك منه و أكله

وشربه . فإن كان الذي أتاه به غير ثقة فانه ينظر في ذلك فان كان

أكبر ٣ رآه أنه صادق فيما قال فلا بأس أيضا بشراء ذلك و وطئ الجارية

و أكل ذلك وشربه و لبسه و قبوله منه بالهبة و الصدقة ، و إن كان أكبر

رآه و ظنه أنه كاذب فيما قال فليس ينبغي له أن يعرض لشيء من ذلك .

و كذلك لو لم يعلم أن ذلك ° الشيء الذي ° هو في يده حتى أخبره

الذي في يده ٦ بأنه لغيره و أنه وكله ٧ ببيعه أو وهب له أو تصدق به

(١) وفي المختصر وشرحه للسرخسي : (فان كان ثقة فلا بأس بأن يصدق على

ذلك و يشتريها منه و يطأها) لأنه أخبر بخبر مستقيم صالح فيكون خبره محمولا

على الصدق ما لم يعارضه مانع يمنع من ذلك، والمعارض إنكار الأول، ولم يوجد،

ولو كلفناه الرجوع إلى الأول ليسأله كان في ذلك نوع حرج لجواز أن يكون

غائبا أو مختفيا - اه ص ١٧٣ .

(٢-٢) من قوله « وكذلك ان كان أراد ... » ساقط من هـ .

(٣) وفي م « أكثر » .

(٤-٤) من قوله « منه بالهبة ... » ساقط من م .

(٥-٥) وفي هـ « الشيء لغير الذي » .

(٦-٦) وفي هـ « الذي هو في يده » .

(٧) وفي م « انه قد وكله » .

كتاب الأصل الاستحسان - يبيع جاريته ويعلم المشتري أنه أمة لفلان ج - ٣

عليه أو اشتراه منه ، فإن كان عدلا مسلما ثقة صدقه بما قال ، وإن كان عنده غير ثقة فإن كان أكبر رأيه وظنه أنه صادق فيما قال فلا بأس بالقبول في ذلك منه وشراء ، وإن كان 'أكبر رأيه' أنه كاذب فيما قال لم يقبل ذلك منه ولم يشتري شيئا من ذلك منه ٣ .

وإن كان لم يخبره أن ذلك الشيء لغيره فلا بأس بشراء ذلك ه منه وإن كان غير ثقة وقبوله منه ما لم يعلم الذي اشتراه أو قيل له إنه لغيره ، إلا أن يكون مثله 'لا يملك مثل ذلك' ولا يكون له فأحب

(١) وفي م « أكثر » .

(٢-٢) وفي م « أكثر ظنه » .

(٣) وفي المختصر وشرحه للسرخسي : (وإن كان غير ثقة إلا أن أكبر رأيه فيه أنه صادق فكذلك أيضا) لما بينا أن في المعاملات لا يمكن اعتبار العدالة في كل خبر لمعنى الحرج والضرورة لأن الخبر غير ملزم بإياه شرعا ، مع أن أكبر الرأى إذا انضم إلى خبر الفاسق تأيد ، وقد بينا نظيره في الأخبار الدينية ، فههنا أولى (وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض لشيء من ذلك) لأن أكبر الرأى فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين ، ولو تيقن بكذبه لم يحل له أن يعتمد خبره ، فكذلك إذا كان أكبر رأيه في ذلك ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لو ابصت بن معبد رضى الله عنه : « ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فيما حاك في صدرك فهو السالم وإن أفناك الناس به » وقال صلى الله عليه وسلم : « الإثم حراز القلوب » أي على المرء أن يترك ما حرز في قلبه تحمزا عن الإثم - اه ص ١٧٣ .

(٤-٤) وفي ز « لا يملك ذلك » .

(هـ) وذلك كدرة يراها في يد فقير لا يملك شيئا أو رأى كتابا في يد جاهل ولم يكن في آفته من هو أهل لذلك فالذى سبق إلى قلب كل أحد أنه سارق =

كتاب الأصل الاستحسان - يبيع جاريته ويعلم المشتري أنه أمة لفلان ج - ٣

إلى أن يتزده عن ذلك^١ ولا يعرض له بالشراء ولا قبول صدقة ولا هبة،
فإن اشترى وقبل وهو لا يعلم أنه لغيره وأخبره أنه له رجوت أنه
في سعة من شراء وقبوله، والتزده أفضل^٢.

وإن كان الذي أتاه بذلك رجلا حرا أو امرأة حرة فهو بمنزلة
٥ ما ذكرت لك في جميع ما ذكرت لك، وإن كان الذي^٣ أتاه عبدا
أو أمة فليس ينبغي له أن يشتري منه شيئا ولا يقبل منه هبة ولا صدقة
حتى يسأله عن ذلك، وإن ذكر له أن مولاه قد أذن له في بيعه
وفي صدقته وفي هبته فإن كان ثقة مأمونا فلا بأس بأن يشتري ذلك
منه وقبوله، فإن كان غير ذلك فهو على ما وقع في قلبه من تصديقه
١٠ وتكذيبه إن كان أكبر^٤ ظنه أنه صادق فيما قال صدقه بقوله، وإن كان
أكبر^٥ ظنه أنه كاذب بما قال لم ينبغي له أن يعرض في شيء من ذلك^٦.

= لذلك العين فكان التزده عن شرائه منه أفضل - ١٧٤ ص ١٧٤.

(١) سقط قوله « عن ذلك » من م.

(٢) وفي المختصر وشرحه للسرخسي: (وإن اشترى أو قبل وهو لا يعلم أنه
لغيره رجوت أن يكون في سعة من ذلك) لأنه يزعم أنه ملكه، والقول قوله
شرعا، فالمشتري منه يعتمد دليلا شرعيا، وذلك واسع له، إلا أنه مع هذا لم يبت
الجواب وعلقه بالرجاء لما ظهر من عمل الناس ولما سبق إلى وهم كل أحد
أن مثله لا يكون مالا كهذه العين - ١٧٤ ص ١٧٤.

(٣) سقط لفظ « الذي » من ه.

(٤) وفي م « أتاه بذلك ».

(٥) وفي ه، م « أكثر ».

(٦) وكذلك إن كان لا رأى له فيما قال، لأن الحاجز له عن التصرف ظاهر =

وكذلك

كتاب الأصل الاستحسان - يبيع جاريته ويعلم المشتري أنه أمة لفلان ج - ٣

وكذلك الغلام الذي لم يبلغ والجارية التي لم تبلغ حرا كان أو مملوكا فانه ينظر فيما أتاه من ذلك وفيما أخبره هل أذن له في بيعه وصدقته وهبته وشراؤه^١ فان كان أكبر^٢ رآه أنه صادق فيما قال صدقه وباعه واشترى منه وقبل هبته وصدقته^٣، وإن كان أكبر^٢ رآه أنه^٤ كاذب فيما قال لم ينبغ له أن يقبل من ذلك شيئا . وإنما • يصدق الصغير والصغيرة من الأحرار إذا قالوا^٥ : بعث بها إليك فلان^٦ وأمرنا أن نتصدق به^٧ عليك أو نهبه لك^٨ ؛ فان قالوا : المال مالنا

= فلا يكون له أن يتصرف معه بمجرد خبره ما لم يرجع جانب الصدق فيه بنوع دليل ، ولم يوجد ذلك - اه كذا قال السرخسي في شرح المختصر ص ١٧٤ .
(١) وفي ز « شراؤه » .
(٢) وفي م « أكثر » .

(٣) وهذا للعادة الظاهرة في بعث الهدايا على أيدي المالك والصبيان ، وفي التورع عنه من الحرج ما لا يخفى - كذا قال السرخسي في شرح المختصر .
(٤) سقط لفظ « انه » من ه .

(٥) وفي ه « قال » .

(٦) وفي ه « فلان إليك » .

(٧) وفي ه « بها » مكان « به » .

(٨) قال السرخسي : وكان شيخنا الإمام (أي الحلواني) يقول : الصبي إذا أتى بقالا بفلوس يشتري منه شيئا وأخبره أن أمه أسرته بذلك ، فان طلب الصابون ونحوه فلا بأس ببيعه منه ، وإن طلب الزبيب وما يأكله الصبيان عادة فينبغي له أن لا يبيعه لأن الظاهر أنه كاذب فيما يقول وقد عثر على فلوس أمه فيريد أن يشتري بها حاجة نفسه - راجع ص ١٧٥ .

قد أذن لنا أبونا أن تصدق به عليك أو نهيه لك؛ لم ينبغ له أن يأخذه لأن أمر الوالد عليهما في هذا لا يجوز^١. ألا ترى أن جارية لرجل أو غلاما صغيرا أو كبيرا لو أتيا رجلا بهدية فقالا له «بعث بهذه إليك مولانا، نظر فيما أتيا به فإن كان أكبر^٢ رآيه أنهما قد صدقا صدقهما بما قالوا، وإن كان أكبر^٣ رآيه أنهما كذبا فيما قالوا لم يقبل من ذلك شيئا، وإنما هذا على ما يقع في القلب من التصديق والتكذيب. أو لا ترى أن رجلا محتاجا لو أتاه عبد أو أمة لرجل صغيرين أو كبيرين بدراهم فقالا له «إن مولانا بعث به إليك صدقة» نظر فيما أتيا به فإن وقع في قلبه أنهما صادقان وكان على ذلك أكبر^٤ ظنه فلا بأس بقبول ذلك، وإن كان أكبر^٥ ظنه أنهما كاذبان لم يقبل من ذلك شيئا! فانما هذا ونحوه على ما يقع في القلوب من التصديق والتكذيب.

ولو أن رجلا علم أن جارية لرجل يدعيها فراها في يد رجل يبيعها فقال «إني قد علمت أنها كانت لفلان يدعيها وهي في يديه» فقال الذي

(١) من قوله «فإن قال» ص ٧ ص ١٢٣ ساقط من هـ.

(٢) لأنه ليس للأب ولاية الإذن بهذا التصرف لولده، بخلاف ما إذا قال: أبي بعثه إليك على يدي صدقة أو هبة؛ لأن للأب هذه الولاية في مال نفسه فكان ما أخبره مستقيما - اهـ ما قال السرخسي في شرح هذه المسألة ص ٧٥.

(٣) وفي م «أكثر».

(٤) كذا في ز، م، هـ؛ وفي الأصل «لو أن» وليس بصواب لأن كلمة «لو» تأتي بعد.

(٥) وفي م «يده».

في يده « قد كانت كما ذكرت في يديه يدعيها أنها له وكانت مقرة له بالرق ولكنها كانت لي وإنما أمرتها بذلك لأمر خفته » ، وصدقته الجارية بما قال والرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها منه ^٣ ، وإن كان عنده كاذبا فيما قال لم ينبغ له أن يشتريها منه ولا يقبضها صدقة ولا هبة ^٤ ؛ ولو لم يقل له هذا القول الذي وصفت لك ولكنه قال « ظلني وغصني فأخذتها منه » لم ينبغ ^٥ له أن يعرض لها بشري ^٦ ولا هبة ولا صدقة وإن كان الذي أخبره بذلك ثقة أو غير ثقة ^٧ ؛ وإن

(١) وفي « حفته » تصحيف .

(٢) وفي « فيما » مكان « بما » .

(٣) لأنه أخبر بخبر مستقيم محتمل ، ولو كان ما أخبر به معلوما للسامع كان له أن يشتريها منه ، فكذلك إذا أخبره بذلك ولا منازع له فيه - قاله السرخسي في شرحه ص ١٧٥ .

(٤) وفي م « او هبة » .

(٥) وفي « لم تقبل » تصحيف .

(٦) وفي م « ولم ينبغ » تحريف .

(٧) كذا في الأصل وكذا في ز ؛ وفي ه ، م « شري » .

(٨) وفي المختصر و شرحه للسرخسي (وإن كان في رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يشتريها ولا يقبلها) لأنه ثبت عنده أنها مملوكة للأول ، فإن إقرار ذي اليد بأن الأول كان يدعي أنها مملوكة حين كانت في يده يثبت الملك له ، وكذلك سماع هذا الرجل منه أنها له دليل في حق إثبات الملك له ، والذي أخبره المخبر بخلاف ذلك لم يثبت عنده حين كان في أكبر رأيه أنه كاذب في ذلك ؛ (ولو لم يقل هذا ولكنه قال : ظلني وغصني وأخذتها منه ، لم ينبغ له أن يتعرض لشراء =

قال له : إنه كان ظلمي و غصبني ثم إنه رجع عن ظله فأقر بها لي و دفعها إلي . فان كان عنده ثقة مأمونا فلا بأس بأن يقبل قوله و يشتريها إن أحب و يقبلها هبة أو صدقة ^١ ، و إن قال ^٢ : لم يقر بها لي و لكن خاصته إلى القاضي فأقمت عليه بينة فقضى القاضي عليه بذلك لي ، أو : استحلفته ^٣ فأبى ^٤ اليمين فقضى عليه بها ، فهذا و الأول سواء ، إن كان عنده ثقة

= ولا قبول إن كان المخبر ثقة أو غير ثقة (والفرق من وجهين : أحدهما أنه أخبر هناك بخبر مستنكر فان الظلم و الغصب مما يمنع كل أحد عنه عقله و دينه فلم يثبت له بخبره غصب ذلك الرجل ، بقى قوله « أخذتها منه » و هذا أخذ بطريق العدوان ، ألا ترى أن القاضي لو عاين ذلك منه أمره برده عليه حتى يثبت ما يدعيه ، و إذا سقط اعتبار يده بقى دعواه الملك فيما ليس في يده و ذلك لا يطلق الشراء منه ، و في الأول أخبره بخبر مستقيم كما قررنا فان دينه و عقله لا يمنعه من التلجئة عند الخوف ، و الثاني أن خبر الواحد عند المسألة حجة ، و عند المنازعة لا يكون حجة لأنه يحتاج فيه إلى الإلزام و ذلك لا يثبت بخبر الواحد ، و في الفصل الثاني أخبر عن حال المنازعة بينهما في غصب الأول منه و استرداد هذا فلا يكون خبره حجة ، و في الأول أخبر عن حال مسألة و مواضعة كان بينهما فيعمد خبره إن كان ثقة - اهـ ما قاله السرخسي ص ١٧٥ .

(١) لأنه أخبر عن مسألة و هو إقرار له بها و دفعها إليه ، ولأن القاضي لو عاين ما أخبره به قضى بالملك له فيجوز للسامع أن يعتمد خبره إن كان ثقة ، و في الأول لو عاين القاضي أخذها منه قهرا أو أمره بالرد و لم يلتفت إلى قوله « كان غصبني » - اهـ ما قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١٧٦ .

(٢) في « كان » مكان « قال » تصحيف .

(٣) كذا في الأصل ؛ و في هـ ، م ، ز « استحلفه » .

(٤) و في هـ « فأبى » .

مأمونا صدقه بما قال^١ ، وإن كان عنده غير ثقة و كان أكبر^٢ رأيه أنه صادق فلا بأس بشرائها منه ، وإن كان أكبر^٣ رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يشتريها منه^٤ .

وكذلك لو قال « قضي لي القاضي عليه و أمرني فأخذتها من منزله^٥ » أو قال « قضي بها القاضي عليه فأجبره^٦ » فأخذها منه و دفعها^٧ إلى^٨ ، لم أر بأسا أن يصدقه إن كان ثقة مأمونا بها ، و إن كان غير ثقة و وقع في قلبه أنه صادق فلا بأس أيضا بشرائها منه . فان قال « قضي لي القاضي فأخذتها من منزله بغير إذنه » فهذا و الأول سواء^٩ .

(١) وفي المختصر و شرحه للسرخسي : (وكذلك إن قال : خاصمته إلى القاضي فقضي لي بها بينة أقمها عليه بنكوله عن اليمين) لأنه أخبره بنحو مستقيم وهو إثباته ملك نفسه بالحجة ثم الأخذ بقضاء القاضي . و ذلك أقوى من الأخذ بتسليم من كان في يده إليه بعد إقراره له بها - اهـ ص ١٧٦ .

(٢) وفي م « أكثر » .

(٣) لأن أكبر الرأي في هذا كاليقين - قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١٧٦ .

(٤) وفي هـ « مقوله » تصحيف .

(٥) وفي ع ، م ، ز « وأخبر » وفي هـ « فأخبره » و الصواب « فأجبره » .

(٦) وفي المختصر و شرحه للسرخسي : (وإن قال : قضي لي بها القاضي وأخذها منه فدفعها إلى^{١٠} ، أو قال : قضي لي بها وأخذتها من منزله بإذنه أو بغير إذنه ، فهذا وما سبق سواء) لأنه أخبر أن أخذه كان بقضاء القاضي أو أن القاضي دفعها إلى^{١١} ، و هذا خبر مستقيم صالح ، وهو بمنزلة حالة المسألة معنى لأن كل ذي دين يكون مستسلما لقضاء القاضي - اهـ ص ١٧٦ .

و إن قال « قضى لي بها القاضى فجحدنى قضاءه » فأخذتها منه ،
لم ينبغ له أن يشتريها منه ، وإنما هذا بمنزلة قوله « اشتريتها منه و نقدته
ثمها ثم أخذتها بغير أمره من منزله ، فلا بأس بشرائها منه إذا كان
عنده صادقا فى قوله .

٥ فان قال « اشتريتها منه و نقدته الثمن فجحدنى الشراء فأخذتها من
منزله بغير أمره » فهذا لا ينبغى له أن يشتريها منه ، فصار الشراء الذى
ادعى فى هذا الوجه بمنزلة ادعائه قضاء القاضى فى جحوده القضاء
و غير جحوده ٢ .

ولو قال « اشتريتها من فلان و قبضتها بأمره و نقدته الثمن ، و كان
١٠ عنده الذى قال له ذلك ثقة مأمونا فقال له رجل آخر : إن فلانا
قد جحد هذا الشراء ، و زعم أنه لم يبيع هذا شيئا و الذى قال له أيضا
ثقة مأمون ٣ لم ينبغ له أن يعرض لشيء منها بشراء و لا صدقة

(١) وفى ٥ « قضاء » وكذلك هو فى شرح المختصر .

(٢) وفى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن قال : قضى لي بها فجحدنى قضاءه
فأخذتها منه ، لم ينبغ له أن يشتريها منه) لأنه لما جحد القضاء فقد جاءت المنازعة
فإنما أخبر بالأخذ فى حاة المنازعة ، و خبر الواحد فى هذا لا يكون حجة لما فيه من
الإلزام ، ولأن القضاء سبب مطلق للأخذ له كالشراء (ولو قال : اشتريتها
و نقدته الثمن ثم جحدنى الشراء فأخذتها منه ، لم يجز له أن يعتمد خبره ، وكذلك
إذا قال : جحدنى القضاء) و هذا لأن المشرع جعل القول قول الجاحد فيكون
سبب استحقاقه عند جحوده الآخر كالمعذور ما لم يثبت بالبينة ببقى قوله : أخذتها
منه - اهـ ص ١٧٦ .

(٣) من قوله س ١٠ « فقال له رجل » ساقط من هـ .

(٤) كلمة « اه » ساقطة من هـ .

ولا هبة ولا هدية^١ فإن كان الذي أخبره الخبر الثاني غير ثقة [إلا أنه - ٢] قد وقع في قلبه أنه صادق على ذلك أكبر^٣ ظنه لم ينبغ له أيضا أن يقبلها منه بهبة ولا صدقة ولا شراء ولا غير ذلك، فإن كان الذي أخبره الخبر الثاني ليس بثقة وكان أكبر^٣ رأيته أنه كاذب فيما قال فلا بأس بشرائها منه وقبوله منه الصدقة والهبة والهدية، فإن كانا جميعا غير ثقة ه إلا أنه يصدق القائل الثاني بقوله وعلى ذلك أكبر^٣ رأيته لم يقبل ذلك منه شيئا، لأن هذا شيء من أمر الدين^٥ وعليه أمور الناس. فإن قال قائل: لا يقبر هذا إلا بشاهدين عدلين سوى المشتري الذي في يده الجارية ضاق^٦ ذلك على المسلمين^٧. ألا ترى لو أن رجلا كانت في يده

(١) لأن الأول لو أخبر أنه جحد الشراء لم يكن له أن يشتريها، فكذلك إذا أخبره غيره، وهذا لأن المعارضة تحققت بين الخبرين في الأمر بالقبض وعدم الأمر بالحدود والإقرار بالأصل فيه الحدود - اه ما قاله السرخسي في شرحه ص ١٧٦ .

(٢) كذا في المختصر وشرحه، سقط قوله «إلا أنه» من الأصول.

(٣) وفي م «أكبر».

(٤) سقط لفظ «الخبر» من ز.

(٥) وفي م «من أمور الدين».

(٦) وفي ه «صادق» تحريف.

(٧) وفي المختصر وشرحه للسرخسي: (وإن كانا جميعا غير ثقة وأكبر رأيته

أن الثاني صادق لم يتعرض لشيء من ذلك) بمنزلة ما لو كان الثاني ثقة، وفي

الكتاب قال (لأن هذا من أمر الدين وعليه أمور الناس) وهو إشارة إلى أن =

كتاب الأصل الاستحسان - يبيع جاريته ويعلم المشتري أنها أمة لفلان ج - ٣

جوارى وطعام وثياب وقال : أنا مضارب فلان دفع إلى مالا وأذن لي أن أشتري ما أردت فاشتريت به هؤلاء الجوارى وهذا الطعام وهذا المتسع ، أنه لا بأس بشري ذلك منه و وطى الجارية ١ رأيت رجلا أقر أنه مفاوض ٢ لفلان الغائب وأن جميع ما في يده من الرقيق بينه وبين فلان أفما ٣ ينبغي للرجل من المسلمين أن يشتري منه جارية يطأها أو غلاما يستخدمه ٤ هذا لا بأس به ، وعلى هذا ٥ أمر الناس . رأيت عبدا أتى أفقا من هذه الآفاق فذكر أن مولاه أذن له في التجارة أما يحل لأحد أن يشتري منه شيئا ولا يبيع منه شيئا حتى يعلم أن مولاه قد أذن له في التجارة ؟ فهذا ضيق لا ينبغي أن يعمل في هذا بما يعمل ١٠ في الأحكام .

= كل ذي دين معتقد لما هو من أمور الدين فتم الحجة بخبر الثقة لوجود الالتزام من السامع اعتقادا أو التعامل الظاهر بين الناس اعتماد هذه الأخبار (ولو لم يعمل في مثل هذا إلا بشاهدين لضاق الأمر على الناس) فلدفع الحرج يعتمد فيه خبر الواحد، كما جعل الشرع شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة تامة لدفع الضيق والحرج - اه ص ١٧٧ .

(١) وفي ز « بشراء ذلك » .

(٢) وفي هـ « مقارض » تصحيف .

(٣) وفي هـ « إنما » تصحيف .

(٤) كذا في الأصول سوى ع ، وفيه « لمن » مكان « أن » تحريف .

(٥) سقط لفظ « هذا » من هـ .

كتاب الأصل الاستحسان - بيع جاريته ويعلم المشتري أنها أمة لفلان ج - ٣

قال محمد: وكذلك سمعت أبا حنيفة يقول في العبد المأذون له في التجارة؛ ولو أن الناس أخذوا في هذا وشبهه بما يؤخذ به في الأحكام فقالوا: لا يجوز من هذا شيئاً إلا ما يجوز في الأحكام بشاهدي عدل سوى ذلك الذي في يده؛ ضاق هذا على الناس، ولم يشتر رجل شيئاً من مضارب ولا من شريك ولا من وكيل حتى يشهد شاهداً عدل بالشركة والمضاربة والوكالة، ولم ينبغ له أن يقبل جائزة من ذي سلطان ولا هدية من أخ ولا من ولد ولا من ذي رحم محرم حتى يشهد عنده بذلك شاهداً عدل على مقالة الواهب والمجيز والمتصدق! وهذا قبيح ضيق ليس عليه أمر الناس.

محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم أن عاملاً لعل بن أبي طالب ١٠ رضى الله عنه أهدى إليه جارية فسألها: أ فارغة أنت أم مشغولة؟ فأخبرته

(١) وفي « لا تحتر » تصحيف، والصواب « لا تجيز ».

(٢) وفي « غيره » تصحيف.

(٣) هو الهيثم بن حبيب، وهو الهيثم بن أبي الهيثم الصيرفي الكوفي، روى عن عكرمة وعون بن أبي جحيفة وعاصم بن ضمرة وحماد بن أبي سليمان ومخارب ابن دثار والحكم بن عتيبة، وعنه أبو حنيفة وزيد بن أبي أنيسة والمسيدي وشعبة وخفص بن أبي داود وأبو عوافة، قال إسماعيل بن منصور عن ابن معين: الهيثم ابن حبيب الصراف ثقة - كذا في تهذيب التهذيب. بهامش الكتاب: ذكره عبد الغنى ولم يذكر من أخرج له، قال المنزى: يشبه أن يكون له في المراسيل؛ ويرقم له « صد » - اهـ من التقريب. قلت: روى عنه إمامنا الأعظم آثاراً كثيرة في كتاب الآثار وغيره.

أن لها زوجا ، فكتب إلى عامله : إنك بعثت إلى بها مشغولة ! أفتري أن علي بن أبي طالب حين أنته الجارية كان مع الرسول شاهدان يشهدان ٣ أن فلانا عاملك أهداها إليك وقد سألتها أيضا : أ فارغة أنت أم مشغولة ؟ فلما أخبرته أن لها زوجا صدقها بذلك وكف عنها فلم يسألها غير ذلك ، إلا أنها لو أخبرته أنها فارغة لم يربه بأسا بوطئها ، فهذا الأمر عندنا في قوله لها ، ولو لم تكن عنده مصدقة في ذلك أى القولين قالت له لم يسألها عن شيء منه . وإن كان أكبر : الرأى والظن ليجوز فيها ٥ هو أكبر ٦ من ذلك من الفروج وسفك الدماء ٧ .

(١) قلت : وأخرجه الإمام محمد في « باب الأمة تباع أو توهب ولها زوج » من آثاره ص ٨١ : أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم قال : أهدى إلى علي بن أبي طالب رضى الله عنه جارية لها زوج فكتب إلى صاحبها : بعثت إلى جارية مشغولة .

(٢) سقط لفظ « أن » من ز .

(٣) سقط لفظ « يشهدان » من ه .

(٤) وفي م « أكثر » .

(٥) وفي ه « فيها » تصحيف

(٦) وفي ه ، م « أكثر » .

(٧) قال السرخسى في شرح المختصر ناقلا متن كتاب الأصل : قال (و أكبر الرأى والظن مجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء) فإن من تزوج امرأة ولم يرها فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يعتمد خبره إذا كان ثقة أو كان في أكبر رأيه أنه صادق فيغشاها - اه ص ١٧٧ .

باب الرجل يدخل بيته إنسان^١ بسلاح

ولو أن رجلاً دخل على رجل منزله ومعه السيف فلا يدري صاحب المنزل ما حاله أهاب هو من اللصوص فألجأوه إلى منزله أو لص دخل عليه^٢ ليأخذ ماله ويقتله^٣ إن منعه أو معتوه دخل عليه بسيفه؟ يظن^٤ في ذلك، فإن كان أكبر^٥ رأيه أنه لص دخل عليه يريد ماله^٥ ونفسه^٥ وخاف إن زجره أو صاح أن يبادره الضربة فيقتله فلا بأس أن يشد عليه صاحب البيت بالسيف فيقتله، وإن كان أكبر^٥ رأيه أنه هرب من قوم أرادوا قتله وعرف الرجل فاذا هو^٦ رجل من أهل الخير لا يتهم بسرقة ولا قتل لم ينبغ له أن يقتله ولا يجعل على هذا بسفك دمه، بل يدعه^٥ على ما يقع عليه رأيه وظنه عرفه أو لم يعرفه^٥ . ١٠

(١) سقط لفظ «إنسان» من هـ .

(٢-٢) وفي هـ «يريد» مكان «ليأخذ» وفي م «ليقتله ويأخذ ماله» .

(٣) وفي م هـ «فظن» .

(٤) وفي م «أكثر» .

(٥) وفي م «أو نفسه» .

(٦) وفي هـ «إن» مكان «أنه» تصحيف .

(٧) سقط لفظ «هو» من هـ .

(٨) وفي هـ «يدريه» تحريف .

(٩) قال السرخسي في شرح المختصر : إنما أورد هذا لإيضاح ما تقدم أن =

وإذا كانت الجارية في يد رجل يدعى أنه اشتراها وهو ثقة مسلم^١
 'وسع الرجل' أن يشتريها منه^٢ و يقبلها منه هدية وغير ذلك، وإن كان
 غير ثقة فوقع في قلبه أنه صادق فلا بأس بأن يصدقه.

وكذلك لو لم تكن الجارية في يده ولكنها كانت في منزل مولاهما فقال
 له: «إن مولاهما أمرني ببيعها ودفعها إلى من اشتراها، فلا بأس بشرائها
 منه وقبضها من منزل مولاهما بأمر الذي باعها أو بغير أمره إذا أوفى
 الثمن كله إذا كان الذي باعه ثقة مسلماً أو كان عنده على غير ذلك وهو
 عنده صادق في رأيه وظنه»، فإن وقع في قلبه أنه كاذب قبل أن

= أهم الأمور الدماء والفرج، فإن الغلط إذا وقع فيهما لا يمكن التدارك، ثم
 جاز العمل فيهما بأكبر الرأي عند الحاجة ففيما دون ذلك أولى، وإنما يتوصل
 إلى أكبر الرأي في حق الداخل عليه بأن يحكم رأيه وهيئته، فإن كان قد عرفه
 قبل ذلك بالجلوس مع أهل الخير فيستدل به على أنه هارب من اللصوص،
 وإن عرفه بالجلوس مع السراق استدل عليه أنه سارق - اه ص ١٧٧.

(١) وفي م «وهو رجل مسلم».

(٢-٢) وفي ه «ينبغي للرجل» تصحيف.

(٣) لفظ «منه» ساقط من م.

(٤) لم تذكر هذه المسألة في المختصر ولا في شرحه.

(ه) لأن الجارية لو كانت في يده جاز شرائها منه لا باعتبار يده بل بإخباره
 أنه وكيل بالبيع، فإن هذا خبر مستقيم صالح، وهذا موجود وإن لم تكن في
 يده، وبعد صحة الشراء له أن يقبضها إذا أوفى الثمن من غير أن يحتاج إلى إذن
 أحد في ذلك - اه ما قاله المرخسي في شرح هذا القول من شرح المختصر ص ١٧٨.

يشتريها

بشترها أو بعد ما اشتراها قبل أن يقبضها فليس ينبغى له أن يعرض لها حتى يستأمر مولاه في أمرها ، وكذلك لو قبضها ووطئها ثم وقع في قلبه أن الذي باعها قد كذب فيما قال وكان عليه أكبر ظنه ورأيه فانه ينبغى له ٣ أن يعتزل ويطأها حتى يسأل مولاه عن ذلك أو يأتيه من يخبره مثل خبره الأول ممن يصدقه ، فان أتاه ذلك فلا بأس ٥ بوطئها . وهكذا أمر الناس ما لم يحق التجاحد والتشاجر من الذي كان يملك الجارية ٨ ، فاذا جاء ذلك لم يقربها ٩ وردها عليه واتبع

(١) وفي م « أكثر » .

(٢) قوله « ورأيه » ساقط من ٥ .

(٣) سقط لفظ « له » من الأصل ، موجود في بقية الأصول .

(٤) وفي ٥ « أن يعتزلها حتى » .

(٥) وفي ٥ « بوطئها » .

(٦) وفي ٥ « ما لم يح » .

(٧) سقط لفظ « كان » من ٥ .

(٨) وفي المختصر وشرحه للرخسى : (وإن كان وقع في قلبه أنه كاذب قبل الشراء أو بعده قبل أن يقبض لم ينبغ له أن يتعرض لشيء حتى يستأمر مولاه في أمرها) لأن أكبر الرأي بمنزلة اليقين في حقه ، فان ظهر كذبه قبل الشراء فهو مانع له من الشراء ، وإن ظهر بعد الشراء فهو مانع له من القبض بحكم الشراء لأن ما يمنع العقد إذا اقترن به يمنع القبض بحكمه أيضا ، كالتخمر في العصور (وكذلك لو قبضها ووطأها ثم وقع في قلبه أن البائع كذب فيما قال وكان عليه أكبر ظنه فانه يعتزل ويطأها حتى يتعرف خبرها) لأن كل وطأة فعل مستأنف من الواطئ ، ولو ظهر له قبل الوطأة الأولى لم يكن له أن يوطأها ، فكذلك بعدها (وهكذا =

البائع بالثمن نخاصه فيه ، و ينبغي للمشتري أن يدفع إلى مولى الجارية عقرها .

فان كان البائع حين باعه شهد عند المشتري شاهدا عدل أن مولاهما قد أمر ببيعها فاشتراها بقولهما و نقده الثمن و قبضها و حضر مولاهما فبحد أن يكون أمره فان المشتري في سعة من منعه الجارية حتى يخاصمه إلى القاضي ، فاذا قضى له بها فلا يسهه إمساكها بشهادة الشاهدين ، لأن قضاء القاضي أنفذ ٢ من الشهادة التي لم يقض بها ٣ .

= أمر الناس ما لم يجي التجاحد من الذي كان يملك الجارية ، فاذا جاء ذلك لم يقربها و ردها عليه) لأن الملك له فيها ثبت بتصادقهم ، و توكيله لم يثبت بقول البائع (فعليه أن يردها و يتبع البائع بالثمن) ابطالان البيع بينهما عند جحود التوكيل (و ينبغي للمشتري أن يدفع العقر إلى مولى الجارية) لأنه وطئها وهي غير مملوكة له و قد سقط الجلد بشبهة فيلزمه العقر - اه ص ١٧٨ . (٩) كذا في م ، وفي ع ، ز « جاز » تصحيف . (١٠) و كان في الأصل « تقريبها » و الصواب « يقربها » كما في بقية الأصول .

(١) وفي الأصل « فلا ينبغي له » وفي بقية الأصول « فلا يسهه » .

(٢) وفي « انقد » تصحيف .

(٣) وفي المختصر و شرحه للمرخسي : (وإن كان المشتري حين اشتراها شهد عنده شاهدا عدل أن مولاهما قد أمره ببيعها ثم حضر مولاهما فبحد أن يكون أمره ببيعها فالمشتري في سعة من إمساكها) و التصرف فيها (حتى يخاصمه إلى القاضي) لأن شهادة الشاهدين حجة حكيمة ، ولو شهدا عند القاضي لم يلتفت القاضي إلى جحود المالك و تضي بالوكالة و بصحة البيع ، فكذلك إذا شهدا عنده (فاذا خاصم إلى القاضي فقضى له بها لم يسهه إمساكها بشهادة الشاهدين =

باب

ولو أن رجلا تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فأخبر
مخبر أنها قد ارتدت عن الإسلام و بانت منه و أراد أن يتزوج أربع
نسوة فإن كان الذى أخبره ذلك ثقة مسلما عبدا أو حرا أو محدودا
فى قذف أو غير ذلك وسعه أن يصدقه ويتزوج ٢ أربعا ٣ سواها، فإن ه
كان الذى أخبره ذلك غير ثقة إلا أنه وقع فى قلبه أنه صادق وكان
على ذلك أكبر رأيه فهذا و الأول سواء، وإن كان أكبر رأيه أنه
كاذب فيما قال لم ينبغ له أن يتزوج معها إلا ثلاثا ٦ .

= لأن قضاء القاضى أنفذ من الشهادة التى لم يقض بها (ومعنى هذا أن الشهادة
لم تكن ملزمة بدون القضاء، وقضاء القاضى يلزمه بنفسه، والضعيف لا يظهر
فى مقابلة القوى - ١٧٨ ص .

(١) - سقط لفظ « ذاك » من ه، وفى م « بذلك » .

(٢) وفى ه « تزوج » .

(٣) وفى ه « أربعة » .

(٤) وفى م « أكثر » .

(٥) من قوله « صادق ... » من ه ساقط من ه .

(٦) وفى المختصر و شرحه للسرخسى : (وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب
لم يتزوج أكثر من ثلاث) لأن خبر الفاسق يسقط اعتباره بمعارضة أكبر الرأى
بخلافه (ولو كان المخبر أخبر المرأة أن زوجها قد ارتد فلها أن تتزوج بزوج
آخر) فى رواية هذا الكتاب أيضا، وفى السير الكبير يقول : ليس لها ذلك
حتى يشهد عندها بذلك رجلان أو رجل وامرأتان، قال : لأن الزوج أغلظ حتى
يتعلق بها استحقاق القتل، بخلاف ردة المرأة؛ وما ذكرهنا أصح لأن المقصود =

وكذلك لو أن رجلا تزوج جارية صغيرة رضیعة ثم غاب عنها فأتاه رجل فأخبره أن أمه أو ابنته أو أخته أو وظفه التي أرضعته أرضعت امرأته الصغيرة وهو يريد أن يتزوج أربعاً سواها كان هذا و الأول الذي وصفت لك من الردة في جميع ما وصفت لك سواء . وإن لم يقل هذا ولكنه قال : كنت تزوجتها يوم تزوجتها وهي أختك^١ من الرضاعة أو تزوجتها يوم تزوجتها وهي مرتدة عن الإسلام ، لم ينبغ له أن يتزوج أربعاً وإن^٢ كان الذي أخبره بذلك ثقة مسلماً حتى يشهد عنده^٣ شاهداً عدل ، فإذا شهد بذلك شاهداً عدل^٤ وسعه أن يتزوج أربعاً سواها^٥.

= الإخبار بوقوع الفرقة لا إنبات موجب الردة ، ألا ترى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين ، والقتل بمثله لا يثبت - اهـ ص ١٧٩ .

(١) وفي « أختي » .

(٢) وفي « فان » .

(٣) وفي « غده » تصحيف .

(٤) من قوله « فإذا شهد » ساقط من هـ .

(هـ) وفي المختصر وشرحه للسرخسي : (ولو أخبر أنه تزوجها يوم تزوجها وهي مرتدة أو أخته من الرضاعة والمخير ثقة لم ينبغ له أن يتزوج أربعاً سواها ما لم يشهد بذلك عنده شاهداً عدل) لأنه أخبر بفساد عقد حكمتنا بصحته ، ولا يبطل ذلك الحكم بخبر الواحد ؛ وفي الأول ما أخبر بفساد أصل النكاح بل أخبر بوقوع الفرقة بامر محتمل يوضحه أن إخباره بأن أصل النكاح كان قابلاً مستنكر لأن المسلم لا يباشر العقد الفاسد عادة ، فأما إخباره بوقوع الفرقة بسبب عارض غير مستنكر (وإن شهد عنده شاهداً عدل بذلك وسعه أن يتزوج أربعاً) لأنها لو شهدا بذلك عند القاضي حكم بطلان النكاح ، فكذلك إذا شهدا به عند الزوج - ص ١٧٩ .

ولا يشبه. هذان الوجهان إذا أخبره^١ عنها الرجل الواحد الثقة الوجهين الأولين، لأن الوجهين الأولين النكاح الذي كان فيها جائز فيما يزعم الرجل ثم إنه حدث أمر يفسده من ردة^٢ أو رضاع فإن كان عنده ثقة فلا بأس بأن يصدقه، والوجه الآخر: زعم الرجل أن النكاح الذي كان بينهما^٣ كان فاسداً، فهذا لا يفسده^٤ شهادة واحد حتى^٥ يشهد عليه شاهدان.

ألا ترى أن امرأة لو غاب عنها زوجها فأتاها رجل عدل مسلم ثقة فأخبرها أن زوجها طلقها ثلاثاً^٦ أو مات عنها، أو كان غير ثقة فأتاها بكتاب من زوجها أنه قد طلقها ثلاثاً^٧ ولا يدري أكان زوجها هو أم لا إلا أن أكبر^٨ رأيها وظنها أنه حق فلا بأس بأن تعتد^٩ به. ١٠ تزوج^{١٠} بعد انقضاء عدتها^{١١}.

- (١) وفي «أخبر» من غير ضمير المفعول.
- (٢) كذا في ز، م، هـ؛ وكان في الأصل «دونه» مكان «ردة» تصحيف.
- (٣) وفي ع «منها».
- (٤) وفي هـ، م «لا يفسد».
- (٥) وفي م، هـ «مسلم عدل».
- (٦-٦) من قوله «أو مات...» س ٨ ساقط من الأصل من سهو الناسخ وهو موجود في بقية الأصول.
- (٧) وفي هـ «تزوجها».
- (٨) وفي هـ، م «أكثر».
- (٩) وفي م «يتزوج» تصحيف.
- (١٠) وفي المختصر وشرحه للسرخسي: (و على هذا لو أن امرأة غاب عنها =

و كذلك لو أن امرأة^١ قالت لرجل « إن زوجي طلقني ثلاثا واعتددت^٢ بعد ذلك وانقضت عدتي، فوقع في قلبه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها بقولها .

و كذلك رجل طلق امرأته ثلاثا فغابت عنه حينئذ ثم أتته فأخبرته أن عدتها قد انقضت منه وأنها قد تزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها فانقضت عدتها منه فلا بأس بأن يتزوجها ويصدقها إذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة . وهكذا أمر الناس^٣ .

ولو أن رجلا أتاها فأخبرها أن أصل نكاحها كان فاسدا ، أو أن زوجها فأخبرها مسلم ثقة أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها أو كان غير ثقة أتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس بأن تمتد وتزوج ؛ ولو أتاها فأخبرها أن أصل نكاحها كان فاسدا وأن زوجها كان أخاها من الرضاة أو مرتدا لم يسعها أن تزوج بقوله وإن كان ثقة (لأنه في هذا الفصل أخبرها بخبر مستنكر وقد ألزمها الحكم بخلافه، وفي الأول أخبرها بخبر محتمل وهو أمر بينها وبين ربها فلها أن تعتمد ذلك الخبر وتزوج - اهـ ص ١٧٩ . وفي هـ « العدة » مكان « عدتها » .

(١) وفي الشرح : وهي نظير امرأة - الخ .

(٢) وفي هـ « فاعتددت » .

(٣) لأنها أخبرت بحلها له بأمر محتمل ؛ وفي هذا بيان أنها لو قالت لزوجها الأول « حللت لك » لا يحل له أن يتزوجها ما لم يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها له بمجرد العقد قبل الدخول ، فلا يكون له أن يعتمد مطلق خبرها بالحل حتى تفسره - اهـ ما قاله السرخسي ص ١٨٠ .

زوجها كان أحاها من الرضاغة ، أو كان مرتدا كافرا حين تزوجها :
 لم ينبغ لها أن تزوج بقوله ولا بعد انقضاء العدة ولا قبل ذلك إن كان
 لم يدخل بها ، لأنه ' صمد ' لأصل النكاح فزعم^٣ أنه فاسد فهذا مما
 لا يصدق عليه الرجل الواحد وإن كان ثقة . فإذا قال كان أصل النكاح
 صحيحا ولكنه بطل بطلاق أو موت أو غير ذلك لم أر بأسا بأن يصدقه ه
 على ذلك ؛ وإنما هذا بمنزلة رجل في يده جارية يدعى رقبته وتقر له
 بالملك وجدها^٦ رجل قد علم ذلك في يد رجل آخر فأراد شراءها^٧ فسأله
 عنها فقال « الجارية جاريتي » وقد كان الذي كانت في يده كاذبا فيما ادعى
 من ملكها لم ينبغ لهذا الرجل الذي علم ذلك أن يشتريها منه ، لأنها
 قد كانت في ملك الأول ، فانما أراد هذا الثاني نقض ملك الأول فادعى ١٠
 أن ذلك الملك لم يكن ملكا فلا ينبغي للذي علم ذلك أن يصدقه فيما قال ،
 فان قال « قد كان يملكها كما قال ولكنه وهبها لي » أو : تصدق بها علي ،
 أو : اشتريتها منه ، وسعه أن يشتريها منه ويأها لأنه لم يبطل^٨ الملك الأول .

(١) وفي م « لأنها » تحريف .

(٢) أي قصد أن يفسد أصل النكاح .

(٣) وفي م « فيزعم » .

(٤) وفي م « فانما » .

(٥) وفي م « ويقر » تصحيف .

(٦) كذا في م ، وفي البقية « وحدها » .

(٧) وفي م « شراها » .

(٨) وفي ز « لأنها لم تبطل » .

وكذلك الجاوية نفسها لو كانت في يد رجل يدعى أنها جاريته وهي صغيرة في يده لا تعبر عن نفسها بحدود ولا إقرار ثم كبرت على ذلك فلقبها رجل قد علم ذلك في بلد آخر فأراد أن يتزوجها ويطأها فقالت له : أنا حرة الأصل ولم أكن أمة للذي كنت في يده ، لم يسعه أن يتزوجها ويطأها . ولو قالت : كنت أمة فأعتقني ، وكانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة لم أر بأسا أن يتزوجها .

وكذلك الحرة نفسها لو تزوجت رجلاً ثم أتت غيره فأخبرته أن نكاحها الأول كان فاسداً أو أن زوجها الذي كان ٣ تزوجها كان على غير دين الإسلام لم ينبغ له أن يصدقها ولا يتزوجها . ولو قالت : إنه طلقني بعد ذلك ، أو : ارتد عن الإسلام فبنت منه ، أو : أقر بعد النكاح أنه كان مرتداً يوم تزوجني ، أو : أقر بعد النكاح أنني كنت أخته من الرضاعة وبنت* على ذلك ، فإن كانت عنده ثقة مأمونة أو كانت على

(١) لأنه علم أنها كانت مملوكة لذى اليد فإن اليد فيمن لا يعبر عن نفسه دليل الملك والقول قول ذى اليد إنها مملوكة ، فأخبارها بخلاف المعلوم لا يكون حجة له وهو خبر مستنكر - اهـ ما قاله المرخسي ص ١٨٠ .

(٢) لأنها أخبرت بحللها له بسبب محتمل لم يعلم هو خلافه فيجوز له أن يعتمد خبرها - اهـ ما قاله المرخسي .

(٣) سقط لفظ « كان » من هـ .

(٤) لأنها أخبرته بخبر مستنكر يعلم هو خلاف ذلك - قاله المرخسي .

(هـ) وفي ز « بحث » تصحيف .

غير ذلك وكان أكبر^١ رأيه وظنه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها^٢ ،
فكذلك هذا وما أشبهه^٣ إذا صمدت لأصل النكاح أو صمدت لذلك
فزعمت أنه باطل لم يصدقها على ذلك إلا بشاهدين عدلين ، كما يصدق في
الحكم ، وإن أقرت بأصل النكاح والملك ثم ادعت أمراً أبطله صدقت
على ما وصفت لك ؛ ولا تستقيم الأشياء إلا على هذا ونحوه .
و بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عائشة أعتقت بريرة

(١) وفي م « أكثر » .

(٢) وفي المختصر وشرحه : (وإن قالت : إنه طلقني بعد النكاح ، أو : ارتد عن
الإسلام ، وسعه أن يعتمد خبرها ويتزوجها) لأنها أخبرت بحلها له بسبب محتمل
فتى أقرت بعد النكاح : أنه كان مرتدا حين تزوجني (أو كنت أخته من الرضاة
لا يعتمد خبرها) لأنه خلاف المعلوم (وإذا أخبرت بالحرمة بسبب عارض بعد
النكاح من رضاع أو غير ذلك وثبتت على ذلك فإن كانت ثقة مأمونة أو غير
ثقة إلا أن أكبر رأيه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها) وفيه شبهة فإن
الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبرها وقيام الملك للغير بمنعه من أن يتزوج بها ،
ولكن قيام الملك للغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال ،
فما عرف ثبوته فالأصل بقاؤه ، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال ،
فأما صحة النكاح في الابتداء بدليل موجب له وهو العقد الذي عاينه فلا يبطل
ذلك بخبر الواحد - اهـ ص ١٨٠ .

(٣) وفي هـ ، م « أشبه » .

(٤) وفي هـ « ولا يستقيم الاستثناء على هذا » .

فأتتها بشيء تهديه^١ إليها فأخبرتها^٢ أنه صدقة تصدق به عليها فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم كرهت عائشة أن تطعمه حتى تعلمه خبره فأخبرته خبره فقال: هاتيه فإنه لها صدقة وهو لنا هدية^٣. وقد صدقت

(١) كذا في هـ، م وهو الصواب؛ وفي ع، ز «بهديّة».

(٢) وفي هـ «فأخبرته».

(٣) وفي هـ «أنها».

(٤) هذا الحديث أخرجه البخاري في مسنده: حدثنا محمد بن الحسن البزاز البلخي ثنا هلال بن يحيى ثنا يوسف بن خالد السمطي ثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله عنها قالت: تصدق على بريرة بلحم فراه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هو لها صدقة ولنا هدية - ٥٠ ق ٢/٨٠. وأخرجه الإمام مالك في باب ما جاء في الخيار من كتاب الطلاق من موطئه ص ٢٠٤ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت: كانت في بريرة ثلاث سنين، فكانت إحدى السنين الثلاث أنها أعتقت لغيرت في زوجها، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الولاء لمن أعتق. ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب إليه خبز وأدم من أدم البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألم أر برمة فيها لحم؟ قالوا: بلى يا رسول الله! ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو عليها صدقة وهو لنا هدية. والحديث هذا مخرج في الصحاح والسنن بروايات وألفاظ مختلفة؛ قال البخاري في باب الصدقة على موالى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم من صحيحه ص ٢٠٢: حدثنا آدم قال حدثنا شعبة قال حدثنا الحكم عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أرادت أن تشتري بريرة للعتق وأراد مواليتها أن يشترطوا ولأهلها فدكرت عائشة للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: اشتريها فإن الولاء لمن أعتق؛ قالت: وأوتى النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقلت: هذا ما تصدق به على بريرة! فقال: =

= هو لها صدقة ولنا هدية - اه . وقال في باب إذا تحولت الصدقة : حدثنا يحيى ابن موسى قال حدثنا وكيع قال حدثنا شعبة عن قتادة عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلحم تصدق به على بريرة فقال : هو عليها صدقة وهو لنا هدية - اه ص ٢٠٢ . وأخرجه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة وأبي كريب عن وكيع وعن محمد بن المثني وابن بشار عن محمد بن جعفر عن شعبة عن قتادة عن أنس ، ورواه عن عبيد الله بن معاذ قال نا أبي نا شعبة عن قتادة عن أنس : أهدت بريرة إلى النبي صلى الله عليه وسلم لحما تصدق به عليها فقال : هو لها صدقة ولنا هدية ؛ وروى عن عبيد الله بن معاذ نا أبي قال نا شعبة ؛ وروى عن محمد بن مثني وابن بشار واللفظ لابن مثني قال نا محمد بن جعفر (غندر) قال نا شعبة عن الحكم عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة : أتى النبي صلى الله عليه وسلم بلحم بقر فقيل : هذا ما تصدق به على بريرة ! فقال : هو لها صدقة . ولنا هدية ؛ حدثنا زهير بن حرب وأبو كريب قال نا أبو معاوية نا هشام بن عروة عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة قالت : كانت في بريرة ثلاث قضايا : كان الناس يتصدقون عليها وتهدى لنا فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو عليها صدقة ولكم هدية فكلوه ؛ وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة قال نا حسين بن علي عن زائدة عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة ؛ وحدثنا محمد بن مثني قال نا محمد بن جعفر قال نا شعبة . قال سمعت عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت القاسم يحدث عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك ؛ وحدثني أبو الطاهر قال نا ابن وهب قال أخبرني مالك بن أنس عن ربيعة عن القاسم عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك غير أنه قال : هو لنا منها هدية - اه بالتصرف ١/٢٤٥ . وأخرجه الطحاوي في آثاره بأسانيد رواه عن فهد قال ثنا محمد بن سعيد الأصبهاني قال أخبرنا شريك عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت : دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم وفي البيت رجل شاة معلقة فقال : ما هذه ؟ فقلت : تصدق به على بريرة فأهدته لنا ! فقال : هو عليها صدقة وهو لنا هدية ، ثم أمر بها فشويته ؛ =

بريرة بقولها 'وصدقت عائشة بقولها' وقد ادعت الهدية ، فلو كان هذا غير طعام لكان بمنزلة الطعام^٢ وما كان بينهما^٢ افتراق .

باب الرجل يقر أنه قتل أخا فلان^٣ أو أباه

قال محمد : وإذا رأى الرجل رجلا يقتل أباه متعمدا فأنكر القاتل

ه أن يكون قتله أو قال لابنه فيما بينه وبينه «إني قتلت أباك أنه قتل» ولي^٥ فلانا عمدا، أو^٦ قال «إن أباك ارتد عن الإسلام فاستحللت قتله بذلك» ولا يعلم الابن شيئا مما قال القاتل^٧ ولا وارث للقتول غير

= حدثنا يونس أنا ابن وهب أن مالكا أخبره عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة قالت : دخل رسول الله والبرمة تفور بلحم وأدم من أدم البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألم أر برمة فيها لحم ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو صدقة عليها وهولنا هدية ؛ حدثنا علي ابن عبد الرحمن قال ثنا عبد الله بن مسلمة قال ثنا سليمان بن بلال عن ربيعة ، فذكر بإسناده مثله - اهـ ١ / ٣٠٢ .

(١-١) سقط قوله « وصدقت عائشة بقولها » من ه .

(٢-٢) وفي م « وما بينهما » .

(٣) وفي م « فلان أخاه » مكان « أخا فلان » .

(٤) سقط لفظ « قتل » من ه .

(٥) وفي ه « ولي » تصحيف .

(٦) كذا في المختصر وهو الصواب ، وفي الأصول « فلان » بالرفع تصحيف .

(٧) وفي م « ولو » تحريف .

(٨) كذا في ه ؛ وفي ع ، ز « القاتل » وهو في م مهمل .

ابنه هذا فالابن في سعة من قتل القاتل إن أراد قتله ١ .

ومن رآه قتل أباه مع الابن فهو في سعة من إعاقته عليه حتى يقتله . وكذلك لو لم يره قتله ولكنه أقر بذلك بين يديه ثم ادعى بعد ما وصفت لك فلما طلبه بقتله ٢ جحد أن يكون أقر بما أقر به فالابن في سعة من قتله . ومن سمعه يقر بذلك أيضا في سعة من إعاقته الابن ٣ ، ٥ ولو لم يره الابن قتله : لم يقر بين يديه بذلك ولكن شهد عنده على معاينة القتل بالعمد أو على إقراره شاهدا عدل وهو يحدد ذلك لم يسع (١) لأنه يتيقن بالسبب الموجب لحل دمه للقاتل فكان له أن يقتص منه معتمدا على قوله تعالى "فقد جعلنا أولياءه سلطنا" وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : العمد قود ؛ وحاصل المسألة على أربعة أوجه ، أحدها : إذا عين قتله ، والثاني : إذا أقر عنده أنه قتله ، فهذا ومعاينة القتل سواء لأن الإقرار موجب بنفسه حتى لا يملك المقر الرجوع عن إقراره فهذا ومعاينة السبب سواء ، والثالث : أن يقيم البيئة بأنه قتل أباه فيقضى له القاضي بالقود فهو في سعة من قتله لأن قضاء القاضي ملازم فيثبت به السبب المطلق لاستيفاء القود له ، والرابع : أن يشهد عنده شاهدا عدل أن هذا الرجل قتل أباه ، فليس له أن يقتله بشهادة لأن الشهادة لا توجب الحق ما لم يتصل بها قضاء القاضي فلا يتقرر عنده السبب المطلق لاستيفاء القود بمجرد الشهادة ما لم ينضم إليه القضاء - اهـ ما قاله المرخسي في شرح المختصر ص ١٨١ .

(٢) كذا في الأصل ؛ وفي ٥ ، ز « يقتله » وهو في ز مهمل .

(٣) وفي المختصر وشرحه للرخسي : (والذي بينا في الابن كذلك في غيره إذا عين القتل أو سمع إقرار القاتل به أو عين قضاء القاضي به كان في سعة من أن يعين الابن على قتله) لأنه يعينه على استيفاء حقه وذلك من باب البر والتقوى .

ابن المقتول أن يقتل المشهود عليه بشهادتهما حتى يقضى عليه بذلك الإمام . ولا يسع من حضر شهادة الشاهدين من يعدلها . ويعرفهما بشهادتهما أن يعينه على قتله بشهادتهما حتى يقضى له بشهادتهما ، فإذا قضى له الإمام بذلك وسعه قتله بشهادتهما وإن لم يعلم ذلك يقينا ،
 ٥ . وسع من حضر قضاء الإمام بذلك أن يعينه على ذلك . ولا يشبهه شهادتهما قبل قضاء الإمام بها معاينة القتل وإقرار القاتل بذلك ، لأن الشهادة قد تكون حقا باطلاً وهو يقتله على وجه بعضها يحل وبعضها لا يحل فليس ينبغي له أن يقتله حتى يقضى له الإمام بشهادتهما .
 فان عاين الرجل قتل أبيه عمداً أو كان الرجل أقر له بذلك سرا . ثم أقام عنده شاهدين عدلين يعرفهما الابن بذلك أن أباه كان ارتد حين قتله هذا القاتل أو شهد عنده بأن أباه كان قتل أباه هذا القاتل عمداً فقتله به^٦ : فإنه ينبغي للابن أن لا يعجل^٧ بقتله حتى ينظر فيما شهدا به .

(١) وفي هـ «لهما» تصحيح .

(٢) وفي هـ ، م «أو اقرار» .

(٣) كذا في الأصول ، ولعل الصواب « وقد تكون باطلاً » .

(٤) كذا في هـ ، ز ، م ؛ وفي الأصل « بقتله » .

(٥) سقط لفظ « له » من ز .

(٦) وفي هـ « ابنه » تصحيح .

(٧-٧) من قوله « كان قتل ... » ساقط من الأصل موجود في البقية .

(٨) وفي هـ ، م « أن يعجل » سقط لفظ « لا » منها بسهو الناسخ ، والصواب إثباته .

وكذلك من حضر قتل أبيه أو أقر القاتل بذلك لم ينبغ له أن يعينه على شيء من ذلك إذا كان قد شهد عنده ٢ بما وصفت لك شاهدا عدل ٣ .

وكذلك لو كان الإمام قضى له بالقود على قاتل أبيه ثم شهد عنده شاهدا عدل أن أباه كان مرتدا حين قتله هذا القاتل أو كان قتل وليا لهذا القاتل فقتله به فليس ينبغى للابن فيما بينه وبين الله تعالى أن يعجل بقتل هذا القاتل حتى ينظر في ذلك ويتثبت ، ولا ينبغى لمن حضر قضاء القاضي وحضر شهادة الشاهدين بما شهدا به وهما عنده عدلان أن يعينه على قتله ، فإن كان الذي شهدا عنده محدودين في قذف وهما عدلان أو هما عبدان وهما عدلان في مقاتلتهما أو نسوة عدول لرجل معهن فانه في سعة ١٠ من قتله ، لأن شهادة هؤلاء بما لا تبطل به الحقوق ، ولكنه إن ثبت ٦

(١) وفي م « وان » .

(٢) سقط لفظ « عنده » من هـ ، وفي م « عليه » مكان « عنده » .

(٣) وفي المختصر وشرحه للسرخسي : (وإن أقام القاتل عند الابن شاهدين عدلين أن أباه كان قتل أبا هذا الرجل عمدا فقتله به لم ينبغ للابن أن يعجل بقتله حتى ينظر فيما شهدا به) لأنها لو شهدا بذلك عند القاضي حكم بطلان حقه ، فكذلك إذا شهدا عنده (وكذلك لا ينبغى لغيره أن يعينه على ذلك إذا شهد عنده عدلان) لما قلنا (أو بأنه كان مرتدا حتى يتثبت فيه) وهذا لأن القتل إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيتثبت فيه ، وهذا لأن القتل إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيتثبت فيه حتى يكون إقدامه عن بصيرة - هـ ص ١٨١ .

(٤) قوله « الذي » كذا في الأصول الثلاثة . ولعل الصواب « اللذان » .

(٥) من قوله « عدلان أن يعينه » س ٨ ساقط من هـ .

(٦) كذا في شرح المختصر ، وفي الأصول « ثبت » والصواب « تثبت » .

حتى ينظر و يسأل كان خيرا له . وإن شهد عنده بذلك شاهد واحد عدل ممن تجوز شهادته وقال القاتل «عندى شاهد مثله ، فاني استحسنت له أن لا يعجل بقتله حتى ينظر أيا تبه بشاهد آخر أم لا ؟ وإن قتله قبل أن يتأني^٢ كان عندى في سعة ، ولكن التثبت أفضل لأن القتل إذا كان لم يستطع الرجوع فيه ، للقاضي أن يأمره به . ألا ترى أن^٣ القاضي لا يبطل

(١) وفي شرح المختصر : (وإن ثبت فيه فهو خيرا له) لأنه أقرب إلى الاحتياط فإن القتل لا يمكن تداركه إذا وقع فيه الغلط . قال : وفرق بين القصاص وحد القذف فقال (القاذف إذا أقام أربعة من الفساق يشهدون على صدق مقالته لا يقام عليه حد القذف ، والقاتل إذا أقام فاسقين على العفو أو على أن قتله كان بحق لا يسقط القود عنه) والفرق أن عنك السبب الموجب للحد لم يتقرر فإن نفس القذف ليس بموجب للحد لأنه خبر متمثل بين الصدق والكذب وإنما يصير موجبا بعبزه عن إقامة أربعة من الشهداء ، ولم يظهر ذلك العجز لأن للفاسق شهادة وإن لم تكن مقبولة ، والموجب للقود هو القتل وقد تقرر ذلك فالعفو بعده مسقط وهذا المسقط لا يظهر إلا بقبول شهادته ، وليس للفاسق شهادة مقبولة ، ويان هذا أن الله تعالى قال «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء» والمعطوف على الشرط شرط ، وفي باب القتل أوجب القود بنفس القتل فقال تعالى «كتب عليكم القصاص في القتل» ثم قال «فمن تصدق به فهو كفارة له» فعرفنا أن العفو مسقط بعد الوجوب لا أن يكون عدم العفو مقرر سبب الوجوب - ١٨١ ص ١٨٢ . قلت : هذا الفرق ههنا ليس بوجود في الأصول .

(٢) وفي ٥ ، م «شاهد» .

(٣) وفي ٥ «يتأني» تصحيف .

(٤) سقط لفظ «أن» من ز .

حقه الذى حكم له به بقول هؤلاء^١ فكذلك الولي لا يبطل حقه ؛
ولا يأنم عندنا بأخذه إياه إذا كان القاضى لا يبطله بشهادة من شهد
عنده . أرأيت إن شهد عند القاضى هؤلاء القوم الذين وصفت لك من
المحدودين فى القذف والعبيد^٢ والنساء^٣ وهم عند القاضى عدول مسلمون
غير متهمين فى شهادتهم أينبغى للقاضى أن ينضى حكمه الأول^٤ ويعين^٥
الولي^٣ على قتله ! وينبغى لمن حضر القاضى أن يعين الولي على قتل القاتل
بعلمه ! وينبغى ذلك لهم ، ولا يسمعهم^٦ إلا ذلك . فكما لا يسمع القاضى
ومن حضره إلا أن يعين الولي على قتله فكذلك يسمع^٥ الولي أن يقتله .
باب الرجل يكون عنده متاع فيشهد أنه غصبه

ولو أن عبدا أو ثوبا أو مالا كان فى يدي رجل فتشهد شاهدان^{١٠}
لرجل أن هذا الشيء كان لأبيه غصبه منه هذا الذى هو فى^٦ يديه .
والذى ذلك الشيء فى يده يحدد ما قالوا ويزعم أنه له : فليس ينبغى للوارث
أن يأخذ الشيء من يدي الذى ذلك الشيء^٧ فى يديه بشهادتهما وإن كانا

(١) وفى « العبد » تصحيف .

(٢) سقط لفظ « الأول » من هـ .

(٣) وفى م « الوالى » وليس بشيء .

(٤) وفى هـ « ولا يسمعهم » .

(٥) وفى هـ « ان يسمع » .

(٦) سقط لفظ « فى » من هـ .

(٧) سقط قوله « ذلك الشيء » من هـ .

عدلين حتى يقضى له به^١ القاضي بشهادتهما ، فإذا قضى له القاضي بذلك وسعه أخذه وإن لم يعلم يقينا أن الأمر كما شهدا به ، فأما ما لم يقض به القاضي فإنه لا ينبغي له أخذه لأنه إنما شهدا أن ذلك الشيء لأبي الوارث لانهما رأيا ذلك في يديه ، شهدا أن هذا أخذه منه ! وقد يأخذ الرجل من الرجل الشيء يكون في يده وذلك الشيء للآخذ فيكون الآخذ قد أخذ منه^٢ حقه والشاهدان لا يعلمان فيشهدان بالظاهر مما رأيا فيسمعها ذلك ولا يكون الآخذ المشهود عليه آخذ منه بشهادتهما شيئا هو له ! فلذلك^٣ قلنا : لا ينبغي للشهود له أن يأخذ ذلك الشيء بشهادتهما حتى يقضى له بذلك^٤ القاضي ، ولانهما أيضا قد يشهدان بالحق والباطل ،

(١) سقط لفظ « به » من م .

(٢) سقط لفظ « قد » من ه .

(٣) كذا في ه ، وسقط لفظ « منه » من بقية الأصول .

(٤) كذا في الأصول ، والصواب « آخذا » بالنصب وبصيغة اسم الفاعل .

(٥) كذا في الأصل ، وفي م « ولذلك » وفي ه « وكذلك » ؛ والصواب « فلذلك » كما في الأصل .

(٦) كذا في ز ، وفي بقية الأصول « ذلك » . قال السرخسي : لأن الشهادة لا تكون ملازمة بدون القضاء . وفي الأخذ قصر يد الغير ، وليس في الدعوى إلزام أحد شيئا فيتمكن من الدعوى بشهادتهما ولا يتمكن من الأخذ حتى يقضى له القاضي بذلك ، لأن ذا اليد مزاحمة له يده ولا تزول مزاحمته إلا بقضاء

فأما إذا قضى القاضي بذلك وسعه أخذه .

ولو كان الوارث عاين الذى ذلك الشيء فى يده وهو يأخذ من
يدى أبيه ٢ وسعه أخذه منه وقاتله عليه ، وسع من عاين ذلك معه
إعانته عليه ، إن أتى ٣ ذلك على نفسه إذا امتنع وهو فى موضع لا يقدر
فيه على سلطان يأخذ لأحد بحقه ؛ وكذلك لو أقر بما شهد به الشاهدان ه
عليه فأقر بذلك عند الوارث وادعى أنه كان له وسع الوارث أخذ ذلك
منه وسع من حضر إقراره إعانته عليه حتى يستنقذوا ذلك منه .
وكذلك جميع الأموال والعروض والرقيق والدواب وغير ذلك .
ولو شهد شاهدان عليه أنه أقر أن هذا الشيء بعينه كان لآبى هذا
الوارث وأنه غصبه منه وهو يحدد ذلك لم يسع الوارث أن يأخذ منه ١٠

(١ - ١) وفى « فاذا » .

(٢) وفى « ابنه » .

(٣) وفى « أبى » .

(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر : (وكذلك إن أقر الآخذ عنده بالأخذ)
لأن إقراره ملزم فهو كعائنه السبب أو قضاء القاضى له به (وسعه أن يقاتله عليه
وكذلك يسع من عاين ذلك إعانته عليه وإن أتى ذلك على نفسه إذا امتنع وهو فى
موضع لا يقدر فيه على سلطان يأخذ له بحقه) لأنه يعلم أنه ملكه (وكما أن له أن
يقاتل دفاعاً عن ملكه) إذا قصد الظالم أخذه منه (فكذلك له أن يقاتل فى
استرداده) والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو

شهيد » - اه ص ١٨٢ - ١٨٣ .

(٥) وفى « فانه » .

بشهادتهما حتى يقضى له بذلك القاضي عليه ، فإذا قضى بذلك عليه وسعه
أخذ ذلك منه وإن لم يعلم يقينا ، لأن الشاهدين إذا لم يقض القاضي بشهادتهما
فليس يدري المشهود له أصادقان أم كاذبان ؟ وقد يقول الرجل أيضا
الحق والباطل ، وقد يقر أيضا ثم يشتري بعد ذلك أو يملكه بوجه من
الوجوه غير الشراء من الوصية يوصى بها الميت و غير ذلك فليس ينبغي
للوarith أن يأخذ ذلك منه وإن قوى^٢ عليه إلا بقضية قاض ، ولا ينبغي
لمن سمع شهادة الشاهدين أن يعينه على ذلك حتى يقضى به القاضي عليه ،
فإذا قضى بذلك القاضي وسع لمن حضر قضاءه أن يعينه على أخذه حتى
يدفعه إلى الوarith ، فإذا امتنع بدفعه^٣ في موضع لا يقدر فيه على سلطان
يأخذه فيدفعه إليه وسع الوarith ومن حضر قضاء القاضي إن امتنع
عليهم بدفعه^٤ قتاله و قتله حتى يؤخذ منه فيدفع إلى الوarith .

وكذلك^٥ لو حضر الوarith إقرار الذي كان الشيء في يده بمثل
ما شهد به الشاهدان وسعه أخذه منه و قتاله عليه ، وسع من حضر معه
إعانتته عليه حتى يستنقذوا ذلك من يده .

١٥ ولو أن رجلا كانت له امرأة فيشهد^٦ عندها^٧ شاهدان عدلان^٨

(١) وفي م «الشهود» تصحيف .

(٢) وفي م «نوى» تصحيف .

(٣) كذا في ه ، م ، ز ؛ وفي الأصل «يدفعه» .

(٤) كذا في ه ، وفي الأصل «يدفعه» وفي ز «فدفعه» .

(٥) وفي م «وكذا» .

(٦) وفي ه «فشهد» .

(٧-٧) وفي ه «عدلان شاهدان» .

أن زوجها طلقها ثلاثا وهو يحدد ذلك ثم غابا أو ماتا قبل أن يشهدا عند القاضي بذلك لم يسع امرأته أن تقيم عنده؛ وكان هذا بمنزلة سماعها لو سمعته يطلقها^١، ولا يشبه شهادة الشاهدين^٢ في هذا الوجه ما وصفت لك قبله من القتل و الأموال، لأن الطلاق لا ينتقض بوجه من الوجوه، ولا يكون أبدا إلا طلاقا، ولا تكون المرأة به أبدا إلا باثنا. فان قال قائل: قد يطلق الرجل غير امرأته فلا يكون ذلك طلاقا! قيل له: فهي حرام عليه بأحد الوجهين: إما أن تكون^٣ غير

(١) لأنها لو شهد بهذا عند القاضي حكم بحرمتها عليه، فكذلك إذا شهدا بذلك عندها؛ وهذا بخلاف ما تقدم لأن القتل وأخذ المال قد يكون بحق وقد يكون بغير حق، فأما التطبيقات الثلاث لا تكون إلا موجبة للحرمة فان قال قائل: فقد يطلق الرجل غير امرأته ولا يكون ذلك طلاقا! قلنا: هذا على أحد وجهين: إما أن تكون امرأته فيكون الطلاق واقعا عليها، أو تكون غير امرأته فليس لها أن تملكه من نفسها، وحاصل الفرق أن هناك الشبهة من وجهين: أحدهما احتمال الكذب في شهادتهما، والآخر كون القتل بحق فيصير ذلك مانعا من الإقدام على ما لا يمكنه؛ تداركه، وهنا الشبهة من وجه واحد وهو احتمال الكذب في شهادتهما، فأما إذا كانا صادقين فلا مدفع للطلاق، وبظهور عدالتهما عندها ينعدم هذا الاحتمال حكما كما ينعدم عند القاضي؛ فان قيل: كما أن في شهادة شاهدين احتمال الكذب نفى إقرار المقر ذلك وقد قلتم: يسعه أن يقتله إذا سمع إقراره! قلنا: هذا الاحتمال يدفعه عقل المقر فالإنسان لا يقر على نفسه بالسبب الموجب لسفك دمه كاذبا إذا كان عاقلا، وإن لم يكن عاقلا فلا معتبر بإقراره - اه ما قاله السرخسي في شرح هذه المسألة ص ١٨٣ .

(٢) وكان في الأصل «الشاهدان» تصحيف، وفي البقية «الشاهدين» .

(٣) وكذا في شرح المختصر للسرخسي، وفي الأصول «أما تكون» .

زوجه ١ فلا يسمعه أن يقربها ولا يسمعها أن تدعه ، أو تكون زوجة له
قد أبانها ٢ بالطلاق فصارت بذلك ٣ غير زوجة فحرم بذلك فرجها
فلا ينبغي لها أن تدعه أن يقربها أى الوجهين كانت عليه ، وإنما الذى
يريد أن يبطل شهادة الشاهدين لا يبطلها إلا بخضلة واحدة : الطعن فى
٥ شهادتهما يقول ٤ : لعلهما كاذبان ؛ فإذا كانا عدلين فليس ينبغي له أن
يطعن فى شهادتهما ولا ترد ٥ بالتهمة ؛ ولو وسع هذا لوسع غيره .
أرأيت رجلين عدلين أو أكثر من ذلك شهدا عند رجل وامرأته
أنهما أرضعا وهما صغيران فى الحولين من امرأة واحدة و أثبتوا ذلك
وصفوه ٦ أيسع الرجل وامرأته أن يقيما على نكاحهما ويكذبا الشهود
١٠ حتى يقضى القاضى بالفرقة بينهما ! أرأيت لو مات الشهود قبل أن
يتقدموا إلى القاضى أو غابوا أ كان يسع هذين أن يقيما على نكاحهما
وهما يعرفان أن الشهود عدل مرضيون ! فهذا لا ينبغي المقام عليه
من واحد منهما من الزوج ولا من المرأة . أرأيت لو شهدت الشهود
بذلك عند القاضى أو بالطلاق الذى وصفت لك فلم يعرف القاضى عدل
١٥ الشهود وسأل عنهما ٧ القاضى فلم يعرفوا بتلك البلاد والرجل والمرأة

(١) وفى ٥ ، ز « زوجة » .

(٢) وفى م « اتاها » تصحيف .

(٣) سقط لفظ « بذلك » من م .

(٤) وفى ٤ « بقول » وفى م غير منقوط .

(٥) وفى م « ولا يرد » .

(٦) وفى ٥ « وضعوه » .

أو أحدهما يعرف الشهود ١ بالعدل والرضا أ ينبغي لهما بعد المعرفة بذلك أن يقيما على النكاح ؟ ليس ينبغي المقام على هذا النكاح بعد الذي وصفت لك إن قضى القاضي ٢ بشهادتهما أو لم يقض ، ولكن المرأة التي شهد عندها الشهود بالطلاق أو شهدوا عندها بالرضاع إن جحد الزوج ذلك و أراد المقام عليها لم يسمعها المقام معه . فإن هربت منه و امتنعت ه عليه وقهرته وكانت على ذلك قادرة بسلطان أو غير ذلك لم يسمعها أن تعتد ثم تزوج ، لأن الحاكم ٣ لم يحكم بالفرقة بينهما فهي لا يسمعها أن تزوج ولا يسمعها أن تدعه أن يقربها ٤ .

و كذلك إن سمعته طلقها ثلاثا ثم جحد وحلف أنه لم يفعل فردها القاضي عليه لم يسمعها المقام معه ، ولا يسمعها أن تعتد و تزوج ٥ ، لأن ١٠

(١) وفي م « بالشهود » .

(٢) وفي ه « للقاضي » .

(٣) وفي ه « لأن الحكم » تصحيف .

(٤) لأنه ممكن من الزنا ؛ وكانت إسماعيل الزاهد يقول : تسقيه ما تنكسر به شهوته ، فإن لم تقدر على ذلك قتلتها إذا قصدتها لأنه لو قصد أخذ مالها كان لها أن تقتله دفعا عن مالها ، فإذا قصد الزنا بها أولى أن يكون لها أن تقتله دفعا عن نفسها - اه ما قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١٨٣ .

(٥) لأنها في الحكم زوجة الأول ، فلو تزوجت غيره كانت ممكنة من الحرام فعلها أن تكف عن ذلك ، قالوا : وهذا في قضاء القاضي ، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فلها أن تزوج بعد انقضاء عدتها - اه ما قاله السرخسي في شرح المختصر

ص ١٨٣ .

الحاكم حكم بأنها زوجته فلا ينبغي لها أن تزوج غيره فتركب^١ بذلك أمرا حراما عند المسلمين تكون به عندهم فاجرة . ولا يشبه هذا فيما وصفت لك قضاء القاضي فيما قضى به فيما يختلف^٢ فيه مما^٣ يرى الزوج فيه خلاف ما يرى القاضي .

٥ ولو أن رجلا قال لامرأته « اختارى ، فاخترت نفسها وهو يرى أن ذلك تطليقة بائنة^٤ والمرأة لا ترى ذلك طلاقا فقدمته إلى القاضي وطلبت نفقتها وكسوتها فقال الرجل للقاضي^٥ « إني خيرتها فاخترت نفسها فبات بذلك ، والقاضي يرى أنها تطليقة يملك الرجعة وهي على^٦ حالها فقضى بأنها امرأته وأنه يملك الرجعة جاز قضاء القاضي^٧ عليهما^٨ بذلك ووسع الرجل أن يراجعها ويمسكها .

وكذلك لو كانت المرأة هي التي ترى ذلك^٩ طلاقا بائنا والرجل لا يرى ذلك فخاصمها إلى القاضي فقضى^{١٠} القاضي أنه يملك الرجعة فان

(١) وفي « فتركب » تصحيف .

(٢) وفي « يختلف » تصحيف .

(٣) كذا في الأصل وكذا في « ؛ وفي ز ، م » فيما .

(٤) وفي « ثانية » واللفظ غير منقوط في م .

(٥) لفظ « للقاضي » - سقط من هـ .

(٦) سقط لفظ « على » من هـ .

(٧) وفي هـ ، م « عليها » .

(٨) وفي م « بذلك » .

(٩) وفي هـ « قضى » .

ذلك جائز من القاضي ، ولا يوسع المرأة أن تفارق زوجها إذا راجعها .

(١) لأن قضاء القاضي هنا اعتمد دليلا شرعيا ، وفي الأول قضي بالنكاح لعدم ظهور الدليل الموجب فكان إبقاء ما كان لا قضاء بالحل بينهما حقيقة ؛ ثم حاصل الكلام في المجتهديات أن المبتلى بالحادثة إذا كان غائبا لا رأى له فعليه أن يتبع قضاء القاضي سواء قضي القاضي له بالحل أو بالحرمة ، وإن كان عالما بمجتهدا فقضى القاضي بخلاف اجتهاده فإن كان هو يعتقد الحل وقضى القاضي عليه بالحرمة فعليه أن يأخذ بقضاء القاضي ويدع رأى نفسه ، لأن القضاء ملزم للكافة ، ورأيه لا يعدوه ؛ وإن قضي له بالحل وهو يعتقد الحرمة ففي قول أبي يوسف عليه أن يتبع رأى نفسه ، وفي قول محمد يأخذ بقضاء القاضي لأن الاجتهاد لا يعارض القضاء ، ألا ترى أن للقاضي ولاية نقض اجتهاد المجتهد والقضاء عليه بخلافه ؛ وليس له ولاية نقض القضاء في المجتهديات والقضاء بخلاف الأول ، والضعيف لا يظهر مع القوى ، وأبو يوسف يقول : اجتهاده ملزم في حقه وقضا تفاضي يكون عن اجتهاد فمن حيث ولاية القضاء ما يقضى به القاضي أقوى ، ومن حيث حقيقة الاجتهاد يرجح ما عنده في حقه على ما عند غيره فتحقق المعارضة فيها فيطلب الموجب للحرمة عملا بقوله صلى الله عليه وسلم « ما اجتمع الحرام والحلال في شيء إلا غلب الحرام الحلال » ؛ يوضحه أن عنده أن قضاء القاضي ليس بصواب ، ولو كان ما عنده غير القاضي لم يقض بالحل . فكذلك إذا كان ذلك عنده لا يعتقد فيه الجل فإن الله تعالى قال ” ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام “ الآية ففي هذا بيان أن قضاء القاضي لا يحل للرا ما يعتقد فيه الحرمة ؛ وعلى هذا الأموال ، فإن القاضي لو قضي بالميراث للجد دون الأخ والأخ فقيه يعتقد فيه قول زيد رضي الله عنه فعليه أن يتبع رأى القاضي ، وإن قضي القاضي بالمقاسمة على قول زيد والأخ يعتقد مذهب الصديق رضي الله عنه فعلى قول أبي يوسف ليس له أن يأخذ المال ، وعلى قول محمد له أن يأخذ المال ؛ وعلى هذا الطلاق =

وكذلك هذا في جميع ما يختلف فيه من الأقضية إذا رأى الرجل ذلك حراما أو رآته المرأة وقضى القاضي بأنه حلال وسع الذي رأى ذلك حراما أن يرجع إلى قضاء القاضي و يأخذ به ويدع ما رأى من ذلك لا يسعه غيره في كل حق يلزمه ، فأما أمر لو علم به ^٢ القاضي ^٣ لانتفذه ^٤ و حرم الفرج به ولكنه لم يمنعه ^٥ من أن يحرم الفرج إلا أنه لم يعلمه فرد القاضي المرأة على زوجها بذلك و المرأة تعلم خلاف ما يعلم القاضي فليس ينبغي لها أن تلتفت إلى شيء من إحلال القاضي ولا غير ذلك ،

= المضاف إذا كان الزوج يعتقد وقوع الطلاق فقضى القاضي بخلافه فهو على الخلاف ، وإن كان الزوج غائبا أو كان يعتقد أن الطلاق غير واقع فعليه أن يتبع رأى القاضي أو قضى بخلاف اعتقاده ، وعلى هذا لو استفتى العايم أقوى الفقهاء عنده فافتى له بشيء فذلك بمنزلة اجتهاده لأنه وسع مثله ، ثم فيما يقضى القاضي بعد ذلك بخلافه حكمه كحكم المجتهد في جميع ما بينا ، وكذلك لو حكما فقيها لحكمه كفتواه لأن سببه تراضيهما لا ولاية ثابتة له حكما فكان تراضيهما على تحكيمه كسؤالهما إياه و الفتوى لا تعارض قضاء القاضي ؛ ألا ترى أن للقاضي أن يقضى بخلاف حكم الحكم في المجتهدات ، وليس له أن يقضى بخلاف ما قضى به غيره في المجتهدات ، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه فهذا معنى قولنا حكم الحكم في حقها كفتواه - ٥١ ما قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١٨٤ .

(١) كذا في ع ، م ، ز ؛ وفي ٥ « يخلف » تصحيف .

(٢) كذا في الأصول ، وفي المختصر « فأما لو علم » .

(٣) من قوله « و يأخذ به » س ٣ ساقط من ٥ .

(٤) وفي ٥ « لا بعده » .

(٥) وفي م « لا يمنعه » .

كتاب الأصل الاستحسان - يكون عند الرجل متاع فيشهد أنه غصبه ج - ٣

ولكنها أيضا لا تقدم على إحلال فرج قد حرمه القاضى فأخذ^١ فى ذلك بالثقة ، فلا يسعها المقام مع زوجها الأول ، ولا يسعها أن تتزوج غيره .

وكذلك إذا شهد شاهدا عدل على رجل أنه أعتق جاريته هذه أو شهدا عليه أنه أقر بعثتها فليس يسعها أن تدعه يجامعها قضى بشهادتهما ه أو لم يقض ، ولا يسعها أن تتزوج إذا كان يحدد العتق^٢ .

وكذلك العبد إذا شهدا بعتقه والمولى يحدد ذلك وهما معدلان عند العبد لم يسع العبد^٣ أن يتزوج بشهادتهما حتى يقضى له القاضى بالعتق^٤ . ولا يشبه العتق والطلاق والرضاع ما وصفت لك قبله من الأموال وغيرها . لأن العتق والطلاق والرضاع لا يطله شيء من ١٠ الأشياء على وجه من الوجوه . فلذلك كانت الشهادة فيه بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى سواء ، فأما ما سوى ذلك من العمد وغيره

(١) وفى هـ « فإخذه » وفى م هو مهمل .

(٢) وفى هـ « العتق منه »

(٣) وفى هـ « لعبد » .

(٤) وفى المختصر وشرحه للسرخسى : (وعلى هذا لو شهد عدلان عند جارية)

لأن حجة حرمتها عليه تمت عندها فهو والطلاق سواء (ولا يسعها أن تتزوج إذا كان المولى يحدد العتق وكذلك إذا شهدا بعتق العبد والمولى يحدد لم يسع العبد أن يتزوج بشهادتهما حتى يقضى له القاضى بالعتق) لأنها مملوكان له فى الحكم ، فلو تزوجا بغير إذنه كانا مرتكبين للحرام عند القاضى وعند الناس ، والتحرز عن ارتكاب الحرام فرض - اه ص ١٨٥ .

كتاب الأصل الاستحسان - يكون عند الرجل متاع فيشهد أنه غصبه ج - ٣

فقد يبطل بالعفو من ولي الدم و والى القود و فيما ' دون الدم بالحقوق
و بأشياء كثيرة على وجوه مختلفة ، فلذلك ' افرقت هذه الاشياء في
غير قضاء القاضى إذا شهد بها الشهود العدول .

ولو أن رجلا كان متوضاً ٣ فوقع في قلبه أنه أحدث و كان على
ه ذلك أكبر؛ رأيه فأفضل ذلك أن يعيد الوضوء ، وإن لم يفعل و صلى على
وضوئه الاول كان عندنا في سعة لأنه عندنا على وضوء حتى يستيقن
بالحدث . و إن أخبره مسلم ثقة أو امرأة ثقة مسلمة حرة أو مملوكة
و أنك أحدثت ، أو نمت مضطجعا ، أو رعقت ، لم ينبغ له أن يصلى حتى
يتوضأ . ولا يشبه هذا ما وصفت لك قبله من الحقوق لأن هذا أمر الدين
١٠ فالواحد فيه حجة إذا كان عدلا ، و الحقوق لا يجوز فيها إلا ما يجوز
في الحكم .

و إن أحدث رجل فاستيقن بالحدث ثم كان أكبر؛ رأيه أنه توضأ
فانه لا ينبغى له أن يصلى حتى يستيقن بالوضوء . فان أخبره رجل مسلم
ثقة أو امرأة حرة أو أمة أنه قد توضأ أو أخبره من لا يعرف بالعدالة

(١) قوله « و فيما » كذا في ع ، ز ؛ و في ه ، م « فيما » من غير و او .

(٢) و في م « فكذلك » .

(٣) و في ه « يتوضأ » و الصواب « متوضأ » كما في بقية الأصول .

(٤) و في م « أكثر » .

(٥) هذه المسائل إلى ختم كتاب الاستحسان لم يذكره الحاكم في مختصره
ولا السرخسى في شرحه .

(٦) كذا في ه ، ز ، م ؛ و في الأصل و او مكان « أو » وليس بشئ .

كتاب الأصل الاستحسان - يكون عند الرجل متاع فيشهد أنه غصبه ج - ٣

فوقع في قلبه أنها صدقا فيما قالوا وسعه أن يصلي وإن لم يحدث وضوا .
فإن كان الرجل يبتلى^١ بذلك كثيرا ويدخل عليه فيه الشيطان فاستيقن
بالحدث واستيقن أنه قد للوضوء فكان أكبر^٢ رأيته أنه تواضعا وسعه
عندنا أن يمضي على أكبر^٣ رأيته .

ألا ترى أن رجلا لو^٤ كان شك في الصلاة كثيرا فدخل في ه
الصلاة ثم لم يدر كم صلى مضى على أكبر^٥ رأيته وظنه ! وكذلك لو شك
في التكبير الأول فلم يدر^٦ أكبر أم لا إلا أنه في الصلاة ومضى على
أكبر^٧ رأيته وظنه أجزاء ذلك ، وإن كان قد فرغ من صلاته ثم عرض
له شك في شيء مما وصفت لك لم يلتفت إليه وأجزته^٨ صلاته .
وكذلك الوضوء إذا قام عنه^٩ عن تمام في نفسه ثم عرض له شك في ١٠
مسح الرأس وغيره لم يلتفت إلى شيء من ذلك .

وإذا أودع رجل مالا عند رجل ثم أتاه يطلبه فأخبره أنه كان
دفعه إليه فوقع في قلبه أنه صادق ولا يدرى أ كاذب هو أم لا ، إلا أنه

(١) وفي « مبتلى » .

(٢) وفي « أكثر » .

(٣) كذا في ه ، ز ، م ؛ وفي « لو أن رجلا » .

(٤) كذا في الأصول .

(٥) وفي « ولم يدر » .

(٦) كذا في ع ، ز ؛ وفي ه ، م « أجزاءه » وليس بصواب .

(٧) سقط لفظ « عنه » من ه .

عنده^١ ثقة مسلم فإن صدقه وأخذ بقوله فذلك فضل أخذه به^٢ وهو أحسن من غيره، وإن أبي إلا طلب حقه وأراد استحلافه عند القاضي على ذلك فهو من^٣ ذلك في سعة. لأن الرجل وإن كان عدلاً فهو غير مأمون فيما يطلب لنفسه وفيما يطلب^٤ به، فإن أبي اليمين وسع رب المال أن يأخذ منه المال، وإن أراد على اليمين فافتدى يمينه بغرم المال^٥ أو بعضه أو صالحه على شيء منه أو من غيره وسع رب المال أخذ ذلك منه.

وكذلك إن قال ضاع المال مني، وهو عنده عدل ثقة^٦ فالأفضل أن يكف عنه، وإن طالبه باليمين فحلف له على ذلك عند غير قاض فأبى إلا أن يستحلفه عند القاضي وسعه أن يطالبه باليمين عند القاضي، لأنه حق له في عقه أن يحلف له عند الحاكم إذا لم يعلم أنه صادق فيما قال، فإن^٧ استحلفه عند الحاكم فنكل عن اليمين وسعه أن يأخذ المال منه. وكذلك إن أراد استحلافه فافتدى يمينه بجميع المال أو بعضه فهو في سعة من أخذ ذلك منه حتى يعلم أنه قد ضاع أو دفعه إليه.

(١) وفي م «عبد» سهو الناسخ.

(٢) وفي ز «أخذه به».

(٣) وفي ه «في» مكان «من».

(٤) وفي م، ز «يطالب».

(٥) أي المال كله.

(٦) وفي ه «ثقة عدل».

(٧) وفي ه «فاذا».

كتاب الأصل الاستحسان - يكون عند الرجل متاع فيشهد أنه غصبه ج - ٣

ولو لم يكن المال عنده وديعة ولكن كان ديناً عليه فأتاه بتقاضاه وقال «إني قد دفعته إليك»، وكان عنده عدلاً ثقة ووقع في قلبه أنه صادق، وأن مثله لا يقول إلا حقاً إلا أنه لا يعلم ذلك يقيناً فأفضل الأشياء له أن يصدق، وإن أبي إلا أن يطالبه بحقه وسعه أن يأخذ من ماله إن قدر مثل دينه، فإن أراد الغريم أن يستحلفه ما قبض المال منه وسعه أن يحلف على ذلك، لأن يمينه إنما هي على عليه وهو لا يعلم ذلك يقيناً.

وكذلك كل حق وجب لرجل على رجل من دين أو غيره فقال الذي عليه الحق «قد أوفيتك حقك»، أو: أبرأتني منه، أو ادعى أجلاً بعيداً فوقع في قلب صاحب الحق أنه صادق وكان على ذلك أكبر ١٠. ظنه وكان عنده عدلاً ثقة فأفضل ذلك أن يصدقه ويأخذ بقوله، وإن لم يصدق وطالب بحقه فأراد المطلب أن يحلفه فالأفضل للمطلب أن لا يحلف، وإن حلف كان في سعة من يمينه لأن يمينه على عليه والرجل متهم على ما يدعى لنفسه وإن كان عدلاً.

(١) وفي «واجب».

(٢) وفي ز «أبرأتني» والصواب «أبرأتني» كما في البقية.

(٣) وفي م «أكثر».

(٤) وفي ز «لا يحلفه».

(٥) كذا في م، ه؛ ولم يذكر قوله «لأن يمينه» في ع، ز.

(٦) وفي م، ه «منهم» تصحيف.

كتاب الاصل الاستحسان - يكون عند الرجل متاع فيشهد أنه غصبه ج - ٣

وكذلك إن أخبره مع المطلوب رجل عدل^١ أو امرأة ورجل ،
فإن أخبره سوى المطلوب رجلان عدلان لم يسعه أن يطالب بحقه
أو يحلف له على ذلك ، لأن هذا يقضى فيه الحاكم^٢ وكل من كان له حق
فهو له^٣ على حاله حتى يأتي اليقين على خلاف ذلك ؛ واليقين أن يعلمه
أو يشهد عنده الشهود العدول^٤ .

آخر كتاب الاستحسان ، بحمد الله الملك المنان ، والصلاة
والسلام على النبي محمد وآله وصحبه وسلم إلى انتهاء الزمان .

(١) سقط لفظ « عدل » من ه .

(٢) وفي ز « الحكم » .

(٣) كذا في ع ، ز ؛ ولم يذكر لفظ « له » في ه ، م .

(٤) زاد في م « والله أعلم » .

(٥) كذا في الأصل ، وفي م « والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد

وآله وصحبه أجمعين » ولم يذكر قوله « بحمد الله - الخ » في م ، ه ، ز .
