. @ 317 @

3712 ومدركهما أن قول النبي : (لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك) . رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي وحسنه من رواية عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده . .

3713 وقول النبي : (لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك) رواه ابن ماجه من رواية المسور بن مخرمة ، هل هذا الطلاق والعتاق وقعا قبل ملك ، أو لم يقعا إلا في ملك ، وأصل هذا فيما قيل إن الشرط هل منع انعقاد السبب ، أو إنما منع ترتب حكمه عليه ، فمن نظر إلى الأول قال بوقوع الطلاق والعتاق ، لوجود سببهما في الملك ، ومن نظر إلى الثاني قال بعدم وقوعهما ، لوجود السبب قبل الملك ، والمشهور عن أحمد وهو المختار لعامة أصحابه ، حتى إن بعضهم لا يثبت ما يخالف ذلك التفرقة بين الطلاق والعتاق ، كما قاله الخرقي ، فيقع العتق دون الطلاق ، نظراً إلى أن العتق قربة وطاعة ، فصح تعليقه على الملك كالنذر ، وقد دل على الأصل قول ا تعالى : 19 ({ ومنهم من عاهد ا لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين }) الآية . وهذا بخلاف الطلاق ، فإنه ليس بقربة من حيث هو ، بل عدمه هو القربة ، والأصل أن الإنسان لا ينفذ له تصرف إلا فيما يملك ، وأيضاً الملك قد يقصد للعتق ، كما في شراء من يعتق عليه برحم أو بشرط ، والنكاح لا يقصد للطلاق ، بل قد تذهب فائدته . اه . و الخرقي رحمه ا صور المسألة فيما إذا علق طلاق معينة على تزوجها ، وكذلك الحكم في غير المعينة ، كما إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق . وكلامه في تعليق العتق يشمل ما إذا كان المكلف حراً أو عبداً ، والصحيح عندهم أن العبد لا يصح تعليقه ، وإن صح تعليق الحر ، لعدم ملكه حين التعليق . .

قال : ولو حلف أن لا ينكح فلانة ، أو لا اشتريت فلانة ، فنكحها نكاحاً فاسداً ، أو اشتراها شراء فاسداً لم يحنث . .

ش : هذا هو المشهور والمختار من الأوجه ، حملا لذلك على النكاح الشرعي والشراء الشرعي ، ولا ريب أنهما الصحيحان إذ كلام المكلف محمول على المراد من كلام الشارع ، وكلام الشارع المراد به الصحيح ، فكذلك كلام المكلف ، (وقيل بحنثه) مطلقاً ، نظراً لإطلاق اللفظ الشامل للشرعي واللغوي ، وملخصه أن الأول غلب الحقيقة الشرعية ، والثاني غلب الحقيقة اللغوية (وفي المذهب وجه ثالث) اختاره ابن أبي موسى ولا بأس به أنه يحنث بالنكاح أو الشراء المختلف فيه ، لعدم الجزم بكونه ليس بشرعي ، مع تيقن دخوله في الحقيقة اللغوية

، دون النكاح أو الشراء المتفق على بطلانهما ، لتيقن كونه ليس بشرعي ، مع أن المغلب في الإطلاق هو الشرعي ، وا أعلم .