الاستذكار

الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار

الاستذكار الجزء السابع

1 (32 كتاب القراض (1) ( )

1 (1 - باب ما جاء في القراض)

قال ابو عمر اما اهل الحجاز يسمونه القراض واهل العراق لا يقولون قراضا البتة وليس عندهم كتاب قراض وانما يقولون (مضاربة) وكتب مضاربة اخذوا ذلك من قوله تعالى واذا ضربتم في الارض النساء 101 وقوله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله المزمل 20

وفي قول الصحابة بالمدينة لعمر في قصته مع ابنتيه (لو جعلته قراضا) ولم يقولوا مضاربة دليل على انها لغتهم وان ذلك هو المعروف عندهم

والقراض ماخوذ من الاجماع الذي لا خلاف فيه عند احد من اهل العلم وكان في الجاهلية فاقره الرسول ﷺ في الاسلام

1355 - مالك عن زيد بن اسلم عن ابيه انه قال

خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على ابي موسى الاشعري وهو امير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو اقدر لكما على امر انفعكما به لفعلت ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله اريد ان ابعث به إلى امير المؤمنين فاسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان راس المال إلى امير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب ان ياخذ منهم المال فلما قدما باعا فاربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال اكل الجيش اسلفه مثل ما اسلفكما قالا لا فقال عمر بن

الاستذكار ج:7 ص:3

الخطاب ابنا أمير المؤمنين فاسلفكما اديا المال وربحه فاما عبد الله فسكت واما عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا امير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال او هلك لضمناه فقال عمر ادياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فاخذ عمر رأس المال ونصف ربحه واخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال

قال ابو عمر هذا اجتهاد من عمر - رضي الله عنه - لانهما ابناه وحاباهما ابو موسى الاشعري بما اعطاهما فاجتهد للمسلمين في ذلك واحتاط عليهم كما فعل بعماله اذ شاطرهم اموالهم احتياطا لعامة المسلمين

1356 - مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده ان عثمان بن عفان اعطاه مالا قراضا يعمل فيه على ان الربح بينهما

قال ابو عمر اصل هذا الباب اجماع العلماء على ان المضاربة سنة معمول بها مسنونة قائمة وروي عن عمر بن الخطاب وعائشة وبن مسعود

وبن عمر انهم كانوا يقولون اتجروا في اموال اليتامى لا تأكلها الزكاة وكانوا يضاربون باموال اليتامى

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (ابتغوا في اموال اليتامى لا تاكلها الزكاة) وقال لا تذهبها الزكاة (1)

وهو حديث مرسل

وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال (ألا من ولي مال يتيم فليتجر له فيه ولا يتركه فتاكله الزكاة) (2) .

وهذه الاثار وما كان مثلها عما ذكرناه من الصحابة تدل على جواز القراض فيما ذكرنا من اجماع العلماء واتفاق الفقهاء - ائمه الفتوى - على جواز القراض حجة كافية شافية - ان شاء الله وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:4

1 (2 - باب ما يجوز في القراض)

1357 - قال مالك وجه القراض المعروف الجائز ان يأخذ الرجل المال من صاحبه على ان يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل في المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في اهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة

قال ابو عمر اما قوله في وجه القراض الجائز المعروف ان يأخذ الرجل من الرجل المال على ان يعمل فيه ولا ضمان عليه

ولا خلاف بين العلماء ان المقارض مؤتمن لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه ولا استهلاك له ولا تضييع هذه سبيل

الامانة وسبيل الامناء
وكذلك اجمعوا ان القراض لا يكون الا على جزء معلوم من الربح نصفا كان او اقل او اكثر
ذكر عبد الرزاق عن قيس بن الربيع عن ابي حصين عن الشعبي عن علي - رضي الله عنه - قال في المضاربة الوضيعة على رب المال والربح على ما اصطلحوا عليه
ورواه الثوري عن ابي حصين عن علي
وروي ذلك عن قتادة وبن سيرين وابي قلابة وجابر بن زيد وجماعة
ولا اعلم فيه خلافا الا ان يشترط رب المال على العامل الضمان فان اشترط ذلك عليه
فقال مالك لا يجوز ذلك القراض ويرد إلى قراض مثله
وقد روي عنه إلى اجرة مثله
وهو قول الشافعي
وقال ابو حنيفة واصحابه المقارضة جائزة والشرط باطل
واما قوله (ونفقة العامل من المال في سفره إلى اخر كلامه) فان الفقهاء اختلفوا في ذلك

الاستذكار ج:7 ص:5

فقال مالك وابو حنيفة واصحابهما ينفق العامل من المال اذا سافر ولا يكون حاضرا الا ان مالكا قال اذا كان المال كثيرا فحمل ذلك ونحو ذلك
وقال الثوري ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا
وقال الليث بن سعد يتغدى في المصر ولا يتعشى
وقال الشافعي لا ينفق في سفره ولا في حضره الا باذن رب المال
وقال اصحابه في المسالة ثلاثة اقوال احدهما هذا
والآخر مثل قول مالك
والاخر ينفق في المصر بقدر ما بين نفقة السفر والحضر

وله في قرض نفقته قولان
احدهما انه يقرض له النفقة
والثاني لا يقرض له وينفق هو
والمشهور عن الشافعي انه لا ينفق في الحضر
وهو قول مالك وابي حنيفة والثوري
وقال بن القاسم اذا كان للعامل في القراض اهل في البلد الذي يسافر إليه فلا نفقة له في ذهابه ولا رجوعه
وقال اشهب له النفقة في ذهابه ورجوعه ولا نفقة له في مقامه عند اهله
ولم يختلف قولهما انه لا نفقة له اذا كان مقيما في اهله
وهو قول مالك
وقال بن المواز قال لي عبد الله بن عبد الحكم في الذي ياخذ المال ببلده وهو يريد الخروج إلى بلد اخر في حاج ويريد بذلك المال قال احب الينا ان لا تكون له نفقة كالذي يكون بغير بلده فيتجهز يريد الرجوع إلى بلده فأعطاه رجل مالا قراضا فانه لا نفقة له فيه وانما النفقة للذي يخرج من أجل القراض خاصة وكالذي يخرج إلى الحج انه لا نفقة له
قال بن المواز وروى بن القاسم عن مالك في التاجر له المال وياخذ مالا قراضا ويخرج في السفر انه لزم القراض حصته من نفقة العامل
وقال قتادة النفقة في الربح والربح على ما اصطلحوا عليه والوضيعة في المال

الاستذكار ج:7 ص:6

وقال بن سيرين ما انفق المضارب على نفسه فهو دين عليه
وقال ابراهيم ياكل ويلبس بالمعروف وقال الحسن ياكل بالمعروف
قال ابو عمر القياس عندي الا ياكل المقارض في

سفر ولا حضر ولا على انه لا يجوز القراض على جزء مجهول من الربح وهو اذا اطلق له الانفاق لم تكن له حصته من الربح ولا حصة ربح المال معلومة وايضا فانه ربما اغترفت النفقة كثيرا من المال ولم يكن ربح ولما اجمع الجمهور انه لا ينفق في الحضر وهو يتعب في الشراء والبيع وينصب كان كذلك في السفر والله اعلم فقال مالك (1) ولا باس بان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما قال ابو عمر هذا اذا كان على غير شرط في عقد القراض فان اشترطه فسد عند جميعهم والعمل الخفيف بغير شرط قال مالك لا يختلفون في انه لا باس به قال مالك (2) ولا باس بان يشتري رب المال ممن قارضه بعض ما يشتري من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط قال ابو عمر اختلفوا في ذلك ايضا فقال مالك في المضارب يبتاع من رب المال لا يعجبني لانها ان صحت من هذين اخاف الا تصح من غيرهما مما ن يقارض وقال ابو حنيفة ذلك جائز وقال الشافعي اذا كان مما يتغابن الناس فيه فلا باس به والبيع منه كالشراء عندهم سواء قال مالك (3) فيمن دفع إلى رجل والى غلام له مالا قراضا يعملان فيه جميعا ان ذلك جائز لا باس به لان الربح مال لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه

الاستذكار ج:7 ص:7

وهذه أيضا اختلف فيها فقال مالك في الموطا ما ذكرنا وروى عنه بن القاسم وغيره ذلك المعنى وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما اذا شرط

للعامل ثلث الربح ولـرب الم ال ثلـث الرب ح ولعبـد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه كـان ذلك جائزا فكان لرب المال الثلثان وللعامل الثلث قال أبو عمر هذا على أصـلهما فـي العبـد لا يملـك شـــيئا
وقول مالك على اصله في ان العبد يصح ملكه لمـا بيــده مــن المــال مــا لــم ينــتزعه منــه ســيده وقد مضى القول في هذه المسالة فـي موضـعها وقال الليـث لا بـاس أن يشـترط رب المـال عمـل عبده مع العامل في المال ولا يجوز له أن يشـترط عمل عبد المضارب شهرا أو أقـل أو أكـثر كـان لـه اجر مثله والقراض على حاله

1 (3 - باب ما لا يجوز في القراض)

1358 - قال مالك اذا كان لرجـل علـى رجـل ديـن فساله ان يقره عنـده قراضـا ان ذلـك يكـره حـتى يقبض ماله ثم يقارضـه بعـد او يمسـك وانمـا ذلـك مخافة ان يكون اعسـر بمـاله فهـو يريـد ان يـؤخر ذلـــــــك علـــــــى ان يزيـــــــده فيـــــــه
قال ابو عمر قد بين مالك العلة عنده في كراهة ما كـــره مـــن القـــراض بـــدين علـــى العامـــل وكذلك لا يجوز ان يقول الرجل للرجل اقبض مالي على زيد من الدين واعمـل بـه قراضـا وهـو عنـده قراض فاسد لانه ازداد عليه فيما كلفه من قبضـه وقال الشـافعي لا يجـوز ان يقـول لغريمـه اعمـل بمالي عليك من المال قراضا لان ما فـي الذمـة لا يعود امانة حتى يقبض الدين ثم يصرفه على وجـه الامانـة ولا يـبرا الغريـم بمـا عليـه الا بـابرائه او القبـــــض منـــــه او الهبـــــة لـــــه
وقول أبي حنيفة فـي ذلـك نحـو قـول الشـافعي واختلفوا في ان عمل الذي عليه الـدين بمـا عليـه قراضا بعد اتفاقهم انه لا يصلح القراض في ذلــك

فقال الشافعي ما اشترى وباع فهو للعامل المديان له ربحه وخسارته

الاستذكار ج:7 ص:8

وهو قول ابي حنيفة ومالك وبن القاسم ولصاحب الدين دينه على ما كان
وقال ابو يوسف ومحمد ما اشترى وباع فهو للامر رب الدين وللغريم المضارب اجره
وهو قول اشهب
واصل ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد في المدين يأمره رب الدين ان يشتري له فيه شيئا بعينه انه يبرا من دينه اذا اشتراه له وان امره ان يشتري له شيئا بغير عينه انه لا يبرا حتى يقبض الامر الشيء المشتري
واجاز الشافعي والكوفي اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به قراضا ان يكون له قراضا اذا قبضه لانه لم يجعل له قبض المال شرطا في المضاربة وانما وكله بقبضة فاذا حصل بيده كان مضاربة
واختلف قول بن القاسم واشهب في الذي له الوديعة يقول للذي هي عنده اعمل به قراضا فكرهه بن القاسم ولم يجزه وكرهه اشهب واجازه اذا وقع وقال بن المواز لا باس به وهو قول سائر الفقهاء لانها امانة كلها
قال مالك (1) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل ان يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فاراد ان يجعل راس المال بقية المال بعد الذي هلك منه قبل ان يعمل فيه قال مالك لا يقبل قوله ويجبر راس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقي بعد راس المال على شرطهما من القراض
قال ابو عمر لم يقبل قوله فكذلك الزمه ان يجبر راس المال
وهذا يدل على انه لو قبل قوله وصح ان بعض

المال تلف قبل ان يشرع في العمل به لم يكن راس المال الا الذي بقي بعد الباقي وفي (المدونة) في الرجل العامل يخسر في المال ثم يجبر ربه فيصدقه ويقول له خذ ما بقي عندك مالا قراضا واستأنف العمل فيعمل على ذلك ويربح

الاستذكار ج:7 ص:9

قال بن القاسم ليس قوله بشيء حتى يفاضله ويقبض منه ماله وينقطع القراض الاول بينهما ثم يرده إليه قراضا ثانيا والا فهو على القراض الاول ويجبر الخسارة من الربح
قال وكذلك بلغني عن مالك
وذكر بن حبيب قال اصحاب مالك كلهم على انه يلزمه ذلك القول ويكون راس الم ال ما ذكر وما رضي به منه من ذلك
وروى عيسى بن دينار ان اشهب كان يقول الذي اسقط عنه ساقط والباقي هو راس المال قال عيسى وهو احب الي
قال ابو عمر مسألة مالك في هذا الباب من (الموطأ) اولى بهذا الجواب وعليه جمهور الفقهاء وهو الصواب - ان شاء الله عز وجل
قال مالك (1) لا يصلح القراض الا في العين من الذهب او الورق ولا يكون في شيء من العروض والسلع
قال ابو عمر اختلف الفقهاء في صفة المال الذي يجوز به القراض فقال مالك في (الموطأ) ما ذكرناه
وزاد في غيره ولا بالفلوس
وقول مالك في ذلك كله كقول الليث والثوري والشافعي وابي حنيفة
وقال بن ابي ليلى يجوز القراض بالعروض وقال اذا دفع إليه ثوبا على أن يبيعه فما كان من

ربح فبينهما نصفين او اعطاه دارا بينهما ويؤاجرها على ان اجرها بينهما نصفين جاز والاجر والربح بينهما نصفين قال وهذا بمنزلة الارض المزارعة وقال محمد بن الحسن يجوز القراض بالفلوس كالنفقة بالدنانير والدراهم قال ابو عمر القراض بالمجهول يجوز عند جميعهم وكذلك لا يجوز عندهم ان يؤخذ الربح الا بعد حصور راس المال فلما كانت العروض تختلف

الاستذكار ج:7 ص:10

قيامها واثمانها عاد القراض إلى جهل راس المال والى جهل الربح ايضا ففسد القراض على ذلك ولا يجوز عند جميعهم ان يقول بع عبدك الذي لك ان تبيعه به ثمنا لسعي هذه لان ذلك مجهول وجائز عندهم ان يقول اشتر لي بدراهمك هذه عبدا بعينه فكذلك جاز القراض بالعين ولم يجز بالعروض والله اعلم
واختلفوا في القراض بنقد الذهب والفضة فروى اشهب عن مالك قال يجوز القراض بالنقد من الذهب والفضة لان الناس قد تقارضوا قبل ان يضرب الذهب والفضة
قال بن القاسم سمعت ان مالكا يسهل في القراض بنقد الذهب والفضة ولا يجوز القراض بالمصوغ
وقد روى عنه بن القاسم ايضا كراهية القراض بنقد الذهب والفضة ويجيزه في (المدونة) (والعتبية)
وزاد في (العتبية) فان نزل ذلك لم يفسخ وبعد على شرط من الربح
وقال الليث لا يجوز القراض بالنقد ولا يجوز الا ثمنا قبل الذهب والفضة
وهو قول الشافعي والكوفي
وروى يحيى عن بن القاسم ان كان ذلك في بلد

يجيز فيه الذهب والفضة غير مضروبين فلا باس وان كان ذلك ببلد لا يجزئ ذلك فيه فهو مكروه واذا تفاضلا رد مثل وزن ذلك في طيبه ثم يقتسمان ما بقي
واختلف بن القاسم واشهب في القراض بالفلوس فأجازه اشهب ولم يجزه بن القاسم قال لانها تحول إلى الفساد والكساد
مسألة وقعت في هذا الباب من رواية يحيى في الموطا (1)
قال مالك (1) ومن البيوع ما يجوز اذا تفاوت امره وتفاحش رده فاما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد ابدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤوس اموالكم لا تظلمون ولا تظلمون البقرة 279
قال ابو عمر هذا قول صحيح في النظر وصحيح من جهة الاثر فمن قاده

الاستذكار ج:7 ص:11

ولم يضطرب فيه فهو الخير الفقيه وما التوفيق الا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم

1 (4 - باب ما يجوز من الشرط في القراض)

1359 - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضان وشرط عليه ان لا تشتري بمالي الا سلعة كذا وكذا او ينهاه ان يشتري سلعة باسمها قال مالك من اشترط على من قارض ان لا يشتري حيوانا او سلعة باسمها فلا باس بذلك ومن اشترط على من قارض ان لا يشتري الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا ان تكون السلعة التي امره ان لا يشتري غيرها كثيرة موجودة لا تخلف في شتاء ولا صيف فلا باس بذلك

قال ابو عمر اختلف الفقهاء في المقارض يشترط عليه رب المال خصوص التصرف فقول مالك ما وصفنا
وقال الشافعي لا يجوز ان يقارضه ويشترط عليه الا ان لا يشتري الا من فلان او الا سلعة واحدة بعينها او يشتري نخلا او دوابا فان فعل ذلك فذلك كله فاسد
وان اشترط ان يشتري صنفا موجودا في الشتاء والصيف فذلك جائز
وقال ابو حنيفة اذا اشترط على المقارض الا يشتري الا من فلان الا الرقيق او على ان لا يبيع ولا يشتري إلا الرقيق أو على ألا يبيع ولا يشتري الا بالكوفة كان ذلك على ما شرط ولا ينبغي ان يتجاوزه فان تعداه ضمن
قال ابو عمر قول مالك - رحمه الله - في هذا الباب اعدل الاقاويل واوسطها لانه اذا قصر العامل على ما لا يوجد الا نادرا غبا فقد حال بينه وبين التصرف وهذا عند الجميع فساد في عقد القراض واذا اطلعه على صنف موجود لا يعدم فلم يحل بينه وبين التصرف
ومذهب مالك والشافعي في هذا الباب سواء ومن اشترط عندهما على العامل في القراض الا يشتري الا سلعة بعينها - يعني - عين صنف او الا يشتري الا من فلان او يوقت في القراض وقتا ويضرب له اجلا فالقراض في ذلك كله فاسد

الاستذكار ج:7 ص:12

وسياتي حكم القراض الفاسد في موضعه - ان شاء الله
قال مالك (1) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيئا من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا ان يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه او ثلثه او ربعه او اقل من ذلك او أكثر فاذا

سمى شيئا من ذلك قليلا او كثيرا فان كل شيء سمى من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط ان له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين قال ابو عمر لا اعلم خلافا انه اذا اشترط العامل او رب المال على صاحبه شيئا يختص به من الربح معلوما دينارا او درهما او نحو ذلك ثم يكون الباقي في الربح بينهما نصفين او على ثلث او ربع فان ذلك لا يجوز لأ نه يصير النصيب لتلك الزيادة مجهولا ولا يجوز عند جميعهم ذلك لان الاصل في القراض الا يجوز الا على نصيب معلوم ولا تخالف به سنة وبالله التوفيق

1 (5 - باب ما لا يجوز من الشرط في القراض)

1360 - قال مالك لا ينبغي لصاحب المال ان يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغي للعامل ان يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه احدهما لنفسه دون صاحبه الا ان يعين احدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للمتقارضين ان يشترط احدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيء من الاشياء يزداده احدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شيء من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشيء ثابت معلوم ولا ينبغي للذي اخذ المال ان يشترط مع اخذه المال ان يكافئ ولا يولي من سلعته احدا ولا يتولى منها شيئا لنفسه فاذا اوفر المال وحصل عزل راس

المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال

ربح او دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شيء لا مما انفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضى عليه رب المال والعامل من نصف الربح او ثلثه او ربعه او اقل من ذلك او اكثر قال ابو عمر قد تقدم معنى هذا الباب كله واضحا فيما مضى من كتاب القراض في الباب الذي قبل هذا او فيما قبله

ولا يجوز من الشرط في القراض عند مالك واصحابه اشياء كثيرة فمنها ان يزداد احد المتقارضين على صاحبه زيادة على الحصة التي تعاملا عليها من الربح على ما ذكر مالك في هذا الباب وفي الذي قبله ومنها ان يعطيه المال قراضا على الضمان او على ان يعمل به إلى اجل او يدفع إليه المال على قراض منه او يشترط عليه الا يشتري الا من فلان او من متاع فلان او من عمل فلان او على الا يتحرى الا في حانوت بعينه او على ان يشتري به سلعة غير موجودة في الاغلب تخلف في شتاء او في صيف او على ان يسلف احدهما صاحبه سلفا او على ان يبيع احدهما من صاحبه سلعة او يهب له هبة او على ان لا ينفق منه ان سافر أو على أن يضع عنه نصف النفقة او على ان ينفق ولا يكتسي او على ان يكتسي ولا ينفق او على ان يدفع إليه مالين احدهما على النصف والاخر على الثلث او على ان لا يخلطهما او على ان يجعل معه حافظا يحفظ عليه او غلاما او ولدا يعلمه له او على ان يشترط زكاة الربح في المال وزكاة المال في الربح او على ان يبتاع بالمال دواب يطلب نسلها او شجرا يطلب ثمرتها او على ان يشتري

بالمال سلعة يخرج بها إلى بلد يبيعها به او يقدم بها من البلد الذي ابتاعها فيه ومن هذه الوجوه ما قد اختلف فيه اصحاب مالك وغيرهم من العلماء ومنها ما يرد إلى قراض مثله ان وقع ومنها ما يرد إلى اخرة مثله نذكر من ذلك كله ما حضرنا ذكره بعون الله عز وجل ان شاء الله تعالى بعد ذكرنا ما رسمه مالك - رحمه الله - في هذا الباب قال مالك (1) لا يجوز للذي يأخذ المال قراضا ان يشترط ان يعمل فيه سنين لا

ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال ان يشترط انك لا ترده الي سنين لاجل يسميانه لأ ن القراض لا يكون إلى اجل ولكن يدفع رب المال ماله إلى الذي يعمل له فيه فان بدا لاحدهما ان يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيئا تركه واخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال ان يقبضه بعد ان يشتري به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل ان يرده وهو عرض لم يكن له حتى يبيعه فيرده عينا كما اخذه قال ابو عمر اما القراض إلى اجل فلا يجوز عند الجميع لا إلى سنة ولا إلى سنين معلومة ولا إلى اجل من الاجال فان وقع فسخ ما لم يشرع العامل في الشراء بالمال فان كان ذلك مضى ورد إلى قراض مثله عند مالك واما الشافعي فيرد عنده إلى اجرة مثله وكذلك كل قراض فاسد هذا قوله وقول عبد العزيز بن ابي سلمة الماجشون وأما ابو حنيفة فقال في المضاربة إلى اجل انها جائزة الا ان يتفاسخا واجمعوا ان القراض ليس عقدا لازما وان لكل

واحد منهما ان يبدو له فيه ويفسخه ما لم يشرع العامل في العمل به بالمال ويشتر ي به متاعا او سلعا فان فعل لم يفسخ حتى يعود المال ناضا عينا كما اخذه
قال مالك (1) ولا يصلح لمن دفع إلى رجل مالا قراضا ان يشترط عليه الزكاة في حصته من الربح خاصة لان رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثابتا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التي تصيبه من حصته
قال ابو عمر هذا قول الشافعي لانه يعود إلى ان تكون حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لا يدري لمن يكون المال في حين وجوب الزكاة لانه قد يمكن ان يتوى كله او بعضه بالخسارة او افات الدهر
وفي (المدونة) قال بن القاسم جائز ان يشترط احدهما على صاحبه ان يكون عليه زكاة الربح لانه يرجع إلى نصيب معروف
وفي (الاسدية) عن بن القاسم انه لا يجوز ان يشترط العامل على رب المال زكاة الربح كما لا يجوز له ان يشترط عليه زكاة المال
وروى اشهب عن مالك ان ذلك لا يجوز

الاستذكار ج:7 ص:15

وقال اشهب هو جائز لانه يعود إلى الاجراء
قال ابو عمر هذا في زكاة الربح لا في زكاة المال
قال مالك (1) ولا يجوز لرجل ان يشترط على من قارضه ان لا يشتري الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لانه يصير له اجيرا باجر ليس بمعروف
وقد تقدم القول في هذه المسالة
وقد اتفق الشافعي ومالك ان العامل اذا عمل على ذلك رد إلى اجر مثله
وقد اختلف اصحاب مالك فيما يرد في القراض الفاسد إلى قراض المثل وما يرد منه إلى اجرة

المثـــل
فقال بن القاسم كل ما دخله التزيد والتحجير فان العامل يرد فيه إلى اجرة مثله ويكون في ذلك كله اجيـرا حاشـا مسـالتين فانهمـا خرجتـا عـن اصـله احداهما العامل يشترط عليه ضمان مال القــراض فقال يرد إلى قـراض مثلـه ممـن لا ضـمان عليـه والمسـالة الثانيـة اذا ضـرب اجلا فـانه يـرد إلــى قراض مثله وسائر ذلك من هذا الباب خاصة يكـون اجيرا وما عدا التزيد والتحجير فانه يكون فيه على قـــــــــــــــــــراض مثلـــــــــــــــــه
وذكر بن حبيب عن اشهب وبـن الماجشـون انهمـا قالا يرد في القراض الفاسد كله إلى قراض مثلـه قـال وقـال عبـد العزيـز بـن ابـي سـلمة القـراض الفاسـد كلـه يـرد العامـل فيـه إلـى اجـرة المثـل وهـو قـول ابـي حنيفـة والشـافعي فـي القـراض الفاسد انه يرد العامل فيه إلى اجرة مثلـه والمـال كلـــــــه وربحـــــــه لـــــــرب المـــــــال
وذكر بن خواز بنداذ قال الاصل من قول مالك في القراض الفاسد انه يرد إلـى اجـرة المثـل الا فـي مسائل يسيرة مثل القراض على جزء مجهول مـن الربــح والقــراض إلــى مــدة والقــراض بعــرض والقـراض علـى الضـمان قـال واظـن ذلـك كلـه استحسـانا والاصـل فيـه الـرد إلـى اجـرة المثـل قال ابو عمر قد اختلف قـول مالـك فـي القـراض الذي يشترط فيه على العامل

ضمان المال فمرة قال يرد إلى قراض مثله ومـرة قــــــال يــــــرد إلــــــى اجــــــرة مثلـــــــه
وهــــــــــو قــــــــــول الشــــــــــافعي
وقال ابو حنيفة المضاربة جائزة والشـرط باطـل واما القراض إلى اجـل فاجـازه الكوفيـون وقـالوا المضــــــــاربة جـــــــائزة الا ان يتفاســــــخا
وقال مالك والشافعي لا يجوز الا ان مالكا قال ان

وقعت ردت إلى قراض المثل
وقال الشافعي ان اخذ المال قراضا إلى اجل فسخ القراض فان عمل على ذلك رد إلى اجرة مثله
وقال مالك (1) في هذا الباب من (الموطا) في الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان قال لا يجوز لصاحب المال ان يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من سنة المسلمين فيه فان نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من اجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على ما لو اعطاه اياه على غير ضمان وان تلف المال لم ار على الذي اخذه ضمانا لان شرط الضمان في القراض باطل
قال ابو عمر السنة المجتمع عليها في القراض ان البراء في المال من رب المال وان الربح بينهما على شرطهما وما خالف السنة فمردود اليها قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه (ردوا الجهالات إلى السنة)
قال مالك (2) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا واشترط عليه ان لا يبتاع به الا نخلا او دواب لاجل انه يطلب ثمر النخل او نسل الدواب ويحبس رقابها قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الا ان يشتري ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع
قال ابو عمر هذا قول سائر الفقهاء لان القراض باب مخصوص خارج عن الاجارات والبيوع فلا يتجاوز به سنته ولا يقاس عليه غيره كما لا يقاس على

الاستذكار ج:7 ص:17

العرايا غيرها لانها سنة ورخصة مخصوصة من المزابنة خارجة عن اصلها فلا تقع ولا تنعقد الا على سنتها فان اشترى النخل للثمر لا للبيع

والدواب للنسل لا للبيع لم يصح ذلك وكان له فيما اشتراه اجرة مثله وكان الدواب والنخل لرب المال

قال مالك لا باس ان يشترط المقارض على رب المال غلاما يعينه به على ان يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد ان يعينه في المال لا يعينه في غيره (1)

قال ابو عمر قد تقدم معنى هذه المسالة في شرط المقارض عمل عبد رب المال وهل يستحق العبد لذلك نصيبا من الربح من اجل عمله او يستحقه سيده فيما تقدم من كتابنا هذا في القراض

وقال بن القاسم في العامل في القراض يشترط على رب المال الغلام والدابة ان ذلك جائز في القراض وغير جائز في المساقاة

وقال سحنون لا يجوز ذلك في القراض ولا في المساقاة

وهو الصواب - ان شاء الله عز وجل لانها زيادة ازدادها العامل على قدر حصته

وقد مضى من قولهم وقول غيرهم ان ذلك غير جائز وعلتهم ان تلك الزيادة لو كانت درهما ربما لم يكن في المال ربح سواها فصار ذلك إلى المجهول والغرر

1 (6 - باب القراض في العروض)

1361 - قال مالك لا ينبغي لاحد ان يقارض احدا الا في العين لانه لا تنبغي المقارضة في العروض لان المقارضة في العروض انما تكون على احد وجهين اما ان يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فما خرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤونتها او

يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك فان فضل شيء فهو بيني وبينك ولعل صاحب العرض ان يدفعه إلى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين

الاستذكار ج:7 ص:18

يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه او اقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من العرض في حصته من الربح او ياخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يديه ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يديه فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظر إلى قدر اجر الذي دفع إليه القراض في بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد إلى قراض مثله

قال ابو عمر قد بين مالك - رحمه الله في هذا الباب معنى الكراهية للقراض بالعروض بيانا شافيا لا يشكل على من له ادنى تامل وقد تقدم من اقوال الفقهاء في المال الذي تجوز فيه المضاربة ما اغنى عن تكراره ها هنا ولا خلاف بينهم في ان القراض جائز بالعين من الذهب والورق

واختلفوا في القراض بالفلوس والنقد على ما ذكرناه في صدر هذا الكتاب والحمد لله وذكرنا عن بن ابي ليلى انه اجاز القراض بالعروض وقد بان وجه قوله بما ذكرناه هنالك وما ذكره مالك رحمه الله هنا يبين انه لا وجه لقوله يصح ان شاء الله عز وجل

1 (7 - باب الكراء في القراض)

1362 - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله إلى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باعه فتكارى عليه إلى بلد اخر فباع بنقصان فاغترق الكراء اصل المال كله قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقي من الكراء شيء بعد اصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شيء يتبع به وذلك ان رب المال انما امره بالتجارة في ماله فليس للمقارض ان يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان ذلك دينا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للمقارض ان يحمل ذلك على رب المال

الاستذكار ج:7 ص:19

قال ابو عمر لست اعلم فيما ذكره مالك خلافا وهو اصل واجماع ومذهب مالك في العامل يشتري من مال المضاربة شيئا ثم ينفق من ماله من كراء او صبغ انه يرجع بالكراء ولا ربح فيه هذا قوله وقول اكثر اصحابه واما الصبغ فرب المال يخير عندهم ان شاء وزن ما اصبغ به ويكون ذلك في القراض وان شاء كان شريكا وله ربحه وقاسه بن القاسم على قول مالك اذا زاد في السلعة ان شاء رب المال عوض وإ لا فهو شريك وفي (المدونة) قال سحنون وقال غيره فان شاء ضمنه وان شاء دفع إليه قيمة الصبغ وان شاء كان معه شريكا بقيمة الصبغ فان دفع إليه قيمة الصبغ لم يكن على القراض لانه يصير كانه قراض ثان ولا يشبه الذي يريد عنده مالا قراضا فيرضي به رب المال بان يدفعه إليه لان ذلك في صفقة واحدة وهذا في صفقتين قال مالك وليس للمضارب ان يستدين على

المضاربة فكذلك لا يجوز ان يجعل مـاله دينـا فيـه وقال الشافعي ان استدان العامل لم يلزم المـال ولا رب المـــــال الا ببينـــــة انـــــه ادان وقال ابو حنيفـة مـا اسـتدان العامـل فهـو بينهمـا شـركة علـى مـا اشـترطا وجـائز عنـد ابـي حنيفـة والشافعي ان يأذن رب المال للعامـل ان يسـتدين على المال ويكـون الربـح بينهمـا علـى شـرطهما وقال مالك لا يحل هذا

1 (8 - باب التعدي في القراض)

1363 - قال مالك في رجـل دفـع إلـى رجـل مـالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى مـن ربـح الم ال او من جملته جارية فوطئها فحملت منه ثـم نقـ ص المـال قـال مالـك ان كـان لـه مـال اخـذت قيمـة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان

الاستذكار ج:7 ص:20

فضل بعد وفاء المـال فهـو بينهمـا علـى القـراض الاول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المـــــــال مـــــــن ثمنهـــــــا قـال ابـو عمـر ذكـر بـن وهـب هـذه المسـألة فـي موطئه على مـا فـي (الموطـأ) لـم يعتـبر فضـل قيمة الجارية يوم وطئها وانما اعتـبر قيمتهـا فـي الـــوقت الـــذي وفـــى بـــه المـــال راس مـــاله قـال بـن وهـب ثـم رجـع عنـه وقـال اقـف فيـه وقال الاوزاعي اذا وطئها قبل ان يقع له ربح فـي المال فعليه حد الزاني وان كان له فيهـا ربـح جلـد مائـة جلـدة ان كـان محصـنا فـان حملـت قـومت ودفعت إليه ورد على صاحب المال ما قارضه فيه وقـال الليـث اذا ابتـاع جـاريتين فـاعتق احـداهما واحبل الاخرى فانهما ينتزعان منه جميعـا ويكـون الولد لابيه بقيمته فما نقـص مـن القـراض فعليـه ضمانه وما زاد فهو بينهما ولم يذكر فرقـا بيـن ان

يكون ثمن كل واحدة منهما اكثر من راس المال او مثله
وقياس قول الشافعي انه إن وطىء الجارية التي اشتراها من مال القراض كان عليه صداقها لدرء الحد عنه بالشبهة ولانه لا يملك منها شيئا ملكا صحيحا لانه لا يستحق من الربح شيئا الا بعد حصول راس المال ناضا كما اخذه وتباع الجارية في القراض ان لم تحمل فان حملت ضمنها فان كان موسرا جعل قيمتها في القراض وان كان معسرا بيعت لانها مال غيره اراد استهلاكه ولا مال له
هذا قياس قوله عندي ولم اجد هذه المسألة في شيء من كتبه في القراض الا انه ق ال في كتاب القراض ولو اشترى العامل اباه بمال رب المال فسواء كان في المال فضل أو لم يكن ولا يعتق عليه لانه لا شيء له في المال قبل ان ينض وهو لا ينض الا وقد باع اباه
قال ولو كان يملك من الربح قبل ان يكون المال نضا كان شريكا وكان له النماء والنقصان لان من ملك شيئا زائدا ملكه ناقصا وليس هذا سنة القراض لانه ليس بشريك في نماء ولا نقصان وانما له اذا حصل راس المال حصته من الربح حينئذ وله في الزكاة في حصه العامل في القراض قولان هذا اظهرهما في مذهبه ولم يختلف قوله ان العامل لو اشترى بالمال عبدا انه لا يجوز عتقه ولا يقومن عليه أن كان موسرا

واما ابو حنيفة واصحابه فمذهبهم ان المضارب لو اشترى بمال المضاربة عبدا فيه فضل او اشتراه ولا فضل فيه ثم صار فيه فضل كان المضارب مالكا لحصته من ذلك الفضل ما كان الفضل موجودا
قالوا ولو اعتق المضارب العبد وفيه فضل جاز

عتقه فيه وكان كعبد بين رجلين اعتقه احدهما ففي قياس قولهم اذا وطىء العامل جارية في مال القراض وفيه فضل كان حكمه كحكم الشريكين في الجارية يطؤها احدهما وان لم يكن في المال فضل لا حين الشراء ولا حين الوطء فهو كمن وطىء مال غيره

واما مالك واصحابه فقالوا اذا وطىء العامل جارية من مال القراض فحملت فان كان مليئا غرم قيمتها وكانت القيمة قراضا وصارت له ام ولد وهذا قول بن القاسم واشهب وعبد الملك وغيرهم

واختلفوا اذا كان معدما فروى بن القاسم عن مالك انه يتبع بالثمن دينا وقاله بن القاسم وقال سحنون هذا كلام غير معتدل وارى ان تباع عليه الا ان يكون فيها فضل فيباع بالقيمة والباقي يكون منها بحساب ام ولد

وروى عيسى عن بن القاسم انه قال ان كان استسلف المال من القراض فاشترى به الجارية فالثمن عليه دينا يتبع به مليئا كان او معدما و اما اذا عدا عليها وهي من مال القراض فانها تباع ان لم يكن له مال

قال عيسى ويتبع بثمن الولد الا ان يكون له ربح فيكون بمنزلة الجارية بين الشريكين يطؤها احدهما وان ضمنها قيمتها يوم الوطء فلا شيء له من قيمة الولد

وذكر بن حبيب قال اذا استسلف من المال فعليه الاكثر من قيمتها او من الثمن لانه منعه وقد كان لرب المال الخيار في ذلك قبل الحمل فكذلك بعد الحمل

وروى ابو زيد عن بن القاسم انه إن لم يظهر ذلك بعد الحمل الا باقرار السيد الوطء لم يقبل قوله لانه يريد بيع ام ولده

قال مالك (1) في رجل دفع إلى رجل مالا

قراضا فتعدى فاشترى بـه سـلعة وزاد فـي ثمنهـا من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعـت السلعة بربح او

وضيعة او لم تبـع ان شـاء ان يأخـذ السـلعة اخـذها وقضاه مـا اسـلفه فيهـا وان ابـى كـان المقـارض شريكا له بحصته من الثمن فـي النمـاء والنقصـان بحســـاب مـــا زاد العامـــل فيهـــا مـــن عنـــده قال ابو عمر هذا قول الشـافعي وابـي حنيفـة ان اقــر رب المــال بالزيــادة او قيمــت بــذلك بينــة واما مالك فالعامل مصـدق عنـده ابـدا اذا جـاء بمـا نســـيه

وروى بن القاسم عـن مالـك انـه قـال لا بـاس ان يخلـط المـال القـراض بمـاله يكـون بـه شـريكا قــال بــن القاســم واذا اخــذ مائــة دينــار قراضــا فاشتروا سلعة بمائتي دينار نقدا المائة مـن عنـده والمائة القراض كان شريكا فـي السـلعة ولا خيـار لـرب المـال فـي ان يـدفع إليـه المئـة الثانيـة وان كانت المائة التي زاد اخـذها سـلفا علـى القـراض فرب المال بالخيار ان شاء اجاز إليه ودفع إليـه مـا زد وان شــاء لــم يجــز ذلــك وكــان معــه شــريكا قال ابو عمر اتفق الشـافعي والليـث وابـو حنيفـة في العامل يخلط ماله بمال القراض بغيـر اذن رب المـــــال انـــــه ضـــــامن الا ان يأخـــــذ قال ان قيل له اعمل فيه برايك فخلطه لم يضمن فقال مالك له ان يخلطه بغير اذن رب المال بمـاله وبمـــــال غيـــــره وهـــــو قـــــول الاوزاعـــــي وقــال مالــك ان دفــع إليــه الفاعــل ان يخلطهــا الفاعل بألف له وله في الربـح الثلثـان فلا يصـلح رواه بـــــــــن القاســـــــــم عنـــــــــه وروى عنـــــه اشـــــهب انـــــه لا بـــــاس بهـــــا قــال قــال لــي مالــك ايــاك وهــذا التخليــط قال مالك (1) في رجل اخذ من رجل مالا قراضا

ثم دفعه إلى رجل اخر فعمل فيه قراضا بغيـر اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليـه النقصـان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال

الاستذكار ج:7 ص:23

قال ابو عمر لا اعلم خلافا في هـذا الا ان المزنـي قال ليس للثاني الا اجر مثله لانه عمل على فساد وزعم انه اصل الشافعي في (الجديد) وان قـوله كالغريم مجملة فقد اختلف اصحاب مالـك فيـه لـو دفعـــــه بعـــــد ان خســـــر فيـــــه فقال بن القاسم في (المدونة) في الرجل يدفع إلى آخر ثمانين دينارا قراضا فيخسر فيها اربعيـن ثم يدفع تلك الاربعيـن قراضـا إلـى غيـره فيعمـل فيها فتصير مائة فـي يـد العامـل الثـاني انـه يبـدا برب المال الاول فياخـذ راس مـاله ثمـانين دينـارا وعشرة دنانير نصف الربـح تمـام التسـعين وياخـذ العامل الثاني العشرة الباقية تمام المائـة ويرجـع العامل الثاني على العامـل الاول بعشـرين دينـارا قيمـة الثلاثيـن دينـارا وذلـك نصـف مـا ربـح قال سحنون وقال غيره ياخذ رب المـال السـبعين الباقية وينظر إلـى الاربعيـن الـتي تلفـت فـي يـد العامل الاول فان كان تعدى عليها رجـع عليـه بهـا كلها تمام عشرة دنانير ومائة دينـار وإن كـان انمـا ذهبت بخسـارة بعـد رجـع بعشـرين تمـام تسـعين قال مالك (1) في رجل تعدى فتسلف مما بيـديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه قال مالك ان ربح فالربـح علـى شـرطهما فـي القـراض وان نقـــــص فهـــــو ضـــــامن للنقصـــــان قـال مالـك (2) فـي رجـل دفـع إلـى رجـل مـالا قراضا فاستسلف منـه المـدفوع إليـه المـال مـالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيـار ان شاء شركه في السلعة على قراضـها وان شـاء خلى بينه وبينها واخذ منه راس المال كلـه وكـذلك

يفعل بكل من تعدى
قال ابو عمر معنى المسالتين متقارب بل هو واحد لان العامل اشترى بمال القراض او ببعضه سلعة لنفسه يتجر فيها او يقتنيها فصاحب المال يخير على ما قال مالك في ذلك ولا مخالف علمته له فيه لانه مال قد قبضه على ان يعمل به قراضا فما عمل به فيه بما فيه ربح فهو على القراض لان ذلك هو المعنى المقصود إليه في القراض ولا يضره نية العامل الفاسدة وان لم يكن فيه ربح لزمه ما اخذ من مال القراض لنفسه كما لو استهلكه وتعدى فيه فافسده وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:24

1 (9 - باب ما يجوز من النفقة في القراض)

1365 (1) - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له ان ياكل منه ويكتسي بالمعروف من قدر المال ويستاجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤونته ومن الاعمال اعمال لا يعملها الذي ياخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضي الدين ونقل المتاع وشده واشباه ذلك فله ان يستاجر من المال من يكفيه ذلك وليس للمقارض ان يستنفق من المال ولا يكتسي منه ما كان مقيما في اهله انما يجوز له النفقة اذا شخص في المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر في المال في البلد الذي هو به مقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة
قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال
قال ابو عمر قد تقدم معنى هذا الباب في درج

غيره ولا بد من اعادة بعض ما للعلماء فيه ليكون المعنى المراد قائما في الباب إن شاء الله عز وجل أتفق مالك وابو حنيفة واصحابهما ان العامل بالقراض ينفق من مال القراض على نفسه اذا سافر ولا ينفق اذا كان حاضرا
وقال الثوري ينفق في ذهابه في سفره ومقامه ولا ينفق راجعا
وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى
وقال الشافعي لا ينفق في سفر ولا حضر الا باذن رب المال
وقال اصحابه في المسالة ثلاثة اقاويل احدها هذا
والاخر مثل قول مالك
والثالث ينفق في المصر بمقدار ما بين نفقة السفر والحضر
ولهم في فرض النفقة قولان احدهما انه لا ينفق حتى يفرض له باتفاق له ومن رب المال

الاستذكار ج:7 ص:25

والثاني انه لا يفرض له وينفق هو
واما التابعون فروي عن بن سيرين ان المضارب لا ياكل شيئا من المال وان اكل او انفق فهو دين عليه
ذكره عبد الرزاق وغيره عن الثوري عن هشام عن بن سيرين
وذكر الثوري عن اشعث عن ابراهيم قال ياكل ويلبس بالمعروف
وعن الربيع عن الحسن مثله

1 (10 - باب ما لا يجوز من النفقة في القراض)

1366 - قال مالك في رجل معه مال قراض هو يستنفق منه ويكتسي انه لا يهب منه شيئا ولا

يعطي منه سائلا ولا غيره ولا يكافئ فيه احدا فاما ان اجتمع هو وقوم فجاؤوا بطعام وجاء هو بطعام فارجو ان يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد ان يتفضل عليهم فان تعمد ذلك او ما يشبهه بغير اذن صاحب المال فعليه ان يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلا باس به وان ابى ان يحلله فعليه ان يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيئا له مكافاة

قال ابو عمر هذا الباب ليس فيه اختلاف والاصل المجتمع عليه ان المال القراض لن يعطه العامل ليهبه ولا ليتصدق به ولا ليتلفه وانما اعطيه ليثمره ويطلب فيه الربح والنماء ولا يعرضه للهلاك والتوى وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء

1 (11 - باب الدين في القراض)

1367 - قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعه ثم باع السلعة بدين فربح في المال ثم هلك الذي اخذ المال قبل ان يقبض المال قال ان اراد ورثته ان يقبضوا ذلك المال وهم على شرط ابيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا امناء على ذلك فان كرهوا ان يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا ان يقتضوهن ولا شيء عليهم ولا شيء لهم اذا اسلموه إلى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما

الاستذكار ج:7 ص:26

كان لابيهم في ذلك هم فيه بمنزلة ابيهم فان لم يكونوا امناء على ذلك فان لهم ان ياتوا بامين ثقة فيقتضي ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة ابيهم

قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا على انه يعمل فيه فما باع به من دين فهو ضامن له ان

ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه
قال ابو عمر ظاهر قول مالك هذا في (الموطا)
ان العامل يضمن اذا باع بالدين لانه على ذلك اخذ
المال انه ان باع بالدين ضمن فان كان ذلك ضمن
وتلخيص مذهب ائمة الفتوى في بيع المقارض
بالدين
ان مالكا والشافعي قالا لا يبيع العامل في
القراض سلعة بنسيئة الا ان ياذن له رب المال
فان فعل بغير اذنه ضمن
وقال ابو حنيفة واصحابه له ان يبيع بالدين الا ان
ينهاه رب المال او ينص ذلك له اذا قارضه
واما موت العامل في سلع او دين فقول مالك
فيما تقدم ذكره
قال الشافعي ان مات العامل لم يكن لورثته ان
يعمل مكانه ويبع ما كان في يديه حتى ثياب سفره
وغير ذلك مما قل او كثر فان كان فيه فصل كان
لورثته حصته وان كان خسرانا كان ذلك في المال
وان مات رب المال صار المال لورثته فان رضوا
ترك المقارض على قراضه والا فقد انفسخ
قراضه
وقال الشافعي ومتى شاء رب المال اخذ ماله
قبل العمل وبعده كان ذلك له ومتى شاء العامل
ان يخرج من القراض فذلك له
قال ابو عمر هذا خلاف قول مالك وليس للعامل
عنده ولا لرب المال ان يفسخ القراض الا اذا ك ان
المال عينا فاذا صار في السلع اجبر المقارض
على ان يرده عينا كما اخذه واجبر رب المال على
ذلك ايضا في أ عجل ما يمكن من بيع السلع
قال مالك يجبر العامل على تقاضي ما باع بالدين
وان كان فيه وضيعة حتى يرد المال عينا ولرب
المال ان لا يرضى بالحوالة
وقال ابو حنيفة واصحابه اذا باع المضارب بنسيئة
واحب رب المال ان يفسخ القراض فان كان في

المال فضل اجبر على التقاضي وان لم يكن له فضل لم يجبر على تقاضيه واجل الذي له المال حتى يتقاضاه

الاستذكار ج:7 ص:27

هذا يدل من قولهم ان للمقارض ولرب المال ان يفسخ كل واحد منهما القراض قبل العمل وبعده كما قال الشافعي

1 (12 - باب البضاعة في القراض)

1368 - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا او استسلف منه صاحب المال سلفا او ابضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له او بدنانير يشتري له بها سلعة قال مالك ان كان صاحب المال انما ابضع معه وهو يعلم انه لو لم يكن ماله عنده ثم ساله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما او ليسارة مؤونة ذلك عليه ولو ابى ذلك عليه لم ينزع ماله منه او كان العامل انما استسلف من صاحب المال او حمل له بضاعته وهو يعلم انه لو لم يكن عنده ماله فعل له مثل ذلك ولو ابى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا في اصل القراض فذلك جائز لا باس به وان دخل ذلك شرط او خيف ان يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله في يديه او انما صنع ذلك صاحب المال لان يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز في القراض وهو مما ينهى عنه اهل العلم

قال ابو عمر ما قاله مالك - رحمه الله - في هذا الباب صحيح واضح لان الاصل المجتمع عليه في القراض ان تكون حصة العامل في الربح معلومة وكذلك حصة رب المال من الربح لا تكون ايضا الا

معلومة فاذا شرط احدهما على صاحبه بضاعة يحملها له ويعمل فيها فقد ازداد على الحصة المعلومة ما تعود به مجهوله لان العمل في البضاعة له اجرة يستحقها العامل فيها قد ازدادها عليه رب المال والسلف من كل واحد هو في هذا المعنى اذا كان شيء من ذلك مشترطا في اصل عقد القراض واما ان تطوع منهما متطوع فلا باس اذا سلم عقد القراض من الفساد هذا وجه الفقه في هذه المسالة وما عداه فاستحباب وورع وترك مباح خوف مواقعة المحذور والله اعلم
وهذا المعنى هو قياس قول الشافعي أيضا والكوفي وسائر اهل العلم ان شاء الله

الاستذكار ج:7 ص:28

وللتابعين فيه كراهية واجازة
ذكر عبد الرزاق عن معمر عن ايوب عن بن سيرين قال لا باس ان يدفع الرجل مالا مضاربة على ان يحمل له بضاعة
وعن معمر عن بن طاوس عن ابيه انه كرهه وعن الثوري وعن مغيرة عن ابراهيم انه كره ان يدفع إليه الفا مضاربه والفا قراضا والفا بضاعة

1 (13 - باب السلف في القراض)

1369 - قال مالك في رجل اسلف رجلا مالا ثم ساله الذي تسلف المال ان يقره عنده قراضا قال مالك لا احب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه إليه قراضا ان شاء او يمسكه
قال ابو عمر اختلف الفقهاء في هذه المسألة فمذهب مالك انه لا يجوز فان فعل فالقراض فاسد وما اشترى وباع فهو العامل الذي كان عليه الدين
وهو قول ابي حنيفة واحد قولي الشافعي

وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وما اشترى وباع فهو للامر وللمقارض اجر مثله
قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فاخبره انه قد اجتمع عنده وسأله ان يكتبه عليه سلفا قال لا احب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء او يمسكه وانما ذلك مخافة ان يكون قد نقص فيه فهو يحب ان يؤخره عنه على ان يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح
قال ابو عمر قد بين مالك الفقه لكراهية ما كره في هذه المسألة وسائر اهل العلم على كراهة ذلك وهو غير جائز عندهم الا ان علتهم في ذلك ان الدين لا يعود امانة حتى يقبض ثم يعاد وكذلك الامانة لا تعود في الذمة ولا تكون مضمونة الا بان يقبضها ربها ثم يسلفها فتنتقل إلى الذمة حينئذ وكره بن القاسم ان يقول رب الوديعة للمودع عنده اعمل بما تراها ولم يجبره

الاستذكار ج:7 ص:29

وكره اشهب ان يوقع
وقال بن المواز لا بأس به
ولم يختلفوا في انه لا يجوز ان يعمل بالدين قراضا باذن صاحبه قبل قبضه
واختلفوا اذا اذن له رب الدين فعمل به قراضا فروى سحنون عن بن القاسم قال الربح والخسارة جميعا للمديان وعليه
وقال اشهب ان عمل فالخسارة والربح على رب الدين

1 (14 - باب المحاسبة في القراض)

1370 - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فاراد ان ياخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له ان

ياخذ منه شيئا الا بحضـرة صـاحب المـال وان اخـذ شيئا فهـو لـه ضـامن حـتى يحسـب مـع المـال اذا اقتسـماه
قـال مالـك لا يجـوز للمتقارضـين ان يتحاسـبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حـتى يحضـر المـال فيستوفي صاحب المال راس مـاله ثـم يقتسـمان الربـح علـى شـرطهما
قـال ابـو عمـر الاصـل فـي القـراض انـه لا يجـوز للعامل فيه ان يأخذ شيئا من ربحـه الا بعـد حضـور راس المـال عنـد صـاحبه او بحضـرته
ولا يجوز عند الجميع ان يكون احد مقاسما لنفسـه عـن نفسـه ولا احـرى عنهـا ومعطيـا لهـا
ولو كان الشريك وصيا ما جاز له ان يقاسم نفسـه عن ايتامه وانما يقاسمه عنهم وكيل الحاكم ولا بد من وكيـل رب المـال علـى المقاسـمه او حضـوره لنفسه وحضور مال القراض عند قسمة الربح لمـا وصفنا وللعلـة الـتي ذكرنـا فـي البـاب قبـل هـذا فان اخذ المقارض حصته من الربح قبـل القسـمة ثـم ضـاع المـال فقـد اختلـف الفقهـاء
فقـال مالـك اذا اذن لـه رب المـال وقـال رجـوت السلامة والعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع

الاستذكار ج:7 ص:30

وقال الشافعي والثوري وابـو حنيفـة اذا اقتسـما الربـح ومـال المضـاربة بيـد المضـارب علـى حـاله فضاع بعد ذلك فان قسمتها باطـل ومـا اخـذه رب المال محسوب من راس ماله وما اخـذه المضـارب يـرده
قال مالك (1) في رجل اخذ مالا قراضا فاشتري بـه سـلعة وقـد كـان عليـه ديـن فطلبـه غرمـاؤه فادركوه ببلد غائب عن صـاحب المـال وفـي يـديه عرض ربح بين فضله فارادوا ان يباع لهـم العـرض فيأخذوا حصـته مـن الربـح قـال لا يؤخـذ مـن ربـح القراض شيء حـتى يحضـر صـاحب المـال فيأخـذ

مــاله ثــم يقتســمان الربــح علــى شــرطهما
قال ابو عمر ما تقدم من الكلام في هذا الباب يغني عن اعادته هنا

قال مالك (2) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل راس المال وقسم الربح فاخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء اشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان اخذ شيئا رده حتى يستوفي صاحب المال راس ماله ثم يقتسمان ما بقي بينهما على شرطهما

قال ابو عمر الكلام فيما تقدم انه لا يكون مقاسما لنفسه ولا حاكما في اخذ حصته بمحضر شهود وبغير شهود يغني عن اعادته ها هنا

قال مالك (3) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد اخذت لنفسي مثله وراس مالك وافر عندي قال مالك لا احب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل راس المال ويعلم انه وافر ويصل إليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد إليه المال ان شاء او يحبسه وانما يجب حضور المال مخافة ان يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب ان لا ينزع منه وان يقره في يده

وقد بين مالك - رحمه الله - وجه قوله واعتلاله في هذه المسألة وما قدمناه مما اعتل به غيره وجه ايضا وهو امر لا اختلاف فيه ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:31

1 (15 - باب ما جاء في القراض)

1371 - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها

وقال الذي اخذ المال لا ارى وجه بيع فاختلفا في ذلك قال لا ينظر إلى قول واحد منهما ويسأل عن ذلك اهل المعرفة والبصر (1) بتلك السلعة فان راوا وجه بيع بيعت عليهما وان راوا وجه انتظار انتظر بها

قال ابو عمر خالفه الشافعي والكوفيون فقالوا تباع في الوقت لان حصة رب المال في الربح كحصة العامل فلكل واحد منهما ان ينقض القراض قبل العمل وبعده لانه ليس بعقد لازم لواحد منهما

وقد خالف سحنون بن القاسم في العامل بالقراض يبيع السلع بدين ثم يابى من تقاضي الثمن ويسلم ذلك إلى ربه ويرضى بذلك رب المال

فقال بن القاسم لا باس بذلك وهو بمنزلة العامل يموت ويسلم ورثته المال إلى ربه يتقاضاه على انه لا شيء لهم من الربح

وانكر ذلك سحنون ولم يبين الوجه الذي كرهه قال مالك (2) في رجل اخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندي وافر فلما اخذه به قال قد هلك عندي منه كذا وكذا لمال يسميه وانما قلت لك ذلك لكي تتركه عندي قال لا ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويؤخذ باقراره على نفسه الا ان ياتي في هلاك ذلك المال بامر يعرف به قوله فان لم يات بامر معروف اخذ باقراره ولم ينفعه انكاره

قال ابو عمر هذا كما قال مالك لا خلاف في ذلك واما لو قال هلك بعد ذلك كان مصدقا عند الجميع الا ان يتبين كذبه

قال مالك (3) وكذلك ايضا لو قال ربحت في المال كذا وكذا فساله رب المال ان يدفع إليه ماله وربحه فقال ما ربحت فيه شيئا وما قلت ذلك الا لان تقره في يدي فذلك لا ينفعه ويؤخذ بإقراره

الا ان ياتي بامر يعرف به قوله وصـدقه فلا يلزمـه ذلك

وهذا ايضا لا خلاف فيه وقد اجمعوا ان الرجوع في حقوق الادميين بعد الاقرار لا ينفع الراجع عما اقر به وانه يلزمه اقـراره فـي امـوال الادميـين كلهـا قـال مالـك (1) فـي رجـل دفـع إلـى رجـل مـالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك علـى ان لي الثلثين وقال صاحب المـال قارضـتك علـى ان لك الثلث قال مالك القول قول العامـل وعليـه في ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثلـه قـال ابـو عمـر لـم يختلـف اصـحاب مالـك فـي ان القـــول قـــول العامـــل فـــي ذلـــك وذكر بن حـبيب ان الليـث خـالفه فـي ذلـك فقـال يحملان علـــى قـــراض مثلهمـــا واختـــار بـــن حـــبيب قـــول مالـــك وذكره بن وهب فـي (مـوطئه) قـال قـال الليـث يحملان علـى قـراض المسـلمين للنصـف قال ابو عمر قد قال مالك ان العامـل اذا جـاء بمـا يســتنكر لــم يصــدق ورد إلــى قــراض مثلــه وهـــو قـــول الليـــث وانما الاختلاف بينهما ان العامل لا يرد إلى قراض مثلـه اذا جـ اء بم ا يشـبه ان يتقـارض النـاس عليـه وانما يرد إلى قراض مثله اذا جاء بما يستنكر وبمـا لا يســتنكر وقال ابو حنيفة واصحابه والثـوري اذا ربـح فقـال رب المـال شـرطت لـك النصـف وقـال العامـل شـرطت لـك الثلـثين فـالقول قـول رب المـال وقال الشافعي يتحالفان ويكون للعامل اجر مثلـه علـــى رب المـــال قال مالك (2) في رجل اعطـى رجلا مائـة دينـار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليـدفع إلـى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقـال رب

المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لـي وان كان فيها نقصان كان عليك لانك انت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفـاء حـق هـذا انمـا اشـتريتها بمالـك الـذي اعطيتنـي قـال مالـك يلـزم العامـل المشـتري اداء ثمنهـا إلـى البـائع ويقـال لصـاحب المال القـراض ان شـئت فـاد المائـة الـدينار إلـى المقارض والسلعة بينكما وتكون

الاستذكار ج:7 ص:33

قراضا على ما كانت عليه المائة الاولى وان شـئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار إلى العامل كانت قراضـا علـى سـنة القـراض الاول وان ابـى كـانت السـلعة للعامـل وكـان عليـه ثمنهـا قال ابو عمر قول الليث بن سعد في هذه المسالة كقول مالـك سـواء فـان لـم يكـن للمقـارض مـال بيعت عليه السلعة وكان الربح له وعليـه النقصـان فان كان له مال وادى ثمنهـا كـانت السـلعة لـه اذا ابى رب المال من ادائه وان ادى رب المال الثمـن كان القراض مستانفا على شـرط القـراض الاول هذا كله عندي معنى قول الشـافعي لانـه قـال اذا اشترى العامل وجاء ليدفع الثمن فوجد المـال قـد ضـاع فليـس علـى رب المـال شـيء والسـلعة للمقـارض

واما ابو حنيفة واصحابه فقالوا اذا اشـترى وهلـك المال في يده قبل ان ينتقد كان لـه الرجـوع علـى رب المال ويكون راس المـال مـا دفـع اولا واخـرا مثال ذلك ان يكون المال الـذي اخـذه قراضـا الـف درهم فيشتري سـلعة بـالف درهـم ويهلـك المـال في يده قبل ان ينتقده فانه يرجع على رب المـال بالف درهم ويكون راس مـاله فـي تلـك المضـاربة العين لا يستحق شيئا من الربح حـتى تتـم الالفـان ثـم الربـح

قال مالك (1) في المتقارضين اذا تفاصلا فبقي بيد العامل من المتاع الذي يعمل فيه خلـق القربـة

او خلق الثوب او ما اشبه ذلك قال مالك كل شيء من ذلك كان تافها لا خطب له فهو للعامل ولم اسمع احدا افتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشيء الذي له ثمن وان كان شيئا له اسم مثل الدابة او الجمل او الشاذكونه او اشباه ذلك مما له ثمن فاني ارى ان يرد ما بقي عنده من هذا الا ان يتحلل صاحبه من ذلك
قال ابو عمر روى بن القاسم عن مالك انه سئل عن الجبة تفضل للعامل في القراض او نحو ذلك من ثيابه ثم يعامله رد المال هل ينزع ذلك منه فقال ما علمت انه يؤخذ مثل هذا منه وقال سحنون ما كان له بال اخذ منه وحسب في المال وما لم يكن له بال مثل الحبل والقربة والشيء الخفيف فانه يترك له
قال ابو عمر قول الليث في هذه المسالة كقول مالك لانه قال لا يرد خلقا

الاستذكار ج:7 ص:34

تافها من الثياب ولا من الاسقية ولا الحبل وشبهه

واما ابو حنيفة والشافعي واصحابهما فقالوا يرد قليل ذلك وكثيره

واحتج بعضهم بقول النبي ﷺ لعائشة - رضى الله عنها - (يا عائشة اياك ومحقرات الذنوب فان لها من الله طالبا

الاستذكار ج:7 ص:35

1 (33 كتاب المساقاة (1))

1 (1 - باب ما جاء في المساقاة)

1372 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن

المسيب ان رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر (اقركم فيها ما اقركم الله عز وجل على ان الثمر بيننا وبينكم) قال فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص (2) بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فكانوا ياخذونه

1373 - مالك عن بن شهاب عن سليمان بن يسار ان رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلي نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال عبد الله بن رواحة يا معشر اليهود والله انكم لمن ابغض خلق الله الي وما ذاك بحاملي على ان احيف عليكم فاما ما عرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لا ناكلها فقالوا بهذا قامت السماوات 4 والارض قال ابو عمر هكذا روى مالك في حديثه (عن سعيد بن المسيب) مرسلا وتابعه معمر واكثر اصحاب بن شهاب على ارساله وقد وصلته منهم طائفة منهم صالح بن ابي الاخضر عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ لما فتح خيبر دعا اليهود فقال (نعطيكم الثمر على ان تعملوها اقركم ما اقركم الله) فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة

الاستذكار ج:7 ص:36

فيخرصها عليهم ثم يخبرهم أياخذون بخرصه ام يتركون

واختلف العلماء في افتتاح خيبر هل كان عنوة او صلحا او خلا اهلها عنها بغير قتال فحدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني يعقوب بن ابراهيم

وزياد بن ايوب قالا حدثني إسماعيل بن ابراهيم عن عبد العزيز بن صهيب عن انس ان رسول الله ﷺ غزا خيبر فاصبناها عنوة (1) فاحتج بهذا من جعل فتح خيبر عنوة واحتجوا ايضا برواية معمر عن بن شهاب في هذا الحديث فقال خمس رسول الله ﷺ خيبر ولم يكن له ولا لاصحابه عمال يعملونها ويزرعونها فدعا يهود خيبر وكانوا قد اخرجوا منها فدفع اليهم خيبر على ان يعملوها على النصف يؤدونه إلى النبي ﷺ واصحابه وقال لهم (اقركم على ذلك ما اقركم الله) وذكر تمام الخبر

قالوا ولا يخمس الا ما كان اخذ عنوة واوجف المسلمون عليه بالخيل والرجل وقال اخرون كانت خيبر حصونا كثيرة فمنها ما اخذ عنوة بالقتال والغلبة ومنها ما صالح عليه اهلها ومنها ما اسلمه اهله للرعب والخوف بغير قتال طلبا لحقن دمائهم

وروى بن وهب عن مالك عن بن شهاب ان خيبر كان بعضها عنوة وبعضها صلحا قال و (الكتيبة) اكثرها عنوة ومنها صلح قال بن وهب قلت لمالك وما الكتيبة قال من ارض خيبر وهي اربعون الف عذق (2) قال مالك وكتب المهدي امير المؤمنين ان تقسم (الكتيبة) مع صدقات النبي ﷺ فهم يقسمونها في الاغنياء والفقراء

وقيل لمالك افترى ذلك للاغنياء قال لا ولكن ارى ان تفرق على الفقراء

الاستذكار ج:7 ص:37

وقال موسى بن عقبة كان مما افاء الله على المسلمين من خيبر نصفها فكان النصف لله ولرسوله والنصف الاخر للمسلمين فكان الذي لله

ولرسوله النصف وهي الكتيبة والوطيحة وسلالم ووحدة وكان النصف الثاني للمسلمين نطاة والشق

قال ابو عمر قد ذكرنا في (التمهيد) في باب بن شهاب عن سعيد بن المسيب من الاثار المرفوعة وغيرها في فتح خيبر وكيف كانت قسمتها ما فيه كفاية

ولم يختلف اهل العلم في ان رسول الله ﷺ قسم نصفها وانما اختلفوا في قسمه جميعها وذكرنا هناك اختلاف العلماء في قسمة الارضين وفي توقيفها

واختصار ذلك ان مالكا واصحابه كانوا يرون ان كل بلدة تفتح عنوة فان ارضها موقوفة حكمها حكم التي لكل من حضرها ومن لم يحضرها ومن ياتي من المسلمين بعد إلى يوم القيامة على ما صنع عمر - رضي الله عنه - بارض سواد العراق وارض مصر والشام جعلها موقوفة مادة للمسلمين اهل ذلك المصر ومن يجيء بعدهم

واحتج عمر - رضي الله عنه - في ذلك بالاية في سورة الحشر ما افاء الله على رسوله من اهل القرى الاية إلى قوله والذين جاءو من بعدهم الحشر 7 - 10

وقال ما احد الا وله في هذا المال حق حتى الراعي وكان يفرض للمنفوس والعبد

وروى مالك عن زيد بن اسلم عن ابيه عن عمر قال لولا اخر الناس ما افتتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر (1)

رواه بن مهدين وغيره عن مالك

وكان فعل عمر في توقيف الارض بمحضر من الصحابة من غير نكير فدل ذلك على ان معنى قول الله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول الانفال 41 فيما عدا

الارضين وان الارض لا تدخل في عموم هذا اللفظ

واستدل من ذهب إلى هذا بان الغنائم التي احلت للمسلمين ولم تحل لاحد قبلهم انما كانت ما تاكله النار

الاستذكار ج:7 ص:38

وذكر إسماعيل بن إسحاق قال حدثني يحيى بن عبد الحميد قال حدثني ابو معاوية عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ (لم تحل الغنائم لقوم سود الرؤوس قبلكم كانت تنزل نار من السماء فتاكلها) (1) وذكر تمام الخبر

وروى معمر عن همام بن منبه عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ (غزا نبي من الانبياء فقال لا ينبغي احد ملك بضع امراة وهو يريد ان يبني بها) وذكر الحديث وفيه انه غزا قرية فدنا منها بعد العقد فقال للشمس انك مامورة وانا مامور اللهم احبسها علينا فحبست حتى فتح الله عليه فجمع الغنائم فجاءت النار لتاكلها فلم تطعمها فقال ان فيكم غلولا فليبايعني من كل قبيلة رجل فبايعوه فلصقت يد رجل بيده فقال فيكم الغلول فلتبايعني قبيلتك فبايعته قال فلصقت بيد رجلين او ثلاثة فق ال فيكم الغلول انتم غللتم فج اؤوا براس بقرة من ذهب فوضعوها فجاءت النار فاكلتها ثم احل الله لنا الغنائم لما راى من عجزنا وضعفنا احلها لنا

رواه عبد الرزاق (2) وهشام بن يوسف وبن المبارك ومحمد بن ثور عن معمر بمعنى واحد ومما روي ان هارون - عليه السلام - امر بني إسرائيل ان يحرقوا ما كان بايديهم من متاع فرعون فجمعوه واحرقوه فالقى السامري فيه القبضة التي كانت في يده من اثر الرسول يقال

من اثر جبريل - عليه السلام - فصارت عجلا له خوار (3)
ومعلوم ان الارض لم تجر هذا المجرى إلى اشياء اخرى احتجوا بها ليس فيها بيان قاطع احسنها حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (منعت العراق درهمها وقفيزها ومنعت الشام مديها ودينارها) (4)
ومنعت ها هنا بمعنى ستمنع قالوا وهو ما ضربه عمر على كل جديب من الارضين المفتتحة وعلى ما ذهب إليه مالك في توقيف الأرضين جماعة الكوفيين الا انهم قالوا ان الامام مخير

الاستذكار ج:7 ص:39

في الارض ان شاء قسمها واهلها بين الغانمين كسائر الغنيمة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في خيبر وان شاء اقر اهلها عليها وجعل عليهم الخراج وتكون ملكا لهم يجوز بيعهم لها كسائر ما يملكون

واما مالك فلا يرى الامام مخيرا في ذلك وارض العنوة عنده غير مملوكة وانما المملوكة عنده ارض الصلح التي صالح عليها اهلها وقد شرحنا هذه المعاني في (التمهيد) وكان الشافعي واصحابه يذهبون إلى ان الامام يقسم الارض في كل ما افتتح عنوة كما يقسم سائر الغنائم وان اربعة اخماسها مملوكة للموجفين عليها بالخيل والركاب ومن حضر القتال والفتح من مقاتل ومكتر بالغ حر وانما الخمس عنده المقسوم على ما نص الله تعالى في كتابه في سورة الانفال وقد ذكرنا معاني الخمس واختلاف اهل العلم في كتاب الجهاد وانما ذكرنا ها هنا طرفا من احكام الارضين المفتتحات عنوة لما جرى من فتح خيبر

واختلف العلماء في ذلك وحجة الشافعي فيما ذهب إليه من هذا الباب عموم قول الله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه الاية الانفال 41 يعني والاربعة الاخماس للغانمين فملكهم كل ما غنموا من ارض وغيرها مع ما روي في خيبر ان رسول الله ﷺ قسمها بين اهل الحديبية الذين وعدهم الله تعالى بها وهم الذين افتتحوها واما قوله في حديث مالك في هذا الباب (اقركم ما اقركم الله) فالمعنى في ذلك - والله اعلم - انه ﷺ كان يكره ان يكون بارض العرب غير المسلمين وكان يحب الا يكون فيها دينان كنحو محبته في استقبال الكعبة حتى نزلت قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضها الاية البقرة 144
وكان لا يتقدم في شيء الا بوحي وكان يرجو ان يحقق الله رغبته في ابعاد اليهود عن جواره فذكر ليهود خيبر ما ذكر منتظرا للقضاء فيهم فلم يوح إليه في ذلك شيء حتى حضرته الوفاة فاتاه الوحي في ذلك فقال (لا يبقين دينان بارض العرب) (1) وأوصى بذلك والشواهد بما ذكرنا كثيرة جدا منها ما ذكره معمر عن بن شهاب عن بن

الاستذكار ج:7 ص:40

المسيب عن النبي ﷺ دفع خيبر إلى اليهود على ان يعملوا فيها ولهم شطرها قال فمضى على ذلك رسول الله ﷺ وابو بكر وصدرا من خلافة عمر ثم اخبر عمر ان رسول الله ﷺ قال في وجعه الذي مات فيه (لا يجتمع دينان بارض الحجاز او قال (بارض العرب) ففحص عنه حتى وجد الثبت عليه

فقال من كان عنده عهد من رسول الله ﷺ فليات به والا فاني مجليكم فاجلاهم عمر) وقد ذكرنا كثيرا من الاثار بهذا المعنى في (التمهيد) والحمد لله

وليس في قول رسول الله ﷺ لليهود (اقركم الله) دليل على ان المساقاة تجوز إلى مجهول او إلى غير اجل لان في قوله اقركم ما اقركم الله دليلا واضحا على ان ذلك خصوص لانه كان ينتظر في ذلك القضاء من ربه وليس كذلك غيره وقد احكمت الشريعة معاني الاجارات وسائر المعاملات

وجمهور العلماء بالمدينة وغيرها المجيزون للمساقاة لا تجوز عندهم الا إلى سنين معلومة او اعوام معدودة الا انهم يكرهونها فيما طال من السنين

وقد قيل ان رسول الله ﷺ قال لهم (اقركم ما اقركم الله) وكان يخرص عليهم لان الله عز وجل - كان قد افاء عليه وعلى من معه خيبر بمن فيها فكانوا له عبيدا كما قال بن شهاب افاءها الله

واهلها عليهم فاقرهم فيها ﷺ ليعملوها على الشطر

ومعلوم انه جائز بين السيد وعبده في البيع وغيره ما لا يجوز بين الاجنبيين لان العبد لسيده اخذ ما بيده من المال عند الجميع لا يختلف في ذلك من يراه يملك ومن يقول انه لا يجوز ان يملك

واما الخرص في المساقاة فان ذلك غير جائز عند جمهور العلماء لان المتساقيين شريكان فلا يقتسمان الثمرة الا بما يجوز من بيع الثمار بعضها

ببعض وبما لم يدخله المزابنة لنهي رسول الله ﷺ عنها

ومن قال هذا قال انما كان رسول الله يبعث إلى يهود خيبر من يخرص الثمار عليهم عند طيبها لاحصاء الزكاة لان المساكين ليسوا شركاء متعينين والشركاء اليهود ولو تركوا واكل الثمر رطبا والتصرف فيه بالعطية اضر ذلك بالمسلمين وبسهم المساكين فخرصت عليهم لذلك واهل الاموال امناء في ذلك مع ما وصفنا من قولهم ان اليهود كانوا عبيدا للمسلمين والله اعلم

الاستذكار ج:7 ص:41

وسنذكر اختلاف قول مالك واصحابه في قسمة الثمار بين الشركاء في رؤوس الشجر عند اختلاف اغراضهم في ذلك في موضعه ونذكر من خالفهم في ذلك ومن تابعه عليه ان شاء الله عز وجل

وقد اختلف العلماء قديما في جواز المزارعة والمساقاة

فقال مالك المساقاة جائزة والمزارعة لا تجوز وهو قول الليث بن سعد في رواية

وقول الشافعي في المزارعة عندهم اعطاء الارض بالثلث او الربع او جزء مما تخرج الارض الا ان مالكا اجاز من المزارعة في الارض البيضاء ما كان من النخل والشجر اذا كان تبعا لثمن الشجر وذلك ان تكون الارض بين النخل الثلث والنخل الثلثين ويكون ما تخرج الارض للعامل او بينهما

وقال ابو حنيفة وزفر لا تجوز المزارعة ولا المساقاة بوجه من الوجوه وادعوا ان المساقاة منسوخة بالنهي عن المزابنة وان المزارعة منسوخة بالنهي عن الاجارة المجهولة وكراء الأرض ببعض ما تخرج ونحو هذا

وقال بن ابي ليلى والثوري وابو يوسف ومحمد تجوز المساقاة والمزارعة جميعا

وهـو قـول الاوزاعـي والحسـن بـن حـي واحمـد واسـحاق

وحجتهم ان رسول الله ﷺ ساقى يهود خيبر علـى شـرط مـا تخـرج الارض والثمـرة وسياتي القول فيما يجوز به كراء الارض في بـاب كـراء الارض ان شـاء اللـه عـز وجـل واختلفـوا فيمـا تجـوز فيـه المسـاقاة فقال مالك تجـوز المسـاقاة فـي كـل اصـل ثـابت يبقـى نحـو النخـل والرمـان والـتين والفرسـك والعنب والورد والياسمين والزيتون وما كان مثـل ذلـك ممـا لـه اصـل يبقـى وهـو قـول ابـي ثـور قال مالك ولا تجوز المساقاة في كل ما يجنـى ثـم يخلف نحو القصب والموز والبقـول لان بيـع ذلـك جـائز وبيـع مـا يجنـى بعـده قال مالك وتجوز المساقاة في الـزرع اذا اسـتقل على وجه الارض وعجز صاحبه عن سقيه ولا تجوز مساقاته الا في هذه الحال بعـد عجـز صـاحبه عـن سقيه

الاستذكار ج:7 ص:42

قال مالك لا باس بمساقاة القثاء والبطيخ اذا عجز عنه صاحبه ولا تجوز مساقاة الموز والقصب بحال

حكى ذلك كله عن مالك بن القاسم وبن وهب وبن عبـد الحكـم

وقال الشافعي لا تجـوز المسـاقاة الا فـي النخـل والكرم لان ثمرهما بائن من شجره ولا حائل دونـه يمنـع احاطـة النظـر بـه

قال وثمر غيرهما متفرق بين اضعاف ورق شجره لا يحـاط بـالنظر إليـه

قال واذا ساقى على نخل فيها بياض فـان كـان لا يوصل إلى عمل البيـاض الا بالـدخول علـى النخ ل

وكان لا يوصل إلى سقية الا بشرك النخل في الماء وكان غير مثمر جاز ان يساقي عليه في النخل لا منفردا وحده
قال ولولا الخبر في قصة خيبر لم يجز ذلك لانه كراء الارض ببعض ما يخرج منها وهي المزارعة المنهي عنها
قال وليس للعمل في النخل ان يزرع البياض الا باذن ربه فان فعل كان كمن زرع ارض غيره
قال ابو عمر ما اعتل به الشافعي في جواز المساقاة في النخل والعنب دون غيرها من الاصول فان ثمرتها ظاهرة لا حائل دونهما يمنع منها لاحاطة النظر اليها ليس بشيء لان الكمثري والتين وحب الملوك وعيون البقر والرمان والاترج والسفرجل وما كان مثل ذلك كله يحاط بالنظر إليه كما يحاط بالنظر إلى النخل والعنب والعلة له ان المساقاة لا تجوز الا فيما يجوز فيه الخرص والخرص لا يجوز الا فيما وردت به السنة فأخرجته عن المزابنة كما اخرجت العرايا منهما وذلك النخل والعنب خاصة بحديث عتاب بن اسيد في ذلك
حدثناه خلف بن قاسم حدثنا حمزة بن محمد بن علي قال حدثنا خالد بن النفر بالبصرة قال حدثنا عمرو بن علي قال حدثني يزيد بن زريع وبشر بن المفضل قالا حدثنا عبد الرحمن بن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب ان رسول الله بعث عتاب بن اسيد وامره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته كما تؤدى زكاة النخل تمرا

الاستذكار ج:7 ص:43

ورواه بشر بن منصور عن عبد الرحمن بن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عتاب بن اسيد فوصله في الظاهر وليس بمتصل عند اهل العلم لان عتاب بن اسيد مات بمكة في اليوم الذي

مات فيه ابو بكر الصديق - رضي الله عنه - او في اليوم الذي ورد النعي بموته بمكة وسعيد بن المسيب انما ولد لسنتين مضتا لخلافة عمر - رضي الله عنه فالحديث مرسل على كل حال واجاز المساقاة في الاصول كلها ابو يوسف ومحمد

واما الخرص في المساقاة وغيرها للزكاة فأجازه مالك والشافعي والاوزاعي والليث ومحمد بن الحسن

وذكر محمد بن الحسن في (الاملاء) ان ابا حنيفة اجاز الخرص للزكاة خاصة في غير المساقاة وكره الثوري الخرص ولم يجزه بحال من الاحوال وقال الخرص غير مستعمل قال واما على رب الحائط ان يؤدي عشر ما يصير في يده للمساكين اذا بلغ خمسة اوسق

وروى الثوري وغيره عن الشيباني عن الشعبي قال الخرص اليوم بدعه

وقال داود بن علي الخرص للزكاة جائزة في النخل خاصة دون العنب ودون غيرهما من الثمار ودفع حديث عتاب بن اسيد من وجهين (احدهما) انه مرسل

(والثاني) انه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق عن الزهري وليس بالقوي

قال ابو عمر اكثر العلماء لا يجيزون القسمة في الثمار الا كيلا بعد تناهيها ويبسها وقد أجازها منهم قوم واختلف فيها اصحابنا فذكر بن حبيب ان بن القاسم كان يقول به ورواه عن مالك انه لا تجوز قسمة الثمار في رؤوس النخل والاشجار اذا اختلف حاجة الشريكين الا التمر والعنب فقط واما الخوخ والرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما اشبه ذلك من

الاستذكار ج:7 ص:44

الفواكه الـتي يجـوز فيهـا التفاضـل يـدا بيـد فـان مالكا لم يجز قسـمتها علـى التحـري وكـان يقـول المخاطرة تدخله حتى يتبين فضـل احـد النصـيبين علـــــــــــــــى صـــــــــــــــاحبه
قال وقال مطرف وبن الماجشون واشهب لا بأس باقتسامه على التحري والتعديل او علـى التجـاوز والرضـــــــــــــــا بالتفاضـــــــــــــــل وهـــــــــو قـــــــــول اصـــــــــبغ
قال وبه اقول لان ما جاز فيـه التفاضـل جـاز فيـه التحـــري
وذكر سحنون عن بن القاسم عن مالـك انـه سـأله غير مـرة عـن قسـمة الفـواكه بـالخرص فـأبى ان يرخـــــــــص فـــــــــي ذلـــــــــك
قال وذلك ان بعض اصحابنا ذكر انه سأل مالكا عن قسمة الفواكه بالخرص فأرخص فيه فسـألته عـن ذلـــــك فـــــأبى ان يرخـــــص لـــــي فيـــــه
وقال اشهب سألت مالكـا مـرات عـن تمـر النخـل والاعناب وغيرها من الثمار تقسم بـالخرص فكـل ذلك يقول لي اذا طابت الثمرة من النخل وغيرهـا اقســـــــــــــمت بـــــــــــــالخرص
واختار هـذه الروايـة يحيـى بـن عمـر قياسـا علـى جـواز العرايـا وغيرهـا بـالخرص فـي غيـر النخـل والعنـــب كمـــا تجـــوز فـــي النخـــل والعنـــب
قال ويجوز بيع ذلك كله بعضه ببعـض بخرصـه إلـى الجـــذاذ
قال ابو عمر اما قوله ويجوز بيع ذلك كلـه بخرصـه إلى الجذاذ فلا اعلم احدا قاله قبل يحيى بـن عمـر في بيع الثمار بعضها ببعض الا في العرايـا خاصـة واما فـي غيـر العرايـا فلا وكيـف يجـوز ذلـك وهـو تدخله المزابنه المنهي عنهـا ويـدخله بيـع الرطـب باليـــابس وبيـــع الطعـــام بالطعـــام نســـيئة وانما اجاز مالـك ذلـك فـي العرايـا خاصـة لمـا ورد فيهـــا مـــن تخصـــيص مقـــدارها مـــن المزابنـــة

قال يحيى بن عمر اشهب لا يشترط في الثمار الا طيبها ثم يقسمها بين اربابها بالخرص ولا يلتفت إلى اختلاف حاجاتهم
ورواه عن مالك
قال وبن القاسم يقول لا يجوز ان يقتسم بينهم بالخرص الا ان يختلف غرض كل واحد منهم فيريد احدهما ان يبيع ويريد الاخر ان ييبس ويدخر ويريد الاخر ان يأكل فحينئذ يجوز لهم قسمتها بالخرص اذا وجد من اهل المعرفة من

يعرف الخرص فان لم تختلف حاجتهم لم يجز ذلك وان اتفقوا على ان يبيعوا او على ان يأكلوا رطبا او على ان يجدوها تمرا لم يقتسموها بالخرص واما الشافعي فتحصيل مذهبه ان الشركاء في النخل المثمر اذا اقتسمت الاصول بما فيها من الثمرة جاز لان الثمرة تبع الاصول بالقسمة والقسمة عنده مخالفة للبيوع قال لانها تجوز بالقرعة والبيع لو وقع بالقرعة لم يجز (وايضا) فان الشريك يجبر على القسمة ولا يجبر على البيع وايضا فان التحابي في قسمة الصدقة وغيرها جائز وذلك معروف وتطوع ولا يجوز ذلك في البيع
ولا يجوز عند الشافعي قسمة الثمرة دون الاصول قبل طيبها بالخرص على حال وتجوز عنده قسمتها مع الاصول على ما وصفنا
وقد قال في كتاب الصرف تجوز قسمتها بالخرص اذا طابت وحل بيعها والاول اشهر في مذهبه عند اصحابه
قال مالك (1) اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل في البياض فهو له
قال وان اشترط صاحب الارض انه يزرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لان الرجل الداخل

في المال يسقي لرضب الارض فذلك زيادة ازدادها عليه
قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤونة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال ان البذر عليك كان ذلك غير جائز لانه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على ان على الداخل في المال المؤونة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شيء فهذا وجه المساقاة المعروف
قال ابو عمر لم يجز مالك في المساقاة الا ما وردت به السنة فيها والعمل لانها خارجة عن اصول البياعات والاجارات فلم يتعد بها موضعها كسائر المخصوصات الخارجة عن اصولها الاستثناء بها منها وغيره يجيز ان يكون البذر في البياض منهما معا ويقول ذلك ما جوز وابعد من المزارعة عندهما بالثلث وهي كراء الارض ببعض ما تخرجه
هذا قول الشافعي واصحابه
واما ابو يوسف ومحمد فالمزارعة عندهما بالثلث والربع جائزة

الاستذكار ج:7 ص:46

وهو قول الليث بن سعد فيما رواه يحيى بن يحيى عنه
وهو قول احمد بن حنبل وغيرهم
وجائز عندهم المساقاة على النخل والارض نحو مما يخرج هذه وهذه على ما روى في مساقاة خيبر على النصف مما تخرج الارض والنخل
وقد تقدم عن ابي حنيفة وزفر انه لا يجوز عندهما المزارعة ولا المساقاة
وقد تقدم القول في معنى هذه المسألة كلها والحمد لله

قال مالك (1) في العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد احدهما ان يعمل في العين ويقول الاخر لا اجد ما اعمل به انه يقال للذي يريد ان يعمل في العين اعمل وانفق ويكون لك الماء كله تسقي به حتى يأتي صاحبك بنصف ما انفقت فاذا جاء بنصف ما انفقت اخذ حصته من الماء وانما اعطي الاول الماء كله لانه اتفق ولو لم يدرك شيئا بعمله لم يعلق الاخر من النفقة شيء

قال ابو عمر قول مالك هذا قول حسن وحجته له بذلك

وقول الكوفيين نحوه الا انهم قالوا لا يكون ذلك الا بقضاء قاض وحكومة حاكم فان انفق دون قضاء الحاكم رغبة في ان يتميز له ما يريده من عمل حصته كان متطوعا بنفقته ولا شيء له على شريكه ويأخذ حصته كاملة يعتلها معه

وقال الشافعي لا يجبر الشريك على الانفاق ويقال لشريكه ان شئت تطوع بالانفاق وان شئت فدع وقضاء القاضي وغيره في ذلك سواء لان ليس لاحد ان يلزم غيره دينا لم يجب عليه بغير رضا منه

قال مالك (2) واذا كانت النفقة كلها والمؤونة على رب الحائط ولم يكن على الداخل في المال شيء الا انه يعمل بيده انما هو اجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لانه لا يدري كم اجارته اذا لم يسم له شيئا يعرفه يعمل عليه لا يدري ايقل ذلك ام يكثر

قال ابو عمر هذا قول كل من يجيز المساقاة انه لا يجوز الا على سنتها وان العمل على الداخل لا رب الحائط والقائم كل ما يحتاج إليه بالمزارعة عند من يجيزها

قال مالك (3) وكل مقارض او مساق فلا ينبغي له ان يستثني من المال ولا من

النخل شيئا دون صاحبه وذلك انه يصير له اجيرا بذلك يقول اساقيك على ان تعمل لي في كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها واقارضك في كذا وكذا من المال على ان تعمل لي بعشرة دنانير ليست مما اقارضك عليه فان ذلك لا ينبغي ولا يصلح وذلك الامر عندنا

قال ابو عمر تشبيه مالك صحيح لان القول في المساقاة كالمعنى الواحد لا تجوز في واحد منهما الزيادة على الخبر الذي يقع عليه الشرط والعقد فيهما لانه اذا كان ذلك كان الاجر ان يكون ذلك الجزء مجهولا

وقد اوضحنا هذا المعنى في القراض والحمد لله كثيرا

قال مالك (1) والسنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط ان يشترطها على المساقي شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا واشباهه على ان للمساقي شطر الثمر او اقل من ذلك او اكثر اذا تراضيا عليه غير ان صاحب الاصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه العامل فيها من بئر يحتفرها او عين يرفع راسها او غراس يغرسه فيها يأتي بأصل ذلك من عنده او صفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة ان يقول رب الحائط لرجل من الناس بن لي ها هنا بيتا او احفر لي بئرا او اجر لي عينا او اعمل لي عملا بنصف ثمر حائطي هذا قبل ان يطيب ثمر الحائط ويحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها

قال مالك (2) فأما اذا طاب الثمر وبدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لي بعض هذه الاعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطي هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشيء معروف معلوم

قد راه ورضية فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر او قل ثمره او فسد فليس له الا ذلك وان الاجير لا يستأجر الا بشيء مسمى لا تجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشتري منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر قال ابو عمر اراد مالك - رحمه الله - بكلامه هذا بيان الفرق بين المساقاة والاجارة وان المساقاة ليست من الاجارة في شيء فإنها اصل في نفسها كالقراض لا يقاس عنده عليها شيء من الاجارات

الاستذكار ج:7 ص:48

ان الإجارات عنده بيع من البيوع لا يجوز فيها الغرر وقوله في ذلك كله هو قول جمهور العلماء ومنهم من يأبى ان يجعل الاجارة من باب البيوع وهو قول اهل الظاهر لانها منافع لم تخلق وقد نهى رسول الله عن بيع ما لم يخلق لانها ليست عينا وليست البيوع الا في الاعيان وقالوا الاجازة باب منفرد بسنته كالمساقاة وكالقراض واما قوله في هذه المسألة (شد الحظار) فروي بالشين المنقوطة وهو الاكثر عن مالك في الرواية ويروى عنه بالسين على معنى سد الثلمة واما بالشين معناه تحصين الزروب التي حول النخل والشجر وكل ذلك متقارب المعنى واما (خم العين) فتنقيتها والمخموم النقي ومنه يقال رجل مخموم القلب اذا كان نقي القلب من الغل والحسد واما (سرو الشرب) فالسرو الكنس للحوض وللشرب جمع شربة وهي الحياض التي حول النخل والشجر وجمعها شرب وهي حياض يستنقع فيها الماء حول الشجر ويقال في القليل منها شربات كما قال زهير

(يخرجن من شربات ماؤها طحل) (1) ـ وابار النخل تذكيرها بطلع الفحل وقطع الجريد) قطع جرائد النخل اذا كسرت وقد يصنع مثل ذلك بالشجر وهو ضرب من قطع قضبان الكرم
و (جذ الثمر) جمعه وهو مثل حصاد الزرع وقطع العنب
واختلف الفقهاء في الذي عليه جذاذ الثمر منهما فقال مالك ما وصفنا عليه جماعة اصحابه الا انهم قالوا ان اشترط المساقي على رب المال جذاذ الثمر وعصر الزيتون جاز وان لم يشترطه فهو على العامل ومن اشترط عليه منهما جاز وقال محمد بن الحسن الشيباني والتلقيح والخبط حتى يصير تمرا على

الاستذكار ج:7 ص:49

العامل فاذا بلغ الجذاذ كان عليهما بنصفين ان كان الشرط نصفين
قال ولو ان صاحب النخل اشترط في اصل المساقاة الجذاذ والخبط حتى يصير ثمرا على العامل فاذا بلغ الجذاذ والخبط بعد ما بلغ على العامل كانت المساقاة فاسدة
وقال الشافعي ان اشترط المساقي على رب المال جذاذ الثمر او قطف العنب لم يجز فكانت المساقاة فاسدة وانما (شد الحظار) عند مالك على العامل كما عليه كما وصفنا من ابار النخل وقطع الجريدة ونوى النطيح والخبط حتى يصير تمرا
وقال الشافعي كل ما كان داعيته إلى الاستزادة في العدة من اصلاح الماء بطريقه وقطع الحشيش المضر بالنخل ونحوه فشرطه على العامل واما (شد الحظار) فليس عنه مشترى في الثمن ولا صلاح لها ولا يجوز اشتراطه على العامل

وقال محمد بن الحسن لا يجوز اشتراط تنقية المسقاة والانهار على العامل وان اشترط ذلك عليه كانت المعاملة فاسدة
قال ابو عمر قول مالك في هذا الباب أولى بالصواب لان ذلك كله عمل في الحائط يصلحه وينعقد وعلى ذلك يستحق المساقي نصيبه من عدمه فأما الذي لا يجوز اشتراطه على العامل مما لا يعود منه فائدة على العامل في حصته ما ينفرد به رب الحائط دونه لانه حينئذ - يصير زيادة استاجره عليها المجهول من الثمن
قال مالك (1) السنة في المساقاة عندنا انها تكون في اصل كل نخل او كرم او زيتون او رمان او فرسك (2) او ما اشبه ذلك من الاصول جائز لا باس به على ان لرب المال نصف التمر من ذلك او ثلثه او ربعه او اكثر من ذلك او اقل
قال مالك والمساقاة ايضا تجوز في الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة في ذلك ايضا جائزة
قال ابو عمر قد مضى القول فيما تجوز فيه المساقاة من الشجر المثمر كله على اختلاف انواعه وما في ذلك بين العلماء من المذاهب وقول ابي يوسف ومحمد في ذلك نحو قول مالك

الاستذكار ج:7 ص:50

واما المساقاة في الزرع فتجوز عند مالك على ما شرط وذكر في (موطئه) ولا تجوز عنده اذا لم يعجز صاحبه عن سقيه
وقال الليث بن سعد لا يساقي الزرع بعد ان يستقل قال فاما القصب فيجوز فيه المساقاة فان القصب اصل
وقال محمد بن الحسن جائز ان يساقي الزرع قبل ان يستحقه
ولا تجوز المساقاة عند الشافعي في غير النخل والعنب

ولا يجوز عند داود الا في النخل خاصة وقد تقدم ذكر ذلك
واختلف اصحابنا في استثناء العامل زرعا يكون بين النخل
فروى بن وهب عن مالك ان ذلك جائزن وهو بمنزلة البياض يشترطه العامل لنفسه ذكره بن عبدوس قال وانكر ذلك عليه سحنون الا هاء ولا يجوز له ان يستثني البذر فكيف يستثني الزرع
واختلفوا ايضا في مساقاة الموز
وقد ذكر بن المواز عن بن القاسم واشهب انهما قالا يجوز فيه المساقاة
قال وقد كان بن القاسم اجازه في مجلس ابي زيد وليس بشيء
قال ابو عمر قد تقدم عن مالك انه لا تجوز المساقاة في القصب وهو تحصيل مذهبه عند اصحابه الا ما يجوز في الزرع والمقتات ونحوها
واختلف الفقهاء في مساقاة البصل فاجازها مالك والشافعي واصحابهما ومحمد بن الحسن والحسن بن حي
وذلك عندهم على التلقيح والزبر والحضر والحفظ وما يحتاج إليه من العمل
وقال الليث لا تجوز المساقاة في البصل ولا يجاز الا فيما يسقى
قال مالك (1) لا تصلح المساقاة في شيء من الاصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما ينبغي ان يساقي من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لانه انما ساقى صاحب الاصل ثمرا قد بدا صلاحه على ان يكفيه اياه ويجذه له بمنزل الدنانير والدراهم يعطيه

اياها وليس ذلك بالمساقاة انما المساقاة ما بين ان يجذ النخل إلى ان يطيب الثمر ويحل بيعه قال مالك ومن ساقى ثمرا في اصل قبل ان يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك السماقاة بعينها جائزة قال ابو عمر قد كرر هذا المعنى وهو مفهوم جدا وكل من اجاز المساقاة لم يجزها الا فيما لم يخلق وفيما لم يبد صلاحه من الثمار ويعمل العامل في الشجر من الحفر والزبر وسائر العمل ما يحتاج إليه وتصلح ثمرتها به على حد ما يخرجه الله فيها من الثمر كالقراض يعمل العامل في المال حد ما يرزقه الله فيه من الربح وهذان اصلان مخالفان للبيوع وللاجارات وكل عندنا اصل في نفسه يجب التسليم له والعمل به

وذكر بن عبدوس ايضا عن سحنون انه قال لا باس بمساقاة التي يعلم ان يبدو صلاحها لانها اجارة شيء معلوم والعامل في ذلك اجير باجره معلومة قال ابو عمر اذا كان هذا فليست مساقاة وانما الذي يعطيه في عمله من الثمر الذي حل بيعه بمنزلة الدنانير والدراهم كما قال مالك - رحمه الله

واما الشافعي فاختلف قوله فمرة قال مثل مالك تجوز المساقاة في الحائط وان بدا صلاحه ومرة قال لا تجوز

قال مالك (1) ولا ينبغي ان تساقى الارض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما اشبه ذلك من الاثمان المعلومة قال ابو عمر ظاهر هذا الكلام يدل على انه يخبر ان تكرى الارض بكل ثمن معلوم وليس ذلك بمذهب مالك وانما هو قول الشافعي جائز عنده ان تكرى الارض بكل ما تكرى به الدور والحوانيت من العين المعلوم وزنها والعروض كلها الجائز بيعها في ملكها على سنتها طعاما كانت او غير طعام ان تكون بجزء ما تخرجه يقل مرة ويكثر

اخرى وربما لم يخرج شيئا فلا هذا عنده المزارعة التي نهى رسول الله ﷺ عنها وقال بن نافع جائز كراء الارض بشيء من الطعام والادام وغير ذلك ما عدا الحنطة واخواتها يعني البر والشعير والسلت فانها محاقلة

الاستذكار ج:7 ص:52

وقال بن كنانه لا تكرى الارض بشيء اذا اعيد فيها نبت ولا باس ان تكرى بما سوى ذلك من الطعام وغيره من جميع الاشياء كلها ما يؤكل وما لا يؤكل

ذكر ذلك عنه بن حبيب وقال واما مالك واصحابه بن القاسم واشهب وبن حبيب ومطرف وعبد الله وبن عبد الحكم وأصبغ فانهم قالوا لا تكرى الارض بشيء يخرج منها اكلا ولم يؤكل فلا شيء ما يؤكل او يشرب خرج منها او لم يخرج منها وفي (المدونة) لابن القاسم عن مالك مثل ذلك ان الارض لا تكرى بشيء من الطعام كان ما يخرج منها او لم يخرج منها كان ما تزرع فيها او لا تزرع ولا من الادام كله قال العسل والسمن واللبن وسائر الادام والطعام كله وذكر بن سحنون عن المغيرة انه كان يقول لا بد من ان تكرى الارض بطعام لا يخرج منها وذكر يحيى بن عمر عن المغيرة انه لا يجوز ذلك قال فاما الرجل الذي يعطي ارضه البيضاء بالثلث او الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لان الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك راسا فيكون صاحب الارض قد ترك كراء معلوما يصلح له ان يكري ارضه به واخذ امرا غررا لا يدري ايتم ام لا فهذا مكروه وانما ذلك مثل رجل استاجر اجيرا لسفر بشيء معلوم ثم قال الذي استاجر الاجير هل لك ان اعطيك عشر ما اربح في سفري هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي (1)

قال مالك ولا ينبغي لرجل ان يؤاجر نفسه ولا ارضه ولا سفينته الا بشيء معلوم لا يزول إلى غيره

قال مالك (2) وانما فرق بين المساقاة في النخل والارض البيضاء ان صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الارض يكريها وهي ارض بيضاء لا شيء فيها قال ابو عمر الفرق بين المساقاة وكراء الارض البيضاء ان رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة وهي اعطاء الارض بالثلث والربع وساقى اهل خيبر على نصف ما تخرج الثمرة

الاستذكار ج:7 ص:53

فروى ثابت بن الضحاك ان النبي ﷺ نهى عن المزارعة (1)

وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله ﷺ من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخاه ولا يكريها بثلث ولا بربع (2)

وروى عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله ﷺ فقال (من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها ولا يؤاجرها) (3)

وقد ذكرنا الاسانيد في (التمهيد) وفي حديث جابر ورافع ما يدل على ان النهي عن ذلك كان بعد خيبر لان رسول الله ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرج الارض والثمرة على حسب ما كانوا عليه قبل ان ينهى ثم نهى عن ذلك ونهى عن المخابرة

وقيل انما فعله بخيبر والله اعلم وقد قيل غير ذلك على ما ذكرناه في (التمهيد) وما ذهب إليه مالك في كراهية كراء الارض بجزء

مما تخرجه هو مذهب الشافعي وقد تقدم ذكر ذلك ولكنا كررناه كما كرره مالك واختلف عن الليثي في المزارعة بالثلث والربع ونحو ذلك فروي عنه كراهتها وروى عنه اجازتها وروي عن يحيي عن الليث بن سعد انه قال انما تكرى الارض بشيء مما يخرج منها اذا كان ذلك ضامنا على المشتري دفع او لم يدفع فاما ان يلزمها ببعض ما يخرج منها ويزرع فيها نصفا او ثلثا او ربعا فذلك حلال قال ابو عمر يقول الليث هذا في اجازته المزارعة بجزء ما تخرج الارض ما يزرع فيها

الاستذكار ج:7 ص:54

قال بن ابي ليلى والحسن بن حي والثوري والاوزاعي وابو يونس ومحمد واحمد بن حنبل وحجتهم في ذلك حديث عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر ان رسول الله ﷺ ساقى اهل خيبر على نصف ما تخرج الارض والثمرة (1) قال احمد هذا حديث صحيح واحاديث رافع مضطربة الالفاظ واحتج غيره على مالك في اجازته المزارعة في الارض بين الشجر اذا كانت الثلث فاقل فان ذلك لو لم يجز منفردا ما جاز بين النخل واذ لم يجز منفردا لم يجز بين النخل قالوا وتوقيت الثلث فما دونه حكم بغير حجة لان التوقيت يحتاج إلى توقيت قالوا وليس في اصول الشريعة ما يبيح العقد الفاسد للضرورة لمن ادعى في ذلك ضرورة فاما قول مالك لا ينبغي لاحد ان يؤاجر نفسه ولا ارضه ولا سفينته الا بشيء معلوم فهذا قول الشافعي والكوفي وقد اجازت طائفة من التابعين ومن بعدهم ان يعطي الرجل سفينته ودابته كما يعطي ارضه

بجزء مما يرزقه الله تعالى في الصلاح بها وجعلوا اصلهم في ذلك بالقراض المجتمع عليه قال مالك (2) والامر عندنا في النخل ايضا انها تساقي السنين الثلاث والاربع واقل من ذلك واكثر
قال وذلك الذي سمعت وكل شيء مثل ذلك من الاصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل
قال ابو عمر قد اختلف في اجل المساقاة وقد ذكرنا ذلك عند قول النبي ﷺ ليهود خيبر (اقركم ما اقركم الله

الاستذكار ج:7 ص:55

وقد روي عنه ﷺ انه قال لهم (اقركم ما شئنا) والمعنى واحد ونعيد هنا منها ذكرا كما اعاده مالك - رحمه الله فنقول ان مالكا والشافعي ومحمد بن الحسن متفقون على اجازة المساقاة سنينا معلومة والمساقاة انما هي عندهم إلى الجذاذ وقد ذكرنا اختلافهم عن العلماء ورب الاصل فيما مضى من هذا الباب
واذا كان الاصل في المساقاة إلى الجذاذ قبل ان يبدو في الشجر شيء من الثمر فحكم السنين المعلومات في ذلك حكم السنة الواحدة لانه كله شيء لم يخلق او لم يظهر
وقد اجازت طائفة المساقاة إلى غير توقيت من السنين من اهل الظاهر
واحتجوا بان رسول الله ﷺ عامل اليهود على شطر النخل والزرع ما بدا لرسول الله ﷺ من غير توقيت
وقد مضى القول عليهم فيما تقدم من هذا الباب والحمد لله
فان دفع رجل إلى رجل نخلا او شجرا معاملة على

جـــزء معلـــوم ولـــم يـــذكروا وقتـــا معلومـــا
فقـالت طائفـة منهـم ابـو ثـور ذلـك سـنة واحـدة
وهـــــو يشـــــبه مـــــذهب بـــــن الماجشـــــون
فمن اكترى دارا مشـاهرة انـه يلزمـه شـهر واحـد
وقول ابي ثور فيمن ساقى حائضا ولم يـذكر فـي
وقـــت المســـاقاة مـــرة معلومـــة قـــول حســـن
قـال مالـك (1) فـي المسـاقي انـه لا ياخـذ مـن
صاحبه الذي ساقاه شيئا من ذهب ولا ورق يـزداده
ولا طعام ولا شـيئا مـن الاشـياء لا يصـلح ذلـك ولا
ينبغـي ان ياخـذ المسـاقي مـن رب الحـائط شـيئا
يزيده اياه مـن ذهـب ولا ورق ولا طعـام ولا شـيء
مـــن الاشـــياء والزيـــادة فيمـــا بينهمـــا لا تصـــلح
قال مالك والمقارض ايضا بهـذه المنزلـة لا يصـلح
اذا دخلــت الزيــادة فــي المســاقاة او المقارضــة
صارت اجارة وما دخلته الاجـارة فـانه لا يصـلح ولا
ينبغي ان تقع الاجارة بامر غرر لا يـدري ايكـون ام
لا يكون او يقل او يكثر

الاستذكار ج:7 ص:56

قال ابو عمر لا خلاف بين مجيزي المسـاقاة انـه لا
يجوز ان تكون من واحد منهما زيادة يزدادها علـى
جزئه المعلوم لانه - حينئذ - يعود الجزء مجهولا ولا
يجوز ان تكون المعاملة علـى جـزء مجهـول وانمـا
تجوز على جزء معلوم ثلث او نصف او ربـع او نحـو
ذلك من الاجزاء المعلومات فيما يخرجـه إليـه فـي
الثمـــرة
وقد ذكرنا ما في هذا المعنى فـي القـراض ايضـا
قال مالك (1) في الرجل يسـاقي الرجـل الارض
فيها النخل والكرم او مـا اشـبه ذلـك مـن الاصـول
يكـــــــــون فيهـــــــــا الارض البيضـــــــــاء
قال مالك (2) اذا كان البياض تبعـا للاصـل وكـان
الاصـل اعظـم ذلـك او اكـثره فلا بـاس بمسـاقاته
وذلـك ان يكـون النخـل الثلـثين او اكـثر ويكـون
البياض الثلـث او اقـل مـن ذلـك وذلـك ان البيـاض

حينئـــــــــــذ تبـــــــــــع للاصـــــــــــل
ثم ذكر إلى اخر الباب هذا المعنـى مكـررا وشـبهه بالسيف والمصحف يكون في احـدهما الحليـة مـن الورق فيبـاع بـالورق اذا كـان الـورق بيعـا للنصـل والمصحف وكذلك القلادة والخاتم وذلك ان يكـون الثلث فادنى على ما ذكر فـي الارض البيضـاء مـع الاصـــول
وقـد مضـى القـول فـي ذلـك فـي الـبيوع وذكرنـا هنالك اختلاف العلماء في ذلك المعنى بين السلف ومـــــــــا جـــــــــرى مجـــــــــراه
فاما مساقاة الارض البيضاء فقـد ذكرنـا فـي هـذا البـاب اصـول اقـوال العلمـاء مـن اجـاز المزارعـة جملة ومن اجازها فـي النخ ل والشـجر لانـه يجيـز المساقاة ما اغنى عن اعادته وقد ذكرنا الاقاويـل بـــذلك
ومن لا يجيز المزارعة مالك والشافعي قد اختلفـا على ما ذكرناه عنهما فيمـا تقـدم فـي هـذا البـاب بقــول مالــك مــا قــد اوضــحه فــي (مــوطئه) واما الشـافعي فقـد ابطـل المزارعـة فـي قليـل الارض البيضاء لنهي رسول الله ﷺعـن المخـابرة الا انه قال واذا ساقاه على نخل فكان فيـه بيـاض لا يوصل إلى عمله الا بالدخول على النخل وكان لا يوصل إلى سقيه الا بترك النخل فـي المـاء وكـان غيـر متميـز جـاز ان يسـاقي عليـه مـن النخـل الا منفـــردا وحـــده
ولولا الخبر فيه عن رسـول اللـه ﷺانـه دفـع إلـى اهل خيبر النخل على ان لهم

الاستذكار ج:7 ص:57

النصف من النخل والزرع وله النصف فكان الـزرع كمـا وصـفت بيـن ظهرانـي النخـل لـم يجـز ذلـك قال وليس للمساقي فـي النخـل ان يـزرع الارض الا باذن ربها فان فعل كان كمـن زرع ارض غيـره

قال ولا تجوز المساقاة الا بجزء معلوم قل او كـثر وان ساقاه على ان له نخلات بعينها من الحائط لم يجز ولو اشترط احدهما على صاحبه صاعا من تمر زيادة لم يجز وكان له اجر مثله فيما عمل

1 (2 - باب الشرط في الرقيق في المساقاة)

1374 - قال مالك ان احسن مـا سـمع فـي عمـال الرقيق في المساقاة يشـترطهم المسـاقي علـى صاحب الاصل انه لا باس بذلك لانهم عمـال المـال فهم بمنزلة المال لا منفعـة فيهـم للـداخل الا انـه تخف عنه بهم المؤونة وان لـم يكونـوا فـي المـال اشتدت مؤونته وانما ذلك بمنزلـة المسـاقاة فـي ا لعيـن والنضـح (1) ولـن تجـد احـدا يسـاقي فـي ارضين سواء في الاصل والمنفعة احـداهما بعيـن واثنة غزيرة والاخرى بنضح على شيء واحد لخفة مؤنة العين وشـدة مؤنـة النضـح قـال وعلـى ذلـك الامـــــــــــــــــر عنـــــــــــــــــدنا

قال والواثنة الثابت ماءها التي لا تغور ولا تنقطع إلـــــى اخـــــر كلامـــــه فـــــي البـــــاب

ومعنى كلامـه انـه لا يجـوز للعامـل ان يشـترط ان يعمل برقيق الحائط في غيره ولا ان يشترط فـــي الرقيق ما ليس فيه ولا لـرب المـال ان يخـرج مـن رقيق المال من كان فيه في عقـد فـي المسـاقاة وله ذلك قيل وانما يساقيه علـى حـاله ومـن مـات مـن الرقيـق او لحقتـه افـة فعلـى رب المـال ان يخلفـــه

هـــذا كلـــه معنـــى قـــوله إلـــى اخـــر البـــاب

وانما لم يجز له ان يشترط في العقد على العامـل ان ياخذ من رقيق الحائط احدا كـان فيخرجـه عنـه بشرط العقـد لانـه اذا فعـل ذلـك فقـد ازداد عليـه زيـادة كمـا لـو اشـترط عليـه نخلـه بعينهـا او عملا يعمله له خاصة في الحائط واما اذا خرج الرقيق

من الحائط قبل عقد المساقاة فقد فعل ما كان له فعله في ماله وساقى الحائط على ماله قال ابو عمر كلامه - رحمه الله - انما هو في اشتراط العامل على رب الحائط ما كان في الحائط من الرقيق فهذا لم يختلف قوله ولا قول اصحابه فيه فان اشترط العامل رقيقا لم يكونوا عنده في الحائط فقد اختلفوا في ذلك فقال بن القاسم في (المدونة) بلغني ان مالكا سهل في الدابة الواحدة يشترطها العامل على رب الحائط اذا لم تكن فيه قال وذلك عندي اذا كان الحائط كثيرا له قدر فاما الحائط الصغير فلا يجوز

وفي (العتبية) روى عيسى عن بن القاسم عن مالك مثل ذلك

وقاله بن القاسم

وروى يحيى بن يحيى عن نافع انه قال لست اخذ بقول مالك في ذلك ولا ارى باسا ان يشترط العامل عدا من الرقيق وان لم يكونوا في الحائط يومئذ

واما الشافعي فقال لا باس ان يشترط المساقي على رب النخل غلمانا يعملون معه لا يستعملهم في غيره ونفقة الرقيق على ما يتشارطان عليه وليس نفقة الرقيق باكثر من اجرتهم فاذا جاز ان يعملوا للمساقي بغير اجر جاز ان يعملوا له بغير نفقة

وقال محمد بن الحسن لا باس ان يشترط رب المال في المساقاة والمزارعة على المس اقي دولابا والات يستقي عليها الزرع ولو اشترطه العامل على رب الارض لم يجز

1 (34 كتاب كراء الارض)

1 (1 - باب ما جاء في كراء الارض)

1375 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقي عن رافع بن خديج ان رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع
قال حنظلة فسالت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال اما بالذهب والورق فلا باس به
1376 - مالك عن بن شهاب انه قال سالت سعيد بن المسيب عن كراء الارض بالذهب والورق فقال لا باس به
1377 - مالك عن بن شهاب انه سال سالم بن عبد الله بن عمر عن كراء المزارع فقال لا باس بها بالذهب والورق
قال بن شهاب فقلت له ارايت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج فقال اكثر رافع ولو كان لي مزرعة اكريتها
1378 - مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف تكارى ارضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت اراها الا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فامرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهب او ورق

الاستذكار ج:7 ص:60

1379 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه انه كان يكري ارضه بالذهب والورق
وسئل مالك عن رجل اكرى مزرعته بمائة صاع من تمر او مما يخرج منها من الحنطة او من غير ما يخرج منها فكره ذلك
قال ابو عمر قد مضى والحمد لله في المساقاة مذهب مالك في كراء الارض وما يجوز ان تكرى به وما اختلف فيه اصحابه من ذلك

واما هذا الباب فانما يقتضي اشارة كلها اجازة كراء الارض بالذهب والورق ويقتضي ايضا الرد على من كره كراء الارض بكل حال ونحن بحول الله تعالى نبين ذلك - ان شاء الله عز وجل فاما حديث مالك في هذا الباب عن ربيعة عن حنظلة عن رافع ان رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع فظاهره يقتضي النهي عن كرائها بكل حال الا ان رافعا استثنى من ذلك كراءها بالذهب والورق
وقد روى عنه بن عمر هذا الخبر وحمله على العموم فترك كراء المزارع
وروى معمر ويونس وعقيل عن بن شهاب عن سالم عن بن عمر كان يكري ارضه حتى بلغه ان رافع بن خديج كان يحدث عن النبي ﷺ انه نهى عن كراء المزارع فترك بن عمر كراءها
ورواه جويريه عن مالك عن بن شهاب كذلك
وروى الليث بن سعد عن يزيد بن ابي حبيب عن ابي بجير ان رافع بن خديج كان يقول منعنا رسول الله ﷺ ان نكري المحاقل (1)
وروى عبد الكريم عن مجاهد عن بن رافع بن خديج عن ابيه قال نهى رسول الله ﷺ عن اجارة الارض (2)
فهذه الرواية في حديث رافع بن خديج وظاهرها انه لا يجوز كراء المزارع بحال لا بذهب ولا بفضة ولا بغير ذلك

الاستذكار ج:7 ص:61

والى هذا ذهب طاوس اليماني فقال انه لا يجوز كراء الارض بالذهب ولا بالورق ولا بالعروض وبه قال ابو بكر عبد الرحمن بن كيسان الاصم قال لا يجوز كراء الارض بشيء من الاشياء لانها اذا استؤجرت وحضرها المستأجر واصلحها لعله

ان يحـرق زرعـه فيردهـا وقـد زادت وانتفـع رب الارض ولم ينتفع المستاجر فمن هنا لم يجز لاحـد ان يســـــــــتاجرها واللـــــــــه اعلـــــــم
قال ابو عمر هذا ليس بشيء وانما كره كراءه مـن كرهـه للحـديث المـاثور عـن النـبي ﷺ بـذلك
قال ابو عمر ومن حجـة مـن لـم يجـز كـراء الارض بشيء من الاشياء وابى من ذلك حديث ضـمرة بـن ربيعة عن بن شوذب عن مطر عن عطاء عـن جـابر
قال خطبنا رسول الله ﷺ قال (من كانت لـه ارض فليزرعهـا او ليزرعهـا ولا يؤاجرهـا) (1)ـ
وقد ذكرنا اسانيد هذه الاحـاديث فـي (التمهيـد)
وقال اخرون جائز كراء الارض لمـن شـاء ولكنـه لا يجـــوز بشـــيء غيـــر الـــذهب والـــورق
واحتجوا بحديث طارق بن عبد الرحمن عـن سـعيد بن المسيب عن رافع بن خديـج عـن النـبي ﷺ انـه قال (انما يزرع ثلاثة رجـل لـه ارض فهـو يزرعهـا ورجل منح ارضا فهو يزرع مـا منـح ورجـل اكـترى بـــــذهب او فضـــــة) (2)ـــــــ
قالوا فلا يجوز ان يتعدى ما فـي هـذا الحـديث لمـا فيـــــه مـــــن البيـــــان والتوفيـــــق
وهـــو مـــذهب ربيعـــة وســـعيد بـــن المســـيب
وروى بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سـعيد بـن المسيب انه كان لا يرى باسا بكراء الارض البيضـاء بالـــــــــــــــذهب والـــــــــــــــورق
وبن عيينة عن عبد الكريم الجـزري عـن سـعيد بـن جـــــــبير عـــــــن بـــــــن عبـــــــاس
وبن جريج عن عطاء عن بن عباس انه لم يكن يرى بكراء الارض البيضاء باسا بالذهب والورق

الاستذكار ج:7 ص:62

وقال اخرون جـائز ان تكـرى الارض البيضـاء بكـل شـيء مـن الاشـياء مـا خلا الطعـام فـانه لا يجـوز

كراؤهـــــا بشـــــيء مـــــن الطعـــــام كلـــــه
واحتجوا بحديث يعلى بـن حكيـم عـن سـليمان بـن يسار عن رافع بن خديج قال قـال رسـول اللـه ﷺ (من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخــاه ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعـام مسـمى) (1)
والى هـذا ذهـب مالـك واكـثر اصـحابه قـالوا فقـد حـاجز فـي هـذا الحـديث ومنـع مـن كـراء الارض بالطعـــــام المعلـــــوم وغيـــــر المعلـــــوم
وتاولوا في نهي رسول الله ﷺ عـن المحاقلـة انـه كـــــــــــــــراء الارض بالطعـــــــــــــــام
وذكروا حديث سـعيد بـن المسـيب مرفوعـا وفيـه المحاقلـــــة اســـــتكراء الارض بالحنطـــــة
قالوا وسائر طعامه كله فـي معناهـا وجعلـوه مـن بـــــاب الطعـــــام بالطعـــــام نســـــيئة
وقال اخـرون جـائز كـراء الارض بالـذهب والـورق والطعام كله وسائر العروض كلها اذا كان معلومـا
قالوا وكل ما جاز ان يكون ثمنـا لشـيء فجـائز ان يكون اجرة في كراء الارض ما لم يكـن مجهـولا او غــررا
وهـــــــو قـــــــول ســـــــالم وغيـــــــره
وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار انـه حـدثه قـال سمعت سالم بن عبد الله يقـول اكـثر رافـع علـى نفسه في كراء الارض والله لنكرينهـا كـراء الابـل
وذكر إسماعيل بن إسحاق قـال حـدثني بـن اخـي جويريه قال حدثنا جويرية عن مالـك عـن الزهـري ان سـالم بـن عبـد اللـه اخـبره وسـاله عـن كـراء المزارع فقال اخبر رافـع بـن خديـج عبـد اللـه بـن عمر عن عميه وكانا قد شهدا بدرا ان رسـول اللـه ﷺ نهـــــى عـــــن كـــــراء المـــــزارع
قال فترك عبد الله كراءها وقـد كـان يكريهـا قبـل ذلـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــك

قال الزهري فقلت لسالم افتكريها انت قال نعم قد كان عبد الله يكريها قلت فاين حديث رافع بن خديج فقال ان رافعا اكثر على نفسه والى هذا ذهب الشافعي واصحابه

الاستذكار ج:7 ص:63

ومن حجتهم حديث الاوزاعي عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الانصاري قال سالت رافع بن خديج عن كراء الارض بالذهب والورق فقال لا باس بذلك انما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يؤاجرون الارض بما على الماذيانات (1) في اقبال الجداول فيهلك هذا ويسلم هذا ويهلك هذا فكذلك زجر عنه رسول الله ﷺ فاما شيء مضمون معلوم فلا قالوا فقد اخبرنا رافع بالعلة التي نهى رسول الله ﷺ عن كراء المزارع وكذلك جهل البدل واخبر ان كراءها بكل شيء معلوم جائز

وروى الثوري وبن عيينة ويزيد بن هارون عن يحيى بن سعيد الانصاري قال اخبرني حنظلة بن قيس انه سمع رافع بن خديج قال كنا اكثر الانصار حقلا فكنا نخابر فنقول لهذا هذا الجانب ولهذا هذا الجانب يزرعها لنا فربما اخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك فاما بذهب او ورق فلم ينه عنه وهذا لفظ بن عيينة قال ابو عمر يعني وما كان في معنى الذهب والورق من الاثمار المعلومات

وقيل لابن عيينة ان مالكا يروي هذا الحديث عن ربيعة فقال وما يريد منه وما يرجو منه يحيى بن سعيد احفظ منه وقد حفظناه عنه قال ابو عمر رواية مالك لهذا الحديث عن ربيعة مختصرة فقد ذكرنا اثار هذا الباب كلها باسانيدها

من طرق في (التمهيد)
وقال اخرون جائز كراء الارض بجزء مما يزرع فيها مكتريها بثلث او ربع او نصف واحتجوا بحديث بن المبارك وغيره عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله ﷺ اعطى يهود خيبر النخل والارض على ان يعملوها ويزرعوها وله شطر ما يخرج فيها (2) قالوا هذا الحديث اصح من احاديث رافع لانها مضطربة المتون جدا
وقد ذكرنا القائلين بجواز المزارعة وهي اعطاء الارض على النصف والثلث والربع فيما مضى من المساقاة والحمد لله كثيرا

الاستذكار ج:7 ص:64

وروى سفيان عن بن عيينة عن عمرو بن دينار وبن طاوس قالا كان طاوس يخابر قال عمرو فقلت له يا ابا عبد الرحمن لو تركت هذه المخابرة فانهم يزعمون ان رسول الله ﷺ نهى عنها
قال حدثنا عمر واخبرني بذلك اعلمهم - يعني بن عباس - ان رسول الله ﷺ لم ينه عنها يمنح احدكم اخاه خير له ممن ياخذ عليها اجرا معلوما وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله ﷺ وهم يخابرون واقرهم وانا اعطيهم فاكون شريكهم فان نقصوا كنت قد نقصت معهم
قال سفيان يقول لي نصيبي مما ربحوا وعلي ما نقصوا
وذكر إسماعيل بن إسحاق قال حدثني بن اخي جويرية قال حدثني جويرية عن مالك قال سالت الزهري عن كراء الارض بالثلث والربع فقال ذلك حسن

الاستذكار ج:7 ص:65

1 (35 كتاب الشفعة (1))

1 (1 - باب ما تقع فيه الشفعة)

1380 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن ابي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم (2) بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه
قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا
هكذا روى هذا الحديث مرسلا جمهور رواة (الموطا)
ورواه ابو عاصم النبيل و عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون ويحيى بن ابراهيم بن داود بن ابي قتيلة وابو يوسف وسيد بن داود الزنبري هؤلاء الخمسة رووه كلهم عن مالك عن بن شهاب عن سعيد وابي سلمة عن ابي هريرة عن النبي ﷺ بمعناه فاسندوه وجعلوه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ
وقد ذكرنا الاسانيد عنهم بما ذكرنا في (التمهيد) وذكرنا الاختلاف على بن شهاب في ارساله واسناده ايضا
وقد رواه بن إسحاق عن بن شهاب باسناده فجعله عن ابي هريرة كما قال كل من رواه كذلك عن مالك

الاستذكار ج:7 ص:66

وحديث بن شهاب هذا قد اتفق جماعة العلماء على القول به لانهم يوجبون الشفعة للشريك في المبتاع من الدور والارضين وكل ما تاخذه الحدود

ويحتمل القسمة من ذلك كله وما كان مثله وانما اختلف العلماء فيما بعد ذلك على ما نذكره ان شاء الله تعالى

1381 - قال مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء

1382 - مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك

وهذا قول مالك والشافعي واصحابه وجمهور فقهاء اهل الحجاز انه لا شفعة الا في المشاع مما تصلح فيه الحدود عند القسمة بين الشركاء قال ابو عمر اجمع العلماء على ان الشفعة في الدور والأرضين والحوانيت والرباع كلها بين الشركاء في المشاع من ذلك كله وانها سنة مجتمع عليها يجب التسليم لها ولم يجمعوا أنها لا تكون الا بين الشركاء لان منهم من اوجبها للجار الملاصق وهم اكثر اهل العراق ومنهم من اوجبها اذا كانت الطريق واحدة ومنهم من اوجبها في كل شيء مشاع بين الشركاء من جميع الاشياء من الحيوان والعروض والاصول كلها وغيرها وهو قول شاذ قاله بعض اهل مكة وروى فيه حديثا منقطعا عن النبي ﷺ واما السنة المجتمع عليها فعلى ما قال سعيد بن المسيب وعلى ما حكاه مالك انه الامر الذي لا اختلاف فيه عندهم - يعني في المدينة وفيه من الاخبار المنقولة بنقل العدول الاحاد حديث بن شهاب المذكور في هذا الباب وقد أسند ه معمر وجوده ذكر عبد الرزاق وغيره عن معمر انه اخبرهم عن الزهري عن ابي سلمة عن جابر بن عبد الله انه قال (انما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما

لم يقسم فاذا وقعت الحدود (1) وصرفت الطرق فلا شفعة

الاستذكار ج:7 ص:67

وكان احمد بن حنبل يقول حديث معمر عن بن شهاب في الشفعة عن ابي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ اصح ما روي عن النبي ﷺ

وقال يحيى بن معين مرسل مالك احب الي ذكره ابو زرعة الدمشقي عنهما

وذكر عبد الله بن احمد بن حنبل قال سمعت ابي يقول اهل المدينة لا يرون الشفعة الا للشريك على حديث الزهري عن ابي سلمة عن جابر اذا وقعت الحدود فلا شفعة قال ورواه مالك عن الزهري عن سعيد وابي سلمة مرسلا وبه اقول لا ارى الشفعة لغير الشريك لا أراها للجار

قال ابو عمر في حديث بن شهاب ما ينفي الشفعة بالجوار فاذا لم تجب الشفعة للشريك اذا قسم وضرب الحدود كان الجار الملاصق لم يقسم ولا ضرب الحدود ابعد من ان يجب ذلك له

وفي حديث بن شهاب ايضا ما ينفي الشفعة في كل ما لا يقسم ولا يحتمل قسمة ولا يصلح ان يصرف فيه الحدود وذلك ينفي الشفعة في الحيوان والعروض كلها لانها ليست لموضع الحدود

واما قول ابي حنيفة واصحابه والثوري في هذا الباب فقالوا لا شفعة فيما سوى الدور والارضين والشفعة في ذلك مقسوما كان او مشاعا واوجبوا الشفعة للجار بحديث ابي رافع عن النبي ﷺ انه قال (الجار احق بسقبه) (1)

وهو حديث يرويه جماعة من ائمة اهل الحديث عن ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن ابي رافع عن النبي ﷺ

وحديث بن شهاب يعارضه وهو اصح اسنادا والشفعة عند الكوفين مرتبة واولى الناس بالشفعة عندهم الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت له في الطريق شركة ثم الجار الملاصق

وانما تجب عندهم الشفعة في الطريق اذا لم يكن الشريك في المشاع

وكذلك لا يجب للجار الذي لا شركة له في الطريق الا عند عدم من ذكرنا او عدم ارادته الاخذ بها

الاستذكار ج:7 ص:68

وحجتهم في اعتبار الشركة في الطريق حديث عبد الملك بن ابي سليمان العرزمي عن عطاء عن جابر ان رسول الله ﷺ قال (الجار احق بسقبه ينتظر بها اذا كان غائبا اذا كانت طريقهما واحدة) (1)

وهذا حديث انفرد به عبد الملك بن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة وانكره عليه شعبة وقال لو جاء عبد الملك بحديث اخر مثل هذا لاسقطت حديثه وما حدثت عنه بشيء

وقال سفيان الثوري عبد الملك بن ابي سليمان اعدل من الميزان

قال ابو عمر قد روي مثل قول الكوفيين عن طائفة من التابعين وروي مثل قول الحجازيين عن عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وغيرهم وهو اصح ما قيل في ذلك من جهة الأثر ومن جهة النظر ايضا لان المشتري لا يجب ان يخرج ماله عن يده بغير طيب نفس منه الا بيقين يجب التسليم له

وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي بكر بن حفص بن عمر بن سعد بن ابي وقاص ان عمر كتب إلى شريح ان اقض بالشفعة للجار فكان يقضي بها

وسفيان عن ابراهيم بـن ميسـرة قـال كتـب الينـا عمر بن عبد العزيز اذا حدت الحدود فلا شفعة قال ابراهيم فذكرت ذلك لطاووس فقال لا الجار احق قال مالك (2) في رجل اشترى شقصا مـع قـوم في ارض بحيوان عبد او وليدة او ما اشبه ذلك مـن العـروض فجـاء الشـريك ياخـذ بشـفعته بعـد ذلـك فوجد العبد او الوليدة قد هلكا ولم يعلـم أحـد قـدر قيمتهما فيقول المشتري قيمـة العبـد أو الوليـدة مائـة دينـار ويقـول صـاحب الشـفعة الشـريك بـل قيمتـــــــــه خمســـــــــون دينـــــــــارا
قال مالك يحلف المشتري ان قيمة مـا اشـترى بـه مائة دينار ثم ان شاء ان ياخذ صاحب الشـفعة اخـذ او يترك الا ان ياتي الشفيع ببينة ان قيمة العبد او الوليـــــدة دون مـــــا قـــــال المشـــــتري
قـال ابـو عمـر الشـفيع طـالب اخـذ والمشـتري مطلوب ماخوذ منه فـوجب ان يكـون القـول قـول المشتري مع يمينه لانه مدعى عليه والشفيع مـدع ولا بينة له ولو كانت لـه بينـة اخـذ بهـا وعلـى هـذا القول جمهور الفقهاء

وهـــــو قـــــول الشـــــافعي والكـــــوفيين
وقد خالف في ذلك بعـض التـابعين وجعـل القـول قول الشفيع لوجوب الشفعة له وجعـل المشـتري مدعيا في الثمن أو قيمته ان كان عرضـا لانـه اخـذ له والقول الاول أولى بالصواب لمـا ذكرنـا وبـالله توفيقنـــا
وكذلك لـو اختلـف المشـتري والشـفيع فـي مبلـغ الثمن ولم يكن لواحد منهما بينة كان القول قــول المشتري لانه المطلـوب بالشـفعة والمـاخوذ منـه الشقص ولو أقام كل واحد منهمـا البينـة علـى مـا ادعـــــى ففيهـــــا قـــــولان للفقهـــــاء
(احـــــدهما) البينـــــة بينـــــة الشـــــفيع
(والاخـــــرى) البينـــــة بينـــــة المشـــــتري

وكذلك لو أقام كل واحد منهما البينة على ما حكاه من ثمن العرض الذي هو للشفعة واما اختلاف أصحاب مالك في هذه المسألة وفي سائر مسائل الشفعة فكثيرة لا يحصى كثرة وفي (المدونة) قال بن القاسم القول قول المشتري مع يمينه اذا اختلفا في ثمن الشقص وكان قد اتى بما يشبه فان اتي بما لا يشبه واتى الشفيع بما يشبه فالقول قوله مع يمينه ومن اتى منهما ببينة قضي له فان اتيا جميعا بالبينة فان تكافئا في العدالة سقطتا وكان القول قول المشتري فان لم يتكافئا قضي باعدلهما وقال سحنون البينة بينة المشتري لانها زادت علما

وروى اشهب عن مالك قال اذا كان المشتري ذا سلطان فالقول قوله في الثمن فلا يمين لان مثله يرغب في الثمن عنده وان لم يكن فارى عليه اليمين

وقال اشهب القول قول المشتري مع يمينه اذا ادعى ما لا يشبه فان ادعى ما يشبه فالقول قوله بلا يمين

وذكر بن حبيب عن مطرف انه قال القول قول المشتري مع يمينه اذا ادعى ما لا يشبه واتى بالسرف لانه مدعى عليه

قال بن حبيب انما يكون القول قول المشتري ما لم يات بالسرف فان اتى بالسرف رد إلى القيمة وخير الشفيع ان شاء اخذ وان شاء ترك

قال مالك (1) من وهب شقصا في دار او ارض مشتركة فاثابه الموهوب له

بها نقدا او عرضا فان الشركاء ياخذونها بالشفعة ان شاؤوا ويدفعون إلى الموهوب له قيمة مثوبته دنانير او دراهم

قال مالك من وهب هبة في دار او ارض مشتركة

فلم يثب منها ولم يطلبها فاراد شريكه ان ياخـذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يثب عليها فـان اثيـب فهـــــو للشـــــفيع بقيمـــــة الثـــــواب
قال ابو عمر قد كان مالك في صدر من عمره يرى في الهبة الشفعة وان كانت لغير ثواب لانه انتقال ملك ثم رجـع عـن ذلـك ولـم يـر الهبـة لغيـر ثـواب شـــفعة
ذكـــــر ذلـــــك عنـــــه بـــــن عبـــــد الحكـــــم
واما الهبة للثواب فهي عنده كالبيع وفيها الشفعة لم يختلف قوله في ذلك ولا قول اصحابه الا انهـم اختلفوا فيه لو ان الموهوب له اثاب الواهب بـاكثر مـــــن قيمـــــة الشـــــقص الموهـــــوب
فقال بن القاسم لا ياخـذه الا بقيمـة الثـواب كلـه قال ولهذا يهب الناس من الهبات ولم يـذكر قوتـا بـــــــل قـــــــال ذلـــــــك مجملا
وقال اشهب اذا اتى بـه اكـثر مـن قيمتـه قبـل ان يـــــــــدخل الهبـــــــــة قـــــــولان
فليـس للشـفيع ان ياخـذه الا بجميـع الثـواب او شـــركه
وان كـان بعـد الفـوت فلـه ان يستشـفع بقيمـة الشـــــــــــــــــــــقص فقـــــــــــــــــــــط
واما الشافعي فالهبة للثواب عنده باطـل مـردودة لانها عنده من بـاب الـبيع بثمـن مجهـول وسـياتي ذلـــك فـــي بـــاب الهبـــات ان شـــاء اللـــه
قال ولا شفعة للشـافعي فـي الهبـة للثـواب لانـه مـــــردود مـــــن فعـــــل مـــــن فعلـــــه
واما الكوفيون فيجيزون الهبة للثواب ويضـمنونها اتباعا لعمر بن الخطاب وسنذكر ذلك في موضعه - ان شـــــاء اللـــــه عـــــز وجـــــل
ولكنهم لا يرون الهبة للثواب شفعة لانهـا عنـدهم هبـــــــــة ليســـــــــت بـــــــــبيع
وكذلك لا شـفعة عنـدهم فـي صـداق ولا اجـرة ولا جعل ولا خلع ولا في شيء صولح عليه من دم عمد

قال مالك (1) في رجل اشترى شقصا في ارض مشتركة بثمن إلى اجل فاراد الشريك ان ياخذها بالشفعة

الاستذكار ج:7 ص:71

قال مالك ان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الاجل وان كان مخوفا ان لا يؤدي الثمن إلى ذلك الاجل فاذا جاءهم بجميل ملي ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الارض المشتركة فذلك له

قال ابو عمر لم يختلف قول مالك واصحابه في هذه المسالة على ما ذكره في (موطئه) الا انهم اختلفوا في الذي يشتري شقصا من ربع بثمن إلى اجل فلا يقوم الشفيع حتى يحل الاجل على المشتري

فذكر بن حبيب عن بن الماجشون انه قال ياخذها الشفيع ويكون الثمن عليه مؤجلا إلى مثل ذلك الاجل الذي كان على المشتري

وقال اصبغ لا ياخذه الشفيع بالشفعة الا بثمن حال

واما الشافعي فقال فيما ذكر عنه المزني ان اشترى النصيب من الدار وسائر الرباع والارض بثمن إلى اجل قيل للشفيع ان شئت فعجل الثمن وتعجل الشفعة وان شئت فدع حتى يحل الاجل

وقول الكوفيين في ذلك نحو قول الشافعي

وذكر عبد الرزاق عن الثوري انه سئل عن رجل باع من رجل ارضا فيها شفعة لرجل إلى اجل فجاء الشفيع فقال انا اخذها إلى اجلها قال لا ياخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول

قال سفيان ومنا من يقول يقر في يد الذي ابتاعها فاذا بلغ الاجل اخذها الشفيع

قال مالك (1) لا تقطع شفعة الغائب غيبته وان طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع إليه

الشـــــــــــــــــــــــــــــــــــــفعة
قال يحيى قلت لابن القاسم هل ترى الاسـكندرية - يعني من مصر - غيبة وهـو يبلغـه ان صـاحبه قـد بـاع فيقيـم علـى ذلـك المشـتري سـنين العشـرة ونحوهـا ثـم يـاتي بعـد ذلـك يطلـب الشـفعة فقـال بـن القاسـم هـذه غيبـة لا تقطـع علـى المشتري شفعته وان بلغـه ذلـك فنـرى السـلطان ان يكتب إلى قاضي البلـد الـذي هـو بـه ان يوقـف ويعلمه شريكه قد باع فاما اخذ واما ترك

قال بن القاسـم لا ارى ذلـك علـى القاضـي الا ان يطلب ذلك المبتاع فيكتب له القاضي الذي بمكانه إلى قاضي البلد بما ثبـت عنـده مـن اشـترائه ومـا يطلب من قطع الشـفعة عنـه فيـوقفه فامـا اخـذ وامـا تـرك فـان تـرك فلا شـفعة لـه
قـال قلـت لابـن القاسـم فمـا تـرى القـرب الـذي يقطع الشفعة قال ما وقت لنا مالك فيه شيئا قـد تكـون المـرأة الضـعيفة والرجـل الضـعيف علـى البريد فلا يستطع ان ينهض ولا يسافر فلم يحد لنا حدا وانما فيه اجتهاد للسلطان على افضل ما يرى

قال ابو عمر امـا شـفعة الغـائب فـان اهـل العلـم مجمعون على انه اذا لم يعلم ببيع الحصة التي هـو فيها شريك من الدور والارضين ثم قدم فعلم فله الشـفعة مـع طـول مـدة غيبتـه
واختلفـوا اذا علـم فـي حـال الغيبـة فقال منهم قائلون لم يشـهد حيـن علـم انـه اخـذ بالشفعة متى قـدم فلا شـفعة لـه لانـه تـارك لهـا وقال اخرون هو على شفعته ابدا حتى يقـدم ولـم يـذكروا اشـهادا
واما القول في أمد شفعة الحاضر العاجـل فيـاتي في اخر
كتاب الشفعة

حيث رسمه مالك ان شاء الله عز وجل
وقد روي عن النبي ﷺ من حديث جابر وقد ذكرنا فيما تقدم ان رسول الله ﷺ قال (الجار احق بسقبه) (1) او قال (بشفعته ينتظر بها اذا كان غائبا) (2)
روى عبد الرزاق وغيره عن الثوري عن سليمان الشيباني عن حميد الازرق قال مضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة بعد أربع عشرة سنة يعني للغائب
قال مالك في الرجل يورث الأرض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الأب فيبيع احد ولد الميت حقه في تلك الارض فان اخا البائع احق بشفعته من عمومته شركاء ابيه
قال مالك وهذا الامر عندنا
قال ابو عمر اختلف اصحاب مالك وسائر الفقهاء في ميراث الشفعة وهل تورث او لا تورث وفي كيفية الشفعة بين الورثة هل هي للكبير كالولاء وهل تدخل العصبة فيها على ذوي الفروض او يدخل بعض اهل السهام فيها على بعض

الاستذكار ج:7 ص:73

فاما ميراث الشفعة فذهب الثوري وسائر الكوفيين إلى انها لا توهب ولا تورث لانها لا ملكه ولا ماله
واما مالك والشافعي وسائر اهل الحجاز فانهم يرون الشفعة موروثة لانها حق من حقوق الميت يرثه عنه ورثته
واما الشفعة بين ذوي السهام في الميراث فالمشهور من مذهب مالك عند اصحابه معنى ما ذكره في (الموطا) ان اهل السهم الواحد احق بالشفعة فيه من غيرهم من الشركاء في سائر الميراث وانه لا يدخل العصبات على ذوي السهام في الشفعة وان ذوي السهام يدخلون على

العصبات فيها واختلف اصحابه فقال بن القاسم بما وصفت لك وقال اشهب لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا يدخل العصبات على ذوي السهام لا يدخل هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولا يتشافع اهل السهم فيما بينهم خاصة وقال المغيرة المخزومي يدخل العصبات على ذوي السهام وذوو السهام على العصبات لانهم كلهم شركاء وقول الشافعي في ذلك كقول المغيرة وقول الكوفيين كقول اشهب مثال ذلك رجل توفي على ابنتين واختين ورثن عنه ارضا او دارا فباعت بعضهن حصتها منها فقال بن القاسم تدخل البنات على الاخوات ولا تدخل الاخوات على البنات لانهن ها هنا عصبة البنات وقال اشهب لا تدخل الابنة على الاخت كما لا تدخل الاخت عليها وذكر المزني عن الشافعي في هذه المسالة قولين قال ولو ورثه رجلان فمات احدهما وله ابنان فباع احدهما نصيبه واراد اخذ الشفعة دون عمه فكلاهما في الشفعة سواء لانهما فيه شريكان قال المزني هذا اصح من قوله الاخر ان اخاه احق بنصيبه قال ولم يختلف قوله في المعنيين لنصفين من عبد لاحدهما اكثر من الاخر في ان عليهما قيمة الباقي على السواء ان كانا موسرين قال ابو عمر ليس هذا القياس يصح في مسالته هذه لان الشركاء في سهم

الاستذكار ج:7 ص:74

قد حصلوا شركاء في الشقص وشركاء في (السهم) فكانوا اولى ممن هو شريك في الشقص خاصة لانهم كانوا ادلوا بسببين وكانوا اولى ممن هو اولى بسبب واحد وليس الشريكان يكون نصيب احدهما من العبد اكثر من نصيب صاحبه في مسالة الشفعة في شيء والحجة عندي لما اختاره المزني من قول الشافعي ان الشفعة اوجبها رسول الله بين الشركاء ولم يخص شريكا من شريك فكل شريك في الشقص يستحق الشفعة بعموم السنة وظاهر المعنى - والله اعلم

قال مالك (1) الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم ياخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك ان تشاحوا فيها

قال ابو عمر قد اختلف السلف والخلف في هذه المسالة على قولين

(احدهما) ان الشفعة بالحصص مثال ذلك دار بين ثلاثة رجال لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصفه ووجب لشريكه الشفعة فياخذ صاحب الثلث الثلثين وصاحب السدس الثلث

وهذا قول مالك واصحابه وجماعة من السلف منهم شريح القاضي وعطاء وبن سيرين ثلاثة ائمة من ثلاثة امصار وهو قول جمهور اهل المدينة

(القول الثاني) ان الشفعة على الرؤوس وان صاحب النصف الصغير والكبير فيها سواء وبه قال الكوفيون

وهو قول الشعبي وابراهيم والحكم وسياتي اختلافهم في اجرة القسام هل هي على الرؤوس او على السهام في موضعه من الاقضية

ان شـــــــــــاء اللـــــــــــه تعـــــــــــالى
قال مالك (2) فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول احد الشركاء انا اخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت ان تاخذ الشفعة كلها اسلمتها اليك وإن شئت ان تدع فدع فان المشتري اذا خيره في هذا واسلمه إليه فليس للشفيع الا ان ياخذ الشفعة كلها او يسلمها إليه فان اخذها فهو احق بها والا فلا شيء لـــــــــــــــــــــــــــــــــــه
قال ابو عمر على نحو هذا مذهب الشافعي ايضا ذكره المزني عنه قال فان

حضر احد الشفعاء اخذ الكل بجميع الثمن فان حضر الثاني اخذ منه النصف بنصف الثمن فان حضر الثالث اخذ منه الثلث بثمن الثلث حتى يكونوا سواء فان كانوا اثنين اقتسما كان للثالث نقص قسمتها وان اسلم بعضهم لم يكن لبعض الا اخـــــــــــذ الكـــــــــــــل او الـــــــــــــترك
قال وكذلك لو اصابها هدم من السماء اما اخذ الكـــــل بـــــالثمن كلـــــه وامـــــا تـــــرك
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لو اشترى رجل دارا من رجلين فقبضها او لم يقبضها صفقة واحدة واراد الشفيع ان ياخذ ما باع احدهما دون ما باع الاخر فليس ذلك للاخر وانما له ان ياخذها كلها او يدعها كلها وان كان الذي ابتاع الدار رجلين كان للشفيع ان ياخذ ما باع ويدع ما ابتاع الاخـــــــــــــــــــــــــــــــــر
قالوا ومن اشترى دارين صفقة واحدة من رجلين ولهما شفيع واحد فاراد الشفيع ان ياخذ احداهما دون الاخـــــرى فليـــــس لـــــه ذلـــــك
واختلف اصحاب مالك في هذه المسائل ايضا فقال بن القاسم في ثلاثة شركاء في ارض او دار باع الاثنان منهما نصيبهما صفقة واحدة من

رجلين انه ليس للثالث الشفيع الا ان ياخذ الجميع او يدع
وقال اشهب ياخذ من ايهما شاء
وقال بن القاسم اذا وجبت الشفعة لرجلين فسلم احدهما فليس للاخر الا ان ياخذ الجميع او يدع وروي ذلك عن مالك وعليه اكثر اصحابه وذكر بن حبيب عن اصبغ انه قال ان كان تركه وتسليمه رفقا بالمشتري وتجافيا له كانه وهبه شفعته فلا ياخذ الاخر حصته فلو كان المشتري رجلين فاراد الشفيع ان ياخذ حصة احدهما فابن القاسم قال ليس له ان ياخذ الا حصتهما جميعا او يتركهما جميعا اذا طلبت صفقة واحدة وقال اشهب له ان ياخذ من احدهما ويدع الاخر وقال المزني فيما اجاز فيه من المسائل على معنى قول الشافعي ولو ان رجلين باعا من رجل شقصا فقال الشفيع انا اخذ ما باع فلان وادع حصة فلان فذلك جائز في قياس قوله قال وكذلك لو اشترى رجلان من رجل شقصا كان للشفيع ان ياخذ حصته ايهما شاء

الاستذكار ج:7 ص:76

قال المزني ولو اشترى شقصا وهو شفيع فجاء شفيع اخر فقال له المشتري خذها كلها بالثمن او دع فقال هو بل اخذ نصفها فان ذلك له لانه مثله وليس عليه ان يلزم شفعة غيره
قال مالك (1) في الرجل يشتري الارض فيعمرها بالاصل يضعه فيها او البئر يحفرها ثم ياتي رجل فيدرك فيها حقا فيريد ان ياخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا ان يعطيه قيمة ما عمر فان اعطاه قيمة ما عمر كان احق بالشفعة والا فلا حق له فيها
قال ابو عمر القيمة عند مالك واصحابه في البنيان قائما لانه بنى في ملكه وحقه لان المشتري يملك ما اشترى وان كان فيه شفعة

اخبره فان الاخذ بالشفعة ليس بلازم للشفيع وهو بالخيار - ان شاء شفع وان شاء لم يشفع فكانه اذا شفع بيع حادث وعهدته على المشتري واما الشافعي فمذهبه ان الباني متعد ببنيانه فيما فيه للشفيع الشفعة فليس له الا قيمة بنيانه معلوما - ان شاء الشفيع او ياخذه بنصفه وكذلك لو قسم بغير حكم حاكم وبنى في نصيبه فهو متعد فان قضى الحاكم بالقسمة وحكم بها لما ثبت ما يوجب ذ لك واقام للغائب وكيلا في القسمة فقسم وقبض المشتري حصته وبنى فيها فهو - حينئذ - غير متعد فان استحق الشفيع الحصة مشاعة لم يمنعه قضاء القاضي شفعته لان الغائب على شفعته ابدا الا ان يعلم فيترك فان علم فلا شفعة له ان ترك الطلب بعد العلم قادرا على الطلب وان لم يعلم شفع اذا قدم ان شاء واعطى المشتري قيمة الشقص وقيمة البنيان تاما لانه بنى في غير اعتداء

واما الكوفيون فذكر الطحاوي عنهم قال ومن اشترى دارا وقبضها فبنى فيها بناء ثم حضر شفيعها فطلب اخذها بالشفعة فقضى له بذلك فيها فانه يقال للمشتري انقض بناءك لانك بنيته فما كان الشفيع اولى بها منك الا ان يشاء الشفيع ان يمنعه من ذلك ويعطيه قيمة بنيانه منقوضا فيكون ذلك له

فهذا قول ابي حنيفة ومحمد بن الحسن وهو الصحيح عن ابي يوسف

قال وبه قال احمد

الاستذكار ج:7 ص:77

وقد روي عن ابي يوسف انه قال ان شاء الشفيع اخذها بالثمن الذي باعها به وبقيمة البناء قائما وان شاء ترك ليس له غير ذلك

قال مالك (1) من باع حصته من أرض او دار

مشتركه فلما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع احق بها بالثمن الذي كان باعها به

قال أبو عمر والشفعة تجب بالبيع لمن ارادها وطلبها

واجمعوا انه ليس للمشتري ان يمتنع من ذلك ولا البائع فالاقالة لا نقطعها عمن جعلها بيعا مستأنفا وعمن يجعلها فسخ بيع لان في فسخ البيع فسخا للشفعة

والشفعة واجبة بالسنة

وقياس قول الشافعي والكوفيين وجوب الشفعة لا تنقضها الاقالة

وقد اختلف قول بن القاسم واشهب في عهده الشفيع في الاقالة

فقال بن القاسم عهدة الشفيع على المشتري

وقال اشهب الشفيع مخير فان شاء اخذ الشفعة بعهده البيع الاول وان شاء بعهده الاقالة

قال مالك (2) من اشترى شقصا في دار او ارض وحيوانا وعروضا في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته في الدار او الارض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا

قال مالك (3) بل يأخذ الشفيع شفعته في الدار او الارض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذي يصيبها من القيمة من راس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا الا ان يشاء ذلك

قال ابو عمر على ما قاله مالك في هذه المسألة اكثر الفقهاء

قال الشافعي ولو كان مع الشقص الذي فيه الشفعة عرض في صفقة واحدة بثمن واحد فانه يشفع في الشقص بحصته من الثمن

وهو قول الكوفيين

وذكر عبد الرزاق قال سألت معمرا عن رجلين بينهما خربة لم تقسم فباع احدهما نصيبه منها مع خربه له اخرى بثمن واحد فجاء الشفيع فقال انا اخذ نصيبه من الخربة التي بيني وبينه فقال قال عثمان البتي يأخذ البيع جميعا يتركه جميعا

وقال بن شبرمة وغيره من اهل الكوفة يأخذ نصف الخربة التي بينه وبين صاحبه بالقيمة ويترك الاخرى ان شاء

قال عبد الرزاق وسمعت الثوري وسفيان يقولان مثل قول بن شبرمه

قال مالك (1) ومن باع شقصا من ارض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وابى بعضهم الا ان يأخذ بشفعته ان من ابى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له ان يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي

قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع احدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر ان يأخذ بالشفعة او يترك فقال انا اخذ بحصتي واترك حصص شركائي حتى يقدموا فان اخذوا فذلك وان تركوا اخذت جميع الشفعة

قال مالك ليس له الا ان يأخذ ذلك كله او يترك فان جاء شركاؤه اخذوا منه او تركوا ان شاؤوا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا ارى له شفعة

قال ابو عمر قد مضى هذا المعنى وما فيه لسائر العلماء وانما هم في هاتين المسألتين على قولين

احدهما ما ذكر مالك - رحمه الله والاخر ان له أن يأخذ بحصته ويدع حصه شركائه فان جاؤوا كانوا على شفعتهم ان شاؤوا وقد تقدم ذكر ذلك فلا وجه لاعادته

1 (2 - باب مالا تقع فيه الشفعة)

1383 - مالك عن محمد بن عمارة عن ابي بكر بن حزم ان عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود في الارض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل

الاستذكار ج:7 ص:79

قال مالك وعلى هذا الامر عندنا قال مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها او لم يصلح

قال مالك والامر عندنا انه لا شفعة في عرصه (1) دار صلح القسم فيها او لم يصلح

قال ابو عمر اما قول عثمان اذا وقعت الحدود في الارض فلا شفعة فيها فانه ينفي الشفعة في ذلك للجار

وقد تقدم القول في ذلك عند حديث النبي (الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود في الارض فلا شفعة ولا وجه لتكرار ما تقدم وأما قوله ولا شفعة في بئر ولا في فحل نخل فذكر بن عبد الحكم عن مالك قال الحديث الذي جاء لا شفعة في بئر انما ذلك في بئر الاعراب فأما بئر الزرع والنخل ففي ذلك الشفعة اذا كان النخل لم يقسم فان قسم الحائط وترك البئر فلا شفعة فيها

وكذلك اذا قسمت بيوت الدار وكذلك اذا قسم الحائط وترك الفحل والفحلان للابار واكل الطلع انه لا شفعة فيها

وكذلك إذا قسمت بيوت الدار وتركت العرصه للارتفاق فباع احد الشركاء نصيبه فيها فلا شفعة في ذلك

قال ابو عمر يريد بقوله بئر الاعراب البئر التي في موات الارض لسقي الماشية

والمسقاة ليست بئرا يسقى بها شيء من الارض والشجر
وذكار الشجر حكمه عند مالك واصحابه كحكم النخل
وحكم العين عندهم كحكم البئر عندهم سواء ان كان لها بياض وزرع ونخل وبيع ذلك كله بيعا فيه شفعة دخلت العين في ذلك والبئر فاذا انفردت العين او البئر بين الشركاء فلا شفعة فيها اذا باع أحدهم نصيبة منها
وكذلك حكم الطرق والمرافق المتروكة للارتفاق لا شفعة فيها الا ان تكون بيعا لما فيه شفعة من الارض وتجمعها صفقة
واما الشافعي فانه قال لا شفعة في بئر لا بياض لها وكذلك اذا كان لها بياض ولا تحتمل القسمة

الاستذكار ج:7 ص:80

ولا شفعة عنده إلا فيما تحتمله القسمة وتضرب فيه الحدود
ولا شفعة عنده في طريق وانما العرصة اذا احتملت القسمة وبيع منها شيء ففيه الشفعة عنده خلاف قول مالك
وسواء تركت للارتفاق او لم تترك وانما اصله ان كل ما كان من الارضين يحتمل القسمة وضرب الحدود وكان مشاعا ففيه الشفعة
واما الكوفيون فالقياس على اصولهم الا شفعة في بئر ولا فحل نخل
واما العرصة فقياسهم ان فيها الشفعة لانها من الارض المحتملة للقسمة
واختلف اصحاب مالك في النخلة المطعمة تكون بين الشريكين يبيع احدهما حصته منها فذكر بن القاسم عن مالك في (المدونة) انه لا شفعة فيها قال ابو عمر قاسها على فحل النخل والله اعلم
وقال اشهب وعبد الملك بن الماجشون واصبغ بن

الفرج ومحمد بن عبد الحكم فيها الشفعة ذكرا كان او انثى
قال ابو عمر حجتهم في ايجاب الشفعة ان النخلة عندهم من جنس ما فيه الشفعة ولم يختلفوا في الحائط المثمر من الشجر وان لم يكن فيه موضع لزراعة وكان مشاعا ان الشفعة فيما بيع منه وحكم النخلة الواحدة عندهم كحكم الحائط كله
واختلفوا في هذا الباب في اشياء منها الرحا ففي (المدونة) قال بن القاسم الشفعة في الارض ولا شفعة في الرحا كما ان بيعت منفردة دون شيء من الارض لم تكن فيها شفعة وروى أبو زيد عن بن القاسم مثل ذلك وقال يقضي الثمن على الارض والرحى وذكر انه كالشقص يباع مع عبد
وقال اشهب للشريك الشفعة في جميع ذلك وقال الا ترى ان الشفعة تكون في رقيق الحائط فكيف بالرحى مع الارض
وبقول اشهب قال سحنون
واختلفوا من ذلك في الاندر احد الشركاء نصيبه منه

الاستذكار ج:7 ص:81
فذكر العتبي عن عبد الملك بن الحسن عن اشهب وبن وهب ان فيه الشفعة وهو كغيره من الارضين

وقال اشهب لا شفعة في الاندر وكذلك الاقبية لا شفعة فيها اذا بيعت قال والاندر عندي مثل الأقبية
واختلفوا من ذلك ايضا في الحمام فقال مالك فيه الشفعة
وقال بن القاسم لا شفعة فيه
وقال إسماعيل بن إسحاق روى بن القاسم وبن ابي اويس عن مالك ان فيه الشفعة

قال وذكر احمد بن المعذل عن عبد الملك عن مالك انه لا شفعة فيه قال عبد الملك وانا ارى فيه الشفعة قال إسماعيل وروى بن القاسم ان الحمام يقسم

قال ابو عمر كان احمد بن خالد ومحمد بن عمرو بن لبانة يفتيان في الحمام واختلفوا في الثمرة تباع منفردة دون الاصل فقال مالك وبن القاسم واشهب فيها الشفعة لانها تقسم بالحدود قال ابو عمر على ما ذكرنا من مذاهبهم في قسمة الثمار في رؤوس الاشجار وروى ابو جعفر الدمياطي وعبد الملك انهما كانا لا يريان فيها الشفعة واختلفوا ايضا في الشفعة في الكراء او الدور والرباع والارضين وفي المساقاة وفي الدين هل يكون المديان احق بها وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب اختلافهم وحديث بن شهاب ينفي الشفعة ويسقطها الا في المشاع من الارضين والرباع حيث يمكن ضرب الحدود وتصريف الطرق وهذا هو الصحيح وبالله التوفيق

قال مالك (1) في رجل اشترى شقصا (2) من ارض مشتركة على انه فيها

بالخيار فاراد شركاء البائع ان يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل ان يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة قال ابو عمر لا فرق عند مالك في هذه المسألة كان البائع بالخيار او كان المشتري ولا اعلم خلافا بين الفقهاء انه اذا كان الخيار للبائع ان الشفعة لا تجب للشفيع حتى تنقضي

ايام الخيار ويصير الشقص إلى المشتري فحينئذ يشفع الشفيع ان اراد لا قبل ذلك
واختلفوا فيما اذا كان الخيار للمشتري خاصة فقال الشافعي ومن اشترى شقصا على انها جميعا بالخيار او البائع بالخيار فلا شفعة حتى يسلم البائع
وان كان الخيار للمشتري دون البائع فقد خرج الشقص المبيع من ملك البائع ففيه الشفعة وعلى هذا ايضا مذهب الكوفيين
ذكر الطحاوي عنهم قال من باع دارا من رجل على انه بالخيار في بيعها اياما ثلاثة لم يكن للشفيع اخذها بالشفعة حتى ينقطع الخيار فيجوز البيع فيها وان لم يكن البائع بالخيار فيها ثلاثة ايام كان للشفيع اخذها بالشفعة وكان اخذه اياها قطعا بخيار المشتري وامضى البيع فيها
واختلف اصحاب مالك في الشريك يبيع نصيبه من دار له فيها شركاء بالخيار ثم بيع بعض اشراكه نصيبه بيعا بتلا
ففي (المدونة) ان قبل المشتري فالسلعة للبائع بالخيار
وقال سحنون الشفعة في المبيع بالخيار للمشتري بعد ذلك بثلاث
وقال ابو إسحاق البرقي وعبد الله بن الحكم حكم الشفعة في الشقص المبيع بتلا للبائع بالخيار لان الشقص كان له ومنه ضمانة فان سلم فللمشتري ولا تبالي لمن كان الخيار منهما
وبهذا القول يقول بن الماجشون واشهب
وقال مالك (1) في الرجل يشتري ارضا فتمكث في يديه حينا ثم يأتي رجل

فيدرك فيها حقا بميراث ان له الشفعة ان ثبت حقه وان ما اغلت الارض من غلة فهي للمشتري الاول إلى يوم يثبت حق الاخر لانه قد كان ضمنها

لو هلك ما كان فيها من غراس او ذهب به سيل
ق ال فان طال الزمان او هلك الشهود او مات
البائع او المشتري او هما حيان فنسي اصل البيع
والاشتراء لطول الزمان فان الشفعة تنقطع
ويأخذ حقه الذي ثبت له وان كان امره على غير
هذا الوجه في حداثة العهد وقربه وانه يرى ان
البائع غيب الثمن واخفاه ليقطع بذلك حق صاحب
الشفعة قومت الارض على قدر ما يرى انه ثمنها
فيصير ثمنها إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد في
الارض من بناء او غراس او عمارة فيكون على ما
يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم ثم بنى
فيها وغرس ثم اخذها صاحب الشفعة بعد ذلك
قال ابو عمر اما قوله في المستحق بميراث نصيبا
في ارض ان له الشفعة فان الخلاف في ذلك
قديم
فمن اوجب الشفعة له زعم انه كان حقا له ما
اظهره شهوده فصار بمنزلة شريك ظاهر الملك
في ذلك
وكذلك المستحق باع شريكه نصيبه في ارض
مشاعة بينهما فلا خلاف ان له الشفعة في ذلك
وكذلك المستحق لانه بتقدم ملكه استحق ما
استحق
ومن قال لا شفعة له زعم ان المستحق انما يثبت
له الملك يوم استحق فلا شفعة له فيما كان له
قبل ذلك
الا ترى انه لا يأخذ الغلة من المشتري ولا من
البائع الجاحد له
وكذلك لو استحق العبد حرية على مولاه والمولى
جاحد لها فلما قامت للعبد بينة بالحرية قضي له
بها ولم يلزم المولى خراجه وقيمة خدمته لانه
جاحد لما شهد به الشهود وانما تجب شهادتهم
حكما ظاهرا من يوم شهدوا وحكم الحاكم
بشهادتهم

والقـــائلون بـــالقول الاول يوجبـــون للمســـتحق الخراج او الغلة فيما يسـتحقه ويـأتي القـول فـي ذلـــــك فـــــي موضـــــعه ان شـــــاء اللـــــه واما قـوله فـان طـال الزمـان او هلـك الشـهود أو مات البائع او المشتري إلى اخر كلامه في الفصل فان طول الزمان لمن كان غائبا وقامت بينته بمـا يوجب له الشفعة

الاستذكار ج:7 ص:84

وقد مضى القول في شفعة الغائب وما قاله مالك وغيـــره فـــي ذلـــك والخلاف فيـــه كلا خلاف واما هلاك الشهود فلا يخلو من ان يكونـوا شـهودا على البيع فهلكوا او المشـتري والبـائع يتجاحـدان ولا بينة هناك فلا شفعة في ذلك ان يكون الشهود على مبلغ الثمـن هلكـوا فـالقول قـول المشـتري وان خـــــــــــالفه الشـــــــــــفيع

وقـــد مضـــت هـــذه المســـالة ايضـــا بخلافهـــا وكذلك موت البائع والمشتري لمن كان لـه القيـام بالشـــــــــــــفعة لا يضـــــــــــــر

قـال مالـك فـي هـذا الموضـع مـن (الموطـا) والشفعة ثابتة في مال الميت كمـا هـي فـي مـال الحـــي

وقد تقدم القول في هـل تـورث الشـفعة وذكرنـا الاختلاف فـــــــــــــــي ذلـــــــــــــــك

وقال احمد بن حنبل وغيره الشفعة لا تورث الا ان يكـــــــون الميـــــــت طالبـــــــا لهـــــــا

قال ابو عمر الشـفعة تـورث عنـد كـل مـن يـورث عنده الخيار في البيع ومـن لا يـورث عنـده الخيـار فقـــــــد تـــــــورث عنـــــــده الشـــــــفعة

وقـــد مضـــى ذلـــك فـــي كتـــاب الـــبيوع

واما قـوله فـي المشـتري والبـائع او همـا حيـان فليبتني اصل البيع والاشتراء لطول الزمـان فـان الشفعة تنقطع وياخذ يعني المستحق - حقه الذي ثبت له فقط فقد ذكرنا ان اهل العلم منهم مـن لا

يرى للمستحق شفعة ومنهم من راها على ما وصفنا وهم في هذه المسالة على قولين احدهما انه يشفع بقيمة الشقص كما لو جهلا الثمن بحداثة الوقت سواء وكان مالك ومن تابعه لا يرون الشفعة عند جهل الثمن اذا طال الزمان ونسي البيع ويرونها واجبة في حداثة العهد
وقوله او لما يرى ان البائع غيب ذكر الثمن واخفاء ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة فحينئذ يرون الشفعة في الشقص بقيمته على ما في (الموطا)
وقال به جماعة من اصحابه
وذكر بن عبدوس عن بن الماجشون قال اذا مات المشتري واتى الشفيع يطلب من ورثته الشفعة مع طول الزمان وقد جهل الثمن حلف الورثة ما عندهم علم ولم تكن شفعة

الاستذكار ج:7 ص:85

قال ولو ان المشتري قال لا ادري بكم اشتريت حلف وشفع بالقيمة
قال فان ابى ان يحلف فقد مضت من اصحابنا فيه قضية انه ياخذها الشفيع ثم يقول للمشتري اطلب حقك ممن شئت او تحلف فتاخذ منه قيمة الشقص فان قال الشفيع لا اقبضه لعل ثمنه يكون كثيرا ولا يقدر على ثمنه فلا بد - حينئذ - ان يحلف او يسجن
واما قوله والشفعة ثابتة في مال الميت فهي في مال الحي فان خشي اهل الميت ان ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة فقد تقدم القول في وراثة الشفعة وفي ان كل مقسوم لا شفعة فيه عند من لا يقول بالشفعة للجار او من اجل الاشتراك في الطريق
قال مالك (1) ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من

الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح انه ينقسم وتقع فيه الحدود من الارض فاما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه

قال ابو عمر على هذا مذهب الشافعي والكوفيين وقد تقدم ذلك كله والحجة له والحمد لله كثيرا وقد شذت طائفة فاوجبت الشفعة في كل شيء

وروت روايات في ذلك عن النبي منها ما ذكره عبد الرزاق (2) قال اخبرنا اسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن بن ابي مليكة قال قال رسول الله (الشريك شفيع في كل شيء

اخبرنا احمد بن عبد الله قال حدثني ابي قال حدثني عبد الله بن يونس قال حدثني بقي بن مخلد قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني ابو بكر بن عياش قال حدثني عبد العزيز بن رفيع عن بن ابي مليكة قال قضى رسول الله بالشفعة في كل شيء في الارض والدار والدابة فقال عطاء انما الشفعة في الارض والدار وقال بن ابي مليكة س معتني - لا ام لك - اقول قال رسول الله ويقول هذا

الاستذكار ج:7 ص:86

قال ابو عمر هذا الحديث مرسل وليس له اسناد غير هذا فيما علمت ومن قال بمراسيل الثقات لزمه القول به

واما من جهة النظر فالمشتري مالك لما اشترى فلا يخرج ملكه عن يده الا بكتاب او سنة ثابتة او اجماع ولا اجماع في هذا بل الاكثر على خلافه في هذا الحديث

ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرنا معمر قال قلت لايوب اتعلم احدا كان يجعل في الحيوان شفعة

قال لا
قال معمر ولا اعلم احدا جعل في الحيوان شفعة
قال واخبرنا بن سمعان عن بن شهاب عن بن
المسيب قال ليس في الحيوان شفعة
قال واخبرنا ابو حنيفة عن حماد قال لا شفعة الا
في ذلك دار او ارض
قال واخبرنا اسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن
عطاء بن ابي رباح قال لا شفعة الا في الارض
قال واخبرنا معمر عن بن شبرمة قال في الماء
الشفعة
قال معمر ولم يعجبني ما قال
قال ابو عمر قد راى قوم من العلماء الشفعة في
الدين وفي المكاتب يباع ما عليه فقالوا المديان
والمكاتب اولى بذلك اذا اعطى المشتري ما ارى
ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري قال
لم ار القضاة الا يقضون فيمن اشترى دينا على
رجل فصاحب الدين اولى به
قال واخبرنا معمر عن رجل من قريش ان عمر بن
عبد العزيز قضى في مكاتب اشترى ما عليه
بعرض فجعل المكاتب اولى بنفسه وقال ان
رسول الله ﷺ قال (من ابتاع دينا على رجل
فصاحب الدين اولى اذا ادى مثل الذي ادى صاحبه
قال وحدثني الاسلمي قال اخبرني عبد الله بن
ابي بكر عن عمر بن عبد العزيز ان رسول الله ﷺ
قضى بالشفعة في الدين وهو الرجل يبيع دينا له
على رجل فيكون صاحب الدين احق به

واختلف اصحاب مالك في ذلك
فقال بن القاسم لا شفعة في الدين ولا يكون
المديان احق به
وقال اشهب هو احق به بالضرر الداخل عليه
وياخذه بقيمة العرض ان كان الثمن عرضا او بمثل

العيـن ان كـان عينـا كالمكـاتب وانمـا ذلـك فـي المكـاتب لحرمـة العتـق الا تـرى ان التقـويم والاستهام يجب على الشريك اذا اعتق نصيبه وان العتـق بيـد اعلـى سـائر الوصـايا قال فان قـال قائـل ان البـائع ممـن دخـل مـدخله كالشريكين في العبد باع شريك ودخل شريك قيل له ان العبد المشترك فيه ان راى الشريك ما يضره دعا شـريكه إلـى الـبيع معـه وليـس كـذلك الـدين قال ابو عمر قد ذكرنا ان الاصل المجتمع عليه انـه لا يحل مال امرئ مسـلم الا عـن طيـب نفـس وان التجارة لا تجوز الا عن تـراض فلا يخـص منهـا فـي الاصـل شـيء الا بمثلـه مـن الاصـول الـتي يجـب التسـليم لهـا وحـديث الشـفعة للشـريك فـي الـدور والارضـين حديث متفـق علـى القـول والعمـل بـه وسـائر مـا اختلـف فيـه وليس في الاختلاف حجة فـالواجب الوقـوف عنـد اليقيـن ولا يخـرج عنـه الا بيقيـن مثلـه وبـالله التوفيـق قال مالـك (1) ومـن اشـترى ارضـا فيهـا شـفعة لنـاس حضـور فليرفعهـم إلـى السـلطان فامـا ان يستحقوا واما ان يسلم له السـلطان فـان تركهـم فلـم يرفـع امرهـم إلـى السـلطان وقـد علمـوا باشترائه فتركوا ذلك حتى طـال زمـانه ثـم جـاؤوا يطلبـون شـفعتهم فلا ارى ذلـك لهـم قال ابو عمر هذا قـول مجمـل الا ان ظـاهره يـدل على ان مـا قـرب مـن الامـد لطـالب الشـفعة لـم يضره قعوده عن الطلب اذا قام فيما لم يطل مـن الزمان فان طال فلا قيام له ولم يحد فـي الطـول حـدا ولا وقـت فـي (مـوطئه) وقتـا وقـد اختلفـت الروايـة عنـه فـي ذلـك واصـحابه فروى بن القاسم عنه السنة ليسـت بـالكثير وهـو

على حقه
وقال مرة اخرى السنة ونحوها

الاستذكار ج:7 ص:88

وروى اشهب عن الثقات عن مالك انه قال للحاضر تنقطع بمرور السنة
وروى بن الماجشون عن مالك ان الخمسة الاعوام ليست بكثير ولا يقطع الشفعة الا الطول
وذكر بن حبيب عن مطرف وبن الماجشون انهما استنكرا ان يحد مالك في الشفعة سنة
وقالوا ربما سمعنا مالكا يسال عن الحاضر يقوم على شفعته بعد الخمس سنين وربما قيل له اكثر من ذلك فيقول في ذلك كله لا ارى في ذلك طولا ما لم يحدث المبتاع بنيانا او هدما او تغييرا ببناء والشفيع حاضر فان كان ذلك ولم يقم في شفعته في الحين او يحدثان ذلك فلا قيام له لان هذا مما يقطع شفعته
وقد تقصيت اختلافهم في اختلاف قول مالك واصحابه
وهذا الاختلاف انما هو ما لم يوقف المشتري الشفيع عند الحاكم فان وقفه لياخذ او ليترك فان ترك لم يكن له قيام بعد وان اخذ اجل بالمال ثلاثة ايام
وقال بن الماجشون عشرة ايام ونحوها
وقال اصبغ يؤخذ بالمال على قدر قلة المال وكثرته وعلى قدر عسره ويسره ويقضي ذلك شهر ثم لا يدري ما وراء ذلك
وقال الشافعي للشفيع الشفعة بالثمن الذي وقع به البيع فان فضلت مكانه فهو له وان امكنه الطلب فلم يطلب بطلت شفعته وان علا فاخذ الطلب فان كان له عذر من حبس او غيره فهو على شفعته يعني وان لم يكن له عذر نافع فلا قيام له
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا وقع البيع

فيما تجب فيه الشفعة فعلم بذلك الشفيع فان اشهد مكانه انه على شفعته والا بطلت شفعته وسواء احضر عند ذلك مالا او ثمن البيع او لم يحضر

وقد روي عن محمد بن الحسن انه قال ينبغي ان يكون الاشهاد بمحضر مطلوب بالشفعة او بحضرة المبيع المشفوع فيه

قال ابو عمر لا معنى لاشهاد الحاضر على الطلب الا ان يشهد طلابه وطلبه بذلك واما اذا تراخى بذلك وطال فلا شفعة له لان تركه للطلب به اختيار منه لاسقاط الشفعة وذلك ضرب من ركوب الدابة وتسخيرها ووطء الجارية بعد الاطلاع على العيب وانما الاشهاد عندي معتبر في الغائب الذي يبلغه خبر شفعته

الاستذكار ج:7 ص:89

فيشهد على انه مختار للطلب اذا قدم وبلغ موضع الطلب ينفعه اشهاده ولا يضره علمه بماله من الشفعة لموضع غيبته

ومن اهل العلم من اصحابنا وغيرهم من لا يرى على الغائب اشهادا ولا يمينا فانه لم يترك اذا علم

وقال محمد بن الحسن اذا قضى القاضي بالشفعة كان للمقضى عليه بها احتباس المشفوع فيه حتى يدفع إليه ثمنه

وقد روي عن محمد بن الحسن انه قال لا يقضي القاضي بالشفعة للشفيع حتى يحضره مثل الجزء الذي وجبت له به الشفعة وهو اختيار الطحاوي

واختلف اصحاب مالك وغيرهم فيمن وجبت له شفعة فباع الشقص الذي من اجله بدفع قبل ان ياخذ بالشفعة

فذكر اشهب عن مالك ان قوله اختلف في ذلك فمرة قال تجب له الشفعة ومرة قال لا تجب

واختـــــار اشـــــهب انـــــه لا شـــــفعة لـــــه قال انما لو اخذ بالشفعة ثـم بـاع حصـته لـم يضـر ذلـــــــــــــــــــك شـــــــــــــــــــفعته
وروى عيسى عن بـن القاسـم انـه لا يقطـع بيعـه بحصته في الدار ما وجب له مـن الشـفعة اذا كـان قيـــــــــامه فـــــــــي امـــــــــدها
وروى يحيى بن يحيى عـن بـن القاسـم مثـل ذلـك وزاد فان سلم الشفعة ولم ياخـذ وجبـت الشـفعة للمشـــــــتري فـــــــي الـــــــبيع الثـــــــاني
قال ابـو عمـر قيـاس قـول الشـافعي والكـوفيين وانه لا شفعة له الا ان يقضي له بها القاضي قبـل بيعه بحصته عند الكوفيين وعند الشـافعي لا تجـب لـه شـفعة لانـه لا يسـتحق الشـفعة الا بالشـركة وليس للشريك بعد بيع حصته شـفعة فـاي شـفعة تجـب لـه والشـفعة انمـا تسـتحق بالشـركة فـي المبتاع بالطلب واداء الثمن وان كان اصل وجوبها البيع وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:90

1 (36 كتاب الاقضية)

1 (1 - باب الترغيب في القضاء بالحق)

1384 - مالك عن هشام بـن عـروة عـن ابيـه عـن زينب بنت ابي سلمة عـن ام سـلمة زوج النـبي ان رسول الله ﷺ قال (انما انا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون الحن (1) بحجتـه مـن بعض فاقضي لـه علـى نحـو مـا اسـمع منـه فمـن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذن منه شـيئا فانمـــــا اقطـــــع لـــــه قطعـــــة مـــــن النـــــار)
قال ابو عمر لم يختلف في اسناد هذا الحـديث ولا على هشام وقد رواه (عن) هشـام الثـوري وبـن

عيينة ويحيى القطان وغيرهم ورواه ايضا معمر عن الزهري عن عروة عن زينب عن امها - ام سلمة - عن النبي مثله

وقد روي (من حديث) ابي هريرة عن النبي مثل ذلك كله في (التمهيد) وفي هذا الحديث من الفقه ان البشر لا يعلمون الغيب واذا كان الانبياء يعرفون بهذا فكيف يصح لاحد دعوى ذلك وهل يحصل من علم الغيب عند مدعيه الا التخرص والتظنن بالنجامة او بالتكهن الذي هو (كله) الا يسير منه ظن كذب لان الظن اكذب الحديث

الاستذكار ج:7 ص:91

واما علم صحيح متيقن متبين فلا سبيل إليه والله اعلم

وأما قوله (فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض) يعني افطن لها واجدل بها قال ابو عبيدة اللحن بفتح الحاء الفطنة واللحن بجزم الحاء الخطا في القول وفيه ان القاضي انما يقضي على الخصم بما يسمع منه من اقرار او انكار او بينات على حسب ما امكنته السنة في ذلك وفيه ان القاضي يقضي بكل ما يقر به عنده (المقر) لمن ادعى عليه لقوله (فاقضي (له بمعنى اقضي) عليه بما اسمع منه يريد او من بينة المدعي لان هذا هو الذي يسمع مما يحتاج ان يقضي به

ولو اقر المقر عنده في مجلس حكمه بما قد استوعب سماعه منه ثم جحد المقر اقراره ذلك ولم يحضر مجلسه ذلك (شهيدان وجب على (القاضي) الحاكم (القضاء) بما سمع حضرة احد او لم يحضره

هذا قول جمهور الفقهاء وهو قول الكوفيين والشافعيين وغيرهم
واستحب مالك - رحمه الله - ان يحضره شاهدان واجاز في ذلك شهادة العدل وغيره ولو علم ان ما شهد به الشهود على ما شهدوا به ان ينفذ علمه في ذلك دون شهادتهم وذلك دليل على ان ذلك استحباب عنده والله الموفق للصواب
وفي ذلك ايضا رد وابطال (للحكم بالهوى وبالظنون ايضا)
قال الله عز وجل يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله الاية ص 26
وقد احتج بعض اصحابنا بهذا الحديث في رد حكم القاضي (بعلمه) لقوله (فاقضي له على نحو ما اسمع منه ولم يقل على نحو ما علمت منه او من قصته
قال وانما تعبدنا بالحكم بالبينة والاقرار وهو المسموع الذي قال فيه (ﷺ) (انما اقضي على نحو ما اسمع) وذلك المسموع من المقر في مجلس الحكم

الاستذكار ج:7 ص:92

وقد قيل في تاويل قول الله عز وجل واتيناه الحكمة وفصل الخطاب ص 2 ان فصل الخطاب البينات او اقرار من يلزمه اقراره
والعلة في القضاء بالبينة او الاقرار دون العلم التهمة لان الحاكم اذا قضى بعلمه كان مدعيا علم ما لم يعلم الا من جهته
وقد اجمعوا ان القاضي لو قتل اخاه لعلمه بانه قاتل لم يجب له القود منه فانه قاتل عمدا (والقاتل عمدا) لا يرث (منه) شيئا لموضع التهمة في وراثته
ومن احسن ما يحتج به في ان القاضي لا يقضي

بعلمه حـديث معمـر عـن الزهـري عـن عـروة عـن عائشة ان النبي ﷺ بعث ابا جهم على صدقه فلاجه رجل في فريضة فوقع بينهم شـجاج فـاتوا النـبي ﷺ فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال (اني خاطب الناس ومخبرهم انكـم قـد رضـيتم ارضـيتم قـالوا نعم فصـعد رسـول اللـه ﷺ فخطـب وذكـر القصـة وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنـزل النبي ﷺ فاعطاهم ثم صعد (المنبر) فخطـب ثـم قـــال ارضـــيتم قـــالوا نعـــم (1)ـــــ
وهذا بين لانه لم ياخذ (منهم) بما علـم منهـم ولا قضـــى بـــذلك عليهـــم وقـــد علـــم رضـــاهم
وهذا معظم مـا يحتـج بـه مـن لـم يـر للقاضـي ان يقضـــــــــــــــي بعلمـــــــــــــــه
واما مـن راى للقاضـي ان يقضـي بعلمـه منهـم الشـافعي والكـوفي (وسـنذكرهم بعـد - ان شـاء اللـــــــــه عـــــــــز وجـــــــــل)
فمن حجتهم انه مستيقن قاطع لصحة مـا يقضـي به اذا علمه علم يقين وليست الشهادة عنده كذلك لانها قد تكون كاذبة وواهمة وعلمه بالشـيء اوكـد لانـه ينتفـي عنـه فـي علمـه الشـك والارتيـاب
وقد اجمعوا ان له ان يعدل ويسقط العدول بعلمـه فكـــــــذلك مـــــــا علـــــــم صـــــــحته
واجمعـوا ايضـا علـى انـه اذا علـم ان مـا شـهد بـه الشهود على غير ما شهدوا به انه ينفذ علمـه فـي رد شهادتهم ولا يقضي بشهادتهم ويردهـا بعلمـه
ومما احتـج بـه الشـافعي وغيـره بقضـاء القاضـي بعلمه حديث عبادة بن الصامت

الاستذكار ج:7 ص:93

عن النبي ﷺ قوله (وان نقوم بالحق حيث ما كنا لا نخـــاف فـــي اللـــه لومـــة لائـــم) (1)ـــــ

وقول الله عز وجل كونوا قوامين بالقسط شهداء لله النساء 135
وحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة مع زوجها ابي سفيان بن حرب في قول النبي فيه (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (2) ولم يكلفها بينة لانه علم صدق قولها من قبل زوجها وحاله التي عرف منه
وقالوا انما يقضي (بما يسمع) فيما طريقه السمع من الاقرار والبينة واما ما كان طريقه علمه فانه يقضي فيه بعلمه
ولهم في هذا الباب منازعات اكثرها تشغيب والسلف من الصحابة والتابعين مختلفون في قضاء القاضي بعلمه على حسب اختلاف فقهاء الامصار من ذلك
ومما احتج به من قال ان القاضي يقضي بعلمه فيما قضى به علمه مع ما قدمنا ذكره ما رويناه من طريق (غير واحد) عن عروة وعن مجاهد جميعا بمعنى واحد ان رجلا من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على ابي سفيان بن حرب انه ظلمه حدا في موضع كذا وكذا فقال عمر اني لاعلم الناس بذلك وربما لعبت انا وانت فيه ونحن غلمان فاذا قدمت مكة فاتني بابي سفيان فلما قدم مكة اتاه المخزومي بابي سفيان فقال له عمر يا ابا سفيان (انهض بنا إلى موضع كذا فنهضوا ونظر عمر فقال يا ابا سفيان) خذ هذا الحجر من هنا فضعه ها هنا فقال والله لا افعل ذلك (فقال عمر والله لتفعلن فقال لا والله لا افعل فقال) والله لتفعلن فقال لا افعل فعلاه عمر بالدرة (3) وقال خذه - لا ام لك - وضعه ها هنا فانك قديم الظلم فاخذ ابو سفيان الحجر ووضعه حيث قال

الاستذكار ج:7 ص:94

عمر ثم ان عمر استقبل القبلة وقال اللهم لك الحمد اذ لم تمتني حتى غلبت علي ابا سفيان على رايه فاذللته لي بالاسلام قال فاستقبل القبلة ابو سفيان وقال اللهم لك الحمد الذي لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ما ذللت به لعمر

ففي هذا الخبر قضاء عمر بعلمه فيما قد علمه قبل ولايته

والى هذا ذهب ابو يوسف ومحمد والشافعي وابو ثور سواء عندهم علم القاضي قبل ان يلي القضاء او بعد ذلك في مصره كان او غير مصره له ان يقضي في ذلك كله عندهم بعلمه

وقال ابو حنيفة ما علمه قبل ان يلي القضاء او راه في غير مصره لم يقض فيه بعلمه لانه شاهد واحد في ذلك وما علمه بعد ان استقضي او راه بمصره قضى في ذلك بعلمه لانه في ذلك قاض لا يحتاج ان يضم إليه فيما يقضي به غيره

وهذا القول ماخوذ من اجتماع السلف وجمهورهم على ان ما اقر به المقر عند القاضي وهو قاض يومئذ انه يقضي به

واتفق ابو حنيفة واصحابه ان القاضي لا يقضي بعلمه في شيء من الحدود لا فيما علمه قبل ولايته ولا فيما (علمه) بعد ذلك ولا فيما راه بمصره ولا بغير مصره

وقال (الشافعي) وابو ثور حقوق الناس وحقوق الله سواء (في ذلك) والحدود وغيرها في ذلك (سواء) جائز ان يقضي القاضي في ذلك كله بعلمه

وقال مالك واكثر اصحابه لا يقضي القاضي في شيء من الاشياء بما علمه لا قبل ولايته ولا بعدها ولا يقضي القاضي الا بالبينات او الاقرار وبه قال احمد (بن حنبل) و (هو قول) شريح والشعبي

وفي هذا الحديث ايضا ايجاب الحكم بالظـاهر دون اعمال الظن والاستحسان الا ترى ان رسـول اللـه ﷺ قضى في المتلاعنين بظاهر امرهما وما ادعـاه كل واحد منهمـا ونفـاه صـاحبه واحلفهمـا بايمـان اللعان ولم يلتفت إلى (غير) ذلك وكـانت المـراة حاملا فقال ﷺ ان جاءت بالولد على صفة كذا وكذا فهو للزوج وان جاءت به على صفة كذا وكـذا فهـو للذي رميت به فجاءت به على النعت المكروه فلـم يلتفت رسول الله ﷺ إلى ذلك لان الشبه قد ينـتزع (عنه) وقد لا ينتزع بل امضى حكم الله فيمـا بعـد ان سـمع منهـا ولـم يعـرج علـى الظـن ولا اوجـب بالشبهة

الاستذكار ج:7 ص:95

حكما ولا رد به قضاء سلف منه مجتهـدا فيـه علـى مـــــــــا اوجبـــــــــه (الظـــــــــاهر)

واما قوله ﷺ (فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذه فانما اقطع له قطعة مـن النـار) ففيـه بيان واضح بان قضاء القاضي بالظاهر الذي يعتد (به) لا يحـل حرامـا فـي البـاطن علـى مـن علمـه واجمع العلماء (على) ان ذلك في الاموال صحيح كما وصفنا لقول الله عز وجل ولا تـاكلوا امـوالكم بينكـم بالباطـل وتـدلوا بهـا إلـى الحكـام لتـاكلوا فريقـا مـن امـوال النـاس بـالاثم وانتـم تعلمـون البقـــــــــــــــــــرة 188

واختلفوا في حل عصمة النكـاح او عقـدها بظـاهر ما يقضي به الحكم (وهـو خلاف البـاطن) فقـال مالــك والثــوري والاوزاعــي والشــافعي واحمــد واسحاق وابو ثور وداود وجمهور العلمـاء الامـوال والفروج في ذلك سواء وهي حقـوق كلهـا لا يحـل منهـا القضـاء الظـاهر مـا هـو حـرام فـي البـاطن

لعموم قول النبي ﷺ (فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذه فانما اقطع له قطعة من النار) ولم يخص حقا من حق وقال ابو حنيفة وابو يوسف وكثير من اصحابنا انما ذلك في الاموال وقالوا في رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل انه طلق امراته فقبل القاضي بشهادتهما بظاهر عدالتهما عنده وهما قد تعمدا الكذب ففرق القاضي بشهادتهما بين الرجل وامراته ثم اعتدت المراة انه جائز لاحد الشاهدين ان يتزوجها فانه عالم بانه كان من شهادته كاذبا (وهو قول الشعبي) لانها لما حلت للازواج في الظاهر كان الشاهد وغيره سواء لان قضاء القاضي (وحكمه) فرق بينها وبين زوجها وانقطعت عصمتها منه ولولا ذلك ما حلت لزوج غيره

(واحتجوا بحكم اللعان) وقالوا معلوم ان الزوجة انما وصلت إلى فراق زوجها باللعان الكاذب الذي لو علم الحاكم كذبها فيه ما فرق بينها وبين زوجها ولا حكم فيها بغير ذلك من وجوب الحد عليها (الجلد) او الرجم

قالوا فلم يدخل هذا في معنى (قول) النبي ﷺ (من قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذه) قالوا الا ترى ان من شهد عليه بالنكاح او بالطلاق وقضى القاضي (عليه) بذلك لم يكن له الامتناع منه وجاز الحكم بشهادة الشهود عليه ولزمه التسليم له

الاستذكار ج:7 ص:96

وكانت فرقته بالظاهر فرقة عامة فلما كان ذلك كذلك دخل عليه الشاهد وغيره ولهم في ذلك كلام يطول (ذكره في ذلك) اكثره لا يصح وليس هذا موضعه

والصحيح في ذلك ما ذهب إليه مالك والشافعي (وجمهور) فقهاء المسلمين انه لا يحل للشاهد بالزور ان يتزوجها وهو عالم بان زوجها لم يطلقها وكذلك غيره اذا علم لم يحل له وبالله التوفيق

1385 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب اختصم إليه مسلم ويهودي فراى عمر ان الحق لليهودي فقضى له فقال له اليهودي والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال وما يدريك فقال له اليهودي انا نجد انه ليس قاض يقضي بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه

قال ابو عمر انما ضرب عمر اليهودي - والله اعلم - لانه كره مدحه وتزكيته لحكمه (في وجهه) واما جواب اليهودي له بعد ضربه اياه فقوله له وما يدريك فليس عندي بجواب لقوله وما يدريك والله اعلم

ولكن اليهودي لما علم ان عمر كره مدحه له اخبره أنه يجد في كتبه ان الله تعالى ذكره يعين القاضي على الحق ويسدد له ويوفقه لاصابته اذا اراده وقصده ومن عونه له ان يامر الملكين عن يمينه وعن شماله لتسديده وهذا كله ترغيب وندب للحاكم ان القضاء بالحق على ما ترجم به مالك (الباب) والله الموفق للصواب

وروى بن عيينة هذا الخبر عن يحيى عن سعيد بن المسيب ان عمر اختصم إليه مسلم ويهودي فراى ان الحق لليهودي فقضى له فقال اليهودي (والله) ان الملكين جبريل ومكائيل ليتكلمان بلسانك وانهما عن يمينك وشمالك فضربه عمر بالدرة وقال (له) لا ام لك ما يدريك قال انهما مع كل قاض يقضي بالحق ما دام مع الحق فاذا ترك

الحـــــــــــق عرجـــــــــا وتركـــــــــاه فقال عمر والله ما اراك ابعدت

الاستذكار ج:7 ص:97

وفي هذا الحديث من الفقـة ان المسـلم والكـافر والذمي في الحكـم بينهمـا والقضـاء كالمسـلمين سـواء

وفيـه كراهيـة المـدح فـي الـوجه (الا مـن ادب فافعله فلا حرج عليك وان الذي يرضى بـان يمـدح فـي وجهـه) ضـعيف الـراي

وقد روي عن النـبي انـه ق ال سـمع رجلا يمـدح رجلا فقال له (اما انك لو صنعته لقطعت ظهـره) (1)

وروي عنه انه قال (المدح في الوجه هو الذبـح) (2)

وروي عنه انه قال (احثوا في وجوه المـداحين الـتراب) (3)

وهو حديث صحيح من حديث المقـداد بـن الاسـود وهذا عندهم في المواجهـة وفيـه تـرك الـرد علـى اهـل الكتـاب فيمـا يخـبرون بـه عـن كتـابهم (فلا تصـدقوهم ولا تكـذبوهم) لئلا يصـدق بباطـل او يكـذب بحـق

قال (حدثوا عن بني اسرائيل ولا حرج وحـدثوا عنـي ولا تكـذبوا علـي) (4)

وقد فسـر الشـافعي معنـى هـذا الحـديث بمـا قـد (ذكرتـه) فـي غيـر هـذا الموضـع

حدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم (بـن اصبغ) قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر (بـن ابـي شـيبة) قـال حـدثني وكيـع قـال حـدثني اسرائيل عن عبد الاعلى التغلبي عن بلال بن أبـي بردة بن ابي موسى عن انس بـن مالـك قـال قـال

رسول الله ﷺ(من سال القضاء وكل إلـى نفسـه ومن يجبر عليه نزل عليه ملك يسدده

الاستذكار ج:7 ص:98

قال ابو عمر روى بن عيينة عن مسعر عن محـارب بن دثار قال قال عمر بـن الخطـاب ردوا الخصـوم حتى يصطلحوا فان قضاء القاضي يورث الضغائن بيـــــــــــــــن النـــــــــــــــاس
وعن ايوب عن بن سيرين قال لم ار شريحا اصــلح بين خصمين قط الا امراة استودعها رجل شيئا ف نقلـــت متاعهـــا فضـــاع فاصـــلح بينهمـــا
وسفيان عن مجالد عن الشعبي عن مسروق قــال لان اقضي يوما بالحق احـب الـي مـن عمـل سـنة
سفيان عن ابي إسحاق عن الشعبي عـن مسـروق قال لان اقضي يوما بحق احب الي من عمل سـنة
سفيان عن ابي إسـحاق عـن الشـعبي عـن شـريح قال كتب الي عمر (بن الخطاب - رضي الله عنه) اذا جاءك امر في كتاب الله فاقضي به ولا يلفتنـك عنه الرجال فان لـم تجـده فـي كتـاب اللـه ففيمـا مضى من سنة رسول الله ﷺفـان لـم تجـده فيمـا مضى مـن سـنة رسـول اللـه ﷺففيمـا قضـى بـه الصالحون وائمة العدل فان لم تجد فـان شـئت ان تجتهـــد رايـــك وان شـــئت ان تـــؤامرني ولا ارى مؤامرتـك فـاني لا اسـلم لـك والسـلام (عليـك)
وروى عيسى بن دينار 4 عن بـن القاسـم (قـال) سئل مالك ايجبر الرجل على ولاية القضـاء فقـال لا الا ان (لا) يوجـد منـه عـوض قيـل لـه ايجـبر بالحبس والضرب قال نعم قيل له فالفتيـا قـال لا يجوز الفتيا الا لمـن علـم مـا اختلـف النـاس فيـه قيـل لـه اختلاف (اهـل) الـراي قـال لا اختلاف اصحاب محمد ﷺ(ويعلم) الناسخ والمنسوخ مـن القـــــــــــــــران والحـــــــــــــــديث

وقد اشبعنا هذا المعنى فـي كتـاب العلـم والحمـد لله كثيرا

1 (2 - باب ما جاء في الشهادات)

1386 - مالك عن عبد الله بن ابـي بكـر بـن محمـد بن عمرو بن حزم عن

ابيه عن عبد اللـه بـن عمـرو بـن عثمـان عـن ابـي عمـرة الانصـاري عـن زيـد بـن خالـد الجهنـي ان رسـول اللـه ﷺ قـال (الا اخـبركم بخيـر الشـهداء الـذي يـاتي بشـهادته قبـل ان يسـألها او يخـبر بشـهادته قبـل ان يسـالها)

قال ابو عمر اختلف على مالك في ابي عمرة هـذا في اسناد هذا الحديث فقال فيه يحيـى بـن يحيـى وبـن القاسـم وابـو مصـعب الزهـري ومصـعب الزبيـري (عـن ابـي عمـرة الانصـاري) وقـال القعنبي ومعن بن عيسى ويحيى بن بكير (عن بن ابـي عمـرة)

(وكذلك قـال بـن وهـب وعبـد الـرزاق عـن مالـك وسمياه فقالا عن عبـد الرحمـن بـن ابـي عمـرة) فرفعـا الاشـكال جـودا فـي ذلـك واصـابا وبعيد ان يروي ابو عمرة الانصاري (مع كبر سنه) عـن زيـد بـن خالـد الجهنـي واما روايـة ابنـه عبـد الرحمن بن ابي عمرة عنه فغير بعيدة ولا مرفوعة

وعبد الرحمـن بـن ابـي عمـرة مـن خيـار التـابعين بالمدينـة

وقال بن وهب سمعت مالكا يقول في تفسير هذا الحديث انه الرجل تكون عنده الشهادة فـي الحـق يكون للرجل ولا يعلم بـذلك قبـل فيخـبر بشـهادته ويرفعهـا إلـى السـلطان

قال بن وهب وبلغني عن يحيى بن سعيد انه قال من دعي لشهادة عنده فعليه ان يجيب اذا علم انه ينتفع بها الذي يشهد له بها وعليه ان يؤديها (لا يعلم بها صاحبها فليؤدها قبل ان يسال عنها) ومن كانت عنده شهادة فانه كان يقال من افضل الشهداء شهادة رجل اداها قبل ان يسالها قال ابو عمر تفسير مالك لهذا الحديث حسن وتفسير يحيى بن سعيد نحوه واداء الشهادة بر وخير وقيام بحق فمن بدر إلى ذلك فله الفضل على غيره ممن لم يبدر بها قال الله عز وجل فاستبقوا الخيرات المائدة 48 ومعلوم انه ربما نسي صاحب الشهادة شهادة فضل معلوما لا يدري اين هو ولا من هو ويخاف ذهاب حقه فاذا اخبره الشاهد العدل بان له شهادة عنده فرج كربه وادخل السرور عليه

وروي عن النبي انه قال (من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس

الله عنه كربة من كرب الاخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون اخيه) (1)

وقد روي عن النبي من حديث عمران بن الحصين وغيره على ما ذكرناه في التمهيد انه قال (خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم ياتي قوم يتسمنون ويحبون السمن يعطون الشهادة قبل ان يسالوها) (2) وهذا ليس بمعارض لحديث مالك في هذا الباب وقد فسر (ابراهيم) النخعي هذا الحديث فقال فيه كلاما معناه ان الشهادة ها هنا اليمين أي يحلف احدهما قبل ان يستحلف ويحلف حيث لا تراد منه يمين واليمين قد تسمى شهادة قال الله تعالى (ذكره)

اربـع شـهادات بـالله النـور 6و 8 أي اربـع ايمـان 1387 - مالك عن ربيعة بن ابـي عبـد الرحمـن انـه قال قدم علـى عمـر بـن الخطـاب رجـل مـن اهـ ل العراق فقال لقد جئتك لامر ما له راس ولا ذنــب (3) فقال عمر ما هو قال شهادات الـزور ظهـرت بارضنا فقال عمر او قد كان ذلك قـال نعـم فقـال عمر والله لا يؤسر (4) رجـل فـي الاسـلام بغيـر العـــــــــــدول (5)ـــــــــــــ
قال ابو عمـر امـا شـاهد الـزور فقـد جـاء فيـه مـا يطـــــــــــــــــول ذكـــــــــــــــــره
من ذلك ما ذكره البزار عـن عبـاد بـن يعقـوب عـن محمد بن فرات عن محارب بن دثـار عـن بـن عمـر عن النبي ﷺ قال (شاهد الزور لا (تزول) قـدماه عن موضعه الذي شهد فيه حتى يتبـوا مقعـده مـن النار

الاستذكار ج:7 ص:101

وثبـت عـن النـبي ﷺ مـن حـديث خريـم بـن فاتـك وغيره عـن النـبي ﷺ قـال (عـدلت شـهادة الـزور بالشرك بالله وقرا فاجتنبوا الرجـس مـن الاوثـان واجتنبــوا قــول الــزور الحــج 30 (ــ 1)ــ
واجمـع العلمـاء ان شـهادة الـزور مـن الكبـائر 1388 - مالك انه بلغه ان عمر بن الخطـاب قـال لا تجــوز شــهادة خصــم ولا ظنيــن (2)ــ
قال ابو عمر حديث ربيعة هـذا عـن عمـر وان كـان منقطعـا فقـد قلنـا ان اكـثر العلمـاء مـن السـلف قبلــوا المرســل مــن احــاديث العــدول
وقد وجدنا خبر ربيعة هذا من حديث (المسعودي) عن القاسم بن عبـد الرحمـن قـال قـال عمـر بـن الخطاب لا يؤسر رجل في الاسـلام يشـهد الـزور ومعنـى يؤسـر أي يحبـس لنفـوذ القضـاء عليـه فهذا الحديث عن عمـر عنـد المـدنيين والكـوفيين

(والبصريين)
والمسعودي هذا هو من ثقات محدثي الكوفة وهو عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود يقولون انه كان اعلم الناس بعلم بن مسعود واختلط في اخر عمره وروى عن جماعة من جلة اهل الكوفة منهم الحكم بن عتيبة وحبيب بن ابي ثابت وعلي بن مدرك وروى عنه جماعة منهم شعبة والثوري ووكيع وابو نعيم واخوه ابو العميس واسمه عتبة بن عبد الله بن مسعود (ثقة) ايضا
وحديث ربيعة هذا يدل على ان عمر رجع عن قوله ومذهبه الذي كتب به إلى ابي موسى وغيره من عماله (وهو خبر لا ياتي الا عن اهل البصرة نخرجه عنهم وهو قوله) (المسلمون عدول بينهم) او قال (عدول بعضهم على بعض الا خصما او ظنينا)
وقد كان الحسن البصري وغيره يذهب إلى هذا من قول عمر فيقبل شهادة كل مسلم على ظاهر دينه ويقول للمشهود عليه دونك فتخرج ان وجدت من يشهد لك فاني قد قبلتهم فيما شهدوا به عليك

وهذا المذهب عن عمر مشهور
قرات على ابي عبد الله - محمد بن ابراهيم - حدثكم محمد بن احمد بن يحيى قال حدثنا محمد بن ايوب قال حدثنا احمد بن عمر بن عبد الخالق البزار قال سمعت ابي يقول حدثني فضيل بن عبد الوهاب قال حدثني ابو معشر عن سعيد بن ابي بردة عن ابيه - ابي بردة بن ابي موسى الاشعري قال كتب عمر بن الخطاب إلى ابي موسى الاشعري اعلموا ان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فالفهم الفهم اذا اختصم اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له اس بين الناس في

وجهك حتى لا ييأس ضعيف من عدلك ولا يطمع شريف في جورك والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا خصما او ظنينا متهما ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم راجعت فيه نفسك غدا ان تعود إلى الحق فان الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل واعلم انه من تزين للناس بغير ما يعلم الله شانه الله ولا يضيع عامل الله فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وجزاء رحمته (1)ـ

واخبرنا عبد الوارث قال حدثني القاسم قال حدثني الخشني قال حدثني بن ابي عمر العدني قال حدثني سفيان عن ادريس بن يزيد الاودي عن سعيد بن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري عن ابيه (قال كتب عمر بن الخطاب (إلى أبي موسى الاشعري) اما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا اولي اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له اس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك ليس في كتاب ولا سنة ثم قس الامور بعضها ببعض ثم انظر اشبهها بالحق واحبها إلى الله تعالى فاعمل به ولا يمنعنك قضاء قضيت به اليوم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء وان مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل اجعل لمن ادعى حقا غائبا او بينة امدا ينتهي إليه فان احضر بينته إلى ذلك اخذت له حقه والا اوجبت عليه القضاء فانه ابلغ للعذر واجلى للعمى

الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما والناس عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا عليه شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة فان الله قد تولى منكم السرائر ودفع عليكم بالبينات ثم اياك

والقلق والضجر والتاذي بالناس والتنكـر للخصـوم التي يرى الله فيها الاجر ويحسن فيها الذكر فمن خلصت نيته كفاه الله مـا بينـه وبيـن النـاس ومـن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله فمـا ظنك بثواب الله في عاجل رزقـه وخزائـن رحمتـه والسـلام عليـك ورحمـة اللـه
وهذا الخبر روي عـن عمـر (بـن الخطـاب - رضـي اللـه عنـه) مـن وجـوه (كـثيرة) مـن روايـة اهـل الحجاز واهل العراق واهل الشـام ومصـر والحمـد للـه
قال ابو عمر قد كـان الليـث بـن سـعد يـذهب نحـو مـذهب الحسـن
قال الليث ادركت الناس لا يلتمس من (الشـاهد) تزكية انما كان الوالي يقول للخصم اذا كان عنـدك مـن تجـرح شـهادتهم (فـات بهـم والا اجزنـا شـهادتهم) عليـك
قال ابو عمر في قول الله عز وجل واشهدوا ذوى عـدل منكـم الطلاق 2 وقـوله ممـن ترضـون مـن الشـهداء البقـرة 282 دليـل علـى انـه لا يجـوز ان يقبل الا العدل الرضي وان من جهلـت عـدالته لـم تجـز شـهادته حـتى تعلـم الصـفة (المشـترطة) وقـد اتفقـوا فـي الحـدود والقصـاص وكـذلك كـل شـهادة وبـالله التوفيـق
واختلـف الفقهـاء فـي (المسـالة عـن) الشـهود الـذين لا يعرفهـم القاضـي
فقال مالك لا يقضي (القاضي) بشهادتهم حـتى يسـال عنهـم فـي السـر
وقال الشافعي يسال عنهم في السر فـإذا عـدلوا سال عن تعديلهم علانية ليعلم المعـدل سـرا احـق ذاك ام لا لانـه وافـق اسـم اسـما ونسـب نسـبا
وقال ابو حنيفة لا يسال عن الشهود (في السر) الا ان يطعـن فيهـم الخصـم الا فـي الحـدود

والقصـــاص
وقال ابو يوسف يسال عنهم فـي السـر والعلانيـة ويزكيهم في العلانية وان لم يطعن عليهم الخصم

وروي عن علي بن عاصم عن بن شبرمة قـال اول من سال في السر اذا كان الرجل ياتي بـالقوم اذا قيـل لـه هـات مـن يزكيـك فيسـتحي القـوم منـه فيزكونه فلما رايـت ذلـك فـي السـر فـاذا صـحت شهادته قلت هات من يزكيك في العلانية

الاستذكار ج:7 ص:104

1 (3 - باب القضاء في شهادة المحدود)

1389 - مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سـئلوا عـن رجـل جلـد الحـد اتجـوز شـهادته فقـــالوا نعـــم اذا ظهـــرت منـــه التوبـــة
مالك انه سمع بـن شـهاب يسـال عـن ذلـك فقـال مثـــل مـــا قـــال ســـليمان بـــن يســـار
قال مالك وذلك الامر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعـالى والـذين يرمـون المحصـنات ثـم لـم يـاتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمـانين جلـدة ولا تقبلـوا لهم شهادة ابدا واولئك هـم الفاسـقون الا الـذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فـ ان اللـه غفـور رحيـم النـــــــــــور 4 5
قـال مالـك فـالامر الـذي لا اختلاف فيـه عنـدنا ان الذي يجلد الحد ثم تاب واصلح تجوز شـهادته وهـو احـــب مـــا ســـمعت الـــي فـــي ذلـــك
قال ابو عمر هذا يدل على انـه قـد سـمع الاختلاف فـــــــــي هـــــــــذه المســـــــــالة
قال ابو عمر ذهب بن وهب في (موطئه) إلى مـا ذكـره مالـك علـى حسـب مـا ذكرتـه هنـا ثـم قـال اخبرني مخرمة بن بكيـر بـن الاشـج عـن ابيـه عـن سليمان بن يسـار وبـن قسـيط مثلـه فـي شـهادة

المفتري فدل ما ذكره بن وهب على ان مالكا اخذه بذلك والله اعلم - عن مخرمة بن بكير انه من كتب ابيه بكير وقد كان مالك يستعيرها منه كثيرا ويقول كان بكير من علماء الناس قال بن وهب واخبرني مالك والليث ويونس عن بن شهاب بمثله - يعني ما ذكره مالك عنه قال واخبرني الليث انه سال يحيى بن سعيد وربيعة عن المحدود اذا تاب اتجوز شهاداته فقالا اذا تاب جازت شهادته

قال واخبرني الليث عن توبه بن نمر الحضرمي القاضي بمصر كان يرد شهادة القذف وان تاب قال الليث فذكرت ذلك ليحيى بن سعيد وبن شهاب وربيعة فكلهم راى ان من تاب من الحدود كلها جازت شهادته

قال الليث وهو احب الي

قال بن وهب وحدثني خالد بن يزيد عن بن قسيط انه قال شهادة الزاني

الاستذكار ج:7 ص:105

والسارق جائزة وان اقيم عليهما الحد اذا راي منهما اقبال على الخير وتوبة حسنة

قال ابو عمر قال مالك ان احسن ما سمع في شهادة المحدود والمحدود في القذف وسائر الحدود عنده سواء - تقبل شهادته اذا تاب وحسنت توبته

وقد تقدم من قوله انه لا اختلاف فيه عندهم وقال الشافعي لا اعلم خلافا بين اهل الحرمين في ان القاذف اذا تاب قبلت شهاته

قال ابو عمر قول مالك ها هنا في شهادة المحدود انها تقبل اذا تاب - معناه عنده في المشهور من مذهبه انه لا تقبل فيما حد فيه - قذفا كان او غيره - وتقبل فيما سوى ذلك اذا كان عدلا وحسنت حالته

هذه رواية بن القاسم وغيره عنه

وهو قول بن الماجشون ومطرف وسحنون لانه يتهم في ذلك
وروى عنه بن نافع انه إذا حسنت حالته قبلت شهادته في كل شيء
وبه قال بن نافع وبن كنانة وذكره بن عبد الحكم عن مالك
وبه يقول سائر ائمة الفتيا ان الحدود اذا تاب قبلت شهادته في كل ما شهد به
وممن قال ان القاذف اذا تاب واصلح قبلت شهادته بن عباس وعطاء
ورواية عن بن جبير ذكرها بن المبارك عن يعقوب عن محمد بن زيد عنه قال تجوز شهادة القاذف اذا تاب
ورواية عن مجاهد ذكر الشافعي قال حدثني إسماعيل بن علية عن بن ابي نجيح في القاذف اذا تاب قبلت شهادته
وقال كلنا نقوله قلت من قال عطاء وطاوس ومجاهد
ورواية عن عكرمة رواها يزيد بن زريع عن يونس بن عبيد عن عكرمة انه كان يقول في القاذف اذا تاب قبلت شهادته
وهو قول عمر بن عبد العزيز وبه يقضي ويكتب إلى البلدان
وقال به من اهل العراق مسروق وعبد الله بن عتبة والشعبي ومحارب بن دثار
واليه ذهب مالك والشافعي واصحابهما واحمد واسحاق وابو عبيد وابو ثور

الاستذكار ج:7 ص:106

واختلف القائلون بهذه المقالة في توبة القاذف اذا حد ما هي فقال مالك اذا تاب واصلح وحسنت حالة قبلت شهادته اكذب نفسه او لم يكذب
وقال الشافعي توبته ان يكذب نفسه بلسانه كما كان القذف بلسانه

وكذلك المرتد كان كفره بلسانه فلا تقبل توبته الا بالايمان حتى ينطق بها بلسانه
وقال إسماعيل بن إسحاق انما تفترق توبة المحدود في القذف وتوبة غيره من المحدودين ان توبة القاذف لا تكون حتى يكذب نفسه واكذابه كلام يتكلم به واذا تكلم به واصلح في حاله قبلت شهادته وليس سائر المحدودين كذلك
قال ابو عمر قول إسماعيل هذا كقول الشافعي (سواء)
وهو قول عمر (بن الخطاب) في جماعة الصحابة من غير نكير
وروى (سفيان) بن عيينة عن الزهري عن (سعيد) بن المسيب عن عمر (بن الخطاب - رضي الله عنه) - انه قال لابي بكرة ان تبت قبلت شهادتك فابى ابو بكرة ان يكذب نفسه
وروى (محمد) بن إسحاق عن الزهري عن (سعيد) بن المسيب ان عمر (بن الخطاب) جلد ابا بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد فاما هذان فتابا وقبل عمر شهادتهما واستتاب ابا بكرة فابى واقام على قوله فلم يقبل شهادته وكان افضل القوم
وروى الزهري وابراهيم بن ميسرة عن سعيد بن المسيب قال شهد على المغيرة ثلاثة رجال ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وابى ابو بكرة فلم تقبل شهادته حتى مات
قال ابراهيم بن ميسرة في حديثه وكان قد عاد مثل النصل من العبادة
وفي حديث الزهري قال وكان ابو بكرة اخا زياد لامه فلما كان من امره ما كان حلف ابو بكرة الا يكلمه ابدا فلم يكلمه حتى مات
قال الزهري توبته ان يكذب نفسه
ذكر الخبر عبد الرزاق (1) عن محمد بن مسلم

الطائفي عن ابراهيم بن ميسرة عن سعيد بن المسيب (وعن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب

وروى بن وهب عن يونس بن يزيد عن بن شهاب قال وقد اجاز عمر شهادة من تاب من الذين شهدوا على المغيرة وابطل شهادة من لم يتب وممن قال ان توبة القاذف اذا جلد ان يكذب نفسه طاوس وعطاء و (سعيد) بن المسيب والشعبي و (بن شهاب) الزهري قال معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال توبته ان يكذب نفسه وقاله الزهري (وبه قال) احمد واسحاق وابو ثور وابو عبيد وقال (سفيان) الثوري وابو حنيفة واصحابه واكثر اهل العراق لا تقبل شهادة القاذف ابدا تاب او لم يتب لقول الله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون النور 4 وقالوا توبته فيما بينه وبين ربه والاستثناء عندهم في قوله الا الذين تابوا ال عمران 89 راجع إلى قوله فان الله غفور رحيم ال عمران 89 لا إلى قبول الشهادة وممن قال لا تقبل شهادة القاذف المجلود ابدا شريح القاضي روي ذلك عنه من وجوه وبه قال (ابراهيم) النخعي وحماد بن ابي سليمان والحكم بن عتيبة ومعاوية بن قرة ومكحول ورواية عن سعيد (بن المسيب والحسن رواها حماد بن سلمة عن قتادة عنهما وما تقدم) عن سعيد من رواية الزهري وابراهيم بن ميسرة اثبت والله اعلم وقد روى سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن قال لا تقبل شهادة القاذف ابدا وتوبته

فيما بينه وبين ربه
ورواية عن عكرمة خلاف ما تقدم عنه رواها يعلى بن حكيم (عنه)
ورواية عن (بن شهاب) الزهري رواها بن وهب عن يونس (عن بن شهاب) قال اذا جلد قاذف الحر او الحرة لم تقبل (له شهادة حتى يموت وقد يحتمل قول بن شهاب ان يكون اراد لم تقبل شهادته ابدا) حتى يكذب نفسه لا ينفعه غير ذلك من حاله وبهذا تتفق الروايات عنه لان الثقات قد نصوا عنه انه لا تقبل له شهادة حتى يكذب نفسه وقد

روي في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال (لا تجوز شهادة محدود ولا محدودة في الاسلام) (1)
وقد روي هذا الحديث مرفوعا لكنه لم يرفعه من روايته حجة
وذكر ابو يحيى الساجي ق ال حدثني محمد بن المثنى قال حدثني الوليد عن الاوزاعي وبن جابر وسعيد بن عبد العزيز عن مكحول قال الحر اذا جلد الحد في الفرية لم تقبل شهادته ابدا والعبد اذا جلد حدا في فرية على حر او حرة لم تقبل شهادته ابدا لقول الله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا النور 4
قال فاما اليهودي والنصراني اذا جلدا حد الفرية على الحر المسلم ثم اسلما قبلت شهادتهما واختلفوا في شهادة القذف اذا شهد قبل ان يجلد فروى بن وهب وغيره عن مالك انه تقبل شهادته ما لم يجلد
وبه قال بن القاسم واشهب وهو قول ابي حنيفة واصحابه قال ابو عمر لانه على اصل عدالته وربما اقام البينة بما قال او اعترف له مقذوفه وهو حق لا

يجب الا حين يطلبه صاحبه فلا وجه لاسقاط شهادته والله اعلم
وقال الليث والشافعي واصحابه وهو ق ول عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون لا تقبل شهادة القذف قبل الجلد ولا بعده اذا قذف حرا مسلما الا ان يتوب
قال بن وهب سمعت الليث بن سعد يسال عن القاذف يشهد قبل ان يضرب الحد هل تجوز شهادته فقال اذا قذف لم تقبل له شهادة حتى يتوب (ضرب) الحد او عفي عنه ذلك سواء
قال بن وهب وخالفه مالك فقال شهادته جائزة ما لم يضرب الحد فان ضرب سقطت شهادته حتى يتوب توبة ظاهرة
قال الشافعي هو قبل ان يحد شر منه بعد لان الحدود كفارات فكيف تقبل شهادته في شر حالتيه وترد في (احسن حالتيه

الاستذكار ج:7 ص:109

قال ابو عمر انما جعل الله الذين يرمون المحصنات فاسقين برميهم لهن لا بجلدهم والمحصنون في حكم المحصنات باجماع (وكذلك) وكل مؤمن محمول على العفاف حتى يصح غيره وقذف المؤمن من الكبائر فمن قذفه سقطت شهادته حتى تصح براءته والله اعلم وبالله التوفيق

1 (4 - باب القضاء باليمين مع الشاهد)

1389 م - مالك عن جعفر بن محمد عن ابيه ان رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد
قال ابو عمر هكذا هذا الحديث في الموطا مرسل عند جميع (الرواة)
وقد رواه عن جعفر بن محمد مسندا جماعة ثقات

منهم (عبيد الله) بن عمر وعبد الوهاب (بن عبد المجيد) الثقفي ومحمد بن عبد الرحمن بن رداد المدني ويحيى بن سليم الطائفي وابراهيم بن ابي حية كل هؤلاء رووه عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر عن النبي ﷺ
وقد ذكرنا الاسانيد عنهم بذلك في التمهيد ورواه (سفيان بن عيينة) عن جعفر بن محمد عن ابيه مرسلا كما رواه مالك ورواه بن عيينة ايضا عن خالد بن ابي كريمة سمع ابا جعفر - محمد بن علي بن حسين - يقول قضى رسول الله ﷺ بشهادة الشاهد ويمين المدعي وكذلك رواه الحكم بن عتيبة وعمر بن دينار جميعا عن محمد بن علي مرسلا
وفي اليمين مع الشاهد (اثار) مرفوعة حسان اصحها حديث بن عباس رواة كلها ثقات اثبات رواه سيف بن سليمان المكي عن قيس بن سعد المكي عن عمرو بن دينار عن بن عباس ان رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد
وقد ذكرناه من طرق عن سيف بن سليمان في (التمهيد)
وقال يحيى القطان سيف بن سليمان ثبت ما رايت احفظ منه

الاستذكار ج:7 ص:110

وقال احمد بن شعيب النسائي اسناد حديث بن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد وقيس ثقة
وخرجه مسلم ولم يذكره البخاري
وروي عن النبي ﷺ انه قضى باليمين مع الشاهد من حديث ابي هريرة وحديث زيد بن ثابت الا ان حديث ابي هريرة اكثر طرقا واصح نقلا وحديث زيد بن ثابت وهم من زهير بن محمد

وروي عن النبي ﷺ انه قضى باليمين مع الشاهد ايضا من حديث سعد بن عبادة ومن حديث عمرو بن حزم وحديث سعد بن عبادة اكثر تواترا

وروي عن النبي ﷺ ايضا من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده

وروي ايضا من حديث رجل من الصحابة يقال له سرق عن النبي ﷺ انه قضى باليمين مع الشاهد وكلها لها طرق متواترة وقد ذكرناها باسانيدها في (التمهيد) والحمد لله كثيرا

وروي عن جماعة من الصحابة انهم قضوا باليمين مع الشاهد ولم يرو عن احد منهم انه كره ذلك

وروي عن جماعة من التابعين القضاء باليمين مع الشاهد منهم الفقهاء السبعة المدنيون وابو سلمة وسالم بن عبد الله بن عبد الرحمن وعلي بن حسين وابو جعفر - محمد بن علي وعمر بن عبد العزيز

وهو قول جمهور العلماء بالمدينة والى ذلك ذهب مالك والشافعي واصحابهما وبه قال احمد واسحاق وابو ثور وابو عبيد وداود بن علي

لم يختلف عن مالك ولا عن احد من اصحابه في ذلك وله احتج مالك في موطئه ولم يحتج فيه بمسالة غيرها كاحتجاجه لها ولا يعرف من مذهب المالكيين غير ذلك الا عندنا بالاندلس فان يحيى بن يحيى تركه وزعم انه لم ير الليث يفتي به ولا يذهب إليه

وكان مالك - رحمه الله - يقول يقضى باليمين مع الشاهد في كل البلدان ويحملون عليه

الاستذكار ج:7 ص:111

قال ولا يقضى بالعهدة في الرقيق الا بالمدينة او بين قوم يشترطونها بينهم في سائر الافاق
وروى ابو ثابت عن بن نافع قال سئل مالك عن شهادة الرجل مع يمين صاحب الحق اترى ان يحمل الناس عليه بكل البلاد قال نعم
وقال بن القاسم من اقام شاهدين على الغريم واقام اخر عليه شاهدا ويمينا فهما سواء في اسوة الغرماء
قال ابو عمر قد كان جماعة من جلة العلماء يفتون ويقضون باليمين مع الشاهد اتباعا للسنة في ذلك

روى حماد بن زيد عن ايوب عن محمد بن سيرين ان شريحا اجاز شهادة رجل واحد مع يمين الطالب

قال حماد وحدثني عبد المجيد بن وهب قال شهدت يحيى بن يعمر قضى بذلك
وروى هشيم قال اخبرنا حصين عن عبد الله بن عتبة مثله
وروى محمد بن عبد الله الانصاري عن الاشعث عن الحسن مثله
وروى حماد بن زيد عن خالد ان اياس بن معاوية اجاز شهادة عاصم الجحدري وحده - يعني - مع يمين الطالب
وروى هشيم قال اخبرنا المغيرة عن الشعبي قال اهل المدينة يقولون شهادة الشاهدة ويمين الطالب ونحن لا نقول ذلك
وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي لا يقضى باليمين مع الشاهد الواحد في شيء من الاشياء
وهو قول ابراهيم والحكم بن عتيبة وعطاء واختلف فيه عن الزهري فروي عنه انه اذا ولي القضاء قضى به والاشهر (عنه) رده
قال معمر سالت الزهري (عن اليمين مع الشاهد

) فقال هذا شيء احدثه الناس لا بد من شاهدين هذه رواية عبد الرزاق عن معمر وقد حدثني خلف (بن قاسم

الاستذكار ج:7 ص:112

قال حدثني (بن) المفسر - ابو احمد - بمصر قال حدثني احمد بن علي بن سعيد قال حدثني يحيى بن معين قال حدثني هشام بن (يوسف) عن معمر عن الزهري قال ادركت العلماء وهم (لا) يجيزون (الا) شهادة عدلين ثم اخذت الناس شهادة رجل واحد (ويمين صاحب الحق قال معمر وسمعته يقول لا تجوز شهادة رجل واحد مع يمين)
وقال عطاء اول من قضى به عبد الملك بن مروان

وقال محمد بن الحسن يفسخ القاضي القضاء به لانه خلاف القران
قال ابو عمر هذا جهل وعناد وكيف يكون خلاف القرآن وهو زيادة بيان كنحو نكاح المراة على عمتها وعلى خالتها مع قوله عز وجل واحل لكم ما وراء ذلكم النساء 24 مثل ذلك المسح على الخفين مع ما ورد به القران من مسح الرجلين او غسلهما وكتحريم الحمر الاهلية وكل ذي ناب من السباع مع قوله تعالى قل لا اجد في ما اوحى إلي محرما على طاعم يطعمه الاية الانعام 145
وكذلك ما قضى به رسول الله ﷺ من اليمين مع الشاهد مع قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان البقرة 282
بل هذا بين واضح لان قوله عز وجل فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان البقرة 282 ليس فيه دليل على انه لا يجوز القضاء بغير ذلك

لان القضاء باليمين مع الشاهد لا يمنع القضاء بالشهيدين وبالرجل والمراتين بل كل ذلك من حكم (الله عز وجل) وشريعة دينه (في كتابه) وعلى سنة نبيه ورسوله
وقد اجمع العلماء على القضاء باقرار المدعى عليه وليس ذلك في الاية
والذين يرفعون اليمين مع الشاهد يقضون بنكول المدعى عليه مع اليمين وليس ذل ك في الاية ويقضون معاقد القمط وانصاف اللبن والجزوع الموضوعة في الحيطان وليس ذلك ولا شيء منه في محكم القران
فاليمين مع الشاهد اولى بذلك لان رسول الله قضى به وسنة لامته
ومن حجة ابي حنيفة واصحابه ان قالوا (اليمين) انما جعلت للنفي لا للاثبات وانما جعلها النبي على المدعى عليه لا على المدعي

الاستذكار ج:7 ص:113

فالجواب عن ذلك ان الوجه الذي منه علمنا ان رسول الله جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه من مثله (علمنا) انه قضى باليمين مع الشاهد وفيه الاسوة الحسنة
1390 - مالك عن ابي الزناد ان عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة ان اقض باليمين مع الشاهد
1391 - مالك انه بلغه ان ابا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم
واما قول مالك في هذا الباب ومن الناس من يقول لا يكون اليمين مع الشاهد ويحتج بقول الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان البقرة

282 فلا يحلف احد مع شاهده قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك ان يقال (له) ارايت لو ان رجلا ادعى على رجل مالا اليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه) فهذا ما لا اختلاف فيه عند احد من (الناس) ولا ببلد من البلدان إلى اخر الباب قال ابو عمر ليس في قول الله عز وجل فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ما يقضي على الا يحكم الا بهذا بل المعنى فيه ان يحكم بهذا وبكل ما يجب الحكم به من الكتاب والسنة

وقد سن رسول الله ﷺ القضاء باليمين مع الشاهد فكان زيادة بيان على ما وصفنا واما قوله (وهذا ما لا خلاف فيه عند احد من الناس ولا ببلد من البلدان) فقد ظهر من علم مالك باختلاف من قضى قبله ما يوجب ان لا يظن احد به جهل مذهب الكوفيين في الحكم بالنكول دون رد يمين وانما اراد - والله اعلم - ان من قال اذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم عليه بالحق للمدعي وكان أحرى ان

الاستذكار ج:7 ص:114

يحكم عليه بالنكول ويمين الطالب لانها زيادة على مذهبه كما لو قال قائل ان العلماء قد اجمعوا على ان مدين تجزئ في كفارة اليمين كان قولا صحيحا لان من قال يجزئ المد كان احرى ان يجزئ عنه المدان هذا ما اراد والله اعلم اما اختلافهم في الحكم بالنكول فقال مالك واصحابه اذا نكل المدعي عليه عن اليمين حلف المدعي وان لم يدع المطلوب إلى يمين ولا يقضى له بشيء حتى يحلف

وهو قول الشافعي لانه لا يقضي على الناكل عن اليمين بحق الطالب الا ان يحلف الطالب وقال الشافعي ولو رد المدعى عليه اليمين على الطالب فقلت له احلف ثم بدا للمدعى عليه فقال انا احلف لم اجعل ذلك له لاني قد ابطلت ان يحلف وجعلت اليمين قبله

قال ابو عمر من راى رد اليمين في الاموال حديث القسامة لان رسول الله رد فيها اليمين على اليهود اذ ابى الانصار منها وليس بالاموال اعظم حرمة من الدماء

وهو قول الحجازيين وطائفة من العراقيين وهو الاحتياط لان من لا يوجب رد اليمين لا يبطل الحكم بها مع النكول

وقال بن ابي ليلى اذا (نكل) المدعى عليه انا ارد اليمين عليه رددتها عليه اذا كان يتهم فان لم يتهم لم اردها عليه

وروي عنه انه يردها بغير تهمة

واما ابو حنيفة واصحابه فقالوا اذا نكل المطلوب عن اليمين حكم عليه بالحق للمدعي ولا ترد اليمين على المدعى

ومن حجة من ذهب إلى هذا ان عبد الله بن عمر اذا نكل عن اليمين في عيب الغلام للذي باعة قضى عليه عثمان بالنكول وقضى هو على نفسه بذلك

وهذا لا حجة فيه لان بن عمر يحتمل فعله انه لما اوجب عليه عثمان اليمين لقد باع الغلام وما به اذى يعلمه كره اليمين فاسترجع العبد فكأنه اقاله فيه كراهية لليمين وليس في الحديث تصريح بالحكم بالنكول

واحتج من ذهب مذهب الكوفيين في ذلك بحديث بن ابي مليكة عن بن

الاستذكار ج:7 ص:115

عباس انه جاوبه في المراتين ادعت احداهما على الاخرى انها اصابت يدها باشفى (1) وانكرت فكتب إليه بن عباس ان ادعها واقرأ عليها ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الاية ال عمران 77 فان حلفت فخل عنها وان لم تحلف فضمنها

قال ابو عمر الاستدلال من الحديث المسند اولى وبالله التوفيق لا شريك له

ومن حجتهم ايضا ان النبي جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (2) لا سبيل إلى نقل البينة إلى المدعى عليه ولا إلى نقل اليمين إلى المدعي

قال ابو عمر هذا لا يلزم لان النبي ﷺ هو الذي سن رد اليمين على المدعي في القسامة واستعمال النصوص اولى من تأويل لم يتابع صاحبه عليه وهذا قياس صحيح وهو اصلهم جميعا في القول بالقياس

قال مالك (3) مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وابى يحلف احلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق وان ابى ان يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه

قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية

قال ابو عمر هكذا قال عمرو بن دينار وهي رواية حديث بن عباس عن النبي ﷺ انه قضى باليمين مع الشاهد قال عمرو وذلك في الاموال واجمع القائلون باليمين مع الشاهد من الحجازيين وغيرهم بأنه لا يقضي فيه بشهادة النساء مع الرجال دون ما عداها على ما ذكره مالك رحمه الله

اخبرنا احمد بن عبد الله بن محمد بن علـي قـراءة مني عليـه قـال حـدثني الميمـون بـن حمـزة قـال حدثني الطحاوي قال حدثني المزني قـال حـدثني الشافعي وحدثني عبـد الـوارث بـن سـفيان قـال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بن وضاح قـال حدثني عبد الرحمن بن يعقوب بن إسحاق بن ابـي عباد

الاستذكار ج:7 ص:116

قالا حدثني عبد الله بن الحارث قال حدثني سـيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينـار عن بن عباس ان رسـول اللـه قضـى بـاليمين مـع الشـــاهد
قـــــال عمـــــرو فـــــي الامـــــوال خاصـــــة
وحدثني ابراهيم بن شاكر ومحمد بن ابراهيم قـالا اخبرنا محمد بن احمد بن يحيى قـال حـدثنا محمـد بن ايوب قال حدثني احمـد بـن عمـرو بـن الخـالق البزار قال حدثني عبدة بن عبد الله ورزق الله بـن موسـى قـالا حـدثنا زيـد بـن الحبـاب قـال حـدثني سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بـن دينار عن بن عباس عن النبي انه قضى باليمين مـــع الشـــاهد
قـــــال عمـــــرو بـــــن دينـــــار فـــــي الامـــــوال خاصـــــة
قال البزاز سيف بـن سـليمان وقيـس بـن سـعد ثقتـــان ومـــن بعـــدهما يســـتغنى عـــن ذكرهمـــا لشـــهرتهما فـــي الثقـــة والعدالـــة كـــثيرا
قـال ابـو عمـر روى هـذا الحـديث عـن سـيف بـن سـليمان جماعـــة
وعن زيد بن الحباب جماعة منهم ابو بكـر بـن ابـي شـيبة وابـو كريـب محمـد بـن العلاء والحسـن بـن شـــاذان
وقـــد ذكرنـــا الاســـانيد عنهـــم فـــي (التمهيـــد)
وذكره عبد الـرزاق قـال اخبرنـا محمـد بـن مسـلم

الطائفي عن عمرو بن دينار عن بن عباس عن النبي ﷺ انه قضى باليمين مع الشاهد
قال ابو عمر راى مالك رحمه الله - ان يحلف الرجل مع شهادة امراتين في الاموال ويستحق حقه كما يحلف مع الشاهد الواحد فكأنه جعل اليمين مقام الشاهد والمراتين معه فكأنه قضى برجل وامراتين
قال الشافعي لا يحلف مع شهادة امراتين لان شهادة النساء دون الرجال لا تجوز في الاموال وانما يحلف الرجل مع الشاهد الواحد (كما) جاء في الحديث
قال (وفي معنى السنة ان تحلف المراة مع شاهدها كما يحلف الرجل فلو اخذنا شهادة المراتين مع يمينهما كما قد قضينا بخلاف السنة المجتمع عليها في شهادة النساء دون الرجال في الاموال ويلزم من قال هذا ان يجيز اربعا من النساء في الاموال) فاتى في هذا بكلام كثير حسن كله ذكره المزني والربيع عنه
وقال الشافعي (وكل ما كان من الاموال المتنقلة من ملك مالك إلى ملك مالك

الاستذكار ج:7 ص:117

قضى فيه باليمين مع الشاهد عندهم في طلاق ولا عتق ولا فيما عدا الاموال على ما وصفنا واما من لا يقول باليمين مع الشاهد فهو أحرى بذلك ولكن الشافعي ومن قال بقوله موجبون اليمين وردها في كل دعوى مال وغير مال طلاقا كان او عتقا او نكاحا او دما الا ان يكون مع مدعي الدم دلالة كدلالة الجاريتين على يهود خيبر فيدعى حينئذ المدعون بالايمان وتكون قسامة وان لم تكن دلالة حلف المدعى عليه كما يحلف فيما سوى الدم
وقول ابي حنيفة في دعوى المراة الطلاق وقول

العبـد العتـق كقـول الشـافعي يسـتحلف السـيد والزوج لهما الا انـه يقضـي عليهمـا بـالنكول دون يميـــن علـــى مـــذهبهم فـــي ذلـــك
وقال الشافعي ولو ادعى انه نكح امـراة لـم اقبـل دعواه حـتى يقـول نكحتهـا بـولي وشـاهدي عـدل ورضاها فان حلفت برئت وان نكلت حلف وقضـى لهـــــا بأنهـــــا زوجتـــــه
واختلف الفقهاء في تحليف زوج المـراة المدعيـة للطلاق وتحليف سـيد العبـد المـدعي للعتـق عليـه سيده هل تجب اليمين على السيد او الزوج بمجرد الـــدعوى مـــن المـــراة او العبـــد ام لا
فقال مالـك لا يميـن علـى الـزوج ولا علـى السـيد حتى تقيم المراة شاهدا واحدا عدلا بأنه طلقها او يقيم العبد شاهدا عدلا بأن سيده اعتقه فـاذا كـان كذلك وجبت اليميـن علـى سـيد العبـد فـي دعـوى العتق وعلـى الرجـل لامرأتـه فـي دعـوى الطلاق وهذا نحو قـوله رحمـه اللـه فـي الخلطـة لانـه لـم يوجب يمينا للمـدعي علـى المـدعى عليـه بمجـرد الـــدعوى حـــتى تثبـــت الخلطـــة بينهمـــا
وقال ابو حنيفة والشافعي وجمهـور العلمـاء (ان اليمين) واجبة على زوج المراة المدعية بـالطلاق وعلى سيد العبد المدعي للعتق بمجرد الدعوى ولا تجـب عنـد الشـافعي يميـن مـع شـاهد فـي غيـر الامـــوال
واما الكوفيون فلا يقولون باليمين مع الشاهد في الامـوال ولا فـي غيرهـا علـى مـا تقـدم عنهـم
واختلف اصحاب مالك في معنى هذه المسألة فـي الذي شهد عليه شاهد واحد لزوجته انـه طلقهـا او لعبد انه اعتقه فأبى من اليمين

الاستذكار ج:7 ص:118

فقال بن القاسم عـن مالـك يحبـس حـتى يحلـف قال وقد كان مالك يقول يعتق عليه العبـد وتطلـق عليه الزوجة اذا ابى ونكل عن اليمين ثم رجع إلـى

مـــــــــــــا قلـــــــــــــت لـــــــــــــك
وقـــال بـــن القاســـم ويقـــول الاخـــر اقـــول
وقال اشهب اذا ابى من اليمين طلق عليه واعتـق
عليـــه
وعن بن القاسم ايضا قال اذا طـال سـجنه اطلـق
ورد إلـــــــــــــــــــى زوجتـــــــــــــــــــــه
قـــال وارى ان الطـــول فـــي ســـجنه عـــام
وقـال بـن نـافع يسـجن ويضـرب لـه اجـل الايلاء
ولمالك في هذا الباب تنظير مسائل على ما ذهـب
إليـه فيـه احتجاجـا لمـذهبه يـرد الاختلاف عليهـا
ومـــــذاهب العلمـــــاء فيهـــــا فـــــي موضـــــعها
ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق

1 (5 - باب القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد)

1392 - مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته ان يحلفوا على حقوقهم مع شـاهدهم قـال فـان الغرمـاء (1) يحلفـون ويأخـذون حقـوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك ان الايمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا ان يقولـوا لم نعلـم لصـاحبنا فضـلا ويعلـم انهـم انمـا تركـوا الايمان من اجل ذلك فاني ارى ان يحلفوا ويأخذوا
مـــــــــا بقـــــــــي بعـــــــــد دينـــــــــه
قال ابو عمر خالفه فـي هـذه المسـألة طائفتـان احـــداهما مـــن يقـــول بـــاليمين مـــع الشـــاهد والاخـــرى الدافعـــة بـــاليمين مـــع الشـــاهد وهي بـذلك أحـرى فأمـا الشـافعي فيحلـف عنـده الوارث مع الشاهد الذي لموروثه على دينه ولا

الاستذكار ج:7 ص:119

يجوز عنده ان يحلف الغريم ولكن اذا حلف الورثـة كان الغرماء احق بالمال لانه لا ميـراث الا بعـد اداء

الدين
ذكرالمزني عن الشافعي قال ولو أتى قوم بشاهد واحد أن لأبيهم على فلان حقا أو أن فلانا أوصى لهم فمن حلف منهم مع شاهده استحق موروثه ووصيته دون من لم يحلف وان كان بعضهم غائبا أو صغيرا حلف (الحاضر) البالغ واخذ حقه وإن كان معتوها فهو على حقه حتى يعقل فيحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه يحلف (ويستحق) ولا يستحق احد بيمين لاخيه لان كلا انما يقوم الميت فيما ورث عنه كما لو كان لرجلين على رجل الفا درهم واقاما عليه شاهدا فحلف احدهما لم يستحق إلا الالف وهي التي يملك ولا يحلف احد على ملك غيره لان رسول الله ﷺ انما قضى باليمين لصاحب الحق
قال الشافعي وان كان الورثة بالغين وابوا ان يحلفوا فان (صاحبنا قال) يحلف غرماء الميت وياخذون حقوقهم ولا ياخذ من ابى اليمين من الورثة شيئا الا ان يقولوا فذكر كلام مالك إلى اخره في (الموطا)
قال الشافعي وهذا مذهب واحسبه ذهب إلى ان الغريم احق بالمال من (الورثة) فيحلف وياخذ حقه
قال الشافعي وذلك ان رسول الله ﷺ قضى لمن اقام شاهدا الحق له على اخر بيمينه واخذ حقه فانما اعطى باليمين من شهد له باصل الحق وانما جعلت للوارث اليمين لان الله تعالى نقل ملك الميت إلى الوارث فجعل يقوم فيه مقامه بقدر ما فرض له
قال وليس الموصى له ولا الغريم من الوارث بسبيل الا ترى ان الغريم لا يلزمه من نفقة العبيد الذين تركهم المتوفى شيء وان الغريم لو حلف وطرا للميت مال كان للوارث ان يقضي دين

الغريم من غير المال الذي حلف عليه قال ابو عمر اكثر الشافعي في هذا الباب فنقلت منه ما بالناظر في هذا الكتاب حاجة إليه وهو قول احمد واسحاق وابي ثور قال مالك واذا هلك رجل وعليه دين يغترف ماله فابى الوارث ان يحلف مع الشاهد لم يكن للغريم ان يحلف مع شاهد الميت ويستحق وان حلف الوارث مع الشاهد حكم بالدين ودفع إلى الغريم

الاستذكار ج:7 ص:120

1 (6 - باب القضاء في الدعوى)

1393 - مالك عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن انه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضي بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعي على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة او ملابسة احلف الذي ادعي عليه وان لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه

قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا انه من ادعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة او ملابسة أحلف المدعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان ابى ان يحلف ورد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق اخذ حقه

قال ابو عمر قد مضى القول في رد اليمين واختلف الفقهاء في اليمين على المدعي عليه هل تجب بمجرد الدعوى دون خلطة او ملابسة تكون بين المتداعيين ام لا فالذي ذهب إليه مالك واصحابه ما ذكره عمر بن عبد العزيز في (الموطا) ان اليمين لا تجب (الا) بالخلطة

وهو قول جماعة من علماء المدينة ذكر إسماعيل بن إسحاق قال حدثني سليمان بن حرب قال حدثنا حماد بن سلمة عن اياس بن

معاوية عن القاسم بن محمد قال اذا ادعى الرجل الفاجر على الرجل الصالح شيئا يعلم الناس انه فيه كاذب ولا يعلم انه كان بينهما اخذ ولا اعطاء لم يستحلف
قال وحدثنا بن ابي اويس عن ابي الزناد قال كان عمر بن عبد العزيز يقول انا - والله لا نعطي اليمين كل من طلبها ولا نوجبها الا بشبيه بما يوجب به المال
قال ابو الزناد (يريد بذلك) المخالطة واللطخ والشبه
قال وذلك الامر عندنا
قال ابو عمر المعمول به عندنا ان من عرف بمعاملة الناس مثل التجار بعضهم لبعض ومن نصب نفسه للشراء والبيع من غريب وغيره وعرف به فاليمين عليه بمن ادعى معاملته ومداينته فيما يمكن وما كان بخلاف هذه الحال مثل المراة

المشهورة المحتجبة والرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعى عليه وملابسته فلا تجب اليمين عليه الا بخلطة وفي الاصول ان من جاء بما لا يشبه ولا يمكن في الاغلب لم تقبل دعواه
اخبرنا عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثني مضر بن محمد قال حدثني قبيصة بن عقبة قال حدثني (سفيان) الثوري عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن بن عباس قال لما اوتي يعقوب بقميص يوسف - عليهما السلام - ولم ير فيه خرقا قال كذبتم لو اكله الذئب لخرق قميصه
وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني مضر بن محمد قال حدثني الفضل بن دكين قال اخبرنا زكريا بن ابي زائدة عن عامر الشعبي قال كان في قميص يوسف - عليه السلام - ثلاث ايات حين قد قميصه من دبر وحين

القي على وجه ابيه فارتد بصيرا وحين جاؤوا بالدم عليه وليس فيه شق علم انه كذب لانه لو اكله الذئب لخرق قميصه
ومما يشهد بهذا قوله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين يوسف 26 27
وهذا اصل فيما ذكرنا في كل ما يشبهه والله اعلم وبالله التوفيق
وقال بن القاسم لا يستحلف المدعى عليه القصاص ولا الضرب بالسوط وما اشبهه الا ان ياتي بشاهد واحد عدل فيستحلف له كالطلاق والعتق اذا جاءت المراة او العبد بشاهد (واحد) عدل استحلف الزوج او السيد ما طلق ولا اعتق
قال ابو عمر قال الشافعي وابو حنيفة وأصحابهما والثوري واحمد واسحاق وابو ثور كل من ادعى حقا على غيره ولم يكن له بينة استحلف المدعى عليه في كل ما يستحق من الحقوق كلها وحجتهم حديث بن ابي مليكة عن بن عباس ان رسول الله قال (لو اعطي قوم بدعواهم لادعى اقوام دم اقوام واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه

الاستذكار ج:7 ص:122

ومن رواة هذا الحديث من لا يذكر فيه البينة على المدعي وانما يقول اليمين على المدعى عليه)
حدثني احمد بن قاسم وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني الحارث بن ابي اسامة ومحمد بن إسماعيل الصائغ قالا حدثني يحيى بن ابي بكير قال حدثني نافع بن عمر - يعني الجمحي - عن بن ابي مليكة قال كتبت إلى بن عباس في امراتين كانتا تجوزان في البينة واخرجت احداهما يدها تشخب دما فقالت

اصابتني هذه وانكرت الاخرى فكتب الي بن عباس ان رسول الله ﷺ قضى ان اليمين على المدعى عليه وقال (لو ان الناس اعطوا بدعواهم لادعى قوم دم قوم واموالهم) وذكر تمام الخبر وحدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم عن سفيان قال حدثني بكير بن حماد قال حدثني مسدد قال حدثني ابو الاخوص عن سماك عن علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي عن ابيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا غلبني على ارض لي كانت لابي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي (الك بينة) فقال لا قال (فلك يمينه) (1) وذكر تمام الحديث وليس في شيء من الاثار المسندة ما يدل على اعتبار الخلطة

وقال إسماعيل انما معنى قوله عليه السلام (اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعي) انه لا يقبل قول المدعي فيما يدعيه مع يمينه وان المدعى عليه يقبل قوله مع يمينه ان لم يقم عليه بينة لانه اراد بذلك العموم في كل من ادعي عليه دعوى ان عليه اليمين فجاء - رحمه الله - بعين المحال والى الله ارغب في السلامة على كل حال

واما قوله في حديث وائل بن حجر (الك بينة) ففيه ان الحاكم يبدا بالمدعي فيساله هل لك بما تدعيه بينه ولا يسال المدعى عليه حتى يسمع ما يقول المدعي وهذا ما لا يختلفون فيه

الاستذكار ج:7 ص:123

1 (7 - باب القضاء في شهادة الصبيان)

1394 - مالك عن هشام بن عروة ان عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح
قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا ان شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز في غير ذلك اذا كان ذلك قبل ان يتفرقوا او يخببوا (1) او يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا ان يكونوا قد اشهدوا العدول على شهادتهم قبل ان يفترقوا
وذكر احمد بن المعدل عن عبد الملك قال لم يزل من امر الناس قديما وهو مجتمع عليه من راي اصحابنا في شهادة الصبيان ان يؤخذ بها ما لم يتفرقوا او يخببوا
قال عبد الملك ولا تجوز منهم (الا) شهادة اثنين فصاعدا من الذكور او غلام وجاريتين
قال ولا تكون اليمين مع شهادة الصبيان وانما اليمين مع الشاهد الواحد ولا يجوز من الصبيان واحد
وهذا كله قول بن القاسم ايضا
قال ابو عمر قد ذكرنا اختلاف اصحاب مالك في شهادة الجواري في الجراح وشهادة الصبيان العبيد في ذلك في كتاب اختلافهم واختلاف قول مالك
ولم يختلفوا ان شهادة الصبيان الاحرار جائزة في الجراح اذا لم يحضرهم كبير فان حضر معهم كبير لم تجز شهادتهم عندهم لانه لا تجوز عندهم شهادة الصبيان حيث يكون الرجال
وقال بن حبيب لا نعلم خلافا ان شهادة الصبيان لا تجوز حيث (يكون الرجال) الكبار العدول

وقـــاله ســـحنون وقـــد روي انـــه اجازهـــا
وقال بن القاسم تجوز شهادة الصبيان في القتـل
والجراح اذا كانوا ذكورا قبل ان يتفرقوا

الاستذكار ج:7 ص:124

قال سـحنون وقـال غيـر واحـد مـن كبـار اصـحاب
مالك لا تجوز شهادتهم في القتل وانما تجوز فــي
الجـــــــــــــــــــــــــــــــراح
قال ابـو عمـر اختلـف عـن بـن الزبيـر فـي اجـازه
شهادة الصبيان والاصـح عنـه انـه كـان يجيزهـا اذا
جيء بهم من حال حلول المصيبة ونـزول النازلـة
واما بن عباس فلم يختلف عنه انه لم يجزها وكـان
لا يراهـــــــــــا شــــــــــــيئا
وروي عن علي - رضي الله عنه - انـه كـان (يجيـز
شهادة الصبيان بعضهم على بعـض) اذا اتـوا فـي
الحال قبـل ان يعلمهـم اهلـوهم ولا يجيزهـا علـى
الرجـــــــــــــــــــــــــــــــال
والطـــــــرق عنـــــــه بـــــــذلك ضـــــــعيفة
وهو قول سـعيد بـن المسـيب وعـروة بـن الزبيـر
وابـي جعفـر محمـد بـن علـي بـن حسـين وعـامر
الشـعبي وبـن ابـي ليلـى وبـن شـهاب الزهـري
وابراهيم النخعي على اختلاف عنـه الا انـه ليسـت
الروايـات عنهـم لـم تـذكر جراحـا ولا غيرهـا الا
اجازتهـــــــا فيمـــــــا بينهـــــــم مطلقـــــــة
وقـال الشـافعي وابـو حنيفـة وأصـحابهما وبـن
شبرمة والثوري لا تجوز شهادة الصبيان في شيء
من الاشياء لا في جـراح ولا غيرهـا بحـال وان لـم
يتفرقـــــــــــــــــــــــــــــوا
قـالوا وانمـا امـر اللـه - عـز وجـل - بشـهادة مـن
يرضى وكيف تقبل شهادة من اذا فارق مكـانه لـم
يؤمن عليـه ان يعلـم ويخبـب ومـن لا يرضـى اللـه
عليـــــــــه فـــــــــي الشـــــــــهادة
فان قيل ان بن الزبير اجازها قيـل لـه بـن عبـاس
ردهـــا والقـــران يـــدل علـــى ابطالهـــا

قال ابو عمر من حجة من لم يجزها ولم يرها شيئا ظاهر قـول اللـه - عـز وجـل واشـهدوا ذوى عـدل منكـــم الطلاق 2 وقـــوله تعـــالى واستشـــهدوا شهيدين من رجالكم البقـرة 282 ثـم قـال تعـالى ممن ترضون مـن الشـهداء البقـرة 282 والصـبي ليـــــــس بعـــــــدل ولا رضـــــــي
وقال عز وجل في الشهادة ومن يكتمها فـانه اثـم قلبه البقـرة 283 وليـس الصـبي كـذلك لانـه غيـر مكلف فدل على انه ليس من اهـل الشـهادة بنـص القـــــــران واللـــــــه المســـــــتعان
ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج قـال اخـبرني عبد الله بن ابي مليكة انـه ارسـل إلـى بـن عبـاس وهو قاض لابن الزبير يساله عـن شـهادة الصـبيان فقـال لا ارى ان تجـوز شـهادتهم انمـا امـر اللـه تعالى ممن يرضى والصبي ليس برضي

الاستذكار ج:7 ص:125

قال واخبرنا معمر عن ايوب عن بن ابي مليكة انـه كان قاضـيا لابـن الزبيـر فارسـل إلـى بـن عبـاس يساله عن شهادة الصبيان فلـم يجزهـا ولـم يرهـا شـــيئا
قال معمر وسمعت من يقول تكتب شـهادتهم ثـم تقر حتى يكبر الصبي ثم يوقف عليها فان حفظها جـــازت
قالت واخبرنا بـن جريـج قـال زعـم إسـماعيل بـن محمد ويعقوب بن عتبة وصـالح ان ليـس لمـن لـم يبلـــــــــغ الحلـــــــــم شـــــــــهادة
وهو قول شريح القاضي والشعبي وبن ابي ليلـى علـــــــى اختلاف عنهـــــــم فـــــــي ذلـــــــك
وقول القاسم وسالم ومكحول وعطـاء والحسـن وبه قال احمد واسحاق وابو عبيـد وابـو ثـور والله الموفق

1 (8 - باب ما جاء في الحنث على منبر النبي)

1395 - مالك عن هاشم بن هاشم بن عتبة بن ابي وقاص عن عبد الله بن نسطاس عن جابر بن عبد الله الانصاري ان رسول الله ﷺ قال (من حلف على منبري اثما تبوا (1) مقعده من النار)
وهكذا قال مالك هاشم بن هاشم وهو هاشم بن هاشم بن هاشم بن عتبة بن ابي وقاص الزهري روى عنه (مالك) ابو ضمرة - انس بن عياض - ومكي بن ابراهيم وشجاع بن الوليد ابو بدر السكوني
وقد قيل ان هاشم بن هاشم الذي روى عنه مالك هو ابو هاشم بن هاشم
وقد جعلهما ابو حاتم الرازي واحدا فقال (هاشم بن هاشم بن هاشم بن عتبة بن ابي وقاص الزهري روى عن سعيد بن المسيب وعامر بن سعد وعبد الله بن نسطاس روى عنه مالك والدراوردي وانس بن عياض ومروان الفزاري ومكي بن ابراهيم)
واما عبد الله بن نسطاس فهذلي تابعي ثقة

الاستذكار ج:7 ص:126

قال مصعب كان ابوه - نسطاس - مولى ابي بن خلف ادرك الجاهلية
وقال بن بكير والقعنبي وبن القاسم وطائفة في هذا الحديث (من حلف على منبري هذا فاليمين ائمة)
والمعنى في ذلك سواء وهو اشتراط الاثم في الوعيد دون (الكبر)
ومذهبنا في الوعيد كله ان الله لا يغفر ان يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء النساء 48
ومثل هذا في الوعيد حديث مالك في هذا الباب ايضا

1396 - عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمي عن اخيه عبد الله بن كعب بن مالك الانصاري عن ابي امامة ان رسول الله ﷺ قال (من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة واوجب له النار) قالوا وان كان شيئا يسيرا يا رسول الله قال (وان كان قضيبا من اراك وان كان قضيبا من اراك وان كان قضيبا من اراك) (1) قالها ثلاث مرات وهذا ايضا وعيد شديد عام يدخل فيه اقتطاع الحقوق عند منبر النبي ﷺ وغير منبره قال مالك - رحمه الله (على منبري) يريد عند منبري

قال ابو عمر قوله ﷺ (من حلف على منبري) تخصيص منه لمنبره ﷺ بذلك الوعيد الشديد وفصل له ثم عمم ﷺ ما في اقتطاع المرء المسلم بالوعيد ايضا - عصمنا الله ووفقنا لما يرضاه وقد روى عبد الله بن مسعود والاشعث بن قيس عن النبي ﷺ مثل هذا المعنى في اقتطاع مال المسلم ولم يذكر منبر النبي ﷺ ولا غيره وحدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني وكيع قال حدثني الاعمش عن ابي وائل عن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ (من حلف على يمين صبر يقتطع

بها مال امرئ مسلم وهو فيها كاذب لقي الله تعالى وهو عليه غضبان) (1) قال فدخل الاشعث بن قيس فقال ما يحدثكم ابو عبد الرحمن قلنا كذا وكذا قال (صدق) في نزلت

كان بيني وبين رجل خصومة فـي ارض فخاصـمته إلى رسول الله ﷺ فقال (بينتـك) فلـم تكـن لـي بينـة فقـال لـه (احلـف) قلـت اذن يحلـف فقـال رسول الله ﷺ عند ذلك من حلف علـى يميـن صـبر ليقتطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقـي الله وهو عليه غضـبان فنزلـت ان الـذين يشـترون بعهـد اللـه وايمـانهم ثمنـا قليلا اولئـك الايـة ال عمران 77 (2) ورواه منصور عن ابي وائل مثله بمعناه

1 (9 - باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر)

1397 - مالك عن داود بـن الحصـين انـه سـمع ابـا غطفان بن طريف المـري يقـول اختصـم زيـد بـن ثابت الانصاري وبـن مطيـع فـي دار كـانت بينهمـا إلـى مـروان بـن الحكـم وهـو اميـر علـى المدينـة فقضى مروان علـى زيـد بـن ثـابت بـاليمين علـى المنبر فقال زيد بـن ثـابت احلـف لـه مكـاني قـال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قـال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقـه لحـق ويـابى ان يحلف على المنبر قـال فجعـل مـروان بـن الحكـم يعجـب مـن ذلـك

قال مالك لا ارى ان يحلف احـد علـى المنـبر علـى اقـل مـن ربـع دينـار وذلـك ثلاثـة دراهـم

قال ابو عمر جملة مذهب مالك في هـذا البـاب ان اليمين لا تكون عند المنبر مـن كـل جـامع ولا فـي الجامع حيث كان الا في ربـع دينـار - ثلاثـة دراهـم فصاعدا او في عرض يساوي ثلاثة دراهم وما كـان دون ذلك حلـف فيـه فـي مجلـس الحـاكم او حيـث شاء من المواضع في السوق وغيرها

الاستذكار ج:7 ص:128

قال مالك يحلف المسلم في القسامة واللعان وفيما له بال من الحقوق على ربع دينار فصاعدا في جامع بلده في اعظم مواضعه وليس عليه التوجه إلى القبلة

هذه رواية بن القاسم

وروى بن الماجشون عن مالك انه يحلف قائما مستقبل القبلة

قال ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر الا منبر رسول الله ﷺ فقط يحلف عنده في ربع دينار فاكثر

قال مالك ومن ابى ان يحلف على المنبر فهو كالناكل عن اليمين ويحلف في ايمان القسامة عند مالك إلى مكة كل من كان من عملها فيحلف بين الركن والمقام ويحلف في ذلك إلى المدينة من كان من عملها فيحلف عند المنبر ومذهب الشافعي في اليمين بين الركن والمقام بمكة وعند منبر النبي - عليه السلام - بالمدينة نحو مذهب مالك الا ان الشافعي لا يرى اليمين عند المنبر بالمدينة ولا بين الركن والمقام بمكة الا في عشرين دينارا فصاعدا

وذكر عن سعيد بن سالم القداح عن بن جريج عن عكرمة قال ابصر عبد الرحمن بن عوف قوما يحلفون بين المقام والبيت فقال اعلى دم قيل لا فقال على عظيم من الاموال قالوا لا قال لقد خشيت ان يتهاون الناس بهذا المقام

هكذا رواه الحسن بن محمد الزعفراني عن الشافعي (يتهاون الناس)

ورواه المزني والربيع في كتاب اليمين مع الشاهد فقالا فيه لقد خشيت ان يبها الناس بهذا المقام وهو الصحيح عندهم ومعنى يبها يانس الناس به يقال بهات به أي انست به

قال ومنبر النبي - عليه السلام - في التعظيم مثل ذلك لما ورد فيه من الوعيد على من حلف عنده بيمين كاذبة تعظيما له
قال الشافعي وبلغني ان عمر بن الخطاب حلف عند المنبر في خصومة كانت بينه وبين رجل وان عثمان ردت عليه اليمين على المنبر فافتدى منها وقال اخاف ان يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه
قال الشافعي واليمين على المنبر ما لا خلاف فيه عندنا بالمدينة ومكة في قديم ولا حديث
قال ابو عمر اليمين عند المنبر مذهب الشافعي واصحابه في كل البلدان - قياسا على العمل من الخلف والسلف بالمدينة عند منبر النبي

الاستذكار ج:7 ص:129

قال الشافعي وقد عاب قولنا هذا عائب ترك فيه موضع حجتنا لسنة رسول الله والاثار بعده عن اصحابه وزعم ان زيد بن ثابت كان لا يرى اليمين على المنبر وانا روينا ذلك عنه وخالفناه إلى قول مروان بن الحكم بغير حجة
قال وهذا مروان يقول لزيد - وهو عنده احظى اهل زمانه وارفعهم لديه منزلة - (لا والله الا عند مقاطع الحقوق)
قال فما منع زيد بن ثابت لو يعلم ان اليمين على المنبر حق ان يقول لمروان ما هو اعظم من هذا وقد قال له اتحل الربا يا مروان فقال مروان اعوذ بالله وما هذا فقال فالناس يتبايعون الصكوك قبل ان يقبضوها فبعث مروان الحرس ينتزعونها من ايدي الناس فاذا كان مروان لا ينكر على زيد هذا فكيف ينكر على نفسه ان يلزمه اليمين على المنبر لقد كان زيد من اعظم اهل المدينة في عين مروان واثرهم عنده ولكن زيدا علم ان ما قضى به مروان حق وكره ان تصبر يمينه عند المنبر

قال الشافعي وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا والذي نقل الحديث فيه كانه تكلف لاجتماعنا على اليمين عند المنبر لقد كان زيد من اعظم اهل المدينة ثم ذكر احاديث عن السلف من الصحابة في اليمين عند المنبر منها الحديث عن المهاجر بنابي امية قال كتب الي ابو بكر رضي الله عنه ان ابعث الي بقيس بن مكشوح في وثاق فبعثت إليه به فجعل قيس يحلف ما قتل داذويه فاحلفه ابو بكر خمسين يمينا عند منبر رسول الله ﷺ بالله ما قتله ولا علم له قاتلا ثم عفا عنه قال ابو عمر واما اختلاف الفقهاء في اليمين عند المنبر بالمدينة وغيرها من البلدان وبمكة بين الركن والمقام فقد ذكرنا عن مالك والشافعي في ذلك ما بان به ما ذهبا إليه هما واصحابهما وقال بن ابي اويس قال مالك في الايمان التي تكون بين الناس في الدماء واللعان والحقوق لا يحلف فيها عند منبر الا عند منبر النبي ﷺ في القسامة في الدماء واللعان والحقوق فيما بلغ ثلاثة دراهم من الحقوق واما سائر المساجد فانهم يحلفون فيها ولا يحلفون عند منابرها واما ابو حنيفة فذكر الجوزجاني وغيره عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد قالوا لا يجب الاستحلاف عند منبر ﷺ على احد ولا بين الركن والمقام على احد في قليل الاشياء ولا كثيرها ولا في الدماء ولا في غيرها ولكن الحكام يحلفون من وجبت عليه اليمين في مجالسهم

الاستذكار ج:7 ص:130

1 (10 - باب ما لا يجوز من غلق الرهن)

1398 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن

المسيب ان رسول الله ﷺ قال (لا يغلق الرهـن) قال مالك وتفسير ذلك فيمـا نـرى والله اعلـم ان يرهـن الرجـل الرهـن عنـد الرجـل بالشـيء وفـي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهـن ان جئتك بحقك إلى اجل يسميه له والا فالرهن لك بمـــــــــا رهـــــــــن فيـــــــــه
قال فهذا لا يصلح ولا يحـل وهـذا الـذي نهـي عنـه وان جاء صاحبه بالذي رهن به بعـد الاجـل فهـو لـه وارى هـــــــذا الشـــــــرط منفســـــــخا
قال ابو عمر قد ذكرنا فـي (التمهيـد) مـن وصـل الحديث فجعله عـن سـعيد بـن المسـيب عـن ابـي هريرة من رواة مالك ومـن رواة بـن شـهاب ايضـا ومنهم من يرويه عن بن شـهاب عـن سـعيد وابـي سـلمة عـن ابـي هريـرة عـن النـبي ﷺ ومنهم من يزيد فيه مرسلا ومسندا (الرهن ممـن رهنـه لـه غنمـه وعليـه غرمـه) وجعلـه بعضـهم مـن قـول سـعيد بـن المسـيب
وقد حدثنا خلف بن قاسـم قـال حـدثني علـي بـن الحسـن واحمـد بـن محمـد بـن يزيـد الحلـبي قـالا حدثني علي بن عبد الحميد الغضائري قال حـدثني مجاهد بن موسى قال حدثني معن بن عيسى عـن مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (لا يغلق الرهن وهو مـــــن صـــــاحبه) (1)
هكذا جاء هذا الاسناد عن معـن بـن عيسـى وليـس كـــــذلك فـــــي الموطـــــا
ورواه معمر وبن ابي ذئب ويحيـى بـن ابـي انيسـة كلهم عن الزهري عن سعيد عـن ابـي هريـرة عـن النبي ﷺ قال (لا يغلق الرهن ممن رهنه لـه غنمـه وعليـــــــــه غرمـــــــــه)
وقد ذكرنا الاسانيد بكل ذلك من طرق متواترة في

(التمهيـــــد) والحمـــــد للـــــه كـــــثيرا واصل هذا الحديث عند اكثر اهل العلـم بـه مرسـل وان كان قد وصل من

الاستذكار ج:7 ص:131

جهـات كـثيرة الا انهـم يعللونهـا علـى مـا ذكرنـا عنهم في (التمهيد) وهم مع ذلك لا يـدفعه بـل الجميـــع يقبلـــه وان اختلفـــوا فـــي تـــاويله والرواية فيه (لا يغلق الرهن) بضم القاف على الخبر بمعنى الرهن ليـس يغلـق أي لا يـذهب ولا يتلـــــف بـــــاطلا واللـــــه اعلـــــم والنحويون يقولون غلق الرهـن اذا لـم يوجـد لـه تخلـــص قـــــــــــــــال زهيـــــــــــــــــــــــــــــــر (وفارقتك برهن لا فكاك له

يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا (1))

وقال قعنب بن ام صاحب

(بانت سعاد وامسى دونها عدن

وغلقت عندها من قلبك الرهن (2))

وقال اخر

(كان القلب ليلة قيل يغدي

بليلـــــــى العامريـــــــة او يـــــــراح)

(قطاة عرها شرك فباتت

تجاذبه وقد غلق الجناح (3))

وقد اكثرنا في (التمهيد) من الشواهد بالشعر في هذا المعنى

وقال ابو عبيد لا يجوز في كلام العرب ان يقال في الرهن اذا ضاع قد غلق انما يقال قد غلق اذا استحقة المرتهن

فذهب به ثم ذكر نحو تفسير مالك له في الموطا

وعلى نحو تفسير مالك لذلك فسره

سفيان الثوري
وبمثل ذلك جاء تفسيره عن شريح
القاضي وطاوس وابراهيم النخعي
وقد كان الزهري يقوله ثم رجع عنه
اخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني
محمد بن يحيى بن عمر قال حدثني علي
بن حرب قال حدثني سفيان بن عيينة
عن عمرو عن طاوس قال اذا رهن
الرجل الرهن فقال صاحبه ان لم اتك
إلى كذا وكذا فالرهن لك قال ليس
بشيء ولكن يباع فياخذ حقه ويرد ما
فضل

الاستذكار ج:7 ص:132

روى هشيم عن منصور عن ابراهيم قال اذا اقرض الرجل الرجل قرضا ورهنه رهنا وقال له ان اتيتك بحقك إلى اجل كذا والا فهو لك بما فيه قال ليس هذا بشيء هو رهن على حاله لا يغلق وهذا كله كما فسره مالك - رحمه الله وهذا يدل على ان قوله (لا يغلق الرهن) انما هو في الرهن القائم الموجود لا فيما هلك من الرهون وانه لياخذه المرتهن اذا حل الاجل بماله عليه من الشرط الذي ابطلته السنة وجعلت صاحبه اولى به اذا اراد افتكاكه فادى دينه وذكر عبد الرزاق عن معمر قال قلت للزهري ارايت قوله (لا يغلق الرهن) اهو الرجل يقول ان لم اتك بمالك فهذا الرهن لك قال نعم قال معمر ثم بلغني انه ان هلك لم يذهب حق هذا انما هلك من رب المال له غنمه وعليه غرمه قال ابو عمر اختلف العلماء - قديما وحديثا - من الصحابة والتابعين ومن بعدهم في الرهن يهلك عند المرتهن ويتلف من غير جناية منه ولا تضييع فقال مالك بن انس والاوزاعي وعثمان البتي اذا

كان الرهن مما يخفي هلاكه نحو الـذهب والفضـة والثياب والحلي والسيف واللجام وسائر مـا يغـاب عليه من المتاع ويخفى هلاكه فهو مضـمون علـى المرتهن ان هلك وخفي هلاكـه ويـترادان الفضـل فيمـــــــــــــــــــا بينهمـــــــــــــــــــا
وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ذهـب الـدين كله ويرجـع الراهـن علـى المرتهـن بفضـل قيمـة الرهـــن
وان كانت قيمة الرهن مثل الـدين ذهـب بمـا فيـه وان كـــانت اقـــل اتـــم الراهـــن للمرتهـــن دينـــه
وان اختلفا فسياتي القول فيه في بـاب بعـد هـذا حيـــــث ذكـــــره مالـــــك - رحمـــــه اللـــــه
وكان مالك وبن القاسم يذهبان فيمـا يغـاب عليـه من الرهن انه ان قامت البينة علـى هلاكـه فليـس بمضـمون الا ان يتعـدى فيـه المرتهـن او يضـيعه فيضـــمن
وقـال اشـهب كـل مـا يغـاب عليـه مضـمون علـى المرتهـــــــن خفـــــــي هلاكـــــــه او ظهـــــــر وهـــــــو قـــــــول الاوزاعـــــــي والبـــــــتي
واتفق مالك واصـحابه والاوزاعـي وعثمـان البـتي في الرهن اذا كان مما يظهر

هلاكه نحو الدور والارضين والحيوان وما كان مثل ذلك كله فهلك انه من مال الراهـن ومصـيبته منـه والمرتهـــــــــن فيـــــــــه اميـــــــــن
وروى هذا القول الاوزاعي عن يحيى بن ابي كـثير عـن علـي بـن ابـي طـالب - رضـي اللـه عنـه
وقال بن ابي ليلى وعبيد الله بن الحسن واسـحاق وابو عبيـد فـي هلاك الرهـن عنـد المرتهـن انهمـا يـترادان الفضـل بينهمـا علـى مثـل قـول مالـك والاوزاعي والبتي الا انـه لا فـرق عنـدهم بيـن مـا يظهر هلاكه وبين ما لا يظهر وبين مـا يغـاب عليـه وبيـــــــــن مـــــــــا لا يغـــــــــاب عليـــــــــه

والرهن عندهم مضمون على كل حال حيوانا كان او غيره
وروي هذا القول ومعناه عن علي بن ابي طالب من حديث قتادة عن خلاس عن علي - رضي الله عنه
وروي ايضا عن بن عمر من حديث ادريس الاودي عن ابراهيم بن عميرة عن بن عمر الا ان ابراهيم بن عميرة مجهول لا يعرف
وقال سفيان الثوري وابو حنيفة واصحابه والحسن بن حي ان كان الرهن مثل الدين او اكثر فهو بما فيه وان كان اقل من الدين ذهب من الدين بقدره ورجع المرتهن على الراهن بما نقص من قيمة الرهن عن الدين
والرهن عندهم مضمون بقيمة الدين فما دون وما زاد على الدين فهو امانة
وروي مثل هذا القول عن علي مثله من حديث عبد الاعلى عن محمد بن الحنفية عن علي وهو احسن الاسانيد في هذا الباب عن علي - رضي الله عنه
وقال شريح القاضي وعامر الشعبي وشريك وغير واحد من الكوفيين يذهب الرهن بما فيه من الدين اذا هلك سواء كانت قيمته مثل الدين او اقل او اكثر ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وهو قول الفقهاء السبعة المدنيين الا انهم انما يجعلونه بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ولم تقم بينه على ما فيه فان قامت بينة على ما فيه ترادا الفضل
وبه قال الليث بن سعد ومالك بن انس اذا عميت قيمة الرهن واقر الراهن والمرتهن جميعا انهما لا يعرفان قيمته فهو بما فيه
قال الليث وبلغني ذلك عن علي بن ابي طالب - رضي الله عنه

والحيوان عند الليث لا يضمن الا ان يتهم المرتهن في دعوى الموت والاباق

الاستذكار ج:7 ص:134

قال الليث بالموت يكون ظاهرا معلوما لا يخفى وان اعلم المرتهن الراهن بموته او اباقه او اعلم السلطان - ان كان صاحبه غائبا - حلف وبرىء وقالت طائفة من اهل الحجاز منهم سعيد بن المسيب وبن شهاب الزهري وعمرو بن دينار ومسلم بن خالد الزنجي والشافعي واصحابه الرهن كله امانة قليلة وكثيرة ما يغاب عليه منه وما لا يغاب عليه ولا يضمن الا بما يضمن به الودائع من التعدي والتضييع كسائر الامانات ولا يضير المرتهن هلاك الرهن ودينه ثابت على حاله وسواء عندهم الحيوان في ذلك والدور والرباع والثياب والحلي وغير ذلك وبه قال احمد بن حنبل وابو ثور وداود بن علي وجمهور اهل الحديث وحجتهم في ذلك حديث سعيد بن المسيب عن ابي هريرة عن النبي ﷺ ومنهم من يرسله عن سعيد ومنهم من يجعله من قوله (الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) وقد اوضحنا ذلك كله في (التمهيد) وقال هؤلاء يعني قوله ﷺ له عنه أي له غلته وخراجه وفائدته كما له رقبته ومعنى عليه غرمه أي فكاكه ومصيبته قالوا والمرتهن ليس بمعتد حينئذ فيضمن وانما يضمن من تعدى وقال المزني قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان ما ظهر هلاكه امانة وقال ابو حنيفة ومن قال بقوله ما زاد على قيمة الرهن فهو امانة فالواجب بحق النظر ان يكون

كلــــــــــــــــــــه امانــــــــــــــــــــــة
ومعنـى قـوله لـه غنمـة وعليـه غرمـه عنـد مالـك واصحابه أي له غلته وخراجه واجرة عمله كما قال مــــــــــن تقــــــــــدم ذكـــــــــره
قالوا ومعنى قـوله وعليـه غرمـه أي نفقتـه ليـس الفكـــــــــــــــاك والمصـــــــــــــــيبة
قالوا لان الغنم اذا كان الخراج والغلـة كـان الغـرم مـــــا قابــــــل ذلــــك مـــــن النفقـــــة
قالوا والاصل ان المرتهن اذا لم يتعمد لـم يضـمن ما ظهر هلاكه ويضـمن مـا غـاب هلاكـه مـن حيـث ضمنه المستعير سواء لان لكـل واحـد منهمـا اخـذ الشيء لمنفعة نفسه والمرتهن اخذه وتبعه بحقـه والمستعير اخذ العارية للمنفعة بهـا دون صـاحبها ما دامت عنده

الاستذكار ج:7 ص:135

وليـس كـذلك الامـانه لان الاميـن ياخـذها لمنفعـة ربهـــا وذلـــك حفظهـــا عليـــه وحراســـتها لـــه
قالوا وفي معنى قوله له غنمه وعليه غرمه قـــوله ﷺ (الرهن مركوب ومحلوب) (1) أي اجر ظهره لربه ونفقته عليه ولا يجوز ان يكون ذلك للمرتهـن لانه ربا من اجل الدين الذي له ولا يجـوز ان يكـون الراهـن يلـي الركـوب والحلاب لانـه كـان يصـير - حينئذ - الرهن عنده غير مقبوض والرهـن لا بـد ان يكـــون مقبوضـــا ولـــو ركبـــه لخـــرج مـــن الرهـــن
وامـا ابـو حنيفـة واصـحابه فتاويـل قـوله - عليـه السلام - عنـدهم (لـه غنمـه وعليـه غرمـه) أي لا يكون غنمه للمرتهن ولكـن يكـون للراهـن وغنمـه عندهم ما فضل مـن الـدين وغرمـه مـا نقـص مـن الـــــــــــــــــــــــــــــــــــدين
وهذا كله ايضا عنـدهم فـي سـلامة الرهـن لا فـي عطبـــــــــــــــــــــــــــــــــــه
والرهـــن عنـــدهم مضـــمون بالـــدين لا بنفســـه ولا

قيمته
ومن حجتهم ان المرتهن لما كان احق بالرهن من سائر الغرماء في الفلس علم انه ليس كالوديعة فانه مضمون ولانه لو كان امانة لم يكن المرتهن احق به
وقال الشافعي معنى قوله ﷺ (لا يغلق الرهن) قول عام لم يخص فيه ما يظهر هلاكه مما لا يظهر وما يعاب عليه مما لا يعاب عليه ومن فرق بين شيء من ذلك فقد قال بما لا يعضده نص ولا قياس
ولو عكس هذا القول على قائله فقيل ما ظهر هلاكه لا يكون امانة لانهما قد رضيا ان يكون الرهن بما فيه او مضمونا بقيمته واما ما يخفى هلاكه فقد رضي صاحبه بدفعه إلى المرتهن وهو يعلم ان هلاكه يخفى فقد رضي فيه امانته فهو لامانته فان هلك لم يهلك من مال المرتهن وذلك لا يصح لانه لا دليل لقائله من نص كتاب ولا سنة ولا قياس
قال ولا خلاف علمته بين العلماء ان ما ظهر هلاكه من الامانة وما خفي سواء انه مضمون وما ظهر او خفي هلاكه من المضمون سواء في انه مضمون

الاستذكار ج:7 ص:136

قال وكذلك قول اهل الكوفة لا يستقيم في قياس ولا نظر ولا فيه اثر يلزم انهم جعلوا الرهن مرة مضمونا بما فيه الدين ومرة مضمونا بالقيمة بما فيه والمضمونات انما تضمن بالقيمة اذا فاتت كانما فيها من الحق فان ذكروا رواية عن علي فالخلاف عن علي موجود والسنة تدل على انه امانة وبالله التوفيق
اختصرت كلامه هذا ولكل هذه الطوائف حجج

يطول ذكرها قد تقصاها اصحابهم كل لمذهبه وبالله التوفيق لا شريك له

1 (11 - باب القضاء في رهن الثمر والحيوان)

1399 - قال مالك فيمن رهن حائطا له إلى اجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الاجل ان الثمر ليس برهن مع الاصل الا ان يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهي حامل او حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها

قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية ان رسول الله قال (من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع)

قال والامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة او شيئا من الحيوان وفي بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشتري اشترطه المشتري او لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين في بطن امه

قال مالك ومما يبين ذلك ايضا ان من امر الناس ان يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن احد من الناس جنينا في بطن امه من الرقيق ولا من الدواب

قال ابو عمر لم يختلف قول مالك واصحابه ان ما تلده المرهونة فهو رهن معها وان الثمرة الحادثة ليست برهن معها وان الثمرة مع الاصل لا مع الاشتراط

وقال الليث بن سعد اذا كان الدين حالا دخلت الثمرة في الرهن واذا كان إلى اجل فالثمرة إلى صاحب الاصل

وروي عنه انه لا تدخل فيه الا ان تكون موجودة يوم الرهن في الشجر

وقال الشافعي لا يدخل الولد الحادث ولا الثمرة الحادثة في الرهن كم ا لا يدخل مال العبد عند الجميع اذا رهن العبد
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا ولدت المرهونة بعد الرهن دخل ولدها في الرهن وكذلك اللبن والصوف وثمر النخل والشجر وهو قول الثوري والحسن بن حي وبه قال ابو جعفر الطبري قال وكذلك الغلة والخراج كل ذلك داخل في الرهن بغير شرط قال ابو عمر قد اوضح مالك وجه الصواب فيما ذهب إليه في هذه المسالة
واما الشافعي فحجته ان الثمرة لما لم تدخل في بيع الاصل الا بالشرط دل على انها شيء اخر غير الاصل ولا تدخل في الرهن الا بالشرط بعد ظهورها والامة لا يصح رهن جنينها في بطنها فاذا ولدت فهو مباين لها لم يقع عليه الرهن فهو للراهن
واما ابو حنيفة فقاسه على المكاتبة التي ولدها مثلها اذا ولدته بعد الكتابة ولا فرق عنده بين الثمرة والولد لان ذلك كله نمى من الاصل والاحتجاج بمذاهبهم فيه تشعيب والاصل ما ذكرته لك

1 (12 - باب القضاء في الرهن من الحيوان)

1400 - قال مالك الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن ان ما كان من امر يعرف هلاكه من ارض او دار او حيوان فهلك في يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئا وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا

وصفه احلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه اهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما سمى فيه المرتهن اخذه الراهن وان كان اقل مما سمى احلف الراهن على ما سمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذي سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان ابى الراهن ان يحلف اعطي المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لا علم لي بقيمة الرهن حلف الراهن

على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالامر الذي لا يستنكر

قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدي غيره

قال ابو عمر قد تقدم القول فيما يغاب عليه من الرهون وما لا يغاب عليه منها في الباب الذي قبل هذا باب غلق الرهن فلا معنى لاعادته ها هنا واما اختلاف الرهن والراهن والمرتهن فيما على الراهن من الدين فقول مالك ما ذكره في (الموطا) مما قد ذكرناه عنه في هذا الباب ولم يختلف اصحابه عنه ان القول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن

ولا نعلم احدا راعى قيمة الرهن في هذه المسالة غير مالك ومن قال بقوله الا انهم لا يكون القول عندهم قول المرتهن الا إلى قيمة الرهن لان الرهن وثيقة بالدين فاشبه إليه وصار القول قول من الرهن في يده إلى مقدار قيمته ولا يصدق على اكثر من ذلك والقول قول الراهن فيما زاد على ذلك فان كان الرهن قائما واختلفا في الدين فان كان الرهن قدر حق المرتهن اخذه بحقه وكان اولى به من الراهن الا ان يشاء رب الرهن ان يعطيه حقه الذي حلف عليه وياخذ رهنه وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما والثوري والحسن بن حي اذا هلك الرهن واختلف الراهن

والمرتهن في مقدار الدين فالقول قـول الراهـن في الدين مع يمينه ولا قول للمرتهن ها هنـا إلـى قيمـة الرهـن ولا مـا دون ولا مـا فـوق لانـه مـدع عنـــدهم

قال ابو عمر المرتهن مدع فاذا لم تكن بينـة حلـف الراهن على ظاهر السنة المجتمع عليها ولا يلـزم الراهن من الدين الا ما اقر به او قامت عليـه بينـة فـان اختلفـا فـي قيمـة الرهـن الهالـك او صـفته فالقول قـول المرتهـن عنـد مالـك واصـحابه لانـه الضامن لقيمتـه وهـو مـدعى عليـه والراهـن مـدع باكثر مما يقر به المرتهن والشـافعي والكوفيـون على اصولهم المتقدمة وهذا باب مطرد لـو وقـف على المدعي من المدعى عليه فيه وبالله التوفيق

1 (13 - باب القضاء في الرهن يكون بين الرجلين)

1401 - قال مالك في الرجلين يكـون لهمـا رهـن بينهما فيقوم احدهما ببيع

رهنه وقد كان الاخر انظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على ان يقسم الرهـن ولا ينقـص حـق الـذي انظره بحقه بيع له نصف الرهن الذي كـان بينهمـا فاوفي حقه وان خيف ان ينقص حقـه بيـع الرهـن كله فاعطي الذي قام ببيع رهنه حقه من ذلك فان طـابت نفـس الـذي انظـره بحقـه ان يـدفع نصـف الثمن إلى الراهن والا حلف المرتهن انه ما انظره الا ليوقف لي رهني علـى هيئتـه ثـم اعطـي حقـه عـــاجلا

قال وسمعت مالكا يقول فـي العبـد يرهنـه سـيده وللعبـد مـال ان مـال العبـد ليـس برهـن الا ان يشـــــــــــــــــــترطه المرتهـــــــــــــــــــن

قال ابو عمر قد مضى الكلام في باب القضاء فـي

رهن الثمر والحيوان ما يغني عن الكلام في مال العبد
ولا خلاف عن مالك فيه الا انهم اختلفوا فيما يستفيده العبد المرهون هل يدخل في الرهن ام لا
واختلف في ذلك ايضا اصحاب مالك - رحمه الله واتفق بن القاسم واشهب انه لا يكون ما يوهب العبد ولا خراجه رهنا وخالفهما يحيى بن عمر فقال ذلك كله رهن معه
قال ابو عمر الصواب ان لا يكون الخراج ولا غيره مما يستفيده رهنا لانه ملك للراهن لم يتعاقد عليه الرهن
وقد اتفق العلماء ان مال العبد لا يدخل في البيع الا بالشرط وهي السنة فالرهن احرى بذلك واولى
واما القضاء في ارتهان الرجلين فقال مالك ما تقدم ذكره
وقال ايضا اذا ارتهن رجلان بدين لهما على رجل دينا وهما فيه شريكان لم يصح قضاء احدهما دون الاخر ولا يقبض الرهن حتى يستوفي المرتهن ماله عليه ما فيه فان لم يكونا فيه شريكين فانه اذا قبض احدهما قبض حصته
وقال ابو حنيفة سواء كانا شريكين او غير شريكين لا ياخذان الرهن حتى يستوفيا جميع الدين
وقال الشافعي يصح الرهن من رجل لرجلين ومن رجلين لرجل ولكل واحد منهما نصف الرهن فاذا قضى احدهما نصيبه اخذ نصيبه من الرهن فان كان المرتهن واحدا والراهنان اثنين فاجر احدهما او قبض منه حصته من اثنين خرجت حصته من الرهن وكذلك لو كانا رجلين فاجر احدهما او قبض حصته فنصفه خارج من الرهن ويقاسمه ان كان مما يكال او يوزن

1 (14 - باب القضاء في جامع الرهون)

1402 - قال مالك فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عند المرتهن واقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا (1) في الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذي للرجل فيه عشرون دينارا قال مالك يقال للذي بيده الرهن صفه فاذا وصفه احلف عليه ثم أ قام تلك الصفة اهل المعرفة بها فان كانت القيمة اكثر مما رهن به قيل للمرتهن اردد إلى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة اقل مما رهن به اخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه

قال ابو عمر هذا كله من قوله على اصله فيم ا يغاب عليه من الرهون انه على المرتهن مضمون فلما كان مضمونا عليه وكان له دينه الذي اتفقا على تسميته ثم اختلفا في قيمة الرهن وهو تالف قد ضاع واصله ان القول في صفة الرهن قول المرتهن لانه كان بيده وثيقة بدينه فصار مدعى عليه فيما لا يقر به من قيمته فوجبت اليمين عليه في صفته ثم ضمن تلك الصفة وترادا الفضل في ذلك لانهما قد اتفقا على تسمية الدين ولو اختلفا في مبلغ الدين كان القول فيما زاد على الرهن قول الراهن لانه مدعى عليه

واما الشافعي فالرهن عنده امانه على ما قدمنا ذكره عنهم ومن قال كقوله فلا يضر المرتهن إلى هلاكه ودينه فان على الراهن بما له فان اتفقا على مبلغ الدين لزم الراهن الخروج عنه والاداء إلى المرتهن وان اختلفا فالمرتهن مدع فان لم تقم له بينة فالقول قول الراهن مع يمينه حينئذ

لانـه مـدعى عليـه وهـذا كلـه بيـن لا اشـكال فيـه واما ابـو حنيفـة فـالرهن عنـده بمـا فيـه اذا هلـك وكانت قيمته كالدين او اكثر وان كانت قيمته اقـل رجـــع المرتهـــن علـــى الراهـــن بتمـــام دينـــه وبكـل قـول مـن هـذه الاقـوال قـال جماعـة مـن السلف قد ذكرناهم فيما مضى والحمد للـه كـثيرا قال مالك (2) الامر عندنا في الرجلين يختلفــان في الرهن يرهنه احدهما

صـاحبه فيقـول الراهـن ارهنتكـه بعشـرة دنـانير ويقـول المرتهـن ارتهنتـه منـك بعشـرين دينـارا والرهن ظاهر بيد المرتهـن قـال يحلـف المرتهـن حـــــتى يحيـــــط بقيمـــــة الرهـــــن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه اخذه المرتهـن بحقـه وكـان اولـى بالتبدئـة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا ان يشاء رب الرهن ان يعطيه حقه الذي حلف عليه وياخذ رهنه قال وان كان الرهن اقل من العشرين التي سمى احلف المرتهن على العشرين التي سمى ثم يقال للراهن اما ان تعطيه الذي حلف عليه وتاخذ رهنـك واما ان تحلـف علـى الـذي قلـت انـك رهنتـه بـه ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلـك عنـه وان لـم يحلـف لزمـه غـــــرم مـــــا حلـــــف عليـــــه المرتهـــــن قال ابو عمر هذا بين كله على ما تقـدم مـن اصـل قوله لا خلاف عند اصحابه ومنتحلي مذهبه فيـه الا فـي قـوله احلـف المرتهـن علـى العشـرين الـتي سمى ثم قيل للراهن اما ان تحلف علـى مـا قلـت ولا يلزمك اكثر من قيمة رهنك او مبلغ اقـررت بـه من الدين واما ان يغـرم مـا حلـف عليـه المرتهـن وهـــــذا موضـــــع اختلـــــف فيـــــه بعضـــــهم فـــــذهب بعضـــــهم إلـــــى قـــــول مالـــــك هـــــذا وبعضهم قال قول الراهن مع يمينه فيما زاد علـى

قيمة الرهن مما ادعاه المرتهن ان لم يقم المرتهن بينة بما ادعاه ولا يمين عليه الا ان يردها عليه الراهن

واما الشافعي فقد تق دم وصفنا لمذهبه في ان الرهن امانة عنده وما ادعاه المرتهن من الدين عليه فيه البينة فان لم تكن له بينة حلف الراهن على ما اقر به وان لم يكن عليه غير ذلك وله ايضا عنده رد اليمين ان شاء على ما قدمنا من اصله في ذلك ايضا

واما الكوفيون فحكى الطحاوي عنهم قال القول قول الراهن في مقدار الدين الذي وقع به الرهن اذا اختلف هو والمرتهن فيه مع يمينه بالله عز وجل على ذلك ان طلب المرتهن يمينه عليه والقول قول المرتهن في قيمة الرهن اذا ضاع في يده واختلف هو والراهن في قيمته مع يمينه بالله عز وجل على ذلك ان طلب الراهن يمينه عليه فان حلف بريء وان نكل عن اليمين لزمه ما ادعاه عليه الراهن فيه

قال ابو عمر اتفق الشافعي وابو حنيفة واصحابهما والثوري ان القول قول الراهن اذا خالفه المرتهن في مبلغ ما رهن به الرهن ولم يراعوا مبلغ قيمة الرهن لان الرهن قد يساوي ما رهن به وقد لا يساوي والمرتهن يدعي فيه ما لا يقر له به الراهن فالقول قول الراهن لانه مدعى عليه والبينة في ذلك على المرتهن فان لم

تكن له بينة حلف الراهن واخذ رهنه وادعى ما اقر به

وهذا القول قول ابراهيم النخعي وعطاء بن ابي رباح وايا س بن معاوية وطائفة

وحجة من قال بهذا القول اجماعهم على ان من اقر بشيء وليس عليه فيه بينة فالقول قوله واجماعهم ايضا على ان المتبايعين اذا اختلفا في

ثمن السلعة انه لا يكون القول قول من ادعى من الثمن ما يكون قيمة السلعة والحجة لمالك ومن قال بقوله ما قاله إسماعيل بن إسحاق في قوله عز وجل ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة البقرة 283 قال فجعل الرهن بدلا من الشهادة لان المرتهن اخذ بحقه وثيقة له فكانه شاهد له لانه يبني على مبلغ الحق فقام مقام الشاهد إلى ان يبلغ قيمته وما جاوز قيمته فلا وثيقة له فيه وكان القول في ذلك قول الراهن

وهذا كله قول طاوس والحسن وقتادة ويحيى بن سعيد واكثر اهل المدينة

قال مالك (1) فان هلك الرهن وتناكرا الحق فقال الذي له الحق كانت لي فيه عشرون دينارا وقال الذي عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذي له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذي عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذي له الحق صفه فاذا وصفه احلف على صفته ثم اقام تلك الصفة اهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن اكثر مما ادعى فيه المرتهن احلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته اقل مما يدعي فيه المرتهن احلف على الذي زعم انه له فيه ثم قاصه بما بلغ الرهن ثم احلف الذي عليه الحق على الفضل الذي بقي للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك ان الذي بيده الرهن صار مدعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ما حلف عليه المرتهن مما ادعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه ما بقي من حق المرتهن بعد قيمة الرهن

قال ابو عمر هذا كله من قوله مكررا والمعنى لا خفاء فيه على من له ادنى فهم ولا مدخل فيه للكلام عليه الا مكررا معادا لانه قد مضى معنى ما

ذهب إليه مالك وغيره من العلماء في ذلك واضحا غير مشكل على كل متامل والحمد لله كثيرا

1 (15 - باب القضاء في كراء الدابة والتعدي بها)

1403 - قال مالك الامر عندنا في الرجل يستكري الدابة إلى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم ان رب الدابة يخير فان احب ان ياخذ كراء دابته إلى المكان الذي تعدي بها إليه اعطي ذلك ويقبض دابته وله الكراء الاول وان احب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المستكري وله الكراء الاول ان كان استكرى الدابة البداة (1) فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذي استكرى إليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الاول وذلك ان الكراء نصفه في البداءة ونصفه في الرجعة فتعدى المتعدي بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الاول ولو ان الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكرى إليه لم يكن على المستكري ضمان ولم يكن للمكري الا نصف الكراء قال وعلى ذلك امر اهل التعدي والخلاف لما اخذوا الدابة عليه

ثم ذكر مسالة في المقارض يخالف فيشتري غير ما امره به صاحب المال ليكون له الربح كله ويضمن من راس المال والمبضع معه يخالف رب البضاعة فيما امره به ويتعدى ليضمن البضاعة وياخذ ربحها فان رب المال في الوجهين جميعا يخير بين ان يضمنه وبين ان يجيز فعله ويكون على شرطه وقد تقدم ذكر ذلك كله في كتاب القراض واما تعدي المكتري بالدابة فان اكثر اهل العلم

خالفوا مالكا في ذلك ولم يجعلوه من باب العامل في القراض ولا المبضع معه يخالفان ما امرا به في ذلك
واما الشافعي فقال عنه المزني ولو اكتري دابة من مكة إلى مر فتعدى بها إلى عسفان فعليه كراؤها إلى مر وكراء مثلها إلى عسفان وعليه الضمان يعني - ان عطبت
وقال احمد بن حنبل من اكترى دابة إلى موضع فجاوز فعليه الاجرة المذكورة واجرة المثل لما جاوز وان تلفت فعليه ايضا قيمتها

الاستذكار ج:7 ص:144

ذكره المزني في مختصره على مذهب احمد وهذا كقول الشافعي سواء
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد فيم ا ذكر الطحاوي عنهم من اكترى دابة إلى مكان فجاوز بها إلى مكان اخر كان ضامنا لها ساعة جاوز بها وكان عليه الاجرة ولا شيء عليه في مجاوزته بها بعد سلامتها وان عطبت في مجاوزته بها كان عليه ضمان قيمتها ساعة تجاوز بها
قال ابو عمر مذهبهم انه اذا جاوز بها كانت في ضمانه ان سلمت او عطبت فليس عليه اجرة لما هو ضامن له
وهذا خلاف ظاهر القران وظاهر السنة قال الله عز وجل لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل البقرة 188
وقال رسول الله ﷺ(لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) (1)
والمتعدي بالدابة اذا تجاوز بها الموضع الذي اكتراها إليه فقد وجب لصاحبها عليه اجرة مثلها في ذلك فان لم يردها إليه كان قد اكل ماله باطلا بغير طيب نفسه ومن لم يوجب على المكتري كراء ما تعدى فيه بها فقد اعطاه مال غيره بغير

طيب نفس منه وليس اعتلاله برايه انها صارت في ضمانه بشيء لان الله تعالى لم يجعل الدابة اذا سلمت في ضمان المتعدي بها ولا رسوله ولا اتفق الجميع عليه بل الجمهور يقولون اذا اسلمت فلا ضمان على المكتري فيها وانما عليه كراء المسافة التي تعدى عليها وقد تناقض ابو حنيفة فقال فيمن تعدى في بضاعة ابضعت معه فتجر فيها انه ليس له الربح وعليه ان يتصدق به وكذلك الغاصب وسنذكر هذه المسالة في موضعها من هذا الكتاب ان شاء الله

1 (16 - باب القضاء في المستكرهة من النساء)

1404 - مالك عن بن شهاب ان عبد الملك بن مروان قضى في امراة اصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في الرجل يغتصب المراة بكرا كانت او ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت امة فعليه ما نقص من

الاستذكار ج:7 ص:145

ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا ان يشاء ان يسلمه قال ابو عمر قوله والعقوبة في ذلك على المغتصب قد رواه القعنبي كما رواه يحيى ولم يروه بن بكير ولا بن القاسم ولا مطرف ورووا كلهم ولا عقوبة في ذلك على المغتصبة الا القعنبي فلم يروه وقد اجمع العلماء على ان على المستكره المغتصب الحد ان شهدت البينة عليه بما يوجب الحد او اقر بذلك فان لم يكن فعليه العقوبة ولا

عقوبة عليها اذا صح انه استكرهها وغلبها على نفسها وذلك يعلم بصراخها واستغاثتها وصياحها وأن كانت بكرا فيما يظهر من دمها ونحوها مما يفصح به امرها فان لم يكن شيء من ذلك وظهر بها حمل وقالت استكرهت فقد اختلف العلماء في ذلك ونذكره عند قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - او كان الحمل والاعتراف في كتاب الرجم - ان شاء الله تعالى ولا نعلم خلافا بين العلماء ان المستكرهة لا حد عليها اذا صح استكراهها بما ذكرنا وشبهه حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني معمر بن سليمان الزيني عن حجاج عن عبد الجبار بن وائل عن ابيه قال استكرهت امراة على عهد النبي فدرا عنها الحد (1)

وعن ابي بكر وعمر والخلفاء وفقهاء الحجاز والعراق مثل ذلك

واختلف الفقهاء في وجوب الصداق على المغتصب فقال مالك والليث والشافعي عليه الصداق والحد جميعا

وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وسفيان الثوري عليه الحد ولا مهر عليه

وهو قول بن شبرمة لا يجتمع عندهم صداق وحد قال ابو عمر هذا على مذاهبهم في السارق انه اذا قطع لم يجب عليه غرم ومسالة السارق مختلف فيها ايضا

الاستذكار ج:7 ص:146

والصحيح في المسالتين وجوب الصداق ووجوب الغرم لان حد الله تعالى لا يسقط به حق الادمي وهما حقان واجبان اوجبهما الله تعالى ورسوله فلا يضر اجتماعهما

ذكر عبد الرزاق عن بن جريج قال اخبرني بن شهاب في بكر افتضت بصداق مثلها من النساء قال قضى بذلك عبد الملك بن مروان قال واخبرنا بن جريج قال قلت لعطاء البكر تستكره قال لها مثل صداق نسائها قال واية ذلك ان تصيح او ان يوجد بها اثر قال اخبرنا معمر عن الزهري قال من استكره امراة بكرا فلها صداقها وعليه الحد ولا حد عليها قال معمر وقال قتادة مثل ذلك قال واية البكر تستكره ان تصيح قال والثيب في ذلك مثل البكر وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني هشيم عن ابي حرة عن الحسن قال استكره عبد امراة فوطئها فاختصما إلى الحسن وهو قاض يومئذ فضربه الحد وقضى بالعبد للمراة قال ابو عمر اسلمه سيده بجنايته والله اعلم وقد تقدم القول بما قاله ابو حنيفة وطائفة من علماء الكوفة

ذكر ابو بكر قال حدثني شبابة بن سوار عن شعبة قال سالت الحكم وحمادا عن مملوك انتزع جارية فقالا عليه الحد وليس عليه صداق

1 (17 - باب القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره)

1404 - قال مالك الامر عندنا فيمن استهلك شيئا من الحيوان بغير اذن صاحبه ان عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه ان يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له ان يعطي صاحبه فيما استهلك شيئا من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلكه القيمة اعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض

قال وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيئا من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب في ذل ك فرق بين السنة والعم ل المعمول به قال ابو عمر اجمع العلماء لا خلاف بينهم فيما علمت ان من استهلك ذهبا او ورقا او طعاما مكيلا او موزونا انه عليه مثل ما استهلك من صنفه بوزنه وكيله على ظاهر قول الله عز وجل وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به النحل 126 واختلفوا فيمن استهلك شيئا من الحيوان فقال منهم قائلون لا يقضى بالقيمة في شيء من الاشياء الا عند عدم المثل وممن قال ذلك الشافعي وابو حنيفة وداود واصحابهم

وحجتهم قول الله عز وجل وان عاقبتم الاية ومن الاثر ما حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثنا ابو داود قال حدثني محمد بن المثنى قال حدثني خالد قال ابو داود وحدثني مسدد قال حدثني يحيى جميعا عن حميد عن انس

ان رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه فارسلت احدى امهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة

قال بن المثنى في حديثه فاخذ النبي ﷺ الكسرتين فضم احداهما إلى الاخرى فجعل يجمع فيها الطعام ويقول غارت امكم كلوا فاكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها زاد بن المثنى (كلوا) فاكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها - ثم رجع إلى لفظ حديث مسدد وقال (كلوا) وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته

(1)_____
قال ابو داود وحدثني مسدد قال حدثني يحيى عن سفيان الثوري قال حدثني فليت العامري قال ابو داود وهو افلت بن خليفة عن جسرة بنت دجاجة قالت قالت عائشة ما رايت صانعا طعاما مثل صفية صنعت لرسول الله ﷺ طعاما

الاستذكار ج:7 ص:148

فبعث به فاخذني افكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت قال (اناء مثل اناء وطعام مثل طعام) (1)_____
واحتج بهذا كل من قال بالمثل في العروض وغيرها لانه ضمن القصعة بقصعة مثلها كما ضمن الطعام بطعام مثله
وقال مالك ومن تابعه لا يقضى في الحيوان من العروض وغيره الا بالقيمة
وحجتهم حديث ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قضى فيمن اعتق شركا له في عبد بقيمة حصة شريكه دون حصته من عبد مثله (2)_____
قال ابو عمر المثل لا يوصل إليه الا بالاجتهاد وكما ان القيمة تدرك بالاجتهاد وقيمة العدل في الحقيقة مثل
وقد قال العراقيون في قول الله عز وجل فجزاء مثل ما قتل من النعم المائدة 95 ان القيمة مثل في هذا الموضع فتناقضوا
والحديث في القضاء بالقيمة في الشقص من العبد اصح من حديث القصعة فهو اولى ان يمتثل ويعمل والله اعلم
قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لانه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه
قال ابو عمر اختلف العلماء في هذه المسالة فكان ربيعة بن ابي عبد الرحمن ومالك بن انس

والليث بن سعد وابو يوسف القاضي يقولون اذا رد المال طاب له الربح غاصبا كان المال او مستودعا عنده مستعديا فيه
وكان ابو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يقولون يؤدي المال ويتصدق بالربح كله ولا يطيب له بشيء منه

الاستذكار ج:7 ص:149

وقال الاوزاعي الذي هو اسلم له ان يتصدق بالربح
وقال بن خواز بنداد من اشترى بدراهم مغصوبة فربح كان الربح له ويستحب له فيما بينه وبين الله تعالى ان يتنزه عنه ويتصدق به
وقال الشافعي ان كان اشترى بالمال بعينه فالسلعة والربح لرب المال
وحكى الربيع عن الشافعي قال اذا اشترى الغاصب السلعة بمال بغير عينه ثم نفد المال المغصوب او مال الوديعة بغير اذن ربها فالربح له وهو ضامن لما استهلك خاصة من مال غيره وان اشتراه بالمال بعينه فرب المال بالخيار بين اخذ المال والسلعة
قال الربيع وله فيها قول اخر ان البيع فاسد اذا اشترى بالمال المغصوب بعينه
وروي عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وعطاء بن ابي رباح مثل قول مالك
وروي عن مجاهد انه يتصدق بالربح مثل قول ابي حنيفة
وقالت طائفة الربح على كل حال لرب المال
وروي ذلك عن ابي حنيفة وقالت طائفة الربح على كل حال لرب المال
وروي ذلك عن عبد الله بن عمر
حدثني خلف بن قاسم قال حدثني يعقوب المارودي قال حدثني يوسف بن يعقوب القاضي قال حدثني ابو الربيع الزهراني قال حدثني

هشيم عن داود بن ابي هند عن رباح بن عبيدة عن بن عمر انه سئل عن رجل استبضع بضاعة فخالف فيها فقال بن عمر هو ضامن فان ربح فالربح لرب المال

قال ابو عمر لم يجعل بن عمر - رضي الله عنه - العمل معنى يوجب به استحقاق ربح ولا غيره وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - ما يدل على ان الربح له بالضمان

رواه مالك عن زيد بن اسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر قفلا من غزوة فمرا بابي موسى فاسلفهما من بيت المال فاشتريا به متاعا فحملاه إلى المدينة فربحا فيه قال عمر اديا المال وربحه فقال عبيد الله ما ينبغي لك هذا لو هلك المال ونقص ضمناه وسكت عبد الله فاعاد القول عمر عليهما فراجعه عبيد الله فقال له رجل لو جعلته قراضا يا امير المؤمنين قال فاخذ عمر راس المال ونصف الربح

الاستذكار ج:7 ص:150

فلم ينكر عمر على ابنه عبيد الله قوله لو هلك المال او نقص ضمناه يعني فلذلك طاب لنا ربحه ودل على ما ذهب إليه مالك ومن قال بقوله ويحتمل بان يكون فعل ذلك عقوبة لهما لانفرادهما دون سائر المسلمين لمال من بيت المال فشاطرهما في ذلك كما فعل بعماله اذ شاطرهم اموالهم والله المستعان

1 (18 - باب القضاء فيمن ارتد عن الاسلام)

1407 (1) - مالك عن زيد بن اسلم ان رسول الله ﷺ قال (من غير دينه فاضربوا عنقه) هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة (الموطا) عن مالك مرسلا

وقد روي فيه عن مالك اسناد منكر عن نافع عن بن عمر لا يصح به والصحيح فيه حديث بن عباس رواه حماد بن زيد وبن علية عن ايوب عن عكرمة عن بن عباس ان رسول الله قال (من بدل دينه فاقتلوه) (2) وظاهر هذا الحديث يوجب على كل حال من غير دين الاسلام او بدله فليقتل ويضرب عنقه الا ان الصحابة قالوا انه يستتاب فان تاب والا قتل فكان الحديث عندهم خرج على من بدل دينه وتمادى على ذلك ولم يصرف عنه كما خرج ايضا على دين الاسلام دون غيره

قال مالك (3) ومعنى قول النبي فيما نرى والله اعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام إلى غيره مثل الزنادقة واشباههم فان اولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الاسلام فلا ارى ان يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم واما من خرج من الاسلام إلى غيره واظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك

الاستذكار ج:7 ص:151

لو ان قوما كانوا على ذلك رايت ان يدعوا إلى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله اعلم من خرج من اليهودية إلى النصرانية ولا من النصرانية إلى اليهودية ولا من يغير دينه من اهل الاديان كلها الا الاسلام فمن خرج من الاسلام إلى غيره واظهر ذلك فذلك الذي عني به والله اعلم قال ابو عمر على هذا جماعة العلماء فيمن خرج من دين اليهودية إلى النصرانية او من النصرانية إلى اليهودية او المجوسية انه لا يقتل ان كان ذميا وله ذمته لان النصرانية واليهودية والمجوسية

اديان قد جاء القران والسنة بان يقر اهلها ذمة اذا بـذلوا الجزيـة واعطوهـا للمسـلمين علـى ذلـك لا خلاف بيـــــن العلمـــــاء فيمـــــا وصـــــفنا الا ان الشافعي قال اذا كان المبدل لدينه من اهل الذمة كان للامام ان يخرجه من بلده ويلحقه بارض الحرب وجاز له استحلال ماله مع اموال الحربييــن ان غلب على الدار لانه انمـا جعـل لـه الذمـة علـى الدين الـذي كـان عليـه فـي حيـن عقـد العهـد لـه هكذا حكاه المزني وغيـره مـن اصـحابه عنـه وهـو المعـــــــــروف مـــــــــن مـــــــــذهبه وحكى عنه محمد بن عبـد اللـه بـن عبـد الحكـم ان الذمي اذا خرج من دين إلى دين كـان للامـام قتلـه بظــاهر الحــديث (مــن بــدل دينــه فــاقتلوه) والمشهور عن الشافعي ما قدمنا ذكره من روايـة المزنـــــــــي والربيـــــــــع عنـــــــــه قال ابو عمر ووجه رواية محمد عنه ان الذمي قبل ان تعقد له الذمة حلال الدم ثم صارت له الذمة بما عقد له الامام من العهد علـى ان يقـره علـى ذلـك الدين اذا بذل الجزية فلمـا خـرج عـن الـدين الـذي عقدت له الذمة عليه عاد حكمه إلـى حكـم الحربـي فجــاز قتلــه وهــذا وجــه محتمــل واللــه اعلــم واختلف الصحابة ومن بعدهم - رضي اللـه عنهـم - فـــــــــي اســـــــــتتابة المرتـــــــــد فقال بعضهم يستتاب مرة واحدة في وقـت واحـد ساعة واحدة فان تاب وانصـرف إلـى الاسـلام والا قتـــل وقـــــــال اخـــــــرون يســـــــتتاب شـــــــهرا وقال اخرون يستتاب ثلاثة ايام علـى مـا روي عـن عمـر وعثمـان وعلـي وبـن مسـعود - رحمـه اللـه عليهـــم ولم يستتب بن مسـعود بـن النواحـة وحـده لقـول رسول الله ﷺ اذ جاءه من عند

مسيلمة (لولا انك رسول لقتلتك) فقال له بن مسعود إذ اظهرت الردة انت اليوم لست برسول فقتله واستتاب غيره
1408 - وروى مالك في هذا الباب من (الموطا) عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارئ عن ابيه انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل ابي موسى الاشعري فساله عن الناس فاخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فما فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر افلا حبستموه ثلاثا واطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع امر الله ثم قال عمر اللهم اني لم احضر ولم ارض إذ بلغني
وحدثني خلف بن قاسم قال حدثني بن ابي العقيب قال حدثني ابو زرعة قال حدثني احمد بن خالد قال حدثني محمد بن إسحاق عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارئ عن ابيه قال قدم وفد اهل البصرة على عمر فاخبروه بفتح تستر فحمد الله ثم قال هل حدث فيكم حدث فقالوا لا والله يا امير المؤمنين الا رجل ارتد عن دينه فقتلناه قال ويلكم اعجزتم ان تطينوا عليه بيتا ثلاثا ثم تلقوا إليه كل يوم رغيفا فان تاب قبلتم منه وان اقام كنتم قد اعذرتم إليه اللهم اني لم اشهد ولم امر ولم ارض اذ بلغني ورواه بن عيينة فقال فيه عن محمد بن عبد الرحمن عن ابيه
وقول مالك وبن إسحاق الصواب ان شاء الله تعالى
وروى داود بن ابي هند عن الشعبي عن انس بن مالك ان نفرا من بكر بن وائل ارتدوا عن الاسلام يوم تستر فلحقوا بالمشركين فلما فتحت قتلوا

في القتال قال فاتيت عمر بفتحها فقال ما فعل النفر من بكر بن وائل فعرضت عن حديثه لاشغله عن ذكرهم فقال لا ما فعل النفر من بكر بن وائل فقلت قتلوا قال لان اكون كنت اخذتهم سلما احب الي مما طلعت عليه الشمس من صفراء وبيضاء قلت وهل كان سبيلهم الا القتل ارتدوا عن الاسلام ولحقوا بالمشركين قال كنت اعرض عليهم ان يدخلوا في الباب الذي خرجوا منه فان قبلوا قبلت منهم والا استودعتهم السجن

الاستذكار ج:7 ص:153

قال ابو عمر يعني استودعتهم السجن حتى يتوبوا فان لم يتوبوا قتلوا هذا لا يجوز غيره لقول رسول الله ﷺ (من بدل دينه فاضربوا عنقه) وروى عبادة عن العلاء أبي محمد ان عليا - رضي الله عنه - اخذ رجلا من بكر بن وائل تنصر بعد الاسلام فعرض عليه الاسلام شهرا فابى فامر بقتله

وذكر ابو بكر قال حدثني حفص بن غياث عن اشعث عن الشعبي قال قال علي يستتاب المرتد ثلاثا فان عاد قتل

وروى ابو معاوية عن الاعمش عن ابي عمرو الشيباني ان عليا اتى بالمستورد العجلي وقد ارتد عن الاسلام فاستتابه فابى ان يتوب فقتله وقد ذكرنا في (التمهيد) من هذه الاثار كثيرا ولا اعلم بين الصحابة خلافا في استتابة المرتد فكانهم فهموا من قول النبي ﷺ (من بدل دينه فاقتلوه) أي بعد ان يستتاب والله اعلم الا حديث معاذ مع ابي موسى فان ظاهره القتل دون استتابة وقد قيل ان ذلك المرتد قد كان استتيب

رواه يحيى القطان وغيره عن قرة بن خالد عن حميد بن هلال عن ابي بردة عن ابي موسى

الاشعري ان رسول الله ﷺ استعمله على اليمن ثم اتبعه معاذ بن جبل فوجد عنده رجلا مقيدا بالحديد فقال ما شأن هذا فقال كان يهوديا فاسلم وارتد وراجع دينه دين السوء فقال معاذ لا انزل حتى يقتل قضاء الله ورسوله (1) ـ وروي هذا الحديث من وجوه عن ابي موسى الا ان بعضهم قال فيه قد كان استتيب قبل ذلك اياما ذكر ابو بكر قال حدثني عباد بن العوام عن سعيد عن قتادة عن حميد بن هلال ان معاذا لم ا اتى ابا موسى وعنده رجل يهودي فقال ما هذا قال يهودي اسلم ثم ارتد وقد استتابه ابو موسى شهرين فقال معاذ لا اجلس حتى اضرب عنقه

الاستذكار ج:7 ص:154

واحتج من لم ير الاستتابة بحديث معاذ هذا واحتجوا ايضا بان رسول الله ﷺ امر يوم فتح مكة بقتل قوم ارتدوا عن الاسلام منهم عبد الله بن خطل وعبد الله بن سعد بن ابي سرح العامري مع ظاهر قوله ﷺ (من بدل دينه فاقتلوه) وذكر سحنون ان عبد العزيز بن ابي سلمة كان يقول يقتل المرتد ولا يستتاب ويحتج بحديث معاذ مع ابي موسى وقال الليث بن سعد وطائفة معه لا يستتاب من ولد في الاسلام ثم ارتد اذا شهد عليه ولكنه يقتل تاب من ذلك او لم يتب اذا قامت البينة العادلة واختلفوا عن الحسن البصري فروي عنه انه قال يقتل دون استتابه وروي عنه انه قال يستتاب مئة مرة قال ابو عمر من راى قتله بالاستتابة جعله حدا من الحدود ولم يقبل فيه توبته وقال توبته بينه وبين الله في اخرته وراى ان حده اذا بدل دينه القتل

وروى بن القاسم وغيره عن مالك قال يعرض على المرتد الاسلام ثلاثا فان اسلم والا قتل قال وان ارتد سواء قتل ولم يستتب كما تقتل الزنادقة
قال وانما يستتاب من اظهر دينه الذي ارتد إليه قال مالك يقتل الزنادقة ولا يستتابون قال والقدرية يستتابون يقال لهم اتركوا ما انتم عليه فان تابوا والا قتلوا
وقال بن وهب عن مالك ليس في استتابة المرتد امر من جماعة الناس
وقال الشافعي يستتاب المرتد ظاهرا والزنديق جميعا فمن لم يتب منهما قتل
وفي الاستتابة ثلاثا قولان احدهما حديث عمر والاخر انه لا يؤخر لان النبي ﷺ لم يامر فيه باناة وهذا ظاهر الخبر
قال الشافعي ولو شهد عليه شاهدان بالردة قتل فان اقر بان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ويبرا من كل دين خالف الاسلام لم يكشف عن غيره
والمشهور من مذهب ابي حنيفة واصحابه ان المرتد لا يقتل حتى يستتاب وهو قول بن علية
قالوا ومن قتله قبل ان يستتاب فقد اساء ولا ضمان عليه

الاستذكار ج:7 ص:155

وروى محمد بن الحسن في (السير) عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان المرتد يعرض عليه الاسلام فان اسلم والا قتل مكانه الا ان يطلب ان يؤجل فان طلب ذلك اجل ثلاثة ايام
والزنديق عندهم مثل المرتد سواء الا ان ابا يوسف لما راى ما يصنع الزنادقة وانهم يرجعون بعد الاستتابة قال ارى ان اتيت بزنديق ان اضرب

عنقه ولا استتيبه فان تاب قبل ان اقتله لم اقتله وخليته
قال ابو عمر روي عن علي - رضي الله عنه - انه قال المرتد يستتاب فان تاب قبل منه ثم ان ارتد يستتاب فان تاب قبل منه ثم ان ارتد يستتاب فان تاب قبل منه فان ارتد بعد الثلاث قتل ولم يستتب وقالت به طائفة من العلماء ونزع بعضهم بقول الله عز وجل ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا الاية النساء 137
قال ابو عمر راى مالك وحده من بين سائر الفقهاء استتابة اهل القدر وسائر اهل الاهواء وسنذكر ذلك في موضعه من كتاب الجامع ان شاء الله (عز وجل) وقد مضى في كتاب الفرائض ميراث المرتد واختلاف العلماء فيه واما حكم فراقة لنسائه وسراريه وامائه وسائر ماله وحكم اولاده الصغار وهل يجب عليه قضاء صلاة وحج وزكاة اذا تاب فليس هذا الباب بموضع ذكر ذلك

1 (19 - باب القضاء فيمن وجد مع امراته رجلا)

1409 - مالك عن سهيل بن ابي صالح السمان عن ابيه عن ابي هريرة ان سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ أرايت ان وجدت مع امراتي رجلا امهله حتى اتي باربعة شهداء فقال رسول الله ﷺ (نعم)
زعم ابو بكر البزار ان مالكا - رحمه الله - انفرد بهذا الحديث وليس كما زعم لانه قد رواه سليمان بن بلال والدراوردي كما رواه مالك عن سهيل عن ابيه عن ابي هريرة وفيه الفاظ زائدة قد ذكرتها في (التمهيد

الاستذكار ج:7 ص:156

واظن البزار لما راى حماد بن سلمة قد ارسله ظن ان مالكا وحده ارسله فغلط في ظنه وفي هذا الحديث من الفقه النهي عن اقامة حد بغير سلطان وبغير شهود وقطع الذريعة إلى سفك دم مسلم بدعوى يدعيها عليه من يريد ان يبيح دمه ولا يعلم ذلك الا بقوله والله عز وجل قد عظم دم المسلم وعظم الاثم فيه فلا يحل الا بما اباحه الله وذلك إلى السلطان دون غيره ليمتثل فيه ما امره الله به في كتابه على لسان رسوله

وقد اردف مالك هذا الحديث بقول علي - رضي الله عنه - فانه قد اوضح الحكم فيه

1410 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان رجلا من اهل الشام يقال له بن خيبرين وجد مع امراته رجلا فقتله او قتلهما معا فاشكل على معاوية بن ابي سفيان القضاء فيه فكتب إلى ابي موسى الاشعري يسأل له علي بن ابي طالب عن ذلك فسال ابو موسى عن ذلك علي بن ابي طالب فقال له علي ان هذا الشيء ما هو بارضي عزمت عليك لتخبرني فقال له ابو موسى كتب الي معاوية بن ابي سفيان ان أسالك عن ذلك فقال علي انا ابو حسن ان لم يات باربعة شهداء فليعط برمته (1)

رواه بن جريج ومعمر والثوري عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب مثله

قال ابو عمر معناه عنده (فليسلمه برمته إلى اولياء القتيل يقتلونه وقيل يسلم اليهم بحبل في عنقه للقصاص ان لم يقم اربعة شهدوا عليه بالزنى الموجب للرجم

وقد روي عن عمر في ذلك شيء لا يصح عنه قد ذكرته في (التمهيد) واوضحته وعلى قول علي - رضي الله عنه - جماعة فقهاء الامصار واهل الراي والاثار والحمد لله كثيرا

الاستذكار ج:7 ص:157

ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال سال رجل النبي ﷺ فقال رجل يجد مع امراته رجلا ايقتله فقال النبي ﷺ (لا الا بالبينة)

ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني عبدة بن عاصم عن الحسن قال (الحدود إلى السلطان)

وذكر عن بن محيريز وعطاء الخرساني وعمر بن عبد العزيز مثله وهو ما لا خلاف فيه

واما خبر الشعبي في الذي اشرف على زوجة اخيه وهو غائب ومعها على فراشها رجل يتغنى واشعث غره الاسلام منا (خلوت بعرسه ليل التمام)

(يبيت على حسائها ويمسي على وهماء لاحقة الحزام)

(كان مواضع الربلات منها نعام قد جمعن إلى نعام)

هكذا ذكره وكيع عن ابي عاصم عن الشعبي وذكره عبد الرزاق عن بن جريج فذكر فيه لهوت بعرسه

وقال في البيت الثاني (ابيت على ترائبها ويطوي على حمراء مائلة الحزام)

(كان مجامع الربلات منها قيام يرجعون إلى قيام)

وهذان الخبران منقطعان وليس في شيء منهما شهادة قاطعة بمعاينة قتل ولا اقرار به ولا حجة فيه الا في ايجاب العقوبة الموجعة على من اقر بمثل ذلك وجحد الجماع وبالله التوفيق لا شريك له

1 (20 - باب القضاء في المنبوذ)

1411 - مالك عن بن شهاب عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمان عمر بن الخطاب قال فجئت به إلى عمر بن الخطاب فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر اكذلك قال نعم فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

الاستذكار ج:7 ص:158

قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه

قال ابو عمر انما انكر عمر على سنين ابي جميلة اخذ المنبوذ لانه ظن والله اعلم انه يريد ان يفرض له

وكان عمر يفرض للمنبوذ فظن انه اخذه ليلي امره وياخذ ما يفرض له فيصلح فيه ما شاء فلما قال له عريفة انه رجل صالح ترك ظنه واخبره بالحكم عنده فيه بانه حر ولا ولاء لاحد عليه لان الاحرار لا ولاء عليهم

وقوله وعلينا نفقته يعني ان رضاعه ونفقته في بيت المال وانما جعله حرا والله اعلم لان لا يقول احد في عبد له يولد عنده فيطرحه ثم ياخذه ويقول وجدته منبوذا ليفرض له ما اختلف الفقهاء

واختلف الفقهاء في المنبوذ تشهد البينة انه عبد فقالت طائفة من اهل المدينة لا يقبل قولها في ذلك والى هذا ذهب اشهب لقول عمر (هو حر) ومن قضى بحديثه لم يقبل البينة في انه عبد

وقال بن القاسم تقبل البينة في ذلك وهو قول الشافعي والكوفيين واختلفوا في اقراره اذا بلغ فاقر بانه عبد
وقال مالك لا يقبل اقراره انه عبد لانه ليس له ان يرق نفسه
ولم يختلف في ذلك اصحاب مالك
وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهم يقبل اقراره بانه عبد اذا كان بالغا
قالوا واقراره بالرق اقوى من شهادة الشهود
قالوا وما يقبل فيه البينة يقبل فيه اقراره
واختلفوا في اللقيط في قرية فيها يهود ونصارى ومسلمون
وقال بن القاسم يجعل على دين اكثرهم عددا وان وجد عليه زي اليهود فهو يهودي وان وجد عليه زي النصارى فهو نصراني والا فهو مسلم الا ان يكون اكثر اهل القرية على غير الاسلام
وقال اشهب هو مسلم ابدا لاني اجعله مسلما على كل حال كما اجعله حرا على كل حال
واختلفوا في قبول دعوى من ادعاه ابنا له

فقال اشهب تقبل دعواه الا ان يبين كذبه
وقال بن القاسم لا تقبل دعواه الا ان يبين صدقه
واما اختلاف اهل العلم في ولاء اللقيط
فذهب مالك والشافعي وجماعة من اهل الحجاز ان اللقيط حر لا ولاء لاحد عليه
وتاولوا في قول عمر (لك ولاؤه) أي لك ان تليه وتقبض عطاءه وتكون اولى الناس بامره حتى يبلغ رشده ويحسن النظر لنفسه فان مات كان ميراثه لجماعة المسلمين وعقله عليهم
واحتج الشافعي بقول رسول الله ﷺ (انما الولاء لمن اعتق) (1) قال جمع بينهما الولاء عن غير المعتق

واتفق مالك والشافعي واصحابهما على ان اللقيط لا يوالي احدا ولا يرثه احد بالولاء وهو قول الحسن البصري
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني عبد الاعلى عن هشام عن الحسن قال جريرته في بيت المال وعقله لهم وميراثه عليهم وقال أبو حنيفة واصحابه واكثر الكوفيين اللقيط يوالي من شاء فمن والاه فهو يرثه ويعقل عنه
وعند ابي حنيفة له ان ينتقل بولائه حيث شاء ما لم يعقل عنه الذي والاه فان عقل عنه جناية لم يكن له ان ينتقل عنه بولائه ابدا

الاستذكار ج:7 ص:160

قال ابو عمر ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قال علي - رضي الله عنه - المنبوذ حر فان احب ان يوالي الذي التقطه والاه وان احب ان يوالي غيره والاه
وذكر ابو بكر قال حدثني عمر بن هارون عن بن جريج عن عطاء قال الساقط يوالي من شاء وهو قول بن شهاب وطائفة من اهل المدينة
وقال حدثني حماد بن خالد عن بن ابي ذئب عن الزهري ان عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - اعطى ميراث المنبوذ للذي كفله
قال ابو بكر وحدثني عبد السلام بن حرب عن مغيرة عن ابراهيم قال ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة
قال واخبرني عبد الاعلى عن معمر عن الزهري قال اذا والى رجل رجلا فله ميراثه وعليه عقله
قال ابو عمر قد روي عن النبي من حديث واثلة بن الاسقع انه قال (ترث المراة عتيقها ولقيطها وابنها الذي لاعنت عليه) (1)
وهو حديث ليس بالقوي انفرد به عمر بن روبة

وهـــــــــــو شـــــــــــامي ضـــــــــــعيف
وقـد روى سـفيان بـن عيينـة حـديث مالـك هـذا المذكور في هذا الباب عن الزهري عن سنين ابـي جميلـة بالفـاظ اتـم مـن الفـاظ حـد يـث مالـك حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حـدثني قاسـم بن اصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قـال حـدثني محمد بن عبد السلام قال حـدثني محمـد بـن عمـر قال حدثني سفيان عن الزهري قال سمعت سنينا ابا جميلة يحـدث سـعيد بـن المسـيب قـال وجـدت منبوذا على عهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فـــذكره عريفـــي لعمـــر فارســـل الـــي فجئـــت والعريـف عنـده فلمـا رانـي مقبلا قـال (عسـى الغوير ابوسا) كانه اتهمه فقال له عريفي يا امير المؤمنين انه غير متهم به فقال عمـر علام أخـذت هذه التسمية قلت وجدت نفسـا بمضـيعة فـاحببت ان ياخذني الله عليها فقال عمر هو حر ولك ولاؤه وعلينا رضاعة

الاستذكار ج:7 ص:161

قال ابو عمر ذكر ابو عبيد القاسـم بـن سـلام هـذا الخبر في كتـاب (غريـب الحـديث) لقـول عمـر - رضي الله عنه - فيه (عسى الغوير ابوسا) وذكـر انه مثل تتمثل به العرب اذا خافت شـرا او تـوقعته وظنتـــــــه هـــــــذا معنـــــــى كلامـــــــه
وذكـر فـي اصـل المثـل عـن الاصـمعي وعـن بـن الكلبي خبرين مختلفين (احدهما) عن بن الكلبي ان اول من تكلم بهذا المثل الزباء اذ بعثت قصـيرا اللخمي وكان يطلبها بدم جذيمـة الابـرش فكادهـا وخبا لها الرجال في صناديق او غرائر فلما احست بـــذلك قـــالت (عســـى الغـــوير ابوســـا)
قال والغوير ماء لكلـب موضـع معـروف فـي جهـة الســـماوة
وذكر عن الاصمعي انـه غـار اصـيب فيـه قـوم قـد انهـــــار عليهـــــم وقتلـــــوا فيـــــه

والغوير تصغير غار والابؤس جمع الباس فصار هذا الكلام مثلا لكل شيء يخاف بان ياتي منه شر قال ابو عبيد وقول بن الكلبي عندي اشبه بالصواب

قال ابو عمر تلخيص ما نزع به عمر - رضي الله عنه - في قوله (عسى الغوير) انه لما راى ابا جميلة مقبلا بالمولود المنبوذ قال ذلك المثل السائر يريد الا ياتي ملتقط المنبوذ بخير خوفا منه معنى ما تقدم ذكري له حتى اخبره عريفه انه رجل صالح لا ياتي الا بالحق فقضى فيه بما قضى وقد اوردنا في ذلك ما جاء فيه عن العلماء والحمد لله كثيرا

1 (21 - باب القضاء بالحاق الولد بابيه)

1412 - مالك عن بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ انها قالت كان عتبة بن ابي وقاص عهد إلى اخيه سعد بن ابي وقاص ان بن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح اخذه سعد وقال بن اخي قد كان عهد الي فيه

فقام إليه عبد بن زمعة فقال اخي وبن وليدة ابي ولد على فراشه

الاستذكار ج:7 ص:162

فتساوقا (1) إلى رسول الله ﷺ فقال سعد يا رسول الله بن اخي قد كان عهد الي فيه وقال عبد بن زمعة اخي وبن وليدة ابي ولد على فراشه

فقال رسول الله ﷺ (هو لك يا عبد بن زمعة) ثم قال رسول الله ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ثم قال لسودة بنت زمعة (احتجبي منه) لما راى من شبهه بعتبة بن ابي وقاص قالت فما راها

حتى لقي الله عز وجل
قال ابو عمر لم يختلف على مالك ولا على بن شهاب في هذا الحديث الا ان بعض اصحاب بن شهاب يرويه مختصرا لا يذكر فيه الا ق وله عليه السلام (الولد للفراش وللعاهر الحجر) بهذا الاسناد عن عروة عن عائشة وعند بن شهاب ايضا عن سعيد بن المسيب وابي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة عن النبي ﷺ قوله (الولد للفراش وللعاهر الحجر) دون قصة عبد بن زمعة وسعد وكذلك رواه محمد بن زياد عن ابي هريرة عن النبي ﷺ
وروي ذلك ايضا من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ
وقد ذكرنا ذلك كله في (التمهيد)
وهو اثبت ما يروى عن النبي ﷺ من اخبار الاحاد العدول واصحها قوله ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر) وهو ما تلقته الامة بالقبول ولم يختلفوا الا في شيء من معناه نذكره في اخر هذا الباب ان شاء الله عز وجل
واما قصة عبد بن زمعة وسعد بن ابي وقاص فقد اشكل معناها على اكثر الفقهاء وتاولوا فيها تاويلات فخرج جوابها عن الاصول المجتمع عليها فمن ذلك ان الامة مجتمعة على ان احدا لا يدعي عن احد دعوى الا بتوكيل من المدعي ولم يذكر في هذا الحديث توكيل عتبة لاخيه سعد على ما ادعاه عنه باكثر من دعوى سعد لذلك وهو غير مقبول عند الجميع
واما دعوى عتبة للولد من الزنى فانما ذكره سعد لانه كان في علمهم في الجاهلية وحكمهم دعوى الولد من الزنى فتكلم سعد بذلك لانهم كانوا على

جاهليتهم حتى يؤمروا او ينهوا ويبين لهم حكم الله فيما تنازعوا فيه وفيما يراد منه التعبد به فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عز وجل - على لسان رسوله

الاستذكار ج:7 ص:163

في ان العاهر لا يلحق به في الاسلام ولد يدعيه من الزنى وان الولد للفراش على كل حال والفراش النكاح او ملك اليمين لا غير فان لم يكن فراش وادعى احد ولدا من زنا فقد كان عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - يليط اولاد الجاهلية بمن استلاطهم ويلحقهم بمن استلحقهم اذا لم يكن هناك فراش لان اكثر اهل الجاهلية كانوا كذلك

واما اليوم في الاسلام بعد ان احكم الله شريعته واكمل دينه فلا يلحق ولد من زنا بمدعيه ابدا عند احد من العلماء كان هناك فراش أولم يكن حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثنا الخشني قال حدثنا محمد بن بشار قال حدثنا يحيى بن سعيد قال حدثنا حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال لما فتحت مكة على عهد رسول الله رسول الله قام رجل فقال ان فلانا ابني فقال رسول الله (لا دعوة في الاسلام ذهب امر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الاثلب) قالوا وما الاثلب قال (الحجر) (1)

قال ابو عمر اجمع العلماء - لا خلاف بينهم فيما علمته - انه لا يلحق باحد ولد يستلحقه الا من نكاح او ملك يمين فاذا كان نكاح او ملك فالولد لاحق بصاحب الفراش على كل حال والفراش في الحرة عقد النكاح عليها مع امكان الوطء عند الاكثر

والفراش في الامة عند الحجازيين اقرار سيدها بانه كان يلم بها وعند الكوفيين اقراره بالولد وسنبين ذلك في موضعه - ان شاء الله - عز وجل فلا ينتفى ولد الحرة اذا جاءت به لستة اشهر من يوم عقد النكاح الا بلعان وحكم اللعان في ذلك ما قد ذكرناه والحمد لله كثيرا وهذه الجملة كلها من حكم الله ورسوله مما نقلته الكافة ولم يختلفوا فيه الا فيما وصفت ومن ذلك ايضا مما هو خلاف الاصول المجتمع عليها ادعاء عبد بن زمعة على ابيه ولدا بقوله (اخي وبن وليدة ابي ولد على فراشه) ولم يات ببينة تشهد على ابيه باقراره بذلك وفي الاصول المجتمع عليها انه لا تقبل دعواه على

ابيه ولا دعوى احد على غيره قال الله (عز وجل) ولا تكسب كل نفس الا عليها الانعام 164

واما قوله ﷺ(يا عبد بن زمعة) فقد اختلف العلماء في معناه على ما نورده بعون الله تعالى فقالت طائفة منهم انما قال له (هو لك) أي هو اخوك كما ادعيت قضى في ذلك بعلمه لان زمعة بن قيس كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته ﷺفيمكن ان يكون علم ان تلك الامة كان يمسها زمعة سيدها فصارت فراشا له بذلك فالحق ولدها به لما قد علمه من فراش زمعة الا انه قضى به لاستلحاق عبد بن زمعة له وقد مضى ما للعلماء في قضاء القاضي بعلمه في صدر هذا الكتاب

ومن قال بهذا لم يجز عنده ان يستلحق الاخ بحال من الاحوال

وكان مالك يقول لا يستلحق احد غير الاب ولا يقضي القاضي بعلمه

والكوفيون يقولون يقضي القاضي بعلمه على

اختلافهم فيما علمه قبل ولاية القضاء وبعد ذلك وكلهم يقول لا يستلحق الاخ بحال وهو احد قولي الشافعي واليه ذهب المزني والبويطي وهو قول جمهور الفقهاء ان الاخ لا يستلحق وحده كان او مع اخ يخالفه وللشافعي قول اخر انه يقبل اقرار الوارث على الموروث بالنسب كما يقبل اقراره عليه بالدين اذا لم يكن له وارث غير المقر وهو ق ول ابراهيم النخعي

وروى الربيع عنه في كتاب البويطي قال لا يجوز اقرار الاخ باخيه اذا كان ثم من يدفعه من الورثة ولا يلحق نسبه وان لم يكن ثم من يدفعه لحق نسبه واحتج بحديث عبد بن زمعة قال الربيع قال ابو يعقوب البويطي لا يجوز ذلك عندي كان من يدفعه ثم او لم يكن لانه انما يجوز اقرار الانسان على نفسه وهذا يقر على غيره وانما الحق النبي - عليه السلام - بن وليدة زمعة بابيه لمعرفته بفراشه والله اعلم

قال ابو عمر المشهور من مذهب الشافعي ان الاخ لا يستلحق ولا يثبت بقوله نسب ولا يلزم المقر باخ ان يعطيه شيئا من الميراث من جهة القضاء لانه اقر له بما لم يثبت له اصله

الاستذكار ج:7 ص:165

وسنذكر اصل هذه المسالة في الباب بعد هذا - ان شاء الله عز وجل

وقد قال الشافعي في غير موضع من كتابه لو قبل استلحاق غير الاب كان فيه حقوق على الاب بغير اقراره ولا ببينة تشهد عليه

وقال محمد بن جرير الطبري معنى قوله (هو لك يا عبد بن زمعة) أي هو عبد ملكا لانه بن وليدة ابيك وكل امة تلد من غير سيدها فولدها عبد يريد انه لما لم ينقل في الحديث اعتراف سيدها

بوطئها ولا شهد بذلك عليه وكانت الاصول تدفع قبول ابنه عليه لم يبق الا القضاء بانه عبد تبع لامه وامر سودة بالاحتجاب منه لانها لم تملك منه الا شقصا

وهذا ايضا من الطبري خلاف ظاهر الحديث لان فيه اخي وبن وليدة ابي ولد على فراشه فلم ينكر رسول الله ﷺ ذلك من قوله ولكنه قول خارج محتمل على الاصول

وقال الطحاوي واما قوله (هو لك يا عبد بن زمعة) فمعناه هو لك بيدك عليه لا انك تملكه ولكن تمنع بيدك عليه كل من سواك منه كما قال في اللقطة هي لك بيدك عليها تدفع غيرك عنها حتى يجيء صاحبها ليس على انها ملك له قال ولا يجوز ان يجعله رسول الله ﷺ ابنا لزمعة ثم يامر اخته ان تحتجب منه هذا محال لا يجوز ان يضاف إلى النبي ﷺ

قال وليس قول من قال ان ادعاء سعد في هذا الحديث كلا دعوى بشيء لان سعدا انما ادعى شيئا كان معروفا في الجاهلية من لحوق ولد الزنى بمن ادعاه

قال وقد كان عمر يقضي بذلك في الاسلام - اذا لم يكن فراش - فادعى سعد وصية اخيه بما كان يحكم في الجاهلية به فكانت دعواه لاخيه كدعوى اخيه لنفسه غير ان عبد بن زمعة قابلة بدعوى توجب عتقا للمدعي على المدع عليه لان مدعيه كان يملك بعضه حين ادعى فيه ما ادعى ويعتق عليه ما كان يملك منه فكان ذلك هو الذي ابطل دعوى سعد ولما كان لعبد بن زمعة شريك فيما ادعاه وهي اخته سودة ولم يعلم منها في ذلك التصديق لمقالته الزم رسول الله ﷺ عبد بن زمعة ما اقر به في نفسه ولم يجعل ذلك حجة على اخته

اذ لم تصدقه ولم تجعله اخاها وامرها بالحجاب منه

قال ابو عمر قول الطحاوي حسن كله الا قوله (فكانت دعوى سعد لاخيه كدعوى اخيه لنفسه) هذا ليس بشيء لانه لم يظهر في ذلك ما يصدق دعواه على اخيه ولم ينقل في الحديث ما يدل عليه

الاستذكار ج:7 ص:166

وقال المزني فيحتمل تاويل هذا الحديث عندي - والله اعلم - ان يكون النبي ﷺ اجاب فيه على المسالة فاعلمهم بالحكم انه هكذا يكون اذا ادعى صاحب فراش وصاحب زنا الا انه قبل على عتبة قول اخيه سعد ولا على قول زمعة قول ابنه عبد بن زمعة ان اباه اولدها الولد لان كل واحد منهما اخبر عن غيره

وقد اجمع المسلمون انه لا يقبل اقرار احد على غيره وفي ذلك عندي دليل على انه حكم خرج على المسالة ليعرفهم كيف الحكم في مثلها اذا نزل ولذلك قال لسودة (احتجبي منه) لانه حكم على المسالة

وقد حكى الله - عز وجل - في كتابه العزيز مثل ذلك في قصة داود اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض ص 22 ولم يكونا خصمين ولا كان لكل واحد منهما تسع وتسعون نعجة ولكنهم كلموه على المسالة ليعرف بها ما ارادوا فيحتمل ان يكون النبي ﷺ حكم في هذه القصة على المسالة وان لم يكن احد يؤنسني على هذا التاويل وكان عندي فهو صحيح والله اعلم

قال المزني لم تصح دعوى سعد على اخيه ولا دعوى عبد بن زمعة على ابيه ولا اقرت سودة انه بن ابيها فيكون اخاها منعه من رؤيتها وامرها

بالاحتجاب منه ولو ثبت انه اخوها ما امرها ان تحتجب منه لانه ﷺ بعث بصلة الارحام وقد قال لعائشة في عمها من الرضاعة (انه عمك فليلج عليك) (1)

ويستحيل ان يامر زوجته ان لا تحتجب من عمها من الرضاعة ويامر زوجة له اخرى ان تحتجب من اخيها لابيها

قال ويحتمل ان تكون سودة جهلت ما علمه اخوها عبد بن زمعة فسكتت

قال المزني فلما لم يصح انه اخ لعدم البينة بذلك او الاقرار ممن يلزمه اقراره زاده بعدا في القلوب شبهه بعتبة امرها بالاحتجاب منه فكان جوابه ﷺ على السؤال لا على تحقيق زنا عتبة بقول اخيه ولا بالولد انه لزمعة بقول ابيه بل قال الولد للفراش على قولك يا عبد بن زمعة لا على ما قال سعد ثم اخبرنا بالذي يكون اذا ثبت مثل هذا

الاستذكار ج:7 ص:167

قال ابو عمر قول المزني هذا اصح في النظر واثبت في حكم الاصول من قول سائر اصحاب الشافعي القائلين انه يجوز للرجل ان يمنع امراته من رؤية اخيها

وذهبوا إلى انه اخوها على كل حال لان رسول الله ﷺ قضى بالولد للفراش والحق بن امة زمعة بفراش زمعة قالوا وما حكم به فهو الحق لا شك فيه

وكذلك قوله (احتجبي منه) حكم اخر يجوز به ان يمنع الرجل زوجته من رؤية اخيها

وقال الكوفيون في قوله (احتجبي منه يا سودة) دليل على انه جعل للزنا حكما فحرم به رؤية ذلك المستلحق لاخته سودة وقال لها احتجبي منه لما

راى من شبهه بعتبة فمنعها من اخيها فـي الحكـم لانه ليس باخيها في غير الحكم لانـه مـن زنـا فـي الباطن اذ كان شبيها بعتبة فجعلوه كـانه اجنـبي لا يراها بحكم الزنى وجعلوه اخاها بالفراش وزعموا ان مـا حرمـه الحلال فـالزنى اشـد تحريمـا لـه قال ابو عمر قول من قال جعله اخاها فـي الحكـم ولم يجعلـه اخاهـا فـي غيـر الحكـم قـول فاسـد لا يعقل وتخليط لا يصح ولا يعقل ولا يفهم ولا يصـح عنده ادنى تامل لان المراد المبتغى هو حكم الله (عز وجل) على لسان رسوله ﷺ فيما حكم به فهـو الحق وخلافه باطـل ولا يجـوز ان يضـاف إليـه انـه حكم بشيء وضده في امر واحد فيجعله اخاها مـن وجـــــه وغيـــــر اخيهـــــا مـــــن وجـــــه هذا لا يعقل ولا تحل اضافته إلـى النـبي ﷺ وكيـف يحكم لشبهه عتبة بحكم باطل وسنته في الملاعنة انها جاءت بالولد على النعت الـذي رميـت بـه ولـم يلتفـــت إلـــى ذلـــك وامضـــى حكـــم اللـــه فيـــه وقد حكى المزني عن الشافعي ان روية بن زمعـة لسـودة مبـاح فـي الحكـم ولكنـه كرهـه للشـبهة وامرهـــــا بـــــالتنزه عنـــــه اختيـــــارا وهذا ايضا وجه محتمل وما قدمناه اصح لان سودة لم تعرفه ولم تقل انـه اخوهـا ولـم يلزمهـا اقـرار اخيهـــا وقد مضى في ذلك ما فيه كفاية وبيان والحمد لله كـــثيرا حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حـدثني الخشـني قـال حـدثني بـن ابـي عمـر قـال حـدثنا سفيان عن يعقوب بن عطاء عن عمرو بن شـعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله ﷺ قـال (مـن زنـا بامراة حرة او بامة قوم فالولد ولد زنـا لا يـرث ولا يورث الولد للفراش وللعاهر الحجر

قال سفيان قال بن ابي نجيح قال اول حكم بدل في الاسلام استلحاق معاوية زيادا وروى شعبة عن سعد بن ابراهيم عن سعيد بن المسيب قال اول قضاء علمته من قضاء رسول الله ﷺ رد دعوة زياد
قال ابو عمر يعني - والله اعلم - قوله (الولد للفراش وللعاهر الحجر) وفي قوله ﷺ ايجاب الرجم على الزاني اذا كان محصنا دون البكر وهذا اجماع من المسلمين ان البكر لا رجم عليه في ذلك
وقد قيل ان قوله عليه السلام (الولد للفراش وللعاهر الحجر) أي ان الزاني لا شيء له في الولد اذا ادعاه على حال من الاحوال كقولهم (بفيك الحجر) أي لا شيء لك مما قلت والله اعلم
1413 - مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن ابي امية ان امراة هلك عنها زوجها فاعتدت اربعة اشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها اربعة اشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء (1) فسالهن عن ذلك فقالت امراة منهن انا اخبرك عن هذه المراة هلك عنها زوجها حين حملت منه فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها (2) في بطنها فلما اصابها زوجها الذي نكحها واصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر اما انه لم يبلغني عنكما الا خير والحق الولد بالاول (3)
قال ابو عمر اختلف العلماء في الاربعة الاشهر

والعشر ليال التي جعلها الله تعالى ميقاتا لعدة المتوفى عنها زوجها هل تحتاج فيها إلى حيضة ام لا

الاستذكار ج:7 ص:169

فقال بعضهم لا تبرا اذا كانت ممن توطا الا بحيضة تاتي بها في الاربعة الاشهر والعشر والا فهي مسترابة

وقال اخرون ليس عليها اكثر من اربعة اشهر وعشر الا ان تستريب نفسها ريبة بينة لان هذه المدة لا بد فيها من الحيض في الاغلب من امر النساء الا ان تكون المراة ممن لا تحيض او ممن عرفت من نفسها او عرف منها ان حيضتها لا تاتيها الا في اكثر من هذه المدة

وقد ذكرنا حكم المسترابة وما للعلماء فيها من المذاهب في كتاب الطلاق والحمد لله كثيرا

وقد اجمع علماء المسلمين بان الولد لا يلحق الا في تمام ستة اشهر من يوم النكاح فما زاد إلى اقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها

فمالك يجعله خمس سنين

ومن اصحابه من يجعله إلى سبع سنين

والشافعي مدته عنده الغاية فيها اربعة سنين

والكوفيون يقولون سنتان لا غير

ومحمد بن عبد الحكم يقول سنة لا اكثر

وداود يقول تسعة اشهر لا يكون عنده حمل اكثر منها

وهذه مسالة لا اصل لها الا الاجتهاد والرد إلى ما عرف من امر النساء وبالله التوفيق

واذا اتت المراة بولد لاقل من ستة اشهر كاملة لم يلحق باجماع من العلماء

واختلفوا في المراة يطلقها زوجها في حين العقد عليها بحضرة الحاكم او الشهود فتاتي بولد لستة اشهر فصاعدا من ذلك الوقت عقيب العقد فقال مالك والشافعي لا يلحق به لانها ليست

بفراش لـه اذ لـم يمكنـه الـوطء ولا تكـون المـراة فراشا بالعقد المجرد حتى ينضم إليه امكان الوطء فـي العصـمة وهـو كالصـغير او الصـغيرة الـذي لا يمكـــــن للواحـــــد منهمـــــا الـــــوطء
وقال ابو حنيفة هي فراش لـه ويلحقـه ولـدها ان جاءت به لسـتة اشـهر مـن يـوم العقـد كـانه جعـل الفراش ولحوق الولد بـه تعبـدا كمـا لـو راى رجـل رجلا يطا امراتـه او سـريته او قـامت بـذلك البينـة وجاءت بولد لحقه دون الزاني بهـا اذا كـان يطاهـا قبل او بعد

الاستذكار ج:7 ص:170

قال ابو عمر ذكر الطحـاوي هـذا القـول عـن ابـي حنيفة واحتج له بقوله كما لو راى رجـل رجلا يطـا امراته وجاءت بولد الحـق بـه دون الزانـي اذا كـان يطاهـــــــا قبـــــــل او بعـــــــد
وانما احتج له بذلك لانه اجماع عنده لـم يعلـم فيـه خلافا لانه اذا اشترك الزنـى والفـراش فـي وقـت واحـد فالولـد للفـراش عنـد جمهـور العلمـاء مـن السلف والخلـف الا ان بـن القاسـم قـال اذا قـال رايتها اليوم تزني ووطاتها قبل الرؤية فـي اليـوم او قبله ولم استبرا ولم ار بعـد الرؤيـة لاعـن ولـم يلحق به ولده ان اتت به لستة اشهر او اكـثر وانمـا يلحق به الولـد اذا اتـت بـه لاقـل مـن سـتة اشـهر وهذا القول قد غلب فيه الزنى على الفراش ولـم يقله احد علمته قبله وهو قول لا اصل له وقد ذكـر ان مالكـــا قـــاله مـــرة ثـــم رجـــع عنـــه
وقـد روي عـن المغيـرة نحـو قـول بـن القاسـم وقال اشهب وبن عبد الحكم وبن الماجشون الولد لاحق بالزوج علـى كـل حـال اذا اقـر بوطئهـا ولـم يسـتبرئ وراهـا تزنـي وهـذا هـو الصـحيح لقـول رسول الله ﷺ(الولـد للفـراش وللعـاهر الحجـر) فنفى الولد عنـه الاشـتراك والامكـان عـن الع اهر

والزمه بالفراش على كل حال اذا امكـن ان يكـون للفـــــــــــــــــــــــــــــــــــراش
وقد اجمعوا انه لو راها تزني ثـم وطئهـا فـي يـوم الزنى او بعده ان الولد لاحق به لا ينفيه بلعان ابـدا وحســـــــبك بهـــــــذا وبـــــــالله التوفيـــــــق
1414 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بـن يسار ان عمـر بـن الخطـاب كـان يليـط (1) اولاد الجاهلية بمـن ادعـاهم فـي الاسـلام فـاتى رجلان كلاهما يدعي ولـد امـراة فـدعا عمـر بـن الخطـاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتركا فيــه فضربه عمـر بـن الخطـاب بالـدرة ثـم دعـا المـراة فقــال اخــبريني خــبرك فقــالت كــان هــذا لاحــد الرجلين ياتيني وهي في ابل لاهلهـا فلا يفارقهـا حـتى يظـن وتظـن انـه قـد اسـتمر بهـا حبـل ثـم انصرف عنها فاهريقت عليه دماء ثـم خلـف عليهـا هذا تعني الاخر فلا ادري من ايهما هـو قـال فكـبر القائف فقال عمر للغلام وال ايهما شئت

الاستذكار ج:7 ص:171

قال ابو عمر روى هذا الحديث بن عيينة عن يحيــى بن سعيد عن سليمان بن يسار بمعنى حديث مالك سـواء فقـال سـفيان جعلـه عمـر بينهمـا يرثـانه ويرثهما حين اشـتركا فيـه وقـال غيـره هـو للـذي اتاها احرى قال سفيان وقوله (وال ايهما شئت) أي انتســــــب إلــــــى ايهمــــــا شـــــئت
قال ابو عمر اما قـوله ان عمـر بـن الخطـاب كـان يليط اولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام فقـد مضـى القـول ان هـذا منـه كـان خاصـا فـي ولادة الجاهليــــــة حيــــــث لــــــم يكــــــن فــــــراش
وامـا فـي ولادة الاسـلام فلا يجـوز عنـد احـد مـن العلمـــــــاء ان يلحــــــق ولــــــد مــــــن زنــــــا
حدثني احمد بن عبد الله قال حدثني الميمـون بـن حمزة قال حدثني الطحاوي قـال حـدثني المزنـي قال حدثني الشافعي قال اخبرنا سفيان بن عيينة

عن عبد الله بن ابي يزيد عن ابيه قال ارسل عمر بن الخطاب إلى شيخ من بني زهرة - من اهل دارنا فذهبت مع الشيخ إلى عمر وهو في الحجر فساله عن ولاد من ولاد الجاهلية قال وكانت المراة في الجاهلية اذا طلقها زوجها او مات عنها نكحت بغير عدة فقال الرجل اما النطفة فمن فلان واما الولد فهو على فراش فلان فقال عمر صدقت ولكن قضى رسول الله ﷺ بالولد للفراش حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني الخشني قال حدثني بن ابي عمر قال حدثني سفيان عن عبد الله بن ابي يزيد عن ابيه قال دخل عمر بن الخطاب الحجر فارسل إلى رجل من بني زهرة يساله عن ولاد من ولاد الجاهلية فخرج الي فذهبت معه فاتاه وهو في الحجر فساله وكان اهل الجاهلية اذا مات الرجل او طلق لم تعتد امراته فقال اما النطفة فمن فلان واما الفراش فلفلان فقال له عمر صدقت ولكن رسول الله ﷺ قضى ان الولد للفراش قال ابو عمر لم يلتفت عمر إلى قول القائف مع الفراش وعلى هذا جماعة الناس واما القول بالقافة فاباه الكوفيون واكثر اهل العراق ورووا عن عمر من حديث الشعبي وابراهيم ان عمر قال لرجلين تداعيا ولد امراة هو ابنكما وهو للباقي منكما وذكره عبد الرزاق عن الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن علي - رضي الله عنه - انه اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر واحد فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما

الاستذكار ج:7 ص:172

وعن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال هو ابنهما يرثانه ويرثهما وعن سفيان الثوري في رجلين تنازعا ولدا يقول

كل واحد منهما انه ولد على فراشه الا انه في يد احدهما قال هو للذي هو في يده اذا وضعته في ستة اشهر فان كان دون ستة اشهر فهو للاول الا ان يكون دون ستة اشهر بيوم او يومين قال هذا في الرجل يبيع الجارية من الرجل ثم يدعي ولدها ويدعي المشتري

وقال سفيان الثوري في الولد يدعيه الرجلان انه يرث كل واحد منهما نصيب ذكر تام وهما جميعا يرثانه الثلث فاذا مات احدهما فهو للباقي منهما ومن نفاه احدهما لم يضرب الحد حتى ينفيه منهما جميعا ف اذا صار للباقي منهما فانه يرث اخوته من الميت ولا يرثونه لانه يحجبهم ابوه الحي ويرثهم هو لانه اخوهم ويكون ميراثه الباقي وعقله عليه فاذا مات الاخر من الابوين صار عقله وميراثه للاخوة من الابوين جميعا

وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يقضى ببقول القافة في شيء لا في نسب ولا في غيره قالوا وان ادعى رجلان مسلمان ولدا جعل بينهما وجعلت الامة ام ولد لهما فان كانوا ثلاثة وادعوا ولدا لم يكن بينهم في قول ابي يوسف

وقال محمد يكون بن الثلاثة اذا ادعوه معا كما يكون بين الاثنين

ولو كانت الامة بين مسلم وذمي فجاءت بولد فادعياه جميعا فانه يجعل بن المسلم منهما عندهم ويضمن قيمة الامة لشريكه ونصف العقد

وقال زفر يكون ابنهما جميعا ويكون مسلما وقد روي ذلك عن ابي حنيفة واختاره الطحاوي واما قول اهل الحجاز في القضاء بالقافة فروي عن عمر وبن عباس وانس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة وهو قول عطاء بن ابي رباح وبه قال مالك واحمد والليث والاوزاعي

والشـــــــــافعي وابـــــــــو ثـــــــور
وهو قول عمر وبه قضى في محضر من الصـحابة
وقد زعم بعض من لا يرى القول بالقافـة ان عمـر
انما ضرب القائف بالـدرة لانـه لـم يـر قـوله شـيئا
يعمل بـه وهـذا تعسـف يشـبه التجاهـل لان قضـاء
عمر بالقافة اشهر واعرف من ان يحتاج إليـه إلـى
شاهد بل انما ضربه بقولهف (اشتركا فيه) وكان

يظن ان ماءين لا يجتمعان في ولد واحـد اسـتدلالا
بقوله تعالى انا خلقناكم من ذكر وانـثى الحجـرات
13 ولـــــم يقـــــل مـــــن ذكريـــــن وانـــــثى
الا ترى انه قضى بقول القائف وقال (وال ايهمـا
شـــئت)
قـال احمـد اذا ادعـى اللقيـط مسـلم وكـافر ارى
القافـــــة فبـــــايهم الحقـــــوه لحـــــق بـــــه
ولم يختلف قول مالك واصـحاب اذا قـالت القافـة
قد اشتركا فيه ان يوقـف الصـبي حـتى يبلـغ فيـه
فيقال له (وال ايهما شـئت) وانـه ان مـات قبـل
البلـــوغ والمـــوالاة كـــان ميراثـــه بيـــن الابـــوين
وان مات احد الابوين وقف ميراث الولد منـه فـان
والاه اخذ ميراثه وان والى الحـي لـم يكـن لـه مـن
ميـــــــــراث الميـــــــــت شـــــــــيء
وان مات الصبي بعد موت احدهما قبل البلوغ فهـا
هنـا اختلفـوا وقـد ذكرنـا اختلافهـم فـي كتـاب
(اختلاف اقـــــوال مالـــــك واصـــــحابه)
واختلفـوا هـل يقبـل قـول القـائف الواحـد ام لا
فعنـــــــد مالـــــــك فيـــــــه روايتـــــــان
(احـــــــدهما) لا يقبـــــــل الا قائفـــــــان
(والاخـــرى) يقبـــل قـــول القـــائف الواحـــد
وهو قول الشافعي لانه عنده كالحاكم لا كالشهود

وهـو الاشـهر عـن مالـك وعليـه اكـثر اصـحابهف
وهو المروي عن عمر ومن لـم يقبـل مـن اصـحاب

مالك فيه الا قائفين جعلهما كالشاهدين وهو عندي احوط والله اعلم
وقول الشافعي في ان الولد اذا كان صغيرا انتظر به البلوغ كقول مالك سواء فلا يكون ابنا لهما ولكن يوالي من شاء منهما على ما روى اهل المدينة عن عمر - رضي الله عنه -
وفي دعاء عمر له القافة حين ادعاه اثنان دليل على انه لا يكون ابنا لاثنين ابدا وانما دعا له القائف ليلحقه باحدهما فلما قال اشتركا فيه قال له وال ايهما شئت
وقد روي عن بعض المفسرين انه قال في قول الله عز وجل ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه الاحزاب

الاستذكار ج:7 ص:174

قال لم اجد الله تعالى ولا رسوله ﷺ نسبا احدا الا إلى اب واحد
وقال ابو ثور يكون ابنهما اذا قال القائف قد اشترك فيه يرثهما ويرثانه
وروي عن عمر انه جعله ابنهما
واختلف الشافعي ومالك في القضاء بالقافة في اولاد الحرائر
فقال مالك واكثر اصحابه ليس للقافة في اولاد الحرائر قول وانما يقبل قولهم في الاماء
وقال الشافعي الحرائر والاماء في ذلك سواء اذا امكنت الدعوى به
وقال اشهب ما كانت القافة الا في الحرائر وبه نقول
وقال الشافعي اذا ادعى الحر والعبد او المسلم والذمي مولودا - قد وجد لقيطا فلا فرق بين واحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما يملكون - فراه القافة فان الحقوه بواحد منهما فهو ابنه ابدا وان الحقوه بأكثر لم يكن بن واحد منهم حتى يبلغ

فينتسب إلى ايهم شاء ويكون ابنه وتنقطع عنه دعوى الاخر وهو حر في كل حالاته بأيهم الحقته القافة لان اصل الناس الحرية حتى يعلم العبودية ومن الحجة في القضاء بالقافة مع ما روي في ذلك عن الصحابة - رضي الله عنهم - حديث بن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ﷺ مسرورا تبرق اسارير وجهه فقال (الم تسمعي ما قال مجزز المدلجي لزيد واسامة - وراى اقدامهما فقال - ان هذه الاقدام بعضها من بعض)

رواه جماعة من ثقات اصحاب بن شهاب عنه وروى معمر عن ايوب عن بن سيرين ان عمر دعا القافة فراوا شبه الولد في الرجلين وراى عمر مثل ما رأت القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلقح الاكلب فيكون كل جرو لابيه وما كنت ارى ان ماءين يجتمعان في ولد واحد

ومعمر عن ايوب عن ابي قلابة في هذه القصة ان عمر قال في هذا امر لا اقضي فيه شيئا ثم قال للغلام اجعل نفسك حيث شئت

ومعمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر بالقافة واقتدى في ذلك بنظر القافة والحقه بأحد الرجلين

ومعمر عن الزهري في رجل وقع على امة في عدتها من زوجها فقال يدعى لولدها القافة فان عمر بن الخطاب ومن بعده قد اخذوا بنظر القافة في مثل هذا

قال ابو عمر قد روي في هذا الحديث حديث مسند حسن اخذ جماعة من اهل الحديث به ومن اهل الظاهر

الاستذكار ج:7 ص:175

ورواه الثوري عن صالح بن يحيى عن الشعبي عن زيد بن ارقم قال كان علي - رضي الله عنه -

باليمن فأتي بامراة وطئها ثلاثة في طهر واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي اصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه
ورواه بن عيينة عن الاجلح بن عبد الله الكندي عن الشعبي عن عبد الله بن الخليل عن زيد بن ارقم قال اتي علي بن ابي طالب - رضي الله عنه - باليمن في ثلاثة نفر وقعوا على جارية في طهر واحد فجاءت بولد فجاؤوا يختصمون في ولدها فقال علي لاحدهم تطيب نفسا وتدعه لهذين فقال لا وقال للاخر مثل ذلك فقال لا وقال للاخر مثل ذلك فقال لا فقال انتم شركاء متشاكسون واني اقرع بينكم فأيكم اصابته القزعة الزمته الولد وغرمته ثلثي القيمة او قال ثلثي قيمة الجارية فلما قدموا على رسول الله ﷺ ضحك حتى بدت نواجذه وقال (ما اعلم فيها غير ما قال علي)
1415 - مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب او عثمان بن عفان قضى احدهما في امراة غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة فتزوجها فولدت له اولادا فقضى ان يفدي ولده بمثلهم
قال يحيى سمعت مالكا يقول والقيمة اعدل في هذا ان شاء الله
قال ابو عمر قد روي ذلك عن عمر وعثمان جميعا ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج قال سمعت سليمان بن موسى يذكر ان عمر بن الخطاب قضي في الامة تأتي قوما فتخبرهم انها حرة فينكحها احدهم فتلد له فقضى عمر ان على ابيه مثل كل والد ولد له من الرقيق في الشبر والذرع
قال بن جريج قلت لسليمان فان كان اولاده حسانا قال لا يكلف مثلهم في الحسن انما يكلف

مثلهم في الزرع
وقال بن جريج وقال عطاء ارى ان يفادي فيهم ابا ؤهم
وعن معمر عن بن طاوس عن ابيه عن عمر بن الخطاب انه قال في ولد الامة تفر من نفسها عبدان
قال معمر واخبرني من سمع الحسن يقول مكان كل عبد عبد ومكان كل

جارته جارية
ومعمر عن قتادة في الامة ينكحها الرجل وهو يرى انها حرة فتلد اولادا فقضى فيها عثمان مكان كل ولد عبد او مكان كل جارية جاريتان
قال عبد الرزاق واخبرنا محمد بن مسلم عن ابراهيم بن ميسرة قال نكح رجل امة فولدت له فكتبت بذلك إلى عمر بن عبد العزيز فكتب ان تفادي اولاده بوصيفين احمرين كل واحد باثنين احب اهل الجارية او كرهوا
وروى شعبة عن مغيرة عن ابراهيم في الرجل يتزوج الامة يقال له انها حرة قال صداقها على الذي غره
قال شعبة وقال حماد مثل ذلك
وقال الحكم اذا ولدت ففداء الولد على الاب
وذكر عبد الرزاق عن الثوري في الامة تغر من نفسها الحر فقال على الاب قيمة الولد قال ولو غرة غيرها كانت القيمة ايضا على الاب ويتبع الذي غره
قال الثوري وقال ابراهيم يغرم القيمة
قال وقال بن أبي ليلى يقومون حين ولدوا لانهم احرار
وقال الثوري يقومون حين يقضي فيهم القاضي
قال ابو عمر قال مالك اذا غرت الامة من نفسها وتزوجت على انها حرة ودخل بها فلا يؤخذ منها

المهر
وقال بن القاسم ارى ان يؤخذ منها ما فضل عن
مهر المثل
وقال الشافعي على الغار قيمة الاولاد للاب
وعلى الاب المستحق ولا يرجع عليه بعقره
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا زوج رجل
رجلا امراة على انها حرة فولدت له اولادا ثم
استحقها رجل فعلى الاب قيمة الاولاد والعقر
ويرجع بالقيمة على الغار ولا يرجع بالعقر
وقال بن القاسم اذا اخبره انها حرة وزوجها منه
وهو يعلم انها أمة لم يرجع بقيمة الاولاد على
الذي غره لانه لم يغره من الولد ويرجع عليه
بالمهر في راي ولا اقوم على حفظه عن مالك انه
لا يرجع بقيمة الولد قال واذا اعلمه انه ليس بولي
لها ثم زوجة منها لم يرجع عليه بالمهر

الاستذكار ج:7 ص:177

قال ابو عمر يرجع عند الشافعي بقيمة الولد على
الغار لان النكاح كان سبب الولد ولا يرجع بالمهر
لان النبي ﷺ جعل للتي نكحت بغير اذن وليها
صداقها بما استحل منها فنكاحها باطل وقال ان
دخل بها فلها مهرها بما استحل منها
واتفق مالك وابو حنيفة واصحابهما على ان
القيمة انما تجب على الاب يوم يختصمون ويوم
يحكم الحاكم بها
قالوا ومن مات منهم قبل ذلك فلا شيء فيه
وقال ابو حنيفة فان تخلف الابن الميت قبل
الخصوم فيهم مالا لم يجب على الاب فيه شيء الا
ان يكون قتل فأخذ الاب ديته
وقال عبد الله بن الحسن استحبوا القيمة يوم
يسقط الولد وقال والقياس يوم يستحق
وقال الشافعي على الاب القيمة يوم ولدوا
وقال ابو ثور وداود الاولاد رقيق ولا قيمة فيهم

علـــــــــــــــــــــــــــــى احـــــــــــــــــــــــــــــد
وقال الطحاوي القياس ان يكون الولـد مملـوكين الا انهم تركوا القياس باتفاق الصحابة علـى انهـم احـــــــــــرار علـــــــــــى الاب قيمتهـــــــــــم
قال ابو عمر باجمـاعهم ان كـل امـة تلـد مـن غيـر سيدها فولـدها بمنزلتهـا فالقيـاس علـى ذلـك ان يكون الولد مملوكا الا انه لا مـدخل للقيـاس فيمـا يخـالف فيـه السـلف فاتبـاعهم خيـر مـن الابتـداع وبالله التوفيق

1 (22 - باب القضاء في ميراث الولد المستلحق)

1416 - قال مالك الامر المجتمع عليـه عنـدنا فـي الرجل يهلك وله بنون فيقول احدهم قد اقـر ابـي ان فلانا ابنه ان ذلك النسب لا يثبت بشهادة انسان واحد ولا يجوز اقرار الذي اقر الا على نفسـه فـي حصته من مال ابيه يعطى الـذي شـهد لـه قـدر مـا يصـــــيبه مـــــن المـــــال الـــــذي بيـــــده
قال مال ك وتفسـير ذلـك ان يهلـك الرج ل ويـترك ابنيـن لـه ويـترك سـتمائة دينـار فيأخـذ كـل واحـد منهما ثلاثمائة دينارظ ثـم يشـهد احـدهما ان ابـاه الهالك اقر أن فلانا ابنه فيكـون علـى الـذي شـهد للذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث

الاستذكار ج:7 ص:178

المستلحق لو لحـق ولـو اقـر لـه الاخـر اخـذ المئـة الاخـــرى فاســـتكمل حقـــه وثبـــت نســـبه
وهو ايضا بمنزلة المراة تقر بالـدين علـى ابيهـا او على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها ان تدفع إلـى الذي اقرت له بالدين قدر الـذي يصـيبها مـن ذلـك الدين لو ثبـت علـى الورثـة كلهـم ان كـانت امـراة ورثت الثمن دفعت إلى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت إلـى الغريـم نصـف دينـه

على حساب هذا يدفع إليه من اقر لـه مـن النسـاء
قال مالك وان شهد رجل على مثل مـا شـهدت بـه المراة ان لفلان على ابيه دينا احلف صاحب الـدين مع شهادة شاهده واعطي الغريم حقه كله وليـس هذا بمنزلة المراة لان الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الـدين مـع شـهادة شـاهده ان يحلـف ويأخذ حقه كله فان لم يحلف اخذ من ميراث الـذي اقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لانه اقـر بحقـه وانكـــــر الورثـــــة وجـــــاز عليـــــه اقـــــراره
قال ابو عمر اما المقر بأخ مجهول وله اخ معروف يجحد ذلك فقـد اختلـف الفقهـاء بمـا يلزمـه اخيـه الـــــــــــذي اقـــــــــــر بـــــــــــه
فالـذي ذهـب إليـه مالـك واصـحابه مـا ذكـره فـي موطئه أنه يعطيه ثلث مـا بيـده لا يلزمـه اكـثر مـن ذلك لانه لو ثبت انه اخ لم يلزمه اكـثر مـن ذلـك فلا يلزمه باقراره اكثر مما كان يلزمه بالبينـة انـه بـن ابيـــه
وبـــــه قـــــال احمـــــد بـــــن حنبـــــل والكوفيون يلزمه ان يعطيه نصف ما بيده لانـه قـد اقر انه شريك له فيما ترك ابـوه فلا يسـتأثر عليـه بشيء قـالوا يـدخل عليـه مـن ظلـم اخيـه لـه كمـا يـــدخل علـــى المجحـــود الـــذي اقـــره بـــه
وقـال الشـافعي لا يلزمـه مـن جهـة القضـاء ان يعطيه شيئا لانه اقر له بشـيء لا يسـتحقه الا مـن جهة النسب ولا يستحقه الا بإقرار اخيـه وحـده اذا كان ثم من الورثة من يدفعه فـاذا لـم يثبـت نسـبة باقرار اخيه وحده لـم يسـتحق شـيئا مـن الميـراث وهذا اصح ما فيه عندنا وان شاء المقـر ان يعطيـه شـــــــــــــــــــيئا اعطـــــــــــــــــــاه
وقـــول الليـــث بـــن ســـعد كقـــول الشـــافعي واتفقوا ان نسب الاخ المقر بـه يثبـت لـو اقـر لـه الابنان جميعا وكذلك اذا اقر به جميع الورثة

الاستذكار ج:7 ص:179

واختلفوا اذا جحده بعض الورثة واقر بعضهم فالجمهور على انه لا يثبت نسبة الا ان يقر به اثنان فصاعدا
وقد روي عن الشافعي خلاف ما تقدم ذكره في الابن الواحد يقر به الاخ اذا لم يكن هناك وارث غيره انه يلحق نسبه والمشهور عنه ما تقدم ذكره
واما اقرار الوارث بدين اذا انكر سائر الورثة فالذي عليه مالك واصحابه والمعروف من مذهبهم في الحجاز والعراق ومصر انه لا يلزم المقر من الدين إلا مقدار ما يصيبه في حصته اذا كانت ابنة لا وارث له غيرها فالنصف وان كانت اما فالثلث وان كانت زوجا فالربع او الثمن وان كان اخا لام فالسدس
على هذا جماعتهم ان الاقرار بالدين كالاقرار بالولد وكالاقرار بالوصية
الا ما ذكره بن حبيب فانه قال اصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما لانه لا ميراث لوارث الا بعد قضاء الدين
قال ابو عمر بل اصحاب مالك كلهم على ما رواه مالك والمتأخرون منهم ينكرون على بن حبيب قوله هذا
وكان ابو عمر احمد بن عبد الملك بن هاشم شيخنا - رحمه الله - ينكر على بن حبيب كل الانكار ينكر ويقول لا اعرف ما حكاه بن حبيب عن احد من اصحاب مالك
وقال احمد بن حنبل كما قال مالك لا يلزم المقر بالدين من الورثة الا بمقدار ميراثه
وقالت طائفة من الكوفيين وغيرهم يلزم المقر بالدين اداء الدين كله من حصته لانه لا يحل له ان يرث وعلى ابيه دين وجعلوا الجاحد كالغاصب ببعض مال الميت
وقد اجمعوا انه يؤدي الدين مما بقي بعد الغصب اذا لم يقدر على الغاصب والسارق

وكذلك اجمعوا انه لو كان وارثا واحدا واقر لزمه الدين كله الذي اقر به ولم يرث الا ما فضل عن الدين
وروي ذلك عن عبد الملك بن الماجشون قال ابو عمر وجه قول مالك ومن تابعه على ذلك ان اقرار المقرين على انفسهم بمنزلة البينة ثبتت عليهم بما اقروا به ولو شهدت البينة بالدين لم يلزم المشهود عليه الا مقدار حصته من الميراث

الاستذكار ج:7 ص:180

وكذلك لو اقر بوصية او شهدت بذلك البينة ويدل على صحة قول مالك ايضا انهم قد اجمعوا انه لو شهد رجلان من الورثة على الميت بالدين قبلت شهادتهما وكان على كل وارث بمقدار ميراثه
وقال الكوفيون لو كانا غير عدلين لزمهما الدين كله في حصتيهما ولم يلزم سائر الورثة شيء فكيف يقبلون شهادة من اذا ثبتت شهادته كان بها جارا إلى نفسه او دافعا عنها

1 (23 - باب القضاء في امهات الاولاد)

1417 - قال مالك عن بن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه ان عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يعزلوهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد الم بها الا الحقت به ولدها فاعزلوا بعد او اتركوا
1418 - مالك عن نافع عن صفية بنت ابي عبيد انها اخبرته ان عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يدعوهن يخرجن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد الم بها الا قد الحقت به ولدها فأرسلوهن بعد او امسكوهن
قال ابو عمر اتفق مالك والشافعي واصحابهما

على القول بما روي عن عمر في هذا الباب والعزل عندهم وغير العزل سواء اذا اقر بالوطء الا ان يدعي بعده استبراء
واختلف اصحاب الشافعي فمنهم من قال بما وصفنا ومنهم من قال لا ينفعه الاستبراء لان الحامل قد تحيض ومتى جاءت الامة التي اقر سيدها بوطئها بولد لستة اشهر فصاعدا الحق بها لانها فراش له
قال ابو عمر فان انكر ان تكون ولدته لم يلحق به الا ان تشهد امراتان عدلان على انها ولدته بعد اقراره بالوطء عند مالك واصحابه
واما الشافعي فلا بد من اربع نسوة يشهدن عنده على ذلك فلا يجوز عنده شهادة امراتين الا مع رجل في الديون وما كان مثلها

الاستذكار ج:7 ص:181

واما الشهادة على الولادة وعلى عيوب النساء فلا تجوز عندهم بالقول من اربعة نسوة وتجوز عند مالك شهادة امراتين في ذلك
واما الكوفيون فلا يلحق عندهم ولد الامة الا بدعوى السيد له وسواء اقر بوطئها او لم تقر متى نفاه لم يلحق به عندهم كانت ممن يخرج ويتصرف او لم تكن
وسلف الكوفيين في هذه المسالة بن عباس وزيد بن ثابت كما ان سلف اهل الحجاز عمر بن الخطاب
روى شعبة عن عمارة بن ابي حفصة عن عكرمة عن بن عباس انه كان ياتي جارية له فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد قال ابو عمر يعني العزل
وروى سفيان بن عيينة عن ابي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت ان اباه كان يعزل عن جارية فارسية فجاءت بحمل فانكره وقال اني لم اكن اريد ولدك

وروى شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال ولدت جارية لزيد بن ثابت فقال انه ليس مني واني كنت اعزل عنها
قال ابو عمر احتج الطحاوي للكوفيين من جهة النظر بما قد نقضه الشافعيون فلم ار لذكره وجها
ويجوز عند الكوفيين في الولادة وفي عيوب النساء التي لا يطلع عليها الرجال امراة واحدة ولكل واحد من هؤلاء الفقهاء الثلاثة سلف قالوا بقولهم وعدد الشهود في الشهادات اصول في انفسها لا مدخل للنظر والقياس فيها
قال مالك الامر عندنا في ام الولد اذا جنت جناية ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها وليس له ان يسلمها وليس عليه ان يحمل من جنايتها اكثر من قيمتها
قال ابو عمر اختلف الفقهاء في جناية ام الولد فمذهب مالك واصحابه ما ذكره في الموطأ قالوا لا سبيل إلى إسلام ام الولد بجنايتها وعلى السيد الاقل من ارش الجناية او قيمة رقبتها ان جنت بعد ذلك كان عليه اخراج قيمتها مرة ثانية وكذلك ثالثة ورابعة واكثر
وهو قول زفر
وقول الشافعي المشهور في ام الولد انها لا تسلم بجنايتها وعلى سيدها ان

يفديها بالاقل من قيمتها او ارش الجناية فان عادت فجنت فله فيها قولان (احدهما) كقول مالك (والاخر) ان يكون المجني عليه شريكا للاول فيما اخذ من قيمتها اذا كان الاول قد استوفى قيمتها كلها وان لم يكن استوفاها غرم السيد بقيمة قيمتها ورجع المجني عليه الثاني على الاول فشاركه بباقي ارش جنايته وكذلك كل ما جنت ايضا

وقـول ابـي حنيفـة فـي ام الولـد انـه لا يسـلمها سيدها ابدا لجنايتها وعليه ان يفتديها بالاقـل مـن ارش الجناية او قيمة رقبتهـا فـان جنـت بعـد ذلـك فـالمجني عليـه شـريك الاول
وقـال الليـث بـن سـعد فـي جنايـة ام الولـد يخيـر مولاها بيـن ان يـؤدي عنهـا جنايتهـا وبيـن رقبتهـا فان شاء ان يخليها سعى فـي قيمتهـا ليـس علـى المـولى
وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسـف قـال سـالت ربيعة بن ابي عبد الرحمن عـن ام ولـد قتلـت رجلا فقـال لمـولاه اد ديـة قتيلهـا فـان فعـل ذلـك والا اعتقهـا عليـه وجعـل ديـة قتيلهـا علـى عاقلتهـا
قال ابو عمر وهذا كله على قـول مـن لا يـرى بيـع امهات الاولاد ولا يقول بعتقهن

1 (24 - باب القضاء في عمارة الموات)

1419 - مالـك عـن هشـام بـن عـروة عـن ابيـه ان رسول الله ﷺ قال (من احيا ارضا ميتـة فهـي لـه وليـس لعـرق ظـالم حـق)
1420 - قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر او اخـذ او غـرس بغيـر حـق
مالك عن بن شهاب عن سالم بن عبد الله عن ابيه ان عمر بن الخطاب قال من احيا ارضا ميتـة فهـي لـه
قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا

الاستذكار ج:7 ص:183
قال ابو عمر لم يختلف على مالك في ارسال هـذا الحديث عن هشام عن ابيه وقد اختلـف فيـه علـى هشام فروته طائفة كمـا رواه مالـك مرسـلا وهـو اصح ما فيه ان شاء الله عز وجل وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر عن النـبي ﷺ

ورواه اخرون عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر ومنهم من يقول فيه عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع اضطربوا فيه على هشام كثيرا وقد ذكرنا الاسانيد بذلك في (التمهيد) واتينا باختلاف الفاظ الناقلين له ذلك والحمد لله كثيرا

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن هشام بن عروة قال خاصم رجل إلى عمر بن عبد العزيز في ارض حازها فقال عمر من احيا من ميت الارض شيئا فهو له فقال له عروة قال رسول الله ﷺ (من احيا شيئا من ميت الارض فهو له وليس لعرق ظالم حق)

قال عروة والعرق الظالم ان ينطلق الرجل إلى ارض غيره فيغرسها

اخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني هناد بن السري قال حدثني عبده عن محمد بن إسحاق عن يحيى بن عروة بن الزبير عن ابيه ان رسول الله ﷺ قال (من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق)

قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس احدهما نخلا في ارض الاخر فقضى لصاحب الارض بأرضه وامر صاحب النخل ان يخرج نخلة منها

قال فلقد رايتها وانها لتضرب اصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى اخرجت منها

وحدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني احمد بن عبدة الاملي قال حدثني عبد الله بن عثمان قال حدثني بن المبارك اخبرنا نافع بن عمر الجمحي عن بن

ابي مليكة عن عروة قال (اشهد ان رسول الله قضى ان الارض ارض الله والعباد عباد الله ومن احيا مواتا فهو احق به) جاءنا بهذا عن النبي - الذين جاؤوا بالصلوات عنه (1) قال ابو عمر رواية يحيى بن عروة عن عروة ورواية بن ابي مليكة عن

الاستذكار ج:7 ص:184

عروة يقضيان على ان من روى هذا الحديث مرسلا كما رواه مالك اصح من رواية من اسنده والله اعلم ويشهد ذلك اختلاف الذين اسندوه في اسناده

وقد رواه عمرو بن عوف المزني عن النبي الا من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن ابيه عن جده وكثير متروك الحديث

والحديث صحيح عن النبي وقد تلقاه العلماء بالقبول

ولم يختلفوا ان معنى قوله (ليس لعرق ظالم حق) انه الغرس في ارض غيرك على هذا خرج اللفظ المقصود به إلى هذا المعنى وكل ما كان مثله فله حكمه وكذلك فسره عروة وهشام ومالك

وقال بن وهب اخبرني مالك قال هشام (العرق الظالم ان يغرس الرجل في ارض غيره ليستحقها بذلك)

قال مالك والعرق الظالم كل ما اخذ واحتكر واغترس في غير حق

واما قوله (من احيا ارضا ميتة) فالميتة البور الشامخ من الشعواء وما كان مثلها واحياؤها ان يعمل حتى تعود ارضا بيضاء تصلح ان تكون مزروعة بعد حالها الاول فان غرسها بعد

ذلـــك او زرعهـــا فهـــو ابلـــغ فـــي احيائهـــا وهو ما لا خلاف فيه فـاختلف فـي التحجيـر عليهـا بالحيطـــان هـــل يكـــون ذلـــك احيـــاء لهـــا ام لا قال بن القاسم لا يعرف مالـك التحجيـر احيـاء ولا ما روي (من حجر ارضا وتركهـا ثلاث سـنين فـان احياها والا فهي لمن احياها) لا يعرف مالـك ذلـك وانما الاحياء عنـده فـي ميـت الارض شـق الانهـار وحفـر الابـار والعيـون وغـرس الشـجر والحـرث وقال اشهب لو نزل قوم من ارض البريـة فجعلـوا ويزرعون ما حولها فذلك احياء لها وهـم احـق بهـا مـــــن غيرهـــــم مـــــا اقـــــاموا عليهـــــا قال ابو عمر هذا كله انما هو فـي المـوات الـذي لا يعرف له مالك باكتساب او ميراث واما ما عرف له مالك باكتساب او ميراث فليس من المـوات الـذي يعـــــــرف يكـــــــون لمـــــــن احيـــــــاه وقد قال من احيا ارضا ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت

الاستذكار ج:7 ص:185

الاشـجار وتهـدمت الابـار وعـادت كـاول مـرة ثـم احياها غيره فهي لمحييها الثاني بخلاف ما يملكـه بخطـــــــــــــــــه او شـــــــــــــــــراء وقـــال الشـــافعي بلاد المســـلمين شـــيئان عـــامر ومـوات فالعـامر لاهلـه وكـذلك كـل مـا يصـلح بـه العامر من قنـاء وطريـق وسـبل مـاء وغيـره فهـو كالعـامر فـي ان لا يملـك علـى اهلـه الا بـاذنهم قـــــــال والمـــــــوات شـــــــيئان موات قد كان عامرا لاهله معروفا في الاسلام ثـم ذهبت عنه عمارته فصار مواتا فـذلك كالعـامر هـو لاهلـــه ابـــدا لا يملـــك عليهـــم الا بـــاذنهم والموات الثاني ما لم يملكه احـد فـي الاسـلام ولا عمر في الجاهلية عمارة ورثته في الاسلام فـذلك الموات الذي قال فيـه رسـول اللـه ﷺ(مـن احيـا

ارضا ميتة فهي له ومن احيا مواتا فهو له)
قال الشافعي والاحياء ما عرفه الناس احياء لمثل المحيا ان كان مسكنا فانه يبني بناء مثله او ما يقرب منه
قال واقل عمارة الارض الزرع فيها وحفر البئر ونحو ذلك
قال ومن اقتطع ارضا وجحدها ولم يعمرها رايت للسلطان ان يقول له ان أحييتها والا خلينا بينها وبين من يحييها فان تاجله رايت ان يفعل
قال فاذا احيا الارض بما تحيى به ملكها ملكا صحيحا لم تخرج عنه ابدا ولا عن ورثته بعده الا بما تخرج به الاملاك عن اربابها
واما ابو حنيفة فمذهبه ان كل الارض يملكها مسلم او ذمي لا يزول ملكها عنها بخرابها وكل ما قرب من العمران فليس بموات وما بعد منه فلم يملك قبل ذلك فهو موات
وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وذكر اصحاب (الاملاء) عن ابي يوسف ان الموات هو الذي اذا وقف رجل على ادناه من العامر فنادى باعلى صوته لم يسمعه من في اقرب العامر إليه
واختلفوا هل يحتاج في احياء الموات إلى اذن الامام ام لا يصح الاحياء للموات الا باقطاع من الامام
فقال مالك اما ما كان قريبا من العمران فلا يحاز ولا يعمر الا باذن الامام واما ما كان في الارض فلك ان تحييه بغير اذن الامام

الاستذكار ج:7 ص:186

وقال ابو حنيفة ليس لاحد ان يحيي مواتا من الارض الا باذن الامام ولا يملك منه شيئا الا بتمليك الامام له اياه
قال ابو عمر التمليك من الامام هو اقطاعه لمن اقطعه اياه

وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي من احيا مواتا من الارض فقد ملكه اذن الامام في ذلك ام لم يأذن

قال الشافعي وعطية رسول الله ﷺ عامة لكل من احيا مواتا اثبت من عطية من بعده من سلطان او غيره

وهو قول احمد واسحاق وابي ثور وداود وقولهم في هذا الباب كله نحو قول الشافعي

وقال ابو حنيفة واصحابه من ملكه الامام مواتا فاحياه واخرجه من الموات إلى العمران فيما بينه وبين ثلاث سنين ثم ملكه فيه وان تركه ولم يعمره حتى مضت ثلاث سنين بطل اقطاع الامام اياه ذلك وعاد إلى ما كان عليه قبل اقطاع الامام ذلك

قال ابو عمر ليس عند مالك والشافعي واصحابهما ومن ذكرنا معهما في ذلك حد وانما هو اجتهاد الامام يؤجله على حسب ما يراه فان عمره والا يقطعه غيره ممن يعمره

قال ابو عمر ذهبت طائفة من التابعين ومن بعدهم إلى ان من حجر على موات فقد ملكه واحتجوا بما رواه شعبة وغيره عن قتادة عن الحسن عن سمرة ان رسول الله ﷺ قال (من احاط حائطا على ارض فهو له) (1)

وروى عبد الرزاق عن معمر عن بن عيينة عن بن شهاب عن سالم عن بن عمر قال كان الناس يتحجرون على عهد عمر في الارض التي ليست لاحد فقال عمر من احيا ارضا فهي له

وهذا - والله اعلم - على ان التحجير غير الاحياء على ما قاله اكثر العلماء

وروى بن عيينة عن بن ابي نجيح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ اقطع ناسا

من جهينة او مزينة ارضا فعطلوها فجاء قوم فعمروها

فخاصمهم اصحاب الارض إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقال عمر لو كانت قطيعة من ابي بكر او مني لم اردها اليكم ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ لا نستطيع الا ان اردها فردها اليهم ثم قال عمر من اقطع ارضا فعطلها صاحبها ثلاث سنين ثم احياها غيره فهو احق بها

1 (25 - باب القضاء في المياه)

1421 - مالك عن عبد الله بن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه بلغه ان رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينب (1) (يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل) لم يختلف في ارسال هذا الحديث في (الموطا) وقد روي مسندا من رواية اهل المدينة اخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني محمد بن العلاء قال حدثني ابو اسامة عن الوليد بن كثير عن ابي مالك بن ثعلبة عن ابيه ثعلبة بن ابي مالك انه سمع كبراءهم يذكرون ان رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى النبي ﷺ في مهزور يعني السيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ ان الماء إلى الكعبين لا يحبس الاعلى عن الاسفل (2)ـــ وحدثني خلف بن القاسم قال حدثني بكر بن عبد الرحمن العطار بمصر قال حدثني احمد بن سليمان بن صالح بن صفوان قال حدثني ابو صالح الحراني عبد الغفار بن داود قال حدثني محمد بن

سلمة عن محمد بن إسحاق عن ابي مالك بن ثعلبة عن ابيه ان النبي ﷺ اتاه اهل مهزور فقضى ان الماء اذا بلغ الكعبين لم يحبس الاعلى (3) واخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني احمد بن عبدة قال حدثني المغيرة بن عبد الرحمن قال

الاستذكار ج:7 ص:188

اخبرني ابي - عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله ﷺ قضى في سيل مهزور ان يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل (1) قال ابو عمر ليس في شيء من هذه الاحاديث المسندة ذكر مذينب ومهزور واديان بالمدينة معروفان يستويان يسيلان بالمطر ويتنافس اهل المدينة في سيلهما فقضى رسول الله ﷺ في سيلهما انه للاعلى فاعلى والاقرب إلى السيل فالاقرب يمسك الاعلى جميع الماء حتى يبلغ الكعبين ثم يرسله إلى من تحته ممن يليه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ (احبس الماء حتى يبلغ الجدر) فكان إلى الكعبين

قال ابو عمر قوله حتى يبلغ الجدر كلام ورد في حديث الزهري عن عروة بن الزبير عن عبد الله بن الزبير في خصومة مع الانصار في شراج الحرة (2) وقد ذكرناه باسناده في (التمهيد) من رواية بن وهب عن الليث ويونس عن بن شهاب الزهري واختلف اصحاب مالك فيما يرسل الاعلى من الماء على الاسفل بعد بلوغ الماء إلى الكعبين فذكر بن حبيب عن مطرف وبن الماجشون انه يصرف الاعلى من الماء ما زاد على مقدار الكعبين إلى من يليه والذي يليه كذلك ايضا هكذا

ابـــدا مـــا بقـــي شـــيء مـــن المـــاء قال وقاله بن وهب قال وقال بن القاسم بل يرسل الماء كله اذا بلغ الكعبين إلى جاره الذي تحته ولا يحبس منه شيئا وكذلك يصنع الذي تحته بالذي يليه ايضا اذا بلغ الماء في ارضه إلى الكعبين ارسل الماء كله إلى من تحته

الاستذكار ج:7 ص:189

وروى زياد عن مالك قال تفسير ذلك ان يجد في الأول الذي حائطه اقرب إلى الماء يجري الماء في ساقيته إلى حائطه بقدر ما يكون الماء في الساقية إلى حد كعبيه فيجزئه كذلك في حائطه حتى يرويه ثم يفعل الذي يليه كذلك ثم الذي يليه كذلك ما بقي من الماء شيء قال وهذه السنة فيهما وفيما يشبههما مما ليس لأحد فيها حق معين الأول احق بالتبدئة ثم الذي يليه إلى اخرهم رجلا ( )

1 (26 - باب القضاء في المرفق (1))

1424 - مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن ابيه ان رسول الله ﷺ قال (لا ضرر ولا ضرار) هكذا هذا الحديث في (الموطا) عند جميع الرواة مرسلا وقد رواه الدراوردي عن عمرو بن يحيى عن ابيه عن ابي سعيد الخدري مسندا حدثني عبد الله بن محمد بن يوسف قال حدثني احمد بن محمد بن إسماعيل بن الفرج قال حدثني ابو علي الحسن بن سليمان - قبيطة - قال حدثني عبد الملك بن معاذ النصيبي قال حدثني عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن يحيى بن عمارة عن ابيه عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار من اضر أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه

قال ابو عمر قوله (لا ضرر ولا ضرار) قيل فيه اقوال احدها انهما لفظتان بمعنى واحد فتكلم بهما جميعا على معنى التاكيد وقيل بل هما بمعنى القتل والقتال كانه قال لا يضر احد احدا ابتداء ولا يضره ان ضره وليصبر وهي مفاعلة وان انتصر فلا يعتدي ونحو هذا كما قال (ولا تخن من خانك) (1) يريد باكثر من انتصارك منه بالسوار او لمن صبر وغفر ان ذلك لمن عزم الامور وقال بن حبيب الضرر عند اهل العربية الاسم والضرار الفعل قال والمعنى لا يدخل على احد ضررا لم يدخله على نفسه ومعنى لا ضرار لا يضار احد باحد هذا ما حكى بن حبيب وقال الخشني الضرر الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة وهذا وجه حسن في الحديث والله اعلم وهو لفظ عام متصرف في اكثر امور الدنيا ولا يكاد ان يحاط بوصفه الا ان الفقهاء ينزعون به في اشياء مختلفة ياتي ذكرها في ابوابها - ان شاء الله عز وجل وقد ذكرنا منها طرفا دالا على ما سواه في (التمهيد) حدثني خلف بن قاسم قال حدثني احمد بن صالح المقرئ - وحدثني احمد بن فتح قال حدثني عبد الله بن احمد بن حامد بن ثرثال - قالا حدثنا ابو علي الحسن بن الطيب الكوفي - وقال احمد بن فتح الشجاعي البلخي - قال حدثني سعيد بن ابي الربيع السمان قال حدثني عنبسة بن سعيد قال حدثني فرقد السبخي عن مرة الطيب عن ابي بكر الصديق - رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ (ملعون من ضار اخاه المسلم او ما كره) (2) اخبرنا خلف بن سعيد قال حدثني عبد الله بن

محمد قال حدثني احمد بن خالد قال حدثني إسحاق بن ابراهيم قال حدثني عبد الرزاق عن معمر عن جابر الجعفي عن عكرمة عن بن عباس قال قال رسول الله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار وللرجل ان يغرز خشبة في حائط جاره

الاستذكار ج:7 ص:191

1425 - مالك عن بن شهاب عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (لا يمنع احدكم جاره خشبة يغرزها في جداره) ثم يقول ابو هريرة مالي اراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم يحيى

هكذا هذا الحديث بهذا الاسناد في (الموطا) وقد روي فيه عن مالك اسناد اخر عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة عن النبي ﷺ والاسناد الاول هو المحفوظ على انه قد اختلف فيه عن بن شهاب وقد ذكرنا ذلك في (التمهيد) وقال جماعة من اصحاب بن شهاب فيه اذا استاذن احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره فلا يمنعه وبعضهم يقول فيه من ساله جاره واذا سال احدكم جاره والمعنى كله سواء

قال يونس بن عبد الاعلى سالت بن وهب عن خشبة او خشبة فقال سمعته من جماعة خشبة يعني على لفظ الواحد

واختلف الفقهاء في معنى هذا الحديث فقال منهم قائلون معناه الندب إلى بر الجار والتجاوز له والاحسان إليه وليس ذلك على الوجوب

وممن قال ذلك مالك وابو حنيفة واصحابهما

ومن حجتهم قوله ﷺ (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه) (1)

وذكر بن عبد الحكم عن مالك قال ليس يقضى

على رجل ان يغرز خشبة في جداره لجاره وانما نرى ان ذلك كان من رسول الله ﷺ على الوصاية بالجـــار
قال ومن اعار صاحبه خشبة يغرزها في جداره ثم اغضبه فاراد ان ينزعها فليس له ذلك واما ان احتاج إلى ذلك بامر نزل به فذلك له
قال وان اراد ان يبيع داره فقال انزع خشبك فليس ذلك له
قال ابو حنيفة واصحابه معنى الحديث المذكور الاختيار والندب في اسعاف

الاستذكار ج:7 ص:192

الجار وبره - اذا ساله ذلك - وهو مثل معنى قوله ﷺ (اذا استاذنت احدكم امراته إلى المسجد فلا يمنعها) (1) وهذا معناه عند الجميع الندب على حسب ما يراه الزوج من الصلاح والخير في ذلك
وقال بن القاسم سئل مالك عن حديث النبي ﷺ (لا يمنعن احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره)

قال مالك ما ارى ان يقضي به وما اراه الا من وجه المعروف من النبي ﷺ
قال بن القاسم وسئل مالك عن رجل كان له حائط فاراد جاره ان يبني عليه سترة يستتر بها منه
قال لا ارى ذلك له إلا بإذن صاحبه
وقال اخرون ذلك على الوجوب اذا لم تكن في ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار وممن قال بهذا الشافعي واصحابه واحمد وإسحاق وابو ثور وداود بن علي وجماعة اهل الحديث لنهي رسول الله ﷺ ان يمنع الجار جاره من ذلك الا ترى ان هريرة راى الحجة فيما سمعه

من رسول الله ﷺ على ما ارى من ذلك وقال والله لارمين بها بين اكتافكم وهذا بين في حمله ذلك على الوجوب عليهم ولو كرهوا ولولا انه فهم فيما سمع من النبي ﷺ معنى الوجوب ما كان ليوجب عليهم غير واجب وهو مذهب عمر بن الخطاب قضى به على محمد بن مسلمة للضحاك بن خليفة وقضى بمثل ذلك لعبد الرحمن بن عوف على جد يحيى بن عمارة الأنصاري والقضاء بالمرفق خارج بالسنة عن معنى قوله (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه) لان هذا معناه التمليك والاستهلاك وليس المرفق من ذلك لان النبي ﷺ قد فرق في الحكم بينهما فغير واجب ان يجمع ما فرق رسول الله ﷺ وحكى مالك انه كان بالمدينة قاض يقضي به يسمى (المطلب) وروى بن نافع انه سئل عن معنى قول رسول الله ﷺ (لا يمنع احدكم جاره

الاستذكار ج:7 ص:193

ان يغرز خشبة في جداره) هل ذلك من رسول الله ﷺ على وجه الوصاية بالجار ام يقضي به القضاة
فقال ارى ذلك امرا دل الناس عليه وامروا به في حق الجار
قيل افترى ان يقضي به القضاة
قال قد كان المطلب يقضي به عندنا وما اراه الا دليلا على المعروف واني منه لفي شك
حدثني عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثنا الخشني قال حدثنا بن ابي عمر قال حدثنا سفيان بن عيينة قال سمعت الزهري يقول اخبرنا عبد

الرحمن بن هرمز الاعرج عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ (اذا استأذن احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره فلا يمنعه) فلما حدثهم ابو هريرة نكسوا رؤوسهم وطأطأوها فقال مالي اراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم

وقال الربيع في البويطي عن الشافعي ليس للجار ان يمنع جاره ان يغرز خشبة في جداره لحديث ابي هريرة في ذلك وروى الشافعي وغيره عن بن عيينة عن عمرو بن دينار قال كنت بالمدينة فأراد رجل ان يغرز خشبة في جدار جاره فمنعه فخاصمه وجاء بالبينة إلى النبي ﷺ فقضى له عليه

1426 - مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن ابيه ان الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فاراد ان يمر به في ارض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به اولا واخرا ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فامره ان يخلي سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به اولا واخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وروى بن عيينة هذا الخبر عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان ان رجلا اراد ان يجري ماء إلى حائطه على حائط محمد بن مسلمة فابى محمد بن مسلمة فكلم الرجل عمر بن الخطاب فقال عمر لمحمد بن مسلمة لم تنعه

الاستذكار ج:7 ص:194

اعليك فيه ضرر قال لا ولا اريد ان يجريه في حائطي قال اليس لك فيه منفعة او لم يكن الا

على بطنك لاجراه
1427 - مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن ابيه انه قال كان في حائط جده ربيع (1) لعبد الرحمن بن عوف فاراد عبد الرحمن بن عوف ان يحوله إلى ناحية من الحائط هي اقرب إلى ارضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله
قال ابو عمر اكثر اهل الاثر يقولون في هذا بما روي عن عمر رضي الله عنه ويقولون ليس للجار ان يمنع جاره مما لا يضره
وزعم الشافعي في كتاب الرد ان مالكا لم يرو عن احد من الصحابة خلاف عمر في هذا الباب وانكر على مالك انه رواه وادخله في كتابه ولم ياخذ به ولا بشيء مما في هذا الباب

باب القضاء في المرفق

في الموطا بل رد ذلك كله برايه
قال ابو عمر ليس كما زعم الشافعي لان محمد بن مسلمة رد ذلك كله برايه في ذلك خلاف راي عمر وراي الانصاري ايضا كان خلافا لراي عمر وكذا عبد الرحمن بن عوف في قصة الربيع وتحويل الربيع الساقية
واذا اختلف الصحابة وجب الرجوع إلى النظر والنظر يدل على ان دماء المسلمين واموالهم واعراضهم من بعضهم على بعض حرام الا ما تطيب به النفس من المال خاصة فهذا هو الثابت عن النبي
ويدل على الخلاف ايضا في ذلك قول ابي هريرة (مالي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها ونحو هذا)
وروى اسد بن موسى قال حدثني قيس بن الربيع

عن منصور بن دينار عن ابي عكرمة المخزومي عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (لا يحل لامرىء مسلم ان يمنع جاره خشبات يضعها على جداره) ثم يقول ابو هريرة والله لاضربن بها بين اعينكم وان كرهتم

وبهذا الحديث وما كان مثله احتج من راى القضاء بالمرفق وان لا يمنع الجار جاره وضع خشب في جداره ولا كل شيء يضره

وقد ذكرنا في (التمهيد) في ذلك اثارا مسندة وذكرنا حديث الاعمش عن انس قال استشهد منا غلام يوم احد فجعلت امه تمسح التراب عن وجهه وتقول ابشر هنيئا لك الجنة فقال لها النبي ﷺ (وما يدريك لعله كان يتكلم فيما لا يعنيه ويمنع ما لا يضره) (1)

والاعمش لا يصح له سماع من انس والله اعلم ولم يختلفوا في انه لا يحتج من حديثه بما لم يذكره عن الثقات وبسنده لان كان يدلس عن الضعفاء

واما ابو حنيفة واصحابه فلا يرون ان يقضى بشيء مما ذكرنا في هذا الباب عن النبي ﷺ في نهي الجار ان يمنع جاره من غرز الخشبة في جداره

وعن عمر في قصة الخليج في ارض محمد بن مسلمة ولا ما كان مثل ذلك كله بقوله ﷺ (ان دماءكم واموالكم عليكم حرام) (2) أي من بعضكم على بعض لقوله ﷺ (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه)

وهذا هو المشهور من مذهب مالك المعمول به فروى اصبغ عن بن القاسم قال لا يؤخذ بما قضى

به عمر بن الخطاب على محمد بن مسلمة في الخليج ولا ينبغي ان يكون احق بمال اخيه منه الا برضاه

قال واما ما حكم به لعبد الرحمن بن عوف من تحويل الربيع من موضعه إلى ناحية اخرى من الحائط فانه يؤخذ به ويعمل بمثله لان مجرى ذلك الربيع كان لعبد الرحمن ثابتا في الحائط وانما اراد تحويله إلى ناحية اخرى من الحائط وانما هي اقرب عليه وانفع وارفق لصاحب الحائط وكذلك حكم عليه عمر بتحويله

واما عبد الملك بن حبيب فانه اضطرب في هذا الباب ولم يثبت فيه على مذهب مالك ولا مذهب العراقيين ولا مذهب الشافعي وتناقض في ذلك فقال

الاستذكار ج:7 ص:196

في قوله ﷺ(لا يمنعن احدكم جاره ان يضع خشبة في جداره) ارى انه لازم للحاكم ان يحكم به على من اباه وان يجبره عليه بالقضاء لانه حق قضى به رسول الله ﷺولانه من الضرر ان يدفع جاره ان يغرز خشبة على جداره فيمنعه بذلك المنفعة وصاحب الجدار لا ضرر عليه فيه وقد قال رسول الله ﷺ(لا ضرر ولا ضرار) وقال عمر لم تمنع اخاك ما لا يضرك

وقد قال مالك للجار اذا تهورت بئره ان يسقي نخيله وزرعه من بئره وهذا ابعد من غرز الخشبة في جدار الجار اذا لم يكن يضر بالجدار فان خيف عليه ان يوهن الجدار ويضر به لم يجبر صاحب الجدار على ذلك وقيل لصاحب الخشب احتل لخشبك

قال ومثله حديث ربيع عبد الرحمن بن عوف في حائط المازني

قال فهذا ايضا يجبر عليه بالقضاء من اجل ان مجرى ذلك الربيع كان ثابتا في الحائط لعبد الرحمن قد استحقه فاراد تحويله إلى ناحية اخرى هي اقرب عليه وارفق لصاحب الحائط قال واما الحديث الثالث في قصة الضحاك بن خليفة مع محمد بن مسلمة فلم اجد احدا من اصحاب مالك وغيره يرى ان يكون ذلك لازما في الحكم لاحد على احد وانما كان ذلك تشديدا على محمد بن مسلمة ولا ينبغي لاحد ان يكون غيره احق بماله منه الا برضاه قال ابو عمر مثل هذا يلزم في قصة ربيع عبد الرحمن بن عوف في حائط الانصاري المازني لان الذي استحق منه مجرى ربيع في ذلك الموضع بعينه وما عدا ذلك الموضع فملك الانصاري لا يحل الا عن طيب نفس منه كما لو اكترى رجل من رجل دارا او حانوتا بعينه ثم اراد ان ينقله عنه إلى غيره لم يجز له عندهم ذلك الا برضا المكتري ولا يجوز الا ان يكون الباب في ذلك بابا واحدا ويكون القضاء بالمرفق خارجا عن معنى قول النبي (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه) بدليل حديث ابي هريرة في غرز الخشب على الجدار وقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بانه لا يجوز للجار ان يمنع جاره ما لا يضره فيكون حينئذ معنى قول النبي (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه) خرج على الاعيان والرقاب واستهلاكها اذا اخذت بغير اذن صاحبها لا على المرافق والاثار التي لا تستحق بها رقبة ولا عين شيء وانما تستحق بها منفعة وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:197

1 (27 - باب القضاء في قسم الاموال)

1428 - مالك عن ثور بن زيد الديلي انه قال (بلغني ان رسول الله ﷺ قال (ايما دار او ارض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وايما دار او ارض ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام)
قال ابو عمر هكذا هذا الحديث في (الموطا) عند جميع الرواة لم يختلفوا في انه بلاغ عن ثور بن زيد
ورواه ابراهيم بن طهمان عن مالك عن ثور بن زيد عن عكرمة عن بن عباس وابراهيم بن طهمان ثقة والحديث معروف لابن عباس قد ذكرناه من طرق في (التمهيد)
منها ما حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني ابراهيم بن عبد الرحيم قال حدثني موسى بن داود قال حدثني محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار عن ابي الشعثاء عن بن عباس قال قال رسول الله ﷺ (كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم ادركه الاسلام ولم يقسم فهو على قسمة الاسلام)
واختلفت الرواية عن مالك من معنى هذا الحديث في الفرق بين من لا كتاب له من الكفار وبين اهل الكتاب
فروى سحنون وابو ثابت عن بن القاسم قال سالت مالكا عن الحديث الذي جاء (ايما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسمة الجاهلية وايما دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام
فقال مالك الحديث لغير اهل الكتاب فاما اليهود والنصارى فهم على مواريثهم لا ينقل الاسلام مواريثهم التي كانوا عليها

قال إسماعيل بن إسحاق قول مالك هـذا علـى ان النصارى واليهود لهم مـواريث قـد تراضـوا عليهـا وان كانت ظلما فاذا اسلموا على ميراث قد مضى فهم كما لو اصطلحوا عليه ثم يكون ما يحـدث مـن مواريثهم بعد الاسلام

الاستذكار ج:7 ص:198

قال ابو عمر روى بن نافع واشهب وعبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشـون ومطـرف عـن مالـك ان ذلك في الكفر كلهـم المجـوس ومشـركي العـرب واهل الكتاب وجميع اهـل الملـل ذكـره بـن حـبيب عنهـم

وكذلك روى اصبغ عن بن القاسـم انـه اجـابه فـي معنى هذا الحديث بذلك على مـا ذكرنـاه عنـه فـي (التمهيـد)

وهذا اولى لمـا فيـه مـن اسـتعمال الحـديث علـى عمـومه وظـاهره ولان الكفـر لا تفـترق احكـامه فيمن اسلم منهم انه يقر على نكاحه ويلحقه ولده

وعنـد مالـك واصـحابه ان اهـل الكفـر كلهـم فـي الجزية سواء كما هـم عنـد الجميـع فـي مقـاتلتهم وسبي ذراريهم في الدنيا وفي الخلـود فـي النـار فلا وجه لفرق بين شيء من احكامهم الا ما خصته السنة فيسلم لها كمـا خصـت الكتـابيين فـي اكـل ذبائحهم ونكاح نسـائهم ومحـال ان يكـون جماعـة مؤمنون يقتسمون ميراثهـم علـى شـريعة الكفـر وهو قول بن شهاب و جمهور اهل العلـم بالحجـاز والعراق وهو قـول الليـث والشـافعي والاوزاعـي والثـوري وابـي حنيفـة واصـحابه

فان اسلم بعض ورثة الميت بعد موته وبعـد قسـم الميراث او اعتـق فلا شـيء لـه مـن الميـراث لانـه وجـب يـوم مـات المـوروث

هذا قول جماعة فقهاء الامصار وجمهور التـابعين الا قومـا مـن اهـل البصـرة

وروايـة جـاءت عـن عمـر وعثمـان مـن روايتهـم اسنادها ليس بالقائم رواها حماد بن زيد عن ايوب عن ابي قلابة عن حسان بن بلال المزني عن يزيـد بن قتادة ان انسانا من اهله مـات وهـو علـى غيـر دين الاسلام قال فورثته ابنته دونـي وكـانت علـى دينه ثم ان جدي اسلم وشـهد مـع رسـول اللـه حنينا فتوفي وترك نخلا فاسلمت وخاصمتني فـي الميراث إلى عثمان بن عفان فحدث عبـد اللـه بـن الارقم أن عمر قضى انه مـن اسـلم علـى ميـراث قبـل ان يقسـم فـانه نصـيبه فقضـى لـه عثمـان فـــذهبت بـــالاولى وشـــاركتني فـــي الاخـــرة وروى سعيد بن ابي عروبة عن قتـادة عـن حسـان بن بلال عن يزيد بن قتادة العنزي عن عبد الله بـن الارقم - كاتب عمر - ان عمر بن الخطاب قال مـن اسلم على ميراث قبل ان يقسم صار الميـراث لـه باســـــــــــــــلامه واجبـــــــــــــــا وروى يزيد بن زريع عن خالد الحذاء عن ابي قلابـة عن يزيد بن قتادة

قــال تــوفيت أمنــا مسـلمة ولــي أخــوة نصــارى فأسـلموا قبـل ان يقسـم الميـراث فـدخلوا علـى عثمـــان فســـأل كيـــف قضـــى فـــي ذلـــك عمـــر فأخبرفأشرك بيننـا وبهـذا قـال الحسـن البصـري وابـو الشـعثاء - جـابر بـن زيـد - وقتـادة وحميـد الطويل واياس بن معاوية وروى وهيب عن يونس عن الحسن قال مـن أسـلم علـى ميـراث قبـل ان يقسم فهو أحق به وقال الحسن فان قسـم بعـض الميراث ثم أسلم ورث ما لم يقسم ولم يـرث بمـا قسم وحجة من قال بهذا أو ذهب إليه حـديث هـذا الباب المسند والمرسل على ما ذكرناه فـي أولـه وقد روى عبد الـوارث عـن كـثير بـن شـنظير عـن عطاء ان رجلا اسلم على ميراث على عهد رسـول

الله قبل ان يقسم فأعطاه رسول الله نصيبه منه قال ابو عمر حكم من اعتق قبل القسم عند هؤلاء كحكم من اسلم الا انه اختلف فيه عن الحسن فمرة هو قال بمنزلة من اسلم ومرة قال من اسلم ورث ومن اعتق لم يرث لان الحديث انما جاء ممن ادرك الاسلام وبه قال اياس بن معاوية

وروى حماد بن سلمة عن حميد قال كان اياس بن معاوية يقول اما النصراني يسلم فنعم واما العبد يعتق فلا وبه قال حميد

وروى أبو زرعة الرازي قال حدثني موسى بن إسماعيل قال حدثني حماد عن حميد عن الحسن قال العبد اذا اعتق على ميراث قبل ان يقسم فهو احق به

وهو قول مكحول وبه قال ابو زرعة فيمن اسلم على ميراث قبل ان يقسم انه له وخالفه ابو حاتم الرازي فقال ليس له من الميراث شيء قال ابو عمر قد ذكرنا ان جمهور العلماء على ان الوارث لا يستحق الميراث الا في حين موت المورث وانه - حينئذ - يجب لمن اوجبه الله تعالى بالدين والنسب والحرية والحياة وان كان حملا في البطن

الاستذكار ج:7 ص:200

وهو قول جماعة فقهاء الانصار

روى يزيد بن زريع عن داود بن ابي هند عن سعيد بن المسيب قال اذا مات الميت يرد الميراث لاهله

ويزيد بن زريع عن سعيد عن ابي معشر عن ابراهيم قال من اسلم على ميراث قبل ان يقسم او اعتق على مراث قبل ان يقسم فليس لواحد منهما شيء وجبت الحقوق لاهلها حيث مات

وقال شعبة سألت الحكم وحمادا عن رجل اسلم

على ميراث فقالا ليس له شيء وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج عن عطاء وبن أبي ليلى ان مات مسلم وله ولد نصارى ثم اسلموا ولم يقسم ميراثه حتى اسلموا فلا حق لهم وقعت المواريث قبل ان يسلموا قال واخبرنا معمر عن الزهري سمعة يقول اذا وقعت المواريث فمن اسلم على ميراث نفذ فلا شيء له

وبه قال مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم والليث والاوزاعي والثوري وعليه العمل وبالله التوفيق

1429 - قال مالك فيمن هلك وترك اموالا بالعالية والسافلة (1) ان البعل (2) لا يقسم مع النضح (3) الا ان يرضى اهله بذلك وان البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الاموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب انه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة قال ابو عمر اختلف فقهاء الامصار في قسمة الارضين والدور على ما اصف لك فمذهب مالك ما ذكره بن القاسم وغيره عنه انه قال اذا كانت الدور متقاربة والغرض فيها متقاربا قسمت قسما واحدا وان افترقت البقاع واختلفت الاغراض قسمت كل دار على حدة وكذلك الارضون والقرى

الاستذكار ج:7 ص:201

وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما تقسم كل دار وكل ضيعة على حدة ولا يقسم بعضها على بعض

وحجتهم ان كل بقعة ودار تعتبر بها على نفسها لا تتعلق الشفعة دون غيرها

واختلفوا فيما لا ينقسم من الدور الا على ضرر باحد الشريكين او بهما معا

فقال مالك ما لا ينتفع بما يقسم منه اجبرا جميعا

على البيع اذا احبا القسمة واقتسما الثمن وكذلك الثياب والحيوان
وقال ابو حنيفة والشافعي ان اتفقا على قسمة ما لا ينتفعان به من كل شيء يملكانه قسم بينهما فان ابيا من قسمة ما فيه عليهما جميعا ضرر في القسمة لم يجبر على البيع ولا على القسمة ان شاء حبسا وان شاءا باعا وان شاءا قسما ولا يجبران على البيع ولا القسمة ولا في الحيوان ولا في الثياب ولا في شيء لان الله - عز وجل - يقول الا ان تكون تجارة عن تراض منكم النساء 29
واختلفوا ان انتفع احد منهم بنصيبه من الدار والحانوت وسائر العقار ولم ينتفع الاخر وطلبوا جميعا القسمة
فاتفق مالك وابو حنيفة والشافعي انه يقسم بينهم
وقال بن القاسم لا يقسم حتى يكون لكل واحد منهما ما ينتفع به
وقال مالك و ابو حنيفة اذا طلب من ينتفع بنصيبه القسمة قسم وان لم ينتفع الاخر وتقسم العرصة عند مالك وان لم ينتفع بنصيبه واحد منهما اذا طلب واحد منهما القسمة خلاف المنزل قال ولا يقسم الطريق بالاجماع من الشركاء على ذلك
وقال مالك في الحمام بين الشركاء انه يقسم قال بن القاسم وارى الحائط يقسم قال وقال مالك لا يقسم الحائط والطريق الا ان يتراضى الورثة على قسمته
اما الحمام فهو عرصة كالبيت الصغير
وقال الليث ما كان ينقسم فانه يقسم ولا يبا ع وما كان من دار لا تنقسم
والحمام والحانوت فانه يباع ويقسم الثمن الا ان يشتريه بعض الشركاء باغلى ما يوجد من الثمن

فيكـــــــــــــــــــــون اولـــــــــــــــــــــى
قال ابـو عمـر روى بـن الماجشـون عـن مالـك ان الحمام لا يقسم لانه يصير غير حمام

الاستذكار ج:7 ص:202

وروى بـــن القاســـم واشـــهب عنـــه انـــه يقســـم وهـــــــــو قـــــــــول اشـــــــــهب
وقـــــــال بـــــــن القاســـــــم لا يقســـــــم
وقال الشافعي اذا كان واحد منهم ينتفـع بنصـيبه قسمته وان لم ينتفع البـاقون بمـا يصـير اليهـم - يعنـي اذا تراضـوا علـى ذلـك - فـاذا لـم يتراضـوا بالقسـمة لمـا عليهـم فيهـا مـن الضـرر وطلبهـا احدهم ممن له في القسمة نفع بنصيبه او لا نفـع لـه لـم يجـبروا الا ان يكونـوا اذا اجتمـع الـذين لا يريـدون القسـمة فينتفعـوا بنصـيبهم فيجمعهـم فيـــــــــبرز للطـــــــــالب نصـــــــــيبه
قال ابو عمر احتج من راى قسمة العقـار كلـه وان غيرتـه القسـمة عـن اسـمه وحـاله اذا دعـا احـد الشركاء إلى ذلك بظاهر قول اللـه عـز وجـل ممـا قـــل منـــه او كـــثر نصـــيبا مفروضـــا النســـاء 7
واحتج من خالفه فـي ذلـك بقـوله ﷺ(لا ضـرر ولا ضرار في الاسلام) وهو لفـظ محتمـل للتاويـل لا حجـــــــــــــــــــــة فيـــــــــــــــــــــه
واحسن منه واوضح ما رواه بن جريـج عـن صـديق بن موسى بن عبد الله بن الزبير عن محمد بن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن ابيه قـال قـال رسول الله ﷺ(لا تعضيه على اهل المواريث الا ما حمل القسم) والتعضية التفرقة في اللغة يقـول لا قسمة بينهم الا فيما احتمل القسم والله اعلـم واما اختلاف اصحاب مالك في قسمة الارض البعل منهـــــــــــــــــا والســـــــــــــــــقي
فذكر بن عبدوس عن سحنون في قول مالـك فـي مـوطئه لا يقسـم النضـح مـع البعـل الا ان يرضـى

أهلــــــــــــــــــــــه بــــــــــــــــــــــــذلك
قال سحنون فحمل هذه اللفظة على ان الشـركاء تراضـــوا بـــذلك وامـــا بالســـهم فلا ينبغـــي
قـال بـن عبـدوس واصـحاب مالـك علـى ذلـك الا اشهب فانه يقول يجمـع لمـن اراد الجمـع ويفـرق لمــــــــــــــــــن اراد التفرقــــــــــــــــــــة
وهو خلاف لقول مالـك حيـث يقـول لا يجمـع بيـن رجليـــــــــــــن فــــــــــــي القســـــــــــم
قال بن عبـدوس ومعنـى قـول اشـهب انـه يجعـل سـهم الـذين ارادوا الجمـع بينهمـا واحـدا وسـهم الـــــذين ارادوا التفرقــــــة بينهمـــــا خلاف
وهو خلاف جميع اصحاب مالك

الاستذكار ج:7 ص:203

وذكـر سـحنون عـن بـن القاسـم قـال اذا كـانت المواضع مختلفة وكانت قريبـة قسـمت كـل ارض على حدتها وان كانت المواضع قريبـا بعضـها مـن بعض وكانت في الكـرم سـواء جمـع فـي القسـم
قال سحنون لا نعرف هذا والذي نعرفـه مـن قـول مالك ان الارض اذا تقاربت مواضـعها وكـانت فـي نمط واحد قسمت قسما واحـدا وان اختلفـت فـي القيمـــة
وقال اشهب اذا تقاربت المواضـع قسـمت قسـما واحـــــــدا وان اختلفـــــــت فـــــي الكـــــــرم
قال ابو عمر اختلافهم فـي قسـمة الامـوال علـى اختلاف اصـــــــــنافها كـــــــــثير جـــــــــدا
وقـد ذكرنـا ذلـك فـي كتـاب القسـمة مـن ديـوان اختلافهم والحمد لله كثيرا

1 (28 - باب القضاء في الضواري والحريسة)

قال ابو عمر الضواري ما ضر في الاذى والحريسة المحروســـة مـــن المواشـــي فـــي المرعـــى
1430 - مالك عن بن شهاب عن حرام بن سعد بن

محيصة ان ناقة البراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله ﷺ ان على اهل الحوائط حفظها بالنهار وان ما افسدت المواشي بالليل ضامن على اهلها
قال ابو عمر ضامن هنا بمعنى مضمون هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة (الموطا) فيما رووا مرسلا
واختلف اصحاب بن شهاب عن بن شهاب فيه فرواه الاوزاعي وصالح بن كيسان ومحمد بن إسحاق كما رواه مالك
وكذلك رواه بن عيينة الا انه جعل مع حرام بن سعد بن محيصة سعيد بن المسيب جميعا في هذا الحديث
ورواه معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن ابيه ولم يقل فيه عن ابيه غير معمر قال محمد بن يحيى لم يتابع عليه معمر

الاستذكار ج:7 ص:204

وقال ابو داود لم يتابع عليه عبد الرزاق عن معمر قال ابو عمر وقال فيه بن أبي ذئب عن بن شهاب انه بلغه ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه وذكر مثل حديث مالك سواء الا انه لم يذكر حرام بن سعد بن محيصة ولا غيره
ورواه بن جريج عن بن شهاب قال حدثني ابو امامة بن سهل بن حنيف ان ناقة دخلت في حائط قوم فافسدت فيه فذهب اهل الحائط إلى النبي ﷺ فقال النبي ﷺ (على اهل الاموال حفظ اموالهم نهارا) فجعل الحديث لابن شهاب عن ابي امامة بن سهل ولم يذكر ان الناقة كانت للبراء
وجائز ان يكون الحديث عند بن شهاب عن بن محيصة وعن سعيد بن المسيب وعن ابي امامة والله اعلم فحدث به من شاء منهم على ما حضره

وكلهـــــــــــم ثقـــــــــات اثبـــــــــات
وعلى أي حال كان فالحديث من مراسـيل الثقـات لان جميعهم ثقة وهـو حـديث تلقـاه اهـل الحجـاز وطائفــة مــن اهــل العــراق بــالقبول والعمــل وهو موافق لما نصه اللـه - عـز وجـل - فـي كتـابه عن داود وسليمان اذ يحكمان فـي الحـرث الانبيـاء
78 وامــر نــبيه ﷺ ان يقتــدي بهمــا فيمــن امــره بالاقتداء بهم من انبيائه بقوله تبارك اسمه اولئـك الـذين هـدى اللـه فبهـداهم اقتـدة الانعـام 90
وقال تبارك وتعالى ودود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ نفشـت فيـه غنـم القـوم وكنـا لحكمهـم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا اتينا حكما وعلمـا الانبيـــــــــــاء 78 79
ولا خلاف بين اهل العلم بتاويل القران ولغة اهــل العـــــرب ان النفـــــش لا يكـــــون الا بالليـــــل
وذكـر عبـد الـرزاق عـن معمـر عـن الزهـري قـال النفـــــش بالليـــــل والهمـــــل بالنهـــــار
قال واخبرنا معمر عن قتادة عن الشعبي ان شــاة وقعت في غزل حائك واختصموا إلى شريح فقـال الشعبي انظروا فانه سيسالهم اليلا وقعت فيه ام نهارا ففعل ثم قال ان كان بالليل ضمن وان كـان بالنهار لم يضمن ثم قرا شريح اذ نفشت فيه غنـم القـــــــــوم الانبيـــــــــاء 78
وقـــال النفـــش بالليـــل والهمـــل بالنهـــار
قال وقال معمر وبن جريـج بلغنـا ان حرثهـم كـان عنبا

الاستذكار ج:7 ص:205

واختلـف الفقهـاء فـي هـذا المعنـى علـى اربعـة اقـــوال
احـــدها كـــل دابـــة مرســـلة فصـــاحبها ضـــامن
والثاني لا ضمان فيما اصاب المنفلتة من الــدواب والمواشـــي

والثالث ما اصابت بالليل فهو مضمون وما اصابت بالنهار فغير مضمون
والرابع الفرق بين الاموال والدماء
فاما اقوال الفقهاء في هذا الباب فذكر بن عبد الحكم قال قال مالك ما افسدت المواشي والدواب من الزرع والحوائط بالليل فضمان ذلك على اهلها وما كان بالنهار فلا شيء على اصحاب الدواب ويقوم الزرع على الذي افسدت بالليل على الرجاء والخوف
قال والحوائط التي تحرث والتي لا تحرث سواء والمخطر عليه وغير المخطر سواء يغرم اهلها ما اصابت بالليل بالغا ما بلغت وان كان اكثر من قيمتها
قال مالك واذا انفلتت دابة بالليل فوطئت على رجل قائم لم يغرم صاحبها شيئا وانما هذا في الحوائط والزرع والحرث
قال مالك واذا تقدم إلى صاحب الكلب الضاري او البعير او الدابة بما افسدت ليلا او نهارا فعليهم غرمه
قال ابو عمر لا خلاف عن مالك واصحابه في ذلك على ما ذكره بن عبد الحكم في كتابه وهو قول الشافعي واصحابه الا فيما ذكر من التقدم إلى صاحب الدابة الضارية او الكلب الضاري والبعير الصؤول فإن التقدم في ذلك سواء عنده وانما يضمن عندهم في الدواب والمواشي ما افسدت في الحائط والزرع والاعتاب والثمار بالليل دون النهار
وستأتي مسألة الجمل الصؤول والكلب العقور في موضعها ان شاء الله عز وجل
وانما وجب - والله اعلم - الضمان على ارباب المواشي فيما افسدت من الزرع وشبهه بالليل دون النهار لان الليل وقت رجوع الماشية إلى مواضع مبيتها من دور اصحابها ورحالهم

ليحفظوهـا ويمسـكوها عـن الخـروج إلـى حـرث الناس وحوائطهم لانهـا لا يمكـن اربابهـا حفظهـا بالليل لانه وقت سكون وراحة لهم مـع علمهـم ان المواشـي قـد اواهـا اربابهـا إلـى امـاكن قرارهـا ومبيتها واما النهـار فيمكـن فيـه حفـظ الحـوائط وحرزها وتعاهدها ودفع المواشي عنها

الاستذكار ج:7 ص:206

ولا غنـى لاصـحاب المواشـي عـن مشـيها لـترعى فهو عيشـها فـألزم أهـل الحـوائط حفظهـا نهـارا لذلك والله أعلم وألزم أربـاب الماشـية ضـمان مـا أفسدت ليلا لتفريطهم في ضـبطها وحبسـها عـن الانتشـــــــــــــــــار بالليـــــــــــــــــل
ولما كان على أرباب الحوائط حفظ حوائطهم في النار فلم يفعلوا كانت المصيبة منهـم لتفريطهـم أيضـا وتضـييعهم مـا كـان يلزمهـم مـن حراسـة أمـــوالهم
وهـذا عنـدي - واللـه أعلـم - اذا أطلقـت الـدواب والمواشـــــــــــي دون راع يرعاهـــــــــــــا
وأما اذا كانت ترعى ومعها صاحبها فلم يمنعها من زرع غيره وهو قادر على منعها فهو المسـلط لهـا وهـــو - حينئـــذ - كالســـائق والراكـــب والقائـــد
وسيأتي ذكر اختلاف الناس في ذلك عند قوله ﷺ (العجماء جرحها جبار) (1) - ان شاء الله عز وجل

وقـال الليـث بـن سـعد يضـمن رب الماشـية مـا افسدت بالليل والنهار ولا يضـمن اكـثر مـن قيمـة الماشـــية
قال ابو عمر لم يفرق الليث بين الليل والنهار في هذا المعنى ولم يتجـاوز بالضـمان قيمـة الماشـية واظنه قاسة علـى العبـد الجـاني الا يفتكـه سـيده بـأكثر مـن قيمتـه وان جنـايته فـي الليـل والنهـار سواء فخالف الحديث في (العجماء جرحها جبـار)

وخالف حديث ناقة البراء وقد تقدمه إلى ذلك طائفة من العلماء منهم عطاء قال بن جريج قلت لعطاء الحرث تصيبه الماشية ليلا او نهارا قال يضمن صاحبها ويغرم قلت كان عليه حظر او لم يكن قال نعم قلت ما يغرم قال يغرم قيمة ما اكل حماره ودابته وماشيته

وقال معمر عن بن شبرمة يقوم الزرع على حاله التي اصيب عليها دراهم

وذكر ابو بكر قال حدثني حفص عن حجاج عن القاسم بن نافع قال قال عمر ما اصاب المنفلت فلا ضمان على صاحبه ومن اصاب المنفلت ضمن

الاستذكار ج:7 ص:207

وقال حدثني عبد السلام عن عمرو بن الحسن عن بن سيرين - في الدابة المرسلة تصيب مالا ليس عليه ضمان - قال وحدثني ابو خالد عن أشعث عن الشعبي قال كل مرسلة فصاحبها ضامن

وروي عن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز تضمين رب الماشية ليلا ونهارا من طرق لا تصح

وروي عنهما في البعير الضاري الجمل والحمار والبقرة الضاريه انه يعهد إلى ربها ثلاثا ثم يعقرن وكانا يأمران كل من له حائط ان يحظره حظارا من النصارى يكون إلى نحر البعير فان تسور رد إلى اهله ثلاث مرات ثم عقر

قال ابو عمر الصواب في هذا الباب - والله اعلم - ان يضمن رب الماشية ما افسدت ليلا بالغا ما بلغت الجناية لان الظاهر من حديث ناقة البراء الضمان مطلقا غير مقيد بقيمة الناقة وغيرها وان حكم الليل في ذلك بخلاف حكم النهار وكان يحيى بن يحيى يفتي بقول الليث في ذلك يحمل الناس عليه وقضى به اكثر القضاة عندنا بعده واعتل عندهم بأن مالكا يذهب إلى ذلك في الدابة الضارية المعتادة الانطلاق عى زرع الناس

واختلف قول الثوري في هذه المسألة فروى بن المبارك عنه انه لا ضمان على اصحاب الماشية بالليل ولا بالنهار وهو قول ابي حنيفة واصحابه قالوا لا ضمان على ارباب البهائم فيما تفسده او تجني عليه لا في الليل ولا في النهار الا ان يكون راكبا او سائقا او قائدا

وحجتهم في ذلك قول رسول الله ﷺ (العجماء جرحها جبار) (1) وقالوا هذا حكم من رسول الله ﷺ بخلاف ما شرع لداود وسليمان قال الله عز وجل لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا المائدة 48

وروى الواقدي عن الثوري في شاة وقعت في غزل حائك بالنهار انه يضمن فقال الطحاوي تصحيح الروايتين عنه انه اذا ارسلها محفوظة لم يضمن بالليل ولا بالنهار واذا ارسلها سائبة ضمن قال ابو عمر اذا كان على اهل الحوائط حفظها بالنهار فقد فعل ارباب المواشي

الاستذكار ج:7 ص:208

اذا سيبوها ما ابيح لهم فلا ضمان عليهم على ظاهر حديث ناقة البراء والله اعلم 1431 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب ان رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرج ل من مزينة فانتحروها (1) فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت ان يقطع ايديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لاغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله امنعها من اربعمائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى سمعت مالكا يقول وليس على هذا

العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى امر الناس عندنا على انه انما يغرم الرجل قيمة البعير او الدابة يوم يأخذها
قال ابو عمر ادخل مالك هذا الحديث في كتابه (الموطأ) وهو حديث لم يتوطأ عليه ولا قال به احد من الفقهاء ولا ارى والعمل به انما تركوه - والله اعلم - لظاهر القران والسنة المجتمع عليها

فأما القران فقول الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم البقرة 194
ولم يقل بمثلي ما اعتدى عليكم
وكذلك قوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به النحل 126
واما السنة فان رسول الله ﷺ قضى على الذي اعتق شقصا له في عبد بقيمة حصة شريكه بالعدل لما ادخل عليه من النقص وضمن الصحفة التي كسرها بعض اهله بصحفة مثلها وقال (صحفة مثل صحفة)
واجمع العلماء على انه لا يغرم من استهلك شيئا الا مثله او قيمته واجمعوا انه لا يعطى احد بدعواه وان البينة عليه فيما يدعيه اذا لم يقر له به المدعي عليه
وقال ﷺ (لو اعطي قوم بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم ولكن البينة على المدعي

الاستذكار ج:7 ص:209
وفي هذا الحديث تصديق المزني فيما ذكره من ثمن ناقته
وقد روي عن النبي ﷺ ما لو صح كان اصلا لفظ عمر في تضعيف القيمة في ناقة المزني وهو حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال في حريسة الجبل (غرامة مثليها

وجلـــــدات نكـــــال ولا قطـــــع) (1)ـــــ
وهـذا عنـد العلمـاء الـذين يصـححون هـذا الحـديث منسـوخ بمـا يتلـون مـن كتـاب اللـه تعـالى وسـنة رســـــول اللـــــه ﷺ المجتمـــــع عليهـــــا
وقـد كـان عثمـان يزيـد فـي الشـهر الحـرام ثلـث الجنايـة فـي المـال وتابعـة بـن شـهاب وغيـره ذكره عبد الرزاق عن معمر وبن جريج عن الزهـري عن ابان بن عثمان ان عثمان اغرم في ناقـة محـر م اهلكها رجل فـأغرمه الثلـث زيـادة علـى ثمنهـا قال واخبرنا معمر عن الزهري قال ما اصيبت مـن مواشي الناس واموالهم في الشهر الحـرام فـانه يـــــــــزاد فيـــــــــه الثلـــــــــث
وروى بن وهب هذا الحديث عن ابي الزناد عن ابيه عن عروة بن الزبير عن يحيى بن عبد الرحمـن بـن حاطب عـن ابيـه وسـاقة بنحـو سـياقة مالـك فـي معنـى الغـرم وتصـديق المزنـي فـي ثمـن نـاقته وتضـــــــــعيف القيمـــــــــة لـــــــــه
وقد جوده من قال فيه عن ابيه فان يحيى بن عبـد الرحمـن لـم يلـق عمـر ولا سـمع منـه وابـوه عبـد الرحمن سمع من عمر وروى عنه الا انه قـال فيـه ان هـــذه القصـــة كـــانت بعـــد مـــوت حـــاطب
وهذا غلط عنـد اهـل السـير لان حاطبـا مـات فـي ســـــنة ثلاثيـــــن فـــــي خلافـــــة عثمـــــان
والحديث ذكره بن وهب في موطئه قال واخـبرني عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عـن عـروة بـن الزبير عن يحيى بن عبد الرحمـن بـن حـاطب عـن ابيه قال توفي حـاطب وتـرك عبيـدا يعملـون فـي ماله فأرسل عمر إليه ذات يـ وم ظهـرا وهـم عنـده فقال هؤلاء اعبدك سرقوا ووجب عليهم ما وجــب علـى السـارق انتحـروا ناقـة لرجـل مـن مزينـة واعترفوا بها ومعهم المزني فأمر كثير بن الصلت ان يقطع ايديهم ثم ارسل وراى ما يأتي به بعد مـا

ذهب به كثير بن الصلت فجاء بهم فقال لعبد الرحمن بن حاطب اما والله لولا اظن انكم تستعملونهم وتبيعونهم حتى

لو ان احدكم وجد ما حرم الله عليه فأكله حل له لقطعت ايديهم ولكن - والله - اذ تركتهم لاغرمنك غرما يوجعك كم ثمنها للمزني قال المزني كنت - والله امنعها من أربع مئة درهم قال فأعطه ثماني مائة درهم

قال بن وهب قال مالك ليس الامر عندنا على هذا ولكن له قيمتها

قال بن وهب وحدثني مالك بن انس والليث بن سعد وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن هشام بن عروة عن ابيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن ابيه مثله بمعناه

قال ابو عمر هكذا قال بن وهب في هذا الحديث ايضا عن مالك ومن ذكر معه عن هشام بن عروة عن ابيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن ابيه

وليس في (الموطأ) (عن ابيه) عند جمهور الرواة له عن مالك واظن بن وهب وهم فيه عن مالك لرواية الليث وغيره له كذلك اذ جمعهم في حديث واحد وكان عنده ايضا فيه عن بن ابي الزناد باسناده كذلك عن ابيه فأجرى مالكا مجراهم في ذلك فوهم والله اعلم

ولعله ان يكون مالكا ذاكرا بما رواه غيره فمال إلى ذكره لانه كذلك رواه عنه في موطئه دون سائر الرواة

قال ابو عمر اجمع العلماء على ان اقرار العبد على سيده في ماله لا يلزمه

وفي هذا الحديث ان عمر اغرم عبد الرحمن بن حاطب ما اعترف به عبيده

وهـذا خـبر تـدفعه الاصـول مـن كـل وجـه وبـالله التوفيق

1 (29 - باب القضاء فيمن اصاب شيئا من البهائم)

قـال مالـك الامـر عنـدنا فيمـن اصـاب شـيئا مـن البهائم ان على الـذي اصـابها قـدر مـا نقـص مـن ثمنها

قال ابو عمر اختلف العلماء في حكم ما يصاب من البهائم

وروي عن عمر بن الخطـاب انـه قضـى فـي عيـن الدابة بربع ثمنها وانه كتـب إلـى شـريح يـأمره ان يقضي بذلك

وهو قول شريح والشعبي

وبه قال الحسـن بـن حـي والكوفيـون وقضـى بـه عمر بن عبد العزيز

وروى الحسن بن زياد عن زفر ان في جميـع ذلـك ما نقص من البهيمة

الاستذكار ج:7 ص:211

وهـو قـول مالـك والليـث والشـافعي الا ان الليث قد روي عنه ان الدابة ان فقئت عينها او كسرت رجلها او قطع ذنبهـا فعلـى فاعـل ذلـك ضـمان الدابـة حـتى يـؤدي ثمنهـا او شـراؤها

وقـال الطحـاوي القيـاس عنـد اصـحابنا ايجـاب النقصان الا من تركوا القياس بمـا روي عـن عمـر بن الخطاب انه قضى في عين الدابة بربع قيمتهـا بمحضـر مـن الصـحابة مـن غيـر خلاف منهـم ولان غيـره لا يكـون رايـا وانمـا هـو توقيـف

1434 ( ) - قـال مالـك فـي الجمـل يصـول (1) على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله او يعقره (2) فانه ان كـانت لـه بينـة علـى انـه اراده وصـال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم لـه بينـة الا مقـالته

فهو ضامن للجمل
قال ابو عمر قول الشافعي في هذا كقول مالك
قال الشافعي اذا صال الجمل عليه واراده فلا ضمان عليه كما لو قصده رجل ليقتله فدفعه عن نفسه ولم يقدر على دفعه الا بضربه فضربه فقتله كان هدرا
قال رسول الله ﷺ (من قتل دون ماله او دون نفسه فهو شهيد) (3)
واذا سقط عنه الاكثر كان الاقل اسقط
وقال ابو حنيفة واصحابه في بعير صال على رجل فقتله فهو ضامن
وهو قول عطاء
وروى علي بن معبد عن ابي يوسف انه قال استقبح ان اضمنه
وقال الثوري يضمن
قال ابو عمر روى وكيع عن الثوري عن مغيره عن ابراهيم ان بعيرا افترس

الاستذكار ج:7 ص:212

رجلا فقتله فجاء رجل فقتل البعير فأبطل شريح دية الرجل وضمن الرجل دية البعير
وروى معمر عن الزهري قال يغرم قاتل البهيمة ولا يغرم اهلها ما قتلت
روى بن مهدي عن زمعة بن صالح عن بن طاوس عن ابيه قال اقتلوا الفحل اذا عدا عليكم ولا غرم عليكم
وبن عيينة عن الاسود بن قيس ان غلاما من قومه ادخل بختيه لزيد بن صوحان في داره فتخبطته فقتلته فجاء ابوه بالسيف فعقرها فرفع ذلك إلى عمر فأهدر دم الغلام وضمن اباه ثمن البختية
قال ابو بكر وحدثني معاذ بن معاذ عن اشعث عن الحسن في الرجل يلقى البهيمة فيخافها عن نفسه قال يقتلها وثمنها عليه

واحتج الطحاوي للضمان بأن قال الضرورة إلى مال الغير لا تسقط الضمان قال والفرق بين الرجل والجمل ان القاتل يستحق القتل لقتله ولو قتل الجمل الرجل كان هدرا بحرمته بعد قتله كهي قبله

1 (30 - باب القضاء فيما يعطى العمال)

1435 - قال مالك فيمن دفع إلى الغسال ثوبا يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب لم امرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل انت امرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصائغ مثل ذلك ويحلفون على ذلك الا ان يأتوا بأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وابى ان يحلف حلف الصباغ

قال ابو عمر اختلف العلماء في هذه المسألة ومثلها

فمنهم من قال كقول مالك (القول قول العمال)

ومنهم من قال قول رب الثوب

والاصل في هذا معرفة المدعي على المدعى عليه والقول ابدا عند جميعهم قول المدعى عليه ان لم تكن للمدعي بينة

فمن جعل رب الثوب مدعيا فلانه قد اقر انه اذن للصباغ في صبغ الثوب ثم

الاستذكار ج:7 ص:213

ادعى أنه لم يعمل له ما أمره به وكذلك الخياط قد اقر له رب الثوب انه اذن له في قطعه ثم ادعى بعد انه لم يقطعه القطع الذي امره به ليمضي عمله باطلا

ومن جعل القول قول رب الثوب فحجته ان الصباغ احدث في ثوب غيره ما لم يوافقه عليه

ربه ولا بينة له وصار مدعيا ورب الثوب منكر لدعواه انه اذن له في ذلك العمل فالقول قوله لاجماعهم انهما لو اتفقا على انه استاجره على عمل ثم ادعى انه عمله فقال رب المال لم يعلمه فالقول قول رب العمل
وقال الشافعي في كتاب (اختلاف بن ابي ليلى وابي حنيفة) لو اختلفا في ثوب فقال له ربه امرتك ان تقطعه قميصا وقال الاخر بل قباء قال بن ابي ليلى القول قول الخياط لاجتماعهما على القطع
وقال ابو حنيفة القول قول رب الثوب قال لانهما قد اجتمعا لانه قد امره بالقطع فلم يعمل له عمله كما لو استاجره على حمل شيء باجارة فقال لقد حملته لم يكن ذلك الا باقرار صاحبه قال الشافعي وهذا اشبه القولين وكلاهما مدخول
قال المزني هو كما قال الشافعي لانه لا خلاف اعلمه بينهم انه (من احدث حدثا فيما لا يملك فانه ماخوذ بحدثه وان الدعوى لا تنفعه) والخياط مقر بان الثوب لربه وانه احدث حدثا وادعى واجازته عليه فان اقام بينة على دعواه والا حلف صاحبه وضمن ما احدثه في ثوبه
قال ابو عمر المدعي متى اشكل امره من المدعى عليه فواجب الاعتبار فيه هل هو اخذ او دافع وهل يطلب استحقاق شيء على غيره او ينفيه فالطالب ابدا مدع والدافع المنكر مدعى عليه فقف على هذا الاصل تصب ان شاء الله
وقد اختلف اصحاب مالك اذا قال رب الثوب للصانع اودعتك الثوب وقال الصانع بل اعطيتنيه للعمل فالقول قول الصانع مع يمينه عند بن القاسم
قال سحنون وقال غيره الصانع مدع والقول قول رب الثوب كما لو قال لم ادفعه اليك ولكن سرق

منـــــــــي كـــــــان القـــــــول قـــــــوله
قال ابو عمر الامر في هذا واضح بان القول قـول رب الثوب في اجماعهم على انه لو قـال رهنتنـي ثوبك هذا وقال ربـه بـل اودعتكـه ان القـول قـول رب الثوب

الاستذكار ج:7 ص:214

1436 - قال مالك فـي الصـباغ يـدفع إليـه الثـوب فيخطئ به فيدفعه إلى رجل اخر حتى يلبسه الذي اعطاه اياه انـه لا غـرم علـى الـذي لبسـه ويغـرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثـوب الـذي دفع إليه على غير معرفة بانه ليس لـه فـان لبسـه وهـو يعـرف انـه ليـس ثـوبه فهـو ضـامن لـه
قال ابو عمر خالفه اكثر الفقهـاء فـي هـذا منهـم الشافعي والكوفي وقـالوا رب الثـوب مخيـر - ان شاء ضمن لابسه قيمة ما لبسه الا ان يكون اخلفـه جدا فيضـمن وان شـاء ذلـك للغسـال الـذي اخطـا بالثوب فدفعه إلى غير صاحبه فـان غـرم الغسـال رجع على لابس الثوب بقيمة ما نقصـه اللبـاس او بقيمته ان اخلقه وان غرم اللابس لم يرجع بشيء على احد لانه انما اغرم قيمة مـا اسـتهلك كمـا لـو اخذ خبزا او شيئا من الماكول لغيره فاعطاه لمـن اكله ان صاحبه مخير ان شاء ضمن الاكل وان شـاء ضـــــــمن الـــــــذي اخـــــــذ خـــــــبزه
الا انهم اختلفوا هـا هنـا فقـال بعضـهم ان ضـمن الاكل ورجع على المعطي لانه غره وكانه تطوع له بمـــــــــــــــــا اعطـــــــــــــــــاه
هذا اذا لم يعلم الاكل انه مال غيره فان علم ضمن ولـــــــم يرجـــــــع علـــــــى احـــــــد
ومنهم من قال يغرمه الذي اكله على كل حال لان الاموال تضمن بالخطا كمـا تضـمن بالعمـد وبـالله التوفيق

1 (31 - باب القضاء في الحمالة (1) والحول (2))

1437 - قال مالك الامر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه انه ان افلس الذي احيل عليه او مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذي احاله شيء وانه لا يرجع على صاحبه الاول

الاستذكار ج:7 ص:215

قال مالك وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا قال مالك فاما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل اخر ثم يهلك المتحمل او يفلس فان الذي تحمل له يرجع على غريمه الاول قال ابو عمر عند مالك في باب الحوالة حديث مسند رواه عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع) (1)ـ وهذا الحديث في رواية يحيى عن مالك في (الموطا) في باب جامع الدين والحول من كتاب البيوع وهو عند جماعة من رواة (الموطا) ها هنا والحوالة عند مالك واكثر العلماء خلاف الحمالة والذي عليه مالك واصحابه في الحوالة ما ذكره في (الموطا) الا انه لم يذكر (اذا غره من فلس علمه فانه يرجع عليه كالحمالة) وكذلك لو احاله على من لا دين له عليه فهي حمالة يرجع بها ان لحقه تـــــــــــــــوا

وقد ذكر هذا من الوجهين بن القاسم وغيره عن مالك قالوا عن مالك اذا حال غريمه عن غريم له فقد بريء المحيل ولا يرجع عليه المحال بافلاس ولا موت الا ان يغره من فلس علمه من غريمه الذي احال عليه فان كان ذلك رجع عليه وان لم يغره من فلس علمه اذا كان له دين وان غره او لم يكن عليه شيء فانه يرجع عليه اذا احاله قال

وهـــــــــــــــــــذه حمالـــــــــــــــــــــة
وقال الشافعي يرجع المحيـل بالحوالـة ولا يرجـع عليـــــــــــــه بمـــــــــــــوت ولا افلاس
وهو قول احمد وابي عبيد وابـي ثـور انـه لا يرجـع على المحيل بموت ولا افلاس وسـواء غـره او لـم يغـــره مـــن فلـــس عنـــد الشـــافعي وغيـــره
وقال ابو حنيفة واصحابه يبدا المحيل بالحوالة ولا يرجـــــع عليـــــه الا بعـــــد التـــــوي (2)ــــ
والتـوي عنـد ابـي حنيفـة ان يمـوت المحـال عليـه مفلسا او يحلف ماله شيء ولم تكن للمحيل بينة

الاستذكار ج:7 ص:216

وقال ابو يوسف ومحمد هذا توي وافلاس المحـال عليـــــــــــه تـــــــــــوي ايضـــــــــــا
وقال شريح والشعبي والنخعي اذا افلـس او مـات رجـــــــــــع علـــــــــــى المحيـــــــــــل
وقال عثمان البتي الحوالة لا تـبرئ المحيـل الا ان يشترط براءته فان شرط الـبراءة بيـد المحيـل اذا احاله على مليء وان احاله على مفلس ولـم يقـل انه مفلس فانه يرجـع عليـه وان ابـراه وان اعلمـه انـــه مفلـــس وابـــراه لـــم يرجـــع علـــى المحيـــل
وروى بن المبارك عن الثوري اذا احاله على رجــل فـــافلس فليـــس لـــه ان يرجـــع علـــى الاخـــر الا بمحضرهما وان مات وله ورثة ولم يترك شيئا رجع حضـــــــــــــروا او لـــــــــــم يحضـــــــــــروا
وروى المعافى عن الثوري اذا كفـل لمـدين رجـل بمال وابراه بريء ولا يرجع الا ان يفلس الكـبير او يمـــــوت فيرجـــــع علـــــى صـــــاحبه حينئـــــذ
وقال الليث في الحوالة لا يرجع اذا افلس المحـال عليـــه
وقال زفر والقاسم بـن معـن فـي الحوالـة لـه ان ياخـــذ كـــل واحـــد منهمـــا بمنزلـــة الكفالـــة
وقال بن ابي ليلـى يـبرا صاحب الاصـل بالحوالـة
قـال ابـو عمـر هـذا اختلافهـم فـي الحوالـة وامـا

الكفالة والحمالة وهما لفظتان معناهما الضمان فاختلاف العلماء في الضمان على ما اورده بحول الله لا شريك له
قال مالك واذا كان المطلوب مليا بالحق لم ياخذ الكفيل الذي كفل به عنه ولكنه ياخذ حقه من المطلوب فان نقص شيء من حقه اخذه من مال الحميل الا ان يكون الذي عليه الحق عليه ديون لغيره فيخاف صاحب الحق ان يخاصمه الغرماء او كان غائبا فله ان ياخذ الحميل ويدعه
قال بن القاسم لقد كان يقول له ان ياخذ ايهما شاء ثم رجع إلى هذا القول
وقال الليث اذا كفل المال وعرف مبلغه جاز عليه واخذ به وقال ان كفلت لك بحقك ولم اعرف الحق لم يجبر لانه مجهول
وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما والثوري والاوزاعي واحمد واسحاق اذا كفل عن رجل بمال فللطالب ان ياخذ من ايهما شاء من المطلوب ومن الكفيل
وقال ابو ثور الكفالة والحوالة سواء ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون عنه قال ولا يجوز ان يكون مالا واحدا عن اثنين
وهو قول بن ابي ليلى قال ابو يوسف قال بن ابي ليلى ليس له ان ياخذ الذي عليه الاصل قال وان كان رجلان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كان له ان ياخذ ايهما شاء
قال ابو يوسف وقال بن شبرمة في الكفالة ان اشترط ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فايهما اختار اخذه وبرئ الاخر الا ان يشترط اخذها ان شاء جميعا
وروى شعيب بن صفوان عن بن شبرمة فيمن ضمن عن رجل مالا انه يبرأ المضمون عنه والمال على الكفيل
وقال في رجلين اقرضا رجلا الف درهم على ان

كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فليس له ان ياخذ احدهما باصل المال وانما له ان ياخذ بما كفل له عن صاحبه وهذه خلاف رواية ابي يوسف قال ابو عمر هذه اقوالهم ومذاهبهم في الكفالة بالمال واما الكفالة بالنفس فهي جائزة عند مالك واصحابه الا في القصاص والحدود وهو قول الاوزاعي والليث وابي حنيفة واصحابه واما الشافعي فمرة ضعف الكفالة بالنفس على كل حال ومرة اجازها على المال وقال مالك اذا كفل بنفسه إلى اجل وعليه مال غرم المال ان لم يات به عند الاجل ويرجع به على المطلوب فان اشترط الضامن بالنفس انه لا يضمن المال كان ذلك له ولم يلزمه شيء من المال

وقال ابو حنيفة واصحابه اذا كفل بالنفس ومات المطلوب بريء الكفيل ولم يلزمه شيء وقال عثمان البتي اذا كفل بنفس في قصاص او جراح فانه ان لم يجئ به لزمته الدية او ارش الجناية وهي له في مال الجاني ولا قصاص - علمت - على الكفيل

قال ابو عمر اما الحوالة فالاصل فيها قوله (اذا اتبع احدكم على مليء فليتبع

الاستذكار ج:7 ص:217

وهذا هو الحالة بعينها بدليل رواية يونس بن عبيد عن نافع عن بن عمر قال قال رسول الله (مطل الغني ظلم واذا احلت على مليء فاتبعه)

وفي ق ول رسول الله اذا احلت على مليء فاتبعه وقوله (اذا اتبع احدكم على مليء فليتبع) دليل على انه اذا احيل على غير مليء لم تصح الاحالة

وفي ذلك ما يوضح لك ما ذهب إليه مالك - رحمه

الله - ان المحيل اذا غر المحال من فلس المحال عليه فانه لا تلزمه الحوالة وله رجوعه بماله على المحال لانه لما شرط المليء في الحوالة دل ذلك على ان عدم ذلك يوجب غرم المال ولا حجة عندي للكوفيين فيما نزعوا به من هذا الحديث انه اذا افلس المحال عليه او مات كان له الرجوع لان زوال الملك يوجب الرجوع على المحال
ولهم في ذلك حجج من جهة المقايسات لم ار لها وجه ذكرها
وكذلك قالوا ان ظاهر الحديث يوجب جواز الحوالة على من لا دين عليه للمحيل لان النبي ﷺ لم يفرق بين من عليه دين للمحيل وبين من لا دين عليه
وهذا عندي ليس كما قالوا لان الحوالة معناها ابتياع ذمة بذمة ومن لا دين عليه ليس للمحيل عليه شيء الا انهم جعلوا التطوع بما في الذمة كالذمة التي تكون عن بدل
والكلام في هذا تشغيب وفيه تعسف وشغب وبالله التوفيق
وقال اهل الظاهر الحوالة على المليء لازمة رضي بها او لم يرض وليس بشيء لان ابتياع الذمم كابتياع الاعيان في سائر التجارات والتجارة لا تكون الا عن تراض
واما الاصل في الضمان فقول الله عز وجل وانا به زعيم يوسف 72 أي كفيل وحميل وضامن
ومن السنة حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فاتيت النبي ﷺ فسالته عنها فقال (نخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسالة لا تحل الا في ثلاث رجل تحمل حمالة فحلت له المسالة حتى يردها ثم يمسك) (1) وذكر تمام الحديث

وفي احلاله المسالة لمن تحمل حمالة عن قوم دليل على لزوم الحمالة للمتحمل ووجوبها عليه وقد استدل بهذا الحديث من قال ان المكفول له تجوز له مطالبة الكفيل كان المكفول عليه مليئا او معدما وزعم ان ذلك قول من قال ان المكفول ليس له مطالبة الكفيل اذا قدر على مطالبة المكفول عنه لان النبي ﷺ اباح المسالة المحرمة بنفس الكفالة ولم يعتبر حال المحتمل عنه وفي هذا الحديث ايضا دليل على جواز الحمالة بالمال المجهول لان فيه (تحملت حمالة) ولم يذكر لها قدرا ولا مبلغا وممن اجاز الكفالة بالمجهول من المال مالك وابو حنيفة واصحابهما وقال بن ابي ليلى والشافعي لا تصح الكفالة بالمجهول لانها مخاطرة وفي هذا الباب ايضا حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر ان رجلا مات وعليه دين فلم يصل عليه النبي ﷺ حتى قال ابو اليسر هو علي فصلى عليه النبي عليه السلام فجاءه من الغد يتقاضاه فقال انما كان ذلك امس ثم اتاه من بعد الغد فاعطاه فقال النبي ﷺ (الان بردت عليه جلدته) هكذا رواه شريك عن بن عقيل عن جابر وقد قال رواه زائدة عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر فقال فيه وقال ابو قتادة دينه علي يا رسول الله وجعل مكان ابي اليسر ابا قتادة وهذا الحديث يدل على ان المطلوب لا يبرا بكفالة الكفيل حتى يقع الاداء ويدل على ان للطالب ان ياخذ بماله ايهما شاء ويدل على ان من كفل عن انسان بغير امره لم يكن له ان يرجع عليه لانه لو

كان له الرجوع لقام فيه مقام الطالب صاحب اصل الدين ولم يكن النبي ﷺ ليصلي عليه ولا كانت جلدته لتبرد والله اعلم
واما حديث عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه ان رجلا توفي على عهد رسول الله ﷺ وترك عليه دينارين وأبى رسول الله ﷺ ان يصلي عليه حتى يؤدى عنه فتحمل بها ابو قتادة فصلى عليه رسول الله ﷺ (1)
وقد روي في حديث عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه انه قال اتصلي عليه يا رسول الله ان قضيت عنه قال (نعم) فقضى عنه وصلى عليه رسول الله ﷺ

الاستذكار ج:7 ص:220

وقد رواه بكير بن عبد الله بن الاشج عن ابي قتادة قال سمعت من اهلي من لا اتهم ان رجلا توفي فذكر الحديث
واحاديث هذا الباب معلومة عند اهل العلم بالنقل كلها للاختلاف في اسانيدها والفاظها وتضعيفهم لبعض ناقليها واحسنها حديث الزهري
وقد اختلف عليه فيه ايضا فرواه معمر عن الزهري عن ابي سلمة عن جابر قال كان رسول الله ﷺ لا يصلي على رجل مات وعليه دين فاتي بميت فقال (اعليه دين) قالوا نعم ديناران فقال (صلوا على صاحبكم)
قال ابو قتادة الانصاري هما علي يا رسول الله فصلى عليه رسول الله ﷺ فلما فتح الله على رسوله ﷺ قال (انا اولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته) (1)

هكذا رواه عبد الرزاق عن معمر ورواه غيره عن الزهري عن ابي سلمة عن ابي هريرة بمثله عن النبي ﷺ لم يذكر فيه ضمان ابي قتادة وذكر سائر الحديث

ورواه عقيل عن الزهري عن ابي سلمة عن ابي هريرة ايضا عن النبي ﷺ مختصرا لم يذكر فيه الا (انا اولى بالمسلمين من انفسهم) إلى اخره لا غير

1 (32 - باب القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب)

1438 - قال مالك اذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من خرق او غيره قد علمه البائع فشهد عليه بذلك او اقر به فاحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المبتاع بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه اياه

قال وان ابتاع رجل ثوبا وبه عيب من حرق او عوار فزعم الذي باعه انه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه او صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء ان يوضع عنه قدر ما نقص الحرق او العوار من ثمن الثوب ويمسك الثوب فعل وان

الاستذكار ج:7 ص:221

شاء ان يغرم ما نقص التقطيع او الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو في ذلك بالخيار فان كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد فيه ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء ان يوضع عنه قدر ما نقص العيب من الثوب وان شاء ان يكون شريكا للذي باعه الثوب فعل وينظر كم ثمن الثوب وفيه الحرق او العوار فان كان ثمنه عشرة دراهم وثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب

هـذا يكـون مـا زاد الصـبغ فـي ثمـن الثـوب هكـذا هـو فـي (الموطـا) عنـد جميعهـم وقوله قد علمه البائع هو الذي ذكـره بـن القاسـم عنـه اذا دلـس البـائع بـالعيب قال بن القاسم عن مالك (اذا دلـس بـالعيب وهو يعلم ثم احدث المشتري فـي الثـوب صـبغا ينقـص الثوب او قطعه قميصا او ما اشبهه فان المشتري بالخيار ان شاء حبس الثوب ورجع على البـائع بمـا بين الصـحة والـداء وان شـاء رده ولا شـيء عليـه وان كان الصباغ يزيد فيه) فذكر ما في (الموطـا) علـى حسـب مـا اوردنـاه وقـول احمـد فـي ذلـك كقـول مالـك وقال بن القاسم قال مالك ولـو لبسـه المشـتري فانقصه لبسه فعليه مـا نقصـه لبسـه ان اراد رده قال مالك والتدليس بالحيوان وغير التدليس سواء لان الحيوان لم يبعه اياه على ان يقطعـه والثيـاب اشـتراها لتقطـع واذا اشترى حيوانا فاعور عنده ثم اطلع على عيب لم يكن له ان يرده الا ان يرد معه ما نقـص اذا كـان عورا او غيره من عيب مفسـد دلـس او لـم يـدلس وما كان من عيب ليس بمفسد فله ان يرده ولا يرد معـه مـا نقصـه فـي الحيـوان كلـه وقال الليث في الرجل يبتـاع الثـوب فيقطعـه ثـم يجد فيه العيب فان كان مثل الخرق والرفـو حلـف البـائع بـالله مـا علـم ذلـك فيـه واما ما كان من السقط فانه ان علم ان كـان عنـد البائع فهو رد عليه ويغرم له البـائع اجـر الخياطـة وقـال الثـوري اذا حـدث بـه عيـب عنـد المشـتري واطلع على عيب لم يرده ورجع بقيمة العيب ليس له غير ذلك ورجع على البائع بفضل ما بين الصـحة والـداء وقول الشافعي في ذلك كقول الثوري

الاستذكار ج:7 ص:222

قال الشافعي اذا حدث به عيب عند المشتري ثم اطلع على عيب رجع بقيمة العيب ليس له غير ذلك الا ان يشاء البائع ان يقبله ولا ياخذ شيئا وقال ابو حنيفة واصحابه اذا خاط الثوب قميصا او صبغه ثم اطلع على عيب رجع بقيمة العيب وليس للبائع ان يقبله وان قطعه قميصا ولم يخطه ثم اطلع على عيب رجع بالعيب الا ان يشاء البائع ان يقبله ويرد عليه ثمنه وكذلك اذا حدث به عيب عند المشتري

وقال الحكم بن عتيبة يرده في حدوث العيب ويرد ما نقص العيب الحادث عنده

وقال عثمان البتي في الثوب والخشب اذا قطعهما ثم وجد عيبا ردهما مقطوعين ولا شيء عليه في القطع

قال ابو عمر القطع من المشتري في الثوب والصبغ الذي ينقصه بمنزلة العيب الحادث به ولا ينبغي له ان يرده وياخذ ثمنه الذي اعطاه فيه الا ان يكون الثوب بحاله كما اخذه واما اذا زاد الصبغ في الثوب فهو عين ما للمشتري ولذلك كان الجواب فيه كما قال مالك ومن اتبعه في ذلك واما من لم ير للمشتري اذا حدث عنده عيب ثم اطلع على عيب كان للبائع ان يرد ما وجد به العيب ولانه شيء الا ان يرجع بقيمة الذي كان عند البائع فلما وصفنا لان الثوب قد دخله ما غيره عن حاله التي باعها عليه البائع فليس للمشتري الا الرجوع بما دلس له به البائع وسواء علم او لم يعلم عندهم لان الخطا في ذهاب الاموال كالعمد وقول من قال يرد المبيع بالعيب فيرد معه قيمة ما حدث عنده من العيب فهو اعتبار ذلك المعنى لانه اذا رد قيمة ما حدث عنده من العيب فكانه رده بحاله لانه قد اخذ النقصان بالعيب الحادث عند المشتري حقه

واما قول عثمان البتي فقول ضعيف وكانه لما

قال لم يبن له العيب فقد سلطه على القطع فلا شيء له فيه
وقد بين مالك الفرق عنده بين الثياب والحيوان فيما حكاه بن القاسم عنه والمخالف له يقول لا فرق بين الحيوان والثياب لان البائع كما اذن له في القطع واللبس كذلك اذن له في الوطء والتاديب
وقد اجمع القائلون برد الثوب الموجود فيه العيب انه اذا لبسه لبسا يبليه به انه لا

يرده الا ويرد معه ما نقصه اللبس والاكثر يقولون انه لا يرده وان له قيمة العيب

1 (33 - باب ما لا يجوز من النحل (1))

1439 - مالك عن بن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير انهما حدثاه عن النعمان بن بشير انه قال ان اباه بشيرا اتى به إلى رسول الله ﷺ فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله ﷺ (اكل ولدك نحلته مثل هذا) فقال لا قال رسول الله ﷺ (فارتجعه)
قال ابو عمر قال صاحب كتاب (العين) النحل والنحلة العطايا بلا استعاضة
وقيل في قوله عز وجل واتوا النساء صدقاتهن نحلة النساء 4 أي هبة من مال الله تعالى لمن وفريضة عليكم
وبهذا المعنى روى جماعة اصحاب بن شهاب هذا الحديث الا ان بعضهما قال فيه (فارتجعه) وبعضهم قال (فارددده) والمعنى عندهم فيه واحد

وقد تابعه على هذا المعنى هشام بن عروة عن ابيه عن النعمان بن بشير على اختلاف في ذلك وقد روى هذا الحديث عن النعمان بن بشير جماعة منهم الشعبي بالفاظ مختلفة قد ذكرتها في (التمهيد) واثبتها هناك بالاسانيد قرات على عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني ابو قلابة قال حدثني عبد الصمد قال حدثني شعبة عن سعد بن ابراهيم عن عروة بن الزبير عن النعمان بن بشير ان اباه نحله نحلا فاتى النبي ﷺ ليشهده

الاستذكار ج:7 ص:224

فقال (اكل بنيك اعطيت مثل هذا) قال لا فابى ان يشهد
وكذلك رواه ابو معاوية عن هشام بن عروة عن النعمان
ورواه جرير عن هشام عن ابيه عن النعمان وقال فيه (فاردده)
وقال فيه حصين عن الشعبي سمعت النعمان بن بشير على المنبر يقول اعطاني ابي عطية فقالت عمرة بنت رواحة لا ارضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فاتى رسول الله ﷺ فقالت اني اعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فامرتني ان اشهدك يا رسول الله فقال (اعطيت اولادك مثل سائر ولدك مثل هذا) قال لا فقال (فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم) قال فرجع فرد عطيته (1) فلم يذكر في هذا الحديث ان رسول الله ﷺ امره برد العطية وانما فيه انه رجع فرد العطية اذ امره رسول الله ﷺ بالعدل بين اولاده
ورواه هشيم قال اخبرنا سيار ومغيرة وداود بن ابي هند ومجالد واسماعيل بن سالم عن الشعبي عن النعمان بن بشير قال انحلني ابي نحلا - قال

إسماعيل بن سالم من بين القوم نحله غلاما له - وذكر الحديث نحو رواية حصين عن الشعبي وفيه قال له (الك ولد سواه) قال قلت نعم قال (اكلهم اعطيتهم مثل ما اعطيت النعمان) قلت لا
قال هشيم فقال بعض هؤلاء المحدثين هذا جور وقال بعضهم هذه تلحية فاشهد على هذا غيري وقال مغيرة في حديثه (اليس يسرك ان يكونوا في البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري)
وذكر مجالد في حديثه (ان لهم عليك من الحق ان تعدل بينهم كما ان لك من الحق ان يبروك

الاستذكار ج:7 ص:225

فهذه الالفاظ كلها تدل على جواز العطية على كراهة رسول الله ﷺ لها من اجل ما خاف عليه من دخول العقوق عليه من بنيه وليس في هذه الالفاظ انه امره برد العطية واختلف اهل العلم في الرجل يعطي بعض ولده دون بعض
فقال طاوس لا يجوز لاحد ان يفضل بعضه على بعض فان فعل لم ينفذ وفسخ وبه قال اهل الظاهر وروي مثله عن احمد
وحجتهم في ذلك قول رسول الله ﷺ (فارتجعه) وقوله (فارددة) من حديث مالك وغيره وقال مالك والليث والثوري والشافعي وابو حنيفة واصحابهم لا باس ان يفضل بعض ولده بالنحلة دون بعض ويؤثره بالعطية دون سائر ولده وهم مع ذلك يكرهون ذلك على ما نذكره ان شاء الله عنهم والتسوية في العطايا إلى البنين احب إلى جميعهم
وكان مالك - رحمه الله - يقول انما معنى هذا

الحديث الذي جاء فيه فيمن نحل بعض ولده ماله كله

قال وقد نحل ابو بكر عائشة دون ولده قال ابو عمر ذكره في (الموطا) عن هشام عن بن شهاب عن عروة بن الزبير 1440 - عن عائشة انها قالت ان ابا بكر الصديق نحلها جاد عشرين وسقا (1) من ماله بالغابة (2) فلما حضرته الوفاة قال والله يا ابنتي ما من الناس احد احب الي غنى بعدي منك ولا اعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحتزتيه (3) كان لك وانما هو اليوم مال وارث وانما هما اخواك واختاك فاقتسموه على كتاب الله (عز وجل

الاستذكار ج:7 ص:226

قالت عائشة فقلت يا ابت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي اسماء فمن الاخرى قال ابو بكر ذو بطن بنت خارجة اراها جارية

قال ابو عمر في حديث عائشة هذا ان من شرط صحة الهبة قبض الموهوب لها قبل موت الواهب قبل المرض الذي يكون منه موته وسنذكر ما للفقهاء في معنى قبض الهبة وحيازتها بعد في هذا الباب عند قول عمر ما بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها الحديث

وفي هذا حديث عائشة هذا جواز الهبة المجهول عينها اذا علم مبلغها وجواز هبة المشاع ايضا وفيه ان الغنى احب إلى الفضلاء من الفقر واما اعطاء الرجل بعض ولده دون بعض وتفضيل بعضهم على بعض فقد ذكرنا ذلك

قال الشافعي ترك التفضيل في عطية الابناء فيه حسن الادب ويجوز له ذلك في الحكم

قال وله ان يرجع فيما وهب لابنه لقول النبي (فارجعه)

قال ابو عمر روي عن جابر بن زيد ابي الشعثاء انه كان يقول في التفضيل بين الابناء في النحل يجوزه في الحكم ويقضي به وقال طاوس لا يجوز وان كان رغيفا محترقا وبه قال بعض اهل الظاهر واستدل الشافعي بان هذا الحديث على الندب بنحو ما ستدل به مالك من عطية ابي بكر عائشة دون سائر ولده وبما ذكرناه من رواية داود وغيره عن الشعبي عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ (ايسرك ان يكونوا لك في البر كلهم سواء قال نعم قال (فاشهد على هذا غيري) قال وهذا يدل على صحة الهبة لانه لم يامره بردها وامره بتاكيدها باشهاد غيره عليها ولم يشهد هو عليها لتقصيره عن اولى الاشياء به وترك الافضل له

وقال الثوري لا باس ان يخص الرجل بعض ولده بما شاء

وقد روي عن الثوري انه كره ان القضاء ان يفضل الرجل بعض ولده على بعض في العطية

الاستذكار ج:7 ص:227

وقال ابو حنيفة واصحابه من اعطى بعض ولده دون بعض كرهنا ذلك له وامضيناه عليه وقد كره عبد الله بن المبارك واحمد بن حنبل ان يفضل بعض ولده على بعض وكان إسحاق يقول مثل هذا ثم رجع إلى قول الشافعي

وكل هؤلاء يقولون ان فعل هذا احد نفذ ولم يرد ولم يختلف في ذلك عن احمد واصح شيء عنه في ذلك ما ذكره الخرقي في مختصره عنه قال فاذا فاضل بين ولده في العطية امر برده كما امر النبي ﷺ فان مات ولم

يردده فقد ثبت لمن وهب له اذا كان ذلك في صحته
واما قوله في حديث مالك (أكل ولدك نحلته مثل ذلك)
فان العلماء مجمعون على استحباب التسوية في العطية بين الابناء الا ما ذكرنا عن اهل الظاهر من ايجاب ذلك
الا ان الفقهاء في استحبابهم للتسوية بين الابناء في العطية اختلفوا في كيفية التسوية بينهم في العطية
فقال منهم قائلون التسوية بينهم ان يعطي الذكر مثل ما يعطي الانثى وممن قال ذلك سفيان الثوري وبن المبارك
قال بن المبارك الا ترى ان الحديث يروى عن النبي قال (سووا بين اولادكم فلو كنت مؤثرا احدا اثرت النساء على الرجال)
وبه قال داود واهل الظاهر
وقال اخرون التسوية ان يعطى الرجل مثل حظ الانثيين قياسا على قسم الله تعالى الميراث بينهم وممن قال ذلك عطاء بن ابي رباح وهو قول محمد بن الحسن واليه ذهب احمد واسحاق
ولا احفظ لمالك في هذه المسالة قولا
واما قوله في حديث مالك في هذا الباب (فارجعه) ففيه دليل على ان للاب ان يرجع فيما وهب لابنه فقد اختلف العلماء ايضا في هذا المعنى
فذهب مالك واكثر اهل المدينة إلى ان للاب ان يعتصر ما وهب لابنه
ومعنى الاعتصار عندهم الرجوع في الهبة

الاستذكار ج:7 ص:228

وليس ذلك عندهم لغير الاب الا ان الام عندهم اذا وهبت لابنها شيئا وهم ايتام لم ترجع في هبتها لانها في معنى الصدقة حينئذ وان لم يكونوا ايتاما وكان ابوهم حيا كان لها ان ترجع فيما وهبته لولدها
هذا هو الاشهر عن مالك وقد روي عنه انها لا ترجع اصلا
ولم يختلف عن مالك ان الجد لا يرجع فيما وهب لابن ابنه
وكذلك لم يختلف قول مالك واصحابه ان الولد اذا وهب له ابوه هبة ثم استحدث الولد دينا داينه الناس عليه من اجل الهبة او نكح لم يكن للاب - حينئذ - الرجوع في شيء من هبته لولده وهذا كله في الهبة
فاما الصدقة فانه لا رجوع فيها للاب ولا لغير اب بحال من الاحوال لان الصدقة انما يراد بها وجه الله تعالى وما اريد به وجه الله لم يجز الاعتصار والرجوع فيه وسنذكر ما لسائر العلماء من المذاهب في الرجوع في الهبة في باب الاعتصار في الهبة - ان شاء الله تعالى اولى المواضع بذلك
وانما ذكرنا هنا قول مالك لما ارتبط به من معنى الحديث المسند
واما قول ابي بكر في حديث عائشة هذا انما هما اخواك واختاك فقالت له عائشة انما هي اسماء فمن الاخرى فاجابها ابو بكر وقال (ان ذا بطن بنت خارجة اراها جارية فهذا منه - رضي الله عنه - ظن لم نخطئه فكانت ذو بطن بنت خارجة جارية اتت بعده فسميت ام كلثوم
واما بنت خارجة فهي زوجته واسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن ابي زهير الذي اخى رسول الله بينه وبين ابي بكر اذ قدم المدينة رسول

الله ﷺ واخى بين المهاجرين والانصار وكان قول ابي بكر ظنا كاليقين والعرب تقول ظن الحليم مهابة وتقول ايضا (من لم ينتفع بظنه لم ينتفع بيقينه) وتقول ايضا (الظن مفتاح اليقين) وقال اوس بن حجر (الالمعي الذي يظن لك الظنن

كان قد راى وقد سمعا

الاستذكار ج:7 ص:229

وروي ذلك عن عثمان وعلي - رضي الله عنهما - ومما يمدح به الظن قول رسول الله ﷺ (لا يموتن احدكم الا وهو حسن الظن بالله عز وجل) (1) وقال ﷺ حاكيا عن الله تعالى (انا عند ظن عبدي بي فليظن بي ما شاء) (2) وقال الحسن البصري في ان المؤمن احسن الظن فاحسن العمل قال ابو عمر واما ظن الفاسق والكافر والمنافق فمذموم غير ممدوح قال الله تعالى فيهم وظننتم ظن السوء وكنتم قوما بورا الفتح 12

وقال النبي ﷺ (اياكم والظن فان الظن اكذب الحديث ولا تجسسوا ولا تحسسوا) (3) قال الله تبارك وتعالى وان الظن لا يغنى من الحق شيئا النجم 28

فقد ذكرنا في كتاب النساء من كتاب الصحابة بنت خارجة المذكورة وابنتها بما يجب من ذكرهما هناك والحمد لله كثيرا

1441 - مالك عن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القارئ ان عمر بن الخطاب

قال ما بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات بن احدهم قال مالي بيدي لم اعطه احدا وان مات هو

قال هو لابني قد كنت اعطيته اياه من نحل نحلة فلم يجزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطل

قال ابو عمر صح القضاء من الخليفتين ابي بكر وعمر وروي ذلك عن عثمان وعلي ان الهبة لا تصح الا بان يحوزها الموهوب له في حياة الواهب وينفرد بها دونه وقد تقدمت رواية مالك عن ابي بكر في ذلك

ورواه بن عيينة قال حدثنا الزهري عن عروة عن عائشة ان اباها نحلها جادا عشرين وسقا من ماله فلما حضرته الوفاة جلس فتشهد وحمد الله واثنى عليه ثم قال اما بعد يا بنية فاني - والله - ان احب الناس الي غنى بعدي لانت وان اعز الناس علي فقرا بعدي لانت واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا من مالي وددت انك حزتيه وحددتيه وانما هو اليوم من مال الوارث وانما هما اخواك واختاك قالت هذا اخواي فمن اختاي قال ذو بطن بنت خارجة فاني اظنها جارية قالت لو كان ما بين كذا وكذا لرددته

قال ابو عمر اتفق مالك والثوري وابو حنيفة والشافعي واصحابهم ان الهبة لا تصح الا بالحيازة لها

ومعنى الحيازة القبض بما يقبض به مثل تلك الهبة

الا انهم اختلفوا في هبة المشاع وسنذكر ذلك بعد ان شاء الله تعالى

والهبة عند مالك على ما اصفه لك تصح بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له تتم بالقبض والحيازة وما دام الواهب حيا فللموهوب له

المطالبة بها الـواهب حـتى يقبضـها فـان قبضـها تمت له وصـارت ملكـا مـن ملكـه وان لـم يقبضـها حـتى يمـوت الـواهب بطلـت الهبـة عنـده لانهـم انزلوها حين وهبها ولم يسلمها إلى ان مات منزلة من اراد اخراج تلك العطية بعد موته من راس ماله لوارث او غير وارث وكـانت فـي يـده طـول حيـاته فلم يرض بها بعد مماته فلم يجز له شيء من ذلك هذا حكمه عند مالك واصحابه اذا مات الواهب فـان مات الموهوب له قبله كان لورثته عنده ان يقوموا مقامه بالمطالبة لها حـتى يسـلم اليهـم الـواهب وقال الشـافعي وابـو حنيفـة واصـحابهم الهبـة لا تصـح الا بـالقبض مـن الموهـوب لـه وتسـليم مـن الـواهب فـان لـم يكـن ذلـك فهـي باطـل وليـس الموهوب به ان يطالب الواهب بتسليمها لانهـا مـا لم تقبض عده وعده بهـا فـان وفـي حمـد وان لـم يوف بما وعد ولم يوهب بما سـلم لـم يقـض عليـه بشيء

الاستذكار ج:7 ص:231

وقال ابو ثور واحمد بن حنبل تصح الهبة والصـدقة غيـــــــــــــــــــر مقبوضـــــــــــــــــــة

ورووا ذلك عن علي - رضي الله عنه - مـن وجـه لا يحتـــــــــــــــــــج بـــــــــــــــــــه

قال ابو عبد الله المروزي - رحمـه اللـه اتفـق ابـو بكر وعمر وعثمان وعلي - رضـي اللـه عنهـم - ان الهبـــــــــة لا تصـــــــــح الا مقبوضـــــــــة

وقد روي عن احمد وهو الصحيح عنـه ان الهبـة اذا كانت مما يؤكل او يـوزن لـم يصـح شـيء منهـا الا بالقبض وما عدا المكيل والموزون فالهبة صحيحة جائزة بالقول وان لم تقبض وذلك كلـه اذا قبضـها الموهـــــــــــــــــــوب لـــــــــــــــــــه

واختلفوا فـي هبـة المشـاع وكيـف القبـض فيهـا فقال مالك هبة المشاع جائزة ولا تصـح الا بقبـض الجميـع وتصـح للشـريك فـي المشـاع اذا تخـل

الـواهب عنهـا واخـذها مـن يـده وانفـرد الشـريك الموهـــــــــــوب لـــــــــــه بهـــــــــــا
وقال الشـافعي وابـو ثـور واحمـد واسـحاق تصـح الهبة في المشاع والقبض فيها كالقبض في البيع ســـواء
وقال ابو حنيفة واصحابه الهبة للمشـاع باطـل ولا تصح الا مقبوضة معلومة مفردة كمـا يصـح الرهـن عنــدهم فيفــرد المرتهــن وكــذلك الموهــوب لــه ويقبضه ولا شركة فيه لغيـره وقـد بينـا ذلـك فـي كتاب الرهن

1 (34 - باب ما يجوز من العطية)

قـال ابـو عمـر فـي هـذا البـاب عنـد جمهـور رواة (الموطا) حديث مالك عن بن شـهاب عـن سـعيد بـن المسـيب عـن عثمـان فـي نحلـة الرجـل ابنـه الصـــــــغير وهبتـــــــه لـــــــه وحيـــــــازته وهو عند يحيى في بـاب مفـرد فـي اخـر الاقضـية وهناك نذكره كما رواه يحيى - ان شاء الله تعـالى
1442 - قال مالك الامر عندنا فيمـن اعطـى احـدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد عليها فانها ثابتة للذي اعطيهـا الا ان يمـوت المعطـي قبـل ان يقبضـها الـــــــــــــــــــذي اعطيهـــــــــــــــــــا
قــال وان اراد المعطــي امسـاكها بعـد ان اشــهد عليها فليس ذلـك لـه وإذا قـام عليـه بهـا صـاحبها اخذها

الاستذكار ج:7 ص:232

قال مالك ومن اعطى عطية ثم نكل الذي اعطاهـا فجاء الذي اعطيها بشاهد يشهد له انه اعطاه ذلـك عرضا كان او ذهبا او ورقـا او حيوانـا احلـف الـذي اعطى مع شهادة شاهده فان ابى الذي اعطـي ان يحلف حلف المعطي وان ابى ان يحلـف ايضـا ادى إلى المعطى ما ادعى عليه اذ كان شاهد واحد فان

لـــم يكـــن لـــه شـــاهد فلا شـــيء لـــه قال مالك ومن اعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مـات المعطـي قبـل ان يقبض المعطى عطيته فلا شيء لـه وذلـك انـه اعطـي عطـاء لـم يقبضـه فـان اراد المعطـي ان يمسكها وقد اشهد عليها حين اعطاها فليس ذلـك لـــــه اذا قـــــام صـــــاحبها اخـــــذها قال ابو عمر قد تقدم القول في هذا كله واوضحنا فيه مذهب مالك ومذهب غيـره مـن الفقهـاء فـي الباب قبل هذا والذي دعانا إلى ما ذكره هناك قول ابـي بكـر الصـديق لعائشـة فيـه (لـو كنـت حزتيـه وجددتيه لكان لك وانما هـو اليـوم مـال الـوارث) وقـول عمـر فيـه ايضـا (مـا بـال رجـال ينحلـون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فـان مـات بـن احـدهم قـــال مـــالي بيـــدي الحـــديث) وهذان الحـديثان أصـل حيـازة الهبـة فـي الموطـأ وكـذلك ذكرنـا اختلاف العلمـاء فـي قبـض الهبـة وحيازتهـــا فـــي البـــاب قبـــل هـــذا وذكرنا عن الشـافعي والكـوفيين ان الهبـة اذا لـم يقبضها الموهوب له فليس له مطالبة الواهب بهـا ان منعـــــــــــــــه اياهـــــــــــــــا وذكرنا ان اكثر العلماء على ذلك وبالله توفيقنا

1 (35 - باب القضاء في الهبة)

1443 - مالـك عـن داود بـن الحصـين عـن ابـي غطفان بـن طريـف المـري ان عمـر بـن الخطـاب قال من وهب هبة لصلة رحم او علـى وجـه صـدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لـم يـرض منها

الاستذكار ج:7 ص:233

قال ابو عمر روى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه ان عمر بن الخطاب قال من وهب هبة فلم يثب منها فهو احق بها

وعن الاعمش عن ابراهيم ان عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لم يثب منها فهو احق بها الا لذي رحم

وعن ايوب عن بن سيرين عن شريح قال من اعطى في صلة رحم او قرابة او حق او معروف فعطيته جائزة والطالب المستعزز يثاب من هبته او ترد إليه

1444 - قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا ان الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة او نقصان فان على الموهوب له ان يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها

قال ابو عمر نذكر في هذا الباب اقاويل الفقهاء في الهبة للثواب وقد ارجات القول في الرجوع في الهبة لذي رحم وغيره إلى باب الاعتصار في الصدقة - ان شاء الله تعالى

قال ابو عمر مذهب مالك في الهبة للثواب انها جائزة غير مردودة اذا قبضها الموهوب له كان للموهوب مطالبته بالثواب منها ذا رحم منه كان او غير رحم الا ان يكون فقيرا يرى انه اراد بها الصدقة عليه فلا ثواب عليه حينئذ والموهوب له مخير في ردها او اعطاء العوض منها هذا ما لم تتغير عنده بزيادة او نقصان فان تغيرت عنده بزيادة او نقصان كان للواهب قيمتها يوم قبضها الموهوب له

وكان إسحاق بن راهويه يذهب في ذلك إلى قول مالك

وروي عن عمر وعلي وفضالة بن عبيد جواز الهبة للثواب

واما الشافعي فالهبة للثواب عنده باطل مردودة

ليست بشيء
وهو قول ابي ثور وداود لانها معاوضة على
مجهول غير مذكور وذلك بيع لا يجوز
واما ابو حنيفة واصحابه فالهبة للثواب عندهم
جائزة على نحو ما ذهب إليه مالك في ذلك وان
زادت عند الموهوب له او نقصت او هلكت لم يكن

الاستذكار ج:7 ص:234

للواهب فيها رجوع ان كانت لذي رحم لانه - حينئذ
- صلة خالصة له
وهو قول الثوري
وجملة قول الكوفيين في الهبة للثواب ان كل
هبة وقعت على شرط عوض فهي والعوض منها
على حكم الهبة لا تصح ما لم تقبض ويمنع كل
واحد منها صاحبه ان شاء فان مضت وقبض
العوض منها فهي كالبيع ويرد كل واحد منهما ما
وجد فيه من العيب ذلك ان شاء
وقال احمد بن حنبل ليس لاحد رجوع ولا ثواب في
هبة ولا هدية لقول رسول الله ﷺ (العائد في
هبته كالكلب يعود في قيئه) (1)
وهو قول داود واهل الظاهر
حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني
الخشني قال حدثني بن عمر قال حدثني سفيان
عن ايوب عن عكرمة عن بن عباس ان النبي ﷺ
قال (ليس منا مثل السوء العائد في هبته كالكلب
يعود في قيئه) (1)

1 (36 - باب الاعتصار (3) في الصدقة)

1445 - قال مالك الامر عندنا الذي لا اختلاف فيه
ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن او
كان في حجر ابيه فاشهد له على صدقته فليس له
ان يعتصر (4) شيئا من ذلك لانه لا يرجع في

شـــــــــــيء مـــــــــــن الصـــــــــــدقة
قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا او اعطاه عطاء ليس بصدقة ان له ان يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويامنونه عليه من اجل ذلك العطاء الذي اعطاه ابوه فليس لابيه ان يعتصر من ذلك شيئا بعد ان تكون عليه الديون او يعطي الرجل ابنه او ابنته فتنكح المراة الرجل

وانما تنكحه لغناه وللمال الذي اعطاه ابوه فيريد ان يعتصر ذلك الاب او يتزوج الرجل المراة قد نحلها ابوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها (1) لغناها ومالها وما اعطاها ابوها ثم يقول الاب انا اعتصر ذلك فليس له ان يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئا من ذلك اذا كان على ما وصـــــــــــــــــــفت لـــــــــــــــــــك
قال ابو عمر قد قلنا ان الاعتصار عند اهل المدينة هو الرجوع في الهبة والعطية ولا اعلم خلافا بين العلماء ان الصدقة لا رجوع فيها للمتصدق بها وكل ما اريد به - من الهبات - وجه الله تعالى بانها تجري مجرى الصدقة في تحريم الرجوع فيها واما الهبات اذا لم يقل الواهب فيها لله ولا اراد بهبته الصدقة المخرجة لله (عز وجل) فان العلمـــاء اختلفـــوا فـــي ذلـــك اختلافـــا كـــثيرا فمذهب مالك فيما ذكره في كتابه (الموطا) على ما اوردناه من تخصيص ترك رجوع الاب في هبته لولده اذا نكحت الابنة او استدان الابن ونحو ذلـــــك علـــــى مـــــا تقـــــدم وصـــــفه
واما الشافعي فليس لاحد عنده ان يرجع في هبته الا الوالد ثم وقف عن ذلك فقال لو اتصل حديث طاوس (لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد) لقلت به ولم ازد واهبا غيره وهب لمن يســـــتثيب منـــــه او لمـــــن لا يســـــتثيب منـــــه

قال ابو عمر قد وصل حديث طاوس حسين المعلم وهو ثقة ليس به باس اخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني مسدد قال حدثني يزيد بن زريع قال حدثني حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن بن عمر وبن عباس ان النبي ﷺ قال (لا يحل لاحد ان يعطي عطية او يهب هبة ثم يرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب ياكل فاذا شبع قاءه ثم عاد في قيئه) (2)

قال ابو عمر اما قوله ﷺ (العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه) ولا خلاف بين اهل العلم في صحة اسناده ومن احسن اسانيده حديث شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن بن عباس

الاستذكار ج:7 ص:236

واما قوله ﷺ (لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد) فليس يتصل اسناده الا من حديث حسين المعلم كما وصفت لك وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة واصحابه كل من وهب هبة لذي رحم محرمة كالاخ والاخت وبن الاخوة والاخوات وكذلك الاعمام والعمات والأخوال والخالات والاباء وان علوا والبنين وان سفلوا وكل من لا يحل له نكاحها او كانت امراة من جهة النسب والصهر وكذلك الزوجان ان وهب احدهما لصاحبه لم يكن للواهب منهم ان يرجع في هبته كما ليس للمتصدق ان يرجع في شيء من صدقته فان وهب لغير هؤلاء فله الرجوع في هبته ما لم تزد

في بدنها او يزيد فيها الموهوب لـه ومـا لـم يمـت واحد منهما وما لم تخرج الهبة من ملك الموهـوب له إلـى ملـك غيـره ومـا لـم يعـوض الموهـوب لـه الواهب عوضا يقبله ويقبض منه فاي هذه الاشـياء كانت فلا رجوع فـي الهبـة معـه كمـا لا يرجـع فـي الصدقة ولا فيما وهب لـذي رحـم محرمـة منـه ولا فيمـــا وهـــب احـــد الزوجيـــن لصـــاحبه واذا لم تكن هـذه الاشـياء والشـروط الـتي ذكرنـا والاوصاف التي وصفنا كان للـواهب الرجـوع فـي الهبة ولا يرجع عليـه الا بحكـم الحـاكم لـه فيهـا او بتســـــليم مـــــن الموهـــــوب لـــــه هـذا كلـه قـول ابـي حنيفـة واصـحابه فيمـا ذكـر الطحـــاوي عنهـــم فـــي (مختصـــره) وحجتهم في ذلك الحـديث عـن عمـر - رضـي اللـه عنه - من رواية مالك وغيره عن داود بـن الحصـين عن ابي غطفان عن مروان عن عمر انه قال (من وهـب هبـة لصـلة رحـم او علـى وجـه الصـدقة) فسـوى بيـن الهبـة لـذي الرحـم وبيـن الصـدقة وروى الاسود عن عمر مثله فيمن وهب لصلة رحم او قرابـــة وليـــس فـــي حـــديث عمـــر ذكـــر الزوجيـــن ولا فرق بين الرحم المحرمة ولا غير المحرمة كمـا فعـــــــــــــــل الكوفيـــــــــــــــون والاصل عندي الذي تلزم الحجة به انه لا يجوز لاحد الرجعة فيـه لقـوله ﷺ(العائـد فـي هبتـه كـالكلب يعود في قيئه) الا ان تثبت سنة تخص هذه الجملة او يتفق على معنى مـن ذلـك علمـاء الامـة وبـالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:237

1 (37 - باب القضاء في العمرى)

1446 - مالك عن بن شهاب عن ابي سلمة بن عبد

الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الانصاري ان رسول الله ﷺ قال (ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي اعطاها ابدا) لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث

1447 - مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقي يسال القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما ادركت الناس الا وهم على شروطهم في اموالهم وفيما اعطوا قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا ان العمرى ترجع إلى الذي اعمرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك قال ابو عمر هذه اللفظة لم يروها عن مالك احد في (الموطا) قوله (ان العمرى ترجع إلى الذي اعمرها اذا لم يقل لك ولعقبك) غير يحيى بن يحيى في (الموطا) وقد رمى بها بن وضاح من كتابه

والمعروف عن مالك واصحابه في العمرى انها ترجع إلى المعطي اذا مات المعطى وكذلك اذا قال المعطي للمعطى هي لك ولعقبك ترجع ايضا إلى المعطي عند انقراض عقب المعطى اذا كان المعطي حيا والا قال من كان حيا من ورثته واولى الناس بميراثه ولا يملك المعمر بلفظ العمرى عند مالك واصحابه رقبة شيء من الاشياء وانما يملك بلفظ العمرى والسكنى والاعتمار والاعلال

الاستذكار ج:7 ص:238

والاعمار عندهم والاسكان سواء لا يملك بذلك رقبة شيء من الاشياء وكذلك الافقار والاخبال والاطراق وما كان مثل ذلك من الفاظ العطايا لا يملك بشيء من ذلك كله رقبة الشيء المعطى وانما تملك به منفعته على حسب حاله

هذا كله قول مالك واصحابه وهو تحصيل مذهبه 1448 - وكذلك ذكر في (الموطا) باثر الحديث المذكور في اول الباب عن نافع ان عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال وكانت حفصة قد اسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن وراى انه له قال ابو عمر لانه كان شقيق حفصة والمنفرد بميراثها فرجعت إليه الدار بعد موتها لان الاسكان لا يملك به الا المنفعة دون الرقبة وكذلك الاعمار عند مالك وحجته في ذلك قول القاسم بن محمد ما ادركت الناس الا على شروطهم في اموالهم وفيما اعطوا يريد ان لفظ العمرى ينفي ان يكون للمعمر من الشيء الذي اعمر الا منفعته وعمره لا غير ولم ياخذ مالك بحديثه المسند في هذا الباب عن بن شهاب عن ابي سلمة عن جابر وقال ليس عليه العمل الا ما ذكره عنه يحيى بن يحيى في (الموطا) وكان من اخر من روى عنه (الموطا) وروى عنه بعض اصحابه انه قال رايت محمدا وعبد الله ابني ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وسمعت عبد الله يعاتب محمدا ومحمد يومئذ قاض يقول له ما لك لا تقضي بالحديث الذي جاء عن رسول ﷺ في العمرى - يعني حديث بن شهاب عن ابي سلمة عن جابر فيقول له محمد يا اخي لم اجد الناس على هذا فجعل عبد الله يكلمه ومحمد ياباه قال ابو عمر لم ياخذ مالك بحديث العمرى ورده بالعمل عنده وقد اخذ به بن شهاب وغيره وروى معمر عن بن شهاب عن الزهري عن ابي سلمة عن جابر قال انما العمرى التي اجاز رسول الله ﷺ انما ان يقول هي لك ولعقبك فاما اذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع إلى صاحبها

قال معمر وكان الزهري يفتي بذلك قال ابو عمر هذا قول ابي سلمة بن عبد الرحمن ويزيد بن قسيط وبه قال بن ابي ذئب والاوزاعي واليه ذهب ابو ثور وداود بن علي وقال الاوزاعي قلت للزهري الرجل يقول للرجل جاريتي هذه لك حياتك ايحل له ان يطاها قال لا قلت فقال هي لك عمري او عمرك فيحل له فرجها قال لا حتى يبينها له انما العمرى التي لا يكون فيها للمعمر شيء ان يقول هي لك ولعقبك يعطيها له ولعقبه لا يكون للمعطي فيها مثوبة وقال محمد بن يحيى الذهلي النيسابوري حديث معمر هذا انما منتهاه إلى قوله هي لك ولعقبك وما بعده عندنا من كلام الزهري قال وما رواه ابو الزبير عن جابر يرد حديث معمر هذا قال ابو عمر حديث ابي الزبير رواه بن جريج والحجاج بن ابي عثمان وحماد بن سلمة وابراهيم بن طهمان عن ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ(يا معشر الانصار امسكوا عليكم اموالكم ولا تعمروها فمن اعمر شيئا حياته فهو له حياته وموته) (1)

وقد رواه بن جريج ايضا عن عطاء عن جابر اخبرنا ابو محمد عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن قال حدثنا محمد بن عثمان بن ثابت ابو بكر الصيدلاني ببغداد قال حدثني إسماعيل القاضي قال حدثني علي بن المديني قال حدثني سفيان قال حدثني بن جريج انه سمع عطاء يقول سمعت جابر بن عبد الله يقول قال رسول الله ﷺ(لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو له ورثته) (2)

قال سفيان واخبرنا عمرو بن دينار عن سليمان بن يسار قال قضى طارق بالمدينة بالعمرى

للوارث عن قول جابر بن عبد الله ان النبي قضى بها
وقد ذكرنا الاثار بهذا المعنى في (التمهيد

الاستذكار ج:7 ص:240

قال ابو عمر من قال في العمرى بحديث ابي الزبير عن جابر وما كان مثله في العمرى جعل العمرى هبة مبتولة ملكا للذي اعمرها وابطل شرط ذكر العمر فيها وبهذا قال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما وهو قول عبد الله بن شبرمة وسفيان الثوري والحسن بن صالح وبن عيينة واحمد بن حنبل وابي عبيد كل هؤلاء يقولون بالعمري هبة مبتولة يملك المعمر رقبتها ومنافعها واشترطوا فيها القبض كسائر الهبات فاذا قبضها المعمر ورثها عنه ورثته بعده كسائر ماله لان رسول الله ابطل شرط المعمر فيها وجعلها ملكا للمعمر وروثا عنه
قالوا وسواء ذكر العقب في ذلك والسكوت عنه لانه لو اعمرها من اعقبها او من لا يكون له عقب كالمجبوب والعقيم فقال لك ولعقبك او قال ذلك لمن له عقب فماتوا قبله لم يكن لذكر العقب معنى يصح الا انها حينئذ تورث عندهم عنه وقد يرثه غير عقبه
قالوا فذكر العقب لا معنى له في ذلك وانما المعنى الصحيح ما جاء به الاثر واضحا ان العمرى تورث عن المعطي لملكه لها بما جعلها رسول الله من ذلك له حياته وموته وهو قول جابر بن عبد الله وبن عمر وبن عباس ذكر معمر عن ايوب عن حبيبه بن ابي ثابت قال سمعت بن عمر وساله اعرابي اعطى ابنه ناقة له حياته فانتجت ابلا فقال بن عمر هي له حياته وموته

قال افرايت ان تصدق بها عليه قال فذلك ابعد لـه
قال ابو عمر هذا الحديث عن بن عمر يدل على ان مذهبه فـي العمـرى بخلاف مـذهبه فـي الاسـكان والسـكنى بـدليل انـه ورث مـن حفصـة اختـه دارا كانت اسكنتها بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما ماتت بنت زيد بن الخطاب بعـد مـوت حفصـة ورث بن عمر الدار عـن اختـه حفصـة لانهـا كـانت علـى ملكها وكـان عبـد اللـه بـن عمـر وارثهـا لانـه كـان شـقيقها
وعلى هذا اكثر اهل العلم في الاعمار والعمرى اذا ذلـك مخـالف للاسـكان والسـكنى
وقـد كـان الحسـن وعطـاء وقتـادة يسـوون بيـن العمرى والسكنى وقالوا من اسكن احـدا داره لـم ينصرف إليه ابدا

الاستذكار ج:7 ص:241

وكان الشعبي يقول اذا قال هي لـك سـكنى حـتى تموت فهي لـه حيـاته ومـوته واذا قـال داري هـذه اسـكنها حـتى تمـوت فانهـا ترجـع إلـى صـاحبها
قال ابو عمر جعـل هـؤلاء السـكنى كـالعمرى هبـة تملك بها الرقبة وجعل ملـك العمـرى كالسـكنى لا تملـك بهـا الا المنفعـة دون الرقبـة
وذلك الذي عليه جمهور اهـل العلـم فـي السـكنى والاسـكان انـه لا تملـك بـه رقبـة الشـيء
والخبر عن بـن عبـاس فـي العمـرى رواه الثـوري وغيره عن ابي الزبير عن طـاوس عـن بـن عبـاس قال لا تحل العمرى ولا الرقـبى فمـن اعمـر شـيئا فهـو لـه ومـن ارقـب شـيئا فهـو لـه
والخبر عن جابر رواه بن جريج عن ابي الزبير عـن جـابر وقـد ذكرنـاه فـي (التمهيـد)
وهو قول طاوس ومجاهد وسليمان بن يسـار وبـه كـان يقضـي شـريح وقـد ذكرنـا اخبـار هـذا البـاب وطرقهـا والفاظهـا واختلافهـا فـي (التمهيـد)
والحمـد للـه كـثيرا

وروى بن عيينة عن ايوب السختياني عن بن سيرين قال خاصم رجل إلى شريح في العمرى فقضى له وقال لست انا قضيت لك ولكن محمدا قضى بذلك منذ اربعين سنة العمرى ميراث عن اهلها من ملك شيئا حياته فهو لورثته اذا مات فاما حديث بن شهاب في صدر هذا الباب فقد اوردنا فيه رواية مالك له بالفاظه ثم رواية معمر له بالفاظه

ورواه بن ابي ذئب والاوزاعي ومحمد بن اخي الزهري والليث بن سعد على خلاف ذلك فاما رواية بن ابي ذئب فذكرها في موطئه عن بن شهاب عن ابي سلمة عن جابر عن النبي انه قضى فيمن اعمر عمرى له ولعقبه فهي له قبله لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثوبة قال ابو سلمة لانه اعطى عطاء وقعت به المواريث فقطعت المواريث شرطه قال ابو عمر بين بن ابي ذئب موضع المسند المرفوع من هذا الحديث فجعل سائره من قول ابي سلمة فجوده

الاستذكار ج:7 ص:242

وذلك بخلاف ما قال محمد بن يحيى اذ جعله من قول الزهري

ورواه الليث عن بن شهاب باسناده عن النبي قال (من اعمر رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها وهي لمن اعمرها ولعقبه) (1)

ورواه الاوزاعي قال حدثني الزهري قالا حدثني ابو سلمة قال حدثني جابر عن النبي قال (العمرى لمن اعمرها هي له ولعقبه) ورواية بن اخي الزهري نحو ذلك ومعاني رواة بن شهاب كلها متقاربة

واما قوله في حديث مالك عن نافع عن بن عمر انه ورث حفصة بنت عمر دارها فاسقط حرف الجر وهي لغة للعرب قال ابو الحجناء (اضحت جياد بن قعقاع مقسمة
في الاقربين بلا من ولا ثمن)
(ورثتيهم فتسلوا عنك اذ ورثوا
وما ورثتك غير الهم والحزن)
اراد وما ورثت منك غير الهم والحزن
وقالت زينب الطثرية
(مضى وورثناه دريس مفاضة
وابيض هنديا طويلا حمائله)

1 (38 - باب القضاء في اللقطة (2))

1449 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فساله عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها (3) ووكاءها (4) ثم عرفها سنة (5) فان جاء صاحبها والا

الاستذكار ج:7 ص:243

فشانك بها) قال فضالة الغنم يا رسول الله قال (هي لك او لاخيك او للذئب) قال فضالة الابل قال (ما لك ولها معها سقاؤها (1) وحذاؤها (2) ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها)
1450 - مالك عن ايوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني ان اباه اخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على ابواب المساجد واذكرها لكل من ياتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشانك بها قال ابو عمر روى هذا الحديث المسند في هذا

الباب جماعة عن ربيعة كما رواه مالك ورواه يحيى بن سعيد الانصاري عن يزيد مولى المنبعث
كما رواه ربيعة بمعنى واحد الا في شيء نذكره بعد ان شاء الله تعالى
وهو حديث مسند صحيح فيه معان اجمع الفقهاء على القول بها ومعان اختلفوا فيها فما أجمعوا عليه ان عفاص اللقطة وهي الخرقة المربوط فيها الشيء الملتقط
واصل العفاص في اللغة ما سد به فم القارورة وكل ما سد به فم اناء فهو عفاص
الوكاء هو الخيط التي تربط به وهما جميعا من علامات اللقطة اذا جاء بوصفها صاحبها كان له عند اكثر اهل العلم بذلك اخذها وجاز للملتقط لها دفعها إليه
واجمعوا ان اللقطة ما لم تكن تافها يسيرا او شيئا لا بقاء له فانها تعرف حولا كاملاف
واجمعوا ان صاحبها ان جاء وثبت انه صاحبها انه احق بها من ملتقطها وانه يضمن الملتقط قيمتها ان كان اكلها او استهلكها قبل الحول او بعده فان كان استهلاك الملتقط لها بعد الحول كان صاحبها مخيرا بين ان يضمن الملتقط قيمتها وبين ان يسلم له فعله فينزل على اجرها

الاستذكار ج:7 ص:244

هذا كله لا خلاف بين اهل العلم فيه
واجمعوا ان يد الملتقط لها لا تنطلق على التصرف فيها بوجه من الوجوه قبل الحول ان كانت مما يبقى مثلها حولا دون فساد يدخلها
واجمعوا ان لاخذ ضاله الغنم في الموضع المخوف عليها اكلها
واختلفوا في سائر ذلك على ما نذكره ان شاء الله تعالى
فمنها اختلافهم في الافضل من اخذ اللقطة او

تركها
فروى بن وهب عن مالك انه سئل عن اللقطة يجدها الرجل اياخذها فقال اما الشيء الذي له بال فاني ارى ذلك
قال وان كان لا يقوى على تعريفه فانه يجد من هو اقوى على ذلك منه ممن يثق به يعطيه فيعرفه فان كان شيء له بال فارى ان ياخذه
وروى يحيى بن يحيى عن بن القاسم عن مالك انه كره اخذ اللقطة والابق جميعا قال فان اخذ احد شيئا من ذلك فابق او ضاعت اللقطة من غير فعله ولم يضيع لم يضمن
وقول الليث في ذلك كله نحو قول مالك
قال بن وهب سمعت مالكا والليث يقولان في ضالة الابل من وجدها في القرى اخذها وعرفها ومن وجدها في الصحاري فلا يقربها
قال وقال الليث ولا احب لضالة الغنم ان يقربها احد الا ان يجوزها لصاحبها
قال ابو عمر ليست اللقطة كالابق ولا كالضالة لان اللقطة لا مؤنة فيها وفي حفظها على صاحبها اجر لا مؤنة فيه ولا مؤذية وليست ضوال الحيوان كذلك لما فيه من المؤنة ولم يكلف الله عباده ذلك ولا رسوله
واختلف بن القاسم واشهب في الذي ياخذ الضالة ثم يبدو له فيردها إلى مكانها
فقال بن القاسم ان تباعد ثم ردها ضمن
وقال اشهب لا يضمن وان تباعد
وقال الشافعي يضمن على كل حال اذا ردها بعد اخذه لها
وهو قول طاوس

الاستذكار ج:7 ص:245

قال ابو عمر قد كره قوم اخذ اللقطة وراوا تركها في موضعها

روي ذلك عن بن عمر وبن عباس وبه قال جابر بن زيد وعطاء واليه ذهب احمد بن حنبل فاما حديث بن عمر ففي هذا الباب في (الموطا) رواه
1451 - مالك عن نافع ان رجلا وجد لقطة فجاء إلى عبد الله بن عمر فقال له اني وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال عبد الله لا امرك ان تاكلها ولو شئت لم تاخذها وقد روي عن بن عمر انه كره اخذها وراى اخرون اخذها وتعريفها وكرهوا تركها منهم سعيد بن المسيب
وبه قال الحسن بن حي والشافعي فقال لا احب لاحد ترك لقطة وجدها اذا كان امينا عليها قال وسواء قليل اللقطة وكثيرها
وقال ابو حنيفة واصحابه من وجد لقطة او ضالة كان الافضل له اخذها وتعريفها والا يكون ذلك سببا لضياعها
قال ابو عمر قد روي ذلك عن النبي ﷺ من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ سئل عن ضالة الغنم فقال (هي لك او لاخيك او للذئب فرد على اخيك ضالته)
وقد روى سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد وربيعة عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ في هذا الحديث قال وساله عن الشاة فقال (خذها انما هي لك او لاخيك او للذئب)
وقد ذكرنا الاسناد بهذين الحديثين في (التمهيد)

واذا كان رسول الله ﷺ يامر باخذ الشاة ويقول (خذها ورد على اخيك ضالته)

ومعلوم ان اللقطة مثلها لان الشان فيهما انه لا يمتنع شيء منهما على من اراده بهلاك او فساد

الاستذكار ج:7 ص:246

وفي امر النبي ﷺ بتعريف الضالة الذي ساله عنها ولم يقل له لم اخذتها وامره ايضا ﷺ باخذ الشاة ولم يقل في شيء من ذلك كما قال في الابل دعها حتى ياتي بها دليل على ان الافضل اخذها وتعريفها لان تركها عون على ضياعها ومن الحق ان يحفظ المسلم على المسلم ماله ويحوطه بما امكنه
ومن قاس اللقطة على الابل فقال لا تؤخذ لم يصب القياس
وقد اختلف العلماء في اللقطة والضالة فكان ابو عبيد القاسم بن سلام يفرق بين اللقطة والضالة وقال الضالة لا تكون الا في الحيوان واللقطة في غير الحيوان
قال ابو عبيد انما الضوال ما ضل بنفسه وكان يقول لا ينبغي لاحد ان يدع اللقطة ولا يجوز له اخذ الضالة

ويحتج بحديث الجارود عن النبي ﷺ (ضالة المؤمن حرق النار) (1)

وبحديث جرير عن النبي ﷺ انه قال (لا ياوي الضالة الا ضال) (2)
وقال غيره من اهل العلم اللقطة والضالة سواء في المعنى والحكم فيهما سواء
وممن ذهب إلى هذا ابو جعفر الحطاوي وانكر قول ابي عبيد الضالة ما ضل بنفسه وقال هذا غلط لانه قد روي عن النبي ﷺ في حديث الافك قوله للمسلمين (ان امكم ضلت قلادتها) فاطلق ذلك على القلادة

وقال في قوله ﷺ(ضالة المؤمن حرق النار) انما قال ذلك لانهم ارادوها للركوب والانتفاع لا للحفظ على صاحبها
وذلك بين في رواية مطرف بن الشخير عن ابيه فذكره وذكر حديث زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺقال (من اوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها)
وقد ذكرنا اسناد كل حديث منها في (التمهيد)

قال ابو عمر في قول رسول الله ﷺفي ضالة الغنم (هي لك او لاخيك او للذئب) وفي ضالة الابل مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها

الاستذكار ج:7 ص:247

الحديث دليل واضح على ان العلة في ذلك خوف التلف والذهاب لا جنس الواهب فلا فرق بين ما ضل بنفسه وما لم يضل بنفسه ولا بين الحيوان وغيره لان المراد من ذلك كله حفظه على صاحبه وخوف ذهابه عنه وانما خص الابل لانها اذا تركها واحدها ولم يعرض لها وجدها صاحبها سالمة عند طلبه لها وبحثه عنها لان الذئب لا يخاف عليها في الاغلب من امرها وصبرها عن الماء فوق صبر غيرها من الحيوان والله اعلم بما اراد ﷺ
واختلف الفقهاء في التافه اليسير الملتقط هل يعرف حولا كاملا ام لا
فقال مالك ان كان تافها يسيرا تصدق به قبل الحول
وقال في مثل المخلاة والحبل والدلو واشباه ذلك ان كان في طريق وضعه في اقرب الاماكن إليه ليعرف وان كان في مدينة انتفع به وعرفه ولو تصدق به كان احب الي فان جاء صاحبه كان علي حقه
وقد روى مالك وبن القاسم ان اللقطة تعرف سنة ولم يفرق بين قليلها وكثيرها

وروى عيسى عن بن وهب انه قال ما قل عن ذلك عرفه اياما فان لم يجد صاحبه تصدق به وان كان غنيا وان كان محتاجا اكله

وقال الشافعي يعرف القليل والكثير من ماله بقاء حولا كاملا ولا تنطلق يده على شيء منه قبل الحول بصدقة ولا غيرها

فاذا عرفها حولا اكله او تصدق به فاذا جاءه صاحبه كان غريما في الموت والحياة

قال وان كان طعاما لا يبقى فله ان يأكله ويغرمه لربه

وقال المزني ومما وجد بخطه احب الي ان يبعه ويقيم على تعريفه حولا ثم ياكله

قال المزني هذا اولى به لان النبي ﷺ لم يقل للملتقط فشانك بها الا بعد السنة ولم يفرق بين القليل والكثير

وقال ابو حنيفة واصحابه ما كان عشرة دراهم فصاعدا عرفه حولا كاملا وما كان دون ذلك عرفه على قدر ما يرى

وقال الحسن بن حي كقولهم سواء الا انه قال ما كان دون عشرة دراهم عرفة ثلاثة ايام

الاستذكار ج:7 ص:248

وقال الثوري في الذي يجد الدرهم يعرفه اربعة ايام

رواه عنه ابو نعيم

واتفق الفقهاء في الامصار مالك والثوري والاوزاعي وابو حنيفة والليث والشافعي واحمد واسحاق وابو عبيد وابو ثور وداود ان يعرف اللقطة سنة كاملة له بعد تمام السنة ان ياكلها ان كان فقيرا او يتصدق بها فان جاء صاحبها وشاء ان يضمنه كان ذلك له

وروي ذلك عن جماعة من السلف منهم عمر وبن عمر وبن عباس - رضي الله عنهم كلهم - قال ان

تصدق بها وجاء صاحبها كان مخيرا بين الاجر ينزل عليهم او الضمان يضمن المتصدق بها ان شاء واختلفوا هل للغني ان ياكلها ويستنفقها بعد الحول ام لا
فاستحب مالك للغني ان يتصدق بها او يحبسها وان اكلها ثم جاء صاحبها ضمنها
قال بن وهب قلت لمالك ما قول عمر (فان جاء صاحبها والا فشانك بها)
قال شانه يصنع بها ما شاء - ان شاء امسكها وان شاء تصدق بها وان شاء استنفقها
قال فان جاء صاحبها اداها إليه
وقال ابو حنيفة لا ياكلها الغني البتة بعد الحول ويتصدق بها على كل حال الا ان يكون ذا حاجة اليها وانما ياكلها الفقير فان جاء صاحبها كان مخيرا على الفقير الاكل وعلى الغني التصدق
وممن روي عنه ان الملتقط يتصدق بها ولا ياكلها علي وبن عباس - رضي الله عنهما - وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي وعكرمة وطاوس والثوري والحسن بن حي
وقال الاوزاعي ان كان مالا كثيرا جعلها في بيت المال
وقال الشافعي ياكل اللقطة الغني والفقير بعد الحول
وهو تحصيل مذهب مالك واصحابه وعليه ينا ط اصحابه لان رسول الله ﷺ قال لواجدها شانك بها بعد السنة ولم يفرق بين الغني والفقير ولا ساله اغني انت ام فقير

الاستذكار ج:7 ص:249

وفي حديث عياض بن حمار (فإن جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء) (1)
وهذا معناه عند الجميع انطلاق يد الملتقط عليها

بعد الحول بما شاء من الاكل لها واستنفاقها او الصدقة بها ولكنه يضمنها ان جاء صاحبها باجماع المسلمين
وممن روي عنه مثل قول مالك والشافعي ان الملتقط مخير بعد الحول في اكلها او الصدقة بها عمر وبن عمر وبن مسعود وعائشة - رضي الله عنهم
وهو قول عطاء واحمد واسحاق ولم يفرقوا بين غني وفقير
واختلفوا في دفع اللقطة إلى من جاء بالعلامة دون بينة
فقال مالك يستحق بالعلامة
قال بن القاسم ويجبر على دفعها إليه فان جاء مستحق فاستحقها ببينة لم يضمن الملتقط شيئا من ذلك
قال مالك وكذلك اللصوص اذا وجد معهم امتعة فجاء قوم فادعوها وليست لهم بينة ان السلطان يتلوم لهم في ذلك فان لم يات غيرهم دفعها اليهم وكذلك الآبق
وهو قول الليث بن سعد والحسن بن حي في اللقطة انها تدفع لمن جاء بالعلامة
وحجة من قال قوله ﷺ(وعرف عفاصها ووكاءها وعدتها فان جاء صاحبها يعرفها فادفعها إليه)
وهذا نص في موضع الخلاف يوجب طرح ما خالفه
وبه قال احمد بن حنبل ابو عبيد
وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما لا يستحق الا ببينة ولا يجبر الملتقط لها ان يدفعها إلى من جاء بالعلامة ويسعه ان يدفعها إليه فيما بينه وبينه دون قضاء
وذكر المزني عن الشافعي قال فاذا عرف صاحب اللقطة العفاص والوكاء والعدة والوزن وحلاها بحليتها ووقع في نفس الملتقط انه صادق كان له

ان يعطيه اياها ولا اجبره لانه قد يصيب الصفة بان يسمع الملتقط يصفها

الاستذكار ج:7 ص:250

قال ومعنى قول النبي ﷺ (اعرف عفاصها ووكاءها معها - والله اعلم - لان يؤدي عفاصها ووكاءها معها وليعلم اذا وضعها في ماله انها لقطة

وقد يكون استدل بذلك على صدق المعرف ارايت لو وصفها عشرة ايعطونها كلهم ونحن نعلم ان كلهم كاذب الا واحد بغير عينه يمكن ان يكون صادقا

وقد قال ابو حنيفة ان كانت اللقطة دنانير او دراهم فسمى طالبها وزنها وعددها وعفاصها ووكاءها دفعها إليه ان شاء واخذه بها كفيلا

قال ابو عمر ظاهر الحديث اولى مما قال هؤلاء لان النبي ﷺ قال للملتقط (اعرف عفاصها ووكاءها فان عرفها صاحبها فادفعها إليه) هكذا قال حماد بن سلمة وغيره في الحديث وقد ذكرناه في (التمهيد)

واختلفوا فيمن اخذ لقطة ولم يشهد على نفسه انه التقطها وانها عنده ليعرفها ثم هلكت عنده وهو لم يشهد

فقال مالك والشافعي وابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه اذا هلكت من غير تضييع منه وان كان لم يشهد

وهو قول عبد الله بن شبرمة

وقال ابو حنيفة وزفر ان اشهد حين اخذها انه ياخذها ليعرفها لم يضمنها ان هلكت وان لم يشهد ضمنها

وحجتهما حديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله ﷺ (من التقط لقطة

فليشهد ذا عدل او ذوي عدل وليعرف ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء)
رواه شعبة عن خالد الحذاء قال سمعت يزيد بن عبد الله بن الشخير يحدث عن اخيه مطرف عن عياض بن حمار عن النبي
قال ابو عمر من حجة مالك والشافعي وابي يوسف ومحمد اجماع العلماء بان المغصوبات لو اشهد الغاصب على نفسه انه غصبها لم يدخلها اشهاده ذلك في حكم الامانات فكذلك ترك الاشهاد على الامانات لا يدخلها في حكم المضمونات

وقد قال رسول الله في اللقطة (ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك) في حديث سليمان بن بلال وغيره على ما ذكرناه في (التمهيد)
ولا خلاف ان الملتقط امين لا ضمان عليه الا بما تضمن به الامانات من التعدي والتضييع والاستهلاك

الاستذكار ج:7 ص:251

ومعنى حديث عياض بن حمار عندي - والله اعلم - ان ملتقط اللقطة اذا لم يعرفها ولم يسلك بها سنتها من الاشادة والاعلان بها وغيب وكتم ثم قامت عليه البينة انه وجد لقطة وانه اخذها وضمها إلى بينه ثم ادعى تلفها ا فانه لا يصدق ويضمن لانه بفعله ذل ك فيها خارج عن الامانة فيضمن الا ان يقيم البينة بتلفها
واما اذا عرفها واعلن امرها وسلك فيها سنتها من الاشادة في الاسواق وابواب الجوامع وشبهها وان لم يشهد فلا ضمان عليه وبالله التوفيق
فهذا ما في معنى الحديث في اللقطة
واما حكم الضوال من الحيوان فان الفقهاء

اختلفوا في ذلك من وجوه فقال مالك في ضالة الغنم ما قرب من القرى فلا ياكلها وضمنها إلى اقرب القرى لتعرف فيها قال ولا ياكلها واجدها ولا من تركت عنده حتى تمر بها سنة كاملة او اكثر كذا قال بن وهب عنه قال وان كان للشاة صوف او لبن ووجد من يشتري ذلك منه باعه ودفع ثمنه لصاحب الشاة ان جاء
قال مالك ولا ارى باسا ان يصيب من نسلها ولبنها بنحو قيامه عليها
قال وان كان تيسا فلا باس ان يتركه ينزو على غنمه ما لم يفسده ذلك
هذا كله اذا وجد بقرب القرى من الغنم واما ما كان منها في الفلوات والمهامة فانه ياخذها وياكلها ولا يعرفها فان جاء صاحبها فليس له شيء لان النبي قال (هي لك او لاخيك او للذئب)
قال والبقر بمنزلة الغنم اذا خيف عليها فان لم يخف عليها السباع فهي بمنزلة الابل
وقال الاوزاعي في الشاة ان اكلها واجدها ضمنها لصاحبها
وقال الشافعي ياخذ الشاة بالفلاة ويعرفها فان لم يجئ صاحبها اكلها ثم ضمنها ان جاء وهو قول ابي حنيفة واصحابه وسائر العلماء
قال ابو عمر اتفق ابو حنيفة والشافعي واصحابهما وابو ثور واحمد واسحاق على ان الملتقط للشاة عليه ضمان ما اكل من لبنها وثمن صوفها وقيمة نزواته على ضانه لانه متطوع بقيامه عليها لا يستحق عليه شيء

الاستذكار ج:7 ص:252

وقال الكوفيون الا ان يرفعها إلى السلطان فيعرض ذلك له
وقال ابو جعفر الطحاوي لم يوافق مالك احدا من العلماء على قوله في الشاة ان اكلها واجدها لم يضمنها واجدها في الموضع المخوف

واحتجاجه بقوله ﷺ(هي لك او لاخيك او للذئب) لا معنى له لان قوله فهي لك ليس على معنى التمليك كما انه اذا قال (او للذئب) لم يرد به التمليك لان الذئب لا يملك وانما ياكلها على ملك صاحبها فينزل على اجر مصيبتها فكذلك الواجد ان اكلها على ملك صاحبها فان جاء ضمنها له

قال ابو عمر قول رسول الله ﷺفي حديث عبد الله بن عمرو بن العاص في الشاة (هي لك او لاخيك او للذئب فرد على اخيك ضالته) دليل على ان الشاة على ملك صاحبها فان اكلها احد ضمنها وقد قال مالك من اضطر إلى طعام غيره فاكله فانه يضمنه والشاة الملتقطة اولى بذلك وقد اجمع العلماء ان صاحبها ان جاء قبل ان ياكلها الواجد لها اخذها منه وكذلك لو ذبحها اخذها منه مذبوحة وكذلك لو اكل بعضها اخذ ما وجد منها

وفي اجماعهم على هذا اوضح الدلائل على ملك صاحبها لها بالفلوات وغيرها

ولا فرق بين قوله ﷺفي الشاة (هي لك او لاخيك او للذئب) وبين قوله في اللقطة لواجدها (اذا عرفتها سنة ولم يات صاحبها فشانك بها) بل هذا اشبه بالتمليك لانه لم يذكر معه في لفظ التمليك دينا ولا غيره
وقد اجمع علماء المسلمين في اللقطة ان واجدها يغرمها اذا استهلكها بعد الحول ان جاء صاحبها طالبا لها فالشاة اولى بذلك قياسا ونظرا

وقد شبه بعض المتاخرين من اصحابنا الشاة الموجودة بالفلاة بالركاز وهذه غفلة شديدة لان الركاز لم يصح عليه ملك لاحد قبل واجده والشاة ملك ربها لها صحيح مجتمع عليه فلا يزول ملكه عنها الا باجماع مثله او سنة لا اشكال فيها وهذا معدوم في هذه المسالة فوجب الضمان فيها

وقد قال سحنون في المستخرجة ان اكل الشاة واجدها بالفلاة او تصدق بها ثم جاء صاحبها ضمنها له

وهذا هو الصحيح وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:253

1 (39 - باب القضاء في استهلاك العبد اللقطة)

هذا الباب - اغنى الترجمة - ليس عند احد في (الموطا) فيما علمت عن يحيى بن يحيى واما الخبر فيه فهو في اخر باب القضاء في اللقطة لا في باب مفرد وكان صوابه ان يكون لو كان باب القضاء في استهلاك العبد اللقطة

1452 - قال مالك الامر عندنا في العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل ان تبلغ الاجل الذي اجل في اللقطة وذلك سنة انها في رقبته اما ان يعطي سيده ثمن ما استهلك غلامه واما ان يسلم اليهم غلامه وان امسكها حتى ياتي الاجل الذي اجل في اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه يتبع به ولم تكن في رقبته ولم يكن على سيده فيها شيء

قال ابو عمر كان الشافعي وغيره يخالف قال الشافعي في كتاب اللقطة واذا التقط العبد اللقطة فعلم السيد بها فاقرها في يده فالسيد ضامن لها في ماله من رقبته وغيرها ان استهلك

العبـــد
قال المزني ومما وجد بخطه لا اعلمه سمع منـه لا يكون على العبد غرم حـتى يعتـق مـن قبـل ان لـه اخـــذها
قـال المزنـي الاول اقيـس اذا كـانت فـي الذمـة والعبـــــــــد عنـــــــدي ليـــــس لــــــه ذمـــــــة
قال الشافعي فان لم يعلم بهـا السـيد فهـي فـي رقبته ان استهلكها قبل السـنة وبعـدها دون مـال السيد لان اخذه اللقطة عدوان انما ياخـذ اللقطـة مـــــــــــــــــن لـــــــــــــــه ذمــــــــــــــــة
قال المزني هذا اشبه قال ولا يخلو السيد اذا علـم بها واقرها في يده ان يكـون ذلـك تعـديا فكيـف لا يضمن ما يتعـدى فيـه فـي جميـع مـاله او لا يكـون تعـــــــديا فلا يعـــــــــدو رقبـــــــــة عبــــــــده
واما ابـو حنيفـة واصـحابه فمـذهبهم ان كـل مـال استهلكه العبد بيع فيه الا ان يفديه مولاه

1 (40 - باب القضاء في الضوال)

1453 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بــن يسار ان ثابت بن

الضحاك الانصـاري اخـبره انـه وجـد بعيـرا بـالحرة فعقله (1) ثم ذكره لعمر بن الخطاب فامره عمر ان يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شـغلني عن ضـيعتي فقـال لـه عمـر ارسـله حيـث وجـدته
1454 - مالك عن يحيى بـن سـعيد عـن سـعيد بـن المسـيب ان عمـر بـن الخطـاب قـال وهـو مسـند ظهـره إلـى الكعبـة مـن اخـذ ضـالة فهـو ضـال
1455 - مالـك انـه سـمع بـن شـهاب يقـول كـانت ضوال الابل في زمان عمر بن الخطاب ابلا مؤبلـة (2) تناتج (3) لا يمسها احد حتى اذا كـان زمـان عثمان بن عفان امر بتعريفهـا ثـم تبـاع فـاذا جـاء

صـــــــــاحبها اعطـــــــــي ثمنهـــــــــا
قال ابو عمر روى هذا الخبر سفيان بن عيينـة عـن معمر عـن الزهـري عـن سـعيد بـن المسـيب قـال كانت ضوال الابل في زمن عمر بن الخطاب تناتـج هملا لا يعرف لها احد فلما كان عثمان وضع عليهـا ميســـــــــــــــم الصـــــــــــــــدقة
وهـو فـي (الموطـا) لمالـك عـن بـن شـهاب لـم يتجاوز به بن شهاب ولم يذكر سـعيد بـن المسـيب وسياقة مالك له عن بن شهاب اتم معنى واحسـن لفظـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــا
قـال ابـو عمـر فـي (المدونـة) عـن مالـك وبـن القاسم واشهب اذا كان الامام عـدلا اخـذت الابـل ودفعت إليه ليعرفها فـان جـاء صـاحبها والا ردهـا إلـــــى المكـــــان الـــــذي وجـــــدها فيـــــه
قال بن القاسم هـذا راي علـى مـا روي عـن عمـر فـــــــــــــــــــي ذلـــــــــــــــــك
وقال اشهب ان لم يات ربها باعها وامسـك ثمنهـا علـــــى مـــــا جـــــاء عـــــن عثمـــــان
قالوا وان كان الامام غير عدل لم تؤخذ ضالة الابل وتركـــــــــت فـــــــــي مكانهـــــــــا
وامـا ضـالة البقـر فقـال بـن القاسـم ان كـانت بموضع يخاف عليها فهي بمنزلة الشاة وان كان لا يخاف عليها فهي بمنزلة البعير

الاستذكار ج:7 ص:255

وروى بـــن وهـــب عـــن مالـــك مثـــل ذلـــك
وقال اشهب ان كـان لهـا مـن انفسـها منعـة فـي المرعى كالابـل فهـي كالابـل وان لـم تكـن فهـي كـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــالغنم
وقـال الشـافعي ليـس البقـر والابـل كـالغنم لان الغنم لا تدفع عن نفسها والابل والبقر تـدفع عـن انفسها وتردان المياه وان تباعدت وتعيشـان فـي المرعى والمشرب بلا راع فليـس لاحـد ان يعـرض لواحـــــــــــــــــــدة منهـــــــــــــــــا

قال والخيل والبغال والحمير كالبعير لان كلها قوي ممتنع من صغار السباع بعيد الاثر في الارض كالظبي والارنب والطير المنعتة بالاحتيال والسرعة
وقال في موضع اخر جاء النص في الابل والبقر قياسا عليها
قال ابو عمر ذهب مالك والشافعي في ضوال الابل إلى قول عمر بن الخطاب ان البعير لا يؤخذ ويترك حيث وجد
وبه قال الاوزاعي والليث بن سعد
واما الكوفيون فلم يقولوا بما روي عن عمر في الضوال
وقال ابو حنيفة واصحابه سواء كانت اللقطة بعيرا او شاة او بقرة او حمارا او بغلا او فرسا ياخذ ذلك الواجد له ويعرفه وينفق عليه فان جاء صاحبه فاستحقه كان متبرعا بما انفق الا ان يكون انفق بامر القاضي فيكون ما انفق على الضالة دينا في رقبتها فان جاء صاحبها دفع ذلك إليه والا بيعت له واخذ نفقته من ثمنها فان راى القاضي قبل مجيء صاحبها الامر ببيعها لما راه في ذلك من الصلاح لصاحبها امر ببيعها ويحفظ ثمنها على صاحبها وان كان غلاما اجره القاضي وانفق عليه من اجرته وان ذلك في الدابة ايضا فعله قالوا ومن وجد بعيرا ضالا فالافضل له اخذه وتعريفه والا يتركه فيكون سببا لضياعه وقد ذكرنا حجتهم في ذلك فيما تقدم والحمد لله كثيرا

1 (41 - باب صدقة الحي عن الميت)

1456 - مالك عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل بن سعيد بن سعد بن عبادة عن ابيه عن جده انه قال خرج سعد بن عبادة مع رسول الله ﷺ في بعض

مغازيه فحضرت امه الوفاة بالمدينة فقيل لها اوصي فقالت فيم اوصي انما المال مال سعد فتوفيت قبل ان يقدم سعد فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد يا رسول الله هل ينفعها ان اتصدق عنها فقال رسول الله ﷺ (نعم) فقال سعد حائط (1) كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماه

هكذا قال يحيى عن مالك عن سعيد بن عمرو وتابعه اكثر الرواة منهم بن القاسم وبن وهب وبن بكير وابو المصعب وقال فيه القعنبي سعد بن عمرو وكذلك قال بن البرقي سعد بن عمرو بن شرحبيل كما قال القعنبي لان سعيد بن سعد بن عبادة له صحبة قد روى عنه ابو امامة بن سهل بن حنيف وغيره

1457 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة زوج النبي ﷺ ان رجلا قال لرسول الله ﷺ ان امي افتلتت نفسها (2) واراها لو تكلمت تصدقت افاتصدق عنها فقال رسول الله ﷺ (نعم)

قال ابو عمر اظن هذا الرجل سعد بن عبادة وروى بن عيينة عن عمرو عن عكرمة ان سعد بن عبادة اتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ان امي ماتت ولم توص افاتصدق عنها قال نعم قال سفيان قال عمرو واخبرني بن المنكدر ان سعد بن عبادة قال يا رسول الله ان ام سعد ماتت ولم توص افينفعها ان اتصدق عنها قال (نعم) قال فانها تركت مخرفا اشهدك اني قد تصدقت به عنها

قال سفيان ثم اتيت بن المنكدر فحدثني به والاحاديث في قصة ام سعد بن عبادة هذه

متواترة مسندة ومرسلة وقد ذكرنا كثيرا منها في (التمهيد)
والعلماء كلهم مجمعون على ان صدقة الحي عن الميت جائزة مستحبة وهذا الحديث وما كان مثله متلقى عندهم بالقبول والعمل

الاستذكار ج:7 ص:257

واما حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة فمسند صحيح معمول به وهو في معنى الحديث الاول
وذلك كله يدلك على ان الصدقة على الموتى بالمال خلاف اعمال الابدان عندهم لانهم لا يجوز ان تقضى صلاة عن احد عند الجميع وكذلك الصيام عند الجمهور والاكثر
واما قوله في حديث هشام (افتلتت نفسها) فمعناه اختلست منها نفسها وماتت فجاة قال الشاعر
(من يامن الايام بعد صبيرة القرشي ماتا
سبقت منيته المشيب وكانت منيته افتلاتا)
قال ابو بكر بن شاذان سألت ابا زيد النحوي عن قول عمر (كانت بيعة ابي بكر فلتة) وقى الله شرها فقال اراد كانت فجاة وانشد قول الشاعر
(وكانت ميتته افتلاتا
(
قال وتقول العرب اذا رات الهلال بغير قصد إلى ذلك رايت الهلال فلته
قال خالد بن يزيد ابو مصعب فان تفتلتها فالخلافة تنفلت باكرم علقي منبر وسرير
1458 - مالك انه بلغه ان رجلا من الانصار من بني الحارث بن الخزرج

تصدق على ابويه بصدفة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسال عن ذلك رسول الله ﷺ فقال (قد اجرت في صدقتك وخذها بميراثك)
قال ابو عمر روي هذا الحديث من وجوه عن النبي ﷺ بمعنى واحد احسنها حديث بريدة الاسلمي
اخبرنا عبد الله بن محمد اخبرنا محمد بن بكر حدثني ابو داود قال حدثني احمد بن عبد الله بن يونس قال حدثني زهير قال حدثني عبد الله بن عطاء عن عبد الله بن بريدة عن ابيه ان امراة اتت رسول الله ﷺ فقالت كنت تصدقت على امي بوليدة وانها ماتت وتركت تلك الوليدة قال (وجب اجرك ورجعت اليك بالميراث) (1)

الاستذكار ج:7 ص:258

وقد روي هذا الحديث عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه الانصاري الحارثي الخزرجي - وهو الذي اري الاذان في المنام - عن النبي ﷺ من وجه فيه لين ولكنه يحتمل
وجمهور العلماء على القول بهذا الحديث ولم يختلف ائمة الفتوى بالحجاز والعراق منهم مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم في العمل به وكان الحسن بن حي يستحب لمن تصدق بصدقة ثم رجعت إليه بالميراث ان يتصدق بها وشذت فرقة من اهل الظاهر لم تعرف الحديث فكرهت له اخذها بالميراث وراته من باب الرجوع في الصدقة
وقد مضى قولنا في الرجوع في الصدقة في

مواضع من هذا الكتاب
منها حديث عمر في الفرس ومنها حديث عائشة في قصة لحم بريرة فاغنى ذلك عن اعادته هنا وروينا عن مسروق انه سئل عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يردها إليه الميراث فقال ما رد عليك القران فكل
قال ابو عمر لا معنى لقول من كره رجوع الصدقة إلى المتصدق بها بالميراث لانه مخالف لظاهر القران في عموم ايات المواريث ومخالف الاثر وجمهور العلماء وبالله التوفيق

الاستذكار ج:7 ص:259

1 (37 كتاب الوصية)

1 (1 - باب الامر بالوصية)

1459 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله ﷺ قال (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة)
قال ابو عمر هكذا قال مالك في هذا الحديث له شيء يوصى فيه وقال بعضهم فيه عن نافع عن بن عمر عن النبي ﷺ (لا ينبغي لاحد عنده مال يوصى فيه تاتي عليه ليلتان الا ووصيته عنده)
وقال فيه الزهري عن سالم عن ابيه عن النبي ﷺ (لا ينبغي لاحد يبيت ثلاثا الا ووصيته مكتوبة عنده)
وقد ذكرنا اختلاف الفاظ الناقلين لهذا الحديث في التمهيد)
وفي هذا الحديث الحض على الوصية والتاكيد في ذلك
واجمع الجمهور على ان الوصية غير واجبة على

احد الا ان يكون عليه دين او يكون عنده وديعة او امانة فيوصي بذلك وشذ اهل الظاهر فاوجبوا الوصية فرضا اذا ترك الرجل مالا كثيرا ولم يوقتوا في وجوبها شيئا والفرائض لا تكون الا مؤقتة معلومة والله اعلم وقد استدل بعض العلماء على ان الوصية غير واجبة بقوله عز وجل في اية

الاستذكار ج:7 ص:260

الوصية بالمعروف حقا على المتقين البقرة 180 والمعروف التطوع بالاحسان قالوا والواجب يستوي فيه المتقون وغيرهم من اهل الدين واستدل غيره بان رسول الله ﷺ لم يوص وهذا لا يحتج له لان ما تخلفه ﷺ من شيء تصدق به ولم يترك شيئا - قالت عائشة - رضي الله عنها - (ما ترك رسول الله ﷺ دينارا ولا درهما ولا شاة ولا بعيرا ولا اوصى بشيء) (1)

وقال ﷺ (انا لا نورث ما تركنا فهو صدقة) (2) فأي وصية اعظم من هذه ان تكون تركته كلها صدقة لا ميراث فيها وانما ندب إلى الوصية من امته من ترك مالا يورث عنه قال الله عز وجل كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية البقرة 180 واجمعوا ان الخير المال في قوله عز وجل في اية الوصية (ان ترك خيرا) وكذلك قوله في الانسان (وانه لحب الخير لشديد) العاديات 8 الخير عندهم هنا المال كذلك قوله عز وجل حاكيا عن سليمان عليه السلام اني احببت حب الخير ص 32 وكذلك قوله حاكيا عن شعيب عليه السلام (اني اراكم بخير) هود 84 قالوا الغنى

وقد جاء في مواضع من القران ذكر الخير بمعنى المال والغنى ومن لم يترك دينارا ولا درهما ولا شاة ولا بعيرا فلم يترك خيرا ولا مالا يوصى فيه

الاستذكار ج:7 ص:261

حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني محمد بن عبد السلام قال حدثني محمد بن المثنى قال حدثني ابو معاوية قال حدثني الاعمش عن شقيق ابي وائل عن مسروق عن عائشة قالت (ما ترك رسول الله ﷺ دينارا ولا درهما ولا شاة ولا بعيرا ولا اوصى بشيء) (1)

وقال بن المبارك عن مالك بن مغول عن طلحة بن مصرف قال قلت لابن ابى اوفى اوصى رسول الله ﷺ بشيء قال لا قال قلت فكيف امر الناس بالوصية قال اوصي بكتاب الله عز وجل (2) ـ وقد ذكرنا في (التمهيد)

واختلف السلف في مقدار المال الذي تستحب فيه الوصية او تجب عند من اوجبها فروي عن علي - رضي الله عنه - انه قال ستمائة درهم او سبعمائة درهم ليست بمال فيه وصية (3)

وروي عنه انه قال الف درهم مال فيه وصية وهذا يحتمل لمن شاء

وقد روي عن علي - رضي الله عنه - انه قال من ترك مالا يسيرا فليدعه لورثته فهو افضل وهذا - والله اعلم - اخذه من قول رسول الله ﷺ (لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس) (4)

وقال بن عباس لا وصية في ثمانمائة درهم

الاستذكار ج:7 ص:262

وقالت عائشة في امراة لها اربع من الولد ولها ثلاثة الاف درهم لا وصية في مالها (1) ـ وقال ابراهيم النخعي الخير - يعني في اية الوصية - الف درهم إلى خمسمائة وعن عائشة انها قالت من ترك ثمانمائة درهم لم يترك خيرا فلا يوص وقال قتادة في قوله عز وجل (ان ترك خيرا الوصية) البقرة 180 وقال الخير الف فما فوقها واتفق فقهاء الأمصار على ان الوصية مندوب اليها مرغوب فيها وانها جائزة لمن اوصى في كل مال قل او كثر ما لم يتجاوز الثلث وممن قال بهذا مالك والثوري وابو حنيفة والاوزاعي والحسن بن حي والشافعي واحمد واسحاق وروي ذلك عن جماعة من السلف وقد قيل ان اية الوصية نسختها اية المواريث قال ذلك مالك وجماعة من العلماء قبله وبعده حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني احمد بن محمد المروزي قال حدثني علي بن حسين بن واقد عن ابيه عن يزيد النحوي عن عكرمة عن بن عباس (ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين) كانت الوصية كذلك حتى نسختها اية المواريث (2) ـ وقد بين ذلك علي بن ابي طلحة في روايته عن بن عباس وان كانت مرسلة فمعناها صحيح في البيان لا اختلاف فيه اذ كان لا يرث مع الوالدين غيرهم الا وصية ان كان للاقربين ثم انزل الله عز وجل ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد ورثه ابواه فلامه الثلث النساء 11 قال فبين الله عز وجل ميراث الابوين وامر بوصية الاقربين في ثلث مال الميت قال ابو عمر هكذا قال (والاقربون الذين تجوز لهم الوصية ليسوا بوارثين) وهذا اجماع من

علماء المسلمين انه لا وصية لوارث وان المنسوخ من اية الوصية الوالدان على كل حال اذا كانا على دين ولدهما لانهما حينئذ - وارثان لا يحجبان

وكذلك كل وارث من الاقربين لقوله ﷺ(لا وصية لوارث) (1)

ولو كان الوارث تجب له الوصية لانتقضت قسمة الله لهم فيما ورثهم وصار لهم اكثر مما اعطاهم فمن هنا قال العلم اء ان اية المواريث نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين ببيان رسول الله ﷺ

وهذا قول كل من لا يجيز نسخ القران بالسنة وقد قال لا ينسخ القران الا بالقران وهو قول الشافعي واصحابه واكثر المالكيين وداود وسموا السنة بيانا لا نسخا

واما الكوفيون الذين يجيزون نسخ القران بالسنة وقالوا كل من عند الله فانهم قالوا نسخ الوالدين والاقربين الوارثين من الوصية قوله ﷺ(لا وصية لوارث)

حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا اخبرنا قاسم بن اصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم سمعه يقول سمعت ابا امامة الباهلي يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته (ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) (2)

وقد ذكرنا الحديث من طرق عن إسماعيل بن عياش في (التمهيد)

وحدثني محمد بن عبد الملك قال حدثني بن الاعرابي قال حدثني الحسن بن محمد بن الصباح الزعفراني قال حدثني يزيد بن هارون قال اخبرنا

سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة ان النبي خطبهم وهو على راحلته فقال (ان الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث فلا تجوز وصية لوارث

الاستذكار ج:7 ص:264

قال ابو عمر اجمع العلماء على القول بان لا وصية لوارث وعلى العمل بذلك قطعا منهم على صحة هذا الحديث وتلقيا منهم له بالقبول فسقط الكلام في اسناده
واختلفوا في الوصية للاقربين غير الوارثين هل هي واجبة لهم ام لا
فقال الاكثر من العلماء ليست بواجبة لهم لان اصلها الندب كما وصفنا
وقالوا الوصية للاقربين اذا كانوا محتاجين افضل
وقال داود واهل الظاهر الوصية للاقربين غير الوارثين واجبة لانها لم تنسخ وانما انتسخ الوارثون والاية عندهم على الايجاب كما قدمنا عنهم
واختلفوا فيمن اوصى لغير قرابته وترك قرابته الذين لا يرثون
فقال طاوس ترد وصيته على قرابته
وروي عن الحسن مثله
وقال الضحاك من اوصى لغير قرابته فقد ختم عمله بمعصية
وقال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد - ابو الشعثاء - من اوصى لغير قرابته بثلثه رد إلى قرابته من ذلك ثلثا الثلث ويمضي لمن اوصى له ثلث الثلث
وروي مثل هذا عن الحسن ايضا
وقد ذكرنا الاسانيد عنهم في (التمهيد)
وبه قال إسحاق بن راهويه

وقال مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم والثوري والاوزاعي واحمد بن حنبل من اوصى لغير قرابته وترك قرابته محتاجين فبئس ما صنع وفعله مع ذلك ماض جائز لكل من اوصى له من غني وفقير قريب وبعيد مسلم وكافر وهو معنى ما روي عن عمر وعائشة وهو قول بن عمر وبن عباس وهو قول عطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وقتادة وروي عن عمر بن الخطاب انه اوصى لأمهات اولاده
وعن عائشة انها اوصت لمولاتها
وقد روي عن جابر بن زيد انه سئل عمن اوصى لغير قرابته بثلثه فقال يمضي ولو اوصى ان يلقي ثلثه في البحر
قال بن سيرين اما في البحر فلا ولكن يمضي كما قال
وقد روي عن الشعبي انه قال للرجل ثلثه يطرحه في البحر ان شاء

الاستذكار ج:7 ص:265

وروي عن النبي ﷺ انه قال (ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في اعمالكم (1)

وقد ذكرنا الاسناد في هذا وعن كل من ذكرنا في (التمهيد)
واحتج الشافعي - رحمه الله - على من لم يجز الوصية لغير القرابة بحديث عمران بن حصين في الذي اعتق ستة اعبد له في مرضه عند موته لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله ﷺ بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة (2)
فهذه وصية لهم في ثلثه لان افعال المريض كلها وصية في ثلثه فقد اجاز لهم رسول الله ﷺ

الوصية بعتقهم وهم - لا محالة - من غيـر قرابتـه
قال ابو عمر هذا كله فيمن اوصى لغير وارث وامـا
مـن اوصـى لـوارث فلا تجـوز وصـيته باجمـاع وان
اوصى لغير وارث وهو يريد به الـوارث فقـد حـاف
وجار واتى الجنف والجنف فـي اللغـة الميـل وهـو
فـــي الشـــريعة الاثـــم والميـــل عـــن الحـــق
روى الثوري ومعمر عن بن طاوس عـن ابيـه قـال
الجنـف ان يوصـي لابـن ابنتـه وهـو يريـد ابنتـه
حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر
قال حدثني ابو داود قال حدثني عبدة بن عبد اللــه
قال حدثني عبد الصمد بن عبد الوارث قال حدثني
نصر بن علـي الحـداني قـال حـدثني الاشـعث بـن
جابر الحداني قال حدثني شهر بن حوشـب ان ابـا
هريرة حـدثه ان رسـول اللـه ﷺ قـال (ان الرجـل
ليعمل والمراة بطاعة الله سـتين او سـبعين سـنة
ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصـية فتجـب
لهما النار) وقرا ابو هريرة من بعد وصـية يوصـى
بهـا او ديـن غيـر مضـار النسـاء 12 (ــ 3)ــ
واخبرنا محمد بـن خليفـة قـال حـدثني محمـد بـن
الحسـين قـال حـدثني ابراهيـم بـن موسـى قـال
حدثني يوسف بن موسى قال حـدثني ابـو معاويـة
عن داود بن ابي هند عن عكرمة عن بن عباس قال
الاضرار في الوصية من الكبائر

الاستذكار ج:7 ص:266

ثم قرا غير مضار النساء 12 إلى قـوله تلـك حـدود
الله النساء 13 وإلى قوله ومن يعص الله ورسوله
ويتعـــــــد حــــــدوده النســـــاء 14
واتفـق الجمهـور مـن فقهـاء الامصـار علـى ان
الوصية للوارث موقوفة علـى اجـازة الورثـة فـان
اجازها الورثة بعد الموت جـازت وان ردوهـا فهـي
مـــردودة
ولهـم فـي اجازتهـا اذا اجازهـا الورثـة قـولان

احدهما ان اجازتهم لها تنفيذ منهم لما اوصى به الميت وحكمها حكم وصية الميت والاخرى انها لا تكون وصية ابدا وانما هي من قبل الورثة عطية وهبة للموصى له على حكم العطايا والهبات عندهم
وقد اختلف اصحاب مالك على هذين القولين ايضا

وحجة من قال الوصية للوارث جائزة اذا اجازها الورثة ما حدثنا محمد بن خليفة قال حدثني محمد بن الحسن قال حدثني ابراهيم بن الهيثم الناقد قال حدثني ابو معمر القطيعي قال حدثني حجاج عن بن جريج عن عطاء عن بن عباس قال قال رسول الله ﷺ (لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة) (1)
وهذا الحديث لا يصح عندهم مسندا وانما هو من قول بن عباس كذلك رواية الثقات له عن بن جريج وانما رفعه ابو معمر القطيعي ولا يصح رفعه وقال المزني وداود بن علي وجماعة اهل الظاهر لا تجوز الوصية للوارث اجازها الورثة او لا لان رسول الله ﷺ قال (لا وصية لوارث) ولم يقل الا ان يجيزها الورثة وحسبهم ان يعطوه من اموالهم ما شاؤوا
وقال المزني انما منع الوارث من الوصية لئلا ياخذ مال الميت من وجهين مختلفين
قال ابو عمر من حجة من اجاز تجويز الورثة الوصية للوارث اتفاقهم على انه ان اوصى باكثر من الثلث واجازه الورثة جاز فالوصية للوارث مثل ذلك والله اعلم
قال مالك (2) الامر المجتمع عليه عندنا ان الموصي اذا اوصى في صحته او مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه او غير ذلك فانه يغير من ذلك ما بدا له

ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وان احب ان يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل الا ان يدبر مملوكا فان دبر فلا سبيل إلى تغيير ما دبر وذلك ان رسول الله ﷺ قال (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة) قال مالك فلو كان الموصي لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذي اوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصي الرجل في صحته وعند سفره قال مالك فالامر عندنا الذي لا اختلاف فيه انه يغير من ذلك ما شاء غير التدبير قال ابو عمر ما ذكره مالك في ان للموصي ان يتصرف فيما اوصى به غير التدبير هو امر مجتمع عليه لا خلاف بين العلماء فيه الا التدبير فانهم اختلفوا في الرجوع في المدبر وفي بيعه فكل من راى بيعه راى الرجوع فيه لمن شاء

وممن راى ذلك مجاهد وعطاء وطاوس وبه قال الشافعي واحمد واسحاق ولا يجوز بيع المدبر ولا الرجوع فيه عند مالك وابي حنيفة واصحابهما والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح بن حي وقد اجاز الليث بيعه للعتق من نفسه ومن غيره وقال بن سيرين لا يباع الا من نفسه وهو قول مالك وكره بيع المدبر بن عمر وبن المسيب والشعبي والنخعي والزهري وقد تقدم القول في ذلك في كتاب المدبر والحمد لله

1 (2 - باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه)

1460 - مالك عن عبد الله بن ابي بكر بن حزم عن ابيه ان عمرو بن سليم الزرقي اخبره انه قيل لعمر بن الخطاب ان ها هنا غلاما يفاعا (1) لم

يحتلم عن غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ها هنا الا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فاوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين الف درهم وابنه عمه التي اوصى لها هي ام عمرو بن سليم الزرقي

1461 - مالك عن يحيى بن سعيد عن ابي بكر بن حزم ان غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت افيوصي قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال ابو بكر وكان الغلام بن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة قال فاوصى ببئر جشم فباعها اهلها بثلاثين الف درهم قال ابو عمر روى بن عيينة هذين الحديثين الاول عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرو بن سليم الزرقي ان غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة فقيل لعمر بن الخطاب ان فلانا يموت قال مروه فليوص فاوصى ببئر جشم قال فبيعت بثلاثين الفا

قال وكان الغلام بن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة

هكذا قال بن عيينة في حديثه عن عبد الله بن ابي بكر

ورواه عن يحيى بن سعيد عن ابي بكر بن محمد عن عمرو بن سليم عن عمر بن الخطاب مثله وسفيان عن ايوب عن محمد عن شريح قال من اوصى من صغير او كبير فاصاب الحق فالله قضاه

على لسانه ليس للحق مدفع
قال بن سيرين وقاله عبد الله بن عتبة قال سفيان وقال بن شبرمة وبن ابي ليلى لا تجوز وصية من لم يبلغ
قال وقال بن شبرمة انا لا اجيز صدقته فكيف اجيز وصيته
قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا ان الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق احيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون

ما يوصون به فاما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصي به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له
قال ابو عمر اما وصية الصغير اذا كان يعقل ما اوصى به ولم يات بمنكر من القول والفعل فوصيته جائزة ماضية عند مالك والليث واصحابهما ولا حد عندهم في صغره عشر سنين ولا غيرها اذا كان ممن يفهم ما ياتي به في ذلك واصاب وجه الوصية
وقال عبيد الله بن الحسن اذا اوصى في وسط ما يحتلم له الغلمان جازت وصيته
وقال ابو حنيفة واصحابه لا تجوز وصية الصبي
وقال المزني هو قياس قول الشافعي ولم اجد للشافعي في ذلك شيئا ذكره ونص عليه واختلف اصحابه على قولين احدهما كقول مالك والثاني كقول ابي حنيفة
وحجتهم انه لا يجوز طلاقه ولا عتقه ولا يقبض منه في جناية ولا يحد به في قذف فليس كالبالغ المحجور عليه فكذلك وصيته
قال ابو عمر قد اجمع هؤلاء على ان وصية البالغ المحجور عليه جائزة ومعلوم ان من يعقل من

الصبيان ما يوصي به فحاله حال المحجور عليه في ماله
وعلة الحجر تبديد المال وتلافه وتلك علة مرتفعة عنه بالموت وهو بـ المحجور عليه في ماله اشبه منه بالمجنون الذي لا يعقل فوجب ان تكون وصيته مع الاثر الذي جاء فيه عن عمر - رضي الله عنه -
وقال مالك انه الامر المجتمع عليه عندهم بالمدينة وبالله التوفيق
واما قوله في البالغ المحجور عليه فقد مضى قول مالك في هذا الباب في موطئه
وقال بن القاسم عن مالك ان حضرته الوفاة فاوصى بوصايا فذلك جائز
وقال محمد بن الحسن في كتاب الحجر - ولم يحك خلافا عن احد من اصحابه - والقياس في وصايا الغلام الذي قد بلغ وهو مفسد غير مصلح انها باطل ولكنا نستحسن في وصاياه اذا وافق الحق فيها ولم يات سرفا انها تجوز من ثلثه كما تجوز من ثلث غيره

الاستذكار ج:7 ص:270

وقال الربيع عن الشافعي تجوز وصية كل من عقل الوصية من بالغ محجور عليه وغير محجور قال ابو عمر انما منع المحجور عليه لما يخاف من افساد ماله احتياطا عليه فاذا صار في حال الموت استغنى عن ذلك فكان بمنزلة من ليس بمحجور عليه وبالله التوفيق

1 (3 - باب الوصية في الثلث لا تتعدى)

1462 - مالك عن بن شهاب عن عامر بن سعد بن ابي وقاص عن ابيه انه قال جاءني رسول الله يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت

يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانـا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لـي افاتصـدق بثلـثي مـالي قال رسول الله ﷺ(لا) فقلت فالشطر قـال (لا) ثم قال رسول الله ﷺ(الثلث والثلـث كـثير انـك ان تذر (1) ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالـة (2) يتكففون (3) الناس وانك لن تنفـق نفقـة تبتغي بها وجه الله الا اجـرت حـتى مـا تجعـل فـي في امرأتك) قال فقلت يا رسول الله االخلف بعـد اصـحابي فقـال رسـول اللـه ﷺ(انـك لـن تخلـف فتعمـل عملا صـالحا الا ازددت بـه درجـة ورفعـة ولعلك ان تخلف حتى ينتفع بـك اقـوام ويضـر بـك اخرون اللهم امض لاصـحابي هجرتهـم ولا تردهـم على اعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثـي لـه رسـول اللـه ﷺان مـات بمكـة) قال ابو عمر هكذا قال جماعة اصحاب بـن شـهاب في هذا الحديث جاء رسـول اللـه ﷺيعـودني عـام حجة الوداع كما قال مالك الا بن عيينـة فـانه قـال فيـه عـام الفتـح فاخطـا فـي ذلـك وهذا حديث لا يختلف في صحة اسناده

الاستذكار ج:7 ص:271

واتفق اهل العلم على القول بـه فـي انـه لا يجـوز لاحـد ان يوصـي بـاكثر مـن ثلثـه وانما اختلفوا فيما للمريض ان يفعله في ماله من العطايـا المقبلـة غيـر الوصـية فقال الجمهور ان افعال المريض فيما يتصدق بـه ويعتق ويهب في مرضه الذي يموت منه كلهـا فـي ثلثـه كالوصـايا وحجتهم ان هذا الحديث مع صحته لم يقل فيه بـن شـهاب عـن عـامر بـن س عد افاوصـي وانمـا ق ال افاتصدق ولم يجز له رسول الله ﷺمن الصدقة الا

الثلث كالوصية المجتمع عليها وبن شهاب حافظ غير مدافع في حفظه وقد ذكرنا الاسانيد عنهم بذلك في (التمهيد) وقد قال فيه سعد بن ابراهيم عن عامر بن سعد افاوصي
وكذلك قال مصعب بن سعد عن ابيه افاوصي وساقوا الحديث بمعنى حديث بن شهاب سواء ولم يختلف في ذلك عن مصعب بن سعد وقد قال بان هبة المريض اذا قبضت من راس ماله ان مات من مرضه طائفة من السلف واليه ذهب اهل الظاهر وداود واما جمهور العلماء وجماعة ائمة الفتوى بالامصار فقالوا هبة المريض قبضت او لم تقبض اذا مات من مرضه لا تكون الا في الثلث كالوصايا وممن قال بذلك مالك والليث والاوزاعي والثوري وابو حنيفة والشافعي واصحابهما

وحجتهم حديث عمران بن حصين عن النبي في الذي اعتق ستة اعبد له عند موته لا مال له غيرهم

فاقرع رسول الله بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة فامضى له من ماله ثلثه ورد سائر ماله ميراثا (1)

وهذا حكم الوصية عند الجميع واجمع علماء المسلمين ان الميت اذا مات عن بنين او عن كلالة ترثه انه لا يجوز له ان يوصي في ماله باكثر من ثلثه واختلفوا اذا لم يترك بنين ولا عصبة

الاستذكار ج:7 ص:272

فقال بن مسعود اذا كان كذلك جاز له ان يوصي بماله كله

وعن ابي موسى الاشعري مثله وهو قول عبيدة ومسروق وبه قال ابو حنيفة واصحابه

واليه ذهب إسحاق بن راهويه
وقد ذكرنا الاثار عن بن مسعود وابي موسى وعبيدة ومسروق في (التمهيد)
وذكر الطحاوي قال ابو حنيفة واصحابه وشريك القاضي اذا لم يكن له وارث اوصى بجميع ماله
ومن حجتهم ان الاقتصار عن الثلث في الوصية انما كان من اجل ان يدع ورثته اغنياء ومن كان ممن لا وارث له فليس ممن عني بالحديث وجائز له ان يوصي بماله كله
وقال زيد بن ثابت لا يجوز لاحد ان يوصي بماله كله كان له بنون او ورث كلالة او ورثه جماعة المسلمين
وبهذا القول قال مالك والاوزاعي والحسن بن حي
واختلف فيه قول احمد بن حنبل
قال ابو عمر ما يصرف إلى بيت مال المسلمين فليس على سبيل الميراث ولو كان كذلك ما استحقه الرجل وابنه ولا من يحجب مع من يحجبه وانما هو من مال لا مالك له مصروف إلى نظر السلطان يصرفه حيث يراه من المسلمين في مصالحهم
واجمع جمهور اهل العلم ان الوصية لا تجوز باكثر من الثلث الا ان يجيزها الورثة
وعلى هذا جماعة جمهور الفقهاء بالعراق والحجاز والمغرب والشام
وشذت طائفة منهم عبد الرحمن بن كيسان فلم يجيزوا الوصية باكثر من الثلث وان اجازها الورثة
وقالوا ليس لهم ان يجيزوا للموصي ذلك ولهم ان يعطوا الموصى له من فرائضهم وسائر اموالهم ما شاؤوا
وكره الجماعة من اهل العلم الوصية في الثلث لمن يرثه ذريته واستحبت منهم جماعة الوصية بالخمس

وروي عن ابي بكر الصديق - رضي الله عنه - انه قال رضيت في وصيتي بما رضى الله به لنفسه يعني من الغنيمة (1)
وذكر عبد الرزاق قال اخبرني من سمع الحسن وابا قلابة يقولان اوصى ابو بكر بالخمس واستحبت طائفة الوصية بالربع روي ذلك عن بن عباس
وقال إسحاق بن راهويه السنة في الوصية الربع لقول رسول الله ﷺ (الثلث كثير) الا ان يكون رجل يعرف في ماله شبهات فيجوز له ان يوصي بثلثه لا يتجاوزه
واستحبت طائفة الوصية بالثلث لما روي عن النبي ﷺ انه قال (ان الله تعالى جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في اعمالكم) (2)
روي من وجوه فيها لين قد ذكرناها في (التمهيد)
منها ما رواه وكيع وبن وهب عن طلحة بن عمرو عن عطاء عن بن عباس عن النبي ﷺ
وهذا الحديث لم يروه عن عطاء غير طلحة بن عمرو هذا وهو ضعيف مجتمع على ضعفه
والصحيح عن بن عباس ما رواه سفيان بن عيينة وغيره عن هشام بن عروة عن ابيه قال قال بن عباس لو غض الناس من الثلث إلى الربع في الوصية لكان احب الي لان رسول الله ﷺ قال (الثلث والثلث كثير)
قال سفيان وحدثنا جعفر بن برقان ان ابا بكر الصديق قال ارضى في وصيتي بما رضي الله عز وجل بالخمس
قال سفيان يعني خمس الفيء لقوله فان لله خمسه الاية الانفال 41

وقال قتادة الثلث كثير والقضاة يجيزونه والربع قصد واوصى ابو بكر بالخمس
وقال بن سيرين الثلث جهد وهو جائز
وقال قتادة اوصى عمر بالربع واوصى ابو بكر بالخمس وهو احب الي

الاستذكار ج:7 ص:274

وقال ابراهيم كان الخمس احب اليهم من الربع والربع احب اليهم من الثلث
وقد ذكرنا الاسانيد عن هؤلاء كلهم في (التمهيد)
وفي هذا الحديث ايضا عيادة العالم والخليفة وسائر الجلة للمريض
وفيه دليل على ان الاعمال لا يزكو منها الا ما اريد به وجه الله تعالى لقوله ﷺ (انك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا اجرت بها)
وفيه ان النفقة على البنين والزوجات من الاعمال الزاكيات الصالحات وان ترك المال للورثة اذا كان فضلا افضل من الصدقة به لقوله ﷺ (ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس)
واما قول سعد (أأخلف بعد اصحابي) فمعناه عندي - والله اعلم - االخلف بمكة بعد اصحابي المهاجرين المتصدقين معك إلى المدينة دار الهجرة
قال ذلك تحزنا واشفاقا من بقائه في موضع قد هجره لله ولرسوله
واما جواب رسول الله ﷺ له بقوله (انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة) فلم يخرج على كلامه وانما خرج مخرج الاقرار لان الغيب لا علم له به ولكن من خلف وعمل صالحا وقعت به درجته

واما قوله (ولعلك ان تخلف حتى ينتفع بك اقـوام ويضر بك اخرون) فهذا من ظنونه الصـادقة الـتي كان كثيرا منها يقينا فقد خلف سـعد - رضـي اللـه عنـه - حـتى انتفـع بـه اقـوام وهلـك بـه اخـرون روى بن وهب عن عمرو بن الحارث عـن بكيـر بـن الاشج قال سالت عامر بن سعد بن ابي وقاص عن قول رسول الله ﷺ في حجة الوداع لسعد (ولعلك ان تخلف حتى ينتفع بك اقوام ويضر بك اخــرون) فقال امر سعد على العراق فقتل قومـا علـى ردة فاضر بهم واستتاب قوما سـجعوا سـجع مسـيلمة فتـــــــــــــــابوا فـــــــــــــــانتفعوا قال ابو عمر امره عمر - رحمه الله - على الكوفـة على حرب القادسية وعمر س عد بع د حجـة الـوداع خمس واربعون سنة وتوفي سنة خمس وخمسين

واما قوله ﷺ (اللهم امض لاصـحابي هجرتهـم ولا تردهم على اعقابهم) فمعناه الدعاء لهم فـي ان يتم لهم هجرتهـم س الامة مـن اف ات الرجـوع إلـى الوطن المتقرب بهجرتـه إلـى اللـه عـز وجـل وان يثبتهم على هجرتهم تلك وكانوا يسـتعيذون بـالله تعـالى ان يعـودوا كـالاعراب بعـد هجرتهـم لان الاعراب لم يتعبدوا بالهجرة الـتي كـان يحـرم بهـا على المهاجر الرجوع إلى وطنه

الاستذكار ج:7 ص:275

ولم تكـن الهجـرة (مقتصـرة) فـي تـرك الـوطن وتحريم الرجوع إليه على الابـد الا علـى اهـل مكـة خاصة الذين امنوا به من اهلها واتبعـوه ليتـم لهـم بالهجرة الغاية من الفضل الذي سبق لهم فعليهم خاصة افترضت الهجرة المفترض فيها البقـاء مـع النبي ﷺ حيث اسـتقر والتحـول معـه حيـث تحـول لنصرته ومـؤازرته وصـحبته والحفـظ لمـا يشـرعه والتبليـــــــــــــــغ عنـــــــــــــــه

ولم يرخص لواحد منهم في الرجوع إلى الوطن وترك رسول الله ﷺ وليس عندهم كذلك لان هجرة دار الكفر حيث كانت وان كانت واجبة على كل من امن ان يهجر دار الكفر لئلا تجري عليه فيها احكام الشيطان وحرم عليه المقام حيث لا يجري عليه حكم الاسلام لقول رسول الله ﷺ (انا بريء من كل مسلم مقيم مع المشركين) (1) فلم يحرم في هجرته هذه حالة الرجوع إلى الوطن الذي خرج منه اذا عادت تلك الدار دار ايمان واسلام وليس اهل مكة كذلك لان الهجرة كانت عليهم باقية إلى الممات وهم الذين اطلق عليهم المهاجرون ومدحوا بذلك دون غيرهم الا ترى ان رسول الله ﷺ انما ارخص للمهاجر ان يقيم بمكة ثلاثة ايام بعد تمام نسكه وحجه رواه العلاء بن الحضرمي عن النبي ﷺ وقد ذكرنا هذا الحديث باسناده في كتاب الصلاة وحدثنا محمد بن ابراهيم اخبرنا احمد بن مطرف قال حدثنا سعيد بن عثمان الاعناقي قال حدثنا إسحاق بن إسماعيل الايلي قال حدثنا سفيان بن عيينة عن إسماعيل بن محمد بن سعد بن ابي وقاص عن عبد الرحمن الاعرج قال خلف النبي ﷺ على سعد رجلا وقال له (ان مات بمكة فلا تدفنه بها) قال سفيان لانه كان مهاجرا وعن بن عيينة عن محمد بن قيس عن ابي بردة عن سعد بن ابي وقاص قال سالت النبي ﷺ اتكره للرجل ان يموت في الارض التي هاجر منها قال (نعم

الاستذكار ج:7 ص:276

وروى عبد الله بن سعيد بن ابي هند عن ابيه عن بن عمر ان رسول الله ﷺ كان اذا قدم مكة قال (اللهم لا تجعل منايانا بها) (1) لانه كان مهاجرا

وقال فضيل بن مرزوق سالت ابراهيم النخعي عن المقام والجوار بمكة فقال اما المهاجر فلا يقيم بها واما غيره فانما كره له المقام بمكة خشية ان يكثر الناس بها فتغلوا اسعار اهلها

وفي رواية سفيان بن حسين عن الزهري عن عامر بن سعد عن ابيه في الحديث المذكور في اول هذا الباب انه قال يا رسول الله اني اخاف او قال اني ارهب ان اموت في الارض التي هاجرت منها فادع الله لي فقال رسول الله ﷺ (اللهم اشف سعدا اللهم اشف سعدا) (2) وذكر الحديث

وهذا كله يدل على ان قوله ﷺ (لا هجرة بعد الفتح) ان معناه لا هجرة تبتدا بعد الفتح مفترضة لا على اهل مكة ولا على غيرهم

ثبت عن النبي ﷺ انه قال (لا هجرة بعد الفتح) من وجوه كثيرة صحاح كلها وفي بعضها (لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية واذا استنفرتم فانفروا) (3) ثم قال لهم (المهاجر من هجر ما حرم الله عليه) (4)

وقال لبعضهم اذ ساله عن الهجرة (اقم الصلاة وات الزكاة وما افترض الله عليك واجتنب ما نهاك عنه واسكن من ارض قومك حيث شئت) قال ابو عمر فهذه الهجرة المفترضة الباقية إلى يوم القيامة الا ان المهاجرين الاولين الذين مدحهم الله بهجرتهم حرام عليهم ترك رسول الله ﷺ والمدينة والرجوع إلى مكة ابدا

الا تـــرى ان عثمـــان وغيـــره كـــانوا اذا حجـــوا لا يطوفون طواف الـوداع الا ورواحلهـم قـد رحلـت وهذا انما كان عليهم ما كان ﷺ حيا بيـن اظهرهـم فلما مات رسول الله ﷺ ارتفـع ذلـك عنهـم بمـوته فـافترقوا فـي البلـدان - رضـي اللـه عنهـم - وروى جرير بن حازم قال حدثني عمـي جريـر بـن يزيد عن عامر بن سعد عن ابيه فذكر معنى حـديث بـــــــــــــــن شـــــــــــــــهاب وفيه (لكن سعد بـن خولـة البـائس قـد مـات فـي الارض الـــــتي قـــــد هـــــاجر منهـــــا) قال ابو عمر ما قاله شيوخنا في حديث بن شـهاب (يرثي له رسول الله ﷺ ان مات بمكـة) مـن كلام بـــــــن شـــــــهاب صـــــــحيح ومعلوم بما ذكرنا من الاثار ان قول رسول الله ﷺ لسعد بـن خولـة (البـائس) انمـا كـان رثـى بـذلك لموته بمكة وقد يمكن ان يكون احب واختار التودد بهـا حـتى ادركتـه فيهـا منيتـه واللـه اعلـم وكـــان مـــوته بمكـــة فـــي حجـــة الـــوداع حدثني خلف بن قاسم قـال حـدثني عبـد اللـه بـن جعفـر بـن الـورد قـال حـدثني الحسـن بـن غليـب واسحاق بن ابراهيم بن جابر قالا حدثنا يحيـى بـن عبد الله بن بكير قال حدثنا الليث عن يزيد بن ابـي حبيب قال توفي سعد بن خولة فـي حجـة الـوداع قال ابو عمر سعد بن خولة بدري وقـد ذكرنـاه بمـا ينبغي من ذكره فـي كتـاب الصـحابة والحمـد للـه قال مالك (1) في الرجل يوصي بثلث ماله لرجل ويقول غلامـي يخـدم فلانـا مـا عـاش ثـم هـو حـر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميـت قـال فان خدمة العبـد تقـوم ثـم يتحاصـان (2) يحـاص الذي اوصي له بالثلث بثلثه ويحاص الذي اوصي له

بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فياخذ كل واحد منهما من خدمة العبد او من اجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعلت له خدمة العبد ما عاش عتق العبد قال ابو عمر قد تقدم القول فيما زاد من الوصايا على الثلث ان ذلك موقوف

الاستذكار ج:7 ص:278

عند جمهور العلماء على اجازة الورثة وقد ذكرنا الخلاف في ذلك
واما الوصية بخدمة العبد وغلة البساتين وسكنى المساكين فقد اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك والثوري والليث وعثمان البتي وابو حنيفة والشافعي وسوار وعبد الله وعبيد الله ابنا الحسن قاضيا البصرة الوصية بسكنى الدار وغلة البساتين فيما يستاذن وخدمة العبد جائزة اذا كانت الثلث او اقل وكذلك ما زاد على الثلث من ذلك اذا اجازه الورثة
وقال بن ابي ليلى وبن شبرمة الوصية بكل ذلك باطل غير جائزة
وبه قال داود واهل الظاهر لان ذلك منافع طارئة على ملك الوارث لم يملكها الميت قبل موته وقد اجمعوا انه لو اوصى بشيء ومات وهو في غير ملكه ان الوصية باطل
والوصية بالمنافع كذلك لانه قد مات وهي في غير ملكه فان شبه على احد ان الاجارة يملك المؤاجر بها البدل من منافعها وان لم تكن في ملكه فليس كذلك لان المؤاجر على ملكه كل ما يطرا من المنافع ما دام الاصل في ملكه وكان حيا وليس الميت بمالك لشيء من ذلك لان المنافع طارئة على ملك الورثة
واما الاوقاف فان السنة اجازتها بخروج ملك اصلها عن الموقف إلى الله عز وجل ليتحرى عليها فيما يقرب منه وليست المنافع فيها طارئة

على ملك الموقف لانه مستحيل ان يملك الميت شيئا
وقد قال بعضهم ان اصول الاوقاف على ملك الموقف لقول رسول الله ﷺ (ينقطع عمل المرء بعده الا من ثلاث) فذكر منها صدقة يجري عليه نفعها
وهذا ليس بشيء لان الثواب والاجر الذي يناله الميت فيما يوقفه من اصول ماله انما كان لان اصله خرج عن ملكه إلى الله تعالى فبذلك استحق الاجر كمن سن سنة حسنة فعمل بها غيره
اخبرنا عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثني محمد بن عبد السلام قال حدثنا محمد بن ابي عمرو قال حدثنا سفيان بن عيينة قال قال بن شبرمة وبن ابي ليلى من اوصى بفرع شيء ولم يوص باصله فليس بشيء
قال ابو عمر قول بن ابي ليلى وبن شبرمة ومن تابعهما قول صحيح في النظر والقياس وان كان على خلافه اكثر الناس

الاستذكار ج:7 ص:279

قال مالك (1) في الذي يوصي في ثلثه فيقول لفلان كذا وكذا ولفلان كذا وكذا يسمي مالا من ماله فيقول ورثته قد زاد على ثلثه فان الورثة يخيرون بين ان يعطوا اهل الوصايا وصاياهم ويأخذوا جميع مال الميت وبين ان يقسموا لاهل الوصايا ثلث مال الميت فيسلموا اليهم ثلثه فتكون حقوقهم فيه ان ارادوا بالغا ما بلغ
قال ابو عمر هذه مسألة معروفة لمالك واصحابها يدعونها مسألة خلع الثلث
وخالفهم فيها ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وأحمد وداود واصحابهم وانكروها على مالك - رحمه الله
وقد اجمعوا ان الوصية تصح بموت الموصي

وقبول الموصى له اياها بعد موت الموصى واذا صح ملك الموصى له للشيء الموصى به فكيف تجوز فيه المعاوضة بثلث لا يبلغ الا معرفته ولا يوقف على حقيقته
وقد اجمعوا انه لا تجوز البياعات والمعاوضات في المجهولات
واجمعوا انه لا يحل ملك مالك الا عن طيب نفسه فكيف يؤخذ من الموصى له ما قد ملكه بموت الموصي وقبوله له بغير طيب نفس منه
ومن حجة مالك ان الثلث موضع للوصايا فاذا امتنع الورثة ان يخرجوا ما اوصى به الميت وزعموا انه تعدى فيه بأكثر من الثلث خيروا بين ان يسلموا للموصى له ما اوصى به الميت لهم او يسلموا إليه ثلث الميت كما لو جنى العبد جناية قيمتها مائة درهم والعبد قيمته الف كان سيده مخيرا بين ان يؤدي ارش الجناية فلا يكون للمجني عليه إلى العبد سبيل وبين ان يسلم العبد إليه وان كان يساوي اضعاف قيمة الجناية
قال ابو عمر الذي اقول به ان الورثة إذا ادعوا ان الشيء الموصى به اكثر من الثلث كلفوا بيان ذلك فاذا ظهر ذلك وكان كما ذكروا اكثر من الثلث يأخذ من الموصى له قدر ثلث مال الميت وكان شريكا للورثة بذلك فيه وان كان الثلث فأقل اجبروا على الخروج عنه إلى الموصى له وبالله التوفيق لا شريك له

الاستذكار ج:7 ص:280

1 (4 - باب امر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في اموالهم)

1463 - قال مالك احسن ما سمعت في وصية الحامل وفي قضاياها في مالها وما يجوز لها ان الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير

المخوف على صاحبه فان صاحبه يصنع في ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء الا في ثلثه
قال وكذلك المراة الحامل اول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها باسحاق ومن وراء إسحاق يعقوب هود 71 وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما اثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين الاعراف 189
فالمراة الحامل اذا اثقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الاتمام ستة اشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين البقرة 233 وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 فاذا مضت للحامل ستة اشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث
قال مالك في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف في الصف للقتال لم يجز له ان يقضي في ماله شيئا الا في الثلث وانه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال
قال ابو عمر اصل علامات المرض الذي يلزم به صاحبه الفراش ولا يعذر معه على شيء من التصرف ويغلب على القلوب انه يتخوف عليه منه الموت اذا كانت هذه حال المريض
فالعلماء مجمعون قديما وحديثا على انه لا يجوز له ان يقضي في ماله بأكثر من الثلث
واما الحامل فأجمعوا على ان ما دون ستة اشهر من حملها هي فيه كالصحيح في افعاله وتصرفه في ماله
واجمعوا ايضا انها اذا ضربها المخاض والطلق انها كالمريض المخوف عليه لا ينفذ لها في مالها اكثر من ثلثها

واختلفوا في حالها اذا بلغت ستة اشهر من حملها إلى حين يحضرها الطلق فقال مالك ما وصفه في موطئه على ما ذكرناه وهو قول الليث بن سعد واحمد واسحاق وطائفة من السلف

وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما والثوري وعبيد الله بن الحسن والاوزاعي وابو ثور وداود الحامل كالصحيح ما لم يكن المخاض والطلق او يحدث بها من الحمل ما تصير به صاحبة فراش واجمع العلماء على ان من بلغت منه الجراح ان انفذت مقاتله او قدم للقتل في قصاص او لرجم في زنا انه لا يجوز له من القضاء في ماله الا ما يجوز للمريض صاحب الفراش المخوف عليه وكذلك الذي يبرز في التحام الحرب للقتال واجمع العلماء على ان عتق المريض صاحب الفراش الثقيل المرض لعبيده في مرضه اذا مات من مرضه ذلك لا ينفذ منه الا ما يحمل ثلث ماله

وثبت ذلك عن النبي ﷺ من حديث عمران بن حصين وغيره في الذي اعتق ستة اعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم ثم مات فأقرع رسول الله ﷺ بينهم وعتق - ثلثهم - اثنين وارق ثلثيهم اربعة (1)

واجمع الجمهور من العلماء الذين هم حجة على من خالفهم ان هبات المريض وصدقاته وسائر عطاياه اذا كانت حاله ما وصفنا لا ينفذ منها الا ما حمل ثلثه

وقال داود واهل الظاهر اما عتق المريض فعلى ما جاء في الحديث عن النبي ﷺ في الذي اعتق ستة اعبد له في مرضه لا مال له غيرهم ينفذ من ذلك الثلث

واما هباته وصدقاته وما يهديه ويعطيه وهو حي

فنافذ ذلك كله جائز عليه ماض في ذلك كله لانه ليس بوصية وانما الوصية ما يستحق بموت الموصي
وقال الجمهور من العلماء وجماعة اهل الفتوى بالامصار ان هبات المريض كلها وعتقه وصدقاته لو صح من مرضه نفذ ذلك كله من راس ماله ويراعون فيها ما عدا العتق القبض على ما ذكرنا في اصولهم من قبض الهبات والصدقات فيما تقدم من هذا الكتاب

الاستذكار ج:7 ص:282

وقال داود واهل الظاهر اما العتق خاصة في المرض فلا ينفذ منه الا الثلث مات المعتق من مرضه او صح لان المرض لا يعلم ما منه الموت وما منه الصحة الا الله تعالى
وقد اجاز رسول الله ﷺ عتق ثلث العبيد الذين اعتقهم سيدهم بالمرض ولا مال له غيرهم قال ابو عمر الحجة على داود قائمة بنص الحديث لان فيه ان رسول الله ﷺ انما اقرع بين العبيد بعد موت سيدهم وتغيظ عليه وقال (لقد هممت الا اصلي عليه ما اعتق جميعهم) ولم يكن له مال غيره
وهذه الالفاظ محفوظة في حديث عمران بن حصين
وقد ذكرنا كثيرا منه في (التمهيد) وفي كتاب العتق من هذا الكتاب والله الموفق للصواب

1 (5 - باب الوصية للوارث والحيازة)

1464 - قال مالك في هذه الاية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى أن ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين البقرة 180 نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل

قال ابو عمر قد تقدم القول في هذه الاية وذكرنا ما للعلماء فيها من التنازع وهل هي منسوخة او محكمة وما الناسخ لها من القران والسنة في باب الامر بالوصية من هذا الكتاب فلا معنى لاعادة ذلك هنا

قال مالك السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها انه لا تجوز وصية لوارث الا ان يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان اجاز له بعضهم وابى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن ابى اخذ حقه من ذلك وهذه المسألة قد مضت ايضا مجودة فيما للعلماء فيها من الاقوال والاعتلال في باب الامر بالوصية من كتابنا هذا فلا وجه لتكرارها

قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له ان يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أ ن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا

الاستذكار ج:7 ص:283

هلك الموصي اخذوا ذلك لانفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما اذن له به في ماله (1)

قال فأما ان يستأذن ورثته في وصية يوصي بها لوارث في صحته فيأذنون له فان ذلك لا يلزمهم ولورثته ان يردوا ذلك ان شاؤوا وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان احق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء ان شاء ان يخرج من جميعه خرج فيتصدق به او يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شيء الا في ثلثه وحين هم احق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم امرهم وما اذنوا له به فان سأل بعض ورثته ان يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضي فيه الهالك شيئا فانه رد على من وهبه الا ان يقول له الميت

فلان لبعض ورثته ضعيف وقد احببت ان تهب له ميراثك فأعطاه اياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له
قال وان وهب له ميراثه ثم انفذ الهالك بعضه وبقي بعض فهو رد على الذي وهب يرجع إليه ما بقي بعد وفاة الذي اعطيه (2)
قال ابو عمر اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة اقوال
احدها قول مالك ان اذن الورثة للمريض في حال مرضه ان يوصي لوارثه او بأكثر من ثلثه فهو لازم لهم إلا ان يكونوا ممن يخاف دخول الضرر عليهم من منع رفد واحسان وقطع نفقة ومعروف ونحو هذا ان امتنعوا فان كان ذلك لم يضرهم اذنهم وكان لهم الرجوع فيما اذنوا فيه بعد موته روى ذلك بن القاسم وغيره عنه وان استأذنهم في صحته فأذنوا له لم يلزمهم بحال من الاحوال والقول الثاني ان اذن لهم في الصحة والمرض سواء ويلزمهم اذنهم بعد موته ولا رجوع لهم روي ذلك عن الزهري وربيعة والحسن وعطاء وروي ذلك عن مالك والصحيح عنه ما في موطئه وهو المشهور عنه من مذهبه
والقول الثالث ان اذنهم واجازتهم لوصيته في صحته ومرضه سواء ولا يلزمهم شيء منه الا ان يجيزوا ذلك بعد موته حين يجب لهم الميراث ويجب للموصى له الوصية لانه قد يموت من مرضه وقد لا يموت وقد يموت ذلك الوارث المستأذن قبله فلا يكون وارثا ويرثه غيره ومن اجاز ما لا حق له فيه ولم يجب له فليس فعله ذلك بلازم له

الاستذكار ج:7 ص:284

وممن قال ذلك الشافعي وابو حنيفة واصحابهما وسفيان الثوري
وروي ذلك عن بن مسعود وشريح وطاوس

وبـــــــه قـــــــال احمـــــــد واســـــــحاق
قال مالك (1) فيمن اوصى بوصية فذكر انـه قـد
ك ان اعطـى بعـض ورثتـه شـيئا لـم يقبضـة فـأبى
الورثة ان يجيزوا ذلك فان ذلك يرجـع إلـى الورثـة
ميراثا على كتاب الله تعالى لأن الميت لـم يـرد ان
يقع شيء من ذلك في ثلثه ولا يحاص اهل الوصايا
فـــــي ثلثـــــه بشـــــيء مـــــن ذلـــــك
قال ابو عمر هذه وصية الوارث لم يعلم بها الا في
المـرض او عطيـة مـن صـحيح ذكرهـا فـي وصـيته
ليخرج من ثلثه فحكمها حكم العطيـه فـي المـرض
فاذا لم يجزها الورثة لـم يجـز ولا سـبيل ان يكـون
من اقراره في مرضه شيء ينقل إلى حكم الصحة
عند جماعة ائمة الفقهاء الذين تدور عليهم الفتيـا
كما لو اقر في صحته لـم يحكـم لـه بحكـم الاقـرار
فـــــــــــــي المـــــــــــــرض
وهذا رجل اراد ان يصنع وهو مريض صـنيع صـحيح
فيعطي الوارث وهو مريض عطيته من راس مـاله
فلم يجز لـه ذلـك اهـل العلـم الا انـه لـو قـال فـي
مرضه وهو مريض كنت اعطيته شـيئا فـي صـحتي
لم يقبضه وانـا اوصـي بـه لـه الان فهـذا موقـوف
علـــــــــى اجـــــــــازة الورثـــــــــة
ولو كان لاجنبي وقد قال انفذوا له ما اعطيته في
الصحة فقد اوصـيت لـه بـه وانفـذته لـه كـان ذلـك
جائزا له من ثلثه رضي الورثة بـذلك او لـم يرضـوا
الا ان يكـون اكـثر مـن الثلـث فيكـون ذلـك مـن
اجـــــازتهم علـــــى مـــــا قـــــدمنا
وهذا كله قول جماعة الفقهاء والحمد لله كثيرا

1 (6 - باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن احق بالولد)

1465 - مالـك عـن هشـام بـن عـروة عـن ابيـه ان مخنثا كان عند ام سلمة

زوج النبي ﷺ فقال لعبد الله بن ابي امية ورسول الله ﷺ يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فأنا ادلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع (1) وتدبر بثمان (2) فقال رسول الله ﷺ (لا يدخلن هؤلاء عليكم)
قال ابو عمر هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة (الموطأ) عن مالك عن هشام بن عروة عن ابيه مرسلا الا سعد بن ابي مريم فانه رواه عن مالك عن هشام عن ابيه عن ام سلمة ولم يسمعة عروة من ام سلمة لان بن عيينة وغيره رووه عن هشام بن عروة عن ابيه عن زينب بنت ابي سلمة عن امها ام سلمة وهذا اصح اسانيده عندي وقد ذكرته في (التمهيد)
ورواه معمر عن الزهري وهشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت يدخل على بعض ازواج النبي ﷺ مخنث فكانوا يعدونه من غير اولي الاربة فدخل النبي ﷺ يوما وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امراة فقال انها اذا اقبلت اقبلت بأربع واذا ادبرت بثمان فقال رسول الله ﷺ (الا ارى هذا يعلم ما ها هنا لا يدخلن هذا عليكن) فحجبوه (3)

قال ابو عمر انما قال رسول الله ﷺ لا يدخلن عليكم هذا ولم يقل عليكن لانه خاطب الرجال الا يدخل بيوتهم على نسائهم فحجبوه فهكذا رواية مالك وغيره (عليكم) وقد روي (لا يدخلن هذا عليكن) مخاطبة منه لنسائه والله اعلم

حدثني عبد الله بن محمد بن يحيى قال حدثني محمد بن احمد قال حدثني يحيى بن محمد بن زياد قال حدثني احمد بن عبد الجبار قال حدثني يونس بن بكير عن هشام بن عروة عن ابيه عن زينب بنت ام سلمة عن ام سلمة قالت كان عندي مخنث فقال لعبد الله اخي ان فتح الله عليكم الطائف غدا فاني ادلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فسمع رسول الله ﷺ قوله فقال (لا يدخلن هؤلاء عليكم

وبه عن يونس بن بكير عن بن إسحاق قال وقد كان مع رسول الله ﷺ مولى لخالته فاختة ابنة عمرو بن عائذ مخنث يقال له ماتع يدخل على نساء رسول الله ﷺ ويكون في بيته ولا يرى رسول الله ﷺ انه يفطن بشيء من امر النساء مما يفطن إليه الرجال ولا يرى ان له في ذلك اربا فسمعه يقول لخالد بن الوليد يا خالد ان فتح رسول الله ﷺ الطائف فلا ينفلتن منكم بادية ابنة غيلان بن سلمة فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله ﷺ حين سمعها منه (لا ارى هذا الخبيث يفطن لما أسمع) ثم قال لنسائه (لا يدخلن عليكن) فحجب عن بيوت رسول الله ﷺ هكذا قال بن إسحاق في هذا المؤنث ان اسمه ماتع ولم يقله غيره فيما علمت والاكثر على ان اسمه (هيت) كذلك ذكر (حبيب) عن مالك وكذلك رواه بن عيينة عن بن جريج ان اسم ذلك المحنث هيث وهو قول الواقدي وبن الكلبي وقال بن إسحاق وقد كان مع رسول الله ﷺ مولى

خالته فاختة بنت عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم المخزومي
وقال بن الكلبي كان هيت المخنث مولى لعبد الله بن امية اخي أم سلمة قال وكان طويس مولى عبد الله بن ابي امية ايضا
وقال بن إسحاق فقال لخالد بن الوليد وقالوا كلهم فقال لعبد الله بن ابي امية كذلك في الحديث المسند وهو الصواب وهو قول بن إسحاق وغيره استشهد يوم الطائف عبد الله بن ابي امية اخو ام سلمة
وفي رواية بن الكلبي والواقدي ان هيتا هذا المخنث قال لعبد الله بن ابي امية وهو اخو ام سلمة لابيها وامة عاتكة يا عبد الله - وهو عند رسول الله ﷺ في بيت ام سلمة - ان افتتحتم الطائف فعليك ببادية بنت غيلان بن سلمة الثقفي فانها تقبل باربع وتدبر بثمان مع ثغر كالاقحوان ان قعدت تثنت وان تكلمت تغنت بين رجليها مثل الاناء المكفو ورسول الله ﷺ يسمع فقال رسول الله ﷺ (لقد غلغلت النظر اليها يا عدو الله) ثم اجلاه عن المدينة إلى الحمى قال فلما افتتحت الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة
هذا قول بن الكلبي قال ولم يزل هيت بذلك المكان حتى قبض رسول الله ﷺ

الاستذكار ج:7 ص:287

فلما ولي ابو بكر كلم فيه فابى ان يرده فلما ولي عمر كلم فيه وقيل انه قد كبر وضعف واحتاج فاذن له ان يدخل كل جمعة فيسال الناس ثم يرجع إلى مكانه
واما قوله تقبل باربع وتدبر بثمان فقد فسره حبيب عن مالك وذكر غيره باكثر من ذلك من

معناه ما نذكره ها هنا ان المراة وصفها المخنث بانها امراة لها في بطنها اربع عكن تبلغ خصرتها فتصير لها اربعة اطراف في كل خصر فتصير ثمانيا اربعا من هنا واربعا من هنا فاذا اقبلت اليك واستقبلتها رايت في بطنها اربع عكن فاذا ادبرت رايت ثمانيا من جهة الاطراف في خصريها
هكذا فسره كل من تكلم في هذا الحديث واستشهد بعضهم عليه بقول النابغة في قوائم ناقته

على هضبات بينما هن اربع
انخن لتعريس فعدن ثمانيا

وقد روي خبر هذا المخنث من حديث سعد بن ابي وقاص بتمامه وقد ذكرناه في (التمهيد) وفي الحديث من الفقة انه لا يجوز دخول احد من المخنثين وهم الذين يدعون عندنا المؤنثين على النساء وانهم ليسوا من الذين قال الله فيهم غير اولى الاربة من الرجال النور 31
وهذه الصفة هو الابله الاحمق العنين الذي لا ارب له في النساء ولا يفطن بشيء من معايبهن ومحاسنهن فمن كان بهذه الصفة لم يكن بدخوله على الناس باس لان رسول الله ﷺ ظن بهيت المخنث انه ممن هذه صفته فلما سمع منه ما سمع امر بان لا يدخل على النساء ثم اخرجه من المدينة ونفاه عنها
وهذا اصل في كل من يتاذى به ولا يقدر على الاحتراس منه ان ينفى إلى مكان يؤمن فيه منه الاذى
قال ابو عمر قد صحف قوم من الرواة اسم ابنة غيلان هذه والصواب فيه (بادية) بالباء والياء وهو ماخوذ من بدا يبدو أي ظهر فكانها سميت

ظـــــــــــــــــــــــــــــــــــاهرة
هذا معنى ما ذكره الزبير وغيره وبالله التوفيق
1466 - مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امراة من الانصار فولدت له عاصم بن عمر

ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فاخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه (1) حتى اتيا ابا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المراة ابني فقال ابو بكر خل بينها وبينه قال فما راجعه عمر الكلام قال وسمعت مالكا يقول وهذا الامر الذي اخذ به في ذلك
قال ابو عمر هذا خبر منقطع في هذه الرواية ولكنه مشهور مروي من وجوه منقطعة ومتصلة تلقاه اهل العلم بالقبول والعمل
وزوج عمر بن الخطاب ام ابنه عاصم بن عمر هي جميلة ابنة عاصم بن ثابت بن ابي الاقلح الانصاري وقد ذكرناه بما ينبغي من ذكره في الصحابة وفيه دليل على ان عمر كان مذهبه في ذلك خلاف مذهب ابي بكر ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والقضاء ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويفتي ولم يخالف ابا بكر في شيء منه ما دام الصبي صغيرا لا يميز ولا مخالف لهما من الصحابة
ذكر حماد بن سلمة عن قتادة وعبد الرحمن بن القاسم بن محمد قال ان عمر طلق جميلة ابنة عاصم فجاءت جدته الشموس فذهبت بالصبي فجاء عمر على فرس فقال اين ابني فقيل ذهبت به الشموس فدفع فلحقها فخاصمها إلى ابي بكر فقضى لها ابو بكر به وقال هي احق بحضانته
وذكر عبد الرزاق عن بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال ابصر عمر عاصما ابنه

مع جدته ام امه فكانه جاذبها اياه فلما راه ابو بكـر مقبلا قال له مه مه هي احق به فما راجعـه الكلام وعن بن جريج انه اخبره عن عطاء الخرساني عـن بـن عبـاس قـال طلـق عمـر بـن الخطـاب امراتـه الانصارية ام ابنة عاصم فلقيها تحمله بمحسر وقد فطم ومشى فاخذ بيده لينتزعه منها ونازعها ايـاه حتى اوجع الغلام وبكى وقال انا احـق بـابني منـك فاختصما إلى ابي بكر فقضى لها به وقـال ريحهـا وحجرها وفراشها خير له منك حتى يشـب ويختـار لنفسـه
ومحسـر سـوق بيـن قبـاء والمدينـة
وعن الثوري عن عاصم عن عكرمـة قـال خاصـمت امراة عمر إلى ابي

الاستذكار ج:7 ص:289

بكـر وكـان طلقهـا فقـال ابـو بكـر الام اعطـف والطف وارحم واحق واراف هي احق بولدها ما لم تـتزوج
وعن معمر قال سمعت الزهري يحـدث ان ابـا بكـر قضى على عمر في ابنه مع امه وقال امه احق بـه مـا لـم تـتزوج
قـال ابـو عمـر مـن الحـديث فـي ذلـك عـن عمـر بموافقته ابا بكر رضي الله عنهمـا مـا رواه معمـر عن ايـوب عـن إسـماعيل بـن عبيـد اللـه عـن عبـد الرحمن بن غنم قال اختصم إلـى عمـر فـي صـبي فقـال عمـر هـو مـع امـه حـتى يعـرب عنـه لسـانه فيختـار
وروي هذا عن عمر مـن وجـوه كـثيرة ذكرهـا عبـد الـرزاق وغيـره
وفي ذلك تخيير الصبي اذا ميز كما تقدم ذكره عن ابـي بكـر
وقد روي عن النـبي ﷺ رواه يحيـى بـن ابـي كـثير وزياد بن سعد عن هلال بن اسامة ان ابا ميمونـة -

سليمان - مولى من اهل المدينة اخبره انه سمع ابا هريرة يقول جاءت ام واب يختصمان إلى رسول الله ﷺ في بن لهما فقالت المراة للنبي ﷺ فداك ابي وامي يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة ونفعني فقال النبي ﷺ (يا غلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به) (1)

قال ابو عمر لا اعلم خلافا بين السلف من العلماء والخلف في المراة المطلقة اذا لم تتزوج انها احق بولدها من ابيه ما دام طفلا صغيرا لا يميز شيئا اذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت منها فسق ولم تتزوج

ثم اختلفوا بعد ذلك في تخييره اذا ميز وعقل بين امه وبين ابيه وفيمن هو اولى به ذلك على ما نذكره عن ائمة الفقهاء الذين تدور عليهم بامصار المسلمين الفتيا ان شاء الله عز وجل

وممن خير الصبي المميز بين ابويه من السلف عمر بن الخطاب وغيره

روي عن بن عيينة عن يزيد بن يزيد بن جابر عن إسماعيل بن ابي عبد الله بن ابي المهاجر عن عبد الرحمن بن غنم الاشعري انه حضر عمر بن الخطاب خير صبيا بين امه وابيه

الاستذكار ج:7 ص:290

وعن يونس بن عبد الله الجرمي عن عمارة الجرمي قال قدم عمي من البصرة يريد ان ياخذني من امي فارسلتني امي إلى علي بن ابي طالب ادعوه اليها فدعوته فخيرني بين امي وعمي

قال وأبصر علي اخا لي اصغر مني مع امي فقال وهذا اذا بلغ مبلغ هذا خير

وعن سفيان عن ايوب عن بن سيرين عن شريح انه خير غلاما بين ابيه وامه قال سفيان الام احق به ما دام صغيرا فاذا بلغ ستا وعقل خير بين ابويه وقد روي عن شريح شيء ظاهره خلاف ما وصفنا وليس كذلك لانه قد روي عنه ما ذكرنا وبالله توفقنا

ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن ايوب عن بن سيرين عن شريح قال الاب احق والام ارفق رواه هشيم قال اخبرنا يونس وبن عون وهشام واشعث كلهم عن بن سيرين عن شريح قال الاب احق والام ارفق

وهذا كلام مجمل يحتمل ان يكون الاب احق به اذا تزوجت الام على ما عليه جماعة العلماء بحسب ما نورده بحول الله تعالى

ويدل على صحة ما تاولناه على شريح انه قد روى عنه بهذا الاسناد معمر عن ايوب عن بن سيرين ان شريحا قضى ان الصبي مع امه اذا كانت الدار واحدة ويكون معهم من النفقة ما يصلحهم وبن عيينة عن ايوب عن بن سيرين ان امراة كانت بالكوفة فارادت ان تخرج بولدها إلى البادية فخاصمها العصبة إلى شريح فقال هم مع امهم ما كانت الدار واحدة فاذا ارادت ان تخرج بهم اخذوا منها وقال الاب احق والأم ارفق

سفيان عن زكريا بن ابي زائدة ان امراة ارادت ان تخرج بولدها إلى الرستاق فاختصموا إلى الشعبي فقال العصبة احق

قال ابو عمر على هذا جمهور الفقهاء عند انتقال الام عن حضرة الاب وبالله التوفيق

واما مذاهب الفقهاء في الحضانة فذكر بن وهب عن مالك قال الام احق بالولد ما لم تتزوج ثم لا حضانة

لها بذلك قضى ابو بكر على عمر فاذا اثغروا فوق ذلك فلا حضانة لها
قال بن وهب وسئل مالك عن المطلقة ولها بن في الكتاب او بنت قد بلغت الحيض للاب ان ياخذهما
فقال مالك لا ارى ذلك له ان يؤدب الغلام ويعلمه ويقلبه إلى امه ولا يفرق بينه وبين امه ولكن يتعاهده في كتابه ويقر عند امه ويتعاهد الجارية وهي عند امها ما لم تنكح
قال مالك وللجدة من الام الحضانة بعد الام ثم الجدة من الاب
قال وليس للام ولا للجدة ان يخرجا بالولد إلى بلد بعيد عن ابيه واهل بيته
وذكر بن القاسم عن مالك ان ولد المراة اذا كان ذكرا فهي اولى بحضانته ما لم تتزوج ويدخل بها حتى يبلغ فاذا بلغ ذهب حيث شاء
خالف بن القاسم رواية بن وهب في اعتبار البلوغ

وقد ذكر بن عبد الحكم الروايتين
قال بن القاسم عن مالك والام احق بحضانة ابنتها وان بلغت الجارية ما لم تتزوج وعلى الاب نفقة ابنته اذا كان يجد
قال مالك واولياء الولد اولى بهم - وان كانوا صغارا - من امهم اذا نكحت
قال مالك فاذا تزوجت الام فالجدة من الام اولى فان طلقها زوجها بعد الدخول بها لم يرد اليها الولد وكذلك ان سلمته الام استثقالا للولد ثم طلبته لم يرد اليها
قال بن القاسم عنه فان ماتت جدته لامه فخالته اولى بحضانته ثم بعدها جدته لابيه ثم الاخت ثم العمة وبنت الاخ اولى بالولد من العصبة ولم يذكر مالك تخيير الولد في شيء من ذلك قال وينظر للولد بالذي هو اكفا واحوط

وقال الثوري ان تزوجت الام فالخالة احق به ولم يذكر تخييرا
وقال الاوزاعي الام اذا تزوجت فالعم احق من الجدة ام الام وان طلقها زوجها ثم ارادت اخذ الولد لم يكن لها ذلك ولم يذكر تخيير الصبي
وذكر عن الاوزاعي ايضا الام احق بالولد وعلى الاب النفقة فان تزوجت فهو احق به فان سلمته إلى جدته فمتى ارتجعته منه رد عليها نفقتها والجدة ام الاب اولى من العمة اذا قويت على النفقة ولا تعود حضانة الام بطلاقها

الاستذكار ج:7 ص:292

والليث الام احق بالابن حتى يبلغ ثماني سنين او تسع سنين او عشرا ثم الاب اولى بالجارية حتى تبلغ فان كانت الام غير مرضية في نفسها وادبها لولدها اخذ منها اذا بلغ
وقال الحسن بن حي اذا كانت الابنة كاعبا والغلام قد ايفع واستغنى عن امه خيرا بين ابويهما فايهما اختارا فهو اولى فان اختارا بعد ذلك الاخر حول ومتى طلقت بعد التزويج رجع حقها فان كان احد الابوين غير مامون كانت عند المامون حتى يبلغ
والبكر اذا بلغت فاختار لها ان تكون مع احدهما فان ابت وهي مامونة فلها ذلك
والابن اذا بلغ واونس رشده ولي نفسه
وقال الشافعي اذا بلغ الولد سبع سنين او ثماني سنين خير اذا كانت دارهما واحدة وكانا مامونين على الولد يعقل عقل مثله فاذا كان احدهما غير مامون فهو عند المامون منهما كان الولد ذكرا او انثى فان منعت المراة من الولد بالزوج فطلقها طلاقا رجعيا او غيره رجعت على حقها في ولدها لانها منعت لوجه فاذا ذهب فهي كما كانت وهو قول المغيرة وبن ابي حازم
وعلى الاب نفقته ويؤدبه بالكتاب والصناعة ان

كان من اهلها وياوي إلـى امـه ولا يمنـع ان اختـار الام مــن اتيــان الاب ولا الام مــن اتيــان ابنتهــا وتمريضـــــــــــــــها عنـــــــــــــــد الاب
قال والام احـق بالولـد الصـغير مـا لـم تـتزوج ثـم الجدة للام وان علت ثم الجـدة للاب وان علـت ثـم الاخت للاب والام ثم الاخت للاب ثم الاخت للام ثم الخالـــــــــــة ثـــــــــم العمـــــــــــة
ولا ولايـــة لام اب الام لان قرابتهـــا بـــاب لا بـــام وقرابة الصـبي مـن النسـاء اولـى وان كـان الولـد مخبـــــــــولا فهـــــــــو كالصـــــــــغير
قال ولا حق لاحد مع الاب غير الام وامهاتهـا فامـا اخواتها وغيرهن فانما حقـوقهن بـالاب فلا يكـون لهـــــن حـــــق معـــــه وهـــــن يـــــدلين بـــــه
والجـد ابـو الاب يقـوم مقـام الاب اذا لـم يكـن اب واقرب العصبة يقوم مقام الاب اذا لـم يكـن اب او كان غائبا او غير رشيد

الاستذكار ج:7 ص:293

واما قول الكـوفيين فـروى ابـو يوسـف وابـو حنيفة قال الام أولي بالغلام والجاريـة الصـغيرين ثم الجدة من الام ثم الجدة من الاب ثم الاخت للام والاب ثم الاخت للام ثم الخالة في احـد الروايـتين هي احق من الاخت لاب وفي الاخرى الاخت اولـى ثم العمة والام والجدتان اولى بالجارية حـتى تبلـغ المحيـض وبـالغلام حـتى يسـتغني فياكـل وحـده ويشرب وحده ويلبـس وحـده ومـن سـواهما احـق بهمـــا حـــتى يســـتغنيا ولا يراعـــى البلـــوغ
وقال زفر في روايـة عمـرو بـن خالـد عنـه الخالـة اولـــــــى مـــــــن الاخـــــــت للاب
وقـــــال ابـــــو يوســـــف الاخـــــت اولـــــى
وروي عن عمرو بن خالد ايضا عن زفر الخالة للاب اولـــــــى مـــــــن الجـــــــدة للاب
وروى الحسن بن زياد عنه ان الجـدة ام الام اولـى

بحضانة الولد بعد الام ثم ام الاب ثم الاخت من قبل الاب والام والاخت من قبل الام يتساويان في الحضانة ولا تتقدم احداهما فيه الاخرى ثم الاخت من قبل الام ثم الخالة ثم العمة فاذا تزوجت واحدة منهن لغير ذي رحم كان غيرها اولى اذا كان زوجها ذا رحم من الولد ومتى عادت الام او غيرها غير ذات زوج عادت اليها حضانتها قال ابو عمر في الخالة حديث علي وبن عباس ان عليا وجعفر وزيد بن حارثة ترافعوا إلى رسول الله ﷺ في ابنة حمزة في حين دخوله مكة فقضى بها رسول الله ﷺ لجعفر من اجل ان خالتها عنده وقال (الخالة ام او بمنزلة الام) (1) ـــ حدثناه عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني احمد بن جريج قال حدثني خلف بن الوليد قال حدثني اسرائيل عن ابي إسحاق عن هانئ بن هانئ وهبيرة بن يريم عن علي فذكر حديثا بمعنى ما ذكرت الا اني اختصرته وروى حفص بن غياث عن حجاج عن الحكم عن مقسم عن بن عباس مثله بمعناه

الاستذكار ج:7 ص:294

1 (7 - باب العيب في السلعة وضمانها)

1467 - قال مالك في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان او الثياب او العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة ان يرد إلى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك إليه وذلك انه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه

نافقة (1) مرغوب فيها ثم يردها في زمان هي فيه ساقطة (2) لا يريدها احد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمنها ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له ان يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير او يقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار او يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذي قبضها ان يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه

قال ومما يبين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر إلى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استاخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شانه واما ان يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس استئخار قطعه بالذي يضع عنه حدا (3) قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذي يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم اخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك

قال ابو عمر بنى مالك - رحمه الله - هذا الباب على مذهبه فيمن ضمن شيئا انه يطيب له النماء والربح فيه والنقصان

واما اشتراطه في اول هذا الباب الحيوان والعروض والثياب دون العقار فان مذهبه المشهور المعمول به عند اصحابه ان حوالة الاسواق بالنماء والنقصان في الاثمان فوت في البيع الفاسد كله اذا كان في شيء من العروض او الثياب او

الحيوان وكان المشتري قد قبضه وتغير او حالت اسواقه فاذا كان ذلك لزمته فيه القيمة ولم يرده واما العقار فليس حوالة الاسواق فيه فوتا عندهم ولا يفوت العقار في البيع الفاسد الا بخروجه عن

يـــد المشـــتري او ببنيـــان او هـــدم او غـــرس ولم يختلفـوا فـي العـروض كلهـا مـن الحيـوان او الثياب او غيرها ان خروجها من يد المشتري فـوت ايضـا وان عليـه قيمتهـا يـوم قبضـها الا ان تكـون فاتت من يده ببيع ثم ردت إليه ورجعت إلـى ملكـه قبل ان تتغيـر وتحـول اسـواقها فـان هـذا موضـع اختلف فيه قـول مالـك فقـال مـرة علـى أي وجـه رجعــت إليــه ولــم تتغيــر ســوقها فــانه يردهــا وقـال مـرة لا يردهـا اذ قـد لزمتـه القيمـة يعنـي بفوتهـا بـالبيع ولـو كـانت السـلعة عبـدا او امـة اشتراها شراء فاسدا ثم اعتقها او دبر او كـاتب او تصدق او وهـب كـان ذلـك كلـه فوتـا اذا كـان مليـا بالثمن وتلزمه القيمة يوم فوت ذلـك الا ان تكـون السلعة مما يكال او يوزن فانه يـرد مثـل مـا قبـض فـــــي صـــــفته وكيلـــــه ووزنـــــه هذا كله تحصيل مذهب مالـك واصـحابه ولـم يتـابع مالكا في قوله علـى ان حوالـة الاسـواق بالزيـادة في الثمن او النقصان فوت في البيع الفاسد احـد من ائمة الفتوى بالامصار فيما علمـت الا اصـحابه واما الشافعي فتصرف المشتري في المـبيع بيعـا فاسدا باطلا لا ينفذ ولا يصح فيـه هبتـه ولا تـدبيره ولا عتقــه ولا بيعــه ولا شــيء مــن تصــرفه وهــو مفسوخ ابـدا عنـده ويـرده بحـاله وهـو علـى ملـك البائع والمصيبة منه وعتق المشتري له باطل فاذا فات عند المشتري بذهاب عينه وفقده واستهلاكه لزمه فيه القيمة فـي حيـن فـوته وذهـاب عينـه لا تعتبر سوقه والبيع فاسد عنده حكمـه كالمغصـوب ســـواء وهــو قــول احمــد واســحاق وابــي ثــور وداود قـال ابـو حنيفـة واصـحابه فـي الرجـل يشـتري الجارية شراء فاسدا ويقبضها ثم يبيعهـا او يهبهـا او يمهرها فتصير عنـد المشـتري لهـا منـه او عنـد الموهوب له او عند المراة الممهورة فعليه ضـمان

القيمة وفعله كله في ذلك جائز وكذلك لو كاتبها او وهبها الا ان الجارية الموهوبة لو افتكها قبل ان يضمنه القاضي قيمتها ردها على البائع وكذلك المكاتبة ان عجزت عن اداء الكتابة قالوا ولو ردها المشتري بعيب بعد القبض بغير قضاء فعليه ضمان القيمة ولا يردها على البائع والله الموفق للصواب

الاستذكار ج:7 ص:296

1 (8 - باب جامع القضاء وكراهيته)

1468 - مالك عن يحيى بن سعيد ان ابا الدرداء كتب إلى سلمان الفارسي ان هلم إلى الارض المقدسة فكتب إليه سلمان ان الارض لا تقدس احدا (1) وانما يقدس الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوي فان كنت تبرئ فنعما لك وان كنت متطببا فاحذر ان تقتل انسانا فتدخل النار فكان ابو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم ادبرا عنه نظر اليهما وقال ارجعا الي اعيدا علي قضيتكما متطببا والله

قال ابو عمر اما كراهة القضاء بين الناس فقد كرهه وفر منه جماعة من فضلاء العلماء وذلك لقول رسول الله ﷺ (من جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين) (2)

حدثناه عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني نصر بن علي قال حدثني بشر بن عمر عن عبد الله بن جعفر عن عثمان بن محمد الاخنسي عن المقبري والاعرج عن ابي هريرة عن النبي ﷺ قال (من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين) (3)

وقال حدثني نصر بن علي قال حدثني فضيل بن سليمان قال حدثني عمرو بن ابي عمرو عن سعيد

بن ابي سعيد ان رسول الله ﷺ قال (من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين) (4)
وقال حدثناه محمد بن حسان السمتي حدثني خلف بن خليفة عن ابي هشام عن بن بريدة عن ابيه عن النبي ﷺ قال (القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فاما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار

الاستذكار ج:7 ص:297

قال ابو عمر قد روي عن النبي ﷺ انه قال (اذا اجتهد الحاكم فاصاب فله اجران واذا اجتهد فاخطا فله أجر) (1)
رواه عمرو بن العاص عن النبي ﷺ وقد ذكرنا طرقه في كتاب العلم وذكرنا هناك ما للعلماء في تاويله
وروي من حديث انس بن مالك ان رسول الله ﷺ قال (من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه انزل الله إليه ملكا يسدده (2)
وقد ذكرنا اسناده في صدر هذا الكتاب ومعلوم ان الاثم اذا كان معظما في معنى كان الاجر معظما في ضده
قال الله عز وجل واما القاسطون فكانوا لجهنم حطبا 15 أي الجائرون والجور الميل عن الحق إلى الباطل وعن الايمان إلى الكفر
قال الله عز وجل يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ان الذين يضلون عن سبيل

الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ص 26

ومن جار عن الحق واسرف في الظلم فقد نسي يوم الحساب

وروي عن النبي ﷺ في القاضي العادل الحاكم بالقسط من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وغيره انه قال (المقسطون يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين) قيل ومن القاسطون يا رسول الله قال (الذين يعدلون في اهليهم وفيما ولوا) (3)

وقال ﷺ (سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل) (4) وذكر سائر السبعة

الاستذكار ج:7 ص:298

وسياتي هذا الحديث في موضعه من كتاب الجامع ان شاء الله

وروي عن النبي ﷺ انه قال (الامام العادل لا ترد دعوته) (1)

اخبرنا عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثنا بن وضاح قال حدثنا محمد بن قدامة قال حدثنا جرير بن عبد الحميد عن إسماعيل بن ابي خالد عن مصعب بن سعد قال قال علي - رضي الله عنه - حق على الامام ان يحكم بما انزل الله ويؤدي الامانة فاذا فعل ذلك فحق على الناس ان يسمعوا له ويطيعوا ويجيبوا اذا دعوا قال ومن ولي القضاء فليعدل في المجلس والكلام واللحظ

وذكر ابو زيد - عمر بن شبة - قال حدثنا هارون بن عمر قال حدثنا ضمرة قال حدثنا ابراهيم بن عبد الله الكناني قال قال علي - رضي الله عنه - لا ينبغي للقاضي ان يكون قاضيا حتى تجتمع فيه خمس خصال عفيف حليم عالم بما كان قبله

مستشر لذوي الالباب لا يخاف في الله لومة لائـم
وروى الشعبي عن مسروق قال لان اقضـي يومـا
واحدا بحق وعدل احب الي من ان اغزو سـنة فـي
سـبيل اللـه
وقال مالك قال عمر بن عبد العزيز لا ينبغـي لاحـد
ان يقضي الا ان يكون عالما بما مضى مـن السـنة
مستشـيرا لـذوي العلـم
والاثار في هذا الباب عن السلف كثيرة في معنـى
ما اوردناه وفيما ذكرنا تنبيه علـى مـا إليـه قصـدنا
ومن طلب العلم لله فالقليـل يكفيـه اذا عمـل بـه
وكان ابو الدرداء من الفقهاء العلماء الحكماء روي
عـن النـبي ﷺ انـه قـال فيـه (حكيـم امـتي)
وقال فيه معاذ بن جبل كان ابو الدرداء مـن الـذين
اوتـوا العلـم
وقال ابو ذر ما حملت غبراء ولا اظلت زرقاء اعلـم
منـك يـا ابـا الـدرداء
وكان رسول اللـه ﷺ قـد اخـى بينـه وبيـن سـلمان
الفارسي فكانا متواخين متحابين اجتمعا او تفرقا

الاستذكار ج:7 ص:299

وكـان سـلمان عالمـا فاضـلا زاهـدا فـي الـدنيا
ومات ابو الدرداء بدمشق قاضيا عليها لعثمان بعـد
عمـر قبـل مـوت عثمـان بسـنتين او نحوهمـا
ومـات سـلمان بالمـدائن مـن ارض العـراق
وحدثنا ابو القاسم - خلف بن قاسم - قراءة منـي
عليه قال حدثني ابو الميمـون - عبـد الرحمـن بـن
عمر بن راشد بدمشق قال حدثني ابو زرعة - عبـد
الرحمـن بـن عمـرو بـن صـفوان الدمشـقي قـال
حدثني ابو مسـهر - عبـد الاعلـى بـن مسـهر قـال
حدثني سـعيد بـن عبـد العزيـز قـال عمـر امـر ابـو
الدرداء بالقضاء يعني بدمشق وكان القاضي يكون
خليفـة الاميـر اذا غـاب
وقد ذكرنا اخبار أبي الدرداء وسـلمان وفضـائلهما

في باب كل واحد منهما من كتاب الصحابة والحمد لله

قال مالك (1) من استعان عبدا بغير اذن سيده في شيء له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما اصاب العبد ان اصيب العبد بشيء وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الامر عندنا

قال ابو عمر الامر المجتمع عليه عندنا في ذلك ان الاموال تضمن بالعمد والخطا والعبد مال لم ياذن له صاحبه للذي استعانه فكان بذلك متعديا على مال غيره جانيا عليه بغير اذن سيده فيلزمه الضمان ان عطب او تلف فيم ا استعمله فيه وان سلم كان له اجره في الذي عمله لان العبد ليس له ان يهب خراجه ولا شيئا من كسبه لانه لسيده وهذا كله اتفق فيه مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم

وروى ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال من استعان مملوكا بغير اذن سيده او صبيا بغير اذن اهله ضمن

ومعمر عن حماد مثله

وبن جريج عن عطاء مثله

وروى الحكم والشعبي كلاهما عن علي - رضي الله عنه - قال من استعان عبدا صغيرا او كبيرا او صبيا حرا فهلك ضمن ومن استعان حرا كبيرا لم يضمن

الاستذكار ج:7 ص:300

وعن الحسن مثله في الصبي الحر وفي العبد قال فان اذن له اهل الصبي او سيد العبد فلا ضمان عليه

قال مالك في العبد يكون بعضه حرا وبعضه مسترقا انه يوقف ماله بيده وليس له ان يحدث فيه شيئا ولكنه ياكل فيه ويكتسي بالمعروف فاذا هلك فماله للذي بقي له فيه الرق

قال ابو عمر يكون العبد نصفه حرا ونصفه مملوكا من وجوه منها ان يكون بين شريكين وارثين او مبتاعين او بوجه يصح ملكهما له احدهما معسرا والاخر موسرا فيعتق المعسر حصته منه فاذا كان كذلك كان على وجه الحجازيين ما اعتق منه المعسر حرا وسائره عبدا ويكون عند ابي حنيفة عبدا اعتق سيده نصفه او يكون عبدا اوصى بعتق نصفه عند من لا يرى ان يتم عليه العتق في ثلثه ووجوه غير هذه واما قوله انه يوقف ماله بيده فانه يريد نصف ما كان بيده من المال قبل وقوع عتقه وما يكسبه في الايام التي يعمل فيها لنفسه قال مالك يصطلح هو ومالك نصفه على الايام وقال غيره يخدم لنفسه ويكسب لها يوما ويكون لسيده خدمته يوما مما كسب في يوم الحرية فله وعليه في ذلك اليوم مؤنته كلها وفي يوم خدمته لسيده مؤنته على سيده فهذه حاله عند جمهور العلماء فاذا مات فقد اختلفوا في ميراثه فقال بعض اهل العلم كما قال مالك ميراثه لمن فيه الرق لانه في شهادته وحدوده وطلاقه عندهم كالعبد هذا قول مالك والزهري واحد قولي الشافعي وقال اخرون ميراثه بين سيد نصفه وبين من كان يرثه لو كان حرا كله نصفين روي هذا عن عطاء وعمرو بن دينار وطاوس وايـاس بن معاوية وهو احد قولي الشافعي وبه قال احمد بن حنبل غلبوا الحرية هنا لانقطاع الرق بالموت وقالت طائفة منهم الشافعي يورث المعتق نصفه ويرث وقد روي عنه انه لا يرث ولا يورث

الاستذكار ج:7 ص:301

وهـــــو قـــــول مالـــــك والكـــــوفيين
وقال بعض التابعين ان مـات المعتـق بعضـه ورثـه
كلـــــه الـــــذي اعتـــــق بعضـــــه
وروي عن الشعبي في حرة روايـة شـاذة انـه يحـد
خمســـــة وســـــبعين ســـــوطا
قال مالك الامر عندنا ان الوالد يحاسـب ولـده بمـا
انفق عليه من يوم يكون للولـد مـال ناضـا كـان او
عرضـــــا ان اراد الوالـــــد ذلـــــك
قال ابو عمر لا خلاف بين العلمـاء ان الولـد الغنـي
ذا المال لا يجب له علـى ابيـه نفقـة ولا كسـوة ولا
مؤنـــــة وان ذلـــــك فـــــي مـــــاله
واختلفوا عليه وهو موسر هل له ان يرجع عليه بما
انفـــق فـــي مـــاله ويحاســـبه بـــذلك
فقـــال مالـــك ذلـــك لـــه
وقـال الشـافعي اذا انفـق عليـه وهـو قـادر علـى
الوصول إليه فهو متطوع متبرع ولا يحاسبه بشيء
مـــن ذلـــك
وقيـاس قـول ابـي حنيفـة ان انفـق عليـه بـامر
القاضي ليتصرف في مـاله كـان لـك لـه والا فهـو
متطـــوع متـــبرع
واذا فرض له القاضي في مـال الصـبي نفقـة لـم
يضـــره ان ينفـــق ويتصـــرف بمـــا انفـــق عليـــه
هـــذا عنـــدي قيـــاس قـــوله وبـــالله التوفيـــق
1469 - مالك عن عمر بن عبـد الرحمـن بـن دلاف
المزني عـن ابيـه ان رجلا مـن جهينـة كـان يسـبق
الحاج فيشتري الرواحل (1) فيغلي (2) بها ثـم
يسرع السير فيسـبق الحـاج فـافلس فرفـع امـره
إلى عمر بن الخطاب فقال اما بعد ايها الناس فان
الاسيفع اسيفع جهينة رضي من دينه وامانته بـان
يقال سبق الحاج الا وانـه قـد دان معرضـا فاصـبح
قدرين به فمن كان لـه عليـه ديـن فلياتنـا بالغـداة
نقسم ماله بينهـم وايـاكم والـدين فـان اولـه هـم
واخره حرب

قال ابو عمر ويروى قد دان وقد ادان ويروى بلا قد
واكثر الرواة يروونه قد دان معرضا كما رواه يحيى بن القاسم وبن بكير وغيرهم
قال ابو عمر اما قوله في هذا الخبر فافلس فانه اراد صار مفلسا وطلب الغرماء ماله فحال بينه وبين ماله ثم دعا غرماءه ليقسموها عليهم وهذا شأن من احاط دين غرمائه بماله وقاموا عليه عند الحاكم يطلبونه واثبتوا ديونهم عليه بما لا مدفع فيه
واختلف الفقهاء في وجوه من هذا المعنى فقال مالك اذا حبسه الحاكم في الدين لم يجز بعد ذلك اقراره لان حبسه له تفليس
وانما قيل من ش اء من غرمائه ما لم يكن من الحاكم فيه ما وصفنا التفليس فانه جائز اقراره وان كان عليه دين
قال واذا قام غرماؤه عليه على وجه التفليس فهو حجر ايضا
وقال الثوري والحسن بن حي اذا حبسه القاضي في الدين لم يكن محجورا عليه حتى يفلسه فيقول لا اجير له امرا
وقال الاوزاعي اذا كان عليه دين لم يجز عليه صدقته
وهو قول الليث
قال ابو عمر قولهما هذا قد قال بنحوه بعض اصحاب مالك ورووه عن مالك فيمن احاط الدين بماله انه لا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق وان لم يقف السلطان ماله ولم يضرب على يده ولم يمنعه التصرف في ماله من اجل قيام غرمائه عليه
واما قول سائر الفقهاء ففعل من عليه دين جائز في هبته وصدقته وقضاء من شاء من غرمائه ما

لـــم يكـــن مـــن الحـــاكم فيـــه مـــا وصـــفنا واتفق مالك واصحابه كلهم حاشـا بـن القاسـم ان السفيه الذي لم يحجر عليه اب ولا وصي ولا قـاض ان افعاله كلها نافذة حتى يضرب الحاكم على يديه

وذكـر المزنـي عـن الشـافعي قـال اذا رفـع الـذي يستحق التفليس إلى القاضي اشهد القاضـي انـه قد اوقف ماله فاذا فعل لم يجز بيعه ولا هبته ومـا فعل من ذلك ففيه قولان

الاستذكار ج:7 ص:303

احـــدهما انـــه موقـــوف فـــان فعـــل جـــاز والاخـــــــــرى انـــــــــه باطـــــــــل

وقال بن أبي ليلى اذا افلسه الحاكم لم يجـز بيعـه ولا هبته ولا صدقته ويبيع القاضـي مـاله ويقضـيه الغرمـــاء

وقال محمد فـي (نـوادر بـن سـماعة) قـال اهـل المدينة اذا كان عليه دين لم يجـز اقـراره لاحـد ان يقضي ما عليه ولا عتقه ولا شـيء يتلـف بـه مـاله حـــــــتى يقضـــــــي مـــــــا عليـــــــه

قال محمد وقـال القاسـم بـن معـن اذا اقـر بـدين فحبس له فحبسه حجر عليه ولا يجوز اقراره حـتى يقضـــــــــــــــي الـــــــــــــــدين الاول

وقـــــــال شـــــــريك مثـــــــل قـــــــوله

وقال محمد بن الحسن يجوز اقراره وبيعه وجميـع ما صنع في ماله حتى يحجر القاضي عليه ويبطـل اقـــــــراره بعـــــــد حبســـــــه بالـــــــدين

وكان ابو حنيفة لا يرى الحجـر بالـدين ومـذهبه ان الحر لا يحجر عليه لدين ولا لسفه وخالفه في ذلك اصـــحابه

وقال فـي الـبيع فـي الـدين لا يبـاع علـى المـدين شيء من ماله ويحبس حـتى يـبيع هـو الا الـدنانير والـــدراهم فانهـــا تبـــاع عليـــه بعضـــها ببعـــض

وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ومالك والليث

وسائر الفقهاء يباع عليه كل شيء من ماله ويقضي غرماؤه فان قام ماله بديونهم والا قسم بينهم على الحصص بقدر دين كل واحد منهم واما قوله في حديث عمر (الاسيفع) فهو تصغير اسفع والاسفع الاسمر الشديد السمرة وقيل الاسفع الذي تعلو وجهه حمزة تنحو إلى السواد وقوله (ادان معرضا) أي استدان متهاونا بذلك فاصبح قدرين به أي احيط به يريد احاط به غرماؤه واحاط الدين به وذلك من معنى قول الله تعالى كلا بل ران على قلوبهم المطففين 14 الاية أي غلب الدين على قلوبهم فاسود جميعها فلم تعرف معروفا ولا انكرت منكرا
واما قوله في الدين اخره حرب والحرب بتحريك الراء السلب ومنه قول العرب رجل حريب أي سليب مسلوب
قال الشاعر وهو القاسم بن امية بن ابي الصلت الثقفي

الاستذكار ج:7 ص:304

قوم اذا نزل الحريب بدارهم
ردوه رد صواهل ونياق

1 (9 - باب ما جاء فيما افسد العبيد او جرحوا)

1470 - قال مالك السنة عندنا في جناية العبيد ان كل ما اصاب العبد من جرح جرح به انسانا او شيء اختلسه (1) او حريسة (2) احترسها (3) او ثمر معلق جذه (4) او افسده او سرقة سرقها لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك الرقبة قل ذلك او كثر فان شاء سيده ان يعطي قيمة ما اخذ غلامه او افسد او عقل ما جرح اعطاه وامسك غلامه وان شاء ان يسلمه اسلمه وليس

عليه شيء غير ذلك فسيده في ذلك بالخيار
قال ابو عمر اختلاف الفقهاء في هذا الباب
متقارب المعنى كلهم يرى جناية العبد في رقبته
ويخير سيده في فدائه بجنايته او اسلامه في ذمته

روي ذلك عن علي بن ابي طالب - رضي الله عنه
وقال به جماعة علماء التابعين وائمة الفتوى
بامصار المسلمين
وحسبك بقول مالك السنة عندنا يعني ما وصفنا
ولم يختلف مالك واصحابه فيما يستهلكه العبد مما
لم يؤمن عليه انه في رقبته وهو قول جمهور
الفقهاء
وذكر بن حبيب عن اصبغ ان ما استهلكه العبد مما
اؤتمن عليه ان عليه ان يكون في ذمته
وقال بن الماجشون هو في رقبته
وروى سحنون عن بن القاسم في العبد يستاجره
الرجل ليبلغ بعيرا له إلى موضع فيذبحه ويزعم انه
خاف عليه الموت فقال قال مالك ومن يعلم ذلك
اراه في رقبة العبد

الاستذكار ج:7 ص:305

وكذلك قال بن القاسم واشهب في العبد يتوسل
على لسان سيده وينكر سيده ذلك ان ذلك في
رقبته
قال ابو عمر ان قتل العبد عبدا او حرا فاستحياه
ولي الدم كان سيده بالخيار بين ان يفتكه بجميع
دية الحر او قيمة العبد او يسلمه إلى ولي الدم
ويسترقه ويضرب مائة ويسجن عاما
هذا كله قول مالك واصحابه وجمهور اهل العلم
وقال الشافعي سيد العبد المقتول بالخيار في
العبد الذي قتل عبده اما ان يقتل واما ان تكون
قيمة العبد المقتول في عنق القاتل فان عفا عن
القصاص بيع العبد القاتل فان كان فيه فضل رد
على سيد العبد القاتل وان كان فيه نقصان فليس

عليـــــــــــــه غيـــــــــــــر ذلـــــــــــــك
واما ابـو حنيفـة واصـحابه فـذكر الطحـاوي عنهـم قال واذا قتل العبد رجلا خطا قيـل لمـولاه ادفعـه إلى ولي الجنايـة او افـده منـه بالديـة فـان اختـار فداءه بالدية كان ماخوذا بها حالـة لـولي المقتـول وان ثبت بعد ذلك اعساره بها فان ابـا حنيفـة كـان يقول قد زالت الجناية عن عتق العبد باختيار مولاه اياه وصارت دينا على مولاه في رقبة العبد الجاني

وقال ابو يوسف اذا لم يكن للمولى من المال مما هو واصل إليه في وقت اختياره اياه مقـدار الديـة كان اختيار اياه باطلا وكان حـق الجنايـة حـق ولـي الجناية في رقبة العبد اذا كان قبل الاختيار فقـال له ادفع العبد إلى ولي الجناية او افده منـه بالديـة وقال محمد بن الحسن الاختيار جائز معسـرا كـان المولى او موسرا وتكون الدية في عنق العبد دينـا لـولي الجنايـة يتبعـه فيهـا مـولاه لـولي الجنايـة قالوا ولـو جنـى العبـد علـى رجـل فقتلـه خطـا او استهلك الاخر مالا وحضرا جميعا يطلبـان الـواجب لهما فانه يدفع إلى ولـي الجنايـة ثـم يتبعـه الاخـر فيما استهلك من غير ماله ولو حضر صاحب المال اولا ولم يحضر صاحب الجناية باعه له القاضي في ماله الذي استهلكه لـه فـان حضـر بعـد ذلـك ولـي الجنايـــــة لـــــم يكـــــن لـــــه شـــــيء
هذا اخر كتاب الاقضية عند جماعة رواة (الموطا) الا يحيى بن يحيى

1 (10 - باب ما يجوز من النحل)

قال ابو عمر ليس هذا البـاب عنـد غيـر يحيـى فـي (الموطا) ولا له في هذا

الموضع حديث عند جميع رواة (الموطا) في باب ما يجوز من العطية واخر كتاب الاقضية عندهم باب ما افسده العبيد او جرحوا ووقع ليحيى كما ترى واظنه سقط له من موضعه فالحق في اخر الكتاب كما صنع في باب الصلاة قبل طلوع الشمس وغروبها سقط له من ابواب المواقيت في اول كتاب الصلاة فالحقه في اخر كتاب الصلاة

1471 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب ان عثمان بن عفان قال من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ ان يجوز نحله فاعلن ذلك له واشهد عليها فهي جائزة وان وليها ابوه

قال ابو عمر روى بن عيينة هذا الخبر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال شكي إلى عثمان بن عفان قول عمر لا نحلة الا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فراى عثمان ان الوالد يجوز لولده ما كانوا صغارا

يقول اذا وهب له الاب واشهد له عليه انها حيازة وبن عيينة عن ايوب السختياني عن بن سيرين قال سالت شريحا ما يبين للصبي من نحل ابيه قال ان يهب له ويشهد له عليه قلت انه يليه قال هو احق من وليه

قال ابو عمر على قضاء عثمان في هبة الاب لابنه الصغير جماعة الفقهاء بالحجاز والعراق الا ان اصحابنا يخالفون سائر الفقهاء في المسكون والملبوس والموقوف فلا يرون اشهاد الاب في ذلك حيازة حتى يخرج منها مدة اقلها سنة من المسكون ليظهر فعله ذلك واذا ركب ما يركب او لبس ما يلبس فقد رجع في هبته

وقد مضى ما للعلماء في رجوع الاب وغيره في الهبة والحمد لله كثيرا

قال مالك (1) الامر عندنا ان من نحل ابنا له صغيرا ذهبا او ورقا ثم هلك وهو يليه انه لا شيء

للابن من ذلك الا ان يكون الاب عزلها بعينها او دفعها إلى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن إلى هنا انتهت رواية يحيى

الاستذكار ج:7 ص:307

وفي رواية ابي مصعب وغيره قال مالك وان كانت النحلة عبدا او وليدة او شيئا معلوما معروفا ثم اشهد عليه واعلن ثم مات الاب وهو يلي ابنه فان ذلك جائز لابنه

قال ابو عمر لا اعلم خلافا بين الفقهاء - اهل الفتوى بالامصار وسائر من تقدمهم من العلماء ان الاب يجوز لابنه الصغير ما كان في حجره صغيرا او كبيرا بالغا كل ما يهب له ويعطيه ويتصدق به عليه من العروض كلها والعقار وكل ما عدا العين كما يجوز له ما يعطيه غيره وانه يجزئه في ذلك الاشهاد والاعلان واذا اشهد فقد اعلن اذا فشا الاشهاد وظهر

وقال مالك واصحابه ان ما يسكن الاب لا تصح فيه عطية لابنه الصغير الذي في حجره حتى يخرج عن ذلك سنة ونحوها ثم لا يضره رجوعه اليها وسكناه لها ما لم يمت الاب فيها او يبلغ الصغير رشده فلا يقبضها فان مات الاب ساكنا فيها او بلغ الابن رشدا فلم يقبضها حتى يموت الاب لم تنفعه حيازته له تلك السنة وجعلوا الهبة للصغير جوازها متعلق بما يكون من العافية فيها فان سلمت في العافية من الرهن فهي صحيحة وان لحقها رهن جميع ما تقدم قبل ذلك

وكذلك الملبوس عندهم اذا لبس الاب شيئا من الثياب التي وهبها للصغير من ولده بطلت فيه هبته وما عدا الملبوس والمسكون فيكفي فيه الاشهاد على ما وصفنا

واما سائر الفقهاء فان الاب اذا اشهد واعلن الشهادة بما يعطيه لابنه في صحته فقد نفذ ذلك

للابـــــــن مـــــــا كـــــــان صـــــــغيرا وحيازة الاب له من نفسه كحيازته له ما يعطيه غيره لابنه الناظر له ولا يرهن عطيته له في صحته اذا كان صغيرا ولا سكناه ولا لباسه كما لا يضره عند مالك اذا سكن بعد السنة ولا يعد ذلك منه رجوعا فيما اعطى كم ا لا يك ون ذلك رجوعا بعد السنة وما قاله العلماء من ذلك فهو ظاهر فعل عثمان بمحضر الصحابة من غير نكير وبالله التوفيـــق

واما الذهب والورق فقال مالك في موطئه ما قد ذكرنـــــاه فـــــي صـــــدر هـــــذا البـــــاب وظاهره انه اذا عزلها بعينها في ظرف وختم عليها بخاتمه او خاتم الشهود الذين اشهدهم انها جائزة للابـــن كمـــا لـــو جعلهـــا لـــه عنـــد رجـــل وهو قول بن الماجشون واشهب

الاستذكار ج:7 ص:308

وبه كان ابو عمر - احمد بن عبد الله بن هاشم - شـــــــيخنا - رحمـــــــه اللـــــــه يفـــــــتي وذكر العتبي لابن القاسم عن مالك انها لا تجوز الا ان يخرجها الاب عن يده إلى يد غيره - يحوزها للابـــــن وانـــــه لا ينفعـــــه خـــــاتمه عليهـــــا وبهذا كان يقضي القاضي ابو بكر محمد بن يبقى بـــن زرب

وهذه المسالة كانت احد الاسباب التي اوجبت التباعـد بينـه وبيـن ابـي عمـر رحمهمـا اللـه واختلفوا في هبة المشاع من الغنم وغيرها يهبها الاب لابنـــــه الصـــــغير فـــــي حجـــــره فـــــروي عـــــن مالـــــك انـــــه جـــــائز وبـــــه قـــــال بـــــن الماجشـــــون وقال بن القاسم لا يحوز الاب لابنه الصغير الا ما يهبـــــــه مـــــــبروزا مقســـــــوما قال واليه رجع مالك وبه قال مطرف واصبغ قال ابو عمر ظاهر حديث عثمان يشهد لما قاله

مالك وبن الماجشون وهو الاصل المجتمع عليه عند جمهور العلماء ولا مخالف له من الصحابة واختلفوا فيمن يجوز للصغير غير ابيه ومن يقوم له في الحيازة مقام ابيه فيما يعطيه فروى يحيى عن بن القاسم عن مالك ان الام لا تحوز ما يعطى ابنها الا ان تكون عليه وصية قال ولا يحوز للطفل الا من يجوز له انكاحه والمباراة عليه والبيع والشراء له
قال يحيى وسمعت بن وهب يقول تحوز الام لولدها ما تهب لهم وكذلك الجدة والاجداد وان لم يكونوا اولياء عليه
وقال بن القاسم لا تحوز الام ما يوهب لولدها
وقال اشهب تحوز لهم الوصية بهبة يمضي معهم إلى الكتاب ولا يحوز لهم غير ذلك والوصي عندهم يحوز ما يوهب لليتيم في حجره
واما الشافعي فالجد عنده يقوم مقام الاب فيما يهبه للاطفال من ولد ولده يحوز ذلك عليهم إلى ان يبلغوا مبلغ القبض لانفسهم
واما الكوفيون فذكر الطحاوي وغيره عن ابي حنيفة واصحابه ان الام كالاب فيما تهب لابنها اليتيم في حجرها عبدا او متاعا معلوما اذا اشهدت على ذلك

جاز ولم ترجع في شيء منه وكذلك تقبض له من كل من وهب له شيئا يصح قبضه وكذلك الوصي وكذلك من قبض لليتيم من الاجنبيين ما اعطى اليتيم
وذكر الطحاوي ايضا عنهم قال وللاب ان يقبض ما يهب لابنه الصغير مما يتصدق به عليهم وكذلك من فوقه من الاباء اذا كان هو الذي امره وقبضه من ذلك لنفسه اشهاده على ما كان منه واعلانه به وبالله التوفيق وصلى الله على محمد سيد

الاستذكار ج:7 ص:310

1 (38 كتاب العتق والولاء)

1 (1 - باب من اعتق شركا له في مملوك)

1472 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله ﷺ قال (من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق)
قال ابو عمر قد ذكرنا في (التمهيد) اختلاف الفاظ رواة (الموطا) في هذا الحديث واختلاف الفاظ اصحاب نافع عليه واصحاب سالم عليه وقد جود مالك - رحمه الله - حديثه هذا عن نافع واتقنه وبان فيه فضل حفظه وفهمه وتابعه على كثير من معانية عبيد الله بن عمر ومن احسن رواه سياقه يحيى بن يحيى الليثي صاحبنا وبن القاسم وبن وهب فانهم ذكروا فيه عن مالك (فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه) ومن لم يقل في هذا الحديث من رواة مال ك (فكا ان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه) فقد كثر ولم يقم الحديث لانه لا خلاف بين العلماء انه لا يقوم نصيب الشريك الذي لم يعتق على الذي اعتق الا ان يكون له من المال ما يبلغ ثمن حصة شريكه الذي لم يعتق
وكذلك جود مالك هذا الحديث واتقنه في قوله فيه (وان لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق) وتابعه على هذا اللفظ عبيد الله بن عمر عن نافع

عن بن عمر ان رسول الله ﷺ قال (من اعتق شركا له في مملوك فقد عتق فان

كان له مال يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل واعتق كله وان لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق) وهذا كرواية مالك سواء

ورواه ايوب عن نافع عن بن عمر عن النبي ﷺ قال (من اعتق شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ ثمنه فهو عتيق) قال ايوب قال نافع والا فقد عتق منه ما عتق قال ايوب لا ادري اهذا في الحديث ام هو من قول نافع قوله (فقد عتق منه ما عتق) ورواه يحيى بن سعيد الانصاري عن نافع عن بن عمر عن النبي ﷺ قال (من اعتق نصيبا له في عبد كلف عتق ما بقي منه ان كان له مال فان لم يكن له مال فقد جاز ما صنع) وقد ذكرنا الاسانيد عن عبيد الله وعن ايوب وعن يحيى بما وصفنا من طرق في (التمهيد) وهذا اللفظ اعني قوله (وان لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق) يعني الاستسعاء ويوجب العتق على المعسر وانما ملك شريكه على ما كان عليه دون ايجاب استسعاء على العبد وهذا الموضع اختلفت فيه الاثار واختلف في الحكم به علماء الامصار فاما اختلاف الاثار في ذلك فان ابا هريرة روى في ذلك خلاف ما روى بن عمر من حديث قتادة عن النضر بن انس عن بشير بن نهيك عن ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قال (ايما عبد كان بين رجلين فاعتق احدهما نصيبه فان كان موسرا قوم عليه والا سعى العبد غير مشقوق عليه) (1) هكذا رواه سعيد بن ابي عروبة عن قتادة لم

يختلف على سعيد في شيء منه وممن رواه عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن النضر عن بشير بن نهيك عن ابي هريرة عن النبي كذلك روح بن عبادة ويزيد بن زريع وعبدة بن سليمان وعلي بن مسهر ومحمد بن بكر ويحيى بن سعيد القطان ومحمد بن ابي عدي

وقد تابع سعيد بن ابي عروبة على ذلك ابان العطار وجرير بن حازم وموسى بن خلف رووه عن قتادة باسناد مثله وذكروا فيه السعاية واما هشام الدستوائي وشعبة بن الحجاج وهمام بن يحيى فرووه عن قتادة باسناده المذكور لم يذكروا فيه السعاية وهم اثبت من الذين ذكروا فيه السعاية

واصحاب قتادة الذين هم الحجة على غيرهم عند اهل العلم ثلاثة شعبة وهشام وسعيد بن ابي عروبة فاذا اتفق منهم اثنان فهما حجة على الواحد عندهم وقد اتفق شعبة وهشام الدستوائي على ترك ذكر السعاية في هذا الحديث فضعف بذلك ذكر السعاية والله اعلم

وقد ذكرنا حديث ابي هريرة من طرق هؤلاء كلهم في (التمهيد) وزدنا القول بيانا في ذلك من جهة الاسناد والنقل هنالك

واما اختلاف الفقهاء في هذا الباب فان مالكا واصحابه يقولون اذا اعتق المليء الموسر نصيبا له في عبد بينه وبين غيره فلشريكه ان يعتق بتلا وله ان يقوم اذا أعتق نصيبه كما اعتق شريكه قبل التقويم كان الولاء بينهما كما كان الملك بينهما ما لم يقوم ويحكم بعتقه فهو كالعبد في جميع احكامه

وان كان المعتق لنصيبه من العبد عديما لا مال له لم يعتق من العبد غير حصته وبقي نصيب الاخر

رقا له يخدمه العبد يوما ويكتسب لنفسه يوما وهو في حدوده وجميع احواله كالعبد
وان كان المعتق موسرا ببعض نصيب شريكه قوم عليه بقدر ما يوجد معه من المال ورق بقية النصيب لديه ويقضى بذلك عليه كما يقضى في سائر الديون اللازمة والجنايات الواجبة ويباع عليه شوار بيته وماله بال من كسوته والتقويم ان يقوم نصيبه يوم العتق قيمة عدل ثم يعتق عليه
وكذلك قال داود واصحابه فانه لا يعتق عليه حتى يؤدي القيمة إلى شريكه
وهو قول الشافعي في (القديم) وقال في (الجديد) اذا كان المعتق لحصته من العبد موسرا في حين العتق عتق جميعه حينئذ وكان حرا من يومئذ يرث ويورث وله ولاؤه ولا سبيل للشريك على العبد وانما له قيمة نصيبه على شريكه كما لو قتله وسواء اعطاه القيمة او منعه اذا كان موسرا يوم العتق وان كان معسرا فالشريك على ملكه يقاسمه كسبه او يخدمه يوما ويخلي لنفسه يوما ولا سعاية عليه

الاستذكار ج:7 ص:313

وقد قال الشافعي ان مات العبد وله وارث ورث بقدر ولايته وان مات له موروث لم يرث منه شيئا وله قول اخر فيمن كان بعضه حرا ذكره المزني عنه في (القديم) واختار قوله في (الجديد) وقال هو الصحيح على اصله لانه قال لو اعتق الثاني كان عتقه باطلا
وقد قطع بان هذا اصح في اربعه مواضع من كتبه وقاله في اختلاف الحديث واختلاف بن ابي ليلى وابي حنيفة
وقال في كتاب الوصايا بالقول الاول واصل ما بنى عليه مذهبه في ذلك حديث بن عمر ولم يقل بحديث ابي هريرة وضعف قول من ذكر

فيه السعاية
وقال مالك ان مات المعتق المعسر قبل ان يحكم عليه بعتق الباقي لم يحكم على ورثته بعتق النصف الباقي
وقال الشافعي يحكم بعتقه اذا مات ولو اتى ذلك على جميع تركته الا ان يقع العتق منه في المرض فيقوم في الثلث
وقال سفيان اذا كان للمعتق حصته من العبد مال ضمن نصيب شريكه ولم يرجع به على العبد ولا سعاية على العبد وكان الولاء له وان لم يكن له مال فلا ضمان عليه وسواء نقص من نصيب الاخر او لم ينقص ويسعى العبد في نصف قيمته حينئذ
وكذلك قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن
وفي قولهم يكون العبد كله حرا ساعة اعتق الشريك نصيبه فان كان موسرا ضمن لشريكه نصف قيمة عبده وان كان معسرا سعى العبد في ذلك للذي لم يعتق ولا يرجع على احد بشيء والولاء كله للمعتق وهو بمنزلة الحر في جميع احكامه ما دام في سعايته من يوم اعتق يرث ويورث
وهو قول الاوزاعي وعن بن شبرمة وبن ابي ليلى مثله الا انهما جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى ايسر
ورووا عن بن عباس انه جعل المعتق بعضه حرا في جميع امواله
وقال ابو حنيفة اذا كان العبد بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه وهو موسر فان الشريك بالخيار ان شاء اعتقه كما اعتق صاحبه وكان الولاء بينهما وان شاء

استسعى العبد في نصف قيمته ويكون الولاء بينهما وان شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد يستسعى

فيه ان شاء ويكون الولاء كله للشريك وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما وان شاء اعتقه كما اعتق صاحبه والولاء بينهما
وقال ابو حنيفة العبد المستسعى ما دام في سعايته بمنزلة المكاب في جميع احكامه
وقال زفر يعتق العبد كله على المعتق حصته منه ويتبع بقيمة حصة شريكه موسرا كان او معسرا
قال ابو عمر لم يقل زفر بحديث بن عمر ولا بحديث ابي هريرة في هذا الباب
وكذلك ابو حنيفة لم يقل بواحد من الحديثين على وجهه وكل قول خالف السنة مردود
وقال احمد بن حنبل بحديث بن عمر في هذا الباب وقوله فيه نحو قول الشافعي قال ان كان للمعتق من الشريكين مال ضمن وان لم يكن له مال عتق منه ما عتق وكان الاخر على نصيبه ولا يستسعي العبد
قال ابو عمر هذا يدل على ان حديث بن عمر عند احمد اصح من حديث ابي هريرة وانه لم يصح عنده ذكر السعاية واحمد امام اهل الحديث في المعرفة بصحيحه من سقيمه
قال احمد ولا يباع على الشريك المعسر دار ولا ربع
ولم يحد في العسر واليسار حدا
وقال إسحاق ان كان للشريك المعتق مال فكما قال احمد يضمن وان لم يكن له الا دار وخادم فانه لا يجعل ذلك مالا قال وان كان معسرا فانه يستسعي العبد لصاحبه
واتفق احمد واسحاق وسفيان بان العتق اذا وقع والمعتق موسر ثم افلس لم يتحول عليه الغرم كما لو وقع وهو مفلس ثم ايسر لم يلزمه شيء
وقد قيل في هذه المسالة اقوال غير ما ذكرنا شاذة وليس عليها احد من فقهاء الامصار منها

قول ربيعة بن ابي عبد الرحمن قال فمن اعتق حصته من عبد ان

الاستذكار ج:7 ص:315

العتق باطل موسرا كان المعتق او معسرا وهذا خلاف الحديث وما اشك انه لم يبلغه ولا علمه وقد ذكر محمد بن سيرين عن بعضهم انه جعل قيمة حصة الشريك في بيت المال وهذا ايضا خلاف السنة

وعن الشعبي وابراهيم انهما قالا الولاء للمعتق ضمن او لم يضمن

وقال عثمان البتي لا شيء على المعتق الا ان تكون جارية رائعة تراد للوطئ فيضمن ما ادخل على صاحبه من الضرر

وقد تقدم قول زفر وقول ابي حنيفة ايضا فهذا حكم من اعتق حصة له من عبد بينه وبين غيره واما من اعتق حصته من عبده الذي لا شركة فيه لاحد معه فان جمهور العلماء بالحجاز والعراق يقولون يعتق عليه كله ولا سعاية عليه

وقال ابو حنيفة وربيعة

وهو قول طاوس وحماد يعتق منه ذلك النصيب ويسعى لمولاه في بقية قيمته موسرا كان او معسرا

وبه قال اهل الظاهر

وخالفه اصحابه ابو يوسف ومحمد وزفر فاعتقوا العبد كله دون سعاية

وهو قول مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وبن ابي ليلى وبن شبرمة والحسن بن صالح والليث بن سعد واحمد واسحاق كلهم قال يعتق عليه كله اذا كان العتق منه في الصحة

قال ابو عمر الحجة قائمة على ربيعة وابي حنيفة بمعنى السنة لان الحديث لما ورد بان يعتق عليه نصيب شريكه كان احرى بان يعتق عليه ما هو في ملكه لانه موسر به مالك له وفي مثل هذا جاء

الاثـــــــر ليـــــــس إليـــــــه بشـــــــريك
حدثني عبد الله قال حدثني محمد قال حدثني داود السـختياني قـال حـدثني ابـو الوليـد الطيالسـي ومحمد بن كثير قالا اخبرنـا همـام عـن قتـادة عـن ابي المليح - زاد ابو الوليد عن ابيه - ان رجلا اعتق شقصـا لـه فـي غلام فـذكر ذلـك للنـبي ﷺفقـال (ليس إليه بشريك

الاستذكار ج:7 ص:316

زاد بـــــــن كـــــــثير واجـــــــاز عتقـــــــه
وحجة ابـي حنيفـة وربيعـة مـا رواه إسـماعيل بـن امية عن ابيه عن جده انـه اعتـق نصـف عبـده فلـم ينكـــــــر رســـــــول اللـــــــه ﷺعتقـــــــه
وهـذا يحتمـل ان يكـون فـي وصـيته بعـد مـوته قـال إسـماعيل وانمـا يعتـق العبـد كلـه اذا اعتـق الشـــــــــــــــريك نصـــــــــــــــفه
وقد جاء عن الحسن مثل قول ربيعة وابي حنيفـة وهو قول عبيد اللـه بـن الحسـن والشـعبي كلهـم يقـــول يعتـــق الرجـــل مـــن عبـــده مـــا شـــاء
وروي مثلـه عـن علـي - رضـي اللـه عنـه - وليـس بالثـــــــابت عنـــــــه واللـــــــه اعلـــــــم
وقد روي عن الشعبي لو اعتق من عبـده عضـوا او اصـــــــبعا عتـــــــق عليـــــــه كلـــــــه
وكـــــــذلك قـــــــال قتـــــــادة
وهو الصحيح في هذه المسالة ان شاء الله تعـالى
ذكر عبد الـرزاق (1) عـن الثـوري عـن خالـد بـن سلمة الفافا قال جاء رجل إلى بن عمـر فقـال لـه كان لي عبد فاعتقت ثلثه فقال بن عمر عتـق كلـه ليـــــــس للـــــــه بشـــــــريك
قال ابو عمر من ملك شقصا ممن يعتق عليـه بـاي وجه ملكه سوى الميراث فـانه يعتـق عليـه جميعـه وان كان موسرا عند كل من ذكرنا عنه عتق نصـيب الشريك اذا اعتق هو حصته علـى مـا قـدمنا منهـم

ذكره فان ملكه بميراث فقد اختلفوا في عتق نصيب شريكه عليه وفي السعاية على حسب ما قدمنا من اصولهم

وفي تضمن رسول الله ﷺ المعتق لنصيبه من عبد بينه وبين غيره قيمة باقي العبد دون ان يلزمه الاتيان بنصف عبد مثله دليل على ان من استهلك شيئا من الحيوان او العروض التي لا تكال ولا توزن او افسد شيئا من ذلك فليس عليه الا قيمة ما استهلك دون المثل فيه وهذا موضع اختلف فيه العلماء قديما فذهب مالك واصحابه إلى ان من افسد شيئا من العروض التي لا تكال ولا توزن او شيئا من الحيوان فانما عليه القيمة لا المثل بدليل هذا الحديث قال القيمة اعدل في ذلك

الاستذكار ج:7 ص:317

وهو قول الكوفيين

وذهب الشافعي واصحابه وداود إلى ان القيمة لا يقضى بها في شيء من ذلك الا عند عدم المثل وحجتهم في ذلك ظاهر قول الله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به النحل 126 ولم يقل بقيمة ما عوقبتم به وهذا عندهم على عمومه في الاشياء كلها واحتجوا ايضا بحديث حميد عن انس (ان رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه فارسلت احدى امهات المؤمنين جارية بقصعة فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة وسقط الطعام فاخذ رسول الله ﷺ الكسرتين فضم احداهما إلى الاخرى وجعل يجمع فيها الطعام ويقول (غارت امكم كلوا) فاكلوا وحبس الرسول والقصعة حتى جاءت قصعة التي هو في بيتها ودفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته

(1)_____
ومثل ذلك حديث فليت بن خليفة العامري ويقال له قليت عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة قالت ما رايت صانعا طعاما مثل صفية بنت حيي صنعت لرسول الله طعاما فبعثت به فاخذني افكل وكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال (اناء مثل اناء وطعام مثل طعام) (2)_____
قال مالك (3) والامر المجتمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه او ربعه او نصفه او سهما من الاسهم بعد موته انه لا يعتق منه الا ما اعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان مخيرا في ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصي لم يكن للموصي الا ما اخذ من ماله ولم يعتق ما بقي من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق ما بقي من العبد على قوم اخرين ليسوا هم ابتدؤوا العتاقة ولا اثبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت هو

الاستذكار ج:7 ص:318
الذي اعتق واثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في مال غيره الا ان يوصي بان يعتق ما بقي منه في ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه ان يابوا ذلك عليه وهو في ثلث مال الميت لانه ليس على ورثته في ذلك ضرر
قال مالك ولو اعتق رجل ثلث عبده وهو مريض فبت عتقه عتق عليه كله في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذي يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وان العبد الذي يبت سيده عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات اعتق عليه

في ثلثه وذلك ان امر الميت جائز في ثلثه كما ان امر الصحيح جائز في ماله كله
قال ابو عمر قد اتقن مالك ما ذكره في الموصي حصته في عبد بينه وبين غيره وفي الذي بتل عتق حصته في مرضه وعلى ما ذكره في الوصية جمهور العلماء وجماعة ائمة الفتوى وخالفه الكوفيون في العتق البتل في المرض على ما نذكره في الباب الثاني بعد هذا ان شاء الله عز وجل
وقول الشافعي واحمد واسحاق في الوجهين جميعا مثل قول مالك
قال مالك رحمه الله اذا اعتق شريكا له في مرضه الذي مات فيه عتق بتات ثم مات كان في ثلثه كالصحيح في كل ماله
قال ولو اوصى بعتق النصيب من عبد بعينه لم يعتق منه الا ما اوصى به
واختلف اصحاب مالك في الذي يوصي بعتق شقص له من اعبد ويوصي ان يقوم عليه نصيب صاحبه
وقال بن سحنون لم يختلف اصحابنا في الموصي بعتق شقص له من عبد انه لا يقوم عليه نصيب شريكه فان اوصى ان يقوم عليه فقد اختلفوا فيه

وكان سحنون وغيره يقول يستهم عليه لانه في ثلثه كالصحيح في جميع ماله
قال وروى بن وهب عن مالك انه لا يق وم عليه الا ان يشاء الشريك تقديمه لان العتق له مباح وفي (العتبية) روى اشهب عن مالك ان ذلك للمعتق يقوم عليه وليس للشريك ان يابى ذلك
واختلفوا ايضا في الذي يعتق حصته من عبد بينه وبين غيره ويموت من وقته

وفي (المدونة) قال بن القاسم اذا مات المعتق او افلس لم يقوم في ماله ولم يذكر فرقا بين تطاول وقت موته او قرب ذلك قال وكذلك قال مالك
وذكر بن حبيب ان مطرفا روى عن مالك انه ان مات بحدثان ذلك فانه يقوم عليه وان كان قد تباعد فلا يقوم عليه
وذكر بن سحنون ذلك فقال اذا مات بحدثان ذلك قوم عليه لان للشريك حقا لا يتطلب المعرفة
وفي العتبية روى اشهب عن مالك انه يقوم على الميت في راس ماله لا في ثلثه والله اعلم

1 (2 - باب الشرط في العتق)

1473 - قال مالك من اعتق عبدا له فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حرمته ويثبت ميراثه فليس لسيده ان يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده من مال او خدمة ولا يحمل عليه شيئا من الرق لان رسول الله ﷺ قال (من اعتق شركا له) في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد) قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا احق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشيء من الرق
قال ابو عمر اما قوله في اول الباب انه ليس لمن اعتق عبده وبت عتقه ان يشترط عليه شيئا مما يشترطه السيد على عبده - يعني من مال او خدمة فانه يقضي على قوله فيمن قال لعبده انت حر وعليك الذي عنده وانت حر على ان تؤدي الي كذا وكذا
وقد تقدمت هذه المسأله وما فيها لابن القاسم من الخلاف وتقدم القول فيها فلا وجه لاعادته واما قوله فهو اذا كان العبد له خالصا - احق

باستكمال عتاقته فقد تقدم القول في الباب قبل هذا ان ربيعة وابا حنيفة وعبيد الله بن الحسن العنبري - قاضي البصرة - كانوا يقولون في الرجل يعتق بعض عبده الا انه لا يعتق منه الا ما عتق وان العبد يسعى لسيده في قيمته ما لم يعتق منه وان ذلك قد روي عن علي رضي الله عنه

الاستذكار ج:7 ص:320

وبه قال الحسن والشعبي وذكرنا الحديث الذي نزع به من قال ذلك وان اهل الظاهر قالوا به ايضا ومنهم من لم ير على العبد سعاية

وذكرنا ان مالكا والشافعي وابا يوسف ومحمدا والثوري ومن سميناه معهم قالوا يعتق عليه كله وما احتج به مالك صحيح فانه اذا كان له العبد كله كان احق باستكمال العتق عليه من الذي اعتق حصة له منه بينه وبين غيره وقد ذكرنا ذلك كله في (التمهيد) والحمد لله كثيرا

1 (3 - باب من اعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم)

1474 - مالك عن يحيى بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن ابي الحسن البصري وعن محمد بن سيرين ان رجلا في زمان رسول الله ﷺ اعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم (1) رسول الله ﷺ بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد

قال مالك وبلغني انه لم يكن لذلك الرجل مال غيره

1475 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن ان رجلا في امارة ابان بن عثمان اعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر ابان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت اثلاثا ثم اسهم على

ايهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على احد الاثلاث فعتق الثلث الذي وقع عليه السهم
قال ابو عمر ذكر مالك في هذا الباب سنة وعملا بالمدينة فالسنة في ذلك رواها عمران بن حصين وابو هريرة عن النبي ﷺ
وحديث عمران اشهر واكثر طرقا وهي سنة انفرد بها اهل البصرة واحتاج فيها اليهم اهل المدينة وغيرهم
رواها عن عمران بن حصين الحسن وبن سيرين وابو المهلب الجرمي ورواها عن الحسن عن عمران بن حصين جماعة منهم قتادة وحميد الطويل

وسماك بن حرب ويونس بن عبيد ومبارك بن فضالة وخالد الحذاء
ورواها عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين ايوب السختياني وهشام بن حسان ويحيى بن عتيق ويزيد بن ابراهيم التستري وغيرهم
وروى هذا الحديث يزيد التستري عن الحسن وبن سيرين جميعا عن عمران بن حصين
ورواه ايوب وغيرة عن ابي قلابة عن ابي المهلب عن عمران بن حصين
واما حديث ابي هريرة فرواه محمد بن زياد عن ابي هريرة
وروى إسماعيل بن امية وقيس بن سعد وسليمان بن موسى كلهم سمعوا مكحولا يقول سمعت سعيد بن المسيب يقول اعتقت امراة وفي رواية قيس بن سعد اعتقت امراته او رجل ستة اعبد لها عند الموت على عهد رسول الله ﷺ ليس لها مال غيرهم فأقرع رسول الله ﷺ بينهم فأعتق اثنين

وارق اربعـــــــــــــة (1)ـــــــــــــ
وقـد ذكرنـا طـرق هـذا الحـديث بالاسـانيد فـي (التمهيـــد) ونـــذكر هنـــا منهـــا طرفـــا اخبرنا احمد بن محمد قال حدثني احمد بن الفضل قال حدثني محمد بن جرير قال حدثني ابـو كريـب قال حدثني وكيع عن يزيد بن ابراهيم عن الحسـن وبن سيرين عن عمران بن حصين (ان رجلا اعتـق ستة اعبـد لـه فـي مرضـه فـأقرع رسـول اللـه بينهـــم فـــأعتق اثنيـــن وارق اربعـــة) (2)ـــ ليس في هذا الحديث ولا في حديث مالك ليس لـه مال غيرهم وقد ذكر ذلـك غيـر واحـد مـن الثقـات فـــــــــي هـــــــــذا الحـــــــــديث
حدثني محمـد بـن خليفـة قـال حـدثني محمـد بـن الحسن البغدادي قال حـدثني عبـد اللـه بـن صـالح البخاري قال حدثنا عبد الاعلى بـن حمـاد النرسـي قال حدثنا حماد بن سلمة عن ايوب عن محمـد بـن سيرين عن عمران بن حصين وعـن قتـادة وحميـد وسماك عن الحسـن عـن عمـران بـن حصـين (ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع رسول الله بينهـم فـأعتق اثنيـن وترك اربعة في الرق

الاستذكار ج:7 ص:322

وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني حمـاد بـن بكـر وحـدثني عبـد الله بن محمد قال حدثني محمد بـن بكـر قـال ابـو داود قال حدثني مسدد قال حدثني حمـاد بـن زيـد عن يحيى بن عتيق وايوب عـن محمـد بـن سـيرين عن عمران بن حصين (ان رجلا اعتق ستة اعبد لـه عند موته ولم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلـك النـبي فـــأقرع بينهـــم فـــأعتق اثنيـــن وارق اربعـــة) قال ابو عمر اختلف العلماء في الرجل يعتـق فـي

مرضه عند موته عبيدا له ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي واصحابهما بهذا الاثر الصحيح وذهبوا إليه
وبه قال احمد واسحاق وداود والطبري وجماعة من اهل الراي والحديث
ذكر بن عبد الحكم عن مالك قال من اعتق عبيدا له عند موته ليس له مال غيرهم قسموا اثلاثا ثم يسهم بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم ويرق ما بقي وان كان بينهم فضل رد السهم عليهم فأعتق الفضل وسواء ترك مالا غيرهم او لم يترك
قال ومن اعتق رقيقا له عند الموت وعليه دين يحيط بنصفهم فان استطاع ان يعتق من كل واحد نصفه فعل ذلك بهم
قال ومن قال ثلث رقيقي حر اسهم بينهم وان اعتق كلهم اسهم بينهم اذا لم يكن له مال غيرهم
وان قال ثلث كل راس حر ونصفه لم يسهم بينهم

وقال بن القاسم كل من اوصى بعتق عبيده او بتل عتقهم في مرضه ولم يدع غيرهم فانه يعتق بالسهم ثلثهم
وكذلك لو ترك مالا والثلث لا يسعهم لاعتق مبلغ الثلث منهم بالسهم
وكذلك لو اعتق منهم جزءا سماه او عددا سماه
وكذلك لو قال راس منهم حر فالسهم يعتق منهم من يعتق ان كانوا خمسة فخمسهم وان كانوا ستة فسدسهم خرج لذلك اقل من واحد او اكثر
وقال لو قال عشرهم وهم ستون عتق سدسهم اخرج السهم اكثر من عشرة او اقل
وهذا كله مذهب مالك

الاستذكار ج:7 ص:323

ولم يختلف مالك واصحابه في الذي يوصي بعتق عبيده في مرضه ولا مال له غيرهم انه يقرع بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم وكذلك لم يختلف الاكثر منهم ان هذا حكم الذي اعتق عبيده في مرضه عتقا بتلا ولا مال له غيرهم

وقال اشهب واصبغ انما القرعة في الوصية واما البتل فهم كالمدبرين قال ابو عمر حكم المدبرين عندهم اذا دبرهم سيدهم في كلمة واحدة انه لا يبدي بعضهم على بعض ولا يقرع بينهم ويقضي الثلث على جميعهم بالقيمة فيعتق من كل واحد منهم حصته من الثلث وان لم يدع مالا غيرهم عتق ثلث كل واحد وان دبر في مرضه واحدا بعد واحد بدىء بالاول فالاول كما دبرهم في الصحة او في مرضه ثم صح قال ابو عمر قول اشهب واصبغ خلاف السنة المذكورة في صدر هذا الباب وخلاف اهل الحجاز واهل العراق ولم يرد السنة الا فيمن اعتق في مرضه ستة اعبد له عتقا بتلا ولا مال له غيرهم لا فيمن اوصى بعتقهم فحكم رسول الله فيهم بحكم الوصايا فأرق ثلثيهم واعتق ثلثهم فكيف يجوز لاحد ان يقول بالحديث في الوصية دون العتق البتل فيخالفهم نصه ويقول بمعناه وذكر بن حبيب عن بن القاسم وبن كنانة وبن الماجشون ومطرف قالوا اذا عتق الرجل في مرضه عبيدا له عتقا بتلا او اوصى لهم بالعتاقة كلهم او بعضهم سماهم او لم يسمهم الا ان الثلث لا يحملهم ان السهم يجزئ فيهم كان له مال سواهم او لم يكن قال بن حبيب وقال بن نافع ان كان له مال سواهم لم يسهم بينهم واعتق من كل واحد ما ينوبه وان لم يكن له مال سواهم او كان له مال

تـــــــافه فـــــــانه يقـــــــرع بينهـــــــم
وقال الشافعي واذا اعتق الرجل في مرضه عبيـدا له عتق بتات انتظر بهم فان صح عتقـوا مـن راس مـاله وان مـات ولا مـال لـه غيرهـم اقـرع بينهـم واعتـــــــــــــــــق ثلثهـــــــــــــــــم
قال الشافعي والحجة فـي ان العتـق البتـات فـي المرض وصـية ان رسـول اللـه ﷺ اقـرع بيـن سـتة مملوكين اعتقهم الرجل في مرضه وانزل عتقهم وصـــــــــية فـــــــــأعتق ثلثهـــــــــم
قال الشافعي ولو اعتق في مرضـه عبـدا لـه عتـق بتات وله مدبرون وعبيد

الاستذكار ج:7 ص:324

اوصى بعتقهم بعد موته بدىء بالـذين بـت عتقهـم في مرضه لانهم يعتقون عليـه ان صـح وليـس لـه الرجـــــــــوع فيهـــــــــم بحـــــــــال
وقال الشافعي والقرعة ان تكتب رقاع ثـم يكتـب اسماء العبيد ثم يبندق بنادق مـن طيـن ثـم يجعـل في كل بندقة رقعة ويجري الرقيق اثلاثا ثـم يـؤمر رجل منهم لم يحضر الرقاع فيخرج رقعة على كـل جزء وان لم يستووا في القيمة عدلوا وضـم قليـل الثمن إلى كثير الثمن وجعلوه ثلاثة اجـزاء قلـوا او كثروا الا ان يكونوا عبـدين فـان وقـع العتـق علـى جزء فيه عدة رقيق اقل من الثلث اعيـدت الرقعـة بين السهمين الباقيين فأيهم وقع عليه اعتق منـه بـــــــــــاقي الثلـــــــــــث
قال احمد بن حنبل في هذا كلـه كقـول الشـافعي ســـــــــــــــــــــــــــــــــــــــواء
وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج قال اخبرني سليمان بـن موسـى قـال سـمعت مكحـولا يقـول اعتقت امراة من الانصار عبيدا لهـا سـتة لـم يكـن لها مال غيرهم فلما بلغ النبي ﷺ غضب وقال في ذلك قولا شديدا ثم دعا بستة قـداح فـأقرع بينهـم

فـــــــــــــــــــأعتق اثنيـــــــــــــــــــن
قال سليمان بن موسى كنت اراجع مكحولا فأقول ان كان عبد ثمن الف دينـار اصـابته القرعـة ذهـب المال فقال قف عند امر رسـول اللـه ﷺقـال بـن جريج قلت لسليمان الامر يسـتقيم علـى مـا قـال مكحول قـال كيـف قلـت يقيمـون قيمـة فـان زاد اللذان اعتقـا علـى الثلـث اخـذ منهمـا الثلـث وان نقصا عتق ما بقي ايضا بالقرعة فـان فضـل عليـه اخـــــــــــــــــــذ منهـــــــــــــــــــم
قـــال ثـــم بلغنـــا ان رســـول اللـــه ﷺاقـــامهم قال ابو عمر قد روي في حـديث بـن سـيرين عـن عمران بن حصين ان النبي ﷺجزاهم ثلاثـة اجـزاء وهذا يدل علـى انـه اقـامهم وعـدلهم بالقيمـة ولا يمكـــن غيـــر ذلـــك فـــي اخـــراج الثلـــث
قال حدثني محمد بن خليفة قال حدثني محمد بـن الحسين قال حدثني عبـد اللـه بـن ابـي داود قـال حدثني علي بن نصر قال حدثني يزيد بن زريع قال حدثني هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عـن عمران بن حصين ان رجلا كان لـه سـتة اعبـد ولـم يكن له مال غيرهم فأعتقهم عند موته فرفع ذلـك إلى النـبي ﷺفجزاهـم ثلاثـة اجـزاء ف أعتق اثنيـن وارق اربعـــة
وهذا كله قول مالك والشـافعي واحمـد بـن حنبـل ومن ذكرنا معهم

الاستذكار ج:7 ص:325

وقال ابو حنيفة فيمن اعتق عبيـدا لـه فـي مرضـه ولا مال له غيرهم عتق مـن كـل واحـد منهـم ثلثـه وســـــــــعوا فـــــــــي البـــــــــاقي
وهـــــو قـــــول الحســـــن بـــــن حـــــي
وقال ابو حنيفة حكم كل واحد منهم ما دام يسعى حكـــــــــــــــــــم المكـــــــــــــــــــاتب

وقال ابو يوسف ومحمد هم احـرار وثلثـا قيمتهـم ديـن عليهـم يسـعون فـي ذلـك حـتى يـؤدوه إلـى الورثـــة

قال ابو عمر رد الكوفيون السنة المأثورة في هذا الباب اما بأن لم يبلغهم او بأن لم تصح عنهم ومن اصل ابي حنيفة واصحابه عرض اخبار الاحاد علــى الاصول المجتمع عليهـا او المشـهورة المنتشـرة والحجة قائمة علـى مـن ذهـب مـذهبهم بالحـديث الصـحيح الجـامع فـي هـذا البـاب وليـس الجهـل بالســنة ولا الجهــل بصــحتها علــة يصــح لعاقــل الاحتجاج بها وقد انكرها قبلهم شيخهم حمـاد بـن ابـــــــــــــــــي ســــــــــــــــــــــليمان

وروى مؤمل بن إسماعيل عن حماد بن زيد عن محمد بن ذكوان انه سمع حمـاد بـن ابـي سـليمان وذكر الحديث الـذي جـاء فـي القرعـة بيـن الاعبـد الستة الذين اعتقهم سيدهم في مرضه الذي مات فيـــه

قال هذا قول الشيخ يعني ابليس فقال محمـد بـن ذكوان له وضـع القلـم عـن المجنـون حـتى يفيـق فقال له حماد ما دعاك إلى هذا فقال له محمد بـن ذكوان وانت ما دعاك إلى هذا قال وكان حماد ربما صـــــــــرع فـــــــــي بعـــــــــض الاوقـــــــــات

قـال ابـو عمـر بنـى الكوفيـون مـذهبهم علـى ان العبيد المعتقين في كلمة واحدة في مرض الموت قد استحق كل واحد منهم العتق لو كـان لسـيدهم مال يخرجون من ثلثه فان لم يكن له مال لـم يكـن واحد منهم احق بالعتق من غيره وكذلك عتـق مـن كـل واحـد ثلثـه وسـعى فـي ثلـثي قيمتـه للورثـة لقولهم بالسعاية في حديث ابي هريرة في معسر اعتق حصته من عبد بينه وبين اخر علـى مـا قـدمنا ذكـــره فـــي مـــا مضـــى مـــن هـــذا الكتـــاب

وهذا عنـدنا لا يجـوز ان تـرد سـنة بمعنـى مـا فـي اخرى اذا امكن استعمال كل واحد منهما بـوجه مـا

وبـــالله التوفيـــق والصـــواب لا شـــريك لـــه
وفي حديث هذا الباب من الفقه ايضـا دليـل علـى ان الوصـية جـائزة لغيـر الوالـدين والاقربيـن لان عتقهم في العبيـد لمرضـهم وصـية لهـم ومعلـوم انهم لم يكونوا بوالدين

الاستذكار ج:7 ص:326

لمالكهم المعتق لهم ولا بأقربين له وقد قـال بـأن الوصية لا تجوز الا للاقربين غير الوارثين ولا تجوز لغيرهـم ولا عنـد عـدمهم طائفـة مـن التـابعين وسيأتي ذكر ذلك - ان شاء اللـه تعـالى فـي كتـاب الوصـــــــــــــايا (1)
وفيه دليل على ان افعال المريض كلهـا مـن عتـق وهبة وعطية كالوصية لا يجوز فيها اكثر من الثلث وقد خالف في ذلك قوم زعموا ان افعال المريـض في راس ماله كأفعـال الصـحيح ولـم يجعلـوا ذلـك كالوصايا ويأتي ذكر ذلك كله في الوصايا - ان شاء اللـــــــــــــــــــــــــــــالى
وفيه ايضا ابطال السعاية مع دليل حديث بن عمـر في ذلك والله الموفق

1 (4 - باب القضاء في مال العبد اذا عتق)

1476 - مالـك عـن بـن شـهاب انـه سـمعه يقـول مضـــت الســـنة ان العبـــد اذا عتـــق تبعـــه مـــاله قال ابو عمر قـالوا انـه لـم يكـن احـد اعلـم بسـنة ماضـــــية مـــــن بـــــن شـــــهاب الزهـــــري وقد اختلف العلماء قديما وحديثا في هذه المسألة

فقال اكثر اهل المدينـة اذا اعتـق العبـد فمـاله لـه دون الســـيد
وهـــو قـــول مالـــك واصـــحابه والليـــث بـــن ســـعد والاوزاعـــي
وبه قال الشافعي بـالعراق فـي (القـديم) الـذي

يرويـــــــــه الزعفرانـــــــــي عنـــــــــه
وحجة من ذهب هذا المذهب حـديث عبيـد اللـه بـن
ابي جعفر عن بكير بن الاشج عن نافع عن بن عمر
عن النبي ﷺ انه قال (من اعتق عبدا له فمـاله لـه
الا ان يشـــــترطه الســـــيد) (2)ـــــ
رواه الليث بن سعد وغيره عن عبيد اللـه بـن عمـر
هكذا باسناده هذا ولم يروه احد من اصـحاب نـافع
كذلك وانما الذي عند اصحاب مالك نافع وعبيد الله
وايوب وغيرهم عن نافع عن بن عمر عن عمـر بـن
الخطاب انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع
الا ان يشترطه المبتاع

الاستذكار ج:7 ص:327

هكذا يرويـه نـافع عـن بـن عمـر عـن عمـر (1)ـ
ويرويه سالم بن عبد الله عن أبيه عن النبي ﷺ من
روايــة بــن شــهاب وغيــره عــن ســالم (2)ــ
وقد روي عن بن عمـر فـي العبـد يعتـق أنـه يتبعـه
مـــاله وكـــان يـــأذن لعبيـــده فـــي التســـري
وقد روي عن عائشة قـالت (العبـد اذا اعتـق تبعـه
مــاله)
وبه قال الحسن البصري وطاوس ومجاهد وعطـاء
والزهـــــــــري والشـــــــعبي والنخعـــــــــي
واما خبر عبيد الله بن ابي جعفر فحدثناه عبد اللــه
بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو
داود قال حدثني احمد بـن صـالح قـال حـدثني بـن
وهب قال حدثنا بـن لهيعـة والليـث بـن سـعد عـن
عبيد الله بن ابي جعفر عن بكير بـن عبـد اللـه بـن
الاشج عن نافع عن بن عمر قال قال رســول اللــه
ﷺ (من اعتق مملوكا وله مال فمال العبـد للســيد
الا ان يشــــــــــترطه الســـــــــــيد)
وكل من قال انما مال العبد تبع له اذا عتق يقول (
الا ان يشـــــــــــترطه الســـــــــــيد)

وقال اخرون (اذا عتق العبد فماله لسيده مولاه)
وممن قال ذلك الثوري وبن شبرمة وابو حنيفة واصحابه والحسن بن حي وعبيد الله بن الحسن وهو قول الشافعي بمصر في الكتاب الجديد وهو تحصيل مذهبه وروي ذلك عن مسعود وانس بن مالك

وبه قال بن طاوس والحكم بن عيينة واليه ذهب احمد واسحاق
وقد كان احمد يجبر عن القول به لحديث عبيد الله بن ابي جعفر المذكور

وقد روي خبر بن مسعود عنه عن النبي ﷺ ولا يصح انه لم يرفعه الا عبد الاعلى بن ابي المساور وهو ضعيف جدا

الاستذكار ج:7 ص:328

قال ابو عمر سيأتي القول في ملك العبد في كتاب البيوع - ان شاء الله - عند قوله ﷺ (من باع عبدا وله مال فماله للبائع)
قال مالك (1) ومما يبين ذلك ان العبد اذا عتق تبعه ماله ان المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه وذلك ان عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد انما اولادهما بمنزلة رقابهما ليسوا بمنزلة اموالهما لان السنة التي لا اختلاف فيها ان العبد اذا عتق تبعه ماله ولم يتبعه ولده وان المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده
قال مالك ومما يبين ذلك ايضا ان العبد والمكاتب اذا افلسا اخذت اموالهما وامهات اولادهما ولم تؤخذ اولادهما لانهم ليسوا بأموال لهما
قال مالك ومما يبين ذلك ايضا ان العبد اذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله
قال مالك ومما يبين ذلك ايضا ان العبد اذا جرح اخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده

قال ابو عمر الخلاف في مال المكاتب عند عقد كتابته كالخلاف في العبد عند عتقه وابو حنيفة والشافعي واصحابهما يقولون مال المكاتب لسيده الا ما اكتسبه في كتابته وولده من سريته وقد مضى ذلك كله في كتاب المكاتب من هذا الكتاب
وقولهم في ماله انه لا يؤخذ في جنايته الا برضا سيده وعلى سيده ان يسلم رقبته بالجناية او يفتكه بأرشها وبالله التوفيق

1 (5 - باب عتق امهات الاولاد وجامع القضاء في العتاقة)

1477 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال ايما وليدة (2) ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فاذا مات فهي حرة

الاستذكار ج:7 ص:329

قال ابو عمر اختلف السلف والخلف من العلماء في عتق ام الولد وفي جواز بيعها فالثابت عن عمر - رضي الله عنه - انها لا تباع عنده ابدا وانها حرة من راس مال سيدها وروي مثل ذلك عن عثمان بن عفان وعمر بن عبد العزيز
وهو قول الحسن وعطاء ومجاهد وسالم بن عبد الله بن عمر وابراهيم وبن شهاب والى هذا ذهب مالك والثوري والاوزاعي والليث بن سعد وابو حنيفة والشافعي في اكثر كتبه وقد اجاز بيعها في بعض كتبه
قال المزني قد قطع في أربعة عشر موضعا في كتبه بأن لا تباع وهو الصحيح من مذهبه وعليه جمهور اصحابه وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن حي واحمد واسحاق وابو عبيد وابو ثور كلهم لا

يجـــــــوز عنـــــــدهم بيـــــــع ام الولـــــــد وكان ابو بكر الصديق وعلي وبن عباس وبن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدري - رضي اللـه عنهـــــــم يجيـــــــزون بيـــــــع ام الولـــــــد وبـــــــه قـــــــال داود بـــــــن علـــــــي وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد علـى عهـــــــــد رســـــــــول اللـــــــــه ﷺ ذكر عبد الرزاق (1) قـال اخبرنـا بـن جريـج قـال اخبرنا ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد اللـه يقـول كنا نبيع امهات الاولاد ورسول الله ﷺ فينا لا يـرى بـــــــذلك بأســـــــا (2)

قال واخبرنا بن جريج قال واخبرنا عبد الرحمن بن الوليد ان ابا إسـحاق الهمـداني اخـبره ان ابـا بكـر الصديق - رضي الله عنه - كان يقول بـبيع امهـات الاولاد فـي امـارته وعمـر فـي نصـف امـارته وقـال بـن مسـعود تعتـق فـي نصـيب ولـدها وذي بطنهـــا

وقد روي ذلك عن بن عباس وبن الزبير

الاستذكار ج:7 ص:330

قال ابو عمر روي عن النبي ﷺ انه قال في ماريـة سريته لما ولدت ابنه ابراهيم (اعتقها ولدها) (1) مـع وجـه ليـس بـالقوي ولا يثبتـه اهـل الحـديث وكذلك حـديث بـن عبـاس عـن النـبي ﷺ انـه قـال (ايما امراة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مـات) (2)

ولا يصح ايضا من جهة الاسناد لانه انفرد به حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس عن عكرمة عـن بن عباس عن النبي وحسـين هـذا ضـعيف مـتروك الحـــديث

والصحيح عن عكرمة انه سئل عن ام الولـد فقـال هي حرة اذا مات سيدها فقيل لـه عمـن هـذا قـال

عن القران قال كيف فقال قال الله عز وجل (يا أيها الذين امنوا اطيعوا الله وأطيعوا الرسول واولي الامر منكم) النساء 59 وكان عمر من اولي الامر قال يعتقها ولدها ولو كان سقطا
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثنا ابو خالد الاحمر عن يحيى بن سعيد قال اخبرني نافع ان رجلين من اهل العراق سألا بن عمر بالابواء وقالا انا كنا تركنا بن الزبير يبيع امهات الاولاد بمكة فقال عبد الله لكن ابا حفصة عمر - أ تعرفانه - قال ايما رجل ولدت منه جاريته فهي حرة بعد موته
قال وحدثني ابو خالد الاحمر عن إسماعيل بن ابي خالد عن الشعبي عن عبيدة السلماني عن علي - رضي الله عنه - قال استشارني عمر في بيع امهات الاولاد فرايت انا وهو انها اذا ولدت عتقت فقضى به عمر حياته وعثمان بعده فلما وليته رايت ان ارقهن
قال الشعبي وحدثني بن سيرين عن عبيدة انه قال له فما ترى انت فقال راي علي وعمر في الجماعة احب الي من قول علي حين ادركه الاختلاف
وروى معمر وغيره عن ايوب عن بن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رايي وراي عمر في امهات الاولاد ان لا يبعن قال ثم رايت بعد ان يبعن
قال عبيدة فقلت له رايك وراي عمر في الجماعة احب الي من رايك وحدك في الفرقة او قال في الفتنة فضحك علي - رضي الله عنه
اخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال اخبرنا قاسم بن اصبغ قال حدثنا

احمد بن زهير قال اخبرنا عبد الله بن جعفر قال حدثنا عبيد الله بن محمد بن عمرو عن خصيف عن

عكرمة عن بن عباس عن عمر قال اذا اسقطت فانها بمعنى الحرة
قال ابو عمر يعني في البيع لان الاجماع قد انعقد انها لا تعتق قبل موت سيدها وانها في شهادتها وديتها وارش جنايتها كالامة وقد بان مذهب عمر بما ذكرنا في رواية مالك عن نافع عن بن عمر عنه في اول هذا الباب
وذكر عبد الرزاق عن بن جريج قال سئل بن شهاب عن ام الولد تزني ايبيعها سيدها قال لا يصلح له ان يبيعها سيدها ولكن يقام عليها حد الامة
وروى الثوري عن ابي حصين عن مجاهد قال لا يرقها حدث
ومعمر عن ايوب عن اياس بن معاوية انه كتب إلى عمر بن عبد العزيز في ام الولد تزني قال ف أراني اياس جواب عمر ان اقم عليها الحد لا تزدها عليه ولا تسترق
قال ابو عمر ذكرت هذا لانه قد روى معمر عن ايوب عن بن سيرين عن ابي العجماء عن عمر انها اذا زنت رقت وجمهور العلماء القائلين بأن لا تباع ام الولد على خلاف هذا الحديث يرون عليها اقامة الحد حد الامة ولا تسترق
قال ابو عمر احتج الذين اجازوا بيع ام الولد من اهل الظاهر بأن قالوا قد اجمعوا على انها تباع قبل ان يحمل ثم اختلفوا اذا وضعت فالواجب بحق النظر الا يزول حكم ما اجمعوا عليه مع جواز بيعها وهي حامل الا باجماع مثله اذا وضعت ولا اجماع ها هنا فعورضوا بأن الامة مجمعة على انه لا يجوز بيعها وهي حامل من سيدها فمن ذلك لا يجوز بيعها وهي معارضة صحيحة على اصول اهل الظاهر دون سائر العلماء القائلين بزوال ما اعتل بزوال علته والقائسين على المعاني لا على الاسماء وبالله التوفيق

1478 - مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب اتته وليدة قد ضربها سيدها بنار او اصابها بها فأعتقها

قال ابو عمر روي هذا المعنى عن عمر من وجوه

الاستذكار ج:7 ص:332

منها ما ذكره عبد الرزاق قال اخبرنا الثوري عن يونس عن الحسن ان رجلا كوى غلاما له بالنار فأعتقه عمر
قال واخبرنا الثوري عن عبد الملك بن ابي سليمان عن رجل منهم عن عمر ان رجلا أقعد جارية له على النار فأعتقها عمر
قال واخبرنا معمر عن ايوب عن ابي قلابه قال وقع سفيان بن الاسود بن عبد الله على امة له فأقعدها على مقلاة فاحترق عجزها فأعتقها عمر بن الخطاب واوجعه ضربا
قال ابو عمر اختلف العلماء فيمن مثل بمملوكه عامدا فقال بعضهم يعتق عليه وممن قال بذلك مالك والاوزاعي والليث بن سعد قال مالك يعتق عليه وولاوه له وقال الليث يعتق عليه وولاؤه للمسلمين
وروي عن بن عمر انه اعتق امة على مولاها لما مثل بها
وقال الاوزاعي ان مثل بمملوك غيره ضمن وعتق عليه
قال ابو عمر لا نعلم قاله غير الاوزاعي والله اعلم

والجمهور على انه يضمن ما نقص العبد لسيده
وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما من مثل بمملوكه لم يعتق عليه ومملوكه ومملوك غيره في ذلك سواء
قال ابو عمر استدل من قال لا يعتق عليه مملوكه ولا غير مملوكه اذا مثل به بقول رسول الله

في حديث بن عمر (من لطم مملوكه أو ضربه) وفي بعض الرواة لهذا الحديث يقول فيه (او ضربه حدا لم يأته فكفارته عتقه) (1) قالوا وقد يكون من الضرب ما يكون مثله فلم يعتقه رسول الله ﷺ وانما قال (كفارته ذلك) فدل على انه لم يعتق قال ابو عمر ليس هذا ببين من الحجة والحجة لمالك ومن قال بقوله حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعا ابا روح بن زنباع وجد غلاما

له مع جاريته فقطع ذكره وجدع انفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال له النبي ﷺ (ما حملك على ما فعلت) قال فعل كذا وكذا فقال النبي ﷺ (اعتقه فاذهب فأنت حر) (1) ورواه معمر وبن جريج ومحمد بن عبيد الله وغيرهم عن عمرو بن شعيب قال مالك (2) الامر المجتمع عليه عندنا انه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله وانه لا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتلم او يبلغ مبلغ المحتلم وانه لا تجوز عتاقة المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم حتى يلي ماله قال ابو عمر اما قوله في الذين عليهم الدين ان يحيطه بماله انه لا يجوز عتقه فعلى ذلك اكثر اهل المدينة وبه قال الاوزاعي والليث وخالفهم فقهاء الحجاز وبن شبرمة وبن ابي ليلى وابو حنيفة واصحابه فقالوا عتق ما عليه الدين وهبته واقراره جائز كل ذلك عليه كان الدين محيط بماله او لم يكن حتى يفلسه الحاكم ويحبسه ويبطل اقراره ويحجر عليه فاذا فعل القاضي ذلك لم يجز اقراره ولا عتقه ولا هبته

وهو معنى ما ذكره المزني عـن الشـافعي واحتـج بالاجماع على ان له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيء انفقه من مال فيما شاء حتى يضرب الحاكم علـــــى يـــــده ويحجـــــر عليـــــه
وقال الثوري والحسن بن حيي اذا حبسه القاضـي لم يكن محجورا عليه حتى يفلسه القاضي فيقول (لا اجيـــــــز لـــــــك امـــــــرا)
وقـال الطحـاوي الحبـس لا يـوجب الحجـر واحتـج بقول رسول الله

الاستذكار ج:7 ص:334

للدائنين (خـذوا مـا وجـدتم وليـس لكـم الا ذلـك) فخالف اصحابه ومال إلى قـول الثـوري ومـا كـان مثله وسنزيد هذه المسـألة بيانـا فـي الاقضـية ان شـــــاء اللـــــه تعـــــالى
واما قوله لا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتلم او يبلـغ مـــا يبلـــغ المحتلـــم فـــالاحتلام معلـــوم
وق وله او يبلـغ مبلـغ مـا يبلغـه المحتلـم فـان مـن الرجال من لا يحتلم ولكنه اذا بلغ سنا لا يبلغهـا الا المحتلـــم حكـــم لـــه بحكـــم المحتلـــم
وقد اختلف العلماء في حـد البلـوغ لمـن لا يحتلـم فقال مالك البلوغ والانبـات او الاحتلام او الحيـض فـي الجاريـة الا انـه لا يقيـم الحـد بالانبـات حـتى يحتلم او يبلغ من السن مـا يعلـم ان مثلـه لا يبلغـه حـتى يحتلـم فيكـون عليـه الحـد هـذه روايـة بـن القاســـم وتحصـــيل مـــذهبه
وقال الشافعي يعتبر في المجهول الاولاد الانبات وفـــي المعلـــوم بلـــوغ خمـــس عشـــرة ســـنة وهـــو قـــول بـــن وهـــب وبـــن الماجشـــون
وبه قال الاوزاعي وابو يوسف ومحمـد فـي الغلام والجاريـــــــــة جميعـــــــــا
وحجتهم ان رسول الله امر بقتل من انبت مـن سـبي قريظـة واسـتحيى مـن لـم ينبـت (1)ـ

وروى نافع عن اسلم ان عمر بن الخطاب كتب إلى امراء الاجناد (الا يضربوا الجزية الا على من جرت عليه المواسي)
وقال عثمان في غلام سرق انظروه فان كان خصر مبرزه فاقطعوه
وقال أبو حنيفة اذا بلغت الجارية سبع عشرة سنة فهي بالغ وان لم تحض وفي الغلام تسع عشرة سنة وان لم يحتلم قبل ذلك
وقال الثوري في الغلام ثماني عشرة سنة وفي الجارية اذا ولد مثلها
قال ابو عمر لا اعلم خلافا ان الغلام ما لم يحتلم لا يجوز عتقه اذا كان ذلك في صحته ولم تكن وصية منه وكذلك المحجوز المولى عليه لا يجوز عتقه لشيء من ماله ورقيقه عندهم الا ان مالكا واكثر اصحابه اجازوا عتق ام ولده والله الموفق

الاستذكار ج:7 ص:335

1 (6 - باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة)

1479 - مالك عن هلال بن اسامه عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم انه قال اتيت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله ان لي جارية كانت ترعى غنما لي فجئتها وقد فقدت شاه من الغنم فسألتها عنها فقالت اكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني ادم فلطمت وجهها وعلى رقبة افأعتقها فقال لها رسول الله ﷺ (اين الله) فقالت في السماء فقال (من انا) فقالت انت رسول الله فقال رسول الله ﷺ (اعتقها)
قال ابو عمر اما الحديث الاول لمالك في هذا الباب عن هلال بن اسامة عن عطاء بن يسار عن

عمر بن الحكم فهكذا رواه جماعة رواة (الموطأ) عن مالك كلهم قال فيه (عن عمر بن الحكم) وهو غلط ووهم منه وليس في الصحابة رجل يقال له عمر بن الحكم وانما هو معاوية بن الحكم السلمي

وكذلك قال فيه كل من روى هذا الحديث عن هلال هذا وهو هلال بن علي بن ابي ميمونة وابو ميمونة اسمه اسامة فربما قال هلال بن اسامة وربما قال هلال بن ابي ميمونة ينسبونه كله إلى ذلك وربما قالوا هلال بن علي بن ابي ميمونة وهو مولى عامر بن لؤي

واما معاوية بن الحكم فمعروف في الصحابة والحديث له محفوظ وقد يمكن ان يكون الغلط في اسمه جاء من قبل هلال شيخ مالك لا من مالك

والدليل على ذلك رواية مالك في هذا الحديث عن بن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن معاوية بن الحكم في غير (الموطأ) ولم يقل عمر بن الحكم وقال فيه معاوية بن الحكم الا ان مالكا لم يذكر في روايته لهذا الحديث عن بن شهاب عن ابي سلمة عن معاوية بن الحكم عن النبي ﷺ الا قصة اتيان الكهان والطيرة لا غير وكذلك رواه اصحاب بن شهاب ورواه الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير عن هلال بن ابي ميمونة عن عطاء بن يسار عن معاوية بن الحكم قال قلت يا رسول الله انا كنا حديثي عهد

بجاهلية فجاء الله بالاسلام وان رجالا منا يتطيرون وذكر الخبر في الطيرة وفي اتيان الكهان وفي الخط وفي كلامهم في الصلاة (1) وقوله (بأبي هو وامي ما ضربني ولا كهرني) قال ثم اطلعت غنيمة لي ترعاها جارية لي وساق

الحـديث إلـى قـوله (انهـا مؤمنـة فأعتقهـا) وقـد ذكرنـا حـديث الاوزاعـي وغيـره بالاسـانيد الصـحاح فـي (التمهيـد) واما قوله في هذا الحديث للجارية اين اللـه فعلـى ذلك جماعة اهل السنة وهم اهـل الحـديث ورواتـه المتفقهون فيه وسائر نقلته كلهم يقول مـا قـال الله تعالى في كتابه الرحمن على العرش اسـتوى طه 5 وان الله عز وجل في السماء وعلمه في كل مكان وهو ظاهر القران في قوله عز وجل ءامنتم من في السـماء ان يخسـف بكـم الارض فـاذا هـي تمور الملك 16 وبقوله عز وجل إليه يصـعد الكلـم الطيب والعمـل الصـالح يرفعـه فـاطر 10 وقـوله تعـرج الملائكـة والـروح إليـه المعـارج 4 ومثـل هـذا كـثير فـي القـران وقـد اوضـحنا هـذا المعنى في كتاب الصلاة عند ذكـر حـديث التنزيـل بما لا معنى لتكراره ها هنا وزدنا ذلك بيانا في هذا البـاب فـي (التمهيـد) أيضـا وليس في هذا الحديث معنى يشكل غير ما وصفنا ولم يزل المسلمون اذا دهمهم امر يقلقهم فزعوا إلى ربهم فرفعوا ايـديهم واوجههـم نحـو السـماء يدعونه ومخالفونا ينسبونا في ذلـك إلـى التشـبيه والله المستعان ومن قال بما نطق بـه القـران فلا عيـب عليـه عنـد ذوي الالبـاب

رووينا ان ابا الدرداء ابطأ عن الغـزو عامـا فـأعطى رجلا صرة فيها دراهم وقال انطلق فاذا رايت رجلا يسير مع القـوم فـي ناحيـة عنهـم فـي هيئـة بـذاذة فادفعهـا إليـه قال ففعل فرفع الذي اعطـي الصـرة راسـه إلـى السماء وقال اللهم انـك لـم تنـس جريـرا فاجعـل جريـرا لا ينسـاك قال فرجع الرجل إلى ابي الـدرداء واخـبره فقـال ابو الدرداء عرف الحق لاهله واولى النعمـة اهلهـا

واما حديث مالك في هذا الباب عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود فجود لفظه يحيى ومن تابعه
1480 - مالك عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ان رجلا من الانصار جاء إلى رسول الله ﷺ بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة اعتقها فقال لها رسول الله ﷺ (اتشهدين ان لا اله الا الله) قالت نعم قال (اتشهدين ان محمدا رسول الله) قالت نعم قال (اتوقنين بالبعث بعد الموت) قالت نعم فقال رسول الله ﷺ (اعتقها)
ورواه بن القاسم وبن بكير باسناده مثله الا انهما لم يذكرا (فان كنت تراها مؤمنة) قالا (يا رسول الله علي رقبة مؤمنة افاعتق هذه) وكذلك رواه بن وهب عن يونس ومالك عن بن شهاب عن عبيد الله ان رجلا من الانصار اتى رسول الله ﷺ بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة وساق الحديث وكذلك رواه معمر عن بن شهاب ورواه القعنبي باسناده مثله وحذف منه (ان علي رقبة مؤمنة) وقال ان رجلا من الانصار اتى رسول الله ﷺ بجارية له سوداء فقال يا رسول الله اعتقها فقال لها رسول الله ﷺ (اتشهدين) وذكر الحديث
وفائدة الحديث قوله ان علي رقبة مؤمنة ولم يقله القعنبي الا ان في الحديث ما يدل على المراد بقوله اتشهدين بكذا ولم يختلف رواة (الموطا) في ارسال هذا الحديث

ورواه الحسين بن الوليد عن مالك عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن ابي هريرة عن رسول الله ﷺ بلفظ حديث (الموطا) سواء وجعله متصلا عن ابي هريرة مسندا ورواه الحسن هذا ايضا عن المسعودي عن عون بن عبد الله بن عتبة عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابي هريرة عن النبي ﷺ مثله الا انه زاد فيه عن المسعودي فقال رسول الله ﷺ (اعتقها فانها مؤمنة)

وليس في (الموطا) من قول النبي ﷺ (فانها مؤمنة) ولكن فيه ما يدل على ذلك ورواه معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن رجل من الانصار انه جاء بامة له سوداء فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة اعتقها وساق الحديث مثل رواية يحيى إلى اخرها

وفي حديث مالك عن بن شهاب في هذا الباب من الفقه ان من شرط الشهادة التي لا يتم الايمان الا بها الاقرار بالبعث بعد الموت بعد شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله

وقد اجمع المسلمون على ان من انكر البعث بعد الموت فليس بمؤمن ولا مسلم ولا ينفعه ما شهد به

وفي ذلك مع ما في القران من تاكيد الاقرار بالبعث بعد الموت ما يغني ويكفي ولا خلاف علمته فيمن جعل على نفسه رقبة مؤمنة نذرا لله ان يعتقها انه لا يجزئ عنه الا مؤمنة

وكذلك لا يجزئ عند الجميع في كفارة قتل الخطا الا رقبة مؤمنة بشرط الله ذلك في نص كتابه

هنالك
واختلفوا في كفارة الظهار وكفارة الايمان وقد ذكرنا ذلك في موضعه والحمد لله كثيرا واختلف العلماء فيمن عليه رقبة مؤمنة هل يجزئ فيها الصغير ان كان ابواه مؤمنين وهل يجزئ فيها من لم يصم ولا يصل فقالت طائفة لا يجوز فيها الا من صام وقالت ذهب إلى هذا بعض من يقول (الايمان قول وعمل)
وروى عبد الله بن صالح عن معاوية بن صالح عن علي بن ابي طلحة عن

بن عباس وتحرير رقبة مؤمنة النساء 92 قال من عقل الايمان وصام وصلى
وروى وكيع عن الاعمش عن ابراهيم قال ما كان في القران من رقبة مؤمنة فلا يجزئ الا من صام وصلى وما كان في القران رقبة ليست مؤمنة فالصبي يجزئ
وعبد الرزاق عن الثوري عن الاعمش عن ابراهيم مثله الا انه قال قد صلى ولم يذكر الصيام وما لم يذكر مؤمنة فيجزئ وان لم يصل
وعن الشعبي والحسن وقتادة مثل قول بن عباس وابراهيم
وهو قول الثوري
وروى الاشجعي عن الثوري انه قال لا يجزئ في كفارة القتل الصبي ولا يجزئ الا من صام وصلى
وقال عطاء بن ابي رباح كل رقبة ولدت في الاسلام فهي تجزئ
وكذلك قال الزهري قال الاوزاعي سالت الزهري أيجزىء عتق الصبي المرضع في كفارة الدم قال نعم لانه ولد على الفطرة وهو قول الاوزاعي
وقال ابو حنيفة اذا كان احد ابويه مؤمنا جاز عتقه في كفارة القتل

وهو قول الشافعي الا ان الشافعي يستحب الا يعتق في الكفارات إلا من يتكلم بالايمان واختلف قول مالك واصحابه على هذين القولين الا ان مالكا يراعي اسلام الاب ولا يراعي اسلام الام
قال ابو عمر اجمع علماء المسلمين ان من ولد بين ابوين مسلمين ولم يبلغ حد الاختيار والتمييز فحكمه حكم المسلم المؤمن في الوراثة والصلاة عليه ودفنه بين المسلمين وان ديته - ان قتل - مثل دية احدهم فدل ذلك انه يجزئ في الرقاب المؤمنة وبالله التوفيق
1481 - مالك انه بلغه عن المقبري انه قال سئل ابو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها بن زنا فقال ابو هريرة نعم ذلك يجزئ عنه
1482 - مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الانصاري وكان من اصحاب

رسول الله ﷺ انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له ان يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزئ عنه
قال ابو عمر على هذا جماعة ائمة الفتوى بالامصار واكثر التابعين وروي ذلك عن بن عباس ايضا
ورواه الثوري عن ثور عن عمر بن عبد الرحمن القرشي عن بن عباس انه سئل عن ولد زنا وولد رشدة في العتاقة فقال انظروا اكثرهما ثمنا فنظروا فوجدوا ولد الزنى اكثرهما ثمنا فامرهم به
والثوري عن يونس عن الشعبي مثله وهو قول الحسن وقتادة وما خالفه فضرب من الشذوذ
وانما ذكر مالك - رحمه الله - والله اعلم في

موطئه عن ابي هريرة انه اجاز عتق ولد الزنى انكارا منه لما يرويه اهل العراق عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ (ولد الزنى شر الثلاثة) وقال ابو هريرة لان امنع بسوط في سبيل الله او احمل نعلين في سبيل الله احب الي من ان اعتق ولد زنية
وقد قال القعقاع بن ابي حدرد انت تقول هذا فقال ابو هريرة اني لم اقل هذا فيمن يحصن امته وانما قلت هذا في الذي يامر امته بالزنى
وقد انكر بن عباس على من روى في ولد الزنى انه شر الثلاثة وقال لو كان شر الثلاثة ما استوفى بامة ان ترجم حتى تضعه
ورواه بن وهب عن معاوية بن صالح عن علي بن ابي طلحة عن بن عباس وقد ذكرناه في (التمهيد) باسناده
وروى يزيد بن هارون عن سفيان عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة في ولد الزنى قالت ما عليه من ذنب ابويه شيء ثم قرات ولا تزر وازرة وزر اخرى الانعام 164 الاسراء 15 فاطر 18 الزمر 7
ومذهب بن عباس جواز عتق ولد الزنى في الرقاب الواجبة وغيرها
وقد قال لا يجزئ في الرقاب الواجبة وغيرها ولد الزنى جماعة منهم الزهري ، روي عن عمر انه قال لان احمل على نعلين في سبيل الله احب من ان اعتق ولد زنا
ذكره بن عيينة عن الزهري

الاستذكار ج:7 ص:341

قال الزهري لا يجزئ ولد الغية في الرقاب الواجبة ولا ام الولد ولا المدبر ولا الكافر
وقال عطاء مثله وقد اضطرب عطاء في هذا

المعنى

وقال بن جريج قلت لعطاء ولد زنا صغير أيجزىء في رقبة مؤمنة اذا لم يبلغ الحنث قال لا ولكن كبير رجل صدق

وعن بن جريج ايضا قال قلت لعطاء الرقبة المؤمنة الواجبة أيجزىء فيها مرضع قال نعم قلت وكيف ولم يصل وراجعته فقال ما اراه الا مسلما وديته دية ابيه

قال بن جريج وقال عمرو بن دينار ما ارى الا الذي قد بلغ واسلم

قال ابو عمر اختلف قول الزهري في الصبي ايضا فروى الاوزاعي عنه ما تقدم ذكره وروى معمر عن الزهري قال لا يجزئ في الظهار صبي مرضع

قال ابو عمر فاذا لم يجز في الظهار فاحرى الا يجزئ في القتل لان النص في الرقبة المؤمنة انما ورد في القتل والظهار مقيس عليه

وقال الشافعي - رحمه الله وكذلك الشرط في العدالة والرضا في الشهداء وردا في اية الدين واية الرجعة وقد اجمعوا في الشهادة في الزنى وغيره انه لا يجوز في ذلك كله الا العدول وكذلك الايمان في الرقاب الواجبة وبالله التوفيق

1 (7 - باب ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة)

1483 - مالك انه بلغه ان عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشترى بشرط فقال لا

قال مالك وذلك احسن ما سمعت في الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذي يعتقها فيما وجب عليه بشرط على ان يعتقها لانه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لانه يضع (1) من ثمنها للذي يشترط من عتقها

قال مالك ولا باس ان يشتري الرقبة في التطوع

ويشـــــــــــــــــترط ان يعتقهـــــــــــــــــا
قال ابو عمر قول الشافعي في هذا كقول مالك

الاستذكار ج:7 ص:342

ذكر المزني عن الشافعي قال لا يجزئ فـي رقبـة واجبة ان اشترط ان يعتق لان ذلك يضع من ثمنهـا واجاز ذلك الكوفيون لانها رقبـة تامـة سـالمة مـن العيـــــــــــــــوب المفســـــــــــــــدة
قال مالك (1) ان احسـن مـا سـمع فـي الرقـاب الواجبـة انـه لا يجـوز ان يعتـق فيهـا نصـراني ولا يهودي ولا يعتق فيهـا مكـاتب ولا مـدبر ولا ام ولـد ولا معتق إلى سـنين ولا اعمـى ولا بـاس ان يعتـق النصراني واليهودي والمجوسين تطوعـا لان اللـه تبارك وتعالى قال فـي كتـابه فامـا منـا بعـد واما فـــــداء محمـــــد 4 فـــــالمن العتاقـــــة
قال مالك فاما الرقاب الواجبة التي ذكر اللـه فـي الكتـاب فـانه لا يعتـق فيهـا الا رقبـة مؤمنـة قـال مالـك وكـذلك فـي اطعـام المسـاكين فـي الكفارات لا ينبغـي ان يطعـم فيهـا الا المسـلمون ولا يطعـم فيهـا احـد علـى غيـر ديـن الاسـلام
قـال ابـو عمـر امـا اختلاف العلمـاء فـي جملـة مـا يجزئ في الرقاب الواجبة فقد اوضح مالك مـذهبه في موطئه وهي جملة خولف فـي بعضـها وتـابعه اكثر العلماء على اكثرها ونحن نذكر اقوالهم جملة على حسب ما ذكـره مالـك بعـد ذكـر مـا ذكـره بـن القاسم وغيره عن مالك مما لم يذكره في موطئه

قال مالك يجزئ الاعرج اذا كان خفيف العـرج وان كان شديدا لم يجـزئ ولا يجـزئ اقطـع اليـدين ولا الرجلين ويجزئ اقطـع اليـد الواحـدة والاعـور ولا يجزئ الاجدع ولا المجنون ولا الاصم ولا الاخـرس
قـال بـن القاسـم وقيـاس قـول مالـك الا يجـزئ الابـــرص لان الاصـــم ايســـر شـــانا منـــه
قـال بـن القاسـم ولا يجـزئ الـذي يجـن ويفيـق

وقال اشهب في الذي يجن ويفيق انه يجزئ من رايه
وروي عن مالك انه يجزئ الاعرج كما يجزئ الاعور

وقال بن الماجشون لا يجزئ الاعور
وقال اشهب يجزئ الاصم
وقال مالك يجزئ الموسر عتق نصف العبد اذا قوم عليه كله وعتق ولا يجزئ المعسر

الاستذكار ج:7 ص:343

وهو قول الاوزاعي
واما الشافعي فقال لا يجزئ في الرقاب الواجبة الا رقبة مؤمنة لا في الظهار ولا في غيره قال وقد شرط الله تعالى في رقبة القتل مؤمنة كما شرط العدل في الشهادة في موضع وأطلق الشهود واستدللنا على أن ما أطلق في معنى ما شرط قال ويجوز المدبر ولا يجوز المكاتب أدى من نجومه شيئا أو لم يؤده لأنه ممنوع من بيعه ولا تجزئ أم الولد في قول من قال لا يبيعها قال المزني هو لا يجيز بيعها وله بذلك كتاب وقال الشافعي والعبد المرهون والجاني إذا أعتقه وافتكه من الرهن وأدى ما عليه من الجناية أجزأ قال والغائب إذا كان على يقين من حياته في حين عتقه يجزئ وإلا لم يجز ولو اشترى من يعتق عليه لم يجز ولو أعتق عبدا بينه وبين آخر وهو موسر أجزأه وكذلك لو كان معسرا ثم أيسر فاشترى النصف الآخر فأعتقه أجزأه وقد روي عنه أنه لا يجزئه إلا أن ينويه عن نفسه
قال فلم اعلم احدا مضى من اهل العلم ولا ذكر لي عنه الا وهم يقولون ان من الرقاب ما يجزئ ومنها ما لا يجزئ فدل ذلك على ان المراد بعتقها بعضها دون بعض فلم اجد في معنى ما ذهبوا إليه إلا ما اقول والله اعلم
وجماعة ان الاغلب فيما يتخذ له الرقيق العمل ولا

يكون العمل تاما حتى يكون يد المملوك باطشتين ورجلاه ماشيتين وله بصر وان كانت عينا واحدة ويكون يعقل فان كان ابكم او اصم او ضعيف البطش اجزا ويجزئ المجنون الذي يفيق في اكثر الاحيان ويجزئ الاعور والعرج الخفيف وشلل الحيض وكل عيب لا يضره في العمل اضرارا بينا ولا يجزئ الاعمى ولا المقعد ولا الاشل الرجل ويجزئ الاصم والخصي والمريض الذي ليس به مرض زمانة

وقال ابو حنيفة واصحابه لا يجزئ في الرقاب الواجبة مدبر ولا ام ولد ويجزئ المكاتب ان لم يكن ادى من كتابته شيئا استحسانا وان كان ادى شيئا لم يجز ولا يجوز الاعمى ولا المقعد ولا المقطوع اليدين ولا المقطوع الرجلين ولا المقطوع اليد والرجل من جانب واحد فأما ان كانت يده الواحدة مقطوعة او رجله او مقطوع اليد والرجل من خلاف او كان اعور العين الواحدة فان ذلك

الاستذكار ج:7 ص:344

يجزئ ولا يجزئ في ذلك مقطوع الابهامين ولا مقطوع ثلاثة اصابع في كل كف سوى الابهامين وان كان اقل من ثلاثة اصابع اجزا والذكر والانثى والصغير والكبير في ذلك كله سواء ويجزئ عندهم الكافر في الظهار وكفارة اليمين ولا يجزئ في قتل الخطا

ومن اعتق في رقبة واجبة عليه عبدا بينه وبين اخر لم يجزئه موسرا كان او معسرا في قول ابي حنيفة

ويجزئه في قول ابي يوسف ومحمد اذا كان موسرا ولا يجزئه اذا كان معسرا

والاشل عندهم كالاقطع يجزئ ولا يجزئ المعتوه ولا الاخرس ويجزئ المقطوع الاذنين والخصي

وقال زفر لا يجزئ مقطوع الاذنين

وقال عثمان البتي يجزئ الاعور والاعرج الا ان لا يمشي

وقال الليث بن سعد لا يجزئ في الرقاب الواجبة شيء فيه عيب ولا يجزئ الذي يجن في كل شهر مرة وان كان فيما بين ذلك صحيحا لان ذلك عيب ولا يجزئ الاعرج ولا الاجدع ولا الاعور ولا الاشل لان ذلك مما لا يجزئ في الضحايا فهو في ذلك اشد

قال ابو عمر اجمعوا على ان العيب الخفيف في الرقاب الواجبة يجزئ نحو الحول ونقصان الضرس والظفر واثر كي النار والجرح الذي قد بريء وذلك كله يرد به العيب اذا نقص من الثمن فدل ذلك على انه ليس المعتبر في الرقاب السلامة من جميع العيوب

والقياس لها ايضا على الضحايا بالا يستقيم من اجل السن لان الصغير يجزئ عندهم في الرقاب الواجبة ولا يجزئ في الضحايا

واما قول مالك في انه لا يطعم في الكفارات الا مساكين المسلمين فقد مضى القول في ذلك في كتاب الايمان والحمد لله

1 (8 - باب عتق الحي عن الميت)

1484 - مالك عن عبد الرحمن بن ابي عمرة الانصاري ان امه ارادت ان

الاستذكار ج:7 ص:345

توصي ثم اخرت ذلك إلى ان تصبح فهلكت وقد كانت همت بان تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد اينفعها ان اعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ ان امي هلكت فهل ينفعها ان اعتق عنها فقال رسول الله ﷺ (نعم)

1485 - مالك عن يحيى بن سعيد انه قال توفي عبد الرحمن بن ابي بكر في نوم نامة فاعتقت عنه عائشة زوج النبي ﷺ رقابا كثيرة قال مالك وهذا احب ما سمعت الي في ذلك قال ابو عمر لا اعلم خلافا ان العتق والصدقة وما جرى مجراهما من الاموال جائز كل ذلك فعله للحي عن الميت وانما اختلفوا في الولاء اذا اعتق المرء على غيره وقد ذكرنا ذلك في موضعه وكذلك اختلفوا في الصيام عن الميت ولا يختلفون انه لا يصلي احد عن احد وقد ذكرنا اختلافهم في الصيام عن الميت في كتاب الصيام وذكرنا خبر عبد الرحمن بن ابي بكر وموته في كتاب الصحابة والحمد لله

1 (9 - باب فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وبن الزنى)

1486 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة زوج النبي ﷺ ان رسول الله ﷺ سئل عن الرقاب ايها افضل فقال رسول الله ﷺ (اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها) قال ابو عمر اختلف على مالك في اسناد هذا الحديث فروته عنه طائفة كم ا رواه يحيى عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة منهم مطرف وبن ابي اويس وروح بن عبادة ورواه عنه اخرون عن هشام بن عروة عن ابيه مرسلا منهم بن وهب وابو مصعب ورواه سعيد بن داود الزبيدي وحبيب كاتب مالك

الاستذكار ج:7 ص:346

عن هشام بن عروة عن ابيه عـن ابـي مـرواح عـن ابـــــــــي ذر عـــــــــن النـــــــــبي
ورواه جماعة الرواة كذلك عن مالك عن هشام بـ ن عروة عن ابيه عن ابي مرواح عـن ابـي ذر مسـندا وقد ذكرنا كثيرا من الطرق بذلك فـي (التمهيـد) وهـــو الصـــواب عنـــد اهـــل العلـــم بالحـــديث
ذكر عبد الـرزاق قـال اخبرنـا معمـر والثـوري عـن هشام بن عروة عن ابيه عن ابـي مـرواح الغف اري عن ابي ذر قـال قلـت يـا رسـول اللـه أي الرقـاب افضل قال (انفسها عند اهلهـا واغلاهـا اثمانـا) وكذلك رواه بن عيينة والـدراوردي ووكيـع ويحيـى القطـــان وســـائر اصـــحاب هشـــام بـــن عـــروة
حدثنا احمد بن قاسم وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثنا قاسم بن أصبغ قال حـدثنا الحـارث بـن ابـي اسامة قال حدثنا ابو نعيم قال حـدثنا س فيان عـن هشام بن عروة عن ابيه عن ابي مرواح عن ابي ذر قال سالت رسول الله ﷺ اي الرقـاب افضـل قـال (انفســـها عنـــد اهلهـــا واغلاهـــا ثمنـــا)
1487 - مالك عن نافع عن عبد اللـه بـن عمـر انـه اعتـــــــق ولـــــــد زنـــــــا وامـــــــه
واما عتق بن عمر لولـد وامـه فقـد ذكرنـا عـن بـن عباس مثل ذلك وتقدم مـن روايـة مالـك عـن ابـي هريرة وفضالة بن عبيد مثله ايضـا وعليـه جمهـور العلماء ولا يختلفون ان عتـق المـذنب ذي الكـبيرة جائز وان ذنوبه لا تنقص مـن اجـر معتقيـه وكـذلك ولد الزنى لان ذنوب ابويه ليس شيء منـه معـدودا عليه بدليل قول الله عـز وجـل ولا تـزر وازرة وزر اخرى الانعام 164 ولا تكسب كـل نفـس الا عليهـا الانعـــــــــــــام 164
وقد اجمع العلماء على جـواز عتـق الكـافر تطوعـا فالمســـــلم المـــــذنب اولـــــى بـــــذلك
واما مـا يجـوز فـي الرقـاب الواجبـة فقـد مضـى

القول فيها في الباب قبل هذا والحمد لله كثيرا
وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار عن الزبير بن موسى عن ام حكيم بنت طارق عن عائشة ام المؤمنين قالت (اعتقوهم واحسنوا اليهم واستوصوا بهم خيرا) تعني اولاد الغية

الاستذكار ج:7 ص:347

قال وحدثنا عمرو بن دينار انه سمع سليمان بن يسار يقول قال عمر (اعتقوهم واحسنوا اليهم واستوصوا بهم خيرا) يعني اللقيط
وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن وهب بن منبه قال كان الرجل اذا ساح في بني اسرائيل اربعين سنة اري شيئا قال فساح رجل ولد غية اربعين سنة فلم ير ما كان يرى من قبله فقال أي رب ارايت ان احسنت واساء ابواي ماذا علي قال فراى ما راى السائحون قبله

1 (10 - باب مصير الولاء لمن اعتق)

1488 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة زوج النبي ﷺ انها قالت جاءت بريرة فقالت اني كاتبت اهلي (1) على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت عائشة ان احب اهلك ان اعدها لهم عنك عددتها ويكون لي ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى اهلها فقالت لهم ذلك فابوا عليها فجاءت من عند اهلها ورسول الله ﷺ جالس فقالت لعائشة اني قد عرضت عليهم ذلك فابوا علي الا ان يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله ﷺ فسالها فاخبرته عائشة فقال رسول الله ﷺ خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله

في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال (اما بعد) فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق

الاستذكار ج:7 ص:348

1489 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عائشة ام المؤمنين ارادت ان تشتري جارية تعتقها فقال اهلها نبيعكها على ان ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله فقال (لا يمنعنك ذلك فانما الولاء لمن اعتق)

1490 - مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن ان بريرة جاءت تستعين عائشة ام المؤمنين فقالت عائشة ان احب اهلك ان اصب لهم ثمنك صبة واحدة (1) واعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لاهلها فقالوا لا الا ان يكون لنا ولاؤك قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة ان عائشة ذكرت ذلك لرسول الله فقال رسول الله (اشتريها واعتقيها فانما الولاء لمن اعتق)

1491 - مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر ان رسول الله نهى عن بيع الولاء وعن هبته

قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على انه يوالي من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن اعتق ولو ان رجلا اذن لمولاه ان يوالي من شاء ما جاز ذلك لان رسول الله قال (الولاء لمن اعتق) ونهى رسول الله عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيده ان يشترط ذلك له وان ياذن له ان يوالي من شاء فتلك الهبة

الاستذكار ج:7 ص:349

قال ابو عمر قد خرج الناس في معاني حديث بريرة وجوها كثيرة فمنهم من له في ذلك باب ومنهم في ذلك كتاب وربما ذكروا من الاستنباط ما لا يفيد علما ولا يثيره ونحن - ان شاء الله تعالى بعونه وفضله - نذكر من معاني حديث بريرة ها هنا ما فيه كفاية من الاحكام التي عني بذكرها وبالحرص فيها الفقهاء واولو الاحلام والنهى فمن ذلك ان في حديث بريرة استعمال عموم الخطاب في السنة والكتاب لان بريرة لما كاتبها اهلها دل على ان الرجال والنساء والعبيد والاماء داخلون في عموم قول الله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم الاية النور 33 وان الامة ذات زوج كانت او غير ذات زوج داخلة في حديث بريرة في عموم الاية لانها كانت ذات زوج لا خلاف فيه

وفيه دليل ان كتابة الامة ذات الزوج جائزة دون زوجها وفي ذلك دليل على ان زوجها ليس له منعها من الكتابة وان كانت تؤول إلى فراقة بغير ارادته اذا ادت وعتقت وخيرت فاختارت نفسها ولا منعها من السعي في كتابتها

ولو استدل مستدل من هذا المعنى بان الزوجة ليس عليها خدمة زوجها كان حسنا كما ان للسيد عتق الامة تحت العبد وان ادى ذلك إلى بطلان نكاحه وله ان يبيع امته من زوجها الحر وان كان في ذلك بطلان زوجيتيهما كان بهذا المعنى جائزا له كتابتها على رغم زوجها وفيه دليل على ان به يجوز للسيد مكاتبة عبده وامته وان لم يكن لهما شيء من المال الا ترى ان بريرة جاءت تستعين عائشة في اول كتابتها ولم تكن ادت منها شيئا

كذلك ذكر بن شهاب عن عروة في هذا الحديث ذكره بن وهب عن يونس والليث عن بن شهاب عن عروة عن عائشة قالت جاءت بريرة الي

فقالت يا عائشة اني كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئا وذكر تمام الحديث وفيه دليل على اجازة كتابة الامة وهي غير ذات صنعة وكتابة من لا حرفة له ولا مال معه اذ ظاهر الخبر انها ابتدات بالسؤال من حين كوتبت ولم يقل النبي ﷺ هل لها مال او عمل واجب او مال ولو كان هذا واجبا لسال عنه ليقع علمه عليه لانه بعث مبينا ومعلما - ﷺ

الاستذكار ج:7 ص:350

وفيما وصفنا دليل على ان قول من تاول قول الله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا النور 33 ان الخير ها هنا المال ليس بالتاويل الجيد وان كان قد روي عن جماعة من المسلمين قد ذكرت بعضهم فيما تقدم من باب المكاتب والدليل على ضعف هذا التاويل اجماع العلماء على ان مال العبد للسيد ان شاء ان ينتزعه من عنده انتزعه من قال منهم ان العبد يملك ومن قال انه لا يملك فكيف يكاتبه بماله الا ان يشا ترك ذلك له

واصح ما في تاويل الاية والله اعلم ان الخير المذكور فيها هو القدرة على الاكتساب مع الامانة وقد يكتسب بالسؤال كما قيل السؤال اخر كسب الرجل أي ارذل كسب الرجل

وكان بن عمر يكره كتابة العبد اذا لم تكن له حرفة وكان يكره ان يطعمه مكاتبه من سؤال الناس وقال بذلك طائفة من اهل الورع وفي حديث بريرة ما يدل على جواز اكتساب المكاتب بالسؤال وان ذلك طيب لمولاه وهو يرد قول من قال لا تجوز كتابة المكاتب اذا عدل على السؤال لانه يطعمه اوساخ الناس والدليل على صحة ما قلنا ان ما طاب لبريرة اخذه

طاب لسيدها اخذه منها اعتبارا باللحم الذي كان عليها صدقة وللنبي ﷺ هدية واعتبارا ايضا بجواز معاملة الناس للسائل

وقد روي ايضا عن النبي ﷺ من حديث سهل بن حنيف وغيره انه قال (من اعان غارما في عسرته او غازيا في سبيل الله او مكاتبا في رقبته اظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله) (1) فندب الناس إلى الصدقة على المكاتب

وقد تاول قوم من العلماء في ذلك قول الله عز وجل وفي الرقاب التوبة 60 انهم المكاتبون يعانون في فك رقابهم من اشترط منهم عونهم في اجر الكتابة ومن لم يشترط واجازوا لهم الزكاة المفروضة فضلا عن التطوع

وكان الحسن البصري يقول في قول الله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا النور 33 قال صدقا وامانة من اعطاهم كان ماجورا ومن سئل فرد خيرا كان ماجورا

وقال ابراهيم النخعي ان علمتم فيهم خيرا صدقا ووفاء

الاستذكار ج:7 ص:351

وقال عكرمة قوة تعين على الكسب

وقال سفيان الثوري دينا وامانة

وقال اخرون الخير ها هنا الصلاة والصلاح

وقد ذكرنا هذا المعنى باتم ذكر في كتاب المكاتب

واتفق مالك والشافعي وابو حنيفة في جواز كتابة من لا حرفة له ولا مال معه

فقد روي عن مالك ايضا كراهية ذلك

وكره الاوزاعي واحمد واسحاق كتابة من لا حرفة له

وعن عمر وبن عمر ومسروق مثل ذلك

وقد ذكرنا ما للعلماء من التنازع في وجوب كتابة العبيد اذا ابتغوا ذلك من ساداتهم وعلموا فيهم

خيـــــــرا فـــــــي كتـــــــاب المكـــــــاتب
واما قولها (كاتبت اهلـي علـى تسـع اواق) فقـد ذكرنا مبلغ الاوقية والاصل فيها في كتاب الزكـاة
واما قولها في كل عام اوقية ففيه دليـل علـى ان الكتابة تكون على النجـم وهـذا جـائز عنـد الجميـع
واقـــــــــل الانجـــــــــم ثلاثـــــــــة
واختلفوا في الكتابـة اذا وقعـت علـى نجـم واحـد فـاكثر اهـل العلـم يجيزونهـا علـى نجـم واحـد
وقال الشافعي لا تجوز على نجـم واحـد ولا تجـوز حالة البتة لانها ليست كتابة وانمـا هـو عتـق علـى صفة كتابة كانه قال اذا اديت الي كـذا وكـذا فـانت حر وقد احتج بقولها في هذا الحديث في كل عـام اوقيـــة
ومن اجاز النجامة في الديون كلها على مثـل هـذا في كل شهر كذا ولا يقول في اول الشهر او فـي وسطه او في اخره لان رسول الله ﷺ لم يقل انها كتابة فاسدة ومعلـوم ان المكـاتب منفـرد بكسـبه كـــــــالاجنبي ليـــــــس كالعبـــــــد
وابـى ذلـك اكـثر الفقهـاء حـتى يقـول فـي اول الشهر او فـي وسـطه او عنـد انقضـائه او يسـمي الـوقت مـن الشـهر او العـام لنهيـه ﷺ عـن الـبيع المؤجل إلى اجل معلوم ونهيه عن بيع حبـل حبلـة وهي إلى حيـن تبـاع الناقـة ونتـاج نتاجهـا وقـالوا ليس معاملة السيد لمكاتبه كالبيوع لانه لا ربا بيـن العبـد وسـيده (المكـاتب عبـد مـا بقـي عليـه مـن كتابته شيء

الاستذكار ج:7 ص:352

واما قول عائشة (ان احـب اهلـك ان اعـدها لهـم عـددتها ففيـه دليـل علـى ان العـد فـي الـدراهم الصحاح يقوم مقام الوزن وان البيع والشـراء بهـا جائز من غير ذكر الوزن لانها لـم تقـل أزنهـا لهـم وهذا على حسب سنة البلد وعلم ذلك فيـه وليـس

ذلك من سنة بلدنا ولا معروف عندنا والاصل في الذهب والورق الوزن وفي البر وما كان مثله الكيل وانما يجوز العد في بلد يكون الضارب فيه للدنانير والدراهم يعتبر الوزن ولا تدخله فيه داخلة

ومن اجاز عد الدنانير والدراهم انما يجيزها في العروض كلها او في الذهب بالوزن لا في بعض الجنس ببعضه

واما قولها (ويكون ولاؤك لي فعلت) فظاهر هذا الكلام انها ارادت ان تشتري منهم الولاء بعد عقدهم الكتابة لامتهم وان تودي جميع الكتابة اليهم ليكون الولاء لها فأبوا ذلك عليها وقالوا لا يكون الولاء الا لنا

ولو كان هذا الكلام كما نقله هشام وغيره عن عروة عن عائشة لكان النكير حينئذ على عائشة لانها كانت متبوعة بأداء كتابة بريرة ومشترطة للولاء من اجل الاداء وهذا بيع الولاء وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك

فلو كان كذلك لكان الانكار على عائشة - رضي الله عنها - دون موالي بريرة ولكن الامر ليس كذلك بدليل ما نقله غير مالك في حديث هشام وما نقله غير هشام في حديث عائشة في هذه القصة

فمن ذلك ان وهيب بن خالد - وكان حافظا - روى هذا الحديث عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة فقال فيه ان احب اهلك ان اعدها لهم عدة واحدة فأعتقك ويكون ولاؤك لي فعلت فقولها واعتقك دليل على شرائها لها شراء صحيحا لانه لا يعتقها الا بعد الشراء لها

هذا هو الظاهر في قولها (واعتقك) والله اعلم

وفي حديث بن شهاب ان رسول الله قال لعائشة (لا يمنعك ذلك ابتاعي واعتقي) فأمرها بابتياع

بريرة وعتقها بعد ملكها لها
وهذا هو الصحيح في الاصول
وفي قوله في حديث بن شهاب (ابتاعي واعتقي) تفسير قوله في حديث هشام بن عروة (خذيها) أي خذيها بالابتياع ثم اعتقيها
ويصحح هذا كله حديث مالك عن نافع عن بن عمر ان عائشة ارادت ان

الاستذكار ج:7 ص:353

تشتري بريرة فتعتقها فقال اهلها نبيعكها على ان الولاء لنا فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال (لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن اعتق)
وليس في احاديث بريرة اصح من هذا الاسناد لان الاحاديث عن عائشة مختلفة الالفاظ جدا
وقد بان في حديث بن عمر ان عائشة انما ارادت شراء بريرة وعتقها فأبى اهلها الا ان يكون الولاء لهم
وفي هذا يكون الانكار على موالي بريرة لا على عائشة لان الولاء للمعتق ولا يتحول ببيع ولا بهبة
وفي ذلك ابطال الشرط في البيع اذا كان باطلا وتصحيح البيع وهذه مسألة اختلفت فيها الاثار وعلماء الامصار
وقد روى الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة ان اهل بريرة ارادوا ان يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال (اشتريها واعتقيها فانما الولاء لمن اعتق)
وهذه الرواية عن عائشة موافقة لحديث بن عمر في ذلك
وكذلك في حديث بن شهاب ما يدل على ان رسول الله ﷺ امرها بالشراء ابتداء وتعتقها بعد ذلك ويكون الولاء لها
وفي حديث هشام بن عروة ايضا في قوله

(خذيها ولا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن اعتق) دليل على صحة شرائها - ان شاء الله عز وجل واشتراط اهل بريرة الولاء بعد بيعهم لها للعتق خطبهم رسول الله ﷺ منكرا لذلك وقال (ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في حكم الله أي ليست في حكم الله كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم النساء 24 أي حكم الله فيكم وقد ذكرنا ما للعلماء في بيع المكاتب للعتق وغيره في حال تعجيزه وحكم ذلك كله في كتاب المكاتب

وفي هذا الحديث ايضا دليل على ان عقد الكتابة للمكاتب لا يوجب له عتقا

وفي ذلك رد قول من قال انه كالغريم من الغرماء اذا عقدت كتابته

واما قوله في حديث هشام بن عروة خذيها واشترطي لهم الولاء فيكون معناه اظهري لهم حكم الولاء فانما الولاء لمن اعتق أي عرفيهم بحكم الولاء لان الاشتراط الاظهار ومنها اشراط الساعة ظهور علاماتها

الاستذكار ج:7 ص:354

قال اوس بن حجر

فأشرط فيها نفسه وهو معصم

والقى بأسباب له وتوكلا (1)

أي اظهر نفسه فيما حاول ان يفعل وقيل اشترطي لهم الولاء أي اشترطي عليهم كقوله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اسأتم فلها الاسراء 7 أي فعليها وكقوله اولائك لهم اللعنة الرعد 25 أي عليهم وقوله تعالى فمن يجادل الله عنهم يوم القيامة ام من يكون عليهم وكيلا النساء 109 قوله عليهم بمعنى لهم

ويجوز ان يكون معناه الوعيد والتهاون لمن خالف ما امر به كقوله تعالى واستفزز من استطعت منهم بصوتك واجلب عليهم بخيلك ورجلك وشاركهم في الاموال والاولاد الاية الاسراء 64 ثم قال تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الاسراء 65 بيانا بفعل من فعل ما نهى عنه وتحذيرا من موافقة ذلك ومعلوم انه لم يكن هذا القول منه الا بعد اعلامهم ان الولاء كالنسب لا يباع ولا يوهب لانه لا يجوز في صفته ﷺ ان ينهى عن شيء ثم يأتيه وانما معناه اشترطي لهم الولاء فان اشتراطهم اياه بعد علمهم بان اشتراطهم لا يجوز غير نافع لهم ولا جائز في الحكم لانه ﷺ امر باشتراط الولاء لهم ليقع البيع بينها وبينهم فبطل الشرط ويصح البيع وهم غير عالمين بأن اشتراطهم ذلك لانفسهم غير جائز لهم لان هذا مكر وخديعة والرسول ﷺ ابعد الناس من هذا ومن ان يفعل ما نهي عن فعله وان يرضى لغيره ما لا يرضى لنفسه ومن ظن ذلك برسول الله ﷺ فكافر بطعنه على النبي ﷺ وانما كان هذا القول منه تهديدا ووعيدا لمن رغب عن سنته وحكمه من تحريم بيع الولاء وهبته وخالف في ذلك امره واقدم على فعل ما قد نهى عن فعله

الاستذكار ج:7 ص:355

وليس في حديث مالك في هذا الباب تخيير بريرة حين عتقت تحت زوجها وهو عنده من حديث ربيعة مذكور في باب الخيار من كتاب الطلاق وقد مضى القول فيه هناك والحمد لله كثيرا وفي هذا الحديث دليل على ان الشرط الفاسد في البيع لا يفسد البيع ولكنه يسقط ويبطل

الشـــــــــرط ويصـــــــــح الـــــــــبيع وهذا عند مالك - رحمه الله - في شيء دون شـيء يطول شرح مذهبه في ذلك ويأتي كل في موضعه مـــــن الـــــبيوع ان شـــــاء اللـــــه تعـــــالى ومـن قـال مـن اهـل العلـم مـن يـرى ان الشـرط الفاسد يفسد البيع ومنهم مـن يـرى انـه لا ينعقـد بيع ولا شرط اصلا ومنهـم مـن يـرى ان الشـرط لا يضـــــر الـــــبيع كائنـــــا مـــــا كـــــان وهـــذه اصـــول يحتمـــل ان يفـــرد لهـــا كتـــاب وقد ذكرنا فـي (التمهيـد) خـبر عبـد الـوارث بـن سعيد الثوري قال قدمت مكـة فوجـدت ابـا حنيفـة وبـن ابـي ليلـى وبـن شـبرمة فسـألت ابـا حنيفـة فقلت ما تقول في رجل بـاع بيعـا وشـرط شـرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت بـن ابـي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطـل ثـم اتيت بن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العـراق اختلفـوا فـي مسـألة واحـدة فـأتيت ابـا حنيفـة فأخبرته فقال لا ادري مـا قـالا حـدثني عمـرو بـن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ نهى عـن بيـع وشرط البيع باطل ثم اتيت بن ابي ليلى فـأخبرته فقال لا ادري ما قالا حدثني هشام بـن عـروة عـن ابيه عن عائشة قـالت (امرنـي رسـول اللـه ﷺ ان اشتري بريرة فأعتقهـا وان اشـترط اهلهـا الـولاء فانما الولاء لمن اعتق) البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت بن شبرمة فأخبرته فقال لا ادري مـا قـالا لك حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عـن جـابر قـال بعـت مـن النـبي ﷺ نـاقه وشـرط لـي حملانهـا او ظهرهـا إلـى المدينـة) الـبيع جـائز والشـــــــــرط جـــــــــائز وروى إسماعيل بن إسحاق قال حـدثني ابـو ثـابت

عن عبد الله بن وهب قال اخبرني مالك بأنه سأل بن شهاب عن رجل خطب عبده وليدة قوم واشترط على عبده ان ما ولدت الامة من ولد فله شطره وقد اعطاها العبد مهرها فقال بن شهاب هذا من الشرط الذي لا نرى له جوازا قال وقال بن شهاب اخبرني عروة بن الزبير ان عائشة قالت قام رسول الله

فخطب الناس فقال (ما بال الرجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وان شرطه مائة مرة شرط الله احق واوثق)
قال ابو الحسن الدارقطني انفرد إسماعيل بن إسحاق بهذا الحديث عن ابي ثابت عن بن وهب عن مالك
قال ابو عمر واما قوله كل شرط ليس في كتاب الله فمعناه كل شرط ليس في حكم الله وقضائه من كتابه او سنة نبيه فهو باطل
قال الله عز وجل كتاب الله عليكم النساء 24 أي حكم الله وقضائه فيكم

وفيه اجازة السجع الحق من القول لقوله (كتاب الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق)
وهذا تفسير قوله في سجع الاعرابي (اسجعا كسجع الكهان) (1) لان الكهان يسجعون بالباطل ليخرصون ويرجمون الغيب ويحكمون بالظنون
وكذلك عاب سجعهم وسجع من اشبه معنى سجعهم ولذلك عاب قول الاعرابي في معارضة السنة بقوله كيف اغرم ما لا اكل ولا شرب ولا استهل ومثل ذلك بطل فقال له (اسجعا كسجع الكهان) لانه كان سجعا في باطل اعتراضا على

حكـــــــــــم رســـــــــــول اللـــــــــــه ﷺ
وهــذا يــدل علــى ان الســجع كلام كســائر الكلام فحســـــــــنه حســـــــــن وقـــــــــبيحه قبيـــــــح

وفي قوله ﷺ(انما الولاء لمن اعتق) ما ينفي ان يكـون الـولاء إلـى المعتـق الا لمـن اعتـق فينبغـي بظاهر هذا القول ان يكون الولاء للذي يسلم على يديه وللملتقط

الاستذكار ج:7 ص:357

فأما الذي يسلم على يـديه رجـل او يـواليه فقـال مالك لا ميراث للذي اسـلم علـى يـديه ولا ولاء لـه وميـراث ذلـك المسـلم اذا لـم يـدع وارثـا لجماعـة المسـلمين وهـو قـول الشـافعي والثـوري وبـن شـــــــــــــــــبرمة والاوزاعـــــــــــــــــي

وحجتهم قول النبي ﷺ(انمـا الـولاء لمـن اعتـق) ينفـــي ذلـــك ان يكـــون الـــولاء إلـــى المعتـــق وهـــــــــو قـــــــــول احمـــــــــد وداود
وقال ابو حنيفـة وأبـو يوسـف ومحمـد مـن اسـلم على يدي رجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له فميراثـــــــــــــــــه لـــــــــــــــــه
وقال الليث من اسلم علـى يـدي رجـل فقـد والاه وميراثـــــه لـــــه اذا لـــــم يـــــدع وارثـــــا وهو قول ربيعة ويحيى بن سـعيد الا ان يحيـى بـن سعيد قال ذلك فيمـن جـاء مـن ارض العـدو كـافرا فأسلم على يدي رجل من المسلمين ان لـه ولاءه قال واما من اسلم من اهل الذمة على يـدي رجـل مسلم فولاؤه لجماعة المسلمين ولم يفرق ربيعـة ولا الليـــــث بيـــــن الـــــذمي واهلـــــه
وحجة من ذهب مذهب ابـي حنيفـة وربيعـة حـديث تميـم الـداري قـال (سـألت رسـول اللـه ﷺعـن المشرك يسلم على يدي المسلم فقال هـو اولـى الناس واحـق النـاس واولاهـم بمحيـاه ومماتـه) (

1)_____
وقضى به عمر بن عبد العزيز وقد ذكرنا الحديث باسناده في (التمهيد) وحدثناه عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثني بكر قال حدثني مسدد قال حدثني عبد الله بن داود الخريبي عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن عبد الله بن وهب عن تميم الداري
قال ابو عمر وحديث الولاء لمن اعتق اصح وسنذكر ميراث اللقيط وولاءه في كتاب الاقضية عند ذكر حديث بن شهاب عن سنين بن جميلة - ان شاء الله عز وجل
واما ولاء السائبة وولاء المسلم يعتقه النصراني فسيأتي القول في ذلك في اخر باب في هذا الكتاب ان شاء الله تعالى

الاستذكار ج:7 ص:358

واما قول مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على انه يوالي من شاء فان ذلك لا يجوز لان الولاء لمن اعتق بقول صحيح يشهد له قول رسول الله ﷺ(انما الولاء لمن اعتق) ونهيه ﷺعن بيع الولاء وهبته واحتجاج مالك بذلك صحيح حسن جدا الا انها مسألة اختلف فيها السلف قديما ومن بعدهم وقول الشافعي فيها كقول مالك وهو قول احمد وداود
وروي عن عمر بن الخطاب انه جعل اسلامه على يديه موالاة وجعل لمن لا ولاء عليه ان يوالي من شاء
وهو قول عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد
قال معمر عن الزهري قضى عمر بن الخطاب في رجل والى قوما ان ميراثه لهم وعقله عليهم
قال الزهري اذا لم يوال احدا ورثه المسلمون
وقد روى حماد بن سلمة عن جعفر بن الزبير عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابي امامة عن النبي

قال (من اسلم على يدي رجل فله ولاؤه) وروي عن عمر وعلي وعثمان وبن مسعود انهم اجازوا الموالاة وورثوا بها وعن عطاء والزهري ومكحول نحوه وروي عن سعيد بن المسيب (أيما رجل اسلم على يدي رجل فعقل عنه ورثه وان لم يعقل عنه لم يرثه) وقالت به طائفة وقال ابو حنيفة واصحابه اذا والاه على ان يعقل عنه ويرثه عقل عنه وورثه اذا لم يخلف وارثا قالوا وله ان ينقل ولاءه عنه ما لم يعقل عنه او عن احد من صغار ولده وللمولي ان يبرا من ولائه بحضرته ما لم يعقل عنه وان أسلم على يدي رجل ولم يعقل عنه ولم يواله لم يرثه ولم يعقل عنه وهو قول الحكم وحماد وابراهيم وهذا كله فيمن لا عصبة له ولا ذو رحم ومن هذا الباب عتق المرء عن غيره باذنه وبغير اذنه وقد اختلف العلماء في ذلك

الاستذكار ج:7 ص:359

فالذي ذهب إليه مالك في المشهور من مذهبه عند اكثر اصحابه ان الولاء عنه سواء كان بامره او بغير امره

وقال اشهب الولاء للمعتق وسواء امره بذلك او لم يامره

وهو قول الليث والاوزاعي

وحجة مالك حديث أبن شهاب ان رسول الله قال في حديث ذكره ان نبي الله ايوب عليه السلام قال في بلائه ان الله تعالى يعلم اني كنت امر على الرجلين يتنازعان ويذكران الله تعالى فارجع إلى بيتي فاكفر عنهما كراهة ان يذكر الله تعالى الا في حق

وقد روي هذا الحديث عن بن شهاب عن انس وقد ذكرنا ذلك كله بالاسانيد في (التمهيد) وفي هذا الحديث دليل على جواز عتق المرء عن غيره لان الكفارة قد تكون بالعتق وغيره ولم يبلغنا ان شريعة ايوب كانت بخلاف شريعتنا وقد قال الله عز وجل اولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتدة الانعام 90
وقال الشافعي اذا اعتقت عبدك عن رجل حي او ميت بغير امره فولاءه لك وان اعتقته عنه بامره بعوض او بغير عوض فولاؤه له ويجزئه بمال وبغير مال وسواء قبله المعتق عنه او لم يقبله وهو قول احمد وداود
وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري ان قال اعتق عني عبدك على مال ذكره فالولاء للمعتق عنه لانه بيع صحيح واذا قال اعتق عبدك عني بغير مال فالولاء للمعتق لان الامر لم يملك منه شيئا وهي هبة باطل لانها لا يصح فيها القبض
قال ابو عمر الاصل في هذا الباب قوله ﷺ (الولاء لمن اعتق) يدخل فيه الذكر والانثى والواحدة والجماعة لانه من يصلح له كله الا ان السفيه الذي لا يجوز له التصرف في ماله خارج من هذه الجملة واما النساء فلهن ولاء من اعتقن دون ميراث الولاء في غير ذلك وقد تقدم هذا المعنى مجودا والحمد لله كثيرا

1 (11 - باب جر العبد الولاء اذا اعتق)

1492 - مالك عن ربيعة بن عبد الرحمن ان الزبير بن العوام اشترى عبدا

الاستذكار ج:7 ص:360

فاعتقه ولذلك العبد بنون من امراة حرة فلما اعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي امهم بل

هـم مواليـنـا فاختصـموا إلـى عثمـان بـن عفـان فقضـــــى عثمـــــان للزبيـــــر بـــــولائهم
1493 - مالك انه بلغه ان سعيد بن المسـيب سـئل عن عبد له ولد من امراة حرة لمن ولاؤهـم فقـال سعيد ان مات ابوهم وهو عبد لـم يعتـق فـولاؤهم لمـــــــــــــــــوالي امهـــــــــــــــــم
قال مالك ومثـل ذلـك ولـد الملاعنـة مـن المـوالي ينسب إلى موالي امه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة (1) عقلوا عنـه (2) فـان اعترف به ابوه الحـق بـه وصـار ولاؤه إلـى مـوالي ابيه وكان ميراثه لهـم وعقلـه عليهـم ويجلـد ابـوه الحـــد
قال مالك وكذلك المـراة الملاعنـة مـن العـرب اذا اعترف زوجها الذي لاعنها بولدها صار بمثـل هـذه المنزلة الا ان بقية ميراثه بعد ميراث امـه واخـوته لامه لعامة المسلمين ما لم يلحق بابيه وانمـا ورث ولد الملاعنة المولاة موالي امه قبل ان يعترف بـه ابوه لانه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبة صـــــــــار إلـــــــــى عصـــــــــبته
قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في ولد العبـد من امراة حرة وابو العبد حر ان الجد ابا العبـد يجـر ولاء ولد ابنه الاحرار من امراة حرة يرثهـم مـا دام ابوهم عبدا فان عتق ابوهم رجع الولاء إلى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والـولاء للجـد وان العبد كان له ابنان حران فمات احدهما وابـوه عبـد جـــــر الجـــــد ابـــــو الاب الـــــولاء والميـــــراث
قال ابو عمر هكذا رواه يحيى وبـن بكيـر وطائفـة ورواه مطـرف وابـو مصـعب وغيرهمـا عـن مالـك بابين من هذا قالا (جر الجد الولاء وكـان الميـراث بينهما) وهذا صحيح لانه ميراث مال لا ميراث ولاء

واما قوله وجر الجد الولاء إلى مواليه فمعلوم انـه يجره اليهم اذا لم يكن وارث يحجبه عنهم

قال ابو عمر اما حديث مالك عن ربيعة في قصة الزبير رواه الثوري وبن جريج عن حميد الاعرج عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي ورواه معمر والثوري عن هشام بن عروة عن ابيه بمعنى واحد ان الزبير بن العوام اشترى عبدا مملوكا عند رافع بن خديج زوجه مولاة له منها بنون فلما اشترى الزبير العبد اعتقه فاختصما إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير واختلف اهل العلم في انتقال الولاء الذي قد ثبت لموالي الامة المعتقة في بنيها من الزوج العبد ان اعتق بعد
فروي عن جماعة من العلماء ان ولاءهم لموالي امهم لا يجره الاب ان اعتق
وروي ذلك عن عمر بن الخطاب
وممن قال ذلك عطاء وعكرمة بن خالد ومجاهد وبن شهاب وقبيصة بن ذؤيب
وقضى به عبد الملك بن مروان في اخر خلافته لما حدث به قبيصة عن عمر بن الخطاب وكان قبل ان يقضي فيه بقضاء مروان ان الولاء يعود لموالي ابيهم ان اعتق
وروي عن عمر بن عبد العزيز وميمون بن مروان مثل ذلك
وروى معمر عن الزهري قال لا يتحول ولاؤهم إلى موالي ابيهم
قال معمر وبلغني عن ميمون بن مهران وعمر بن عبد العزيز ادوا ذلك
وحدثني بن طاوس عن عكرمة بن خالد مثل ذلك
وقال مالك والاوزاعي وابو حنيفة وسفيان الثوري والليث بن سعد والشافعي واحمد واسحاق كلهم واصحابهم يقولون ان العبد اذا اعتق جر ولاء ولده إلى مواليه وانتقل ولاؤهم عن امهم وعن مواليها

وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت والزبير بن العوام وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري ومحمد بن سيرين وابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وقضى به مروان عن راي اهل المدينة وما نظر به مالك من ولد الملاعنة فتنظير صحيح وقياس حسن

الاستذكار ج:7 ص:362

واما قول مالك ان الجد اب العبد يجر ولاء ولد ابنه الاحرار من امراة حرة يرثه ما دام ابوهم عبدا فان اعتق ابوهم رجع الولاء إلى مواليه على حسب ما ذكره من ذلك في هذا الباب وقوله ان الامر المجتمع عليه عندهم فهو مذهب الشافعي عند بعض اصحابه وروي ذلك عن الشعبي وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد والثوري لا يجر الجد الولاء قالوا في ولد العبد من امراة حرة اذا كان العبد حيا لم يجر الولاء وحجتهم ان ولد العبد لا يكون مسلما باسلام جده وان اباه لو لاعن امة لم يستخلفه الجر فكذلك لا يلحق بولاؤه ولاؤه قال ومعلوم ان نسبه إلى الجد انما هو بابيه فكذلك ينبغي ان يكون ولاؤه لابيه فاذا لم يثبت ولاؤه من جهة الاب لم يثبت من جهة الجد قال مالك (1) في الامة تعتق وهي حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل ان تضع حملها او بعد ما تضع ان ولاء ما كان في بطنها للذي اعتق امه لان ذلك الولد قد كان اصابه الرق قبل ان تعتق امه وليس هو بمنزلة الذي تحمل به امة بعد العتاقة لان الذي تحمل به امه بعد العتاقة اذا اعتق ابوه جر ولاءه

قال ابو عمر على هذا مذهب الكوفي والشافعي واكثر اهل العلم ولم يختلفوا انه لو قال لامته الحامل ما ولدت فهو حر انه تلحقه الحرية اذا ولدته ويلزمه فيه قوله وكذلك اذا اعتقها حاملا فولدها كعضو منها فكذلك يلحق العتق ما في بطنها فكيف يجر العبد اذا اعتق ولاء من قد ثبت عليه الولاء لمعتقه

قال مالك (2) في العبد يستاذن سيده ان يعتق عبدا له فياذن له سيده ان ولاء العبد المعتق لسيد العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذي اعتقه وان عتق

قال ابو عمر يتفق في هذه المسالة من قال ان العبد يملك ومن قال ان العبد لا يملك شيئا وعتق العبد باذن سيده عند من لم يملك عنده العبد شيئا كعتق الوكيل باذن الموكل وهو في معنى من وكل رجلا على انكاحه او طلاقه

ومن قال ان العبد لا يملك لا يجيز له التصرف في ما بيده الا باذنه فاذا اذن له فيه كان كما وصفنا وبالله توفيقنا

الاستذكار ج:7 ص:363

1 (12 - باب ميراث الولاء)

1494 - مالك عن عبد الله بن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن ابيه انه اخبره ان العاصي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لام ورجل لعله (1) فهلك احد اللذين لام وترك مالا وموالي فورثه اخوه لابيه وامه ماله وولاؤه مواليه ثم هلك الذي ورث المال وولاء الموالي وترك ابنه واخاه لابيه فقال ابنه قد احرزت (2) ما كان ابي احرز من المال وولاء الموالي وقال اخوه ليس كذلك انما احرزت المال واما ولاء الموالي فلا ارايت لو هلك اخي اليوم

الست ارثه انا فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى لاخيه بولاء الموالي
1495 - مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب قال في رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالي اعتقهم هو عتاقة ثم ان الرجلين من بنيه هلكا وتركا اولادا فقال سعيد بن المسيب يرث الموالي الباقي من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد اخوته في ولاء الموالي شرع سواء
قال ابو عمر هذا المعنى هو الذي يسميه العلماء الولاء للكبير
وهو مذهب عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وبن مسعود وزيد بن ثابت - رضي الله عنه
قال سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء وبن شهاب وبن سيرين وقتادة وابو الزناد وربيعة وسائر اهل المدينة
واليه ذهب مالك وابو حنيفة والشافعي واصحابهم والثوري والاوزاعي والليث واحمد واسحاق وابو عبيد وابو ثور كل هؤلاء يقول ان الولاء للكبير ومعنى ان يستحقه الاقرب إلى المعتق ابدا في حين موت المولي على ما تقدم من قضاء عثمان وقول سعيد بن المسيب في هذا الباب

الاستذكار ج:7 ص:364

قال احمد بن حنبل على هذا جمهور الناس
وروي عن الزبير انه كان يقول ان الولاء يورث كما يورث المال وان من احرز من المال شيئا احرز مثله من ولاء الموالي الا النساء
وبه قال شريح وطائفة من اهل البصرة قد ذكرنا بعضهم عند ذكر ربيعة في باب الخيار من كتاب الطلاق
واختلفوا في السيد المعتق اذا ترك اباه وابنه ثم مات المولي المعتق
فقال ابراهيم النخعي والاوزاعي وعبيد الله بن

الحسن واحمد واسحاق وابو يوسف القاضي لابيه سدس الولاء وما بقي فلابنه فانهما في القرب من الميت سواء فهما فيه كهما في مال الميت وقال عطاء والزهري والحسن والشعبي والحكم وحماد الميراث الذي يخلفه المعتق كله للابن دون الاب لان الابن اقرب العصبات وبه قال مالك والثوري وقتادة والزهري وابو قتادة والشعبي ومحمد بن الحسن وهاتان المسالتان اصلان في بابهما

1496 - مالك عن عبد الله بن ابي بكر بن حزم انه اخبره ابوه انه كان جالسا عند ابان بن عثمان فاختصم إليه نفر من جهينة ونفر من بني الحارث بن الخزرج وكانت امراة من جهينة عند رجل من بني الحارث بن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فماتت المراة وتركت مالا وموالي فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالي قد كان ابنها احرزه فقال الجهنيون ليس كذلك انما هم موالي صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى ابان بن عثمان للجهنيين بولاء الموالي

قال ابو عمر هذا ايضا من باب الولاء لكبير وقد اختلف اهل العلم في المراة تعتق عبدا لها ثم تموت وتخلف ولدا ذكورا واناثا وعصبة لها ثم يموت مولاها الذي اعتقته

فقالت طائفة من اهل العلم مال المولي المتوفى لعصبتها دون ولدها لانهم الذين يعقلون عنها وعن مواليها فكما يعقلون عنها فكذلك يرثون مواليها

الاستذكار ج:7 ص:365

واحتجوا بما روي عن علي - رضي الله عنه - حين خاصم الزبير في موالي صفية امه وروى علي انه احق بولائهم من الزبير لانه عصبتها والزبير ابنها

وخالف في ذلك عليا عمر فقضى بولاء موالي صفية بنت عبد المطلب لابنها الزبير - رضي الله عنهم اجمعين وقضى بالعقل على عصبتها ذكر عبد الرزاق عن الثوري عن حماد عن ابراهيم ان عليا والزبير اختصما في موالي صفية فقضى عمر بالعقل على علي والميراث للزبير وقال بقول عمر في ذلك الشعبي والزهري وقتادة

واليه ذهب مالك والشافعي والثوري والاوزاعي وابو حنيفة وابو يوسف ومحمد واحمد واسحاق ثم اختلفوا في ولد المراة اذا ماتوا وانقرضوا هل يرث ذلك عنهم عصبتهم او ينصرف الولاء إلى عصبة المراة

كان مالك وسفيان يقولان بمثل ما قضى به ابان بن عثمان في قصة الجهنية لعصبتها الجهنين وهو قول ابي حنيفة واصحابه وبه قال احمد واسحاق

وقال الاخرون الولاء قد وجب لابن المراة فلا يعود إلى عصبتها ابدا ويرثه عن الابن بنوه دون عصبة المراة لان الولاء قد احرزه الابن ووجب له فلا ينتقل عنه الا إلى من يرثه من ولد وعصبته روي هذا عن بن مسعود

وقالت به طائفة ورووا فيه حديثا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (ما احرز الولد او الوالد فهو لعصبته من كان) (1)

وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه - مثل ذلك ايضا

وقد روي عن الشعبي قول رابع في المراة تموت وتترك موالي ان الميراث منهم لولدها والعقل عليهم

وبه كان يقضي بن ابي ليلى

الاستذكار ج:7 ص:366

قال ابو عمر هذا شذوذ في ايجابه العقل عل الابن وولده عصبته والجمهور على ان العقل على عصبتها وبالله التوفيق

1 (13 - باب ميراث السائبة وولاء من اعتق اليهودي والنصراني)

1497 - مالك انه سال بن شهاب عن السائبة قال يوالي من شاء فان مات ولم يوال احدا فميراثه للمسلمين وعقله عليهم

قال مالك ان احسن ما سمع في السائبة انه لا يوالي احدا وان ميراثه للمسلمين وعقله عليهم

قال ابو عمر قوله (احسن ما سمعت) انه يدلك على ما سمع في ميراث السائبة غير ما استحسنه وذهب إليه

والذي ذهب إليه في السائبة قد روي عن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز الا ان ما روي عن عمر بن الخطاب ليس بالبين لانه انما روي عنه السائبة ليومها

فمن ذهب مذهب مالك قال أي لا تعود في شيء منها

واما عمر بن عبد العزيز فقال ميراثه للمسلمين وعقله عليهم

وكان بن شهاب ويحيى بن سعيد وطائفة يرون للسائبة ان يوالي من شاء فان والى من شاء احدا كان ميراثه له وعقله عليه فان لم يوال احدا كان ميراثه وعقله على جماعة المسلمين وبه قال الاوزاعي والليث

وكان بن مسعود يقول السائبة يضع ماله حيث شاء

رواه الثوري عن سلمة بن كهيل عن ابي عمرو الشيباني عن بن مسعود

وكان الشعبي وابراهيم يقولان لا باس ببيع ولاء

السائبة وهبته
وقد كره بن عمر ان يأخد مال مولى اعتقه سائبة وامر به فاشتري به رقاب واعتقها والنظر يشهد له لو لم تر المال له ما فضل ذلك فيه

الاستذكار ج:7 ص:367

وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما واحمد واسحاق وابو ثور وداود ولاء السائبة لمعتقه لا لاحد غيره وليس له ان يوالي احدا

وحجتهم قوله ﷺ(انما الولاء لمن اعتق) ونهيه ﷺعن بيع الولاء وعن هبته (1)

وقال ﷺ(الولاء كالنسب لا يباع ولا يوهب)
وروى ابو قيس - عبد الرحمن بن ثروان عن هزيل بن شرحبيل قال جاء رجل إلى عبد الله بن مسعود فقال اني اعتقت غلاما لي سائبة فمات وترك مالا فقال عبد الله ان اهل الاسلام لا يسيبون انما كانت تسيب الجاهلية انت وارثة وولي نعمته (2)

وروى يحيى بن يحيى عن عمر بن نافع قال لست اخذ بقول مالك فيمن اعتق سائبة واقول ولاؤه له ولا سائبة عندنا اليوم في الاسلام وممن قال بهذا في ميراث السائبة الحسن وبن سيرين والشعبي والنخعي وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب
قال مالك (3) في اليهودي والنصراني يسلم عبد احدهما فيعتقه قبل ان يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان اسلم اليهودي او النصراني بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء ابدا قال ولكن اذا اعتق اليهودي او النصراني عبدا على دينهما ثم اسلم المعتق قبل ان يسلم اليهودي او النصراني الذي اعتقه ثم اسلم الذي اعتقه رجع

إليه الولاء لانه قد كان ثبت لـه الـولاء يـوم اعتقـه قـال مالـك (4) وان كـان لليهـودي او النصـراني ولد مسلم ورث موالي ابيه اليهـودي او النصـراني اذا اسـلم المـولى المعتـق قبـل ان يسـلم الـذي اعتقه وان كان المعتق حين اعتق مسلما لـم يكـن لولد النصراني او اليهودي او المسـلمين مـن ولاء العبـد المسـلم شـيء لانـه ليـس لليهـودي ولا للنصـراني ولاء فـولاء العبـد المسـلم لجماعـة المسـلمين

قال ابو عمر على مـا رواه مالـك وذهـب إليـه فـي النصراني يعتق عبده اذا اسلم قبـل ان يبـاع عليـه جماعة اصحابه

الاستذكار ج:7 ص:368

وامـا جمهـور العلمـاء فمـذهبهم ان ولاء العبـد المسلم اذا اعتقه النصراني لسيده النصـراني لان الولاء نسب من الانساب لا يبـاع ولا يـوهب ولكنـه ليـس يرثـه ان مـات لاختلاف الـدينين كمـا لا يـرث الاب ابنه ولا الابن اباه لـو اسـلم احـدهما والاخـر كافر لقوله ﷺ(لا يرث المسلم الكافر ولا الكـافر المسلم) (1) فان اسلم الاخر بعـد اسـلام الاول منهما ورثه فكذلك الولاء اذا اعتق كافر مسلما لـم يرثـه الا ان يسـلم فـان اسـلم ورثـه هذا قول الشافعي وابي حنيفة وأصحابه والثـوري واحمـد واسـحاق وابـي ثـور وبـه اقـول وقد اجمع المسلمون علـى ان عتـق النصـراني او اليهودي لعبـده المسـلم صـحيح نافـذ جـائز عليـه واجمعوا انه اذا اسـلم عبـد الكـافر فـبيع عليـه ان ثمنه يدفع إليه فدل على انه على ملكه بيـع وعلـى ملكه ثبت العتق له الا ان ملكه غير مستقر لوجوب بيعه عليه فذلك والله اعلـم لقـول اللـه عـز وجـل ولن يجعـل اللـه للكـافرين علـى المـؤمنين سـبيلا النسـاء 141 يريـد الاسـترقاق والملـك والعبوديـة

ملكا مستقرا لانه اذا فطن لملكه له بيع عليه وقد اختلف العلماء في شراء الكافر العبد المسلم على قولين احدهما ان البيع مفسوخ والثاني ان البيع صحيح ويباع على المشتري وياتي في كتاب البيوع - ان شاء الله تعالى ولم يختلفوا في الذمي يعتق الذمي ثم يسلم احدهما قبل صاحبه ثم يسلم الاخر انه يرث منهما السيد مولاه الذي انعم بالعتق عليه فان لم يسلم المعتق وكان له ولد مسلم ورثه الابن المسلم وعد ابوه كالميت في الميراث ما دام كافرا كما رسمه مالك - رحمه الله ولو ان الحربي يعتق عبده على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فان مالكا قال هو مولاه يرثه

الاستذكار ج:7 ص:369

وهو قياس قول الشافعي واستحسنه ابو يوسف وقال ابو حنيفة اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب ثم خرجا الينا مسلمين فللعبد ان يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق وقد قال بن القاسم اذا خرج العبد المعتق الينا مسلما ثم خرج سيده مسلما عاد إليه الولاء وقال اشهب لا يعود إليه الولاء ابدا لانه لما خرج مسلما قبل سيده ثبت ولاؤه للمسلمين

روي عن النبي ﷺ انه اعتق عبيدا خرجوا إليه من الطائف مسلمين ثم اسلم سادتهم فلم يرجع اليهم ولاؤهم (1)

وهؤلاء لم يكن واحد منهم اعتق قبل الخروج وانما ملكوا انفسهم بخروجهم كما كان يملكهم المسلمون لو سبوهم واخذوهم عنوة فليس بخروجهم فليس لهم في هذا الحديث حجة والله اعلم وهو المستعان

الاستذكار ج:7 ص:370

1 (39 كتاب المكاتب (1))

1 (1 - باب القضاء في المكاتب)

1498 - مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء
1499 - مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير وسليمان بن يسار كانا يقولان المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء
قال مالك وهو رايي
قال ابو عمر على هذا راي جماعة فقهاء الامصار ان المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء الا ان بعضهم يقول لا يكون حرا باداء كتابته الا ان يكون في عقد كتابته فاذا اديت ذلك فانت حر يشترط ذلك فيه على نفسه في عقد الكتابة هذا قول الشافعي
وعند مالك وابي حنيفة واصحابهما لا يضر المكاتب ان لا يقول له مولاه في حين كتابته اياه اذا اديت الي جميع كتابتك فانت حر ويعتق اذا ادى ذلك إليه
قال ابو عمر قولهما لكان عبدا ما بقي عليه من كتابته شيء دليل على انه حر اذا لم يبق عليه شيء

الاستذكار ج:7 ص:371

فاما السلف قبلهم فقد روي عنهم في ذلك اختلاف كثير منه
ان المكاتب ان اعقدت له الكتابة فهو غريم من الغرماء لا يرجع إلى الرق ابدا لانه قد ابتاع نفسه من سيده بثمن معلوم إلى اجل معلوم
وهذا قول تردده السنة الثابتة في قصة بريرة من حديث عائشة وغيرها ان بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئا (1)

هكذا رواه الليث بن سعد عن بن شهاب عن عـروة عن عائشة ان بريرة جاءت تسـتعينها فـي كتابتهـا ولـــم تكـــن قضـــت مـــن كتابتهـــا شـــيئا ورواه مالك عن بن شهاب عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة انها قالت (جاءتني بريـرة فقـالت انـي كـاتبت اهلـي علـى تسـع اواق فـي ك ل عـام اوقية فاعينيني فقالت عائشـة ان احـب اهلـك ان اعـــدها لهـــم ويكـــون ولاؤك لـــي فعلـــت) وفي حديث يحيى بن سعيد عن عمرة عـن عائشـة قالت (ان احـب اهلـك ان اصـب لهـم ثمنـك صـبة واحـــــــدة واعتقـــــــك فعلـــــــت) فهذا يدل ويبين ان المكاتب عبد جائز بيعه للعتاقة اذا عقدت كتابته ولم يؤد منها شـيئا وانـه لـو كـان يعقد كتابته حرا غريما مـن الغرمـاء لـم يجـز بيعـه عنـــــــد اكـــــــثر العلمـــــــاء وسنذكر اختلافهم في جـواز بيـع المكـاتب للعتـق قبل ان يعجز وبعد ذلك فـي موضـعه ان شـاء اللـه تعـــــــالى فهذا وجه واحد من وجوه اختلاف السلف في حكم المكـــــاتب وقـــــول مـــــن اقـــــوالهم وقـول ثـان انـه اذا عجـز يعتـق منـه بقـدر مـا ادى ويـورث ويـرث ويـؤدي بقـدر مـا ادى مـن الكتابـة

روي هذا عن النبي وعن علي - رضي الله عنـه وهو حديث يرويه يحيى بن ابـي كـثير عـن عكرمـة عـن بـن عبـاس ان رسـول اللـه قـال يـؤدي المكاتب بقدر ما ادى دية حر وبقدر ما رق منه ديـة عبـــــــد) (2)

هكذا رواه مسندا متصلا عـن يحيـى بـن ابـي كـثير هشام الدسـتوائي وعمـر بـن راشـد ومعاويـة بـن سلام وغيرهم

الاستذكار ج:7 ص:372

قال ابو عمر حدثناه سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني إسماعيل بن علية عن هشام الدستوائي عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن بن عباس عن النبي ﷺ عكرمة عن بن عباس عن النبي ﷺ روى حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة ان مكاتبا قتل على عهد النبي ﷺ وقد ادى بعض كتابته فامر رسول الله ﷺ ان يؤدي بما ادى من كتابته دية حر وما بقي دية مملوك) (1) لم يذكر فيه بن عباس

واما الرواية بذلك عن علي - رضي الله عنه - فذكر عبد الرزاق ووكيع عن سفيان الثوري عن طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي عن علي قال يعتق المكاتب بقدر ما ادى ومعمر عن قتادة ان عليا قال في المكاتب يورث بقدر ما ادى ويجلد الحد بقدر ما ادى ويعتق منه بقدر ما ادى وتكون ديته بقدر ما ادى (2) ـ وايوب عن عكرمة ان عليا قال المكاتب يعتق منه بقدر ما ادى فان قيل ان قتادة عن خلاس عن علي والحجاج بن ارطاة عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي قال اذا عجز المكاتب يستسعى حولين واستوفى به حولين فان دخل في السنة الثانية ولم يؤد نجومه رد في الرق قبل هذا يحتمل ان يكون المكاتب لم يكن ادى من نجومه شيئا فاستوفى به ما ذكر فلما لم يؤد شيئا من نجومه رد في الرق ويشهد لهذا حديث بن شهاب عن عروة عن عائشة ان بريرة جاءت تستعين عائشة في كتابتها ولم تكن قضت من مكاتبتها شيئا

وقول ثالث انه اذا ادى شطر كتابته فهو غريم من الغرماء لا يرجع إلى الرق ابدا
روى معمر عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن عن جابر بن سمرة عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال اذا ادى المكاتب الشطر فلا رق عليه

الاستذكار ج:7 ص:373

وقال بن جريج سمعت بن ابي مليكة يقول كتب عبد الملك بن مروان اذا قضى المكاتب شطر كتابته فهو غريم من الغرماء
وروى وكيع عن المسعودي عن جابر عن القاسم قال قال عمر اذا ادى المكاتب النصف فلا رد عليه في الرق
وقول رابع اذا ادى الثلث فهو غريم
ذكر عبد الرزاق ووكيع عن الشعبي عن جابر ان بن مسعود وشريحا كانا يقولان اذا ادى الثلث فهو غريم
والثوري عن طارق عن الشعبي قال قال بن مسعود اذا ادى الثلث فهو غريم
وقول خامس اذا ادى الثلاثة الارباع وبقي الربع فهو غريم
قال بن جريج قلت لعطاء ما الذي اذا بلغه المكاتب من القضاء في كتابته ثم عجز لم يعد عبدا قال ما اعلمه ولا سمعت فيه شيئا قلت لعطاء فما ترى ان بقي الثلث قال فقلت الربع قال نعم ارى اذن ان لا يعود
وقول سادس ان المكاتب اذا ادى قيمته فهو غريم
ذكر عبد الرزاق (1) عن بن عيينة عن إسماعيل بن ابي خالد عن الشعبي ان شريحا كان يقول اذا ادى المكاتب قيمته فهو غريم
قال الشعبي وكان يقول فيه بقول بن مسعود
وعن الثوري عن جابر عن الشعبي ان بن مسعود

وشـريحا كانـا يقـولان اذا ادى الثلـث فهـو غريـم قال الثوري واما مغيرة فاخبرني عـن ابراهيـم ان بـــن مســـعود قـــال اذا ادى ثمنـــه فهـــو غريـــم قال ابو عمر اختلف عنه بن مسعود فيه من روايـة الشـــــعبي وروايـــــة ابراهيـــــم ايضـــــا ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قـال حـدثني حفـص عـن الاعمش عن ابراهيم واشعث وعـن الشـعبي قـالا قـال عبـد اللـه اذا ادى المكـاتب ثلـث كتـابته فهـو غريم

الاستذكار ج:7 ص:374

وقد تقدم من رواية المغيـرة عـن ابراهيـم ان بـن مســـعود قـــال اذا ادى ثمنـــه فهـــو غريـــم وقول سابع ان المكاتب عبد مـا بقـي عليـه درهـم ومـــــا بقـــــي عليـــــه شـــــيء روي ذلك عن بن عمر من وجوه وعن زيد بن ثـابت وعائشـة وام سـلمة لـم يختلـف عنهـم فـي ذلـك ذكـر عبـد الـرزاق (1) قـال اخبرنـا الثـوري قـال اخبرنا طارق بن عبـد الرحمـن عـن الشـعبي قـال وقال زيد بن ثابت المكاتب عبد بقـي عليـه درهـم ووكيع عن إسماعيل عن الشعبي عن سـفيان بـن ابي نجيح عن مجاهد جميعا عن زيد بن ثـابت مثلـه وعن معمر عن عبد الكريم الجزري عن ميمون بـن مهران عـن عائشـة انهـا قـالت لمكـاتب مـن اهـل الجزيرة يقال له حمران ادخل علي ولو بقي عليك عشـــــــــــــــرة دراهـــــــــــــــم وعن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن سالم مولى دوس - قال قـالت لـي عائشـة انـت عبـد مـا بقـي عليـــك مـــن كتابتـــك شـــيء (2)ـــــ وعن معمر عن قتادة ان عائشة قالت هـو عبـد مـا بقـــــــي عليـــــــه درهـــــــم وعن معمر عن يحيى بن ابي كثير عـن مسـلم بـن جندب عن بن عمر انه قال عبد ما بقي عليه درهم وهـو قـول سـعيد بـن المسـيب وجمهـور فقهـاء

المدينة وقول الشعبي وابراهيم وبن شهاب الزهري والحكم والحارث العكلي وقتادة وعمر بن عبد العزيز
وبه قال جماعة اهل الفتوى بالامصار مالك وعبد العزيز والليث والثوري والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي واصحابه واحمد واسحاق
قال حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني هارون بن عبد الله قال حدثني ابو بدر قال حدثني ابو عتبة قال حدثني سليمان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال (المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

الاستذكار ج:7 ص:375

قال ابو عمر ابو عتبة هو عندي هو عندي إسماعيل بن عياش وسليمان هو سليمان بن موسى الاشدق والله اعلم
واما ابو بدر هو شجاع بن الوليد السكوني قال ابو داود وحدثني محمد بن المثنى قال حدثني عبد الصمد قال حدثني همام قال حدثني عباس الجريري عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ قال (ايما عبد كاتب على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق فهو عبد) (1)
(وايما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد)
وهكذا رواه حجاج بن ارطاه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ
وهو عندي في معنى قوله هو ما بقي عليه شيء كما قال عز وجل ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يوده اليك ومنهم من ان تامنه بدينار لا يوده اليك ال عمران 75 اراد القليل بذكر الدينار بعد ذكره القنطار واراد الكثير بذكره القنطار ولم

يرد الدينار بعينه خاصة ولا القنطار بعينه خاصة ومثل هذا ما روي منقطعا عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال (من كاتب مكاتبا على مائة فقضاها كلها الا عشرة دراهم فهو عبد او على مائة اوقية فقضاها كلها الا اوقية فهو عبد) رواه بن جريج عن عطاء الخرساني عن عبد الله بن عمرو بن العاص واما ما رواه عكرمة بن عمار عن يحيى بن ابي كثير عن بن عباس قال اذا بقي على المكاتب خمس اواق او خمس ذود او خمسة اوسق فهو تحريم فخطا لا يعرج عليه وانما الحديث ليحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن بن عباس مرفوعا يعتق من المكاتب بقدر ما ادى على ما قد ذكرناه عنه وعكرمة بن عمار لا يحتج به وقد روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ان المكاتب عبد ما بقي عليه شيء خلاف ما تقدم عنه ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني ابو خالد الاحمر عن بن ابي عروبة عن

قتادة عن معبد الجهني عن عمر قال (المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) وهذا الإسناد خير من الاسناد عنه بان المكاتب اذا ادى الشطر فلا رق عليه وروي عن عثمان - رضي الله عنه ايضا ذكره ابو بكر قال حدثني يزيد بن هارون عن عباد بن منصور عن حماد بن ابراهيم عن عثمان قال هو عبد ما بقي عليه درهم وهذا اولى ما قيل به في هذا الباب والله الموفق للصواب

قال مالك (1) فان هلك المكاتب وترك مالا اكثر مما بقي عليه من كتابته وله ولد ولدوا في كتابته

او كاتب عليهم ورثوا ما بقي من المال بعد قضاء كتابته

قال ابو عمر في هذه المسالة للعلماء ثلاثة اقوال احدها ما قاله مالك لانه ولده الذين كاتب عليهم او ولدوا في كتابته حكمهم كحكمه وعليهم السعي فيما بقي من كتابته لو لم يتخلفوا مالا ولا يعتقون الا بعتقه ولو ادى عنهم ما رجع عليهم بذلك لانهم يعتقون عليه فهو اولى بميراثه لانهم مساوون له في جميع حاله

والقول الثاني انه يؤدى عنه من ماله جميع كتابته وجعل كانه مات حرا ويرثه جميع ولده وسواء في ذلك من كان حرا قبل موته من ولده ومن كاتب عليهم او ولدوا في كتابته لانهم قد استووا في الحرية كلهم حين تادت عنه كتابته

روي هذا القول عن علي وبن مسعود - رضي الله عنهما ومن التابعين عن عطاء والحسن وطاوس وابراهيم

وبه قال فقهاء الكوفة الثوري وابو حنيفة واصحابه والحسن بن صالح بن حي واليه ذهب إسحاق

والقول الثالث ان المكاتب اذا مات قبل ان يؤدي جميع كتابته فقد مات عبدا وكل ما يخلفه من المال لسيده فلا يرثه احد من اولاده لا الاحرار ولا الذين ولدوا معه في كتابته لانه لما مات قبل ان يؤدي جميع كتابته فقد مات عبدا وماله لسيده ولا يصح عتقه بعد موته لانه محال ان يعتق عبد بعد موته وعلى ولده الذين كاتب عليهم او ولدوا في كتابته ان يسعوا في باقي الكتابة ويسقط عنهم منها

مقدار حصته فان ادوا عتقوا لانهم كانوا فيها تبعا لابيهم وان لم يؤدوا ذلك رقوا

هذا قول الشافعي وبه قال احمد بن حنبل

وهو قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعمر بن عبد العزيز والزهري وقتادة
قال ابو عمر على قول مالك يموت المكاتب في هذه المسألة مكاتبا على قول الكوفي يموت حرا وعلى قول الشافعي يموت عبدا
1500 - مالك عن حميد بن قيس المكي ان مكاتبا كان لابن المتوكل هلك بمكة وترك عليه بقية من كتابته وديونا للناس وترك ابنته فأشكل على عامل مكة القضاء فيه فكتب إلى عبد الملك بن مروان يساله عن ذلك فكتب إليه عبد الملك ان ابدأ بديون الناس ثم اقض ما بقي من كتابته ثم اقسم ما بقي من ماله بين ابنته ومولاه
قال ابو عمر قد جهل بعض من الف في الحجة لمالك من اصحابنا او تجاهل فقال ان مالكا يقول بهذا الخبر الذي ذكره عن عبد الملك بن مروان وان ابنة هذا المكاتب كانت معه في كتابته ولهذا ورثها منه فان لم يكن هذا جهلا فهو قبيح من التجاهل لان الخبر محفوظ من وجوه ان ابنته كانت حرة
ومالك لا يقول بذلك ولا ياخذ بحديث عبد الملك هذا
وقد احتج محمد بن الحسن بحديث مالك هذا عن حميد بن قيس على من قال بقول مالك في ان المكاتب لا يرثه ورثته الاحرار اذا مات قبل العتق وانما يرثه من معه من ورثته في كتابته
قال حدثني مالك عن حميد بن قيس ان مكاتبا كان لابن المتوكل فذكره
وقال بن وه ب كيف ت رك اه ل المدينة ما روى مالك فقيه اهل المدينة في زم انه وهو عندنا الصواب
قال ابو عمر ذكر عبد الرزاق عن بن جريج قال سمعت بن ابي مليكة يذكر ان عبادا مولى بن المتوكل مات مكاتبا وقد قضى النصف من كتابته

وترك مالا كثيرا وابنة له حرة كانت امها حرة فكتب عبد الملك ان يقضي ما بقي من كتابته وما بقي من ماله بين ابنته ومواليه

الاستذكار ج:7 ص:378

قال بن جريج وقال لي عمرو بن دينار ما اراه كله الا لابنته

قال ابو عمر ذهب عمرو بن دينار في ذلك إلى الرد على الابنة لان المولى لا يرث مع البنين ولا مع البنات ولا مع احد من العصبات عند اهل الرد من اهل الفرائض

وهذا القضاء الذي قضى به عبد الملك وقد تقدمه إليه معاوية

ذكر معمر عن قتادة عن معبد الجهني قال سالني عبد الملك بن مروان عن المكاتب يموت وله ولد احرار وترك من المال اكثر مما بقي عليه فقلت له فيها قضى عمر ومعاوية بقضاءين وعمر خير من معاوية وقضاء معاوية احب الي من قضاء عمر قال ولم قال قلت لان داود كان خيرا من سليمان وفهمها سليمان قضى عمر ان ماله كله لسيده وقضى معاوية ان سيده يعطى بقية كتابته ثم ما بقي فهو لولده الاحرار

ومعمر عن إسماعيل ابي المقدام انه سمع عكرمة يحدث ان معاوية قضى بذلك

وروى الثوري عن طارق عن الشعبي ان زيد بن ثابت قال المال كله لسيده

قال مالك (1) الامر عندنا انه ليس على سيد العبد ان يكاتبه اذا ساله ذلك ولم اسمع ان احدا من الائمة اكره رجلا على ان يكاتب عبده وقد سمعت بعض اهل العلم اذا سئل عن ذلك فقيل له ان الله تبارك وتعالى يقول فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا النور 33 يتلو هاتين الايتين واذا حللتم فاصطادوا المائدة 2 فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله الجمعة 10

قال مالك وانما ذلك امر اذن الله عز وجل فيه للناس وليس بواجب عليهم
قال ابو عمر اختلف العلم اء في وجوب الكتابة على السيد لعبد اذا ابتاعها منه وفيه خير واختلفوا ايضا في قوله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا النور 33
فقالت طائفة الخير المال والغنى والاداء وقال اخرون الصلاح والدين

وقال اخرون الخير ها هنا حرفة يقوى بها على الاكتساب
وكرهوا ان يكاتبوا من لا حرفة له فيبعثه عدم حرفته على السؤال
وقال اخرون الدين والامانة والقوة على الاداء
وقال اخرون الصدق والقوة على طلب الرزق
قاله مجاهد وعطاء
قال عطاء هو مثل قوله تعالى وانه لحب الخير لشديد العاديات 8 و ان ترك خيرا الوصية البقرة 180
قال بن جريج قلت لعطاء ارايت ان لم اعلم عنده مالا وهو رجل صدق قال ما احسب خيرا الا المال
وقاله مجاهد
وقال عمرو بن دينار هو كل ذلك المال والصلاح
وقال طاوس المال والامانة
وقال الحسن واخوه سعيد والضحاك وابو رزين وزيد بن اسلم وعبد الكريم الخير المال
وقال سفيان الدين والامانة
وقال الشافعي اذا جمع القوة على الاكتساب والامانة
وروى معمر عن ايوب عن بن سيرين عن عبيدة في قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا النور 33 قال ان علمتم عندهم امانة والثوري عن مغيرة عن ابراهيم قال صدقا ووفاء

قال ابو عمر من لم يقل ان الخير هنا المـال انكـر ان يقـال ان علمتـم فيهـم خيـرا النـور 33 مـالا قال ويقال علمت فيه الخير والصلاح والامانــة ولا يقال علمت فيه المـال وانمـا يقـال علمـت عنـده المـــال
ومن قال ان مال المكاتب لسيده اذا عقدت كتابته فلا يكـون الخيـر عنـده الا القـوة علـى الكسـب والتحـــرف
ومن كره ان يكاتب من لا حرفـة لـه ولا قـوة علـى الاكتساب احتج بما رواه يحيى القطان عن ثور بن يزيد عن يونس بن سيف عن حكيم بن حزام قال

الاستذكار ج:7 ص:380

كتب عمر بن الخطاب إلى عمير بن سـعد امـا بعـد فانه من قبلك من المسلمين ان يكـاتبوا ارقـاءهم علـــــــــــى مســــــــــالة النـــــــــــاس
وسفيان عن عبد الكريم الجزري عن نافع عـن بـن عمر انه كان يكره ان يكاتب غلامـه اذا لـم يكـن لـه حرفـة ويقـول تـامروني ان اكـل اوسـاخ النـاس
وروى وكيع عن سفيان عن ابي جعفر الفراء عــن بـن ابـي ليلـى الكنـدي ان سـلمان اراد ان يكـاتب عبده فقال من اين قال اسال الناس قال اتريد ان تطعمنـــي اوســـاخ النـــاس وابـــى ان يكـــاتبه
قال ابو عمر هـذا تنـزه واختيـار واللـه اعلـم وقـد كوتبت بريرة ولا حرفة لها وبـدات بسـؤال النـاس من حين كوتبت وتذبذب الناس إلى عون المكـاتب لمـــــا فيـــــه مـــــن عتـــــق الرقـــــاب
وروى الثوري عن ابي جعفر الفراء عن جعفـر بـن ابي سروان عن ابي التياح مؤذن علـي قـال قلـت لعلي اكاتب وليـس لـي مـال قـال نعـم ثـم حصـن الناس علي فأعطيت ما فضل عـن كتـابتي فـأتيت عليـــا فقـــال اجعلهـــا فـــي الرقـــاب
واما اختلاف اهـل العلـم فـي معنـى قـوله تعـالى فكـاتبوهم النـور 33 فهـل هـي علـى الوجـوب او

على الندب والارشاد فان مسروق بن الاجدع وعطاء بن ابي رباح وعمرو بن دينار والضحاك بن مزاحم وجماعة اهل الظاهر كانوا يقولون واجب على كل من سأله مملوكه وعلم عنده خيرا ان يعقد له كتابته مما يتراضيان به واحتجوا بأن عمر بن الخطاب اجبر انس بن مالك على كتابة لعبده سيرين ابي محمد بن سيرين بالدرة

وروى قتادة وموسى بن انس بن مالك ان سيرين والد محمد بن سيرين سأله الكتابة وكان كثير المال فأبى فانطلق إلى عمر فقال عمر لانس كاتبه فأبى فضربه بالدرة وتلا فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا النور 33 فكاتبه انس وقد قيل ان عمر رفع الدرة على انس لانه ابى ان يأتيه شيئا من كتابته لا على عقد الكتابة اولا وقال بن جريج قلت لعطاء واجب على اذا علمت له مالا ان اكاتبه فقال ما اراه الا واجبا وقالها عمرو بن دينار

وقال مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم والثوري وهو قول الحسن

الاستذكار ج:7 ص:381

والشعبي ليس على السيد ان يكاتب عبده اذا سأله ذلك وان كان ذا مال الا ان يريد السيد قال ابو عمر قد ينعقد الاجماع بأنه لو سأله ان يبيعه من غيره لم يلزمه ذلك وكذلك مكاتبته لانه لا يبيع له من نفسه وكذلك لو قال له اعتقني او دبرني او زوجني لم يلزمه ذلك باجماع فكذلك الكتابة لانها معاوضة لا تصح الا عن تراض وقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا النور 33 مثل قوله وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم النور 32 وذلك كله ندب وارشاد واذن كما قال مالك وقاله زيد بن اسلم وقاله إسحاق اذا اجتمع في

العبد الامانة والمال وسأل سيده ان يكاتبه لم يسعه الا مكاتبته ولا يجبره الحاكم على ذلك واخشى ان يأثم ان لم يفعل وقد انكر جماعة من اهل العلم على من جعل قوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا النور 33 مثل قوله واذا حللتم فاصطادوا المائدة 2 وقوله فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض الجمعة 10

وهذان الامران ورد كل واحد منهما بعد حظر ومنع فكان معناهما الاباحة والخروج من ذلك الحظر لانه عز وجل قال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم المائدة 95 وقال تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما المائدة 96 فمنعهم من الصيد ما داموا محرمين ثم قال لهم واذا حللتم فاصطادوا المائدة 2 فعلم ان معنى هذا الامر الاباحة لما حظر عليهم من الصيد ومنعوا منه لا ايجاب الاصطياد وكذلك منعوا من التصرف والاشتغال بكل ما يمنع من السعي إلى الجمعة اذا نودي لها وامروا بالسعي لها ثم قال لهم فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض الجمعة 10 فعلم اهل اللسان ان معنى الامر بالانتشار في الارض اباحة لمن شاء واجمع على ذلك اهل العلم وفهموه من معنى كتاب ربهم فقالوا لا بأس بترك الصيد لمن حل من احرامه ولا بأس بالقعود في المسجد الجامع لمن قضى صلاة الجمعة

واما الامر بالكتابة لمن ابتغاها من العبيد فلم يتقدم نهي من الله عز وجل بأن لا يكاتبوا فيكون الامر اباحة بالصيد والانتشار في الارض

الاستذكار ج:7 ص:382

وقد زعم بعض اصحابنا ان قول الله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم النساء 29 تقتضي النهي عن

الكتابة لان مال العبد لسيده أخذه منه كما له ان يؤاجره يقال فلو لم يؤذنوا لنا في الكتابة لكنا ممتنعين منها بالاية التي ذكرنا قال ولولا قوله عز وجل فكاتبوهم النور 33 ما جازت الكتابة

قال مالك (1) وسمعت بعض اهل العلم يقول في قول الله تبارك وتعالى وءاتوهم من مال الله الذي ءاتاكم النور 33 ان ذلك ان يكاتب الرجل غلامة ثم يضع عنه من اخر كتابته شيئا مسمى قال مالك فهذا الذي سمعت من اهل العلم وادركت عمل الناس على ذلك عندنا

قال مالك وقد بلغني ان عبد الله بن عمر كاتب غلاما له على خمسة وثلاثين الف درهم ثم وضع عنه من اخر كتابته خمسة الاف درهم

قال ابو عمر قد اختلف العلماء ايضا في معنى قوله تعالى وءاتوهم من مال الله الذي ءاتاكم النور 33 فقال بعضهم ذلك على الايجاب على السيد وقال اخرون ذلك على الندب هذا قول مالك واصحابه

وقول ابي حنيفة واصحابه قالوا هذا على الندب والحض على الخير الا انه عند مالك اصل وهو مع ذلك لا يقضي به ولا يجب عليه

وقال اخرون لم يرد بذلك السيد وانما اريد بذلك جماعة الناس ندبوا إلى عون المكاتبين فأما اهل الظاهر فالكتابة عندهم اذا سألها العبد واجبة والايتاء لهم من السيد واجب يضع عنه من كتابته ما شاء

وقال الشافعي واجب عليه ان يضع عنه من كتابته ما شاء ويجبره الحاكم على ذلك ولم يجد في ذلك شيئا وهو لا يرى الكتابة لغيره اذا سأله اياها واجبة لقيام الدليل عنده على ذلك ولم يكن الايتاء عند ذلك لانه امر لا يعترضه اصل وراى ان عطف الواجب على الندب في القران ولسان العرب كما

قال الله تعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربى النحل 90 وما كان مثل هذا وقال مالك يندب السيد إلى ان يضع عنه من الكتابة شيئا في اخر كتابته من

غير ان يجبر على ذلك ولم يحد ايضا في ذلك حدا واستحب ان يكون ذلك ربع الكتاب وكذلك استحب ذلك الشافعي الا انه يوجب الايتاء ومالك يندب إليه

وقول مالك اصح لان الواجب لا تكون الا معلومة ولانه قد اجمعوا ان الكتابة لا تكون الا على شيء معلوم فلو ان الوضع منها يكون واجبا مجهولا لال ذلك الى جهل مبلغ الكتابة

واما استحبابهم ان يكون الوضع ربع الكتابة فانه روي ذلك عن علي رضي الله عنه ورواه بعض الرواة مرفوعا إلى النبي - والصحيح انه موقوف على علي من قوله

ومن المرفوع فيه ما حدثناه عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد قال حدثني محمد بن الربيع قال حدثني ابراهيم بن غالب قال حدثني محمد بن الربيع بن سليمان الازدي قال حدثني يوسف بن سعيد بن مسلم قال حدثني حجاج عن بن جريج عن عطاء بن السائب عن ابي عبد الرحمن عن علي رضي الله عنه عن النبي - وءاتوهم من مال الله الذي ءاتاكم النور 33 قال (ربع الكتابة) (1) وبه عن بن جريج وعطاء بن السائب عن حبيب بن السائب عن عاصم بن ضمرة عن النبي مثله

وروى عبد الرزاق عن بن جريج الحديثين جميعا هكذا مرفوعين

وقال بن جريج واخبرني غير واحد عن عطاء بن السائب انه كان يحدث بهذا الحديث لا يذكر فيه النبي

قال ابو عمر عطاء بن السائب تغير في اخر عمره فيما ذكر اهل العلم بالنقل فأتى منه مثل هذا وسماع بن جريج منه احرى وقد رواه عنهم اهل العلم بالنقل والجماعة مرفوعا

فمن رواه عن عطاء عن ابي عبد الرحمن عن علي رضي الله عنه من قوله سفيان وشعبة ومعمر وحماد بن زيد وحماد بن سلمة والمسعودي وبن علية والمحاربي ومحمد بن فضل عن عطاء عن ابي عبد الرحمن عن علي موقوفا

وكذلك رواه الثوري ايضا وقيس بن الربيع وليث بن ابي سلمة عن عبد الاعلى بن ابي عبد الرحمن قال شهدت عليا رضي الله عنه كاتب عبدا له على اربعة الاف فحط عنه الفا في اخر نجومه قال وسمعت عليا يقول وءاتوهم من مال الله الذي ءاتاكم النور 33 الربع مما تكاتبوهم عليه

الاستذكار ج:7 ص:384

وروى يزيد بن هارون عن عبد الملك بن سليمان عن عبد الملك بن اعين عن ابي عبد الرحمن السلمي كاتب غلاما له على اربعة الاف فحط عنه الفا وقال لولا ان عليا فعل ذلك ما فعلته وقال مجاهد يترك له طائفة من كتابته وكان بن عمر يكره ان يضع عنه في اول نجومه مخافة ان يعجز

وروي عن بن عباس يوضع عنه شيء ما كان وقال احمد بن حنبل يعطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى وءاتوهم من مال الله الذي ءاتاكم النور 33

وروي عن ابي اليسر كعب بن عمرو انه وضع عن مكاتبه السدس

وعن ابي اسيد الساعدي مثله

وقال قتادة يوضع عنه العشر

قال ابو عمر تأول من ذهب هذا المذهب في ان

على السيد ان يحط عن مكاتبه من مكاتبته في اخر نجومه او في سائرها او يعطيه من عند نفسه مما صار إليه منه من راى ذلك ندبا ومن راه واجبا قول الله تعالى وءاتوهم من مال الله الذي آتاكم النور 33 منهم
واما الذين ذهبوا إلى ان ذلك لم يخاطب به سادات المكاتبين وانما خوطب به سائر الناس في عون المكاتبين فمنهم بريدة الاسلمي رواه الحسن بن واقد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه في قوله تعالى وءاتوهم من مال الله الذي ءاتاكم النور 33 قال حث الناس على ان يعينوا المكاتب
وعن مجاهد مثله
وعن الحسن قال حضوا على ان يعطوا المكاتب والمولى منهم
عن ابراهيم مسألة وقال البطي انما اعين به الناس ليتصدقوا على المكاتبين عن زيد بن اسلم امر بذلك الولاة ليعطوهم من الزكاة
قال مالك (1) الامر عندنا ان المكاتب اذا كاتبه سيده تبعه ماله ولم يتبعه ولده الا ان يشترطهم في كتابته

الاستذكار ج:7 ص:385

قال ابو عمر انما قال ذلك قياسا على العتق لان مذهبه ومذهب جماعة اهل المدينة ان العبد اذا عتق تبعه ماله وفي الكتابة عقد من الحرية وسنذكر وجوه الاقوال في ذلك في كتاب العتق ان شاء الله عز وجل
وممن قال ان للمكاتب ماله اذا عقدت كتابته عطاء بن ابي رباح والحسن البصري وعمرو بن دينار وسليمان بن موسى وبن ابي ليلى وقال سفيان الثوري وابو حنيفة والشافعي والحسن بن صالح كل ما بيد العبد اذا كوتب من المال فهو لسيده

وقال الاوزاعي ان لم يشترطه السيد فهو للمكاتب وان استثناه السيد فهو له واما قوله ولم يتبعه ولده فان المعنى فيه ان ولده ليسوا بمال بيده ولا ملك له وانما هم عبيد سيده فلا يدخلون في الكتابة الا بالشرط وهذا لا اعلم فيه خلافا ان اولاده عبيد السيد ليسوا تبعا له عند عقد كتابته انما يكون تبعا له اذا تسرى وهو مكاتب ثم ولد له من سريته وهؤلاء يدخلون معه بلا شرط ولو ولدوا له من سريته قبل الكتابة لم يدخلوا في كتابته الا ان يدخلهم بالشرط مع نفسه في كتابته فهذا مذهب جمهور العلماء من اهل الحجاز والعراق

ذكر علي بن المديني وابو بكر بن ابي شيبة عن ابي معاوية عن الاعمش عن ابراهيم في رجل كاتب غلامه ثم اطلقه بعد الكتابة على سرية او ولد فقال ابراهيم السرية ما كانت عليه والولد

وذكر عبد الرزاق عن بن جريج عن عطاء انه قال له رجل كاتب عبده فكتمه ماله - رقيقا او عينا او غير ذلك - وولده - فقال ماله كله للعبد وولده لسيده

وقالها عمرو بن دينار وسليمان بن موسى قلت لعطاء فلم تختلفان قال من اجل الولد ليس مثل ماله

وروى حماد بن سلمة عن حماد الكوفي وداود بن ابي هند وعثمان البتي وحميد قالوا اذا اعتق الرجل عبده وله مال او ولد فماله له وولده مملوكون

وروى الوليد بن مسلم عن سعيد بن عبد العزيز عن مكحول في رجل كاتب عبدا وله ام ولد لم يستثنها قال ام ولده له

قال ابو عمر كل من يجيز له التسري فالسرية عنده مال من ماله
وقد روى معمر عن قتادة عن الحسن في رجل كاتب عبدا له وله ولد من امته ولم يعلم بهم السيد وام الولد في كتابته قال انما كاتب على اهله وماله وولده من ماله ولا نعلم ماله غيره والله اعلم
قال مالك (1) في المكاتب يكاتبه سيده وله جارية بها حبل منه لم يعلم به هو ولا سيده يوم كتابته فانه لا يتبعه ذلك الولد لانه لم يكن دخل في كتابته وهو لسيده فاما الجارية فانها للمكاتب لانها من ماله
قال ابو عمر هذا على ما قدمنا من اصله ان ولد المكاتب لا يدخل في الكتابة الا ان يكاتب عليه ويشترط في كتابته والحمل كالمولود اذا خرج إلى الدنيا واعتبر ذلك بالميراث
قال مالك (2) في رجل ورث مكاتبا من امراته هو وابنها ان المكاتب ان مات قبل ان يقضي كتابته اقتسما ميراثه على كتاب الله وان ادى كتابته ثم مات فميراثه لابن المراة وليس للزوج من ميراثه شيء
قال ابو عمر هذا لانه اذا مات قبل ان يؤدي مات عبدا فورثه عنهما ورثتها وهم ابنها وزوجها كسائر مالها واما اذا ادى كتابته وقد لحق بأحرار المسلمين ولاؤه لسيدته إلى عقده كتابته وعنها يورث إلى ولائه فان مات لم يرث ولاءه الا عصبة سيدته دون ذوي الفروض من ورثتها
وعلى هذا جمهور الفقهاء وسيأتي هذا المعنى في باب الولاء ان شاء الله تعالى
قال مالك (1) في المكاتب يكاتب عبده قال ينظر في ذلك فان كان انما اراد المحاباة لعبده وعرف ذلك منه بالتخفيف عنه فلا يجوز ذلك وان كان انما كاتبه على وجه الرغبة وطلب المال

وابتغاء الفضل والعون على كتابته فذلك جائز له قال ابو عمر كتابة المكاتب لعبده جائزة عند مالك ما لم يرد بها المحاباة لانه ليس يجوز له في ماله امر يتلف به شيء منه دون عوض وانما يقدم منه على نفسه بالمعروف حتى يؤدي فيعتق واجاز كتابه المكاتب لعبده سفيان الثوري وابو حنيفة واصحابه

والاوزاعي لانها عقد معاوضة وطلب فضل وان عجز كان رقيقا بحاله وللشافعي فيها قولان أحدهما جوازها والثاني ابطالها لأن النبي - ﷺ - قال (الولاء لمن اعتق) (ولا ولاء للمكاتب)

قال مالك (1) في رجل وطىء مكاتبة له انها إن حملت فهي بالخيار ان شاءت كانت ام ولد وان شاءت قرت على كتابتها فان لم تحمل فهي على كتابتها

قال ابو عمر عند غير يحيى في هذا الموضع قال مالك لا ينبغي ان يطأ الرجل مكاتبته فان جهل ووطىء ثم ذكر المسألة هذه بعينها ولا خلاف في ذلك عند مالك واصحابه وهو قول جمهور الفقهاء ائمة الفتوى وقد كان سعيد بن المسيب يجيز للرجل ان يشترط على مكاتبته وطأها وتابعه احمد بن حنبل وداود لانها ملكه يشترط فيها ما شاء قبل العتق قياسا على المدبرة

وحجة سائر الفقهاء انه وطء تقع الفرقة فيه إلى اجل ات لا محالة فأشبه نكاح المتعة وممن قال ذلك الحسن البصري وبن شهاب وقتادة والثوري ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي والليث بن سعد وابو سعيد وابو الزناد والحسن بن صالح بن حي

واختلف فيها عن إسحاق فروي عنه مثل قول احمد وروي عنه مثل قول الجماعة واجمعوا انه اذا عجزت حل له وطؤها
فأما الرواية عن سعيد فذكر احمد بن حنبل قال حدثني عبد الصمد بن عبد الوارث قال حدثني ابي قال حدثني يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان لا يرى بأسا ان يشترط على مكاتبته ان يغشاها حتى تؤدي كتابته
واختلفوا فيما عليها اذا وطئها فقال يحيى بن سعيد وابو الزناد ان طاوعته فلا شيء لها وان استكرهها جلد وغرم لها صداق مثلها فان حملت كانت ام ولد وبطلت كتابتها
وقال سفيان الثوري ومالك وابو حنيفة والحسن بن صالح والشافعي لا

حد عليه ان وطئها كارهة أو مطاوعة الا ان الشافعي قال ان كان جاهلا عزر وان كان عالما عذر
وقال مالك ان استكرهها عوقب لاستكراهه اياها
وقال الحسن والزهري من وطىء مكاتبته فعليه الحد
وقال الاوزاعي يجلد مائة جلدة بكرا كان او ثيبا
وتجلد الامة خمسين جلدة
وقال قتادة يجلد مائة الا سوطا
وقال احمد بن حنبل ان وطىء مكاتبته ولم يشترط ادب وكان لها عليه مهر مثلها
قال ابو عمر الصواب ما قاله مالك ومن تابعة لان كونها مملوكة ما بقي عليها شيء من كتابتها شبهة تدرا بها الحد عنها واما الصداق فأوجبه لها من اسقط الحد سفيان وابو حنيفة والشافعي واوجبه لها الحسن البصري وقتادة وهو ممن يرى الحد على سيدها في وطئها
وقال ابو حنيفة هذا خطأ لا يجتمع عليه حد وصداق

ابـــــــــــــــــــــــــــــــــــدا
واما قول مالك في تخييرهـا اذا حملـت ان شـاءت كانت ام ولد وان شاءت مضـت علـى كتابتهـا فهـو قـول الليـث والثـوري والشـافعي وابـي حنيفـة واصـــحابه واحمـــد وروي ذلـــك عـــن الزهـــري
وقال الحكـم بـن عتيبـة تبطـل كتابتهـا اذا حملـت وتعتـــق بمـــوت الســـيد ولا خيـــار لهـــا
قال مالـك (1) الامـر المجتمـع عليـه عنـدنا فـي العبد يكون بين الرجلين ان احدهما لا يكاتب نصيبه منه اذن له بذلك صاحبه او لـم يـأذن الا ان يكاتبـاه جميعا لان ذلك يعقد له عتقا ويصـير اذا ادى العبـد ما كوتب عليه إلى ان يعتق نصـفه ولا يكـون علـى الذي كاتب بعضه ان يستتم عتقـه فـذلك خلاف مـا قال رسول الله ﷺ (من اعتق شـركا لـه فـي عبـد قـــــوم عليـــــه قيمـــــة العـــــدل)
قال مالك (2) فان جهل ذلك حتى يؤدي المكاتب او قبل ان يؤدي رد إليه

الذي كاتبه مـا قبـض مـن المكـاتب فاقتسـمه هـو وشريكه على قدر حصصهما وبطلت كتـابته وكـان عبـــدا لهمـــا علـــى حـــاله الاولـــى
قال ابو عمر احتج مالـك رحمـه اللـه لمـذهبه فـي هـــذه المســـأله بمـــا فيـــه كفايـــة
واما اختلاف الفقهاء فيها فـان الشـافعي اختلـف قـوله فـي كتابـة احـد الشـريكين حصـته مـن عبـد بينهمـــــا بـــــاذن شـــــريكه
وذكر المزني عن الشافعي قال لا يجوز ان يكـاتب احد بعض عبد الا ان يكون باقيـة حـرا ولا يجـوز ان يعتق بعضا من عبد بينه وبين شريكه وان كان مــن اذن الشـريك لان المكـاتب لا يمنـع مـن السـعي والاكتساب قال ولا يجوز ان يكاتباه معا حتى يكونا فيـــــــــــه ســـــــــــواء

قال ابو عمر وافق مالكا من هذه الجملة في انه لا يكاتب عبدا بينه وبين شريكه باذن الشريك ولا بغير اذنه
قال المزني وقال في كتاب (الاملاء) على محمد بن الحسن واذا اذن احدهما لصاحبه ان يكاتبه فالكتابة جائزة وللذي يكاتبه ان يحتدمه يوما ويخليه والكسب يوما فان ابراه مما عليه كان نصيبه حرا وقوم عليه الباقي وعتق إن كان موسرا ورق ان كان معسرا
واختار المزني القول الاول لقول الشافعي في موضع اخر لو كانت كتابتها فيه سواء فعجزه احدهما وانظره الاخر فسخت الكتابة بع د ثبوتها حتى يجتمعا على الاقامة عليها
قال المزني فالابتداء بذلك اولى
قال المزني ولا يخلوا ان تكون كتابه نصيبه كبيعه اياه فلا معنى لاذن شريكه
وذكر الطحاوي ان ابا حنيفة كان يقول اذا كاتب نصيبه من العبد باذن شريكه كانت الكتابة جائزة وكان ما اداه المكاتب إلى الذي كاتبه يرجع فيه الذي لم يكاتب على الذي كاتب فيأخذ منه نصفه ثم يرجع الذي كاتب بذلك على المكاتب فيسأله فيه قال ومن كاتب عبدا له بينه وبين اخرين وكاتب نصفه بغير اذن شريكه كان لشريكه ابطال ذلك ما لم يرد العبد إلى مولاه الذي كاتبه ما كاتبه عليه فان لم يبطل المولى الذي لم يكاتبه المكاتبه حتى اداها العبد إلى الذي كاتبه عليها فانه قد عتق نصيبه بذلك
وكان ابو حنيفة يقول ان كاتب المكاتبة وقعت على العبد كله كان للذي لم

يكاتبه ان يرجع على الذي كاتبه بنصف ما قبض من العبد فأخذه منه ثم يرجع حكم العبد إلى حكم عبد بين رجلين اعتقه احدهما ولا يرجع المولى

الذي كاتب على المكاتب بشيء من ما اخذه منه شريكه قال وان كانت المكاتبة وقعت على نصيبه من العبد كان الجواب كذلك ايضا غير انه يكون للمكاتب ان يرجع على العبد بما اخذه منه شريكه فيستسعيه فيه

وقال ابو يوسف ومحمد سواء كانت المكاتبة وقعت من السيد على كل العبد او على نصيبه من العبد وهو كما قال ابو حنيفة فيها اذا وقعت على العبد

وذكر الخرقي عن احمد بن حنبل قال واذا كاتب نصف عبد فأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الذي لم يكاتبه كان نصفه حرا بالكتابة ان كان الذي كاتبه معسرا وان كان موسرا اعتق كله وكانت نصف قيمته على الذي كاتب لشريكه

هذا يدل على ان مذهبه جواز الكتابة لاحد الشريكين في نصيبه باذن شريكه وتغيير اذنه

وذكر إسحاق بن منصور قال قيل لاحمد بن حنبل ان سفيان سئل عن عبد بين رجلين كاتب احدهما نصيبه منه قال اكره ذلك قيل فان فعل قال اردده الا يكون نفذه فان كان نفذه ضمن فأخذ شريكه نصف ما في يده يبيع هذا المكاتب بما اخذه منه ويضمن لشريكه نصف القيمة ان كانت له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فقال احمد كتابته جائزة الا ما كسب المكاتب اخذ الاخر نصف ما كسب واستسعى العبد

قال إسحاق هو كما قال احمد لانا نلزم السعاية العبد اذا كان بين اثنين فكاتبه احدهما فلم يؤد إليه كل ما كاتبه عليه حتى اعتق الاخر نصيبه وهو موسر وقد صار العبد كله حرا ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته

قال ابو عمر هذا على اصل احمد في اجازته بيع المكاتب وكان الحكم بن عتيبة يجيز كتابة احد الشريكين حصته باذن شريكه وبغير اذنه

وهو قول بن ابي ليلى وقال بن ابي ليلى ولو ان الشريك الذي لم يكاتب اعتق العبد كان عتقة باطلا حتى ينظر ما تؤول إليه حال المكاتب فان ادى الكتابة عتق وضمن الذي كاتبه نصف قيمته لشريكه وكان الولاء كله له
قال مالك (1) في مكاتب بين رجلين فأنظره احدهما بحقه الذي عليه وابي

الاستذكار ج:7 ص:391

الاخر ان ينظره فاقتضى الذي ابى ان ينظره بعض حقه ثم مات المكاتب وترك مالا ليس فيه وفاء من كتابته
قال مالك (1) يتحاصان (2) بقدر ما بقي لهما عليه يأخذ كل واحد منهما بقدر حصته فان ترك المكاتب فضلا عن كتابته اخذ كل واحد منهما ما بقي من الكتابة وكان ما بقي بينهما بالسواء فان عجز المكاتب وقد اقتضى الذي لم ينظره اكثر مما اقتضى صاحبه كان العبد بينهما نصفين ولا يرد على صاحبه فضل صاحبه فضل ما اقتضى لانه انما اقتضى الذي له باذن صاحبه وان وضع عنه احدهما الذي له ثم اقتضى صاحبه بعض الذي له عليه ثم عجز فهو بينهما ولا يرد الذي اقتضى على صاحبه شيئا لانه انما اقتضى الذي له عليه وذلك بمنزلة الدين للرجلين بكتاب واحد على رجل واحد فينظره احدهما ويشح (3) الاخر فيقتضي بعض حقه ثم يفلس الغريم على الذي اقتضى ان يرد شيئا مما اخذ
قال الشافعي لو اذن احدهما لشريكه ان يقبض نصيبه فقبضه ثم عجز ففيها قولان احدهما يعتق نصيبه ولا يرجع عليه شريكه ويقوم عليه الباقي ان كان موسرا وان كان معسرا فجميع ما في يده للذي يبقى له فيه الرق لانه يأخذه بما بقي له من الكتابة فان كان فيه وفاء عتق والا عجز بالباقي وان مات بعد العجز فما في

يـديه بينهمـا نصـفان يـرث احـدهما بقـدر الحريـة والاخـــــــــر قـــــــــــدر العبوديــــــــــــة
والقول الثاني لا يعتـق ويكـون لشـريكه ان يرجـع عليه فيشركه فيما قبض لانه اذن له وهو لا يملكه قال المزني هذا اشبه بقوله اذا (المكاتب عبد مـا بقي عليه درهم) وما في يـديه موقـوف مـا بقـي عليه درهم فليـس معنـاه فيمـا اذن لـه بقبضـه الا بمعنى استبقي بقبض النصف حتى استوفى مثله فليــــس يســــتحق بالســــبق مـــا ليـــس لـــه
وروى الربيع عن الشافعي في هذه المسأله قــال فاذا كان المكاتب بين اثنين فأذن احدهما لصـاحبه بأن يقبض فقبضـه منـه ثـم عجـز المكـاتب بأولهـا فسواء ولهما ما في يديه من المال نصفين ان لـم يكن استوفى المأذون له جميع حقه مـن المكاتبـة فلـو كـان المـأذون لـه اسـتوفى جميـع حقـه مـن الكتابة ففيها قولان فمن قال يجوز ذلك ما قبــض ولا يكــون لشــريكه ان يرجــع فلشــريكه قبضــين شريكه منه حر

الاستذكار ج:7 ص:392

يقوم عليه ان كان موسرا وان كان معسرا فنصيبه حر فان عجز فجميع ما في يديه للذي بقي له فيــه الرق وانما جعلت ذلك له لانه تأخذ له بما يبقـى لـه في الكتابة ان كان له فيـه وفـاء عتـق بـه وان لـم يكن له في وفـاء أخـذه بمـا بقـي لـه فـي الكتابـة وعجزه بالباقي وان مـات فالمـال بينهمـا نصـفان يرثه بقدر الحرية التي فيه ويأخـذ هـذا مـاله بقـدر العبوديـــة
والقول الثـاني لا يعتـق ويكـون لشـريك ان يرجـع عليه فيشركه فيما اذن له به لانه اذن له به وهـو لا يملكه واذنه له بالقبض وغير اذنه سواء فان قبضة لم يـتركه لـه فانمـا هـي هبـة وهبهـا لـه يجـوز اذا قبضــها
قــال عبـد اللـه بـن محمـد القزوينـي انمـا جعـل

الشافعي للذي بقي له فيه الرق ان يستأذن منه الكتابة فان عجز كان ما في يديه من المال له يأخذه بما بقي من الكتابة عليه وليس لهذا الذي قد عتق نصفه ان يقول بالعجز لي نصف ما في يدك لان نصفي حر ولكن يأخذه سيده الذي له فيه الرق بحقه من الكتابة فان كان فيه وفاء عتق والا كان التعجيز بعد ذلك
وذكر البخاري عن ابي حنيفة واصحابه قال وان كانت المكاتبة وقعت من الذي كاتب باذن شريكه في ذلك وفي قبض المكاتبة لم يكن لشريك الذي لم يكاتب ان يرجع على الذي كاتب بشيء ما يقبضه من المكاتبة اذا قبض المكاتب جميع الكتابة عتق المكاتب وهو حكمه كحكم عبد بين رجلين اعتقه احدهما

1 (2 - باب الحمالة (1) في الكتابة)

1501 - قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا ان العبيد اذا كوتبوا جميعا كتابة واحدة فان بعضهم حملاء (2) عن بعض وانه لا يوضع عنهم لموت احدهم شيء وان قال احدهم قد عجزت والقى بيديه فان لاصحابه ان يستعملوه فيما يطيق من العمل ويتعاونون بذلك في كتابتهم حتى يعتق بعتقهم ان عتقوا ويرق برقه ان رقوا
قال ابو عمر اختلف الفقهاء في هذه المسالة فروى فيها سفيان كقول مالك
وقال ابو حنيفة واصحابه لا يكون لعبيد اذا كاتبهم سيدهم كتابة واحدة حملا

الاستذكار ج:7 ص:393

بعضهم عن بعض الا ان يكاتب الرجل عبديه كتابة واحدة معلومة ويشترط عليهما انها ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فان لم يشترط ذلك عليهما لم يكونا حميلين بعضهما عن بعض فان

اشترط ذلك في عقد الكتابة كـان للسـيد ان ياخـذ كل واحد منهمـا بالكتابـة كلهـا فايهمـا اداهـا إليـه عتق وعتق صاحبه وكان له ان يرجـع علـى صـاحبه (بحصته منها وكذلك ما اداه من الكتابة في شـيء كان له ان يرجع على صاحبه بشيء ولو لم يشترط فـي الكتابـة انهمـا اذا اديـا عتقـا وان عجـزا ردا وكاتبهما على الكراء وشيء معلوم ولم يذكر شيئا غير ذلك كانت الكتابة جائزة وكان علـى كـل واحـد منهمـا الا بالشـرط

وهـذا لا اعلـم فيـه خلافـا ان اولاده عبيـد لسـيده ليسوا تبعا له عند عقد كتابته وانمـا يكـون تبعـا لـه اذا تسرى وهو مكاتب ثم ولد له من سريته وهؤلاء يدخلون معه بلا شرط ولو ولدوا له من سريته قبل الكتابـة لـم يـدخلوا فـي كتـابته الا ان يـدخلهم بالشـرط مـع نفسـه فـي كتـابته فهـذا مـذهب جمهـور العلمـاء مـن اهـل الحجـاز والعـراق

وذكر علي بن المديني وابو بكر بن ابي شـيبة عـن ابي معاوية عن الاعمـش عـن ابراهيـم فـي رجـل كاتب غلامه ثم اطلعه بعد الكتابة ان له سرية وولد فسريته فيما كانت عليه وولده رقيق للسـيد الـذي كـاتبه

وقال عطاء وعمرو بن دينار وسليمان بن موسـى لا يكون احد العبيد المكاتب حملا عـن غيـره سـواء قال سيده واشترطه ام لا لانـه ان عجـز عـاد عبـدا فليـس دينـه بلازم

واما الشافعي فلا يجوز عنده ان يحتمل احد العبيد عن صاحبه شيئا مـن الكتابـة الـتي اكرهـوا عليهـا قـال فـان اشـترط ذلـك عليهـم السـيد فالكتابـة فاسـدة

قال الشافعي ولو كانت ثلاثة اعبد له كتابة واحـدة على مائـة منجمـة فـي سـنين علـى انهـم اذا ادوا اعتقوا كانت جائزة فالمائة مقسومة على قيمتهم

يوم كوتبوا فايهم ادى حصته اذا عتق عجز وايهم عجز رق وايهم مات قبل ان يؤدي مات رقيقا كان له ولد او لم يكن قال وان ادى احدهم عن غيره باذنه ويرجع عليه وان تطوع وعتقوا لم يكن له الرجوع قال ابو عمر على قول مالك من مات من الذين كوتبوا كتابة واحدة لم تسقط حصته من الكتابة وكذلك لو عجز عن السعي وعلى الباقين السعي في جميع

الكتابة حتى يؤدوها وان لم يؤدوها عجزوا ورجعوا رقيقا وغير الشافعي يسقط حصة الميت من الكتابة ويسعى الباقون في حصصهم لا غير وعلى كلا القولين جماعة من السلف قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا ان العبد اذا كاتبه سيده لم ينبغ لسيده ان يتحمل له بكتابة عبده احد ان مات العبد او عجز وليس هذا من سنة المسلمين وذلك انه ان تحمل رجل لسيد المكاتب بما عليه من كتابته ثم اتبع ذلك سيد المكاتب قبل الذي تحمل له اخذ ماله باطلا لا هو ابتاع المكاتب فيكون ما اخذ منه من ثمن شيء هو له ولا المكاتب عتق فيكون في ثمن حرمة ثبتت له فان عجز المكاتب رجع إلى سيده وكان عبدا مملوكا له وذلك ان الكتابة ليست بدين ثابت يتحمل لسيد المكاتب بها انما هي شيء ان اداه المكاتب عتق وان مات المكاتب وعليه دين لم يحاص الغرماء سيده بكتابته وكان الغرماء اولى بذلك من سيده وان عجز المكاتب وعليه دين للناس رد عبدا مملوكا لسيده وكانت ديون الناس في ذمة المكاتب لا يدخلون مع سيده في شيء من ثمن رقبته

قال ابو عمر على قول مالك في هذا ان الحمالة لا تصح على غير المكاتب لسيده جمهور اهل العلم

وهو قول الثوري وابي حنيفة والشافعي واحمد وقد احتج كذلك مالك فاحسن ذكر عبد الرزاق عن بن جريج عن عطاء نحو قول مالك واحتجاجه وكان الزهري وبن ابي ليلى يجيزان الحمالة عن بن المكاتبة وبه قال إسحاق قال ابو عمر فان تحمل اخر بالكتابة فالحمالة باطل عند مالك وبن القاسم والكتابة صحيحة وقال اشهب الحمالة باطل فالسيد يخير في امضاء الكتابة بلا حمالة او ردها واما قوله (ان مات المكاتب لم يحاص السيد الغرماء) يعني بما بقي من كتابته او بما حمل من نجومه فهو قول ابي حنيفة والشافعي واصحابهما وهو قول اهل المدينة والبصرة وقال شريح والشعبي وابراهيم والحكم وحماد وسفيان والحسن بن

حي وبن ابي ليلى وشريك يضرب السيد مع الغرماء

قال مالك (1) اذا كاتب القوم جميعا كتابة واحدة ولا رحم بينهم يتوارثون بها فان بعضهم حملاء عن بعض ولا يعتق بعضهم دون بعض حتى يؤدوا الكتابة كلها فان مات احد منهم وترك مالا هو اكثر من جميع ما عليهم ادي عنهم جميع ما عليهم وكان فضل المال (2) لسيده ولم يكن لمن كاتب معه من فضل المال شيء ويتبعهم السيد بحصصهم التي بقيت عليهم من الكتابة التي قضيت من مال الهالك لان الهالك انما كان تحمل عنهم فعليهم ان يؤدوا ما عتقوا به من ماله وان كان للمكاتب الهالك ولد حر لم يولد في الكتابة ولم يكاتب عليه لم يرثه لان المكاتب لم يعتق حتى مات

قال ابو عمر قد تقدم ان العبيد اذا كاتبهم سيدهم كتابة واحدة فهم عند مالك حملاء بعضهم عن بعض وسواء كانت بينهم رحم يتوارثون بها او لم تكن الا ان الذين بينهم رحم يتوارثون بها اذا مات احدهم وترك من المال اكثر مما تؤدى منه الكتابة اديت منه وما فضل ورثوه عنه بارحامهم وبانهم مساوون في الحال ولا يرثه الولد الحر لانه مات عبدا وعند الشافعي لا يرثه احد من ورثته كانوا معه في الكتابة او كانوا احرارا قبل ذلك لانهم حين مات عبيد ومات هو عبدا فماله للسيد وعند الكوفيين يعتق ماله الذي ترك ويرثه الاحرار من ولده

وقد تقدم ذكر ذلك كله

واما اذا لم تكن بينهم رحم يتوارثون بها فهم رحماء عند مالك

روى الحكم ما وصف وهو على اصله كلام صحيح يعتقون في ذلك الحال ويضمنون به ما يعتقون من السيد من اجل الحمالة لانه مال مكاتب له كان عبدا قبل ان يؤدي ما عليه وهو مال السيد بعد ان يؤدي منه ما تحمله عن من معه في الكتابة فيعتق به ويغرم ذلك للسيد

واما الشافعي فلا يكون واحد منهم عنده حميلا على صاحبه والمال كله للسيد ويسعون في حصصهم على قدر قيامهم فان ادوا ذلك عتقوا بشرط الكتابة والا فهم عبيد ان عجزوا عن الاداء وعند الكوفيين لا يكونون حملاء الا ان يشترط ذلك عليهم السيد في

الاستذكار ج:7 ص:396

الكتابة ولم يختلفوا في مكاتب او مكاتبة كاتبت على بنيها فادت جميع الكتابة عنها وعنهم او ادى الكتابة منهم انه لا يرجع من اداها منهم بشيء على غيره لانه لا يرجع على من يعتق عليه

قال ابو عمر القياس ان لا تصح حمالة المكاتبين

بعضهم عن بعض كما لا تصح حمالة الاجنبية عنهم لان الكتابة ليست بثابتة لعوضها بالموت والعجز ايضا ولا يضرب بما حمل منها السيد مع الغرماء عند جمهور العلماء
وهو قول الثلاثة الفقهاء ائمة الفتوى مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم
ومعلوم انه اذا كان العبد مكاتبا ما بقي عليه شيء من كتابته ومات قبل ان يؤديها فقد مات عبدا اذا لم يؤد كتابته كلها واذا مات عبدا فماله لسيده فكيف يؤدي من مال السيد عن بني مكاتبة وهم لم يستحقوا ميراثا وقد اجمعوا ان العبد لا يرثه حر ولا عبد وان ماله لسيده واجمعوا ان الميراث انما يستحق بالموت في حينه فكيف يعتق من معه من ورثته بالاداء عنهم من ماله بعد وفاته ويرثونه بعد هذا محال لانه لا يخلو ان يكونوا احرارا حين مات ابوهم او عبيدا حين مات ثم عتقوا بعد فاحرى ان لا يرثوه
وهذا قول عمر وابنه عبد الله بن عمر وسالم والقاسم وقتادة وجماعة وهو قول الشافعي وبن شهاب والله الموفق للصواب
وقد اجمع الفقهاء ان المكاتب عبد ما بقي من كتابته شيء وانه ان مات في حياة سيده او بعد وفاته ولم يترك وفاء الكتابة انه مات عبدا وما يخلفه من مال فلسيده وانما واختلفوا اذا ترك من المال وفاء بالكتابة وفضلا

1 (3 - باب القطاعة (1) في الكتابة)

1502 - مالك انه بلغه ان ام سلمة زوج النبي ﷺ كانت تقاطع مكاتبيها بالذهب والورق
قال ابو عمر انما ذكر مالك عن ام سلمة هذا لان بن عمر كان ينهى ان

يقطع احد لمكاتبه الا بالعروض ويراه من باب ضع وتعجل
قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا في المكاتب يكون بين الشريكين فانه لا يجوز لاحدهما ان يقاطعه على حصته الا باذن شريكه وذلك ان العبد وماله بينهما فلا يجوز لاحدهما ان ياخذ شيئا من ماله الا باذن شريكه ولو قاطعه احدهما دون صاحبه ثم حاز ذلك ثم مات المكاتب وله مال او عجز لم يكن لمن قاطعه شيء من ماله ولم يكن له ان يرد ما قاطعه عليه ويرجع حقه في رقبته ولكن من قاطع مكاتبا باذن شريكه ثم عجز المكاتب فان احب الذي قاطعه ان يرد الذي اخذ منه من القطاعة ويكون على نصيبه من رقبة المكاتب كان ذلك له وان مات المكاتب وترك مالا استوفى الذي بقيت له الكتابة حقه الذي بقي له على المكاتب من ماله ثم كان ما بقي من مال المكاتب بين الذي قاطعه وبين شريكه على قدر حصصهما في المكاتب وان كان احدهما قاطعه وتماسك صاحبه بالكتابة ثم عجزالمكاتب قيل للذي قاطعه ان شئت ان ترد على صاحبك نصف الذي اخذت ويكون العبد بينكما شطرين وان ابيت فجميع العبد للذي تمسك بالرق خالصا
قال ابو عمر ذكر بن عبد الحكم هذه المسالة عن مالك وقد قيل انه قاطع بغير اذن شريكه ثم مات فانه لم ياخذ الذي ما بقي من المال ثم يقتسمان الفضل فان عجز فاراد ان يرد عليه نصف ما فضله ويكون على نصيب من العبد فذلك له والاذن وغير الاذن سواء اذا اراد ان يرد ما يفضله به وانما يفترق اذا اراد المقاطع ان يحبس قاطعه عليه ويسلم حصته في العبد ويابى ذلك الذي لم يقاطع فذلك للذي اباه ولا يكون ذلك للذي قاطع والقول الاول احب الينا

قال ابو عمر قد تقدم من اصل مذهب الكوفي والشافعي فهي قبض الشريك من كتابة المكاتب دون اذن شريكه وباذنه والحكم في ذلك عندهم ما اغنى عن تكراره هنا
وما قاله مالك فعلى اصله وعليه اصحابه الا اشهب فانه خالفه في شيء منه
وروى اشهب عن مالك انه قال في المقاطع من الشريكين اذا مات المكاتب فهو بالخيار ان شاء تمسك بانقطاعه وكانت تركه المكاتب للمتمسك وان شاء رد على صاحب نصف ما قاطع به المكاتب وكانت التركة بينهما

الاستذكار ج:7 ص:398

وقال اشهب ولست ارى ما قال وارى ان يستوفي المتمسك ما بقي له من الكتابة والباقي بعد ذلك بينهما ان بقي شيء
وفي (المدونه) لابن القاسم مثل قول اشهب ولم يختلفوا في المكاتب يقاطعه احد سيديه ثم يعجز انه على ما ذكره مالك في (موطئه) هذا اذا قاطعه الشريك باذن شريكه فان قاطعه بغير اذنه ثم عجز المكاتب كان الشريك الذي لم يقاطع بالخيار ان شاء رد ذلك وان شاء اجازه
قال اشهب فان اجازه رجع بالخيار إلى المقاطع
وروى بن نافع عن مالك ان المقاطع لا يرجع في مال المكاتب ولا في رقبته الا ياخذ المتمسك نصف ما قاطعه به ويرده من نصيبه إلى رقبة العبد ان عجز او من ميراثه ان مات لانه صنع ما لم يكن له جائزا
وقال الشافعي (في المزني) لو كان المكاتب بين اثنين فوضع عنه احدهما نصيبه من الكتابة فهو كعتقه ويقوم عليه ان كان موسرا وكذلك ان ابراه مما عليه والولاء له
وقول المغيرة في ذلك كقول الشافعي
وقال بن القاسم لا يعتق بذلك لانه وضع مال

قال ابو عمر في هذا الباب في (الموطا) مسائل فمعناها ومعنى ما تقدم سواء فلم اذكرها واما قوله في هذا الباب قال مالك في المكاتب يقاطعه سيده ثم يعتق ويكتب ما بقي عليه من قطاعته دينا عليه ثم يموت المكاتب وعليه دين للناس قال مالك فان سيده لا يحاص غرماءه باللذي عليه من قطاعته ولغرمائه ان يبدوا عليه قال ابو عمر قد ذكرنا فيما تقدم من هذا الباب ان اهل المدينة ومكة والبصرة وابا حنيفة واصحابه من اهل الكوفة قولهم في هذه المسالة كقول مالك

وهو قول الشافعي والاوزاعي ان غرماء المكاتب اذا مات وترك مالا يبدون في ذلك ولا يحصهم سيد المكاتب بشي من ماله عليه من قطاعة او نجامة وان شريحا والشعبي والحكم بن عتيبة وابراهيم النخعي وحماد بن ابي سليمان وبن ابي ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حي (بن صالح) كانوا

يقولون يضرب السيد مع غرماء المكاتب بما له عليه مما ترك من المال

قال مالك ليس للمكاتب ان يقاطع سيده اذا كان عليه دين للناس فيعتق ويصير لا شيء له لان اهل الدين احق بماله من سيده فليس ذلك بجائز له قال ابو عمر هذا كما قال وهو قول الجمهور الذين يرون اهل الدين احق به من السيد لان المكاتب اذا قاطع سيده وهو لا مال عنده الا ما قد اغترقه الدين ولا قوة به على الاكتساب فقد غره واذا غره فقد بطل ما فعله من المقاطعة وعاد في رقبته

وقد اختلف الفقهاء في افلاس المكاتب فقال مالك ياخذ الغرماء ما وجدوا ولا سبيل لهم إلى رقبته

وهـــــو قـــــول الشـــــافعي والكـــــوفي
وقال سفيان الثوري اذا عجز المكاتب وعليه ديون للنـاس فعلـى السـيد ان يبتـداه اذا اسـلمه والا اســـــــــــــــــــــلمه اليهـــــــــــــــــــــم
وبـــــــه قـــــــال احمـــــــد واســـــــحاق
قال مالك (1) الامر عندنا في الرجل يكاتب عبده ثم يقاطعه بالذهب فيضع عنه مما عليه من الكتابة على ان يعجل له ما قـاطعه عليـه انـه ليـس بـذلك باس وانما كره ذلك مـن كرهـه لانـه انزلـه بمنزلـة الدين يكون للرجل علـى الرجـل إلـى اجـل فيضـع عنـه وينقـده وليـس هـذا مثـل الـدين انمـا كـانت قطاعة المكاتب سيده على ان يعطيه مالا فــي ان يتعجل العتق فيجب له الميراث والشهادة والحدود وتثبت له حرمة العتاقة ولم يشـتر دراهـم بـدراهم ولا ذهبـا بـذهب وانمـا مثـل ذلـك مثـل رجـل قـال لغلامه ائتني بكذا وكذا دينارا وانت حر فوضع عنــه من ذلك فقال ان جئتني باقل من ذلـك فـانت حـر فليس هذا دينا ثابتا ولو كـان دينـا ثابتـا لحـاص بـه السـيد غرمـاء المكـاتب اذا مـات او افلـس فـدخل معهـــــــم فـــــــي مـــــــال مكـــــــاتبه
قال ابو عمـر هـذه المسـالة فـي معنـى حـديث ام سلمة المـذكور فـي اول هـذا البـاب وقـد اختلـف العلماء فيها فكان بـن عمـر يكـره ذلـك ولا يجيـزه فخالف في ذلك ام سلمة وبقول بن عمر قال في ذلـــك الليـــث بـــن ســـعد واحمـــد واســـحاق وهـو قـول الشـافعي لان حكـم المكـاتب فـي مـا يملكه غير حكم العبد ليس للسـيد اخـذ شـيء مـن ماله غير نجامته فاشـبه الحـر والاجنـبي فـي هـذا المعنى

الاستذكار ج:7 ص:400

ذكر المزني عن الشافعي قال ولو عجل لـه بعـض الكتابة على ان يبراه من الباقي لم يجـز ورد عليـه مـا اخـذ ولـم يعتـق لانـه ابـراه ممـا لـم تـبرا منـه

وروى الربيع عن الشافعي قال وان كانت نجومه غير حالة فسالة ان يعطيه بعضها حالا على ان يبراه من الباقي فيعتق لم يجز ذلك كما لا يجوز في دين إلى اجل على حر ان يتعجل بعضه على ان يضع له بعضا

وقال الطحاوي عن الكوفيين في من كاتب عبدا له على مال إلى اجل ثم صالحه قبل حلول الاجل على ان يعجل له بعض ذلك المال ويبرأ من بقيته لم يجز فيما روى اصحاب (الاملاء) عن ابي يوسف من قوله

واما محمد فروى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان ذلك جائز

واختار الطحاوي ما روى اصحاب (الاملاء) عن ابي يوسف

وقال بن شهاب وربيعة وابو الزناد وعبد الله بن يزيد وجابر وبن هرمز ومالك وابو حنيفة واصحابهما ذلك جائز

وهو قول الشعبي وابراهيم وطاوس والحسن وبن سيرين

وقال الزهري ما علمت احدا كرهه الا بن عمر قال ابو عمر اما العبد فليس بينه وبين سيده ربا عند اكثر العلماء

واما المكاتب فليس لسيده إلى ماله سبيل غير ما كاتبه عليه الا ان يعجز

وكره مالك ان يبيع من عبده الماذون له او مكاتبه درهما بدرهمين يدا بيد نسيئة واجاز ذلك الشافعي

وقال بن القاسم في المكاتب يحيل سيده بنجم لم يحل على دين له على رجل انه لا يجوز من اجل الدين بالدين

وقال سحنون هو جائز قال وقوله باجازة القطاعة يرد هذا وبالله التوفيق

1 (4 - باب جراح المكاتب)

1503 - قال مالك احسن ما سمعت في المكاتب يجرح الرجل جرحا يقع فيه العقل عليه ان المكاتب ان قوي على ان يؤدي عقل ذلك الجرح مع كتابته اداه وكان على كتابته فان لم يقو على ذلك فقد عجز عن كتابته وذلك انه ينبغي

الاستذكار ج:7 ص:401

ان يؤدي عقل ذلك الجرح قبل الكتابة فان هو عجز عن اداء عقل ذلك الجرح خير سيده فان احب ان يؤدي عقل ذلك الجرح فعل وامسك غلامه وصار عبدا مملوكا وان شاء ان يسلم العبد إلى المجروح اسلمه وليس على السيد اكثر من ان يسلم عبده
قال ابو عمر اختلاف الفقهاء في هذه المسالة متقارب يجمله ق ول مالك في المكاتب انه ان قوي على اداء ارش الجناية مع الكتابة والا عجز فاذا عجز كان سيده مخيرا بين اسلامه واداء ارش الجناية
وقال بن القاسم عن مالك اذا جنى المكاتب قال له القاضي اد والا اعجزتك ولم اسمعه يفرق بين عجزه قبل القضاء وبعده
وقال الشافعي اذا جنى المكاتب فعلى سيده الاقل من قيمته عبدا يوم الجناية وارش الجناية كما لو جنى وهو عبد فان قوي على ادائها قبل الكتابة فهو مكاتب وان عجز عنها خير الحاكم سيده بين ان يفديه بالاقل من ارش الجناية او يسلمه فان ابى بيع في الجناية فاعطى اهل الجناية حقوقهم دون من داينه ببيع او غيره لان ذلك في ذمته ومن اعتق اتبع به والجناية في رقبته وسواء كانت الجنايات مفترقة او معا او بعضها قبل التعجيز او بعده يتحاصون في ثمنه وان ابراه بعضهم كان ثمنه للباقين بينهم وقول احمد واسحاق في ذلك كقول الشافعي

وقال ابو حنيفة واصحابه الا زفر في مكاتب جنى جناية ثم عجز قبل ان يقضى عليه قيل لمولاه ادفعه او افده وان قضي عليه بقيمة الجناية ثم عجز فانه يباع فيها
وقال زفر اذا عجز قبل القضاء أو بعده فانه يباع في الجناية
قال مالك (1) في القوم يكاتبون جميعا فيجرح احدهم جرحا فيه عقل
قال مالك (2) من جرح منهم جرحا فيه عقل قيل له وللذين معه في الكتابة ادوا جميعا عقل ذلك الجرح فان ادوا ثبتوا على كتابتهم وان لم يؤدوا فقد عجزوا ويخير سيدهم فان شاء ادى عقل ذلك الجرح ورجعوا عبيدا له جميعا وان شاء اسلم الجارح وحده ورجع الاخرون عبيدا له جميعا بعجزهم عن اداء عقل ذلك الجرح الذي جرح صاحبهم

الاستذكار ج:7 ص:402

قال ابو عمر هذا انما قاله مالك على اصله في المكاتبين كتابة واحدة انهم حملاء بعضهم عن بعض واصله في ان الجناية مقدمة على الكتابة فاذا عجزوا عن اداء الجناية فقد عجزوا واذا عجزوا عادوا عبيدا
واما الشافعي والكوفي واكثر الفقهاء فانهم يقولون لا ياخذ بالجناية الا جانيها وحده فان عجز عن ادائها بيع فيها على ما تقدم من تلخيص ذلك عنهم
قال مالك (1) الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان المكاتب اذا اصيب بجرح يكون له فيه عقل او اصيب احد من ولد المكاتب الذين معه في كتابته فان عقلهم عقل العبيد في قيمتهم وان ما اخذ لهم من عقلهم يدفع إلى سيدهم الذي له الكتابة ويحسب ذلك للمكاتب في اخر كتابته ثم فصل ذلك بما لا يشكل من انه اذا ضم عقل

الجرح إلى ما يقبضه من المكاتب فتأدى من ذلك جميع الكتابة فهو حر وان كان عقل الجرح اكثر من الكتابة قبض المكاتب لنفسه وهو حر قال مالك (2) ولا ينبغي ان يدفع إلى المكاتب شيء من دية جرحه فيأكله ويستهلكه فان عجز رجع إلى سيده اعور او مقطوع اليد او معضوب الجسد وانما كاتبه سيده على ماله وكسبه ولم يكاتبه على ان يأخذ ثمن ولده ولا ما اصيب من عقل جسده فيأكله ويستهلكه ولكن عقل جراحات المكاتب وولده الذين ولدوا في كتابته او كاتب عليهم يدفع إلى سيده ويحسب ذلك له في اخر كتابته

قال ابو عمر على ما ذكره مالك في هذا الباب مذهب كل من قال (المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء) يعنون في جراحاته وحدوده واما من قال بقول علي - رضي الله عنه - يؤدي المكاتب بقدر ما ادى دية الحر وبقدر ما بقي عليه دية عبد فانه يقسم دية جراحاته على ذلك فما صار منها للحرية قبضه وما صار منها للعبودية دفع إلى سيده فعد له في كتابته

ذكر عبد الرزاق عن الثوري قال قال اصحابنا جناية المكاتب على نفسه انه ان جرح جراحة فهي عليه في قيمته لا تجاوز قيمته واذا اصيب بشيء كان له قال الثوري اما نحن فنقول هي في عنق المكاتب

واخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن ابراهيم قال يضمن مولاه قيمته

الاستذكار ج:7 ص:403

قال الحكم وقال الشعبي يضمن مولاه قيمتها وقال الحكم جناياته دين عليه يسعى فيها قال واخبرنا بن جريج قال قلت لعطاء المكاتب ان جر جريرة من يؤخذ بها قال سيده وقالها عمرو بن دينار

قال ابو عمر يحتمل ان يكون قوله يؤخذ بها ان يسلمه في كتابته فإن لم يسلمه يحتمل ان لا يكون عليه اكثر من قيمته لانها البدل من اسلامه ويحتمل ان يكون لما ابى من اسلامه فقد رضي بأرش الجريرة ما بلغت والاصح انه لا يلزمه اكثر من قيمته لان جنايته في رقبته
قال بن جريج قلت لعطاء فان اصيب المكاتب بجرح فلمن ارشه قال له وقالها عمرو بن دينار قلت من اجل انه احرز ذلك كما احرز ماله قال نعم

1 (5 - باب بيع المكاتب)

1504 - قال مالك ان احسن ما سمع في الرجل يشتري مكاتب الرجل انه لا يبيعه اذا كان كاتبه بدنانير او دراهم الا بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره لانه اذا اخره كان دينا بدين وقد نهي عن الكالىء بالكالىء
قال وان كاتب المكاتب سيده بعرض من العروض من الابل او البقر او الغنم او الرقيق فانه يصلح للمشتري ان يشتريه بذهب او فضة او عرض مخالف للعروض التي كاتبه سيده عليها يعجل ذلك ولا يؤخره
قال ابو عمر منع من ذلك لما يدخله من النسيئة في بيع دنانير او دراهم بعضها ببعض لان ما على المكاتب يؤخذ نجوما فلا يحل بيعه بالنقد ولا بالنسيئة لانه صرف إلى اجل
وكذلك لا يجوز شراء عرض على المكاتب بعرض غير معجل لان النجوم مؤجلة فلو تاخر العرض كان من الدين بالدين
وكذلك لا يجوز عند مالك بيع عرض بعرض من جنسه لانه يدخله الربا من اجل انه عرض بعرض مثله وزيادة

وكـــذلك اختلـــف العلمـــاء فـــي بيـــع المكـــاتب
فقال جمهور العلماء لا يباع الا على ان يمضي في كتابته عنـد مشـتريه ولا يبطلهـا وهـذا عنـدي بيـع الكتابـــــــــة لا بيـــــــــع الرقبـــــــــة
وقالت طائفة بيعه جائز ما لم يؤد من كتابته شـيئا لان بريرة بيعت ولـم تكـن ادت مـن كتابتهـا شـيئا
وقال اخرون اذا رضي المكاتب بالبيع جـاز لسـيده بيعـــــــــــــــــــــــــــــــــــــه
هذا قول ابي الزناد وربيعـة وهـو قـول الشـافعي ومالك ايضا الا ان مالكـا اختلـف قـوله فـي كيفيـة تعجيز المكـاتب علـى مـا نـذكره بعـد ولا يـرى بيـع رقبـــــة المكــــــاتب الا بعـــــد التعجيـــــز
واما الشافعي فاذا رضي المكاتب بالبيع فهو منـه رضـى بـالتعجيز وتعجيـزه إليـه لا إلـى سـيده لان بريـرة رضـيت ان تبـاع وهـي كـانت المسـاومة لنفسـها والمختلفـة بيـن سـادتها الـذين كاتبوهـا وبيــــن عائشــــة الــــتي اشــــترتها
وقـال اخـرون لا يجـوز ان تبـاع الا للعتـق فكـذلك بيعـــــــــــــــت بريـــــــــــــــرة
هــــذا قــــول الاوزاعــــي واحمــــد واســــحاق
وقـال اخـرون لا يجـوز ان تبـاع حـتى تعجـز فـاذا عجزت نفسها جاز بيعها وذكروا ان بريـرة عجـزت نفسها وللمكاتب عندهم ان يعجـز نفسـه كـان لـه مـــــــال ظـــــــاهر او لـــــــم يكـــــــن
وسنذكر الاختلاف في ذلك بعد ان شاء الله تعـالى
وقال اخرون لا يجوز بيع المكاتب ويجوز بيع كتابـة المكاتب على انـه ان عجـز فللـذي اشـترى كتـابته رقبته وان مات المكاتب ورثه دون البـائع وان ادى كتابته إلـى الـذي اشـترى كـان ولاؤه للبـائع الـذي عقــــــــــــــــد كتــــــــــــــــابته
هــــــذا قــــــول مالــــــك واصــــــحابه
وقال اخرون لا يجوز بيع المكاتب لما في ذلك مـن

نقد العقد له وقد امر الله تعالى بالوفاء بالعقود ولانه يدخله بيع الولاء وكذلك لا يجوز بيع كتابته ولا بيع شيء مما بقي منها عليه والبيع في ذلك كله فاسد مردود لان ذلك غرر لا يدري العجز المكاتب ام لا ولا يدري المشتري ما يحصل عليه بصفقته رقبة المكاتب او كتابته وان حصل على رقبته كان في ذلك بيع الولاء هذا كله قول ابي حنيفة واصحابه

الاستذكار ج:7 ص:405

واما اختلافهم في تعجيز المكاتب فكان مالك يقول لا يعجزه سيده الا عند السلطان او القاضي او الحاكم

وهو قول بن ابي ليلى وبه قال سحنون

وقال بن القاسم اذا رضي المكاتب بالعجز دون السلطان لزمه ذلك

وقال بن القاسم ولا يجوز له ان يعجز نفسه اذا كانت له اموال ظاهرة فان عجز ثم ظهرت له اموال مضى التعجيز ما لم يعلم بالمال

وقال بن كنانة وبن نافع للمكاتب ان يعجز نفسه وان كان له مال ظاهر

وروى بن وهب في (موطئه) عن مالك مثل قول بن نافع وبن كنانة

وهذه المسالة عند اصحابنا على قولين

وقال الشافعي وابو حنيفة للمكاتب ان يعجز نفسه ويعجزه سيده عند غير السلطان اذا كانا في بلد واحد وحضرة واحدة وذلك بان يقول المكاتب ليس عندي شيء ويقول السيد اشهدوا اني قد عجزته

وفعل ذلك بن عمر

وقضى به شريح والشعبي

وقال الشعبي وابو حنيفة للسيد ان يعجز المكاتب بحلول نجم من نجومه

قال الشافعي لا يعجز السلطان المكاتب الغائب

الا ان يثبت عنده الكتابة وحلول نجم من نجومه ويحلفه ما ابراه ولا قبضه منه ولا انذره به فاذا فعل عجزه له ويجعل المكاتب على حجته ان كانت له

قال واما اذا اراد المكاتب ابطال كتابته وادعى العجز فذلك إليه علم له مال او لم يعلم وعلمت له قوة على الكسب او لم تعلم هذا إليه ليس إلى سيده

وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يجتمع عليه نجمان وهو قول الحكم وبن ابي ليلى والحسن بن حي

وقال الثوري منهم من يقول نجمان والاستثناء احب الي

وقال احمد وكان احب الي

وقال الحارث العكلي اذا دخل نجم في نجم فقد استبان عجزه

وقال الحسن البصري اذا كانت نجومه مساقاة استسعى بعد النجم سنتين

الاستذكار ج:7 ص:406

وقال الاوزاعي يستاني به شهرين

وقال محمد بن الحسن عنه وعن اصحابه ان كان له مال حاضر او غائب يرجو قدومه اجله يومين او ثلاثة لا زيادة على ذلك

وقال الاوزاعي اذا قال قد عجزت عن الاداء وعجز نفسه لم يمكن من ذلك

قال ابو عمر هذا ليس بشيء لان كتابته مضمنه بالاداء فاذا لم يكن الاداء باقراره بالعجز على نفسه انفسخت كتابته وكان هو وماله لسيده والاصل في الكتابة لانها لا تجب عند من اوجبها الا بابتغاء العبد لها وطلبه اياها وتعجيزه نفسه نقض لذلك

وقد اجمعوا في ذلك ان المكاتب لعبده ان جئتني بكذا وكذا دينار إلى اجل كذا فلم يجبه بها انه لا يلزمه شيء

قال مالك (1) احسن ما سمعت في المكاتب انه اذا بيع كان احق باشتراء كتابته ممن اشتراها اذا قوي ان يؤدي إلى سيده الثمن الذي باعه به نقدا وذلك ان اشتراءه نفسه عتاقه والعتاقة تبدا على ما كان معها من الوصايا وان باع بعض من كاتب المكاتب نصيبه منه فباع نصف المكاتب او ثلثه او ربعه او سهما من اسهم المكاتب فليس للمكاتب فيما بيع منه شفعة وذلك انه يصير بمنزلة القطاعة وليس له ان يقاطع بعض من كاتبه الا باذن شركائه وان ما بيع منه ليست له به حرمة تامة وان ماله محجوز عنه وان اشتراءه بعضه يخاف عليه منه العجز لما يذهب من ماله وليس ذلك بمنزلة اشتراء المكاتب نفسه كاملا الا ان ياذن له من بقي له فيه كتابة فان اذنوا له كان احق بما بيع منه

قال ابو عمر راى مالك - رحمه الله - الشفعة واجبة للمكاتب اذا باع سيده ما عليه من كتابته ما عليه لما في ذلك من تعجيل عتقه ولم ير له شفعة اذا بيع بعض ما عليه لانه لا تتم شفعته في ذلك عتقه ثم راى ان ذلك باذن من بقي له فيه كتابة لانه مع الضرر الذي عليه في ذلك قد رضوا به وكان سحنون يقول هذا حرف سوء الا ان ياذن في ذلك الشريك الاخر

وكذلك رواه بن القاسم عن مالك في المكاتب بين الرجلين يبيع احدهما نصيبه منه ان المكاتب لا يكون احق بذلك من المشتري الا ان ياذن في ذلك

الشريك الاخر لانه لا يفضي بذلك إلى عتاقه وانما يكون ذلك له اذا بيعت كتابته كلها لان ذلك يفضي إلى عتق

قال سحنون قوله الا ان ياذن له في ذلك الشريك الاخر حرف سوء

قال ابو عمر قد قال بقول مالك في شفعة

المكاتب قوم من التابعين منهم عطاء وابى ذلك غيرهم من العلماء لان الشفعة انما وردت في الاصول التي تقع فيها الحدود وسنبين هذا المعنى عند اختلاف اصحاب مالك وقولهم في الشفعة في الدين لمن هو عليه اذا بيع من غيره ان شاء الله تعالى واما الشافعي وابو حنيفة واصحابهما وكل من لا يجوز عنده بيع كتابة المكاتب فليس للشفعة ذكر في كتبهم ها هنا والمسالة مسالة اتباع ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج عن الحسن بن مسلم قال بلغني ان المكاتب يباع هو احق بنفسه ياخذها بما بيع قال بن جريج وقال عطاء من بيع عليه دين فهو احق به ياخذه بالثمن ان شاء قال واخبرنا معمر عن رجل من قريش ان عمر بن عبد العزيز قضى في المكاتب اشترى ما عليه بعروض وجعل المكاتب اولى بنفسه ثم قال ان رسول الله ﷺ قال (من ابتاع دينا على رجل إلى اجل فصاحب الدين اولى بالذي عليه اذا ادى ما ادى صاحبه قال معمر وقال الزهري رايت القضاة يقضون في من اشترى دينا على رجل ان صاحب الدين اولى به وكان عمر بن عبد العزيز يقضي به قال معمر واما اهل الكوفة فلا يرونه شيئا قال مالك (1) لا يحل بيع نجم من نجوم المكاتب وذلك انه غرر ان عجز المكاتب بطل ما عليه وان مات او افلس وعليه ديون للناس لم ياخذ الذي اشترى نجمه بحصته مع غرمائه شيئا وانما الذي يشتري نجما من نجوم المكاتب بمنزلة سيد

المكـاتب فسـيد المكـاتب لا يحـاص بكتـابه غلامـه غرماء المكاتب وكذلك الخراج ايضا يجتمع له علـى غلامه فلا يحاص بما اجتمع لـه مـن الخـراج غرمـاء غلامـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــه
قال ابو عمر هو غرر كما ذكر مالك رحمه اللـه مـن اجل ما وصف من عجز المكـاتب الا ان مـن خـالفه في بيع كتابة المكاتب يقول ان مالكا لم يجز الغرر فـــي نجـــم واجـــازه فـــي نجـــوم
وكثير الغرر لا يجـوز باجمـاع وقليلـه متجـاوز عنـه لانـــه لا يســـلم بيـــع مـــن قليـــل الغـــرر
وقال المزني عـن الشـافعي بيـع نجـوم المكـاتب مفسوخ فان ادى إلى المشتري بـاذن سـيده عتـق كمـــا يـــودي إلـــى وكيلـــه فيعتـــق
وقد تقـدم ذكـر مـن قـال بـانه لا يجـوز بيـع كتابـة المكاتب ولا نجم من نجومه الا بما يجـوز بـه سـائر الـــــــــــــــــــــــــــــــــبيوع
وقد اختلف اصحاب مالك في المكـاتب يكـون بيـن الشريكين يبيع احدهما حصته مـن كتـابته او نجمـا مـــــــــــــــــــن نجــــــــــــــــــومه
فذكر العتبي في سماع بن القاسم مـن مالـك انـه كره ذلك وقال اما ان يباع كله واما ان يمسك كلـه
قال سحنون انما يكره بيـع نجـم مـن نجـومه فامـا نصـف مـا عليـه او ثلثـه او ربعـه فلا بـاس بـذلك
وقال سحنون واصبغ انمـا يكـره بيـع النجـم بعينـه فاذا لم يكن بعينه لم نر بذلك باس لانه يرجـع إلـى حد معلـوم وكـانه اشـترى عشـر الكتابـة او نصـف عشـــــــــرها او ربـــــــــع عشـــــــــرها
وروى اصــــبغ عـــــن بـــــن القاســــم
قال مالك (1) لا باس بان يشتري المكاتب كتابته بعين او عرض مخالف لما كـوتب بـه مـن العيـن او العـــرض او غيـــر مخـــالف معجـــل او مـــؤخر
قال ابو عمر اجاز ذلك للمكاتب بعرض غير مخالف وبعرض مؤخر لما تقدم من مذهبه انـه لا ربـا بيـن

العبد وسيده وكذلك عنده المكاتب وقد مضى ما لمن خالفه في ذلك من العلماء

الاستذكار ج:7 ص:409

قال مالك (1) في المكاتب يهلك ويترك ام ولد وولدا له صغارا منها او من غيرها فلا يقوون على السعي ويخاف عليهم العجز عن كتابتهم قال تباع ام ولد ابيهم اذا كان في ثمنها ما يؤدى به عنهم جميع كتابتهم امهم كانت او غير امهم يؤدى عنهم ويعتقون لان اباهم كان لا يمنع بيعها اذا خاف العجز عن كتابته فهؤلاء اذا خيف عليهم العجز بيعت ام ولد ابيهم فيؤدى عنهم ثمنها فان لم يكن في ثمنها ما يؤدى عنهم ولم تقو هي ولا هم على السعي رجعوا جميعا رقيقا لسيدهم

قال ابو عمر قد بين مالك - رحمه الله - انه لما كان للمكاتب ان يبيع ام ولده اذا خاف العجز كان ذلك لولده عند خوف العجز هذا اذا كان في بيعها خلاصهم من الرق

ولا اعلم اصحابه اختلفوا في ذلك وانما اختلفوا في ام ولد المكاتب اذا مات وترك وفاء بكتابته على حالها بعد موته

فقال بن القاسم اذا كان معها ولد عتقت وان لم يكن معها ولد فهي رقيق

وقال اشهب تعتق وان لم يكن معها ولد اذا ترك المكاتب وفاء

قال ابو عمر عند الشافعي - رحمه الله - ومن قال بقوله ام ولد المكاتب مال من ماله وماله كله لسيده اذا مات قبل ان يؤدي جميع كتابته وولده ان لم يقدروا على السعي فهم رقيق وان قدروا على السعي سعوا في ما يلزمهم من الكتابة على قدر قيمتهم

وعند ابي حنيفة اذا مات المكاتب وترك مالا فيه وفاء فكانه مات حرا ويعتق اولاده بعتقه اذا ادى عنهم من ماله جميع كتابته وان لم يترك وفاء فان

اولاده يقال لهم ان اديتم الكتابة حالة عتقتم والا فانتم رقيق
وقال ابو يوسف يسعون في الكتابة على نجومها فان ادوها عتقوا ولا يجوز عند ابي يوسف ومحمد بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند ابي حنيفة وهو مذهب الشافعي واذا لم يجز ذلك له فاحرى ان لا يجوز لولده
قال مالك (2) الامر عندنا في الذي يبتاع كتابه المكاتب ثم يهلك المكاتب قبل ان يؤدي كتابته انه يرثه الذي اشترى كتابته وان عجز فله رقبته وان ادى المكاتب كتابته إلى الذي اشتراها وعتق فولاؤه للذي عقد كتابته ليس للذي اشترى كتابته من ولائه شيء

الاستذكار ج:7 ص:410

قال ابو عمر قد تقدم هذا المعنى وقول مالك فيه وقول سائر العلماء في اول هذا الباب وقد تقدم في ضرر ذلك الحجة للمخالف
واما الحجة لمالك فان المشتري قد حل في كتابة المكاتب محل سيده الذي عقد له الكتابة فدخل في عموم قول الله تعالى واحل الله البيع البقرة 275 الا انه لم يحل محله في الولاء ان ادى إليه الكتابة فرارا من بيع الولاء فان عجز المكاتب ولم يؤد كتابته إلى المشتري ملك رقبته كما لو ان سيد المكاتب مات وورث عنه بنوه المكاتب لم يكن لهم عليه الا اداء الكتابة اليهم فاذا اداها عتق وكان ولاؤه لابيهم الذي عقد له الكتابة ولو عجز كان رقيقا لهم يملكون رقبته ولو اعتقوه قبل العجز او وهبوا له الكتابة كان ولاؤه لابيهم لانه عقد كتابته فلما لم يرث منه بنوه الا ما كان له ان ينتقل عنه بالعوض والهبة وذلك مال المكاتب دون الولاء فكذلك المشتري لم يملك من ذلك الا ما يجوز له ان ينتقل عنه وهو المال دون الولاء

1 (6 - باب سعي المكاتب)

1505 - مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير وسليمان بن يسار سئلا عن رجل كاتب على نفسه وعلى بنيه ثم مات هل يسعى بنو المكاتب في كتابة ابيهم ام هم عبيد فقالا بل يسعون في كتابة ابيهم ولا يوضع عنهم لموت ابيهم شيء قال مالك وان كانوا صغارا لا يطيقون السعي لم ينتظر بهم ان يكبروا وكانوا رقيقا لسيد ابيهم الا ان يكون المكاتب ترك ما يؤدى به عنهم نجومهم إلى ان يتكلفوا السعي فان كان فيما ترك ما يؤدى عنهم ادي ذلك عنهم وتركوا على حالهم حتى يبلغوا السعي فان ادوا عتقوا وان عجزوا رقوا

قال ابو عمر قد قال بقول عروة وسليمان الذي عليه بنى مالك مذهبه في هذا الباب ابراهيم النخعي

ذكر ابو بكر قال حدثني جرير عن منصور عن ابراهيم في النفر يكاتبون جميعا فيموت احدهم قال يسعى الباقون فيما كوتبوا عليه جميعا وعبد الرزاق عن الثوري عن منصور عن ابراهيم قال اذا كاتب اهل بيت كتابة واحدة فمن مات منهم فالمال على الباقي منهم

الاستذكار ج:7 ص:411

وهذا كقول مالك في انهم اذا كوتبوا كتابة واحدة فهم حملاء بعضهم عن بعض لا يعتقون الا باداء جميع الكتابة

وقد تقدم هذا المعنى في باب الحمالة في الكتابة

وسواء عند مالك كانوا اجنبيين او اقارب او ابا كاتب على نفسه وبنيه اذا كانت الكتابة واحدة لا يوضع عنهم بموت احدهم شيء من الكتابة ولا يعتقون الا باداء جميعها

وحكمهم عند مالك اذا كوتبوا كتابة واحدة كحكم المكاتب يولد له ولد في كتابته من سريته انه لا يوضع عن الام بموت ابنها ولا عن الابن بموت ابيه شيء من الكتابة
واما الشافعي والثوري وسائر الكوفيين كقولهم ان كل من كاتب على نفسه وولده او على اجنبي معه ثم مات هو او غيره ممن تضمنته الكتابة فانه يوضع عن الباقين حصته من الكتابة
واما الذي لا يسقط بموته شيء فهو من كان تبعا لابيه ممن ولد له في كتابته من سريته وهو قول جماعة من التابعين منهم الحسن والشعبي وعطاء وعمرو بن دينار
ذكر ابو بكر قال حدثني حفص قال سالت عمرو بن عبيد ما كان الحسن يقول في ذلك قال كان يرفع عنهم حصة الميت منهم
قال وحدثني وكيع عن الحسن بن صالح عن اشعث عن الشعبي مثله
قال وحدثني الفضل بن دكين عن بن ابي عتبة عن الحكم مثله
وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج عن عطاء قال ان كاتبت عبدا لك وله بنون فكاتب على نفسه وعنهم فمات ابوهم او مات منهم ميت فقيمته يوم يموت توضع من الكتابة او ثمنه كما لو اعتقه
قال وقال عمرو بن دينار مثله
قال بن جريج قلت لعمرو ارايت ان كان الذي مات او عتق قيمة الكتابة كلها قال يقام هو وبنوه فان بلغ مائة دينار وكاتب مكاتبهم ست مئة دينار فاطرح ثمن الذي اعتق او مات سدس المائة الدينار
قال ابو عمر اختلف العلماء في اعتبار حصة الذي يموت او يعتق فقال

بعضهم بالقيمة وهو قول الشافعي وهو الثمن عند عطاء ومن قال بقوله وقال اخرون حصته على قدر غناه وكسبه وحاله وقال اخرون حصته على الرؤوس بالسواء
قال بن جريج عن ابي مليكة اذا كاتب على نفسه وعلى بنيه فهم فيه سواء وذو الفضل وغير ذي الفضل والمراة والرجل في ذلك سواء ومن مات منهم فحصته سواء
وقال معمر بلغني في مكاتب كاتب على نفسه وبنيه فمات الاب او مات منهم ميت فانه يوضع عنهم بقدر قيمة الميت من قدر الكتابة قال وان كان العتق فكذلك
قال ابو عمر لا اعلم خلافا ان السيد اذا اعتق احدهم انه يسقط حصته عن غيره منهم وليس له عند مالك ان يعتق الذي هو اقدر على السعي بهم لانه غرر بهم وستاتي هذه المسالة في بابها واما المكاتب يولد له في كتابته او المكاتبة تنكح فيولد لها فان مات في بيتهما لا يوضع عنهما بذلك شيء من كتابتهما عند جماعة فقهاء الحجاز والعراق لان الكتابة انما انعقدت على الاب او الام وما حدث من البنين لهما في الكتابة فهم تبع لهما يعتقون بعتق كل واحد منهما ويرقون برقهما
قال واخبرنا بن جريج قال قال لي عطاء ان كاتبته ولا ولد له ثم ولد له من سرية له فمات ابوهم لم يوضع عنهم لموته شيء وكانوا على كتابة ابيهم ان شاؤوا وان ابوا كانوا رقيقا وان اعتق انسان منهم لم يوضع عنهم به شيء من اجل انه لم يكن في كتابة ابيهم
وبن جريج عن عمرو بن دينار مثله وزاد عمرو قال ولو اعتق ابوه - يعني بنيه الذين ولدوا بعد كتابته
ومعمر عن قتادة قال ان ولد للمكاتب ولد بعد الكتابة فاعتق او مات لم يحط بذلك شيء
ذكر عبد الرزاق عن الثوري في المكاتبة يولد لها

فـــــــــــي كتابتهـــــــــــا مثـــــــــــل ذلـــــــــك
قـــال ابـــو عمـــر لا يختلفـــون فـــي ذلـــك
قال ابو حنيفـة ان مـات المكـاتب ولـم يـترك مـالا وترك ابنا ولد له في كتابته خلف ابنه فيسعى فـي الكتابة على نجومها فاذا ادى عتق ابنه

الاستذكار ج:7 ص:413

قال مالك (1) فـي المكـاتب يمـوت ويـترك مـالا ليس فيه وفاء الكتابة ويترك ولدا معه فـي كتـابته وام ولد فارادت ام ولده ان تسعى عليهم انه يدفع اليها المال اذا كانت مامونة على ذلـك قويـة علـى السعي وان لم تكن قوية على السعي ولا مامونــة على المال لم تعـط شـيئا مـن ذلـك ورجعـت هـي وولـــد المكـــاتب رقيقـــا لســـيد المكـــاتب
قال ابو عمر خالفه الشافعي والكوفيـون فقالوا ام ولد والمكاتب اذا مات مال من مال سـيده فـان لم يستطع ولـده السـعي فـي جميـع كتـابته فهـم رقيق وقد تقدم هذا المعنى عنهم وحجة كل واحـد منهـــم
قال مالك (2) اذا كاتب القوم جميعا كتابة واحدة ولا رحم بينهم فعجز بعضهم وسعى بعضهم حــتى عتقوا جميعا فان الذين سعوا يرجعون على الـذين عجزوا بحصة ما ادوا عنهم لان بعضـهم حملاء عـن بعـــض
قال ابو عمر اختلف اصحاب مالك فـي هـذا البـاب فقال بن القاسم لا يرجع على مـن لـو ملكـه وهـو حر عتق عليه ورجع على مـا سـواه مـن القرابـات وكـــــــــذلك قـــــــال بـــــــن نـــــــافع
وقال اشهب اذا كانوا قرابة فلا يرجع عليهم كانوا ممن يعتقون عليه لو ملكهم وهو حرام لا يعتقـون عليـه وكـانوا ممـن يرثـون ام ممـن لا يرثـون لان اداءه عنهـم امـا هـو علـى وجـه العطـف والصـلة وهو كقوله الشافعي لانه قـال لا ينصـرف عليهـم الا ان يشـــترطه لانـــه تطـــوع بـــذلك عنهـــم

وقال بن كنانة ان كانوا يتوارثون فلا يرجع عليهم وقال المغيرة يرجع عليهم كائنا ما كانوا لان اداءه عنهم انما هو من باب الحمالة ق ال اب و عمر ام ا الش افعي فمذهبه ان ما عدا الوالد وان علا من الاباء والولد وان سفل من الابناء فانهم يعتقون على من ملكهم فان كان معه في كتابة واحدة من يعتق عليه وادى بعضهم عن بعض لم يرجع على سائرهم بشيء لانهم يعتقون عليه لو ملكهم وكذلك الاخ عند مالك من أي وجه كان مع الاب وان علا او الابن وان سفل

الاستذكار ج:7 ص:414

وكذلك كل ذي رحم محرم عند ابي يوسف ومحمد والثوري
ولابي حنيفة في ذلك قولان احدهما الابن وحده والاخر كقول ابي يوسف

1 (7 - باب عتق المكاتب اذا ادى ما عليه قبل محله)

1506 - مالك انه سمع ربيعة بن ابي عبد الرحمن وغيره يذكرون ان مكاتبا كان للفرافصة بن عمير الحنفي وانه عرض عليه ان يدفع إليه جميع ما عليه من كتابته فابى الفرافصة فاتى المكاتب مروان بن الحكم وهو امير المدينة فذكر ذلك له فدعا مروان الفرافصة فقال له ذلك فابى فامر مروان بذلك المال ان يقبض من المكاتب فيوضع في بيت المال وقال للمكاتب اذهب فقد عتقت فلما راى ذلك الفرافصة قبض المال قال مالك فالامر عندنا ان المكاتب اذا ادى جميع ما عليه من نجومه قبل محلها جاز ذلك له ولم يكن لسيده ان يابى ذلك عليه وذلك انه يضع عن المكاتب بذلك كل شرط او خدمة او سفر لانه لا

تتم عتاقة رجل وعليه بقية من رق ولا تتم حرمته ولا تجوز شهادته ولا يجب ميراثه ولا اشباه هذا من امره ولا ينبغي لسيده ان يشترط عليه خدمة بعد عتاقته
قال مالك في مكاتب مرض مرضا شديدا فاراد ان يدفع نجومه كلها إلى سيده لان يرثه ورثة له احرار وليس معه في كتابته ولد له
قال مالك ذلك جائز له لانه تتم بذلك حرمته وتجوز شهادته ويجوز اعترافه بما عليه من ديون الناس وتجوز وصيته وليس لسيده ان يابى ذلك عليه بان يقول فر مني بماله
قال ابو عمر اما قضاء مروان على الفرافصة بن عمير فقد روي ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان - رضي الله عنهما - واظن مروان بلغه ذلك فقضى به وكذلك قضى عمرو بن سعيد في امارته
ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرنا اسرائيل بن يونس قال اخبرنا عبد العزيز بن رفيع عن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم قال كاتب رجل غلاما

له على اواق سماها ونجمها عليه نجوما فاتاه العبد بماله كله فابى ان يقبله الا على نجومه رجاء ان يرثه فاتى عمر بن الخطاب فاخبره فارسل إلى سيده فابى ان ياخذها فقال عمر خذها فاطرحه في بيت المال واعطه نجومه وقال للعبد اذهب فقد عتقت فلما راى ذلك سيد العبد قبل المال
قال واخبرنا معمر عن ايوب عن ابي قلابة قال كاتب عبد على اربعة الاف او خمسة الاف فجاء بها إلى سيده فقال خذها جميعا وصلني فابى سيده الا ان ياخذها في كل سنة نجما رجاء ان يرثه فاتى عثمان بن عفان فذكر ذلك له فدعاه عثمان فعرض عليه ان يقبلها من العبد فابى فقال للعبد

ائتني بما عليك فاتاه به فجعله في بيت المال وكتب له عتقا وقال للمولى ائتني كل سنة فخذ نجما فلما راى ذلك اخذ ماله وكتب عتقه (1) ـ قال واخبرنا بن جريج قال اخبرني عطاء ان مكاتبا عرض على سيده بقية كتابته فابى سيده فقال له عمرو بن سعيد وهو امير مكة هلم ما بقي عليك فضعه في بيت المال وانت حر وخذ انت نجومك في كل عام فلما راى ذلك سيده اخذ ماله (2) ـ قال واخبرنا بن جريج قال اخبرني بن مسافع عن مروان انه قضى بمثل هذه القضية في وردان قال ابو عمر على هذا مضى القضاء عند جمهور الفقهاء بالحجاز والشام والعراق وبه قال احمد واسحاق وذكر المزني عن الشافعي ويجبر السيد على قبول النجم اذا عجله له المكاتب واحتج في ذلك بعمر بن الخطاب قال الشافعي اذا كانت دنانير او دراهم او ما لا يتغير على طول العهد الحديد والنحاس وما اشبهه واما ما يتغير على المكث او كانت لحمولته مؤنة فليس عليه قبوله الا في موضعه قال فان كان في طريق حرابة او في بلد فيه نهب لم يلزمه قبوله الا ان يكون في ذلك الموضع كاتبه فيلزمه قبوله

قال ابو عمر وجه قول مالك على سيد المكاتب قبول الكتابة منه مريضا كان المكاتب او صحيحا لان المكاتبة عقد عتق على صفة وهي الاداء فاذا اداها لزم السيد قبولها فان امتنع من ذلك اجبر عليه لانه حق للمكاتب ومعلوم ان التاخير انما كان رفقا بالمكاتب لا بالسيد فاذا رضي المكاتب بتعجيل الكتابة لم يكن لامتناع السيد من ذلك وجه الا الاضرار فوجب ان يمنع منه ويجبر على القبول

للمال لما فيه من الخير لهما جميعا وبالله التوفيق

1 (8 - باب ميراث المكاتب اذا عتق)

1507 - مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل عن مكاتب كان بين رجلين فاعتق احدهما نصيبه فمات المكاتب وترك مالا كثيرا فقال يؤدى إلى الذي تماسك بكتابته الذي بقي له ثم يقتسمان ما بقي بالسوية
قال ابو عمر قول مالك في هذه المسالة كقول سعيد بن المسيب على اختلاف عنه وعن اصحابه في بعض معناها وقد ذكرنا ذلك عنهم في باب القطاعة في الكتابة
وقد اختلف السلف في هذه المسالة على اقوال فذكر عبد الرزاق (1) عن بن جريج قال سالت عطاء عن عبد بين رجلين اعتق احدهما شطره وامسك الاخر ثم مات قال لهم ميراثه شطرين بينهما
وقاله عمرو بن دينار
قال واخبرنا معمر عن ايوب عن اياس بن معاوية انه قضى بمثل قول عطاء
وعن معمر عن بن طاوس عن ابيه مثله
وقول احمد بن حنبل كقول عطاء وطاوس واياس

قال واخبرنا معمر عن الزهري قال ميراثه للذي امسك
قال واخبرنا بن جريج قال قال لي بن شهاب الرق يغلب النسب فهو للعتق اغلب
قال واخبرنا معمر عن قتادة قال ميراثه للذي اعتق ويكون لصاحبه ثمنه

قال معمر واما بـن شـبرمة فقـال ولاؤه وميراثـه للاول لانـــــه قـــــد ضـــــمنه حيـــــن اعتقـــــه
وللشـافعي فيهـا قـولان احـدهما ان مـا خلفـه المكاتب اذا مات فبينهما الشـطران يرثـه المعتـق لنصيبه بقدر الحرية فيه ويرثه الاخر بقدر العبودية فيـــه
والاخـــر مثـــل قـــول ســـعيد بـــن المســـيب وقول الثوري كقـول بـن شـبرمة وهـو قـول ابـي يوســـف
وسنزيد هذه المسالة بيانا في باب العتـق ان شـاء اللـــــــــــــــــــــــــه تعـــــــــــــــــــــــالى
قال مالك (1) اذا كاتب المكاتب فعتق فانما يرثه اولى النـاس بمـن كـاتبه مـن الرجـال يـوم تـوفي المكـــــــاتب مــــــن ولــــــد او عصــــــبة
قال وهذا ايضـا فـي كـل مـن اعتـق فانمـا ميراثـه لاقرب الناس ممن اعتقـه مـن ولـد او عصـبة مـن الرجال يـوم يمـوت المعتـق بعـد ان يعتـق ويصـير موروثـــــــــــــــــــــا بـــــــــــــــــــــالولاء
قال ابو عمر علـى هـذا قـول جمهـور الفقهـاء ان ميراث الولاء لا يرثه الا العصبات مـن الرجـال دون النساء وان النسـاء لا يرثـن الا ولاء مـن اعتقـن او كـاتبن او يعتـق مـن اعتقـن او كـاتبن ولا يسـتحق ميراث من مات من الموالي الا اقعـد النـاس بمـن اعتقه واقربه إليه يوم يموت المولي مـن عصـبته
والعصبة البنون ثم بنوهم وان سفلوا ثم الاب بعـد ولده وولد ولده ثم الاخوة لانهـم بنـو الاب ثـم بنـو الاخوة وان سفلوا ثم الجد او الاب ثم العم لانه بن الجد ثم بنو العم وعلى هذا التنزيل وهـذا المجـرى يجـــــــــــري ميـــــــــــراث الـــــــــــولاء
وروى بن المبارك عن يونس بن يزيد عن الزهـري انه اخبره عن سالم ان بن عمـر كـان يـرث مـوالي عمـــــــــر دون بنـــــــــات عمـــــــــر
وهو قول علي وزيـد وبـن مسـعود وعليـه جمهـور

اهـــل العلـــم القـــائلون بـــان الـــولاء للكـــبر ومعنـى الـولاء للكـبر أي للاقـرب فـالاقرب مـن المعتـق السـيد حيـن يمـوت المعتـق المـولي ولـم يجعلوه مشتركا بين ذوي الفروض والعصبات على طريـــــــــــــــــق الفرائـــــــــــــــض
مثال ذلك اخوان ورثا مولى كان ابوهما قد اعتقـه فمات احد الاخوين وترك ولدا ومات المولى فمـن قال (الـولاء للكـبر) قـال الميـراث للاخ دون بـن الاخ

وهو قول اكثر اهل العلم الا شريحا وفرقـة لانهـم جعلـــوا ميـــراث الـــولاء كميـــراث المـــال
ذكر حماد بن سلمة عن قتادة ان شريحا قـال فـي رجل ترك جده وابنه قال للجد السدس مـن الـولاء ومـــــــــا بقـــــــــي فللابـــــــــن
قال قتادة وقال زيـد بـن ثـابت الـولاء كلـه للابـن
قال حماد وسالت عنها اياس بن معاوية فقال كله للابن وقال كل انسان له فريضة مسماة فليس له مـــــــــن الـــــــــولاء شـــــــــيء
قال ابو عمر يعنـي ان كـل مـن لا يـرث الا بفـرض مسمى فلا يدخل له فـي ميـراث الـولاء واما مـن يرث في حال بفرض مسمى وفي حال بالتعصـيب فانه لا يكون له شيء من الولاء في الحال التي له فيها فرض مسمى وان كان قـد يكـون عصـبة فـي موضـــــع اخـــــر فيكـــــون لـــــه الـــــولاء
قال مالك (1) الاخوة في الكتابة بمنزلة الولد اذا كوتبوا جميعا كتابة واحدة اذا لـم يكـن لاحـد منهـم ولـد كـاتب عليهـم او ولـدوا فـي كتـابته او كـاتب عليهم ثم هلك احدهم وترك مالا ادي عنهـم جميـع ما عليهم من كتابتهم وعتقوا وكـان فضـل المـال بعـــــد ذلـــــك لولـــــده دون اخـــــوته
قـال ابـو عمـر معنـى قـوله ان الاخـوة اذا كـاتب عليهم جروا مجرى البنين الذين ولدوا فـي كتـابته

او كاتب عليهم يرثونه بعد اداء كتابته مما يخلفه فاذا ادوا الكتابة من المال الذي تركه ورثوا الفضل كما يصنع البنون الذين ولدوا معه في كتابته او كاتب عليهم سواء اذا لم يكن معهم في الكتابة بنون ورثوه دون الاخوة الذين معهم في الكتابة ولا يرثه الا من معه في كتابته دون بنيه الاحرار وغيرهم اذا كانوا بنين واخوة هذا كله قول مالك رحمه الله ومذهبه وقد مضى ما للعلماء من التنازع والاختلاف في هذا الباب فاغنى ذلك عن تكراره

1 (9 - باب الشرط في المكاتب)

1508 - قال مالك في رجل كاتب عبده بذهب او ورق واشترط عليه في

الاستذكار ج:7 ص:419

كتابته سفرا او خدمة او ضحية ان كل شيء من ذلك سمى باسمه ثم قوي المكاتب على اداء نجومه كلها قبل محلها

قال اذا ادى نجومه كلها وعليه هذا الشرط عتق فتمت حرمته ونظر إلى ما شرط عليه من خدمة او سفر او ما اشبه ذلك مما يعالجه هو بنفسه فذلك موضوع عنه ليس لسيده فيه شيء وما كان من ضحية او كسوة او شيء يؤديه فانما هو بمنزلة الدنانير والدراهم يقوم ذلك عليه فيدفعه مع نجومه ولا يعتق حتى يدفع ذلك مع نجومه

قال ابو عمر هكذا هو في (الموطا) عند رواته وذكر بن عبد الحكم في المختصر الصغير عن مالك انه لا باس ان يشترط الرجل على مكاتبه سفرا او خدمة يؤدي ذلك إليه مع كتابته وزعم بن الجهم ان هذا خلاف لما في (الموطا)

وليس ذلك عندي بخلاف لان ما ذكره بن عبد الحكم انما هو جواز ما تنعقد عليه الكتابة والذي

ذكـره مالـك فـي (الموطـا) حكـم ذلـك تعجيـل المكــــــــــــــاتب كتـــــــــــــــابته
وقد اختلف الفقهاء قديما وحديثا في هذا المعنى فمنهم من لم ير ان يثبت على المكاتب خدمة بعـد اداء نجـــــــــومه ولا بعـــــــــد عتقـــــــــه
ومنهم من راى ان السيد في ذلك على شـرطه ولا يعتق المكاتب حتى يخدم ويـاتي بجميـع مـا شـرط عليــه
وحجة من ذهب إلى هذا حـديث موسـى بـن عقبـة وايوب بن موسى وعبيد الله بن عمر وغيرهم عــن نافع عن بن عمر ان عمر بــن الخطـاب اعتـق فـي وصيته كل مصل من سـبي العـرب فـي مـال اللـه وشــرط عليهــم ان يخــدموا الخليفــة بعــده ثلاث ســنوات
ومنهم من يروي في هذا الحديث انه نبـه (علـى) عتقهــم فــي مرضــه وشــرط عليهــم ان يخــدموا الخليفـــــــــة بعـــــــــده ثلاث ســـــــــنين
ومعمر عن بن شهاب قال اعتق عمر بــن الخطـاب رقيق الامارة وشـرط عليهـم ان يخـدموا الخليفـة بعـده ثلاث سـنين وانـه يصـحبكم بمثـل مـا كنـت اصــــــــــــــــــــحبكم بـــــــــــــــــــــه
وابتاع احدهم خدمته من عثمان بوصيف له

الاستذكار ج:7 ص:420

وممن راى ان الشرط باطل بن المسـيب وشـريح وعطــاء
قال بن جريج قلت لعطـاء شـرطوا علـى المكـاتب انــك تخــدمنا شــهرا بعــد العتــق قــال لايجــوز
وقال عمرو بـن دينـار مـا ارى كـل شـرط اشـترط عليــه فــي الكتابــة الا جــائزا بعــد العتــق
ومعمر عن بن المسيب عن قتادة قـال كـل شـرط بعـــــــــد العتـــــــــق فهـــــــــو باطـــــــــل
وقـــــــــاله بـــــــــن شـــــــــهاب
قال ابو عمر القياس الا يعتق الا بعد الخـروج ممـا

شـرط عليـه لانـه عتـق نصـفه فلا يقـع بوجودهـا وليست الكتابة اشتراء منه لنفسه من سـيده لانـه لو كان كذلك لم يعد بالعجز عن الاداء رقيقا ولكان ذلك في ذمته كسائر اثمان السلع المبيعة بالنظرة ولم يجب لهـذا ان العبـد ان يعتقـه سـيده علـى ان يخـدمه سـنين معلومـة انـه لا يعتـق الا بـذلك وقيل قيل ان مالكا انمـا اسـقط عـن المكـاتب اذا عجل نجـومه الخدمـة اليسـيرة والاسـفار القليلـة وليس في قول مالك في (الموطا) ما يدل علـى ذلك ولا يهمنا القـول ايضـا معنـى الا التحكـم فـي الفـرق بيـن يسـير الخدمـة وكثيرهـا

قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عنـدنا الـذي لا اختلاف فيه ان المكاتب بمنزلة عبـد اعتقـه سـيده بعد خدمة عشر سنين فاذا هلك سيده الذي اعتقـه قبل عشر سـنين فـان مـا بقـي عليـه مـن خـدمته لورثته وكان ولاؤه للـذي عقـد عتقـه ولولـده مـن الرجـال او العصـبة

قال ابو عمر هـذا يقضـي بصـحة مـا رواه بـن عبـد الحكم دون ما رسمه في (موطئه) فـي المسـالة قبل هذه وعلى هذا قول فقهـاء الحجـاز والعـراق والشـام ومصـر

قال مالك (2) في الرجـل يشـترط علـى مكـاتبه انـك لا تسـافر ولا تنكـح ولا تخـرج مـن ارضـي الا باذني فان فعلت شيئا من ذلـك بغيـر اذنـي فمحـو كتابتـك بيـدي

قال مالـك (3) ليـس محـو كتـابته بيـده ان فعـل المكاتب شـيئا مـن ذلـك وليرفـع سـيده ذلـك إلـى السلطان وليس للمكـاتب ان ينكـح ولا يسـافر ولا يخرج من ارض

الاستذكار ج:7 ص:421

سيده الا باذنه اشترط ذلـك او لـم يشـترطه وذلـك ان الرجل يكاتب عبده بمائة دينار وله الف دينار او اكـثر مـن ذلـك فينطلـق فينكـح المـراة فيصـدقها

الصداق الذي يجحف بماله ويكون فيه عجزه فيرجع إلى سيده عبدا لا مال له او يسافر فتحل نجومه وهو غائب فليس ذلك له ولا على ذلك كاتبه وذلك بيد سيده ان شاء اذن له في ذلك وان شاء منعه

قال ابو عمر اما قوله ليس للمكاتب ان ينكح فهو قول اكثر اهل العلم قال الشافعي وابو حنيفة ليس للمكاتب ان ينكح الا باذن سيده ولا يتسرى بحال

قال ابو عمر هذا على اصل مذهبهما ان العبد لا يتسرى بحال لانه لا يملك وستاتي مسالة تسري العبد في موضعها ان شاء الله تعالى

ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرني رجل من قيس قال سالت ابا حنيفة هل يكتب في كتابة المكاتب (انك لا تخرج الا باذني) قال لا قلت لم قال لانه ليس له ان يمنعه وان يبتغي من فضل الله والخروج من الطلب قال فهل يكتب له ان لا يتزوج الا باذنه قال ان كتبه فحسن وان لم يكتبه فليس له ان يتزوج الا باذنه قلت له فهل يقول غيرك ان له ان يتزوج وان لم يشترط ذلك عليه قال نعم قلت افيكتبه اذا خاف غيركم قال نعم

قال ابو عمر لم يسمع عبد الرزاق ان هذه المسالة من ابي حنيفة كما ترى وقد سمع منه كثيرا

وأما السفر للمكاتب فالاكثر من العلماء يستحبونه للمكاتب ولا يجيزون للسيد ان يشترط عليه الا يسافر كما قال ابو حنيفة

وقد اختلف في ذلك اصحاب ابي حنيفة و مالك ففي (المدونة) قال بن القاسم اذا كان الموضع القريب الذي لا يضر سيده في نجومه فله ان يسافر إليه وهذا خلاف ظاهر ما في (الموطا) وقال سحنون لا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر الا باذنه في بعض الاقاويل وله ان يسافر بغير اذنه وان اشترطه عليه وللمكاتب ان يخرج

فيسعى وكيف يسعى اذا منع من السفر وقال بن الماجشون في كتابه اذا كان البلد ضيق المتاجر لم يجز شرطه عليه الا يسافر الا باذنه لانه يحول بينه وبين اداء كتابته

الاستذكار ج:7 ص:422

قال ابو عمر في هذه المسالة ثلاثة اقوال لسائر العلماء

احدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه سيده ان لا يسافر الا باذنه

وممن قال بهذا الشافعي وابو حنيفة والحسن بن صالح واحمد واسحاق ورواية عن الثوري وهو قول سعيد بن جبير والشعبي والقول الثاني قول مالك في (موطئه) والقول الثالث ان له ان يخرج في اسفاره الا ان يشترط سيده الا يخرج فيلزمه ما الزمه من ذلك

قال ابو ثور وغيره واحمد واسحاق ورواية عن الثوري

واما ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر فقالوا للمكاتب والمكاتبة ان يخرجا حيث احبا وليس لمولاهما ان يمنعهما ذلك وان كان اشترط ذلك عليهما فالشرط باطل اما النكاح فلا

وقال أحمد وسفيان واسحاق لا ينكح الا باذن السيد الا ان يشترط عليه في عقد الكتابة ان لا ينكح فيلزمه

1 (10 - باب ولاء المكاتب اذا اعتق)

1509 - قال مالك ان المكاتب اذا اعتق عبده ان ذلك غير جائز له الا باذن سيده فان اجاز ذلك سيده له ثم عتق المكاتب كان ولاؤه للمكاتب وان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء المعتق لسيد المكاتب وان مات المعتق قبل ان يعتق المكاتب

ورثـــــــــــه ســـــــــــيد المكـــــــــــاتب
قـال مالـك وكـذلك ايضـا لـو كـاتب المكـاتب عبـدا
فعتق المكاتب الاخر قبل سـيده الـذي كـاتبه فـان
ولاءه لسيد المكـاتب مـا لـم يعتـق المكـاتب الاول
الذي كـاتبه فـان عتـق الـذي كـاتبه رجـع إليـه ولاء
مكـاتبه الـذي كـان عتـق قبلـه وان مـات المكـاتب
الاول قبل ان يـؤدي او عجـز عـن كتـابته ولـه ولـد
احرار لم يرثـوا ولاء مكـاتب ابيهـم لانـه لـم يثبـت
لابيهـم الـولاء ولا يكـون لـه الـولاء حـتى يعتـق
قـال ابـو عمـر قـد خـالفه الشـافعي وغيـره قـال
الشافعي وان اعتق المكاتب

الاستذكار ج:7 ص:423

عبده او كاتبه باذن سيده ففيهمـا قـولان احـدهما
انـــــه لا يجـــــوز لان الـــــولاء لمـــــن اعتـــــق
والثـــــــــاني انـــــــــه يجـــــــــوز
وفـــــــــي الـــــــــولاء قـــــــــولان
احدهما ان ولاءه موقوف فان عتق الاول المكـاتب
كان له وان لم يعتق حتى يموت فالولاء للسيد مـن
قبـــــل انـــــه عنـــــد عبـــــده عتـــــق
والثاني ان الولاء لسيد المكاتب بكل حال لانه عتق
في حين لا يكون له في عتقه ولاء فـان مـات عبـد
المكاتب المعتق بعـد مـا يكتـب وقـف ميراثـه فـي
قول من اوقـف الميـراث كمـا وصـفت فـان عتـق
المكاتب الذي اعتقـه فهـو لـه وان مـات وان عجـز
فلسيد المكاتب اذا كان حيـا يـوم يمـوت وان كـان
ميتـــا فلـــورثته مـــن الرجـــال ميراثـــه
وفي القول الثاني هو لسيد المكاتب لان ولاءه له
قال المزني في (الاملاء) على كتاب مالك انه لـو
كاتب المكاتب عبده فاذا لم يعتق كما لو اعتقه لـم
يعتـــق
قـــــال المزنـــــي هـــــذا اشـــــبه عنـــــدي
وقال ابو حنيفة اذا اعتق المكاتب عبده فعتقـه لـه
باطـــل اجـــاز ذلـــك الســـيد او لـــم يجـــزه

وقال محمد بن الحسن محتجا لابي حنيفة ومذهبه في ذلك محال ان يقع عتقه في ذلك غير جائز ثم يجوز اذا اجازه السيد
قال ابو عمر مما يدخل في هذا الباب من اقاويل السلف
قال بن جريج قلت لعطاء كان للمكاتب عبد فكاتبه فعتق ثم مات لمن ميراثه
قال من كان قبلكم يقولون هو للذي كاتبه يستعين به في كتابته
وعن الثوري عن مغيرة عن ابراهيم انه سئل عن المكاتب يعتق عبدا له
قال افلا يبدا بنفسه
وبه عن ابراهيم في عبد كان لقوم فاذنوا له ان يشتري عبدا فيعتقه ثم باعوه باعه قال الولاء للاولين الذين اذنوا
وقال الثوري في رجل كاتب عبدا له على اربعة الاف فاشترى العبد نفسه من المكاتبة فعتق قال يكون الولاء لسيد المكاتب

الاستذكار ج:7 ص:424

قال مالك (1) في المكاتب يكون بين الرجلين فيترك احدهما للمكاتب الذي له عليه ويشح الاخر ثم يموت المكاتب ويترك مالا
قال مالك يقضي الذي لم يترك له شيئا ما بقي له عليه ثم يقتسمان المال كهيئته لو مات عبدا لان الذي صنع ليس بعتاقة وانما ترك ما كان له عليه
قال مالك (2) ومما يبين ذلك ايضا انهم اذا اعتق احدهم نصيبه ثم عجز المكاتب لم يقوم على الذي اعتق نصيبه ما بقي من المكاتب ولو كانت عتاقة قوم عليه حتى يعتق في ماله كما قال رسول الله
(من اعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فان لم يكن له مال عتق منه ما عتق)
قال مالك ومما يبين ذلك ايضا ان من سنة

المسلمين التي لا اختلاف فيها ان من اعتق شركا له في مكاتب لم يعتق عليه في ماله ولو عتق عليه كان الولاء له دون شركائه ومما يبين ذلك ايضا ان من سنة المسلمين ان الولاء لمن عقد الكتابة وانه ليس لمن ورث سيد المكاتب من النساء من ولاء المكاتب وان اعتقن نصيبهن شيء انما ولاؤه لولد سيد المكاتب الذكور او عصبته من الرجال قال ابو عمر قد احتج مالك رحمه الله فاوضح وبين من مذهبه وشرح ومن الخلاف في ذلك ان الشافعي قال ولو كان مكاتبا بين اثنين فوضع احدهما عنه نصيبه من الكتابة وابراه منه فهو كعتقه ويقوم عليه ان كان موسرا والولاء له وهو قول الكوفيين واحمد واسحاق قال ولو مات المكاتب ولم يقوم عليه لاعساره فالمال بينهما نصفان قال ولو مات السيد فابراه ورثته او بعضهم من الكتابة فانه يبرا من نصيب من ابراه ويعتق نصيبه كما لو ابراه الذي كاتبه من الكتابة عتق ومعنى الباب قد تقدم في باب القطاعة في الكتابة والحمد لله

1 (11 - باب ما لا يجوز من عتق المكاتب)

1510 - قال مالك اذا كان القوم جميعا في كتابة واحدة لم يعتق سيدهم

الاستذكار ج:7 ص:425

احدا منهم دون موامرة اصحابه الذين معه في الكتابة ورضا منهم وان كانوا صغارا فليس مؤامرتهم بشيء ولا يجوز ذلك عليهم قال وذلك ان الرجل ربما كان يسعى على جميع القوم ويؤدي عنهم كتابتهم لتتم به عتاقتهم فيعمد السيد إلى الذي يؤدي عنهم وبه نجاتهم من

الرق فيعتقه فيكون ذلك عجزا لمن بقي منهم وانما اراد بذلك الفضل والزيادة لنفسه فلا يجوز ذلك على من بقي منهم وقد قال رسول الله (لا ضرر ولا ضرار) (1) وهذا اشد الضرر قال مالك في العبيد يكاتبون جميعا ان لسيدهم ان يعتق منهم الكبير الفاني والصغير الذي لا يؤدي واحد منهما شيئا وليس عند واحد منهما عون ولا قوة في كتابتهم فذلك جائز له قال ابو عمر قوله هذا صحيح على اصله في العبيد يكاتبون كتابة واحدة انهم حملاء بعضهم عن بعض ولا يصح من مذهب من جعلهم حملاء بعضهم من بعض ما قاله مالك رحمه الله وقد ذكرنا من خالفه في هذا الاصل ومن وافقه فيه من سائر العلماء في باب الحمالة في الكتابة وذكرنا اقوالهم في السيد يعتق بعض من كاتبه من عبيده كتابة واحدة انه يلزمه فيه العتق ويسقط من الكتابة عن اصحابه بقدر المعتق وان منهم من قال بالقيمة ومنهم من قال بقدر الغنى والحال ومنهم من قال على السواء في عددهم على الرؤوس بما اغنى عن اعادته ها هنا

1 (12 - باب ما جاء في عتق المكاتب وام ولده)

1511 - قال مالك في الرجل يكاتب عبده ثم يموت المكاتب ويترك ام ولده وقد بقيت عليه من كتابته بقية ويترك وفاء بما عليه ان ام ولده امه مملوكة حين لم يعتق المكاتب حتى مات ولم يترك ولدا فيعتقون باداء ما بقي فتعتق ام ولد ابيهم بعتقهم

قال ابو عمر قد تقدم ذكر ما لمذاهب العلماء في المكاتب يموت ويترك وفاء في كتابته وانه عبد ان

لم يترك بنين ولدوا في كتابته او اخوة كاتب عليهم انه

يموت عبدا وماله الذي يخلفه لسيده وانه ان ترك بنين او اخوة كاتب عليهم ادوا عنه جميع الكتابة وعنهم في ذلك المال وورثوا الفضل في هذه المسالة في هذا الباب لم يترك ولدا ولا اخوة ولم يترك ام ولد وهي مال من ماله فهي لسيده لانه مات عبدا

وعند الشافعي يموت عبدا على كل حال وماله لسيده ان مات وقد بقي عليه من كتابته درهم وام ولده كسائر ماله عنده

ومذهب الكوفي قد ذكرناه فيما تقدم واختلف اصحاب مالك في ام ولد المكاتب يموت قبل الاداء ويترك لمكاتبه وفاء ما جاز لها فقال بن القاسم ان كان معها ولد عتقت وان لم يكن معها ولد فهي رقيق اذا ترك المكاتب وفاء قال ابو عمر قول بن القاسم صحيح على مذهب مالك في (موطئه) وغير (موطئه) وقال اشهب ليس بشيء مما وصفنا ولانهم _ اعني مالكا واصحابه - لم يختلفوا ان للمكاتب ان يبيع ام ولده في دين لا يجد له قضاء ويبيعها اذا خاف العجز فهي كسائر ماله واذا مات قبل الاداء مات عبدا وماله لسيده

قال مالك (1) في المكاتب يعتق عبدا له أو يتصدق ببعض ماله ولم يعلم بذلك سيده حتى عتق المكاتب

قال مالك (2) ينفذ ذلك عليه وليس للمكاتب ان يرجع فيه فان علم سيد المكاتب قبل ان يعتق المكاتب فرد ذلك ولم يجزه فانه ان عتق المكاتب وذلك في يده لم يكن عليه ان يعتق ذلك العبد ولا ان يخرج تلك الصدقة الا ان يفعل ذلك طائعا من عند نفسه

قال ابو عمر لم يختلفوا ان المكاتب ليس له ان يهلك ماله ويتلفه ولا شيئا منه الا بمعروف وان هبته وصدقته بغير التافة اليسير وعتقه كل ذلك باطل مردود اذا كان بغير اذن سيده واختلفوا اذا اذن له سيده او اجاز له عتقه على ما قدمنا ذكره

وكذلك اجمعوا ان له ان ينفق على نفسه من كسبه في كل ما يحتاج إليه من كسوته وقوته بالمعروف وانه في تصرفه في البيع والشراء بغير محاباة ولا غبن كالاحرار

وقال الشافعي المكاتب ممنوع من استهلاك ماله وان يبيع الا بم ا يتغابن الناس بمثله ولا يهب الا باذن سيده ولا يكفر في شيء من الكفارات الا بالصوم وهو في بيعه وشرائه وفي الشفعة عليه وله في ما بينه وبين سيده والاجنبي سواء

وقال المكاتب لا يبيع بدين ولا يهب لثواب واقراره في البيع جائز

قال ولو كانت له على مواليه دنانير ولمولاه عليها مثلها فجعل ذلك قصاصا جاز

قال ولو كانت احداهما دراهم والاخرى دنانير فاراد ان يجعلهما قصاصا لم يجز

قال ابو عمر على اصله ان ما اعتقه المكاتب بغير اذن سيده لم ينفذ قبل عتقه ولا بعد عتقه واما ما تصدق ووهبه بغير اذن سيده ولم يعلم الا بعد اداء كتابته وعتقه فانه ينفذ منه كلما قبضه الموهوب له والمتصدق عليه

وقال بقول مالك ان العتق نافذ ماض والصدقة والهبة اذا لم يعلم السيد بذلك حتى عتق المكاتب جماعة من العلماء

قال ابو عمر اتفق مالك والشافعي وابو حنيفة والثوري انه لا ينبغي لسيد المكاتب ان يبيع منه درهما بدرهمين

1 (13 - باب الوصية في المكاتب)

1512 - قال مالك ان احسن ما سمعت في المكاتب يعتقه سيده عند الموت ان المكاتب يقام على هيئته تلك التي لو بيع كان ذلك الثمن الذي يبلغ فان كانت القيمة اقل مما بقي عليه من الكتابة وضع ذلك في ثلث الميت ولم ينظر إلى عدد الدراهم التي بقيت عليه وذلك انه لو قتل لم يغرم قاتله الا قيمته يوم قتله ولو جرح لم يغرم جارحه الا دية جرحه يوم جرحه ولا ينظر في شيء من ذلك إلى ما كوتب عليه من الدنانير والدراهم لانه عبد ما بقي عليه من كتابته شيء وان كان الذي بقي عليه من كتابته اقل من قيمته لم يحسب في ثلث

الاستذكار ج:7 ص:428

الميت الا ما بقي عليه من كتابته وذلك انه انما ترك الميت له ما بقي عليه من كتابته فصارت وصية اوصى بها

قال مالك وتفسير ذلك انه لو كانت قيمة المكاتب الف درهم ولم يبق من كتابته الا مائة درهم فاوصى سيده له بالمائة درهم التي بقيت عليه حسبت له في ثلث سيده فصار حرا بها

قال ابو عمر يريد انه اذا اوصى رجل بمكاتبه مما بقي عليه من كتابته حسب في الثلث الاول من ذلك او من ثمن رقبته ويقوم عبدا فاذا قام ثلث سيده الاول من ثمن رقبته او مما بقي عليه خرج حرا

وكذلك لو اعتقه في مرضه الذي مات فيه قومت رقبته عبدا في قيمته فان قومت ذلك الثلث خرج حرا كما يقوم لو قتله قاتل او جرحه جارح قوم عبدا

وقوله احسن ما سمعت يدل انه قد سمع فيما

رسمه غير ذلك
وقد اختلف بن القاسم وغيره في مسالة هذا الباب فقال بن القاسم اذا اوصى سيد المكاتب بعتقه او بكتابته لم يدخل في ذلك من ثلثه الا الاقل من قيمة الرقبة او قيمة الكتابة ذكره سحنون في (المدونه) قاله وقال غيره الاقل من قيمة الرقبة او الكتابة نفسها لا قيمة المكاتبة
قال ابو عمر اما تقويم الكتابة فواجب لانها عوض فاما الكتابة فان كانت عينا فلا وجه لتقويمها وان كانت عرضا فيمكن تقويمها وان كان المبتغى في القيمة الاقل منها ليتوفر الثلث ولا يضيق عن سائر الوصايا
واما الشافعي فيجيز الوصية بمكاتبة المكاتب لم يختلف قوله في ذلك ادى الكتابة إلى الموصى له عتق والولاء لمن عقد كتابته
واختلف قوله في الوصية لرقبته فمرة قال لا يجوز ذلك لانه لا يملكها ملكا صحيحا الا بالعجز وليس له بيعه ولا تعجيزه الا باقراره له بالعجز وليس للمكاتب عنده ان يعجز نفسه على ما ذكرناه عنه فيما تقدم كان له مال او قوة على الكسب او لم يكن
وقد قال ان الوصية برقبته جائزة لان ذلك يعود إلى كتابته وذلك كله في ملكه

واختاره المزني وقال كيف لا يجوز ما يصنع في ملكه
قال مالك (1) في رجل كاتب عبده عند موته انه يقوم عبدا فان كان في ثلثه سعة لثمن العبد جاز له ذلك
قال مالك (2) وتفسير ذلك ان تكون قيمة العبد الف دينار فيكاتبه سيده على مائتي دينار عند موته فيكون ثلث مال سيده الف دينار فذلك جائز

له وانما هي وصية اوصى له بها في ثلثه فان كان السيد قد اوصى لقوم بوصايا وليس في الثلث فضل عن قيمة المكاتب بدىء بالمكاتب لان الكتابة عتاقة والعتاقة تبدا على الوصايا ثم تجعل تلك الوصايا في كتابة المكاتب يتبعونه بها ويخير ورثة الموصي فان احبوا ان يعطوا اه ل الوصايا وصاياهم كاملة وتكون كتابة المكاتب لهم فذلك لهم وان ابوا واسلموا المكاتب وما عليه إلى اهل الوصايا فذلك لهم لان الثلث صار في المكاتب ولان كل وصية اوصى بها احد فقال الورثة الذي اوصى به صاحبنا اكثر من ثلثه وقد اخذ ما ليس له قال فان ورثته يخيرون فيقال لهم قد اوصى صاحبكم بما قد علمتم فان أحببتم ان تنفذوا ذلك لاهله على ما اوصى به الميت والا فاسلموا اهل الوصايا ثلث مال الميت كله قال فان اسلم الورثة المكاتب إلى اهل الوصايا كان لاهل الوصايا ما عليه من الكتابة فان ادى المكاتب ما عليه من الكتابة اخذوا ذلك في وصاياهم على قدر حصصهم وان عجز المكاتب كان عبدا لاهل الوصايا لا يرجع إلى اهل الميراث لانهم تركوه حين خيروا ولان اهل الوصايا حين اسلم اليهم ضمنوه فلو مات لم يكن لهم على الورثة شيء وان مات المكاتب قبل ان يؤدي كتابته وترك مالا هو اكثر مما عليه فماله لاهل الوصايا وان ادى المكاتب ما عليه عتق ورجع ولاؤه إلى عصبة الذي عقد كتابته قال ابو عمر اما قوله في رجل كاتب عبده عند موته انه يقوم عبدا فان كان في ثلثه سعة لثمن العبد جاز ذلك فعلى هذا جمهور العلماء وشذ اهل الظاهر فقالوا ذلك في راس ماله وكذلك عندهم كل عطية بتلة في المرض والحجة عليهم حديث عمران بن حصين في الذي اعتق ستة اعبد له عند موته

لا مال لـه غيرهـم فاسـهم رسـول اللـه ﷺ بينهـم فـــأعتق اثنيـــن وأرق أربعـــه (1)ـــــ

فهذه قضية رسول اللـه ﷺ ان فع ل المريـ ض فـي ماله اذا مات من مرضه ذلـك حكمـه حكـم الوصـايا وسنذكر هذا الحديث وما فيه مـن المعـاني لسـائر العلمـاء فـي موضـعه ان شـاء اللـه عـز وجـل واما قوله ان كان في ثلثه سعة لثمن العبـد فـذلك جائز - يعني للعبد - وانما هو وصية اوصـى لـه بهـا في ثلثه كانه يعني اوصى له بثمانمائـة دينـار لانـه كاتبه بمائتي دينار وقيمة العبـد الـف دينـار وثلـث سيده الف دينار فينبغي على هـذا ان يكـون اربعـة اخماس العبد حرا لان من قـول مالـك فـي الرجـل يوصي لعبده بثلـث مـاله انـه يعتـق فـي الثلـث ان حمله ويعطى بعـد عتقـه مـا فضـل مـن الثلـث ان فضـــــــل منـــــــه شـــــــيء

وهو قول ابي حنيفة والثوري والليث والحسن بن صـــالح فـــي الرجـــل يوصـــي لعبـــده وخـالفهم الاوزاعـي فقـال مـن اوصـى لعبـده فوصـيته باطـل ويرجـع ذلـك إلـى الورثـة واما قـوله فـي الورثـة واذا قـالوا مـا اوصـى بـه صـاحبنا اكـثر مـن الثلـث انهـم يخيـرون بيـن ان يسـلموا للموصـى لـه مـا اوصـى لـه بـه وبيـن ان يعطوه جميع ثلث الميت فان هذه المسـالة لمالـك واصحابه وطائفة من اهل المدينة تعـرف بمسـالة خلع الثلث قد خالفهم فيها الشـافعي والكوفيـون واكثر الفقهاء وقالوا لا يجوز ذلك لانه بيع مجهول بمعلوم وتاتي فـي موضـعها ان شـاء اللـه تعـالى قال مالك (2) فـي المكـاتب يكـون لسـيده عليـه عشرة الاف درهم فيضع عنه عند موته الف درهم قال مالك (3) يقوم المكاتب فينظـر كـم قيمتـه فان كانت قيمته الف درهم فالذي وضع عنه عشـر

الكتابة وذلك في القيمة مائة درهم وهو عشر القيمة فيوضع

عنه عشر الكتابة فيصير ذلك إلى عشر القيمة نقدا وانما ذلك كهيئته لو وضع عنه جميع ما عليه ولو فعل ذلك لم يحسب في ثلث مال الميت الا قيمة المكاتب الف درهم وان كان الذي وضع عنه نصف الكتابة حسب في ثلث مال الميت نصف القيمة وان كان اقل من ذلك او اكثر فهو على هذا الحساب

قال ابو عمر ذكر بن عبد الحكم هذه المسالة فقال ومن كاتب عبده على عشرة الاف درهم فوضع عنه الف درهم فانه يطرح في ثلث مال الميت الاقل من عشر قيمة رقبته او من عشر كتابته ولو وضع عنه نصف كتابته او ثلثها كان كذلك ثم يوضع عن المكاتب من كل نجم عشره ويعتق منه عشره

وهذا خلاف ما لمالك في هذه المسالة لانه لم يعتبر في قوله في (الموطا) الا قيمة الرقبة خاصة

وفي رواية بن عبد الحكم يعتبر الاقل من قيمة الرقبة والكتابة

فهذا موضع الخلاف بين الروايتين

ومعنى هذه المسالة في اعتبار الاقل من قيمة العبد او الكتابة الاحتياط للثلث والتوفير على اهل الوصايا فيه وانما هذا عند ضيق الثلث

قال مالك (1) اذا وضع الرجل عن مكاتبه عند موته الف درهم من عشرة الاف درهم ولم يسم انها من اول كتابته او من اخرها وضع عنه من كل نجم عشره

قال ابو عمر غيره يقول يعتق منه عشره

قال ابو عمر واما مالك فقوله على اصله مطرد لانه لا يرى وضع احد الشريكين عتقا ويساوي بين

الانجم لياخذ حقه من كل نجـم لان معجـل الانجـم افضل من مؤخرهـا وان مـن جعـل وضـع الشـريك وغير الشريك سواء في انه عتق فقوله يعتـق منـه عشـــــــرة مطـــــــرد علـــــــى اصـــــــله وقد قيل انه يوضع عن المكاتب عشـر كتـابته فـي اخرها ليخرج بـه حـرا فينتفـع المكـاتب بـذلك ولـو وضع في صدر الكتابة ثـم عجـز ذهـب ذلـك بـاطلا قال مالك (2) واذا وضع الرجل عـن مكـاتبه عنـد موته الف درهم من اول كتابته او من اخرها وكان اصل الكتابة على ثلاثة الاف درهـم قـوم المكـاتب قيمة النقد ثـم قسـمت تلـك القيمـة فجعـل لتلـك الالف التي من اول الكتابة حصتها من تلك القيمة

الاستذكار ج:7 ص:432

بقدر قربها من الاجل وفضلها ثم الالف التي تلـي الالف الاولى بقـدر فضـلها ايضـا ثـم الالـف الـتي تليها بقدر فضـلها ايضـا حـتى يـؤتى علـى اخرهـا تفضل كل الف بقدر موضـعها فـي تعجيـل الاجـل وتاخيره لان مـا اسـتاخر مـن ذلـك كـان اقـل فـي القيمة ثم يوضع في ثلث الميت قدر ما اصاب تلك الالف من القيمة على تفاضل ذلك ان قـل او كـثر فهـــــو علـــــى هـــــذا الحســـــاب وهذا كله على ما قاله مالـك علـى اصـله ومـذهبه ومعلوم ان اول نجم من نجوم المكاتب اكثر قيمـة مـن الاخـر لان المتعجـل بيـن النـاس اغبـط مـن المتاخر فـاذا علـم ذلـك عتـق مـن المكـاتب بقـدر الالف المعجل بالغ ا مـا بلـغ مـن كتـابته ك ان ذل ك نصـفها او ربعهـا او مـا كـان مـن اجزائهـا وكـذلك العمل في الالف الذي من اخر الكتاب على حسـب قيمتـــــــــــــــــــــــــــــــــا قـال مالـك (1) فـي رجـل اوصـى لرجـل بربـع مكاتب او اعتق ربعه فهلك الرجل ثم هلك المكاتب وتـــرك مـــالا كـــثيرا اكـــثر ممـــا بقـــي عليـــه قال مالك (2) يعطى ورثة السـيد والـذي اوصـى

له بربع المكاتب ما بقي لهم على المكاتب ثم يقتسمون ما فضل فيكون للموصى له بربع المكاتب ثلث ما فضل بعد اداء الكتابة ولورثة سيده الثلثان وذلك ان المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء فانما يورث بالرق قال ابو عمر وانما يقتسمون اثلاثا لان حصة الحرية التي للربع لا يؤخذ بها شيء فرجع ذلك إلى النصف والربع فصار النصف الثلثين والربع الثلث بما رجع إليه من حصة الحرية لان المعتق بعضه اذا مات كان ماله لمن له فيه الرق عند مالك وليس لمن اعتق منه شيء وسنذكر اختلافهم في هذه المسالة في كتاب العتق ان شاء الله تعالى قال مالك (3) في مكاتب اعتقه سيده عند الموت قال ان لم يحمله ثلث الميت عتق منه قدر ما حمل الثلث ويوضع عنه من الكتابة قدر ذلك ان كان على المكاتب خمسة الاف درهم وكانت قيمته الفي درهم نقدا ويكون ثلث الميت الف درهم عتق نصفه ويوضع عنه شطر الكتابة هكذا هذه المسالة في (الموطا) وذكرها بن عبد الحكم فقال اذا اعتق المكاتب سيده عند الموت فانه يقوم ما بقي عليه من الكتابة وتقام رقبته فان

كانت قيمة الكتابة اقل من قيمة رقبته وضع ذلك في ثلث سيده وان كانت قيمته اقل من قيمة كتابته وضع ذلك في الثلث الاول منهما ثم يخرج حرا بتلك القيمة

قال ابو عمر وهذا خلاف ما رواه يحيى في (الموطأ) في هذه المسألة وقد تقدم لمالك في (الموطأ) اصل ما ذكره بن عبد الحكم ومضى القول فيه

قال مالك (1) في رجل قال في وصيته غلامي

فلان حر وكاتبوا فلانا تبدا العتاقة على الكتابة وذكر بن عبد الحكم هذه المسألة وزاد فان فضل شيء خير الورثة بين ان يمضوه مكاتبا او يعتقوا ما حمل الثلث منه بتلا
قال ابو عمر انما بدا بالعتاقة لانه عتق متيقن وحرمته قد ثبتت والكتابة ليست كذلك لانه قد يعجز صاحبها فيعود رقيقا
وسنذكر مذاهب العلماء في ما يبدا من الوصايا في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

1 (40 كتاب المدبر (1))

1 (1 - باب القضاء في ولد المدبرة)

1513 - قال مالك الامر عندنا فيمن دبر جارية له فولدت اولادا بعد تدبيره اياها ثم ماتت الجارية قبل الذي دبرها ان ولدها بمنزلتها قد ثبت لهم من الشرط مثل الذي ثبت لها ولا يضرهم هلاك امهم فاذا مات الذي كان دبرها فقد عتقوا ان وسعهم الثلث
قال ابو عمر اختلف العلماء في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها لها من نكاح او زنى فقال الجمهور من العلماء ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها ومعنى قولهم يعتقون بعتقها أي بموت سيدها واما لو اعتقها سيدها في حياته لم يعتقوا بعتقها وممن قال ان ولد المدبرة بمنزلتها كقول مالك سواء سفيان والاوزاعي وابو حنيفة واصحابه والحسن بن صالح وبن ابي ليلى وبن شبرمة والليث بن سعد واحمد بن إسحاق وهو احد قولي الشافعي
وروي ذلك عن عثمان وبن مسعود وبن عمر وجابر ولا اعلم لهم مخالفا من الصحابة

وبه قال شريح ومسروق وسعيد بن المسيب وابـو جعفر محمد بن علي والقاسم بن محمد والحسـن البصري وبن سيرين ومجاهد والشـعبي وابراهيـم والزهـري وعطـاء علـى اختلاف عنـه وطـاوس وسعيد بن جبير ويحيى بن سـعيد والشـافعي فـي هـذه المسـالة كـل هـؤلاء يقولـون ولـد المـدبرة بمنزلتهـا يعتقـون بعتقهـا
وروي ذلـك عـن عمـر بـن عبـد العزيـز وللشافعي في هـذه المسـالة قـول اخـر وهـو ان اولاد المدبرة مملوكـون لا يعتقـون بمـوت السـيد وهو قول جابر بن زيد ابي الشعثاء وعطاء بن ابي رباح ومكحول وروي ذلك عن عمر بن عبـد العزيـز واختـاره المزنـي مـن قـول الشـافعي قـال وهـو اشبههما بقول الشافعي لان التدبير عنـده وصـية يعتقها كما لو اوصى برقبتها لم يدخل في الوصية ولـدها
قال ابو عمر لم يدخل البـويطي عنـه هـذه القولـة وذكر عنه القولة الاولى فقال اذا دبر الرجل امتـه فولدها بمنزلتها يعتقـون بعتقهـا ويرقـون برقهـا ويقومون في الثلث كما تقـوم الام ولـه ان يرجـع فيمـن دون الام ويرجـع فـي الام دونهـم
وذكـر المزنـي عنـه هـذا القـول ثـم قـال قـال الشافعي والقول الثاني ان ولدها مملوكون وذلك انهـا امـة اوصـى بعتقهـا لصـاحبها فيهـا الرجـوع ويبيعهـا ان شـاء وليسـت الوصـية بحرمـة ثابتـة فاولادهـا مملوكـون
قال الشافعي واخبرنا سفيان بن عيينة عن عمرو عـن ابـي الشـعثاء قـال اولادهـا مملوكـون
وروى الشافعي وغيره عن سفيان بن عيينـة عـن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انـه قـال اذا دبـر الرجـل جـاريته فولـدها بمنزلتهـا
قال حدثني عبـد الـوارث قـال حـدثني قاسـم بـن

اصبغ قال حدثني ابو قلابة الرقاشي قال حدثني ابو عاصم عن بن جريج عن عمرو بن دينار عن جابر بن زيد قال ولد المدبرة عبيد وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني عبد الاعلى عن بردة عن مكحول في اولاد المدبرة قال يبيعهم سيدهم ان شاء قال ابو عمر من جعلهم بمنزلة امهم فانهم على ما اجمعوا عليه في اولاد

الحرة انهم احرار وفي اولاد الامة انهم عبيد ومن قال انهم عبيد قد اجمعوا على انه لو قال لامته اذا دخلت الدار بعد سنة فانت حرة فدخلت الدار ان ولدها لا يعتقون بدخولها واجمع ان الموصي بعتقها لا يدخل ولدها في الوصية ان لم يوص بهم

واما قول مالك في اخر هذه المسالة ان وسعهم الثلث فعلى هذا القول ايضا جمهور العلماء ان المدبر في الثلث وهو قول مالك والشافعي وابي حنيفة واصحابهم والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واحمد واسحاق وابي ثور وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والشعبي والحسن وبن سيرين وعمر بن عبد العزيز ومكحول وبن شهاب الزهري وحماد بن ابي سليمان وروى فيه حديثا مسندا انفرد به علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر قال قال رسول الله ﷺ (المدبر من الثلث) (1) وهذا خطا من علي بن ظبيان لم يتابع عليه وانما يرويه غيره عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر وقوله علي بن ظبيان كان قاضيا ببغداد

تركوه لهذا الحديث وشبهه فهو عندهم متروك الحديث
وقد ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني وكيع عن سفيان عن خالد عن ابي قلابة ان النبي قال (المدبر من الثلث) قال وحدثني بن ادريس عن الاشعث عن الشعبي ان عليا رضي الله عنه كان يجعل المدبر من الثلث وان عامرا كان يفعله
وقالت طائفة المدبر من راس المال روي ذلك عن عبد الله بن مسعود الا انه لم يروه الا جابر الجعفي عن القاسم بن عبد الرحمن عن مسروق عن بن مسعود وانما هو عن مسروق صحيح لا عن بن مسعود
رواه جماعة من اهل الحديث عن إسماعيل بن ابي خالد عن الشعبي ان شريحا كان يقول (المدبر من الثلث

الاستذكار ج:7 ص:437

وكان مسروق يقول من راس المال فقلت للشعبي ايهما كان اعجب اليك فقال مسروق كان افقههما وشريح كان اقضاهما
وروى بن عيينة عن عبد الملك بن سعيد بن ابجر عن الشعبي عن شريح انه جعل المدبر من الثلث وجعله مسروق من راس المال
قال ابو عمر الجمهور على قول شريح وقد قال بقول مسروق في ذلك ابراهيم النخعي وسعيد بن جبير والليث بن سعد وزفر بن الهذيل كل هؤلاء يقولون المدبر من راس المال
وروي عن ابراهيم وحماد روايتان احداهما من الثلث والاخرى من راس المال
وقال بن عيينة كان بن ابي ليلى اول ما قضى جعل المدبر منة راس المال ثم رجع فجعله من

الثلث
قال ابو عمر قد اجمعوا ان سائر ما يقع بعد الموت في الثلث فكذلك المدبر
وقال مالك (1) كل ذات رحم فولدها بمنزلتها ان كانت حرة فولدت بعد عتقها فولدها احرار وان كانت مدبرة او مكاتبة او معتقة إلى سنين او مخدمة او بعضها حرا او مرهونة او ام ولد فولد كل واحدة منهن على مثال حال امه يعتقون بعتقها ويرقون برقها
قال ابو عمر اما المرهونة والمخدمة فالخلاف بينهما من جماعة منهم الشافعي يرى اولادهما عبيدا قياسا على المستاجرة والموصى بها واما ولد ام الولد من زوج او من زنى فالخلاف بينهما من جماعة في ولدها عن عمر بن عبد العزيز ومكحول كانا يقولان ان اولادها عبيد يبتاعون
وبه قال اهل الظاهر
قال ابو عمر روى القعنبي وبن وهب عن العمري عن نافع عن بن عمر قال ولد ام الولد بمنزلتها ولا اعلم له من الصحابة مخالفا

واما القياس فولد كل امراة غيرها فلا يكون حكم حكمها الا باجماع
وقد اجمعوا على ان ولدها تبع لها في الملك والحرية
قال مالك (1) في مدبرة دبرت وهي حامل ان ولدها بمنزلتها وانما ذلك بمنزلة رجل اعتق جارية له وهي حامل ولم يعلم بحملها
قال مالك فالسنة فيها ان ولدها يتبعها ويعتق بعتقها
قال مالك (2) وكذلك لو ان رجلا ابتاع جارية وهي حامل فالوليدة وما في بطنها لمن ابتاعها اشترط ذلك المبتاع او لم يشترطه

قال مالك ولا يحل للبائع ان يستثني ما في بطنها لان ذلك غرر يضع من ثمنها ولا يدري ايصل ذلك إليه ام لا وانما ذلك بمنزلة ما لو باع جنينا في بطن امه وذلك لا يحل له لانه غرر
قال ابو عمر اما قوله في المدبرة الحامل فهو قول الجمهور والقائلين بان ولدها بمنزلتها واما احتجاجه وتمثيله والجارية بالجارية تباع وهي حامل فسياتي في كتاب البيوع بيع الجارية واستثناء ما في بطنها ففي ذلك اختلاف للسلف والخلف
وقال الشافعي في الحامل تدبر ان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر لم يدخل في التدبير وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا فهو مدبر مع امه وهذا عندي على احد قوليه
قال مالك في مكاتب او مدبر ابتاع احدهما جارية فوطئها فحملت منه وولدت قال ولد كل واحد منهما من جاريته بمنزلته يعتقون بعتقه ويرقون برقه
قال مالك فاذا اعتق هو فانصما ام ولده مال من ماله يسلم إليه اذا اعتق
قال ابو عمر اجمع علماء المسلمين بان ولد الحر من سريته تبع له لا لامه وانه حر مثله واجمعوا ان ولد العبد من سريته عند من اجاز له التسري باذن سيده وعند من لم يجزه عبد تبع لابيه وملك للسيد كابيه وامه
وقال الجمهور منهم ولد المكاتب من سريته اذا اذن له سيده في التسري تبع

لابيه مكاتب مثله داخل في كتابته وكذلك المعتق بعضه سيده من سريته مثله
واختلفوا في المدبر يتسرى فقال مالك في (موطئه) ما تقدم ذكره وعليه اصحابه

وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما ولد المدبر من سريته لا يكونون مدبرين قال الكوفيون لان لسيد المدبر ان ينتزع ماله وليس له ان ينتزع مال المكاتب فليس كالمكاتب واما الشافعي فالمدبر عنده وصية لسيده الرجوع فيه وبيعه جائز له ولا خلاف ان ولد الموصى به لا يدخل في الوصية الا ان يدخله السيد ويوصي به كما اوصى بابيه وكذلك العبد المرهون لا يدخل ولده من سريته في الرهن الا بالشرط واجمعوا على ان ولد المكاتب من سريته بمنزلته وان ولد الحر من سريته حر مثله وان ولد العبد من سريته عبد مثله عند من اجاز له التسري وعند من لم يجزه

واجماعهم على هذا يقضي على ان ولد كل احد من سريته بمنزلته

1 (2 - باب جامع ما في التدبير)

1514 - قال مالك في مدبر قال لسيده عجل لي العتق واعطيك خمسين منها منجمة علي فقال سيده نعم انت حر وعليك خمسون دينارا تؤدي الي كل عام عشرة دنانير فرضي بذلك العبد ثم هلك السيد بعد ذلك بيوم او يومين او ثلاثة قال مالك يثبت له العتق وصارت الخمسون دينارا دينا عليه وجازت شهادته وثبتت حرمته وميراثه وحدوده ولا يضع عنه موت سيده شيئا من ذلك الدين

قال ابو عمر لا يجوز في تحصيل قول مالك في بيع المدبر الا من نفسه الا انه قد اختلف قوله اذا وقع البيع فيه وفات بالعتق وصار حرا وسنذكره في باب بيع المدبر ان شاء الله عز وجل

واذا كان له بيعه من نفسه فتعجيل العتق لـه علـى نجوم ياخذها منه مثل ذلك في الجواز لانه لا يدخله بيع ولاء ولا شيء يكره اذا كان المدبر راضيا بذلك وقد اختلـف مالـك واصـحابه فـي العبـد يقـول لـه سيده انت حر وعليـك خمسـون دينـارا فلـم يـرض بـــــــــــــــــذلك العبـــــــــــــــــد
وذكر بن القاسم في (المدونـة) عـن مالـك قـال اراه حـــرا وعليـــه المـــال احـــب او كـــره وكذلك قال اشهب ومطرف واصبغ لانه لم يــوجب له الجزية الا على ان يـؤدي إليـه المـال ولا يضـره تعجيـــــل الحريـــــة لـــــه بـــــاللفظ
وقال بن القاسم ان رضي العبد بذلك لزمه المـال وان لم يرض بذلك فهو حر الساعة ولا شيء عليه قال ولا يعجبني قول مالك فـي الزامـه لـه المـال
وقال ابو حنيفة ان قال لعبده انت حر وعليك الـف درهـــم كـــان حـــرا بغيـــر شـــيء
وقال ابو يوسف ومحمـد ان قبـل العبـد ذلـك كـان حـــــرا وكـــــان عليـــــه المـــــال
قال ابو عمر قول بـن القاسـم معنـاه صـحيح لانـه قوله لعبده انت حر لا مرجـع لـه فيـه جـادا كـان او لاعبا وقوله بعد وعليك من المـال كـ ذا اثبـات مـال في ذمة حر بغير رضاه وبغير عوض طلبه واشتراه ولا يجـــوز ذلـــك باجمـــاع فـــي ذمـــة حـــر
وقال بن الماجشون العبـد بالخيـار ان شـاء الـتزم المال وكان حرا وان شـاء لـم يلزمـه ولا حريـة لـه قال وهو بمنزلة قوله انت حر علـى ان عليـك كـذا وكـــــــذا فهـــــــو بالخيـــــــار
قال ابو عمر ليس قوله انت حر على ان عليك كـذا مثل قوله انت حر وعليك كذا وكـذا لأن قـوله انـت حر على ان عليك كذا في كلام متصـل شـرط منـه عليه ان رضيه لزمه ولا يصح في هذا القول دعـوى الندم واذا اطلق له انت حر وعليك كذا فظاهره قد اوجب له الحرية ثم ندم فاوجب عليه معها شيئا لم

يرضه فلا يلزمه من ذلك ما لم يرض ولم يختلفوا انه اذا قال لامراة انت طالق وعليك كذا انها طالق رضيت بما جعل عليها (بعد) الطلاق ام لم ترض وكذلك قوله انت حر وعليك كذا والله اعلم

وقال الشافعي اذا قال انت حر على ان عليك الف درهم او خدمة سنة فقيل له لزم ذلك وكان دينا عليه فان مات قبل ان يخدمه رجع المولي بقيمة الخدمة في ماله ان كان له مال
قال ابو عمر هذا يدل على انه ان قبل كان حرا في الوقت وكانت الدراهم عليه دينا والخدمة
وقال مالك اذا قال انت حر على ان تخدمني سنة فان كان عجل عتقه على ان يخدمه فهو حر والخدمة ساقطة عنه وان اراد ان يجعل عتقه بعد الخدمة لم يعتق حتى يخدمه سنة والسنة من وقت القول خدم او ابق او مرض وسواء قال (هذه السنة) او (السنة)
قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا قال انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل فعتق ثم مات السيد ساعتئذ فعليه قيمة نفسه
وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين
وقال مالك (1) في رجل دبر عبدا له فمات السيد وله مال حاضر ومال غائب فلم يكن في ماله الحاضر ما يخرج فيه المدبر قال يوقف المدبر بماله ويجمع خراجه حتى يتبين من المال الغائب فان كان فيما ترك سيده مما يحمله الثلث عتق بماله وبما جمع من خراجه فان لم يكن فيما ترك سيده ما يحمله عتق منه قدر الثلث وترك ماله في يديه
قال ابو عمر على هذا اصله على ان العبد والمدبر تبع ماله
واما عند الشافعي وابي حنيفة واصحابهما فمال

العبد والمدبر لسيده ولا يقوم في الثلث الا شخصه ورقبته دون ماله ولم يختلف مالك واصحابه ان المدبر لا يقوم في الثلث الا بجميع ماله وقالوا في المدبر يموت سيده ولا تخرج رقبته وماله من الثلث انه يعتق بعضه ويرق بعضه على حسب ما يحمل الثلث منه وما لا يحمله ويبقى جميع المدبر بيده وذكر بن حبيب ان بن وهب يقول ما خرج من الثلث من المال فهو باق بيد المدبر وما لم يخرج فهو مال للميت

الاستذكار ج:7 ص:442

ورواه عن ربيعة والله الموفق

1 (3 - باب الوصية في التدبير)

1515 - قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا ان كل عتاقة اعتقها رجل في وصية اوصى بها في صحة او مرض انه يردها متى شاء ويغيرها متى شاء ما لم يكن تدبيرا فاذا دبر فلا سبيل له إلى رد ما دبر

قال مالك وكل ولد ولدته امة اوصى بعتقها ولم تدبر فان ولدها لا يعتقون معها اذا عتقت وذلك ان سيدها يغير وصيته ان شاء ويردها متى شاء ولم يثبت لها عتاقة وانها هي بمنزلة رجل قال لجاريته ان بقيت عندي فلانة حتى اموت فهي حرة

قال مالك فان ادركت ذلك كان لها ذلك وان شاء قبل ذلك باعها وولدها لانه لم يدخل ولدها في شيء مما جعل لها

قال والوصية في العتاقة مخالفة للتدبير فرق بين ذلك ما مضى من السنة

قال ولو كانت الوصية بمنزلة التدبير كان كل موص لا يقدر على تغيير وصيته وما ذكر فيها من العتاقة وكان قد حبس عليه من ماله ما لا يستطيع

ان ينتفع به
قال ابو عمر لا خلاف بين العلماء - فيما علمت - ان الوصية ليست كالتدبير الا من جعل المدبر وصية اجرى للمدبر الرجوع فيما دبر كالرجوع في الوصية فمن قال بهذا راى التدبير كالوصية فمن اهل العلم يقول المدبر وصية وليس منهم احد يقول ان الوصية تدبير وكل من قال ليس المدبر وصية لم يجز بيع المدبر ولا الرجوع فيه
وسنذكر في باب بيع المدبر من راى بيعه وراه وصية ومن لم ير ذلك ان شاء الله تعالى
وقد اختلفوا في لفظ التدبير فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر بعد موتي فان كان اراد وجه الوصية فالقول قوله ويجوز بيعه وان اراد التدبير منع من بيعه
وقال ابو حنيفة واصحابه اذا قال لعبده ان مت فانت حر فهو مدبر لا يجوز بيعه

وهو قول الثوري
قالوا وان قال ان مت من مرضي هذا فأنت حر جاز بيعه وان مات من مرضه فهو حر
قال ابو عمر لم يختلفوا انه اذا قال ان قدمت من سفري او مت من مرضي فأنت حر فليس بمدبر واختلف بن القاسم واشهب في من قال لعبده انت حر بعد موتي ولم يتبين هل اراد بقوله ذلك وصية او تدبيرا حتى مات
فقال بن القاسم هو على الوصية حتى يتبين التدبير
وقال اشهب ان كان ذلك في غير حين احداث وصية ولا سفر ولا لما جاء في ذلك عن النبي - انه قال (لا ينبغي لاحد ان يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة) (1) فهو تدبير

وقال الشافعي اذا قال لعبده انت مدبر او انت عتيق او حر بعد موتي او حين مت او متى دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فهذا كله تدبير يخرج من الثلث ويرجع صاحبه في ما شاء منه ويبيعه متى شاء فهو وصية والمدبر عنده وصية يرجع فيه كما يرجع في سائر الوصايا
قال مالك (2) في رجل دبر رقيقا له جميعا في صحته وليس له مال غيرهم ان كان دبر بعضهم قبل بعض بدىء بالاول فالاول حتى يبلغ الثلث وان كان دبرهم جميعا في مرضه فقال فلان حر وفلان حر وفلان حر في كلام واحد ان حدث بي في مرضي هذا حدث موت او دبرهم جميعا في كلمة واحدة تحاصوا في الثلث ولم يبدا احد منهم قبل صاحبه وانما هي وصية وانما لهم الثلث يقسم بينهم بالحصص ثم يعتق منهم الثلث بالغا ما بلغ
قال ولا يبدا احد منهم اذا كان ذلك كله في مرضه
قال ابو عمر الاختلاف في هذا الباب كثير وكذلك اختلف فيه اصحاب مالك فذكر بن حبيب في تفسيره للموطأ

الاستذكار ج:7 ص:444

قال بن القاسم وبن كنانه وبن الماجشون ومطرف اذا اعتق الرجل عبيدا له في مرضه عتقا بتلا او اوصى لهم كلهم بالعتاقة او بعضهم سماهم او لم يسمهم الا ان الثلث لا يحملهم ان السهم يجري فيهم كان له مال غيرهم او لم يكن
قال وقال بن نافع ان كان له مال سواهم لم يستهم بينهم واعتق من كل واحد ما ينوبه وان لم يكن له مال سواهم او كان له مال لا يقوم فانه يقرع بينهم
وقال اصبغ واشهب انما القرعة في الوصية واما العتق البتل فهم فيه كالمدبرين
وروى سحنون انه اذا سماهم فهم كالمدبرين وان

لم يسمهم عتق الثلث بالقرعة وكلهم يقول في الرجل يوصي بعتق عبيده في مرضه ولا مال له سواهم انه يقرع بينهم بالسهم كما جاء في الحديث في الذي اعتق ستة اعبد له عند موته ولا مال له غيرهم حاشى المغيرة المخزومي فانه قال لا يعدى بالقرعة موضعها التي جاءت فيه

وسنذكر مسألة الستة الأعبد الذين اعتقهم سيدهم عند الموت ولا مال له غيرهم في موضعه من هذا الكتاب ان شاء الله تعالى

قال مالك (1) في رجل دبر غلاما له فهلك السيد ولا مال له الا العبد المدبر وللعبد مال قال يعتق ثلث المدبر ويوقف ماله بيديه

قال ابو عمر انما قال ذلك لان اصله في العبد انما يملك ماله ما لم ينتزعه منه سيده وان ماله تبع له عند العتق والتدبير ومعلوم ان في التدبير شعبة من العتق فكذلك راى ان يكون المدبر وماله معا في الثلث

واما الشافعي والكوفيون فلا يرون ان يقوم الثلث الا رقبة المدبر دون ماله لانه لا مال له عندهم وما بيده من المال فهو لسيده في حال التدبير وفي حين العتق وقبله

قال مالك في مدبر كاتبه سيده فمات السيد ولم يترك مالا غيره

قال مالك يعتق منه ثلثه ويوضع عنه ثلث كتابته ويكون عليه ثلثاها

الاستذكار ج:7 ص:445

قال ابو عمر هذا صحيح في قوله ولا خلاف في ذلك بين العلماء القائلين بأن المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته

قال مالك (1) في رجل اعتق نصف عبد له وهو مريض فبت عتق نصفه او بت عتقه كله وقد كان دبر عبدا له اخر قبل ذلك

قال يبدا بالمدبر قبل الذي اعتقه وهو مريض وذلك انه ليس للرجل ان يرد ما دبر ولا ان يتعقبه بأمر يرده به فاذا عتق المدبر فليكن ما بقي من الثلث في الذي اعتق شطره حتى يستتم عتقه كله في ثلث مال الميت ف ان لم يبلغ ذلك فضل الثلث عتق منه ما بلغ فضل الثلث بعد عتق المدبر الاول
قال ابو عمر وجه قول مالك في ذلك ان المدبر عنده لا يجوز الرجوع فيه لمدبره بوجه من الوجوه فاذا قصد إلى عتق بتل قد علم ان ثلثه يضيق عنه او لم يعلم فضاف الثلث عند موته عنه فان حكمه حكم من قصد إلى ابطال التدبير فلذلك قدم التدبير عليه ف اذا كان كذلك لم يبطل التدبير واما الشافعي وغيره فانهم يقولون ان العتق البتل اولى من المدبر وهو المبدى عليه لانه عتق متيقن لا يحل رده
والمدبر عنده يجوز الرجوع فيه لانه وصية بالثلث فكذلك بدىء الذي بتل عتقه في المرض وسنذكر قول الكوفيين في باب ما يبدا من الوصايا ان شاء الله تعالى

1 (4 - باب مس الرجل وليدته اذا دبرها)

1516 - مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر دبر جاريتين له فكان يطؤهما وهما مدبرتان
1517 - مالك عن يحيى بن سعيد ان سعيد بن المسيب كان يقول اذا دبر الرجل جاريته فان له ان يطأها وليس له ان يبيعها ولا يهبها وولدها بمنزلتها
قال ابو عمر قد روي عن بن عباس مثل قول بن عمر وعلى هذا جمهور العلماء من الحجاز والعراق وفقهاء جماعة الامصار مالك والثوري

والحسن بن صالح والليث وابو حنيفة والشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وداود والطبري وكان الزهري يكره وطء المدبرة ولا يجيزه وقال احمد بن حنبل لا اعلم احدا كره ذلك غير الزهري

قال ابو عمر اظن الزهري تأول في ذلك - والله اعلم - قول بن عمر (لا يطأ الرجل وليدة الا وليدته ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء صنع بها ما شاء) لم يبلغه ان بن عمر كان يطأ مدبرته قال الاوزاعي ان كان يطأها قبل تدبيره لها فلا بأس ان يطأها بعد ذلك وان كان لا يطأها قبل تدبيره لها فأكره له وطأها

قال ابو عمر من كره وطء المدبرة شبهها بالمعتقة إلى اجل ات لا محالة والمعتقة إلى اجل قاسها الذي كره وطأها على نكاح المتعة لانه نكاح إلى اجل ومن اجاز وطىء المدبرة شبهها بأم الولد لانهما لا يقع عتقهما الا بعد الموت

1 (5 - باب بيع المدبر)

1518 - قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في المدبر ان صاحبه لا يبيعه ولا يحوله عن موضعه الذي وضعه فيه وانه ان رهق سيده دين (1) فان غرماءه لا يقدرون على بيعه ما عاش سيده فان مات سيده ولا دين عليه فهو في ثلثه لانه استثنى عليه عمله ما عاش فليس له ان يخدمه حياته ثم يعتقه على ورثته اذا مات من راس ماله

قال ابو عمر روي عن بن عمر وزيد بن ثابت ان المدبر لا يباع

وبه قال شريح والشعبي وسعيد بن المسيب والزهري وبن سيرين

وروى حماد بن زيد عن ايوب عن نافع عن بن عمر انه كره بيع المدبر

وقال ابو بكر بن ابي شيبة حدثني ابو خالد الاحمر وحفص بن غياث عن الحجاج عن الحسن بن حكيم عن زيد بن ثابت وعن الحجاج عن شريح قالا المدبرة لا تباع

وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري والحسن بن صالح وبن ابي ليلى وبن

شبرمة وجماعة اهل الكوفة لا يباع المدبر في دين ولا في غير دين في الحياة ولا بعد الممات وان باعه سيده في حياته فالبيع مفسوخ اعتقه المشتري او لم يعتقه فان مات سيده خرج حرا من ثلثه وان لم يحمله الثلث اعتق منه ما حمل الثلث ويسعى في باقي قيمتها للورثة ان لم يجيزوا في قول ابي حنيفة واصحابه

وقال مالك يجوز بيع المدبر فان باعه سيده واعتقه المشتري فالعتق جائز وينتقض التدبير

وقال مالك لا يجوز بيع المدبر فان باعه سيده واعتقه فالولاء للمعتق ولا شيء له على البائع ولو كانت امة فوطئها وحملت منه صارت ام ولد وبطل التدبير

وقال الاوزاعي لا يباع المدبر الا نفسه او من رجل يعجل عتقه وولاؤه لمن اشتراه ما دام الاول حيا فاذا مات المولى رجع الولاء إلى ورثته

وقال الليث بن س عد اكره بيع المدبر فان باعه فأعتقه المشتري جاز عتقه وولاؤه لمن اعتقه

وقال عثمان البتي والشافعي بيع المدبر جائز

قال الشافعي في كتاب البويطي ويجوز بيع المدبر كان لصاحبه مال غيره او لم يكن وكان عليه دين او لم يكن واحتاج او لم يحتج لان النبي - بـ[illegible]اع مدبرا

وفي الحديث انه لا مال لصاحبه غيره وقد يكون لا مال له غيره ولا يحتاج لقوته وكسبه ولوجوه غير

ذلك ومن حل له بيع شيء في الحاجة حل لـه فـي غنـــــــــاه والمـــــــــدبر وصـــــــــية
وقال المزني قـال الشـافعي اخبرنـا سـفيان بـن عيينة عن عمرو بن دينار وعـن أبـي الزبيـر سـمعا جابر بن عبد الله يقول دبر رجل منا غلاما له ليـس لـه مـال غيـره فقـال النـبي - ﷺ (مـن يشـتريه) فاشـــتراه نعيـــم بـــن النحـــام (1) ـــ
قال عمرو سمعت جـابرا يقـول عبـد قبطـي مـات عام اول وفي امارة بن الزبير يقال له يعفور

الاستذكار ج:7 ص:448

قـال وبـاعت عائشـة مـدبرة لهـا سـحرتها (1) ـ قال وقال مجاهد وطاوس المدبر وصية يرجع فيه صـــــــــــاحبه ان شـــــــــــاء
وروى الشافعي وغيره عن بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن القاسـم بـن محمـد قـال بـاعت عائشـة جارية لها كانت دبرتها سـحرتها وامـرت ان يجعـل ثمنهـــا فـــي مثلهـــا (2) ـــ
وعن بن عيينة عن بن ابي نجيـح عـن مجاهـد قـال المـدبر وصـية يرجـع فيهـا صـاحبها مـتى شـاء قال ابو عمر يقول الشافعي في بيع المدبر بقول احمد واسحاق وابو ثور وداود وهو قول عمـرو بـن دينـــــــــار وعطـــــــــاء
وقـد روي عـن عطـاء انـه لا يـبيعه الا ان يحتـاج قال مالك (3) وان مات سيد المـدبر ولا مـال لـه غيـــره عتـــق ثلثـــه وكـــان ثلثـــاه لـــورثته
قال ابو عمر هـو قـول الشـافعي وقـد تقـدم مـن قول الكوفيين ان ثلثه حر ويسعى في قيمة ثلـثيه للورثة الا ان يكونوا بالغين لا يجيزوا والصـواب مـا قال مالك ومن تـابعه لان المـدبر فـي الثلـث فـي قولهم وقـول الجمهـور الا مـن شـذ واذا لـم يكـن لسيده مال سواه لم يكن له اكثر من ثلثه وقد ملك الله الورثة ثلثيه بالميراث فكيف يحال بينهم وبين

ما ملكهم الله اياه بغير طيب من انفسهم بذلك ويحالون على سعي لا يريدونه ولا يدرون ما يحصلون عليه منه
قال مالك (4) فان مات سيد المدبر وعليه دين محيط بالمدبر بيع في دينه لانه انما يعتق في الثلث
قال فان كان الدين لا يحيط الا بنصف العبد بيع نصفه للدين ثم عتق ثلث ما بقي بعد الدين
قال ابو عمر قد بين مالك رحمه الله وجه قوله ومعناه وذلك ان المدبر في الثلث وكل ما كان في الثلث فهو يجري مجرى الوصايا
وقد اجمع علماء المسلمين على ان الدين قبل الوصية وقبل الميراث وان

الوصية لا يتعدى بها الثلث فلهذا قال ان المدبر يباع كله في الدين ان كان الدين يحيط به أو يباع بعضه على قدر الدين وما بقي فهو في الميراث تنفذ الوصية في ثلثه ق ل أو كثر وثلثاه للورثة
ومن اصله ان من كان عليه دين لم يجز له عتق ولا تدبير ويرد عتقه وتدبيره لان الدين اداؤه فرض والعتق تطوع
واما الكوفيون وابو حنيفة واصحابه والحسن بن حي وهو قول الاوزاعي يقولون اذا كان الدين على سيد المدبر مثل قيمته او اكثر سعى في قيمته ولا يباع شيء منه في الدين
ومن حجتهم ان المدبر لما لم يجز بيعه في الحياة من اجل الحرية التي يستحقها بالموت كان اولى الا يباع في الحال التي يستحق فيها الحرية وهي موت سيده
واما الشافعي فالمدبر عنده وصية يبيعه سيده في حياته ان شاء وبيعه له رجوع فيه كما يرجع في وصيته ويباع في الدين كما يباع في غير المدبر

قال ابو عمر ولو اعتق عبده في مرضه عتقا بتلا ولا مال له غيره وعليه دين يحيط بثمنه بيع في الدين ولم ينفذ عتقه وهو قول مالك وبن ابي ليلى وجماعة منهم احمد وداود
وقال ابو حنيفة واصحابه ينفذ عتقه ويسعى في قيمته
وهو قول الثوري وبن شبرمة وعثمان البتي وعبيد الله والحسن وسوار وهو قول ابراهيم النخعي
قال ابو عمر قد بينا فساد هذا القول في ما تقدم فلا معنى لاعادته
قال مالك (1) لا يجوز بيع المدبر ولا يجوز لاحد ان يشتريه الا ان يشتري المدبر نفسه من سيده فيكون ذلك جائزا له او يعطي احد سيد المدبر مالا ويعتقه سيده الذي دبره فذلك يجوز له ايضا
قال مالك وولاؤه لسيده الذي دبره
قال ابو عمر لا يختلفون فيما علمت انه يشتري المدبر نفسه من سيده لانه يعتقه على مال ياخذه منه وعلى غير مال

الاستذكار ج:7 ص:450

واما قوله او يعطي احد سيده مالا فيعتقه فقد كره قوم ان ياخذ من احد مالا ليعتق مدبره ويكون الولاء له
واحتجوا بقوله ﷺ(الولاء لمن اعطى الثمن) (1)
قال مالك (2) لا يجوز بيع خدمة المدبر لانه غرر اذ لا يدرى كم يعيش سيده فذلك غرر لا يصلح
قال ابو عمر هذا ايضا ما لا خلاف فيه انه لا يجوز لانه من بيوع الغرر كما انه لا خلاف ان السيد المدبر يواجره اياما معلومة او مدة يجوز في مثلها استئجار الحر والعبد

وقال مالك (3) في العبد يكون بين الرجلين فيدبر احدهما حصته انهما يتقاومانه فان اشتراه الذي دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض تدبيره الا ان يشاء الذي بقي له فيه الرق ان يعطيه شريكه الذي دبره بقيمته فان اعطاه اياه بقيمته لزمه ذلك وكان مدبرا كله
قال ابو عمر اما اختلاف الفقهاء في هذه المسالة فان الشافعي لا باس عنده ان يدبر الرجل حصته من عبد بينه وبين غيره كما له ان يوصي بذلك والمدبر عنده والعبد غير المدبر سواء ويبقى نصيب الذي دبر مدبرا ونصيب الذي لم يدبر على حاله فان مات الذي دبر نصفه اعتق نصفه ولم يقوم النصف الثاني لان المال قد صار الي الورثة وقد الزم الشافعي مالكا في هذه المسالة بيع المدبر وزعم انه قد نقض فيها قوله (لا يباع المدبر باجازته المقاومة فيه لانه اذا وقع في ملك الذي لم يدبر انتقض التدبير وصار بيعا لما كان دبر منه)
واما ابو حنيفة فيقول اذا دبر احد الشريكين في عبد حصته فان لشريكه في ذلك خمس خيارات ان شاء امسك بحصته وان شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيها وان شاء قومها على شريكه كان موسرا او معسرا
وقال في الموسر ان شاء ضمنه وان شاء استسعى العبد وان كان معسرا سعى العبد ولم يرجع على العتق
وقال ابو يوسف ومحمد في مدبر بين رجلين يعتقه احدهما اذا كان

المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى والولاء بينهما نصفان
وقال مالك يقوم على الذي اعتق قيمة عبد

وينفسخ التدبير
وقال الليث لا يضمن المعتق ونصيب الاخر على ملكه يخدم المدبر للشريك يوما ولنفسه يوما وان مات العبد ورثه الذي له في الرق
وقال الليث في عبد بين رجلين دبره احدهما قال يقوم عليه ويدفع إلى صاحبه نصف قيمته ويكون مدبرا كله فان لم يكن له مال سعى في نصف قيمته حتى يؤديها إلى صاحبه فاذا اداها رجع إلى الذي دبر نصفه فكان مدبرا كله فان مات العبد في حال سعايته وترك مالا دفع إلى الذي دبر نصفه فكان الذي لم يدبر ما بقي عليه من نصف قيمته ثم كان ما بقي للذي دبره
واختلفوا في العبد بين الرجلين دبر احدهما نصيبه واعتق الاخر
فقال مالك يقوم على الذي اعتقه وهو احب الي
وقال الشافعي ان كان الذي اعتق موسرا فالعبد حر كله وعليه نصف قيمته للذي دبره وله ولاؤه وان كان معسرا فنصيبه منه حر ونصيب شريكه مدبر
وقال بن ابي ليلى ان كان المعتق معسرا سعى العبد في نصف قيمته الذي دبر ويرجع بذلك على المعتق يتبعه به دينا والولاء كله له وان كان موسرا ضمن نصف القيمة وبطل التدبير واعتق كله على المعتق
وقال ابو حنيفة ان شاء الذي دبر ضمن نصف القيمة وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق هذا اذا كان المعتق موسرا وان كان معسرا استسعى العبد ان شاء في نصف قيمته وان شاء اعتق
وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبر ثم اعتق شريكه كان عتقه باطلا وضمن الذي دبر نصف قيمته موسرا كان او معسرا كان مدبرا كله

وقال مالك (1) في رجل نصراني دبر عبدا له نصرانيا فاسلم العبد

الاستذكار ج:7 ص:452

قال مالك يحال بينه وبين العبد ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يتبين امره فان هلك النصراني وعليه دين قضي دينه من ثمن المدبر الا ان يكون في ماله ما يحمل الدين فيعتق المدبر
قال ابو عمر للشافعي في هذه المسالة قولان احدهما كقول مالك
والاخر يباع عليه ساعة اسلم
واختاره المزني لان المدبر وصية ولا يجوز ترك مسلم في ملك مشرك يذله وقد صار بالاسلام عدوا له
وقال الليث بن سعد يباع على النصراني من مسلم يعتقه ويكون ولاؤه للذي اشتراه واعتقه ويدفع إلى النصراني ثمنه
وقال سفيان والكوفيون اذا اسلم النصراني قوم قيمته فسعى في قيمته فان مات النصراني قبل ان يفرغ المدبر من سعايته عتق العبد وبطلت السعاية

1 (6 - باب جراح المدبر)

1519 - مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضى في المدبر اذا جرح ان لسيده ان يسلم ما يملك منه إلى المجروح فيختدمه المجروح ويقاصه بجراحه من دية جرحه فان ادى قبل ان يهلك سيده رجع إلى سيده
قال مالك والامر عندنا في المدبر اذا جرح ثم هلك سيده وليس له مال غيره انه يعتق ثلثه ثم يقسم عقل الجرح اثلاثا فيكون ثلث العقل على الثلث الذي عتق منه ويكون ثلثاه على الثلثين اللذين بايدي الورثة ان شاؤوا اسلموا الذي لهم منه إلى

صاحب الجرح وان شاؤوا اعطوه ثلثي العقل وامسكوا نصيبهم من العبد وذلك ان عقل ذلك الجرح انما كانت جنايته من العبد ولم تكن دينا على السيد فلم يكن ذلك الذي احدث العبد بالذي يبطل ما صنع السيد من عتقه وتدبيره فان كان على سيد العبد دين للناس مع جناية العبد بيع من المدبر بقدر عقل الجرح وقدر الدين ثم يبدا بالعقل الذي كان في جناية العبد فيقضى من ثمن العبد ثم يقضى دين سيده ثم ينظر إلى ما بقي بعد ذلك من العبد فيعتق ثلثه ويبقى ثلثاه للورثة وذلك ان جناية العبد هي اولى من دين سيده وذلك ان الرجل اذا هلك وترك عبدا مدبرا قيمته خمسون ومائة دينار وكان العبد قد شج رجلا حرا

الاستذكار ج:7 ص:453

موضحة (1) عقلها خمسون دينارا وكان على سيد العبد من الدين خمسون دينارا قال مالك فانه يبدا بالخمسين دينارا التي في عقل الشجة فتقضى من ثمن العبد ثم يقضى دين سيده ثم ينظر إلى ما بقي من العبد فيعتق ثلثه ويبقى ثلثاه للورثة فالعقل اوجب (2) في رقبته من دين سيده ودين سيده اوجب من التدبير الذي انما هو وصية في ثلث مال الميت فلا ينبغي ان يجوز شيء من التدبير وعلى سيد المدبر دين لم يقض وانما هو وصية وذلك ان الله تبارك وتعالى قال من بعد وصية يوصى بها او دين قال مالك فان كان في ثلث الميت ما يعتق فيه المدبر كله عتق وكان عقل جنايته دينا عليه يتبع به بعد عتقه وان كان ذلك العقل الدية كاملة وذلك اذا لم يكن على سيده دين

وقال مالك في المدبر اذا جرح رجلا فاسلمه سيده إلى المجروح ثم هلك سيده وعليه دين ولم يترك مالا غيره فقال الورثة نحن نسلمه إلى صاحب الجرح وقال صاحب الدين انا ازيد على ذلك انه اذا

زاد الغريم شيئا فهو اولى به ويحط عن الذي عليه الدين قدر ما زاد الغريم على دية الجرح فان لم يزد شيئا لم ياخذ العبد
وقال مالك في المدبر اذا جرح وله مال فابى سيده ان يفتديه فان المجروح ياخذ مال المدبر في دية جرحه فان كان فيه وفاء استوفى المجروح دية جرحه ورد المدبر إلى سيده وان لم يكن فيه وفاء اقتضاه (3) من دية جرحه واستعمل المدبر بما بقي له من دية جرحه
قال ابو عمر قد احتج مالك في هذا الباب واوضح ما ذهب إليه فالزيادة فيه تكلف
واما اختلاف الفقهاء في جراح المدبر فجملة قول مالك في ذلك اذا جنى المدبر اسلم السيد خدمته ان شاء وان شاء فداه فان مات سيده خرج حرا من ثلثه واتبعه الجاني بما جنى
وسنذكر قوله في جناية ام الولد في الباب بعد هذا ان شاء الله تعالى
واما ابو حنيفة فالمدبر عنده وام الولد سواء لا سبيل إلى اسلام واحد

منهما وعلى السيد اقل من ارش الجناية او قيمة الرقبة فان جنى بعد ذلك او احدهما فالمجني عليه شريك الاول
وقال زفر المجني عليه بالخيار ان شاء استسعى المدبر بقية جنايته وان شاء اتبع سيده
وقال ابو يوسف ومحمد يستسعى المدبر في جنايته ولا شيء على المولى
واما الشافعي فالمدبر عنده لسيده عبد له الرجوع فيه وله اسلامه بجنايته وفداؤه كسائر العبيد
واما اسلام المدبر فهو اسلام خدمته إلى المجروح ليستوفي منها مقدار دية جرحه ثم يعتق من المدبر ثلثه ان لم يكن لسيده مال غيره هذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين واراد

الغرماء الزيادة على دية الجرح فهي من حقوقهم لانهم يدفعون إلى المجروح من قبل انفسهم دية الجرح وياخذون المدبر لانفسهم فيستوفون من خدمته مقدار ما ادوه إلى صاحب الجرح لان ذلك ينحط من دين صاحبه وانما يقضى لهم بذلك على المجروح فانه لا ضرر على المجروح في ذلك وفيه منفعة للعبد والورثة
فاما منفعة العبد فانه ياخذ من تلك الزيادة التي زادها الغرماء على دية الجرح ثلثها وتكون فيه من الحرية بقدر ذلك
فاما منفعة الورثة فانه ينحط من الدين عنهم بمقدار تلك الزيادة لانه لا ميراث الا بعد الدين فهذه مذاهب اصول هؤلاء الفقهاء ائمة الفتوى في جناية المدبر
وكل ما يفرغ منها يسهل رده عليها بفضل الله وعونه وبالله التوفيق لا شريك له

1 (7 - باب ما جاء في جراح ام الولد)

1520 - قال مالك في ام الولد تجرح ان عقل ذلك الجرح ضامن (1) على سيدها في ماله الا ان يكون عقل ذلك الجرح اكثر من قيمة ام الولد فليس على سيدها ان يخرج اكثر من قيمتها وذلك ان رب العبد او الوليدة اذا اسلم غلامه او

وليدته بجرح اصابه واحد منهما فليس عليه اكثر من ذلك وان كثر العقل فاذا لم يستطع سيد ام الولد ان يسلمها لما مضى في ذلك من السنة فانه اذا اخرج قيمتها فكانه أسلمها فليس عليه اكثر من ذلك
وهذا احسن ما سمعت وليس عليه ان يحمل من جنايتها اكثر من قيمتها
قال ابو عمر قوله وهذا احسن ما سمعت في ما

وصف دليل على انه قد سمع الاختلاف فيه
ومن الاختلاف في ذلك ما رواه انس بن الوليد عن
ابي يوسف قال سالت ربيعة بن ابي عبد الرحمن
عن ام ولد قتلت رجلا قال يقال لمولاها اد دية
قتيلها فان فعل ذلك والا اعتقتها عليه وجعلت دية
قتيلها على عاقلتها
وقال الليث بن سعد في جناية ام الولد يخير
المولى بين ان يؤدي عقل جنايتها بينه وبين قيمة
رقبتها وان شاء اسلمها لتسعى في قيمتها ليس
على المولى غير ذلك
قال مالك واصحابه ليس إلى اسلام ام الولد
بجنايتها سبيل وعلى السيد ان يفديها بجنايتها الا
ان تكون الجناية اكثر من قيمة رقبتها فليس عليه
اكثر من قيمة رقبتها امة وانما عليه الاقل من
قيمة الرقبة او ارش الجناية فان جنت بعد ذلك
كان عليه ايضا اخراج قيمتها مرة ثانية وكذلك
ثالثة ورابعة واكثر
وبهذا قال المغيرة المخزومي
وروي عن مالك انه ليس على سيدها ان يخرج
على قيمتها الا قيمة واحدة
وبه قال بن القاسم
وكذلك اختلف قول الشافعي فيها على هذين
القولين
ذكر المزني عن الشافعي ان جنت ام الولد ضمن
سيدها الاقل من الارش او القيمة فان جنت اخرى
ففيها قولان
احدهما ان الثاني يشارك الاول في تلك القيمة ثم
هكذا كلما جنت
والقول الثاني ان المولى يغرم قيمة اخرى للثاني
وكذلك كلما جنت
واما ابو حنيفة فام الولد عنده والمدبر سواء لا
سبيل إلى اسلام واحد منهما بجنايته وعلى السيد

الاقل من ارش الجناية او قيمة الرقبة فان جنتا بعد ذلك فالمجني عليه شريك الاول

الاستذكار ج:7 ص:456

وقال زفر في ام الولد اذا جنت مرة بعد مرة فعلى السيد اخراج القيمة ثانية وثالثة ولو قتلت رجلين او ثلاثة خطا فعلى المولى لورثة كل واحد منهم القيمة

وهو قول الحسن بن صالح بن حي

وقال ابو يوسف عليه قيمة واحدة يشتركون فيها

وقال الثوري في المدبر وام الولد على المولى القيمة

وقال الاوزاعي ان جنت ام الولد فعلى سيدها قيمتها ان بلغتها جنايتها

الاستذكار ج:7 ص:457

1 (41 كتاب الحدود)

1 (1 - باب ما جاء في الرجم)

1521 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله ﷺ (ما تجدون في التوراة في شأن الرجم) (1) فقالوا نفضحهم (2) ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها (3) فوضع احدهم يده على اية الرجم ثم قرا ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها اية الرجم فقالوا صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله ﷺ فرجما فقال عبد الله بن عمر فرايت الرجل يحني على

المـــــــــــراة يقيهـــــــــا الحجـــــــــارة
قـال مالـك يعنـي يحنـي يكـب عليهـا حـتى تقـع الحجـــــــــــــارة عليـــــــــــــه
قال ابو عمر كذا رواه يحيى عن مالك يحنـي علـى المـراة يريـد يميـل عليهـا كـانه مـاخوذ مـن حنـى الشـــــــــــــيخ اذا انحنـــــــــــــى
وقال ابو عبيد كذا يرويـه اهـل الحـديث وانمـا هـو يحنا مهموز يقال منه حنا يحنأ حناء وحنوءا اذا مال والمنحنىء والانحناء حنا ويحنا بمعنى واحد

الاستذكار ج:7 ص:458

قال ابو عمر قد روي يحنئ بالحاء عن طائفـة مـن اصـــحاب مالـــك والمعنـــى متقـــارب جـــدا
وقـــال ايـــوب عـــن نـــافع يجـــانىء عنهـــا بيـــده
وقال معمر عن الزهري عـن سـالم عـن بـن عمـر يجـــــــــــــافي بيـــــــــــــده
وفي هذا الحـديث جـواز سـؤال اهـل الكتـاب عـن كتابهم وفي ذلـك دليـل علـى ان التـوراة صـحيحة بايديهم ولولا ذلك ما سالهم رسول اللـه ﷺعنهـا
وفـي مـا ذكرنـا دليـل علـى ان مـا كـانوا يكتبـونه بايديهم ثم يقولـون هـذا مـن عنـد اللـه هـي كتـب احبارهم ورهبانهم كـانوا يصـنعون لهـم كتبـا مـن ارائهم ويضيفونها إلى الله عز وجل ولهذا وشبهه من اشكال امرهم نهينا عن تصديق مـا حـدثونا بـه وعن تكذيبه حذرا مـن ان نصـدق بباطـل او نكـذب بحق وقد افردنا لهذا المعنى بابا في كتابنـا كتـاب بيـــــــان العلـــــــم وفضـــــــله
وفي هذا الحديث ايضا دليـل علـى ان مـن اليهـود قوما يكذبون علـى تـوراتهم ويسـترون منهـا عـن المسـلمين مـا يشـهد للمسـلمين ويوافـق دينهـم لانهـم ذكـروا ان الزنـاة محصـنين كـانوا او غيـر محصنين ليس عليهم في التوراة رجم وكـذبوا لان فيهـــا علـــى مـــن احصـــن الرجـــم

وفيه ان اهل الكتاب اذا ارتفعوا الينا متحاكمين راضين بحكمنا فيهم وكانت شريعتنا موافقة في ذلك لحكم شريعتهم جاز لنا ان نظهر عليهم بكتابهم حجة عليهم وان لم تكن الشريعة في ذلك الحكم موافقة لحكمهم حكمنا بينهم بما انزل الله تعالى في كتابه القران اذا تحاكموا الينا ورضوا بحكمنا ويتحمل ذلك ان يكون خصوصا لرسول الله ﷺ والاجماع على ان ذلك لم يعمل به احد بعده ولقول الله عز وجل اولم يكفهم انا انزلنا عليك الكتاب يتلى عليهم العنكبوت 51 والله اعلم

واختلف العلماء في الحكم بينهم اذا ترافعوا الينا في صوماتهم وسائر مظالمهم واحكامهم هل علينا ان نحكم بينهم فرضا واجبا ام نحن فيه مخيرون

فقال جماعة من فقهاء الحجاز والعراق ان الامام والحاكم يخير ان شاء حكم بينهم اذا تحاكموا إليه بحكم الاسلام وان شاء اعرض عنهم

وقالوا ان هذه الاية محكمة لم ينسخها شيء قوله تعالى فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين المائدة

الاستذكار ج:7 ص:459

وممن قال ذلك مالك والشافعي احد القولين وهو قول عطاء والشعبي والنخعي

وروي ذلك عن بن عباس من حديث بن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس في قوله تعالى فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم الاية المائدة 42

قال نزلت في بني قريظة وهي محكمة (1)

وذكر وكيع عن سفيان عن مغيرة عن الشعبي وابراهيم فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض

عنهم المائدة 42
قال ان شاء حكم وان لم يشا لم يحكم
وروى عيسى عن بن القاسم قال ان تحاكم اهل الذمة إلى حكم المسلمين ورضي الخصمان به جميعا فلا يحكم بينهم الا برضى من اساقفتهم فان كره ذلك اساقفتهم فلا يحكم بينهم وكذلك ان رضي الاساقفة ولم يرض الخصمان او احدهما لم يحكم بينهم المسلمون
وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال مضت السنة ان يرد اهل الذمة في حقوقهم ومعاملاتهم ومواريثهم إلى اهل دينهم الا ان ياتوا راغبين فيحكم بينهم حاكمنا بكتاب الله عز وجل وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين المائدة 42
وعن الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه قال كتب محمد بن ابي بكر إلى علي رضي الله عنه يساله عن مسلم زنى بنصرانية فكتب إليه اقم الحد على المسلم ورد النصرانية إلى اهل دينها
وقال اخرون واجب على الحاكم ان يحكم بينهم بما انزل الله إليه اذا تحاكموا إليه وزعموا ان قوله عز وجل وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم المائدة 49 ناسخ للتخيير في الحكم بينهم في الاية التي قبل هذه
وروي ذلك عن بن عباس من حديث سفيان بن حسين والحكم عن مجاهد عن بن عباس ومنهم من يرويه عن سفيان بن حسين عن الحكم عن مجاهد من قوله وهو صحيح عن مجاهد وعكرمة

الاستذكار ج:7 ص:460

وبه قال الزهري وعمر بن عبد العزيز والسدي واليه ذهب ابو حنيفة واصحابه وهو احد قولي الشافعي

وبه قال ابو حنيفة قال اذا جاءت المراة والزوج فعليه ان يحكم بينهما بالعدل وان جاءت المراة وحدها ولم يرض الزوج لم يحكم وقال ابو يوسف ومحمد بل يحكم وكذلك اختلف اصحاب مالك على هذين القولين اذا شكا احد الزوجين وابى صاحبه من التحاكم الينا فمنهم من قال يحكم لانه من التظالم الذي لم يلزمه ان يمنع منه بعضهم من بعض ومنهم من قال لا يحكم بينهما الا ان يرضيا جميعا بحكمه

ولم يختلف قول مالك واصحابه في الذمي يسرق الذمية ويرفع إلى حاكم المسلمين انه يلزمه الحكم بينهما بالقطع للسارق منهما لان ذلك من الحرابة والفساد فلا يقرون عليه ولا على التلص

وقال الشافعي ليس الحاكم بالخيار في احد من المعاهدين الذين يجري عليهم حكم الاسلام اذا جاءه في حد الله عز وجل وعليه ان يقيمه لقول الله عز وجل وهم صاغرون التوبة 29 واختاره المزني وقال في

كتاب الحدود

لا يحدون اذا جاؤوا الينا في حد الله تعالى ويردهم الحاكم إلى اهل دينهم

قال الشافعي وما كانوا يدينون به فلا يحكم عليهم بابطاله اذا لم يرتفعوا الينا ولا يكفوا عن ما استحلوا ما لم يكن ضررا على مسلم او معاهد او مستامن

قال وان جاءت امراة تستعدي بان زوجها طلقها او إلى منها حكم المسلمين

قال ابو عمر الصحيح في النظر - عندي - ان لا يحكم بنسخ شيء من القران الا بما قام به الدليل الذي لا مدفع له ولا يحتمل التاويل وليس في

قوله عز وجل وان احكم بينهم بما انزل الله المائدة 49 دليل على انها ناسخة لقوله عز وجل فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط الاية المائدة 42 لانها تحتمل معناها ان تكون

الاستذكار ج:7 ص:461

وان احكم بينهم بما انزل الله ان حكمت ولا تتبع اهواءهم فتكون الايتان محكمتين مستعملتين غير متدافعتين

نقف على هذا الاصل في نسخ القران بعضه ببعض لانه لا يصح الا باجماع لا تنازع فيه او لسنة لا مدفع لها او يكون التدافع في الايتين غير ممكن فيهما استعمالهما ولا استعمال احدهما ان لا يدفع الاخرى فيعلم انها ناسخة لها وبالله التوفيق

واختلف الفقهاء ايضا في اليهوديين من اهل الذمة اذا زنيا هل يحدان اذا رفعهما حكامهم الينا ام لا

فقال مالك اذا زنا اهل الذمة او شربوا الخمر فلا يعرض لهم الامام الا ان يظهروا ذلك في ديار المسلمين فيدخلوا عليهم الضرر فيمنعهم السلطان من الاضرار بالمسلمين

قال مالك وانما رجم رسول الله ﷺ اليهوديين لانه لم يكن لليهود يومئذ - ذمة وتحاكموا إليه وقال ابو حنيفة واصحابه يحدان اذا زنيا كحد المسلم

وهو احد قولي الشافعي قال في

كتاب الحدود

ان تحاكموا الينا فلنا ان نحكم او ندع فان حكمنا حددنا المحصن بالرجم لان رسول الله ﷺ رجم

يهـوديين زنيـا وجلـدنا البكـر مائـة وغربنـاه عامـا وقال في كتاب الجزية لا خيـار للامـام ولا للحـاكم اذا جاءه فـي حـد اللـه عـز وجـل وعليـه ان يقيمـه عليهم في قول الله عز وجل حتى يعطـوا الجزيـة عن يد وهم صاغرون التوبة 29 والصغار ان يجـري عليهـــــــــم حكـــــــــم الاســـــــــلام وهـذا القـول اختـاره المزنـي واختـار غيـره مـن اصـــــــحاب الشـــــــافعي القـــــــول الاول وقال الطحـاوي حيـن ذكـر قـول مالـك انمـا رجـم رسول الله اليهـوديين لانـه لـم تكـن لهـم ذمـة وتحـــــــــــــــاكموا إليـــــــــــــــه قال ولو لم يكن واجبا عليهم لما اقـامه النـبي قال واذا كان من لا ذمة له قـد حـده النـبي فـي الزنـــــى فمـــــن لـــــه ذمـــــة احـــــرى بـــــذلك قال ولـم يختلفـوا ان الـذي يقطـع فـي السـرقة قال ابو عمر سنذكر اختلافهـم فـي حـد الاحصـان في موضعه من هذا الكتاب ان شاء الله عز وجل

الاستذكار ج:7 ص:462

وقالت طائفة ممن راى اية التخيير في الحكم بين اهل الذمة منسوخة لقول الله عز وجل وان احكـم بينهم بما انزل الله المائدة 49 قالوا علـى الامـام اذا علم من اهل الذمة حدا من حدود الله عز وجـل ان يقيمة عليهـم وان لـم يتحـاكموا إليـه لان اللـه تعالى يقول وان احكم بينهم بما انزل الله المائدة 49 ولـــــم يقـــــل ان تحـــــاكموا اليـــــك قـــــالوا والســـــنة تـــــبين ذلـــــك واحتجوا بحـديث الـبراء بـن عـازب فـي ذلـك وقـد ذكرناه في (التمهيد) وليس فيه بيـان مـا ذكـروا ولا يثبـــــــت مـــــــا ادعـــــــوا قـال واحتجـوا ايضـا بحـديث مالـك وليـس فيـه ان اليهـود تحـاكموا إلـى رسـول اللـه وهـذا ليـس

بشيء لأن فيه ان اليهود جاؤوا إلى رسول الله ﷺ ولم ياتوا الا متحاكمين إليه راضين بحكمه وهم كانوا الذين اليهم اقامة الحدود عندهم ودعوه إلى الحكم بينهم وجاؤوه بالتوراة اذ دعاهم اليها ويدل على ذلك ايضا حديث ابي هريرة من رواية بن شهاب وغيره وعن رجل من مزينة عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة وقد ذكرناه بطوله من طرق في (التمهيد)
وقد ذكرنا هناك حديث الشعبي عن جابر في هذا المعنى حدثناه عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني يحيى بن موسى قال حدثني ابو اسامة قال اخبرنا مجالد عن عامر عن جابر بن عبد الله قال جاءت يهود بامراة ورجل منهم زنيا فقال (ائتوني باعلم رجلين منكم) فاتوه بابني صوريا فنشدهما كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد في التوراة اذا شهد اربعة انهم راوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما قال فما منعكما ان ترجماهما قال ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله ﷺ بالشهود فجاء اربعة فشهدوا انهم راوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله ﷺ برجمهما (1)
قال ابو عمر يحتمل ان يكون الشهود مسلمين وهو الاظهر في هذا الخبر ولذلك تحاكموا إلى رسول الله ﷺ والله اعلم

الاستذكار ج:7 ص:463

وروى شريك عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة ان رسول الله ﷺ رجم يهوديا ويهودية (1)

انفـــــرد بـــــه شـــــريك عـــــن ســـــماك
واخبرنا احمد بن عبد الله قـال حـدثنا الحسـن بـن إسماعيل قال حدثني عبـد الملـك بـن محمـد قـال حدثني محمـد بـن إسـماعيل السـائغ قـال حـدثني سـنيد عـن هشـيم عـن العـوام بـن حوشـب عـن ابراهيم التيمي وان حكمت بينهم فاحكم بالقسط يعنـــــــــــــــــي بـــــــــــــــــالرجم
1522 - مالك عن يحيى بـن سـعيد عـن سـعيد بـن المسـيب ان رجلا مـن اسـلم جـاء إلـى ابـي بكـر الصديق فقال له ان الاخر زنى (2) فقال لـه ابـو بكر هل ذكرت هذا لاحد غيري فقال لا فقال له ابو بكر فتب إلى الله واستتر بستر الله فان الله يقبل التوبه عن عباده فلم تقرره نفسه حتى اتـى عمـر بن الخطاب فقال له مثل ما قال لابي بكـر فقـال له عمر مثل ما قال ابو بكر فلم تقرره نفسه حتى اتى عمر بن الخطاب فقال له مثـل مـا قـال لابـي بكر فقال فلم تقرره نفسه حتى جاء إلـى رسـول الله ﷺفقال له ان الاخر زنى فقال سعيد فأعرض عنه رسول الله ﷺثلاث مرات كل ذلك يعرض عنـه رسول الله ﷺحتى اذا اكثر عليه بعث رسـول اللـه ﷺإلى اهله فقال (ايشتكي ام به جنة) فقالوا يـا رسول الله والله انه لصحيح فقال رسول الله ﷺ(ابكر ام ثيب) فقالوا بل ثيب يا رسـول اللـه فـأمر بـــــه رســـــول اللـــــه ﷺفرجـــــم
1523 - مالك عن يحيى بـن سـعيد عـن سـعيد بـن المسيب قال بلغني ان

الاستذكار ج:7 ص:464

رسول الله ﷺقال لرجل من اسلم يقال له هـزال (يا هزال لو سترته بردائك لكـان خيـرا لـك) قـال

يحيى بن سعيد فحدثت بهذا الحديث في مجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال الاسلمي فقال يزيد هزال جدي وهذا الحديث حق
1524 - مالك عن بن شهاب انه اخبره ان رجلا اعترف على نفسه بالزنى على عهد رسول الله ﷺ وشهد على نفسه اربع مرات فأمر به رسول الله ﷺ فرجم
قال بن شهاب فمن اجل ذلك يؤخذ الرجل باعترافه على نفسه
قال ابو عمر اما الحديث الاول في هذا الباب عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان رجلا من اسلم - ولم يسم الرجل - فقد سماه فيه يزيد بن هارون وغيره ممن روى عن يحيى بن سعيد قال يزيد بن هارون وغيره عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان ماعز بن مالك الاسلمي اتى إلى ابي بكر الصديق فاخبره انه زنى فقال له ابو بكر هل ذكرت ذلك لاحد غيري قال لا
فقال له ابو بكر استتر بستر الله وتب إلى الله تعالى فان الناس يعيرون ولا يعيرون واما الله عز وجل يقبل التوبة عن عباده
قال ابو عمر هو ماعز بن مالك الاسلمي لا خلاف بين العلماء في ذلك وقد تكررت الاثار المروية في قصته بذلك
وقد روي معنى حديث مالك هذا متصلا من وجوه عن النبي ﷺ قد ذكرنا بعضها في (التمهيد) ونذكر منها ما حضرنا في هذا الباب ان شاء الله عز وجل
وروى بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان رجلا من اسلم اتى عمر فقال ان الاخر زنى فقال تب إلى الله تعالى واستتر بستر

الله فان الله يقبل التوبة عن عباده وان الناس يعيرون ولا يعيرون فلم تدعه نفسه حتى اتى ابا بكر فقال له مثل ذلك فقال له قول عمر ورد عليه مثل ما رد عليه عمر فلم تدعه نفسه حتى اتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فأعرض عنه فأتاه من الشق الاخر فأعرض عنه فأتاه من الشق الاخر فذكر له ذلك فأرسل رسول الله ﷺ إلى

قومه فسألهم عنه (ابه جنون ابه ريح) فقالوا لا فأمر به فرجم

قال يحيى بن سعيد عن نعيم بن عبد الله بن هزال ان النبي ﷺ قال لهزال (لو سترته بثوبك كان خيرا لك)

قال وهزال كان امره ان يأتي النبي ﷺ فيخبره ذكره عبد الرزاق (1) عن بن عيينة قال وقال بن عيينة قال واخبرني عبد الله بن دينار قال قام النبي ﷺ على المنبر فقال (ايها الناس اجتنبوا هذه القاذورة التي نهاكم الله عنها ومن اصاب من ذلك شيئا فليستتر) (2) ـ وفي هذا الحديث من الفقه أن ستر المسلم على نفسه ما وقع فيه من الكبائر الموجبة للحدود والتوبة منها والندم عليها والاقلاع عنها اولى به من الاقرار بذلك على نفسه الا ترى ان ابا بكر اشار بذلك على الرجل الذي اعترف عنده بالزنى وكذلك فعل عمر رضي الله عنهما

وهو ماعز الاسلمي لا خلاف في ذلك بين اهل العلم وذلك مشهور في الاثار

وكذلك اعراض رسول الله ﷺ عنه حين اقر على نفسه بالزنى حتى اكثر عليه كان - والله اعلم -

رجاء الا يتمادى في الاقرار وان ينتبه ويرعوي ثم ينصرف فيعقد التوبه مما وقع فيه هذا مذهب من قال ان الاعتراف بالزنى مرة واحدة يكفي
واما من قال انه لا بد من اقراره اربع مرات فقالوا انما اعرض عنه رسول الله ﷺ ليتم اقراره عنده
وليس رسول الله ﷺ في ذلك كغيره لانه كان إليه اقامة الحدود لله تعالى ومن كان ذلك إليه لم يكن له - اذا بلغته وثبت عنده ما يوجبها - الا اقامتها ولم يكن ابو بكر ولا عمر في ذلك الوقت كذلك وسنذكر اختلاف الفقهاء في حكم اقرار المعترف في الزنى وهل يحتاج إلى تكرار الاقرار ام لا في حديث بن شهاب بعد هذا في هذا الباب ان شاء الله

الاستذكار ج:7 ص:466

يدلك ان الستر واجب من المؤمن على المؤمن قوله - ﷺ تعافوا الحدود فيما بينكم فانه اذا بلغني ذلك فلا عفو) (1) وقوله ﷺ لهزال الاسلمي (يا هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك) وكان هزال قد امره ان يأتي رسول الله ﷺ فيعترف عنده بما وقع منه فقال له رسول الله ﷺ هذا القول معرفا له ان ستره عليه كان افضل واولى به واذا كان ستر المسلم على المسلم مندوبا إليه مرغوبا فيه فستر المرء على نفسه اولى به وعليه التوبة مما وقع فيه ويدلك ايضا على ما وصفت لك قول رسول الله ﷺ (ايشتكي ابه جنة) فيقول امجنون هو يبلغ نفسه إلى الموت وهو يمكنه ان يتوب ويستغفر

الله تعالى ولا يعود فان الله تعالى يقبل عن عباده ويحب التوابين
واما قوله ان الاخر زنى فالرواية فيه بكسر الخاء على وزن فعل عند اهل اللغة والمعنى فيه ان البائس الشقي زنى كما تقول الأبعد زنى قال ذلك توبيخا لنفسه قال اهل اللغة في قول قيس بن عاصم المسألة اخر كسب الرجل أي ارذل كسب الرجل حدثني محمد بن عبد الله بن حكم قال حدثني محمد بن معاوية بن عبد الرحمن قال حدثني إسحاق بن ابي حسان قال حدثني هشام بن عمار قال حدثني عبد الحميد بن حبيب قال حدثني الاوزاعي قال اخبرني عثمان بن ابي سودة قال حدثني من سمع عبادة بن الصامت يقول قال رسول الله ﷺ (ان الله - عز وجل - ليستر العبد من الذنب ما لم يخرقه) قالوا وكيف يخرقه قال (يحدث به الناس) حدثني خلف بن قاسم قال حدثني قاسم بن عبد الرحمن ابو عيسى الاسواني قال حدثني إسحاق بن ابراهيم بن يونس قال حدثني سفيان بن وكيع بن الجراح قال حدثني ابي عن اسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ان ماعزا اقر على نفسه بالزنى عند

الاستذكار ج:7 ص:467

رسول الله ﷺ ثلاث مرات فقال له النبي ﷺ (ان اقررت الرابعة اقمت عليك الحد) فأقر عنده الرابعة فأمر به فحبس ثم سأل عنه فذكروا خيرا فرجم
وهذا حديث حسن الا ان جابرا الجعفي يتكلمون فيه واجمعوا على ان يكتب حديثه واختلفوا في

الاحتجاج به فكان يحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدي لا يحدثان عنه وكان احمد بن حنبل ويحيى بن معين يضعفانه وكان شعبة بن الحجاج وسفيان الثوري يشهدان له بالحفظ والاتقان وكان وكيع وزهير بن معاوية يوثقانه ويثنيان عليه قال وكيع مهما شككتم فلا تشكوا فان جابر الجعفي ثقة واما حديث مالك في هذا الباب عن بن شهاب مرسلا فرواه معمر ويونس عن الزهري عن ابي سلمة عن جابر ان رجلا من اسلم اتى النبي ﷺ الحديث

ورواه شعيب بن ابي حمزة وعقيل بن خالد عن بن شهاب عن ابي سلمة وسعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان ماعزا الاسلمي اتى النبي ﷺ فاعترف عنده بالزنى فرده اربع مرات وذكر الحديث

قال بن شهاب وحدثني من سمع جابر بن عبد الله يقول كنت فيمن رجمه فلما اذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه

وقد ذكرنا طرق حديث بن شهاب والفاظ ناقديه بالاسانيد في كتاب (التمهيد)

وقد روى حديث ماعز في قصة اعترافه بالزنى ورجمه عن النبي ﷺ بن عباس

وروي حديثه ايضا من وجوه جابر بن عبد الله وجابر بن سمرة وسهل بن سعد ونعيم بن هزال وابو سعيد الخدري وفي اكثرها انه اعترف اربع مرات وفي بعضها مرتين وفي بعضها ثلاث مرات وقد ذكرنا ذلك في (التمهيد)

وفي رواية شعبة واسرائيل وابي عوانة عن سماك عن جابر بن سمرة انه اعترف مرتين فأمر به رسول الله ﷺ فرجم

واختلف الفقهاء في عدد الاقرار بالزنى

فقال مالك والشافعي والليث وعثمان البتي اذا اقر مرة واحدة بالزنى حد

الاستذكار ج:7 ص:468

وهو قول الحسن البصري وحماد الكوفي وبه قال ابو ثور وداود والطبري ومن حجتهم على من خالفهم ان الاثار مختلفة في اقرار ماعز وروي فيها انه اقر مرة وروي انه اقر مرتين وروي انه اقر ثلاثا وروي انه اقر اربع مرات وسقط الاحتجاج به

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث بن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن ابي هريرة وزيد بن خالد (واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها)

ولم يقل ان اعترفت اربع مرات وكل ما وقع عليه اعتراف وجب به الحد

وقد اجمع العلماء على ان الاقرار في الاموال يجب مرة واحدة فدل ذلك على انه لا يراعى عدد الشهود لان الشهادة لا تصح بأقل من شاهدين

وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري وبن ابي ليلى والحسن بن حي لا يجب عليه الحد في الزنى حتى يقر اربع مرات

وهو قول الحكم بن عتيبة وبه قال احمد واسحاق

وقال ابو حنيفة واصحابه اربع مرات في مجالس مفترقة

وقال ابو يوسف ومحمد يحد في الخمر باقراره مرة واحدة

وقال زفر لا يحد في الخمر حتى يقر مرتين في مرتين وطنين

وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد اذا اقر مرة واحدة في السرقة صح اقراره

وقال ابو يوسف حتى يقر مرتين

قال ابو عمر من حجتهم حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس ان النبي ﷺ رد ماعزا حتى اقر اربع مرات ثم امر برجمه واحاديث كثيرة فيها الاقرار منه اربع مرات قد ذكرتها في (التمهيد) قالوا وليس تقصير من قصر فيما حفظ غيره بحجة عليه ومن حفظ اربع مرات فقد زاد حفظه على حفظ غيره وشهادته اولى لانه سمع ما لم يسمع غيره وسنذكر ما يلزم من رجع عن اقراره بالزنى واكذب نفسه وما للفقهاء من

الاستذكار ج:7 ص:469

التنازع في باب من اعترف على نفسه بالزنى من هذا الكتاب ان شاء الله عزوجل 1525 - مالك عن يعقوب بن زيد بن طلحة عن ابيه زيد بن طلحة عن عبد الله بن ابي مليكة انه اخبره ان امراة جاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته انها زنت وهي حامل فقال لها رسول الله (اذهبي حتى تضعي) فلما وضعت جاءته فقال لها رسول الله ﷺ (اذهبي حتى ترضعيه) فلما ارضعته جاءته فقال (اذهبي فاستودعيه) (1) قال فاستودعته ثم جاءت فأمر بها فرجمت هكذا قال يحيى في هذا عن مالك عن يعقوب بن زيد بن طلحة عن ابيه زيد بن طلحة عن عبد الله بن ابي مليكة فجعل الحديث من مرسل عبد الله بن ابي مليكة وكذلك قال ابو مصعب عن مالك كما قال يحيى بن زيد بن طلحة عن عبد الله بن ابي مليكة فجعل الحديث من مرسل عبد الله وكذلك روى بن عفير في (الموطأ) وقال القعني وبن القاسم ومطرف وبن بكير في

اكثر الروايات عنه عن مالك عن يعقوب بن زيد بن طلحة عن ابيه زيد بن طلحة بن عبد الله بن ابي مليكة فجعلوا الحديث من مرسل زيد بن طلحة وهو الصواب ان شاء الله تعالى ورواه بن وهب برفع موضع الاشكال منه ولم يقل عن بن ابي مليكة ولا جاء فيه بذكر بن ابي مليكة فرواه في (الموطأ) عن مالك عن زيد بن طلحة التيمي عن ابيه ان امراة اتت رسول الله ﷺ فقالت انها زنت وهي حامل فقال لها رسول الله - ﷺ (اذهبي حتى تضعي) فذهبت فلما وضعت جاءته فقال (اذهبي حتى ترضعيه) فلما ارضعته جاءته فقال (اذهبي حتى تستودعيه) فلما استودعته جاءته فأقام عليها الحد

وزيد بن طلحة هذا والد يعقوب معروف عند اهل الحديث يروي عن بن عباس وسعيد المقبري روى عنه الثوري وعبد الرحمن بن إسحاق وبن يعقوب

وروى عن ابنه يعقوب مالك وهشام بن سعد وموسى بن عبيدة ومحمد بن جعفر بن ابي كثير الا ان اهل الحديث ينسبه بعضهم في بني تيم قريش فيقولون التيمي ويختلفون فمنهم من جعله من ولد عبد الرحمن بن ابي بكر الصديق ومنهم من ينسبه إلى بن جدعان ومنهم من يجعله من ولد طلحة بن ركانة وليس بشيء ولا يعرفه اهل النسب الا في تيم قريش ولا في ولد ركانة وركانة مطلبي لا تيمي فيعقوب وابوه زيد بن طلحة مجهولان عند اهل العلم بالنسب معروفان عند اهل الحديث

وهكذا قال بن وهب فاقام عليها الحد ولم يذكر رجما

وما في الحديث من انتظار الفطام - والله اعلم -

دليـــــل علـــــى ان حـــــدها كـــــان الرجـــــم
وقد روى هذا الحديث عمران بن حصـين مـن وجـه
صحيح عنـه عـن النـبي ﷺ فلـم يـذكر فيـه انتظـار
الرضاع والفطام منه وقال فيه فلما وضـعت اتتـه
فـامر بهـا فشـكت عليهـا ثيابهـا يعنـي شـدت ثـم
رجمت وامرهم فصلوا عليها فقال له عمر انصـلي
عليهـــــــــــا وقـــــــــــد زنـــــــــــت
فقـال (والـذي نفسـي بيـده لقـد تـابت توبـة لـو
قسمت ما بين سبعين من اهل المدينـة لوسـعتهم
وهل وجدت ان جادت بـاكثر مـن نفسـها) (1) ـ
رواه يحيى بن كثير عن ابي قلابة عن ابي المهلب
عـــــــن عمـــــــران بـــــــن حصـــــــين
وكذا رواه اكثر اصحاب يحيى بـن كـثير وقـال فيـه
يحيى بن ابي كثير عن ابي قلابه عن ابي المهـاجر
عن عمران بن حصين فـوهم فيـه اذ جعـل موضـع
ابي المهلب ابا المهاجر وقد ذكرناه بالاسانيد مـن
طـــــــــرق فـــــــــي (التمهيـــــــــد)
وقد روي انتظار الرضاع والفطام في هذا الحديث
من حديث النبي ﷺ من

الاستذكار ج:7 ص:471

وجوه من حديث علي بن ابي طالب رضي الله عنه
وحـــديث ابـــي بكـــرة وحـــديث بريـــدة الاســـلمي
وفي حديث علي ان رسول الله ﷺ قال (انا اكفله
) ولكنه من حديث حسين بن ضميرة وليس بشيء
وحـــديث ابـــي بكـــرة فيـــه رجـــل مجهـــول
واحسن الاحـاديث اسـنادا فـي ذلـك حـديث بريـدة
وفيه فامر رسول الله ﷺ بالصبي فرفع إلى رجـل
مـــــــن المســـــــلمين يكفلـــــــه
حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر
قـال حـدثني ابـو داود قـال حـدثني ابراهيـم بـن
موسى الرازي قال حدثني عيسى بـن يـونس عـن

بشـــــــــــير بـــــــــــن المهـــــــــــاجر
وحدثني سعيد بن نصر وعبـد الـوارث بـن سـفيان
ولفظ الحديث لهما قالا حـدثني قاسـم بـن اصـبغ
قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن
ابـي شـيبة قـال حـدثني عبـد اللـه بـن نميـر قـال
حدثني بشير بن المهاجر قال حدثني عبد اللـه بـن
بريـدة عـن ابيـه قـال جـاءت الغامديـة فقـالت يـا
رسول الله اني قد زنيت واريد ان تطهرني فردها
فلما كان الغد اتته فقالت يـا نـبي اللـه لـم تردنـي
لعلـك تريـد ان تردنـي كمـا رددت مـاعز بـن مالـك
فـــــــــــوالله انـــــــــــي لحبلـــــــــــى
فقال (اما لا فاذهبي حتى تلدي) فلما ولدت اتته
بالصـــبي فـــي خرقـــة فقـــالت هـــذا ولـــدته
قـــال (اذهـــبي فارضـــعيه حـــتى تفطميـــه)
فلما فطمته اتتـه بالصـبي وفـي يـده كسـرة خـبز
فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام
فدفع الغلام إلى رجل من المسلمين ثـم امـر بهـا
فحفـر لهـا إلـى صـدرها وامـر النـاس ان يرمـوا
واقبل خالد بن الوليد فرمى راسـها فتنضـح الـدم
علـى وجهـه فسـبها فسـمع النـبي سـبه اياهـا
فقال (مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تـابت
توبـة لـو تابهـا صـاحب مكـس لغفـر اللـه لـه)
ثم امر بها فصلى عليها ودفنت

الاستذكار ج:7 ص:472

واختلف الفقهاء في انتظـار المـراة الحامـل تقـر
على نفسها بالزنى إلى ان تضـع ولـدها وتفطمـه
فقال مالك لا تحد حتى تضـع اذا كـانت ممـن يجلـد
وان كـــان رجمـــا رجمـــت بعـــد الوضـــع
وقد روي عنه انهـا لا ترجـم حـتى تجـد مـن يكفـل
ولـــــــدها بعـــــــد الرضـــــــاعة
والمشـهور مـن مـذهبه انـه ان وجـد للصـبي مـن
يرضعه رجمت وان لم يوجد للصبي من يرضعه لـم

ترجم حتى تفطم الصبي فاذا فطم الصبي رجمت
وقال ابو حنيفة لا تحد حتى تضع فاذا كان جلدا فحتى تقال من النفاس وان كان رجما رجمت بعد الوضع
وقال الشافعي اما الجلد فيقام عليها اذا ولدت وافاقت من نفاسها واما الرجم فلا يقام عليها حتى تفطم ولدها ويوجد من يكفله اتباعا للحديث في ذلك
وبه قال احمد واسحاق
وقد روي عن الشافعي مثل قول مالك وابي حنيفة ترجم اذا وضعت
وروي ذلك عن علي في شراحة الهمذانية
وروي عن علي بن ابي طالب ايضا من ثلاثة اوجه من حديث عبد الرحمن السلمي ومن حديث ابي جميلة الطهوي ومن حديث عاصم بن ضميرة كلهم عن علي ان امة لرسول الله ﷺ وبعضهم يقول لبعض نساء رسول الله ﷺ زنت فلما ولدت امرني رسول الله ﷺ ان اجلدها بعد ما تعلت من نفاسها فجلدتها
اخبرنا احمد بن سعيد بن بشر قال حدثني بن ابي دليم قال حدثني بن وضاح قال حدثني عبد العزيز بن عمران بن مقلاص قال حدثني بن وهب قال حدثني معاوية بن صالح عن علي بن ابي طلحة قال كان بن عباس يقول في ولد الزنى لو كان شر الثلاثة لم يتان بامه ان ترجم حتى تضعه
واختلفوا في الحفر للمرجوم
فقالت طائفة يحفر له
ورووا ذلك عن علي في شراحة الهمذانية حين امر برجمها
وبه قال قتادة واليه ذهب ابو ثور
ذكر سنيد قال حدثني هشيم قال اخبرنا الاجلح

عن الشعبي قال اتي علـي بـن ابـي ط الب رضـي الله عنه بامراة يقال لها شراحة حبلى من الزنى

فقـــال لهـــا لعـــل رجلا اســـتكرهك قـــالت لا قـــال فلعـــل رجلا اتـــاك فـــي منامـــك قـــالت لا قـال فلعـل زوجـك مـن عـدونا فاتـاك سـرا فـانت تكرهيـــــــن ان تطلعينـــــــا عليـــــــه فقـــــــــــــــــــــــــــــــالت لا فـامر بهـا فحبسـت فلمـا وضـعت اخرجهـا يـوم الخميس فجلدها مائة ثم ردهـا إلـى السـجن فلمـا كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرا فادخلهـا فيه واحدق بهـا النـاس لرميهـا فقـال ليـس هكـذا الرجم اني اخـاف ان يصـيب بعضـكم بعضـا ولكـن صفوا كما تصفون للصلاة ثم قال الرجـم رجمـان رجم سر ورجـم علانيـة فمـا كـان منـه مـن اقـرار فـــاول مـــن يرجـــم الامـــام ثـــم النـــاس وما كان منه ببينة فاول من يرجم البينة ثم الامـام ثـــــــــــــــم النـــــــــــــــاس قـال وحـدثني يحيـى بـن زكريـا عـن مجالـد عـن الشعبي ان عليا رضي الله عنه حفر لشـراحة بنـت مالـــــــــك إلـــــــــى الصـــــــــرة وقـــــال مالـــــك لا يحفـــــر للمرجـــــوم وقـــال بـــن القاســـم والمرجومـــة مثلـــه وقـال ابـو حنيفـة لا يحفـر للمرجـوم وان حفـر للمرجومـــــــــــــة فحســـــــــــن وقال الشافعي ان شاء حفـر وان شـاء لـم يحفـر وقال احمـد بـن حنبـل اكـثر الاحـاديث علـى ان لا يحفـــــــــر واللـــــــــه اعلـــــــــم قال ابو عمر قد استدل بعـض اصـحابنا علـى ان لا يحفر للمرجوم بحديث بن عمر في رجم اليهوديين قال لو حفر لكل واحد منهمـا كـان احـدهما يحنـي علـــــى الاخـــــر ليقيـــــه الحجـــــارة 1526 - مالك عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبـد

الله بن عتبة بن مسعود عن ابـي هريـرة وزيـد بـن خالد الجهني انهما اخبراه ان رجلين اختصـما إلـى رسول الله ﷺ فقال احدهما يا رسـول اللـه اقـض بيننا بكتاب الله وقال الاخر وهو افقههما اجـل يـا رسول الله فاقض بيننا بكتـاب اللـه وائـذن لـي ان اتكلم قال

الاستذكار ج:7 ص:474

(تكلـم) فقـال ان ابنـي كـان عسـيفا علـى هـذا فزنـى بـامراته فـاخبرني ان علـى ابنـي الرجـم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي ثم اني سالت اهل العلم فاخبروني ان مـا علـى ابنـي جلـد مائـة وتغريب عام واخـبروني انمـا الرجـم علـى امراتـه فقـال رسـول اللـه ﷺ (امـا والـذي نفسـي بيـده لاقضين بينكما بكتاب الله اما غنمك وجاريتك فـرد عليك) وجلد ابنـه مائـة وغربـه عامـا وامـر انيسـا الاسلمي ان ياتي امراة الاخر فان اعترفت رجمها فـــــــــاعترفت فرجمهـــــــــا

قـــــال مالـــــك والعســـــيف الاجيـــــر

قـال ابـو عمـر قـد ذكرنـا الاختلاف علـى مالـك والاختلاف على بن شهاب في اسناده حـديث هـذا الباب وذكرنا من جمع فيه مع ابي هريرة وزيد بـن خالد ومن رواه فجعلـه بهـذا الاسـناد عـن زيـد بـن خالد خاصة ومن جعله عن ابي هريرة خاصـة ومـن اختصـــــر وجعلـــــه عـــــن زيـــــد

واما من جعله عن ابي هريرة فكلهم اتى به بكماله

وذكرنا ان بن عيينة ذكر فيه مع ابـي هريـرة وزيـد بن خالد شبلا فاخطا فيه لان شـبلا انمـا ذكـره بـن شـهاب فـي حـديث الامـة اذا زنـت ولـم تحصـن وقد اوضحنا ذلك كله عـن الـرواة فـي (التمهيـد) والحمـــــــــد للـــــــــه كـــــــــثيرا

قـال ابـو عمـر لـم يـذكر فـي هـذا الحـديث اقـرار

الزاني بالزنى وهو قول عقله الراوي اذ عول في تركه على علم العامة فضلا عن الخاصة انه لا يؤخذ احد باقرار ابيه عليه ولا اقرار غيره والذي تشهد له الاصول ان الابن كان حاضرا فصدق اباه فيما قال عليه ونسب إليه ولولا ذلك ما اقام رسول الله ﷺ حدا بقول ابيه لقول الله عز وجل ولا تكسب كل نفس الا عليها الانعام 164

وقد قال رسول الله ﷺ لابي زمعة في ابنه (انك لا تجني عليه ولا يجني عليك

الاستذكار ج:7 ص:475

وفي هذا الحديث دروب من العلم منها ان اولى الناس بالقضاء بينهم الخليفة اذا كان عالما بوجوه القضاء

ومنها ان المدعي اولى بالقول واحق ان يتقدم بالكلام

ومنها ان الباطل من القضاء مردود ابدا وان ما خالف السنة باطل لا ينفذ ولا يمضي

ومنها ان ما قبضه الذي يقضي به وكان القضاء خطا مخالفا للسنة المجتمع عليها لا يدخله قبضه له (في ملكه) ولا يصح ذلك له

وفيه ان العالم يفتي في مصر فيه من هو اعلم منه

الا ترى ان الصحابة كانوا يفتون في عهد رسول الله ﷺ

وروي عن عكرمة بن خالد عن بن عمر انه سئل عن من كان يفتي في زمن رسول الله ﷺ فقال ابو بكر وعمر ولا اعلم غيرهما

وقال القاسم بن محمد كان ابو بكر وعمر وعثمان وعلي يفتون على عهد رسول الله ﷺ

وروى موسى بن ميسرة عن محمد بن سهل بن

ابي حثمة عن ابيه قال كان الذين يفتون على عهد رسول الله ﷺ ثلاثة من المهاجرين عمر وعثمان وعلي وثلاثة من الانصار ابي بن كعب ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت
وروى الفضيل بن ابي عبد الله عن عبد الله بن دينار الاسلمي عن ابيه قال كان عبد الرحمن بن عوف ممن يفتي في عهد رسول الله ﷺ
وذكر الواقدي قال حدثني ايوب بن النعمان بن عبد الله بن كعب بن مالك عن ابيه عن جده عن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل يفتي في المدينة في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر
وكان عمر بن الخطاب يقول ان خرج معاذ إلى الشام لقد اخل خروجه بالمدينة واهلها فيما كان يفتيهم ولقد كنت كلمت ابا بكر ان يحبسه لحاجة الناس إليه فأبي علي وقال رجل اراد وجها يعني الشهادة لا احبسه
فقلت ان الرجل ليرزق الشهادة وهو على فراشه في عظيم عنائه عن اهل مصره
قال الواقدي قال وحدثني موسى بن علي بن رباح عن ابيه قال خطب عمر بالجابية فقال من اراد ان يسأل عن الفقه فليأت معاذ بن جبل
واما قوله في هذا الكتاب لاقضين بينكما بكتاب الله فلاهل العلم في ذلك قولان

الاستذكار ج:7 ص:476

احدهما ان الرجم في كتاب الله على مذهب من قال ان من القران ما نسخ خطه وثبت حكمه وقد اجمعوا ان من القران ما نس خ حكمه وثبت خطه وهذا في القياس مثله
وقد ذكرنا هذا المعنى في كتاب الصلاة عند قوله حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى البقرة 238 وصلاة العصر (وقوموا لله قانتين) البقرة

238
ومن ذهب هذا المذهب احتج بقول عمر الرجم في كتاب الله حق على من زنى من الرجال والنساء اذا أحصن
وقوله لولا ان يقال ان عمر زاد في كتاب الله لكتبتها الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة فانا قد قراناها
وسنذكر ما للعلماء في قول عمر هذا من التأويل في موضعه من هذا الباب ان شاء الله عز وجل
ومن حجته ايضا ظاهر هذا الحديث قوله ﷺ (والذي نفسي بيده لا قضين بكتاب الله) ثم قال لانيس (لئن اعترفت امراة هذا فارجمها) فرجمها
والقول الاخر ان معنى قوله عليه السلام (لاقضين بينكما بكتاب الله ولاحكمن بينكما بحكم الله ولاقضين بينكما بقضاء الله) وهذا جائز في اللغة
قال الله عز وجل كتاب الله عليكم النساء 24 أي حكمه فيكم وقضاؤه عليكم
على ان كل ما قضي به رسول الله ﷺ فهو حكم الله عز وجل وقد اوضحنا هذا المعنى في (التمهيد)
ومنة قول علي رضي الله عنه في شراحة الهمذانية جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ
وقد تطلق على السنة التلاوة بظاهر قول الله تعالى واذكرن ما يتلى في بيوتكن من ءايات الله والحكمة الاحزاب 34 قالوا القران والسنة
وفيه ان الزاني اذا لم يحصن حده الجلد دون الرجم وهذا ما لا خلاف بين احد من امة محمد ﷺ
قال الله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل

واحـــد منهمـــا مائـــة جلـــدة النـــور 2
واجمعوا ان الابكار داخلون في هذا الخطاب

الاستذكار ج:7 ص:477

واجمع الجمهور من فقهاء المسلمين اهل الفقـه والاثر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا ان المحصن من الزناة حده الرجم واختلفوا هل عليـه مـع ذلـك جلـــد ام لا
فقـال اكـثرهم لا جلـد علـى المحصـن انمـا عليـه الرجـــــــــــــــــــم فقـــــــــــــــــــط
ومـن حجتهـم فـي هـذا الحـديث (فـان اعـترفت فارجمهـــا) ولـــم يقـــل اجلـــدها ثـــم ارجمهـــا وممـن قـال ذلـك مالـك وابـو حنيفـة والشـافعي واصحابهم والثوري والاوزاعـي والليـث بـن سـعد والحسن بـن صـالح وبـن ابـي ليلـى وبـن شـبرمة واحمـد بـن حنبـل وابـو ثـور والطـبري كـل هـؤلاء يقـــــول لا يجتمـــــع جلـــــد ورجـــــم
وقال الحسن البصري واسحاق بـن راهـويه وداود بـــن علـــي الزانـــي المحصـــن يجلـــد ثـــم يرجـــم
وحجتهم عموم الاية في الزنـاة فـي قـوله تعـالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلده النور 2 فعـم الزنـاة ولـم يخـص محصـنا مـن غيـر محصـــن
وحديث عبادة بن الصـامت عـن النـبي ﷺ انـه قـال (خذوا عني لقد جعل الله لهن سبيلا البكـر بـالبكر جلـد مائـة ونفـي عـام والـثيب بـالثيب جلـد مائـة والرجـــــم بالحجـــــارة) (1)ـــــــ
وحـديث علـي رضـي اللـه عنـه فـي رجـم شـراحة الهمذانيـــــة بعـــــد جلـــــده لهـــــا
وروى ابو حصين واسماعيل بن ابي خالد وعلقمـة بن مرثد عن الشعبي بمعنى واحد قـال اتـي علـي بزانية فجلدها يوم الخميس ورجمهـا يـوم الجمعـة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانيـة فامـا

رجم العلانية فالشهود ثم الامام ثم الناس واما رجم السر فالاعتراف فالامام ثم الناس

وحجة الجمهور ان رسول الله ﷺ رجم ماعزا الاسلمي ورجم اليهوديين ورجم امراة من جهينة وامراة من عامر ولم يجلد واحدا منهم وقد ذكرنا الاثار بذلك في (التمهيد) فدل ذلك على ان الاية قصد بها من لم يحصن من الزناة

الاستذكار ج:7 ص:478

ورجم ابو بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يجلدا ومن اوضح شيء في هذا المعنى واصحه حديث بن شهاب في هذا الباب وفيه انه جلد البكر وغربه عاما ورجم المراة ولو جلد لنقل ذلك كما نقل انه رجمها وكانت ثيبا

وهذا كله يدل على ان حديث عبادة منسوخ لانه كان في حين نزول الاية في الزناة وذلك ان الزناة كانت عقوبتهم اذا شهد عليهم اربعة من العدول ان يمسكوا في البيوت إلى الموت او يجعل الله لهن سبيلا فلما نزلت اية الجلد التي في سورة النور قام ﷺ فقال (خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا) الحديث كما ذكرناه من حديث عبادة فكان هذا في اول الامر ثم رجم رسول الله ﷺ جماعة ولم يجلد مع الرجم فعلمنا ان هذا حكم احدثه الله تعالى نسخ به ما قبله

ومثل هذا كثير في احكامه عز وجل واحكام رسول الله ﷺ ليبتلي عبادة وانما يؤخذ بالاحدث فالاحدث من امره ﷺ

ذكر عبد الرزاق (1) عن معمر عن الزهري انه كان ينكر الجلد مع الرجم ويقول رجم رسول الله ﷺ ولم يجلد

وعن الثوري عن مغيرة عن ابراهيم قال ليس

على المرجوم جلد بلغنا ان عمر رجم ولم يجلد قال ابو عمر قد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه انه رجم ولم يجلد اثارا كثيرة في (التمهيد) وفي هذه المسالة قول ثالث وهو ان الثيب من الزناة ان كان شابا رجم وان كان شيخا جلد ورجم وقاله مسروق وقالت به فرقة من اهل الحديث وهو قول ضعيف لا اصل له وقد ذكرنا الاسانيد بذلك عن مسروق في (التمهيد) فهذا ما للجماعة اهل السنة من الاقاويل في هذا الباب

واما اهل البدع والخوارج منهم ومن جرى مجراهم من المعتزلة فانهم لا يرون الرجم على زان محصن ولا غير محصن ولا يرون على الزناة الا الجلد

الاستذكار ج:7 ص:479

وليس عند احد من اهل العلم ممن يعرج على قولهم ولا يعدون خلافا

وروى حماد بن زيد وحماد بن سلمة وهشيم والمبارك بن فضالة واشعث كلهم عن علي بن زيد وحماد بن سلمة عن يوسف بن مهران عن بن عباس قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول ايها الناس ان الرجم حق فلا تخدعن عنه فان رسول الله ﷺ قد رجم وكذلك ابو بكر ورجمنا بعدهما وسيكون قوم من هذه الامة يكذبون بالرجم وبالدجال وبطلوع الشمس من مغربها وبعذاب القبر وبالشفاعة وبقوم يخرجون من النار بعد ما امتحشوا (1)

قال ابو عمر الخوارج والمعتزلة يكذبون بهذا كله عصمنا الله من الضلال برحمته

واما قوله وجلد ابنه مائة وغربه عاما فلا خلاف بين علماء المسلمين ان ابنه كان بكر وان الجلد حد البكر مائة جلدة واختلفوا في التغريب

فقال مالك ينفى الرجل ولا تنفى المراة ولا العبد ومن نفي حبس في الموضع الذي نفي إليه وقال الاوزاعي لا تنفى المراة وينفى الرجل وقال ابو حنيفة واصحابه لا نفي على زان وانما عليه الحد رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا وقال مالك والشافعي واصحابه والحسن بن حي ينفى الزاني اذا جلد الحد رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا

واختلف قول الشافعي في نفي العبيد فقال مرة استخير الله في نفي العبيد وقال مرة ينفى العبد نصف سنة وقال مرة اخرى سنة إلى غير بلده وبه قال الطبري

قال ابو عمر من حجة من غرب الزناة مع حديثنا هذا وقوله فيه وجلد ابنه مائة وغربه عاما حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ انه قال (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) (2) لم يخص عبدا من حر

الاستذكار ج:7 ص:480

حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني احمد بن زهير وبكر بن حماد قال احمد حدثني ابي وقال بكر حدثني مسدد قال حدثني يحيى القطان عن بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن بن حطان بن عبد الله الرقاشي عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله ﷺ خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر جلد مائة ثم نفي سنة

وحديث بن عمر ان النبي ﷺ ضرب وغرب وان ابا بكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب وقد ذكرت اسناده في (التمهيد) وحجة من لم ير النفي على العبيد حديث ابي

هريرة في الامة عن النبي ﷺ ذكر فيه الحد دون النفي
ومن راى نفي العبيد زعم ان حديث الامة معناه التاديب لا الحد
وحجة من لم ير نفي النساء ما يخشى عليهن من الفتنة
وروي عن علي رضي الله عنه انه لم ير نفي النساء
ومن حجة من لم ير النفي على الزاني ذكرا ولا انثى حرا ولا عبدا ان الله عز وجل ذكر الجلد ولم يذكر نفيا
وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وغيره ذكر عبد الرزاق (1) عن معمر عن الزهري عن بن المسيب قال غرب عمر بن الخطاب ربيعة بن امية بن خلف في الخمر إلى خيبر فلحق بهن قال وقال عمر لا اغرب مسلما بعدها ابدا قال ولو كان النفي حدا ما تركه عمر قال ابو عمر يحتمل ان يكون عمر قال ذلك في حد الخمر لانه ماخوذ اجتهادا وقد صح عنه انه نفى في الزنى من طرق شتى
وروى عبد الرزاق (2) عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم قد قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال فقال علي حسبهما من الفتنة ان ينفيا قال ابو عمر قد ثبت عن ابي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم انهم

الاستذكار ج:7 ص:481

غربوا ونفوا في الزنى باسانيد احسن من التي ذكرها الكوفيون
منها ما رواه عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر ان النبي ﷺ ضرب وغرب وان ابا بكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب (1)

الا انه قد اختلف في اسناد هذا الحديث فاضطرب في رفعه واتصاله
وروى ايوب وعبيد الله عن نافع عن بن عمر ان عمر نفى إلى فدك
وعن الثوري عن ابي إسحاق ان عليا نفى من الكوفة إلى البصرة
وقال معمر بن جريج سئل بن شهاب إلى كم ينفى الزاني
فقال عمر نفاه من المدينة إلى البصرة ومن المدينة إلى خيبر
وقال بن جريج قلت لعطاء نفي من مكة إلى الطائف
قال حسبه ذلك
وفي الحديث ايضا قوله ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامراته
وهذا قذف منه للمراة الا انها لما اعترفت بالزنى سقط حكم قذفها
وقد اختلف قول العلماء في من أقر بالزنى بامرأة بعينها وجحدت
قال مالك يقام عليه حد الزنى وان طلبت حد القذف اقيم عليه ايضا
قال وكذلك لو قالت زنى بي فلان وجحد حدت للقذف ثم للزنى
وبهذا قال الطبري
وقال ابو حنيفة لا حد عليه للزنى وعليه حد القذف ولها مثل ذلك ان قالت مثل ذلك لانه لا يجتمع عنده الحدان
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يحد من اقر منهما للزنى فقط لانا قد احطنا علما انه لا يجب عليه الحدان جميعا لانه ان كان زانيا فلا حد على قاذفه فاذا اقيم عليه حد الزنى لم يقم عليه حد القذف
وقال الاوزاعي يحد للقذف ولا يحد للزنى

وقال بن ابي ليلى اذا اقر هو بالزنى وجحدت هي جلد وان كان محصنا لم يرجم وفي هذا الحديث ايضا ان للامام ان يسال المقذوف فان اعترف اقام عليه الواجب وان لم يعترف وطلب القاذف اخذ له بحده وهذا موضع اختلف فيه الفقهاء

الاستذكار ج:7 ص:482

فقال فيه مالك لا يحد الامام القاذف حتى يطالبه المقذوف الا ان يكون الامام سمعه فيحده ان كان معه شهود غيره عدول قال ولو ان الامام شهد عنده شهود عدول على قاذف لم يقم الحد حتى يرسل إلى المقذوف وينظر ما يقول لعله يريد سترا على نفسه وقال ابو حنيفة واصحابه والاوزاعي والشافعي لا يحد القاذف الا بمطالبة المقذوف واما قوله (واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها) فانه اقامه مقام نفسه في ذلك وسبيله في ما امره به سبيل الوكيل ينفذ لما امره به موكله وفي هذا الحديث معان قد ذكرتها في (التمهيد) وذكرت وجه كل معنى منها وموضع استنباطه من الحديث لم ار لذكرها ها هنا وجها لان كتابي ها هنا لم يكن الغرض فيه والمقصد الا ايراد ما اختلف فيه العلماء من المعاني التي رسمها الموطا

واما قول مالك العسيف الاجير فهو كما قال عند اهل العلم باللغة في معنى هذا الحديث وقد يكون العسيف العبد ويكون السائل قال المرار الجلي يصف كلبا (الف الناس فما ينبحهم

من عسيف يبتغي الخير وحر (1) ( )

يعني من عبد وحر

وقال ابو عمرو الشيباني في حديث

النبي انه نهى عن قتل العسفاء والوصفاء في سرية بعثها (2) قال العسفاء الاجراء هو كما قال مالك رحمه الله وقال ابو عبيد وقد يكون العسيف الاسيف وهو الحزين

الاستذكار ج:7 ص:483

1528 - مالك عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن عباس انه قال سمعت عمر بن الخطاب يقول الرجم في كتاب الله حق على من زنى من الرجال والنساء اذا احصن (1) اذا قامت البينة او كان الحبل (2) او الاعتراف

قد مضى في هذا الباب من اثبات الرجم على من احصن من الزناة الاحرار ما اغنى عن اعادته هنا واختلف الفقهاء في حد الاحصان الموجب للرجم فجملة مذهب مالك في ذلك ان يكون الزاني حرا مسلما بالغا عاقلا قد وطىء قبل ان يزني وطئا مباحا في عقد نكاح صحيح ثم زنى بعد ذلك فاذا كان هذا وجب الرجم

ولا يثبت لكافر ولا لعبد عنده احصان كما لا يثبت عند الجميع لصبي ولا مجنون احصان وكذلك الوطء المحظور كالوطء في الحج وفي الصيام وفي الاعتكاف وفي الحيض لا يثبت به عنده احصان

والامة والكافرة والصغيرة لا تحصن الحر المسلم عند مالك لانه لا يجتمع فيهن شروط الاحصان وهذا كله مذهب مالك واصحابه واما ابو حنيفة واصحابه فحد الاحصان عندهم على ضربين

احدهما احصان يوجب الرجم يتعلق بست شروط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والنكاح الصحيح

والدخول ولا يراعون وطئا محظورا مع ذلك ولا مباحا
والاخر احصان يتعلق به حد القذف له خمس خصال عندهم الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والعفة

الاستذكار ج:7 ص:484

وروى ابو يوسف عن بن ابي ليلى قال اذا زنى اليهودي او النصراني بعد ما احصنا فعليهما الرجم

قال ابو يوسف وبه ناخذ فالاحصان عند هؤلاء له اربعة شروط الحرية والبلوغ والعقل والوطء في النكاح الصحيح ونحو هذا قول الشافعي واحمد بن حنبل قال الشافعي اذا دخل الرجل بامراته وهما حران ووطئها فهذا احصان مسلمين كانا في حين الزنى بالغين
واختلف اصحابه على اربعة اوجه فقال بعضهم اذا تزوج العبد او الصبي ووطىء فذلك احصان اذا زنى بعد البلوغ والحرية وقال بعضهم لا يكون واحد منهم محصنا كما قال مالك
وقال بعضهم اذا تزوج الصبي الحر احصن فاذا بلغ وزنى رجم والعبد لا يحصن حتى يعتق بالغا ويزني بعد
وقال بعضهم اذا تزوج الصبي لم يحصن واذا تزوج العبد احصن
وقالوا جميعا الوطء الفاسد لا يقع به احصان وقد تقدم في كتاب النكاح من اقوال العلماء في الاحصان اكثر من هذا وتقصينا ذلك في (التمهيد)
واما قوله في هذا الحديث عن عمر رضي الله عنه (او قامت عليه البينة او كان الحبل او الاعتراف) فاجمع العلماء ان البينة في الزنى اربعة شهداء

رجال عدول يشهدون بالصريح من الزنى لا بالكناية وبالرؤية كذلك والمعاينة ولا يجوز عند الجميع في ذلك شهادة النساء فاذا شهد بذلك من وصفنا على من احصن كما ذكرنا وجب الرجم على ما قال عمر رضي الله عنه واما الاعتراف فهو الاقرار من البالغ العاقل بالزنى صراحا لا كناية فاذا ثبت على اقراره ولم ينزع عنه وكان محصنا وجب عليه الرجم وان كان بكرا جلد مائة وهذا كله لا خلاف فيه بين العلماء واما الحمل الظاهر للمراة ولا زوج لها يعلم فقد اختلف العلماء في ذلك

الاستذكار ج:7 ص:485

فقالت طائفة الحبل والاعتراف والبينة سواء في ما يوجب الحد في الزنى على حديث عمر هذا في قوله اذا قامت عليه البينة او كان الحبل او الاعتراف فسواء في ذلك في ما يوجب الرجم على من احصن فوجبت التسوية بذلك وممن قال ذلك مالك بن انس في ما ذكر عنه بن عبد الحكم وغيره وذكره في (موطئه) قال اذا وجدت المراة حاملا فقالت تزوجت او استكرهت لم يقبل ذلك منها الا بالبينة على ما ذكرت الا ان تكون جاءت تستغيث وهي تدمى او نحو ذلك من فضيحة نفسها فان لم يكن ذلك اقيم عليها الحد وقال بن القاسم اذا كانت طارئة غريبة فلا حد عليها

وهو قول عثمان البتي

وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما لا حد عليها الا ان تقر بالزنى او يقوم عليها بذلك بينة ولم يفرقوا بين طارئة وغير طارئة لان الحمل دون اقرار ولا بينة ممكن ان تكون المراة في ما ادعته من النكاح او الاستكراه صادقة والحدود لا تقام الا باليقين بل تدرا بالشبهات فان احتج محتج بحديث عمر المذكور وتسويته فيه

بين البينة والاقرار والحبل قيل له قد روي عنه خلاف ذلك من رواية الثقات ايضا وروى شعبة بن الحجاج عن عبد الملك بن ميسرة عن نزال بن صبرة قال اني لمع عمر رضي الله عنه بمنى اذا بامراة ضخمة حبلى قد كاد الناس ان يقتلوها من الزحام وهي تبكي فقال لها عمر ما يبكيك ان المراة ربما استكرهت فقالت اني امراة ثقيلة الراس وكان الله عز وجل يرزقني من الليل ما شاء الله أن يرزقني فصليت ونمت فوالله ما استيقظت الا ورجل قد ركبني ومضى ولا ادري أي خلق الله هو فقال عمر لو قتلت هذه خفت على من بين الاخشبين النار ثم كتب إلى الامراء الا لا تعجلوا احدا الا باذنه 1529 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابي واقد

الاستذكار ج:7 ص:486

الليثي ان عمر بن الخطاب اتاه رجل وهو بالشام فذكر له انه وجد مع امراته رجلا فبعث عمر بن الخطاب ابا واقد الليثي إلى امراته يسالها عن ذلك فاتاها وعندها نسوة حولها فذكر لها الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب واخبرها انها لا تؤخذ بقوله وجعل يلقنها اشباه ذلك لتنزع (1) فابت ان تنزع وتمت (2) على الاعتراف فامر بها عمر فرجمت

قال ابو عمر قد تقدم القول في معنى هذا الحديث كله في هذا الباب فلا معنى لاعادته وقد روى هذا الحديث نافع مولى بن عمر عن سليمان بن يسار ان رجلا جاء إلى عمر وهو بالجابية فقال يا امير المؤمنين انه وجد عبده على امراته فقال له عمر انظر ماذا تقول فانك ماخوذ بما تقول قال نعم فقال عمر لابي واقد وذكر معنى حديث مالك

ذكره سنيد عن حجاج عن صخر بن جويرية عن نافع
وراه معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابي واقد الليثي قال اني لمع عمر بالجابية إذ جاءه رجل فقال عبدي زنى بامراتي وهي هذه تعترف قال ابو واقد فارسلني عمر اليها في نفر من قومه وذكر تمام الخبر
1530 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه سمعه يقول لما صدر عمر بن الخطاب من منى اناخ (3) بالابطح ثم كوم (4) كومة (5) بطحاء (6) ثم طرح عليها رداءه واستلقى ثم مد يديه إلى السماء فقال اللهم كبرت سني وضعفت قوتي وانتشرت رعيتي (7) فاقبضني اليك غير مضيع ولا مفرط ثم قدم المدينة فخطب الناس فقال ايها الناس قد سنت لكم السنن وفرضت لكم الفرائض وتركتم على الواضحة (8) الا ان تضلوا بالناس يمينا وشمالا وضرب

باحدى يديه على الاخرى ثم قال اياكم ان تهلكوا عن اية الرجم ان يقول قائل لا نجد حدين في كتاب الله فقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا والذي نفسي بيده لولا ان يقول الناس زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله تعالى لكتبتها الشيخ والشيخة فارجموهما البتة فانا قد قراناها
قال مالك قال يحيى بن سعيد قال سعيد بن المسيب فما انسلخ ذو الحجة حتى قتل عمر رحمه الله
قال يحيى سمعت مالكا يقول قوله الشيخ والشيخة يعني الثيب والثيبة (فارجموهما البتة)
قال ابو عمر هذا حديث صحيح الاسناد يستند منه قوله (رجم رسول الله ﷺ)

وقد سمعه سعيد بن المسيب من عمر في قول جماعة من اهل العلم وشهد معه هذه الحجة وسمعه يقول عند رؤيته البيت وعند طوافه كلاما حفظه عنه قد ذكرته في (التمهيد)
وكان علي بن المديني يصحح سماع سعيد بن المسيب من عمر بن الخطاب
وكان بن معين ينكره ويقول كان غلاما في زمان عمر بن الخطاب لانه ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر
قال ابو عمر كان سعيد بن المسيب حافظا ذكيا عالما وكانت سنة في حجة عمر هذه ثمانية اعوام ونحوها ومن دون هذا السن يحفظ اكثر من هذا روى شعبة عن اياس بن معاوية قال قال لي سعيد بن المسيب ممن انت قلت من مزينة قال اني لاذكر اليوم الذي نعى فيه عمر بن الخطاب النعمان بن مقرن المزني إلى الناس على المنبر رواه جماعة من حفاظ اصحاب شعبة عن شعبة وروى الاصمعي قال حدثني طلحة بن محمد بن سعيد بن المسيب عن سعيد بن المسيب قال كنت في الغلمة الذين جروا جعدة العقيلي إلى عمر وقال الحسن الحلواني حدثني اسباط عن الشيباني عن بكير بن الاشج عن سعيد بن المسيب قال سمعت عمر على المنبر يقول لا اجد احدا جامع ولم يغتسل انزل او لم ينزل الا عاقبته

الاستذكار ج:7 ص:488

قال ابو عمر هذه الاثار اصح من حديث بن لهيعة عن بكير بن الاشج قال قيل لسعيد بن المسيب ادركت عمر بن الخطاب وكان يحيى بن معين ينكر سماعه من عمر وروايته له وليس الانكار بعلم
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني عبد الصمد قال حدثني شعبة عن قتادة قال قلت

لسعيد بن المسيب رايت عمر بن الخطاب قال نعم
قال بن وضاح ولد سعيد بن المسيب لسنتين مضتا من خلافة عمر وسمع منه كلامه الذي قال حين نظر إلى الكعبة
اللهم انت السلام ومنك السلام فحينا ربنا بالسلام
كذلك قال بن كاسب وغير واحد ممن لاقيت
قال ابو عمر ليس في قول عمر رضي الله عنه فاقبضني اليك غير مضيع ولا مفرط خلافا لما روي عن النبي ﷺ في قوله (لا يتمنين احدكم الموت لضر نزل به) (1) لان هذا دعاء كان من عمر شفقة على دينه وخوفا من ان تدركه فتنة تصده عن القيام بامور الناس في دنياهم ودينهم مما ادخل فيه نفسه
وانما نهى النبي ﷺ عن تمني الموت عند نزول المصائب وحلول البلاء تسخطا للقضاء وقلة رضى وعدم صبر على الاذاء
واما اذا كان ذلك شحا من المرء على دينه وخوفا من ان يفتن لما يرى من عموم الفتن فليس ذلك من معنى ما نهى عنه النبي ﷺ
الا ترى إلى قول معاذ بن جبل لما راى ما راى وعلم ما علم من اقبال

الاستذكار ج:7 ص:489

الفتن قال في طاعون عمواس يا طاعون خذني اليك تمنيا للموت فمات في ذلك الطاعون
وما زال الانبياء والصالحون يخافون الفتنة في الدين على انفسهم ويتمنون من اجل ذلك الموت على خير ما هم عليه
قال ابراهيم الخليل عليه السلام واجنبني وبني ان نعبد الاصنام ابراهيم 35

وقال يوسف عليه السلام توفني مسلما والحقني بالصـــــــــالحين يوســـــــــف 101
قال ابو عمر قد تقدم فـي هـذا البـاب مـن القـول في الرجم وثبوته عند اهل العلم في السـنة وفـي الكتـاب المحكـم المعمـول بـه عنـد جماعـة منهـم بشهادة الاثار الصحاح بذلك ما فيه - والحمـد للـه - كفايـــة
حدثنا عبد الوارث بن سـفيان قـال حـدثني قاسـم بن اصبغ قال حـدثني بكـر بـن حمـاد قـال حـدثني مســـدد
وحدثني احمد بـن قاسـم قـال حـدثني قاسـم بـن اصبغ قـال حـدثني الحـارث بـن ابـي اسـامة قـال حدثني إسحاق بن عيسى قالا جميعا حدثني حمــاد بن زيـد - واللفـظ لحـديث مسـدد - وهـو اتـم عـن حديث بن زيد عن يوسف بن مهران عن بن عبـاس قال سمعت عمر بن الخطاب يخطـب ايهـا النـاس ان الرجـم حـق فلا تخـدعن عنـه وان ايـة ذلـك ان رسول الله ﷺ قد رجم وان ابا بكر قد رجم وانا قـد رجمنا بعدهما وسيكون قوم من هذه الامة يكذبون بـــالرجم ويكـــذبون بالـــدجال ويكـــذبون بطلـــوع الشـــمس مـــن مغربهـــا ويكـــذبون بعـــذاب القـــبر ويكذبون بالشفاعة ويكذبون بقـوم يخرجـون مـن النـــــار بعـــــد مـــــا امتحشـــــوا (1)ـــــ
قال ابو عمـر الخـوارج كلهـا وكـثير مـن المعتزلـة يكذبون بهذا كله - والله اساله التوفيق لما يرضـاه مـــــــــــن عصـــــــــــمته ورحمتـــــــــــه
حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسـم بـن اصـبغ قـال حـدثني قاسـم بـن إســماعيل قــال حــدثني الحميــدي قــال حــدثني سفيان بن عيينة قـال اخبرنـا معمـر عـن الزهـري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبـة عـن بـن عبـاس

قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول ان الله عز وجل

بعث محمدا عليه السلام بالحق وانزل عليه الكتاب وكان في ما انزل عليه اية الرجم فرجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده (1)

قال سفيان قد سمعته من الزهري بطوله وحفظ بعضه وسقط عليه منه ما سمعه من معمر عنه قال ابو عمر يعني حديث السقيفة سمعه من الزهري بطوله وحفظ بعضه وسقط عليه منه ما سمعه عن معمر عنه

1531 - مالك انه بلغه ان عثمان بن عفان اتي بامراة قد ولدت في ستة اشهر فامر بها ان ترجم فقال له علي بن ابي طالب ليس ذلك عليها ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه وحمله وفصله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اردا ان يتم الرضاعة البقرة 233 فالحمل يكون ستة اشهر فلا رجم عليها فبعث عثمان بن عفان في اثرها فوجدها قد رجمت

قال ابو عمر رواه بن ابي ذئب وذكره في (موطئه) عن زيد بن عبد الله بن قسيط عن نعجة الجهيني قال تزوج رجل منا امراة فولدت لستة اشهر فاتى عثمان فذكر ذلك له فامر برجمها فاتاه علي فقال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 وقال عز وجل وفصاله في عامين لقمان 14

قال ابو عمر يختلف اهل المدينة في رواية هذه القصة

فمنهم من يرويها لعثمان مع علي كما رواها مالك وبن ابي ذئب

ومنهم من يرويها عن عثمان عن بن عباس

واما اهل البصرة فيرونها لعمر بن الخطاب مع علي بن ابي طالب
فاما رواية أهل المدينة فذكرها معمر عن الزهري عن ابي عبيد
مولى عبد الرحمن بن عوف قال رفعت إلى عثمان امراة ولدت لستة اشهر فقال انها رفعت الي امراة لا اراها الا جاءت بشر ولدت لستة اشهر فقال له بن عباس اذا اتمت الرضاع كان الحمل ستة اشهر قال وتلا بن عباس وحمله وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 فاذا اتمت الرضاع كان الحمل ستة اشهر

وهذا الاسناد لا مدفع فيه من رواية اهل المدينة وقد خالفهم في ذلك ثقات اهل مكة فجعلوا القصة لابن عباس مع عمر
وروى بن جريج قال اخبرني عثمان بن ابي سليمان ان نافع بن جبير اخبره ان بن عباس اخبره قال اني لصاحب المراة التي اتي بها عمر وضعت لستة اشهر فانكر الناس ذلك قال قلت لعمر لم تظلم قال كيف قال قلت اترى وحملة وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة البقرة 233 قال كم الحول قال سنة قلت وكم السنة قال اثنا عشر شهرا قال فاربعة وعشرون شهرا حولان كاملان ويؤخر الله عز وجل من الحمل ما شاء ويقدم ما يشاء قال فاستراح عمر إلى قولي (1)
وروي من حديث الكوفيين نحو ما رواه المدنيون في عثمان
ذكر عبد الرزاق (2) عن الثوري عن الاعمش عن ابي الضحى عن قائد لابن عباس كنت معه فاتي عثمان بامراة وضعت لستة اشهر فامر برجمها فقال له بن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله

خصمتكم قال الله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 والحمل ستة اشهر والرضاع سنتان قال فدرا عنها الحد قال ابو عمر هذا خلاف ما ذكره مالك ان عثمان بعث في اثرها فوجدها قد رجمت وقد صحح عكرمة القصتين لعمر وعثمان ايضا ذكره عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم عن عكرمة وذكره غير واحد عن الزهري باسناده عن عكرمة ان عمر اتي بمثل التي اتي بها عثمان فقال فيها على نحو مما قال بن عباس واما رواية اهل البصرة فذكر عبد الرزاق (3) عن عثمان بن مطر عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن ابي حرب بن ابي الاسود الديلي عن ابيه قال رفع إلى عمر امراة ولدت لستة اشهر فاراد عمر ان يرجمها فجاءت اختها إلى علي بن ابي طالب فقالت ان عمر يريد ان يرجم اختي فانشدك الله ان كنت تعلم لها عذرا لما اخبرتني به فقال لها علي فان لها عذرا فكبرت تكبيرة فسمعها

الاستذكار ج:7 ص:492

ومن عنده فانطلقت إلى عمر وقالت ان عليا زعم ان لاختي عذرا فارسل عمر إلى علي ما عذرها فقال ان الله عز وجل يقول والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين البقرة 233 وقال عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 فحمله ستة اشهر والفصال اربعة وعشرون شهرا قال فخلى عمر سبيلها قال ثم انها ولدت بعد ذلك لستة اشهر
وروى معمر عن قتادة قال رفع إلى عمر امراة ولدت لستة اشهر بمعنى ما تقدم لم يجاوز به قتادة يوما إلى اخره
ومن وصله حجة عليه
قال ابو عمر لا اعلم خلافا بين اهل العلم في ما قاله علي وبن عباس في هذا الباب في اقل

الحمـــــــل وهـــــــو اصـــــــل واجمـــــــاع
وفـي الخـبر بـذلك فضـيلة كـبيرة وشـهادة عادلـة لعلي وبن عباس في موضعهما من الفقه في دين اللـه عـز وجـل والمعرفـة بكتـاب اللـه عـز وجـل مالك (1) انه سـال بـن شـهاب عـن الـذي يعمـل عمـل قـوم لـوط فقـال بـن شـهاب عليـه الرجـم احصـــــــــن او لـــــــــم يحصـــــــــن
قال ابو عمر قد اختلف عـن بـن شـهاب فـي هـذه المسالة لاختلاف قوله فيها والرواة لها عنه كلهـم ثقـــات
روى بن ابـي ذئـب ومعمـر عنـه فـي اللـوطي انـه كـالزاني يجلـد ان كـان بكـرا ويرجـم ان كـان ثيبـا محصـــنا
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني معن بن ابـي عيسى عن بن ابي ذئـب عـن الزهـري قـال يرجـم اللوطي اذا كان محصـنا واذا كـان بكـرا جلـد مائـة ويغلـــظ عليـــه فـــي الحبـــس والنفـــي
قـال ابـو عمـر هـذا قـول عطـاء ومجاهـد وقتـادة وابراهيم النخعي وسعيد بن المسيب والحسن بـن ابي الحسـن لـم يختلـف عـن واحـد مـن هـؤلاء ان اللوطي حده حد الزاني الا ابراهيم النخعي فـروي عنـــــــــــــــه ثلاث روايـــــــــــــات احـــــــــــــــدها هـــــــــــــــذه
والثانية انه يرجم على كل حال قال ولو كـان احـد يرجم مرتين رجم هذا

الاستذكار ج:7 ص:493

والثالثـــــة انـــــه يضـــــرب دون الحـــــد
وهو قول الحكم بن عتيبة ولا اعلم احدا قاله قبـل الحكـم بـن عتيبـة الا الروايـة عـن ابراهيـم
واصـح الروايـات فيـه عـن ابراهيـم انـه كـالزاني وهو قول الشافعي وابي يوسف ومحمد والحسـن بن حي وعثمان البتي وابي ثور واحمـد بـن حنبـل في احدى الروايتين عنـه كـل هـؤلاء حـد اللـوطي

عندهم حد الزاني يرجم ان كـان محصـنا وان كـان بكـــــــــــــــــرا جلـــــــــــــــــد
وقال مالك واصحابه يرجم اللوطي ويقتل بالرجم احصـــــــــن او لـــــــــم يحصـــــــــن
وهـــــــو قـــــــول بـــــــن عبـــــــاس
وروي ذلك عن علـي بـن ابـي طـالب وعثمـان بـن عفـــــــــــــــــــــــــــــــــــــان
وروي عن ابي بكـر الصـديق انـه امـر بـاحراق مـن فعـــــــــــــل ذلـــــــــــــك
وممن قال بقول مالك في اللوطي يرجـم احصـن او لـم يحصـن جـابر بـن زيـد ابـو الشـعثاء وعـامر الشـــــــــــــــــــــــــــــــــــــعبي
وبه قال الليث بن سعد واسحاق بن راهوية واحمد فـــــــــــــــي روايـــــــــــــــة
قـال ابـو عمـر هـذا القـول اعلـى لانـه روي عـن الصحابة ولا مخالف له منهـم وروي عـن النـبي
وهـــو الحجـــة فيمـــا تنـــازع فيـــه العلمـــاء
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني وكيع عن بـن ابي ليلى عن القاسم بن الوليد عن يزيد بن قيـس ان عليـــــــــا رجـــــــــم لوطيـــــــــا
قال وحدثني وكيع قال وحـدثني محمـد بـن قيـس عن ابي حصين ان عثمان اشرف على النـاس يـوم الدار فقال اما علمتم انه لا يحـل دم امـرئ مسـلم الا بأربعة رجل عمل عمـل قـوم لـوط او ارتـد بعـد الايمان او زنى بعد احصـان او قتـل نفسـا مؤمنـة بغيـــــــــــــــــــــر حـــــــــــــــــــــق
قال وحدثني غسان بن نصر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل بن عباس ما حد اللوطي قال ينظر إلى اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثـــــــــم يتبـــــــــع بالحجـــــــــارة
قال وحدثني محمد بن بكر قال حـدثني بـن جريـج قال اخبرني بن خيثم عن مجاهد وسعيد بـن جـبير

انهما سمعا بن عباس يقول في الرجل يؤخذ على اللوطية انه يرجم

الاستذكار ج:7 ص:494

قال ابو عمر اما الاثار المسندة المرفوعة إلى النبي ﷺ في هذا الباب فأحسنها حديث عكرمة عن بن عباس رواه عن عكرمة داود بن حصين وعمرو بن ابي عمرو مولى المطلب ومثله او نحوه حديث جابر وحديث ابي هريرة قال حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني إسماعيل بن إسحاق قال حدثني إسحاق بن محمد قال حدثني ابراهيم بن إسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس ان رسول الله ﷺ قال (من وقع على رجل فاقتلوه) يعني عمل قوم لوط وحدثاني قال حدثني قاسم قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني ابراهيم بن إسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس ان النبي ﷺ قال (اقتلوا الفاعل والمفعول به) يعني في اللوطة وذكره عبد الرزاق قال اخبرنا ابراهيم من محمد قال حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس قال قال رسول الله ﷺ (اقتلوا الفاعل والمفعول به) الذي يعمل عمل قوم لوط (1) واخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني النفيلي قال حدثني عبد العزيز بن محمد قال حدثني عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة عن بن عباس قال قال رسول الله (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به) (2) قال ابو داود ورواه سليمان بن بلال عن عمرو بن

ابي عمرو مثله ورواه عباد بن منصور عن عكرمة عن بن عباس
واما حديث جابر فحدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني محمد بن ادم قال حدثني المحاربي عن عبد الله بن كثير عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ (من عمل عمل قوم لوط فاقتلوه

الاستذكار ج:7 ص:495

واما حديث ابي هريرة فرواه عاصم بن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عن النبي - ﷺ قال (الذي يعمل عمل قوم لوط ارجموا الاعلى والاسفل ارجموهما جميعا) قال ابو عمر عاصم بن عمر هذا هو اخو عبيد الله وعبد الله ابني عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب وهو ضعيف وهو مجهول وقال ابو حنيفة وداود يعذر اللوطي ولا حد عليه الا الادب والتعزير الا ان التعذير عند ابي حنيفة اشد الضرب

وحجتهم قول رسول الله ﷺ (لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان او زنى بعد احصان أو قتل نفس بغير حق) (1)ـ وهذا حديث قيل في وقت ثم نزل بعده اباحة دم الساعي بالفساد في الارض وقاطع السبيل وعامل عمل قوم لوط ومن شق عصى المسلمين

وقد قال رسول الله ﷺ (اذا بويع لخليفتين فاقتلوا الاخر منهما) (2) وجاء النص فيمن عمل عمل قوم لوط (فاقتلوه) وهذا من نحو قول الله عز وجل لا اجد في ما اوحى إلى محرما على طاعم يطعمه الانعام 145 ثم حرم الله عز وجل بعد ذلك اشياء كثيرة في

كتابه او على لسان نبيه منها ان اللوطي زان واللواط زنى واقبح من الزنى وبالله التوفيق

وقد روي عن النبي ﷺ انه قال (لعن الله من عمل عمل قوم لوط لعن الله من عمل عمل قوم لوط لعن الله من عمل عمل قوم لوط) (3) ولم يبلغنا انه لعن الزاني بل امر بالستر عليه واولى الناس ان يقول اللواط كالزنى من اجاز وطء الدبر من الزوجات والاماء وهو عندنا غير جائز - والحمد لله - بموضع الاذى كالحيض من النساء وبالله توفيقنا

الاستذكار ج:7 ص:496

1 (2 - باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنى)

1532 - مالك عن زيد بن اسلم ان رجلا اعترف على نفسه بالزنى على عهد رسول الله ﷺ فدعا له رسول الله ﷺ بسوط (1) فأتي بسوط مكسور فقال (فوق هذا) فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته (2) فقال (دون هذا) فأتي بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله ﷺ فجلد ثم قال (ايها الناس قد ان لكم ان تنتهوا عن حدود الله من اصاب من هذه القاذورات (3) شيئا فليستتر بستر الله فانه من يبدي لنا صفحته (4) نقم عليه كتاب الله

قال ابو عمر لم يختلف عن مالك في ارسال هذا الحديث ولا اعلمه يستند بهذا اللفظ من وجه من الوجوه

وقد ذكر بن وهب في (موطئه) عن مخرمة بن بكير عن ابيه قال سمعت عبيد الله بن مقسم يقول سمعت كريبا مولى بن عباس او حدثت عنه

انه قال اتى رجل النبي ﷺ فاعترف على نفسه بالزنى ولم يكن الرجل احصن فأخذ رسول الله ﷺ سوطا فوجد راسه شديدا فرده ثم اخذ سوطا فوجد راسه لينا فأمر رجلا من القوم فجلده مائة جلدة ثم قام على المنبر فقال (ايها الناس اتقوا الله واستتروا بستر الله) وقال (انظروا ما كره الله لكم فاجتنبوه) او قال (احذروا ما حذركم الله من الاعمال فاجتنبوه انه ما نؤتي به من امرئ) قال بن وهب معناه نقم عليه كتاب الله قال ابو عمر هذا معنى حديث قول مالك وإن كان خلاف لفظه وفيه كراهة الاعتراف بالزنى وحب الستر على نفسه والفزع إلى الله عز وجل في التوبة وقد

تقدم هذا المعنى في الباب قبل هذا وتقدم كثير من معاني هذا الحديث في ذلك الباب والحمد لله وفي حديث هذا الباب ايضا ان السلطان اذا اقر عنده المقر بحد من حدود الله عز وجل ثم لم يرجع عنه لزمه اقامة الحد عليه ولم يجز له العفو عنه

وقد ذكرنا في فضل الستر على المسلم وستر المرء على نفسه احاديث كثيرة في (التمهيد) منها ما حدثني احمد بن عمر قال حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن فطيس قال حدثني مالك بن عبد الله بن سيف قال حدثني عمر بن الربيع بن طارق قال اخبرني يحيى بن ايوب عن عيسى بن موسى بن اياس بن البكير ان صفوان بن سليم حدثه عن انس بن مالك عن رسول الله ﷺ انه قال (اطلبوا الخير دهركم كله وتعرضوا نفحات الله عز وجل فان لله نفحات من

رحمته يصيب بها من يشاء من عباده وسلوه ان يستر عوراتكم ويؤمن روعاتكم)
حدثني عبد الرحمن بن مروان قال حدثني احمد بن سليمان بن عمرو البغدادي بمصر قال حدثني ابو عمران موسى بن سهيل البصري قال حدثني عبد الواحد بن غياث قال حدثني فضال بن جبير عن ابي امامة الباهلي قال قال رسول الله ﷺ (ثلاث لو حلفت عليهن لبررت والرابعة لو حلفت عليها لرجوت ان لا اثم لا يجعل الله من له سهم في الاسلام كمن لا سهم له ولا يتولى الله عبدا فيوليه إلى غيره ولا يحب قوم عبدا الا بعثه الله فيهم) او قال معهم (ولا يستر الله على عبد في الدنيا الا ستر عليه عند المعاد)
حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني عفان قال حدثني همام قال سمعت إسحاق بن عبد الله بن ابي طلحة قال حدثني شيبة الحضرمي انه شهد عروة يحدث عمر بن عبد العزيز عن عائشة ان النبي ﷺ قال (ما ستر الله على عبد في الدنيا الا ستر عليه في الاخرة)
اخبرنا عبد الرحمن بن يحيى قال حدثني احمد بن سعيد قال حدثني محمد بن محمد الباهلي قال حدثني سليمان بن عمرو وهو الاقطع قال حدثني عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي قال سمعت انس بن مالك يقول كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به
قلنا لانس في زمان من كان هذا

الاستذكار ج:7 ص:498

قال في زمن عمر بن الخطاب واختلف الفقهاء في الموضع التي يضرب بها

الانسان في الحدود
فقال مالك الحدود كلها لا تضرب الا في الظهر
قال وكذلك التعزير لا يضرب الا في الظهر عندنا
وقال الشافعي واصحابه يتقى الفرج والوجه
وتضرب سائر الاعضاء
وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه مثل
قول الشافعي انه كان يقول اتقوا وجهه
والمذاكير
وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن تضرب الاعضاء
كلها في الحدود الا الفرج والراس
وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا
قال ابو عمر روى سفيان عن عاصم عن ابي
عثمان ان عمر رضي الله عنه اتي برجل في حد
فقال للجلاد اضرب ولا نرى ابطك واعط كل عضو
حقه
وروي عن عمر وبن عمر انهما قالا لا يضرب
الراس
قال بن عمر لا يؤمر ان يضرب الراس
واختلفوا في كيفية ضرب الرجال والنساء قياما
او قعودا
فقال مالك الرجل والمراة في الحدود كلها سواء
لا يقام واحد منهما يضربان قاعدين ويجرد الرجل
في جميع الحدود ويترك على المراة ما يسترها
وينزع عنها ما يقيها من الضرب
وقال الثوري لا يجرد الرجل ولا يمد ويضرب قائما
والمراة قاعدة
وقال الليث بن سعد وابو حنيفة والشافعي
الضرب في الحدود كلها وفي التعزير مجردا قائما
غير ممدود الا حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه
وينزع عنه المحشو والبرد والفرو
قال ابو عمر في حديث بن عمر في رجم
اليهوديين ما يدل على ان الرجل كان قائما
والمراة قاعدة لقوله فيه فرايت الرجل يحني

على المراة يقيها الحجارة
وما جاء عن عمر وعلي في ضرب الاعضاء ما يدل على القيام والله اعلم
ومما يدل على الضرب قائما ما رواه شعبة عن ابي ميمونة قال اتيت

الاستذكار ج:7 ص:499

المدينة فدخلت المسجد وقيدت بعيري فجاء رجل فجلد فقلت له يا نائك امه فرفعني إلى ابي هريرة وهو خليفة لمروان فضربني ثمانين قال فركبت بعيري وقلت

لعمرك انني يوم اضرب قائما
ثمانين سوطا انني لصبور

واختلفوا في اشد الحدود ضربا فقال مالك واصحابه والليث بن سعد الضرب في الحدود كلها سواء ضرب غير مبرح ضرب بين ضربين
وقال ابو حنيفة واصحابه التعزير اشد الضرب وضرب الزنى اشد من الضرب في الخمر وضرب السارق اشد من ضرب القاذف
وقال الثوري ضرب الزنى اشد من ضرب القذف وضرب القذف اشد من ضرب الشرب
وقال الحسن بن حي ضرب الزنى اشد من ضرب الشرب والقذف
وعن الحسن البصري مثله وزاد وضرب الشرب اشد من التعزير
وقال عطاء بن ابي رباح حد الزنية اشد من حد الفرية وحد الفرية والخمر واحد
قال ابو عمر القياس ان يكون الضرب في الحدود كلها واحدا لورود التوقيف فيها على عدد الجلدات ولا يرد في شيء منها تخفيف ولا تثقيل عما يجب التسليم له فوجبت التسوية في ذلك ومن فرق

بين شيء من ذلك احتاج إلى دليل وقد ذكرنا ما نزعت به كل فرقة من الاثار لاقوالهم في كتاب (التمهيد)
قال ابو عمر روى شعبة عن واصل عن المعرور بن سويد قال اتي عمر بن الخطاب بامراة زنت فقال افسدت حسبها اضربوها حدها ولا تخرقوا عليها جلدها
وروي عن علي انه قال لقنبر في العبد الذي اقر عنده بالزنى اضربه كذا وكذا ولا تنهك
وروي عن علي وعمر رضي الله عنهما دليل على ان قول الله عز وجل ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله النور 2 لم يرد به شدة الضرب والاسراف فيه وانما اراد تعطيل الحدود وان لا تاخذ الحكام رافة على الزناة فلا يجلدونهم ويعطلوا الحدود

الاستذكار ج:7 ص:500

وهذا قول جماعة اهل التفسير وممن قال ذلك الحسن ومجاهد وعطاء وعكرمة وزيد بن اسلم
وروى وكيع عن عمران بن حدير عن ابي مجلز في قوله عز وجل ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله النور 2 قال اقامة الحدود اذا رفعت إلى السلطان

وروى نافع عن بن عمر الجمحي عن بن ابي مليكة عن عبيد او عبد الله بن عمر قال ضرب بن عمر جارية له احدثت فجعل يضرب رجليها قال واحسبه قال ظهرها
قال فقلت ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله النور 2 قال يا بني واخذتني بهما رافة ان الله عز وجل لم يامرني ان اقتلها اما انا فقد اوجعت حين ضربت
1533 - مالك عن نافع ان صفية بنت ابي عبيد اخبرته ان ابا بكر الصديق اتي برجل قد وقع على جارية بكر فاحبلها ثم اعترف على نفسه بالزنى

ولم يكن احصن فامر به ابو بكر فجلد الحد ثم نفي إلـــــــــــــــــــــــى فـــــــــــــــــــــــدك

قال ابو عمر قد تقدم في باب الرجم ان النـبي ﷺ جلد العسيف وغربه عاما وذكرنا هناك حديث نـافع عـن النـبي ﷺ (البكـر جلـد مائـة وتغريـب عـام) وذكرنا هناك ايضا حديث بن عمر ان رسول الله ﷺ ضرب وغرب وان ابـا بكـر ضـرب وغـرب وان عمـر ضرب وغرب والتغريب النفي وذكرنا مـا للفقهـاء مـــن الاختلاف فـــي نفـــي العبيـــد والنســـاء وخـالف ابـو حنيفـة واصـحابه الاثـار المرفوعـة وغيرها في هذا الباب فلم يروا على الزاني البكـر غيـــــــــــــــــــــــر الجلـــــــــــــــــــــــد والجمهور على تغريب الرجل الحر اذا زنى واقيـم عليه الحد الا ان منهم مـن يجعـل سـجنه التغريـب والاكثر ينفـونه مـن بلـده ويسـجنونه بالبلـد الـذي يغربـــــــــــــــــــــــونه بـــــــــــــــــــــــه وفي اخر هذا الباب قال مالـك الـذي ادركـت عليـه اهـل العلـم انـه لا نفـي علـى العبيـد اذا زنـوا قال ابو عمر قول مالك ومذهبه انـه لا نفـي علـى العبيـــــــــد ولا علـــــــــى النســـــــــاء وقال الاوزاعي ينفى الزناة الرجال كلهم عبيدا او احرارا ولا ينفى النساء

الاستذكار ج:7 ص:501

وقال الثوري والحسن بن حي ينفى الزنـاة كلهـم واختلـــــــــف قـــــــــول الشـــــــــافعي فمرة قال ينفى الزناة كلهم اذا جلدوا عبيدا كـانوا او احرارا ذكرانا كانوا او اناثا سنة بسـنة إلـى غيـر بلادهـــم ومرة قال ينفى العبد إلـى غيـر بلـده نصـف سـنة وبـــــــــــه قـــــــــال الطـــــــــبري ومـــرة قـــال اســـتخيروا اللـــه فـــي نفـــي العبيـــد

ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني هارون قال حدثني محمد بن إسحاق عن نافع عن بن عمر ان ابا بكر رضي الله عنه نفى رجلا وامراة ح ولا

قال ابو عمر روي عن النبي ﷺ انه نفى إلى خيبر وعن عمر انه نفى إلى خيبر وعن علي انه نفى إلى البصرة وعن عثمان انه نفى إلى خيبر وسئل الشعبي من اين إلى اين النفي قال من عمله إلى عمل غيره

قال مالك (1) في الذي يعترف على نفسه بالزنى ثم يرجع عن ذلك ويقول لم افعل وانما كان ذلك مني على وجه كذا وكذا لشيء يذكره ان ذلك يقبل منه ولا يقام عليه الحد وذلك ان الحد الذي هو لله لا يؤخذ الا باحد وجهين اما ببينة عادلة تثبت على صاحبها واما باعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد فان اقام على اعترافه اقيم عليه الحد

قال ابو عمر اتفق مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه انه يقبل رجوع المقر بالزنى وشرب الخمر وكذلك السرقة اذا اقر بها السارق من مال الرجل وحرزه فاكذبه ذلك الرجل ولم يدع السرقة ثم رجع السارق عن اقراره قبل اقراره عند مالك ومن ذكرنا معه

وقال بن ابي ليلى وعثمان البتي لا يقبل رجوعه في الزنى ولا في السرقة ولا في الخمر

وقال الاوزاعي في رجل اقر على نفسه بالزنى اربع مرات وهو محصن ثم ندم وانكر ان يكون اتى ذلك انه يضرب حد الفرية على نفسه قال وان اعترف

بسرقة او شرب خمر او قتل ثم انكر عاقبه السلطان دون الحد

قال ابو عمر قال الاوزاعي ضعيف لا يثبت على

النظر
واختلف قول مالك في المقر بالزنى او بشرب الخمر يقام عليه الحد فيرجع تحت الجلد قبل ان يتم الحد فمرة قال اذا اقيم عليه اكثر الحد اتم عليه لان رجوعه ندم منه ومرة قال يقبل رجوعه ابدا ولا يضرب بعد رجوعه ويرفع عنه وهو قول بن القاسم وجماعة الفقهاء
قال ابو عمر محال ان يقام على احد حد بغير اقرار ولا بينه ولا فرق في قياس ولا نظر بين رجوعه قبل الحد وفي اوله وفي اخره ودماء المسلمين فاذا هو محرم فلا يستباح منه شيء الا بيقين
وقد روي عن النبي ﷺ من حديث ابي هريرة وحديث جابر وحديث نعيم بن هزال وحديث ابي هريرة ان ماعزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني إلى رسول الله ﷺ فقتلوه رجما وذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال (هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه) (1)
فهي هذا اوضح الدلائل على ان المقر بالحدود يقبل رجوعه اذا رجع لان رسول الله ﷺ جعل هروبه وقوله ردوني إلى رسول الله ﷺ رجوعا وقال (فهلا تركتموه)
وقد اجمع العلماء على أن الحد اذا وجب بالشهادة واقيم بعضه ثم رجع الشهود قبل ان يقام الحد او قبل ان يتم انه لا يقام عليه ولا يتم ما بقي منه بعد رجوع الشهود فكذلك الاقرار والرجوع وبالله التوفيق

1 (3 - باب جامع ما جاء في حد الزنى)

1534 - مالك عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن

الاستذكار ج:7 ص:503

مسعود عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله ﷺ سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال (ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير) (1) ـ قال بن شهاب لا ادري ابعد الثالثة او الرابعة قال مالك والضفير الحبل

هكذا روى مالك هذا الحديث عن بن شهاب بهذا الاسناد وتابعه على اسناده هذا يونس بن يزيد ويحيى بن سعيد

ورواه عقيل والزبيدي وبن اخي الزهري عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ان شبل بن خالد او شبيل بن خالد المزني اخبره ان عبد الله بن مالك الاوسي اخبره ان رسول الله ﷺ سئل عن الامة اذا زنت وذكروا الحديث الا ان عقيلا وحده قال مالك بن عبد الله الاوسي وقال الزبيدي وبن اخي الزهري عبد الله بن مالك الاوسي وقال يونس بن يزيد عن الزهري عن عبيد الله عن شبل بن خالد المزني عن عبد الله بن مالك ورواه بن عيينة عن بن شهاب عن عبيد الله عن ابي هريرة وزيد بن خالد وشبل المزني ان النبي ﷺ سئل عن الامة اذا زنت

وقد تقصينا الاختلاف عن بن شهاب في هذا الحديث في (التمهيد) وذكرنا اقوال ائمة اهل الحديث في ذلك هنالك

وزعم الطحاوي انه لم يقل احد في هذا الحديث (ولم تحصن) سوى مالك وان سائر الرواة عن بن شهاب انما قالوا ان رسول الله ﷺ انما قال عن الامة (اذا زنت - فقال اذا زنت فاجلدوها)

الحديث
وليس كما زعم الطحاوي وقد قاله يحيى بن سعيد في هذا الحديث عن بن شهاب وقالته طائفة من رواة بن عيينة عن بن عيينة عن الزهري في هذا الحديث
واذا اتفق مالك وبن عيينة ويحيى بن سعيد في هذا الحديث على قوله (ان رسول الله ﷺ سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن) وليس من خالفهم عليهم حجة

الاستذكار ج:7 ص:504

وقد روى هذا الحديث سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابي هريرة ان النبي ﷺ لم يذكر فيه ولم تحصن ورواه عن سعيد المقبري الليث بن سعد واسامة بن سعد وعبيد الله بن عمر واسماعيل بن امية وقد ذكرنا الاسانيد عنهم وعن سائر رواة بن شهاب في (التمهيد)
ورواية ايوب بن موسى (فليجلدها الحد) ولا نعلم احدا ذكر فيها الحد غيره وكلهم يقول ولا يعيرها ولا يثرب عليها
واجمع العلماء على ان الامة اذا تزوجت فزنت ان عليها نصف ما على الحرة البكر من الجلد لقول الله عز وجل فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب النساء 25
والاحصان في الاماء على وجهين عند العلماء منهم من يقول فاذا احصن أي تزوجن ومنهم من يقول احصان الامة اسلامها
واختلف القراء في القراءة في هذه الكلمة فمنهم من قرأ احصن بضم الهمزة وكسر الصاد يريدون تزوجن واحصن بالازواج يعني احصنهن غيرهن يعني الازواج بالنكاح
وقد قيل احصن بالاسلام فالزوج محصنها

والاسلام محصنها
ومن قرا بفتح الهمزة والصاد اراد تزوجن او اسلمن على مذهب من قال ذلك والمعنيان في القراءتين متقاربان متداخلان وقد ذكرنا في (التمهيد) كل من قرا بالقراءتين من الصحابة والتابعين وسائر القراء في امصار المسلمين
وكان بن عباس يقول اذا احصن بالازواج وكان يقول ليس على الامة حد حتى تتزوج
وروى عطية بن قيس عن ام الدرداء عن ابي الدرداء مثله
وروي عن عمر ما يشبهه
وروى عمرو بن دينار وعطاء عن الحارث بن عبد الله بن ابي ربيعة عن ابيه انه سال عن عمر بن الخطاب عن الامة كم حدها قال القت بفروتها من وراء الدار قال ابو عبيد لم يذكر بقوله هذا الفروة بعينها لان الفروة جلدة الراس

الاستذكار ج:7 ص:505

كذا قال الاصمعي وكيف تلقي جلدة راسها من وراء الدار ولكن انما اراد بالفروة القناع يقول ليس عليها قناع ولا حجاب لانها تخرج إلى كل موضع يرسلها اهلها إليه لا تقدر على الامتناع من ذلك وكذلك لا تكاد تمتنع من الفجور فكانه راى ان لا حد عليها اذا فجرت بهذا المعنى
قال وقد روي تصديق ذلك في حديث مفسر حدثناه زيد عن جرير بن حازم عن عيسى بن عاصم قال تذاكرنا يوما قول عمر هذا فقال سعد بن حرملة انما ذلك من قول عمر في الرعايا فاما اللواتي قد احصنهن مواليهن فانهن اذا احدثن حددن
قال ابو عبيد هكذا جاء في هذا الحديث الرعايا وامة العربية فرواعي

قال ابو عمر ظاهر حديث عمر هذا ان لا حد على الامة الا ان تحصن بالتزويج وقد قيل ان معناه ان لا حد على الامة - كانت ذات زوج او لم تكن لانه لا حجاب عليهما ولا قناع وان كانت ذات زوج وقد روي عن بن عباس ان لا حد على عبد ولا ذمي الا انه قول مجمل يحتمل التاويل وروي عنه ايضا ان ليس على الامة حد حتى تحصن رواه بن عيينة عن بن ابي نجيح عن مجاهد عنه وهو قول طاوس وعطاء وروي عن بن جريج عن بن طاوس عن ابيه انه كان لا يرى على العبد ولا على الامة حدا الا ان ينكح الامة حر فينكحها فيجب عليها شطر الجلد قال بن جريج قلت لعطاء عبد زنى ولم يحصن قال يجلد غير حد قال ابو عمر كل من لا يرى على الامة حدا حتى تنكح يرى ان تؤدب وتجلد دون الحد ان زنت ورووا حديث ابي هريرة وزيد بن خالد على هذا المعنى وممن قال لا حد على الامة حتى تحصن بزوج ما تقدم عن عمر وابي الدرداء وبن عباس وطاوس وابي عبيد القاسم بن سلام واما الذين قالوا احصانها اسلامها فيرون عليها الحد اذا زنت كانت قد تزوجت قبل ذلك ام لا روي ذلك عن بن مسعود وغيره

الاستذكار ج:7 ص:506

وروى اهل المدينة عن عمر هذا المعنى 1535 - ومن ذلك حديث مالك في هذا الباب عن يحيى بن سعيد ان سليمان بن يسار اخبره ان عبد الله بن عياش بن ابي ربيعة المخزومي قال امرني عمر بن الخطاب في فتية من قريش فجلدنا ولائد (1) من ولائد الامارة خمسين خمسين في الزنى ورواه بن جريج وبن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سليمان مثله بمعناه

وروى معمر عن الزهري ان عمر بن الخطاب جلد ولا يرى من الخمسين انكارا في الزنى وهذا كله واضح في ان الامة اذا زنت حدت وان لم تكن محصنة بزوج حر ام عبد 1536 - وذكر مالك في هذا الباب عن نافع ان عبدا كان يقوم على رقيق الخمس وانه استكره جارية من ذلك الرقيق فوقع بها فجلده عمر بن الخطاب ونفاه ولم يجلد الوليدة لانه استكرهها وفي هذا الحديث جلد العبيد اذا زنوا ونفيهم وذلك كله عن عمر خلاف ما روى عنه اهل العراق في الامة اذا زنت القت فروتها وراء الدار أي لا حد عليها

وروي عن انس انه كان يجلد اماءه اذا زنين تزوجن او لم يتزوجن

وروي ذلك عن علي وبن مسعود وبه قال ابراهيم النخعي والحسن البصري واليه ذهب مالك والاوزاعي والليث بن سعد وعثمان البتي وابو حنيفة والشافعي وعبيد الله بن الحسن واحمد واسحاق

وروى معمر عن الزهري عن سالم عن بن عمر في الامة اذا زنت قال ان كانت ليست ذات زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصنات من العذاب وان كانت ذات زوج يضع امرها إلى السلطان

الاستذكار ج:7 ص:507

قال ابو عمر اما ظاهر القران فهو شاهد بان الامة لا حد عليها حتى تحصن بزوج قال الله عز وجل ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات النساء 25 فوصفهن عز وجل بالايمان ثم قال عز وجل فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب النساء 25 والاحصان التزويج ها هنا لان ذكر الايمان قد تقدم

ثم جاءت السنة في الامة اذا زنت ولم تحصن جلدت دون الحد وقيل بل بالحد وتكون زيادة بيان كنكاح المراة على عمتها وعلى خالتها ونحو ذلك مما قد اوضحناه في مواضع من كتابنا والحمد لله كثيرا

قال ابو عمر اختلف العلماء في اقامة السادة الحدود على عبيدهم فقال مالك يحد المولى عبده وامته في الزنى وشرب الخمر والقذف اذا شهد عليه الشهود ولا يحده الا بالشهود ولا يقطعه في السرقة وانما يقطعه الامام

وهو قول الليث

واختلف اصحاب مالك في ذلك على ما ذكرنا عنهم في كتاب اختلافهم

وقال ابو حنيفة يقيم الحدود على العبيد والاماء السلطان دون المولى في الزنى وفي سائر الحدود

وهو قول الحسن بن حي

وقال الثوري في رواية الاشجعي عنه يحده المولى في الزنى وفي سائر الحدود

وهو قول الاوزاعي

وقال الشافعي يحده المولى في كل حد

وهو قول احمد واسحاق وابي ثور

واحتج الشافعي بقول رسول الله ﷺ (اذا زنت امة احدكم فليجلدها) (1) وقوله ﷺ (اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم) (2) ـ

وروي عن جماعة من الصحابة انهم اقاموا الحدود على ما ملكت ايمانهم منهم بن عمر وبن مسعود وانس ولا مخالف لهم من الصحابة

الاستذكار ج:7 ص:508

وروي عن ابي ليلى انه قال ادركت بقايا الانصار يضربون الوليدة من ولائدهم اذا زنت في

مجالسهم
وروى الثوري عن عبد الاعلى عن ابي جميلة عن علي ان النبي ﷺ قال (اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم)
وحجة ابي حنيفة ما روي عن الحسن وعبد الله بن محيريز ومسلم بن يسار وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والحدود والفيء والحكم إلى السلطان
واما قوله ﷺ في حديث هذا الباب (ثم بيعوها ولو بضفير) فهذا على وجه الاختيار والحض على مساعدة الزانية لما في ذلك من الاطلاع وبما على المنكر وانه كالرضا به وقد قالت ام سلمة في حديثها يا رسول الله انهلك وفينا الصالحون قال (نعم اذا كثر الخبث) (1)
والخبث في هذا الحديث عند اهل العلم اولاد الزنى وان كانت اللفظة محتملة لذلك ولغيره وقد احتج بهذا الحديث من لم ير نفي العبيد لانه ذكر فيه الجلد ولم يذكر نفيا
وقال اهل الظاهر بوجوب بيعها اذا زنت بعد جلدها الرابعة منهم داود وغيره والله اعلم

1 (4 - باب ما جاء في المغتصبة)

1537 - قال مالك الامر عندنا في المراة توجد حاملا ولا زوج لها فتقول قد استكرهت او تقول تزوجت ان ذلك لا يقبل منها وانها يقام عليها الحد الا ان يكون لها على ما ادعت من النكاح بينة او على انها استكرهت او جاءت تدمى (2) ان كانت بكرا او استغاثت حتى اتيت (3) وهي على ذلك الحال او ما

الاستذكار ج:7 ص:509

اشبه هذا من الامر الذي تبلغ فيه فضيحة نفسها قال فان لم تات بشيء من هذا اقيم عليها الحد ولم يقبل منها ما ادعت من ذلك قال ابو عمر قد مضى القول في هذا الباب في باب الرجم عند قول عمر بن الخطاب الرجم في كتاب الله حق على من زنت من الرجال والنساء اذا احصن اذا قامت البينة او كان الحبل والاعتراف فجعل وجود الحبل كالبينة او الاعتراف فلا وجه لاعادة ما قد مضى الا ان نذكر طرفا هنا ونقول انه قد روي عن عمر خلاف ما رواه مالك عنه وان كان اسناد حديث مالك اعلى ولكنه محتمل للتاويل

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال قد بلغ عمر ان امراة متعبدة حملت فقال عمر اتراها قامت من الليل تصلي فخشعت فسجدت فاتاه غاو من الغواة فتجشمها فحدثته بذلك سواء فخلى سبيلها وعن بن عيينة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابيه ان ابا موسى كتب إلى عمر في امراة اتاها رجل وهي نائمة فقالت ان رجلا اتاني وانا نائمة فوالله ما علمت حتى قذف في مثل شهاب النار فكتب عمر تهامية تنومت قد كان يكون مثل هذا وامر ان يدرا عنها الحد وروي عن عمر ايضا انه اتي بامراة حبلى بالموسم وهي تبكي فقالوا زنت فقال عمر ما يبكيك فان المراة ربما استكرهت على نفسها يلقنها ذلك فاخبرت ان رجلا ركبها نائمة فقال لو قتلت هذه لخشيت ان يدخل ما بين هذين الاخشبين النار وخلى سبيلها وروي عن علي رضي الله عنه انه قال لشراحة حين اقرت بالزنى لعلك غصبت على نفسك فقالت بل اتيت طائعة غير مكرهة واختلف الفقهاء في الرجل والمراة يوجدان في

بيـــت فيقـــران بـــالوطء ويـــدعيان الزوجيـــة
فقـال مالـك ان لـم يقيمـا البينـة بمـا ادعيـا مـن
الزوجيـة بعـد اقرارهمـا بـالوطء او بعـد ان شـهدا
عليهمـــــا بـــــه اقيـــــم عليهمـــــا الحـــــد
قـــال بـــن القاســـم الا ان يكونـــا طـــارئين
وقال عثمان البتي ان كـان يـرى قبـل ذلـك يـدخل
اليها ويذكرها او كانا

طارئين لا يعرفـان قبـل ذلـك فلا حـد عليهمـا وان
كان لم ياتيا شيئا من ذلك فهما زانيـان مـا اجتمعـا
وعليهمـــــــــــــــا الحـــــــــــــــد
وقال ابـو حنيفـة واصـحابه اذا وجـد رجـل وامـراة
واقرا بالوطء وادعيا انهما زوجان لم يحدا ويخلـى
بينـــــــــــــــه وبينهـــــــــــــــا
وهـــــــــو قـــــــــول الشـــــــــافعي
قـال ابـو عمـر لا خلاف عليـه علمتـه بيـن علمـاء
السـلف والخلـف ان المكرهـة علـى الزنـى لا حـد
عليهـــا اذا صـــح اكراههـــا واغتصـــابها نفســـها
وقد قال رسـول اللـه ﷺ(تجـاوز اللـه عـن امـتي
الخطـا والنسـيان ومـا اسـتكرهوا عليـه) (1)ـ
والاصـل المجتمـع عليـه ان الـدماء الممنـوع منهـا
بالكتاب والسنة لا ينبغـي ان يـراق شـيئا منهـا ولا
يســـــــــــــتباح الا بيقيـــــــــــــن
واليقين الشهادة القاطعة او الاقـرار الـذي يقيـم
عليه صاحبه فان لم يكن ذلـك فلان يخطـئ الامـام
في العفو خير له من ان يخطئ في العقوبـة فـاذا
صـحت التهمـة فلا حـرج عليـه فـي تعزيـز المتهـم
وتـــاديبه بالســـجن وغيـــره وبـــالله التوفيـــق
وقد مضى القول فـي صـداق المغتصـبة ولا تنكـح
حتى تستبرئ نفسها بثلاث حيض فان ارتـابت مـن
حيضتها فلا تنكح حـتى تسـتبرئ نفسـها مـن تلـك
الريبـــــــــــــــــــــــــــــــــــــة

قال ابو عمر قد تقدم في كتاب النكاح هذا المعنى وما فيه للعلماء ونعيده مختصرا هنا لاعادة مالك له في هذا الباب
وقال مالك اذا زنى الرجل بالمراة ثم اراد نكاحها فذلك جائز له بعد ان يستبرئها عن مائة الفاسد قال وان عقد النكاح قبل ان يستبرئها فهو كالناكح في العدة ولا يحل له ابدا ان كان وطؤه في ذلك
قال مالك واذا تزوج امراة حرة فدخل بها فجاءت بولد بعد شهر انه لا ينكحها ابدا لانه وطاها في عدة
وقال الشافعي يجوز نكاح الزانية وان كانت حبلى من زنى ولا يطؤها حتى يستبرئها واحب الي ان لا يعقد عليها حتى تضع

الاستذكار ج:7 ص:511

وقال زفر اذا زنت المرأة فعليه العدة وان تزوجت قبل انقضاء العدة لم يجز النكاح
وقال ابو حنيفة في رجل رأى أمراة تزني ثم تزوجها فله أن يطأها قبل أن يستبرئها كما لو راى امرأته تزني لم يحرم عليه وطؤها عنده
وقال محمد بن الحسن لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها وان تزوج امراة وبها حمل من زنى جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع ولم يفرق بين الزاني وغيره
وقال عثمان البتي لا باس بتزويج الزانية الزاني وغيره واحب الي ان لا يقربها وفيها ماء خبيث
وقال ابو يوسف النكاح فاسد اذا كان الحمل من زنى
وهو قول الثوري وزاد الثوري وكان الحمل منه
وقد روي عن ابي يوسف كقول ابي حنيفة
وقال الاوزاعي لا يتزوج الزاني الزانية الا بعد حيضة واحب الي ان تحيض ثلاثا
قال ابو عمر اما حجة مالك فانه قاس استبراء

الرحم من الزنى بثلاث حيض في الحرة على حكم النكاح الفاسد المفسوخ لان حكم النكاح الفاسد عند الجميع كالنكاح الصحيح في العدة فكذلك الزنى لانه لا يستبرئ رحم غيره في حرة باقل من ثلاث حيض قياسا على العدة
وحجة الشافعي وابي حنيفة ان العدة في الاصول لا تجب الا باسباب تقدمتها بنكاح ثم طلاق او موت فلم يكن قبل الزنى بسبب تجب العدة بزواله وكذلك لم يجب عندهم فيه عدة والقياس عندهم في الحمل مثله في استبراء الرحم
وقد احتج الشافعي بالحديث عن عمر انه حد (غلاما) وجارية فجرا ثم حرج على ان يجمع بينهما فابى الغلام قال فلم يكن عنده ان عليها عدة من زنى ولا مخالف له من الصحابة
قال ولا وجه لمن جعل ماء الزاني كماء المطلق فقاسه عليه واباح للزاني نكاحا دون عدة لان العدة فيها حق للزوج وعبادة عليه لقوله عز وجل واحصوا العدة الطلاق 1 ولقوله فما لكم عليهن من عدة الاحزاب 49
والعدة من الزنى لو وجبت لم يكن للزاني فيها حق وهو من سائر الناس

لانه لا فراش له ولا ولد يلحق به فلما لم يمنع الزاني من نكاحها لم يمنع غيره

1 (5 - باب الحد في القذف والنفي والتعريض)

1538 - مالك عن ابي الزناد انه قال جلد عمر بن عبد العزيز عبدا في فرية (1) ثمانين قال ابو الزناد فسالت عبد الله بن عامر بن ربيعة عن ذلك فقال ادركت عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان والخلفاء هلم جرا فما رايت احدا جلد عبدا في فرية اكثر من اربعين

قال ابو عمر روى سفيان الثوري عن عبد الله بن ذكوان عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال كان ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان لا يجلدون العبد في القذف الا اربعين ثم رايتهم يزيدون على ذلك
قال ابو عمر قوله ثم رايتهم يعني الامراء بالمدينة ليس الخلفاء الثلاثة الذين ذكرهم
وقد روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان يجلد العبد في الفرية اربعين من كتاب بن ابي شيبة وعبد الرزاق وغيرهما
واختلف اهل العلم في العبد يقذف الحر كم يضرب
فقال اكثر العلماء حد العبد في القذف اربعون جلدة سواء قذف حرا او عبدا روي ذلك عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وبن عباس
وروى الثوري عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عليا قال يجلد العبد في الفرية اربعين
وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري وعطاء بن ابي رباح ومجاهد والشعبي والنخعي وطاوس والحكم وحماد وقتادة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله
واليه ذهب مالك والليث وابو حنيفة والشافعي واصحابهم واحمد بن حنبل واسحاق

وحجتهم القياس للعبيد على الاماء لقول الله عز وجل في الاماء فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب النساء 25
وروى عن بن مسعود انه قال في عبد قذف حرا يجلد ثمانين
وبه قال عمر بن عبد العزيز وابو بكر بن محمد عمرو بن حزم وقبيصة بن ذؤيب وبن شهاب الزهري والقاسم بن محمد

واليـــــه ذهـــــب الاوزاعـــــي وابـــــو ثـــــور وداود
حـدثني خلـف بـن قاسـم قـال حـدثني محمـد بـن
القاسم بن شعبان قال حـدثني احمـد بـن شـعيب
قال اخبرنا احمد بن مسعدة قال اخبرنا سـليم بـن
اخضر عن بن عون وعوف ان عمر بن عبـد العزيـز
كتب في المملوك يقذف الحر قـال يجلـد ثمـانين
وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني ابـو اسـامة
قال حدثني جرير بن حازم قال قـرات كتـاب عمـر
بن عبد العزيز إلى عدي بـن ارطـاة امـا بعـد فانـك
كتبت الي تسال عن العبـد يقـذف الحـر كـم يجلـد
وذكرت انه بلغك اني كنت اجلده اذا زنـى بالمدينـة
اربعين جلدة ثم جلدته في اخر عملي ثمانين جلدة
فان جلدي الاول كان رايا رايتـه وان جلـدي الاخـر
وافـــق كتـــاب اللـــه تعـــالى فاجلـــده ثمـــانين
قال حدثني بن مهدي عن سفيان عن عبد الله بـــن
ابي بكر قال ضرب عمر بن عبد العزيـز العبـد فـي
القـــــــــــــــــــذف ثمـــــــــــــــــــانين
قال ابو عمر ظن داود واهـل الظـاهر ان عمـر بـن
عبد العزيز ومن قـال بقـوله انمـا جلـد العبـد فـي
القذف ثمانين فرارا عن قياس العبيد علـى الامـاء
وليس كذلك بـل المعنـى الـذي ذهبـوا إليـه نفـس
القياس لان الله عز وجل امر فـي كـل مـن قـذف
محصنة ان يجلـد ثمـانين جلـدة الا ان يـاتي باربعـة
شـــهداء
والمحصنات لا يدخل فيهن المحصنون الا بالقياس
وقد اجمـع علمـاء المسـلمون ان المحصـنين فـي
ذلك كلهم حكمهم في ذلك حكم المحصنات قياسـا
وان من قذف حرا عفيفا مسلما كمـن قـذف حـرة
عفيفـــــــــــــــــــة مســـــــــــــــــــلمة
هذا ما لا خلاف فيه بين احد من علمـاء هـذه الامـة
فمـن راى الحـد حقـا يجـب للمقـذوف سـواء كـان
قاذفه حرا او عبدا قال حد القـاذف للحـر المسـلم

البالغ ثمانون جلدة حرا كان او عبدا لان الله تعالى لم يخص قاذفا حرا من قاذف عبد

اذا كان المقذوف حرا مسلما فليس ها هنا نفي قياس لمن انعم النظر وسلم من الغفلة و من قال الحد انما يراعى فيه القاذف فان كان عبدا حد حد العبيد كما يضرب في الزنى نصف حد الحر انما يراعى فيه القاذف وهذا تصريح بالقياس وهو قول الخلفاء الراشدين وجمهور علماء المسلمين وبالله التوفيق

1539 - مالك عن زريق بن حكيم الايلي ان رجلا يقال له مصباح استعان ابنا له فكانه استبطاه فلما جاءه قال له يا زان قال زريق فاستعداني عليه (1) فلما اردت ان اجلده قال ابنه والله لئن جلدته لابوان (2) على نفسي بالزنى فلما قال ذلك اشكل علي امره فكتبت فيه إلى عمر بن عبد العزيز وهو الوالي يومئذ اذكر له ذلك فكتب الي عمر ان اجز (3) عفوه

قال زريق وكتبت إلى عمر بن عبد العزيز ايضا ارايت رجلا افتري عليه او على ابويه وقد هلكا او احدهما قال فكتب الي عمر ان عفا فاجز عفوه في نفسه وان افتري على ابويه وقد هلكا او احدهما فخذ له بكتاب الله الا ان يريد سترا قال مالك وذلك ان يكون الرجل المفترى عليه يخاف ان كشف ذلك منه ان تقوم عليه بينة فاذا كان على ما وصفت فعفا جاز عفوه

قال ابو عمر اختلف الفقهاء في حد القذف هل هو لله عز وجل كالزنى لا يجوز عفو او هو حق من حقوق الادميين كالقتل يجوز فيه العفو واختلف قول مالك في ذلك ايضا فمرة قال العفو عن حد القذف جائز بلغ الامام او لم يبلغ وهو قول الشافعي وابي يوسف ومرة قال لا يجوز فيه العفو اذا بلغ الامام

ومرة قال لا يجوز فيه العفو الا ان يريد صاحبه ستترا على نفسه
وهذا نحو القول الاول الذي اجاز فيه العفو عن القاذف
وقال ابو حنيفة وابو يوسف في رواية محمد عنه لا يصح العفو عن حد القذف بلغ الامام او لم يبلغ

الاستذكار ج:7 ص:515

وهو قول الثوري والاوزاعي
وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف ان عفوه يصح كقول الشافعي
وقال ابو جعفر الطحاوي لما كان حد القذف يسقط بتصديق القذف للقاذف دل انه حق للادمي لا حق لله
قال ابو عمر العفو في حقوق الادميين اذا عفوا جائز باجماع
1540 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه انه قال في رجل قذف قوما جماعة انه ليس عليه الا حد واحد
قال مالك وان تفرقوا فليس عليه الا حد واحد
قال ابو عمر روى معمر عن هشام بن عروة عن ابيه قال اذا جاؤوا جميعا فحد واحد وان جاؤوا متفرقين اخذ لكل انسان بحده
ذكر ابو بكر قال حدثني ابو اسامة عن هشام بن عروة عن ابيه في الذي يقذف القوم جميعا قال ان كان في كلام واحد فحد واحد وان فرق فلكل واحد منهم حد والسارق مثل ذلك
قال عبد الرزاق عن بن جريج عن هشام عن ابيه مثله إلى اخره
قال ابو عمر في هذه المسالة للعلماء اقوال احدها انه ليس على قاذف الجماعة الا حد واحد تفرقوا او اجتمعوا وهو قول مالك وطاوس وعطاء والزهري وقتادة وابراهيم النخعي في رواية حماد وهو قول الثوري واحمد واسحاق

وذكر عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان الشيباني وجابر وفراس كلهم عن الشعبي في الرجل يقذف القوم جميعا قال اذا فرق ضرب لكل انسان منهم وان جمعهم فحد واحد قال الثوري وقال حماد حد واحد جمع او فرق وعن معمر عن الزهري قال ان قذفهم جميعا فحد واحد مجتمعين كانوا او مفترقين والاخر ان قذفهم شتى فلكل واحد منهم حد وان قذفهم جميعا فحد واحد والثالث ان لكل واحد منهم حدا سواء كان القذف واحد او قذف كل واحد منهم منفردا

الاستذكار ج:7 ص:516

واتفق مالك وابو حنيفة واصحابهما والثوري والليث بن سعد انه اذا قذفهم بقول واحد او افرد كل واحد منهم فليس عليه الا حد واحد ما لم يحد ثم يقذف بعد الحد

وقال بن ابي ليلى اذا قال لهم يا زناة فعليه حد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زان فلكل واحد منهم حد

وهو قول الشعبي في رواية وقول احمد ايضا

وقال عثمان البتي اذا قذف جماعة فعليه لكل واحد منهم حد فان قال لرجل زنيت بفلانه فعليه حد واحد لان ابا بكرة واصحابه ضربهم عمر حدا واحدا ولم يحدهم للمراة

قال ابو عمر تناقض البتي في هذه المسالة وليس ما احتج به من فعل عمر حجة لان المراة لم تطلب حدها عند عمر وانما الحد لمن طلبه وقام فيه وهذا ايضا من فعل عمر يدل على ان حد القذف من حقوق الادميين لا يقوم به السلطان الا ان يطلب المقذوف ذلك عنده

وقال الحسن بن حي اذا قال من دخل هذه الدار فهو زان ضرب لكل من دخلها الحد اذا طلب ذلك

وقال الشافعي فيما ذكر عنه المزني اذا قذف

جماعة بكلمة واحدة فلكل واحد منهم حد وان قال يا بن الزانيين فعليه حدان
وقال في احكام القران اذا قذف امراته برجل لاعن ولم يحد الرجل
وفي البويطي عنه مثل قول مالك
قال ابو عمر الحجة لمالك ومن قال بقوله حديث انس وغيره ان هلال بن امية قذف امراته بشريك بن سحماء فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فلاعن بينهما ولم يحد لشريك (1) ولا يختلفون ان من قذف امراته برجل فلاعن لم يحد الرجل
ومن حجة من قال على قاذف الجماعة لكل واحد منهم حد اجماعهم على انه لو عفا احد المقذوفين كان لمن جمعه القذف معه ان يقوم - ان شاء - بحده ولو

الاستذكار ج:7 ص:517

كانوا عشرة او اكثر فعفا التسعة كان للباقي القيام في حده وحد القاذف له ولو كان حدا واحدا لسقط بعفو من عفا كما يسقط الدماء
ولهم في هذا من القول والاعتلال ما يطول ذكره وليس كتابنا هذا بموضع له
1541 - مالك عن ابي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة بن النعمان الانصاري ثم من بني النجار عن امه عمرة بنت عبد الرحمن ان رجلين استبا في زمان عمر بن الخطاب فقال احدهما للاخر والله ما ابي بزان ولا امي بزانية فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب فقال قائل مدح اباه وامه وقال اخرون قد كان لابيه وامه مدح غير هذا نرى ان تجلده الحد فجلده عمر الحد ثمانين
قال مالك لا حد عندنا الا في نفي او قذف او تعريض يرى ان قائله انما اراد بذلك نفيا او قذفا فعلى من قال ذلك الحد تاما

قال ابو عمر اختلف العلماء في التعريض بالقـذف هـــــــــل يـــــــــوجب الحـــــــــد ام لا يروى عن عمر مـن وجـوه انـه حـد فـي التعريـض وروى معمر عن الزهري عن سالم عن بن عمر أن عمـــر كـــان يحـــد فـــي التعريضـــي بالفاحشـــة وبن جريج قال اخبرني بن ابي مليكة عن صـفوان وايوب عن عمر بن الخطاب انه حد فـي التعريـض وقـال بـن جريـج الـذي حـده عمـر فـي التعريـض عكرمة بن عامر بن هشام بن عبـد منـاف بـن عبـد الدار عندما هجا وهب بن زمعة بن الاسود بـن عبـد المطلب بن اسد تعرض له في هجـائه سـمعت بـن ابـــــــي مليكـــــــة يحـــــــدث بـــــــذلك وكـــان عثمـــان يـــرى الحـــد فـــي التعريـــض ذكر ابو بكر قال حدثني معـاذ عـن عـوف عـن ابـي رجاء ان عمـر وعثمـان كانـا يعاقبـان فـي الهجـاء قال وحدثني عبد الاعلى عـن خالـد بـن ايـوب عـن معاوية بن قرة ان عثمان جلد الحد فـي التعريـض وكـان عمـر بـن عبـد العزيـز يحـد فـي التعريـض وذكـر الاوزاعـي عـن الزهـري انـه كـان يحـد فـي التعريض

وهـــــــــو قـــــــــول الاوزاعـــــــــي وعـــــن ســـــعيد بـــــن المســـــيب روايتـــــان احـداهما انـه افـتى بضـرب الحـد فـي التعريـض والثانية انه قال لا حد الا على من نصب الحد نصبا وقال الشافعي وابو حنيفـة واصـحابهما والثـوري وبن ابي ليلى والحسن بن حي لا حد في التعريض في القذف ولا يجب الحد الا في التصريح بالقـذف الـــبين الا ان ابا حنيفة والشافعي يقولان يعـزر المعـرض للقـــذف ويـــؤدب لانـــه اذى ويزجـــر عـــن ذلـــك وقـال اصـحاب الشـافعي وابـو حنيفـة ان الخلاف في ذلك بين الصحابة لان عمر حد في حديث مالك

وغيره ولم يشاور في قول الرجل ما ابي بزان ولا امي بزانية الا من اذا خالف قبل خلافه من الصحابة لا من غيرهم
قال ابو عمر قد روي ان عمر خالف في ذلك غيره من الصحابة الذين شاورهم في ذلك
ذكر ابو بكر قال حدثني عبد الله بن ادريس عن يحيى بن سعيد عن ابي الرجال عن امه عمرة قالت استب رجلان فقال احدهما ما ابي بزان ولا امي بزانية فشاور عمر القوم فقالوا مدح اباه وامه فقال عمر لقد كان لهما من المدح غير هذا فضربه
وممن قال ان لا حد في التعريض عبد الله بن مسعود والقاسم بن محمد والشعبي وطاوس والحسن وحماد بن ابي سليمان
وروى بن عتيبة والثوري عن يحيى بن سعيد عن قاسم بن محمد قال ما كنا نرى الحد الا في القذف البين او في النفي البين
وذكر ابو بكر قال حدثني عبدة عن محمد بن إسحاق عن القاسم مثله
قال وحدثني بن المبارك وعبد الرزاق عن معمر عن عبد الكريم عن سعيد بن المسيب قال لا حد الا على من نصب الحد نصبا
قال حدثني غندر عن عوف عن الحسن انه قال لا يجلد الا من صرح بالقذف
قال واخبرنا هشيم عن منصور عن الحسن قال ليس عليه حد حتى يقول يا زان او يا بن الزانية

الاستذكار ج:7 ص:519

قال مالك (1) الامر عندنا انه اذا نفى رجل رجلا من ابيه فان عليه الحد وان كانت ام الذي نفي مملوكة فان عليه الحد
قال ابو عمر لا خلاف بين السلف والخلف من العلماء فيمن نفى رجلا عن ابيه وكانت امه حرة مسلمة عفيفة ان عليه الحد ثمانين جلدة ان كان

حـــرا واختلفـــوا اذا كـــانت امـــة او ذميـــة
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حـدثني شـريك عـن جابر عن القاسم بن عبـد الرحمـن عـن ابيـه قـال قال عبـد اللـه لا حـد الا علـى رجليـن رجـل قـذف محصنة او نفى رجلا عن ابيـه وان كـانت امـه امـة قال وحدثني عبد الاعلى عـن معمـر عـن الزهـري قال اذا نفى الرجل عن ابيـه فـان عليـه الحـد وان كـــــــــانت امـــــــــه مملوكـــــــــة
قال وحـدثني بـن مهـدي عـن سـفيان عـن سـعيد الزبيدي عن حماد عن ابراهيـم فـي الرجـل يقـول للرجل لست لابيك وامه امة او يهودية او نصـرانية قـــــــــــــــال لا يجلـــــــــــــــد
قال وحدثني وكيع عن سفيان عن شـيخ مـن الازد ان بن هبيرة سال عن الرجل ينفي الرجل عن ابيه وامه امـة الحسـن والشـعبي فقـالا يضـرب الحـد
قال ابو عمر الذي يدل عليه مذهب الشافعي وابي حنيفة ان لا حـد علـى مـن نفـى رجلا عـن ابيـه اذا كانت امه امة او ذمية لانـه قـاذف لامـه ولـو صـرح بقـــــذفها لـــــم يمـــــن عليـــــه حـــــد
وذكر المزني عن الشـافعي قـال وان قـال يـا بـن الزانيين وكان ابواه حرين مسـلمين فعليـه حـدان قال ولا حد الا على من قذف حـرا بالغـا مسـلما او حـــــــــرة بالغـــــــــة مســـــــــلمة
ولم يختلفوا ان قذف مملوكة مسلمة او كافرة انه لا حد عليه للقذف وان كان منهم من يرى التعزيـر للاذى ومنهم من يرى في ذلك الادب

1 (6 - باب ما لا حد فيه)

1542 - قال مالك ان احسـن مـا سـمع فـي الامـة يقع بها الرجل وله فيها

شرك انه لا يقام عليه الحد وانه يلحق به الولد وتقوم عليه الجارية حين حملت فيعطى شركاؤه حصصهم من الثمن وتكون الجارية له وعلى هذا الامر عندنا

قال ابو عمر هذا واضح لانه قد سمع الخلاف في هذه المسالة واختار منه ما ذهب إليه وذكره في (موطئه) وله من السلف في ذلك عبد الله بن عمر وشريح وابراهيم وغيرهم ولم يفرق بن عمر بين علم الواطىء بتحريمها عليه وبين جهله ولم ير عليه حدا وجعله خائنا وهو قول ابي حنيفة واصحابه والقياس احد قولي الشافعي لانه قال في رجل له امة وهي اخته في الرضاعة وطاها عالما بالتحريم فيها قولان احدهما عليه الحد والثاني لا حد عليه لشبهة الملك التي لا شبهة له فيها

واما حديث بن عمر فذكره ابو بكر قال حدثني وكيع عن إسماعيل بن ابي خالد عن عمير بن نمير قالا سئل بن عمر عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليها احدهما فقال ليس عليه حد هو خائن تقوم عليه قيمتها وياخذها

قال وحدثني يحيى بن سعيد عن سعيد عن مغيرة عن ابراهيم في جارية كانت بين رجلين فوقع عليها احدهما فحملت قال تقوم عليه

قال وحدثني حميد بن عبد الرحمن الرؤاسي عن حسن بن صالح عن ليث عن طاوس في الجارية تكون بين الرجلين فيطؤها احدهما قال عليه العقر بالحصة

قال ابو عمر من درا عنه الحد الحق به الولد والزمه نصيب شريكه او شركائه من صداق مثلها ولم يقومها عليه ومن قومها عليه لم يلزمه شيئا من الصداق

وكان الحسن يقول يعزر ويقوم عليه ذكره ابو بكر عن يزيد عن هشام عن الحسن قال وحدثني كثير بن هشام عن جعفر بن برقان قال بلغنا ان عمر بن عبد العزيز اتي بجارية كانت بين رجلين فوطئها احدهما فحملت فاستشار في ذلك سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير فقالوا نرى ان يجلد دون الحد ويقومونها قيمة ويدفع إلى شريكه نصف القيمة

الاستذكار ج:7 ص:521

وقد روي عن سعيد بن المسيب في هذه المسالة قول اخر انه يجلد الحد الا سوطا واحدا رواه معمر عن يحيى بن كثير قال سئل سعيد بن المسيب ورجلان معه من فقهاء المدينة عن رجل وطىء جارية له فيها شرك فقالوا عليه الحد الا سوطا واحدا

وذكر ابو بكر قال حدثني حفص بن غياث عن داود بن ابي هند عن سعيد بن المسيب في جارية كانت بين رجلين فوقع عليها احدهما قال يضرب تسعة وتسعين سوطا

وقد جاء عن سعيد بن المسيب في ذلك ايضا رواية ثالثة ذكرها عبد الرزاق عن بن جريج قال اخبرني داود بن ابي العاصم عن سعيد بن المسيب في رجلين بينهما جارية وطاها معا قال يجلد كل واحد منهما شطر العذاب وانما درا عنهما الرجم نصيب كل واحد منهما وان ولدت دعي الولد القافة

وعن معمر عن الزهري في رجل وطىء جارية وله شرك قال يجلد مائة احصن او لم يحصن وتقوم عليه هي وولدها ثم يغرم لصاحبه الثمن قال معمر واما بن شبرمة وغيره من فقهاء الكوفة فيقولون تقوم عليه هي وولدها ثم يغرم لصاحبه الثمن قال معمر ولا يقوم عليه ولدها

قال ابو عمر من قومها عليه يوم الوطء لم يقوم ولدها ومن قومها بعد الوضع قوم ولدها معها

ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف قيمة ولدها ان كانت بينهما نصفين
وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني داود بن الجراح عن الاوزاعي عن مكحول في جارية بين ثلاثة وقع عليها احدهم قال عليه ادنى الحدين مائة وعليه ثلثا ثمنها وثلثا عقرها وثلثا قيمة الولد ان كان
وذكر عبد الرزاق عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الجارية تكون بين الرجلين فتلد من احدهما قال يدرا عنه الحد بجهالته ويضمن لصاحبه نصيبه ونصف ثمن ولده
قال وان كانت بين اخوين فوقع عليها احدهما فولدت قال يدرا عنه الحد ويضمن لاخيه قيمة نصيبه من الجارية وليس عليه قيمة في ولدها لانه يعتق حين ملكه

الاستذكار ج:7 ص:522

قال ابو عمر هذا على ما ذكرنا في كتاب العتق من مذهب الكوفيين في انه يعتق على انسان كل ما ملكه من ذي رحم محرم منه
قال عبد الرزاق وقال لنا سفيان الثوري اما نحن فنقول في هذه لا جلد ولا رجم ولكن تعزير ومذهب الاوزاعي فيها كمذهب الزهري ومكحول يضرب ادنى الحدين احصن او لم يحصن
وقال ابو ثور عليه الحد كاملا لانه وطىء فرجا محرما عليه اذا كان بالتحريم عالما
قال ابو عمر ليس كل من وطىء فرجا محرما عليه وطؤه يلزمه الحد لاجماعهم ان لا حد على من وطىء صائمة او معتكفة او محرمة او حائضا وهي له زوجة او امة
والذي عليه جمهور الفقهاء ان شبهة الملك شبهة يسقط من اجلها الحد
واحسن ما فيه عندي انه يلزم الواطىء نصف صداق مثلها ان كان له نصفها ونصف قيمتها

ويـــــدرا عنـــــه الحـــــد وبـــــالله التوفيـــــق
واما الرجل الغازي يطأ جارية من المغنم ولـه فـي المغنم نصيب فاختلف الفقهاء في هذا علـى غيـر اختلافهم في الجارية تكون بين الرجلين فيطؤهـا احدهما او كلاهمـا فـاختلف فـي ذلـك قـول مالـك واصحابه وسـائر اهـل العلـم منهـم مـن راى الحـد عليه ومنهم من لم ير عليه حدا لان له فيها نصـيبا الذي راى عليه الحد قال ليس عليه نصـيب معلـوم ولا حصة متعينة ولا ينفذ له في نصيبه عتق فكـأنه لا نصـيب لـه فيهـا حـتى يـبرزه لـه السـلطان ذكر عبد الرزاق عن بن جريـج عـن نـافع ان غلامـا لعمر بن الخطـاب وقـع علـى وليـدة مـن الخمـس فاستكرهها فأصابها وهو امير علـى ذلـك الرقيـق فجلده عمر الحد ونفاه وترك الجارية ولـم يجلـدها مـــــن اجـــــل انـــــه اســـــتكرهها
قال ابو عمر ذكر هذا الخبر عبـد الـرزاق فـي بـاب الرجل يصيب جارية من المغنم وهذا قـد يمكـن ان يكون الغلام عبدا لا حق له في الفيء وانما فائـدة هـذا الخـبر جلـد العبـد ونفيـه وان المسـتكرهة لا شـــــــــــــــيء عليهـــــــــــــا
وقد مضى ذلـك كلـه فـي موضـعه مـن كتابنـا هـذا والحمـــــــــد للـــــــــه كـــــــــثيرا
قال عبـد الـرزاق واخبرنـا بـن جريـج قـال اخبرنـا إسماعيل بن خالد ان رجلا

عجل فأصاب وليدة من الخمس وقال ظننـت انهـا تحل لي فقال علي رضي الله عنه ان له فيها حقـا فلـــم يجلـــده مـــن اجـــل الـــذي لـــه فيهـــا
وذكر ابو بكـر قـال حـدثني وكيـع عـن موسـى بـن عبيدة عن بكر بن داود ان عليا اقام على رجل وقع علـــــى جاريـــــة مـــــن الخمـــــس الحـــــد
قال ابو عمر كلا الخبرين عن علي منقطع لا حجـة فيـه ولا يقطـع بـه علـى علـي عليـه السـلام

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب في رجل وقع على جارية من المغنم قبل ان يقسم قال يجلد مائة الا سوطا احصن او لم يحصن
وذكر ابو بكر قال حدثني يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن قال اذا كان له في الفيء شيء عذر ويقوم عليه وكذلك في جارية بينه وبين رجل قال وحدثني هشيم عن إسماعيل بن سالم عن الحكم انه قال في رجل وطىء جارية من الفيء قال ليس عليه حد له فيها نصيب
وقد روي عن سعيد في ذلك خلاف ما تقدم ذكر ابو بكر قال حدثني عبدة عن سعيد عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال ليس عليه حد اذا كان له فيها نصيب
قال ابو عمر هذا اولى لان الدماء محذورة الا بيقين ولان يخطئ الامام في العفو خير له من ان يخطئ في العقوبة وبالله التوفيق
قال مالك (1) في الرجل يحل للرجل جاريته انه ان اصابها الذي احلت له قومت عليه يوم اصابها حملت او لم تحمل ودرىء عنه الحد بذلك فان حملت الحق به الولد
قال ابو عمر في هذا ايضا اقوال احدها هذا
والاخر انها لا تقوم عليه ان لم تحمل ويعزران معا الا ان يكونا جاهلين
والثالث ان الرقبة تبع للفرج فاذا احل له وطؤها فهي هبة مقبوضة فان ادعى انه لم يرد ذلك حلف وقومت على الواطئ حملت او لم تحمل ليكون وطؤها في شبهة يلحق بها الولد

وقد قيل انه اذا احل له وطؤها فقد وهبها له اذا كان ممن يقرا والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير

ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العـادون المؤمنون 7 ـ 5 ومن يتعد حدود اللـه فقـد ظلـم نفســــــــــــه الطلاق 1

والرابع انه زان ان علم انه لا يحل له وطء فرج لـم يملك رقبته وعليـه الحـد وان جهـل وظـن ان مـن يملك يجوز له التصرف في ما شاء منها درىء عنـه الحـــــــــــــــــــــــــد

قال مالك (1) في الرجل يقع على جارية ابنـه او ابنته انه يدرا عنه الحد وتقام عليه الجاريـة حملـت او لــــــــــــم تحمــــــــــــل

قال ابو عمر على هـذا جمهـور العلمـاء انـه لا حـد على من وطىء امـة مـن ولـده واظـن ذلـك واللـه اعلم لما روي عن النبي ﷺ انه قال لرجل خاطبة (انت ومالك لابيك) (2) وقال ﷺ (لا يقـاد بالولـد الوالــــــــــــد) (3)ــــــــــــــ

واجمع الجمهور انه لا يقطع في ما سرق من مـال ولـــــــــــــــــــــــــده

فهــذه كلهــا شــبهات يــدرا بهــا عنهــا الحــد

واما تقويمها عليـه فلان وطـاه لهـا يحرمهـا علـى ابنـــــــه فكـــــــأنه اســــــــتكرهها

وليس له من ماله الا القوت عنـد الفقـر والزمانـة وما استهلك من ماله غير ذلك ضمنه له الا ترى انه ليـس لـه مـن مـال ولـده ان مـات وتـرك ولـدا الا الســــــدس وســــــائر مــــــاله لولــــــده

وهذا بين ان قوله ﷺ (انت ومالك لابيك) انه ليس على التمليك وكما كان قوله عليه الصلاة والسـلام (انــت) ليـس علـى التمليـك فكـذلك قـوله عليـه الصـلاة والسـلام (ومالـك) ليـس علـى التمليـك ولكنــــه علــــى الـــبر بـــه والاكـــرام لــــه

وقد اجمعوا ان الاب لو قتل بن ابنـه او مـن الابـن وليه لم يكن للابن ان يقبض من ابيه في ذلك كلـه

وهذا كله تعظيم حقوق الاباء والامهات قال الله عز وجل ان اشكر لي ولوالديك لقمان 14 وقال عز وجل ووصينا الانسان بوالديه حسنا العنكبوت 8 وقال عز وجل اما يبلغن عندك الكبر احدهما او كلاهما فلا تقل لهما اف ولا

تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا) الاسراء 23 24
فأمر الله عز وجل الابناء ببر الاباء واكرامهما في حياتهما والدعاء لهما بعد وفاتهما
وثبت عن النبي ﷺ انه عد في الكبائر عقوق الابوين (1)
واجمع العلماء على ذلك
1543 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب قال لرجل خرج بجارية لامرأته معه في سفر فأصابها فغارت امراته فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب فسأله عن ذلك فقال وهبتها لي فقال عمر لتأتيني بالبينة او لارمينك بالحجارة قال فاعترفت امراته انها وهبتها له
قال ابو عمر هذا واضح لان عمر رضي الله عنه راه زانيا وكان محصنا فمن ذلك اخبره ان لم يقم البينة رجم وفي اعتراف امراته له بعد شكواها به ما يدل على ان الشبهات تسقط الحدود والله اعلم
وقد روى هذا الخبر بن جريج عن عبد الله بن ابي بكر
ورواه ايضا معمر عن قتادة وقال فيه فلما سمعت المراة ذلك قالت صدق قد كنت وهبتها له ولكن حملتني الغيرة فجلدها عمر حد القذف ثمانين وخلى سبيله
وهذا يدل على ان حد القذف اوكد من حد الزنى

الا ترى ان من وجب عليه القتل ووجبت عليه حدود انه لا يقام عليه مع القتل الا حد القذف فانه يجلد للقذف ثم يقتل عند مالك وكثير من العلماء

الاستذكار ج:7 ص:526

والذي خرج بجارية امراته معه في السفر هو هلال بن يساف الانصاري وامراته التي شكت به ام كلثوم بنت ابي بكر الصديق امها حبيبة بنت خارجة بنت زيد بن ابي زهير وذلك موجود في باب الرجل يصيب وليدة امراته في كتاب عبد الرزاق
وقد روي عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن عمر مثل ما روي عن عمر في الذي يقع على جارية امراته ان حده الرجم
وقد روي عن علي انه درا عنه الحد وهذا معناه ان كان جاهلا بتحريم ذلك عليه لو صح والاول اصح عنه
وذكر عبد الرزاق (1) وغيره عن الثوري عن سلمة بن كهيل عن حجية بن عدي ان امراة جاءت إلى علي فقال ان زوجها وقع على جاريتها فقال ان تكوني صادقة رجمته وان تكوني كاذبة جلدتك ثمانين قالت يا ويلها غيرى نفرة
وذكر وكيع عن إسماعيل بن ابي خالد عن مدرك بن عمارة قال جاءت امراة إلى علي فقالت يا ويلها ان زوجها وقع على جاريتها فقال ان كنت صادقة رجمناه وان كنت كاذبة جلدناك
وقد روي مثل هذا عن النبي ﷺ من حديث النعمان بن بشير (2)
وروى الاعمش ومنصور عن ابراهيم عن علقمة قال ما ابالي وقعت على جارية امراتي او وقعت على جارية عوسجة رجل من النخع
وذكر ابو بكر قال حدثني بن ادريس عن هشام عن الحسن وبن سيرين انهما كانا اذا سئلا عن الرجل يقع على جارية امراته يتلوان هذه الاية والذين هم

لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين إلى قوله العادون المؤمنون 5 ـ 7
قال وحدثني يزيد بن هارون قال اخبرنا سعيد بن ابي عروبة عن اياس بن معاوية عن نافع قال جاءت جارية إلى عمر فقالت يا امير المؤمنين ان المغيرة - تعني بن شعبة - يطؤني وان امراته تدعوني زانية فان كنت لها فانه عن غشياني وان كنت له فانه امراته عن قذفي فأرسل إلى المغيرة فقال تطأ هذه الجارية

قال نعم من اين قال وهبتها لي امراتي قال والله لئن لم تكن وهبتها لك لا ترجع إلى اهلك الا مرجوما ثم دعا رجل رقيقين فقال انطلقا إلى امراة المغيرة فأعلماها لئن لم تكوني وهبتها له لنرجمنه قال فأتياها فأخبراها فقالت يا لهفاه اتريد ان ترجم بعلي لاها الله اذا لقد وهبتها له فخلى عنه
وقال عطاء هو زان ولا حد على من قذفة بالزنى وقال قتادة يرجم فانه زان
قال ابو عمر كان بن مسعود لا يرى عليه حدا روي ذلك عنه من وجوه ويحتمل ان يكون عذره بالجهالة ويظنها انها تحل له والله اعلم
ذكر وكيع عن زكريا واسماعيل عن الشعبي قال جاء رجل إلى عبد الله فقال اني قد وقعت على جارية امراتي قال اتق الله ولا تعد ثم قال لا جلد ولا رجم
وروى سفيان عن منصور عن ربعي عن عقبة بن حيان عن عبد الله قال لا حد عليه
وكان ابراهيم النخعي يقول يعزر ولا حد عليه
وقد روي عن بن مسعود انه ضربة دون الحد
وقد روي عن عمر بن الخطاب انه ضربة مائة جلدة

ورواه معمر وبن عيينة عن الزهري عن القاسم بن محمد
وقال بن عيينة فيه عن الزهري عن القاسم عن عبيد بن عمير عن عمر
ورواه معمر عن سماك بن الفضل عن عبد الرحمن بن سلمان عن عمر
وبه قال بن شهاب الزهري وابو عمر والاوزاعي انه يجلد مائة وان كان محصنا وذلك ادنى الحدين فهذا قول ثالث
وفي المسألة قول رابع روي من وجوه ثابتة عن الحسن عن قبيصة بن حريث عن سلمة بن المحبق

قال قضى رسول الله في رجل وطىء جارية امراته ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها مثلها

الاستذكار ج:7 ص:528

وهذا حديث صحيح رواه بن عيينة عن عمرو بن دينار قال سمعت الحسن البصري يحدث عن قبيصة بن حريث عن سلمة بن المحبق عن النبي

وبه قال احمد واسحاق وهو قول بن مسعود ذكره ابو بكر قال حدثني يحيى بن سعيد القطان عن سفيان عن الشيباني عن الشعبي عن عامر بن مطر عن عبد الله في الرجل يقع على جارية امراته قال ان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها وان كانت طاوعته فهي له وعليه مثلها لسيدتها

1 (7 - باب ما يجب فيه القطع)

1544 - مالك بن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله قطع في مجن (1) ثمنة ثلاثة

دراهم

1545 - مالك عن عبد الله بن عبد الرحمن بن ابي حسين المكي ان رسول الله ﷺ قال (لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل (2) فاذا اواه المراح (3) او الجرين (4) فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن)

1546 - مالك عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد

الاستذكار ج:7 ص:529

الرحمن أن سارقا سرق في زمان عثمان أترجة فأمر بها عثمان بن عفان أن تقوم فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهما بدينار فقطع عثمان يده

1547 - مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت ما طال علي وما نسيت (القطع في ربع دينار فصاعدا)

وقال مالك (1) أحب ما يجب فيه القطع الي ثلاثة دراهم وان ارتفع الصرف أو اتضع وذلك ان رسول الله قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وان عثمان بن عفان قطع في اترجة قومت بثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعت الي في ذلك

قال ابو عمر ادخل مالك رحمه الله في اول هذا الباب الحديث المسند الصحيح الاسناد حديث بن عمر وهذا اثبت ما روي عن النبي ﷺ في معناه وهو يوجب القطع في كل عرض مسروق يبلغ ثمنه ثلاثة دراهم

واردفه بالحديث المرسل ومراسيل الثقات عندهم صحاح يجب العمل بها وهو مع هذا يستند من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رواه الثقات عن عمرو بن شعيب منهم عمرو بن

الحارث وهشام بن سعد ومحمد بن إسحاق حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني ابو بكر قال حدثني عبد الله بن ادريس قال حدثني محمد بن إسحاق قال وحدثني عبد الوارث بن سفيان واللفظ لحديثه قال وحدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني سحنون قال حدثني بن وهب قال اخبرني هشام بن سعد وعمرو بن الحارث ثم اتفقا عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله ﷺ انه قال (لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا اواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن

الاستذكار ج:7 ص:530

قال ابو عمر كان مالكا رحمه الله انما اراد بادخاله هذا الحديث باثر حديث بن عمر البيان ان المجن المذكور فيه هو الذي روى بن عمر ان ثمنه ثلاثة دراهم ردا على الكوفيين الذين يروون ان ثمن المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ كان عشرة دراهم ثم اردفه بحديث عثمان رضي الله عنه انه قطع في ثمن اترجة قومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهما يعني بدينار ثم اردف ذلك بحديث عائشة قولها (ما طال على وما نسيت) والقطع في ربع دينار فصاعدا تريد ثلاثة دراهم من الصرف المذكور ثم اختار القطع فيما بلغ ثلاثة دراهم واستحبه دون مراعاة ربع دينار ذهبا في تقويم العروض المسروقة لان النبي ﷺ ثم عثمان بعده انما قوم المجن والاترجة بالثلاثة دراهم لا بربع دينار ذهبا وتحصيل مذهبه انه لا يرد الذهب إلى الفضة بالقيمة ولا ترد الفضة إلى الذهب بالقيمة ومن سرق من الذهب ربع دينار فصاعدا فعليه القطع

ومن سرق من الفضة ثلاثة دراهم فصاعدا فعليه القطع ولو سرق السارق درهمين صرفهما ربع دينار لم يجب عليه قطع ومن سرق ما عداهما من العروض كلها قومت سرقته بالثلاثة دراهم لا بربع دينار ارتفع الصرف بذلك او انخفض وبهذا كله قال احمد بن حنبل الا ان احمد يقول من سرق من العروض ما يبلغ ثمنه ثلاثة دراهم او ربع دينار قطع ولا يقطع في الدراهم حتى تكون ثلاثة دراهم ولا في الذهب حتى يكون ربع دينار وهو قول إسحاق في رواية واما الشافعي رحمه الله فانما عزل واحتمل على حديث عائشة في ربع دينار من الورق لا يساوي ربع دينار ذهبا لم يجب عليه القطع لان الثلاثة دراهم انما ذكرت في الحديث لانها كانت يومئذ ربع دينار ذهبا وذلك بين في حديث عثمان في الاترجة اذ قال من صرف اثني عشر درهما ومن سرق شيئا من العروض كلها على اختلاف اجناسها لم تقوم سرقته الا بربع دينار ذهبا ارتفع الصرف او انخفض الا بالثلاثة الدراهم وحجته في ذلك قول عائشة ما طالع علي وما نسيت (القطع في ربع دينار فصاعدا) وذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية الثقات وقد روي عن إسحاق مثل قول الشافعي وبه قال ابو ثور وداود كلهم يقدروا بدينار في تقويم العروض المسروقة وفي الصرف ايضا ارتفع الصرف او اتضع

الاستذكار ج:7 ص:531

وقول (1) كالشافعي سواء والحجة للشافعي وابي ثور داود ومن قال بقولهم ما حدثناه سعيد بن نصر وعبد الوارث قالا حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر قال حدثني يزيد بن هارون قال حدثني بن

كثير وابراهيم بن سعد قالا جميعا اخبرنا الزهري عن عمرة عن عائشة عن النبي ﷺ قال (القطع في ربع دينار فصاعدا) (2)
وحدثاني قالا حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني محمد بن إسماعيل قال حدثني الحميدي قال حدثني سليمان قال حدثني اربعة عن عمرة عن عائشة لم يرفعوه عبد الله بن ابي بكر ورزيق بن حكيم ويحيى وعبد ربه ابنا سعيد الا ان في حديث يحيى ما دل على ان الرفع قولها ما طال علي وما نسيت (القطع في ربع دينار فصاعدا) (3)
قال وحدثني الزهري وكان احفظهم قال حدثني عمرة عن عائشة انها سمعها تقول ان رسول الله ﷺ كان يقطع في ربع دينار فصاعدا فرفعه الزهري وهو احفظهم
وهذا كله كلام بين عيينة
وكذلك رواه معمر وسائر اصحاب الزهري عنه عن عمرة عن عائشة مرفوعا
ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عمرة عن عائشة ان النبي ﷺ قال (تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا)
ورواه الليث بن سعد عن بن الهادي عن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمرة عن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول (لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا

الاستذكار ج:7 ص:532

قال ابو عمر حديث بن شهاب الزهري وابي بكر بن محمد عن عمرة عن عائشة عن النبي ﷺ اصح ما في هذا الباب
وبه قال عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد والاوزاعي والشافعي واصحابه

واليـــــــه ذهـــــــب ابـــــــو ثـــــــور وداود
وقال داود ليـس فـي حـديث بـن عمـر لان الثلاثـة
دراهـــــــم كـــــــانت ربـــــــع دينـــــــار
قال ولو خالف بن عمر لحديث عائشة لانهـا حكتـه
عن النبي ﷺ وبن عمر انم ا اخـبر ان قيمـة المجـن
كانت ثلاثـة دراهـم ولـم يـذكر ذلـك عـن النـبي ﷺ
وروي مثل قول الشافعي في هذا الباب عن عمـر
وعثمان وعلـي رضـي اللـه عنهـم وهـي منقطعـة
واحســـــــنها حـــــــديث علـــــــي
حدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حـدثني
محمد بن عبد السلام قال حدثني محمـد بـن بشـار
قال حدثني يحيى بن سعيد عـن جعفـر بـن محمـد
عن ابيه ان عليا رضي الله عنه قطع في ربع دينـار
درهميـــــــــــن ونصـــــــــف
وذكر ابو بكر قال حدثني عبـد الرحمـن عـن يحيـى
بن سعيد عن ابي بكر بن محمـد قـال اتـي عثمـان
رضي الله عنه في رجل سرق اترجة فقومها بربـع
دينـــــــار فقطـــــــع يـــــــده
قـال ابـو عمـر فهـذان القـولان لفقهـاء الحجـاز -
ومن قال بقولهم - متقاربان فـي وجـه مختلفـان
فـــــــــي اخـــــــــر
واما فقهاء العراق فلا يرون قطع يد السارق فـي
اقل مـن عشـرة دراهـم الا ان منهـم مـن يراعيهـا
دون مراعـــــــاة دينـــــــار
ومنهـم مـن يقـول بقطـع اليـد فـي دينـار او فـي
عشـــــــرة دراهـــــــم
فالدينار عندهم عشرة دراهم على ما قوم به عمر
الدينار في الدية فجعلها في روايته الـف دينـار او
عشـــــــرة الاف درهـــــــم
وروي عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود
انهما قالا تقطع اليد في اقل من دينـار او عشـرة
دراهـــــــــــــــــــــــــــــــم

وروى وكيع عن حمزة الزيات عن الحكم عن ابي جعفر قال قيمة المجن الذي قطعت فيه اليد دينار

وقال ابراهيم النخعي لا تقطع اليد الا في دينار او قيمته

الاستذكار ج:7 ص:533

واما سفيان الثوري وابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر فقالوا لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم وهذا قول عطاء

وقال ابو حنيفة واصحابه لا يقطع من سرق مثقالا من ذهب حتى يكون المثقال يساوي عشرة دراهم مضروبة فصاعدا ولا يقطع من سرسق نفرا من فضة وزنها عشرة دراهم مضروبة ولا يقطع من سرق عشرة دراهم زائفة او مبهرجة اذا كانت لا تساوي عشرة دراهم بيضا

فالحجة لمن قال ان اليد لا تقطع الا في عشرة دراهم وان المجن الذي قطع فيه رسول الله كان ثمنه عشرة دراهم

ما حدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد قال حدثني ابو بكر قال حدثني بن نمير وعبد الاعلى قالا حدثني محمد بن إسحاق عن ايوب بن موسى عن عطاء عن بن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله عشرة دراهم

قال ابو بكر قال وحدثني عبد الاعلى عن محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله (لا تقطع يد السارق في دون ثمن المجن) قال وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال فهذا بن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص قد خالفا بن عمر في ثمن المجن الذي قطع فيه

رسول الله ﷺ يد السارق فالواجب ان لا تستباح اليد الا بيقين لان صاحب العشرة يجامعه صاحب الثلاثة وليس صاحب العشرة بجامع لصاحب الثلاثة
قال ابو عمر قد يكون ذلك امرين في حدين اذا صح القطع في ثلاثة دراهم فصاعدا دخل فيه العشرة وكل ما زاد على الثلاثة والله اعلم كيف كان ذلك وحديث ربع دينار اولى ما قيل في هذا الباب والله الموفق للصواب
قال ابو عمر من قال لا تقطع اليد الا في ثلاثة دراهم فصاعدا ومن قال في ربع دينار فصاعدا او من قال في دينار او عشرة دراهم فصاعدا لكل واحد منهم حديث عن النبي ﷺ يحدثه ويسند إليه ويحتج به ويعدل عليه ولكل واحد منهم سلف من الصحابة والتابعين
وفي المسالة اقاويل غير هذه ليس في شيء منها حديث مسند الا واحد

الاستذكار ج:7 ص:534

منها وفيها احاديث منقطعة لا تثبت ان ثمن المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ كان خمسة دراهم
وقد قال بان اليد لا تقطع الا في خمسة دراهم فصاعدا جماعة منهم بن ابي ليلى وبن شبرمة وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسليمان بن يسار
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني بن ادريس عن بن ابي عروبة واسماعيل عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال لا يقطع الخمس الا في خمس
قال وحدثني ابو داود عن هشام عن قتادة عن سليمان بن يسار قال لا يقطع الخمس الا في خمس

وقد روى شعبة عن قتادة عن انس قال قطع ابو بكر الصديق رضي الله عنه في مجن قيمته خمسة دراهم
قال ابو عمر هذا حديث رواه الثوري عن شعبة وليس فيه حجة لان من راى القطع في ثلاثة دراهم قطعها فيما زاد خمسة او غير خمسة وقول اخر ان اليد لا تقطع الا في اربعة دراهم فصاعدا
روي ذلك عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة من حديث يحيى القطان وحديث شعبة ايضا رواه جميعا عن داود اصيبيح انه سمع ابا سعيد وابا هريرة يقولان لا تقطع اليد الا في اربعة دراهم فصاعدا
ذكره ابو بكر قال حدثني غندر وذكره بنداد عن يحيى القطان
قال ابو بكر وحدثني عبد الوهاب الثقفي عن خالد عن عكرمة قال تقطع اليد في ثمن المجن قال خالد قلت له ذكر لك ثمنه قال اربعة او خمسة وقال عثمان البتي تقطع اليد في درهم
وروي عن الحسن البصري في هذا الباب روايات فروى الاشعث بن عبد الملك انه قال ما كنت لان اقطع اليد في اقل من خمسة دراهم
وروى منصور عنه انه كان لا يوقت في السرقة شيئا ويتلو هذه الاية والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما المائدة 38
وروى قتادة عنه انه قال تذاكرنا على عهد زياد ما تقطع فيه اليد فاجمع راينا على درهمين

الاستذكار ج:7 ص:535

وقالت الخوارج وطائفة من اهل الكلام كل سارق بالغ سرق ما له قيمة قلت او كثرت فعليه القطع واحتج بعض المتاخرين ممن ذهب إلى هذا ما حدثناه سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني محمد قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة

قال حدثني ابو معاوية عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ (لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده) (1)

وهذا حديث شاذ ويحتمل ان يكون معناه القليل لان مقدار ما تقطع فيه يد السارق في جناية يده قليل

وقد قيل ان حديث ابي هريرة هذا كان في حين نزول الاية ثم احكمت الامور بعد احكمها الله تعالى بان سن رسول الله ﷺ وبين مراد الله من كتابه فقال ما رواه الزهري وغيره عن عمرة عن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول (لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا)

وقد قيل انه اراد عليه الصلاة والسلام بذكر البيضة في حديث ابي هريرة بيضة الحديد وليس بشيء والصواب ما قدمت لك والله اعلم

ذكر ابو بكر قال حدثني حاتم بن إسماعيل قال حدثني جعفر بن محمد عن ابيه ان عليا رضي الله عنه انه قطع يد سارق في بيضة حديد ثمنها ربع دينار

1548 - قال ابو عمر ذكر مالك في هذا الباب حديثه عن عبد الله بن ابي بكر عن عمرة قالت خرجت عائشة إلى مكة ومعها مولاتان لها ومعهما غلام لبني عبد الله بن ابي بكر الصديق فبعثت مع المولاتين ببرد مرجل قد خيط عليه خرقة خضراء قالت فاخذ الغلام البرد ففتق عنه فاستخرجه وجعل مكانه لبدا او فروة وخاط عليه فلما قدمت المولاتان المدينة دفعتا ذلك إلى اهله فلما فتقوا عنه وجدوا فيه اللبد ولم يجدوا البرد فكلموا المراتين فكلمتا عائشة زوج النبي ﷺ او كتبتا اليها واتهمتا العبد فسئل العبد عن ذلك فاعترف

فـامرت بـه عائشـة زوج النـبي ﷺ فقطعـت يـده وقالت عائشة القطع في ربع دينار فصاعدا

الاستذكار ج:7 ص:536

وليس فيه اكثر مـن فتيـا عائشـة بقطـع يـد العبـد السارق وقولهـا القطـع فـي ربـع دينـار فصـاعدا وسياتي القول في الحـرز فـي موضـعه مـن بـاب جـــامع القطـــع ان شـــاء اللـــه عـــز وجـــل ولم يختلف العلماء فيمن اخرج الشيء المسـروق من حرزه سارقا له وبلغ المقدار الذي تقطـع فيـه يده ان عليه القطع حرا كان او عبـدا ذكـرا كـان او انثى مسلما كان او ذميا لان العبد الابـق اذا سـرق اختلف السلف في قطعه ولم يختلف ائمة فقهـاء الامصار في ذلك والحمد لله

1 (8 - باب ما جاء في قطع الابق والسارق)

1549 - مالك عن نافع ان عبدا لعبد اللـه بـن عمـر سرق وهو ابق فارسل به عبـد اللـه بـن عمـر إلـى سعيد بـن العـاص وهـو اميـر المدينـة ليقطـع يـده فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطـع يـد الابـق السارق اذا سرق فقال له عبد الله بن عمر في أي كتاب الله وجدت هذا ثم امر به عبـد اللـه بـن عمـر فقطعـــــــــــــــــت يـــــــــــــــــده

قال ابو عمر في هذا الخبر لمـذهب مالـك فـي ان السيد لا يقطع يد عبده في السـرقة وان كـان قـد اختلف عنه في حده في الزنى ولم يختلف عنه انه لا يقطـع السـيد عبـده فـي السـرقة لان قطـع السارق إلى السلطان فلما لم يرض بن عمر الحـد يقام على يدي السلطان وراه حدا معطلا قـام للـه عـــــــــــــــــز وجـــــــــــــــــل

وقد ذكرنا اختلاف العلماء في هذه المسـالة فيمـا مضـــى

1550 - مالك عن زريق بن حكيم انه اخبره انه اخذ عبدا ابقا قد سرق قال فاشكل علي امره قال فكتبت فيه إلى عمر بن عبد العزيز اساله عن ذلك وهو الوالي يؤمئذ قال فاخبرته انني كنت اسمع ان العبد الابق اذا سرق وهو ابق لم تقطع يده قال فكتب الي عمر بن عبد العزيز نقيض كتابي يقول كتبت الي انك كنت تسمع ان العبد الابق اذا سرق لم تقطع يده وان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والسارق والسارقة فاقطعونا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم المائدة 38 فان بلغت سرقته ربع دينار فصاعدا فاقطع يده

الاستذكار ج:7 ص:537

قال ابو عمر روي هذا الحديث عن زريق صاحب ايلة كما رواه مالك وانما اشكل على زريق بن حكيم قطع يد العبد اذا سرق لما سمع فيه من الاختلاف والله اعلم - فاراد ان يقف من ذلك على راي امين في المسالة ولم ير عمر بن عبد العزيز الاختلاف في ذلك شيئا اذا لم تكن سنة من النبي ﷺ فبين فيها مراد الله من تخصيص الله الاية في الاباق من العبيد كما بينهما رسول الله ﷺ في المقدار الذي يجب فيه القطع حمل الاية على ظاهرها وعمومها وهذا اصل صحيح ومذهب جميل

1551 - مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وعروة بن الزبير كانوا يقولون اذا سرق العبد الابق ما يجب فيه القطع قطع قال مالك وذلك الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان العبد الابق اذا سرق ما يجب فيه القطع قطع قال ابو عمر على هذا قول مالك والشافعي وابي حنيفة واصحابهم والثوري والاوزاعي والليث واحمد واسحاق وابي ثور وداود وجمهور اهل

العلم - اليوم بالامصار وانما وقع الاختلاف فيه قديما ثم انعقد الاجماع بعد ذلك والحمد لله كثيرا ومن الاختلاف بين السلف ما رواه معمر عن الزهري قال دخلت على عمر بن عبد العزيز فسالني ايقطع العبد الابق اذا سرق قلت لم اسمع فيه بشيء فقال لي عمر كان عثمان ومروان لا يقطعانه
قال الزهري فلما استخلف يزيد بن عبد الملك رفع إليه عبد ابق سرق فسالني عنه فاخبرته بما اخبرني به عمر بن عبد العزيز عن عثمان ومروان فقال اسمعت فيه بشيء قلت لا الا ما اخبرني به عمر قال فوالله لاقطعنه
قال الزهري فحججت عامئذ فلقيت سالم بن عبد الله فسالته فاخبرني ان غلاما لعبد الله بن عمر سرق وهو ابق فرفعه بن عمر إلى سعيد بن العاص وهو امير على المدينة فقال ليس عليه قطع انا لا نقطع آبقا قال فذهب به بن عمر فقطعت يده وقام عليه حتى قطع
وروى الثوري ومعمر عن عمرو بن دينار عن مجاهد عن بن عباس انه كان لا يرى على عبد ابق سرق قطعا

الاستذكار ج:7 ص:538

وذكره ابو بكر قال حدثني يحيى بن سعيد عن سفيان عن عمرو عن مجاهد عن بن عباس قال لا يقطع الابق اذا سرق في اباقه
قال وحدثني وكيع عن بن ابي ذئب عن الزهري ان عثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز كانوا لا يقطعون الابق اذا سرق
قال وحدثني عبيد الله عن حنظلة عن سالم عن عائشة قالت ليس عليه قطع
وعبد الرزاق (1) عن عبد الله بن عمر عن نافع عن عائشة مثله
قال عبد الرزاق قال سفيان قولها انه لا يقطع

ليس معصية الله عز وجل في اباقه تخرجه من القطع
وقال سفيان عن خالد الحذاء عن الحسن انه سئل عن العبد الابق يسرق اتقطع يده قال نعم
وقال حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد ان عمر بن عبد العزيز والقاسم بن محمد قالا العبد الابق اذا سرق قطع
وذكر ابو بكر قال حدثني الفضل بن دكين عن الحسن بن صالح عن ابراهيم بن عامر ان عمر بن عبد العزيز سال عروة عنه فقال يقطع
قال وحدثني وكيع عن اسرائيل عن جابر عن عامر قال يقطع

1 (9 - باب ترك الشفاعة للسارق اذا بلغ السلطان)

1552 - مالك عن بن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان ان صفوان بن امية قيل له انه من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن امية المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فاخذ رداءه فاخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ فقال له رسول الله ﷺ (اسرقت رداء هذا) قال نعم فامر به رسول الله ﷺ ان تقطع يده فقال له صفوان اني لم ارد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ (فهلا قبل ان تاتيني به

الاستذكار ج:7 ص:539

قد ذكرنا في (التمهيد) اختلاف الرواة لهذا الحديث عن مالك وعن بن شهاب ايضا وذكرنا طرقه من غير رواية بن شهاب وتقصينا ذلك هنالك والحمد لله كثيرا

ونذكر في اخر هذا الباب ما في هذا الحديث من المعاني وما للعلماء فيها من المذاهب والحمد لله

1553 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن ان الزبير بن العوام لقي رجلا قد اخذ سارقا وهو يريد ان يذهب به إلى السلطان فشفع له الزبير ليرسله فقال لا حتى ابلغ به السلطان فقال الزبير اذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع (1)

هذا خبر منقطع ويتصل من وجه صحيح قال ابو عمر ادخل مالك خبر الزبير بيانا لحديث صفوان لان السلطان لا يحل له ان يعطل حدا من الحدود التي لله عز وجل اقامتها عليه اذا بلغته كما ليس له ان يتجسس عليها اذا استترت عنه وبان الشفاعة في ذوي الحدود حسنة جائزة وان كانت الحدود فيها واجبة اذا لم تبلغ السلطان وهذا كله لا اعلم فيه خلافا بين العلماء وحسبك بذلك علما

وذكر ابو بكر قال حدثني وكيع وحميد بن عبد الرحمن الرواسي عن هشام بن عروة عن عبد الله بن عروة عن الفرافصه الحنفي قال مروا على الزبير بسارق فشفع له فقالوا اتشفع للسارق قال نعم ما لم يؤت به إلى الامام فاذا اتي به إلى الامام فلا عفو له عنه ان عفا عنه

وروى بن سلمة عن هشام بن عروة عن اخيه عبد الله بن عروة عن الفرافصة ان الزبير مر بلص قد اخذ فقال دعوه اعفوا عنه فقالوا اتامرنا بهذا يا ابا عبد الله وانت صاحب رسول الله ﷺ فقال ان الحدود يعفى عنها ما لم تبلغ إلى السلطان فاذا رفعت إلى السلطان فلا عفا الله عنه ان عفي عنها

قال ابو عمر هذا تفسير قوله ﷺ لصفوان (فهلا

قبل ان تاتيني به) فانه لم يهب الرداء الا رجاء العفو عنه

قال ابو بكر وحدثني حميد عن هشام عن ابي حازم ان عليا شفع لسارق فقيل له اتشفع لسارق قال نعم ان ذلك ليفعل ما لم يبلغ الامام وعن سعيد بن جبير وعطاء وجماعة من علماء التابعين مثل ذلك وروي عن ابي بكر وعمر وعثمان مثل ذلك والاثار في الستر على المسلم عن النبي ﷺ كثيرة

وذكر ابو بكر قال حدثني ابو معاوية عن عاصم عن عكرمة ان بن عباس وعمارا والزبير اخذوا سارقا فخلوا سبيله قال عكرمة فقلت لابن عباس بئس ما صنعتم حين خليتم سبيله فقال لا ام لك اما لو كنت انت لسرك ان يخلى سبيلك (1)

وهذا كله قبل ان يبلغ إلى السلطان لقوله ﷺ (من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله عز وجل في حكمه) (2)

وذكره ابو بكر قال حدثني عبدة عن يحيى بن سعيد عن عبد الوهاب عن بن عمر قال حدثني سعيد قال حدثني قاسم قال حدثني محمد قال حدثني ابو بكر قال حدثني بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة ان النبي ﷺ كلم في شيء فقال عليه الصلاة والسلام (لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد) قال ابو عمر في حديث بن شهاب في هذا الباب في قصة رداء صفوان المسروق من تحت راسه وهو قد توسده دليل على ان الحرز قد يكون بمثل ذلك من الفعل واتفق الفقهاء ائمة الفتوى بالامصار واتباعهم

على مراعاة الحرز في ما يسرقه السارق فقالوا ما سرقه السارق من غير حرز فلا قطع عليه بلغ المقدار الذي يجب فيه القطع ام لم يبلغ وممن ذهب إلى هذا مالك والثوري والليث والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي واصحابهم

الاستذكار ج:7 ص:541

وحجتهم قوله ﷺ(لا قطع في حريسة الجبل حتى يؤويها المراح فاذا اواها المراح فالقطع على من سرق منها ثمن المجن) (1)ـــ ورواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺقال علي بن المديني حديث عمرو بن ش عيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺحجة اذ رواه عن عمرو بن شعيب ثقة وادرك اباه وابوه شعيب ادرك عبد الله بن عمرو بن العاص وقال ﷺ(لا قطع على خائن ولا مختلس) (2)ـــ فلما كان الخائن لا يحترز منه علم انهما لم يكن في حرز فليس بسرقة يجب فيها القطع واجمع العلماء انه لا قطع على المضارب من مال مضاربه وكذلك المودع عنده الوديعة وقد اختلف الفقهاء في ابواب من معاني الحرز يطول ذكرها

فجملة مذهب مالك والشافعي ان الحرز كل ما يحرز الناس به اموالهم اذا ارادوا التحفظ من سارق يسرقها وهو يختلف باختلاف الشيء المحروز واختلاف المواضع فاذا ضم المتاع في السوق وقعد صاحبه عليه فهو حرز له سواء كان المتاع في ظرف فاخرجه السارق من ظرفه او كان بحيث ينظر إليه صاحبه جاز ذلك وكذلك ابل القافلة ودواب الرفقة اذا قطر بعضها إلى بعض او كانت غنما في مراحها او متاعا في فسطاط او خباء وعليه من يحفظه ونحو هذا مما

يطـــــــــــــــــــول اوصـــــــــــــــــــافه
ومعنـى قـول الشـافعي ومالـك فـي هـذا البـاب
متقـــــــــــــــــــارب جـــــــــــــــــــدا
وقد قال اهل الظ اهر وطائفـة مـن اه ل الحـديث
كل سارق سرق ربع دينار ذهبا او قيمته من سـائر
الاشياء وجب عليه القطـع مـن حـرز اخـذه او مـن
غير حرز اذا اخذه من ملك مالك لم ياتمنه عليه لان
الله عز وجل امر بقطع السارق امرا مطلقا وبيـن
النبي ﷺ المقدار المقطوع فيه ولم يبين الحرز

الاستذكار ج:7 ص:542

وتكلموا فـي الاحـاديث الـتي ذكرناهـا وهـي حجـة
عليهم لما وصفنا وما اعلم لهم فـي تـرك مراعـاة
اخراج السرقة من حرزها الا شيئا عن عائشة وبـن
الزبير ورواية عـن الحسـن قـد روي عنـه خلافهـا
وجمهور اهل العلم على ان السارق لا قطـع عليـه
الا ان يسـرق شـيئا محـروزا يخرجـه مـن حـرزه
وعلى ذلك جماعة الفقهاء ائمة الفتوى بالامصـار
واختلف العلماء في السارق يسـرق مـا يجـب فيـه
القطـع ويرفـع إلـى الامـام فيقـر او تثبـت عليـه
السرقة بالبينة العادلة فيامر الامام بقطعه فيهب
له المسروق منه الشيء المسروق قبل ان يقطـع
علـى مـا صـح عـن صـفوان رضـي اللـه عنـه
فقال مالك والشافعي واكثر اهـل الحجـاز يقطـع
لان الهبة له والصدقة عليه بما سرقه ربما وقعـت
بعـــــــد وجـــــــوب الحـــــــد عليـــــــه
وهـــــو احـــــد قـــــولي ابـــــي يوســـــف
وقال ابـو حنيفـة ومحمـد بـن الحسـن وطائفـة لا
يقطع لانـه قـد ملـك الشـيء المسـروق بالصـدقة
والهبة قبل ان يقع فلا تقطع يـد احـد فـي مـا هـو
ملـــــــــــــــــــك لـــــــــــــــــــه

وهذا منهـم دفـع لحـديث صـفوان قـوله ﷺ (فهلا
قبل ان تاتيني به) ولـم يـروون شـيئا يردونـه بـه

وكذلك اختلفوا في هذه المسالة لو وقعت الهبة من المسروق منه للسارق قبل ان يرفع إلى الامام
فقال ابو حنيفة وابو يوسف من غير خلاف عنه ومحمد بن الحسن لا قطع عليه وقال مالك والشافعي واصحابهما يقطع ووافقهم على ذلك بن ابي ليلى واحتج الشافعي في ذلك بالزاني بأمة غيره توهب له قبل ان يقام عليه الحد او يشتريها قبل ان يقام عليه الحد ان ملكه الطارئ لا يزيل عنه الحد ومن حجة ابي حنيفة ومن تابعه الحديث المرفوع (تعافوا الحدود في ما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب

الاستذكار ج:7 ص:543

وقال بن وهب سمعت بن جريج يحدث به عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي قالوا فهذا الحديث قد عفي عنه بالهبة والصدقة وقد حصل الشيء المسروق ملكا للسارق قبل ان يبلغ السلطان فلم يبلغ الحد السلطان الا وهو يعفو عنه
قالوا وما صار ملكا للسارق واستحال ان يقطع فيه لانه انما يقطع في ملك غيره لا في ملك نفسه
قالوا والطارئ من الشبهات في الحدود بمنزلة ما هو موجود في الحال قياسا على الشهادات
قال ابو عمر قوله لصفوان (فهلا قبل ان تاتيني به) يمنع من استعمال النظر ما يوجب التسليم إلى ما ذكرنا من صحيح القياس في ملك الزاني نظرا له قبل الحد والله اعلم

1 (10 - باب جامع القطع)

1554 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اهل اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق فشكا إليه ان عامل اليمن قد ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول ابو بكر وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امراة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم ان الاقطع جاءه به فاعترف به الاقطع او شهد عليه به فامر به ابو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر والله لدعاؤه على نفسه اشد عندي عليه من سرقته قال ابو عمر اختلف في هذا الحديث فروي ان هذا الاقطع لم يكن مقطوع اليد والرجل وانما كان مقطوع اليد اليمنى فقط ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم وغيره قال انما قطع ابو بكر رجل الاقطع وكان مقطوع اليد اليمنى فقط قال الزهري ولم يبلغنا في السنة الا قطع اليد والرجل لا يزاد على ذلك قال واخبرنا معمر عن ايوب عن نافع عن بن عمر قال انما قطع ابو بكر رجل الذي قطعه يعلى بن امية كان مقطوع اليد قبل ذلك

الاستذكار ج:7 ص:544

قال ابو عمر هؤلاء نفوا و عبد الرحمن بن القاسم زاد واثبت والله اعلم وقد رواه الثوري كما رواه مالك ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا الثوري عن عبد الرحمن بن القاسم عن القاسم بن محمد ان سارقا مقطوع اليد والرجل سرق حليا لاسماء فقطعه ابو بكر الثالثة قال حسبته قال يده ورواه وكيع عن سفيان فخالف عبد الرزاق في

لفظـــــــــــــــــــــــــــــــــــه
وذكر ابو بكر قال حدثني وكيع عن سفيان عن عبد الرحمن بـن القاسـم عـن ابيـه ان ابـا بكـر اراد ان يقطع الرجل بعد اليد والرجل فقال له عمر السنة اليــــــــــــــــــــــــــــــــــــد
وذكر عبد الرزاق قـال اخبرنـا معمـر عـن الزهـري عن عروة عن عائشة قالت كان رجـل اسـود يـاتي ابا بكر فيدنيه ويقرئه القران حتى بعـث سـاعيا او قال سرية فقـال ارسـلني معـه فقـال بـل تمكـث عندنا فابى فارسله معه واستوصى بـه خيـرا فلـم يغب معه الا قليلا حتى جاء قد قطعت يده فلما راه ابو بكر فاضت عيناه فقال ما شـانك قـال مـا زدت على انه كان يوليني شيئا من عمله فخنته فريضــة واحـــــــــــدة فقطـــــــــــع يـــــــــــدي
فقال ابو بكـر تجـدون الـذي قطـع يـد هـذا يخـون عشرين فريضة والله لئن كنت صادقا لاقيدنك منه قال ثم ادناه ولم يحول منزلته التي كانت لــه منــه قال فكان الرجل يقوم الليل فيقرا فاذا سمع ابــو بكر صوته قال تـالله لرجـل قطـع هـذا لقـد اجـترا علـــــــى اللــــــــه عـــــــز وجـــــــل
قال فلم يغب الا قليلا حتى فقد ال ابي بكـر حليـا لهم ومتاعا فقال ابو بكر طرق الحي الليلـة فقـ ام الاقطـع فاسـتقبل القبلـة ورفـع يـده الصـحيحة والاخرى التي قطعت فقال اللهم اظهر على مــن ســـــــــــرقهم او نحـــــــــــو هـــــــــــذا
وكان معمر ربما قال اللهم اظهر على مـن سـرق اهل هذا الـبيت الصـالح قـال فمـا انتصـف النهـار حتى عثروا على المتاع عنده فقال ابـو بكـر ويلـك انك لقليل العلم بالله عز وجل فـامر بـه فقطعـت رجلـــــــــــــــــــــــــــــــــه
وفي هذا الخبر وخبر الزهري ايضا عن سالم وخبر ايوب عن نافع عن بن عمر ان ذلك الاقطع لم تكن

رجله مقطوعة وانما كان مقطوع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله - يعني - اليسرى

الاستذكار ج:7 ص:545

وهذا خلاف ما رواه عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه في هذا الخبر وقد روي فيه ما يوافقه ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرني بن جريج قال اخبرني غير واحد من اهل المدينة منهم إسماعيل بن محمد بن سعد بن ابي وقاص ان يعلى بن امية قطع يد سارق ورجله لانه سرق في الثانية فقطع ابو بكر يده للثالثة ثم ذكر نحو حديث الزهري قال فكان ابو بكر يقول لجراته على الله عز وجل اغيظ عندي من سرقته

قال بن جريج واخبرني عبد الله بن ابي بكر ان اسمه جبر او جبير

قال ابو عمر اختلف العلماء من السلف والخلف فيما يقطع من السارق اذا قطعت يده اليمنى بسرقة يسرقها ثم عاد فسرق اخرى بعد اجماعهم ان اليد اليمنى هي التي تقطع منه اولا فقال مالك والشافعي واصحابهما اذا قطع في السرقة ثم سرق ثانية قطعت رجله اليسرى ثم ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وتحسم كل واحدة بالنار ساعة القطع خوف التلف والقطع عندهم من المفصل

وبه قال قتادة واليه ذهب ابو ثور وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وعن ابي بكر فيه ما قد ذكرنا

وقال بذلك جماعة من السلف والتابعين وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني بن علية عن خالد الحذاء عن عكرمة عن بن عباس قال رايت عمر بن الخطاب قطع يد رجل بعد يده ورجله

والحجة لما ذهب إليه مالك والشافعي ومن قال

بقولهما انه قد روي ذلك عن النبي ﷺ من مراسيل الثقات
منها ما رواه بن جريج عن عبد ربه بن امية بن الحارث انه اخبره عن الحارث بن عبد الله بن ابي ربيعة انه حدثه عبد الرحمن بن سابط ان النبي ﷺ اتي بعبد قد سرق فقطع يده ثم الثانية فقطع رجله ثم اتي به في الثالثة قطع يده ثم اتي به فقطع رجله

الاستذكار ج:7 ص:546

قال سفيان الثوري وابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا وجب على السارق القطع قطعت يده اليمنى من المفصل ثم ان سرق ثانية قطعت رجله اليسرى ولا يقطع منه شيء بعد ذلك وانما عليه الغرم
وهو قول الزهري وحماد والشعبي وابراهيم النخعي واليه ذهب احمد
قال ابو عمر روي هذا القول عن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعده من العلماء الخالفين

وذكر عبد الرزاق (1) عن اسرائيل بن يونس عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائد الاودي عن عمر انه اتي برجل قد سرق يقال له سدوم فقطعه ثم اتي به الثانية فقطعه ثم اتي الثالثة فاراد ان يقطعه فقال له علي رضي الله عنه لا تفعل فانما عليه يد ورجل ولكن احبسه
وذكر ابو بكر قال حدثني جرير عن منصور عن ابي الضحى وعن مغيرة عن الشعبي قالا كان علي رضي الله عنه يقول اذا سرق السارق مرارا قطعت يده ورجله ثم ان عاد استودعته السجن
قال وحدثني حاتم بن إسماعيل عن جعفر عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع للسارق يدا ورجلا فاذا اوتي به بعد ذلك قال اني لاستحي ان

لا يتطهر لصلاته ولكن امسكوا كلبه عن المسلمين وانفقوا عليه من بيت المال
قال وحدثني عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن الزهري قال انتهى ابو بكر في قطع السارق إلى اليد والرجل
قال وحدثني ابو اسامة عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه ياكل بها الطعام ويستنجي بها من الغائط ولكن احبسوه عن المسلمين
قال وحدثني ابو خالد عن الحجاج عن عمرو عن مرة عن عبد الله بن سلمة قال كان علي يقول في السارق اذا سرق قطعت يده فان عاد قطعت رجله فان عاد استودعته السجن
قال واخبرنا ابو خالد عن الحجاج عن عمرو بن دينار ان نجدة الخارجي كتب إلى بن عباس يساله عن السارق فكتب إليه بمثل قول علي
قال وحدثني ابو خالد عن حجاج عن سماك عن بعض اصحابه ان عمر

استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي رضي الله عنه
قال ابو عمر حصل اتفاق جمهور السلف والخلف على جواز قطع الرجل بعد اليد من قال بقول الحجازيين ومن قال بقول العراقيين وهم عامة العلماء قالوا بذلك وهم يقرؤون والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما المائدة 38
وهذه مسالة تشبه المسح على الخفين وهم يقرون غسل الرجلين او مسحهما ويشبه الجزاء في الصيد في الخطا وهم يقرؤون ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم المائدة 95

والجمهور لا يجوز عليه تحريف الكتاب ولا الخطا في تاويله وانما قالوا ذلك بالسنة المسنونة لهم والامر المتبع
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير قال كتب نجدة إلى عمر يساله عن قطع النبي ﷺ الرجل بعد اليد فكتب إليه ان النبي ﷺ قد قطع الرجل بعد اليد
وقال بعض التابعين منهم عطاء وغيره والخوارج وطوائف من اهل الكلام وبعض اصحاب داود لا يجوز ان يقطع من السارق الا الايدي دون الارجل لان الله عز وجل يقول والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما المائدة 38
وذكر بن جريج قال قلت لعطاء اذا سرق الثانية قال ما ارى ان يقطع في السرقة الا الايدي قال الله عز وجل فاقطعوا ايديهما المائدة 38 ولو شاء امر بالرجلين وما كان ربك نسيا
قال ابو عمر قد روي عن النبي ﷺ قطع الايدي والايدي من السراق كالمحاربين - من خلاف
اخبرنا محمد بن عبد الله قال حدثني محمد بن معاوية قال حدثني إسحاق بن ابي حسان قال حدثني هشام بن عمار قال حدثني يحيى بن سعيد وحدثني سعيد بن يعلى قال وحدثني هشام بن عروة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله
قال اتي النبي ﷺ بسارق فقطع يده ثم اتي به بعد قد سرق فقطع رجله ثم اتي به بعد قد سرق فقطع يده ثم اتي به بعد قد سرق فقطع رجله ثم اتي به بعد قد سرق فقتله

الاستذكار ج:7 ص:548

وقد رواه مصعب بن ثابت عن محمد بن المنكدر عن جابر مثله بمعناه

وذكره النسائي وابو داود كلاهما عن محمد بن عبد الله بن عبيد بن عقيل عن جده عن مصعب بن ثابت
قال النسائي مصعب بن ثابت ليس بالقوي وان كان يحيى القطان قد روى عنه قال وهذا الحديث ليس بصحيح قال ولا اعلم في هذا الباب حديثا صحيحا عن النبي ﷺ
وفي حديث مصعب بن ثابت قتل السارق بالحجارة في الخامسة ولا اعلم احدا من اهل العلم قال به الا ما ذكره ابو مصعب صاحب مالك في مختصره عن اهل المدينة
مالك وغيره قال من سرق ممن بلغ الحلم من الرجال والمحيض من النساء سرقة فخرج بها من حرزها وبلغت ربع دينار او ثلاثة دراهم قطعت يده اليمنى ثم حسمت بالنار ثم خلي سبيله فان سرق ثانية قطعت رجلة اليسرى ثم ان سرق الثالثة قطعت يده اليسرى فان سرق الرابعة قطعت رجلة اليمنى فان سرق الخامسة قتل كما قال رسول الله ﷺ وعثمان وعمر بن عبد العزيز
قال وكان مالك بن انس يقول لا يقتل قال ابو عمر حديث القتل لا اصل له وقد ثبت عن النبي ﷺ ان لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان او زنى بعد احصان او قتل نفس بغير نفس (1) ولم يذكر فيها السارق
وقال ﷺ في السرقة (فاحشة وفيها عقوبة) ولم يذكر قتلا
وعلى هذا جمهور اهل العلم في الافاق على المسلمين والحمد لله رب العالمين
قال مالك (2) الامر عندنا في الذي يسرق مرارا ثم يستعدى عليه انه ليس عليه الا ان تقطع يده لجميع من سرق منه اذا لم يكن اقيم عليه الحد

فان كان قد اقيم عليه الحد قبل ذلك ثم سرق ما يجب فيه القطع قطع ايضا
قال ابو عمر لا اعلم في هذه المسالة خلافا بين اهل الفقه الذين تدور على مذاهبهم الفتوى بالامصار ولا على من قبلهم

وقد روي ايضا منصوصا عن جماعة من التابعين وهو القياس الصحيح لان قطع اليد في السرقة حق لله عز وجل فلا يقام الا مرة لما تقدم كالزنى لا يقام فيه الحد الا مرة على الزاني مرارا ما لم يحد فان عاد بعد الحد فعليه الحد مرة اخرى وهكذا ابدا في السرقة
والزنى اصل اخر من الاجماع ايضا في الرجل يطا امراة قد نكحها نكاحا فاسدا او نكاحا صحيحا انه يجب عليه المهر بوطء مرة ولو وطاها بعد ذلك مرارا لم يكن عليه غير ذلك
1555 - مالك ان ابا الزناد اخبره ان عاملا لعمر بن عبد العزيز اخذ ناسا في حرابة ولم يقتلوا احدا فاراد ان يقطع ايديهم او يقتل فكتب إلى عمر بن عبد العزيز في ذلك فكتب إليه عمر بن عبد العزيز لو اخذت بايسر ذلك
قال ابو عمر ليس في (الموطا) مثله في المحاربين غير هذه وهي لمحة كما ترى فلنذكر احكام المحاربين باخصر ما يقدر عليه بعون الله عز وجل
واما قول عمر بن عبد العزيز لعامله في المحاربين الذين لم يقتلوا لو اخذت بايسر ذلك فيدل على انه كان يذهب إلى تخيير الامام في عقوبة المحاربين على ظاهر القران قوله عز وجل ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض المائدة 33

فقالت طائفة قد اختلف السلف ومن بعدهم من

العلماء في حكم المحارب اذا اخذ في حرابته قبل ان يتوب واختلفوا في من عنى الله عز وجل بقوله انما جزؤا الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا المائـــــــــــــــــــــدة 33
فقالت طائفة منهم نزلت في الكفار المرتدين الذين اغاروا على لقاح رسول الله ﷺ وقتلوا الرعاة وكفروا بعد ايمانهم فمن كفر بالله من بعد ايمانه فقد حارب الله عز وجل ورسوله فاذا جمع السعي في الارض بالفساد وهو الخروج عن المسلمين وقطع الطريق واخافة السبل فهو ممـــــــــــن عنـــــــــي بالايـــــــــة
واحتجوا بحديث انس رواه ثابت البناني وابو قلابة وقتادة بن دعامة عن انس ان نفرا من عكل وعرينة قدموا المدينة فتكلموا بالاسلام وكانوا اهل ضرع

الاستذكار ج:7 ص:550

ولم يكونوا اهل الف فاجتووا (1) المدينة فامر لهم رسول الله ﷺ بزود ولقاح وان يخرجوا من المدينـــة فيشـــربوا مـــن البانهـــا وابوالهـــا وقال بعضهم في هذا الحديث فامرهم رسول الله ﷺ ان يخرجوا إلى ابل الصدقة فيشربوا من البانها وابوالها فانطلقوا فلما كانوا بناحية الحرة كفروا بعد اسلامهم وقتلوا راعي رسول الله ﷺ واستاقوا الابل مرتدين فبعث رسول الله ﷺ في اثرهم فأدركوا وأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل اعينهم ومنهم من يق ول وسمر اعينهم وتركوا بناحية الحرة يكدمون حجارتها حتى ماتوا (2)

قال قتادة فبلغنا ان هذه الاية نزلت فيهم انما

جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا المائدة 33
وممن قال ان الاية نزلت في اهل الكفر الحسن وعطاء
وقال اكثر اهل العلم نزلت في كل من قطع الطريق واخاف السبيل واخذ المال قتل او لم يقتل على ما نذكر
فمن اختلافهم في جزاء المحارب هل هو على الاستحقاق او على تخيير الامام فيه وانكر الفقهاء ان تكون الاية نزلت في اهل الشرك لان الله عز وجل قال في المحاربين الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم المائدة 34
وقد اجمع علماء المسلمين على ان الكفار اذا انتهوا وتابوا من كفرهم غفر لهم كل ما سلف وسقط عنهم كل ما كان لزمهم في حال الكفر من حقوق الله عز وجل وحقوق المسلمين قبل ان يقدروا عليهم وبعد ان يقدروا عليهم ويصيروا في ايدي المسلمين فلا يحل قتلهم باجماع المسلمين ولا يؤخذ بشيء جنوه في مال او دم فدل ذلك على ان الاية تنزل في اهل الشرك والكفر
وهذا هو الصحيح لان المحاربين يؤخذون بكثير من ذلك مما يؤخذ منهم

الاستذكار ج:7 ص:551
لاجماع العلماء - ما وجد في ايديهم من اموال المسلمين واهل الذمة ايضا
وقال مالك يؤخذون بالدم اذا طلبه وليه
وقال الليث لا يؤخذون به
وقال الشافعي تضع عن المحارب توبته حد الله عز وجل الذي وجب لمحاربته ولا تسقط عنه حقوق بني ادم
وقال ابو حنيفة ان لم يقدر الامام على قطاع

الطريق حتى جاؤوا تائبين وضعت عنهم حقوق الله عز وجل التي كانت تقام عليهم لو لم يتوبوا ويرجع حكم ما اصابوا من القتل والجراح إلى اولياء المقتولين والمجروحين فيكون حكمهم في ذلك كحكمهم لو اصابوا ذلك على غير قطع الطريق

قال ابو عمر هذا كله ليس هو الحكم عند احد من العلماء في من اسلم من الكفار قبل ان يقدر عليه فدل ذلك على فساد قول من قال نزلت الاية في اهل الشرك

وقال الفقهاء واهل اللغة معنى قوله عز وجل يحاربون الله المائدة 33 يحاربون اهل دين الله عز وجل

واما اختلاف العلماء في جزاء المحاربين هل هو على قدر الاستحقاق ام على تخيير الامام فروي عن بن عباس ومجاهد والحسن وسعيد بن المسيب وعطاء وابراهيم ان الامام مخير يحكم فيهم بما شاء من الاوصاف التي ذكر الله عز وجل في الاية من القتل او الصلب او القطع او النفي و (او) عند هؤلاء للتخيير

وممن قال بذلك مالك والليث وابو ثور قال مالك ذلك إلى اجتهاد الامام يستشير بذلك اهل العلم والراي والفضل على قدر جرم المحارب وافساده

وليس ذلك إلى سوى الامام

قال مالك الفساد في الارض القتل واخذ المال قال الله عز وجل واذا تولى سعى في الارض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد البقرة 205

وقال عز وجل من قتل نفسا بغير نفس او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعا المائدة

قال ابو عمر معناه او بغير فساد في الارض فدل على ان الفساد في الارض وان لم يكن قتلا فهو كالقتل والفساد المجتمع عليه هنا قطع الطريق وسلب المسلمين واخافة سبلهم والقول الثاني ان الحكم في المحارب انه ان قتل قتل وان اخذ المال وقتل وصلب وان اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف وان اخاف السبيل فقط لم يكن عليه غير النفي وروي هذا ايضا عن بن عباس ومجاهد وعطاء وابراهيم النخعي والحسن البصري وهو قول ابي مجالد والضحاك وسعيد بن جبير وقتادة وهو قول اهل العلم و (او) عند هؤلاء للتفضيل والى هذا ذهب الشافعي وابو حنيفة والاوزاعي واصحابهما والثوري واحمد واسحاق وقال الشافعي تقام عليهم الحدود على قدر اختلاف افعالهم من قتل منهم واخذ الم ال قتل وصلب واذا قتل ولم ياخذ مالا قتل ودفع إلى اوليائه يدفنوه ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف في مكان واحد وحسمع على عضوه بالنار قبل ان يقطع الاخر ومن حضر وكثر وهيب وكان ردءا عزر وحبس قال ابو عمر نحو هذا قول الكوفيين وسائر من ذكرنا من الفقهاء والنفي عندهم ان يحبسوا حتى يحدثوا توبة وقال مالك النفي ان يخرج إلى بلد اخر ويحبس هناك في السجن وقال يحيى بن سعيد الانصاري ينفى من بلده إلى بلد غيره ولم يذكر حبسا وقال عبد الملك بن الماجشون قول ابي وبن دينار والمغيرة ان نفي المحارب انما هو ان يطلبه الامام لاقامة الحد عليه فيهرب وليس كنفي

الزانـــــــــــــــــي البكـــــــــــــــــــر
وهـــــــو قـــــــول بـــــــن شـــــــهاب
قال ابو عمر في صلب المحارب اقوال لاهل العلم وكذلك في نفيه ايضا لاهل العلم اقوال واعتلالات وتوجيهـات واختصـرنا ذلـك كلـه خـوف الاطالـة وشـرطنا الاختصـار والاشـارة إلـى مـا اشـار إليـه مالك رحمه الله

قال مالك (1) الامر عندنا في الذي يسرق امتعـه الناس التي تكون موضوعة بالاسـواق محـرزة قـد احرزها اهلهـا فـي اوعيتهـم وضـموا بعضـها إلـى بعض انه من سرق من ذلك شـيئا مـن جـرزه فبلـغ قيمته ما يجب فيه القطع فـان عليـه القطـع كـان صاحب المتـاع عنـد متـاعه او لـم يكـن ليلا ذلـك او نهـــارا

قال ابو عمر الحجة في قوله هـذا حـديث صـفوان بن امية اذ سرق رداؤه من تحت راسه او من تحـت توسده وهو نائم والنائم كالغائب عن متاعه وغلـق الوعـاء علـى المتـاع كغلـق بـاب الـدار والـبيت ولم يختلفوا ان مـن فتـح بـاب دار او بيـت وسـرق منه ما يبلغ المقدار انه يقطع وقـد ابـى كـثير مـن الفقهاء ان يجعلوا ذلك خرزا اذا غاب عنـه صـاحبه ولـــم يكـــن عقلـــه ولا تحـــت حـــرزه وقفلـــه وهـذه مـن مسـائل الـراي يسـوغ فيهـا الاجتهـاد والاصل عندي في هذا وما كان مثله ان لا يراق دم السارق المسلم الا بيقين والتيقن اصل او قيـاس غير مدفوع على اصل لان الخطـا فـي العفـو خيـر وايســـــر مـــــن الخطـــــا فـــــي العقوبـــــة

وقد اجمع العلماء على ان كل سرقة لا قطع فيهـا فالغرم واجـب علـى مـن سـرقها موسـرا كـان او معســـرا

قال مالك (2) في الذي يسرق ما يجب عليه فيـه القطع ثم يوجد معه ما سرق فيرد إلى صاحبه انــه

تقطع يده
واحتج مالك لقوله هذا بالشارب يوجد منه ريح الشراب فيحد وهذا ليس بحجة عند موافقيه فضلا عن مخالفيه
والقطع واجب عند العلماء على كل سارق اخرج المتاع من حرزه وهو حق لله عز وجل وليس للادمي في القطع حق فان وجد متاعه اخذه باجماع ليس له غير ذلك ولا له العفو عن السارق اذا بلغ السلطان وهو وغيره في ذلك سواء واختلف العلماء في السارق تقطع يده وقد استهلك المتاع
فقال مالك يغرمه ان كان مليئا في حين القطع او في حين الحكم وان كان معسرا لم يتبع بشيء من قيمة السرقة

الاستذكار ج:7 ص:554

وقال الشافعي يتبع به دينا اذا استهلكه ويلزمه غرم ما سرق مليا او معدما لان القطع حق لله عز وجل والغرم حق للمسروق منه
قال وقد اجمعوا انه لو وجده ربه بيد السارق اخذه وان قطعت يده به وكذلك اذا استهلكه يغرمه في حال اليسر والعسر كسائر المستهلكات من اموال المسلمين
وبه قال ابو ثور واحمد واسحاق وهو قول ابراهيم النخعي وحماد بن ابي سليمان ويحيى بن سعيد الانصاري والليث بن سعد وعثمان البتي
وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح بن حي وابو حنيفة واصحابه اذا قطعت يد السارق فلا غرم عليه مليا ولا عديما الا ان يوجد الشيء معه فيؤخذ منه
وهو قول عطاء والشعبي وبن سيرين ومكحول وبه قال بن ابي ليلى وبن شبرمة
وحجة من قال بهذا القول ما حدثنا ابو محمد عبد

الله بن محمد بن اسيد قال حدثني حمزة بن علي قال حدثني احمد بن شعيب قال حدثني احمد بن منصور قال حدثني حسان بن عبيد الله قال حدثني المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله ﷺ قال (لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد) (1)

قال ابو عمر هذا ليس بالقوي عندهم والمسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف اخو سعد بن ابراهيم وصالح بن ابراهيم لم يسمع من عبد الرحمن بن عوف ولو ثبت هذا الحديث لوجب القول به ولكنه عندهم غير ثابت لانه منقطع وان كان قد وصله سعيد بن كثير عن عفير عن المفضل عن يونس عن سعد عن اخيه المسور بن ابراهيم عن ابيه عن عبد الرحمن بن عوف فان ثبت فالقول به اولى والا فالقياس ما قاله الشافعي ومن تابعه وبالله التوفيق

اخبرنا احمد بن محمد قال حدثني احمد بن المفضل قال حدثني محمد بن جرير قال حدثني احمد بن الحسن الترمذي قال حدثني سعيد بن

كثير بن عفير قال حدثني مفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعد بن ابراهيم قال حدثني اخي المسور بن ابراهيم عن ابيه عن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله ﷺ قال (اذا اقيم الحد على السارق فلا غرم عليه) قال مالك (1) في القوم ياتون إلى البيت فيسرقون منه جميعا فيخرجون بالعدل يحملونه جميعا او الصندوق او الخشبة او بالمكتل (2) او ما اشبه ذلك مما يحمله القوم جميعا انهم اذا اخرجوا ذلك من حرزه وهم يحملونه جميعا فبلغ

ثمن ما خرجوا به من ذلك ما يجب فيه القطع وذلك ثلاثة دراهم فصاعدا فعليهم القطع جميعا قال وان خرج كل واحد منهم بمتاع على حدته فمن خرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعدا فعليه القطع ومن لم يخرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعدا فلا قطع عليه قال ابو عمر من الاختلاف في هذه المسالة ما ذكره المزني عن الشافعي قال واذا كانوا ثلاثة فحملوا متاعا واخرجوه معا فبلغ ثلاثة ارباع دينار قطعوا وان نقص شيئا لم يقطعوا وان اخرجوه متفرقا فمن اخرج ما يساوي ربع دينار قطع وان لم يساو ربع دينار لم يقطع قال ولو نقبوا جميعا ثم اخرج بعضهم ولم يخرج بعض قطع المخرج خاصة

واما ابو حنيفة واصحابه فذكر الطحاوي عنهم قال ولا قطع على جماعة سرقوا حتى يكون لكل واحد منهم قيمة عشرة دراهم فصاعدا ومن سرق من رجلين عشرة دراهم سرقة واحدة قطع فيها وقال في موضع اخر ومن دخل عليه جماعة فولي رجل منهم اخذ متاعه وحمله قطعوا جميعا قال ابو عمر هذا تناقض ظاهر وممن قال بقول مالك في الرجلين او اكثر يسرقون مقدار ربع دينار انهم يقطعون فيه احمد بن حنبل وابو ثور قياسا على القوم يشتركون في القتل انهم يقتلون بالواحد اذا اشتركوا في قتله واختلف الفقهاء ايضا في النفر يدخلون الدار ويجمعون المتاع ويحملونه على احدهم ويخرجون معه

فقال الشافعي وابو ثور القطع على الذي اخرج المتاع وحده

واختلف اصحاب ابي حنيفة فمنهم من قال يقطعون كلهم ومنهم من قال لا يقطع الا الذي

اخـــــــــــــــــرج المتـــــــــــــــــاع
واختلـــف فـــي ذلـــك قـــول مالـــك ايضـــا
فروى بن ابي اويس عنه انه قال يقطعـون جميعـا
قال انما ذلك بمنزلة مـا لـو حملـوه علـى حمـار او
غيـــــــــــره مـــــــــن الـــــــــــدواب
وروى بن القاسم عنه انـه قـال لا يقطـع الا الـذي
حملـــــــــــــــة وحـــــــــــــــده
قال مالك (1) الامر عندنا انه اذا كـانت دار رجـل
مغلقة عليه ليس معه فيها غيره فانه لا يجب علـى
من سرق منها شيئا القطع حتى يخرج به من الدار
كلها وذلك ان الدار كلها هي حرزه فـان كـان معـه
في الدار ساكن غيره وكان كل انسان منهم يغلـق
عليه بابه وكانت حرزا لهم جميعا فمـن سـرق مـن
بيوت تلك الدار شيئا يجـب فيـه القطـع فخـرج بـه
إلى الدار فقد اخرجـه مـن حـرزه إلـى غيـر حـرزه
ووجـــــــب عليـــــــه فيـــــــه القطـــــــع
قال ابو عمر هذا كله قول الشافعي وابـي حنيفـة
وبـــه قـــال ابـــو ثـــور واحمـــد واســـحاق
وقــال ابــو يوســف ومحمــد لا قطــع فــي الــدار
المشتركة حتى يخرج السارق بالسرقة مـن الـدار
كلهــــــــــــــــــــــــــــــــــــــا
قال مالك (2) والامر عندنا في العبد يسـرق مـن
متاع سيده انه ان كـان ليـس مـن خـدمه ولا ممـن
يأمن على بيته ثم دخل سرا فسرق من متاع سيده
ما يجب فيه القطع فلا قطع عليه وكذلك الامـة اذا
ســـرقت مـــن متـــاع ســـيدها لا قطـــع عليهـــا
قال ابو عمر الجمهور من العلماء الذين هـم حجـة
على من شذ عنهم اجمعوا على ان العبـد لا يقطـع
في ما سرق من مال سيده وسيدته وكذلك الامة لا
قطـع عليهـا فـي مـا سـرقت مـن مـال سـيدها
وسيدتها مما يؤتمن عليه وممـا لا يؤتمنـون عليـه
وهو قول مالـك والليـث وابـي حنيفـة والشـافعي
واصحابهم والثـوري والاوزاعـي واحمـد واسـحاق

وابراهيم والطبري
وقال ابو ثور يقطع العبد اذا سرق من سيده الا ان يمنع منه اجماع

وقال اهل الظاهر يقطع العبد اذا سرق من مال سيده الذي لم يأتمنه عليه لظاهر قول الله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما المائدة 38
قال ابو عمر ثبت عن عمر بمحضر من الصحابة قوله خادمكم سرق متاعكم فجعلوا العلة المانعة من القطع في الغلام الذي شكا بن الحضرمي وهو غلامه انه سرق مراة امراته قوله خادمكم سرق متاعكم
وثبت عن بن مسعود انه قال في عبد سرق من مال سيده مالك سرق بعضه بعضا
ولا اعلم لعمر وبن مسعود مخالفا من الصحابة ولا من التابعين بعدهم إلى ما ذكرنا من اتفاق العلماء ائمة الفتوى بالامصار على ذلك
وسيأتي القول في غلام الرجل يسرق من مال امراته او خادم المراة يسرق من مال زوجها في الباب بعد هذا عند ذكر حديث بن الحضرمي من رواية مالك ان شاء الله عز وجل
وذكر عبد الرزاق (1) عن معمر عن الزهري عن السائب بن يزيد قال شاهدت عمر وجاءه عبد الله بن عمرو الحضرمي بغلام له فقال ان غلامي هذا سرق فاقطع يده قال عمر ما سرق قال مراة امراتي قيمتها ستون درهما قال ارسله فلا قطع عليه خادمكم اخذ متاعكم ولكنه لو سرق من غيركم قطع
قال ابو عمر هذا لا يقوله عمر من رايه وهو يتلو الاية في السارق والسارقة الا بتوقيف
ذكر عبد الله بن المبارك عن سفيان عن الاعمش عن ابراهيم عن همام بن الحارث عن عمرو بن

شرحبيل قال جاء معقل بن مقرن إلى عبد الله بن مسعود فقال عبدي سرق من عبدي وقال بن نمير في هذا الخبر عن سفيان باسناده هذا غلامي سرق من غلامي فقال بن مسعود لا قطع عليه مالك سرق بعضه بعضا
وقال مالك (2) في العبد لا يكون من خدمه ولا ممن يأمن على بيته فدخل سرا فسرق من متاع امراة سيده ما يجب فيه القطع انه تقطع يده قال وكذلك امة المراة اذا كانت ليست بخادم لها ولا لزوجها ولا ممن تأمن

على بيتها فدخلت سرا فسرقت من متاع سيدتها ما يجب فيه القطع فلا قطع عليها
قال مالك (1) وكذلك امة المراة التي لا تكون من خدمها ولا ممن تأمن على بيتها فدخلت سرا فسرقت من متاع زوج سيدتها ما يجب فيه القطع انها تقطع يدها
قال مالك (2) وكذلك الرجل يسرق من متاع امراته او المراة تسرق من متاع زوجها ما يجب فيه القطع ان كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما وكان في حرز سوى البيت الذي هما فيه فان من سرق منهما من متاع صاحبه ما يجب فيه القطع فعليه القطع فيه
قال ابو عمر اختلف قول الشافعي في هذه المسألة والمشهور من مذهبه ما ذكره الربيع والمزني عنه في انه ذكر قول مالك هذا في (موطئه) وقال هذا مذهب من ذهب إليه وتأول قول عمر خادمكم سرق متاعكم أي خادمكم الذي يلي خدمتكم وارى - والله اعلم - على الاحتياط أي لا يقطع الرجل لامرأته ولا المراة لزوجها ولا عبد واحد منهما سرق من مال الاخر شيئا للاثر والشبهة وبخلطة كل واحد منهما صاحبه لانها

خيانة لا سرقة
قال المزني وقال في كتاب (اختلاف الاوزاعي وابي حنيفة) اذا سرقت المراة من مال زوجها الذي لم يأمنها عليه وفي حرز منها قطعت قال المزني هذا عندي اقيس
قال ابو عمر تحصيل مذهب الشافعي عند اصحابه ان لا قطع على عبد رجل سرق من متاع مال امراة سيده ولا عبد امراة سرق من مال زوج سيدته
وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وزفر وسليمان وقالوا لا قطع على رجل سرق في ما سرق من مال زوجته وعلى امراة سرقت في ما سرقت من مال زوجها
وقال ابو ثور في ذلك كله بقول مالك
وقال مالك يقطع الولد اذا سرق من مال والديه ولا يقطع الابوان مما سرقا من ولدهما
وقال الشافعي لا يقطع من سرق من مال ولده ولا ولد ولده ولا من مال

ابيه وامه واجداده من قبل ايهما كان ويقطع في من سواهم من القرابات
وقال الشافعي في طنبور ولا مزمار ولا خمر ولا خنزير
وهو قول احمد واسحاق
وقال سفيان الثوري وابو حنيفة واصحابه لا يقطع من سرق من مال ذي رحم محرمة منه مثل الخالة والعمة ومن كان مثلهما
وقال ابو ثور يقطع كل من سرق الا ان يجمعوا على احد فيسلموا للاجماع
قال مالك (1) في الصبي الصغير والاعجمي الذي لا يفصح انهما اذا سرقا من حرزهما او غلقهما فعلى من سرقهما القطع وان خرجا من حرزهما وغلقهما فليس على من سرقهما قطع

قال وانما هما بمنزلة حريسة الجبل والثمر المعلق
قال ابو عمر يأتي القول في الثمر المعلق وغير المعلق في الباب بعد هذا ان شاء الله عز وجل عند قول رسول الله (لا قطع في ثمر ولا كثر) ان شاء الله عز وجل
واما الحريسة فقال ابو عبيد تفسر تفسيرين فبعضهم يجعلها السرقة بعينها يقول حرس يحرس حرسا اذا سرق فيكون المعنى ان ما سرق من الماشية بالجبل قطع حتى ياويها المراح قال والتفسير الاخر ان تكون الحريسة هي المحروسة فيقول
ليس فيما يحرس في الجبل قطع لانه ليس بموضع حرز وان سرق
قال ابو عمر قد اختلف الفقهاء في الصبي المملوك والاعجمي اللذين لا يعقلان يسرقان من حرزهما فقال جمهور الفقهاء يقطع من سرقهما او احدهما
وهذا قول مالك والثوري والشافعي وابي حنيفة واحمد واسحاق وابي ثور
وروي ذلك عن الحسن والشعبي وبن شهاب الزهري هذا كله اذا كانا لا يعقلان ولا يميزان فان ميزا وعقلا فلا قطع على من سرقهما عند الكوفيين
واما اختلافهم في الصبي الصغير الحر

الاستذكار ج:7 ص:560

فقال مالك واصحابه يقطع سارقه
وهو قول إسحاق
وروي ذلك عن الحسن والشعبي
وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري لا يقطع سارق الصبي الحر لانه ليس بمال
وبه قال احمد وابو ثور
وحكاه ابو ثور عن الشافعي

وهو قول عبد الملك بن الماجشون
قال مالك والامر عندنا في الذي ينبش القبور انه اذا بلغ ما اخرج من القبر ما يجب فيه القطع فعليه فيه القطع
وقال مالك (1) وذلك ان القبر حرز لما فيه كما ان البيوت حرز لما فيها
قال ولا يجب عليه القطع حتى يخرج به من القبر
قال ابو عمر الاختلاف في قطع النباش اذا اخرج من القبر ما يبلغ المقدار المقطوع فيه السارق على ما اصفه لك
اما الجمهور من الفقهاء والتابعين فيرون قطعه منهم مالك والشافعي واصحابهما وبه قال إسحاق وابو ثور وهو قول الحسن البصري وابراهيم النخعي والشعبي وقتادة وحماد بن ابي سليمان ورواية عن عمر بن عبد العزيز
وقال احمد هو اهل ان يقطع
وروي عن عبد الله بن الزبير انه قطع نباشا
اخبرنا احمد بن عبد الله قال حدثني احمد بن مخلد قال حدثني ابي قال حدثني علي بن عبد العزيز قال حدثني حجاج قال حدثني هشيم عن سهيل بن ذكوان قال شاهدت عبد الله بن الزبير قطع نباشا
وروي عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن ان النباش كالمحارب
وكان سفيان الثوري وابو حنيفة واصحابه لا يرون على النباش قطعا

الاستذكار ج:7 ص:561

وروي ذلك عن زيد بن ثابت ومروان بن الحكم وافتى به بن شهاب الزهري
قال ابو عمر احتج من راى قطع النباش بقول الله عز وجل الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا

المرسلات 25 26 وان النبي ﷺ سمى القبر بيتا وليس في هذا كله ما يوجب التسليم له الا ان النفس اشد سكونا إلى قول الاكثر من اهل العلم وقد روي عن عبيد الله بن زياد انه صلب نباشا وليس في عبيد الله بن زياد اسوة ولا في ابيه قبله

ومن حجة من راى الا قطع على النباش لان الميت لا يصح له ملك وانما يجب القطع على من سرق من ملك مالك وبالله التوفيق

1 (11 - باب ما لا قطع فيه)

1556 - مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان ان عبدا سرق وديا (1) من حائط رجل فغرسه في حائط سيده فخرج صاحب الودي يلتمس وديه فوجده فاستعدى على العبد مروان بن الحكم فسجن مروان العبد واراد قطع يده فانطلق سيد العبد إلى رافع بن خديج فساله عن ذلك فاخبره انه سمع رسول الله ﷺ يقول (لا قطع في ثمر ولا كثر) والكثر الجمار (2) فقال الرجل فان مروان بن الحكم اخذ غلاما لي وهو يريد قطعه وانا احب ان تمشي معي إليه فتخبره بالذي سمعت من رسول الله ﷺ فمشى معه رافع إلى مروان بن الحكم فقال اخذت غلاما لهذا فقال نعم فقال فما انت صانع به قال اردت قطع يده فقال له رافع سمعت رسول الله ﷺ يقول (لا قطع في ثمر ولا كثر) فامر مروان بالعبد فارسل

الاستذكار ج:7 ص:562

قال ابو عمر قد ذكرنا الاختلاف في اسناد هذا الحديث في (التمهيد) وذكرنا طرقه واختلاف الناقلين لها فمنها مرسل منقطع ومنها ما يستند

من وجه ويتصل وهو حديث لا يطابق متنه ولفظه المعنى الذي خرج عليه لان المسروق كان وديا والودي الفصيل وهو النخلة الصغيرة كالنقل من شجر التين وغيرها قلعة الذي سرقه وغرسه في حائط سيده

والثمر المعلق ما كان من الثمار في رؤوس الاشجار لم يجذه ربه ولم ياويه صاحبه إلى جرين ولا بيدر ولا جودان ولا اندر ولا مربد وانما قائم يتعلق من الاشجار والكثر

قال ابو عبيد وغيره هو جمار النخل في كلام الانصار وهو يؤكل عندهم كما تؤكل الثمار والودي ليس كذلك

واختلف الفقهاء فيمن سرق شجرة مقلوعة او غير مقلوعة

واختلفوا ايضا فيما يؤكل من الثمار رطبا وفي ما يكون من الحيطان لاشجارها وثمارها فنورد من ذلك ما حضرنا ذكره وبالله عز وجل توفيقنا

قال مالك لا قطع في النخلة الصغيرة ولا الكبيرة اذا قلعها من موضعها

واختلف اصحابه في الشجرة تقلع وتوضع في الارض فقال بعضهم وضعها في الارض حرز لها اذا كان في موضع محروز والله اعلم

وقال بعضهم لا قطع فيها على حال ولم يختلفوا في من قلع شيئا من البقول القائمة والشجر القائمة انه لا قطع على سارقها كما لا قطع في الثمر المعلق حتى ياويه الجرين ولا في حريسه الجبل من الماشية كلها حتى ياويها المراح والجرين

والمراح والجرين حرز على ما يسرق منه لمن سرق منه وفيه ما يوجب القطع

واما الشافعي فقال الاصل انه لا قطع على من سرق من غير حرز

والجرين حرز لما فيه والمراح حرز لما يحويه من

الغنم
قال والذي تعرفه العامة بالحجاز ان الجرين حرز والحائط ليس بحرز
قال والحوائط ليست بحرز للنخل ولا للثمر لان اكثرها مباح يدخل من جوانبها فمن سرق من حائط شيئا من الثمر المعلق لم يقطع واذا اواه الجرين قطع سارقه اذا بلغت قيمته ربع دينار
قال الشافعي قال مالك في الاترجة التي قطع فيها عثمان رضي الله عنه كانت اترجة تؤكل

الاستذكار ج:7 ص:563

قال الشافعي وفي ذلك دليل على قطع من سرق الرطب من طعام او غيره اذا بلغت سرقته ربع دينار
واما ابو حنيفة واصحابه فقالوا لا قطع في سرقة ثمر من رؤوس النخل ولا في حنطة اذا كانت سنبلا في سنبلتها ولا في ثمر ولا في كثر فاذا احرز الثمر وجعل في حظيرة واغلق باب كان على من سرق منه ما بلغ عشرة دراهم القطع
قالوا ولا قطع على من سرق ما يفسد من الفاكهة واللحم والطعام الذي هو كذلك وان غلت قيمته ولا قطع في شيء من الخشب الا في الساج وحده فمن سرق منه ما يساوي عشرة دراهم قطع
قال ابو يوسف في (الاملاء) القثاء مثل الساج يقطع سارقه
وهو قول الثوري فيما لا بقاء له من الفاكهة كقول ابي حنيفة ولهم في

باب ما لا قطع فيه

اقوال ضعيفة جدا
وانما ذكرنا في هذا الباب ما يؤكل من الثمار وذكرنا من الخشب لما جرى في الحديث المذكور فيه منها

ولم نتعرض لغير ذلك خشية الاطالة لان كتابنا هذا كتاب (اصول الفقه) لم يوضع لفروعه لانها لا تحصى الا بمعرفة اصولها والله ولي العون والتوفيق لا شريك له
1557 - مالك عن بن شهاب عن السائب بن يزيد ان عبد الله بن عمرو بن الحضرمي جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له اقطع يد غلامي هذا فانه سرق فقال عمر ماذا سرق فقال سرق مراة لامراتي ثمنها ستون درهما فقال عمر ارسله فليس عليه قطع (خادمكم سرق متاعكم)
قال ابو عمر قد تقدم القول في هذا المعنى في الباب قبل هذا وهو يشهد بان العبد لا قطع عليه في مال زوج سيده ولا معنى لقول من اعتل فيه بالحرز لانه لا يقطع عندهم احد سرق من غير حرز عبد ولا حر
ويدل هذا على ان ما لم يقطع فيه بالسيد لم يقطع فيه غلامه فلما كان السيد لا يقطع في مال امراته لانه خائن ففعل ذلك كان عبده كذلك والله اعلم

الاستذكار ج:7 ص:564

وقد ذكرنا من قال بهذا القول ومن خالف فيه من العلماء في الباب قبل هذا والحمد لله كثيرا
وقد قال مالك رحمه الله فيما ذكر بن عبد الحكم عنه من ادخ ل رجلا منزله فعمد إلى تابوت في البيت صغير او كبير فدقه فاخذ ما فيه فلا قطع عليه
قال وكذلك اذا عمد إلى خزانة مغلقة فكسرها واخذ ما فيها فلا قطع عليه
ومن اغلق حانوته ورفع مفاتحه إلى اجير له فخالفه إليه فسرق منه فلا قطع عليه
قال ابو عمر الغلام السارق من متاع امراة سيده وهو معهما في دار واحدة اولى بهذا الحكم لانه كله خيانة لا سرقة والله اعلم

وفي هذا الحديث دليل على ما ذهب إليه مالك من ان السيد لا يقطع عبده في السرقة ولو كان ما احتاج بن الحضرمي الا لسلطان في قطع غلامه
1558 - مالك عن بن شهاب ان مروان بن الحكم اتي بانسان قد اختلس متاعا فاراد قطع يده فارسل إلى زيد بن ثابت يساله عن ذلك فقال زيد بن ثابت ليس في الخلسة قطع
قال ابو عمر رواه معمر عن الزهري قال اختلس رجل متاعا فاراد مروان ان يقطع يده فقال له زيد بن ثابت تلك الخلسة الظاهرة لا قطع فيها
قال عبد الرزاق اخبرنا الثوري عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن علي رضي الله عنه انه سئل عن الخلسة فقال تلك الدعرة المعلنة لا قطع فيها
قال ابو عمر اجمع اهل العلم على ان الخلسة لا قطع فيها ولا في الخيانة ولا اعلم احدا اوجب في الخلسة القطع الا اياس بن معاوية وسائر اهل العلم لا يرون فيها قطعا
وقد روى بن جريج عن ابي الزبير عن جابر ان النبي قال (ليس على الخائن قطع ولا على المختلس قطع

الاستذكار ج:7 ص:565

وقد روى بن المبارك عن سفيان عن إسماعيل عن الحسن ان علي بن ابي طالب اتي في الخلسة فقال تلك المعلنة لا قطع فيها
وروى سعيد عن قتادة عن خلاس ان عليا كان لا يقطع في الخلسة
واجمعوا انه ليس على الغاصب ولا على المكابر الغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهرا بالسلاح على المسلمين مخيفا للسبل فحكمه ما تقدم ذكره في المحاربين
1559 - واما حديث مالك في هذا الباب عن يحيى

بن سعيد انه قال اخبرني ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه اخذ نبطيا قد سرق خواتم من حديد فحبسه ليقطع يده فارسلت إليه عمرة بنت عبد الرحمن مولاة لها يقال لها امية قال ابو بكر فجاءتني وانا بين ظهراني الناس فقالت تقول لك خالتك عمرة يا بن اختي اخذت نبطيا في شيء يسير ذكر لي فاردت قطع يده قلت نعم قالت فان عمرة تقول لك لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا قال ابو بكر فارسلت النبطي

وهذا المعنى قد مضى في موضعه من هذا الكتاب والحمد لله

قال مالك (1) والامر المجتمع عليه عندنا في اعتراف العبيد انه من اعترف منهم على نفسه بشيء يقع الحد والعقوبة فيه في جسده فان اعترافه جائز عليه ولا يتهم ان يوقع على نفسه هذا

قال مالك واما من اعترف منهم بامر يكون غرما على سيده فان اعترافه غير جائز على سيده

قال ابو عمر قول مالك هذا في اقرار العبيد بما يوجب الحد عليهم والعقوبة في ابدانهم انهم يؤخذون به

وهو قول جمهور الفقهاء الشافعي وابي حنيفة واصحابهما والثوري والاوزاعي وعثمان البتي والحسن بن حي

وقال زفر بن الهذيل لا يجوز اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده اذا اكذبه مولاه

قال ابو عمر قول زفر هذا هو قول شريح والشعبي وقتادة وعطاء وعمرو بن دينار وسليمان بن موسى وابي الضحى ذكر ذلك كله عنهم بالاسانيد عبد الرزاق وابو بكر بن ابي شيبة

وقال ابو بكر حدثنا يزيد بن هارون عن ابي مالك

الاشجعي قال حدثني اهل هرمز والخبر عن هرمز انه اتى عليا فقال اني اصبت حدا فقال تب إلى الله عز وجل واستتر بستر الله قال يا امير المؤمنين طهرني قال قم فنبر فاضربه الحد وليكن هو يعد لنفسه فاذا نهاك فانته وكان مملوكا

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن ابي مالك الاشجعي عن اشياخ لهم ان عبدا لاشجع يقال له ابو حليمة اعترف بالزنى عند علي رضوان الله عليه اربع مرات فاقام عليه الحد

وروى ابو الزناد عن عبد الله بن عامر ان ابا بكر قطع يد عبد سرق

قال ابو عمر الجلد لا ينقص المولى منفعة ولا ثمنا وليس كالقتل وقطع اليد واما قوله اذا نهاك فانته فهذا شأن كل مقر على نفسه الا يقام عليه الحد اذا نزع ولو بقي من الحد سوط واحد عند جمهور العلماء

وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في ما مضى وذكر الطحاوي عن علي ان عبدا اقر عنده بالسرقة مرتين فقطع يده

وذكر بن المبارك عن سفيان وعن الاعمش عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه قال جاء رجل إلى علي بن ابي طالب رضي الله عنه فاعترف عنده بالسرقة فطرده ثم اتاه الثانية فاعترف عنده فقال علي شهدت على نفسك مرتين فقطعه قال فرايت يده معلقة في عنقه ذكر الطحاوي ان الرجل كان عبدا وليس ذلك في الحديث

وذكر عبد الرزاق عن الثوري عن مغيرة عن ابراهيم قال ما اعترف العبد في شيء يقام عليه في جسده فانه لا يتهم في جسده وما اعترف به من شيء يخرجه عن مولاه فلا يجوز اعترافه واخبرنا معمر عن قتادة قال لا يجوز اعتراف العبد

الا في سرقة او زنى
قال واخبرنا معمر عن الزهري قال كان ممن مضى يجيز اعتراف العبيد على انفسهم حتى اتهمت القضاة العبيد انهم انما يفعلون ذلك كراهة لساداتهم وفرارا منهم فاتهموهم في بعض الامور التي تشكل

قال واخبرنا بن جريج عن سليمان بن موسى قال لا يجوز اعتراف العبيد الا في الحدود فالرواية الاولى ذكرها ابو بكر قال حدثني ابو عاصم الضحاك بن مخلد عن بن جريج عن سليمان بن موسى قال لا يجوز اعتراف العبيد الا ببينة وقال ابو بكر حدثني هشيم عن ابي حرة عن الحسن قال يجوز اقرار العبد فيما اقر به من حد وما اقر به مما يذهب رقبته فلا قال وحدثني هشيم عن مغيرة عن ابراهيم مثله قال ابو عمر رواية الثوري عن مغيرة عن ابراهيم اصح

قال مالك (1) ليس على الاجير ولا على الرجل يكونان مع القوم يخدمانهم ان سرقاهم قطع لان حالهما ليست بحال السارق وانما حالهما حال الخائن وليس على الخائن قطع

قال ابو عمر روي عن النبي ﷺ انه قال (ليس على الخائن ولا على المختلس قطع) (2) ـ واجمع علماء المسلمين انه ليس على الخائن قطع وكفى بهذا

وذكر عبد الرزاق عن بن جريج انه اخبره عن ابي الزبير عن جابر انه قال قال رسول الله ﷺ (ليس على المختلس ولا على الخائن قطع)

قال عبد الرزاق واخبرنا ياسين الزيات عن ابي الزبير عن جابر قال ليس على الخائن ولا على المنتهب ولا على المختلس قطع

قال قلت اعن النبي ﷺ قال ليس على الخائن ولا على المختلس قطع قال فعن من وذكر ابو داود هذا الحديث قال حدثني نصر بن علي قال حدثني عيسى بن يونس عن بن جريج عن ابي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال (ليس على الخائن ولا على المختلس قطع) قال ابو داود بلغني عن احمد بن حنبل انه قال لم يسمع بن جريج هذا الحديث من ابي الزبير وانما سمعه من ياسين الزيات قال ابو داود وقد رواه المغيرة بن مسلم عن ابي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ

الاستذكار ج:7 ص:568

قال مالك (1) في الذي يستعير العارية فيجحدها انه ليس عليه قطع وانما مثل ذلك مثل رجل كان له على رجل دين فجحده ذلك فليس عليه فيما جحده قطع
قال ابو عمر جمهور الفقهاء على ما قاله مالك في المستعير الجاحد انه لا قطع عليه وهو قول اهل الحجاز والعراق و اهل الشام ومصر
وقال احمد بن حنبل واسحاق يقطع
قال احمد لا اعلم شيئا يدفع حديث عائشة في ذلك
قال ابو عمر احتج من قال بهذا الحديث رواه معمر ذكره عبد الرزاق وغيره عن معمر انه اخبرهم عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت كانت امراة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فامر النبي ﷺ بقطع يدها فاتى اهلها اسامة فكلموه فكلم اسامة النبي ﷺ فقال النبي ﷺ (يا اسامة الا اراك تتكلم في حد من حدود الله عز وجل) ثم

قام النبي ﷺ خطيبا فقال انما اهلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه وان سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها) فقطع يد المخزومية (2)
قال ابو عمر احتج من قال بهذا الحديث بما فيه من قوله كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي ﷺ بقطع يدها
قالوا فالظاهر انه لم يقطع يدها الا لانها كانت تستعير المتاع وتجحده
قالوا قد تابعه معمر على ما ذكرناه من ذلك بن اخي الزهري وغيره وحسبك بمعمر في الزهري
قالوا وقد رواه عن نافع عن صفية بنت ابي عبيد ان امراة كانت تستعير المتاع على عهد رسول الله ﷺ وتجحده ولا ترده فامر رسول الله ﷺ بقطعها
ورواه معمر عن ايوب عن نافع عن بن عمر قال كانت امراة مخزومية تستعير متاعا على جارتها وتجحده فامر رسول الله ﷺ بقطع يدها
قال ابو عمر من تدبر هذا الحديث علم انه لم يقطع يدها الا لانها سرقت

الاستذكار ج:7 ص:569

لقوله ﷺ فيه لاسامة (الا اراك تتكلم في حد من حدود الله عز وجل)
وليس لله عز وجل في كتابه ولا في المعروف من سنة نبيه ﷺ حد من حدوده فيمن استعار المتاع وجحده
ودليل اخر من الحدود من حديث ايضا قوله ﷺ (انما أهلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق

فيهم الشريف تركوه)
وهذا يدل على انه انما قطعها لسرقتها لا لانها كانت تستعير المتاع وتجحده ولو كان ذلك لقال ﷺ انما اهلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا استعار فيهم الشريف من المتاع وجحده تركوه هذا ما ظهر إلى من ظاهر لفظ هذا الحديث الذي احتج به من راى قطع المستعير الجاحد وقد روى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده وقال فيه ان المخزومية سرقت وقال في اخره (والله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)
وهذا كله يوضح ان القطع انما كان من اجل السرقة لا من اجل جحد العارية من المتاع ويحتمل - والله تعالى اعلم - ان تلك القرشية المخزومية كان من شأنها استعارة المتاع وجحده فعرفت بذلك ثم انها سرقت فقيل المخزومية التي كانت تستعير المتاع وتجحده قطع رسول الله ﷺ يدها يعنون في السرقة - والله اعلم
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني عبيد الله بن يحيى قراءة عليه عن ابيه يحيى بن يحيى عن الليث بن سعد عن بن شهاب عن عروة عن عائشة ان قريشا اهمهم شأن المخزومية التي سرقت قالوا من يكلم فيها رسول الله ﷺ قالوا ومن يجترئ عليه الا اسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ فكلمه اسامة فقال ﷺ (اتشفع في حد من حدود الله عز وجل) ثم قام خطيبا فقال (انما هلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف اقاموا عليه الحد وايم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها

وكذلك رواه ايوب بن موسى ويونس بن يزيد عن الزهري
وذكره ابو عبد الرحمن النسائي قال اخبرنا محمد بن منصور قال حدثني ايوب عن يوسف بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة ان امراة سرقت في عهد رسول الله ﷺ في غزوة الفتح فأتي بها رسول الله ﷺ فكلمه فيها اسامة بن زيد وذكر الحديث بمعنى حديث الليث سواء
وقد حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني مطلب قراءة عليه قال حدثني عبد الله بن صالح قال حدثني الليث قال حدثني يزيد بن ابي حبيب عن محمد بن إسحاق عن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانه ان خالته ابنة مسعود بن العجماء حدثته ان اباها قال لرسول الله ﷺ في المخزومية التي سرقت قطيفة
وحدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قالا حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني بن نمير قال حدثني محمد بن إسحاق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عن عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها مسعود قال لما سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ اعظمنا ذلك وكانت المراة من قريش فجئنا إلى رسول الله ﷺ نكلمه فيها فقلنا نحن نفديها بأربعين اوقية قال (تطهر خير لها) فلما سمعنا من قول رسول الله ﷺ اتينا اسامة بن زيد فقلنا كلم لنا رسول الله ﷺ في هذه المراة نحن نفديها بأربعين اوقية فلما راى النبي ﷺ ذلك قام خطيبا فقال (يا ايها الناس ما اجتراكم علي في حد من حدود الله تعالى وقع على امة من اماء الله عز

وجل والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت رسول الله نزل بها الذي نزل بهذه لقطع محمد يدها)
فهذه الاحاديث كلها دالة على ان المراة المخزومية انما قطعت للسرقة لا لاستعارة المتاع وبالله التوفيق
قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا في السارق يوجد في البيت قد جمع المتاع لم يخرج به انه ليس عليه قطع وانما مثل ذلك كمثل رجل وضع بين يديه خمرا ليشربها فلم يفعل فليس عليه حد ومثل ذلك رجل جلس من امراة مجلسا وهو يريد ان يصيبها حراما فلم يفعل ولم يبلغ ذلك منها فليس عليه ايضا في ذلك حد

قال ابو عمر هذا مذهب جمهور العلماء من السلف والخلف
وبه قال ائمة الفتوى بالامصار واصحابهم إلى اليوم وذلك دليل على مراعاتهم الحرز وانه لا قطع الا على من سرق من حرز
والخلاف في هذا شذوذ لا يلتفت إليه ولا يعرج عليه وهو الصحيح عن احمد بن حنبل انه ذهب إليه
ونحن نذكر ما في كتاب عبد الرزاق بن همام وابي بكر عبد الله بن ابي شيبة في ذلك لنرى ما عليه في ذلك جمهور العلماء ان شاء الله عز وجل
قال عبد الرزاق واخبرنا بن جريج قال قلت لعطاء السارق يوجد في البيت وقد جمع المتاع ولم يخرج به قال لا قطع عليه حتى يخرج به
قال بن جريج وقال لي عمرو بن دينار لا قطع عليه حتى يخرج به
قال بن جريج واخبرني سليمان بن موسى ان عثمان قضى انه لا قطع عليه حتى يخرج به وان كان قد جمعه
قال بن جريج واخبرني عمرو بن شعيب ان بن

الزبير اراد قطعه فقال له بن عمر لا قطع عليه حتى يخرج بالمتاع من البيت وقال له بن عمر ارايت لو ان رجلا وجد بين رجلي امراة لم يصيبها اكنت تحده قال لا لعله سوف ينزع - قبل ان يوقعها قال وهذا كذلك ما يدريك لعله كان نازعا تائبا وتاركا للمتاع
قال عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري قال اذا وجد السارق في البيت قد جمع المتاع ولم يخرج به فلا قطع عليه ولكن ينكل
قال معمر وقال قتادة هو رجل اراد ان يسرق فلم يدعوه
قال واخبرنا الثوري عن عبد الله بن ابي السفر عن الشعبي قال لا يقطع السارق حتى يخرج بالمتاع من البيت
قال واخبرنا الثوري عن يونس عن الحسن مثل قول الشعبي
وروي ذلك عن علي رضي الله عنه من حديث حصين عن الشعبي ومن حديث حسين بن عبد الله بن ضميرة عن ابيه عن جده عن علي رضي الله عنه
ومن حديث حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي
وكتب فيه عمر بن عبد العزيز ان ينكل ويسجن ولا يقطع
وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني وكيع عن بن جريج عن

الاستذكار ج:7 ص:572

سليمان بن موسى عن عثمان قال ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت بالمتاع
قال واخبرنا وكيع عن بن جريج عن عمرو بن شعيب عن بن عمر قال ليس عليه قطع حتى يخرج بالمتاع
قال وحدثني حميد بن عبد الرحمن عن موسى بن

ابي الفرات وعن عمر بن عبد العزيز قال لا يقطع حتى يخرج بالمتاع من البيت
قال واخبرنا ابو معاوية عن عاصم عن الشعبي انه سئل عن رجل سرق سرقة ثم كورها فأدرك قبل ان يخرج من البيت قال ليس عليه قطع
قال وحدثني علي بن مسهر عن زكريا عن الشعبي مثله
قال وحدثني محمد بن بكر قال حدثني بن جريج قال قلت لعطاء يوجد السارق وقد اخذ المتاع وجمعه في البيت قال لا قطع عليه حتى يخرج به من البيت زعموا
قال وقال عمرو بن دينار ما أرى عليه قطعا
قال وحدثني يزيد بن هارون عن حماد بن سلمة عن حميد ان عمر بن عبد العزيز كتب في سارق لا يقطع حتى يخرج بالمتاع من الدار لعله تعرض له توبة قبل ان يخرج من الدار
قال ابو عمر لا اعلم لمن لم يعتبر الحرز متعلقا بأحد من الصحابة رضي الله عنهم الا ما روي عن عائشة رضي الله عنها
ذكره ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني ابو خالد الاحمر عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال بلغ عائشة انهم يقولون اذا لم يخرج بالمتاع من البيت لم يقطع فقالت لو لم اجد الا سكينا لقطعته اذا لم يخرج
قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا انه ليس في الخلسة قطع بلغ ثمنها ما يقطع فيه او لم يبلغ
قال ابو عمر هذا كما ذكره مالك امر مجتمع عليه لا خلاف فيه وقد مضى القول في الخلسة في ما تقدم من هذا الكتاب فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق