

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 المزمحل
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 قال 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 وراجع عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا امير 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 احتياطاً لعامّة 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 ﷺ انه قال (ابتغوا في اموال
اليتامى لا تأكلها الزكاة) وقال لا تذهبها الزكاة)
1

وهو حديث مرسل
وروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال
خطب رسول الله ﷺ وقال (ألا من ولي مال يتيم
فليتجر له فيه ولا يتركه فتأكله الزكاة) (2) .
وهذه الاثار وما كان مثلها عما ذكرناه من الصحابة
تدل على جواز القراض فيما ذكرنا من اجماع
العلماء واتفاق الفقهاء - ائمة الفتوى - على جواز
القراض حجة كافية شافية - ان شاء الله وبالله
التوفيق

الاستدكار ج: 7 ص: 4

1 (2 - باب ما يجوز في القراض)

1357 - قال مالك وجه القراض المعروف الجائر
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 الجائر
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 تضيق 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 الوضعية على رب المال والربح
على ما اصلحوا 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
والشروط باطل
واما قوله (ونفقة العامل من المال في سفره
إلى اخر كلامه) فان الفقهاء اختلفوا في ذلك

الاستذكار ج: 7 ص: 5

فقال مالك و ابو 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 بـ اذن رب المال
وقال اصحابه في المسالة ثلاثة اقوال
احدهما هـ اذا
والآخر مثل قول مالك
والآخر ينفق في المصر بقدر ما بين نفقة السفر
والحضر

وليه 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 وأبي 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 مال 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 واللهم اعلم فقال مالك (1) ولا باس بان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهم اذا قال ابو عمر هذا اذا كان على غير شرط في عقد القراض فان اشترطه فسد عند جميعهم والعمل الخفي فبغير 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 يتباع من رب المال لا يعجبني لانها ان صحت من هذين اخاف الا تصح من غيرهما ممن 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 ولرب المال ثلث الربح ولعبد
رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه كان
ذلك جائزا فكان لرب المال الثلثان وللعامل الثلث
قال أبو عمر هذا على أصلهما في العبد لا يملك
شئنا
وقول مالك على أصله في ان العبد يصح ملكه لما
بيده من المال ما لم ينتزعه منه سيده
وقد مضى القول في هذه المسألة في موضعها
وقال الليث لا بأس أن يشترط رب المال عمل
عبده مع العامل في المال ولا يجوز له أن يشترط
عمل عبد المضارب شهرا أو أقل أو أكثر كان له
اجر مثله والقراض على حاله
1 (3 - باب ما لا يجوز في القراض)

1358 - قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين
فساله ان يقره عنده قراضا ان ذلك يكره حتى
يقبض ماله ثم يقارضه بعد او يمسك وانما ذلك
مخافة ان يكون اعسر بماله فهو يريد ان يؤخر
ذلك على ان يزيده فيه
قال ابو عمر قد بين مالك العلة عنده في كراهة ما
كره من القراض بدين على العامل
وكذلك لا يجوز ان يقول الرجل للرجل اقبض مالي
على زيد من الدين واعمل به قراضا وهو عنده
قراض فاسد لانه ازداد عليه فيما كلفه من قبضه
وقال الشافعي لا يجوز ان يقول لغريمه اعمل
بمالي عليك من المال قراضا لان ما في الذمة لا
يعود امانة حتى يقبض الدين ثم يصرفه على وجه
الامانة ولا يبرا الغريم بما عليه الا بابرائه او
القبض منه او الهبة له
وقول أبي حنيفة في ذلك نحو قول الشافعي
واختلفوا في ان عمل الذي عليه الدين بما عليه
قراضا بعد اتفاقهم انه لا يصلح القراض في ذلك

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
يامره رب الدين ان يشتري له فيه شيئاً بعينه انه
يبرا من دينه اذا اشتراه له وان امره ان يشتري له
شيئاً بغير عينه انه لا يبرا حتى يقبض الامر الشيء
المشترى
واجاز الشافعي والكوفي اذا قال له اقبض مالي
على فلان واعمل به قراضاً ان يكون له قراضاً اذا
قبضه لانه لم يجعل له قبض المال شرطاً 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 قراضاً
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
قراضاً 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 المال ما ذكر وما رضي به من ذلك وروى عيسى بن دينار ان اشهب كان يقول الذي اسقط عنه ساقط والباقي هو راس المال قال عيسى وهو احب النبي 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 غير ذلك 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 ان يبيعه فما كان من

ربح فبينهما نصفين او اعطاه دارا بينهما
ويؤجرها على ان اجرها بينهما نصفين جاز
والاجر والربح بينهما نصفين
قال وهذا بمنزلة الارض المزارعة
وقال محمد بن الحسن يجوز القراض بالفلوس
كالنقصة بالدنانير والدرهم
قال ابو عمر القراض بالمجهول يجوز عند
جميعهم وكذلك لا يجوز عندهم ان يؤخذ الربح الا
بعد حصول 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 يجر
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
يضرَب الذهب والفضة
قال بن القاسم سمعت ان مالكا يسهل في
القراض بنقد الذهب والفضة ولا يجوز القراض
بالمصنوع
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 بقسبي واختلف بن القاسم واشهب في القراض بالفلوس فأجازه اشهب ولم يجره بن القاسم قال لانها تحول إلى الفساد والكساد مسألة وقعت في هذا الباب من رواية يحيى في (الموطأ)

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 فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون البقرة 279 قال ابو عمر هذا قول صحيح في النظر وصحيح من جهة الاثر فمن قاده

الاستدكار 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 قراضا 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 وصفتنا
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
كلسه فاسد
وان اشترط ان يشتري صنفا موجودا في الشتاء
والصيف فذلك جائز
وقال ابو حنيفة اذا اشترط على المقارض الا
يشترى الا من فلان الا الرقيق او على ان لا يبيع
ولا يشتري الا الرقيق او على الا يبيع ولا يشتري
الا بالكوفة كان ذلك على ما شرط ولا ينبغي ان
يتجاوزها فان تعدها ضمن
قال ابو عمر قول مالك - رحمه الله - في هذا
الباب اعدل الاقويل 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
يشترى الا سلعة بعينها - يعني - عين صنف او الا
يشترى 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 ربه او اقل من ذلك او أكثر فاذا

سمى شيئاً من ذلك قليلاً أو كثيراً فان كل شيء سمي 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 شيئاً يختص به من الربح معلوما ديناراً او درهماً او نحو ذلك ثم يكون الباقي في الربح بينهما نصفين او على ثلث او ربع فان ذلك لا يجوز لأنه يصير النصيب لتلك الزيادة مجهولاً 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 شيئاً من الربح خالصاً دون العامل ولا ينبغي للعامل ان يشترط لنفسه شيئاً من الربح خالصاً 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 احداً ولا يتولى منها شيئاً لنفسه فاذا اوفر المال وحصل عزل راس

المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال

الاستذكار ج: 7 ص: 13

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 ووضحا فيما مضى من كتاب القراض في الباب الذي قبل هذا او فيمما قبله ولا يجوز من الشرط في القراض عند مالك واصحابه اشياء كثيرة فمنها ان يزداد احد المتقارضين على صاحبه زيادة على الحصة التي تعاملها 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 يتناع بالمال دوام يطلب نسلها او شجرا يطلب ثمرتها او على ان يشتري

بالمال سلعة يخرج بها إلى بلد يبيعها به أو 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

الاستذكار ج: 7 ص: 14

ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال ان يشترط انك لا ترده الي سنين لاجل يسميانه لأن 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 يردده 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 ويشترى به متاعا او سلعا فان فعل لم يفسخ حتى يعود المال ناضا عينيا كما اخذته 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 المسألة 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

المثل
فقال بن القاسم كل ما دخله التزيد والتحجير فان العامل يرد فيه إلى اجرة مثله ويكون في ذلك كله اجيرا حاشا مسالتين فانهما خرجتا عن اصله احدهما العامل يشترط عليه ضمان مال القراض فقال يرد إلى قراض مثله ممن لا ضمان عليه والمسالة الثانية اذا ضرب اجلا فانه يرد إلى قراض مثله وسائر ذلك من هذا الباب خاصة يكون اجيرا وما عدا التزيد والتحجير فانه يكون فيه على قراض مثله
وذكر بن حبيب عن اشهب وبين الماجشون انهما قالا يرد في القراض الفاسد كله إلى قراض مثله قال وقال عبد العزيز بن ابي سلمة القراض الفاسد كله يرد العامل فيه إلى اجرة المثل وهو قول ابي حنيفة والشافعي في القراض الفاسد انه يرد العامل فيه إلى اجرة مثله والمال كله وربحه لسرب المال
وذكر بن خواز بنداذ قال الاصل من قول مالك في القراض الفاسد انه يرد إلى اجرة المثل الا في مسائل يسيرة مثل القراض على جزء مجهول من الربح والقراض إلى مدة والقراض بعرض والقراض على الضمان قال واظن ذلك كله استحسانا والاصل فيه الرد إلى اجرة المثل قال ابو عمر قد اختلف قول مالك في القراض الذي يشترط فيه على العامل

الاستذكار ج: 7 ص: 16

ضمان المال فمرة قال يرد إلى قراض مثله ومرة قال يرد إلى اجرة مثله وهو قول الشافعي وقال ابو حنيفة المضاربة جائزة والشرط باطل واما القراض إلى اجل فاجازه الكوفيون وقالوا المضاربة جائزة الا ان يتفاسخا وقال مالك والشافعي لا يجوز الا ان مالكا قال ان

وقعت ردت إلى قراض المثل
وقال الشافعي أن اخذ المال قراضا إلى أجل
فسخ القراض فان عمل على ذلك رد إلى اجرة
مثله

وقال مالك (1) في هذا الباب من (الموطأ)
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 أجل 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 المسألة 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 ازداها 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 ينبغي 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 مؤنتها 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 فيشتره 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 يعلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين
يرده فيشتره 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 نص المال واجتمع عينا ويرد
إلى قراض مثلثه
قال ابو عمر قد بين مالك - رحمه الله في هذا
الباب معنى الكراهية للقراض بالعروض بيانا
شافيا لا يشكل على من له ادنى تأمل
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 ليلي 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 يباعه فتكاري عليه إلى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء اصل المال كله قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسيب له 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 واجمعا ومذهب مالك في العامل يشتري من مال المضاربة شيئا ثم ينفق من ماله من كراء او صبيغ انه يرجع بالكراء ولا ربح فيه هذا قوله وقول اكثر اصحابه واما الصبيغ فرب المال يخير عندهم ان شاء وزن ما اصبيغ به ويكون ذلك في القراض وان شاء كان شريكا ولله ربحه وقاسه بن القاسم على قول مالك اذا زاد في السلعة ان شاء رب المال عوضا لا فهو شريك وفي (المدونة) قال سحنون وقال غيره فان شاء ضمنه وان شاء دفع إليه قيمة الصبيغ وان شاء كان معه شريكا بقيمة الصبيغ فان دفع إليه قيمة الصبيغ 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 صفتين قال مالك وليس للمضارب ان يستدين على

المضاربة فكذلك لا يجوز ان يجعل ماله ديناً فيه
وقال الشافعي ان استدان العامل لم يلزم المال
ولا رب المال الا ببينة انسه اذ ان
وقال ابو حنيفة ما استدان العامل فهو بينهما
شركة على ما اشترطا وجائز عند ابي حنيفة
والشافعي ان يأذن رب المال للعامل ان يستدين
على المال ويكون الربح بينهما على شرطهما
وقال مالك لا يحل هذا

1 (8 - باب التعدي في القراض)

1363 - قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا
قراضاً فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال
او من جملته جارية فوطئها فحملت منه ثم نقص
المال قال مالك ان كان له مال اخذت قيمة
الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان

الاستذكار ج: 7 ص: 20

فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض
الاول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر
المال من ثمنها
قال ابو عمر ذكر بن وهب هذه المسألة في
موطنه على ما في (الموطأ) لم يعتبر فضل
قيمة الجارية يوم وطئها وانما اعتبر قيمتها في
الوقت الذي وفي به المال راس ماله
قال بن وهب ثم رجع عنه وقال اقف فيه
وقال الاوزاعي اذا وطئها قبل ان يقع له ربح في
المال فعليه حد الزاني وان كان له فيها ربح جلد
مائة جلدة ان كان محصناً فان حملت قومت
ودفعت إليه ورد على صاحب المال ما قارضه فيه
وقال الليث اذا ابتاع جارتين فاعتق احدهما
واحبل الاخرى فانهما ينتزعان منه جميعاً ويكون
الولد لابيهِ بقيمته فما نقص من القراض فعليه
ضمانه وما زاد فهو بينهما ولم يذكر فرقاً بين 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 شيئاً ملكاً
صحيحاً لانه لا يستحق من الربح شيئاً الا بعد
حصول راس المال ناضاً كما اخذه وتباع الجارية
في القراض ان لم تحمل فان حملت ضمنها فان
كان موسراً جعل قيمتها في القراض وان كان
معسراً بيعت لانها مال غيره اراد استهلاكه ولا
مـال لـه

هذا قياس قوله عندي ولم اجد هذه المسألة في
شيء من كتبه في القراض الا انه قال 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
نضاً كان شريكاً وكان له النماء والنقصان لان من
ملك شيئاً زائداً ملكه ناقصاً
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 عبداً
انه لا يجوز عتقه ولا يقوم عليه أن كان موسراً

الاستذكار ج: 7 ص: 21

واما ابو حنيفة واصحابه فمذهبهم ان المضارب لو
اشترى بمال المضاربة عبداً فيه فضل او اشتراه
ولا فضل فيه ثم صار فيه فضل كان المضارب
مالكاً لخصته من ذلك الفضل ما كان الفضل
موجداً
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 الوطاء
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 واما
اذا عدا عليها وهي من مال القراض فانها تباع ان
للم يكتسب منه مال
قال عيسى ويتبع بثمان الولد الا ان يكون له ربح
فيكون بمنزلة الجارية بين الشريكين يطؤها
احدهما وان ضمنها قيمتها يوم الوطاء 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 ان لم يظهر ذلك
بعد الحمل الا باقرار السيد الوطاء لم يقبل قوله
لانسه يريد بيع ام ولده
قال مالك (1) في رجل دفع إلى رجل مالا

قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد في ثمنها
من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت
السلعة بربح او

الاستذكار ج: 7 ص: 22

وضيعة او لم تبع ان شاء ان يأخذ السلعة اخذها
وقضاه ما اسلفه فيها وان ابى كان المقارض
شريكا له بحصته من الثمن في النماء والنقصان
بحساب ما زاد العامل فيها من عنده
قال ابو عمر هذا قول الشافعي وابي حنيفة ان
اقر رب المال بالزيادة او قيمت بذلك بينة
واما مالك فالعامل مصدق عنده ابدا اذا جاء بما
نسيه

وروى بن القاسم عن مالك انه قال لا باس ان
يخلط المال القراض بماله يكون به شريكا
قال بن القاسم واذا اخذ مائة دينار قراضا
فاشترى سلعة بمائتي دينار نقدا المائة من عنده
والمائة القراض كان شريكا في السلعة ولا خيار
لرب المال في ان يدفع إليه المئة الثانية وان
كانت المائة التي زاد اخذها سلفا على القراض
فرب المال بالخيار ان شاء اجاز إليه ودفع إليه ما
زد وان شاء لم يجز ذلك وكان معه شريكا
قال ابو عمر اتفق الشافعي والليث وابو حنيفة
في العامل يخلط ماله بمال القراض بغير اذن رب
المال انه ضامن الا ان يأخذ
قال ان قيل له اعمل فيه برايك فخلطه لم يضمن
فقال مالك له ان يخلطه بغير اذن رب المال بماله
وبمال غيره وهو قول الاوزاعي
وقال مالك ان دفع إليه الفاعل ان يخلطها
الفاعل بألف له وله في الربح الثلثان فلا يصلح
رواه بن القاسم عنه
وروى عنه اشهب انه لا باس بها
قال قال لي مالك اياك وهذا التخليط
قال مالك (1) في رجل اخذ من رجل مالا قراضا

ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال

الاستدكار ج: 7 ص: 23

قال ابو عمر لا اعلم خلافا في هذا الا ان المزني قال ليس للثاني الا اجر مثله لانه عمل على فساد وزعم انه اصل الشافعي في (الجديد) وان قوله كالغريم مجملة فقد اختلف اصحاب مالك فيه لو دفعه بعهد ان خسره في نفسه فقال بن القاسم في (المدونة) في الرجل يدفع إلى آخر ثمانين دينارا قراضا فيخسر فيها اربعين ثم يدفع تلك الاربعين قراضا إلى غيره فيعمل فيها فتصير مائة في يد العامل الثاني انه يبدأ برب المال الاول فيأخذ راس ماله ثمانين دينارا وعشرة دنانير نصف الربح تمام التسعين ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية تمام المائة ويرجع العامل الثاني على العامل الاول بعشرين دينارا قيمة الثلاثين دينارا وذلك نصف ما ربح قال سحنون وقال غيره يأخذ رب المال السبعين الباقية وينظر إلى الاربعين التي تلفت في يد العامل الاول فان كان تعدى عليها رجع عليه بها كلها تمام عشرة دنانير ومائة دينار وإن كان انما ذهبت بخسارة بعد رجع بعشرين تمام تسعين قال مالك (1) في رجل تعدى فتسلف مما بيديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه قال مالك ان ربح فالربح على شرطهما في القراض وان نقص فهو ضامن للنقصان قال مالك (2) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع إليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء شركه في السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها واخذ منه راس المال كله وكذلك

يفعل بـ كل من تعدي
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 وتعدي 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 وأبو حنيفة وأصحابهما 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 يتعدى في المصر ولا يتعشى
وقال الشافعي لا ينفق في سفر ولا حضر الا
بإذن رب المال
وقال اصحابه في المسألة ثلاثة اقاويل
احدها هـ اذا
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

الاستدكار 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 مكافأة

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 لثمره 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 سلعة 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 ابئهم 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 ابئهم 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 ابئهم 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
فيمسك ما تقدم ذكره
قال الشافعي ان مات العامل لم يكن لورثته ان
يعمل مكانه ويبيع 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 كان
المال عينا فاذا صار في السلع اجبر المقارض
على ان يرده عينا كما اخذه واجبر رب المال على
ذلك ايضا في اءجل ما يمكن من بيع السلع
قال مالك يجبر العامل على تقاضي ما باع بالدين
وان كان فيه وضعية 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 لآخاء بينهما او ليسارة مؤونة ذلك عليه ولو ابي 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 ابي 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 مشروطا في اصل عقد القراض واما ان تطوع منهما متطوع فلا باس اذا سلم عقد القراض من الفساد هذا وجه الفقه في هذه المسألة وما عداه فاستحباب وورع وترك مباح خوف واقعة المحذور والله اعلم وهذا المعنى هو قياس قول الشافعي أيضا والكوفي وسائر اهل العلم ان شاء الله

الاستدكار 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 لـه بضاعة وعن معمر عن بن طاوس عن ابيه انه كرهه وعن الثوري وعن مغيرة عن ابراهيم انه كره ان يدفع إليه الفاضل مضاربه والفاضل قراضا والفاضل بضاعة

1 (13 - باب السلف في القراض)

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

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

وكرهه 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 شيئاً الا بحضرة صاحب المال وان اخذ شيئاً فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسمه
قال مالك لا يجوز للمتقارضين ان يتحاسبوا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شريطينهما
قال ابو عمر الاصل في القراض انه لا يجوز للعامل فيه ان يأخذ شيئاً من ربحه الا بعد حضور رأس المال عند صاحبه او بحضرة ولا يجوز عند الجميع ان يكون احد مقاسما لنفسه عن نفسه ولا اخرى عنها ومعطيا لها ولو كان الشريك وصيا ما جاز له ان يقاسم نفسه عن ايتامه وانما يقاسمه عنهم وكيل الحاكم ولا بد من وكيل رب المال على المقاسمه او حضوره لنفسه وحضور مال القراض عند قسمة الربح لما وصفنا وللعلة التي ذكرنا في الباب قبل هذا فان اخذ المقارض حصته من الربح قبل القسمة ثم ضاع المال فقد اختلف الفقهاء فقال مالك اذا اذن له رب المال وقال رجوت السلامة والعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع

الاستذكار ج: 7 ص: 30

وقال الشافعي والثوري وابو حنيفة اذا اقتسما الربح ومال المضاربة بيد المضارب على حاله فضاع بعد ذلك فان قسمتها باطل وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله وما اخذه المضارب يرد

قال مالك (1) في رجل اخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماًؤه فادركوه ببلد غائب عن صاحب المال وفي يديه عرض ربح بين فضله فارادوا ان يباع لهم العرض فياخذوا حصته من الربح قال لا يؤخذ من ربح القراض شيء حتى يحضر صاحب المال فياخذ

ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما 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 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 يجب ان لا ينزع منه وان يقصره 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 فاختلغا 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 انتظروا به

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 كذب

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

الا ان ياتي بامر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك

الاستذكار ج: 7 ص: 32

وهذا ايضا لا خلاف فيه وقد اجمعوا ان الرجوع في حقوق الادميين بعد الاقرار لا ينفع الراجع عما اقر به وانه يلزمه اقراره في اموال الادميين كلها قال مالك (1) في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على ان لي الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على ان لك الثلث قال مالك القول قول العامل وعليه في ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله قال ابو عمر لم يختلف اصحاب مالك في ان القول قول العامل في ذلك فقال وذكروا ان حبيب بن حبيب قال قال مالك فقال يحملان على قراض مثلهم ما واختار بن حبيب قول مالك وذكره بن وهب في (موطئه) قال قال الليث يحملان على قراض المسلمين للنصف قال ابو عمر قد قال مالك ان العامل اذا جاء بما يستنكر لم يصدق ورد إلى قراض مثله وهو قول الليث وانما الاختلاف بينهما ان العامل لا يرد إلى قراض مثله اذا جاء بما يشبه ان يتقارض الناس عليه وانما يرد إلى قراض مثله اذا جاء بما يستنكر وبما لا يستنكر وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري اذا ربح فقال رب المال شرطت لك النصف وقال العامل شرطت لك الثلثين فالقول قول رب المال وقال الشافعي يتحالفان ويكون للعامل اجر مثله على رب المال قال مالك (2) في رجل اعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع إلى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب

المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لي وان كان فيها نقصان كان عليك لانك انت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذي اعطيتني قال مالك يلزم العامل المشتري اداء ثمنها إلى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فاد المائة الدينار إلى المقارض والسلعة بينكما وتكون

الاستذكار ج: 7 ص: 33

قراضا على ما كانت عليه المائة الاولى وان شئت فابراً من السلعة فان دفع المائة دينار إلى العامل كانت قراضا على سنة القراض الاول وان ابي كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها قال ابو عمر قول الليث بن سعد في هذه المسألة كقول مالك سواء فان لم يكن للمقارض مال بيعت عليه السلعة وكان الربح له وعليه النقصان فان كان له مال وادى ثمنها كانت السلعة له اذا ابي رب المال من ادائه وان ادى رب المال الثمن كان القراض مستانفا على شرط القراض الاول هذا كله عندي معنى قول الشافعي لانه قال اذا اشترى العامل وجاء ليدفع الثمن فوجد المال قد ضاع فليس على رب المال شيء والسلعة للمقارض

واما ابو حنيفة واصحابه فقالوا اذا اشترى وهلك المال في يده قبل ان ينتقد كان له الرجوع على رب المال ويكون راس المال ما دفع اولاً واخيراً مثال ذلك ان يكون المال الذي اخذه قراضا الف درهم فيشترى سلعة بالف درهم ويهلك المال في يده قبل ان ينتقده فانه يرجع على رب المال بالف درهم ويكون راس ماله في تلك المضاربة العين لا يستحق شيئاً من الربح حتى تتم الالفان

ثم الربح
قال مالك (1) في المتقارضين اذا تفاصلا فبقي بيد العامل من المتاع الذي يعمل فيه خلق القرية

او خلق الثوب او ما اشبه ذلك قال مالك كل شيء من ذلك كان تافها لا خطب له فهو للعامل ولم اسمع احدا افتي 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 المسألة 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 قليلا 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
يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص (2) بينه
وبينهم ثم يقول ان شئتم فلکم وان شئتم فلي
فكنوا 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 السموات والارض
قال ابو عمر هكذا روى مالك في حديثه (عن
سعيد بن المسيب) مرسلا وتابعه معمر واكثر
اصحاب بن شهاب على ارساله وقد وصلتته منهم
طائفة منهم صالح بن ابي الاخير 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 يأخذون 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
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
الخيبر
قالوا ولا يخمس الا ما كان اخذ عنوة واوقف
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 دماءهم
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

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

(لم تحل الغنائم لقوم سود الرؤوس قبلكم كانت تنزل نار من السماء فتاكلها) (1) وذكر تم 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 امرأة وهو يريد ان يبني بها) وذكر الحديث وفيه انه غزا قرية فدنا منها بعد العقد فقال للشمس انك مأمورة وانا مأمور اللهم احبسها علينا فحبست حتى فتح الله عليه فجمع الغنائم فجاءت النار لتاكلها فلم تطعمها فقال ان فيكم غلولا فليباعني من كل قبيلة رجل فبايعوه فلصقت يد رجل بيده فقال فيكم الغلول فلبباعني قبيلتك فبايعته قال فلصقت بيد رجلين او ثلاثة فقال فيكم الغلول انتم غللتهم فجاؤوا براس بقرة من ذهب فوضعوها فجاءت النار فاكلتها ثم احل الله لنا الغنائم لما راى من عجزنا وضعضعتنا احلها لنا

رواه عبد الرزاق (2) وهشام بن يوسف وابن 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 عجلاله
خوار (3)
ومعلوم ان الارض لم تجر هذا المجرى إلى اشياء
اخرى احتجوا بها ليس فيها بيان قاطع احسنها
حديث ابي هريرة عن النبي ﷺ 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 المفتحة 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 ﷺ 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 بالخييل والركاب ومن حضر
القتال والفتح من مقاتل ومكثر 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 المفتحات 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 خمسة الاية الانفال 41 يعني
والاربعة الاخماس للغانمين فملكهم كل ما غنموا
من ارض وغيرها مع ما روي في خبر ان رسول

الله ﷺ قسمها بين اهل الحديبية الذين وعدهم
الله تعالى بها وهم الذين افتحوها
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 كنجو
محبه في استقبال الكعبة حتى نزلت قد نرى
تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها
الاية البقرة 144

وكان لا يتقدم في شيء الا بوحي وكان يرجو ان
يحقق الله رغبته في ابعاد اليهود عن جواره فذكر
ليهود خبير ما ذكر منتظرا للقضاء فيهم فلم يوح
إليه في ذلك شيء حتى حضرته الوفاة فاتاه
الموحي 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 خبير 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 يحرص عليهم لان الله عز وجل - كان قد افاء عليه وعلى من معه خبير بمن فيها فكانوا له عبدا كما قال بن شهاب افاءها الله

واهلها عليهم فاقربهم فيها ﷺ ليعملوها على الشطر

ومعلوم انه جائز بين السيد وعبده في البيع وغيره ما لا يجوز بين الاجنبيين لان العبد لسيدته 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 المتساقين شريكان فلا يقتسمان الثمرة الا بما يجوز من بيع الثمار بعضها

بعض وبما لم يدخله المزابنة لنهي رسول الله ﷺ عنها

ومن قال هذا قال انما كان رسول الله ﷺ يبعث إلى يهود خيبر من يخرص الثمار عليهم عند طيبها لاحصاء الزكاة لان المساكين ليسوا شركاء متعنين والشركاء اليهود ولو تركوا واكل الثمر رطباً 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

وهو قول الازاعي والحسن بن حي واحمد
واسحاق

وحجتهم ان رسول الله ﷺ ساقى يهود خيبر على
شـرط ما تخـرج الارض والثمـرة
وسياتي القول فيما يجوز به كراء الارض في باب
كراء الارض ان شاء الله عز وجل
واختلفوا فيما تجوز فيه المساقاة
فقال مالك تجوز المساقاة في كل اصل ثابت
يبقى نحو النخل والرمان والتين والفرسك
والعنب والورد والياسمين والزيتون وما كان مثل
ذلك مما له اصل يبقى
وهو قول ابي ثور
قال مالك ولا تجوز المساقاة في كل ما يجنى ثم
يخلف نحو القصب والموز والبقول لان بيع ذلك
جائز ويباع ما يجنى بعده
قال مالك وتجوز المساقاة في الزرع اذا استقل
على وجه الارض وعجز صاحبه عن سقيه ولا تجوز
مساقاته الا في هذه الحال بعد عجز صاحبه عن
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 وابن وهب وابن
عبد الحكم
وقال الشافعي لا تجوز المساقاة الا في النخل
والكرم لان ثمرهما بائن من شجره ولا حائل دونه
يمنع احاطة النظر به
قال وثمر غيرهما متفرق بين اضعاف ورق شجره
لا يحاط بالنظر اليه
قال واذا ساقى على نخل فيها بياض فان كان لا
يوصل إلى عمل البياض الا بالدخول على النخل

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 خبير لم يجر ذلك لانه كراء الارض ببعض ما يخرج منها وهي المزارعة المنهني 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 صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد وامره ان يخرص العنب وتؤدي زكاته كما تؤدي 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 بن
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 خمس سنة اوسق
وروى الثوري وغيره عن الشيباني عن الشعبي
قال الخرص اليوم بسدعه
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 اسحاق
عن الزهري وليس بالقوي
قال ابو عمر اكثر العلماء لا يجيزون القسمة في
الثمار الا كيلا بعد تناهيا ويبسها وقد اجازها
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

الفواكه التي يجوز فيها التفاضل يدا بيد فان مالكا لم يجر قسمتها على التحري وكان يقول المخاطرة تدخله حتى يتبين فضل أحد النصيبين على صاحبه قال وقال مطرف وابن الماجشون واشهب لا بأس باقتسامه على التحري والتعديل او على التجاوز والرضاء بالتفاضل وهو قول اصعب قال وبه اقول لان ما جاز فيه التفاضل جاز فيه التحري وذكر سحنون عن بن القاسم عن مالك انه سألته غير مرة عن قسمة الفواكه بالخرص فأبى ان يرخص في ذلك قال وذلك ان بعض اصحابنا ذكر انه سأل مالكا عن قسمة الفواكه بالخرص فأرخص فيه فسألته عن ذلك فأبى ان يرخص لي فيه وقال اشهب سألت مالكا مرات عن تمر النخل والاعناب وغيرها من الثمار تقسم بالخرص فكل ذلك يقول لي اذا طبأت الثمرة من النخل وغيرها اقسمت بالخرص واختار هذه الرواية يحيى بن عمر قياسا على جواز العرايا وغيرها بالخرص في غير النخل والعناب كما تجوز في النخل والعناب قال ويجوز بيع ذلك كله بعهه ببعض بخرصه إلى الجذاذ

قال ابو عمر اما قوله ويجوز بيع ذلك كله بخرصه إلى الجذاذ فلا اعلم احدا قاله قبل يحيى بن عمر في بيع الثمار بعضها ببعض الا في العرايا خاصة واما في غير العرايا فلا وكيف يجوز ذلك وهو تدخله المزابنة المنهي عنها ويدخله بيع الرطب باليابس وبيع الطعام بالطعام نسيئة وانما اجاز مالك ذلك في العرايا خاصة لما ورد فيها من تخصيص مقدارها من المزابنة

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 وبأخذ 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
رضاه

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 يك

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 يستثنى من المال ولا من

النخل شيئاً دون صاحبه وذلك انه يصير له اجيراً
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 عنـدنا
قال ابو عمر تشبيه مالك ص حيح 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 مجـهـولاً
وقد اوضحنا هذا المعنى في القراض والحمد لله
كثيراً

قال مالك (1) والسنة في المساقاة التي يجوز
لرب الحائط ان يشترطها على المساقى شد
الحظار وخم العين وسرو الشرب وبار النخل
وقطع الجريد وجد الثمر هذا واشباهه على ان
للمساقى 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 يخرسه فيها يأتي
بأصل ذلك من عنده او صغيرة يبنها 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 عملاً بنصف ثمر
حائطي هذا قبل ان يطيب ثمر الحائط ويحل بيعه
فهذا بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه وقد نهى

رسول الله ﷺ 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 كالفراض لا يقاس عنده عليها شيء من الاجارات

الاستذكار ج: 7 ص: 48

ان الإجازات 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 الاجارة باب منفرد بسنته كالمساقاة وكالفراض 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

(يخرج من شربات ماؤها طحل) (1) -
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 المساقى على رب المال جذاذ
التمر 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 الشترط نصصين
قال ولو ان صاحب النخل اشترط في اصل
المساقاة الجذاذ والخبط حتى يصير تمرا على
العامل فاذا بلغ الجذاذ والخبط بعد ما بلغ على
العامل كانت المساقاة فاسدة
وقال الشافعي ان اشترط المساقى 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 المساقى 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 يساقى الزرع بعد ان يستقل قال فاما القصب فيجوز فيه المساقاة فلان القصب اصل وقال محمد بن الحسن جائز ان يساقى الزرع قبل ان يسقط تحقه ولا تجوز المساقاة عند الشافعي في غير النخل والعنب

ولا يجوز عند داود الا في النخل خاصة وقد تقدم ذلك
واختلف اصحابنا في استثناء العامل زرعا يكون
بين النخل
فروى بن وهب عن مالك ان ذلك جائز 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 يحيى
وذلك عندهم على التلقيح والزرير والحضر والحفظ
وما يحتاج إليه من العمل
وقال الليث لا تجوز المساقاة في البصل ولا يجاز
الا فيمساقا يساقى
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
يساقى 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 المساقاة 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 يخرج الله فيها من الثمر كالقراض يعمل العامل في المال حد ما يرزقه الله فيه من الربح وهذا ان اصلا ان مخالفا للبيوع وللأجارات 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 والدرهم 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 والدرهم وما اشبه ذلك من الاثمان المعلومه قال ابو عمر ظاهر هذا الكلام يدل على انه يخبر ان تكرر الارض بكل ثمن معلوم وليس ذلك بمذهب مالك وانما هو قول الشافعي جائز عنده ان تكرر الارض بكل ما تكرر 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 كنانة لا تكرر الارض بشيء اذا اعيد فيها
نبت ولا باس ان تكرر 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 وابن حبيب ومطرف وعبد الله
وبن عبد الحكم وأصبع فانهم قالوا لا تكرر 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 تكرر 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 تكرر 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 يكرها 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 والرابع وساقى اهل خيبر
على نصف ما تخرج الثمرة

الاستدكار 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 يكرها بثلث
ولا بربيع (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
المخامرة
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 ولكننا كررناه كما كرره مالك واختلف عن الليثي في المزارعة بالثلث والرابع ونحو ذلك فروي عنه كراهتها وروى عنه اجازتها وروى عن يحيى عن الليث بن سعد انه قال انما تكرر الارض بشيء مما يخرج منها اذا كان ذلك ضامنا على المشتري دفع او لم يدفع فاما ان يلزمها ببعض ما يخرج منها ويزرع فيها نصف او ثلثا او ربعا فذلك حلال قال ابو عمر يقول الليث هذا في اجازته المزارعة بجزء ما تخرج الارض ما يزرع فيها

الاستدكار ج: 7 ص: 54

قال بن ابي ليلي والحسن بن حي والثوري والاوزاعي وابو يونس ومحمد واحمد بن حنبل وحثهم 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 واحديث رافع مضمون طرية الالف واحتج غيره على مالك في اجازته المزارعة في الارض بين الشجر اذا كانت الثلث فاقل فان ذلك لو لم يجر منفردا ما جاز بين النخل واذ لم يجر منفردا لم يجر 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 يؤجر نفسه ولا ارضه ولا سفينته الا بشيء معلوم فهذا قول الشافعي والكلوفي 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
تساقى 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 (افركم
ما افركم الله

الاستذكار ج: 7 ص: 55

وقد روي عنه ﷺ انه قال لهم (افركم 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 اول 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

جزء معلوم ولم يذكروا وقتا معلوما فقالت طائفة منهم ابو ثور ذلك سنة واحدة وهو يشبهه مذهب بن الماجشون فمن اكرى دارا مشاهرة انه يلزمه شهر واحد وقول ابي ثور فيمن ساقى حائضا ولم يذكر في وقت المساقاة مرة معلومة قول حسن قال مالك (1) في المساقى انه لا ياخذ من صاحبه الذي ساقاه شيئا من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيئا من الاشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغي ان ياخذ المساقى من رب الحائط شيئا يزيد اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شيء من الاشياء والزيادة فيما بينهما لا تصلح قال مالك والمقارض ايضا بهذه المنزلة لا يصلح اذا دخلت الزيادة في المساقاة او المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه لا يصلح ولا ينبغي ان تقع الاجارة بامر غرر لا يدري اىكون ام لا يكون او يقل او يكثر

الاستدكار ج: 7 ص: 56

قال ابو عمر لا خلاف بين مجيزي المساقاة انه لا يجوز ان تكون من واحد منهما زيادة يزدادها على جزئه المعلوم لانه - حينئذ - يعود الجزء مجهولا ولا يجوز ان تكون المعاملة على جزء مجهول وانما تجوز على جزء معلوم ثلث او نصف او ربع او نحو ذلك من الاجزاء المعلومات فيما يخرج به إليه في الثمرة

وقد ذكرنا ما في هذا المعنى في القراض ايضا قال مالك (1) في الرجل يساقى الرجل الارض فيها النخل والكرم او ما اشبه ذلك من الاصول يكون فيها الارض البيضاء

قال مالك (2) اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الاصل اعظم ذلك او اكثره فلا باس بمساقاته وذلك ان يكون النخل الثلثين او اكثر ويكون البياض الثلث او اقل من ذلك وذلك ان البياض

حينئذ تبسّع للاصطلح
ثم ذكر إلى آخر الباب هذا المعنى مكررا وشبهه
بالسيف والمصحف يكون في أحدهما الحلية من
الورق فيباع بالورق إذا كان الورق بيعا للنصل
والمصحف وكذلك القلادة والخاتم وذلك ان يكون
الثالث فادنى على ما ذكر في الارض البيضاء مع
الاصول

وقد مضى القول في ذلك في المبيوع وذكرنا
هنالك اختلاف العلماء في ذلك المعنى بين السلف
ومما جرى مجراه
فاما مساقاة الارض البيضاء فقد ذكرنا في هذا
الباب اصول اقوال العلماء من اجاز المزارعة
جملة ومن اجازها في النخل والشجر لانه يجيز
المساقاة ما اغنى عن اعادته وقد ذكرنا الاقاويل
بذلك

ومن لا يجيز المزارعة مالك والشافعي قد اختلفا
على ما ذكرناه عنهما فيما تقدم في هذا الباب
بقول مالك ما قد اوضحه في (موطئه)
واما الشافعي فقد ابطال المزارعة في قليل

الارض البيضاء لنهي رسول الله ﷺ عن المخابرة
الا انه قال واذا ساقاه على نخل فكان فيه بياض
لا يوصل إلى عمله الا بالدخول على النخل وكان لا
يوصل إلى سقيه الا بترك النخل في الماء وكان
غير متميز جاز ان يساقي عليه من النخل الا
منفردا وحده

ولولا الخبر فيه عن رسول الله ﷺ انه دفع إلى
اهل خيبر النخل على ان لهم

الاستذكار ج: 7 ص: 57

النصف من النخل والزرع وله النصف فكان الزرع
كما وصفت بين ظهرائي النخل لم يجز ذلك
قال وليس للمساقي في النخل ان يزرع الارض
الا باذن ربها فان فعل كان كمن زرع ارض غيره

قال ولا تجوز المساقاة الا بجزء معلوم قل او كثر
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 ما سمع في عمال
الرقيق في المساقاة يشترطهم المساقى على
صاحب الاصل انه لا باس بذلك لانهم عمال المال
فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا انه
تخف عنه بهم المؤونة وان لم يكونوا في المال
اشتدت مؤونته وانما ذلك بمنزلة المساقاة في ا
لعين والنضح (1) ولن تجد احدا يساقى في
ارضين سواء في الاصل والمنفعة احدهما بعين
واثنة غزيرة والآخرى بنضح على شيء واحد لخفة
مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك
الامر عننا
قال والواثنة الثابت ماءها التي لا تغور ولا تنقطع
إلى آخر كلامه في الباب
ومعنى كلامه انه لا يجوز للعامل ان يشترط ان
يعمل برقيق الحائط في غيره ولا ان يشترط في
الرقيق ما ليس فيه ولا لرب المال ان يخرج من
رقيق المال من كان فيه في عقد في المساقاة
وله ذلك قيل وانما يساقيه على حاله ومن مات
من الرقيق او لحقته افة فعلى رب المال ان
يخلفه
هذا كله معنى قوله إلى آخر الباب
وانما لم يجز له ان يشترط في العقد على العامل
ان ياخذ من رقيق الحائط احدا كان فيخرجه عنه
بشرط العقد لانه اذا فعل ذلك فقد ازداد عليه
زيادة كما لو اشترط عليه نخله بعينها 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 مثلك مثل ذلك
وقال 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 المساقى على رب النخل غلما يعملون معه لا يستعملهم في غيره ونفقة الرقيق على ما يتشارطان عليه وليس نفقة الرقيق باكثر من اجرتهم فاذا جاز ان يعملوا للمساقى بغير اجر جاز ان يعملوا له بغير نفقة
وقال محمد بن الحسن لا باس ان يشترط رب المال في المساقاة والمزارعة على المساقى دولا با والات يستقي عليها الزرع ولو اشترطه العامل على رب الارض لم يجز

1 (1 - باب ما جاء في كراء الارض)

1375 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى 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 سألت سعيد بن المسيب عن كراء الارض بالذهب والورق فقال لا باس به

1377 - مالك عن بن شهاب انه قال سألت سالم بن عبد الله بن عمر عن كراء المزارع فقال لا باس به 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 يكرى 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 فكفره ذلك قال ابو عمر قد مضى والحمد لله في المساقاة مذهب مالك في كراء الارض وما يجوز ان تكري 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 يكره 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 المحافل (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

الاستدكار 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 يحرق زرعه فيردها وقد زادت وانتفع رب الارض ولم ينتفع المستاجر فمن هنا لم يجر لاحد ان يستأجرها والله اعلم قال ابو عمر هذا ليس بشيء وانما كره كراءه من كرهه للحديث الماثور عن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال ابو عمر ومن حجة من لم يجر كراء الارض بشيء من الاشياء وابى من ذلك حديث ضمرة بن ربيعة عن بن شوذب عن مطر عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها ولا يؤجرها) (1) — وقد ذكرنا اسانيد هذه الاحاديث في (التمهيد) وقال اخرون جائز كراء الارض لمن شاء ولكنه لا يجوز بشيء غير الذهب والورق واحتجوا بحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (انما يزرع ثلاثة رجل له ارض فهو يزرعها ورجل منح ارضا فهو يزرع ما منح ورجل اكرى بالذهب او فضة) (2) — قالوا فلا يجوز ان يتعدى ما في هذا الحديث لما فيه من البيان والتوفيق وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وروى بن عينة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان لا يرى باسا بكراء الارض البيضاء بالذهب والورق وبن عينة عن عبد الكريم الجزري عن سعيد بن جبير عن بن عباس وبن جريج عن عطاء عن بن عباس انه لم يكن يرى بكراء الارض البيضاء باسا بالذهب والورق

الاستدكار ج: 7 ص: 62

وقال اخرون جائز ان تكرى الارض البيضاء بكل شيء من الاشياء ما خلا الطعام فانه لا يجوز

كراؤها بشيء من الطعام كله
 واحتجوا بحديث 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
 يكرها بثلت ولا بربع ولا بطعام مسمى) (1) -
 والى هذا ذهب مالك واكثر اصحابه قالوا فقد
 حاجز في هذا الحديث ومنع من كراء الارض
 بالطعام المعلوم وغير المعلوم
 وتاولوا في نهي رسول الله ﷺ عن المحاقلة انه
 كراء الارض بالطعام
 وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه
 المحاقلة استكراء الارض بالحنطة
 قالوا وسائر طعامه كله في معناها وجعلوه من
 باب الطعام بالطعام نسيئة
 وقال اخرون جائز كراء الارض بالذهب والورق
 والطعام كله وسائر العروض كلها اذا كان معلوما
 قالوا وكل ما جاز ان يكون ثمنا لشيء فجائز ان
 يكون اجرة في كراء الارض ما لم يكن مجهولا او
 غررا
 وهو قول سالم وغيره
 وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار انه حدثه قال
 سمعت سالم بن عبد الله يقول اكثر رافع على
 نفسه في كراء الارض والله لنكرينها كراء الابل
 وذكر اسماعيل بن إسحاق قال حدثني بن اخي
 جويريه قال حدثنا جويرية عن مالك عن الزهري
 ان سالم بن عبد الله اخبره وساله عن كراء
 المزارع فقال اخبر رافع بن خديج عبد الله بن
 عمر عن عميه وكانا قد شهدا بدرا ان رسول الله
 نهى عن كراء المزارع ﷺ
 قال فترك عبد الله كراءها وقد كان يكرها قبل
 ذلك

قال الزهري فقلت لسالم افكريها 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 الازاعي 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
الماذيانا (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 وابن 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 فرما اخرجت هذه ولم تخرج

هذه فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك فاما بذهب او
ورق فلم ينه عنه وهذا لفظ ابن 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 طـرق في (التمهيـد)
وقال اخرون جائز كراء الارض بجزء مما يزرع
فيها مكثريها بثلاث او ربع او نصف
واحتجوا بحديث بن المبارك وغيره عن عبيد الله
بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمران 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 المتسـون جـدا
وقد ذكرنا القائلين بجواز المزارعة وهي اعطاء
الارض على النصف والثـلث والرـبع فيما مضى من
المساقاة والحمد لله كثيرا

الاستذكار ج: 7 ص: 64

وروى سفيان عن بن عينة عن عمرو بن دينار
وبن طاوس قال كان طاوس يخـابر
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 يـنه عنها يمنـح احدكم
اخاه خير له ممن ياخذ عليها اجرا معلوما وقدم
معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله ﷺ وهم
يخابرون واقـرهم وانا اعطيهم فاكـون شريكهم
فان نقصوا كنت قد نقصت معهم
قال سفيان يقول لي نصيبي مما ربحوا وعلي ما
نقصوا
وذكر اسماعيل بن إسحاق قال حدثني بن اخي
جويرية قال حدثني جويرية عن مالك قال سألت
الزهري عن كراء الارض بالثلث والرربع فقال ذلك
حسن

الاستذكار ج: 7 ص: 65

1 (35 كتاب الشفعة (1))

1 (1 - باب ما تقع فيه الشفعة)

1380 - مالك عن ابن 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 مرسلًا جمهور رواة (الموطأ) ورواه ابو عاصم النبيل و عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون ويحيى بن ابراهيم بن داود بن ابي قتيلة و ابو يوسف وسيد بن داود الزنبري هؤلاء الخمسة رووه كلهم عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد و ابي 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 ابن شهاب في ارساله واسناده ايضا وقد رواه بن إسحاق عن ابن شهاب باسناده فجعله عن ابي هريرة كما قال كل من رواه كذلك عن مالك

الاستذكار ج: 7 ص: 66

وحديث ابن 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 والارضين 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 المجتمعة 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 أسنده 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
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 مرسلًا وبه اقول لا
ارى الشفعة لغير الشريك لا اراها 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 ووجبوا

الشفعة للجار بحديث ابي رافع عن النبي ﷺ انه
قال (الجار احق بسقبة) (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 الكوفيين 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 المشراع
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 العزمي عن عطاء عن
جابر ان رسول الله ﷺ قال (الجار احق بسقبة
ينتظر بها اذا كان غائبا اذا كانت طريقهما واحدة)
(1)

وهذا حديث انفرد به عبد الملك بن ابي سليمان
العزمي 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 ابي بكر بن
حفص بن عمر بن سعد بن ابي وقاص ان عمر
كتب إلى شريح ان اقض بالشفعة للجار فكان
يقض به

وسفيان عن ابراهيم بن ميسرة قال كتب الينا عمر بن عبد العزيز اذا حدث الحدود فلا شفعة قال ابراهيم فذكرت ذلك لطاووس فقال لا الجار احق قال مالك (2) في رجل اشترى شقصا مع قوم في ارض بحيوان عبد او وليدة او ما اشبه ذلك من العروض فجاء الشريك ياخذ بشفעתه بعد ذلك فوجد العبد او الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد او الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمته خمسون دينارا قال مالك يحلف المشتري ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء ان ياخذ صاحب الشفعة اخذ او يترك الا ان ياتي الشفيع بينة ان قيمة العبد او الوليدة دون ما قال المشتري قال ابو عمر الشفيع طالب اخذ والمشتري مطلوب ماخوذ منه فوجب ان يكون القول قول المشتري مع يمينه لانه مدعى عليه والشفيع مدع ولا بينة له ولو كانت له بينة اخذ بها وعلى هذا القول جمهور الفقهاء

الاستذكار ج: 7 ص: 69

وهو قول الشافعي والكوفيين وقد خالف في ذلك بعض التابعين وجعل القول قول الشفيع لوجوب الشفعة له وجعل المشتري مدعى في الثمن أو قيمته ان كان عرضا لانه اخذ له والقول الاول أولى بالصواب لما ذكرنا وبالله توفيقنا

وكذلك لو اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ولم يكن لواحد منهما بينة كان القول قول المشتري لانه المطلوب بالشفعة والماخوذ منه الشقص ولو اقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى ففيها قولان للفقهاء

(احدهما) البينة بينة الشفيع
(والاخرى) البينة بينة المشتري

وكذلك لو أقام كل واحد منهما البينة على ما حكاه
من ثمن العرض الذي هو للشفعة
وأما اختلاف أصحاب مالك في هذه المسألة وفي
سائر مسائل الشفعة فكثيرة لا يحصى كثرة
وفي (المدونة) قال بن القاسم القول قول
المشتري مع يمينه إذا اختلفا في ثمن الشقص
وكان قد أتى بما يشبهه فإن أتى بما لا يشبهه وأتى
الشفيع بما يشبهه فالقول قوله مع يمينه ومن أتى
منهما ببينة قضى له فإن أتيا جميعا بالبينة فإن
تكافئا في العدالة سقطتا وكان القول قول
المشتري فإن لم يتكافئا قضى بأعدلهما
وقال سحنون البينة بينة المشتري لأنها زادت
علمًا

وروى اشهب عن مالك قال إذا كان المشتري ذا
سلطان فالقول قوله في الثمن فلا يمين لأن
مثله يرغب في الثمن عنده وإن لم يكن فارى
عليه اليمين
وقال اشهب القول قول المشتري مع يمينه إذا
ادعى ما لا يشبهه فإن ادعى ما يشبهه فالقول قوله
بلا يمين
وذكر بن حبيب عن مطرف أنه قال القول قول
المشتري مع يمينه إذا ادعى ما لا يشبهه وأتى
بالسرف لأنه مدعى عليه
قال بن حبيب إنما يكون القول قول المشتري ما
لم يأت بالسرف فإن أتى بالسرف رد إلى القيمة
وخير الشفيع أن شاء أخذ وإن شاء ترك
قال مالك (1) من وهب شقصا في دار أو أرض
مشتركة فإثابه الموهوب له

الاستدكار ج: 7 ص: 70

بها نقدا أو عرضا فإن الشركاء يأخذونها بالشفعة
أن شاؤوا ويدفعون إلى الموهوب له قيمة مثوبته
دراهم
قال مالك من وهب هبة في دار أو أرض مشتركة

فلم يثب منها ولم يطلبها فاراد شريكه ان ياخذها
بقيمتها فليس ذلك له ما لم يثب عليها فان اثيب
فهو وللشفيـع بقيمة الثواب
قال ابو عمر قد كان مالك في صدر من عمره يرى
في الهبة الشفعة وان كانت لغير ثواب لانه انتقال
ملك ثم رجـع عن ذلك ولم ير الهبة لغير ثواب
شـ

ذكر ذلك عنه بن عبد الحكم
واما الهبة للثواب فهي عنده كالبيع وفيها الشفعة
لم يختلف قوله في ذلك ولا قول اصحابه الا انهم
اختلفوا فيه لو ان الموهوب له اثار الواهب باكثر
من قيمة الشقص الموهوب
فقال بن القاسم لا ياخذه الا بقيمة الثواب كله
قال ولهذا يهب الناس من الهبات ولم يذكر قوتا
بـ قال ذلك مجملا
وقال اشهب اذا اتى به اكثر من قيمته قبل ان
يـدخل الهبة قـولان
فليس للشفيـع ان ياخذه الا بجميع الثواب او
شـ

وان كان بعد الفوت فله ان يستشفـع بقيمة
الشـقص فقـط
واما الشافعي فالهبة للثواب عنده باطل مردودة
لانه عنده من باب البيع بثمن مجهول وسياتي
ذلك في باب الهبات ان شاء الله
قال ولا شفعة للشافعي في الهبة للثواب لانه
مردود من فعل من فعله
واما الكوفيون فيجيزون الهبة للثواب ويضمنونها
اتباعا لعمر بن الخطاب وسنذكر ذلك في موضعه -
ان شاء الله عز وجل
ولكنهم لا يرون الهبة للثواب شفعة لانها عندهم
هبة ليست ببيع
وكذلك لا شفعة عندهم في صداق ولا اجرة ولا
جعل ولا خلع ولا في شيء صولح عليه من دم عمد

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

الاستدكار 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 لــــه

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

فذكر بن حبيب عن بن الماجشون انه قال ياخذها
الشفيع ويكون الثمن عليه مؤجلا إلى مثل ذلك
الاجل المــــذي كان على المشتري
وقال اصبح لا ياخذ الشفيع بالشفعة الا بثمان
حــــال

واما الشافعي فقال فيما ذكر عنه المزني ان
اشترى النصيب من الدار وسائر الرباع والارض
بثمان 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 المذي
ابتاعها فاذا بلغ الاجل اخذها الشفيع
قال مالك (1) لا تقطع شفعة الغائب غيبته وان
طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع إليه

الشفعة
قال يحيى قلت لابن القاسم هل ترى الاسكندرية - يعني من مصر - غيبة وهو يبلغه ان صاحبه قد باع فيقيم على ذلك المشتري سنين العشرة ونحوها ثم ياتي بعد ذلك يطلب الشفعة فقال بن القاسم هذه غيبة لا تقطع على المشتري شفעתه وان بلغه ذلك فنرى السلطان ان يكتب إلى قاضي البلد الذي هو به ان يوقف ويعلمه شريكه قد باع فاما اخذ واما ترك

الاستذكار ج: 7 ص: 72

قال بن القاسم لا ارى ذلك على القاضي الا ان يطلب ذلك المبتاع فيكتب له القاضي الذي بمكانه إلى قاضي البلد بما ثبت عنده من اشتراؤه وما يطلب من قطع الشفعة عنه فيوقفه فاما اخذ واما ترك فان ترك فلا شفعة له قال قلت لابن القاسم فما ترى القرب الذي يقطع الشفعة قال ما وقت لنا مالك فيه شيئاً قد تكون المرأة الضعيفة والرجل الضعيف على البريد فلا يستطع ان ينهض ولا يسافر فلم يحد لنا حدا وانما فيه اجتهاد للسلطان على افضل ما يرى

قال ابو عمر اما شفعة الغائب فان اهل العلم مجمعون على انه اذا لم يعلم ببيع الحصاة التي هو فيها شريك من الدور والارضين ثم قدم فعلم فله الشفعة مع طول مدة غيبته واختلفوا اذا علم في حال الغيبة فقال منهم قائلون لم يشهد حين علم انه اخذ بالشفعة متى قدم فلا شفعة له لانه تارك لها وقال اخرون هو على شفעתه ابدا حتى يقدم ولم يذكرها اشهادا واما القول في أمد شفعة الحاضر العاجل فياتي 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) _____
روي عبد الرزاق وغيره عن الثوري عن سليمان
الشيبياني عن حميد الازرق قال مضى عمر بن عبد
العزیز 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 موروثه 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 هنا عصبه
البنات
وقال اشهب لا تدخل الابنة على الاخت كما لا
تدخل الاخت عليها
وذكر المزني عن الشافعي في هذه المسألة
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 مسأله
هذه لان الشركاء في سهم

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 ﷺ 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 قليلا وان كان كثيرا فيقدره وذلك ان
 تشاخوا فيها
 قال ابو عمر قد اختلف السلف والخلف في هذه
 المسألة على قولين
 (احدهما) ان الشفعة بالحصص مثال ذلك دار بين
 ثلاثة رجال لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر
 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 شاء الله تعالى
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
لله
قال ابو عمر على نحو هذا مذهب الشافعي ايضا
ذكره المزني عنه قال فان

الاستذكار ج: 7 ص: 75

حضر احد الشفعاء اخذ الكل بجميع الثمن فان
حضر الثاني اخذ منه النصف بنصف الثمن فان
حضر الثالث اخذ منه الثلث بثلث الثمن حتى
يكونوا سواء فان كانوا اثنين اقتسما كان للثالث
نقص قسمتها وان اسلم بعضهم لم يكن لبعض الا
اخذ الكل او التترك
قال وكذلك لو اصابها هدم من السماء اما اخذ
الكل بالثمن كله واما ترك
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
الاخر
قالوا ومن اشترى دارين صفقة واحدة من رجلين
ولهما شفيع واحد فاراد الشفيع ان ياخذ احدهما
دون الاخرى فليس له ذلك
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 اصبع انه قال ان كان تركه وتسليمه
رفقا بالمشتري وتجاфия له كانه وهبه شفעתه فلا
ياخذ الاخر حصته فلو كان المشتري رجلين فاراد
الشفيع ان ياخذ حصصه احدهما
فابن القاسم قال ليس له ان ياخذ الا حصتها
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
حصصه 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 فجا
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
في عمرها 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 حاق له فيها
قال ابو عمر القيمة عند مالك واصحابه في
البيان 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 شفيع وان شاء لم يشفع فكانه اذا شفيع بيع حادث وعهدته على المشتري واما الشافعي فمذهبه ان الباني متعد بنيانه 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 ذلك واقام للغائب وكيفا في القسمة فقسم وقبض المشتري حصته وبنى فيها فهو - حينئذ - غير متعد فان استحق الشفيع الحصه مشاعة لم يمنعه قضاء القاضي شفيعته لان الغائب على شفيعته ابدأ الا ان يعلم فيترك فان علم فلا شفعة له ان ترك الطلب بعد العلم قادرا على الطلب وان لم يعلم شفيع 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 تقطعها 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 الاقاله

وقد اختلف قول بن القاسم واشهب في هذه الشفعة في الاقاله فقال بن القاسم عهدة الشفيع على المشتري وقال اشهب الشفيع مخير فان شاء اخذ الشفعة بعهده البيع الاول وان شاء بعهده الاقاله قال مالك (2) من اشترى شقصا في دار او ارض وحيوانا وعروضا في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفيعته في الدار او الارض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا قال مالك (3) بل يأخذ الشفيع شفيعته في الدار او الارض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفيعته 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 شبرمة قال مالك (1) ومن باع شقصا من ارض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وابتى بعضهم الا ان يأخذ بشفعته ان من ابى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له ان يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقى

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 ما لا 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 لصلح صلح 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 انسه لا شفعة فيها وكذلك إذا قسمت بيوت الدار وتركت العرصه للارتفاق فباع احد الشركاء نصيبه فيها فلا شفعة فني ذلك قال ابو عمر يريد بقوله بئر الاعراب البئر المتي في مساكن الارض لسقي الماشية

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

الاستدكار 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 للارتفاع 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
كـان او انـثى
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 كلـه
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 عبـد
وقال اشهب للشريك الشفعة في جميع ذلك
وقال الا ترى ان الشفعة تكون في رقيق الحائط
فكيف بالرحى مع الارض
وبقول اشهب قال سـحـنـون
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
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
لانهم تقسم بالحسدود
قال ابو عمر على ما ذكرنا من مذاهبيهم 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

الاستدكار ج: 7 ص: 82

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
للبيع 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 اخذها اياها قطعاً بخيار المشتري وامضى المبيع فيها واختلف اصحاب مالك في الشريك يبيع نصيبه من دار له فيها شركاء بالخيار ثم يبيع بعض اشراكه نصيبه بغيره 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 ضمانه 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 حيناً ثم يأتي رجل

الاستذكار ج: 7 ص: 83

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
قال 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 يتقدم ملكه استحق ما
استحق

ومن قال لا شفعة له زعم ان المستحق انما يثبت
له الملك يوم استحق فلا شفعة له فيما كان له
قبيل ذلك

الاترى انه لا يأخذ الغلة من المشتري ولا من
البائع الجاحد لسه
وكذلك لو استحق العبد حرية على مولاه والمولى
جاحد لها فلما قامت للعبد بينة بالحرية قضى 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

والقائلون بالقول الاول يوجبون للمستحق
الخراج او الغلة فيما يستحقه ويأتي القول في
ذلك في موضعه ان شاء الله
واما قوله فان طال الزمان او هلك الشهود أو
مات البائع او المشتري إلى اخر كلامه في الفصل
فان طول الزمان لمن كان غائبا وقامت بينته بما
يوجب له الشفعة

الاستذكار ج: 7 ص: 84

وقد مضى القول في شفعة الغائب وما قاله مالك
وغيره في ذلك والخلاف فيه كلا خلاف
واما هلاك الشهود فلا يخلو من ان يكونوا شهودا
على البيع فهلكوا او المشتري والبائع يتجاحدان
ولا بينة هناك فلا شفعة في ذلك ان يكون الشهود
على مبلغ الثمن هلكوا فالقول قول المشتري
وان خالفه الشفعة
وقد مضت هذه المسألة ايضا بخلافها
وكذلك موت البائع والمشتري لمن كان له القيام
بالشفعة لا يضرب
قال مالك في هذا الموضع من (الموطأ)
والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال
الحي
وقد تقدم القول في هل تورث الشفعة وذكرنا
الاختلاف في ذلك
وقال احمد بن حنبل وغيره الشفعة لا تورث الا ان
يكون المييت طالبا لها
قال ابو عمر الشفعة تورث عند كل من يورث
عنده الخيار في البيع ومن لا يورث عنده الخيار
فقد تورث عنده الشفعة
وقد مضى ذلك في كتاب البيوع
واما قوله في المشتري والبائع او هما حيان
فليبتني اصل البيع والاشتراء لطول الزمان فان
الشفعة تنقطع وياخذ يعني المستحق - حقه الذي
ثبت له فقط فقد ذكرنا ان اهل العلم منهم من لا

يرى للمستحق شفعة ومنهم من رآها على ما
وصفنا وهم في هذه المسألة على قولين
أحدهما أنه يشفع بقيمة الشقص كما لو جهلا
التمن بحدائثة السوقت سواء
وكان مالك ومن تابعه لا يرون الشفعة عند جهل
التمن إذا طال الزمان ونسي البيع ويرونها واجبة
ففي حدائثة العهـد
وقوله أو لما يرى أن البائع غيب ذكر التمن وإخفاء
ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة فحينئذ يرون
الشفعة في الشقص بقيمته على ما في (الموطأ)

وقال به جماعة من أصحابه
وذكر بن عبدوس عن بن الماجشون قال إذا مات
المشتري وأتى الشفيع يطلب من ورثته الشفعة
مع طول الزمان وقد جهل التمن حلف الورثة ما
عندهم علم ولم تكن شفعة

الاستدكار ج: 7 ص: 85

قال ولو أن المشتري قال لا أدري بكم اشتريت
حلف وشفع بالقيمة
قال فإن أبى أن يحلف فقد مضت من أصحابنا فيه
قضية أنه يأخذها الشفيع ثم يقول للمشتري
اطلب حقا ممن شئت أو تحلف فتأخذ منه قيمة
الشقص فإن قال الشفيع لا أقبضه لعل ثمنه
يكون كثيرا ولا يقدر على ثمنه فلا بد - حينئذ - أن
يحلف أو يسـجـن
وأما قوله والشفعة ثابتة في مال الميت فهي في
مال الحي فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال
الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة
فقد تقدم القول في وراثه الشفعة وفي أن كل
مقسوم لا شفعة فيه عند من لا يقول بالشفعة
للجار أو من أجل الاشتراك في الطريق
قال مالك (1) ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة
ولا بغير 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
شـفـعـة فـيـه
قال ابو عمر على هذا مذهب الشافعي والكوفيين
وقد تقدم ذلك كله والحجة له والحمد لله كثيرا
وقد شذت طائفة فاجبت الشفعة في كل شيء
وروت روايات في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم
منها ما ذكره عبد الرزاق (2) قال اخبرنا
اسرائيل عن عبد العزيز بن ربيع عن بن ابي
مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الشريك شفيع
فـي كـل شـيـء
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 ربيع
عن بن ابي مليكة قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالشفعة في كل شيء في الارض والدار والدابة
فقال عطاء انما الشفعة في الارض والدار
وقال بن ابي مليكة سمعتني - لا ام لك - اقول
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 القبول به
واما من جهة النظر فالمشترى مالك لما اشترى
فلا يخرج ملكه عن يده الا بكتاب او سنة ثابتة او
اجماع ولا اجماع في هذا بل الاكثر على خلافه في
هـذا الحـديث
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 سمرعان عن بن شهاب عن بن
المسيب قال ليس في الحيوان شفعة
قال واخبرنا ابو حنيفة عن حماد قال لا شفعة الا
ففي ذلك دار او ارض
قال واخبرنا اسرائيل عن عبد العزيز بن ربيع 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 الاسلامي 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

الاستذكار ج: 7 ص: 87

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

العين ان كان عينا كالمكاتب وانما ذلك في
المكاتب لحرمة العتق الا ترى ان التقويم
والاستهام يجب على الشريك اذا اعتق نصيبه وان
العتق بيد اعلى سائر الوصايا
قال فان قال قائل ان البائع ممن دخل مدخله
كالشريكين في العبد باع شريك ودخل شريك قيل
له ان العبد المشترك فيه ان راى الشريك ما يضره
دعا شريكه إلى البيع معه وليس كذلك الدين
قال ابو عمر قد ذكرنا ان الاصل المجتمع عليه انه
لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس وان
التجارة لا تجوز الا عن تراض فلا يخص منها في
الاصل شيء الا بمثله من الاصول التي يجب
التسليم لها
وحدیث الشفعة للشريك في الدور والارضين
حدیث متفق على القول والعمل به وسائر ما
اختلف فيه
وليس في الاختلاف حجة فالواجب الوقوف عند
اليقين ولا يخرج عنه الا بيقين مثله وبالله
التوفيق
قال مالك (1) ومن اشترى ارضا فيها شفعة
لناس حضور فليرفعهم إلى السلطان فاما ان
يستحقوا واما ان يسلم له السلطان فان تركهم
فلم يرفع امرهم إلى السلطان وقد علموا
باشترائه فتركوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤوا
يطلبون شفعتهم فلا ارى ذلك لهم
قال ابو عمر هذا قول مجمل الا ان ظاهره يدل
على ان ما قرب من الامد لطالب الشفعة لم
يضره قعوده عن الطلب اذا قام فيما لم يطل من
الزمان فان طال فلا قيام له ولم يحد في الطول
حدا ولا وقت في (موطنه) وقتا
وقد اختلفت الرواية عنه في ذلك واصحابه
فروى بن القاسم عنه السنة ليست بالكثير وهو

على حقه
وقال مرة اخرى السنة ونحوها

الاستذكار ج: 7 ص: 88

وروى اشهب عن الثقات عن مالك انه قال للحاضر تنقطع بمجرد 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 يسأل عن الحاضر يقوم على شفيعته بعد الخمس سنين وربما قيل له اكثر من ذلك فيقول في ذلك كله لا ارى في ذلك طولا ما لم يحدث المبتاع بنيانا او هدماء او تغييرا ببناء والشفيع حاضر فان كان ذلك ولم يقم في شفيعته في الحين او يحدثان ذلك فلا قيام له لان هذا مما يقطع شفعته وقد تفصيت اختلافهم في اختلاف قول مالك واصحابه وهذا الاختلاف انما هو ما لم يوقف المشتري الشفيع عند الحاكم فان وقفه لياخذ او ليرك فان ترك لم يكن له قيام بعد وان اخذ بالمال ثلاثة ايام وقال بن الماجشون عشرة ايام ونحوها وقال اصبح 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 شفيعته وان علا فاخذ الطلب فان كان له عذر من حبس او غيره فهو على شفيعته 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 شفעתه والا بطلت شفעתه
وسواء احضر عند ذلك مالا او ثمن المبيع او لم
يحضر
وقد روي عن محمد بن الحسن انه قال ينبغي ان
يكون الاشهاد بمحضر مطلوب بالشفعة او بحضرة
المشيع المَشْفوع 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
يلغه خبر شفעתه

الاستدكار 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
المشفعوع فيه حتى يدفع إليه ثمنه
وقد روي عن محمد بن الحسن انه قال لا يقضى
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 يدفع قبل ان
ياخذ بالشفعة
فذكر اشهب عن مالك ان قوله اختلف في ذلك
فمرة قال تجب له الشفعة ومرة قال لا تجب

واختار اشهب انه لا شفعة له
قال انما لو اخذ بالشفعة ثم باع حصته لم يضر
ذلك شـفـعـتـه
وروى عيسى عن بن القاسم انه لا يقطع بيعه
بحصته في الدار ما وجب له من الشفعة اذا كان
قيـسـامـه فـيـا مـيـا
وروى يحيى بن يحيى عن بن القاسم مثل ذلك
وزاد فان سلم الشفعة ولم ياخذ وجبت الشفعة
للمشـتري فـي الـبـيـع الثـانـي
قال ابو عمر قياس قول الشافعي والكوفيين
وانه لا شفعة له الا ان يقضي له بها القاضي قبل
بيعه بحصته عند الكوفيين وعند الشافعي لا تجب
له شفعة لانه لا يستحق الشفعة الا بالشركة
وليس للشريك بعد بيع حصته شفعة فاي شفعة
تجب له والشفعة انما تستحق بالشركة في
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 بن عروة عن ابيه عن
زينب بنت ابي سلمة عن ام سلمة زوج النبي ان

رسول الله ﷺ قال (انما انا بشر وانكم تختصمون
الي فلعل بعضكم ان يكون الحن (1) بحجته من
بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن
قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذن منه شيئاً
فانما اقطع له قطعة من النار)
قال ابو عمر لم يختلف في اسناد هذا الحديث ولا
على هشام وقد رواه (عن) هشام الثوري وابن

عينه ويحيى القطان وغيرهم ورواه ايضا معمر
 عن الزهري عن عروة عن زينب عن امها - ام
 سلمة - عن النبي ﷺ مثله
 وقد روي (من حديث) ابي هريرة عن النبي ﷺ
 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
 والتظن 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 يقربه عنده
 (المقر) لمن ادعى عليه لقوله ﷺ (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 لستم 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 ايضاً رد وابطال (للحكم بالهوى وبالظنون ايضاً) 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 بالبينه والاقرار وهو المسموع الذي قال فيه (^{ظننا}) انما اقضي على نحو ما اسمع) وذلك المسموع من المقر في مجلس الحكم

الاستدكار 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 بالبينه او الاقرار دون العلم التهمة لان الحاكم اذا قضى بعلمه كان مدعياً 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) شيئاً لموضع التهمة فني وراثته ومن احسن ما يحتج به في ان القاضي لا يقضي

بعلمه حديث معمر عن الزهري عن عروة عن
 عائشة ان النبي ﷺ بعث ابا جهم على صدقه فلاحه
 رجل في فريضة فوقع بينهم شجاج فاتوا النبي
 فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال (اني خاطب
 الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ارضيتم قالوا
 نعم فصعد رسول الله ﷺ فخطب وذكر القصة
 وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل
 النبي ﷺ فاعطاهم ثم صعد (المنبر) فخطب ثم
 قال ارضيتم قالوا نعم (1) —
 وهذا بين لانه لم ياخذ (منهم) بما علم منهم ولا
 قضى بذلك عليهم وقد علم رضاهم
 وهذا معظم ما يحتج به من لم ير للقاضي ان
 يقضيه بعلمه بي بعلمه
 واما من راي للقاضي ان يقضيه بعلمه منهم
 الشافعي والكوفي (وسنذكرهم بعد - ان شاء
 الله عز وجل)
 فمن حجتهم انه مستيقن قاطع لصحة ما يقضيه
 به اذا علمه علم يقين وليست الشهادة عنده كذلك
 لانه قد تكون كاذبة وواهمة وعلمه بالشيء اوكد
 لانه ينتفي عنه في علمه الشك والارتياب
 وقد اجمعوا ان له ان يعدل ويسقط العدول بعلمه
 فكذلك ما علمه صحته
 واجمعوا ايضا على انه اذا علم ان ما شهد به
 الشهود على غير ما شهدوا به انه ينفذ علمه في
 رد شهادتهم ولا يقضيه بشهادتهم ويردها بعلمه
 ومما احتج به الشافعي وغيره بقضاء القاضي
 بعلمه حديث عبادة بن الصامت

الاستدكار ج: 7 ص: 93

عن النبي ﷺ قوله (وان تقوم بالحق حيث ما كنا لا
 نخاف في الله لومة لائم) (1) —

وقول الله عز وجل كونوا قوامين بالقسط شهداء
للنساء 135

وحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة مع زوجها
ابي سفيان بن حرب في قول النبي ﷺ فيه (خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف) (2) ولم يكلفها
بينة لانه علم صدق قولها من قبل زوجها وحاله
الستتي عـرف منـه
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 روينا
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 بالدره (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 فاذلته لي بالاسلام قال فاستقبل
 القبلة ابو سفيان وقال اللهم لك الحمد الذي لم
 تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ما ذللت
 به لعمري
 ففي هذا الخبر قضاء عمر بعلمه فيما قد علمه
 قبلا 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 استقضى 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 والشافعي

وفي هذا الحديث ايضا ايجاب الحكم بالظاهر دون اعمال الظن والاستحسان الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في المتلاعنين بظاهر امرهما وما ادعاه كل واحد منهما ونفاه صاحبه واحلفهما بايمان اللعان ولم يلتفت إلى (غير) ذلك وكانت المرأة حاملا فقال صلى الله عليه وسلم ان جاءت بالولد على صفة كذا وكذا فهو للزوج وان جاءت به على صفة كذا وكذا فهو للذي رميت به فجاءت به على النعت المكروه فلم يلتفت رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ذلك لان الشبه قد ينتزع (عنه) وقد لا ينتزع بل امضى حكم الله فيما بعد ان سمع منها ولم يعرج على الظن ولا اوجب بالشبهة

الاستذكار ج: 7 ص: 95

حكما ولا رد به قضاء سلف منه مجتهدا فيه على ما اوجبه (الظاهر)

واما قوله صلى الله عليه وسلم (فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا يأخذه فانما اقطع له قطعة من النار) ففيه بيان واضح بان قضاء القاضي بالظاهر الذي يعتد به (لا يحل حراما في الباطن على من علمه واجمع العلماء) على (ان ذلك في الاموال صحيح كما وصفنا لقول الله عز وجل ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتاكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون البقرة 188

واختلفوا في حل عصمة النكاح او عقدها بظاهر ما يقضي به الحكم (وهو خلاف الباطن) فقال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وداود وجمهور العلماء الاموال والفروج في ذلك سواء وهي حقوق كلها لا يحل منها القضاء الظاهر ما هو حرام في الباطن

لعموم قول النبي ﷺ (فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فانما اقطع له قطعة من النار) ولم يخص حقاً من حق وقال ابو حنيفة وابو يوسف وكثير من اصحابنا انما ذلك في الاموال وقالوا في رجلين تعمدوا الشهادة بالزور على رجل انه طلق امراته فقبل القاضي بشهادتهما بظاهر عدالتهما عنده وهما قد تعمدوا الكذب ففرق القاضي بشهادتهما بين الرجل وامراته ثم اعتدت المرأة انه جائز لاحد الشاهدين ان يتزوجها فانه عالم بانه كان من شهادته كاذباً (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 (الجسد) او الرجيم

قالوا فلم يدخل هذا في معنى (قول) النبي ﷺ (فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه) 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

الاستدكار 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 فرأى 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 انه 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 بن سعيد بن المسيب ان عمر اختصم إليه مسلم ويهودي فرأى 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

الحق عرجا وتركاه
فقال عمر والله ما اراك ابعدت

الاستذكار ج: 7 ص: 97

وفي هذا الحديث من الفقه ان المسلم والكافر
والذمي في الحكم بينهما والقضاء كالمسلمين
سواء

وفيه كراهية المدح في الوجه (الا من ادب
فافعله فلا حرج عليك وان الذي يرضى بان يمدح
ففي وجهه) ضعيف الراي

وقد روي عن النبي ﷺ انه قال سمع رجلا يمدح
رجلا فقال له (اما انك لو صنعته لقطعت ظهره)
1)

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

وروي عنه ﷺ انه قال (احتوا في وجوه المداحين
التراب) (3)

وهو حديث صحيح من حديث المقداد بن الاسود
وهذا عندهم في المواجهة وفيه ترك الرد على
اهل الكتاب فيما يخبرون به عن كتابهم (فلا
تصدقوهم ولا تكذبوهم) لئلا يصدق بباطل او
يكذب بحسب

قال ﷺ (حدثوا عن بني اسرائيل ولا حرج وحدثوا
عني ولا تكذبوا علي) (4)

وقد فسر الشافعي معنى هذا الحديث بما قد
(ذكرته) في غير هذا الموضع
حدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم (بن
اصبغ) قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر (بن
ابن ابي شيبه) قال حدثني وكيع قال حدثني
اسرائيل عن عبد الاعلى التغلبي عن بلال بن ابي
بردة بن ابي موسى عن انس بن مالك قال قال

رسول الله ﷺ (من سال القضاء وكل إلى نفسه
ومن يجبر عليه نزل عليه ملك يسدده

الاستذكار ج: 7 ص: 98

قال ابو عمر روى بن عيينة عن مسعر عن محارب
بن دثار قال قال عمر بن الخطاب ردوا الخصوم
حتى يصطلحوا فان قضاء القاضي يورث الضغائن
بين الناس
وعن ايوب عن بن سيرين قال لم ار شريحا اصالح
بين خصمين قط الا امرأة استودعها رجل شيئا ف
نقلت متاعها فضاع فاصالح بينهما
وسفيان عن مجالد عن الشعبي عن مسروق قال
لان اقضي يوما بالحق احب الي من عمل سنة
سفيان عن ابي اسحاق عن الشعبي عن مسروق
قال لان اقضي يوما بحق احب الي من عمل سنة
سفيان عن ابي اسحاق عن الشعبي عن شريح
قال كتب الي عمر (بن الخطاب - رضي الله عنه)
اذا جاءك امر في كتاب الله فاقضي به ولا يلفتك
عنه الرجال فان لم تجده في كتاب الله ففيما
مضى من سنة رسول الله ﷺ فان لم تجده فيما
مضى من سنة رسول الله ﷺ ففيما قضى به
الصالحون وائمة العدل فان لم تجد فان شئت ان
تجتهد رأيك وان شئت ان تؤامرني ولا ارى
مؤامرتك فاني لا اسلم لك والسلام (عليك)
وروى عيسى بن دينار 4 عن بن القاسم (قال)
سئل مالك ايجبر الرجل على ولاية القضاء فقال
لا الا ان (لا) يوجد منه عوض قيل له ايجبر
بالحبس والضرب قال نعم قيل له فالفتيا قال لا
يجوز الفتيا الا لمن علم ما اختلف الناس فيه
قيل له اختلف (اهل) الراي قال لا اختلف
اصحاب محمد ﷺ (ويعلم) الناسخ والمنسوخ من
القران والحديث

وقد اشبعنا هذا المعنى في كتاب العلم والحمد
لله كثيرا
1 (2 - باب ما جاء في الشهادات)

1386 - مالك عن عبد الله بن ابي بكر بن محمد
بن عمرو بن حزم عن

الاستذكار ج: 7 ص: 99

ابيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن ابي
عمرة الانصاري عن زيد بن خالد الجهني ان
رسول الله ﷺ قال (الا اخبركم بخير الشهداء
الذي ياتي بشهادته قبل ان يسألها او يخبر
بشهادته قبل ان يسألها)
قال ابو عمر اختلف على مالك في ابي عمرة هذا
في اسناد هذا الحديث فقال فيه يحيى بن يحيى
وبن القاسم وابو مصعب الزهري ومصعب
الزبيري (عن ابي عمرة الانصاري) وقال
القعنبي ومعن بن عيسى ويحيى بن بكير (عن بن
ابي عمرة)
(وكذلك قال بن وهب وعبد الرزاق عن مالك
وسمياه فقالا عن عبد الرحمن بن ابي عمرة)
فرفعا الاشكال جودا في ذلك واصابا
وبعيد ان يروي ابو عمرة الانصاري (مع كبر سنه)
عن زيد بن خالد الجهني واما رواية ابنه عبد
الرحمن بن ابي عمرة عنه فغير بعيدة ولا مرفوعة

وعبد الرحمن بن ابي عمرة من خيار التابعين
بالمدينة
وقال بن وهب سمعت مالكا يقول في تفسير هذا
الحديث انه الرجل تكون عنده الشهادة في الحق
يكون للرجل ولا يعلم بذلك قبل فيخبر بشهادته
ويرفعها إلى السلطان

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 يسأل 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 كربته وادخل السرور عليه وروي عن النبي ﷺ انه قال (من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس

الاستذكار ج: 7 ص: 100

الله عنه كربة من كرب الاخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون اخيه) (1) - وقد روي عن النبي ﷺ 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 تنراد منه يمين واليمين قد تسمى شهادة قال الله تعالى (ذكره)

اربع شهادات بالله النور 6 و 8 أي اربع ايمان
 1387 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه
 قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من اهل
 العراق فقال لقد جئتك لامر ما له راس ولا ذنب (3)
 فقال عمر ما هو قال شهادات الزور ظهرت
 بارضنا فقال عمر او قد كان ذلك قال نعم فقال
 عمر والله لا يؤسر (4) رجل في الاسلام بغير
 العـدول (5) _____
 قال ابو عمر اما شاهد الزور فقد جاء فيه ما
 يطـول ذكـره
 من ذلك ما ذكره البزار عن عباد بن يعقوب عن
 محمد بن فرات عن محارب بن دثار عن بن عمر
 عن النبي ﷺ قال (شاهد الزور لا (تزول) قدماه
 عن موضعه الذي شهد فيه حتى يتبوا مقعده من
 النار

الاستذكار ج: 7 ص: 101

وثبت عن النبي ﷺ من حديث خريم بن فاتك
 وغيره عن النبي ﷺ قال (عدلت شهادة الزور
 بالشرك بالله وقرأ فاجتنبوا الرجس من الاوثان
 واجتنبوا قول الزور الحج 30 (1) _____
 واجمع العلماء ان شهادة الزور من الكبائر
 1388 - مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال لا
 تجوز شهادة خصم ولا ظنين (2) _____
 قال ابو عمر حديث ربيعة هذا عن عمر وان كان
 منقطعا فقد قلنا ان اكثر العلماء من السلف
 قبلوا المرسل من احاديث العـدول
 وقد وجدنا خبر ربيعة هذا من حديث (المسعودي)
 عن القاسم بن عبد الرحمن قال قال عمر بن
 الخطاب لا يؤسر رجل في الاسلام يشهد الزور
 ومعنى يؤسر أي يحبس لنفوذ القضاء عليه
 فهذا الحديث عن عمر عند المدنيين والكوفيين

(والبصر) والبصر (ريين)
 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 وحيب
 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 ظنيما)
 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

الاستذكار ج: 7 ص: 102

وهذا المذهب عن عمر مشهور
 قرأت 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 يياس 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 التماذي في
 الباطل واعلم انه من تزين للناس بغير ما يعلم
 الله شأنه الله ولا يضيع عامل الله فما ظنك بثواب
 الله في عاجل رزقه وجزاء رحمته (1) -
 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 ابي
 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 يياس 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 يمنعك قضاء
 قضيت به اليوم راجعت فيه نفسك وهديت فيه
 لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله
 شيء وان مراجعة الحق خير من التماذي 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 للعدر واجلى
 للعم

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 والتأذي بالناس والتنكر للخصوم التي يرى الله فيها الاجر ويحسن فيها الذكر فمن خلصت نيته كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله وهذا الخبر روي عن عمر (بن الخطاب - رضي الله عنه) من وجوه (كثيرة) من رواية اهل الحجاز واهل العراق واهل الشام ومصر والحمد لله

قال ابو عمر قد كان الليث بن سعد يذهب نحو مذهب الحسن قال الليث ادركت الناس لا يلتمس من (الشاهد) تزكية انما كان الوالي يقول للخصم اذا كان عندك من تجرح شهادتهم (فأت بهم والا اجزنا شهادتهم) عليك قال ابو عمر في قول الله عز وجل واشهدوا ذوى عدل منكم الطلاق 2 وقوله ممن ترضون من الشهداء البقرة 282 دليل على انه لا يجوز ان يقبل الا العدل الرضي وان من جهلت عدالته لم تجز شهادته حتى تعلم الصفة (المشترطة) وقد اتفقوا في الحدود والقصاص وكذلك كل شهادة وبالله التوفيق واختلف الفقهاء في (المسالة عن) الشهود الذين لا يعرفهم القاضي فقال مالك لا يقضي (القاضي) بشهادتهم حتى يسأل عنهم في السر وقال الشافعي يسأل عنهم في السر فإذا عدلوا سأل عن تعديلهم علانية ليعلم المعدل سرا احق ذاك ام لا لانه وافق اسم اسما ونسب نسبا وقال ابو حنيفة لا يسأل عن الشهود (في السر) الا ان يطعن فيهم الخصم الا في الحدود

والقصص
وقال ابو يوسف يسال عنهم في السر والعلانية
ويزكيهم في العلانية وان لم يطعن عليهم الخصم

وروي عن علي بن عاصم عن بن شبرمة قال اول
من سال في السر اذا كان الرجل ياتي بالقوم اذا
قيل له هات من يزكيك فيستحي القوم منه
فيزكونه فلما رايت ذلك في السر فاذا صحت
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 سئلوا عن رجل جلد الحد اتجوز شهادته
فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة
مالك انه سمع بن شهاب يسال عن ذلك فقال
مثل ما قال سليمان بن يسار
قال مالك وذلك الامر عندنا وذلك لقول الله تبارك
وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا
باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين
تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم

5

النور 4

قال مالك فالامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان
الذي يجلد الحد ثم تاب واصلح تجوز شهادته وهو
احب ما سمعت الي في ذلك
قال ابو عمر هذا يدل على انه قد سمع الاختلاف
في هذه المسئلة
قال ابو عمر ذهب بن وهب في (موطنه) إلى ما
ذكره مالك على حسب ما ذكرته هنا ثم قال
اخبرني مخرمة بن بكير بن الاشج عن ابيه عن
سليمان بن يسار وبن قسيط مثله في شهادة

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 وربيعه عن المحدود اذا تاب اتجوز شهادته 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 وبين شهاب وربيعه فكلهم راي ان من تاب من الحدود كلهما 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 شهادته 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 حاله هذه رواية بن القاسم وغيره عنه

وهو قول بن الماجشون ومطرف وسحنون لانه
يتهمهم فسي ذلك
وروى عنه بن نافع انه اذا حسنت حالته قبلت
شهادته فسي كل شيء
وبه قال بن نافع وبين 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 واصحح 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
اسماعيل بن علي بن 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 ومجارب بن دينار
واليه ذهب مالك والشافعي واصحابهما واحمد
واسحاق وابو عبيد وابو ثور

الاستدكار ج: 7 ص: 106

واختلف القائلون بهذه المقالة في توبة القاذف
اذا حد ما هي فقال مالك اذا تاب واصحح وحسنت
حالة قبلت شهادته اكذب نفسه او لم يكذب
وقال الشافعي توبته ان يكذب نفسه بلسانه كما
كان القاذف 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 بكره ان تبت قبلت
شهادتك فابي ابو بكره ان يكذب نفسه
وروى (محمد) بن إسحاق عن الزهري عن
(سعيد) بن المسيب ان عمر (بن الخطاب) جلد
ابا بكره ونافع بن الحارث وشبل بن معبد
فاما هذان فتابا وقبل عمر شهادتهما واستتاب ابا
بكره فابي 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 وابي ابو بكره فلم تقبل
شهادته حتى مات
قال ابراهيم بن ميسرة في حديثه وكان قد عاد
مثل النص من العبادة
وفي حديث الزهري قال وكان ابو بكره اخا زياد
لامه فلما كان من امره ما كان حلف ابو بكره 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

الاستذكار ج: 7 ص: 107

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
وقال 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

فيمسأ 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 الحره 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

الاستذكار ج: 7 ص: 108

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 قال حدثني محمد بن
المثنى قال حدثني الوليد عن الازاعي 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 حره لم تقبل
شهادته ابدا لقول الله تعالى ولا تقبلوا لهم
شهادة ابدا النور 4
قال فاما اليهودي والنصراني اذا جلد حد الفرية
على الحر المسلم ثم اسلما قبلت شهادتهما
واختلفوا في شهادة القذف اذا شهد قبل ان يجلد
فروي بن وهب وغيره عن مالك انه تقبل شهادته
مما 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 واللَّـهُ اعْلَم
وقال الليث والشافعي واصحابه وهو قول عبد
الملك بن عبد العزيز بن الماجشون لا تقبل
شهادة القذف قبل الجلد ولا بعده اذا قذف حرا
مسـلـمـا 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
حاليه 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 روه عن جعفر بن محمد عن

ابيه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم
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 صلى الله عليه وسلم 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 صلى الله عليه وسلم 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

وخرجة مسلم ولم يذكره البخاري
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم 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 وعمربن
 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 موطنه 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 اليه
 وكان مالك - رحمه الله - يقول يقضى باليمين مع
 الشاهد في كل البلدان ويحملون عليه

قال ولا يقضى بالعهد 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 اسـوء 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 بن عتبة مثله

وروى محمد بن عبد الله الانصاري عن الاشعث بن الحسن مثله

وروى حماد بن زيد عن خالد بن 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 احده 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 وسمعتة 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
لان خلاف القرآن
قال ابو عمر هذا جهل وعناد وكيف يكون خلاف
القرآن وهو زيادة بيان
كنحو نكاح المرأة على عمتها وعلى خالتها مع
قوله عز وجل واحل لكم ما وراء ذلكم النساء 24
مثل ذلك المسح على الخفين مع ما ورد به القرآن
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 وامرأتان
البقرة 282

بل هذا بين واضح لان قوله عز وجل فان لم يكونا
رجلين فرجل وامرأتان 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 صلى الله عليه وسلم وقد اجمع العلماء على القضاء باقرار المدعى عليه وليس ذلك في الاية والذين يرفعون اليمين مع الشاهد يقضون بنكول المدعى عليه مع اليمين وليس ذلك في الاية ويقضون معاقد القمط وانصاف اللبن والجزوع الموضوعة في الحيطان وليس ذلك ولا شيء منه في محكم القميران

فاليمين مع الشاهد اولى بذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به وسنة لامته ومن حجة ابي حنيفة واصحابه ان قالوا (اليمين) انما جعلت للنفي لا للاثبات وانما جعلها للنبي صلى الله عليه وسلم على المدعى عليه لا على المدعي

الاستذكار ج: 7 ص: 113

فالجواب عن ذلك ان الوجه الذي منه علمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البيعة 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 آخر الباب
قال ابو عمر ليس في قول الله عز وجل فان لم
يكونا رجلين فرجل وامرأتان 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 المدعي عليه عن اليمين حكم عليه بالحق
للمدعي وكان أخرى 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 أخرى ان
يجزئ عنه المـدـان
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 راي 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

عباس انه جاوبه في المرأتين ادعت احدهما على الاخرى انها اصابته يدها باشفى (1) وانكرت فكتب إليه بن عباس ان ادعها واقرا 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 المدعى

قال ابو عمر هذا لا يلزم لان النبي صلى الله عليه وسلم هو الذي سن رد اليمين على المدعى في القسامة واستعمال النصوص اولى من تأويل لم يتابع صاحبه عليه وهذا قياس صحيح وهو اصلهم جميعا في القسوة بالقياس قال مالك (3) مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وابتى 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 صلى الله عليه وسلم انه قضى باليمين مع الشاهد قال عمرو وذلك في الاموال واجمع القائلون باليمين مع الشاهد من الحجازيين وغيرهم بأنه لا يقضى فيه بشهادة النساء مع الرجال دون ما عداها على ما ذكره مالك رحمه الله

اخبرنا احمد بن عبد الله بن محمد بن علي قراءة
مني عليه قال حدثني الميمون بن حمزة قال
حدثني الطحاوي قال حدثني المزني قال حدثني
الشافعي وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال
حدثني قاسم بن اصبع قال حدثني بن وضاح قال
حدثني عبد الرحمن بن يعقوب بن إسحاق بن ابي
عباد

الاستذكار ج: 7 ص: 116

قالا حدثني عبد الله بن الحارث قال حدثني سيف
بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار
عن بن عباس ان رسول الله قضى باليمين مع
الشاهد
قال عمرو في الاموال خاصة
وحدثني ابراهيم بن شاکر ومحمد بن ابراهيم قال
اخبرنا محمد بن احمد بن يحيى قال حدثنا محمد
بن ايوب قال حدثني احمد بن عمرو بن الخالق
البنار قال حدثني عبدة بن عبد الله ورزق الله بن
موسى قال حدثنا زيد بن الحباب قال حدثني
سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن
دينار عن بن عباس عن النبي ﷺ انه قضى باليمين
مع الشاهد
قال عمرو بن دينار في الاموال خاصة
قال البنار سيف بن سليمان وقيس بن سعد
ثقتان ومن بعدهما يستغنى عن ذكرهما
لشهرتهما في الثقة والعدالة كثيرا
قال ابو عمر روى هذا الحديث عن سيف بن
سليمان جماعة
وعن زيد بن الحباب جماعة منهم ابو بكر بن ابي
شيبه وابو كريب محمد بن العلاء والحسن بن
شاذان
وقد ذكرنا الاسانيد عنهم في (التمهيد)
وذكره عبد الرزاق قال اخبرنا محمد بن مسلم

الطائفي عن عمرو بن دينار عن بن عباس عن النبي ﷺ انه قضى باليمين مع الشاهد قال ابو عمر راي 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 المرأة مع شاهدها كما يحلف الرجل فلو اخذنا شهادة المرأتين 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) فاتي 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 احرى 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 بالايم ان وتكون قسامة وان لم تكن دلالة حلف المدعى عليه كما يحلف فيمسا سسوى السدم وقول ابي حنيفة في دعوى المرأة الطلاق وقول

العبد العتق كقول الشافعي يستحلف السيد
والزوج لهما الا انه يقضي عليهما بالنكول دون
يمين على مذهبهم في ذلك
وقال الشافعي ولو ادعى انه نكح امرأة لم اقبل
دعواه حتى يقول نكحتها بولي وشاهدي عدل
ورضاها فان حلفت برئت وان نكلت حلف وقضى
لهما بأنها زوجته
واختلف الفقهاء في تحليف زوج المرأة المدعية
للطلاق وتحليف سيد العبد المدعي للعتق عليه
سيده هل تجب اليمين على السيد او الزوج بمجرد
المدعى من المرأة او العبد ام لا
فقال مالك لا يمين على الزوج ولا على السيد
حتى تقيم المرأة شاهدا واحدا عدلا بأنه طلقها او
يقيم العبد شاهدا عدلا بأن سيده اعتقه فاذا كان
كذلك وجبت اليمين على سيد العبد في دعوى
العتق وعلى الرجل لامرأته في دعوى الطلاق
وهذا نحو قوله رحمه الله في الخلطة لانه لم
يوجب يمينا للمدعي على المدعى عليه بمجرد
المدعى حتى تثبت الخلطة بينهما
وقال ابو حنيفة والشافعي وجمهور العلماء (ان
اليمين) واجبة على زوج المرأة المدعية بالطلاق
وعلى سيد العبد المدعي للعتق بمجرد الدعوى ولا
تجب عند الشافعي يمين مع شاهد في غير
الاموال

واما الكوفيون فلا يقولون باليمين مع الشاهد في
الاموال ولا في غيرها على ما تقدم عنهم
واختلف اصحاب مالك في معنى هذه المسألة في
الذي شهد عليه شاهد واحد لزوجته انه طلقها او
لعبد انه اعتقه فأبى من اليمين

الاستذكار ج: 7 ص: 118

فقال بن القاسم عن مالك يحبس حتى يحلف
قال وقد كان مالك يقول يعتق عليه العبد وتطلق
عليه الزوجة اذا ابى ونكل عن اليمين ثم رجع إلى

مما قلنت لك
وقال بن القاسم ويقول الاخر اقول
وقال اشهب اذا ابى من اليمين طلق عليه واعتق
عليه
وعن بن القاسم ايضا قال اذا طال سجنه اطلق
ورد إلى زوجتي زوجته
قال وارى ان الطول في سجنه عام
وقال بن نافع يسجن ويضرب له اجل الايلاء
ولمالك في هذا الباب تنظير مسائل على ما ذهب
إليه فيه احتجاجا لمذهبه يرد الاختلاف عليها
ومذاهب العلماء فيها في موضعها
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 شاهدهم قال
فان الغرماء (1) يحلفون ويأخذون حقوقهم
فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك ان
الايمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا ان يقولوا
لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم انهم انما تركوا
الايمان من اجل ذلك فاني ارى ان يحلفوا ويأخذوا
مما بقى ديني بعد دينه
قال ابو عمر خالفه في هذه المسألة طائفتان
احدهما من يقول باليمين مع الشاهد
والاخرى الدافعة باليمين مع الشاهد
وهي بذلك اخرى فأما الشافعي فيحلف عنده
الوارث مع الشاهد الذي لموروثه على دينه ولا

الاستذكار ج: 7 ص: 119

يجوز عنده ان يحلف الغريم ولكن اذا حلف الورثة
كان الغرماء احق بالمال لانه لا ميراث الا بعد 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 وإن 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 لآخيه لان كلا
انما يقوم الميت فيما ورث عنه كما لو كان
لرجلين على رجل الف 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
اخبره فـ في (الموطأ)
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 آخر 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 لـ
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 أبو عمر أكثر الشافعي في هذا الباب فنقلت منه ما بالناظر في هذا الكتاب حاجة إليه وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور قال مالك وإذا هلك رجل وعليه دين يغترف ماله فابى الوارث أن يحلف مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق وأن حلف الوارث مع الشاهد حكم بالدين ودفع إلى الغريم

الاستدكار ج: 7 ص: 120

1 (6 - باب القضاء في الدعوى)

1393 - مالك عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضي بين الناس فإذا جاءه الرجل يدعي على الرجل حقا نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف الذي ادعى عليه وأن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه

قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا أنه من ادعى على رجل بدعوى نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف المدعى عليه فإن حلف بطل ذلك الحق عنه وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى فحلف طالب الحق أخذ حقه قال أبو عمر قد مضى القول في رد اليمين واختلف الفقهاء في اليمين على المدعى عليه هل تجب بمجرد الدعوى دون خلطة أو ملبسة تكون بين المتداعيين أم لا فالذي ذهب إليه مالك وأصحابه ما ذكره عمر بن عبد العزيز في (الموطأ) أن اليمين لا تجب (إلا) بالخلطة

وهو قول جماعة من علماء المدينة ذكر إسماعيل بن إسحاق قال حدثني سليمان بن حرب قال حدثنا حماد بن سلمة عن إياس 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 لـــــــم يســـــــتحلف 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 بشيئه بما يـــــــوجب بـــــــه المـــــــال قال ابو الزناد (يريد بذلك) المخالطة واللطخ والشـــــــبهه 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 ومدايته فيما يمكن وما كان بخلاف هذه الحال مثل المرأة

الاستذكار ج: 7 ص: 121

المشهوره المحتجة والرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعى عليه وملاسته فلا تجب اليمين عليه الا بخلطة وفي الاصول ان من جاء بما لا يشبهه 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 المذئب 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 آيات 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 الكذب 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 المرأة او العبد بشاهد (واحد) عدل استحلف الزوج او السيد ما طلق ولا اعتق قال ابو عمر قال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما 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 وحتهم حديث بن ابي مليكة عن بن عباس ان رسول الله ﷺ 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 اصبح قال حدثني الحارث بن ابي اسامة ومحمد بن اسماعيل 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 احدهما يدها تشخب دما فقالت

اصابتنى 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 اصبع 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 الخلط الخلط 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 ادعى 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 يبدأ بالمدعي فيسأله هل لك بما تدعيه بينه ولا يسأل المدعى عليه حتى يسمع ما يقول المدعي وهذا ما لا يختلفون فيه

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 يخبوا (1) او يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا ان يكونوا قد شهدوا 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 يخبوا
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 الجوارح 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

وقاله سحنون وقد روي انه اجازها
وقال بن القاسم تجوز شهادة الصبيان في القتل
والجراح اذا كانوا ذكورا قبل ان يتفرقوا

الاستذكار ج: 7 ص: 124

قال سحنون وقال غير واحد من كبار اصحاب
مالك لا تجوز شهادتهم في القتل وانما تجوز في
الجراح
قال ابو عمر اختلف عن بن الزبير في اجازة
شهادة الصبيان والاصح عنه انه كان يجيزها اذا
جاء بهم من حال حلول المصيبة ونزول النازلة
واما بن عباس فلم يختلف عنه انه لم يجزها وكان
لا يراها شائبا
وروي عن علي - رضي الله عنه - انه كان (يجيز
شهادة الصبيان بعضهم على بعض) اذا اتوا في
الحال قبل ان يعلمهم اهلوهم ولا يجيزها على
الرجال
والطريق عنه بذلك ضعيفة
وهو قول سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير
وابي جعفر محمد بن علي بن حسين وعامر
الشعبي وابن ابي ليلى وابن شهاب الزهري
وابراهيم النخعي على اختلاف عنه الا انه ليست
الروايات عنهم لم تذكر جراحا ولا غيرها الا
اجازتها فيما بينهم مطلقا
وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما وابن
شبرمة والثوري لا تجوز شهادة الصبيان في شيء
من الاشياء لا في جراح ولا غيرها بحال وان لم
يتفرقوا
قالوا وانما امر الله - عز وجل - بشهادة من
يرضى وكيف تقبل شهادة من اذا فارق مكانه لم
يؤمن عليه ان يعلم ويخبب ومن لا يرضى الله
عليه فشهادته
فان قيل ان بن الزبير اجازها قيل له بن عباس
ردها والقران يدل على ابطالها

قال ابو عمر من حجة من لم يجزها ولم يرها شيئاً
 ظاهر قول الله - عز وجل واشهدوا ذوى عدل
 منكم المطلاق 2 وقوله تعالى واستشهدوا
 شهيدين من رجالكم البقرة 282 ثم قال تعالى
 ممن ترضون من الشهداء البقرة 282 والصبي
 ليس بعـدـل ولا رضى
 وقال عز وجل في الشهادة ومن يكتمها فانه اثم
 قلبه البقرة 283 وليس الصبي كذلك لانه غير
 مكلف فدل على انه ليس من اهل الشهادة بنص
 القرآن والله المستعان
 ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريح قال اخبرني
 عبد الله بن ابي مليكة انه ارسل إلى بن عباس
 وهو قاض لابن الزبير يساله عن شهادة الصبيان
 فقال لا ارى ان تجوز شهادتهم انما امر الله
 تعالى ممن يرضى والصبي ليس برضى

الاستذكار ج: 7 ص: 125

قال واخبرنا معمر عن ايوب عن بن ابي مليكة انه
 كان قاضيا لابن الزبير فارسل إلى بن عباس
 يساله عن شهادة الصبيان فلم يجزها ولم يرها
 شيئاً
 قال معمر وسمعت من يقول تكتب شهادتهم ثم
 تقر حتى يكبر الصبي ثم يوقف عليها فان حفظها
 جازت
 قالت واخبرنا بن جريح قال زعم اسماعيل بن
 محمد ويعقوب بن عتبة وصالح ان ليس لمن لم
 يبلغ الحلم شهادة
 وهو قول شريح القاضي والشعبي وبن ابي ليلي
 على اختلاف عنهم في ذلك
 وقول القاسم وسالم ومكحول وعطاء والحسن
 وبه قال احمد واسحاق وابو عبيد وابو ثور 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 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 والقعبي وابن القاسم وطائفة في هذا الحديث (من حلف على منبري هذا فاليمين ائمة)
 والمعنى في ذلك سواء وهو اشتراط الاثم في الوعيد دون (الـ)
 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) قالهـا ثلاث مـرات 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 قالوا 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

الاستذكار ج: 7 ص: 127

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 في ارض فخاصمته
إلى رسول الله ﷺ فقال (بينتك) فلم تكن لي
بينه فقال له (احلف) قلت اذن يحلف فقال
رسول الله ﷺ عند ذلك من حلف على يمين صبر
ليقتطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقي
الله وهو عليه غضبان فنزلت ان الذين يشترون
بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا اولئك الاية 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 بن الحصين انه سمع ابا
غطفان بن طريف المري يقول اختصم زيد بن
ثابت الانصاري وبين مطيع في دار كانت بينهما
إلى مروان بن الحكم وهو امير على المدينة
فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على
المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكاني قال
فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال
فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق ويأبى ان
يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم
يعجب من ذلك
قال مالك لا ارى ان يحلف احد على المنبر على
اقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم
قال ابو عمر جملة مذهب مالك في هذا الباب ان
اليمين لا تكون عند المنبر من كل جامع ولا في
الجامع حيث كان الا في ربع دينار - ثلاثة دراهم
فصاعدا او في عرض يساوي ثلاثة دراهم وما كان
دون ذلك حلف فيه في مجلس الحاكم او حيث
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
 فـ
 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 يها الناس بهذا
 المقام وهو الصحيح عندهم
 ومعنى يها يانس الناس به يقال بهات به أي
 انسته

قال ومنبر النبي - عليه السلام - في التعظيم مثل ذلك لما ورد فيه من الوعيد على من حلف عنده بيمين كاذبة تعظيماً 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 - قياساً على العمل من الخلف والسلف بالمدينة عند منبر النبي ﷺ

الاستذكار ج: 7 ص: 129

قال الشافعي وقد عاب قولنا هذا عائب ترك فيه موضع حجتنا لسنة رسول الله ﷺ 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 مقسطع الحق - وق) 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 فالتاس 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 واثرتهم عنده ولكن زيदा علم ان ما قضى به مروان حق وكره ان تصير 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 ابعت الي بقيس بن مكشوح في وثاق فبعثت إليه به فجعل قيس يحلف ما قتل دأويه 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 ذهبوا 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 يعلق الرهن) قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى والله اعلم ان يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك إلى اجل يسميه له والا فالرهن لك بمـا رهنـن فيـنـه قال فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذي نهى عنه وان جاء صاحبه بالذي رهن به بعد الاجل فهو له وارى هذا الشرط منفسـخا قال ابو عمر قد ذكرنا في (التمهيد) من وصل الحديث فجعله عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة من رواة مالك ومن رواة ابن شهاب ايضا ومنهم من يرويه عن ابن شهاب عن سعيد وابي سلمة عن ابي هريرة عن النبي ﷺ ومنهم من يزيد فيه مرسلا ومسندا (الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه) وجعله بعضهم من قول سعيد بن المسيب وقد حدثنا خلف بن قاسم قال حدثني علي بن الحسن واحمد بن محمد بن يزيد الحلبي قالا حدثني علي بن عبد الحميد الغضائري قال حدثني مجاهد بن موسى قال حدثني معن بن عيسى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (لا يعلق الرهن وهو من صاحبه) (1) هـكذا جاء هذا الاسناد عن معن بن عيسى وليس كذلك في الموطأ ورواه معمر بن ابي ذئب ويحيى بن ابي انيسة كلهم عن الزهري عن سعيد عن ابي هريرة عن النبي ﷺ قال (لا يعلق الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه) وقد ذكرنا الاسانيد بكل ذلك من طرق متواترة في

(التمهيد) والحمد لله كثيرا
واصل هذا الحديث عند اكثر اهل العلم به مرسل
وان كان قد وصل من

الاستذكار ج:7 ص:131

جهات كثيرة الا انهم يعللونها على ما ذكرنا
عنهم في (التمهيد) وهم مع ذلك لا يدفعه بل
الجميع يقبله وان اختلفوا في تاويله
والرواية فيه (لا يعلق الرهن) بضم القاف على
الخبر بمعنى الرهن ليس يعلق أي لا يذهب ولا
يتلف باطلا والله اعلم
والنحويون يقولون غلق الرهن اذا لم يوجد له
تخلص

قال زهير
(وفارقتك برهن لا فكاك له

يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا (1)
(

وقال قعنب بن ام صاحب

(بانث سعاد وامسى دونها عدن

وغلقت عندها من قلبك الرهن (2))

وقال اخر

(كان القلب ليلة قيل يغدي

بليلى العامرية او يــــراج)
(قطاء عرها شرك فبات

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 فسرته

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 اترك
إلى كذا وكذا فالرهن لك قال ليس
بشيء ولكن يباع فيأخذ 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 يعلق
وهذا كله كما فسره مالك - رحمه الله
وهذا يدل على ان قوله (لا يعلق 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
ارأيت قوله (لا يعلق الرهن) اهو الرجل يقول ان
لم اترك 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 الذهب والفضة والثياب والحلي والسيف واللجام وسائر ما يغاب عليه من المتاع ويخفي هلاكه فهو مضمون على المرتهن ان هلك وخفي هلاكه ويترادان الفضل فيمنهما بينهما وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ذهب الدين كله ويرجع الراهن على المرتهن بفضل قيمة الرهن وان كانت قيمة الرهن مثل الدين ذهب بما فيه وان كانت اقل اتم الراهن للمرتهن دينه وان اختلفا فسياتي القول فيه في باب بعد هذا حيث ذكره مالك - رحمه الله وكان مالك وبن القاسم يذهبان فيما يغاب عليه من الرهن انه ان قامت البينة على هلاكه فليس بمضمون الا ان يتعدى فيه المرتهن او يرضيه فيض من وقال اشهب كل ما يغاب عليه مضمون على المرتهن خفي هلاكه او ظهر وهو قول الاوزاعي والبتي واتفق مالك واصحابه والاوزاعي وعثمان البتي في الرهن اذا كان مما يظهر

الاستذكار ج: 7 ص: 133

هلاكه نحو الدور والارضين والحيوان وما كان مثل ذلك كله فهلك انه من مال الراهن ومصيبته منه والمرتهن فيمنه امين وروى هذا القول الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير عن علي بن ابي طالب - رضي الله عنه وقال بن ابي ليلى وعبيد الله بن الحسن واسحاق وابو عبيد في هلاك الرهن عند المرتهن انهما يترادان الفضل بينهما على مثل قول مالك والاوزاعي والبتي الا انه لا فرق عندهم بين ما يظهر هلاكه وبين ما لا يظهر وبين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه

والرهن عندهم مضمون على كل حال حيوانا كان
او غير ره
وروي هذا القول ومعناه عن علي بن ابي طالب
من حديث قتادة عن خلاس عن علي - رضي الله
عنه ه
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 ه
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 ه

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 وبين 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 والحلبي 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 صلى الله عليه وسلم
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 صلى الله عليه وسلم له عنه أي له غلته
وخراجه وفائده كما له رقبته ومعنى عليه غرمه
أي فكاكه ومصنوبته
قالوا والمرتهن ليس بمعتد حينئذ فيضمن وانما
يضمن من تعدي
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

كله امانه
ومعنى قوله له غنمة وعليه غرمه عند مالك
واصحابه أي له غلته وخراجه واجرة عمله كما قال
من تقدم ذكره
قالوا ومعنى قوله وعليه غرمه أي نفقته ليس
الفكك والمصيبة
قالوا لان الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم
ما قابل ذلك من النفقة
قالوا والاصل ان المرتهن اذا لم يتعمد لم يضمن
ما ظهر هلاكه ويضمن ما غاب هلاكه من حيث
ضمنه المستعير سواء لان لكل واحد منهما اخذ
الشيء لمنفعة نفسه والمرتهن اخذه وتبعه بحقه
والمستعير اخذ العارية للمنفعة بها دون صاحبها
ما دامت عنده

الاستذكار ج: 7 ص: 135

وليس كذلك الامانه لان الامين ياخذها لمنفعة
ربها وذلك حفظها عليه وحراستها له
قالوا وفي معنى قوله له غنمه وعليه غرمه قوله
الرهن مركوب ومحلوب (1) أي اجر ظهره
لربه ونفقته عليه ولا يجوز ان يكون ذلك للمرتهن
لانه ربا من اجل الدين الذي له ولا يجوز ان يكون
الراهن يلي الركوب والحلاب لانه كان يصير -
حينئذ - الرهن عنده غير مقبوض والرهن لا بد ان
يكون مقبوضا ولو ركبته لخرج من الرهن
واما ابو حنيفة واصحابه فتاويل قوله - عليه
السلام - عندهم (له غنمه وعليه غرمه) أي لا
يكون غنمه للمرتهن ولكن يكون للراهن وغنمه
عندهم ما فضل من الدين وغرمه ما نقص من
الدين
وهذا كله ايضا عندهم في سلامة الرهن لا في
عطيه
والرهن عندهم مضمون بالدين لا بنفسه ولا

قيمتهم ان المرتهن لما كان احق بالرهن من
سائر الغرماء في الفلاس علم انه ليس كالوديعة
فانه مضمون ولانه لو كان امانة لم يكن المرتهن
احق به

وقال الشافعي معنى قوله ظننا (لا يعلق 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 ف قيل 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
فالاخلاف 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 ﷺ قال (من باع نخلا قد ابرت فثمرها
للبياع 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
الاشترط
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 كما لا يدخل مال العبد عند
الجميعة اذا رهـن 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 المسألة
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
للمراهـن
واما ابو حنيفة فقاسه على المكاتبه التي ولدها
مثلها اذا ولدته بعد الكتابة ولا فرق عنده بين
الثمره والولد لان ذلك كله نمى من الاصل
والاحتجاج بمذاهبهم فيه تشعب 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 شيئاً وما كان من رهن يهلك في يد
المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من
المرتهن وهو لقيمه ضامن يقال له صفه فاذا

وصفه احلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه اهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما سمي فيه المرتهن اخذه الراهن وان كان اقل مما سمي احلف الراهن على ما سمي المرتهن وبطل عنه الفضل الذي سمي 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

الاستدكار ج: 7 ص: 138

على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالامر الذي لا يسر ~~تنكر~~
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 المسألة 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

والمرتتهن في مقدار الدين فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه ولا قول للمرتتهن ها هنا إلى قيمة الرهن ولا ما دون ولا ما فوق لانه مدع عندهم

قال ابو عمر المرتتهن مدع فاذا لم تكن بينة حلف الراهن على ظاهر السنة المجتمع عليها ولا يلزم الراهن من الدين الا ما اقربه او قامت عليه بينة فان اختلفا في قيمة الرهن الهالك او صفته فالقول قول المرتتهن عند مالك واصحابه لانه الضامن لقيمته وهو مدعى عليه والراهن مدع باكثر مما يقربه المرتتهن والشافعي والكوفيون على اصولهم المتقدمة وهذا باب مطرد لو وقف على المدعي من المدعى عليه فيه وبالله التوفيق

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

1401 - قال مالك في الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم احدهما ببيع

الاستذكار ج: 7 ص: 139

رهنه وقد كان الاخر انظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على ان يقسم الرهن ولا ينقص حق الذي انظره بحقه بيع له نصف الرهن الذي كان بينهما فاوفي حقه وان خيف ان ينقص حقه بيع الرهن كله فاعطي الذي قام ببيع رهنه حقه من ذلك فان طابت نفس الذي انظره بحقه ان يدفع نصف الثمن إلى الراهن والا حلف المرتتهن انه ما انظره الا ليقف لي رهني على هيئته ثم اعطي حقه

عاجلا

قال وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا ان يشترطه المرتتهن

قال ابو عمر قد مضى الكلام في باب القضاء في

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
الآخر 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 وافر 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 صفة فاذا وصفه احلف عليه ثم اقام 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 بمسا فينه قال ابو عمر هذا كله من قوله على اصله فيما 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 يقربه 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 به اله 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

لانه مدعى عليه وهذا كله بين لا اشكال فيه
واما ابو حنيفة فالرهن عنده بما فيه اذا هلك
وكانت قيمته كالدين او اكثر وان كانت قيمته اقل
رجع المرتهن على الراهن بتمام دينه
وبكل قول من هذه الاقوال قال جماعة من
السلف قد ذكرناهم فيما مضى والحمد لله كثيرا
قال مالك (2) الامر عندنا في الرجلين يختلفان
في الرهن يرهنه احدهما

الاستدكار ج: 7 ص: 141

صاحبه فيقول الراهن ارهنتك بعشرة دنانير
ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا
والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن
حتى يحيط بقيمة الرهن
فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان
له فيه اخذه المرتهن بحقه وكان اولى بالتبذئة
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 وتأخذ رهنك
واما ان تحلف على الذي قلت انك رهنته به
ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان
حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه
غرم ما حلف عليه المرتهن
قال ابو عمر هذا بين كله على ما تقدم من اصل
قوله لا خلاف عند اصحابه ومنتحلي مذهبه فيه الا
في قوله احلف المرتهن على العشرين التي
سمى ثم قيل للراهن اما ان تحلف على ما قلت
ولا يلزمك اكثر من قيمة رهنك او مبلغ اقررت به
من الدين واما ان يغرم ما حلف عليه المرتهن
وهذا موضع اختلاف فيه بعضهم
فذهب بعضهم إلى قول مالك هذا
وبعضهم قال قول الراهن مع يمينه فيما زاد على

قيمة الرهن مما ادعاه المرتهن ان لم يقيم
المرتهن بينة بما ادعاه ولا يمين عليه الا ان يردّها
عليه الراهن
واما الشافعي فقد تقدم 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
ففي 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
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

الاستذكار ج: 7 ص: 142

تكن له بينة حلف الراهن واخذ رهنه وادعى ما اقر
به
وهذا القول قول ابراهيم النخعي وعطاء بن ابي
ربيع واياس 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
التمن ما يكون قيمة السلعة
والحجة لمالك ومن قال بقوله ما قاله إسماعيل
بن إسحاق في قوله عز وجل ولم تجدوا كاتباً
فرهن مقبوضة البقرة 283 قال فجعل الرهن
بدلاً 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 ديناراً
وقال الذي عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة
دينارين وقال الذي له الحق قيمة الرهن عشرة
دينارين وقال الذي عليه الحق قيمته عشرون ديناراً
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 يدعى 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 مدعياً 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 مكرراً والمعنى لا
خفاء فيه على من له ادنى فهم ولا مدخل فيه
للكلام عليه الا مكرراً معاداً لانه قد مضى معنى ما

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

الاستذكار ج: 7 ص: 143

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 تعدي منه المستكري وله الكراء الاول ان كان استكري الدابة البداة (1) فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدي حين بلغ البلد الذي استكري إليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الاول وذلك ان الكراء نصفه في البداة ونصفه في الرجعة فتعدي المتعدي بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الاول ولو ان الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكري إليه لم يكن على المستكري ضمان ولم يكن للمكثري الا نصف الكراء قال وعلى ذلك امر اهل التعدي والخلاف لما اخذوا الدابة عليه
ثم ذكر مسألة 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 يضمه وبين ان يجيز فعله ويكون على شرطه وقد تقدم ذكر ذلك كله في كتاب القراض واما تعدي المكثري بالدابة فان اكثر اهل العلم

خالفوا مالكا في ذلك ولم يجعلوه من باب العامل في القراض ولا المبضع معه يخالفان ما امر به في ذلك
واما الشافعي فقال عنه المزني ولو اكرتري 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 اكرتري دابة إلى موضع فجاوز فعليه الاجرة المذكورة واجرة المثل لما جاوز وان تلفت فعليه ايضا قيمتها

الاستدكار ج: 7 ص: 144

ذكره المزني في مختصره على مذهب احمد وهذا كقول الشافعي سواء وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد فيما ذكر الطحاوي عنهم من اكرتري 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 وضمان 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) (— والمتعدى بالدابة اذا تجاوز بها الموضع الذي اكرتها إليه فقد وجب لصاحبها عليه اجرة مثلها في ذلك فان لم يردّها 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 برأيه 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 تعدي عليها
وقد تناقض ابو حنيفة فقال فيمن تعدي في
بضاعة ابضعت معه فتجر فيها انه ليس له الربح
وعليه ان يتصدق به وكذلك الغاصب
وسنذكر هذه المسألة في موضعها من هذا الكتاب
ان شاء الله

1 (16 - باب القضاء في المستكرهه من النساء)

1404 - مالك عن ابن شهاب ان عبد الملك بن
مروان قضى في امرأة اصببت مستكرهه
بصداقها على من فعل ذلك بها
قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في
الرجل يغتصب المرأة 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 المغتصبه 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 القعني كما رواه يحيى ولم
يروه بن بكير ولا بن القاسم ولا مطرف
وروا كلهم ولا عقوبة في ذلك على المغتصبه الا
القعني فلم يرووه
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 بكرًا 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 الرجيم - ان شاء الله تعالى ولا نعلم خلافا بين العلماء ان المستكرهه 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 امرأة علي عهد النبي صلى الله عليه وسلم 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 يضار اجتماعهما

ذكر عبد الرزاق عن بن جريح قال اخبرني بن شهاب في بكر افتضت بصداق مثلها من النساء قال قضى بذلك عبد الملك بن مروان قال واخبرنا بن جريح 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 امرأة 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 امرأة فوطئها فاخصمها إلى الحسن وهو قاض يومئذ فضربه الحد وقضى بالعبد للمرأة قال ابو عمر اسلمه سيده بجنايته والله اعلم وقد تقدم القول بما قاله ابو حنيفة وطائفة من علماء الكوفة

ذكر ابو بكر قال حدثني شابة بن سوار عن شعبة قال سألت 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 شيئاً 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 شيئاً 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 بمكيالته من صنغه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد من الذهب والذهب ومن الفضة والفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب في ذلك فرق بين السنة والعمل المعمول به قال ابو عمر اجمع العلماء لا خلاف بينهم فيما علمت ان من استهلك ذهباً او ورقاً او طعاماً مكيلاً او موزوناً انه عليه مثل ما استهلك من صنغه بوزنه وكيله على ظاهر قول الله عز وجل وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به النحل 126 واختلفوا فيمن استهلك شيئاً من الحيوان فقال منهم قائلون لا يقضى بالقيمة في شيء من الاشياء الا عند عدم المثل وممن قال ذلك الشافعي وابو حنيفة وداود واصحابهم وحثهم 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 جميعاً 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 احدهما 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 جصرة بنت دجاجة
قالت قالت عائشة ما رايت صناعا 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 الموضوع فتناقضوا
والحديث في القضاء بالقيمة في الشقص من
العبد اصح من حديث القصعة فهو اولى ان يمثل
ويعمل واللعنه 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 المسألة
فكان ربيعة بن ابي عبد الرحمن ومالك بن انس

والليث بن سعد و ابو 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 مغمصوبة
فربح كان الربح له ويستحب له فيما بينه وبين الله
تعالى ان يتنزله عنه ويتصدق به
وقال الشافعي ان كان اشترى بالمال بعينه
فالسلة والربح لرب المال
وحكى الربيع عن الشافعي قال اذا اشترى
الغاصب السلعة بمال بغير عينه ثم نفذ المال
المغمصوب 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 والسلة
قال الربيع وله فيها قول اخر ان البيع فاسد اذا
اشترى بالمال المغمصوب 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 للربح المسمى 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 للضمان بالضممان 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 ضمانه 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 ضمانه 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 لم ال 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 (الموطأ) عن مالك مرسلا

وقد روي فيه عن مالك اسناد منكر عن نافع عن
بن عمرو لا يصح به
والصحيح فيه حديث بن عباس رواه حماد بن زيد
وبن علي عن ايوب عن عكرمة عن بن عباس ان
رسول الله ﷺ 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 وتمادي
على ذلك ولم يصرف عنه كما خرج ايضا على دين
الاسلام دون غير

قال مالك (3) ومعنى قول النبي ﷺ 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 غير 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
 بذلوا الجزية واعطوها للمسلمين على ذلك لا
 خلاف بين العلماء فيما وصفتنا
 الا ان الشافعي قال اذا كان المبدل لدينه من اهل
 الذمة كان للامام ان يخرج من بلده ويلحقه بارض
 الحرب وجاز له استحلال ماله مع اموال الحربيين
 ان غلب على الدار لانه انما جعل له الذمة على
 الدين الذي كان عليه في حين عقد العهد له
 هكذا حكاه المزني وغيره من اصحابه عنه وهو
 المعروف من مذهبه
 وحكى عنه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ان
 الذمي اذا خرج من دين إلى دين كان للامام قتله
 بظاهر الحديث (من بدل دينه فاقتلوه)
 والمشهور عن الشافعي ما قدمنا ذكره من رواية
 المزني والريعي عن عبيد بن
 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 على ان يقره على ذلك
 الدين اذا بذل الجزية فلما خرج عن الدين الذي
 عقدت له الذمة عليه عاد حكمه إلى حكم الحربي
 فجاز قتله وهذا وجه محتمل والله اعلم
 واختلف الصحابة ومن بعدهم - رضي الله عنهم -
 في استتابة المرتد
 فقال بعضهم يستتاب مرة واحدة في وقت واحد
 ساعة واحدة فان تاب وانصرف إلى الاسلام والا
 قتل
 وقال آخرون يستتاب شهرا
 وقال آخرون يستتاب ثلاثة ايام على ما روي عن
 عمر وعثمان وعلي بن مسعود - رحمه الله
 عليها
 ولم يستتب بن مسعود بن النواحة وحده لقول
 رسول الله ﷺ اذ جاءه من عند

مسيلمة (لولا انك رسول لقتلتك) فقال له بن مسعود إذ اظهرت الردة انت اليوم لست برسول فقتله واسـتـتاب غيـره
 1408 - وروى مالك في هذا الباب من (الموطأ)
 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 اعدرتم إليه اللهم اني لم اشهد ولم امر ولم ارض اذ بلغني ورواه بن عيينة فقال فيه عن محمد بن عبد الرحمن عن ابيـه
 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 بفتحتها 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 ابي محمد ان عليا - رضي
الله عنه - اخذ رجلا من بكر بن وائل تنصر بعد
الاسلام فعرض عليه الاسلام شهرا فابي 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 فابي 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) .
 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 معاذ لما 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 استتابة وروي عنه انه قال يستتاب مئة مرة قال ابو عمر من راي 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 ممن 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 وبرا من كل دين خالف الاسلام لم يكشف عن غيره
والمشهور من مذهب ابي حنيفة واصحابه ان المرتد لا يقتل حتى يستتاب وهو قول ابن عيينة 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 استتبه فان تاب قبل ان يقتله لم يقتله
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 راي 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 فراقه 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 ارايت ان وجدت مع امراتي رجلا
المهله حتى اتي باربعة شهداء فقال رسول الله
(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)

واظن البزار لما رأى حماد بن سلمة قد أرسله
ظن أن مالكا وحده أرسله فغلط في ظنه
وفي هذا الحديث من الفقه النهي عن إقامة حد
بغير سلطان وبغير شهود وقطع الذريعة إلى
سفك دم مسلم بدعوى يدعيها عليه من يريد أن
يبیح دمه ولا يعلم ذلك إلا بقوله والله عز وجل قد
عظم دم المسلم وعظم الأثم فيه فلا يحل إلا بما
أباحه الله وذلك إلى السلطان دون غيره ليمثل
فيه ما أمره الله به في كتابه على لسان رسوله

طائفة
من
العلماء

وقد اردف مالك هذا الحديث بقول علي - رضي
الله عنه - فإنه قد اوضح الحكم فيه
1410 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن
المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له بن
خبيرين وجد مع امراته رجلا فقتله أو قتلها معا
فاشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه
فكتب إلى أبي موسى الأشعري يسأل له علي بن
أبي طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك
علي بن أبي طالب فقال له علي أن هذا الشيء
ما هو بارضي عزمته عليك لتخبرني فقال له أبو
موسى كتب إلي معاوية بن أبي سفيان أن أسالك
عن ذلك فقال علي أنا أبو حسن أن لم يات بأربعة
شهداء فليعط برمته (1) —
رواه بن جريج ومعمرو والثوري عن يحيى بن سعيد
عن سعيد بن المسيب مثله
قال أبو عمر معناه عنده (فليسلمه برمته إلى
أولياء القتل يقتلونه وقيل يسلم إليهم بحبل في
عنقه للقصاص أن لم يقم أربعة شهدوا عليه
بـالزنى المـوجب للرجـم
وقد روي عن عمر في ذلك شيء لا يصح عنه قد
ذكرته في (التمهيد) وأوضحته
وعلى قول علي - رضي الله عنه - جماعة فقهاء
الأمصار وأهل الرأي والآثار والحمد لله كثيرا

ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال قال رجل النبي ﷺ فقال رجل يجد مع امراته رجلا يقتله فقال النبي ﷺ (لا الا بالبينه) 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)

(بيت على حسائها ويمسي على

وهماء لاحقة الحزام)

(كان مواضع الربلات منها

نعلم قد جمع من إلى نعام) هكذا ذكره وكيع عن ابي عاصم عن الشعبي وذكره عبد الرزاق عن بن جريح 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 بمعينة قتل

ولا اقرار به ولا حجة فيه الا في ايجاب

العقوبة الموجهة 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 اكدلك 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
لله
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 البيعة انه عبد
فقال طائفة من اهل المدينة لا يقبل قولها في
ذلك والى هذا ذهب اشهب لقول عمر (هو حر)
ومن قضى بحديثه لم يقبل البيعة في انه عبد

وقال بن القاسم تقبل البينة في ذلك وهو قول الشافعي والكوفيين واختلفوا في اقراره اذا بلغ فـاقـر بـانـه عـبـد وقال مالك لا يقبل اقراره انه عبد لانه ليس له ان يـسـرق نـفـسـه ولم يختلف في ذلك اصحاب مالك وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهم يقبل اقراره بانه عبد اذا كان بالغاً 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 عدداً 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 ابداً لاني اجعله مسلماً على كل حال كما اجعله حراً على كل حال واختلفوا في قبول دعوى من ادعاه ابناً له

الاستذكار ج: 7 ص: 159

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 عطائه وتكون اولى الناس بامرته 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 ابو 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 اسماعيل 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 جريح 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 اللقط

قال واخبرني عبد الاعلى عن معمر عن الزهري قال اذا والى رجل رجلا فله ميراثه وعليه عقله

قال ابو عمر قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث واثلة بن الاسقع انه قال (تراث المرأة عتيقها ولقيطها وابنها الذي لاعنت عليه) (1) — وهو حديث ليس بالقوي انفرد به عمر بن روية

وهو شامي ضعيف
وقد روى سفيان بن عيينة حديث مالك هذا
المذكور في هذا الباب عن الزهري عن سنين ابي
جميلة بالفاظ اتم من الفاظ حديث مالك
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم
بن اصبع قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني
محمد بن عبد السلام قال حدثني محمد بن عمر
قال حدثني سفيان عن الزهري قال سمعت سنيانا
ابا جميلة يحدث سعيد بن المسيب قال وجدت
منبوذا على عهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه
- فذكره عريفي لعمر فارسل الي فجننت
والعريف عنده فلما راني مقبلا قال (عسى
الغوير ابوسا) كانه اتهمه فقال له عريفي يا امير
المؤمنين انه غير متهم به فقال عمر علام اخذت
هذه التسمية قلت وجدت نفسا بمضيعة فاحبت
ان ياخذني الله عليها فقال عمر هو حر ولك ولاؤه
وعلينا رضاعة

الاستذكار ج: 7 ص: 161

قال ابو عمر ذكر ابو عبيد القاسم بن سلام هذا
الخبر في كتاب (غريب الحديث) لقول عمر -
رضي الله عنه - فيه (عسى الغوير ابوسا) وذكر
انه مثل تتمثل به العرب اذا خافت شرا او توقعته
وظنته هذا معنى كلامه
وذكر في اصل المثل عن الاصمعي وعن بن
الكلبي خبرين مختلفين (احدهما) عن بن الكلبي
ان اول من تكلم بهذا المثل الزباء اذ بعثت قصيرا
اللخمي وكان يطلبها بدم جذيمة الابرش فكادها
وخبا لها الرجال في صناديق او غرائر فلما احست
بذلك قالت (عسى الغوير ابوسا)
قال والغوير ماء لكلب موضع معروف في جهة
السماوة
وذكر عن الاصمعي انه غار اصيب فيه قوم قد
انهار عليهم وقتلوا فيه

والغويرة تصغير غار والابؤس جمع الباس فصار هذا الكلام مثلا لكل شيء يخاف بان يأتي 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 رأى ابا جميلة مقبلا بالمولود المنبوذ قال ذلك المثل السائر يريد الا يأتي ملتقط المنبوذ بخير خوفا منه معنى ما تقدم ذكره له حتى اخبره عريفه انه رجل صالح لا يأتي الا بالحق فقضى فيه بما قضى وقد اوردنا في ذلك ما جاء فيه عن العلماء والحمد لله كثيرا

1 (21 - باب القضاء بالحق 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 في 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 رأى من شبهه بعتبة بن ابي وقاص قالت فما رآها

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 قوله 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 قوله (الولد للفراش وللعاهر الحجر) دون قصة عبد بن زمعة وسعد وكذلك رواه محمد بن زياد عن ابي هريرة عن النبي

النبي

وروي ذلك ايضا من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي وقد ذكرنا ذلك كله في (التمهيد) وهو اثبت ما يروي عن النبي من اخبار الاحاد

العدول واصحها قوله (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 وقاس 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 لاخته 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

الاستدكار 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 اولم 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 ﷺ رسول الله ﷺ قام رجل
فقال ان فلانا ابني فقال رسول الله ﷺ (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
وسنين ذلك في موضعه - ان شاء الله - عز وجل
فلا ينتفى ولد الحرة اذا جاءت به لسته 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 وابن وليدة ابي ولد على فراشه) ولم يات
ببينة تشهد على ابيه باقراره بذلك وفي الاصول
المجتمع عليها انه لا تقبل دعواه على

الاستذكار ج: 7 ص: 164

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

واما قوله عليه السلام (يا عبد بن زمعة) فقد اختلف
العلماء في معناه على ما نوره بعون الله تعالى
فقال طائفة منهم انما قال له (هو لك) أي هو
اخوك كما ادعت قضى في ذلك بعلمه لان زمعة
بن قيس كان صهره وسودة بنت زمعة كانت

زوجته عليه السلام فيمكن 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
يقضى القاضي القاضي بعلمه
والكوفيون يقولون يقضى 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 قول 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 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 شيئاً من الميراث من جهة القضاء لانه اقر له بما لم يثبت له اصله

الاستذكار ج: 7 ص: 165

وسنذكر اصل هذه المسألة 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 بينة تشهد عليه

وقال محمد بن جرير الطبري معنى قوله ظرياً (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

بوطنها 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 وابن 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

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
بممن 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 لآخيه كدعوى آخيه لنفسه) هذا ليس بشيء لانه لم يظهر في ذلك ما يصدق دعواه على آخيه 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 آخيه سعد ولا على قول زمعة قول ابنه عبد بن زمعة ان اباه اولدها الولد لان كل واحد منهما اخبر 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 ففرغ 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 آخيه ولا دعوى عبد بن زمعة على آبيه ولا اقرت سودة انه بن آبيها فيكون آخاها من رؤيتها وامرها

بالاحتجاب منه ولو ثبت انه اخوها ما امرها ان تحتجب منه لانه ^{عليه السلام} 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 _____ لا يبيها 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 ^{عليه السلام} على السؤال لا على تحقيق زنا عتبة بقول اخيه ولا بالولد انه لزمة 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 اخيه _____ وذهبوا إلى انه اخوها على كل حال لان رسول الله ^{عليه السلام} 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 في الحكم
لانه ليس باخيها في غير الحكم لانه من زنا في
الباطن اذ كان شبيها بعتبة فجعلوه كانه اجنبي لا
يراهها بحكم الزنى وجعلوه اباها بالفراش وزعموا
ان ما حرمه الحلال فالزنى اشد تحريما له
قال ابو عمر قول من قال جعله اباها في الحكم
ولم يجعله اباها في غير الحكم قول فاسد لا
يعقل وتخليط لا يصح ولا يعقل ولا يفهم ولا يصح
عنده ادنى تامل لان المراد المتغى هو حكم الله (

عز وجل) على لسان رسوله ﷺ فيما حكم به فهو
الحق وخلافه باطل ولا يجوز ان يضاف إليه انه
حكم بشيء وضده في امر واحد فيجعله اباها من
وجهه وغير اخيها من وجهه

هذا لا يعقل ولا تحل اضافته إلى النبي ﷺ وكيف
يحكم لشبهه بعتبة بحكم باطل وسنته في الملاعة
انها جاءت بالولد على النعت الذي رميت به ولم
يلتفت إلى ذلك وامضى حكم الله فيه
وقد حكى المزني عن الشافعي ان روية بن زمعة
لسودة مباح في الحكم ولكنه كرهه للشبهة
وامرها بالتنزعه عنه اختيارا
وهذا ايضا وجه محتمل وما قدمناه اصح لان سودة
لم تعرفه ولم تقل انه اخوها ولم يلزمها اقرار
اخيها

وقد مضى في ذلك ما فيه كفاية وبيان والحمد لله
كثيرا

حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني
الخشني قال حدثني بن ابي عمر قال حدثنا
سفيان عن يعقوب بن عطاء عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال (من زنا
بامرأة حرة او بامة قوم فالولد ولد زنا لا يرث ولا
يورث الولد للفراش وللعاهر الحجر

قال سفیان قال بن ابي نجیح قال اول حکم بدل فی الاسلام استلحاق معاویة زیادا وروی شعبه عن سعد بن ابراهیم عن سعید بن المسیب قال اول قضاء علمته من قضاء رسول

الله ﷺ رد دعوة زیاد قال ابو عمر یعنی - والله اعلم - قوله (الولد

للفراش وللعاهر الحجر) وفي قوله ﷺ ایجاب الرجم على الزانی اذا كان محصنا دون البکر وهذا اجماع من المسلمین ان البکر لا رجم علیه ففي ذلك

وقد قيل ان قوله علیه السلام (الولد للفراش وللعاهر الحجر) أي ان الزانی 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 امرأة 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 قدمات (1) فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن انا اخبرك عن هذه المرأة هلك

عنها زوجها حين حملت منه فاهريققت عليه الدماء فحش ولدها (2) في بطنها فلما اصابها زوجها الذي نكحها وصاب 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 أم لا

الاستذكار ج: 7 ص: 169

فقال بعضهم لا تبرأ إذا كانت ممن توطأ إلا بحيضة تأتي بها في الأربعة الأشهر والعشر والأفهي مسـ

وقال آخرون ليس عليها أكثر من أربعة أشهر وعشر إلا أن تستريب نفسها ريبة بينة لأن هذه المدة لا بد فيها من الحيض في الأغلب من أمر النساء إلا أن تكون المرأة ممن لا تحيض أو ممن عرفت من نفسها أو عرف منها أن حيضتها لا تأتيها إلا في أكثر من هذه المدة وقد ذكرنا حكم المسترابة وما للعلماء فيها من المذاهب في كتاب الطلاق والحمد لله كثيرا وقد أجمع علماء المسلمين بأن الولد لا يلحق إلا في تمام ستة أشهر من يوم النكاح فما زاد إلى أقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها فمالك يجعله خمس سنين ومن أصحابه من يجعله إلى سبع سنين والشافعي مدته عنده الغاية فيها أربعة سنين والكوفيون يقولون سنتان لا غير ومحمد بن عبد الحكم يقول سنة لا أكثر وداود يقول تسعة أشهر لا يكون عنده حمل أكثر منها

وهذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد والرد إلى ما عرف من أمر النساء وبالله التوفيق وإذا أتت المرأة بولد لأقل من ستة أشهر كاملة لم يلحق بأجماع من العلماء واختلفوا في المرأة يطلقها زوجها في حين العقد عليها بحضرة الحاكم أو الشهود فتأتي بولد لستة أشهر فصاعدا من ذلك الوقت عقب العقد فقال مالك والشافعي لا يلحق به لأنها ليست

بفراش له اذ لم يمكنه الوطاء ولا تكون المرأة فراشا بالعقد المجرد حتى ينضم إليه امكان الوطاء في العصمة وهو كالصغير او الصغيرة الذي لا يمكن للواحد منهما الوطاء وقال ابو حنيفة هي فراش له ويلحقه ولدها ان جاءت به لسته اشهر من يوم العقد كانه جعل الفراش ولحوق الولد به تعبدا كما لو راى رجل رجلا يطا امراته او سريره او قامت بذلك البينة وجاءت بولد لحقه دون الزاني بها اذا كان يطاها قبل او بعد

الاستذكار ج: 7 ص: 170

قال ابو عمر ذكر الطحاوي هذا القول عن ابي حنيفة واحتج له بقوله كما لو راى رجل رجلا يطا امراته وجاءت بولد الحق به دون الزاني اذا كان يطاها قبلا او بعدا وانما احتج له بذلك لانه اجماع عنده لم يعلم فيه خلافا لانه اذا اشترك الزنى والفراش في وقت واحد فالولد للفراش عند جمهور العلماء من السلف والخلف الا ان بن القاسم قال اذا قال رايتها اليوم تزني ووطاتها قبل الرؤية في اليوم او قبله ولم استبرا ولم ار بعد الرؤية لاعن ولم يلحق به ولده ان اتت به لسته اشهر او اكثر وانما يلحق به الولد اذا اتت به لاقبل من ستة اشهر وهذا القول قد غلب فيه الزنى على الفراش ولم يقله احد علمته قبله وهو قول لا اصل له وقد ذكر ان مالكا قاله مرة ثم رجع عنه وقد روي عن المغيرة نحو قول بن القاسم وقال اشهب وبن عبد الحكم وبن الماجشون الولد لاحق بالزوج على كل حال اذا اقر بوطنها ولم يستبرئ وراها تزني وهذا هو الصحيح لقول رسول الله ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فنفى الولد عنه الاشتراك والامكان عن العاهر

والزومه بالفراش على كل حال اذا امكن ان يكون للفراش
وقد اجمعوا انه لو راها تزني ثم وطئها في يوم
الزنى او بعده ان الولد لاحق به لا ينفيه بلعان ابدا
وحسبك بهذا وبالله التوفيق
1414 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن
يسار ان عمر بن الخطاب كان يليط (1) اولاد
الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام فاتى رجلان
كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب
قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه
فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم دعا المرأة
فقال اخبريني خبرك فقالت كان هذا لاحد
الرجلين ياتيني وهي في ابل لاهلها فلا يفارقها
حتى يظن وتظن انه قد استمر بها جبل ثم
انصرف عنها فاهريققت عليه دماء ثم خلف عليها
هذا تعني الاخر فلا ادري من ايهما هو قال فكبر
القائف فقال عمر للغلام وال ايهما شئت

الاستذكار ج: 7 ص: 171

قال ابو عمر روى هذا الحديث بن عيينة عن يحيى
بن سعيد عن سليمان بن يسار بمعنى حديث مالك
سواء فقال سفيان جعله عمر بينهما يرثانه
ويرثهما حين اشتركا فيه وقال غيره هو للذي
اتاها اخرى قال سفيان وقوله (وال ايهما شئت)
أي انتسب إلى ايهما شئت
قال ابو عمر اما قوله ان عمر بن الخطاب كان
يليط اولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام فقد
مضى القول ان هذا منه كان خاصا في ولادة
الجاهلية حيث لم يكن فراش
واما في ولادة الاسلام فلا يجوز عند احد من
العلماء ان يلحق ولد من زنا
حدثني احمد بن عبد الله قال حدثني الميمون بن
حمزة قال حدثني الطحاوي قال حدثني المزني
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 المرأة 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

صدقته 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 تعد 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 امرأة 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 امرأة في طهر واحد فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما

الاستذكار ج: 7 ص: 172

وعن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال هو ابنهم ا يرثهم ا ويرثهم ا 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 وضعت في
سته 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
ويُدعي المشـتري
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 فاذا 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
بقول القافة في شيء لا في نسب ولا في غيره
قالوا وان ادعى رجلان مسلمان ولدا جعل بينهما
وجعلت الاممة 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 ابنتهما 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

والششافعي وابـو ثـور
وهو قول عمر وبه قضى في محضر من الصحابة
وقد زعم بعض من لا يرى القول بالقافة ان عمر
انما ضرب القائف بالدرة لانه لم ير قوله شيئاً
يعمل به وهذا تعسف يشبه التجاهل لان قضاء
عمر بالقافة اشهر واعرف من ان يحتاج إليه إلى
شاهد بل انما ضربه بقولهم (اشتركا فيه) وكان

الاستذكار ج:7 ص:173

يظن ان مائين لا يجتمعان في ولد واحد استدلالا
بقوله تعالى انا خلقناكم من ذكر وانثى الحجرات
13 ولم يقل من ذكرين وانثى
الا ترى انه قضى بقول القائف وقال (وال ايهما
شئت)

قال احمد اذا ادعى اللقيط مسلم وكافر ارى
القافة فيايهم الحقوه لحق به
ولم يختلف قول مالك واصحاب اذا قالت القافة
قد اشتركا فيه ان يوقف الصبي حتى يبلغ فيه
فيقال له (وال ايهما شئت) وانه ان مات قبل
البلوغ والموالة كان ميراثه بين الابوين
وان مات احد الابوين وقف ميراث الولد منه فان
والاه اخذ ميراثه وان والى الحي لم يكن له من
ميراث المييت شيء
وان مات الصبي بعد موت احدهما قبل البلوغ فها
هنا اختلفوا وقد ذكرنا اختلافهم في كتاب
(اختلاف احوال مالك واصحابه)
واختلفوا هل يقبل قول القائف الواحد ام لا
فعند مالك فيه روايتان
(احدهما) لا يقبل الا قائفان
(والاخرى) يقبل قول القائف الواحد
وهو قول الشافعي لانه عنده كالحاكم لا كالشهود

وهو الاشهر عن مالك وعليه اكثر اصحابه
وهو المروي عن عمر ومن لم يقبل من اصحاب

مالك فيه الا قائفين جعلهما كالشاهدين وهو عندي احبوط 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 دعاه القائف ليلحقه باحدهما فلما قال اشتركا فيه قال لله وال ايهمما 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 الى اب واحد وقال ابو ثور يكون ابنتهما اذا قال القائف قد اشترك فيه يرثهما ويرثانه وروي عن عمر انه جعله ابنتهما 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 نقل 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 ابنته 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 مجرز 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 تلحق الاكلب فيكون كل جرو لايه وما كنت ارى ان مائةين 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 والحق به 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 بامرأة 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 نواحيه 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 فجأؤوا يختصمون في ولدها فقال علي لاحدهم تطيب نفسك 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 القرعة الزمته الولد وغرمته ثلثي القيمة او قال ثلثي قيمة الجارية فلما قدموا على رسول الله ﷺ ضحك حتى بدت نواحيه وقال (ما اعلم فيها غير ما قال علي)

1415 - مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب او عثمان بن عفان قضى احدهما في امرأة 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 جريح قال سمعت سليمان بن موسى يذكر ان عمر بن الخطاب قضى 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 جريح قلت لسليمان فان كان اولاده حسانا قال لا يكلف مثلهم في الحسن انما يكلف

مثلهم في الزرع
وقال بن جريج وقال عطاء اري ان يفادي فيهم
ابنهم
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

الاستذكار ج: 7 ص: 176

جاريته
ومعمر عن قتادة في الامة ينكحها الرجل وهو
يرى انها حرة فتلد اولادا فقضى فيها عثمان
مكان كل ولد عبد او مكان كل جارية جارتان
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 غدره
قال شعبة وقال حماد مثل ذلك
وقال الحكم اذا ولدت ففداء الولد على الاب
وذكر عبد الرزاق عن الثوري في الامة تغرم من
نفسها الحر فقال على الاب قيمة الولد
قال ولو غرة غيرها كانت القيمة ايضا على الاب
ويتبع الذي غدره
قال الثوري وقال ابراهيم يغرم القيمة
قال وقال بن ابي 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 امرأة 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 الحكم بكم بهما
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 ديتيه
وقال عبد الله بن الحسن استحباوا القيمة يوم
يسقط الولد قال والقياس يوم يستحق
وقال الشافعي على الاب القيمة يوم ولدوا
وقال ابو ثور وداود الاولاد رقيق ولا قيمة فيهم

على احدى
وقال الطحاوي القياس ان يكون الولد مملوكين
الا انهم تركوا القياس باتفاق الصحابة على انهم
احرار على الاب قيمتهم
قال ابو عمر باجماعهم ان كل امة تلد من غير
سيدها فولدها بمنزلتها فالقياس على ذلك ان
يكون الولد مملوكا الا انه لا مدخل للقياس فيما
يخالف فيه السلف فاتباعهم خير من الابتداع
وبالله التوفيق

1 (22 - باب القضاء في ميراث الولد المستلحق
(

1416 - قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في
الرجل يهلك وله بنون فيقول احدهم قد اقر ابي
ان فلانا ابنه ان ذلك النسب لا يثبت بشهادة انسان
واحد ولا يجوز اقرار الذي اقر الا على نفسه في
حصته من مال ابيه يعطى الذي شهد له قدر ما
يصيبه من المال الذي بيده
قال مالك وتفسير ذلك ان يهلك الرجل ويترك
ابنين له ويترك ستمائة دينار فيأخذ كل واحد
منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد احدهما ان اباه
الهالك اقر ان فلانا ابنه فيكون على الذي شهد
للذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث

الاستذكار ج: 7 ص: 178

المستلحق لو لحق ولو اقر له الاخر اخذ المئة
الاخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه
وهو ايضا بمنزلة المرأة تقر بالدين على ابها او
على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها ان تدفع إلى
الذي اقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من ذلك
الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت امرأة
ورثت الثمن دفعت إلى الغريم ثمن دينه وان كانت
ابنة ورثت النصف دفعت إلى الغريم نصف دينه

على حساب هذا يدفع إليه من اقر له من النساء
قال مالك وان شهد رجل على مثل ما شهدت به
المرأة ان لفلان على ابيه دينا احلف صاحب الدين
مع شهادة شاهده واعطي الغريم حقه كله وليس
هذا بمنزلة المرأة لان الرجل تجوز شهادته ويكون
على صاحب الدين مع شهادة شاهده ان يحلف
ويأخذ حقه كله فان لم يحلف اخذ من ميراث الذي
اقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لانه اقر بحقه
وانكر الورثة وجاز عليه اقراره
قال ابو عمر اما المقر بأخ مجهول وله اخ معروف
يجحد ذلك فقد اختلف الفقهاء بما يلزمه اخيه
الذي اقرار به
فالذي ذهب إليه مالك واصحابه ما ذكره في
موطنه أنه يعطيه ثلث ما بيده لا يلزمه اكثر من
ذلك لانه لو ثبت انه اخ لم يلزمه اكثر من ذلك فلا
يلزمه باقراره اكثر مما كان يلزمه بالبينة انه بن
ابيه
وبه قال احمد بن حنبل
والكوفيون يلزمه ان يعطيه نصف ما بيده لانه قد
اقر انه شريك له فيما ترك ابوه فلا يستأثر عليه
بشيء قالوا يدخل عليه من ظلم اخيه له كما
يدخل على المجحود الذي اقره به
وقال الشافعي لا يلزمه من جهة القضاء ان
يعطيه شيئاً لانه اقر له بشيء لا يستحقه الا من
جهة النسب ولا يستحقه الا باقرار اخيه وحده اذا
كان ثم من الورثة من يدفعه فاذا لم يثبت نسبة
باقرار اخيه وحده لم يستحق شيئاً من الميراث
وهذا اصح ما فيه عندنا وان شاء المقر ان يعطيه
شيئاً اعطاه
وقول الليث بن سعد كقول الشافعي
واتفقوا ان نسب الاخ المقر به يثبت لو اقر له
الابنان جميعاً وكذلك اذا اقر به جميع الورثة

واختلفوا اذا جرده بعض الورثة واقرب بعضهم
 فالجمهور على انه لا يثبت نسبة الا ان يقربه
 اثنتان فصاعدا
 وقد روي عن الشافعي خلاف ما تقدم ذكره في
 الابن الواحد يقرب 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
 فالسُدس
 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 المال الميسر
 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 بعنده 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 بوطنها بولد لسته اشهر فصاعدا الحق بها لانها فـرـاش لـه قال ابو عمر فان انكر ان تكون ولدته لم يلحق به الا ان تشهد امرتان 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 امرأتين 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 وتجاوز عند مالك شهادة امرأتين في ذلك واما الكوفيون فلا يلحق عندهم ولد الامة الا بدعوى السيد له وسواء اقر بوطنها او لم تقر متى نفاه لم يلحق به عندهم كانت ممن يخرج ويتصرف او لـم تـكـن وسلف الكوفيين في هذه المسألة 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 اريـد ولـدك

وروى شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال ولدت جارية لزيد بن ثابت فقال انه ليس مني وانني كنت اعزل عنها قال ابو عمر احتج الطحاوي للكوفيين من جهة النظر بما قد نقضه الشافعيون فلم ار لذكره وجه

ويجوز عند الكوفيين في الولادة وفي عيوب النساء التي لا يطلع عليها الرجال امرأة 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 رقبته ان جنت بعد ذلك كان عليه اخراج قيمتها مرة ثانية وكذلك الثالثة ورابعة واكثر وهو قول زفر وقول الشافعي المشهور في ام الولد انها لا تسلم بجنايتها وعلى سيدها ان

الاستذكار ج: 7 ص: 182

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

وقول ابي حنيفة في ام الولد انه لا يسلمها سيدها ابدا لجنايتها وعليه ان يفتديها بالاقبل من ارش الجناية او قيمة رقبتها فان جنت بعد ذلك فالمجني عليه شريك الاول وقال الليث بن سعد في جناية ام الولد يخير مولاها بين ان يؤدي عنها جنايتها وبين رقبته فان شاء ان يخليها سعى في قيمتها ليس على المولى

وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف قال سألت ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن ام ولد قتلت رجلا فقال لمولاه ادية قتلها فان فعل ذلك والا اعتقها عليه وجعل دية قتلها على عاقلتها قال ابو عمر وهذا كله على قول من لا يرى بيع امهات الاولاد ولا يقول بعتهن

1 (24 - باب القضاء في عمارة الموات)

1419 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه ان رسول الله ﷺ قال (من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق الظالم كل ما احتفر او اخذ او غرس بغير حرق)

1420 - قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر او اخذ او غرس بغير حرق

مالك عن بن شهاب عن سالم بن عبد الله عن ابيه ان عمر بن الخطاب قال من احيا ارضا ميتة فهي له

قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا

الاستذكار ج: 7 ص: 183

قال ابو عمر لم يختلف على مالك في ارسال هذا الحديث عن هشام عن ابيه وقد اختلف فيه على هشام فروته طائفة كما رواه مالك مرسلا وهو اصح ما فيه ان شاء الله عز وجل وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر عن النبي 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 حرق)
قال عروة والعرق الظالم ان ينطلق الرجل إلى ارض غير غرسه 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 حرق)
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
من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن
ابيه عن جده وكثير متروك الحديث
والحديث صحيح عن النبي وقد تلقاه العلماء
بـالقبول

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

ذلك او زرعها فهو ابلغ في احيائها وهو ما لا خلاف فيه فاختلف في التحجير عليها بالحيطان هل يكون ذلك احياء لها ام لا قال بن القاسم لا يعرف مالك التحجير احياء ولا ما روي (من حجر ارضا وتركها ثلاث سنين فان احياءها والا فهي لمن احياءها) لا يعرف مالك ذلك وانما الاحياء عنده في ميت الارض شق الانهار وحفر الابار والعيون وغرس الشجر والحرق وقال اشهب لو نزل قوم من ارض البرية فجعلوا ويزرعون ما حولها فذلك احياء لها وهم احق بها من غيرهم ما اقاموا عليها قال ابو عمر هذا كله انما هو في الموات الذي لا يعرف له مالك باكتساب او ميراث واما ما عرف له مالك باكتساب او ميراث فليس من الموات الذي يعرف لـمـن احياءه وقد قال من احيا ارضا ثم تركها حتى دثرت وطلال زمانها وهلك

الاستذكار ج: 7 ص: 185

الاشجار وتهدمت الابار وعادت كاول مرة ثم احياءها غيره فهي لمحيتها الثاني بخلاف ما يملكه بخطه او شـرـاء وقال الشافعي بلاد المسلمين شيئان عامر وموات فالعامر لاهله وكذلك كل ما يصلح به العامر من قناء وطريق وسبل ماء وغيره فهو كالعامة في ان لا يملك على اهله الا باذنهم قال والموت شيئان موات قد كان عامرا لاهله معروفا في الاسلام ثم ذهبت عنه عمارته فصار مواتا فذلك كالعامة هو لاهله ابدا لا يملك عليهم الا باذنهم والموات الثاني ما لم يملك احد في الاسلام ولا عمر في الجاهلية عمارة ورثته في الاسلام فذلك الموات الذي قال فيه رسول الله ﷺ (من احيا

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 من ربه من ربه
قال واقل عمارة الارض المزرع فيها وحفر البئر
ونحو ذلك
قال ومن اقتطع ارضا وجحدها ولم يعمرها رايت
للسلطان ان يقول له ان احييتها والا خلتنا بينها
وبين من يحييها فان تاجله رايت ان يفعل
قال فاذا احيا الارض بما تحيي 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
اقراب العمام اليه
واختلفوا هل يحتاج في احياء الموات الى 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
اقطع له اياه

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

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 حائطاً 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 ارضاً 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 ناساً

من جهينة او مزينة ارضا فعطلوها فجاؤ قوم
فعمروها

الاستذكار ج: 7 ص: 187

فخاصمهم اصحاب الارض إلى عمر بن الخطاب -
رضي الله عنه - فقال عمر لو كانت قطيعة من
ابي بكر او مني لم اردھا اليكم ولكنها قطيعة من
رسول الله ﷺ لا نستطيع الا ان اردھا فردھا اليهم
ثم قال عمر من اقطع ارضا فعطلھا صاحبھا ثلاث
سنين ثم احيھا 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 ومدينب (1) (يمسك حتى
الکعبين 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) -
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 مدينب 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

ابدا ما بقي شيء من الماء
قال وقاله بن وهب قال وقال بن القاسم بل
يرسل الماء كله اذا بلغ الكعبين إلى جاره الذي
تحت 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 بالتبئة 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 الفرغ 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 انها 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 يضر 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 - قال حدثنا ابو علي الحسن بن الطيب الكوفي - وقال احمد بن فتح الشجاعى البلخي - قال حدثني سعيد بن ابي الربيع السمان قال حدثني عنبة بن سعيد قال حدثني فرقد السبخي عن مرة الطيب عن ابي بكر الصديق - رضي الله عنه قال قال رسول الله  (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 ابن 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 ابن 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
أكتفكم 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 ابن
شهاب وقد ذكرنا ذلك في (التمهيد)
وقال جماعة من اصحاب ابن شهاب فيه اذا
استاذن احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره فلا
يمنعه وبعضهم يقول فيه من ساله جاره واذا سأل
احدكم جاره والمعنى كله سواء
قال يونس بن عبد الاعلى سألت ابن وهب عن
خشبة او خشبة فقال سمعته من جماعة خشبة
يعني على لفظ الواحد
واختلف الفقهاء في معنى هذا الحديث
فقال منهم قائلون معناه النذب 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
بالجدار
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 لــــه
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 يمنع 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 باذن صاحبه
وقال اخرون ذلك على الوجوب اذا لم تكن في
ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار
وممن قال بهذا الشافعي واصحابه واحمد
واسحاق وابو ثور وداود بن علي وجماعة اهل
الحديث لنهي رسول الله ﷺ ان يمنع الجار جاره
من ذلك الا ترى ان هريرة راي الحجة فيما سمعه

من رسول الله ﷺ على ما ارى من ذلك وقال والله
 لارمين بها بين اکتافکم وهذا بين في حمله ذلك
 على الوجوب عليهم ولو كرهوا ولولا انه فهم
 فيما سمع من النبي ﷺ معنى الوجوب ما كان
 ليجب عليهم غير واجب واجب
 وهو مذهب عمر بن الخطاب قضى به على محمد
 بن مسلمة للضحاک 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 التملك 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
 حقيق 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 يغرر 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 يغرر خشبة في جداره لحديث ابي هريرة في ذلك وروى الشافعي وغيره عن بن عيينة عن عمرو بن دينار قال كنت بالمدينة فأراد رجل ان يغرر 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 فأراد 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 فامرته 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 فامرته 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 لاجرا
 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 يأخذ به
 ولا بشيء مما في هذا الباب

باب القضاء في المرفق

في الموطأ بل رد ذلك كله برأيه
 قال ابو عمر ليس كما زعم الشافعي لان محمد
 بن مسلمة رد ذلك كله برأيه في ذلك خلاف راي
 عمر وراي الانصاري ايضا كان خلاف 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

صحيح

عن النبي
 ويدل على الخلاف ايضا في ذلك قول ابي هريرة ()
 مالي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها ونحو
 هـ

وروى اسد بن موسى قال حدثني قيس بن الربيع

عن منصور بن دينار عن ابي بكر عكرمة المخزومي عن ابي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (لا يحل لامرئ مسلم ان يمنع جاره خشبات يضعها على جداره) ثم يقول ابو هريرة والله لا ضربن بها بين اعينكم _____ وان كرهتكم _____ وبهذا الحديث وما كان مثله احتج من راي القضاء بالمرفق وان لا يمنع الجار جاره وضع خشب في جداره ولا كل شيء يضره

الاستذكار ج: 7 ص: 195

وقد ذكرنا في (التمهيد) في ذلك اثاراً مسندة وذكرنا حديث الاعمش عن انس قال استشهد منا غلام يوم احد فجعلت امه تمسح التراب عن وجهه وتقول ابشر هنيئاً 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 ويسنده لان كان يدلس عن الضعفاء _____ واما ابو حنيفة واصحابه فلا يرون ان يقضى بشيء مما ذكرنا في هذا الباب عن النبي ﷺ في نهى 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 اصبح 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 برضا
 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 (لا يمتنع 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 ﷺ ولانه من الضرر ان يدفع جاره ان يغرر 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 اباك مالا 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 اكرت رجل من رجل دارا او حانوتا بعينه ثم اراد ان ينقله عنه إلى غيره لم يجر له عندهم ذلك الا برضا المكترى ولا يجوز الا ان يكون الباب في ذلك بابا واحدا ويكون القضاء بالمرفق خارجا عن معنى قول النبي ﷺ (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه) دليل 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 ﷺ (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 ابن عباس وابراهيم بن طهمان ثقة والحديث معروف لابن عباس قد ذكرناه من طرق فني (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 ابن عباس قال قال رسول الله

(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 ابن القاسم قال سألت 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 هذا على ان
النصارى واليهود لهم مواريث قد تراضوا عليها
وان كانت ظلما فاذا اسلموا على ميراث قد مضى
فهم كما لو اصطلحوا عليه ثم يكون ما يحدث من
مواريتهم بعد الاسلام

الاستذكار ج: 7 ص: 198

قال ابو عمر روى بن نافع واشهب وعبد الملك بن
عبد العزيز بن الماجشون ومطرف عن مالك ان
ذلك في الكفر كلهم المجوس ومشركي العرب
واهل الكتاب وجميع اهل الملل ذكره بن حبيب
عنه
وكذلك روى اصبح عن بن القاسم انه اجابه في
معنى هذا الحديث بذلك على ما ذكرناه عنه في
(التمهيد)
وهذا اولى لما فيه من استعمال الحديث على
عمومه وظاهره ولان الكفر لا تفترق احكامه
فيمن اسلم منهم انه يقر على نكاحه ويلحقه ولده

وعند مالك واصحابه ان اهل الكفر كلهم في
الجزية سواء كما هم عند الجميع في مقاتلتهم
وسبي ذراريهم في الدنيا وفي الخلود في النار
فلا وجه لفرق بين شيء من احكامهم الا ما خصته
السنة فيسلم لها كما خصت الكتابيين في اكل
ذبائحهم ونكاح نسائهم ومحال ان يكون جماعة
مؤمنون يقتسمون ميراثهم على شريعة الكفر
وهو قول بن شهاب و جمهور اهل العلم بالحجاز
والعراق وهو قول الليث والشافعي والاوزاعي
والثوري وابي حنيفة واصحابه
فان اسلم بعض ورثة الميت بعد موته وبعد قسم
الميراث او اعتق فلا شيء له من الميراث لانه
وجب يوم مات الموروث
هذا قول جماعة فقهاء الامصار و جمهور التابعين
الا قوما من اهل البصرة

ورواية جاءت عن عمر وعثمان من روايتهم اسنادها ليس بالقائم رواها حماد بن زيد عن ايوب عن ابي قلابه عن حسان بن بلال المزني عن يزيد بن قتادة ان انسانا من اهله مات وهو على غير دين الاسلام قال فورثته ابنته دوني وكانت على دينه ثم ان جدي اسلم وشهد مع رسول الله ﷺ حينما فتوفي وترك نخلا فاسلمت وخاصمتني في الميراث إلى عثمان بن عفان فحدث عبد الله بن الارقم أن عمر قضى انه من اسلم على ميراث قبل ان يقسم فانه نصيبه فقضى له عثمان فذهبت بالاولى وشاركتني في الاخرة وروى سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن حسان بن بلال عن يزيد بن قتادة العنزي عن عبد الله بن الارقم - كاتب عمر - ان عمر بن الخطاب قال من اسلم على ميراث قبل ان يقسم صار الميراث له باسلامه واجبا وروى يزيد بن زريع عن خالد الحذاء عن ابي قلابه عن يزيد بن قتادة

الاستذكار ج: 7 ص: 199

قال توفيت أمنا مسلمة ولي أخوة نصارى فأسلموا قبل ان يقسم الميراث فدخلوا على عثمان فسأل كيف قضى في ذلك عمر فأخبر فأشرك بيننا وبهذا قال الحسن البصري وابو الشعثاء - جابر بن زيد - وقتادة وحميد الطويل واياس بن معاوية وروى وهيب عن يونس عن الحسن قال من أسلم على ميراث قبل ان يقسم فهو أحق به وقال الحسن فان قسم بعض الميراث ثم أسلم ورث ما لم يقسم ولم يرث بما قسم ووجه من قال بهذا أو ذهب إليه حديث هذا الباب المسند والمرسل على ما ذكرناه في أوله وقد روى عبد الوارث عن كثير بن شنظير عن عطاء ان رجلا اسلم على ميراث على عهد رسول

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 ابو زرعة الرازي قال حدثني موسى بن اسماعيل 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 اوجه 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 ميراث قبل ان يقسم فليس لواحد منهما شيء وجبت الحقوق لاهلها حيث مات وقال شعبة سألت الحكم وحمادا عن رجل اسلم

على ميراث فقلا ليس له شيء
 وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريح عن عطاء
 وابن ابي ليلى ان مات مسلم وله ولد نصارى ثم
 اسلموا ولم يقسم ميراثه حتى اسلموا فلا حق
 لهم وقعت الموارث قبل ان يسلموا
 قال واخبرنا معمر عن الزهري سمعة يقول اذا
 وقعت الموارث فمن اسلم على ميراث نفذ فلا
 شيء لــــه

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 والمساكل 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 افرقت 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
 وحتهم ان كل بقعة ودار تعتبر بها على نفسها لا
 تتعلق الشفقة دون غيرها
 واختلفوا فيما لا ينقسم من الدور الا على ضرر
 باحد الشركيين 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 حسبا وان شاء 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
منهم 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 كالبیت الصغير
وقال الليث ما كان ينقسم فانه يقسم ولا يباع
ومما كان ممن دار لا تنقسم
والحمام والحانوت فانه يباع ويقسم الثمن الا ان
يشتره بعض الشركاء باعلى ما يوجد من الثمن

فيكون أولي
قال أبو عمر روى بن الماجشون عن مالك أن
الحمام لا يقسم لأنه يصير غير حمام

الاستذكار ج: 7 ص: 202

وروى بن القاسم واشتهب عنه أنه يقسم
وهو قول أشهب
وقال بن القاسم لا يقسم
وقال الشافعي إذا كان واحد منهم ينتفع بنصيبه
قسمته وإن لم ينتفع الباقي بما يصير اليهم -
يعني إذا تراضوا على ذلك - فإذا لم يتراضوا
بالقسمة لما عليهم فيها من الضرر وطلبها
أحدهم ممن له في القسمة نفع بنصيبه أو لا نفع
له لم يجبروا إلا أن يكونوا إذا اجتمع الذين لا
يريدون القسمة فينتفعوا بنصيبهم فيجمعهم
فيبرز للطالب نصيبه
قال أبو عمر احتج من رأى قسمة العقار كله وإن
غيرته القسمة عن اسمه وحاله إذا دعا أحد
الشركاء إلى ذلك بظاهر قول الله عز وجل مما
قل منه أو أكثر نصيباً مفروضاً للنساء 7

واحتج من خالفه في ذلك بقوله (لا ضرر ولا
ضرار في الإسلام) وهو لفظ محتمل للتأويل لا
حجة فيه

وأحسن منه وأوضح ما رواه بن جريج عن صديق
بن موسى بن عبد الله بن الزبير عن محمد بن أبي
بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه قال قال

رسول الله (لا تعضية على أهل الموارث إلا ما
حمل القسم) والتعضية التفرقة في اللغة يقول
لا قسمة بينهم إلا فيما احتمل القسم والله أعلم
وأما اختلاف أصحاب مالك في قسمة الأرض البعل
منها والسواقي

فذكر بن عبدوس عن سحنون في قول مالك في
موطنه لا يقسم النضح مع البعل إلا أن يرضى

أهلـــــــــــــــــه بذلك
 قال سحنون فحمل هذه اللفظة على ان الشركاء
 تراضوا بذلك وأما بالسهم فلا ينبغي
 قال بن عبدوس واصحاب مالك على ذلك الا
 اشهب فانه يقول يجمع لمن اراد الجمع ويفرق
 لمن اراد التفريق
 وهو خلاف لقول مالك حيث يقول لا يجمع بين
 رجلين في القسم
 قال بن عبدوس ومعنى قول اشهب انه يجعل
 سهم الذين ارادوا الجمع بينهما واحدا وسهم
 الذين ارادوا التفريق بينهما خلاف
 وهو خلاف جميع اصحاب مالك

الاستذكار ج: 7 ص: 203

وذكر سحنون عن بن القاسم قال اذا كانت
 المواضع مختلفة وكانت قريبة قسمت كل ارض
 على حدتها وان كانت المواضع قريبا بعضها من
 بعض وكانت في الكرم سواء جمع في القسم
 قال سحنون لا نعرف هذا والذي نعرفه من قول
 مالك ان الارض اذا تقاربت مواضعها وكانت في
 نمط واحد قسمت قسما واحدا وان اختلفت في
 القيمة
 وقال اشهب اذا تقاربت المواضع قسمت قسما
 واحدا وان اختلفت في الكرم
 قال ابو عمر اختلافهم في قسمة الاموال على
 اختلاف اصنافها كثير جدا
 وقد ذكرنا ذلك في كتاب القسمة من ديوان
 اختلافهم والحمد لله كثيرا
 1 (28 - باب القضاء في الضواري والحريسة)

قال ابو عمر الضواري ما ضر في الاذى والحريسة
 المحروسة من المواشي في المرعى
 1430 - مالك عن بن شهاب عن حرام بن سعد بن

محيصة ان ناقة البراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه ففضى 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) فيمروا روى مرسلا واختلف اصحاب بن شهاب عن بن شهاب فيه فرواه الاوزاعي وصالح بن كيسان ومحمد بن اسحاق 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 ابي 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

وكلهم ثقافات اثباتات
وعلى أي حال كان فالحديث من مراسيل الثقافات
لان جميعهم ثقة وهو حديث تلقاه اهل الحجاز
وطائفة من اهل العراق بالقبول والعمل
وهو موافق لما نصه الله - عز وجل - في كتابه
عن داود وسليمان اذ يحكمان في الحرث الانبياء

78 وامر نبيه ^{صلى الله عليه وسلم} ان يقتدي بهما فيمن امره
بالاقتداء بهم من انبيائه بقوله تبارك اسمه اولئك
الذين هدى الله فبهداهم اقتدة الانعام 90

وقال تبارك وتعالى ودود وسليمان اذ يحكمان في
الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم
شاهدين ففهمناها سليمان وكلا اتينا حكما وعلما
الانبياء 78

ولا خلاف بين اهل العلم بتاويل القران ولغة اهل
العرب ان النفس لا يكون الا بالليل
وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال
النفس بالليل والهمل بالنهار
قال واخبرنا معمر عن قتادة عن الشعبي ان شاة
وقعت في غزل حائك واختصموا إلى شريح فقال
الشعبي انظروا فانه سيسالهم اليللا وقعت فيه ام
نهارا ففعل ثم قال ان كان بالليل ضمن وان كان
بالنهار لم يضمن ثم قرا شريح اذ نفشت فيه غنم
القوم الانبياء 78

وقال النفس بالليل والهمل بالنهار
قال وقال معمر وبن جريح بلغنا ان حرثهم كان
عنا

الاستذكار ج: 7 من: 205

واختلف الفقهاء في هذا المعنى على اربعة
اقوال
احدها كل دابة مرسله فصاحبها ضامن
والثاني لا ضمان فيما اصاب المنفلتة من الدواب
والمواشي

والثالث ما اصابته بالليل فهو مضمون وما اصابته 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 فضمن ذلك على اهلها وما كان بالنهار فلا شيء على اصحاب الدواب ويقوم الزرع على الذي افسدت بالليل على الرجاء والخسوف قال والحوائط التي تحرث والتي لا تحرث سواء والمخطر عليه وغير المخطر سواء يغرم اهلها ما اصابته بالليل بالغما ما بلغت وان كان اكثر من قيمته

قال مالك واذا انفلتت دابة بالليل فوطئت على رجل قائم لم يغرم صاحبها شيئا وانما هذا في الحوائط والزرع والحارث 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

ليحفظوها ويمسكوها عن الخروج إلى حرث
الناس وحوائطهم لأنها لا يمكن أربابها حفظها
بالليل لأنه وقت سكون وراحة لهم مع علمهم أن
المواشي قد أواها أربابها إلى أماكن قرارها
ومبيتها وأما النهار فيمكن فيه حفظ الحوائط
وحرزها وتعاهدها ودفع المواشي عنها

الاستدكار ج: 7 ص: 206

ولا غنى لأصحاب المواشي عن مشيها لترعى
فهو عيشها فألزم أهل الحوائط حفظها نهارا
لذلك والله أعلم وألزم أرباب الماشية ضمان ما
أفسدت ليلا لتفريطهم في ضبطها وحبسها عن
الانتشار بالليل
ولما كان على أرباب الحوائط حفظ حوائطهم في
النار فلم يفعلوا كانت المصيبة منهم لتفريطهم
أيضا وتضييعهم ما كان يلزمهم من حراسة
أموالهم
وهذا عندي - والله أعلم - إذا أطلقت الدواب
والمواشي دون راع يرعاها
وأما إذا كانت ترعى ومعها صاحبها فلم يمنعها من
زرع غيره وهو قادر على منعها فهو المسلط لها
وهو - حينئذ - كالسائق والراكب والقائد
وسياتي ذكر اختلاف الناس في ذلك عند قوله (صلى الله عليه وسلم)
العجماء جرحها جبار (1) - أن شاء الله عز وجل

وقال الليث بن سعد يضمن رب الماشية ما
أفسدت بالليل والنهار ولا يضمن أكثر من قيمة
الماشية
قال أبو عمر لم يفرق الليث بين الليل والنهار في
هذا المعنى ولم يتجاوز بالضمان قيمة الماشية
وأظنه قاسية على العبد الجاني إلا يفتكه سيده
بأكثر من قيمته وإن جنايته في الليل والنهار
سواء فخالف الحديث في (العجماء جرحها جبار)

وخالف حديث ناقة البراء وقد تقدمه إلى ذلك طائفة من العلماء منهم عطاء قال بن جريح 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 وماشيتة

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 الضارية 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 على 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 محفوفة لم يضمن بالليل ولا بالنهار واذا
ارسلها سائقة يضمن
قال ابو عمر اذا كان على اهل الحوائط حفظها
بالنهار فقد فعل ارباب المواشي

الاستذكار ج: 7 ص: 208

اذا سببها 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 لرجل من مزينة فانتحروها (1)
فرجع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن
الصلت ان يقطع ايديهم ثم قال عمر اراك تجيعهم
ثم قال عمر والله لا غرمك 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 يغرّم الرجل قيمة البعير او الدابّة يوم ياخذها 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 حصّة شريكه بالعدل لما ادخل عليه من النقص وضمن الصفحة التي كسرّها بعض اهله بصفحة مثلها وقال (صفحة مثل صفحة) واجمع العلماء على انه لا يغرّم 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 اعطى قوم بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم ولكن البينة على المدعي

الاستدكار 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

وجلدات نكال ولا قطع) (1) —
 وهذا عند العلماء الذين يصححون هذا الحديث
 منسوخ بما يتلون من كتاب الله تعالى وسنة
 رسول الله ﷺ المجتمع عليها
 وقد كان عثمان يزيد في الشهر الحرام ثلث
 الجناية في المال وتابعة بن شهاب وغيره
 ذكره عبد الرزاق عن معمر وابن جريح عن الزهري
 عن ابان بن عثمان ان عثمان اغرم في ناقه محر
 م اهلكها رجل فأغرمه الثلث زيادة على ثمنها
 قال واخبرنا معمر عن الزهري قال ما اصببت من
 مواشي الناس واموالهم في الشهر الحرام فانه
 يـزاد فيـه التـلث
 وروى بن وهب هذا الحديث عن ابي الزناد عن ابيه
 عن عروة بن الزبير عن يحيى بن عبد الرحمن بن
 حاطب عن ابيه وساقه بنحو ساقه مالك في
 معنى الغرم وتصديق المزني في ثمن ناقته
 وتضعيف القيمة له
 وقد جوده من قال فيه عن ابيه فان يحيى بن عبد
 الرحمن لم يلق عمر ولا سمع منه وابوه عبد
 الرحمن سمع من عمر وروى عنه الا انه قال فيه
 ان هذه القصة كانت بعد موت حاطب
 وهذا غلط عند اهل السير لان حاطبا مات في
 سنة ثلاثين في خلافة عثمان
 والحديث ذكره بن وهب في موطنه قال واخبرني
 عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عروة بن
 الزبير عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن
 ابيه قال توفي حاطب وترك عبيدا يعملون في
 ماله فأرسل عمر إليه ذات يوم ظهرا وهم عنده
 فقال هؤلاء اعبدك سرقوا ووجب عليهم ما وجب
 على السارق انتحروا ناقه لرجل من مزينة
 واعترفوا بها ومعهم المزني فأمر كثير بن الصلت
 ان يقطع ايديهم ثم ارسل وراى ما يأتي به بعد ما

ذهب به كثير بن الصلت فجاء بهم فقال لعبد
الرحمن بن حاطب اما والله لولا اظن انكم
تستعملونهم وتبيعونهم حتى

الاستذكار ج: 7 ص: 210

لو ان احدكم وجد ما حرم الله عليه فأكله حل له
لقطعت ايديهم ولكن - والله - اذ تركتهم لاغر منك
غرما يوجعك كم تمنها للمزني قال المزني كنت -
والله امنعها من أربع مئة درهم قال فأعطه ثمانى
مائة درهم
قال بن وهب قال مالك ليس الامر عندنا على هذا
ولكن لى قيمته
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 واطن 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

وهذا خبر تدفعه الاصول من كل وجه وبالله
التوفيق

1 (29 - باب القضاء فيمن اصاب شيئا من البهائم)

قال مالك الامر عندنا فيمن اصاب شيئا من
البهائم ان على الذي اصابها قدر ما نقص من
ثمنه
قال ابو عمر اختلف العلماء في حكم ما يصاب من
البهائم
وروي عن عمر بن الخطاب انه قضى في عين
الدابة بربع ثمنها وانه كتب إلى شريح يأمره ان
يقض بي بذلك
وهو قول شريح والشعبي
وبه قال الحسن بن حي والكوفيون وقضى به
عمر بن عبد العزيز
وروي الحسن بن زياد عن زفر ان في جميع ذلك
ما نقص من البهيمة

الاستذكار ج: 7 ص: 211

وهو قول مالك والليث والشافعي
الا ان الليث قد روي عنه ان الدابة ان فقئت عينها
او كسرت رجلها او قطع ذنبها فعلى فاعل ذلك
ضمان الدابة حتى يؤدي ثمنها او شراؤها
وقال الطحاوي القياس عند اصحابنا ايجاب
النقصان الا من تركوا القياس بما روي عن عمر
بن الخطاب انه قضى في عين الدابة بربع قيمتها
بمحضر من الصحابة من غير خلاف منهم ولان
غيره لا يكون رأيا وانما هو توقيف
1434 () - قال مالك في الجمل يصول (1)
على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله او يعقره (2)
فانه ان كانت له بينة على انه اراده وصال
عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بينة الا مقالته

فهو وضمان 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 هــدرا

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 بيع صال على رجل
فقتله فهو وضمان
وهو قول عطاء
وروى علي بن معبد عن ابي يوسف انه قال
اسقط ان اضمنه
وقال الثوري يضمن
قال ابو عمر روى وكيع عن الثوري عن مغيرة 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 اقتلو الفحل اذا عدا عليكم ولا غرم
عليكم

وبن عينة 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 يلقي البهيمة فيخافها عن
نفسه قال يقتلها وثمانها 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 بحرمة 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 وابتى 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 المدعي عليه والقول ابدا عند جميعهم قول المدعي 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 أمره به ليمضي عمله بباطلا ومن جعل القول قول رب الثوب فحجته ان الصباغ احدث في ثوب غيره ما لم يوافق 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 ليلي
 وابي حنيفة) لو اختلفا في ثوب فقال له ربه
 امرتك ان تقطعه قميصا وقال الاخر بل قباء
 قال بن ابي ليلي 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

منني كان القول قول قوله
قال ابو عمر الامر في هذا واضح بان القول قول
رب الثوب في اجماعهم على انه لو قال رهننتني
ثوبك هذا وقال ربه بل اودعتك ان القول قول
رب الثوب

الاستذكار ج: 7 ص: 214

1436 - قال مالك في الصباغ يدفع إليه الثوب
فيخطئ به فيدفعه إلى رجل آخر حتى يلبسه الذي
اعطاه اياه انه لا غرم على الذي لبسه ويغرم
الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذي
دفع إليه على غير معرفة بانه ليس له فان لبسه
وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له
قال ابو عمر خالفه اكثر الفقهاء في هذا منهم
الشافعي والكوفي وقالوا رب الثوب مخير - ان
شاء ضمن لابسه قيمة ما لبسه الا ان يكون اخلفه
جدا فيضمن وان شاء ذلك للغسال الذي اخطا
بالثوب فدفعه إلى غير صاحبه فان غرم الغسال
رجع على لابس الثوب بقيمة ما نقصه اللباس او
بقيمته ان اخلفه وان غرم اللابس لم يرجع بشيء
على احد لانه انما اغرم قيمة ما استهلك كما لو
اخذ خبزا او شيئا من الماكول لغيره فاعطاه لمن
اكله ان صاحبه مخير ان شاء ضمن الاكل وان شاء
ضمن الذي اخذ خبزه
الا انهم اختلفوا ها هنا فقال بعضهم ان ضمن
الاكل ورجع على المعطي لانه غره وكأنه تطوع له
بمما اعطاه
هذا اذا لم يعلم الاكل انه مال غيره فان علم ضمن
ولم يرجع على احد
ومنهم من قال يغرمه الذي اكله على كل حال لان
الاموال تضمن بالخطا كما تضمن بالعمد وبالله
التوفيق

1 (31 - باب القضاء في الحماله (1) والحوال)

(2)

وهذه حماله
 وقال الشافعي يرجع المحيل بالحوالة ولا يرجع
 عليه بموت ولا افلاس
 وهو قول احمد وابي عبيد وابي ثور انه لا يرجع
 على المحيل بموت ولا افلاس وسواء غره او لم
 يغيره من فلس عند الشافعي وغيره
 وقال ابو حنيفة واصحابه يبدأ المحيل بالحوالة ولا
 يرجع عليه الا بعد التوي (2)
 والتوي عند ابي حنيفة ان يموت المحال عليه
 مفلسا او يحلف ماله شيء ولم تكن للمحيل بينة

الاستذكار ج: 7 ص: 216

وقال ابو يوسف ومحمد هذا توي وافلاس المحال
 عليه توي ايضا
 وقال شريح والشعبي والنخعي اذا افلس او مات
 رجوع على المحيل
 وقال عثمان البتي الحوالة لا تبرئ المحيل الا ان
 يشترط براءته فان شرط البراءة بيد المحيل اذا
 احاله على مليء وان احاله على مفلس ولم يقل
 انه مفلس فانه يرجع عليه وان ابراه وان اعلمه
 انه مفلس وابراه لم يرجع على المحيل
 وروى بن المبارك عن الثوري اذا احاله على رجل
 فافلس فليس له ان يرجع على الاخر الا
 بمحضهما وان مات وله ورثة ولم يترك شيئا رجوع
 حضروا او لم يحضروا
 وروى المعافى عن الثوري اذا كفل لمدين رجل
 بمال وابراه بريء ولا يرجع الا ان يفلس الكبير او
 يموت فيرجع على صاحبه حينئذ
 وقال الليث في الحوالة لا يرجع اذا افلس المحال
 عليه
 وقال زفر والقاسم بن معن في الحوالة له ان
 ياخذ كل واحد منهما بمنزلة الكفالة
 وقال بن ابي ليلى يبرأ صاحب الاصل بالحوالة
 قال ابو عمر هذا اختلافهم في الحوالة واما

الكفالة والحمالة وهما لفظتان معناهما الضمان
فاختلاف العلماء في الضمان على ما أورده بحول
الله لا شريك لله
قال مالك وإذا كان المطلوب ملياً بالحق لم يأخذ
الكفيل الذي كفل به عنه ولكنه يأخذ حقه من
المطلوب فإن نقص شيء من حقه أخذه من مال
الحميل إلا أن يكون الذي عليه الحق عليه ديون
لغيره فيخاف صاحب الحق أن يخاصمه الغرماء أو
كان غائباً فله أن يأخذ الحميل ويدعه
قال بن القاسم لقد كان يقول له أن يأخذ أيهما
شاء ثم رجع إلى هذا القول
وقال الليث إذا كفل المال وعرف مبلغه جاز عليه
وأخذ به وقال أن كفلت لك بحقك ولم اعرف الحق
لم يجبر لانه مجهول
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري
والأوزاعي وأحمد وإسحاق إذا كفل عن رجل بمال
فللطالب أن يأخذ من أيهما شاء من المطلوب
وممن الكفيل
وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء ومن ضمن
عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون عنه قال ولا
يجوز أن يكون مالا واحداً عن اثنين
وهو قول بن أبي ليلى قال أبو يوسف قال بن
أبي ليلى ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل قال
وإن كان رجلان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
كان له أن يأخذ أيهما شاء
قال أبو يوسف وقال بن شبرمة في الكفالة إن
اشترط أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فأيهما اختار أخذه وبرئ الآخر إلا أن يشترط
أخذها أن شاء جميعاً
وروى شعيب بن صفوان عن بن شبرمة فيمن
ضمن عن رجل مالا أنه يبرأ المضمون عنه والمال
على الكفيل
وقال في رجلين اقرضا رجلاً الف درهم على أن

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 بنفسه في قصاص او جراح فانه ان لم يجرى به لزمته الدية او ارش الجناية وهي له في مال الجاني ولا قصاص - علمت - على الكفيل

قال ابو عمر اما الحوالة فالاصل فيها قوله صحيح (اذا اتبع احدكم على مليء فليتبّع)

الاستذكار ج: 7 ص: 217

وهذا هو الحالة بعينها بدليل رواية يونس بن عبيد عن نافع عن بن عمر قال قال رسول الله صحيح (مطلق الغني ظلم واذا احلت على مليء فاتبعه)

وفي قول رسول الله صحيح اذا احلت على مليء فاتبعه وقوله (اذا اتبع احدكم على مليء فليتبّع) 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 المقاييسات لم ار لذكرها وجهها

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 فأتيت النبي ﷺ فسأله 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 قـدرا ولا مبلغا وممن اجاز الكفالة بالمجهول من المال مالك وابو حنيفة واصحابهما

وقال بن ابي ليلي 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 جلده) 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 دینه 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 اللطالب ان ياخذ بماله ايهما شاء ويدل على ان من كفيل عن انسان بغير امره لم يكن له ان يرجع عليه لانه لو

كان له الرجوع لقيام فيه مقام الطالب صاحب
اصل الدين ولم يكن النبي ﷺ ليصلي عليه ولا
كانت جلسته لتسبرد 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 يؤدي 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) ف قضى 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 علي صوابكم)
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 ديننا 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 فحدث 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 وثمان
 ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين في
 الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب

هذا يكون ما زاد الصبيغ في ثمن الثوب هكذا هو في (الموطأ) عند جميعهم وقوله قد علمه البائع هو الذي ذكره بن القاسم عنه اذا دلس البائع بالعيب قال بن القاسم عن مالك (اذا دلس بالعيب وهو يعلم ثم احدث المشتري في الثوب صبغا ينقص الثوب او قطعه قميصا او ما اشبهه فان المشتري بالخيار ان شاء حبس الثوب ورجع على البائع بما بين الصحة والداء وان شاء رده ولا شيء عليه وان كان الصباغ يزيد فيه) فذكر ما في (الموطأ) على حسب ما اوردناه وقول احمد في ذلك كقول مالك وقال بن القاسم قال مالك ولو لبسه المشتري فانقصه لبسه فعليه ما نقصه لبسه ان اراد رده قال مالك والتدليس بالحيوان وغير التدليس سواء لان الحيوان لم يبعه اياه على ان يقطعه والثياب اشترها لتقطع واذا اشترى حيوانا فاعور عنده ثم اطلع على عيب لم يكن له ان يرده الا ان يرد معه ما نقص اذا كان عورا او غيره من عيب مفسد دلس او لم يدلس وما كان من عيب ليس بمفسد فله ان يرده ولا يرد معه ما نقصه في الحيوان كله وقال الليث في الرجل يبتاع الثوب فيقطعه ثم يجد فيه العيب فان كان مثل الخرق والرفو حلف البائع بالله ما علم ذلك فيه واما ما كان من السقط فانه ان علم ان كان عند البائع فهو رد عليه ويغرم له البائع اجر الخياطة وقال الثوري اذا حدث به عيب عند المشتري واطلع على عيب لم يرده ورجع بقيمة العيب ليس له غير ذلك ورجع على البائع بفضل ما بين الصحة والداء

وقول الشافعي في ذلك كقول الثوري

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 يرد 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 يردده 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 بين له العيب فقد سلمه على القطع فلا شيء لــــه فيــــه
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 الوطاء والتدابير
وقد اجمع القائلون برد الثوب الموجود فيه العيب انه اذا لبسه لبسا يبليه به انه لا

الاستذكار ج: 7 ص: 223

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 نحلته ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله ﷺ (اكل ولدك نحلته مثل هذا) فقال لا قال رسول الله ﷺ (فارجعه)
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 اله تعالى لمن وفريضة عليك
وبهذا المعنى روى جماعة اصحاب بن شهاب هذا الحديث الا ان بعضهما قال فيه (فارجعه) وبعضهم قال (فارجعه) 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
 قرأت 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 اياه
 نحله نحلا فاتي النبي ﷺ ليشهده

الاستذكار ج: 7 ص: 224

فقال (اكل بنيك اعطيت مثل هذا) قال لا فابي
 ان يشهد
 وكذلك رواه ابو معاوية عن هشام بن عروة عن
 النعمان
 ورواه جرير عن هشام عن ابيه عن النعمان وقال
 فيه (فارجعه)
 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
 فاتي رسول الله ﷺ فقالت اني اعطيت ابني
 من عمرة بنت رواحة عطية فامرني 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 واللفظ سواء قال نعم قال فاشهد على
هـذا 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 بنيته
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 (فارده) 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 جدتيه 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 بالحديث
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 النذب بنحو ما استدل 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 علي هذا غيـري) قال وهذا يدل على صحة الهبة لانه لم يامر به بردها وامره بتاكيدها باشهاد غيره عليها ولم يشهد هو عليها لتقصيره عن اولى الاشياء به وترك الافضل

وقال الثوري لا باس ان يخص الرجل بعض ولده بمـا شـاء

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 وامضينا 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 الخرقى 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
صحة
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 وابن المبارك
قال بن المبارك الا ترى ان الحديث يروى عن
النبي ﷺ قال (سووا بين اولادكم فلو كنت مؤثرا
احدا اشرت 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 المسألة قولا
واما قوله ﷺ في حديث مالك في هذا الباب
(فارجه) 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 لابنته
ومعنى الاعتصار عندهم الرجوع في الهبة

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 فيمنها وهبتها لولدها هذا هو الاشهر عن مالك وقد روي عنه انها لا ترجع اصلا ولم يختلف عن مالك ان الجد لا يرجع فيما وهب لابن ابنته وكذلك لم يختلف قول مالك واصحابه ان الولد اذا وهب له ابوه هبة ثم استحدث الولد دينا دايته 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 ﷺ بينه وبين ابي بكر اذ قدم المدينة رسول

الله ﷺ واخى بين المهاجرين والانصار وكان
قول ابي بكر ظننا 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 الظن
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 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
قومًا بئورا 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

الاستذكار ج: 7 ص: 230

قال هو لابني قد كنت اعطيته اياه من نحل نحلة
فلم يجزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته
فهني باطلي
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 فني 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 غني 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
كنا وكنا لرددتسه
قال ابو عمر اتفق مالك والثوري وابو حنيفة
والشافعي واصحابهم ان الهبة لا تصح الا بالحيارة
له
ومعنى الحيارة 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
والحيارة وما دام الواهب حيا فللموهوب له

المطالبة بها الواهب حتى يقبضها فان قبضها تمت له وصارت ملكا من ملكه وان لم يقبضها حتى يموت الواهب بطلت الهبة عنده لانهم انزلوها حين وهبها ولم يسلمها إلى ان مات منزلة من اراد اخراج تلك العطية بعد موته من راس ماله لو ارث او غير وارث وكانت في يده طول حياته فلم يرض بها بعد مماته فلم يجر له شيء من ذلك هذا حكمه عند مالك واصحابه اذا مات الواهب فان مات الموهوب له قبله كان لورثته عنده ان يقوموا مقامه بالمطالبة لها حتى يسلم اليهم الواهب وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهم الهبة لا تصح الا بالقبض من الموهوب له وتسليم من الواهب فان لم يكن ذلك فهي باطل وليس الموهوب به ان يطالب الواهب بتسليمها لانها ما لم تقبض عنده وعده بها فان وفي حمد وان لم يوف بما وعد ولم يوهب بما سلم لم يقض عليه بشيء

الاستذكار ج: 7 ص: 231

وقال ابو ثور واحمد بن حنبل تصح الهبة والصدقة غير مقبوض ورووا ذلك عن علي - رضي الله عنه - من وجه لا يحتج به قال ابو عبد الله المروزي - رحمه الله اتفق ابو بكر وعمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم - ان الهبة لا تصح الا مقبوضة وقد روي عن احمد وهو الصحيح عنه ان الهبة اذا كانت مما يؤكل او يوزن لم يصح شيء منها الا بالقبض وما عدا المكيل والموزون فالهبة صحيحة جائزة بالقول وان لم تقبض وذلك كله اذا قبضها الموهوب لله واختلفوا في هبة المشاع وكيف القبض فيها فقال مالك هبة المشاع جائزة ولا تصح الا بقبض الجميع وتصح للشريك في المشاع اذا تخل

الواهب عنها واخذها من يده وانفرد الشريك
الموهوب لـه بهـا
وقال الشافعي وابو ثور واحمد واسحاق تصح
الهبة في المشاع والقبض فيها كالقبض في البيع
سواء
وقال ابو حنيفة واصحابه الهبة للمشاع باطل ولا
تصح الا مقبوضة معلومة مفردة كما يصح الرهن
عندهم فيفرد المرتهن وكذلك الموهوب له
ويقبضه ولا شركة فيه لغيره وقد بينا ذلك في
كتاب الرهن

1 (34 - باب ما يجوز من العطية)

قال ابو عمر في هذا الباب عند جمهور رواة
(الموطا) حديث مالك عن بن شهاب عن سعيد
بن المسيب عن عثمان في نحلة الرجل ابنه
الصغير وهبته له وحيارته
وهو عند يحيى في باب مفرد في اخر الاقضية
وهناك تذكره كما رواه يحيى - ان شاء الله تعالى
1442 - قال مالك الامر عندنا فيمن اعطى احدا
عطية لا يريد ثوابها فاشهد عليها فانها ثابتة للذي
اعطىها الا ان يموت المعطي قبل ان يقبضها
الذي اعطىها
قال وان اراد المعطي امساكها بعد ان اشهد
عليها فليس ذلك له وإذا قام عليه بها صاحبها
اخذها

الاستذكار ج: 7 ص: 232

قال مالك ومن اعطى عطية ثم نكل الذي اعطاها
فجاء الذي اعطىها بشاهد يشهد له انه اعطاه ذلك
عرضا كان او ذهباً او ورقاً او حيواناً احلف الذي
اعطى مع شهادة شاهده فان ابى الذي اعطى ان
يحلف حلف المعطي وان ابى ان يحلف ايضاً ادى
إلى المعطى ما ادعى عليه اذ كان شاهداً واحداً فان

لم يكن له شاهد فلا شيء له قال مالك ومن اعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مات المعطى قبل ان يقبض المعطى عطيته فلا شيء له وذلك انه اعطى عطاء لم يقبضه فان اراد المعطى ان يمسكها وقد اشهد عليها حين اعطاها فليس ذلك له اذا قام صاحبها اخذها قال ابو عمر قد تقدم القول في هذا كله واوضحنا فيه مذهب مالك ومذهب غيره من الفقهاء في الباب قبل هذا والذي دعانا إلى ما ذكره هناك قول ابي بكر الصديق لعائشة فيه (لو كنت حزتيه وجددتيه لكان لك وانما هو اليوم مال الوارث) وقول عمر فيه ايضا (ما بال رجال ينحلون ابناهم نحلا ثم يمسكونها فان مات بن احدهم قال مالي بيدي الحديث) وهذان الحديثان أصل حيازة الهبة في الموطأ وكذلك ذكرنا اختلاف العلماء في قبض الهبة وحيازتها في الباب قبل هذا وذكرنا عن الشافعي والكوفيين ان الهبة اذا لم يقبضها الموهوب له فليس له مطالبة الواهب بها ان منعها اياها

وذكرنا ان اكثر العلماء على ذلك وبالله توفيقنا

1 (35 - باب القضاء في الهبة)

1443 - مالك عن داود بن الحصين عن ابي غطفان بن طريف المري ان عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

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 يشب منها فهو احرق بها وعن الاعمش عن ابراهيم ان عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لم يشب منها فهو احرق 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 والطلاب المستعزز يثاب من هبته او تـرد 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

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

ليس قول 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

للوهاب فيها رجوع ان كانت لذي رحم لانه - حينئذ
- صلة خالصة لـ

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 العيب من 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) شيئاً من ذلك لانه لا يرجع في

شيء من الصدقة
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 لابيّه ان يعتصر من ذلك شيئا بعد ان
تكون عليه الديون او يعطي الرجل ابنه او ابنته
فتنكح المرأة الرجل

الاستذكار ج: 7 ص: 235

وانما تنكحه لغناه وللمال الذي اعطاه ابوه فيريد
ان يعتصر ذلك الاب او يتزوج الرجل المرأة 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
وصفت لك
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
العلماء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا
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
ذلك على ما تقدم وصفه
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
يستثيب منه او لمن لا يستثيب منه

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 امرأة 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 له وما لم يمت واحد منهما وما لم تخرج الهبة من ملك الموهوب له إلى ملك غيره وما لم يعوض الموهوب له الواهب عوضا يقبله ويقبض منه فاي هذه الاشياء كانت فلا رجوع في الهبة معه كما لا يرجع في الصدقة ولا فيما وهب لذي رحم محرمة منه ولا فيما وهب احد الزوجين لصاحبه واذا لم تكن هذه الاشياء والشروط التي ذكرنا والاصناف التي وصفنا كان للواهب الرجوع في الهبة ولا يرجع عليه الا بحكم الحاكم له فيها او بتسليم من الموهوب له هذا كله قول ابي حنيفة واصحابه فيما ذكر الطحاوي عنهم في (مختصره) وحجتهم في ذلك الحديث عن عمر - رضي الله عنه - من رواية مالك وغيره عن داود بن الحصين عن ابي غطفان عن مروان عن عمر انه قال (من وهب هبة لصلة رحم او على وجه الصدقة فسوى بين الهبة لذي الرحم وبين الصدقة وروى الاسود عن عمر مثله فيمن وهب لصلة رحم او قرابة وليس في حديث عمر ذكر الزوجين ولا فرق بين الرحم المحرمة ولا غير المحرمة كما فعل الكوفيون والاصل عندي الذي تلزم الحجة به انه لا يجوز لاحد الرجعة فيه لقوله صلى الله عليه وسلم (العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه) الا ان ثبت سنة تخص هذه الجملة او يتفق على معنى من ذلك علماء الامة وبالله التوفيق

الاستذكار ج: 7 ص: 237

1 (37 - باب القضاء في العمري)

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 المعطي وكذلك اذا قال المعطي للمعطي هي لك ولعقبك ترجع ايضا إلى المعطي عند انقراض عقب المعطي اذا كان المعطي حيا والا قال من كان حيا من ورثته واولى الناس بميراثه ولا يملك المعمر بلفظ العمرى عند مالك واصحابه رقة شيء من الاشياء وانما يملك بلفظ العمرى والسكنى والاعتمار والاعلال

الاستذكار ج: 7 ص: 238

والاعمار عندهم والاسكان سواء لا يملك بذلك رقة شيء من الاشياء وكذلك الافقار والابخال والاطراق وما كان مثل ذلك من الفاظ العطايا لا يملك بشيء من ذلك كله رقة 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 انسه لسه
 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 منفعتة 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 العمري 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 جريح 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 شيئاً حياته فهو له حياته وموته) (1) —

وقد رواه بن جريح 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 اسماعيل القاضي قال حدثني علي بن المديني قال حدثني سفيان قال حدثني بن جريح انه سمع عطاء يقول سمعت جابر بن عبد الله يقول قال رسول الله ﷺ (لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئاً او ارقبه فهو لورثته) (2) —

قال سفيان واخبرنا عمرو بن دينار عن سليمان بن يسار قال قضى طارق بالمدينة بالعمري

للوارث عن قول جابر بن عبد الله ان النبي
قضى به
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
شـرط ذكر العمر فيها
وبهذا قال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما
وهو قول عبد الله بن شبرمة وسفيان الثوري
والحسن بن صالح وابن عينة واحمد بن حنبل
وابي عبيد كل هؤلاء يقولون بالعمرى هبة مبتولة
يملك المعمر رقبته 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
موروثا 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 غيره
قالوا فذكر العقب لا معنى له في ذلك وانما
المعنى الصحيح ما جاء به الاثر واطحا ان العمرى
تورث عن المعطي لملكه لها بما جعلها رسول
الله من ذلك له حياته وموته
وهو قول جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس
ذكر معمر عن ايوب عن حبيبه بن ابي ثابت قال
سمعت بن عمر وساله اعرابي اعطى ابته ناقة له
حياته فانجحت ابلا فقال بن عمر هي له حياته
وموته

قال افرأيت ان تصدق بها عليه قال فذلك ابعد له قال ابو عمر هذا الحديث عن بن عمر يدل على ان مذهبه في العمرى بخلاف مذهبه في الاسكان والسكنى بدليل انه ورث من حفصة اخته دارا كانت اسكنتها بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما ماتت بنت زيد بن الخطاب بعد موت حفصة ورث بن عمر الدار عن اخته حفصة لانها كانت على ملكها وكان عبد الله بن عمر وارثها لانه كان شقيقها

وعلى هذا اكثر اهل العلم في الاعمار والعمرى اذا ذلك مخالف للاسكان والسكنى وقد كان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين العمرى والسكنى وقالوا من اسكن احدا داره لم ينصرف إليه ابدا

الاستذكار ج: 7 ص: 241

وكان الشعبي يقول اذا قال هي لك سكنى حتى تموت فهي له حياته وموته واذا قال داري هذه اسكنها حتى تموت فانها ترجع إلى صاحبها قال ابو عمر جعل هؤلاء السكنى كالعمرى هبة تملك بها الرقبة وجعل ملك العمرى كالسكنى لا تملك بها الا المنفعة دون الرقبة وذلك الذي عليه جمهور اهل العلم في السكنى والاسكان انه لا تملك به رقبة الشيء والخبر عن بن عباس في العمرى رواه الثوري وغيره عن ابي الزبير عن طاوس عن بن عباس قال لا تحل العمرى ولا الرقبة فمن اعمر شيئا فهو له ومن ارقب شيئا فهو له والخبر عن جابر رواه بن جريح عن ابي الزبير عن جابر وقد ذكرناه في (التمهيد) وهو قول طاوس ومجاهد وسليمان بن يسار وبه كان يقضي شريح وقد ذكرنا اخبار هذا الباب وطرقها والفاظها واختلافها في (التمهيد) والحمد لله كثيرا

وروى بن عيينة عن ايوب السخيتاني 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 لله بالفاظه ورواه بن ابي ذئب والاوزاعي ومحمد بن اخي الزهري والليث بن سعد على خلاف ذلك فاما رواية بن ابي ذئب فذكرها في موطنه عن بن شهاب عن ابي سلمة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فيمن اعمر عمرى له ولعقبه فهي له قبله لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية 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 صلى الله عليه وسلم 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 صلى الله عليه وسلم 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 ابن عمر انه ورث حفصة بنت عمر دارها فاسقط حرف الجر وهي لغنة للعرب قال ابن الجوزي (اوضحت جواد بن قعقاع مقسمة في الاقربين بلا من ولا ثمن) (ورثتهم فتسلوا عنك اذ ورثوا وما ورثتك غير الهم والحزن) اراد وما ورثت منك غير الهم والحزن وقالت زينب الطثرية (مضى وورثناه دريس مفاضة وبيض هنديا طويلا حمائله) 1 (38 - باب القضاء في اللقطة (2))

1449 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال (أعرف 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 لآخيك 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 اياه 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
المنبج
كما رواه ربيعة بمعنى واحد الا في شيء نذكره
بعيد ان شاء الله تعالى
وهو حديث مسند صحيح فيه معان اجمع الفقهاء
على القول بها ومعان اختلفوا فيها فما اجمعوا
عليه ان عفاص اللقطة وهي الخرقه 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 اليه
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 فـانـي 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 يضم لـم يضم
 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 يضم وان تباعد
 وقال الشافعي يضم على كل حال اذا ردها بعد
 اخذها
 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 ف جاء 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 لايك او للذئب فرد على ابيك ضالته) وقد روى سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد وربيعه عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ في هذا الحديث قال وساله عن الشاة فقال (خذها انما هي لك او لايك او للذئب) وقد ذكرنا الاسناد بهذين الحديثين في (التمهيد)

واذا كان رسول الله ﷺ يامر باخذ الشاة ويقول (خذها ورد على ابيك ضالته)

ومعلوم ان اللقطة مثلها لان الشان فيهما انه لا
يتمتع 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
ويحسب وطره بمسا امكنه
ومن قاس اللقطة على الابل فقال لا تؤخذ لم
يصيب 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 قلايتها) فاطلق
ذلك على القلادة

وقال في قوله صلى الله عليه وسلم (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 صلى الله عليه وسلم قال (من اوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها) وقد ذكرنا اسناد كل حديث منها في (التمهيد) قال ابو عمر في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في ضالة الغنم (هي لك او لاخيك او للذئب) وفي ضالة الابل مالك ولها معها حداؤها 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 صلى الله عليه وسلم واختلف الفقهاء في التافه اليسير الملتقط هل يعرفه ولا كما ملام 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 وبين 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 غيرهما 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 يأكله 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 يأكلها ان كان فقيرا او يتصدق بها فان جاء صاحبها وشاء ان يضمه 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 وابن 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 يناط اصحابه لان رسول الله ﷺ قال لو اجدتها 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 (فان 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
 المسـ
 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
 عنـ
 وهو قول عطاء واحمد واسحاق ولم يفرقوا بين
 غـ
 واختلفوا في دفع اللقطة إلى من جاء بالعلامة
 دون بينـ
 فقال مالك يستحق بالعلامة
 قال بن القاسم ويجبر على دفعها إليه فان جاء
 مستحق فاستحقها بيينة لم يضمن الملتقط شيئاً
 من ذلك
 قال مالك وكذلك اللصوص اذا وجد معهم امتعة
 فجاء قوم فادعواها وليست لهم بيينة ان السلطان
 يتلوم لهم في ذلك فان لم يات غيرهم دفعها
 اليهم وكذلك الأبـ
 وهو قول الليث بن سعد والحسن بن حي في
 اللقطة انها تدفع لمن جاء بالعلامة
 ووجه من قال قوله ^{ظننا} (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 بيينة ولا يجبر الملتقط لها ان يدفعها إلى من
 جاء بالعلامة ويسعه ان يدفعها إليه فيما بينه وبينه
 دون قضـ
 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 استدلال ذلك 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

وحجتها 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 يسؤتيه 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 ﷺ 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 المصونات

وقد قال رسول الله ﷺ 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 لقطه وانه اخذها وضمها إلى بينه ثم ادعى تلفها فانه لا يصدق ويضمن لانه بفعله ذلك 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
يشترى ذلك منه باعه ودفع ثمنه لصاحب الشاة ان
جاء

قال مالك ولا ارى باسا ان يصيب من نسلها ولبنها
بنحوه وقيل امامه 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 والمهامه فانه
ياخذها وياكلها ولا يعرفها فان جاء صاحبها فليس
له شيء لان النبي صلى الله عليه وسلم قال (هي لك او لاخيك او
للذئب)

قال والبقر بمنزلة الغنم اذا خيف عليها فان لم
يخف عليها السباع فهي بمنزلة الابل
وقال الازاعي 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 عمرو اتفق ابو حنيفة والشافعي
 واصحابهما وابو ثور واحمد واسحاق على ان
الملتقط للشاة عليه ضمان ما اكل من لبنها وثمر
صوفها وقيمة نزواته على ضانه لانه متطوع
بقيامه عليها لا يستحق عليه شيء

وقال الكوفيون الا ان يرفعها إلى السلطان
فيعرض ذلك لك لسه
وقال ابو جعفر الطحاوي لم يوافق مالك احدا من
العلماء على قوله في الشاة ان اكلها واجدها لم
يضمنها واجدها في الموضع المخوف

واحتجاه بقوله ^{صلى الله عليه وسلم} (هي لك او لاختك 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 ^{صلى الله عليه وسلم} في حديث عبد
الله بن عمرو بن العاص في الشاة (هي لك او
لاختك 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 ^{صلى الله عليه وسلم} في الشاة (هي لك او لاختك
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 يغرّمها اذا استهلكها بعد الحول ان جاء
صاحبها طالبا لها فالشاة اولى بذلك قياسا ونظرا

وقد شبه بعض المتأخرين من أصحابنا 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 المسألة فوجب الضمان فيها

وقد قال سحنون في المستخرجة ان اكل الشاة واجدها بالفلاة او تصدق بها ثم جاء صاحبها ضامن لها

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

العبد
قال المزني ومما وجد بخطه لا اعلمه سمع منه لا
يكون على العبد غرم حتى يعتق من قبل ان له
اخذها
قال المزني الاول اقيس اذا كانت في الذمة
والعبد عندي ليس له ذمة
قال الشافعي فان لم يعلم بها السيد فهي في
رقبته ان استهلكها قبل السنة وبعدها دون مال
السيد لان اخذ اللقطة عدوان انما ياخذ اللقطة
من ذمته
قال المزني هذا اشبه قال ولا يخلو السيد اذا علم
بها واقرها في يده ان يكون ذلك تعديا فكيف لا
يضمن ما يتعدى فيه في جميع ماله او لا يكون
تعديا فلا يعدو رقبة عبده
واما ابو حنيفة واصحابه فمذهبهم ان كل مال
استهلكه العبد بيع فيه الا ان يفديه مولاه
1 (40 - باب القضاء في الضوال)

1453 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن
يسار ان ثابت بن

الاستذكار ج: 7 ص: 254

الضحاك الانصاري اخبره انه وجد بعيرا بالحرّة
فعقله (1) ثم ذكره لعمر بن الخطاب فامرّه عمر
ان يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شغلني
عن ضيعتي فقال له عمر ارسله حيث وجدته
1454 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن
المسيب ان عمر بن الخطاب قال وهو مسند
ظهره إلى الكعبة من اخذ ضالة فهو ضال
1455 - مالك انه سمع بن شهاب يقول كانت
ضوال الابل في زمان عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة
(2) نتائج (3) لا يمسها احد حتى اذا كان زمان
عثمان بن عفان امر بتعريفها ثم تباع فاذا جاء

صاحبها اعطاني ثمنها
قال ابو عمر روى هذا الخبر سفيان بن عيينة عن
معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال
كانت ضوال الابل في زمن عمر بن الخطاب تنأج
هملا لا يعرف لها احد فلما كان عثمان وضع عليها
ميسم الصدقة
وهو في (الموطا) لمالك عن ابن شهاب لم
يتجاوز به بن شهاب ولم يذكر سعيد بن المسيب
وسياقة مالك له عن ابن شهاب اتم معنى واحسن
لفظا

قال ابو عمر في (المدونة) عن مالك وابن
القاسم واشهب اذا كان الامام عدلا اخذت الابل
ودفعت إليه ليعرفها فان جاء صاحبها والا ردها
إلى المكان الذي وجدها فيه
قال بن القاسم هذا راي على ما روي عن عمر
في ذلك
وقال اشهب ان لم يات ربها باعها وامسك ثمنها
على ما جاء عن عثمان
قالوا وان كان الامام غير عدل لم تؤخذ ضالة الابل
وتركت في مكانها
واما ضالة البقر فقال بن القاسم ان كانت
بموضع يخاف عليها فهي بمنزلة الشاة وان كان لا
يخاف عليها فهي بمنزلة البعير

الاستذكار ج: 7 ص: 255

وروى بن وهب عن مالك مثل ذلك
وقال اشهب ان كان لها من انفسها منعة في
المرعى كالابل فهي كالابل وان لم تكن فهي
كالغنم
وقال الشافعي ليس البقر والابل كالغنم لان
الغنم لا تدفع عن نفسها والابل والبقر تدفع عن
انفسها وتردان المياه وان تباعدت وتعيشان في
المرعى والمشرب بلا راع فليس لاحد ان يعرض
لواحدة منهما

قال والخيل والبغال والحمير كالبعير لان كلها قوي ممتنع من صغار السباع بعيد الاثر في الارض كالظبي والارنب والطير المنعته بالاحتياط والسمرعة 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 رقبته فان جاء صاحبها دفع ذلك إليه والا بيعت له واخذ نفقته من ثمنها فان راي 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 فعليه 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 فقبل 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 ســـــــــــــــــماه

هكذا قال يحيى عن مالك عن سعيد بن عمرو وتابعه اكثر الرواة منهم بن القاسم وابن وهب وابن بكير وابو المصعب وقال فيه القعنبى سعد بن عمرو وكذلك قال بن البرقي سعد بن عمرو بن شرحبيل كما قال القعنبى لان سعيد بن سعد بن عبادة له صحبة قد روى عنه ابو امامة بن سهل بن حنيفة 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 افا تصدق عنها فقال رسول الله ﷺ (نعم)

(قال ابو عمر اظن هذا الرجل سعد بن عبادة وروى بن عيينة عن عمرو بن بكرمة ان سعد بن

عبادة اتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ان امي ماتت ولم توص افا تصدق 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 يدل 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 (افلتت نفسها)
فمعناه اخلست منها نفسها وماتت فجاة
قال الشاعر

(من يامن الايام بعد صبرة القرشي ماتا

سبقته 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 منيته افتلاتا)

(
قال وتقول العرب اذا رات الهلال بغير
قصد إلى ذلك رايت الهلال فلتة
قال خالد بن يزيد ابو مصعب فان
تفتلتها فالخلاقة تنفلت باكرم علقي
منبر وسرير

1458 - مالك انه بلغه ان رجلا من
الانصار من بني الحارث بن الخزرج

تصدق على ابويه بصدقة فهلكا فورث
ابنهما المال وهو نخل فسأل 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 امرأة اتت رسول الله
فقال كنت تصدقت على امي بوليدة
وانها ماتت وتركت تلك الوليدة قال
(وجب اجرک ورجعت اليک 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 يردّها 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 آيات الموارث ومخالف الاثر
وجمهور العلماء وبالله التوفيق

الاستدكار ج: 7 ص: 259

1 (37 كتاب الوصية)

1 (1 - باب الامر بالوصية)

1459 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران
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
ففي (التمهيد)
وفي هذا الحديث الحز على الوصية والتاكيد في
ذلك
واجمع الجمهور على ان الوصية غير واجبة على

احد الا ان يكون عليه دين او يكون عنده ودیعة او امانیة فیوصی بی بسذلك وشذ اهل الظاهر فواجبوا الوصیة فرضا اذا ترك الرجل مالا كثيرا ولم یوقتوا فی وجوبها شیئا والفرائض لا تكون الا مؤقتة معلومة واللہ اعلم وقد استدل بعض العلماء علی ان الوصیة غیر واجبة بقوله عز وجل فی آیه

الاستذكار ج: 7 ص: 260

الوصیة بالمعروف حقا علی المتقین البقرة 180 والمعروف التطوع بالاحسان قالوا والواجب یستوي فی المتقون وغيرهم من اهل المدين واستدل غیره بان رسول اللہ ﷺ لم یوص وهذا لا یحتج له لان ما تخلفه ﷺ من شیء تصدق به ولم یترك شیئا - قالت عائشة - رضي الله عنها - (ما ترك رسول الله ﷺ دینارا ولا درهما ولا شاة ولا بعیرا ولا اوصی بشیء) (1)

وقال ﷺ (انا لا نورث ما تركنا فهو صدقة) (2) فأی وصیة اعظم من هذه ان تكون تركته كلها صدقة لا میراث فیها وانما ندب إلى الوصیة من امتنه من ترك مالا یورث عنه قال اللہ عز وجل كتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیة البقرة 180 واجمعوا ان الخیر المال فی قوله عز وجل فی آیه الوصیة (ان ترک خیرا) وكذلك قوله فی الانسان (وانه لحب الخیر لشدید) العاديات 8 الخیر عندهم هنا المال كذلك قوله عز وجل حاكيا عن سلیمان علیه السلام انی احببت حب الخیر ص 32 وكذلك قوله حاكيا عن شعيب علیه السلام (انی اراکم بخیر) هود 84 قالوا الغنى

وقد جاء في مواضع من القرآن ذكر الخير بمعنى المال والغنى ومن لم يترك ديناراً ولا درهماً ولا شاة ولا بعيراً فلم يترك خيراً ولا مالا يوصى فيه

الاستذكار ج: 7 ص: 261

حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبع قال حدثني محمد بن عبد السلام قال حدثني محمد بن المثني قال حدثني ابو معاوية قال حدثني الاعمش عن شقيق ابي وائل عن مسروق عن عائشة قالت (ما ترك رسول الله ﷺ ديناراً ولا درهماً ولا شاة ولا بعيراً ولا اوصى بشيء) (1)

وقال بن المبارك عن مالك بن مغول عن طلحة بن مصرف قال قلت لابن ابي اوفى اوصى رسول الله ﷺ بشيء قال لا قال قلت فكيف امر الناس بالوصية قال اوصي بكتاب الله عز وجل (2) - 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 يسيراً فليدعه لورثته فهو افضل وهذا - والله اعلم - اخذه من قول رسول الله ﷺ (لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكفون الناس) (4) وقال بن عباس لا وصية في ثمانمائة درهم

الاستذكار ج: 7 ص: 262

وقالت عائشة في امرأة لها اربع من الولد ولها
ثلاثة الاف درهم لا وصية في مالها (1) -
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 فمما فوقها
واتفق فقهاء الأمصار على ان الوصية مندوب
اليها مرغوب فيها وانها جائزة لمن اوصى في كل
مال قل او اكثر 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) -
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 ولا بويه 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

الاستذكار ج:7 ص:263

وكذلك كل وارث من الاقربين لقوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية
لـوارث) (1) (لـوارث)
ولو كان الوارث تجب له الوصية لانتقضت قسمة
الله لهم فيما ورثهم وصار لهم اكثر مما اعطاهم
فمن هنا قال العلماء ان اية الموارث نسخت
الوصية للوالدين والاقربين الوارثين ببيان رسول
الله صلى الله عليه وسلم

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 بياناً لا نسخاً
واما الكوفيون الذين يجيزون نسخ القران بالسنة
وقالوا كل من عند الله فانهم قالوا نسخ الوالدين
والاقربين الوارثين من الوصية قوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية
لـوارث)

حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا
اخبرنا قاسم بن اصبح قال حدثني محمد بن وضاح
قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبه قال حدثني
اسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم سمعه
يقول سمعت ابا امامة الباهلي يقول سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته (ان الله قد
اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) (2)
وقد ذكرنا الحديث من طرق عن اسماعيل 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 ﷺ 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 فسي اسنادنا واختلغوا في الوصية للاقربين غير الوارثين هل هي واجبة لهم ام لا فقال الاكثر من العلماء ليست بواجبة لهم لان اصلها النكاح كما وصفتنا 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 واختلغوا فيمن اوصى لغير قرابته وترك قرابته الذين لا يرثون فقال طاوس ترد وصيته على قرابته وروي عن الحسن بن مثنى 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 لامهات
اولاده

وعن عائشة انها اوصت لمولاتها
وقد روي عن جابر بن زيد انه سئل عن اوصى
لغير قرابته بثلثه فقال يمضي ولو اوصى ان
يلقى 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 بعقدهم وهم - لا محالة - من غير قرابته قال ابو عمر هذا كله فيمن اوصى لغير وارث واما من اوصى لوارث فلا تجوز وصيته باجماع وان اوصى لغير وارث وهو يريد به الوارث فقد حاف وجار واتى الجنف والجنف في اللغة الميل وهو في الشريعة الاثم والميل عن الحق روى الثوري ومعمار عن بن طاوس عن ابيه قال الجنف ان يوصي لابن ابنته وهو يريد ابنته حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو داود قال حدثني عبدة بن عبد الله قال حدثني عبد الصمد بن عبد الوارث قال حدثني نصر بن علي الحداني قال حدثني الاشعث بن جابر الحداني قال حدثني شهر بن حوشب ان ابا هريرة حدثه ان رسول الله ﷺ قال (ان الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين او سبعين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار) وقرا ابو هريرة من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار النساء 12 (3 -) - واخبرنا محمد بن خليفة قال حدثني محمد بن الحسين قال حدثني ابراهيم بن موسى قال حدثني يوسف بن موسى قال حدثني ابو معاوية 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 قوله تلك حدود الله النساء 13 وإلى قوله ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده النساء 14 واتفق الجمهور من فقهاء الامصار على ان الوصية للوارث موقوفة على اجازة الورثة فان اجازها الورثة بعد الموت جازت وان ردوها فهي مردودة ولهم في اجازتها اذا اجازها الورثة قولان

احدهما ان اجازتهم لها تنفيذ منهم لما اوصى به الميـت وحكمها حكم وصية الميـت 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 _____

وقال المزني انما منع الوارث من الوصية لئلا ياخذ مال الميـت من وجهين مختلفين قال ابو عمر من حجة من اجاز تجويز الورثة الوصية للوارث اتفقهم على انه ان اوصى باكثر من الثلث واجازه الورثة جاز فالوصية للوارث مثل ذلك واللهم 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 راي بيعه راي الرجوع فيه لمن شاء وممن راي 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 الزرقى اخبره انه قيل لعمر بن الخطاب ان ها هنا غلاما يفاعا (1) لم

الاستذكار ج: 7 ص: 268

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 چشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين الف درهم وابنه عمه التي اوصى لها هي ام عمرو بن سليم الزرقى

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 ف قيل له ان فلانا يموت افىوصى قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال ابو بكر وكان الغلام بن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة قال فاوصى ببئر چشم 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 الزرقى ان غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ف قيل لعمر بن الخطاب ان فلانا يموت قال مروه فليوص فاوصى ببئر چشم قال فبيعت بثلاثين الف

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 وبين أبي ليلى لا
تجوز وصية من لم يبلغ
قال وقال بن شبرمة أنا لا أجز صدقته فكيف
أجز وصيته
قال مالك (1) الأمر المجتمع عليه عندنا أن
الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفوق
أحيانا تجوز وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم
ما يعرفون

الاستذكار ج: 7 ص: 269

ما يوصون به فاما من ليس معه من عقله ما
يعرف بذلك ما يوصي به وكان مغلوبا على عقله
فلا وصية له
قال أبو عمر أما وصية الصغير إذا كان يعقل ما
أوصى به ولم يات بمنكر من القول والفعل
فوصيته جائزة ماضية عند مالك والليث
وأصحابهما ولا حد عندهم في صغره عشر سنين
ولا غيرها إذا كان ممن يفهم ما يأتي به في ذلك
وأصاب وجبه الوصية
وقال عبيد الله بن الحسن إذا أوصى في وسط ما
يحتلم له الغلمان جازت وصيته
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تجوز وصية الصبي
وقال المزني هو قياس قول الشافعي ولم أجد
للشافعي في ذلك شيئا ذكره ونص عليه
واختلف أصحابه على قولين
أحدهما كقول مالك
والثاني كقول أبي حنيفة
وحجتهم أنه لا يجوز طلاقه ولا عتقه ولا يقبض
منه في جنابة ولا يحد به في قذف فليس كالبالغ
المحجور عليه فكذلك وصيته
قال أبو عمر قد أجمع هؤلاء على أن وصية البالغ
المحجور عليه جائزة ومعلوم أن من يعقل من

الصبيان ما يوصي به فحاله حال المحجور عليه
ف_____في _____
 وعلة الحجر تبديد المال وتلافه وتلك علة مرتفعة
 عنه بالموت وهو بالمحجور 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 موطنه
 وقال بن القاسم عن مالك ان حضرته الوفاة
 فوصى 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 ولكننا نستحسن في وصاياها 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 ﷺ
 يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت

يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي افاتصدق بثلثي مالي قال رسول الله ﷺ (لا) فقلت فالشطر قال (لا) ثم قال رسول الله ﷺ (الثلث والثلث كثير انك ان تذر (1) ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة (2) يتكفون (3) الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا اجرت حتى ما تجعل في في امرأتك) قال فقلت يا رسول الله الاخلف بعد اصحابي فقال رسول الله ﷺ (انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك ان تخلف حتى ينتفع بك اقوام ويضربك آخرون اللهم امض لاصحابي هجرتهم ولا تردهم على اعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله ﷺ ان مات بمكة) قال ابو عمر هكذا قال جماعة اصحاب بن شهاب في هذا الحديث جاء رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع كما قال مالك الا بن عيينة فانه قال فيه عام الفتح فاخطا في ذلك وهذا حديث لا يختلف في صحة اسناده

الاستذكار ج: 7 ص: 271

واتفق اهل العلم على القول به في انه لا يجوز لاحد ان يوصي باكثر من ثلثه وانما اختلفوا فيما للمريض ان يفعله في ماله من العطايا المقبلية غير الوصية فقال الجمهور ان افعال المريض فيما يتصدق به ويعتق ويهب في مرضه الذي يموت منه كلها في ثلثه كالوصايا وحتهم ان هذا الحديث مع صحته لم يقل فيه بن شهاب عن عامر بن سعد افاوصي وانما قال افاتصدق ولم يجز له رسول الله ﷺ من الصدقة الا

الثالث كالوصية المجتمع عليها
 وبين شهاب حافظ غير مدافع في حفظه
 وقد ذكرنا الاسانيد عنهم بذلك في (التمهيد)
 وقد قال فيه سعد بن ابراهيم عن عامر بن سعد
 افأوصي
 وكذلك قال مصعب بن سعد عن ابيه افأوصي
 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 الثالث كالوصايا
 وممن قال بذلك مالك والليث والاوزاعي والثوري
 وابو حنيفة والشافعي واصحابهما
 وحجتهم حديث عمران بن حصين عن النبي ﷺ في
 الذي اعتق ستة اعبد له عند موته لا مال له غيرهم
 فاقرع رسول الله ﷺ 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 كلاله ترثه انه لا يجوز له ان يوصي في
 ماله بـ اكثر من ثلثه
 واختلفوا اذا لم يترك بنين ولا عصبه

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 الآثار عن بن مسعود وأبي موسى وعبيدة ومسروق في (التمهيد) وذكر الطحاوي قال أبو حنيفة وأصحابه وشريك القاضي إذا لم يكن له وارث أوصى بجميع ماله ومن حجتهم أن الاقتصار عن الثلث في الوصية إنما كان من أجل أن يدع ورثته أغنياء ومن كان ممن لا وارث له فليس ممن عني بالحديث وجائز لـه أن يوصي بماله كله وقال زيد بن ثابت لا يجوز لأحد أن يوصي بماله كله كان له بنون أو ورث كلاله أو ورثه جماعة المسلمين

وبهذا القول قال مالك والأوزاعي والحسن بن علي

واختلف فيه قول أحمد بن حنبل قال أبو عمر ما يصرف إلى بيت مال المسلمين فليس على سبيل الميراث ولو كان كذلك ما استحقه الرجل وابنه ولا من يحجب مع من يحجبه وإنما هو من مال لا مالك له مصروف إلى نظر السلطان يصرفه حيث يراه من المسلمين في مصم

واجمع جمهور أهل العلم أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث إلا أن يجيزها الورثة وعلى هذا جماعة جمهور الفقهاء بالعراق والحجاز والمغرب والشام وشذت طائفة منهم عبد الرحمن بن كيسان فلم يجيزوا الوصية بأكثر من الثلث وإن أجازها الورثة وقالوا ليس لهم أن يجيزوا للموصي ذلك ولهم أن يعطوا الموصى له من فرائضهم وسائر أموالهم من

شأنهم وأما ما ذكره الجماعة من أهل 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 الغنيمه (1) —
 وذكر عبد الرزاق قال اخبرني من سمع الحسن و ابا قلابه 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 يتجاوزها
 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 وهذا 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 غص 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 رضى الله عز وجل بالخمسة
 قال سفيان يعني خمس الفية لقوله فان لله خمسه الاية الانفـال 41

وقال قتادة الثلث كثير والقضاة يجيزونه والربع
قصيد 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 الجليلة للمريض
وفيه دليل على ان الاعمال لا يزكو منها الا ما اريد

به وجه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم (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

صلى الله عليه وسلم (ان تدع ورتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة
يتكفون النسياس)

واما قول سعد (أخلف بعد اصحابي) فمعناه
عندي - والله اعلم - اخلف بمكة بعد اصحابي
المهاجرين المتصدقين معك إلى المدينة دار
الهجرة

قال ذلك تحزنا واشفاقا من بقاءه في موضع قد
هجره لله ولرسوله

واما جواب رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 بجهته درجته

واما قوله (ولعلك ان تخلف حتى ينتفع بك اقوام ويضر بك اخرون) فهذا من ظنونه الصادقة التي كان كثيرا منها يقينا فقد خلف سعد - رضي الله عنه - حتى انتفع به اقوام وهلك به اخرون روى بن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير بن 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 اخرون) فقال امر سعد على العراق فقتل قوما على ردة فاضر بهم واستتاب قوما سجعوا سجع مسيلمة فتسابوا فانتفعوا قال ابو عمر امره عمر - رحمه الله - على الكوفة على حرب القادسية وعمر سعد بعد حجة الوداع خمس واربعون سنة وتوفي سنة خمس وخمسين

واما قوله ﷺ (اللهم امض لاصحابي هجرتهم ولا تردهم على اعقابهم) فمعناه الدعاء لهم في ان يتم لهم هجرتهم سالمة من افات الرجوع إلى الوطن المتقرب بهجرتهم إلى الله عز وجل وان يثبتهم على هجرتهم تلك وكانوا يستعيذون بالله تعالى ان يعودوا كالأعراب بعد هجرتهم لان الأعراب لم يتعبدوا بالهجرة التي كان يحرم بها على المهاجر الرجوع إلى وطنه

الاستذكار ج: 7 ص: 275

ولم تكن الهجرة (مقتصرة) في ترك الوطن وتحريم الرجوع إليه على الأبد الا على اهل مكة خاصة الذين امنوا به من اهلها واتبعوه ليتم لهم بالهجرة الغاية من الفضل الذي سبق لهم فعليهم خاصة افترضت الهجرة المفترض فيها البقاء مع

النبي ﷺ حيث استقر والتحول معه حيث تحول لنصرته ومؤازرته وصحبته والحفظ لما يشرعه والتبليغ عنه

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 الاعنابي 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 به) قال سفيان لانه كان مهاجرا وعن بن عيينة عن محمد بن قيس عن ابي بردة عن سعد بن ابي وقاص قال سألت النبي ﷺ اتكره للرجل ان يموت في الارض التي هاجر منها قال (نعم

وروى عبد الله بن سعيد بن أبي هند عن أبيه عن
 بن عمر أن رسول الله ﷺ كان إذا قدم مكة قال
 (اللهم لا تجعل مناينا بها) (1) لأنه كان
 مهاجرا
 وقال فضيل بن مرزوق سألت إبراهيم النخعي
 عن المقام والجوار بمكة فقال أما المهاجر فلا
 يقيم بها وأما غيره فأنما كره له المقام بمكة
 خشية أن يكثر الناس بها فتغلوا أسعار أهلها
 وفي رواية سفيان بن حسين عن الزهري عن
 عامر بن سعد عن أبيه في الحديث المذكور في
 أول هذا الباب أنه قال يا رسول الله اني أخاف أو
 قال اني أرهب أن أموت في الأرض التي هاجرت
 منها فادع الله لي فقال رسول الله ﷺ (اللهم
 اشف سعدا اللهم اشف سعدا) (2) وذكر
 الحديث

وهذا كله يدل على أن قوله ﷺ (لا هجرة بعد الفتح
) أن معناه لا هجرة تبدا بعد الفتح مفترضة لا
 على أهل مكة ولا على غيرهم
 ثبت عن النبي ﷺ أنه قال (لا هجرة بعد الفتح)
 من وجوه كثيرة صحاح كلها وفي بعضها (لا هجرة
 بعد الفتح ولكن جهاد ونية وإذا استنفرتم فانفروا
) (3) ثم قال لهم (المهاجر من هجر ما حرم
 الله عليه) (4)
 وقال لبعضهم إذ سأل عن الهجرة (اقم الصلاة
 وات الزكاة وما افترض الله عليك واجتنب ما نهاك
 عنه واسكن من أرض قومك حيث شئت)
 قال أبو عمر فهذه الهجرة المفترضة الباقية إلى
 يوم القيامة إلا أن المهاجرين الأولين الذين
 مدحهم الله بهجرتهم حرام عليهم ترك رسول

الله ﷺ والمدينة والرجوع إلى مكة أبدا

الا ترى ان عثمان وغيره كانوا اذا حجوا لا يطوفون طواف الوداع الا ورواحلهم قد رحلت وهذا انما كان عليهم ما كان صلى الله عليه وسلم حيا بين اظهريهم فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتفع ذلك عنهم بموته فافترقوا في البلدان - رضي الله عنهم - وروى جرير بن حازم قال حدثني عمي جرير بن يزيد عن عامر بن سعد عن ابيه فذكر معنى حديث بن شهاب وفيه (لكن سعد بن خولة البائس قدم مات في الارض التي قد هاجر منها) قال ابو عمر ما قاله شيوخنا في حديث بن شهاب (يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات بمكة) من كلام بن شهاب صحيح ومعلوم بما ذكرنا من الاثار ان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن خولة (البائس) انما كان يرثي بذلك لموته بمكة وقد يمكن ان يكون احب واختار التودد بها حتى ادركته فيها منيته والله اعلم وكان موته بمكة في حجة الوداع حدثني خلف بن قاسم قال حدثني عبد الله بن جعفر بن الورد قال حدثني الحسن بن غليب واسحاق بن ابراهيم بن جابر قالا حدثنا يحيى بن عبد الله بن بكير قال حدثنا الليث عن يزيد بن ابي حبيب قال توفي سعد بن خولة في حجة الوداع قال ابو عمر سعد بن خولة بدري وقد ذكرناه بما ينبغي من ذكره في كتاب الصحابة والحمد لله قال مالك (1) في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلانا ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان (2) يد اص الذي اوصي له بالثلث بثلثه ويخاص الذي اوصي له

بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ 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 اجازته الورثة
وقال بن ابي ليلى وابن 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 شيئاً
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
نفعه
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 وابن ابي ليلى من اوصى بفرع شيء ولم
يوص باصله فليس بشيء
قال ابو عمر قول بن ابي ليلى وابن 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
وياخذوا جميع مال الميت وبين ان يقسموا لاهل
الوصايا ثلث مال الميت فيسلموا اليهم ثلثه
فتكون حقوقهم فيه ان ارادوا بالغ ما بلغ
قال ابو عمر هذه مسألة معروفة لمالك واصحابها
يبدعونها مسألة خلعت الثلث
وخالفهم فيها ابو حنيفة والشافعي وابو ثور
وأحمد وداود واصحابهم وانكروها على مالك -
رحمهم 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 الموصى 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 قضايها 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 الممرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء الا في الثلثه قال وكذلك المرأة الحامل اول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فيبشرناها 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 فالمرأة 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 ماله 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 ماله 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 ثلثهم اربعة (1)

واجمع الجمهور من العلماء الذين هم حجة على من خالفهم ان هبات المريض وصدقاته وسائر عطاياها 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
غيرهم

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 والحيارة)

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 وابي بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن ابي 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 أن 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 اذنوا 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 الميراث لـــــــ
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 ثلاثـــــــة اقســـــــوال
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 رفق واحسان وقطع نفقة ومعروف ونحو هذا ان امتنعوا فان كان ذلك لم يضرهم اذنهـم وكان لهم الرجوع فيما اذنوا فيه بعد موته روى ذلك بن القاسم وغيره عنه وان استأذنهـم في صحته فأذنوا له لم يلزمهم بحال من الاحوال والقول الثاني ان اذن لهم في الصحة والمرض سواء ويلزمهم اذنهـم بعد موته ولا رجوع لهم روى ذلك عن الزهري وربيعه والحسن وعطاء وروى ذلك عن مالك والصحيح عنه ما في موطنه وهو المشهور عنه من مذهبـه
والقول الثالث ان اذنهـم واجازتهـم لو صيته 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 بل لازم له

الاستذكار ج: 7 ص: 284

وممن قال ذلك الشافعي وابو حنيفة واصحابهما وســـــــفيان الثـــــــوري وروى ذلك عن بن مسعود وشريح وطاوس

وبنه قال احمد واسحاق
قال مالك (1) فيمن اوصى بوصية فذكر انه قد
كان اعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى
الورثة ان يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع إلى الورثة
ميراثا على كتاب الله تعالى لأن الميت لم يرد ان
يقع شيء من ذلك في ثلثه ولا يحاص اهل الوصايا
ففي ثلثه بشيء من ذلك
قال ابو عمر هذه وصية الوارث لم يعلم بها الا في
المرض او عطية من صحيح ذكرها في وصيته
ليخرج من ثلثه فحكمها حكم العطية في المرض
فاذا لم يجزها الورثة لم يجز ولا سبيل ان يكون
من اقراره في مرضه شيء ينقل إلى حكم الصحة
عند جماعة ائمة الفقهاء الذين تدور عليهم الفتيا
كما لو اقر في صحته لم يحكم له بحكم الاقرار
ففي المرض
وهذا رجل اراد ان يصنع وهو مريض صنيع صحيح
فيعطي الوارث وهو مريض عطيته من راس ماله
فلم يجز له ذلك اهل العلم الا انه لو قال في
مرضه وهو مريض كنت اعطيته شيئا في صحتي
لم يقبضه وانا اوصي به له الان فهذا موقوف
على اجازة الورثة
ولو كان لاجنبي وقد قال انفذوا له ما اعطيته في
الصحة فقد اوصيت له به وانفذته له كان ذلك
جائزا له من ثلثه رضي الورثة بذلك او لم يرضوا
الا ان يكون اكثر من الثلث فيكون ذلك من
اجازتهم على ما قدمنا
وهذا كله قول جماعة الفقهاء والحمد لله كثيرا
1 (6 - باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن
احق بالولد)

1465 - مالك عن هشام بن عروة عن ابيه ان
مختا 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 يسمعه عروة من ام سلمة لان بن عينة
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 مخنت فكانوا يعدونه من غير اولي الارية
فدخل النبي ﷺ يوما وهو عند بعض نسائه وهو
ينعت امرأة 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

الاستذكار ج: 7 ص: 286

وبه عن يونس بن بكير عن بن إسحاق قال وقد كان مع رسول الله ﷺ مولى لخالته فاخنة 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 (هيسنت) كذلك ذكر (حبيب) عن مالك وكذلك رواه بن عيينة عن بن جريج ان اسم ذلك المخنث هيث وهو قول الواقدي وبين 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
 كالأقحوان ان قعدت تثنت وان تكلمت تغنت بين
 رجليها مثل الاناء المكفوف 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 تذكره ها هنا ان المرأة وصفها المختث بانها امرأة لها في بطنها اربع عكن تبلغ خصرتها فتصير لها اربعة اطراف في كل خصر فتصير ثمانيا اربعا من هنا واربعاً من هنا فاذا اقبلت اليك واستقبلتها رايت في بطنها اربع عكن فاذا ادبرت رايت ثمانيا من جهة الاطراف فـ في خصريها هكذا فسره كل من تكلم في هذا الحديث واستشهد بعضهم عليه بقول النابغة في قوائمه ناقتة

على هضبات بينما هن اربع انحن لتعريس فعدن ثمانيا

وقد روي خبر هذا المختث من حديث سعد بن ابي وقاص بتمامه وقد ذكرناه في (التمهيد) وفي الحديث من الفقة انه لا يجوز دخول احد من المختثين وهم الذين يدعون عندنا المؤنثين على النساء وانهم ليسوا من الذين قال الله فيهم غير اولى الاربية من الرجال النور 31 وهذه الصفة هو الابله الاحمق العين الذي لا ارب له في النساء ولا يفتن بشيء من معايهن ومحاسنهن فمن كان بهذه الصفة لم يكن بدخوله

على الناس باس لان رسول الله ﷺ ظن بهيت المختث 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 ينفي 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

ظاهرة
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 امرأة من الانصار فولدت له عاصم بن
عمر

الاستذكار ج: 7 ص: 288

ثم انه فارقتها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما
يلعب بفناء المسجد فاخذ بعضده فوضعه بين يديه
على الدابة فادرسته جدة الغلام فنارعتة اياه (1)
حتى اتيا ابا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت
المرأة 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 مروى 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 الشمووس فذهبت بالصبي
فجاء عمر على فرس فقال اين ابني فقيل ذهبت
به الشمووس فدفع فلحقها فخاصمها إلى ابي بكر
فقضى لها ابو بكر به وقال هي احق بحضانتها
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 بكر مقبلا قال له مه مه هي احق به فما راجعه الكلام وعن بن جريج انه اخبره عن عطاء الخرساني عن بن عباس قال طلق عمر بن الخطاب امراته الانصارية ام ابنة عاصم فلقيها تحمله بمحسر وقد فطم ومشى فاخذ بيده لينتزعه منها ونازعها اياه حتى اوجع الغلام وبكى وقال انا احق بابني منك فاخصما إلى ابي بكر فقضى لها به وقال ريحها وحجرها وفراشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه ومحسر سوق بين قباء والمدينة وعن الثوري عن عاصم عن عكرمة قال خاصمت امرأة عمر إلى ابي

الاستذكار ج: 7 ص: 289

بكر وكان طلقها فقال ابو بكر الام اعطف والطف وارحم واحق واراف هي احق بولدها ما لم تزوج وعن معمر قال سمعت الزهري يحدث ان ابا بكر قضى على عمر في ابنة مع امه وقال امه احق به مما لم تزوج قال ابو عمر من الحديث في ذلك عن عمر بموافقة ابا بكر رضي الله عنهما ما رواه معمر عن ايوب عن اسماعيل بن عبيد الله عن عبد الرحمن بن غنم قال اختصم إلى عمر في صبي فقال عمر هو مع امه حتى يعرب عنه لسانه فيختار وروي هذا عن عمر من وجوه كثيرة ذكرها عبد الرزاق وغيره وفي ذلك تخيير الصبي اذا ميز كما تقدم ذكره عن ابي بكر وقد روي عن النبي ﷺ رواه يحيى بن ابي كثير وزياد بن سعد عن هلال بن اسامة ان ابا ميمونة -

سليمان - مولى من اهل المدينة اخبره انه سمع ابا هريرة يقول جاءت ام واب يختصمان إلى رسول الله ﷺ في بن لهما فقالت المرأة للنبي فداك ابي وامي يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عتبة 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 المرأة المطلقة اذا لم تتزوج انها احق بولدها من ابيه ما دام طفلا صغيرا لا يميز شيئا اذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت منه ما فسق ولم تتزوج ثم اختلفوا بعد ذلك في تخيره اذا ميز وعقل بين امه وبين ابيه وفيمن هو اولى به ذلك على ما ذكره 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 اسماعيل 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 توفيقنا

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 نـورده بحـول اللـه تعالى ويدل على صحة ما تاولناه على شريح انه قد روي 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 عينة عن ايوب عن بن سيرين ان امرأة كانت بالكوفة فارادت ان تخرج بولدها إلى البادية فخاصمها العصابة إلى شريح فقال هم مع امهم ما كانت الدار واحدة فاذا ارادت ان تخرج بهم اخذوا منها وقال الاب احق والام ارفق سفيان عن زكريا بن ابي زائدة ان امرأة ارادت ان تخرج بولدها إلى الرستاق فاختصموا إلى الشعبي فقضى العصابة احق قال ابو عمر على هذا جمهور الفقهاء عند انتقال الام عن حضرة الاب وبالله التوفيق وامام مذهب 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 حضنانه لهما
قال بن وهب وسئل مالك عن المطلقة ولها بن في الكتاب او بنت قد بلغت الحيض للاب ان ياخما
فقال مالك لا ارى ذلك له ان يؤدب الغلام ويعلمه ويقبله 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 الحضنة بعد الام ثم الجدة من الاب
قال وليس للام ولا للجدة ان يخرجوا بالولد إلى بلد بعيد عن ابيه واهله بيتته
وذكر بن القاسم عن مالك ان ولد المرأة اذا كان ذكرا فهي اولى بحضنته 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 الروائتين قال بن القاسم عن مالك والام احق بحضنة ابنتها وان بلغت الجارية ما لم تتزوج وعلى الاب نفقة ابنته اذا كان يجتهد
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 استثقلا للولد ثم طلبته لم يرد اليها
قال بن القاسم عنه فان ماتت جدته لامه فخالته اولى بحضنته ثم بعدها جدته لابيه ثم الاخت ثم العمه وبنات الاخ اولى بالولد من العصابة ولم يذكر مالك تخيير الولد في شيء من ذلك قال وينظر للولد بالذي هو اكفيا واحسوط

وقال الثوري ان تزوجت الام فالخالة احق به ولم
يذكر تخييرها
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 ارتجعت منه رد عليها نفقتها
والجدة ام الاب اولى من العممة اذا قويت على
النفقة ولا تعود حضانة الام بطلاقها

الاستدكار 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
حقتى يبلغ
والبكر اذا بلغت فاختر لها ان تكون مع احدهما
فان ابنت وهي مامونة فلها ذلك
والابن اذا بلغ واونس رشده ولي نفسه
وقال الشافعي اذا بلغ الولد سبع سنين او ثماني
سنين خيرا 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 المرأة من الولد بالزوج فطلقها
طلاقا رجعيا او غيره رجعت على حقها في ولدها
لانها منعت لوجه فاذا ذهب فهي كما كانت
وهو قول المغيرة وابن ابي حازم
وعلى الاب نفقته ويؤدبه بالكتاب والصناعة ان

كان من اهلها وياوي إلى امه ولا يمنع ان اختار
الام من اتيان الاب ولا الام من اتيان ابنتها
وتمريضها عندها
قال والام احق بالولد الصغير ما لم تتزوج ثم
الجدة للام وان علت ثم الجدة للاب وان علت ثم
الاخت للاب والام ثم الاخت للاب ثم الاخت للام ثم
الخالة ثم العم
ولا ولاية لام اب الام لان قرابتها باب لا بام
وقرابة الصبي من النساء اولى وان كان الولد
مخبرولا فهو كالصغير
قال ولا حق لاحد مع الاب غير الام وامهاتها فاما
اخواتها وغيرهن فانما حقوقهن بالاب فلا يكون
لهن حق معه وهن يدلين به
والجد ابو الاب يقوم مقام الاب اذا لم يكن اب
واقرب العمة يقوم مقام الاب اذا لم يكن اب او
كان غائبا او غير رشيد

الاستذكار ج: 7 ص: 293

واما قول الكوفيين فروى ابو يوسف وابو
حنيفة قال الام اولى بالغلام والجارية الصغيرين
ثم الجدة من الام ثم الجدة من الاب ثم الاخت للام
والاب ثم الاخت للام ثم الخالة في احد الروايتين
هي احق من الاخت لاب وفي الاخرى الاخت اولى
ثم العمة والام والجدتان اولى بالجارية حتى تبلغ
المحيض وبالغلام حتى يستغني فياكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ومن سواهما احق
بهما حتى يستغنيا ولا يراعى البلوغ
وقال زفر في رواية عمرو بن خالد عنه الخالة
اولى من الاخت للاب
وقال ابو يوسف الاخت اولى
وروي عن عمرو بن خالد ايضا عن زفر الخالة للاب
اولى من الجد للاب
وروي الحسن بن زياد عنه ان الجد ام الام اولى

بحضانة الولد بعد الام ثم ام الاب ثم الاخت من قبل الاب والام والاخت من قبل الام يتساويان في الحضانة ولا تتقدم احدهما فيه الاخرى ثم الاخت من قبل الام ثم الخالة ثم العممة 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 وابن عباس ان عليا وجعفر وزيد بن حارثة ترفعوا 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) - حدثناه عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبع قال حدثني احمد بن جريح قال حدثني خلف بن الوليد قال حدثني اسرائيل عن ابي إسحاق عن هانئ بن هانئ وهيبيرة بن يريم عن علي فذكر حديثا بمعنى ما ذكرت الا اني اختصرته وروى حفص بن غياث عن حجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس مثله بمعناه

الاستذكار ج: 7 ص: 294

1 (7 - باب العيب في السلعة وضمانها)

1467 - قال مالك في الرجل يتناع السلعة من الحيوان او الثياب او العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة ان يرد إلى صاحبه سـلـلـعـتـه قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك إليه وذلك انه ضمنها من يوم قبضتها 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 يردّها في زمان هي فيه ساقطة (2) لا يريدّها احد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمانها ذلك ثم يردّها وانما ثمنها دينار فليس له ان يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير او يقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار او يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردّها وقيمتها يوم يردّها 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 استأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه واما ان يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس استئثار قطعه بالذي يضع عنه حدا (3) قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذي يوجب عليه قطعاً لم يكن وجب عليه يوم اخذها ان غلبت تلك السلعة بعد ذلك

قال ابو عمر بنى مالك - رحمه الله - هذا الباب على مذهبه فيمن ضمن شيئاً انه يطيب له النماء والربح فيمنه 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

الاستذكار ج: 7 ص: 295

الحيوان وكان المشتري قد قبضه وتغير او حالت اسواقه فاذا كان ذلك لزمته فيه القيمة ولم يردّه واما العقار فليس حوالة الاسواق فيه فوتاً عندهم ولا يفوت العقار في البيع الفاسد الا بخروجه عن

يد المشتري او بنيان او هدم او غرس ولم يختلفوا في العروض كلها من الحيوان او الثياب او غيرها ان خروجها من يد المشتري فوت ايضا وان عليه قيمتها يوم قبضها الا ان تكون فاتت من يده ببيع ثم ردت إليه ورجعت إلى ملكه قبل ان تتغير وتحول اسواقها فان هذا موضع اختلف فيه قول مالك فقال مرة على أي وجه رجعت إليه ولم تتغير سوقها فانه يردها وقال مرة لا يردها اذ قد لزمته القيمة يعني بفوتها بالبيع ولو كانت السلعة عبدا او امة اشتراها شراء فاسدا ثم اعتقها او دبر او كاتب او تصدق او وهب كان ذلك كله فوتا اذا كان مليا بالثمن وتلزمه القيمة يوم فوت ذلك الا ان تكون السلعة مما يكال او يوزن فانه يرد مثل ما قبض في صـفـته وكيـلـته ووزنـه هذا كله تحصيل مذهب مالك واصحابه ولم يتابع مالكا في قوله على ان حوالة الاسواق بالزيادة في الثمن او النقصان فوت في البيع الفاسد احد من ائمة الفتوى بالامصار فيما علمت الا اصحابه واما الشافعي فتصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا باطلا لا ينفذ ولا يصح فيه هبته ولا تدبيره ولا عتقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفه وهو مفسوخ ابدا عنده ويرده بحاله وهو على ملك البائع والمصيبة منه وعتق المشتري له باطل فاذا فات عند المشتري بذهاب عينه وفقده واستهلاكه لزمه فيه القيمة في حين فوته وذهاب عينه لا تعتبر سوقه والبيع فاسد عنده حكمه كالمغصوب

سواء وهو قول احمد واسحاق وابي ثور وداود قال ابو حنيفة واصحابه في الرجل يشتري الجارية شراء فاسدا ويقبضها ثم يبيعها او يهبها او يمهرها فتصير عند المشتري لها منه او عند الموهوب له او عند المرأة الممهوره فعليه ضمان

القيمة وفعله كله في ذلك جائز وكذلك لو كاتبها او وهبها الا ان الجارية الموهوبة لو افتكها قبل ان يضمه القاضي قيمتها ردها على البائع وكذلك المكاتبه 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 تقدر احدًا (1) وانما يقدر الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبًا تداوي فان كنت تبرئ فنعم لك وان كنت متطيبًا فاحذر ان تقتل انسانًا فتدخل النار فكان ابو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم ادبرا عنه نظر اليهما وقال ارجعا الي اعيدا علي قصصكما متطيبين واللهم 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) — حدثنا 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 (القضاء 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 اجر) (1) —

رواه عمرو بن العاص عن النبي ﷺ وقد ذكرنا طريقه في كتاب العلم وذكرنا هناك ما للعلماء في تـ

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 ففي ضده قال الله عز وجل واما القاسطون فكانوا لجهنم حطباً الجـ 15 أي الجـائرون 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 اهلهم وفيما ولوا) (3) -

وقال ﷺ (سبعة يظلمهم 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
دعواته) (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 أبي 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
لله ويطيعوا ويجيبوا اذا دعوا
قال ومن ولي القضاء فليعدل في المجلس
والكلام واللحم والظ

وذكر ابو زيد - عمر بن شبة - قال حدثنا هارون بن
عمر قال حدثنا ضمرة قال حدثنا ابراهيم بن عبد
الله الكنائي 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 لائم
وروى الشعبي عن مسروق قال لان اقضي يوما
واحدا بحق وعدل احب الي من ان اغزو سنة في
سبيل الله
وقال مالك قال عمر بن عبد العزيز لا ينبغي لاحد
ان يقضي الا ان يكون عالما بما مضى من السنة
مستشيرا لذوي العلم
والاثر في هذا الباب عن السلف كثيرة في معنى
ما اوردناه وفيما ذكرنا تنبيه على ما إليه قصدنا
ومن طلب العلم لله فالقليل يكفيه اذا عمل به
وكان ابو الدرداء من الفقهاء العلماء الحكماء روي
عن النبي ﷺ انه قال فيه (حكيم امتي)
وقال فيه معاذ بن جبل كان ابو الدرداء من الذين
اوتوا العلم
وقال ابو ذر ما حملت غرباء ولا اظلت زرقاء اعلم
منك يا ابا الدرداء
وكان رسول الله ﷺ قد اخی بينه وبين سلمان
الفارسي فكانا متواخين متحابين اجتماعا او تفرقا

الاستذكار ج: 7 ص: 299

وكان سلمان عالما فاضلا زاهدا في الدنيا
ومات ابو الدرداء بدمشق قاضيا عليها لعثمان بعد
عمر قبل موت عثمان بسنتين او نحوهما
ومات سلمان بالمدائن من ارض العراق
وحدثنا ابو القاسم - خلف بن قاسم - قراءة مني
عليه قال حدثني ابو الميمون - عبد الرحمن بن
عمر بن راشد بدمشق قال حدثني ابو زرعة - عبد
الرحمن بن عمرو بن صفوان الدمشقي قال
حدثني ابو مسهر - عبد الاعلى بن مسهر قال
حدثني سعيد بن عبد العزيز قال عمر امر ابو
الدرداء بالقضاء يعني بدمشق وكان القاضي يكون
خليفة الامير اذا غاب
وقد ذكرنا اخبار ابي الدرداء وسلمان وفضائلهما

في باب كل واحد منهما من كتاب الصحابة والحمد
للله
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 عن 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 فيما 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 ضمه
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 وسائر عبيدا 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 لسيدة خدمته يوما مما كسب في يوم الحرية فله وعليه في ذلك اليوم مؤنته كلها وفي يوم خدمته لسيدة 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 وايباس 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

وهو قول مالك والكوفيين
وقال بعض التابعين ان مات المعتق بعضه ورثه
كله السدي اعتق بعضه
وروي عن الشعبي في حرة رواية شاذة انه يحد
خمسة وسبعين سوطا
قال مالك الامر عندنا ان الوالد يحاسب ولده بما
انفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان او
عرضا ان اراد الوالد ذلك
قال ابو عمر لا خلاف بين العلماء ان الولد الغني
ذا المال لا يجب له على ابيه نفقة ولا كسوة ولا
مؤنفة وان ذلك في ماله
واختلفوا عليه وهو موسر هل له ان يرجع عليه بما
انفق في ماله ويحاسبه بذلك
فقال مالك ذلك له
وقال الشافعي اذا انفق عليه وهو قادر على
الوصول إليه فهو متطوع متبرع ولا يحاسبه بشيء
من ذلك
وقياس قول ابي حنيفة ان انفق عليه بامر
القاضي ليتصرف في ماله كان لك له والا فهو
متطوع متبرع
واذا فرض له القاضي في مال الصبي نفقة لم
يضره ان ينفق ويتصرف بما انفق عليه
هذا عندي قياس قوله وبالله التوفيق
1469 - مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف
المزني عن ابيه ان رجلا من جهينة كان يسبق
الحاج فيشتري الرواحل (1) فيغلي (2) بها ثم
يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع امره
إلى عمر بن الخطاب فقال اما بعد ايها الناس فان
الاسيفع اسيفع جهينة رضي من دينه وامانته بان
يقال سبق الحاج الا وانه قد دان معرضا فاصبح
قدرين به فمن كان له عليه دين فلياتنا بالغداة
نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان اوله هم
واخره حرب

قال ابو عمر وىروى قد دان وقد ادان وىروى بلا
 قـ
 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 واشتوا ديونهم عليه بما
 لا مـ يدفع فيـه
 واختلف الفقهاء في وجوه من هذا المعنى
 فقال مالك اذا حبسه الحاكم في الدين لم يجز بعد
 ذلك اقراره لان حبسه له تغليس
 وانما قيل من شاء من غرمائه ما لم يكن من
 الحاكم فيه ما وصفنا التغليس فانه جائز اقراره
 وان كان عليه دين
 قال واذا قام غرماءه عليه على وجه التغليس
 فهو حـر ايضـا
 وقال الثوري والحسن بن حي اذا حبسه القاضي
 في الدين لم يكن محجورا عليه حتى يفلسه
 فيقول لا اجبر له امرـا
 وقال الاوزاعي اذا كان عليه دين لم يجز عليه
 صـدقـة
 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
 عليـه
 واما قول سائر الفقهاء ففعل من عليه دين جائز
 في هبته وصدقته وقضاء من شاء من غرمائه ما

لم يكن من الحاكم فيه ما وصفنا
واتفق مالك واصحابه كلهم حاشا بن القاسم ان
السفيه الذي لم يحجر عليه اب ولا وصي ولا قاض
ان افعاله كلها نافذة حتى يضرب الحاكم على يديه

وذكر المزني عن الشافعي قال اذا رفع الذي
يستحق التغليس إلى القاضي اشهد القاضي انه
قد اوقف ماله فاذا فعل لم يجز بيعه ولا هبته وما
فعل من ذلك ففيه قولان

الاستذكار ج: 7 ص: 303

احدهما انه موقوف فان فعل جاز
والاخرى انه باطل
وقال بن أبي ليلى اذا افلسه الحاكم لم يجز بيعه
ولا هبته ولا صدقته ويبيع القاضي ماله ويقضيه
الغرماء
وقال محمد في (نوادر بن سماعة) قال اهل
المدينة اذا كان عليه دين لم يجز اقراره لاحد ان
يقضي ما عليه ولا عتقه ولا شيء يتلف به ماله
حتى يقضي ما عليه
قال محمد وقال القاسم بن معن اذا اقر بدين
فحبس له فحبسه حجر عليه ولا يجوز اقراره حتى
يقضي الدين الاول
وقال شريك مثل قوله
وقال محمد بن الحسن يجوز اقراره وبيعه وجميع
ما صنع في ماله حتى يحجر القاضي عليه ويبطل
اقراره بعد حبسه بالدين
وكان ابو حنيفة لا يرى الحجر بالدين ومذهبه ان
الحر لا يحجر عليه لدين ولا لسفه وخالفه في ذلك
اصحابه
وقال في البيع في الدين لا يباع على المدين
شيء من ماله ويحبس حتى يبيع هو الا الدنانير
والدراهم فانها تباع عليه بعضها ببعض
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 تعلق وجهه حمزة تنحو إلى السواد وقوله (اذان 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 انكـرت منكـرا
واما قوله في الدين اخره حرب والحرب بتحريك الراء السلب ومنه قول العرب رجل حريب أي سـلب مسـلوب
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 اصبع ان ما استهلكه العبد مما اوتمن عليه ان عليه ان يكون في ذمته وقال بن الماجشون هو في رقبته وروي 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 فاستحياء 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

عليه غير ذلك
واما ابو حنيفة واصحابه فذكر الطحاوي عنهم
قال واذا قتل العبد رجلا خطأ قيل لمولاه ادفعه
إلى ولي الجناية او افده منه بالدية فان اختار
فدائه بالدية كان ماخوذا بها حالة لولي المقتول
وان ثبت بعد ذلك اعساره بها فان ابا حنيفة كان
يقول قد زالت الجناية عن عتق العبد باختيار مولاه
اياها 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 مقدار الدية
كان اختيار اياه باطلا وكان حق الجناية حق ولي
الجناية في رقبة العبد اذا كان قبل الاختيار فقال
له ادفع العبد إلى ولي الجناية او افده منه بالدية
وقال محمد بن الحسن الاختيار جائز معسرا كان
المولى او موسرا وتكون الدية في عتق العبد دينا
لولي الجناية يتبعه فيها مولاه لولي الجناية
قالوا ولو جنى العبد على رجل فقتله خطأ او
استهلك الاخر مالا وحضرا جميعا يطلبان الواجب
لهما فانه يدفع إلى ولي الجناية ثم يتبعه الاخر
فيما استهلك من غير ماله ولو حضر صاحب المال
اولا ولم يحضر صاحب الجناية باعه له القاضي في
ماله الذي استهلكه له فان حضر بعد ذلك ولي
الجناية لم يكن له شيء
هذا اخر كتاب الاقضية عند جماعة رواة (الموطا)
الا يحيى بن يحيى

1 (10 - باب ما يجوز من النحل)

قال ابو عمر ليس هذا الباب عند غير يحيى في
(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 واطنه 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 ابن 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 شكى إلى عثمان بن عفان قول عمر لا نحلة الا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فرأى عثمان ان الوالد يجوز لولده ما كانوا

صغارا يقول اذا وهب له الاب واشهد له عليه انها حيازة وبن عيينة عن ايوب السخيتاني عن بن سيرين قال سألت شريحا ما يبين للصبي من نحل ابيه قال ان يهب له ويشهد له عليه قلت انه يليه قال هو واخوه

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 ذهب 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 لابننه 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 بالغاً 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 وظهور 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 وسكنها 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 وصفتنا واما سائر الفقهاء فان الاب اذا اشهد واعلن الشهادة بما يعطيه لابنه في صحته فقد نفذ ذلك

للأب ما كان صغيراً
وحيازة الأب له من نفسه كحيازته له ما يعطيه
غيره لابنه الناظر له ولا يرهن عطيته له في
صحته إذا كان صغيراً ولا سكناه ولا لباسه كما لا
يضره عند مالك إذا سكن بعد السنة ولا يعد ذلك
منه رجوعاً فيما أعطى كما لا يكون ذلك رجوعاً
بعد السنة وما قاله العلماء من ذلك فهو ظاهر
فعل عثمان بمحضر الصحابة من غير نكير وبالله
التوفيق
وأما الذهب والورق فقال مالك في موطنه ما قد
ذكرناه في صدر هذا الباب
وظاهره أنه إذا عزلها بعينها في ظرف وختم
عليها بخاتمه أو خاتم الشهود الذين أشهدهم أنها
جائزة للأب كما لو جعلها له عند رجل
وهو قول بن الماجشون وأشهب

الاستذكار ج: 7 ص: 308

وبه كان أبو عمر - أحمد بن عبد الله بن هاشم -
شيخنا - رحمه الله يفتي
وذكر العتبي لابن القاسم عن مالك أنها لا تجوز إلا
أن يخرجها الأب عن يده إلى يد غيره - يحوزها
للأب وإنه لا ينفعه خاتمه عليها
وبهذا كان يقضي القاضي أبو بكر محمد بن يقي
بن زرب
وهذه المسألة كانت أحد الأسباب التي أوجبت
التباعد بينه وبين أبي عمر رحمه الله
واختلفوا في هبة المشاع من الغنم وغيرها يهبها
الأب لابنه الصغير في حجره
فروى عن مالك أنه جائز
وبه قال بن الماجشون
وقال بن القاسم لا يحوز الأب لابنه الصغير إلا ما
يهبه مبروراً مقسوماً
قال واليه رجع مالك وبه قال مطرف وأصبغ
قال أبو عمر ظاهر حديث عثمان يشهد لما قاله

مالك وبن الماحشون 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 والسبيع 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

الاستذكار ج: 7 ص: 309

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 اليه
 وذكر الطحاوي ايضا عنهم قال وللاب ان يقبض ما يهب لابنه الصغير مما يتصدق به عليهم وكذلك من فوقه من الاء اذا كان هو الذي امره وقبضه من ذلك لنفسه اشهاده على ما كان منه واعلانه به وبالله التوفيق وصلى الله على محمد سيد

المرسلين وخاتم النبيين وعلى اهله الطيبين وسلم تسليما

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 عمران

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 عبید الله بن عمر ومن احسن رواه سياقه يحيى بن يحيى الليثي صاحبنا وابن القاسم وابن وهب فانهم ذكروا فيه عن مالك (فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه) ومن لم يقل في هذا الحديث من رواة مالك (فكان 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 عبید الله بن عمر عن نافع

عن بن عمر ان رسول الله ﷺ قال (من اعتق
شركا له في مملوك فقد عتق فان

الاستذكار ج: 7 ص: 311

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 عتق)
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 عبید 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 الموضوع 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 صلى الله عليه وسلم
كذلك روح بن عبادة ويزيد بن زريع وعبد بن
سليمان وعلي بن مسهر ومحمد بن بكر ويحيى
بن سعيد القطان ومحمد بن ابي عدي

الاستذكار ج: 7 ص: 312

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 باسناد المذكور لم
يذكروا فيه السعاية وهم اثبت من الذين ذكروا
في 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 المولى الموسر نصيبا
له في عبد بينه وبين غيره فلشريكه ان يعتق بتلا
وله ان يقوم اذا اعتق 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 والجنایات الواجبة وبيع 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 لخصته 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 اربعة مواضع من كتبه وقاله في اختلاف الحديث واختلاف بن ابي ليلي وابني 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

في سعيه السعي
وقال مالك ان مات المعتق المعسر قبل ان يحكم
عليه بعثق الباقي لم يحكم على ورثته بعثق
النصف الباقي
وقال الشافعي يحكم بعثقه 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 سعائه من يوم اعتق يرث
ورث
وهو قول الاوزاعي وعن بن شبرمة وابن ابي ليلى
مثله الا انها جعلتا للعبد ان يرجع على المعتق بما
سعى في سعيه متى ايسر
وروا 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

الاستذكار ج: 7 ص: 314

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 المستسعي 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 سقيمته
قال احمد ولا يباع على الشريك المعسر دار ولا
رباع

ولم يحد في العسر واليسار حدا
وقال إسحاق ان كان للشريك المعتق مال فكما
قال احمد يضمن وان لم يكن له الا دار و خادم 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 المسألة 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 و ابراهيم انهما قالا الولاء للمعتق ~~من او ل~~ من يضم يضم من وقال عثمان البتي لا شيء على المعتق الا ان تكون جارية رائة 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 وربيعه وهو قول طاوس وحماد يعتق منه ذلك النصيب ويسعى لمولاه في بقية قيمته موسرا كان او معسرا

وبنه قال اهل الظاهر وخالفه اصحابه ابو يوسف ومحمد وزفر فاعتقوا العبد كله دون سعاية وهو قول مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابن ابي ليلى وابن 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 و ابي 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

الاثنى عشر ليس إليه بشريك
حدثني عبد الله قال حدثني محمد قال حدثني داود
السختياني قال حدثني ابو الوليد الطيالسي
ومحمد بن كثير قالا اخبرنا همام عن قتادة عن
ابي المليح - زاد ابو الوليد عن ابيه - ان رجلا اعتق
شقصا له في غلام فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال
(ليس إليه بشريك)

الاستذكار ج: 7 ص: 316

زاد بن كثير واجاز عتقه
وحجة ابي حنيفة وربيعه ما رواه إسماعيل بن
امية عن ابيه عن جده انه اعتق نصف عبده فلم
ينكر رسول الله ﷺ عتقه
وهذا يحتمل ان يكون في وصيته بعد موته
قال إسماعيل وانما يعتق العبد كله اذا اعتق
الشريك نصصه
وقد جاء عن الحسن مثل قول ربيعة وابي حنيفة
وهو قول عبيد الله بن الحسن والشعبي كلهم
يقول يعتق الرجل من عبده ما شاء
وروي مثله عن علي - رضي الله عنه - وليس
بالتائب عنه والله اعلم
وقد روي عن الشعبي لو اعتق من عبده عضوا او
اصبعا عتق عليه كله
وكذلك قال قتادة
وهو الصحيح في هذه المسألة ان شاء الله تعالى
ذكر عبد الرزاق (1) عن الثوري عن خالد بن
سلمة الفافا قال جاء رجل إلى بن عمر فقال له
كان لي عبد فاعتقت ثلثه فقال بن عمر عتق كله
ليس للشريك
قال ابو عمر من ملك شقصا ممن يعتق عليه باي
وجه ملكه سوى الميراث فانه يعتق عليه جميعه
وان كان موسرا عند كل من ذكرنا عنه عتق نصيب
الشريك اذا اعتق هو حصته على ما قدمنا منهم

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 شيئاً من الحيوان او العروض التي لا تكال ولا توزن او افسد شيئاً من ذلك فليس عليه الا قيمة ما استهلك دون المثل فيه وهذا موضع اختلف فيه العلماء قديماً فذهب مالك واصحابه إلى ان من افسد شيئاً من العروض التي لا تكال ولا توزن او شيئاً 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 وحثهم 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 احدهما إلى الاخرى وجعل يجمع فيها الطعام ويقول (غارت امكم كلوا) فاكلوا وحبس الرسول والقصعة حتى جاءت قصعة التي هو في بيتها ودفن القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته

(1)
ومثل ذلك حديث فليت بن خليفة العامري ويقال له فليت عن جصرة بنت دجاجة عن عائشة قالت ما رايت صناعا طعاما مثل صفية بنت حيي صنعت لرسول الله ﷺ 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 شقفا ثلثه او ربه 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 ذكره 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 ففي كل ماله قال ولو اوصى بعتق النصيب من عبد بعينه لم يعتق منه الا ما اوصى به واختلف اصحاب مالك في الذي يوصى بعتق شقص له من ا عبد ويوصى ان يقوم عليه نصيب صاحبه وقال بن سحنون لم يختلف اصحابنا في الموصى 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 ففي جميع ماله قال وروى بن وهب عن مالك انه لا يقوم 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 تناول 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 حرمة ويثبت ميراثه فليس لسيدة 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 المسألة 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 لسيدة 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 سميانه معهم قالوا يعتق عليه كله وما احتج به مالك صحيح فانه اذا كان له العبد كله كان احق باستكمال العتق عليه من الذي اعتق حصاة 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 عبدا له ستة عند موته فأسهم (1) رسول الله ﷺ بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد قال مالك وبلغني انه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم

1475 - مالك عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن ان رجلا في اماره ابان بن عثمان اعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر ابان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت اثلاثا ثم أسهم على

ايهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوق 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 صلى الله عليه وسلم
وحديث عمران اشهر واكثر طرقا وهي سنة انفرد
بها اهل البصرة واحتاج فيها اليهم اهل المدينة
وغيرهم
رواها عن عمران بن حصين الحسن وابن سيرين
وابو المهلب الجرمي ورواها عن الحسن عن
عمران بن حصين جماعة منهم قتادة وحميد
الطويل

الاستذكار ج: 7 ص: 321

وسماك بن حرب ويونس بن عبيد ومبارك بن
فضالة وخالد الحذاء
ورواها عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين
ايوب السخيتاني وهشام بن حسان ويحيى بن
عتيق ويزيد بن ابراهيم التستري وغيرهم
وروى هذا الحديث يزيد التستري عن الحسن وابن
سيرين جميعا عن عمران بن حصين
ورواه ايوب وغيره عن ابي قلابة عن ابي المهلب
عن عمران بن حصين
واما حديث ابي هريرة فرواه محمد بن زياد عن
ابي هريرة
وروى اسماعيل بن امية وقيس بن سعد وسليمان
بن موسى كلهم سمعوا مكحولا يقول سمعت
سعيد بن المسيب يقول اعتقت امرأة وفي رواية
قيس بن سعد اعتقت امراته او رجل ستة اعبد لها
عند الموت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لها مال
غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين

وارق اربعة (1)
وقد ذكرنا طرق هذا الحديث بالاسانيد في
(التمهيد) ونذكر هنا منها طرفاً
اخبرنا احمد بن محمد قال حدثني احمد بن الفضل
قال حدثني محمد بن جرير قال حدثني ابو كريب
قال حدثني وكيع عن يزيد بن ابراهيم عن الحسن
وبن سيرين عن عمران بن حصين (ان رجلاً اعتق
سنة اعبد له في مرضه فأقرع رسول الله ﷺ
بينهم فأعتق اثنين وارق اربعة) (2)
ليس في هذا الحديث ولا في حديث مالك ليس له
مال غيرهم وقد ذكر ذلك غير واحد من الثقات
ففي هذا الحديث
حدثني محمد بن خليفة قال حدثني محمد بن
الحسن البغدادي قال حدثني عبد الله بن صالح
البخاري قال حدثنا عبد الاعلى بن حماد النرسي
قال حدثنا حماد بن سلمة عن ايوب عن محمد بن
سيرين عن عمران بن حصين وعن قتادة وحميد
وسماك عن الحسن عن عمران بن حصين (ان
رجلاً اعتق ستة مملوكين له عند موته ليس له مال
غيرهم فأقرع رسول الله ﷺ بينهم فأعتق اثنين
وترك اربعة في الرق

الاستذكار ج: 7 ص: 322

وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم
بن اصبع قال حدثني حماد بن بكر وحدثني عبد
الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال ابو
داود قال حدثني مسدد قال حدثني حماد بن زيد
عن يحيى بن عتيق وايوب عن محمد بن سيرين
عن عمران بن حصين (ان رجلاً اعتق ستة اعبد له
عند موته ولم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي
فأقرع بينهم فأعتق اثنين وارق اربعة)
قال ابو عمر اختلف العلماء في الرجل يعتق في

مرضه عند موته عبدا له ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي واصحابهما بهذا الاثر الصحيح وذهبوا إليه وبه قال احمد واسحاق وداود والطبري وجماعة من اهل السراي والحديث ذكر بن عبد الحكم عن مالك قال من اعتق عبدا 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 فعلى 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 عبده 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 فخمسة 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 بعثق عبده في مرضه ولا مال له غيرهم انه يقرع بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم وكذلك لم يختلف الاكثر منهم ان هذا حكم الذي اعتق عبده في مرضه عتقا بتلا ولا مال له غيرهم

وقال اشهب واصبغ انما القرعة في الوصية واما البتلى فهـم كالمـدبرين 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 بديء 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 بعثقهم فحكم رسول الله ﷺ فيهم بحكم الوصايا فأرق ثلثهم واعتق ثلثهم فكيف يجوز لاحد ان يقول بالحديث في الوصية دون العتق البتلى فيخالفهم نصه ويقول بمعناه وذكر بن حبيب عن بن القاسم وابن كنانة وابن الماجشون ومطرف قالوا اذا عتق الرجل في مرضه عبدا له عتقا بتلا او اوصى لهم بالعتاقه كلهم او بعضهم سماهم او لم يسمهم الا ان الثلث لا يحملهم ان السهم يجزئ فيهم كان له مال سواهم او ليس يـكـم يـكـن 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

تسافه فانه يقرع بينهم
 وقال الشافعي واذا اعتق الرجل في مرضه عبدا
 له عتق بتات انتظر بهم فان صح عتقوا من راس
 ماله وان مات ولا مال له غيرهم اقرع بينهم
 واعتق ثلثهم
 قال الشافعي والحجة في ان العتق البتات في
 المرض وصية ان رسول الله ﷺ اقرع بين ستة
 مملوكين اعتقهم الرجل في مرضه وانزل عتقهم
 وصية فاعتق ثلثهم
 قال الشافعي ولو اعتق في مرضه عبدا له عتق
 بتات وله مدبرون وعبيد

الاستذكار ج: 7 ص: 324

اوصى بعتقهم بعد موته بدينار بالذين بت عتقهم
 في مرضه لانهم يعتقون عليه ان صح وليس له
 الرجوع فيها بحال
 وقال الشافعي والقرعة ان تكتب رقاع ثم يكتب
 اسماء العبيد ثم يندق بنادق من طين ثم يجعل
 في كل بندقة رقعة ويجري الرقيق اثلاثا ثم يؤمر
 رجل منهم لم يحضر الرقاع فيخرج رقعة على كل
 جزء وان لم يستووا في القيمة عدلوا وضم قليل
 الثمن إلى كثير الثمن وجعلوه ثلاثة اجزاء قلوها او
 كثروا الا ان يكونوا عبيدين فان وقع العتق على
 جزء فيه عدة رقيق اقل من الثلث اعيدت الرقعة
 بين السهمين الباقيين فأيهم وقع عليه اعتق منه
 باقي الثلث
 قال احمد بن حنبل في هذا كله كقول الشافعي
 سواء
 وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريح قال اخبرني
 سليمان بن موسى قال سمعت مكحولا يقول
 اعتقت امرأة من الانصار عبدا لها ستة لم يكن
 لها مال غيرهم فلما بلغ النبي ﷺ غضب وقال في
 ذلك قولا شديدا ثم دعا بستة فداح فأقرع بينهم

فأعتق اثنين
قال سليمان بن موسى كنت اراجع مكحولاً فأقول
ان كان عبد ثمن الف دينار اصابته القرعة ذهب
المال فقال قف عند امر رسول الله ﷺ قال بن
جريح قلت لسليمان الامر يستقيم على ما قال
مكحول قال كيف قلت يقيمون قيمة فان زاد
اللذان اعتقا على الثلث اخذ منهما الثلث وان
نقصا عتق ما بقي ايضا بالقرعة فان فضل عليه
اخذ منهم
قال ثم بلغنا ان رسول الله ﷺ اقامهم
قال ابو عمر قد روي في حديث بن سيرين عن
عمران بن حصين ان النبي ﷺ جزاهم ثلاثة اجزاء
وهذا يدل على انه اقامهم وعدلهم بالقيمة ولا
يمكن غير ذلك في اخراج الثلث
قال حدثني محمد بن خليفة قال حدثني محمد بن
الحسين قال حدثني عبد الله بن ابي داود قال
حدثني علي بن نصر قال حدثني يزيد بن زريع قال
حدثني هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن
عمران بن حصين ان رجلاً كان له ستة اعبد ولم
يكن له مال غيرهم فأعتقهم عند موته فرفع ذلك
إلى النبي ﷺ فجزاهم ثلاثة اجزاء فأعتق اثنين
وارق اربعة
وهذا كله قول مالك والشافعي واحمد بن حنبل
ومن ذكرنا معهم

الاستذكار ج: 7 ص: 325

وقال ابو حنيفة فيمن اعتق عبدا له في مرضه
ولا مال له غيرهم عتق من كل واحد منهم ثلثه
وسواهما فبقي الباقي
وهو قول الحسن بن حي
وقال ابو حنيفة حكم كل واحد منهم ما دام يسعى
حكم المكاتب

وقال ابو يوسف ومحمد هم احرار وثلثا قيمتهم دين عليهم يسعون في ذلك حتى يؤدوه إلى الورث

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 على الاصول المجتمع عليها او المشهورة المنتشرة والحجة قائمة على من ذهب مذهبهم بالحديث الصحيح الجامع في هذا الباب وليس الجهل بالسنة ولا الجهل بصحتها علة يصح لعقل الاحتجاج بها وقد انكرها قبلهم شيخهم حماد بن ابي سليمان

وروى مؤمل بن إسماعيل عن حماد بن زيد عن محمد بن ذكوان انه سمع حماد بن ابي سليمان وذكر الحديث الذي جاء في القرعة بين الاعد الستة الذين اعتقهم سيدهم في مرضه الذي مات فيه

قال هذا قول الشيخ يعني ابليس فقال محمد بن ذكوان له وضع القلم عن المجنون حتى يفيق فقال له حماد ما دعاك إلى هذا فقال له محمد بن ذكوان وانت ما دعاك إلى هذا قال وكان حماد ربما صرع في بعض الاوقات

قال ابو عمر بنى الكوفيون مذهبهم على ان العبيد المعتقين في كلمة واحدة في مرض الموت قد استحق كل واحد منهم العتق لو كان لسيدهم مال يخرجون من ثلثه فان لم يكن له مال لم يكن واحد منهم احق بالعتق من غيره وكذلك عتق من كل واحد ثلثه وسعى في ثلثي قيمته للورثة لقولهم بالسعاية في حديث ابي هريرة في معسر اعتق حصته من عبد بينه وبين اخر على ما قدمنا ذكره في ما مضى من هذا الكتاب وهذا عندنا لا يجوز ان ترد سنة بمعنى ما في اخرى اذا امكن استعمال كل واحد منهما بوجه ما

وبالله التوفيق والصواب لا شريك له
وفي حديث هذا الباب من الفقه ايضا دليل على
ان الوصية جائزة لغير الوالدين والاقربين لان
عتقهم في العبيد لمرضهم وصية لهم ومعلوم
انهم لم يكونوا بوالدين

الاستذكار ج: 7 ص: 326

لمالكهم المعتق لهم ولا بأقربين له وقد قال بأن
الوصية لا تجوز الا للاقربين غير الوارثين ولا تجوز
لغيرهم ولا عند عدمهم طائفة من التابعين
وسياتي ذكر ذلك - ان شاء الله تعالى في كتاب
الوصايا (1)

وفيه دليل على ان افعال المريض كلها من عتق
وهبة وعطية كالوصية لا يجوز فيها اكثر من الثلث
وقد خالف في ذلك قوم زعموا ان افعال المريض
في راس ماله كأفعال الصحيح ولم يجعلوا ذلك
كالوصايا ويأتي ذكر ذلك كله في الوصايا - ان شاء
الله تعالى

وفيه ايضا ابطال السعاية مع دليل حديث بن عمر
في ذلك والله الموفق

1 (4 - باب القضاء في مال العبد اذا عتق)

1476 - مالك عن ابن شهاب انه سمعه يقول
مضت السنة ان العبد اذا عتق تبعه ماله
قال ابو عمر قالوا انه لم يكن احد اعلم بسنة
ماضية من ابن شهاب الزهري
وقد اختلف العلماء قديما وحديثا في هذه المسألة

فقال اكثر اهل المدينة اذا عتق العبد فماله له
دون السيد
وهو قول مالك واصحابه والليث بن سعد
والاوزاعي
وبه قال الشافعي بالعراق في (القديم) الذي

يرويه الزعفراني عنه
 وحجة من ذهب هذا المذهب حديث عبيد الله بن
 ابي جعفر عن بكير بن الاشج عن نافع عن بن عمر
 عن النبي ﷺ انه قال (من اعتق عبدا له فماله له
 الا ان يشترطه السيد) (2) —
 رواه الليث بن سعد وغيره عن عبيد الله بن عمر
 هكذا باسناده هذا ولم يروه احد من اصحاب نافع
 كذلك وانما الذي عند اصحاب مالك نافع وعبيد الله
 وايوب وغيرهم عن نافع عن بن عمر عن عمر بن
 الخطاب انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع
 الا ان يشترطه المبتاع

الاستذكار ج: 7 ص: 327

هكذا يرويه نافع عن بن عمر عن عمر (1) —
 ويرويه سالم بن عبد الله عن ابيه عن النبي ﷺ من
 رواية بن شهاب وغيره عن سالم (2) —
 وقد روي عن بن عمر في العبد يعتق أنه يتبعه
 ماله وكان يأذن لعبده في التسري
 وقد روي عن عائشة قالت (العبد اذا اعتق تبعه
 ماله)
 وبه قال الحسن البصري وطاوس ومجاهد وعطاء
 والزهري والشعبي والنخعي
 واما خبر عبيد الله بن ابي جعفر فحدثناه عبد الله
 بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني ابو
 داود قال حدثني احمد بن صالح قال حدثني بن
 وهب قال حدثنا بن لهيعة والليث بن سعد عن
 عبيد الله بن ابي جعفر عن بكير بن عبد الله بن
 الاشج عن نافع عن بن عمر قال قال رسول الله
 ﷺ (من اعتق مملوكا وله مال فمال العبد للسيد
 الا ان يشترطه السيد)
 وكل من قال انما مال العبد تبع له اذا اعتق يقول ()
 الا ان يشترطه السيد)

وقال اخرون (اذا عتق العبد فماله لسيدته 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
عبيدا وملكه 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 الولاة 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 باموال 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 و ابو حنيفة والشافعي واصحابهما يقولون مال المكاتب لسيده الا ما اكتسبه في كتابته وولده من سريته وقد مضى ذلك كله في كتاب المكاتب من هـ 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 العتاق)

1477 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال ايما وليدة (2) ولدت من سيدها فانه لا يبيعهها 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 وابن شهاب والى هذا ذهب مالك والثوري والاوزاعي والليث بن سعد و ابو 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 و ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن حي واحمد واسحاق و ابو عبيد و ابو ثور كلهم لا

يجوز عندهم بيع ام الولد
 وكان ابو بكر الصديق وعلي بن عباس وابن الزبير
 وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدري - رضي الله
 عنهم يجيزون بيع ام الولد
 وبه قال داود بن علي
 وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد على
 عهد رسول الله
 ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرنا بن جريح قال
 اخبرنا ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول
 كنا نبيع امهات الاولاد ورسول الله صلى الله عليه وسلم فينا لا يرى
 بذلك بأساً (2)
 قال واخبرنا بن جريح قال واخبرنا عبد الرحمن بن
 الوليد ان ابا إسحاق الهمداني اخبره ان ابا بكر
 الصديق - رضي الله عنه - كان يقول ببيع امهات
 الاولاد في امارته وعمر في نصف امارته
 وقال بن مسعود تعتق في نصيب ولدها وذي
 بطنها
 وقد روي ذلك عن بن عباس وابن الزبير

الاستذكار ج: 7 ص: 330

قال ابو عمر روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في مارية
 سريته لما ولدت ابنه ابراهيم (اعتقها ولدها) (1)
 مع وجه ليس بالقوي ولا يثبت اهل الحديث
 وكذلك حديث بن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
 (ايما امرأة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات)
 (2)
 ولا يصح ايضا من جهة الاسناد لانه انفرد به حسين
 بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس عن عكرمة عن
 بن عباس عن النبي وحسين هذا ضعيف متروك
 الحديث
 والصحيح عن عكرمة انه سئل عن ام الولد فقال
 هي حرة اذا مات سيدها فليل له عن هذا قال

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 وارث جنيتها 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 جريح قال سئل بن
 شهاب عن ام الولد تزني ابيها سيدها قال لا
 يصلح له ان يبيعها سيدها ولكن يقام عليها حد
 الامنة
 وروى الثوري عن ابي حصين عن مجاهد قال لا
 يرقها حد
 ومعمر عن ايوب عن اياس بن معاوية انه كتب إلى
 عمر بن عبد العزيز في ام الولد تزني قال وارانني
 اياس جواب عمر ان اقم عليها الحد لا تزدها عليه
 ولا تسرق
 قال ابو عمر ذكرت هذا لانه قد روى معمور عن
 ايوب عن بن سيرين عن ابي العجماء عن عمر انها
 اذا زنت رقت وجمهور العلماء القائلين بان لا تباع
 ام الولد على خلاف هذا الحديث يرون عليها اقامة
 الحد حد الامنة ولا تسرق
 قال ابو عمر احتج الذين اجازوا بيع ام الولد من
 اهل الظاهر بان 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 بان الامنة
 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
فأقعدتها 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 وولاه له
وقال الليث يعتق عليه وولاه 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
فسي 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 (أو ضربه حدا لم يأت فكفارته عتقه) (1) - قالوا وقد يكون من الضرب ما يكون مثله فلم يعتقه رسول الله ﷺ وإنما قال (كفارته ذلك) فعدل على أنه لم يعتق قال أبو عمر ليس هذا بين من الحجة والحجة لمالك ومن قال بقوله حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زبعا ابا روح بن زبعا وجد غلاما

الاستذكار ج: 7 ص: 333

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 بن 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 أبو عمر اما قوله في الذين عليهم الدين ان يحيط 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 واقرارته 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 عن الشافعي واحتج
بالاجماع على ان له ان يطاء جاريته ويحبها ولا يرد
شيء انفقه من مال فيما شاء حتى يضرب الحاكم
على يده ويحجر عليه
وقال الثوري والحسن بن حيي اذا حبسه القاضي
لم يكن محجورا عليه حتى يفلسه القاضي فيقول
(لا احيى لـ لك اميرا)
وقال الطحاوي الحبس لا يوجب الحجر واحتج
بقول رسول الله ﷺ

الاستذكار ج: 7 ص: 334

للدائنين (خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك)
فخالف اصحابه ومال إلى قول الثوري وما كان
مثله وسنزيد هذه المسألة بيانا في الاقضية ان
شاء الله تعالى
واما قوله لا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتلم او يبلغ
ما يبلغ المحتلم فالاحتلام معلوم
وقوله او يبلغ مبلغ ما يبلغه المحتلم فان من
الرجال من لا يحتلم ولكنه اذا بلغ سنا لا يبلغها الا
المحتلم حكم له بحكم المحتلم
وقد اختلف العلماء في حد البلوغ لمن لا يحتلم
فقال مالك البلوغ والانبات او الاحتلام او الحيض
في الجارية الا انه لا يقيم الحد بالانبات حتى
يحتلم او يبلغ من السن ما يعلم ان مثله لا يبلغه
حتى يحتلم فيكون عليه الحد هذه رواية بن
القاسم وتحصيل مذهب
وقال الشافعي يعتبر في المجهول الاولاد الانبات
وفي المعلوم بلوغ خمس عشرة سنة
وهو قول بن وهب وبن الماجشون
وبه قال الاوزاعي وابو يوسف ومحمد في الغلام
والجارية جميعا
وحجتهم ان رسول الله ﷺ امر بقتل من انبت من
سبي قريظة واستحيى من لم ينبت (1) -

وروى نافع عن اسلم ان عمر بن الخطاب كتب إلى امرء الاجناد (الا يضربوا الجزية الا على من جرت عليه المواسمي) وقال عثمان في غلام سرق انظروه فان كان خضرم برزه 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 أبو 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 صلى الله عليه وسلم 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 فأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم (اين الله) فقالت في السماء فقال (من انا) فقالت انت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (اعتقها) قال أبو 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 فرما 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 الازاعي 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

الاستذكار ج: 7 ص: 336

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

الحديث إلى قوله (انها مؤمنة فأعتقها)
وقد ذكرنا حديث الاوزاعي وغيره بالاسانيد
الصحيح فـ في (التمهيد)
واما قوله في هذا الحديث للجارية ابن الله فعلى
ذلك جماعة اهل السنة وهم اهل الحديث ورواته
المتفقهون فيه وسائر نقلته كلهم يقول ما قال
الله تعالى في كتابه الرحمن على العرش استوى
طه 5 وان الله عز وجل في السماء وعلمه في كل
مكان وهو ظاهر القران في قوله عز وجل ءامنتم
من في السماء ان يخسف بكم الارض فاذا هي
تمور الملك 16 ويقول عز وجل إليه يصعد الكلم
الطيب والعمل الصالح يرفعه فاطر 10 وقوله
تعرج الملائكة والروح إليه المعارج 4
ومثل هذا كثير في القران وقد اوضحنا هذا
المعنى في كتاب الصلاة عند ذكر حديث التنزيل
بما لا معنى لتكراره ها هنا وزدنا ذلك بيانا في هذا
الباب فـ في (التمهيد) أيضا
وليس في هذا الحديث معنى يشكل غير ما وصفنا
ولم يزل المسلمون اذا دهمهم امر يقلقهم فزعوا
إلى ربهم فرفعوا ايديهم وواجههم نحو السماء
يدعونه ومخالفونا ينسبوننا في ذلك إلى التشبيه
والله المستعان ومن قال بما نطق به القران فلا
عيب عليه عند ذوي الالباب
روينا ان ابا الدرداء ابطأ عن الغزو عاما فأعطى
رجلا صرة فيها دراهم وقال

الاستذكار ج:7 ص:337

انطلق فاذا رايت رجلا يسير مع القوم في ناحية
عنهم في هيئة بذادة فادفعها إليه
قال ففعل فرفع الذي اعطى الصرة راسه إلى
السماء وقال اللهم انك لم تنس جريرا فاجعل
جريرا لا ينسك
قال فرجع الرجل إلى ابي الدرداء واخبره فقال
ابو الدرداء عرف الحق لاهله واولى النعمة اهلها

واما حديث مالك في هذا الباب عن بن شهاب عن
 عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود فوجود
 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 (اتشهادين
 ان لا اله الا الله) قالت نعم قال (اتشهادين ان
 محمدا رسول الله) قالت نعم قال (اتوقنين
 بالبعث بعد الموت) قالت نعم فقال رسول الله
 ﷺ (اعتقها)
 ورواه بن القاسم وابن بكير باسناده مثله الا انهما
 لم يذكرها (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 ﷺ (اتشهادين)
 وذكر الحديث
 وفائدة الحديث قوله ان علي رقبة مؤمنة ولم
 يقله القعنبي الا ان في الحديث ما يدل على
 المراد بقوله اتشهادين بكذا
 ولم يخلف رواة (الموطأ) في ارسال هذا
 الحديث

ورواه الحسين بن الوليد عن مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ بلفظ حديث (الموطأ) سواء وجعله متصلا عن أبي هريرة مسندا ورواه الحسن هذا أيضا عن المسعودي عن عون بن عبد الله بن عتبة عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله إلا أنه زاد فيه عن المسعودي فقال رسول الله ﷺ (اعتقها فانها مؤمنة)

وليس في (الموطأ) 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 الأنصار أنه جاء بامة له سوداء فقال يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة فإن كنت تراها مؤمنة اعتقها وساق الحديث مثل رواية يحيى إلى آخره

وفي حديث مالك عن ابن شهاب في هذا الباب من الفقه أن من شرط الشهادة التي لا يتم الإيمان إلا بها الإقرار بالبعث بعد الموت بعد شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وقد أجمع المسلمون على أن من أنكر البعث بعد الموت فليس بمؤمن ولا مسلم ولا ينفعه ما شهد به

وفي ذلك مع ما في القرآن من تأكيد الإقرار بالبعث بعد الموت ما يغني ويكفي ولا خلاف علمته فيمن جعل على نفسه رقبة مؤمنة نذرا لله أن يعتقها أنه لا يجزئ عنه إلا مؤمنة

وكذلك لا يجزئ عند الجميع في كفارة قتل الخطأ إلا 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
فقال 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

الاستذكار ج: 7 ص: 339

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 فيجزي 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 فهني تجزي
وكذلك قال الزهري قال الازاعي سألت الزهري
أيجزئ عتق الصبي المرضع في كفارة الدم قال
نعم لانه ولد على الفطرة وهو قول الازاعي
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
المؤمننة 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

الاستذكار ج: 7 ص: 340

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
بـ
والثوري عن يونس عن الشعبي مثله
وهو قول الحسن وقتادة وما خالفه فضرب من
الشـ
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 ولدد زينة 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 باممة ان ترجم حتى تضعه ورواه بن وهب عن معاوية بن صالح عن علي بن ابي طلحة عن بن عباس وقد ذكرناه في (التمهيد) باسناد 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 قرأت ولا تزر وازرة وزر اخرى الانعام 164 الاسراء 15 فاطر 18 الزمم 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 يروي عن امرانه قال لان احمل على نعلين في سبيل الله احب من ان اعتق ولدد زينة 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
ككبير رجلا صدق
وعن بن جريج ايضا قال قلت لعطاء الرقبة
المؤمنة الواجبة أيجزىء فيها مرضع قال نعم قلت
وكيف ولم يصل وراجعتة فقال ما اراه الا مسلما
وديتهه ديتهه ابيتهه
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 يجزىء في الظهار صبي مرضع
قال ابو عمر فاذا لم يجز في الظهار فاحرى الا
يجزىء 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 تشتري 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

ويشترط ان يعتقه
قال ابو عمر قول الشافعي في هذا كقول مالك

الاستذكار ج: 7 ص: 342

ذكر المزني عن الشافعي قال لا يجزئ في رقبة واجبة ان اشترط ان يعتق لان ذلك يضع من ثمنها واجاز ذلك الكوفيون لانها رقبة تامة سالمة من العيوب المفسدة
قال مالك (1) ان احسن ما سمع في الرقاب الواجبة انه لا يجوز ان يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا ام ولد ولا معتق إلى سنين ولا اعمى ولا باس ان يعتق النصراني واليهودي والمجوسين تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما منا بعد واما فداء محمد 4 فالمن العتاق
قال مالك فاما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا رقبة مؤمنة قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي ان يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها احد على غير دين الاسلام قال ابو عمر اما اختلاف العلماء في جملة ما يجزئ في الرقاب الواجبة فقد اوضح مالك مذهبه في موطنه وهي جملة خولف في بعضها وتابعه اكثر العلماء على اكثرها ونحن نذكر اقوالهم جملة على حسب ما ذكره مالك بعد ذكر ما ذكره بن القاسم وغيره عن مالك مما لم يذكره في موطنه

قال مالك يجزئ الاعرج اذا كان خفيف العرج وان كان شديدا لم يجزئ ولا يجزئ اقطع اليدين ولا الرجلين ويجزئ اقطع اليد الواحدة والاعور ولا يجزئ الاجدع ولا المجنون ولا الاصم ولا الاخرس قال بن القاسم وقياس قول مالك الا يجزئ الا برص لان الاصم ايسر شانا منه قال بن القاسم ولا يجزئ الذي يجن ويفيق

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 اضرازا بينا
ولا يجزئ الاعمى ولا المقعد ولا الاشل الرجل
ويجزئ الاصم والخصي والمريض الذي ليس به
ممرض 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 يجر ولا يجوز الاعمى ولا المقعد ولا
المقطوع اليدين ولا المقطوع الرجلين ولا
المقطوع اليد والرجل من جانب واحد فاما 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 الخطايا
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

يمش
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 واثركي 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 للحسين عمن الميمنت 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 كما 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

عن هشام بن عروة عن ابيه عن ابي مرواح عن
ابى ذر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
ورواه جماعة الرواة كذلك عن مالك عن هشام بن
عروة عن ابيه عن ابي مرواح عن ابي ذر مسندا
وقد ذكرنا كثيرا من الطرق بذلك في (التمهيد)
وهو الصواب عند اهل العلم بالحديث
ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري عن
هشام بن عروة عن ابيه عن ابي مرواح الغفاري
عن ابي ذر قال قلت يا رسول الله أي الرقاب
افضل قال (انفسها عند اهلها واغلاها اثمنا)
وكذلك رواه بن عيينة والمدراوردي ووكيع ويحيى
القطان وسائر اصحاب هشام بن عروة
حدثنا احمد بن قاسم وعبد الوارث بن سفيان قالا
حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا الحارث بن ابي
اسامة قال حدثنا ابو نعيم قال حدثنا سفيان عن
هشام بن عروة عن ابيه عن ابي مرواح عن ابي ذر
قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الرقاب افضل قال
(انفسها عند اهلها واغلاها ثمنا)
1487 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه
اعتق ولدا زنا وامه
واما عتق بن عمر لولد وامه فقد ذكرنا عن بن
عباس مثل ذلك وتقدم من رواية مالك عن ابي
هريرة وفضالة بن عبيد مثله ايضا وعليه جمهور
العلماء ولا يختلفون ان عتق المذنب ذي الكبيرة
جائر وان ذنوبه لا تنقص من اجر معتقيه وكذلك
ولد الزنى لان ذنوب ابويه ليس شيء منه معدودا
عليه بدليل قول الله عز وجل ولا تزر وازرة وزر
اخرى الانعام 164 ولا تكسب كل نفس الا عليها
الانعام 164

وقد اجمع العلماء على جواز عتق الكافر تطوعا
فالمسلم المذنب اولى بذلك
واما ما يجوز في الرقاب الواجبة فقد مضى

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 ساج في بني
اسرائيل اربعين سنة اري شيئا قال فساج 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 صلى الله عليه وسلم انها قالت جاءت بريرة
فقالتي اني كاتبتي اهلي (1) على تسع اواق في
كل عام اوقية فاعينيني فقالت عائشة ان احب
اهلك ان اعدتها لهم عنك عدتها ويكون لي ولاؤك
فعلت فذهبت بريرة إلى اهلها فقالت لهم ذلك
فابوا عليها فجاءت من عند اهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم
جالس فقالت لعائشة اني قد عرضت عليهم ذلك
فابوا علي الا ان يكون الولاء لهم فسمع ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالها فاخبرته عائشة فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم خذها 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 عمران
عائشة ام المؤمنين ارادت ان تشتري جارية
تعتقها فقال اهلها نبيعتها على ان ولاءها لنا

فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال (لا يمنعك 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 ﷺ فقال رسول الله ﷺ
(اشترئها واعتقيها فانما الولاء لمن اعتق)

1491 - مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله
بن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن
هبتها

قال مالك في العبد يتباع 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 ﷺ قال (الولاء لمن اعتق

(ونهى رسول الله ﷺ عن بيع المولاء 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 والنهي
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 يتتغون
الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم الاية النور 33
وان الامة ذات زوج كانت او غير ذات زوج داخله
في حديث بريرة في عموم الاية لانها كانت ذات
زوج لا خلاف في ذلك
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 فراقه بغير
ارادته اذا ادت وعتقت وخيرت فاخترت 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 زوجيتهما كان بهذا
المعنى جائزا له كتابتها على رغم زوجها
وفيه دليل على ان به يجوز للسيد مكاتبه 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

فقال يا عائشة اني كاتب 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 ابتدأت بالسؤال من حين كوتبت ولم
يقبل النبي ﷺ هل لها مال او عمل واجب او مال
ولو كان هذا واجبا لسأل عنه ليقع علمه عليه لانه
بعث مبينا ومعلما -

الاستذكار ج: 7 ص: 350

وفيما وصفنا دليل على ان قول من تناول قول
الله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا النور 33 ان
الخيرها 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 لـــــــه
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 معاملته الناس للناسائل

وقد روي ايضا عن النبي ﷺ من حديث سهل بن حنيف وغيره انه قال (من اعان غارما في عسرتة 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 تناول 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 الخيرها هنا الصلاة والصالح 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 وابن عمر ومسروق مثل ذلك وقد ذكرنا ما للعلماء من التنازع في وجوب كتابة العبيد اذا ابتغوا ذلك من ساداتهم وعلموا فيهم

خيرها في كتاب المكاتب
واما قولها (كاتبت اهلي على تسع اواق) فقد
ذكرنا مبلغ الاوقية والاصل فيها في كتاب الزكاة
واما قولها في كل عام اوقية ففيه دليل على ان
الكتابة تكون على النجم وهذا جائز عند الجميع
واقبل الانجم ثلاثة
واختلفوا في الكتابة اذا وقعت على نجم واحد
فاكثر اهل العلم يجيزونها على نجم واحد
وقال الشافعي لا تجوز على نجم واحد ولا تجوز
حالة البتة لانها ليست كتابة وانما هو عتق على
صفة كتابة كانه قال اذا اديت الي كذا وكذا فانت
حر وقد احتج بقولها في هذا الحديث في كل عام
اوقية
ومن اجاز النجامة في الديون كلها على مثل هذا
في كل شهر كذا ولا يقول في اول الشهر او في
وسطه او في اخره لان رسول الله ﷺ لم يقل انها
كتابة فاسدة ومعلوم ان المكاتب منفرد بكسبه
كالاجنبي ليس كالعبد
وابى ذلك اكثر الفقهاء حتى يقول في اول
الشهر او في وسطه او عند انقضائه او يسمي
الوقت من الشهر او العام لنيه ظرياً عن البيع
المؤجل إلى اجل معلوم ونهيه عن بيع حبل حبله
وهي إلى حين تباع الناقة ونتاج نتاجها وقالوا
ليس معاملة السيد لمكاتبه كالبيوع لانه لا ربا بين
العبد وسيده (المكاتب عبد ما بقي عليه من
كتابته شيء

الاستذكار ج: 7 ص: 352

واما قول عائشة (ان احب اهلك ان اعدتها لهم
عددتها ففيه دليل على ان العبد في الدراهم
الصحيح يقوم مقام الوزن وان البيع والشراء بها
جائز من غير ذكر الوزن لانها لم تقل أزنها لهم
وهذا على حسب سنة البلد وعلم ذلك فيه وليس

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 في نفسه داخله
 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 اعدتها 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 بابتياح

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 (خذها
(أي خذها بالابتضاع ثم اعتقها
ويصح 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 فابى 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
وتصحح 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 (اشترها
واعتقها فانما الولاء لمن اعتق)
وهذه الرواية عن عائشة موافقة لحديث بن عمر
ففي ذلك
وكذلك في حديث بن شهاب ما يدل على ان
رسول الله ﷺ امرها بالشراء ابتداء وتعتقها بعد
ذلك ويكفون 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
 واشترط اهل بريرة الولاء بعد بيعهم لها للعتق
 خطبهم رسول الله ﷺ منكرًا لذلك وقال (ما بال
 رجال يشترطون شروطًا 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 عقت كتباته
 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

فأشترط 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 فعلها
 وكقوله اولئك لهم اللعنة الرعد 25 أي عليهم
 وقوله تعالى فمن يجادل الله عنهم يوم القيامة
 ام من يكون عليهم وكيلا النساء 109 قوله عليهم
 بمعننى لهم

ويجوز ان يكون معناه الوعيد والتهاون لمن خالف ما امر به كقوله تعالى واستغفر 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 الولاة كالنساء لا يباع ولا يوهب لانه لا يجوز في صفته صلى الله عليه وسلم ان ينهى عن شيء ثم يأتيه وانما معناه اشترطي لهم الولاة فان اشترطهم اياه بعد علمهم بان اشترطهم لا يجوز غير نافع لهم ولا جائز في الحكم لانه صلى الله عليه وسلم امر باشتراط الولاة لهم ليقع البيع بينها وبينهم فيبطل الشرط ويصح البيع وهم غير عالمين بان اشترطهم ذلك لانفسهم غير جائز لهم لان هذا مكر وخديعة والرسول صلى الله عليه وسلم ابعد الناس من هذا ومن ان يفعل ما نهى عن فعله وان يرضى لغيره ما لا يرضى لنفسه ومن ظن ذلك برسول الله صلى الله عليه وسلم فكافر بطعنه على النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان هذا القول منه تهديدا ووعيدا لمن رغب عن سنته وحكمه من تحريم بيع الولاة 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 المذكور 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

الشرط ويصح البيع
وهذا عند مالك - رحمه الله - في شيء دون شيء
يطول شرح مذهبه في ذلك ويأتي كل في موضعه
من البيوع ان شاء الله تعالى
ومن قال من اهل العلم من يرى ان الشرط
الفاسد يفسد البيع ومنهم من يرى انه لا ينعقد
بيع ولا شرط اصلا ومنهم من يرى ان الشرط لا
يضر البيع كائنا ما كان
وهذه اصول يحتمل ان يفرد لها كتاب
وقد ذكرنا في (التمهيد) خبر عبد الوارث بن
سعيد الثوري قال قدمت مكة فوجدت ابا حنيفة
وبن ابي ليلى وبن شبرمة فسألت ابا حنيفة
فقلت ما تقول في رجل باع بيعا وشرط شرطا
فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت بن ابي
ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم
اتيت بن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط
جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق
اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت ابا حنيفة
فأخبرته فقال لا ادري ما قال حدثني عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ نهى عن بيع
وشرط البيع باطل ثم اتيت بن ابي ليلى فأخبرته
فقال لا ادري ما قال حدثني هشام بن عروة عن
ابيه عن عائشة قالت (امرني رسول الله ﷺ ان
اشترى بريرة فأعتقها وان اشترط اهلها الولاء
فانما الولاء لمن اعتق) البيع جائز والشرط باطل
ثم اتيت بن شبرمة فأخبرته فقال لا ادري ما قال
لك حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن
جابر قال بعث من النبي ﷺ ناقه وشرط لي
حملانها او ظهرها إلى المدينة) البيع جائز
والشرط جائز
وروى إسماعيل بن إسحاق قال حدثني ابو ثابت

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

الاستذكار ج: 7 ص: 356

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 المدارقطني انفرد اسماعيل 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
بالباطل
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

حكيم رسول الله ﷺ وهذا يدل على ان السجع كلام كسائر الكلام فحسبته حسن وقبيحه قبيح وفي قوله (انما الولاء لمن اعتق) ما ينفي ان يكون الولاء إلى المعتق الا لمن اعتق فينبغي بظاهر هذا القول ان يكون الولاء للذي يسلم على يديه وللملتقط

الاستذكار ج: 7 ص: 357

فأما الذي يسلم على يديه رجل او يواليه فقال مالك لا ميراث للذي اسلم على يديه ولا ولاء له وميراث ذلك المسلم اذا لم يدع وارثا لجماعة المسلمين وهو قول الشافعي والثوري وابن شبرمة والاوزاعي وحجتهم قول النبي ﷺ (انما الولاء لمن اعتق) ينفي ذلك ان يكون الولاء إلى المعتق وهو قول احمد وداود وقال ابو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من اسلم على يدي رجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له فميراثه لوالاه وقال الليث من اسلم على يدي رجل فقد ووالاه وميراثه له اذا لم يدع وارثا وهو قول ربيعة ويحيى بن سعيد الا ان يحيى بن سعيد قال ذلك فيمن جاء من ارض العدو كافرا فأسلم على يدي رجل من المسلمين ان له ولاءه قال واما من اسلم من اهل الذمة على يدي رجل مسلم فولأه لجماعة المسلمين ولم يفرق ربيعة ولا الليث بين الذمي واهله ووجه من ذهب مذهب ابي حنيفة وربيعه حديث تميم الداري قال (سألت رسول الله ﷺ عن المشرك يسلم على يدي المسلم فقال هو اولى الناس واحق الناس واولاهم بمحياه ومماته)

(
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
وهيب عن تميم السدري
قال ابو عمر وحديث الولاء لمن اعتق اصح
وسنذكر ميراث اللقيط وولائه في كتاب الاقضية
عند ذكر حديث بن شهاب عن سنين بن جميلة - ان
شَاء 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 يتباع نفسه من سيده
على انه يوالي من شاء فان ذلك لا يجوز لان الولاء
لمن اعتق بقول صحيح يشهد له قول رسول الله
(انما الولاء لمن اعتق) ونهيه صلى الله عليه وسلم عن 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 موالة 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 وابن مسعود انهم
اجازوا المـوالاة 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 بـتة 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 ولاءه بحضرته ما لم يعقل
عنه وان اسلم على يدي رجل ولم يعقل عنه ولم
يواله لم يرثه ولم يعقل عنه
وهو قول الحكم وحماد وابراهيم
وهذا كله فيمن لا عصابة له ولا ذورحم
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 الـولاء عنه سواء كان بامرته او
بغير امرته
وقال اشهب الـولاء للمعتق وسواء امره بذلك او
لم يامر به
وهو قول الليث والاوزاعي
وحجة مالك حديث ابن 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 فني حـق

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 اقتـــــــد الانعام 90

وقال الشافعي اذا اعتقت عبدك عن رجل حي او ميت بغير امره فولاءه لك وان اعتقته عنه بامرهم بعوض او بغير عوض فولأؤه 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 طائفة (الولاء لمن اعتق) يدخل فيه الذكر والانثى والواحدة والجماعة لانه من يصلح له كله الا ان السفية 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 امرأة حرة فلما اعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي امهم بل

هم موالينا فاختصموا إلى عثمان بن عفان
فقضى عثمان للزبير بـولائهم
1493 - مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل
عن عبد له ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال
سعيد ان مات ابوهم وهو عبد لم يعتق فولائهم
لموالى امهم
قال مالك ومثل ذلك ولد الملائنة من الموالى
ينسب إلى موالى امه فيكونون هم موالىه ان مات
ورثوه وان جر جريرة (1) عقلوا عنه (2) فان
اعترف به ابوه الحق به وصار ولاؤه إلى موالى
ابيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد ابوه
الحـ

قال مالك وكذلك المرأة الملائنة من العرب اذا
اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار بمثل هذه
المنزلة الا ان بقية ميراثه بعد ميراث امه واخوته
لامه لعامة المسلمين ما لم يلحق بابيه وانما ورث
ولد الملائنة المولاة موالى امه قبل ان يعترف به
ابوه لانه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبة
صـار إلى عصبته
قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في ولد العبد
من امرأة حرة وابو العبد حر ان الجد ابا العبد يجر
ولاء ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم ما دام
ابوهم عبدا فان عتق ابوهم رجع الولاء إلى موالىه
وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان
العبد كان له ابنان حران فمات احدهما وابوه عبد
جر الجد ابو الاب الولاء والميراث
قال ابو عمر هكذا رواه يحيى وابن بكير وطائفة
ورواه مطرف وابو مصعب وغيرهما عن مالك
بابين من هذا قالا (جر الجد الولاء وكان الميراث
بينهما) وهذا صحيح لانه ميراث مال لا ميراث ولاء

واما قوله وجر الجد الولاء إلى موالىه فمعلوم انه
يجره اليهم اذا لم يكن وارث يحجبه عنهم

قال ابو عمر اما حديث مالك عن ربيعة في قصة الزبير رواه الثوري وابن جريح 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 بنيتها من الزوج العبد ان اعتق بعينه فروي عن جماعة من العلماء ان ولاءهم لموالي امهاتهم لا يجزئ له الاب ان اعتق وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وممن قال ذلك عطاء وعكرمة بن خالد ومجاهد وابن شهاب وقبيصة بن ذؤيب وقضى به عبد الملك بن مروان في اخر خلافته لما حدث به قبيصة عن عمر بن الخطاب وكان قبل ان يقضى فيه بقضاء مروان ان الولاء يعود لموالي ابيهم ان اعتق وروي عن عمر بن عبد العزيز وميمون بن مروان مثل ذلك وروي معمر عن الزهري قال لا يتحول ولاؤهم إلى ماله 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 حر ولاء ولده إلى مواليه وانتقل ولاؤهم عن امهاتهم وعنه من 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
العزير
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 امرأة حرة يرثه ما دام ابوهم عبدا فان
اعتق ابوهم رجع الولاة 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 الولاة قالوا في ولد العبد من امرأة حرة
اذا كان العبد حيا لم يجر الولاة
وحجتهم ان ولد العبد لا يكون مسلما باسلام جده
وان اباه لو لاعن امة لم يستخلفه الجر فكذلك لا
يلحق بولاه
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 جـ ر 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 الـولاء لمعتقه

قال مالك (2) في العبد يستأذن سيده ان يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان ولاء العبد المعتق لسيد العبد لا يرجع ولاءه لسيدته الذي اعتقه وان عتق قال ابو عمر يتفق في هذه المسألة 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 الولاة)

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 بنتين له ثلاثة اثنان لام ورجل لعله (1) فهلك احد اللذين لام وترك مالا وموالي فورثه اخوه لايه وامه ماله وولاه مواليه ثم هلك الذي ورث المال وولاه الموالي وترك ابنه واخاه لايه فقال ابنه قد احرزت (2) ما كان ابي احرز من المال وولاه 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
فقضيتي لاخييه بـولاء المـوالي
1495 - مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب قال
في رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك مـوالي
اعتقهم هو عتاقة ثم ان الرجلين من بنيه هلكا
وتركا اولادا فقال سعيد بن المسيب يرث المـوالي
الباقي من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد اخوته
ففي ولاء المـوالي شرع سـواء
قال ابو عمر هذا المعنى هو الذي يسميه العلماء
المـوالاة 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 وربيعه
وسائر اهل المدينة
واليه ذهب مالك وابو حنيفة والشافعي واصحابهم
والثوري والاوزاعي والليث واحمد واسحاق وابو
عبيد وابو ثور كل هؤلاء يقول ان الـولاء 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 الـولاء يورث كما
يورث المال وان من احرز من المال شيئا احرز
مثلته من ولاء المـوالي الا النساء
وبه قال شريح وطائفة من اهل البصرة قد ذكرنا
بعضهم عند ذكر ربيعه في باب الخيار من كتاب
الطلاق
واختلفوا في السيد المعتق اذا ترك اباه وابنه ثم
مات المـولي المعتق
فقال ابراهيم النخعي والاوزاعي وعبيد الله بن

الحسن واحمد واسحاق وابو يوسف القاضي لابييه 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 فاختم عليه نفر من جهينة ونفر من بني الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بني الحارث بن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالي فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولواء الموالي قد كان ابنها احزره فقال الجهنيون ليس كذلك انما هم موالي صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى ابان بن عثمان للجهنيين بـ ولاء المـوالي قال ابو عمر هذا ايضا من باب الولاء لكبير وقد اختلف اهل العلم في المرأة 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 مواليتها فكما يعقلون عنها فكذلك يرثون مواليتها

الاستذكار ج: 7 ص: 365

واحتجوا بما روي عن علي - رضي الله عنه - حين خاصم الزبير في موالى صافية امه وروي 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

وقته قادة
واليه ذهب مالك والشافعي والثوري والاوزاعي وابو حنيفة وابو يوسف ومحمد واحمد واسحاق ثم اختلفوا في ولد المرأة اذا ماتوا وانقرضوا هل يرث ذلك عنهم عصبتهم او ينصرف الولاء إلى عصبة المرأة
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 المرأة فلا يعود إلى عصبتها ابدا ويرثه عن الابن بنوه دون عصبة المرأة لان الولاء قد احرزها 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 ﷺ 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 المرأة تموت وتترك موالي ان الميراث منهم لولدها والعقل عليه

وبه كان يقضي بن ابي ليلي

قال ابو عمر هذا شذوذ في ايجابه العقل على الابن وولده عصيته 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 استحسنته 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 ليومه 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 يأخذ مال مولى اعتقه سائبة
وامر به فاشترى 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 صلى الله عليه وسلم (انما الولا لمن اعتق) ونهيه
عن بيع الولا وعن هبته (1)

وقال صلى الله عليه وسلم (الولا كالنسيب 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 يسيون انما
كانت تسبب 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 وابن
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 الولا 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 له الولاء يوم اعتقه قال مالك (4) وان كان لليهودي او النصراني ولد مسلم ورث موالى ابيه اليهودي او النصراني اذا اسلم المولى المعتق قبل ان يسلم الذي اعتقه وان كان المعتق حين اعتق مسلما لم يكن لولد النصراني او اليهودي او المسلمين من ولاء العبد المسلم شيء لانه ليس لليهودي ولا للنصراني ولاء فولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين

قال ابو عمر على ما رواه مالك وذهب إليه في النصراني يعتق عبده اذا اسلم قبل ان يباع عليه جماعة اصحابه

الاستذكار ج: 7 ص: 368

واما جمهور العلماء فمذهبهم ان ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني لسيده النصراني لان الولاء نسب من الانساب لا يباع ولا يوهب ولكنه ليس يرثه ان مات لاختلاف الدينين كما لا يرث الاب ابنة ولا الابن اباه لو اسلم احدهما والاخر كافر لقوله ﷺ (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) (1) فان اسلم الاخر بعد اسلام الاول منهما ورثه فكذلك الولاء اذا اعتق كافر مسلما لم يرثه الا ان يسلم فان اسلم ورثه هذا قول الشافعي وابي حنيفة واصحابه والثوري واحمد واسحاق وابي ثور وبه اقول وقد اجمع المسلمون على ان عتق النصراني او اليهودي لعبده المسلم صحيح نافذ جائز عليه واجمعوا انه اذا اسلم عبد الكافر فبيع عليه ان ثمنه يدفع إليه فدل على انه على ملكه بيع وعلى ملكه ثبت العتق له الا ان ملكه غير مستقر لوجوب بيعه عليه فذلك والله اعلم لقول الله عز وجل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا النساء 141 يريد الاسترقاق والملك والعبودية

ملكا مستقرا لانه اذا فطن لملكه له بيع عليه
وقد اختلف العلماء في شراء الكافر العبد المسلم
على قسطين
احدهما ان البيوع مفسوخ
والثاني ان البيوع 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 يخرج
الىنا 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 الىنا مسلمين فللعبد ان يوالي
من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق
وقد قال بن القاسم اذا خرج العبد المعتق الىنا
مسلماً ثم خرج سيده مسلماً عاد إليه الولاء
وقال اشهب لا يعود إليه الولاء ابداً لانه لما خرج
مسلماً قبل سيده ثبت ولاؤه للمسلمين

روي عن النبي ﷺ انه اعتق عبداً خرجوا إليه من
الطائف مسلمين ثم اسلم ساداتهم فلم يرجع
اليهم ولاؤهم (1)
وهؤلاء لم يكن واحد منهم اعتق قبل الخروج وانما
ملكوا انفسهم بخروجهم كما كان يملكهم
المسلمون لو سبواهم 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 راى قال ابو عمر على هذا راى 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 ادبت 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 ادبت الي جميع كتابتك فانت حر ويعتق اذا ادى ذلك اليه
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 عروة
 عن عائشة ان بريرة جاءت تستعينها في كتابتها
 ولم تكن قضت من كتابتها شيئا
 ورواه مالك عن بن شهاب عن هشام بن عروة عن
 ابيه عن عائشة انها قالت (جاءني بريرة فقالت
 اني كاتب اهلي على تسع اواق في كل عام
 اوقية فاعينيني فقالت عائشة ان احب اهلك ان
 اعدّها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت)
 وفي حديث يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة
 قالت (ان احب اهلك ان اصب لهم ثمنك صبة
 واحسدة واعتقك فعلت)
 فهذا يدل ويبين ان المكاتب عبد جائز بيعه للعتاق
 اذا عقدت كتابته ولم يؤد منها شيئا وانه لو كان
 يعقد كتابته حرا غريما من الغرماء لم يجز بيعه
 عند اكتمال العلماء
 وسنذكر اختلافهم في جواز بيع المكاتب للعتق
 قبل ان يعجز وبعد ذلك في موضعه ان شاء الله
 تعالى
 فهذا وجه واحد من وجوه اختلاف السلف في حكم
 المكاتب وقول من اقوالهم
 وقول ثان انه اذا عجز يعتق منه بقدر ما ادى
 ويورث ويرث ويؤدي بقدر ما ادى من الكتابة
 روي هذا عن النبي ﷺ وعن علي - رضي الله عنه
 وهو حديث يرويه يحيى بن ابي كثير عن عكرمة
 عن بن عباس ان رسول الله ﷺ قال يؤدي
 المكاتب بقدر ما ادى حرا وبقدر ما رق منه دية
 عبدا (2)
 هكذا رواه مسندا متصلا عن يحيى بن ابي كثير
 هشام الدستوائي وعمر بن راشد ومعاوية بن
 سلام وغيرهم

قال ابو عمر حدثناه سعيد وعبد الوارث قالا
حدثني قاسم قال حدثني محمد بن وضاح قال
حدثني ابو بكر بن ابي شيبه 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 مكاتبها
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) -
وايوب عن عكرمة ان عليا قال المكاتب يعتق منه
بقدر ما ادى
فان قيل ان قتادة عن خلاس عن علي والحجاج
بن اربعة 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 مكاتبها 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
فـ 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 يعد
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

وشريحا كانا يقولان اذا ادى الثلث فهو غريم
قال الثوري واما مغيرة فاخبرني عن ابراهيم ان
بن مسعود قال اذا ادى ثمنه فهو غريم
قال ابو عمر اختلف عنه بن مسعود فيه من رواية
الشعبي ورواية ابراهيم ايضا
ذكر ابو بكر بن ابي شيبه قال حدثني حفص عن
الاعمش عن ابراهيم واشعث وعن الشعبي قالا
قال عبد الله اذا ادى المكاتب ثلث كتابته فهو
غريم

الاستذكار ج: 7 ص: 374

وقد تقدم من رواية المغيرة عن ابراهيم ان بن
مسعود قال اذا ادى ثمنه فهو غريم
وقول سابع ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
وما بقي عليه شيء
روي ذلك عن بن عمر من وجوه وعن زيد بن ثابت
وعائشة وام سلمة لم يختلف عنهم في ذلك
ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرنا الثوري قال
اخبرنا طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي قال
وقال زيد بن ثابت المكاتب عبد بقي عليه درهم
ووكيع عن اسماعيل عن الشعبي عن سفيان بن
ابي نجيح عن مجاهد جميعا عن زيد بن ثابت مثله
وعن معمر عن عبد الكريم الجزري عن ميمون بن
مهران عن عائشة انها قالت لمكاتب من اهل
الجزيرة يقال له حمران ادخل علي ولو بقي عليك
عشرة دراهم
وعن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن سالم مولى
دوس - قال قالت لي عائشة انت عبد ما بقي
عليك من كتابتك شيء (2) -
وعن معمر عن قتادة ان عائشة قالت هو عبد ما
بقي عليه درهم
وعن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن مسلم بن
جندب عن بن عمر انه قال عبد ما بقي عليه درهم
وهو قول سعيد بن المسيب وجمهور فقهاء

المدينة وقول الشعبي وابراهيم وابن شهاب
 الزهري والحكم والحارث العكلي وقتادة وعمر بن
 عبد العزيز **العزير**
 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
 اسماعيل بن عياش وسليمان هو سليمان بن
 موسى الاشهدق واللله 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
 فاداهها الا عشر اواق فهو عبد) (1) -
 (وايما عبد كاتب على مائة دينار فاداهها 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 منقطعاً عن عبد الله بن عمر
عن النبي ﷺ قال (من كاتب مكاتبا على مائة
فقضاهم كلها الا عشرة دراهم فهو عبد او على
مائة اوقية فقضاهم 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
خمسة اواق او خمس ذود او خمسة اوسق فهو
تحريم فخطا لا يعرج عليه
وانما الحديث ليحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن
بن عباس مرفوعاً يعتق من المكاتب بقدر ما ادى
عليه 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 عروة عن

الاستذكار ج: 7 ص: 376

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
كتابه
قال ابو عمر في هذه المسألة 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 بعثقه ولو ادى عنهم ما رجع عليهم
بذلك لانهم يعتقون عليه فهو اولى بميراثه لانهم
مساوون له في جميع حاله
والقول الثاني انه يؤدي 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 استتوا في
الحرية كلهم حين تادت عنه كتابته
روي هذا القول عن علي وابن 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 لسيدة 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 لسيدة 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

الاستذكار ج:7 ص:377

مقدار حصته فان ادوا عتقوا لانهم كانوا فيها تبعا
لابيهم وان لم يؤديوا ذلك رقبوا
هذا قول الشافعي وبه قال احمد بن حنبل

وهو قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعمر بن عبد العزيز والزهرى 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 فأشكر 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 فل ذكره وقال بن وهب كيف ترك اهل المدينة ما روى مالك فقيه اهل المدينة في زمانه وهو عندنا الصواب قال ابو عمر ذكر عبد الرزاق عن بن جريح 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 العصابات 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 سألني
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 لسيدة
وقضى معاوية ان سيده يعطى بقية كتابته ثم ما
بقي فله ولولده الاحرار
ومعمر عن إسماعيل ابي المقدم انه سمع عكرمة
يحدث ان معاوية قضى بذلك
وروى الثوري عن طارق عن الشعبي ان زيد بن
ثابت قال المال كله لسيدة
قال مالك (1) الامر عندنا انه ليس على سيد
العبد ان يكتبه اذا ساله ذلك ولم اسمع ان احدا
من الائمة اكرهه رجلا على ان يكتب عبده وقد
سمعت بعض اهل العلم اذا سئل عن ذلك فقول له
ان الله تبارك وتعالى يقول فكاتبوهم ان علمتم
فيهم خيرا النور 33 يتلوهاتين الايتين واذا حللتم
فاصطادوا المائة 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 العلماء 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

الاستدكار ج: 7 ص: 379

وقال اخرون الخيرها هنا حرفة يقوى بها على الاكتساب وكرهوا ان يكتبوا من لا حرفة له فيبعثه عدم حرفته على السائل 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 جريح قلت لعطاء ارايت ان لم اعلم عنده مالا وهو رجل صدق قال ما احسب خيرا الا المال وقوله 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 الثوري 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 المال انكر ان يقال ان علمتم فيهم خيرا النور 33 مالا قال ويقال علمت فيه الخير والصلاح والامانة ولا يقال علمت فيه المال وانما يقال علمت عنده المال
ومن قال ان مال المكاتب لسيده اذا عقدت كتابته فلا يكون الخير عنده الا القوة على الكسب والتحرف
ومن كره ان يكتب من لا حرفة له ولا قوة على 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 سعد اما بعد فانه من قبلك من المسلمين ان يكتبوا ارقاءهم على مسالة الناس وسفيان عن عبد الكريم الجزري عن نافع عن بن عمر انه كان يكره ان يكتب غلامه اذا لم يكن له حرفة ويقول تامروني ان اكل اوساخ الناس وروى وكيع عن سفيان عن ابي جعفر الفراء عن بن ابي ليلي الكندي ان سلمان اراد ان يكتب عبده فقال من اين قال اسال الناس قال اتريد ان تطعمني اوساخ الناس وابى ان يكتبه قال ابو عمر هذا تنزه واختيار والله اعلم وقد كوتبت بريرة ولا حرفة لها وبدات بسؤال الناس من حين كوتبت وتذبذب الناس إلى عون المكاتب لما فيه من عتق الرقاب وروى الثوري عن ابي جعفر الفراء عن جعفر بن ابي سروان عن ابي التياح مؤذن علي قال قلت لعلي اكتب وليس لي مال قال نعم ثم حصن الناس علي فأعطيت ما فضل عن كتابتي فأتيت عليا فقال اجعلها في الرقاب واما اختلاف اهل العلم في معنى قوله تعالى فكتبوهم النور 33 فهل هي على الوجوب او

على الندب والارشاد فان مسروق بن الاعدع 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 الدرّة على انس لانه ابي 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 يكتب عبده اذا سأل ذلك وان كان ذا مال الا ان يريد السيد قال ابو عمر قد ينعقد الاجماع بأنه لو سأل 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 يكتبه لم يسعه الا مكاتبته ولا يجبره الحاكم على ذلك واخشى ان يئثم 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 الارض 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 لممن شاءوا 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 ابتغها من العبيد فلم يتقدم نهي من الله عز وجل بأن لا يكتبوا فيكون الامر اباحة بالصيد والانتشار في الارض

الاستدكار 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 لسيدته أخذته منه كما له ان
يؤجره يقال فلو لم يؤذنوا لنا في الكتابة لكنا
ممتنعين منها بالاية التي ذكرنا
قال ولولا قوله عز وجل فكاتبوهم النور 33 ما
جـازت 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
غلامه 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 النذب
هذا قول مالك واصحابه
وقول ابي حنيفة واصحابه قالوا هذا على النذب
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
مـا شـاء
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 سألها اياها واجبة
لقيام الدليل عنده على ذلك ولم يكن الايتاء عند
ذلك لانه امر لا يعترضه اصل وراى ان عطف
الواجب على النذب 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

الاستذكار ج: 7 ص: 383

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 الذى 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 جريح 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 جريح وعطاء بن السائب عن حبيب

بن السائب عن عاصم بن ضمرة عن النبي ﷺ مثله وروى عبد الرزاق عن بن جريح الحديثين جميعا هكذا مرفوعا وعين

وقال بن جريح واخبرني غير واحد عن عطاء بن السائب انه كان يحدث بهذا الحديث لا يذكر فيه النبي ﷺ

قال ابو عمر عطاء بن السائب تغير في اخر عمره
 فيما ذكر اهل العلم بالنقل فأتى منه مثل هذا
 وسمع من جريح منه احمرى
 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 ومعمار
 وحماد بن زيد وحماد بن سلمة والمسعودي وابن
 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 الف 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
 الف 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 السبعين
 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 رأى 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
 آتاكم 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 لسبيده

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 سريره وهؤلاء يدخلون معه بلا شرط ولو ولدوا له من سريره 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 جريح عن عطاء انه قال له رجل كاتب عبده فكتمه ماله - رقيقا او عينا او غير ذلك - وولده - فقال ماله كله للعبد وولده لسيد

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 مملوك

وروى الوليد بن مسلم عن سعيد بن عبد العزيز عن مكحول في رجل كاتب عبدا وله ام ولد لم يستثناها قال ام ولده له

قال ابو عمر كل من يجيز له التسري فالسرية عنده مال ممن 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 حمل منه لم يعلم به هو ولا سيده يوم كتابته فانه لا يتبعه ذلك الولد لانه لم يكن دخل في كتابته وهو لسيدة فاما الجارية فانها للمكاتب لانها ممن 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 المرأة 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 وعنهما 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 اراد المحابة 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

الاستذكار ج: 7 ص: 387

والاوزاعي لانها عقد معاوضة وطلب فضل وان عجز كان رقيقا بحاله وللشافعي فيها قولان أحدهما جوازها والثاني ابطالها لأن النبي - ﷺ قال (الولا لمن اعتق) (ولا ولاء للمكاتب) قال مالك (1) في رجل وطىء مكاتبه 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 المذبذبة ووجه سائر الفقهاء انه وطء تقع الفرقة فيه إلى اجلات لا محالة فأشبهه نكاح المتعة وممن قال ذلك الحسن البصري وابن شهاب وقتادة والثوري ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي والليث بن سعد وابو سعيد وابو الزناد والحسن بن صالح بن يحيى

واختلف فيها عن إسحاق فروي عنه مثل قول احمد وروي عنه مثل قول الجماعة واجمعوا انه اذا عجزت حبل لسه 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 مكاتبة ان يغشها 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

الاستذكار ج: 7 ص: 388

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 وطئ مكاتبة فعليه الحد وقال الاوزاعي يجلد مائة جلدة بكرة كان او ثيبا وتجلد الاممة خمسين جلدة وقال قتادة يجلد مائة الا سوطا وقال احمد بن حنبل ان وطئ مكاتبة 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 فأوجه لها من اسقط الحد سفيان وابو حنيفة والشافعي وأوجه لها الحسن البصري وقتادة وهو ممن يرى الحد على سيدها في وطئها وقال ابو حنيفة هذا خطأ لا يجتمع عليه حد وصداق

ابدا
واما قول مالك في تخييرها اذا حملت ان شاءت
كانت ام ولد وان شاءت مضت على كتابتها فهو
قول الليث والثوري والشافعي وابي حنيفة
 واصحابه واحمد وروي ذلك عن الزهري
وقال الحكم بن عتيبة تبطل كتابتها اذا حملت
وتعتق بموت السيد ولا خيار لها
قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا في
العبد يكون بين الرجلين ان احدهما لا ي كاتب نصيبه
منه اذن له بذلك صاحبه او لم يأذن الا ان ي كاتبه
جميعا لان ذلك يعقد له عتقا ويصير اذا ادى العبد
ما كوتب عليه إلى ان يعتق نصفه ولا يكون على
الذي كاتب بعضه ان يستتم عتقه فذلك خلاف ما
قال رسول الله ﷺ (من اعتق شركا له في عبد
قوم عليه قيمة العبدل)
قال مالك (2) فان جهل ذلك حتى يؤدي المكاتب
او قبل ان يؤدي رد إليه

الاستذكار ج: 7 ص: 389

الذي كاتبه ما قبض من المكاتب فاقسمه هو
وشريكه على قدر حصصهما وبطلت كتابته وكان
عبدا لهما على حاله الاولى
قال ابو عمر احتج مالك رحمه الله لمذهبه في
هذه المسألة بما فيه كفاية
واما اختلاف الفقهاء فيها فان الشافعي اختلف
قوله في كتابة احد الشريكين حصته من عبد
بينهما باذن شريكه
وذكر المزني عن الشافعي قال لا يجوز ان ي كاتب
احد بعض عبد الا ان يكون باقية حرا ولا يجوز ان
يعتق بعضا من عبد بينه وبين شريكه وان كان من
اذن الشريك لان المكاتب لا يمنع من السعي
والاكتساب قال ولا يجوز ان ي كاتبه معا حتى يكونا
فيها سواء

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 بعد ثبوتها حتى يجتمعا على الاقامة عليها
قال المزني فالابتداء بذلك اولي 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 المكاتبه وقعت على العبد كله كان للذي لم

الاستذكار ج: 7 ص: 390

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 المكاتبه وقعت على نصيبه من العبد كان الجواب كذلك ايضا غير انه يكون للمكاتب ان يرجع على العبد بما اخذه منه شريكه فيستسعى به في نفسه

وقال ابو يوسف ومحمد سواء كانت المكاتبه وقعت من السيد على كل العبد او على نصيبه من العبد وهو كما قال ابو حنيفه فيها اذا وقعت على العبد

وذكر الخرقى عن احمد بن حنبل قال واذا كاتب نصف عبد فادى ما كوتب عليه ومثله لسيدته 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 ل احمد بن حنبل ان سفيان سئل عن عبد بين رجلين كاتب احدهما نصيبه منه قال اكره ذلك قيل فان فعل قال ارده 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 يبيع 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 عتقه باطلا حتى ينظر ما تؤول إليه حال المكاتب فان ادى الكتابة عتق وضمن الذي كاتبه نصف قيمته لشريكه وكان السواء كله له قال مالك (1) في مكاتب بين رجلين فأنظره احدهما بحقه الذي عليه وابي

الاستذكار ج: 7 ص: 391

الاخر ان ينظره فاقترضى الذي ابنى ان ينظره بعض حقه ثم مات المكاتب وترك مالا ليس فيه وفاء من كتابته قال مالك (1) يتحصان (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 فيقتضى 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

يديه بينهما نصفان يرث احدهما بقدر الحرية
والاخر قدر العبودية
والقول الثاني لا يعتق ويكون لشريكه ان يرجع
عليه فيشركه فيما قبض لانه اذن له وهو لا يملكه
قال المزني هذا اشبه بقوله اذا (المكاتب عبد ما
بقي عليه درهم) وما في يديه موقوف ما بقي
عليه درهم فليس معناه فيما اذن له بقبضه الا
بمعنى استبقي بقبض النصف حتى استوفى مثله
فليس يستحق بالسبق ما ليس له
وروى الربيع عن الشافعي في هذه المسألة قال
فاذا كان المكاتب بين اثنين فأذن احدهما لصاحبه
بأن يقبض فقبضه منه ثم عجز المكاتب بأولها
فسواء ولهما ما في يديه من المال نصفين ان لم
يكن استوفى المأذون له جميع حقه من المكاتبه
فلو كان المأذون له استوفى جميع حقه من
الكتابة ففيها قولان فمن قال يجوز ذلك ما قبض
ولا يكون لشريكه ان يرجع فلشريكه قبضين
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 فيه
الرق وانما جعلت ذلك له لانه تأخذ له بما يبقى له
في الكتابة ان كان له فيه وفاء عتق به وان لم
يكن له في وفاء أخذه بما بقي له في الكتابة
وعجزه بالباقي وان مات فالمال بينهما نصفان
يرثه بقدر الحرية التي فيه ويأخذ هذا ماله بقدر
العبودية
والقول الثاني لا يعتق ويكون لشريكه ان يرجع
عليه فيشركه فيما اذن له به لانه اذن له به وهو لا
يملكه واذنه له بالقبض وغير اذنه سواء فان قبضة
لم يتركه له فانما هي هبة وهبها له يجوز اذا
قبضها
قال عبد الله بن محمد القزويني انما جعل

الشافعي للذي بقي له فيه المرق 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 المرق بحقه من الكتابة فان كان فيه وفاء عتق والا كان التعجير بعد ذلك وذكر البخاري عن ابي حنيفة واصحابه قال وان كانت المكاتبه وقعت من الذي كاتب باذن شريكه في ذلك وفي قبض المكاتبه لم يكن لشريك الذي لم يكاتب ان يرجع على الذي كاتب بشيء ما يقبضه من المكاتبه 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 والقي بيديه فان لاصحابه ان يستعملوه فيما يطيق من العمل ويتعاونون بذلك في كتابتهم حتى يعتق بعقدهم ان عتقوا ويرق برقه ان رقوا قال ابو عمر اختلف الفقهاء في هذه المسألة 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 ادبا عتقا وان عجزا ردا في المرق فان لم يشترط ذلك عليهما لم يكونا حميلين بعضهما عن بعض فان

اشترط ذلك في عقد الكتابة كان للسيد ان ياخذ كل واحد منهما بالكتابة كلها فايهما اداها إليه عتق وعتق صاحبه وكان له ان يرجع على صاحبه (بحصته منها وكذلك ما اداه من الكتابة في شيء كان له ان يرجع على صاحبه بشيء ولو لم يشترط في الكتابة انهما اذا اديا عتقا وان عجزا ردا وكاتبهما على الكراء وشيء معلوم ولم يذكر شيئاً غير ذلك كانت الكتابة جائزة وكان على كل واحد منهما بالشـرط وهذا لا اعلم فيه خلافا ان اولاده عبيد لسيدهم ليسوا تبعاً له عند عقد كتابته وانما يكون تبعاً له اذا تسرى وهو مكاتب ثم ولد له من سرية وهؤلاء يدخلون معه بلا شرط ولو ولدوا له من سرية قبل الكتابة لم يدخلوا في كتابته الا ان يدخلهم بالشرط مع نفسه في كتابته فهذا مذهب جمهور العلماء من اهل الحجاز والعراق

وذكر علي بن المديني وابو بكر بن ابي شيبة عن ابي معاوية عن الاعمش عن ابراهيم في رجل كاتب غلامه ثم اطلعه بعد الكتابة ان له سرية وولد فسريته فيما كانت عليه وولده رقيق للسيد الذي كاتبه

وقال عطاء وعمرو بن دينار وسليمان بن موسى لا يكون احد العبيد المكاتب حملاً عن غيره سواء قال سيده واشترطه ام لا لانه ان عجز عاد عبداً فليس دينه بل لازم واما الشافعي فلا يجوز عنده ان يحتمل احد العبيد عن صاحبه شيئاً من الكتابة التي اكرهوا عليها قال فان اشترط ذلك عليهم السيد فالكتابة فاسدة

قال الشافعي ولو كانت ثلاثة اعبد له كتابة واحدة على مائة منجمة في سنين على انهم 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
لله ولله او لــــم 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 الباقي السعي
في جميع

الاستذكار ج: 7 ص: 394

الكتابة حتى يؤدوها وان لم يؤدوها عجزوا ورجعوا
رقيقا وغير الشافعي يسقط حصة الميت من
الكتابة ويسعى الباقيون في حصصهم لا غير وعلى
كلا القولين جماعة من السلف
قال مالك (1) الامر المجتمع عليه عندنا ان العبد
اذا كاتبه سيده لم ينبغ لسيدة 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 لسيدة وكانت ديون الناس في ذمة
المكاتب لا يدخلون مع سيده في شيء من ثمن
رقت
قال ابو عمر على قول مالك في هذا ان الحمالة لا
تصح على غير المكاتب لسيدة 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 واحتجوا به
وكان الزهري وابن ابي ليلى يجيزان الحملية عن
بن المكاتب
وبينه قال إسحاق
قال ابو عمر فان تحمل اخر بالكتابة فالحملية
باطل عند مالك وبين القاسم والكتابة صحيحة
وقال اشهب الحملية باطل فالسيد يخير في
امضاء الكتابة بلا حملية 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

الاستذكار ج: 7 ص: 395

حي وابن 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) لسيدة 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 تؤدي 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
ممن 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
بسه 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 كاتب
على بنيتها 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 لسيدته فكيف يؤدي من مال السيد عن بني مكاتبة وهم لم يستحقوا ميراثا وقد اجمعوا ان العبد لا يرثه حر ولا عبد وان ماله لسيدته 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 عبدا حين مات ثم عتقوا بعد فاحرى ان لا يرثوه

وهذا قول عمر وابنه عبد الله بن عمر وسالم والقاسم وقتادة وجماعة وهو قول الشافعي وابن شهاب والليث الموفق للصواب وقد اجمع الفقهاء ان المكاتب عبدا ما بقي من كتابته شيء وانه ان مات في حياة سيده او بعد وفاته ولم يترك وفاء الكتابة انه مات عبدا وما خلفه 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  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 مكاتب 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 عجز المكاتب قيل
للذي قاطعه ان شئت ان ترد على صاحبك نصف
الذي اخذت ويكون العبد بينكما شطرين وان ابنت
فجميع العبد للذي تمسك بالرق خالصا
قال ابو عمر ذكر بن عبد الحكم هذه المسألة 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 ويأبى ذلك الذي لم يقاطع
فذلك للذي اباه ولا يكون ذلك للذي قاطع والقول
الاول احسب اليأس

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 (موطنه) 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 لـه 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 مملعا عليه والى ولاء 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 ديناً عليه ثم يموت المكاتب وعليه دين للناس قال مالك فان سيده لا يحاص غرماءه بالذي 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 المسألة كقول مالك وهو قول الشافعي والاوزاعي ان غرماء المكاتب اذا مات وترك مالا يبدون في ذلك ولا يحصمهم 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

الاستذكار ج: 7 ص: 399

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 بجائر 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 فـي رقبته وقد اختلف الفقهاء في افلاس المكاتب فقال مالك ياخذ الغرماء ما وجدوا ولا سبيل لهم إلى رقبته

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 يرضع لــــه بعضــــا 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 وربيعه وابو الزناد وعبد الله بن يزيد وجابر وبن هرمز ومالك وابو حنيفة واصحابهما ذلك جائز وهو قول الشعبي وابراهيم وطاوس والحسن وبن ســــنــــيرين وقال الزهري ما علمت احدا كرهه الا بن عمر قال ابو عمر اما العبد فليس بينه وبين سيده ربا عند اكــــثــــر العلمــــاء واما المكاتب فليس لسيده إلى ماله سبيل غير ما كــــاتــــبه عليــــه الا ان يعجــــز 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 الــــنــــنــــين بالــــنــــنــــين وقال سحنون هو جائز قال وقوله باجازه القطاعة يرد هذا وبالله التوفيق

1 (4 - باب جراح المكاتب)

وقال ابو حنيفة واصحابه الا زفر في مكاتب جنى
جناية ثم عجز قبل ان يقضى عليه قيل لمولاه
ادفعه او افده وان قضى عليه بقيمة الجناية ثم
عجز ففانه يبياع فيها
وقال زفر اذا عجز قبل القضاء او بعده فانه يباع
ففي 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 عبدا له جميعا وان شاء
اسلم الجرح وحده ورجع الاخرون عبدا 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 عبادوا عبدا
واما الشافعي والكوفي واكثر الفقهاء فانهم
يقولون لا ياخذ بالجناية الا جانبها وحده فان عجز
عن ادائها بيع فيها على ما تقدم من تلخيص ذلك
عنه
قال مالك (1) الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان
المكاتب اذا اصاب 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 يشك 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 ويقدر ما بقي عليه دية عبد فانه يقسم دية جراحاته على ذلك فما صار منها للحرية قبضه وما صار منها للعبودية دفع إلى سيده فعبد 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 جريح قال قلت لعطاء المكاتب ان جر جريرة من يؤخذ بها قال سيده وقالها عمرو بن دينار

وكذلك اختلف العلماء في بيع المكاتب فقال جمهور العلماء لا يباع الا على ان يمضي في كتابته عند مشتريه ولا يبطلها وهذا عندي بيع الكتابة لا يبيعه الرقبنة وقالت طائفة بيعه جائز ما لم يؤد من كتابته شيئا لان بريرة بيعت ولم تكن ادت من كتابتها شيئا وقال اخرون اذا رضي المكاتب بالبيع جاز لسيدته

بيعه هذا قول ابي الزناد وربيعه وهو قول الشافعي ومالك ايضا الا ان مالكا اختلف قوله في كيفية تعجيز المكاتب على ما نذكره بعد ولا يرى بيع رقبنة المكاتب الا بعد التعجيز واما الشافعي فاذا رضي المكاتب بالبيع فهو منه رضى بالتعجيز وتعجيزه إليه لا إلى سيده لان بريرة رضيت ان تباع وهي كانت المساومة لنفسها والمختلفة بين ساداتها الذين كاتبوها وبين عائشة التي اشترتها وقال اخرون لا يجوز ان تباع الا للعتق فكذلك

بيعت بريرة هذا قول الاوزاعي واحمد واسحاق وقال اخرون لا يجوز ان تباع حتى تعجز فاذا عجزت نفسها جاز بيعها وذكروا ان بريرة عجزت نفسها وللمكاتب عندهم ان يعجز نفسه كان له مال ظاهر او لغيره يكتسبه وسنذكر الاختلاف في ذلك بعد ان شاء الله تعالى وقال اخرون لا يجوز بيع المكاتب ويجوز بيع كتابة المكاتب على انه ان عجز فللذي اشترى كتابته رقبته وان مات المكاتب ورثه دون البائع وان ادى كتابته إلى الذي اشترى كان ولاؤه للبائع الذي

عقد كتابته هذا قول مالك واصحابه وقال اخرون لا يجوز بيع المكاتب لما في ذلك من

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 ابن 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 مضية التعجيز ما لم يعلم بالمال
وقال بن كنانة وابن نافع للمكاتب ان يعجز نفسه
وان كان له مال ظاهر وروى بن وهب في (موطئه) عن مالك مثل قول
بن نافع وابن كنانة وهذه المسألة 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
انني قد عجزت عنه
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 حجة ان كانت
لـ
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
سـ
وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يجتمع عليه نجمان
وهو قول الحكم وابن ابي ليلى والحسن بن حي
وقال الثوري منهم من يقول نجمان والاستثناء
احـ
وقال احمد وكان احب الي
وقال الحارث العكلي اذا دخل نجم في نجم فقد
اسـ
وقال الحسن البصري اذا كانت نجومه مساقاة
استسعى بعد النجم سنتين

الاستذكار ج: 7 ص: 406

وقال الازاعي 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 الازاعي اذا قال قد عجزت عن الاداء وعجز
نفسه لم يمكن من ذلك
قال ابو عمر هذا ليس بشيء لان كتابته مضمته
بالاداء فاذا لم يكن الاداء باقراره بالعجز على
نفسه انفسخت كتابته وكان هو وماله لسيدة
والاصل في الكتابة لانها لا تجب عند من اوجبها الا
بابتغاء العبد لها وطلبه اياها وتعجزه نفسه نقض
لـ
وقد اجمعوا في ذلك ان المكاتب لعبده ان جئني
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 والعتاقه تبدأ على ما كان معها من الوصايا وان باع بعض من كاتب المكاتب نصيبه منه فباع نصف المكاتب او ثلثه او ربه 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 بمسا بيع منه

قال ابو عمر راي 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 شفيعته في ذلك عتقه ثم راي 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 فبي 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

الاستذكار ج: 7 ص: 407

الشريك الاخر لانه لا يفضي بذلك إلى عتاقه وانما يكون ذلك له اذا بيعت كتابته كلها لان ذلك يفضي إلى عتاقه

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 وسنين 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 هنا هنالك والمسئلة مسئلة اتباع ذكر عبد الرزاق قال اخبرنا بن جريج عن الحسن بن مسلم قال بلغني ان المكاتب يباع هو احمق بنفسه ياخذها بما يبيع قال بن جريج وقال عطاء من بيع عليه دين فهو احمق 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 ديناً على رجل إلى اجل فصاحب الدين اولى بالذي عليه اذا ادى ما ادى صاحبه) من ابتاع ديناً على رجل إلى اجل فصاحب الدين اولى بالذي عليه اذا ادى ما ادى صاحبه قال معمر وقال الزهري رايت القضاة يقضون في من اشترى ديناً على رجل ان صاحب الدين اولى به وكان عمر بن عبد العزيز يقضي به قال معمر واما اهل الكوفة فلا يرونه شيئاً 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 بخصته مع غرمائه شيئاً وانما الذي يشتري نجماً من نجوم المكاتب بمنزلة سيد

المكاتب فسيد المكاتب لا يحاص بكتابه غلامه
غرماء المكاتب وكذلك الخراج ايضا يجتمع له على
غلامه فلا يحاص بما اجتمع له من الخراج غرماء
غلامه

قال ابو عمر هو غرر كما ذكر مالك رحمه الله من
اجل ما وصف من عجز المكاتب الا ان من خالفه
في بيع كتابة المكاتب يقول ان مالكا لم يجز الغرر
في نجوم واجازه في نجوم
وكثير الغرر لا يجوز باجماع وقليله متجاوز عنه
لانه لا يسلم ببيع من قليل الغرر
وقال المزني عن الشافعي ببيع نجوم المكاتب
مفسوخ فان ادى إلى المشتري باذن سيده عتق
كما يودي إلى وكيله فيعتق
وقد تقدم ذكر من قال بانه لا يجوز بيع كتابة
المكاتب ولا نجم من نجومه الا بما يجوز به سائر
البيوع

وقد اختلف اصحاب مالك في المكاتب يكون بين
الشريكين يبيع احدهما حصته من كتابته او نجما
من نجومه
فذكر العتبي في سماع بن القاسم من مالك انه
كره ذلك وقال اما ان يباع كله واما ان يمسك كله
قال سحنون انما يكره ببيع نجم من نجومه فاما
نصف ما عليه او ثلثه او ربعه فلا باس بذلك
وقال سحنون واصبح انما يكره ببيع النجم بعينه
فاذا لم يكن بعينه لم نر بذلك باس لانه يرجع إلى
حد معلوم وكأنه اشترى عشر الكتابة او نصف
عشرها او ربع عشرها
وروى اصبح عن بن القاسم
قال مالك (1) لا باس بان يشتري المكاتب كتابته
بعين او عرض مخالف لما كوتب به من العين او
العرض او غير مخالف معجل او مؤخر
قال ابو عمر اجاز ذلك للمكاتب بعرض غير مخالف
وبعرض مؤخر لما تقدم من مذهبه انه لا ربا بين

العبد وسيدته 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 ابئهم 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 ابئهم 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 السرقة
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 يؤدى 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 بعثقه اذا ادى
عنهم من ماله جميع كتابته وان لم يترك وفاء فان

اولاده يقال لهم ان اديتم الكتابة حالة عتقتم والا
فانتم رقيقون
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 يجر ذلك له فاحرى
ان لا يجوز لولده
قال مالك (2) الامر عندنا في الذي يتباع كتابه
المكاتب ثم يهلك المكاتب قبل ان يؤدي كتابته انه
يرثه الذي اشترى كتابته وان عجز فله رقبته وان
ادى المكاتب كتابته إلى الذي اشترىها 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 ابئهم ام هم عبيد فقالا بل يسعون في كتابة ابئهم ولا يوضع عنهم لموت ابئهم شيء قال مالك وان كانوا صغارا لا يطبقون السعي لم ينتظر بهم ان يكبروا وكانوا رقيقا لسيد ابئهم 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 رفقوا

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 الباقيون 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 باء جميع الكتابية

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 باء جميعها

وحكمهم عند مالك اذا كوتبوا كتابة واحدة كحكم
 المكاتب يولد له ولد في كتابته من سريره انه لا
 يوضع عن الام بموت ابنها ولا عن الابن بموت ابيه
 شيء من الكتابات
 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 الباقي حصته من الكتابة
 واما الذي لا يسقط بموته شيء فهو من كان تبعا
 لابيه ممن ولد له في كتابته من سريره
 وهو قول جماعة من التابعين منهم الحسن
 والشعبي وعطاء وعمرو بن دينار
 ذكر ابو بكر قال حدثني حفص قال سألت 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 كاتب 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
 دينار
 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 السواء السواء
 قال بن جريح عن ابي مليكة اذا كاتب على نفسه
 وعلى بنيه فهم فيه سواء وذو الفضل وغير ذي
 الفضل والمرأة والرجل في ذلك سواء ومن مات
 منهم فحوصته 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 المسألة في بابها
 واما المكاتب يولد له في كتابته او المكاتب تنكح
 فيولد لها فان مات في بيتها 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 بعق كل واحد منهما ويرقون برقهما
 قال واخبرنا بن جريح 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 كتابته ابيهم
 وبن جريح 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 المكاتب يولد لها

ففي كتابتها مثل ذلك
قال ابو عمر لا يختلفون في ذلك
قال ابو حنيفة ان مات المكاتب ولم يترك مالا
وترك ابنا ولد له في كتابته خلف ابنه فيسعى في
الكتابة على نجومها فاذا ادى عتق ابنه

الاستذكار ج: 7 ص: 413

قال مالك (1) في المكاتب يموت ويترك مالا
ليس فيه وفاء الكتابة ويترك ولدا معه في كتابته
وام ولد فارادت ام ولده ان تسعى عليهم انه يدفع
اليها المال اذا كانت مامونة على ذلك قوية على
السعي وان لم تكن قوية على السعي ولا مامونة
على المال لم تعط شيئا من ذلك ورجعت هي
وولد المكاتب رقيقا لسيد المكاتب
قال ابو عمر خالفه الشافعي والكوفيون فقالوا
ام ولد والمكاتب اذا مات مال من مال سيده فان
لم يستطع ولده السعي في جميع كتابته فهم
رقيق وقد تقدم هذا المعنى عنهم وحجة كل واحد
منهم

قال مالك (2) اذا كاتب القوم جميعا كتابة واحدة
ولا رحم بينهم فعجز بعضهم وسعى بعضهم حتى
عتقوا جميعا فان الذين سعوا يرجعون على الذين
عجزوا بحصة ما ادوا عنهم لان بعضهم حملاء عن
بعض

قال ابو عمر اختلف اصحاب مالك في هذا الباب
فقال بن القاسم لا يرجع على من لو ملكه وهو
حر عتق عليه ورجع على ما سواه من القرابات
وكذلك قال بن نافع
وقال اشهب اذا كانوا قرابة فلا يرجع عليهم كانوا
ممن يعتقون عليه لو ملكهم وهو حرام لا يعتقون
عليه وكانوا ممن يرثون ام ممن لا يرثون لان
اداءه عنهم اما هو على وجه العطف والصلة
وهو كقوله الشافعي لانه قال لا ينصرف عليهم
الا ان يشترطه لانه تطوع بذلك عنهم

وقال بن كنانة ان كانوا يتوارثون فلا يرجع عليهم
وقال المغيرة يرجع عليهم كائنا ما كانوا لان اداءه
عنهم انما هو من باب الحمالة
قال ابو عمرو ما الشافعي 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 لـ وملكهم
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
ولا يبي 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 فأتى 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 رأى 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

تم عتاقه رجل وعليه بقية من رق ولا تتم حرمة ولا تجوز شهادته ولا يجب ميراثه ولا اشباه هذا من امره ولا ينبغي لسيدة ان يشترط عليه خدمة بعند عتاقته
قال مالك في مكاتب مرض مرصا 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 حرمة وتجاوز شهادته ويجوز اعترافه بما عليه من ديون الناس وتجاوز وصيته وليس لسيدة ان يابى ذلك عليه بان يقول فر مني بماله
قال ابو عمر اما قضاء مروان على الغرافصة بن عمير فقد روي ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان - رضي الله عنهما - واطن مروان بلغه ذلك فقضى به وكذلك قضى عمرو بن سعيد في امارته
ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرنا اسرايل بن يونس قال اخبرنا عبد العزيز بن رفيع عن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم قال كاتب رجل غلاما

الاستذكار ج: 7 ص: 415

له على اواق سماها ونجمها عليه نجوما فاتاه العبد بماله كله فابى ان يقبله الا على نجومه رجاء ان يرثه فاتي 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 رأى 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 فاتي عثمان بن عفان فذكر ذلك له فدعاه عثمان فعرض عليه ان يقبلها من العبد فابى فقال للعبد

اثنى بما عليك فاتاه به فجعله في بيت المال
وكتب له عتقا وقال للمولى اثنى كل سنة فخذ
نجما فلما رأى ذلك أخذ ماله وكتب عتقه (1)
قال واخبرنا بن جريح قال اخبرني عطاء ان مكاتب
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 رأى ذلك سيده أخذ ماله (2)
قال واخبرنا بن جريح 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 حراية او في بلد فيه نهب
لم يلزمه قبوله الا ان يكون في ذلك الموضع كاتبه
فيلزمه قبوله

الاستذكار ج: 7 ص: 416

قال ابو عمر وجه قول مالك على سيد المكاتب
قبول الكتابة منه مريضا كان المكاتب او صحيحا
لان المكاتب عقد عتق على صفة وهي الاداء فاذا
اداهما لزم السيد قبولها فان امتنع من ذلك اجبر
عليه لانه حق للمكاتب ومعلوم ان التأخير 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 يؤدي إلى
الذي تملك بكتابه الذي بقي له ثم يقتسمان ما
بقي بالسوية
قال ابو عمر قول مالك في هذه المسألة كقول
سعيد بن المسيب على اختلاف عنه وعن اصحابه
في بعض معناها وقد ذكرنا ذلك عنهم في باب
القطاعة في الكتاب
وقد اختلف السلف في هذه المسألة على اقوال
فذكر عبد الرزاق (1) عن بن جريج قال سألت
عطاء عن عبد بين رجلين اعتق احدهما شطره
وامسك الاخر ثم مات قال لهم ميراثه شطرين
بينهما
وقال 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

الاستذكار ج: 7 ص: 417

قال معمر واما بن شبرمة فقال ولاؤه وميراثه
 للاول لانه قد ضمنه حين اعتقه
 وللشافعي فيها قولان احدهما ان ما خلفه
 المكاتب اذا مات فيبينهما الشطران يرثه المعتق
 لنصيبه بقدر الحرية فيه ويرثه الاخر بقدر العبودية
 فيه
 والاخر مثل قول سعيد بن المسيب
 وقول الثوري كقول بن شبرمة وهو قول ابي
 يوسف
 وسنزيد هذه المسألة بيانا في باب العتق ان شاء
 الله تعالى
 قال مالك (1) اذا كاتب المكاتب فعتق فانما يرثه
 اولى الناس بمن كاتبه من الرجال يوم توفي
 المكاتب من ولد او عصبة
 قال وهذا ايضا في كل من اعتق فانما ميراثه
 لاقرب الناس ممن اعتقه من ولد او عصبة من
 الرجال يوم يموت المعتق بعد ان يعتق وبصير
 موروثا بالولاء
 قال ابو عمر على هذا قول جمهور الفقهاء ان
 ميراث الولاء لا يرثه الا العصبات من الرجال دون
 النساء وان النساء لا يرثن الا ولاء من اعتقن او
 كاتبن او يعتق من اعتقن او كاتبن ولا يستحق
 ميراث من مات من الموالي الا اقعده الناس بمن
 اعتقه واقربه إليه يوم يموت المولي من عصبته
 والعصبة البنون ثم بنوهم وان سفلوا ثم الاب بعد
 ولده وولد ولده ثم الاخوة لانهم بنو الاب ثم بنو
 الاخوة وان سفلوا ثم الجد او الاب ثم العم لانه بن
 الجد ثم بنو العم وعلى هذا التنزيل وهذا المجري
 يجري ميراث الولاء
 وروى بن المبارك عن يونس بن يزيد عن الزهري
 انه اخبره عن سالم ان بن عمر كان يرث موالي
 عمر دون بنات عمر
 وهو قول علي وزيد وابن مسعود وعليه جمهور

اهل العلم القائلون بان الولاء للكبير
ومعنى الولاء للكبير أي للاقرب فالاقرب من
المعتق السيد حين يموت المعتق المولى ولم
يجعلوه مشتركا بين ذوي الفروض والعصبات على
طريق الفرائض
مثال ذلك اخوان ورثا مولى كان ابوهما قد اعتقه
فمات احد الاخوين وترك ولدا ومات المولى فمن
قال (الولاء للكبير) قال الميراث للاخ دون بن
الاخ

الاستذكار ج: 7 ص: 418

وهو قول اكثر اهل العلم الا شريحا وفرقة لانهم
جعلوا ميراث الولاء كميراث المال
ذكر حماد بن سلمة عن قتادة ان شريحا قال في
رجل ترك جده وابنه قال للجد السدس من الولاء
ومما بقي في فلابن
قال قتادة وقال زيد بن ثابت المولاء كله للابن
قال حماد وسالت عنها اياس بن معاوية فقال كله
للابن وقال كل انسان له فريضة مسماة فليس له
من الولاء شيء
قال ابو عمر يعني ان كل من لا يرث الا بفرض
مسمى فلا يدخل له في ميراث الولاء واما من
يرث في حال بفرض مسمى وفي حال بالتعصيب
فانه لا يكون له شيء من الولاء في الحال التي له
فيها فرض مسمى وان كان قد يكون عصبة في
موضع اخر فيكون له الولاء
قال مالك (1) الاخوة في الكتابة بمنزلة الولد اذا
كوتبوا جميعا كتابة واحدة اذا لم يكن لاحد منهم
ولد كاتب عليهم او ولدوا في كتابته او كاتب
عليهم ثم هلك احدهم وترك مالا ادي عنهم جميع
ما عليهم من كتابتهم وعتقوا وكان فضل المال
بعده ذلك لولده دون اخوته
قال ابو عمر معنى قوله ان الاخوة اذا كاتب
عليهم جروا مجرى البنين الذين ولدوا في كتابته

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 سمي باسمه ثم قوي المكاتب على اداء
نجومه كلها قبل محلها
قال اذا ادى نجومه كلها وعليه هذا الشرط عتق
فتمت حرمة ونظر إلى ما شرط عليه من خدمة
او سفر او ما اشبه ذلك مما يعالجه هو بنفسه
فذلك موضوع عنه ليس لسيدته فيه شيء وما كان
من ضحية او كسوة او شيء يؤديه فانما هو بمنزلة
الدنانير والدرهم يقوم ذلك عليه فيدفعه مع
نجومه ولا يعتق حتى يدفع ذلك مع نجومه
قال ابو عمر هكذا هو في (الموطا) عند روايته
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 تعتقد عليه الكتابة والذي

ذكره مالك في (الموطا) حكم ذلك تعجيل
المكاتب كتابته
وقد اختلف الفقهاء قديما وحديثا في هذا المعنى
فمنهم من لم ير ان يثبت على المكاتب خدمة بعد
اداء نجبومه ولا بعد عتقه
ومنهم من راي ان السيد في ذلك على شرطه ولا
يعتق المكاتب حتى يخدم ويأتي بجميع ما شرط
عليه
وحجة من ذهب إلى هذا حديث موسى بن عقبة
وايوب بن موسى وعبيد الله بن عمر وغيرهم عن
نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب اعتق في
وصيته كل مصل من سبي العرب في مال الله
وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعده ثلاث
سنوات
ومنهم من يروي في هذا الحديث انه نبه (على)
عتقهم في مرضه وشرط عليهم ان يخدموا
الخليفة بعده ثلاث سنين
ومعمر عن ابن شهاب قال اعتق عمر بن الخطاب
رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة
بعده ثلاث سنين وانه يصحبكم بمثل ما كنت
اصحبكم به
وابتاع احدهم خدمته من عثمان بوصيف له

الاستذكار ج: 7 ص: 420

وممن راي ان الشرط باطل بن المسيب وشرح
وعطاء
قال بن جريج قلت لعطاء شرطوا على المكاتب
انك تخدمنا شهرا بعد العتق قال لا يجوز
وقال عمرو بن دينار ما ارى كل شرط اشترط
عليه في الكتابة الا جائزا بعد العتق
ومعمر عن ابن المسيب عن قتادة قال كل شرط
بعد العتق فهو باطل
وقال ابن شهاب
قال ابو عمر القياس الا يعتق الا بعد الخروج مما

الصداق الذي يحف 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 سألت 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 افيكته 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 فالأكثر 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 يجر شرطه عليه الا يسافر الا باذنه
لانه يحول بينه وبين اداء كتابته

الاستذكار ج: 7 ص: 422

قال ابو عمر في هذه المسألة 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 ألزمه من ذلك
قال ابو ثور وغيره واحمد واسحاق ورواية عن
الثوري
واما ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر فقالوا
للمكاتب والمكاتب ان يخرج حيث احبوا 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

ورثته سيده سيده المكاتب
قال مالك وكذلك ايضا لو كاتب المكاتب عبدا
فعتق المكاتب الاخر قبل سيده الذي كاتبه فان
ولاءه لسيد المكاتب ما لم يعتق المكاتب الاول
الذي كاتبه فان عتق الذي كاتبه رجع إليه ولاء
مكاتبه الذي كان عتق قبله وان مات المكاتب
الاول قبل ان يؤدي او عجز عن كتابته وله ولد
احرار لم يرثوا ولاء مكاتب ابيهم لانه لم يثبت
لابيهم الولاء ولا يكون له الولاء حتى يعتق
قال ابو عمر قد خالفه الشافعي وغيره قال
الشافعي وان اعتق المكاتب

الاستذكار ج: 7 ص: 423

عبده او كاتبه باذن سيده ففيهما قولان احدهما
انه لا يجوز لان الولاء لمن اعتق
والثاني اني انه يجوز
وفي الولاء قولان
احدهما ان ولاءه موقوف فان عتق الاول المكاتب
كان له وان لم يعتق حتى يموت فالولاء للسيد من
قبل انه عند عبده عتق
والثاني ان الولاء لسيد المكاتب بكل حال لانه عتق
في حين لا يكون له في عتقه ولاء فان مات عبد
المكاتب المعتق بعد ما يكتب وقف ميراثه في
قول من اوقف الميراث كما وصفت فان عتق
المكاتب الذي اعتقه فهو له وان مات وان عجز
فلسيد المكاتب اذا كان حيا يوم يموت وان كان
ميتا فلورثته من الرجال ميراثه
وفي القول الثاني هو لسيد المكاتب لان ولاءه له
قال المزني في (الاملاء) على كتاب مالك انه لو
كاتب المكاتب عبده فاذا لم يعتق كما لو اعتقه لم
يعتق
قال المزني هذا اشبه عندي
وقال ابو حنيفة اذا اعتق المكاتب عبده فعتقه له
باطل اجاز ذلك السيد او لم يجزه

وقال محمد بن الحسن محتجا لابي حنيفة ومذهبه في ذلك محال ان يقع عتقه في ذلك غير جائز ثم يجوز اذا اجازته السيد قال ابو عمر مما يدخل في هذا الباب من اقاويل السيد

قال بن جريح 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 للاوليين الذين اذنوا وقال الثوري في رجل كاتب عبدا له على اربعة الاف فاشترى العبد نفسه من المكاتبه 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 كهيته لو مات عبدا لان الذي صنع ليس بعاقبة 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 عاقبة 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 فوضح وبيّن 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 لــــه وهو قول الكوفيين واحمد واسحاق قال ولو مات المكاتب ولم يقوم عليه لاعساره فالمال بينهما نصيبا فان قال ولو مات السيد فابراه ورثته او بعضهم من الكتابة فانه يبرأ 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 عتاقهم 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 يكتبون 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 يكتبون 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 يكتب 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 ابئهم بعثقه

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

الاستذكار ج: 7 ص: 426

يموت عبدا وماله الذي يخلفه لسيدة وانه ان ترك بنين او اخوة كاتب عليهم ادوا عنه جميع الكتابة وعنهم في ذلك المال وورثوا الفضل في هذه المسألة في هذا الباب لم يترك ولدا ولا اخوة ولم يترك ام ولد وهي مال من ماله فهي لسيدة لانه

مات عبدا وعند الشافعي يموت عبدا على كل حال وماله لسيدة 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 لسيدة قال مالك (1) في المكاتب يعتق عبدا له او 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 عنده

قال ابو عمر لم يختلفوا ان المكاتب ليس له ان يهلك ماله ويتلفه ولا شيئاً منه الا بمعروف وان هبته وصدفته 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

الاستذكار ج: 7 ص: 427

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 كالأحرار وقال الشافعي المكاتب ممنوع من استهلاك ماله وان يبيع الا بما ايتغابن 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 والأجنبي 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 قصاصاً جاز قال ولو كانت احدهما دراهم والاخرى دنانير فاراد ان يجعلهما قصاصاً 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 لــــه 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 جرحه 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 وصوية او وصى به 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 جرح قوم عبدا وقوله احسن ما سمعت يدل انه قد سمع فيما

رسمه غير ذلك
وقد اختلف بن القاسم وغيره في مسألة هذا
الباب فقال بن القاسم اذا اوصى سيد المكاتب
بعتقه او بكتابه 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
المكاتب
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 بمكاتب المكاتب لم
يختلف قوله في ذلك ادى الكتابة إلى الموصى له
عتق والولاء لمن عتد 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 لسم يكتسب
وقد قال ان الوصية برقبته جائزة لان ذلك يعود
إلى كتابته وذلك كله في ملكه

الاستذكار ج: 7 ص: 429

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
لله 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 تبدأ على الوصايا ثم تجعل تلك الوصايا في كتابة المكاتب يتبعونه بها ويخير ورثة الموصي فان احبوا ان يعطوا اهل 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 يخبرون فيقال لهم قد اوصى صاحبكم بما قد علمتم فان احببتم 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 عصابة الذي عتق 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 له غيرهم فاسهم رسول الله ﷺ بينهم
فأعتق اثنين وأرق أربعه (1)

فهذه قضية رسول الله ﷺ ان فعل المريض في
ماله اذا مات من مرضه ذلك حكمه حكم الوصايا
وسنذكر هذا الحديث وما فيه من المعاني لسائر
العلماء في موضعه ان شاء الله عز وجل
واما قوله ان كان في ثلثه سعة لثمن العبد فذلك
جائز - يعني للعبد - وانما هو وصية اوصى له بها
في ثلثه كانه يعني اوصى له بثمانمائة دينار لانه
كاتبه بمائتي دينار وقيمة العبد الف دينار وثلث
سيده الف دينار فينبغي على هذا ان يكون اربعة
اخماس العبد حرا لان من قول مالك في الرجل
يوصي لعبد بثلث ماله انه يعتق في الثلث ان
حملة ويعطى بعد عتقه ما فضل من الثلث ان
فضل منه شيء

وهو قول ابي حنيفة والثوري والليث والحسن بن
صالح في الرجل يوصي لعبد
وخالفهم الاوزاعي فقال من اوصى لعبد
فوصيته باطل ويرجع ذلك إلى الورثة
واما قوله في الورثة واذا قالوا ما اوصى به
صاحبنا اكثر من الثلث انهم يخبرون بين ان
يسلموا للموصى له ما اوصى له به وبين ان
يعطوه جميع ثلث الميت فان هذه المسألة لمالك
واصحابه وطائفة من اهل المدينة تعرف بمسألة
خلع الثلث قد خالفهم فيها الشافعي والكوفيون
واكثر الفقهاء وقالوا لا يجوز ذلك لانه بيع مجهول
بمعلوم وتاتي في موضعها ان شاء الله تعالى
قال مالك (2) في المكاتب يكون لسيده عليه
عشرة الاف درهم فيضع عنه عند موته الف درهم
قال مالك (3) يقوم المكاتب فينظر كم قيمته
فان كانت قيمته الف درهم فالذي وضع عنه عشر

الكتابة وذلك في القيمة مائة درهم وهو عشر القيمة فيوضع

الاستذكار ج: 7 ص: 431

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 عمرو ذكر بن عبد الحكم هذه المسألة 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 المسألة لانه لم يعتبر في قوله في (الموطأ) الا قيمة الرقبة

خاصة
وفي رواية بن عبد الحكم يعتبر الاقل من قيمة الرقبة والكتابة
فهذا موضع الخلاف بين الروايين ومعنى هذه المسألة 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 عمرو غيره يقول يعتق منه عشره قال ابو عمرو واما مالك فقوله على اصله مطرد لانه لا يرى وضع احد الشريكين عتقا ويساوي بين

الانجم لياخذ حقه من كل نجم لان معجل الانجم افضل من مؤخرها وان من جعل وضع الشريك وغير الشريك سواء في انه عتق فقوله يعتق منه عشرة مطرد على اصله وقد قيل انه يوضع عن المكاتب عشر كتابته في اخرها ليخرج به حرا فينتفع المكاتب بذلك ولو وضع في صدر الكتابة ثم عجز ذهب ذلك باطلا قال مالك (2) واذا وضع الرجل عن مكاتبه عند موته الف درهم من اول كتابته او من اخرها وكان اصل الكتابة على ثلاثة الاف درهم قوم المكاتب قيمة النقد ثم قسمت تلك القيمة فجعل لتلك الالف التي من اول الكتابة حصتها من تلك القيمة

الاستذكار ج: 7 ص: 432

بقدر قربها من الاجل وفضلها ثم الالف التي تلي الالف الاولى بقدر فضلها ايضا ثم الالف التي تليها بقدر فضلها ايضا حتى يؤتى على اخرها تفضل كل الف بقدر موضعها في تعجيل الاجل وتأخيرها لان ما استأخر من ذلك كان اقل في القيمة ثم يوضع في ثلث الميت قدر ما اصاب تلك الالف من القيمة على تفاضل ذلك ان قل او كثر فهو على هذا الحساب وهذا كله على ما قاله مالك على اصله ومذهبه ومعلوم ان اول نجم من نجوم المكاتب اكثر قيمة من الاخر لان المتعجل بين الناس اغبط من المتأخر فاذا علم ذلك عتق من المكاتب بقدر الالف المعجل بالغ ما بلغ من كتابته ك ان ذلك نصفها او ربعها او ما كان من اجزائها وكذلك العمل في الالف الذي من اخر الكتاب على حسب قيمته ايضا

قال مالك (1) في رجل اوصى لرجل بربع مكاتب او اعتق ربه فهلك الرجل ثم هلك المكاتب وترك مالا كثيرا اكثر مما بقي عليه قال مالك (2) يعطى ورثة السيد والذي اوصى

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 المسألة 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 الف درهم نقدا ويكون ثلث الميت الف درهم عتق نصفه ويوضع عنه شطر الكتابة هكذا هذه المسألة في (الموطأ) وذكرها بن عبد الحكم فقال اذا اعتق المكاتب سيده عند الموت فانه يقوم ما بقي عليه من الكتابة وتقام رقبته فان

الاستذكار ج: 7 ص: 433

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 فيمنه 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
مما حمل الثلث منه بتلا
قال ابو عمر انما بدا بالعتاقة لانه عتق متيقن
وحرمة قد ثبتت والكتابة ليست كذلك لانه قد
يعجز صاحبها فيعود رقيقا
وسنذكر مذاهب العلماء في ما يبدأ 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
وسمعتهم 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 بعقها ويرقون برقها
ومعنى قولهم يعتقون بعقها أي بموت سيدها
واما لو اعتقها سيدها في حياته لم يعتقوا بعقها
وممن قال ان ولد المدبرة بمنزلتها كقول مالك
سواء سفيان والاوزاعي وابو حنيفة واصحابه
والحسن بن صالح وابن ابي ليلى وابن شبرمة
والليث بن سعد واحمد بن إسحاق
وهو احمد قولي الشافعي
وروي ذلك عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وجابر
ولا اعلم لهم مخالفا من الصحابة

وبه قال شريح ومسروق وسعيد بن المسيب وابو جعفر محمد بن علي والقاسم بن محمد والحسن البصري وابن سيرين ومجاهد والشعبي وابراهيم والزهري وعطاء علي اختلاف عنه وطاوس وسعيد بن جبير ويحيى بن سعيد والشافعي في هذه المسألة كل هؤلاء يقولون ولد المدبرة بمنزلتها يعتقون بعقدها وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز وللشافعي في هذه المسألة قول اخر وهو ان اولاد المدبرة مملوكون لا يعتقون بموت السيد وهو قول جابر بن زيد ابي الشعثاء وعطاء بن ابي رباح ومكحول وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز واختاره المزني من قول الشافعي قال وهو اشبههما بقول الشافعي لان التدبير عنده وصية يعتقها كما لو اوصى برفقتها لم يدخل في الوصية ولدها قال ابو عمر لم يدخل البويطي عنه هذه القولة وذكر عنه القولة الاولى فقال اذا دبر الرجل امته فولدها بمنزلتها يعتقون بعقدها ويرقون برفقها ويقومون في الثلث كما تقوم الام وله ان يرجع فيمن دون الام ويرجع في الام دونهم وذكر المزني عنه هذا القول ثم قال قال الشافعي والقول الثاني ان ولدها مملوكون وذلك انها امة اوصى بعقدها لصاحبها فيها الرجوع ويبيعها ان شاء وليست الوصية بحرمة ثابتة فاولادها مملوكون قال الشافعي واخبرنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن ابي الشعثاء قال اولادها مملوكون وروي الشافعي وغيره عن سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال اذا دبر الرجل جاريتته فولدها بمنزلتها قال حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم بن

اصبح قال حدثني ابو قلابة الرقاشي قال حدثني ابو عاصم عن بن جريح 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 يبيعتهم سيبيدهم ان شاء قال ابو عمر من جعلهم بمنزلة امهم فانهم على ما اجمعوا عليه في اولاد

الاستذكار ج: 7 ص: 436

الحره انهم احرار وفي اولاد الامه 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 بعقها 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 بن 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 خطأ 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 ﷺ
قال (المدبر من الثلث)
قال وحدثني بن ادريس عن الاشعث عن الشعبي
ان عليا رضي الله عنه كان يجعل المدبر من الثلث
وان عـامرا كان يفعلـه
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 اسماعيل 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 ايها كان اعجب اليك فقال مسروق كان
افقهما وشريح كان اقضاهما
وروي 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
احدهما من الثلث
والاخرى من راس المال
وقال بن عيينة كان بن ابي ليلى اول ما قضى
جعل المدبر من راس المال ثم رجع فجعله من

الثالث
قال ابو عمر قد اجمعوا ان سائر ما يقع بعد
الموت في الثالث 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
بعقها ويرقون برقها
قال ابو عمر اما المرهونة والمخدمة فالخلاف
بينهما من جماعة منهم الشافعي يرى اولادهما
عبدا 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
ويتبعون
وبه قال اهل الظاهر
قال ابو عمر روى القعني وابن وهب عن العمري
عن نافع عن بن عمر قال ولد ام الولد بمنزلتها
ولا اعلم له من الصحابة مخالفا

الاستذكار ج: 7 ص: 438

واما القياس فولد كل امرأة 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
بعقها
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 بالجارية 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 قولي

قال مالك في مكاتب او مدبر ابتاع احدهما جارية فوطئها فحملت منه وولدت قال ولد كل واحد منهما من جاريته بمنزلته يعتقون بعنقه 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 سريره تبع له لا لامه وانه حر مثله واجمعوا ان ولد العبد من سريره عند من اجاز له التسري باذن سيده وعند من لم يجزه عبد تبع لابيهِ ومالك للسيد كسابيه وامه

وقال الجمهور منهم ولد المكاتب من سريره اذا اذن له سيده في التسري تبع

الاستذكار ج: 7 ص: 439

لابيه مكاتب مثله داخل في كتابته وكذلك المعتق بعضه سيده من سريره مثله واختلفوا في المدبر يتسرى فقال مالك في (موطئه) ما تقدم ذكره وعليه اصحابه

وقال ابو حنيفة والشافعي واصحابهما ولد المدبر من سريره 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 سريره في الرهن الا بالشرط واجمعوا على ان ولد المكاتب من سريره بمنزلته وان ولد الحر من سريره حر مثله وان ولد العبد من سريره عبد مثله عند من اجاز له التسري وعند من للم يجزمه واجماعهم على هذا يقضي على ان ولد كل احد من سريره 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 حرمة 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

الاستذكار ج: 7 ص: 440

وإذا كان له بيعه من نفسه فتعجيل العتق له على نجوم ياخذها منه مثل ذلك في الجواز لانه لا يدخله بيع ولاء ولا شيء يكره اذا كان المدبر راضيا بذلك وقد اختلف مالك واصحابه في العبد يقول له سيده انت حر وعليك خمسون دينارا فلم يرض بذلك العبد

وذكر بن القاسم في (المدونة) عن مالك قال اراه حرا وعليه المال احب او كره وكذلك قال اشهب ومطرف واصبغ لانه لم يوجب له الجزية الا على ان يؤدي إليه المال ولا يضره تعجيل الحريه لانه باللفظ وقال بن القاسم ان رضي العبد بذلك لزمه المال وان لم يرض بذلك فهو حر الساعة ولا شيء عليه قال ولا يعجبنى قول مالك في الزامه له المال وقال ابو حنيفة ان قال لعبده انت حر وعليك الف درهم كان حرا بغير شيء

وقال ابو يوسف ومحمد ان قبل العبد ذلك كان حرا وكان عليه المال

قال ابو عمر قول بن القاسم معناه صحيح لانه قوله لعبده انت حر لا مرجع له فيه جادا كان او لاعبا وقوله بعد وعليك من المال كذا اثبات مال في ذمة حر بغير رضاه وبغير عوض طلبه واشتراه ولا يجوز ذلك باجماع في ذمة حر

وقال بن الماجشون العبد بالخيار ان شاء المتزم المال وكان حرا وان شاء لم يلزمه ولا حرية له قال وهو بمنزلة قوله انت حر على ان عليك كذا وكذا فهذا بالخيار

قال ابو عمر ليس قوله انت حر على ان عليك كذا مثل قوله انت حر وعليك كذا وكذا لأن قوله انت حر على ان عليك كذا في كلام متصل شرط منه عليه ان رضيه لزمه ولا يصح في هذا القول دعوى الندم واذا اطلق له انت حر وعليك كذا فظاهره قد اوجب له الحرية ثم ندم فاجب عليه معها شيئا لم

يرضه فلا يلزمه من ذلك ما لم يرض
ولم يختلفوا انه اذا قال لامرأة انت طالق وعليك
كذا انها طالق رضيت بما جعل عليها (بعد)
الطلاق ام لم ترض وكذلك قوله انت حر وعليك
كذا والله اعلم

الاستذكار ج: 7 ص: 441

وقال الشافعي اذا قال انت حر على ان عليك الف
درهم او خدمة سنة فقبل 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 فعليته 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
يحملة الثلث عتق بماله وبما جمع من خراجه فان
لم يكن فيما ترك سيده ما يحملة عتق منه قدر
الثلث وترك ماله في يديه
قال ابو عمر على هذا اصله على ان العبد والمدبر
تبعه ماله
واما عند الشافعي وابي حنيفة واصحابهما فمال

العبد والمدبر لسيدته 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 يردّها متى شاء ويغيرها متى
شاء ما لم يكن تدبيراً فاذا دبر فلا سبيل له إلى رد
م
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 لجارته
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
شئ 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 اجري للمدبر الرجوع فيما دبر كالرجوع في
الوصية فمن قال بهذا راي 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 راي 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 لعبد ان مت
فانت حر فهو مدبر لا يجوز بيعه

الاستذكار ج: 7 ص: 443

وهو قول الثوري
قالوا وان قال ان مت من مرضي هذا فانت 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 فانت حر فليس بمدبر
واختلف بن القاسم واشهب في من قال لعبد
انت حر بعد موتي ولم يتبين هل اراد بقوله ذلك
وصية او تدبيراً 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 لعبدك انت مدبر او انت عتيق او حر بعد موتي او حين مت او متى دخلت الدار فانت 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 بديء 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 يبدأ احد منهم قبل صاحبه وانما هي وصية وانما لهم الثلث يقسم بينهم بالحصص ثم يعتق منهم الثلث بالغا م ب ل غ قال ولا يبدأ 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 وابن كنانة وابن الماجشون ومطرف اذا اعتق الرجل عبدا 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 ي ق ر ع ب ي ن ه م وقال اصبح واشهب انما القرعة في الوصية واما العتق البتل فهم فيه كالمدبرين وروى سحنون انه اذا سماهم فهم كالمدبرين وان

لم يسلمهم عتق الثلث بالقرعة وكلهم يقول في الرجل يوصي بعتق عبده 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 جئت في سنة 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 راي ان يكون المدبر وماله معا في الثلث

واما الشافعي والكوفيون فلا يرون ان يقوم الثلث الا رغبة 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 غير ماله قال مالك يعتق منه ثلثه ويوضع عنه ثلث كتابته ويكون عليه ثلثها

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

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 وطء المدبرة شبهها بأمر
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 يقدرين 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 يبيع
وبه قال شريح والشعبي وسعيد بن المسيب
والزهري وبين سنن سيرين
وروي حماد بن زيد عن ايوب عن نافع عن بن عمر
انه كره بيع المدبر

ذلك ومن حل له بيع شيء في الحاجة حل له في غنائه والمدبر وصية وقال المزني قال الشافعي اخبرنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار وعن أبي الزبير سمعا جابر بن عبد الله يقول دبر رجل منا غلاما له ليس له مال غيره فقال النبي - ﷺ (من يشتريه) فاشتراه نعيم بن النحام (1) قال عمرو سمعت جابرا يقول عبد قبطي مات عام اول وفي اماره بن الزبير يقال له يعفور

الاستذكار ج: 7 ص: 448

قال وباعت عائشة مدبرة لها سحرتها (1) قال وقال مجاهد وطاوس المدبر وصية يرجع فيه صاحبه ان شاء وروى الشافعي وغيره عن بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال باعت عائشة جارية لها كانت دبرتها سحرتها وامرت ان يجعل ثمنها في مثلها (2) وعن بن عيينة عن بن ابي نجيح عن مجاهد قال المدبر وصية يرجع فيها صاحبها متى شاء قال ابو عمر يقول الشافعي في بيع المدبر بقول احمد واسحاق وابو ثور وداود وهو قول عمرو بن دينار وعطاء وعطاء وعطاء وقد روي عن عطاء انه لا يبيعه الا ان يحتاج قال مالك (3) وان مات سيد المدبر ولا مال له غيره عتق ثلثه وكان ثلثاه لورثته قال ابو عمر هو قول الشافعي وقد تقدم من قول الكوفيين ان ثلثه حر ويسعى في قيمة ثلثيه للورثة الا ان يكونوا بالغين لا يجيزوا والصواب ما قال مالك ومن تابعه لان المدبر في الثلث في قولهم وقول الجمهور الا من شذوا لم يكن لسيدة 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
يحصون عليهنه منهنه
قال مالك (4) فان مات سيد المدبر وعليه دين
محيط بالمدبر بيع في دينه لانه انما يعتق في
الثالث
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
الثالث فهو يجري مجرى الوصايا
وقد اجمع علماء المسلمين على ان الدين قبل
الوصية وقبل الميراث وان

الاستذكار ج: 7 ص: 449

الوصية لا يتعدى بها الثلث فلماذا 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 قل 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
البيدين ولستم ينفذ عتقه
وهو قول مالك وابن ابي ليلى وجماعة منهم احمد
وداود

وقال ابو حنيفة واصحابه ينفذ عتقه ويسعى في
قيمته

وهو قول الثوري وابن شبرمة وعثمان البتي
وعبيد الله والحسن وسوار وهو قول ابراهيم
النخعي

قال ابو عمر قد بينا فساد هذا القول في ما تقدم
فلا معنى لاعطائه

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 لسيدة 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 لولائه

واحتجوا بقوله ^{صلى الله عليه وسلم} (الولاء لمن اعطى الثمن) (1)

قال مالك (2) لا يجوز بيع خدمة المدبر لانه غرر
اذ لا يدري 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 المسألة فان الشافعي لا بأس 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 لزم الشافعي مالكا في هذه المسألة 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 من)

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

الاستذكار ج: 7 ص: 451

المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى والولاء بينهما نص فان وقال مالك يقوم على الذي اعتق قيمة عبد

وينفسس الخ 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
قيمه حتى يؤديها إلى صاحبه فاذا اداها رجع إلى
الذي دبر نصفه فكان مدبرا كله فان مات العبد
في حال سعائته وترك مالا دفع إلى الذي دبر
نصفه فكان الذي لم يدبر ما بقي عليه من نصف
قيمه 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 ويخرج 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 المسألة 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 لله
وقال الليث بن سعد يباع على النصراني من
مسلم يعتقه ويكون ولاؤه للذي اشتراه واعتقه
ويُدفع إلى النصراني ثمنه
وقال سفيان والكوفيون اذا اسلم النصراني قوم
قيمته فسعى في قيمته فان مات النصراني قبل
ان يفرغ المدبر من سعائه عتق العبد وبطلت
السعاية

1 (6 - باب جراح المدبر)

1519 - مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز
قضى في المدبر اذا جرح ان لسيدة ان يسلم ما
يملك منه إلى المجروح فيخدمه 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 يبدأ 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 شح رجلا حرا

الاستذكار ج: 7 ص: 453

موضحة (1) عقلها خمسون دينارا وكان على سيد العبد من الدين خمسون دينارا قال مالك فانه يبدأ 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 شيئاً فهو أولى به ويحط عن الذي عليه الدين قدر ما زاد الغريم على دية الجرح فان لم يزد شيئاً لم يأخذ العبد وقال مالك في المدبر اذا جرح وله مال فابى سيده ان يفتديه فان المجروح يأخذ 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 حراً 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

الاستذكار ج: 7 ص: 454

منهما وعلى السيد اقل من ارش الجناية او قيمة الرقبة فان جنى بعد ذلك او احدهما فالمجنى عليه شريك الاول وقال زفر المجنى 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 لسيد 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 لسيد 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 الحريسة 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 فني جنائسة 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

الاستذكار ج:7 ص:455

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 اسلمها فليس عليه اكثر من ذلك وهذا احسن ما سمعت وليس عليه ان يحمل من جنائتها 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 سألت ربيعة بن ابي عبد الرحمن
عن ام ولد قتلت رجلا قال يقال لمولاها ادية
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 يغديها بجنايتها الا
ان تكون الجناية اكثر من قيمة رقبته فليس عليه
اكثر من قيمة رقبته امة وانما عليه الاقل من
قيمة الرقبة او ارش الجناية فان جنت بعد ذلك
كان عليه ايضا اخراج قيمتها مرة ثانية وكذلك
الثالثة 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 قولا
احدهما ان الثاني يشارك الاول في تلك القيمة ثم
هكذا كلفها جنت
والقول الثاني ان المولى يغرم قيمة اخرى للثاني
وكذلك كلفها 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 خطأ 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 بلغت 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 وامرأة 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

المراة يقيهها الحجاره
قال مالك يعني يحيى يكب عليها حتى تقع
الحجاره عليه
قال ابو عمر كذا رواه يحيى عن مالك يحيى على
المراة يريد يميل عليها كانه ماخوذ من حنى
الشيخ اذا انحنى
وقال ابو عبيد كذا يرويه اهل الحديث وانما هو
يحنا مهموز يقال منه حنا يحنا حناء وحنوءا اذا مال
والمنحنىء والانحناء حنا ويحنا بمعنى واحد

الاستذكار ج: 7 ص: 458

قال ابو عمر قد روي يحيى بالحاء عن طائفة من
اصحاب مالك والمعنى متقارب جدا
وقال ايوب عن نافع يجانىء عنها بيده
وقال معمر عن الزهري عن سالم عن بن عمر
يجانىء بيده
وفي هذا الحديث جواز سؤال اهل الكتاب عن
كتابهم وفي ذلك دليل على ان التوراة صحيحة
بايديهم ولولا ذلك ما سالهم رسول الله ﷺ عنها
وفي ما ذكرنا دليل على ان ما كانوا يكتبونه
بايديهم ثم يقولون هذا من عند الله هي كتب
احبارهم ورهبانهم كانوا يصنعون لهم كتباً من
ارائهم ويضيفونها إلى الله عز وجل ولهذا وشبهه
من اشكال امرهم نهينا عن تصديق ما حدثونا به
وعن تكذبه حذرا من ان نصدق بباطل او نكذب
بحق وقد افردنا لهذا المعنى بابا في كتابنا كتاب
بيان العلم وفضله
وفي هذا الحديث ايضا دليل على ان من اليهود
قوما يكذبون على توراتهم ويسترون منها عن
المسلمين ما يشهد للمسلمين ويوافق دينهم
لانهم ذكروا ان الزناة محصنين كانوا او غير
محصنين ليس عليهم في التوراة رجم وكذبوا لان
فيها على من احصن الرجم

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

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 ترفعوا الينا في صوماتهم وسائر مظالمهم واحكامهم هل علينا ان نحكم بينهم فرضا واجبا ام نحن فيه

مخيارون
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 المائـدة 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
ومواريتهم إلى اهل دينهم الا ان ياتوا راغبين
فيحكم بينهم حاكمنا بكتاب الله عز وجل وان
حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب
المقسطين المائـدة 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 المائـدة 49 ناسخ للتخير 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 واحد قولي الشافعي

وبه قال ابو حنيفة قال اذا جاءت المرأة والزوج فعليه ان يحكم بينهما بالعدل وان جاءت المرأة وحدها ولم يرض الزوج لم يحكم وقال ابو يوسف ومحمد بل يحكم وكذلك اختلف اصحاب مالك على هذين القولين اذا شك احد الزوجين وابتى صاحبه من التحاكم اليها فمنهم من قال يحكم لانه من التظالم الذي لم يلزمه ان يمنع منه بعضهم من بعض ومنهم من قال لا يحكم بينهما الا ان يرضا 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 الحراة والفساد فلا يقرون عليه ولا على التلصص

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 اليها في حد الله تعالى ويردهم الحاكم إلى أهل دينهم قال الشافعي وما كانوا يدينون به فلا يحكم عليهم بابطاله اذا لم يرتفعوا اليها ولا يكفوا عن ما استحلوا ما لم يكن ضررا على مسلم او معاهد او مسلمان
قال وان جاءت امرأة تستعدي بان زوجها طلقها او إلى منها حكمه 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 التأويل 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

الاستدكار 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 حكاهم 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
المسلمين

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

يهوديين زنيا وجلدنا البكر مائة وغربناه عاما وقال في كتاب الجزية لا خيار للامام ولا للحاكم اذا جاءه في حد الله عز وجل وعليه ان يقيمه عليهم في قول الله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون التوبة 29 والصغار ان يجري عليهم حكم الاسلام وهذا القول اختاره المزني واختار غيره من اصحاب الشافعي القول الاول وقال الطحاوي حين ذكر قول مالك انما رجم رسول الله ﷺ اليهوديين لانه لم تكن لهم ذمة وتحاكموا اليه قال ولو لم يكن واجبا عليهم لما اقامه النبي ﷺ قال واذا كان من لا ذمة له قد حده النبي ﷺ في الزنى فمن له ذمة احرى بذلك قال ولم يختلفوا ان الذي يقطع في السرقة قال ابو عمر سنذكر اختلافهم في حد الاحصان في موضعه من هذا الكتاب ان شاء الله عز وجل

الاستذكار ج: 7 ص: 462

وقالت طائفة ممن راي اية التخيير في الحكم بين اهل الذمة منسوخة لقول الله عز وجل وان احكم بينهم بما انزل الله المائدة 49 قالوا على الامام اذا علم من اهل الذمة حدا من حدود الله عز وجل ان يقيمه عليهم وان لم يتحاكموا اليه لان الله تعالى يقول وان احكم بينهم بما انزل الله المائدة 49 ولم يقل ان تحاكموا اليك قالوا والسنة تبين ذلك واحتجوا بحديث البراء بن عازب في ذلك وقد ذكرناه في (التمهيد) وليس فيه بيان ما ذكروا ولا يشبهت ما ادعوا قال واحتجوا ايضا بحديث مالك وليس فيه ان اليهود تحاكموا الى رسول الله ﷺ وهذا ليس

بشيء لأن فيه ان اليهود جاؤوا إلى رسول الله ولم يأتوا الا متحاكمين إليه راضين بحكمه وهم كانوا الذين اليهم اقامة الحدود عندهم ودعوه إلى الحكم بينهم و جاؤوه بالتوراة اذ دعاهم إليها ويدل على ذلك أيضا حديث ابي هريرة من رواية بن شهاب وغيره وعن رجل من مزينة عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة وقد ذكرناه بطوله من طرق فـ في (التمهيد)

وقد ذكرنا هناك حديث الشعبي عن جابر في هذا المعنى حدثنا 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 بامرأة ورجل منهم زنيا فقال (ائتوني باعلم رجلين منكم) فاتوه بابني سوريا فنشدهما كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد في التوراة اذا شهد اربعة انهم راوا ذكره في فرجها مثل الميمل في المكحلة رجمها قال فما منعكما ان ترجماهما قال ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله بالشهود فجاء اربعة فشهدوا انهم راوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله

برجمهما (1)

قال ابو عمر يحتمل ان يكون الشهود مسلمين وهو الاظهر في هذا الخبر ولذلك تحاكموا إلى

رسول الله صلى الله عليه وسلم والله اعلم

الاستدكار ج: 7 ص: 463

وروى شريك عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا ويهودية (1)

انفرد به شريك عن سماك
واخبرنا احمد بن عبد الله قال حدثنا الحسن بن
إسماعيل قال حدثني عبد الملك بن محمد قال
حدثني محمد بن إسماعيل السائغ قال حدثني
سنيد عن هشيم عن العوام بن حوشب عن
ابراهيم التيمي وان حكمت بينهم فاحكم بالقسط
يعني بالرجم

1522 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن
المسيب ان رجلا من اسلم جاء إلى ابي بكر
الصديق فقال له ان الاخر زنى (2) فقال له ابو
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 اتى عمر
بن الخطاب فقال له مثل ما قال لابي بكر فقال
له عمر مثل ما قال ابو بكر فلم تقرره نفسه حتى
اتى عمر بن الخطاب فقال له مثل ما قال لابي
بكر فقال فلم تقرره نفسه حتى جاء إلى رسول
الله ﷺ فقال له ان الاخر زنى فقال سعيد فأعرض
عنه رسول الله ﷺ ثلاث مرات كل ذلك يعرض عنه
رسول الله ﷺ حتى اذا اكثر عليه بعث رسول الله
ﷺ إلى اهله فقال (ايشتكى ام به جنة) فقالوا يا
رسول الله ﷺ والله انه لصحيح فقال رسول الله ﷺ
ابكر ام ثيب) فقالوا بل ثيب يا رسول الله فامر
بـه رسول الله ﷺ فرجم
1523 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن
المسيب قال بلغني ان

الاستذكار ج:7 ص:464

رسول الله ﷺ قال لرجل من اسلم يقال له هزال
(يا هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك) قال

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 صلى الله عليه وسلم وشهد على نفسه اربع مرات فأمر به رسول

الله صلى الله عليه وسلم فرجهم قال بن شهاب فمن اجل ذلك يؤخذ الرجل بـ اعترافه 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 قصصته بذلك وقد روي معنى حديث مالك هذا متصلا من وجوه

عن النبي صلى الله عليه وسلم 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 فاتاه من الشق الاخر فأعرض عنه فاتاه من الشق الاخر فذكر له ذلك فأرسل رسول الله ﷺ إلى

الاستذكار ج: 7 ص: 465

قومه فسألهم عنه (ابيه جنون ابيه ریح) فقالوا لا فأمروا به فرجهم قال يحيى بن سعيد عن نعيم بن عبد الله بن هزال ان النبي ﷺ قال لهزال (لو سترته بثوبك كان خيرا لرايالك)

قال وهزال كان امره ان يأتي النبي ﷺ فيخبره ذكره عبد الرزاق (1) عن ابن عيينة قال وقال ابن 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) - 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 عنهم

وهو ما عز الاسلامي لا خلاف في ذلك بين اهل العلم وذلك مشهور في الآثار 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 التوبة مما وقع فيه
هذا مذهب من قال ان الاعتراف بالزنى مرة
واحـــــدة يكفـــــي
واما من قال انه لا بد من اقراره اربع مرات
فقالوا انما اعرض عنه رسول الله ﷺ لئتم 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 - تعافوا الحدود فيما بينكم فانه اذا بلغني
ذلك فلا عفو (1) وقوله ﷺ لهزال الاسلامي (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
وبذلك ايضا على ما وصفت لك قول رسول الله
(ايشتكى ابيه جنة) فيقول امجنون هو يبلغ
نفسه إلى الموت وهو يمكنه ان يتوب ويستغفر

الله تعالى ولا يعود فان الله تعالى يقبل عن عباده
ويحسب السب التسيب وابين
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 اذل 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 ابزي عن ابي بكر
الصديق رضي الله عنه ان ما عزا 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
فرجهم
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 صلى الله عليه وسلم الحديث

ورواه شعيب بن ابي حمزة وعقيل بن خالد عن بن شهاب عن ابي سلمة وسعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان ما عزا الاسلامي اتى النبي صلى الله عليه وسلم 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 بالحره فرجمنناه وقد ذكرنا طرق حديث بن شهاب والفاظ ناقدية بالاسانيد في كتاب (التمهيد) وقد روى حديث ما عر في قصة اعترافه بالزنى

ورجمه عن النبي صلى الله عليه وسلم 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

بـه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجـم 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 ما عر 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 ﷺ في حديث بن شهاب عن
عبيد الله بن عبد الله عن ابي هريرة وزيد بن خالد
(واغديا انيس على امرأة 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 وابن 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
مطين

وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد اذا اقر مرة واحدة
ففي السرقة صرح اقراره
وقال ابو يوسف حتى يقر مرتين

قال ابو عمر من حجتهم حديث سعيد بن جبير عن بن عباس ان النبي ﷺ رد ما عزا حتى اقر اربع ممرات ثم امر برجمه واحاديث كثيرة فيها الاقرار منه اربع مرات قد ذكرتها في (التمهيد) قالوا وليس تقصير من قصر فيما حفظ غيره بحجة عليه عليه ومن حفظ اربع مرات فقد زاد حفظه على حفظ غيره وشهادته اولى لانه سمع ما لم يسمع غيره وسنذكر ما يلزم من رجوع عن اقراره بالزنى واكذب نفسه وما للفقهاء من

الاستدكار ج: 7 ص: 469

التنازع في باب من اعترف على نفسه بالزنى من هذا الكتاب ان شاء الله عز وجل 1525 - مالك عن يعقوب بن زيد بن طلحة عن ابيه زيد بن طلحة عن عبد الله بن ابي مليكة انه اخبره ان امرأة 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 وابن القاسم ومطرف وابن 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 فـ في (الموطأ) عن مالك عن زيد بن طلحة التيمي عن ابيه ان امرأة اتت رسول الله ﷺ فقالت انها زنت وهي حامل فقال لها رسول الله - (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

الاستذكار ج: 7 ص: 470

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 مطلبى 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 رجمها وما في الحديث من انتظار الفطام - والله اعلم -

دليل على ان حـدها كان الرجم
وقد روى هذا الحديث عمران بن حصين من وجه
صحيح عنه عن النبي ﷺ فلم يذكر فيه انتظار
الرضاع والقطام منه وقال فيه فلما وضعت اتمه
فامر بها فشكت عليها ثيابها يعني شددت ثم
رحمت وامرهم فصلوا عليها فقال له عمر انصلي
عليها وقصد زنت
فقال (والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو
قسمت ما بين سبعين من اهل المدينة لوسعتهم
وهل وجدت ان جادت باكثر من نفسها) (1)
رواه يحيى بن كثير عن ابي قلابة عن ابي المهلب
عن عمران بن حصين
وكذا رواه اكثر اصحاب يحيى بن كثير وقال فيه
يحيى بن ابي كثير عن ابي قلابة عن ابي المهاجر
عن عمران بن حصين فوهم فيه اذ جعل موضع
ابي المهلب ابا المهاجر وقد ذكرناه بالاسانيد من
طـرق فـني (التمهيد)
وقد روي انتظار الرضاع والقطام في هذا الحديث
من حديث النبي ﷺ من

الاستذكار ج: 7 ص: 471

وجوه من حديث علي بن ابي طالب رضي الله عنه
وحديث ابي بكر وحديث بريدة الاسلمي
وفي حديث علي ان رسول الله ﷺ قال (انا اكفله
) ولكنه من حديث حسين بن ضميرة وليس بشيء
وحديث ابي بكر في رجل مجهول
واحسن الاحاديث اسنادا في ذلك حديث بريدة
وفيه فامر رسول الله ﷺ بالصبي فرفع إلى رجل
من المسلمين يكفله
حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر
قال حدثني ابو داود قال حدثني ابراهيم بن
موسى الرازي قال حدثني عيسى بن يونس عن

بشير بن المهاجر
وحدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان
ولفظ الحديث لهما قالا حدثني قاسم بن اصبح
قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن
ابي شيبة قال حدثني عبد الله بن نمير قال
حدثني بشير بن المهاجر قال حدثني عبد الله بن
بريدة عن ابيه قال جاءت الغامدية فقالت يا
رسول الله اني قد زويت واريد ان تطهرني فردها
فلما كان الغد اتته فقالت يا نبي الله لم تردني
لعلك تريد ان تردني كما رددت ماعز بن مالك
فوالله انني لحبلى
فقال (اما لا فاذهبي حتى تلدي) فلما ولدت اتته
بالصبي في خرقة فقالت هذا ولدته
قال (اذهبي فارضعيه حتى تفضميه)
فلما فطمته اتته بالصبي وفي يده كسرة خبز
فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام
فدفع الغلام إلى رجل من المسلمين ثم امر بها
فحفر لها إلى صدرها وامر الناس ان يرموا
واقبل خالد بن الوليد فرمى راسها فتنضح الدم
على وجهه فسبها فسمع النبي ﷺ سبه اياها
فقال (مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت
توبة لو تابها صاحب مكس لغفر الله له)
ثم امر بها فصلى عليها ودفنت

الاستذكار ج: 7 ص: 472

واختلف الفقهاء في انتظار المرأة الحامل تقر
على نفسها بالزنى إلى ان تضع ولدها وتفضمه
فقال مالك لا تحد حتى تضع اذا كانت ممن يجلد
وان كان رجما رجمت بعد الوضع
وقد روي عنه انها لا ترحم حتى تجد من يكفل
ولدها بعد الرضاعة
والمشهور من مذهبه انه ان وجد للصبي من
يرضعه رجمت وان لم يوجد للصبي من يرضعه لم

ترجم حتى تغطم الصبي فاذا فطم الصبي رجمت
 وقال ابو حنيفة لا تحد حتى تضع فاذا كان جلدا
 فحتى تقال من النفاس وان كان رجما رجمت بعد
 الوضوء
 وقال الشافعي اما الجلد فيقام عليها اذا ولدت
 وافاقت من نفاسها واما الرجم فلا يقام عليها
 حتى تغطم ولدها ويوجد من يكفله اتباعا للحديث
 ففني ذلك
 وبه قال احمد واسحاق
 وقد روي عن الشافعي مثل قول مالك وابي
 حنيفة ترجم اذا وضعت
 وروي ذلك عن علي في شراحة الهمدانية
 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 صلى الله عليه وسلم وبعضهم
 يقول لبعض نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فلما ولدت
 امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اجلدها بعد ما تعلق من
 نفاسها فجلدها
 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 الهمدانية حين
 امر برجمها
 وبه قال قتادة واليه ذهب ابو ثور
 ذكر سنيد قال حدثني هشيم قال اخبرنا الاجلح

عن الشعبي قال اتى علي بن ابي طالب رضي الله عنه بامرأة يقال لها شراحة حبلى من الزنى

الاستذكار ج: 7 ص: 473

فقال لها لعل رجلا استكرهك قالت لا قال فلعن رجلا اتاك في منامك قالت لا قال فلعن زوجك من عدونا فاتاك سرا فانت تكرهين ان تطلعينا عليه فقالت لا

فامر بها فحبست فلما وضعت اخرجها يوم الخميس فجلدها مائة ثم ردها إلى السجن فلما كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرا فادخلها فيه واحدق بها الناس لرميها فقال ليس هكذا الرجم اني اخاف ان يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون للصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر و رجم علانية فما كان منه من اقرار فاول من يرمي الامام ثم الناس وما كان منه بيينة فاول من يرمي البينة ثم الامام ثم الناس

قال وحدثني يحيى بن زكريا عن مجالد عن الشعبي ان عليا رضي الله عنه حفر لشراحة بنت مالك إلى الصخرة وقال مالك لا يحفر للمرجوم وقال بن القاسم والمرجومة مثله وقال ابو حنيفة لا يحفر للمرجوم وان حفر للمرجومة فحسب من وقال الشافعي ان شاء حفر وان شاء لم يحفر وقال احمد بن حنبل اكثر الاحاديث على ان لا يحفر واللعن اعلم قال ابو عمر قد استدل بعض اصحابنا على ان لا يحفر للمرجوم بحديث بن عمر في رجم اليهوديين قال لو حفر لكل واحد منهما كان احدهما يحني على الاخر ليقبضه الحجارة 1526 - مالك عن بن شهاب عن عبيد الله بن عبد

الله بن عتبة بن مسعود عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما اخبراه ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال احدهما يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله وقال الاخر وهو افقههما اجل يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي ان اتكلم قال

الاستذكار ج: 7 ص: 474

(تكلم) فقال ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامراته فاخبرني ان على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي ثم اني سألت اهل العلم فاخبروني ان ما على ابني جلد مائة وتغريب عام واخبروني انما الرجم على امراته فقال رسول الله ﷺ (اما والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما غنمك وجاريتك فرد عليك) وجلد ابنه مائة وغربه عاما وامر انيسا الاسلامي ان ياتي امراة الاخر فان اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها قال مالك والعسيف الاجير قال ابو عمر قد ذكرنا الاختلاف على مالك والاختلاف على بن شهاب في اسناده حديث هذا الباب وذكرنا من جمع فيه مع ابي هريرة وزيد بن خالد ومن رواه فجعله بهذا الاسناد عن زيد بن خالد خاصة ومن جعله عن ابي هريرة خاصة ومن اختص به وجعله عن زيد واما من جعله عن ابي هريرة فكلهم اتى به بكماله

وذكرنا ان بن عيينة ذكر فيه مع ابي هريرة وزيد بن خالد شبلا فاخطا فيه لان شبلا انما ذكره بن شهاب في حديث الامة اذا زنت ولم تحصن وقد اوضحنا ذلك كله عن الرواة في (التمهيد) والحمد لله كثيرا قال ابو عمر لم يذكر في هذا الحديث اقرار

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 ولو لا 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 وحق ان يتقدم الكلام 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 خطأ مخالفا للسنة المجتمع عليها لا يدخله قبضه له (في ملكه) ولا يصح ذلك له وفيه ان العالم يفتي في مصر فيه من ه و 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 وروي موسى بن ميسرة عن محمد بن سهل بن

ابى حثمة عن ابىه قال كان الذين يفتون على عهد رسول الله ﷺ ثلاثة من المهاجرين عمر وعثمان وعلي وثلاثة من الانصار ابى بن كعب ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وروى الفضيل بن ابى عبد الله عن عبد الله بن دينار الاسلامى عن ابىه قال كان عبد الرحمن بن عوف ممن يفتى في عهد رسول الله ﷺ وذكر الواقدي قال حدثني ايوب بن النعمان بن عبد الله بن كعب بن مالك عن ابىه عن جده عن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل يفتى في المدينة في عهد رسول الله ﷺ وابى 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 يحبس له حاجة الناس إليه فأبى علي وقال رجل اراد وجهها يعني الشهادة لا احبسها فقلت ان الرجل ليرزق الشهادة وهو على فراشه في عظيم عنائه عن اهل مصره قال الواقدي قال وحدثني موسى بن علي بن رباح عن ابىه 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 نسخ حكمه وثبت خطه وهذا في القياس مثلثه وقد ذكرنا هذا المعنى في كتاب الصلاة عند قوله حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى البقرة 238 وصلاة العصر (وقوموا لله قانتين) البقرة

ومن ذهب هذا المذهب احتج بقول عمر الرجم في كتاب الله حق على من زنى من الرجال والنساء إذا أحصوا وقوله لولا ان يقال ان عمر زاد في كتاب الله لكتبتها الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة فانما قد قراناها وسنذكر ما للعلماء في قول عمر هذا من التأويل في موضعه من هذا الباب ان شاء الله عز وجل ومن حجه ايضا ظاهر هذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم (والذي نفسي بيده لا قضين بكتاب الله) ثم قال لانيس (لئن اعترفت امرأة هذا فارجمها) فرجمها والقول الاخر ان معنى قوله عليه السلام (لاقضين بينكما بكتاب الله ولاحكمين 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 قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 صلى الله عليه وسلم وقد تطلق على السنة التلاوة بظاهر قول الله تعالى واذكروا ما يتلى في بيوتكن من آيات 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 صلى الله عليه وسلم قال الله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل

واحد منهما مائة جلدة النور 2 واجمعوا ان الابكار داخلون في هذا الخطاب

الاستذكار ج: 7 ص: 477

واجمع الجمهور من فقهاء المسلمين اهل الفقه
والاثر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا ان المحصن
من الزناة حده الرجم واختلفوا هل عليه مع ذلك
جلد ام لا
فقال اكثرهم لا جلد على المحصن انما عليه
الرجم فقط
ومن حجتهم في هذا الحديث (فان اعترفت
فارجمها) ولم يقل اجلدها ثم ارجمها
وممن قال ذلك مالك وابو حنيفة والشافعي
 واصحابهم والثوري والاوزاعي والليث بن سعد
والحسن بن صالح وبين ابي ليلى وبين شبرمة
واحمد بن حنبل وابو ثور والطبري كل هؤلاء
يقول لا يجتمع جلد ورجم
وقال الحسن البصري واسحاق بن راهويه وداود
بن علي الزاني المحصن يجلد ثم يرجم
وحجتهم عموم الاية في الزناة في قوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
النور 2 فعم الزناة ولم يخص محصنا من غير
محصن

وحديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ انه قال
(خذوا عني لقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر
جلد مائة ونفي عام والثيب بالثيب جلد مائة
والرجم بالحجارة) (1)
وحديث علي رضي الله عنه في رجم شراحة
الهمذانية بعد جلده لها
وروى ابو حصين واسماعيل بن ابي خالد وعلقمة
بن مرثد عن الشعبي بمعنى واحد قال اتى علي
بزانية فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة
ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فاما

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 امرأة من جهينة
وامرأة من عامر ولم يجلد واحدا منهم وقد ذكرنا
الاثار بذلك في (التمهيد) فدل ذلك على ان الاية
قصد بها من لم يحصن من الزناة

الاستدكار 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 المرأة 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 احده الله
تعالى نسخ به ما قبله
ومثل هذا كثير في احكامه عز وجل واحكام رسول
الله ﷺ ليبتلي عبادة وانما يؤخذ بالاحداث فالاحداث
من امره
ذكر عبد الرزاق (1) عن معمر عن الزهري انه
كان ينكر الجلد مع الرجم ويقول رجم رسول الله
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 المسألة 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
قـولهم ولا يعـدون 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 وبالرجال وبطلوع الشمس من مغربها
وبعذاب القبر وبالشفاعة ويقوم 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 ينفي الرجل ولا تنفى المرأة ولا العبد
ومن نفي حبس في الموضع الذي نفي إليه
وقال الاوزاعي لا تنفى المرأة وينفى الرجل
وقال ابو حنيفة واصحابه لا نفي على زان وانما
عليه الحد رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا
وقال مالك والشافعي واصحابه والحسن بن حي
ينفى الزاني اذا جلد الحد رجلا كان او امرأة حرا
كـكـان 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
وبـه قال الطـبري
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 اصبع 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
اسـناده فـي (التمهيد)
وحجة من لم ير النفي على العبيد حديث ابي

هريرة في الامة عن النبي ﷺ ذكر فيه الحد دون
 النفى
 ومن رأى نفي العبيد زعم ان حديث الامة معناه
 التباديب 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 نفيها
 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 خبير 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 نفي
 في الزنى من طرقتى
 وروي 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 باسنانيد 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
ففي رفعه واتصه وروى ايوب وعبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان
عمر نفي عن ابي اسحاق ان عليا نفي من
الكوفة الى البصرة
وقال معمر بن جريح سئل بن شهاب الى كم
ينفي الزاني
فقال عمر نفاه من المدينة الى البصرة ومن
المدينة الى خيبر
وقال بن جريح قلت لعطاء نفي من مكة الى
المدينة
قال حسبه ذلك
وفي الحديث ايضا قوله ان ابني كان عسيفا على
هذا فزني بامرأته
وهذا قذف منه للمرأة الا انها لما اعترفت بالزنى
سقط حكم قذفها
وقد اختلف قول العلماء في من أقر بالزنى
بامرأة بعينها ووجدت
قال مالك يقام عليه حد الزنى وان طلبت حد
القذف اقيم عليه ايضا
قال وكذلك لو قالت زنى بي فلان ووجدت
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
قازفه فاذا اقيم عليه حد الزنى لم يقيم عليه حد
القذف
وقال الاوزاعي يحد للقذف ولا يحد للزنى

وقال بن ابي ليلي اذا اقر هو بالزنى ووجدت هي جلد وان كان محصنا لم يرجم وفي هذا الحديث ايضا ان للامام ان يسأل المقدوف فان اعترف اقام عليه الواجب وان لم يعترف وطلب القاذف اخذ له بحده وهذا موضع اختلف فيه الفقهاء

الاستدكار ج: 7 ص: 482

فقال فيه مالك لا يحد الامام القاذف حتى يطالبه المقدوف 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 المقدوف وينظر ما يقول لعله يريد سترا على نفسه وقال ابو حنيفة واصحابه والاوزاعي والشافعي لا يحد القاذف الا بمطالبة المقدوف واما قوله (واغد يا انيس على امرأة 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 هنا وجهها لان كتابي هنا لم يكن الغرض فيه والمقصد الا ايراد ما اختلف فيه العلماء من المعاني التي رسمها الموطأ 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

**النبى ﷺ 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 بالغيا عاقلا قد وطئ 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 الوطاء 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 وطننا 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 نأخذ
فلا احصان عند هؤلاء له اربعة شروط الحرية
والبلوغ والعقل والوطء في النكاح الصحيح
ونحو هذا قول الشافعي واحمد بن حنبل
قال الشافعي اذا دخل الرجل بامرأته وهما حران
ووطنها فهذا احصان مسلمين كانا في حين الزنى
بـ

الغين
واختلف اصحابه على اربعة اوجه
فقال بعضهم اذا تزوج العبد او الصبي ووطئ
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
بعـ

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 بالصریح من الزنى لا
بالكنایة وبالرؤیة كذلك والمعاینة
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 صراحة لا كناية فاذا ثبت على اقراره ولم
ينزع عنه وكان محصنا وجب عليه الرجم وان كان
بكرًا جلد مائة وهذا كله لا خلاف فيه بين العلماء
واما الحمل الظاهر للمرأة ولا زوج لها يعلم فقد
اختلف العلماء في ذلك

الاستذكار ج: 7 ص: 485

فقال طائفة الحبل والاعتراف والبينة سواء في
ما يوجب الحد في الزنى على حدیث 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 المرأة 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 البستي
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 المرأة 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 والحبيل قيل له قد روي عنه خلاف ذلك من رواية الثقات ايضا وروي شعبة بن الحجاج عن عبد الملك بن ميسرة عن نزال بن صبرة قال اني لمع عمر رضي الله عنه بمنى اذا بامرأة ضخمة حبلى قد كاد الناس ان يقتلوها من الزحام وهي تبكي فقال لها عمر ما يبكيك ان المرأة ربما استكرهت فقالت اني امرأة ثقيلة الراس وكان الله عز وجل يرزقني من الليل ما شاء الله ان يرزقني فصليت ونمت فوالله ما استيقظت الا ورجل قد ركبني ومضى ولا ادري أي خلـق اللـه هـو 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 لتتزع (1) فابت ان تتزع 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 عبيد زنى بامرأتي وهي هذه
 تعترف قال ابو واقد فارسلي 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

الاستذكار ج: 7 ص: 487

باحدي 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 يصرح 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 الغلطة 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 وليسس الانكسار بعلم حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبع 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
نظرت إلى النبي الكعبنة
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 صلى الله عليه وسلم 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 صلى الله عليه وسلم عن تمني الموت عند نزول
المصائب وحلول البلاء تسخطا للقضاء وقلة رضى
وعدم صبر على الايذاء
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 صلى الله عليه وسلم
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 مما هم عليه
قال ابراهيم الخليل عليه السلام واجنبني وبني
ان نعبد الاصنام ابراهيم 35

وقال يوسف عليه السلام توفي مسلمانا والحقني
بالمصالحين يوسف 101

قال ابو عمر قد تقدم في هذا الباب من القول
في الرجم وثبوته عند اهل العلم في السنة وفي
الكتاب المحكم المعمول به عند جماعة منهم
بشهادة الاثار الصحاح بذلك ما فيه - والحمد لله -
كفاية

حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم
بن اصبع قال حدثني بكر بن حماد قال حدثني
مسدد

وحدثني احمد بن قاسم قال حدثني قاسم بن
اصبع قال حدثني الحارث بن ابي اسامة قال
حدثني إسحاق بن عيسى قالا جميعا حدثني حماد
بن زيد - واللفظ لحديث مسدد - وهو اتم عن
حديث بن زيد عن يوسف بن مهران عن بن عباس
قال سمعت عمر بن الخطاب يخطب ايها الناس
ان الرجم حق فلا تخدعن عنه وان اية ذلك ان

رسول الله ﷺ قد رجم وان ابا بكر قد رجم وانا قد
رجمنا بعدهما وسيكون قوم من هذه الامة يكذبون
بالرجم ويكذبون بالدجال ويكذبون بطلوع
الشمس من مغربها ويكذبون بعذاب القبر
ويكذبون بالشفاعة ويكذبون بقوم يخرجون من
النار بعد ما امتحشوا (1)

قال ابو عمر الخوارج كلها وكثير من المعتزلة
يكذبون بهذا كله - والله اساله التوفيق لما يرضاه
من عصمته ورحمته

حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا
حدثني قاسم بن اصبع قال حدثني قاسم بن
إسماعيل قال حدثني الحميدي قال حدثني
سفيان بن عيينة قال اخبرنا معمر عن الزهري
عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن بن عباس

قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول
ان الله عز وجل

الاستذكار ج: 7 ص: 490

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 ترحم
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
فوجدتها 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
لسته اشهر فاتي 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 اهل المدينة فذكرها معمر عن الزهري عن ابي عبيد مولى عبد الرحمن بن عوف قال رفعت إلى عثمان امرأة ولدت لسته اشهر فقال انها رفعت الي امرأة لا اراها الا جاءت بشر ولدت لسته 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

الاستذكار ج: 7 ص: 491

وهذا الاسناد لا مدفع فيه من رواية اهل المدينة وقد خالفهم في ذلك ثقات اهل مكة فجعلوا القصة لابن عباس مع عمر وروى بن جريح قال اخبرني عثمان بن ابي سليمان ان نافع بن جبير اخبره ان بن عباس اخبره قال اني لصاحب المرأة التي اتي بها عمر وضعت لسته اشهر فانكر الناس ذلك قال قلت لعمر لم تظلم قال كيف قال قلت اترى وحملة وفصاله ثلاثون شهرا الاحقاف 15 وقال والوالدات يرضعن اولادهن 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 فابي عثمان ان ذكر عبد الرزاق (2) عن الثوري عن الاعمش عن ابي الضحى عن قائد لابن عباس كنت معه فاتي عثمان بامرأة وضعت لسته 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 فـدرا 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 امرأة ولدت لسته اشهر فاراد عمر ان يرحمها فجاءت اختها إلى علي بن ابي طالب فقالت ان عمر يريد ان يرحم اختي فانشدك الله ان كنت تعلم لها عذرا لما اخبرتنني 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 فخلي عمر سبيلها قال ثم انها ولدت بعد ذلك لسته اشهر وروى معمر عن قتادة قال رفع إلى عمر امرأة ولدت لسته اشهر بمعنى ما تقدم لم يجاوز به قتادة يوما إلى ابيه وممن وصله حجة عليه قال ابو عمر لا اعلم خلافا بين اهل العلم في ما قاله علي وبن عباس في هذا الباب في اقل

الحميل وهو اصل واجمعا
وفي الخبر بذلك فضيلة كبيرة وشهادة عادلة
لعلي وابن عباس في موضعهما من الفقه في دين
الله عز وجل والمعرفة بكتاب الله عز وجل
مالك (1) انه سال بن شهاب عن الذي يعمل
عمل قوم لوط فقال بن شهاب عليه الرجم
احصن او لم يحصن
قال ابو عمر قد اختلف عن بن شهاب في هذه
المسألة لاختلاف قوله فيها والرواة لها عنه كلهم
ثقات
روى بن ابي ذئب ومعمار عنه في اللوطي انه
كالزاني يجلد ان كان بكرا ويرجم ان كان ثيبا
محصنا
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني معن بن ابي
عيسى عن بن ابي ذئب عن الزهري قال يرمم
اللوطي اذا كان محصنا واذا كان بكرا جلد مائة
ويغلب عليه في الحبس والنفي
قال ابو عمر هذا قول عطاء ومجاهد وقتادة
وابراهيم النخعي وسعيد بن المسيب والحسن بن
ابي الحسن لم يختلف عن واحد من هؤلاء ان
اللوطي حده حد الزاني الا ابراهيم النخعي فروي
عنه ثلاث روايات
احدها
والثانية انه يرمم على كل حال قال ولو كان احد
يرجم مرتين رجم هذا

الاستذكار ج: 7 ص: 493

والثالثة انه يضرب دون الحد
وهو قول الحكم بن عتيبة ولا اعلم احدا قاله قبل
الحكم بن عتيبة الا الرواية عن ابراهيم
واصح الروايات فيه عن ابراهيم انه كالزاني
وهو قول الشافعي وابي يوسف ومحمد والحسن
بن حي وعثمان البتي وابي ثور واحمد بن حنبل
في احدي الروايتين عنه كل هؤلاء حد اللوطي

عندهم حد الزاني يرحم ان كان محصنا وان كان
بكرًا جليلاً
وقال مالك واصحابه يرحم اللوطي ويقتل بالرحم
احصن او لم يحصن
وهو قول ابن عباس
وروي ذلك عن علي بن ابي طالب وعثمان بن
عفان
وروي عن ابي بكر الصديق انه امر باحراق من
فعل ذلك
وممن قال بقول مالك في اللوطي يرحم احصن
او لم يحصن جابر بن زيد ابو الشعثاء وعامر
الشعبي
وبه قال الليث بن سعد واسحاق بن راهوية واحمد
فندي روايته
قال ابو عمر هذا القول اعلى لانه روي عن
الصحابه ولا مخالف له منهم وروي عن النبي ﷺ
وهو الحجة فيما تنازع فيه العلماء
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني وكيع عن بن
ابي ليلى عن القاسم بن الوليد عن يزيد بن قيس
ان علياً رجم لوطياً
قال وحدثني وكيع قال وحدثني محمد بن قيس
عن ابي حصين ان عثمان اشرف على الناس يوم
الدار فقال اما علمتم انه لا يحل دم امرئ مسلم
الا بأربعة رجل عمل قوم لوط او ارتد بعد
الايمان او زنى بعد احصان او قتل نفساً مؤمنة
بغير حق
قال وحدثني غسان بن نصر عن سعيد بن يزيد عن
ابي نصره قال سئل بن عباس ما حد اللوطي قال
ينظر إلى اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكساً
ثم يتبع بالحجارة
قال وحدثني محمد بن بكر قال حدثني بن جريح
قال اخبرني بن خيثم عن مجاهد وسعيد بن جبیر

انهما سمعا بن عباس يقول في الرجل يؤخذ على اللوطية انه يرحم

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 قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني اسحاق بن اسحاق قال حدثني اسحاق بن محمد قال حدثني ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس ان رسول الله ﷺ قال (من وقع على رجل فاقتلوه) يعني عمل عمل قوم لوط وحدثني قال حدثني قاسم قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبه قال حدثني ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس ان النبي ﷺ قال (اقتلوا الفاعل والمفعول به) يعني في اللوطية وذكره عبد الرزاق قال اخبرنا ابراهيم بن 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 ﷺ (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
عَنْ عَنَّ بْنِ عَبَّاسٍ
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 او قتل نفس بغير حق) (1) -
وهذا حديث قيل في وقت ثم نزل بعده اباحة دم
الساعي بالفساد في الارض وقاطع السبيل
وعامل عمل قوم لوط ومن شق عصي 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 الا انعام 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 بالبزنى)

1532 - مالك عن زيد بن اسلم ان رجلا اعترف
على نفسه بالبزنى 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
فليستر بستر الله فانه من يبدي لنا صفحته (4)
نقسم عليه كتاب الله
قال ابو عمر لم يختلف عن مالك في ارسال هذا
الحديث ولا اعلمه يستند بهذا اللفظ من وجه من
الوجه
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 لنا 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 والفرع إلى الله عز وجل في التوبة وقد

الاستذكار ج: 7 ص: 497

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
(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 اصبع
قال حدثني بن وضاح قال حدثني ابو بكر بن ابي
شيبه قال حدثني عفان قال حدثني همام قال
سمعت إسحاق بن عبد الله بن ابي طلحة قال
حدثني شيبه 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
الآخرة)

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 ثم يردق 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

الانسـان فـي الحـدود
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
والمـذاكـير
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 ترى ابلك واعط كل عضو
حـقـه
وروي عن عمر وبن عمر انهما قالا لا يضرب
الـراس
قال بن عمر لا يؤمر ان يضرب الراس
واختلفوا في كيفية ضرب الرجال والنساء قياما
او قـعدا
فقال مالك الرجل والمرأة في الحدود كلها سواء
لا يقام واحد منهما يضربان قاعدين ويجرد الرجل
في جميع الحدود ويترك على المرأة ما يسترها
وينزع عنها ما يقيها من الضرب
وقال الثوري لا يجرد الرجل ولا يمد ويضرب قائما
والمـرأة قاعـدة
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 المحشـو والبرد والفـرو
قال ابو عمر في حديث بن عمر في رجم
اليهوديين ما يدل على ان الرجل كان قائما
والمرأة قاعدة لقوله فيه فرايت الرجل يحني

على المرارة يقيها الحجارة
وما جاء عن عمر وعلي في ضرب الاعضاء ما يدل
على القياس 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 ف جاء
رجل فجلد فقلت له يا نائك امه فرفعني إلى
ابي هريرة وهو خليفة لمروان فضربني ثمانين
قال فركبت بعيري وقلت

**لعمرك اني 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 الآثار لا قوالهم في كتاب
(التمهيد)
قال ابو عمر روى شعبة عن واصل عن المعرور
بن سويد قال اتي عمر بن الخطاب بامرأة زنت
فقال افسدت حسبها اضربوها حدها ولا تخرقوا
عليها جـ
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 أهل التفسير
وممن قال ذلك الحسن ومجاهد وعطاء وعكرمة
وزيد بن اسلم
وروي 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

وروي 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 رجلها قال واحسبه
قال ظهره
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 احسن فامر به ابو بكر فجلد الحد ثم نفي
إلى فسى فجلد الحد ثم نفي
قال ابو عمر قد تقدم في باب الرجم ان النبي صلى الله عليه وسلم
جلد العسيف وغربه عاما وذكرنا هناك حديث نافع
عن النبي صلى الله عليه وسلم (البكر جلد مائة وتغريب عام)
وذكرنا هناك ايضا حديث بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ضرب وغرب وان ابا بكر ضرب وغرب وان عمر
ضرب وغرب والتغريب النفي وذكرنا ما للفقهاء
من الاختلاف في نفي العبيد والنساء
وخالف ابو حنيفة واصحابه الاثار المرفوعة
وغيرها في هذا الباب فلم يروا على الزاني البكر
غيب الجلس
والجمهور على تغريب الرجل الحر اذا زنى واقيم
عليه الحد الا ان منهم من يجعل سجنه التغريب
والاكثر ينفونه من بلده ويسجنونه بالبلد الذي
يغربونه بـ
وفي اخر هذا الباب قال مالك الذي ادركت عليه
اهل العلم انه لا نفي على العبيد اذا زنوا
قال ابو عمر قول مالك ومذهبه انه لا نفي على
العبيد ولا على النساء
وقال الاوزاعي ينفي الزناة الرجال كلهم عبيدا او
احرارا ولا ينفي النساء

الاستذكار ج: 7 ص: 501

وقال الثوري والحسن بن حي ينفي الزناة كلهم
واختلف قول الشافعي
فمرة قال ينفي الزناة كلهم اذا جلدوا عبيدا كانوا
او احرارا ذكرانا كانوا او اناثا سنة بسنة إلى غير
بلادهم
ومرة قال ينفي العبد إلى غير بلده نصف سنة
وبسنة قال الطبري
ومرة قال استخروا الله في نفي العبيد

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 وامرأة > 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 بينة عادلة
ثبتت 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
الخمير 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
وممن ذكرنا معه
وقال بن ابي ليلى وعثمان البتي لا يقبل رجوعه
في الزنى ولا في السرقة ولا في الخمر
وقال الازاعي في رجل اقر على نفسه بالزنى
اربع مرات وهو محصن ثم ندم وانكر ان يكون اتي
ذلك انه يضرب حد الفرية على نفسه قال وان
اعترف

الاستذكار ج: 7 ص: 502

بسرقه او شرب خمرا او قتل ثم انكر عاقبه
السـلطان دون الحد
قال ابو عمر قال الازاعي ضعيف لا يثبت على

النظر
واختلف قول مالك في المقر بالزنى او بشرب
الخمير 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
ببقيته

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 ان 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 ولو بضعفير) (1) - قال بن شهاب لا ادري ابعده الثالثة او الرابعة قال مالك والضعفير الحبل هكذا روى مالك هذا الحديث عن بن شهاب بهذا الاسناد وتابعه على اسناده هذا يونس بن يزيد ويحيى بن سعيد ورواه عقيل والزبيدي وابن اخي الزهري عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ان شبيل 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 عقيلاً وحده قال مالك بن عبد الله الاوسي وقال الزبيدي وابن اخي الزهري عبد الله بن مالك الاوسي وقال يونس بن يزيد عن الزهري عن عبيد الله عن شبيل بن خالد المزني عن عبد الله بن مالك ورواه بن عيينة عن بن شهاب عن عبيد الله عن ابي هريرة وزيد بن خالد وشبيل المزني ان النبي ﷺ سئل عن الامة اذا زنت وقد تفصينا 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
وإذا 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
وروي 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 القيت 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 رأى 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 احصن
ح
قال ابو عبيد هكذا جاء في هذا الحديث الرعايا
واما العربية فروا عني

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 جريح 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 جريح قلت لعطاء عبد زنى ولم تحصن 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 بزواج 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

وروي 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 فزنى الزنى ورواه بن جريح 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 بزواج حرام عبيد 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 جلدتها 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 بزواج 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 المرأة 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
يحد 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 يحد
المولى في الزنى وفي سائر الحدود
وهو قول الازاعيبي
وقال الشافعي يحد 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) -
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 ليلي انه قال ادركت بقايا الانصار
يضربون الوليدة من ولأئدهم اذا زنت في

مجالسهم
وروى الثوري عن عبد الاعلى عن ابي جميلة عن
علي ان النبي ﷺ قال (اقيموا الحدود على ما
ملكتم ايما انكم)
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 بضعير) 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 نفيها
وقال اهل الظاهر بوجوب بيعها اذا زنت بعد جلدتها
الرابعة منهم داود وغيره والله اعلم
1 (4 - باب ما جاء في المغتصبة)

1537 - قال مالك الامر عندنا في المرأة توجد
حاملًا 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
بكرًا او استغاثت حتى اتيت (3) وهي على ذلك
الحال او ما

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 احسن اذا قامت البينة او كان الحبل والاعتراف فجعل وجود الحبل كالبينة او الاعتراف فلا وجه لاعادة ما قد مضى الا ان تذكر طرفا هنا ونقول انه قد روي عن عمر خلاف ما رواه مالك عنه وان كان اسناد حديث مالك اعلى ولكنه محتمل للتاويل

وروي عبد الرزاق عن الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال قد بلغ عمر ان امرأة متعبدة حملت فقال عمر اترها 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 امرأة 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 يسدرا عنها الحد وروي عن عمر ايضا انه اتى بامرأة حبلى بالموسم وهي تبكي فقالوا زنت فقال عمر ما يبكيك فان المرأة ربما استكرهت على نفسها يلقنها ذلك فاخبرت ان رجلا ركبها نائمة فقال لو قتلت هذه لخشيت ان يدخل ما بين هذين الاخشبين النار وخلنى 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 والمرأة يوجدان في

بيت فيقران بالوطء ويدعيان الزوجية فقال مالك ان لم يقيما البينة بما ادعيا من الزوجية بعد اقرارهما بالوطء او بعد ان شهدا عليهما به اقيم عليهما الحد قال بن القاسم الا ان يكونا طارئين وقال عثمان البتي ان كان يرى قبل ذلك يدخل اليها ويذكرها او كانا

الاستذكار ج: 7 ص: 510

طارئين لا يعرفان قبل ذلك فلا حد عليهما وان كان لم ياتيا شيئا من ذلك فهما زانيان ما اجتمعا وعليهما الحد وقال ابو حنيفة واصحابه اذا وجد رجل وامراة واقرا بالوطء وادعيا انهما زوجان لم يحدا ويخلى بينهما وبينه وهما قول الشافعي قال ابو عمر لا خلاف عليه علمته بين علماء السلف والخلف ان المكروهة على الزنى لا حد عليها اذا صح اكرامها واغتصابها نفسها وقد قال رسول الله ﷺ (تجاوز الله عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه) (1) - والاصل المجتمع عليه ان الدماء الممنوع منها بالكتاب والسنة لا ينبغي ان يراق شيئا منها ولا يسبتاح الا بيقين واليقين الشهادة القاطعة او الاقرار الذي يقيم عليه صاحبه فان لم يكن ذلك فلان يخطئ الامام في العفو خير له من ان يخطئ في العقوبة فاذا صحت التهمة فلا حرج عليه في تعزيز المتهم وتاديبه بالسجن وغيره وبالله التوفيق وقد مضى القول في صداق المغتصبة ولا تنكح حتى تستبرئ نفسها بثلاث حيض فان ارتابت من حيضتها فلا تنكح حتى تستبرئ نفسها من تلك الريبة

قال ابو عمر قد تقدم في كتاب النكاح هذا المعنى وما فيه للعلماء ونعيده مختصرا هنا لاعادة مالك لـه فـي هـذا البـاب وقال مالك اذا زنى الرجل بالمرأة ثم اراد نكاحها فذلك جائز له بعد ان يستبرئها عن مائة الفاسد قال وان عقد النكاح قبل ان يستبرئها فهو كالنكاح في العدة ولا يحل له ابدا ان كان وطؤه فـي ذلـك قال مالك واذا تزوج امرأة حرة فدخل بها فجاءت بولد بعد شهر انه لا ينكحها ابدا لانه وطأها في عـدة 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 امرأة تزني ثم تزوجها فله أن يطأها قبل أن يستبرئها كما لو رأى امرأته تزني لم يحرم عليه وطؤها عنده وقال محمد بن الحسن لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها وان تزوج امرأة 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 وابعاح للزاني نكاحا دون عدة لان العدة فيها حق للزوج وعبادة عليه لقوله عز وجل واحصوا العدة الطلاق 1 ولقوله فما لكم عليهن من عدة الا حزاب 49 والعدة من الزنى لو وجبت لم يكن للزاني فيها حق وهو من سائر الناس

الاستذكار ج: 7 ص: 512

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 علي 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

الاستذكار ج: 7 ص: 513

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 ثم ثمانين
وبه قال عمر بن عبد العزيز وابو بكر بن محمد
عمرو بن حزم وقبيصة بن ذؤيب وبن شهاب
الزهري والقاسم بن محمد

**واليه ذهب الاوزاعي وابو ثور وداود
حدثني خلف بن قاسم قال حدثني محمد بن
القاسم بن شعبان قال حدثني احمد بن شعيب
قال اخبرنا احمد بن مسعدة قال اخبرنا سليم بن
اخضر عن بن عون وعوف ان عمر بن عبد العزيز
كتب في المملوك يقذف الحر قال يجلد ثمانين
وذكر ابو بكر بن ابي شيبه قال حدثني ابو اسامة
قال حدثني جرير بن حازم قال قرأت كتاب عمر
بن عبد العزيز إلى عدي بن ارطاة اما بعد فانك
كتبت الي تسال عن العبد يقذف الحر كم يجلد
وذكرت انه بلغك اني كنت اجلده اذا زنى بالمدينة
اربعين جلدة ثم جلده في اخر عملي ثمانين جلدة
فان جلدي الاول كان رايًا رايته وان جلدي الاخر
وافق كتاب الله تعالى فاجلده ثمانين
قال حدثني بن مهدي عن سفيان عن عبد الله بن
ابي بكر قال ضرب عمر بن عبد العزيز العبد في
القذف ثمانين
قال ابو عمر ظن داود واهل الظاهر ان عمر بن
عبد العزيز ومن قال بقوله انما جلد العبد في
القذف ثمانين فرارا عن قياس العبيد على الاماء
وليس كذلك بل المعنى الذي ذهبوا إليه نفس
القياس لان الله عز وجل امر في كل من قذف
محصنة ان يجلد ثمانين جلدة الا ان ياتي باربعة
شهداء
والمحصنات لا يدخل فيهن المحصنون الا بالقياس
وقد اجمع علماء المسلمون ان المحصنين في
ذلك كلهم حكمهم في ذلك حكم المحصنات قياسا
وان من قذف حرا عفيفا مسلما كمن قذف حرة
عفيفة مسلمة
هذا ما لا خلاف فيه بين احد من علماء هذه الامة
فمن رأى الحد حقا يجب للمقذوف سواء كان
قاذفه حرا او عبدا قال حد القاذف للحر المسلم**

البالغ ثمانون جلدة حرا كان او عبدا لان الله تعالى
لم يخص قاذفا حرا من قاذف عبد

الاستدكار ج: 7 ص: 514

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
العزیز وهو الوالي يومئذ اذكر له ذلك فكتب الي
عمر ان اجزر (3) عفو
قال زريق وكتبت إلى عمر بن عبد العزيز ايضا
ارایت رجلا افتري عليه او على ابويه وقد هلکا او
احدهما قال فكتب الي عمر ان عفا فاجز عفوہ
في نفسه وان افتري على ابويه وقد هلکا او
احدهما فخذ له بكتاب الله الا ان يريد سترا
قال مالك وذلك ان يكون الرجل المفتری عليه
يخاف ان كشف ذلك منه ان تقوم عليه بينة فاذا
كان على ما وصفت فعفا جاز عفوہ
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
سـتـرا عـلى نـفسـه
وهذا نحو القول الاول الذي اجاز فيه العفو عن
القـاذـف
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 عفو
يصح كقول الشافعي
وقال ابو جعفر الطحاوي لما كان حد القذف
يسقط بتصديق القذف للقاذف دل انه حق للادمي
لا حـق لـلـه
قال ابو عمر العفو في حقوق الادميين اذا عفوا
جـائـز باجـمـاع
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 اخبره
قال ابو عمر في هذه المسألة 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 زنت بفلانة فعليه حد واحد لان ابا بكرة واصحابه ضربهم عمر حدا واحدا ولم يحدهم للمرأة قال ابو عمر تناقض البتي في هذه المسألة وليس ما احتج به من فعل عمر حجة لان المرأة 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
لاعنن وللم يحسد 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 يحسد 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 يعفو 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
ثم
قال مالك لا حد عندنا الا في نفي او قذف او
تعريض يرى ان قائله انما اراد بذلك نفي او قذفا
فعلى من قال ذلك الحد تاما

قال ابو عمر اختلف العلماء في التعريض بالقذف هل يوجب الحد ام لا يروى عن عمر من وجوه انه حد في التعريض وروى معمر عن الزهري عن سالم عن بن عمر ان عمر كان يحد في التعريض بالفاحشة وبن جريح قال اخبرني بن ابي مليكة عن صفوان وايوب عن عمر بن الخطاب انه حد في التعريض وقال بن جريح الذي حده عمر في التعريض عكرمة بن عامر بن هشام بن عبد مناف بن عبد الدار عندما هجا وهب بن زمعة بن الاسود بن عبد المطلب بن اسد تعرض له في هجائه سمعت بن ابي مليكة يحدث بذلك وكان عثمان يرى الحد في التعريض ذكر ابو بكر قال حدثني معاذ عن عوف عن ابي رجاء ان عمر وعثمان كانا يعاقبان في الهجاء قال وحدثني عبد الاعلى عن خالد بن ايوب عن معاوية بن قرة ان عثمان جلد الحد في التعريض وكان عمر بن عبد العزيز يحد في التعريض وذكر الاوزاعي عن الزهري انه كان يحد في التعريض

الاستذكار ج: 7 ص: 518

وهو قول الاوزاعي وعن سعيد بن المسيب روايتان احدهما انه افتى بضرب الحد في التعريض والثانية انه قال لا حد الا على من نصب الحد نصبا وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما والثوري وبن ابي ليلي والحسن بن حي لا حد في التعريض في القذف ولا يجب الحد الا في التصريح بالقذف
 بين
 الا ان ابا حنيفة والشافعي يقولان يعزر المعرض للقذف ويؤدب لانه اذى ويزجر عن ذلك وقال اصحاب الشافعي وابو حنيفة ان الخلاف في ذلك بين الصحابة لان عمر حد في حديث مالك

وغيره ولم يشاور في قول الرجل ما ابي بزبان ولا امي بزانية الا من اذا خالف قبل خلافه من الصحابة لا ممن غيره
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 بزبان 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 عتبة والثوري عن يحيى بن سعيد عن قاسم بن محمد قال ما كنا نرى الحد الا في القذف السب او في النفي السب
وذكر ابو بكر قال حدثني عبدة عن محمد بن اسحاق 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 نفي رجل رجلا من ابيه فان عليه الحد وان كانت ام الذي نفي مملوكا فان عليه الحد
قال ابو عمر لا خلاف بين السلف والخلف من العلماء فيمن نفي رجلا عن ابيه وكانت امه حرة مسلمة عفيفة ان عليه الحد ثمانين جلدة ان كان

حرا واختلفوا اذا كانت امة او ذمية
ذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني شريك عن
جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه قال
قال عبد الله لا حد الا على رجلين رجل قذف
محصنة او نفى رجلا عن ابيه وان كانت امة
قال وحدثني عبد الاعلى عن معمر عن الزهري
قال اذا نفى الرجل عن ابيه فان عليه الحد وان
كانت امة مملوكة
قال وحدثني بن مهدي عن سفيان عن سعيد
الزيدي عن حماد عن ابراهيم في الرجل يقول
للرجل لست لابيك وامة او يهودية او نصرانية
قال لا يجلس
قال وحدثني وكيع عن سفيان عن شيخ من الازد
ان بن هبيرة سال عن الرجل ينفي الرجل عن ابيه
وامه امة الحسن والشعبي فقالا يضرب الحد
قال ابو عمر الذي يدل عليه مذهب الشافعي وابي
حنيفة ان لا حد على من نفى رجلا عن ابيه اذا
كانت امة او ذمية لانه قاذف لامة ولو صرح
بقذفها لم يمن عليه حد
وذكر المزني عن الشافعي قال وان قال يا بن
الزانيين وكان ابواه حرين مسلمين فعليه حدان
قال ولا حد الا على من قذف حرا بالغا مسلما او
حرة بالغة مسلمة
ولم يختلفوا ان قذف مملوكة مسلمة او كافرة انه
لا حد عليه للقذف وان كان منهم من يرى التعزير
للاذى ومنهم من يرى في ذلك الادب

1 (6 - باب ما لا حد فيه)

1542 - قال مالك ان احسن ما سمع في الامة
يقع بها الرجل وله فيها

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

الاستدكار ج: 7 ص: 521

وقد روي عن سعيد بن المسيب في هذه المسألة
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
وطئ 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 وطئ 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 الوطاء لم يقوم
ولدها ومن قومها بعد الوطاء لم يقوم ولدها معها

ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف قيمة ولدها ان كانت بينهما نصيبين 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 محرر 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 امه 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

ويدرا عنه الحد وبالله التوفيق
واما الرجل الغازي يطا جارية من المغنم وله في
المغنم نصيب فاختلف الفقهاء في هذا على غير
اختلافهم في الجارية تكون بين الرجلين فيطؤها
احدهما او كلاهما فاختلف في ذلك قول مالك
واصحابه وسائر اهل العلم منهم من راي الحد
عليه ومنهم من لم ير عليه حدا لان له فيها نصيبا
الذي راي عليه الحد قال ليس عليه نصيب معلوم
ولا حصة متعينة ولا ينفذ له في نصيبه عتق فكأنه
لا نصيب له فيها حتى يبرزه له السلطان
ذكر عبد الرزاق عن بن جريج عن نافع ان غلاما
لعمر بن الخطاب وقع على وليدة من الخمس
فاستكرهها فأصابها وهو امير على ذلك الرقيق
فجلده عمر الحد ونفاه وترك الجارية ولم يجلدها
من اجل انه استكرهها
قال ابو عمر ذكر هذا الخبر عبد الرزاق في باب
الرجل يصيب جارية من المغنم وهذا قد يمكن ان
يكون الغلام عبدا لا حق له في الفيء وانما فائدة
هذا الخبر جلد العبد ونفيه وان المستكرهه لا
شيء عليها
وقد مضى ذلك كله في موضعه من كتابنا هذا
والحمد لله كثيرا
قال عبد الرزاق واخبرنا بن جريج قال اخبرنا
إسماعيل بن خالد ان رجلا

الاستذكار ج: 7 ص: 523

عجل فأصاب وليدة من الخمس وقال ظننت انها
تحل لي فقال علي رضي الله عنه ان له فيها حقا
فلم يجلده من اجل الذي له فيها
وذكر ابو بكر قال حدثني وكيع عن موسى بن
عبدة عن بكر بن داود ان عليا اقام على رجل وقع
على جارية من الخمس الحد
قال ابو عمر كلا الخبرين عن علي منقطع لا حجة
فيه ولا يقطع به على علي عليه السلام

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 اسماعيل 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
 لـه 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 الحاق به الولد
 قال ابو عمر في هذا ايضا اقوال
 احدها
 والآخر 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

الاستذكار ج: 7 ص: 524

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 العادون
المؤمنون 7 = 5 ومن يتعد حدود الله فقد ظلم
نفسه الطلاق 1

والرابع انه زان ان علم انه لا يحل له وطء فرج لم
يملك رقبتة وعليه الحد وان جهل وظن ان من
يملك يجوز له التصرف في ما شاء منها درى عنه
الحد

قال مالك (1) في الرجل يقع على جارية ابنه او
ابنته انه يدرا عنه الحد وتقام عليه الجارية حملت
او لستم تحمّل

قال ابو عمر على هذا جمهور العلماء انه لا حد
على من وطىء امة من ولده واضن ذلك والله
اعلم لما روي عن النبي ﷺ انه قال لرجل خاطبة (

انت ومالك لابيك) (2) وقال ﷺ (لا يقاد بالولد
الوالد) (3)

واجمع الجمهور انه لا يقطع في ما سرق من مال
ولده

فهذه كلها شبهات يدرا بها عنها الحد
واما تقويمها عليه فلان وطأه لها يحرمها على
ابنته فكأنه استكرهها

وليس له من ماله الا القوت عند الفقر والزمانة
وما استهلك من ماله غير ذلك ضمنه له الا ترى انه
ليس له من مال ولده ان مات وترك ولدا الا
السدس وسائر ماله لولده

وهذا بين ان قوله ﷺ (انت ومالك لابيك) انه ليس
على التملك وكما كان قوله عليه الصلاة والسلام
(انت) ليس على التملك فكذلك قوله عليه
الصلاة والسلام (ومالك) ليس على التملك
ولكنه على البر به والاكرام له
وقد اجمعوا ان الاب لو قتل بن ابنه او من الابن
وليه لم يكن للابن ان يقبض من ابيه في ذلك كله

وهذا كله تعظيم حقوق الاءاء 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

الاستذكار ج: 7 ص: 525

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 الاءاء واکرامهما 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 لامراته 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 المرأة ذلك قالت صدق قد كنت وهبتها له ولكن حملتني الغيرة فجلدها عمر حد القذف ثمانين وخلصني سبيله

وهذا يدل على ان حد القذف اوكد من حد الزنى

الا ترى ان من وجب عليه القتل ووجبت عليه حدوده 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 حجة بن عدي ان امرأة جاءت إلى علي فقال ان زوجها وقع على جارتها فقال ان تكوني صادقة رجمته وان تكوني كاذبة جلدتك ثمانين قالت يا ويلها غيري نفرة وذكر وكيع عن اسماعيل بن ابي خالد عن مدرك بن عمارة قال جاءت امرأة إلى علي فقالت يا ويلها ان زوجها وقع على جارتها فقال ان كنت صادقة رجمناه وان كنت كاذبة جلدناك

وقد روي مثل هذا عن النبي ﷺ من حديث النعمان بن بشير (2)

وروي 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 وابن 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 _____ 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 غشيانني وان
كنت له فانه امراته عن قذفي فأرسل إلى
المغيرة فقال تطأ هذه الجارية

الاستذكار ج: 7 ص: 527

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
لنرجمته قال فأتياها فأخبراها فقالت يا لهفاه
اتريد ان ترجم بعلي لاها الله اذا لقد وهبتها له
فخلصني عن نفسه
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 رجـم
وروي 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 بن 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 ﷺ في رجل وطئ 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 عمران
رسول الله ﷺ قطع في مجن (1) ثمنه 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 المجنون)
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 يمان
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 أحب 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
وارد فيه 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 أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر قال حدثني عبد الله بن إدريس قال حدثني محمد بن إسحاق قال وحدثني عبد الوارث بن سفيان واللفظ لحديثه قال وحدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني سحنون قال حدثني بن وهب قال أخبرني هشام بن سعد وعمرو بن الحارث ثم اتفقا عن عمرو بن شعيب عن أبيه 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 ذهباً في تقويم العروض المسروقة لان النبي ﷺ ثم عثمان بعده انما قوم المجن والاترجة بالثلاثة دراهم لا بربيع دينار ذهباً 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 سرقة 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 وأما 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 الاثرجة اذ قال من صرف اثني عشر درهما ومن سرق شيئا من العروض كلها على اختلاف اجناسها لم تقوم سرقة الا بربع دينار ذهبا ارتفع الصرف او انخفض الا بالثلاثة الدراهم ووجهه في ذلك قول عائشة ما طالع علي وما نسيت (القطع في ربع دينار فصاعدا) وذلك عن النبي ﷺ من رواية الثقات وقد روي عن إسحاق مثل قول الشافعي وبه قال ابو ثور وداود كلهم يقدرها 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 قالوا حدثني قاسم بن اصبح 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) —
 وحدثني قالا حدثني قاسم بن اصبع 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 سمعتها تقول ان رسول الله
 ﷺ كان يقطع في ربع دينار فصاعدا فرفعه
 الزهري وهو احفظهم
 وهذا كله كلام بن 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
 مما في هذا الباب
 وبه قال عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد
 والاوزاعي والشافعي واصحابه

واليه ذهب أبو ثور وداود
 وقال داود ليس في حديث بن عمر لان الثلاثة
 دراهم كانت ربع دينار
 قال ولو خالف بن عمر لحديث عائشة لانها حكته
 عن النبي صلى الله عليه وسلم وبن عمر انما اخبر ان قيمة المجن
 كانت ثلاثة دراهم ولم يذكر ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم
 وروي مثل قول الشافعي في هذا الباب عن عمر
 وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهي منقطة
 واحسنها حديث علي
 حدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني
 محمد بن عبد السلام قال حدثني محمد بن بشار
 قال حدثني يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد
 عن ابيه ان عليا رضي الله عنه قطع في ربع دينار
 درهمين ونصف
 وذكر ابو بكر قال حدثني عبد الرحمن عن يحيى
 بن سعيد عن ابي بكر بن محمد قال اتى عثمان
 رضي الله عنه في رجل سرق اترجة فقومها بربع
 دينار فقطع يده
 قال ابو عمر فهذان القولان لفقهاء الحجاز -
 ومن قال بقولهم - متقاربان في وجه مختلفان
 في اخر
 واما فقهاء العراق فلا يرون قطع يد السارق في
 اقل من عشرة دراهم الا ان منهم من يراعيها
 دون مراعاة دينار
 ومنهم من يقول بقطع اليد في دينار او في
 عشرة دراهم
 فالدينار عندهم عشرة دراهم على ما قوم به عمر
 الدينار في الدية فجعلها في روايته الف دينار او
 عشرة الاف درهم
 وروي عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود
 انهما قالا تقطع اليد في اقل من دينار او عشرة
 دراهم

وروى وكيع عن حمزة الزيات عن الحكم عن ابي جعفر قال قيمة المجن الذي قطع 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 صلى الله عليه وسلم 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 اسحاق عن ايوب بن موسى عن عطاء عن بن عباس قال

كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم

قال ابو بكر قال وحدثني عبد الاعلى عن محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (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 المسألة اقاويل غير هذه ليس في شيء
 منها حديث مسند الا واحد

الاستذكار ج: 7 ص: 534

منها وفيها احاديث منقطة 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 راي القطع في ثلاثة دراهم قطعها فيما زاد خمسة او غير خمسة وقول اخر ان اليد لا تقطع الا في اربعة دراهم
فصل

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
فصل

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 وروي منصور عنه انه كان لا يوقت في السرقة شيئا ويتلو هذه الاية والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما المائتة 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 المتأخرين ممن ذهب إلى هذا ما حدثناه سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني محمد قال حدثني ابو بكر بن ابي شيبه

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 احكامها 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 اسماعيل 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

المولتين ببرد مرجل قد خيط عليه خرقة خضراء قالت فاخذ الغلام البرد ففتق عنه فاستخرجه

وجعل مكانه لبدا او فروة وخاط عليه فلما قدمت المولتان المدينة دفعنا 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

فامرت به عائشة زوج النبي ﷺ فقطعت يده
وقالت عائشة القطع في ربع دينار فصاعدا

الاستذكار ج: 7 ص: 536

وليس فيه اكثر من فتيا عائشة بقطع يد العبد
السارق وقولها القطع في ربع دينار فصاعدا
وسياتي القول في الحرز في موضعه من باب
جامع القطع ان شاء الله عز وجل
ولم يختلف العلماء فيمن اخرج الشيء المسروق
من حرزه سارقا له وبلغ المقدار الذي تقطع فيه
يده ان عليه القطع حرا كان او عبدا ذكرا كان او
انثى مسلما كان او ذميا لان العبد الابق اذا سرق
اختلف السلف في قطعه ولم يختلف ائمة فقهاء
الامصار في ذلك والحمد لله

1 (8 - باب ما جاء في قطع الابق والسارق)

1549 - مالك عن نافع ان عبدا لعبد الله بن عمر
سرق وهو ابق فارسل به عبد الله بن عمر إلى
سعيد بن العاص وهو امير المدينة ليقطع يده
فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الابق
السارق اذا سرق فقال له عبد الله بن عمر في أي
كتاب الله وجدت هذا ثم امر به عبد الله بن عمر
فقطعت يده
قال ابو عمر في هذا الخبر لمذهب مالك في ان
السيد لا يقطع يد عبده في السرقة وان كان قد
اختلف عنه في حده في الزنى ولم يختلف عنه انه
لا يقطع السيد عبده في السرقة لان قطع
السارق إلى السلطان فلما لم يرض بن عمر الحد
يقام على يدي السلطان وراه حدا معطلا قام لله
عز وجل
وقد ذكرنا اختلاف العلماء في هذه المسألة فيما
مضى

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 سرقة 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 علي زريق بن حكيم قطع يد العبد اذا سرق لما سمع فيه من الاختلاف والله اعلم - فاراد ان يقف من ذلك على رأي امين في المسألة ولم ير عمر بن عبد العزيز الاختلاف في ذلك شيئا اذا لم تكن سنة من النبي صلى الله عليه وسلم فبين فيها مراد الله من تخصيص الله الاية في الابق من العبيد كما بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 فسألني ايقطع العبد الايق 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 فسألني 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 لا قطعنه قال الزهري فحججت عامئذ فلقيت سالم بن عبد الله فسألته 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 ابقا 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 قطعاً

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 الايق اذا سرق في ابقاه قال وحدثني وكيع عن بن ابي ذئب عن الزهري ان عثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز كانوا لا يقطعون الايق 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 مثلها قال عبد الرزاق قال سفيان قولها انه لا يقطع

ليس معصية الله عز وجل في اباقه تخرجه من
القَطْع
وقال سفيان عن خالد الحذاء عن الحسن انه سئل
عن العبد الايق يسرق اتقطع يده قال نعم
وقال حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد ان عمر
بن عبد العزيز والقاسم بن محمد قالا العبد الايق
اذا سرق قَطْع
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 يقطع يده فقال له
صفوان اني لم ارد هذا يا رسول الله هو عليه
صدقة فقال رسول الله ﷺ (فهلا قبل ان تاتي
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 آخر هذا الباب ما في هذا الحديث من المعاني وما للعلماء فيها من المذاهب والحمد لله 1553 - مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام لقي رجلا قد أخذ سارقا وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان فشفع له الزبير ليرسله فقال لا حتى أبلغ به السلطان فقال الزبير إذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع (1) _____

هذا خبر منقطع ويتصل من وجه صحيح قال أبو عمر أدخل مالك خبر الزبير بيانا لحديث صفوان لأن السلطان لا يحل له أن يعطل حدا من الحدود التي لله عز وجل أقامتها عليه إذا بلغت كما ليس له أن يتجسس عليها إذا استترت عنه وبان الشفاعة في ذوي الحدود حسنة جائزة وإن كانت الحدود فيها واجبة إذا لم تبلغ السلطان وهذا كله لا أعلم فيه خلافا بين العلماء وحسبك _____

وذكر أبو بكر قال حدثني وكيع وحميد بن عبد الرحمن الرواسي عن هشام بن عروة عن عبد الله بن عروة عن الفرافصة الحنفي قال مروا على الزبير بسارق فشفع له فقالوا اتشفع للسارق قال نعم ما لم يؤت به إلى الإمام فإذا أتى به إلى الإمام فلا عفو له عنه أن عفا عنه وروى بن سلمة عن هشام بن عروة عن أخيه عبد الله بن عروة عن الفرافصة أن الزبير مر ببلص قد أخذ فقال دعوه اعفوا عنه فقالوا أتأمرنا بهذا يا أبا عبد الله وانت صاحب رسول الله ﷺ فقال إن الحدود يعفى عنها ما لم تبلغ إلى السلطان فإذا رفعت إلى السلطان فلا عفا الله عنه أن عفى عنه _____

قال أبو عمر هذا تفسير قوله ﷺ لصفوان (فهلا

قبل ان تاتيني به) فانه لم يهب الرداء الا رجاء
العفو عنه

الاستذكار ج:7 ص:540

قال ابو بكر وحدثني حميد عن هشام عن ابي
حازم ان عليا شفع لسارق ف قيل 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
والاثر 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 يخلي سبيلك (1)

وهذا كله قبل ان يبلغ إلى السلطان لقوله
(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

وحتهم قوله (لا قطع في حريسة الجبل حتى يؤويها المراح فاذا اواها المراح فالقطع على من سرق منها ثمن المجن) (1) — ورواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي قال علي بن المديني حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي حجة اذ رواه عمرو بن شعيب ثقة وادرك اباه وابوه شعيب ادرك عبد الله بن عمرو بن العاص وقال (لا قطع على خائن ولا مختلس) (2) — فلما كان الخائن لا يحترز منه علم انهما لم يكن في حرز فليس بسرقه 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

يطلى قول اوصى اياه
ومعنى قول الشافعي ومالك في هذا الباب
متقارب جداً
وقد قال اهل الظاهر وطائفة من اهل الحديث
كل سارق سرق ربع دينار ذهباً او قيمته من سائر
الاشياء وجب عليه القطع من حرز اخذه او من
غير حرز اذا اخذه من ملك مالك لم ياتمه عليه لان
الله عز وجل امر بقطع السارق امراً مطلقاً وبين
النبي ﷺ المقدار المقطوع فيه ولم يبين الحرز

الاستذكار ج: 7 ص: 542

وتكلموا في الاحاديث التي ذكرناها وهي حجة
عليهم لما وصفنا وما اعلم لهم في ترك مراعاة
اخراج السرقة من حرزها الا شيئاً عن عائشة وابن
الزبير ورواية عن الحسن قد روي عنه خلافها
وجمهور اهل العلم على ان السارق لا قطع عليه
الا ان يسرق شيئاً محروماً يخرج منه من حرزه
وعلى ذلك جماعة الفقهاء ائمة الفتوى بالامصار
واختلف العلماء في السارق يسرق ما يجب فيه
القطع ويرفع إلى الامام فيقرر او تثبت عليه
السرقة بالبينة العادلة فيامر الامام بقطعه فيهب
له المسروق منه الشيء المسروق قبل ان يقطع
على ما صح عن صفوان رضي الله عنه
فقال مالك والشافعي واكثر اهل الحجاز يقطع
لان الهبة له والصدقة عليه بما سرقه ربما وقعت
بعده وجوب الحد عليه
وهو احد قولي ابي يوسف
وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن وطائفة لا
يقطع لانه قد ملك الشيء المسروق بالصدقة
والهبة قبل ان يقع فلا تقطع يد احد في ما هو
ملكك لله

وهذا منهم دفع لحديث صفوان قوله ﷺ (فهلا
قبل ان تاتي به) ولم يروون شيئاً يردونه به

وكذلك اختلفوا في هذه المسألة 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

الاستدكار ج: 7 ص: 543

وقال بن وهب سمعت بن جريح يحدث به عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قالوا فهذا الحديث قد عفي عنه بالهبة والصدقة وقد حصل الشيء المسروق ملكا للسارق قبل ان يبلغ السلطان فلم يبلغ الحد السلطان الا وهو يعفوه وعنه
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 صلى الله عليه وسلم 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 ليك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امرأة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلبي 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 سرقة 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 يزداد 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 واثبتت 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 ابي بكر الثالثة قال حسبته قال يده ورواه وكيع عن سفيان فخالف عبد الرزاق في

لفظ

وذكر ابو بكر قال حدثني وكيع عن سفيان عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان ابا بكر اراد ان يقطع الرجل بعد اليد والرجل فقال له عمر السنة

اليد
وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت كان رجل اسود ياتي ابا بكر فيدينه ويقرئه القران حتى بعث ساعيا او قال سرية فقال ارسلني معه فقال بل تمكث عندنا فابي فارسله معه واستوصى به خيرا فلم يغيب معه الا قليلا حتى جاء قد قطعت يده فلما راه ابو بكر فاضت عيناه فقال ما شانك قال ما زدت على انه كان يوليني شيئا من عمله فخنثه فريضة واحدة فقطع يدي

فقال ابو بكر تجدون الذي قطع يد هذا يخون عشرين فريضة والله لئن كنت صادقا لاقيدنك منه قال ثم ادناه ولم يحول منزلته التي كانت له منه قال فكان الرجل يقوم الليل فيقرأ فاذا سمع ابو بكر صوته قال تالله لرجل قطع هذا لقد اجترا على الله عز وجل
قال فلم يغيب الا قليلا حتى فقد ال ابي بكر حليا لهم ومتاعا فقال ابو بكر طرق الحي الليلة فقام الاقطع فاستقبل القبلة ورفع يده الصحيحة والاخرى التي قطعت فقال اللهم اظهر على من سرقهم او نحسهم وهذا
وكان معمر ربما قال اللهم اظهر على من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال ابو بكر ويلك انك لقليل العلم بالله عز وجل فامر به فقطعت رجلاه

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 يوافق
ذكر عبد الرزاق (1) قال اخبرني بن جريح قال
اخبرني غير واحد من اهل المدينة منهم اسماعيل
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
اغبط عندي من سرقته
قال بن جريح 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
بسرقه يسرقها ثم عاد فسرق اخرى بعد اجماعهم
ان اليد اليمنى هي التي تقطع منه اولا
فقال مالك والشافعي واصحابهما اذا قطع في
السرقه 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 ذكرنا
وقال بذلك جماعة من السلف والتابعين
وذكر ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثني بن علي
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 الثقيلات
منها ما رواه بن جريح عن عبد ربه بن امية بن
الحارث انه اخبره عن الحارث بن عبد الله بن ابي
ربيعه 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 اسرايل 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 قال كان علي
رضي الله عنه يقول اذا سرق السارق مرارا
قطعت يده ورجله ثم ان عاد استودعته السجن
قال وحدثني حاتم بن اسماعيل 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
اليـــــــد والرجـــــــل
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
المســـــــلمين
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 يسأله
عن السارق فكتب إليه بمثل قول علي
قال وحدثني ابو خالد عن حجاج عن سماك عن
بعض اصحابه ان عمر

الاستذكار ج: 7 ص: 547

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 مسألة تشبه المسح على الخفين وهم
يقرؤون غسل الرجلين او مسحهما ويشبه الجزاء
في الصيد في الخطا وهم يقرؤون ومن قتله
منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم المائدة

95

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

صحيحا عن النبي
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 خلى 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 المسألة خلافا بين
اهل الفقه الذين تدور على مذاهبيهم الفتوى
بالامصار ولا على من قبلهم

الاستذكار ج: 7 ص: 549

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 وطأها بعد ذلك
مرارا لم يكن عليه غير ذلك
1555 - مالك ان ابا الزناد اخبره ان عاملا لعمر بن
عبد العزيز اخذ ناسا في حراسة ولم يقتلوا احدا
فاراد ان يقطع ايديهم او يقتل فكتب إلى عمر بن
عبد العزيز في ذلك فكتب إليه عمر بن عبد العزيز
لواخذت بايسر ذلك
قال ابو عمر ليس في (الموطأ) مثله في
المحاربين غير هذه وهي لمحبة 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

فقال طائفة قد اختلف السلف ومن بعدهم من

العلماء في حكم المحارب اذا اخذ في حرايته 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
المائة 33

فقال 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 ممن عنى بالاية 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 فاجتوا (1) المدينة فامر لهم رسول الله ﷺ بزود ولقاح وان يخرجوا من المدينة فيشربوا من البانها وابوالها 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 أعينهم ومنهم من يقول وسمر أعينهم 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 الذممة 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 لمحاربه 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 أصابوا من القتل والجراح إلى
 أولياء المقتولين والمجروحين فيكون حكمهم في
 ذلك كحكمهم لو أصابوا ذلك على غير قطع
 الطريق
 قال أبو عمر هذا كله ليس هو الحكم عند أحد من
 العلماء في من أسلم من الكفار قبل أن يقدر
 عليه فدل ذلك على فساد قول من قال نزلت الآية
 في أهـل الشـرك
 وقال الفقهاء وأهل اللغة معنى قوله عز وجل
 يحاربون الله المائدة 33 يحاربون أهل دين الله
 عز وجل
 وأما اختلاف العلماء في جزاء المحاربين هل هو
 على قدر الاستحقاق أم على تخيير الإمام
 فروي عن بن عباس ومجاهد والحسن وسعيد بن
 المسيب وعطاء وإبراهيم أن الإمام مخير يحكم
 فيهم بما شاء من الأوصاف التي ذكر الله عز وجل
 في الآية من القتل أو الصلب أو القطع أو النفي
 و (أو) عند هؤلاء للتخيير
 وممن قال بذلك مالك والليث وأبو ثور
 قال مالك ذلك إلى اجتهاد الإمام يستشير بذلك
 أهل العلم والرأي والفضل على قدر جرم
 المحارب وفساده
 وليس ذلك إلى سوى الإمام
 قال مالك الفساد في الأرض القتل واخذ المال
 قال الله عز وجل وإذا تولى سعى في الأرض
 ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب
 الفساد البقرة 205
 وقال عز وجل من قتل نفسا بغير نفس أو فساد
 في الأرض فكأنما 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 سلبهم 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 جبيرة 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 المال 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 وحسم على عضوه بالنار قبل ان يقطع الاخر ومن حضر وكثر وهيب وكان ردءا عزرر وحبس قال ابو عمر نحو هذا قول الكوفيين وسائر من ذكرنا من الفقهاء والنفي عندهم ان يحبسوا حتى يحسدوا توبوا

وقال مالك النفي ان يخرج إلى بلد اخر ويحبس هناك في السجن وقال يحيى بن سعيد الانصاري ينفي 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

الزائني البكري
وهو قول ابن شهاب
قال ابو عمر في صلب المحارب اقوال لاهل العلم
وكذلك في نفيه ايضا لاهل العلم اقوال واعتلالات
وتوجيهات واختصرنا ذلك كله خوف الاطالة
وشرطنا الاختصار والاشارة إلى ما اشار إليه
مالك رحمه الله

الاستذكار ج: 7 ص: 553

قال مالك (1) الامر عندنا في الذي يسرق امتعه
الناس التي تكون موضوعة بالاسواق محرزة قد
احرزها اهلها في او عيتهم وضموا بعضها إلى
بعض انه من سرق من ذلك شيئا من جزره فبلغ
قيمه ما يجب فيه القطع فان عليه القطع كان
صاحب المتاع عند متاعه او لم يكن ليلا ذلك او
نهـ

قال ابو عمر الحجة في قوله هذا حديث صفوان
بن امية اذ سرق رداؤه من تحت راسه او من تحت
توسده وهو نائم والنائم كالغائب عن متاعه وغلق
الوعاء على المتاع كغلق باب الدار والبيت
ولم يختلفوا ان من فتح باب دار او بيت وسرق
منه ما يبلغ المقدار انه يقطع وقد ابى كثير من
الفقهاء ان يجعلوا ذلك خرزا اذا غاب عنه صاحبه
ولم يكن عقله ولا تحت حرزه وقفله
وهذه من مسائل الراي يسوغ فيها الاجتهاد
والاصل عندي في هذا وما كان مثله ان لا يراق دم
السارق المسلم الا بيقين والتيقن اصل او قياس
غير مدفوع على اصل لان الخطا في العفو خير
وايسر من الخطا في العقوبة
وقد اجمع العلماء على ان كل سرقة لا قطع فيها
فالغرم واجب على من سرقها موسرا كان او
معسرا

قال مالك (2) في الذي يسرق ما يجب عليه فيه
القطع ثم يوجد معه ما سرق فيرد إلى صاحبه انه

تقطع يــــع يــــده
واحتج مالك لقوله هذا بالشارب يوجد منه ربح
الشراب فيحد وهذا ليس بحجة عند موافقيه فضلا
عــــن مــــن مــــالفيه
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
اســــتتهلك المتــــاع
فقال مالك يغرمة 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 يغرمة في
حال اليسر والعسر كسائر المستهلكات من اموال
المســــلمين
وبه قال ابو ثور واحمد واسحاق
وهو قول ابراهيم النخعي وحماد بن ابي سليمان
ويحيى بن سعيد الانصاري والليث بن سعد
وعثــــمــــان البــــستي
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
فيؤخــــر مــــن مــــنه
وهو قول عطاء والشعبي وابن سيرين ومكحول
وبه قال ابن ابي ليلى وابن 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
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

الاستذكار ج: 7 ص: 555

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 المسألة 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 يساوي 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

الاستذكار ج: 7 ص: 556

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

اخرج المتنازع
واختلف في ذلك قول مالك ايضا
فروى بن ابي اويس عنه انه قال يقطعون جميعا
قال انما ذلك بمنزلة ما لو حملوه على حمار او
غيره من الدواب
وروى بن القاسم عنه انه قال لا يقطع الا الذي
حملته وحده
قال مالك (1) الامر عندنا انه اذا كانت دار رجل
مغلقة عليه ليس معه فيها غيره فانه لا يجب على
من سرق منها شيئا القطع حتى يخرج به من الدار
كلها وذلك ان الدار كلها هي حرزه فان كان معه
في الدار ساكن غيره وكان كل انسان منهم يغلق
عليه بابه وكانت حرزا لهم جميعا فمن سرق من
بيوت تلك الدار شيئا يجب فيه القطع فخرج به
إلى الدار فقد اخرج من حرزه إلى غير حرزه
ووجب عليه فيه القطع
قال ابو عمر هذا كله قول الشافعي وابي حنيفة
وبه قال ابو ثور واحمد واسحاق
وقال ابو يوسف ومحمد لا قطع في الدار
المشتركة حتى يخرج السارق بالسرقة من الدار
كلها

قال مالك (2) والامر عندنا في العبد يسرق من
متاع سيده انه ان كان ليس من خدمه ولا ممن
يأمن على بيته ثم دخل سرا فسرق من متاع سيده
ما يجب فيه القطع فلا قطع عليه وكذلك الامة اذا
سرفت من متاع سيدها لا قطع عليها
قال ابو عمر الجمهور من العلماء الذين هم حجة
على من شذ عنهم اجمعوا على ان العبد لا يقطع
في ما سرق من مال سيده وسيدته وكذلك الامة لا
قطع عليها في ما سرفت من مال سيدها
وسيدتها مما يؤتمن عليه ومما لا يؤتمنون عليه
وهو قول مالك والليث وابي حنيفة والشافعي
واصحابهم والثوري والاوزاعي واحمد واسحاق

وابراهيم م والط م بري
وقال ابو ثور يقطع العبد اذا سرق من سيده الا ان
يمنع منه اجماع

الاستذكار ج: 7 ص: 557

وقال اهل الظاهر يقطع العبد اذا سرق من مال
سيده الذي لم ياتمه عليه لظاهر قول الله عز
وجل والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
المائة م 38

قال ابو عمر ثبت عن عمر بمحضر من الصحابة
قوله خادمكم سرق متاعكم فجعلوا العلة المانعة
من القطع في الغلام الذي شكنا بن الحضرمي
وهو غلامه انه سرق مرارة 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
وسياتي القول في غلام الرجل يسرق من مال
امراته او خادم المرأة 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 مرارة
امراتي قيمتها ستون درهما قال ارسله فلا قطع
عليه خادمكم اخذ متاعكم ولكنه لو سرق من
غيركم م 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 سسرق بعضه بعضا وقال مالك (2) في العبد لا يكون من خدمه ولا ممن يأمن على بيته فدخل سرا فسرق من متاع امرأة سيده ما يجب فيه القطع انه تقطع يده قال وكذلك امة المرأة اذا كانت ليست بخادم لها ولا لزوجها ولا ممن تأمن

الاستذكار ج: 7 ص: 558

على بيته فدخلت سرا فسرفت من متاع سيدتها ما يجب فيه القطع فلا قطع عليها قال مالك (1) وكذلك امة المرأة التي لا تكون من خدمها ولا ممن تأمن على بيته فدخلت سرا فسرفت من متاع زوج سيدتها ما يجب فيه القطع انها تقطع يدها قال مالك (2) وكذلك الرجل يسرق من متاع امراته او المرأة 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 فعليهما 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 (موطنه) 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 لامراته ولا المرأة لزوجها ولا عبد واحد منهما سرق من مال الاخر شيئاً للآخر والشبهة وبخلطة كل واحد منهما صاحبه لانها

خيانة لا سرقة
قال المزني وقال في كتاب (اختلاف الازاعي
وابي حنيفة) اذا سرقت المرأة 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
سـ
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
سـ 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

الاستذكار ج: 7 ص: 559

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 والعممة 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 يابوها المراح
قال والتفسير الاخر ان تكون الحريسة هي
المحروسة فيقول
ليس فيما يحرس في الجبل قطع لانه ليس
بموضوع 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 وابن شهاب
الزهري هذا كله اذا كانا لا يعقلان ولا يميزان فان
ميزا وعقلا فلا قطع على من سرقهما عند
الك
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 ينش القبور انه اذا بلغ ما اخرج من القبر ما يجب فيه القطع فعليـه فيـه القطـع وقال مالك (1) وذلك ان القبر حرز لما فيه كما ان السبوت 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 وأبو ثور وهو قول الحسن البصري وأبراهيم 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 قطعاً

الاستذكار ج: 7 ص: 561

وروي ذلك عن زيد بن ثابت ومروان بن الحكم وافتي به بن شهاب الزهري قال ابو عمر احتج من رأى قطع النباش بقول الله عز وجل الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا

المرسلات 25 26 وان النبي ﷺ سمي 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 رأى 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 فسأله عن

ذلك فاخبره انه سمع رسول الله ﷺ يقول (لا قطع في ثمر ولا كثر) والكثير 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 سائده
والثمر المعلق ما كان من الثمار في رؤوس
الاشجار لم يجزه ربه ولم ياويه صاحبه إلى جرين
ولا بيدر ولا جودان ولا اندر ولا مربد وانما قائم
يتعلق من الاشجار والكثير
قال ابو عبيد وغيره هو جمار النخل في كلام
الانصار وهو يؤكل عندهم كما تؤكل الثمار والودي
ليس كس ذلك
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 قلعتها من موضعها
واختلف اصحابه في الشجرة تعلق 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
والحنائط ليست بحرس
قال والحوائط ليست بحرز للنخل ولا للثمر لان
اكثرها مباح يدخل من جوانبها فمن سرق من
حائط شيئاً من الثمر المعلق لم يقطع واذا اواه
الجرين قطع سارقه اذا بلغت قيمته ربع دينار
قال الشافعي قال مالك في الاثرجة التي قطع
فيها عثمان رضي الله عنه كانت اثرجة تؤكل

الاستذكار ج: 7 ص: 563

قال الشافعي وفي ذلك دليل على قطع من سرق
الرطب من طعام او غيره اذا بلغت سرقة 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) القناء 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
فيها منه

ولم نتعرض لغير ذلك خشية الاطالة لان كتابنا هذا كتاب (اصول الفقه) لم يوضع لغروعه 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 بسلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له اقطع يد غلامي هذا فانه سرق فقال عمر ماذا سرق فقال سرق مرارة 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 يقطع عليه في مال زوج سيده ولا معنى لقول من اعتل فيه بالحرز لانه لا يقطع عندهم احد سرق من غير حرز عبد ولا حرز 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 ادخل 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 امرأة سيده وهو معها 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 قطعاً

وقد روى بن جريج عن ابي الزبير عن جابر ان النبي ﷺ 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 خلاص 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 ظهرائي 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 يحيى

وقال زفر بن الهذيل لا يجوز اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده اذا اكذبه مولاة

الاستذكار ج: 7 ص: 566

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 اصببت حدا فقال تب إلى الله عز وجل واستتر بستر الله قال يا امير المؤمنين طهرني قال قم قنبر 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 حليلة اعترف بالزنى عند علي رضوان الله عليه اربع مرات فاقام عليه الحد وروى ابو الزناد عن عبد الله بن عامر ان ابا بكر قطع يـد عبـد سـرق قال ابو عمر الجلد لا ينقص المولى منفعة ولا ثمنه وليس كالقتل وقطع اليد واما قوله اذا نهاك فانته فهذا شأن كل مقرر 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 يـده 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 يخرج عن مولاه فلا يجوز اعترافه واخبرنا معمر عن قتادة قال لا يجوز اعتراف العبد

الا فني سـرقة 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

الاستذكار ج: 7 ص: 567

قال واخبرنا بن جريح 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 جريح عن سليمان
بن موسى قال لا يجوز اعتراف العبيد الا بينة
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 صلى الله عليه وسلم انه قال (ليس
على الخائن ولا على المختلس قطع) (2)
واجمع علماء المسلمين انه ليس على الخائن
قطع وكفى به ظلالا
وذكر عبد الرزاق عن بن جريح انه اخبره عن ابي

الزبير عن جابر انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (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 جريح 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 جريح هذا الحديث من ابي الزبير وانما سمعته 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 فيجدها انه ليس عليه قطع وانما مثل ذلك مثل رجل كان له على رجل دين فجده ذلك فليس عليه فيما جده قطعه قال ابو عمر جمهور الفقهاء على ما قاله مالك في المستعير الجاحد انه لا قطع عليه وهو قول اهل الحجاز والعراق واهل الشام ومصرب وقال احمد بن حنبل واسحاق يقطع قال احمد لا اعلم شيئاً 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 امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجده فامر النبي ﷺ بقطع يدها فاتي 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 لقطع 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 امرأة 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 امرأة 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
 (انما اهلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق

فيهم الشريف تركوه (وهذا يدل على انه انما قطعها لسرقتها لا لانها كانت تستعير المتاع وتجده ولو كان ذلك لقال انما اهلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا استعار فيهم الشريف من المتاع وجده تركوه هذا ما ظهر إلى من ظاهر لفظ هذا الحديث الذي احتج به من رأى 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 لقطع ^{صلى الله عليه وسلم} 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 وجده فعرفت بذلك ثم انها سرقت فقبل المخزومية التي كانت تستعير المتاع وتجده قطع رسول الله ^{صلى الله عليه وسلم} 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 اهتمهم شأن المخزومية التي سرقت قالوا من يكلم فيها رسول الله ^{صلى الله عليه وسلم} قالوا ومن يجترئ عليه الا اسامة بن زيد حب رسول الله ^{صلى الله عليه وسلم} فكلمه اسامة فقال ^{صلى الله عليه وسلم} (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 لقطع 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 امرأة
 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 المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله
 اعظمنا ذلك وكانت المرأة 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 المرأة نحن نفديها
 بأربعين اوقية فلما رأى 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 بيدها)
فهذه الاحاديث كلها دالة على ان المرأة 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 امرأة مجلسا وهو يريد ان يصيبها حراما فلم يفعل ولم يبلغ ذلك منها فليس عليه ايضا في ذلك حد

الاستذكار ج:7 ص:571

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 جريح قال قلت لعطاء السارق يوجد في البيت وقد جمع المتاع ولم يخرج به قال لا قطع عليه حتى يخرج به قال بن جريح وقال لي عمرو بن دينار لا قطع عليه حتى يخرج به
قال بن جريح واخبرني سليمان بن موسى ان عثمان قضى انه لا قطع عليه حتى يخرج به وان كان قد جمع
قال بن جريح 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 امرأة لم يصيبها اكنت تحده قال لا لعله سوف ينزع - قبل ان يوقعها قال وهذا كذلك ما يدريك لعله كان نازعا **تائبًا وتاركًا 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 شيبه 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 مثل ما
 قال وحدثني محمد بن بكر قال حدثني بن جريح
 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 قطعاً
 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 متعلقاً
 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
 سكيناً 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