الاستذكار

الجـامع لمـذاهب فقهـاء الأمصـار وعلماء الأقطار فيما تضـمنه الموطـأ من معاني الرأي والآثـار وشـرح ذلـك كله بالإيجاز والاختصار

الجزء السادس

1 (29 كتاب الطلاق)

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم

1 (1 - باب ما جاء في البتة)

1115 - مالك أنه بلغه أن رجلا قال لعبد اللـه بـن عبـاس إني طلقت امرأتي مائة تطليقه فماذا تـرى علـي فقـال له بن عباس طلقت منـك لثلاث وسـبع وتسـعون اتخـذت بهـــــا آيـــــات اللـــــه هـــــزوا
1116 - مالـك أنـه بلغـه أن رجلا جـاء إلـى عبـد اللـه بـن مسعود فقال إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقـال بن مسعود فماذا قيل لك قال قيل لي إنها قد بانت مني فقال بن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه ملصقا بـه لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هـو كمـا يقولـون قال أبو عمر ليس فـي هـذين الخـبرين ذكـر البتـة وإنمـا فيهما وقوع الثلاثـة مجتمعـات غيـر متفرقـات ولزومهـا وهو مـا لا خلاف فيـه بيـن أئمـة الفتـوى بالأمصـار وهـو المأثور عن جمهور السلف والخلاف فيه شذوذ تعلـق بـه أهل البدع ومن لا يلتفت إلى قوله لشذوذه عن جماعة لا يجوز على مثلها التواطؤ على تحريف الكتاب والسـنة إلا أنهم يحتجون فيه بابن عباس

الاستذكار ج:6 ص:3

وبن عباس قد اختلف عنه في ذلك ويحتجون أيضا بقول الله تعالى الطلق مرتان البقرة 299
وسنبين ذلك إن شاء الله عز وجل وإنما أدخل مالك - رحمه الله - هذين الحديثين في باب البتة لأنه يرى البتة ثلاثا فأراد إعلام الناظر في كتابه بمذهبه في ذلك
وأما وقوع الثلاث تطليقات مجتمعات بكلمة واحدة فالفقهاء مختلفون في هيئة وقوعها كذلك هل تقع للسنة أم لا مع إجماعهم على أنها لازمة لمن أوقعها كما تقدم ذكرنا له
فعند مالك والكوفيين ليست الثلاثة المجتمعات بسنة وقعت في طهر لم تمس فيه أو لم تقع
وقال الشافعي إذا طلق في طهر لم تمس فيه فله أن يطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثة وكل ذلك سنة
قال ومن كان له أن يوقع واحدة كان له أن يوقع ثلاثا
وهو قول أحمد إلا أنه قال أحب إلي أن يوقع واحدة وهو الاختيار
فإن أوقع ثلاثا في طهر لم يمس فيه فهو مطلق للسنة أيضا
وسيأتي هذا المعنى في موضعه بأبلغ من هذا - إن شاء الله تعالى
قال أبو عمر الذي ذهب إليه مالك في أن الطلاق الثلاث مجتمعات لا يقعن لسنة وأن ذلك مكروه من فعل من فعله هكذا قول أكثر السلف وهم مع ذلك يلزمونه ذلك الطلاق ويحرمون به امرأته إلا بعد زوج كما لو أوقعها مفترقات عند الجميع
ذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن نمير عن الأعمش عن مالك عن مالك بن الحارث عن بن عباس قال أتاه رجل فقال إن عمي طلق امرأته ثلاثا فقال إن عمك عصى الله فأندمه الله ولم

يجعـــــــــــل لـــــــــــه مخرجـــــــــــا
قال وحدثني علي بن مسهر عـن شـقيق بـن أبـي عبد الله عـن أنـس قـال كـان عمـر إذا أتـي برجـل يطلق امرأته ثلاثا في مجلـس واحـد أوجعـه ضـربا وفـــــــــــــــــرق بينهمـــــــــــــــا
وذكر عبد الرزاق عن الثوري عن سلمة بـن كهيـل عن زيد بن وهب عن عمر بن الخطاب مثله بمعناه

الإستذكار ج:6 ص:4

وقد ذكرناه في مسألة اللعب في النكاح والطلاق
وقال أبو بكر حدثني سهل بن يوسف عن حميد بن رافع بن سحبان قال سئل عمران بن حصـين عـن رجل طلق امرأته ثلاثا في مجلس قال عصـى ربـه وحرمـــــــــــــــت عليـــــــــــــــه
قال وحدثني أسباط بن محمد عن أشعث عن نافع قال قال بن عمر من طلق امرأته ثلاثا فقد عصـى ربـــــــه وبـــــــانت منـــــــه امرأتـــــــه
وعبد الرزاق عن الثوري عن بن أبي ليلى عن نافع عـــــــن بـــــــن عمـــــــر مثلـــــــه
ومعمـــــر عـــــن الزهـــــري عـــــن ســـــالم مثلـــــه
قال أبو عمر لا أعلم لهؤلاء مخالفا من الصحابة إلا ما خلا ذكره عن بن عباس وهو شيء لم يروه عنـه إلا طـــاوس وســـائر أصـــحابه رووه عنـــه خلافـــه وهو قول الحسن والقاسم وبـن شـهاب وجماعـة
وقد روي عن بن سـيرين والشـعبي وطائفـة نحـو قـــــــــــــــــول الشـــــــــــــــــافعي
ذكر أبو بكر قال حدثني أبو أسامة عن هشام قـال سئل محمد عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا في مقعد واحد قال لا أعلم بذلك بأسا قد طلق عبد الرحمـن بـــن عـــوف امرأتـــه ثلاثـــا فلـــم تغـــب عنـــه
قال وحدثني أبو سلمة عـن بـن عـوف أنـه لـم يـر بـــــــــــــــــذلك بأســـــــــــــــــا
قال وحدثني غندر عن شعبة عن عبد الله بـن أبـي السفر عن الشـعبي فـي رجـل أبـى أن تـبين منـه

امرأتـــــــه قـــــــال فطلقهـــــــا ثلاثـــــــا
قال أبو عمر وأما الروايـة عـن بـن عبـاس بمعنـى بلاغ مالـك عنـه الـذي ذكـره فـي أول هـذا البـاب والرواية عن بن مسعود - أيضا بمـا ذكـر عنـه ومـا كـــــــان فـــــــي معنـــــــى ذلـــــــك
فذكر أبو بكر بن أبي شـيبة قـال حـدثني عبـاد بـن العوام عن هارون بـن عنـترة عـن أبيـه قـال كنـت جالسا عند بن عباس فأتاه رجل فقال يا بن عباس إني طلقـت امرأتـي مائـة مـرة وإنمـا قلتهـا مـرة واحـدة فقـال بـانت منـك بثلاث وعليـك وزر سـبع وتســـعين
قال وحدثني وكيع عن سفيان قال حـدثني عمـرو بن مرة عن سعيد بن جبير قال جاء رجـل إلـى بـن عباس فقال إني طلقت امرأتي ألفا - أو قال مائة - قال بانت منك بثلاث وسائرهن وزرا اتخـذت بهـا آيات الله هزوا

الاستذكار ج:6 ص:5

وذكر عبد الرزاق عن الثـوري عـن عمـرو بـن مـرة عـــن ســـعيد بـــن جـــبير عـــن بـــن عبـــاس مثلـــه
وقال عبد الرزاق أخبرني بـن جريـج قـال أخـبرني عكرمة بن خالد أن سعيد بـن جـبير أخـبره أن رجلا جاء إلى بن عباس فقال إني طلقت امرأتـي ألفـا فقال تأخذ ثلاثا وتـدع تسـعمائة وسـبعا وتسـعين قـال وأخبرنـا بـن جريـج قـال أخـبرني بـن كـثير والأعـــــرج عـــــن بـــــن عبـــــاس مثلـــــه
وذكر عبد الرزاق عن بن جريـج قـال أخـبرني عبـد الحميد بن رافع عـن عطـاء - بعـد وفـاته - أن رجلا قـــال لابـــن عبـــاس رجـــل طلـــق امرأتـــه مائـــة قـال بـن عبـاس يأخـذ مـن ذلـك ثلاثـا ويـدع سـبعا وتســـعين
قال أخبرنا معمر عن أيوب عن عبـد اللـه بـن كـثير

عن مجاهد قال سئل بن عباس عن رجل طلق امرأته عدد نجوم السماء قال يكفيه من ذلك رأس الجوزاء
وقال أبو بكر بن أبي شيبة حدثني أبو بكر بن إبراهيم عن أيوب عن عمرو قال سئل بن عباس عن رجل طلق امرأته عدد النجوم فقال يكفيه من ذلك رأس الجوزاء
قال أبو عمر فهذا سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وغيرهم يروون عن بن عباس في طلاق الثلاث المجتمعات أنهن لازمات واقعات
وكذلك روى عنه محمد بن إياس بن البكير والنعمان بن أبي عياش الأنصاري في التي لم يدخل بها أن الثلاث المجتمعات تحرمها والواحدة تبينها
وسنذكر ذلك في باب طلاق البكر - إن شاء الله - عز وجل
وذلك دليل واضح على وهي رواية طاوس عنه وضعفها حين روى عنه في طلاق الثلاث المجتمعات إنها كانت تعد واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وصدر من خلافه عمر
قال أبو عمر ما كان بن عباس ليخالف رسول الله والخليفتين إلى رأي نفسه ورواية طاوس وهم وغلط لم يعرج عليها أحد من فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والمغرب والمشرق والشام
وقد قيل إن أبا الصهباء - مولاه - لا يعرف في موالي بن عباس وطاوس

الاستذكار ج:6 ص:6

يقول إن أبا الصهباء - مولاه - سأله عن ذلك فأجابه بما وصفنا
وقد روى معمر قال أخبرني بن طاوس عن أبيه قال كان بن عباس إذا سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثا قال لو اتقيت الله جعل لك مخرجا لا يزيده

على ذلك
وهذه الرواية لطاوس عن بن عباس كرواية سائر أصحاب بن عباس عنه لأن من لا مخرج له فقد لزمه من الطلاق ما أوقعه
ولو صح عن بن عباس ما ذكره طاوس عنه وذلك لا يصح لرواية الثقات الجلة عن بن عباس خلافه ما كان ق وله حجة على من ه و من الصحابة أج ل وأعلم منه وهم عمر وعثمان وعلي وبن مسعود وبن عمر وعمران بن حصين وغيرهم
وقد ذكرنا الرواية عن بعضهم بذلك
ذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني وكيع عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن زيد بن وهب أن رجلا بطالا كان بالمدينة طلق امرأته ألفا فرفع إلى عمر فقال إنما كنت ألعب فعلا عمر رأسه بالدرة وفرق بينهما
قال وحدثني وكيع عن الأعمش عن حبيب قال جاء رجل إلى علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - فقال إني طلقت امرأتي ألفا فقال بانت منك بثلاث
قال حدثني وكيع والفضل بن دكين عن جعفر بن برقان عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل إلى عثمان - رضي الله عنه - فقال إني طلقت امرأتي مائة قال ثلاث تحرمها عليك وسبع وتسعون عدوان
قال وحدثني محمد بن بشير عن أبي معشر قال أخبرنا سعيد المقبري قال جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنا عنده فقال يا أبا عبد الرحمن إني طلقت امرأتي مائة مرة قال تأخذ منها ثلاثا وسبع وتسعون يحاسبك الله بها يوم القيامة
قال وحدثني غندر عن شعبة عن طارق عن قيس بن أبي حازم أنه سمعه يحدث عن المغيرة بن شعبة أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة قال ثلاث تحرمها عليك وسبع وتسعون فضل

وأما الخبر عن بن مسعود بمثل ما روي عن سائر الصحابة فروى وكيع عن الثوري عن منصور والأعمش عن إبراهيم عن علقمة قال جاء رجل إلى عبد

الله فقال إني طلقت امرأتي مائة قال بانت منك بثلاث وسائرهن معصية
ورواه أبو معاوية عن الأعمش بإسناده مثله قال وسائرهن عدوان
وقال أبو بكر حدثني محمد بن فضيل عن عاصم عن بن سيرين عن علقمة عن عبد الله قال أتاه رجل فقال أنه كان بيني وبين امرأتي كلام فطلقتها عدد النجوم قال تكلمت بالطلاق قال نعم فقال عبد الله قد بين الله الطلاق فمن أخذ به فقد بين الله له ومن لبس على نفسه جعلنا به لبسه فلا تلبسوا على أنفسكم ونحمله عنكم هو كما تقولون
قال أبو عمر فهؤلاء الصحابة كلهم قائلون وبن عباس معهم بخلاف ما رواه طاوس عن بن عباس وعلى ذلك جماعات التابعين وأئمة الفتوى في أمصار المسلمين
وإنما تعلق برواية طاوس أهل البدع فلم يروا الطلاق لازما إلا على سنته فجعلوا فخ الف السنة أخف حالا فلم يلزموه طلاقا
وهذا جهل واضح لأن الطلاق ليس من القرب إلى الله تعالى فلا يقع إلا على سنته إلى خلاف السلف والخلف الذين لا يجوز عليهم تحريف السنة ولا الكتاب
وممن قال بأن الثلاثة في كلمة واحدة تلزم موقعها ولا تحل له امرأته حتى تنكح زوجا غيره مالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم والثوري وبن أبي ليلى والأوزاعي والليث بن سعد وعثمان البتي وعبيد الله بن الحسن والحسن بن حي

وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وأبو عبيد و محمد بن جرير الطبري
وما أعلم أحدا من أهل السنة قال بغير هذا إلا الحجاج بن أرطأة ومحمد بن إسحاق وكلاهما ليس بفقيه ولا حجة فيما قاله
قال أبو عمر أدعى داود الإجماع في هذه المسألة وقال ليس الحجاج بن أرطأة ومن قال بقوله من الرافضة ممن يعترض به على الإجماع لأنه ليس من أهل الفقه
حكى ذلك عنه بعض أصحاب داود عنه وأنكر ذلك بعضهم عن داود
ولم يختلفوا عنه في وقوعها مجتمعات
وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال كان الحجاج بن أرطأة خشيا وكان يقول ليس طلاق الثلاث بشيء

الاستذكار ج:6 ص:8

قال أبو عمر روى بن إسحاق في ذلك عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس قال طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله ﷺ ((كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال إنما تلك واحدة فارتجعها إن شئت)) قال فارتجعها
قال وكان بن عباس يرى أن السنة التي أمر الله بها في الطلاق أن يطلقها عند كل طهر وهي التي كان عليها الناس
قال بن إسحاق ف أرى أن النبي ﷺ إنما رد عليه امرأته لأنه طلقها ثلاثا في مجلس واحد لأنها كانت بدعة مخالفة للسنة
قال أبو عمر هذا حديث منكر خطأ وإنما طلق ركانة زوجته البتة لا كذلك رواه الثقات أهل بيت ركانة العالمون به وسنذكره في هذا الباب

وأما ذهب بن إسحاق فهو قول طاوس وهو مذهب ضعيف مهجور عند جمهور العلماء وأما حديث طاوس فقد ذكرنا أن الجمهور من أصحاب بن عباس رووا عنه ذلك وهو المأثور عن جماعة الصحابة وعامة العلماء وما التوفيق إلا بالله

1117 - مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز قال له البتة ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منها شيئا من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى

الاستذكار ج:6 ص:9

1118 - مالك عن بن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضي في الذي يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات

قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلى في ذلك قال أبو عمر استحباب مالك في هذا الباب هو مذهبه الذي عليه أصحابه فيمن حلف بطلاق امرأته البتة أنها ثلاث لا تحل له إلا بعد زوج وهي مسألة اختلف فيها السلف والخلف فمذهب مالك ما وصفنا

وقال أبو حنيفة وأصحابه - إلا زفر إن نوى بالبتة ثلاثا فهو ثلاث وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة وإن نوى اثنتين فواحدة بائنة وهو قول الثوري

وقال زفر إن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى اثنتين فاثنتان وأن نوى واحدة فهي واحدة واختلف فيها عن الأوزاعي فروي عنه واحدة بائنة وروي عنه ثلاث

وقال الشافعي في الحالف بالبتة إن نوى ثلاثا

فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة فطلاقه رجعي
قال أبو عمر وروي مثل قول مالك في البتة أنها ثلاث
وعن علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت وبن عباس وأبي هريرة وعائشة
فأما الحديث عن علي بذلك فذكر أبو بكر قال حدثني محمد بن فضيل عن عطاء بن السائب عن الحسن عن علي قال هي ثلاث
قال وحدثني بن إدريس عن الشيباني عن الشعبي عن عبد الله بن شداد عن علي - رضي الله عنه - إنه جعلها ثلاثا
وأما الحديث بذلك عن بن عمر فذكر أبو بكر قال حدثني عبده بن

سليمان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن البتة ثلاث تطليقات
وهو قول عمر بن عبد العزيز
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة حدثني بن علية عن أيوب عن نافع أن رجلا جاء بطئر له إلى عاصم بن عمرو بن الزبير فقال إن ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل عندكما بذلك علم أو هل تجدان له رخصة فقالا لا ولكنا تركنا بن عباس وأبا هريرة عند عائشة فأتهم فسلهم ثم ارجع إلينا فأخبرنا فأتاهم فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره
وقال بن عباس هي ثلاث
وذكر عن عائشة متابعتهما
وأما حديث زيد بن ثابت فمن حديث قتادة وعتبة وهو منقطع
وروي في البتة أنها ثلاث عن سعيد بن المسيب وعروة والزهري ومكحول
وبه قال بن أبي ليلى وأبو عبيد
وأما قول الكوفيين والشافعي ومن تابعهم

فالحجـــــــة لهـــــــم حـــــــديث ركانـــــــة
أخبرنا عبد الله بن محمد أخبرنا أبو محمـد بـن بكـر حدثني أبو داود حدثني أحمد بن عمرو بـن السـرح وإبراهيم بـن خالـد الكلـبي وأبـو ثـور فـي آخريـن قـالوا حـدثني محمـد بـن إدريـس الشـافعي قـال حدثني عمي محمد بن علي بن شافع عن عبيد الله بن علي بن السائب عن نافع بن عجير بن عبد يزيد بـن ركانـة أن ركانـة بـن عبـد يزيـد طلـق امرأتـه سهيمة البتة فأخبر النـبي - عليـه السـلام - بـذلك قال النبي ما أردت إلا واحدة فقال ركانة والله مـا أردت إلا واحـدة فردهـا النـبي - عليـه السـلام - فطلقها الثانية في زمن عمـر والثالثـة فـي زمـن عثمـــان
قـال أبـو داود حـدثني محمـد بـن يـونس النسـائي حدثني الحميدي عبد الله بن الزبيـر حـدثني محمـد بن إدريس الشافعي كتب عمي محمد بن علي عن عبد الله بن السائب عن نافع بن عجيـر عـن ركانـة بـــن يزيـــد عـــن النـــبي ﷺ بهـــذا الحـــديث
وحـدثني أبـو زكريـا يحيـى بـن محمـد بـن يوسـف الأشـعري حـدثني أبـو يعقـوب يوسـف بـن أحمـد المكي حدثني محمد بـن إبراهيـم الترمـذي أبـو ذر حدثني أبو

الاستذكار ج:6 ص:11

عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي حدثني هناد بن السري حدثني قبيصة بن عتبـة عـن جريـر بن حازم عن الزبيـر بـن سـعيد عـن عبـد اللـه بـن ركانة عن أبيـه عـن جـده قـال أتينـا النـبي - عليـه السلام - فقلت يا رسول الله إني طلقـت امرأتـي البتة فقال ما أردت بها قال واحدة قال النبي قال فهـــــــــــــــــــو مـــــــــــــــــا أردت
قـال أبـو عمـر فهـذا حجـة الشـافعي فيمـن قـال لزوجتـه أنـت طـالق البتـة فـإن أراد واحـدة كـانت

رجعية لما في هذا الحديث فردها إليه رسول الله ﷺ بعد أن أحلفه

واحتج من ذهب مذهب الكوفيين في أنه إن نوى واحدة كانت بائنة بما ذكره أبو داود أيضا

حدثني سليمان بن داود العتكي حدثني جرير بن حازم عن الزبير بن سعيد عن عبد الله بن - علمته - يزيد بن ركانه عن أبيه عن جده أنه طلق امرأته البتة فأتى رسول الله ﷺ فأخبره فقال ما أردت قال واحدة قال النبي قال فهو على ما أردت ولم يقل فردها إليه

قال أبو داود حديث الشافعي وجرير بن حازم عن الزبير بن سعيد أصح من حديث بن جريج في هذا الباب وذلك أن بن جريج رواه عن بن أبي رافع عن عكرمة عن بن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثا وحديث الشافعي أنه طلقها البتة أصح لأنهم أهل بيته وهو أعلم بهم

قال أبو عمر رواية الشافعي لحديث ركانة عن عمه أتم وقد زاد زيادة لا تردها الأصول فوجب قبولها لثقة ناقلها والشافعي وعمه وجده أهل بيت ركانة من بني المطلب بن مناف وهم أعلم بالقصة التي عرض له

أخبرنا عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أبو عبيدة بن أحمد قال حدثني الربيع قال حدثني الشافعي محمد بن إدريس قال أخبرنا عمي محمد بن علي بن شافع عن عبد الله بن علي بن السائب عن نافع بن عجير بن عبد يزيد أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة ثم أتى النبي ﷺ فقال طلقت امرأتي سهيمة المزنية البتة ووالله ما أردت إلا واحدة فقال

النبي - عليه السلام - الله ما أردت إلا واحدة فقال والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ فطلقها ثانية في زمن عمر وثالثة في زمن عثمان

حدثني محمود بن قاسم وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني الحارث بن أبي أسامة قال حدثني يزيد بن هارون وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني حمدون بن أحمد بن سلم قال حدثني شيبان قال حدثني جرير بن حازم قالا حدثني الزبير بن سعيد الهاشمي عن عبد الله بن علي بن عبد يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده أنه طلق امرأته البتة على عهد رسول الله ﷺ وأخبره فقال ((ما نويت بذلك)) قال واحدة قال النبي قال ((هو على ما أردت)) واللفظ لحديث حمدون بن سلم

وقد روى هذا الحديث بن المبارك عن الزبير بن سعيد

قال أبو عمر روي مثل قول الشافعي في البتة أنه ينوي الحالف بها فإن أراد ثلاثا فثلاث وإن أراد واحدة فهي رجعية عن عمر بن الخطاب و عبد الله بن مسعود

روي ذلك عن عمر من وجوه ونحوه عن بن مسعود

وبه قال سعيد بن جبير وغيره

وقال بن جريج عن عطاء في البتة واحدة أو ما نوى

ذكر أبو بكر قال حدثني بن إدريس عن الشيباني عن الشعبي قال شهد عبد الله بن شداد عند عروة بن المغيرة أن عمر جعلها واحدة وهو أحق بها وشهد بها عنده الرائش بن عدي عن علي أنه جعلها ثلاثا

قال وحدثني بن فضيل عن الأعمش عـن إبراهيـم عن عمر وعبد اللـه قـالا تطليقـة وهـو أملـك بهـا قال وحدثني بن عيينة عـن عمـرو عـن محمـد بـن عباد عن المطلب بـن حنطـب عـن عمـر أنـه جعـل البتـــــة تطليقـــــة وزوجهـــــا أملـــــك بهـــــا وقــد روي عــن عمــر أنهــا بــائن ولا يصــح عنــه وروى عبد الرزاق عن بن عيينة عن إسـماعيل بـن أبي خالد عن الشعبي قال جاء بن أخي الحارث بن أبي ربيعة إلى عروة بن المغيرة بن شعبة - وكان

أميرا على الكوفـة - فقـال لـه عـروة لعلـك أتيتنـا زائرا مع امرأتك قال وأين امرأتي قال تركتها عند بيضاء - يعني امرأته - قال فهي - إذا - طالق البتة قال فإذا هي عنـدها فسـأل فشـهد عبـد اللـه بـن شداد بن الهادي أن عمر بن الخطاب جعلها واحـدة وهـــــــــو أحـــــــــق بهـــــــــا قال ثم سأل فشهد رجل من طيء يقال له رائـش بـــــن عـــــدي أن عليـــــا جعلهـــــا ثلاثـــــة قال عروة إن هذا لهو الاختلاف فأرسل إلى شريح فسأله - وقد كان عزل عن القضاء - فقـال شـريح الطلاق سنة والبتة بدعة فنقفه عند بدعته فننظـر مـــــــــــــــا أراد بهـــــــــــــــا وعن بن جريج قال أخبرني عمرو بن دينار أن عبـد اللـه بـن أبـي سـلمة حـدثه أن سـليمان بـن يسـار أخبره أن التوأمة بنت أمية بن خلـف طلقـت البتـة فجعلهـــا عمـــر بـــن الخطـــاب واحـــدة قال وأخبرنا معمر وبن جريج عن عمـرو بـن دينـار عن محمد بن عباد بن جعفر أن عمـر بـن الخطـاب سئل عن رجل طلـق امرأتـه البتـة فقـال الواحـدة تبـــت راجـــع امرأتـــك فهـــي واحـــدة وروي مثل قول أبي حنيفة والثوري عـن إبراهيـم النخعي وغيره

1 (2 - باب ما جاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك)

1119 - مالك أنه بلغه أنه كتب إلى عمر بن الخطاب من العراق أن رجلا قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب إلى عامله أن مره يوافيني بمكة في الموسم فبينما عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذي أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسألك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استحلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت

الاستذكار ج:6 ص:14

قال أبو عمر روي هذا الخبر عن عمر من وجوه منها

ما ذكره عبد الرزاق عن ليث عن مجاهد أن رجلا قال لامرأته في زمن عمر بن الخطاب حبلك على غاربك حبلك على غاربك حبلك على غاربك فاستحلفه عمر بين الركن والمقام ما أردت فقال أردت الطلاق ثلاثا فأمضاه عليه

قال أخبرني الثوري عن عبد الملك بن أبي سليمان أن عمر أمر عليا أن يستحلفه على ما نوى

قال وأخبرنا معمر عن قتادة قال إذا قال حبلك على غاربك فهي واحدة أو ما نوى وإن نوى واحدة فهو أحق بها

قال أبو عمر أما خبر مالك عن عمر في هذا الباب فيدل على أنه إنما حلف الرجل هل أراد الطلاق بقوله حبلك على غاربك أم لم يرد لأنه قال هو ما أردت

وأما خبر مجاهد عن عمر فيحتمل هذا ويحتمل أنه

لما كرر اللفظ سأله هل أراد بالتكرار طلاقا أو أراد تأكيدا في الواحدة
وقد روي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما قالا في حبلك على غاربك يستحلف هل أراد طلاقا أم لا ونيته فيما أراد منه
ذكر أبو بكر قال حدثني بن نمير عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء قال أتي بن مسعود في رجل قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب بن مسعود إلى عمر فكتب إليه عمر مره فليواف بالموسم فوافاه بالموسم فأرسل إلى علي فقال له علي أنشدك بالله ما نويت قال فراق امرأتي ففرق عمر بينهما
هذا يخرج فيمن طلق وقال أردت غير امرأتي واختلف قول مالك فيمن قال لامرأته حبلك على غاربك فمرة قال ينوي ما أراد به من الطلاق ويلزم ما نوى من ذلك ومرة قال لا ينوي أحد في حبلك على غاربك لأنه لا يقوله أحد وقد أبقى من الطلاق شيئا وهي ثلاث على كل حال ولم يختلف قوله أنه لا طلاق ولا يلتفت إلى نيته إن قال لم أرد طلاقا
وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم في حبلك على غاربك إن

الاستذكار ج:6 ص:15

لم يرد الطلاق لم يلزمه شيء وليس بشيء وإن أراد الطلاق فهو طلاق رجعي عند الشافعي لا غير

وهو قول قتادة والحسن والشعبي وجماعة
وقال أبو حنيفة وإن أراد بقوله ذلك ثلاثا فهي ثلاث وإن أراد اثنتين فهي واحدة بائنة وأن أراد واحدة فهي بائنة وإن لم يرد طلاقا فليس بشيء
وكذلك قال أصحابهم إلا زفر فإنه قال إن أراد اثنتين فهما اثنتان
وقول الثوري كقول أبي حنيفة في ذلك لأنها

كلمـــــــــــــــــــــة واحـــــــــــــــــــــدة
وقـال أبـو عبيـد وأبـو ثـور هـي واحـدة يملـك بهـا الرجعـــة
زاد أبـــــــو عبيـــــــد إلا أن يريـــــــد ثلاثـــــــا
قال أبـو عمـر تنـاقض الكوفيـون فـي هـذا البـاب لأنهم يقولون إن قال أنت طالق وأراد ثلاثـا فإنمـا هي واحدة لأنـه لا يقـع بالنيـة طلاق وقـد أوقعـوه بالبتـــــــــــــــــــــــــــة هنـــــــــــــــــــا
وقال إسحاق بـن راهـويه كـل كلام يشـبه الطلاق يـــراد بـــه الطلاق فهـــو مـــا نـــوى مـــن الطلاق وهـــــــو قـــــــول إبراهيـــــــم النخعـــــــي
وقـــال الشـــافعي الطلاق والفـــراق والســـراح لا يراعى في شيء من ذلك النية لقـول اللـه تعـالى إذا طلقتـم النسـاء فطلقـوهن لعـدتهن الطلاق 1 وقوله - جل ثناؤه فإذا بلغـن أجلهـن فأمسـكوهن بمعـــروف أو فـــارقوهن بمعـــروف الطلاق 2
قال وأما الكنايات كلهـا المحتملـة للطلاق وغيـره فإن أراد الطلاق كان ما نـوى مـن الطلاق وإن لـم ينو شيئا حلف على ما فعل عمر - رضي اللـه عنـه ولـــــــــم يلزمـــــــــه شـــــــــيء
1120 - مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طـالب كـان يقول في الرجل يقـول لامرأتـه أنـت علـي حـرام إنهـــــــــــــا ثلاث تطليقـــــــــــــات
قـال مالـك وذلـك أحسـن مـا سـمعت فـي ذلـك قال أبو عمر للعلماء فيمن قال لزوجته أنـت علـي حرام ثمانية أقوال أشدها قول مالك

وهـــو قـــول علـــي وزيـــد بـــن ثـــابت وبـه قـال الحسـن البصـري والحكـم بـن عتيبـة وإليه ذهب بن أبي ليلى قـال هـي ثلاث ولا أسـاله عـــــــــــــــــن نيتـــــــــــــــــه
وهو قول مالك في المدخول بها وينويه في الـتي لـــــــــــم يـــــــــــدخل بهـــــــــــا

قال أبو عمر روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي في الذي يقول لامرأته أنت علي حرام قال هي ثلاث
وروى عبد الرزاق عن بن التيمي عن أبيه أن عليا وزيدا فرقا بين رجل وامرأته قال هي علي حرام وقاله الحسن أيضا
وعن معمر عن قتادة عن الحسن قال هي ثلاث
وروى قتادة عن خلاس بن عمرو وأبي حسان الأعرج أن عدي بن قيس - أحد بني كلاب - جعل امرأته عليه حراما فقال له علي هي الثلاث والذي نفسي بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني يعلى عن إسماعيل قال قال عامر زعم أناس أن عليا كان جعلها عليه حراما حتى تنكح زوجا غيره والله ما قالها علي قط
وروى بن عيينة عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي أنه سمعه يقول أنا أعلمكم بما قال علي في الحرام قال لا آمرك أن تتقدم ولا آمرك أن تتأخر
قال أبو عمر الصحيح عن علي خلاف ما قال الشعبي من وجوه يطول ذكرها أنه كان يرى الحرام ثلاثا لا تحل له إلا بعد زوج
وكذلك مذهب زيد بن ثابت
ذكر بن أبي شيبة قال حدثني عبد الوهاب عن سعيد بن مطرف عن حميد بن هلال عن سعيد بن هشام أن زيد بن ثابت قال هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره
قال وحدثني عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يقول في الحرام ثلاث
وعبد الرزاق عن معمر عن الزهري أن زيد بن ثابت قال هي ثلاث
قال معمر قال الزهري هو ما نوى ولا تكون أقل

مـــــــــــــــــــن واحـــــــــــــــــــدة
وقال مالك وأكثر أصحابه فيمن قال لامرأتـه قبـل أن يدخل أنـت علـي حـرام أنهـا ثلاث إلا أن يقـول نويت واحدة

الاستذكار ج:6 ص:17

وقال عبد الملك بن الماجشون لا ينوى فيهـا ثلاث وهي واحدة على كل حـال كالمـدخول بهـا سـواء
وقال عبد العزيز بن أبي سـلمة هـي واحـدة إلا أن يقـــــــــــــــول أردت ثلاثـــــــــــــــا
والقول الثاني قـاله سـفيان الثـوري وطائفـة إن نوى بقوله لامرأته أنت علي حرام ثلاثا فهي حرام ثلاث وإن نوى واحدة فهي واحـدة بائنـة وإن نـوى يمينا فهو يمين يكفرها وإن لم ينو فرقة ولا يمينـا فليـــــــس بشـــــــيء هـــــــي كذبـــــــة
والقول الثالث قاله الأوزاعي هو ما نوى فـإن لـم ينـــــو شـــــيئا فهـــــي يميـــــن يكفرهـــــا
والقول الرابع ما قاله الشافعي قـال ليـس قـوله أنت علي حرام بطلاق حتى ينـوي بـه الطلاق فـإن نوى به الطلاق فهو علـى مـا أراد مـن عـدده فـإن أراد واحـدة فهـي رجعيـة وإن أراد تحريمهـا بغيـر طلاق فعليـــه كفـــارة يميـــن وليـــس بمـــؤول
والقول الخامس قاله أبو حنيفة وأصحابه قـال إن نوى الطلاق فهـي واحـدة بائنـة إلا أن ينـوي ثلاثـا فـــــإن نـــــوى ثلاثـــــا فهـــــي ثلاث
وإن نـــــوى اثنـــــتين فهـــــي واحـــــدة
وإن لـم ينـو طلاقهـا فهـي يميـن وهـو مـؤول
وإن نـــــوى الكـــــذب فليـــــس بشـــــيء
وقال زفر مثل ذلك كله إلا أنه قال إن نوى اثنـتين فهـــــــــــــــــي اثنتـــــــــــــــان
والقول السادس قاله إسحاق وغيـره قبلـه قـالوا مـن قـال لامرأتـه أنـت علـي حـرام لزمـه كفـارة الظهـــــار ولـــــم يطأهـــــا حـــــتى يكفـــــر
والقول السابع قاله جماعة من التـابعين وغيرهـم

قالوا في الحرام هي يمين يكفرها ما يكفر اليمين إلا أن غيرهم قال هي يمين مغلظة ومن قال هي يمين فحجته قول الله - عز وجل - يأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك التحريم 1 وكان حرم على نفسه مارية سريته ثم قال الله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمنكم التحريم 2 وفي هذا اختلاف كثير والقول الثامن أن تحريم المرأة كتحريم الماء ليس بشيء ولا فيه كفارة ولا طلاق لقوله عز وجل لا تحرموا طيبت ما أحل الله لكم المائدة 87 قال أبو عمر قد رويت هذه الأقوال كلها عن جماعة من جماعة السلف

الاستذكار ج:6 ص:18

فروى معمر عن منصور عن إبراهيم في الحرام قال أن نوى واحدة فهي يمين واحدة وإن نوى ثلاثا فثلاث

وروى الثوري عن منصور عن إبراهيم قال كان أصحابنا يقولون في الحرام هي واحدة بائنة وهي أملك بنفسها وإن شاء خطبها

وروى بن إدريس عن الأعمش عن إبراهيم قال إذا قال لامرأته هي علي حرام ينوي الطلاق فأدنى ما تكون تطليقة بائنة

وروى جرير عن منصور عن إبراهيم قال إن نوى طلاقا فأدنى ما تكون من نيته واحدة في ذلك بائنة - إن شاء وشاءت تزوجها إن نوى ثلاثا فثلاث

وروى الشعبي عن عبد الله بن مسعود في الحرام قال إن نوى طلاقها فهي واحدة وهو أملك برجعتها وإن لم ينو طلاقا فهي يمين يكفرها

وروى إبراهيم عن عبد الله بن مسعود قال إن نوى يمينا فهي يمين وإن نوى طلاقا فما نوى

وشعبة عن حماد قال الحرام واحدة بائنة وأما من قال إن الحرام يمين تكفر

فروى معمر عن يحيى بن أبي كثير وأيوب عن

عكرمة أن عمر بن الخطاب قال في الحرام هي يمين
قال يحيى وهو قول بن عباس
قال أبو عمر ورواه عن عكرمة خالد الحذاء مثله
وقال عبد الرزاق سمعت عمر بن راشد يحدث عن يحيى بن أبي كثير عن يعلى بن حكيم عن سعيد بن جبير عن بن عباس قال هي يمين وتلا لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة الأحزاب 21
وروى سعيد بن المسيب وجابر بن زيد ومطرف عن بن عباس مثله
وبن عيينة عن بن أبي نجيح عن مجاهد عن بن مسعود قال هي يمين يكفرها
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني عبد الأعلى عن شعبة عن قتادة عن عكرمة عن بن عباس وعن جابر بن زيد وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أنهم قالوا الحرام يمين
وعبد الرزاق قال أخبرنا بن جريج قال أخبرني داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيب قال هي يمين

الاستذكار ج:6 ص:19

حدثنا أبو بكر قال حدثني عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن عطاء وطاوس قالا هي يمين
قال وحدثني عبد الرحيم بن سليمان عن جويبر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وبن مسعود - رضي الله عنهم - قالوا من قال لامرأته هي عليه حرام فليست عليه بحرام وعليه كفارة يمين
قال وحدثني الثقفي عن برد عن مكحول وسليمان بن يسار قالا الحرام يمين
ومن قال هي يمين مغلظة أوجب في كفارته تلك اليمين عتق رقبة
وهو قول سعيد بن جبير
وذكر أبو بكر عن عبد السلام بن حرب عن خصيف

عن سعيد بن جبير في الرجل يقول لامرأته أنت علي حرام قال يعتق رقبة قال وإن قال ذلك لأربع نسوة أعتق أربع رقاب وقد روي عن بن عباس الحرام يمين مغلظة قال أبو عمر فهؤلاء كلهم لا يرون الحرام طلاقا ويرونها يمينا تكفر ذكر عبد الرزاق عن بن جريج قال قلت لعطاء الرجل يقول لامرأته أنت علي حرام قال يمين ثم تلا يأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك إلى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمنكم التحريم 1 2 قال وإن كان أراد الطلاق قلت قد علم الله مكان الطلاق قلت وإن قال أنت علي كالميتة والدم ولحم الخنزير هو كقوله أنت علي حرام قال نعم

وهو قول الحسن البصري في أن الحرام يمين تكفر كقول عطاء

وأما من قال في الحرام ليس بشيء ولا يلزم قائل هذا القول كفارة ولا طلاق وإن زوجته في ذلك كسائر ماله سواء مسروق بن الأجدع وأبو سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم وروى معمر عن عاصم بن سليمان عن الشعبي أن مسروقا قال لا أبالي حرمت امرأتي أو حرمت حفنة من ثريد

وعن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة أنه قال ما أبالي حرمتها أو حرمت الفرات

الاستذكار ج:6 ص:20

والثوري عن صالح بن مسلم عن الشعبي قال أنت علي حرام هو أهون علي من نعلي

وأما قول من قال كفارة الحرام كفارة الظهار فروى الثوري عن منصور عن سعيد بن جبير عن بن عباس في الحرام قال عتق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكينا

وكذلك روى خصيف عن سعيد بن جبير عن بن عباس بخلاف رواية يعلى بن حكيم وبن المسيب

وأبي الشعثاء ومطرف عن بن عباس ومعمر عن خصيف عن سعيد بن جبير وعن أيوب بن أبي قلابة وعن سماك بن الفضل عن وهب بن منبه قالوا هي بمنزلة الظهار إذا قال هي علي حرام

واختلف عن قتادة فروي عنه في الحرام كفارة الظهار

وروي عنه كفارة اليمين

قال أبو عمر لا يكون الحرام ظهارا عند من قدمنا قوله من الفقهاء وإن أراد قائلة الظهار

وقد روي عن بن عباس وعائشة في تأويل قوله - عز وجل لم تحرم ما أحل الله لك التحريم 1 في حديث بن عباس والله لا أشرب العسل بعدها وفي حديث عائشة لن أعود أشرب العسل ولم يذكر يمينا فكان التحريم المذكور في الآية دالا على أن ثم يمينا كقوله عز وجل قد فرض الله لكم تحلة أيمنكم التحريم

الاستذكار ج:6 ص:21

وقال نافع حرم رسول الله ﷺ جاريته فأمر بكفارة يمين

وقال مسروق آل رسول الله ﷺ بجعل الحرام حلالا فأمر بكفارة يمين

قال أبو عمر كأنه يعني لا تحرموا طيبت ما أحل الله لكم

والحجة لمالك ومن ذهب مذهبه في الحرام إجماع العلماء أن من طلق امرأته ثلاثا أنها تحرم عليه فلما كانت الثلاث تحريما كان تحريم ثلاثا والله أعلم

1121 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية إنها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما

1122 - مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن

محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس أنها تطليقة واحدة 1123 - مالك أنه سمع بن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت مني وبرئت منك إنها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو بائنة إنها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين (1) في التي لم يدخل بها أواحدة أراد أم ثلاثا فإن قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطبا من الخطاب لأنه لا يخلي المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبريها إلا ثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها تخليها وتبريها وتبينها الواحدة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك قال أبو عمر قول الليث بن سعد في ذلك سواء في المدخول بها وغير المدخول وقال بن أبي ليلى في حرام وخلية وبرية وبينونته كلها ثلاث ثلاث ولا ينوي في شيء منها وقال الأوزاعي أما البائنة والبرية فثلاث وأما الخلية فسمعت الزهري يقول واحدة أو ما نوى

الاستذكار ج:6 ص:22

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري في خلية وبرية وبائن إن أراد طلاقا فواحدة بائن إلا أن ينوي ثلاثا وإن نوى واحدة أو اثنتين فهي واحدة بائنة وقال زفر إن أراد اثنتين كانت اثنتين وقال عثمان البتي نحو قول الثوري وقال الشافعي في الخلية والبرية والبائن والبتة هو ما نوى فإن نوى أقل وثلاث كان رجعيا قال ولو طلقها واحدة بائنة كانت رجعية قال أبو عمر روي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وبن عباس وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم - في الخلية والبرية والبائن والبتة أنها ثلاث

روي ذلك عنهم من وجوه في كتاب بن أبـي شـيبة وعبـــــــد الـــــــرزاق وغيرهمـــــــا وهـــــــو قـــــــول مكحـــــــول وقـــاله بـــن شـــهاب فـــي البريـــة والبـــائن وقـوله برئـت منـي وبرئـت منـك هـو مـن البريـة وكان بعض أصحاب مالك يرى المبارأة مـن البريـة ويجعلهـــــــــــــا ثلاثـــــــــــــا وتحصـيل مـذهب مالـك عنـد جمهـور أصـحابه أن المبارأة من باب الصلح والفدية والخلع وذلـك كلـه واحـــــــدة عنـــــــدهم بائنـــــــة وأما قول القاسم بن محمد في قول الرجل لأهـل امرأته شأنكم بها أن الناس رأوها تطليقة واحـدة وروي عـن مالـك مثـل ذلـك إلا أن ينـوي ثلاثـا وروي عنـــه أنهـــا ثلاث إلا أن ينـــوي واحـــدة وقال عيسى عن بن القاسم عـن مالـك هـي ثلاث في المدخول بها وواحدة في الـتي لـم يـدخل بهـا ولا ينـــوي فـــي شـــيء مـــن ذلـــك وقال أبو حنيفة والثوري والشافعي إن أراد بـذلك الطلاق فهو ما أراد من الطلاق وإن أراد أقـل مـن ثلاث فهو رجعـي عنـد الشـافعي وعنـد الكـوفيين بـــائن وإن لـــم يـــرد طلاقـــا فليـــس بطلاق قال أبو عمر أصل هـذا البـاب فـي كـل كنايـة عـن الطلاق ما روي عن النبي ﷺ أنه قال للتي تزوجهـا فقالت أعـوذ بـالله منـك قـد عـذت بمعـاذ الحقـي بأهلك فكان ذلك طلاقا

الاستذكار ج:6 ص:23

وقال كعب بن مالك لامرأته حين أمره رسول اللـه ﷺ باعتزالها الحقي بأهلـك فلـم يكـن ذلـك طلاقـا فدل بما وصفنا من هـذين الخـبرين علـى أن هـذه اللفظة مفتقرة إلى النية وإنما لا يقضى فيهـا إلا بمـا ينـوي اللافـظ بهـا فكـذلك سـائر الكنايـات المحتملات للفـــراق وغيـــره واللـــه أعلـــم

ومن الكنايات بعد ما تقدم قول الرجل لامرأته اعتدي وأنت حرة أو اذهبي فأنكحي من شئت أو لست لي بامرأة أو قد وهبتك لأهلك أو خليت سبيلك أو الحقي بأهلك وما كان مثل هذا كله من الألفاظ المحتملة للطلاق
وقد اختلف السلف والخلف فيها فواجب أن يسأل عنها قائلها ويلزم من ذلك ما نواه وأراده إن قصده
وأما الألفاظ التي ليست من ألفاظ الطلاق ولا يكنى بها عن الفراق فأكثر العلماء لا يوقعون شيئا منها طلاقا وإن قصده القائل
وقال مالك كل من أراد الطلاق بأي لفظة كان لزمه الطلاق حتى بقوله كلي واشربي وقومي واقعدي ونحو هذا ولم يتابع مالك على ذلك إلا أصحابه
والأصل أن العصمة المتيقنة لا تزول إلا بيقين من نية وقصد وإجماع على مراد الله من ذلك وهذا عندي وجه الاحتياط للمفتي وبالله التوفيق
قال رسول الله ﷺ ((الأعمال بالنية وإنما لامرئ ما نوى))
والذي أقول به في الذي يهب امرأته لأهلها أنه قد كثر الاختلاف بين الصحابة ومن بعدهم فيها والصواب عندي فيها - والله أعلم - أنه أراد بذلك طلاقا فهو ما نوى من الطلاق قبلوها أو ردها وإن لم يرد طلاقا فليس بشيء قبلوها أو ردوها والله أعلم

الاستذكار ج:6 ص:24

1 (3 - باب ما يبين من التمليك)

1124 - مالك أنه بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن إني جعلت أمر

امرأتي في يدها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال بن عمر أنا أفعل أنت فعلته
1125 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول إذا ملك الرج ل امرأته أمرها ا فالقضاء ما قضت به إلا أن ينكر عليها ويقول لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها
قال أبو عمر هذا قول مالك وأصحابه أن له أن يناكرها ويحلف فإن نكل عن اليمين لزمه ما طلقت به نفسها
قال أبو عمر وفي هذه المسألة للسلف أقوال أحدها أن القضاء ما قضت ولا تنفعه مناكرته إياها والثاني أن ذلك مردود في عدة الطلاق إلى نيته فإن قال أردت واحدة كانت واحدة رجعية وله أن ينكر عليها أن توقع أكثر من واحدة لإرادته للواحدة ويحلف أنه ما أراد إلا واحدة والثالث أن طلاقها لا يكون إلا واحدة على كل حال وهو أملك بها ما دامت في عدتها والرابع أنه لا يكون بيد المرأة طلاق الرجل وليس قولها لزوجها قد طلقت نفسي منك بشيء كما لو قالت له أنت مني طالق لم يكن شيئا وهو قول شاذ روي عن بن عباس وطاوس والقول الأول روي عن علي - رضي الله عنه - وعن بن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وطائفة
روى الثوري عن منصور عن الحكم عن علي - رضي الله عنه - قال إذا جعل أمرها بيدها فالقضاء ما قضت هي وغيرها سواء

الإستذكار ج:6 ص:25

وعن بن جريج قال أخبرني بن شهاب قال سمعت الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة يقول أيما امرأة

جعل زوجها أمرها بيدها أو بيد وليها فطلقت نفسها ثلاث تطليقات فقد برئت منه ومعمر عن الزهري قال إن طلقت نفسها فالقضاء ما قضت إن نوى واحدة فواحدة وإن اثنتين فاثنتين وإن ثلاثا فثلاثا وعن الزهري عن بن المسيب مثله وبن جريج عن عطاء مثله فإن قيل إنه قد روي عن بن عمر مثل ذلك ولم يذكر مناكرة فالجواب أن رواية مالك قد فسرت ما أجمل غيره بقوله إلا أن ينكر عليها فيقول لم أرد إلا واحدة

فهذا هو القول الثاني

وأما القول الثالث فقول عمر وبن مسعود وروى الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة أو الأسود عن بن مسعود أنه جاءه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع فقال فإن الذي بيدي من أمرك بيدك قالت فأنت طالق ثلاثا قال أراها واحدة أنت أحق بها ما دامت في عدتها وسألقى أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال فعل الله بالرجال وفعل يعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه في أيدي النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك لرأيت أنك لم تصب

روى الثوري عن الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق أن رجلا جعل أمر امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثا فسأل عمر عنها بن مسعود ماذا ترى فيها قال أراها واحدة وهو أحق بها قال عمر وأنا أرى ذلك

وروي عن زيد بن ثابت مثل ذلك رواه بن عيينة عن أبي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت

أنه قال في رجل أمر امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثـــــــا قـــــــال هـــــــي واحـــــــدة وأما قول بن عباس وطاوس فروى بن جريج قـال أخبرني أبو الزبير أن

مجاهدا أخبره أن رجلا جاء بن عباس فقـال ملكـت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثا قال خطأ الله نوءهـا إنمـــا الطلاق لـــك عليهـــا وليـــس لهـــا عليـــك قال بن جريج وأخبرني بن طاوس عن أبيـه وقلـت له كيف كـان أبـوك يقـول فـي رجـل ملـك امرأتـه أمرها أتملك أن تطلـق نفسـها فقـال كـان يقـول ليـــــــس إلـــــــى النســـــــاء طلاق قال أبو عمر قد روي خبر بن عباس علـى غيـر مـا ذهـــــــب إليـــــــه طـــــــاوس وروى بن جريج عن عطاء عن بن عبـاس أن امـرأة ملكها زوجها أمر نفسها فقالت أنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق فقال بـن عبـاس خطـأ اللـه نوءهـــا ألا قـــالت أنـــا طـــالق أنـــا طـــالق وهـذه مسـألة أخـرى قـد ذهـب إليهـا طائفـة مـن الفقهاء في المملكة قالوا إذا قـالت لزوجهـا أنـت طالق لم يقـع طلاق حـتى يقـول أنـا منـك طـالق وذهب جماعة إلى أن ذلك بمعنى واحـد وأنـه يقـع الطلاق بقولها لزوجها أنت طالق كما يقع بقولهـا أنـــــــا طـــــــالق منـــــــك وأما أقاويل أئمة الفتـوى بالأمصـار فـي التمليـك يقول مالك ما ذكره في ((موطئه)) مـا ذكرنـاه في هذا البـاب ومـذهبه فـي التخيـر خلاف مـذهبه في التمليك ويأتي في باب الخيار من هذا الكتـاب وهناك نذكر مذاهب السـلف مـن الخيـار - إن ش اء اللـــــــــــــــه تعـــــــــــــــالى وقال الشافعي اختـاري أمـرك بيـدك سـواء ليـس بشيء من ذلك بطلاق إلا أن يريد الزوج بقوله ذلك الطلاق

فـــإن أراد الطلاق فهـــو مـــا أراد مـــن الطلاق
فـإن أراد واحـدة فهـي رجعيـة ولـو أراد الطلاق
فقالت قـد اخـترت نفسـي فـإن أراد الطلاق فهـو
الطلاق وإن يـــــــــــرده فليـــــــــس بطلاق
وقـال أبـو حنيفـة وأصـحابه فـي أمـرك بيـدك إذا
طلقت نفسها فهي واحدة بائنة إلا أن تنـوي ثلاثـا
فيكـــــــــــــــــون ثلاثـــــــــــــــــا
قـــال والخيـــار لا يكـــون طلاقـــا وإن نـــواه
وقال الثوري أمرك بيدك مثل الخيار فـإن اختـارت
نفســـــــــها فواحـــــــــدة بائنـــــــــة
وكل هؤلاء التمليك والتخيير عندهم سواء

الاستذكار ج:6 ص:27

وقال عثمـان البـتي فـي أمـرك بيـدك القضـاء مـا
قضت إلا أن يحلف أنه لم يـرد إلا واحـدة أو اثنـتين
نحـــــــــو قـــــــــول مالـــــــــك
وهـــو قـــول عبيـــد اللـــه بـــن الحســـن
وقال أبن أبي ليلى في أمـرك بيـدك هـي ثلاث ولا
يســـــأل الـــــزوج عـــــن نفســـــه
وقال الأوزاعي في أمرك بيدك القضـاء مـا قضـت
واحـــــــدة أو اثنـــــــتين أو ثلاثـــــــا
وقال إسحاق إذا ملكها أمرها فـإن قـال لـم أرد إلا
واحـــدة حلـــف علـــى ذلـــك ويكـــون أملـــك بهـــا
وقال أحمد إن أنكر لم يقبل منه والقضاء ما قضت

قال أبو عمر كل هؤلاء يقولون إذا ردت الأمر إلـى
زوجها ولم تقض بشيء ولم يرد طلاقها فلا طلاق
والله الموفق

1 (4 - باب ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك)

1126 - مالك عن سعيد بـن سـليمان بـن زيـد بـن
ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه أخبره أنه كـان

جالسا عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبـي عـتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكـت امرأتي أمرها ففارقتني فقال لـه زيـد مـا حملـك على ذلك قال القدر فقال زيـد ارتجعهـا إن شـئت فإنمـــا هـــي واحـــدة وأنـــت أملـــك بهـــا قـال أبـو عمـر هـو مـذهب مالـك والشـافعي أن الطلقة الواحدة في التمليـك رجعيـة يملـك الـزوج فيهـــــــا رجعـــــــة امرأتـــــــه وعند الكوفيين الطلقة بائنة وقـد تقـدم ذلـك فـي البـــــــاب قبـــــــل هـــــــذا ولا حجـة فـي هـذا البـاب مـن جهـة الـرأي إلا أن يعارضـها مثلهـا ولا أثـر فيـه يجـب التسـليم لـه للاختلاف بيـــــن الســـــلف فيـــــه وأولى ما قيل به في ذلك أن كل طلقة على ظاهر الكتاب فواجب أن تكون رجعية لقول الله تعالى لا تـدرى لعـل اللـه يحـدث بعـد ذلـك أمـرا الطلاق 1 ولقوله عز وجل وبعولتهن أحق بردهـن فـي ذلـك البقرة 228 وهو الرجعة حتى تكون ثلاثـا فلا تحـل له حتى تنكـح زوجـا غيـره إلا أن مـن اشـترط مـن النساء في حين عقد

الاستذكار ج:6 ص:28

نكاحها أنك إن تزوجـت علـي أو تسـريت أو كـذا أو كذا فأمري بيدي فـالطلاق هـا هنـا بـائن واحـدة لا رجعـــــة لـــــه فيهـــــا إلا برضـــــاها وكذلك الخيار عند جمهور العلماء فـي الأمـة تعتـق تحت العبـد أن طلاقهـ ا واحـدة بائنـة لأن لـ و كـانت رجعية لم تكن الأمة المعتقة تشـفع باختيارهـا ولا المرأة التي اشترطت طلاقها عند عقد نكاحها لـم تكـــــن أيضـــــا تنتفـــــع بشـــــرطها وكذلك المختلعة لأنها ابتاعت عصمتها مـن زوجهـا بمالهـــا فلو كانت له الرجعة لذهب مالها ولم ينتفـع بـذلك وعلى هذا جمهور العلماء وسـترى ذلـك فـي بـاب

الخلـــــــع - إن شـــــــاء اللـــــــه تعـــــالى
1127 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه إن رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرهـا فقـالت أنـت الطلاق فسكت ثم قالت أنت الطلاق فقـال بفيـك الحجر ثم قـالت أنـت الطلاق فقـال بفيـك الحجـر فاختصـما إلـى مـروان بـن الحكـم فاسـتحلفه مـا ملكهـــــا إلا واحـــــدة وردهـــــا إليـــــه قال مالك قال عبد الرحمن فكـان القاسـم يعجبـه هـذا القضـاء ويـراه أحسـن مـا سـمع فـي ذلـك قال مالك وهذا أحسن ما سمعت فـي ذلـك وأحبـه إلـــي
قال أبو عمر قد مضـى فـي البـاب قبـل هـذا وقـد ذكرنا ما للمملك من المناكرة وأن ذلك مردود إلـى قوله ونيته وما للعلمـاء فـي ذلـك مـن التنـازع مـا يغنـــــــــي عـــــــن إعـــــــادته
وإنما للمملك أن يناكر امرأته إذا أوقعت أكـثر مـن واحـدة إذا كـان التمليـك منـه لهـا فـي غيـر عقـد نكاحهـــا
وأما إذا جعل لها في عقد نكاحهـا أن أمرهـا بيـدها إن أخرجها من دارها أو تزوج عليهـا أو غـاب عنهـا ونحو ذلك ثم فعـل فطلقـت نفسـها مـا شـاء مـن الطلاق فلا تكـــــره لـــــه فـــــي ذلـــــك هـــــــــذا قـــــــــول مالـــــــــك
وأمـا قـول المـرأة فـي هـذا الخـبر لزوجهـا أنـت الطلاق فقد اختلف الفقهاء في

الاستذكار ج:6 ص:29

الرجل يخير المرأة فتقول قد طلقتك ولم تقل قد طلقت نفسي أو يقول الرجل لامرأته أنت طـالق فقال مالك والشـافعي تطلـق المـرأة بـذلك كلـه وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي لا يلحق بـذلك طلاق
واحتج بعض من يقـول بقـول الكـوفيين فـي ذلـك بقول الله - عز وجـل وإذا طلقتـم النسـاء البقـرة

232 ولـــم يقـــل إلا أن طلقكـــن النســـاء وبمثل هذا من آي القرآن قال ومـن قـال لامرأتـه أنا منك طالق فإنما طلق نفسه ولم يطلق زوجتـه قال أبو عمر الذي يحضرني في هذا للحجازيين أن الطلاق إنما يراد بـه الفـراق وجـائز أن يقـال فـي كلام العرب فارقتـك وفـارقتني فعلـى هـذا يصـح فارقتني زوجتي وفارقتهـا كمـا يصـح بـانت منـي وبنت منها وهي علي حرام وأنا عليها حرام فعلـى هذا المعنى يصح قول أهل الحجاز لا على طلقتني زوجتي والله أعلم

1 (5 - باب ما لا يبين من التمليك)

1128 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عـن عائشـة أم المـؤمنين أنهـا خطبـت علـى عبـد الرحمن بن أبي بكر قريبة بنت أبي أميـة فزوجـوه ثم أنهم عتبوا على عبد الرحمن وقـالوا مـا زوجنـا إلا عائشــة فأرســلت عائشــة إلــى عبــد الرحمــن فذكرت ذلك له فجعل أمـر قريبـه بيـدها فاختـارت زوجهـــا فلـــم يكـــن ذلـــك طلاقـــا
1129 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النـبي ﷺ زوجـت حفصـة بنـت عبـد الرحمـن المنـذر بـن الزبيـر وعبـد الرحمـن غـائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قـال ومثلـي يصـنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمـت عائشـة المنـذر بن الزبير فقال المنذر فإن ذلك بيـد عبـد الرحمـن فقال عبد

الاستذكار ج:6 ص:30

الرحمن ما كنت لأرد أمـرا قضـيتيه فقـرت حفصـة عنـــد المنـــذر ولـــم يكـــن ذلـــك طلاقـــا
1130 - مالك أنه بلغه أن عبـد اللـه بـن عمـر وأبـا هريرة سئلا عن الرجل يملـك امرأتـه أمرهـا فـترد

ذلك إليه ولا تقضي فيه شيئا فقالا ليس ذلك بطلاق
1131 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال إذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق
قال أبو عمر روي مثل قول سعيد عن بن عمر وبن مسعود ورواية عن علي أنها إذا اختارت زوجها فلا طلاق لها ولا شيء
وعلى هذا جماعة العلماء وجمهورهم من المملكة أنها إذا لم تقض شيئا لم يوجب تمليكها شيئا إذا رضيت البقاء مع زوجها
واختلف الصحابة والتابعون - رضي الله عنهم - في المخيرة اختلافا متباينا دل على أنهم غابت عنهم السنة في ذلك وذلك تخيير رسول الله نساءه
قالت عائشة خيرنا رسول الله فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقا
ومعلوم أنه إنما خيرهن بين الصبر معه على الفقر وبين فراقه بدليل ما في الحديث من قوله لعائشة ((إني أعرض عليك أمرا فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك قالت ما هو فتلا عليها الآية فقالت أوفيك أستأمر أبوي بلى أختار الله ورسوله والدار الآخرة وأسألك ألا تذكر ذلك لامرأة من نسائك فقال النبي ((إني لم أبعث معنتا وإنما بعثت معلما ميسرا فلا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها

الاستذكار ج:6 ص:31

رواه أبو الزبير عن جابر عن عائشة ورواه عروة عن عائشة
وهذا يدل على فساد قول الحسن إنهن إنما خيرن بين الدنيا والآخرة لا بين فراق رسول الله

والكون معه والقضاء بصحة ما ذهب إليه فقهاء الأمصار من الحجاز والعراق أن المملكة والمخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها طلاق
حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني إسماعيل بن إسحاق قال حدثني عمرو بن مرزوق قال أخبرنا شعبة عن إسماعيل عن الشعبي عن مسروق عن عائشة قالت قد خيرنا رسول الله ﷺ فلم يكن في ذلك طلاق
ورواه الثوري عن الأعمش وعاصم عن الشعبي عن مسروق عن عائشة مثله وإبراهيم عن الأسود عن عائشة مثله
قال أبو عمر قوله في حديث هذا الباب أن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن أخيها من المنذر بن الزبير ليس على ظاهره ولم يرد بقوله زوجت حفصة - والله أعلم - إلا الخطبة والكناية في الصداق والرضا ونحو ذلك دون العقد بدليل الحديث المأثور عنها أنها كانت إذا حكمت أمر الخطبة والصداق والرضا قالت أنكحوا واعقدوا فإن النساء لا يعقدن
وروى بن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أنها أنكحت امرأة من بني أخيها رجلا من بني أختها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح ثم قالت ليس إلى النساء النكاح
قال أبو عمر قد احتج الكوفيون بحديث مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن عائشة المذكور في هذا الباب في جواز عقد المرأة للنكاح ولا حجة فيه لما ذكرنا من حديث بن جريج ولأن عائشة آخر الذين رووا عن النبي - عليه السلام - ((لا نكاح إلا بولي))

والـولي المطلـق يقتضـي العصـبة لا النسـاء وقـد مضى هذا المعنى في كتاب النكاح والحمد لله

الاستذكار ج:6 ص:32

قال مالك في المملكة إذا ملكها زوجها أمرهـا ثـم افترقا ولم تقبل من ذلك شـيئا فليـس بيـدها مـن ذلـك شـيء وهـو لهـا مـا دامـا فـي مجلسـهما
قال أبو عمر هذا هو المشهور مـن مـذهب مالـك - رحمـــه اللـــه - وعليـــه جمهـــور الفقهـــاء وممن قـال إن ذلـك علـى المجلـس الثـوري وأبـو حنيفة والأوزاعي والشافعي وأصحابهم والحسـن بن حـي والليـث بـن سـعد كلهـم يقـول إذا خيـرت فخيارها على المجلس فإن افترقا أو قـامت قبـل أن تقـــول شـــيئا بطـــل خيارهـــا ولفظ الثوري ومالك والأوزاعي فذلك بيدها حـتى يفترقـــا مـــن مجلســـهما
وذكـر بـن القاسـم عـن مالـك قـوله هـذا فـي ((موطئه)) وقال عنـه بـل أمرهـا بيـدها مـا لـم يجامعهـــا وإن افترقـــا
قال بن القاسـم وقـوله الأول أعجـب إلـي وعليـه النـــاس
وفي موضع آخر من ((المدونة)) قال مالك في رجـل ملـك امرأتـه أمرهـا أن لهـا أن تقضـي وإن افترقـا مـن مجلسـهما وكـان قـوله قبـل ذلـك إذا تفرقا فلا قضاء لها إذا كان قد أمكنها القضاء قبل قيـــام زوجهـــا
واختلفـوا فـي الـوقت الـذي يجـوز للمملـك فيـه الرجـــوع علـــى التمليـــك
فذكر بن القاسم عن مالك فيمن جعل أمر امرأتـه بيد رجل قال إذا قام الذي جعل ذلك إليه بطـل ثـم رجـع فقـال ذلـك لـه مـا لـم يـوقفه السـلطان
وفي موضع آخر قـال بـن القاسـم قـال مالـك إذا قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك فليـس لـه أن يرجـع فيـــه

قال أبو عمر كذلك قال الثوري والليث إلا أن الثوري قال حتى يقضي أو يدع وقال الليث حتى توقف أتقضي بالفراق أم لا وقال الأوزاعي إذا جعل أمر امرأته بيدها فله أن يرجع فيه قبل أن يقول شيئا وقال الشافعي إذا ملك الرجل أمرها غيره فهذه وكالة وله أن يرجع قبل أن يوقعه ومتى أوقعه قبل رجوعه وقع

الاستذكار ج:6 ص:33

وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا قال لها طلقي نفسك أو قال أمرها بيدها فهو على المجلس وليس له الرجوع فيه ولو قال لأجنبي طلق امرأتي كان على المجلس وبعده وله أن ينهاه ولو قال له طلقها إن شئت أو قال له أمرها بيدك كان له على المجلس ولم يكن له الرجوع فيه وقال زفر ذلك له في المجلس وبعده في القولين جميعا

قال أبو عمر قول الكوفيين تحكم لا دليل عليه من أثر ولا يعضده قياس ولا نظر والله أعلم

قال أبو عمر لأصحابنا في هذا الباب نوازل فيما بينهم اختلاف واضطراب قد ذكرتها في كتاب ((اختلاف قول مالك وأصحابه))

قال أبو عمر وروى بن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال إن خير امرأته فلم تقل شيئا حتى تقوم من ذلك المجلس فليس بشيء

وعن بن مسعود وعن مجاهد وعطاء وجابر بن زيد أبي الشعثاء والشعبي والنخعي أنهم قالوا إذا قامت من المجلس فلا أمر لها

وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي - رضوان الله عليهم

ولا أعلم مخالفا في ذلك إلا ما رواه معمر عن الزهري وقتادة والحسن أنهم قالوا ذلك بيدها

حـــــــــــــــــــــتى تقضـــــــــــــــــــــي
وقال أبو الشعثاء كيـف يمشـي بيـن النـاس وأمـر امرأتـــــــــــــه بيـــــــــــــد غيـــــــــــــره
قال أبو عمر اعترض داود وبعض أصحابه على مـن قال بأن الخيار علـى المجلـس بحـديث عائشـة أن النبي ﷺ قال لها فـي حيـن تخييـره لأزواجـه إنـي ذاكر لك أمرا فلا تعجلي حتى تستأمري أبويك ولـم يقـــــــــــل فـــــــــــي مجلســـــــــــك
قال أبـو عمـر لا حجـة فـي هـذا لأن النـبي - عليـه السلام - جعل لها الخيار في المجلس وبعده حـتى تشـــــــــــــــــــاور أبويهـــــــــــــــــا
ولا خلاف فيمن خيـر امرأتـه مـدة يـوم أو أيـام أن ذلك لها إلى انقضاء المدة وبالله التوفيق

الاستذكار ج:6 ص:34

1 (6 - باب الإيلاء)

1132 - مالك عن جعفـر بـن محمـد عـن أبيـه عـن علي بن أبي طالب أنه كان يقـول إذا آلـى الرجـل من امرأته لم يقع عليـه طلاق وإن مضـت الأربعـة الأشهر حتى يوقف فإما أن يطلق وإمـا أن يفيـء قـــــال مالـــــك وذلـــــك الأمـــــر عنـــــدنا
قال أبو عمر الخـبر عـن علـي - رضـي اللـه عنـه - يوقف المولي وإن كـان منقطعـا فـي ((الموطـأ)) فإنه متصل عنه من طرق كثيرة صحاح منها ما حدثني أحمد بن عبد الله قال حـدثني الحسـن بـن إسماعيل قـال حـدثني عبـد الملـك بـن بحـر قـال حدثني محمد بن إسماعيل قال حـدثني سـنيد بـن داود قال حدثني هشيم قال أخبرنا الشـيباني عـن بكير بن الأخنس عن مجاهد عـن عبـد الرحمـن بـن أبـي ليلـى قـال هشـيم وأخـبرني الشـيباني عـن الشعبي قال أخبرنا عمرو بن سـلمة الكنـدي قـال

شهدنا علي بن أبي طالب وقف رجلا عند الأربعة الأشهر إما أن يفيء وأما أن يطلق
1133 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيما رجل آلى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفيء ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف
1134 - مالك عن بن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته إنها إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة
1135 - مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل إذا آلى

الاستذكار ج:6 ص:35

من امرأته أنها إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها قال مالك وعلى ذلك كان رأي بن شهاب قال أبو عمر أما علي - رضي الله عنه - فالصحيح من رأيه ومذهبه ما رواه مالك عنه من القول بوقف المولي
وقد روي عنه أن المولي تبين منه امرأته بانقضاء الأربعة الأشهر ولا يصح ذلك عنه رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي قال إذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة بائنة
ولم يلق الحسن عليا ولا سمع منه ورواه معمر عن قتادة أن عليا وبن مسعود قالا إذا انقضت الأربعة الأشهر فهي واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة
وهذا ليس بشيء عن علي خاصة لأنه لم يأت إلا من هذا الوجه وهو منقطع لا يثبت مثله
وأما بن مسعود فهو مذهبه المحفوظ عنه

وأما علي فلا يصح إلا ما ذكر مالك من رواية أهل المدينة وما ذكرناه عنه من رواية أهل الكوفة وغيرهم

وروى عبد الرزاق ووكيع عن الثوري عن سليمان الشيباني عن الشعبي عن عمرو بن سلمة عن علي في المولي قال إذا مضت الأربعة الأشهر فإنه يوقف حتى يفيء أو يطلق

والصحيح عن بن عمر أيضا وقف المولى رواه مالك وأيوب وعبيد الله وسالم وغيرهم عن نافع عن بن عمر

وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني أبو داود عن جرير قال قرأت في كتاب أبي قلابة عند أيوب سالت أبا سلمة وسالما عن الإيلاء فقال إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة لم يقل بائنة ولا رجعية وهو قول أبي الدرداء وعائشة لم يختلف عنهما فيما علمت

الاستذكار ج:6 ص:36

واختلف عن عثمان والصحيح عنه وقف المولي رواه بن عيينة عن مسعر عن حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان بن عفان قال يوقف المؤلي عند الأربعة الأشهر فإما أن يفيء وإما أن يطلق

وروي عن عمر بن الخطاب مثله

وبن عيينة عن أبي الزناد عن القاسم بن محمد أن رجلا كان يؤلي من امرأته سنة ويأتي عائشة فتقرأ عليه للذين يؤلون من نسائهم الآية البقرة 226 وتأمره باتقاء الله وأن يفيء

والثوري عن جابر عن القاسم بن محمد أن عائشة أمرت رجلا بعد عشرين شهرا أن يفيء أو يطلق

وبن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي يوقفون المؤلي

وهو قول سعيد بن المسيب فيما روى عنه عطاء الخرساني
قال أبو عمر حديث بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار انفرد به بن عيينة وما أظنه رواه عن سليمان بن يسار غير يحيى بن سعيد وممن قال يوقف المؤلي بعد الأربعة أشهر فإما أن يفيء وإما أن يطلق مجاهد وطاوس وبه قال مالك والليث بن سعد والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وداود فإن لم يفيء وطلق أو طلق عليه السلطان فالطلقة رجعية عندهم إلا أن مالكا من بينهم قال لا تصح له رجعة حتى يطأ في العدة ولا أعلم أحدا وافق مالكا على ذلك والله أعلم قال أبو عمر لم يختلف عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام فيما ذكر عنه مالك في المؤلي أنه يلزمه بانقضاء الأربعة الأشهر تطليقة رجعية بالصحيح
وأما سعيد بن المسيب فالصحيح عنه مثل ذلك من رواية مالك وغيره
وقد روى معمر عن عطاء الخرساني عن سعيد بن المسيب قال يوقف المؤلي عند انقضاء الأربعة الأشهر فإما أن يفيء وإما أن يطلق

وأما مروان بن الحكم فاختلف عنه أيضا روى الثوري عن ليث عن مجاهد عن مروان عن علي قال إذا مضت الأربعة الأشهر فإنه يجلس حتى يفيء أو يطلق
قال مروان ولو وليت هذا الأمر لقضيت بقضاء علي
وروى عبد الرزاق عن مالك ومعمر وبن عيينة عن أيوب عن سليمان بن يسار أن مروان وقف رجلا آلى من امرأته بعد ستة أشهر وهو غريب عن مالك

وكل ما في هذا الباب فعن عبد الرزاق عن الشيوخ المذكورين فيه
وممن قال بقول أبي بكر بن عبد الرحمن وبن شهاب ومن تابعهما على أنه ما بقضاء الأربعة الأشهر تطلق زوجة المؤلي طلقة رجعية الأوزاعي ومكحول
وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن صالح إذا مضت للمؤلي أربعة أشهر بانت منه امرأته بتطليقة بائنة لا يملك فيها رجعة وهو قول بن عباس وبن مسعود وزيد بن ثابت ورواية عن عثمان ورواية عن بن عمر فأما بن مسعود وبن عباس فلم يختلف عنهما في ذلك والله أعلم
والرواية عن بن عمر بذلك ذكرها أبو بكر قال حدثني بن فضيل وأبو معاوية عن الأعمش عن حبيب بن أبي ثابت عن سعيد بن جبير عن بن عمر وبن عباس قالا إذا آلى فلم يفيء حتى تمضي الأربعة الأشهر فهي تطليقة بائنة
قال وحدثني وكيع عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن بن عباس قال عزيمة الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر والفيء الجماع
قال وحدثني جرير عن مغيرة عن إبراهيم عن عبد الله قال إذا آلى فمضت أربعة أشهر فقد بانت منه بتطليقة
وبه قال عطاء بن أبي رباح وجابر بن زيد - أبو الشعثاء - والحسن وإبراهيم ومسروق وبن سيرين ومحمد بن الحنفية وعكرمة وقبيصة بن ذؤيب
وروى معمر عن عطاء الخرساني قال سمعني أبو سلمة بن عبد الرحمن أسأل سعيد بن المسيب عن الإيلاء فمررت به فقال ماذا قال لك فحدثته فقال إلا أخبرك ما كان عثمان وزيد بن ثابت يقولان قلت بلى قال كانا يقولان إذا

مضت الأربعة الأشهر فهي طلقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة ذكره بن المبارك وعبد الرزاق جميعا قال أبو عمر كل الفقهاء - فيما علمت - يقولون إنها تعتد بعد الطلاق عدة المطلقة إلا جابر بن زيد فإنه يقول لا تعتد - يعني - إذا كانت قد حاضت ثلاث حيض في الأربعة الأشهر وقال بقوله طائفة وكان الشافعي يقول ذلك في ((القديم)) ثم رجع عنه في ((الجديد)) وقد روى عن بن عباس نحوه رواه أبو عوانة عن قتادة قال كنت عند سليمان بن هشام وعنده الزهري فسألوه عن الايلاء فقال الزهري إذا مضت أربعة أشهر فواحدة وهو أحق بها فقلت له ما قلت بقول علي ولا بقول بن مسعود ولا بقول بن عباس ولا بقول أبي الدرداء فقال سليمان بن هشام ما قال هؤلاء قلت كان علي يقول إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة لا يخطبها زوجها ولا غيره حتى تنقضي عدتها
وقال بن مسعود إذا مضت أربعة أشهر فهي واحدة يخطبها زوجها في العدة ولا يخطبها غيره وقال بن عباس مالكم تقولون عليها إذا مضت أربعة أشهر وقد حاضت فيها ثلاث حيض تزوجت من شاءت
وقال أبو الدرداء إذا مضت أربعة أشهر يوقف فإن شاء طلق وإن شاء فاء
قال أبو عمر الصحيح عن علي مثل قول أبي الدرداء هذا ولا يصح عنه ما حكاه قتادة وقتادة حافظ مدلس يروي عمن لم يسمع منه ويرسل عنه ما سمعه من ثقة وغير ثقة وروى معمر وبن عيينة وبن علية وأيوب عن أبي

قلابة أن بن مسعود قال للنعمان بن بشير وكان قد آلى من امرأته إذا انقضت الأربعة الأشهر فاعترف بتطليقة

الاستذكار ج:6 ص:39

وروي ذلك عن بن عباس من وجوه قال أبو عمر والصحيح في هذا الباب ما ذهب إليه مالك ومن تابعه لأن الله تعالى قد جعل للمولى أربعة أشهر لا سبيل فيها لامرأته عليه ومعلوم أن الجماع من حقوقها ولها تركه والمطالبة به إذا انقضى الأجل الذي جعل لزوجها عليها فيه التربص فإن طلبته في حين يجب لها طلبه عند السلطان وقف المولي فإما فاء وإما طلق

والدليل قول الله عز وجل فإن فاءو فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلق البقرة 226 227 فجمعها في وقت واحد فلما أجمعوا أن الطلاق لا يقع في الأربعة الأشهر حتى تنقضي فإن الزوج لم يخاطب بإيقاع الطلاق في ذلك الوقت كان كذلك الفيء لا يكون بعد مضي الأربعة الأشهر ولو كان الطلاق يقع بمضيها لما تهيأ أن يخاطب الزوج بالفيء

وذلك دليل على أن الفيء ممكن له بعد الأربعة الأشهر

ودليل آخر وهو قوله تعالى وإن عزموا الطلق فإن الله سميع عليم ولا يكون السماع إلا المسموع ولو كان الطلاق يقع بمضي الأجل لما تهيأ سماع ذلك فدل على أن الطلاق أيضا إنما يقع بإيقاعه له لا بمضي الأجل والله أعلم

مسألة من الإيلاء

قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الأربعة الأشهر ثم يراجع امرأته أنه إن لم يصبها حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له إليها ولا رجعة له عليها إلا أن يكون له

عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فإن ارتجاعه إياها ثابت عليها فإن مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فإنه إن لم يصبها حتى تنقضي الأربعة الأشهر وقف أيضا فإن لم يفيء دخل عليه الطلاق بالإيلاء الأول إذا مضت الأربعة الأشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسها فلا عدة له عليها ولا رجعة

قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف بعد الأربعة الأشهر فيطلق ثم يرتجع ولا يمسها فتنقضي أربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها إنه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وإنه إن أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وأن مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له إليها وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

الاستذكار ج:6 ص:40

قال أبو عمر أما قوله إنه لم يمسها حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له إليها ولا رجعة له عليها ولا أعلم أحدا شرط في صحة الرجعة الجماع إلا مالكا - رحمه الله - ويجعله إذا لم يطأ في حكم المولي كما أنه لو قال لأجنبية والله لئن تزوجتك لأوطأنك ثم تزوجها كان موليا عنده وكذلك لو قال إن تزوجتك فأنت طالق فأنها تطلق عنده إذا تزوجها ولا يسقط عنه الطلاق الإيلاء ودليل ذلك على أن اليمين عليه باقية وأنه مذ وطئها بعد النكاح الجديد حنث كالمولي قبل النكاح الجديد ولا يسقط الإيلاء إلا الجماع لمن قدر عليه وإن عجز عنه بعذر مانع مثل السجن الذي لا يصل معه إليها إو المرض المانع المذنب له من وطئها أو البعد من السفر كان مبيته عنده كفارته بيمينه إن كان ممن يكفر إذ بان عذره قال ومما تعرف به فيئة المريض أن يكفر فتسقط يمينه وإن كانت ممن يكفر إذ قد بان عذره وكذلك المسجون والغائب

وإن كانت اليمين لا تكفر فنيته بالقول فمتى زال العذر عاد الحكم
هذا كله تحصيل مذهب مالك
وأما غيره من العلماء فالطلاق عندهم من السلطان أو انقضاء الأربعة الأشهر عند من اوقع الطلاق بانقضائها كالفيئة لما في الفيئة من الحنث بدليل قول الله عز وجل فإن فاءو البقرة 226 أي رجعوا إلى الجماع الذي حلفوا عليه فحنثوا أنفسهم أو عزموا الطلاق فبرئوا فإذا وقع الطلاق لم يعد الإيلاء إلا بيمين أخرى لأن الحنث بالفيئة قد وقع ولا يحنث مرتين وكذلك قال بن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وإبراهيم والشعبي وقتادة وغيرهم من العلماء لا إيلاء إلا بيمين
ولا يرون الممتنع من الوطء بلا يمين موليا والإيلاء مصدر أولى إيلاء وألية والألية اليمين وجمعها الآلاء
قال كثير يمدح عمر بن عبد العزيز

الاستذكار ج:6 ص:41

(قليل الآلاء حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية بر
وقد اختلف الفقهاء فيمن طلق ثلاثا بعد الإيلاء ثم تزوجها بعد زوج
فقال مالك يكون موليا
وهو قول حماد بن أبي سليمان وزفر
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يكون موليا وإن قربها كفر يمينه
وهو قول الثوري
وق ال الش افعي في موضع إذا بانت المرأة ثم تزوجها كان موليا وفي موضع آخر لا يكون موليا واختاره المزني لأنها صارت في حال لو طلقها لم يقع طلاقه عليها
وقال بن القاسم إذا آلى وهي صغيرة لم يجامع

مثلها لم يكن موليا حتى تبلغ الوطء ثم يوقف بعد مضي أربعة أشهر منذ بلغت الوطء وهو قول بن القاسم ولم يروه عن مالك قال ولا يوقف الخصي وإنما يوقف من يقدر على الجماع
وقال الشافعي إذا لم يبق للخصي ما ينال به من المرأة ما يناله الصحيح بمغيب الحشفة فهو كالمجبوب فاء بلسانه ولا شيء عليه غيره لأنه ممن لا يجامع مثله
وقال في موضع آخر لا إيلاء على مجبوب واختاره المزني
وأما اختلافهم في المولي العاجز عن الجماع فقد مضى قول مالك ومذهبه في ذلك
وقال في المسافر إذا طالبته امرأته كتب موضعه فيوقف ليفيء أو ليطلق أو يطلق عليه
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا آلى وهو مريض أو بينها وبينه مسيرة أربعة

الاستذكار ج:6 ص:42

أشهر أو كانت رتقاء أو صغيرة ففيه الرضا بالقول إذا دام به العذر حتى تمضي المدة فإن قدر في المدة على الجماع لزمه الجماع
قالوا ولو كان أحدهما محرما بالحج وبينه وبين وقت الحج أربعة أشهر لم يكن فيؤه إلا بالجماع وكذلك المحبوس
وقال زفر فيؤه بالقول
وقال الثوري في رواية الأشجعي عنه إذا كان للمولي عذر من مرض أو كبر أو حبس أو كانت حائضا أو نفساء فليفيء بلسانه يقول قد فئت ويجزئه ذلك
وهو قول الحسن بن حي
وقال الأوزاعي إذا آلى من امرأته ثم مرض أو سافر فأشهد على الفيء من غير جماع وكان لا يقدر على الجماع وقد فاء فليكفر عن يمينه وهي

امرأته
وكذلك إن ولدت في الأربعة الأشهر أو حاضت أو طرده السلطان فإنه يشهد على الفيء ولا إيلاء عليه
وقال الليث بن سعد إذا مرض بعد الإيلاء ثم مضت أربعة أشهر فإنه يوقف كما يوقف الصحيح فإما فاء وإما طلق ولا يؤخر إلى أن يصح
وقال المزني عن الشافعي إذا آلى المجبوب ففيؤه باللسان
قال وقال في كتاب الإيلاء لا إيلاء على مجبوب
قال ولو كانت صبية فآلى منها استأنف لها أربعة أشهر بعد ما تصير في حال يمكن جماعها
قال ولو أحرم بالحج لم يكن فيؤه إلا بالجماع فإن وطىء فسد حجه
قالوا ولو آلى وهي بكر فقال لا أقدر على افتضاضها أجل أجل العنين
قال وإذا كان ممن لا يقدر على الجماع وفاء بلسانه ثم قدر وقف حتى يفيء أو يطلق
قال وإذا كانت حائضا أو محرمة لم يلزمه الفيء حتى تحل إصابتها
وقال في موضع آخر إذا حبس استأنف أربعة أشهر وإن كان بينهما مسيرة أربعة أشهر فطالبه الوكيل فاء بلسانه وسار إليها كيف أمكنه وإلا طلقت عليه
قال أبو عمر لم يختلف العلماء من السلف والخلف أن قول الله تعالى

فإن فاءو البقرة 226 هو الجماع لمن قدر عليه فصار بإجماعهم على ذلك من المحكم
واختلفوا في معنى قوله - عز وجل وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم البقرة 227
وعلى حسب اختلافهم الذي ذكرنا عنهم جاءت فروع مذاهبهم على ما وصفنا

وجمهور العلماء على أن المولي إذا فاء بالوطء وحنث نفسه فعليه الكفارة إلا رواية عن إبراهيم والحسن أنه لا كفارة عليه إذا فاء لأن الله - عز وجل - قد غفر له ورحمه وهذا مذهب في الأيمان لبعض التابعين في كل من حلف على بر أو تقوى أو باب من أبواب الخير ألا يفعله فإنه يفعله ولا كفارة عليه وهو مذهب ضعيف ترده السنة الثابتة عن النبي على من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه فلم يسقط عنه - بإتيانه الخير - ما لزمته من الكفارة قال مالك في الرجل يولي من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الأربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قال هما تطليقتان إن هو وقف ولم يفيء وإن مضت عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر فليس الإيلاء بطلاق وذلك أن الأربعة الأشهر التي كانت توقف بعدها مضت وليست له يومئذ بامرأة قال أبو عمر وأنه طلق بعد الإيلاء طلاقا رجعيا فطالبته امرأته بعد انقضاء الأشهر بحقها في الجماع فأوقف لها بابا أن يفيء إلى جماعها مراجعتها فطلق عليه الحاكم طلقة أخرى فصارتا تطليقتين

ولو انقضت العدة قبل أمر التوقيف لم يكن هناك توقيف لأنها ليست بزوجة عند انقضاء العدة وإذا لم يكن توقيف لم يكن طلاق غير الطلاق الأول

الاستذكار ج:6 ص:44

وهذه المسألة بناها على أصله المتقدم ليس فيها جواب أخبره فيما علمت والله أعلم ويجيء على أصل الشافعي وكل من قال يوقف المؤلي بعد الأربعة الأشهر ما قاله مالك وبالله التوفيق

قال مالك ومن حلف أن لا يطأ امرأته يوما أو شهرا ثم مكث حتى ينقضي أكثر من الأربعة الأشهر فلا يكون ذلك إيلاء وإنما يوقف في الإيلاء من حلف على اكثر من الأربعة الأشهر فأما من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا أرى عليه إيلاء لأنه إذا دخل الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف

قال أبو عمر قد اختلف العلماء - رحمهم الله - في هذه المسألة

فقال بن أبي ليلى وبن أبي شبرمة والحسن بن حي إن حلف ألا يقرب امرأته يوما أو أقل أو أكثر من المدة ثم ذكرها دون أن يطأها أربعة اشهر بانت منه بالإيلاء

وهو قول إبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان والحسن وبن سيرين

وروي معنى ذلك عن عبد الله بن مسعود وبه قال إسحاق

وبه قال أكثر أهل العلم لا يكون من حلف على أقل من أربعة أشهر موليا

وممن روي ذلك عنه بن عباس وسعيد بن جبير وطاوس

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهم والثوري والأوزاعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد

واختلف هؤلاء على أربعة أشهر لا مزيد

فقال مالك والشافعي لا يكون موليا حتى يحلف على أربعة أشهر

وبه قال أحمد وأبو ثور والثوري وأصحابه الإيلاء أن يحلف على أربعة أشهر فصاعدا

وهو قول عطاء وعثمان البتي

قال أبو عمر جعل الله تعالى للمؤلي تربص أربعة أشهر فهي له بكمالها لا

الاستذكار ج:6 ص:45

اعتراض لزوجته عليه فيها كما أن الـدين المؤجـل لا يستحق صاحبه المطالبة إلا بعد استيفاء الأجـل فـإذا انقضـت الأربعـة الأشـهر وهـي أجـل الإيلاء كـانت للمـرأة المطالبـة بحقهـا مـن الجمـاع عنـد السلطان فيوقف زوجها فـإن فـاء جامعهـا وكفـر يمينـــه فهـــي امرأتـــه وإلا طلـــق عليـــه هذا مذهب مالك والشافعي وهو الصواب - إن شاء الله تعالى في هذا الباب قياسا على أجـل العنيـن وأما الكوفيون فيقولون إن الله - عز وجل 0 جعل التربص في الإيلاء أربعة أشهر كما جعل فـي عـدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وفي عدة الطلاق ثلاثـة قـــــــروء فلا تربـــــــص بعـــــــدها قالوا فيجب بعد المدة سقوط الإيلاء ولا يسقط إلا بالفيء وهـو الجمـاع فـي داخـل المـدة أو الطلاق وعزيمتـــه انقضـــاء الأربعـــة الأشـــهر وروى وكيع عن شعبة عن الحكم عـن مقسـم عـن بـن عبـاس قـال عزيمـة الطلاق انقضـاء الأربعـة الأشـــــــهر والفيـــــــء الجمـــــــاع قال مالك من تظاهر من امرأته يوما فهو مظـاهر أبـــدا ولا يســـقط عنـــه الظهـــار بمضـــي اليـــوم وهو قول بن أبي ليلى والليث والحسـن بـن حـي وقال الشافعي وأبو حنيفـة وأصـحابهما والثـوري إذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمـي اليـوم بطـل الظهـــــــار بمضـــــــي اليـــــــوم قال أبو عمر جعله أبو حنيفة والشـافعي كـاليمين تنقضـــــــي بانقضـــــــاء المـــــــدة وجعلـــــــه مالـــــــك كـــــــالطلاق و قد اجمعوا عليه إذا قال لزوجته أنت طالق اليوم أنها طالق أبدا حـتى يراجعهـا إن كـانت لـه رجعـة قـال مالـك مـن حلـف لامرأتـه أن لا يطأهـا حـتى تفطـــم ولـــدها فـــإن ذلـــك لا يكـــون إيلاء وقد بلغني أن علي بن أبي طـالب سـئل عـن ذلـك فلـــــــــــــــم يـــــــــــــــره إيلاء

قال أبو عمر ذكر عبد الرزاق عن معمر أنه بلغه ذلك عن علي بن أبي

الاستذكار ج:6 ص:46

طالب قال وأخبرنا بن جريج قال أخبرني عمرو بن دينار أن سعيد بن جبير أخبره قال بلغني أن علي بن أبي طالب قال له رجل حلفت ألا أمس امرأتي سنتين فأمره فاعتزلها فقال له الرجل إنما ذلك من أجل أنها ترضع فخلى بينه وبينها قال أبو عمر هذا ليس بمضار لأنه أراد إصلاح ولده

وقد هم رسول الله ﷺ أن ينهي عن الغيلة لما علم أن العرب تعتقد أنه فساد للولد ثم تركها توكلا على الله تعالى إذ بلغه أن فارس والروم يفعلون ذلك فلا يضر أولادهم

ومعلوم أن من سبق إلى نفسه مثل ذلك وقصد انتفاع ولده وصلاحه وأنه ليس بمضار لزوجته والغيلة وطء الرجل امرأته في حال الرضاع واختلف الفقهاء في هذه المسألة فقال مالك من قال لامرأته والله لا أقربك حتى تعطي ولدك لم يكن مؤليا لأن هذا ليس على وجه الضرر وإنما أراد إصلاح ولده

وهو قول الأوزاعي

وبه قال أبو عبيد

وقال الشافعي من قال لا أقربك حتى تفطمي ولدك فإن مضت أربعة أشهر قبل أن يكون شيء مما حلف عليه كان مؤليا

وقال في موضع آخر لا يكون مؤليا لأنها قد تفطمه قبل الأربعة الأشهر إلا أن يريد أكثر من أربعة أشهر

واختاره المزني

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إن بقي بينه وبين مدة الفطام أربعة أشهر فهو مؤول

الاستذكار ج:6 ص:47

1 (7 - باب إيلاء العبد)

1136 - مالك أنه سأل بن شهاب عن إيلاء العبد فقال هو نحو إيلاء الحر وهو عليه واجب وإيلاء العبد شهران
قال أبو عمر اختلف العلماء في مدة إيلاء العبيد هل هو شهران أم أربعة وهل إيلاؤه متعلق به أو بامرأته على حسب اختلافهم في طلاق العبيد هل يعتبر به أو بامرأته
فقال مالك يقول بن شهاب في ذلك إيلاؤه شهران على النصف من إيلاء الحر أربعة أشهر - قياسا على حدوده وطلاقه وهو قول عطاء بن أبي رباح وبه قال إسحاق
وقال الشافعي إيلاؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر - قياسا على إجماعهم في أن الحر والعبد فيما يلزمهما من الأيمان سواء في الحنث وقياسا على صلاتهما وصيامهما وقياسا على أجل العنين فإن أجل الحر والعبد عندهم فيه سواء لعموم قوله - عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر البقرة 226
وبه قال أحمد بن حنبل وأبو ثور وداود وهؤلاء كلهم يقولون إن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا كانت الزوجة مملوكة فإيلاؤها شهران من الحر والعبد فإذا كانت حرة فأربعة أشهر من الحر ومن العبد ولا اعتبار بالزوج لأن الطلاق عندهم والعدة جميعا بالنساء
وهو قول الحسن وإبراهيم والحكم وحماد والشعبي والضحاك
وكل هؤلاء يقولون الطلاق بالنساء يعتبر لا

بالرجـــال
واختلفـــــوا فـــــي زوال الـــــرق بعـــــد الإيلاء فقال مالك إذا آلى وهو عبد ثم عتق لم تتغير مـدة الإيلاء
وقال أبو حنيفة إذا أعتقـت قبـل انقضـاء شـهرين صارت مدتها أربعة أشهر

الاستذكار ج:6 ص:48

واختلفـــــوا فـــــي إيلاء العبـــــد بـــــالعتق فقال مالك يكون مؤليا لأنه لو حنث من أعتق لزمه اليميـــن
وقال أبو حنيفة إذا حلف بـالعتق أو بالصـدقة مـال نفسه لـم يكـن موليـا ولـو حلـف بحـج أو صـيام أو طلاق كان مؤليا والله أعلم

1 (8 - باب ظهار الحر)

1137 - مالـك عـن سـعيد بـن عمـرو بـن سـليم الزرقي أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلـق امرأة إن هو تزوجها فقـال القاسـم بـن محمـد إن رجلا جعلا امرأة عليـه كظهـر أمـه إن هـو تزوجهـا فـأمره عمـر بـن الخطـاب إن هـو تزوجهـا أن لا يقربهـــا حـــتى يكفـــر كفـــارة المتظـــاهر
1138 - مالك أنه بلغـه أن رجلا سـأل القاسـم بـن محمد وسـليمان بـن يسـار عـن رجـل تظـاهر مـن امرأته قبل أن ينكحها فقالا إن نكحهـا فلا يمسـها حـــــتى يكفـــــر كفـــــارة المتظـــــاهر
قال أبو عمر أما الطلاق قبـل النكـاح فيمـن طلـق امرأته قبل أن يتزوجهـا إن تزوجهـا ولـه بـاب مـن هذا الكتاب يأتي القول فيه وما للعلمـاء فـي ذلـك هنـــــاك - إن شـــــاء اللـــــه تعـــــالى
وأما الظهار فاختلافهم فيـه علـى غيـر اختلافهـم فـي الطلاق لأن جماعـة لـم يلزمـوه الطلاق قبـل النكـاح وألزمـوه الكفـارة فـي الظهـار إن قـال

لامرأته أنت مني كظهر أمي إن نكحتك ثم نكحها قالوا لا يقربها حتى يكفر
وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وهو ممن يقول في الطلاق إنه لا يلزمه ذلك
وهو قول الحسن وعطاء وعروة وبن شهاب والقاسم بن محمد

الاستذكار ج:6 ص:49

ومالك والأوزاعي والثوري في رواية من قال لامرأته إن نكحتك فأنت علي كظهر أمي ثم نكحها فعليه كفارة الظهار قبل أن يمسها
وبه قال أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه
وقال آخرون الظهار والطلاق في ذلك سواء ولا يقع طلاق ولا ظهار إلا في زوجة قد تقدم نكاحها هذا قول بن عباس
وبه قال الثوري في رواية والشافعي وأبو ثور وداود
وهو قول بن أبي ذئب
وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن البصري
وذكره سنيد قال أخبرني حجاج عن بن جريج عن عثمان بن عمارة عن سعيد بن المسيب قال لا ظهار إلا من بعد ما يملك
قال وحدثني حجاج عن سعيد بن بشير عن قتادة عن سعيد بن المسيب والحسن قالا لا ظهار إلا مما يملك
وقال بن أبي ليلى والحسن بن حي إن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي لم يلزمه شيء
وإن قال إن نكحت فلانة فهي علي كظهر أمي أو سمى قرية أو قبيلة لزمه الظهار
وقال مالك فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي لزمه الطلاق فرق بين الطلاق والظهار

وقد روي عن الثوري أنه يلزمه الظهار وهو قول أبي حنيفة وأصحابه في المعينة وهو كقوله كل امرأة
وقال الثوري فيمن قال إن تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي والله لا أقربك أربعة أشهر فما زاد ثم تزوجها وقع الطلاق وسقط الظهار والإيلاء لأنه بدأ بالطلاق
قال أبو عمر يهدم الطلاق المتقدم الظهار إن كان الطلاق باتا وإن كان الطلاق رجعيا هدمه أيضا ما لم يراجع فإن راجع لم يطأ حتى يكفر كفارة المتظاهر
وهذا معنى قد ذكرناه مكررا

الاستذكار ج:6 ص:50

1139 - مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل تظاهر من أربعة نسوة له بكلمة واحدة أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة
1140 - مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل ذلك
قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا
قال أبو عمر قول عروة وربيعة في هذا هو قول مالك وأصحابه
وبه قال أحمد وإسحاق إذا كان الظهار من أربعة نسوة بكلمة واحدة
وقال الشافعي إذا ظاهر بكلمة واحدة من أربع نسوة فعليه لكل واحدة كفارة كما لو ظاهر من كل واحدة بكلمة
وهو قول الأوزاعي وبن أبي ذئب والثوري وأبي حنيفة وأصحابه وعثمان البتي
قال أبو عمر جعله مالك كالإيلاء إذا حنث في واحدة فقد حنث فيهن ويجزئه كفارة واحدة
والمخالف يقول قد ظاهر من كل واحدة منهن فلا يجوز له وطؤها حتى يكفر عنها كالطلاق عند

الجميع والحرام عند مالك ومن تابعه وقد احتج مالك لمذهبه بعموم قول الله - عز وجل وظاهره في قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الآية المجادلة 3 يعني - ولم يقل فتحرير رقبات فجعل كفارة المتظاهر تحرير رقبة ولم يخص واحدة من أربع قال مالك في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس متفرقة قال ليس عليه إلا كفارة واحدة فإن تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا
قال أبو عمر قول الأوزاعي في هذه المسألة كقول مالك سواء وبه قال أحمد وإسحاق قال إذا ظاهر من امرأته في مجالس متفرقة فعليه كفارة واحدة ما لم يكفر وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما عليه لكل ظهار كفارة

الاستذكار ج:6 ص:51

وقال أبو حنيفة إذا تظاهر مرتين ولم يكن له نية فظهاران ويمينان إلا أن يكون في مجلس واحد وأراد التكرار فيكون عليه كفارة واحدة وقال الشافعي إذا ظاهر مرتين أو ثلاثا فهو مظاهر وعليه في كل واحدة كفارة وسواء كفر أو لم يكن كفر وهذا إذا أراد بكل واحدة ظهارا غير الآخر فإن ظاهر منها مرارا متتابعا وقال أردت ظهارا واحدا فهو واحد
وقال محمد بن الحسن إذا ظاهر من امرأته في مقاعد شتى فعليه كفارات وإن تظاهر منها في مقعد واحد وردد فكفارة واحدة
وقال يحيى بن سعيد الأنصاري في رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات في مجلس واحد في أمور مختلفة بأنه يجب عليه ثلاث كفارات

وقال ربيعة إن ظاهر من امرأته ثلاثا في مجالس شتى في أمور شتى كفر عنهن جميعا وإن تظاهر منها ثلاثا في مجلس واحد في أمر واحد فكفارة واحدة

وروى بن نافع عن مالك فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي أنه تجزئه كفارة واحدة عن جميع النساء

وبه قال بن القاسم

وقال بن نافع لكل امرأة يتزوجها كفارة

وروي فيمن ظاهر مرارا كفارة واحدة عن علي - رضوان الله عليه

وعن عطاء وجابر بن زيد والشعبي وطاوس والزهري

وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وداود

قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه إلا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر وليستغفر الله

قال مالك وذلك أحسن ما سمعت

قال أبو عمر هذا يدل على أنه قد سمع الاختلاف في ذلك

وهو أن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وبن شهاب وقتادة قالوا في الظهار يطأ قبل أن يكفر كفارتين

وقال الأثر السلف وجماعة الأمصار ليس عليه إلا كفارة واحدة

وهو قول ربيعة ويحيى بن سعيد وبه قال الليث ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم والثوري

الاستذكار ج:6 ص:52

والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد وداود والطبري

وهي السنة الواردة في سلمة بن صخر البياضي

حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا محمد بن شاذان قال حدثنا معلى قال حدثنا يحيى بن حمزة عن إسحاق بن أبي فروة عن بكير بن الإشج عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر أنه ظاهر في زمن رسول الله ﷺ ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني سحنون قال حدثني بن وهب قال وأخبرنا بن لهيعة وعمر بن الحارث عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر فذكر معناه بأتم من ما مضى

وحدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن نمير قال حدثني محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر عن البياضي عن النبي ﷺ بمعناه ومعمر عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن سلمة بن صخر الأنصاري أنه ظاهر على امرأته وواقع عليها قبل أن يكفر فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة

قال أبو عمر أوجب الله - عز وجل - الكفارة على من تظاهر من امرأته بالظهار والعود جميعا وجعل وقت أداء وقت الكفارة قبل المسيس لا وقت وجوبها كما إن الصلاة تجب في وقت فإذا ذهب الوقت أداها بعد الوقت لأنها فرض وكان عاصيا من تركها حتى يخرج وقتها

وكذلك المظاهر عصى ربه إذا كان مظاهرا إذا كان عالما بتحريم وطء امرأته قبل الكفارة وفرجها

عليه محرم كما كان حتى يكفر وليس له أن يعود إلى وطئها حتى يكفر لقول الله - عز وجل من قبل أن يتماسا المجادلة 3
واختلفوا في مباشرة المظاهر لامرأته التي ظاهر منها ما دون الجماع

الاستذكار ج:6 ص:53

فقال الثوري لا بأس أن يقبل ويباشر ويأتيها في غير الفرج لأنه إنما عني بالمسيس ها هنا الجماع وهو قول الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وقتادة كلهم يقولون في قوله تعالى من قبل أن يتماسا المجادلة 3 قالوا الجماع وهو قول أصحاب الشافعي
وقد روي عنه أنه قال أحب إلى أن يمتنع من القبلة والتلذذ احتياطا
وقال أحمد وإسحاق لا بأس أن يقبل ويباشر
وقال مالك ولا يباشر في ليل ولا نهار حتى يكفر وكذلك في صيام الشهرين
قال مالك ولا ينظر إلى شعرها ولا إلى صدرها حتى يكفر لأن ذلك لا يدعوه إلى خير
وقال الأوزاعي يأتي منها ما فوق الإزار كما يأتي الحائض
وروي عن الزهري مثل قول مالك ولا يقبل ولا يباشر ولا يتلذذ منها بشيء
وهو قول الليث
وعن الزهري أيضا من قوله من قبل أن يتماسا قال الوقاع
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يقرب المظاهر امرأته ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها لشهوة حتى يكفر
قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاعة والنسب سواء
قال أبو عمر لم يختلف مالك وأصحابه في أن الظهار واقع بكل ذات محرم من الرضاع ونسب

قياســـــــــــــــا علـــــــــــــــى الأم
واختلفـــــــــوا فـــــــــي الأجنبيـــــــــة
فروى بـن القاسـم عـن مالـك أن مـن ظـاهر مـن امرأتـــــــه بأجنبيـــــــة فهـــــو مظـــــاهر
وروى عنـــــــه غيـــــــره أنـــــــه طلاق
وقـال بـن الماجشـون لا يكـون ظهـارا إلا بـذوات المحـــــــــــــــــــــــــــــــارم
وقال عثمان البتي يصح الظهار بالأجنبية كما يصح بـــــــــــــــذات المحـــــــــــــــرم
وقال الثوري والأوزاعـي والحسـن بـن حـي وأبـو حنيفة وأصحابه من قال

الاستذكار ج:6 ص:54

لامرأته أنت مني كظهـر أخـتي أو ذات محـرم منـه وكل امرأة لا تحل لـه أبـدا فهـو مظـاهر وإن قـال كظهـر فلانـة غيـر ذات محـرم لـم يكـن مظـاهرا
وعن الشافعي روايتان وقولان أحدهما أن الظهار لا يصـــح إلا بـــالأم وحـــدها وهـــو قـــول داود والآخـر أنـه يصـح بـذوات المحـارم مـن النسـب والرضـــــــــــــــــــــــــــــــاع
حكاهمـــــا جميعـــــا عنـــــه الزعفرانـــــي
وقال عنـه المزنـي تقـوم المحرمـة مـن نسـب أو رضـــــــــــــــاع مقـــــــــــــــام الأم
قـال المزنـي وحفظـي أنـا وغيـري عنـه لا يكـون مظـاهرا بمـن كـان حلالا لـه فـي حـال ثـم حـرم كالأخت من الرضاع وكنساء الآباء وحلائـل الأبنـاء
وقـال أحمـد وإسـحاق الظهـار بكـل ذات محـرم
قـال إسـحاق النسـب والرضـاع فـي ذلـك واحـد
وقـــــال أحمـــــد أجـــــبر علـــــى الرضـــــاعة
قـــال مالـــك وليـــس علـــى النســـاء ظهـــار
قـــال أبـــو عمـــر هـــذا قـــول جمهـــور العلمـــاء
قـال بـن شـهاب وربيعـة وأبـو الزنـاد ليـس علـى النســـــــــــــــــــــــــــــــاء ظهـــــــــــــــــــــــــــــــار

وروى معمر عن الزهري في امرأة قالت لزوجها أنت علي كظهر أمي قال قالت منكرا من القول وزورا أرى أن تكفر كفارة الظهار ولا يحول قولها هذا بينها وبين زوجها أن يصيبها
و روى بن جريج عن عطاء قال حرمت ما أحل الله عليها كفارة يمين
وهو قول أبي يوسف
وقال محمد بن الحسن لا شيء عليها
وقال الحسن بن زياد هي مظاهرة
وقال أبو حنيفة ومحمد ليس ظهار المرأة من الرجل بشيء قبل النكاح كان أو بعده
وقال الشافعي لا ظهار للمرأة من الرجل
وقال الأوزاعي إذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي فلانة فهي يمين تكفرها

الاستذكار ج:6 ص:55

قال وكذلك لو قال لها زوجها أنت علي كظهر فلان رجل فهي يمين يكفرها
وقال الأوزاعي لو قالت يوم أتزوج فلانا فهو علي كظهر أمي
قال إن ناسا ليقولون وقع عليها الظهار إن تزوجته لزمها الكفارة
وكذلك قال بن أبي ذئب إن تزوجت فعليها الكفارة
وقال إسحاق لا تكون امرأة مظاهرة من رجل ولكن عليها يمين تكفرها
وروى الثوري وغيره عن مغيرة عن إبراهيم قال خطب مصعب بن الزبير عائشة بنت طلحة فقالت هو علي كظهر أمي إن تزوجته فلما ولي العراق خطبها فأرسلت والفقهاء بالمدينة كثير فسألت فأفتوها أن تعتق رقبة وتتزوجه فأعتقت غلاما لها من ألفين وتزوجته
وقد روي هذا الخبر عن بن سيرين عن الشعبي وغيرهما

وقال بعضهم فيه سألوا بعض أصحاب بـن مسـعود فقـــــــــــــــالوا تكفـــــــــــــــر
قال مالك فـي قـول اللـه تبـارك وتعـالى والـذين يظهـرون مـن نسـائهم ثـم يعـودون لمـا قـالوا المجادلة 3 قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على إمساكها وإصابتها فإن أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفـارة وإن طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها علـى إمسـاكها وإصابتها فلا كفارة عليه قـال مالـك ف إن تزوجها ا بعد ذلك لم يمسـها حـتى يكفـر كفـارة المتظـاهر
قال أبو عمر اختلف العلماء فـي معنـى ق ول اللـه تعالى ثم يعودون لما قالوا المجادلة 3 فقالوا في معنـــــــى العـــــــودة أقـــــــوالا منهـــــــا
قول مالك إنه الإجماع على الإمساك والإصابة هذا قـــــوله فـــــي ((مـــــوطئه)) وغيـــــره
وقال بن القاسـم فـي ((المدونـة)) إنمـا تجـب عليه كفارة الظهار بالوطء فإذا وطىء فقد وجبت عليـه الكفـارة ومـا لـم يطـأ فهـي غيـر واجبـة إن طلقهـــــــا أو مـــــــات أو مـــــــاتت
وهذا إنما هو مـن ق وله فيمـن ظـاهر ثـم طلـق أو مـاتت أنــه لا كفــارة عليــه إلا أن يكــون وطئهــا
وقال مالك في الرجـل يقـول للمـرأة إن تزوجتـك فـأنت علـي كظهـر أمـي ثـم يتزوجهـا فيمـوت أو يطلقها أنه لا كفارة عليه ولا شيء

الاستذكار ج:6 ص:56
قال أبو عمر معلوم أنه إذا تزوجها وقد كان ظـاهر منها إن تزوجها أنه قد أجمع على إصابتها فكيف لا تجـــــــب عليـــــــه الكفـــــــارة
وقد خالفه بن نافع فأوجب عليه الكفارة في ذلـك وهـــــــذا أصـــــــل قـــــــول مالـــــــك
وأما قول بن القاسم إن الكفارة لا تجـب إذا مـات أو ماتت فقول صـحيح أيضـا أنـه إذا مـات أو مـاتت كـانت إرادة الـوطء كلا إرادة لمـا وقـع فيهـا مـن

الامتناع والاختلاف بين بن القاسم و ما رواه أشهب إنما هو في وجوب الكفارة إن ماتت أو مات بعد أن عزم على إمساكها وكذلك إن طلقها وذكر بن نافع عن مالك ما في ((الموطأ)) ثم قال بن نافع الكفارة واجبة عليه أيضا إذا أجمع على إمساكها طلق أم لم يطلق
وقد روي عن طاوس ومجاهد وأبي بكر بن حزم مثل قول بن القاسم أن العود بالوطء ومعناه إرادة الوطء كما قلنا - والله أعلم - لقوله في الكفارة من قبل أن يتماسا وهو الجماع
وقال الشافعي أحسن ما سمعت في قول الله تعالى ثم يعودون لما قالوا المجادلة 3 أن يعود لما حرم الله منها فيمسكه فيكون إحلال ما حرم وذلك بأن لا يطلقها فإن أمسكها ساعة يمكنه فيها طلاقها فلم يفعل بعد أن ظاهر منها فقد عاد لما قال ووجبت عليه الكفارة ماتت أو مات
وقال الثوري إذا ظاهر من امرأته لم تحل له إلا بعد الكفارة فإن طلقها ثم تزوجها لم يطأها حتى يكفر
وقال يزيد بن هارون سمعت سفيان الثوري يقول في قول الله عز وجل ثم يعودون لما قالوا المجادلة 3 قال الجماع
وقال معمر عن قتادة في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا المجادلة 3 قالوا يحرمها ثم يعود لوطئها

وقال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد الظهار يوجب تحريما لا يرفعه إلا الكفارة
و معنى العود عندهم ألا يستبيح وطأها إلا بكفارة يقدمها
وعن أبي حنيفة أن نفس القول هو العود أي عاد إلى القول الذي يقال في الجاهلية فجعله منكرا وزورا
وقال غيره قوله

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه لو وطئها ثم مات أحدهما لم تكن عليه كفارة ولا كفارة بعد الجماع
وقال الحسن بن حي إن أجمع رأي المظاهر على أن يجامع امرأته فقد لزمته الكفارة وإن أراد تركها بعد ذلك لأن العود الإجماع على مجامعتها
وقال عثمان البتي من ظاهر من امرأته ثم طلقها قبل أن يطأها فعليه الكفارة راجعها أو لم يراجعها وإن ماتت لم يصل إلى ميراثها حتى يكفر

وقال أحمد بن حنبل في معنى العود في الظهار هو أنه إذا أراد أن يغشى كفر
وقال يحيى بن زياد الفراء وداود بن علي وفرقة من أهل الكلام هو أن يعود إلى القول مرة أخرى فإن فعل ذلك لزمته الكفارة ولا يلزمه عندهم بقوله أنت علي كظهر أمي شيء حتى يعود فيقول ذلك مرة أخرى فإذا قال ذلك مرتين لزمته الكفارة
وروي ذلك عن بكير بن الأشج
وقد روي عن الفراء انه قال اللام في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا المجادلة 3 يعني ((عن)) والمعنى ثم يرجعون عما قالوا ويريدون الوطء
وقال الزجاج المعنى ثم يعاودون الجماع من أجل ما قالوا - يعني إلى إرادة الجماع
قال أبو عمر الآثار المرفوعة كلها في ظهار أوس بن الصامت من امرأته - خولة التي فيها نزلت آية الظهار وحديث سلمة بن صخر وحديث بن عباس وأبي هريرة أن رجلا ظاهر من امرأته فوطئها وأمره النبي - عليه السلام - ألا يعود حتى يكفر ليس في شيء منها أن رسول الله ﷺ قال للمظاهر هل قلت ذلك مرتين أو هل عدت لما

قلت فقلته مرة أخرى ولو كان ذلك واجبا لم يكتمه وبينه رسول الله والله أعلم واما قوله ((وإن طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على إمساكه)) لآخر كلامه حتى يكفر كفارة المظاهر فإن الفقهاء اختلفوا فيمن ظاهر ثم أتبع ظهاره الطلاق فقول مالك ما ذكره في ((موطئه)) وذكرناه عنه هاهنا
وقال الشافعي إذا ظاهر من امرأته ثم أتبعها الطلاق مكانه سقط الظهار عنه لأنه ليس بعائد فإن لم يفعل فإنه عائد والكفارة عليه وسواء طلقها بعد أو لم يطلق فإن كان طلاقه لها رجعيا وراجعها في العدة فعليه الكفارة فإن

الاستذكار ج:6 ص:58

نكحها بعد العدة لم تكن عليه كفارة كما لو طلقها ثلاثا ثم نكحها بعد زوج لم تكن عليه كفارة وهو قول أحمد وإسحاق
وقال مالك إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقد قاله الشافعي أيضا واختار المزني ما تقدم من قوله
وقال عثمان البتي عليه الكفارة أبدا راجعها أو لم يراجعها تراخى طلاقه أو نسقه بالظهار
وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليه إن نكحها بعد الثلاث وبعد الزوج
قال أبو عمر أجمعوا أنه إن أفطر في الشهرين المتتابعين متعمدا بوطء أو بأكل أو بشرب من غير عذر استأنف صيامهما
واختلفوا إذا وطىء ليلا في صيام الشهرين فعند الشافعي لا شيء عليه وعند الكوفي يستأنف صيامهما وهو قول مالك والليث وغيرهما

واختلفوا فيه لو وطىء وقد أطعم ثلاثين مسكينا فقال الشافعي والكوفي يتم الإطعام كما لو وطىء قبل أن يطعم لم يكن عليه إلا طعام واحد وقال مالك والأوزاعي والليث يستأنف إطعام ستين مسكينا
قال مالك في الرجل يتظاهر من أمته إنه إن أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها
قال أبو عمر اختلف أهل العلم في الظهار من الأمة فقال منهم قائلون الظهار من الأمة لازم كالظهار من الحرة منهم ربيعة ومالك وبن أبي ذئب والثوري والحسن بن حي والأوزاعي والليث بن سعد وكذلك المدبرة وأم الولد

الاستذكار ج:6 ص:59

وروي ذلك عن بن عباس وسعيد بن المسيب وعمرو بن دينار وقتادة ومجاهد وإبراهيم وسعيد بن جبير قال هي من النساء وسليمان بن يسار وبن شهاب وعكرمة والحكم
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما ليس الظهار من الأمة بشيء إلا أن تكون زوجة ولا يصح لأحد الظهار من أمة
وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور
وهو قول الشعبي فقد روى الشعبي عن رجل ظاهر من سريته قال ليس بمتظاهر قال الله تعالى والذين يظهرون من نسائهم المجادلة 3
وقال الأوزاعي إن كان يطأ امرأته فهو مظاهر وإن لم يكن يطأها فهو يمين يكفرها
وروي عن الحسن إن كان يطأها فهو ظهار وإن لم يكن يطأها فليس بظهار
وقال عطاء بن أبي رباح إذا ظاهر من أمته ليس عليه إلا نصف كفارة الحر
قال أبو عمر حجة من أوقع الظهار من الأمة ظاهر قول الله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم المجادلة 3 والإماء من النساء بدليل قول

الله عز وجل وأمهت نسائكم النساء 23 ولذلك حرمن لأنهن أمهات أزواج قبل الدخول ومن حجة من لم يوقع على الأمة ظهارا من سيدها أنه جعل قوله - عز وجل والذين يظهرون من نسائهم المجادلة 3 مثل قوله للذين يؤلون من نسائهم البقرة 226
وقد أجمعت الأمة أن ليس إيلاء الرجل من أمته بإيلاء وأنها يمين لا حكم لها إلا الكفارة كسائر الأيمان
ولما لم يلحق الأمة طلاق ولا إيلاء ولا لعان فكذلك لا يلحقها ظهار
ولما كانت اليمين تقع على كل شيء والظهار لا يقع على كل شيء كان في قسم ما يقع على الزوجات كالطلاق واللعان
وأما احتجاجهم بظاهر قول الله عز وجل وأمهت نسائكم النساء 23 فإن النساء تحرم أمهاتهن بالعقد عليهن قبل الدخول وليس كذلك الإماء لأنهن لا تحرمن أمهاتهن إلا بالدخول
قال مالك لا يدخل على الرجل إيلاء في تظاهره إلا أن يكون مضارا لا يريد أن يفيء من تظاهره

الاستذكار ج:6 ص:60

قال أبو عمر روى بن القاسم في غير ((الموطأ)) عنه قال لا يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا
قال ومما يعلم به ضرورة أن يقدر على الكفارة فلا يكفر فإذا علم ذلك وقف فإما كفر وإما طلقت عليه امرأته
وقال الشافعي من ظاهر من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فهو مظاهر ولا إيلاء عليه فإن الله عز وجل حكم في الظهار بغير حكم الإيلاء وسواء كان مضارا بترك الكفارة أو غير مضار
وهو قول أبي حنيفة وأصحابه قالوا سواء كان

يقدر على الكفارة أم لا
وبه قال الأوزاعي والحسن بن حي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه
وكذلك روى الأشجعي عن الثوري أن الإيلاء لا يدخل على الظهار فتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر

1141 - مالك عن هشام بن عروة أنه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي فقال عروة بن الزبير يجزيه عن ذلك عتق رقبة
قال أبو عمر يلزمه الظهار عند مالك إذا تزوج وتجزئة كفارة واحدة عن جميع من تزوج
وعند أبي حنيفة وأصحابه يلزمه الظهار وقد تقدمت هذه المسألة عنهم وعن غيرهم
وعند بن أبي ليلى والشافعي لا يكون مظاهرا
قال أبو عمر وقد مضى في مسألة من تظاهر من أربعة نسوة بكلمة واحدة مثله
ومن تظاهر في مجالس مفترقة ما يغني عن إعادته هنا والباب واحد وبالله التوفيق

1 (9 - باب ظهار العبيد)

1142 - مالك أنه سأل بن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر قال مالك يريد أنه يقع عليه كما يقع على الحر

قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد في الظهار شهران
قال مالك في العبد يتظاهر من امرأته إنه لا يدخل عليه إيلاء وذلك أنه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الإيلاء قبل أن يفرغ من صيامه
قال أبو عمر أما قوله في العبد يتظاهر من امرأته

أنه لا يدخل عليه إيلاء فهو أصل مذهبه أنه لا يدخل عنده على المظاهر إيلاء حرا كان أو عبدا إلا أن يكون مضارا وهذا ليس بمضار إذا ذهب يصوم لكفارته

وأما قوله لذلك أنه لو ذهب يصوم صيام المتظاهر دخل عليه طلاق الإيلاء قبل أن يفرغ من صيامه فإن هذا القول أدخله مالك على من يقول من المدنيين وغيرهم أن بانقضاء أجل الإيلاء يقع الطلاق وهو يقول إن أجل إيلاء العبد شهران فقال مالك لو وقع الطلاق بانقضاء أجل إيلاء العبد وهو شهران لم تصح له كفارة و هو لا يكفر إلا بالصوم فكيف يكون مكفرا ويلزمه الطلاق هذا محال

قال أبو عمر ذكر بن عبدوس قال قلت لسحنون فإذا لم يدخل على العبد الإيلاء فما تصنع المرأة قال ترفعه إلى السلطان فإما فاء وإما طلق عليه وذكر بن المواز عن بن القاسم روى عن مالك أنه إذا تبين ضرورة ومنعه سيده الصوم أنه يضرب له أجل الإيلاء

قال وهذا خلاف ما قاله في ((موطئه)) وذكر بن حبيب عن أصبغ أنه إذا منعه سيده من الصيام فليس بمضار

وقال بن الماجشون ليس لسيده أن يمنعه من الصيام لأنه قد أذن له في النكاح وهذا من أسباب النكاح

قال بن حبيب وهو قول بن شهاب ويحيى بن سعيد

قال أبو عمر لا خلاف علمته بين العلماء أن ظهار العبد لازم وأن كفارته المجتمع عليه الصوم واختلفوا في العتق والإطعام فأجاز للعبد العتق إن أعطاه سيده ما يعتق أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء

الاستذكار ج:6 ص:62

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما وعثمان البتي والحسن بن حي لا يجزئه إلا الصوم ولا يجزئه العتق ولا الإطعام
وروى وكيع عن الثوري في العبد يظاهر الصوم أحب إلي من الإطعام
وقال الأوزاعي إذا طاق الصيام صام وإن لم يستطع يستكره أهله على الإطعام عنه
وقال بن القاسم عن مالك إن أطعم بإذن مولاه أجزأه وإن أعتق بإذنه لم يجزئه
وأحب إلينا أن يصوم قال بن القاسم ولا أرى هذه المسألة إلا وهما مني لأنه إذا قدر على الصوم لم يجز الإطعام في الحر فكيف العبد وعسى أن يكون جواب المسألة في كفارة اليمين بالله ولا يجزئه العتق في شيء من الكفارات والصوم في كفارة اليمين أحب إلي من الإطعام والإطعام يجزئ بإذن المولى وفي نفسي منه شيء
قال أبو عمر هذه المسألة مبنية على ملك العبد والاحتجاج لمن قال العبد يملك ومن قال لا يملك ليس هذا موضعه وقد أكثروا من ذلك وليس للمولى منع العبد من الصوم لأنه حق للمرأة أوجبه لها النكاح فلها المطالبة به فصار كحق الله في الصوم الواجب والله أعلم
قال مالك إطعام العبد إذا أذن له سيده كإطعام الحر ستين مسكينا وهذا أيضا لا أعلم فيه خلافا والله أعلم

1 (10 - باب ما جاء في الخيار)

1143 - مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت إحدى السنن (الثلاث) أنها أعتقت فخيرت في زوجها

وقال رسول الله ﷺ ((الولاء لمن أعتق)) ودخل رسول الله ﷺ والبرمة (2) تفور بلحم فقرب إليه خبز وأدم من أدم البيت

فقال رسول الله ﷺ ((ألم أر برمة فيها لحم)) فقالوا بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة فقال رسول الله ﷺ ((هو عليها صدقة وهو لنا هدية)) قال أبو عمر قد تكلمنا على ما في حديث بريرة في باب هشام بن عروة من ((التمهيد)) وأتينا من تخريج وجوهه وتبيين معانيه بما فيه الشفاء لمن نظر فيه ونذكر ذلك كله إن شاء الله في باب العتق في هذا الكتاب فهناك يأتي حديث هشام بن عروة وغيره في باب مصير الولاء لمن أعتق ونذكر ها هنا مسائل خيار الأمة وغيرها من معاني الخيار الذي له قصد مالك بترجمة الباب وإدخاله إياه في هذا الكتاب

وكذلك نذكر ها هنا أيضا خيار الأمة وغيرها من معاني الخيار ولحم بريرة والصدقة به والهدية ونبين ذلك بمبلغ وسعنا وبالله - عز وجل - عوننا وتوفيقنا لا بسواه

فأما قول عائشة - رضي الله عنها - أن بريرة أعتقت فخيرت في زوجها فكانت سنة فإن من ذلك سنة مجتمعا عليها ومنها ما اختلف فيه فأما المجتمع عليه الذي لا خلاف بين العلماء فيه أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد قد كانت زوجت منه فإن لها الخيار في البقاء معه أو مفارقته فإن اختارت البقاء معه في عصمته لزمها ذلك ولم يكن لها فراقه بعد وإن اختارت مفارقته فذلك لها هذا ما لا خلاف فيه بين العلماء واختلفوا في وقت خيار الأمة إذا أعتقت

فقال مالك والشافعي وأصحابهما والأوزاعي لها الخيار ما لم يمسها زوجها
قال الشافعي ما أعلم في ذلك وقتا إلا ما قالت حفصة - رضي الله عنها
قال أبو عمر روي عن حفصة وأخيها عبد الله بن عمر أن للأمة الخيار إذا أعتقت ما لم يمسها زوجها
1144 - روى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول في الأمة تكون تحت العبد فتعتق أن الأمة لها الخيار ما لم يمسها

قال مالك وإن مسها زوجها فزعمت أنها جهلت أن لها الخيار فإنها تتهم ولا تصدق بما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد أن يمسها
1145 - مالك عن بن شهاب عن عروة بن الزبير أن مولاه لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد وهي أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت إلي حفصة زوج النبي ﷺ فدعتني فقالت إني مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعي شيئا إن أمرك بيدك ما لم يمسسك زوجك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا
قال أبو عمر لا أعلم مخالفا لعبد الله وحفصة ابني عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما في أن الخيار لها ما لم يمسها زوجها
وفي حديث بن عباس في قصة بريرة ما يشهد بصحة قولهما
وقد روي عن النبي - عليه السلام مثل ذلك حدثني عبد الله قال حدثني محمد قال حدثني أبو داود قال حدثني عبد العزيز بن يحيى الحراني قال حدثني محمد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن أبي جعفر وعن أبان بن صالح عن مجاهد وعن

هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن بريرة أعتقت وهي عند مغيث عبد لآل أبي أحمد وخيرها رسول الله ﷺ وقال لها ((إن قربك فلا خيار لك))
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا علمت بالعتق وبأن لها الخيار فخيارها على المجلس
وقال الأوزاعي إذا لم تعلم بأن لها الخيار حتى غشيها زوجها فلها الخيار
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني يوسف بن عدي قال حدثني عبدة بن سليمان

الاستذكار ج:6 ص:65

عن سعيد عن أيوب وقتادة عن عكرمة عن بن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود يوم أعتقت فكأني - والله - أنظر له في طرق المدينة يوجهها وأن دموعه لتنحدر على لحيته يتبعها يتراضيها لتختاره فلم تفعل
قال أبو عمر في هذا الحديث ما يبطل أن يكون خيارها على المجلس لأن مشيها في المدينة لم يبطل خيارها
وفيه أيضا حجة لمن قال لا خيار لها تحت الحر لأن خيارها إنما وقع من أجل كونها زوجها عبدا والله أعلم
وفيه ما يعضد قول من قال من العلماء إن زوجها كان عبدا وهم عروة والقاسم وجمهور فقهاء الحجاز والمغرب والشام ورواه عروة والقاسم عن عائشة
حدثنا عبد الله قال حدثني محمد قال حدثني أبو داود قال حدثني عثمان بن أبي شيبة قال حدثني جرير عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة في قصة بريرة قال وكان زوجها عبدا فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها ولو كان حرا ما خيرها

قال حدثني عثمان بن أبي شيبة قال حدثني حسين بن علي والوليد بن عقبة عن زائدة عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أن بريرة خيرها رسول الله ﷺ وكان زوجها عبدا

وأما اختلافهم في الأمة تعتق تحت الحر فقال مالك وأهل المدينة وأصحابهم والأوزاعي والليث والشافعي إذا أعتقت الأمة تحت الحر فلا خيار لها

وبه قال أحمد وإسحاق وهو قول بن أبي ليلى ومن حجتهم أنها لم يحدث لها حال ترتفع بها عن الحر فكأنهما لم يزالا حرين ولما لم ينقص حال الزوج عن حالها ولم يحدث به عيب لم يكن لها خيار

الاستذكار ج:6 ص:66

وقد أجمع الفقهاء أن لا خيار لزوجة العنين إذا ذهبت العنة قبل أن يقضى لها بفراقه وكذلك سائر العيوب زوالها ينفي الخيار

فقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن حي لها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا

ومن حجتهم أن الأمة لم يكن لها في إنكاح مولاها إياها رأي من أجل أنها كانت أمة فلما عتقت كان لها الخيار

ألا ترى إلى إجماعهم على أن الأمة يزوجها سيدها بغير إذنها فإذا كانت حرة كان لها الخيار الذي لم يكن لها في حال أموتها

قالوا وقد ورد تخيير بريرة وليس في الحديث أن رسول الله ﷺ قال لها إنما وجب لك الخيار من أجل كون زوجك عبدا فالواجب أن يكون لها الخيار على كل حال

قالوا وقد روي في قصة بريرة أن رسول الله ﷺ قال لها ((قد ملكت نفسك فاختاري)) قالوا فكل من ملكت نفسها اختارت تحت حر كانت أو عبد

ورووا عن الأسود عن عائشة أن زوج بريرة كان حرا

ذكر أبو بكر قال حدثني حفص عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها اشترت بريرة فعتقتها فخيرها رسول الله ﷺ وكان لها زوج حر

ورووا عن سعيد بن المسيب مثله وهو قول مجاهد وبن سيرين والشعبي وإبراهيم كل هؤلاء يقولون تخير تحت الحر والعبد وقالوا من قال إن زوج بريرة كان حرا فقوله أولى لأن الرق ظاهر والحرية طارئة ومن أنبأ عن الباطن كان الشاهد دون غيره

قال أبو عمر أما احتجاجهم بقول رسول الله ﷺ لبريرة ((قد ملكت نفسك فاختاري)) فإنه خطاب ورد في من كانت تحت عبد فأما من أعتقت تحت حر فلم تملك بذلك نفسها لأنه ليس في حريتها شيء يوجب ملكها لنفسها وأما رواية الأسود بن يزيد عن عائشة أن زوج بريرة كان حرا فقد عارضه عن عائشة من هو مثله أو فوقه بل هو ألصق بعائشة وأعلم بها منه وذلك

الاستذكار ج:6 ص:67

القاسم بن محمد أخيها وعروة بن الزبير بن أختها رويا عن عائشة أن زوج بريرة كان عبدا رواه عبد الرحمن بن القاسم وأسامة بن زيد عن القاسم عن عائشة

وفي حديث عروة في قصة زبراء أن الزوج كان عبدا ويشهد بصحة روايتها عن عائشة الحديث عن بن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود يسمى

مغيثـــــــا لبعـــــــض بنـــــــي مخـــــــزوم
حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قال حـدثني قاسـم بـن أصـبغ قـال حـدثني محمـد بـن وضـاح قـال حـدثني أبـو بكـر بـن أبـي شـيبة قـال حدثني عثمان قال حدثني همام قال حدثني قتادة عن عكرمة عن بن عباس أن زوج بريرة كـان عبـدا أسود يسمى مغيثـا فقضـى فيهـا رسـول اللـه بأربع قضيات أن مواليها اشترطوا الـولاء فقضـى أن الولاء لمـن أعطـى الثمـن وخيرهـا وأمرهـا أن تعتد وتصدق عليها بصدقة فأهدت منها إلى عائشة فذكرت ذلك للنبي فقال ((هو لها صدقة ولنـا هديـــــــــــــــــــــــــــــــــــــة))
واختلف الفقهاء فـي فرقـة المعتقـة إذا اختـارت فـــــــــــــــراق زوجهـــــــــــــا
فقال مالك والأوزاعي والليث بن سـعد هـو طلاق بـــــــــــــــــــــــــــــــــــــائن
وممن قال إن اختيارها لنفسها واحدة بائنة قتـادة وعمـــــــــر بـــــــن عبـــــــد العزيـــــــز
قال مالك هو طلاق بائن إلا أن تطلق نفسـها ثلاثـا فإن طلقت نفسها ثلاثا فذلك لهـا ولهـا أن تطلـق نفسها ما شاءت من الطلاق فـإن طلقـت نفسـها واحـــــــــدة فهـــــــــي بائنـــــــــة
وفي ((الموطأ)) في هذا الباب قال مالـك فـي الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبـل أن يـدخل بهـا أو يمسها إنهـا إن اختـارت نفسـها فلا صـداق لهـا وهي تطليقة وذلك الأمر عندنا

الاستذكار ج:6 ص:68

قال أبو عمر لا معنى للثلاث في طلاق الزوجـة ولا في طلاق العبد عند من جعل الطلاق بالرجـال لأن طلاق الأمـة تحـت العبـد تطليقتـان وطلاق العبـد تطليقتـــــــــــــــــــــــــــــــــــــان
وقد ذكر أبو الفرج أن مالكا لا يجيز لها أن توقع إلا

واحدة فتكون بائنة أو تطليقتين فلا تحل له إلا بعد زوج وهو أصل مذهب مالك
وروى بن نافع عن مالك أن للعبد الرجعة إن عتق قال بن نافع ولا أرى ذلك ولا رجعة له وإن عتقها قال الأوزاعي ولو أعتق زوجها في عدتها فإن بعض شيوخنا يقول هو أملك بها وبعضهم يقول هي بائنة
قال أبو عمر لا معنى لقول من قال إنها طلقة رجعية لأن زوجها لو ملك رجعتها لم يكن لاختيارها نفسها معنى وأي شيء كان يفيدها اختيارها إذا ملك زوجها رجعتها
وروي عن بن القاسم أن زوجها إن أعتق قبل أن تختار نفسها كان لها الخيار
وهذا أيضا لا حجة له على مذهب الحجازيين لأن العلة التي من أجلها كان لها الخيار قد ارتفع ت كالعنين تزول عنته قبل فراق امرأته له وهو قول أبي حنيفة وأصحابه والحسن بن حي والشافعي وأصحابه إن اختارت المعتقة نفسها ففرقتها فسخ بغير طلاق وهو قول أحمد وإسحاق
وفي تخيير رسول الله بريرة بعد أن بيعت من عائشة دليل على أن بيع الأمة ليس بطلاق لها وستأتي هذه المسألة وما للعلماء فيها في صدر كتاب البيوع إن شاء الله
وأما قوله في الحديث ألم أر برمة فيها لحم إلى آخر هذا الحديث ففيه إباحة أكل لحم وأنه من آدام الفضلاء الصالحين وذلك رد على من كرهه من الصوفية
واحتج بقول عمر إياكم وأكل اللحم فإن له ضراوة كضراوة الخمر
وهذا من عمر قول خرج على من خشي منه إيثار التنعم في الدنيا والمداومة على الشهوات وشفاء

النفوس من اللذات ونسيان الآخرة والإقبال على الدنيا والرغبة فيها

الاستذكار ج:6 ص:69

وكذلك كان يكتب إلى عماله إياكم والتنعم وزي العجم واخشوشنوا

ولم يرد - رضي الله عنه - تحريم شيء أحله الله تعالى ولا يحظر ما أباحه الله وقول الله عز وجل أولى ما امتثل واعتمد عليه قال الله عز وجل قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق الأعراف 32 يعني الحلال

وقال رسول الله ﷺ ((سيد آدام الدنيا والآخرة اللحم))

وفي هذا الحديث أيضا بيان أن رسول الله ﷺ كان لا يأكل الصدقة وكان يأكل الهدية لما في الهدية من تآلف القلوب والدعاء إلى المحبة والألفة وجائز عليها الثواب فترتفع المنة ولا يجوز ذلك في الصدقة

وكان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها خيرا منها فترتفع المنة

والآثار بأنه ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة كثيرة جدا قد ذكرنا منها ما في هذا الموضع من ((التمهيد)) ما فيه كفاية

وقد قال رسول الله ﷺ ((لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لغارم أو لرجل اشتراها بماله أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين للغني))

وقد تقدم القول في معنى هذا الحديث في كتاب الزكاة والحمد لله

ولما كانت الصدقة يجوز فيها التصرف للفقير للبيع والهبة والهدية والعوض وغير العوض بصحة ملكه لها وأهدتها بريرة إلى بيت مولاتها عائشة حلت لها وللنبي ﷺ لأنه قصد بالهدية إليه وتحولت عن معنى الصدقة بملك المتصدق عليه بها إلى معنى الهدية الحلال للنبي - عليه السلام وكذلك قال ﷺ ((هو عليها صدقة)) يعني ممن تصدق بها عليها وهي لنا من قبلها هدية جائز أن يثيبها عليها بمثلها وبأضعافها على المعهود منه ﷺ وليس ذلك شأن الصدقة

الاستذكار ج:6 ص:70

1146 - مالك إنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال إيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فإنها تخير فإن شاءت قرت وإن شاءت فارقت قال أبو عمر قد تقدم القول في رد المرأة بالعيوب الأربعة وما للعلماء في ذلك من المنازعة والقول في تخيير المرأة إذا كانت تلك العيوب بالزوج على نحو ذلك

روى معمر عن الزهري أنه قال إذا تزوج الرجل امرأة وفي الرجل عيب لم تعلم به جنون أو جذام أو برص خيرت

وقال قتادة تخير في كل داء عضال

وقال الحكم لا خيار لها في البرص وتخير في الجنون والجذام

وما روي عن عمر وقول مالك وأصحابه والليث والشافعي والكوفيين

قال مالك وللمرأة مثل ما للرجل إذا تزوجها وبه جنون أو جذام أو برص أو عنه فلها الخيار إن شاءت بقت معه وإن شاءت فارقته إلا أن يمسها العنين

قال أبو عمر للعنين باب يأتي فيه أحكام - إن شاء

الله تعالى
وقال محمد بن الحسن إذا وجدت المرأة زوجها على حال لا تطيق المقام معه من جذام أو نحوه فلها الخيار في الفسخ كالعنين
وقال الشافعي بعد ذكره رد المرأة بالعيوب الأربعة وكذلك هي فيه إن اختارت فراقه قبل المسيس فلا مهر لها ولا متعة وإن لم تعلم حتى أصابها فاختارت فراقه فلها المهر مع الفراق والذي يكون به مثل الرتق بها أن يكون مجبوبا فأخيرها مكانها وأيهما تركته أو وطىء فلا خيار
وقال في ((القديم)) إن حدث فلها الفسخ وليس له
وقال المزني أولى بقوله أنهما سواء فيما يحدث كما كانا سواء فيه قبل الحدث
مسألة التخيير
1147 - مالك عن بن شهاب أنه سمعه يقول إذا خير الرجل امرأته

الاستذكار ج:6 ص:71

فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ما سمعت
قال أبو عمر على هذا جمهور أهل العلم وهو المأثور الصحيح عن النبي ﷺ أنه خير نساءه فاخترنه فلم يكن في ذلك طلاق والخلاف في هذا شذوذ
وروي عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة وإن اختارت نفسها فثلاث
والذي عليه جماعة الفقهاء وعامة العلماء أنها إذا اختارت زوجها فلا شيء
وقد روي ذلك عن علي وزيد أيضا
أخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني عبد الله قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني مسدد قال حدثني أبو عوانة عن الأعمش

عن أبي الضحى عن مسروق عن عائشة قالت خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يعد ذلك شيئا أخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني سحنون بن سعيد قال حدثني عبد الله بن وهب قال حدثني موسى بن علي ويونس بن يزيد عن بن شهاب قال أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن عائشة - زوج النبي ﷺ قالت لما أمر رسول الله بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمرا فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك)) قالت وقد علمت أن أبواي لم يكونا يأمراني بفراقه قالت ثم تلا هذه الآية يأيها النبي قل لأزوجك إن كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الأحزاب 28 قال فقالت أفي هذا أستأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت عائشة ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت فلم يكن ذلك حين قاله لهن ﷺ واخترنه طلاقا من أجل أنهن اخترنه (3)

قال بن وهب وحدثني مالك عن بن شهاب أنه قال لقد خير رسول الله ﷺ حين أمره الله بذلك فاخترنه بذلك فلم يكن تخييرهن طلاقا

الاستذكار ج:6 ص:72

قال بن وهب وحدثني رجال من أهل العلم عن عائشة وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس وعطاء بن أبي رباح وسليمان بن يسار وربيعة بن أبي عبد الرحمن وبن شهاب وعمر بن عبد العزيز كلهم يقول إن اختارت زوجها فليس بشيء قال مالك في المخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت

نفسها فقد طلقت ثلاثا وإن قال زوجها لم أخيرك إلا واحدة فليس له ذلك وذلك أحسن ما سمعته قال مالك وإن خيرها فقالت قد قبلت واحدة وقال لم أرد هذا وإنما خيرتك في الثلاث جميعا أنها إن لم تقبل إلا واحدة أقامت عنده على نكاحها ولم يكن ذلك فراقا إن شاء الله تعالى قال أبو عمر فرق مالك بين التمليك والخيار فقال في التمليك ما قدمنا ذكره عنه في أبوابه من هذا الكتاب أن له أن يناكرها ويحلف على ما أراد من عدد الطلاق

وقال في الخيار إذا اختارت نفسها فهو الطلاق كله فإن أنكر ذلك زوجها فلا تكره له ولا ينفعه قال وإن اختارت واحدة فليس ذلك بشيء قال وإنما الخيار البتة إما أخذته وإما تركته واختلف قوله في الخيار والتمليك هل هما على المجلس أم ذلك بيدها حتى تقضي فيه فقال مرة وهو المشهور المعمول به من قوله إن الخيار على المجلس وأنهما إن افترقا من مجلسهما قبل أن يقضي في الخيار فلا خيار لها ومرة قال إذا خير امرأته فالأمر بيدها تختار فيه فراقه إن شاءت وإن قاما من المجلس ولها الخيار حتى توقف أو يجامعها وقد بينا هذا في ((التمهيد)) فاختار بن القاسم القول الأول وقال الليث والشافعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي الخيار على المجلس وهو قول جمهور التابعين بالحجاز والعراق كلهم يقول بمعنى واحد الخيار لها ما لم يقوما من مجلسهما

الاستذكار ج:6 ص:73

وقال الزهري وقتادة المخيرة والمملكة أمرها بيدها حتى تقضي فيه وهو قول عثمان البتي

وبـــــــه قـــــــال أبـــــــو عبيـــــــد
واختـــــاره محمـــــد بـــــن نصـــــر المـــــروزي
وقد ذكرنا الحجة على من تأول في حديث عائشـة
أن الخيار ليس علـى المجلـس فـي بـاب التمليـك
وأمـــا بســـط أقـــوالهم وحكايـــة ألفـــاظهم
فقـال الشـافعي لا أعلـم خلافـا أنهـا لـو طلقـت
نفسـها قبـل أن يفترقـا مـن المجلـس أن الطلاق
يقـــــــــــــــــع عليهـــــــــــــــــا
قـــــال ويجـــــوز أن يقـــــال لهـــــذا إجمـــــاع
وقال الشافعي إذا خيرها فلها الخيار مـا لـم تأخـذ
فـي غيـر مـا خاطبهـا بـه أو تقـم مـن مجلسـه أو
تمـــــــــــــــــــــــــــــازحه
قال مالك إن مضت ساعة قدر مـا يقضـي فيـه مـا
جعل لها لا يتكلم ثم تكلمت فذلك لها وإن لم تقـل
شيئا حتى تقول سقط الخيار وهـو لهـا مـا دامـت
في المجلس فـإن عجـل الـزوج وقـام بـه قبـل أن
تقضي كلامها فذلك ليس بشـرط قبـل أن تقضـي
أو يتفرقـــــــــــــــــــــــــــا
قال ولا أحب لأحد أن يملك امرأتـه أمرهـا ويجعـل
لها الخيـار إلـى أجـل معيـن ولا بـأس بـاليوم ومـا
أشبهه في خيارها وتوقف حتى تختار أو تـرد ذلـك
إليـــــــــــــــــــــــــــــــــــه
وقـال أبـو يوسـف وأبـو حنيفـة ومحمـد والثـوري
الخيار لها ما دامت في مجلسها وإن مكثت يوما ما
لم تقم أو تأخذ في عمل فإن كانت قائمة فجلست
فهـــــــــي علـــــــــى خيارهـــــــــا
قال أبو حنيفة ولا ألتفت إلى قيام الزوج وخروجه
عنهـــــــــــــــــــــــــــــــــــا
قال وإن قال أمرك بيدك اليـوم فهـو بيـدها حـتى
ينقضـــــــــــــــي اليـــــــــــــــوم
وقال الأوزاعي إذا خير امرأته ثم افترقـا قبـل أن
يقـــــــول شـــــــيئا فلا شـــــــيء لهـــــــا

وقال عثمان البتي لو وقع عليها بعد ما ملكها أو خيرها فهي على خيارها والله أعلم

لا أعلم أحدا قاله غيره
وقال مغيرة الضبي إذا خيرها فسكتت فهو رضا بالزوج وإن كانت في مجلسها
وقال ربيعة ويحيى بن سعيد إذا خيرها فتفرقا قبل أن تحدث شيئا سقط الخيار
وقال ربيعة فإن خيرها إلى أجل فليس لها في نفسها خيار إلا إلى الأجل فإن اختارت نفسها عند الأجل فهي البتة
وقال مالك ذلك لها وإن خيرت ذلك بعد الأجل لتنظر فيه
وقال الليث إذا انقضى الأجل ولم تقض شيئا رد الأمر إلى الزوج
وقال أحمد وإسحاق في الخيار إلى الأجل لها الخيار ما لم يغشها ويرجع في الخيار إذا شاء فإن لم يكن الخيار إلى أجل فهو لها حتى تقوم من مجلسها أو تأخذ من غير المعنى الذي كانا فيه
وقال عبيد الله بن الحسن إن جعل لها الخيار في المجلس فهو على المجلس وإن جعله مرسلا لم أرجع لذلك غاية وإن طاوعته له الرجوع إلى القضاء ذلك الوقت والأجل كذلك لو جعله بيدها
قال أبو عمر قد مضى قول مالك ومذهبه في الخيار وما يلزم فيه من الطلاق إن اختارت نفسها

وقال الشافعي ليس في الطلاق خيار إلا أن يريده الزوج بقوله اختاري وتطلق نفسها فإن طلقت نفسها بقوله ذلك فكذلك إليه لا إليها ما نوى من الطلاق وأراده لزمه وإن لم يرد طلاقا فليس بطلاق وإن أراد واحدة فهي رجعية والتخيير والتمليك عنده سواء
وقال أبو حنيفة من خير امرأته وهو ينوي ثلاثا

فهي له ثلاثا إن طلقت نفسها ثلاثا وإن قالت قد اخترت نفسي ولا نية له فلا يقع عليها إلا تطليقة واحدة وسواء قالت قد طلقت نفسي أو قالت قد اخترت نفسي
وقال الثوري إذا خيرها فاختارت نفسها فهي واحدة بائنة والتخيير والتمليك عنده سواء وكذلك هو عند الكوفيين
وقول عبيد الله بن الحسن في الخيار كقول الثوري وأبي حنيفة في أنها

الاستذكار ج:6 ص:75

واحدة بائنة وقوله في التمليك نحو قول مالك وقد مضى ذلك
وقال بن أبي ليلى إن اختارت نفسها فواحدة تملك الرجعة
قال أبو عمر انظر فيه فهو خلاف بين لقوله في التمليك وفيه نظر

1 (11 - باب ما جاء في الخلع)

1148 - مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله ﷺ ((من هذه)) فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله قال ((ما شأنك)) قالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله ﷺ ((هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر)) فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن

قيس ((خذ منها)) فأخذ منها وجلست في بيت أهلها
1149 - مالك عن نافع عن مولاه لصفية بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عبد الله بن عمر
قال أبو عمر هذا الحديث أصل في الخلع عند العلماء
واجمع الجمهور منهم أن الخلع والفدية والصلح أن كل ذلك جائز بين الزوجين في قطع العصمة بينهما وأن كل ما أعطته على ذلك حلال له إذا كان مقدار الصداق فما دونه وكان ذلك من غير إضرار منه بها ولا إساءة إليها
إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه شذ فقال لا يحل له أن يأخذ منها شيئا على حال من الأحوال وزعم أن قوله عز وجل فلا جناح عليهما فيما افتدت به البقرة 229 منسوخ بقوله عز وجل وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وءاتيتم إحداهن قنطارا فلا

تأخذوا منه شيئا) النساء 20 إلى قوله ميثاقا غليظا النساء 21

وهذا خلاف السنة الثابتة في أمر رسول الله ثابت بن قيس بن شماس أن يأخذ من زوجته ما أعطاها ويخلي سبيلها
ولا ينبغي لعالم أن يجعل شيئا من القرآن منسوخا إلا بتدافع يمنع من استعماله وتخصيصه وإذا جهل قوله عز وجل فلا جناح عليهما فيما افتدت به البقرة 229 أن يرضى منهما وجعل قوله عز وجل فلا تأخذوا منه شيئا على أنه بغير رضاها وعلى كره منها وإضرار بها صح استعمال الآيتين
وقد بينت السنة في ذلك قصة ثابت بن قيس

وامرأته وعليه جماعة العلماء إلا من شذ عنهم ممن هو محجوج بهم وهم حجة عليه لأنهم لا يجوز عليهم الإطباق والاجتماع على تحريف الكتاب وجهل تأويله وينفرد بغير ذلك واحد غيرهم واختلفوا في مقدار ما يجوز للرجل أن يأخذ من امرأته لاختلاعها منه
فقال منهم جماعة ليس له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت وقول امرأته يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فأمره رسول الله ﷺ أن يأخذه منها ويخلي سبيلها وروي ذلك عن طاوس وعطاء والزهري وعمرو بن شعيب
ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال لا يحل له أن يأخذ منها شيئا من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها بأن يظهر لها البغضاء وتسيء عشرته وتظهر له الكراهة وتعصي أمره فإذا فعلت ذلك حل له أن يقبل منها ما أعطاها لا يحل له أكثر مما أعطاها
قال أبو حنيفة وأصحابه إذا كان النشوز من قبلها حل له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد قالوا والزيادة في القضاء جائزة وإذا كان النشوز من قبله لم يجز له أن يأخذ منها شيئا فإن فعل جاز في القضاء
قال أبو عمر قولهم لا يجوز ويجوز في القضاء قول المحال والخطأ
وكره سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها

الاستذكار ج:6 ص:77

وبه قال أحمد وإسحاق وأبو عبيد وقال الأوزاعي كان القضاة لا يجيزون أن يأخذ منها أكثر مما ساق إليها
وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال ما أرى أن

يأخذ منها كل ما أعطاها ولكن ليدع لها شيئا
وقال آخرون جائز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها إذا كان النشوز والإضرار من قبلها وممن قال ذلك عكرمة ومجاهد وإبراهيم وقبيصة بن ذؤيب
وهو قول مالك والشافعي
وبه قال أبو ثور
وقد تقدم هذا عن عبد الله بن عمر من رواية مالك عن نافع
وهو مذهب عثمان - رضي الله عنه
قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها
قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا
قال مالك لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها
هذا كله قوله في ((الموطأ)) وروى بن القاسم عنه مثله وزاد قال إن كان النشوز من قبله حل له ما أعطته على الخلع إذا رضيت بذلك ولم يكن في ذلك ضرر منه بها
وقال الليث إذا اختلفا في العشرة جاز الخلع بالنقصان من المهر والزيادة
وقال الثوري إذا جاء الخلع من قبلها فلا بأس أن يأخذ منها ولم يقل أكثر من المهر ولا أقل قال وإن جاء من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا
وقال الأوزاعي إذا كانت ناشزا جاز له أن يأخذ منها ما أعطاها وإن لم تكن ناشزا رد عليها ما أخذ منها وكان له عليها الرجعة
قال ولو اختلعت منه وهي مريضة كان ذلك من ثلثها
وقال الحسن بن حي إذا كانت الإساءة من قبله فليس له أن يخلعها بقليل ولا كثير وإن كانت

الإساءة من قبلها والتعطيل لحقه كان له أن يخلعها على ما تراضيا عليه وكذلك إن أبغضته

الاستذكار ج:6 ص:78

وكذلك قول عثمان البتي

وقال الشافعي إذا كانت المرأة المانعة ما يجب عليها لزوجها حلت الفدية للزوج قال وإذا أحل له أن يأكل ما طابت به نفسا على غير فراق حل له أن يأكل ما طابت نفسا ويأخذ عوضا بالفراق قال أبو عمر أصل هذا الباب قول الله عز وجل ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما ءاتيتموهن إلا أن يأتين بفحشة مبينة النساء 19

ولهذا قال أبو قلابة ومحمد بن سيرين لا يحل للرجل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا وهذا عندي ليس بشيء لأن الفاحشة قد تكون في البذاء والجفاء

ومنه قيل للبذيء فاحش ومتفاحش وعلى انه لو اطلع منها على الفاحشة كان له لعانها وإن شاء طلقها وأما أن يضار بها حتى تفتدي منه بمالها فليس ذلك له

وما أعلم أحدا قال له أن يضارها ويسيء إليها حتى تختلع منه إذا وجدها تزني غير أبي قلابة والله أعلم

وقال الله عز وجل إلا أن يخافا إلا يقيما حدود الله البقرة 229 يعني في حسن العشرة والقيام بحق الزوج وقيامه بحقها فلا جناح عليهما فيما افتدت به

وقوله عز وجل فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا النساء 4

فهذه الآيات أصل هذا الباب ومنها قامت مذاهب الفقهاء وبالله التوفيق والخلع والصلح والفدية كل ذلك سواء العصمة من الزوج لما يأخذه منها صلحا على ذلك وافتداء واختلاعا منه وهي أسماء مختلفة ومعان متفقة إلا أن منهم من يوقع الخلع

على أخذ الكل والصلح على البعض والفدية على الأكثر والأقل وقد ذكرنا أصول مذاهبهم والحمد لله تعالى وبالله التوفيق

1 (12 - باب طلاق المختلعة)

1150 - مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان

الاستذكار ج:6 ص:79

فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة قال ابو عمر روى هذا الحديث عن نافع جماعة منهم عبيد الله بن عمر وأيوب والليث بن سعد فذكروا فيه أحكاما لم يذكرها مالك - رحمه الله - في حديث عبد الله بن عمر أنه لا نفقة للمختلعة وهذا صحيح لأنه لا نفقة إلآ لمن له عليها رجعة ورواه الليث بن سعد عن نافع انه سمع الربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر عبد الله بن عمر أنها اختلعت من زوجها في زمن عثمان فجاء معها عمها معاذ بن عفراء إلى عثمان فقال إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها أفتنتقل فقال عثمان تنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها ولكن لا يحل لها ان تنكح زوجا غيره حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حمل فقال عبد الله بن عمر عثمان أخبرنا وأعلمنا

قال أبو عمر جمهور العلماء على أن الخلع طلاق وخالف بن عباس فقال الخلع فسخ وليس بطلاق وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن بن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأله فقال رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها قال نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق

وذكر اللـه الطلاق فـي أول الآيـة وآخرهـا والخلـع فيه ما بين ذلك فليس الخلع بشيء ثم قرأ الطلـق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسن البقرة 229 وقرأ فإن طلقها فلا تحـل لـه مـن بعـد حـتى تنكـــح زوجـــا غيـــره البقـــرة 230
قـال أبـو عمـر خـالفه عثمـان وجماعـة الصـحابة فقالوا الخلع تطليقـة واحـدة إلا أن يريـد بـه أكـثر فيكـــون مـــا أراد بـــه وســـمى
وروى مالـك عـن هشـام بـن عـروة عـن أبيـه عـن جمهان - مولى الأسلميين عـن أم بكـرة الأسـلمية أنها اختلعت من زوجهـا عبـد اللـه بـن أسـيد فأتيـا عثمان بن عفان في ذلك فقال هي تطليقة إلا أن تكـــون ســـميت شـــيئا فهـــو مـــا ســـميت
قال أبو عمر ليس خبر جمهان هذا عند يحيى في ((الموطأ)) وهو عند جماعة من رواة ((الموطـأ))
قال أبو عمر هذا يـدل علـى أن المختلـع فـي هـذا الحديث لم يسم طلاقـا ولا نـواه واللـه أعلـم ولـو سماه أو نواه ما احتاج أن يقال له الخلع تطليقة

الاستذكار ج:6 ص:80

واختلف العلمـاء فـي الخلـع هـل ه و طلاق إذا لـم يســـــــــــــم طلاقـــــــــــــا أم لا
فقال مالك هـو طلاق بـائن إلا أن يكـون أراد أكـثر فيكـــــــــون علـــــــــى مـــــــا أراد
وروي ذلك عن عمر وعلـي وبـن مسـعود واختلـف فيــه عــن عثمــان والأصــح عنــه أن الخلـع طلاق وبه قال الثـوري وعثمـان البـتي والأوزاعـي وأبـو حنيفـــــــــــــة وأصـــــــــــحابه
وهو أحد قـولي الشـافعي وروي عنـه أن الخلـع لا يقـــع بـــه طلاق إلا أن ينـــويه أو يســـميه
وقال المزني قد قطع في باب الكلام الذي يقع به الطلاق أن الخلع طلاق بائن فلا يقع به إلا بما يقـع بـه الطلاق أو مـا أشـبهه مـن إرادة الطلاق فـإنه

سمى عددا أو نوى عددا فهو عدد ما سمى أو نوى
قال الشافعي فإن قيل فإذا جعلته طلاقا فاجعل
له فيه الرجعة
قيل لما أخذ من المطلقة عوضا وكان من ملك
عوض شيء خرج من ملكه لم تكن له رجعة فيما
ملك عليه فكذلك المختلعة
وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة خلع الزوجة من
زوجها تطليقة بائنة فإن نوى الطلاق ولم تكن له
نية في عدد منه فكذلك أيضا هي واحدة بائنة وإن
نوى ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى اثنتين فهي واحدة
بائنة لأنها كلمة واحدة ولا تكون اثنتين
وقال الأوزاعي الخلع تطليقة بائنة ولا ميراث
بينهما
فهؤلاء كلهم يقولون إن الخلع تطليقة بائنة
وقال به من الصحابة من قدمنا ذكره سوى بن
عباس
وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وعطاء
وشريح والشعبي وإبراهيم وجابر بن زيد وسعيد
بن جبير وقبيصة بن ذؤيب ومجاهد وأبي سلمة
ومكحول والزهري
وأما قول بن عباس بأن الخلع فسخ وليس بطلاق
فروي عن عثمان مثله
وهو قول طاوس وعكرمة
وبه قال أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبو
ثور وداود
وقد روي عن عثمان أنه قال الخلع مع تطليقة
تطليقتان

وقد اختلف العلماء في المختلعة هل يلحقها
طلاق أم لا ما دامت في عدتها
فقال مالك إن طلقها عقيب الخلع من غير سكوت
طلقت وإن كان بينهما سكوت لم تطلق
وهذا يشبه ما روي عن عثمان - رضي الله عنه

وقال الشافعي لا يلحقها طلاق وإن كانت في العدة
وهو قول بن عباس وبن الزبير
وبه قال عكرمة والحسن وجابر بن زيد وأحمد وإسحاق وأبو ثور
وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي يلحقها الطلاق ما دامت في العدة
وهو قول سعيد بن المسيب وشريح وطاوس وإبراهيم والزهري والحكم وحماد
وروي ذلك عن بن مسعود وأبي الدرداء من طريقين منقطعين ليسا بثابتين
قال أبو عمر لم يختلفوا أن الخلع طلاق بائن لا ميراث بينهما فيه
ومعنى البينونة انقطاع العصمة إلا بنكاح جديد فكأنها رجعية بانت بانقضاء عدتها
وقد ذكرنا قول بن عباس بأنه فسخ لا طلاق
واختلفوا في مراجعة المختلعة في العدة
فقال جمهور أهل العلم لا سبيل له إليها إلا برضى منها ونكاح جديد وصداق معلوم
وهو قول عامة التابعين بالحجاز والعراق
وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وروي عن سعيد بن المسيب وبن شهاب أنهما قالا إن رد إليها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها وصحت له الرجعة
روى بن أبي ذئب عن بن شهاب قال لا يتزوجها بأقل مما أخذ منها
وقال أبو ثور إن كان لم يسم في الخلع طلاقا فالخلع طلقة لا يملك فيها رجعة

الاستذكار ج:6 ص:82

وإن سمى طلاقا فهو أملك برجعتها ما دامت في العدة
وبه قال داود

و روي مثل قول أبـي ثـور عـن عبـد اللـه بـن أبـي أوفـــــــــي وماهـــــــــان الحنفـــــــــي
واتفقوا على أنـه جـائز للمختلـع أن يتزوجهـا فـي عـــدتها
وقالت طائفة مـن المتـاخرين لا يتزوجهـا هـو ولا غيرها في العدة فشذوا عـن الجماعـة والجمهـور
وأما رواية مالك عن نافع عن بن عمر أن المختلعة عـــــــــــدتها عـــــــــــدة المطلقـــــــــــة
1151 - ومالـك أنـه بلغـه أن سـعيد بـن المسـيب وسليمان بن يسار وبن شهاب كانوا يقولـون عـدة المختلعـة مثـل عـدة المطلقـة ثلاثـة قـروء فقـد اختلـف السـلف والخلـف فـي ذلـك فروي عن عثمان وبن عبـاس قـالا عـدة المختلعـة حيضـــة
روي ذلك عن بن عمر أيضا خلاف رواية مالك وقـد روي عـــن عثمـــان أنـــه لا عـــدة عليهـــا
وقد تقدم تفسير ذلك بأنها تستبرئ رحمها بحيضة مخافـة الحمـل فليـس ذلـك بـاختلاف عنـه وبـه قـال عكرمـة وأبـان بـن عثمـان
وإليه ذهب إسحاق وحجتهم ما رواه سعيد بن أبـي عروبة عن أبي الطفيل عـن سـعيد بـن حمـل عـن عكرمة قال عـدة المختلعـة حيضـة قضـاها رسـول اللـه ﷺ فـي جميلـة بنـت أبـي بـن سـلول
قال أبو عمر روي من وجوه أن جميلة ابنة أبي بـن سـلول كـانت تحـت ثـابت بـن قيـس بـن شـماس فـــاختلعت منـــه
كمـــا روي ذلـــك فـــي حبيبـــة بنـــت ســـهل
وروى هشام بن يوسف عن معمـر عـن عمـرو بـن مسلم عن عكرمة عن بن عباس أن ثابت بن قيـس اختلعت منه امرأتـه فجعـل رسـول اللـه ﷺ عـدتها حيضة

ورواه عبد الرزاق عن معمر عن عمرو بن مسلم عن عكرمة مرسلا
ورواه بن لهيعة عن أبي الأسود عن أبي سلمة ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن ربيع بنت معوذ قالت سمعت رسول الله ﷺ يأمر امرأة ثابت بن قيس حين اختلعت منه أن تعتد حيضة وليست هذه الآثار بالقوية وقد ذكرت أسانيدها في ((التمهيد))
وأما الحديث بذلك عن بن عباس وبن عمر فذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني يحيى بن سعيد عن عبيد الله بن عمر عن نافع أن الربيع أختلعت من زوجها فأتى عمها عثمان فقال تعتد بحيضة وكان بن عمر يقول تعتد ثلاث حيض حتى قال هذا عثمان فكان بن عمر يفتي به ويقول عثمان خيرنا وأعلمنا
قال وحدثني عبدة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر قال عدة المختلعة حيضة
قال وحدثني عبد الرحمن بن محمد المحاربي عن ليث عن طاوس عن بن عباس قال عدتها حيضة
وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم عدة المختلعة كعدة المطلقة إن كانت ممن تحيض بثلاثة وإن كانت ممن لا تحيض بثلاثة أشهر
وروي مثل ذلك عن عمر وعلي وعن بن عمر على اختلاف عنه
والحديث عن عمر وعلي من قولهم ليس بالقوي ولكن جمهور العلماء على القول بأن عدة المختلعة عدة المطلقة
وممن قال بذلك سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعروة بن الزبير وسالم بن عبد الله بن عمر وأبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف وعمر بن عبد العزيز وبن شهاب الزهري والحسن البصري وعامر الشعبي وإبراهيم النخعي ومحمد بن عياض

وخلاس بـــــــــن عمـــــــــر وقتـــــــادة
وبه قال سـفيان الثـوري والأوزاعـي والليـث بـن سعد وأحمد بن حنبل وأبو عبيد ورواية عن إسحاق

قال أبو عمر في حديث عثمان إنما أمر الربيع بنت معوذ حين اختلعت من زوجها ينتقل من بيتها

الاستذكار ج:6 ص:84

وهذا لا يقول به أحد من الفقهاء الذين كانت تدور عليهم بالأمصار الفتـوى وأبـو حنيفـة والشـافعي وأصـــــــــــــــــــــــــــــــــحابهم
ولو اشترط عليها زوجها في حين الخلع ألا سكنى لها كان الشرط لاغ ولها السكنى كالعـدة فلا يـؤثر فيهـــــا الشـــــرط وكـــــأنه لـــــم يـــــذكر
وقال أبو ثور وأحمد وإسحاق وداود لا سـكنى لهـا ولا نفقـــة
وكذلك يقولون في المطلقة المبتوتة وهـي أصـل هذه المسألة وسيأتي أقوالهم فيها في موضعها - إن شـــــــــاء اللـــــــــه تعـــــــالى
وأجمع الجمهور أن الخلع جائز عند غيـر السـلطان إلا الحسـن وبـن سـيرين فإنهمـا يقـولان لا يكـون الخلـــــــع إلا عنـــــــد الســـــــلطان
وقـــال قتـــادة إنمـــا أخـــذه الحســـن عـــن زيـــاد
قال أبو عمر قد أجمعـوا أن النكـاح والطلاق يجـوز دون السلطان فكذلك الخلع وليس كاللعان الذي لا يجـــــــــوز عنـــــــــد الســـــــــلطان
قال مالك في المفتدية إنها لا ترجع إلى زوجها إلا بنكاح جديد فإن هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها لم يكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبني على عـــــــــــــــــــدتها الأولـــــــــــــــــــى
قـال مالـك وهـذا أحسـن مـا سـمعت فـي ذلـك
قال أبو عمر إنها لا ترجع إليه إلا بنكاح جديـد فقـد تقدم القول في هذه المسـألة ومـا للعلمـاء فيهـا وأما قول مالك فإن هو نكحها إلى آخر قـوله وأنـه

أحسن ما سمع في ذلك فعليه أكثر العلماء لأنها مطلقة قبل الدخول بها فلا عدة عليها وتتم بقية عدتها
وهذا أصل مالك في الأمة تعتق في عدتها من وفاة أو طلاق أنها لا تتغير عدتها ولا تنتقل إلا في الطلاق الرجعي ولا في البائن كالحد يجب على العبد ولا يتغير بالعتق
وستأتي هذه المسألة في بابها إن شاء الله تعالى
وروي عن طائفة منهم الشعبي وإبراهيم النخعي في المختلعة يتزوجها زوجها في عدتها بنكاح جديد ثم يطلقها قبل الدخول بها أن عليها عدة كاملة كأنها عندهم في حكم المدخول بها أنها تعتد من العدة

الاستذكار ج:6 ص:85

وهذا ليس بشيء بظاهر قول الله عز وجل إذا نكحتم المؤمنت ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها الأحزاب 49
قال أبو عمر ليس لها إلا نصف الصداق عندهم ومن قال بقول الشعبي والنخعي أوجب لها الصداق كاملا
قال مالك إذا افتدت المرأة من زوجها بشيء على أن يطلقها فطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه فإن كان بين ذلك صمات فما أتبعه بعد الصمات فليس بشيء
وهذه المسألة قد تقدمت في هذا الباب ومضى فيها القول والله أعلم وهو الموفق للصواب وحسبي ونعم الوكيل

1 (13 - باب ما جاء في اللعان (1))

1152 - مالك عن بن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى

عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ فسأل عاصم رسول الله ﷺ عن ذلك فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله ﷺ ((قد أنزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها)) قال سهل فتلاعنا وأنا مع

الاستذكار ج:6 ص:86

الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ قال مالك قال بن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

قال أبو عمر قد ذكرنا في ((التمهيد)) من توجيه ألفاظ هذا الحديث في الآداب وغيرها من وجوه العلم في أحكام اللعان ما ظهر لنا ونذكر ها هنا ما فيه من الفقه وأحكام اللعان أيضا بحول الله تعالى

زعم بعض المتأخرين من أصحاب الشافعي أن في هذا الحديث دليلا على أن الحد لا يجب بالتعريض

في القذف لقول عويمر يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل

وهذا عندي لا حجة فيه لأن المعرض به غير معين ولا جاء طالبا وإنما جاء الحد على من عرض بقذف رجل يشير إليه أو يسميه في مشاتمة أو منازعة ويطلب المعرض له ما يجب له من الحد إذا كان يعلم من المعرض أنه قصد القذف للمعرض به وزوجة عويمر لم يمسها ولا أشار إليها ولا جاءت طالبة

وستأتي هذه المسألة في كتاب الحدود بما للعلماء فيها ووجوه معاني أقوالهم إن شاء الله عز وجل

وفي قول عويمر أيقتله فتقتلونه وسكوت رسول الله ﷺ على ذلك ولم يقل لا نقتله دليل على أن من قتل رجلا وجده مع امرأته أنه يقتل به وإن لم يأت ببينة تشهد له بزناه بها

وستأتي هذه المسألة مجودة في كتاب الحدود في حديث مالك عن سهيل بن أبي صالح إن شاء الله تعالى

وفيه أن الملاعنة لا تكون إلا عند السلطان وأنها ليست كالطلاق الذي ليس للرجل أن يوقعه حيث شاء

وهذا إجماع من العلماء أن اللعان لا يكون إلا في المسجد الجامع لأن رسول الله ﷺ لاعن بين المتلاعنين المذكورين في مسجده وذلك محفوظ في حديث بن مسعود وغيره وقد ذكرناه في التمهيد ( )

الاستذكار ح:6 ص:87

ويستحب جماعة من أهل العلم أن يكون اللعان في الجامع بعد العصر وفي أي وقت كان في المسجد الجامع أجزأ عندهم

ولا يختلفون أن من استخلفه الإمام على الأحكام من قاض وسائر الحكام أنه يقوم في اللعان إذا تحاكموا إليه فيه مقام الإمام
وفي قول عويمر أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا دليل على أن الملاعنة تجب بين كل زوجين والله أعلم لأنه لم يخص رجلا من رجل ولا امرأة من امرأة
ونزلت آية اللعان على هذا السؤال فقال تعالى والذين يرمون أزوجهم النور 6 ولم يخص زوجا من زوج
وهذا موضع اختلف فيه العلماء وهي مسألة سنذكرها حيث ذكره مالك من هذا الباب إن شاء الله تعالى
وفيه أن الحكم يحضر مع نفسه للمتلاعن قوما يشهدون ذلك ألا ترى إلى قول سهل بن سعيد فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله
وفي شهود سهل لذلك دليل على جواز شهود الشباب مع الشيوخ عند الحكام لأن سهلا كان يومئذ بن خمس عشرة سنة
حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني عبيد الله بن عمر قال حدثني يزيد بن زريع قال حدثني محمد بن إسحاق عن الزهري قال قلت لسهل بن سعد بن كم كنت يومئذ يعني يوم المتلاعنين قال بن خمس عشرة سنة
وقد كان عمر بن الخطاب يشاور بن عباس وشبابا غيره مع الشيوخ وقد أفردنا لذلك بابا في كتاب العلم والحمد لله
و في قوله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا وإن لم يكن فيه تصريح

الاستذكار ج:6 ص:88

بالرؤية فإنه قد جاء التصريح في ذلك في حديث بن عباس وغيره في قصة هلال بن أمية وفي قصة العجلاني أيضا من غير رواية مالك ونزول آية اللعان في ذلك وقول رسول الله ﷺ ((قد أنزل فيك وفي صاحبتك)) يعني آيات اللعان دليل على ما ذهب إليه مالك فالمشهور من مذهبه أن اللعان لا يجب حتى يقول الرجل لامرأته رأيتك تزنين أو ينفي حملا بها أو ولدا منها إلا أن الأعمى عنده يلاعن إذا قذف امرأته لم يختلف عنه في ذلك لأنه شيء يدركه بالحس واللمس وقول أبي الزناد ويحيى بن سعيد وعثمان البتي والليث بن سعد في ذلك كقول مالك أن اللعان لا يجب بالقذف المجرد وإنما يجب بادعاء رؤية الزنى ونفي الحمل مع دعوى الاستبراء وعندهم انه إذا قال لزوجته يا زانية جلد الحد لقول الله عز وجل والذين يرمون المحصنت وستأتي أحكام نفي الحمل وما لمالك - رحمه الله - وغيره في ذلك بعد هذا في معنى حديث بن عمر في هذا الباب إن شاء الله تعالى والحجة لمذهب مالك ومن تابعه فيما يوجب اللعان

وعنده قائمة من الآثار المسندة وقد ذكرتها في ((التمهيد)) منها حديثه عن بن شهاب عن سهل بن سعد أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله ومثله حديث بن عباس من رواية القاسم بن محمد عنه رواه يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد عن القاسم عن بن عباس أنه ذكر المتلاعنان عند رسول الله ﷺ فقال عاصم بن عدي في ذلك قولا ثم انصرف فأتاه رجل من قومه يشكو إليه أنه وجد مع أهله رجلا فقال

عاصم ما ابتليت بهذا إلا لقولي فذهب به إلى رسول الله ﷺ فأخبره بالذي وجد عليه امرأته وكان ذلك الرجل مصفرا قليل اللحم سبط الشعر وكان الذي ادعى عليه أنه وجد عند أهله خدلا آدم كثير اللحم فقال رسول الله ﷺ ((اللهم بين)) فوضعت شبيها بالرجل الذي ذكر زوجها أنه وجده عندها فلاعن رسول الله ﷺ بينهما فقال رجل لابن عباس في المجلس أهي التي قال رسول الله ﷺ ((لو رجمت أحدا بغير بينة

رجمت هذه)) فقال بن عباس لا تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء

وحديث عباد بن منصور عن عكرمة عن بن عباس أن سعد بن عبادة قال أرأيت لو وجدت لكاعا يتفخذها لم أهجه حتى آتي بأربعة شهداء الحديث وفيه أن هلال بن أمية وجد مع امرأته رجلا فجاء رسول الله ﷺ فقال والله يا رسول الله لقد رأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزوجهم الآية

وأسانيد هذه الأحاديث كلها في ((التمهيد)) قالوا فهذه الآثار كلها تدل على أن اللعان إنما نزل فيه القرآن وقضى به النبي ﷺ في رؤية الزنى فلا يجب أن تتعدى ذلك ولأن المعنى فيه حفظ النسب ولا يصح فساد النسب إلا بالرؤية وبها يصح نفي الولد بعد الاستبراء لا بنفس القذف المجرد وقياسا على الشهادة التي لا تصح في الزنى إلا برؤية

وقال الشافعيون وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري

والأوزاعي وأبو عبيد وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود إذا قال الرجل لامرأته يا زانية وجب اللعان إن لم يأت بأربعة شهداء وسواء عندهم قال لهما يا زانية أو رأيتك تزنين أو زنيت
وهو قول جمهور العلماء
وقد روى ذلك عن مالك أيضا
وحجتهم أن الله - عز وجل - قال والذين يرمون أزوجهم النور 6 كما قال تعالى والذين يرمون المحصنت النور 4 فأوجب بمجرد القذف الحد على الأجنبي إن لم يأت بأربعة شهداء وأوجب اللعان على الزوج إن لم يأت بأربعة شهداء فسوى بين الذميين بلفظ واحد
وقد أجمعوا أن الأعمى يلاعن إذا قذف زوجته ولا تصح منه الرؤية
واختلفوا في الأخرس
فقال مالك والشافعي يلاعن الأخرس إذا فهم عنه

وقال أبو حنيفة لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة ولأنه قد ينطلق لسانه فينكر القذف واللعان فلا يمكننا إقامة الحد عليه
واختلفوا في الزوج إذا أبى من اللعان بعد ما ادعاه من رؤية الزنى أو بعد قذفه لها
فقال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء إن لم يلتعن حد
وحجتهم أن اللعان للزوج براءة كالشهادة للأجنبي براءة فإن لم يأت الأجنبي بأربعة شهداء حد فكذلك الزوج إن لم يلتعن حد
وفي حديث بن عمر وغيره في قصة العجلاني لا يدل على ذلك لقوله أن قتلت قتلت وإن نطقت جلدت وإن سكت سكت على غيظ

وقول رسول الله ﷺ له ولامرأته ((عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة))
وسنذكر هذه الآثار فيما بعد إن شاء الله تعالى
واختلفوا هل على الزوج أن يلاعن إذا أقام شهوده بالزنى
فقال مالك والشافعي يلاعن كان له شهود أو لم يكن لأن الشهود لا عمل لهم إلا درء الحد وأما رفع الفراش ونفي الولد فلا بد من اللعان لذلك وإنما تعمل شهادتهم في درء حد القذف عن الزوج وإيجابه عليها
وقال أبو حنيفة وأصحابه إنما جعل اللعان على الزوج إذا لم يكن له شهداء غير نفسه وهو قول داود
واختلفوا في المرأة إذا أبت من اللعان بعد التعان الزوج
فقال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأكثر السلف إن أبت أن تلتعن حدت وحدها الرجم إن كان دخل بها أو الجلد إن كان لم يدخل بها
وحجتهم قول الله عز وجل ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهدت بالله الآية النور 8
وروى يزيد النحوي عن عكرمة عن بن عباس قال إذا لم يحلف المتلاعنان أقيم الجلد أو الرجم
وقال الضحاك في قوله ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهدت بالله الآية قال إن أبت أن تلاعن رجمت إن كانت ثيبا وجلدت إن كانت بكرا

وهو قول الجمهور
وقال أبو حنيفة وأصحابه - وهو قول عطاء والحارث العكلي وبن شبرمة أريت إن لم تلعن قال إن أبت أن تلتعن حبست أبدا حتى تلتعن
قال أبو عمر أظن أبا حنيفة وأصحابه جنبوا عن إقامة الحد عليها بدعوى زوجها ويمينه دون إقرار

منها ولا بينه قامت عليها وجعلوا ذلك شبهة درأوا بها الحد عنها

واحتج بعضهم بقول رسول الله (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث) وليس منها الملاعنة إذا أبت من اللعان وقد نقض أبو حنيفة ها هنا أصله في القضاء بالنكول عن اليمين في سائر الحقوق ولكنهم زعموا أن الحدود لا تؤخذ قياسا وأما اختلافه في كيفية اللعان فاختلاف متقارب قال بن القاسم عن مالك يحلف أربع شهادات بالله يقول أشهد بالله لرأيتها تزني ويقول في الخامسة لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين وتحلف هي بمثل ذلك أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله ما رآني أزني والخامسة غضب الله علي إن كان من الصادقين وقال الليث يشهد الرجل أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنى والخامسة أن لعنة عليه إن كان من الكاذبين وتشهد المرأة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ونحوه عن الثوري

الاستذكار ج:6 ص:92

وقال الشافعي يقول اشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت زوجتي فلانة بنت فلان من الزنى ويشير إليها إن كانت حاضرة يقول ذلك أربع مرات ثم يقعده الإمام ويذكره الله ويقول له إني أخاف الله إن لم تكن صادقا فإن رآه يريد المضي أمر من يضع يده على فيه ويقول إن قولك وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين موجبة إن كنت كاذبا فإن أبى إلا اللعان تركه الإمام فيقول ولعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما ثبت من فلانة بنت فلان من الزنى

وفي إحدى الروايتين عنه فإن رماها برجل بعينه قال من الزنى مع فلان وإن نفى ولدها قال مع كل شهادة أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى وإن هذا الولد لولد ما هو مني فإن كان حملا قال وإن الحمل - إن كان بها حمل من زنا - ما هو مني فإذا فرغ من هذا فقد فرغ من الالتعان ثم تشهد المرأة أربع شهادات أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى فإن نفى الحمل قالت وإن هذا الحمل منه وإن كان ولدا قالت وإن هذا لولده وعلي غضب الله إن كان من الصادقين في شيء مما رماني به

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إذا لم يكن ولد شهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنى والخامسة اللعن وتشهد هي أربعا والخامسة الغضب فإن كان هناك ولد نفاه شهد أربعا أنه لصادق فيما رماها من الزنى ونفي الولد يذكر الولد في اللعان أنه نفاه حتى يلزم أمه

وقال زفر مثل ذلك إلا انه يخاطبها وتخاطبه فيقول أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنى

وتقول هي أشهد بالله أنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنى

وروى مثل ذلك الحسن بن زياد عن أبي يوسف وكان زفر يقول في نفي الولد أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي ولدها هذا ويقول في الخامسة ولعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من نفي ولدها

ثم تقول المرأة أشهد بالله أنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدك والخامسة علي غضب الله إن كنت من الصادقين فيما رميتني به من نفي ولدي هذا

1153 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر إن رجلا لاعن امرأته في زمان رسول الله ﷺ وانتفل من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة

قال أبو عمر هكذا قال يحيى انتفل من ولدها وقال سائر الرواة عن مالك وانتفى من ولدها والمعنى قريب من السواء

قال أبو عمر وأما قوله فانتفى من ولدها فيحتمل أن يكون الولد حيا ظاهرا في حين اللعان فانتفى منه إما لغيبة غابها أو لاستبراء ادعاه لم يعلم بحملها حتى وضعته أو ما أشبه هذا مما ينفي عنه أنه أقر به وقتا ما ثم جحده ونفاه بعد ويحتمل أن يكون انتفى من ولدها وهو حمل ظاهر بها وقد اختلف الفقهاء في وقت نفي الولد باللعان فقال مالك إذا رأى الحمل فلم ينفه حتى وضعته لم ينتف عنه بعد ذلك وإن نفاه حرة كانت أو أمة فإن انتفى منه حين ولدته وقد رآها حاملا فلم ينتف منه فإنه يجلد الحد إذا كانت حرة مسلمة لأنه صار قاذفا لها فإن كان غائبا عن الحمل فقدم وقد ولدته فله أن ينفيه

وقال الليث فيمن أقر بحمل امرأته ثم قال بعد ذلك رأيتها تزني لاعن في الرؤية ولزمه الحمل وقال الشافعي إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم إمكانا بينا فترك اللعان لم يكن له أن ينفيه كالشفعة

هذا قوله في الجديد وقال في القديم إن لم ينفه في يوم أو يومين لم يكن له أن ينفيه

الاستذكار ج:6 ص:94

وقال بمصر لو قال قائل له نفيه مدة ثلاثة أيام من وقت علم به يأتي فيها الحاكم أو يشهد كان مذهبا
قال وأي مدة إن قلت له نفيه فيها فأشهد على نفسه وهو مشغول بما يخاف فوته بمرض أو كان مسافرا فأشهد ولم يسر فهو على نفيه وكذلك الغائب إذا قال لم أصدق حملها أو الحاضر إن قال لا أعلم
قال ولو رآها حبلى فلما ولدت نفاه وقال لم أدر أنه حمل كان له نفيه
وقال أبو حنيفة إذا ولدت فنفى ولدها من يوم يولد أو بعده بيوم أو بيومين لاعن وانتفى الولد فإن لم ينفه حتى مضت سنة أو سنتان ثم نفاه لاعن ولزمه الولد
ولم يؤقت أبو حنيفة لذلك وقتا ووقت أبو يوسف ومحمد مقدار النفاس أربعين ليلة
قال وقال أبو يوسف إن كان غائبا فقدم فله أن ينفيه ما بينه وبين مقدار النفاس منذ يوم قدم ما كان في الحولين فإن قدم بعد الحولين لم ينتف عنه أبدا
قال أبو عمر جملة قول مالك وأصحابه أن الحمل لا ينفيه الزوج بما يدعيه من رؤية الزنى ولا ينتفي الحمل إلا بدعوى الاستبراء وأنه لم يطأ بعد أن استبرأ
والاستبراء عند مالك وبن القاسم حيضة
وقال عبد الملك بن عبد العزيز لا تستبرأ الحرة في ذلك بأقل من ثلاث حيض
ورواه عن مالك
وقال بن القاسم إن لم يكن الحمل ظاهرا بإقراره أو بينة يشهد له به لم ينفه لعانه ولحق به
وقال بن القاسم لو أكذب نفسه في الاستبراء وادعى الولد لحق به وهو أدنى اللعان نفيناه عنه وصار قاذفا لها بنفيه ولدها

وقال المغيرة المخزومي إن أقر بالحمل وأدعى رؤيته لاعن فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فهو له فإن كان لستة أشهر فأكثر فهو اللعان فإن أدعاه لحق به وحده قال المغيرة ويلاعن في الرؤية من يدعي الاستبراء

وجملة قول الشافعي وأصحابه أن كل من نفى الحمل وقال ليس مني

الاستذكار ج:6 ص:95

لاعن وانتفى عنه الولد إلا أن يكون علم فسكت على ما مضى من قوله في توقيت المدة في ذلك وقال أحمد وأبو ثور وداود نحو قول الشافعي ولا معنى عند الشافعي للاستبراء لأن المراة قد تحمل مع رؤية الدم وتلد مع الاستبراء وأما أبو حنيفة وأصحابه فلا يجوز عندهم اللعان على الحمل

وقال أبو حنيفة إذا قال ليس هذا الحمل مني لم يكن قاذفا لها فإن ولدت ولو بعد يوم لم يلاعن بالقول الأول حتى ينفيه بعد الولادة وهو قول زفر وقول الثوري

وقال أبو يوسف ومحمد إن جاءت به بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر لاعن وقد روي عن أبي يوسف أنه يلاعنها قبل الولادة وهو قول بن أبي ليلى وعبيد الله بن الحسن ومالك والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد كلهم يقول يلاعن على الحمل الظاهر

وقد روى الربيع عن الشافعي لا يلاعنها حتى تلد وكذلك قال أحمد بن حنبل قال ولو نفى الحمل في التعانة عن قذفها لم ينتف ولدها عنه حتى ينفيه بعد وضعها ويلاعن

وهو قول بن الماجشون في الملاعنة على الحمل قال عبد الملك بن الماجشون لا يلاعن على الحمل لأنه قد ينفش فيكون قولا على ريح

ومن نفى حمل امرأته عند مالك وعبيد الله بن الحسن وبن أبي ليلى وقال ليس مني لاعنها لأنه قاذف لها
وقال الشافعي لا يلاعنها إلا أن يقذفها لأنه لا يقول لم يصح عندي حملها فينتفي قذفها عنه
وقال أبو حنيفة إنكار الحمل من أشد القذف
قال أبو عمر لا يصح عند الشافعي القذف إلا بالتصريح بين
قال أبو عمر ومن لم ير اللعان على الحمل حتى تلد زعم أن الحمل لا يقطع على صحته لأنه قد ينفش ويضمحل

الاستذكار ج:6 ص:96

قال فلا وجه للعان بغير استيقان
ومن رأى اللعان على الحمل إذا نفاه فحجته الآثار المتواترة من حديث بن عباس وحديث بن مسعود وحديث أنس وحديث سهل بن سعد أن النبي ﷺ لاعن بين المتلاعنين وقال إن جاءت به على صفة كذا فهو لزوجها وإن جاءت به على صفة هذا فما أراه إلا قد صدق عليها وهذا يدل على أنها كانت حاملا
وقد ذكرنا كثيرا من هذه الأحاديث في ((التمهيد)) وهي متكررة في المصنفات والمسانيد وأجمعوا على أنه من أقر بالحمل وبان له ولم ينكره ولم ينفه ثم نفاه بعد ذلك لم ينفعه ذلك ولحق به الولد ويجلد الحد إلا عند أبي حنيفة وأصحابه والثوري فإنه يلاعن ولا يجلد على أصلهم

وأما قول بن عمر فرق رسول الله ﷺ بينهما - يعني بين المتلاعنين - فإن العلماء اختلفوا في كيفية وقوع الفرقة بين المتلاعنين
فقال مالك والليث إذا فرغا جميعا من اللعان وقعت الفرقة وإن لم يفرق بينهما الحاكم

وبه قال زفر وأبو عبيد وأبو ثور وهو عندي معنى قول الأوزاعي لآنه قال لا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده قال ولو التعن الزوج ثم مات فلا لعان ولاحد ويتوارثان
وقال الشافعي إذا قال الزوج الشهادة الخامسة والالتعان فقد زال فراش امرأته ووقعت الفرقة بينهما
قال ولو لم يكمل الخامسة ومات ورثه ابنه وزوجته
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تقع الفرقة بعد فراغهما من اللعان حتى يفرق الحاكم بينهما وبه قال الثوري وأحمد
قال الثوري إذا تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبدا
وكذلك قال أحمد بن حنبل
وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة أخذو ذلك عنه إذا تلاعنا فلا أرى اللعان ينقص شيئا يعني من العصمة

الاستذكار ج:6 ص:97

قال وأحب إلي أن يطلق
وقال عبيد الله بن الحسن اللعان تطليقة بائنة وحجة مالك ومن قال بقوله أن اللعان أوجب الفرقة التي قضى بها رسول الله ﷺ عند فراغهما من لعانهما وقال له ((لا سبيل لك عليها)) إعلاما منه بأن اللعان رفع سبيله عنها
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني بكر بن حماد قال حدثني مسدد قال حدثني موسى بن يونس وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن شاذان قال حدثني معلى بن منصور قال حدثني يحيى بن أبي زائدة قال

حدثني عبد الملك بن أبي سليمان قال سمعت سعيد بن جبير يقول سئلت عن المتلاعنين زمن مصعب بن الزبير أيفرق بينهما قال فما دريت ما أقول فمضيت إلى منزل بن عمر بمكة فقلت للغلام استأذن لي قال إنه قائل فسمع صوتي قال بن جبير قلت نعم قال أدخل فوالله ما جاء بك هذه الساعة إلا حاجة فدخلت فإذا هو مفترش برذعة متوسد وسادة حشوها ليف قلت أبا عبد الرحمن المتلاعنان أيفرق بينهما قال سبحان الله نعم إن أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان قال يا رسول الله أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع إن تكلم تكلم بأمر عظيم وان سكت سكت على مثل ذلك قال فسكت النبي فلم يجبه فلما كان بعد ذلك أتاه فقال إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات في سورة النور والذين يرمون أزوجهم النور 6 فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة قال لا والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها ثم دعاها فوعظها وذكرها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة قالت لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما وحدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني

الاستذكار ج:6 ص:98

محمد بن إسماعيل قال حدثني الحميدي قال حدثني سفيان عن عمرو عن سعيد بن جبير عن بن عمر قال فرق رسول الله بين المتلاعنين

وقال ((حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها)) قال يا رسول الله ما لي قال ((ما لك إن كنت صادقا فهو بما استحللت من فرجها وإن كنت كذبت فهو أبعد لك))

قال الشافعي تفريق النبي ﷺ بين المتلاعنين تفريق حكم ليس لطلاق الزوج فيه مدخل وإنما هو تفريق أوجبه اللعان فأخبر به النبي ﷺ بقوله ((لا سبيل لك عليها))

قال أبو عمر هذا كله معنى قول مالك ومذهبه وفي قوله عليه السلام ((لا سبيل لك عليها)) دلالة واضحة أن اللعان هو الموجب للفرقة بينهما وأن الحاكم إنما ينفذ في ذلك الواجب من حكم الله تعالى ولم يكن تفريق النبي - عليه السلام - بين المتلاعنين استئنافا من حكم وإنما كان تنفيذا لما أوجب الله تعالى من المباعدة بينهما وهو معنى اللعان في اللغة فعلى الحاكم أن يعلمها بأن اللعان فراق بينهما وأن قصر عن ذلك ولم يقل فرقت بينهما فالفرقة واقعة بتمام اللعان لقوله ﷺ ((لا سبيل لك عليها))

وحجة الشافعي في قوله إذا أكمل الزوج التعانة عليها إلى آخر الخامسة وقعت الفرقة بينه وبين امرأته وزال فراشه التعنت المرأة أو لم تلتعن أنه لما كان التعان الزوج يسقط الحد عنه وينفي الولد عن فراشه إن نفاه في التعانه كان كذلك قطع العصمة ورفع الفراش ووجوب الفرقة لأن المرأة لا مدخل لها في الفراق وقطع العصمة ورفع الفراش وإنما ذلك بيد الزوج ولا معنى لالتعان المرأة ألا في درء الحد عنها قال الله تعالى ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهدات بالله إنه لمن الكذابين والخمسة الآية النور 8

ولما اتفقوا أن الزوج بالتعانه ينتفي عنه الولد إن نفاه كان كذلك برفع عصمة النكاح إلا ترى أن معنى التعان الزوج والتعان المرأة متضادان لأن الزوج يدعي ما يوجب الفرقة ويحلف عليه والمرأة تنفي المعنى الموجب لوقوع الفراق فكيف

الاستذكار ج:6 ص:99

يعتبر في رفع العصمة التعانها وهي مكذبة لزوجها وفي وقوع النسب الموجب للفراق أم كيف يرتفع النسب وينفي النكاح

وحجة الكوفيين ومن قال بقولهم في أن الفرقة لا تقع بتمام اللعان حتى يفرق الحاكم بينهما حديث بن عمر وحديث سهل بن سعد أن رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين فأضاف الفرقة إليه لا إلى اللعان فلا تقع الفرقة حتى يقول الحاكم قد فرقت بينهما ويعلم من حضرة بذلك ويشهدهم

قالوا ولما كان اللعان مفتقرا إلى حضور الحاكم كان مفتقرا إلى تفريقه بخلاف الطلاق وقياسا على العنين لأنه لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته إلا بحكم الحاكم بذلك

واتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والثوري والأوزاعي والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وهو مذهب أهل المدينة ومكة والكوفة والشام ومصر أن اللعان لا يفتقر إلى طلاق وأن حكمه وسنته الفرقة بين المتلاعنين إما باللعان وإما بتفريق الحاكم على ما ذكرنا من مذاهبهم

وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا ينقص اللعان شيئا من العصمة حتى يطلق الزوج

وهذا قول لم يتقدم البتى إليه أحد فيما علمت ولا له من الآثار الواردة بالسنن ما يدل عليه لأن طلاق عويمر العجلاني بعد تمام التعانها لم يكن

بأمر النبي - عليه السلام - ولا قال له النبي - عليه السلام أحسنت ولا فعلت ما كان يجب عليك ولو كان الطلاق واجبا ومحتاجا إليه لبينه ﷺ لأنه بعث إلى الناس معلما وهم لا يعلمون شيئا وقد قال له أو أخبره ((لا سبيل لك عليها)) عند تمام اللعان بينهما فبان بذلك أن طلاق العجلاني لم يكن له معنى إلا قوله كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ليدل بذلك عند نفسه على صدقه ولم يكن ذلك يدخل داخله في حكمه فلم يقل له النبي ﷺ شيئا ولا نهاه ولا أمره لأن طلاقه كان لا معنى له وقد بان في حديث بن وهب عن عياض بن عبد الله الفهري عن بن شهاب أن قوله في آخر حديث مالك بإثر ذكر الطلاق فكان ذلك سنة المتلاعنين إنما أراد الفرقة وألا يجتمعا أبدا كذلك ذكره بن وهب عن عياض عن بن شهاب في آخر حديثه في اللعان وساقه كنحو سياقه مالك له وقال في آخره ومضت سنة المتلاعنين أن يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا

الاستذكار ج:6 ص:100

ذكره بن وهب في ((موطئه)) عن عياض بن عبد الله الفهري عن بن شهاب في حديثه عن سهل بن سعد في اللعان وعياض هذا قد روى عنه الليث وغيره وهو من شيوخ أهل مصر

وقد احتج من قال إن طلاق الثلاث المجتمعات تقع السنة بحديث سهل بن سعد في طلاق عويمر العجلاني زوجته ثلاثا ولم ينكر ذلك عليه رسول الله ﷺ فقالوا لو كان وقوع طلاق الثلاث المجتمعات لا يجوز لنبيه ﷺ وأنكره عليه وقال له كيف تطلق ثلاثا في مرة واحدة وذلك لا يجوز في ديننا وشريعتنا ونحو ذلك فلما لم ينكر عليه شيئا

من ذلك دل على جوازه
وأما من قال لا تقع السنة وإنما هي بدعة لازمة لموقعها فإنه قال لما لم يكن موضع طلاق لأن فرقة اللعان أقوى من فرقة الطلاق لم يحتج رسول الله ﷺ إلى إنكار ذلك عليه لأنه فعل فعلا لا معنى له
وقد أوضحنا هذه المسألة واجتلبنا أقوال القائلين فيها في أول كتاب الطلاق
وأما قول بن عمر في حديثه عن النبي ﷺ في هذا الباب وألحق الولد بالمرأة ومنهم من يرويه وألحق الولد بأمه فمعلوم أن الأم لا ينتفي عنها ولدها أبدا وأنه لاحق بها على كل حال لولادتها له لكن معناه أن رسول الله ﷺ لما قضى بانتفاء الولد عن أبيه بلعانه ألحقه بأمه خاصة كأنه لا أب له فلا يرث أباه ولا يرثه أبوه ولا أحد بسببه وقيل بل ألحقه بأمه فجعل أمه له كأبيه وأمه ولهذا الحديث اختلف العلماء - والله أعلم - في ميراث ولد الملاعنة وسنورد هذا في بابه بعد هذا إن شاء الله تعالى
قال مالك السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وإن أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع إليه أبدا
وقال مالك وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف
قال أبو عمر على هذا المذهب الشافعي والثوري والأوزاعي والحسن بن حي والليث وبه قال زفر بن الهذيل وأبو يوسف وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وداود كل هؤلاء يقولون في المتلاعنين إنهما لا يجتمعان أبدا سواء كذب

الاستذكار ج:6 ص:101

نفسه أو لم يكذبها ومتى أكذب نفسه جلد الحد وإن كان هناك ولد لحق به ولا يجتمعان أبدا وروي ذلك عن عمر وعلي وبن مسعود

قال الشافعي لا يجتمعان أبدا لأن رسول الله قال له ((لا سبيل لك عليها ولم يقل له إلا أن تكذب نفسك فصار كالتحريم المؤبد في الأمهات ومن ذكر معهن وهذا شأن تحريم مطلق التأبيد ألا ترى أن المطلق ثلاثا لما لم تكن بائنة أوقع فيه الشرط بنكاح زوج غيره ولو قال فإن طلقها فلا تحل له لكان نهيا مطلقا لا تحل له أبدا

وقد كان رسول الله أطلق التحريم في الملاعنة ولم يقيده بوقت فهو مؤبد فإن أكذب نفسه لحق به الولد لأنه حق جحده ثم أقر به فلزمه وليس النكاح كذلك لأنه حق ثبت عليه فليس يتهيأ له إبطاله والله أعلم

وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن إذا أكذب الملاعن نفسه ضرب الحد ولحق به الولد وكان خاطبا من الخطاب إن شاء وهو قول سعيد بن المسيب والحسن بن أبي الحسن وسعيد بن جبير

واختلف في ذلك عن إبراهيم النخعي وبن شهاب الزهري فروي عنهما القولان جميعا

وقال الشعبي والضحاك إن أكذب نفسه جلد الحد وردت عليه امرأته

وروي عن بن شهاب مثله

وهو عندي قول تالف خلاف من قال يكون خاطبا من الخطاب

وقد روي عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وسعيد بن جبير وإن شاء ردها

وقد يحتمل الوجهين جميعا أيضا

وحجة من قال إذا أكذب نفسه ع اد إلى نكا احه أو حل له نكاحها إجماعهم على أنه إذا أكذب نفسه

جلد الحد ولحق به الولد قالوا فيعود النكاح حلالا كما عاد الولد لأنه لا فرق بين شيء من ذلك والحجج لهذه الأقوال من جهة المقايسات والنظر فيها تشعيب وليس في المسألة أثر مسند قال مالك وإذا فارق الرجل امرأته فراقا باتا ليس له عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لاعنها إذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه إذا ادعته ما لم يأت

دون ذلك من الزمان الذي يشك فيه فلا يعرف أنه منه

قال فهذا الأمر عندنا والذي سمعت من أهل العلم

قال مالك وإذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهي حامل يقر بحملها ثم يزعم أنه رآها تزني قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها وإن أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لاعنها

قال وهذا الذي سمعت

قال أبو عمر إنما قال ذلك في المسالتين لأنه إذا قذفها بعد أن طلقها ثلاثا فقد قذف أجنبية ولا لعان بين أجنبيين ويلزمه حد القذف وإن لم يأت بأربعة شهداء يشهدون له بما رماها به كما يلزم الأجنبي

وأما إذا أنكر حملها بعد أن بت طلاقها وكان إنكاره لحملها في عدتها أو في مدة بعد العدة يلحق فيها الولد بصاحب الفراش فإنه يلاعنها لأنها في حكم الزوجة في المدة التي يلحق به فيها ولدها وذلك خمس سنين عندهم على اختلاف في ذلك سنذكره عنهم وعن سائر العلماء في موضعه إن شاء الله عز وجل

وقد روى يحيى عن بن القاسم في الذي يطلق امرأته ثلاثا ثم يقذفها في عدتها ويقول رأيتها تزني في عدتها أنه لا يلاعن

وهـــذا خلاف مالـــك فـــي ((الموطـــأ))
وقال سحنون إن رماها في وقت إن قد بقـي مـن العدة ما لو أبت فيه يولد من يوم رماها لزمه الولد فإنه يلاعـن وإن كـان وقتـا لـو أتـت فيـه بولـد لـم يلحقـــــه فـــــإنه يحـــــد ولا يلاعـــــن
وقال يحيى قال بن القاسـم إن أتـت المـرأة بولـد بعد انقضاء العدة إلى أقصى ما تلد له النساء فـإنه يلـــــزم الـــــزوج إلا أن ينفيـــــه بلعـــــان
قال أبو عمـر هـذا لا شـك ولا خلاف عنـدهم فيـه - أعنـــــــي مالكـــــــا وأصـــــــحابه
ولم يختلف في المبتوتة تنقضي عدتها ثم يقذفها الزوج المطلق لها ويقول رأيتها تزني أنها تحد ولا يلاعـــن
وأمـــا قـــول ســـائر الفقهـــاء فـــي هـــذا البـــاب فقال بن شبرمة إذا ادعت المرأة حملا فـي عـدتها فأنكر ذلك الذي تعتد منه لاعنها وان كانت في غير عـــــدة جلـــــد الحـــــد ولحـــــق بـــــه الولـــــد
وقال محمد بن الحسن عنه وعن أصحابه في رجل طلق امرأته تطليقة يملك

الاستذكار ج:6 ص:103

الرجعة فجـاءت بولـد بعـد سـنة فنفـاه أنـه يلزمـه ويضـــــــرب الحـــــــد لأنـــــــه قـــــــذفها
وقال الطحـاوي يثبـت الحـد والنسـب لأن الحمـل كان وهي زوجته ويحد لأن القذف وقع وهـي غيـر زوجـــة
وقـال الحسـن بـن حـي فـي الطلاق البـائن يحـد ويلزمـــد
وعند الشـافعي إذا نفـى ولـدا أو حملا التعـن فـي العدة وبعدها وكذلك لو نفى الولد بعد موتها التعن وإذا لم ينف حملا ولا ولدا وقذفها وهي مبتوتة حد

وأما اختلافهم فيمن قـذف امرأتـه فطلقهـا ثلاثـا فقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه لا حـد ولا لعـان

وحجتهم أن الله - عز وجل - أوجب على الزوج اللعان وعلى الأجنبي الحد إن لم يأتوا بالشهداء واعتبروا ذلك برجوع الشهود فقالوا ألا ترى أن شهودا لو شهدوا بزنا فحكم الحاكم بهم ثم رجعوا لكان رجوع الشهود يسقط الحد عن الأجنبي وكذلك حدوث الفرقة قبل اللعان مسقطا
وقال مالك والأوزاعي والشافعي والليث يلاعن لأن القذف كان وهي زوجة
وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد
وهو قول الحسن والشعبي والقاسم بن محمد
قال أبو عمر لما أجمعوا أنه قذفها وهي أجنبية ثم تزوجها و لم يلاعنها كان كذلك إذا قذفها وهي زوجة ثم بانت لم يبطل اللعان
وقالوا لو قذفها بعد أن بانت منه بزنا نسبه إليها إلا أنه كان وهي زوجة حد ولا لعان إلا أن ينفي ولدا
وفي المسألة قول ثالث فيمن طلق امرأته ثلاثا بعد القذف أنه يحد ولا يلاعن
قاله مكحول والحكم وجابر بن زيد والحارث العكلي وقتادة
قال أبو عمر لأنه قاذف غير زوجه في حين المطالبة بالقذف
قال مالك والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه يجري مجرى الحر في ملاعنته غير أنه ليس على من قذف مملوكه حد
قال مالك والأمة المسلمة والحرة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم إذا تزوج إحداهن فأصابها وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والذين يرمون

الاستذكار ج:6 ص:104

أزوجهم) النور 6 فهن من الأزواج وعلى هذا الأمر عندنا
قال مالك والعبد إذا تزوج المرأة الحرة المسلمة

أو الأمة المسلمة أو الحرة النصـرانية أو اليهوديـة لاعنهـــا
هـــــــذا قـــــــوله فـــــــي ((مـــــــوطئه))
وروى بن القاسم عنه أنه قال ليـس بيـن المسـلم والكافرة لعان إذا قذفها إلا أن يقول رأيتها تزنــي فيلاعن سواء ظهر الحمل أو لم يظهر لأنـه يقـول أخـــاف أن أمـــوت فيلحـــق بـــي نســـب ولـــدها
قال بن القاسم وإنما يلاعن المسلم الكافرة فــي دفـــع الحمـــل ولا يلاعنهـــا فيمـــا ســـوى ذلـــك
وكذلك زوجته الأمة لا يلاعنها إلا في نفي الحمــل
ورواه عن مالك قال والمحدود في القذف يلاعــن
قال وإن كـان الزوجـان جميعـا كـافرين فلا لعـان بينهمـــــا يعنـــــي إلا أن يتحــــاكموا إلينــــا
قال والمملوكان المسلمان بينهما اللعــان إذا أراد أن ينفـــــــــــــــي الولـــــــــــــــــــــد
وقال الثوري والحسـن بـن حـي لا يجـب لعـان إذا كان أحد الزوجين مملوكـا أو كـافرا ويحـد إن كـان محــــــــــــدودا فـــــــــــي قـــــــــــذف
وقال الحسن ليـس بيـن المملـوكين والمشـركين حـد فـي قـذف ولا لعـان ولا يلاعـن المحـدود فـي القــذف
وقال الأوزاعي لا لعان بيـن أهـل الكتـاب ولا بيـن المحـــــدود فـــــي القـــــذف وامرأتـــــه
وقال أبو حنيفـة وأصـحابه إذا كـان أحـد الزوجيـن مملوكـا أو ذميـا أو محـدودا فـي قـذف أو كـانت المـرأة ممـن لا يجـب علـى قاذفهـا حـد فلا لعـان بينهمــــــــــــــا إذا قــــــــــــــذفها
وقال بن شبرمة يلاعن المسلم زوجتـه النصـرانية إذا قــــــــــــــــــــــــــــــــذفها
وقال عثمان البتي كل من قذف زوجته بأمر زعــم أنــــه رآه ولا يــــبين لغيــــره فــــإنه يلاعــــن
وقـال الليـث فـي العبـد إذا قـذف امرأتـه الحـرة وادعى أنه رأى عليها رجلا لاعنها لأنه يحـد لهـا إذا

كان أجنبيا فإن كانت أمة أو يهودية أو نصرانية لاعنها في الولد إذا ظهر بها حمل ولا يلاعنها الرؤية لأنه لا يحد لها في القذف

الاستذكار ج:6 ص:105

قال والمحدود في القذف يلاعن امرأته وقال الشافعي كل زوج جاز طلاقه ولزمه الفرض يلاعن إذا كانت ممن يلزمها الفرض وأجمعوا أنه لا حد على من قذف محدودا أو محدودة في زنا إذا رماها بذلك الزنى ولكنه يعزر لأنه أذى المسلمة

قال أبو عمر حجة من لم ير اللعان إلا بين الزوجين الحرين المسلمين البالغين قياسا على إجماعهم أنه ليس على من قذف ذمية أو مملوكة حد وجعلوا قوله والذين يرمون أزوجهم النور 6 مثل قوله والذين (6والذين يرمون المحصنت) النور 4 ذمية ولا أمة قالوا وكذلك الزوجان

وحجة من قال اللعان بين كل زوجين ما احتج به مالك من عموم الآية في قوله والذين يرمون أزواجهم النور 6 لم يخص حرة من أمة ولا مسلمة من ذمية فواجب إلا يخص نفسه إلا بزوج بإجماع أو سنة ثابتة وذلك معدوم فوجب حمل الآية على العموم كما حمل قوله - عز وجل - و إذا طلقتم النساء البقرة 231و 232 و للذين يؤلون من نسائهم البقرة 226 على العموم

ولا معنى لقولهم إن المحدود في القذف لا يلاعن لأنه لا تجوز شهادته والله قد قال فشهادة أحدهم النور 6

وقد أجابهم الشافعي بأن قال هذا جهل بلسان العرب لأن الشهادة ها هنا يمين واليمين تكون ممن تجوز شهادته وممن لا يجوز وكيف تكون شهادة من يشهد لنفسه مرة ويدرأ الحد أخرى في الحر

وقد أجمعوا في اللعان بين الفاسقين فسقط ما ذكروه من الشهادة فالحر والعبد والأمة أولى بذلك في الفاسقين
والكلام في هذا طويل
قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة إنه إذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما
قال أبو عمر قد تقدم أن الحد على ما وصفه مالك وهو أمر لا اختلاف فيه
وظاهر هذه المسألة في ((الموطأ)) يدل على أنه إذا التعن الخامسة فرق بينهما ولم تحل له

الاستذكار ج:6 ص:106

وهذا هو الذي ذهب إليه الشافعي وليس ذلك بمذهب لمالك عند أحد من أصحابه بل مذهبه عند جماعتهم أن الفرقة بينهما لا تجب إلا بتمام التعانهما
وفي ((العتبية)) لأصبغ عن بن القاسم ما يشبه مسألة ((الموطأ)) هذه في الرجل يتزوج المرأة في عدتها من غيره وينفي الولد أنه يلتعن ولا تلتعن المرأة لأن ولدها راجع إلى فراش الثاني إذا أتت به لستة أشهر فصاعدا من يوم نكحها فإن فارقها الثاني لم تحل للأول الملتعن أن يتزوجها
وهذا نحو ما وصفنا
وقال سحنون تقدم وتحل له
وقد تقدم ما للعلماء في هذا المعنى فلا وجه لإعادته هنا
قال مالك في الرجل يطلق امرأته فإذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل قال إن أنكر زوجها حملها لاعنها
قال أبو عمر قول من قال يلاعن عدد الحمل ومن أبى من ذلك لم يلاعن حتى تضع

وقد مضى ذلك كله وما فيه للعلماء
قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها إنه لا يطؤها وإن ملكها وذلك أن السنة مضت أن المتلاعنين لا يتراجعان أبدا
قال أبو عمر قد مضى القول في تحريم فراق المتلاعنين أنه تحريم أبدي لا تحل له بحال و قد مضى الاختلاف في ذلك ووجوهه وأصلها أن المبتوتة لما لم تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره وكذلك الملاعنة لا تحل له بوجه من الوجوه لأنه لم يرد فيها حتى تنكح زوجا غيره كما ورد في المطلقة المبتوتة
قال مالك إذا لاعن الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس لها إلا نصف الصداق
قال أبو عمر على هذا جماعة فقهاء الأمصار لأنه فراق جاء من قبله قياسا على الطلاق قبل الدخول
وقال أبو الزناد والحكم وحماد لا لها الصداق كاملا لأن اللعان ليس بطلاق

الاستذكار ج:6 ص:107

وقال الزهري لا صداق لها كأنه جاء الفراق من قبلها والصواب القول الأول وعليه الجمهور وبالله التوفيق
قال أبو عمر اللعان معناه قذف الرجل امرأته ولا يوجب القذف تحريمها عليه
وهذا قول أهل الحجاز وأهل الكوفة ولا أعلم مخالفا لهم إلا طائفة من أهل البصرة تقول إن زوجته تحرم عليه بالقذف الموجب للحد أو اللعان وهذا عند أكثر أهل العلم قول مهجور وقد تعلق به أبو عبيد القاسم بن سلام واستحسنه وهو ضعف من القول ولهذه المسألة تفسير يطول ذكره يأتي في موضعه إن شاء الله عز وجل

1 (14 - باب ميراث ولد الملاعنة)

ذكر مالك هذا الباب في آخر كتاب الفرائض وذكره هنا وقد مضى القول فيه هناك فلا معنى لإعادته ها هنا

1 (15 - باب طلاق البكر)

قال أبو عمر يريد بالبكر هنا التي لم يدخل بها زوجها ثيبا كانت أو بكرا

1155 - مالك عن بن شهاب عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن إياس بن البكير أنه قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسأل له فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فإنما طلاقي إياها واحدة قال بن عباس إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل

الاستذكار ج:6 ص:108

في هذا الحديث لزوم طلاق الثلاث المجتمعات وفيه ان غير المدخول بها كالمدخول بها في ذلك وعلى ذلك جمهور الفقهاء وجمهور العلماء في التسوية بين البكر وغير البكر والمدخول بها وغير المدخول بها أن الثلاث تحرمها على مطلقها حتى تنكح زوجا غيره

وقد روي عن عطاء وطاوس وجابر بن زيد أنهم جعلوا الثلاث في التي لم يدخل بها واحدة وروي ذلك عن طاوس عن بن عباس في حديث أبي الصهباء

حدثني عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن قال حدثني أبو بكر محمد بن عثمان بن ثابت قال حدثني إسماعيل بن إسحاق قال أخبرنا علي بن

المديني قال حدثني سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عطاء وعن أبي الشعثاء إذا طلقها ثلاثا قبل أن يدخل بها فهي واحدة قال علي قلت لسفيان إن إبراهيم بن نافع قال عن عمرو عن طاوس وجابر بن زيد وسعيد بن جبير هي واحدة قال سفيان حفظته عن عمرو وجابر بن زيد وعطاء قال وإن كان إبراهيم قال عنهم فهو كان حافظا أيضا

وقالت بذلك فرقة شذت عن الجمهور الذين اجتماعهم حجة على من خالفهم منهم داود وأهل الظاهر وقالوا لن يصح عن بن عباس إلا ما رواه عنه كتاب أصحابه طاوس وجابر بن زيد وعطاء وسعيد بن جبير على حسب حديث أبي الصهباء عنهم

قال أبو عمر وممن روينا عنه أن الثلاث تحرم التي لم يدخل بها زوجها حتى تنكح زوجا غيره كالمدخول بها سواء علي بن أبي طالب وبن مسعود وبن عباس وبن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاصي وأبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله وعبد الله بن مغفل وأبو هريرة وعائشة وأنس وهو قول جماعة التابعين عمن ذكرنا وبه قال جماعة الأمصار بن أبي ليلى وبن شبرمة وسفيان الثوري والحسن بن حي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد الطبري

الاستذكار ج:6 ص:109

وقد مضى هذا المعنى مجودا في أول باب الطلاق وذكرنا ما عليه أهل السنة والجماعة في طلاق الثلاث المجتمعات في المدخول بها وذكرنا أن الاختلاف في ذلك في غير المدخول بها من الشذوذ الذي لا يعرج عليه لأن حديث طاوس عن بن عباس في قصة أبي الصهباء لم يتابع عليه

طاوس وأن سائر أصحاب بن عباس يروون عنه خلاف ذلك على ما قد بيناه فيما مضى وما كان بن عباس ليروي عن النبي - عليه السلام - شيئا ثم يخالفه إلى رأي نفسه بل المعروف عنه أنه كان يقول أنا أقول لكم سنة رسول الله وأنتم تقولون أبو بكر وعمر قاله في فسخ الحج وغيره

ومن هنا قال جمهور العلماء أن حديث طاوس في قصة أبي الصهباء لا يصح معناه وقد أوضحنا ذلك بمبلغ وسعنا في أول كتاب الطلاق وبالله توفيقنا

ومن الأسانيد في حديث طاوس عن بن عباس ما حدثني أبو محمد عبد الله بن محمد بن أسد قال حدثني حمزة بن محمد قال حدثني أحمد بن شعيب قال أخبرنا أبو داود قال حدثني أبو عاصم عن بن جريج عن بن طاوس عن أبيه ان أبا الصهباء جاء إلى بن عباس فقال يا بن عباس ألم تعلم أن الثلاث كانت على عهد رسول الله وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ترد إلى الواحدة فقال نعم

وأما قول محمد بن إياس بن بكير في الحديث المذكور فإنما طلاقي إياها واحدة فيحتمل وجهين

أحدهما أنه أراد لم أرد إلا واحدة فأجابه بن عباس أنه قد لزمه ما أقر به على نفسه وقال أرسلت من يترك ما كان له من فضل والآخر أن قوله إنما طلاقي إياها واحدة أي أن الثلاث في غير المدخول بها واحدة عند غيرك فلم يلتفت بن عباس إليه وأخبره أن ذلك يلزمه 1156 - وذكر مالك في هذا الباب عن يحيى بن سعيد عن بكير بن

الأشج عن النعمان بن أبي عياش إلا أن يحيى وقع في كتابه ((النعمان بن أبي عياش)) وهو وهم عن عطاء بن يسار أنه قال طلاق البكر واحدة فقال له عبد الله بن عمرو بن العاص إنما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره
لم يختلف رواه ((الموطأ)) عن مالك في هذا الحديث عن يحيى بن سعيد عن بكير بن الأشج عن النعمان بن أبي عياش عن عطاء بن يسار وأنكر مسلم بن الحجاج إدخال مالك فيه بين بكير وعطاء بن يسار النعمان بن أبي عياش وقال لم يتبع مالكا أحد من أصحاب يحيى بن سعيد على ذلك
والنعمان أقدم من عطاء أدرك عمر وعثمان
1157 - وفيه مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن الأشج عن معاوية بن أبي عياش عن أبي هريرة وبن عباس أن محمد بن إياس بن بكير سألهما عن رجل من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فقالا الواحدة تبينها والثلاثة تحرمها حتى تنكح زوجا غيره مختصرا أيضا
قال أبو عمر معاوية بن أبي عياش والنعمان بن أبي عياش أخوان
والنعمان أسن من معاوية وأبوهما أبو عياش الزرقي له صحبة

الاستذكار ج:6 ص:111

والقول في هذين الحديثين كالقول في حديث بن شهاب المذكور في أول هذا الباب وقد مضى القول في ذلك في أول كتاب الطلاق
وفي هذا الباب قال مالك والثيب إذا ملكها الرجل فلم يدخل بها إنها تجري مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره
قال أبو عمر يريد بقوله ملكها أي ملك عصمتها بالنكاح

وهذا إجماع من العلماء أن البكر والثيب إذا لم يدخل بهما فحكمهما إذا طلقها قبل الدخول سواء لأن العلة الدخول بها وبكل واحدة منهما ومن شذ فجعل طلاق التي لم يدخل بها ثلاثا واحدة على رواية طاوس في حديث أبي الصهباء وما كان مثله
والبكر أيضا عنده والثيب سواء ولولا كراهة التطويل لأعدنا القول ها هنا بما للعلماء في ذلك ولكن التنبيه على أن ذلك قد أوضحناه في أول كتاب الطلاق يغني عن ذلك والحمد لله وبالله التوفيق

1 (16 - باب طلاق المريض)

1158 - مالك عن بن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها
1159 - مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج أن عثمان بن عفان ورث نساء بن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض
قال أبو عمر لم يذكر مالك في قصة بن مكمل صفة الطلاق هل كان البتة أو ثلاثا وهل مات عبد الرحمن في العدة أو بعدها
وقد رويت قصة بن مكمل بأبين من رواية مالك ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا جرير قال أخبرني عمرو بن دينار أن عبد الرحمن بن هرمز أخبره أن عبد الرحمن بن مكمل كان عنده ثلاث نسوة إحداهن ابنة

الاستذكار ج:6 ص:112

قارظ فطلق اثنتين منهن ثم مكث بعد طلاقه سنتين وأنهما ورثتاه في عهد عثمان

قال بن جريج وأخبرني بن شهاب أن امرأة بن مكمل ورثها عثمان بعد ما انقضت عدتها
1160 - مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال إذا حضت ثم طهرت فآذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها
قال أبو عمر روي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب في المطلق ثلاثا وهو مريض أنها ترثه إن مات من مرضه ذلك
وروي عن عائشة مثل ذلك
ولا أعلم لهم مخالفا من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير فإنه قال لا أرى أن ترث المبتوتة بحال من الأحوال
وجمهور علماء المسلمين على ما روي عن الصحابة في ذلك إلا طائفة من أهل الفقه والنظر فإنهم قالوا بقول بن الزبير على ظاهر القرآن في توريث الزوجات وليس المبتوتة بزوجة عند جماعة المسلمين ولا يرثها عند أحد منهم إن ماتت قالوا وكذلك لا ترثهم ولو كانت زوجة لورثها كما ترثه
وهو أحد قولي الشافعي
وبه قال أبو ثور وداود
وأما قول بن الزبير فذكره أبو بكر قال حدثني يحيى بن سعيد عن بن جريج وذكره عبد الرزاق عن بن جريج عن بن أبي مليكة قال سألت بن الزبير عن رجل طلق امرأته وهو مريض ثم مات فقال قد ورث عثمان ابنة الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكانت قد بت طلاقها ومات في عدتها فورثها عثمان

قال بـن الزبيـر وأمـا أنـا فلا أرى أن تـرث مبتوتـة قال أبو عمر اختلـف عـن عثمـان هـل ورثهـا فـي العدة أو بعدها

فرواية بن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عـوف أصـح الروايـات عنـه فـي أنـه ورثهـا بعـد العـدة وهـي روايـة بـن شـهاب أيضـا عـن أبـي سـلمة وكذلك رواه الثوري عن محمد بن عمرو بن علقمة عن أبي سلمة أن عثمان ورثها بعد انقضـاء العـدة ومعمر عـن الزهـري عـن بـن المسـيب أن عثمـان ورث امرأة عبد الرحمن بعـد انقضـاء العـدة وكـان طلاقهـــــــــــــــا ثلاثـــــــــــــــا

وأما اختلاف أئمة الفتـوى فـي الأمصـار فـي هـذا البـــاب

فقـال مالـك مـن طلـق فـي مرضـه فمـات ورثتـه امرأته في العدة وبعد العدة تزوجت أم لـم تـتزوج قـال ولـو تزوجـت عشـرة أزواج كلهـم طلـق فـي المـــــــــرض ورثتهـــــــــم كلهـــــــــم

قـال مالـك ومـن طلـق امرأتـه وهـو مريـض قبـل الدخول كان لهـا الميـراث ونصـف المهـر ولا عـدة عليهـــا

قال مالك ولو صح مـن مرضـه صـحة معروفـة ثـم مـــــــات بعـــــــد ذلـــــــك لـــــــم ترثـــــــه

وهو قـول الليـث فـي كـل مـا ذكرنـاه عـن مالـك وذكر الليث أن بن شبرمة سأل ربيعة عن المريض يطلق امرأته فقال ترثه ولو تزوجت عشـرة أزواج فـــــــأنكر ذلـــــــك بـــــــن شـــــــبرمة

قـــــال الليـــــث القـــــول قـــــول ربيعـــــة

وقال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفـر إذا طلـق امرأتـه في مرضه ثلاثا ثم مات من مرضه فهي في العـدة فإنها ترثه وإن مات بعد انقضاء العدة لم ترثـه وإن صح من مرضه ثم مات من مرض غيره لم ترثه ولو مات في العدة إلا عند زفر خاصة فإنه قال ترثه ما

كـــــــــــــانت فـــــــــــــي العـــــــــــــدة
وقال الثوري والأوزاعـي والحسـن بـن حـي مثـل
قــــــــــــــــــــــــــول زفـــــــــــــــــــــــــر
وقال بـن أبـي ليلـى لهـا الميـراث مـا لـم تـتزوج
وبـــــه قـــــال أحمــــد وإســـحاق وأبــــو عبيـــد
وقال الشـافعي لا تـرث المبتوتـة وإن مـات وهـي
فـــــــــــــــــــــــي العـــــــــــــــــــــدة
وقال الشافعي في موضع آخر هذا قول يصح لمن
قال به

الاستذكار ج:6 ص:114

واختـــــــــــــــــاره المزنــــــــــــــــــي
وخرج أصحاب الشافعي مذهبه في هـذه المسـألة
علــــــــــــــــــــى قــــــــــــــــــــولين
أحـــــــــــــدهما أنهــــــــــــا تـــــــــــرث
والثـــــــــــاني أنهـــــــــــا لا تـــــــــــرث
أحدهما اتباع السلف والجمهـور والثـاني علـى مـا
تــــــــــوجبه الأصـــــــــــول والقيـــــــــــاس
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قـال حـدثني جريـر بـن
عبد الحميد عن مغيرة عن إبراهيم عن شريح قـال
أتاني عروة البارقي بكتاب عمر في الرجل يطلـق
امرأته ثلاثا في مرضه أنها ترثه ما دامت في العدة
ولا يرثهـــا
قال أبو عمر العلماء الذين يورثـون المبتوتـة فـي
هــــذه المســـــألة علــــى ثلاثــــة أقــــوال
أحدها أنها ترثه ما دامت فـي العـدة فـإذا انقضـت
عــــــــــــدتها لــــــــــــم ترثـــــــــــــه
والآخر أنها ترثه بعد انقضاء العدة ما لم تنكح فـإن
نكحـــــــــــــــــــــت فلا ترثـــــــــــــــــــــه
والثـالث أنهـا فرقـة لا ترثـه بعـد انقضـاء العـدة
تزوجـــــــــــت أم لــــــــــــم تــــــــــــتزوج
فمن القائلين أنها ترثه ما دامت في العدة عمر بن
الخطـاب وعائشـة وعثمـان علـى اختلاف عنـه
وبه قال شريح القاضي وإبراهيم النخعي وطاوس

وعروة بن الزبير وبن سيرين والشعبي والحارث العكلي وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي وبن أبي ذؤيب وهو قول بن شبرمة
ومن القائلين أنها ترث بعد العدة ما لم تنكح غيره عثمان على اختلاف عنه وعطاء بن أبي رباح والحسن وبن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وعبيد الله بن الحسن وأيوب وأبو عبيد
ومن القائلين بأنها ترثه بعد انقضاء العدة وإن نكحت زوجا غيره وأزواجا ربيعة بن أبي عبد الرحمن ومالك والليث
قال أبو عمر من قال أنها لا ترثه إلا في العدة استحال عنده أن ترثه وهي مبتوتة في موضع أن ترثه فيه الرجعية لأنه لا خلاف بين المسلمين أن من طلق امرأته صحيحا طلقة يملك فيها رجعتها ثم انقضت عدتها قبل موته أنها لا ترثه لأنها أجنبية ليست منه ولا هو منها ولا تكون المبتوتة المختلف في ميراثها في العدة بالميراث بأقوى من المجتمع على ميراثها في العدة

الاستذكار ج:6 ص:115

ومن قال أنها ترثه بعد العدة ما لم تنكح اعتبر إجماع المسلمين أن امرأة لا ترث زوجين معا في حال واحدة فاستحال عنده أن ترثه وهي امرأة لغيره لأنه لا خلاف الأصول المجتمع عليها
ومن قال أنها ترثه وإن نكحت أزواجا ق ال لم ا لم يكن طلاقا لها يمنعه ميراثه في العدة ولا بعدها على الثابت عنده عن عثمان وغيره أنه ورثها قبل العدة وكان طلاقه لها في نفي الميراث كالطلاق عقوبة لإخراجه لها من ميراثه بأن بت طلاقها في مرضه فكذلك لا يمنعها من ذلك تزويجها واختلفوا في المريض يطلق امرأته بإذنها أو يملكها أمرها فتختار فراقه
فقال مالك رحمه الله إن اختلعت منه في مرضه

أو جعل أمرها بيده فطلقها أو سألته الطلاق فطلقها فإنها ترثه في ذلك كله كما لو طلقها ابتداء دون أن تسأله ذلك
وقال الأوزاعي إن طلقها بإذنها ورثته وإن ملكها أمرها فطلقت نفسها لم ترثه
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا سألته الطلاق فطلقها أو خالعها أو قال لها إن شئت فأنت طالق ثلاثا فسألته وهو مريض ثم مات وهي في العدة لم ترثه
وقال الشافعي إن قال لها أنت طالق ثلاثا إن شئت فشاءت في مرضه لم ترثه عندي في قياس جميع الأقاويل
واختلفوا في الرجل يقول لامرأته إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق فيجيء الوقت وهو مريض فقال الكوفيون والشافعي لا ترثه
وروى الحسن بن زياد عن زفر أنها ترثه
وقال مالك إذا قال وهو صحيح إذا قدم فلان فأنت طالق ثلاثا فقدم والزوج مريض فمات ورثته
وقال كل طلاق يقع والزوج مريض فمات ورثته
1161 - وأما قول مالك في هذا الباب عن بن شهاب في الذي يطلق امرأته ثلاثا وهو مريض أنها ترثه فقد مضى القول بأن السلف على هذا إلا بن الزبير

الاستذكار ج:6 ص:116

وأما قول مالك فيه فإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها فهذا إجماع من العلماء في أنها لا عدة عليها ولها نصف الصداق
وأما الميراث فقد مضى القول فيه
وأما قوله فإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث وإن البكر والثيب في ذلك سواء فقد مضى في هذا الباب وما للعلماء في ذلك واختلفوا في ذلك في عدتها

فقال مالك والشافعي عدتها عدة الطلاق دون الوفاة
وهو قول الثوري وأبي يوسف
وقال أبو حنيفة ومحمد إذا مات في العدة والطلاق بات فعدتها أبعد الأجلين
وقد روي مثل ذلك عن الثوري
وقال الأوزاعي والحسن بن حي تعتد عدة المتوفى عنها زوجها وتلغي ما كانت اعتدت قبل ذلك
وهو قول إبراهيم والشعبي والحسن وبن سيرين وشريح وعكرمة
وقال شريح كتب إلي عمر أن عليها عدة المتوفى عنها زوجها تستأنفها
وقال عكرمة لو لم يبق من عدتها إلا يوم واحد ثم مات ورثته واستأنفت عدة المتوفى عنها
1162 - مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاختصمتا إلى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل بن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب
قال أبو عمر حديث مالك هذا عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان ذكره مالك في هذا الباب ولا مدخل له فيه

الاستذكار ج:6 ص:117

كذلك رواه يحيى والقعنبي وبن بكير وغيرهم وأما موضعه ففي باب جامع عدة الطلاق وسنذكر فيه معناه - إن شاء الله تعالى
قال أبو عمر ولا أعلم خلافا في حكم هذه المرأة ومن كان على مثل حالها ممن ارتفعت حيضتها في هذا المقام من أجل الرضاع لا من أجل ريبة

ارتابتها أن عدتها الأقراء وإن تباعدت إن كانت من ذوات الأقراء وهو قضاء علي وعثمان في جماعة الصحابة من غير نكير وعليه جماعة العلماء وهو معنى كتاب الله تعالى في المطلقات ذوات الأقراء وأن عدة كل واحدة منهن ثلاثة قروء إذا كانت حرة أو قرءا إن كانت أمة وأما التي ترتاب بحيضتها فتخشى أن يكون بها حمل أو تخشى أن تنقطع حيضتها لمفارقة سنها لذلك فتكون من ذوات الشهور فقد روي فيها عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ما ذكره مالك في ((موطئه)) وسيأتي ما للعلماء في ذلك إن شاء الله عز وجل قال مالك في التي ترفع الرضاع حيضتها أنها لا تحل حتى تحيض ثلاث حيض وليست كالمرتابة ولا المستحاضة

قال والمرتفعة الحيض من المرض كالمرتابة في العدة

قال أبو عمر تأتي مسألة المرتابة في بابها - إن شاء الله تعالى

1 (17 - باب ما جاء في متعة الطلاق)

1163 - مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فمتع بوليدة

قال أبو عمر لم يختلف العلماء أن المتعة التي ذكر الله - عز وجل - في كتابه بقوله تعالى وللمطلقت متع بالمعروف البقرة 241 وقوله عز وجل ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره البقرة 236 أنها غير مقدرة ولا محدودة ولا معلوم مبلغها ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزه بل هي على الموسع بقدره وعلى المقتر أيضا بقدره متاعا بالمعروف كما قال الله عز وجل

لا يختلف العلماء في ذلك وإنما اختلفوا في وجوبها وهل تجب على كل

الاستذكار ج:6 ص:118

مطلق أو على بعض المطلقين على ما نذكره في هذا الباب - إن شاء الله تعالى
فأما خبر عبد الرحمن بن عوف من بلاغات مالك فرواه معمر عن أيوب عن سعيد بن جبير عن سعد بن إبراهيم أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فمتعها بخادم
ومعمر والثوري وبن جريج عن سعد بن إبراهيم قال متع عبد الرحمن بن عوف بجارية سوداء قال بن جريج في حديثه فثمنها ثمانون دينارا
وبن عيينة عن عمرو بن دينار عن صالح بن إبراهيم أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فمتعها بجارية سوداء
ومعمر عن أيوب عن بن سيرين قال كان يمتع بالخادم أو النفقة أو الكسوة قال ومتع الحسن بن علي - رضي الله عنهما - بمال كثير أحسبه قال عشرة آلاف درهم
وأبو أسامة عن أبي العميس عن الحسن بن سعد عن أبيه أن الحسن بن علي متع امرأته بعشرة آلاف درهم
والثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه عن الحسن بن سعد عن أبيه قال متع الحسن بن علي امرأتين بعشرين ألفا وزقين من عسل فقالت إحداهما أراها الجعفية ((متاع قليل من حبيب مفارق))
وإسرائيل عن أبي إسحاق قال متع الحسن بن علي بعشرة آلاف درهم فلما أتيت المرأة بها وضعته بين يديها فقالت ((متاع قليل من حبيب مفارق))
ومتع شريح بخمسمائة درهم
ومتع الأسود بن يزيد بثلاثمائة درهم

ومتـــــع عـــــروة بـــــن الزبيـــــر بخـــــادم فقـــال قتـــادة المتعـــة جلبـــاب ودرع وخمـــار وقال الزهري بلغني أن المطلق كان يمتع بالخادم والحلـــــــــــــــــة والنفقـــــــــــــــــة

وروى بن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع عـن بن عمـر قـال أدنـى مـا أرى أنـه يجـزئ مـن متعـة النســـــــــاء ثلاثـــــــــون درهمـــــــــا وأبـــــو مجلـــز عـــن بـــن عمـــر نحـــوه ومتع بن عمر بوليدة

الاستذكار ج:6 ص:119

ذكره أبو بكر عن أبي نعيم عـن العمـري عـن نـافع عـــــــــن بـــــــــن عمـــــــــر

وقال مالك في آخر هذا الباب ليـس للمتعـة عنـدنا حـــد معـــروف فـــي قليلهـــا ولا كثيرهـــا قـال أبـو عمـر هـذا قـول جماعـة أهـل العلـم

1164 - مالك عن نافع عن عبد اللـه بـن عمـر أنـه كان يقول لكل مطلقة متعـة إلا الـتي تطلـق وقـد فرض لها صداق ولم تمس فحسبها نصف ما فرض لهـــا

1165 - مالك عن بن شهاب أنه قال لكـل مطلقـة متعـــة

قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلـك

قال أبو عمر اختلف العلماء فيمن تجب لها المتعـة مـــــــــــــــــن المطلقـــــــــــــــــات

فروي عن بن عمر من وجـوه مـا ذكـره مالـك عـن نـــــــــــــــــافع عنـــــــــــــــــه

وبه قال قتادة وإبراهيم وشريح القاضي ومجاهـد وعطاء ونافع كل هؤلاء يقول لا متعة للتي طلقت قبل الدخول وقد كان فرض لهـا صـداق ويقولـون حســـــــــبها نصـــــــف الصـــــــداق

وعلى هذا جمهور العلماء فـي الـتي طلقـت قبـل الـــدخول بهـــا وقـــد كـــان فـــرض لهـــا

وقال آخرون لكـل مطلقـة متعـة دخـل بهـا أو لـم

يدخل بها فرض لها أو لم يفرض لها منهم الحسن البصري وأبو العالية وأبو قلابة وسعيد بن المسيب وبن شهاب الزهري إلا أن الزهري يقول إذا لم يفرض لها وطلقت قبل الدخول فالمتعة واجبة وإن فرض لها وطلقت قبل الدخول فالمتعة - حينئذ - يندب إليها

وهو قول الكوفيين ذكره عبد الرزاق عن معمر وبن جريج عن بن شهاب

وأما اختلافهم في وجوب المتعة فكان شريح يجبر عليها في أكثر الروايات عنه روى وكيع عن سفيان عن الزبير بن عدي عن زيد بن الحارث عن شريح أن رجلا طلق ولم يفرض ولم يدخل فأجبره شريح على المتعة

الاستذكار ج:6 ص:120

وقد روى معمر عن أيوب عن بن سيرين عن شريح أنه سمعه يقول لرجل طلق متع فلم أدر ما رد عليه فسمعت شريحا يقول متع إن كنت من المحسنين لا تأب أن تكون من المتقين قال أبو عمر يحتمل أن يكون هذا معناه في التي فرض لها وطلقت قبل الدخول كقول بن شهاب وغيره فلا يعد شيء من ذلك عنه خلافا وقال عبد الله بن مغفل إنما يجبر على المتعة من طلق ولم يفرض ولم يدخل وكذلك قال إبراهيم والشعبي والكوفيون وأما اختلاف الفقهاء - أئمة الفتوى بالأمصار في وجوب المتعة

فقال مالك لا يجبر أحد على المتعة سمى لها أو لم يسم دخل بها أو لم يدخل وإنما هي مما ينبغي أن يفعله وليس يجبر عليها

قال وليس للملاعنة متعة على حال من الأحوال

وقال أبو الزناد وبن أبي ليلى المتعة ليست

بواجبة على أحد - إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل لا يجبر أحد عليها
ولم يفرقوا بين المدخول بها وغير المدخول بها وبين من سمى لها وبين من لم يسم لها
قال أبو عمر من حجة مالك أن المتعة لو كانت فرضا واجبا يقضي به لكانت مقدرة معلومة كسائر الفرائض في الأموال فلما لم تكن كذلك خرجت من حد الفروض إلى حد الندب والإرشاد والاختيار وصارت كالصلة والهدية
هذا أحسن ما احتج به أصحابه له
وقال الشافعي المتعة واجبة لكل مطلقة ولكل زوجة إذا كان الفراق من قبله أو لم يتم إلا به إلا التي سمي لها وطلقها قبل الدخول
قال أبو عمر لأنها قد جعل لها نصف الصداق ولم يستمتع منها بشيء
قال ولا مرأة العنين متعة
وقال به سائر أصحاب الشافعي في امرأة العنين لأن ما نزل به من داء العنة كان سبب الفرقة إلا المزني فإنه قال لا متعة لها لأن الفراق من قبلها

قال أبو عمر حجة الشافعي عموم قول الله عز وجل وللمطلقت متع بالمعروف البقرة 241 فلم يخص

ومثله قوله عز وجل إذا نكحتم المؤمنت ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن الأحزاب 49
وروى عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه لكل مطلقة متعة
وعن جماعة من التابعين قد ذكرناهم
وقول الشافعي في هذه المسألة هو قول بن عمر نصا
ويحتمله قول علي وغيره

وحجتهم للشافعي أيضا في إيجاب المتعة أن اللـه تعالى أمر بها الأزواج وقال تعالى وللمطلقت متع بـالمعروف حقـا علـى المتقيـن البقـرة 241 وفي آية أخرى حقا على المحسنين البقـرة 236 ومعلـوم أن اللـه إذا أوجـب علـى المتقيـن والمحسنين وجب علـى الفجـار والمسـيئين ليـس فـي تـرك تحديـدها مـا يسـقط وجوبهـا كنفقـات البنيـن والزوجـات قـال اللـه عـز وجـل وعلـى المولـود لـه رزقهـن وكسـوتهن بـالمعروف البقـرة 233 ولم يجد شيئا مقدرا فيما أوجب من ذلك بـل قـال عز وجل لينفق ذو سعة من سـعته الطلاق 7 الآيـة كما قال فـي المتعـة علـى الموسـع قـدره وعلـى المقـتر قـدره البقـرة 236

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبـة إذ شـكت إليـه أن زوجها أبا سفيان لا يعطيها نفقة لها ولا لبنيها ((خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف)) (1) فلـم يقـدر

وقـال أبـو حنيفـة وأصـحابه المتعـة واجبـة للـتي طلقت قبـل الـدخول ولـم يسـم لهـا هـذه وحـدها المتعـة واجبـة لهـا

وقال أبـو حنيفـة وإن دخـل بهـا ثـم طلقهـا فـإنه يمتعهـا ولا يجـبر علـى المتعـة هـا هنـا وهو قـول الثـوري والحسـن بـن حـي والأوزاعـي وأبـي ثـور

إلا أن الأوزاعي قال إن كان أحد الزوجين مملوكـا لم تجب المتعة وإن طلقها قبل الدخول ولم يسـم له مهرا

الاستذكار ج:6 ص:122

وقد روي عن الشافعي مثل قول أبي حنيفـة فـي ذلـك

وتحصيل مذهب أبـي حنيفـة وأصـحابه أن لا متعـة

واجبة إلا للمطلقة التي لم يسم لها وطلقت قبل الدخول بها ولا يجتمع عندهم وجوب متعة ووجوب شيء من المهر وأدنى المتعة عندهم درع وخمار وإزار وهي لكل حرة وذمية ومملوكة إذا وقع الطلاق من جهته والله الموفق للصواب

1 (18 - باب ما جاء في طلاق العبد)

1166 - مالك عن أبي الزناد عن سليمان بن يسار أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي ﷺ أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك

1167 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي ﷺ طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتى عثمان بن عفان فقال حرمت عليك

1168 - مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي إن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي ﷺ استفتى زيد بن ثابت فقال إني طلقت امرأة حرة تطليقتين فقال زيد بن ثابت حرمت عليك 0

قال أبو عمر في هذا الخبر أن المكاتب عبد في أحكامه كلها وأن عثمان وزيدا كانا يريانه كذلك وسيأتي اختلاف الصحابة وغيرهم في المكاتب في موضعه إن شاء الله تعالى وفيه أن الحرام ثلاث عندهم لأنه إذا كان الثلاث عندهم في الحر واثنتان في العبد تحرم امرأته عليه فكذلك قول الرجل لامرأته أنت علي حرام

ألا ترى إلى قول عثمان وزيد حرمت عليك فلهذا قال مالك - والله أعلم

الاستذكار ج:6 ص:123

إن الحرام ثلاث مع اتباعه في ذلك علي بن أبي طالب - رضوان الله عليه أيضا
وأما تحريم المرأة الحرة على زوجها المطلق لها إذا كان عبدا تطليقتين فإن هذا مذهب من يقول إن الطلاق بالرجال ويراعى الحرية في ذلك والعبودية فيجعل طلاق العبد على نصف طلاق الحر - قياسا على حده فلما لم ينتصف الطلاق كان طلاقه تطليقتين كما أن عدة الأمة حيضتان إذ لا يتنصف الحيض
وأما من قال الطلاق بالنساء فإنه يقول لا تحرم الحرة على زوجة العبد حتى يطلقها ثلاثا وإن الأمة تحرم على زوجها الحر والعبد إذا طلقها طلقتين
وأما أقاويلهم في هذا الباب فذهب مالك والليث والشافعي إلى أن الطلاق بالرجال
وهو قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وبن عباس
وبه قال قبيصة بن ذؤيب وعكرمة وسليمان بن يسار والشعبي ومكحول وسعيد بن المسيب كل هؤلاء يقول الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
وهذا أصح عن بن عباس من رواية من روى عنه الطلاق والعدة بالنساء
وروى وكيع عن هشام عن قتادة عن عكرمة عن بن عباس قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
وقال الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن حي الطلاق والعدة بالنساء
وهو قول علي بن أبي طالب وبن مسعود وعبد الله بن عباس في رواية
وبه قال إبراهيم والحسن وبن سيرين ومجاهد

وطائفة كلهم يقول الطلاق والعدة بالنساء ولم تختلف هاتان الطائفتان أن العدة بالنساء وإنما حصل اختلافهم في الطلاق هل هو بالرجال أو بالنساء
وفيها قول ثالث أنها رق نقص طلاقه قاله عثمان البتي وغيره وروي ذلك عن بن عباس فعلى هذا طلاق العبد للحرة والأمة تطليقتان وتبين الأمة من الحر والعبد بتطليقتين

الاستذكار ج:6 ص:124

وقد روي عن بن عمر خلاف ذلك ذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني علي بن مسهر عن عبيد الله عن نافع عن بن عمر قال إذا كانت الحرة تحت العبد بانت بطلقتين بتطليقتين وعدتها ثلاث حيض وإذا كانت الأمة تحت الحر بانت منه بثلاث وعدتها حيضتان فهذا نص عن بن عمر في أن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
وبه قال أحمد بن حنبل أيضا قال أحمد إذا طلق العبد امرأته تطليقتين حرمت عليه ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء كانت حرة أو أمة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وقول إسحاق في ذلك كقول أحمد
1169 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول إذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان وهذا مثل الذي قدمنا عن بن عمر من رواية عبيد الله عن نافع عنه أن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن روى عن بن عمر غير ذلك فلا يصح والله أعلم
1170 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد

ليس بيد غيره من طلاقه شيء فأما أن يأخذ الرجل أمة غلامه أو أمة وليدته فلا جناح عليه قال أبو عمر أما قول بن عمر فالطلاق بيد العبد فعلى هذا جمهور العلماء ولم يختلف في ذلك أئمة الأمصار كلهم يقول الطلاق بيد العبد لا بيد السيد وكلهم لا يجيز النكاح للعبد إلا بإذن سيده وشذت طائفة فقالت الطلاق بيد السيد وأعلى من روى ذلك عنه عبد الله بن عباس وجابر بن عبد الله

الاستذكار ج:6 ص:125

ذكر عبد الرزاق عن بن جريج عن عطاء أن بن عباس كان يقول طلاق العبد بيد سيده إن طلق جاز وإن فرق فهي واحدة وعن بن جريج عن عمرو بن دينار عن بن عباس - أيضا - معناه وعن بن جريج قال أخبرني أبو الزبير سمع جابر بن عبد الله يقول في الأمة والعبد سيدهما يجمع بينهما ويفرق وبن جريج عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء انه قال لا طلاق لعبد إلا بإذن سيده فهؤلاء قالوا بأن الطلاق بيد السيد وأما القائلون بأن الطلاق بيد العبد فهو الجمهور على ما ذكرت لك منهم عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن عمر - رضوان الله عليهم ومن التابعين سعيد بن جبير وإبراهيم النخعي وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وبن سيرين ومكحول وبن شهاب الزهري والضحاك بن مزاحم وعليه جماعة فقهاء الحجاز والعراق أئمة الأمصار وكان عروة بن الزبير يذهب في هذا الباب مذهبا خلاف بن عباس في بعض هذا المعنى وخلاف هذا الجمهور في بعضه أيضا ذكر عبد الرزاق عن بن جريج قال أخبرني هشام

بن عروة قال سألنا عروة عن رجل أنكح عبده امرأة ه ل يصلح له أن ينتزعها منه بغير طيب نفسه فقال لا ولكن إذا ابتاعه وقد أنكحه غيره فهو أملك بذلك إن شاء فرقهما وإن شاء تركهما قال أبو عمر جعل عروة الفراق إلى السيد المبتاع ومنع منه البائع
والمعنى في ذلك أن السيد المبتاع لما لم يكن هو الذي أذن في النكاح للعبد كان عنده كسيده نكح عبده بغير إذنه فله الخيار في أن يجيز النكاح أو يفرق بينهما
وهذا عند لأن المبتاع إنما يملك من العبد ما كان البائع يملك منه ويتصرف فيما كان البائع يتصرف فيه من ذلك العبد فلما لم يكن للبائع أن يفرق بينهما بإذنه في النكاح كان كذلك المبتاع إذا دخل على ذلك
وإنما هو عيب من العيوب إذا رضي به المبتاع عند عقد البيع أو بعده لزمه وإن لم يعلم به ثم علم كان له الرد أو الرضا بالعيب

الاستذكار ج:6 ص:126

وأما قول بن عمر وأما أن يأخذ الرجل أمه غلامه أو أمه وليدته فلا جناح عليه فالمعنى في ذلك عند مالك أن السيد له أن يأخذ ما بيد عبده من جميع ماله ما لم يأذن له في تجارة مداينة الناس على ما بيده من ذلك المال
والعبد عنده يملك كلما ملكه سيده أو غيره ولسيده أن ينتزع منه ماله كله أو ما شاء منه وملكه عبده ليس كملكك الحر الذي لا يحل لأحد منه شيء إلا عن طيب نفسه وإنما مال العبد مال مستقر بيده ما لم ينتزعه منه سيده وله أن يتسرى فيه عند مالك وأصحابه ومن قال بقولهم لأنه لا خلاف عن بن عمر أنه كان يأذن لعبيده أن يتسروا فيما بأيديهم من المال وهو قول أكثر أهل السلف

وكان مالك لا يرى الزكاة على العبد مما بيده من المال ولا على السيد في ذلك المال - قياسا على أن المكاتب الذي أجمعوا على أنه لا زكاة عليه ولا على سيده فيما بيده من المال
وكان أبو ثور وداود يقولان العبد يملك ملكا صحيحا كملك الحر وعليه الزكاة فيما بيده من المال إذا حال عليه وهو في يده حول كامل وهما مع ذلك يجيزان للسيد انتزاع ذلك المال منه إذا شاء
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما العبد لا يملك شيئا بحال من الأحوال وكل ما بيده من مال فإنما هو لسيده بدليل الإجماع على أن لسيده أن يأخذ منه كل ما له من المال من كسبه وغير كسبه

وقالوا لو كان يملك لورث بنيه وقرابته وورثته بنوه وقرابته ولهم في ذلك حجج يطول ذكرها ولمخالفيهم أيضا حجج يحتجون بها ليس كتابنا هذا موضعا لذكرها

1 (19 - باب نفقة الأمة إذا طلقت وهي حامل)

قال مالك ليس على حر ولا عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا بائنا نفقة وإن كانت حاملا إذا لم يكن له عليها رجعة
قال أبو عمر على هذا جمهور أهل الفتوى بالأمصار لأن المملوكة لا تستحق النفقة إلا بالمعنى تستحقه به الحرة وهو تسليم سيدها لها لأن الحرة إذا دعي زوجها إلى البناء بها وكانت ممن يمكن وطؤها وجبت النفقة لها

الاستذكار ج:6 ص:127

وكذلك إذا دعا الزوج إلى البناء وكانت ممن توطأ لزم إسلامها إليه ووجبت بذلك نفقتها عليه فإذا امتنعت منه لم تجب لها نفقة كالناشز

وكذلك المملوكة إذا لم يسلمها زوجها إلى سيدها ويبوءها معه بيتا لم يلزمه لها نفقة لمنعه لها لأن لسيدها أن يستخدمها ولا يسلمها إليه فإن كانت المملوكة لا تجب لها النفقة إلا لما وصفنا فأحرى ألا تجب لها نفقة إذا كانت مطلقة وإنما سقطت نفقة المملوكة الحامل من أجل أن ولدها مملوك لسيدها فلا تلزم أحد نفقة على عبده لغيره

وهذا كله قول مالك ومعناه

وقد روي عن مالك أن النفقة للأمة على زوجها وإن لم يبوءها معه بيتا إذا لم يحل بينه وبينها

وقال الشافعي وعلى العبد نفقة امرأته الحرة المسلمة والكتابية ونفقة الأمة إذا بوئت معه بيتا وإذا احتاج سيدها إلى خدمتها فكذلك له ولا نفقة لها

قال ونفقته لها نفقة المعتمر لأنه ليس من عبد إلا وهو يقتر لأن كل ما بيده لسيده

قال وليس على العبد أن ينفق على ولده أحرارا كانوا أو مماليك

قال وإذا كان الولد من حرة وأبوه مملوك فأمهم أحق بهم وليس على الأب إذا لم تكن فيه الحرية نفقة ولده من زوجة له حرة

وقال الكوفيون من طلق زوجته وهي أمه طلاقا بائنا وقد كان بوأها معه بيتا وضمها إليه وقطعها عن خدمته فإن النفقة لها على مطلقها ولا نفقة لها على مطلقها إذا كان مولاها لم يبوءها معها بيتا

قال أبو عمر قد أوجب قوم من السلف نفقته نفقة زوجته الحامل

ذكر أبو بكر قال حدثني عبد الأعلى عن يونس عن الحسن في الحرة تحت العبد والأمة تحت الحر فيطلقان وهما حاملان لهما النفقة

قال وحدثني عبد الرحمن بن محمد المحاربي عن

الشيباني عن الشعبي في العبد يطلق امرأته وهي حامل قال عليه النفقة حتى تضع

الاستذكار ج:6 ص:128

قال وحدثني حفص عن أشعث عن الحكم قال إذا طلق العبد امرأته وهي حرة أنفق عليها حتى تضع فإذا وضعت لم ينفق عليها
قال وحدثني عبد الأعلى عن معمر عن الزهري في الحر إذا كانت تحته أمة فطلقها حاملا قال عليه النفقة حتى تضع قال وليس عليه أجر الرضاع
وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري وقتادة في الحرة يطلقها العبد حاملا قالا النفقة على العبد وليس عليه أجر الرضاع
وقال في الحر تحته الأمة كذلك وفي العبد تحته الأمة كذلك
قال وسمعت الزهري يقول في الأمة الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها
وقال بن جريج بلغني أن الحرة إذا طلقها العبد حاملا لا ينفق عليها إلا بإذن سيده والأمة كذلك
قال وإذا وضعت فلا ينفق على ولده من أجل أنه لا يرثه
قال أبو عمر لما لم تجب نفقة الولد على العبد ولا حق الرضاع كان ذلك دليلا على أن النفقة على الحامل المبتوتة لا تجب لأن النفقة عليها إنما هي من أجل ولدها
وأما الرجعية فحكمها حكم الزوجة في النفقة والسكنى بإجماع من العلماء فالعبد فيها كهو في زوجته سواء وبالله التوفيق
وقال أحمد في الأمة إذا زوجت لزم زوجها أو سيدها النفقة إن كان مملوكا وإن كانت أمة تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى اتفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده
فإن كان لها أم ولد لم تلزم الزوج نفقة ولدها حرا

كان أو عبدا ونفقتهم على سيدهم وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت أو أمة
قال أبو عمر من أوجب النفقة للمبتوتة الحامل على الحر أو العبد أوجبها بظاهر القرآن من قوله تعالى وإن كن أولت حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن الطلاق 6
ومن أخرج العبد من هذا الخطاب أخرجه بالدليل المخرج في كل ما يجب من الحقوق في الأموال فلما لم تجب عليه زكاة ما بيده من المال ولا أن يتلف منه

شيئا إلا بإذن سيده كان كذلك لا يخرج مما بيده من مال سيده في إنفاقه على زوجته وسنوضح أقوالهم في السنة بإذن العبد في النكاح حيث يجب - إن شاء الله تعالى وبالله التوفيق

1 (20 - باب عدة التي تفقد زوجها)

1171 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل
قال مالك وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها
قال مالك وذلك الأمر عندنا وإن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها
قال مالك وأدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال يخير زوجها الأول إذا جاء في صداقها أو في امرأته
قال أبو عمر روي عن عمر وعثمان في المفقود أن زوجته تتربص أربع سنين بعد شكواها إلى السلطان ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تنكح إن

شـــاءت
وإلـى قـول عمـر وعثمـان ذهـب مالـك فـي ذلـك والمفقود عنده وعند أصحابه على وجوه سنذكرها فيمـــــا بعـــــد إن شـــــاء اللـــــه تعـــــالى
وقـال الليـث نحـو قـول مالـك فـي ضـرب الأجـل لامـــــــــــــــــــرأة المفقـــــــــــــــــود
وخـالفه فيمـا نـذكره عنـه إن شـاء اللـه تعـالى
وروي عن علي مثل قول عمر وعثمان في ذلك إلا أن الأشهر والأكثر عن علي خلافه وذلك أن زوجــة المفقــود لا تنكــح عنــده حــتى تســتيقن مــوته
وعلى قول علي في أن امرأة المفقـود لا يضـرب لها أجل أربع سنين ولا أقل ولا أكثر وأنهـا لا تنكـح حتى يصح مـوته وتسـتحق ميراثـه ذهـب إلـى هـذا الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء

الاستذكار ج:6 ص:130

وروى خلاس عن علي قال تتربص امرأة المفقـود أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثـم تعتـد أربعـة أشـــــــــــــــهر وعشـــــــــــــــرا
وأحاديث خلاس عن علي منقطعة ضعاف وأكثرهـا منكـــــــــــــــــــــــــــــــــــــرة
وأصح ما فيه عن علي ما رواه منصور عن المنهال بن عمرو عن عباد بن عبد الله عن علـي قـال فـي امرأة المفقود هي امرأته - يعني أبدا - حتى يصـح مـــــــــــــــــــــــــــــــــــــوته
ورواه الحكم عن علي من وجوه سنذكرها بعد - إن شـــــاء اللـــــه عـــــز وجـــــل
وأما قول مالك أدركت النـاس ينكـرون الـذي قـال بعض الناس على عمر بن الخطـاب أنـه قـال يخيـر زوجها الأول إذا جـاء فـي صـداقها أو فـي المـرأة فهو عن عمر منقول بنقل العدول من رواية أهــل الحجـــــــــاز وأهـــــــــل العـــــــــراق
ذكر عبد الـرزاق عـن معمـر عـن الزهـري عـن بـن المسيب أن عمر وعثمـان قضـيا فـي المفقـود أن

امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا بعد ذلك ثم تزوج فإن جاء زوجها الأول خير بين الصداق وبين امرأته
قال الزهري يعزمه الزوج
وقال معمر وأما نحن فنقول تعزمه المرأة وهذا أحب القولين إلينا
وذكر أبو بكر قال حدثني عبد الوهاب الثقفي عن خالد الحذاء عن أبي نضرة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال شهدت عمر خير مفقودا تزوجت امرأته بينها وبين المهر الذي ساقه إليها
وقال حدثني عبد الأعلى عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا إن جاء زوجها خير بين امرأته وبين الصداق الأول
وقال حدثني عبد الأعلى عن داود عن العباس بن عبد الرحمن عن حميد بن عبد الرحمن أن عمر خير المفقود وقد تزوجت امرأته فاختار المال فجعله على زوجها الأحدث
قال حميد فدخلت على المرأة التي قضى فيها فقالت أعنت زوجي الأحدث بوليدة
قال وحدثني بن نمير قال حدثني سعيد عن قتادة عن أبي مليح عن سهيمة بنت عمير الشيبانية قال نعي إلي زوجي من قنداييل فتزوجت بعده العباس بن طريف أخا بني قيس فقدم زوجي الأول فانطلقنا إلى عثمان وهو محصور فقال

الاستذكار ج:6 ص:131

كيف أقضي بينكم وأنا على هذه الحال قلنا قد رضينا بقضائك فخير الزوج بين الصداق وبين المرأة فلما أصيب عثمان انطلقنا إلى علي وقصصنا عليه القصة فخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فاختار الصداق فأخذ مني ألفين ومن الزوج الآخر ألفين
قال أبو عمر هذا لا يروى عن علي إلا من هذا الوجه والمعروف عنه خلافه على ما نذكره أن شاء

الله تعالى
وقد روي هذا الخبر عن عبد الرزاق عن معمر عن أيوب قال كتب الوليد إلى الحجاج أن سل من قبلك عن المفقود إذا جاء وقد تزوجت امرأته فسأل الحجاج أبا مليح بن أسامة فقال أبو المليح حدثتني سهيمة بنت عمير الشيبانية أنها فقدت زوجها في غزاة غزاها فلم تدر أهلك أم لا فتربصت أربع سنين ثم تزوجت فجاء زوجها الأول وقد تزوجت
قالت فركب زوجاي إلى عثمان فوجداه محصورا فسألاه وذكرا له أمرهما فقال عثمان أعلى هذا الحال قالا إنه أمر قد وقع ولا بد فيه من القول فقال عثمان يخير الأول بين امرأته وبين صداقها قال فلم يلبث أن قتل عثمان فركبا بعده حتى أتيا عليا بالكوفة فسألاه فقال أعلى هذه الحال فقالا قد كان ما ترى ولا بد من القول فيه قالت وأخبره بقضاء عثمان إلا ما قال عثمان فاختار الأول الصداق قالت فأغنت زوج الآخر بألفين وكان الصداق أربعة آلاف وذكر تمام الخبر
قال أبو عمر يمكن أن يكون علي - رضي الله عنه - أمضى قضاء من قبله إن كانت مسألة اجتهاد وأما رواية المعروف فعل غير ذلك
وروي من حديث بن أبي ليلى عن عمر ومن حديث أبي عمر الشيباني عن شعبة عن عمر في امرأة المفقود أنها تعتد أربع سنين
وهذا ليس بشيء والصواب ما رواه سعيد بن المسيب أن عمر أمرها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا
وروى عبيد بن عمير في امرأة المفقود أنه أمرها أن تتربص أربع سنين ثم فعلت فأمرها أن تعتد ثلاثة قروء ففعلت ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا
وروي عنه من وجوه أنه أمر ولي زوجها المفقود

فطلقها
وهذا اضطراب في ذلك عن عمر ورواية سعيد أشبه - إن شاء الله تعالى

الاستذكار ج:6 ص:132

ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا الثوري عن منصور عن الحكم عن علي قال تتربص امرأة المفقود حتى تعلم أحي هو أم ميت
وأخبرنا معمر عن بن أبي ليلى عن الحكم أن عليا قال هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق
قال وأخبرنا بن جريج قال بلغني أن بن مسعود وافق عليا أنه تنتظره أبدا
وذكر أبو بكر عن بن عياش عن الحكم عن علي قال إذا فقدت زوجها لم تزوج حتى يقتل أن يموت
ويشهد بصحة مرسل الحكم حديث المنصور عن المنهال بن عمرو عن عباد بن عبد الله عن علي في امرأة المفقود قال هي امرأته يعني - حتى يصح موته
وبهذا قال أبو قلابة وإبراهيم والشعبي وجابر بن زيد وبن سيرين والحكم وحماد
وأما اختلاف الفقهاء أئمة الفتوى بالأمصار في المفقود
فقال مالك في ((موطئه)) ما ذكرناه
وروى بن القاسم عن مالك قال تنتظره امرأته أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل فإن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها
قال ويضرب الأجل أربع سنين من حين يرفع إلى الحاكم لا من يوم فقد فإن رجع قبل أن تتزوج فهو أحق بها وللمرأة إن لم يرجع المهر كاملا
وقال مالك في الأسير يعرف خبره ثم انقطع فلم يعرف له موت ولا حياة لا يفرق بينه وبين امرأته
قال والعبد إذا غاب أجله سنتان ومال المفقود لا

يحرك إلا أن يأتي عليه من الزمان ما يعلم أنه ليس بحي والمفقود إذا رجع بعد عقد الثاني فلا سبيل للأول إليها ثم سمعه بن القاسم يقول الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني
وقال في ((المدونة)) كان مالك يقول إذا عقد الثاني ولم يدخل فلا سبيل للأول إليها ثم وقف قبل موته بعام فسمعته يق ول الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني
وبه قال بن القاسم وأشهب

وقال المغيرة وبن كنانة وبن دينار بقوله الأول
قال أبو عمر قوله الأول في ((الموطأ)) فأرى عليه إلا أن مات
وقال الليث إذا قدم المفقود بعد الأجل قبل أن يتزوج فليس للإمام عليه طلاق وإن تزوجت بعد الأجل ثم جاء زوجها فاختار امرأته فليس عليه طلاق
وقال الشافعي في امرأة الغائب أفي غيبة كانت لا تعتد ولا تنكح أبدا حتى يأتيها بيقين وفاته قال ولو اعتدت - بأمر حاكم - بعد الأربع سنين أربعة أشهر وعشرا أو نكحت ودخل بها الزوج كان حكم الزوجية بينها وبين زوجها بحاله
قال إنه ممنوع من فرجها بوطء شبهة ولا نفقة لها من حيث نكحها ولا في عدتها من الوطء الفاسد أنها مخرجة نفسها من يده
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تتزوج امرأة حتى تثبت وفاته
قال المفقود يخرج في وجه فيفقد فلا يعرف موضعه ولا يستبين أمره أو يأسره العدو فلا يستبين موته
وهو قول الثوري وقول صالح والحسن بن حي
وقال عثمان البتي في المفقود تتزوج امرأته فيجيء وهي متزوجة أنه أحق بها ويرد على الزوج

الأخيـر بهـذه أنـه إنمـا تـزوج امـرأة لهـا زوج قال أبو عمر اتفق الثوري وأبو حنيفـة والشـافعي وأصحابهم والحسن بن صـالح أن امـرأة المفقـود فلا تنكـح أبـدا حـتى تعلـم وفـاته أو طلاقـه وقد كان الشافعي يقول فيها ببغداد بقـول مالـك على ما روي عن عمر ثم رجع عـن ذلـك إلـى قـول علـي - رضـي اللـه عنهمـا والمفقـود عنـد مالـك علـى أربعـة أوجـه مفقود بين الصـفين فـي أرض العـدو ويعمـر مـن السـبعين إلـى الثمـانين والأسير الذي تعرف حياته وقتـا ثـم ينقطـع خـبره فلا يعـرف لـه مـوت ولا حيـاة لا يفـرق بينـه وبيـن امرأتـه ويعمـر أيضـا ومفقـود يخـرج فـي وجهـة لتجـارة أو غيرهـا فلا يعـرف موضـعه ولا تعلـم حيـاته ولا مـوته فـذلك تـتربص زوجتـه أربـع سـنين ثـم تعتـد ومفقود في معركة الفتنة ينعى إلى زوجته يجتهد فيه الإمام

الاستذكار ج:6 ص:134

ولأصحاب مالك اختلاف كثير في الذي يظهـر فـي صف القتال ثم يفقد قد ذكرتـه فـي كتـاب أقـوال اختلاف مالـك وأصـحابه وروى أشهب وبن نافع عن مالـك فـي الـذي يـرى في صف القتال ثم لا يعلم أقتل أم ما فعل الله به ولا يسـمع لـه خـبر قال مالك يضرب له أجل سنة مـن يـوم ينظـر فيـه السلطان ثم تعتد امرأته وسواء كان ذلك في أرض الإسـلام أو فـي أرض الحـرب وروى عيسى عن بـن القاسـم عـن مالـك إذا فقـد في فتن المسلمين ورئي فـي المعـترك أو لـم يـر أنه ينتظر يسيرا قدر ما يرجع الخارج والمنهزم ثم تعتـد امرأتـه ويقسـم مـاله ذكـره العتـبي قال وقال سحنون أراه بمنزلة المفقود في جميع

أحـــواله
وفي هـذا البـاب قـال مالـك وبلغنـي أن عمـر بـن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنهـا ثـم يراجعهـا فلا يبلغهـا رجعتـه وقـد بلغهـا طلاقه إياها فتزوجت أنه إن دخل بها زوجها الآخـر أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي كـان طلقهـــــــــــــــــــــا إليهـــــــــــــــــــا
قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلي في هـذا وفـي المفقــود
قال أبو عمر بلاغ مالك هذا علـى آحـاد قـوليه لأنـه قد روي معنى قوله الثاني في هذا الخبر عن عمـر نــذكرها - إن شــاء اللــه عــز وجــل - وقــوله فــي ((موطئه)) وهذا أحب ما سمعت إلي دليل على أنه سمع فيه الاختلاف عـن عمـر وقـوله هـذا فـي ((مـــــوطئه)) عنـــــد جميـــــع الـــــرواة
وقد شهد يحيى موته وهو من آخـر أصـحابه عرضـا ((للموطـــــــــــــــــــأ)) عليـــــــــــــــــــه
وروى سحنون عن بن القاسم فـي هـذه المسـألة وفي مسألة المفقود أن مالكا رجع قبل موته بعام فقــال الأول أحــق بهــا مــا لــم يــدخل الثــاني وبـــــه يقـــــول بـــــن القاســــم وأشــــهب
وقال المدنيون من أصحابه بما في ((الموطـأ)) في مسألة المرتجع ومسألة المفقود أنـه إذا عقـد الثاني فلا سبيل إلى الأول إليها دخـل الثـاني بهـا أو لــــــــــــــم يــــــــــــــدخل
وقـول الشـافعي والكـوفيين فـي هـذه المسـألة كقــــــــولهم فــــــــي مســــــــألة المفقــــــــود
ذكر أبو بكر قال حدثني أبو معاويـة عـن الشـيباني عن الشعبي قال سـئل عمـر عـن رجـل غـاب عـن امرأته فبلغها أنه مات ثم جـاء الـزوج الأول فقـال عمر

الاستذكار ج:6 ص:135

يخير الزوج بين الصداق وامرأته فإن اختار الصداق تركها مع الآخر وإن شاء اختار امرأته قال وقال علي لها الصداق من الآخر بما استحل من فرجها ويفرق بينه وبينها ثم تعتد ثلاث حياض ثم ترد على الأول

وأما بلاغ مالك عن عمر في الذي طلق فأعلنها فارتجع ولم يعلمها حتى رجعت نكحت فهو غير مشهور عن عمر من رواية أهل الحجاز وأهل العراق

وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن عبد الكريم الجزري عن سعيد بن المسيب ومعمر عن منصور عن إبراهيم أن أبا كنف طلق امرأته ثم خرج مسافرا وأشهد على رجعتها قبل انقضاء عدتها ولا أعلم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عن ذلك على رجعتها قبل انقضاء العدة ولا علم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عن ذلك عمر بن الخطاب فقال إن دخل بها فهي امرأته وإلا فهي امرأتك إن أدركتها قبل أن يدخل بها

قال وأخبرناه الثوري عن حماد ومنصور والأعمش عن إبراهيم قال طلق أبو كنف - رجل من نجد - امرأته واحدة أو اثنتين ثم أشهد على الرجعة فلم يبلغها حتى انقضت عدتها ثم تزوجت فجاء إلى عمر بن الخطاب فكتب له إلى أمير مصر إن كان دخل بها الآخر فهي امرأته وإلا فهي امرأة الأول

وقال علي - رضي الله عنه - هي للأول دخل بها الآخر أو لم يدخل بها

وروى وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد عن الحكم أن أبا كنف طلق امرأته ولم يعلمها وأشهد على عدتها فلم يعلمها فقال له عمر - رضي الله عنه - إذا أدركتها قبل أن تتزوج فأنت أحق بها

هكذا قال أن تتزوج المحفوظ في هذا الحديث إلا أن يدخل

وأما قوله طلق امرأته ولم يعلمها فخطأ من

الكـــــــــــاتب واللـــــــــــه أعلـــــــــــم
وإنما هو طلق وأعلمها وأشهد علـى رجعتهـا ولـم يعلمهـــا
وكيع عن شهبة عن الحكم قال قال علـي - رضـي الله عنه - إذا طلقها ثم أشهد علـى رجعتهـا فهـي امرأتـــــــه أعلمهـــــــا أو لـــــــم يعلمهـــــــا
وقال أبو بكر حدثناه عبدة عن سعيد عـن عمـر بـن عامر عن حماد عن إبراهيم عن علي كان يقول هو أحـــــق بهـــــا دخـــــل أو لـــــم يـــــدخل بهـــــا
قال أبو عمر قـال بقـول عمـر فـي هـذه المسـألة شريح والحسن وسعيد بن

المسيب وعطاء وبن شهاب وجابر بن زيد وغيرهم

وبه قال مالك والأوزاعي والليث وطائفة مع أهـل المدينـــة
ومن حجتهم ما رواه بن وهب عـن يـونس عـن بـن شهاب عن سعيد بن المسيب أن السنة مضت فـي الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها ثـم تحل فتنكح زوجا غيره أنه ليس له من أمرها شيء ولكنهـــــــا مـــــــن زوجهـــــــا الآخـــــــر
وهذا الخبر إنما يروى عن بن شهاب أنه قال مضت الســـــــنة لا أذكـــــــر فيهـــــــا ســـــــعيدا
ويرويه بن شهاب وغيره عـن سـعيد بـن المسـيب عن عمر أنه قضى بذلك لا ذكر فيه للسنة ولا يصـح فيـــــــــــه ذكـــــــــــر الســـــــــــنة
وهـــــو عـــــن عمـــــر مـــــع وجـــــوه كـــــثيرة وقـــــد خـــــالفه علـــــي فـــــي ذلـــــك
وقـد روى قتـادة عـن خلاس عـن علـي فـي هـذه المسألة أنه غرر الشهود الذين شهدوا في الرجعة واستكتموا واتهمهم فجلـدهم وأجـاز الطلاق ولـم يردهـــــــا إلـــــــى زوجهـــــــا الأول
وهي رواية منكرة ولو قبل شهادتهم فـي الرجعـة

ما جلدهم ولا يصح جلد الشهود عنه ولا فـي شـيء مـــــــــــــــــــــن الأصـــــــــــــــــــــول والمعروف عن علي ما رواه إبراهيم والحكم عنـه وأجمعـــوا أن مراســـيل إبراهيـــم صـــحاح وهو قول إبراهيم وفقهـاء الكـوفيين أبـي حنيفـة وأصـــحابه والثـــوري والحســـن بـــن حـــي وبه قال الشافعي وأبو ثور وداود كلهم يقول فـي ذلك بقول علي الأول أحق بهـا دخـل الثـاني أم لا وأجمع العلماء أن الأول أحق بهـا لـو جـاء قبـل أن تـــتزوج كـــانت امرأتـــه لرجعتـــه إياهـــا وهذا يدل على صحة الرجعة مع جهـل المـرأة بهـا وإذا صحت الرجعة كانت امرأة الأول وفسـخ نكـاح الآخر وأمر بفراقها وردت إلى الأول بعد العدة من الآخر لوطء الشبهة واستحقت مهرها منه إن كـان دخل بها

الاستذكار ج:6 ص:137

والحجة في ذلك قول الله عز وجل وبعولتهن أحق بردهـــن فـــي ذلـــك البقـــرة 228 وقـــد فعـــل وهـــــــــذا القـــــــــول أقيـــــــــس وقول مالك من طريق الاتباع أظهر والله الموفـق لا شريك له وبالله التوفيق

1 (21 - باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض)

1172 - مالك عن نافع أن عبد الله بـن عمـر طلـق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطـاب رسـول اللـه ﷺ عـن ذلـك فقـال رسول الله ﷺ (مرة فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثـم إن شـاء أمسـك بعـد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة الـتي أمـر

الله أن يطلق لها النساء))
هكذا روى هذا الحديث نافع عن بن عمر قال به
حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
كذلك رواه مالك وعبد الله بن عمر وأيوب وبن
جريج والليث بن سعد ومحمد بن إسحاق عن نافع
عن بن عمر
ولم يخالفهم في هذا المعنى أحد عن نافع
وكذلك رواه بن شهاب عن سالم عن بن عمر قال
فيه كما قال نافع ((حتى تطهر ثم تحيض ثم
تطهر)) ولم يختلف على بن شهاب في ذلك
وكذلك رواه علقمة عن بن عمر قال فيه حتى
تطهر ثم تحيض ثم تطهر إلا أنه لم يقل فيه قبل
أن يمس

وكذلك روى عطاء الخرساني عن بن عمر عن
النبي - عليه السلام - مثل رواية بن شهاب عن
سالم
ورواه يونس بن جبير وأنس بن سيرين وعبد
الرحمن بن أيمن وسعيد بن جبير ويزيد بن أسلم
وأبو الزبير كلهم عن بن عمر أن رسول الله
قال ((مره فليراجعها حتى تطهر ثم إن شاء
طلق وإن شاء أمسك)) لم يقولوا ثم تحيض ثم
تطهر
وكذلك رواه منصور عن أبي وائل عن بن عمر
وكذلك أيضا رواه محمد بن عبد الرحمن عن سالم
عن بن عمر إلا أن محمد بن عبد الرحمن زاد في
هذا الحديث ذكر الحامل فقال فيه إن شاء طلقها
طاهرا قبل أن يمس أو حاملا
وقد ذكرنا الآثار بذلك كله في ((التمهيد))
ولا نعلم خلافا أن طلاق الحامل إذا تبين حملها
طلاق سنة إذا طلقها واحدة وإن الحمل كله موضع
للطلاق

قال بن أبي ذئب سألت الزهري عن ذلك فقال حملها كله وقت لطلاقها ولم يختلفوا في ذلك والأصل فيه ما حدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني محمد قال حدثني أبو بكر قال حدثني وكيع عن سفيان عن محمد بن عبد الرحمن - مولى آل طلحة عن سالم عن بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي فقال ((مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا))
قال أبو عمر ذهب إلى ما رواه نافع فقهاء الحجازيين منهم مالك والشافعي فقالوا فيمن طلق امرأته حائضا إنه يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن يمس وإن شاء أمسك

الاستذكار ج:6 ص:139

وذهب أبو حنيفة وأصحابه وأكثر العراقيين إلى ما رواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وأنس بن سيرين ومن تابعهم عن عمر في هذا الحديث فقالوا يراجعها فإن طهرت طلقها إن شاء وإلى هذا ذهب المزني - صاحب الشافعي - فقالوا إنما أمر المطلق في الحيض بالمراجعة لأن طلاقه ذلك أخطأ فيه السنة فأمر أن يراجعها ليخرجها من أسباب الطلاق الخطأ ثم يتركها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم يطلقها إن شاء طلاقا صوابا
ولم يرو للحيضة الأخرى بعد ذلك معنى وصاروا إلى رواية من روى ذلك عن بن عمر
وأما القائلون بما رواه نافع ومن تابعهم في أنها تطهر ثم تحيض ثم تطهر منهم أصحاب الشافعي وغيرهم فقالوا الطهر الثاني والحيضة الثانية وجوه ومعان حسان منها أنه لما طلق في الموضع الذي نهي عنه لأن لا

تطول عدة المرأة أمر بمراجعتها ليوقع الطلاق على سنته ولا يطول في العدة على امرأته فلو أتيح له أن يطلقها إذا طهرت من تلك الحيضة كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها الأولى فأراد الله - عز وجل - على لسان رسوله أن يقطع صلاة الحائض بالوطء فإذا وطئها في الطهر لم تتهيأ له أن يطلقها وفيه أنه قد نهي أن يطلقها في طهر حتى تحيض عنده ثم تطهر بعد ذلك استأنفت عدتها بعد ذلك ولم تبن

وقيل في الطهر الثاني جعل للإصلاح الذي قال الله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلحا البقرة 228 لأن حق المرتجع أن لا يرجع رجعة ضرار لقوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا البقرة 231

قالوا فالطهر الأول فيه الإصلاح بالوطء فإذا وطىء لم يجز له أن يطلق في ذلك الطهر ولزمه أن يتزوجها حتى تحيض ثم تطهر إن أراد طلاقها وقيل إن مراجعته لها لم تعلم صحتها إلا بالوطء لأنه المنتفي من النكاح والمراجعة في الأغلب وكان ذلك الطهر موضعا للوطء الذي تستعين به المراجعة فإذا مسها لم يكن له سبل إلى طلاقها في طهر قد مسها فيه للنهي عن ذلك ولإجماعهم على أنه لو فعل كان مطلقا لغير العدة فقيل له دعها حتى تحيض أخرى ثم تطهر ثم تطلق وإن شئت قبل أن تمس

الاستذكار ج:6 ص:140

وقد جاء معنى ما ذكرنا من هذه الوجوه منصوصا في حديث بن عمر

حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني إبراهيم بن عبد الرحيم قال حدثني معلى بن عبد الرحمن الواسطي قال حدثني عبد الحميد بن جعفر قال حدثني نافع ومحمد بن قيس عن عبد

الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي في دمها حائض فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها فإذا طهرت مسها حتى إذا طهرت آخرا فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها

وقيل إنه لو أتيح له أن يطلقها بعد الطهر من تلك الحيضة كان كأنه قد أمن أن يراجعها ليطلقها فاشتبه النكاح إلى أجل ونكاح المتعة فلم يجعل له ذلك حتى يطأ

وقيل في ذلك أيضا غير ذلك ما يطول ذكره وما ذكرناه هو الذي عليه مراد معنى توجيهاتهم في قوله ثم تحيض ثم تطهر وبالله التوفيق

وأجمع العلماء على أن الطلاق في الحيض مكروه لمن أوقعه وأن من فعله لم يطلق للعدة التي أمر الله تعالى والدليل على ذلك من أخبار الآحاد العدول تغيظ رسول الله ﷺ على بن عمر حين فعل ذلك

أخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني أحمد بن صالح قال حدثني عنبسة قال حدثني يونس عن بن شهاب قال أخبرني سالم بن عبد الله عن أبيه أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ فتغيظ رسول الله ﷺ ثم قال ((مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ثم إن شاء طلقها طاهرا قبل أن يمسها فذلك الطلاق والعدة كما أمر الله عز وجل))

واختلفوا في أمر رسول الله ﷺ المطلق في الحيض بالرجعة

فقال قوم عوقب بذلك لأنه تعدى ما أمر الله به ولم يطلق للعدة فعوقب بإمساك من لم يرد إمساكه حتى يطلق كما أمر للعدة

وقال آخرون إنما أمر بذلك قطعا للضرر في

التطويل عليها لأنه إذا طلقها في الحيض فقد طلقها في وقت لا تعتد به من قرئها الذي تعتد به فتطول عدتها فنهى أن يطول عليها وأمر ألا يطلقها إلا عند استقبال عدتها

وكذلك كان بن عمر يقرأ ((فطلقوهن لقبل عدتهن))

وفي أمر رسول الله ﷺ عبد الله بن عمر بمراجعة امرأته التي طلقها حائضا دليل يبين على أن الطلاق في الحيض واقع لازم لأن المراجعة لا تكون إلا بعد صحة الطلاق ولزومه ولو لم يكن الطلاق واقعا لازما ما قال مره فليراجعها لأن من لم يطلق لا يقال له راجع لأنه محال أن يقال لرجل امرأته في عصمته لم يفارقها راجعها بل كان يقال له طلاقك لم يصنع شيئا وامرأتك بعده كما كانت قبله ونحو هذا ألا ترى أن الله عز وجل قال في المطلقات وبعولتهن أحق بردهن في ذلك البقرة 228 يعني في العدة

وهذا لا يستقيم أن يكون مثله في الزوجات غير المطلقات

وعلى هذا فقهاء الأمصار وجمهور علماء المسلمين وإن كان الطلاق عند جميعهم في الحيض مكروها بدعة غير سنة ولا يخالف الجماعة في ذلك إلا أهل البدع والجهل الذين يرون الطلاق لغير السنة غير واقع ولا لازم وقد روي ذلك عن بعض التابعين وهذا شذوذ لم يعرج عليه أحد من أهل العلم لما روي ولأن بن عمر الذي عرضت له القضية احتسب بتلك التطليقة وأفتي بذلك وهو مما لا يدفع علمه بقصة عرضت له

أخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم

بن أصبغ قال حدثني أبو قلابة قال حدثني بشر بن عمر قال حدثني شعبة عن أنس بن سيرين عن بن عمر قال طلقت امرأتي - وهي حائض - فأتى عمر النبي ﷺ فأخبره فقال له النبي - عليه السلام ((مره فليراجعها ثم ليطلقها إن شاء إذا طهرت)) فقال له أنس أفتعتد بتلك التطليقة قال نعم

وحدثني خلف بن قاسم قال حدثني عبد الله بن محمد بن المفسر قال حدثني أحمد بن علي بن سعيد القاضي المروزي قال حدثني أبو السائب سالم بن جنادة قال حدثني بن إدريس عن عبيد الله بن عمر ويحيى بن سعيد

الاستذكار ج:6 ص:142

عن نافع عن بن عمر قال طلقت امرأتي وهي حائض فأتى عمر رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فقال ((مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلقها قبل أن يراجعها وإن شاء أمسك فإنها العدة التي قال الله عز وجل)) قال عبيد الله قلت لنافع ما فعل تلك التطليقة فقال اعتد بها

وروى الشافعي قال أخبرنا مسلم بن خالد عن بن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع ليسأله هل حبس التطليقة على عهد رسول الله ﷺ فقال نعم

وروى أيوب السختياني وسلمة بن علقمة عن بن سيرين عن أبي غلاب يونس بن جبير قال فسألنا بن عمر قلت لرجل طلق امرأة وهي حائض فذكر الخبر وفيه فقلت فتعتد بتلك التطليقة فقال فمه قال أرأيت إن عجز فاستحمق

وقد ذكرنا هذا الخبر من طرق في ((التمهيد))

ومعنى قول بن عمر فيه أرأيت إن عجز واستحمق أي وهل من ذلك بد أرأيت لو تعاجز عن فرض آخر

من فرائض الله تعالى فلم يقمه أو استحمق فلم يأت به أكان يعذر فيه ونحو هذا من الإنكار على من شذ أنه لا يعتد بها والدليل على ذلك مذهب بن عمر لأنه كان يفتي فيمن طلق امرأته ثلاثا في الحيض أنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ولو كان الطلاق في الحيض غير جائز لم يلزمه ثلاثا كانت أو واحدة أخبرنا أحمد بن محمد وخلف بن حماد ق الا حدثني أحمد بن مطرف قال حدثني عبيد الله بن يحيى عن أبيه عن الليث بن سعد عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض تطليقه واحدة فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده حيضة أخرى ثم يمهلها حتى

الاستذكار ج:6 ص:143

تطهر من حيضتها فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها فتلك العدة التي أمر رسول الله ﷺ أن يطلق لها النساء وكان بن عمر إذا سئل عن ذلك قال إذا أنت طلقت امرأتك وهي حائض مرة أو مرتين فإن رسول الله ﷺ أمر بهذا وأن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك ومن جهة النظر قد علمنا أن الطلاق ليس من الأعمال التي يتقرب بها إلى الله عز وجل كالصلاة والصيام وغيرهما فلا تقع إلا على سنتها وإنما هي زوال عصمة فيها حق لآدمي فكيفما أوقعه على سنته أو على غير سنته وقع إلا أنه إن أوقعه على غير سنته أثم ولزمه ما أوقع منه ومحال أن يلزم المطيع المتبع للسنة طلاقه ولا يلزم العاصي المخالف لأنه لو لزم المطيع لم يكن

العاصي لكان العاصي أحسن حالا وأحق من المطيع
وقد احتج قوم من أهل العلم في أن الطلاق في الحيض لازم لقول الله عز وجل ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه الطلاق 1 يقول عصى ربه وفارق امرأته
واختلف العلماء فيمن طلق زوجته حائضا هل يجبر على رجعتها إن أبى ذلك
فقال مالك وأصحابه يجبر على رجعتها إذا طلقها وفي الحيض أو في دم النفاس حملوا الأمر وذلك على الوجوب وقاسوا النفاس على الحيض
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي وبن أبي ليلى وأحمد بن حنبل وإسحاق وبن شبرمة وأبو ثور والطبري يؤمر برجعتها ولا يجبر على ذلك
وقال داود كل من طلق امرأته حائضا واحدة أو اثنتين أجبر على رجعتها وإن طلقها نفساء لم يجبر على رجعتها
قال أبو عمر لم يختلفوا أنها إذا انقضت عدتها لم يجبر على رجعتها فدل ذلك على أن الأمر بمراجعتها ندب والله أعلم
وقال مالك وأكثر أصحابه يجبر المطلق في الحيض على الرجعة في

الحيضة التي طلق فيها وفي الطهر بعدها و في الحيضة بعد الطهر وفي الطهر بعدها ما لم تنقض عدتها إلا أشهب بن عبد العزيز قال يجبر على الرجعة في الحيضة الأولى ما لم تطهر منها فإذا صارت في حال يجوز له طلاقها فيه لم يجبر على رجعتها
ولم يختلف مالك وأصحابه أنه لا يطلقها في الطهر الأول لأنه يمسها فيه فإذا حاضت بعده ثم طهرت طلقها إن شاء

وأجمع العلماء أنه إذا طلقها في طهر لم يمسها فيه لم يجبر على رجعتها ولم يؤمر بذلك وإن كان طلاقه قد وقع على غير سنة وإنما يجبر ويؤمر إذا طلقها حائضا

وفي هذا الحديث دليل على أن الأقراء الأطهار لقول رسول الله ﷺ ((ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك السنة التي أمر رسول الله ﷺ أن يطلق لها النساء)) فأخبر أن الطلاق للعدة لا يكون إلا في طهر تعتد به وموضع يحتسب به من عدتها ويستقبلها من حينئذ

وكان هذا منه ﷺ بيانا لقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن الطلاق 1

وقد قرئت لقبل عدتهن أي لاستقبال عدتهن ونهى عن الطلاق في الحيض لأنها لا تستقبل العدة في تلك الحيضة عند الجميع لأن من قال الأقراء الحيض لا يجزئ بتلك الحيضة من الثلاث حيض عنده حتى تستقبل حيضة بعد طهر

وقد ذكرنا ما للعلماء في معنى نهيه ﷺ بن عمر عن الطلاق في الحيض وأمره إياه بالمراجعة فأغنى ذلك عن تكراره

وقد اختلف السلف والخلف من العلماء في معنى ((الأقراء)) التي عناه الله عز وجل بقوله ثلثة قروء البقرة 228

فقال منهم قائلون وهم أهل العراق الأطهار في معنى هذه الآية الحيض

وقال آخرون وهم جمهور أهل المدينة معناه الأطهار والطهر ما بين الحيضة والحيضة

ولم يختلف أهل اللغة والعلم بلسان العرب أن القرء يكون في اللسان العربي حيضة ويكون طهرا

ولا اختلف العلماء في ذلك أيضا وإنما اختلفوا في المعنى المراد بقوله عز

وجل والمطلقت يتربصن بأنفسهن ثلثة قروء البقرة 228 على القولين المذكورين وقد ذكرنا أن في حديث بن عمر هذا ما يدل على أن القرء الطهر

ويدل من السنة أيضا أنه الحيض قوله للمستحاضة ((اتركي الصلاة أيام أقرائك)) والصلاة لا تتركها إلا في أيام حيضها وقد أوردنا من شواهد أشعار العرب على القولين جميعا ما فيه بيان وكفاية في التمهيد))

وذكرنا - أيضا - قول من قال إن القرء الوقت وشاهده من الشعر أيضا واجتلبنا أقوال أهل اللغة هناك في الأقراء وما لوحنا به ها هنا كاف والحمد لله فمن شاهد الشعر على أن الأقراء الأطهار قول الأعشى

(وفي كل عام أنت جاشم غزوة
تشد لأقصاها عزيم عزائكا)
مررثة مالا وفي الحمد رفعة لما ضاع
فيها من قروء نسائكا)

يريد أنه لم يقرب نساءه في أقرائهن يعني أطهارهن

ومن شاهد هذا الشعر في أن القرء الحيض قول الآخر

يا رب ذي ظعن على فارض له قرء كقرء الحائض
وقد روي يا رب ذي ضب
والضب العداوة والظعن مثله
يقول إن عداوته تهيج حينا بعد حين كما

يهيج الحيض وقتا بعد وقت
وممن قال إن القرء وقت الحيض ووقت الطهر استشهد بقول الهذلي
كرهت العقر عقر بني شليل إذا هبت لقارئها الرياح

الاستذكار ج:6 ص:146

يعني لوقتها
وذكر الطحاوي قال حدثني محمود بن حسان النحوي قال حدثني عبد الملك بن هشام قال حدثني أبو زيد الأنصاري قال سمعت أبا عمرو بن العلاء يقول العرب تسمي الطهر قرءا وتسمي الحيض قرءا وتسمي الحيض مع الظهر جميعا قرءا
وقال الأصمعي أصل القرء الوقت يقال أقرأت النجوم إذا طلعت لوقتها
قال أبو عمر قول من قال إن القرء مأخوذ من قولهم قريت الماء في الحوض ليس بشيء عندهم لأن القرء مهموز وهذا غير مهموز وأما اختلاف العلماء في معنى الأقراء فذكر مالك في هذا الباب
1173 - عن بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة
قال بن شهاب فذكر ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس فقالوا إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلثة قروء البقرة 228 فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الأقراء إنما الأقراء الأطهار
1174 - مالك عن بن شهاب أنه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهائنا إلا وهو يقول هذا يريد قول عائشة

1175 - مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية بن سفيان إلى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك فكتب إليه زيد إنها إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها

الاستذكار ج:6 ص:147

قال أبو عمر ذكر هذا الحديث أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن علية عن أيوب عن نافع عن سليمان بن يسار أن الأحوص - رجلا من أهل الشام - طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين فمات وهي في الدم من الحيضة الثالثة فرفع ذلك إلى معاوية فسأل عنها فضالة بن عبيد ومن هناك من أصحاب النبي ﷺ فلم يوجد عندهم فيها علم فبعث فيها راكبا إلى زيد بن ثابت فقال لا ترثه ولو ماتت لم يرثها

قال وكان بن عمر يرى ذلك وفي هذا الباب

1176 - مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبي بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وبن شهاب أنهم كانوا يقولون إذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها

1177 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها

قال مالك وهو الأمر عندنا

1178 - مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهري أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا يقولان إذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من

الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت للأزواج
قال أبو عمر يعني وهذا كله قول من قال الأقراء الأطهار لأنه إذا طلقها في طهر لم يمسها فيه فهي تعتد به قرءا سواء طلقها في أوله أو في آخره لأن خروجها من ذلك الطهر ودخولها في دم الحيض بعده قرء ثم إذا طهرت منه ودخلت في الحيضة الثانية كان قرءا ثابتا فإذا طهرت من الحيضة الثانية وانقضى طهرها ودخلت في الحيضة الثالثة فقد كمل لها ثلاثة قروء وانقضت عدتها وبانت من زوجها وحلت للأزواج

وهذا كله قول مالك والشافعي وأصحابهما وأبي ثور وداود
وتقدمهم إلى القول من الصحابة بن عمر وزيد بن ثابت وعائشة
إلا أنه قد روي عن بن عمر وزيد أنهما قالا عدة الأمة حيضتان وعدة الحرة ثلاث حيض وزعم العراقيون أن قولهما مخالف لما روي عنهما وليس عند أهل المدينة كذلك ومن التابعين القاسم وسالم وسليمان بن يسار وأبو بكر بن عبد الرحمن وأبان بن عثمان وبن شهاب وكلهم يقول إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج ولا أعلم أحدا ممن قال الأقراء الأطهار يقول غير هذا إلا بن شهاب الزهري فإنه قال تلغي الطهر الذي طلقت فيه ثم تعتد بعده بثلاثة أطهار لأن الله تعالى يقول ثلثة قروء البقرة 228
واختلف في الآخر قول أحمد بن حنبل فقال مرة والأقراء الحيض قال الأطهار وقال الأسانيد عمن روي عنه أن الأقراء الأطهار أصح وروي عنه أيضا أنه رجع إلى قول عمر وعلي في أنها الحيض

وروي عنه أنه وقف فيها
وحكى الأثرم عنه أنه قال الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون الأقراء الحيض
وقال أبو حنيفة والثوري وأصحابه والأوزاعي والحسن بن حي وبن أبي ليلى وبن شبرمة وإسحاق بن راهويه وأبو عبيد الأقراء الحيض وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وبن مسعود وأبي موسى الأشعري
وروى وكيع بن الجراح قال حدثني عيسى بن أبي عيسى عن الشعبي قال أحد عشر أو اثنا عشر من أصحاب رسول الله ﷺ منهم أبو بكر وعمر وعلي وبن مسعود وبن عباس قالوا إذا طلق الرجل امرأة تطليقة أو تطليقتين فله عليها الرجعة ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة
وروى هذا الخبر خالد بن إسماعيل عن عيسى بن أبي عيسى عن الشعبي فقال فيه أحد عشر وأصحاب رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان وعلي

الاستذكار ج:6 ص:149

ومعاذ وبن مسعود وبن عباس وعبادة بن الصامت وأبو الدرداء وأبو موسى وأنس بن مالك
قال أبو عمر روي مثل ذلك من التابعين غير سعيد بن المسيب مكحول وربيعة وعطاء وطاوس والشعبي والحسن وقتادة الضحاك بن مزاحم وجمع
وقال الأوزاعي وجماعة من أهل العلم على أن الأقراء الحيض
واختلف هؤلاء مع إجماعهم على أن الأقراء الحيض في وقت انقضاء عدة المعتدة بالحيض فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تنقضي العدة إذا كان أيامها دون العشر حتى تغتسل من الحيضة الثالثة

أو يـــــــــــذهب وقـــــــــــت صـــــــــــلاة
وهـذا قـول الحسـن البصـري وحميـد الطويـل
وبه قـال الحسـن بـن حـي إلا أنـه قـال النصـرانية
واليهوديـــــة فـــــي ذلـــــك مثـــــل المســـــلمة
قال الطحاوي وهذا لم يقله أحد ممن جعل الأقراء
الحيـــــض غيـــــر الحســـــن بـــــن حـــــي
وقال الثوري وزفر هو أحق بهـا وإن انقطـع الـدم
مـــــا لـــــم تغتســـــل مـــــن الحيضـــــة الثالثـــــة
وهـــــو قـــــول عمـــــر وعلـــــي وعبـــــد اللـــــه
وبـــــه قـــــال إســـــحاق وأبـــــو عبيـــــد
وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفـان
وليـــــــس بـــــــالقوي عنهمـــــــا
وروي مثـل ذلـك عـن أبـي موسـى وعبـادة وأبـي
الـــــــدرداء ومعـــــــاذ بـــــــن جبـــــــل
وهـــــو الأشـــــهر عـــــن بـــــن عبـــــاس
وقـال بـن شـبرمة إذا انقطـع الـدم مـن الحيضـة
الثالثة فقد بانت وبطلت الرجعة ولم يعتبر الغسل
وهو قـول طـاوس وسـعيد بـن جـبير والأوزاعـي
وروي عن شريك قـول شـاذ أنهـا لـو فرطـت فـي
الغسل عشر سنين لكان زوجها أحـق برجعتهـا مـا
لم تغتسل

الاستذكار ج:6 ص:150

وروي عن إسحاق بن راهـويه أنـه قـال إذا طعنـت
المطلقـة فـي الحيضـة الثالثـة بـانت وانقطعـت
الرجعة للـزوج إلا أنـه لا يحـل لهـا أن تـتزوج حـتى
تغتســـــــل مـــــــن حيضـــــــتها
وروي نحـــــوه عـــــن بـــــن عبـــــاس
وهو قول ضعيف بدليل قـول اللـه عـز وجـل فـإذا
بلغـن أجلهـن فلا جنـاح عليكـم فيمـا فعلـن فـي
أنفسـهن البقـرة 234 وبلـوغ الأجـل هنـا انقضـاء
العدة بدخولها في الـدم مـن الحيضـة الثالثـة ف إذا
انقضت عدتها حلت للأزواج ولا جنـاح عليهـا فيمـا
فعلـــــــت مـــــــن ذلـــــــك

والحديث عن بن عباس بذلك حدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن شاذان قال حدثني معلى قال أخبرنا عبد العزيز بن محمد أن ثور بن زيد الديلي أخبره عن عكرمة عن بن عباس قال إذا حاضت المطلقة الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها إلا أنها لا تتزوج حتى تطهر وهذا - لو صح - احتمل أن يكون منه على وجه الاستحسان

وزعم الكوفيون أن بن عمر وزيد بن ثابت قالا الأقراء الحيض لأنهما رويا عنهما عدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة

وروي ذلك من حديث مالك وغيره عن نافع عن بن عمر

ومن حديث بن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت قال عدة الأمة حيضتان وعدة الحرة ثلاث حيض

وهذا ليس بشيء لأن مذهبهما الذي قدمنا صحيح معروف عنهما ان المطلقة إذا طعنت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها

وقولهما هذا في عدة الأمة والحرة تقريب على السائل في العبارة لأن الطهر لا يعرف بتقدم الحيض قبله والله أعلم

واحتجوا في أن الأقراء الحيض لأن المخالف لهم يقول عدة أم الولد حيضة لابد أن تأتي بها

واحتجوا أن الله تعالى يقول ثلاثة قروء فلا بد أن تكون كاملة والمطلقة في طهر قد مضى لم تأت بثلاثة قروء إذا انقضت عدتها بدخولها في الدم من الحيضة الثالثة

الاستذكار ج:6 ص:151

واحتجوا بقوله ﷺ للمستحاضة ((دعي الصلاة أيام أقرائك))
وقوله - عليه السلام - لفاطمة ((وصلي ما بين القرء إلى القرء)) وبأشياء يطول ذكرها
وأما قولهم في أم الولد بأنها لا تنكح عندنا حتى تطهر من حيضتها وأن ذلك دليل على أن القرء الحيضة
فقد أجاز إسماعيل وغيره من أصحابنا لأم الولد أن تتزوج إذا دخلت في الحيضة لأن ظهور الدم براءة للرحم في الأغلب
وأما قولهم إن الله تعالى قال ثلثة قروء البقرة 228 ومن طلق فقد مضى من الطهر بعضه فلم يكمل لها ثلاثة قروء بدخولها في الدم من الحيضة الثالثة بل هي قرآن وبعض الثالث
فالجواب أن المبتغى من الأقراء براءة الرحم وهو خروج المرأة من الطهر إلى الدم فذلك الوقت هو المبتغى وهو المراعى وقد حصل منه ثلاثة أوقات كاملة لدخولها من الدم في الحيضة الثالثة
وأما احتجاجهم بقوله - عليه السلام - للمستحاضة ((دعي الصلاة أيام أقرائك)) فإنه أراد القرء الذي هو الحيض وتترك له الصلاة ولم يرد القرء الذي تعتد به المطلقة وهو الطهر بدليل حديث بن عمر المتكرر
وقد أوضحنا أن الحيض يسمى قرءا كما أن الطهر يسمى قرءا إلا أن القرء الذي هو الدم ليس هو المراد من قول الله تعالى ثلثة قروء البقرة 228 بل المراد من ذلك الأطهار والله أعلم بدليل الإجماع على أن الطلاق للعدة أن يطلقها طاهرا من غير جماع ولا حيض فتبتدئ عدتها من ساعة طلاقه لها
وهو معنى قوله تعالى فطلقوهن لقبل عدتهن أي لاستقبال عدتهن

وأجمعوا في كل امـرأة علمـت بطلاق زوجهـا لهـا في حيـن طلقهـا أن السـنة أن تبتـدئ عـدتها مـن ساعة وقوع طلاقها

الاستذكار ج:6 ص:152

وذلـك دليـل علـى أن الأقـراء الأطهـار لأن السـنة المجتمع عليها أن يطلقها في طهر لم يمـس فيـه لتعتـــــــــد مـــــــــن ســـــــــاعتها
ومن قـال إن الأقـراء الحيـض يقـول أنهـا لا تعتـد بالحيضـة الـتي طلقـت فيهـا ولا تعتـد إلا بحيضـة تستأنفها بعد طهرها من تلك الحيضة فيلزمهم أن يقولوا إنهـا قبـل الحيضـة الثانيـة فـي غيـر عـدة وحسبك بهذا خلافا من القول وخلافا لظاهر قـول الله عز وجل فطلقوهن لعدتهن الطلاق 1 ولقول النبي عليه السلام - ((فتلك العدة التي أمـر اللـه أن تطلـــــــق لهـــــــا النســـــــاء))
هـــــذا كلـــــه معنـــــى قـــــول الشـــــافعي وهـــــو مـــــذهب مالـــــك وأصـــــحابه وللكوفيين حجج ومعارضـات ذكروهـا فـي كتبهـم منهـــا
قول الله عز وجل والـئ يئسـن مـن المحيـض مـن نسائكم إن ارتبتـم فعـدتهن ثلثـة أشـهر الطلاق 4 فجعل الأشهر لمن يئسن من المحيض فـدل علـى أنـه هـو العـدة حـتى يئسـن منـه فتعتـد بالشـهور وقالوا والطهر جائز أن تطلـق فيـه إلـى آخـره فلا يحصل لهـا قـرآن واللـه تعـالى يقـول ثلثـة قـروء البقـــــــــــــــــــــرة 228
وإذا ذكر عدة الشهور والأيـام لـم يجـز بعـض ذلـك العدد كقـوله تعـالى أربعـة أشـهر وعشـرا البقـرة 234 وصـيام الثلاثـة أيـام فـي الحـج وسـبعة إذا رجعتم وليس كذلك فالحج أشهر معلومات لأنه لـم يذكر عددا أو بأشـياء فيهـا تشـعيب لـم أر لـذكرها وجهـــــــا وبـــــــالله التوفيـــــــق
وأمـــا مـــا ذكـــره مالـــك فـــي هـــذا البـــاب

1179 - أنـه بلغـه عـن سـعيد بـن المسـيب وبـن شهاب وسليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون عـدة المختلعـــــــــة ثلاثـــــــــة قـــــــــروء
بعد ذكره في باب طلاق المختلعة علـى حسـب مـا ذكره ها هنا وذكـر أيضـا هنـاك عـن نـافع عـن بـن عمرن قال عدة المختلعة عدة المطلقة فقد ذكرنا ما هنالك للعلماء من التنازع والاختلاف فـي طلاق المختلعة والحمد لله

الاستذكار ج:6 ص:153

1180 - مالـك أنـه سـمع بـن شـهاب يقـول عـدة المطلقـــــــة الأقـــــــراء وإن تباعـــــــدت
هذا إجماع من العلماء وإن كانت من ذوات الأقـراء ولـــــم تكـــــن مرتابـــــة ولا مستحاضـــــة
فإن كانت مرتابة أو مستحاضة فيأتي القـول فـي ذلـك فـي بـاب جـامع عـدة الطلاق - إن شـاء اللـه تعـــالى
1181 - مالك عن يحيى بـن سـعيد عـن رجـل مـن الأنصـار أن امرأتـه سـألته الطلاق فقـال لهـا إذا حضت فآذنيني فلما حاضت آذنته فقال إذا طهرت فـــآذنيني فلمـــا طهـــرت آذنتـــه فطلقهـــا
قـال مالـك وهـذا أحسـن مـا سـمعت فـي ذلـك قال أبو عمر هـذا هـو الطلاق للعـدة الـذي يسـميه العلماء طلاق السـنة لـم يختلفـوا فيـه إذا طلقهـا واحـــدة
قال مالك وأصحابه طلاق السـنة أن يطلقهـا فـي طهـــر لـــم يمســـها فيـــه تطليقـــة واحـــدة
وكذلك قال عبد العزيز بن أبي سـلمة والليـث بـن سـعد وبـن حـي والأوزاعـي إلا أن بعضـهم يقـول طلاق الســـنة
وبعضـــــــهم يقـــــــول الطلاق للعـــــــدة
وقول مالك ومن تابعه في ذلك إجماع من العلمـاء لأن من خالفهم في وجـوه طلاق السـنة جـامعهم فـــي ذلـــك

وقال الشافعي طلاق السنة الذي أمر الله به للعدة هو أن يطلقها طاهرا لم يمسها في ذلك الطهر ولا حائضا ولا نفساء وسواء طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا فإذا طلقها في طهر لم يمسها فيه فهو مطلق للسنة
قال المزني عنه من قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة وهي طاهر من غير جماع طلقت ثلاثا مع ا للسنة
قال مالك وإن كانت مجامعة أو حائضا او نفساء وقال لها أنت طالق

الاستذكار ج:6 ص:154

للسنة وقع الطلاق عليها حين تطهر من الحيض أو النفاس وحين تطهر من المجامعة من أول الحيض بعد قوله
ومن حجة الشافعي أن الطلاق مباح وأن من له أن يوقع واحدة كان له أن يوقع ثلاثا
وقد مضى القول عليه وله في أول كتاب الطلاق من هذا الكتاب
وقد احتج بعض أصحابنا بما رواه الثوري عن أبي إسحاق عن أبي الأحوص عن بن مسعود قال ((طلاق السنة أن يطلقها طاهرا من غير جماع)) ولم يقل واحدة ولا أكثر
وهذا الحديث قد رواه شعبة عن أبي إسحاق عن أبي الأحوص عن عبد الله فقال فيه أو يراجعها - إن شاء
فدل على أن ذلك طلاق يملك فيه الرجعة
وهذا يحتمل أن يكون أراد ومن طلق دون الثلاث فله الرجعة
والثوري عندهم أحفظ من شعبة وقد قال الطلاق للسنة أن يطلقها طاهرا من غير جماع ولم يشترط واحدة ولا أكثر جماعة من أهل العلم منهم الحسن وبن سيرين وجابر بن زيد وعكرمة ومجاهد وإبراهيم

وقال أبو حنيفة وأصحابه أحسن الطلاق أن يطلقها إذا طهرت قبل الجماع طلقة واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها
وإن أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها عند كل طهر واحدة قبل الجماع
وهو قول الثوري
قال أبو عمر كلا هذين الوجهين عند أبي حنيفة وأصحابه والثوري طلاق سنة إلا أن الأول أحسن عندهم
وقال أشهب في ذلك كقولهم قال من طلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم إذا طهرت طلقها ثالثة فهو مطلق للسنة
قال أبو عمر ليس هو عند مالك وسائر أصحابه مطلقا للسنة وكيف يكون مطلقا للسنة والطلقة الثانية لا يعتد منها إلا بقرءين والطلقة الثالثة لا يعتد منها إلا بقرء واحد

الاستذكار ج:6 ص:155

وهذا خلاف السنة في العدة
ومن طلق للسنة كما قال مالك ومن تابعه شهد له الجميع لأنه طلق للسنة
وقال أبو حنيفة وأصحابه عن إبراهيم عن أصحاب رسول الله ﷺ أنهم كانوا يستحبون ألا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وأن هذا هو الأفضل عندهم من أن يطلقها ثلاثا عند كل طهر واحدة
وكذلك قال الحسن بن حي لأن يطلقها واحدة ويتركها أحب إلي من أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار
وقال أحمد بن حنبل طلاق السنة أن يطلقها طاهرا من غير جماع واحدة ويدعها حتى تنقضي عدتها

وهـــــــــــذا قـــــــــــول مالـــــــــــك
قال ولو طلقها ثلاثا في طهر لم يمسها فيه كـان أيضـا مطلقـا للسـنة وإن كـان تاركـا للاختيـار
وهـــــــذا نحـــــــو قـــــــول الشـــــافعي
وبـــــه قـــــال أبـــــو ثـــــور وداود بـــــن علـــــي
واتفق الشافعي وأحمد وأبـو ثـور وداود أنـه ليـس فـــــي عـــــدد الطلاق ســـــنة ولا بدعـــــة
وإنما السنة في وقت الطلاق وموضعه فمن طلـق امرأته في طهر لم يصبها فيه ما شاء مـن الطلاق
فهـــــــــو مطلـــــــــق للســـــــــنة
قال أبو عمر روى الأعمش عـن أبـي إسـحاق عـن أبي الأحوص عـن عبـد اللـه بـن مسـعود أنـه قـال طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهـي طـاهر مـن غيـــــــــــــــــر جمـــــــــــــــــاع
فإذا حاضت وطهـرت طلقهـا أخـرى فـإذا حاضـت وطهرت طلقها أخرى فإذا حاضت وطهرت طلقها أخـــرى ثـــم تعتـــد بعـــد ذلـــك بحيضـــة واحـــدة
قـــــال الأعمـــــش وهـــــو قـــــول إبراهيـــــم
روى هـــــذا الحـــــديث الأعمـــــش عـــــن علـــــي
وخـالفه جماعـة مـن أصـحاب أبـي إسـحاق منهـم شعبة والثوري وزهير بن معاوية فـرووه عـن أبـي إسحاق عن أبي الأحوص عـن عبـد اللـه فـي قـوله تعـالى فطلقـوهن لعـدتهن الطلاق 1 أن يطلقهـا طاهرا من غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شـاء ولـم يـذكروا الطلاق عنـد كـل طهر

الاستذكار ج:6 ص:156

وهؤلاء مقدمون في حفظ حديث أبي إسحاق عـن الأعمش وغيره عند أهـل العلـم بالحـديث وليسـت عندهم رواية الأعمش عن المتأخرين كروايته عـن المتقـــدمين
وقد روي عن علي - رضـي اللـه عنـه - فـي طلاق السنة ما هو الاختيار عند جماعة الأمة قال ما طلق

أحـــــــــد طلاق الســـــــــنة فنـــــــــدم قيـــل لـــه ومـــا طلاق الســـنة مـــا هـــو قـال أن يطلقهـا طـاهرا ولـم يجامعهـا فـي قبـل عدتها حين تطهر فإن بـدا لـه أن يراجعهـا راجعهـا وإلا شـاء خلا سـبيلها حـتى تنقضـي عـدتها أو يطلقها حاملا قد تبين حملها

1 (22 - باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه)

1182 - مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسـم بـن محمد وسليمان بن يسار أنه سـمعهما يـذكران أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق ابنـة عبـد الرحمـن بن الحكم البتة فانتقلهـا عبـد الرحمـن بـن الحكـم فارسـلت عائشـة أم المـؤمنين إلـى مـروان بـن الحكم وهو يومئـذ أميـر المدينـة فقـالت اتـق اللـه واردد المرأة إلى بيتهـا فقـال مـروان فـي حـديث سليمان إن عبد الرحمن غلبني وقال مـروان فـي حديث القاسم أو ما بلغك شأن فاطمة بنـت قيـس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تـذكر حـديث فاطمـة فقال مروان إن كـان بـك الشـر فحسـبك مـا بيـن هـــــــــذين مـــــــــن الشـــــــــر

قال أبو عمر اختلف العلماء فـي سـكنى المبتوتـة ونفقتها على ثلاثة أقوال أحـدها أن لهـا السـكنى والنفقـــــة وهـــــو قـــــول الكـــــوفيين والآخر أن لهـا السـكنى ولا نفقـة لهـا وهـو قـول مالك والشافعي وأكثر أهل الحجاز

الاستذكار ج:6 ص:157

والثالث أنها لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وطائفـــة

فمـن هنـا أبـى مـروان أن يـرد المـرأة إلـى بيتهـا واحتج بحديث فاطمة بنـت قيـس وسـيأتي حـديث فاطمة بنت قيس بما فيه مـن المعـاني بعـد هـذا -

إن شـــــــــاء اللـــــــــه تعـــــــالى
واتفق مالـك والشـافعي وأبـو حنيفـة وأصـحابهم والثوري والأوزاعي والليث بن سعد أن المبتوتة لا تنتقل عن دارها ولا تـبيت إلا فـي بيتهـا كـل ليلـة وروي عن علي وبـن عبـاس وجـابر أن المبتـوته لا ســـــــــكنى لهـــــــــا ولا نفقـــــــــة
وبـــه قـــال أحمـــد وإســـحاق وأبـــو ثـــور وداود وسنذكر أقوال الصحابة والآثار المرفوعة في هذه المسألة في الباب بعد هذا عند ذكر حديث فاطمــة بنـــــت قيـــــس - إن شـــــاء اللـــــه تعـــــالى
وأما قول مروان لعائشة إن كان بك الشر فحسبك ما بين هذين مـن الشـر فمعنـاه أن عائشـة كـانت تقول وتذهب إلى أن فاطمة بنت قيس لم يبح لها رسول الله ﷺ الخروج من بيتها الـذي طلقـت فيـه إلا لما كانت طلقت فيه مـن البـذاء بلسـانها علـى قرابة زوجها الساكنين معها في دار واحدة ولأنهـا كـــــانت معهـــــم فـــــي شـــــر لا يطـــــاق
وكانت عائشـة تتـأول فـي قـول اللـه عـز وجـل لا تخرجـوهن مـن بيـوتهن ولا يخرجـن إلا أن يـأتين بفحشة مبينة الطلاق 1 أن الفاحشة هنـا أن تبـدو على أهل الزوج فقال لها مروان إن كان بك الشـر أي كنت تذهبين إلى أن الشر النـازل بيـن فاطمـة وأحمائها هو كان السبب إلى أن تخرج بإذن رسول الله ﷺ من دارها فحسبك ما بين ابنة عبد الرحمــن وزوجها مـن الشـر إذا طلقهـا وبينهـا وبيـن بعـض أحمائها أيضا فنقول فيجوز لهـا مـا جـاز لفاطمـة بنت قيس من الانتقال من أجـل الشـر الـذي نـزل بينهمـــا
ذكر سنيد قال حدثني أبـو معاويـة عـن عمـرو بـن ميمون عن أبيه قال قلت لسعيد بن المسـيب أيـن تعتد المطلقة قال في بيتهـا قلـت أليـس قـد أمـر

رسول الله ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت بن أم مكتوم فقال سعيد تلك المرأة فتنت الناس استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها النبي ﷺ أن تعتد في بيت بن أم مكتوم وكان مكفوف البصر

قال وحدثني هشيم قال أخبرنا يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق امرأته وهي بنت عبد الرحمن بن الحكم بن أبي العاص فانتقلها أبوها في عدتها فأرسلت عائشة إلى مروان

الإستذكار ج:6 ص:158

اتق الله واردد المرأة إلى بيت زوجها تعتد فيه فقال مروان إن أباها غلبني على ذلك قال يحيى فحدثني القاسم بن محمد أن مروان بن الحكم حين بعثت إليه عائشة أرسل إليها أما بلغك حديث فاطمة بنت قيس فقالت عائشة دع عنك حديث فاطمة بنت قيس فقال مروان أبك الشر فحسبك ما بين هذين من الشر

قال مالك لا تنتقل المطلقة المبتوتة ولا الرجعية ولا المتوفى عنها زوجها ويخرجن بالنهار ولا يبتن إلا في بيوتهن وهو قول الليث

وقال أبو حنيفة لا تنتقل المبتوتة ولا المتوفى عنها عن بيتها الذي كانت تسكنه وتخرج المتوفى عنها بالنهار ولا تبيت ولا تخرج المطلقة ليلا ولا نهارا

وقال الشافعي للمطلقة السكنى في منزل زوجها حيث كانت معه حتى تنقضي عدتها وسواء أكان يملك الرجعة أو لا يملكها وإن كان المسكن بكراء فهو على زوجها المطلق لها

حدثني خلف بن قاسم وعبد الله بن محمد بن أسد قالا حدثنا عبد الله بن جعفر وعبد الله بن الورد

قالا حدثنا هارون بن كامل قال حدثني أبو صالح قال حدثني الليث قال حدثني عبد الرحمن بن خالد بن مسافر عن بن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب كان يقول لا يحل لامرأة مطلقة أن تبيت عن بيتها ليلة واحدة ما كانت في عدتها

وحدثني أحمد بن عبد الله عن أبيه عن عبد الله بن يونس عن بقي قال حدثني أبو بكر قال حدثني أبو عامر العقدي عن عبد الحكم بن أبي فروة قال سمعت عمر بن عبد العزيز ما بال رجال يقول أحدهم لامرأته اذهبي إلى أهلك ويطلقها في أهلها فنهى عن ذلك أشد النهي ونهى عبد الحكم - يعني بذلك العدة في بيت زوجها

1183 - مالك عن نافع أن بنت سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل كانت

الاستذكار ج:6 ص:159

تحت عبد الله بن عمرو بن عثمان بن عفان فطلقها البتة فانتقلت فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمر

1184 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي ﷺ وكان طريقه إلى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

1185 - مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة يطلقها زوجها وهي في بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فإن لم يكن عند زوجها قال فعليها قال فإن لم يكن عندها قال فعلى الأمير قال أبو عمر أما حديثه عن نافع أن عبد الله بن عمر أنكر على ابنه سعيد بن زيد انتقالها من بيتها

حين طلقها عبد الله بن عمرو بن عثمان فهو مذهبه ومذهب أبيه عمر بن الخطاب وبن مسعود وعائشة وأكثر الصحابة وجمهور الفقهاء لعموم قول الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة الطلاق 1 وأجمعوا أن المطلقة طلاقا يملك فيه زوجها رجعتها أنها لا تنتقل من بيتها وإنما اختلفوا في المبتوتة هل عليها السكنى وهل على زوجها أن يسكنها أم لا وسنذكر هذا في الباب بعد هذا وجمهور العلماء بالمدينة وسائر الحجاز والعراق يقولون لا تعتد إلا في بيتها واختلفوا في إحداد المطلقة وسنذكر هذين المعنيين بأبلغ من هذا في موضعهما إن شاء الله تعالى

وأما حديث بن عمر في سلوكه من أدبار البيوت حين طلق امرأته كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها فهو من ورعه

الاستذكار ج:6 ص:160

وغيره كان يأمر المطلقة الرجعية أن تتزين وتتشوف لزوجها وتتعرض له وروي ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين وقد روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال تتشوف له

وقال بن عباس لا يصلح له أن يرى شعرها وقد روى عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أنه طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين فكان يستأذن عليها

ذكره أبو بكر عن عبده بن سليمان عن عبيد الله وروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال إذا طلق الرجل امرأته تطليقة فإنه يستأذن عليها وتلبس ما شاء من الثياب والحلي فإن لم يكن لهما إلا بيت واحد فليجعلا بينهما سترا

ويسلم إذا دخل
وقال معمر عن الزهري وقتادة في الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين قالا تتشوف له
وقال إبراهيم لا يكون معها في بيتها ولا يدخل عليها إلا بإذن
وقال الحسن ومجاهد وعطاء وقتادة يشعرها بالتنحنح والتنخم ونحو ذلك
وقال مالك في المطلقة الرجعية لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذن ولا ينظر إليها إلا وعليها ثيابها ولا ينظر إلى شعرها ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معها غيرهما ولا يبيت معها في بيت ولا ينتقل عنها
وقال بن القاسم رجع مالك عن ذلك وقال لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها
وقال الثوري لا بأس أن تتشوف له وتتزين وتسلم ولا يستأذن عليها ولا يؤذنها ويؤذنها بالتنحنح ولا يرى لها شعرا ولا محرما
وهو قول أبي يوسف
وقال الأوزاعي لا يدخل عليها إلا بإذن وتتشوف له وتتزين وتبدي البنان والكحل
وقال أبو حنيفة لا بأس أن تتزين المطلقة الرجعية لزوجها وتطيب
وقال أبو يوسف مرة يدخل عليها بغير إذن إلا أنه يتنحنح ويخفق نعليه ومرة

الاستذكار ج:6 ص:161

قال لا يدخل عليها إلا بإذن ولا يرى شيئا من محاسنها حتى يراجعها
ولم يختلف أبو حنيفة وأصحابه في أنها تتزين له وتتطيب وتلبس الحلي وتتشوف
وقال الحسن بن حي يعتزلها ولا يرى شعرها ولا ينظر إليها ويبيتان وبينهما حجاب وتتعرض له وتتزين
وقال الليث لا يرى شيئا من محاسنها حتى يراجع

وذكر المزني عن الشافعي قال المطلقة طلاقا يملك رجعتها محرمة على مطلقها تحريم المبتوتة حتى يراجع قال ولا تكون رجعة إلا بالكلام فإن جامعها ينوي الرجعة أو لا ينوي فليس برجعة ولها عليه مهر المثل

قال أبو عمر لا أعلم أحدا أوجب عليه مهر المثل إلا الشافعي - والله أعلم - وليس قوله بالقوي لأنها في حكم الزوجين ترثه ويرثها فكيف يجب مهر في وطء امرأة حكمها في أكثر أحكامها حكم الزوجة لأن الشبهة في قوله فرية لأنها عليه محرمة إلا برجعته لها وقد أجمعوا أن الموطوءة بشبهة يجب لها المهر وحسبك بهذا

وقال بن القاسم عن مالك إذا وطئها في العدة وهو يريد الرجعة وجهل أن يشهد فهي رجعة وإلا فليست برجعة

وقال ينبغي للمرأة أن تمنعة الوطء حتى يشهد وقال أبو حنيفة وأصحابه إن وطئها أو لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها لشهوة فهي رجعية وقول الثوري ينبغي أن يشهد

وقال بن أبي ليلى إذا راجع ولم يشهد صحت الرجعة إذا أقرت

وكذلك قول مالك

وروى الوليد بن مسلم عن مالك أن القبلة والنظر إلى الفرج لا تقع به رجعة

وكذلك قال الليث

وقال الحسن بن حي الجماع واللمس بعدد والنظر إلى الفرج ليس برجعة

قال أبو عمر لم يختلفوا فيمن باع جاريته بالخيار له ثم وطئها في أيام

الاستذكار ج:6 ص:162

الخيار أنه قد ارتجعها بذلك إلى ملكه واختار نقض البيع بفعله ذلك وللمطلقة الرجعية حكم من ذلك

وقال مالك والشافعي لا يسافر بها حتى يراجعها

وقد قال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر فإنه روى عنه الحسن بن زياد أن له أن يسافر بها قبل الرجعة وروى عنه عمرو بن خالد لا يسافر بها حتى يراجع وأما قول سعيد بن المسيب قال إذا طلقها في بيت بكراء فعليه الكراء فإن لم يجد فعليها فإن لم تجد فعلى الأمير فالمعنى عندي فيه - والله أعلم - أن الكراء عليه والإسكان كما عليه النفقة وظاهر القرآن قد صرح بالإسكان في قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الطلاق 6 فلما لم يجد سقط ذلك عنه والله أعلم وقد يحتمل أن تكون زوجته إذا أدت الكراء أن تنصرف به عليه لأن من لزمه شيء في اليسر لزم ذمته في العسر
ويحتمل أن يكون لما لم يجد سقط عنه ذلك وانتقل إليها بدليل قوله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الطلاق 1 ففرض عليهن أن لا يخرجن كما فرض عليهم أن لاتخرجوهن فلما انتقل إليها وجوب غرم الكراء لم يعد عليه لأنه إنما لزمه في حال اليسار
وقد قال مالك في الحامل المبتوتة أن لها على زوجها النفقة إن كان موسرا وإن كان معسرا فلا نفقة لها عليه
وأما قوله فعلى الأمير في ذلك لأن للفقراء والغارمين حقا في بيت المال في الصدقات فالحجة في ذلك قول الله عز وجل إنما الصدقات للفقراء والمساكين التوبة 60
وقال رسول الله ﷺ (من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا أو ضياعا أو عيالا فعلي

الاستذكار ج:6 ص:163

1 (23 - باب ما جاء في نفقة المطلقة)

1186 - مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال ((ليس لك عليه نفقة)) وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال ((تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند عبد الله بن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فإذا حللت فآذنيني)) قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباني فقال رسول الله ﷺ ((أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له أنكحي أسامة بن زيد)) قالت فكرهته ثم قال ((أنكحي أسامة بن زيد)) فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به

1187 - مالك أنه سمع بن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا قال أبو عمر أما قول فاطمة في هذا الحديث أن زوجها طلقها البتة ففيه جواز طلاق البتة لأنه لم ينكره رسول الله ﷺ ولم يختلف في هذا اللفظ عن مالك في هذا الحديث

وكذلك رواه الليث عن الأعرج عن أبي سلمة عن فاطمة

الاستذكار ج:6 ص:164

وكذلك رواه محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن فاطمة

وكذلك رواه مجالد عن الشعبي عن فاطمة
وكذلك رواه الليث عن أبي الزبير عن عبد الحميد بن عبد الله بن أبي عمرو بن حفص أن جده طلق فاطمة البتة

وقد روي أنه طلقها ثلاثا مجتمعات

وروي عنه أن طلاقه ذلك كان آخر ثلاث تطليقات

وقد ذكرنا الآثار بذلك كله في ((التمهيد)) وذكرنا هذه المسألة مجودة في أول كتاب الطلاق والحمد لله

وفي هذا الحديث نص ثابت أن المبتوتة ليس لها نفقة على زوجها الذي بت طلاقها وهذا إذا لم تكن حاملا فإن كانت المبتوتة حاملا فالنفقة لها بإجماع من العلماء لقول الله عز وجل في المطلقات المبتوتات وإن كن أولت حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن الطلاق 6

وهذا لا شك في المبتوتات لأن اللواتي لازواجهن عليهن الرجعة لا خلاف بين علماء الأمة في أن النفقة لهن وسائر المؤنة على أزواجهن حوامل كن أو غير حوامل لأنهن في حكم الزوجات في النفقة والسكنى والميراث ما كن في العدة

وهذا بين واضح في أن قوله - عز وجل وإن كن أولت حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن الطلاق 6 أنهن المبتوتات

واختلف العلماء في النفقة للمبتوتة إذا لم تكن حاملا

فأباها قوم وهم أهل الحجاز منهم مالك والشافعي

وتابعهم على ذلك أحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد

وحجتهم هذا الحديث قوله ﷺ لفاطمة ((ليس لك عليه نفقة))

وهو حديث مروي من وجوه صحاح متواترة عن

فاطمة

وممن قال إن المبتوتة لا نفقة لها إن لم تكن حاملا عطاء بن أبي رباح وبن شهاب وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن البصري وبه قال الليث بن سعد والأوزاعي وبن ابي ليلى حدثنا عبد الوارث بن أبي سفيان قال حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا مطلب بن شعيب قال أخبرنا عبد الله بن صالح قال حدثنا الليث قال

الاستذكار ج:6 ص:165

حدثني عقيل بن خالد عن بن شهاب قال أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن فاطمة بنت قيس وهي أخت الضحاك بن قيس أخبرته أنها كانت تحت أبي عمرو بن حفص بن المغيرة فطلقها ثلاثا وأمر وكيله لها بنفقة رغبت عنها فقال وكيله ما لك علينا من نفقة فجاءت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال لها صدق ونقلها إلى بن أم مكتوم وذكر تمام الخبر

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن حي لكل مطلقة السكنى والنفقة ما دامت في العدة حاملا كانت أو غير حامل مبتوتة أو رجعية وهو قول عثمان البتي وبن شبرمة

وحجتهم في ذلك أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - و عبد الله بن مسعود قالا في المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ما كانت في العدة

حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثنا محمد بن شاذان قال حدثنا المعلى قال حدثنا حفص بن غياث عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عمر قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ما دامت في العدة

وذكر عبد الرزاق عن الثوري عن سلمة بن كهيل عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فجئت النبي ﷺ فسألته فقال ((لا

نفقـــــــــــة لـــــــــك ولا ســـــــــكنى))
قال فـذكرت ذلـك لإبراهيـم فقـال قـال عمـر بـن الخطاب لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقـول امـرأة حدثنا عبـد الـوارث قـال حـدثنا قاسـم ق ال حـدثنا محمد بن شاذان قال حدثني المعلـى قـال حـدثني يعقوب عن الأعمش عن إبراهيم عـن الأسـود عـن عمر بن الخطاب أنه كان يقـول لا يجـوز فـي ديـن المسلمين قول امرأة وكان يجعـل للمطلقـة ثلاثـا السكنى والنفقة

الاستذكار ج:6 ص:166

وروى شعبة عن حماد عن إبراهيم عن شـريح فـي المطلقـــة ثلاثـــا قـــال لهـــا النفقـــة والســـكنى وقالت طائفة المطلقة المبتوتة إن لم تكن حـاملا لا سكنى لها ولا نفقة منهم الشعبي وميمـون بـن مهـــران وعكرمـــة وروايـــة عـــن الحســـن وروي ذلك عن علي وبن عباس وجابر بن عبد الله وبه قال أحمد بن حنبل وإسـحاق وأبـو ثـور وداود حدثنا عبد الوارث قال حدثني قاسـم قـال حـدثني محمد بن شاذان قال حدثنا المعلى بن منصور قال أخبرنا أبو عوانة عن مطرف عن عامر قـال سـألت فاطمة بنت قيس عن المرأة يطلقها زوجهـا ثلاثـا فقالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسـول اللـه ﷺ فأتيت النـبي - عليـه السـلام - فلـم يجعـل لـي سكنى ولا نفقة فقيل لعامر إن عمـر لـم يصـدقها فقال عامر ألا تصدق امرأة فقيهـة نـزل بهـا هـذا وروى مجاهد وغيره هذا الحديث عن الشعبي فزاد فيه أن رسول الله ﷺ قال لها ((لا سكنى لـك ولا نفقة إنما السـكنى والنفقـة لمـن لزوجهـا عليهـا رجعـــة))
وحدثني أحمد بن قاسم وعبد الـوارث بـن سـفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني الحارث بن أبي أسامة قال حدثني يزيد بن هارون قال حدثني

عمرو بن ميمون بن مهران عن أبيه قال جلست إلى سعيد بن المسيب فسألته فقال إنك لتسأل سؤال رجل قد تبحر في العلم قبل اليوم قال قلت إني بأرض أسأل بها قال فكيف وجدت ما أفتيتك به مما يفتيك به غيري ممن سألت من العلماء قلت وافقتهم إلا في فريضة واحدة قال وما هي قلت سألتك عن المطلقة ثلاثا أتعتد في بيت زوجها أم تنتقل إلى أهلها فقلت تعتد في بيت زوجها وقد كان من أمر فاطمة بنت قيس ما قد علمت فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس وسأخبرك عن شأنها أنها لما طلقت استطالت على أحمائها وآذنتهم بلسانها فأمرها رسول الله ﷺ أن تنتقل إلى بن أم مكتوم قال قلت لئن كان رسول الله ﷺ أمرها بذلك إن لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث قال أبو عمر قد ذكرنا من الحجة لهذا القول وغيره في ((التمهيد)) ما فيه شفاء لمن طلب العلم لله عز وجل وأما قوله اعتدي في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت بن أم مكتوم

الاستذكار ج:6 ص:167

ففيه دليل على أن المرأة المتجالة العجوز الصالحة جائز أن يغشاها الرجال في بيتها ويتحدثون عندها وكذلك لها أن تغشاهم في بيوتهم ويرونها وتراهم فيما يحل ويجمل وينفع و لا يضر

قال الله عز وجل والقواعد من النساء التي لا يرجون نكاحا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجت بزينة النور 60

والغشيان في كلام العرب الإلمام والورود قال حسان بن ثابت يغشون حتى ما تهر كلابهم لا يسألون عن السواد المقبل (1)

فمعنى قوله ﷺ تلك امرأة يغشاها أصحابي أن يلمون بها ويردون عليها ويجلسون عندها وفي رواية الشعبي في هذا الحديث في أم شريك تلك امرأة يتحدث عندها وفي رواية أبي بكر بن أبي الجهم أن بيت أم شريك يغشى

وفي حديث بن الزبير أن بيت أم شريك يوطأ وقد ذكرنا الأسانيد بهذه الألفاظ في ((التمهيد))

وفي ذلك دليل على أن القوم كانوا يتحدثون بالمعاني

وفي رواية بن عيينة عن مجالد عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس في هذا الحديث قالت أتيت النبي ﷺ فاستتر مني وأشار سفيان بن عيينة بيده على وجهه

وفي حديث قيلة بنت مخرمة في قدومها على رسول الله ﷺ فأومأ بيده خلفه وقال - ولم ينظر إلي يا مسكينة عليك السكينة

وفي حديث بريدة الأسلمي أن رسول الله ﷺ قال لعلي - رضي الله عنه - ((لا تتبع النظرة النظرة فإن لك الأولى وليست لك الآخرة

الاستذكار ج:6 ص:168

وقال جرير سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاءة فقال ((غض بصرك))

وهذه الآثار وما كان مثلها في معناها يدلك على أن قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس عند بن أم مكتوم

تضعين ثيابك ولا يراك أراد به الإعلان بأن نظر الرجل إلى المرأة وتأمله لها وتكرار بصره في ذلك لا يجوز له لما فيه من داعية الفتنة وفي حديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن فاطمة أن النبي ﷺ قال لها انتقلي إلى بيت بن أم مكتوم فإنه رجل قد ذهب بصره فإن وضعت شيئا من ثيابك لم ير شيئا وفي هذا الحديث دليل على جواز نظر المرأة الرجل الأعمى وكونها معه وإن لم تكن ذات محرم منه في دار واحدة وبيت واحد وفي ذلك ما يرد حديث نبهان - مولى أم سلمة - عن أم سلمة قالت كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله ﷺ فاستأذن عليه بن أم مكتوم الأعمى فقال احتجبا منه فقلنا يا رسول الله أليس بأعمى ولا يبصرنا قال فعمياوان أنتما ففي هذا الحديث نهيه عن نظرهما إلى بن أم مكتوم وفي حديث فاطمة إباحة نظرها إليه ويشهد لحديث نبهان هذا ظاهر قول الله تعالى وقل للمؤمنت يغضضن من أبصرهن النور 31 كما قال قل للمؤمنين يغضوا من أبصرهم النور 30 ويشهد لذلك من طريق الغيرة أن نظرها إليه كنظره إليها

و قد قال بعض الأعراب لأن ينظر إلى وليتي عشرة رجال خير من أن تنظر هي إلى رجل واحد ومن قال بحديث فاطمة احتج بصحة إسناده وأنه لا مطعن لأحد من أهل العلم بالحديث فيه وقال إن نبهان - مولى أم سلمة - ليس ممن يحتج بحديثه وزعم أنه لم يرو إلا حديثين منكرين أحدهما هذا

والآخر عن أم سلمة عن النبي ﷺ في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي به كتابته احتجبت منه سيدته

ومن صحح حديث نبهان قال إنه معروف وقد روى عنه بن شهاب ولم يأت بمنكر

وزعم أن أزواج النبي ﷺ في الحجاب لسن كسائر النساء

قال الله عز وجل يا نساء النبي لستن كأحد من النساء الأحزاب 23

وقال إن نساء النبي - عليه السلام - لا يكلمن إلا من وراء حجاب متجالات كن أو غير متجالات وقال الستر والحجاب عليهن أشد منه على غيرهن لظاهر القرآن وحديث نبهان عن أم سلمة عن النبي ﷺ

وأما قولها إن أبا معاوية وأبا جهم بن هشام خطباني فقد وهم فيه يحيى بن يحيى صاحبنا وغلط غلطا سمحا لأنه ليس في الصحابة أحد يقال له أبو جهم بن هشام ولا قاله أحد من رواة مالك لهذا الحديث ولا غير مالك وإنما هو أبو جهم هكذا جاء ذكره في هذا الحديث عند جماعة رواته غير منسوب وهو أبو جهم بن حذيفة بن غانم العدوي القرشي وقد ذكرناه في كتابنا في الصحابة بما يكفي من ذلك من ذكره وأظن يحيى شبه عليه بأبي جهل بن هشام والله أعلم

وفي ترك رسول الله ﷺ الإنكار على فاطمة وقولها إن معاوية وأبا جهم خطباني ولا أنكر عليها ذلك بل خطبها مع ذلك لأسامة بن زيد دليل على صحة ما قدمنا ذكره في أول كتاب النكاح عن مالك وغيره من العلماء أن نهي رسول الله ﷺ أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ليس على ظاهره وأن المعنى فيه الركون والميل والمقاربة فإذا كان ذلك لم يجز حينئذ أن يخطب أحد على خطبة أخيه وهذا في معنى نهيه ﷺ أن يبيع الرجل على

بيع أخيه

وفي هذا الحديث دليل على أن من أخبر على أخيه لمن يستنصحه فيه عند الخطبة لما هو عليه من الخلق المذموم المعيب فليس بمغتاب

وأما قوله ذلك ليس بغيبة وأنه جائز حسن من النصيحة التي هي الدين

قال رسول الله ﷺ ((إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصح له فإن الدين النصيحة لله عز وجل ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم))

وفي هذا الباب سؤال الحاكم عن الشاهد عنده فواجب على المسؤول أن يقول

الاستذكار ج:6 ص:170

فيه الحق الذي يعلمه لينفذ القضاء فيه بما أمره الله عز وجل به من رد شهادته للفسق أو قبولها للعدالة

وفي قوله صعلوك لا مال له دليل على أن المال من واجبات النكاح وخصال الناكح وأن الفقر من عيوبه وأنه لو بين أو عرف ذلك منه ورضي به لجاز كسائر العيوب

وأما قوله لا يضع عصاه عن عاتقه ففيه دليل على أن المفرط في الوصف لا يلحقه الكذب والمبالغ في النعت بالصدق لا يدركه الذم

ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال في أبي جهم لا يضع عصاه عن عاتقه وهو قد ينام ويصلي ويأكل ويشرب ويشتغل بما يحتاج إليه من شغله في دنياه

وإنما أراد المبالغة في أدب النساء باللسان واليد وربما يحسن الأدب بمثله كما يصنع الوالي في رعيته

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لرجل أوصاه ((لا ترفع عصاك عن أهلك وأخفهم في الله عز وجل)

)
وروي عنه - عليه السلام - أنه قال علق سوطك حيث يراه أهلك
والعرب تكنى بالعصاة عن أشياء كثيرة منها الطاعة والألفة ومنها الإخافة والشدة وقد أشبعنا هذا المعنى في ((التمهيد)) وأتينا بما قيل في معنى العصا أو وجوهها بالشواهد في الشعر وغيره هناك والحمد لله تعالى

1 (24 - باب ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها)

1188 - قال مالك الأمر عندنا في طلاق العبد الأمة إذ طلقها وهي أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الأمة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها قال مالك ومثل ذلك الحد يقع على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فإنما حده حد عبد قال أبو عمر هكذا قال إذا طلق العبد الأمة ثم عتقت

الاستذكار ج:6 ص:171

وهذه المسألة لا فرق فيها بين طلاق العبد الأمة وبين طلاق الحر الأمة
وترجمة الباب أضبط لهذه المسألة وهي مسألة الأمة تعتق في عدتها هل تنتقل عدتها أم لا وقد اختلف العلماء فيها فقال مالك ما ذكره في هذا الباب وقال الشافعي لو أعتقت الأمة قبل انقضاء عدتها أكملت عدة حرة إذا كان الطلاق رجعيا لأن العتق وقع وهي في معاني الأزواج في عامة أمرها ويتوارثان في عدتها وقال بالحرية وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا طلق امرأته وهي أمه طلاقا رجعيا ثم أعتقت في العدة انتقلت عدتها

إلى عدة الحرة وإن كان طلاقا بائنا لم ينتقل وهذا مثل قول الشافعي
وقال بن أبي ليلى إذا طلقت الأمة تطليقتين فعدتها عدة الأمة
وهذا وافق مالكا في الرجعي وخالفه في البائن
وقال أبو حنيفة وأصحابه ولو مات عنها زوجها ثم أعتقت في العدة لم تنتقل العدة
وقالوا في البائن قولين
أحدهما تنتقل
والآخر لا تنتقل
وقال الطحاوي القياس أن ينتقل في البائن والرجعي بعيدا كما قالوا في الصغيرة إذا حاضت انتقلت عدتها إلى الحيض
وهو قول بن شجاع وبن أبي عمر
قال أبو عمر الصواب - والله أعلم - أن تنتقل عدتها في الرجعي دون البائن ودون الوفاة لأن العتق صادف في الرجعي زوجة ولم يصادف في البائن ولا في الوفاة زوجه
وللشافعي في عدة الوفاة قولان
أحدهما تنتقل
والآخر لا تنتقل

الاستذكار ج:6 ص:172

واختار المزني أن تنتقل إلى عدة حرة قياسا على المعدلة بالشهور لأنه لا تكون حرة وهي تعتد عدة أمة كما لا تكون ممن لا تحيض وتعتد بالشهور
وقال مالك لا يغير عتقها عدتها في الطلاق ولا في الوفاة
وقال الشعبي تكمل عدة حر في الطلاق والوفاة إذا عتقت قبل انقضاء العدة
وكذلك قال أبو الزناد
وقال الأوزاعي في الذي يموت عنها زوجها فتعتق في العدة أنها تكمل عدة الحرة أربعة أشهر وعشرا

وروي عنه فيمن طلق أمته طلقتين ثم أعتقت قال إن كانت اعتدت منه قبل العتق حيضة اعتدت إليها أخرى وفي هذا الباب
قال مالك والحر يطلق الأمة ثلاثا وتعتد بحيضتين والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاثة قروء
قال أبو عمر هذه المسألة قد مضت في باب طلاق العبد فلا معنى لتكرير القول فيها ها هنا
قال مالك في الرجل تكون تحته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها أنها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبها فإن أصابها بعد ملكه إياها قبل عتاقها لم يكن عليها إلا الاستبراء بحيضة
قال أبو عمر قد مضى - أيضا - القول في أن الأمة إذا ابتاعها زوجها انفسخ النكاح وحلت له بملك اليمين وذكرنا ما للعلماء في ذلك فإذا أعتقها بعد شرائه لها قبل أن يمسها لزمها أن تعتد منه
وقد اختلف العلماء في عدتها ها هنا فمنهم من قال تعتد عدة أمة حيضتين ومنهم من قال تعتد عدة حرة ثلاثة قروء
ورووا عن الحسن أن النبي ﷺ أمر بريرة أن تعتد عدة حرة
وعن إبراهيم وبن شهاب قالا أعتقت بريرة فاعتدت عدة حرة
وأما من قال تعتد حيضتين فيقول لزمتها العدة حين ابتاعها وذلك حين فسخ النكاح بينهما وهي أمة فعدتها عدة أمة

الاستذكار ج:6 ص:173

وقد ذكرنا في هذا الباب مثل هذه المسألة في العتق بعد الطلاق الرجعي والبائن وبعد الوفاة أيضا وهذه وتلك سواء
وأما قوله فإن أصابها بعد ملكه لها قبل عتقها لم

يكـــــن عليهـــــا إلا اســـــتبراء بحيضـــــة وهذا قول صحيح لأن وطأة لهـا يهـدم عـدتها فـإذا أعتقها بعد وطئه لهـا لـم تعتـد مـن فسـخ النكـاح وقـال عـدتها اسـتبراء رحمهـا وذلـك حيضـة عنـد المـــدنيين وأما الكوفيون فيقولون هي حرة ولا يستبرأ رحـم الحــرة فــي العــدة ولا شــبهة إلا بثلاثــة قــروء وقد مضت هذه المعاني والحمد لله كثيرا

1 (25 - باب جامع عدة الطلاق)

1189 - مالك عن يحيى بـن سـعيد وعـن يزيـد بـن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بـن المسـيب أنه قال قال عمر بن الخطـاب إيمـا امـرأة طلقـت فحاضـت حيضـة أو حيضـتين ثـم رفعتهـا حيضـتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها حمـل فـذلك وإلا اعتدت بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر ثم حلت

قال أبو عمر رواه بن عيينـة عـن يحيـى بـن سـعيد عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضـت حيضـة أو حيضـتين ثـم رفعتها حيضتها ولم تعلم من أين ذلك ثم ذكر مثله إلـــــــــــى آخـــــــــــره ســـــــــــواء قال مالك الأمر عندنا في المطلقـة الـتي ترفعهـا حيضـتها حيـن يطلقها ا زوجهـا أنها ا تنتظـر تسـعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشـهر فـإن حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثـة اسـتقبلت الحيض فإن مرت بها تسعة أشـهر قبـل أن تحيـض اعتـدت ثلاثـة أشـهر فـإن حاضـت الثانيـة قبـل أن تسـتكمل الأشـهر الثلاثـة اسـتقبلت الحيـض فـإن مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيـض اعتـدت ثلاثـة أشهر فإن حاضت الثالثة كانت قد اسـتكملت عـدة

الحيض فإن لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت

ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل إلا أن يكون قد بتت طلاقها
قال أبو عمر اختلف العلماء في التي ترتفع حيضتها وهي معتدة من طلاق فقال مالك في ((موطئه)) بما ذكره عن عمر وقال بن القاسم عن مالك إذا حاضت المطلقة ثم ارتابت فإنها تعتد بالتسعة الأشهر من يوم رفعتها حيضتها لا من يوم طلقت
وفي رواية بن القاسم عن مالك بيان الوقت الذي منه تعتد
وقال مالك في التي يرفع الرضاع حيضتها إنها لا تحل حتى تحيض ثلاث حيض وليست كالمرتابة
وقال الليث بن سعد والثوري وأبو حنيفة والشافعي في التي ترتفع حيضتها ولم يتبين لها ذلك ان عدتها الحيض أبدا حتى تدخل في السن التي لا تحيض في مثله مثلها من النساء فتستأنف عدة الآيسة للشهور
وقال الليث تعتد ثلاثة أقراء وإن كانت في سن فإن مات زوجها في ذلك ورثته إذا كانت ممن يعرف النساء أن حيضتها على نحو ما ذكرت
وقال الأوزاعي في رجل طلق امرأته وهي شابة فارتفع حيضها فلم يأتها ثلاثة أشهر فإنها تعتد ستة
وهذا نحو قول مالك ومذهب عمر - رضي الله عنه
وروي عن بن مسعود لا تنقضي عدتها إذا لم تكن يائسة ولا صغيرة إلا بالحيض
وعن بن عباس في التي ارتفع حيضها سنة وقال تلك الريبة
وعن علي وزيد - رضي الله عنهما أنها ليست يائسة بارتفاع حيضها

قال أبو عمر صار مالك في هذا الباب إلى ما رواه عن عمر فيه وعن بن عباس مثله وهو أعلى ما روي إلى ذلك إلى ما رواه عليه الفتوى والعمل ببلده وصار غيره في ذلك إلى ظاهر القرآن وما روي عن بن مسعود وزيد وقد روي عن علي مثله من وجه - ليس بالقوي وظاهر القرآن لا مدخل فيه لذوات الأقراء في الاعتداد بالشهور وإنما تعتد بالشهور اليائسة والصغيرة فمن لم تكن يائسة ولا صغيرة فعدتها الأقراء وإن تباعدت كما قال بن شهاب والله الموفق للصواب

الاستذكار ج:6 ص:175

وقال أحمد بن حنبل إذا ارتفع حيض المطلقة وقد حاضت حيضة أو حيضتين اعتدت سنة بعد انقضاء الحيض وإن كانت أمة اعتدت أحد عشر شهرا تسعة أشهر للحمل واثنان للعدة

قال أبو عمر ذكر مالك عن بن شهاب في باب الأقراء أنه سمعه يقول عدة المطلقة الأقراء وإن تباعدت وهو يدخل في هذا الباب إلا أنه مخالف لمذهب مالك فيه موافق لقول الشافعي ومن تابعه

وقد رواه معمر عن الزهري في التي لا تحيض إلا في الأشهر قال تعتد بالحيض وإن تطاول واختلف الحسن وبن سيرين في هذه المسألة فقال الحسن فيها بما روي عن عمر وذلك معنى قول مالك

وقال بن سيرين فيها مذهب بن مسعود لقول الكوفيين والشافعي

وأما قول بن مسعود فيها فذكر أبو بكر قال حدثني أبو معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن علقمة أنه طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين فحاضت حيضة أو حيضتين في ستة عشر شهرا أو سبعة عشر شهرا ثم لم تحض الثالثة حتى ماتت

فأتى عبد الله فذكر له ذلك وقال عبد الله حبس الله عليه ميراثها وورثها
وروى سفيان عن بن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء قال إذا حاضت المرأة في السنة ستة فأقراؤها ما كانت
قال عمرو وقال طاوس يكفيها ثلاثة أشهر فقول أبي الشعثاء أحب إلي
وأما ما ذكره مالك في هذا الباب 1190 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء
فقد مضى مع ذلك كسائر العلماء في باب طلاق العبيد ونعيده ها هنا كذكر مالك له في هذا الموضع ذكرا مختصرا فنقول ذهب مالك والشافعي إلى أن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
وهو قول سعيد بن المسيب وجمهور فقهاء الحجاز أن الله عز وجل أضاف

الاستذكار ج:6 ص:176

الطلاق إلى الرجال لقوله إذا طلقتم النساء) البقرة 231 و 232
فقال أبو حنيفة الطلاق والعدة للنساء وهو قول جماعة أهل العراق
وحجته حديث بن جريج عن مظاهر بن أسلم - عن القاسم بن محمد عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ ((طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان)) فأضاف إليها الطلاق والعدة جميعا إلا أن مظاهر بن اسلم انفرد بهذا الحديث وهو ضعيف
وقد روي عن بن عمر أنه قال أيهما رق نقص طلاقه
وقال به فرقة من العلماء
وقال قوم عدة الحرة والأمة سواء والطلاق من

أزواجهما لهما سواء فلا يبين ولا يحرم على العبد ولا على الحر زوجته إلا بثلاث تطليقات وعدة كل أمة وكل حرة سواء ثلاثة أقراء وفي الوفاة أربعة أشهر وعشرا
وممن قال بهذا عبد الرحمن بن كيسان وداود بن علي وجماعة أهل الظاهر
1191 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة
قال أبو عمر اختلف العلماء في عدة المستحاضة فقال مالك عدة المستحاضة سنة الحرة والأمة في ذلك سواء
وهو قول الليث
قال الليث عدة المطلقة والمستحاضة المتوفى عنها سنة إذا كانت مستحاضة
وقال أبو حنيفة وأصحابه عدة المستحاضة وغيرها سواء ثلاث حيض إن كانت الأقراء معروفا موضعها وإلا فهي كالآيسة
وقال الشافعي إذا طبق عليها الدم فإن كان دمها ينفصل فيكون في أيام أحمر قانيا محتدما كثيرا أو فيما بعد رقيقا قليلا فحيضها أيام الدم المحتدم الكثير وطهرها أيام الدم الرقيق المائل إلى الصفرة

الاستذكار ج:6 ص:177

وإن كان دمها مشتبها كله كان حيضتها بقد عدد أيام حيضها فيما مضى قبل الاستحاضة
وإن بدت مستحاضة أو قيست أيام حيضتها ذكرت الصلاة يوما وليلة واستقبل عليها الحيض من أول هلال يأتي عليها بعد وقوع الطلاق فإذا هل هلال الشهر الرابع انقضت عدتها
وقال الحسن البصري والزهري وجابر بن زيد وعطاء والحكم وإبراهيم وحماد تعتد المستحاضة بالأقراء
وقال طاوس وعكرمة تعتد بالشهور

وبـــــــــــــه قــــــــــــال قتــــــــــــادة
وقـال أحمـد وإسـحاق فـي المستحاضـة إن كـانت أقراؤها معلومـة مسـتقيمة فعـدتها أقراؤهـا وإن اختلطــــــــت عليهــــــا فعــــــــدتها ســـــــنة
قال أبو عبيد إذا جهلت أقراءها فعدتها ثلاثة أشهر وإن علمتهــــــــا اعتــــــــــدت بهــــــــا
قال أبو عمر أما إذا كـانت أقراؤهـا معلومـة فهـي مـــــــــــــن ذوات الأقـــــــــــــراء
فعند جابر أن تعتد بالشهور أليست عليها حيضــتها وعلمت أنها تحيض في كل شهر مرة اعتدت ثلاثــة أشـــهر
وكذلك إن علمت أنهـا ممـن تحيـض لمـدة معلومـة اعتـــدت بأقرائهـــا وإن تباعـــدت واللـــه أعلـــم
وقال مالك في المتوفى عنهـا زوجهـا إن ارتـابت من نفسها انتظرت حـتى تـذهب عنهـا الريبـة وإن لـــم ترتـــب فعـــدتها أربعـــة أشـــهر وعشـــر
قال أبو عمر أوجب الله تعالى على المتوفى عنهـا زوجها أن تتربص أربعة أشهر وعشرا قبل أن تنكح

وأجمـع العلمـاء علـى أن ذلـك عـام فـي الحـرة الصغيرة والكبيرة ما لم تكن حاملا عبادة مـن اللـه في الصغيرة وبراءة للأرحام فيمـن يخـاف عليهـن الحمــــــــــل وحفظـــــــــا للأنســــــــــاب
واختلفوا هل يلزم ذوات الأقراء أن تكـون الأربعـة الأشــــــهر والعشــــــر فيهــــــن حيضـــــــة أم لا
فقال مالك وأصحابه إن المتـوفى عنهـا إن كـانت ممن تحيض فلا بد من حيضة فـي الأربعـة الأشـهر والعشر لتصح بها براءة رحمها وإن لم تحض فهـي عندهم سواء به على اختلاف أصحابه في ذلك

الاستذكار ج:6 ص:178

وروى أشهب وبـن نـافع عـن مالـك أنـه سـأله بـن كنانة على الحـرة تعتـد أربعـة أشـهر وعشـرا ولـم تسترب وذلك أن حيضتها من ستة أشهر إلى ســتة

أشهر أتتزوج قال لا تتزوج حتى تحيض وتبرأ من الريبة
قال بن نافع أرى أن تتزوج ولا تنتظر وأما التي لا تتزوج فهي التي وفت حيضتها أربعة أشهر وعشرا مما دون فيتجاوز الوقت ولم تحض بتلك المدة
وروى بن القاسم عن مالك قال إذا كانت عادتها في حيضتها أكثر من أمر العدة ولم تسترب نفسها ورآها النساء فلم يروا بها حملا تزوجت إن شاءت
وروى بن حبيب عن بن الماجشون مثل ذلك
وروي عن مطرف عن مالك مثل رواية أشهب وبن نافع
قال أبو عمر الذي عليه مذهب أبي حنيفة والثوري والشافعي وجمهور أهل العلم أن الأربعة الأشهر والعشر للمتوفى عنها برء ما لم تسترب نفسها ريبة تنفيها بالحمل فتكون عدتها وضع حملها حينئذ دون مراعاة الأربعة الأشهر والعشر
قال مالك والمرتفعة الحيض من المرض كالمرتابة في العدة
قال والأمة المستحاضة والمرتابة بغير الحيض حالهما في العدة وحال الحرة سواء سنة
وقال مالك في قوله عز وجل إن ارتبتم الطلاق 4 معناه إن لم تدروا ما تصنعون في أمرها
وقال مالك في التي يرفع الرضاع حيضتها إنها لا تحل حتى تحيض ثلاث حيض وليست كالمرتابة والمستحاضة
قال أبو عمر أما التي يرتفع حيضها من أجل الرضاع فقد ذكر مالك فيها حديثا في كتاب طلاق المريض عن يحيى بن يحيى عن محمد بن يحيى بن حبان أن عثمان قضى فيها عن رأي أنها ترث زوجها إذا لم تحض ثلاث حيض
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا أبو أسامة

عن عبد الحميد بن جعفر عن يزيد بن أبي حبيب قال كتب إلى الزهري أن رجلا طلق امرأته وهي ترضع ابنا له فمكثت سبعة أشهر أو ثمانية أشهر لا تحيض فقيل له إن مت ورثتك فقال احملوني إلى عثمان فحملوه فأرسل عثمان إلى علي وزيد فسألهما فقالا نرى أن ترثه فقالا لأنها ليست من اللاتي يئسن من المحيض ولا من اللاتي لم يحضن وإنما يمنعها من الحيض الرضاع فأخذ الرجل ابنه منها فلما فقدته

حاضت حيضة ثم حاضت في الشهر الثاني حيضة أخرى ثم مات قبل أن تحيض الثالثة فورثته قال وحدثنا أبو خالد الأحمر عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان أن جده حبان بن منقذ كانت عنده امرأتان امرأة من بني هاشم وامرأة من الأنصار وأنه طلق الأنصارية وهي ترضع وكانت إذا أرضعت مكثت سنة لا تحيض فمات حبان عن رأس السنة فورثها عثمان وقال للهاشمية هذا رأي بن عمك علي بن أبي طالب وفي هذا الباب

قال مالك السنة عندنا أن الرجل إذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها أنها لا تبني على ما مضى من عدتها وأنها تستأنف من يوم طلقها عدة مستقبلة وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها

قال أبو عمر على هذا أكثر أهل العلم لأنها في حكم الزوجات المدخول بهن في النفقة والسكنى وغير ذلك وكذلك تستأنف العدة من يوم طلقت وهو قول جمهور أهل الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام

وقال الثوري أجمع الفقهاء عندنا على ذلك

وقال عطاء بن أبي رباح وفرقة تمضي في عدتها

مـــــــــــــــن طلاقهـــــــــــــــا الأول
وهـــــــو أحـــــــد قـــــــولي الشـــــــافعي
قال أبو عمر لأن طلاقه لها إذا لم يمسها في حكم من طلقها في عدتها قبل أن يراجعها ومـن طلـق امرأتـه فـي كـل طهـر مـرة وبنـت لـم تسـتأنف وقـال داود ليـس عليهـا أن تتـم عـدتها ولا عـدة مســـــــــــــــــــــــــــــــــــــــتقبلة
قال أبو عمر لأنها مطلقة قبل الـدخول وشـذ فـي ذلـــك
قـال أبـو عمـر فلـو كـانت بائنـة منـه غيـر مبتوتـة فتزوجها في العدة ثم طلقهـا قبـل الـدخول فقـد اختلفـــــــوا فـــــــي ذلـــــــك أيضـــــــا
فقـال مالـك والشـافعي وزفـر ومحمـد وعثمـان البتي لها نصف الصداق وتتم بقيـة العـدة الأولـى وهو قول الحسـن وعطـاء وعكرمـة وبـن شـهاب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والثـوري والأوزاعـي لها مهر للنكاح الثاني

الاستذكار ج:6 ص:180

وعدة مسـتقبلة جعلوهـا فـي حكـم المـدخول بهـا لاعتدادها من مئة وليس عندي بشيء والله أعلـم
وقال داود لها نصـف الصـداق وليـس عليهـا بقيـة العـدة الأولـى ولا عـدة مسـتقبلة بشـيء أيضـا
قـال مالـك والأمـر عنـدنا أن المـرأة إذا أسـلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها ما دامـت فـي عدتها فإن انقضت عدتها فلا سبيل لـه عليهـا وإن تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وإنمـا فســـــخها منـــــه الإســـــلام بغيـــــر طلاق
قال أبو عمر قد ذكرنا ما للعلماء في أحكام الكافر يسلم قبل زوجته والكافرة قبل زوجهـا فـي بـاب نكاح الشرك إذا أسـلمت زوجتـه مـن هـذا الكتـاب والفرق بين الفسـخ والطلاق وإن كـان كـل واحـد منهمـا فراقـا بيـن الزوجيـن أن الفسـخ إذا عـاد الزوجـان بعـده إلـى النكـاح فهمـا علـى العصـمة

الأولى وتكون المرأة عند زوجها ذلك على ثلاث تطليقات ولو كان طلاقا ثم راجعها كانت عنده على طلقتين
وأما اختلاف الفقهاء في إنابة الزوج من الإسلام إذا أسلمت زوجته وهما ذميان وفرق بينهما فقال مالك وأبو يوسف والشافعي الفرقة بينهما فسخ وليس طلاق إلا أن مالكا والشافعي يقولان إنما تقع الفرقة بينهما بمضي ثلاث حيض قبل أن يسلم على ما قدمنا ذكره عنهما في بابه من هذا الكتاب
وقال أبو يوسف إذا أبى أن يسلم فرق بينهما على ما ذكرنا من مذهبه ومذهب أصحابهم في ذلك الباب أيضا
وقال أبو حنيفة وأصحابه ومحمد بن الحسن إذا أبى الزوج أن يسلم يفرق بينهما فهو طلاق قال أبو عمر من جعله هو شيء دخل على الزوج لم يقصده فكأنه غلب عليه فاشتبه أو شرى أحدهما صاحبه وإنما الطلاق ما اختص به الزوج طلاقا
قال إيابة الزوج من الإسلام اختصاص منه بالفرقة واختيار لها فكذلك الفرقة بينهما طلاق والله أعلم

الاستذكار ج:6 ص:181

1 (26 - باب ما جاء في الحكمين)

1192 - مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب قال في الحكمين اللذين قال الله تعالى وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا النساء 35 إن إليهما الفرقة بينهما والاجتماع
قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم

أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع

قال أبو عمر أما الخبر عن علي - رضي الله عنه - في ذلك فمروي من وجوه ثابتة عن بن سيرين عن عبيدة السلماني عن علي منها ما رواه سفيان بن عيينة عن أيوب عن بن سيرين عن عبيدة السلماني قال جاء رجل وامرأة إلى علي بن أبي طالب ومع كل واحد منهما فئام من الناس فقال علي ما بال هذين فقالوا وقع بينهما شقاق قال فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها قال فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فقال لهما علي هل تدريان ما عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بقول الله عز وجل وما فيه علي ولي فقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بما أقرت به

وذكره عبد الرزاق قال أخبرني معمر عن أيوب عن بن سيرين عن عبيدة السلماني قال شهدت علي بن أبي طالب وجاءته امرأة مع زوجها مع كل واحد منهما فئام من الناس فأخرج هؤلاء حكما وهؤلاء حكما فقال علي للحكمين أتدريان ما عليكما أن عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما فقال الزوج أما الفرقة فلا فقال علي كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لي وعلي

الاستذكار ج:6 ص:182

قال وأخبرنا معمر عن بن طاوس عن عكرمة بن خالد عن بن عباس قال بعثت أنا ومعاوية حكمين فقيل لنا إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما

فقال معمر وبلغني أن الذي بعثهما عثمان بن

عفـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــان
قال وأخبرنا بن جريج عن بن أبي مليكة أن عقيــل بن أبي طالب تزوج فاطمــة بنــت عتبــة بــن ربيعــة فقالت تصبر لي وأنفق عليك فكان إذا دخل عليهــا قالت أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة فيســكت عنها حتى إذا دخل عليها يوما وهو برم قــالت أيــن عتبـــــة بـــــن ربيعـــــة وشـــــيبة بـــــن ربيعـــــة فقـال علـى يسـارك فـي النـار إذا دخلـت فشـدت عليها ثيابها وجاءت عثمان فذكرت ذلك له فضـحك وأرسل إلى بن عباس ومعاويـة فقـال بـن عبـاس لأفرقن بينهما وقال معاوية مـا كنـت لأفـرق بيـن شيخين من بنـي عبـد منـاف فأتيـا فوجـداهما قـد أغلقـا عليهمـا أبوابهمـا وأصـلحا أمرهمـا فرجعـا
قال أبو عمر أجمع العلماء على أن معنى قول الله عز وجل وإن خفتـم شـقاق بينهمـا النسـاء 35 أن المخاطب بذلك الحكام والأمراء وأن الضمير في ((بينهما)) للزوجيـن فـإن قـوله إن يريـدا إصـلحا يوفق اللـه بينهمـا النسـاء 35 فـي الحكميـن فـي الشـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــقاق
ذكر أبو بكر قال حدثني محمد بن فضيل عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جـبير عـن بـن عبـاس إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما قال همـا الحكمـان
قال وحدثني وكيع عن سفيان عن أبي هاشم عــن مجاهد في قوله عـز وجـل إن يريـدا إصـلحا يوفـق اللـــه بينهمـــا النســـاء 35 قـــال همـــا الحكمـــان
وأجمعــوا أن الحكميــن لا يكونــان إلا مــن جهــة الزوجيـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــن
أحـــــــدهما مـــــــن أهـــــــل المـــــــرأة والآخر من أهل الرجل إلا أن يوجد في أهلهما مـن يصــــلح لــــذلك فيرســــل مــــن غيرهمــــا
وأجمعوا أن الحكمين إذا اختلفا لـم ينفـذ قولهمـا
وأجمعوا أن قولهما نافذ فـي الجمـع بينهمـا بغيـر توكيل من الزوجين

واختلفوا في الفرقة بينهما هل تحتاج إلى توكيل من الزوج أم لا
فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل من الزوجين ولا إذن منهما في ذلك
وهو قول الشعبي وأبي سلمة بن عبد الرحمن وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وبه قال إسحاق
وروي عن بن عباس أنه قال في الحكمين إن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا جاز
وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما ليس لهما أن يفرقا إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق
وهو قول عطاء والحسن
قال بن جريج سمعت عطاء يسأل أيفرق الحكمان قال لا إلا أن يجعل ذلك في أيديهما الزوجان
وقال الحسن يحكمان في الاجتماع ولا يحكمان في الفرقة
وبه قال أبو ثور وأحمد وداود
وكلا الطائفتين تحتج بقول علي - رضي الله عنه
وروى وكيع عن موسى عن عبيدة عن محمد بن كعب قال قال علي الحكمان بهما يجمع الله وبهما يفرق
ومن حجة من قال بقول الشافعي وأبي حنيفة قول علي - رضي الله عنه - للزوج لا تبرح حتى ترضى بما رضيت به فدل على أن مذهبه أنهما لا يفرقان إلا برضا الزوج
والأصل المجتمع عليه أن الطلاق بيد الزوج أو بيد من جعل ذلك إليه
وجعله مالك ومن تابعه في باب طلاق السلطان على المولى والعنين
واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا فقال بن القاسم تكون واحدة بائنة

وروي نحو ذلك عن مالك
وقال المغيرة وأشهب إن طلقها ثلاثا فهي ثلاث
وبالله التوفيق

الاستذكار ج:6 ص:184

1 (27 - باب يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح)

1193 - مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وبن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون إذا حلف الرجل بطلاق المرأة قبل أن ينكحها ثم أثم إن ذلك لازم له إذا نكحها
1194 - مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهي طالق إنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه
قال مالك وهذا أحسن ما سمعت
قال أبو عمر هذا آخر الباب عند جمهور رواة ((الموطأ))
وليحيى فيه زيادة من قول مالك في بعضها وهم
قال أبو عمر أما عمر بن الخطاب فلا أعلم أنه روي عنه في الطلاق قبل النكاح شيء صحيح وإنما يرويه ياسين الزيات عن أبي محمد عن عطاء الخرساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن رجلا أتى عمر بن الخطاب فقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا قال هو كما قال
ويسن مجتمع على ضعفه وأبو محمد مجهول وأبو سلمة عن عمر منقطع
وإنما روي عنه فيمن ظاهر من امرأة أنه لا يقربها إن تزوجها حتى يكفر وجائز أن يقاس على قوله هذا الطلاق والله أعلم
وأما بن مسعود فروى وكيع عن سفيان عن محمد بن قيس عن إبراهيم عن علقمة والأسود أنه طلق امرأة إن تزوجها فسأل بن مسعود فقال أعلمها

بالطلاق ثم تزوجها

قال أبو عمر يعني أنه قد كان تزوجها إذ سأل بن مسعود فأجابه بهذا وتكون عنده على اثنتين إن تزوجها

وروى أبو عوانة عن محمد بن قيس عن إبراهيم عن علقمة

الاستذكار ج:6 ص:185

والأسود عن عبد الله فيمن قال إذا تزوجت فلانة فهي طالق

قال هو كما قال

وأما بلاغ مالك عن بن مسعود أن الحالف بالطلاق لا يلزمه إلا أن يعين قبيلة أو يسمي امرأة فلا أحفظه عنه إلا منقطعا غير متصل

وأما سالم والقاسم فروي عنهما من وجوه ما ذكره مالك عنهما

ذكر أبو بكر قال حدثني عبد الله بن نمير وأبو أسامة عن يحيى بن سعيد قال كان يحيى والقاسم وسالم وعمر بن عبد العزيز يرون الطلاق جائزا عليه إذ وقت

قال وحدثني أبو أسامة عن عمر بن حمزة أنه سأل القاسم وسالما وأبا بكر بن عبد الرحمن وأبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق البتة فقالوا كلهم لا يتزوجها

قال وحدثني أبو أسامة - حفص بن غياث - عن عبيد الله بن عمر قال سألت القاسم بن محمد عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق قال طالق

وسئل عمر عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي علي كظهر أمي قال لا يتزوجها حتى يكفر

وقد روي عن سالم أنه لم ير للمخالف أن يتزوج وإن عم في يمينه

ذكره أبو بكر قال حدثنا إسماعيل بن علية قال حدثني عن قدامة قال قلت لسالم بن عبد الله عن

رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل جارية يشتريها فهي حرة فقال أما أنا فلو كنت لم أنكح ولم أشتر وأما بن شهاب فروى معمر عنه في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل جارية أشتريها فهي حرة قال هو كما قال قال معمر قلت له أليس قد جاء أنه لا طلاق قبل نكاح ولا عتق إلا بعد الملك قال إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق أو عبد فلان حر وروى عنه يونس بن يزيد أنه قال إنما ذلك إذا قال فلانه طالق ولا يقول إن تزوجتها وأما إن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فهو كما قال

الاستذكار ج:6 ص:186

وقال هشام بن سعد عن الزهري إذا وقع النكاح وقع الطلاق وأما اختلاف أئمة الفتوى في هذا الباب فقال مالك في رواية يحيى في ((الموطأ)) وقاله في غير ((الموطأ)) ولم يختلف عنه أصحابه فيه إذا لم يسم الحالف بالطلاق امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضا أو نحو هذا وعم في - يمينه فليس يلزمه ذلك وليتزوج ما شاء فإن سمى امرأة أو أرضا أو قبيلة أو ضرب أجلا يبلغ عمره أكثر منه لزمه الطلاق قال وكذلك لو قال كل عبد اشتريه فهو حر فلا شيء عليه لأنه عم ولو خص جنسا أو بلدا أو ضرب أجلا يبلغ عمره مثله لزمه واختلف قوله إذا قال كل بكر أتزوجها فهي طالق ثم قال كل ثيب أتزوجها فهي طالق فمرة قال لا يتزوج وقد حرم عليه النساء نوعا بعد نوع ومرة قال إنه يتزوج لأنه قد عم في اليمين الأخرى

والأول أشـــــــــــهر عنـــــــــــــه
وقال بن أبـي ليلـى والحسـن بـن صـالح بـن حـي وإبراهيــم النخعــي والشــعبي والليــث بــن ســعد والأوزاعــي فــي هــذا البــاب مثــل قــول مالــك
وقال بن أبـي ليلـى إذا عمـم لـم يقـع وإن سـمى شيئا بعينه أو جماعة بعينها أو جعل يمينه إلى أجل يبلغـــــــــــــه وقـــــــــــــع
وقـال الأوزاعـي فيمـن قـال لامرأتـه كـل جاريـة أشتريها عليك فهـي حـرة فيشـتري عليهـا جاريـة فإنهـــا تعتـــق عليـــه لأنـــه قـــال عليـــك
وقال الحسن بن حـي إذا قـال كـل مملـوك أملكـه فهـــو حـــر فليـــس بشـــيء
ولو قال كل مملـوك أشـتريه أو ارثـه أو نحـو ذلـك عتـق عليـه إذا ملـك بـذلك الـوجه لأنـه قـد خـص
ولو قال كـل امـرأة أتزوجهـا فهـي طـالق فليـس بشيء وإن قال من بني فلان أو من أهـل الكوفـة أو مسلمة أو يهودية أو نصـرانية أو إلـى أجـل كـذا لزمـــــــــــــــــــــــــــــــــه
قال الحسن بـن صـالح بـن حـي لا أعلـم أحـدا مـذ وصـــلت الكوفـــة أفـــتى بغيـــر هـــذا
وقال الليث يلزمه الطلاق ولعتق فيما خص وكذلك لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها عليك

الاستذكار ج:6 ص:187

قال أبو عمر فهذا قول واحد من ثلاثة أقـوال فـي هـــــــــــــذه المســــــــــــــألة
وقـال أبـو حنيفـة وأصـحابه إذا قـال كـل امـرأة أتزوجها فهـي طـالق فهـو كمـا قـال تطلـق حيـن تـــــــــــــــــــــــــــتزوج
وهـو قـول عثمـان البـتي وبـن شـهاب الزهـري ومكحـــــــــــــــــــــــــــــول
ذكر أبو بكـر قـال حـدثني عيسـى بـن يـونس عـن الأوزاعي عن مكحول والزهري في الرجـل يقـول كل امرأة أتزوجها فهي طالق أنهمـا كانـا يوجبـان

ذلـــــــــــــــــــــــــك عليـــــــــــــــــــــــــه
وقـــــد روي عـــــن الأوزاعـــــي مثـــــل ذلـــــك
وكـــــــذلك اختلـــــــف عـــــــن الثـــــــوري
مـــــروي عنـــــه مثـــــل قـــــول أبـــــي حنيفـــــة
وروي عنه مثل قول الحسن بن صالح ومالك وهـذا
قـــــــــــــــــــــــول ثـــــــــــــــــــان
ومن قـال بهـذا القـول حمـل قـوله لا طلاق قبـل
نكـــــاح علـــــى مـــــا قـــــاله بـــــن شـــــهاب
قال وهو مثل قوله لا نـذر لابـن آدم فيمـا لا يملـك
لأنـــه يحتمـــل أن يكـــون فيـــه النـــذر إذا ملكـــه
قـالوا وإنمـا جـاء الحـديث ((لا طلاق إلا مـن بعـد
نكاح)) وليـس فيـه لا عقـد طلاق وشـبهوه بعلـة
الأجناس أنـه يستصـح فيهـا الصـدقة مـن قبـل أن
يلحـــــــــــق فـــــــــــي ملكـــــــــــه
قال أبو عمـر ليـس هـذا كلـه بـالقوي ولا الصـحيح
وهو أشبه بـالتحكم ودعـوى مـا لا يلـزم دون حجـة
واللـــــــــــــــــــــــه أعلـــــــــــــــــــــــم
والقول الثالث قول مـن قـال لا يلـزم طلاق قبـل
نكـاح ولا عتـق قبـل ملـك لا إذا خـص ولا إذا عـم
وروي ذلك عن النبي ﷺ مـن وجـوه كـثيرة إلا أنهـا
عند أهل الحديث معلولة ومنهم من يصـحح بعضـها
ولم يرو عـن النـبي ﷺ شـيء يخالفهـا وسـنذكرها
فـــي هـــذا البـــاب - إن شـــاء اللـــه عـــز وجـــل
وثبت ذلك عن علي بن أبي طالب ومعـاذ بـن جبـل
وجابر بن عبد الله وعبد الله بـن عبـاس وعائشـة -
زوج النبي ﷺ وسعيد بن المسيب وشريح والحسن

وعطاء وطـاوس وسـعيد بـن جـبير والضـحاك بـن
مزاحم وعلي بن حسين وأبي الشعثاء جابر بن زيد
والقاسم بن عبد الرحمن ومجاهد ومحمد بن كعب
القرظي ونـافع بـن جـبير بـن مطعـم وعـروة بـن

الزبيـــر وقتـــادة ووهـــب بـــن منبـــه وعكرمـــة وبه قال سفيان بن عيينة وعبد الرحمن بن مهـدي والشـافعي وأحمـد بـن حنبـل وإسـحاق وأبـو ثـور وداود ومحمـــــد بـــــن جريـــــر الطـــــبري وكان أبو عبيد يقول فيمن قال لامرأته إن تزوجت فلانة فهي طالق لو جاءني لم آمره بالتزويـج ولـو تـــــزوج لـــــم آمـــــره بـــــالفراق وروي مثـــــل ذلـــــك عـــــن الثـــــوري ورواه أبـــــو زيـــــد عـــــن بـــــن القاســـــم وروى العتبي عن علي بن سعيد عن بن وهب عـن مالك أنه أفتي رجلا حلف إن تزوجـت فلانـة فهـي طـــالق أنـــه لا شـــيء عليـــه إن تزوجهـــا قـــــال وقـــــاله بـــــن وهـــــب قال بـن وهـب ونزلـت بـالمخزومي فأفتـاه مالـك بـــذلك وقال محمد بن عبد الله بن محمد بن الحكم فيمـن حلـف بطلاق امـرأة إن تزوجهـا أو تـزوج ببلـد كـذا فتزوج بذلك البلد أو تزوج تلك المرأة قـال مـا أراه حانثـــا قال وقد قال بن القاسم آمـر السـلطان ألا يحكـم في ذلك بشيء وتوقف في الفتيـا بـه آخـر أيـامه قال محمد وقد كان عامـة مشـايخ أهـل المدينـة لا يرون به بأسا منهم سعيد بن المسـيب وعلـي بـن حســـين وهـــــو قـــــول بـــــن أبـــــي ذئـــــب قال وأما مالـك وجمهـور أصـحابه فلا يـرون ذلـك قال أبو عمر أحسن الأسـانيد المرفوعـة فـي هـذا البـاب مـا حـدثناه عبـد الـوارث بـن سـفيان قـال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني بن وضاح قـال حدثني أبـو بكـر بـن أبـي شـيبة قـال حـدثني عبـد العزيز بن عبد الصمد العمي عن عامر الأحول عـن

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ ((لا طلاق إلا من بعد نكاح

قال أبو بكر وحدثني وكيع قال حدثني بن أبي ذئب وعطاء بن المنكدر عن جابر يرفعه قال لا طلاق إلا بعد نكاح
قال وحدثني عن سفيان عن محمد بن المنكدر عن من سمع طاوسا يقول قال رسول الله ﷺ ((لا طلاق قبل نكاح))
وكذلك رواه عبد الرزاق عن الثوري قال وأخبرنا معمر عن عمر بن عبد الواحد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ أنه قال ((لا طلاق فيما لا تملك ولا عتاقة فيما لا تملك))
قال وأخبرنا معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي عن النبي ﷺ قال ((لا رضاع بعد الفصال ولا يتم بعد حلم ولا وصال ولا صمت يوما إلى الليل ولا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك))
فقال له الثوري يا أبا عروة إنما هو موقوف عن علي فأبى عليه معمر إلا عن النبي ﷺ
قال أبو عمر أما الأحاديث عن الصحابة والتابعين القائلين بأنه لا يقع الطلاق قبل النكاح وكلها ثابتة صحاح من كتاب عبد الرزاق وكتاب بن أبي شيبة وكتاب سعيد بن منصور وغيرها من الكتب ولولا كراهة التطويل لذكرناها
ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر قال كتب الوليد بن يزيد إلى عامله بصنعاء اسأل من قبلك عن الطلاق قبل النكاح قال فسأل بن طاوس فحدثهم عن أبيه أنه قال لا طلاق قبل النكاح
وسئل أبو المقدام وسماك فحدث أبو المقدام عن

عطاء وحدث سماك عن وهب بن منبه أنهما قالا لا طلاق قبل نكاح
قال وقال سماك إنما النكاح عقدة تعقد والطلاق حلها فكيف تحل عقدة قبل أن تعقد فكتب بقوله فأعجبه وكتب أن يبعث قاضيا
وذكر أبو بكر قال حدثني وكيع عن معرف بن واصل عن الحسن بن رواح الضبي قال سألت سعيد بن المسيب ومجاهدا وعطاء عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق فقالوا ليس بشيء

الاستذكار ج:6 ص:190

وقال سعيد أيكون سيل قبل مطر
قال وحدثني قبيصة قال وحدثني يونس بن أبي إسحاق عن آدم - مولى خالد عن سعيد بن جبير قال قال بن عباس قال قال الله عز وجل يأيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنت ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الأحزاب 49 فلا يكون طلاقا حتى يكون النكاح
قال وحدثني بن نمير عن بن جريج عن عطاء عن بن عباس قال لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك
قال وحدثني وكيع قال حدثني الحسن بن صالح عن أبي إسحاق عن عكرمة عن بن عباس قال ما أبالي أتزوجتها أو وضعت يدي على هذه السارية يعني أنها حلال
وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا بن جريج قال سمعت عطاء يقول من حلف بطلاق ما لم ينكح فلا شيء عليه
وكان بن عباس يقول إنما الطلاق بعد النكاح وكذلك العتاقة
قال بن جريج وأخبرني عبد الكريم الجزري أنه سأل سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير عن طلاق الرجل ما لم ينكح فقالوا لا طلاق قبل أن ينكح سماها أو لم يسمها

وسفيان بن عيينة عن بن عجلان أنه سمع عكرمة يحدث عن بن عباس انه كان لا يرى الطلاق ولا الظهار قبل النكاح
وسفيان عن سليمان بن أبي المغيرة العبسي قال سألت سعيد بن المسيب وعلي بن حسين عن الرجل يطلق المرأة قبل أن ينكحها فقالا ليس بشيء
وسفيان عن عمرو عن أبي الشعثاء أنه قال الطلاق بعد النكاح والعتق بعد الملك

1 (28 - باب أجل الذي لا يمس امرأته)

1195 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول من

الاستذكار ج:6 ص:191

تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فإنه يضرب له أجل سنة فإن مسها وإلا فرق بينهما
قال أبو عمر روى هذا الخبر معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب في الذي لا يستطيع النكاح يؤجل سنة
قال معمر وبلغني انه يؤجل من يوم يرفع أمرها ورواه بن جريج عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر جعل للعنين اجل سنة وأعطاها صداقها وافيا
1169 - مالك أنه سأل بن شهاب متى يضرب له الأجل أمن يوم يبني بها أم من يوم ترافعه إلى السلطان فقال بل من يوم ترافعه إلى السلطان
قال أبو عمر هذه المسألة في ((الموطأ)) عند جميع الرواة من قول مالك لا من قول بن شهاب ورواية يحيى - وإن كانت مخالفة لهم فإنها معروفة من غير رواية مالك عن بن شهاب وهي - عندي - غير مرفوعة لصحة الإمكان فيها
قال مالك فأما الذي قد مس امرأته ثم اعترض

عنها فإني لم أسمع أنه يضرب لـه أجـل ولا يفـرق بينهما

قال أبو عمر اتفق العلماء - أئمة الفتوى بالأمصار - على تأجيل العنين سنة إذا كان حرا

وشذ داود وبن علية فلم يريا عليه تأجيلا وجعلا ذلك مصيبة نزلت بالمرأة

واحتج بن علية بأنها مسألة خلاف وأن القياس ألا يؤجل كما لا يؤجل إذا أصابها مرة

وروي عن الحكم بن عيينة أنه قال هي امرأته أبدا لا يؤجل

وذكر الحكم أنه قول علي

قال أبو عمر قد روي هذا الحديث عن علي - رضي الله عنه - متصلا

رواه جماعة عن أبي إسحاق الهمداني عن هانئ بن هانئ قال جاءت

الاستذكار ج:6 ص:192

امرأة إلى علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - فقالت هل لك في امرأة لا أيم ولا ذات زوج فقال وأين زوجك قال فجاء شيخ قد اجتنح فقال ما تقول هذه فقال صدقت ولكن سلها هل تنعم في مطعم أو ملبس فسألها فقالت لا فقال هل غير ذلك قالت لا قال ولا من السحر قال ولا من السحر

قال علي هلكت وأهلكت فقالت المرأة فرق بيني وبينه فقال علي بل اصبري فإن الله تعالى لو أراد ولو شاء أن يبتليك بأشد من هذا فعل

حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني الخشني قال حدثني بن أبي عمر قال حدثني سفيان بن عيينة عن أبي إسحاق الهمداني عن هانئ بن هانئ فذكره حرفا بحرف

ومعناه عند أهل العلم أنه قد كان أصابها قبل ذلك والله أعلم

وقد روي عن علي أيضا التأجيل من رواية الحكم

وغيره
ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر قال أخبرنا الحسن بن عمارة عن يحيى بن الجزار عن علي قال يؤجل العنين سنة فإن أصابها وإلا فهي أحق بنفسها
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني أبو خالد الأحمر عن محمد بن إسحاق عن خالد بن كثير عن الضحاك عن علي - رضي الله عنه - قال يؤجل المعترض سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما
واعتل داود بحديث رفاعة القرظي وقد ذكرناه في باب المحلل من هذا الكتاب وذكرنا أنه لا حجة له فيه وأوضحنا ذلك والحمد لله
ولا أعلم بين الصحابة خلافا في أن العنين يؤجل سنة من يوم يرفع إلى السلطان
وروي ذلك عن عمر وعلي وبن مسعود والمغيرة بن شعبة - رضي الله عنهم
وقد ذكرنا الخبر عنهم بذلك عن عمر وعلي - رضي الله عنهما
وخبر عمر رواه المدنيون - والكوفيون - والبصريون ولم يختلفوا عنه فيه
وخبر علي من رواية أهل الكوفة خاصة وهو مختلف عنه فيه أيضا ولا يصح فيه عنه شيء من جهة الإسناد والله أعلم
وأما الخبر عن المغيرة فذكره عبد الرزاق عن الثوري عن بن النعمان عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة

الاستذكار ج:6 ص:193

وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني شريك عن جابر عن الشعبي قال كان أصحاب محمد ﷺ يقولون يؤجل العنين سنة
قال أبو عمر على هذا جماعة التابعين بالحجاز والعراق أن العنين يؤجل سنة من يوم يرفع إلى

السلطان وقد روي عن بعضهم بـأنه أجلـه عشـرة أشـــــــــــهر وليـــــــــــس بشـــــــــــيء
وإنما أجله سنة فيمـا ذكـر واللـه أعلـم لتكمـل لـه المداواة والعلاج في أزمـان السـنة كلهـا لاختلاف أعراض العلل في أزمنـة العـام وفصـوله فـإن لـم يبرأ في السنة يئسوا منه وفرق بينه وبين امرأتـه والفرقة بينهم ا تطليقـة واحـدة عنـد مالـك وأبـي حنيفـــــــة وأصـــــــحابهما والثـــــــوري
وحجتهم أن الفرقة واقعة لسبب من الزوج فكـان طلاقـــا
وقال الشافعي والحسن بن حي وأبو ثور الفرقــة بينهمـــــــا فســـــــخ ليســـــــت بطلاق
قال الشـافعي لأن الفرقـة إليهـا دونـه لا تقـع إلا باختيارها ولو رضيت بـه علـى ذلـك وأقـامت معـه على ذلك لم تقع فرقة عنـد الجميـع وإذا لـم تكـن الفرقــة مــن قبــل الــزوج فهــو فســخ لا طلاق
قال أبو عمـر هـذه المسـألة كمسـألة الأمـة تعتـق تحت العبد فتختار فراقه واختلافهم فيها سواء إلا مـــــن خـــــالف أصـــــله وقياســـــه
وقد أجمعوا أنه لا يفرق بيـن العنيـن وامرأتـه بعـد تمـــام الســـنة إلا أن تطلـــب ذلـــك وتختـــاره
وروى الشعبي عن شريح قـال كتـب إلـي عمـر أن أجلـه سـنة فـإن أصـابها وإلا خيرهـا فـإن شـاءت أقـــــامت معـــــه وإن شـــــاءت فـــــارقته
والعنين الذي يؤجل عند مالـك هـو المعـترض عـن امرأتـــه وهـــو يطـــأ غيرهـــا بعـــارض عـــرض لـــه
وكذلك كل من لا يقـدر علـى الـوطء بعـارض وقـد كان تقدم منه الوطء أو لـم يتقـدم إذا كـان بصـفة مـــــــــن يمكنـــــــــه الـــــــــوطء
وهذه الصـفات فـي المعـترض الـذي يؤجـل سـنة وأمـــا العنيـــن والمجبـــوب والخصـــي فلا يؤجلـــون
وامرأة كل واحد منهـم بالخيـار إن شـاءت رضـيت وإن شاءت فارقت

وأما الشافعي فمذهبه فيما رواه المزني والربيع عنه أن كل من يمكن منه الوطء تام أو مقطوع بعضه إلا أنه بقي له ما وقع موقع الرجل الذي يغيب حشفته في الفرج
وكذلك الخنثى والعنين والمعترض عنها دون غيرها فكل واحد من هؤلاء إذا لم يمس امرأته لم يفرق بينهما إلا بعد تأجيل سنة من يوم تطلب فراقه فإن أصابها في السنة إصابة يغيب بها الحشفة في الفرج أو ما بقي من الذكر وإلا فلها الخيار في فراقه أو المقام معه
وقال أبو حنيفة وأصحابه يؤجل العنين سنة سواء كان ممن يصل إلى غير امرأته أو لم يكن فإن لم يصبها واختارت فراقه فرق بينهما وأما المجبوب فتخير امرأته مكانها
وروى بن عيينة عن محمد بن إسحاق عن رجل عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن عمر بن الخطاب أنه أتته امرأة تشكو زوجها فقال إن كان يصيبك في كل طهر مرة فحسبك
واختلفوا في العنين يدعي الجماع عند انقضاء الأجل
فقال مالك المعروف المشهور من مذهبه عند أصحابه القول قوله مع يمينه بكرا كانت أو ثيبا
وروى الوليد بن مسلم عن الأوزاعي ومالك بن أنس أنهما قالا يدخل إليها زوجها وهناك امرأتان فإذا فرغ نظرتا في فرجها فإن كان فيه المني فهو صادق وإلا فهو كاذب
وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما إنه إذا ادعى العنين أنه وصل إليها فإن كانت بكرا في الأصل نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت وإن قلن هي ثيب فالقول قوله ولا خيار لها وأن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله وأنه وصل إليها

قال الشافعي يحلف الـزوج أنـه وصـل إليهـا فـإن نكل حلفت وفرق بينهما وإن كانت بكرا أريها أربع نسوة من عدول النساء فإن شهدن لهـا كـان ذلـك دليلا على صدقها وإن شاء أحلفها ثم فرق بينهمـا وأن نكلت وحلف أقام معها وذلك أن العـذرة تعـود إذا لـم يتـابع فـي الإصـابة عنـد أهـل الخـبرة بهـا وأما أبـو حنيفـة فجـائز عنـده فيمـا لا يطلـع عليـه الرجال من عيوب النساء شهادة امرأتين وشـهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلا

الاستذكار ج:6 ص:195

وروى المعـافى عـن الثـوري قـال إذا كـانت ثيبـا فيمينـه وتقـر عنـده إذا حلـف ولا يؤجـل إذا ادعـى إصابتها ويؤجل سنة وإن كـانت بكـرا فـأن أصـابها وإلا فـــــرق بينهمـــا وكـــان المهـــر لهـــا
وقال عنه عبد الرزاق إن كانت ثيبا فـالقول قـوله ويسـتحلف وإن كـانت بكـرا نظـر إليهـا النسـاء
وقال بن وهب عن الليث يختبران بصفرة الـورس وغيره فيجعل ذلك في المرأة إن لم تكن بكـرا ثـم ينظر إليه فإن كان به أثر تلك الصفرة أقرت تحتـه وإن لم ير فيه شيء من ذلك فـرق بينهمـا وعـرف أنـــــــــــــــه لا يســـــــــــــــتطيعها
قال بن وهب يحلف أن يطأ وتقر عنده ولا ترى لـه عـــــورة فـــــي الـــــورس ولا فـــــي غيـــــره
واتفـق الجمهـور مـن العلمـاء علـى ان العنيـن إذا وطىء امرأته مرة واحدة لم يكن له أن ترفعه إلـى السلطان ولا تطالبه بعد ذلك بما نزل به مـن غيـب العنـــة
وممن قال هذا عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن دينار والزهري وقتـادة ويحيـى بـن سـعيد وربيعـة ومالك والثوري والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمـد وزفـر وأحمـد وإسـحاق وأبـو عبيـــد
وقال أبو ثور إذا وطئها مـرة واحـدة ثـم عجـز عـن

الوطء ولم يقدر على شيء منه أجل سنة لوجود العلة
قال أبو عمر أما طريق الاتباع فما قاله الجمهور وأما طريق النظر والقياس فما قاله أبو ثور وبه قال داود والله أعلم
وذكر بن جريج عن عمرو بن دينار قال ما زلنا نسمع أنه إذا أصابها مرة واحدة فلا كلام لها ولا خصومة
واتفق القائلون بتأجيل العنين أن العبد والحر في أجل السنة سواء إلا مالك بن أنس وأصحابه فإنهم قالوا يؤجل العنين - إذا كان عبدا - نصف سنة
واختلفوا فيما يجب لامرأة العنين من الصداق إذا فرق بينهما بعد التأجيل
فقال أكثر العلماء لها الصداق كاملا
وروي ذلك عن عمر بن الخطاب والمغيرة بن شعبة
وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وإبراهيم النخعي وربيعة وعطاء بن أبي رباح ومالك والثوري وأبو حنيفة وأبو عبيد وأحمد وإسحاق

الاستذكار ج:6 ص:196
وقالت طائفة ليس لها إلا نصف الصداق وممن قال ذلك شريح وطاوس
وبه قال الشافعي وأبو ثور وداود بظاهر قول الله عز وجل وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم البقرة 237
قال أبو عمر من أوجب لها الصداق كاملا أوجب عليها العدة
ذكر أبو بكر قال حدثني أبو خالد الأحمر عن سعيد عن قتادة عن سعيد بن المسيب والحسن قالا أجل عمر بن الخطاب العنين سنة فإن استطاعها وإلا فرق بينهما وعليها العدة
وهو قول الحسن وعروة بن الزبير وعطاء قالوا

تعتد بعد السنة
وذكر بن عبد الحكم عن مالك القولين جميعا قال لها الصداق كاملا وقد قيل لها نصف الصداق

1 (29 - باب جامع الطلاق)

1197 - مالك عن بن شهاب أنه قال بلغني أن رسول الله ﷺ قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقفي ((أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن))
قال أبو عمر هكذا روى هذا الحديث مالك ولم يختلف عليه في إسناده مرسلا عن بن شهاب وكذلك رواه أكثر رواة بن شهاب عنه مرسلا ورواه بن وهب عن يونس بن يزيد عن بن شهاب عن عثمان بن محمد بن أبي سويد أن رسول الله ﷺ قال لغيلان بن سلمة الثقفي حين أسلم وتحته عشر نسوة ((خذ منهن أربعا))
ورواه معمر بالعراق حدث به من حفظه فوصل إسناده وأخطأ فيه
ورواه عنه سفيان الثوري وسعيد بن أبي عروبة وجماعة عن الزهري عن

الاستذكار ج:6 ص:197

سالم عن بن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة وأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعا
وقد ذكرنا الأسانيد عنهم بذلك في ((التمهيد))
وأما عبد الرزاق وأهل صنعاء فلم يرووه عن معمر إلا مرسلا عن بن شهاب كما رواه مالك
ذكر يعقوب بن شيبة قال حدثني أحمد بن شبوبة قال قال لنا عبد الرزاق قال لم يسند لنا معمر حديث غيلان بن سلمة أنه أسلم وعنده عشر نسوة

قال أبو عمر اختلف العلماء في الكافر يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة أو يسلم وعنده أختان فقال مالك يختار من الخمس نسوة فما زاد أربعا ويختار من الأختين واحدة أيتهما شاء الأولى منهما والآخرة في ذلك سواء وكذلك الأوائل والأواخر فيما زاد على الأربع نسوة

وهو قول الليث بن سعد والأوزاعي والشافعي ومحمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وداود وحجتهم حديث غيلان بن سلمة المذكور أمره رسول الله ﷺ أن يختار من عشر نسوة كن له - إذا أسلم - أربعا ولم يقل له احتبس بالأوائل منهن واطرح الأواخر ولو كان كذلك لبينه ﷺ إلا أن الأوزاعي روي عنه في الأختين أن الأولى من الأختين امرأته

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وبن أبي ليلى وسفيان الثوري يختار الأوائل فإن تزوجن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن وحجتهم أن الذي يقضى عليه بتحريمه ما كان محظورا عليه في حال إسلامه أن يفعله وذلك تحريم الخامسة فما زاد

وقالوا حديث غيلان بن سلمة ليس بثابت وكذلك حديث قيس بن الحارث في الأختين أن رسول الله ﷺ قال له ((اختر أيتهما شئت)) ليس بثابت أيضا عندهم

وقال الحسن بن حي يختار الأربع الأوائل فإن لم يدر أيتهن الأولى طلق كل واحدة حتى تنقضي عدتهن ثم يتزوج منهن أربعا إن شاء

وقال عبد الملك بن الماجشون إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا لأنه

كأنه عقد عليهما عقدا واحدا ثم استأنف نكاح إحداهما إن شاء - حكاه أحمد بن المعذل عنه - ولم يقله من أصحاب مالك غيره والله أعلم
وقال بن أبي أويس قال مالك في المشرك يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة إنه يختار منهن أربعا أيتهن شاء أوائلهن كن أو أواخرهن هو في ذلك بالخيار
قال مالك وذلك أنه لو مات من الأول أربع أو أكثر أو أقل جاز له أن يحبس من الأواخر أربعا ولو كان يقول من قال لا يختار إلا الأوائل لم يصلح أن يحبس الأواخر إذا مات الأوائل لأن نكاحهن فاسد في قوله
قال بن نافع وكان عبد العزيز بن أبي سلمة يحبس الأوائل
1198 - مالك عن بن شهاب أنه قال سمعت سعيد بن المسيب وحميد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها
قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها
قال أبو عمر اختلف السلف والخلف في هذه المسألة إلا أن الجمهور على ما ذهب إليه مالك في ذلك
وممن قال إنها تعود على ما بقي من طلاقها وأن الزوج لا يهدم إلا الثلاث التي له معنى في هدمها لتحل بذلك المطلقة التي بت طلاقها أو توفي عنها الناكح لها أو طلقها وأما ما دون الثلاث فلا

مدخل للزوج الثاني في هدمه لأن ذلك لم يحظر رجوعها إلى الأول مالك والشافعي وأصحابهما والثوري وبن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد

وهو قول الأكابر من أصحاب رسول الله عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي بن كعب وعبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وزيد بن ثابت وأبي هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وعمران بن حصين

الاستذكار ج:6 ص:199

وبه قال كبار التابعين أيضا عبيدة السلماني وسعيد بن المسيب والحسن البصري وأما الرواية عن عمر فأصح شيء وأثبته من رواية مالك وغيره

وأما الحديث عن علي فرواه شعبة عن الحكم عن مزيدة بن جابر عن أبيه عن علي قال هي على ما بقي من طلاقها ولا يهدم الزوج إلا الثلاث والرواية عن أبي بن كعب رواها شعبة أيضا عن الحكم عن بن أبي ليلى عن أبي بن كعب قال ترجع على ما بقي من طلاقها

وأما الرواية عن عمران بن حصين فذكرها أبو بكر قال حدثني بن علية عن داود عن الشعبي أن زيادا سأل عمران بن الحصين وشريحا عنها فقال عمران هي على ما بقي من الطلاق وقال شريح طلاق جديد ونكاح جديد

قال حدثني حفص بن غياث وأبو خالد الأحمر عن حجاج عن عمرو بن شعيب قال كان عمر وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبو الدرداء وزيد وعبد الله يقولون ترجع إليه على ما بقي

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إذا طلقها واحدة أو اثنتين وعادت إليه بعد زوج فإنها تعود على ثلاث ويهدم الزوج ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث

وبه قال شريح وعطاء وإبراهيم وميمون بن مهران
وهو قول عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وروى بن عيينة عن عمر عن طاوس عن بن عباس في رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين فانقضت عدتها فتزوجها رجل آخر ثم طلقها أو مات عنها فتزوجها زوجها الأول قال هي عنده على ثلاث
وسفيان بن عيينة أيضا عن أيوب عن سعيد بن جبير عن بن عمر قال هي عنده على ثلاث تطليقات
وقد روي عن إبراهيم قال إن كان الآخر دخل بها فنكاح جديد وطلاق جديد وإن لم يكن دخل بها فهي على ما بقي من طلاقها
وذكر أبو بكر قال حدثني وكيع عن شعبة وسفيان عن حماد عن سعيد بن جبير عن بن عباس وبن عمر قالا هي عنده على طلاق جديد مستقبل

الاستذكار ج:6 ص:200

قال وحدثني أبو معاوية ووكيع عن الأعمش عن إبراهيم قال كان أصحاب عبد الله يقولون أيهدم الزوج الثلاثة ولا يهدم الواحدة والثنتين
قال وحدثني حفص عن حجاج عن طلحة عن إبراهيم أن أصحاب عبد الله كانوا يقولون يهدم الزوج الاثنين والثلاثة كما يهدم الثلاثة إلا عبيدة قال هي على ما بقي من طلاقها
1199 - مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب فجئته فدخلت عليه فإذا سياط موضوعة وإذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها وإلا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألفا قال فخرجت من عنده فأدركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فأخبرته بالذي كان من

شأني فتغيط عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وإنها لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك قال فلم تقررني نفسي حتى أتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذي كان من شأني وبالذي قال لي عبد الله بن عمر قال فقال لي عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك وكتب إلى جابر بن الأسود الزهري وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن وأن يخلي بيني وبين أهلي قال فقدمت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأتي حتى أدخلتها علي بعلم عبد الله بن عمر ثم دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسي لوليمتي فجاءني قال أبو عمر اختلف العلماء في طلاق المكره فذهب مالك والشافعي وأصحابهما والحسن بن حي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود إلى أن طلاق المكره لا يلزم ولا يقع ولا يصح والحجة لهم قول الله عز وجل إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمن النحل 106 فنفى الكفر باللسان إذا كان القلب مطمئنا بالإيمان فكذلك الطلاق إذا لم يرده بقلبه ولم ينوه ولم يقصده لم يلزمه وروى الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن بن عباس عن النبي

الاستذكار ج:6 ص:201

قال ((تجاوز الله لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))

وروي من حديث عائشة عن النبي قال ((لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)) فتأولوه على المكره

وروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وبن عباس في طلاق المكره أنه لا يلزم كما قال بن عمر وبن الزبير وبه قال شريح وجابر بن زيد والحسن وعطاء

وطاوس وعمر بـن عبـد العزيـز والضـحاك وأيـوب وبـــــــــــــــن عـــــــــــــــون
وقـــال عطـــاء الشـــرك أعظـــم مـــن الطلاق
وقـال أبـو حنيفـة وأصـحابه يصـح طلاق المكـره ونكـــاحه ونـــذره وعتقـــه ولا يصـــح بيعـــه
واحتـج لهـم الطحـاوي فـي الفـرق بيـن الـبيع والطلاق فـإن الـبيع ينتقـض بالشـرط الفاسـد والخيار ولا يصح الخيار في طلاق ولا عتق ولا نكاح

وقال في معنى حديث بن عباس المذكور التجـاوز معنـــــاه العفـــــو عـــــن الإثـــــم
قال والعفو عن الطلاق والعتاق لا يصح لأنـه غيـر مـــــــــذنب فيعفـــــــــى عنـــــــــه
وذكر حديث حذيفـة أن النـبي ﷺ قـال لـه ولأبيـه - حيـن خلعهمـا المشـركون ((نفـي لهـم بعهـدهم ونســـــــتعين اللـــــــه عليهـــــــم))
قال وكما يثبت حكم الوطء في الإكراه فيحرم بـه على الواطئ ابنة المرأة وأمها فكذلك القول على الإكـــــراه لا يمنـــــع وقـــــوع مـــــا حلـــــف
وقال سـفيان الثـوري يصـح طلاقـه وعتقـه إلا ان يكون ورد ذلك إلى شيء ينويه ويريده بقوله ذلـك هذه رواية الأشجعي وغيره عنه وقـال عنـه وقـال عنه المعافى لا نكاح لمضطهد

الاستذكار ج:6 ص:202

وكـان الشـعبي والنخعـي وسـعيد بـن المسـيب والزهري وأبو قلابة وشريح في رواية يرون طلاق المكـــــــــــــره جـــــــــــــائزا
وقال إبراهيم لـو وضـع السـيف علـى مفرقـه ثـم طلـــــــــق لأجـــــــــزت طلاقـــــــــه
وقد روي عن الشعبي إن أكرهه اللصوص لـم يجـز طلاقـــــه وإن أكرهـــــه الســـــلطان جـــــاز
قـال أبـو عمـر كـأنه رأى أن اللصـوص يقتلـونه

والسلطان لا يقتله ولم يختلفوا في خوف القتل والضرب الشديد أنه إكراه
وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أخيف أو ضرب أو أوثق وقال أحمد بن حنبل إذا كان يخاف القتل أو الضرب الشديد واحتج بحديث عمر هذا فقال شريح القيد إكراه والسجن إكراه والوعيد إكراه
1200 - مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال سمعت عبد الله بن عمر قرأ ((يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبل عدتهن)) قال مالك يعني بذلك أن يطلق في كل طهر مرة
قال أبو عمر هذا الكلام من قول مالك رواه عبيد الله بن يحيى عن أبيه عن مالك في ((الموطأ)) ولم يروه بن وضاح عن يحيى في ((الموطأ)) ولا رواه عنه غير يحيى في ((الموطإ))
وقد تقدم في باب الأقراء وطلاق الحائض معنى قوله لقبل عدتهن وما لمالك وسائر العلماء في معنى الطلاق للعدة فلا معنى للإعادة ها هنا
وقد كان بن عباس يقرأها كقراءة بن عمر
وذكر أبو بكر قال حدثني غندر عن شعبة عن الحكم قال سمعت مجاهدا يحدث عن بن عباس في هذا الحديث يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن الطلاق 1
فقال في قبل عدتهن
وذكر الزعفراني قال حدثني شبابة قال حدثني شعبة عن الحكم عن مجاهد عن بن عباس أنه كان يقرأها ((إذا طلقتم النساء فطلقوهن من قبل عدتهن

الاستذكار ج:6 ص:203

وكذلك كان يقرأها مجاهد
وقد روى عبد الرحمن بن أيمن عن بن عمر أنه كان يقرأ ((فطلقوهن في قبل عدتهن))

وأما قراءة بـن مسـعود والجمهـور فعلـى مـا فـي مصـــــــــــــــــحف عثمـــــــــــــــان
1201 - مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال كان الرجل إذا طلـق امرأتـه ثـم ارتجعهـا قبـل أن تنقضي عدتها كان ذلك لـه وإن طلقهـا ألـف مـرة فعمد رجل إلى امرأته فطلقهـا حـتى إذا شـارفت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها ثم قال لا والله لا آويك إلي ولا تحلين أبدا فأنزل الله تبارك وتعـالى الطلــق مرتــان فإمســاك بمعــروف أو تســريح بإحســان البقــرة 229 فاســتقبل النــاس الطلاق جديدا من يومئذ من كان طلق منهم أو لـم يطلـق
1202 - مالك عن ثـور بـن زيـد الـديلي أن الرجـل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجـة لـه بهـا ولا يريـد إمسـاكها كيمـا يطـول بـذلك عليهـا العـدة ليضارها فأنزل الله تبارك وتعـالى ولا تمسـكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعـل ذلـك فقـد ظلـم نفسـه البقـــــرة 231 يعظهـــــم اللـــــه بـــــذلك
قال أبو عمر أفاد هذان الخبران أن نـزول الآيـتين المذكورتين كان في معنـى واحـد متقـارب وذلـك حبـس الرجـل المـرأة ومراجعتـه لهـا قاصـدا إلـى الإضـــــــــــــــــرار بـــــــــــــــــه
وأجمع العلماء على أنه قـوله عـز وجـل أو تسـريح بإحسـان البقـرة 229 هـي الطلقـة الثالثـة بعـد الطلقتين وإياها عني بقوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره البقرة 230
وأجمعوا أن من طلق امرأته طلقة أو طلقتين فله مراجعتها فإن طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكـح زوجـــــــــــــــا غيـــــــــــــــره
فكان هذا من محكم القرآن الذي لـم يختلـف فـي تأويله وقد روي من أخبار الآحاد العدول مثل ذلـك أيضـــا
حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بـن أصـبغ قال حدثني محمد بن

وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني أبو معاوية قال حدثني إسماعيل بن سميع عن أبي رزين قال جاء رجل إلى النبي فقال يا رسول الله أرأيت قول الله تعالى الطلق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسن البقرة 229 فأين الثالثة فقال رسول الله ﷺ ((فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))
ورواه الثوري وغيره عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين مثله
قال أبو عمر التسريح والفراق عند جمهور العلماء من سراح الطلاق
قال الله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف الطلاق 2
وقال في موضع آخر فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف البقرة 231
وهذا عندهم كما لو قال فأمسكوهن بمعروف أو طلقوهن
وقد روي عن مالك وبعض أصحابه في الرجل يقول لامرأته قد سرحتك أنه ينوي ما أراد بذلك ولم يجعله مثل الإفصاح بالطلاق
وقد احتج بعض أهل الزيغ ممن لا يرى وقوع الثلاث مجتمعات لقول الله تعالى الطلق مرتان البقرة 229 فقالوا قوله مرتان يقتضي مرة بعد مرة في وقتين فلا يكون إلا مفترقا والثلاث كذلك
وهذا عند العلماء هو الطلاق المختار للعدة والسنة ومن خالفه لزمه فعله وعصى ربه وقد قدمنا الحجة في ذلك فيما مضى والحمد لله كثيرا
وأما قول من ق ال من الكوفيين من طلق ثلاثا مجتمعات فهي ثلاث ومن طلق واحدة فهي واحدة ومن طلق اثنتين فهي اثنتين فقول لا يصح في أثر ولا نظر والله أعلم

1203 - مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا إذا طلق السكران جاز طلاقه وإن قتل قتل به قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا قال أبو عمر اختلف أهل المدينة وغيرهم في طلاق السكران فأجازه عليه وألزمه إياه جماعة من العلماء منهم سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ومجاهد وإبراهيم والحسن وبن سيرين وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن الحميدي وشريح القاضي والشعبي والزهري والحكم بن عيينة

الاستذكار ج:6 ص:205

وأما بلاغ مالك عن سعيد بن المسيب فرواه عنه قتادة وعبد الرحمن بن حرملة ذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني حاتم بن إسماعيل عن عبد الرحمن بن حرملة قال طلق جار لي سكران فأمرني أن أسأل سعيد بن المسيب فسألته فقال يفرق بينه وبين امرأته ويجلد ثمانون جلدة قال وحدثني عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري قال إذا طلق السكران أو أعتق جاز عليه العتق وأقيم عليه الحد إلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي وأبو عبيد وعن الشافعي في ذلك روايتان إحداهما مثل قول مالك في أن طلاقه لازم في حال سكره وهو الأشهر عنه والثانية أنه لا يلزم السكران طلاقه في حال سكره واختاره المزني وذهب إليه وخالفه أكثر أصحاب الشافعي فألزموه طلاقه وكان عمر بن عبد العزيز أجاز طلاق السكران ثم رجع عنه

وقال أبو حنيفة وأصحابه طلاق السكران وعقوده وأفعاله جائزة عليه كأفعال الصاحي إلا الردة فإنه إن ارتد لا تبين منه امرأته استحسانا وقد روي عن أبي يوسف أنه يكون مرتدا في سكره

وقال محمد بن الحسن إن قذف السكران حد وإن قتل قتل وإن زنا أو سرق أقيم عليه الحد ولا يجوز إقراره في الحدود

وقال الشافعي إن ارتد سكران فمات كان ماله فيئا ولا نقتله في سكره ولا نستتيبه فيه

وقال الثوري والحسن بن حي طلاق السكران وعتقه جائز عليه

قال أبو عمر ألزمه مالك الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح والبيع

وروي عن عمر بن الخطاب في طلاق السكران أنه أجازه عليه وإسناده فيه لين ذكره أبو بكر قال حدثني وكيع عن جرير بن حازم عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد أن عمر بن الخطاب أجاز طلاق السكران بشهادة النسوة

الاستذكار ج:6 ص:206

وأما عثمان بن عفان فالحديث عنه صحيح أنه كان لا يجيز طلاق السكران ولا يراه شيئا

وقد زعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وليس ذلك عندي كما زعم لما ذكرنا عن عمر ولما جاء عن علي وهو حديث صحيح عنه أيضا رواه الثوري وغيره عن الأعمش عن إبراهيم عن عامر بن ربيعة قال سمعت عليا - رضي الله عنه - يقول كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه

ومن قال إن عثمان لا مخالف له من الصحابة في طلاق السكران تأول قول علي أن السكران معتوه بالسكر كما أن الموسوس معتوه بالوسواس والمجنون معتوه بالجنون

وحديث عثمان رواه وكيع وغيره عن بن أبـي ذئـب عن الزهري عن أبان بن عثمان عن عثمان أنه كان لا يجيـــــز طلاق الســـــكران والمجنـــــون قال وكان عمر بن عبد العزيز يجيز طلاقـه ويوجـع ظهره حتى حدثه أبان بن عثمان في ذلك عن أبيه وبـــــــه كـــــــان يفـــــــتي أبـــــــان وهو قول جابر بن زيـد وعكرمـة وعطـاء وطـاوس والقاسـم بـن محمـد وربيعـة ويحيـى بـن سـعيد والليث بن سعد وعبيد الله بن الحسن وإسحاق بن راهــويه وأبــي ثــور والمزنــي وداود بــن علــي وإليـه ذهـب الطحـاوي وخـالف أصـحابه فـي ذلـك الكـوفيين وقـال لا يختلفـون فيمـن شـرب البنـج فذهب عقله أن طلاقه غير جائز فكذلك مـن سـكر مـــــــــــــــن الشـــــــــــــــراب قال ولا يختلف فقدان العقـل بسـبب مـن اللـه أو بسبب من جهته كما أنه لا يختلـف حكـم مـن عجـز عن الصلاة بسبب من الله أو من فعـل نفسـه فـي بـــــاب ســـــقوط فـــــرض القيـــــام عنـــــه قال أبو عمر ليـس تشـبيه فعـل السـكران بـالعجز عن الصلاة بقياس صحيح لأنه ما من أحد يعجـز بـه على نفسه في الصلاة آثم ولا تسقط عنـه الصـلاة وعليـــه أن يؤديهـــا علـــى حســـب طـــاقته وأما أحمد بن حنبل فجبـن عـن القـول فـي طلاق الســـــكران وأبـــــي أن يجيـــــب فيـــــه قـال أبـو عمـر أجمعـوا علـى أنـه يقـام عليـه حـد السكران

الاستذكار ج:6 ص:207

وقال عثمان البـتي السـكران بمنزلـة المجنـون لا يجوز طلاقه ولا عتقـه ولا بيعـه ولا نكـاحه ولا يحـد فـــــي قـــــذف ولا زنـــــا ولا ســـــرقة وقـال الليـث بـن سـعد كـل مـا جـاء مـن منطـق السكران فهو مرفوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا بيـع ولا نكـاح ولا يحـد فـي القـذف ويحـد فـي

الشرب وفي كل ما جنته يده وعملته جوارحه مثل القتل والزنا والسرقة
قال أبو عمر قول الليث حسن جدا لأن السكران يلتذ بأفعاله ويشفي غيظه وتقع أفعاله قصدا إلى ما يقصده من لذة بزنا أو سرقة أو قتل وهو مع ذلك لا يعقل أكثر ما يقول بدليل قول الله عز وجل لا تقربوا الصلوة وأنتم سكرى حتى تعلموا ما تقولون النساء 43
فإذا تبين على الشارب التخليط البين بالمنطق من القراءة وغيرها فقد تغير عقله وصح سكره وبالله التوفيق لا شريك له
1204 - مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما
قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا
قال أبو عمر هكذا رواه قتادة ويحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قتادة سألته عن الذي يعسر بنفقة امرأته فقال لا بد أن ينفق أو يطلق
وقال سفيان عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال يفرق بينهما
وقال معمر عن الزهري يستأنى له ولا يفرق بينهما
قال معمر وبلغني عن عمر بن عبد العزيز مثل قول الزهري
وروى عبد الرزاق عن بن عيينة عن أبي الزناد قال سألت عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما
قال قلت سنة
قال نعم سنة

الاستذكار ج:6 ص:208

وحدثني أحمد بن عبد الله قال حدثني أبي قال حدثني عبد الله بن يونس قال حدثني بقي قال حدثني أبو بكر قال حدثني بن عيينة عن أبي الزناد

قال سمعت سعيد بن المسيب عن الرجل يعجز عن نفقة امرأته فقال يفرق بينهما فقلت سنة قال سنة
قال أبو عمر أعلى ما وجدنا في هذه المسألة ما يمكن أن يقال فيه سنة
وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن عبد السلام قال حدثني محمد بن عمر قال حدثني سفيان بن عيينة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن عمر بن الخطاب كتب في رجال حبسوا عن نسائهم النفقة إما أن ينفقوا وإما أن يطلقوا
واختلف الفقهاء في هذه المسألة فقال مالك في العاجز عن النفقة يفرق بينهما بتطليقة رجعية فإن أيسر في عدتها فله الرجعة ولا يؤجل إلا أياما
وقال الشافعي يفرق بينهما
واحتج بحديث بن عيينة عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب وقوله فيه إنه سنة
قال وتفريق الإمام تطليقة بائنة ولو شرط الإمام أنه إذا أفاد مالا وهي في العدة فله الرجعة كان حسنا
وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا يفرق بينه وبين امرأته ولا يجبر على طلاقها
وهو قول الشعبي وبن شهاب وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري وتلا الحسن لينفق ذو سعة من سعته الطلاق 7 و لا يكلف الله نفسا إلا وسعها البقرة 286
قال أبو عمر احتج الطحاوي لأصحابه بأن الفقهاء اتفقوا على الموسر لو أعسر فلم يقدر إلا على قوت يوم فلم يفرق بينهما لأجل لا يسقط من نفقة الموسر إلى نفقة المعسر قال فكذلك عسره عند الجميع
وذكر أن قول سعيد بن المسيب سنة لا يقطع

بأنها سنة النبي ﷺ لأنه قد قال لربيعة في إصابة المرأة هي السنة وإنما أخذه عن زيد بن ثابت

الاستذكار ج:6 ص:209

وروي عن قول العراقيين أنه لا يفرق بينهما عن الحسن وعطاء وغيرهما قال أبو عمر ليس عجزه عن قليل النفقة وكثيرها كعجزه عن بعضها لأن عجزه عن جميعها فيما فيه تلف النفوس ولا صبر على الجوع المهلك وقد قال عمر بن الخطاب لن يهلك امرؤ عن نصف قوته ومن تهيأ له قوت يوم بعد يوم أمن معه تلف النفس وكان جميلا به الصبر وانتظار الفرج حتى يعقب الله تعالى بالسعة واليسر فلا معنى لقول الطحاوي من وجه يصح والله أعلم

1 (30 - باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا)

1205 - مالك عن عبد ربه بن سعيد بن قيس عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال بن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة إذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي ﷺ فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فحطت إلى الشاب فقال الشيخ لم تحلي بعد وكان أهلها غيبا ورجا إذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فجاءت رسول الله ﷺ فقال ((قد حللت فانكحي من شئت))

وعند مالك في هذا الحديث إسنادان سوى هذا
1206 - أحدهما عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله ﷺ ((قد حللت فانكحي من شئت))
1207 - والآخر عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن أبا سلمة كان

الذي اختلف في ذلك مع بن عباس وأن أبا هريرة جاءه فقال أنا مع بن أخي - يعني أبا سلمة - وأنهم بعثوا كريبا - مولى بن عباس - إلى أم سلمة فحدثته بقصة سبيعة وحديث عبد ربه أولى بالصواب والله أعلم وهو اختلاف لا يضر لأن المعنى المبتغى من الحديث هو رواية أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال لسبيعة - وقد ولدت بعد موت زوجها بليال ((قد حللت فانكحي من شئت))
فأما حديث عبد ربه بن سعيد فهو عند جماعة رواة ((الموطأ)) فيما علمت
وأما حديث هشام بن عروة فليس في ((الموطأ)) عند أكثر الرواة
وأما حديث سعيد فليس عند القعنبي وليس لابن بكير
وقال يحيى عن مالك بأثر هذه الأحاديث وهذا الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا وذكر فيه
1208 - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر إذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت

وحديث عمر هذا عند بـن عيينـة عـن الزهـري عـن سالم بن عبد اللـه قـال سـمعت رجلا مـن الأنصـار يحدث أبي يقول سـمعت أبـاك عمـر بـن الخطـاب يقـول إن وضـعت مـا فـي بطنهـا وزوجهـا علـى السـرير حلـت
وعند بن عيينة أيضا في هذا الباب عن بـن شـهاب في الحديث المسند رواه

الاستذكار ج:6 ص:211

بن شهاب عن عبيد الله بن عبد اللـه بـن عتبـة بـن مسعود عن أبيه أن سبيعة بنت الحارث وضعت بعد وفاة زوجها بليال فمر بها أبو السـنابل بـن بعكـك بعد ذلك بأيام فقال قـد تصـنعت للأزواج إنمـا هـي أربعة أشهر وعشرا فـذكرت ذلـك للنـبي ﷺ فقـال ((كذب أبو السنابل أو ليس كما قال أبو السـنابل إنـك قـد حللـت فـتزوجي))
حدثني بذلك كله عبد الـوارث قـال حـدثني قاسـم قال حدثني الخشني قال حدثني بن أبي عمر قال حـدثني بـن عيينـة
ومالك عن نافع عن بـن عمـر أنـه قـال إذا وضـعت حملهـا فقـد حلـت
وعلى القول بحـديث أم سـلمة فـي قصـة سـبيعة جماعة العلمـاء بالحجـاز والعـراق والشـام ومصـر والمغـرب والمشـرق اليـوم
ولا خلاف في ذلك إلا ما روي عن علي وبن عبـاس في المتوفى عنها زوجها أنه لا يبرأهـا مـن عـدتها إلا آخر الأجلين وقالت به فرقة ليست معدودة في أهـل السـنة
وروى معمر والثوري عن الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق قال بلغ بن مسعود أن عليا يقول هي لآخر الأجلين - يعني الحامل المتوفى عنها زوجها فقال بن مسعود من شاء لاعنته أن هذه الآية التي في سورة النساء القصوى وأولت الأحمال أجلهـن

أن يضعن حملهن الطلاق 4 نزلت بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا البقرة 234
وذكر عبد الرزاق عن بن جريج عن عطاء قال كان بن عباس يقول إن مات عنها زوجها وهي حامل فآخر الأجلين وإن طلقها حاملا ثم توفي عنها فآخر الأجلين فقلت له فأين قول الله تعالى وأولت الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن الطلاق 4 فقال ذلك في الطلاق بلا وفاة قال أبو عمر لولا حديث سبيعة بهذا البيان من رسول الله ﷺ في الآيتين لكان القول ما قاله علي وبن عباس لأنهما محدثان مجتمعان بصفتين قد اجتمعتا في الحامل المتوفى عنها زوجها فلا تخرج منها إلا بيقين واليقين آخر الأجلين

الاستذكار ج:6 ص:212
ألا ترى إلى قول الفقهاء من الحجازيين والعراقيين في أم ولد تكون تحت زوج فيموت عنها زوجها ويموت سيدها فلا يدري أيهما مات أولا أن عليها أن تأتي بالعدتين ولا تبرأ إلا بهما وذلك أربعة أشهر وعشر فيها حيضة لأن عدة أم الولد إذا مات سيدها حيضة وربما كان موته قبل موت زوجها فعليها عدة الحرة ولا تخرج من ذلك إلا باليقين ولا يقين في أمرها إلا بتمام أربعة أشهر وعشر فيها حيضة وبذلك تنقضي العدتان إلا أن السنة بينت المراد في المتوفى عنها الحامل لحديث سبيعة ولو بلغت السنة عليا ما عدا القول فيها
وأما بن عباس فقد روي عنه أنه رجع إلى القول بحديث سبيعة ويصحح والله أعلم بذلك أن أصحابه عطاء وعكرمة وجابر بن زيد يقولون إن الحامل المتوفى عنها زوجها إذا وضعت فقد حلت للأزواج

ولو كان وضعها لحملها بعد موت زوجها بساعة وهو قول جماعة أهل العلم وأئمة الفتوى بالأمصار إلا أنه روي عن الحسن والشعبي وإبراهيم وحماد أنها لا تنكح ما دامت في دم نفاسها
وقول الجماعة أولى لأن ظاهر الأحاديث يشهد بأنها إذا وضعت فقد حلت للأزواج أي حل لهم أن يخطبوها وحل عقد النكاح عليها فإذا طهرت من نفاسها حل للزوج العاقد عليها وطؤها

1 (31 - باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل)

1209 - مالك عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله أن أرجع إلى أهلي في بني خدرة فإنه

الاستذكار ج:6 ص:213

زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله ((نعم)) قالت فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله أو أمر بي فنوديت له فقال ((كيف قلت)) فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال ((امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله)) قالت فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي

فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به قال أبو عمر هكذا قال يحيى عن مالك في هذا الحديث عن سعيد بن إسحاق وتابعه قوم والأكثر يقولون فيه عن مالك عن سعيد بن إسحاق وروى بن عيينة هذا الحديث عنه فقال فيه سعيد بن إسحاق كما قال يحيى عن مالك وكذلك قال فيه عبد الرزاق عن معمر عن سعيد بن إسحاق
والصواب فيه عندهم سعيد بن إسحاق والله أعلم بذلك قال فيه مالك في أكثر الروايات عنه والثوري وشعبة ويحيى القطان وكلهم روى عنه حديثه هذا
وقيل إنه قد روى عنه هذا الحديث يحيى بن سعيد وبن شهاب
وقيل إن بن شهاب رواه عن مالك عنه وهذا بعيد وحديث سعد بن إسحاق هذا مشهور عند الفقهاء بالحجاز والعراق معمول به عندهم تلقوه بالقبول وأفتوا به وإليه ذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والثوري والأوزاعي والليث بن سعد وأحمد بن حنبل كلهم يقول إن المتوفى عنها زوجها تعتد في بيتها الذي كانت تسكنه وسواء كان لها أو لزوجها ولا تبيت إلا فيه حتى تنقضي عدتها ولها أن تخرج نهارها في حوائجها وهو قول عمر وعثمان وبن مسعود وأم سلمة وزيد بن ثابت وبن عمر وبه قال القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وبن شهاب
1210 - وروى مالك عن حميد بن قيس المكي عن عمرو بن شعيب

الاستذكار ج:6 ص:214

عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج

1211 - وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا في بيتها
وفي هذه المسألة قول ثان روي عن علي بن أبي طالب وبن عباس وعائشة وجابر بن عبد الله أنهم قالوا تعتد المتوفى عنها زوجها حيث شاءت وليس عليها السكنى بواجب في بيتها أيام عدتها وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء بن أبي رباح
وإليه ذهب داود وأهل الظاهر قالوا لأن السكنى إنما ورد في القرآن في المطلقات وليس للمتوفى عنها زوجها سكنى
قالوا والمسألة مسألة خلاف وإيجاب السكنى إيجاب حكم والأحكام لا تجب إلا بنص كتاب أو سنة ثابتة أو إجماع
قالوا وهذا الحديث إنما ترويه امرأة غير معروفة بحمل العلم وذكروا ما رواه بن جريج قال أخبرني عطاء عن بن عباس قال إنما قال الله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا البقرة 234 ولم يقل في بيوتهن
وروى الثوري وغيره عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن علي - رضي الله عنه - أنه انتقل ابنته أم كلثوم في عدتها حين قتل عنها عمر - رضي الله عنه
وروى معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قال خرجت عائشة بأختها أم كلثوم حين قتل عنها طلحة بن عبيد الله إلى مكة في عمرة قال عروة وكانت عائشة تفتي المتوفى عنها زوجها بالخروج في عدتها
وروى الثوري عن عبد الله بن عمر أنه سمع القاسم بن محمد يقول أبى ذلك الناس عليها والله أعلم
قال أبو عمر قد أخبر القاسم أن الناس في زمن

عائشة - يعني علماء زمانها - أنكروا ذلك عليها وهم طائفة من الصحابة وجلة التابعين وقد ذكرنا من روينا ذلك عنه في هذا الباب منهم

الاستذكار ج:6 ص:215

وجملة القول في هذه المسألة أن فيها للسلف والخلف قولين مع أحدهما سنة ثابتة وهي الحجة عند التنازع ولا حجة لمن قال بخلافها وليس قول من طعن في إسناد الحديث الوارد بها مما يجب الاشتغال به لأن الحديث صحيح ونقلته معروفون قضى به الأئمة وعملوا بموجبه وتابعهم جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق وأفتوا به وتلقوه بالقبول لصحته عندهم

واما قولها في هذا الحديث فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه فقد اختلف الفقهاء في المتوفى عنها زوجها إذا كان السكن الذي يسكنه بكراء

فقال مالك هي أحق بسكناه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى إلا أن لا يكون فيه عقد لزوجها وأراد أهل المسكن أخراجها

قال وإذا كان المسكن لزوجها فبيع في دينه فهي أولى بالسكنى فيه حتى تنقضي عدتها

قال وكان بن القاسم يجيز المتوفى للغرماء ويستثني للمرأة السكنى فيها حتى تنقضي عدتها

وقال محمد بن عبد الله بن محمد بن الحكم البيع فاسد لأنها قد ترتاب فتمتد عدتها

وقال سحنون لو ارتابت كان كالعيب يظهر للمشتري

قال أبو عمر قول سحنون كقول بن القاسم وهو الأصح لأن الارتياب نادر ولا يعتبر مع إطلاق البيع قبل الكراء فإن طرأ كان كالعيب والاستحقاق يطرأ على البيت الصحيح

1212 - مالك عن هشام بن عروة أنه كان يقول

في المرأة اليدوية يتوفى عنها زوجها إنها تنتوي حيث انتوى أهلها
قال مالك وهذا الأمر عندنا
قال أبو عمر وهو قول الشافعي واعتل بأنها ضرورة
قال وقد تخرج من منزلها للبذاء عن أهل زوجها بخروجها مع أهلها إذا انتقلوا في هذا المعنى والله أعلم

الاستذكار ج:6 ص:216

1 (32 - باب عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها)

1213 - مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول إن يزيد بن عبد الملك فرق بين رجال وبين نسائهم وكن أمهات أولاد رجال هلكوا فتزوجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتدون أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا البقرة 234و 240 ما هن من الأزواج
1214 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها حيضة
1215 - مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه كان يقول عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها حيضة
قال مالك وهو الأمر عندنا
قال مالك وإن لم تكن ممن تحيض فعدتها ثلاثة أشهر
قال أبو عمر ما احتج به القاسم بن محمد من ظاهر كتاب الله في قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا البقرة 234و 240
وقوله ما هن من الأزواج احتجاج صحيح لئلا يضاف إلى كتاب الله عز وجل ما ليس في معناه

وقد اختلف العلماء قديما وحديثا في عدة أم الولد فقال مالك والشافعي وأصحابهما والليث بن سعد وأحمد بن حنبل وأبو ثور وأبو عبيد عدتها حيضة

وهو قول بن عمر والشعبي ومحكول وضعف أحمد بن حنبل وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص في ذلك وهو حديث رواه قتادة عن رجاء بن حيوة عن قبيصة بن ذؤيب قال قال عمرو بن العاص لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر

الاستذكار ج:6 ص:217

وقتادة لا يعرف له سماع عن رجاء بن حيوة ولا لقبيصة بن ذؤيب من عمرو بن العاص فهو منقطع لا يصح الاحتجاج بمثله

وقال مالك عدتها حيضة إذا أعتقها سيدها أو مات عنها ولها عنده السكنى في مدة العدة قال وإن كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر

وقال الشافعي عدتها حيضة في الموت والعتق ومرة قال توفي سيدها أو أعتقها فلا عدة عليها وتستبرأ بحيضة

فإن لم تكن ممن تحيض فشهر وثلاثة أشهر أحب إلينا

قال أبو عمر اقل ما قيل في هذا الباب حيضة وما زاد احتاج إلى دليل

واختلف القائلون بأن عدتها حيضة إذا مات سيدها وهي حائض

فقال الليث بن سعد تجزئها تلك الحيضة

وقاله إسماعيل بن إسحاق

وقال مالك و الشافعي في أحد قوليه لا يجزئها حتى تبتدئ الحيضة

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن حي عدتها ثلاث حيض

وهو قول علي وبن مسعود

وبه قال عطاء وإبراهيم إلا أن الثوري قال في أم ولد زوجها سيدها ثم مات زوجها وسيدها معا ووقع البيت عليها قال تعتد أقصى العدتين أربعة أشهر وعشرا

وحجة من قال عدة أم الولد ثلاث حيض لأن العدة إنما وجبت عليها وهي حرة لم تكن زوجة فتعتد أربعة أشهر وعشرا ووجب استبراء رحمها من سيدها والحرة لا تستبرأ بأقل من ثلاث حيض وكانت عدة واجبة عن وطء فأشبهت الحرة المطلقة

وقال طاوس وقتادة عدة أم الولد نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها

وقال الأوزاعي وإسحاق بن راهويه عدتها أربعة أشهر وعشر

وهو قول سعيد بن المسيب وبن أبي عياض وبن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد والشعبي وعمر بن عبد العزيز والزهري إلا أن الأوزاعي قال إذا أعتقها مولاها فعدتها ثلاث حيض وإن مات عنها فعدتها أربعة أشهر وعشر

الاستذكار ج:6 ص:218

وحجة من قال بهذا القول حديث عمرو بن العاص وقد تقدم القول فيه

وتقدمت حجة من قال عدتها ثلاث حيض

والحجة لمالك والشافعي في أن أم الولد تعتد من وفاة وليست زوجة فتعتد بالشهور ولا هي مطلقة فتعتد ثلاث حيض وإنما عليها استبراء رحمها من وطء كان قبل أن يلحقها العتق فحكمها حكم الأمة في الاستبراء وذلك حيضة

وقد قال الشافعي ليست عدة وإنما هي استبراء قال وإنما سموها عدة مجازا وتقريبا

وأما مالك فهي عنده عدة تستأنف فيها الحيضة من أولها وعليه فيها السكنى وقد سماها الجميع عدة وبالله التوفيق

1 (33 - باب عدة الأمة إذا توفي زوجها أو سيدها)

قال أبو عمر لا أعلم أحدا من رواة ((الموطأ)) ذكر في ترجمة هذا الباب أو سيدها إلا يحيى بن يحيى ولا خلاف علمته بين السلف والخلف بين علماء الأمصار أن الأمة لا عدة عليها إذا مات سيدها وإنما عليها عند الجميع الاستبراء بحيضة
1216 - مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان عدة الأمة إذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال
1217 - مالك عن بن شهاب مثل ذلك
قال أبو عمر على هذا جماعة العلماء من الصحابة والتابعين وأئمة الفتوى في أمصار المسلمين إلا شيء روي عن محمد بن سيرين أنه قال عدة الأمة في الوفاة والطلاق كعدة الحرة إلا أن تمضي في ذلك سنة فالسنة أحق أن تتبع وكذلك قال الجميع من علماء المسلمين في عدة الأمة من الطلاق حيضتان إلا ما روي عن بن سيرين أيضا أن عدتها عدة الحرة إلا أن تمضي في ذلك سنة
وتعلقت بقول بن سيرين طائفة من أهل الظاهر شذت فلم يعرج الفقهاء عليها

الاستذكار ج:6 ص:219

واختلفوا في عدة الأمة الصغيرة المطلقة وعدة المطلقة اليائسة من المحيض للمطلقة فقال مالك عدتها ثلاثة أشهر وهو قول ربيعة ويحيى بن سعيد وأكثر أهل المدينة
وبه قال إبراهيم النخعي والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز
وروى حماد عن إبراهيم إن شاءت شهرا ونصفا

وإن شـــــــــاءت ثلاثـــــــــة أشـــــــــهر
وقال الشافعي وأبو حنيفـة وأصـحابهما والثـوري
والحسن بـن حـي وأبـو ثـور عـدتها شـهر ونصـف
وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر
وبه قال سعيد بـ ن المسـيب وسـالم بـ ن عبـد اللـه
وأبــو قلابــة وعطــاء بــن ربــاح علــى اختلاف عنــه
والحســـــن البصــــري علـــــى اختلاف عنـــــه
وروي عن عمر بـن الخطـاب انـه قـال عـدة الأمـة
حيضتان ولـو اسـتطعت أن أجعلهـا حيضـة ونصـفا
لفعلــت
وروي عـــن عطـــاء وبـــن شـــهاب الزهـــري عـــدتها
شـــــــــهران بـــــــــدل مـــــــــن الحيضـــــــــتين
وبـــــــــه قـــــــــال أحمـــــــــد وإســـــــــحاق
قال مالك في العبد يطلـق الأمـة طلاقـا لـم يبتهـا
فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها
مـن طلاقـه إنهـا تعتـد عـدة الأمـة المتـوفى عنهـا
زوجها شهرين وخمس ليال وإنهـا إن عتقـت ولـه
عليها رجعة ثـم لـم تختـر فراقـه بعـد العتـق حـتى
يموت وهـي فـي عـدتها مـن طلاقـه اعتـدت عـدة
الحرة المتوفى عنها زوجهـا أربعـة أشـهر وعشـرا
وذلك أنها إنما وقعـت عليهـا عـدة الوفـاة بعـد مـا
عتقـــــــــت فعـــــــــدتها عـــــــــدة الحـــــــــرة
قـــــــال مالـــــــك وهـــــــذا الأمـــــــر عنـــــــدنا
قـال أبـو عمـر المطلقـة الرجعيـة حكمهـا فيمـا
يلحقها من الطلاق والإيلاء والظهار وفيما لها من
النفقــــــة والســــــكنى حكــــــم الزوجــــــات
فكذلك لما مات عنها زوجها بعد عتقهـا وهـي فـي
عـدة منـه لـه فيهـا الرجعـة اعتـدت أربعـة أشـهر
وعشـرا عـدة الحرائـر لأنهـا لـم تجـب عليهـا عـدة
الوفـــــــــــاة إلا بعـــــــــــد العتـــــــــــق
وقد تقـدمت مسـالة الأمـة تعتـق فـي عـدتها هـل
تنتقل إلى عـدة الحـرة أم لا فيمـا مضـى مـن هـذا

الكتاب وذكرنا ما فيه من التنازع للعلماء بما أغنى عن إعادته ها هنا والحمد لله

الاستذكار ج:6 ص:220

1 (34 - باب ما جاء في العزل)

1218 - مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن يحيى بن حبان عن بن محيريز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست إليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة بني المصطلق فأصبنا سبيا من سبي العرب فاشتهينا النساء واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقلنا نعزل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ((ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة))

قال أبو عمر هكذا روى هذا الحديث ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن يحيى بن حبان عن بن محيريز عن أبي سعيد الخدري فقال فيه خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة بني المصطلق وكذلك رواه أبو الزناد عن محمد بن يحيى بن حبان بإسناده فقال فيه كما قال ربيعة في غزوة بني المصطلق

وبنو المصطلق هم من خزاعة وكانت الوقعة بهم في موضع يقال له المريسيع من نحو فريد وذلك في نحو سنة ست من الهجرة والغزوة تعرف بغزوة المريسيع وغزوة بني المصطلق عند أهل السير

وروى هذا الحديث موسى بن عقبة عن محمد بن يحيى بن حبان عن بن محيريز عن أبي سعيد

بالإسناد المذكور إلا أنه قال فيه أصبنا سبيا من سبي

أوطاس وأنهم أرادوا أن يستمعتوا منهن ولا يحملن فسألوا النبي ﷺ عن ذلك فقال ((ما عليكم ألا تفعلوا فإن الله كتب ما هو كائن إلى يوم القيامة)) فجعل موسى بن عقبة هذا الحديث في سبي أوطاس وسبي أوطاس هو سبي هوازن وسبي هوازن إنما سبي يوم حنين وذلك في سنة ثمان من الهجرة فوهم موسى بن عقبة في ذلك والله أعلم

وروى هذا الحديث محمد بن شهاب الزهري عن بن محيريز عن أبي سعيد الخدري فلم يذكر فيه بني المصطلق ولا هوازن ولا أوطاس وإنما قال فيه جاء رجل من الأنصار فقال يا رسول الله إنا نصيب سبيا ونحب الأثمان فكيف ترى في العزل فقال النبي ﷺ ((وإنكم لتفعلون ذلك لا عليكم أن لا تفعلوا ذاكم فإنه ليس نسمة كتاب الله أن تخرج إلا وهي خارجة)) فهذا ما في حديث بن محيريز وكان من جله التابعين وكبار الفضلاء منهم سمعه بن أبي سعيد وسمعه منه محمد بن يحيى بن حبان وجماعة ورواه بن سيرين عن أبي سعيد الخدري فلم يذكر فيه إلا السؤال عن العزل فقط ورواه أبو إسحاق السبيعي سمعه من أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري أنه سمعه يقول لما أصبنا سبي خيبر سألنا رسول الله ﷺ عن العزل فقال ليس من كل الماء يكون الولد فإذا أراد الله أن يخلق شيئا لم يمنعه شيء هكذا رواه شعبة والثوري عن أبي إسحاق عن أبي

الـــوداك عـــن أبـــي ســـعيد فـــي ســـبي خيـــبر قال يحيى بن معين أبو الوداك جبر بـ ن نـوف ثقـة ومعلــوم أن ســبي خيــبر يهوديــات وســبي بنــي المصـــــطلق وســــبي أوطـــــاس وثنيـــــات وفي رواية مالك وغيره لهذا الحديث دليل على أن الصحابة في تلك الغزاة انطلقوا على وطء ما وقع في سـهامهم مـن النسـاء اللـواتي سـبوا وغنمـوا وذلك لا يكون إلا بعـد الاسـتبراء وهـو الشـأن فـي الوطء بملك اليمين عند جماعة العلماء لمـن يحـل وطـــــــــــؤه مـــــــــــن الإمـــــــــــاء والوطء بملك اليمين وإن كان مطلقا في القــرآن فهو مقيد في الشريعة ببيان الرسول ﷺ

الاستذكار ج:6 ص:222

فمن ذلك قـوله ﷺ فـي تلـك الغـزاة وغيرهـا ((لا توطأ حامل حتى تضع ولا توطأ حائل حـتى تحيـض حيضــة)) وفي القرآن تقييـد ذلـك أيضـا بالنسـب والرضـاع والشرك فمن ملك من النساء من حرم اللــه عليـه وطأها كالبنـات والأمهـات ومـن ذكـر معهـن فـي النسب والرضاع لم يحـل لـه وطؤهـا بملـك يمينـه وكـــذلك المشـــركات لقـــوله تعـــالى ولا تنحكـــوا المشركت حتى يؤمن البقرة 221 فحرم وطء كـل كافرة إلا أن تكون كتابية لقوله تعالى والمحصـنت مـن الـذين أوتـوا الكتـب مـن قبلكـم المائـدة 5 ولاسـتيفاء الكلام فـي ذلـك موضـع غيـر هـذا ولا تخلوا نساء بنـي المصـطلق مـن أن تكـن كتابيـات فيوطأن بعـد الاسـتبراء إلا أن مـن العـرب جماعـة دانوا بدين أهل الكتـاب مـن قبـل الإسـلام فكـانت النصرانية في ربيعة بن نزار في بني تغلب والنمر بن قاسط وبني عجـل وخـواص مـن بنـي شـيبان و كـذلك كـانت النصـرانية أيضـا فـي لخـم وجـذام وغسان وقضاعة وبني الحارث بن كعـب وطوائـف

مـــــن مذحـــــج
وكانت اليهوديـة فـي خيـبر وفـي الأنصـار الأوس والخزرج وطوائف ممن ساكن يهود خيبر من وطء وغيرهـــــا
وكانت المجوسية في طوائف من بني تميـم ومـن عدا هؤلاء من العرب فأهـل أوثـان وعبـدة أصـنام وربما شذ من القبيل واحد أو اثنان فتنصر أو تهود

فإن كان بنو المصطلق يهودا أو نصارى فوطـأهن جـــائز مــــع الســـبي بعـــد الاســـتبراء
وإن كن عبدة أصنام وأوثـان لـم يحـل وطـؤهن إلا بعـد الإسـلام عنـد جمهـور العلمـاء وجماعـة أئمـة الفتوى بالأمصار لأن رسول الله ﷺ سـن لأمتـه أن تؤخذ الجزية مـن المجـوس علـى أن لا تؤكـل لهـم ذبيحــــة ولا تنكــــح منهــــم امــــرأة
وقد روي إجازة وطء الإماء الوثنيات والمجوسيات عن طائفة من التابعين منهم طـاوس وسـعيد بـن المسيب والإسناد عنهم ليس بالقوي

الاستذكار ج:6 ص:223

واختلـــف فـــي ذلـــك عـــن عطـــاء ومجاهـــد
وذلك كله شذوذ لا يعرج عليـه ولا يلتفـت الفقهـاء إليـــــــه
والصحيح في وطء المجوسيات والوثنيات ما ذكره الحسن البصـري مـن فعـل الصـحابة - رضـي اللـه عنهم في غزوهم الفـرس وسـائر مـن ليـس مـن أهـــــل الكتـــــاب
ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا جعفر بن سليمان قال أخبرنا يونس بن عبيد أنه سمع الحسـن يقـول كنـا نغزو مع أصحاب رسول الله ﷺ فإذا أصاب أحـدهم الجارية من الفيء فأراد أن يصيبها أمرها فغسلت ثيابها واغتسلت ثم علمها الإسلام وأمرها بالصلاة واســـتبرأها بحيضـــة ثـــم أصـــابها

وروي معمر عن الزهري قال لا تحل لرجل اشترى جارية مشركة أن يطأها حتى تغتسل وتصلي وتحيض عنده حيضة
قال عبد الرزاق سمعت سفيان الثوري يقول السنة أن لا يقع عليها حتى تصلي إذا استبرأها وإن كانت من أهل الكتاب فيستبرئها وتغسل نفسها ثم يصيبها
وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وأصحابهم وجمهور أهل العلم والحمد لله
وأما قوله وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقد احتج به من ذهب مذهبنا في أم الولد أنه لا يجوز بيعها لأنه لو جاز بيعها لم يراعوا العزل ولم يبالوا بالحمل
وهذا عندي لا حجة فيه قاطعة لازمة لأن الأمة المجتمعة على أن أم الولد لا يجوز بيعها وهي حامل من سيدها وممكن أن يريدوا تعجيل البيع والفداء وخشوا إن لم يعزلوا أن يحملن منهم وأرادوا العزل ولم يعرفوا جوازه في الشرع لأن اليهود كانوا بين أظهرهم يحرمون العزل فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فأخبرهم بما في الحديث على حسب ما تقدم ذكره
واختلف العلماء في بيع أم الولد بعد وضعها من سيدها وسيأتي القول في ذلك مستوعبا في باب أمهات الأولاد - إن شاء الله تعالى
وأما قوله ﷺ (ما عليكم أن لا تفعلوا فما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة فقد اختلف في معناه
فقيل ما عليكم في العزل ولا في امتناعكم منه شيء فاعزلوا أو لا تعزلوا فقد فرغ من الخلق وإعدادهم وما قضي وسبق في علم الله فلا بد أن يكون لا محالة

قال الله عز وجل وكل شيء أحصينه كتبا النبـأ 29 وقال عز وجل وكل شيء فعلـوه فـي الزبـر وكـل صـــغير وكـــبير مســـتطر القمـــر 53 52

وقيل بل معنى قوله ﷺ أن لا تفعلـوا أي لا تفعلـوا العـــــــزل كـــــــأنه نهـــــــي عنـــــــه

ذكر سنيد عن إسماعيل بن علية عن بن عوف قال ذكـرت للحسـن فـي قـوله - عليـه السـلام - فـي العزل لا عليكـم ألا تفعلـوا فقـال لا عليكـم واللـه لكـــــــــأن هـــــــــذا زاجـــــــــر

وقد اختلف العلماء من السلف والخلف في العزل عـــــن النســـــاء الحرائـــــر والإمـــــاء

فروي عن بن مسعود وزيد بن ثابت وجابر بن عبـد الله وبن عباس وسعد بن أبي وقـاص وأبـي أيـوب الأنصـاري أنهـم كـانوا يرخصـون فـي العـزل

1219 - مالك عن ضـمرة بـن سـعيد المـازني عـن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالسا عنـد زيـد بن ثابت فجاءة بن فهد رجل من أهل اليمن فقـال يـا أبـا سـعيد إن عنـدي جـواري لـي ليـس نسـائي اللاتي أكن بأعجب إلي منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفتـه يـا حجاج قال فقلت يغفر الله لك إنمـا نجلـس عنـدك لنتعلم منك قـال أفتـه قـال فقلـت هـو حرثـك إن شئت سقيته وإن شئت أعطشته قال وكنت أسمع ذلـــك مـــن زيـــد فقـــال زيـــد صـــدق

1220 - مالك عن حميد بن قيس المكي عن رجـل يقال له ذفيف أنه قال سئل بن عباس عـن العـزل فدعا جاريـة لـه فقـال أخـبريهم فكأنهـا اسـتحيت فقـال هـو ذلـك أمـا أنـا فـأفعله يعنـي أنـه يعـزل

1221 - مالك عن أبي النضر مولى عمـر بـن عبيـد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيـه أنـه كان يعزل

الاستذكار ج:6 ص:225

1222 - مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبن أفلح مولى أبي أيوب الأنصاري عن أم ولد لأبي أيوب الأنصاري أنه كان يعزل وهو قول جمهور العلماء بالحجاز والعراق وروي عن عمر وعثمان وبن عمر أنهم كرهوا العزل

1223 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يعزل وكان يكره العزل

وروي هشيم قال أخبرنا منصور عن الحارث العكلي عن إبراهيم النخعي قال سئل بن مسعود عن العزل فقال ما عليكم ألاتفعلوا فلو أن النطفة التي أخذ الله ميثاقها كانت في صخرة لنفخ فيها الروح

وروي هشيم عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال كان عمر وعثمان يكرهان العزل

قال هشيم وأخبرنا بن عوف قال حدثني نافع عن بن عمر أنه كان يضرب بعض ولده إذا فعل ذلك

وروى بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه سئل عن العزل فقال اختلف فيه أصحاب محمد ﷺ إنما هو حرثك إن شئت أعطشته وإن شئت سقيته

واختلف عن علي - رضي الله عنه - في هذه المسألة

فروي عنه أنه كره العزل من حديث عاصم عن زر بن حبيش عنه

وروي عنه أنه أجاز ذلك من حديث أهل المدينة

وروى الليث عن يزيد بن أبي حبيب قال حدثني معمر بن أبي حبيبة عن عبيد الله بن عدي بن الخيار قال فذاكر أصحاب رسول الله ﷺ عند عمر العزل فاختلفوا فيه فقال عمر قد اختلفتم وانتم أهل بدر الأخيار فكيف بالناس بعدكم إذ تناجى

رجلان فقال عمر ما هذه المناجاة فقال إن اليهود تزعم أنها الموؤودة الصغرى

الاستذكار ج:6 ص:226

فقال علي إنها لا تكون موؤودة حتى يأتي عليها التارات السبع ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين المؤمنون 12 إلى آخر الآية ذكره الطحاوي قال حدثني روح بن الفرج قال حدثني يحيى بن عبد الله بن بكير قال حدثني الليث

وروى بن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن معمر بن أبي حبيبة عن عبيد بن رفاعة عن أبيه قال جلس إلى عمر علي والزبير وسعد في نفر من أصحاب النبي ﷺ فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل إنه يزعمون أنها الموؤودة الصغرى فقال علي - رضي الله عنه لا تكون مؤؤودة حتى تمر عليها التارات السبع تكون سلالة ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال له عمر صدقت أطال الله بقاءك وهذه أيضا رواية زيد بن أبي الورقاء عن بن لهيعة وقيل إن أول من قال في الإسلام أطال الله بقاءك عمر لعلي - رضي الله عنهما - في هذا الخبر

ورواه المقرئ عن بن لهيعة مثله بإسناده وقال في آخره عمر جزاك الله خيرا

وفي هذا الحديث عن عمر خلاف ما رواه سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان كانا يكرهان العزل وسنذكر أقوال الفقهاء في العزل على الزوجة الحرة وعن الزوجة الإمة في آخر هذا الباب - إن شاء الله تعالى

ففي هذا الحديث إثبات قدم العلم وأن الخلق يجزون في علم قد سبق وجف به القلم في كتاب

مسطور
على هذا أهل السنة وهم أهل الحديث والفقه وجملة القول في القدر أنه علم الله وسره لا يدرك بجدل ولا تشفى منه خصومة ولا احتجاج وحسب المؤمن بالقدر أنه لا يقوم بشيء دون إرادة الله عز وجل وأن الخلق كلهم خلقه وملكه ولا يكون في ملكه إلا ما شاء وما نشاء إلا أن يشاء الله

ولو شاء لهداكم أجمعين له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وله الخلق والأمر له ما في السماوات وما في الأرض وما بينهما وما تحت الثرى ولا يكون في شيء من ذلك إلا ما يشاء يغفر لمن يشاء ويعذب من يشاء ومن عذبه فبذنبه ويعفوا عمن يشاء من عباده ومن لم يوفقه فليس بظالم له لا يظلم مثقال ذرة وإن تك حسنة يضاعفها وما ربك بظلام للعبيد

روينا أن بلال بن أبي بردة قال لمحمد بن واسع ما تقول في القضاء والقدر فقال إن الله عز وجل لا يسأل عباده يوم القيامة عن قضائه وقدره وإنما يسألهم عن أعمالهم

وإنما في هذا الحديث دليل على أن السبي يقطع العصمة بين الزوجين الكافرين ولذلك يحل لمن وقعت جارية من المغنم في سهمه أن يطأها إذا استبرأ رحمها بحيضة وكانت ممن يحل له وطؤها على ما تقدم ذكرنا له

وأما أقاويل الفقهاء في العزل عن الزوجة الحرة والأمة

فقال مالك لا يعزل الرجل المرأة الحرة إلا بإذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير إذنها ومن كانت تحته أمه قوم فلا يعزل إلا بإذنهم

قال أبو عمر لا أعلم خلافا أن الحرة لا يعزل عنها زوجها إلا بإذنها وله أن يعزل عن أمته بغير أذنها

كما له أن يمنعها الوطء جملة
واختلفوا في العزل عن الزوجة الأمة
فقال أبو حنيفة وأصحابه الإذن في العزل عن الزوجة الأمة إلى مولاها كقول مالك
وقال الشافعي ليس له أن يعزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها
وقد قيل أن لا يعزل عن الزوجة الأمة دون إذنها ودون إذن مولاها وليس له العزل عن الحرة إلا بإذنها
وقد قيل إنه لا يعزل عن الزوجة الأمة إلا بإذنها
وفي حديث هذا الباب دليل على أن من أقر بوطء أمته وزعم أنه كان يعزل عنها أن الولد يلحق به
وهذا مذهب مالك وأصحابه
وسيأتي هذا المعنى بما فيه للعلماء في كتاب الأقضية - ان شاء الله تعالى

الاستذكار ج:6 ص:228

1 (35 - باب ما جاء في الإحداد)

1224 - مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة أنها أخبرته هذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضيها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا))
1225 - قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت

جحش زوج النبي ﷺ حين توفي أخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت والله مالي بالطيب حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا))
1226 - قالت زينب وسمعت أمي أم سلمة زوج النبي ﷺ تقول جاءت

الاستذكار ج:6 ص:229

امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفتكحلهما فقال رسول الله ﷺ ((لا)) مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول ((لا)) ثم قال ((إنما هي أربعة أشهر وعشرا وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول)) قال حميد بن نافع فقلت لزينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطي بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره
قال مالك والحفش البيت الرديء وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة
قال أبو عمر حميد بن نافع قد سمع منه شعبة هذا الحديث ولم يسمعه منه مالك ولا الثوري وهما يرويانه عن عبد الله بن أبي بكر عنه حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أحمد بن زهير قالا حدثني أحمد بن حنبل قال

حدثني حجاج بن محمد قال قال شعبة سألت عاصم الأحوال عن المرأة تحد فقال قالت حفصة بنت سيرين كتب حميد بن نافع إلى حميد الحميري أن زينب بنت أم سلمة أخبرته فذكر الحديث
قال شعبة قد سمعته أنا من حميد بن نافع قال أنت قلت نعم وهو ذاك حي
قال شعبة وكان عاصم يرى أنه قد مات منذ مائة سنة
وقد ذكرنا رواية شعبة لهذا الحديث عن حميد بن نافع قال أنت قلت نعم من طرق
أما الإحداد فترك المرأة للزينة كلها من اللباس والطيب والحلي والكحل وما تتزين به النساء ما دمن في عدتهن يقال لها حينئذ امرأة حاد ومحد لأنه يقال أحدت المرأة وحدت تحد فهي حاد ومحد

الاستذكار ج:6 ص:230

فالعدة واجبة في القرآن والإحداد واجب بالسنة المجتمع عليها
وقد شذ الحسن عنها وحده فهو محجوج بها
ومعنى إحداد المتوفى عنهن أزواجهن من النساء ترك الزينة الراغبة إلى الأزواج وذلك لباس الثوب المصبوغ للزينة ولباس الرقيق المستحسن من الكتان والقطن ولا تلبس خزا ولا حريرا ولا شيئا من الحلي ولا تمس أحدا من طيب
وجائز لهن لباس الغليظ الخشن من ثياب الكتان والقطن وتلبس البياض كله والسواد الذي ليس بزينة ويبتن في بيوتهن على ما تقدم ذكره
ولا بأس أن تدهن من الإدهان بما ليس بطيب
واختلف الفقهاء فيمن يلزمها الإحداد من النساء على أزواجهن
فقال مالك الإحداد على المسلمة والكافرة والصغيرة والكبيرة
وهو قول أصحابه إلا بن نافع وأشهب فإنهما قالا

لا إحـــــــــداد علـــــــــى الكتابيـــــــــة
وقال الحسن بن حي والليث وأبو ثور كقول مالك الإحداد على الصغيرة والكافرة كهو على المسلمة الكـبيرة جعلـوه مـن حـق الـزوج وحفـظ النسـب كالعـدة وقـالوا تـدخل الصـغيرة والكـافرة فـي الإحـداد فـالمعنى كمـا دخلـت المسـلمة الكـبيرة بالنص وكما دخل الكافر في أنه لا يجـوز أن يسـام على سومه وإنما فـي الحـديث ((لا يـبيع أحـدكم على بيع أخيه)) و ((لا يسم على سوم أخيه)) وكمـا يقـال هـذا طريـق المسـلمين وقـد سـلكه غيرهـــــــــــــــــــــــــــــــــــــم
وقـال أبـو حنيفـة ليـس علـى الصـغيرة ولا علـى الكافرة ولا على الأمة المسلمة الإحداد كهـو علـى الحرة بالعدة

الاستذكار ج:6 ص:231

وقال الثوري الأمة عليها ما على الحـرة مـن تـرك الزينـــــــــة وغيرهـــــــــا إلا الخـــــــــروج
وقال أحمد بـن حنبـل الحـرة والأمـة فـي الخـروج وغيـره سـواء عليهمـا الإحـداد وكـذلك الصـغيرة وهو قول أبي ثور وأبي عبيد أيضـا فـي الصـغيرة
قال أبو عمر حجة من قال لا إحداد إلا على مسلمة مطلقـة قـوله ﷺ ((لا تحـل لامـرأة تـؤمن بـالله واليـوم الآخـر)) فعلـم أنهـا عبـادة فهـو للحـرة والأمـــــــــة دون الكـــــــــافرة والصـــــــــغيرة
والحجة عليه ما وصفنا مما ندعو به من الحديث أن الخطاب فيه توجه إلى المؤمنـات ودخلـت الذميـة في ذلك بحق الزوجية لأنها في النفقـة والسـكنى والعـدة كالمسـلمة وكـذلك تكـون فـي الإحـداد
وقال أشهب لا إحداد على الكتابية ورواه عن مالك وخـالفه الأكـثر مـن أصـحاب مالـك فـي ذلـك
وقـال مالـك وأصـحابه الإحـداد علـى كـل زوجـة متـوفى عنهـا حـرة أو مملوكـة مسـلمة أو ذميـة

صغيرة أو كبيرة والمكاتبة والمدبرة إلا ما ذكرنا عن بن نافع وأشهب
ورواية أشهب في ذلك عن مالك فقال مالك تحد امرأة المفقود في عدتها وقال بن الماجشون لا إحداد عليها وأجمع مالك وأصحابه إلا إحداد على المطلقة وهو قول ربيعة و عطاء
والحجة لهم قول رسول الله ﷺ ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت إلا على زوج))
فأخبر أن الإحداد هو على المتوفى والمطلق حي فلا إحداد على امرأته
وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن حي الإحداد على المطلقة

الاستذكار ج:6 ص:232

واجب وهي والمتوفى عنها في ذلك سواء لأنهما جميعا في عدة يحفظ بها النسب
وهو قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وبن سيرين
والحكم بن عيينة أوكد وأشد على المتوفى عنها زوجها
وبه قال أبو ثور وأبو عبيد
وقال الشافعي أحب للمطلقة المبتوتة الإحداد وأن لا يتبين لي أن أوجبه عليها
قال أبو عمر ليس في الحديث إلا قوله ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت)) وليس فيه لا تحل لها أن تحد على حي
قال أبو عمر وأما قوله ودخلت حفشا فقد فسره مالك الحفش أنه البيت الرديء
وقال بن وهب عن مالك الحفش البيت الصغير
وكذلك قال الخليل
وقال أبو عبيد الحفش الدرج وجمعه أحفاش شبه

به البيت الصغير
وأما قوله تفتض به فقد قال مالك تمسح به كالنشرة
وقال غيره تمسح بيديها عليه أو على ظهره وقاله بن وهب
وقال غيره الافتضاض الاغتسال بالماء العذب لأن الماء العذب أشد في الإنقاء من غيره بدليل قول رسول الله ﷺ ((أرأيت لو كان بباب أحدكم نهر غمر عذب يقتحم فيه كل يوم خمس مرات ما ترون ذلك يبقى من درنه - أي من وسخه))
وقال الخليل الفضض ماء عذب يقول افتضضت به إذا اغتسلت به فالمعنى أن المرأة تتمسح بشيء كالنشرة ثم تغتسل بعد فتستسقي وتستنظف بالماء العذب حتى تصير كالفضة ثم تؤتى ببعرة من بعر الغنم فترمي بها من وراء ظهرها ويكون ذلك إحلالا لها بعد السنة

الاستذكار ج:6 ص:233

وقال أبو عبيد في هذا الحديث من رواية شعبة عن حميد بن نافع وفيه قد كانت إحداكن تمكث في شر أحلاسها في بيتها إلى الحول فإذا كان الحول ومر كلب رمته ببعرة ثم خرجت فلأربعة أشهر وعشر
قال والأحلاس جمع حلس فهو كالمسح من الشعر مما يلي ظهر البعير فكانت ترمي الكلب بالبعرة بعد اعتدادها على زوجها عاما كاملا
وإلى هذا المعنى أشار لبيد في قوله
وهم ربيع للمجاور فيهم والمرملات إذا تطاول عامها
ونزل القرآن بذلك فقال عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متعا إلى الحول غير إخراج الآية البقرة 240 ثم نسخ ذلك بقوله يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا

وهذا من الناسخ والمنسوخ الذي لم يختلف علمـاء الأمــة فيــه فقــال النــبي ﷺ((وكيــف لا تصــبر إحــداكن أربعــة أشــهر وعشــرا وقــد كــانت فــي الجاهليـــــــــة تصـــــــــبر حـــــــــولا))
قال أبو عمر في قوله ﷺ((إنما هي أربعة أشـهر وعشر وقد كانت إحداكن في الجاهلية تمكث حولا)) بيان واضح في أن الحـول فـي عـدة المتـوفى عنهـــا منســـوخ بالأربعـــة الأشـــهر والعشـــر وهـذا مـع وضـوحه فـي السـنة الثابتـة المنقولـة بأخبار الآحاد العدول إجماع من علمـاء المسـلمين لا خلاف فيـــه
وهذا عندهم من المنسوخ في المجتمع عليـه فـي أن الحول فـي عـدة المتـوفى عنهـا منسـوخ إلـى أربعـــــــــة الأشـــــــــهر والعشـــــــــر
وكذلك سائر الآية قوله عز وجـل والـذين يتوفـون منكم ويـذرون أزواجـا وصـية لأزوجهـم متعـا إلـى الحول غير إخراج منسوخ كله عند جمهـور العلمـاء في نسخ الوصية بالسكنى للزوجات في الحول إلا روايـة شـاذة مهجـورة جـاءت عـن أبـي نجيـح عـن مجاهد لم يتابع بن أبـي نجيـح عليهـا ولا قـال بهـا فيم ا زاد علـى الأربعـة الأشـهر والعشـر أحـد مـن علمـاء المسـلمين مـن الصـحابة والتـابعين ومـن بعـــدهم مـــن العلمـــاء الخـــالفين فيمـــا علمـــت وأمـا سـكنى المتـوفى عنهـا زوجهـا فـي الأربعـة الأشهر والعشر فقد تقدم ذكر

الخلاف في ذلـك فـي بـاب مقـام المتـوفى عنهـا زوجهـا فـي بيتهـا مـن هـذا الكتـاب والحمـد للـه وقد روى بن جريج عـن مجاهـد فـي ذلـك مثـل مـا عليـــه النـــاس وانعقـــــــــد الإجمـــــــــاع وارتفـــــــــع الخلاف

حدثني أحمد بن عبد الله قال حدثني الحسن بن إسماعيل قال حدثني عبد الله بن بحر قال حدثني محمد بن إسماعيل الصائغ قال حدثني سنيد قال حدثني حجاج عن بن جريج قال سألت عطاء عن قوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متعا إلى الحول غير إخراج البقـــــــــــــــــــــــرة 240
قال كان ميراث المرأة من زوجها من ربعه أن تسكن إن شاءت من يوم يموت زوجها إلى الحول ثم نسخها ما جعل الله لها من الميراث قال بن جريج وقال مجاهد وصية لأزواجهم سكنى الحـــــــــــول ثـــــــــــم نســـــــــــخ
وبه عن سنيد قال حدثني وكيع عن شعبة عن حميد عن نافع عن زينب بنت أبي سلمة قالت توفي زوج امرأة فأتت النبي وقد اشتكت عينيها تسأله عن الكحل فقال لها ((قد كانت إحداكن في الجاهلية في شر أحلاسها إذا توفي زوجها مكثت في بيتها حولا وإذا مر بها الكلب رمته بالبعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا))
حدثني عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن قال حدثني أحمد بن سلمان النجاد قال حدثني أبو داود سليمان بن الأشعث قال حدثني سليمان الأسود العجلي قال حدثني يحيى بن آدم قال حدثني أبو الأمحوص عن سماك عن عكرمة في قوله - عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متعا إلى الحول غير إخراج البقرة 240 نســـــــختها أربعـــــــة أشـــــــهر وعشـــــــر
قال قلنا لسماك عن بن عباس قال قال عكرمة كل شيء أحدثكم به في القرآن فهو عن بن عبـــاس
وحدثني عبد الله قال أحمد قال حدثني أبو داود قال حدثني أحمد بن محمد قال حدثني علي بن

حسين بن واقد عن أبيه عن يزيد النحوي عن عكرمة عن بن عباس قال والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متعا إلى الحول غير إخراج ونسخ الوصية للزوجات بآية المواريث لما فرض الله

الاستذكار ج:6 ص:235

لها من الربع أو الثمن ونسخ أجل الحول بأن جعل أجلها أربعة أشهر وعشرا هذا حديث ثابت صحيح عن بن عباس وعليه جماعة الناس

قال حدثني أحمد بن محمد قال حدثني أحمد بن سليمان قال حدثني أبو داود قال حدثني أحمد بن كثير قال أخبرنا همام قال سمعت قتادة يقول في تفسير وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج قال كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها كان لها السكنى والنفقة حولا كاملا من مال زوجها ما لم تخرج ثم نسخ ذلك فجعل عدتها أربعة أشهر وعشرا ونسخ النفقة في الحول كما جعل الله لها من الثمن أو الربع ميراثا

قال أبو عمر أما الحول فمنسوخ بالأربعة الأشهر والعشر لا خلاف في ذلك

وأما الوصية بالس كنى والنفقة فمن أه ل العلم من رأى أنها منسوخة بالميراث وهم أكثر أهل الحجاز

وأما أهل العراق فذلك منسوخ عندهم بالسنة بأن لا وصية لوارث وما في الوجهين كان النسخ فهو إجماع على ما رواه بن أبي نجيح عن مجاهد وانه منكر من القول لا يلتفت إليه وقد ذكره البخاري وبالله التوفيق

1227 - مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر

أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا علـى زوج)) وقد ذكرنـا الاختلاف عـن مالـك فـي هـذا الحـديث وعلـــى نـــافع أيضـــا فـــي ((التمهيـــد)) وأما معناه فقد مضى في الحـديث قبلـه فـي هـذا البـــاب

1228 - مالك أنه بلغه أن أم سـلمة زوج النـبي ﷺ قالت لامرأة حاد على

الاستذكار ج:6 ص:236

زوجهـا اشـتكت عينيهـا فبلـغ ذلـك منهـا اكتحلـي بكحـــل الجلاء بالليـــل وامســـحيه بالنهـــار وفـي هـذا الحـديث عـن أم سـلمة إباحـة الكحـل للمتـوفى عنهـا زوجهـا بالليـل وتمسـحه بالنهـار وكحل الجلاء هو الصبر ها هنا وهو مما يجلو البصر

وفي الحديث المسند المتقدم ذكره لمالك عن عبد الله بن أبي بكر عن حميد عن نافع عن زينـب بنـت أم سلمة أن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فقـالت يـا رسـول اللـه إن ابنـتي تـوفي عنهـا زوجهـا وقـد اشتكت عينيهـا أفنكحلهمـا فقـال رسـول اللـه ﷺ ((لا)) مرتين أو ثلاثا ولم يرخص لها في الكحـل ليلا ولانهـــارا

وذكر مالك في هذا الباب أيضا أنه بلغـه أن رسـول الله ﷺ دخل علـى أم سـلمة وهـي حـاد علـى أبـي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة فقالت إنما هو صبر يـا رسـول اللـه ق ال ((فـــاجعليه بالليـــل وامســـحيه بالنهـــار)) وهذا تفسير كحل الجلاء المذكور فـي البلاغ الأول عـــن أم ســـلمة أنـــه كـــان صـــبرا واللـــه أعلـــم ويحتمل أن يكون مع الصـبر الإثمـد ومـا يـتزين بـه فلـــــذلك أمرهـــــا بمســـــحه بالنهـــــار ويدل أيضا على أنه كحل لا طيب فيه لأنـه لـو كـان

فيه طيب لم يبح لها شيء منه لا ليلا ولا نهارا وقد روى معمر عن أيوب عن بن سيرين أن أم سلمة سئلت عن الإثمد للمتوفى عنها زوجها فقالت لا وإن فقئت عيناها وأما أقاويل الفقهاء في هذا الباب فقال مالك فيما ذكر بن عبد الحكم عنه لا تكتحل المتوفى عنها زوجها بالإثمد ولا بشيء فيه سواد أو صفرة أو شيء يغير الألوان ولا تكتحل بإثمد فيه طيب ولا مسك وإن اشتكت عيناها عينيها وقال الشافعي كل كحل كان فيه زينة فلا خير فيه

فأما الفارسي وما أشبهه إذا احتاجت إليه فلا بأس به لأنه ليس بزينة بل

يزيد العين مرها وقبحا وما اضطرت إليه فيه مما فيه زينة من الكحل اكتحلت به ليلا فتمسحه نهارا

1229 - مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ دخل على أم سلمة وهي حاد على أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ((ما هذا يا أم سلمة)) فقالت إنما هو صبر يا رسول الله قال ((اجعليه في الليل وامسحيه بالنهار)) وقال الشافعي فالصبر يصفر فيكون زينة وليس بطيب فأذن لها فيه بالليل حيث لا يرى وتمسحه بالنهار حيث يرى فكذلك ما أشبهه وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه تجتنب المطلقة والمتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والكحل فجعل الكحل كالزينة وهذا يدل على أنهم رخصوا عنه فيما ليس بزينة وقال أحمد بن حنبل تجتنب المتوفى عنها الكحل بالإثمد والزينة كلها والطيب

1230 - مالك أنه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار أنهما كانا يقولان في المرأة

يتوفى عنها زوجها إنها إذا خشيت على بصرها من رمد أو شكو أصابها أنها تكتحل وتتداوى بدواء أو كحل وإن كان فيه طيب
قال مالك وإذا كانت الضرورة فإن دين الله يسر ورخص فيما فيه من الكحل طيب على الضرورة عطاء وإبراهيم
وهو قول الفقهاء وذلك عندهم في حال الاضطرار
وما تقدم عن أم سلمة وما كان مثله اختيار وأخذ بالأحوط لأن الطيب داعية من دواعي التشوف إلى الرجال على أن الاكتحال علاج وليس العلاج بيقين برء
والأصل ما قلت لك فمن احتاط كره الطيب لها جملة ومن رخص بالضرورة لأن الضرورات تبيح المحظورات وبالله التوفيق
قال أبو عمر معلوم أن الإحداد في ترك الزينة والطيب يقطع دواعي التشوف

الاستذكار ج:6 ص:238

إلى الأزواج لحفظ العدة فإذا خشيت على بصرها واكتحلت بكحل فيه طيب من أجل شكواها فليس ذلك من المعنى الذي نهيت عنه في شيء والله أعلم
1231 - مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد اشتكت عينيها وهي حاد على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكتحل حتى كادت عيناها ترمصان
قال أبو عمر هذا من صفية - رحمها الله - ورع يشبه ورع زوجها - رضي الله عنه
ومن صبر على ألمه وترك الشبهات في علاجه حمد له ذلك ولم يذم عليه
ومن أخذ برخصة الله وتأول تأويلا غير مدفوع فغير ملوم ولا معنف والله يحب أن تؤتى رخصة كما يجب أن تجتنب محارمه 0
قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت

والشبرق وما أشبه ذلك إذا لم يكن فيه طيب
وذكر مالك في باقي هذا الباب مذهبه في جميع ما يحتاج إليه فيه وأهل العلم متفقون عليه معه
وذكر أيضا فيه الإحداد على الصبية كما هو على الكبيرة وعلى الأمة شهرين وخمس ليال كما هو على الحرة
وقد تقدم ما للعلماء في ذلك كله
قال مالك ليس على أم الولد إحداد إذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها إحداد وإنما الإحداد على ذوات الأزواج
قال أبو عمر الحجة في هذا قوله ﷺ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج))
وذكر عبد الرزاق عن الثوري قال أم الولد تخرج وتتطيب وتختضب ليست بمنزلة المتوفي عنها زوجها
قال أبو عمر قد ذكرنا الاختلاف في غير المتوفى فيما تقدم وذلك يغني عن القول ها هنا والحمد لله

الاستذكار ج:6 ص:239

1234 - مالك أنه بلغه أن أم سلمة زوج النبي ﷺ كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت
قال أبو عمر لا أعلم في ذلك خلافا لأن السدر والزيت ليس بطيب
وقد جاء عن الشافعي فيه شيء على جهة الاستحسان لما فيه من تليين الشعر وترجيله
وذكر عبد الرزاق عن معمر عن بديل العقيلي عن الحسن بن مسلم عن صفية بنت شيبة عن أم سلمة قالت المتوفى عنها زوجها لا تلبس من الثياب المصبوغة شيئا ولا تكتحل ولا تلبس حليا ولا تختضب ولا تتطيب

قال أبو عمر هذا أرفع ما في هذا الباب ويشبه أن لا يكون مثله رأيا والله أعلم

الاستذكار ج:6 ص:240

1 (30كتاب الرضاع)

1 (1 - باب رضاعة الصغير)

1233 - مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين أخبرتها أن رسول الله ﷺ كان عندنا وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال رسول الله ﷺ ((أراه فلانا)) لعم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي فقال رسول الله ﷺ ((نعم إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة))

قال أبو عمر هذا حديث صحيح نقله العدول وهو يبين كتاب الله في الزيادة في معناه لأن كتاب الله إنما ذكر في كتابه في التحريم بالرضاعة الأمهات والأخوات فقال تعالى وأمهتكم التي أرضعنكم وأخواتكم من الرضعة النساء 23

وبين رسول الله ﷺ أن كل ما يحرم من النسب فمثله يحرم من الرضاع

وإذا كانت الأم من الرضاع محرمة كان كذلك الأب لأن اللبن منهما جميعا

وإذا كان زوج التي أرضعت أبا كان أخوه عما وكانت أخت المرأة خالة فحرم بالرضاعة العمات

والخالات والأعمام والأخوال والأخوات وبناتهن كما يحرم بالنسب

الاستذكار ج:6 ص:241

هكذا معنى قوله ﷺ ((إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة))
وفي هذا الحديث دليل واضح على أن لبن الفحل يحرم الذكر العم ولولا لبن الفحل ما ذكر العم لأن بمراعاة لبن الرجل صار أبا فصار أخوه عما فإن قيل إنه ليس في هذا الحديث شيء يدل على التحريم بلبن الفحل فإنه ممكن أن يكون عم حفصة المذكور قد أرضعته مع عمر بن الخطاب امرأة واحدة فصار عما لحفصة
فالجواب أن قوله ((إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة)) يقضي بتحريم لبن الفحل لأنه معلوم أن الأب لم يلد أولاده بالحمل والوضع كما صنعت الأم وإنما ولدهم بما كان من مائه المتولد منه الحمل واللبن فصار بذلك والدا كما صارت الأم بالحمل والولادة أما فإذا أرضعت بلبنها طفلا كانت أمه وكان هو أباه
وهذا يوضح ويرفع الإشكال فيه
وبعد هذا جعله مالك بعده في الباب مفسرا والله أعلم
1234 - مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي فأبيت أن آذن له علي حتى أسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فجاء رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال ((إنه عمك فأذني له)) قالت فقلت يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال ((أنه عمك فليلج عليك)) قالت عائشة وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب
وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من

الولادة
قال أبو عمر فهذا أوضح شيء في هذا الباب وأشد بيانا ورفعا للإشكال
ألا ترى لقول عائشة إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فيكون أبي ويكون أخوه عمي فأجابها رسول الله ﷺ أن المرأة لما أرضعتك صارت أمك

الاستذكار ج:6 ص:242

وصار زوجها الذي كان سبب لبنها أباك فصار أخوه عمك ففهمت عائشة هذا ولم تكن تعرفه قبل فقالت إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة لو كان ذلك كالعم قد رضع مع أبيها أبي بكر امرأة واحدة لما احتيج إلى شيء من هذا الخطاب
وحديث مالك عن بن شهاب في معنى حديث هشام سواء وإن كان حديث هشام أبين لأنه رفع الإشكال
1235 - مالك عن بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها أخبرته أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت أن آذن له علي فلما جاء رسول الله ﷺ أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له علي
قال أبو عمر لو كان عمها كما زعم من أبى أن يحرم بلبن الفحل شيئا قد أرضعته وإياها امرأة واحدة أكان يخفي على عائشة أو على من هو دونها بأنه عمها فكانت تحتجب من عمها وإنما خفي عنها أمر لبن الفحل حين أعملها رسول الله ﷺ
وقد روى معمر وعقيل وبن عيينة عن بن شهاب عن عروة عن عائشة في هذا الحديث قولها إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل

وليس هذا اللفظ عند مالك في حديث بن شهاب عن عروة إنما هو عنده في حديثه عن هشام بن عروة عن أبيه
أخبرنا عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني الخشني قال حدثني أبو محمد بن أبي عمر قال حدثني سفيان قال سمعت الزهري يحدث عن عروة عن عائشة قالت جاء عمي من الرضاعة أفلح بن أبي القعيس يستأذن علي بعد ما ضرب علينا الحجاب فأبيت أن أأذن له فلما جاء رسول الله ﷺ أخبرته فقال ((إنه عمك فأذني له)) قالت عائشة فقلت يا رسول الله إنم ا أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل قال ﷺ((تربت يداك أنه عمك فأذني له

الاستذكار ج:6 ص:243

وروى بن عيينة هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة فلم يذكر فيه قولها إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل وهذا كله يدل على أنه لفظ مجموع لعروة عن عائشة ذكره من ذكره في حديث بن شهاب وهشام ونسيه من نسيه في أحدهما والأكثر يقولون في هذا الحديث أفلح بن أبي القعيس ولفظ حديث عقيل إن أخا أبي القعيس ليس هو الذي أرضعني وإنما أرضعتني امرأته وكذلك رواه عراك بن مالك عن عروة عن عائشة قالت استأذن علي أفلح بن أبي القعيس فلم آذن له فقال إني عمك أرضعتك امرأة أخي بلبن أخي فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال ((صدق هو عمك فأذني له))
ورواه شعبة عن الحكم عن عراك بن مالك عن عروة عن عائشة
وقد ذكرنا الأسانيد في أحاديث بن شهاب وغيره

بهذا المعنى مسندة في باب حديث بن شهاب من ((التمهيد) والحمد لله
وفي رواية الليث عن عقيل من هذا الحديث عن بن شهاب قال عروة فلذلك كانت عائشة تقول حرمنا من الرضاعة ما يحرم من النسب قال بن شهاب فنرى ذلك يحرم منه ما يحرم من النسب
وقد اختلف العلماء من السلف ومن بعدهم في لبن الفحل اختلافا كثيرا فكانت هذه السنة الواردة من نقل العدول تبين موضع الصواب فيما اختلفوا فيه من ذلك وبالله التوفيق
ومعنى اللبن للفحل أن يكون زوج المرضعة أبا للطفل المرضع وتكون أولاده من تلك المرأة ومن غيرها إخوة له كما يكون أولاد المرأة المرضعة إخوة له من ذلك الزوج ومن غيره
وفي هذا المعنى تنازع العلماء قديما ولو وصل إليهم الحديث ما اختلفوا في ذلك والله أعلم وأما اختلافهم فيه فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة وأصحابهم والثوري والأوزاعي والليث بن سعد وأحمد بن حنبل وإسحاق وأبا ثور وأبا عبيدة ذهبوا كلهم إلى التحريم بلبن الفحل وهو مذهب بن عباس وأصحابه وعطاء وطاوس ومجاهد وأبو الشعثاء

الاستذكار ج:6 ص:244

وبه قال عروة بن الزبير وبن شهاب والحسن واختلف فيه عن القاسم بن محمد وكذلك اختلف فيه عن عائشة ويأتي الاختلاف عنهما في موضعه من هذا الكتاب - إن شاء الله عز وجل - 1236 - وروى مالك عن بن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت إحداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية

فقال لا اللقاح واحد
وهذا تصريح التحريم بلبن الفحل
وقد ذكرنا الأسانيد عن القائلين بذلك في
((التمهيد))
وحجتهم حديث عائشة المذكور
وأما القائلون من العلماء بأن لبن الفحل لا يحرم
شيئا وليس بشيء
فسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وأبو سلمة
بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وأخوه عطاء
بن يسار ومكحول وإبراهيم والشعبي والحسن
البصري على اختلاف عنه والقاسم بن محمد على
اختلاف عنه وأبو قلابة وإياس بن معاوية
وبه قال داود بن علي وإبراهيم بن إسماعيل بن
علية
وروي ذلك عن بن عمر وجابر
وقضى به عبد الملك بن مروان وقال ليس الرجل
من الرضاعة في شيء
وقد ذكرنا الأسانيد عن هؤلاء كلهم في
((التمهيد))
وحجتهم أن حديث عائشة في قصة أبي القعيس
اختلف عنها في ألفاظه وفي العمل به
ولم تثبت سنة يراد بها على ما حرم الله عز وجل
في كتابه
وروى إسماعيل بن أبي أويس عن مالك قال قال
مالك وقد اختلف في أمر

الاستذكار ج:6 ص:245

الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل
المدينة في أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وبن
أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلف الناس
عليهم
فأما بن المنكدر وبن أبي حبيبة ففارقوا نساءهم
وروى سحنون عن بن القاسم عن مالك مثله وزاد
وقد اختلف فيه اختلافا شديدا

وذكر بن وضاح قال حدثني أحمد بن سلمة قال حدثني إسماعيل بن علية عن أيوب قال أول ما سمعت بلبن الفحل وأنا بمكة فجعل إياس بن معاوية يقول وما بأس بهذا ومن يكره هذا فلما قدمت البصرة ذكرت ذلك لابن سيرين فقال نبئت أن ناسا من أهل المدينة اختلفوا فيه فمنهم من كرهه ومنهم من لم يكرهه ومن كرهه في أنفسنا أفضل ممن لم يكرهه

1237 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه أخبره إن عائشة زوج النبي ﷺ كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها وبنات أخيها ولا يدخل عليها من أرضعة نساء إخوتها

قال أبو عمر هذا مع صحة إسناده ترك منها للقول بالتحريم بلبن الفحل

وقد ثبت عنها حديث أبي القعيس أن رسول الله ﷺ قال لها ((هو عمك فليلج عليك)) بعد قولها له يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال لها ﷺ ((إنه عمك فليلج عليك))

وهذا نص التحريم بلبن الفحل فخالفت دلالة حديثها هذا وأخذت بما رواه عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه كان يدخل عليها من أرضعة أخواتها ولا يدخل عليها من أرضعة نساء إخوتها فلو ذهب إلى التحريم بلبن الفحل لكان نساء إخواتها من أجل لبن إخوتها حكمهن من التحريم بلبنهن كحكم أخواتهن في التحريم بلبنهن وفي الدخول عليهن سواء

والحجة في حديث رسول الله ﷺ لا في قولها

1238 - مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس أنه كان

يقول ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم
1239 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير
1240 - مالك عن نافع أن سالم بن عبد الله بن عمر أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع إلى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق فقالت أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل علي قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات
1241 - مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم بن عبد الله بن سعد إلى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها
قال أبو عمر أما حديثه عن ثور بن زيد عن بن عباس فإنه لم يسمع ثور من بن عباس بينهما عكرمة
والحديث محفوظ لعكرمة وغيره عن بن عباس وذكر أبو بكر قال حدثني بن فضيل عن عاصم عن عكرمة عن بن عباس فلم يسمع ثور من بن عباس بينهما عكرمة والحديث محفوظ لعكرمة وغيره عن بن عباس قال لا رضاع بعد الفصال
قال وقد روي عن عمر وعلي أن لا رضاع بعد الفصال
وبن عيينة عن عمرو بن دينار عن بن عباس قال لا رضاع إلا ما كان في الحولين
وعن علي لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين
قال أبو عمر قوله لا رضاع بعد الحولين وقوله لا

رضاع بعد الفصال معنى واحد متقارب وإن كان بعض المتعسفين قد فرق بين ذلك

وهو قول بن مسعود وجابر وأبي هريرة وبن عمر وأم سلمة وسعيد بن المسيب وعطاء والجمهور في أنه لا رضاع بعد حولين وفي حديث مالك عن ثور عن بن عباس أيضا وجهان

أحدهما أن الرضاع في الحولين يحرم وفي ذلك دليل على أن الرضاع بعد الحولين لا يحرم وهذا موضع اختلاف بين الفقهاء فقال مالك في ((الموطأ)) الرضاعة قليلها وكثيرها إذا كان في الحولين تحرم فأما ما كان بعد الحولين فإن قليله وكثيره لا يحرم شيئا وإنما هو بمنزلة الطعام

وقال بن القاسم عن مالك الرضاع حولان وشهر أو شهران بعد ذلك لا ينظر إلى إرضاع أمه إياه إنما ينظر إلى الحولين وشهر أو شهرين بعد الحولين

قال وإن فصلته قبل الحولين وأرضعته قبل تمام الحولين وهو فطيم يرضع بعد ذلك فإنه لا يكون رضاعا إذا كان استغنى قبل ذلك عن الرضاع

وروى الوليد بن مسلم عن مالك ما كان بعد الحولين بشهر أو شهرين أو ثلاثة فهو من الحولين

وقال أبو حنيفة ما كان من رضاع في الحولين وبعدهما بستة أشهر سواء فطم أو لم يفطم فهو يحرم وبعد ذلك لا يحرم فطم أو لم يفطم

وقال زفر ما دام يجتري باللبن ولم يفطم فهو رضاع وإن أتى عليه ثلاث سنين

وقال أبو يوسف ومحمد والثوري والحسن بن حي والشافعي يحرم ما كان في الحولين ولا يحرم بعدهما ولا يعتبر الفصال إنما يعتبر الوقت

وقال أحمد وإسحاق وأبو ثور لا رضاع بعد الحولين

وهـــــــذا أحـــــــد قـــــــولي الأوزاعـــــــي
وقـــــــد اختلـــــــف عنـــــــه فـــــــي ذلـــــــك
ذكــر الطحــاوي عــن الأوزاعــي إذا فطــم لسـنة واستمر فطامه فليس بعده رضاع ولو أرضـع ثلاث ســنين لــم يكــن رضــاعا بعــد الحــولين
وذكر بن خواز منداد عن الأوزاعي إذا فطـم الغلام لستة أشـهر فمـا رضـع بعـد ذلـك رضـاعا ولـو لـم يفطم ثلاث سنين كانا رضاعا

الاستذكار ج:6 ص:248

والوجه الآخر فـي حـديث مالـك عـن ثـور عـن بـن عباس قوله ما كان بعد الحولين فلا يحرم ولو كان مصة واحدة وهو أيضا اختلف فيه السلف والخلـف
وهــو مــن رضــع مقــدار مــا يحــرم مــن الرضــاع
فقــال مالــك وأبــو حنيفــة أصــحابهما والثــوري والأوزاعي والليث والطبري قليل الرضاع وكـثيره يحرم ولو مصة واحدة إذا وصلت إلى حلقه وجوفه
حرمـــــــــــــــــــت عليـــــــــــــــــــه
وهو قول علي وبن مسعود وبن عمر وبــن عبــاس وسـعيد بــن المسـيب والحسـن ومجاهـد وعـروة وطــاوس وعطــاء ومكحــول والزهــري وقتــادة والحكـــــــــــــــم وحمـــــــــــــــاد
وقـال الليـث بـن سـعد أجمـع المسـلمون فـي أن قليل الرضاع وكثيره يحـرم فـي المهـد مـا أفطـر الصـــائم
قال أبو عمر لم يقف الليث علـى خلاف فـي ذلـك
وعنـــــــد مالـــــــك فـــــــي هـــــــذا البـــــــاب
1242 - عن إبراهيم بن عقبة أنه سـأل سـعيد بـن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان فــي الحولين وإن كانت قطرة واحـدة فهـو يحـرم ومـا كــان بعــد الحــولين فإنمــا هــو طعــام يــأكله
قال إبراهيم بن عقبة ثم سـألت عـروة بـن الزبيـر

فقال مثل ما قال سعيد بن المسيب
1243 - وعن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت سعيد بن المسيب يقول لا رضاعة إلا ما كان في المهد وإلا ما أنبت اللحم والدم
1244 - وعن بن شهاب أنه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها تحرم والرضاعة من قبل الرجال تحرم
قال أبو عمر الحجة في هذا ظاهر قول الله عز وجل وأمهتكم التي أرضعنكم وأخوتكم من الرضعة النساء 23 ولم يخص قليل الرضاعة من كثيرها

الاستذكار ج:6 ص:249

وقد روى بن جريج عن عمرو بن دينار عن بن عمر أنه قيل له قضى بن الزبير بألا تحرم المصة ولا المصتان
فقال قضاء الله خير من قضاء بن الزبير حرم الأخت من الرضاعة
وقالت طائفة منهم عبد الله بن الزبير وأم الفضل وعائشة على اختلاف عنها لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الرضعة ولا الرضعتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان
وبه قال سليمان بن يسار وسعيد بن المسيب وإليه ذهب أحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد
ورووا في ذلك حديثا عن النبي ﷺ أنه قال ((لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان))
ومنهم من يرويه الرضعة لا الرضعتان (2)ـ
قالوا فما زاد على ذلك حرم
وذهبوا إلى ان الثلاث رضعات فما فوقها تحرم ولا تحرم ما دونها
حدثني عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثنا محمد قال حدثنا أبو بكر قال حدثنا عبدة وبن نمير عن هشام بن عروة عن أبيه عن بن الزبير قال

قال رسول الله ﷺ((لا تحرم المصة ولا المصتان))
قال وحدثنا عبدة عن أبي عروبة عن قتادة عن أبي الخليل عن عبد الله بن الحارث عن أم الفضل
قالت قال رسول الله ﷺ((لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان))
وقال الشافعي لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات متفرقات احتج بقوله ﷺ((لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان))
ومما رواه أبو بكر قال حدثنا أبو خالد الأحمر عن حجاج عن أبي الزبير قال سألت بن الزبير عن الرضاع فقال لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا الثلاث
قال أصحابه وبن الزبير روي هذا الحديث وفهم منه أنه لا تحرم الثلاث أيضا وأفتى به
وذكروا عن بن مسعود وأبي موسى وسليمان بن يسار وغيرهم أنهم قالوا إنما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم والدم وأنشز العظم وفتق الأمعاء وهذه ألفاظهم مفترقة جمعتها
وذكر الشافعي أيضا عن بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه عن الحجاج بن الحجاج عن أبي هريرة قال لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء

ورواه حماد بن سلمة عن هشام بن عروة بإسناده مرفوعا إلى النبي ﷺ
واحتج الشافعي بحديث مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة أنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله ﷺ وهن مما نقرأ من القرآن))
فكان في هذا الحديث بيان ما يحرم من الرضعات

وكان مفسرا لقوله لا تحرم الرضعة والرضعتان فدل على أن قوله لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الرضعة ولا الرضعتان خرج على جواب سائل سأله عن الرضعة والرضعتين هل تحرمان فقال لا لأن من سنته وشريعته أنه لا يحرم إلا خمس رضعات وأنها نسخت العشر الرضعات كما لو سأل سائل هل يقطع السارق في درهم أو درهمين كان الجواب لا يقطع في درهم ولا درهمين لأنه قد بين رسول الله ﷺ أنه لا يقطع إلا في ربع دينار فكذلك بيانه في الخمس الرضعات فإن قيل لو كانت ناسخة للعشر رضعات عند عائشة كما روت عنها عمرة ما

الاستذكار ج:6 ص:250

كانت عائشة لتأمر أختها أم كلثوم أن ترضع سالم بن عبد الله عشر رضعات ليدخل عليها فتستعمل المنسوخ وتدع الناسخ
وكذلك حفصة أمرت أختها فاطمة بمثل ذلك في عاصم على ما تقدم من رواية مالك في ((الموطأ))
والجواب أن أصحاب عائشة الذين هم أعلم بها من نافع وهم عروة والقاسم وعمرة رووا عنها خمس رضعات ولم يرو أحد منهم عشر رضعات
وقد روي عنها سبع رضعات
وقد روي عنها عشر رضعات
والصحيح عنها خمس رضعات
ومن روى عنها أكثر من خمس رضعات فقد وهم لأنه قد صح عنها أن الخمس الرضعات المعلومات نسخن العشر المعلومات فمحال أن نقول بالمنسوخ
وهذا لا يصح عنها عند ذي فهم
وفي حديثها المسند أن رسول الله ﷺ أمر سهله بنت سهيل - امرأة أبي حذيفة - أن ترضع سالما

مولى أبي حذيفة خمس رضعات
قال عروة فأخذت بذلك عائشة
وسنذكره مسندا في الباب بعد هذا إن شاء الله عز وجل

فكيف يقبل أحد عنها أنها افتت بعد موت النبي ﷺ بعشر رضعات هذا لا يقبله من أنصف نفسه ووفق لرشده ولو صح عنها حديث نافع عن سالم في العشر كان غيره معارضا له بالخمس فسقطت وثبتت الخمس

ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت لا يحرم دون الخمس رضعات

وعن بن عيينة عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمرة عن عائشة قالت نزل القرآن بعشر رضعات ثم نسخن بخمس

1 (2 - باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر)

1245 - مالك عن بن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير فقال أخبرني

الاستذكار ج:6 ص:252

عروة بن الزبير أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب رسول الله ﷺ وكان قد شهد بدرا وكان تبنى سالما الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كما تبنى رسول الله ﷺ زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من المهاجرات الأول وهي من أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال أدعوهم لابائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا اباءهم فإخونكم في الدين ومواليكم الأحزاب 5 رد كل واحد من

أولئك إلى أبيه فإن لم يعلم أبوه رد إلى مولاه فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وأنا فضل وليس لنا إلا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله ﷺ ((أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها)) وكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال وأبى سائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة من رسول الله ﷺ في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد

فعلى هذا كان أزواج النبي ﷺ في رضاعة الكبير قال أبو عمر هذا حديث يدخل في المسند للقاء عروة وعائشة وسائر أزواج النبي ﷺ وللقائه سهلة بنت سهيل أيضا

وقد رواه عثمان بن عمر عن مالك مختصر اللفظ متصل الإسناد

حدثنا خلف بن قاسم قال حدثنا عبد الله بن عمر بن إسحاق قال حدثنا أحمد بن محمد بن الحجاج قال حدثنا يزيد بن سنان قال حدثنا عثمان بن عمر قال حدثنا مالك عن بن شهاب عن عروة عن عائشة أن رسول الله ﷺ أمر

امرأة أبي حذيفة أن ترضع سالما خمس رضعات فكان يدخل عليها بتلك الرضاعة وكان سائر أزواج النبي ﷺ يأبين ذلك ويقلن إنما كانت الرخصة في سالم وحده

وقد رواه عبد الرزاق وعبد الكريم بن روح وإسحاق بن عيسى عن مالك كما رواه عثمان بن عمر

ورواه يحيى بن سعيد الأنصاري عن بن شهاب عن عروة وبن عبد الله بن ربيعة عن عائشة وأم سلمة بلفظ حديث مالك في موطئه ومعناه سواء إلى آخره

ورواه بن المبارك عن يونس عن الزهري عن عروة وبن عبد الله بن ربيعة عن عائشة مثله أيضا وقد ذكرنا الأحاديث بأسانيدها في ((التمهيد))

وأما قوله في حديث يدخل علي وأنا فضل فإن الخليل قال رجل متفضل وفضل إذا توشح بثوب فخالف بين طرفيه على عاتقه

قال ويقال امرأة فضل وثوب فضل فمعنى الحديث - عندي - أنه كان يدخل عليها وهي منكشفة بعضها جالسة كيف أمكنها

وقال بن وهب فضل مكشوفة الرأس والصدر وقيل الفضل التي عليها ثوب واحد ولا إزار تحته وهذا أصح - إن شاء الله تعالى لأن انكشاف الصدر لا يجوز أن يضاف إلى ذوي الدين عند ذي محرم ولا غيره لأن الحرة عورة مجتمع على ذلك منها إلا وجهها وكفيها

وقد ذكرنا ما في هذا الحديث من معاني ألفاظه في ((التمهيد))

واقتصرنا في هذا الكلام على الكلام في فقهه خاصة والذي جاء به في هذا الحديث التحريم برضاعة الكبير

وهو مذهب عائشة من بين أزواج النبي ﷺ

حملت عائشة حديثها هذا في سالم على العموم فكانت تأمر أختها أم كلثوم وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها ورأى غيرها هذا الحديث خصوصا في سالم وسهلة بنت سهيل واختلف العلماء في ذلك كاختلاف أمهات المؤمنين

الاستذكار ج:6 ص:254

فذهب الليث إلى أن رضاعة الكبير تحرم كما تحرم رضاعة الصغير وهو قول عطاء وروي عن علي ولا يصح عنه والصحيح عنه أن لا رضاع بعد فطام وكان أبو موسى الأشعري يفتي به ثم انصرف عنه إلى قول بن مسعود وذكر عبد الرزاق عن بن جريج قال سمعت عطاء يسأل قال له رجل سقتني امرأة من لبنها بعد ما كنت رجلا أفأنكحها قال لا قلت ذلك رأيك قال نعم

قال عطاء كانت عائشة تأمر به بنات أخيها قال أبو عمر هكذا رضاع الكبير كما ذكر عطاء يحلب له اللبن ويسقاه وأما أن تلقمه المرأة ثديها كما تصنع بالطفل فلا لأن ذلك لا ينبغي عند أهل العلم وقد أجمع العلماء على التحريم بما يشربه الغلام الرضيع من لبن المرأة وإن لم يمصه من ثديها وإنما اختلفوا في السعوط به وفي الحقنة والوجور وفي حين يصنع له منه وروى بن وهب عن الليث أنه قال أنا أكره رضاع الكبير أن أحل منه شيئا وروى عنه عبد الله بن صالح أن امرأة جاءته فقالت إني أريد الحج وليس لي محرم فقال اذهبي إلى امرأة رجل ترضعك فيكون زوجها أبا

لـــــــــــك فتحجيـــــــــــن معـــــــــــه
وقـــال بقـــول الليـــث قـــوم منهـــم بـــن عليـــة وحجتهم حديث عائشة في قصة سالم - مولى أبي حذيفـــــــــــة وعملهـــــــــا بـــــــــه
وذكر عبد الرزاق عن بن جريـج قـال أخـبرني عبـد الله بن عبيد اللـه بـن أبـي مليكـة أن القاسـم بـن محمـد أخـبره أن عائشـة أخـبرته أن سـهلة بنـت سهيل بن عمرو جـاءت رسـول اللـه ﷺ فقـالت يـا رسول الله إن سالما معنا في الـبيت وقـد بلـغ مـا يبلغ الرجال وعلم ما يعلم الرجال فقال النبي ﷺ ((أرضـــــــــعيه تحرمـــــــــي عليـــــــــه))
قال بن أبي مليكة فمكثـت سـنة أو قريبـا منهـا لا أحدث به رهبة له ثم لقيت القاسم فقلـت لـه لقـد حـدثتني حـديثا مـا حـدثت بـه بعـد فقـال مـا هـو فـأخبرته حـدث بـه عنـي فـإن عائشـة أخـبرتنيه
قال أبو عمر هذا يدل على أنـه حـديث تـرك قـديما ولم يعمـل بـه ولا تلقـاه الجمهـور بـالقبول علـى عمومه بل تلقوه بالخصوص

الاستذكار ج:6 ص:255

وممن قال إن رضاعة الكبير ليس بشيء عمـر بـن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وبن عمر وأبو هريـرة وبـن عبـاس وسـائر أمهـات المؤمنين غير عائشـة وجمهـور التـابعين وجماعـة فقهاء الأمصار منهم الليث ومالك وبـن أبـي ذئـب وبن أبي ليلـى وأبـو حنيفـة وأصـحابه والشـافعي وأحمـد وإسـحاق وأبـو ثـور وأبـو عبيـد والطـبري
وحجتهم قوله ﷺ ((إنما الرضاعة من المجاعة ولا رضـــــاعة إلا مـــــا أنبـــــت اللحـــــم والـــــدم))
حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم بـن أصبغ قال حدثنا بكر بن حماد قال حدثنا مسدد بـن مسرهد قال حدثنا أبو الأحوص قال حدثنا أشـعث -

وهو بن أبي الشعثاء عن أبيه عن مسروق عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ﷺ وعندي رجل قاعد فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله إنه أخي من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ (انظرن من إخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة)
1246 - مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال إني كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وأت جاريتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغير
قال أبو عمر هذا الرجل هو أبو عميس بن جبر الأنصاري ثم الحارثي
روى الليث بن سعد عن يحيى بن سعد أن أبا عميس بن جبر الأنصاري ثم الحارثي وكان بدريا كانت له وليدة يطؤها فانطلقت امرأته إلى الوليدة فأرضعتها فلما دخلت عليها قالت له امرأته دونك فقد والله أرضعتها فخرج مكانه إلى عمر بن الخطاب فعزم عمر عليه ليوجعهن ظهر امرأته وليطأن وليدته ففعل

الاستذكار ج:6 ص:256

وروى الليث أيضا عن نافع عن بن عمر مثل حديث مالك عن عبد الله بن دينار
قال أبو عمر قد ذكرنا عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب كانا لا يريان رضاعه الكبير شيئا فيمن ذكرناهم من الصحابة في هذا الباب
1247 - مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعري فقال إني مصصت عن امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال أبو موسى لا

أراها إلا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ماذا تفتي به الرجل فقال أبو موسى فماذا تقول أنت فقال عبد الله بن مسعود لا رضاعه إلا ما كان في الحولين فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما كان هذا الحبر بين أظهركم وقد ذكرنا أن أبا موسى رجع إلى قول بن مسعود في هذه المسألة من رضاع الكبير فيما تقدم من هذا الباب ولولا أنه بان له أن الحق في قول بن مسعود ما رجع إليه ولا يزال الناس بخير ما انصرفوا إلى الحق إذ بان لهم وخبر بن مسعود هذا من رواية مالك منقطع وهو حديث كوفي يتصل من وجوه منها ما رواه بن عيينة وغيره عن إسماعيل بن أبي خالد عن أبي عمرو الشيباني أن رجلا كانت له امرأة فولدت غلام فجرى لبنها فأمرت زوجها أن يمص عنها فجعل يمصه ويمجه فرأى أنه سبقه منه شيء فدخل في بطنه فأتى أبا موسى ألاشعري فسأله عن ذلك فكرهها له وقال ائت عبد الله بن مسعود فإنه أعلم بذلك فأتاه فأخبره بقول أبي مسعود فإنه أعلم بذلك فأتاه فأخبره بقول أبي موسى فقال بن مسعود إنها لم تحرم عليك امرأتك فقال أبو موسى يا أهل الكوفة لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم يعني بن مسعود

1 (3 - باب جامع ما جاء في الرضاعة)

1248 - مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن

الاستذكار ج:6 ص:257

الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله ﷺ قال ((يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة))

هكذا قال يحيى في هذا الحديث عن سليمان بن يسار وعن عروة جعلهما روايتين للحديث عن عائشة فوهم في ذلك وإنما الحديث محفوظ في ((الموطأ)) وغيره لسليمان بن يسار عن عروة عن عائشة وهذا مما يعد من غلط يحيى عن مالك لأنه لم يتابعه عليه أحد من رواة ((الموطإ)) وقد تقدم في معناه والحمد لله

1249 - مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل أنه قال أخبرني عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول ((لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم)) قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع

قال أبو عمر قد روى بعض الرواة عن مالك هذا الحديث فجعلوه عن عائشة عن النبي ﷺ منهم أبو عامر العقدي وكذلك رواه القعنبي في غير ((الموطإ)) وهو عنده في ((الموطإ)) كما هو عند سائر الرواة عن عائشة عن جدامة وفي رواية عائشة له عن جدامة دليل على حرصها على العلم وبحثها عنه وأن القوم لم يكونوا يرسلون من الأحاديث في الأغلب إلا ما يستوفيه المحدث لهم بها أو لوجوه غير ذلك

الاستذكار ج:6 ص:258

وقد ذكرنا هذا في كتاب ((التمهيد)) وأما الغيلة فكما فسرها مالك وعلى تفسير ذلك أكثر الناس من أهل اللغة وغيرهم وقال الأخفش الغيلة والغيل سواء وهي أن تلد المرأة فيغشاها زوجها وهي ترضع فتحمل من ذلك الوطء لأنها إذا حملت فسد اللبن على الطفل المرضع ويفسد به جسمه وتضعف به قوته حتى ربما كان ذلك في عقله

قال وقد قال النبي ﷺ (إنه ليدرك الفارس فيدعثره عن فرسه) أو قال عن سرجه أي يضعف فيسقط عن السرج

قال الشاعر

فوارس لم يغالوا في الرضاع فتنبوا في أكفهم السيوف

قال أبو عمر قول رسول الله ﷺ حتى ذكرت أن فارس والروم يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم شيئا يرد كل ما قاله الأخفش وحكاه عن العرب وذلك من تكاذيب العرب وظنونهم ولو كان ذلك حقا لنهى عنه رسول الله ﷺ على جهة الإرشاد والأدب فإنه كان - عليه السلام _ حريصا على نفع المؤمنين رؤوفا بهم وما ترك شيئا ينفعهم إلا دلهم عليه وأمره به ﷺ

وقد قال بعض أهل اللغة الغيلة أن ترضع المرأة ولدها وهي حامل

وقال غيره الغيل نفسه الرضاع

وقد زدنا هذا المعنى بيانا بشواهد الشعر في التمهيد

وقال بن الماجشون وذكره بن القاسم أيضا عن مالك وقال إنه لم يسمعه منه في الرجل يتزوج المرأة وهي ترضع فيصيبها وهي ترضع أن ذلك (اللبن) له وللزوج قبله لآن الماء يغير اللبن

ويكـــــــــــون منـــــــــــه الغـــــــــــذاء
واحتج بهذا الحديث لقد هممت أن أنهى عن الغيله

قال بن القاسم وبلغني عن مالك إذا ولدت المرأة فـاللبن منـه بعـد الفصـال وقبلـه ولـو طلقهـا فتزوجت وحملت من الثاني فاللبن بينهمـا جميعـا أبدا حتى يتبين انقطاعه من الأول

الاستذكارج:6 ص:259

ومن الحجة لمالك أيضا أن اللبن يغيره وطء الزوج الثـــاني
ولوطئه فيه تأثير قـوله - عليـه السـلام - إذا نظـر إلى المرأة الحامل من السبي فسأل هل يطأ هذه صاحبها قيل له نعـم فقـال لقـد هممـت أن ألعنـه لعنة تدخل معـه فـي قـبره أيـورثه وليـس منـه أم يسـتعبده وهـو قـد عـداه فـي سـمعه وبصـره وهـــــو حـــــديث فـــــي إســـــناده ليـــــن
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما اللبـن مـن الأول في هذه المسألة حتى تضـع المـرأة فيكـون مـــن الآخـــر
وهـــــــــو قـــــــــول بـــــــــن شـــــــــهاب
وروي عن الشافعي أنه منهما حتى تلد فيكون من الثيـــاني
وقد مضى القول في لبن الفحل فـي صـدر كتـاب الرضـــاع مـــن هـــذا الكتـــاب والحمـــد للـــه
1250 - مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشـة زوج النـبي ﷺ أنهـا قـالت كـان فيمـا أنـزل مـن القـرآن - عشـر رضـعات معلومـات يحرمـن - ثـم نسـخن بخمـس معلومات - فتوفي رسول الله ﷺ وهـو فيمـا يقـرأ مـــن القـــرآن
قـال يحيـى قـال مالـك وليـس علـى هـذا العمـل
قال أبو عمر قد تقدم في هذا الكتاب ذكر من رأى

العمل على هذا الحديث من السلف ومن قال به من أئمة الفتوى بالأمصار ومن تركه فلم يقل به ولم يعمل به وهم الأكثر من العلماء وقد روي هذا الحديث سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت نزل القرآن بعشر رضعات معلومات ثم صرن إلى خمس وروى سفيان أيضا عن الزهري قال قالت عائشة لا يحرم دون خمس رضعات معلومات قال وكانت عائشة ترى ذلك للصغير والكبير

الاستذكار ج:6 ص:260

قال أبو عمر رد حديث عمرة عن عائشة هذا أصحابنا ومن ذهب في هذه المسألة مذهبهم ودفعوه فقالوا هذا حديث أضيف إلى القرآن ولم يثبت قرآنا

وعائشة التي قطعت بأنه كان من القرآن قد اختلف عنها في العمل به فليس بسنة ولا قرآن وردوا حديث المصة والمصتين بأنه حديث مرة يرويه بن الزبير عن النبي ﷺ ومرة عن أبيه عن عائشة عن النبي ﷺ

قالوا ومثل هذا الاضطراب يسقطه وضعفه حديث أم الفضل أيضا في ذلك وردوا حديث عروة عن عائشة في الخمس رضعات بأن عروة كان يفتي بخلافه ولو صح عنده ما خالفه

وروى مالك عن إبراهيم بن عقبة أنه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وإن كان قطرة واحدة فهو يحرم قال ثم سألت عروة بن الزبير فقال مثل ذلك قال أبو عمر انفك المخالفون لهم مما احتجوا به عليهم من هذا بأن القرآن منه ما نسخ خطه ورفع وثبت الحكم به والعمل من ذلك الرجم خطب به عمر على رؤوس الصحابة وقال الرجم هو في

كتاب الله فلم ينكر عليه ذلك أحـد فمثلـه الخمـس رضعات بل هي ألزم من جهة العمـل لأمـر رسـول الله ﷺ سهلة بنت سـهيل أن ترضـع سـالما خمـس رضـــــــــعات فيحـــــــــرم عليهـــــــــا
وبحديث معمر وبن جريج وغيرهما عن هشـام عـن عروة عن أبيه عن الحجاج الأسـلمي أنـه اسـتفتى أبا هريرة ما يحرم من الرضاع فقال لا يحرم إلا مـا فتـــــــــــــــق الأمعـــــــــــــــاء
ومثـــل هـــذا لا يكـــون رأيـــا وقـــد روي مرفوعـــا قالوا ولا حاجة بنا إلى أن نثبـت قرآنـا لأنـا لا نريـد قطع العذر به إنما نريد بـه إيجـاب الحكـم والعمـل كالرجم وغيره وليس في أن لا يعمل به عـروة ولا يفـتي بـه مـذهب لأنهـا مسـألة اختلاف رأى فيهـا عروة غير رأي عائشة كسائر مـا خالفهـا فيـه مـن رأيه وقـد أخـبر عـروة أن عائشـة كـانت تفـتي بـه وتعمل به وقولها

الاستذكار ج:6 ص:261

أولـى لمـن يسـوغ لـه التقليـد مـن قـوله وحـديث المصة والمصتان والرضعة والرضعتان ثابت ليـس فيه علة يجب بهـا دفعـه وقـد ق ال بـه أه ل العلـم بالحديث علـى مـا ذكرتـه عنهـم ممـا تقـدم واللـه بالصواب أعلم وصلى الله على محمد وآلـة وسـلم تسليما

الاستذكار ج:6 ص:262

1 (31 كتاب البيوع)

1 (1 - باب ما جاء في بيع العربان)

1251 - مالك عن الثقة عنده عنه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول اللـه ﷺ نهـى عـن بيـع

العربان
قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء
قال أبو عمر هكذا قال يحيى في هذا الحديث عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب
وقال ذلك جماعة من رواة ((الموطأ)) معه
وأما القعنبي والتنيسي وبن بكير وغيرهم فقالوا فيه عن مالك أنه بلغه أن عمرو بن شعيب
والمعنى فيه عندي سواء لأنه كان لا يروي إلا عن ثقة
وقد تكلم الناس في الثقة عند مالك في هذا الموضع وأشبه ما قيل فيه أنه بن لهيعة والله أعلم لأن هذا الحديث أكثر ما يعرف عند بن لهيعة عن عمرو بن شعيب

الاستذكار ج:6 ص:263

وقد رواه الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذباب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ
وقد ذكرناه بالإسناد عنه في ((التمهيد)) ولكنه أشهر من حديث بن لهيعة
وقد رواه حبيب كاتب مالك عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب بإسناده ولكن حبيبا متروك لا يشتغل بحديثه ويقولون إنه كذاب فيما يحدث به
وقد حدث خلف بن قاسم قال حدثني أبو محمد بكر بن عبد الرحمن الخلال قال حدثني يحيى بن عثمان بن صالح بن صفوان قال حدثني حرملة بن

يحيى قال حدثني بن وهب عن مالك عن عبد الله بن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان
هكذا حدث به حرملة عن بن وهب وهو في موطأ بن وهب عن بن لهيعة عن عمرو بن شعيب وفي بعض الروايات عن بن وهب في ((موطئه)) عن مالك قال بلغني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان كما هو في ((موطأ)) مالك وقد قيل إن مالكا أخذه عن بن وهب عن بن لهيعة عن عمرو بن شعيب
وأما قول مالك في تفسير ذلك فعليه جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين منهم الشافعي والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد وعبد العزيز بن أبي سلمة لأنه من بيع الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ولا هبة وذلك باطل
وبيع العربان على ذلك منسوخ عندهم إذا وقع قبل القبض وبعده وترد السلعة إن كانت قائمة فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها ويرد على كل حال ما أخذ عربانا في الشراء والكراء
وقد روي عن قوم من التابعين منهم مجاهد وبن سيرين ونافع بن عبد الحارث وزيد بن أسلم أنهم أجازوا بيع العربان على ما وصفنا وذلك غير جائز عندنا
وكان زيد بن أسلم يقول أجازه رسول الله ﷺ وهذا لا نعرفه عن النبي ﷺ من وجه يصح

الاستذكار ج:6 ص:264

ويحتمل أن يكون بيع العربان الذي أجازه رسول الله ﷺ لو صح عنه أن يجعل العربان عن البائع من

ثمن سلعته إن تم البيع وإلا رده وهذا وجه جائز عند الجميع
وحديث نافع بن عبد الحارث رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ عن نافع بن عبد الحارث - عامل عمر على مكة - أنه اشترى من صفوان بن أمية دارا لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم
قال مالك في الرجل يبتاع ثوبا من رجل فيعطيه عربانا على أن يشتريه فإن رضيه اخذه وإن سخطه رده وأخذ عربانه إنه لا بأس به قال أبو عمر لا أعلم في هذا خلافا وفي اتفاقهم على هذا دليل على أن المعنى في النهي عن بيع العربان ما قاله مالك والجماعة التي ذكرناهم من العلماء معه على ما تقدم ذكره قال أبو عمر إن وقع بيع العربان الفاسد فسخ وردت السلعة إلى البائع والثمن للمشتري فإن فاتت كان على المشتري فيهما بالغا ما بلغت وله ثمنه
هذا قول مالك وأصحابه وسائر الفقهاء قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر الفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبدين أو بالأعبد إلى أجل معلوم إذا اختلف فبان اختلافه فإن أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا يأخذ منه اثنتين بواحد إلى أجل وإن اختلفت أجناسهم
قال مالك ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت مع ذلك قبل أن تستوفيه إذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريته منه
قال أبو عمر مذهب مالك الذي لا اختلاف فيه عنه

وعن أصحابه هو معنى ما رسمه ها هنا وفي باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه من ((الموطإ))
وجملة ذلك بأنه لا بأس عنده العبد بالعبدين والفرس بالفرسين والبعير بالبعيرين وكذلك سائر الحيوان إذا اختلفا في الغرض فيهما والمنفعة بهما

الاستذكار ج:6 ص:265

ولا يجوز إذا كانت المنافع والأعراض منفعة وسنبين ذلك في باب بيع الحيوان بعضه ببعض إن شاء الله عز وجل
ومذهب الشافعي أنه لا بأس بكل ما لا يؤكل وما لا يشرب من الحيوان وغيره أن يباع بعضه ببعض كيف شاء المتبايعان اثنين بواحد يدا بيد ونسيئة اختلفت أصنافه أو اتفقت إلا الذهب والورق فإنه لا يجوز في بعضها ببعض نسيئة وكذلك الطعام كله
وقول الشافعي هذا كله قول سعيد بن المسيب وسيأتي في موضعه من هذا الكتاب - إن شاء الله
وقال الكوفيون لا يجوز شيء من الحيوان واحدا باثنين نسيئة من كل شيء جنسا واحدا كان أو أجناسا مختلفة وسواء اختلفت المنافع أو اتفقت وهو قول الثوري
وسنذكر وجوه أقوالهم في باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض إن شاء الله تعالى
وأما قول مالك فلا بأس أن تبيع مع ذلك ما اشتريت من قبل أن تستوفيه فإنه لا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما بيع شيء من الحيوان قبل قبضه لا من صاحبه الذي ابتعته منه ولا من غيره حتى تستوفيه يقبض له ما يقبض به مثله
واختلف الشافعي وأبو حنيفة في بيع العقار قبل القبض على ما نذكره في بابه من هذا الكتاب إن

شـــــــــــاء اللـــــــــــه تعـــــــــالى
قال مالك لا ينبغي أن يستثنى جنين في بطن أمـه إذا بيعت لأن ذلك غـرر لا يـدرى أذكـر هـو أم أنـثى أحسـن أم قبيـح أو نـاقص أو تـام أو حـي أو ميـت وذلـــــــك يضـــــــع مـــــــن ثمنهـــــا
قال أبو عمـر جعـل مالـك اسـتثناء البـائع للجنيـن كاشـــــــترائه لـــــــه لـــــــو كـــــان
وقد أجمعوا أنـه لا يجـوز شـراؤه فاسـتثناء البـائع للجنيـــــن كشـــــراء المشـــــتري لـــــه عنـــــده
وهذا قول الشافعي إلا أنه لا يجوز اسـتثناؤه لأنـه كعضـــــــو مـــــــن أعضـــــــاء أمـــــــه
وهو قول أبي حنيفة والثوري أيضا أنه لا يجـوز أن تباع الأم ويستثنى ما في بطنها وهـي حامـل لأنـه مـــــــــن بيـــــــــوع الغـــــــــرر
وقالوا كما قال مالك ذلك يضع من ثمنها

الاستذكار ج:6 ص:266

قال الشـافعي كـل ذات حمـل مـن بنـي أدم ومـن البهـائم بيعـت فحملهـا تبـع لهـا كعضـو منهـا وهـــــو قـــــول أبـــــي حنيفـــــة
قال أبو عمر فأن وقع البيع عند مالـك ومـن تـابعه ممن ذكرنا معه فالعمل فيه عندهم أنـه يفسـخ مـا لـــــــــــــــم يفـــــــــــــــت
والفوت عند مالك وأصحابه أن تلد ذلـك الجنيـن أو غيره أو تموت أو تباع أو تـوهب أو تعتـق أو يطـول الزمان أو تختلف الأسواق فأن كان شيء من ذلـك مضى البيع وكـانت فيـه القيمـة يـوم قبـض الأمـة دون اســـــتثناء بالغـــــة مـــــا بلغـــــت
فإن ولدت عند المشتري وقبض البـائع الجنيـن رد إلـى مبتـاع الأم وغـرم قيمتهـا علـى مـا تقـدم هذا إن عثر على الجنيـن بحـدثان قبـض البـائع لـه وأما إن طال زمانه أو فات بوجه من وجوه الفـوت التي ذكرنا كان للمبتاع علـى البـائع قيمـة الجنيـن يوم قبضه فكان على البائع للمبتاع قيمة الأم يوم

باعها بلا استثناء على ما وصفنا وكلفا مع ذلك أن يجمعها بين الأم وإبنها عند أحدهما بالمقاومة بينهما أو يبيعانهما معا من غيرهما وقال الأوزاعي والحسن بن حي جائز أن يبيع الرجل أمته الحامل ويستثنى ما في بطنها قال أبو عمر روي ذلك عن بن عمر ووجه ذلك أن الغرر إنما نهي عنه فيما يقع فيه التبايع والجنين على ملك بائعه قبل البيع فله أن يستثنيه ويخرجه من البيع ولا يضره جهله بصفته لأنه ملكه لم يقع فيه بيع وممن قال ذلك أيضا أحمد وإسحاق وأبو ثور وداود

واحتج أحمد بابن عمر في ذلك قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقدا أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التي له قال مالك لا بأس بذلك وإن ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله في الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنانير نقدا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي اشترى إليه العبد أو الوليدة فإن ذلك لا ينبغي وإنما كره ذلك لأن البائع كأنه باع منه مائة دينار له

إلى سنة قبل أن تحل بجارية وبعشرة دنانير نقدا أو إلى أجل أبعد من السنة فدخل في ذلك بيع الذهب بالذهب إلى أجل قال أبو عمر أما المسألة الأولى التي ندم فيها البائع فأعطى المشتري عشرة دنانير نقدا أو إلى أجل وترد عليه يسقط عن المشتري ثمنها المائة الدينار المذكورة فهذا البيع مستأنف وإقالة لا يدخلها تهمه لأنها رجعت أليه سلعته بما اشتراها به من الزياد ولم يدخل في ذلك ذهب بأكثر منها ولا ذهب بذهب إلى اجل فلذلك أجازه فقال لا

بـــــــــــــــــــــأس بـــــــــــــــــــــه
والمسأله الثانية بين مالك - رحمه الله - ما يدخلها إعتـاقه فـذكر أنهـا بيـع ذهـب بـذهب إلـى أجـل فأما الشافعي فليـس فـي ذلـك كلـه عنـده شـيء مكروه فلا يدخله عنـده شـيء يحرمـه لأن الظـاهر الجميل لا يظن به الظـن السـوء بالبـاطن والظـن ليـــس بحقيقـــة ولا يقـــع التحريـــم بـــالظنون
قال أبو عمر لو كان البيع الأول نقدا لم يكن بـذلك بأس عنـدهم إلا أن مالكـا كرههـا إذا كـان صـاحبها مـــن أهـــل الغنيمـــه نقـــدا ولـــم ينفـــذ
ذكر بن وهب عن بن لهيعـة والليـث بـن سـعد عـن بكير بن عبد الله بن الاشج عن سعيد بـن المسـيب وسليمان بن يسار أنهمـا سـئلا عـن رجـل اشـترى سلعة ثم بدا له أن يتركها ويعطـي صـاحبها دينـارا فقـــــــالا لا بـــــــأس بـــــــذلك
وعن مخرمة بـن بكيـر عـن أبيـه عـن سـليمان بـن يســـــــار مثـــــــل ذلـــــــك
قـــال بكيـــر وقـــال ذلـــك بـــن شـــهاب
قال بن وهب وأخـبرني ناجيـة بـن بكيـر عـن أبـي الزنـاد وربيعـة فـي رجـل اشـترى ثوبـا فاسـتقاله فذهب ليرده إلى صاحبه فأبى أن يقيله فوضع من ثمنـــه علـــى أن يقيلـــه قـــالا لا بـــأس بـــذلك
قال أبو حنيفـة وأخـبرني الحـارث بـن نبهـان عـن أيوب السختياني عن محمد بن سـيرين أن شـريحا كـــــــان يقـــــــول ذلـــــــك
وقال وإن نـدم المبتـاع فاسـتقال البـائع وأعطـاه دراهـــــــم لا بـــــــأس بـــــــه
قال وأخبرني عمر بـن مالـك أن يحيـى بـن سـعيد قال لو أن المشتري ندم فقال البـائع لا اقيلـك إلا أن تنظرني بالذهب سنة لم يكن بذلك بأس

قال يحيى ولو قال له البـائع لا أقيلـك إلا علـى أن تســلفني ذلــك إلــى ســنة قــال لا يصــلح ذلــك

قال بن وهب وقال لي مالك مثله
قال مالك في الرجل يبيع الدابة من الرجل وينقده الثمن ثم يندم المشتري فيقول بائع الدابة منه أقلني وخذ دابتك وأنظرك بثمنها سنة فقال مالك هذا بيع جديد لا بأس به
وذكر معمر عن على بن بذيمة قال سمعت سعيد بن جبير سأله رجل عن رجل اشترى سلعة من رجل فندم فيها فقال أقلني ولك كذا وكذا فقال لا بأس به
وعن بن طاوس عن أبيه أنه اشترى غلاما فأراد رده فلم يقيلوه منه حتى أعطاهم عشرة دنانير
وعن قتادة انه قال لا بأس به
قال معمر وسألت حمادا عن رجل اشترى من رجل سلعة وندم فيها فقال أقلني ولك كذا فكره
وشعبة عن الحكم بن عتيبة مثله
وشعبة والثوري عن مغيره عن إبراهيم عن الأسود انه كره أن يردها ويرد معها شيئا وكره عطاء والشعبي
ولم ير به بن عمر بأسا
قال أبو عمر يدخل في هذا الباب مسألة حمار ربيعة ذكرها بن وهب عنه في موطئة قال حدثني الليث بن سعد قال كتب إلي ربيعة يقول في رجل باع حمارا بعشرة دنانير سنة ثم استقاله فأقاله بربح دينار عجله له وآخر باع حمارا بنقد فاستقاله المبتاع فأقاله بزيادة دينار آخره عنه إلى أجل فقال ربيعة هذه ليست إقاله لأنه جميعا صار بيعها إنما الآقاله أن يتراد البائع والمبتاع ما كان بينهما من البيع على ما كان البائع عليه
فأما الذي ابتاع حمارا إلى أجل ثم رده بفضل تعجله فإنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهبا يتعجلها من ذهب

وأما الذي ابتاع الحمار بنقد ثم جاء باستقال صاحبه فقال الذي باعه لا

الاستذكار ج:6 ص:269

أقيلك إلا بربح دينار إلى أجل فأن هذا لا يصلح إلا أنه أخذ عنه الدينار وانتقدوا حق الحمار بما بقي من الثمن فصار ذهبا بذهب إلى أجل قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار إلى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به إلى أبعد من ذلك الأجل الذي باعها أليه إن ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية إلى أجل ثم يبتاعها إلى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا إلى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فصار إن رجعت إليه سلعته بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا إلى شهر بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فهذا لا ينبغي

قال أبو عمر حكم هذا عنده إذا باع السلعة بثمن إلى اجل ثم اشتراها إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن كحكم من باعها إلى أجل بثمن ثم ابتاعها بالنقد بأقل من ذلك لأنه في كلا الوجهين ترجع أليه سلعته بعينها ويحصل بيده دراهم أو ذهب بأكثر منها إلى أجل وهذا هو الربا لا شك فيه لمن قصده

إلا أن العلماء قد اختلفوا في هذا المعنى وهذا مذهب من رأى قطع الدراهم لما يغلب على الظن أن المتبايعين قصدا إليه

وأما من رأى أن البيع على ظاهره وأن تهمة المسلم بما لا يحل له حرام عليه لم يقل بشيء من ذلك

والذي ذهب إليه مالك في هذا الباب هو قول جمهور أهل المدينة

ذكر بن وهب عن يونس بن يزيد عن ربيعه وأبي الزناد أنهما قالا إذا بعت شيئا إلى أجل فلا تبتعه

من صاحبه الذي بعته منه ولا من أحد يبيعه له أو يتبايعه إلى دون ذلك الأجل إلا بالثمن الذي بعته منه به أو بأكثر ولا يبيع منه تلك السلعة إلى دون ذلك الأجل إلا بالثمن أو بأقل فإذا ابتعته إلى الأجل بعينه ابتعته بالثمن أو بأكثر أو بأقل قال وأخبرني الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد نحو ه
قال وقال لي عبد العزيز بن أبي سلمة ومالك بن أنس مثل ذلك
وقال لي مالك بن أنس لا بأس أن يبتاعها بنقد أو إلى أجل دون الأجل الذي

باعها إليه بأكثر من ثمنها الذي باعها به لأنه لا يتهم أحد أن يعطي عشرة دنانير نقدا أو إلى شهر أو شهرين بخمسة دنانير إلى سنة
قال وقال لي مالك لا بأس أن يبتاعها إلى أبعد من اجلها بأقل من ثمنه ا لأنه لا يتهم أحد أن يأخذ عشرين دينارا إلى أجل بخمسة عشر دينارا
قال مالك وإنما يتهم إذا باعها بمائة دينار إلى أجل من اشتراها بأقل من ذلك والثمن نقدا من ذلك أو أكثر منه إلى أبعد من ذلك الأجل لأنه أعطاه عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا إلى أج ل وأعطاه عشرة دنانير إلى ثلاث ليال أو إلى شهر بعشرين أو نحوها إلى سنة
قال بن وهب وقال لي عبد العزيز بن أبي سلمة مثل ذلك كله
قال أبو عمر كان أبو حنيفة وأصحابه يذهبون في ذلك نحو مذهب مالك
وهو قول الثوري والحسن بن صالح وأحمد بن حنبل والأوزاعي قالوا فيمن اشترى جاريه بألف درهم فقبضها ثم باعها من البائع بأقل من الألف قبل أن ينقد الثمن إن البيع الثاني باطل
وقال الحسن بن حي فيمن باع بيعا بنسيئة لم يجز

للبائع أن يشتريه بنقد قبل قبض الثمن ولا يعرض إلا أن يكون العرض قيمة الثمن أو أكثر من ذلك ولا يشتريه بعرض قيمته أقل من الثمن حتى يستوفي الثمن كله
قال وإن نقصت السلعة بيد المشتري فلا بأس أن يشتريها البائع بأقل من ذلك الثمن سواء كان نقصان العيب لها قليلا أو كثيرا
وقال الأوزاعي في رجل باع خادما إلى سنة ثم جاء الأجل به يأخذه منه بقيمته يوم قبضه ولا يشتريه بدون الثمن قبل محل الأجل إلا بالثمن أو أكثر
وقال أحمد من باع سلعة بنسيئة لم يجز لأحد ان يشتريها بأقل مما باعها به
قال أبو عمر حجة من ذهب في هذه المسألة مذهب مالك والكوفيين حديث إبي إسحاق والشعبي عن امرأته أم يونس وأسمها العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها أم محبة أم ولد كانت لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين إنى بعت من زيد عبدا إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة فقالت بئس ما شريت وبئسما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب قال فقلت أرأيت إن تركت مائتين وأخذت الستمائة قال نعم من جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف

الاستذكار ج:6 ص:271

قالوا ولا يجوز أن تنكر عائشة على زيد رأيه برأيها فعلمنا أن ذلك توقيف
هكذا رواه معمر عن ابي إسحاق ورواه بن عيينة عن يونس بن أبي إسحاق عن أمه قالت دخلت مع امرأة أبي السفر على عائشة فقالت لها امرأة أبي السفر إني بعت غلاما من

زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت أخبري زيد بن ارقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب فقالت امرأة أبي السفر فإني قد تبت فقالت عائشة فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون

ورواه الثوري عن ابي إسحاق عن امرأته قالت سمعت امرأة أبي السفر تقول قلت لعائشة بعت من زيد بن أرقم وذكر الخبر كله بمعناه وهو خبر لا يثبته أهل العلم بالحديث ولا هو مما يحتج به عند أحد

وامرأة أبي إسحاق وامرأة أبي السفر وأم ولد زيد بن أرقم كلهن غير معروفات بحمل العلم وفي مثل هؤلاء روى شعبة عن أبي هشام أنه قال كانوا يكرهون الرواية عن النساء إلا عن أزواج النبي ﷺ

والحديث منكر اللفظ لا أصل له لأن الأعمال الصالحة لا يحبطها الاجتهاد وإنما يحبطها الارتداد ومحال أن تلزم عائشة زيدا التوبة برايها ويكفره اجتهادها فهذا ما لا ينبغي أن يظن بها ولا يقبل عليها

وقد روى أبو معاوية وغيره عن الأعمش عن إبراهيم قال كان عمر وعبد الله يجعلان للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة وكان عمر إذا ذكر حديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ قال لها لا سكنى لك ولا نفقة يقول ما كنا نخير في ديننا شهادة امرأة

قال أبو عمر إذا كان هذا في امرأة معروفة بالدين والفضل فكيف بامرأة مجهولة

وقال عثمان البتي إذا كان لا يريد المخادعة

والدلسة فلا بأس أن يشتريه بدون ذلك الثمن أو بأكثر قبل محل الأجل وبعده
وقال الشافعي يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن الأول أو أكثر قبل الأجل وبعده إن لم يكن بينهما قصد لمكروه

الاستذكار ج:6 ص:272

وقال الشافعي في حديث عائشة المذكور لا يثبت مثل هذا عندنا عن عائشة ولو كان ثابتا أمكن أن تكون عائشة أنكرت البيع إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم وقد نهي النبي ﷺ عن البيع إلى أجل غير معلوم وجعل الله الأهلة مواقيت للناس وزيد صحابي وإذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس وهو مع زيد لأن السلعة إذا كانت لي بشرائي لها فهي كسائر مالي فلم أبع ملكي بما شئت بلغ وممن شئت
وقال بقول الشافعي في هذه المسألة أصحابه وأبو ثور وداود
وقد روي عن طاوس وسعيد بن جبير أنهما قالا من اشترى سلعة بنظرة من رجل فلا يبيعها منه بنقد ومن اشتراها منه بنقد فلا يبيعها منه بنظرة
وروي عن بن عمر وبن سيرين مثل قول الشافعي
وروي عن الشعبي وإبراهيم وحماد مثل قول أبي حنيفة
وكان الثوري وجماعة الكوفيين يجيزون لبائع الدابة بنظرة أن يشتريها بالنقد إذا عجفت و تغيرت عن حالها
وفي ((المدونة)) لابن القاسم عن مالك أن ذلك جائز إذا حدث بالسلعة عيب مفسد مثل العور والعرج والقطع ونحو ذلك
وفي ((العتبية)) لأشهب عن مالك أن ذلك لا يجوز وهذا مما لا يؤمن الناس على مثله

وقال سحنون هذه خير من رواية بن القاسم وذكر بن المواز عن بن القاسم نحو ما في ((المدونة)) وزاد قال فكذلك لو مكث العبد عنده زمانا أو سافر به من إفريقيا إلى الحج ثم وجده البائع ينادي عليه أو على الدابة في السوق فأراد أن يشريها بأقل من الثمن الذي باعها به أنهم لا يتهم في مثل ذلك إذا سافر بها وأدبر الدابة وغيرها عن حالها ورواه عن مالك قال وقال أشهب لا يجوز ذلك وقد سألت عنها مالكا فقال لا يصلح ولا يؤمن عليه أحد

قال أبو عمر هذا يدلك انهم إنما كرهوه للتهم وليس كل الناس يتهم في مثل ذلك فلا ينبغي أن يظن بالمسلم الطاهر إلا الصلاح والخير

الاستذكار ج:6 ص:273

1 (2 - باب ما جاء في مال المملوك)

1252 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع

قال أبو عمر هكذا روى هذا الحديث نافع عن بن عمر عن عمر

لم يختلف أصحاب نافع عليه في ذلك إلا أن أيوب رواه عن نافع عن بن عمر فلم يتجاوز به بن عمر ورواه مالك وعبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر عن عمر من قوله والصواب فيه عندهم عن نافع عن بن عمر عن عمر

وقد روي عن أيوب عن نافع عن بن عمر عن عمر كما رواه مالك وعبيد الله سواء

ورواه سالم عن بن عمر عن النبي كذلك رواه الزهري وغيره عن سالم عن عبد الله

عن بن عمر عن النبي ﷺ لم يختلف على مالك في ذلك أيضا
ومال علي بن المديني إلى تصحيح رواية سالم في ذلك
وهو أحد الأحاديث التي خالف فيها سالم نافعا وقد ذكرتها في حديث نافع من ((التمهيد)) في حديث من باع نخلا قد أبرت فكان نافع في هذا الحديث يأبى أن ينصرف ويقول إنما هو عن عمر

الاستذكار ج:6 ص:274

ذكر معمر عن أيوب قال قال نافع في شأن العبد ما هو إلا عن عمر
وذكره بن وهب عن يونس بن يزيد والليث بن سعد وبن سمعان عن بن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ((من باع عبدا له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع))
وروى معمر عن الزهري عن سالم عن بن عمر قال قال رسول الله ﷺ ((من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ومن باع نخلا فيها ثمرة قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع))
قال أبو عمر لم يختلف عن بن عمر في رفع حديث من باع نخلا قد أبرت
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني أبي وحدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قالا حدثني سفيان بن عيينة عن الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ ((من باع نخلا قد أبر

فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع إلا أن يشترطه المبتاع

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وإن كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه إياها وإن عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وإن أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشيء من دينه قال أبو عمر قوله في هذا الحديث وله مال استدل به من قال إن العبد يملك وقول فماله للبائع استدل به من قال إن العبد لا يملك فإن ما بيده من المال لسيده وإن أصابه المالك إليه فجاب كما يقال غنم الراعي وسرج الدابة وباب الدار قالوا وإنما قوله وله مال كقوله وبيده مال بدليل قوله فماله للبائع فكيف يكون له مال ويكون في تلك الحال ذلك المال بعينه لسيده إذا باعه

هذا ما لا يستقيم إلا على ما قلنا إن ما بيده من المال لسيده

واستدل من قال إن العبد يملك فإن عبد الله بن عمر كان يأذن لعبيده في التسري ولولا أنهم يملكون ما حل لهم التسري لأن الله تعالى لم يحل الفرج إلا بنكاح أو ملك اليمين

واحتج من قال بأن العبد لا يملك ولا يصح له ملك ما دام مملوكا بإجماع الأمة أن لسيده أن ينتزع منه ما بيده من المال من كسبه ومن غير كسبه وقالوا إنما معنى إذن بن عمر لعبيده في التسري لأنه كان يرى أن يزوج أمته من عبده بغير صداق فكان عنده إذنه من ذلك من هذا الباب

قالوا ولو كان العبد يملك لورث قرابته فلما أجمعوا أن العبد لا يرث دل على أن ما يحصل بيده من المال هو لسيده وأنه لا يملكه ولو ملكه ما انتزعه منه سيده كما لا ينتزع مال مكاتبه قبل العجز

و لكلا الفريقين في هذه المسألة ضروب من الاحتجاج يطول ذكرها ليس كتابنا هذا بموضع لها وأما استدلال مالك بأن العبد ليس على سيده في ماله زكاة فإن معنى ذلك عنده لأن أكثر أهل العلم يرون أن الزكاة على سيده فيما بيده من المال وطائفة من أهل الظاهر منهم داود يقولون ان العبد تلزمه الزكاة فيما بيده من المال وتلزمه الجمعة و يلزمه الحج إن أذن له سيده وتجوز شهادته

وهذه الأقوال شذوذ عند الجمهور ولا خير في الشذوذ

والاختلاف في ((تسري العبد قديم وحديث وكل من يقول لا يملك العبد شيئا لا يجوز له التسري بحال من الأحوال ولا يحل له وطء فرج إلا بنكاح يأذن له فيه سيده

وقد ذكرنا الاختلاف في العبد المعتق هل يبيعه ماله إذا أعتق فيما تقدم من كتاب العتق وأما شراء العبد واشتراط ماله فذهب مالك وأصحابه في ذلك إلى ما ذكره في ((الموطأ))

قال بن القاسم عن مالك يجوز أن يشتري العبد وماله بدراهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم أو دنانير أو غير ذلك من العروض

الاستذكار ج:6 ص:276

واختلفوا في اشتراط المشتري لبعض ما للعبد في صفقة نصفا أو ثلثا أو ربعا أو أقل أو أكثر فقال بن القاسم لا يجوز له أن يستثني نصفه ولا جزءا منه وإنما له أن يشترطه كله أو يدعه كله

وقال أشهب جائز أن يشترط نصفه أو ما شاء منه
وقال أصبغ عن بن القاسم إن كان مـا اشـترى بـه العبد عروضا أو حيوانا فلا بأس أن يسـتثني نصـف ماله وإن كان ماله ذهبا أو ورقا وكان الثمـن ذهبـا أو ورقا فلا يجوز أن يستثني نصف مـاله ولا جـزءا منـه إلا أن يكـون مـال العبـد عروضـا أو حيوانـا ودقيقا ويكون معلوما غير مجهول فإذا كان كـذلك فكان الثمن عينا ذهبا أو ورقا جـاز لـه أن يسـتثني مـــــــــا شـــــــــاء منـــــــــه
قال أبو عمر من روى أن لا يشترط المبتاع بلا هاء الضمير فروايته حجة لمن قال يشترط من ماله ما شـاء فمـن روى أن لا يشـترطه المبتـاع بالهـاء فروايتـه حجـة لابـن القاسـم ومـن قـال بقـوله
وقال الشـافعي و أبـو حنيفـة وأصـحابهما إذا بـاع العبد وله مال فهو لمن باع شيئين لا يجـوز فيهمـا إلا مـــا يجـــوز فـــي ســـائر الـــبيوع
قال الشـافعي لمـا كـان مـال العبـد لا يـدخل فـي صفقة راسه إلا بالشرط دل على أنه ليس تبعـا لـه لأن ما كان تبعا لا يحتاج إلى شرط في دخوله فـي الصفقة كجري ميـاه الـدار ومنافعهـا ولمـا احتـاج إلـى الشـرط كـانت صـفقة واحـدة وقـد جمعـت شيئين ولا يجوز من ذلك إلا ما يجوز من شراء دابة ودراهـــم معهـــا أو دار معهـــا أو دنـــانير
قال أبو عمـر للتـابعين فـي مـال العبـد إذا بيـع أو أعتـــــــق ثلاثـــــــة أقـــــــوال
أحـدها أن مـاله تبـع لـه فـي الـبيع والعتـق جميعـا وممن قال ذلك الحسن والزهـري وهـو قـول داود وأبـــــــــــــي ثـــــــــــــور
والثاني أن ماله لسـيده فـي العتـق والـبيع جميعـا وكذلك إذا كان ممن قال بذلك قتادة وجماعة وإليه ذهـــــب الشـــــافعي والكوفيـــــون
والثالث إن مال العبد تبـع لـه فـي العتـق وإن بيـع فمـاله لسـيده وللمشـتري أن يشـترطه إن شـاء

وممـــــن قـــــال ذلـــــك إبراهيـــــم النخعـــــي وهو قول مالك والليث

الاستذكار ج:6 ص:277

وقال عثمان البتي إذا باع عبدا وله مال ألف درهم بألف درهم جاز إذا كانت الرغبة فـي العبـد لا فـي الدراهم

1 (3 - باب ما جاء في العهدة)

1253 - مالك عن عبد الله بن ابـي بكـر بـن محمـد بن عمرو بن حزم أن أبان بـن عثمـان وهشـام بـن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيـق في الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليـدة وعهـــــــــــــــــــدة الســـــــــــــــــــنة

قال مالك ما أصاب العبـد أو الوليـدة فـي الأيـام الثلاثـة مـن حيـن يشـتريان حـتى تنقضـي الأيـام الثلاثة فهو من البائع وإن عهدة السنة من الجنون والجـذام والـبرص فـإذا مضـت السـنة فقـد بريـء البـــــــائع مـــــــن العهـــــــدة كلهـــــــا

قال مالك ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهـم بـالبراءة فقـد بريـء مـن كـل عيـب ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيبا فكتمـه فـإن كـان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلـك الـبيع مـــــردودا ولا عهـــــدة عنـــــدنا إلا فـــــي الرقيـــــق

قال ابو عمر زعم الطحاوي أن العهدة في الرقيق لا أصل لها في الكتاب ولا في السنة وأن الأصـول المجتمع عليها تنقضها وأنه لم يتابع مالكا أحد من فقهـــــاء الأمصـــــار علـــــى القـــــول بهـــــا

وليس كما قال بل عهـدة الرقيـق فـي الثلاث مـن كل ما يعـرض وفـي السـنة مـن الجنـون والجـذام والبرص معروفـة بالمدينـة إلا انـه لا يعرفهـا غيـر أهل المدينة بالحجاز ولا في سـائر آفـاق الإسـلام إلا مـــن أخـــذها علـــى مـــذهب أهـــل المدينـــة

وكذلك قال مالك - رحمه الله - لا أرى أن يقضي بعهدة الرقيق إلا بالمدينة خاصة أو عند قوم يعرفونها بغير المدينة فيشترطونها فتلزم ذكر بن وهب عن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال قضى عمر بن عبد العزيز في رجل باع من رجل عبدا فهلك العبد في عهدة الثلاث فجعله عمر من مال البائع

وذكر عن يونس بن يزيد عن بن شهاب قال سمعت سعيد بن المسيب يقول في العهدة في كل داء عضال الجذام والجنون والبرص سنة قال بن شهاب والقضاة قد أدركنا يقضون بذلك

الاستذكار ج:6 ص:278

قال بن وهب وأخبرنا بن سمعان قال سمعت رجالا من علمائنا منهم يحيى بن سعيد الأنصاري يقولون لم تزل الولاة بالمدينة في الزمن الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة في الجذام والجنون والبرص إن ظهر بالمملوك شيء من ذلك قبل ان يحول الحول عليه فهو راد على البائع ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال فإن حدث في الرأس في تلك الليالي الثلاث جدت من موت أو بعض فهو من البائع وإنما كانت عهدة الثلاث من أجل حمى الربع لأنها لا يتبين إلا في ثلاث ليال

وحكى أبو الزناد عن الفقهاء السبعة وعن عمر بن عبد العزيز عهدة الثلاث

قال أبو عمر قد روي عن النبي ﷺ أنه جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام

رواه سعيد بن أبي عروبة وأبان العطار عن قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي ﷺ

ورواه همام عن قتادة عن الحسن عن النبي ﷺ قال ((لا عهدة بعد أربع))

وبعض أصحاب همام يرويه عن همام عن قتادة عن الحسن قوله
ورواه يونس عن الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي - عليه السلام - ((لا عهدة بعد أربع)) وأهل الحديث يقولون إن الحسن لم يسمع من عقبة بن عامر شيئا
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن الجهم قال حدثني عبد الوهاب بن عطاء قال حدثني سعيد عن قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي ﷺ قال ((عهدة الرقيق أربع ليال)) قال هشام قال قتادة وأهل المدينة يقولون ثلاث
وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد قال حدثني أبو بكر قال حدثني عبدة ومحمد بن بشر عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال رسول الله ﷺ ((عهدة الرقيق ثلاث ليال

الاستذكار ج:6 ص:279

قال أبو عمر من جعلهما حديثين قضى بصحة حديث سمرة على أنه قد اختلف أيضا في سماع سمرة من الحسن
ومن جعلها حديثا واحدا فقد اختلف فيه عن الحسن فهو عندهم أوهن والله أعلم
وقال الشافعي وأبو حنيفة والأوزاعي وبن جريج وسفيان والحسن بن صالح وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود من اشترى شيئا من الرقيق وقبضه فكل ما أصابه من الثلاث وغيرها فمن المشتري مصيبة
وقال أصحاب الشافعي معنى حديث عقبة في الخيار المشروط
وروي عن شريح في تفسير ذلك قال عهدة المسلم لا داء ولا غائلة ولا شين

ورواه أيوب عن بن سيرين عن شريح فأخبر أن العهدة هي في وجوب الرد بالعيب الموجود قبل البيع ولا يختلف في ذلك الثلاث وما فوقها
وروى بن المبارك عن بن جريج عن عطاء قال لم يكن فيما عهده في الأرض قلت فما ثلاثة أيام قال كل شيء
وروى بن جريج عن بن طاوس عن أبيه أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا ولا أكثر
وروى الشافعي قال أخبرنا مسلم بن خالد عن بن جريج قال سألت بن شهاب عن عهده السنة وعهدة الثلاث فقال ما علمت فيه أمرا سالفا قال أبو عمر لم يقل من أئمة الفتوى بالأمصار بعهده الثلاث وعهدة السنة في الرقيق غير مالك وسلفه في ذلك أيضا أهل بلدة فهي عنده مسألة اتباع لهم
وأما القياس على سائر العروض من الحيوان إلا الرقيق وغير الحيوان من سائر العروض والمتاع فالإجماع منعقد على أن ما قبضه المبتاع وبان به إلى نفسه فمصيبته منه
وهذا أصل وإجماع ينبغي ألا يرغب عنه إلا بالشرط أو يكون قاضي البلد أو الأمير فيه يحمل عليه فيجري - حينئذ - مجرى قاض قضى بما قد اختلف فيه العلماء فينفذ وبالله التوفيق

الاستذكار ج:6 ص:280

1 (4 - باب العيب في الرقيق)

1254 - مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاختصما إلى عثمان بن عفان فقال الرجل باعني عبدا وبه داء لم يسمه وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى

عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم
قال أبو عمر خ الف سفيان ب ن عيينة مالكا في بعض ألفاظ هذا الخبر والمعنى قريب من السواء حدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني الخشني قال حدثني بن أبي عمر قال حدثني سفيان عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن بن عمر باع غلاما له على عهد عثمان بالبراءة بسبعمائة درهم فظهر به عيب فخوصم إلى عثمان فأراد عثمان أن يحلفه فقال له إني بعته بالبراءة فأبى إلا أن يحلفه على علمه بالله ما بعته وأنت تعلم به عيبا قال فأبى وارتده فباعه بألف وأربعمائة أو ألف وخمسمائة
قال سفيان وحدثني أيوب عن بن سيرين قال سمعت شريحا يقول عهدة المسلم وإن لم يشترط إلا داء ولا غائلة ولا خبثة ولا شينا
قال أبو عمر ذكر مالك في هذا الباب بعد فصلين أو ثلاثة
قال الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد بريء من كل عيب فيما باع إلا أن يكون علم في ذلك عيبا فكتمه فإن كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه
قال أبو عمر هكذا هو في ((الموطأ)) عند أكثر الرواة فيمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة وكان مالك يفتي به مرة في سائر الحيوان ثم رجع عنه إلى أن البراءة لا تكون في شيء من الحيوان إلا في الرقيق
قال بن القاسم عن مالك البراءة لا تكون في الثياب

وقال في الخشب إذا كان العيب داخل الخشبة فليس بعيب ترد منه
قال وكان مالك يقول مرة لا تنفعه البراءة في شيء يتابعه الناس كانوا أهل ميراث أو غيرهم إلا بيع الرقيق وحده فإنه كان يرى البراءة فيه ما لم يعلم وإن علم عيبا فلم يسمه وقد باع بالبراءة لم تنفعه البراءة من ذلك العيب
قال ولو أن أهل الميراث باعوا دوابا وشرطوا البراءة وباع الوصي كذلك لم ينفعه ذلك في الدواب وليست البراءة إلا في الرقيق ثم رجع فقال لا أرى البراءة تنفع في الرقيق لأهل الميراث ولا للوصي ولا لغيرهم وإنما كانت البراءة لأهل الديون يفلسون فيبيعوا عليهم السلطان
قال مالك ولا أرى البراءة تنفع أهل الميراث ولا غيرهم إلا أن يكون عيبا خفيفا وليست البراءة إلا في الرقيق
والبراءة التي يتبرأ بها في هذا إذا قال أبيعك بالبراءة فقد بريء مما يصيب العبد من الأيام الثلاثة ومن عهدتها أيضا
وقال بن خواز منداذ اختلف قول مالك في البيع بالبراءة
فقال مرة إذا باع بالبراءة بريء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه فكتمه في الحيوان كله
وقال مرة أخرى لا براءة إلا في الرقيق
وقد قال لا تنفعه البراءة بوجه من الوجوه إلا من عيب يريه المشتري
وبهذا قال الشافعي في الكتاب العراقي ببغداد
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا باع بيعا بالبراءة من كل عيب جاز سمى العيوب أو لم يسم وبه قال أبو ثور
وقال الثوري إذا باع السلعة بالبراءة فسمى العيوب وتبرأ منها فقد بريء وإن لم يرها إياه

وقال بن أبي ليلى لا يبرأ حتى يسمي العيوب كلها بأسمائها
وهو قول شريح والحسن وطاوس
وقال الحسن بن حي لا يبرأ حتى يبين ويسمي
وقال احمد بن حنبل لا يبرأ حتى يسمي العيوب كلها ويضع يده عليها

الاستذكار ج:6 ص:282

وقال أحمد من باع رقيقا أو حيوانا بالبراءة من كل عيب لم يبرأ مما علم إنما يبرأ مما لم يعلم
وقال الليث بن سعد في بيع المواريث إنه بيع براءة وإن باع صاحب الميراث فقد بريء من العيوب كلها إلا أن تقوم بينة أنه علم ذلك العيب فكتمه
وقال عبيد الله بن الحسن في رجل اشترى إبلا فقال البائع إنه بريء من الجرب ولم يعلمه أن بها جربا فإذا هي جرباء فإنه يردها وإذا تبرأ من كل عيب لم يبرأ بذلك وإذا أراه العيب فقد برأه
وقال الشافعي إذا باع شيئا من الحيوان بالبراءة فالذي أذهب إليه في ذلك قضاء عثمان بن عفان أنه بريء من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولا يسمه ولم يقف عليه والحيوان يفارق ما سواه لأنه يعتدي بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقل ما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر فإن صح ما في القياس - لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره - إلا أن يبرأ من عيوب لم يرها وإن سماها لاختلافها أو يبرأ من كل عيب والأول أصح
وقال إسحاق بن راهويه في بيع البراءة بقول عثمان - رضي الله عنه
قال أبو عمر روي عن زيد بن ثابت أنه كان يرى البراءة من كل عيب جائزة
وهو مذهب بن عمر على ما تقدم عنه في أول الباب
وحجة من قال بهذا القول القياس والاستدلال

بأن من أبرأ رجلا كان يعامله من كل حق له قبله فإنه يبرأ منه في الحكم لأنه حق للمشتري إذا جاز تركه تركه
وأصح ما فيه عندي - والله أعلم - قول من قال لا يبرأ من العيوب حتى يريه إياه ويقفه عليه فيتأمله المشتري وينظر إليه لقول رسول الله ﷺ ((ليس الخبر كالمعاينة))
معلوم أن العيوب تتفاوت بعضها أكثر من بعض فكيف يبرأ بما لم يعلم المشتري قدره
قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع رده فقامت البينة إنه قد كان به عيب

الاستذكار ج:6 ص:283

عند الذي باعه أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فإن العبد أو الوليدة يقوم وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته وبه ذلك العيب
قال أبو عمر على هذا جمهور العلماء وهو قول الثوري والأوزاعي والشافعي وأبي ثور وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إذا أولد الجارية أو أعتقها كان له أن يرجع بأرش العيب وإن وهبها أو تصدق بها لم يكن له أن يرجع بشيء وكذلك لو قبلها هو أو غيره لم يرجع بشيء وإن ماتت رجع بالأرش
قال أبو حنيفة ومحمد إن كان ثوبا فخرقه أو طعاما فأكله لم يرجع بشيء
وقال أبو يوسف يرجع ما بين الصحة والعيب وجملة قول مالك في ذلك أنه إن دبر العبد أو كاتبه أو تصدق به أو بالشيء المعيب ما كان فهو فوت يأخذ قيمة العيب
والرهن والإجارة ليسا بفوت عنده ومتى رجع إليه

الشيء يرده إن كان لحاله وإن دخله عيب مفسد رده ورد ما نقص منه والبيع ليس بفوت عنده والهبة للثواب عنده كالبيع ها هنا ولغير الثواب كالصدقة

وإن باع نصف السلعة قيل للبائع إما ان ترد نصف أرش العيب وإما أن تقبل النصف الثاني بنصف الثمن ولا شيء عليك غير ذلك

وقال الشافعي إذا باعه أو باع نصفه لم يرجع على البائع بشيء وإن لحقه عتق أو مات فله قيمة العيب وإن لحقه عيب رجع بقيمة العيب إلا أن يقبله البائع معيبا

قال أبو حنيفة إذا باع أو وهب لم يرجع بأرش العيب ويرجع في العتق والاستيلاد والتدبير إذا أطلع بعد على العيب فخصمه على العيب

وقال الليث إذا باعه لم يرجع بالعيب ولو مات أو أعتقه رجع بقيمة العيب

الاستذكار ج:6 ص:284

وقال عبيد الله بن الحسن فيمن اشترى عبدا فوجده مجنونا لا يميز بعد أن اعتله أن يرجع بالثمن على البائع والفلان المعتق

وقال عثمان البتي في العتق والبيع يرجع بقدر العيب إلا أن يبيعه بما اشتراه وأكثر فلا يرجع بشيء فإن باعه بأقل أعطي ما نقصه العيب ما بينه وبين وفاء ما اشتراه

وقال عطاء بن أبي رباح لا يرجع في الموت ولا في العتق بشيء

قال أبو عمر قد أجمعوا أن المبتاع إذا وجد العيب لم يكن له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب فدل على أن العيب لا حصة له من الثمن وكان القياس على هذا أن يرد المعيب ما كان موجودا فإن مات لم يرجع بشيء إلا أن هؤلاء الفقهاء المذكورين اتفقوا انه يرجع في المعتق بقدر العيب

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه على عيب يرده منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر إنه إذا كان العيب الذي حدث به مفسدا مثل القطع أو العور أو ما أشبه ذلك من العيوب المفسدة ف إن الذي اشترى العبد بخير النظرين إن أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وإن أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد من العيب عنده ثم يرد العبد فذلك له وإن مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فإن كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمته يوم اشتراه وبه العيب ثمانون دينارا وضع عن المشتري ما بين القيمتين وإنما تكون القيمة يوم اشتري العبد

قال أبو عمر أما اختلاف العلماء فيمن اشترى سلعة أو عبدا أو وليدة أو غير ذلك من العروض فحدث عنده بالعبد عيب ثم وجد به عيبا كان عند البائع فقد أوضح مالك مذهبه في ذلك وقال الشافعي ببغداد إذا أصاب بالسلعة عيبا وقد حدث به آخر كان له الرد وما نقصها العيب الذي حدث عنده

وبهذا قال أبو ثور ورواه عن الشافعي أيضا وهو قول بن أبي ليلى

وقال الشافعي بمصر إذا حدث عنده عيب لم يكن له رده ولكنه يرجع بأرش النقص على البائع ليس له غير ذلك إلا أن يش اء البائع أن يقيله ويأخذها معيبة دون

الاستذكار ج:6 ص:285

أن يأخذ من المشتري شيئا وقال - حينئذ - للمشتري سلمها وبن شئت فأمسكها ولا ترجع بشيء

رواه المزني والربيع والبويطي عنه

وقال أبو حنيفة إذا حدث عنده عيب لم يكن له أن يرد العيب الذي وجد وله أخذ الأرش
وقال الثوري إذا اشترى الرجل السلعة فرأى بها عيبا وقد حدث بها عيب لم يكن له أن يرد بالعيب فهي للمشتري ويرد عليه البائع فضل ما بين الصحة والداء
قال أبو عمر القولان في القياس متساويان وكان مالكا في قوله بتخيير المشتري قد جمع معنى القولين وأما إذا مات العبد فقولهم فيه سواء
وقال بن القاسم في هذه المسألة إن البائع قال للمشتري أنا أخيرك فإن شئت فارددده ولا غرم عليك وإن شئت فاحبسه ولا غرم عليك كان ذلك له
وخالف في ذلك عبد الله بن نافع وعيسى بن دينار فقالا فيه بقول مالك لا يكون المخير إلا المبتاع
قال وكيف يدلس البائع بالعيب ثم يخير فيتخير ما فيه النماء والفضل ويترك ما فيه النقص
قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن من رد وليدة من عيب وجده بها وكان قد أصابها أنها إن كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وإن كانت ثيبا فليس عليه في إصابته إياها شيء لأنه كان ضامنا لها
قال أبو عمر الاختلاف في هذا قديم أيضا
قال الثوري - رحمه الله - من اشترى جارية فوطئها ثم اطلع على عيب فمنهم من يقول يردها ويرد العشر من ثمنها إن كانت بكرا وإن كانت ثيبا فنصف العشر
ومنهم من يقول هي له بوطئه إياها و يرد عليه فضل ما بين الصحة والداء
وبه يقول الثوري
وقال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر إذا اشترى جارية فوطئها ثم اطلع على

عيب فليس له أن يردها ولكنه يرجع بنقصان العيب إلا أن يشاء البائع أن يقبلها ويرد الثمن وقال زفر إذا ردها بقضاء قاض وقد وطئها رد معها عقدها

وقال بن أبي ليلى يردها ويرد معها مهر مثلها والمهر في قوله أن يأخذ العشر من قيمتها أو نصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك

وقال بن شبرمة إذا وطئها يردها ويرد معها مهر مثلها

وهو قول الحسن بن حي وعبيد الله بن الحسن العنبري

وقال عثمان البتي إن لم ينقصها الوطء ردها ولا عقد عليه وإن نقصها الوطء ردها ورد النقصان

وقال الليث تلزمه إذا وطئها ويرجع بالعيب إلا أن يشاء البائع أن يأخذها فلا بأس

وإن كان العيب الذي وجده لكنه وما أشبهها لزمه وضع ثمن العيب وإن كان مثل البرص و ما أشبهه من القروح التي تنقص فإنه يردها إن شاء فإن كانت بكرا رد معها ما نقصها وطؤه من ثمنها

قال الليث وقال الزهري وسليمان بن حبيب المحاربي في الوطء تلزمه ويرجع بقيمة العيب

وقال الشافعي الوطء أقل من الخدمة ولا شيء عليه في وطء الثيب فإن كانت بكرا لم يردها ناقصة ولكنه يرجع بحصة العيب ما بين قيمتها معيبة وغير معيبة من الثمن

وذكر عنه أبو ثور مثل قول مالك وهو كان قوله بالعراق

وقال أبو ثور في ذلك مثل مالك

حدثني أبو القاسم وعبد الوارث بن سفيان عن سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني قاسم بن وضاح قال حدثني أبو الطاهر قال حدثني يوسف أنس بن عياض عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب كان يقول إذا

ابتاع الرجل الأمة فوجد بها عيبا وقد أصابها حط عنه بقدر العيب من ثمن الجارية وألزمها الذي ابتاعها

قال أبو الطاهر وبهذا كان يقول بن وهب ويوسف بن عمر

وقال بن وضاح وحدثني محمد بن معاوية قال سئل الليث عن الرجل يشتري الجارية ويقبضها ويمسها فيجد بها عيبا قديما قال لا يردها ولكن يوضع عنه بذلك قيمة العيب

قال وقد قضى به عبد الملك بن مروان

قال مالك في الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد بإحدى الجاريتين عيب ترد منه قال تقام الجارية التي كانت قيمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذي وجد بإحدهما تقامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التي بيعت بالجاريتين عليهما بقدر ثمنها حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الأخرى بقدرها ثم ينظر إلى التي بها العيب فيرد بقدر الذي وقع عليها من تلك الحصة إن كانت كثيرة أو قليلة وإنما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما

قال أبو عمر هذه المسألة في تبعيض الصفقة على البائع في الرد بالعيب سيأتي ذكرها بعد فيمن ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد بأحدهم عيبا أو وجده مسروقا

وأما ما ذكره مالك في الأصل من التقويم فلا يخالفه فيه أحد يقول بقوله ويبني على أصله واتفق الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والثوري فيمن باع عبدي الجارية وتقابضا ثم وجد بالجارية عيبا أنه يردها ويأخذ العبد

وقال بن أبي ليلى إنما له قيمة الجارية ولا يأخذ العبد

وكذلك سائر الحيوان وسائر العروض عندهم إذا بيع بعضه ببعض ولو مات العبد رد قيمته عند هؤلاء

وعند بن أبي ليلى ترد قيمة الجارية قال مالك في الرجل يشتري العبد فيؤاجره بالإجارة العظيمة أو الغلة القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه إنه يرده بذلك العيب وتكون له إجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبنى له دارا قيمة

بنائها ثمن العبد أضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحسب للعبد عليه إجارة فيما عمل له فكذلك تكون له إجارته إذا آجره من غيره لأنه ضامن له وهذا الأمر عندنا

وذكر بن وهب في موطئه أيضا قال وسئل مالك عن رجل باع جارية له من رجل فتزوجها المبتاع فولدت أولادا ثم وجد بها عيبا كان عند البائع أترى ولادتها فوتا أو يردها بولدها إن شاء أو يمسكها فذكر فيها مالك شيئا ثم قال إن شاء أن يمسكها أمسكها وإن شاء أن يردها بولدها ردها ولا أرى له في العيب شيئا إن أمسكها

وتلخيص مذهب مالك في هذا الباب أنه من اشترى سلعة لها غلة أو خراج أو كان عبدا فأخذ خراجه وعمله أو نخلا فأثمرت أو جارية فولدت ثم وجد عيبا فإنه يرد ولا شيء عليه في الكسب والثمرة وأما الولد فيرد مع أمه وسواء اشتراها وهي حامل أو حملت بعد الشراء - يعني من غيره وكذلك الاستحقاق

وقال الثوري إذا باع عبدا فأغل غلة عند الذي اشتراه ثم وجد به عيبا كانت الغلة للمشتري بما ضمن

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إذا كانت ماشية فحلبها أو شجرا فأكل ثمرها لم يكن له

ردها بالعيب إلا أن يرد قيمة الثمر واللبن
هذه رواية الجوزجاني عن محمد عنهم
وذكر الطحاوي أنه لا يرد اللبن فلم يختلف عنهم
انه يرد كراء الولد كالشجر
وكذلك لم يختلف عنهم في الدار والجارية والغلام
إذا استغل شيئا من ذلك أن الغلة له ويرد السلعة
بالعيب
وقالوا بن غصب رجل عبد رجل ثم باعه واستغله
المشتري ثم استحقه المغصوب منه كانت الغلة
للمشتري
وقال زفر إذا ولدت الجارية في يد المشتري أو
زوجها أو وطئت بشبهة فاخذ لها مهرا أو جنى
عليها جان فاخذ لها أرشا ثم اطلع على عيب فإنه
يردها ويرد ذلك كله معها فإن وطئها هو ردها
وعقرها إذا ردها بقضاء قاض

الاستذكار ج:6 ص:289

قال وكذلك الشجر والنخل
وإن ولدت رد ما نقصتها الولادة معها ومع الولد
على البائع
ولو أكل الثمر رد قيمة ما أكل على البائع
وقال عثمان البتي وعبيد الله بن الحسن فيمن
اشترى عبدا أو سلعة ثم ظهر على عيب فإن أراد
أن يرده رد الغلة معه
قال عبيد الله ولو وهب العبد هبة ردها على البائع
مع العبد
قال أبو عمر أما زفر وأصحابه وعثمان البتي
وعبيد الله بن الحسن فقد جهلوا السنة المأثورة
من نقل أهل المدينة في أن الخراج والغلة
بالضمان وقالوا بالرأي على غير سنة فقولهم
مردود بها وأشنع ما في مذهبهم أنهم جعلوا الغلة
في المغصوب بالضمان فأخطأوا السنة والله
المستعان
وقال الشافعي لا يرد شيئا مما حدث عنده ولم

يقع عليه الصفقة وسواء في ذلك الكسب والغلة والثمرة والولد وكلما وقعت عليه صفقة الشراء رده إذا رد الجارية بالعيب هذا حكم الرد بالعيب عنده وأما الاستحقاق فإنه يرد عليه النخل وولد الجارية فإذا اشترى الجارية غير حامل وزوجها وولدت عنده ثم وجد عيبا فردها به لم يرد ولدها معها قال الشافعي بين عندنا - والله أعلم - أن رسول الله ﷺ إنما جعل الخراج بالضمان للمشتري في رجل يشتري عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده به لأن المشتري كان مالكا للعبد ولو هلك كانت مصيبته منه وكان الخراج إنما هلك في ملكه لا في ملك البائع ولم تقع عليه الصفقة وكذلك الولد لو حدث في ملك المشتري وهو مالك ضامن للجارية ولو هلكت هلكت من ماله ولو كانت حبلى حين ابتاعها ردها وولدها وكذلك ثمن الحائط لا فرق بين شيء من ذلك ويقول الشافعي في هذا كله قال أحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وسائر أهل الحديث وفرقوا بين الغصب والشراء والفرق بين ذلك بين ما فيه والحمد لله وسيأتي ما في المغصوب في بابه من الأقضية ان شاء الله عز وجل أخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود

الاستذكار ج:6 ص:290

قال حدثني أحمد بن مروان قال حدثني علي قال حدثني خالد بن مسلم قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد اشتغل غلامي فقال رسول الله ﷺ

((الخـــــــــــــراج بالضـــــــــــــمان))
وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن إسماعيل وأبو يحيى بن أبي ميسرة قالا حدثني محمد بن عبد الله قال حدثني مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال ((الخـــــــــراج بالضـــــــــمان))
وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أحمد بن حماد ببغداد قال حدثني عبد الأعلى بن حماد النرسي قال حدثني مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن رجلا اشترى غلاما فرده بعيب فقال الرجل قد استغله يا رسول الله فقال رسول الله ﷺ ((الغلـــــــــــــة بالضـــــــــــــمان))
وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني بكر بن حماد قال حدثني مسدد قال حدثني يحيى بن سعيد عن بن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف بن أنمار عن عروة بن الزبير عن عائشة عن النبي ﷺ قال ((الخـــراج بالضـــمان))
قال مالك الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعبد منهم عيبا إنه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فإن كان هو وجه ذلك الرقيق أو أكثره ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله وإن كان الذي وجد مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشتري ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى بـــــــــه أولئـــــــــك الرقيـــــــــق

قال أبو عمر قد اختلف العلماء في هـذه المسـألة قديما وحديثا

الاستذكار ج:6 ص:291

فكان شريح والشعبي والقاسم بـن عبـد الرحمـن وحماد بـن ابـي سـليمان يـذهبون إلـى أنـه لا يـرد المعيب وحده وأنه مخيـر فـي أن يحبـس الصـفقة كلهـــــــا أو يردهـــــــا كلهـــــــا وبـــــــه قـــــال أبـــــو ثـــــور

وقـال أبـو حنيفـة وأصـحابه إلا زفـر إذا اشـترى عبدين صفقة واحدة فلم يقبضها أو واحـدا منهمـا حتى وجد عيبا بأحدهما فإما أن يردهما أو يأخذهما فإن قبضها ووجد عيبا رد المعيب بحصته ولو كـان المـبيع صـبره طعـام أو تمـر أو مـا أشـبه ذلـك رد الجميع إذا وجد عيبا أو حبس الجميع لأن نظره إلى شيء من الطعام يجزئه ولا بد في العبيد أو الثياب مـــن تغليـــب كـــل عبـــد وكـــل ثـــوب

وهـــو قـــول الحســـن بـــن صـــالح

وقال زفر الرقيق والثياب يرد العيب بحصـته قبـل القبـــــــــــض وبعـــــــــــده

وهـــــــو قـــــــول الثـــــــوري

وروي ذلك عن بن سـيرين وبـن شـبرمة والحـارث العكلي ولم يفرقوا بين قبـل القبـض وبعـده فـإن كـان المـبيع شـيئين لا يقـوم أحـدهما إلا بـالآخر كـالخفين والنعليـن أو مصـراعي البـاب فوجـد بأحدهما عيبا لم يختلفوا أنه لا يرده وحده ويردهما جميعـــــا أو يمســـــكهما جميعـــــا

وقال الأوزاعي في العبدين أو الثوبين أو الدابتين ومـا كـان مثـل ذلـك إن سـمى لكـل واحـد ثمنـا رد المعيب خاصة وإن لم يسم لكل واحـد ثمنـا وجعـل جملة الثمن لجملة الصفقة فإن له أن يرد الجميـع أو يرضـــــــــي الجميـــــــــع

ومـن مثـال ذلـك عنـده أن يشـتري عشـرة أثـواب صفقة واحدة بعشرة دنانير ثم يجد بأحدها عيبا يرد

من مثله فإنه يرد البيع كله
وإن قال أبيعك هذه العشرة الأثواب بعشرة دنانير كل ثوب منها بدينار فإنه يرد المعيب خاصة وق ال عبيد الله بن الحسن ي رد المعيب خاصة كقول الثوري والحارث العكلي وعن الشافعي روايتان إحداهما يرد المعيب بحصته والأخرى يردهما جميعا أو يمسك

الاستذكار ج:6 ص:292

وحكى أصحابه أن له في تفريق الصفقة ثلاثة أقوال
أحدها يبطل البيع في الكل إذا رد أحدها والآخر أنه يبطل في قدر المبيع أو في قدر ما يرد ويصح في الباقي بحصته
والثالث أن لا يرد شيئا والبيع صحيح ولا تفرق الصفقة ولكن يرد الجميع أو يمسك وبالله التوفيق

1 (5 - باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها)

1255 - مالك عن بن شهاب أن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود أخبره أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقربها وفيها شرط لأحد
1256 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا يطأ الرجل وليدة إلا وليدة إن شاء باعها وإن شاء وهبها وإن شاء أمسكها وإن شاء صنع بها ما شاء
قال أبو عمر أما ظاهر قول عمر لابن مسعود لا

تقربها فيدل على أنه أمضى شراءه لها ونهاه عن مسيسها
هذا هو الأظهر فيه ويحتمل ظاهره أيضا في قوله لا تقربها أي تنح عنها وافسخ البيع فيها فهو بيع فاسد
وقد روي نحو هذا المعنى في هذا الخبر رواه سفيان بن عيينة عن مسور عن القاسم بن عبد الرحمن أن بن مسعود اشترى من امرأته جارية واشترطت عليه خدمتها فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك فقال له عمر ليس من مالك ما كان فيه مثبوتة لغيرك
قال أبو عمر وكذلك قول عبد الله بن عمر يحتمل وجهين

الاستذكار ج:6 ص:293

وليس في شيء من هذين الخبرين أمر بفسخ البيع ولا خبر عن فساده
وقد حدثني عبد الوارث عن قاسم عن بن وضاح قال حدثني محمد بن معاوية الحضرمي قال سمعت مالكا يقول في قول عمر لابن مسعود لا تقربها وفيها شرط لأحد يقول لا تطأها وفيها شرط لأحد
وهذه الرواية عن مالك خلاف لمذهب مالك عند أصحابه
والصحيح في مذهبه عند جميع أصحابه ما ذكره أبو مصعب عنه قال أبو مصعب قال مالك في حديث بن مسعود و قول عمر لا تقربها وفيها شرط لأحد يريد لا تشتريها يريد لا تشترطها
وأما اختلاف الفقهاء في هذا الباب ففي ((الموطأ)) قال مالك فيمن اشترى جارية على شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشروط فإنه لا ينبغي للمشتري أن يطأها وذلك أنه لا يجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فإذا كان لا يملك ذلك منها فلم يملكها ملكا تاما

لأنه قد استثني عليه فيها ما ملكه بيد غيره فإذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها قال أبو عمر أول كلام مالك في قوله لا ينبغي للمشتري أن يطأها يدل على جواز البيع وكراهته الوطء وقوله يدل على أنه لا يجوز هذا البيع وهو مذهبه ومذهب أصحابه - رحمه الله وزاد بن وهب في روايته في ((الموطأ)) عن مالك قال وإن اشتراها بشرط فوطئها فحملت فللبائع قيمتها يوم وطئها وتحل لسيدها فيما يستقبل

وقال بن وهب في ((موطئه)) وسئل مالك عن الرجل يبيع الجارية على ألا تخرج بها من البلد فقال لا خير في ذلك ثم قال أرأيت إن مات الرجل أو كان عليه دين كيف يصنع بها

وذكر بن القاسم عن مالك فيمن اشترى عبدا على إلا يبيع ولا يهب ولا يتصدق فهو بيع فاسد فإن مات فعليه قيمته وإن اشترى جارية على أنه يتخذها أم ولد فالبيع فاسد فإن حملت منه فعليه قيمتها يوم قبضها وكذلك إن أعتقها

الاستذكار ج:6 ص:294

وقال بن وهب عن مالك في الرجل يبيع عبده على أن يخرج به من البلد الذي هو به فقال لا بأس بذلك فقد يكون العبد فاسدا خبيثا فيشترط بائعه ان يخرج به إلى بلد آخر لذلك

وقال بن وهب ايضا عن مالك فيمن ابتاع جارية على أنه لا يبيعها ولا يهبها فباعها المشتري فإنه ينقض البيع وترد إلى صاحبها إلا أن يرضى أن يسلمها إليه ولا شرط فيها

وإن كانت قد فاتت فلم توجد أعطى البائع فضل ما وضع له من الشرط

و روى أشهب عن مالك أنه شرط سئل عن بيع العبد على أن يدبر أو يعتق إلى أجل سنة أو نحوها قال لا أرى ذلك جائزا وأرى أن يفسخ البيع وليس

هـــــــــــــــــــــذا بحســـــــــــــــــــــن
وقال أبو حنيفـة وأبـو يوسـف ومحمـد إذا اشـترى عبدا على ألا يبيع ولا يهب فالبيع فاسد فإن قبضه فأعتقه أو تصدق بـه أو تصـرف فيـه بسـائر وجـوه التصـــــرف جـــــاز عتقـــــه وعليـــــه القيمـــــة
وقال الشافعي إذا ابتاع الرجل العبد على ألا يبيعه او على أن يبيعه من فلان أو علـى ألا يسـتخدمه أو على أن لا يعتقه أو على أن يخارجه فـالبيع فاسـد ولا يجوز الشرط في هذا إلا في موضع واحد وهــو العتق اتباعا للسنة ولفراق العتق ما سواه فنقـول إن اشتراه منه على أن يعتقه فأعتقه فالبيع جائز حكـــاه الربيـــع و المزنـــي عـــن الشـــافعي
وقال المزني عـن الشـافعي إنـه لا يجـوز تصـرف المشـــتري فـــي الـــبيع الفاســـد بحـــال
وروى أبو ثور عـن الشـافعي انـه كـان يقـول فـي هـذه المسـألة كلهـا الـبيع جـائز والشـرط فاسـد قال أبو عمر قول أبـي حنيفـة وأصـحابه فـي هـذا الباب كقول الشافعي في رواية الربيـع والمزنـي إلا أن أبـا حنيفـة ومحمـدا قـالا يستحسـن فيمـن اشـترط العتـق علـى المشـتري فـأعتق أن يجيـز العتق ويجعل عليه الثمن وإن مات قبـل أن يعتقـه كـــــــانت عليـــــــه القيمـــــــة
وقــال أبــو يوســف العتــق جــائز وعليــه القيمــة وانفـرد الشـافعي بقـوله فيمـن اشـترى عبـدا أو جارية شراء فاسدا فأعتقه أنه لا

الاستذكار ج:6 ص:295

يجـوز عتـق المبتـاع للعبـد إذا ابتـاعه بيعـا فاسـدا وقبضه لأنه لم يملكه بـالبيع الفاسـد ولا يجـوز لـه التصـــــــــــــــرف فيـــــــــــــــه
وقال أبو ثور كل شرط اشترط البائع على المبتاع مما كان البائع يملكه فهو جائز مثـل ركـوب الدابـة وسكنى الدار وما كان مـن شـرط علـى المشـتري بعد ملكه مما لم يكن في ملك البائع مثل أن يعتــق

العبد ويكون ولاؤه للبائع وأن لا يبيع ولا يهب فهذا شرط لا يجوز والبيع فيه جائز والشرط باطل وقول بن أبي ليلى في هذا الباب كله مثل قول أبي ثور على حديث عائشة في قصة بريرة لأن رسول الله ﷺ أجاز البيع وأبطل الشرط وحجة من رأى البيع في ذلك فاسدا أن البائع لم تطب نفسه على البيع إلا بأن يلتزم المشتري شرطه وعلى ذلك ملكه ما كان يملكه ولم يرض بإخراج السلعة من يده إلا بذلك فإذا لم يسلم له شرطه لم يملك عليه ما ابتاعه بطيب نفس منه فوجب فسخ البيع بينهما لفساد الشرط الذي يمنع منه المبتاع من التصرف فيما ابتاعه تصرف ذي الملك في ملكه

وحجة من روى الشرط والبيع جائزين من حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله ﷺ بعيرا وشرط لي ظهره إلى المدينة

وهذا حديث اختلف في ألفاظه اختلافا لا تقوم معه حجة لأن منها ألفاظا تدل على أن الخطاب الذي جرى بين جابر وبين النبي ليس فيه بيان أن الشرط كان في نص العقد ومنها ما يدل على أنه لم يكن بيعا ومنها ما يدل على أن البيع وقع على ذلك الشرط ومع هذا الاختلاف لا تقوم معه حجة واما اختلاف العلماء في هذا المعنى

الاستذكار:6 ص:296

فقال مالك لا أرى بأسا أن يشتري الرجل الدابة ويشترط عليه البائع ركوبها يوما أو يومين فإن اشترط عليه ركوبها شهرا فلا خير فيه قال ولا بأس أن يشتري الرجل الدابة ويشترط ظهرها يوما أو يومين يركبها يسافر عليها فإن رضي أمسك وإن سخط ردها

قال ولا بأس أن يشترط البائع سكنى الدار مدة معلومة السنة والأشهر ما لم تتباعد فإن شرط

سكناها حياته فلا بأس فيه
وقال الأوزاعي لا بأس أن يبيع الرجل بعيرا ويشترط ظهره إلى المدينة أو إلى وقت يسميه
وقال الليث بن سعد لا بأس أن يشترط سكنى الدار سنة إلا أنها إن احترقت كانت من المشتري
ولا يجوز أن يشترط ظهر الدابة إلى موضع لا قريب ولا بعيد ولا يصلح أن يبيع الدابة ويستثني ظهرها وكره أن يستثني سكنى الدار عشرين سنة
وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما إذا اشترى دارا على أن يسكنها البائع شهرا أو شرط خدمة العبد أو ركوب الدابة وقتا مؤقتا أو غير مؤقت فالبيع فاسد
وأما أحمد بن حنبل فمذهبه الذي لا اختلاف عنه فيه أن البيع إذا كان فيه شرط واحد وهو بيع جائز وإذا كان فيه شرطان بطل البيع على ظاهر حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال ((لا يحل شرطان في بيع ولا بيع وسلف ولا تبع ما ليس عندك))
قال أحمد ومن شرطين في بيع أن يقول أبيعك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا وكذلك إن باعه بدراهم على أن يأخذ ذهبا أو يبيع منه بذهب على أن يأخذ منه دراهم
وحجته في إجازة شرط واحد في البيع حديث جابر في بيعه بعير له من النبي ﷺ على أن له ظهره إلى المدينة

الاستذكار ج:6 ص:297

وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني أبي قال حدثني إسماعيل بن إبراهيم قال حدثني أيوب عن عمرو بن شعيب قال حدثني أبي عن جدي عبد الله بن

عمـرو قـال قـال رسـول اللـه ﷺ((لا يحـل بيـع وسلف ولا شرطان في بيع ولا تبع ما ليس عندك))
وشرطان في بيع ان يقول أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا أو إلى شهرين بكذا

1 (6 - باب النهي عن أن يطأ الرجل وليدة ولها زوج)

1257 - مالك عن بن شهاب ان عبد الله بـن عـامر أهدى لعثمان بـن عفـان جاريـة ولهـا زوج ابتاعهـا بالبصـرة فقـال عثمـان لا أقربهـا حـتى يفارقهـا زوجهـا فأرضـى بـن عـامر زوجهـا ففارقهـا قال أبو عمر عبد الله بن عامر هذا هو عبد الله بـن عامر بن كريز بن حبيب بن عبـد شـمس ولـد علـى عهـد النـبي ﷺكـان أميـرا علـى العـراق لعثمـان - رضـي اللـه عنـه وفيـه يقـول بـن أذينـة وإن الذي أعطى العراق بن عامر لذي الذي أجـرى السـنة معـافري
1258 - مالك عن بن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بـن عـوف ابتـاع وليـدة فوجـدها ذات زوج فردهـا
قال أبو عمر روى هذا الحـديث سـفيان بـن عيينـة عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان عبد الرحمن بـن عـوف اشـترى جاريـة مـن عاصـم بـن عدي فأخبر أن لها زوجا فردها سفيان عن عمـرو قال سئل شريح عن الأمة تشترى ولها زوج فقـال لا يصلح سيفان في غمد واحـد نقـول لا يصـلح أن يصيبها ولها زوج

الاستذكار ج:6 ص:298

سفيان عن مطرف عن الشعبي عن شريح قال إني لأكره أن أطأ امرأة لو وجدت عندها رجلا لم نقم عليها الحد
قال أبو عمر في خبر بن شهاب المتقدم في قصة عثمان وبن عامر دليل على أن عثمان كان لا يرى أن بيع الأمة طلاقها ولو رأى ذلك وامتنع من وطئها بعد الاستبراء ولا احتاج إلى مفارقة زوجها لها
ومذهب عبد الرحمن بن عوف في ذلك كذلك وهما مخالفان لابن مسعود وبن عباس في هذه المسألة
وقد تقدمت في كتاب النكاح والطلاق وقد اختلف العلماء في الجارية تباع ولها زوج أو العبد يباع وله زوجة ولم يعلم المشتري بشيء من ذلك
فقال مالك إذا كان للأمة زوج أو كانت مستحاضة كان ذلك عيبا ترد منه
وكذلك العبد إذا كان له زوجة أو كان لأحدهما ولد
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا اشترى عبدا له امرأة أو أمة لها زوج ثم علم فهذا عيب ترد منه وهو قول عبيد الله بن الحسن
وقال الحسن بن حي ليس ذلك بعيب
وقال أبو ثور هو عيب ترد منه
وقال عثمان البتي الزوج للجارية عيب وإن وجد للعبد امرأة كان للمشتري أن يكرهه على طلاقها فإن أبى أن يطلقها ولزمته نفقة لها فهي على البائع
وقال الشافعي إن كان ينقص كونها ذات زوج من الثمن فهو عيب وإلا فلا وليس عنده بعيب ما لم ينقص من الثمن وما نقص منه قل أو كثر فهو عيب يرد منه
وقال أبو حنيفة لو باع أمته في عدة الطلاق أو

الموت أو حائضا لم يكن شيء من ذلك عيبا ترد منه

1 (7 - باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله)

1259 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله قال

الاستذكار ج:6 ص:299

((من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع))

قال أبو عمر لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم صحيح

وأما قوله ((من باع نخلا قد أبرت)) فالأبار عند أهل العلم وأهل اللغة لقاح النخل يقال منه أبر النخل يؤبرها أبرا أو تأبرت تأبرا قال الخليل الأبار لقاح النخل قال والأبار أيضا علاج الزرع بما يصلحه من السقي والتعاهد قال الشاعر

ولي الأصل الذي في مثله يصلح الآبر زرع المؤتبر

ولا أعلم بين أهل العلم خلافا أن التلقيح هو أن يؤخذ طلع ذكور النخل فيدخل بين ظهراني طلع الإناث

وأما معنى الأبار في سائر ثمار الأشجار فابن القاسم يراعي ظهور الثمرة لا غير ومعناه انعقاد الثمرة وثبوتها

وقال بن عبد الحكم كل ما لا يؤبر من الثمار فاللقاح فيها بمنزلة الأبار في النخل واللقاح أن تنور الشجرة ويعقد فيسقط منه ما يسقط ويثبت ما يثبت فهذا هو اللقاح فيما عدا النخيل من الأشجار

قال وأما أن يورق أو ينور قط فلا هذا فيما يذكر

من ثمار الأشجار وأما ما يذكر من ثمار شجر التين وغيرها فإن إباره التذكير وهذا قول الشافعي وسائر العلماء ولم يختلفوا في أن الحائط إذا تشقق طلع إناثه فأخذ إباره وقد أبر غيره مما

حاله مثل حاله أن حكمه حكم ما قد أبر لأنه قد جاء عليه وقت الأبار وظهرت إبرته بعد مغيبها في الخف

وأما اختلاف العلماء في ثمار النخيل يباع أصله فقال مالك والشافعي وأصحابهما والليث بن سعد بظاهر حديث بن عمر المذكور في أول هذا الباب

قالوا إذا كان في النخل ثمر وقد أبر قبل عقد البيع فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع فإن اشترطه المبتاع في صفقة واحدة فهو له وإن كان النخل لم يؤبر فالثمر للمشتري بالعقد من غير شرط

وإن كان بعض الحائط مؤبرا أو بعضه لم يؤبر كان ما أبر منه للبائع وما لم يؤبر للمشتري فإن كان المؤبر أو غيره الأقل كان تبعا للأكثر منهما وهذا كله قول مالك

وقد روي عنه أن المؤبر قليلا أو كثيرا للبائع والذي لم يؤبر قليلا أو كثيرا للمبتاع كما لو كان المؤبر أو غير المؤبر متساويين

وأجاز مالك - رحمه الله - للمشتري أصول النخل المؤبر إذا لم يشترط الثمرة أن يشتريها هو وحده دون غيره قبل بدو صلاحها في صفقة واحدة كما كان له أن يشترطها في صفقة

هذه رواية بن القاسم عنه في هذه المسألة وفي مال العبد

وروى بن وهب عن مالك أن ذلك لا يجوز فيها لا له ولا لغيره

ولم يجز ذلك الشافعي ولا الثوري ولا أحمد ولا إسحاق ولا أبو ثور ولا داود ولا الطبري وكذلك قال المغيرة وبن دينار وبن عبد الحكم وهو الصواب

فإن لم يشترطه المبتاع فالثمرة للبائع متروكة في النخل إلى الجذاذ

وقال الشافعي ومعقول إذا كانت الثمرة للبائع أن على المشتري تركها في شجرها إلا أن تبلغ الجذاذ والقطاف من الشجر فإذا كان لا يصلح بها إلا السقاء فعلى المشتري تخلية البائع وما يكفي من السقي وإنما من الماء ما تصلح به الثمرة مما لا غنى له عنه وهذا كله معنى قول مالك ومن ذكرنا معه

وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا باع الرجل نخلا أو شجرا فيها ثمر قد ظهر فهو للبائع إذا لم يشترطه المشتري وعليه قلعة من شجر المشتري ومن نخله

الاستذكار ج:6 ص:301

وليس له تركه إلى الجذاذ ولا إلى غيره وسواء عندهم أبر أو لم يؤبر إذا كان قد ظهر في النخل فإن اشترط البائع في البيع ترك الثمرة إلى الجذاذ فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا البيع فاسد

وقال محمد بن الحسن إذا كان صلاحها لم يبد فالبيع فاسد إن اشترط البائع بقاءها إلى جذاذها وإن كان قد بدا صلاحها فالبيع والشرط جائزان واختاره الطحاوي

قال أبو عمر خالف الكوفيون السنة في ذلك إلى قياس ولا قياس مع النص

ومن حجتهم الإجماع على أن الثمرة لو لم تؤبر حتى تناهت وصارت بلحا أو بسرا وبيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه

قالوا فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة فاعتبروا ظهور الثمرة ولم يعرفوا بين

المـــــــــــؤبر وغيـــــــــــر المـــــــــــؤبر
وقال بن أبي ليلى سواء أبر النخل أو لـم يـؤبر إذا بيـع أصـله فـالثمرة للمشـتري اشـترطها أو لـم يشـــــــــترطها كســـــــــعف النخـــــــــل
قـال أبـو عمـر هـذا أشـد خلافـا للحـديث وبـالله التوفيـــق
وقال بن القاسم عن مالك من اشترى أرضا فيهـا زرع ولم يبد صلاحه فالزرع للبـائع إلا أن يشـترطه المشـــتري
وبـدو صـلاحه عنـد بـن القاسـم أن يـبرز ويظهـر ويســـتقل
وإن وقع البيع والبذر لم ينبـت فهـو للمبتـاع بغيـر شـــــــــرط ولا يحتـــــــــاج إلـــــــــى شـــــــــرط
وقـــــــد روي عـــــــن مالـــــــك أنـــــــه للبـــــــائع
وذكر بن عبد الحكم عن مالك قال ومن ابتاع أرضـا وفيهـا زرع قـد ألقـح فهـو للبـائع إلا أن يشـترطه المبتـــاع وإن كـــان لـــم يلقـــح فهـــو للمبتـــاع
قال وكذلك لـو ألقـح أكـثره كـان للبـائع كلـه دون المبتـــاع
وقال ولقـاح القمـح والشـعير أن يحبـب ويسـنبل حتى لو يبين - حينئذ - لم يكن فسادا

الاستذكار ج:6 ص:302

وقـــولهم فـــي اشـــتراط نصـــف الثمـــرة وغيرهـــا كقولهم في اشـتراط نصـف مـال العبـد أو بعضـه وقد تقدم ذكر ذلك في بابه والحمد لله كثيرا

1 (8 - باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها)

1260 - مالك عن نافع عن بن عمر أن رسول اللـه نهى عـن بيـع الثمـار حـتى يبـدو صـلاحها نهـى البـــــــــــــــائع والمشـــــــــــــــتري

قال أبو عمر خالف أيوب السختياني مالكا في لفظ هذا الحديث عن نافع حدثني عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني عبد الله بن محمد النفيلي قال حدثني بن علية عن أيوب عن نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى تبيض ويؤمن العاهة نهى البائع والمشتري

1261 - مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل له يا رسول الله وما تزهي فقال ((حين تحمر)) وقال رسول الله ﷺ ((أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه))

1262 - مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة

الاستذكار ج:6 ص:303

قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر

1263 - مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا

قال أبو عمر في نهي رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها دليل واضح على أنه إذا بدا صلاحها جاز بيعها في رؤوس الأشجار وإن لم تضرم وعلى ذلك جمهور العلماء وجماعة أئمة الفتوى بالأمصار إلا شيئا روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعكرمة - مولى بن عباس فإنهما قالا لا يجوز بيع الثمرة في رؤوس النخل قبل أن

تضرم
حدثني خلف بن قاسم قال حدثني قاسم بن محمد بن شعبان قال حدثني أبو شيبة داود بن إبراهيم قال حدثني إسحاق بن أبي إسرائيل قال حدثني عبد الله بن المبارك قال أخبرنا الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن في الرجل يبيع الثمر على رؤوس النخل قبل أن يضرمه أنه كرهه
قال يحيى وكرهه عكرمة
ورخص فيه سليمان بن يسار
وقال بن المبارك وحدثني خالد عن عكرمة مثله -
يعني مثل قول أبي سلمة
قال وحدثني هشام بن حسان عن بن سيرين أنه لم ير به بأسا
قال أبو عمر معنى قوله ﷺ في حديث بن عمر في هذا الباب حتى يبدو صلاحها يريد حتى تحمر أو تصفر
وكذلك جعل مالك حديث أنس في هذا الباب بعد حديث بن عمر مفسرا له والله أعلم
وذلك أيضا موجود في حديث جابر وغيره
حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود حدثني أبو بكر بن خلاد الباهلي قال حدثني يحيى بن سعيد عن سليم بن حيان عن سعيد بن ميناء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول نهى رسول الله ﷺ أن تباع الثمرة حتى تشقح أو تصفر ويؤكل منها

الاستذكار ج:6 ص:304

وهذا معنى قوله حتى تزهي وحتى تزهو يقال منه زهت النخلة وأزهت إذا طاب ثمرها
فلا يجوز بيع ثمر النخل حتى تزهي بصفرة أو حمرة
ولا بأس أن يباع الحائط كله إذا زهت منه النخلة

الواحـــــدة وكـــــان الطيـــــب متتابعـــــا
وأما سائر الثمار من التين والعنب والفواكـة كلهـا فلا يباع صنف منها حتى يطيب أولـه ويؤكـل منـه وإذا كـان العنـب أسـود فجنـي فبـدا فيـه السـواد وظهر وإن كان أبيض فحتى يتمزج ويصـلح للأكـل ولا يجوز بيع الزيتون في الشجر بطيب البكور منه حـتى يطيـب أول زيتـون العصـير ويكـون طيبـه متتابعـــا
وإن كـان فـي الحـائط أنـواع مـن الثمـار فلا يبـاع صنف منها بطيب غيره حتى يطيب من كـل صـنف أولـــه فيبـــاع ذلـــك الصـــنف بطيـــب أولـــه وهذا كله قول مالك وأصحابه وهو تحصيل مـذهبه وأجازوا بيع الثمار قبـل بـدو صـلاحها علـى شـرط القطع لها مكانها كالفصيل والبقل والبلح والبسر وسنبين أقوال العلماء فـي هـذا المعنـى بع د - إن شـــــــــاء اللـــــــــه تعـــــــــالى
وأما حديث عمرة في هذا الباب لا تباع الثمار حتى تنجو من العاهة فالمعنى حتى تنجـو مـن الجائحـة وهـــــــــذا فـــــــــي الأغلـــــــــب
وتفسير ذلك حديث زيد بـن ثـابت أنـه كـان لا يـبيع ثماره حتى تطلع الثريا لأن طلوع الثريا صباحا إنما يكـون فـي زم ان طيـب ثمـار النخيـل وبعـد الآفـة والعاهـــة عليهـــا فـــي الأغلـــب مـــن أمرهـــا
وروى بن أبي ذئـب عـن عثمـان بـن عبـد اللـه بـن سراقة عن بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيـع الثمـــــار حـــــتى تـــــذهب العاهـــــة
قال عثمان فسألت عبـد اللـه بـن عمـر مـتى ذلـك فقـــــــال طلـــــــوع الثريـــــــا
وقد روى عسل بن سفيان عن عطاء بن أبي ربـاح عن أبي هريرة أن رسول

الاستذكار ج:6 ص:305

الله ﷺ قال ((إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد))
وقد ذكرنا أسانيد هذه الأحاديث في ((التمهيد))
قال أبو عمر طلوع الثريا صباحا عند أهل العلم فربما يكون لاثنتي عشرة ليلة تمضي من شهر أيار وهو ((ماي)) والنجم الثريا لا خلاف في ذلك
وقوله للبلد يجوز أنه يريد البلاد التي فيها النخل ويجوز أن يريد الحجاز خاصة
وقد اختلف السلف والخلف من العلماء في القول بالأحاديث المذكورة في أول هذا الباب وفي استعمالها على ظاهرها
فروي عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن الزبير انهما كانا يبيعان ثمارهما قبل بدو صلاحها وأنهما كانا يبيعان ثمارهما العام والعامين والأعوام رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن محمد بن علي سمعه يقول وليت صدقة رسول الله ﷺ فأتيت محمود بن لبيد فسألته فقال قد كان عمر بن الخطاب ولي يتيما فكان يبيع ماله سنين
وسفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عمر بن الخطاب باع مال أسيد بن حضير ثلاث سنين
وسفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال سمعت جابر بن عبد الله قال نهيت بن الزبير عن بيع النخل معاومة يعني سنتين وثلاثا وأكثر وما روي عن عمر وبن الزبير فلا يعلم أحدا من العلماء تابعهم على ذلك
وإذا كان نهيه - عليه السلام - عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها يمنع من بيعها قبل بدو صلاحها وبعد

خلقهـا فمـا ظنـك بـبيع مـا لـم يخلـق منهـا وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع السنبل

الاستذكار ج:6 ص:306

ونهـــــى عـــــن بيـــــع المعاومـــــة وعـــــن بيـــــع مـــــا لـــــم يخلـــــق منهـــــا

وقـد نهـى رسـول اللـه ﷺ عـن بيـع السـنين ويحتمل أن يكون بيع عمر وبن الزبير للثمار سنين - إن صح ذلك عنهمـا - أن ذلـك علـى أن كـل سـنة منها على حدتها فيكون حينئـذ كمـذهب الكـوفيين وسـنذكره فيمـا بعـد - إن شـاء اللـه تعـالى

ويحتمل أن يكون ذهبا إلى نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها كان على ما ذكـره زيـد بن ثابت في حديث أبـي الزنـاد وسـنذكر ذلـك بعـد فـي هـذا البـاب بعـون اللـه عـز وجـل وروى سفيان بن عيينة عـن حميـد بـن قيـس عـن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد اللـه أن رسـول اللـه ﷺ نهـى عـن بيـع السـنين وروى حمـاد بـن زيـد عـن أيـوب عـن أبـي الزبيـر وسعيد بن ميناء عـن جـابر أن النـبي ﷺ نهـى عـن المعاومـة

وقـال أيـوب وقـال أحـدهما عـن بيـع السـنين قال أبـو عمـر هـذا فـي بيـع الأعيـان وأمـا السـلم الثابت في الذمـة بالصـفة المعلومـة فجـائز عامـا وأعواما لحديث بن أبي نجيح عن عبد الله بن كـثير عن أبي المنهال عن بن عبـاس قـال قـدم رسـول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في السنتين والثلاث فقال لهم رسول الله ﷺ ((مـن سـلف فليسـلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم

الاستذكار ج:6 ص:307

وقد ذكرنا أحاديث هذا الباب بالأسانيد المتصلة كلها في ((التمهيد)) والحمد لله حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني بكر بن حماد قال حدثني مسدد قال حدثني حفص بن غياث عن أبي العوام البصري عن عطاء ق ال كان بن عباس يبيع من غلمانه النخل السنة والسنتين والثلاث فبعث إليه جابر أفعلمت أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخيل سنين قال بلى ولكن أما علمت أنه ليس بين العبد وبين سيده ربا

واختلف العلماء في معنى نهيه ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فقالت طائفة ذلك على الندب والاستحسان ليس بنهي وجوب وتحريم فأجازوا بيعها إذا خلقت وظهرت وإن لم يبد صلاحها وممن ذهب إلى هذا أبو حنيفة وأصحابه واحتجوا بأن النبي ﷺ قد ثبت عنه أنه قال ((من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)) قالوا فلما أجاز رسول الله ﷺ اشتراط الثمرة بعد الأبار وقد أخبر أنها للبائع علمنا أنها لم تدخل في صفقة بيع أصولها فلم يجعلها رسول الله ﷺ تبعا لها فيدخلها في الصفقة بغير شرط ولكنه أخبر أنها في حين تبع الأصول للبائع وأجاز المشتري اشتراطها في صفقة وما لم يدخل في الصفقة إلا بالاشتراط جاز بيعه منفردا فدل ذلك على جواز بيع الثمرة بعد الأب ار قبل ب دو صلاحها ودل ذلك على أن نهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ما لم يكن منه ﷺ على الإيجاب والتحريم وذكروا ما حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثني

محمد بن بكـر قـال حـدثني أبـو داود قـال حـدثني أحمد بن صالح قال حدثني عنبسـة بـن خالـد قـال حدثني يونس بن يزيد قال سألت أبا الزناد عن بيع الثمار قبل بدو صلاحه وما ذكر من ذلك فقال كـان عروة بن الزبير يحدث عن سهل بن خيثمة عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهـد رسـول اللـه ﷺ يتبـايعون قبـل أن يبـدو صـلاحها فـإذا جـد النـاس وحضـر قاضـيهم قـال المبتـاع قـد أصـاب الثمـرة الدمان واصابه قشام ومراض عاهات يحتجون بهـا فلمـا كـثرت خصـومتهم عنـد النـبي ﷺ قـال كالمشورة يشير بها عليهـم ((أمـا لا فلا تتبـايعوا الثمـر حـتى يبـدو صـلاحه)) لكـثرة خصـومتهم واختلافهـم
قالوا فهذا يدل على أن نهيه عن بيـع الثمـار حـتى يبدو صلاحها ليس على الوجوب

الاستذكار ج:6 ص:308

قال أبو عمر هذا الحديث لا يجيء إلا من هذا الوجه وظاهره الانقطاع لم يسمعه أبو الزناد عـن عـروة وهـو معـروف عـن غيـره
وقد ثبت عن النبي ﷺ مـن حـديث بـن عمـر وجـابر وأنس وأبي هريرة وغيرهم أنه نهى عن بيع الثمار حـتى يبـدو صـلاحها فـوجب القـول بـذلك قال الله عز وجل وما ءاتكم الرسـول فخـذوه ومـا نهكـم عنـه فـانتهوا الحشـر 7
وروى سفيان بن عيينة عـن عمـرو بـن دينـار عـن طاوس قال سمعت بن عباس يقول لا يبـاع الثمـر حـتى يطعـم
وجملة قول أبي حنيفة وأصحابه في هذا الباب أنه جائز بيع الثمرة قبل بـدو صـلاحها إذا ظهـرت فـي النخل والشجر واسـتبانت سـواء أبـر النخـل قبـل ذلك أو لم يؤبر وعلى المشتري عنـدهم ان يجـذها

ويقطعها ولا يتركها على أصول البائع وسواء اشترط عليه قطعها أو لم يشترط ما لم يشترط تركها إلى جذاذها فإن ابتاعها قبل بدو صلاحها او بعده واشترط تركها إلى الجذاذ فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا البيع على ذلك فاسد
وقال محمد بن الحسن إن كان صلاحها لم يبد فالبيع فاسد وإن كان قد بدا صلاحها واحمرت أو اصفرت وتناهى عظمها فالبيع جائز والشرط جائز
وقال مالك بن انس والليث بن سعد وسفيان الثوري والأوزاعي وبن أبي ليلى والشافعي وأحمد وإسحاق لا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وقال مالك والشافعي والليث وأحمد وإسحاق لا يجوز إن باع الثمرة على القطع قبل بدو صلاحها جاز
وكذلك الفصيل والفواكه كلها جائز عندهم بيعها قبل بدو صلاحها على أن يقطع مكانها فإن لم يشترط القطع مكانها فسد البيع
فإن علم بذلك فسخ وأخذ صاحب الثمرة ثمرتها فإن كان قد جذها ردها إلى البائع وإن فاتت في يده غرم مكيلتها وإن أخذها رطبا غرم قيمتها
وأبو حنيفة وأصحابه يجيزون بيعها قبل بدو صلاحها وإن لم يشترط القطع ما لم يشترط الترك لها إلى الجذاذ ويؤخر لقطعها على كل حال فإن اشترط الترك فسد البيع عندهم على ما ذكرنا عنهم قبل بدو صلاحها كان البيع عندهم أو بعد بدو صلاحها
وعند مالك والشافعي واصحابهما والليث من اشترى الثمرة بعد بدو

صلاحها فسواء شرط تبقيتها أو تركها إلى الجذاذ أو لم يشترط البيع صحيح

قال مالك وعلى البائع سقي الثمر حتى يتم جذاذة وقطافه

وقد روي عن الثوري وبن أبي ليلى أنه لا يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها على كل حال من الأحوال اشترط قطعها أو لم يشترط والأول اشهر عنهما أنه جائز بيعها على القطع قبل بدو صلاحها كالفصيل

وقال مالك فيما روى بن القاسم عنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يره إذا أزهي ما حوله من الحيطان وكان الزمان قد أمنت فيه العاهة قال بن القاسم أحب إلي إلا يبيعه حتى يزهي لنهي رسول الله ﷺ عن ذلك ولا أراه حراما قال أبو عمر قول مالك صحيح على ما ذكرنا في أول هذا الباب من ذهاب العاهة بأول طلوع الثريا على ما في حديث زيد بن ثابت وليس فيه أنه أزهي حائطه

قال مالك وإذا كان في الحائط أنواع من الثمار كالتين والعنب والرمان فطاب أول جنس منها تبع ذلك وجذه ولم يبع منه غيره ما لم يطب شيء منه وهو قول الشافعي

وأما قوله ﷺ في حديث أنس ((أرأيت إن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه)) فقد تنازع العلماء في وضع الجائحة عن المشتري إذا أصابت الثمر جائحة وقد كان اشتراها بعد بدو صلاحها فمن ذهب إلى القضاء بوضعها احتج بحديث أنس هذا

ومثله حديث بن جريج عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال ((إذا بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق))

وسنذكر القائلين بذلك واختلافهم فيه بعد هذا ان

شـــــــــــاء اللـــــــــــه تعـــــــــالى

وقال آخرون إنما معنى نهـي رسـول اللـه ﷺعـن بيع الثمار حتى يبـدو صـلاحها لأن بيعهـا قبـل بـدو صلاحها من بيع الغرر

الاستذكار ج:6 ص:310

قال مالك - رحمه الله وقد نهي رسول الله ﷺعن بيع الغرر فلما أمر رسول الله ﷺبـبيع الثمـار بعـد بدو صلاحها علمنا أن ذلك قد خـرج مـن بيـع الغـرر في الأغلب بقـوله مـع نهيـه عـن بيعهـا قبـل بـدو صلاحها أرأيت إن منع الله الثمـرة معنـاه إذا بعتـم الثمـرة قبـل بـدو صـلاحها ومنعهـا اللـه كنتـم قـد ركبتـم الغـرر واخـذتم مـال المبتـاع بالباطـل فلا تبيعوها حتى يبدو صـلاحها فـإنكم إذا فعلتـم ذلـك سـلمتم مـن الغـرر لأن الأغلـب حينئـذ مـن امرهـا السلامة فإن لحقتها جائحة فهي نادرة لا حكم لهـا وكانت كالدار تباع فتهـدم قبـل انتفـاع المشـتري بشـيء منهـا وكـذلك الحيـوان يمـوت بـإثر قبـض المبتاع لـه وكـذلك سـائر العـروض تهلـك قبـل أن ينتفـــــــــع المبتـــــــــاع بهـــــــــا

قالوا كل من ابتاع ثمرة مـن نخـل أو زرع او سـائر الفواكه في حال يجوز بيعها فيه فقبـض ذلـك بمـا يقبض بـه مثلـه فأصـابتها جائحـة فـأهلكته كلـه أو بعضه ثلاثا كان أو أقل أو أكثر فالمصيبة فـي ذلـك كلـــــــــه مـــــــــن المبتـــــــــاع

وقد كان الشافعي يقول بـالعراق بوضـع الجوائـح ثم رجع بمصر إلى هـذا القـول وهـو أشـهر قـوليه عنـــــــــــــد أصـــــــــــــحابه

وضعف حديث سليمان بـن عـتيق عـن جـابر ((أن رسول الله ﷺنهى عن بيع السنين)) وأمر بوضع الجوائح وقال كان بن عيينة يحدثنا به عن حميد بن

قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر عن النبي انه نهى عن بيع السنين ولا يذكر فيه ((وضع الجوائح)) ثم ذكرها فيه بعد فذكرنا ذلك له فقال هو فيه أي هذا اللفظ فيه يعني قوله وأمر بوضع الجوائح واضطرب ولم يثبت فيه على شيء في وضع الجوائح

وقال الشافعي لو ثبت حديث سليمان بن عتيق لم أعده

قال ولو كنت قائلا بوضع الجوائح لوضعتها في القليل والكثير

وممن لم يقل بوضع الجائحة في قليل ولا كثير مع الشافعي وأصحابه والثوري وأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد

ويأتي تلخيص مذهب مالك وأصحابه في جوائح الثمار في الباب بعد هذا إن شاء الله تعالى

وقال مالك في آخر هذا الباب والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز

الاستذكار ج:6 ص:311

والجزر إن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه

قال أبو عمر اختلف العلماء في هذه المسألة فقال مالك وأصحابه بما رسمه في كتاب ((الموطإ)) ومن أحسن ما يحتج به في ذلك أن السنة وردت في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فإذا بدا صلاح أولها جاز بيع جميعها بطيب أولها ولو لا طيب أولها لم يجز بيعها فكذلك بيع ما لم يخلق في المقاثي من البطيخ والقثاء يكون تبعا لما خلق من ذلك كما كان ما لم يطب من

الثمرة تبعا لما طاب وحكم الباذنجان والموز والياسمين وما أشبه ذلك كله حكم المقاثي عندهم
وأما الشافعي فلا يجوز عنده بيع شيء من ذلك إلا بطنا بعد بطن ولا يجوز عنده بيع شيء لم يخلق ولا بيع ما خلق ولم يقدر على قبضه في حين البيع ولا بيع ما خلق وقدر عليه إذا لم ينظر إليه قبل العقد وكذلك بيع كل معيب في الأرض مثل الجزر والفجل والبصل
وليس ذكر الجزر في هذه المسالة في أكثر ((الموطآت)) لأنه باب آخر نذكره في باب بيع الغائب والمعيب في الأرض إن شاء الله عز وجل وقول الكوفيين في بيع المقاثي كقول الشافعي وهو قول أحمد وإسحاق لأنه بيع ما لم يخلق عندهم وبيع الغرر

1 (9 - باب الجائحة في بيع الثمار والزرع)

1264 - مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت

الاستذكار ج:6 ص:312

عبد الرحمن أنه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله فحلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال رسول الله ﷺ ((تألى ان لا يفعل خيرا)) فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله هو له
1265 - مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الأمر

عندنا
قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون ما دون ذلك جائحة
قال أبو عمر ليس في حديث عمرة ما يدل على إيجاب وضع الجائحة وإنما فيه الندب إلى الوضع
وهو نحو حديث بن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن عياض بن عبد الله عن أبي سعيد الخدري قال أصيب رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله ﷺ ((تصدقوا عليه)) فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ ((خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك))
فلم يأمر بوضع الجائحة وأخبرهم أن ليس إلا غير ما وجدوا لأنهم لم يبق له شيء يأخذونه فليس لهم غير ما وجدوا لأنه لم يبق لهم شيء يأخذونه وقد أنظر الله المعسر إلى الميسرة
وأما اعتبار مالك في مقدار الجائحة الثلث فلأن ما دونه عنده في حكم التافه الذي لا يسلم منه بهذه
وأما اختلاف فقهاء الأمصار في وضع الجوائح فقد تقدم قول مالك في موطئه في ذلك
وروى بن وهب وغيره عنه في بيع البطيخ والقثاء إذا بدا صلاحه جاز

للمشتري ما ينبت منه حتى تنقطع ثمرته لأن وقته معروف عند الناس فإن أصابته جائحة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فبلغ الثلث أو أكثر كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه
وقال بن القاسم عنه مثل ذلك وزاد قال ينظر إلى الميقات كما لو أنها من أول ما يشتري إلى آخر ما ينقطع ثمرتها فينظر إلى قيمته في كل زمان على قدر ارتفاع الأسواق والأرضين ثم يقسم الثمن على ذلك ثم يمتثل فيه ان يقسم الثمن على ذلك ويمتثل ما يجب امتثاله عند

لجوائـــج
وكذلك الورد والياسمين والتفاح والمـوز والأتـرج
وكـــل شـــيء يجنـــى بطنـــا بعـــد بطـــن
فأما ما يخرص من النخل والعنب وما ييبس ويدخر
فإنه ينظـر إلـى ثلـث الثمـرة إذا أصـابتها الجائحـة
وضــع عــن المشــتري ثلــث الثمــن فلا تقــويم
وقال أشهب لا ينظـر فـي ذلـك إلـى ثلـث الثمـرة
وإنمـا ينظـر إلـى القيمـة يـوم وقفـت الصـفقة
وبين أشهب وبن القاسم فـي هـذا البـاب اختلاف
كـــثير قـــد ذكرتـــه فـــي كتـــاب اختلافهـــم
قـال مالـك والبقـول والكـراث والجـزر والبصـل
والفجـل ومـا أشـبهه إذا اشـتراه رجـل فأصـابته
جائحة فإنه يوضع عن المشتري بكل شيء أصـابته
الجائحة قل أو كثر وكل مـا ييبـس ويصـير تمـرا أو
زبيبـــا وأمكـــن قطـــافه فلا جائحـــة فيـــه
وقال أشـهب المقـاثي بمنزلـة البقـل يوضـع عـن
المشـــتري قليـــل الجائحـــة وكثيرهـــا
قال والجراد والنار والبرد والمطر والطير الغـالب
والعفن والسموم وانقطـاع مـاء العيـون كلـه مـن
الجوائـح إلا المـاء فـإنه يوضـع وإن كـان أقـل مـن
الثلـــث لأن المـــاء مـــن ســـبب مـــا يبـــاع
وقال أحمد بـن حنبـل وطائفـة مـن أهـل الحـديث
الجائحة من البائع كلها قليلها وكثيرها ولم يلتفتوا
فـــــي ذلـــــك إلـــــى الثلـــــث
وقـال أبـو حنيفـة وأبـو يوسـف وأصـحابهما مـن
اشترى ثمرة من نخل أو من سائر الشجر كـانت أو
زرعا في أرض أو غير ذلك في حال يجوز البيع في
ذلك فقبضه بمـا يقبـض بـه مثلـه فأصـابته جائحـة
أهلكته كله او بعضه فهو من مال المشتري

الاستذكار ج:6 ص:314

وهو قول داود والطبري

1 (10 - باب ما جاء في بيع العرية)

1266 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها
قال أبو عمر من رواة مالك في ((الموطإ)) طائفة لا تذكر في هذا الحديث بخرصها
1267 - مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق
يشك داود قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق

قال مالك وإنما تباع العرايا بخرصها من التمر يتحرى ذلك ويخرص في رؤوس النخل وإنما ارخص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والإقالة والشرك ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحد أحدا في طعامه حتى يستوفيه ولا أقالة منه ولا ولاه أحدا حتى يقبضه المبتاع
قال أبو عمر العرايا جمع عرية والعرية معناها عطية ثمر النخل دون الرقاب

الاستذكار ج:6 ص:315

كان العرب إذا دهمتهم سنة تطوع اهل النخل منهم على من لا نخل له فيعطيه من ثمر نخله ما سمحت به نفسه فمنهم المقل ومنهم المكثر والمصدر من ذلك ((الأعراء)) وهو مثل الأقفار والأحبال والمنحه
ومن هذا المعنى عند أصحابنا ((العمرى)) وسنذكر ذلك في باب العمرى إن شاء الله تعالى
قال الخليل العرية من النخل التي تعرى عن المساومة عند بيع النخل والفعل ((الأعراء)) وهو أن يجعل ثمرتها لمحتاج وكانت العرب تمتدح

بها
قال بعض شعراء الأنصار يصف نخلة ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين المواحل
والسنهاء من النخل التي تحمل سنة وتحول سنة والرجبية التي تميل بضعفها فتدعم من تحتها وكلاهما عيب فمدح الشاعر نخلة بأنها ليست كذلك
وأما معنى العرية في الشريعة ففيه اختلاف بين أهل العلم على ما اصفه لك بعون الله إن شاء الله عز وجل
فمن ذلك أن بن وهب روى عن عمرو بن عبد الحارث عن عبد ربه بن سعيد الأنصاري أنه قال العرية الرجل يعري الرجل النخلة أو النخلات يسميها له من ماله ليأكلها فيبيعها بتمر قال لم يقل يبيعها من المعري ولا خص أحدا
وأخبرنا عبد الله بن محمد قال أخبرنا محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني هناد عن عبدة عن بن إسحاق قال العرايا أن يهب الرجل الرجل النخلات فيشق عليه أن يقوم عليها فيبيعها بمثل خرصها
وهذا أيضا ليس فيه الاقتضاء على المعري في البيع منه دون غيره
فذهب قوم إلى هذا وجعلوا الرخصة في بيع العرايا بخرصها يبيعها المعري ممن شاء رفقا به ورخصة له

الاستذكار ج:6 ص:316

ومن حجة من ذهب هذا المذهب ما رواه حماد بن سلمة عن أيوب وعبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن النبي ﷺ نهى البائع والمشتري عن المزابنة
قال أبو عمر وقال زيد بن ثابت أرخص في العرايا

النخلة والنخلتين توهبان للرجل فيبيعها بخرصها تمرا

قالوا فقد أطلق في هذا الحديث بيعها بخرصها تمرا ولم يقل من المعري ولا من غيره فدل ذلك على أن الرخصة قصد بها المعري المسكين لحاجته

قالوا وهو الصحيح في النظر لأن المعري قد ملك ما قد وهب له فجائز له أن يبيعه من المعري ومن غيره إذ أرخصت له السنة في ذلك وخصته من معنى المزابنة في لمقدار المذكور وممن ذهب إلى هذا أحمد بن حنبل

قال ابو بكر الأثرم سمعت أبا عبد الله يعني أحمد بن حنبل يسأل عن تفسير العرايا فقال أنا لا أقول فيها بقول مالك وأقول إن العرايا أن يعري الرجل جاره أو قرابته للحاجة والمسكنة فإذا أعراه إياها فللمعري أن يبيعها ممن شاء إنما نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة وارخص في العرايا فرخص في شيء من شيء فنهى عن المزابنة ان تباع من كل واحد ورخص في العرايا أن تباع من كل أحد فيبيعها ممن شاء ثم قال مالك يقول يبيعها من الذي أعراها وليس هذا وجه الحديث عندي بل يبيعها ممن شاء

قال وكذلك فسره لي بن عيينة وغيره

قال الأثرم وسمعت أحمد يقول العرية فيها معنيان لا يجوزان في غيرها منها أنها رطب بتمر وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك وفيها أنها تمر بثمر يعلم

الاستذكار ج:6 ص:317

كيل التمر ولا يعلم كيل الثمر وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك فهذا كله لا يجوز إلا في العرية

قلت لأبي عبد الله فإذا باع المعري العرية ألة أن

يأخـــذ التمـــر الســـاعة أو عنـــد الجـــذاذ
قـــــال بـــــل يأخـــــذه الســـــاعة
قلـت لـه إن مالكا يقول ليـس لـه أن يأخـذ التمـر
الســـــاعة حـــــتى يجـــــذ
قــال بــل يأخــذه الســاعة علــى ظــاهر الحــديث
واما الشافعي فمعنى العرايا عنـده إباحـة بيـع مـا
دون خمسة أوسق مـن التمـر بـالتمر علـى ظـاهر
حديث مالك عن داود بن الحصـين فـي هـذا البـاب
وجعل هذا المقدار مخصوصا من المزابنة لكل مـن
أراد ذلـــك فـــي ذلـــك المقـــدار خاصـــة
قال وإن كان الأصل في ذلك العريـة مـن أجـل أن
الأغلب في العرايا إلا تبلغ أكثر مـن ذلـك المقـدار
في المعروف من عطايـاهم فـي الجـار والقريـب
وللحاجة فقد دخل في تلك الرخصـة كـل مـن أراد
بيع ذلك المقدار ممـن شـاء مـن ثمـن مـن العرايـا
وغيـــــــــــــــر العرايـــــــــــــــا
وحجته في ذلك حديث رافع بـن خديـج وسـهل بـن
أبي حثمة عن النبي ﷺ انه نهى عـن بيـع المزابنـة
الثمر بالثمر إلا أصحاب العرايا فـإنه قـد أذن لهـم
حدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قـال
حدثني بن وضاح قال حدثني أبو بكـر قـال حـدثني
أبو أسامة قال اخبرنا الوليد بن كـثير قـال أخبرنـا
بشير بن يسار - مولى بنـي حارثـة - أن رافـع بـن
خديج وسهل بن أبي حثمة أخـبراه ان رسـول اللـه
ﷺ نهـى عــن المزابنــة التمــر بــالتمر إلا أصــحاب
العرايـــا
وقال الشافعي جائز بيع ما دون خمسة أوسق من
الرطب بالثمر يدا بيد وسواء كان ذلك فيمن وهـب
له تمر نخلة أو نخلات أو فيمـن يريـد أن يـبيع ذلـك
المقـــدار مـــن حـــائطه لعلـــه أو لغيـــر علـــة
والرخصة عنده إنما وردت به في المقدار المذكور

فخرج ذلك عنده من المزابنة وما زاد على ذلك المقدار فهو مزابنة لا يجوز بوجه من الوجوه ولا

الاستذكار ج:6 ص:318

يجوز عنده بيع الرطب بالثمر في غير هذا المقدار من العرايا وما كان في معناها لا متماثلا ولا متفاضلا

ومن حجته في ذلك ظاهر حديث مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو خمسة أوسق - شك داود

وحديث بن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر إلا أنه أرخص في العرايا وحديث سهل ونافع المذكورين

وقال في حديث يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالثمر إلا انه ارخص للعرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا قال يعني يأكلها أهلها الذين يبتاعونها رطبا

وروى بإسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب النبي ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عراياكم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطبا

وروى الربيع عن الشافعي في العرية إذا بيعت وهي خمسة أوسق قال فيها قولان أحدهما أنه جائز

والآخـر أنـه لا يصـح إلا فيمـا دون خمسـة أوسـق وقال المزني يلزمه على اصله أن يفسخ البيع في خمسـة أوسـق لأنـه شـك وأصـل بيـع التمـر فـي رؤوس النخـل بـالتمر حـرام فلا يحـل منـه إلا مـا استوفيت الرخصة فيه وذلك ما دون خمسة أوسق

والعرية عنـد الشـافعي فيمـا دون النخـل والعنـب لأن رسول الله ﷺ سن الخرص في ثمارها وأنــه لا حائـــــــل دون الإحاطـــــــة بهمـــــــا وأمـــا مـــذهب مالـــك وأصـــحابه بالعرايـــا فروى بن وهـب عـن مالـك قـال العريـة أن يعـري الرجل الرجل النخلة والنخلة أو أكثر من ذلك سـنة أو سنتين أو ما عاش فإذا طاب الثمر وأرطب قال

الاستذكار ج:6 ص:319

صاحب النخل أمـا أكفيكـم سـقيها وضـمانها تمـرا عند الجذاذ كان ذلك منه معروفـا كلـه فلا أحـب أن يتجـــــاوز ذلـــــك خمســـــة أوســـــق قال وتجوز العرية في كـل مـا ييبـس ويـدخر نحـو الزبيب والزيتون ولا أرى صاحب العريـة أن يبيعهـا إلا ممـن فـي الحـائط ممـن لـه تمـر يخرصـه وقال بـن القاسـم عـن مال ك لا يج وز بيـع العريـة بخرصها حتى يحل بيعها ولا يجوز بعد ما حل بيعهـا أن يبيعهـا بخرصـها تمـرا إلا إلـى الجـذاذ قـال وإمـا أن يجعلـه فلا وإمـا بالطعـام فلا يصـلح أيضا إلا أن يجذ ما في رؤوسـهما مكـانه ولا يصـلح أن يشتريها بطعام إلى أجل ولا بتمر نقدا بأيـديهم وأن جذها فـي الـوقت فلا يجـوز أن يشـتريها مـن الذي أعريها بالدراهم والدنانير قبل أن يحل بيعهـا إلا أن يشـــــــتريها ليقطعهـــــــا وأمـــا علـــى أن يتركهـــا فلا يجـــوز قال أبو عمر إنما حم ل مالك ا علـى أن يق ول هـذا كله في العرية لأنـه عنـده مخصوصـة بنسـبتها فلا

يتعدى بها موضعها والسنة عنده فيها ما أدرك عليه أهل الفتوى ببلده
وجملة قوله في ذلك أن العرية أن يهب الرجل في حائطه مقدار خمسة أوسق فما دونها لم يرد أن يشتريها من المعري عند طيب التمر فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرا على أن يأخذه عند جذاذ التمر في ذلك العام فإن عجل له ذلك لم يجز ويجوز أن يعري الرجل من حائطه ما شاء ولكن البيع لا يكون إلا في خمسة أوسق فما دون ولا يبيعها المعري بما وصفنا إلا من العروض خاصة وأما من غيره فلا إلا على سنة بيع الثمار إلا من المعري وأما من غيره فلا إلا على سنة بيع الثمار في غير العرايا في حجة مالك فيما ذهب إليه من ذلك ما رواه سفيان بن عيينة قال حدثني يحيى بن سعيد قال أخبرني بشير بن يسار - مولى بني حارثه - قال سمعت سهل بن أبي حثمة يقول نهى رسول الله عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا
حدثناه سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن إسماعيل قال حدثني الحميدي قال حدثني سفيان بن عيينة فذكره

الاستذكار ج:6 ص:320

ففي هذا الحديث إباحة بيعها ممن كان أعراها دون غيره لأنه لا أهل لها سواهم
وقال الأوزاعي العرايا هي أن أهل البيت المساكين يمنحون النخلات فترطب في اليوم القفيز والقفيزان فلا يكون فيها ما يسعهم فرخص لهم أن يبيعوا ثمر نخلهم بأوساق من تمر فلم يقصرهم الأوزاعي على بيعها من المعري
قال وسألت الأوزاعي عن العرية والوطية والأكلة

قال العرية النخلة يمنحها الرجل أخاه والوطية ما يطأه الناس والأكلة ما يؤكل منه
وروى محمد بن شجاع البلخي عن عبد الله بن نافع عن مالك أن العرية النخلة والنخلتان للرجل في حائط لغيره
والعادة في المدينة أنهم يخرجون بأهليهم في وقت الثمار إلى حوائطهم فيكره صاحب النخل الكثير دخول الآخر عليه فيقول أنا أعطيك خرص نخلتك تمرا فأرخص لهما ذلك
قال أبو عمر هذه الرواية مخالفة لأصل مالك في العرية لأن أصله الذي لم يختلف فيه عنه ولا عن أصحابه إلا في هذه الرواية هي أن يهب الرجل لغيره نخلات من حائطه ثم يريد شراءها منه فأرخص له في ذلك دون غيره
ورواية بن نافع هذه نحو مذهب الشافعي في العرية
وقال بن القاسم عن مالك في نخلة في حائط رجل لآخر له أصلها فأراد صاحب الحائط أن يشتريها منه بعد ما أزهت بخرصها تمرا يدفعه إليه عند الجذاذ
فقال مالك إن كان إنما يريد بذلك الكفاية لصاحبه والرفق به فلا بأس وإن كان إنما ذلك لدخوله وخروجه وضرر ذلك عليه فلا خير فيه
قال بن القاسم وليس هذا مثل العرية
قال أبو عمر رواية بن القاسم هذه تضارع رواية بن نافع ولكن بن القاسم قد بين أن ذلك ليس بالعرية يريد على مذهب مالك
وأما أبو حنيفة وأصحابه فإنهم قالوا في العرية بما يرد سنتها ويبطل حكمها وأخرجوها من باب البيع ولم يجعلوها مستثناه من المزابنة
وروى بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال العرية هي النخلة يهب صاحبها ثمرها لرجل

ويأذن له في أخذها فلا يفعل حتى يبدو لصاحب النخلة

الاستذكار ج:6 ص:321

أن يمنعه من ذلك ويعوضه منه خرصة تمرا فأبيح ذلك له ورخص لأن المعري لم يكن ملكه أو ملكه وقال عيسى بن أبان الرخصة في ذلك للمعري أن يأخذ تمرا بدلا من رطب لم يملكه وقال غيره الرخصة فيه للمعري لأنه كان مخلفا لوعده فرخص له في ذلك وأخرج من إخلاف الوعد قال أبو عمر ما قاله الكوفيون يرده حديث بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من رواية مالك وغيره عن نافع عن بن عمر وزيد بن ثابت وأبي هريرة وحديث الزهري عن سالم عن بن عمر قال أخبرني زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا وبالله التوفيق

1 (11 - باب ما يجوز في استثناء الثمر)

1268 - مالك عن ربيعة بن عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثني منه

1269 - مالك عن عبد الله بن أبي بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الأفرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه بثمانمائة درهم تمرا

1270 - مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمره بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثني منها

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه أن له أن يستثني من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون

الثلث فلا بأس بذلك
قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثني من ثمر حائطه ثمر نخلة أو

نخلات يختارها ويسمي عددها فلا أرى بذلك باسا لأن رب الحائط إنما استثنى شيئا من ثمر حائط نفسه وإنما ذلك شيء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك
قال أبو عمر أما فقهاء الأمصار الذين دارت عليهم الفتيا وألفت الكتب على مذاهبهم فكلهم يقول إنه لا يجوز أن يبيع أحد ثمر حائطه ويستثني منه كيلا معلوما قل أو كثر بلغ الثلث أو لم يبلغ فالبيع ذلك باطل إن وقع ولو كان المستثنى مدا واحدا لأن ما بعد ذلك المد ونحوه مجهول إلا مالك بن أنس فإنه أجاز ذلك إذا كان ما استثني منه معلوما وكان الثلث فما دونه في مقداره ومبلغه فأما أهل المدينة فعلى ما قال مالك أنه الأمر المجتمع عليه عندهم
وروى بن وهب عن بن لهيعة عن محمد بن عبد الرحمن أن بن عمر كان يستثني على بيعه إذا باع التمر في رؤوس النخل بالذهب أن لي منه كذا بحساب كذا
قال وأهل المدينة اليوم على هذا البيع
وقال عبد العزيز بن أبي سلمة لا أرى بأسا أن يستثني الثلث فما دونه قال وأنا أحب أدنى من الثلث ولا أرى بالثلث بأسا إذا بلغ
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن علية وبن أبي زائدة عن بن عوف عن القاسم قال لولا أن عبد الله بن عمر كره الثنيا وكان عندنا مرضيا ما رأينا بذلك بأسا
قال أبو عمر هذا أصح ما روي عن بن عمر لأنه متصل ورواته ثقات والإسناد المتقدم عنده غير متصل لأن أبا الأسود - محمد بن عبد الرحمن لم

يسمع منه ولا أدرك زمانه وبن لهيعة ليس بحجة واحتج أصحابنا لمذهب أهل المدينة في هذه المسألة بأن قالوا ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الثنيا فإنما ذلك في استثناء الكثير من الكثير أو استثناء الكثير مما هو أقل منه وأما القليل من الكثير فلا وجعلوا الثلث فما دونه قليلا

الاستذكار ج:6 ص:323

قالوا وبيع ما على المستثنى كبيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها
قالوا واستثناء القليل من الكثير هو المعروف من لسان العرب وبه ورد القرآن وأما استثناء الكثير فلا

فهذا عندهم معنى نهي النبي ﷺ عن الثنيا واستغنوا بما ذكره مالك عن علماء المدينة في هذا الباب من الاستثناء وبما رواه حماد بن سلمة عن هشام بن حسان وعثمان البتي أن بن سيرين كان لا يرى بأسا أن يبيع الرجل ثمر حائطه ويستثني كراء أو كراءين

قال أبو عمر أما حديث النبي ﷺ في النهي عن الثني فحدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن علية عن أيوب عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثني (مختصرا) وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني بكر بن حماد قال حدثني مسدد قال حدثني حماد بن زيد عن أيوب عن أبي الزبير وسعيد بن ميناء عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا (مختصرا)
وذكر أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن علية

عن أيوب عن عمرو بن شعيب قال قلت لسعيد بن المسيب أبيع ثمرة أرضي وأستثني منها قال لا تستثن إلا شجرا معلوما
قال أخبرنا عياد بن العوام عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كره أن يستثني شيئا من النخيل بكيل
قال حدثني عبد الأعلى عن يونس عن الحسن في الرجل يبيع ثمر أرضه ويستثني الكرء والكرئين كان لا يعجبه إلا أن يعلم نخلا
قال حدثني عباد بن العوام عن عمرو بن عامر عن قتادة عن سالم أنه كره أن يستثني كيلا أو سلالا أو كرارا

1 (12 - باب ما يكره من بيع الثمر)

1271 - مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول

الاستذكار ج:6 ص:324

الله ﷺ ((التمر بالتمر مثلا بمثل)) فقيل له إن عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله ﷺ ((ادعوه لي)) فدعي له فقال له رسول الله ﷺ ((أتأخذ الصاع بالصاعين)) فقال يا رسول الله لا يبيعونني الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله ﷺ ((بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا)) هكذا هذا الحديث مرسلا في ((الموطإ)) وعند مالك في معناه حديث متصل رواه عن عبد الحميد بن سهيل عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد عن النبي ﷺ إلا أن يحيى وطائفة من رواة ((الموطإ)) قالوا فيه عن مالك عن عبد

المجيد بن سهيل وكذلك قال فيه بن عيينة والأكثر من رواة ((الموطإ)) و غيرهم يقولون فيه عبد المجيد وهو الصواب - إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا عبد الحميد ونسبناه في ((التمهيد)) والحمد لله كثيرا والحديث محفوظ من حديث أبي سعيد وأبي هريرة عن النبي ﷺ وقد روى حديث عطاء بن يسار هذا داود بن قيس عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ ورواه أيضا بذلك يزيد بن قسيط عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد مرفوعا حدثناه سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا عبد الله بن نمير قال حدثني محمد بن إسحاق عن يزيد عن عبد الله بن قسيط عن عطاء بن يسار عن أبي س عيد الخدري قال قسم رسول الله ﷺ طعاما من التمر مختلفا بعضه أفضل من بعض قال فذهبنا نتزايد فيه بيننا فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك إلا كيلا بكيل يدا بيد 1272 - مالك عن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن

الاستذكار ج:6 ص:325

سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ ((أكل تمر خيبر هكذا)) فقال لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله ﷺ ((لا تفعل

بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا))
هكذا قال يحيى عن مالك في هذا الحديث عبد الحميد وأكثر الرواة يقولون عبد المجيد وقد تقدم في صدر هذا الباب

وأما عامل رسول الله ﷺ على خيبر الذي جاءه بالتمر الجنيب المذكور في حديث عبد الحميد بن سهيل هذا وحديث عطاء بن يسار أيضا فهو سواد بن غزية البلوي الأنصاري حليف بني عدي بن النجار وهو ممن شهد بدرا وقد ذكرناه في كتاب الصحابة

روى الدراوردي عن عبد الحميد بن سهيل عن سعيد بن المسيب أن أبا سعيد وأبا هريرة حدثناه أن رسول الله ﷺ بعث سوار بن غزية أخا بني عدي من الأنصار وأمره على خيبر فقد مر عليه بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ ((أكل تمر خيبر هكذا)) فقال لا وذكر الحديث بمعنى حديث مالك هذا سواء

وفي هذا الحديث وفي الذي قبله من الفقه أن التمر كله جنس واحد رديئه وجيده ورفيعه ووضيعه لا يجوز التفاضل في شيء منه ويدخل في معنى التمر جميع الطعام لا يجوز في الجنس الواحد منه بعضه ببعض الزيادة ولا النسيئة فإن كان جنسين وصنفين من الطعام مختلفين لم يجز فيه التشبيه وجاز فيه التفاضل فهذا حكم الطعام المقتات المدخر كله عند مالك وأما الشافعي فالطعام كله مقتات وغير مقتات مدخرا كان أو غير مدخر عنده لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا ولا نسيئة وعند الكوفيين الطعام المكيل كله وكذلك الموزون عندهم وسنبين مذاهبهم في موضعها من كتابنا هذا - إن شاء الله تعالى

وقد أجمعوا على أن الجنس الواحد من المـأكولات يـدخله الربـا مـن وجهيـن لا يجـوز بعضـه ببعـض متفاضلا ولا بعضـه ببعـض نسـيئة إلا أن كـل واحـد منهم علـى أصـله المـذكور فـي الاقتيـات وغيـره والكيـــــــل والـــــــوزن وغيرهمـــــــا
والجنس الواحـد مـن الطعـام كالـذهب بالـذهب لا يجــوز شــيء منــه بشــيء متفاضــلا ولا نســيئة وكذلك الورق بالورق فـإذا اختلـف الجنسـان ذهبـا بورق جاز فيهما التفاضل يدا بيـد ولا تحـل فيهمـا النســـــــــــــــــــــــــــــــــــــــيئة
وهكذا الطعام وسنذكر اختلافهم في أصنافه فــي موضـــــعها - إن شـــــاء اللـــــه تعـــــالى
وفيه أن من لم يعلم بتحريم الشيء فلا حرج عليـه حتى يعلم إذا كان ذلـك البـاب ممـا يعـذر الإنسـان بجهلـــــه مـــــن علـــــم الخاصـــــة
قال اللـه عـز وجـل ومـا كنـا معـذبين حـتى نبعـث رســـــــولا الإســـــــراء 15
ومثله قوله عز وجل وما كان الله ليضل قومـا بعـد إذ هداهم حتى يبين لهـم مـا يتقـون التوبـة 115
والبيع إذا وقـع محرمـا فهـو مفسـوخ مـردود وإن جهلـــــــــــــــه فـــــــــــــــاعله
قال رسول الله ﷺ((مـن عمـل عملا ليـس عليـه أمرنـــــــــــــا فهـــــــــــــو رد))
وقد روي أن رسول الله ﷺأمر برد هـذا الـبيع مـن حديث بلال بن رباح ومن حديث أبي سعيد الخـدري أيضـــا
وروى منصور وقيس بن الربيع عن أبي حمزة عـن سعيد بن المسيب عـن بلال قـال كـان عنـدي تمـر دون فابتعت أجـود منـه فـي السـوق بنصـف كيلـه صاعين بصاع وأتيت النبي ﷺفقال ((من أين لك هذا)) فحدثته بما صنعت فقال ((هذا الربا بعينه

انطلق فرده على صاحبه وخذ تمرك وبعه بحنطة أو شعير ثم اشتر من هذا التمر ثم ائتني به)) ففعلت فقال رسول الله ﷺ((التمر بالتمر مثلا بمثل

الاستذكار ج:6 ص:327

والحنطة بالحنطة مثلا بمثل والذهب بالذهب وزنا بوزن والورق بالورق وزنا بوزن فما كان من فضل فهو ربا فإذا اختلفت فخذوا واحدا بعشرة)) وفي اتفاق الفقهاء على أن البيع إذا وقع بالربا فهو مفسوخ أبدا دليل واضح على أن بيع عامل رسول الله ﷺالصاعين بالصاع كان قبل نزول آية الربا وقبل أن يتقدم إليهم رسول الله ﷺبالنهي عن التفاضل في ذلك ولهذا سأله عن فعله ليعلمه بما أحدث الله فيه من حكمه ولذلك لم يأمر بفسخ ما لم يتقدم فيه إليهم والله أعلم وقد احتج بظاهر هذا الحديث من أجاز أن يبيع الرجل الطعام من رجل بالنقد ويبتاع منه بذلك النقد طعاما قبل الافتراق وبعده لأنه لم يخص فيه بائع الطعام ولا مبتاعه من غيره 1273 - مالك عن عبد الله بن يزيد أن زيدا أبا عياش أخبره أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله ﷺيسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ((أينقص الرطب إذا يبس)) فقالوا نعم فنهى عن ذلك قال يحيى قال مالك كل رطب بيابس من نوعه حرام

قال أبو عمر قول يحيى هذا عن مالك لم يروه أحد في ((الموطإ)) غيره فيما علمت ومعناه صحيح

في مذهبه وهكذا هـذا الحـديث فـي أكـثر روايـات ((الموطـــإ)) مالك عن عبد الله بن يزيد لم ينسبه فظن قوم أنه عبد الله بن يزيد بن هرمز الفارسي الفقيه وليس كذلك وإنما هو عبد الله بن يزيد - مولى الأسود بن

الاستذكار ج:6 ص:328

سفيان كذلك في روايـة أبـي مصـعب والشـافعي وعبـــد الرحمـــن بـــن القاســـم وغيرهـــم ولم يذكر مالك في ((موطئه)) عن عبد الله بـن يزيد بن هرمز حديثا ولا مسـألة يقولـون إنـه خـرج على مالك وغيره أن يحدثوا بشيء من روايـة عنـه أو مـــــــــن حـــــــــديثه وغيـــــــــره وأما زيد أبو عياش فقيل إنه مجهول لـم يـرو عنـه أحد غير عبد الله بن يزيد وقد قيل روى عنـه أيضـا عمـــــــران بـــــــن أبـــــــي أنـــــــس وقد قيـل إن زيـدا أبـا عيـاش هـذا هـو أبـو عيـاش الزرقي وأبو عياش الزرقي اسمه عند طائفة مـن أهـــل العلـــم بالحـــديث زيـــد بـــن الصـــامت وقد اختلف في اسـمه علـى مـا ذكرنـا فـي كتـاب ((الصـحابة)) وهـو مـن صـغار الصـحابة وممـن حفظ عن النـبي ﷺ وروى عنـه وشـهد معـه بعـض مشـــاهده حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حـدثني الخشني قـال حـدثني بـن أبـي عمـر قـال حـدثني سفيان بن عيينة عن إسماعيل بـن أبـي أميـة عـن عبد الله بن يزيد عن أبـي عيـاش الزرقـي أن رجلا سأل سعدا عن السلت بالشعير فقال تبـايع رجلان على عهد رسول الله ﷺ بتمر ورطب فقال رسول الله ﷺ ((هـل ينقـص الرطـب إذا يبـس)) قـالوا نعـــــم فقـــــال النـــــبي ﷺ ((فلا إذن)) ورواه الحميدي عن بن عيينة بإسناده مثلـه إلا أنـه

لـــم يقـــل الزرقـــي فـــي أبـــي عيـــاش
أخبرنا سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قـالا حـدثني قاسـم بـن أصـبغ قـال حـدثني محمـد بـن إسـماعيل قـال حـدثني الحميـدي قـال حـدثني سفيان بن عيينة قال حـدثني إسـماعيل بـن أميـة عن عبد الله بن يزيـد عـن أبـي عيـاش قـال تبـايع رجلان علـى عهـد سـعد بـن أبـي وقـاص بسـلت وشعير فقال سعد تبايع رجلان علـى عهـد رسـول اللـه ﷺ بتمـر ورطـب فقـال رسـول اللـه ﷺ ((أينقص الرطب إذا يبس)) قالوا نعـم قـال فلا إذن))
فقد بان بهذا الحديث أن البيضاء هي الشعير وهـو معـروف مـن مـذهب سـعد أن الحنطـة والشـعير والسلت عنده صنف واحـد وإلـى هـذا ذهـب مالـك وأصحابه في ذلك

الاستذكار ج:6 ص:329

ولا خلاف علمته في أن البيضاء المذكورة في هـذا الحديث هي الشعير إلا مـا ذكـره وكيـع فـإنه وهـم في هذا الحديث على مالك فقال فيه عنه لم يتابع عليه ذكره أبو بكر بن أبي شيبة عن وكيع عن مالك بن أنس عن عبد الله بن يزيد عن زيـد أبـي عيـاش قال سألت سعدا عن السلت بالذرة فكرهـه فقـال سعد سئل رسول الله ﷺ عن الرطب بالتمر فـذكر الحـديث ووهـم فيـه وكيـع إذ جعـل الـذرة موضـع البيضـــاء
والبيضاء عند العرب الشعير والسمراء عندهم البر والـــذرة عنـــد العلمـــاء صـــنف منفـــرد
وسنذكر أصـناف الطعـام وأجناسـه فـي بـاب بيـع الطعام بالطعام ونذكر اختلاف العلماء فـي ذلـك - إن شـــــــاء اللـــــــه تعـــــــالى
وأما قوله في حديث مالك أيتهما أفضل فـإنه أراد أيتهمـــا أكـــثر فـــي الكيـــل والـــوزن

ذكر إسماعيل بن إسحاق قال حدثني أبو الوليد قال حدثني الطيالسي قال سألت مالك بن أنس فحدثنا عن عبد الله بن يزيد عن أبي عياش قال سألت سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال بينهما فضل قلت نعم قال فلا إذن سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن الرطب بالتمر فسأل من حوله عن الرطب ((أينقص إذا جف)) قالوا نعم قال ((فلا إذن))
وأما بيع الرطب بالتمر فقد اختلف العلماء في ذلك
فأكثرهم لا يجوز عندهم بيع الرطب بالتمر على حال من الأحوال لأنه من المزابنة المنهي عنها ومعناها كل رطب بيابس من جنسه
حدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني محمد وعبد الله بن محمد ق ال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قالا حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني بن أبي زائدة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا وعن بيع الحنطة بالزرع كيلا
وبهذا قال جمهور الفقهاء فلا يجوز عندهم بيع الرطب بالتمر ولا متفاضلا ولا متماثلا

الاستذكار ج:6 ص:330

وممن قال ذلك مالك والشافعي وأصحابهما والأوزاعي والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد وأحمد وإسحاق
وقال أبو حنيفة لا بأس ببيع الرطب بالتمر مثلا بمثل ولا يجوز متفاضلا
واختاره الطحاوي دون قول أبي يوسف ومحمد وقال الرطب بتمر وكذلك الحنطة الرطبة باليابسة عند أبي حنيفة
قال أبو عمر قياس قول أبي حنيفة أن بيع التين

الأخضر باليابس جائز متماثلا وكذلك العنب بالزبيب مثلا بمثل وما كان مثل ذلك كله

وهذا خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ بنقل العدول فلا وجه له لقوله

وقال أبو يوسف يجوز بيع الحنطة الرطبة باليابسة فأما الرطبة من الأصل فلا تجوز باليابسة

وقال سائر الفقهاء لا يجوز مثلا بمثل ولا متفاضلة

وذكر بن المواز عن بن القاسم أنه أجاز العجين بالعجين مثلا بمثل ورواه عن مالك

ورواه أشهب في ((العتبية)) عن عيسى عن بن القاسم أنه قال في الدقيق بالعجين لا يجوز مثلا بمثل ولا متفاضلا ولا على التحري قال ثم رجع فقال إن تحرى فلا بأس به

وذكر بن المواز في اللحم الطري باليابس أنه لا يجوز متفاضلا ولا مثلا بمثل ولا على التحري ورواه عن مالك

وبه قال أصبغ

وقال بن وهب لا بأس به ورواه عن مالك وبه قال أبو زيد بن أبي الغمر

قال أبو عمر لا يجوز العجين بالعجين ولا الدقيق بالدقيق ولا اللحم الطري باليابس لا مثلا بمثل ولا متفاضلا استدلالا بنهي رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر لأن معنى قوله ﷺ ((أينقص الرطب إذا يبس)) فالتقدير للاستفهام يقول أليس الرطب ينقص إذا يبس فكيف يباع بالتمر والمماثلة المأمور بها فيهما لا يوقف على حقيقتها والتفاضل المنهي عنه فيهما لا يؤمن

وقد أجمعوا أن كل ما حرم فيه التفاضل لا يباع منه كيل بجزاف ولا معلوم

الاستذكار ج:6 ص:331

بمجهول ولا مجهول بمجهول كما ذكرنا كذلك لا شك فيه وبالله التوفيق

1 (13 - باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة)

1274 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا

1275 - مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة

1276 - مالك عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة

قال بن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك

الاستذكار ج:6 ص:332

قال أبو عمر هذه الآثار الثابتة متفقة في أن المزابنة اشتراء الرطب من التمر باليابس من التمر وشراء العنب بالزبيب وهذا قول جمهور العلماء إلا ما ذكرنا عن أبي حنيفة ومن قاس قياسه في الرطب بالتمر وكل ما كان في معنى الرطب بالتمر وفي معنى

العنب بالزبيب من سائر المأكولات والمشروبات فكذلك عندهم

وأما اشتراء الحنطة بالزرع فمحاقلة ومزابنة لا تجوز

وكذلك التمر بالتمر في رؤوس النخل مزابنة لا تجوز عند أحد منهم وكذلك الكرم بالزبيب

قال حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثنا الخشني قال حدثني محمد بن يحيى بن أبي عمر قال حدثني سفيان بن عيينة عن بن جريج عن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه وألا يباع إلا بالدنانير أو بالدراهم إلا العرايا

قال سفيان المخابرة كراء الأرض بالحنطة والمزابنة بيع ما في رؤوس النخل بالتمر والمحاقلة بيع السنبل من الزرع يعني بالحب المصفى

قال أبو عمر قد قيل في المخابرة أنها كراء الأرض ببعض ما تخرجه مما يزرع فيها

واختلف في اشتقاق اللفظة فقيل هي من خيبر ومن قال ذلك جعل قصة خيبر منسوخة بالنهي عن المزارعة وهي كراء الأرض بالثلث والربع مما تخرجه

وقيل هي من خابرت الأرض أي زارعت فيها والخبير الحراث

والمزابنة قد فسرناها

الاستذكار ج:6 ص:333

والمحاقلة قيل هي من معنى المخابرة في كراء الأرض على ما وصفنا

قيل وهي على معنى المزابنة بيع الزرع قائما بالحب من صنفه

فقد قال بن عيينة تفسير المخابرة عندهم إن

ربحـــوا فلهـــم وإن نقصـــوا فعلـــي وعليهـــم وأما كراء الأرض بالحنطة وبما يخرج منها بالطعام وغيـره فـإن الاختلاف فيـه كـثير قـديما وحـديثا وسنذكره في باب كراء الأرض من هذا الكتاب - إن شـــــــــاء اللـــــــــه تعـــــــــالى وقد فسر مالك المزابنة في الموطإ تفسـيرا منـه مـا اجتمـع العلمـاء عليـه ومنـه مـا خـالفه فيـه وذلك أنه قال وتفسير المزابنة أن كـل شـيء مـن الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابـتيع بشـيء مسـمى مـن الكيـل أو الـوزن أو العـدد قال أبو عمر هـذا مـن قـوله عنـد جمهـور العلمـاء صحيح إذا كان ممـا يؤكـل أو يشـرب ممـا يكـال أو يوزن أو كان ذهبا أو فضة وأما غير ذلـك فمختلـف فيه على ما نذكر منه كل شيء في بابه وموضعه - إن شـــــــاء اللـــــــه عـــــــز وجـــــــل إلا أن أصـل مـذهب مالـك فيمـا عـدا المـأكول والمشروب لا يـدخله مزابنـة إلا مـن جهـة القمـار والمخـاطرة والغـرر فتـدخل المزابنـة عنـده فيمـا يجوز فيه التفاضل ومـا لا يجـوز إذا كـان المقصـد فيه إلى مـا وصـفنا مـن الغـرر والقمـار والخطـر وفسر ذلك من مـذهبه فقـال فـي ((مـوطئه)) وذلك أن يقـول الرجـل للرجـل يكـون لـه الطعـام المصبر الذي لا يعلم كيله من الحنطـة أو التمـر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجـل السـلعة مـن الحنطـة أو النـوى أو القضـب أو العصـفر أو الكرسف أو الكتـان أو القـز أو مـا أشـبه ذلـك مـن السـلع لا يعلـم كيـل شـيء مـن ذلـك ولا وزنـه ولا عدده فيقول الرجل لرب تلك السلعة كـل سـلعتك هذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو عد من ذلك ما كان يعد فما نقص عـن كيـل كـذا وكـذا صـاعا لتسـمية يسـميها أو وزن كـذا وكـذا رطلا أو عدد كذا وكذا فما نقص من ذلـك فعلـي غرمـه لـك حـتى أوفيـك تلـك التسـمية فمـا زاد علـى تلـك

التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئا بشيء أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له

ما زاد على ذلك فإن نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله وذكر في هذا الباب إلى آخره ما في معنى ما ذكرنا عنه

قيل لا يخرج عن شيء مما وصفنا من أصله فلم أر وجها لذكره لأنه مسطور في ((الموطإ)) عند جميع رواته

ويشهد بقول مالك في ذلك ما تعرفه العرب في لغتها لأن المزابنة مأخوذ لفظها من الزبن وهو المقامرة والدفع والمغالبة وفي معنى القمار والزيادة والنقصان حتى لقد قال بعض أهل اللغة إن القمر مشتق من القمار لزيادته ونقصانه فالمزابنة والقمار والمخاطرة شيء متداخل المعنى متقارب

تقول العرب حرب زبون أي ذات دفع وقمار ومغالبة

قال أبو الغول الطهوي

فوارس لا يملكون المنايا إذا دارت رحى الحرب الزبونا

وقال معمر بن لقيط الإيادي

عبل الذراع أبيازا مزابنة في الحرب يختتل الرئال والسقيا

ومن هذا المعنى قول سعيد بن المسيب كان ميسر أهل الجاهلية بيع اللحم بالشاة والشاتين فأخبر سعيد أن ذلك ميسر

والميسر القمار
وأما الشافعي - رحمه الله - فقال جماع المزابنة أن ينظر كل ما عقد بيعه مما الفضل في بعضه على ببعض يدا بيد ربا فلا يجوز منه شيء يعرف كيله أو وزنه بشيء جزافا ولا جزافا بجزاف من صنفه فإما أن يقول لك أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعا فما زاد فلي وما نقص فعلي تمامها فهذا من القمار والمخاطرة وليس من المزابنة

ومن حجته أن أبا سعيد الخدري روى عن النبي أنه نهى عن المزابنة

الاستذكار ج:6 ص:335

وقال المزابنة اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل ففسرها بن عمر بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا
وروى بن جريج قال أخبرني موسى بن عقبة عن نافع عن بن عمر أن النبي نهى عن المزابنة
قال أبو عمر والمزابنة أن يبيع الرجل ثمر حائطه بتمر كيلا إن كانت نخلا أو بزبيب إن كانت كرما أو حنطة إن كانت زرعا
وروى بن عيينة عن بن جريج عن عطاء عن جابر قال المزابنة أن يبيع الثمر في رؤوس النخل بمائة فرق تمرا
فهؤلاء الثلاثة من الصحابة - رضوان الله عليهم - قد فسروا المزابنة بما تراه ولا مخالف لهم علمته والله أعلم
وهذا كله أيضا عند أبي حنيفة وأصحابه مزابنة لأنه معلوم بمجهول أو مجهول بمعلوم لا يؤمن فيه التفاضل
ولو كان مثلا بمثل جاز عند أبي حنيفة ولم يجز عند أبي يوسف ومحمد على ما قدمنا عنهم في بيع الرطب بالتمر

ومذهب أحمد بن حنبل في هذا الباب نحو مذهب الشافعي قال لا يجوز بيع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا في العرايا وبالله التوفيق وهو حسبي ونعم الوكيل

1 (14 - باب جامع بيع الثمر)

1277 - قال مالك من اشترى ثمرا من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة إنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ ء اجلا يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن وإنما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا لا بأس به فإن انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع إلا ذهبه ولا يكون بينهما بيع قال أبو عمر لأنه عنده بيع عين لا بيع صفة مضمونة في الذمة فإذا ذهبت الرواية لم يكن له إلا الثمن الذي دفع وهذا لا يجوز عند الشافعي لأنه لا يجيز بيع عين من الأعيان في شيء من

الاستذكار ج:6 ص:336

البيوع إلا أن يكون المبتاع ينظر الشيء المبيع ويتأمله ويحيط به نظره ويعلم ما تقع عليه صفته بعينه والبيع عنده على نوعين أحدهما عين مرئية يحيط بالنظر إليها المتبايعان والآخر السلم الموصوف المضمون في الذمة فأقر به البائع له على الصفة التي لزمته وقد روي عنه أنه أجاز بيع الصفة على خيار الرؤية على ما ذهب إليه الكوفيون في ذلك وسيأتي القول في بيع الصفة في موضعه بما للفقهاء فيه - إن شاء الله عز وجل وعند الكوفيين من ابتاع تمرا أو لبنا لم يره على

صفة ذكرت لم يلزمه شيء منه حتى ينظر إليه فيختاره أو يرده
وهذا عندهم من باب بيع الموصوف على خيار الرؤية
قال مالك وأما كل شيء كان حاضرا يشترى على وجهه مثل اللبن إذا حلب والرطب يستجنى فيأخذ المتباع يوما بيوم فلا بأس به
قال أبو عمر هذا لا خلاف فيه إذا اشترى على وجهه بعد النظر إليه وقد حلب اللبن وجني التمر
قال مالك فإن فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له أو يأخذ منه المشتري سلعة بما بقي له يتراضيان عليها ولا يفارقه حتى يأخذها فإن فارقه فإن ذلك مكروه لأنه يدخله الدين بالدين وقد نهي عن الكالىء بالكالىء فإن وقع في بيعهما أجل فإنه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح إلا بصفة معلومة إلى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها
قال أبو عمر قوله إن فني اللبن أو الفاكهة قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى من ذلك رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له فلأنه على ما ذكره في الراوية من الزيت تنشق ويذهب زيتها وقد قبض المشتري بعد ما عقد عليه صفقته من تلك الراوية ينفسخ البيع فيما لم يقبض ولا يلزم للبائع أن يأتيك بمثله لأنه ليس بسلم

مضمون عليه في ذمته فإذا انفسخ البيع فيما وصفنا رجع بحصته من الثمن لأنه الا واجب له وإذا وجب له كان له أن يأخذ فيه ما شاء من السلع تاجرا وإن أخذه دخله الدين بالدين لأنه دين وجب له في ذمة الذي قبض منه ثمن ما لم يوف البدل منه فإن أخذه بما يأخذ منه كان كمن قد فسخ دينه

ذلـــــــــــــــــــــك بـــــــــــــــــــــدين
وأما قوله ((وإن وقع فـي بيعهمـا أجـل)) إلـى آخر كلامه فإنما كـره ذلـك لأن الأعيـان المبيعـة لا يجوز الاشتراط في قبضها إلا بصفة معلومة إلا ما كان في العقار المـأمون ومـا أشـبهه وإنمـا يصـح الأجل في بيع الصفات المضمومات وهـي السـلم المعلوم فـي صـفة معلومـة وكيـل معلـوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم وهذا لا يجوز عند الجمهـور في حائط معلوم بعينه ولا في ثمن لبـن بأعيانهـا وقد روي عن مالك أن السلم في حنطة فديـة كـذا معينة إذا كانت كثيرة لا تختلـف فـي الأغلـب جـائز وأصل مذهبه مـا فـي ((الموطـإ)) كراهـة ذلـك لأنـــــــــــــــــــــــه غـــــــــــــــــــــــرر
وقـد كـان الشـافعي يقـول مـن شـرائط المسـلم الذي به يصلح أن يكون ما أسـلم فيـه مـن الطعـام يقـــــول فيـــــه مـــــن حصـــــاد عـــــام كـــــذا
وأنكره الكوفيون وجعلوه من باب سـلم فـي عيـن معدومة غير مضمونة وهو غير جـائز عنـد الجميـع قال أبو عمر لا يختلفون في قليل جواز الغرر لأنه لا يسلم منه بيع ولا يمكن الإحاطـة بكـل المـبيع لا ينظر ولا بصـفة والأغلـب فـي العـام السـلامة إن يكن في تلك كان في آخر ويأتي هذا فـي موضـعه إن شـــــــاء اللـــــــه عـــــــز وجـــــــل
وسئل مالك عن الرجل يشتري من الرجل الحـائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكبيس والعـذق وغير ذلـك مـن ألـوان التمـر فيسـتثني منهـا ثمـر النخلة أو النخلات يختارهـا مـن نخلـة فقـال مالـك ذلك لا يصلح لأنه إذا صنع ذلك ترك ثمر النخلـة مـن العجوة ومكيلـة ثمرهـا خمسـة عشـر صـاعا وأخـذ مكانها ثمر نخلة من الكبيس ومكيلة ثمرها عشـرة أصوع فإن اخـذ العجـوة الـتي فيهـا خمسـة عشـر صاعا وترك التي فيها عشـرة اصـوع مـن الكـبيس فكأنه اشترى العجوة بالكبيس متفاضلا

قال أبو عمر لا أعلم خلافا بين فقهاء الأمصار انه لا يجوز لأحد أن يستثني ثمر نخلات معدودات من حائط رجل غير معينات يختارها من جميع النخل وكذلك لا يجوز ذلك عندهم في ألوان النخيل ولا في الثياب ولا في العبيد ولا في شيء من الأشياء لأنه بيع وقع على ما لم يره المتبايعان بعينه ومعلوم أن الاختيار لا يكون إلا فيما بعضه خير من بعض وأفضل ولم يفسد البيع في ذلك من جهة ما ذكره مالك أنه يدخله بيع الثمر بالتمر متفاضلا وذكر مالك بعد هذه المسألة قال وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكبيس عشرة آصع وجعل صبرة العذق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر دينارا على أنه يختار فيأخذ أي تلك الصبر شاء قال مالك فهذا لا يصلح

قال أبو عمر كذلك لا يصلح عند كل من ذكرنا قوله من العلماء في المسألة الأولى ولا يجوز عندهم للبائع أن يستثني من غنم فيبيعها أو ثياب أو عبيد أو غير ذلك واختار ذلك مالك

واختلف مالك وبن القاسم في الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثني منه تمر نخلات يختارها فقال مالك ذلك جائز رواه بن وهب وبن القاسم وأشهب وغيرهم عنه

قال مالك وذلك بمنزلة الغنم يبيعها على أن يختار منها غنما فيستثنيها لنفسه

وهذه المسألة ذكر فيها بن القاسم أربعين يوما فقال بن القاسم ولا يعني قوله هذا لأن الغنم بعضها ببعض متفاضلا جائز والتمر لا يجوز فيه التفاضل

قال بن القاسم ولم أر أحدا من أهل المعرفة

يعجبه ذلك من قولهم قال أبو عمر لم يختلف مالك وأصحابه أن المستثني للجنين في بطن أمه إذا باع الأم كالمشتري له لا يجوز ذلك لها ولم يختلفوا أنه لا يجوز لأحد أن يشتري تمرا من نخلات معدودات يختارها من حائط بعينه

الاستذكار ج:6 ص:339

واختلفوا في استثناء البائع لها من تمر الحائط فلم يجعله مالك كالمشتري لها ولم يختلفوا في الثياب والغنم أنه جائز للبائع لها من حائطه أن يستثني منها عددا
وأما الفقهاء - أئمة الفتوى بالعراق والحجاز والشام فلا يجيزون شيئا من ذلك كله لأن ما عدا المستثنى مجهول وبيع المجهول لا يجوز عند جميعهم
وسئل مالك عن الرجل يشتري الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له إذا ذهب رطب ذلك الحائط قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من دينار إن كان أخذ بثلثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار الذي بقي له وإن كان أخذ ثلاثة أرباع دينار رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ بما بقي له من دينار عند صاحب الحائط ما بدا له إن أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فإن أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه
قال أبو عمر لأنه إن فارقه قبل أن يستوفي ذلك منه عند الكالئ بالكالئ
قال مالك وإنما هذا بمنزلة أن يكري الرجل الرجل راحلته بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو النجار أو العمال لغير ذلك من الأعمال أو يكري مسكنه ويستلف إجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن إلى

الذي سلفه ما بقي من كراء الراحلة أو إجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك إن كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وإن كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك يرد إليه ما بقي له قال أبو عمر هذا ما لا خلاف فيه فيسقط عنه الكلام عليه فقد اختلف قول مالك وأصحابه فيمن سلم في فاكهة فانقضى أيامها قبل أن يستوفي ما أسلم فيه منها فذكر سحنون عن بن القاسم أن مالكا اختلف قوله في ذلك فمرة قال يصبر فيما بقي له من السنة إلى السنة القابلة ثم رجع فقال لا بأس أن يأخذ بقية راس ماله قال بن القاسم وأنا أرى أنه بالخيار إن ش اء أن يؤخره بما بقي عليه من الفاكهة إلي قابل أخره وإن شاء أخذ بقية رأس ماله وقال سحنون ليس لواحد منهما خيار وإنما له أن يأخذ حقه من الفاكهة متأخرة إلى قابل ولو كان له خيار لكان فسخ الدين في الدين

الاستذكار ج:6 ص:340

وقال أشهب هما مجبوران على الفسخ ولا يجوز لهما التأخير وأما الشافعي فقال من أسلم في رطب أو عنب فنفد حتى لا يبقى منه بالبلد الذي سلف منه شيء كان المسلف منه بالخيار بين أن يرجع بما بقي من سلفه حصته أو يؤخر ذلك إلى رطب قابل

قال وقد قيل ينفسخ بحصته والله أعلم قال أبو عمر إذا انفسخ ارتفع الخيار ولم يكن له إلا أخذ رأس ماله أو ما بقي له منه بعد المحاسبة وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إذا لم يقبض المسلم السلم حتى فات ولم يوجد مثله فالمسلم بالخيار - إن شاء فسخ السلم واسترجع رأس ماله

وإن شاء صبر إلى وجود مثله فإن صبر إلى وجود مثله أخذ المسلم إليه به حينئذ قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه عند دفعه الذهب إلى صاحبه لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل أسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فإنه إذا صنع ذلك كان إنما يسلفه ذهبا على أنه إن وجد تلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمى له فهي له بذلك الكراء وإن حدث بها حدث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده قال مالك وإنما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمرا معلوما وإنما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقد أثمانهما فإن حدث بهما حدث من عهدة السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق قال أبو عمر قد مضى القول في عهدة الرقيق ولم يخف مالك - رحمه الله - أن يدخل في عهدة السنة معنى البيع والسلف

الاستذكار ج:6 ص:341

لأن ذلك كالنادر وخافه فيمن شرط النقد في عهدة الثلاث فلم يجزه وكذلك في المواضعة

1278 - قال مالك ومن استأجر عبدا بعينه أو تكارى راحلة بعينها إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة إلى ذلك الأجل فقد عمل بما لا يصلح لا

هو قبض ما استكرى أو استأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامنا على صاحبه حتى يستوفيه قال أبو عمر أما قوله لا يصلح التسليف في شيء بعينه فإن الأمة مجتمعة على أن السلف لا يكون في شيء بعينه وإنما التسليف في صفة معلومة لا يستكيل كيلا أو وزنا أو شيئا موصوفا مضمونا في الذمة إلى أجل معلوم وسنبين ذلك في باب السلم إن شاء الله عز وجل وأما قوله إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه والمعنى في ذلك أن من اشترى شيئا بعينه لا يمكن قبضه رجعة واحدة وإنما يقبض شيئا بعد شيء في الرطب وما كان مثله أو كإجازة العبد أو الدابة فإنه لا يجوز أن يشتريه بدين إلى أجل أنه كالدين بالدين ولا يجوز أن يشتريه بنقد ولا يشرع في قبض ما يمكن قبضه أو قبض أصله الذي إليه ذهب وإليه يقصد إلى شراء منفعته كالإجارة لأنه إن لم يقبضه لم يؤمن عليه الهلاك قبل القبض فيكون البائع قد انتفع بالثمن من غير عوض وأنه أيضا يشبه البيع والسلف المنهي عنه ولا أعلم خلافا أنه لا يجوز شراء عين مرئية غير مأمون هلاكها بشرط تأخير قبضها إلى أجل لا يؤمن قبله ذهابها لأنه من بيوع الغرر المنهي عنها

وقد أجمعوا أن من شرط بيع الأعيان تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة فيه نقدا كان الثمن أو دينا إلا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية المرتفعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد وأبى ذلك جمهور أهل العلم لما في ذلك من عدم التسليم إلى ما يدخله من الدين في الدين وسيأتي القول في ذلك عند ذكره - إن شاء الله

تعـــالى
ومن معنى هذا الباب - أيضا ما نذكره فيه

كان بن القاسم لا يجيز عن أحد أن يأخذ من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بدا صلاحه ولا سـكنى دار ولا جارية يتواضـع ويـراه مـن بـاب الـدين بالـدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا مـن فسـخ الدين بالدين وإنما الدين بالدين ما لـم يشـرع فـي أخـــــــــــــذ شـــــــــــيء منـــــــــــه
وهذا هو القياس ألا يكون دينا بدين إلا مـا اعـترف الـــــــــــــــــــدين طرفيـــــــــــــــــه
وكـان الأبهـري يقـول القيـاس مـا قـاله أشـهب وهو قول الكوفي والشافعي إذا قبض فـي الـدين ما يبرئه إليه غريمه مما يقبض له مثلـه فقـد خـرج مـــــــن الـــــــــدين فـــــــي الـــــــــدين
وفــي ((المدونــة)) قــال مالــك كــان النــاس يبتاعون اللحم بسعر معلوم فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما والثمـن إلـى العطـاء ولـم يـر النـاس بـــــــــــــــــــذلك بأســـــــــــــــــــا
قال واللحم وكل ما يتبـايعه النـاس فـي الأسـواق فهو كذلك وإن كان الثمن إلى أجـل ولـم يـره مـن الـــــــــــــــــــدين بالـــــــــــــــــــدين
وروى أبو زيد عن بـن القاسـم أن ذلـك لا يجـوز إلا فيمـا يخشـى عليـه الفسـاد إذا أخـذ جميعـه مثـل الفاكهـة وأمـا القمـح ومـا كـان مثلـه فلا يجـوز
قال أبو عمر هذا لا يجوز عنـد الشـافعي وجمهـور العلماء لأن المتبايعين إذا تبايعا بدين وافترقا ولم يقبض المبتاع جميع ما ابتاعه فهو فيما لم يقبضـه ديـــــــــــــــــن بـــــــــــــــــدين
وجملة قول مالك في هذا الباب أنه جائز عنـده أن يسلم الرجل إلـى الرجـل فـي فاكهـة فـي أوانهـا ولبن في أوانه أو لحم موصوف أو كباش موصوفه أو أرادب من قمح معلومة وما أشبه هذا كلـه علـى

أن يشرع في قبض ما اشترى ويقبض في كل يوم شيئا معلوما ولا بأس عنده أن يتأخر النقد فيه إلى غير الأجل البعيد فإن لم يشرع في القبض كل يوم عندما سلف وكان في ذلك تأخير لم يجز أن يتأخر الثمن

1 (15 - باب بيع الفاكهة)

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن من ابتاع شيئا من الفاكهة من رطبها أو يابسها فإنه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيء منها بعضه ببعض إلا يدا بيد وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض إلا يدا بيد ومثلا بمثل إذا كان من صنف واحد فإن كان من صنفين مختلفين فلا

الاستذكار ج:6 ص:343

بأس بأن يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح إلى أجل وما كان منها مما لا ييبس ولا يدخر وإنما يؤكل رطبا كهيئة البطيخ والقثاء والخربز والجزر والأترج والموز والرمان وما كان مثله وإن يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فاكهة قال فأراه حقيقا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فإذا لم يدخل فيه شيء من الأجل فإنه لا بأس به

قال أبو عمر أما بيع الفاكهة رطبها ويابسها فلا أعلم خلافا بعين فقهاء العراق والحجاز والشام والمشرق والمغرب أنه لا يباع شيء منها قبل القبض وهو الاستيفاء وقبض الشيء منها أن يبرأ البائع منه إلى مبتاعه ويمكنه من قبضه

والأصل في ذلك نهي رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفي وسيأتي هذا الحديث في موضعه من هذا الكتاب

والقول فيه - إن شاء الله عز وجل وما يدخر من المأكول وما لا يدخر طعام كله فواجب إلا يباع شيء منه حتى يستوفي وأما التفاضل في المأكول والمشروب فالذي ذهب إليه مالك وأصحابه في ذلك هو أن كل ما يؤكل أو يشرب إذا كان يدخر وييبس في الأغلب فإن الربا فيها يدخله إذا كان واحدا من وجهين وهما التفاضل والنسيئة فإن كانا جنسين مختلفين فلا ربا فيهما إلا في النسيئة وجائز بيع بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد وأما ما لا ييبس ولا يدخر مثل التفاح والإجاص والكمثري والرمان والخوخ والموز والبطيخ وما أشبه ذلك مما قد اختلفت أسماؤه فلا بأس بالتفاضل فيه يدا بيد جنسا واحدا كان أو جنسين والجنس هو الصنف عندهم فالرمان صنف غير التفاح والتفاح صنف غير الخوخ وما أشبه ذلك على عرف الناس

الاستذكار ج:6 ص:344

وأصل ما ذهب إليه مالك في ذلك ما نقلته الكافة وروته الجماعة من نقل العدول من حديث عبادة وغيره أن رسول الله ﷺ قال ((الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد ومن زاد أو ازداد فقد أربى وبيع الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد))
فلم يذكر من الطعام إلا ما يدخر ويبيس وحرم في الجنس الواحد التفاضل والنسيئة معا وفي الجنس حرم النسيئة فقط وبالله التوفيق
وأما الشافعي فالمأكول كله والمشروب كله كان مما يدخر أو لم يكن لا يجوز عنده شيء منه بشيء من جنسه وصنفه متفاضلا لا يجوز عنده رمانة برمانتين ولا تفاحة بتفاحتين ولا بطيخة

ببطيختين يدا بيد ويدخله الربا في الجنس الواحد في الوجهين النسيئة والتفاضل على حسب ما هو عند مالك فيما يدخر من الطعام فإذا اختلف الجنسان جازا متفاضلين يدا بيد والطعام المدخر وغير المدخر والمقتات وغير المقتات من المأكولات عنده سواء لا يجوز منه شيء بأكثر من وزنه إن كان يوزن أو كيله إن كان يكال وفي الجنس الواحد وإذا اختلف الجنسان جاز التفاضل دون النسيئة

والخلاف بينه وبين مالك في هذا الباب إنما هو فيما يدخر من الفاكهة وما أشبهها واختلف قول مالك وأصحابه في البيض على قولين

أحدهما أنه لا يجوز فيه التفاضل يدا بيد والأخرى أنه يجوز متفاضلا يدا بيد والمشهور من مذهبه أن البيض مما يدخر لا يجوز منه واحدة باثنتين وأجاز بيع الصغير بالكبير منه وقال في بيض الدجاج والأوز وبيض النعام إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل جاز

وأما أبو حنيفة وأصحابه فالجنس عندهم بانفراده تحرم فيه النسيئة

وكذلك الكيل والوزن كل واحد منهما بانفراده تحرم فيه النسيئة

الاستذكار ج:6 ص:345

وأما التفاضل فلا يحرم إلا بإجماع الجنس والكيل والوزن فلا يجوز عندهم العصفر بالعصفر ولا القطن بالقطن ولا الحديد بالحديد إلا مثلا بمثل يدا بيد كالمأكول عند الجميع من الجنس الواحد فإن اختلف الجنسان جاز فيهما التفاضل دون النسيئة كالذهب والورق

وروي عن عمار بن ياسر من طريق ليس بالقوي جدا أنه قال كل ما كيل أو وزن ألا يباع صنف منه بصنف آخر إلا مثلا بمثل وما لا يكال ولا يوزن فلا

ربا فيه إلا في النسيئة
وهو قول إبراهيم
وأجاز أبو حنيفة وأصحابه بيع تمرة بتمرتين وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين إذا كانت شيئا بعينه قد خرج على الكيل والوزن
وهو قول الأوزاعي في البيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين
وقال الشافعي والثوري لا يجوز تمرة بتمرتين ولا بتمرة أكبر منها لأن الأصل في التمر تحريم التفاضل
واحتج من أجاز ذلك بأن مستهلك التمرة والتمرتين يلزمه فيها القيمة دون المثل لأنه لا مكيل ولا موزون لأن أصله الكيل ولا يدرك بالكيل ولا يصرف المكيل عندهم إلى الوزن
وقال بن أبي ليلى لا يجوز رطل سمك برطلين
وأما أحمد بن حنبل فقال لا أنظر في هذا الباب إلى الكيل والوزن إذا كان مما لا يؤكل ولا يشرب ولا ينظر إلى ما يؤكل ويشرب إذا كان مما لا يأخذه الكيل والوزن وإنما الربا فيما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب على قول سعيد بن المسيب وما عدا ذلك فلا بأس به يدا بيد ونسيئة
وهذا كان قول الشافعي ببغداد ثم ضم بمصر إلى ما يكال أو يوزن ما لا يؤكل أو يشرب وإن كان مما لا يوزن ولا يكال لنهي رسول الله ﷺ عن الطعام بالطعام إلى مثلا بمثل
وهذا محمول على الجنس الواحد بدليل قوله ﷺ ((الذهب بالورق والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد إلا ما اختلفت ألوانه)) وسنذكر الحديث في ذلك في باب بيع الطعام - إن شاء الله عز وجل

الاستذكار ج:6 ص:346

قال أبو عمر قول سعيد بن المسيب لا ربا إلا في كذا يدل على أن ذلك توقيف لا رؤيا والله أعلم

وسيأتي حديثه ذلك في موضعه إن شاء الله عز وجل

1 (16 - باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا)

1279 - مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال أمر رسول الله ﷺ السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا أو كل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله ﷺ ((أربيتما فردا))

قال أبو عمر السعدان سعد بن مالك وسعد بن عبادة وقد ذكرنا في ((التمهيد)) شاهد ذلك ومعنى هذا الحديث يتصل من حديث عبادة وغيره عن النبي ﷺ

وأجمع العلماء على أن الذهب تبره وعينه سواء لا يجوز التفاضل في شيء منه وكذلك الفضة بالفضة تبرها وعينها ومصنوع ذلك كله ومضروبه لا يحل التفاضل في شيء منه وعلى ذلك مضى السلف من العلماء والخلف إلا شيئا يسيرا يروى عن معاويه من وجوه أنه كان لا يرى الربا في بيع العين بالتبر ولا بالمصنوع وكان يجيز في ذلك التفاضل ويذهب إلى أن الربا لا يكون في التفاضل إلا في التبر بالتبر وفي المصنوع بالمصنوع وفي العين بالعين

ألا ترى ما ذكره مالك في هذا الباب

1280 - عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا فقال أبو

الـدرداء مـن يعـذرني مـن معاويـة أنـا أخـبره عـن رسول الله ﷺ ويخبرني عن رأيه

الاستذكار ج:6 ص:347

لا أساكنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الـدرداء علـى عمر بـن الخطـاب فـذكر ذلـك لـه فكتـب عمـر بـن الخطاب إلى معاوية أن لا تـبيع ذلـك إلا مثلا بمثـل وزنـــــــــــــــــــا بـــــــــــــــــــوزن وتمام الحديث يأتي بعد هذا - إن شـاء اللـه تعـالى قال أبو عمر السنة المجتمع عليها من نقل الآحـاد ونقـل الكافـة خلاف مـا كـان يـذهب إليـه معاويـة أخبرنا عبد الوارث بن سفيان قـال حـدثني قاسـم بن أصبغ قال حدثني محمد بن الجهم قال حـدثني عبد الوهاب قال أخبرنا سعيد بن أبـي عروبـة عـن قتـادة عـن مسـلم بـن يسـار عـن أبـي الأشـعث الصنعاني عن عبادة بن الصامت وكان عقبيا بـدريا أحديا نقيبا من نقباء الأنصار بـايع رسـول اللـه ﷺ على أن لا يخاف في الله لومـة لائـم قـام بالشـام خطيبا فقال أيها الناس إنكـم قـد أحـدثتم بـدعا لا أدري ما هي إلا أن الفضة بالفضة وزنا بوزن تبرها أو عينها والذهب بالذهب وزنا بوزن تـبره أو عينـه وذكـــــــــر تمـــــــــام الحـــــــــديث ورواه همام عن قتادة عن أبي الخليل عـن مسـلم المكي عن أبي الأشعث الصـنعاني عـن عبـادة بـن الصامت أن رسول الله ﷺ قال ((الذهب بالـذهب تبرها وعينها والفضـة بالفضـة تبرهـا وعينهـا)) وذكر تمام الحديث فـي بـاب الطعـام بالطعـام إن شـــــاء اللـــــه عـــــز وجـــــل وحـدثني عبـد الـوارث قـال حـدثني قاسـم قـال حدثني أحمد بن زهير قـال حـدثني عبيـد اللـه بـن عمر قال حدثني حماد بن زيد عـن أيـوب عـن أبـي قلابة قال كنت في حلقة بالشام فيهـا مسـلم بـن

يسار فجاء أبو الأشعث فقلت له حدث أخانا حـديث عبادة قال غزونا غزاة وعلى الناس معاوية فغنمنا غنائم كثيرة فكان فيما غنمنا آنية من فضـة فـأمر معاوية رجلا أن يبيعها في أعطيات الناس فتنـازع الناس في ذلك فبلغ عبادة بن الصامت ذلك فقـال إني سمعت رسول الله ﷺ ينهـى عـن بيـع الـذهب بالـذهب والفضـة بالفضـة والـبر بـالبر والشـعير بالشـعير والتمـر بـالتمر والملـح بالملـح إلا سـواء بسواء عينا بعين من زاد وازداد فقد أربى)) فبلغ ذلك معاوية فقام خطيبا فقال ما بال رجال

الاستذكار ج:6 ص:348

يحدثون عن رسول الله ﷺ أحاديث قد كنا نشـهدها ونصـحبه فلـم نسـمعها منـه فقـام عبـادة فأعـاد القصة ثم قال والله لنحدثن بما سمعنا من رسول الله ﷺ وإن كره معاوية وقال وإن زعـم معاويـة لا أبـالي أن أصـحبه فـي جنـده ليلـة سـوداء حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قال حـدثني قاسـم بـن أصـبغ قـال حـدثني محمـد بـن وضـاح قـال حـدثني أبـو بكـر بـن أبـي شـيبة قـال حدثني أحمد بن إسحاق عن وهيب عـن يحيـى بـن أبي إسحاق عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيـه قال نهانا رسول اللـه ﷺ أن نـبيع الـذهب بالـذهب والفضة بالفضـة إلا سـواء بسـواء وأمرنـا أن نـبيع الـذهب بالفضـة كيـف شـئنا - يعنـي - يـدا بيـد ومـن اصـح مـا فـي هـذا البـاب حـديث 1281 - مالك عن نافع عن أبي سـعيد الخـدري أن رسول الله ﷺ قـال (لا تـبيعوا الـذهب بالـذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعـض ولا تـبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعـض ولا تـبيعوا منهـا شـيئا غائبـا بنـاجز))

1282 - ومثله أيضا حديث مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد أنه قال كنت مع عبد الله بن عمر فجاءه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن إني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا إلينا وعهدنا إليكم ألا ترى أن بن عمر جعل قول النبي ﷺ ((الدينار بالدينار)) بما فهم من

الاستذكار ج:6 ص:349

مخرجه كالمصوغ بالدنانير وأرسله حجة على ذلك وقال أنه عهد النبي ﷺ ولو لم يكن في هذا الباب إلا حديث نافع عن أبي سعيد الخدري كان حجة بالغة لثبوته وبيانه وقد رواه بن عمر عن أبي سعيد الخدري ومع بن عمر كان نافع إذ سمعه من أبي سعيد وكذلك رواه أيوب وعبيد الله ويحيى بن أبي كثير وغيرهم عن نافع قال دخلت مع بن عمر على أبي سعيد فذكر الحديث وقد ذكرته بطرقه في ((التمهيد))

وفيه تحريم الشفوف بعضها على بعض في الذهب بالذهب والورق بالورق وكذلك يقتضي قليل الزيادة وكثيرها

وأما قوله فيه ولا يباع منها غائب بناجز فقد اختلف العلماء من معناه في تعاطي الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير وسنذكره في باب بيع الطعام إلى أجل بطعام لأن فيه القول في تقاضي الطعام

واختلفوا من ذلك في الدينين يصارف عليهما

فقال مالك من كان له على أحد دراهم وعلى الآخر دنانير جاز أن يشتري أحدهما ما عليه بما على الآخر من الافتراق وإن كانا لم يفترقا وهو قول بن القاسم
وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز في الحال ولا في غير الحال لأنه غائب بغائب وإذا لم يجز غائب بناجز أحرى أن لا يكون غائبا بغائب وهو قول بن وهب وبن كنانة
وقد روي عن الشافعي في ذلك مثل قول مالك وبن القاسم
قال أبو عمر إذا اجتمع المتصارفان فالذمم كالعين إذا لم يفترقا إلا وقد تفاضلا في صرفها ذلك
يشهد له حديث بن عمر كنت أبيع الإبل بالبقيع فآخذ من الدنانير دراهم الحديث نذكره عند ذكرنا تقاضي الطعام من ثمن الطعام إن شاء الله عز وجل
ومن معنى حديث بن عمر عن الصائغ مسألة رواها جماعة من أصحاب مالك وهي مسألة سواء منكرة لا يقول بها أحد من فقهاء المسلمين

وقد روي عن كثير من أصحاب مالك وبعضهم يرويه عن مالك في التاجر يحفزه الخروج وبه حاجة إلى دراهم مضروبة أو دنانير مضروبة فيأتي دار الضرب بفضته أو ذهبه فيقول للضراب خذ فضتي هذه أو ذهبي وخذ قدر عمل يدك وادفع إلي دنانير مضروبة في ذهبي أو دراهم مضروبة في فضتي هذه لأني محفوز للخروج وأخاف أن يفوتني من أخرج معه قال إن كان ذلك لضرورة خروج الدفعة ونحو ذلك فأرجو ألا يكون به بأس وقال سحنون عن بن القاسم أراه خفيفا للمضطر ولذي الحاجة

وقال بن وهب وذلك ربا فلا يحل منه شيء
وقال عيسى بن دينار لا يصلح هذا ولا يعجزني
وقال سائر الفقهاء لا يجوز شيء من ذلك وهو ربا
لأنه أعطى في المضروب أكثر من وزن الفضة
ومن ازداد فقد أربى
وفي قوله في حديث مالك عن يحيى بن سعيد
((أربيتما فردا)) دليل على أن البيع الحرام
مردود أبدا فإن فات رجع فيه إلى القيمة عند
الفقهاء
1283 - مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي
الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول
الله ﷺ قال ((الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا
فضل بينهما))
1284 - مالك أنه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر
أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله ﷺ ((
لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين
))
وهذا الحديث قد ذكرناه مسندا متصلا في
((التمهيد)) ومعناه في هذا الباب مسند ثابت
قديم
وأما قوله فيه بالدينارين وبالدرهمين لفظ مجمل
تفسيره قوله ﷺ ((ولا تشفوا بعضها على بعض)
) وقوله عليه الصلاة والسلام ((من زاد فقد
أربى))
ولا أعلم خلافا بين أئمة الأنصار بالحجاز والعراق
وسائر الآفاق في أن

الدينار لا يجوز بيعه بالدينارين ولا بأكثر منه وزنا
ولا الدرهم بالدرهمين ولا بشيء من الزيادة عليه
إلا ما كان عليه أهل مكة قديما وحديثا من إجازتهم
التفاضل في ذلك إذا كان يدا بيد أخذوا ذلك عن بن

عباس - رضي الله عنه - فإنه كان يقول لا بأس بالدرهم بالدرهمين وإنم ا الربا في النسيئة لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال ((لا ربا إلا في النسيئة)) حدثناه عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن إسماعيل قال حدثني الحميدي قال حدثني سفيان بن عيينة عن عبيد الله بن أبي يزيد قال سمعت بن عباس يقول أخبرني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال ((إنما الربا في النسيئة)) قال قاسم وحدثني محمد بن عبد السلام الخشني قال حدثني بن أبي عمر العدني قال حدثني سفيان بن عيينة فذكره وروي ذلك عن بن عباس عن أسامة بن زيد من وجوه منها ما رواه بن عيينة عن خالد الحذاء عن عكرمة عن بن عباس عن أسامة بن زيد عن النبي عليه الصلاة والسلام قال أبو عمر لم يتابع بن عباس على تأويله في قوله في حديث أسامة هذا أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من بعدهم من فقهاء المسلمين إلا طائفة من المكيين أخذوا ذلك عنه وعن أصحابه وهم محجوجون بالسنة الثابتة التي هي الحجة على من خالفها وجهلها وليس أحد بحجة عليها وقد روي عن بن عباس أنه رجع عن ذلك وقال لا علم لي بذلك إنما أسامة بن زيد أخبرني أن رسول الله ﷺ قال ((إنما الربا في النسيئة)) وروى معمر عن عمرو بن دينار عن أبي صالح قال لقي أبو سعيد الخدري بن عباس فقال له أرأيت ما تفتي به الناس من الصرف أشيء وجدته في كتاب الله أم سنة من رسول الله ﷺ قال ولا في كليهما وأنتم أصحاب رسول الله أعلم به مني

ولكن أسامة بن زيد أخبرني أنه سمع رسـول اللـه ﷺ يقول ((الربا في النسيئة

الاستذكار ج:6 ص:352

ورواه بن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبـي صـالح عـــــن أبـــــي ســـــعيد مثلـــــه
وقال بن عيينة قال بن عباس سددت عليكم أبواب الربـــا فأنشـــأتم تطلبـــون مخارجهـــا
قال أبو عمر حديثه عن أسامة صحيح ولكنه وضـعه غير موضعه وحمله على غير المعنى الذي لـه أتـى ومعنى الحديث عند العلماء أنـه خـرج علـى جـواب سائل سأل عـن الـذهب بـالورق أو الـبر بـالتمر أو نحو ذلك مما هو جنسان فقال رسول الله ﷺ((لا ربا إلا في النسيئة)) فسمع أسـامة كلام رسـول الله ﷺولم يسمع سؤال السـائل فنقـل مـا سـمع واللـــــــــــــــــه أعلـــــــــــــــم
والدليل على صحة هذا التأويـل إجمـاع النـاس مـا عدا بن عباس عليه وما صح عن النبي ﷺأنه قال ((الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهمـا)) وقوله عليه السلام ((لا تبيعوا الذهب بالذهب والفضة بالفضـة إلا مثلا بمثـل يـدا بيـد ولا تـبيعوا بعضـــــــــها علـــــــــى بعـــــــــض))
رواه أبــو ســعيد الخــدري وغيــره عــن النــبي ﷺ
وقد حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم بـن أصـبغ قـال حـدثنا بكـر بـن حمـاد قـال حـدثنا المسدد قال حدثنا حماد عن سـليمان الريعـي عـن أبـي الجـوزاء قـال سـمعت بـن عبـاس وهـو يـأمر بالضرب الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين يدا بيد فقدمت العراق فابتليت الناس بذلك ثم بلغنـي أنه نزل عن ذلك فقدمت مكة فسـألته فقـال إنمـا كان ذلك رأيا مني وهذا أبو سعيد يحدث عن النــبي

بـــــــــــــــــالنهي عنـــــــــــــــــه
وروى بن عيينة عن فرات القزاز قال دخلنـا علـى سـعيد بـن جـبير نعـوده فقـال لـه عبـد الملـك بـن ميسرة الـرزاد كـان بـن عبـاس نـزل عـن الصـرف فقال سعيد عهدي به قبل أن يموت بسته وثلاثيـن يومـــا وهـــو يقـــوله ومـــا رجـــع عنـــه
قال أبو عمر رجع بـن عبـاس أو لـم يرجـع بالسـنة كفاية عن قول كل أحد ومـن خالفهـا جهلا بهـا رد إليهـــا
قال عمر بن الخطاب ردوا الجهـالات إلـى السـنة
وروى بن علية عن خالد عن بن سيرين عن الهذيل بن أخيه عن بن عباس عـن الصـرف فرجـع فقلـت إن الناس يقولون فقال الناس يقولون ما شاؤوا

الاستذكار ج:6 ص:353

وروى الثوري عن أبي هاشم الواسـطي عـن زيـاد قال كنت مع بـن عبـاس فـي الطـائف فرجـع عـن الصـــرف قبـــل أن يمـــوت بســـبعين يومـــا
وروى هشيم عـن أبـي حـرة قـال سـأل رجـل بـن سيرين عن شيء فقال لا علم لي به فقال الرجل أحب أن تقول فيه برأيك فقال إني أكره أن أقـول فيه برأيي فربما قلـت فيـه برأيـي ثـم فسـد إلـى غيره فأطلبك فلا أجدك إن بن عباس قـد رأى فـي الصـــــرف رأيـــــا ثـــــم رجـــــع عنـــــه
وأما حديث مالك عن زيد بن أسـلم عـن عطـاء بـن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بـأكثر من وزنها فقد ذكرناه فيمـا تقـدم مـن هـذا البـاب إلى قول أبـي الـدرداء لمعاويـة لا أسـاكنك بـأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بـن الخطـاب فذكر ذلك له فكتب عمر إلى معاويـة ألا يـبيع ذلـك إلا مثلا بمثـــــــل وزنـــــــا بـــــــوزن
قال أبو عمر لا أعلم هذه القصة روي أنها عرضـت لمعاوية مع أبي الدرداء إلا من حديث زيد بن أسلم

عن عطاء بن يسار لم يروه من وجه آخر فيما علمت وليست محفوظة معروفة إلا لمعاوية مع عبادة بن الصامت
قال حدثني أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثنا الحارث بن أبي أسامة قال حدثنا يزيد بن هارون قال حدثنا إسماعيل بن خالد عن حكيم بن جابر عن عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ((الذهب بالذهب مثلا بمثل الكفة بالكفة والفضة بالفضة مثلا بمثل الكفة بالكفة والبر بالبر مثلا بمثل يدا بيد والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد قال حتى ذكر الملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد قال معاوية إن هذا لا يقول شيئا فقال عبادة إني - والله - ما أبالي ألا أكون بأرضكم
وروى عبد الرزاق عن الثوري عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت قال كان معاوية يبيع الآنية من الفضة بأكثر من وزنها فقال عبادة سمعت رسول الله ﷺ يقول ((الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن)) وذكر تمام الحديث يأتي في باب البر بالشعير إن شاء الله تعالى
والقصة بذلك سواء ترد عن عبادة مع معاوية فذكرنا كثيرا منها في ((التمهيد)) في حديث خلف بن قاسم قال حدثني عبد الرحمن بن عمر البجلي قال حدثني أبو زرعة الدمشقي قال حدثني محمد بن المبارك عن يحيى بن حمزة عن برد بن سنان عن إسحاق بن قبيصة بن ذؤيب أن عبادة بن الصامت أنكر على معاوية

شيئا فقال لا أساكنك بأرض أنت بها ورحل إلى المدينة فقال له عمر ما أقدمك فأخبره فقال

أرجع إلى مكانك فقبح الله أرضا لست أنت فيها ولا أمثالك وكتب إلى معاوية لا إمارة لك عليه قال أبو عمر في هذا الموضع في هذا الباب 1285 ـ 1286 - عن نافع عن بن عمر وعن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا شيئا منها غائبا بناجز وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره إني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا
1287 - مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد أنه قال قال عمر بن الخطاب الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم والصاع بالصاع ولا يباع كالىء بناجز وعلى هذا جماعة أهل العلم والحمد لله وعن أبي بكر الصديق أنه كتب إلى عماله لا يشترى الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا الفضة بالفضة إلا مثلا بمثل وقد ذكرنا إسناده في ((التمهيد)) وروى معمر عن إبي إسحاق الهمداني قال سئل علي - رضي الله عنه - عن الدرهم بالدرهمين والصاع بالصاعين يدا بيد فقال ذلك الربا العجلان يعني من صنف واحد
وروى حماد بن زيد عن بن أبي نجيح عن مجاهد عن ثلاثة عشر من أصحاب النبي ﷺ منهم أبي بن كعب نحو قول علي
وأما قول عمر وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره فإن العلماء قد اختلفوا من معناه في كيفية قبض الصرف فقال مالك لا يصلح الصرف إلا يدا بيد فإن لم ينفذه ومكث معه غدوة من إلى ضحوه قاعدا وقد تصارفا غدوة فتقابضا ضحوة لم يصح

هذا ولا يصلح الصرف إلا عند الإيجاب بالكلام ولو انتقلا من ذلك الموضع إلى موضع غيره لم يصح تقابضهما
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما يجوز التقابض في الصرف ما لم يفترقا وبينهما شيء وإن طالت المدة وانتقلا إلى مكان آخر
وحجة مالك قول النبي ﷺ ((الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء)) فهذا يدل على العود لا على التراخي
وحجة الشافعي والكوفيين أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - روى الحديث ثم قال لطلحة والله لا تفارقه حتى تأخذ وقال أيضا ولو استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره فدل على المفارقة بالأبدان

1288 - مالك عن أبي الزناد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول لا ربا إلا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب
قال أبو عمر قال مالك رحمه الله لم يكن أحد من التابعين أعلم بالبيوع من سعيد بن المسيب وإنما أخذ ربيعة العلم بها منه
وروى هشام الدستوائي عن قتادة قال ما رأيت أحدا من الفقهاء أعلم بالحلال والحرام من سعيد بن المسيب
قال أبو عمر قد مضى كثير من معنى هذا الخبر وجملة مذاهب العلماء في ذلك أن الذهب والورق يدخلهما الربا في الجنس الواحد من وجهين على ما تقدم ذكرنا له وهما التفاضل والنسيئة فلا يجوز ذهب بذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك الورق بالورق
فأما الجنسان بعضها ببعض كالذهب بالورق فجائز التفاضل فيهما بإجماع من العلماء ولا يجوز فيهما النسيئة بإجماع أيضا من العلماء

وأما ما يؤكل ويشرب فقد مضى القول في ذلك في باب بيع الفاكهة
واما ما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب فإن مالكا قال الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب نحو العصفر والنوى والحنطة والكتم وما أشبه ذلك أنه لا بأس باثنين بواحد يدا بيد ولا يجوز اثنان بواحد إلى أجل

الاستذكار ج:6 ص:356

ولا باس برطلي حديد برطل حديد يدا بيد ولا يجوز بنسيئة وإن اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس به اثنان بواحد إلى أجل يجوز في ذلك النسيئة والتفاضل وإن كان الصنف منه بنسيئة الصنف الآخر وإن اختلفا في الاسم مثل الشبة والرصاص والآنك فإني أكره اثنين بواحد إلى أجل ولمالك في ((الموطأ)) أربعة أبواب في هذا المعنى سيتكرر القول فيها بأوضح وأبلغ إن شاء الله عز وجل
وأما الشافعي فلم يعد ما قاله سعيد بن المسيب في هذا الباب ولا ربا عنده في غير ما ذكره سعيد إلا ما ذكرنا عنه أنه ذهب إليه بمصر من ضم ما لا يكال ولا يوزن من الطعام إلا ما يكال ويوزن ربا قال الشافعي كل ما يخرج من المأكول والمشروب والذهب والفضة فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلا أو إلى أجل كان من صنف واحد أو من صنفين لا بأس عنده برطل حديد برطلي حديد وببعير ببعيرين إذا دفع العاجل ووصف الآجل
وأما أبو حنيفة فقد تقدم عنه أيضا أن الكيل والوزن كل واحد منهما مما لا يؤكل ولا يشرب عنده يجري فيه الربا كما يجري في المأكول والمشروب
وأما داود بن علي فلا ربا عنده إلا في النسيئة إلا الأشياء المنصوصة في الحديث وهي الذهب والورق والبر والشعير والتمر والبلح لا يجوز في

الجنس الواحد منها عنده التفاضل دون النسيئة وما عداها من كل شيء يكال او يوزن أو يؤكل أو يشرب أو لا يكال ولا يوزن ولا يؤكل ولا يشرب لا يدخله الربا بوجه من الوجوه وجائز بيع ذلك كله عنده كيف شاء المتبايعون على عموم قول الله عز وجل وأحل الله البيع وحرم الربوا البقرة 275

ثم بين رسول الله ﷺ الربا في حديث عمر بن الخطاب ويأتي ذكره في باب الصرف إن شاء الله تعالى وفي حديث عبادة وقد تقدم وأما الحيوان فاختلاف العلماء هل يدخله الربا في بيع بعضه ببعض بنسيئة يدا بيد وسيأتي في بابه إن شاء الله عز وجل

وقال سفيان الثوري سلف ما يكال فيما يوزن وما يوزن فيما يكال وسلف الحنطة في القطن

وقال الأوزاعي لا يجوز بيع النحاس المكسور بإناء نحاس معمول وزيادة دراهم لا يجوز إلا وزنا بوزن

الاستذكار ج:6 ص:357

وقال لا بأس بإبريق رصاص بإبريق رصاص لأنه قد خرج عن الورق ولا بأس ببيع النحاس بالفلوس

وقال الليث تفسير الربا أن كل ما ينتفع به الناس من كل صنف من الأصناف وإن كان من الحجارة أو التراب وكل واحد من صنف تلك الأصناف بمثليه من صنفه إلى أجل هو الربا أو واحد بمثله وزيادة شيء إلى أجل ربا

قال أبو عمر وهذا مذهب مالك وأصحابه وهو عندهم من باب سلف جر منفعة فإنه أقرضه واحدة بما أقرضه من ذلك للزيادة فيه من جنسه 1289 - مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الأرض

قال أبو عمر كرهه مالك والليث وقالا فيه بقول سعيد بن المسيب

وقال أبو حنيفة والشافعي كل ما في كسره ضرر لم أقسمه فإن رضيا بكسرة قسمته بينهما

قال أبو عمر روي عن النبي ﷺ من حديث علقمة بن عبد الله المزني عن أبيه عن النبي ﷺ أنه نهى عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس

وهو حديث لا يجيء إلا من وجه واحد وإسناده فيه لين

حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا أبو بكر بن سليمان ومحمد بن فضاء عن أبيه عن علقمة بن عبد الله المزني عن أبيه قال نهى رسول الله ﷺ عن كسر سكة المسلمين الجائزة إلا من بأس

وروي عن زيد بن أسلم في قول الله عز وجل قالوا يشعيب أصلوتك تأمرك أن نترك ما يعبد اباءونا أو أن نفعل في أمولنا هود 87 قال كان ذلك قطع الدراهم والدنانير

وروى بن القاسم وبن وهب وأشهب عن مالك أنه سئل عن قطع الدنانير والدراهم فقرأ قالوا يا شعيب أصلوتك تأمرك أن نترك ما يعبد أباؤنا أو أن نفعل في

الاستذكار ج:6 ص:358

أمولنا ما نشؤا) هود 87 يعني أن هذه الآية يراد بها نهي شعيب - عليه السلام - قومه عن قطع الدنانير والدراهم

قال مالك وهو من الفساد في الأرض وفيه العقوبة من السلطان لمن قدر عليه وهو قول الليث

قال أبو عمر قد روي عن مجاهد في قوله تعالى أو أن نفعل في أمولنا ما نشؤا هود 87 قال

الزكـــاة
وعـن غيـره وهـو النعـش الـذي كـانوا يفعلـونه
وروى عبد الرزاق قال أخبرنا يحيى بن ربيعة قـال
سمعت عطاء بن أبي رباح يقول وسئل عـن قـول
اللـه عـز وجـل وكـان فـي المدينـة تسـعة رهـط
يفسـدون فـي الأرض النمـل 48 قـال كـانوا
يقرضـــــــــــــــون الـــــــــــــــدراهم
قال وأخبرنا داود بن قيس عن خالد بن أبي ربيعـة
عن أبيه أن الزبير حين قدم مكة وجـد رجلا يقـرض
الـــــــــدراهم فقطـــــــــع يـــــــــده
قـال مالـك ولا بـأس أن يشـتري الرجـل الـذهب
بالفضة والفضة بالذهب جزافا إذا كان تبرا أو حليا
قـد صـيغ فأمـا الـدراهم المعـدودة والـدنانير
المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئا من ذلـك
جزافا حـتى يعلـم ويعـد فـإن اشـترى ذلـك جزافـا
فإنما يراد به الغرر حين يترك عده ويشتري جزافـا
وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كـان يـوزن
من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافا وإنما
ابتياع ذلك جزافا كهيئة الحنطـة والتمـر ونحوهمـا
من الأطعمة التي تباع جزافا ومثلهـا يكـال فليـس
بابتيـــــــاع ذلـــــــك جزافـــــــا بـــــــأس
قال أبو عمر أجاز أكثر العلماء بيع الـذهب بـالورق
جزافا عينا كان ذلك أو تبرأ دراهم كـانت أو دنـانير
والمصـوغ وغيـره فـي ذلـك سـواء لأن التفاضـل
بينهما حلال جائز وإذا جاز الدينار بأضعافه دراهـم
جاز الجزاف في ذلك يدا بيد كما يجوز القصـد إلـى
المفاضـــــــلة بينهمـــــــا يـــــــدا بيـــــــد
وإلى هذا ذهب الشافعي وأبـو حنيفـة وأصـحابهما
وداود ولـــــم يجعلـــــوه قمـــــارا ولا غـــــررا
وأما قول مالك إن التبر والحلـي تبـاع جزافـا كمـا
تبـاع الحنطـة والتمـر فهـذا عنـده علـى أن يكـون
البائع لا يعلم وزن الحلـي والتـبر ولا وزن الحنطـة
والتمر فإن

علمه ولم يعلمه المبتاع لم يجز عنده إلا كما يجوز بيع ما دلس فيه بعيب
وقد قال بقول مالك في ذلك الأوزاعي وطائفة وأما (الشافعي و) أبو حنيفة وأصحابهما وداود فذلك عندهم جائز
وستأتي هذه المسألة أيضا في موضعها - إن شاء الله عز وجل
قال مالك من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فإن ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فإنه ينظر إلى قيمته فإن كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر إلى قيمته فإن كان قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا
قال أبو عمر أما اختلاف العلماء في هذه المسألة فإن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بعضه أكثر مما فيه من الفضة ولا يجوز بيعه بفضة مثلها أو أقل منها ويحتاج إلى أن يقبض حصة الفضة في المجلس ويقبض السيف وهو قول الثوري والحسن بن صالح بن حي وقال الأوزاعي إذا كان الفضل من النصل وكانت الحية تبعا جاز شراؤه نقدا أو نسيئة وهو قول ربيعة
وأما الشافعي وأصحابه فلا يجوز عندهم أن يباع شيء فيه حلية فضة قليلا كان أو كثيرا بشيء من الفضة بحال من الأحوال لأن المماثلة المأمور بها والمفاضلة المنهي عنها في الفضة بالفضة لا يوقف منها (في السيف) وما كان مثله على حقيقته

ولما أجمعوا أنه لا يجوز في كل ما يحرم فيه التفاضل أن يباع شيء منه مجهول بمجهول (أجمعوا أنه لا يجوز في كل ما يحرم فيه التفاضل شيء منه مجهول بمجهول) أو معلوم (بمجهول) لم يجز السيف المحلى وما كان مثله من فضة إن كانت الحلية فضة بحال ولا بذهب إلى أجل والثلث وأقل منه وأكثر في ذلك سواء

الاستذكار ج:6 ص:360

وقد اختلف أصحاب مالك في السيف المحلى بفضة يباع بفضة إلى أجل والحلية الثلث فدون أو سيف محلى بذهب يبتاع بذهب إلى أجل أو يباع بأحدهما إلى أجل ففي ((المدونة)) قال بن القاسم نزلت بمالك فلم يرد البيع قال بن القاسم وأنا أرى أن يرد فإن فات مضى لأن ربيعة يجيز بيعه بذهب إلى أجل (قال بن القاسم وعليه القيمة إن فات وذكر بن المواز عن بن القاسم لا يجوز إلى أجل أو يفسخ) قال وقاله (لي) مالك وبه قال (بن) المواز و (به) قال أشهب وأنا أكره ذلك (بدءا) فإن نزل لم أفسخه لأن (الحلية) (إذا كانت تبعا فإنما هي كالعرض فأنا أفسخ ذلك) إذا كانت ليست بتبع وفي ((المدونة)) لابن القاسم إذا كانت الفضة أكثر من قيمة النصل قال يفسخ البيع وإن كان قديما فإن فات عن السيف كان عليه قيمته من الذهب وقال سحنون عليه قيمة النصل مجردا أو يرد وزن الفضة وروى عيسى بن مسكون عن سحنون قال يفسخ البيع على كل حال لأنه ربا إلا أن تفوت العين

فيكون على المشتري قيمة النصل (والحفـز دون الفضة)

1 (17 - باب ما جاء في الصرف)

1290 - مالك عن بن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري أنه التمس صرفا بمائة دينار قـال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى

الاستذكار ج:6 ص:361

اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قـال حتى يأتيني خازني من الغابة وعمـر بـن الخطـاب يسمع فقال عمر والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله ﷺ((الـذهب بـالورق ربـا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والتمر بـالتمر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء))

قال أبو عمر هذا حـديث مجتمـع علـى صـحته وقـد احتج به من جعل البر صنفا غير الشعير لأنه فصـل بينهما بالواو الفاصلة كما فصل بيـن الـبر والتمـر بواو فاصلة وسيأتي القول في بيع الشـعير بـالبر فـــي موضـــعه - إن شـــاء اللـــه تعـــالى

حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حـدثني أحمد بن زهير قال حـدثني يحيـى بـن معيـن قـال حـدثني بـن عيينـة عـن عمـرو بـن دينـار عـن أبـي المنهال أنه سأل زيد بن أرقـم والـبراء بـن عـازب عن الصرف فقالا عن النبي ﷺ((مـا كـان نسـيئة فهـــــــــــــــو ربـــــــــــــــا))

وحـدثني عبـد الـوارث قـال حـدثني قاسـم قـال حدثني بن الجهـم قـال حـدثني عبـد الوهـاب قـال أخبرنا سـعيد عـن حـبيب بـن أبـي ثـابت عـن أبـي المنهال قال سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقـم

عن الصرف فقالا نهى رسول الله عن الذهب بالفضة نسيئا
قال وحدثني محمد بن الجهم قال حدثني عبد الوهاب قال أخبرنا سعيد عن أيوب عن أبي قلابة عن هشام بن عامر أن النبي نهى عن الذهب بالفضة نسيئا
ولا خلاف بين علماء الأمة أنه لا يجوز النسيئة في بيع الذهب بالورق
وكذلك حكم الطعام بالطعام عند الجمهور ونذكر ذلك في باب الطعام - إن شاء الله تعالى
وقد تقدم معنى هاء وهاء ومعنى قول عمر والله لا تفارقة حتى تأخذ منه في الباب قبل هذا عند قول عمر وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره
قال مالك إذا اصطرف الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد

الاستذكار ج:6 ص:362

رده انتقض صرف الدينار ورد إليه ورقة وأخذ إليه ديناره وتفسير ما كره من ذلك أن رسول الله قال ((الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء)) وقال عمر بن الخطاب وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره وهو إذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وإنما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بآجل فإنه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وإن كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه
قال أبو عمر اختلف الفقهاء في هذه المسألة فمذهب مالك وأصحابه أنه إذا اشترى منه مائة دينار بألف درهم دينار بعشرة دراهم ثم وجد

درهما زائفا فرضي به جاز وبن رده انتقض الصرف في دينار واحد وإن وجد أحد عشر درهما زيوفا انتقض الصرف في دينارين وهكذا أبدا فيما زاد
وإن اشترى دراهم بدينار واحد فوجد فيها درهما واحدا زائفا فرده انتقض الصرف في الدينار وقال الثوري إذا رد الدراهم الزيوف فإن شاء أخذ منه بخمسمائة درهم أو يكون شريكا بقدر ذلك في الدينار
وقال أبو حنيفة إذا افترقا ثم وجد النصف زيوفا أو أكثر من النصف فرده بطل الصرف في المردود وإن كان أقل من النصف استبدل رواه محمد في (الإملاء) ورواه أبو يوسف أيضا
وقال أبو يوسف ومحمد والأوزاعي والليث والحسن بن حي يستبدل الرديء كله
وقال زفر يبطل الصرف فيما رد قل أو كثر وعن الثوري مثل قول زفر أيضا وللشافعي قولان أحدهما يبطل الصرف كله

الاستذكار ج:6 ص:363

والآخر يستبدل 0
وذكر أحمد بن حنبل عن الحسن وبن سيرين وقتادة أنهم قالوا يبدل لهم ما رد عليه من الرديء ولا ينتقض شيء من الصرف
قال أحمد وهو أحب الأقاويل إلي
قال أبو عمر من قال يستبدل احتج بأن الصرف لم يفترقا أولا فيه إلا عن قبض صحيح عندهما وكذلك الاستبدال لا يفارقه حتى يقبض منه فلم يدخل في شيء من فعلهما النساء
وفي هذا المعنى جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال إنما الربا على من أراد أن يربي
رواه معمر عن أيوب عن بن سيرين عن عمر

ومن قال انتقض الصرف زعم أن الزائف لم يقبض بذلك فصار كأنه أخره
ومعنى قول مالك أنه ينتقض الصرف في الدينار أنه لما سمى لكل دينار من الدراهم شيئا معلوما ما لم ينتقض إلا صرف الدينار إلا أن يكون الزائف أكثر منه فينتقض على حسب ما وصفت
والأصل في هذا كله قوله ﷺ ((الذهب بالورق إلا هاء وهاء))
ونهيه ﷺ عن بيع الفضة بالذهب نسئا
ومن هذا الباب أيضا اختلافهم في قبض الصرف فقال مالك والشافعي إذا لم يقبض البعض حتى يفترقا بطل البيع كله
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يصح في المقبوض ويبطل فيما لم يقبض واختلفوا في الصرف على ما ليس عند أحدهم في حين العقد
فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز أن يشتري دينارا بعشرة دراهم ليست عند واحد منهما ثم يستقرض فيدفعه قبل الافتراق
وقال زفر لا يجوز إلا أن يعين أحدهما مثل أن يقول أشتري منك ألف درهم بهذه المائة الدينار وروي عن مالك مثل ذلك إلا أنه قال يحتاج أن يكون قبضه لما لم يعينه قريبا متصلا بمنزلة النفقة كلها منه

الاستذكار ج:6 ص:364

وكان الحسن بن حي يكره أن يبيعه دراهم بدنانير ليست عنده
قال أبو عمر اتفق هؤلاء المذكورون على جواز الصرف إذا كان أحدهما دينا وقبضه في المجلس والله الموفق

1 (18 - باب المراطلة)

1291 - مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى

قال أبو عمر قد روي هذا عن بن عمر وغيره روى بن عيينة عن صدقة بن يسار قال سألت بن عمر أو سمعت بن عمر سئل عن بيع الذهب بالذهب فقال إذا اعتدل الميزان فخذ وأعط وروى بن عيينة عن وردان الرومي قال سألت بن عمر عن الذهب بالذهب فقال ضع هذا في كفة وهذا في كفة ف إذا اعتدلا فخذ وأعط هذا عهد صاحبنا إلينا وعهدنا إليكم

قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر دينارا بعشرة دنانير يدا بيد إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وإن تفاضل العدد والدراهم أيضا في ذلك بمنزلة الدنانير

قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فإن ذلك قبيح وذريعة إلى الربا لأنه إذا جاز له أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جاز له أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأن يجيز ذلك البيع بينه وبين صاحبه

قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأن يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى إحلال الحرام والأمر المنهي عنه

قال أبو عمر أما المراطلة الذي ذكر عن سعيد بن المسيب فلا خلاف بين علماء المسلمين فيها فإذا

كان الذهبان متقاربين لا يدخل فيهما من غيرهما ولا

نقصان في أحد الكفتين ولا زيادة يحتاج فيها إلى وزن أو غيره لأن السنة المجتمع عليها أن المماثلة بالذهب والورق والوزن فإن كانت المراطلة ذهبا بذهب فزادت أحداهما فأخذ صاحب الزيادة فيها ورقا أو كانت المراطلة ورقا بورق فأخذ صاحب الزيادة فيها ذهبا فهو موضع اختلف فيه في الفقهاء

فمذهب مالك واصحابه أنه لا يجوز ذهب بفضة وذهب ولا ذهب وفضة بفضة على حال ولا يجوز عندهم أن يشتري ما زاد في المراطلة من أحد الذهبين بفضة ولا من أحد الفضتين بذهب ولا بغير ذلك ولا يصح عندهم مع الصرف بيع وهو قول الشافعي والليث بن سعد ولا يجوز عند مالك والليث والشافعي بيع فضة بنوعين من الفضة ولا بيع فضة بنوعين من الذهب ولا يجوز عندهم بيع ألف درهم سود بألف درهم بيض وسود ولو كانت بيض كلها بسود كلها جاز لأنه لو استحق أحد الذهبين رجع فيه إلى القيمة فيدخله التفاضل

وأجاز ذلك كله أبو حنيفة وأصحابه لأنه ذهب بذهب مثلا بمثل وفضة بفضة مثلا بمثل

قالوا ولما أمر رسول الله ﷺ في ذلك بالمماثلة دل على أن الاعتبار بها في الورق لا في القيمة وقال أبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي غرر أن يشتري عشرة دراهم ودنانير باثني عشر درهما وروى نحوه عن الثوري

وروي عنه انه قال كان ينبغي أن يحدث الفضل بقيمتها إزاءه

وروي عن إبراهيم النخعي مثل قول أبي حنيفة

والأوزاعي

وإنما أجازوا ذلك لأنهم جعلوا من الأثني عشر درهما عشرة دراهم بإزاء العشرة الدراهم وجعلوا الدرهمين بإزاء الدينار ومعلوم أن الدرهمين ليستا ثمنا للدينار فيدخله التفاضل لا محالة والله أعلم

ومن حجتهم أن قالوا جائز بيع دينار بدرهم يدا بيد من كل مالك لنفسه جائز الأمر في ماله فإذا جعلنا ما زاد على المماثلة من الفضة مقابلا موازنا للذهب جاز لأن قد بعنا العشرة دراهم بثلثها وزنا وإلا خرج علينا في بيع الذهب بالورق متفاضلا مثلا

الاستذكار ج:6 ص:366

وروى عبيد الله بن موسى عن الثوري قال أخبرني عثمان بن الأسود عن مجاهد قال إذا وضعت ذهبك في كفة الميزان ووضع ذهبه في الكفة الأخرى ثم اشتريت منه كذا وكذا قيراطا بدرهم فلا بأس

وروى عبد الرزاق وغيره عن الثوري عن عثمان بن الأسود عن مجاهد في الرجل يبيع الفضة بالفضة بينهما فضل قال يأخذ فضله ذهبا

قال مالك في الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العتق الجياد ويجعل معها تبرا ذهبا غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهبا كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلا بمثل إن ذلك لا يصلح

قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك إلى ذهبه الكوفية فامتنع وإنما مثل ذلك كمثل رجل أراد أن يبتاع ثلاثة أصوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من

كبيس وصاعا من حشف يريد أن يجيز بذلك بيعه فذلك لا يصلح لأنه لم يكن صاحب العجوة ليعطيه صاعا من العجوة بصاع من حشف ولكنه إنما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو أن يقول الرجل للرجل يعني ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فيقول هذا لا يصلح إلا مثلا بمثل فيجعل صاعين من حنطة شامية وصاعا من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لأنه لم يكن ليعطيه بصاع من شعير صاعا من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفردا وإنما أعطاه إياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفنا من التبر قال مالك فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يباع إلا مثلا بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد من المرغوب فيه الشيء الرديء والمسخوط ليجاز البيع وليستحل بذلك ما نهي عنه من الأمر الذي لا يصلح وذكر كلاما يرد فيه المعنى واللفظ دون زيادة شيء غير ما تقدم إلى آخر الباب وبمعنى ما رسمه مالك في هذا الباب يقول الشافعي - رحمه الله

الاستذكار ج:6 ص:367

قال ولو راطل مائة دينار عتق مروانية وعشرة من ضرب مكروه بمائة دينار وعشرة هاشمية فلا خير فيه من قبل أن قيم المروانية أكثر من قيم الهاشمية وهذا الذهب بالذهب متفاضلا ولا بأس أن يراطل الدنانير الهاشمية التامة بالعتق الناقصة مثلا بمثل في الوزن

ونهى رسول الله ﷺ عن الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل

قال الشافعي ولا يجوز مد عجوة بدرهم بمدى عجوة ولا دينار ودرهم بدينارين

قال أبو عمر هذا كله مذهب مالك وأصحابه وأما البصريون والكوفيون جائز ذلك كله عندهم لأن رديء التمر وجيده لا يجوز إلا مثلا بمثل فكذلك رديء البر وجيده ورديء الورق وجيدها ورديء الذهب وجيده لا يجوز الرديء من ذلك كله والوسط والجيد إلا مثلا بمثل فإذا كانت المماثلة ولم يكن تفاضل ولا زيادة فجائز حلال عندهم وكذلك يجوز عندهم مد عجوة ودرهم بمدي عجوة لأن المد بإزاء المد الثاني بالدرهم وكذلك الفضة بالفضة والذهب بالذهب على هذا المذهب الذي قدمنا ذكره عنهم وبالله التوفيق 19 -

1 (باب العينة وما يشبهها)

1292 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه))

1293 - مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن

الاستذكار ج:6 ص:368

رسول الله ﷺ قال ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه))

1294 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه هكذا روى مالك هذا الحديث لم يذكر فيه الجزاف ورواه غيره عن نافع عن بن عمر قال كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله الحديث

ورواه جماعة عن نافع عن بن عمر مرفوعا

وجـــوزه عبـــد اللـــه بـــن عمـــر وغيـــره وعبيـد اللـه متقـدم فـي حفظـه حـديث نـافع حدثني عبد الوارث قـال حـدثني قاسـم بـن أصـبغ قال حدثني بكـر بـن حمـاد وحـدثني عبـد اللـه بـن محمد بن أسد قال حدثني بكر بن محمـد بـن العلاء قال حدثني زياد بن الخليل قال حدثني مسدد قال حدثني يحيى عن عبيد الله عن نافع عـن عبـد اللـه بن عمر قـال كـانوا يتبـايعون الطعـام جزافـا فـي أعلى السوق فيبيعونه مكانه فنهاهم رسـول اللـه ﷺ أن يـــبيعوه مكـــانه حـــتى ينقلـــوه قال أبو عمر أما العينة فمعناها بيع ما ليس عنـدك مـــن قبـــل أن تبتـــاعه طعامـــا كـــان أو غيـــره وتفسير ما ذكره مالك وغيره في ذلك أنهـا ذريعـة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل كأنه قال له وقد بينا لـه دراهـم بـدراهم أكـثر منهـا إلـى أجـل ودراهم بدنانير

أكثر منها إلى أجل فقال المسؤول للسائل هـذا لا يحل ولا سبيل إليه ولكني أبيع منـك فـي الـدراهم التي سألتني سلعة كذا وكذا ليست عنـدي أبتاعهـا لك فلم يشتريها مني فيوافقه علـى الثمـن الـذي يبيعها به منه ثم يوفى تلك السلعة ممن هي عنـده نقدا ثم يسلمها إلى الذي سأله العينة بما قد كـان اتفق معه عليه مـن ثمنهـا فهـذه العينـة المجتمـع عليها لأنه بيع ما ليس عنـدك وبيـع مـا لـم يقبضـه ولم يستوفه ولم يصره عندك طعاما كـان أو غيـره وربح ما لم يضمن لأنه ربح أصـابه عنـد غيـره قبـل أن يبتاعه وهذا كله قـد نهـى رسـول اللـه ﷺ عنـه وذكر بن وهب عن مالك قال بلغنـي أن رجلا سـأل عبد الله بن عمر فقال إني ابتعت من رجل طعامـا فلما جئت ليوفيني إذا هو لا طعـام عنـده وإذا هـو يريـــد أن يبتـــاعه لـــي مـــن الســـوق

قال عبد الله بن عمر لا آمره أن يبيعك إلا ما كان عنده ولا آمرك أن تبتاع منه إلا ما كان عنده قال مالك وذلك في العينة
قال بن وهب وأخبرني مالك قال بلغني أن رجلا جاء إلى عبد الله بن عمر فقال له إن رجلا جاءني فقال لي أن ابتاع هذا البعير حتى اشتريه منك إلى أجل فقال بن عمر لا خير فيه
قال وأخبرني يونس بن يزيد عن بن شهاب قال أخبرني حمزة بن عبد الله بن عمر أن أباه كان ينهى أن يبيع أحد سلعة حتى تكون منه قال يونس وكذلك قال أبو الزناد
قال وأخبرني بن جريج أن زيد بن أسلم أخبره كنت مع بن عمر إذ سأله نحاس فقال يأتيني الرجل في بعير ليس لي فيساومني فأبيعه منه ثم ابتاعه بعد ذلك فقال بن عمر لا
قال وأخبرني عبد الجبار بن عمر قال سألت بن شهاب عن العينة في الدين فقال الرجل يبيع الطعام وليس عنده
قال وأخبرني يونس عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول لا يصلح لأحد أن يبيع طعاما ليس عنده ثم يبتاعه بعد أن يوجب بيعه لصاحبه إلا أن يبيع مضمونا عليه إلى حين يرتفع فيه الأسواق
قال وأخبرني الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد قال سمعت القاسم بن

الاستذكار ج:6 ص:370

محمد قال إذا أراد الإنسان أن يبتاع الشيء منكم فابتاعوه ثم بيعوه منه
وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار عن نافع بن جبير قال بعت طعاما من عمر بن عثمان بنسيئة إلى أجل وبعض الطعام عندي وبعضه ليس عندي وربحت مالا كثيرا فأتاني رسولا عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس فقالا ما كان عندك فاقبضه

ومـــــا لـــــــم يكـــــــن عنـــــــدك فـــــــارده
وذكر بن وهب قال أخبرني عثمان بـن وكيـل قـ ال سمعت عبيد الله بن عمر يقول كنـت أتعيـن لأبـي ولبعض أهلي فسألت القاسم بن محمـد عـن ذلـك فقال لو أن رجلا أتى إلى رجل فقال إن لي حاجـة براويـة أو راويـتين فـذهب الرجـل إلـى السـوق فابتاع الراويـة أو الراويـتين ثـم جـاء إلـى صـاحبه فقال عندي حاجتك وباعها منـه لـم أر بـذلك بأسـا قال وأحب إلي أن يمسكها حتى الغد قـال عثمـان فهـــــــــذا قـــــــــول حســـــــــن
قال عثمان ورأيت مالك بن انس يقـول أحـب إلـى إذا جاء الذي يطلب العينة أن يقول له ليـس عنـدي شيء أبيعه ثم يذهب إلى السوق فيشتري ثم يأتيه بعد أن يشتري الطعام فيقول عندي حاجتـك فـإن وافقـــــه ذلـــــك الطعـــــام بـــــاعه منـــــه
قال عثمان وأنا أرى قول بن القاسم نحوا من هذا لأنه ليـس فيـه رأي ولا يجـده وإن وقـع فيـه الـبيع علـى مـا وصـفنا قيـل للبـائع إن أعطيـت السـلعة لمبتاعها منك بما اشتريتها منك جاز ذلك لأنه إنمـا أسلفه الثمن الذي ابتاعها به ولئن باعها من الـذي سأله أن يشتريها له بأكثر مما اشتراها فسخ البيع إلا أن يفوت السـلعة فيكـون لبائعهـا قيمتهـا يـوم باعهـــــــــــــــــا نقـــــــــــــــــدا
وقد روى مالك أنه لا يفسخ البيع لأن المأمون كان ضـــــــامنا للســـــــلعة لـــــــو هلكـــــــت
قال بن القاسم وأحب إلي أن لو تورع عن أخذ مـا ازداد عليـــه
قال عيسى بـن دينـار بـل مـن يفسـخ الـبيع إلا أن يفـــــوت الســـــلعة فيكـــــون فيهـــــا القيمـــــة
قـال أبـو عمـر علـى هـذا سـائر الفقهـاء بـالعراق والحجاز وهو قول مالك لو كانت السلعة طعاما لم يختلف قوله في ذلك لأنـه بـاع طعامـا ليـس عنـده

قبل أن يستوفيه وكأنه حمل نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن وبيع ما ليس عندك على الطعام يتعين وشك في غير الطعام والله أعلم

الاستذكار ج:6 ص:371

وحمله عشرة من العلماء على العموم في بيع ما ليس عند البائع وهو الأحوط وبالله التوفيق قال أبو عمر تفسير ما ذكرنا في العينة

فأما لفظ نافع عن بن عمر عن النبي ﷺ ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه))

ولفظ عبد الله بن دينار عن بن عمر عن النبي - عليه السلام - من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه

فالمعنى في ذلك سواء لأن الاستيفاء بالكيل والوزن هو القبض لما يكال أو يوزن قال الله عز وجل أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين الشعراء 181

وقال فأوف لنا الكيل وتصدق علينا يوسف 88

وقال وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون المطففين 3

ولم يختلف العلماء في كل ما يكال أو يوزن من الطعام كله والآدام أنه لا يجوز بيعه لمن ابتاعه على الكيل والوزن حتى يقبضه كيلا أو وزنا وكذلك الملح والكزبر وزريعة الفجل الذي فيه الزيت المأكول فإن لم يكن فيها زيت فيؤكل فهي كزريعة الكراث والجزر والبصل وما أشبه ذلك مما ليس بطعام فلا بأس عند مالك وأصحابه ببيع ذلك قبل استئنافه

واختلف أصحابنا في التوابل والحلبة والشونيز وما أشبه ذلك على ما قد ذكرنا عنهم في كتاب اختلاف قول مالك وأصحابه

وكذلك الطعام إذا بيع جزافا صبرا على غير الكيل لا بأس عند مالك ويبيعه قبل قبضه وقبل انتقاله

مـــــــــــــــــــن موضـــــــــــــــــــعه
وقد روي عنه أنـه اسـتمد قـوله انتقـاله لكـل مـن ابتـــــــــاعه قبـــــــــل أن يـــــــــبيعه
وقول الأوزاعي في ذلك كقول مالك في الطعـام إذا ابـــــــــــــــــتيع جزافـــــــــــــــا
وقال أبو ثور وأحمد بـن حنبـل وداود أمـا الطعـام كله فلا يباع شيء منه حتى يستوفيه الـذي ابتـاعه سـواء اشـتراه علـى الكيـل أو الجـزاف وينتقلـه ويقبضـــــه ممـــــا يقبـــــض بـــــه مثلـــــه
قالوا وأما غيره من العروض كلها فجائز بيعه قبـل القبض

الاستذكار ج:6 ص:372

وهذا مـذهب مالـك والأوزاعـي فـي بيـع العـروض كلها جواز بيعها قبل اسـتيفائها علـى مـا نوضـحه من ذلك من باب بيع العروض إن شاء الله عز وجل
وأمـــا الشـــافعي والكوفيـــون فلا يجيـــزون بيـــع العـــــــــــروض قبـــــــــل القبـــــــــض
وهـــــــو مـــــــذهب بـــــــن عبـــــــاس
وسيأتي ذكر تلخيص مـذاهبهم فـي بـابه مـن هـذا الكتـــــاب إن شـــــاء اللـــــه عـــــز وجـــــل
وقال آخرون كل ما بيع على الكيـل أو الـوزن مـن جميع الأشياء كلهـا طعامـا كـان أو غيـره فلا يبـاع شـيء منـه قبـل القبـض بالكيـل أو الـوزن حسـب العرف والعادة في كيله أو وزنه ومـا ليـس بمكيـل ولا موزون فلا بأس بـبيعه قبـل قبضـه مـن جميـع الأشـــــــــــــــــياء كلهـــــــــــــــــا
وروي هذا القول عن عثمان بن عفان وسـعيد بـن المســـــيب والحســـــن والحكـــــم وحمـــــاد
وبه قال الحسن - قياسا على ما يكال أو يوزن من الطعـــام
قال أبو عمر كل ما بيع من الطعام علـى الكيـل او الوزن فلا يجوز عند مالك وأصـحابه أن يمهـد قبـل استئنافه ولا يستأجر به ولا يؤخذ عليه بدل ويجـوز

عندهم ما استقر من الطعام عند استيفائه على ظاهر قول رسول الله ﷺ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه أو حتى يقبضه)) ولم يقل من ملك طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وجائز عنده بيع ما اشترى من الطعام جزافا قبل نقله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إنما المهر والجعل وما يؤخذ في الخلع من الطعام وغيره فجائز أن يباع ما ملك بهذه الوجوه قبل القبض قالا والذي لا يباع قبل قبضه ما اشتري أو استؤجر به

قالا وكل ما ملك بالشراء فلا يجوز بيعه قبل القبض إلا العقار وحده

وقال سفيان الثوري وسفيان بن عيينة والشافعي ومحمد بن الحسن كل ما ملك بشراء أو بعوض من جميع الأشياء كلها عقارا كان أو غيره مأكولا كان أو مشروبا مكيلا كان أو موزونا أو غير مكيل ولا موزون ولا مأكول ولا مسروق فلا يجوز بيع شيء منه قبل القبض

وهو مذهب عبد الله بن عباس وجابر بن عبد الله وهما رويا عن النبي ﷺأنه قال ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه)) وافتيا جميعا بأن لا يباع شيء حتى يقبض

الاستذكار ج:6 ص:373

قال بن عباس كل شيء عندي مثل الطعام 0 رواه بن عيينة عن عمرو عن طاوس عن بن عباس

قال أبو عمر ذهبوا في ذلك إلى عموم قوله نهى رسول الله ﷺعن ربح ما لم يضمن وذلك بجميع الطعام وغيره عندهم

وقال إسحاق وأبو عبيد كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه

وروي ذلك عن عثمان من رواية قتادة عن عبد ربه عن بن عياض عن عثمان
وقال أحمد وأبو ثور كل ما وقع عليه اسم طعام مما يؤكل أو يشرب فلا يجوز أن يباع حتى يقبض وما سوى ذلك فلا بأس ببيعه قبل القبض
ومن حجة من ذهب مذهب بن عباس نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن وقوله لحكيم بن حزام ((إذا ابتعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه))
حدثني عبد الله قال حدثني محمد قال حدثنا أبو داود قال حدثنا زهير بن حرب قال حدثني إسماعيل بن علية عن أيوب قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ ((لا يحل بيع وسلف ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك))
وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن الجهم قال حدثني عبد الوهاب قال حدثني هشام الدستوائي عن يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام حدثه قال قلت يا رسول الله إني اشتري بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم فقال ((يا بن أخي إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه))
قال أبو عمر حمل الشافعي والثوري هذا الحديث على عمومه في كل بيع وجعله مالك ومن تابعه مجملا يفسره قوله ﷺ ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه))
وكذلك حملوا ربح ما لم يضمن على الطعام وحده

وقال عيسى سألت بن القاسم عن ربح ما لم يضمن فقال ذكر مالك أن ذلك بيع الطعام قبل أن يستوفيه لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وربحه حرام

قال وأما غير الطعام من العروض والحيوان والثياب فإن ربحها حلال لا بأس به لأن بيعها قبل استيفائها حلال
وكذلك قال مالك
وقال بن وهب عن مالك أرى أن ربح ما لم يضمن بيع الطعام قبل أن يستوفي وبيع كل ما ابتاع المرء بالخيار شهرا أو شهرين أو أقل أو أكثر من ذلك وكل ما ضمنه من البائع والله أعلم
قال أبو عمر يختلف في حديث حكيم بن حزام وأسانيده ما ذكرنا إلا أن عبد الله بن عصمة هذا لم يره وعنه عن يوسف بن ماهك فيما علمت ويوسف ثقة
وما أعلم لعبد الله بن عصمة جرحة إلا أن من لم يرو عنه إلا رجل واحد فهو مجهول عندهم إلا أني أقول إن كان معروفا بالثقة والأمانة والعدالة فلا يضره إذا لم يرو عنه إلا واحد
1295 - مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه
قال أبو عمر قوله طعاما ابتعته حتى تستوفيه يبين لك أن العرض بخلاف البيع والله أعلم
وروى هذا الحديث معمر عن أيوب عن نافع أن حكيم بن حزام كان يشتري الأرزاق في زمن عمر بن الخطاب فنهاه عمر أن يبيعها حتى يقبضها
1296 - مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن

الاستذكار ج:6 ص:375

الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل ان يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب رسول الله ﷺ على مروان بن

الحكم فقالا أتحل بيع الربا يا مـروان فقـال أعـوذ بالله وما ذاك فقالا هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعـث مـروان الحـرس يتبعونها ينزعونها من أيدي النـاس ويردونهـا إلـى أهلهـــا

1297 - مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يبتاع طعاما من رجل إلى أجل فذهب به الرجـل الـذي يريـد أن يـبيعه الطعـام إلـى السـوق فجعـل يريـه الصـبر ويقول له من أيها تحب أن أبتاع لك فقال المبتـاع أتبيعني مـا ليـس عنـدك فأتيـا عبـد اللـه بـن عمـر فذكرا ذلك له فقال عبـد اللـه بـن عمـر للمبتـاع لا تبتع منه ما ليس عنده وقال للبائع لا تبـع مـا ليـس عنـــدك

قال أبو عمر قد روي بن عيينة وغيره عن الزهـري عن عبد الله بن عمرو أنه كان لا يرى ببيع الصكوك إذا خرجت بأسا ويكره لمن اشتراها أن يبيعها حتى يقبضـــها

وعن معمر عن الزهـري عـن زيـد بـن ثـابت مثلـه قال أبو عمر قول عمر لحكيم بن حزام وقول زيـــد بن ثابت وصـاحبه لمـروان أتحـل الربـا يـا مـروان وخبر بن عمر هذه الآثـار كلهـا معناهـا واحـد وهـو معنى العينة التي تقدم تفسيرنا لها في صدر هـذا البـــاب

وإنمـا جعـل زيـد بـن ثـابت بيـع الطعـام قبـل أن يستوفيه ربا لأنه عنده في باب العينة الـتي تشـبه دراهـــــــــم بـــــــأكبر منهـــــــا نســـــــيئة وقـــــد أوضــــحنا ذلــــك فيمــــا تقــــدم

وكذلك فقال بـن عبـاس فـي السـبائب الـتي أراد بيعها الذي سلف فيها قبل أن يقبضها تلك الـورق بالورق لأن بيع العـروض عنـده قبـل أن يسـتوفي بيع الطعام عند زيد بن ثابت

الاستذكار ج:6 ص:376

وإلى قول زيد ذهب مالك في ذلك
واما بيع الذين خرجت لهم الصكوك بما فيها من الطعام قبل استيفائه لأن أخذهم لذلك الطعام لم يكن شراء اشتروه بنقد ولا دين وإنما كان طعاما خارجا عليهم في ديوان العطاء والعطاء شيء واجب لهم في الديون من الفيء فلم يكره لهم بيع ما في تلك الصكوك لما وصفنا وكره للذي ابتاع منهم ما فيها من الطعام بيعه قبل استيفائه لنهي رسول الله ﷺ ((من ابتاع طعاما أن يبيعه حتى يستوفيه)) وهذا بين واضح لمن يبينه وبالله التوفيق لا شرك له

وروى معمر عن الزهري أن زيد بن ثابت وبن عمر كانا لا يريان ببيع الصكوك بأسا إذا خرجت قال ولا يحل لمن ابتاعها أن يبيعها حتى يقبضها ومعمر عن قتادة مثله

1298 - مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب إني رجل أبتاع من الأرزاق التي تعطى الناس بالجار ما شاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون علي إلى أجل فقال له سعيد أتريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك

قال أبو عمر هذا عندي ورع صادق لأنه كره له ما أضمر ونوى من أن يعطيهم من الطعام الذي اشترى قبل الاستيفاء خشية أن يقع في بيع الطعام قبل أن يستوفي

ومعلوم أن الطعام المضمون الذي كان عليه لم يكن شيئا بعينه لا ذاك ولا غيره وإنما كان في ذمته القيمة مما شاء

وقد كره مالك - رحمه الله - من ذلك الذي كرهه سعيد بن المسيب

وروى أصبغ عن بن القاسم فيمن ابتاع طعاما على كيل أو وزن أو عدد أنه لا يبيعه ولا يواعد فيه أحدا حتى يقبضه ولا يبيع طعاما مضمونا عليه فنوى أن يقبضه من ذلك الطعام الذي اشترى كان ذلك الطعام بعينه أو بغير عينه قال أبو عمر قد يحتمل أن تكون الكراهة أن يحضرهم الكسل ويعطيهم إياه

على ذلك الكيل فقد جاء في الحديث النهي عن بيع ما اشترى من الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع المشتري الأول ثم الثاني وكذلك لو ولاه أو اشتركه إلا عند مالك وأصحابه وجماعة من أهل المدينة في الشركة والتولية والإقالة على ما يأتي ذكره في موضعه - إن شاء الله تعالى

ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر قال قلت لقتادة اشتريت طعاما ورجل ينظر إلي وأنا أكتاله فأبيعه إياه بكيله قال لي لا حتى يكتاله هو لك وقيل لعبد الرزاق وعبد الملك الصباح سمعنا الثوري يقول في رجلين يبتاع الطعام يكتالانه ثم يربح صاحبه فيه ربحا قال لا يحل حتى يكتالاه كيلا آخر يكتال كل واحد نصيبه ثم يكتال نصيبه الذي أربحه

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيئا من الحبوب القطنية أو شيئا مما يشبه القطنية مما تجب فيه الزكاة أو شيئا من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشبرق (والشيرق) واللبن وما أشبه ذلك من الأدم فإن المبتاع لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه

قال أبو عمر هذا لا خلاف فيه بين العلماء في الطعام كله والآدام كله مقتات وغير مقتات مدخر

وغير مدخر كل ما يؤكل أو يشرب فلا يجوز بيعه عند جميعهم حتى يستوفيه مبتاعه وقد مضى بيعه هذا المعنى بينا وإنما اختلفوا فيما يرى الأشياء عن الطعام هل هي في ذلك مثل الطعام أم لا على ما ذكرناه ونذكره أيضا إن شاء الله عز وجل

---

1 (20 - باب ما يكره من بيع الطعام إلى أجل)

1299 - مالك عن أبي الزناد أنه سمع سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب إلى أجل ثم يشتري بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب

1300 - مالك عن كثير بن فرقد أنه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب إلى أجل ثم يشتري بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه

1301 - مالك عن بن شهاب بمثل ذلك

قال مالك وإنما نهى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وبن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب من بيعه الذي اشترى منه الحنطة فأما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة إلى أجل تمرا من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشترى منه التمر على غريمه الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمر التمر فلا بأس بذلك

قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

قال أبو عمر ما ذكره مالك وفسر به قول سعيد

وسليمان وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وبن شهاب فهو كما ذكر لا خلاف علمته بين العلماء في ذلك إذا كان البائع للطعام قد اشترى طعاما من غير الذي باعه منه ثم أحاله بثمن ما اشتراه من ثمنه الذي باعه منه طعامه لأنها حوالة لا يدخلها شيء من بيع طعام بطعام وإنما اختلف العلماء فيما كرهه سعيد وسليمان وأبو بكر وبن شهاب فقالت طائفة من العلماء بقولهم إنه لا يجوز لبائع الطعام أن يأخذ من مبتاعه منه في ثمنه طعاما إذا حل الأجل لأن الطعام بالطعام لا يجوز فيه النسيء وجعلوا

الاستذكار ج:6 ص:379

ذكر الذهب لغوا لأن بائع الحنطة بالذهب إذا أخذ في الذهب تمرا لم يحصل بيده الإطعام بدلا من طعام باعه إلى أجل

قال عيسى بن دينار سألت بن القاسم عن رجل باع طعاما بمائة دينار إلى شهر فلما حل الأجل اشترى بائع الطعام من رجل آخر طعاما فأحاله عليه بالثمن

قال لا بأس به

قال مالك وإنما نهى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن حزم وبن شهاب عن أن يبيع الرجل حنطة بذهب فذكر مسألة ((الموطإ)) إلى آخر قوله فيها

قال عيسى قلت لابن القاسم فلو أحال الذي عليه المائة الدينار بائع الطعام على غريم له عليه مائة دينار فيجوز لبائع الطعام أن يأخذ من الذي أحال عليه بالمائة طعاما

قال لا يجوز ذلك

قال أبو عمر لا فرق بين ذلك في قياس ولا أثر لأنه طعام مأخوذ من ثمن طعام من غير المشتري له

قال أبو عمر وقد أجاز جماعة من أهل العلم لمن باع طعاما إلى أجل فحل الأجل أن يأخذ بثمن طعامه ما شاء طعاما وغيره
وكذلك اختلفوا في الرجل يبيع سلعته بدراهم إلى أجل فحل الأجل هل له أن يأخذ فيها ذهبا أم لا فمذهب مالك وأصحابه أن ذلك جائز في الدراهم من الدنانير والدنانير من الدراهم يأخذها لما اتفقا عليه من الصرف في حين التراضي قبل الافتراق
وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إذا تقابضا في المجلس
وقال عثمان البتي يأخذ الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير بسعر يومه فإن افترقا لم يجز عند جميعهم وكان على المبتاع الدراهم التي ابتاع بها السلعة حتى يتفقا ويتقابضا قبل الافتراق
ولم يجز مالك ولا أبو حنيفة أن يأخذ من ثمن الطعام المبيع إلى أجل طعاما وجعلوه طعاما بطعام ليس يدا بيد
قال مالك فيمن له على رجل دراهم حالة فإنه يأخذ دنانير عنها إن شاء وإن كانت إلى أجل لم يجز أن يبيعها بدنانير ويأخذ في ذلك عوضا إن شاء

الاستذكار ج:6 ص:380

وقال أبو حنيفة وأصحابه جائز أن يأخذ الدنانير بالدراهم والدراهم من الدنانير حل الأجل أو لم يحل إذا تقابضا في المجلس
وأما الشافعي فقوله في أخذ الدراهم من الدنانير واخذ الدنانير من الدراهم
وهو قول مالك وأبي حنيفة
وقال في الطعام من ثمن الطعام بخلافهما لا فرق عنده بأخذ الدنانير من دراهم أو طعام من ثمن طعام مخالف لاسمه
قال ومن باع طعاما إلى أجل فحل الأجل فلا بأس

أن يأخـــــــــذ بـــــــــالثمن طعامـــــــــا
وهو قـول الثـوري والأوزاعـي والحسـن البصـري
وبـــــن ســـــيرين وجـــــابر بـــــن زيـــــد
وروى الثوري عن حماد فيمن باع طعاما إلى أجـل
ثم حل الأجـل فلا بـأس أن يشـتري منـه بـدراهمه
طعامـــا
وهـــــــو قـــــــول بـــــــن شـــــــبرمة
وكرهـــــــــــــــــــــــه عطـــــــــــــــــــــــاء
وقال الثوري لا بأس به وقال مرة أخرى أحب إلـي
ألا يأخـــــذ شـــــيئا ممـــــا يكـــــال أو يشـــــرب
وقال بن شبرمة لا يجوز أن يأخذ عن دراهم دنانير
ولا عن دنانير دراهم وإنما يأخذ ما أقرض وعين ما
بـــاع
قال أبو عمر قول بن شبرمة صده قول مالـك فـي
الـوجهين لأنـه أجـازه فـي الطعـام وكرهـه فـي
الـــدراهم
وقال الحسن بن حي أكـره أن يأخـذ فـي ثمـن مـا
يكال شيئا يكال ويأخذ ما لا يكال وكذلك إذ باع ما لا
يوزن أكره أن يأخذ شيئا يوزن ويأخذ ما لا يـوزن لا
يأخـذ مـن الحنطـة تمـرا ولا مـن السـمن زيتـا
وهـــــــو قـــــــول بـــــــن شـــــــهاب
وقال الليث بن سعد إذا كان لـه عليـه ديـن مؤجـل
دونهم ولكن عليه دنانير لـم يجـز أن يـبيع أحـدهما
بالآخر لأنه صرف إلـى أجـل ولـو كـان الأجـل حـل
وهـــــــذا كقـــــــول مالـــــــك ســـــــواء
وروى الشيباني عن عكرمة عن بن عباس أنه كـره
اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب

الاستذكار ج:6 ص:381

وعـــــــن بـــــــن مســـــــعود مثلـــــــه
وعـــــن بـــــن عمـــــر أنـــــه لا بـــــأس بـــــه
وذكر عبد الرزاق عن بن عيينة قال قلت لعمرو بن
دينار أرأيت إذا بعت طعامـا بـذهب فحلـت الـذهب
فجئت أطلبه فلم أجد عنـده ذهبـا فقـال خـذ منـي

طعاما فقال كره طاوس أن يأخذ منه طعاما وقال أبو الشعثاء إذا حل دينك فخذ ما شئت قال وأخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين قال إذا بعت شيئا طعاما أو غيره بدين فحل الأجل فخذ ما شئت من ذلك النوع أو غيره قال وأخبرنا الثوري عن حماد وبن سيرين عن رجل باع حنطة بدين إلى أجل قال يأخذ طعاما وغير ذلك إذا حل قال وأخبرنا معمر عن تميم بن خويص أنه أخبره عن أبي الشعثاء جابر بن يزيد قال إذا بعت بدنانير فحل الأجل فخذ بالدنانير ما شئت وأخبرنا معمر عن الزهري قال إذا بعت شيئا مما يكال أو يوزن ب دينار فلا تأخذ شيئا مم ا يك ال أو يوزن إلا أن يصرفك إلى غير ذلك وأن بعت شيئا مما يكال فصرفك إلى شيء مما يوزن فخذه إلا أن يكون طعاما قال أبو عمر المكيل كله عنده صنف واحد وهو مذهب أكثر الكوفيين فلا يجوز عندهم أن يؤخذ من الصنف الواحد غيره لمن وجب ذلك له من بيع أو سلم ولا أرى أن يأخذ من الصنف بدلا من ثمنه إلا مثل ما أعطى لا زيادة كما لا يجوز عند مالك في البر إذا باعه أن يأخذ في ثمنه تمرا أو زبيبا ولا أن يأخذ برا إلا مثل كيل البر الذي باعه في صفته وجود به لأنه بعده حينئذ برضا جر زيادة وسنذكر الأصناف عند مالك وغيره في باب بيع الطعام بالطعام إن شاء الله تعالى قال أبو عمر أما من كره أن يأخذ من الدراهم دنانير ومن الدنانير دراهم فحجته حديث أبي سعيد وغيره عن النبي ﷺ قال ((لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض

ولا تبيعوا الورق بـالورق إلا مثلا بمثـل ولا تشـفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز

الاستذكار ج:6 ص:382

ففي قوله لا تبيعوا منها غائبا بناجز ما يـدل علـى أنه لا يجوز أن يأخذ من الدراهم دنانير لأن الغـائب منها ما في الذمـة مـن الـدين والنـاجز مـا يأخـذه وهـو مـذهب بـن عبـاس وبـن مسـعود ومـن قـال بقولهمـا علـى مـا ذكرنـا عنهـم فـي هـذا البـاب وأما من أجاز أخذ الـدراهم مـن الـدنانير والـدنانير مـن الـدراهم حجتـه حـديث سماك بـن حـرب عـن سعيد بن جبير عن بن عمـر قـال كنـت أبيـع الإبـل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال ((لا بـأس بـذلك إذا كـان بسـعر يومكمـا)) حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قـال حـدثني أبـو داود قـال حـدثني موسـى بـن إسماعيل ومحمد بن محبوب قالا حدثني حماد بـن سلمة عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير قـال كنـت أبيـع الإبـل بـالبقيع فـأبيع بالـدنانير وآخـذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه مـن هذه فسألت رسول اللـه ﷺ عـن ذلـك فقـال ((لا بـأس أن تأخـذها بسـعر يومهـا)) قال أبو داود رواه إسـرائيل عـن سـماك لـم يـذكر فيـه بسـعر يومهمـا قال أبو عمر حديث إسـرائيل حـدثناه سـعيد وعبـد الوارث قالا حدثني قاسم قـال حـدثني جعفـر بـن محمد بن مثنى الصائغ قال حدثني محمد بن سائق قال حـدثني إسـرائيل عـن سـماك بـن حـرب عـن سعيد بن جبير عن بن عمـر قـال كنـت أبيـع الإبـل ببقيـع الفرقـد كنـت أبيـع البعيـر بالـدنانير وآخـذ الـدراهم وأبيـع بالـدراهم وآخـذ الـدنانير فـأتيت

رسول الله ﷺ وهو يريد أن يدخل حجرته فذكرت ذلك له فقال رسول الله ﷺ ((إذا أخذت أحدهما بالآخر فلا تفارقه وبينك وبينه بيع)) ورواها أبو الأحوص عن سماك بنحو رواية إسرائيل

فمن أجاز ذلك في الدين الحال والآجل قال لما لم يسأله رسول الله ﷺ عن ذلك دل على استواء الحال عنده ولو كان بينهما فرق في الشرع لوقفه عليه

ومن قال لا يجوز إلا في الحال دون الآجل قال والآجل هو الغائب الذي لا ينسب بيعه بناجز ولا بغائب مثله وإنما

الاستذكار ج:6 ص:383

الحال بالذمة فيه كالعين الظاهرة إذا اجتمعا وتقابضا ولم يفترقا إلا بعد القبض

ومن جعل الطعام بالطعام كالدنانير بالدراهم في ذلك قال لما أجمعوا أن البر بالبر ربا إلا هاء وهاء والذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء وثبتت بذلك السنة المجتمع عليها ثم وردت السنة في حديث بن عمر في أن قبض الدنانير من الدراهم جائز لا بأس به كانت مفسرة كذلك وكان قبض الطعام من ثمن الطعام كقبض الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير لأنه بيع مستأنف لم يمنع الله منه ولا رسوله ﷺ

ومن فرق بين الطعام من الطعام وبين الدراهم من الدنانير ترك القياس ولم يعد بالرخصة موضعا وأما بن شبرمة في تجويزه ذلك في الطعام من الطعام وإبايته لذلك في الدنانير من الدراهم فلأنه لم يبلغه حديث بن عمر ورأى أن ثمن الطعام جائز لربه التصرف فيه بما شاء من المبتاع وغيره وأنه لا يحل تهمة مسلم ولو قضى

بالظن عليه أنه أراد طعاما بطعام إلى أجل والربـا لا يكون إلا لمن قصد إليه وأراده كما قال عمر بـن الخطاب - رضي الله عنه إنما الربـا علـى مـن أراد أن يربي وقد تقدم في باب الصرف حكم التصارف في الدينين

1 (21 - باب السلفة في الطعام)

1302 - مالك عن نافع عن عبد اللـه بـن عمـر أنـه قال لا بأس بأن يسلف الرجل الرجل فـي الطعـام الموصوف بسعر معلوم إلـى أجـل مسـمى مـا لـم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو تمر لـم يبـد صـلاحه

قال أبو عمر قـد روي هـذا المعنـى عـن النـبي واتفـق الفقهـاء علـى ذلـك إذا كـان المسـلم فيـه موجودا في أيدي الناس من وقت العقد إلى حلول الأجـــل واختلفـــوا فيمـــا ســـوى ذلـــك فأما الحديث المسند في هذا الباب فقـال حـدثني عبد الوارث بن سفيان وسعيد بن نصر قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حـدثني محمـد بـن إسـماعيل قال حـدثني الحميـدي قـال حـدثني سـفيان قـال حدثني بن أبي نجيح عن عبد الله بـن كـثير الـرازي عن أبي المنهال واسمه عبـد الرحمـن بـن مطعـم المكي عن بن

الاستذكار ج:6 ص:384

عباس قال قدم النـبي المدينـة وهـم يسـلفون

فـي التمـر السـنتين والثلاث فقـال الرسـول ((مـن سـلف فليسـلف فـي كيـل معلـوم ووزن معلـــــــوم وأجـــــــل معلـــــــوم)) وقال بن عبـاس أشـهد أن السـلم المضـمون إلـى أجل معلوم قد أحله اللـه - عـز وجـل - فـي كتـابه وأذن فيه فقال الله تعالى يأيهـا الـذين ءامنـوا إذا

تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه البقرة 282

وأما اختلاف الفقهاء في ذلك
فقال مالك والشافعي يجوز السلم في التمر قبل حينه إذا كان مثله موجودا في أيدي الناس وقت حلول الأجل في الغالب فإن كان ينقطع حينئذ لم يجز
وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور
واحتج الشافعي بحديث بن عباس هذا قال والرطب من التمر فقد أجاز السلم فيه قبل حينه إذا أجازه السنتين والثلاث
قال أبو عمر من الحجة لمالك والشافعي أيضا في ذلك ما رواه شعبة وغيره عن عبد الله بن أبي المجالد قال سألت عبد الله بن أبي أوفى عن السلف فقال كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ في القمح والشعير والتمر والزبيب إلى أجل معلوم وكيل معلوم وما هو عند صاحبه
أخبرناه عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني محمد بن بشار قال حدثني يحيى وعبد الرحمن قالا حدثنا شعبة فذكره
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجوز سلم إلا أن يكون المسلم فيه موجودا في أيدي الناس من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل فإن كان منقطعا في شيء من ذلك لم يصح ولم يجز
وقال الأوزاعي والثوري لا يجوز السلم إلا فيما كان في أيدي الناس منه شيء ولا يجوز إذا لم يكن في أيدي الناس منه شيء

وقال الحسن بن حي لا يكون السلم إلا فيما لا يكون من السنة حين إلا وهو يوجد فيه كقول أبي حنيفة

وقال الليث أكره السلم في الفاكهة الرطبة قبل أوانها

قال أبو عمر إنما كره السلم بما ينقطع ولا يوجد بأيدي الناس العام كله والله أعلم من كرهه لأنهم يقولون من مات حل دينه فإذا لم يوجد كان عذرا والسنة أولى من كل من يرد النصوص بقياس على غيرها

وليس في نهي الرسول ﷺ عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ما يرد حديث السلم لأن ذلك بيع عين غير مضمونة وهذا بيع شيء موصوف ومضمون في الذمة وتقرير ذلك أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها إلا في السلم

ولم يختلفوا أنه لا يجوز السلم في شيء بعينه إلى أجل وهذا معنى قول بن عمر في زرع لم يبد صلاحه وتمر لم يبد صلاحه

قال مالك الأمر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم إلى أجل مسمي فحل الأجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فإنه لا ينبغي له أن يأخذ منه إلا ورقة أو ذهبه أو الثمن الذي دفع إليه بعينه وإنه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه وذلك أنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى

قال مالك وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى

قال أبو عمر اختلف الفقهاء في الشراء برأس مال المسلم من المسلم إليه شيئا بعد الإقالة فقول مالك ما وصفه في موطئه لا يجوز حتى يقبض منه رأس ماله قبضا صحيحا وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن

الحسن إلا أن مالكا لا يرى غيـر الطعـام فـي ذلـك كالطعام وإذا تقايلا عنده في غير الطعـام جـاز أن يأخذ مـن الطعـام بـرأس مـاله مـا شـاء إذا خـالف جنـس مـا تقـايلا فيـه وتعجـل ذلـك ولا يـؤخره وكذلك جائز عنـده أن يشـتري منـه مـن غيـره مـن جنسه وغيـر جنسـه ويحيـل عليـه وإذا تقـايلا فـي الطعام سلما كان أو غيره لم يجز له أن يأخـذ منـه برأس ماله شيئا من الأشياء لأنه بيع الطعـام قبـل أن يستوفى

وأما أبو حنيفة وأصحابه فلا يجوز عندهم شيء من ذلك في الطعام ولا في غيره مـن العـروض كلهـا وهو قول أحمد وإسحاق قالا بيع السلم مـن بـائعه ومـــن غيـــره قبـــل قبضـــه فاســـدة وحجتهـم حـديث عطيـة الكـوفي عـن أبـي سـعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ((من سلف فـي شـــيء فلا يصـــرفه إلـــى غيـــره)) وما روي عن جماعة من السلف أنهـم قـالوا حيـن سئلوا عن ذلك خذ ما سلمت فيه أو رأس مالـك ولا تأخـــــذ غيـــــر ذلـــــك روي ذلك عن بن عمر والحسن وعكرمة وجابر بـن زيـــــد وغيرهـــــم وحجـــة مالـــك قـــد أوضـــحها علـــى مـــذهبه وقال الشافعي والثوري وزفر لا بـأس أن يشـتري السلم إذا أقال من سلمه ما شاء بـرأس مـاله مـن المسلم إليه ومن غيره قبل قبضه له لأنه قد ملـك كل واحد منهما بالإقالة البدل منها فإذا ملك رأس ماله بالإقالة جاز له التصرف فيه لأن العقـد الأول قد بطل بالإقالة ولا حجة لمخالفة في حـديث أبـي سعيد الخدري وما كان مثله لأنه لم يصرف ما سلم فيـــــه فـــــي غيـــــره ومعنى النهي عن ذلك عندهم هو بيع ما سلم فيـه

قبل استيفائه فذلك هو صرفه
قال أبو عمر أصل هذه المسالة عند مالك وأصحابه الحكم بقطع الذرائع كان المسلم والمسلم إليه لما علما أن فسخ البيع في شيء آخر لا يجوز ذكر الإقالة ذكرا لا حقيقة له يستجيز بذلك صرف الطعام في غيره وذلك بيعه قبل استيفائه وقد أجمعوا أنه لو لم يستقيل لم يجز له صرف رأس المال في غيره كما لا يجوز له صرف رأس ماله في دراهم أو دنانير أكثر منها
قال مالك فإن ندم المشتري فقال للبائع أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت إليك فإن ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع أخر عنه حقه على أن يقيله فكان ذلك بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى

الاستذكار ج:6 ص:387

قال مالك وتفسير ذلك أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به دينارا إلى أجل وليس ذلك بالإقالة وإنما الإقالة ما لم يزدد فيه البائع ولا المشتري فإذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة إلى أجل أو بشيء يزداده أحدهما على صاحبه أو بشيء ينتفع به أحدهما فإن ذلك ليس بالإقالة وإنما تصير الإقالة إذا فعلا ذلك بيعا وإنما أرخص في الإقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فإن دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع
قال أبو عمر الأصل الذي ذكرناه في المسألة قبل هذه يغني عن القول في هذه ولم يختلف العلماء أنه إذا أقاله في جميع السلم وأخذ منه رأس ماله في حين الإقالة فإنه جائز وأن له التصرف فيه كيف شاء معه ومع غيره إذا بان بما قبض من رأس المال إلى نفسه وإنما اختلفوا في الشركة والتولية ويأتي ذلك بعد

إن شـــــــاء اللـــــــه عـــــــز وجـــــــل
وإنمـا كـره مالـك لـه النظـرة بـالثمن لأنهـا عنـده كالزيادة وإذا كانت كذلك صارت بيعـا فـي الطعـام قبل قبضه على أن مـذهبه جـواز الإقالـة فـي بيـع الطعـام قبـل بيعـه لكـن بـرأس المـال لا زيـادة وسـيأتي القـول فـي الإقالـة مـن بيـع الطعـام والتولية فيه والشركة في باب جـامع بيـع الطعـام
إن شـــــــاء اللـــــــه عـــــــز وجـــــــل
ولسـائر العلمـاء فـي التـأخير بـرأس المـال بعـد الإقالـــــة فـــــي الســـــلم قـــــولان أحدهما أنه لا يجوز لأنه من باب فسخ دين في دين

والآخر أنه جائز لأن الإقالة معـروف وفعـل حسـن منـــــــــــــــــدوب إليـــــــــــــــــه
قال رسول الله ﷺ ((مـن أقـال مسـلما صـفقته أقال الله عثرته ومن أنظر معسرا أظلـه اللـه فـي ظلـــــه يـــــوم لا ظـــــل إلا ظلـــــه))
قال مالك من سلف في حنطة شامية فلا بـأس أن يأخـــــذ محمولـــــة بعـــــد محـــــل الأجـــــل
قـال مالـك وكـذلك مـن سـلف فـي صـنف مـن الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا

الاستذكار ج:6 ص:388
مما سلف فيه أو أدنـى بعـد محـل الأجـل وتفسـير ذلك أن يسلف الرجل في حنطة محمولة فلا بـأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وإن سلف في تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيحا نيا أو جمعا وإن سـلف فـي زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود إذا كان ذلك كله بعد محل الأجل إذا كـانت مكيلـة ذلـك سـواء بمثـل كيـــــل مـــــا ســـــلف فيـــــه
قال أبو عمر هـذا كلـه لا خلاف فيـه إلا فـي قبـض الشعير من القمح عنـد محـل الأجـل أو بعـده فـإن ذلك لا يجوز عند كل من يجعل الشـعير صـنفا غيـر

القمح والقمح كله عند الجميع صنف واحد كماء الشعير صنف واحد وكماء الزبيب أحمره وأسوده صنف واحد
وكذلك التمر وضروبه والسلت عندهم صنف واحد والذرة صنف والدخن صنف وما أشبه ذلك كله فإذا سلف في صنفه من ذلك الصنف وأخذ عند محل الأجل أو بعده أرفع من صفته فذلك إحسان من المعطي وإن أخذ أدون فهو تجاوز من الآخذ وفي الباب بعد هذا زيادة بيان في معنى هذا الباب والله الموفق للصواب
وإنما اختار مالك - والله أعلم - لفظ سلف في طعام وسلف في كذا والسلعة في الطعام والسلعة في العروض ونحو هذا من لفظ السلف وإن كان لفظا مشتركا لجميع القرض والسلم ولم يكثر في موطئه كله ذكر السلم لما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه أنه كان يقول الرجل أسلمت في كذا ويقول إنما الإسلام لله رب العالمين

1 (22 - باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما)

1303 - مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال فني علف حمار سعد بن أبي وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ إلا مثله
قال أبو عمر مذهب سعد بن أبي وقاص في أن البر عنده والسلت والشعير صنف واحد لا يجوز بيعه بعضه ببعض إلا مثلا بمثل يدا بيد ألا ترى إلى حديث مالك في باب ما يكره من بيع التمر عن عبد الله بن يزيد عن زيد أبي عياش أنه أخبره أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن

الاستذكار ج:6 ص:389

البيضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك والبيضاء الشعير ها هنا معروف ذلك عند العرب بالحجاز كما أن السمراء البر عندهم وإلى مذهب سعد في هذا ذهب مالك وإياه اختار وعليه أصحابه

1304 - مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أنه أخبره أن عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث فني علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ إلا مثله قال أبو عمر كان عبد الرحمن بن الأسود من كبار التابعين بالمدينة

ومذهب سليمان بن يسار في أن الشعير لا يجوز بالبر إلا مثلا بمثل كمذهبه وقد روى هذا الحديث أيوب السختياني عن سليمان بن يسار ذكره معمر عن أيوب عن سليمان بن يسار قال أعطى عبد الرحمن بن الأسود صاعا من حنطة بصاعين من شعير علفا لفرسه فأمرهم برده

1305 - مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد عن بن معيقيب الدوسي مثل ذلك قال مالك وهو الأمر عندنا

هكذا روى يحيى هذا الحديث فقال فيه عن بن معيقيب وتابعه بن بكير وبن عفير وأما القعنبي وطائفة فإنهم قالوا عن معيقيب وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه رأى معيقيبا ومعه صاع من شعير قد استبدله بمد حنطة فقال له عمر لا يحل لك إنما الحب مدا بمد وأمره أن يرده إلى صاحبه

فاحتمل أن يكون عمر رأى الحبوب كلها صنفا واحدا واحتمل أن يكون الشعير والبر عنده فقط صنفا واحدا

وهو مذهب أكثر أهل العلم وأهل الشام وبه قال الأوزاعي في البر والشعير هما عنده صنف واحدة لا يجوز بعضها ببعض إلا مثلا بمثل وأما اختلاف فقهاء الأمصار في هذا الباب فقد ذكرنا مذهب مالك وأصحابه في ذلك وبه قال الأوزاعي في البر والشعير وقال الليث بن سعد لا يصلح الشعير بالقمح إلا مثلا بمثل وكذلك السلت والذرة والدخن والأرز لا يباع بعض ذلك كله ببعض إلا مثلا بمثل لأنه صنف واحد وهو مما يختبز وقال والقطاني كلها العدس والحمص والحلباء والفول يجوز فيها التفاضل لأن القطاني مختلفة الطعم واللون والخلف قال أبو عمر لم يختلف قول مالك أن الدخن صنف منفرد وكذلك الذرة صنف والأرز صنف جائز التفاضل بينهما وكذلك العدس صنف عند أكثر أصحاب مالك وقال بن كنانة هو صنف من الحنطة وهو قول الشافعي واختلف قول مالك في القطاني فقال بن وهب القطاني كلها صنف واحد ورواه عن مالك لا يجوز إلا مثلا بمثل وروى أشهب عن مالك قال الحمص والعدس صنف واحد وسائر القطاني أصناف وروى بن القاسم عن مالك قال القطاني كلها أصناف مختلفة الفول والعدس والحمص ولا بأس في التفاضل في بيع بعضها ببعض وهو قول سحنون واكثر أصحاب مالك وقال بن القاسم وأشهب الجلبان والبسلة صنف واحد والحمص واللوبياء صنف واحد وما عدا ذلك من القطاني فأصناف مختلفة وقال سفيان الثوري وأبو حنيفة والشافعي

وأصحابهم البر والشعير صنفان مختلفان والسلت صنف كما أن الدخن صنف والذرة صنف

الاستذكار ج:6 ص:391

وبهذا قال أحمد بن حنبل وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وداود وبن علية والقطاني كلها عندهم أصناف مختلفة

قال أبو عمر أما حجتهم في أن البر والشعير صنفان يجوز فيهما التفاضل فمنها ما رواه الثوري عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ((الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والبر بالبر مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل وبيع الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد))

وذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري وفي لفظ وكيع ((وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد))

وحدثني عبد الله بن محمد بن أسد قال حدثني حمزة بن محمد بن علي قال حدثني أحمد بن شعيب قال أخبرنا يعقوب بن إبراهيم قال حدثني بن علية عن خالد الحذاء قال أحمد بن شعيب وأخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع قال حدثني يزيد بن ذريع قال حدثني عبادة عن أبي الأشعث قال حدثني عبادة بن الصامت قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا مثلا بمثل سواء بسواء فمن زاد أو ازداد فقد أربى))

اللفظ مجمل والطرق بهذا عن عبادة كثيرة جدا

قد ذكرنا كثيرا منها في ((التمهيد)) ومنها ما حدثني عبد الله بن محمد بن أسد قال حدثني حمزة بن محمد بن علي قال حدثني أحمد بن شعيب قال أخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع قال حدثنا يزيد قال حدثنا سلمة وهو بن علقمة عن محمد بن سيرين عن مسلم بن

يسار وعبد الله بن عتيك قالا جمع المنزل بين عبادة بن الصامت ومعاوية حدثهم عبادة قال نهانا رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر قال أحدهما والملح بالملح ولم يقله الآخر إلا مثلا بمثل يدا بيد وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا قال أحدهما فمن زاد أو ازداد فقد أربى قال أحمد بن شعيب وأخبرنا إسماعيل بن مسعود قال حدثنا بشر بن المفضل قال حدثنا سلمة بن علقمة عن محمد قال حدثني مسلم بن يسار وعبد الله بن عبيد قالا جمع المنزل بين عبادة بن الصامت وبين معاوية فقال عبادة نهى رسول الله ﷺ أن نبيع الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر قال أحدهما والملح بالملح ولم يقل الآخر إلا سواء بسواء مثلا بمثل قال أحدهما من زاد أو ازداد فقد أربى ولم يقل الآخر وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا فبلغ هذا الحديث معاوية فقام فقال ما بال رجال يحدثون أحاديث عن رسول الله ﷺ قد صحبناه ولم نسمعه منه فبلغ ذلك عبادة بن الصامت فقام فأعاد الحديث فقال لنحدثن بما سمعناه من رسول الله ﷺ وإن رغم معاوية

وهو مذهب عبادة بن الصامت وعبد الله بن عمر وأبي هريرة والحسن وأهل البصرة وأكثر أهل الكوفة

وروى معمر عن الزهري عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال ما اختلفت ألوانه من الطعام فلا بأس به يدا بيد

وأخبرنا سعيد قال حدثنا قاسم قال حدثنا محمد قال حدثنا أبو بكر قال حدثنا محمد بن فضيل عن أبيه عن أبي زرعة عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ ((التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل فمن زاد واستزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه))

وحدثنا عبد الوارث قال حدثنا قاسم قال حدثنا محمد بن الجهم قال حدثنا عبد الوهاب قال أخبرنا سعيد عن قتادة عن مسلم بن يسار عن أبي الأشعث الصنعاني عن عبادة بن الصامت قال لا بأس ببيع الذهب بالفضة

والفضة بالذهب أكثرهما يدا بيد ولا بأس ببيع الحنطة بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد

وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني عاصم بن علي بن عاصم قال حدثني الربيع بن صبيح عن بن سيرين عن أنس بن مالك وعبادة بن الصامت أنهما قالا لا بأس بأكثر البر بالشعير اثنين بواحد يدا بيد ويرفعانه إلى النبي ﷺ

وروى مسلمة بن علقمة عن بن سيرين عن مسلم بن يسار وعبد الله بن عبيد عن عبادة قال أمرنا رسول الله ﷺ أن نبيع الذهب بالورق والبر بالشعير كيف شئنا يدا بيد

ومن الحجة في هذا أيضا حديث مالك عن بن

شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ قال ((الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء)) ففصل بين البر والشعير كما فصل بين الشعير والتمر بواو فاصلة ولو كان البر والشعير صنفا واحدا لما فرق رسول الله ﷺ بينهما كما لم يفرق بين صنف من الذهب وصنوف الفضة وصنوف التمر وكما لم يفرق العلماء بين صنوف الزيت ومعلوم أن بعضه أجود من بعض

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله إلا يدا بيد فإن دخل شيئا من ذلك الأجل لم يصلح وكان حراما ولا شيء من الأدم كلها إلا يدا بيد

قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والأدم إذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والأدم كلها إذا كان من صنف واحد وإن كان يدا بيد إنما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك الفضل ولا يحل إلا مثلا بمثل يدا بيد

قال أبو عمر أجمع الفقهاء من التابعين فمن بعدهم أنه لا يجوز الورق بالورق إلا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك الذهب بالذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر

الاستذكار ج:6 ص:394

وقد ذكرنا ما شذ فيه معاوية وما شذ فيه بن عباس أيضا فيما سلف من كتابنا والحجة في السنة لا فيما خالفها من الأقوال التي هي جهالة يلزم ردها إلى السنة وقول مالك في الطعام كله والأدام أنه لا يجوز في شيء منه النسيئة وقول جمهور علماء الأمة

وقد ذكرنا في هذا الباب ما يدل على صواب القول في الأصناف مما يقطع عند ذوي الأفهام الاختلاف والحمد لله

وشذ داود فأجاز النسيئة والتفاضل فيما عدا البر والشعير والتمر والملح من الطعام والادام لنص رسول الله ﷺ ولعموم قول الله عز وجل وأحل الله البيع البقرة 275 فلم يضم إلى النسيئة المنصوصة في حديث عبادة وغيره شيئا غيرها وهي الذهب والورق والبر والشعير والتمر والملح وشذ بن علية في ذلك أيضا فقال إذا اختلف النوعان كالبر بالشعير والبر بالزبيب فليس بواحد بأضعاف الآخر يدا بيد ونسيئة - قياسا لكل ما يكال على ما يوزن

قال ولما اجمعوا في الموزونات أنها جائز أن يشتري الحديد والقطن والعصفر وما يوزن من مثل ذلك كله كالذهب والفضة اثنان بواحد نقدا أو نسيئة لأنه لا يشبه الذهب والفضة شيء من الموزون فكذلك في القياس كل شيء يكال أبعد شبها من الذهب والفضة وأحرى أن يكون واحد بأضعافه بالنقد والنسيئة

قال أبو عمر ما أصاب وجه القياس ولا اتبع الجمهور ولا اعتبر الآثار ولا أعلم له ولداود سلفا فيما ذهبا إليه من ذلك مع تضاد أصولهما في القياس إلا حديث يرويه بن جريج عن إسماعيل بن أمية وأيوب بن موسى أن نافعا أخبرهما أن بن عمر باع تمرا بالغابة صاعين بصاع حنطة بالمدينة

وقد روي عن ربيعة وأبي الزناد نحو ذلك قال مالك وإذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمن فإذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدا بيد فإن دخل ذلك الأجل فلا يحل

قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد وذلك أنه لا بأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا

الاستذكار ج:6 ص:395

قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والأدم فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدا بيد فإن دخله الأجل فلا خير فيه وإنما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا قال مالك وذلك أنك تشتري الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لا بأس به قال أبو عمر على ما رسمه مالك وذكره من هذا مذهب الشافعي والكوفي وجمهور العلماء في تحريم النسيئة في الطعام بعضه ببعض من صنف واحد كان أو من صنفين مختلفين وتحريم النسيئة دون التفاضل في الجنسين على ما ذكرنا من اختلاف أصولهم في الأصناف والأجناس وكل ما جاز فيه التفاضل من الطعام جاز بيع بعضه ببعض جزافا صبرا وغير صبر ومعلوما بمجهول ومجهولا بمجهول وأما ما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز بيعه جزافا ولا يباع منه معلوم بمجهول المقدار ولا مجهول بمعلوم المقدار

وهذا كله قد تقدم مثله في باب بيع الفاكهة وذكرنا هناك أيضا مذهب الكوفيين في أن الجنس

بـــــــــانفراده يحـــــــــرم النســـــــــيئة
وكـذلك الكيـل والـوزن عنـدهم كـل واحـد منهمـا
بـانفراده يحــرم النســيئة وإن اختلــف الجنــس
والشـافعي ومالـك والكوفيـون متفقـون فـي أن
الصنف الواحد يحرم فيه النسـيء والتفاضـل فـي
المـأكول والمشـروب المـدخر عنـد مالـك وعنـد
الشافعي المأكول مـدخر وغيـر مـدخر والجنسـان
من المـأكول والمشـروب يجـوز فيهمـا التفاضـل
ويحرم النسيئة علـى مـا ذكرنـا مـن اختلاف مالـك
والشـــافعي فـــي المـــأكول غيـــر المـــدخر
وزاد الكوفيـون علـى الحجـازيين مراعـاة الكيـل
والـوزن وإن اختلـف الجنـس لأن الكيـل والـوزن
عندهم كالجنس وغير المأكول والمشروب عندهم
كالمأكول والمشروب إذا كان بوزن فهـو جنـس أو
كان يكال فهو جنس والجنس عندهم الصنف عندنا

وقد مضى ذلك كله في بـاب بيـع الفاكهـة بأبسـط
من هذا

الاستذكار ج:6 ص:396

وأما الذهب والفضة وإن كانا موزونين فلا يشبهما
غيرهمـــا مـــن الموزونـــات عنـــد الجميـــع لأنهمـــا
مسلمان في كـل شـيء مـن المـوزون وغيـره ولا
يســـــــــلم بعضـــــــــها ببعـــــــــض
وقال مالك والشافعي لا يجوز أن يبـاع شـيء مـن
الطعـام كلـه والإدام بعضـه ببعـض إلا يـدا بيـد
وقال أبو حنيفة إن افترقا في المجلس ثم تقابضا
بعـــــــد لـــــــم يصـــــــر العقـــــــد
وقـول الليـث فـي ذلـك كقـول مالـك والشـافعي
وذلـــــــك عنـــــــدهم كالصـــــــرف
وخالف أبو حنيفة في قوله هذا بينه وبين الصرف
قال مالك ومن صبر صبره طعام وقـد علـم كيلهـا
ثم باعها جزافا وكتم المشتري كيلهـا فـإن ذلـك لا
يصلح فإن أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على

البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشتري ذلك فإن المشتري إن أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك
قال أبو عمر قد قال بقول مالك في ذلك الليث بن سعد والأوزاعي
وروي ذلك عن بن سيرين
وقد روي عن الأوزاعي أنه قال إذا اشترى شيئا مما يكال وحمله إلى بلد يوزن فيه لم يبعه جزافا وإن كان حيث حمله لا يكال ولا يوزن فلا بأس به
وأما الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والحسن بن حي فقالوا لا بأس أن يبيع طعاما قد علم مقداره ممن لا يعلم مقداره
وقد روى بن القاسم عن مالك أنه قال جائز بيع القثاء ونحوه جزافا وإن علم البائع عدده ولم يعلم المشتري لأن ذلك يختلف ولم يجز ذلك في الجزر وما أشبهه من المعدود
قال أبو عمر ولا أعلم أصلا يحرم ذلك وقد قال رسول الله ﷺ ((دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض

الاستذكار ج:6 ص:397

وكل تجارة عن تراض لم يأت عن النبي ﷺ النهي عنها ولا كانت في معنى ما نهى عنه فجائز بظاهر القرآن ومن أبى من جواز ذلك جعله من باب الغش والتدليس بالعيب
قال مالك ولا خير في الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير إذا كان بعض ذلك أكبر من بعض فأما إذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن
قال أبو عمر هذا تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه وقد روي عنه أن الخبز بالخبز فيه

التفاضل والتساوي لأن الصناعة قد أخرجته عن أصل جنسه
ذكره أبن خواز بنداذ عن مالك واختلف أصحابه في خبز القطاني بعضه ببعض أختلافا كثيرا قد ذكرناه في أختلاف قول مالك وأصحابه ولم يختلفوا في أن العجين بالعجين لا يجوز متفاضلا ولا متساويا وكذلك العجين بالدقيق عند أكثرهم
وأما الشافعي فلا يجوز عنده بيع الخبز بالخبز متفاضلا ولا متماثلا وكذلك العجين بالعجين وكذلك عنده كل شيء لا يجوز أصله إلا مثلا بمثل لا يجوز إذا خرج عن اصله بيع بعضه ببعض بحال لأنه وقف على صحة ما في كل واحد منهما من الأصل وأنه لا يدري مقدار ما في العجين من الماء وبعض الدقيق يحمل من الماء أكثر مما يحمل غيره وكذلك الطبخ فبلغ من بعض الخبز ما لم يبلغ من غيره
ولا يجوز عند الشافعي بيع الخل بالخل متماثلا ولا متفاضلا لأنه لا يوقف على ما في كل واحد منهما من الماء فإن كان خل العنب لا ماء فيه فلا بأس ببيع بعضه ببعض متماثلا يدا بيد وكذلك الشرف بالشرف
ولا يجوز عنده بيع الدقيق بالبر لا متفاضلا ولا متساويا
ولا يجوز عنده يتحرى في شيء من الأشياء التي لا يجوز التفاضل في بيع بعضها ببعض ولا يجوز بيعها إلا مثلا بمثل لا يجوز التحري في شيء من ذلك كله لا في اللحم ولا في غيره ولا بد من وزن ما يوزن منها وكيل ما يكال والكيل عنده أصله ما كان يكال على عهد رسول الله

الاستذكار ج:6 ص:398

والوزن ما كان يوزن على عهد النبي ﷺ فلا يصرف إلى الكيل ما كان يوزن على عهد النبي عليه السلام ولا إلى الوزن ما كان يكال على عهد النبي - عليه السلام
وأما أبو حنيفة فجائز عنده التفاضل في الخبز لأنه قد خرج عن جنسه وكملت فيه الصناعة وما جاز فيه التفاضل جاز فيه التحري
ولا يجوز عند مالك بيع الحنطة المقلوة بالحنطة ويجوز عنده السويق بالبر وبالدقيق متفاضلا لما دخله من الصنعة
وبه قال أبو يوسف ومحمد
وقال أبو حنيفة لا يباع السويق بالحنطة ولا بالدقيق متفاضلا ولا متساويا
وهو قول الشافعي والثوري والأوزاعي والليث
قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدي زبد وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه إن صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من عجوة لا يصلح ففعل ذلك ليجيز بيعه وإنما جعل صاحب اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن
قال أبو عمر قول الشافعي في ذلك كقول مالك
وأما أبو حنيفة فجائز ذلك كله عنده لأنه يجوز عنده مد لبن بمد لبن ومد زبد بمد زبد ويكون المد من الزبد بالمد من الزبد
وأما الشافعي فلا يجوز عنده اللبن بالزبد بحال إذا كان من جنسه
والألبان عنده أجناس لبن الغنم ماعزها وضأنها صنف واحد ولبن البقر غربيها وجواميسها صنف ولبن الإبل مهريها وعرابها صنف وإن اختلف الصنفان فلا بأس به متفاضلا يدا بيد واختلف قوله في اللحوم

فقال المزني الأولى به أن تكون أصنافا كاللبن وهو قول الكوفي

الاستذكار ج:6 ص:399

قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد من حنطة كان ذلك مثل الذي وصفنا لا يصلح لأنه إنما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حتى جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح

قال أبو عمر اختلف قول مالك في بيع الدقيق بالحنطة

فالأشهر عنه والأكثر انه أجازه مثلا بمثل وهو قول الليث وبن شبرمة وروي عنه أنه منع منه وهو قول الشافعي والكوفي وبه قال بن الماجشون وقال هذا مثل الرطب بالتمر وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة لا متماثلا ولا متفاضلا وكان عبد العزيز بن أبي سلمة يجيز بيع الدقيق بالقمح متفاضلا وروي عنه مثل قول الشافعي والأول أصح عنه

وقال شعبة سألت بن شبرمة عن الدقيق بالبر فقال شيء لا بأس به

قال شعبة وسألت الحكم وحمادا عن ذلك فكرهاه

وأما قول مالك في نصف مد دقيق ونصف مد من حنطة بمد من دقيق فقد بين علته في ذلك ووافقه الشافعي وأبو حنيفة في الجواب دون العلة لأنهما لا يجيزان بيع الدقيق بالحنطة أصلا ونحن على مذهب من أجاز بيعها مثلا بمثل لأنه نصف مد دقيق بمثله من دقيق ونصف مد حنطة بمثله من حنطة

1 (23 - باب جامع بيع الطعام)

1306 - مالك عن محمد بن عبد الله بن أبي مريم أنه سأل سعيد بن المسيب فقال إني رجل أبتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه

الاستذكار ج:6 ص:400

بدينار ونصف درهم فأعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن أعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما قال أبو عمر قوله يكون من الصكوك بالجار ليس عند القعنبي ولا بن القاسم ولا أكثر الرواة ((للموطأ)) وإنما عندهم إني رجل أبتاع الطعام فربما ابتعت منه وهذا الحديث عند القعنبي عن مالك أنه بلغه أن رجلا سأل سعيد بن المسيب قال إني رجل أبتاع ليس فيه عنده وذكره بن أبي مريم وفي هذا الخبر دليل على أن ذلك الزمن لم يكن عندهم دراهم مكسورة ولا دنانير مقطوعة ولذلك قال سعيد قطع الذهب والورق من الفساد في الأرض فلما لم يجد مبتاع الطعام بدينار ونصف درهم نصف درهم أمره سعيد أن يعطيه درهما ويأخذ ببقيته طعاما والمال يعني في دراهم سعيد أن يعطيه بأكثر من درهم طعاما فذلك عند أصحاب مالك على وجهين أحدهما أن يكون الطعام الذي يعطيه بنصف الدرهم من الطعام الذي ابتاع منه فيدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى والآخر أن يكون الطعام من غير الذي اشترى منه فيكون حنطة وذهبا بطعام وفضة فيدخله التفاضل بين الطعامين على ما قدمنا من أصل مذهب مالك في ذلك وإذا تم له الدرهم وأخذ به حنطة كان حينئذ دينار ودرهم في حنطة فلم يدخله شيء

وعند الكوفيين لا يجوز أن يعطيه في نصف الدرهم طعاما من غير ما ابتاع ومما ابتاع منه إذا قبضه لأنه يكون بيع الطعام بإزاء مثله من الطعام وسائره بالدينار
وعند الشافعي يكون شريكا له في الدرهم إن أراد ويستحب أيضا ما قاله سعيد
1307 - مالك أنه بلغه أن محمد بن سيرين كان يقول لا تبيعوا الحب في سنبلة حتى يبيض

الاستذكار ج:6 ص:401

قال أبو عمر وهذا قد روي مرفوعا مسندا أخبرنا عبد الله بن محمد قال أخبرنا محمد بن بكير قال أخبرنا أبو داود قال حدثني عبد الله بن محمد النفيلي قال حدثني بن علية عن أيوب عن نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن السنبل حتى تبيض ويأمن من العاهة نهى البائع والمشتري
واخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني بكير بن حماد قال حدثني مسدد قال حدثني عبد الوارث بن سعيد التنوري عن أيوب عن نافع عن بن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى تزهي وعن السنبل حتى تبيض نهى البائع والمشتري
وفي نهيه ﷺ عن بيع السنبل حتى تبيض دليل على أنه إذا ابيض جاز بيعه
وفي مثل هذا حديث أنس بن مالك
اخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني الحسن بن علي قال حدثني أبو الوليد الطيالسي عن حماد بن سلمة عن حميد عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ونهى عن بيع الحب حتى يشتد

وهذا دليل على أنه إذا أشتد الحب وابيض السنبل جاز بيعه قبل حصاده
وهذا موضع اختلف الفقهاء فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وأهل المدينة وأهل الكوفة وأكثر أهل العلم إلى أن بيع الحب في سنبله إذا يبس واستغنى عن الماء وابيض السنبل جائز
واختلفوا فيمن عليه حصاده ودرسه فقال بعضهم هذا على البائع حتى يسلم الحبة إلى المشتري مميزا من التبن
وهو قول الكوفيين
وقال غيرهم حصاده على المشتري

الاستذكار ج:6 ص:402

وقال الشافعي لا يجوز بيع الحب في سنبله كما لا يجوز بيعه محصودا في تبنه إلا أن يجوز شراء شاة مذبوحة عليها جلدها الحائل دون لحمها
قال ولم أجد أحدا من أهل العلم يأخذ عشر الحبوب في أكمامها ولا يجوز بيع الحنطة بالحنطة في سنبلها
قال ومن أجاز بيع الحنطة في سنبلها لزمه أن يجيزه في تبنها
قال أبو عمر قد روى الربيع بن سليمان عن الشافعي أنه سمعه يقول وقيل له في بيع الزرع إذا ابيض واشتد في سنبله خبر بإجازته عن النبي ﷺ فقال من رواه قيل له رواه إسماعيل بن علية عن أيوب عن نافع عن بن عمر عن النبي ﷺ نهى عن بيع الزرع حتى يبيض ويشتد قال ما أحفظ هذا الحديث ولا يجوز بيعه لأنه شيء غير معين وبيعه من بيع الغرر وإن صح الخبر عن النبي ﷺ عند أهل المعرفة بالحديث ما وسعنا إلا اتباعه إلا أتباعه والقول به ولا يحل لأحد استعمال قياس ولا

معقول مع ثبوت الخبر عن النبي ﷺ بخلافه وقال اضربوا عليه وكثيره من بيع الزرع في سنبله جائز كما جاء الخبر به عن النبي ﷺ
قال أبو عمر تحصيل مذهب الشافعي عند أصحابه أنه لا يجوز بيع ما لم يخلق كالمقاثي والموز والباذنجان والياسمين ولا بيع ما خلق فلم يقدر على تسليمه في حين البيع ولا بيع ما خلق وقدروا عليه إذا كان معينا في الأرض أو غيرها أو حال دون رؤيته حائل ولا بيع شيء خلط بغيره خلطا يمنع أن يعرف مقداره وهذا كله عنده من بيوع الغرر ولا يجوز شيء منه وإن وقع البيع فيه أبطله

وسيأتي القول في بيع الغرر في بابه من هذا الكتاب إن شاء الله تعالى
ولا يجوز عند الشافعي بيع الجزر ما دام عليه قشرتان حتى تزول القشرة العليا وتبقى في القشرة السفلى التي فيها بقاؤه ويصح النظر إليه
قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم إلى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبعني الطعام الذي لك علي إلى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لأنه قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبعني طعاما إلى أجل حتى أقضيكه فهذا لا يصلح لأنه إنما يعطيه طعاما ثم يرده إليه فيصير الذهب الذي

الاستذكار ج:6 ص:403

أعطاه ثمن الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك إذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى

قال أبو عمر أما إذا كان على حسب ما وصفه مالك فإنه أمر مكشوف فقد عقدا عليه غريمتها وظهر ذلك في فعلهما إذا قال له لا أبيعك الطعام الذي سلمت فيه إليك وحتى أقبضه فقال له بعني طعاما إلى أجل أصرفه إليك فضامن طعامك ويبقى ثمنه على مكانه إنما باعه الطعام الذي كان عليه بالثمن الذي عقده في الطعام الآخر فصار بيع الطعام قبل قبضه إلى سائر ما يدخله من وجوه الربا لأنه قد صرف الطعام الذي اشترى منه إليه وصار فعلهما ذلك وذريعة إلى تحليل ما لا يحل في بيع الطعام قبل أن يستوفى وأما إذا ابتاع رجل طعاما من غريم له عليه طعام من غير شرط ولا إعادة معروفة ثم قضاه منه فإن ذلك جائز عند الشافعي وعند كل من لا يقول بإعمال الظن لقطع الذريعة لأن الله - عز وجل - لم يحرم على أحد أن يبتاع من غريمه سلعة بعد سلعة وأن يعامله معاملة بعد معاملة إذا كانا من أهل السلامة فإذا ملك الطعام الذي ابتاع منه بغير شرط ولا كلام هو كالشرط وقبضه وجائز فيه تصرفه جاز له أن يقضي منه ذلك الغريم ما عليه من الطعام كما له أن يفعل فيه ما أحب ولا يجوز ذلك عند مالك لأن الفعل القبيح عنده كأنه قد شرطه وقصده ولا ينفع عنده القول الحسن في البيع إذا كان الفعل قبيحا كما لا يضره عنده القول القبيح إذا كان الفعل حسنا ألا ترى أنه يجيز ما لا يجيزه أحد من العلماء غيره وذلك قول الرجل أبيعك سلعتي هذه بكذا وكذا درهما على أن تعطيني في تلك الدراهم دينارا فأجاز ذلك مالك مع قبح الكلام لأنه يجمع بيقين في بيعه وصرفا متأخرا عند غيره وأما عنده فإنما باعه تلك السلعة بالدينار وكان ذكر الدراهم عنده لغوا لم يلتفت إليه وأما الشافعي فإنه لا يراعي فيما يحل ويحرم من

البيوع بين المتبايعين إلا ما اشترطا وذكرا بألسنتهما وظهر من قولهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال له أبيعك هذه الدراهم بدنانير أنظرك بها حولا أو شهرا لم يحل ولو قال أسلفني

دراهم وأمهلني بها حولا أو شهرا جاز وليس بين ذلك الاختلاف لفظ القرض ولفظ البيع
قال مالك في رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذي عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لي عليه مثل الطعام الذي لك علي بطعامك الذي لك علي
قال مالك إن كان الذي عليه الطعام إنما هو طعام ابتاعه فأراد أن يحيل غريمه بطعام ابتاعه فإن ذلك لا يصلح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى فإن كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لأن ذلك ليس ببيع ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى لنهي رسول الله ﷺ عن ذلك غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على أنه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة في الطعام وغيره
قال مالك وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضي دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشترط عليه حين أسلفه وازنة وإنما أعطاه نقصا لم يحل له ذلك
1308 - قال مالك ومما يشبه ذلك أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المزابنة وأرخص في بيع العرايا بخرصها من التمر وإنما فرق بين ذلك أن بيع المزابنة بيع على وجه المكايسة والتجارة وأن بيع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه

قال أبو عمر أما قوله في أن الحوالة بالطعام إذا كان من بيع لا يجوز وإذا كان من قرض جاز فقد مضى القول بأن رسول الله ﷺ إنما نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى من ابتاعه لا من ملكه بأي وجه كان لأنه ﷺ قال ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه)) أو قال حتى يقبضه فخص مبتاع الطعام بذلك لأنه في ضمان غيره لا في ضمانه وجاز للوارث بيعه قبل أن يستوفيه لأنه غير مضمون على غيره

وخالف الشافعي مالكا في القرض فلم ير بيعه قبل قبضه لأنه من ضمان المستقرض وأما الحوالة به فرأى مالك أن الحوالة إن كانت نقل ذمة إلى ذمة وتحول ما

الاستذكار ج:6 ص:405

على ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه برضا المستحيل فإنه عنده بيع من البيوع لأن البيع كل ما تعارض عليه المتعاوضان فلم تجز الحوالة في الطعام لمن ابتاعه كما لا يجوز بيعه قبل قبضه وقول الشافعي في ذلك كقول مالك قال الشافعي ولرجل عليه طعام فأحال به على رجل له عليه طعام لم يجز من قبل أن أصل ما كان له بيع وإحالته به بيع منه له بالطعام الذي عليه بطعام على غيره

وأما أبو حنيفة وأصحابه فلا بأس عندهم بالحوالة في السلم كله طعاما كان أو غيره وهو عندهم من باب الكفالة وجائز عندهم للمسلم أن يستحيل بما سلم فيه على من أحاله عليه المسلم إليه كما له أن يأخذ به رهنا وكفلا وأخرجوا الحوالة من البيع كما أخرجها الجميع من باب الدين بالدين ومن باب البيع أيضا

ولو كانت الحوالة من البيع ما جاز أن يستحيل أحد بدنانير من دنانير أو بدراهم من دراهم لأنه ليس

هاء وهاء

وأما قول مالك بأن أهل العلم قد أجمعوا أنه لا بأس بالشركة والتولية والإقالة في الطعام وغيره إلى آخر كلامه

وأحسبه أراد أهل العلم في عصره أو شيوخه الذين أخذ عنهم

وأما سائر العلماء فأنهم لا يجيزون الشركة ولا التولية في الطعام لمن ابتاعه قبل أن يقبضه فأن الشركة والتوالية بيع من المبيوع

وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه

وستأتي هذه المسألة في بابها - إن شاء الله عز وجل

وأما قوله أنزلوه على وجه المعروف قال المعروف عند غيره من العلماء ليس بمعارضه ولا بدل في غيره وإنما هو إحسان لا عوض منه إلا الشكر والأجر

وأما السلف الذي هو القرض فقد وردت السنة المجتمع عليها فيه أن خير الناس أحسنهم قضاء وأن الزيادة فيه إذا اشترطت ربا وليس هكذا سبيل البيوع والعرايا بيع مخصوص في مقدار لا يتعدى

وقد أنكروا على أبي حنيفة إذ لم يجعلها من البيوع

وقد مضى ما للعلماء في العرايا مما أغنى عن تكراره ها هنا والحمد لله

الاستذكار ج:6 ص:406

قال مالك ولا ينبغي أن يشتري رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطي بذلك طعاما إلى أجل

قال أبو عمر قوله يعطي بذلك طعاما يريد الكسر كذلك رواه القعنبي

وهذا بين في مذهبه واضح لأنه اشترى منه ببعض درهم طعاما قبضه على أن يعطيه عند الأجل بالكسر من الدراهم طعاما والدرهم لم يكن يتبعض عندهم ولا يجوز كسره عند أهل المدينة على ما قدمنا عنهم فيما مضى من هذا الكتاب في موضعه فلم يدفعه وشرط أن يعطيه في ذلك الكسر طعاما عند الأجل بهذا لا يجيزك أحد لأنه طعام بطعام إلى أجل وذكر الكسر من الدرهم لا معنى له لأنه قد شرط أن يعطيه فيه طعاما عند الأجل فكان ذكره لغوا وكان في معنى الحيلة أو الذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة هذا كله أصل مالك ومعنى قوله وقد ذكرنا قوله في الذي يبيع سلعته بدنانير على أن يعطيه بالدنانير كذا وكذا درهما أن بيعه لسلعته إنما هو بالدراهم

وذكر الدينار لغو فكذلك ذكر الكسر من الدرهم هنا لغو وهو طعام بطعام إلى أجل

وأما الشافعي وأبو حنيفة فهو عندهما من بيعتين في بيعة ويدخله أيضا عندهما بيع الطعام بالطعام نسيئة

قال مالك ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من درهم إلى أجل ثم يعطي درهما ويأخذ بما بقي له من درهمه سلعة من السلع لأنه أعطى الكسر الذي عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به

قال أبو عمر لأنهما صفقتان لا يدخلهما شيء من المكروه

قال مالك ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم

قال أبو عمر هذا ما لا خلاف فيه للجهل بمبلغ ما يأخذ كل يوم بسعره لانخفاض الأسعار وارتفاعها قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيئا ثم بدا له أن يشتري منه شيئا فإنه لا يصلح له أن يشتري منه شيئا إلا ما كان يجوز له أن يستثني منه وذلك الثلث فما دونه فإن زاد على الثلث صار ذلك إلى المزابنة وإلى ما يكره فلا ينبغي له أن يشتري منه شيئا إلا ما كان يجوز له أن يستثني منه ولا يجوز له أن يستثني منه إلا الثلث فما دونه وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا

قال أبو عمر أما قوله وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا فإنه أراد أن الرجل إذا باع ثمر حائط له أن له أن يستثني منه ما بينه وبين ثلث التمر لا يجاوز ذلك على ما ذكره في باب ما يجوز في استثناء التمر

وقال آخر أنه الأمر المجتمع عليه عندهم والصبرة عنده والجزاف من الطعام كله كثمرة الحائط سواء في بيع ذلك قبل قبضه كالعروض وقد مضى القول بما للعلماء في ذلك من المذاهب في ذلك الباب من هذا الكتاب

وأما قوله في هذه المسألة أنه إن زاد على الثلث صار إلى المزابنة فإنه يدل على أن بائع الطعام جزافا أراد أن يشتري منه طعاما بطعام مثله كيلا فرآه من الخطر والقمار والمزابنة لأنه لا يدري كم الباقي الذي وقعت عليه الصفقة الأولى وهذا ما كرهه جمهور العلماء على ما تقدم في باب الاستثناء وأجازه مالك في الثلث فما دون ولم يجزه فيما فوق ذلك وقد مضى القول فيه هنالك

وقد سأل يحيى بن إبراهيم عيسى بن دينار عن تفسير هذه المسألة كلها

فقال عيسى معنى هذا عند مالك قبل أن يعيب

عليه المبتاع ويكون ذلك معاوضة من الثمن فإذا بان ذلك لا يصلح لأنه بيع وسلف قلت فإن كان قد غاب عليه فابتاعه منه كله معاوضة بنقد الثمن فيصلح ذلك أم لا قال لا قال قلت ولم قال لأنه زيادة في السلف كأنه أسلفه ذلك الطعام الذي غاب عليه ثم

رده إليه ويزيده الذي بقي عليه من الثمن إلى آخر الأجل

قال أبو عمر أما الشافعي والكوفي فلا يجوز عندهما لمن اشترى طعاما جزافا أن يبيعه حتى يقبضه بما يقبض له مثله وأقل ذلك أن ينقله من موضعه

فإذا كان ذلك جاز عندهما لمن اشتراه وقبضه أن يبيع منه ما شاء على سنة البيوع إن كان بطعام يدا بيد على كل حال وإن كان من صنف واحد مثلا بمثل يدا بيد وإن كان بالذهب والفضة فكيف شاء المتبايعان على سنة البيوع وما غاب عليه المبتاع مع ما وصفنا وما لم يعب عليه من ذلك سواء وقد اختلف بن القاسم وأشهب في بيع التمر في رؤوس النخل بطعام حاضر من غير جنسه فقال بن القاسم لا يجوز ذلك إلا أن يأخذه قبل أن يفترقا

وقال سحنون إذا يبس التمر فلا بأس باشترائه بالطعام نقدا وإن تفرق قبل الجذ لأن العقد فيها قبض

ألا ترى أنه ليس فيها جائحة إذا يبست قال وكذلك قال لي أشهب

24 - باب الحكرة والتربص

1309 - مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا

فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف

الاستذكار ج:6 ص:409

فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله

1310 - مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر بن الخطاب إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا

1311 - مالك أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهي عن الحكرة

قال أبو عمر أما النهي عن الحكرة فقد روي فيها عن النبي ﷺ النهي عن الحكرة من وجه صحيح إلا أن معناها الطعام الذي يكون قوتا عند الحاجة إليه

حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد قال حدثني أبو بكر قال حدثني يزيد بن هارون عن محمد بن إسحاق عن محمد بن إبراهيم عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله بن نضلة قال قال رسول الله ﷺ ((لا يحتكر إلا خاطئ))

ورواه محمد بن فضيل عن بن إسحاق بإسناده مثله وزاد قال وكان معمر محتكرا

ورواه بن عجلان عن محمد بن عمرو عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه سمعه يقول ((لا يحتكر إلا خاطئ))

قال فكان سعيد بن المسيب يحتكر فقيل له فقال كان معمر يحتكر

قال أبو عمر إنما كان سعيد بن المسيب ومعمر يحتكران الزيت وليس عليه مخرج الحديث

حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني أبو أسامة عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر قال حدثني القاسم بن أمامة قال نهى النبي أن يحتكر الطعام

الاستذكار ج:6 ص:410

قال وروى بن عيينة عن عمرو بن دينار قال رأيت جرار سعيد بن المسيب التي كان يحتكر فيها الزيت قد أخرجت وأقيمت في الطريق قال أبو عمر وأما حديث عمر في قصة حاطب فروى سفيان بن عيينة عن كثير بن المطلب بن أبي وداعة عن عبد الله بن واقد بن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من جاء أرضا بسلعة فليبعها كيف شاء وهذا سوقنا ولا يبع في سوقنا محتكر

وذكر عبد الله بن وهب قال أخبرني عمرو بن الحارث أنه سمع عبد الرحمن بن القاسم وعمر بن عبد الله بن عروة بن الزبير ويحيى بن سعيد وذكر رجل في المجلس قول عمر بن الخطاب لحاطب بن أبي بلتعة إما أن يبيع بسعر السوق وإما أن يخرج من سوقنا فقالوا جميعا قد سمعنا هذا قالوا قال بن وهب وقال لي بن سمعان من فعل هذا من الولاة لا أصل أصاب ومن أقام على الناس ما بأيديهم من السلع جهل السنة وأثم في القيمة وأطعم المشتري بما لا يصلح له وإنما السعر يدا بيد هو يخفضه ويرفعه ليس إلى الناس من ذلك شيء

قال وسمعت مالك بن أنس يقول لا يسعر على أهل الأسواق فإن ذلك ظلم ولكن إذا كان في السوق عشرة أصوع فحط هذا صاعا أمر أن يخرج من السوق

وقال بن القاسم عن مالك لا تقوم على أحد سلعته وإنما يصنع في ذلك كما صنع بن الخطاب بحاطب
قال بن القاسم الفواكه كلها والآدام والطعام وجميع الأشياء لا يقوم شيء منها بشيء منها على أهل الحوانيت ولا غيرهم وإنما يقال للواحد والاثنين إما أن تلحقا بأسعار الناس وإما قوما من السوق
قال وإن كان واحدا واثنين أو ثلاثة رفعوا في السعر فحطوا مما يبيع الناس لم يقم لهم أهل السوق ولا يقام الكثير للقليل
وأما الحكرة فإن مالكا قال إذا قل الطعام في السوق واحتاج الناس إليه فمن اشترى منه شيئا للحكرة فهو مضر للمسلمين معتد في فعله ذلك فمن فعله فليخرجه إلى السوق وليبعه من أهل السوق بما ابتاعه ولا يزدد فيه وأما إذا كثر الطعام في الأسواق وباروا استغنى المسلمون عنه فلا بأس حينئذ بالابتياع للحكرة قال وجميع الأشياء في ذلك كالطعام
قال أبو عمر روى عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن داود بن صالح التمار

الاستذكار ج:6 ص:411

أنه سمع القاسم بن محمد يقول مر عمر بن الخطاب بحاطب وهو يبيع زبيبا فقال له عمر كيف تبيع فذكر له سعرا فقال له عمر إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع فرفع فجاء عمر بنفسه ثم رجع إلى حاطب فقال له إنما أخبرت أن عيرا مقبلة من الطائف بزبيب فأحببت أن تعتبر بسعرك فبيع كيف شئت
هكذا رواه طائفة عن الدراوردي منهم بن وهب وأبو أحمد الزبيري
وعنه داود بن صالح التمار في هذا المعنى حديث مرفوع رواه عن أبيه عن أبي سعيد الخدري وداود

هــذا مــدني مــولى للأنصــار وليــس بــه بــأس وأما الشافعي فروى عن الدراوردي عــن داود بــن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مــر بحاطب بن أبي بلتعة وبيــن يــديه غرارتــان فيهمــا زبيــب فــذكر نحــو حــديث مالــك إمــا أن ترفــع فــي السـعر وإمـا أن تـدخل زبيبـك بيتـك فتـبيعه كيـف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتــى حاطبــا في داره فقال له عمر إن الذي قلت ليس بعزيمــة مني ولا قضاء وإنما هو شيء أردت به الخير لأهــل البلــد فحيــث شــئت وكيــف شــئت فبــع قال الشـافعي وليـس هـذا بخلاف لمـا رواه مالـك لأن مالكــا روى بعــض الحــديث وهــذا العصــاة قال الشافعي والنـاس مسـلطون علـى أحـد لهـم ليـس لأحـد أن يأخـذها ولا شـيئا منهـا بغيـر طيـب أنفسهم إلا في المواضع التي أوجـب اللـه تعـالى عليهــم فيهــا الحقــوق وليــس هــذا منهــا قال الشافعي والحكرة المكروهة فيمـا هـو قـوت وعن الناس قوام لأبدانهم كالحنطة والشعير ومــا كان مثلها عند عدمها فلا يجـوز لأحـد الحكـرة فـي حاجة الناس حتى لا يجدوا منـه إلا مـا يتبلغـون بـه فحينئــذ لا ينبغــي لأحــد أن يخــرج ذهبــه وورقــه فيزاحم الناس على شـر الطعـام ليحتكـره ويغلـي على الناس أسعارهم وليمنع من ذلك ويؤدب عليه وأما الفاكهة والآدام كله فلا بأس بحكرته في كــل وقــت وكــان ســعيد بــن المســيب يحتكــر الزيــت وقول أبي حنيفة وأصحابه فـي الحكـرة نحـو ذلـك وقالوا لا يجوز التسعير على النـاس ولا يصـلح لأن الله عز وجل يقول لا تأكلوا أمولكم بينكم بالبطــل إلا أن تكـون تجـرة عـن تـراض منكـم النسـاء 29 وقال الليث بن سعد وهو قـول ربيعـة ويحيـى بـن سعيد لا بأس بالتسعير علـى البـائعين للطعـام إذا خيف منهم أن يفسدوا أسواق المسـلمين ويغلـوا أسعارهم

وحق على الوالي أن ينظر للمسلمين فيما يصلحهم ويعمهم نفعه

قال الليث وقال ربيعة السوق موضع عصمة ومنفعة للمسلمين فلا ينبغي للوالي أن يترك أهل الأسواق وما أرادوه من أنفسهم إذا كان في ذلك فساد لغيرهم ولو كان في ذلك إخراجهم من السوق وإدخال غيرهم فيه والقيمة حسنة ولا بد منها عند الحاجة إليها مما لا يكون فسادا ينفر به الجالب ويمتنع به التاجر من البيع لأن ذلك أيضا باب فساد لا يدخل على الناس ولم يكن رأي الوالي إقامة السوق وإصلاحها

قال ربيعة وإصلاح الأسواق حلال

قال أبو عمر روي عن النبي ﷺ ما يمنع من التسعير من وجوه صحيحة لا بأس بها

حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن اصبغ قال حدثني قاسم بن إسماعيل قال حدثني عبد العزيز بن عبد الله الأويسي وحدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني محمد بن عثمان الدمشقي قالا حدثني سليمان بن بلال قال حدثني العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله سعر فقال ((بل أدعو الله ثم جاءه رجل فقال يا رسول الله سعر فقال بل الله يرفع ويخفض وإني لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي مظلمة))

وحدثني عبد الوارث بن سفيان وسعيد بن نصر قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة وحدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني عثمان بن أبي شيبة

قالا حدثني عثمان قال حدثني حماد بن سلمة قال أخبرنا ثابت وقتادة عن حميد عن أنس قال غلا السعر بالمدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس يا رسول الله سعر لنا فقال رسول الله ﷺ ((إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وأني لأرجو أن ألقى الله ولا أرى أحدا يطلبني بالمظلمة في مال ولا دم

الاستذكار ج:6 ص:413

ورواه سفيان بن موسى عن أنس عن ثابت عن النبي ﷺ مثله

وروي عن علي بن أبي طالب مثله أنه سئل التسعير وأن يقوم السوق فأبى وكره ذلك حتى عرفت الكراهة فيه وقال السوق بيد الله يخفضها ويرفعها

1 (25 - باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه)

1312 - مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن علي بن أبي طالب أن علي بن أبي طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل

هكذا هذا الخبر في ((الموطأ)) عند جميع الرواة بالموطأ بهذا الإسناد

ورواه عبد الحميد بن سليمان عن مالك عن بن شهاب عن الحسن وعبد الله ابني محمد بن علي عن أبيهما أن عليا باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل فوهم فيه وأخطأ والصحيح في إسناده ما في ((الموطأ)) وأما إسناد عبد الحميد فإنما هو في حديث تحريم المتعة ولحوم الحمر الأهلية فاختلط عليه الإسناد

ولـــــــــــــــــــــم يقمـــــــــــــــــــــه
1313 - مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيهـا صـاحبها بالزبـــذة
1314 - مالك أنه سأل بن شهاب عن بيع الحيـوان اثنيــن بواحــد إلــى أجــل فقــال لا بــأس بــذلك
قال مالك الأمر المجتمـع عليـه عنـدنا أنـه لا بـأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم إلى أجل قال ولا خير في الجمـل بالجمل مثله وزيادة دراهم الدراهم نقـدا والجمـل إلى أجل وإن أخرت الجمـل والـدراهم لا خيـر فـي ذلك أيضا

الاستذكار ج:6 ص:414

قال أبو عمر لا ربا عنـد مالـك وأصـحابه فيمـا عـدا المطعوم والمشروب إذا ما كـان أو قوتـا والـذهب والفضة إلا فيما دخل معناه الزيادة والسـلف فـإن الزيادة في السلف ربا عند جميـع العلمـاء إذا كـان ذلــك مســلوفا معلومــا مقصــودا إليــه مشــترطا
وعند مالك ما كان في معنى ذلـك فلـه حكمـه وإن لم يشترط ذلك ولا ذكر إذا آل إليه بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهـم يـدا بيـد ليـس فيـه شـيء مـن معنى السلف والزيـادة عليـه لأن السـلف بنسـيئة أبدا كان حالا أو إلى أجل يدا بيد فليس فيـه شـيء مــــن معنـــــى الزيـــــادة فـــــي الســـــلف
وكذلك الجمل بالجمل يدا بيد والـدراهم إلـى أجـل لأن الجمل بالجمل قـد حصـل يـدا بيـد فيبطـل أن يتــــوهم فيــــه الســــلف وعلــــم أنــــه بيــــع
ولا ربا في الحيوان بالحيوان من جهة الـبيع إلا مـا ظن به أن فاعله قصد به استسلافه والزيادة علـى المثــــل فيــــه لموضــــع الأجــــل كمــــا وصــــفنا
وأما الجمل بالجمل مثلـه وزيـادة دراهـم الـدراهم نقدا والجمل إلـى أجـل فهـذا لـم يجـز لأنـه جمـل

بجمل مثله في صفته يأخذه إلى أجل وزيادة دراهم فصار كأنه أسلفه إياه قرضا إلى أجل على أن زاده دراهم معجلة
وكذلك لو كان الجمل والدراهم جميعا إلى أجل لأنه كان استسلف الجمل على أن يرده إليه بصفته ويرد معه إليه دراهم لموضع السلف فهذا سلف جر منفعة وهي الزيادة على مثل ما أخذ المستسلف هذا كله مذهب مالك
ومعنى قوله لأن الحيوان بالحيوان عنده لا يجوز فيه النسيئة إلا أن تختلف الأغراض فيه والمنافع بالنجابة والفراهة ونحو ذلك وإنما المراعاة في هذا الباب تأخير أحد الجملين وسواء كانت الدراهم نقدا أو نسيئة لأنه إذا تأخر أحد الجملين صار جملا بجمل نسيئة وزيادة دراهم فلا يجوز
وقد قال بقول مالك في الجمل بالجمل محمد بن سيرين وقتادة
ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين ومعمر عن قتادة قالا لا بأس ببعير ببعيرين ودرهم الدرهم نسيئة قالا فإن كان أحد البعيرين نسيئة فهو مكروه
قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة من ماشية الإبل وإن كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشتري منها اثنان بواحد إلى

الاستذكار ج:6 ص:415

أجل إذا اختلفت فبان اختلافها وإن أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد إلى أجل
قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل في نجابة ولا رحلة فإذا كان هذا على ما وصفت لك فلا يشتري منه اثنان بواحد إلى أجل ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذي اشتريته منه

إذا انتقـــــــــــــــــدت ثمنـــــــــــــــــه
قـال أبـو عمـر يقـول - رحمـه اللـه إن النجابـة والفراهة في الرحلة والسرعة إذا كان في الجهـة الواحدة ولم يكن في الثانيـة خـرج مـن أن يتـوهم فيه السلف وصـح أنـه بيـع لأن السـلف إنمـا علـى المستلف له أن يرد مثله فإذا كان الشرط أنه لا بد مثله إلا بزيادة دراهم على أنـه لا بيـع ولا ربـا فـي الحيـــــــــوان فـــــــــي الـــــــــبيوع
وجائز أن يؤخذ منه اثنان بواحـد يـدا بيـد علـى كـل حال اختلفت أو لم تختلف واثنان بواحد إلـى أجـل إذا اختلفت فبان اختلافه من هـذا كلـه وقـد تكـرر وبـــــــــان والحمـــــــــد للـــــــــه
وحكم العبيـد وسـائر الحيـوان فـي الاختلاف نحـو ذلـك إلا أن الاختلاف فـي العبيـد أن يكـون العبـد والجاريـة لهمـا صـفة ظـاهرة كالطبـخ والرقـم والتجـارة ومـا أشـبه ذلـك مـن الصـناعات وليس الجمال والفراهة عند بن القاسم بـاختلاف وقال أصبغ ذلك اختلاف وكذلك قـال بـن القاسـم في الجارية الكاتبة له أن يبيعها بـاثنتين لا يكتبـان نســـــــــــــــــــــــــــــــــيئة
وهـــــــــــــــو رأي أصـــــــــــــــبغ
ومعنـى مـا فـي ((الموطـأ)) أن الفصـاحة والتجارة والنفاذ والمعرفة جائز أن يسلم من كان كذلك من العبيد فيمن ليس كذلك منهم واحـد فـي اثنيـــــــــــــن وأكـــــــــــــثر
وأما قوله إنه لا بأس أن تبيع منه مـا اشـتريت مـن قبل أن تسـتوفيه فقـد مضـى مـذهبه أن الطعـام مخصوص بذلك عنده دون ما عدا الطعام لقوله ((مـن ابتـاع طعامـا فلا يبعـه حـتى يسـتوفيه)) فقد خص الطعام ومضى قول من خالفه في ذلـك أيضـــــــــــــــــــــــــــــــــــــا

وأما قوله من غير الذي اشتريت منه فلانة لو باعه من الذي اشتراه منه بأكثر

الاستذكار ج:6 ص:416

كانت الدراهم بأكثر منها وكان الجمل محللا لما يحرم من ذلك فإن باعه منه بمثل ما اشتراه منه في صفته وحاله جاز وارتفعت فيه التهمة وأما قوله أنه جائز أن يبيعه من غير الذي اشتراه نقدا ولا يجوز إلى أجل فإنه عنده من باب فسخ دين في دين وذلك لا يجوز في غير الحوالة قال أبو عمر أما اختلاف العلماء في بيع الحيوان بعضه ببعض يدا بيد ونسيئة فقول مالك في ذلك ما تقدم وتقدم تفسير مذهبه فيه

وأما الشافعي فلا ربا عنده في الحيوان بحال من الأحوال وجائز عنده بيع بعضه ببعض نقدا ونسيئة اختلف أو لم يختلف ولا ربا عنده إلا في الذهب والورق أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل او يشرب على مذهب سعيد بن المسيب

وحجته في جواز بيع الحيوان بعضه ببعض نسيئة حديث عبد الله بن عمرو بن العاص حدثناه سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني عبد الأعلى عن محمد بن إسحاق عن أبي سفيان بن مسلم عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش الزبيدي قال قلت لعبد الله بن عمرو بن العاص أنه ليس بأرضنا ذهب ولا فضة إنما نبيع البعير بالبعيرين والبقرة بالبقرتين والشاة بالشاتين فقال إن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين والشاة بالشاتين إبل الصدقة قال عثمان بن سعيد الدارمي قال قلت ليحيى بن

معين أبو سفيان المزني روى عنه بن إسحاق ما حاله قال مشهور ثقة قال قلت عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش الزبيدي قال هذا حديث مشهور
قال أبو عمر قول أبي ثور في هذا الباب كقول الشافعي
وقال أبو عبد الله المزني وهذا أصح الأقاويل وأقيسها
وبه قال داود

وروى معمر عن الزهري أنه سأله عن الحيوان بالحيوان نسيئة فقال سئل سعيد بن المسيب عن الحيوان فقال لا ربا في الحيوان
واحتج الشافعي لمذهبه في ذلك بأحاديث مالك في أول هذا الباب عن علي بن أبي طالب وبن عمر وبن شهاب
ولا حجة له في ذلك لأنه قد روي عن علي بن أبي طالب خلاف ذلك
رواه معمر عن بن طاوس عن أبيه أنه سأل بن عمر عن بعير ببعيرين نظرة قال لا فسأل أبي بن عباس فقال قد يكون البعير خيرا من البعيرين
وروى عبد الرزاق عن الأسلمي عن عبد الله بن أبي بكر عن بن أبي بكر عن بن قسيط عن بن المسيب عن علي - رضي الله عنه - أنه كره بعيرا ببعيرين نسيئة
قال أبو عمر حديث مالك عن علي أثبت من هذا والأسلمي ليس بالقوي وأما سعيد بن المسيب وبن شهاب فلا خلاف بينهما فيما ذهب إليه الشافعي وهو قول رافع بن خديج وبن عباس
قال أبو عمر إذا حمل ما روي عن علي وبن عمر على معنى ما ذهب إليه مالك لم يختلف المعنى في ذلك وصح استعماله من غير تضاد وبالله التوفيق

وقال سفيان الثوري والحسن بن حي وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف أو لم يختلف

ومن حجتهم حديث سمرة عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة أخبرناه عبد الله بن محمد قال حدثنا محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني موسى بن إسماعيل قال حدثني حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (1)

وروى معمر عن يحيى بن كثير عن عكرمة عن النبي ﷺ أنه نهى عن الحيوان بالحيوان نسيئة هكذا رواه عبد الرزاق عن معمر عن يحيى عن عكرمة مرسلا

الاستذكار ج:6 ص:418

وذكر عن الثوري عن عبد العزيز بن رفيع قال سمعت محمد بن الحنفية يكره بيع الحيوان بالحيوان نسيئة

وقال عكرمة

وعن معمر قال قال الحسن إذا اختلفا إلى أجل فلا بأس به يقول الغنم بالبقر والبقر بالإبل وأشباه هذا

ولا خلاف بين العلماء الكوفيين والحجازيين وغيرهم أنه لا بأس ببيع الحيوان بالحيوان متفاضلا يدا بيد

قال أبو عمر يحتمل أن يحتج لمذهب مالك بالحديثين المرفوعين في هذا الباب حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وحديث سمرة فيكون المعنى في حديث عبد الله بن عمرو وإذا اختلفت الأغراض والمنافع على ما وصفنا من مذهبه في ذلك

ويكون معنى حديث سمرة إذا لم تختلف فلا يجـوز بيع طعامها يقع بعضـها ببعـض نسـيئة فيسـتعمل الحديثان على هـذا إلا أن الأصـل فـي الـبيوع أنهـا حلال إذا كانت تجارة عن تراض إلا ما حرمه الله عز وجل على لسان رسوله ﷺ نصا أو كان فـي معنـى النص فإن ذلك حـرام وإن تراضـى بـه المتبايعـان وإذا تعارضـت الآثـار فـي بيـع الحيـوان بـالحيوان نسيئة سـقطت وكـانت الحجـة فـي عمـوم ظـاهر القـرآن لأنهـا تجـارة عـن تـراض وبـالله التوفيـق قال مالك ومن سلف في شيء مـن الحيـوان إلـى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فـذلك جـائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولـم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهـم والـذي لـم يـزل عليـه أهـل العلـم ببلـدنا قال أبو عمر اختلف السـلف والخلـف فـي السـلم فـي الحيـوان الموصـوف فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي السـلف في الحيوان الموصوف جائز كسـائر الموصـوفات وهـو قـول عبـد اللـه بـن عمـر وقال الثوري والحسن بن صالح وأبـو حنيفـة وأبـو يوسـف ومحمـد لا يجـوز السـلف فـي الحيـوان وهو قول بـن مسـعود وعبـد الرحمـن بـن سـمرة قال أبو عمر احتج من لم يجز السلف في الحيـوان بأنه لا يضبط ضبطا صحيحا

بالصفة لأن السن واللون يتباينان تباينا بعيـدا لأن الفاره القوي يكـون متقـدما فـي الثمـن والقيمـة والجودة والفراهات ونحو هذا في سـائر الحيـوان واحتج أهل الحجاز بـأن الحيـوان يثبـت فـي الذمـة بالصفة بدليل ثبوت ذلك في الذمة من الإبل كبنت مخاض وبنت لبون وجذعة وحقـة وخلفـه ومعلـوم أنها تختلف وقد جاءت السنة فـي الـديات بثبوتهـا

فـــــي ذمـــــة مـــــن وجبـــت عليـــه
واحتجوا - أيضا - بأن رسول الله ﷺ استقرض بكرا علـــــــى إبـــــــل الصـــــــدقة
قال أبو عبد الله المروزي حدثني أبـو قدامـة قـال سألت يحيى بن سعيد وعبد الرحمن بن مهدي عـن الســـــــلم فـــــــي الحيـــــــوان
فقالا لا بأس به واحتجا بحديث أبي رافع أن النـبي ﷺ استســـــــــــــلف بكـــــــــــرا
وسـيأتي الكلام فـي حـديث بـن رافـع هـذا فـي موضعه من هذا الكتاب إن شاء الله عز وجل

1 (26 - باب ما لا يجوز من بيع الحيوان)

1315 - مالك عن نافع عـن عبـد اللـه بـن عمـر أن رسول الله نهى عـن بيـع حبـل الحبلـة وكـان بيعـا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلـى أن تنتـج الناقـة ثـم تنتـج الـتي فـي بطنهـا
قال أبو عمر جاء تفسير هذا الحـديث فـي سـياقه فإن لم يكن تفسيره مرفوعـا مـن قـول بـن عمـر وحسبك بتأويل من روى هذا الحديث وعلم مخرجه

1316 - مالـك عـن بـن شـهاب عـن سـعيد بـن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهي مـن الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيـح وحبـل الحبلة

الاستذكار ج:6 ص:420

والمضامين بيع ما في بطون إناث الإبل والملاقيح بيـــــع مـــــا فـــــي ظهـــــور الجمـــــال
وتفسير سعيد بن المسيب هذا يدل علـى مـا تـدل عليه ترجمة الباب مـن بيـع الحيـوان وأنـه لا يجـوز منه بيع الأجنة ولا بيع ما لم يخلق أو لا بيع مـا يقـع عليه العين ويحيط به العلم والتفسير في الحديث

الأول يحتمل مثل هذا أيضا والأظهر فيه النهي عن البيوع إلى الآجال المجهولة لقوله فيه أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها
وبهذا التأويل قال مالك والشافعي وأصحابهما ولا خلاف بين العلماء أن البيع إلى مثل هذا الأجل المجهول لا يجوز وكفى بالإجماع علما وقد جعل الله - عز وجل - الأهلة مواقيت للناس وهي معلومة فما كان معلوما من الآجال لا يختلف مجيئة ولا يجهل وقته فجائز البيع إليه لا خلاف بين المسلمين فيه
وقال آخرون معنى هذا الحديث بيع ولد الجنين في بطن أمه هذا قول أبي عبيد قال أبو عبيد عن بن علية هو نتاج النتاج وبهذا التأويل قال أحمد وإسحاق بن راهويه والتأويلات جميعا مجتمع عليها لا خلاف والحمد لله بين علماء المسلمين فيه
وقد روي عن النبي أنه نهى عن بيع المجر وهو بيع ما في بطون الإناث ونهى عن المضامين والملاقيح
قال أبو عبيد المضامين ما في البطون وهي الأجنة والملاقيح ما في أصلاب الفحول وهذا قول سعيد بن المسيب واستشهد أبو عبيد بقول الشاعر ملقوحة في بطن ناب حائل

الاستذكار ج:6 ص:421

وفي البيت الذي استشهد به ((ملقوحة)) وكان وجه ما استشهد به أن يقول مضمونة في بطن الحامل
وقال غيره المضامين ما في أصلاب الفحول والملاقيح ما في بطون الإناث
وذكر المزني عن بن هشام شاهدا بأن الملاقيح ما

في البطون لبعض الأعراب
منيتني ملاقحا في الأبطن تنتج ما تلقح بعد أزمن
وأي الأمرين كان فعلماء المسلمين مجمعون على
أن ذلك كله لا يجوز في بيوع الأعيان ولا في بيوع
الآجال والحمد لله كثيرا
قال أبو عمر في رواية بن عمر لحديث هذا الباب
عن النبي ما يرد ما روي عنه من تجويز ذلك
البيع إلى الأجل المجهول
ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر قال بلغني أن
بن عمر كان يبتاع إلى ميسرة ولا يسمي إلى أجل
قال وأخبرني إسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع
عن القاسم بن أبي بزة عن يعقوب أنه كان يبتاع
منه إلى الميسرة ولا يسمي أجلا
قال مالك لا ينبغي أن يشتري أحد شيئا من
الحيوان بعينه إذا كان غائبا عنه وإن كان قد رآه
ورضيه على أن ينقد ثمنه لا قريبا ولا بعيدا
قال مالك وإنما كره ذلك لأن البائع ينتفع بالثمن
ولا يدري هل توجد تلك السلعة على ما رآها
المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به إذا كان
مضمونا موصوفا
قال أبو عمر أما بيع الحيوان الغائب وغير الغائب
أيضا عن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال
أحدها قول مالك إن ذلك جائز فإن وجده على
الصفة لزم فيه البيع والشراء ولا خيار للرؤية في
ذلك إلا أن يشترط المشتري

الاستذكار ج:6 ص:422

والثاني أن بيع الغائب على الصفة وعلى غير
الصفة جائز وللمبتاع خيار الرؤية فإذا رآه ورضيه
تمت الصفقة وصح البيع
هذا قول الكوفيين والشافعي
والثالث أنه لا يجوز بيع الغائب على الصفة ولا
على غير الصفة ولا يجوز إلا بيع عين مرئية أو

صفة مضمونة في الذمة وهو السلم هذا هو المشهور من قول الشافعي وسنذكر هذه المسألة في باب بيع الغرر أن شاء الله تعالى وأما النقد المذكور في هذه المسألة فإنما كرهه مالك وقد ذكر الوجه الذي له كرهه لأن ما كرهه مالك لانه زعم أنه يدخله بيع وسلف وقد اختلف أصحابه في جواز النقد في باب بيع الحيوان الغائب وغير الحيوان وذكر بن المواز عن بن القاسم أنه قال إن كانت الغيبة مثل البريد أو البريدين فلا بأس بالنقد فيه وقال أشهب لا بأس بالنقد فيه اليوم واليومين كان حيوانا أو طعاما قال أشهب لا بأس به وإن كان بعيدا لم يجز النقد فيه كان المبيع ضارا أو ما كان من شيء وروى بن القاسم عن مالك أنه قال لا بأس بالنقد في الدور والعقار كله لأنه مأمون وروى أشهب عن مالك مثل ذلك وخالفه فلم ير النقد في شيء منه وأجاز بن القاسم النقد في المبيع على الصفة طعاما كان أو غيره إذا كان على اليوم واليومين قال أبو عمر إنما كره مالك النقد في الحيوان الغائب لأن الحيوان يسرع إليه التغيير ما لا يسرع إلى غير الحيوان فكان عنده في معنى البيع والسلف إذا نقد فيه يدخله ذلك على مذهبه في الأغلب السرعة تغيره وليس العقار كذلك وعلة أشهب في تسويته بين العقار وغيره ما جعله مالك علة في ذلك لأنه ربما لم يوجد على الصفة فيكون البائع قد انتفع بالثمن فأشبه البيع والسلف

وأما قوله ولا بأس به إذا كان مضمونا موصوفا فإنه أراد السلم المعروف على شروطه

1 (27 - باب بيع الحيوان باللحم)

1317 - مالك عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم

1318 - مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين

1319 - مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول نهي عن بيع الحيوان باللحم

قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى شارفا بعشرة شياه فقال سعيد إن كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك

قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم

قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل ينهون عن ذلك

قال أبو عمر لا أعلم حديث النهي عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبي ﷺ من وجه ثابت وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب على ما ذكره مالك في موطئه

وقد روي فيه عن مالك إسناد منكر قد ذكرناه في (التمهيد)

ورواه معمر عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ نهى عن اللحم بالشاة الحية

قال معمر قال زيد بن أسلم نظرة ويدا بيد

وقد اختلف الفقهاء في القول بهذا الحديث والعمل به والمراد منه

فكان مالك يقول معنى هذا الحديث تحريم التفاضل في الجنس الواحد حيوانه بلحمه وهو عنده من باب المزابنة والغرر والقمار لأنه لا يدري هل في

الحيوان مثل اللحم الذي أعطى أو أقل أو أكثر وبيع اللحم باللحم لا يجوز متفاضلا فكان بيع الحيوان باللحم كبيع اللحم المغيب في جلده بلحم إذا كانا من جنس واحد والجنس الواحد عنده الإبل والبقر والغنم والظباء والوعول وسائر الوحوش وذوات الأربع المأكولات هذا كله عنده جنس واحد لا يجوز بيع شيء من حيوان هذا الصنف والجنس كله بشيء من لحمه بوجه من الوجوه لأنه عنده من باب المزابنة كأنه الزبيب بالعنب والزيت بالزيتون والشيرج بالسمسم ونحو ذلك والطير كله عنده جنس واحد الدجاج والأوز والبط والحمام واليمام والنعام والحدأ والرخم والنسور والعقبان والبزاة والغربان وطير الماء وطير البر كله لأنه يرى أكل الطير كله سباعه وغير سباعه ذي المخلب منه وغير ذي المخلب والحيتان عنده كلها جنس واحد وكذلك كل ما في الأنهار والبحار من السمك وغير السمك وقد روي عن مالك أن الجراد وحده صنف واحد وما ذكرت لك من أصله من بيع الحيوان باللحم هو مذهبه المعروف عنه وعن جماعة أصحابه إلا أشهب فإنه لا يقول بقول مالك في بيع الحيوان باللحم ومال فيه إلى مذهب الكوفيين ولم يقل فيه بما روي من الحديث عن مالك وعمل أهل المدينة هذا فيما أحسب مما رواه أبو إسحاق البرقي عن أشهب والمعروف عن أشهب أن اللحم الذي لا حياة فيه لا يجوز بيعه بشيء من الحيوان من جنسه وإنما ما

يقتنى من الحيوان لأنه حيوان كله فخالف سعيد بن المسيب في الشارف بعشر شياه وخالف مالكا وبن القاسم في ذلك
قال أبو عمر إذا اختلف الجنسان فلا خلاف عند مالك وأصحابه أنه جائز حينئذ بيع الحيوان باللحم وجائز عندهم بيع ما شئت من الأنعام بما شئت من الطير والحيتان وبيع ما شئت من الطير والأنعام بما شئت من الحيوان ونحو ذلك
ولا يجوز عند مالك وأصحابه - إلا أشهب - أن يباع الدجاج بطير الماء لأن طير الماء لا يقتنى فهو كاللحم
والأصل في هذا قول سعيد بن المسيب في الشارف إن كان اشتراها لينحرها فلا يجوز - يعني بيعها - بغنم أحياء

الاستذكار ج:6 ص:425

وكان بن القاسم لا يجيز حي ما يقتنى بحي ما لا يقتنى لا مثلا بمثل ولا متفاضلا لأنه حيوان بلحم وأجاز حي ما لا يقتنى على التحري
وأما حي ما يقتنى بحي ما لا يقتنى فجائز عندهم متفاضلا يدا بيد على ما ذكرنا من أصولهم في بيع الحيوان بعضه ببعض
وقال أحمد بن حنبل لا يجوز بيع اللحم بالحيوان
وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف لا بأس باللحم بالحيوان من جنسه وغير جنسه على كل حال بغير اعتبار
وقال أحمد بن حنبل لا يجوز إلا على الاعتبار
قال أبو عمر الاعتبار عنده كالتحري عند بن القاسم
وقال المزني إن لم يصح الحديث في بيع الحيوان باللحم فالقياس أنه جائز وإن صح بطل القياس واتبع الأثر
وقال الليث بن سعد والشافعي وأصحابه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان على كل حال من الأحوال من

جنس واحد كان أو من جنسين مختلفين على عموم الحديث
قال أبو عمر ذهب الشافعي إلى القول بهذا الحديث وان كان مرسلا وأصله إلا تقبل المراسيل لأنه زعم أنه افتقد مراسيل سعيد بن المسيب فوجدها أو أكثرها مسندة صحاحا وكره جميع أنواع الحيوان بأنواع اللحوم على ظاهر الحديث وعمومه لأنه لم يأت أثر يخصه ولا اجماع ولا يجوز عنده أن يخص النص بالقياس والحيوان عنده أشهر لكل ما يعيش في البر والماء وإن اختلفت أجناسه كالطعام الذي هو اسم لكل مأكول ومشروب
وروي عن بن عباس أن جزورا نحرت على عهد أبي بكر فقسمت على عشرة أجزاء فقال رجل أعطوني جزءا منها بشاة فقال أبو بكر لا يصلح هذا
قال الشافعي ولست أعلم لأبي بكر في ذلك مخالفا من الصحابة
قال أبو عمر قد روي عن بن عباس أنه أجاز بيع الشاة باللحم وليس بالقوى
وذكر عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كره أن يباع حي بميت - يعني الشاة المذبوحة بالقائمة

وقال سفيان ونحن لا نرى به بأسا
قال أبو عمر للكوفيين في أنه جائز بيع اللحم بالحيوان حجج كثيرة من جهة القياس والاعتبار لانه إذا صح الأثر بطل القياس والنظر وبالله التوفيق

1 (28 - باب بيع اللحم باللحم)

1320 - قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في

لحم الإبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش أنه لا يشترى بعضه ببعض إلا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وإن لم يوزن إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد
قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم الإبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فإن دخل ذلك الأجل فلا خير فيه
قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى بأسا بأن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شيء من ذلك إلى أجل
قال أبو عمر هذا مذهب مالك لا خلاف عنه في ذلك
وذكر بن القاسم وغيره في الألبان مثل ذلك وهو قول الليث بن سعد في اللحوم والألبان سواء
وأما الشافعي فذكر المزني عنه قال اللحم كله صنف واحد وحشيه وإنسيه وطائره لا يحوز بيعه إلا مثلا بمثل وزنا بوزن وجعله في موضع آخر على قولين أحدهما ما ذكرنا
والآخر أن لحم البقر صنف غير لحم الإبل وغير لحم الغنم
قال المزني قد قطع بأن ألبان البقر والغنم والإبل أصناف مختلفة قال فلحومها التي هي أصول الألبان أولى بالاختلاف
وقال الشافعي في ((الإملاء)) إذا اختلفت أجناس الحيتان فلا بأس ببيع بعضها ببعض متفاضلا قال وكذلك لحوم الطير إذا اختلفت أجناسها

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لحم الضأن والماعز شيء واحد وكذلك البختي من الإبل مع القوهي وكذلك البقر مع الجواميس فلا يباع الجنس منها متفاضلا ويباع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلا وكذلك الأجناس المختلفة وهو قول الحسن بن حي والقول عندهم في الألبان كالقول في اللحمان
وقال أحمد بن حنبل اللحمان كلها جنس واحدة لا يجوز بعضه ببعض رطبا ويجوز إذا تناهى جفافه مثلا بمثل
قال أبو عمر لا يجوز التحري عند الشافعي ولا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وأكثر العلماء في اللحم باللحم ولا فيما يحرم فيه التفاضل والزيادة والله أعلم
قال أبو عمر ليس في هذا الباب أصل مجتمع عليه ولا سنة يصدر عنها وإنما هو الرأي والاجتهاد والقياس والله الموفق

1 (29 - باب ما جاء في ثمن الكلب)

1321 - مالك عن بن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن
يعني بمهر البغي ما تعطاه المرأة على الزنى وحلوان الكاهن رشوته وما يعطى على أن يتكهن
قال مالك أكره ثمن الكلب الضاري وغير الضاري لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب
قال أبو عمر لا خلاف بين علماء المسلمين في أن مهر البغي حرام وهو على ما فسره مالك لا خلاف في ذلك

الاستذكار ج:6 ص:428

والبغـــــي الزانيـــــة والبغـــــاء الزنـــــى
قال الله عز وجـل ومـا كـانت أمـك بغيـا مريـم 28
يعنـــــــــــــــي زانيـــــــــــــــة
وقال تبارك اسمه ولا تكرهوا فتيتكم علـى البغـاء
النـــــــور 33 أي علـــــــى الزنـــــــى
وكذلك لا خلاف في حلوان الكـاهن أنـه مـا يعطـاه
على كهانته وذلـك كلـه مـن أكـل المـال بالباطـل
والحلـــوان فـــي أصـــل اللغـــة العطيـــة
قـــــــــــال الشـــــــــاعر
فمن رجل أحلوه رحلي وناقتي يبلـغ عنـي الشـعر
إذا مـــــــــات قـــــــــائله
وأما بيع الكلاب وأثمانها وقيمتها علـى مـن قتلهـا
فقد اختلف العلمـاء فـي ذلـك والصـحيح فيـه مـن
مذهب مالك ما ذكره في ((موطئه)) والحجة له
مـــــن جهـــــة الآثـــــار صـــــحيحة
منها ما ذكره بن وهب عن يـونس عـن بـن شـهاب
عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال سمعت
رسول الله ﷺ يـأمر بقتـل الكلاب إلا كلـب صـيد أو
ماشـــــــــــــــــــــــــــــــــــــية
قال أبو عمـر فـإذا كـان غيـر الضـاري مـن الكلاب
مأمور بقتلـه فإنمـا وقـع النهـي عـن ثمـن الكلـب
المباح اتخاذه لا المأمور بقتله لأن المـأمور بقتلـه
معدوم ولأنه محال إلا يطاع رسول الله ﷺ فـي مـا
أمـــــر بـــــه مـــــن قتلـــــه
وقد اختلف أصحاب مالك واختلفـت الروايـة عنـده
في ثمن الكلب الذي أبيح اتخاذه فأجـاز مـرة ثمـن
الكلـــب الضـــاري ومنـــع منـــه أخـــرى
ووجـه إجـازة بيـع مـا أبيـح اتخـاذه مـن الكلاب لأن
الحديث الذي ورد بالنهي

الاستذكار ج:6 ص:429

عن ثمن الكلب فمن نذر معه حلوان الكاهن ومهـر
البغي وهذا لا يباح شيء منه على أنه الكلـب الـذي

لا يجوز اتخاذه والله أعلم لان من الكلاب ما أبيح اتخاذه والانتفاع به فذلك جائز بيعه ولا خلاف عنه من قتل كلب صيد أو ماشية أو زرع فعليه القيمة

ومن قتل كلب الدار فلا شيء عليه إلا أن يكون يسرح مع الماشية

وقد ذكرنا اختلاف أصحاب مالك في هذا الباب في كتاب اختلافهم واختلاف قول مالك

وأما الشافعي فلا يجوز عنده بيع الكلب الضاري ولا غير الضاري ولا يحل عنده ثمن كلب الصيد ولا كلب الماشية ولا كلب الزرع لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وليس على من قتل كلب الصيد أو لغير صيد قيمة عندهم بحال من الأحوال

قال أبو عمر روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن ثمن الكلب من حديث علي بن أبي طالب وبن عباس وأبي مسعود الأنصاري وأبي هريرة وأبي جحيفة ورافع بن خديج وغيرهم - رضي الله عنهم حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني عبد الله بن جعفر قال حدثني عبيد الله بن عمرو عن عبد الكريم - يعني الجزري - عن قيس بن حبتر عن بن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الخمر ومهر البغي وثمن الكلب وقال ((إذا أتاك صاحب الكلب وطلب ثمنه فاملأ كفيه ترابا))

وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز بيع الكلاب التي للصيد والماشية وبيع الهر وعلى من قتل أو أتلف من ذلك شيئا قيمته

الاستذكار ج:6 ص:430

واحتج الطحاوي للكوفيين بحديث عبد الله بن مغفل - قال أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب ثم

قال ما لي وللكلب ثم رخص في كلب الصيد وكلب ماشية

قال فأخبر أن كلب الصيد كان مقتولا فكان بيعه والانتفاع به حراما وكان قاتله مؤديا لفرض عليه في قتله ثم نسخ ذلك وأباح الاصطياد به فصار كسائر الجوارح في جواز بيعه

قال ومثل ذلك نهيه ﷺ عن كسب الحجام وقال كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث)) ثم أعطى الحجام أجره فكان ذلك ناسخا لمنعه وتحريمه ونهيه

قال أبو عمر لم يختلف في ألفاظ حديث بن عبد الله بن مغفل هذا

حدثني سعيد بن نصر قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني شبابة قال حدثني شعبة عن أبي التياح قال سمعت مطرفا يحدث عن بن مغفل أن رسول الله ﷺ أمر بقتل الكلاب ثم قال ((ما لهم والكلاب)) ثم رخص لهم في كلب الصيد

وقال ((إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات وعفروا الثامنة بالتراب))

وروى الحسن عن عبد الله بن مغفل قال قال رسول الله ﷺ ((لولا أن الكلاب أمة من الأمم أكره أن أفنيها لأمرت بقتلها إلا فاقتلوا منها كل أسود بهيم)) قال ((وأيما أهل دار حبسوا كلبا ليس كلب صيد أو زرع أو ماشية نقص من أجرهم كل يوم قيراط))

وقال أحمد بن حنبل بيع الكلاب باطل وإن كان معلما ومن قتله وهو معلم فقد أساء ولا غرم عليه

الاستذكار ج:6 ص:431

قال وبيع الفهد والصقر جائز وكذلك من بيع الهر وكل ما فيه منفعة والله أعلم
قال أبو عمر وهو قول مالك والشافعي والكوفيين في بيع كل ما ينتفع به انه جائز ملكه وشراؤه وبيعه
ولم يختلفوا في القرد والفأر وكل ما لا منفعة فيه أنه لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا أكل ثمنه وقد روي في ثمن الهر حديث لا يثبت رفعه في النهي عنه فذكرناه وعلته في ((التمهيد))
والله يوفقنا أفضل ما رضوه وبه العون

1 (30 - باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض)

1322 - مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف
قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فإن عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز فإن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا
قال أبو عمر روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وسلف من وجوه حسان منها ما حدثناه عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني أبي قال حدثني إسماعيل بن إبراهيم بن علية عن أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - عبد الله بن عمرو - قال قال رسول الله ﷺ ((لا يحل بيع وسلف)) وذكر تمام الحديث وحديث عمرو بن شعيب مقبول عند جمهور أهل العلم بالحديث يحتجون بهذا روى عنه الثقات وإنما الواهي من حديثه ما يرويه الضعفاء عنه

وأما صحيفة التي كانت عندهم فصحيفة مشهورة صحيحه معلوم ما فيها
وكان رسول الله ﷺ قد أذن لعبد الله بن عمرو في الكتاب عنه
روينا عن أبي هريرة أنه قال ليس أحد أعلم بحديث رسول الله ﷺ أو أحفظ بحديث رسول الله ﷺ مني إلا عبد الله بن عمرو بن العاص فإنه كتب ولم أكتب
وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله ﷺ أكتب كل ما أسمع منك قال نعم قال في الرضا والغضب قال ((نعم فإني لا أقول إلا حقا))
وقد ذكرنا أسانيد هذه الأحاديث في كتاب العلم روينا عن علي بن المديني أنه قال حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده صحيح متصل يحتج به لأنه سمع من أبيه وسمع شعيب من جده عبد الله بن عمرو
وقول علي هذا مع إمارته وعلمه بالحديث أولى ما قيل به في حديث عمرو بن شعيب مشروع وبالله التوفيق
ولا خلاف بين الفقهاء بالحجاز والعراق أن البيع إذا انعقد على أن يسلف المبتاع البائع سلفا مع ما ذكر من ثمن السلعة أو سلف البائع المبتاع مع سلعته المبيعة سلفا ينعقد على ذلك والصفقة بينهما أن البيع فاسد عندهم لأنه يصير الثمن بالسلف مجهولا والسنة المجتمع عليه أنه لا يجوز الثمن إلا معلوما
ألا ترى أنه إذا اشترى منه سلعة بعشرة على أن أسلفه خمسة أو عشرة فلم يكن الثمن عشرة إلا بما ينتفع به من السلف وذلك مجهول فلذلك صار

الثمن غير معلوم
وأما قول مالك فإن ترك السلف الذي اشترطه كان البيع جائزا فهذا موضع اختلف فيه الفقهاء وكان سحنون يقول إنما يصح البيع إذا لم يقبض السلف وترك وإما إذا قبض السلف فقد تم الربا بينهما والبيع - حينئذ - مفسوخ على كل حال قال أبو عمر قد رواه بعضهم عن بن القاسم عن مالك ((فإن رد السلف)) وهو خطأ والصواب جاء في ((الموطأ)) ((ترك السلف)) لأن رده لا يكون إلا بعد القبض وإذا قبض السلف فهو كما قال سحنون
وقال محمد بن مسلمة من باع عبدا بمائة واشترط أن يسلفه سلفا كان البيع مفسوخا إلا أن يقول المشتري لا حاجة لي في السلف قبل أن يقبضه فيجوز البيع

الاستذكار ج:6 ص:433

قال أبو عمر تحصيل مذهب مالك في البيع والسلف انه إذا أدرك فسخ وان فات ترك الذي قبض السلف السلف وكان للبائع قيمة سلعته يوم قبضها المبتاع ما بينه وبين ما باعها به فأدنى من ذلك إذا كان البائع هو الذي اسلف المبتاع سلفا ذهبا أو ورقا معجلا فإن زادت قيمة السلعة على الثمن الذي باعها به لم يرد عليه شيء لأنه قد رضي به على أن أسلف معه سلفا ولو أن المشتري كان هو الذي أسلف البائع فسخ البيع أيضا بينهما ورجع البائع بقيمة سلعته بالغا ما بلغت إلا أن تنقص قيمتها من الثمن فلا ينقص المشتري من الثمن لأنه قد رضي به على أن أسلف معه سلفا
وقال محمد بن عبد الله بن عبد الحكم لا يجوز البيع وان رضي مشترط السلف بتركه وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما وسائر العلماء لأن البيع إذا وقع فاسدا لم يجز

وإن أجيـز حـتى يفسـخ ويسـتأنف فيـه عقـد آخـر والقيمة عنده بالغا ما بلغت وسواء كـان المسـلف البـــــــــــــائع أو المشـــــــــــــتري
وقال الأبهري قد روى بعـض المـدنيين عـن مالـك أنه لا يجوز وإن ترك السلف قال وهـو القيـاس أن يكون عقد البيع فاسدا في اشتراط السلف كالبيع في الخمر والخنزير لأن البيع قد وقع فاسدا فلا بد مـن فسـخه إلا أن يفـوت فيـرد السـلف ويصـلح بالقيمـــة
قال أبو عمر قد سـأل محمـد بـن أحمـد بـن سـهل البركاني عن هذه المسألة إسـماعيل بـن إسـحاق فقال ما الفرق بين البيع والسلف وبين رجـل بـاع غلاما بمائة دينار وزق خمر أو شيء حرام ثم قـال أنا أدع الزق أو الشيء الحرام قبل أن يأخذه وهـذا الـــبيع مفســـوخ عنـــد مالـــك غيـــر جـــائز فقال إسماعيل الفرق بينهما أن مشترط السـلف هو مخير في أخـذه وتركـه وليـس مسـألتك كـذلك وإنما ذلك يكون مثل مسألتك لو قال أبيعك غلامي بمائة دينار على أني ان شئت أن تزيدني زق خمـر زدتني وإن شئت تركتـه ثـم تـرك زق الخمـر فجـاز الـــبيع ولـــو أخـــذه فســـخ الـــبيع
قال أبو عمر لم يصنع إسماعيل شيئا لأن مشـتري الزق من الخمـر إذا شـاء أن يـتركه تركـه كصـاحب السلف سواء ولم تقـع مسـألة السـلف المشـترط ولا مسألة الـزق مـن الخمـر المشـترط أيضـا فـي أصل البيع وعقد الصفقة على التخيير في واحـدة من المسألتين ليس في واحدة منهما إن شـئت أن تريد ولا إن شئت أن تسلفني فاعتل

إسماعيل بغير علة واحتـج بغيـر حجـة والأصـل مـا قدمت لك من أن البيع والسلف لا يقع من مجهولا وكـذلك الـزق مـن الخمـر يقـع بـه الثمـن مجهـولا لسـقوط بيـع الخمـر فـي الشـريعة ولأنهـا صـفة

جمعت حلالا وحراما فلو صححنا الحلال منهـا رجـع الثمن إلى القيمة والبيع بالقيمة بيع بثمن مجهول

قال مالك ولا بأس أن يشتري الثوب من الكتـان أو الشـطوي أو القصـبي بـالأثواب مـن الإتريـبي أو القسـي أو الزيقـة أو الثـوب الهـروي أو المـروي بالملاحف اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنين أو الثلاثة يدا بيد أو إلى أجل وإن كـان مـن صنف واحـد فـإن دخـل ذلـك نسـيئة فلا خيـر فيـه قال مالك ولا يصـلح حـتى يختلـف فيـبين اختلافـه فإذا أشبه بعض ذلـك بعضـا وإن اختلفـت أسـماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد إلى أجـل وذلـك أن يأخـذ الثـوبين مـن الهـروي بـالثوب مـن المـروي أو القوهي إلى أجـل أو يأخـذ الثـوبين مـن الفرقـبي بالثوب من الشطوي فإذا كانت هذه الأجناس على هذه الصفة فلا يشتري منها أثنان بواحد إلى أجـل قال مالك ولا بأس أن تبيع ما اشـتريت منهـا قبـل أن تستوفيه من غير صاحبه الذي اشتريته منـه إذا انتقـدت ثمنـه
قال أبو عمر أما قوله لا بأس أن تبيع مـا اشـتريت منها - يعني الثياب قبل أن

الاستذكار ج:6 ص:435

تستوفيه فقد مضى القول في ذلك فـي بـاب بيـع الطعام وإن مالكـا لا يـرى غيـر الطعـام فـي ذلـك كالطعام وسيأتي ذلك المعنى بأبسـط ممـا مضـى فـي هـذا البـاب بعـد هـذا إن شـاء اللـه عـز وجـل قال عبـد الملـك بـن حـبيب الاتريـبي ثيـاب تعمـل بقرية من قرى مصر يقال لها إتريب وأما القسـي فثياب تعمل فـي القـس ناحيـة مـن نـواحي مصـر وأما الزيقة فثياب تعمل بالصعيد غلاظ رديـة وأمـا الشـقائق فـالأزر الضـيقة الرديـة
قال أبو عمر في هذا الباب أن العـروض كلهـا مـن الثياب وغير الثياب لا بـأس بـالعرض المعجـل مـن

جنسه ومن غير جنسه إذا اختلفا فبان اختلافهما اثنان بواحد فكيف شئت ولا يضره اتفاق أجناسهما إذ اختلفت الأعراض فيهما واختلفت منافعها فإن اتفقت الأعراض والمنافع لم يجز فلا يجوز ثوب شطوي بثوبين من الشطوي إلى أجل ولا بأس بالثوب الشطوي نقدا بالثوبين من المروي إلى أجل وإن كان ذلك كله من الكتان وتفسير ذلك انه يجوز تسليم غليظ الكتان في رقيقه ورقيقه في غليظه اثنين في واحد وواحد في اثنين وكذلك ثياب القطن والصوف رقيقها في غليظها وغليظها في رقيقها ولا ينظر إلى اتفاق أسمائها ولا إلى أصلها إذا اختلفت منافعها وأغراض الناس فيها وكذلك العبد الصانع العامل أو الكاتب أو الفصيح يسلم في الأعبد الذين ليسوا مثله وإن كانوا أصلهم كلهم العجم لأن الغرض مختلف

هذا معنى قول مالك ومذهبه وقد أوضحنا مذهب مالك في الكتاب الكافي وأتينا فيه بالبيان الشافي والحمد لله

وقال الزهري لا يصلح ثوب بثوبين دينا إلا أن يختلفا

وقال سليمان بن يسار لا يصلح ثوب بثوبين إلا يدا بيد

وقال يحيى بن سعيد الأنصاري لا يجوز النسأ في الشيء يباع في صنفه إلا أن تختلف الصفة والتسمية

وقال ربيعة الذي يحرم من ذلك الثوب بالثوبين إلى أجل من ضرب واحد كالسائرية بالسائرتين والقبطية بالقبطتين والريطة بالريطتين من نسج الولائد

وأما الليث بن سعد فقال نسيج مصر كلها كله صنف واحد ولا يجوز فيه النسأ بعضه ببعض قال ويجوز نسيج مصر كله بنسيج العراق نسيئة

وأما أبو حنيفة فمذهبه في هذا الباب قريب من مذهب مالك
ولم يختلف هو وأصحابه في أنه يجوز بيع الثياب بعضها ببعض نسيئة إذا اختلف الجنس فيها نحو الهروي بالقوهي وما كان مثلها به ونحوه عن الثوري
وذكر عبد الرزاق عن الثوري عن مغيرة عن إبراهيم وعن معمر عن إبراهيم وعن حماد عن إبراهيم أنه كان لا يرى بأسا بالثوب بالثوبين نسيئة إذا اختلفت ويكره من شيء واحد
وعن معمر عن من سمع الحسن يقول مثل ذلك في كل العروض
وقال الحسن بن حي أكره النسأ في الثياب إذا كان أصلها واحدا
قال وإن كان أحدهما قطنا والآخر كتانا أو صوفا فلا بأس بالنسيئة فيهما
وقال الشافعي كل ما خرج من المأكول والمشروب والذهب والفضة فجائز فيه النسيئة والتفاضل كيف شاء المتبايعين ولا ربا في شيء منه
وهو قول سعيد بن المسيب
وبه قال الأوزاعي
قال سعيد بن المسيب لا بأس بقبضة بقبضتين إلى أجل وكذلك سائر الثياب
قال أبو الزناد وخالفه الفقهاء كلهم في هذا
وقال الأوزاعي يجوز أن يعطى عشرة أثواب
وقال أحمد بن حنبل كل ما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه ولا يجوز نسيئة
وعن معمر والثوري فجائز التفاضل
وعن إسماعيل بن أمية عن بن المسيب في قبطية بقبطيتين نسيئة كان لا يرى بذلك بأسا
وزاد معمر في حديثه إنما الربا فيما يكال أو يوزن

مما يؤكل أو يشرب
قال حدثني عبد الله بن محمد قال حدثني عبد الله بن محمد بن علي قال حدثني أبو عمر بن أبي زيد قال حدثني بن وضاح قال حدثني زيد بن البشير قال حدثني بن وهب عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد قال كان الناس يخالفون سعيد بن المسيب فذكر أشياء منها قوله لا بأس بقبطية بقبضتين إلى أجل من صنف واحد

الاستذكار ج:6 ص:437

حدثني خلف بن قاسم قال حدثني الحسن بن رشيق قال حدثني علي بن سعيد قال حدثني أحمد بن عبد الجبار العطاردي قال حدثني يونس بن بكير قال حدثني محمد بن إسحاق قال حدثني مكحول قال طفت الأرض كلها أطلب العلم فما لقيت رجلا أعلم من سعيد بن المسيب

1 (31 - باب السلفة في العروض)

1323 - مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال بن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك

قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أنه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو أنه باعها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس

قال أبو عمر السبائب عمائم الكتان وغيره وقيل شقق الكتان وغيره وقيل الملاحف

وأما بيع ما سلف فيه من العروض قبل قبضها فقد اختلف فيها السلف والخلف من العلماء فمنهم من رأى العروض والطعام في ذلك سواء وهو مذهب بن عباس ولذلك كره بيع السبائب

للذي سلف فيها قبل أن يقبضها وذلك معروف محفوظ عن بن عباس لأنه عنده من باب ربح ما لم يضمن على خلاف ما ظنه مالك رحمه الله وروى معمر والثوري وبن عيينة عن بن طاوس عن أبيه عن بن عباس وعن عمرو بن دينار عن طاوس عن بن عباس قال قال رسول الله ﷺ ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه

الاستذكار ج:6 ص:438

قال بن عباس وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام وحجة من ذهب هذا المذهب نهي رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن ومعناه ما كان في ضمان غيره فليس له أن يبيعه لأن المعنى أنه نهي عن بيع ما لم يضمن فصار الربح وغير الربح في ذلك سواء لأنه ما جاز بيعه برأس المال ودونه وهذا ما لا خلاف فيه فأغنى عن الكلام عليه وروى معمر عن أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع وسلف وعن شرطين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن

وروى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يستوفى وكان يقف أنه لا يبا ع بيع حتى يقبض فدل أنه قبض منه ما فهم بن عباس

وروى حكيم بن حزام عن النبي ﷺ أنه قال ((إذا ابتعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه)) وأما اختلافه عن الفقهاء - أئمة الفتوى - في هذا الباب فجملة مذهب مالك فيه أنه قال لا بأس ببيع غير

المأكول والمشروب نحو الثياب والعروض لكل من سلم فيها أو أشتراها قبل أن يقبضها فمن اشتراها منه إلا أنه إذا سلف فيها فلا يجوز بيعها من الذي نهى عليه إلا بمثل رأس المال أو اقل لا يريد إلا على رأس ماله ولا يؤخذ لأنه إن باعه بأكثر كان ذلك فضة أو ذهبا بأزيد منها إلى أجل وكذلك إذا أخره كان أيضا عنده دينا في دين فإن باع منه شيئا مما يسلم فيه إليه من العروض بعرض وكان قد سلم فيه إليه عينا جاز قبل محل الأجل وبعده إذا قبض العرض ولم يؤخره وكذلك لو كان رأس مال المسلم عرضان وباعه منه بعرض مخالف خلافا بينا لعرضه الذي سلم فيه ويجوز عنده أن يبيعه من غير من أسلم فيه إليه بأقل أو أكثر إذا انتقد الثمن

وقد بينا مذهب مالك في هذا المعنى وغيره في كتاب البيوع من الكتاب ((الكافي)) وحجة مالك ومن قال بقوله في هذا الباب أن رسول الله ﷺ خص الطعام إلا

الاستذكار ج:6 ص:439

يبيعه كل من ابتاعه حتى يستوفيه ويقبضه فإدخال غير الطعام في معناه ليس بأصل ولا قياس لأنه زيادة على النص بغير نص وهذا أيضا مذهب أحمد بن حنبل وداود بن علي لأن الله تعالى قد أحل البيع مطلقا إلا ما خصه على لسان نبيه ﷺ وذكره في كتابه

وأما حديث حكيم بن حزام عن النبي ﷺ أنه قال ((إذا ابتعت بيعة فلا تبعه حتى تقبضه)) فإنما أراد الطعام بدليل رواية الحفاظ لحديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال له ((إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تقبضه))

وقال الشافعي لا يجوز بيع شيء أتبعته حتى

تقبضه طعاما كان أو غيره
قال وكذلك العقار والعروض كلها وكل ما ملك بشراء أو خلع أو نكاح
وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع شيء ملك بعقد ينتقض العقد بهلاكه قبل القبض كالبيع والإجارة إلا العقار فإنه يجوز بيعه قبل القبض في ذلك كله
قال وجائز بيع ما ملك بعقد لا ينتقض العقد بهلاكه قبل القبض كالمهر والجعل في الخلع
وقال أبو يوسف ومحمد مثل قول أبي حنيفة في ذلك كله إلا في العقار فإنهما قالا لا يجوز بيع العقار وبيع العقار قبل القبض إذا ملك كالشراء
ثم رجع أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة
وقال الثوري لا يجوز بيع شيء من المسلم قبل القبض وقال الأوزاعي من اشترى ثمرة لم يجز له بيعها قبل القبض
وقال عثمان البتي لا بأس أن يبيع كل شيء قبل أن يقبضه وإن كان ما يكال أو يوزن
قال أبو عمر قول البتي خلاف السنة الثابتة من أخبار الآحاد العدل وخلاف الجمهور فلا معنى له
ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يستوفى وروي ذلك من وجوه شتى صحاح كلها
وروى أبو الزناد عن عبيد بن حنين عن بن عمر عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم

الاستذكار ج:6 ص:440

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فإذا كان كل شيء من ذلك موصوفا فسلف فيه إلى أجل فحل الأجل فإن المشتري لا يبيع شيئا من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك أنه إذا فعله فهو الربا صار المشتري أن أعطى الذي باعه دنانير أو

دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد إليه ما سلفه وزاده من عنده

قال أبو عمر هذه المسألة قد أوضح مالك فيها مذهبه وذلك على أصله في قطع الذرائع وأما غيره من فقهاء الأمصار فلا يجيزون بيع شيء سلم فيه لأحد حتى يقبضه على ما تقدم من مذهبهم في أن العروض في ذلك كالطعام ومن حجتهم في هذه المسألة بعينها أنه يجوز بيع السلم من المسلم إليه فيه حديث أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال ((من سلف في شيء فلا يصرفه في غيره)) وقد تكرر هذا المعنى لتكرير مالك له قال مالك من سلف ذهبا أو ورقا في حيوان أو عروض إذا كان موصوفا إلى أجل مسمى ثم حل الأجل

كذا روى يحيى ثم حل الأجل وليس في سائر ((الموطأ))

فإنه لا بأس أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا ما بلغ ذلك العرض إلا الطعام فإنه لا يحل أن يبيعه حتى يقبضه وللمشتري أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذي ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لأنه إذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر

الاستذكار ج:6 ص:441

قال أبو عمر الكلام في التي قبلها أغنى عن الكلام فيها لأنه بيع ما لم يقبض

وإذا كان طعاما جاز عند مالك وأحمد وداود ومن قال بقولهم في ذلك ولا يجوز عند غيرهم طعاما كان أو غير طعام بما قدمنا ذكره لأنه سلم عنده صرف في غيره أن يبيع من صاحبه وإن بيع من غيره فهو بيع ما لم يقبض

وقد مضى القول فيه والحمد لله كثيرا

قال مالك ومن سلف في سلعة إلى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فإن المشتري يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذي اشتراها منه ولا ينبغي له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره

قال مالك وإن كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره

قال أبو عمر العرض المخالف هو الذي يجوز أن يسلم في أكثر منه وما لم يجز سلمه في أكثر منه من العروض لم يجز أن يقتضي من السلم في عرض

ومن سلم في عرض لا يؤكل ولا يشرب فلا يأخذ عرضا وإن كان لا يؤكل ولا يشرب إلا أن يكون مثله في صفته ووزنه أو كيله أو عدده أو زرعه وجميع أحواله كلها فيكون قد أقال وأخذ رأس ماله بعينه أو يكون عرضا مخالفا بينا خلافه فيأخذ الفضل مما أعطى أو أدون إن شاء كما يكون له لو سلفه فيه يقف على هذا الأصل وهو في ((الكافي)) مبسوط مع سائر معاني مالك وأغراضه في البيوع والحمد لله

قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة إلى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذي عليه الأثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه إنه لا بأس بذلك إذا

أخذ تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا فإن دخل ذلك الأجل فإنه لا يصلح وإن كان ذلك قبل محل الأجل فإنه لا يصلح أيضا إلا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها قال أبو عمر هذا عنده من باب من سلف في قمح قبل الأجل جاز له عنده أن يأخذ فيئه شعيرا لأنه تجاوز عنه

وكذلك لو سلف في شعير فتفضل الذي هو عليه بأن يعطيه فيه قمحا عند محل الأجل جاز عنده لأنه أحسن إليه وليس ذلك كله عنده بيعا لأن الشعير والقمح عنده صنف واحد فكذلك الثياب الثمانية الدون إذا كانت من صنف الثياب الأربعة وجنسها ولو كان ذلك قبل محل الأجل أو دخله الأجل كان كذلك بيعا للقمح بالشعير من أكل البغل لأنه إذا أعطاه قبل محل الأجل شعيرا في القمح فقد باع منه الأجل يفصل ما بين الشعير والقمح وأخذ شيء من الزيادة أو النقصان من أجل الأجل ربا فأما الزيادة فهو الربا بعينه وأما النقصان فذلك عندهم لطرح الضمان في بقية الأجل وهو عندهم من باب ضع وتعجل فهذا أصل مالك - رحمه الله في هذا الباب وأصل الشافعي والكوفي ما قدمنا عنهما وقال الشافعي فيمن سلم في ثوب وسطه فجاءه بأجود منها وزاده درهما إن ذلك لا يجوز في أجود منها ولا في أطول وكذلك لا يجوز عنده أن يسترجع درهما في أدون ولا أكثر لأنه بيع له قبل قبضه وهو أيضا من باب يتعين في بيعه وقال أبو حنيفة ذلك جائز في الثوب ولو كان مكيلا أو موزونا لم يجز وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز ذلك في المكيل ولا الموزون أيضا

وقال مالك يجوز في الثوب أن يؤخذ أطول ويزيده درهما ولا يجوز أن يأخذ دون ثوبه ويسترجع شيئا والمكيل والموزون الذي لا يؤكل ولا يشرب عنده كالثياب

وإنما فرق بين الأطول والزيادة وبين الأدون والنقصان لأن الزيادة على الجنس من الجنس صفقة أخرى فهما صفقتان في وقتين جائزتان وإما إذا أخذ الأدون واسترجع شيئا قبل حله فيدخله عنده ذهب وعوض بذهب أو فضة وذلك غير جائز على أصل مالك

وقال الثوري هما جميعا مكروهان لأنه صرف الشيء في غيره وبيعتان في بيعة

قال أبو عمر احتج الطحاوي للكوفيين بأن النبي أمر بأن يأخذ ابنه لبون

الاستذكار ج:6 ص:443

عن ابنة مخاض ويرد عليه عشرين درهما ويأخذ الناقص وزيادة عشرين درهما

وهذا حديث لم يروه مالك ولم يصح عنده ولم يأخذ به في الزكاة ولا في غيرها

ومن كره ذلك جعله من باب بيع ما اشترى قبل قبضه

وفي ((المدونة)) قال مالك فيمن أسلم في ثوب موصوف ثم زاده دراهم على أن يزيده في طوله إن ذلك جائز قبل الأجل وبعده وهو عنده صفقتان

وقال سحنون لا أرى ذلك وهو من باب فسخ الدين في الدين فإن زاده دراهم على أن يكون الثوب أرفع من الصفة الأولى لم يجز ذلك إذا كان قبل الأجل عند مالك وأصحابه فإن كان عند حلول الأجل جاز عندهم إذا تعجله ولم يؤخره

1 (32 - باب بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن)

1324 - قال مالك الأمر عندنا فيما كان مما يوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بأن يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلي حديد ورطل صفر برطلي صفر

قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد إلى أجل فإذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل فإن كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وإن اختلف في الاسم مثل الرصاص والآنك والشبه والصفر فإني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل

الاستذكار ج:6 ص:444

قال مالك وما اشتريت من هذه الأصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذي اشتريته منه إذا قبضت ثمنه إذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فإن اشتريته جزافا فبعه من غير الذي اشتريته منه بنقد أو إلى أجل وذلك أن ضمانه منك إذا اشتريته جزافا ولا يكون ضمانه منك إذا اشتريته وزنا حتى تزنه وتستوفيه وهذا أحب ما سمعت إلي في هذه الأشياء كلها وهو الذي لم يزل عليه أمر الناس عندنا

قال أبو عمر الصفر النحاس المصنوع الأصفر والشبه ضرب منه يقال له اللاطون والآنك القزدير

وقال الخليل الآنك الأسرب والقطعة منها أنكة والقضب هو القضقضة والكرسف القطن

فما كان من هذه الأشياء كلها فلا ربا فيها عند

مالك إذا اختلفت أصنافها لا من تفاضل ولا في نسيئة
وأما الصنف الواحد إذا بيع منه اثنان بواحد إلى الأجل فذلك عنده سلف أسلفه ليأخذ أكثر منه شرط ذلك وأظهر فيه لفظ البيع ليجيز بذلك ما لا يجوز من السلف في الزيادة فلا يجوز فإن باع الصنف الواحد اثنين بواحد يدا بيد جاز لأنه ارتفعت فيه التهمة وبعدت منه الظنة وعلم أنه لم يدخله شيء من القرض وهو السلف هذا أصل مالك وأصحابه في كل ما عدا المأكول والمشروب والذهب والورق إلا أن مالكا كره الفلوس اثنين بواحد يدا بيد فخالف اصله في ذلك ورآها كالذهب والفضة وحمل ذلك عند أصحابه على الكراهة لا على التحريم فلا وأما الشافعي فلا ربا عنده في شيء من ذلك كله على حال من الأحوال
وجائز عنده بيع كل صنف منه يدا بيد ونسيئة كيف شاء المتبايعان اثنان بواحد وأكثر ولا يتهم أحد ذكر بيعا لأنه أراد سلفا كما لو قال أسلفك لم يكن عنده بمعنى بعتك
وأما الكوفيون فقد ذكرت ذلك فيما تقدم من أبواب هذا الكتاب أن الكيل

الاستذكار ج:6 ص:445

والوزن عندهم فيما لا يؤكل ولا يشرب كالجنس من المأكول والمشروب كل واحد منهما بانفراده يحرم النسيئة فيه فإن اختلف الجنسان حرمت النسيئة فيهما دون التفاضل وأما التفاضل فلا يحرم إلا باجتماع الجنس أو الكيل أو الوزن
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز الحديد بالحديد ولا الصفر بالصفر ولا النحاس بالنحاس إلا واحدا بواحد ولا يجوز نسيئة
وأجازوا سكينا بسكين لأن ذلك قد خرج من أن يباع وزنا

وكذلك عندهم حكم كل آنية تصنع من الحديد وغيره
ولا يجوز ذلك عندهم ولا عند أحد من العلماء في آنية الذهب والفضة
وهذا ترك منهم للقياس لأن الإجماع لما انعقد في آنية الذهب والفضة كالعين والتبر من الذهب وآنية الفضة كالتبر والعين من الفضة وجب أن يكون ما خرج من الصنعة في الحديد ومن النحاس ومن الصفر وكالحديد وكالنحاس وكالصفر وخلاف هؤلاء في آنية الحديد بالحديد كخلاف مالك - رحمه الله - في الفلوس
ونذكر ها هنا اختلافهم في الفلوس ملخصا بحمد الله تعالى
قال مالك لا يجوز بيع فلس بفلسين يدا بيد فجعل الفلوس ها هنا كالذهب أو كالفضة وقال لا بأس ببيع الفلوس بالذهب والورق فإن لم يتقايضا جميعا حتى افترقا فأكرهه وأفسخ البيع فيه ولا أراه كتحريم الدنانير والدراهم
وقول عبيد الله بن الحسن في بيع بفلسين كقول مالك
وهو قول محمد بن الحسن
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا بأس ببيع فلس بفلسين
وهو قول الشافعي
وزاد الشافعي فأجاز السلم في الفلوس ولا ربا عنده في عين الذهب والورق والمأكول كله والمشروب لا في نسيئة ولا في تفاضل
وهو قول أبي ثور وداود
وقال أبو حنيفة وأصحابه من ابتاع الفلوس بالدنانير والدراهم وقبض أحدهما فافترقا قبل قبض الآخر لم يبطل العقد
قال وإن لم يقبض واحدا منهما حتى افترقا بطل

العقد ليس لأنه فرق ولكن لأن كل واحد منهما ثمن فصار دينا بدين

الاستذكار ج:6 ص:446

قال أبو عمر لما اجتمع العلماء على أنه لا بأس بشراء النحاس والصفر والحديد والمسك والعنبر والزعفران وما أشبه ذلك من الموزونات بالذهب والورق نقدا ونسيئة دل - والله أعلم - على فساد ما أحله الكوفيون في أن الوزن جنس لا يجوز فيه التفاضل ولا النسأ

ولهم ولسائر العلماء في أصول هذا الباب اعتراضات وتنازع واحتجاجات يطول ذكرها وليس كتابنا هذا موضعا لها

وقد أجمعوا على جواز بيع الزعفران والقطن والحديد والرصاص وكل ما يوزن بالذهب والفضة بالنقد والنسيئة

وأجمعوا أنه لا يباع الذهب بالفضة نسيئة فدل على مخالفتها لسائر الموزونات

وأجمعوا على أنها قيم للمتلفات والمستهلكات دون غيرها فدل على خصوصها وخروجها على سائر الموزونات

وأما قول مالك وما اشتريت من هذه الأصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه لى آخر كلامه فقد مضى القول فيها مكررا فلا معنى لإعادته

قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفر والنوى والخبط والكتم وما يشبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه أثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد إلى أجل فإن اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منهما اثنان بواحد إلى أجل وما اشترى من هذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفى إذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذي اشتراه منه

قال أبو عمر العصفر نوار معروف وصبغ معلوم وأما النوى فنوى التمر يرضخ بالمراضخ فتعلفه الإبل
وأما الخبط فهو ورق الشجر يجمع ويدق وتعلفه الإبل
وأما الكتم فشجرة يخضب بها الشعر مع الحناء وكل ما في هذا الفصل فقد تقدم القول فيه مستوعبا في الفصل الذي قبله لأنه واحد كله

الاستذكار ج:6 ص:447

قال مالك وكل شيء ينتفع به الناس من الأصناف كلها وإن كانت الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثليه إلى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شيء من الأشياء إلى أجل فهو ربا
قال أبو عمر إنما جعله ربا لأنه عنده سلف جر منفعة اشترطها وازدادها على ما أعطى إلى أجل في الصنف الواحد
ولم يلتفت مالك إلى ذكر البيع وإنما اعتبر ما يصير الفعل إليه منهما فإذا حصل بيد الآخر شيء على أن يرد مثله في صفقة وزيادة مثله أو أقل أو أكثر فهو زيادة في السلف والزيادة في السلف مجتمع على تحريمها في الأشياء كلها
وأما الشافعي فالقرض عنده ما استقرضه المسقرض ولا نظن بالبائع ولا بالمبتاع أنه مقرض ولا مستقرض لأن البيع معنى والقرض معنى آخر
ألا ترى أن القرض إنما يكون إلى أجل أو حالا ولا يكون يدا بيد
وليس هذا معنى البيع ولا يشبهه في شيء ولكن لا يجب به حكم وإنما الأحكام الدنيا بيننا على ما ظهر لنا ولا ربا عنده إلا فيما تقدم ذكرنا له
وأما الكوفيون فأصولهم قد وصفناها ومذهبهم في ذلك أشد وأضيق من مذهب مالك
وقد أوضحنا ذلك في باب بيع الحيوان بعضه ببعض

فهم لا يجيزونه نسيئة البتة اختلف أو لم يختلف وكذلك سائر العروض
وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين قال أعياني أن أعرف ما العروض إذا بيع بعضها ببعض نظرة

1 (33 - باب النهي عن بيعتين في بيعة)

1325 - مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة

هذا الحديث مسند متصل عن النبي ﷺ من حديث بن عمر و حديث بن مسعود وحديث أبي هريرة وكلها صحاح من نقل العدول وقد تلقاها أهل العلم

الاستذكار ج:6 ص:448

بالقبول إلا أنهم اتسعوا في تخريج وجوه هذا الحديث على معان كثيرة وكل يتأول فيه على أصله ما يوافقه وسنذكر من ذلك هنا ما فيه كفاية إن شاء الله تعالى
ومن أحسن أسانيد هذا الحديث ما حدثناه سعيد بن نصر ويحيى بن عبد الرحمن قالا حدثنا محمد بن عبد الله بن أبي دليم قال حدثنا بن وضاح وحدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني يحيى بن معين قال أخبرني هشيم قال أخبرنا يونس بن عبيد عن نافع عن بن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة
ورواه محمد بن عمرو بن علقمة عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ
ورواه سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عبد

الله بن مسعود عن أبيه عن النبي
وقد ذكرنا كثيرا من طرق هذه الأحاديث في التمهيد (( ))
وقد روى شعبة حديث بن مسعود مرفوعا وقال هو ربا
أخبرنا أحمد بن قاسم ومحمد بن عبد الله بن جابر قالا حدثني محمد بن معاوية قال حدثني أبو حنيفة قال حدثني أبو الوليد الطيالسي قال حدثني شعبة عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه قال لا تصلح صفقتان في صفقة واحدة
وقال بن مسعود هو ربا
وأما أقاويل الفقهاء ومذاهبهم في ذلك فنذكر أولا ما رسمه مالك في ((الموطأ)) ثم نتبعه بأقوال سائر الفقهاء إن شاء الله تعالى
1326 - مالك أنه بلغه أن رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه
قال أبو عمر هذا الحديث عند مالك فيه وجهان أحدهما العينة وقد تقدم تفسيرها بمثل هذا الحديث عند مالك عن بن شهاب وغيره والثاني أنه من باب بيعتين في بيعة لأنها صفقة جمعت بيعتين أصلها البيعة الأولى

1327 - مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا إلى أجل فكره ذلك ونهى عنه
قال أبو عمر هذا من بيعتين في بيعة عند الجميع إذا افترقا على ذلك إلا أنهم اختلفوا في المعنى الذي له وجبت الكراهة والتحريم في ذلك على ما نذكره بعد إن شاء الله تعالى
فمن ذلك ما قاله مالك بأثر هذا الحديث

قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا إلى أجل قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين إنه لا ينبغي ذلك لأنه إن أخر العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل وإن نقد العشرة كان إنما اشترى بها الخمسة عشر التي إلى أجل
قال مالك في رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة إلى أجل قد وجب عليه بأحد الثمنين إن ذلك مكروه لا ينبغي لأن رسول الله ﷺ قد نهى عن بيعتين في بيعة وهذا من بيعتين في بيعة
قال مالك في رجل قال لرجل أشتري منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحاني عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لي إحداهما إن ذلك مكروه لا يحل وذلك أنه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب عليه خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا أيضا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه ما نهي عنه من بيعتين في بيعة وهو أيضا ما نهي عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد
وقد فسر مالك مذهبه في معنى النهي عن بيعتين في بيعة واحدة وأن ذلك عنده على ثلاثة أوجه أحدها العينة
والثاني أنه يدخله مع الطعام من جنس واحد متفاضلا
والثالث أنه من بيوع الغرر ونحو ذلك فسره بن القاسم

الاستذكار ج:6 ص:450

قال عيسى بن دينار سألت بن القاسم عن تفسير بيعتين في بيعة فقال لي بيعتين في بيعة أكثر من أن يبلغ لك تفسيره وأصل ما بنينا عليه وتعرف به مكروههما أنهما إذا تبايعا بأمر يكون إذا فسخت إحداهما في صاحبه كان حراما أو يكون إذ فسخت إحداهما في صاحبه لم يكن حراما وكان غررا لا يدري ما عقد به بيع سلعته ولا ما وجب له وهذا من بيعتين في بيعة وأصلها الغرر والمخاطرة وهو فسخ إن وقع إلا أن تفوت السلعة عند مبتاعها فيكون له بقيمتها يوم ابتاعها

قال عيسى وتفسير ذلك أن تقول سلعتي هذه لك - إن شئت - بدينار نقدا وإن شئت بدينارين إلى أجل قد وجب عليك الأخذ بأحدهما فهو إن أخذها بالدينار كان نقدا قد فسخ دينارين إلى أجل في دينار نقدا وإن أخذها بدينار إلى أجل كان قد فسخ دينارا نقدا بدينارين إلى أجل فهذا الذي إن فسخه في صاحبه لم يحل وأما الذي إن فسخه من صاحبه كان حلالا وكان غررا لا يدري ما عقد به بيع سلعته فهو أن يقول خذها بدينار نقدا أو بشاة قائمة نقدا فذلك ملك الآخر يأخذها فهو الذي إن فسخ أحدهما في صاحبه كان حلالا وكان غررا لأنه لا يدري ما عقد عليه بيعه قال أبو عمر ما زاد عيسى على أن أتى بما ذكره مالك في ((الموطإ)) إلا أنه سمى الغرر حلالا وذهب إلى تفسير ظنه في الدينار نقدا في الشاة وجعل الوجه من الآخر حراما لأنه عنده في ظنه دينار بدينارين إلى أجل معلوم أن بيع الغرر ليس بحلال لأن رسول الله ﷺ نهى عنه كما نهى عن بيع الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد فكيف صار فعل من واقع ما نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر حلالا وصار فعل من واقع ما نهى عنه

رسول الله ﷺ من الوجه الآخر حراما علي أن كل واحد من الفاعلين لم يقصد في ظاهر أمره ما نهى عنه ولكنه فعل فعلا يشبهه وحصل عند مالك ومن تابعه في حكم من فعله قاصدا إليه فلما صار فعل من واقع أحد النهيين قاصدا أو جاهلا حلالا و من لم يكن من واقع النهي الثاني مثلها وكلاهما متساويان في فسخ البيع إن أدرك وإصلاحه بالقيمة إن فات والله أعلم قال أبو عمر قول مالك في هذا الباب هو قول ربيعة وأبي الزناد وسليمان بن يسار وبه قال عبد العزيز بن أبي سلمة

الاستذكار ج:6 ص:451

وأما الشافعي فذكر المزني والربيع والزعفراني عنه معنى نهي رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة أن أبيعك عبدا بألف نقدا أو ألفين إلى سنة ولا أعقد البيع بواحد منهما فهذا تفرق عن ثمن غير معلوم

قال المحتمل أن يقول أبيعك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف إذا وجب لك عبدي وجبت لي دارك فيكون العبد بثمن غير معلوم لأني ما نقصت في العبد أدركته بما ازددت في الدار فتكون الدار بغير ثمن معلوم إني ما ازددت في الدار أدركت في العبد وكل واحد منهما بائع مشتر بثمن لا يوقف على حقيقته فبيعهما مفسوخ وهو يشبه ما نهى عنه من بيعتين في بيعة

وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا اشترى الرجل بيعا من رجل إلى أجلين فتفرقا على ذلك فلا يجوز وذلك أنه لا يكون إلى أجلين إلا عن ثمنين فإن قال هو بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا ثم افترقا على قطع أحد البيعتين فهو جائز

قالوا ومن باع عبده من رجل على أن يبيعه الآخر عبده بثمن ذكره لم يجز

فمعنى قول الكوفيين في هذا الباب نحو قول الشافعي
وقال مالك فيمن قال أبيعك هذا الثوب بعشرة نقدا أو بخمسة عشر إلى أجل إذا كان البائع والمبتاع كل واحد منهما إن شاء أن يترك البيع تركه ولا يلزمه فلا بأس بذلك
ولا يجوز عند مالك والشافعي وأبي حنيفة إن افترقا على ذلك بالالتزام حتى يفترقا على وجه واحد
وهو قول الثوري
وقال الأوزاعي إن افترقا على ذلك وقبض السلعة فهي بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين
وقال بن شبرمة إذا فارقه على ذلك فضاع فعليه أقل الثمنين نقدا
وبيان ذلك انه إذا افترق على إلزام إحدى البيعتين بغير عينهما فلا يجوز عند جميعهم لأنه من باب بيعتين في بيعة وافترقا على غير ثمن معلوم فإن افترقا على البيعتين معا على غير التزام بثمن يلزم إحداهما بعد ذلك فأجازه مالك وجعله من باب بيع الخيار
وعند أبي حنيفة والشافعي لا يجوز إذا افترقا على غير ثمن معلوم ولا بالتزام

الاستذكار ج:6 ص:452

ولا بغير التزام لأنهما قد افترقا على ثمن مجهول
ودخلا تحت نهي النبي عن بيعتين في بيعة
وقال مالك من باع سلعة بدينار نقدا أو بدينارين إلى شهر فسخ ذلك وردت إلى قيمتها نقدا ولا يعطى أقل الثمنين إلى أقصى الأجلين
وقال الوليد بن مسلم سألت الأوزاعي عن حديثهم لا تحل السومتان هو بكذا نقدا أو بكذا نسيئة قال يأخذ في ذلك بقول عطاء بن أبي رباح قال لا بأس بذلك ولكن لا يفارقه حتى يأتيه بإحدى

البيعتين قلت فإنه ذهب بالسلعة على ذينك الشرطين
قال هي بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين
وقال الثوري إن بعت بيعا فقلت هو لك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فذهب به المشتري وهو بالخيار في البيعتين فإن لم يكن وقع بيعك على أحدهما فهو مكروه وهو بيعان في بيعة واحدة
وهو مردود لأن النبي ﷺ نهى عنه فإن وجدت متاعك بعينه أخذته وإن كان قد استهلك فلك أوكس الثمنين وأبعد الأجلين وإذا ذهب به المشتري على وجه واحد نقدا كان أو نسيئة فلا بأس بذلك
وروى الثوري عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال الصفقتان في صفقة ربا
قال سفيان يقول إن يأخذ سلعة بيعا فقال أبيعك هذه بعشرة دنانير وتعطيني بها صرف درهم
والثوري عن جابر عن الشعبي عن مسروق قال هو ربا
وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما وأحمد وإسحاق وأبي ثور وداود وهو عندهم من بيعتين في بيعة
وهو عند مالك جائز على ما ذكرناه عنه
ومعمر عن الزهري عن قتادة وعن بن طاوس عن أبيه عن قتادة عن بن المسيب قال لا بأس بأن يقول أبيعك هذا الثوب بعشرة دنانير إلى شهر أو بعشرين إلى شهرين إذا باعه على أحدهما قبل أن تفارقه
ومعمر وبن عيينة عن بن طاوس عن أبيه قال إذا وقع البيع على هذا فهو بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين

الاستذكار ج:6 ص:453

1 (34 - باب بيع الغرر)

1328 - مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر
قال أبو عمر هذا الحديث متصل من حديث عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة
رواه يحيى القطان وعبد الله بن إدريس وأبو أسامة والدراوردي وغيرهم عن عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ
وقد ذكرنا كثيرا من طرق هذا الحديث في ((التمهيد))
وأما بيوع الغرر فإنها لا يحاط بها ولا تحصى ولكنا نذكر منها ما ذكره مالك في ((الموطأ)) ويأتي في ذلك ما هو دليل على ما سواه - إن شاء الله عز وجل
قال مالك ومن الغرر والمخاطرة إن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فإن وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وإن لم يجده ذهب البائع من المبتاع بعشرين دينارا
قال مالك وفي ذلك عيب آخر إن تلك الضالة إن وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أو ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة
قال أبو عمر اختلف الفقهاء في بيع الآبق فتحصيل مذهب مالك عند أصحابه أنه لا يجوز بيع الآبق إلا أن يدعي مشتريه معرفته فيشتريه ويتواضعان الثمن فإن وجده على ما يعرف قبضه وجاز البيع وإن وجده قد تغير أو تلف كان من مال

البائع ويرد الثمن إلى المشتري
قال مالك وإذا اشتريت عبدا في أباقه فضمانه على البائع لأن البيع فاسد فإن قدرت على العبد فقبضته لم يجز البيع

قال وإن كان الآبق عند المشتري فإن علم البائع حاله جاز البيع لأنه قد يزيد وينقص فجائز من أن يعرف البائع حاله كما يعرف المشتري
وقال الشافعي والحسن بن حي والثوري وعبيد الله بن الحسن لا يجوز بيع الآبق على حال
قال أبو عمر لعدم التسليم لأن بيع الأعيان غائبه لا يجوز وصفت أو لم توصف عند الشافعي ولا يجوز عنده بيع الموصوف إلا مضمونا في الذمة
وقد أجمعوا أنه من اشترى شيئا من الحيوان معينا واشترط إلا يسلمه إلا بعد شهر أو نحوه أن ذلك لا يجوز
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بيع الآبق إلا أن يكون في يد مشتريه
وقال عثمان البتي لا بأس ببيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن هلك فهو من مال المشتري وإن اختلفا في هلاكه فالبينة على المشتري أنه هلك قبل عقد الشراء وكذلك المبتاع كله عنده
قال أبو عمر قول عثمان البتي مردود بنهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ولا حجة لأحد في جهل السنة ولا في خلافها وقد أجمع علماء المسلمين أن مبتاع العبد الآبق والجمل الشارد وإن اشترط عليه البائع أنه لا يرد الثمن الذي قبضه منه قدر على العبد أو الجمل ولم يقدر أن البيع فاسد مردود
وقد روي عن النبي ﷺ من حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ نهى عن

شراء العبد وهو آبق وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء الغنائم حتى تقسم
قال أبو عمر اختلفوا مما في هذا الحديث في بيع لبن الغنم أياما
فقال مالك لا بأس بذلك إذا عرف حلابها ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة
وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما وسائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلا بكيل
قال أبو عمر لم يجيزوا بيع لبن الغنم في ضروعها لوجهين أحدهما أن ذلك بيع عين غير مرئية ولا معلوم مبلغها وقدرها لأنها قد تزيد وتنقص على قدر المرعى والسلامة من الآفات وإن كان أياما فهو بيع شيء غير مخلوق ولأنه لا يتميز الطاوي من اللبن بعد العقد

وأجازه مالك ذلك لأنه عنده من المعلوم في الأغلب حلاب غنم بأعيانها قد عرف ذلك منها وإن اختلفت في الأيام فذلك يسير والغرر باليسير معفو عنه عند الجميع
قال مالك والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الإناث من النساء والدواب لأنه لا يدري أيخرج أم لا يخرج فإن خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل إن كان على كذا فقيمته كذا وإن كان على كذا فقيمته كذا
قال أبو عمر هذا ما لا خلاف فيه وقد اتفق العلماء على أن بيع ما في بطون الإناث لا يجوز لأنه غرر وخطر ومجهول
وقد نهى رسول الله ﷺ في نهيه عن بيع الغرر وعن بيع الملامسة وعن بيع الحصى وعن بيع حبل حبلة

وهذا كله بيع ما لا يتأمل وبيع ما لا يرى ويجهل
وقد جاء عنه ﷺ أنه نهى عن بيع ما في بطون الإناث لأنه غرر حتى تضع
قال مالك ولا ينبغي بيع الإناث واستثناء ما في بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتي الغزيرة ثلاثة دنانير فهي لك بدينارين ولي ما في بطنها فهذا مكروه لانه غرر ومخاطره
قال أبو عمر قد مضى القول في هذه المسألة في أول هذا الكتاب
قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لان المزابنة تدخله ولأن الذي يشتري الحب وما أشبهه بشيء مسمى مما يخرج منه لا يدري أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة
قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لأن الذي يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لان البان المطيب قد طيب ونش وتحول عن حال السليخة
قال أبو عمر ما ذكره مالك - رحمه الله - فهو كما ذكره يدخله المزابنة والغرر

الاستذكار ج:6 ص:456

وكذلك هو عند الشافعي وأحمد وأكثر العلماء لا يجوز عندهم بيع الزيتون بالزيت على حال ولا الشيرج بالسمسم ولا نبيذ التمر بالتمر
وقال الأوزاعي يجوز شراء زيتونة فيها زيتونة بإمداد من زيتون وكذلك شاة بها لبن بأقساط من لبن لأن ما في الشجرة والضرع لغو
قال مالك لا بأس بشاة عليها صوف بصوف ولا بأس بالشاة اللبون باللبن يدا بيد ولا يجوز نسيئه وإن كانت غير لبون جاز الأجل
قال ولا بأس بالشاة اللبون بطعام إلى أجل لأن

اللبـــن مـــن الشـــاة وليـــس الطعـــام منهـــا
قـال وكـذلك التمـر بـالنوى لا بـأس بـه إلـى أجـل
قال والشاة يريد ذبحها بطعام إلـى أجـل جـائز إن
لم تكن شـاة لحـم وكـانت تقتنـى وإن كـانت شـاة
لحـــــــــــــــــــــــــــــــــــــم فلا
قال وكذلك السمن إلى أجل بشاة لبـون ولا يجـوز
وإن لم يكن منها لبن جاز ويجـوز الجميـع يـدا بيـد
وفي ((العتبية)) لابن القاسم عـن مالـك أنـه لا
يجـوز اللبـن بالشـاة أيهمـا عجـل وأخـذ صـاحبه
وقال سحنون الذي أعرفه من بـن القاسـم وقـاله
لي غير مرة أنه إذا قدم اللبـن فـي الشـاة اللبـون
فلا بأس به إذا كانت الشاة معجلا واللبن إلى أجــل
وأما إذا كانت الشاة اللبون معجلة واللبن إلى أجل
فهـــــــــو حــــــــــرام لا يجــــــــــوز
وروى يحيى عـن بـن القاسـم أنـه قـال لـم يحـرم
مالك الشاة اللبون باللبن إلـى أجـل مـن أجـل أنـه
طعام بطعام إلى أجـل ولكـن مـن أجـل المزابنـة
قال أبو عمر اختلاف أصحاب مالك في هـذا البـاب
من المزابنة وشـبهها كـثير جـدا وقـد ذكرنـاه فـي
كتــــــــــــــاب اختلافهــــــــــــــم
ويجــوز عنــد أبــي حنيفــة وأصــحابه بيــع الزيــت
بالزيتون وبيع الصوف بالشاة والنوى بالتمر علــى
الاعتبــــــــــــــــــــــــــــــــــــار
وكذلك الشاة التي في ضرعها لبن بلبن وذلك بـأن
يكون اللبن الذي في ضرع الشـاة أقـل مـن اللبـن
فيكـــون مـــا زد علـــى مقـــداره ثمنـــا للشـــاة
وكذلك الزيـت يكـون أقـل ممـا فـي الزيتـون مـن
الزيـــــــــــــــــــــــــــــــــــــت
وكذلك الصوف والشاة

الاستذكار ج:6 ص:457

وقد ذكرنا هذا المعنـى مـن مـذهبهم واضـحا فـي
الصرف وذكرنا مذهب الشافعي في المزابنة ومــا
كــــــان مثلهــــــا فيمــــــا تقــــــدم

وأما قول مالك أنه لا بأس تجب ألبان المطيب فهو مذهبه في اللحم الطري بالمطبوخ وكل ما غيرته الصنعة وخالفته في الغرض فيه بينه وبين غيره لا بأس عنده باللحم المطبوخ بالإناء بل باللحم النيء متفاضلا ومتماثلا يدا بيد ولا يباع - عنده - اللحم الرطب بالقديد إلا مثلا بمثل ولا متفاضلا

وقال الشافعي لا يجوز بيع اللحم من الجنس الواحد مطبوخا منه بنيء منه بحال إذا كان إنما يدخر مطبوخا وكذلك المطبوخ بالمطبوخ لأنه لا يدري التساوي فيهما ولا ما أخذت النار من كل واحد منهما

وقال الطحاوي قياس قول أبي حنيفة وأصحابه أنه لا يباع النيء بالمشوي إلا يدا بيد مثلا بمثل إلا أن يكون في احدهما شيء من التوابل فيكون الفصل في الآخر للتوابل

قال أبو عمر يجيء على قياس قول أبي حنيفة ما ذكره الطحاوي قياسا على قوله في البر المقلو بالبر ويجيء أيضا على قوله في جواز الحنطة المبلولة باليابسة جواز ذلك وقد خالفه أبو يوسف فيه وقد تقدم ذكر ذلك في بابه والحمد لله كثيرا

قال مالك في رجل باع سلعة من رجل على أنه لا نقصان على المبتاع إن ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك أنه كأنه استأجره بربح أن كان في تلك السلعة وإن باع برأس المال أو بنقصان فلا شيء له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع في هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان في تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وإنما يكون ذلك إذا فاتت السلعة وبيعت فإن لم تفت فسخ البيع بينهما

قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشتري فيقول للبائع ضع عني فيأتي البائع ويقول بع فلا نقصان عليك فهذا لا

بأس به لأنه ليس من المخاطرة وإنما هو شيء وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذي عليه الأمر عندنا

الاستذكار ج:6 ص:458

قال أبو عمر هذا البيع لا أعلم خلافا في انه لا يجوز فيه لأن الثمن فيه مجهول الشرط البائع للمبتاع أنه ما خسر فيه وانحط من ثمنه فهو ضامن له وذلك في عقد صفقته فهو بيع فاسد لأنه يؤول إلى ثمن مجهول وأما قوله له بعد تمام البيع بع ولا نقصان عليك فهي عدة وعده بها وقد اختلف قول مالك في وجوبها والقضاء بها وقال بن وهب يرضيه بحسب ما يشبه من ثمن السلعة أن يقبضه البيع من ثمنها وقال أشهب يرضيه بحسب ما أراد ونوى وأما الشافعي وأبو حنيفة فلا يريان وجوب شيء من العدات ويستحبان الوفاء بها والله الموفق

1 (35 - باب الملامسة والمنابذة)

1329 - مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله نهى عن الملامسة والمنابذة قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الاخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذي نهي عنه من الملامسة والمنابذة قال أبو عمر كان بيع الملامسة و بيع المنابذة وبيع الحصى بيوعا يتبايعها أهل الجاهلية وكذلك روي عن أبي سعيد وبن عمر

فنهى رسول الله ﷺ عنها ومعناها يجمع الخطر والغرر والقمار لأنه بغير تأمل ولا نظر ولا تقليب ولا يدري حقيقة ما اشترى وتفسير مالك لذلك وغيره من العلماء قريب من السواء وهو معنى ما ذكرنا

الاستذكار ج:6 ص:459

وكذلك بيع الحصى وذلك أن تكون ثياب مبسوطة فيقول المبتاع للبائع أي ثوب من هذه الثياب وقعت عليه الحصى التي أرمي بها فهي لي فيقول له البائع نعم فهذا كله وما كان مثله من شراء ما لا يقف المبتاع على عينه وقوف تأمل له وعلم به ولا يعرف مبلغه هو بيع فاسد في معنى ما نهى رسول الله ﷺ عنه

أخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني المطلب بن شعيب قال حدثني عبد الله بن صالح ق ال حدثني الليث قال حدثني يونس عن بن شهاب قال أخبرني عامر بن سعد أن أبا سعيد الخدري قال نهى رسول الله ﷺ عن لبستين وعن بيعتين ونهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة أن يلمس الرجل الثوب بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه ويكون ذلك بيعهما على غير نظر ولا تأمل

وقد ذكرنا الاختلاف في إسناد هذا الحديث وفي ألفاظه في ((التمهيد)) وسيأتي ذكر اللبستين عند ذكر اللبسة الصماء من الجامع إن شاء الله تعالى وتفسير الشافعي في الملامسة والمنابذة على نحو تفسير مالك لذلك

قال الشافعي ومعنى الملامسة أن يأتي بالثوب مطويا فيلمسه المشتري أو يأتي به في ظلمة ويقول رب الثوب أبيعك هذا على أنه إذا وجب البيع فنظرت إليه فلا خيار لك والمنابذة أن يقول أنبذ إليك ثوبي هذا وتنبذ إلي ثوبك على أن كل واحد منهما بالآخر ولا خيار لنا إذا عرفنا الطول والعرض قال أبو عمر هذا قول الشافعي يدل على صحة ما روي عنه وما روى عنه الربيع في أنه يجيز البيع على خيار الرؤية

الاستذكار ج:6 ص:460

وقال أبو حنيفة وأصحابه الملامسة والمنابذة بيعان لأهل الجاهلية كان إذا وضع يده على ما ساوم به فقد ملكه وإذا نبذه إليه فقد ملكه ووجب الثمن المذكور عليه وإن لم تطب بذلك نفسه فذلك قمار لا يتابع وقال بن شهاب الزهري الملامسة كان القوم يتبايعون السلع ولا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها

والمنابذة أن ينابذ القوم السلع ولا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها
وقال ربيعة الملامسة والمنابذة من أبواب القمار قال أبو عمر مما اتفقوا عليه أنه من باب الملامسة بيع الأعمى والمس بيده أو بيع البز وسائر السلع ليلا دون صفة قال مالك في الساج المدرج في جرابه أو الثوب القبطي المدرج في طيه إنه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا وينظر إلى ما في أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة قال مالك وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه والثوب في طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك في صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه

وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأسا لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة

قال أبو عمر سيأتي القول في بيع البرنامج في بابه إن شاء الله عز وجل

وأما بيع الثوب في طيه دون أن ينظر إليه فلا يجوز عند الجميع لأنه في معنى بيع الملامسة لأنه لا يرى فيه إلا طاقة واحدة فإن عرف ذرعه في طوله وعرضه ونظر إلى شيء منه فاشترى عليه كان ذلك جائزا فإن خالف كان ذلك عينا كسائر العيون إن شاء قام به وإن شاء رضيه

1 (36 - باب بيع المرابحة)

1330 - قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة إنه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطي

الاستذكار ج:6 ص:461

ولا الشد ولا النفقة ولا كراء بيت فأما كراء البز في حملانه فإنه يحسب في أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فإن ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به

قال مالك فأما القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب في البز فإن باع البز ولم يبين شيئا مما سميت أنه لا يحسب له فيه ربح فإن فات البز فإن الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فإن لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما إلا أن يتراضيا على شيء مما يجوز بينهما

قال أبو عمر هذا كله لمن باع مرابحة للعشرة أحد

عشـــر أو للـــدينار درهـــم أو نحـــو ذلـــك ومن باع السلعة على أن الربح في جميع ثمنها كلا فإنه يحسب فيها ما كان لدنانيره في عين السلعة كالصبغ والخياطة والقصارة وله أن يعرفه بكل مـا قامت عليه السلعة من كراء فأخذه سمسار وطـي وشد ونحو ذلك فإن رضي فأخذ السلعة علـى ذلـك وأربحـــه عليـــه طـــاب ذلـــك لـــه وأما الشافعي فلم أجد في كتبـه جوابـا فـي هـذه المسـألة لا فـي كتـاب المزنـي ولا فـي كتـاب ((البـويطي)) إلا أن مـن قـوله إن كـل مـا كـان صلاحا للمبتاع مما هو عيـن قائمـة فيـه أو أمـر لـه قيمة فسبيله سبيل نفس المبتاع وقـوله مثـل مـا قاله أبو ثور على ما نذكره إن شاء اللـه عـز وجـل وقال أبو حنيفـة إذا اشـترى متاعـا فلـه أن يحمـل عليـه مـا أنفـق فـي القصـارة والخياطـة والكـراء ويلحـق بـالرقيق الكسـوة والنفقـة وكـذلك أجـر السمسار ويقول في جميـع ذلـك قـام علـي بكـذا ولـــم يختلـــف أصـــحابه فـــي هـــذه الجملـــة وقال الأوزاعي يرفع فيه كراؤه ونفقته ثـم يـبيعه بعـــــــد ذلـــــــك مرابحـــــــة وقال أبو ثور الذي نقول بـه إن المرابحـة لا تجـوز إلا على الثمن الذي اشتراه بـه ولكنـه إن أحـب أن يحسب جميع ما أنفق عليه وما لزمه فيه من شيء لم يقل قام علي بكـذا وكـذا فـذلك جـائز ولا يقـل اشتريته بكذا وكذا فيكون فإن باعه

الاستذكار ج:6 ص:462

على أنـه اشـتراه بكـذا وقـد حمـل عليـه مـا أنفـق فالبيع مفسوخ وإن استهلك المشتري المتاع كـان عليـــــه القيمـــــة ويرجـــــع بـــــالثمن قـال ومـا أنفـق علـى المتـاع وعلـى الرقيـق فـي طعامهم ومؤنتهم وكسوتهم حسب عليه قام علي بكذا أو كـذا ولا يحسـب فـي ذلـك نفقـة ولا كـراء قال مالك فـي الرجـل يشـتري المتـاع بالـذهب أو

بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه فإنه إن كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدارهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وإن شاء تركه فإن فات المتاع كان للمشتري بالثمن الذي ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع

قال أبو عمر قوله هذا قول حسن جدا وهو قول الليث

وهو من باب الكذب والخيانة في المرابحة وستأتي المسألة في ذلك بعد

وقال مالك فيمن اشترى سلعة بدنانير فأعطى في الدنانير عروضا أو دراهم أنه لا يبيع مرابحة حتى يبين ما نفذ وكذلك لو اشترى بدين له على رجل لم يبعه حتى يبين

وهو قول الليث

وكذلك لو وجد عيبا لم يرجع إلا ما أعطى

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إذا اشترى سلعة بألف درهم ثم باعه بالألف الدرهم عروضا أو أعطى فيها ذهبا فإنه يبيعها مرابحة على ألف درهم ولايبين وهوقول الحسن بن حي

وقالوا لو وجد المشتري عيبا ورد السلعة بالعيب لم يرجع إلا بالثمن الذي عقد سلعته عليه

ومن حجتهم أنه جائز له بيعها مرابحة على ما عقد قبل أن ينقض ثم يعطيه بعد ذلك فيه عروضا أو ذهبا أو ما اتفقا عليه

الاستذكار ج:6 ص:463

وقد اختلف بن القاسم وأشهب في الذي يشتري السلعة بطعام أو عرض هل يبيعها مرابحة

فقال بن القاسم ذلك جائز على ما اشترى من العروض والطعام ولا يجوز له أن يبيعها على

قيمتها
وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة لأن ذلك من بيع ما ليس عنده
وقال الأوزاعي لو اشترى السلعة بنسيئة وباعها مرابحة ولم يبن فإن للمشتري مثل أجله
وقال أبو ثور وهو كالعيب
وقال أبو عمر قول الأوزاعي هو قول شريح له مثل نقده وأجله
وبه قال أبو ثور
قال مالك وإذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت عليه بتسعين دينارا وقد فاتت السلعة خير البائع فإن أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه إلا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذي وجب له به البيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وإن أحب ضرب له الربح على التسعين إلا أن يكون الذي بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير في الذي بلغت سلعته وفي رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا
قال مالك وإن باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت علي بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فإن شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وإن شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به علىحساب ما ربحه بالغا ما بلغ إلا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها به لأنه قد كان رضي بذلك وإنما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذي ابتاع به على البرنامج
قال أبو عمر إنما قال على البر نامج لأن بيع

المرابحة عنده للعشرة أحد عشر والمعهود عند أهل المدينة في بيع البرنامج وهو الذي يسميه أهل العراق ((ده دوازده)) للعشرة أحد عشر

الاستذكار ج:6 ص:464

وذكر أبو عبد الله المروزي هذه المسألة فقال إذا أقر البائع أنه كذب في الشراء وزاد وقامت بذلك بينة فلذلك كله سواء عند بن أبي ليلى وأبي يوسف والشافعي وعبيد الله بن الحسن وأحمد بن حنبل وأبي ثور كلهم يقول تحط عن المشتري الزيادة التي كذب فيها البائع وما أصابها من الربح

واختاره المزني

وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن إذا اشترى إذا علم المشتري فهو بالخيار في أخذه السلعة بالثمن الذي سمى له أو يفسخ البيع وروى الربيع عن الشافعي في مسألة الخيانة والكذب في المرابحة أن المشتري بالخيار بين أن يأخذ المبيع بالثمن الذي سمى به البائع أو يفسخ البيع

قال ولا ترد عنه الخيانة فيرجع إلى ثمن مجهول لم ينعقد البيع بينهما به

والقولان عند الشافعي في هذه المسألة محمولان

ولم يختلف قوله أن البائع لو ادعى الغلط وذكر زيادة في الثمن فأقام بذلك بينة أنه لا يسمع القاضي منها لأنه مكذب لها ويسمع البينة عند مالك ويخير المبتاع على حسب ما ذكر وروى زيد بن أبي الزرقاء عن الثوري قال إذا ابتاع الرجل بيعا بمائة دينار فقال للمشتري اشتريته بمائتين فاشتراه منه على ذلك بربح خمسين فالبيع جائز فإذا تبين بعد ذلك أنه اشتراه بمائة دفع للمشتري الزيادة وما أصابها من الربح قال وإن ابتاعه بذهب أو ده دوازده

وكذلك أيضا قال فإن اشتراه بمائة ثم قال اشتريته بمائتين ثم باعه مساومة بمائتين وخمسين فأكثر فالبيع جائز وله ما باعه به وذكر الجوزجاني عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد قال إذا علم المشتري فهو بالخيار بين رد المتاع وأخذ الثمن الذي اشتراه به لا ينقص منه شيئا

وإن كان المشتري قد استهلك المتاع أو بعضه فالثمن لازم له لا يحط عنه شيء من ذلك وكذلك لو أقر البائع بخيانته في الزيادة أو قامت عليه بينة بذلك لم يرجع المشتري في شيء من الثمن

وذكره الطحاوي عنهم

قال أبو حنيفة يحط في التولية ولا يحط في المرابحة وله الخيار

قال وقال محمد لا يحط فيهما وله الخيار وهو قول زفر

وقال أبو يوسف وعبيد الله بن الحسين يحط منهما

وهو قول ابن أبي ليلى

وقال عثمان البتي والحسن بن حي في المرابحة له الخيار

وهو قول مالك ولا يحط عنه شيء

قال مالك وإذا دخلها عيب عند المشتري أو حالت الأسواق فالبيع فاسد فلا يردها ويرد القيمة

قال مالك فإن فاتت السلعة وكانت قيمتها نصف ما وزن مثل ما وزن المبتاع أو أكثر فلا شيء وإن كانت أقل لزمته القيمة تمام القيمة إلا أن يكون أكثر مما وزن فلا تلزمه الزيادة وإن كانت قائمة أخذ الجميع أو رد

قال وقال الشافعي يحط في المرابحة

قال أبو عمر يعني مثل قول الثوري

وهـــــــو قـــــــول أبـــــــي ثـــــــور
قال أبو ثور إذا خانه ثم علم المشتري حط عنه من الثمـــــن الزيـــــادة وربـــــح الزيـــــادة
وقـال الطـبري قيـاس قـول الشـافعي أن يكـون المشتري بالخيار إذا قامت له البينة بـإقرار البـائع بالخيانة بين أن ينتقص البيع ويرد السـلعة ويرجـع بالثمن وبيـن أن يمضـي الـبيع بمـا ابتاعهـا بـه إن كانت السلعة قائمة وإن كانت مستهلكة فإن له أن يأخـــذها بمـــا خـــانه فيـــه مـــن الثمـــن وربحـــه
قال أبو عمر من لم ير أن يحـ ط عـن المشـتري مـا كـذب فيـه البـائع وخيـره قاسـه علـى العيـب لأن العيب نقص دخل على المبتاع وهـو فيـه مخيـر إن شاء أخذ وإن شاء رد ومن رأى أن يحـط عنـه فلأن المشتري إنما ربحه على ما ابتاع به السـلعة علـى غير ذلك فلما خانه وجب أن يرد ما خانه به كمـا لـو خانه في الوزن أو الكيل وجب رد ذلك إلى الحق

الاستذكار ج:6 ص:466

1 (37 - باب البيع على البرنامج)

1331 - قال مالك الأمر عندنا في القوم يشـترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع بـه الرجـل فيقـول لرجل منهم البز الذي اشتريت من فلان قد بلغتني صفته وأمره فهل لك أن أربحـك فـي نصـيبك كـذا وكذا فيقـول نعـم فيربحـه ويكـون شـريكا للقـوم مكـــانه فـــإذا نظـــر إليـــه رآه قبيحـــا واســـتغلاه
قال مالـ ك ذلـك لازم لـه ولا خيـار لـه فيـه إذا كـ ان ابتـــاعه علـــى برنامـــج وصـــفة معلومـــة
قال مالك في الرجـل يقـدم لـه أصـناف مـن الـبز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكـذا ريطـة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسـمي لهـم أصـنافا مـن البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة

فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون
قال مالك ذلك لازم لهم إذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه
قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له
قال أبو عمر بيع البرنامج هو من باب بيع الغائب على الصفة
وقد اختلف في ذلك السلف والخلف فمنهم من أجازه وأبطل فيه خيار الرؤية إذا وجد على الصفة وهو قول مالك وأكثر أهل المدينة وهو أحد قولي الشافعي في بيع الغائب على الصفة
ومنهم من قال للمشتري فيه خيار الرؤية على كل حال وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي
وللشافعي قول ثالث هو الذي اختاره المزني أن البيع في ذلك باطل لأنه لا عين مرئية ولا صفة مضمونة وانهما يفترقان في خيار الرؤية على غير تمام بيع ولا صفقة
ومن حجته في ذلك على مالك أنه لم يجز بيع الساج المدرج في جرابه ولا الثوب القبطي في طيه حتى ينشر وينظر إلى ما في أجوافهما قال والنظر إليهما

دون نشرهما لصفة البرنامج أو أكثر منها قال وإذا لم يجز ذلك في الثوب الواحد وغرره أقل كان الغرر في الكثير من الثياب أكثر
قال أبو عمر قد وقف مالك على معنى ما ذكره الشافعي وقال فرق بين ذلك الأمر المعمول به وما في صدور الناس من معرفة ذلك وأنه لم يزل بيع البرنامج من عمل الناس الجائز بينهم ولا

يشبه الملامسة

ذكر عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن بن سيرين قال إذا ابتاع الرجل منك شيئا على صفة فلم تخالف ما وصفت له فقد وجب البيع

قال أيوب وقال الحسن له خيار الرؤية

وعن معمر قال أخبرنا الزهري عن بن المسيب قال قال أصحاب النبي ﷺ وددنا لو أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى يعلم أنهما أعظم جدا في التجارة قال فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرسا من أرض أخرى بأربعين ألف درهم أو أربعة آلاف أو نحو ذلك إن أدركتها الصفقة وهي سالمة ثم أجاز قليلا فرجع فقال أزيدك ستة آلاف إن وجدها رسولي سالمة قال نعم فوجدها رسول عبد الرحمن قد هلكت وخرج منها بالشرط الآخر قال رجل للزهري فإن لم يشرط قال هي من مال البائع

وروى بن وهب عن يونس عن بن شهاب قال كان عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف فذكر الخبر بمعناه ولم يذكر سعيد بن المسيب

وفيه عن الصحابة جواز بيع الغائب إلا أن ظاهره ليس فيه صفة فهو حجة لأبي حنيفة الذي يجيز بيع الغائب على غير صفة فإذا رآه ورضيه صارت الصفقة وتم البيع وإن لم يرضه فلا بيع بينهما والصفة وغير الصفة عند أبي حنيفة وأكثر الكوفيين في باب بيع الغائب سواء لأنه فيه خيار الرؤية

ومالك لا يجيزه على ذلك حتى يتواصفاه فإن وجد البيع على الصفة لزم المشتري ولا خيار له إذا رأى

وأما بيع البرنامج فهو أيضا من بيوع المرابحة وهو الذي يسميه أهل العراق بيع ((ده دوازده)) وهو بيع البز والمتاع على الصفات العشرة من رأس

المـــال أحـــد عشـــر بالربـــح ونحـــو ذلـــك وقد كرهه قوم وأجازه آخرون

الاستذكار ج:6 ص:468

فمن كرهه يوجه كراهيته أنه بيع غير حاضرة لم ينظر إليها فدخلت من باب الملامسة والمنابذة والغرر ولم يلتفت من كره ذلك إلى الصفة لأن الصفة إنما تكون في بيع المضمونات على الصفة في الذمة وهو بيع السلم وفيه وجه آخر من الكراهة لأنه قد حسب في برنامجه كل ما اتفق عليه ومن أجازه فلما وصفنا من تبايع الصحابة الأشياء الغالية إما على الصفة وإما على خيار الرؤية

ذكر عبد الرزاق وغيره عن الثوري عن خالد عن بن سيرين قال

((لا بأس ببيع ((ده دوازده)) وتحسب النفقة على الثياب))

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد في البيع على البرنامج مرابحة إذا أربحه وهو لا يعلم الثمن فهو بالخيار إذا علم

وقال أبو ثور إذا اشترى منه متاعا بربح العشرة واحدا ولم يعلم رأس المال كم هو فالبيع باطل وإنما يكون الربح بعد العلم بالثمن ونحو ذلك عند مالك

وعن الثوري عن الأعمش عن إبراهيم وعن جعدة بن ذكوان عن شريح قال لا بأس ببيع ((ده دوازده)) وبه يقول الثوري

وعن معمر قال أنبئت أن بن مسعود كره أن يأخذ للنفقة ربحا

وعن معمر عن قتادة عن بن المسيب أنه سأله عن بيع عشرة باثني عشر قال لا بأس به ما لم يأخذ للنفقة ربحا

وعن معمر عن قتادة عن نوح بن أبي بلال قال سمعت سعيد بن المسيب يقول لا بأس ببيع ده

دوازده مـــــا لـــــم يحســـــب الكـــــراء
وقال عبد الـرزاق أخبرنـا إسـماعيل بـن عبـد اللـه
قال أخبرني عبد الرحمن بـن عجلان عـن إبراهيـم
النخعــي قــال لا بــأس أن يأخــذ للنفقــة ربحــا
قـال عبـد الـرزاق قـال سـفيان ربـح النفقـة أجـر
الغســـــــــــــال وأشـــــــــــــباهه
قال وأخبرنا الثوري عن عمار الدهني عن بن أبــي
نعم عـن بـن عمـر قـال بيـع ((ده دوازده)) ربـا
قال وأخبرنا الثوري عن جابر عن القاسم بن عبــد
الرحمن عن مسروق أنه كره بيع ((ده دوازده))
قال وأخبرنا بن عيينة عن عبيد الله بـن أبـي يزيـد
قال سمعت بن عباس يكـره بيـع ((ده دوازده))
وقال ذلك بيع الأعاجم

الاستذكار ج:6 ص:469

قال وأخبرنا الثوري عن سالم الضبي عن إبراهيم
قال لا بأس أن يرقم على الثوب أكـثر مـا قـام بـه
ويــبيعه مرابحــة لا بــأس بــالبيع علــى الرقــم
قال وأخبرنا إسماعيل بن عبد الله قال أخبرنا عبد
الرحمن بـن عجلان قـال سـألت إبراهيـم النخعـي
قلـت الرجـل يشـتري الثـوب فيرقمـه فيزيـد فـي
رقمه كراءه وغيره ثم يبيعه مرابحـة علـى الرقـم
قال أليس ينظر المتاع وينشره قلـت بلـى قـال لا
بـــــــــــــــأس بـــــــــــــــه
قال أبو عمر أما قول إبراهيم في تجويزه أنه يريد
فـي الرقـم الكـراء والنفقـة فقـد أجـاز ذلـك مـن
الفقهـــــاء مـــــن ذكرنـــــا قـــــوله
واختلفوا هل يأخذ لذلك ربحا أم لا ولا قوله لا بأس
بـأن يرقـم علـى الثـوب أكـثر مـا قـام بـه ويـبيعه
مرابحة فالمعنى فيـه أنـه يقـول قـد ربحـت علـى
ثوبي وربحت كذا وكذا وأنـا لا أبيعـه إلا بكـذا وكـذا
زيادة على مـا رقمـه بـه فهـذا كالمسـاومة لأنـه لا
يقــول لــه مقــام علــي بكــذا ولا أشــتريه بكــذا
وكـــــــــذا قـــــــــال مالـــــــــك

والكذب لم يحل له بإجماع العلماء وللمشتري أن يقول له لا أرضاه برأس ماله فكيف بالزيادة عليه وبما كسبته فيه
وقد كره جماعة من العلماء ذلك لأنه باب من المكر والخديعة وليس كل العامة يعرف ذلك وربما توهم المشتري أنه يقول له بذلك اشتريت أو بكذا قام علي
وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا الثوري وقال أخبرني واصل بن سليم عن طاوس أنه ذكر له قول إبراهيم فقال لا أبيعن سلعتي بالكذب
قال وأخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين أنه كان يكره أن يقول أربحني على هذا الرقم ولا أرى بأسا أن يقول زدني على الرقم بكذا وكذا
قال أبو عمر هذا لما ذكرت لك لأنه إذا قال له ربحني على الرقم كذا أوهمه أن الرقم هو ما اشتراه به أو ما قام عليه به عند من أجاز ذلك أيضا وبالله التوفيق
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد في البيع على البرنامج مرابحة إذا أربحه وهو لا يعلم الثمن فهو بالخيار إذا علم

الاستذكار ج:6 ص:470

1 (38 - باب بيع الخيار)

1332 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال ((المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار))
قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه
1333 - مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله ﷺ قال ((أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان))

قال أبو عمر جعل مالك - رحمه الله - حديث بن مسعود هذا كالمفسر لحديث بن عمر يقول إن المتبايعين قد يختلفان قبل الافتراق فلو كان كل واحد منهما بالخيار لم تجب على البائع يمين ولا تراد لأن التراد إنما يكون فيما قد تم من البيوع والله أعلم
فكأنه عنده منسوخ لأنه لم يدرك العمل عليه واستدل على نسخه بحديث بن مسعود الذي أردفه بقول القاسم ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا
وقد قال مالك وذكر له حديث ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فقال قد جاء هذا الحديث ولعله أن يكون شيئا قد ترك فلم يعمل به
وقال في رجل وقف سلعته للسوم فأعطى بها ما طلب فيها فقال لا أبيعها فالبيع له لازم فإن قال إنما كنت لاعبا وأردت اعتبار ثمنها فيحلف على ذلك فإن لم يحلف لزمه البيع
قال الطحاوي كل من لم يقل بحديث البيعان بالخيار ما لم يفترقا من مكانهما يلزمه البيع ولا يلتفت إلى يمينه في قوله كنت لاعبا ومن يقول المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار حتى يفترقا أحرى ألا يقول بقول مالك في ذلك

الاستذكار ج:6 ص:471

قال ولم يقل بقول مالك أحد من الفقهاء في أنه لا يلزمه البيع وقد أعطى ما طلب في سلعته التي وقفها للبيع وساوم الناس فيها
قال أبو عمر حديث بن مسعود حديث منقطع لا يكاد يتصل وإن كان الفقهاء قد عملوا به كل على مذهبه الذي تأوله فيه
فمن أسانيد هذا الحديث ما رواه حفص بن غياث عن أبي العميس قال أخبرني عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده قال اشترى الأشعث رقيقا من رقيق الخمس من عبد

الله بن مسعود بعشرين ألفا فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم فقال إنما أخذتهم بعشرة آلاف فقال عبد الله فاختر رجلا يكون بيني وبينك قال الأشعث أنت بيني وبين نفسك

قال عبد الله فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول ((إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان))

هذا رواه أبو داود عن محمد بن يحيى بن فارس عن عمر بن حفص بن غياث عن أبيه وكذلك هو في روايتنا في مصنفه من السنن وذكره بن الجارود عن محمد بن يحيى عن عمرو بن حفص عن أبيه عن أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث وكيف كان الأمر فهو غير متصل ولا مسند

وذكر أبو داود أيضا قال حدثني عبد الله بن محمد النفيلي قال حدثني هشيم قال أخبرنا بن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه أن بن مسعود باع من الأشعث بن قيس رقيقا فذكر معناه

وهذا لا يتصل لأن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود لم يختلفوا أنه لم يسمع من أبيه وروى هذا الحديث أيضا الشافعي وبن أبي شيبة والحميدي عن بن عيينة عن بن عجلان عن عوف بن عبد الله عن بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ ((إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار))

ورواه القطان عن بن عجلان مثله بإسناده

وهذا أيضا غير متصل بل هو بين الانقطاع وسنذكر ما للعلماء في معنى هذا الحديث بعد الفراغ من القول في حديث بن عمر عن النبي ﷺ

((البيعان بالخيار ما لم يفترقا - إن شاء الله عز وجل))
وأجمع العلماء من أهل الفقه بالحديث أن قوله ﷺ ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)) من أثبت ما يروى عن النبي ﷺ من أخبار الآحاد العدول لا يختلفون في ذلك وإنما اختلفوا في القول به وادعا النسخ فيه وتخريج معانيه وقد اختلف الحفاظ في ألفاظه فرواية مالك عن نافع ما ذكرناه عنه في ((الموطأ))
ورواية أيوب عن نافع عن بن عمر عن النبي ﷺ ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه ((اختر)) هكذا قال حماد بن زيد عن أيوب ورواه شعبة وسعيد بن أبي عروبة عن أيوب بإسناده بلفظ حديث مالك ومعناه ورواه بن عليه عن أيوب عن نافع عن بن عمر قال البيعان بالخيار حتى يفترقا أو يكون بيع خيار قال وربما قال فيه نافع أو يقول أحدهما لصاحبه اختر
ولفظ عبد الله بن دينار عن بن عمر عن النبي ﷺ ((كل بيع فلا بيع بينهما حتى يفترقا إلا بيع الخيار))
ورواه بن جريج عن نافع قال أملى علي نافع أنه سمع بن عمر يقول قال رسول الله ﷺ ((إذا تبايع المتبايعان فكل واحد منهما بالخيار حتى يفترقا أو يكون بيعهما عن خيار وإذا كان عن خيار فقد وجب))
قال نافع كان بن عمر إذا تبايع الرجل ولم يخبره وأراد أن لا يقبله قام فمشى هنيهة ثم وقع وهذه الألفاظ كلها معناها واحد ولا تدافع في

شـــــــيء منهـــــــا

وروي عن النبي ﷺ أنه قال ((المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا)) من وجوه كثيرة من حديث سمرة بن جندب وأبي برزة الأسلمي وعبده الله بن عمرو بن العاص وأبي هريرة وحكيم بن حزام وقد ذكرت أسانيدها وطرقها في ((التمهيد))

وأما اختلاف الفقهاء في القول

الاستذكار ج:6 ص:473

فقول مالك ما ذكره في موطئه ومذهبه في جماعة أصحابه أنه لا خيار للمتبايعين إذا عقدا بيعهما بالكلام وإن لم يفترقا بأبدانهما

وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقول إبراهيم النخعي وأهل الكوفة وربيعة بن أبي عبد الرحمن وطائفة من أهل المدينة

وهو قول الثوري في رواية عبد الرزاق عنه

قال سفيان الصفقة باللسان

وقال محمد بن الحسن معنى الحديث إذا قال البائع قد بعتك فله أن يرجع ما لم يقل المشتري قبلت

ورواه عن أبي حنيفة

وقال عن أبي يوسف المتبايعان في هذا الحديث هما المتساويان فإذا قال بعتك بعشرة فللمشتري خيار القبول في المجلس وللبائع خيار الرجوع فيه قبل قبول المشتري

وعن عيسى بن أبان نحوه

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة التفرق أن يتراضيا بالبيع فإذا تراضيا فقد تفرقا

قال والتفرق قد يكون بالقول كما يقال للمتناظرين إذا قاموا عن المجلس عن أي شيء افترقتم

وقال الله تعالى وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته النساء 130

وأما افتراقهما بالكلام قال ومعنى قوله في المتبايعين أنهما بالخيار وهو قول الرجل للرجل قد بعتك عبدي هذا بألف درهم فله أن يرجع عن قوله ذلك ما لم يقل الآخر قد قبلت فهذا موضع خيار البائع فلو قال المشتري قد قبلت فقد افترقا وتم البيع بينهما وقال غيره من الكوفيين التفرق أن يقبل في المجلس فإذا قام أحدهما من المجلس قبل أن يقبل صاحبه بطل الخيار قال وفائدة هذا الوجه أن المشتري إذا لم يجب البائع من فوره أي قد قبلت لم يضره ذلك فلم ينقطع خيارهما حتى يتفرقا من مجلسهما قال أبو عمر هذان التأويلان فاسدان مخالفان لمعنى الحديث وظاهره لأن الخيار فيهما للبائع خاصة وحديث مالك في أول الباب يقتضي بفسادهما لقوله

الاستذكار ج:6 ص:474

((المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا وسنبين ضعف تأولهما في الحديث فيما بعد - إن شاء الله عز وجل وكان أبو حنيفة يرد هذا الحديث بالاعتبار كفعله في سائر أخبار الآحاد يعرضها على الأصول المجتمع عليها ولا يقبلها إذا خالفها ويقول أرأيت إن كانا في سفينة أو قيد متى يفترقان وهذا أكثر عيوبه وأعظم ذنوبه عند أهل الحديث واحتجاجهم بمذهبهم في رفع ظاهر الحديث طويل أكثره تشعيب لا معنى له لأن الأصول لا يرد بعضها ببعض وقد ذكرنا أكثرها في ((التمهيد)) وقال الثوري في ((جامعه)) والليث بن سعد وعبيد الله بن الحسن والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وداود إذا عقد المتبايعان بيعهما فكل واحد منهما بالخيار في إتمامه

وفسخه ما داما في مجلسهما لم يفترقا بأبدانهما والتفرق في ذلك كالتفرق في الصرف سواء وهو قول بن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وقول سوار قاضي البصرة وسفيان بن عيينة وعبد الله بن المبارك وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وشريح القاضي وسعيد بن المسيب والحسن البصري وعطاء وطاوس والزهري وبن جريج ومعمر ومسلم بن خالد الزنجي والدراوردي ويحيى القطان وبن مهدي

وقال الأوزاعي المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا في بيوع ثلاثة بيع السلطان في الغنائم وبيع الشركاء في الميراث وبيع الشركة في التجارة فإذا صافقه فقد وجب البيع وليسا فيه بالخيار قال وحد الفرقة ما كانا في مكانهما ذلك حتى يتوارى كل واحد منهما عن صاحبه قال وإذا خيره فاختار فقد وجب البيع وإن لم يفترقا قال أبو عمر كل من أوجب الخيار يقول إذا خيره في المجلس فاختار فقد وجب البيع لأن رسول الله ﷺ قال ((أو يقول أحدهما لصاحبه اختر)) وفعل بن عمر تفسير ذلك وقد تقدم ذكره وهو راوي الحديث والعالم بمخرجه ومعناه وقال الليث بن سعد التفرق أن يقوم أحدهما وقال الشافعي كل متبايعين في بيع عين حاضرة أو سلم إلى أجل أو دين أو صرف أو غير ذلك تبايعا وتراضيا ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي

الاستذكار ج:6 ص:475

تبايعا فيه فلكل واحد منهما - إن شاء - فسخ البيع كان ذلك له ما داما في الموضع الذي عقدا فيه بيعهما إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر إن شئت إمضاء البيع أو رده فإن اختار وجها من ذلك لزمه

وانقطع عنه خيار المجلس وإن لم يتفرقا فإن عقدا بيعهما على خيار مدة يجوز الخيار إليها كانا على ما عقدا من ذلك ولم يضرهما التفرق وسنذكر اختلافهم في مدة أيام الخيار بعد إن شاء الله تعالى
وبهذا كله قال أبو ثور وأحمد وهو معنى قول الجميع
واختلف المتأخرون من أصحابنا المالكيين في معنى قول مالك في ((الموطأ)) بأكثر قول النبي ﷺ ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه))
فقال بعضهم دفع مالك هذا الحديث بإجماع أهل المدينة على معنى الخلاف به فلما لم ير أحد يعمل به قال ذلك القول وإجماعهم عنده حجة كما قال أبو بكر بن عمرو بن حزم إذا رأيت أهل المدينة قد أجمعوا على شيء فاعلم أنه الحق
قال وإجماعهم عند مالك أقوى من خبر الواحد
فقال بعضهم لا يجوز لأحد أن يدعي في هذه المسألة إجماع أهل المدينة لأن الاختلاف فيها موجود بها
قال وإنما معنى قول مالك وليس لهذا عندنا حد معروف أي ليس للخيار عندنا حد معروف لان الخيار عنده ليس محدودا بثلاثة أيام كما حده الكوفيون والشافعي بل هو على حسب حال المبيع فمرة يكون ثلاثة ومرة أقل ومرة أكثر وليس الخيار في العقار كهو في الدواب والثياب هذا معنى قوله ذلك
قال أبو عمر لا يصح دعوى إجماع أهل المدينة في هذه المسألة لأن الاختلاف فيها بالمدينة معلوم وأي إجماع يكون في هذه المسألة إذا كان المخالف فيها منهم عبد الله بن عمر وسعيد بن

المسيب وبن شهاب وبن أبي ذئب وغيرهم وهل جاء فيها منصوصا الخلاف إلا عن أبي الزناد وربيعة ومالك ومن تبعه وقد اختلف فيها أيضا عن ربيعة فيما ذكر بعض الشافعيين وقال بن أبي ذئب وهو من جلة فقهاء المدينة من قال إن البيعين ليسا

بالخيار حتى يفترقا استتيب وجاء بقول فيه خشونة تركت ذكره وهو محفوظ عند العلماء وأما احتجاج الكوفيين وغيرهم بعموم قول الله عز وجل أوفوا بالعقود المائدة 1 قالوا وهذان قد تعاقدا وفي هذا الحديث إبطال الوفاء بالعقد فهذا ليس بشيء لأن المأمور به من الوفاء به من العقود ما لم يبطله الكتاب أو السنة كما لو عقدا بيعهما على ربا أو سائر ما لا يحل لهما واحتجوا أيضا بقوله - عليه السلام - ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه)) قالوا فقد أطلق بيعه إذا استوفاه قبل الافتراق وبعده وهذا عند من خالفهم مرتب على خيار المتبايعين قبل الافتراق لأنه ممكن استعمالهما معا فكيف يدفع أحدهما بالآخر مع إمكان استعمالهما واحتجوا بكثير من الظواهر والعموم مع إجماعهم على أنه لا يعترض في العموم بالخصوص ولا بالظواهر على النصوص

وقالوا قوله ﷺ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)) على الندب بدليل قوله ﷺ((من أقال نادما في بيع أو قال في بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة)) وبدليل قوله ﷺفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺقال ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا أن يكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله))

وقال الشافعي أما قوله ﷺ ((من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته)) فهذا على الندب لا شك فيه ولفظه يدل على ذلك وأما قوله ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)) فليس في لفظه شيء يدل على الندب وإنما هو حكم وقضاء وشرع من رسول الله ﷺ لا يحل لأحد خلافه برأيه

قالوا وأما قوله في حديث عمرو بن شعيب لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله فلفظ منكر لإجماع علماء المسلمين أنه جائز له أن يفارقه ليتم بيعه وله أن لا يقيله إلا أن يشاء وقوله ((لا يحل)) لفظة منكرة بإجماع وبان أن الإقالة ندب وحصر لا إيجاب وفرض ومما يزيد ذلك بيانا فعل بن عمر - رضي الله عنه فإنه كان إذا أراد أن يجب

الاستذكار ج:6 ص:477

له البيع مشى حتى يفارق صاحبه ويغيب عنه وهو الذي روى الحديث وعلم معناه ومخرجه وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني مطلب بن شعيب قال حدثني عبد الله بن صالح قال حدثني الليث قال حدثني يوسف عن سالم قال قال بن عمر كنا إذا تبايعنا كان كل واحد منا بالخيار ما لم نفترق فتبايعت أنا وعثمان ما لا بالوادي بمال كثير فلما بايعته طفقت القهقري على عقبي خشية أن يرادني عثمان البيع قبل أن أفارقه

قال أبو عمر في قول بن عمر كنا إذا تبايعنا كان كل واحد منا بالخيار ما لم نفترق دليل على أن الافتراق عن المجلس كان أمرا معمولا به عندهم في بيعاتهم

ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر قال أخبرنا إسماعيل بن أمية عن نافع قال كان بن عمر إذا

اشترى شيئا مشى ساعة قليلا ليتم له البيع ثم يرجع
وروى سفيان بن عيينة عن بن جريج عن نافع عن بن عمر أنه كان إذا اشترى السلعة فأراد ألا يقيل صاحبه مشى شيئا قليلا ثم رجع
وعن أبي برزة الأسلمي في رجل اشترى فرسا من رجل ثم أقام بقية يومهما وليلتهما لم يفترقا وندم أحدهما فلم يرد الآخر إقالته فاختصما إلى أبي برزة فقال قال رسول الله ﷺ ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)) وما أراكما افترقتما وقد ذكرنا هذا الخبر بإسناده في ((التمهيد))
ولا أعلم أحدا خالفهما من الصحابة فيما ذهبا إليه من ذلك
وقال عبد الرزاق أخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين عن شريح أنه شهده يختصم إليه في رجل اشترى من رجل بيعا فقال إني لم أرضه فقال الآخر بل قد رضيته فقال شريح بينتك أنكما تصادرتما عن رضا بعد البيع أو خيار وإلا فيمينه با لله ما تصادرتما بعد البيع عن رض ا ولا خيار
قال وأخبرنا الثوري عن عبد الله بن أبي السفر عن الشعبي عن شريح قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا
قال عبد الرزاق قال هشام بن يوسف - قاضي صنعاء إذا جاء الحديث عن النبي ﷺ فليس ينبغي أن يترك إلا أن يأتي عنه خلافه
ومما احتج به من لم ير للمتبايعين خيارا في المجلس أن يكون التفرق بالكلام كعقد النكاح أو كوقوع الطلاق الذي سمى الله فراقا

الاستذكار ج:6 ص:478

قالوا والتفرق بالكلام في لسان العرب معروف كما هو بالأبدان
واحتجوا بقول الله عز وجل وإن يتفرقا يغن الله

كلا من سعته النساء 130 وبقوله تعالى ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا آل عمـران 105 وبقـوله عـز وجـل فرقـوا دينهـم الأنعـام 159 وبقـوله ﷺ ((تفـترق أمـتي)) ونحـو هـذا ممـا لـم يـرد بـه الافـــــــــــــــتراق بالأبـــــــــــــــدان فيقـال لهـم أخبرونـا عـن الكلام الـذي وجـب بـه الإجماع في الـبيع وتمـت بـه الصـفقة أهـو الكلام الـذي أريـد بـه الافـتراق فـي الحـديث المـذكور أو غيره فإن قالوا هو غيره فقد أحالوا وجاؤوا بمـا لا يعقل لأنه ليس ثم كلام غيـره وإن قـالوا هـو ذلـك الكلام بعينه قيل لهم كيـف يجـوز أن يكـون الكلام الذي به اجتمعا عليه وبه تم بيعهما له افترقـا هـذا مـــــا لا يفهمـــــه ذو عقـــــل وإنصـــــاف وأما قول من قال المتبايعان هما المتساومان فلا وجه له لأنه لا يكون حينئـذ فـي الكلام فائـدة لأنـه معقول أن كل واحد في ماله وسلعته بالخيار قبـل السوم وما دام قبل الشراء متساوما حتى يمضـي البيع ويعقـده ويرضـاه وكـذلك المشـتري بالخيـار قبل الشراء وفي حين المساومة أيضا هذا معلـوم بالعقل والفطـرة والشـريعة وإذا كـان هـذا كـذلك بطلت فائدة الخبر وقد جل رسول الله ﷺ أن يخبر بمـــــــا لا فائـــــــدة فيـــــــه وأما حديث بن مسعود في اختلاف المتبايعين فقد قـال مالـك فـي ((الموطـأ)) الأمـر عنـدنا فـي الرجل يشتري السلعة من الرجـل فيختلفـان فـي الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنـانير ويقـول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير إنه يقال للبـائع أن شئت فأعطهـا للمشـتري بمـا قـال وإن شـئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك إلا بما قلت فإن حلف قيل للمشتري إما أن تأخذ السلعة بما قـال البـائع وإما أن تحلف بالله ما اشتريتها إلا بمـا قلـت فـإن حلف بريء منهـا وذلـك أن كـل واحـد منهمـا مـدع

على صاحبه
وروى بن القاسم عن مالك أن السلعة إن كانت قائمة بيد البائع أو بيد المشتري فسواء ويتحالفان ويترادان
وقال بن القاسم ان قبضها المبتاع وفاتت عنده بتمام أو نقصان أو تغير سوق أو بيع أو كتابه أو هبة أو هلال أو تقطيع في الثياب أو كانت دارا

فبناها أو طال الزمان فتغيرت المساكن ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه
وروى بن وهب عن مالك أنهما يتحالفان إذا كانت السلعة قائمة عند البائع وأما إذا بان بها المشتري إلى نفسه فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان
وقال سحنون رواية بن وهب عن مالك هو قول مالك الأول وعليه أكثر الرواة ثم رجع مالك إلى ما رواه بن المسيب
قال وقال بن القاسم إذا تحالف رد البيع إلا أن يرضى المبتاع أن يأخذها بما قال البائع قبل الفسخ
وقال سحنون بل بتمام التحالف ينفسخ البيع قال وهو قول شريح إذا تحالفا ترادا وإن نكلا ترادا وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ترك البيع يريد على قول الحالف
وروى بن المواز عن بن القاسم مثل قول شريح
وقال عبد الملك بن حبيب إن حلفا فسخ وإن نكلا كان القول قول البائع وذكره عن مالك
قال أبو عمر الخبر الذي ذكره سحنون عن شريح من طرقه عنه ما ذكره عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين عن شريح قال إذا اختلف البيعان في البيع حلفا جميعا فإن حلفا رد البيع وإن نكل أحدهما وحلف الآخر فهو للذي حلف فإن نكلا رد البيع
وقال بن وهب وبن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة

والشافعي وأحمد وإسحاق إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة تحالفا وترادا البيع ويبدأ البائع باليمين ثم يقال للمشتري إما أن تأخذ بما حلف عليه البائع وإما أن تحلف على دعواك وتبرأ فإن حلفا جميعا رد البيع وإن نكلا جميعا رد البيع وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان البيع لمن حلف وسواء عند جميعهم كانت السلعة حاضرة قائمة العين بيد البائع أو بيد المبتاع فإن فاتت السلعة بيد المشتري وهلكت وذهب عينها فإن الثوري وأبا حنيفة وأبا يوسف والحسن بن حي والليث بن سعد ومالكا وأصحابه إلا أشهب - قالوا القول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان وقال أبو يوسف قال أبو حنيفة القياس في المتبايعين إذا اختلفا فادعى البائع

ألفا وخمس مائة وادعى المشتري ألفا أن يكون القول قول المشتري ولا يتحالفان ولا يترادان لأنهما قد أجمعا على ملك المشتري السلعة المبيعة

واختلفا في ملك البائع على المشتري من الثمن ما لا يقر به المشتري فهما كرجلين ادعى أحدهما على الآخر ألف درهم وخمس مائة وأقر هو بألف فالقول قوله إلا أنا تركنا القياس للأثر في حال قيام السلعة فإذا فاتت السلعة عاد القياس قال أبو عمر كأنه يقول لما جاء في الحديث أو يترادان علم أنه أراد رد الأعيان فإذا ذهبت الأعيان خرج من ظاهر الحديث لأن ما قد فات بيد المبتاع لا سبيل إلى رده وصار البائع مدعيا لثمن لا بينة له به وقد أقر له المشتري ببعضه فكان القول قوله مع يمينه لأنهما قد دخلا في معنى قول النبي ﷺ ((البينة على المدعي واليمين على المنكر)) وقال الشافعي ومحمد بن الحسن وعبيد الله بن

الحسن - قاضي البصرة - وهو قول أشهب صاحب مالك أن المتبايعين إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويتفاسخان أبدا كانت السلعة قائمة بيد البائع أو المبتاع أو فاتت عند المبتاع فإن كانت قائمة ترادا وإن كانت فائته ترادا قيمتها
ومن حجتهم معنى قولهم إن البائع لم يقر بخروج السلعة من ملكه إلا بصفة قد ذكرها أو ثمن قد وصفه لم يقر له المبتاع به
وكذلك المشتري لم يقر بانتقال الملك إليه إلا بصفة لم يصدقه البائع عليها لأنه متى ذكر ثمنها كذبه البائع فيه
والأصل أن السلعة للبائع فلا تخرج عن ملكه إلا بيقين من إقرار أو بينة وإقراره منوط بصفة لم تقم للمشتري بينه بتكذيبها فحصل كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه
وقد وردت السنة بأن يبدأ البائع باليمين وذلك - والله أعلم - لأن السلعة له فلا يعطاها أحد بدعواه فإذا حلف خير المبتاع في أخذها بما حلف عليه البائع أن شاء وإلا حلف أنه ما ابتاع إلا بما ذكر كدعوى البائع عليه بأكثر مما ذكر ثم يفسخ البيع بينهما وبهذا وردت السنة مجملة لم تخص كون السلعة بيد واحد دون الآخر ولا فوتها ولا قيام عينها

الاستذكار ج:6 ص:481

ومعلوم أن التراد إذا وجب بالتحالف والسلعة حاضرة وجب أيضا بعد هلاكها لأن القيمة تقوم مقامها كسائر ما فات في البيوع فقد وجب رده كانت القيمة عند الجميع فيه بدلا منه
وقال زفر إن اتفقوا أن الثمن من جنس واحد كان القول في الثمن قول المشتري وإن اختلفا في جنسه تحالفا وترادا قيمة المبيع إن فاتت عينه
وقال أبو ثور إذا اختلف المتبايعان في الثمن فالقول قول المشتري أبدا مع يمينه إذا لم تكن

بينه وسواء كانت السلعة قائمة بيد البائع أو بيد المشتري أو فاتت عند البائع أو عند المشتري وهو قول داود
وضعفا حديث بن مسعود في هذا الباب ولم يقولا بشيء من معناه
وقال أبو ثور البائع مقر بزوال ملكه للسلعة مصدق للمشتري في ذلك وهو مدع عليه من الثمن ما لا يقر له به المشتري ولا بينة معه فصار القول قول المشتري مع يمينه على كل حال وهو قول داود
قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فإن رضي فقد جاز البيع وإن كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشتري قبل أن يستشير البائع فلانا إن ذلك البيع لازم لهما على ما وصفنا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له إن أحب الذي اشترط له البائع أن يجيزه
قال أبو عمر سواء عند مالك البائع والمشتري باشتراط خيار البيع المستشار إذا رضي المستشار الذي اشترط رضاه فالبيع جائز وليس للبائع ولا للمشتري الخيار والخيار لفلان الذي أشترط رضاه
وهو قول أبي حنيفة وأصحابه يجوز عنده شرط الخيار لغير العاقد فإن أمضى البيع جاز وإن نقضه انتقض فإن رضيه المشتري وقال الذي له الخيار لا أرضى فالقول قول المشتري ولو رضي الذي له الخيار وإن أراد المشتري رده لم يكن ذلك للمشتري
وعن الشافعي روايتان إحداهما أنه لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد إلا أن يجعله وكيلا

والأخرى كقول مالك لأن من باع واشترط رضا غيره فالرضا للغير وإن قال على أن أستأمر فلانا لم يرد إلا أن يقول استأمرته فأمرني بالرد وقال أبو ثور إن أختار المشتري الرد والذي له الخيار والإمساك فالقول قول الذي اشترط خياره والمشتري والبائع في ذلك عندهم كلهم سواء واختلفوا في الوكيل يشترط الخيار للآمر فقال مالك لا يجوز رضا الوكيل إذا اشترط الخيار للموكل حتى يرضى الموكل وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا اشترط الوكيل بالشراء الخيار للآمر وادعى البائع أن الآمر قد رضى وادعى لم يصدق ولا يمين على الوكيل المشتري وإن أقام بينه قبلت ولو قال المشتري قد رضي الآمر تم البيع ولو قال الآمر في مدة الخيار لم أرض فالقول قوله ويلزم البيع الوكيل المشتري

ويجيء على قول الشافعي ومذهبه قولان في هذه المسألة

أحدهما كقول مالك

والآخر أن للوكيل أن يرد إذا اشترط الخيار في الآمر دون استئمار الآمر قياسا على قوله إن للوكيل أن يرد بالعيب دون الآمر

واختلفوا فيما يجوز اشتراطه من المدة في شرط الخيار

فقال مالك يجوز اشتراط شهر وأكثر وروى عنه أشهب فيشترط ما شاء من الخيار ما لم يطل جدا

وهو قول عبيد الله بن الحسن وقال لا يعجبني طول الخيار

وقال بن القاسم وغيره عن مالك يجوز شرط الخيار في بيع الثوب واليوم واليومين وما أشبه ذلك وما كان أكثر من ذلك فلا خير فيه وفي الجارية تكون أبعد من ذلك قليلا الخمسة

الأيـــــام والجمعـــــة ونحـــــو ذلـــــك
وفـي الدابـة اليـوم ومـا أشـبهه لركبهـا المعـرف
ويخير وسيستشير فيها وما بعـد مـن أجـل الخيـار
فلا خيـــــــــــــــر فيـــــــــــــــه
ولا فـرق عنـد مالـك بيـن شـرط الخيـار للبـائع أو
المشـــــــــــــــــــــــــــــتري
وقال الحسن بن حي إذا قال البائع للمبتاع اذهـب
فأنت بالخيار أبدا فهو بالخيار أبدا حتى يقـول قـد
رضيت ولا أدري ما الثلاث

الاستذكار ج:6 ص:483

قـــــال والـــــوطء فـــــي الجاريـــــة رضـــــا
قال أبو عمـر سـنذكر اختلافهـم فـي مـدة الخيـار
جملة بغير توقيت فيما بعد إن شاء الله - عز وجـل
وقال الأوزاعي أحب الأجل إلينا فـي الخيـار ثلاثـة
أيـام للـذي جـاز عـن النـبي ﷺ فـي المحفلـة أنـه
بالخيـــــــــار ثلاثـــــــــة أيـــــــــام
ورواه الوليـــــد بـــــن مســـــلم عنـــــه
وروى غيره عنه جواز شرط الخيـار شـهر أو أكـثر
وهو قول بن أبي ليلـى وأبـي يوسـف ومحمـد بـن
الحسن وأحمد بن حنبـل وأبـي ثـور وإسـحاق كـل
هؤلاء لا يجوز عندهم اشتراط الخيار شهر أو أكـثر
وذلك لازم عندهم إلى الوقت المشترط المحـدود
وهـــــــــــو قـــــــــــول داود
ولم يفرقـوا بيـن أجنـاس المبيعـات كمـا ذكـر بـن
القاســـــــم عـــــــن مالـــــــك
وحجـة مـن أجـاز الخيـار أكـثر مـن ثلاث قـوله ﷺ
المســـــلمون عنـــــد شـــــروطهم))
وقال الليث بن سعد يجوز الخيار اليـوم واليـومين
والثلاثة وما بلغنا فيه وقـت إلا أنـا نحـب أن يكـون
ذلـــــك قريبـــــا مـــــن ثلاثـــــة أيـــــام
وقال الثوري وبن شبرمة لا يجوز اشـتراط الخيـار
للبـــــــــــائع بحـــــــــــال

قال الثوري إن اشترط البائع الخيار فالبيع فاسد قال ولا يجوز الخيار للمشتري عشرة أيام وأكثر وقال الشافعي وأبو حنيفة وزفر لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاث في شيء من الأشياء فإن اشترط البائع أو المبتاع الخيار أكثر من ذلك فسد البيع وإن كان الخيار ثلاثا فما دونها جاز للبائع والمبتاع

قال الشافعي ولولا أن الخبر عن النبي ﷺ ما جاز الخيار أصلا في الثلاث ولا في غيرها قال أبو عمر لا يجوز الخيار عند جمهور العلماء وجماعتهم فيما يجب تعديله في المجلس مثل الصرف والسلم لأنه خلاف الأصول المجتمع عليها

ومن الأصول المجتمع عليها عند الفقهاء أنه لا يجوز أن يشترط على البائع في عقد الصفقة منعه من التصرف في ثمن ما باعه ولا على المبتاع مثل ذلك فيما ابتاعه وشرط الخيار يوجب جواز ما منعت السنة المجتمع عليها قبل جوازه فلما ورد الحديث بأن ذلك جائز في ثلاثة أيام لم يجز أن تزاد على ذلك كما لا يجوز أن يزاد على الخمسة الأوسق في العرايا

قال أبو عمر حد الخيار ثلاث مذكور في حديث المصراة

رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ورواه هشام عن بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال ((من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام))

ومن حديث نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ قال لرجل وكان يخدع في البيوع إذا بعت فقل لا

خلابة وأنت بالخيار ثلاثة أيام))
هكذا يرويه بن عيينة عن محمد بن إسحاق عن نافع عن بن عمر
واختلف العلماء في معنى قوله ﷺ في حديث هذا الباب إلا بيع الخيار وفي قوله في غير رواية مالك فيه أن يكون بيعهما عن خيار فقال منهم قائلون هو الخيار المشروط من كل واحد منهما ثلاثة أيام أو نحوها مما يجوز في مدة الخيار

هذا قول الشافعي وأبي ثور وجماعة
وقال آخرون معنى قوله ﷺ ((إلا بيع الخيار قوله إلا أن يكون بيعهما عن خيار هو أن يقول أحدهما بعد تمام البيع لصاحبه أختر إنفاذه أو فسخه فإن اختار إمضاء البيع تم البيع بينهما وإن لم يفترقا بأبدانهما ولا خيار لواحد منهما بعد ذلك هذا قول الثوري والليث بن سعد والأوزاعي وبن عيينة وعبيد الله بن الحسن وإسحاق بن راهويه وروي هذا المعنى أيضا عن الشافعي وروي نحوه عن طاوس وجماعة من التابعين وكان أحمد بن حنبل يقول هما بالخيار أبدا قالا هذا القول أو لم يقولا حتى يفترقا بأبدانهما من مكانهما للاختلاف في اللفظ الزائد وأجمع الجمهور من الفقهاء أن مدة الخيار قبل أن يفسخ من له الخيار البيع تم البيع ولزمهما جميعا ساعة انقضاء المدة
وقال مالك إذا اشترط المشتري الخيار لنفسه ثلاثة أيام فأتى به بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار أو من الغد أو قرب ذلك فله أن يرد وإن تباعد ذلك لم يرد
وهو رأي بن القاسم قال وقال مالك إن اشترط أنه إن غابت الشمس من أيام الخيار فلم يأت

بالثوب لزم البيع فلا خير في هذا البيع وهذا مما انفرد به مالك لم يتبعه عليه إلا بعض أصحابه واختلفوا في اشتراط الخيار إلى مدة غير معلومة فقال مالك ذلك جائز ويجعل السلطان له في ذلك من الخيار ما يكون في مثل تلك السلعة وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا جعل الخيار بغير مدة معلومة فسد البيع كالجعل الفاسد والثمن الفاسد وإن أجازه في الثلاث جاز عند أبي حنيفة وإن لم يجزه حتى مضت الثلاثة الأيام لم يكن له أن يجيز وقال أبو يوسف ومحمد له أن يختار بعد الثلاث وكذلك قولهم فيمن اشترط له الخيار أكثر من ثلاث أنه إذا أجازه في الثلاث جاز

وقال الشافعي لا يجوز وإن أجازه في الثلاث لأنه بيع قد فسد باشتراط أكثر من ثلاث وقياس قوله فيمن اشترط الخيار لمدة غير معلومة أنه لا يجوز وإن أجازه في الثلاث

وقالت طائفة منهم الحسن بن حي وغيره جائز إذا اشترط الخيار بغير مدة مذكورة ويكون له الخيار أبدا

وقال الطبري إذا لم يذكر للخيار وقتا معلوما كان البيع صحيحا والثمن حالا وكان له الخيار في الوقت إن شاء أمضى وإن شاء رد

واختلفوا في الخيار هل يورث فعند مالك والشافعي وأصحابهما وعبيد الله بن الحسن يورث ويقوم ورثة من له الخيار مقامه إلى انقضاء الأمر

وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابهما يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع

واختلفوا فيمن المصيبة منه إذا هلك المبيع في أيام الخيار

فعند مالك والشافعي وأصحابهما والليث والأوزاعي هلاكه من البائع والمشتري أمين

وهو قول بن أبي ليلى إذا كان الخيار للبائع خاصة وقال الثوري إذا كان الخيار للمشتري فعليه الثمن وقد قدمنا عنه أن الخيار للبائع ولا يجوز وقال أبو حنيفة إذا كان الخيار للبائع فالمشتري ضامن للقيمة وإن كان الخيار للمشتري فعليه الثمن وقد تم البيع على كل حال بالهلاك وحكى الربيع مثل ذلك عن الشافعي وذكر المزني عنه إذا كان له الخيار فالمشتري ضامن للقيمة إذا هلك في يده بعد قبضه له فهذه أصول مسائل الخيار وأما الفروع فلا تكاد تحصى وليس في مثل كتابنا هذا نتقصى

1 (39 - باب ما جاء في الربا في الدين)

1334 - مالك عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح

الاستذكار ج:6 ص:487

مولى السفاح أنه قال بعت بزا لي من أهل دار نخلة إلى أجل ثم أردت الخروج إلى الكوفة فعرضوا علي أن أضع عنهم بعض الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكل هذا ولا توكله

وكذلك رواه الثوري عن أبي الزناد عن بسر عن أبي صالح عن زيد بن ثابت

ورواه بن عيينة عن أبي الزناد عن بسر عن زيد بن ثابت لم يذكر عبيدا أبا صالح وهو مجهول لا يعرف بغير هذا

1335 - مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن بن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه

1336 - مالك عن زيد بن أسلم أنه قال كان الربا

في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل فإذا حل الأجل قال أتقضي أم تربي فإن قضى أخذ وإلا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل قال مالك والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب قال مالك وذلك عندنا بمنزلة الرجل الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لا شك فيه

قال أبو عمر قد بين مالك - رحمه الله - أن من وضع من حق له لم يحل أجله يستعجله فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة يزدادها من غريمه لتأخيره ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط والزائد بدلا وعوضا يزداده الذي يزيد في الأجل ويسقط عن الذي يعجل الدين قبل محله فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر فهما مجتمعان في المعنى الذي وصفنا

وقد اختلف العلماء في معنى قوله ضع عني وأعجل لك ولم يختلفوا في معنى قولهم إما أن تقضي وإما أن تربي إنه الربا المجتمع عليه الذي نزل القرآن بتحريمه

الاستذكار ج:6 ص:488

ولم تعرف العرب الربا إلا في السنة المذكورة فنزل القرآن بذلك ثم بين رسول الله ﷺ أن الذهب بالذهب والورق بالورق والوزن بالوزن والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح متفاضلا ربا وأن النسيئة في الذهب بالورق وفي البر بالبر وفي الشعير بالشعير وفي التمر بالتمر وفي الملح بالملح ربا وأن ذلك لا يجوز إلا هاء وهاء عند جماعة العلماء

وقد أوضحنا مذاهب العلماء في معنى هذه السنة

المذكورة المنصوص عليها في حديث عبادة وحديث عمر والحمد لله
فكان هذا من النبي ﷺ في الربا زيادة على معنى ما نزل به القرآن
وأما اختلاف العلماء في ضع وتعجل فإن بن عباس خالف في ذلك عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت
وكذلك اختلف فيها التابعون ومن بعدهم من العلماء
ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا بن عيينة عن عمرو بن دينار قال أخبرني أبو المنهال عبد الرحمن بن مطعم قال سألت بن عمر عن رجل لي عليه حق إلى أجل فقلت عجل لي وأضع عنك فنهاني عنه وقال نهانا أمير المؤمنين أن نبيع العين بالدين
قال وأخبرنا معمر عن بن طاوس عن أبيه عن بن عباس أنه سئل عن الرجل يكون له الحق على الرجل فيقول عجل لي وأضع عنك قال لا بأس بذلك
وعن بن عيينة عن عمرو بن دينار عن بن عباس أنه كان لا يرى بأسا أن يقول عجل لي وأضع عنك
قال بن عيينة وأخبرني عمرو قال قال بن عباس إنما الربا أخر لي وأنا أزيدك وليس عجل لي وأضع عنك
وروى بن وهب عن سليمان بن بلال عن جعفر بن محمد عن القاسم بن محمد عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأله فقال إن لي دينا على رجل إلى أجل فأردت أن أضع عنه ويعجل لي فقال لا تفعل
واتفق مالك وأبو حنيفة وأصحابهما إلا زفر على أن ضع وتعجل ربا
وقال سفيان بن عيينة تفسير عجل لي وأضع عنك إذا كان لي عليك ألف درهم إلى أجل فقلت

أعطني من حقي الذي عندك تسع مائة ولك مائة فقال

بعضهم ليس به بأس والذين كرهوه قالوا إنما بعت الألف بالتسع مائة واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة لا بأس فيه ورآه من المعروف ومرة قال ضع وتعجل لا يجوز وأما زفر بن الهذيل فذكر الطحاوي عن محمد بن العباس عن يحيى بن سليمان الجحفي عن الحسن بن زياد عن زفر في رجل له على رجل ألف درهم إلى سنة من متاع أو ضمان فصالحه منهما على خمس مائة نقدا أن ذلك جائز وأجاز مالك وأصحابه أن يتعجل في دينه الأجل عوضا يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه وأجاز الثوري والحسن وبن سيرين وطائفة ممن يرى ضع وتعجل ربا وهو مذهب بن عمر لم يختلف عنه أنه لا يقاطع المكاتب إلا بالعروض واختلف عن سعيد بن المسيب في ضع وتعجل فحدثني أحمد بن عبد الله بن محمد بن علي قال حدثني أبي وحدثني عبد الله بن محمد بن يوسف قال حدثني عبد الله بن محمد بن علي قال أملى علي أبو عمر بن أبي زيد قال حدثني بن وضاح قال حدثني زيد بن البشر قال حدثني بن وهب عن ليث بن سعد عن يحيى بن سعيد قال كان الناس يخالفون سعيد بن المسيب في عشر خصال فذكرها سعيد قال كان الناس و فيها وكان يقول لا بأس أن تضع من دين لك إلى أجل فيعجل لك وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن الزهري عن بن المسيب وعن بن عمر قال من كان له على رجل دين إلى أجل معلوم فعجل بعضه وترك له بعضه فهو ربا

قال عبد الرزاق وأخبرنا الثوري وبن عيينة عن داود بن أبي هند قال سألت سعيد بن المسيب عن ذلك فقال تلك الدراهم عاجلة بآجله
قال وأخبرنا الثوري عن حماد ومنصور عن إبراهيم في الرجل يكون له الحق على الرجل إلى أجل فيقول ضع عني وأعجل لك كان لا يرى بذلك بأسا
قال وأخبرنا بن عيينة عن إسماعيل بن أبي خالد قال قلت للشعبي إن إبراهيم قال في الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع له بعضا ويعجل له بعضا أنه ليس به بأس

الاستذكار ج:6 ص:490

وكرهه الحكم بن عتيبة
فقال الشعبي أصاب الحكم وأخطأ إبراهيم
قال أبو عمر احتج من لم ير بذلك بأسا بحديث رواه مسلم بن خالد الزنجي قال أخبرنا علي بن يزيد بن ركانة عن داود بن الحصين عن عكرمة عن بن عباس أن النبي ﷺ لما أمرنا بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله ﷺ ((ضعوا وتعجلوا))
وقال من كره ذلك جائز أن يكون ذلك قبل نزول القرآن بتحريم الربا
قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل فإذا حلت قال له الذي عليه الدين بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين إلى أجل قال مالك هذا بيع لا يصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه
قال مالك وإنما كره ذلك لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرة ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح

وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهلية إنهم كانوا إذا حلت ديونهم قالوا للذي عليه الدين إما أن تقضي وإما أن تربي فإن قضى أخذوا وإلا زادهم في حقوقهم وزادوهم في الأجل
قال أبو عمر كل من قال بقطع الذرائع يذهب إلى هذا
ومن لم يقل بذلك ولم يلزم المتبايعين إلا ما ظهر من قولهما في تبايعهما ولم يستعمل الظن السوء فيهما لم يرد بذلك بأسا
وقد تقدم هذا المعنى وتنازع العلماء فيه والحمد لله كثيرا

1 (40 - باب جامع الدين والحول)

1337 - مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله

الاستذكار ج:6 ص:491

قال ((مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع))
قال أبو عمر إنما يكون المطل من الغني إذا كان صاحب الدين طالبا لدينه راغبا في أخذه فإذا كان الغريم مليئا غنيا ومطله وسوف به فهو ظالم له والظلم محرم قليله وكثيره
وقد أتى الوعيد الشديد في الظالمين بما يجب أن يكون كل من فقهه عن قليل الظلم وكثيره منتهيا وإن كان الظلم ينصرف على وجوه بعضها أعظم من بعض
وقد ذكرنا أكثرها في ((التمهيد)) وأعظمها الشرك بالله عز وجل
قال الله عز وجل إن الشرك لظلم عظيم لقمان 13

وقال وقد خاب من حمل ظلما طه 111
أي خاب من رحمه الله تعالى ومن بعضها أو من كثير منها على حسب ما ارتكب من الظلم والله يغفر لمن يشاء
وقال ومن يظلم منكم نذقه عذابا كبيرا الفرقان 19

وروي عن النبي ﷺ أنه قال حاكيا عن الله تبارك وتعالى (يا عبادي إني حرمت عليكم الظلم فلا تظالموا وقد ذكرنا إسناده في التمهيد ومن الدليل على أن مطل الغني ظلم محرم)) 12

موجب للإثم ما ورد به الخبر عن النبي ﷺ من استحلال عرضه والقول فيه ولولا مطله لم يحل ذلك منه
قال الله عز وجل لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم النساء 148

وقال رسول الله ﷺ (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته
فمعنى قوله يحل عرضه أي يحل من القول فيه ما لم يكن يحل لولا مطله وليه
ومعنى وعقوبته قالوا السجن حتى يؤدي أو يثبت عسرته فيجب حينئذ نظرة

الاستذكار ج:6 ص:492
حدثني قاسم بن محمد قال حدثني خالد بن سعد قال حدثني يحيى قال حدثني محمد بن عمر بن لبابة قال حدثني عثمان بن أيوب قال سمعت سحنون بن سعيد يقول إذا مطل الغني بدين عليه لم تجز شهادته لأن النبي ﷺ سماه ظالما
وأما قوله ((إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)) فمعناه الحوالة
يقول إذا أحيل أحدكم على مليء فليحل عليه وهذا عند أكثر العلماء إرشاد ليس بواجب فرضا

وجائز عندهم لصاحب الدين إذا رضي بذمة غريمة وطابت نفسه على الصبر عليه أو علم منه غني ألا يستحيل إلا أن يشاء
وأما أهل الظاهر فأوجبوا ذلك عليه فرضا إذا كان المحال عليه مليئا
وأما الحوالة فسيأتي ما للعلماء من التنازع فيها في بابها من كتاب الأقضية إن شاء الله تعالى
1338 - مالك عن موسى بن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال إني رجل أبيع بالدين فقال سعيد لا تبع إلا ما آويت إلى رحلك
هذا خبر فيه من الفقه النهي عن الدين بالدين وعن بيع ما ليس عندك وهما معنيان قد مضى القول فيهما
قال مالك في الذي يشتري السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة إلى اجل مسمى إما لسوق يرجو نفاقها فيه وإما لحاجة في ذلك الزمان الذي اشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الأجل فيريد المشتري رد تلك السلعة على البائع إن ذلك ليس للمشتري وإن البيع لازم له وإن البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشتري على أخذها
قال أبو عمر أما قوله لو أن البائع جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشتري على أخذها فهو كذلك عند سائر العلماء لأن أعراض الناس ومنافعهم تختلف في الاحتيال للسلع التي يبتاعونها وليست السلعة كالدنانير والدراهم التي تلزم من عجلت له قبل محل أجلها أخذها لأنها لا مؤنة لها ولا يختلف العرض فيها فإن اختلف ما يصرف فيه

الاستذكار ج:6 ص:493

وأما من سلم في شيء من المأكول أو الحيوان إلى أجل له فيه منفعة إذا قبضه عند ذلك الأجل فقد اختلف العلماء في ذلك واختلف فيه أصحاب

مالك

فروى أشهب وبن وهب عن مالك فيمن سلم في كباش يؤتى بها في الأضحى فلم يأته بها حتى مضى الأضحى أنه يلزمه أخذها كما لو سلم في وصائف في الشتاء فأتى بها المسلم إليه في الصيف أو سلم في قمح لأبان فعلوا فيه فيأتيه بعد ذلك يلزمه أن يقبله

وهذا معنى ما ذكره في ((الموطأ))

قاله بن وهب

وقال غيره لا يلزمه أحدها - يعني الضحايا - إذا أتاه بها بعد الأضحى بيوم أو يومين

قال أشهب قيل له فالرجل يتكارى إلى الحج فيأتيه به بعد أبان الحج أيكون مثل ذلك يعني ما تقدم ذكره من الضحايا والوصائف

قال وليس الحج من هذا فيما أرى ولا هو مثله

قال أبو عمر ما ألزمه مالك أخذ الضحايا بعد الأضحى والوصائف بعد انقضاء الشتاء قياسا - والله أعلم - على غيرها من السلع المسلم فيها وعلى الدنانير والدراهم يشترط فيها أجلا فلا يوفيه إلا بعد الأجل ومن أبى من ذلك قال لم أدفع في ثمن ما سلمت إليك فيه من الضحايا وشبهها إلا ليأتي به بها في وقت أدرك سوقها فلذلك اشترطت عليه ذلك الوقت والمسلمون عند شروطهم

وقاسه على المكتري إلى الحج لا يأتيه كرية إلا بعد انقضاء الحج أو في وقت لا يدرك فيه الحج فلم يلزمه أخذ ذلك

وقال الشافعي كل من سلف في شيء فجاءه به المسلف إليه خلاف جنسه أو صفته أو خالف في منفعته أو ثمن كان ألا يقبله

قال ولو جاءه به قبل محله فإن كان نحاسا أو تبرا أو عرضا غير مأكول ولا مشروب ولا ذي زوج أجبرته على أخذه وإن كان مأكولا أو مشروبا فقد

يريد أكله وشربه جديدا وإن كان حيوانا فلا غنى به عن العلف والرعي فلا يجبر على أخذه قبل محله لأنه يلزمه فيه مؤنة إلى أن ينتهي إلى وقته قال أبو عمر يجب على أصله هذا إذا كان لا يلزمه أخذه لما فيه عليه من المؤنة إلى وقت مثله إلا يلزمه أيضا إذا فاتت السوق والموسم الذي له قصد بالشراء

كالضحايا وشبهها لأن ما يفوته هنا من الفائدة كالذي يلحقه فيه من المؤنة قبل الأجل إلى وقت حلوله

والقياس ما قاله مالك أنه يلزمه أخذه لأنه ليس بظلمة له في المطل والتأخر عن الوقت تبطل صفقته ويفسد ما كان صحيحا من بيعه والله أعلم

قال مالك في الذي يشتري الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذي يأتيه أنه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله إن ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة إلى أجل فإنه مكروه حتى يكتاله المشتري الآخر لنفسه وإنما كره الذي إلى أجل لأنه ذريعة إلى الربا وتخوف أن يدار ذلك على هذا الوجه بغير كيل ولا وزن فإن كان إلى أجل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا

قال أبو عمر اختلاف العلماء في هذه المسألة في البيع كهذا في السلم

وكذلك روى بن القاسم وغيره عن مالك قال إذا قال المسلم إليه للمسلم هذا قد كلته وصدقه المسلم جاز له أن يأخذه بذلك الكيل

وكذلك لو كان المسلم الذي اشتراه من غيره وقبضه جاز للمسلم أخذه بذلك

قال أبو عمر الذي كرهه مالك في البيع إلى أجل وجعله ذريعة إلى الربا معناه أنه لم يصدقه إلا من

أجل الأجل فكأنه أخذ الأجل ثمنا لأنه يمكن أن يكون دون ما قاله له من الكيل فرضي بذلك الأجل فصار كذلك إذا كان ربا لما وصفنا ولهذا والله أعلم أدخل مالك هذه المسألة في باب الربا في الدين

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي والليث بن سعد إذا اكتال المسلم إليه كراء لنفسه من بائعه ثم سلمه إلى المسلم بغير كيل لم يجز ذلك وليس له أن يبيعه ولا يتصرف فيه بأكل ولا غيره حتى يكتاله

قال أبو عمر أصلهم في هذا أنه لما كان المصدق القابض لما ابتاعه من الطعام من سلم أو غيره لا يجوز له أن يبيعه حتى يكتاله بحديث بن عباس أنه قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله وهذا عندهم تفسير معنى حديث بن عمر عن النبي ﷺ ((لا تبعه حتى تستوفيه

الاستذكار ج:6 ص:495

والاستيفاء لا يكون إلا بالكيل فيما بيع كيلا كان كذلك سائر التصرف

ودل على أن من لم يكتل ولم يستوف على ذلك لا يصح قبضه معلوما لإمكان الزيادة فيه والنقصان

وقال الشافعي فإن هلك الطعام فذلك الطعام في يد المشتري قبل أن يكيله فالقول قوله في الكيل مع يمينه

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إن استهلكه المشتري وتصادفا أنه كرء كان مستوفيا

وقال الحسن بن حي إن استهلكه المشتري ضمنه قيمته كالبيع الفاسد

وقال أبو ثور القول فيه قول المشتري مع يمينه ويرجع عليه بما بقي وإن باعه كان بيعه جائزا

وروى بن وهب في ((موطأه)) عن مالك أنه سأل عن رجل ابتاع من رجل طعاما وأخذه بكيله

الأقل وصدقه فيه فلما جاز به كاله فوجد فيه زيادة إردب أو إردبين أترى أن يرد ذلك على البائع قال إن كان ذلك شيئا بينا فنعم قال أبو عمر يعني أنه ما زاد على أنه يمكن أن يكون بين الكيلين فعليه رده وما كان معهودا مثله بين الأكيال فليس عليه رده وأما إن وجده ناقصا فالقول قول البائع عند مالك مع يمينه لأنه قد صدقة المشتري إذا قبضه منه بقوله قال مالك لا ينبغي أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر إلا بإقرار من الذي عليه الدين ولا على ميت وإن علم الذي ترك الميت وذلك أن اشتراء ذلك غرر لا يدري أيتم أم لا يتم قال أبو عمر هو كما قال عند سائر العلماء لأن الغائب ربما ينكر الدين أو أتى بالبراءة منه إذا حضر

وكذلك الحاضر إذا لم يعرف والميت في ذلك كذلك لأنه قد ثبتت عليه ديون تستغرق ماله أو أكثره وعلى هذا أو نحوه فسره مالك في كتابه فقال وتفسير من كره من ذلك أنه إذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدري ما يلحق الميت من الدين الذي لم يعلم به فإن لحق الميت دين ذهب الثمن الذي أعطى المبتاع باطلا

قال مالك وفي ذلك أيضا عيب آخر أنه اشترى شيئا ليس بمضمون له وإن لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح

الاستذكار ج:6 ص:496

قال مالك وإنما فرق بين لا يبيع الرجل إلا ما عنده وأن يسلف الرجل في شيء ليس عنده أصله أن صاحب العينة إنما يحمل ذهبه التي يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير فما تريد أن أشتري لك بها فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا إلى أجل فلهذا كره هذا وإنما تلك الدخلة والدلسة

وقـد تقـدم هـذا المعنـى فـي بـاب العينـة مجـودا والحمد لله

1 (41 - باب ما جاء في الشركة والتولية والإقالة)

1339 - قال مالك في الرجل يـبيع الـبز المصـنف ويستثني ثيابا برقومهـا إنـه إن اشـترط أن يختـار من ذلك الرقم فلا بأس بـه وإن يشـترط أن يختـار منه حين استثنى فإني أراه شـريكا فـي عـدد الـبز الذي اشتري منه وذلك أن الثـوبين يكـون رقمهمـا ســـواء وبينهمـــا تفـــاوت فـــي الثمـــن قال أبو عمـر قـد تقـدم فـي بـاب الثنيـا مـن هـذا الكتاب أن أكثر العلماء لا يجيزون أن يسـتثنى مـن جملة الثياب و الغنم والدواب وما أشبه ذلـك شـيئا يختاره البائع لأن ما عدا المختار ليس بزائد عندهم وكذلك من استثنى مـن التمـر أو الصـبر كيلا وقـد تقـدم هـذا المعنـى فلا وجـه لتكـراره وقول مالك هذا على أصـله وقـد بيـن وجـه قـوله قال مالك الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك والتوليـة والإقالة منه في الطعام وغيـره قبـض ذلـك أو لـم يقبض إذا كان ذلك بالنقـد ولـم يكـن فيـه ربـح ولا وضيعة (3) ولا تأخير للثمن فإن دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحلـه مـا يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشـرك ولا توليـــــــــــــــة ولا إقالـــــــــــــــة قال أبـو عمـر لا خلاف بيـن العلمـاء أن الإقالـة إذا كان فيها نقصان أو زيادة أو تأخير أنها بيع وكـذلك التولية والشركة وقد نهى رسول الله ﷺ عـن بيـع الطعام حتى يستوفى

الاستذكار ج:6 ص:497

وإنما اختلفوا في الإقالة على وجهها بلا زيادة ولا نقصان لا نظرة ولا هي بيع فيحل فيها ويحرم ما يحل في البيع ويحرم أم هي معروف وإحسان وفعل خير ليست ببيع وكذلك الشركة والتولية وكذلك ذهب مالك إلى أن الشركة والتولية والإقالة جائز ذلك كله في السلم قبل قبضه وفي الطعام كله لأنه من فعل الخير وصنع المعروف والحجة له قوله عز وجل وافعلوا الخير الحج 77

وقول رسول الله ﷺ ((كل معروف صدقة))

وقد لزم الإقالة والتولية والشركة اسم غير اسم البيع فكذلك جاز ذلك في السلم و الطعام قبل الاستيفاء والقبض

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والليث بن سعد لا تجوز التولية والشركة في السلم قبل القبض ولا في الطعام المأخوذ بعوض قبل القبض

وأما الإقالة فاختلافهم هل هي بيع أم فسخ على ما أضيف لك بقول مالك ما تقدم ذكره أنها معروف وإحسان

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما الإقالة قبل القبض فسخ بيع

وقال أبو حنيفة هي بعد القبض فسخ أيضا ولا تقع إلا بالثمن الأول لا زيادة ولا نقصان سواء تقايلا بزيادة أو نقصان أو ثمن غير الأول وهو قول الشافعي

وقال أبو يوسف هي بيع بعد القبض وتجوز بالزيادة والنقصان وبثمن آخر

ولأبي حنيفة وأصحابه في هذا المعنى كثير مذكور في كتبهم قد ذكرنا كثيرا منه في غير هذا الموضع

وقال الشافعي إن أقالة على زيادة أو نقصان بعد القبض فلا خير فيه لأن الإقالة فسخ وليست ببيع

قال أبو عمر قد أجمعوا أن الإقالة بيع جائز في السلف برأس المال ولو

الاستذكار ج:6 ص:498

كانت بيعا دخلها بيع الطعام قبل أن يستوفى وبيع ما ليس عند البائع فدل على أنهما فسخ بيع ما لم تكن فيها زيادة أو نقصان وإنما يستغني عن ذكر الثمن وهو معروف عند مالك على ما تقدم إلا أن حكمها عند حكم البيع المستأنف والعهدة على المشتري فيما قبض وبان به إلى نفسه ثم ظهر به عيب عنده

ولم يختلف قوله ولا قول أصحابه في الجارية المواضعة للحيضة إذا وقعت الإقالة بعد قبض سترها لها وعينه عليها أن العهدة عليه والمصيبة منه

واختلف بن القاسم وأشهب لو ماتت الجارية ولم يبن بها حمل

فقال بن القاسم على أصله المصيبة فيها على المشتري

وقال أشهب المصيبة فيها من البائع المقالي وليس هذا الموضع بموضع لذكر هذا المعنى وإنما يذكر في الباب معناه دون ما سواه وبالله التوفيق

وقال الأوزاعي يجوز أن يقول المشتري للبائع أقلني ولك دراهم ويقول له البائع أقلني وأعطيك كذا وكذا درهما أنه لا بأس بذلك

وقال في رجل اشترى طعاما ولم يقبضه حتى قال أقلني وأعطيك كذا وكذا درهما أنه لا بأس بذلك

قال ابو عمر قد مضى في صدر كتاب البيوع من الإقالة ما يوجب أن يكون قول الأوزاعي هذا فيه ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن بن طاوس عن أبيه قال لا بأس بالتولية إنما هو معروف قال وأخبرنا معمر عن أيوب عن الحسن مثله

قال وقال بن سيرين لا حتى يقبض ويكال قال وأخبرنا معمر عن ربيعة قال التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به قال وأخبرنا بن جريج قال أخبرني ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن النبي حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه إلا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقيله وروى داود بن عبد الرحمن عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن قال كل بيع لا يجوز بيعه حتى يقبض إلا التولية والشركة والإقالة

الاستذكار ج:6 ص:499

قال داود وأخبرني رجل عن مجاهد مثله وأما الذين جعلوا ذلك بيعا فلم يجيزوا أشياء منه ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن الزهري قال التولية بيع في الطعام وغيره قال وأخبرنا الثوري عن جابر عن الشعبي وعن سليمان التيمي عن الحسن وبن سيرين وعن فطر عن الحكم قالوا التولية بيع وقال الثوري من اشترى شيئا فلا يؤله ولا يشرك فيه ولا يبعه حتى يقبضه مما يكال أو يوزن أو غير ذلك لأن كل هذا عندنا بيع قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقدا الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شيء ينتزعها من أيديهما فإن المشرك يأخذ من الذي أشركه الثمن ويطلب الذي أشرك بيعه الذي باعه السلعة بالثمن كله إلا أن يشترط المشرك على الذي أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك أن عهدتك على الذي ابتعت منه وإن تفاوت ذلك وفات البائع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة واختلف أصحاب مالك على من تكون العهدة في

التولية والشركة في السلم وغيره
فروى عيسى عن بن القاسم أنه قال العهدة في ذلك أبدا على البائع الذي عليه الثمن
وقال بن حبيب إذا كان في نسق واحد فالعهدة على البائع الأول وإن كان على غير نسق فعلى المشتري الأول
وقال بن المواز إن ولى أو أشرك بحضرة البائع فتبعه الموكل او المشرك على البائع اشترط ذلك المشتري الأول أو لم يشترطه فإن كان باعها فالتباعة على المشتري إلا أن يشترط ذلك على البائع الأول أو يكون قريبا فيلزمه
قال أبو عمر لم يختلف قول مالك في أنه يلزمه أن يشترط الرجل ما شاء في كل ما يشتريه قبل أن يقبضه
وهو مذهب الأوزاعي

الاستذكار ج:6 ص:500

ذكر الوليد بن مسلم عنه قال لا بأس إن أنت اشتريت سلعة فسألك رجل أن تشركه قبل أن تقبضها فلا بأس بذلك قبل قبض السلعة وبعده فيكون عليك وعليها الربح والوضيعة لأن الشركة معروفة ولو كانت الشركة بيعا لم يصلح أن يشرك فيها حتى يقبضها
وقال الشافعي لا تجوز الشركة في شراء اشتراه حتى يقبضه
وهو قول أبي يوسف ومحمد
وقال أبو حنيفة مثل ذلك إلا في العقار فإنه أجاز فيه الشركة والتولية فبطل القبض
وقال أبو ثور لا تجوز الشركة قبل القبض في شيء مما يكال أو يوزن
وقال أبو ثور لا تجوز الشركة في شيء يؤكل أو يشرب مما يكال أو يوزن قبل القبض لأن رسول الله ﷺ قال ((من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى

يقبضه)) وهو مأكول مكيل وما كان سوى ذلك فلا باس ببيعه قبل أن يقبضه والشركة فيه والتولية جائزة
وأما العهدة في الشركة فمذهب مالك أنها على المشرك دون البيع الأول إلا أن يقول له المشتري عهدتك على البائع كعهدي فيجوز ذلك إن كان بحضرة البيع وإن تفاوت كان شرطه باطلا وكانت عهده الشريك عليه لا على البائع الأول وسواء كانت الشركة قبل القبض أو بعده ومعنى العهدة الرد بالعيب والقيام في الاستحقاق والخصومة في ذلك هل يكون ذلك بين الشريك والذي أشركه وبين البائع الأول فيكونان في ذلك سواء
وأما الشافعي والكوفيون فالشركة عندهم جائزة بعد القبض والخصام في كل ما ينزل فيها بين الشريكين وليس للشريك إلى البائع الأول سبيل لأنه لم يعامله في شيء وأما قبل القبض فلا شركة ولا خصام ولا عهدة عندهم في شيء من ذلك
قال مالك في الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك وانقد عني وأنا أبيعها لك إن ذلك لا يصلح حين قال انقد عني وأنا أبيعها لك وإنما

الاستذكار ج:6 ص:501

ذلك سلف يسلفه إياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت اخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن من شريكه ما نقد عنه فهذا من السلف الذي يجر منفعة
قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل أشركني بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك أن هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر

قال أبو عمر قد بين مالك - رحمه الله - الوجه الذي لم يجز عنده قوله الذي يشركه انقد عني وأنا أبيعها لك أنه من باب سلف جر منفعة وهو إذا صح وصرح به مجتمع على تحريمه وأجاز الوجه الآخر لأنه لا يدخله عنده إلا بيع واجارة والبيع والإجارة جائز عنده في أصل مذهبه وعند جماعة أصحابه
وأما الشافعي والكوفيون فلا يجوز عندهم بيع والاجارة لأن الثمن - حينئذ - يكون مجهولا عندهم لأنه لا يعرف مبلغه من مبلغ حق الإجارة في عقد السلعة والإجارة أيضا بيع منافع فصار ذلك بيعتان في بيعة
والوجه الأول أيضا غير جائز عندهم لما ذكره مالك ولأنها إجارة مجهولة انعقدت مع الشركة والشركة لا تجوز عندهم قبل القبض لأنها بيع على ما ذكرنا عنهم ولا يجوز أن ينعقد معها ما تجهل به مبلغ ثمنها على ما وصفنا
وقد اختلف قول مالك في الذي يسلف رجلا سلفا لمشاركه فمرة أجازه ومرة كرهه وقال لا يجوز على حال
واختار بن القاسم جواز ذلك فروى ذلك كله عن مالك قال وإن كان الذي أسلفه ليقاده ويضره بالتجارة ثم جعل مثل ما أسلفه وتشاركا على ذلك فلا يجوز لأنه جر إلى نفسه بسلفه منفعة وإن كان ذلك منه على وجه الرفق والمعروف
قال بن القاسم قد اختلف قول مال ك في ذلك فمرة أجازه ومرة كرهه

1 (42 - باب ما جاء في إفلاس الغريم)

1340 - مالك عن بن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن

الحارث بن هشام أن رسول الله ﷺ قال ((أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء))

1341 - مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال ((أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره))

قال أبو عمر الحديث الأول مرسل في ((الموطإ)) عند جميع رواته عند مالك ورواه عبد الرزاق عن مالك عن بن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ بلفظ ((الموطأ)) سواء واختلف فيه أصحاب بن شهاب فمنهم من أسنده فجعله عن بن شهاب عن أبي بكر عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ومنهم من جعله عن بن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن مرسلا عن النبي ﷺ وقد ذكرنا الرواة بذلك كله والأسانيد عنهم في ((التمهيد

وأما حديث يحيى بن سعيد فمتصل صحيح مسند إلا أن قوله في حديث بن شهاب عن أبي بكر وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع إسوة الغرماء)) ليس في حديث يحيى بن سعيد وهو موضع اختلف فيه العلماء على ما نذكره - إن شاء الله عز وجل وقد روى هذا الحديث بشير بن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال ((إذا أفلس الرجل فوجد غريمه متاعه بعينه فهو أحق به)) لم يذكر

المـــــــــــــــــوت ولا حكمـــــــــــــــــه
كذلك رواه قتادة وغيره عـن بشـير بـن نهيـك عـن أبي هريرة عن النبي ﷺ

الاستذكار ج:6 ص:503

وكذلك رواه أيوب وبن جريج وبن عيينة عن عمـرو بن دينار عن هشام بن يحيـى عـن أبـي هريـرة أن النـبي ﷺقـال ((إذا أفلـس الرجـل فوجـد البـائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغير)) لـم يـذكر المـــــــــــــــــوت ولا حكمـــــــــــــــــه
ورواه بن أبي ذئب عن أبي المعتمر بن عمـرو بـن نافع عن عمر بن خلدة الزرقي قال أتينا أبا هريرة فـي صـاحب لنـا أفلـس فقـال أبـو هريـرة قضـى رسول الله ﷺ((إيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه)) فسـوى فـي روايتـــــــه بيـــــــن المـــــــوت والفلـــــــس
قال أبو عمـر حـديث التفليـس حـديث صـحيح مـن نقل الحجازيين والبصريين رواه العدول عن النبي ﷺودفعه طائفة من العراقييـن منهـم أبـو حنيفـة وأصحابه وسـائر الكـوفيين وردوه بالقيـاس علـى الأصول المجتمع عليهـا وهـذا ممـا عيبـوا بـه وعـد عليهم من السنن الـتي ردوهـا بغيـر سـنة صـاروا إليها لأنهم أدخلوا القياس والنظر حيـث لا مـدخل له وإنمـا يصـح الاعتبـار والنظـر عنـد عـدم الآثـار وحجتهم أن السلعة من المشتري وثمنها في ذمته فغرماؤه أحق بها كسائر ماله وهذا لا يجهلـه عـالم ولكن الانقياد إلى السنة أولى بمعارضاتها بـالرأي عنـــد أهـــل العلـــم وعلـــى ذلـــك العلمـــاء
ذكر بشر بن عمر سمعت مالك بـن أنـس كـثيرا إذا حدث بحديث عن النبي ﷺفيقال له ما تقـول أنـت أو ما رأيـك فيقـول فليحـذر الـذين يخـالفون عـن

أمـــره أن تصـــيبهم فتنـــة النـــور 63
ومثـــل هـــذا فـــي كتـــاب الشـــافعي كـــثير
وممن قال بحديث التفليس جملة واستعمله - وإن
تنازعوا فـي أشـياء مـن فروعـه - فقهـاء المدينـة
والشـــام والبصـــرة وجماعـــة أهـــل الحـــديث
ولا أعلم لأهل الكوفة سلفا فـي هـذه المسـألة إلا
مـا رواه قتـادة عـن خلاس بـن عمـرو عـن علـي -
رضـي اللـه عنـه - قـال وفيـه إسـوة الغرمـاء إذا
وجـــــــــــــــــدها بعينهـــــــــــــــــا
وأحـاديث خلاس عـن علـي - رضـي اللـه عنـه -
ضعيفة عند أهل العلم بالحديث لا يرون في شـيء
منهـــــــا إذا انفـــــــرد بهـــــــا حجـــــــة
وروى الثـوري عـن مغيـرة عـن إبراهيـم قـال هـو
والغرماء فيه شرع سواء

الاستذكار ج:6 ص:504

وليـــس قـــول إبراهيـــم حجـــة عنـــد الجمهـــور
ويشبه قوله في هذه المسألة قوله فـي المسـكر
قال مالك في رجل بـاع مـن رجـل متاعـا فـأفلس
المبتاع فإن البائع إذا وجد شـيئا مـن متـاعه بعينـه
أخـذه وإن كـان المشـتري قـد بـاع بعضـه وفرقـه
المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المبتاع
منه أن يأخذ ما وجد بعينـه فـإن اقتضـى مـن ثمـن
المبتاع شيئا فأحب أن يرده ويقبـض مـا وجـد مـن
متاعه ويكون فيما لم يجد إسوة الغرماء فذلك لـه
قال أبو عمر لا أعلم خلافا بيـن الفقهـاء القـائلين
بأن البائع أحق بغير ماله في الفلس أنه أحق أيضـا
بما وجد عنه إذا كان المشتري قد باع ذلك أو فـوته
بوجوه الفوت لأن الذي وجد مـن سـلعته هـو عيـن
مـــاله لا شـــك فيـــه لأنـــه قطعـــة منـــه
قال مالك فيمن وجد نصف سلعته بعينها عند رجل
قـد أفلـس قـال أرى أن يأخـذها بنصـف الثمـن
ويحـــاص الغرمـــاء فـــي النصـــف الثـــاني
وكذلك قال الشافعي قال لو كانت السلعة عبـدين

بمائة فقبض نصف الثمن وبقي أحد العبدين وقيمتهما سواء كان له نصف الثمن أو النصف الذي قبض ثمن الهالك كما لو رهنهما بمائة فقبض تسعين فهلك أحدهما كان الآخر رهنا بعشرة
هكذا روى المزني
وروى الربيع عنه قال لو كانا عبدين أو ثوبين فباعهما بعشرين قبض عشرة وبقي من ثمنهم عشرة كان شريكا فيها بالنصف يكون نصفهما له والنصف للغرماء يباع في دينه
وجملة قول الشافعي أنه لو بقي من ثمن السلعة في التفليس درهم لم يرجع من السلعة إلا بقدر الدرهم
ومعناه أن ما بقي في يد المشتري المفلس عين مال البائع وقيمته بمقدار ما بقي له من الثمن الذي من أجله جعل له أخذه فله أخذه دون سائر غرماء المفلس
وقال أشهب عن مالك عن رجل باع من رجل عبدين بمائة دينار وانتقد من ذلك خمسين وبقيت على الغريم خمسون ثم أفلس غريمه فوجد عنده أحد عبديه وفاته الآخر فأراد أخذه بالخمسين التي بقيت له على غريمه وقال

الخمسون التي أخذت ثمن العبد الذاهب وقال الغرماء بل الخمسون التي أخذت ثمن هذا فقال مالك إذا كان العبدان سواء رد نصف ما قبض ولك خمسة وعشرون دينارا وأخذ العبد وذلك أنه إنما اقتضى من ثمن كل عبد خمسة وعشرين دينارا
قال ولو كان باعه عبدا واحدا بمائة دينار فاقتضى من ثمنه خمسين رد الخمسين إن أحب وأخذ العبد
قال أشهب وكذلك العمل في روايا الزيت وغيرها على هذا القياس

وقال الشافعي في مسألة أشهب عن مالك العبد أحق به من الغرماء إذا كان قيمة العبدين سواء لأنه ماله بعينه وجده عند غريمه وقد أفلس والذي قبضه وثمن ما فات إذا كانت القيمة سواء كما لو باع عبدا واحدا وقبض نصف لبه كان ذلك النصف للغرماء وكان النصف الباقي له فإنه لم يقبض ثمنه ولا يرد شيئا مما أخذ لأنه مستوف لما أخذ وأما قول مالك في ((الموطأ)) فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئا فأحب أن يرده إلى آخر قوله فقد خالفه الشافعي وغيره في ذلك فقالوا ليس له أن يرده وإنما له أخذ ما بقي من سلعته لا غير ذلك لإجماعهم على أنه لو قبض ثمنها كله لم يكن له إليها سبيل فكذلك إذا أخذ ثمن بعضها لم يكن إلى ذلك البعض سبيلا وليس له أن يرد بعض الثمن كما ليس له ان يرد جميعه لو قبضه وحجتهم حديث مالك في هذا الباب قوله ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا وقال جماعة من أهل العلم إذا قبض من ثمن سلعته شيئا لم يكن له أخذها ولا شيئا منها وممن قال هذا داود وأهل الظاهر أيضا وأحمد وإسحاق

واختلف مالك والشافعي أيضا في المفلس يأبى غرماؤه دفع السلعة إلى صاحبها وقد وجدها بعينها ويريدون دفع الثمن إليه من قبل أنفسهم لما لهم في قبض السلعة من الفضل فقال مالك ذلك لهم وليس لصاحب السلعة أخذها إذا دفع إليه الغرماء ثمنها

وقال الشافعي ليس للغرماء هذا مقال قال وإذا لم يكن للمفلس ولا لورثته

الاستذكار ج:6 ص:506

أخذ السلعة لأن رسول الله جعل صاحبها أحق بها منهم فالغرماء أبعد من ذلك وإنما الخيار

لصاحب السلعة إن شاء أخذها وإن شاء تركها وضرب مع الغرماء بثمنها
وبهذا قال أحمد بن حنبل وأبو ثور وجماعة
واختلف قول مالك والشافعي أيضا في المفلس يموت قبل الحكم عليه وقبل توفيقه
فقال مالك ليس حكم الفلس كحكم الموت وبائع السلعة إذا وجدها بعينها إسوة الغرماء في الموت بخلاف الفلس
وبهذا قال أحمد بن حنبل
وحجة من قال بهذا القول حديث بن شهاب المذكور في أول هذا الباب عن أبي بكر بن عبد الرحمن لأنه حديث نص فيه على الفرق بين الموت والفلس وهو قاطع لموضع الخلاف
ومن جهة القياس بينهما فرق آخر وذلك أن المفلس يمكن أن تطرأ له ذمة وليس الميت كذلك

وقال الشافعي الموت والفلس سواء وصاحب السلعة أحق بها إذا وجدها بعينها في الوجهين جميعا
وحجة من قال بهذا القول حديث بن أبي ذئب المذكور في هذا الباب وفيه أن أبا هريرة قال قد قضى رسول الله إيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به إذا وجده بعينه))
فجعل الشافعي ذكر الموت زيادة مقبولة وردت في حديث مسند وحديث بن شهاب الصحيح فيه الإرسال
قال أبو عمر قد وصله عبد الرزاق على نص ما رواه أصحاب مالك وسائر أصحاب بن شهاب وذكر فيه الذي ذكروا وذلك قوله وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء بعد ذكره حكم المفلس ففرق بين الموت والفلس فينبغي ألا تكون زيادة أبي المعتمر عن عمرو بن خلدة عن أبي هريرة في التسوية بين الميت والمفلس

مقبولة لأنها قد عارضها ما يدفعها والأصل أن كل مبتاع أحق بما ابتاعه حياته وموته وأن ذلك موزون عنده شيء من ذلك بدليل لا معارض له ولم يوجد ذلك إلا فيمن وجد عين ماله عند مفلس

هذا هو الذي لم تختلف فيه الآثار المرفوعة وما عداها فمصروف إلى الأصل المجتمع عليه وبالله التوفيق

قال مالك ومن اشترى سلعة من السلع غزلا أو متاعا أو بقعة من الأرض ثم أحدث في ذلك المشتري عملا بنى البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذي ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان إن ذلك له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشتري ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين في ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان

قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان

قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه إذا دخله هذا ولحق المشتري دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه

قال أبو عمر قال الشافعي فيما روى الربيع وغيره عنه ولو كانت السلعة دارا فبنيت أو بقعة فغرست ثم أفلس الغريم ردت للبائع الدار كما كانت والبقعة حين باعها ولم أجعل له الزيادة ثم خيرته بين أن يعطي قيمة العمارة والغراس ويكون ذلك له أو يكون له ما كان في الأرض لا عمارة فيها وتكون العمارة الحادثة فيها تباع للغرماء سواء بينهم إلا أن يشاء الغرماء والغريم

أن يقلعوا البنيان والغرس ويضمنوا لرب الأرض ما نقص الأرض القطع فيكون ذلك لهم قال ولو باع أرضا فغرسها المشتري ثم أفلس فأبى رب الأرض أن يأخذ الأرض بقيمة الغرس الذي فيها وأبى الغرماء أو الغريم أن يقلعوا الغرس ويسلموا الأرض إلى ربها لم يكن لرب الأرض إلا الثمن الذي باع به الأرض يحاص به الغرماء

قال أبو عمر تلخيص قول الشافعي في ذلك أن للبائع ما فيه من الأرض وأما ما كان فيه بناء فهو مخير إن شاء أعطى قيمة البناء وأخذ الأرض والبناء وإن شاء ضرب مع الغرماء ليس له غير ذلك

وأما الكوفيون فعلى ما قدمت لك مال المفلس كله عندهم للغرماء الذي فلسه القاضي لهم دون صاحب المساقاة وهو فيها كأحدهم

الاستذكار ج:6 ص:508

وقال الشافعي ومن باع أرضا فزرعها المشتري ثم فلس قيل لصاحب الأرض إن شئت فلك الأرض إذا حصد الطعام وإن شئت فاضرب مع الغرماء قال والغريم يأخذ ماله بعينه إذا وجده عند مفلس قد وقف القاضي ماله يأخذه ناقصا في بدنه إن ش اء وزائدا ولا يمنع من أخذه بعينه لسمن ولا لهزال إن أراد أخذ سلعته بعينها وليس له غيرها إلا أن يشاء تركها والضرب بثمنها مع الغرماء فذلك له وكل ما استغله المشتري فيها قبل توقيف القاضي ما له فهو له بضمانه على سنة الغلة و الخراج في القيام بالعيب قال ولو كانت السلعة قمحا فطحنة أخذ الغريم الدقيق وغرم ثمن الطحن وإن شاء أخذ الدقيق ويكون الغرماء شركاءه في قيمة الطحن والطحان عند الشافعي إسوة الغرماء وله قول آخر رواه الربيع أن للطحان حبس

الدقيق حتى يأخذ حقه كالرهن
قال الشافعي وإن اشترى ثوبا فصبغه أو خاطه أو قصره فالغرماء شركاء في قيمة الصبغ وأما القصار والخياط فإسوة الغرماء لأن عملهم ليس بشيء قائم بعينه مثل الصبغ في الثوب
واختلف قول بن القاسم في الحائك يجد الثوب الذي نسجه بيد ربه مفلسا
فروى عيسى عن بن القاسم أن كل صانع يجد صنعته عند مفلس وليس فيها غير عمل يده فهو أسوة الغرماء
وروى أبو زيد عنه أنه شريك بالنسج كما يكون الصباغ شريكا بالصبغ
قال سحنون والخياط شريك لخياطته
وخالف سحنون بن القاسم في الأجير على السقي في الزرع والثمرة إذا أفلس صاحبها قال بن القاسم هو إسوة الغرماء وقال سحنون بل هو كالصباغ هم أحق بما في أيديهم في الموت والفلس
والاختلاف في هذا الباب كثير بينهم قد ذكرناه في كتاب اختلافهم وذكرنا ما يحصل عليه المذهب في الكتاب ((الكافي)) والحمد لله
قال مالك فأما ما بيع من السلع التي لم يحدث فيها المبتاع شيئا إلا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون إمساكها فإن

الغرماء يخيرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوه شيئا وبين أن يسلموا إليه سلعته وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار إن شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له في شيء من مال غريمه فذلك له وإن شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له

قال أبو عمر إذا نقصت السلعة فلا خلاف فيما حكاه مالك عند كل من استعمل حديث التفليس جميعهم يقول بذلك فأما إذا زادت السلعة في سوقها لزيادة في سعرها أو لغير ذلك فقد ذكرنا خلاف الشافعي ومن تبعه لمالك في ذلك وأنهم لا يرون للغرماء خيارا في السلعة كما ليس للمفلس خيار ووجه أقوالهم بينة يستغني عن القول فيها

وقال مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس (المشتري) فإن الجارية أو الدابة وولدها للبائع إلا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطونه حقه كاملا ويمسكون ذلك

قال أبو عمر أما قول الشافعي في الولد الحادث عند المفلس فإنه لا سبيل للبائع إليه لأنه كالغلة والخراج وإنما ذلك للغرماء دون البائع

قال الشافعي لو باعه أمة فولدت ثم أفلس كانت له الأمة إن شاء والولد للغرماء وإن كانت حبلى كانت له حبلى لأن النبي ﷺ جعل الآباء كالولادة

وبه قال أبو ثور والكوفيون على أصلهم المتقدم ذكره

وأما قول مالك في آخر هذه المسألة إلا أن يرغب الغرماء في ذلك ويعطونه حقه كاملا ويمسكون ذلك

وقد تقدم جواب الشافعي ومن تابعه على خلاف مالك في ذلك فيما سلف من هذا الباب

1 (43 - باب ما يجوز من السلف)

1342 - مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع مولى

الاستذكار ج:6 ص:510

رسول الله ﷺ أنه قال استسلف رسول الله ﷺ بكرا فجاءته إبل من الصدقة قال أبو رافع فأمرني

رسول الله ﷺ أن أقضي الرجل بكره فقلت لم أجد في الإبل إلا جملا خيارا رباعيا فقال رسول الله ﷺ ((أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء))

1343 - مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد أنه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة

قال أبو عمر أما القول في حديث زيد بن أسلم المكتوب في أول هذا الباب وما فيه من المعاني فمعلوم أن رسول الله ﷺ لم يكن يأكل الصدقة وإنما كانت محرمة عليه لا تحل له وفي ذلك دليل على أن استسلافه الجمل البكر المذكور في هذا الحديث لم يكن لنفسه لأنه قضاه من إبل الصدقة وإذا كان ذلك كذلك صح أنه إنما استسلفه الجمل لمساكين بلدة لما رأى من شدة حاجتهم فاستقرضه عليهم ثم رده من إبل الصدقة كما يستقرض ولي اليتيم عليه نظرا له ثم يرده من ماله إذا طرأ له مال وهذا كله لا تنازع فيه والحمد لله

وقد اختلف العلماء في حال المستقرض منه الجمل البكر المذكور في هذا الحديث فقال منهم قائلون لم يكن المستقرض منه ممن تجب عليه صدقة ولا تلزمه زكاة عند انقضاء الحول إما لجائحة لحقت ماله قبل الحول فصار المال لغيره أو لغير ذلك من الأسباب المانعة للزكاة لأنه قد رد عليه صدقته ولم يحتسب له بها وكان وقت أخذ الصدقات وخروج السعاة وقتا واحدا يستوي الناس فيه واستوفى منه أصحاب

المواشي فلما لم يحتسب له بم ا أخذ منه صدقة علم أنه لم يكن ممن تلزمه صدقة في ماشيته في ذلك الحول الذي له أخذت صدقته إما لقصور نصابه بالآفة الداخلة على ماشيته قبل تمام حوله أو بغير ذلك مما قد وصفنا بعضه فوجب رد ما أخذ منه إليه
ومثال الاستسلاف في هذا الموضع أن يقول الإمام للرجل أقرضني على

زكاتك لأهلها فإن وجبت عليه زكاة بتمام ملكك النصاب حولا فذلك وإلا فهو دين لك أرده عليك من الصدقة
وهذا كله على مذهب من أجاز تعجيل الزكاة قبل وقت وجوبها بحول واحد
وممن ذهب إلى ذلك سفيان الثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد بن حنبل وأبو ثور وإسحاق وأبو عبيد
وروي ذلك عن إبراهيم وبن شهاب والحكم بن عتيبة وبن أبي ليلى
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يجوز تعجيل الزكاة لما في يده ولما يستفيده في الحول وبعده لسنين
وقال التعجيل عما في يده جائز ولا يجوز عما يستفيده
وقال بن شبرمة يجوز تعجيل الزكاة لسنين
وقال مالك وأصحابه لا يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول إلا بيسير
والشهر ونحوه عندهم يسير
وقالت طائفة لا يجوز تعجيل الزكاة قبل محلها بيسير ولا كثير ومن عجلها قبل محلها لم يجزئه وكان عليه إعادتها كالصلاة
روي ذلك عن الحسن البصري
وروى خالد بن خداش عن مالك مثله

واختلف على أشهب في الرواية عن مالك في ذلك فروي عنه مثل رواية خالد بن خداش أنه لا يجوز تقديم الزكاة قبل وقتها بقليل ولا كثير كالصلاة

وروي عنه مثل رواية بن القاسم واختلف أصحاب داود على القولين جميعا قول من أجاز تعجيلها وقول من لم يجز ومن حجة من قال أنه لا يجوز تعجيل الزكاة قبل وجوبها فالقياس لها على الصلاة وعلى سائر ما يجب مؤقتا كالحج وعرفة ورمضان وما أشبه ذلك من المؤقتات التي لا يجوز عملها قبل أوقاتها وأزمانها

ومن أجاز تعجيلها قبل سنتها قاسها على الديون المؤجلة لأنه لا خلاف في جواز تعجيلها قبل إحالها إذا تبرع بذلك

وفرق بين الصلاة والزكاة بأن الصلاة يستوي الناس كلهم في وقتها وليس

الاستذكار ج:6 ص:512

كذلك أوقات الزكاة لأن حول زيد في الزكاة غير حول عمرو وأحوال الناس في ذلك مختلفة فلم تشبه الصلاة لما وصفنا

وأما من أبي جواز تعجيل الصدقة فقد تأول حديث أبي رافع المذكور في أول هذا الباب أن ذلك كان قبل تحريم الصدقة على النبي صلى الله عليه وسلم وعلى آله وعلى الأغنياء

ودليل ذلك أنه لو كان استقرض على المساكين لم يرد من أموالهم أكثر مما أخذ لهم

ودليل آخر أن المستقرض منه غني فكيف يجوز أن يعطيه من أموال المساكين أكثر مما استقرض منه وهو غني لا تحل له الصدقة

وقد ذكرنا احتجاج الفريقين فيما ذهب كل واحد منهما إليه وتأويله في هذا الحديث المذكور في

وفي هذا الحديث أيضا إثبات الحيوان دين في الذمة من جهة الاستقراض وهو الاستسلاف وإذا جاز استقراض الحيوان في الذمة من جهة الاستقراض وهو الاستسلاف جاز السلم فيه لأنه عرض يثبت في الذمة بصفة معلومة وقد ذكرنا اختلاف الفقهاء في السلم في الحيوان فيما مضى من هذا الكتاب والحمد لله كثيرا

قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئا من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه إذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو عادة فإن كان ذلك على شرط أو أي أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه وذلك أن رسول الله ﷺ قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وأن عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيرا منها فإن كان ذلك على طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأي ولا عادة كان ذلك حلالا لا بأس به

قال أبو عمر لا أعلم خلافا فيمن اشترط للزيادة في السلف أنه ربا حرام لا يحل أكله وأما العادة فيكره ذلك عند الشافعي والكوفيين ولا يرون ذلك حراما

الاستذكار ج:6 ص:513

لأنه معروف إذا وقع ولا تعلم صحته ما لم يقع لأن العادة تقطع دونها وأن اختلاف الأموال ومن حكم بذلك استعمل الظن وحكم بغير اليقين فالأحكام إنما هي على الحقائق لا على الظنون ومن تورع عن ذلك نال فضلا والله أعلم

ومن هذا الباب أكل هدية الغريم واختلاف الفقهاء فيه على نحو ما ذكرنا

قال مالك لا يصلح أن يقبل هدية تحريمه إلا أن

يكون ذلك بينهما معروفا قبل ذلك وهو يعلم أن ليس هديته إليه لمكان دينه وقال الثوري مثل ذلك
وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما إن اشترط في السلف زيادة كان حراما وإن اشترط على الغريم هدية كان حراما ولا بأس أن يقبل هديته بغير شرط
قالوا وكل قرض جر منفعة لا خير فيه وروي عن إبراهيم مثله
قال الطحاوي وهذا عندهم إذا كانت المنفعة مشروطة وأما إذا أهدي إليه من غير شرط أو أكل عنده فلا بأس به عندهم
وقال الليث بن سعد أكره أن يقبل هديته أو يأكل عنده
وقال عبيد الله بن الحسن لا بأس أن يأكل الرجل هدية غريمه
وقال الشافعي لا بأس أن يقضيه أجود من دينة أو دونه إذا تراضيا ذلك
قال أبو عمر اختلف السلف والخلف في هذه المسألة وعلى حسب ذلك كان اختلاف الخلف من الفقهاء فيها
فروي عن أبي بن كعب وعبد الله بن سلام أنهما كرها كل هدية الغريم
وروى نافع عن بن عمر أنه كان له صديق يسلفه وكان عبد الله بن عمر يهدي له
وروى شعبة عن يحيى بن سعيد عن أنس قال إذا أقرضت رجلا قرضا فلا تركب دابته ولا تقبل هديته إلا أن يكون قد جرت بينك وبينه قبل ذلك مخالطة
وروي عن بن عباس فيها رخصة
وفي هذا الباب حديث مسند جيد وهو حجة وملجأ لمن قال به
قال أبو عمر قال حدثني سعيد بن نصر قال حدثني عبد الوارث بن

سفيان قالا حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني محمد بن وضاح وحدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني عبد الله بن نمير قال حدثني يزيد بن زياد بن أبي الجعد قال حدثني أبو صخر جامع بن شداد عن طارق المحاربي قال لما ظهر الإسلام خرجنا في ركب ومعنا ظعينة لنا حتى نزلنا قريبا من المدينة فبينا نحن قعود إذ أتى رجل عليها ثوبان أبيضان فسلم ثم قال من أين أقبل القوم فقلنا له من الربذة ومعنا جمل أحمر أتبيعوني الجمل قال قلنا نعم قال بكم قلنا بكذا أو كذا صاعا من تمر فأخذه ولم يعطنا شيئا قال قد أخذته وأخذ برأس الجمل حتى توارى بحيطان المدينة قال فتلاومنا فيما بيننا قلنا أعطيتم جملكم رجلا لا تعرفونه فقالت الظعينة لا تلاوموا لقد رأيت وجه رجل ما كان ليحقركم ما رأيت أشبه بالقمر ليلة البدر من وجهه فلما كان العشي أتانا رجل فقال السلام عليكم أنا رسول رسول الله إليكم وهو يأمركم أن تأكلوا حتى تشبعوا وأن تكتالوا حتى تستوفوا وأكلنا حتى شبعنا واكتلنا حتى استوفينا

ففي هذا الحديث إباحة أكل طعام من له عليه دين وما كان رسول الله ليطعم ما لا يحل ويشهد لهذا حديث أبي رافع المذكور في صدر هذا الباب

ومثله حديث أبي هريرة وقد ذكرناه في ((التمهيد))

وذلك كله يدل على أنه جائز لمن له دين على رجل من دين أقرضه أو بيع باعه أن يقبل منه ما زاد به بطيب نفسه شكرا لها وأن يأكل طعامه ويقبل هديته

وما كان مثل ذلك كله ومثله فليس بربا

وقضى الإجماع أن من اشترط شيئا من ذلك فهو ربا فكان الوجه الأول من الحلال البين والوجه الآخر من الحرام البين والحمد لله

1 (44 - باب ما لا يجوز من السلف)

1344 - مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال في رجل أسلف رجلا طعاما على أن يعطيه إياه في بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعني حملانه
قال أبو عمر هذا بين لأنه قد اشترط عليه فيما أسلفه زيادة ينتفع بها وهي مؤنة حمله وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستسلف فهي ربا لا خلاف في ذلك
1345 - مالك أنه بلغه أن رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن إني أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته فق ال عبد الله بن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله السلف على ثلاثة وجوه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه ص احبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فإن أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وإن أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت وإن أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته
1346 - مالك عن نافع أنه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط إلا قضاءه
1347 - مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وإن

كانت قبضة من علف فهو ربا
قال أبو عمر هذا الباب كله عن عمر وبن عمر وبن مسعود بذلك على أنه لا ربا في الزيادة في السلف إلا أن يشترط تلك الزيادة ما كانت فهذا ما لا شك فيه أنه ربا والوأي والعادة من قطع الذرائع

الاستذكار ج:6 ص:516

ومن ترك ما ليس به بأس مخافة مواقعة ما به بأس كما جاء في الحديث ((وأترك ما يريبك إلى ما لا يريب)) كما قال ﷺ ((دع ما يريبك لما لا يريبك))
وقال عمر - رضي الله عنه اتركوا الربا والريبة والوأي
والعادة من هذا الباب الريبة والله أعلم
قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيئا من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فإنه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله إلا ما كان من الولائد فإنه يخاف في ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بدا له ثم يردها إلى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد
قال أبو عمر اختلف العلماء قديما وحديثا في استقراض الحيوان واستسلافه فكرهه قوم وأباه قوم منهم ورخص فيه آخرون فمن كرهه ولم يجزه ولا أجاز السلم فيه من الصحابة عبد الله بن مسعود وحذيفة وعبد الرحمن بن سمرة
وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والحسن بن صالح وسائر الكوفيين
وحجتهم أن الحيوان لا يوقف على حقيقة صفته لأن مشيته وحركته وجريه وملاحته كل ذلك يزيد

في ثمنه ولا يدرك ذلك بوصف ولا يضبط بنعت لأن قارحا أخضر غير قارح غير أخضر ونحو هذا من صفات سائر الحيوان وادعوا النسخ في حديث أبي رافع المذكور في أول هذا الباب لما فيه من استقراض رسول الله ﷺ البكر ورده الجمل الخيار ومثله حديث أبي هريرة فادعوا النسخ في ذلك بحديث بن عمر أن رسول الله ﷺ قضى في الذي أعتق نصيبه من عبد له بينه وبين غيره بقيمة نصيب شريكه ولم يوجب عليه نصف عبد مثله وقال داود وطائفة من أهل الظاهر لا يجوز السلم في الحيوان ولا في شيء من الأشياء إلا في المكيل والموزون خاصة وما خرج عن الكيل والوزن فالسلم فيه غير جائز لنهي رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند البائع ولقوله ﷺ ((من سلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)) ويخص المكيل والموزون

الاستذكار ج:6 ص:517

من سائر ما ليس عند البائع فكل ما لم يكن مكيلا ولا موزونا قد دخل في بيع ما ليس عندك قال أبو عمر قد نقض داود وأهل الظاهر ما أصلوا في قولهم في بيع ما ليس عندك كل بيع جائز بظاهر قول الله عز وجل وأحل الله البيع وحرم الربوا البقرة 275 إلا بيع ثبتت السنة بتحريمه وبالنهي عنه أو اجتمعت الأمة على فساده فلم يلزمهم السلم في الحيوان بظاهر القرآن لأن بيع ما ليس عندك غير مدفوع بما قاله الحجازيون في معناه أنه بيع ما ليس عندك من الأعيان وأما ما كان مضمونا في الذمة موصوفا فلا وقال مالك والشافعي وأصحابهما والأوزاعي والليث بن سعد استقراض الحيوان جائز والسلم فيه جائز وكذلك كل ما يضبط بالصفة في الأغلب

وحجتهم حديث أبي رافع واستقراض رسول الله ﷺ البكر

وفي استقراضه الحيوان إثبات الحيوان في الذمة بالصفة المعلومة

ومن حجتهم أيضا إيجاب رسول الله ﷺ دية الخطأ في ذمة من أوجبها عليها وديه العمد المقبولة ودية شبه العمد المغلظة كل ذلك قد ثبت بالسنة المجتمع على ثبوتها

وذلك بإثبات الحيوان بالصفة في الذمة فكذلك الاستقراض والسلم

وقد كان بن عمر يجيز السلم في الوصف وأجاز أصحاب أبي حنيفة أن يكاتب الرجل عبده على مملوك بصفة وذلك منهم تناقض على ما أصلوه

وأجاز الجميع النكاح على عبد موصوف

وذكر الليث عن يحيى بن سعيد قال قلت لربيعة إن أهل أنطابلس حدثوني أن جبير بن معين كان يقضي عندهم بأن لا يجوز السلم في الحيوان وقد كان يجالسك ولا أحسبه قضى به إلا عن رأيك فقال ربيعة قد كان بن مسعود يقول ذلك فقلت وما لك ولابن مسعود في هذا قد كان بن مسعود يتعلم منا ولا نتعلم منه وقد كان يقضي في بلاده بأشياء

الاستذكار ج:6 ص:518

فإذا جاء إلى المدينة وجد القضاء على غير ما قضى به فيرجع إليه

قال أبو عمر إنما يؤخذ هذا على صحة لابن مسعود وفي مسألة أمهات النساء والربائب كان قد أفتى بالكوفة بأن الشرط في الأم والربيبة فلما قدم المدينة قال له عمر وعلي إن الشرط في الربيبة والأم مهملة فرجع إلى ذلك

وهذا لم يسلم منه أحد قد كان عمر بالمدينة

يعرض له مثل هذا في أشياء يرجع فيها إلى قول علي وغيره على جلالة عمر وعلمه وبن مسعود أحد العلماء الأخيار الفقهاء من الصحابة وهو المعروف فيهم بصاحب سنة رسول الله ﷺ لقوله عليه السلام له ((آذنك على أن ترفع الحجاب وأن تسمع سوادي حتى أنهاك)) وفسر العلماء السواد ها هنا بالسرار وقال أبو وائل لما أمر عثمان بالمصاحف أن تشقق قال عبد الله لا أعلم أحدا أعلم بكتاب الله مني

قال أبو وائل فقمت إلى الخلق لأسمع ما يقولون فما سمعت أحدا من أصحاب محمد ينكر ذلك عليه قال أبو عمر يعني بمن كان بالكوفة من الصحابة يومئذ ونزلها منهم جماعة

وقال عقبة بن عمرو الأنصاري أبو مسعود ما أرى رجلا أعلم بما أنزل الله عز وجل على محمد ﷺ من عبد الله بن مسعود

وقال أبو موسى الأشعري ليوم أو ساعة أجالس فيها عبد الله بن مسعود أوثق في نفسي من عمل سنة كان يسمع حتى لا نسمع ويدخل حين لا ندخل

وقال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم - يعني بن مسعود

وأخباره في ذلك كثيرة وقد ذكرنا كثيرا منها في بابه من كتاب الصحابة والحمد لله كثيرا

وأما اعتلال العراقيين بأن الحيوان لا يمكن صفته بغير مسلم لهم لأن الصفة في الحيوان أن يأتي الواصف فيها بما يرفع الإشكال ويوجب الفرق بين الموصوف وغيره كسائر الموصوفات من غير الحيوان وحسب المسلم إليه إذا جاء بما تقع عليه تلك الصفة أن بعته منه

وأما اختلاف الفقهاء في استقراض الإماء

فقال بقول مالك في ذلك الليث والأوزاعي والشافعي يجوز استقراض الحيوان كله إلا الإماء فإنه لا يجوز استقراضهن
وكذلك قول أبي حنيفة على أصولهم أنه لا يجوز استقراض شيء من الحيوان لأن رد المثل لا يمكن لعذر المماثلة عندهم في الحيوان
ولا خلاف عن مالك ومن ذكرنا معه فيمن استقرض أمة فلم يطأها حتى علم ذلك من فعله أنه يردها بعينها وينفسخ استقراضه
واختلفوا في حكمها إن وطئها
فقال مالك إن وطئها لزمته بالقيمة ولم ترد بردها
وقال الشافعي يردها ويرد معها عقرها وإن حملت أيضا ردها بعد الولادة وقيمة ولدها إن ولدت أحياء يوم سقطوا من بطنها ويرد معها ما نقصتها الولادة وإن ماتت لزمه مثلها فإن لم يوجد مثلها فقيمتها
وقال داود بن علي وأبو إبراهيم المزني - صاحب الشافعي - وأبو جعفر - الطبري استقراض الإماء جائز
قال الطبري والمزني قياسا على بيعها وأن ملك المستقرض صحيح يجوز له فيه التصرف كله وكل ما جاز بيعه جاز قرضه في القياس
وقال داود ((لم يحظر الله استقراض الإماء ولا رسوله ولا اتفق الجميع عليه وأصول الأشياء عنده على الإباحة
واستدل بأن رسول الله ﷺ أجاز استسلاف الحيوان والإماء من الحيوان
وحجة من لم يجز استقراض الإماء وهم جمهور العلماء أن الفروج محظورة لا تستباح إلا بنكاح أو ملك يمين بعقد لازم والقرض ليس بعقد لازم لأن

المستقرض يرده متى شاء فأشبه الجارية المشتراة بالخيار فلا يجوز وطؤها بإجماع حتى تنقضي أيام الخيار فيلزم العقد فيها وهذه قياس عليها وبالله التوفيق

1 (45 - باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة)

1348 - مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال ((لا يبع بعضكم على بيع بعض

الاستذكار ج:6 ص:520

هكذا روى يحيى بعض هذا الحديث لم يزد على قوله ((لا يبع بعضكم على بيع بعض)) وتابعه بن بكير وبن القاسم وجماعة ورواه قوم عن مالك عن نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ قال ((لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تلقوا السلعة حتى يهبط بها إلى السوق)) وممن رواه بهذه الزيادة بن وهب والقعنبي وعبد الله بن يوسف وسليمان بن بزد وليست هذه الزيادة في هذا الحديث لغيرهم عن مالك والله أعلم وإنما هذا اللفظ في حديث مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ على ما يأتي بعد من هذا الباب إن شاء الله عز وجل ومعنى قوله ﷺ ((لا يبع بعضكم على بيع بعض)) بمعنى قوله عليه السلام ((لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يسم على سومه)) رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ من حديث العلاء عن أبيه عن أبي هريرة ومن حديث سهيل عن أبيه عن أبي هريرة ومن حديث هشام بن حسان عن محمد

بن سيرين عن أبـي هريـرة كلهـم قـال فيـه ((لا يسم على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه))
وقد فسر مالك في ((الموطأ)) قوله ((لا يبـع بعضـــــكم علـــــى بيـــــع بعـــــض))
قال مالك وتفسير قول رسول اللـه ﷺ فيمـا نـرى والله أعلم لا يبع بعضكم

الاستذكار ج:6 ص:521

على بيع بعض أنه إنما نهى أن يسوم الرجـل علـى سـوم أخيـه إذا ركـن البـائع إلـى السـائم وجعـل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيـوب ومـا أشـبه هذا مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعـة السـائم فهـــذا الـــذي نهـــى عنـــه واللـــه أعلـــم
قال مالك ولا بأس بالسوم بالسـلعة توقـف للـبيع فيســـــوم بهـــــا غيـــــر واحـــــد
قال ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخـل علـى الباعـة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا

وقـال سـفيان الثـوري معنـى قـوله ﷺ((لا يبـع بعضكم على بيع بعض)) أن يقول عندي خير منه وقول أبي حنيفة وأصحابه في ذلك نحو قول مالك

قالوا لا ينبغي أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا جنـــــح البـــــائع إلـــــى بيعـــــه
وقال الشافعي معنـى قـوله ﷺ((لا يبـع بعضـكم على بيع بعض)) أن يبتاع الرجل سلعة فيقبضـها ولم يفترقا وهو مغتبط بها غير نادم عليها فيـأتيه قبل الافتراق من يعرض عليه مثل سلعته أو خيـرا منها بأقل من ذلك من الثمن فيفسـخ بيـع صـاحبه لأن الخيـار قبـل التفـرق فيكـون هـذا فسـادا

ومذهب الشافعي في قوله ﷺ ((لا يسوم الرجل على سوم أخيه)) نحو مذهب مالك ومذاهب الفقهاء في ذلك متقاربة متداخلة وكلهم يكرهون أن يسوم الرجل على سوم أخيه أو يبيع على بيعه بعد الركون والرضا على نحو ما وصفنا من أقوالهم في ذلك والبيع عندهم مع ذلك صحيح لأن سوم المساوم لم يتم به عقد بيع وقد كان لكل واحد منهما ألا يتمه إن شاء وأهل الظاهر يفسخونه وقد روي عن مالك وبعض أصحابه فسخه أيضا ما لم يفت وفسخ النكاح ما لم يفت بالدخول وقد أنكر بن الماجشون ذلك أن يكون قاله مالك في البيع قال وإنما قال ذلك في نكاح الذي يخطب على خطبة أخيه وقد تقدم قول مالك وغيره فيمن خطب على خطبة أخيه بعد الركون إليه ونكح على ذلك في صدر كتاب النكاح والحمد لله كثيرا

الاستذكار ج:6 ص:522

وأما دخول الذمي في معنى قول النبي ﷺ ((لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا يسم أحدكم على سوم أخيه)) فقد اختلف فيه فكان الأوزاعي يقول لا بأس بدخول المسلم على الذمي في سومه لأن رسول الله ﷺ إنما خاطب المسلمين في أن لا يبع بعضهم على بيع بعض فقال لا يبع أحد على بيع أخيه يعني المسلم وقال الثوري ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم لا يجوز أن يبيع المسلم على بيع الذمي

والحجة لهم أنه كما دخل الذمي في النهي عن النجش وعن ربح ما لم يضمن وغير ذلك مما

الذمي فيه تبع المسلم فكذلك يدخل في هذا وقد يقال هذا طريق المسلمين ولا يمنع ذلك من سلوك أهل الذمة إياه وقد أجمع العلماء على كراهة سوم الذمي على سوم المسلم وعلى سوم الذمي إذا تحاكموا الينا فدل أنهم داخلون في ذلك والله أعلم

1349 - مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال ((لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد

الاستذكار ج:6 ص:523

ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر))

قال أبو عمر أما قوله ((لا تلقوا الركبان للبيع)) فقد روي هذا المعنى بألفاظ مختلفة عن النبي ﷺ من حديث أبي هريرة وغيره فروى الأعرج عن أبي هريرة كما ترى ((لا تلقوا الركبان للبيع))

وروى بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ((لا تلقوا الجلب))

وروى أبو صالح وغيره عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه نهى أن تتلقى السلع حتى تدخل الأسواق

وروى بن عباس عن النبي ﷺ ((لا تستقبلوا السوق ولا يتلق بعضكم لبعض))

والمعنى في كل ذلك واحد وجملة قول مالك في ذلك أنه لا يجوز أن يشتري أحد من الجلب والسلع الهابطة إلى الأسواق شيئا حتى تصل السلعة إلى سوقها هذا إذا كان التلقي في أطراف المصر أو قريبا منه

وقيل لمالك أرأيت إن كان ذلك على رأس ستة أميال فقال لا بأس بذلك قال والحيوان وغيره في ذلك سواء
وروى بن وهب عن مالك أنه سئل عن الرجل يخرج في الأضحى إلى مثل الإصطبل وهو نحو من ميل يشتري ضحايا وهو موضع فيه الغنم والناس يخرجون إليهم يشترون منهم هناك فقال مالك لا يعجبني ذلك وقد نهي عن تلقي السلع فلا أرى أن يشترى شيء منها حتى يهبط بها إلى الأسواق

الاستذكار ج:6 ص:524

قال مالك والضحايا أفضل ما احتيط فيه لأنها نسك يتقرب به إلى الله (عز وجل) فلا أرى ذلك وسئل عن الذي يتلقى السلعة فيشتريها وتوجد معه أترى أن تؤخذ منه فتباع للناس فقال مالك أرى أن ينهى عن ذلك فإن نهي عن ذلك ثم وجد قد عاد نكل
وقد روى بن وهب عن مالك أنه كره تلقي السلع في مسيرة اليوم واليومين
وتحصيل مذهب مالك في ذلك أنه لا يجوز تلقي السلع والركبان ومن تلقاهم فاشترى منهم سلعة شركة فيها أهل سوقها إن شاؤوا وكان فيها واحدا منهم وسواء كانت السلعة طعاما أو بزا
وروى عيسى وسحنون وأصبغ عن بن القاسم أن السلعة إذا تلقاها متلق واشتراها قبل أن يهبط بها إلى سوقها فإنها تعرض على الذين يتجرون في السوق بها فيشتركون فيها بذلك الثمن لا زيادة إن شاؤوا فإن لم يكن لتلك السلعة سوق عرضت على الناس في المصر فيشتركون فيها إن أحبوا فإن نقصت عن ذلك الثمن لزمت المشتري المتلقي لها
قال سحنون وقال لي غير بن القاسم يفسخ البيع

وقال عيسى عن بن القاسم يؤدب متلقي السلع إذا كان معتادا لذلك
وروى سحنون عنه أيضا أنه يؤدب إلا أن يعذر بالجهالة
وقال عيسى عن بن القاسم إن فاتت السلعة فلا شيء عليه
وقد ذكرنا في ((التمهيد)) وفي كتاب ((اختلاف أقوال مالك وأصحابه)) ما اختلفوا فيه من هذا الباب وهذا المعنى
وقال الليث بن سعد أكره تلقي السلع وشراءها في الطريق ولو على بابك حتى تقف السلعة في سوقها التي تباع فيها فإن تلقى أحد سلعة فاشتراها ثم علم به فإن كان بائعها لم يذهب ردت إليه حتى تباع في السوق وإن كان قد ذهب أخذت من مشتريها وبيعت في السوق ودفع إليه ثمنها
قال فإن كان على بابه أو في طريقه فمرت به سلعة يريد صاحبها سوق تلك السلعة فلا بأس أن يشتريها إذا لم يقصد التلقي لأنه ليس بمتلق وإنما التلقي أن يعمد إلى ذلك

الاستذكار ج:6 ص:525

قال أبو عمر يتفق معنى قول مالك والليث في أن النهي أريد به نفع أهل الأسواق لا رب السلع
وقال الشافعي يكره تلقي السلعة من أهل البادية فمن تلقاها فقد أساء وصاحب السلعة بالخيار إذا قدم إلى السوق في إنفاد البيع أو رده وذلك أنهم يتلقونهم فيخبرونهم بانكسار سلعهم وكساد سوقهم وهم أهل غرة فيبيعونهم على ذلك وهذا ضرب من الخديعة
حكى ذلك عن الشافعي الزعفراني والربيع والمزني
وتفسير قول الشافعي عند أصحابه أن يخرج أهل السوق فيخدعون أهل القافلة ويشترون منهم

شراء رخيصا فلهم الخيار لأنهم غروهم
قال أبو عمر فمذهب الشافعي في نهي النبي ﷺ عن تلقي السلع إنما أريد به نفع رب السلعة لا نفع أهل سوقها في الحاضرة
وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا كان التلقي في أرض لا يضر بأهلها فلا بأس به وإن كان يضر بأهلها فهو مكروه
وقال الأوزاعي إذا كان الناس من ذلك شباعا فلا بأس به وإن كانوا محتاجين فلا يقربوا السلع حتى يهبط بها إلى الأسواق
ولم يجعل الأوزاعي القاعد على بابه تمر به السلع لم يقصد إليها فيشتريها متلقيا والمتلقي عنده التاجر القاصد إلى ذلك الخارج إليه
وقال الحسن بن حي لا يجوز تلقي السلع ولا شراؤها في الطريق حتى يهبط بها إلى الأسواق
وقالت طائفة من المتأخرين من أهل الفقه والحديث لا بأس بتلقي السلع في أول السوق ولا يجوز ذلك خارج السوق على ظاهر الحديث
وقال بن خواز بنداد البيع في تلقي السلع صحيح عند الجميع وإنما الخلاف في أن المشتري لا يفوز بالسلعة ويشركه فيها أهل السوق ولا خيار للبائع أو أن البائع بالخيار إذا هبط بها إلى السوق
قال أبو عمر قد ذكرنا عن بعض أصحاب مالك أن البيع فاسد يفسخ وما أظن أن بن خواز بنداد وافق على ذلك من قوله ولم يره خلافا لمخالفة الجمهور
وفي هذا الباب حديث مسند صحيح حجة لمن ذهب إليه وبالله التوفيق
وحدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثنا قاسم بن

الاستذكار ج:6 ص:526

أصبغ قال حدثني عبد الله بن روح قال حدثني يزيد بن هارون قال حدثني هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال ((لا تلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئا فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق)) وحدثني سعيد وعبد الوارث قالا حدثني قاسم قال حدثني محمد بن وضاح قال حدثني أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثني أبو أسامة عن هشام بن حسان عن بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله

وأخبرنا عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني أبو توبة الربيع بن نافع قال حدثني عبيد الله بن عمرو الرقي عن أيوب عن بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن تلقي الجلب فإن تلقاه متلق فاشتراه فصاحب السلعة بالخيار إذا وردت السوق

وأما قوله ﷺ لا يبع أحدكم على بيع بعض فقد مضى القول فيه في أول هذا الباب في حديث بن عمر وأما قوله ﷺ ((ولا تناجشوا)) في حديث مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة على ما ذكرنا في هذا الباب ف 1350 - قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش قال مالك والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك

قال أبو عمر تفسير العلماء لمعنى النجش المنهي عنه متقارب المعنى وإن اختلفت ألفاظهم فيه بل المعنى فيه سواء عندهم

قال الشافعي بعد أن ذكر الحديث في النهي عن النجش قال والنجش خديعة وليس من أخلاق أهل الدين وهو أن يحضر السلعة تباع فيعطي بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السوام فيعطوا بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يعلموا سومه

وهو عاص لله عز وجل بارتكابه ما نهى النبي عنه وعقد الشراء نافذ لأنه غير النجش

الاستذكار ج:6 ص:527

وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يحل النجش وفسروه بنحو ما فسره مالك والشافعي وتفسير النجش عنهم في تحصيل مذاهبهم أن يدس الرجل إلى الرجل ليعطي في سلعته التي عرضها للبيع عطاء هو أكثر من ثمنها وهو لا حاجة به إلى شرائها ولكن ليغتر به من أراد شراءها فيرغب فيها ويغتر بعطائه فيزيد في ثمنها لذلك أو يفعل ذلك البائع نفسه ليغر الناس بذلك وهم لا يعرفون أنه ربها

وأجمعوا أن فاعل ذلك عاص بفعله واختلفوا في البيع على هذا إذا صح فقال مالك لا يجوز النجش في البيع فمن اشترى سلعة بنجوشه فهو بالخيار إذا علم وهو عيب من العيوب

قال أبو عمر الحجة في هذا لمالك ومن تابعه أن النبي نهى عن التصرية والتحصيل في الشاة والبقرة والناقة ثم جعل المشتري بالخيار إذا علم بأنها كانت محفلة ولم يقض بفساد البيع ومعلوم أن التصرية غش وخديعة فكذلك النجش يصح فيه البيع ويكون المبتاع بالخيار من أجل ذلك قياسا ونظرا والله أعلم

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما بيع النجش مكروه والبيع لازم ولا خيار للمبتاع في ذلك لأنه

ليس بعيب في نفس المبيع وإنما هي خديعة في الثمن
وقد كان على المشتري أن يتحفظ ويحضر من يميز إن لم يكن يميز
وقالت طائفة من أهل الحديث وأهل الظاهر البيع في النجش مفسوخ مردود على بائعه لأنه طابق النهي ففسد
وقال بن حبيب من فعل ذلك جاهلا أو مختارا فسد البيع إن أدرك قبل أن يفوت إلا أن يحب المشتري التمسك بالسلعة بذلك الثمن فإن فاتت في يده كانت عليه بالقيمة
هذا إذا كان البائع هو الناجش ولو كان بأمره وإذنه أو بسببه
وإن لم يكن شيء من ذلك وكان أجنبيا لا يعرف فلا شيء على البائع وأما البيع فهو صحيح 0

الاستذكار ج:6 ص:528

وأما قوله ﷺ في حديث أبي الزناد في هذا الباب عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ((ولا يبع حاضر لباد)) فإن العلماء اختلفوا في ذلك فكان مالك يقول تفسير ذلك أهل البادية وأهل القرى
وأما أهل المدائن من أهل الريف فإنه ليس بالبيع لهم بأس ممن يرى أنه يعرف السوم إلا أن من كان منهم يشبه أهل البادية فإني لا أحب أن يبيع لهم حاضر
وقال في البدوي يقدم المدينة فيسأل الحاضر عن السعر أكره أن يخبره
قال ولا بأس أن يشتري له إنما يكره أن يبيع له وأما ما أن يشترط له فلا بأس
هذه رواية بن القاسم عنه قال بن القاسم ثم قال بعد ذلك ولا يبع مصري لمدني ولا مدني لمصري ولكن يشير عليه

وقال بن وهب عن مالك لا أرى أن يبيع الحاضر للبادي ولا لأهل القرى
وحدثني خلف بن القاسم قال حدثني أحمد بن عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن قال حدثني المفضل بن محمد الجندي قال حدثني علي بن زياد قال حدثني أبو قرة موسى بن طارق قال قلت لمالك قول النبي ﷺ ((لا يبع حاضر لباد)) ما تفسيره
قال لا يبع أهل القرى لأهل البادية سلعهم قلت فإن بعت بالسلعة إلى أخ له من أهل القرى ولم يقدم مع سلعته
قال لا ينبغي له قلت ومن أهل البادية قال أهل العمود قلت له القرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها يقيمون فيها تكون قرى صغارا في نواحي المدينة العظيمة فيقدم بعض أهل تلك القرى الصغار إلى أهل المدينة بالسلعة فيبيعها لهم أهل المدينة قال نعم إنما معنى الحديث أهل العمود
وروى أصبغ عن بن القاسم في بيع الحاضر للبادي أنه يفسخ
وروى عيسى عن بن القاسم مثله قال وإن فات فلا شيء عليه
وروى سحنون عن بن القاسم أنه يمضي البيع قال سحنون وقال لي غير بن القاسم أنه يرد البيع
وروى زونان عن بن وهب أنه يرد عالما كان بالنهي عن ذلك أو جاهلا
وروى عيسى وسحنون عن بن القاسم أنه يؤدب الحاضر إذا باع للبادي

زاد عيسى في روايته إن كان معتادا لذلك
قال أبو عمر لم يختلف قول مالك في كراهية بيع الحاضر للبادي

واختلف قوله في شرائه له فمرة قال لا يشتري له ولا يشير عليه ولا يبيعه وبه قال ابن حبيب قال الشراء للبادي مثل البيع قال وكذلك قوله ((لا يبع بعضكم على بيع بعض)) أي لا يشتري على شراء أخيه ولا يبع على بيع أخيه
قال ولا يجوز للحاضر أن يشتري للبدوي ولا يبيع له ولا أن يبعث الحضري للبدوي متاعا فيبيعه له ولا يشيره في البيع إن قدم عليه وقال الأوزاعي لا يبع حاضر لباد ولكن لا بأس أن يخبره بالسعر
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس أن يبيع الحاضر للبادي
ومن حجتهم أن الحديث في النهي عن ذلك قد عارضه قوله ﷺ ((الدين النصيحة لكل مسلم))
وحديث البراء بن عازب عن النبي ﷺ قال ((للمسلم على المسلمة سبع)) فذكر منها أن ينصح له
وقال الشافعي لا يبع حاضر لباد فإن باع حاضر لباد فهو عاص إذا كان عالما بالنهي ويجوز البيع لقوله ﷺ ((دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض))
قال أبو عمر الدين النصيحة عام ((ولا يبع حاضر لباد)) خاص والخاص يقضي على العام لأن الخصوص استثناء كما قال ((الدين النصيحة حق على

المسلم أن ينصح اخاه إلا أنه لا يبع حاضر لباد)) لم يختلفوا أنه يستعمل على هذا الحديثان

يستعمل العام منهما في ما عدا المخصوص
ومعنى نهي النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد لم يختلفوا أنه أريد به نفع أهل السوق ونحوها من الحاضرة
وعلى هذا المعنى عند مالك وأصحابه نهيه ﷺ عن تلقي السلع
وأما الشافعي فجعل لكل واحد منهما معنى على ما قدمنا من قوله في معنى النهي عن تلقي الجلب أنه في صاحب السلعة الجالب لها إلى المصر إلا يخدع قبل أن يصل إلى السوق
أخبرنا عبد الله قال حدثني محمد قال حدثني أبو داود قال حدثني النفيلي قال حدثني زهير قال حدثني أبو الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ ((لا يبع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض))
وقد أوضحنا هذا المعنى بالآثار المرفوعة وعن الصحابة والتابعين في ((التمهيد))
وقد روي عن مجاهد في ذلك ما حدثناه عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن عمر قال حدثني علي بن حرب قال حدثني س فيان عن بن أبي نجيح عن مجاهد قال إنما نهى رسول الله ﷺ أن لا يبيع حاضر لباد في زمانه أراد أن يصيب الناس بعضهم من بعض فأما اليوم فليس به بأس
قال بن أبي نجيح وقال عطاء لا يصلح ذلك لأن رسول الله ﷺ نهى عنه
وأخبرنا عبد الله بن محمد قال أخبرنا محمد بن عمر قال حدثني علي بن حرب قال حدثني سفيان بن عيينة عن مسلم الخياط سمع بن عمر ينهي أن يبيع حاضر لباد
قال مسلم وقال أبو هريرة لا يبيعن حاضر لباد

وأما قوله ﷺ في حديث أبي هريرة في هذا الباب ((لا تصروا الإبل والغنم)) فهو من صريت اللبن في الضرع والماء في الحوض فالشاة مصراة وكذلك الناقة وهي المحفلة سميت مصراة لأن اللبن صري في ضرعها أياما حتى اجتمع وكثر ومعنى صرى حبس وجمع ولم يحلب حتى عظم ضرعها ليظن المشتري إن ذلك لبن ليلة ونحوها فيغتر بما يرى من عظم ضرعها

الاستذكار ج:6 ص:531

وقيل للمصراة محفلة لأن اللبن اجتمع في ضرعها فصارت حافلة والحافل الكثيرة اللبن العظيمة الضرع ومنه قيل مجلس حافل إذا كثر فيه القوم

أخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أبو يحيى بن أبي مسرة قال حدثني المقرئ قال حدثني المسعودي عن جابر عن أبي الضحى عن مسروق قال قال عبد الله بن مسعود واشهد على الصادق المصدوق أبي القاسم ﷺ أنه قال ((بيع المحفلات خلابة ولا تحل خلابة المسلم)) قال أبو عمر من روى لا تصروا الإبل ولا الغنم فقد اخطأ ولو كانت تصروا لكانت مصرورة وهذا لا يجوز عنده

وأما قوله ﷺ ((لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر)) فقد اختلف الفقهاء في القول بهذا الحديث فمنهم من قال به واستعمله ومنهم من رده ولم يستعمله وممن قال به مالك بن أنس وهو المشهور عنه وهو تحصيل مذهبه

وبه قال الشافعي وأصحابه والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ذكر أسد وسحنون عن بن القاسم أنهما قالا له أيأخذ مالك بهذا الحديث فقال قلت لمالك أتأخذ بهذا الحديث
قال نعم
قال مالك أو في الأخذ بهذا الحديث رأي وقال بن القاسم وأنا آخذ به لأن مالكا قال لي أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم
قال وأهل مصر عيشهم الحنطة قال أبو عمر رد أبو حنيفة وأصحابه هذا الحديث وادعوا أنه منسوخ وأنه كان قبل تحريم الربا وأتوا بأشياء لا يصح لها معنى غير مجرد الدعوى وقد روى أشهب عن مالك نحو ذلك

الاستذكار ج:6 ص:532

ذكر القعنبي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله ﷺ ((من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر))
وقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطإ عليه وإن لم يكن ذلك أنه له اللبن بما أعلف وضمن قيل له نراك تضعف الحديث قال كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته قال أبو عمر هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه إلا ثقة ولكنه عند اختلاف من رواية الحديث عند أهل العلم بالحديث صحيح ثابت وهو أصل في النهي عن الغش والدلسة بالعيوب وأصل أيضا في الرد بالعيب لمن وجد فيما يشتريه من السلع
وفيه دليل على أن بيع المعيب بيع يقع صحيحا بدليل التخيير فيه لأنه إن رضي المبتاع بالعيب

جاز ذلك ولو كان بيع المعيب فاسدا أو حراما لم يصح الرضا به
وهذا أصل مجتمع عليه وأما سائر ما في حديث المصراة فمختلف فيه
أما أهل الحجاز منهم مالك في المشهور من مذهبه والشافعي وأصحابهما والليث وبن أبي ليلى وأكثر أهل الحديث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم فقد استعملوه على وجهه وعمومه وظاهره وقالوا إذا بان له أي مشتري المصراة - إذا بان أنها مصراة محفلة ردها في الثلاث أو عند انقضائها ورد معها صاعا من تمر اتباعا للحديث حدثني سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثني إسماعيل بن إسحاق قال حدثني إبراهيم بن حمزة قال حدثني عبد العزيز بن محمد عن عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله قال ((إيما رجل اشترى محفلة فله أن يمسكها ثلاثا فإن أحبها أمسكها وإن أسخطها ردها وصاعا من تمر))
هكذا رواه محمد بن سيرين ومحمد بن زياد عن أبي هريرة أن رسول الله جعل بيع المصراة بالخيار ثلاثة أيام
وقد قدمنا في باب الخيار قول من جعل الخيار ثلاثة أيام في كل شيء ولم يره أكثر من ثلاثة لهذا الخبر
قال مالك من اشترى مصراة فاحتلبها ثلاثا فإن رضيها أمسكها وإن

الاستذكار ج:6 ص:533

سخطها لاختلاف لبنها ردها ورد معها صاعا من قوت ذلك البلد تمرا كان أو برا أو غير ذلك وبه قال الطبري
وقال عيسى بن دينار إن علم مشتري المصراة

أنها مصراة بإقرار البائع فردها قبل أن يحلبها لم يكن عليه غرم لأنه لم يحلب اللبن الذي من أجله يلزم غرم الصاع
قال أبو عمر هذا ما لا خلاف فيه فقف عليه قال عيسى ولو حلبها مرة ثم حلبها ثانية فنقص لبنها ردها ورد معها صاعا من تمر لحلبته الأولى ولو جاء باللبن بعينه كما حلبه لم يقبل منه ولزمه غرم الصاع لأن الصاع قد وجب عليه فليس له أن يعطيه فيه لبنا لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى
وقال الشافعي في المصراة يردها ويرد معها صاعا من تمر لا يرد غير التمر إن كان موجودا وهو قول بن أبي ليلى والليث بن سعد وبه قال أحمد وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وداود ويحيى على أصولهم أن التمر إذا عدم وجب رد قيمته لا قيمة اللبن
وقد روي عن بن أبي ليلى وأبي يوسف أنهما قالا لا يعطي مع الشاة المصراة إذا ردها قيمة اللبن ومن حجة من قال إنه لا يرد إلا التمر ما حدثناه عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد قال حدثني بن حمدان قال حدثني عبد الله بن أحمد بن حنبل قال حدثني أبي قال حدثني يزيد قال حدثني هشام عن محمد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ (قال) ((من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها صاعا من تمر لا سمراء))
وحدثني عبد الله بن محمد قال حدثني محمد بن بكر قال حدثني أبو داود قال حدثني موسى بن إسماعيل قال حدثني حماد عن أيوب وهشام وحبيب عن محمد عن بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال ((من

اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء ردها وصاعا من طعام لا سمراء)) وقال بعضهم ((وصاعا من تمر لا سمراء)) والسمراء عندهم البر يقول تمر لا بر قال أبو عمر قوله في هذا الحديث ((فهو بالخيار ثلاثة أيام)) دليل على أن مبتاع المصراة إذا حلبها مرة وثانية بعد لبن التصرية ليتبين أنها كانت مصراة لم يكن في حلبته الثالثة دليل على رضاه به إذا قام طالبا لردها بما قام له من تصريتها فلو حلبها بعد الثالثة كان منه رضى بها ولم يكن له ردها وقد قيل إن الحلبة الثالثة رضا منه بها وكل ذلك لأصحاب مالك والاصح الأول قال أبو عمر المعنى - والله أعلم - في هذا الحديث أن المصراة لما كان لبنها مغيبا لا يوقف على مبلغه لاختلاط لبن التصرية بغيره مما يحدث في ملك المشتري من يومه وجهل مقداره وأمكن التداعي في قيمة قطع النبي ﷺ الخصومة في ذلك بما حده فيه من الصاع المذكور كما فعل ﷺ في دية الجنين قطع فيه بالغرة حسما لتداعي الموت فيه والحياة لأن الجنين لما أمكن أن يكون حيا في حين ضرب بطن أمه فتكون فيه الدية كاملة وأمكن أن يكون ميتا فلا يكون فيه شيء قطع رسول الله ﷺ التنازع فيه والخصام بأن جعل فيه غرة عبد أو أمة لأنه لا يوقف على صحته في بطن أمه إذا رمته ميتا وفي اتفاق العلماء على القول بحديث الجنين في دية الجنين دليل على لزوم القول بحديث المصراة اتباعا للسنة وتسليما لها وبالله التوفيق وقالت طائفة منهم أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز القول بحديث المصراة وادعوا أنه منسوخ

بالحديث الوارد في أن الخراج بالضمان والغلة بالضمان

قالوا ومعلوم أن اللبن المحلوب في المرة الأولى - وهو لبن التصرية وقد خالطه جزء من اللبن الحادث في ملك المبتاع وكذلك المرة الثانية وكذلك لو حلبها ثالثة مثل ذلك غلة طارئة في ملك المشتري فكيف يرد له شيئا

قالوا والأصول المجتمع عليها في المستهلكات أنها لا تضمن إلا بالمثل أو بالقيمة من الذهب والورق فكيف يجوز القول في ضمان لبن التصرية الذي حلبه المشتري في أول حلبة وهو ملك البائع في حين البيع لم يضمن بصاع من تمر

الاستذكار ج:6 ص:535

فات عند المشتري أو لم يفت وهو مما قد وقعت عليه الصفقة كما وقعت على المصراة نفسها

وقالوا وهذا كله يبين أن الحديث في المصراة منسوخ كما نسخت العقوبات في غرامة مثلي الشيء وذلك قوله ﷺ في حريسة الجبل التي لا قطع فيها غرامة مثليها وجلدات نكال نسخة قول الله عز وجل فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم البقرة 194

وكذلك قوله وصاعا من تمر منسوخ أيضا بتحريم الربا لأن رسول الله ﷺ جعل الطعام بالطعام ربا إلا هاء وهاء وجعل فيمن استهلك طعاما طعاما مثله قال فإن فات فقيمته ذهبا أو ورقا

قالوا وهذا كله يدل على أن حديث المصراة منسوخ

قال أبو عمر حديث المصراة حديث صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث ومعناه صحيح في أصول السنة وذلك أن لبن التصرية لما اختلط باللبن الطارئ في ملك المشتري لم يتهيأ تقدير ما للبائع من ذلك فيكون على المشتري قيمته لأن

تقويم ما لا يعرف غير ممكن ولما كان لكل واحد منهما شيء من اللبن وكانا جميعا عاجزين عن تحديده حكم النبي ﷺ للبائع بصاع من تمر لأن ذلك كان الغالب في قوتهم يومئذ وفي الأصول ما يشهد لذلك مثل حكمه في الجنين وفي الأصابع والأسنان جعل الصغير منها كالكبير وكذلك الموضحة حكم في صغيرها وكبيرها بحكم واحد لأنه لا يوقف على صحة تفضيل بعضها على بعض في الجمال والمنفعة

وروى الشافعي ومطرف بن عبد الله المزني وعبد الأعلى بن حماد المزني وغيرهم قالوا حدثنا مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم ظهر منه على عيب فخاصم فيه إلى رسول الله ﷺ فقضى له برده فقال البائع يا رسول الله إنه قد أخذ خراجه فقال رسول الله ﷺ ((الخراج بالضمان

الاستذكار ج:6 ص:536

هذا لفظ الشافعي وقال المزني فقال الرجل إنه قد استغله يا رسول الله فقال رسول الله ﷺ ((الغلة بالضمان))

وحدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا أبو بكر بن حماد قال حدثنا مسدد قال حدثنا يحيى عن بن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف بن إيماء عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ قال ((الخراج بالضمان))

قال أبو عمر لم يختلف العلماء أن المصراة إذا ردها مشتريها بعيب التصرية أو بعيب غير التصرية لم يرد اللبن الحادث في ملكه لانه غلة طرأت في

ملكه وكان ضامنا لأصلها ولما جعل رسول الله ﷺ في لبن التصرية التي وقعت عليه الصفقة مع الشاة أو الناقة صاعا من تمر علم أن ذلك عبادة ليس بقيمة

ولما كان لبن الشاة يختلف وكذلك لبن البقرة والنافة ولم يجعل رسول الله ﷺ في لبن المصراة كيف كانت إلا الصاع المذكور علم أن ذلك عبادة لما وصفنا من قطع شعب الخصومة أو كما شاء الله

وإذا كان ذلك كذلك فينبغي ألا يجب في لبن شاة غرة أو بقرات غرة أو نوق غرة إلا الصاع عبادة وتسليما فيكون ذلك خارجا عن سائر البيوع والله أعلم

ويشهد لما وصفنا قوله ﷺ ((لا تصروا الإبل ولا الغنم فمن اشترى مصراة - يعني من الإبل والغنم ورواية من روى عن النبي ﷺ في حديث أبي هريرة من اشترى غنما مصراة ورواية من روى شاة مصراة ذكره البخاري وأبو داود فهو بالخيار ثلاثا فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر)) فلم يجعل في الغنم المصراة إلا ما جعل في الشاة المصراة ولم يخص المصراة من الغنم ولا البقر ولا الإبل مع علمه بأن ذلك يختلف ويتباين وبالله التوفيق

1 (46 - باب جامع البيوع)

1315 - مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلا ذكر

لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله ﷺ ((إذا بايعت فقل لا خلابة)) قال فكان الرجل إذا بايع يقول لا خلابة
قال أبو عمر يقال إن الرجل المذكور في هذا الحديث هو منقذ بن عمرو الأنصاري المازني جد واسع بن حبان وذلك محفوظ في حديث بن عيينة عن محمد بن إسحاق عن نافع عن بن عمر أن منقذا سفع في رأسه مأمومة في الجاهلية فخبلت لسانة فكان يخدع في البيع فقال رسول الله ﷺ ((بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثا من بيعك))
قال أبو عمر فسمعته يقول إذا بايع لا خلابة لا خلابة
وعن بن إسحاق في حديث منقذ هذا إسناد آخر رواه عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان أن جده منقذا كان قد أتى عليه مائة وثلاثون سنة فكان إذا باع غبن فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال ((إذا بعت فقل لا خلابة فأنت بالخيار))
وقد ذكرنا في التمهيد الإسنادين عن بن إسحاق في هذا الحديث
وقد قيل إن حبان بن منقذ هو الذي كان يخدع في البيوع وفيه جاء الحديث والأول أصح وأثبت فيه أنه منقذ أبوه إن شاء الله تعالى
واختلف العلماء في معنى هذا الحديث فقال منهم قائلون هو خصوص في ذلك الرجل وحده وجعل له رسول الله ﷺ الخيار في البيوع ثلاثة أيام في كل سلعة اشتراها شرط الخيار أو لم يشترطه لما كان فيه من الحرص على الشراء والبيع مع ضعف كان فيه يقولون في عقله

ولسانه وكان يخدع كثيرا فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثا فيما باع أو ابتاع فإن رأى أنه خدع كان له الرد وإن لم يجد عيبا إلا الغبن وحده خصه رسول الله ﷺ بذلك
وقيل إنما جعل له أن يشترط لنفسه الخيار ثلاثا مع قوله لا خلابة لا خلابة كأنه يقول لمن بايعه إذا بان لي في الثلاثة الأيام أني خدعت فلي الرد إن شئت أو الإمساك وإن لم أجد عيبا كسائر مشترطي الخيار

الاستذكار ج:6 ص:538

وعلى هذا القول يكون هذا الحديث مستعملا معناه في كل من اشترى وباع إذا اشترط الخيار ثلاثا وظهر إليه فيها أنه غبن وخدع
وقد مضى ما للعلماء في اشتراط الخيار ومدته فيما مضى من كتابنا فلا وجه لإعادته
واتفق أهل العلم - فيما علمت - أن الوكيل والمأمون ببيع شيء أو شرائه إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله أن فعله ذلك باطل مردود
وكذلك فعل الوصي في مال يتيمه إذا فعل في البيع له أو الشراء ما لا يتغابن الناس بمثله لأن ذلك إفساد لمال غيره واستهلاك كما لو وهب مال غيره أو تصدق به بغير إذنه
وكان أبو بكر الأبهري وأصحابه يذهبون إلى أن ما لا يتغابن الناس بمثله هو الثلث فما فوقه من ثمن السلعة أو قيمتها وما كان دون ذلك لم يرد فيه البيع إذا لم يقصد إليه ويمضى فيه اجتهاد الوصي والوكيل ومن جرى مجراهما
وأما من لم يشترط في بيعه وشرائه أنه إن غبن غبنا بينا فيما باع أو ابتاع فهو بالخيار ثلاثا وهو مالك لنفسه جائز الأمر في ماله فقال بن القاسم في سماع عيسى منه في كتاب الرهون ((من

المستخرجة)) باب سماع بن القاسم عن مالك قال مالك ولو باع رجل من غير أهل السفه جارية بخمسين دينارا قيمتها ألف دينار أو باعها بألف دينار وقيمتها خمسون دينارا جاز ذلك له قال أبو عمر لا أعلم خلافا في بيع المالك لنفسه الجائز الأمر في ماله ما لم يكن مستسئلا مستنصحا للذي عامله أنه حلال له أن يبيع بيعا بأكثر ما يساوي أضعافا إذا لم يدلس له بعيب إلا أن يبيع منه أو يشتري عينا من السلع قد جهلها مبتاعها أو باعها منه على أنها غير تلك العين كرجل باع قصديرا أو اشتراه على أنه فضة أو رخاما أو نحوه على أنه ياقوت أو ما أشبهة من نحو ذلك فإن هذا لا يحل ولا يجوز عند أهل العلم وللمشتري ذلك رده ولبائعه الرجوع فيه إذا باع لؤلؤا على أنه عظم أو فضة على أنه قصدير أو نحو ذلك وأما أثمان السلع في الرخص والغلاء وارتفاع الأسعار وانخفاضها فجائز التغابن في ذلك كله إذا كان كل واحد من المتبايعين مالكا لأمره وكان ذلك عن تراض منهما

الاستذكار ج:6 ص:539

قال الله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالبطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم النساء 29 وكل بيع كان عن تراض من المتبايعين لم ينه الله عز وجل عنه ولا رسوله ولا اتفق العلماء عليه فجائز وظاهر هذه الآية وظاهر قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربو البقرة 275

ودليل ذلك من السنة نهيه ﷺ عن أن يبيع حاضر لباد وقوله ((دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض))

وقوله ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في الفرس الذي جعله في سبيل الله ثم وجده يباع

في السوق ((لا يشتره وإن أعطاكه بدرهم)) وقال في الأمة إذا زنت في الثالثة أو في الرابعة ((بيعوها ولو بضفير)) - يعني - حبل الشعر ولا خلاف عن مالك وأصحابه أن المقاسمة إذا وقعت على المرضاة بغير تقويم فلا خيار في الغبن لها كثر أو قل وكذلك المعاوضة والبيع وأما الغبن والخلابة فحرام وكذلك خديعة المستسئل المستنصح حرام وهو في معنى حديث بن عمر في قصة منقذ وقوله ((لا خلابة)) كأن يقول انصح لي ولا تخدعني فإن فعلت فأنا بالخيار إذا بان ذلك لي وقد احتج بحديث بن عمر هذا من لم ير الحجر على السفيه المتلف لماله وسيأتي القول في ذلك في موضعه من هذا الكتاب إن شاء الله عز وجل وروى سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس أن رجلا كان في عقدته ضعف وكان يبايع وأن أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا يا رسول الله احجر عليه فدعاه نبي الله ﷺ فنهاه فقال يا رسول الله إني لا أصبر على البيع فقال ((إذا بايعت فقل لا خلابة))

1352 - مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول إذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها وإذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فأقلل المقام بها

الاستذكار ج:6 ص:540

قال أبو عمر هذا يدل على أنه لا ينبغي المقام بأرض يظهر منها المنكر ظهورا لا يطاق تغييره وأن المقام بالموضع الذي يظهر فيه الحق والعدل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الأغلب محمود مرغوب فيه إذا وجد وأما بخس المكيال والميزان فمن الحرام البين

والمنكر
قال الله عز وجل ولا تبخسوا الناس أشياءهم الأعراف 58 وقال ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون المطففين 1 - 3
قال قتادة في تأويل هذه الآية بن آدم آوف كما تحب أن يوفى لك واعدل كما تحب أن يعدل عليك
وقال بن عباس يا معشر الموالى إنكم قد وليتم أمرين بهما هلك الناس قبلكم هذا المكيال وهذا الميزان
ومر بن عمر برجل يكيل كيلا يعتدي فيه فقال له ويلك ما هذا فقال أمر الله تعالى بالوفاء فقال بن عمر ونهى عن العدوان
وقال الفضيل بن عياض بخس المكيال والميزان سواد الوجه غدا في القيامة
حدثني عبد الوارث بن سفيان وأحمد بن قاسم قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني الحارث بن أبي أسامة قال حدثني أبو نعيم قال حدثني سفيان عن عبد الله بن حبان بن خثعم عن إسماعيل بن عبيد بن رفاعة عن أبيه عن جده قال خرج رسول الله ﷺ إلى البقيع فقال ((يا معشر التجار إن التجار يحشرون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق))
وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني محمد بن الجهم السمري قال حدثني عبد الوهاب قال أخبرنا هشام الدستوائي عن أبي راشد أنه سمع عبد الرحمن بن سهل يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول ((التجار هم الفجار)) قالوا يا رسول الله أليس قد أحل الله البيع وحرم الربا قال ((بلى ولكنهم يحلفون فيأثمون ويحزنون ويكذبون))

وحدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني مطلب بن شعيب قال

الاستذكار ج:6 ص:541

حدثني عبد الله بن صالح ق ال حدثني الليث قال حدثني يونس عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ((الحلف منفقة للسلعة ممحقة للبركة))
وروى العلاء بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ((اليمين الكاذبة ممحقة للبركة منفقة للسلعة))
رواه عن العلاء جماعة من أئمة أهل الحديث
حدثني عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني موسى بن إسماعيل قال حدثني أبان بن يزيد قال حدثني عاصم عن أبي وائل عن قيس عن أبي غرزة عن النبي ﷺقال ((يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران بيعكم فشوبوه بالصدقة))
حدثني عبد الوارث قال حدثني قاسم قال حدثني أحمد بن زهير قال حدثني موسى بن إسماعيل قال حدثني عبد الواحد بن زياد قال حدثني الأعمش عن شقيق عن قيس عن أبي غرزة قال خرج علينا النبي ﷺفقال ((يا معشر التجار إن البيع يحضره الحلف واللغو فشوبوه بالصدقة))
1353 - مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع محمد بن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا إن باع سمحا إن ابتاع سمحا إن قضى سمحا إن اقتضى
وهذا اللفظ قد روي مرفوعا إلى النبي ﷺمن طرق صالح قد ذكد ذكرناه في ((التمهيد))
وليس فيه ما يحتاج إلى تفسير

وحديث حذيفة من هذا المعنى حديث حسن جدا صحيح ثابت روي من وجوه منها ما رواه منصور بن المعتمر عن ربيع بن خداش عن حذيفة عن

النبي قال ((وتلقت الملائكة لروح رجل ممن كان قبلكم فقالوا له هل عملت من الخير شيئا فقال ما أذكر أني عملت من الخير شيئا قط فقيل له اذكر فقال ما أذكر إلا أني كنت رجلا أداين الناس فكنت آمر فتياني أن ينظروا المعسر ويتجاوزوا عن المعسر فقال الله عز وجل ((تجاوزوا عنه فإنه أحق بالتجاوز))
قال مالك في الرجل يشتري الإبل أو الغنم أو البر أو الرقيق أو شيئا من العروض جزافا إنه لا يكون الجزاف في شيء مما يعد عدا
قال أبو عمر إنما كره الجزاف في المعدودات لانه عنده من الغرر المقصود إليه كالعبيد والدواب وسائر الحيوان
وعلى هذا جمهور العلماء في العبيد والدواب والأنعام والثياب وما أشبه ذلك أنه لا يجوز في شيء منه الجزاف لأنه غرر بين إذا ترك عده وقد أمكن تأوله وتقليبه والنظر إليه فإن لم يكن ذلك فيه كان من الملامسة وكان أشد فسادا
وقد قالت طائفة من أهل العلم ما لا يجوز فيه السلم لم يجز فيه الجزاف لأنه غرر بين
وقد اتفق مالك والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابهم على جواز السلم في الحيوان والبيض عدا وصغير ذلك وكبيره سواء
وروى الحسن بن زياد عن زفر قال لا يجوز السلم في الجوز والبيض
وقال الثوري الرمان والبيض لا يجوز السلم فيهما لأنه لا يضبط واحد منهما نصف فإن ضبط بكيل أو

وزن جـــــــــــاز فيـــــــــــه الســـــــــــلم
وقال الشافعي لا يجوز السلم في الجـوز ولا فـي البيض ولا في الرمـان الا أن يضـبط بكيـل أو وزن
وقال مالك يجـوز السـلم فـي السـمك الطـري إذا سمى جنسا من الحيتان ويشترط الطول أو يكـون وزنـــا
وقـال الشـافعي يجـوز السـلم فـي السـمك وزنـا ويصـــــــــف صـــــــــغيرا أو كـــــــــبيرا
واختلف عن أبـي حنيفـة فالأشـهر عنـه أنـه يجـوز السلم في السمك الطري والمالح وزنا معلوما

وروى أصحاب ((الإملاء)) عن أبـي يوسـف عـن أبـي حنيفـة أنـه لا خيـر فـي السـلم فـي السـمك الطـــــــــــــــــري ولا المالـــــــــــــــــح
وقال أبو يوسف يجوز فـي المالـح والصـغار الـتي تكـــال
واختلف عن أصحاب مالك في بيع العدد والجــزاف صـــــــــــــــــفقة واحـــــــــــــــــدة
فروى أصبغ عن بن القاسم أنه لا يباع مع الجـزاف شـيء مـن الأشـياء لا كيـل ولا وزن ولا عـرض ولا غيـــره
وقـــــال أصـــــبغ وأجـــــازه لنـــــا أشـــــهب
وذكـر بـن حـبيب أن بـن القاسـم كـان يجيـز ذلـك
قال بن حبيب لا يجوز أن يباع مع الجـزاف عـدد ولا غيره كما لا يجوز أن يبـاع مـع الجـزاف شـيء مـن الكيــــــــــــــــــــل والــــــــــــــــــوزن
قال أبو عمر سائر العلماء يجيزون بيع كل ما ينظر إليه المتبايعان ويتفقون على مبلغه جزافا كان أو عـددا ولا يضـر الجـزاف الجـائز بيعـه عنـدهم أن ينضاف إليه ما يجـوز بيعـه أيضـا مـن غيـره وبـالله التوفيـــق
قال مالك في الرجل يعطي الرجل السلعة يبيعهـا له وقد قومها صاحبها قيمة فقـال إن بعتهـا بهـذا

الثمن الذي أمرتك به فلك دينار أو شيء يسميه له يتراضيان عليه وإن لم تبعها فليس لك شيء إنه لا بأس بذلك إذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما إذا باع أخذه وإن لم يبع فلا شيء له قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل إن قدرت على غلامي الآبق أو جئت بجملي الشارد فلك كذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الإجارة ولو كان من باب الإجارة لم يصلح قال أبو عمر الأصل في جواز الجعل قول الله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير يوسف 72 وما أجمع عليه الجمهور من جواز الجعل في الإتيان بالآباق والضوال وكذلك إذا قال له إن بعت لي سلعتي هذه بكذا فلك كذا أو إلا فلا شيء لك لأن عمله ونصبه وتعبه في طلب ذلك الثمن في سلعة كنصبه في طلب

الاستذكار ج:6 ص:544

الآبق والضالة فإن وجده حصل على ما جعل له وإلا فلا
قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا في كل دينار لشيء يسميه فإن ذلك لا يصلح لانه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذي سمى له فهذا غرر لا يدري كم جعل له
قال أبو عمر هذا كما قال مالك عند جمهور العلماء لأنه إذا قال له لك من كل دينار درهم أو نحو هذا ولا يدري كم مبلغ الدنانير من ثمن تلك السلعة فتلك أجرة مجهولة وجعل مجهول ومن جعل الإجارة بيعا من البيوع واعتل بأنها بيع منافع لم يجز فيها البدل المجهول كما لا يجيزه الجميع في بيوع الأعيان وهذا هو قول جمهور الفقهاء منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز

المجهولات في الإجارات من البدل فأجازوا أن يعطي الرجل حماره لمن يستقي عليه الماء وينتقل ويعمل بنصف ما يهيىء الله له من الرزق وسعيه على ظهره
وكذلك الحمام يعطيه لمن ينظر له فيه بجزء مما يحصل بيديه في كل يوم قياسا منه كل ذلك على القراض
وكذلك الأرض يجيزون إجارتها ببعض ما يخرج منها
وكذلك لفظ الزيتون بجزء مما يجمع منه في يومه وما أشبه هذا كله مما يطول ذكره
واعتلوا بالقراض والمساقاة وبأن الله عز وجل أباح إجارة المرضع على علم بأن لبن الظئر وما يأخذ منه الصبي في اليوم والليلة مع اختلاف أحوال الصبيان في الرضاع واختلاف ألبان النساء كل ذلك اختلاف متباين وقد ورد القرآن بجواز ذلك

والكلام في هذا الباب بين المختلفين يطول وفيما جئنا به منه كفاية إن شاء الله عز وجل
1354 - مالك عن بن شهاب أنه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك

الاستذكار ج:6 ص:545

قال أبو عمر هذا موضع اختلف فيه الخلف والسلف فيمن أجاز ذلك
فقال مالك قد ملك المكتري بالعقد منافع الأصل الذي اكترى فله التصرف فيه كيف شاء ويملك المكتري ثمن ما يقبض من ذلك ويتصرف فيه تصرف المالك بلا اختلاف في ذلك
فكذلك المكتري والمستأجر لما يستأجره يتصرف فيه ويكريه بما شاء من زيادة أو نقصان
قال الشافعي الإجارات صنف من البيوع يملك كل واحد منهما ما يجب له بالإجارة من غير منفعة في

الدار والعبد والدابة إلى المدة التي اشترط ويكون أحق بها من ملك أصلها فهي كالعين المبيعة المقبوضة إذا قبض الأصل الذي تطرأ منه المنفعة ولو كان حكمها خالف العين كانت في حكم الدين فلم يجز أن يكترى بالدين لانه كان يكون حينئذ بدين وقد نهى رسول الله ﷺ عن الدين بالدين قال أبو عمر وأما من كره أن يستأجر الرجل الدار أو الدابة ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به فإنه جعل ذلك من باب ربح ما لم يضمن لأن ضمان الأصل من المؤاجر صاحب الأصل لا من المستأجر قال أبو حنيفة وأصحابه من استأجر دارا أو دابة فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها وليس له بعد قبضه إياها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به فإن فعل ذلك كانت الأجرة له وأمر أن يتصدق بفضلها عما استأجرها به

وذكر عبد الرزاق قال سمعت الثوري يقول لمعمر ما كان بن سيرين يقول في رجل اكترى شيئا ثم ربح فيه فقال معمر أخبرني أيوب أنه سمع بن سيرين يسأل عن ذلك فقال كان إخواننا من الكوفيين يكرهونه

قال وأخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثير عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن وسالم بن عبد الله وعروة بن الزبير قال كرهه منهم أثنان ورخص فيه اثنان قلت من قال لا أدري

قال عبد الرزاق وسألت الثوري عنه فقال أخبرني عبيدة عن إبراهيم وحصين عن الشعبي ورجل عن مجاهد أنهم كانوا يكرهونه إلا أن يحدث فيه عملا قال أبو عمر مثل أن يبني في الدار أو الحانوت ما يزيده من أجرتها أو بحد القدوم أو بصقل السيف أو يصلح الإكاف أو نحو ذلك فيجوز له ما أراد به من الكراء فيه

وهو قول أبي جعفر محمد بن علي وغيره وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن بن طاوس عن أبيه أنه سئل عن الرجل يستأجر الشيء فيؤاجره بأكثر فقال لا بأس به قال وأخبرني بن التيمي عن أبيه عن الحسن قال لا بأس به وكرهه بن سيرين وإبراهيم وشريح وحماد قال أبو عمر القول عندنا قول من أجازه قال بن شهاب العلة التي وصفنا وبالله التوفيق تم كتاب البيوع بحمد الله وعونه