

الجامع لمسائل المدونين والمختلطين

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه أبي بكر بن عبد الله

ابن يونس الصقلي

المتوفى ٤٥١ هـ

وإتماماً للقائمة

الحقناً بأثر الكتاب "كتاب الفرائض" للمؤلف رحمه الله

اعتنى به

أبو الفضل الدميني طي "أحمد بن علي" عفا الله عنه

تقديم

الشيخ العلامة الأستاذ الدكتور

أحمد بن منصور آل سبألك حفظه الله

المجلد الثالث

يحتوي على الكتب التالية:

الصيد - الذبائح - الضحايا - الجهاد -

الأيمان والندور - العتق - المدبر - المكاتب الأول



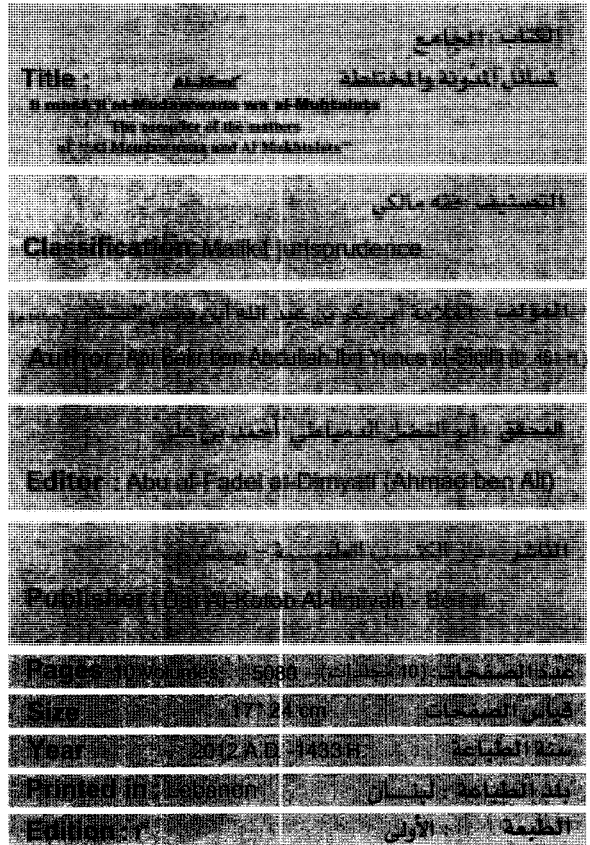
دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutob Al-Ilmiyah

DKI

أسستها من بحوث بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

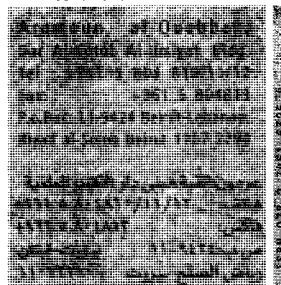
الْجَامِعُ
لِمَسَائِلِ الْمَدَوْنَةِ وَالْمُخْتَلَطَةِ



Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah**
Beirut-Lebanon No part of this publication may be
translated, reproduced, distributed in any form or by any
means, or stored in a data base or retrieval system, without
the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah**
Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction
même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation
préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à
des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضيق الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلّى الله على سيدنا محمد وآله
[كتاب إباحة الصيد] ^(١)

في إباحة الصيد ، وذكر الصيد للهو ،

وتعليم الجوارح وإرسالها ، وذكر التسمية عندها

قال الله سبحانه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ لِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَخَافُهُ بِالْغَيْبِ ﴾ ^(٢) ، فالذى تناله اليد كصغار الصيد وفراخها فى وكورها ، والذى تناله رماحنا الكبير الممتنع بنفسه .

وقال تعالى : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ ^(٣) ، وقال : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(٤) فتكليبها : تعليمها الاصطياد ، ودخل مدخل [الكلب] ^(٥) فى الاصطياد غيرها من السباع المعلمة ، وسباع الطير بدخولها فى اسم الجوارح ، والجوارح : الكواشب ؛ لقول الله : ﴿ وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ ﴾ ^(٦) أى : ما كسبتم .

وقال تعالى : ﴿ أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ ﴾ ^(٧) يريد : اكتسبوها ، فجعل سبحانه إمساكهن ذكاة حين الفصل إلى الزكاة ، وكذلك السهام .

فصل

قال ابن حبيب : وروى أنس أن [النبى ﷺ] ^(٨) [ق ٥٣ / ١٢] قال : « من تبدا جفا ، ومن لزم الصيد لها ، ومن لزم السلطان فتن » ^(٩) ، وفى حديث آخر : « من

(١) سقط من أ .

(٢) سورة المائدة (٩٤) .

(٣) سورة المائدة (٢) .

(٤) سورة المائدة (٤) .

(٥) فى ب : الكلاب .

(٦) سورة الأنعام (٦٠) .

(٧) سورة الجاثية (٢١) .

(٨) فى ب : عليه السلام .

(٩) أخرجه أبو داود (٢٨٥٩) ، والنسائى (٤٣٠٩) ، والترمذى (٢٢٣٤) ، وأحمد (٣٣٦٢) ،

والطبرانى فى « الكبير » (١١٠٣٠) ، والبيهقى فى « الشعب » (٩٤٠٢) وفى « الكبرى »

(٢٠٠٤٠) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٧٢ / ٤) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

قال الألبانى : صحيح .

لزم [الصيد] ^(١) غفل ^(٢) .

وكره مالك الصيد للهو ونهى عنه ، ورآه سفهًا ولم [يجوز] ^(٣) قصر الصلاة فيه ، [وأجازه] ^(٤) لمن يصطاده لعيشه وعيش أهله .

وقال مطرف وابن الماجشون : واستخف مالك الصيد لأهل البادية .

وقال : هم بمكانه ولا غنى لهم عنه ، ويرى خروج أهل الحواضر سفاهة وخفة .

قال أبو محمد ، ومحمد بن عبد الحكم : يجوز الصيد للهو ؛ لقوله تعالى : ﴿لَيْلُونَكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ ^(٥) فعم .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمه الله : والمعلم من كلب أو باز هو الذى يفقه إذا زُجر انزجر وإذا أرسل أطاق ، وقال : والسَّالِقَةُ وغيرها إذا علمت ، فهى سواء .

قال ابن القاسم : والفهود وجميع السباع إذا علمت ، فهى كالكلاب .

وقال غيرنا : لا يؤكل إلا صيد الكلاب .

وقال غيره : لا يؤكل صيد الكلب البهيم .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ ^(٦) فعم ، وقوله عليه السلام :

« إذا أرسلت كلبك المعلم ، فذكرت اسم الله فكل » ^(٧) ، ولم يفرق بين البهيم وغيره ، وقوله فى حديث عدى : « ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته وذكر اسم الله ، فكل مما أمسك عليك » ^(٨) .

(١) سقط من ب .

(٢) تقدم .

(٣) فى ب : يجوز .

(٤) فى ب : أجازها .

(٥) سورة المائدة (٩٤) .

(٦) سورة المائدة (٤) .

(٧) أخرجه البخارى (٥١٦١) ، ومسلم (١٩٣٠) من حديث أبى ثعلبة الحشنى .

(٨) أخرجه أبو داود (٢٨٥١) ، وأحمد (١٨٢٨٤) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٨٦٦٤)

من حديث عدى بن حاتم رضى الله عنه ، قال البيهقى : ذكر «البازي» فى هذه الرواية لم يأت به الحفاظ ، وقال الألبانى : صحيح ، دون قوله : « أو باز » فإنه منكر .

قلت : أصله عند البخارى (١٧٣) ، ومسلم (١٩٢٩) من حديث عدى رضى الله عنه ،

بدون ذكر هذه اللفظة .

ومن « المدونة » : قلت لابن القاسم : جميع سباع الطير إذا علمت أهي بمنزلة البزاة والعقبان والزمامجة والسذائقات والصقور المعلمة وما أشبهها ، فلا بأس بها عند مالك .

قال ابن حبيب: وتعليم الكلب أن تدعوه فيجيب وتشليه فينشلي ، وتزجره فينزجر، وكذلك الفهود، وأما البزاة والصقور والعقبان، فإنما تعليمها أن تجيب إذا دعيت وتنشلي إذا أرسلت، فأما أن تنزجر إذا زجرت، فليس ذلك فيها ولا يمكن منها وقاله ربيعة وابن الماجشون .

قال أبو محمد : وقال بعض اللغويين : ويقال للزجر : إشلاء ، كما يقال : زجرت التنور ، إذا أوقدته ، ويقال : كف ، ويقال له : زاجر ومزدجر .

قال ابن حبيب : ولا يؤكل صيد النمى إذا قتل فأنفذ المقاتل ؛ لأنه ليس بمعلم ولا يفقه التعليم .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أرسل كلباً غير معلم لم يؤكل ما اصطاده إلا أن يكون معلماً أو يدرك ذكاته فيذكيه .

قال : وإن أرسل كلباً أو بازا معلماً على صيد ، فأعانه عليه كلب أو باز غير معلم لم يؤكل إلا أن يدرك ذكاته فيذكيه .

قال ابن القاسم : وكذلك لو أعانه عليه كلب معلم لم يرسله أحد ؛ لقوله عليه السلام في حديث عدى : « وإن خالط كلبك فقتلن ، ولم يأكلن منه شيئاً ، فلا تأكله ؛ لأنك لا تدري أيا قتله » (١) .

قال [ق ٢ / ٢ ب] أبو محمد عبد الوهاب : وأجاز الشافعي أكل كل ما شورك فيه على كل وجه .

ودليلنا : قوله عليه السلام في حديث عدى : « وإن شارك كلب آخر ، فلا تأكله » (٢) .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون الثانى أرسله أيضاً صاحبه على الصيد بعينه ونواياه

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

جميعاً ، فقتله كلباهما ، فإنه يؤكل ويكون الصيد بينهما ؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر إلا أن يعلم أن الأول أنفذ مقاتله قبل وصول الثاني إليه ، فيكون للأول ؛ لأن الذكاة قد تمت به دون الثاني .

قال ابن المواز : ومن أرسل كلباً على صيد ثم أمده بآخر بعد أن فارقه الأول فقتلاه أو قتله أحدهما فأكله جائز .

قال أصبغ : ما لم يكن إرساله الثاني بعد ما أخذه الأول فشاركه في قتله أو قتله الثاني وحده ، فهذا لا يؤكل . يعنى : ما لم يعنه بعد إنفاد الأول مقاتله ، فهذا يؤكل .

قال أصبغ : ولو أرسل قبل أن يأخذه الأول فهو لمن قتله منهما فإنه يؤكل .

ومن « المدونة » قال مالك : وإن أرسل مسلم كلباً معلماً لمجوسى أكل صيده ، وهو كذبحه بسكين .

قال مالك : وإن أرسل مجوسى كلب مسلم معلّم ، فقتل الصيد لم يؤكل كذبحه بسكين المسلم .

ولو أرسل مسلم أو مجوسى كلباً واحداً لصيد ، فقتله لم يؤكل .

ابن حبيب : وكذا سهامهما إلا أن يوقن أن سهم المسلم قتله دون سهم المجوسى فى بعض مثواه - يريد : أطرفه قال : فإنه يحل ويقسم بينهما .

قال : ولو أخذه حيا قضى للمسلم بذبحه وأخذ نصفه .

قال أبو محمد عن بعض أصحابه : فإن قال المجوسى : إنا لا نأكل من ذبيحة المسلم ، فإنهما يؤمران ببيعه وقسم ثمنه إلا أن يكون بموضع لا ثمن له فيمكن المسلم من ذبحه إن شاء لقوله عليه السلام : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » (١) .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بد من التسمية عند الرمي وعند إرسال الجوارح وعند الذبح لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ ﴾ (٢) ، وقال :

(١) أخرجه الدارقطنى (٢٥٢ / ٣) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١١٣٦٣) ، والرويانى (٧٦٥) من حديث عائذ بن عمرو المزنى رضى الله عنه .

قال الحافظ فى « الفتح » إسناده حسن ، وقال فى « القول المسدد » إسناده قوى ، وقال الألبانى : حسن .

(٢) سورة المائدة (٤) .

كتاب إباحة الصيد/ في إباحة الصيد وذكر الصيد للهو ...
﴿وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(١) ، وقوله ﷺ: « إذا أرسلت كلبك وسميت فكل »^(٢) ؛
ولأن العقر أحد نوعي الذكاة ، فوجب أن يسمى له كالذبح .

قال ابن القاسم: وإن نسي التسمية في ذلك كله أكل وسمى الله .

قال ابن القاسم: وإن ترك التسمية عمداً لم تؤكل كقول مالك في ترك التسمية على الذبيحة ، وقال أشهب : إن ترك التسمية مستخفاً بها ، فلا تؤكل وأما من لا يعلم ما عليه في تركها ، فإنها تؤكل .

والتسمية عند مالك واجبة عند الذكر ، وقول الله عز وجل : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(٣) ، وقوله : ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(٤) ، إنما يعني بهذا على ما ذكره المفسرون أى : كلوا مما ذبح بملئكم ولا تأكلوا مما لم يذبح بملئكم ، ولا يعني بذلك التسمية .

وسبب نزول الآية : أن الكفار كانوا يقولون للمسلمين : ما لكم تأكلون مما ذبحتم ولا تأكلون مما ذبح الله ؟ يعنون : ما ذبح الله : الميتة ، فأنزل الله تعالى : ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(٥) ، ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(٦) ، ألا تراه عز وجل قال : ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَى أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ﴾^(٧) الآية .

فمجادلتهم كانت قولهم : لم تأكلون مما ذبحتم ولا تأكلون مما ذبح الله ؟ والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أمر عبده بالذبح وأمره بالتسمية مرتين أو ثلاثاً ، كل [ق / ٤٥ / ٢ أ] ذلك يقول العبد : قد سميت ، ولم يسمعه السيد ، فلا بأس أن يصدقه ويأكل ما ذبح إلا أن يتركه تنزهاً كما فعل عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة .

(١) سورة المائدة (٤) .

(٢) تقدم .

(٣) سورة الأنعام (١٢١) .

(٤) سورة الأنعام (١١٨) .

(٥) سورة الأنعام (١١٨) .

(٦) سورة الأنعام (١٢١) .

(٧) سورة الأنعام (١٢١) .

قال أشهب : ولا يحتاج إلى التسمية فى صيد الخوت، وروى عن ابن المسيب : إذا [خرجت] ^(١) خالصاً فذكرت اسم الله حين يحتاج كفاه . ويروى نحوه عن ابن عباس .

قال ابن حبيب : يعنى : إذا نسى التسمية .

وظاهر قولهما خلاف ما تأول ابن حبيب ، وأن التسمية تجزئ حين الخروج للصيد خلاف ما قال مالك ، والله أعلم ، فيما توارى عنك من الصيد أو بات أو فرطت فى تذكيتة .

قال مالك - رحمه الله : ومن توارى عنه كلبه والصيد ، ثم وجده ميتاً فيه أثر كلبه أو بازه أو سهمه أكله ، وإن لم يجده إلا آخر [ق / ٢ / ٢ ب] النهار ما لم يبت فيه ، فإن بات فيه ، فلا يأكله ، وإن أنفذت مقاتله الجوارح أو سهمه وهو فيه .

قال ابن القاسم : ولم أر لمالك فيه حجة أكثر من أنها كالسنة عنده .

قال ابن المواز : وأما السهم فلا بأس بأكل ما أنفذ مقاتله وإن بات ، وأما الكلب والبازى ، فلا يأكله إن بات ، وقاله أصبغ ، وكان ابن القاسم وأشهب يريان فى السهم ألا يؤكل إذا بات .

ابن القاسم : وقاله مالك ، وإنما قال ذلك ؛ لحديث ابن عباس وهو قوله : «كل ما أصميت ولا تأكل ما أئميت» والإصماء : ما حضرت موته أو قرب منك ، والإئماء : ما بعد عنك موته .

قال ابن المواز : وهذا حديث مبهم ليس فيه أن السهم أنفذ مقاتله ، ولعله فيما لم ينفذ مقاتله ، وهو بين لا شك فيه .

قال أصبغ : وقد اختلف الناس فى تأويله : فقال بعضهم : هو السهم وإن لم ينفذ مقاتله وبات لا يخاف أن يكون أعان على موته طول الليل ، أو هوام الأرض والوحش ، وأما إذا أصبت سهمك قد أنفذ مقاتله وهو فيه لا شك فى معرفته ، فقد ذكته رميتك ، فلا يضرك ما أعان على موته .

قال أصبغ : وقد أمن عليه مما يخاف الفقهاء أن يكون موته من غير سبب السهم .

قال : ولم نجد لرواية ابن القاسم هذه عن مالك ذكر في كتب السماع ولا رواه أحد من أصحابه ، ولم نشك أن ابن القاسم وهم فيها ، أو عن بلاغ ضعيف .

وقد قال [مالك] ^(١) في السهم إذا أنفذ مقاتله ، كالصيد ثم تردى من جبل أو غرق في نهر : إن أكله حلال ؛ لأن السهم قد أنفذ مقاتله .

قال أصبغ : فكذلك الميت .

قال ابن المواز : وبه أقول وهو الصواب .

[وفي حديث] ^(٢) أن عدى بن حاتم سأل النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إنا نرمي الصيد ، ثم نطلب الأثر بعد ليلة .

فقال : « إذا رأيت سهمك تعلم أنه قتله فكله » ^(٣) .

وذكر لنا أن النبي عليه السلام قال : « ومن رمى صيداً ثم اتبعه حتى وجده من الغد وفيه أثر سهمه يعرفه » فقال له رسول الله ﷺ : « لا تأكله لا تدري أهوام الأرض أعان عليه لو تعلم أن سهمك قتله لأكلته » ^(٤) .

قال ابن المواز : فقد أفتوه على أن لو كان قتله السهم لم يضره الميت ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : يؤكل ما بات إذا وجد قد أنفذت [الجوارح مقاتله] ^(٥) أو السهم إن لم يشك في ذلك . وقاله أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ .

وقال ابن القاسم : لا يؤكل . والأول أحب إلينا ، وما ذكر ابن حبيب عن أشهب خلاف ما ذكر عنه محمد ، والصواب من ذلك ما قاله أصبغ في « كتاب محمد » .

قال سليمان : وقاله سحنون وعليه سماعه من أصحابنا .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وقد حدثت .

(٣) تقدم .

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٨٤٦١) من حديث عائشة رضي الله عنها ، وبسند ضعيف ؛ لضعف عبد الكريم بن أبي المخارق .

(٥) في أ : تقديم وتأخير .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو لم يبت إلا أنه لما توارى عنه الجارح والصيد ، رجع الرجل إلى بيته ثم عاد فأصابه من يومه لم يؤكل إذا ؛ لعله لو كان فى الطلب ولم يفرط أدرك ذكاته قبل فوات نفسه ، أو قبل إنفاذ مقاتله ، فلما رجع إلى بيته ، فقد فرط ، ألا ترى أنه لو أدركه قبل أن ينفذ الكلب مقاتله ، فتركه حتى قتله الكلب لم يؤكل .

قال مالك : وكذلك لو أدركه حيًّا فاشتغل بإخراج سكين من خرجه أو بانتظار من هو معه من عبد أو غيره حتى تقتله الجوارح أو يموت ، وقد اعتزلت الجوارح عنه لم يؤكل ؛ لأنه أدركه حيًّا ، ولو شاء أن يذكيه ذكاه .

ابن المواز : ولو كانت السكين فى خفه .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : أو فى حزامه فبينما يخرجها من الحزام أو الخف مات الصيد فلا بأس بأكله ؛ لأنه حملها فى موضع حمل فيه ، فلم يفرط ، والذى حملها فى الخرج ؛ فقد فرط فافترقا .

ومن « المدونة » قال : ولو أدرك الصيد يضطرب ، وقد أنفذت الجوارح مقاتله فالأحسن عند مالك أن يفرى أوداجه ، فإن لم يفعل وتركه حتى مات أكله ولا شيء عليه .

قال مالك : وإن أدرك الكلب والباز على الصيد ، فأراد أن يذكيه فلم يستطع ، فإن كان قد غلبه عليه ولم يأت التفريط منه حتى فات بنفسه فليأكله ، ولو كان إن شاء أن يعزله عنه عزله وذكاه ، فلم يعزله حتى مات فلا يأكله .

قال ابن المواز : ولو مرّ به غير صاحبه فرآه فى مخلاب الباز أو فى فم الكلب وكان [ق / ٣ / ٢] يقدر على تخليصه فتركه ولم يلحقه صاحبه حتى فات بنفسه فلا يؤكل ، وغير صاحبه فى هذا مثل صاحبه ، وقاله مالك .

ومن « المدونة » قال مالك : فإن كان لا يقدر على خلاصه من الكلب إلا أنه يقدر أن يذكيه تحته فليذكه ، فإن لم يذكه حتى مات ، فلا يأكله .

قال : ولو قدر على خلاصه من الكلب فذكاه وهو فى أفواهاها تنهشه ، فلا يؤكل ؛ إذ لعله من نهشها مات .

قال ابن القاسم : إلا أن يوقن أنه ذكاه ، وهو مجتمع الحياة قبل أن تنفذ مقاتله ،

فلا بأس بأكله ، وبئس ما صنع . كقول مالك فيمن ذبح شاة ثم قطع منها بضعة قبل أن تزهق نفسها : أن البضعة تؤكل ، وبئس ما صنع . فقطع البضعة منها قبل زهوق نفسها ، كترك الكلاب تنهشها بعد ذبحها .

قال : وإن أدركه وقد أنفذ الكلب أو البازي أو السهم مقاتله فقد فرغ من ذكاتها كلها .

قال مالك : وإن أدركه والكلاب تنهشه ولم تنفذ مقاتله وليس معه ما يذكيه به [ق / ٥٥ / ١٢] فتركه حتى مات بقتلها لم يؤكل ، وإن أدركه حيًّا فبادر ليذبحه ولم يفرط حتى فات بنفسه أكل .

في أكل الجوارح المعلمة من الصيد

قال ابن حبيب : في قول الله سبحانه : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) ، يقول : مما صعدن لكم وأدركن ليس [] أن يمسه ، فلا يأكل منه .

قال مالك : وإذا أكل الكلب من الصيد أكثره أو أقله فليأكل بقيته ما لم يبت ، وهو إن أكل من كل ما أخذ فهو معلم . ومن كتاب ابن المواز : قيل لمحمد : فالحديث الذي رواه عن الشعبي : أن عدى بن حاتم سأل رسول الله ﷺ عن الكلب ؟ فقال : « إذا أرسلت كلبك المعلم فاذكروا اسم الله ، فإن أدركته لم يقتل فاذبح واذكر اسم الله ، وإن أدركته وقد قتل ولم يأكل ، فكل فقد أمسك عليك ، وإن وجدته قد أكل منه ، فلا تأكل منه شيئاً ، وإنما أمسك على نفسه » (٢) .

وما روى عن ابن عباس أنه لم يرى أكله ، وقال في ذلك بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٣) ، وهذا إنما أمسك على نفسه .

قال ابن المواز : روى هذا الحديث ، وروى نقيضه ، وروى أن أبا ثعلبة الخشني سأل رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله : إن لى كلاباً معلمة فأفتنى في صيدها .

فقال رسول الله ﷺ : « ما كانت من كلاب معلمة ، فكل ما أمسكت » فقال له : ذكى أو غير ذكى ؟ فقال : « نعم » فقال : وإن أكلت منه شيئاً ؟ فقال رسول الله ﷺ :

(١) سورة المائدة (٤) .

(٢) تقدم .

(٣) سورة المائدة (٤) .

« نعم وإن أكلت » (١) .

قال ابن المواز : فهذان حديثان عن النبي ﷺ صحب أحدهما العمل ، وقال به جماعة من الصحابة والتابعين وغيرهم منهم : على بن أبى طالب وسعد بن أبى وقاص وأبو هريرة وابن عمر وسلمان الخير ، وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة وابن شهاب وعطاء ، ولم يزل العلماء يتبعون الأحاديث ولا يأخذون إلا بالمعروف والمعمول به منها ، فالعمل أثبت من الأحاديث ؛ لأن فيها الناسخ والمنسوخ وفيها ما صح وهو خاص ، وفيه ترغيب وليس يحكم به ، وفيها ما لا يصح ، وإنما تعلق أصحاب ابن عباس والشعبي بحديث عدى بن حاتم .

قال ابن حبيب : وقد روى فى حديث عدى بن حاتم نحو حديث أبى ثعلبة .

قال غيره : وقد اختلف عن عدى فيه ، وقد ذكر عن ابن عباس أنه كان يقول : « إذا أكل الكلب فلا تأكل ، وإذا أكل الصقر فكل » قال : لأنك تصرف الكلب وتطرده وينتهى ، ولا تستطيع أن تصرف الصقر .

فمن أرسل كلبه أو بازه أو سهمه على صيد فأخذ غيره ، أو على جماعة ، فأخذ بعضها :

قال ابن القاسم: ومن أرسل كلبه على جماعة صيد ولم يرد واحداً منها دون الآخر ، فأخذها كلها أو بعضها أكل ما أخذ منها .

وقد قال مالك فيمن أرسل بازه على جماعة من الصيد ونوى ما أخذ منها فأخذ أحدها أو يرمى جماعة من الطير ينويها ، فيصيب واحداً منها فليأكله ، فهذا يدل على أنه إذا أخذها كلها ، فلا بأس بأكلها .

وقال مالك : إذا أصاب برميته اثنين [ق / ٤ / ٢ ب] منها أكلهما .

قال ابن المواز: إذا أرسله على جماعة ينوى ما أخذ منها ، فأخذ اثنين أو واحداً بعد واحد ، فلا يأكل إلا الأول إلا أن يقتلها فى رمية واحدة ، فيصير كقول مالك فى السهم : يأكل كل ما قتل فى رميته إلا أن ينوى فى السهم وغيره واحداً بعينه ، فلا

(١) أخرجه الطبرانى فى « الكبير » (١٢٣٧٠) و « الأوسط » (٥٦٤٧) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما . وضعفه البيهقى ، والعراقى ، وابن حجر ، والالبانى . وقال الهيثمى : فيه عثمان بن عبد الرحمن ، متروك .

يأكل غيره .

وهذا عندى فى معنى كلام مالك فيما قتل الكلب ، أو السهم من الجماعة أنه يؤكل .

ورأى ابن القاسم : أن الكلب والبازى إذا قتل تلك الجماعة أكلت ، كقول مالك فى السهم .

وذلك مفترق ؛ لأنها رمية واحدة فى السهم ، والكلب إذا قتل واحداً احتاج فى قتل الثانى إلى إرسال ثانٍ .

ومن « المدونة » قال مالك : فإن رأى جماعة من الطير فى الهواء بعضها فوق بعض فرمى وهو يريد ما أصاب منها جميعاً فليأكل ما أصاب من الجماعتين جميعاً .

قال ابن المواز : ولو أرسل على طيور وظباء ينوى ما أخذ ذلك ، فما أخذ من طيور أو ظبى ، فهو يؤكل ، وكذلك لو أرسلت على ظبى وأرنب كليّن فأخذ هذا ظبياً وهذا أرنباً ، فإنه يأكل ما أخذ .

ومن « المدونة » قال : وإن أرسل كلباً على جماعة صيد ونوى واحداً منها بعينه ، فأصاب غيره ، أو نوى جماعة فأصاب من جماعة أخرى غيرها ، فلا يأكله إذا كان قد أنفذ مقاتله .

قلت : فإن أرسل كلبه على صيد لا يرى غيره ونوى ما أصاب سواه .

قال : فليأكل ما أصاب من سواه ، وكذلك قال مالك : إذا أرسله على جماعة ونوى إن كان وراءها غيرها ، فهو عليها مرسل ، فليأكل ما أخذ من سواها .

وقال أشهب : لا يأكل إلا ما أرسل عليه إلا ما أدرك ذكاته مما لم يره ، وكذلك عنده إذا أرسله فى غيضة لا يعلم ما فيها ، فلا يؤكل ما أصاب .

قال ابن القاسم : وإن أرسله على جماعة ينويها ولم ينو غيرها لم يأكل ما أصاب من غيرها كان قد رآها أو لم يراها .

قال : فإن رميت صيداً اعتمدته فأصبت غيره أو أصبته ، فأنفذته وأصبت ما فى وراءه لم تأكل إلا الذى اعتمدت إلا أن تنوى ما أصاب من سواه ، فلتأكل كل ما صاد سواه .

في خروج الجارح بإرسال ربه أو بغير إرساله وكيف إن عجز عن الصيد، ثم عاد فأخذه

قال مالك - رحمه الله : وإذا أثار الرجل صيداً ، فأشلى عليه كلبه ، وهو مطلق فانشلا أو صاده من غير أن يرسله من يده ، فليأكل ما صاد ثم رجع مالك فقال : لا يأكل حتى يطلقه من يده مرسلأ له مشلياً . وبالأول أخذ ابن القاسم .

ابن المواز : وكذلك لو رآه الكلب ، ثم لم يخرج إليه إلا بإرسال ربه لأكل .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : قال مالك : ولو ابتدأ الكلب طلبه أو أفلت من يده غلبة ، ثم أشلاه ربه بعد ذلك ، فأخذ الصيد فقتله لم يؤكل إلا أن يدرك [٥٦ / ٢ ب] ذكاته قبل إنفاذ مقاتله ؛ لأن الكلب خرج من غير إرسال ربه ؛ لأن الإرسال شرط في جواز الأكل بدليل قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) ، ولا يكون ممسوكاً علينا إلا بأن نرسله .

وقوله عليه السلام : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل » ^(٢) ، ولأن من شرط الذكاة النية ، لإرسال الكلب كنية الذابح .

قال ابن المواز : وأجاز أصبغ أكل ما بيته في الكلب طلبه إذا أتبعه ربه بالإشلاء والتحريض والتسمية .

قال ابن المواز : ومن رآه كلبه بحد النظر وكان [(٣)] فأرسله على شيء لم يره ، فلا يأكل ما أخذ وذلك كإرساله إياه في الفياض والغيران لا يدرى ما فيها أو عرف بالصيد فيها أو لم يعرف ، قاله مالك .

ومن « العتبية » قال ابن القاسم : قال مالك : فالبازي يضطرب على يد صاحبه على شيء رآه ولم يره صاحبه فيرسله على غير شيء يراه فأخذ صيداً ، لا أحب أكله ، ولعله غير الذى اضطرب عليه إلا أن يوقن أنه الذى اضطرب عليه بعينه مثل أن يراه غيره ولم يره هو ، وإذا اضطربت الكلاب للصيد حتى وقع في حفرة ولا يخرج

(١) سورة المائدة (٤) .

(٢) تقدم .

(٣) طمس بالأصل .

له منها أو انكسرت رجله فتمالأت عليه الكلاب فقتلته فلا يؤكل ؛ لأنه ميتة ، وهذا إذا كان لو تركه للكلاب [ق / ٥ / ٢ ب] قدر ربها على أخذه بيده ، ولو لجأ إلى غار لا منفذ أو إلى غيضة فدخلت الكلاب إليه فقتلته أكل ، ولو لجأ إلى جزيرة أحاط بها بالبحر أو عن طريقه إليها فأطلق عليها كلابه أو تعادته فقتلته ، فأما الجزيرة الصغيرة التي لو اجتهد طالبه لأخذه بيده ، ولا يكون له من الماء نجاة [فلا يؤكل]^(١) أو كانت جزيرة كبيرة تجدد الروغان فيها ؛ لاتساعها حتى يعجز طالبه إلا بسهم أو كلب ، فإنه يؤكل الصيد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أرسل كلبه أو بازه على صيد ، فطلبه ساعة ثم رجع عن الطلب ، ثم عاد فقتله ، فإن كان كالتائب له يمينا أو شمالاً أو عطفاً وهو على طلبه فهو على أول إرساله ، وإن وقف لأكل جيفة أو ليشم كلباً أو سقط البازي على موضع عجز عنه ثم بصر إياه فاصطاده فلا يؤكل إلا بإرسال مؤتلف .

في قطع الجراح أو الصائد عضواً من الصيد أو جزله نصفين

قال مالك : إذا قطع الكلب أو البازي عضواً من الصيد من يد أو رجل أو فخذ أو جناح أو عظم أو غيره فأبانه فليذكيه ، ويأكل بقية دون ما أبان منه ، وإن لم يدركه ذكاته وفات بنفسه من غير تفريط ، فليأكل دون ما أبان منه .

قال ابن المواز : ولو أدركه حياً ففرط في ذكاته حتى فات لم يؤكل منه شيء .

ومن « المدونة » : قال مالك : وكذلك إن ضربت صيداً فبانت ذلك منه أو أبقتة معلقاً بالجلد بقاء لا يعود لهيئته ، فإنه يذكي ويؤكل دون ما تعلق منه أو أبان .

قال : فأما إن كان ما تعلق يعلم أنه يلتحم ويعود لهيئته ، فليؤكل جميعه . قال : فإن ضربته فأبانت رأسه أو ضربت وسطه فجذلته نصفين ، فليؤكل جميعه .

قال مالك : وكذلك لو ضربه فأبان [العجز]^(٢) منه ، فليأكل الشقين جميعاً .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم : كل ما ضرب من الوركين إلى الرأس [فجعله]^(٣) جزلين فليؤكل جميعه ، ولو أبان فخذه ولم تبلغ ضربته إلى

(١) سقط من الأصول والمثبت من « مواهب الجليل » (٣ / ٢١٥) .

(٢) في أ : فخذ .

(٣) في أ : فجزله .

الجوف، فلا يؤكل ما أبان منه، ويؤكل ما بقى .

ابن المواز : قال ربيعة ومالك : من ضرب صيداً فأبان وركبه مع فخذه، فلا يؤكل ما أبان منه وليؤكل باقيه . وليس هذا خلاف ما تقدم .

وإنما معناه : أنه لم يبلغ الجوف ، والله أعلم .

والعلة في جميع ذلك : أن كل ضربة بلغت المقاتل فجزلت، فهو ذكى كله ؛ إذ لا حياة للصيد بعد ذلك أبداً ، وكل ما لم يبلغ المقاتل وأمكن أن يحيا الصيد بعده، فالذى جزل منه ميتة ؛ لأن كل شيء أخذ من الحى مما جرى فيه الدم فهو ميتة ؛ إذ لا يذكى شخص مرتين ، فلذلك لم يؤكل ما جزل منه من يد أو جناح، وبالله التوفيق .

في صيد الصبى والذمى والسكران والمجنون

وخصّ الله تعالى إباحة صيد المؤمنين بقوله تعالى : ﴿ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾^(١) ولم يذكر اليهود ولا النصرارى ، وصبيان كل قوم مثل رجالهم .

قال ابن القاسم: ويؤكل صيد الصبى قبل بلوغه إذا قتلت الكلاب صيده .

وقد قال مالك : ذبيحة الصبى تؤكل إذا طاق الذبح وعرفه وكذلك صيده .

قال مالك : وتؤكل ذبيحة اليهود والنصارى .

قال ابن القاسم: ولا أرى صيدهما مثل ذبائحهما ، وأرى ألا يؤكل صيدهما ؛ لقوله تعالى : ﴿ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾^(٢) .

قال ابن المواز : وأجازه أشهب ، ولا يعجبنا ، وقد كرهه مالك .

قال ابن حبيب : ونحن نكرهه ولا يبلغ به التحريم والقياس أنه كذبائهم .

وأجازه أشهب وابن وهب .

وإنما ذكر الله تعالى : ﴿ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾^(٣) فى ذكره سبحانه لما نهى المحرم عنه من الصيد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وما ذبحه أهل الكتاب لكنائسهم أو لأعيادهم

كتاب إباحة الصيد/ فى صيد البحر وما يحيا منه فى البر...
فقد كرهه مالك من غير تحريم ، وتأول فيه قول الله تعالى : ﴿ أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ (١) .

قال ابن القاسم: وكذلك ما سموا عليه المسيح ، ولا أرى أن يؤكل .

قال مالك : ويؤكل ما صاده المجوسى فى البحر ، ولا يؤكل ما صاده فى البر إلا أن يدرك المسلم ذكاته قبل أن ينفذ المجوسى مقاتله ، وتؤكل كل ذبيحة الغلام أبوه [ق/ ٦ / ٢ ب] نصرانى وأمه مجوسية ؛ لأنه تبع لدين أبيه إلا أن يكون قد تمجس وتركه أبوه على ذلك ، فلا يؤكل صيده ولا ذبيحته .

قال ابن القاسم: وإذا ارتد المسلم إلى دين كان ، فلا تؤكل ذبيحته ولا صيده .

قال ابن المواز : قال مالك : لا يؤكل صيد الصابئ ولا ذبيحته ، وقد كره الحسن نكاح نساء الصابئين .

قال مجاهد : هم قوم بين اليهود والمجوس لا دين لهم .

ابن المواز : قال مالك : لا يؤكل صيد السكران ولا المجنون الذى لا يعقل ولا ذبيحتهم [ق / ٥٧ / ٢ أ] ؛ لأنهما ممن لا تصح منهما النية ، وذلك شرط فى الذبح والصيد .

قال ابن المواز : ولا تؤكل ذبيحة الأعجمى الذى لا يعقل الصلاة كالمجوسى .

قال ابن حبيب : قال : وأكره صيد من لا يتحفظ من المسلمين من جاهل بحدود الصيد غير متحرر الصواب .

فى صيد البحر وما يحيا منه فى البر وأكل الطافى وخنزير الماء

قال الله تعالى : ﴿ أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ﴾ (٢) ، وقال الرسول عليه السلام فى البحر : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » (٣) .

قال مالك : فصيد البحر ذكره لا يحتاج فيه إلى تذكية .

قال ابن القاسم: ولا يحتاج فى صيده إلى التسمية ؛ لأنه ذكى ، ألا ترى أن

(١) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٢) سورة المائدة (٩٦) .

(٣) تقدم .

المجوسى يصيده ، فيكون حلالاً.

قال : ولا بأس بأكل طافى الحوت وهو ما مات منه ، فطفا عن الماء .

وقال أبو حنيفة : لا يؤكل إلا أن يموت بسبب .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿ أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ ﴾ ^(١) ، ففرق بين الصيد والطعام ، فدل أن الطعام ما مات فيه بنفسه .

وقوله عليه السلام : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » ^(٢) ، وفى حديث جابر :

أن أبا عبيدة أصاب حوتاً ميتاً فأكل الجيش منه ثمانى عشرة ليلة ، ثم أعلموا النبى ﷺ فقال : « إنما هي طعمة أطعمكموها الله ، فهل معكم منه شيء » ^(٣) .

ومن « المدونة » : قال مالك : من وجد حوتاً فى بطنه حوت ، فلا بأس بأكلهما .

قال ابن القاسم : وكذلك إن ذبح طير الماء فوجد فى بطن حوتاً فله أكله .

قيل : فإن وجد الطير ميتاً ووجد فى بطنه حوتاً فلا يؤكل الحوت ، إذا قد صار الحوت .

والصواب : جواز أكله كما لو وقع الحوت فى نجاسة ، فإنه يغسل ويؤكل ، وكالجدى الذى رضع خنزيرة أو الدجاج أو الطير التى تأكل النجاسة ، فإنها تذبح وتغسل وتؤكل ، وإن كان تحدثان ما أكلته وذلك بخلاف المائعات من زيت ونحوه ؛ لأن ذلك يخالطه ويغيب فيه .

وقد قيل فى الزيت : يغسل من النجاسة فكيف هذا ؟

قال بعض شيوخنا : ومن باع حوتاً ، فوجد المشتري فى بطنه جوهرة غير معموله مما يعلم أن الأملاك لم تبدأ أولها فهى للبائع ؛ لأنه إنما باع الحوت خاصة ولو كانت الجوهرة مثقوبة مما يعلم أن الأملاك جرت عليها ، فهى كاللقطة .

وكذلك قال الإبانى فى « المعمولة » ، قال : وأما غير « المعمولة » فهى

للمشتري الذى أخرجها ، كقول أصحابنا فيمن باع حجراً وهو لا يعلم ما هو ، فإذا هو جوهرة ، فلا حجة له ، وهى للمشتري .

(١) سورة المائدة : (٩٦) .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه البخارى (٢٨٢١) و (٤١٠٢) ، ومسلم (١٩٣٥) .

قلت : فما يخرج من دواب البحر فيحيا اليوم واليومين والثلاثة والأربعة فى البر
أؤكل بغير ذكاة ؟

فقال : سئل مالك عن ترس ماء البحر أؤكل ؟

فقال : إني لأعظم هذا من قول من قال فيه : إنه لا يؤكل إلا بذكاة .

قال فى « العتبية » : ولا بأس بأكل ميتته وبصيد المحرم له ، وإنما يذبح استعجالاً
لموته ، وإلا كره ذبحه إلا أن يدخل على الناس شكاً أن ذلك عليهم فيه ، ومن طير
الماء ما يعيش فى الماء وهو من صيد البر لا يؤكل إلا بما يؤكل به صيد البر .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس بأكل جميع دواب البحر بغير ذكاة ،
ولا بأس بأكل جميع الضفادع ؛ لأنها من دواب الماء .

وتوقف مالك أن يجيب فى خنزير الماء ، وقال : أنتم تقولون : خنزيراً ،
وكرهه يحيى بن سعيد .

قال ابن القاسم : وإنما أتقيه ولا أرى أكله حراماً .

وإنما توقف فيه مالك واتقاه ابن القاسم ، لعموم قوله تعالى : ﴿ حَرَّمَ عَلَيْكُمُ
الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ [ق / ٧ / ٢ ب] الْخَنَازِيرِ ﴾ ^(١) ، فخاف أن يكون داخلاً فى
الآية ، والصواب : أنه ليس بداخل فيها كما أن ميتة البحر ليست داخلة فى الآية .

وقد أجاز أكله ربيعة ، وظاهر القرآن والسنة يبيحه وقد سمي أيضاً من دوابه
الكلب وغيره ، ولا يحرم بذلك .

ابن حبيب : وكره على بن أبى طالب - رضى الله عنه - ما لا شقائق له من
الحوت من غير تحريم .

قال ابن حبيب : كل ما لا شقائق له فهو دابة من دواب البحر والماء ، وليست
بحوت وإن كان على خلقته .

وقال ابن عباس : لا بأس بأكل الحوت ، وإنما حرّمته اليهود .

قال ابن حبيب : وأنا أكرهه لأنه يقال : إنه من المسوخ .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : وكره مالك أكل حيتان يصاد بالسكران ،

فتسكر وخاف على أكلها .

وقال : هذا من فعل العجم ، وأجاز أكلها في رواية أشهب إذا لم يؤذ من أكلها . قال : فلا بأس بقطع الحوت قبل أن يموت أو يلقي في النار حيًا .

قال في رواية أخرى : وما أكرهه تلك الكراهية ولو تركه قليلاً مات وكره غمس رؤوسها في الطين ولم يره شديداً .

جامع القول في صيد الجراد

قال مالك - رحمه الله : ولا يؤكل ميت الجراد ولا ما مات منه في الغرائر بعد أخذه حيًا .

ابن المواز : وقاله ربيعة وابن شهاب ، وكان سعيد بن المسيب وعطاء يقولان : إذا صدته حيًا ، فلا بأس بما مات منه .

سحنون : وقاله أشهب وابن وهب ، وقال : صيده ذكاته ، ويذكر ذلك عن بعض أصحاب النبي عليه السلام ، وقول مالك أصوب ؛ لأن المحرم لو قتله وداه .

وقال محمد بن عبد الحكم : يؤكل وإن مات بغير سبب ؛ لقوله عليه السلام : «أحلت لنا ميتتان»^(١) ، فذكر السمك والجراد .

ومن «المدونة» : قال مالك : ولا يؤكل منه إلا ما قطعت رؤوسه أو قلى أو شوى حيًا ، وإن لم تقطع رؤوسه فهو حلال .

قيل : أفتطرح في النار وهي حية ؟ قال : لا بأس بذلك ، وهو ذكاته .

قال ابن القاسم : ولو قطعت أرجله أو أجنحته فمات بذلك لأكل ، ولم أسمع من مالك .

قيل : فإذا أدخلها في الغرائر أليس من فعله [ق / ٥٨ / ٢ أ] مات ؟

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٢١٦) ، والدارقطني (٤ / ٢٧١) ، والبيهقي في « الكبرى » (١١٢١) وفي « المعرفة » (٥٨١٧) و « السنن الصغرى » (٣٠٤٨) ، وأحمد (٥٥٦٧) ، والشافعي (١٤٦١) ، وعبد بن حميد (٨٢١) ، وابن الجوزي في « التحقيق » (١٩٤١) ، والعقيلي في « الضعفاء » (٤ / ٢٧١) ، وابن حبان في « المجروحين » (٢ / ٥٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما . قال الألباني : صحيح .

قال : لم أر عند مالك القتل إلا شيئاً يفعله بها بحال ما وصفت لك .

قال أصبغ : وقد قال ابن القاسم قبل ذلك : لا يؤكل بقطع الأجنحة والأرجل وهو أحب إلى لأنها لا تموت من ذلك ، وهى تنسل إذا تركت .

ومن كتاب آخر : وقاله أشهب فى موتها بقطع الأجنحة والأرجل : أنها لا تؤكل .

قال : ولو طرحها فى ماء حار قبل موتها أكلت ولم يؤكل ما زایلها من أفخاذها ، وأما الأجنحة فهى كصوف الميتة وتؤكل .

قال : ولو صلقت أفخاذها معها .

يريد : بعد أن قطعت .

قال : لم تؤكل هى ولا أفخاذها .

قال أبو محمد : وهذا غلط بين .

وقد قال سحنون : ولو صلقت جراداً أمواتاً مع أحياء لأكلت التى صلقت أحياء بمنزلة خشاشى الأرض يموت فى القدر وهذا إذا كانت تعلم الأحياء من الأموات وإلا طرح الجميع .

وكره سحنون : أن تلقى فى ماء بارد ولم يجز ذلك إلا فى ماء حار .

وقال ابن عبد الحكم فى « الواضحة » : ولا بد من التسمية عليه عندما يكون من موته من قطع رؤوس وغيره ؛ لأنه ذكاته .

فى صيد ما اتخذ أو أسرو من ضرب طيراً فى الجوّ أو طرد صيداً حتى دخل دار قوم [أو حبالاتهم]^(١)

قال مالك - رحمه الله : ومن رمى صيداً فأثخنه حتى صار لا يقدر أن [يفر]^(٢) ثم رماه آخر ، فقتله لم يؤكل .

قال ابن القاسم : لأن هذا [صار أسيراً]^(٣) كالشاة لا تؤكل إلا بذكاة ، ويضمن الذى رماه فقتله للأول قيمته .

يريد : قيمته مجروحاً .

(١) سقط من ب .

(٢) فى أ : يقوم .

(٣) فى أ : الصيد .

قال ابن المواز : ومن أثار صيداً فأشلا عليه كلبه فوقع فى حفرة [أو لجة]^(١) أو انكسرت رجله منها [فتمادت الكلاب فقتلته]^(٢) فإنه لا يؤكل ، وكذلك كل ما يؤول إليه أمر الصيد مما لا يستطيع التخلص [والنجدة]^(٣) وهذا لو تركته الكلاب لقدر صاحبها على أخذه بيده من كلاب ، فتأخذه الكلاب بعد ذلك فقتله ، فإنه لا يؤكل ، وإن لم يفرط صاحبها ولم يلحقه حتى قتلته الكلاب لا لأنه قد صار أسيراً قبل أن تأخذه الكلاب ، فلا يؤكل ومن « المدونة » : قال مالك : ومن رمى طيراً فى الجو فسقط ، فأدركه ميتاً وأصاب السهم لم ينفذ مقاتله ، لم يؤكل ؛ إذ لعله من السقطة مات ، وكذلك إن رمى صيداً فى الجبل ، فتردى من الجبل مات لم يؤكل إلا أن يكون قد أنفذ مقاتله بالرمية .

فصل

قال ابن القاسم : ومن طرد صيداً حتى دخل ماء قوم ، فإن أخطره هو أو جوارحه إليها فهو له ، وإن لم يضطره ، وكانوا قد بعدوا عنه فهو لرب الدار .

قال مالك : وما وقع فى الحبالات فأخذه أجنبى أن صاحب الحبالات أحق به ، ومن غير رواية يحيى ومن نصب فخاً أو حبالات أو حفر حفيراً للصيد ، فطرد قوم صيداً حتى وقع فى ذلك المنصب ، فإن اضطروه وأعيوه ألقوه إليه فهو لهم دون رب المنصب ، وإن لم يكن كذلك وقد انقطعوا عنه ، فهو لرب المنصب .

قال ابن القاسم فى « العتبية » وقاله ابن حبيب : وإن تعمدوا طرده إلى الحبالات ليقع فيه ، فوقع فهو لهم ولرب الحبالات بقدر ما يرى له ولهم .

وقال أصبغ : هو الذى طرده واضطره للوقوع فى ذلك المنصب وعليه قيمة ما انتفع به من ذلك المنصب ، كمن صاد بهم رجل أو بازه كليه وهذا هو القياس .

ووجه قول ابن القاسم : أنهم لما وضعوا الحبالات ونحوها للصيد وقصدوه به جعل حقهم فيه ؛ لأن كل واحد قصده ، فأشرك بينهم فيه بقدر ما يرى له ولهم .

وفى « كتاب محمد » قال محمد : سواء تعمدوا طرحه فى ذلك المنصب مثل أن

(١) سقط من ب .

(٢) فى أ : فأخذه الكلب فقتله .

(٣) سقط من ب .

كتاب إباحة الصيد/ فيما أصيب من الصيد بحجر أو عصا...
يعمدوا إلى طرحه ، فيعيدونها إليه ، فلا تجد ملجئاً ولا مذهباً إلا إليه ، ثم يأخذوا
فى طرده وحتى يقع فيه أو لم يتعمدوا طرده ، ولكن ألبأته كلابه واضطرتة حتى وقع
فيه ، فإنه لصائده وعليه قدر ما انتفع بالحفرة أو الحباله لربها ، وأما إن كان الصيد غير
مقهور ولا مضغوط بالطلب ، ولو شاء أن يذهب إلى غير طريق المنصب لقدر ،
فأراه لصاحب المنصب ولا شئ لطلبه .

قال أصبغ ، وكذلك قال ابن القاسم : فى الصيد يطلبه قوم فيدخل دار رجل
فيأخذوه فأجاب بمثل ما وصفناه لك فى هذا كله .

وروى عن ابن القاسم وغيره : فيمن صاد بكلب رجل أو ما صاد لرب الكلب
وعليه إجارة الصائد ، مثل لو عدا على عبد رجل فبعثه يصيد له .

قال ابن القاسم : وكذلك البازى عندى ، وأما إن تعدى على فرس رجل فصاد
عليه ، فالصيد للمتعدى ؛ لأنه هو الصائد وعليه كراء الفرس .

وقال أصبغ : الصيد للصائد وعليه إجارة الكلب ، وقاله ابن المواز .

قال : وكذلك من رمى بهم رجل أو صاد بفرسه ، وهو بخلاف من تعدى على
عبد رجل فجعله يصيد له ولا خلاف بينهما فى المتعدى على عبد رجل يصيد له أن
الصيد لرب العبد ، ولا فيمن صاد بفرس رجل أن الصيد للصائد وعليه أجرة
الفرس ، واختلف فى الكلب والبازى ، فقال ابن القاسم : ذلك لصاحبهما ، وعليه
أجرة الصائد .

وقال أصبغ : ذلك للصائد ، وعليه أجرة الكلب والبازى .

فوجه قول ابن القاسم : فلأن الكلب والبازى هو الآخذ للصيد ، وهو للصائد
كالعبد .

ووجه قول أصبغ : بل الصائد من صادفهما ويأرساله وأشلائه صادفهما
كالفرس .

فيما أصيب من الصيد بحجر

أو عصا أو معراض أو حبالات

قال مالك - رحمه الله : وما أصيب من الصيد بحجر أو ببندق فخرق أو بضع
أو بلغ المقاتل لم يؤكل ، وليس يخرق وإنما هو رُضٌ وهو الموقوذة التى حرم الله أكلها .

قال ابن القاسم : وإن أصيب الصيد بعود أو بضع أو رمح أو حربة أو مطردة فخرق فإنه يؤكل ، وما أصيب بالمعراض فخرق فكل ما قتل ، وإن لم ينفذ المقاتل كالسهم إلا أن يصيب بعرضه .

قال ابن المواز : وفي حديث عدى بن حاتم قال سألت رسول الله ﷺ عن المعراض ، فقال : إذا رميت وسميت فخرق فكل ، وإن مثل وإذا أصبت بعرضه ، فلا تأكل فإنه وقيد ، والمعراض خشبة في رأس مثل الزج .

وقال أشهب : ما خرق المعراض فأحب إلى أن لا يؤكل [ق / ٨ / ٢ ب] إلا أن ينفذ المقتل ؛ إذ لعل السقطة قتلتها ، وهذا وفاق لابن القاسم ، وإنما تكلم ابن القاسم فيما لا سقطة فيه ، أو فيما يؤمن من سقطته الموت وعلم أن قتله من المعراض وهو ظاهر الحديث ، وأما إذا ضرب بالمعراض طيراً في الجو فسقط ، فلا يؤكل عند ابن القاسم ؛ إذ لعله من السقطة مات إلا أن ينفذ مقاتله كقول مالك فيمن أصاب سهمه طيراً في الجو أنه لا يؤكل إلا أن ينفذ مقاتله ، فالمعراض مثله .

ومن « المدونة » : قال مالك : وما قتلت الحبالات من الصيد ، فلا يؤكل إلا ما أدركت ذكاته من ذلك ، وكذلك لو كان فيها حديدة أنفذت المقاتل ، فلا يؤكل ولا تنفع ذكاته بعد إنفاذ مقاتله ، وليست الحبالات كالجوارح ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّينَ ﴾ ^(١) ، وهذه مما ليس فيه تعليم ولا هي كالرمح والسهم لفقد التسمية فيها عند القتل إذ كان فيها حديدة ، والحبالات هي الشرك وهي إذا علقت بالصيد فرما مات ، وقد قدر عليه وذكاته الذبح فصار مقتولاً بغير ذكاة ، والفخ عندنا مثل الحبالات وهو شيء يعمل من أعواد ينصب على العيون ونحوها ، فيسقط الصيد فيه عند الشرب ، فلا يؤكل ما قتل كالحبالات .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمه الله : وإذا طلبت الجوارح صيداً فمات ابنها ولم تأخذها لم يؤكل ولو أخذته الكلاب فقتلته بالعض والرض أو بغير ذلك ولم نبيه ولم تدمه لم يؤكل ، كالموقوذة .

قال ابن المواز : ولو أدمته ولو في أذنه أكل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك إن مات بصدمها ، فإنه لا يؤكل ،

وكذلك إن ضربت الصيد بالسيف حتى مات ، ولم يقطع فيه لم يؤكل كالعصا .
وهذا كله موقوذة عند مالك .

ابن المواز : وما علمت أن أحداً أجاز أكله إلا أشهب ، فإنه أجازها إذا مات بالصدمة أو بالنطحة أو بضربة السيف ، وإن لم تجرح .

ابن المواز : وقول مالك وأصحابه أحب إلينا ، وهو قول ابن شهاب .
وقد نهى عن النطيحة والموقوذة ، فدمع ما يريك إلى ما لا يريك .

قال أبو محمد عبد الوهاب : وجه قول ابن القاسم : وهو قول أبي حنيفة : أن الكلب آلة للاصطياد فإذا قتل الصيد بصدمة أو غيره مما ليس بجرح لم يؤكل كما لو قتل المعراض بعرضه ؛ ولأنه حصل مقتولاً بغير جرح ، كما لو ضربه بالعصا .

وجه قول أشهب : وهو قول الشافعي : قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) يريد : قتلهن بإرسالكم ولم يفرق ، وكذلك الخبر ، ولأنه حصل مقتولاً بجراح مرسل عليه ، كما لو جرحه .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن رمى صيداً بسهم أو سكين أو سيف فبضع فيه ولم ينفذ مقاتله فمات قبل أن يذكره من غير تفريط فإنه يؤكل لقوله عليه السلام : « كل ما ردت عليك فرسك ذكي أو غير ذكي » ^(٢) ، ولأن إرسال السهم أو الرمح أو شيء من السلاح في الصيد الممتنع ، كمباشرة الذبح في المقدور عليه .

ابن حبيب : قال ابن القاسم : وإن رمى الصيد بحجر حاد مثله يذبح فقطع رأسه وهو ينوى اصطياده ، فلا يعجبني أكله ؛ إذ لعل الحجر قطع رأسه بعرضه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن رمى صيداً بسكين فقطع رأسه أكله إن نوى اصطياده ، وإن لم ينو اصطياده لم يؤكل منه شيء .

قال ابن القاسم : وكذلك لو رمى حجراً فإذا هو صيد ، فأنفذ مقاتله لم يؤكل ،

(١) سورة المائدة (٤) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٥٦) ، وأحمد (١٧٧٨٣) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٨٧٠١) ،

وابن عساكر في « تاريخه » (٦٦ / ٩٩) من حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه .

قال الألباني : صحيح .

كقول مالك فى الذى رمى صيداً بسكين فقطع رأسه ولا ينوى اصطياده أنه لا يأكله ، وكذلك لو رمى صيداً وهو يظن أنه سبع أو خنزير ، فأصاب ظبياً لم يؤكل ، لأنه صيد رماه لم ينو اصطياده فلا يأكله ، وإن رمى سبعاً ينوى ذكاته لجلده .

فقال بعض فقهاءنا : يجوز أكله لأنه قصد ذكاته ومحال أن تعمل الذكاة فى بعض دون بعض .

وقال فقهاءنا القرويون : لا يؤكل ؛ إذ ليس فيه قصد ذكاة [ق / ٩ / ٢ ب] تامة ، وهذا بين ، وهو بخلاف أن لو كان ممن يجيز أكله فقصد ذكاته لأكله ، فهذا لا خلاف فى أن ذلك الصيد يؤكل .

ابن المواز : وقال أشهب فى كتبه : من رمى طيراً وهو يظنه غراباً فقتله ثم وجده غير ذلك من الطير جاز أكله ؛ لأنه نوى اصطياد ذلك الطير الذى رأى والأصل فى هذا أن يقصد برميته ذكاة ذلك الصيد لأكله ؛ لأن الذكاة لا تكون إلا بنية لقوله عليه السلام : « إنما الأعمال بالنيات » ^(١) .

فيما ندد من الإنسية أو الوحشية

قال مالك - رحمه الله : وما ندد من الأنعام الإنسية ، فلم يقدر على أخذه ، فهو على أصله لا يؤكل إلا بذكاة الإنسية من الذبح أو النحر .

ابن حبيب : وروى فيها بعض الرخصة . وليس بقول مالك ، الذى أشار إليه ابن حبيب من الرخصة هو قول أبى حنيفة والشافعى .

ودليلنا : قوله عليه السلام : « فى الأنعام الذكاة فى الحلق واللبة » ^(٢) ، ولأن توحشه لم ينقله عن أحكام المتأنس من سقوط الجزاء عن المحرم بقتله ، وجوازه فى الضحايا والهدايا باتفاق ، فكذلك الذكاة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وما دجن من الوحش ثم ندد واستوحش ، فإنه يذكى بما يذكى به الصيد من الرمى وغيره ؛ لأنه رجع إلى أصله .

ابن حبيب : حمام البيوت والبرك والأوز من ذلك ؛ لأن أصلها وحشية ، ولا

(١) تقدم .

(٢) أخرجه الدارقطنى (٢٨٣ / ٤) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، وسنده ضعيف .

أرى هذا فى الإبل والغنم والدجاج ؛ إذ لا أصل لها فى الوحشية يرجع إليه ، ولا بأس أن يعقر عقراً لا يبلغ مقتلاً وتعرب ثم تذكى ، وأما البقر فهى عندى لها أصل فى بقر الوحش ترجع إليه ؛ فلهذا استوحشت ، فألحقت عندى بالصيد .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن ضرب شاة بسكين وهو لا يريد قتلها ولا ذبحها فأصاب الحلقوم والأوداج ففراهما لم تؤكل ، لأنه لم يرد ذبحها .

وقد قال مالك : لا تؤكل الإنسية بشيء مما يؤكل به الوحش من الضرب والرمى .

قال ابن القاسم : ومن ضرب عنق شاة بالسيف ، فأبانه وهو يريد ذكاتها ، فلا تؤكل ؛ لأن مالكا قال فيمن أراد أن يذبح فأخطأ فذبح من العنق أو من القفا أنها لا تؤكل ، فهذا مثله [ق / ٦٠ / ٢ أ] .

قال مالك : وإذا دجن عندى صيد ، فقد ملكته بصيد أو بشراء ، ثم نذ فصيد بحدثان ما نذ ولم يتوحش فهو لك ، وإن لم يوجد بحدثانه وقد لحق بالوحش ، فهو لمن صاده ، وكذلك البزاة والصقور والظباء وكل شيء .

قال : ومن صاد طيراً فى رجله ساقان أو ظيئاً فى أذنيه قرطان ، أو فى عنقه قلادة عرف بذلك ثم ينظر ، فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع ولا توحش رد ما وجد عليه لربه ، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش ، فالصيد خاصة لصائده ، وأما ما عليه فلربه .

قال ابن القاسم : فإن قال ربه : نذ منى منذ يوم أو يومين ، وقال الصائد : لا ندرى متى نذ منك ، فعلى ربه البينة ، والصائد مصدق .

وقال سحنون : الصائد مدع وعليه البينة ، وهو الصواب ؛ لأن ربه يدعى حقيقة والصائد لا يكذبه فيها وإنما قال : لا ندرى متى نذ منك ، فينبغى أن يكون القول قول ربه .

وقال محمد بن عبد الحكم : هو للأول طال زمانه أو قرب ، ولا يزول ملكه عنه بهروبه ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى .

ودليلنا : أن الثانى صاد ممتنعاً لحق بالوحش على صفة ما كان عليه قبل الأخذ الأول : فكان له حكم أصله الأول ، وكصيد الماء إذا أخذه رجل ، ثم انصب من يده

فى النهر ، فصاده غيره أنه له .

ما يجوز أكله من الحيوان

والطير وغيره أو ينهى عنه

قال الله سبحانه : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ﴾^(١) إلى آخر الآية ، وقال تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ ﴾^(٢) إلى قوله : «بالأزلام» . ونهى الرسول عليه السلام عن أكل كل ذى ناب من السباع^(٣) .

قال محمد بن الجهم والأبهري : ونهى مالك عن أكل لحوم السباع والدواب [ق / ١٠ / ٢ ب] على الكراهية والاحتياط لا على صريح التحريم وهو المعنى فى نهى النبى عليه السلام عن لحوم السباع والحر ، يدل على ذلك اختلاف الصحابة فى أكلها ، وما روى مالك فى حديث عبيدة بن سفيان : « أكل كل ذى ناب من السباع حرام »^(٤) فشيء انفرد به عبيدة ، وقد رواه الزهرى ، فلم يذكر هذه اللفظة ، وأما ذوات الناب والمخلب ، فلم يصح فيه حديث .

قال أبو محمد عبد الوهاب : وقد قال الرسول عليه السلام : « الحلال ما أحله الله فى القرآن ، والحرام ما حرمه الله فى القرآن ، وما سكنت عنه فقد عفا عنه »^(٥) ؛ ولأن كل حيوان يظهر جلده بذبحه ، فلا يحرم أكله ، وهذه حجتنا على أبى حنيفة لأنه يوافقنا أن الذكاة تعمل فى تطهير أهُبِ جميع السباع ، ويقول : إن أكل لحومها حرام .

(١) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٢) سورة المائدة (٣) .

(٣) أخرجه مالك (١٠٥٩) ، والبخارى (٥٢١٠) ، ومسلم (١٩٣٢) من حديث أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه .

(٤) أخرجه مالك (١٠٦٠) ، وابن ماجه (٣٢٣٣) ، وابن حبان (٥٢٧٨) ، والشافعى (١١٦٩) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٩١٣٩) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

قال الألبانى : صحيح . قلت : وفى الباب عن أبى أمامة وغيره .

(٥) أخرجه الترمذى (١٧٢٦) ، وابن ماجه (٣٣٦٧) ، والحاكم (٧١١٥) ، والطبرانى فى « الكبير » (٦١٢٤) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٩٥٠٧) ، والمزى فى « تهذيب الكمال »

(٢٢ / ٣٣٥) من حديث سلمان رضى الله عنه .

قال الألبانى : حسن . قلت : وفى الباب عن ابن عباس ، وأبى الدرداء .

وذكر النحاس في كتاب « الناسخ والمنسوخ » ^(١) : قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ... ﴾ ^(٢) الآية ، فذكر فيها اختلافاً كثيراً ، فذكر قولاً : أنها منسوخة ؛ لأن النبي - عليه السلام - حرم الحمر الأهلية ، وكذا ذى ناب من السباع ، وكذا ذى مخلب من الطير ، وقولاً : أنها محكمة ولا حرام إلا ما فيها . وقولاً : أنها محكمة . وأما ما حرمه النبي - عليه السلام - [مضموم إليها] ^(٣) داخل فيها وقولاً : أنها محكمة وما حرمه - عليه السلام - مضموم إليها داخل في الاستثناء ، وقولاً : أنها جواب لما سألوا عنه ، وقد حرم الله ورسوله غير ما في الآية .

قال أبو جعفر : والقول بأن الآية محكمة ، وأن المحرمات داخلية فيها قول نظري ؛ لأن التذكية إنما تؤخذ توقيفاً وما لم تؤخذ تذكيتة بالتوقيف ، فهو داخل في الآية والقول بأنه يضم إلى الآية ما صحَّ عن النبي ﷺ قول حسن ، فيكون داخل في الاستثناء إلا أن يكون ميتاً أو دمًا مسفوحاً أو كذا أو كذا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولم يكره مالك أكل شيء من الطير كله والرخام والعقبان والنسور والأحذية والغربان وجميع سباع الطير وغير سباعها ما أكل الجيف وما لم يأكلها ، لقوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾ ^(٤) الآية ، وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ ^(٥) ؛ ولأنه نوع من الطير ، فأشبهه سائرهما .

قال ابن حبيب : وكره عروة أكل الغراب والحدأة ؛ لما سماهما النبي - عليه السلام - فاسقين .

وقال محمد بن الجهم : ليس هذا يحرم أكلها وإنما سماهما فاسقين لإيذائهما المحرم ، والفاسق : هو المتعدى في اللغة .

قال ابن المواز : ولا بأس بأكل الدجاج التي تأكل النتن ، وإن أبا موسى أتى بلحم دجاج فتنحى رجل فقال له : مالك ؟ فقال : رأيته يأكل قدرًا فقدرته ، فقال

(١) الناسخ والمنسوخ (ص / ٤٣٢) .

(٢) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٣) سقط من أ .

(٤) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٥) سورة المائدة (٢) .

له أبو موسى : ادنه منى ، فقد رأيت رسول الله ﷺ يأكله^(١) .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس بأكل الهدهد والخطاف ، وروى عنه على في « العتبية » : أنه كره أكل الخطاف .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس بأكل الجلالة من الإبل والبقر والغنم ، كالطير التي تأكل الجيف .

وقال ابن حبيب : نحن نكره أكلها من غير تحريم ، وروى عن عمر وابن عمر ، أنهما كرها لحومها وألبانها وركوبها .

قال ابن حبيب : وأرواثها وأبوالها كنجس ، وكذلك عرقها ، والصواب أن عرقها ولبنها طاهر ؛ لأنه انقلبت عينه .

قال غير واحد من أصحابنا : قال ابن المواز : وقد قال مالك في صيد يصاد بالخمير ليسكر : لا بأس بأكله وإذا رضع جدى خنزيرة أحببت أن لا يذبح حتى يذهب ما فى جوفه ، فإن ذبح مكانه أكل كما يؤكل الطير الذى يأكل الجيف .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : وقاله القاسم بن محمد .

قيل لابن القاسم : بحدثنان أو بغير حدثان ؟ قال : ذلك سواء .

فصل

قال مالك : ذكر الله الأنعام فقال : ﴿ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾^(٢) ، وقال : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾^(٣) فيبين الله سبحانه ما خلقها له ، فلا تأكل الخيل والبغال والحمير .

قال : وإذا دجن حمار وحش فصار يعمل عليه لم يؤكل عند مالك .

وقال ابن القاسم : لا بأس بأكله .

(١) أخرجه البخارى (٤١٣٣) ، والنسائى (٤٣٤٦) ، وأحمد (١٩٥٧٢) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٩٢٦٥) ، والطبرانى فى « الكبير » (١٨ / ١٩٩) حديث (٤٨٣) ، وابن الجارود فى « المتقى » (٨٨٨) ، وعبد الرزاق (١٦٠٣٥) من حديث أبى موسى رضى الله عنه .

(٢) سورة النحل (٥) .

(٣) سورة النحل (٨) .

فوجه قول مالك : فلأنه لما تأنس وصار يعمل عليه، فقد صار كالأهلي، فقد حرم النبي - عليه السلام - لحوم الحمر الأهلية ^(١). [ق / ١١ / ٢ ب] ووجه قول ابن القاسم : أنه صيد مباح أكله، فلا يخرج منه عن ذلك التأنس [ق / ٦١ / ١٢] كسائر الصيد .

قال ابن حبيب : وأما الحمار الإنسي إذا انفلت واستوحش، ولحق بحد الوحش، فلا يصح أكله ، وهو قول مالك .

وقد نهى النبي - عليه السلام - عن أكل لحوم الحمر الأهلية ، والبغال مثل ذلك ، ولا تؤكل الفرس ولا يبلغ مبلغ ذلك في التحريم للاختلاف فيه ..

قال ابن المواز : وأجاز ابن المسيب أكل الفرس .

قال ابن شهاب : وما رأيت أحداً يأخذ به ، وقد كرهه ابن عباس ، وقد وصف الله جل ثناؤه ما خلقت له فقال : ﴿ لَتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ ^(٢) .

وقال أبو محمد عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة والشافعي : إنها مباح من غير كراهية .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿ لَتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ ^(٣) ففرق بينها وبين الأنعام ؛ ولأن الخيل محتاج إليها للجهاد عليها وفي إباحة أكلها نظر ، وإلى انقطاع نسلها ، وأما أكل لحوم الحمر الأهلية فمغلظ الكراهية عند مالك ، ومن أصحابنا من يقول : هو حرام ، وليس كالخنزير .

فوجه قول مالك : قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ... ﴾ ^(٤) الآية ، وقوله ﷺ : « ما سكت عنه فقد عفا عنه » ^(٥) .

ووجه التحريم : ما روى « أنه ﷺ حرّم لحوم الحمر الأهلية » ^(٦) .

(١) أخرجه البخاري (٢٩٨٦) ، ومسلم (١٩٣٧) من حديث عبد الله بن أبي أوفى .

(٢) سورة النحل (٨) .

(٣) سورة النحل (٨) .

(٤) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٥) تقدم .

(٦) تقدم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا أحبّ أكل الضبع ولا الثعلب ولا الذئب ولا الهر الوحشى ولا الإنسى ولا شيء من السباع .

قال ابن حبيب : ولم يختلف المدنيون فى تحريم لحوم السباع العادية مثل الأسود والنمور والذئاب والكلاب ، فأما غير العادية مثل الدب والثعلب والضبع والهر الوحشى والإنسى ، فيكره أكلها ولا يبلغ به التحريم ؛ للاختلاف فيها وأن المحرم يديها .

قاله مالك وابن الماجشون .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس بأكل الأرنب والقنفذ والضب والضرايب والوبر .

قال ابن حبيب : والوبر واليربوع من دواب الحجاز ، والوبر أكبر من القنية واليربوع أصغر منها ، والضب يسمى بالأندلس العلوبة ، وعاف النبى ﷺ أكل الضب ، ولم يحرمه بل أمر غيره بأكله ، وقال : « إنه لم يكن بأرض قومي فأجدنى أعافه » (١) .

ابن حبيب : وكذلك عاف الأرنب ولم يحرمه .

ومن كتاب الذبائح : قال ابن القاسم : ولا بأس بأكل اليربوع والخلد ، وقد أجاز مالك أكل الوبر فهذا مثله .

قال ابن حبيب : والخلد فأر أعمى يكون بالصحارى والأجنة .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس بأكل الحيات إذا ذكيت فى موضع ذكاتها .

وقال ابن حبيب : ويكره أكلها لغير ضرورة .

قال مالك : والحلزون كالجراد ما أخذ منه حيّاً فسلق أو شوى أكل .

يريد : ويسمى الله عندما يكون منه موته .

قال : وما أخذ ميتاً لم يؤكل ، وأما الضفادع فلا بأس بأكلها لأنها من صيد الماء .

تمّ كتاب الصيد بحمد الله وعونه

(١) أخرجه مالك (١٧٣٨) ، والبخارى (٥٠٧٦) ، ومسلم (١٩٤٥ - ١٩٤٦) من حديث خالد بن الوليد رضى الله عنه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الذبائح من « الجامع »

في سنة الذبح وتوجيه الذبيحة والتسمية عليها

والسنة في الذبح : أخذ الشاة برفق ، وترفع على شقيها والأيسر إلى القبلة ، ورأسها مشرف ، وتأخذ بيدك اليسرى جلد حلقها من اللحى الأسفل بالصدف وغيره فتمده حتى تبين البشرة تحته ، وتوضع السكين في المذبح حيث تكون الجوزة في الرأس ، ثم تسمى الله وتقرأ السكين مرأً مجهزاً بغير ترديد ، ثم ترفع بعد قطع الودجين والحلقوم ؛ لقوله ﷺ : « ما فرى الأوداج وذكر اسم الله عليه فكل »^(١) ، وقوله : « الذكاة في الحلق واللبة »^(٢) ، ولأن الذكاة ما لم تكمل في هذه المواضع جاز أن تعيش معه ، وقال - عليه السلام : « إذا ذبح أحدكم فليجهز »^(٣) .

قال مالك : ولا ينزع . والنزع : قطع المخ الذى فى العنق ، وتكون قد حددت شفرتك قبل ذلك ؛ لأن الرسول - عليه السلام - أمر بحد الشفار ، وأن توارى عن البهائم ثم قال فى حديث آخر : « ولا يضرب بها الأرض ، ولا يجعل رجله [ق / ١٢ / ٢ ب] على عنقها ، وليجلس حتى تمدد »^(٤) .

وأن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - رأى رجلاً يحد شفرته وقد أخذ شاة ليذبحها ، فضربه بالدرة وقال : « تعذب الروح ألا فعلت هذا قبل أن تأخذها » وضرب آخر رآه يجز شاة برجلها ليذبحها وقال : « قدها إلى الموت قوداً جيداً »^(٥) .

وكره ربيعة ذبحها وأخرى تنظر إليها ، وكره مالك ذبح الطير والدجاجة وهو

(١) أخرجه الطبرانى فى « الكبير » (٧٨٥١) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٨٩٠٨) من حديث أبى أمامة رضى الله عنه . قلت : ضعفه البيهقى ، والهيشمى .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه ابن ماجه (٣١٧٢) ، وأحمد (٥٨٦٤) ، والبيهقى فى « الشعب » (١١٠٧٤) وفى « الكبرى » (١٨٩٢٠) ، والخطيب فى « تاريخه » (٨ / ٤٩) ، وابن عدى فى « الكامل » (٤ / ١٤٨) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما . قال الألبانى : ضعيف .

(٤) المدونة .

(٥) أخرجه عبد الرزاق (٨٣٣٨) .

قائم ، فإن فعل أكل إذا أصاب وجه الذبح .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن السنة توجيه الذبيحة إلى القبلة ، فإن لم يفعل ووجهها إلى غير القبلة أكلت وبئس ما صنع .

قال ابن القاسم : وبلغ مالكا أن الجزارين يدورون حول الحفرة ، فيذبحون فنهاهم عن ذلك وأمرهم بتوجيهها إلى القبلة .

قال ابن حبيب : وإنما حمل مالك أمرهم على الجهل منهم فخطأ ما فعلوا ؛ فلذلك لم يقل ما ذبحوا على تلك الحال لا يؤكل ، وقد قال مالك : من ترك توجيه الذبيحة للقبلة عمداً من غير جهل ولا نسيان أنها لا تؤكل .

وقال فيه ابن المواز : وأحبّ إلىّ ألاّ تؤكل وإن كان ساهياً أكلت .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وليسم الله عند الذبح والنحر وعلى الضحايا وليقل : بسم الله والله أكبر وكذلك فعل الرسول - عليه السلام .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : والتسمية سنة ولأمر رسول الله ﷺ بها في الصيد، ولا فرق بينهما ، فإن تركها ناسياً أجزأت ؛ لأن ترك السنن نسياناً لا يبطل العبادة ، وإن تعدد تركها .

قال مالك : لا تؤكل .

فمن أصحابنا من حمّله على التحريم تغليظاً ؛ لثلا يستخف بالسنة ومنهم [ق / ٦٢ / ١٢] من حمّله على الكراهية لقوله : « الزكاة في الحلق واللّبة » ^(١) ولم يذكر التسمية .

ومنهم من قال : هي واجبة مع الذكر ساقطة مع النسيان قال : ولو قال : « بسم الله » فقط أو « الله أكبر » فقط أو « لا إله إلا الله » أو « سبحان الله » أو « لا حول ولا قوة إلا بالله » من غير تسمية أجزأه وكل تسمية لله ولكن ما مضى عليه الناس أحسن وهو « بسم الله والله أكبر » .

ومن « المدونة » : قيل لابن القاسم : هل يقول بعد التسمية : « صلى الله على محمد » أو يقول : « محمد رسول الله » ؟

قال : ذلك موضع لا يذكر فيه إلا اسم الله وحده .

ابن حبيب : وروى أصبغ عن ابن القاسم : أن في بعض الحديث موطنين لا يذكر فيهما إلا الله الذبيحة والعطاس ، فلا يقول بعد التسمية والتحميد في العطاس : « محمد رسول الله » ، « وإن شاء » قال بعدهما « صلى الله على محمد » ؛ لأن الصلاة على النبي ليست بتسمية له مع الله سبحانه .

وقاله أشهب : ولا ينبغي أن تجعل الصلاة على النبي استثناءً .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن شاء قال في الضحية بعد التسمية : اللهم تقبل مني ، وإلا فالتسمية تكفيه .

قال ابن المواز : أحب إلينا أن يقول في الضحية : ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وأكرر مالك قول الناس : اللهم منك وإليك ، وقال : هذه بدعة .

قال ابن حبيب : أما قوله : « اللهم تقبل مني » فلا بد له منه وإن شاء قال : « اللهم منك وإليك » وإن شاء ترك . قال : ومن أمر عبده بالذبح وأمره بالتسمية مرتين أو ثلاثة كل ذلك يقول العبد : قد سميت ، ولم يسمعه السيد ، فلا بأس أن يصدقه ويأكل ما ذبح ، إلا أن يتركها كما فعل عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة . وحكى لنا عن بعض شيوخنا : فمن استأجر رجلاً على أن يذبح له أضحيته ويسمعه التسمية ، فذبح ولم يسمعه التسمية ، وقال له : قد سميت ، أنه لا شيء له من الأجر ؛ لمخالفته الشرط ولا يغرم الذبيحة .

وقال غيره : له أن يغرمه الذبيحة إن شاء .

وقال أبو محمد : إن الفاشي أنها ذبيحة مذكاة وتجزئه ؛ لأنه لا يحل من أن يكون صدق أو نسي وذلك لا يضر الذبيحة ولا ينبغي أن يظن به تعمد ترك ذلك .

واحتج بحديث عبد الله بن عياش ، وأن مالكا أجاز أكلها ، وهذا هو الصواب ، ولا ينبغي أن يضمن ولا يحرم الأجر ، وقاله أبو بكر بن عبد الرحمن .

واحتج بحديث ابن عياش ، قال : وقد قال إسماعيل القاضي : إنه إنما ترك ابن

عياش أن يأكلها ؛ لأنه كان بالمدينة عبيد مجوس فانقضى أن [ق / ١٣ / ٢ ب] يكون العبد لم يجب إلى الإسلام .

وذكر عن أبي عمران : إن كانت إجارة من يسمع التسمية أكثر من إجارة من لا يسمعها فيعطى أجر المثل .

قال الشيخ أبو عمران : التسمية عند الذبح أقوى من استقبال القبلة ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(١) ، وقال : ﴿ وَلَا تَكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾ ^(٢) ، وقال : ﴿ أَوْ فَسْقًا أَهْلًا لغيرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ ^(٣) ، وقال - عليه السلام - : « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه ، فكل » ^(٤) ، وقال : « إذا أرسلت كلبك ، وذكرت اسم الله ، فكل » ^(٥) .

وأما من ترك التوجيه إلى القبلة ، فليس لها نص في كتاب ولا في سنة ، فهي أضعف ، والتفريق بينهما يسن أن يجعل التوجيه بها إلى القبلة استحباباً أو سنة لا تبلغ رتبة التسمية ، لا على مذهب مالك ولا على مذهب أشهب الذي يخفف ترك التسمية ، وذلك أن غير واحد من السلف ، ومن فقهاء الأمصار قالوا : لا يضر أن يذبح الرجل إلى غير القبلة ، وإن كان قد استحب ابن عمر والسهمي في تركها عامداً أنها لا تؤكل .

والصحيح من قول مالك : أنها تؤكل ، وعليه جمهور السلف ؛ إذ لا نص لها في كتاب ولا في سنة .

ما يجوز التذكية به وصفة الذبح وذبح ما ينحر

ونحر ما يذبح وذكر النخع

قال مالك - رحمه الله : ومن احتاج إلى أن يذبح بمرودة أو عود أو عظم أو حجر أو غيره أجزأه .

قال ابن القاسم : ولو ذبح بذلك ومعه سكين ، فإنها تؤكل إذا أفرى الأوداج

(١) سورة الأنعام (١١٨) .

(٢) سورة الأنعام (١٢١) .

(٣) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٤) تقدم .

(٥) تقدم .

والحلقوم .

قال أبو محمد : وقد أساء .

قال ابن حبيب : والمروة : حجارة بيض صلبة حداد ، والعظم يجرى به الذبح ذكياً كان أو غير ذكى .

قال ابن المواز : وقد أجاز الرسول - عليه السلام - الذكاة بالحجر والمروة والشظاة وهو ما يخرج من كسر العظم وبالقوى .

وقال : « كل ما أنهر الدم فكله إلا السن والظفر » ^(١) ، وقاله ابن عباس .

وقال : إذا مرّ في الحلوم ، ثم أفرى الأوداج واللحم والعروق ، فهو ذبح وإن هو ترد به فلا يؤكل .

وقال سعيد بن المسيب وابن قسيط ويحيى بن سعيد : أنه يذبح بالعظم والقصبه وغير ذلك وإن لم يضطر إليه . وقاله مالك والليث .

قال ابن عباس : والذبح بالظفر إنما هو خنق .

قال ابن حبيب : قال النبي ﷺ : « أنهروا الدم بما شئتم إلا الظفر والسن » ^(٢) .
يعنى : سيلوا الدم ومنه سمى النهر نهراً ؛ لأنه يسيل سيلاً وأما السن والظفر المنهى عن التذكية بهما فهما المركبان في فم الإنسان وفي أصبعه ؛ لأنه إذا ذبح بالظفر ، فهو خنق وبالسن فهو نهش ، وإذا كانا منزوعين ولم يصغرا أو عظماً ، حتى يمكن الذبح بهما ، فلا بأس بالذبح بهما .

ومن « المدونة » : قال مالك : وتقام الذبح إفراء الأوداج والحلقوم ، فإن فرى الأوداج وحدها أو الحلقوم وحده لم تؤكل .

قال : ولو قطع الحلقوم ثم لم تساعد السكين في مرها على الودجين ؛ إذ ليست بحادة فأقلبها فقطع الأوداج بها من داخل لم تؤكل .

قال سحنون : ولو أجاز المغلصمة ^(٣) إلى البدن لم تؤكل . قال العتبي : وقاله

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

(٣) هى ما انحازت الجوزة فيها إلى جهة البدن ، لأن القطع وقع فوق الحلقوم ، فالشرط فى الذبح أن تبقى الجوزة أو بعضها كدائرة الخاتم جهة الرأس .

ابن القاسم وأشهب وابن حبيب ، وقاله أصبغ ، وبه أقول ؛ لأن الحلقوم لم يقطع منه شيء . وقال : ولو أجاز ذلك أشهب وابن عبد الحكم . قال ابن وضاح : ولم يحفظ لمالك فيها شيء .

وقال يحيى بن عمر : قال مالك وابن القاسم : أنها لا تؤكل .

قال : وعلى قياس قول ابن القاسم أنها إذا جازت إلى البدن وبقي في الرأس منها قدر حلقة الخاتم أنها تؤكل إلا أن يبقى في الرأس منها ما لا يستدير ، فلا تؤكل [ق / ٦٣ / ١٢] .

وقال بعض شيوخنا : إن ذبح الجزار لرجل ، فأجاز المغلصمة في البدن ضمن قيمة الشاة على مذهب مالك وابن القاسم ، ولا يضمن في قول غيرهما .

قال بعض أصحابنا : قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن القورى : قلت للشيخ أبى الحسن ابن القابسى فيما قيل : إذا رفع الذابح يده بعد الذبح ثم أعاد إن كان كالمختبر ، فلا شيء عليه ويأكلها وإن رفع يده على أنه أتم الذبح ثم رجع ، فلا تؤكل . كان يجب أن يكون الجواب بعكس هذا أنه إن رفع يده مختبراً فلا تؤكل [ق / ١٤ / ٢ب] وإن كان على أنه أتم الذكاة فلتؤكل إذا أعاد يده بالفور ؛ لأن الأول رفع يده وهو شاك في تمام الذبح والآخر رفع يده موقناً كقولهم فيمن سلم من اثنتين وكان على اليقين أنها أربع ثم أيقن أنه سلم من اثنتين أنه لا يضره ويتم باقى صلاته ، وإن سلم على الشك فسدت صلاته ، فصوب الشيخ ما قلته .

وقال ابن حبيب في غير « الواضحة » : إذا قطع الأوداج وأكثر الحلقوم النصف فأكثر أكلت وإن قطع يسيراً منه لم تؤكل ولو لم يقطع منه شيئاً . فقليل له في ذلك فرجع فأجهز على الحلقوم ، فإن كان في فور الذبح قبل أن يذهب عنها ويدعها فذلك جائز ، وإن كان بعد أن تباعد ، فلا تؤكل .

وقال سحنون : إذا رفع يده قبل تمام الذكاة ثم علم فردها مكانه ، وأجهز فلا تؤكل .

وروى عنه : أنه كره أكلها ، وروى عنه : أنه إن رفع كالمختبر فلتؤكل ، وإن كان على التمام فلا تؤكل ، وقد بينا ذلك .

وذكر لنا عن ابن عبد الرحمن : أنه إن رفع يده ، ثم أعادها فإن كان حين رفع

يده لو تركت الذبيحة لعاشت ، فأعاد فأتم الذكاة ، فإنها تؤكل وكأنه الآن ابتداء ذكاتها وإن كان حين رفع يده لو تركها لم تعش ؛ إذ قد أنفذ المقاتل ، فلا تؤكل ويصير مثل المتردية وأكلة السبع .

وروى يحيى عن ابن القاسم فى « العتية » فى الدجاجة والعصفور والحمام إذا أجهز على أوداجه ونصف حلقومه أو ثلثه ، فلا بأس بأكله إذا لم يتعمد ، ولم يجز ذلك سحنون حتى يجهز على جميع الحلقوم والأوداج .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وأما المرىء الذى يكون مع الحلقوم وهو العرف الأحمر ، فلم أسمع من مالك فيه شيئاً .

فصل

قال مالك : ولا ينحر ما يذبح ولا يذبح ما ينحر خلا البقر ، فإن النحر والذبح فيه جائز .

واستحب مالك فيها الذبح لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً ﴾ (١) ، وقوله : ﴿ فَذَبِّحُوهَا ﴾ (٢) . قال : فإن نحرنا أكلت ؛ لأن النبى ﷺ نحر عن نسائه البقر .

قال مالك : والغنم تذبح ولا تنحر ، والإبل تنحر ولا تذبح ، فإن ذبحت الإبل أو نحرنا الغنم من غير ضرورة لم تؤكل .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وإنما ذلك لأن النبى - عليه السلام - نحر الإبل ، ولم يحفظ عنه ولا عن أحد فيها الذبح ، وأما الغنم فإنه ﷺ ذبحها ولم يرو عنه ، ولا عن أحد أنه نحر شاة .

وقيل : إن الفرق بين الغنم والإبل : أن عنق البعير طويل فبعد خروج نفسه ووجه تعذيبه وزيادة ألم ، والنحر أسهل وأخف عليه ؛ لأنه فى آخر العنق وأقرب لخروج روحه ، وأما الشاة فعنقها قصير ولا لبة لها ، فلا يتمكن من نحرها إلا بما تقرب من جوفها ، فكان الوجه فيها الذبح ، فإذا ذبح أحد بعيراً أو نحر شاة ، فقد أتى بالذكاة على خلاف الوجه المأمور به فى الشرع ، فأشبهه من ذبح من القفا أو أبقي شيئاً

(١) سورة البقرة (٦٧) .

(٢) سورة البقرة (٧١) .

من الودجين .

قال ابن المواز : وهذا قول مالك وأصحابه ، إلا أشهب فإنه قال : إذا ذبح البعير من غير ضرورة فقد صار ذبحه له ضرورة وفات موضع نحره فيؤكل ولا يطرح . وكذلك الشاة عنده إذا نحرته .

فوجه هذا : فلأنه صار مع الضرورة فلولم يكن ذكاة ما جاز كالطعن في الفخذ ؛ ولذلك أجاز ابن أبي سلمة أكل ذلك كله إذا نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر من غير ضرورة .

وقال ابن بكر : يؤكل البعير إذا ذبح ولا تؤكل الشاة إذا نحرته لأن البعير له موضع الذبح وإنما عدل فيه إلى النحر ؛ لأنه أقل لتعذيبه وأما الشاة فلا منحر لها ؛ لأن موضع لبثها يقرب من جوفها ، فيكون كالطاعن في جوفها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يؤكل ما نحر من الطير كله .

قال عنه ابن المواز : وكذلك النعامة إذا نحرته .

ومن « المستخرجة » : وقال ابن أبي سلمة : يؤكل ذلك كله إذا نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر من طير وغيره من غير ضرورة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وما وقع من الأنعام في بئر ، فلم يوصل إلى ذكاته فإن ما بين اللبة والمنحر منه مذبوح ومنحر إن نحر فجائز وإن ذبح فجائز ، ولا تجزئ في موضع سواء من جنب أو كتف أو غيره ولا يجزئ هذا في غير هذه الضرورة ويترك حتى يموت .

قيل لابن المواز : فما ذكر من الأحاديث في البعير وغيره يقع في بئر أو في عين ، فلا يوصل منه إلا إلى جنبه أو كتفه أو دبره ، فليذبح من حيث وصلوا إليه منه ويؤكل لهذه الضرورة . قال : هذه ميتة .

وقد أجاز ذلك مالك وأصحابه وهم أئمة الفقه والمبرزون للحديث ومعرفة [ق / ١٥ / ٢ ب] المعمول به والأحاديث كثيرة .

وقد جاء عفواً ولو بعصفر وليس كل ما ذكر عمل به وقد جاء أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أمر منادياً فنادى : « أن النحر في الحلق واللبة ولا تعجلوا الأنفس حتى تزهق » فهذا أصبح مما ذكرت .

وقال ابن عباس : الذكاة فى الحلق واللبة .

وقيل لابن المسيب : فإن وقع فى ناهر من المناهر ، فلم يوصل منه إلى منحره .

قال : لا ينحر إلا من منحر إبراهيم - عليه السلام .

وقال مثله ابن شهاب وربيعة وعطاء ، وأرخص ابن حبيب أن يبيع فى جنب أو كتف إذا لم يوصل إلى الحلق للاختلاف الذى فيه .

وقول ابن حبيب هذا قول أهل العراق .

فصل

ومن « المدونة » : وكره مالك أن يبدأ الجزار بسلخ الشاة قبل أن تزهد نفسها ولا تبجع ولا يقطع رأسها ولا شيء من لحمها حتى تزهد نفسها ، فإن فعل أكلت مع ما قطع منها .

قال ابن المواز : وقد جاء الحديث عن رسول الله ﷺ : « فإذا ذبح فلا يبيع وليجلس حتى تبرد » ^(١) أو كلمة غيرها .

ومن « المدونة » : قال مالك : والنخع : قطع المخ الذى فى العنق وكسر العنق أو الظهر من النخع إن انقطع النخاع .

قال ابن المواز : وهو المخ الجارى فى فقار العنق والصلب وهو إذا انقطع مقتل [ق / ٦٤ / ٢ أ] لا حياة بعده .

وقال محمد ابن أبي زمنين : ذكر عبد الملك : أن ابن القاسم وأصبغ كانا يقولان فى النخاع : أنه المخ الأبيض الذى فى عظم العنق والظهر ، وكانا لا يريان دق العنق مقتلاً حتى ينقطع النخاع .

قال : وليس النخاع ما قالوا ، وإنما النخاع : عظم العنق فإذا اندق العنق فهو مقتل ، ولا يكشف عن المخ الأبيض الذى فيه انقطع أو لم ينقطع . وكذلك قال مطرف عن مالك .

قال عبد الملك : وأما انكسار الصلب ، ففيه يحتاج إلى معرفة انقطاع ذلك المخ الأبيض الذى فى الفقار ، فإذا سلم ذلك فليس بمقتل ؛ لأنه قد ينجر ويبرئ على

حدوبة ويعيش صاحبه ، فإذا انقطع ذلك المخ الأبيض فهو مقتل .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن ذبح فترامت يده إلى أن أبان الرأس أكلت ما لم يتعمد ذلك .

قال ابن القاسم : ولو تعمد ذلك وبدأ في قطعه بالحلقوم والأوداج أكلت ؛ لأنها كذبيحة ذكيت ثم عجل قطع رأسها قبل أن تموت .

قال ابن المواز : نعم تؤكل وإن تعمد وقد أخطأ في تعمده وعظم خطاؤه وخالف السنة ، ولا أرى عليه إعادة إن كان أضحية ، لأنه لم ينخعها إلا بعد تمام الزكاة ، فقطع الحلقوم والأوداج .

قال ابن عباس : إذا تعمد ذلك ، فلا تؤكل .

قال ابن حبيب : عن مطرف وابن الماجشون : إنه إذا نخعها في ذبحه متعمداً من غير جهل ولا نسيان أنها لا تؤكل .

قال ابن حبيب : لأنه كالعابث بذبيحته حين ترك سنة الذبح ، وهذا استحسان . والقياس : أن تؤكل ، كما قال ابن القاسم .

في ذبيحة المرأة والصبي ومن على غير الإسلام

قال مالك : وتؤكل ذبيحة الصبي قبل البلوغ إذا أطاق الذبح وعرفه .

قال : وكذلك ذبيحة المرأة تؤكل ، وإن ذبحت من غير ضرورة .

أبو محمد : قال محمد عن مالك : ويكره من غير ضرورة .

قال ابن المواز : وتذبح المرأة أضحيتها ، ولا يذبح الصبي أضحيته .

قال : وتؤكل ذبيحة الأغلف والجنب والحائض .

وقال مالك : لا تؤكل ذبيحة من لا يعقل من جنون أو سكر ، وإن أصابا لعدم

القصد ، وتؤكل ذبيحة السارق ؛ لأنه إنما حرم عليه السرقة لا عين الذبح ، والمحرم حرم الله عليه الذبح بنفسه .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو اضطرت المرأة إلى الذبح ولم يحضرها إلا

نصراني فلتلى هي الذبح دونه .

قال ابن القاسم : وتؤكل ذبيحة الأخرس .

قال مالك : وإذا ارتد الغلام إلى أى دين كان لم تؤكل ذبيحته .

قال ابن القاسم : ولا بأس بذبائح أهل الكتاب وصبيانهم إذا أطاقوا الذبح وعرفوه كذبح رجالهم ، وكره مالك أكل ما ذبحه أهل الكتاب لكنائسهم أو لأعيادهم من غير تحریم وتأول قوله تعالى : ﴿ أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ (١) .

قال ابن القاسم : وكذلك ما سموا عليه اسم المسيح ، ولا أرى أن تؤكل ، ولم أسمعه من مالك .

ابن المواز : وكره مالك أكل ذلك وليس بالمحرم ، وإنما المحرم ما ذبح للأصنام لقوله تعالى : ﴿ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ ﴾ (٢) ، وقال : ﴿ وَمَا أَهْلَ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ (٣) .

وأن [ق / ١٦ / ٢ ب] الذى يذبح لكنيسته لقريب عندى أن يكون قد أهل لغير الله به .

وما ترك مالك العزيمة فتحر له إلا للآية الأخرى فيما ظننا : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ ﴾ (٤) فإنما ذلك فى ذبائحهم ولأجازه من أجازه منهم ربعة وابن شهاب .

قال ابن المواز : وتؤكل ذبيحة النصرانى العربى وذبيحة المجوسى إذا تنصر، وتلا ابن عباس : ﴿ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ ﴾ (٥) ، وتؤكل ذبيحة السامرة وهو صنف من اليهود لا يؤمنون بالبعث ، قاله عمر بن الخطاب وغيره .

ولا تؤكل ذبيحة الصابئ وليس بحرام كذبيحة المجوسى ، وقد حرّم الحسن وسعيد بن جبیر ذبائحهم ونكاح نسائهم ، فقال : إنهم بين المجوسية والنصرانية ، وإذا ولى المجوسى مسلماً فذبح له فاختلف فى أكله فأجازه ابن سيرين وعطاء ، وكرهه الحسن .

(١) سورة الأنعام (١٤٥) .

(٢) سورة المائدة (٣) .

(٣) سورة المائدة (٣) .

(٤) سورة المائدة (٥) .

(٥) سورة المائدة (٥١) .

وسئل الحسن عن مجوسى قال لمسلم : اذبحها لصنمنا أو لنارنا ، فاستقبل القبلة بها وسمى الله ، فكره أكلها .

قال ابن المواز : إنما يكره إذا أمره بهذا الشرط ، فأما لو تضيف به مسلم ، فأمر بذبحها مسلماً ليأكل منها فذلك جائز .

ومن « المدونة » : قال : وكره مالك أن يمكن الرجل من ذبح أضحيته أو هديه أحداً من الناس وليليتها بنفسه ، فإن مكن من ذبحها كتابياً لم يجزه وأعاد .
روى عنه أشهب : أنه كرهه ولا يعيد .

وقال عنه ابن القاسم : وأما إن ذبحها له مسلم فإنها تجزئه . قال : وما ذبح اليهود من الغنم فأصابوه فاسداً عندهم لا يستحلونه لأجل الرئة وشبهها التي يحرمونها في دينهم ، فمرة كان مالك يجيز أكلها ، ثم لم يزل يكرهه ، وقال : لا تؤكل .

قال ابن القاسم : وأما ذبيحة اليهود مما لا يستحلونه ، فإنه لا يؤكل .

قال ابن حبيب : لا يؤكل من طعامهم ما حرم عليهم ، فمنه كل ذى ظفر من الإبل وحمى الوحش والنعم والأوز وكل ما ليس بمشقوق الظلف ولا منفرج القائمة ، وشحوم البقر والغنم الشحم الخالص كالثرب والكلاء وما لصق بالقطنة وما أشبهه من الشحم المحض ، فأما ما ليس فى التنزيل محرماً عليهم وهو مما حرموه على أنفسهم مثل : الطريفة فمكروه وليس فى قوة التحريم مثل ما هو منصوص فى كتابنا .

وعن بعض العلماء : فيما حرموه على أنفسهم تخفيف ، وأما ما ذبحوه لكنائسهم أو على اسم المسيح أو على الصليب فليس بمحرم ، وقد كرهه مالك واستخفه غير واحد من الصحابة والتابعين وقالوا : قد أحل الله لنا ذلك وهو عالم بما يقولون .

ومن « المختصر » : ولا بأس بأكل طعام المجوسى الذى ليست له ذكاة .

قال : ألا ترى وقد أكل الصحابة من طعامهم حين فتح الله عليهم بلادهم مما لا ذكاة فيه .

قال مالك فى « المختصر » : ولا أحب أكل شحوم اليهود من غير أن نراه حراماً .

واحتج بعض أصحابنا لذلك بالحديث فى الذى غنم جرأاً فيه شحم [ق / ٦٥ / ٢ أ] من خير من اليهود فأراد صاحب المغنم أخذه منه ، فقال له النبى - عليه السلام : « خل بينه وبين جرابه يذهب به إلى أصحابه » ^(١) قالوا : والآية محتملة فى قوله : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ ﴾ ^(٢) . يريد : ما ذبحوه ، ومحال أن تكون الزكاة لبعض الشاة دون بعض ، فلما كانت الزكاة شائعة فى جميعها دخل الشحم فى التذكية فلاحتمال ذلك لم يحرمه مالك ، وكرهه من غير تحريم له .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : والحريون ومن عندنا من الذمين سواء عند مالك فى ذبائحهم ، ومالك يكره ذبائحهم كلهم والشراء من مجازرهم ، ولا يراه حراماً .

وقال عمر بن الخطاب : لا تكون اليهود ولا النصارى جزارين ولا صيارفة فى الأسواق وأن يقاموا من الأسواق كلها ، فإن الله قد أغنانا بالمسلمين عنهم .

قال مالك : ومعنى قوله : « يقاموا من الأسواق كلها » : ألا يبيعوا فى أسواق المسلمين فى شيء من أعمالهم ، وأن يكلموا الولاة فيقيمونهم .

قال ابن المواز : ما ذبحه الكتابى لنفسه أحب إلى مما ذبحه المسلم ، وقد كان من مضى يختارون لذبائحهم أهل الفضل والصلاح ، فلا ينبغي لمسلم أن يمكن ذبيحته من كتابى ، وإن كان شريكاً له فيها ، فإن فعل أكلت .

فى المتردية والموقوذة وأكيلة السبع وللأزلام والأنصاب

قال الله تعالى : [ق / ١٧ / ٢ ب] ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ إلى قوله : ﴿ بِالْأَزْلَامِ ﴾ ^(٣) .

قال مالك : وإذا تردت الشاة من جبل أو غيره ، فاندق عنقها أو أصابها ما يعلم أنها لا تعيش معه ما لم يكن قد نخعها فإنها تذكى وتؤكل ؛ لأن بعضها مجتمع إلى بعض ، فلو انقطع النخاع لم تؤكل ، وإن ذكيت وفيها الحياة ، وكذلك التى خرق السبع أمعاءها أو ذبحها ذبحاً لا تحيا مع ذلك ، والنطيحة والموقوذة تقع للموت فإن

(١) أخرجه البخارى (٣٩٧٧) ، ومسلم (١٧٧٢) من حديث عبد الله بن مغفل ، مختصراً .

وانظر الخبر بطوله فى « الإصابة » (٥ / ٦٠٥) وكلام الحافظ عليه .

(٢) سورة المائدة (٥) .

(٣) سورة المائدة (٣) .

ابتدرت وذكيت ونفسها تجرى وهى تطرف بعينها أو تحرك ذنبها فإنها تؤكل ، وكذلك التى عقرها السبع إلا أن يفعل بها ما لا حياة بعده، فإنها لا تؤكل وإن ذكيت .

قال ابن المواز وابن حبيب فى شاة ذبحت فلم تتحرك، فإن كانت صحيحة فأنهر دمها فلتؤكل ، وإن كانت مريضة وقعت للموت، فيوصل إليها فذبحت وسال دمها، فإن طرفت بعينها أو حركت ذنبها أو ركضت برجلها أو انتفاض نفسها فى جوفها ، أو منخرىها عندما ذبحت، فإن كان منها صنف من هذا أكلت .

قال ابن حبيب : فإن لم يكن واحد من هذا ، ولكن تحركت أعضاؤها واختلجت بضاعها فلا تؤكل .

قال ابن المواز : وقال على بن أبى طالب، وعبيد بن عمير، وسعيد بن المسيب: إذا كانت العين تطرف والذنب يتحرك والرجل تركض فهى ذكية .

وقال زيد بن ثابت فى الذنب والرجل : أى ذلك تحرك من الذبيحة فهو ذكاة .

قال ابن حبيب : وما أصاب المتردية والنطيحة وأكيلة السبع والمنخقة والموقوذة من أمر لا حياة بعده من نشر الدماغ أو الحشوة أو قرص المصران أو ثنى الأوداج أو انقطاع النخاع فلا تؤكل ، وأما كسر الرأس ولم ينتشر الدماغ أو شق الجوف ولم ينتشر الحشوة ولا انشق المصران أو انكسر الصلب ولم يقطع النخاع، فهذه تؤكل إن ذكيت قبل أن تزهق نفسها إلا أن تصير من ذلك إلى حد الموت ، وأما الإيأس منها أو أشكل أمرها فتذبح حيثئذ، فلا تؤكل وإن طرفت بعينها أو انتفاض نفسها، فإن لم يكن ما أصابها قد بلغ المقاتل، فقد صارت إلى سبيل الموت مما أصابها ، وإنما تفسير قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا ذَكِّتُمْ﴾^(١) فوجه الذكاة فى قائم الحياة ، وحياة هذه غير قائمة وذكاتها مشكلة، وليس فى الدين إشكال .

أما قوله : فيما أنفذ مقاتله فصواب؛ لأنه ميت بعد ، ألا ترى أن الإنسان يصيبه أحد ببعض ذلك فيورث وإن لم تزهق نفسه، وإن مات وارثه قبله، فقد استحق ميراثه منه ، وأما ما لا يبلغ المقاتل، فالصواب ما قاله مالك أنها تؤكل إذا كان فيها شيء من الحياة وإن علم أنها لا تعيش مما أصابها ؛ لقوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا ذَكِّتُمْ﴾^(٢) فهذه

(١) سورة المائدة (٣) .

(٢) سورة المائدة (٣) .

مما يصح فيها الذكاة ؛ إذ فيها شيء من الحياة .

وقد قال على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وغيرهما فى التى تقع للموت إذا حركت ذنبها أو رجلها بعد الذبح أنها تؤكل . وقاله ابن حبيب .

فما الفرق بينهما ؟ وهما عندى سواء وبالله التوفيق .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : والأزلام : قداح كانت فى الجاهلية ، فى الواحد « افعل » وفى الآخر « لا تفعل » والآخر لا شيء فيه ، فكان أحدهم إذا أراد سفراً أو حاجة ضرب ، فإن خرج الذى فيه « افعل » فعل ، وإن خرج الذى فيه « لا تفعل » ترك ، وإن خرج الذى فيه « لا شيء » أعاد الضرب . وقيل : فى الأنصاب : حجارة كانت تعبد .

تم كتاب الذبائح بحمد الله وعونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الضحايا من « الجامع »

في وجوب الأضحية ومن تلزمه أو يلزمه أن يضحي عنه

قوله - عليه السلام : « أمرت بالذبح وهو لكم سنة » ^(١) .

قال مالك : والأضحية سنة واجبة لا ينبغي تركها لقادر عليها من أحرار المسلمين .

قال غيره : وليست بواجبة وجوب الفرائض لقوله - عليه السلام : « ثلاث هنّ علىّ فرض ولكم تطوع : الوتر والأضحية والسواك » ^(٢) .

ومن « المدونة » : قال مالك : إلا الحاج فليست عليهم أضحية وإن كان من سكان منى بعد أن يكون حاجاً ، ومن لم يشهد الموسم فهم بضحاياهم كالأجنيبين وإنما لم تكن على الحاج ؛ لأن ما ينحر بمنى إنما هو هدى ؛ لأنه يوقف بعرفة ، ولأن الحاج لم يخاطبوا بصلاة العيد لأجل حجهم ، فكذا هذا في الأضحية [ق / ١٨ / ٢ ب] .

ومن « المدونة » : قلت : ف شراء الأضحية أحب لمالك أم الصدقة بثمنها ؟ قال : قال مالك : لا أحب ترك الأضحية [ق / ٦٦ / ٢ أ] لمن قدر عليها .

قال مالك : وهى على الصغار والكبار من ذكر أو أنثى حاضر أو مقيم أو مسافر .

قال ابن المواز : تعظيماً لله وشكراً لما أكمل لهم من دينهم فى يومهم ذلك ،

(١) تقدم .

(٢) قال الحافظ ابن حجر : لم أجده هكذا « التلخيص الحبير » (٣ / ١١٩) . وقد وقفت على حديث أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » (٣٢٦٦) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٣٠٥١) من حديث عائشة - رضى الله عنها - بلفظ : « ثلاثة علىّ فريضة وهى لكم سنة : الوتر ، والسواك ، وقيام الليل » . قال الطبرانى : لم يروه عن هشام إلا موسى ، تفرد به عبد الغنى . وقال البيهقى : موسى بن عبد الرحمن هذا ضعيف جداً ، ولم يثبت فى هذا إسناد ، والله أعلم .

وهو يوم الحج الأكبر وهو اليوم الذي قال الله عز وجل فيه : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ (١) .

قال ابن حبيب : [قال مالك] (٢) : الأضحية سنة لا رخصة لأحد في تركها ، والفقير إن وجد ثمنها أو وجد من يسلفه فليسلفا .

وقال غير واحد من أصحابنا البغداديين : إنها غير واجبة واستدلوا بقوله - عليه السلام : « من رأى منكم هلال ذى الحجة وأراد أن يضحي ، فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره حتى يضحي » (٣) فقوله - عليه السلام - : « من أراد أن يضحي » فمقتضى التخيير وليس هذا من شرط الواجب ، فإن أراد أصحابنا أنها ليست بواجبة وجوب الفرائض فنعم وإن أرادوا أنها ليست بواجبة أصلاً ، فليس الأمر كذلك ولا حجة لهم بقول النبي - عليه السلام : « من أراد أن يضحي » ويكون معنى قوله : « من أراد أن يضحي » أى : من أراد أن يذبح أضحيته ، فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره حتى يذبحها ، ويكون معنى قوله : « من أراد » أى : من كان من أهل الضحايا إذ ثم من تسقط عنه وهو الفقير الذى لا يجد ثمنها والحاج ومن فيه بقية رق .

والدليل على وجوبها : قوله - عليه السلام : « أمرت بالنحر وهو لكم سنة » (٤) وقوله للذى ذبح أضحيته قبله ضحيتك ، فقال : ليس عندي إلا جذعة من المعز . فقال : « اذبحها ولم تجزئ عن أحد بعدك » (٥) وهو أبو بردة ابن دينار .

وقال ربيعة : هى من الأمر اللازم وهى أفضل من صدقة سبعين ديناراً .

قال ابن حبيب : هى أفضل من العتق ومن عظيم الصدقة ؛ لأن إحياء السنن أفضل من التطوع .

(١) سورة المائدة (٣) .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه مسلم (١٩٧٧) ، وأبو داود (٢٧٩١) ، والترمذى (١٥٢٣) ، والنسائى

(٤٣٦١) ، وابن ماجه (٣١٥٠) ، وابن حبان (٥٨٩٧) ، والحاكم (٧٥١٨) ،

والطبرانى فى « الكبير » (٢٣ / ٢٦٦) حديث (٥٦٢) ، والبيهقى فى « الكبرى »

(١٨٨٢٠) من حديث أم سلمة - رضى الله عنها .

(٤) تقدم .

(٥) تقدم .

وقال ابن القاسم وابن حبيب : ومن تركها وهو قادر عليها فهو آثم .

قال مالك في « كتاب ابن المواز » : ومن ترك ذبح أضحيته حتى زالت أيام منى ، فقد أساء في تعمده ، وإن نسي فقد فاته خير كثير .

فهذا كله يؤيد وجوبها ؛ إذ لا يَأْثُم الإنسان إلا في ترك الواجب .

ابن المواز : وقد روى أن الرسول - عليه السلام - جاءه جبريل فقال : « يا جبريل كيف رأيتم ستننا في يومنا هذا استقامت ؟ » فقال : نعم ، فقد استبشر بذبحكم أهل السماء ، قال : يا محمد : الجذع من الضأن خير من السيد من المعز - يعنى : العظيم السمين - وخير من السيد من البقر ولو يعلم الله ذبحاً أعظم وأفضل من ذبح إبراهيم أعطاك » قال : « وما كان من ذبح إبراهيم هو الذى قرب أبناء آدم » ^(١) فهذا كله يؤيد أنها سنة واجبة .

ابن المواز : وروى أن معاذ بن جبل قال : كان رسول الله ﷺ يأمرنا يوم العيد أن نلبس أجود ما نجد من الثياب ، وأن نخرج وعلينا السكينة والوقار ، ويأمرنا أن نظهر التكبير ، ويأمرنا أن نضحى بأسمن ما نجد ويأمرنا ألا نذبح حتى يرجع من المصلى ، وكان يأمرنا أن نختار السليم من الضحايا ، وكان ينهانا أن نضحى بالجذع من المعز ، وكان يأمرنا أن نطعم منه الجار والسائل من كان ^(٢) . وكان أبو هريرة يقول : « لو من لم يضح وهو يقدر ، فلا يشهد المصلى » .

ما يستحب من الضحايا وأيها أفضل وذكر

أسنانها وما يتقى فيها من العيوب

قال أبو هريرة : وكان رسول الله ﷺ يضحى بكبشين أملحين أقرنين ويسمى ويكبر ، ولقد رأيته يذبحهما بيده واضعاً على صفاحهما قدمه ^(٣) .

(١) أخرجه الحاكم (٧٥٢٦) ، ابن عدى فى « الكامل » (١ / ٣٤١) من حديث أبى هريرة بسند ضعيف جدا .

(٢) أخرجه الحاكم (٧٥٦٠) ، والطبرانى فى « الكبير » (٢٧٥٦) ، والبيهقى فى « الشعب » (٣٧١٥) وفى « فضائل الأوقات » (٢١٠) ، وابن أبى الدنيا فى « العيال » (٣٧١) من حديث الحسن بن على مرفوعاً . قال الحاكم : لولا جهالة إسحاق - يعنى : ابن بزرج - لحكمت للحديث بالصحة .

(٣) أخرجه البخارى (٥٢٣٨) ، ومسلم (١٩٦٦) من حديث أنس رضى الله عنه .

قال أبو العالية : كانوا يستحبون الكبش على النعجة ، والنعجة على المعز والعنز على التيس .

قال ابن المواز : حسنة .

قال مالك في « المختصر » وغيره : وفحول الضأن في الضحايا أفضل من إناثها ، وإناثها أفضل من [فحول المعز وفحول المعز أفضل من إناثها وإناثها أفضل من ^(١)] الإبل والبقر في الضحايا فأما في الهدايا فالإبل والبقر أفضل .

ومن « كتاب ابن القرطبي » : ثم ذكور الإبل في الضحايا ثم إناثها ثم ذكور [البقر ^(٢)] ثم إناثها .

وقال أبو محمد بن عبد الوهاب : أفضلها الغنم ثم الإبل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : أن الأفضل الإبل ثم البقر ثم الغنم ؛ لأنه ﷺ كان ضحى بكبشين « وقوله : « خير الأضحية الكبش » ^(٣) ولأن المراعى طيب لحمه ورطوبته دون كثرتة بدليل ما روينا من تضحيتة بالغنم وعدوله إليها ، ولأنه يختص بها [ق / ١٩ / ب ٢] أهل البيت دون البقر بخلاف الهدايا .

ومن الواضحة : روى ابن وهب عن عدد من الصحابة والتابعين أنهم كانوا يستحبون أن تكون الضحية بكبش عظيم سمين فعل أقرن أملح ينظر بسواد ويسمع بسواد ويشرب بسواد .

قال : والأملح : ما كان بياضه أكثر من سواده ، والفعل أحب إليهم من الخصى ، والخصى أحب إليهم من النعجة ، والنعجة أحب إليهم من التيس ، حين أحب إليهم من غيره ، وأمر النبي ﷺ « باستشراف العين والأذن » وقال : « دم عفراء أحب إلى من دم سوداوين » ويقال : إن قربتى ابني آدم كبشان ، فتقبل السمين

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه أبو داود (٣١٥٦) ، والبيهقي في « الكبرى » (٦٤٨٥) ، والطبراني في « مسند الشاميين » (٢٢٥٢) من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه .

قال الألباني : ضعيف .

وأخرجه الترمذى (١٥١٧) وابن الجوزى في « العلل المتناهية » (٦٣٢) من حديث أبي أمامة رضى الله عنه .

قال الترمذى : هذا حديث غريب ، وعفير بن معدان يضعف في الحديث . قال الألباني : ضعيف .

كتاب الضحايا/ ما يستحب من الضحايا وأياها أفضل وذكر أسنانها... ٥٥
ولا يتقبل المهزول .

قال ابن حبيب : والخصى السمين أفضل من الفعل المهزول والفعل السمين أفضل من الخصى ، ذكره مالك فى « العتبية » تغالى الناس فى الضحية ، وقال : خير الهدى هدى محمد وأصحابه وليشتر كاشترء الناس وإن غلت ، فإما أن يجد بعشرة فيذهب يشتري بمائة فأنا أكرهه ، ويدخل على الناس مشقة .

فصل

ومن المدونة : قال مالك : ولا يجزئ ما دون الثنى من المعز سائر الأنعام فى الضحايا والهدايا إلا الضأن وحدها فإن جذعها يجزئ .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : أما الجذع من الضأن ، فلا خلاف فى جوازه والأصل فيه قوله ﷺ : « لا تذبحوا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن » (١) فلا تجوز جذعة من غير الضأن لهذا الحديث ، لأنه قصد الجذاع على جنس مخصوص فكان ما عداه مبقى على المنع « ولقوله لأبى برده بن دينار وقال : ما عندى إلا جذعة من المعز : « تجزيك ولن تجزى عن أحد بعدك » (٢) .

قال ابن حبيب : والجذع من الضأن والمعز ابن سنة تامة أبو محمد : وقيل ابن عشرة أشهر وقيل : ابن ثمانية ، وقيل : ابن ستة أشهر .

قال ابن حبيب : والثنى من المعز ابن سنتين ، وجذع البقر ابن سنتين والثنى [ق/] من البقر ابن أربع سنين ، والجذع من الإبل ابن خمس سنين والثنى ابن ست سنين . وقال أبو محمد بن عبد الوهاب : الثنى من المعز ماله سنة ودخل فى الثانية ، ومن البقر ما له ستان ودخل فى الثالثة ومن الإبل ما له ست سنين ؛ لأنه يلقي ثنيته .

فصل

قال ابن المواز : وروى مالك أن الرسول عليه السلام : سئل ماذا يتقى من الضحايا فقال : « أربع : العرجاء البين ضلعها ، والعوراء البين عورها ، والمريضة البينة مرضها ، والعجفاء التى لا تنقى » (٣) .

ونهى عليه السلام أن نضحى بعضباء الأذن والقرن (٤) .

(١) أخرجه مسلم (٣٧٢٥) ، ابن خزيمة (٢٧٢٣) .

(٢) أخرجه مسلم (٣٧٢٣) .

(٣) موطأ مالك (١٠٢٧) ، والسنن الكبرى (١٧٧٦٣) مسند أحمد (١٨٣٢٢) .

(٤) أبو داود (٢٤٣٨) ، السنن الكبرى (١٧٧٦٩) ، السنن الصغرى (١٤١٧) ، أحمد

(٦٢٤ ، ٨٥٠) ، الطيالسى (٩٨) .

قال قتادة : قلت لسعيد بن المسيب : ما العضباء قال : الغصف ، قال معمولا لا نرى بعضباء القرن بأساً ، وكرهه فى الأذن .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وينبغى فى الجملة أن ينفى العيب وتتوخى السلامة لأنه ذبح المقصود به القرية فيجب أن يكون سليماً من النقص ، لقوله تعالى : ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ﴾ (١) ، وقوله : ﴿وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ مَا يَكْرَهُونَ﴾ (٢) .

وأما العوراء : فلا نعلم خلافاً فى منع الأضحية بها .

وفى حديث على والبراء أنه عليه السلام : « نهى عن العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها » (٣) ولأن المرض اللهم ويضر بمن يأكله ، وكذلك العجفاء التى لا شحم فيها ولا مخ فى عظمها .

وفى الحديث : « ولا العرجاء البين ضلعها » ، وعند أبى حنيفة تجوز الأضحية بها ما دامت تمشى .

ومن المدونة : قال ويجزى فى الهدايا والضحايا المكورة القرن إلا أن يكون يدمى فلا تجزئ لأنه مرض .

قال ابن حبيب : إنما هذا إذا انكسر القرن الخارج ، وكان القرن الداخل صحيحاً وهو يسمى أقصم ، والأثنى قصمى ، فإما إذا انكسر القرن الداخل والخارج ، فلا يجوز الأضحية بها وإن لم يدم ، وهو يسمى أعضب والأثنى عضبى وقد نهى النبى عليه السلام : أن يضحى بالأعضب بقرن والأذن .

وفى كتاب ابن المواز قال مالك : لا بأس أن يضحى بالثى قد استوصل قرناتها من أصلها حتى تصير كأنها جلعاء قال فيه : ومن المدونة : الشاة تخلق خلقاً ناقصاً لا تجزئ إلا أن تكون جلعاء يريد العجفاء .

قال : أو سكاء والسكاء حمى الصغيرة الأذنين .

قال ابن القاسم : ونحن نسميها الصمعاء ، ولو خلقت بغير أذنين لم تجز .

قال مالك : ماذا كان فى الأذن قطع صغير أو أثر الميسم ، أو شعر يسيراً فلا بأس به وما سمعت مالكا يوقت فى الأذن نصفاً من ثلث .

قال ابن المواز : والنصف عندى كثير من غير أن أحد فيه جداً .

(١) سورة آل عمران (٩٢) .

(٢) سورة النحل (٦٢) .

(٣) تقدم .

وقال ابن حبيب : إذا قطع نصف الأذن أو ثلثها لم تجز ، وهى العضباء الأذن الذى نهى عنها ، والشق الكبير فى الأذن لا تجزئ به وهى تسمى الشرفاء ، وتسمى أيضاً القصواء ، والخرقاء التى فى أذنها خرق مستدير فى مقدم الأذن أو مؤخرها ، وربما ترك معلق كأنه زغبة .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس فى الهدايا والضحايا بالبياض أو غيره فى العين إن لم يكن على الناظر .

قال : ولا يجزئ العرجاء البين ضلعها كما قال النبى - عليه السلام - إلا أن يكون الشيء الخفيف الذى لا ينقص مشيها ولا تعب عليها به فى سيرها بسير الغنم وأراه خفيفاً . قال : ولا يجزئ المريضة البين مرضها ولا الحمزة .

قال ابن القاسم : وهى البشمة يعنى التى أصابها التخمة من الأكل ؛ لأن ذلك مرض لها .

قال : وكذلك الجربة إن كان ذلك مرض لها .

قال ابن المواز : قال مالك : ولا بأس بالثى تسقط أسنانها من كبر أو هرم أو جفاء ، وأما لغير ذلك ، فهو عيب فلا يضحى بها .

قال أصبغ : ما لم تكن بينة الهرم .

قال ابن القاسم : وإن كان من أثغار ، فلا بأس به .

قال مالك : ولا بأس أن يضحى له بما سقطت له سن واحدة وإن لم يكن من كبر .

وقال فى الكبش يطول ذنبه فيقطع منه قدر قبضة : أرى أن يجتنب فى الضحايا إذا وجد غيره .

قال ابن المواز : أما القطع البين فمكروه ، وأما اليسير فجائز والثالث عندى كثير .

قال ابن المواز : ولا خير فى مشطور الضرع كله .

وقد أخبرت عن طاوس أنه قال : إذا كانت إحدى أطناها تحلب ، فإنها تجوز وكان يكره الجداء المصلحة ضرعها وهى المصرمة الأطماء ، ويكره الهتماء وهى الذاهبة الأسنان .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن اشترى أضحية سليمة ، فلم يذبحها حتى

نزل بها عيب لا يجوز به في الضحايا لو اشترت به عجفت أو عميت أو أعورت .
قال مالك : لا تجزيه وإن لم يصبها ذلك إلا بعد الشراء ، وأما من اشترى هدياً صحيحاً ، يريد : فقلده وأشعره ثم عمى عنده ، فلينحره ويجزئه في الواجب والتطوع .

قال ابن القاسم : لأن الأضحية لم تجب عليه كما وجب عليه الهدى ألا ترى لو ضل هديه فأبدله به ونحر البدل ، ثم وجد الأول لم يكن بد من نحره ، ولن يكن ما أبدل يضع عنه نحره فات وقت الذبح أو لم يفت ولو ضلت أضحيته فأبدلها ثم وجدها في أيام النحر لم يلزمه ذبحها وكانت مالاً من ماله ، ولو ضلت أضحيته فلم يبدلها ثم وجدها بعد أيام النحر فليصنع بها ما شاء ، وليس على أحد أن يضحي بعد أيام النحر وهو بمنزلة من ترك الأضحية ، وكذلك لو اشترى أضحية فحبسها حتى مضت أيام النحر ، فهذا والأول سواء ، وهذا رجل آثم حيث لم يضح بها .

قال إسماعيل القاضي في « المبسوط » : والفرق بين الهدايا والضحايا : أن إشعار الهدى وتقليده وتجليله وسياقه إيجاب فيه بالنية والفعل فلا يجوز بدله ولا يضر بعد ذلك عيب دخله فإن عطب الواجب منه قبل بلوغ محله ونحوه كان عليه بدله لقوله تعالى : ﴿ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ﴾^(١) ، وقال : ﴿ حَتَّى يَلْغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ﴾^(٢) فكان عليه في الهدى أمران :

أحدهما : إيجابه وهو مما يجوز أن الهدى . والآخر : أن يبلغ محله .

والضحايا بخلاف ذلك لأن صاحبها لم يؤمر أن يوجبها بشيء قبل ذبحها وإنما هو رجل ينوى أن يضحي بها فالنية لا توجبها غير أنه يستحب له أن لا يبطل ما نوى فيها . قال : ولو أن إنساناً اشترى أضحية ، فقال بلسانه : قد أوجبتها ، لم يجزئ عنه أن يبدلها .

يريد : ولا يضر عيب دخلها [ق / ٦٨ / ٢ أ] .

قال : لأنه أوجبها بالنية والقول وقال نحوه غير واحد [ممن اتبعه]^(٣) وهذا قول حسن ، غير أن ظاهر كلام مالك خلافه .

وقد قال مالك في « كتاب ابن المواز » : فيمن اشترى أضحية سليمة فأوجبها فلم يذبحها حتى نزل بها عيب : لا تجوز به في الضحايا أنها لا تجزيه بخلاف الهدى يحدث به عيب بعد التقليد والإشعار ، وذلك أن الضحايا لا تجب إلا بالذبح والهدايا

(١) سورة المائدة (٩٥) .

(٢) سورة البقرة (١٩٦) .

(٣) في أ : من البغداديين .

تجب بالتقليد ، فقد نفى مالك أن تجب بغير الذبح لأن الذبح ؛ فعل كالتقليد ، وذلك أقوى من القول ، وما قاله مالك [ق / ٢٠ / ٢ ب] إلا لسنة عنده فيها ، ولا علمت لأصحابه فيه اختلافاً .

وإن كان القياس عندى ألا تجزئه الهدايا أيضاً حتى تبلغ محلها ثم تنحر وهى سليمة ؛ لأنه إذا كان هلاك جميعها بعد التقليد وقبل بلوغ محلها لا تجزئ ربها وعليه بدلها ، فكذلك هلاك بعضها ، ويكون حكم البعض كحكم الجميع ، ألا ترى أن من باع عبداً ودلس فيه بيع فهلك بسبب ذلك العيب أنه من البائع ، وكذلك لو هلك بعضه بسبب العيب أنه منه ، وإن كان مدلساً على هلاكه كله أو هلاك بعضه من المشتري وكذلك كأن يجب فى الهدى أنه لما كان هلاك الجميع من ربه وعليه بدله ، فكذلك البعض ، وهذا فى أصولهم كثير .

ولكن قد قال مالك وأصحابه ما علمت وهم أئمة الدين وأهدى للصواب ، فوجب اتباعهم ، وبالله التوفيق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أضجع أضحية للذبح ، فاضطربت فانكسرت رجلاها أو أصابت السكين عينها ففقدتها لم تجزه .

قال ابن حبيب : وعليه بدلها وله بيعها .

قال : وإن تمادى فذبحها بعد الذى أصابها لم تجزه ، ولكن لا يبيع لحمها ؛ لأنه [قد ذبحها للنسك] ^(١) فلا يجوز بيعها .

قال : ولو أصابها ذلك بعد أن فرى الأوداج وقطع الحلقوم أجزأته ولم يلزمه بدلها ؛ لأنها لم يصبها ذلك إلا بعد فراغه من ذكاتها .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن سرقت أضحيته قبل الذبح أو ماتت أو ضلت ، فعليه البدل .

في وقت ذبح الضحايا وذكر الأيام المعلومات والمعدودات

قال : ﴿ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ﴾ ^(٢) فذكر الأيام دون الليالى .

(١) فى أ : قصد بها النسك .

(٢) سورة الحج (٢٨) .

وقال الرسول - عليه السلام : « من ضحى بالليل فليعد » ^(١) .

والأيام المعلومات : أيام النحر وهى يوم النحر ويومان بعده . والمعدودات : أيام التشريق وهى ثلاثة أيام بعد يوم النحر وهى أيام منى التى يرمى فيها الجمار ، ولذلك سميت معدودات أى : معدودات فى الرمى ، فيوم النحر معلوم خاصة ، واليومان اللذان بعده معلومان معدودان ، واليوم الرابع معدود خاصة لا ذبح فيه .

ابن حبيب : ورواه ابن وهب عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود وأنس .

وأفضل الذبح فى هذه الأيام فى أولها بعد ذبح الإمام .

ومن « المدونة » : قال مالك : والأيام كالتى يضحى فيها يوم النحر ويومان بعده إلى غروب الشمس من آخر ، فإذا غربت الشمس من اليوم الثالث فقد انقضى الذبح وفاته ، ولا يضحى بليل فى شيء من هذه الأيام .

قال ابن المواز : وقاله على بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وأنس وكثير من التابعين ، وأما ما روى عن عمر بن عبد العزيز وعن الحسن أن الأضحى ثلاثة أيام بعد يوم النحر فقد عيب ذلك .

وقد قال يونس : أن الحسن كان يقول : الشهر كله .

والذى قاله مالك هو الأمر المجتمع عليه .

قال مالك : ويوم النحر هو يوم الحج الأكبر .

قال غيره : سمي الأكبر لأن المشركين كان يقف بعضهم بعرفة وبعضهم بالمشرع الحرام ثم يأتى من بعرفة فيقف يوم النحر بالمشرع الحرام فصار فيه اجتماعهم ، فأمر أن ينذرهم بسورة براءة فى أكبر مجتمعهم وعلى هذا أقر أن ليلة هذا اليوم من طلع عليه فجرها ولم يقف بعرفة فاته الحج واليلة من اليوم .

قال ابن المواز : وأفضل الذبح فى هذه الأيام اليوم الأول منها ، وقاله ابن عباس .

(١) قال الحافظ ابن حجر : حديث أنه ﷺ نهى عن الذبح ليلاً ، (أخرجه) الطبرانى من حديث ابن عباس وفيه سليمان بن سلمة الخبائرى ، وهو متروك .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : ولأن النبي - عليه السلام - والأئمة بعده كانوا يضحون فيه .

وعن علي بن أبي طالب - رضى الله عنه : النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها . وقد قيل في تأويل قوله تعالى : ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ ﴾ ^(١) صل العيد وانحر أضحيتك .

قال ابن المواز : وقت الذبح فيه بعد صلاة العيد وبعد ذبح الإمام بيده فمن ذبح قبل ذلك فلا أضحية له ، وتلزمه الإعادة .

وقد قال النبي - عليه السلام - للذى ذبح قبله : « أعد » . فقال : لا أجد إلا جذعة من المعز ، فقال : « اذبحها ولا تجزئ جذعة عن أحد بعدك » ^(٢) .

قال - عليه السلام - « لا يذبحن أحد قبل أن نذبح أو نصلى » ^(٣) ، وقال : « أول ما نبدأ به في يومنا هذا نصلى ثم ننحر [ق / ٢١ / ب] فمن نحر قبل الصلاة فإنما تعجل لحماً لأهله » ^(٤) .

ابن المواز : ولا يراعى في اليوم الثانى والثالث ذبح الإمام ولا غيره ، ولكن إذا ارتفعت الشمس وحلت الصلاة جاز له الذبح ، ولو فعل ذلك بعد الفجر أجزأه في هذين اليومين .

ومن « الواضحة » : قال مالك : ووقت ذبح الضحايا في اليوم الأول من ضحى إلى زوال الشمس ويكون بعد ذلك إلى العشى ، فمن جهل وذبح حينئذ أجزأه ، وكذلك اليوم الثانى يذبح من ضحى إلى زوال الشمس ، فإن فاته أمر بالصبر إلى ضحى اليوم الثالث ، فإن لم يضح إلى عشى اليوم الثالث فهذا يؤمر أن يضحى حينئذ إلى غيب الشمس .

وحكى لنا عن بعض فقهاءنا القرويين ، قال : سمعنا أبا الحسن ينكر قول ابن

(١) سورة الكوثر (٢) .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه مسلم (١٩٦١) من حديث البراء بن عازب رضى الله عنه .

(٤) تقدم ، وهو عند البخارى (٩١١) من حديث أنس . وهو بهذا اللفظ عند ابن حبان (٥٩٠٦) من حديث البراء .

حبيب هذا وقال : بل اليوم الأول كله الذبح فيه أفضل من الثانى والثانى أفضل من الثالث .

ورواية ابن المواز واختياره أحسن من هذا ، والذي عند ابن المواز هو المعروف .
ومن « المدونة » : قال مالك : وجه الشأن أن يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى فيذبحها بعد الصلاة بيده ، ثم يذبح الناس بعده .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : لأنه قد ثبت أن على الناس الاقتداء به فوجب أن يظهر أضحيته ليصل الناس . أى العلم بوقت ذبحه ، فإن لم يفعل تحروا ذلك لأنهم لا يقدرّون على أكثر من ذلك ، فإن تحروا فسبقوه فلا شيء عليهم لأنهم اجتهدوا كالاجتهاد [ق / ٦٩ / ٢ أ] فى القبلة مع الغيبة .

قال ابن المواز : وكان الرسول - عليه السلام - إذا فرغ من خطبته ونزل من منبره أتى بكبشه فذبحه بيده ثم يذبح الناس بعده فى منازلهم .

قال : فإن أخذه الإمام إلى داره جاز له . فالصواب فى المصلى ، ولو أن غير الإمام ذبح أضحيته فى المصلى بعد ذبح الإمام جاز وكان صواباً ، وقد فعله ابن عمر . ولو لم يذبح الإمام فى المصلى ثم ذهب إلى منزله ليذبح فذبح رجل قبل ذبح الإمام فى وقت أو ذبح الإمام فى المصلى كان هذا ذابحاً بعده لم يجزه إلا أن يتوانى الإمام بعد وصوله إلى داره ، فمن ذبح فى وقت لو لم يتوان الإمام وذبح فى داره كان هذا ذابحاً بعده أجزأه .

وقال أبو مصعب : إذا أخطأ الإمام فترك أن يذبح فى مصلاه فمن ذبح بعد ذلك فذلك له جائز .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن ذبح أضحيته من أهل المدائن قبل صلاة الإمام أو بعد صلاته وقبل ذبحه لم يجزه وأعاد .

قال : وليتحر أهل البوادي ومن لا إمام لهم من أهل القرى صلاة أقرب الأئمة إليهم وذبحه فيذبحون بعده .

قال ابن القاسم : فإن تحروا فذبحوا قبله أجزأهم .

ابن المواز : وروى أشهب عن مالك : أنه لا يجزيهم ، وهو أحب إلينا .

قال ربيعة : من كان في غير جماعة حيث ليس ثم إمام يعتدوا بذبحه فذبح قبل طلوع الشمس لم يجزه ، فإن ذبح بعد طلوعها أجزأه ، وإن كان قبل ذبح الإمام .
ابن المواز : وإذا ذبح عن المسافر أهله فإنما يراعى ذبح إمامهم ، لا ذبح إمام البلدة التي هو بها .

ابن المواز : ولا يؤتم في الهدايا بالإمام وله أن ينحر قبله .

في الاشتراك في الأضحية ومن يلزمك أن تدخله في أضحيته أو تضحي عنه

قال مالك - رحمه الله : ولا يشترك في الضحايا إلا أن يشتريها لرجل فيذبحها عن نفسه وعن أهل بيته فذلك جائز لأن النبي ﷺ فعل ذلك ، ولأن ذلك ليس بشركة في ملك اللحم وإنما هي شركة في الثواب والبركة .
قال مالك : وإن ضحى بشاة أو بغير أو بقرة عنه وعن أهل بيته أجزأهم ، وإن كانوا أكثر من سبعة أنفس .

قيل لابن المواز : ما جاء في ذلك من الأحاديث أن ابن مسعود قال : تجزئ البقرة عن سبعة والجزور عن سبعة .

وقال ابن المسيب : الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة ، وضحي حذيفة ببقرة عن سبعة .

فقال : لا حجة في ذلك إذ ليس فيه أن ذلك بين الأجنيين ، وينزل ذلك عن الرجل في أهله .

قيل : فمن روى عن جابر بن عبد الله أنه قال : نحرنا يوم الحديبية سبعين بدنة كل بدنة عن سبعة ^(١) . وقال الرسول - عليه السلام : « يشترك [ق / ٣٢ / ٢ ب] النفر منكم في الهدى » ^(٢) .

(١) أخرجه مسلم (١٣١٨) ، وأبو داود (٢٨٠٩) ، والترمذي (٩٠٤) ، والنسائي في « الكبرى » (٤١٢٢) ، وأحمد (١٤٢٦٧) ، والدارمي (١٩٥٥) ، وابن خزيمة (٢٩٠٠) ، وابن حبان (٤٠٠٦) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٠٠٤) ، والدارقطني (٢ / ٢٤٤) ، وأبو يعلى (١٨٩٧) ، وابن الجوزي في « التحقيق » (١٣٤٦) من حديث جابر رضي الله عنه . قال الألباني : صحيح .

قال : فما يؤمنك أن يكون ذلك من رسول الله ﷺ لأمته لأنهم عياله ، وأين من ذلك أن رجلاً قال لعلى بن أبى طالب : اشتريت بقرة لأضحى بها فولدت فما ترى فيها وفى ولدها ؟ فقال له : لا تحلبها إلا فضلاً عن ولدها واذبحها وولدها يوم النحر عن سبعة من أهلك .

قال ابن المواز : فهذا الشأن وعليه العمل ، عند أنس فى ذلك توقيت عن سبعة ولا أكثر ولا تجزئ الواحدة عنه وعن جميع أهل بيته .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أن البدنة تجزئ عن سبعة والبقرة عن سبعة .

ودليلنا : أن البقرة والبدنة حيوان يضحى به فلم يجزئ إلا عن واحد كالشاة ، ولأن كل إنسان مخاطب بفعل ما يسمى أضحية وذلك لا ينطلق على البعض .

ومن « المدونة » : قال مالك : وأحبّ إلىّ إن قدر أن يذبح عن كل نفس شاة . واستحب مالك حديث ابن عمر لمن قدر عليه دون حديث أبى أيوب الأنصارى .

ابن المواز : وكان ابن عمر يقول : إنما البدنة عن إنسان واحد والبقرة عن إنسان واحد لا أعلم فيه شركاً . قال هو وابن عباس : لم أشعر أن نفساً واحدة تجزئ عن أكثر من واحدة .

وقال بعض أصحابنا : وحديث أبى أيوب الأنصارى ذكر فيه : « كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحه الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس فصارَت مباحة »^(١) .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن اشترى أضحية عن نفسه ثم نوى أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك بخلاف الهدى .

قال مالك : وإن اشتراها فأراد أن يذبحها عنه وعن أجنيين معه ولا يأخذ منهم ثمناً فتطوع بذلك فلا ينبغى ، وإنما ذلك لأهل البيت الواحد .

قيل للمالك : فإن كانوا رفقاء فى سفر ونفقتهم واحدة قد تخارجوها فأرادوا أن يشتروا كبشاً من النفقة عن جميعهم .

قال : لا يجزيهم ذلك .

قال : وليس على الرجل أن يضحي عن زوجته بخلاف النفقة .

قال عنه ابن حبيب : فإن أدخلها في أضحيتها أجزأه وإياها وإن لم يفعل فذلك عليها بخلاف الفطرة .

قال بعض فقهاءنا : والفرق : أن زكاة الفطر إنما هي زكاة أبدان فهي كالنفقة التي للأبدان فوجبت عليه لزوجته كوجوب نفقتها عليه ، والأضحية إنما هي قرينة فلا يلزمه أن يتقرب عن زوجته كما لا يلزمه أن يتصدق عنها أو يعتق عنها .

قال ابن المواز : وقد ذبح النبي - عليه السلام - عن نسائه بقرة .

قال ابن حبيب : وعلى الرجل أن يضحي عن نفسه وعن أولاده الصغار الفقراء الذكور حتى يحتلموا والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن ، ولو كانوا أملياء لم يلزمه ذلك عنهم إلا أن يشاء .

ولو أدخل من لا تلزمه نفقتهم من ولده في أضحيتها أجزأ الولد فقيراً كان أو غنياً إذا كان في نفقة أبيه وفي بيته .

قال : ولو أدخل في أضحيتها من [يضمه] ^(١) إلى عياله ليس أخ وابن أخ أو قريب فذلك تجزئ عنهم ولا يجزئ إدخال الشريك والمرافق في السفر ونحوه من الأجنيبين في أضحيتها .

ابن المواز : قال مالك : فلا يدخل يتيمة في أضحيتها ، وإن كانا أخوين .

قال ابن المواز : ويضحي عن أبويه إن كانا محاويج . يريد : بشاة واحدة .

قال : وإن كانا أملياء ضحي عن كل واحد بشاة ، وأما جده وجدته فكالأجنيبين لا يضحي إلا عن كل واحدة بشاة إلا أن تكون الجدة زوجة الجد فليدخلها في شاة واحدة ، كما لو بعثها إلى الجد فذبحها هو عنه وعن زوجته .

قال ابن ميسر : وذلك بإذن الجد .

قال ابن المواز [ق / ٧٠ / ٢ أ] : وكذلك إن ذبح عن جده وعمومته وعماته الصغار الذين يدخلهم الجد في أضحيتها وهم من عياله فإنه يجزيه كما لو بعثها إلى الجد فيضحي بها عنه وعن أولاده . وهذا كله رأي محمد .

(١) في أ : قد ضمه .

ومن « المدونة » قال مالك : وليس على الحاج أضحية وإن كان من سكان منى بعد أن يكون حاجاً ومن لم يكن حاجاً من أهل مكة أو منى فعليهم أن يضحوا .
قال : وليس فى أمهات الأولاد أضحية .

فقال ابن القاسم : والعبيد مما لا اختلاف فيه أنه ليس عليهم أضحية .

قال : لا يضحى عمّن فى البطن .

ابن المواز : وقاله ابن عمر ، قال : وليس العمل أن يضحى عن أبويه وقد ماتا ولا يعجبني ذلك . [ق / ٢٣ / ٢ ب] .

فى بدل الأضحية وبيعها وبيع لحمها والحكم فى ولدها وصوفها ولبنها وما يرجع به من عيوبها

قال ابن القاسم : ومن اشترى أضحية وأراد أن يبدلها .

قال مالك : لا يبدلها إلا بخير منها .

قلت : فإن باعها واشترى دونها ما يصنع بها وبفضلة الثمن ؟

قال مالك : لا يجوز له أن يستفضل من ثمنها شيئاً ، وذكرت له الحديث الذى جاء فى مثل ذلك فأنكره ، وقال : يشتري بجميع الثمن شاة ..

قال ابن القاسم : فإن لم يجد بالثمن شاة فليزد من عنده حتى يشتري مثلها .

قال ابن حبيب : إن باعها واشترى به دون الثمن مثلها أو خيراً منها أو دونها فليتصدق بما استفضل وكذلك لو أبدلها بدونها فليتصدق بما بين القيمتين فإن ثم شيء فى الوجهين جميعاً صنع بالفضل ما أحب ، وكذلك قال : من لقيت من أصحاب مالك ، وفى حديث حكيم بن حزام الذى أعطاه النبى - عليه السلام - ليشتري له أضحية فابتاعها بدينار ثم باعها بدينارين واشترى له أخرى بدينار وأتاه بها وبالدينار فتصدق به النبى ﷺ ودعا له بالبركة (١) .

(١) أخرجه البخارى (٣٤٤٣) ، وأبو داود (٣٣٨٤) من حديث عروة البارقي .

وأخرجه الترمذى (١٢٥٧) من حديث حكيم بن حزام . قال الترمذى : حديث حكيم بن حزام ، لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وحبيب بن أبى ثابت ، لم يسمع عندى من حكيم بن حزام . وقال الألبانى : ضعيف .

قال ابن القاسم : أنكر مالك هذا الحديث .

وقال ابن المواز : إذا اشترى بثمانها مثلها أو خيراً منها واستفضل من الثمن شيئاً فتصدق به ، لأنه قد جعله الله .

وذكر ابن المواز : أن حديث ابن حزام المتقدم على طريق الحجة ولم يذكر ما روى ابن القاسم من إنكار مالك .

قال ابن المواز : قال مالك : ومن اشترى أضحية فقام عليه غريمه فله بيعها عليه فى دينه ، ولو ضحى بها لم تبح .

ابن المواز : قال مالك : وإن مات عن أضحيته قبل الذبح فإنها تورث ، واستحب ابن القاسم أن يذبحها عنه الورثة ولا يلزمهم ذلك .

قال : وأما ما اشتراه لغيره فإن أقرره وأشهد عليه بتعمد الأشهاد فهى لمن أشهد له بها وكذلك إن حازها من اشترت له فى صحة المشتري .

قال ابن حبيب : فإن لم يكن إشهاد ولا حوز فى صحة فهى تورث وتباع فى دينه .

قال ابن المواز : قال مالك : وإن مات عن لحم أضحيته فلا يباع فى دينه لأنه نسك وكل نسك سُمى لله فلا يباع لغريم ولا غيره ، وليأكل اللحم ورثته ولا يقتسمونه على الميراث فيصير بيعاً .

وقال ابن حبيب : إذا أجمعوا على أكلها بعد أن يطعموا منها كما كان يطعم وإلا اقتسموها لأنهم يرثون منها ما كان لهم ثم ينهاون عن بيع أنصباهم .

كذلك فسرهم مطرف وابن الماجشون عن مالك .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح ولدها معها وإن تركه لم أر ذلك واجباً عليه ؛ لأن عليه بدل أمه إن هلك .

قال ابن القاسم : ثم عرضتها عليه فقال : أصح ، وما ترك منها إن ذبحه معها فحسن .

قال ابن القاسم : ولا أرى ذلك عليه واجباً .

ابن المواز : واستحب أشهب ألا يذبحه معها .

قال ابن حبيب : ولو وجد فى بطن الأضحية بعد ما ذبحها جنيًا حيًا وجب عليه ذبحه كولد البدنة بعد الإشعار .

ومن « العتبية » : قال أبو زيد : وقد ضحى ابن القاسم ضحية حامل فركض ولدها فى الذبح فى بطنها فأمر بتركها حتى مات ثم شق عنه فأخرج فأمر السكين على حلقه فسال دمه فأمر أهله فشؤوا له منه .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وكذلك إذا خرج ميتًا كامل الخلق نابت الشعر فهو ذكى بذكاة أمه خلافاً لأبى حنيفة فى منعه أكله .

ودليلنا : قوله ﷺ : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ^(١) . وفى بعض الحديث : « وذلك إذا نبت الشعر » ولذلك شرطنا نبات الشعر خلافاً للشافعى ، ولأن ذلك علامة نفخ الروح فيه .

ومن « العتبية » وغيرها : قال أشهب عن مالك : فى الذبيحة يخرج جنيها ميتًا .

قال : يؤكل إذا تم خلقته ونبت شعره .

قال : فاستحب أن يمر السكين على حلقه ليخرج الدم من جوفه .

قال أبو محمد : ولا يؤكل حتى يتم خلقه وينبت شعره فإن كان واحداً منهما لم يؤكل ، وإن خرج حيًا .

وقال ابن حبيب : فى الجنين يخرج وبه حياة خفيفة يستحب ذبحه ويؤكل فإن لم يذبح أكل ، وإن كان به من الحياة ما يرى أنه يعيش منها لو ترك ، أو يشك فى [ق/ ٢٤ / ٢ب] ذلك فإن لم يذك حتى مات لم يؤكل .

قال أبو زيد : عن ابن القاسم فى بقرة أزلقت ولدها فإن كان مثله يحيا ويعيش فلا بأس بأكله إذا ذكى .

قال ابن حبيب : إذا تم خلقته ونبت شعره . قال : وإن كان مثله لا يعيش لم يؤكل .

وكذلك إن شك فى ذلك لم يؤكل ، وإن ذكى .
 ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يجوز أن يجز صوف الضحية قبل الذبح .
 قال ابن المواز : إلا فى الوقت البعيد الذى ينبت فيه مثله قبل الذبح .
 قال عنه ابن القاسم : فى « العتية » : وله أن يجزه بعد الذبح .
 قال : فإن جزه قبل الذبح - يريد : بالقرب - ثم ذبحها أجزأته وقد أساء ، ولا يبيعه ولينتفع به .
 قال سحنون : ولو باعه لم أر بأساً بأكل ثمنه إلا أن يجزه بعد الذبح فلا يبيعه .
 ابن المواز : قال أشهب : له أن يجزها قبل الذبح وينتفع به ويبيعه ويصنع به ما شاء ، لأنه لم يجب قبل الذبح .
 وخفف أصبغ بيعه وإن جزه قبل الذبح .
 ومن « المدونة » : قيل لابن القاسم : فجلد الأضحىة وصوفها وشعرها هل يشتري به متاعاً للبيت أو يبيعه ؟
 قال مالك : لا يشتري به شيئاً ولا يبيعه ولا يبدل جلدتها بمثله ولا بدونه ولكن يتصدق به أو ينتفع به .
 قال فى « الحج الثانى » : ولا يعطى الجزار على جزره الهدايا والضحايا [ق / ٧١ / ٢ أ] والنسك من لحومها ولا جلودها شيئاً وكذلك خطمها وجلالها .
 قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وقال على رضى الله عنه : « أمرنى رسول الله ﷺ أن لا أعطى الجزار منه شيئاً » (١) .
 ومن « كتاب ابن المواز » : ولا يتصدق بجلد أضحيتة أو بلحمها على من يعلم أنه يبيعه ، ومن تصدقت به عليه فلا يبيعه ولا يبدله بمثله من جلد أضحيتة أو غيرها ، وكذلك لو وهبته لخدمك . قاله مالك .
 وروى محمد : أن الرسول - عليه السلام - قال : « لا تبيعوا أهب الضحايا ولكن انتفعوا بها وتصدقوا » .
 قال أبو هريرة : من باع جلد أضحيتة ، فلا أضحىة له .

(١) أخرجه البخارى (١٦٣٠) ، ومسلم (١٣١٧) .

وروى عن سحنون فيمن باع جلد أضحيتيه أو شيئاً من لحمها أو صوفها فإن أدرك فسخ البيع وإلا فليجعل ثمن الجلد فى ماعونه أو فى طعامه وثمان اللحم يشتري به طعاماً يأكله .

وقال محمد بن عبد الحكم : من باع جلد أضحيتيه فليصنع بثمانه ما شاء .

قال ابن حبيب : وإن باعه جهلاً فلا يجوز أن ينتفع بثمانه وليتصدق به . وكذلك إن باعه عبده أو بعض أهله .

قال : ومن سرقت رؤوس ضحاياها من القرن فاستحب ابن القاسم ألا يغرمه شيئاً وكأنه رآه بيعاً .

وقال ابن حبيب : له أخذ القيمة ويصنع بها ما شاء من أكل أو صدقة أو شراء ما يحتاج إليه وكذلك جلدوها يضيع عند الزقاق أو يستهلكه وليس كالبيع .

ألا ترى أن من حلف ألا يبيع ثوبه فغصبه منه غاصب أو استهلكه أحد فله أخذ قيمته ولا يحنث ، وله أخذ جلد مثله من الزقاق ينتفع به كما يأخذ عن اللحم المستهلك ما شاء من حيوان أو طعام .

وقاله ابن الماجشون وأصنغ .

قال ابن المواز : وإذا اختلطت رؤوس الضحايا عند الشواء كرهت لك أكل متاع غيرك ولا يأكل متاعك أو متاعه خير ولو اختلطت برؤوس الشواء فهذا خفيف لأنه ضامن كما يضمن لحم الأضاحى بتعداً ، وكمن يضمن زرعاً لم يبد صلاحه وقيمة كلب الغنم وفطرة المسلمين بالتعدى . فالحصول من بيع الجلد ثلاثة أقاويل :

قول سحنون : وإن كان قائماً فسخ البيع ، وإن فات جعل ثمنه فى ماعونه أو طعامه .

وقول ابن عبد الحكم : يصنع به ما شاء .

وقال ابن حبيب : لا يأكله وليتصدق به وإن سرقت رؤوس ضحاياها فى القرن فاستحب ابن القاسم ألا يغرمه شيئاً ؛ لأنه كالبيع .

وقال ابن حبيب : له أن يغرمه القيمة وليس كالبيع .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولم أسمع من مالك فى لبن الأضحية شيئاً

إلا أنه كره لبن الهدى . وقد روى فى الحديث : « لا بأس بالشرب منها بعد رى فصيلها » ^(١) فأرى إن لم يكن للأضحية ولد ألا يشربه إلا أن يضر بها فيحلبه ويتصدق به ولو أكله لم أر عليه شيئاً ، وإنما منعه أن ينتفع بلبنها قبل ذبحها كما منعه مالك من أن يجر صوفها قبل ذبحها أو ينتفع به .

قال سحنون : ترك اللبن فى ضروعها مضرة لها ، وأما الصوف والقرن فهو من جمالها وتنام خلقتها واللبن [ق / ٢٥ / ٢ ب] يأكله ما يأكل لبن الهدى .

فصل

قال أصبغ فى « العتبية » : وإذا وجد بضحيته عيباً بعد الذبح فترجع بقيمته ، فإن كان مما لا تجزئه وكان فى أيام الذبح أعاد وإن فاتت فلا شيء عليه ويصنع بها ما شاء ، وإن كان عيباً يجزئ بمثله تصدق بما أخذ ، وكذلك ذكر ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم سواء .

قال : وذلك بخلاف ما يرجع به من قيمة عيب بعبد قد أعتقه هذا يصنع به ما شاء ، وإن كان عيباً لا تجزئ بمثله .

يريد : إذا كان تطوعاً أنه يجوز عتق المعيب ولا تجوز الضحية بالمعيب وإنما فرق بين ما تجزئ به أو لا تجزئ إذا مضت أيام النحر لأن الذى لا يجزئ به صار كمن لم يضح وإنما ذبح لحماً لأهله فوجب أن يصنع بقيمة العيب ما شاء ، والذى تجزئ به فقد تمت له أضحيته وما يرجع به فهو كشيء منها فوجب أن يتصدق به أو يأكله أو يشتري ماعوناً ينتفع به كما قال ابن حبيب فيما يرجع به على الفران من قيمة رؤوس الضحايا .

فيمن ذبح أضحية غيره بأمره أو بغير أمره أو غلط

قال مالك : وللرجل والمرأة ذبح أضحيته أو هديه بيده كما فعل الرسول - عليه السلام . وقد كان أبو موسى الأشعرى يأمر بناته أن يذبحن نسكهن بأيديهن .

قال ابن المواز : لا يذبح له غيره إلا من ضرورة أو ضعف .

قال مالك : وإن أمر مسلماً بذلك من غير عذر فبئس ما صنع ، قال : ويجزئه .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : لأن النبى - عليه السلام - استتاب علياً

(١) أخرجه البيهقى فى « الكبرى » (٩٩٩٢) موقوفاً على عروة بن الزبير رضى الله عنه .

- رضى الله عنه - فى نحر الهدايا، ولا فرق بينها وبين الأضاحى .

قال ابن حبيب : عن مالك : إذا أمر غيره فذبح له وإن وجد سعة فأحبّ إلى أن يعيد ويذبحها بنفسه [صاغراً] ^(١) وهو من التواضع لله سبحانه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أمر بذلك ذميّاً لم يجزه وأعاد .

وقال أشهب : يجزئه وبش ما صنع .

فوجه قوله : أنه لا يجزئه ، فلأنه مشرك كالمجوسى .

ووجه قول أشهب : فلأنه من أهل الذبح كالمسلم .

ومن « المدونة » قال مالك : ومن ذبح أضحيّتك بغير إذنك فأما ولدك أو بعض

عمالك لمن فعله ليكيفيك مؤنتها فذلك مجزئ عنك ، وأما غير ذلك فلا يجزئك .

قال ابن المواز : عن ابن القاسم : وكذلك إن ذبحها صديقه إذا وثق به أنه ذبحها

عنه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن ذبحت أضحية صاحبك وذبح هو أضحيّتك

غلطاً لم يجزئ واحداً منكما ويضمن كل واحد لصاحبه القيمة .

قال ابن حبيب : إن عرفنا بذلك بعد فوات اللحم أجزأت عن ذابحها غلطاً

وودى لصاحبه القيمة وإن لم يفت اللحم وكان قائماً لم يجزئ واحداً منهما وخير ربهما فإن أخذ اللحم فله يبيعه ، وإن اختار أخذ القيمة لم يجز له بيع لحمها لأنه ذبحها على أنها نسك .

وقال ابن المواز : إذا كان لحمها قائماً فاختر مستحقها أخذه لم يجزئ عن واحد

منهما .

يريد : وله بيع لحمها .

قال : وإن أسلمها وأخذ قيمتها فابن القاسم يقول : لا تجزئ الذابح ولا يبيع

لحمها وليأكله أو يتصدق به وقاله أصبغ .

قال ابن المواز : وهذا من كتب المجالس التى لم تدبر وأحب إلى أن تجزئ عن

ذابحها إذا اختار [ق / ٧٢ / ٢ أ] ربما أخذ القيمة كعبد أعتقه عن ظهاره فشهد

(١) سقط من ب .

المعتوق بعد ذلك بشهادات وطلق ونكح ثم استحق فأجاز ربه عتقه فإنه يجزئ معتقه وينفذ شهاداته التي كان شهد بها وجميع أحكامه ، وإن نقضه سقطت تلك الشهادات وأموره ورجعت أموره إلى أمور العبيد ، وكذلك أمة أو ولدها ثم جاء ربه فأخذ قيمتها فعلى لهذا أمر ولد فكذا الأضحية إن أجازها مستحقها أجزأت عن ذابحها وأخذ قيمتها ، وإن اختار أخذها لم تجزئ عن واحد منهما .

قال ابن المواز : واختلف فيه قول أشهب . فقال : من ذا تجزئ عن ذابحها ويغرم لصاحبها القيمة كمن ضحى بكبش ثم استحقه ربه .

قال ابن المواز : وذلك إذا أجاز مستحقه ذلك وطلب القيمة وهو معنى قول أشهب عندي . وإن لم يفسره كذلك .

ابن المواز : واختلفا في الهديين المقلدين يخطأ الرفيقان أو غيرهما فينحر [ق / ٢٦ / ٢ ب] كل واحد منهما هدى صاحبه .

فروى أشهب عن مالك : أنه لا يجزئهما ، وروى عن ابن القاسم وابن وهب : أنه يجزئ عن الذي قلده لا عن من نحره لوجوبه بالتقليد . وبهذا أخذ محمد .

قال أبو محمد : قد قيل في رواية أشهب : أنه إنما روى هديين من الغنم ، فلذلك قال : لا يجزئ صاحبها لأنها لا تقلد ، وقد اختلف في تقليدها .

قال أبو محمد : وروى عن بعض شيوخنا في شاتين لرجلين لكل واحد شاة بعينها فذبحاهما ثم اختلطا بعد السلخ : أنهما يجزئانهما ولا يأكلان لحمهما وليتصدقا به جميعاً إنما أجزناهما لأنهما بالذبح وجبتا أضحية فأجزناهما واختلاطهما بعد الذبح لا يقدر في الإجزاء ، وإنما لم يأكلا لحمهما لأن كل واحد قد يأخذ لحم شاة صاحبه فيصير بيعاً للحم أضحية بلحم أضحية صاحبه .

وفارق ذلك أقسام الورثة للحم أضحية ورثوها لأن كل واحد ورث منها جزءاً معلوماً ثلثاً أو ربعاً فيأخذه منها وهو غير حق ها هنا لا بيع .

وقال عبد الله بن عبد الحكم : إذا اختلطت الضحايا فلا بأس أن يصطلحا فيها يأخذ كل واحد كبشاً فيضحى به ويجزئه .

وقال سحنون في « العتبية » في الرفيقين يشتركان في شراء الشاتين للأضحية فيقسمانهما يقول هذا خذ أنت هذه فضح بها وأنا هذه أضحي بها ، وذلك جائز إن

استويا فى السّمانة وإن لم يستويا كرهت ذلك لأحد الدنية إلا أنها تجزيه ولا يأخذ للفضل شيئاً ولا يعود .

وقال أبو بكر بن محمد : قال غيره : تجزئه لأنها بالقسم وجبت أضحية إذ كان له فى كل شاة جزء ، قوله : « وبالقسم وجبت أضحية » مجاز وإنما تجب الأضحية بالذبح فى تفرقة لحوم الأضاحى والأكل منها .

ومن « كتاب محمد » : قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا أن ليس فى الضحايا والبدن التطوع قسم موصوف ولا حد معلوم . قال الله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ ﴾ ^(١) قال : والقانع : الفقير ، والمعتز : الزائر ، ولا بأس على الرجل أن لو لم يأكل من ذلك .

قال ابن حبيب : ينبغى أن يأكل منها ويطعم كما قال الله عز وجل ، ولو أراد أن يتصدق بلحم أضحيته كله لغنائه عنه كان كأكله إياه كله ولم يتصدق منه بشيء حتى يفعل الأمرين كما قال الله سبحانه ، قال : وكذلك قال مالك .

قال ابن المواز : وأحب إلى أن يتصدق بلحم أضحيته ، ولو تصدق به كله كان أعظم لأجره وأقربه ، ولو ادخره كله ولم يتصدق من لحمه ولا صوفه ولا قرونيه ولا بشيء من ذلك لكان جائزاً وقد جاء عن النبى - عليه السلام - فى ذلك : « كلوا وتصدقوا وادخروا » ^(٢) فى حديث مالك .

وقالت عائشة - رضى الله عنها - : دف أناس من أهل البادية حضرة الأضحى ، فقال رسول الله ﷺ : « ادخروا لثلاث وتصدقوا بما بقى » . ثم قيل له . فقال : « إنما نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا » ^(٣) . وفى الحديث غير هذا .

وقالت عائشة - رضى الله عنها : قدم علينا على بن أبى طالب من سفر فقدمنا له من لحم الأضاحى فقال : ما أكله حتى أسأل عنه رسول الله ﷺ فسأله ، فقال له

(١) سورة الحج (٣٦) .

(٢) أخرجه مالك (١٠٣٠) ، ومسلم (١٩٧١) ، وأبو داود (٢٨١٢) ، والنسائى (٤٤٣١) ،

وأحمد (٢٤٢٩٤) ، وابن حبان (٥٩٢٧) ، والشافعى (٧٨٩) ، والبيهقى فى

« الكبرى » (١٠٠١٧) وإسحاق بن راهويه (١٠١٢) من حديث عائشة رضى الله عنها .

(٣) انظر السابق .

رسول الله ﷺ : « كله من عام إلى عام » .

قال ابن حبيب : ويستحب أن يكون أول ما يؤكل يوم النحر من أضحيته .
وقاله عثمان وابن المسيب وابن شهاب . قال ابن شهاب : يأكل من كبدها قبل أن يتصدق منها .

ابن المواز : وكره مالك أن يطعم من لحم أضحيته جاره النصراني أو الظئرة النصرانية عنده ، ونهى عنه .

قال ابن القاسم : وقد كان مالك يجيزه ثم رجع عنه وما يعجبني أن يطعمهم ، وما رأيت الناس إلا عن تركه إلا أن يكون من العيال، وأما إن هدى لهم فلا يعجبني .

قال أصبغ : وكان ابن وهب يخففه ويرى أن تفسير الحديث : « أن لا تطعموا المشركين من لحوم ضحاياكم » أنه في المجوسى وغير أهل الكتاب ، ولقد كان مالك يخففه ثم رجع إلى الكراهية .

قال أصبغ : وتركه أحبّ إلىّ على طريق الاستحسان .

قال ابن المواز : وأخبرت عن سعيد بن عيسى قال : لا تطعموا اليهود ولا النصراني [ق / ٢٧ / ب٢] شيئاً من النسك .

جامع في مسائل مختلفة من الصلاة والصيد والحج

وذكر اقتناء الكلاب وبيعها وبيع الهروالسباع

قال ابن القاسم : وكل من تجب عليهم الجمعة فعليهم أن يجمعوا في صلاة العيدين وليس على الحاج بمنى جمعة .

ولا صلاة عيد عند مالك وابن القاسم .

قال مالك : ولا يصاد حمام الأبرجة ومن صاد منها شيئاً رده أو عَرَفَ به إن لم يعرف ربه ولا يأكله .

قال مالك : وإذا دخل حمام برج لرجل فى برج الآخر ردها إلى ربها إن قدر وإلا فلا شيء عليه .

قال : ولا بأس بصيد حمام مكة فى الحل للحلال . هذا يدل أنه إن صاده

المحرم فى الحل فإنما عليه قيمته طعاماً أو عدل ذلك صيماً ، وإنما يكون عليه فيه شاة إذا صاده فى الحرم . [ق / ٧٣ / ١٢] .

قال : وما صيد فى الحل فأدخل الحرم جاز أن يؤكل فيه .

قال مالك : وإن رمى صيداً فى الحل من الحرم أو فى الحرم من الحل فقتله فعليه جزاؤه ، وهذا فى الحج مذكور .

قال ابن القاسم : وإذا كانت شجرة أصلها فى الحرم ولها غصن فى الحل فوقع عليها طائر فلا بأس بصيده ويؤكل . مالك فيه شيء .

قال ابن المواز : ولا يقطع ذلك الغصن لأن أهله فى الحرم .

وقال ابن عبد الحكم : لا يصاد ما على ذلك الغصن . ورواه عن مالك .

قال ابن المواز : ولو كان أصل الشجرة فى الحل وغصونها فى الحرم لم يصد ما على الغصن ولا بأس أن تقطع .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن صاد طيراً فى رجله سباقان أو ظبياً فى أذنه فركان أو فى عنقه قلادة عرف بذلك ثم ينظر ، فإن كان ليس هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه .

قال ابن القاسم : وإن قال ربه : ندمنى منذ يوم أو يومين ، وقال الصائد : لا ندرى منى منك ، فعلى ربه البيئة ، وقيل : الصائد مدع ، وقد تقدم تمامها فى « كتاب الصيد » .

قال : ومن وضع أجباحاً فى جبل فله ما دخلها .

قال : وإذا قتل المحرم بازاً معلماً لرجل فعليه جزاؤه غير معلم كجزاء غيره من الوحش ، وعليه لربه قيمته معلماً .

فصل

قال : ولا يجوز بيع كلب .

قال ابن القاسم : لا سوقياً ولا غيره .

قال ابن المواز : وكره مالك ثمن الكلب ، وإن كان الكلب صيد وماشية أو زرع ، وذلك أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان

قال : ويجوز اقتناء كلب الصيد والماشية والزرع والأجنة لأنها من الزرع ، ولا يجوز بيعها .

قال ابن المواز : وقد أجاز ربيعة وعطاء بن أبي رباح ويحيى بن سعيد بيع ما جاز اقتناؤه مثل كلب الماشية والصيد والزرع .

قال ربيعة : ما حل اقتناؤه جاز بيعه وشرؤه ولا بأس به .

قال فيه وفي « المدونة » : وتقتل كلاب الدور ولا تترك .

قال ابن القاسم : ولا شيء على من قتل كلباً من كلاب الدور ، وإن قتل كلب صيد أو زرع فعليه قيمته كأم الولد لا يجوز بيعها وعلى قاتلها قيمتها .

قال مالك : ويجوز بيع الهر .

قال ابن القاسم : وأما بيع السباع أحياء والفهود والنمور والأسد والذئاب وشبهها فإن كانت إنما تشتري وتذكي جلودها فلا بأس بذلك لأن مالكا قال : إذا ذكيت السباع جاز لباس جلودها والصلاة عليها .

قال ابن القاسم : وجائز بيعها .

قال ابن المواز : ولا يحل ثمن القرد ولا كسبه ، وقد بلغني أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمنه ، وأنه جلب من الشام إلى المدينة قرد ، فأمر عمر أن يخرج إلى الموضع الذي جاء به من ثم .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا باع الذمي خمراً بدينار كرهت للمسلم أن يتسلفه منه أو يبيعه به شيئاً أو يأخذه هبة أو يعطيه به دراهم .

قال ابن القاسم : ولا يأكل من طعام ابتاعه الذمي بذلك الدينار .

قال بعض أصحابنا : وعلى هذا لا ينبغي أن يؤكل طعام النصراني واليهود وغيرهم من بيع الخمر لأن من ذلك أكلهم وتصرفهم .

قال مالك : فلا بأس أن يأخذ منه ذلك [ق / ٢٨ / ٢ ب] الدينار في قضاء دين كما أباح الله تعالى أخذ الجزية منهم .

تم كتاب الذبائح بعون الله تعالى .

(١) أخرجه مالك (١٣٣٨) ، والبخاري (٢١٢٢) ، ومسلم (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً
في سنة العقيقة والعمل فيها

ومن « الواضحة » قال مالك : العقيقة سنة وإن لم تكن واجبة فمستحب العمل بها ، وكانوا يكرهون تركها .

قال أبو محمد عبد الوهاب : لقوله عليه السلام : « مع الغلام عقيقته فأهريقوا عنه دماً » ^(١) ، وقوله : « كل غلام مرتهن بعقيقته يعق عنه يوم سابعه ويسمى » ^(٢) .

قال ابن المواز : وهى مستحبة وليست بواجبة لقول النبى عليه السلام : « من ولد له ولد ، فأحب أن ينسك عنه فليفعل » ^(٣) .

وقد كانت فى الجاهلية فأقرها النبى عليه السلام فى الإسلام ، وإن كان ولد له ولدان فى بطن عق عن كل واحد بشاة ولا يجمعهما فى شاة واحدة ، لأن الغرض فى إراقة الدم ، فالشركة به كأنه أخرج كمّاً ولا يجوز كالأضحية .

قال مالك : والذكر والأنثى فى هذا سواء .

وقاله ابن عمر ، وروت عائشة - رضى الله عنها : « عن الذكر شاتين وعن الأنثى شاة » ^(٤) . وبه أخذ أبو حنيفة والشافعى .

(١) أخرجه البخارى (٥١٥٤) من حديث سلمان بن عامر الضبى رضى الله عنه .

(٢) أخرجه الترمذى (١٥٢٢) ، وابن ماجه (٣١٦٥) ، وأحمد (٣٠٢٠١) ، والحاكم (٧٥٨٧) والطيالسى (٩٠٩) ، والطبرانى فى « الكبير » (٦٨٢٧) وفى « الأوسط » (٤٤٣٥) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦ / ١٩١) ، وابن الجارود فى « المنتقى » (٩١٠) ، وابن أبى الدنيا فى « العيال » (٧٣) ، وابن الجوزى فى « التحقيق » (١٣٨١) ، وابن عدى فى « الكامل » (٣ / ٣٠٨) من حديث سمرة رضى الله عنه .

قال الترمذى : حديث غريب . قال الألبانى : صحيح .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٤٢) ، والنسائى (٤٢١٢) ، وأحمد (٦٨٢٢) ، والحاكم (٧٥٩٢) ، وابن أبى شيبه (١١٤ / ٥) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٩٠٥٧) من حديث عمرو بن شعيب عنه أبيه عن جده .

قال الألبانى : حسن صحيح .

(٤) أخرجه الترمذى (١٥١٣) ، وابن ماجه (٣١٦٣) ، وأحمد (٢٤٠٧٤) ، وابن حبان (٥٣١٠) ، والحاكم (٧٥٩٥) ، وأبو يعلى (٤٦٤٨) ، وعبد الرزاق (٧٩٥٥) ، وابن أبى شيبه (١١٤ / ٥) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٩٠٦٤) ، وإسحاق بن راهويه (١٠٣٢) من حديث عائشة رضى الله عنها .

قال الترمذى : حسن صحيح . وقال الألبانى : صحيح .

ودليلنا : « أنه ﷺ عَقَ عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً » ^(١) ولأنه ذبح يتفرد به فلم يفاضل به بين الذكر والأنثى كالأضحية .

قال مالك : وتذبح العقيقة ضحى فى اليوم السابع من المولود ، وإن ولد نهاراً لم يحسب ذلك اليوم ، وإن ولد قبل الفجر حسبت صبيحة ذلك اليوم .

قال : واللييلة سابقة لليوم ، وإنما تحسب [سبعة] ^(٢) أيام بلياليها .

قال ابن حبيب : ولو عَقَ عنه إلى مثل الحين الذى ولد فيه بعد أن يكون حياً يذبح فيه نهاراً أجزأه ولم يعد وإلغاء ذلك اليوم أحب إلينا .
وقاله ابن الماجشون وأصنغ .

قال مالك : ولا يعق بعصفور ولا بشيء من الوحش ولا يتقرب إلى الله فى هذا إلا بالأنعام وهى كالضحايا فى الأسنان .

قال ابن حبيب : يعق بجميع الأنعام من ضأن أو معز أو بقر أو إبل .

قال ابن المواز وغيره : لا يعق بالإبل ولا بالبقر وليعق بالجدى من الضأن والثنى من المعز .

قال سحنون عن مالك : وبه جاءت السنة .

قال ابن حبيب : ويسلك بالعقيقة مسلك الضحايا فى اجتناب العيوب وفى أسنانها وفى النهى عن بيع شيء منها ، ومن ذبح غير شاة العقيقة .

يريد : بها التوسعة فله بيع جلودها ولا يبالى فيها بعيب إذ ليست بعقيقة .

قال مالك : ويكسر عظام العقيقة ، وكانت الجاهلية تقطعها من المفاصل ولا تكسرها ويحلقون رأس الصبى ويجعلون فى رأسه من دمها فى قطة فلذلك نهى مالك أن يمس الصبى بشيء من دمها خلافاً لهم .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : يجوز كسر عظامها لا أنه مسنون ولا مستحب لكن تكذيباً للجاهلية فى تخرجهم من ذلك وتفصيلهم إياها [ق / ٧٤ / ٢ أ] من المفاصل .

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤١) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

قال الألبانى : صحيح ، لكن فى رواية النسائى « كبشين كبشين » وهو الأصح .

(٢) سقط من أ .

قال : وليس على الناس حلاق رأس الصبى والصدقة عنه بوزن شعره ورَقًا أو ذهبًا ، ولا بأس به على من فعله .

مالك : والصبى والصبية فى حلق الرأس يوم السابع سواء .

وروى عن النبى - عليه السلام - أنه أمر أن يحلق رأس حسن وحسين ابنى على ابن أبى طالب - رضى الله عنهم - يوم سابعهما ويتصدق بوزن شعرهما فضة ، وأن يخلق رؤوسهما بعد الحلاق بخلق أو زعفران بدلاً من الدَّم الذى كان يفعل به فى الجاهلية^(١) ، وروى عن عائشة رضى الله عنها ، وذلك مستحب وليس بواجب ، وكانت الجاهلية يجعلون فى رأس المولود شيئاً من دم العقيقة ، فأمر النبى - عليه السلام - أن يجعل مكان الدم خلوقاً ، ولا يسمى المولود إلا فى اليوم السابع لأمره ﷺ بذلك .

ومن فاته أن يعق فى السابع فلا يعق فى أسبوع ثان . وقيل : يعق فى الثانى ، فإن فاته ففى الثالث ، فإن فاته فلا يعق فى الرابع ، قاله ابن وهب عن مالك وروى مثله عن عائشة رضى الله عنها ، واختاره ابن عبد الحكم .

قال ابن حبيب : وأهل العراق يعقون عن الكبير [ق / ٢٩ / ب ٢] .

وقال مالك فى سماع أشهب : لا يعق بعد السابع ولا عن كبير ، وهؤلاء الصحابة الذين لم يعق عنهم ما عقوا عن أنفسهم .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : هذا أقيس لفوات الوقت المقدر له بالنص كالأضحية .

قيل لمالك : فيعمل منها الطعام الطيب ويدعى إليه . قال : ما رأيتهم عندنا يفعلون ذلك إنما يقطعونه ويأكلون منه ويطعمون ويبعثون إلى الجيران ، ولا بأس أن يطعم نيئاً وغير نيئ وذلك واسع ، فإن شاؤوا أن يطعموا طعاماً صنعوا من غيرها ودعوا إليه الناس ومن مات ولده قبل السابع فلا عقيقه عليه ولا تسمية عليه فيه .

قال ابن وهب : فذكر له الحديث فى السقط يقول لأبيه يوم القيامة : تركتنى . فلم يعرفه .

(١) أخرجه أحمد (٢٧٢٢٧) ، والطبرانى فى « الكبير » (٩١٧) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٩٠٨٣) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (١ / ٣٣٩) من حديث أبى رافع رضى الله عنه . حسنه الهيثمى ، والألبانى .

قال ابن حبيب : وأحب إلى إن مات قبل السابع أن يسمى وكذلك السقط ، لما روى من رجاء شفاعته ، والله أعلم .

قال معن : قال مالك : إذا كان سابع ولده يوم الأضحى وليس عنده إلا شاة ، قال : يعق بها .

قال العتبي وابن حبيب : إلا أن يكون يوم السابع آخر أيام النحر فليضح بها لأن الأضحية أوجب .

قال ابن المواز : قيل لمالك : أيعق العبد عن ولده الحر ويضحى عنه ؟ قال : نعم ، إن أذن له سيده وإلا فلا .

قال مالك في غير ديوان : أن الذبيح إسحاق .

وقال ابن حبيب : إن الذبيح إسماعيل ، وهذا قول العراقيين ، والله أعلم .

في الاختتان والخفاض وإتيان الولائم

والختان سنة مؤكدة في الذكور والإناث لقوله ﷺ : « عشر من الفطرة »^(١) فذكر الختان . والفطرة : هي السنة .

قال ابن حبيب : لم يكن الختان قبل نبي الله إبراهيم - عليه السلام - وهو من ملة الإسلام ، قال الله تعالى : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ ﴾^(٢) وأمر الله سبحانه بذلك إبراهيم - عليه السلام - ونسخ به ما تقدم من ترك الاختتان وكل طاعة لله تعالى في وقته ، فاختن ﷺ بالقدوم وهو ابن عشرين ومائة سنة وعاش بعد ذلك ثمانين سنة .

قال مالك : والاختتان من الفطرة فمن تركه من غير عذر ولا علة لم تجز إمامته ولا شهادته .

قال ابن شهاب : ولا يتم الإسلام ، ومن أسلم حتى يختن .

قال ابن المسيب : كان إبراهيم عليه السلام أول من اختن وقص شاربه وقلم

(١) أخرجه الترمذى (٢٧٥٧) ، والطيالسى (٦٤١) ، وابن أبى شيبة (١ / ١٧٨) ،

والبيهقى فى « الكبرى » (٢٤٥) من حديث عمار بن ياسر رضى الله عنه .

قال الترمذى : حسن . وقال الألبانى : صحيح .

(٢) سورة الحج (٧٨) .

أظفاره ونتف إبطه وحلق عانته وفرق شعره وأول من استاك ، وضاف الضيف وأول من رأى الشيب فقال يارب ما هذا ؟ قال : وقار . قال : يارب زدنى وقاراً .

وقال عطاء بن رباح : عشر خصال من السنة فطر عليها إبراهيم خمس فى الرأس : المضمضة والاستنشاق والسواك وقص الشارب وفرق الرأس ، وفى الجسد خمس : قص الأظفار ونتف الإبط والاستحداد والختان والاستنجاء .

وروى عن الحسن أن تفسير قوله تعالى : ﴿ وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ فَأَتَمَّهُنَّ ﴾^(١) ، وروى أن إبراهيم ختن إسماعيل ابن ثلاث عشرة سنة ، وختن إسحاق ابن سبعة أيام ، وروى أنه أظهر للمولود وأعفى من الآلام . يريد : العلة والمرض والعبت .

وكره مالك الختان يوم مولود الصبى وفى يوم سابعه ، وقال : هو من فعل اليهود ، ولم يكن من عمل الناس إلا حديثاً ، وكان لا يرى بأساً أن يفعل لعله يخاف على الصبى .

قال مالك : وحدّ الختان من يوم يؤمر بالصلاة من سبع سنين إلى عشر .

ابن حبيب : وقال النبى عليه السلام : « الختان سنة للرجال مكرمة للنساء »^(٢) .

قال يحيى بن سعيد وربيعة : والخفاض كالختان فى الرجال فى إلزامه لأنه لا يقطع من أحد شيء لا يلزمه وكذلك هما فى حلق العانة ونتف الإبط . وقاله كله مالك .

ويقال : إن إبراهيم عليه السلام أمر سارة أم إسحاق أن تفعله بهاجر أم إسماعيل وكانت أمة لها وهبتها لإبراهيم - عليه السلام - ثم غارت بها فحلفت لتغيرن بها ثلاث أشراق فأمرها إبراهيم أن تثقب أذنيها وتخفضها .

وقال النبى - عليه السلام - لأم عطية وكانت تخفض : « يا أم عطية أسمى ولا

(١) سورة البقرة (١٢٤) .

(٢) أخرجه أحمد (٢٠٧٣٨) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٧٣٤٥) من حديث أبى المليح بن أسامة عن أبيه ، بسند ضعيف . وروى من حديث أبى المليح بن أسامة عن أبيه عن شداد بن أوس . قال الألبانى : ضعيف .

تنهكى فإن ذلك أسرى للوجه وأحظى عند الزوج» ^(١) يقول : لا تبالغ فى القطع ولكن تحتفت ، وقوله « أسرى للوجه » .

يقول : أشرق وأنضر وأكثر لماء الوجه ودمه ، وإذا [ق / ٣٠ / ٢ ب] تبالغت فى القطع أذهب ماء وجهها وأمات لونها ، وقوله : « أحظى عند الزوج » يقول : أحسن فى جماعها ، وروى عن على ابن أبى طالب كره أن تخفض حتى تبلغ سبع سنين وليس من الشأن إلا طعام عند مالك ، بل الشأن عند الناس ستره وإخفاء ذكره ، وأما ختان الذكر فكانوا يدعون إليه ، وروى أن النبى - عليه السلام - أمر أن يدعى إليه وكان ابن عمر يدعوا إليه وإلى الولادة وكذلك نافع بن جبير بن مطعم .

وروى أن النبى ﷺ قال : « لا وليمة إلا فى خرس أو عرس أو إعدار » ^(٢) فالعرس : البناء بالزوجة ، والخرس : نفاسها ، والإعدار : ختان المولود ، يقال : أعذرت الغلام فهو معذور إذا ختنته ، وطعام ذلك عذيرة وزيد فى ذلك طعام العتيرة والنقيعة ، فالعتيرة الطعام الذى يبعث لأهل الميت .

مالك : ويكره أن يرسل لمناحة . والنقيعة طعام الصلح كانت تفعله العرب فى النابرة مع القبيلتين فتأتى قبيلة أخرى تصلح بينهم فينحر [ق / ٧٥ / ٢ أ] البقر ويقدم الطعام بعد الصلح .

قال محمد بن عبد الله : وقولى : «ومن المدونة» فى كتاب « المختلطة » ، مجاز لشهرة اسم الديوان به .
تم الكتاب بحمد الله .

(١) أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » (٢٢٥٣) وفى « الصغير » (١٢٢) ، وابن أبى الدنيا فى

« العيال » (٥٧٨) ، والخطيب فى « تاريخه » (٣٢٧ / ٥) ، وابن عدى فى « الكامل »

(٢٢٨ / ٣) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٧٣٤٠) من حديث أنس رضى الله عنه .

قال الهيثمى : رواه الطبرانى فى « الأوسط » ، وإسناده حسن .

وقال الألبانى : حسن .

(٢) تقدم .

مسألة في قبالة الشباك للتر

سئل محمد بن أبي زيد - رحمه الله - عن التمر الذى يصاد بصقلية ووصف له كيف يؤخذ وفعل السلطان فيه مع بعض الصيادين وقال له السائل : إن بعض الصيادين الذين منعوا لو تركوا لصيده لأخذه بشباك عندهم يسمونها الكلاية غير أنهم لو تركوا لنصبوا شباكهم فى مجار هذه الشباك الكبار ونقروا على أصحابها ما يأتينهم من التمر وأضر ذلك بهم .

قال : فترجح فيها الشيخ أبو محمد ولم يطلق بجواب مصرح ، فراجع السائل مرة بعد مرة فى ذلك .

فقال : قد كان أبو العباس الإياني يجيزه .

قال : فقلنا له : فما تراه أنت ؟

فقال : إن من الأشياء ما إن حملت الأمر فيها على الأصول والقياس خرج ذلك بك إلى الحرج ويضيق الأمر فى ذلك ولكن تغلب الأحوال والأمور ، فإن جاء الأغلب فيه الصلاح غلبته .

ثم قال : وهؤلاء الذين يصيدون بالشباك الكلاية لو تركوا لأذوا الآخرين وأفسدوا على أنفسهم وعلى الآخرين قبول الأمر فى ذلك إلى الفساد ولعلمهم لو تركوا لم يتفقوا ولأضر بعضهم ببعض ، فلما كان الأمر على هذا رأيت أن يكون هؤلاء الذين يصيدون بالشباك الكبار هم الأكثر والأغلب فكان منع الأقل صلاح الأكثر أو لعل فى ذلك صلاح العامة ، فهو أولى ، ومنع ذلك ، فإن منع السلطان إياهم ليس هو هاهنا بحقيقة الغضب إنما يقوم على شيء قد ملك واستقر عليه الملك ، وهؤلاء الذين منعوا فلم يستقر ملكهم بعد على شيء ولا حازوا من التمر شيئاً ، وإن كان قد أساء فى منعهم ما أبيع لهم فليس ذلك بالغضب المحض ، ولا بما يحرم أكله على مشتربيه منهم ولهذه الوجوه كان الأمر خفيفاً إن شاء الله ألا ترى أن مالكاً - رحمه الله - لما رأى أن أمر الناس يضيق فى مكاسبهم ومعائشهم غلب الأحوال .

فقال : إذا كان فى مال الرجل الحلال والحرام وأغلب فلا بأس بمبايعته ، وإذا كان الأغلب عليه الحرام فلا يبيع وذلك الثلث والثلثان لما رأى أنه شيء يضيق بالناس وأنه أمر لا يطاق الاحتراز منه مع ما روى فى ذلك عن سفيان الثورى أنه

قال: إذا كان في مال الرجل من الحلال بمقدار ما يعامله فلا بأس بمعاملته ، وقد كان قال مالك قبل ذلك فيما يسرق الصياد من التمر : أنه لا يجوز شراؤه ولا أكله بحال ، ثم سألنا عنها أبو الحسن ابن القابسي - رحمه الله - فلم يجز أكله ولا شراؤه أصلاً . أعنى فيما تقدم من أصل المسألة .

قال بعض علماء صقلية : شبه بعض الناس ذلك بالمعدن الذى للسلطان أن يقطعه لمن شاء ، وليس هذا كالمعدن لأن المعدن لا قبالة فيه ، وهذا إنما منع الناس لتوفير القبالة وأشد مالية أن المتقبلين لليقاع يمنعون من أراد الصيد فى غيرها من الأماكن التى لا قبالة فيها ، ولو كان لمن شاء أن يصيد فى غيرها صاد لحفة ذلك . والله أعلم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وبه أستعين

كتاب الجهاد الأول من « الجامع »

في فرض الجهاد وفضائله والرباط فيه

[ق / ٣١ / ٢ ب] قال الله تعالى : ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ ﴾ ^(١) ، وقال : ﴿ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً ﴾ ^(٢) ، وقال فى أهل الكتاب : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ^(٣) .

قال سحنون : فرض على جميع المسلمين يحمله بعض الناس عن بعض . لقوله تعالى : ﴿ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ ﴾ ^(٤) وموضع الدليل فى الآية : أنه جعل طائفة ليتفقهوا وأخرى للجهاد ، والطائفة غير معلومة فحصل الجهاد على غير معين وهذا صفة الفرض على الكفاية إذ هو غير مختص بالأعيان .

قال عبد الوهاب : وأصله من السنة أيضاً قوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ^(٥) . وفيه أخبار كثيرة ، ولا خلاف بين الأئمة فى وجوبه ، وهو من فروض الكفاية دون الأعيان ، فمن قام به سقط الفرض عن الباقي .
ووجه القيام به : أن تحرس الثغور وتعمر وتحفظ بالمنعة والعدد .

قال سحنون : وكان الجهاد فى أول الإسلام فرضاً على جميع المسلمين لقوله تعالى : ﴿ انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا ﴾ ^(٦) ، وقوله : ﴿ مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﴾ ^(٧) .

(١) سورة الأنفال (٣٩) .

(٢) سورة التوبة (٣٦) .

(٣) سورة التوبة (٢٩) .

(٤) سورة التوبة (١٢٢) .

(٥) أخرجه البخارى (٢٥) ، ومسلم (٢٢) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٦) سورة التوبة (٤١) .

(٧) سورة التوبة (١٢٠) .

قال ابن زيد : ففسخ ذلك لما كثر الإسلام بقوله تعالى : ﴿ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ ﴾ ^(١) وبقوله : ﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً ﴾ ^(٢) .

قال : والثقل : من له ضيعة ، والخفيف من لا ضيعة له .

قال : وإذا نزل العدو بقوم ففرض عليهم قتالهم إن كانوا مثل عددهم فأقل لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ ﴾ ^(٣) وإذا وقع النفير ورجل معتكف فإن حل بموضعه ما لا قدرة لمن حضر على دفعه خرج ثم ابتدا .

ثم رجع مالك فقال : يبنى . ولا ينفر العبد ولا المكاتب ولا من فيه بقية رق بغير إذن سيده إلا من هو فى نفر فغشيهم ما لا قوة لمن حضر به فليتنفر بغير إذن السيد . وقاله الأوزاعي .

قال سحنون : ومن عليه دين قد حل وعنده به قضاء فلا ينفرن ولا يرباط ولا يعمر ولا يسافر حتى يقضيه .

وقال النبى - عليه السلام - : « مطل الغنى ظلم » ^(٤) وإن كان دين لم يحل أو لا وفاء له به فله أن ينفر ، ولا أحب لمن له والدان أن ينفر إلا بإذنهما إلا أن يتولى بمكانه من العدو ما لا طاقة لمن حضر بدفعه فليتنفر بغير إذنهما ولو نزل ذلك بساحل بغير موضعه ولا غوث عندهم أو كان الغوث بعيداً منهم فليتنفر إليهم بغير إذن الأبوين .

قال عبد الوهاب : والأصل فى ذلك قوله ﷺ : « إذا كان العدو [ق / ٧٦ / ١٢] عند باب البيت فلا تذهب إلا بإذن أبويك » ^(٥) ولأن طاعتهم من فروض الأعيان فهى أولى من فروض الكفايات وأما إذا تعين الفرض عليه فلا يمنع لأن منع منعهما له جائز لهما كمنعهما إياه من الصلاة والصوم الواجبين .

(١) سورة التوبة (١٢٢) .

(٢) سورة التوبة (١٢٢) .

(٣) سورة الأنفال (٦٦) .

(٤) أخرجه مالك (١٣٥٤) ، والبخارى (٢١٦٦) ، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٥) أخرجه الطبرانى فى « الصغير » (٢٩١) ، وابن عدى فى « الكامل » (١ / ١٨٥) من حديث ابن عمر بسند ضعيف .

فصل

ومن « كتاب ابن سحنون » وابن حبيب : روى أنه قيل : يا رسول الله أى الأعمال أفضل ؟ قال : « إيمان بالله وجهاد فى سبيل الله » ^(١) وفى حديث آخر : « وحج مبرور » روى أن الصحابة - رضى الله عنهم - قالوا : يا رسول الله وددنا لو علمنا أفضل الأعمال فترلت : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى تِجَارَةٍ تُجَبِّدُكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ » إلى قوله : « وَفَتْحٌ قَرِيبٌ » ^(٢) . قال النبى ﷺ لرجل : « لو قمت الليل وصمت النهار ما بلغت نوم المجاهد » ^(٣) وفى حديث آخر : « لم تبلغ غبار شراكه » فى حديث آخر : « ما بعد الصلوات المكتوبة أفضل عند الله من الجهاد . قال : مثل المجاهد كالصائم لا يفطر والقائم لا يفتر حتى يرجع إلى أهله » ^(٤) .

وقال ابن عمر : « لا أقف موقفاً فى سبيل الله مواجهاً للعدو ولا أضرب بسيف ولا أطعن برمح ولا أرمى بسهم أفضل من أن أعبد الله ستين سنة لا أعصيه » .

وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « لموقف ساعة فى سبيل الله أفضل من شهود ليلة القدر عند الحجر الأسود » .

وقال : « لغدوة أو روحة فى سبيل الله خير من الدنيا وما فيها » ^(٥) .

وقال لرجل له ستة آلاف دينار : « لو أنفقتها فى طاعة الله لم تبلغ غبار نعل المجاهد » ، وقال : « من اغبرت قدماءه فى سبيل الله حرمه [ق / ٣٢ / ٢ ب] الله على النار » ^(٦) .

وروى أنه لم يكن يتلثم من الغبار فى سبيل الله ، وكره مكحول التلثم فى سبيل الله ، وروى أن النبى ﷺ قال : « غزوة بعد حجة الإسلام خير من ألف حجة ومن

(١) أخرجه البخارى (٢٦) ، ومسلم (٨٣) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٢) سورة الصف (١٠ - ١٣) .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (٢٣٠٥) من حديث الحسن مرسل .

(٤) أخرجه مالك (٩٥٦) ، والبخارى (٥٦٦١) ، ومسلم (٢٩٨٢) من حديث أبى هريرة

رضى الله عنه .

(٥) أخرجه البخارى (٢٦٤٠) ، ومسلم (١٨٨٢) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٦) أخرجه البخارى (٨٦٥) من حديث أبى عبيس رضى الله عنه .

صيامها وقيامها .

قال ابن القاسم : وروى أنه عليه السلام قال : « ما جميع أعمال البر في الجهاد إلا كبصقة في بحر ، وما جميع أعمال البر والجهاد في طلب العلم إلا كبصقة في بحر » (١) .

وروى عنه في « الموطأ » (٢) : أنه قال : « تكفل الله لمن جاهد في سبيله لا يخرج من بيته إلا الجهاد في سبيله وتصديق كلمته بأن يدخله الجنة أو يردّه إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما نال من أجر أو غنيمة » (٣) وفضائل الجهاد كثيرة وفي ما ذكرنا منه كفاية .

فصل

وروى أن النبي ﷺ قال : « رباط ليلة في سبيل الله أفضل من ألف ليلة يقوم ليلاً لا يفتر ويصوم نهارها لا يفطر » (٤) ، وقال : « من رباط فواق ناقة حرّمه الله على النار » .

قال ابن حبيب : قوله « فواق ناقة » هو قدر ما تحلب .

وقال أبو هريرة : « لحرس ليلة أحبّ إلىّ من صوم ألف يوم أصومها وأقوم

(١) انظر « أسد الغابة » (ص / ١٢٤٩) و « الإصابة » (٧ / ٤٠٥) .

(٢) أخرجه مالك (٩٥٧) ، والبخارى (٧٠٢٥) ، ومسلم (١٨٧٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٧٦٦) ، وأحمد (٤٣٣) ، والحاكم (٢٤٢٦) ، والطبراني في « الكبير » (١٤٥) ، والبخاري (٣٥٠) ، والبيهقي في « الشعب » (٤٢٣٤) ، وأبو نعيم في « الحلية » (٦ / ٢١٥) ، وابن أبي عاصم في « الجهاد » (١٥٠) ، والدارقطني في « العلل » (٢٧٠) من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه . قال في « الزوائد » : في إسناده « عبد الرحمن بن زيد بن أسلم » ضعفه أحمد وابن معين وغيرهما . وقال الألباني : ضعيف .

(٤) أخرجه أبو داود (٢٥٤١) ، والترمذي (١٦٥٧) ، والنسائي (٣١٤١) ، وابن ماجه (٢٧٩٢) ، وأحمد (٢٢١٠٣) ، والدارمي (٢٣٩٤) ، وابن حبان (٤٦١٨) ، والحاكم (٢٤١٠) ، والطبراني في « الكبير » (٢٠ / ١٠٤) حديث (٢٠٣) ، وعبد الرزاق (٩٥٣٤) ، والبيهقي في « الشعب » (٤٢٤٩) ، وعبد بن حميد (١١٩) ، وابن أبي عاصم في « الجهاد » (١٣٦) من حديث معاذ رضي الله عنه . قال الألباني : صحيح .

ليلها فى المسجد الحرام وعند قبر النبى ﷺ . وروى فى الرباط من الرغائب كثير .

قال ابن حبيب : وهو شعبة من شعاب الجهاد ، وبقدر خوف أهل ذلك الثغر وتحذرهم من عدوهم يكون كثرة ثوابهم .

وقال أبو عمر : فرض الجهاد لسفك دماء المشركين ، والرباط لحقن دماء المسلمين ، وحقن دماء المسلمين أحب إلى من سفك دماء المشركين .

وقيل : إنما هذا حين دخل فى الجهاد ما دخل .

قال عمر : « اغزوا ما دام الغزو حلوا خضرا قبل أن يكون مرأ عسراً ثم يكون تماماً ثم يكون رماً ثم يكون حطاماً فإذا انتطت المغازى وكثرت العزائم واستحلت الغنائم فخير جهادكم الرباط »^(١) .

والتمام : الرطب من النبات . والرمام : اليابس ، والحطام : الذى ينكسر ويتحطم ، وقوله : « انتطت » يعنى : تباعدت ، وقوله : العزائم : يريد : حمل السلطان شدة الأمر عليهم والعزم فيما يشق عليهم لبعد المغزى وقلة عونهم وغير ذلك . وروى أن النبى ﷺ قال : « تمام الرباط أربعون ليلة »^(٢) .

وروى : « إذا نزل العدو بموضع فهو مرابط أربعين سنة » .

قال أبو محمد : وهذا - والله أعلم - على الترغيب فى الرباط .

وقد ضعف مالك أمر حدة ؛ إذ كان نزل العدو بها مرة ، وينبغى لكل قوم أن يربطوا فى ناحيتهم ويسكنوا فى سواحلهم إلا أن يكون مكاناً مخوفاً يخاف فيه على العامة .

يريد : فليذهب إليه .

وسئل مالك عن سكان الثغور والسواحل بالأهل والولد ؟

(١) أخرجه الحاكم (٨٤٥٩) ، وعبد الرزاق (٩٣٢٩) .

(٢) أخرجه الطبرانى فى « الكبير » (٧٦٠٦) وفى « مسند الشاميين » (٣٤٤٠) من حديث

أبى أمامة رضى الله عنه .

قال الألبانى : ضعيف .

قال : ليسوا مرابطين ، وإنما الرباط لمن خرج من منزله معتقداً للرباط فى موضع الموت .

فصل

قال ابن حبيب : وجاءت الرغائب فيمن أنفق فى سبيل الله أو أعان بماله قال : ونفقة الخارج أفضل .

قال زيد بن أسلم فى نفقة الخارجين : ﴿ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ ﴾ ^(١) الآية ، وقال فى الذين ينفقون زمن خرج ولا يخرجون : ﴿ ثُمَّ لَا يَتَّبِعُونَ مَا أَنْفَقُوا مَنًّْا وَلَا أَذَى لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ ﴾ ^(٢) .

قال ابن حبيب : ولم يختلف العلماء فى كراهية المسألة للغازى كان غنياً أو فقيراً ، والفقير يجلس ولا يتكلف ما لا يطيق .

قال : وما أعطى الغازى من غير مسألة فأكثر العلماء لا يرون بأخذه بأساً ، فإن احتاج إليه أنفق وإلا فرقه فى السبيل .

وقالت طائفة : أفضل له أن لا يأخذه ، وقبول الفقير لذلك أفضل من تركه فما فضل له بعد فعله فرقة فى السبيل .

فصل

قال ابن حبيب : وقال الرسول ﷺ : « لو أن هذه الأمة انتهت عند ما أمرت به لأكلوا غير زارعين لأن الله جعل أرزاقها فى سنابك خيلها وأسنة رماحها » ^(٣) ، وقال ﷺ : « إن الله جعل رزقى فى ظل رمحى ولم يعثنى تاجراً ولا زارعاً ، وإن من

(١) سورة البقرة (٢٦١) .

(٢) سورة البقرة (٢٦٢) .

(٣) أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » (٤٠٠٨) بلفظ : « عز العرب فى أسنة رماحها وسنابك خيلها » وسنده ضعيف ، فيه صالح بن موسى الطلحى ، متروك .

وأخرجه سعيد بن منصور (٢٨٨٧) من حديث كعب موقوفاً ، ولفظه : « رزق هذه الأمة فى أسنة رماحها وعند أزجتها ما لم يزرعوا ، فإذا زرعوا كانوا كالناس ولا يزال الله - عز وجل - يعطى هذه الأمة حتى يعطيهم أحسن مشى الدواب » .

أشرار عباد الله التجار والزارعين إلا من شح على دينه» (١) .

وقال عمر : « من زرع فامحه من الديوان ، فإن هذه الأمة جعلت أرزاقها في أسنة رماحها ما لم يزرعوا فإذا زرعوا كانوا من الناس » .

وقال بعض الصحابة : إذا أدركت زمانًا يغزوا فيه الفقراء ويقعد فيه الأغنياء ويرغب [ق / ٣٣ / ٢ ب] الناس في الزرع والضرع فأولئك الذين يُدلسون دين الله .
في الدعوة قبل القتال - [ق / ٧٧ / ٢ أ] :

وأمر النبي ﷺ بدعوة أهل الكفر قبل القتال ، وروى مالك : أن النبي ﷺ حين خرج إلى خيبر فأتاها ليلاً ، وكان إذا جاء قومًا ليلاً لم يغز حتى يصبح ، فلما أصبح خرجت يهود بمساحيهم ومكاتلهم فلما رأوه قالوا : محمد ، والله محمد والخميس . فقال رسول الله ﷺ : « الله أكبر خربت خيبر إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين » (٢) .

ومن « كتاب ابن حبيب » : روى أن النبي ﷺ : « أمر أن يدعوا إلى الإسلام والصلوات الخمس وصوم الشهر وحج البيت والزكاة فإن أجابوك وإلا فقاتلهم » (٣) وأمر الصديق خالداً أن يقاتل من أبى واحدة من هذه الخمس منها الشهادة ، وروى ابن وهب أن علي بن أبي طالب - رضى الله عنه - لم يكن يقاتل أحداً من العدو حتى يدعوهم ثلاث مرات ، وأمر النبي ﷺ بذلك .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمه الله : ولا يقاتل المشركون حتى يدعوا .

قال ابن القاسم : ولا يبيتوا حتى يدعوا إلى الله ورسوله فليسلموا أو يعطوا الجزية .

(١) أخرجه ابن أبي عاصم في « الأحاد والمثنائى » (١٩٤٧) ، والعقيلي في « الضعفاء » (٣ / ٣٢٩) من حديث عبد الرحمن بن سالم بن عبد الرحمن بن عتبة بن عويم بن ساعدة عن أبيه عن جده . بسند ضعيف .

وقد روى البخارى أوله : « وجعل رزقى تحت ظل رمحى » معلقا .

(٢) أخرجه مالك (١٠٠٣) ، والبخارى (٢٧٨٥) ، ومسلم (١٣٦٥) من حديث أنس رضى الله عنه .

(٣) تقدم .

قال : وكذلك إن أتوا إلى بلادنا .

وفي « المستخرجة » : قال أصبغ : وبلغنى أن عمر بن عبد العزيز كتب : أن لا تقاتلوهم حتى تدعوهم فإننا إنما نقاتلوهم على الدين فإنه مخيل إليهم وإلى كثير منا إنما نقاتلهم على الغلبة فلا تقاتلهم حتى تبنوا لهم .

قال ابن المواز : وقال ابن نافع : إنما كانت الدعوة قبل ظهور الإسلام . يقول : قبل أن يفشو وينشر .

قال : وقد أغار النبي ﷺ على بنى المصطلق وهم غارون وبعث فى قتل ابن أبى الحقيق وابن الأشرف وصاحب بنى لحيان غيلة . وبه احتج يحيى بن سعيد .

ومن « المدونة » : وقال أيضا مالك بن أنس : أما من قربت داره منا فلا يدعوا لعلمهم بالدعوة ولتطلب غرتهم - أى : غفلتهم - وأما من بعدت داره وخيف أن لا يكونوا كهؤلاء فالدعوة أقطع للشك ، ونحوه عن ربيعة ، وقال يحيى بن سعيد : لا بأس بابتغاء غرة العدو بالليل والنهار لأن دعوة الإسلام قد بلغتهم إلا من ترجى إجابته من أهل الحصون فلا بد من الدعوة .

وقيل لأصبغ في « المستخرجة » : إن أتيت من دعى إلى الإسلام أو الجزية فأبوا فقتلوا على هذا مراراً : يدعوا كلما غزوناهم .

قال : أما الجيوش الغالبة الظاهرة فلا يقاتلوا قومًا ولا حصنا حتى يدعوهم لأنهم لم يخرجوا لطلب غزوة ولا لإنتهاز فرصة ، وإنما خرجوا ظاهرين قاهرين ، وأما السرايا وشبهها التى تطلب الغرة وتنتهز الفرصة فلا دعوة عليهم لأن دعوتهم إنذار وتجليب عليهم مع ما فى الدعوة من الاختلاف .

وقد قال جُلّ الناس : إن الدعوة قد بلغت جميع الأمم .

قال ابن سحنون : اختلف فى الدعوة على ثلاثة أوجه : فقليل : لا تلزم فى كل أحد لبلوغ الدعوة . وقاله الحسن وغيره . وقيل : واجبة فى كل أحد بعدت داره أو قربت . وقاله عمر بن عبد العزيز ومالك وأكثر العلماء .

وقال ابن الماجشون : ولا دعوة فيمن قرب مثل : المصيصة ودبسة وطرسوس ، ويدعى من بعد ، وروى ابن حبيب نحوه .

وقال عن مالك : إذا وجبت الدعوة فإنما يدعوا إلى الإسلام جملة من غير ذكر الشرائع إلا أن يسألوا عنها فتبين لهم وكذلك يدعوا إلى الجزية مجملًا بلا توقيت ولا تحديد إلا أن يسألوا عن ذلك فتبين لهم .

قال سحنون في « كتاب ابنه » : وإذا بدلوا الجزية عامًا بعام على أن يقيموا بموضعهم فإن كانوا بموضع ينالهم سلطان الإسلام وحكمه قبلت منهم ، وإن كانوا في بعد من سلطاننا أو حيث يمكنهم النكث ولا تجرى أحكام المسلمين عليهم فلا تقبل منهم الجزية إلى أن ينتقلوا إلى حيث سلطاننا وكذلك إن أجابوا إلى الإسلام إلا أن يكونوا بالقرب من دار الإسلام ومن جماعتهم حتى لا تجرى أحكام المشركين عليهم فيضطروهم إلى الرجوع عن دينهم إلى دين المشركين فليس عليهم الانتقال من دارهم وموضعهم وإن كانوا في بعد من المسلمين وتحت أيدي المشركين بحيث تجرى أحكامهم فعلى هؤلاء الانتقال إلى دار الإسلام .

وقال سحنون : [ق / ٣٤ / ٢ ب] في قوم من أهل الحرب مما يرى أن الدعوة لم تبلغهم إذا قاتلوا المسلمين قبل أن يدعوهم فقتلوهم وغنموا أموالهم فلا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة .

يريد : للاختلاف في ذلك .

ومن « المدونة » : قال مالك : يفرق بين الروم في قتالهم وبين القبط وقال : لا تقاتلوا القبط ولا يبيتوا حتى يدعوا . ولم ير أن دعوة الإسلام قد بلغتهم .

يريد : أنهم قوم لا يفقهون ، فكأنه رأى أنهم لم يفقهوا ما يدعون إليه فرأى أن يدعوا وتبين لهم الدعوة ، كما قيل : إنما ذلك لأن مارية القبطية أم ولد النبي ﷺ منهم ، وقد أنكر ذلك بعض الناس .

وقال : القبط من أحذق الناس ، وإنما لعل فيهم أنهم كان لهم عهد وركبوا بالظلم وتداول الملوك ذلك من أهل الجور فتقضوا ما كانوا عليه من العهد فلذلك لم يقاتلوا حتى يدعوا ويخبروا أنهم يردون إلى ما كانوا عليه ويسار فيهم بالعدل وطريق الحق ، وأما الروم فما كان لهم عهد قط فلهذا فرق مالك بينهم .

ومن « المدونة » : قال مالك : وينبغي أن يدعى اللص إلى أن يتقى الله ويدع

ذلك ، فإن أبى قوتل كان بطريق أو أتى إلى محله .

وقال رسول الله ﷺ : « من حمل علينا السلاح فليس منا ولا راصد بطريق »^(١).

قال مالك : وإذا نزل قوم بآخرين يريدون أنفسهم وأموالهم وحريمهم ناشدوهم الله ، فإن أبوا فالسيف .

قال : ومن عاجلك على الدعوة من لص أو مشرك فقاتله .

قال ابن القاسم : وإن طلب السالبة الطعام أو الثواب والأمر الخفيف رأيت أن يعطوه ولا يقاتلوا .

وقال سحنون : لا يعطوه ولا يدعوا لأن الدعوة لا تزيدهم إلا إشلأ وجرأ وليقاتلوا بلا دعوة .

ومن « المدونة » : قيل لربيعة : فمن عرض له لص ليغصبه ماله فرماه فترع عينه هل عليه دية ؟

فقال : لا ولا نفسه . قيل له : عمن تذكر هذا ؟

قال : كان سعد بن أبى وقاص وعبد الرحمن بن عوف يخبران أن رسول الله ﷺ قال : « من قتل دون ماله فأفضل شهيد قتل في الإسلام بعد أن يتعوذ بالله وبالإسلام ثلاث مرات وإن قتل اللص فشر قتيل قتل في الإسلام »^(٢) .

وفي حديث آخر قال رسول الله ﷺ : « من قاتل دون ماله حتى يقتل فهو شهيد »^(٣) . [ق / ٧٨ / ١٢] .

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧١٩٩) و (١٨٦٨٢) وابن عدى في « الكامل » (٦ / ٢٠٢) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

وأخرج أوله البخارى (٦٤٨٠) : « من حمل علينا السلاح فليس منا » من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه البخارى (٢٣٤٨) ، ومسلم (١٤١) من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما .

وقال محمد بن سيرين : ما [علمنا]^(١) أن أحداً من الناس ترك قتال من يريد نفسه وماله تأثماً ، وكانوا يكرهون قتال الأمراء .

في الجهاد مع من لا يرضى من الولاة أو بغير إذن من الإمام أو بالنساء أو بالمصاحف

قال مالك - رحمة الله عليه - ويجاهد العدو مع كل بر وفاجر من الولاة .

وقد كان مالك يكره الجهاد مع هؤلاء الولاة ثم رجع عن ذلك لما كان زمن عمر وما صنع الروم بالإسلام في سبي حريمهم وغارتهم على الإسلام .

فقال : لا بأس بالجهاد معهم ، فقليل له : إنهم يفعلون ويفعلون .

فقال : لا بأس على الجيوش وما يفعل الناس لو ترك مثل هذا كان ضرراً على أهل الإسلام .

ابن سحنون : وقال الحسن : اغز معهم ما لم ترهم عاهدوا ثم غدروا ، ولم ير السلف بالغزو مع هؤلاء الجور بأساً .

قال ابن حبيب : سمعت أهل العلم يقولون : لا بأس بالغزو معهم وإن لم يضعوا الخمس موضعه ، وإن لم يوفوا بعهد وإن عملوا ما عملوا ، ولو ترك ذلك لاستبيح حريم المسلمين ولعلا أهل الشرك . وقاله الصحابة حين أدركوا من الظلم فكلهم قال : اغز معهم على حظك من الأمر ولا تفعل ما يفعلون من فساد وخيانة وغلول .

وقال النبي ﷺ : « الجهاد ماض منذ بعث الله نبيه إلى آخر عصاة تقاتل الدجال لا ينقضه جور من جور ولا عدل من عدل »^(٢) .

وقال أبو عمر : اغز مع أئمة الجور وليس عليك مما أحدثوا شيء ، وغزا أبو أيوب الأنصاري مع يزيد بن معاوية بعد أن توقف ثم ندم على توقفه .

(١) في أ : علمت .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٥٣٢) ، وأبو يعلى (٤٣١١) وسعيد بن منصور (٢٣٦٧) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٨٢٦١) من حديث أنس رضي الله عنه . قال الألباني : ضعيف .

فصل

قال ابن المواز : ولا يجوز خروج جيش للغزو إلا بإذن الإمام وتوليته عليهم من يحيطهم ويسمعون منه ويطيعون ، وقد سئل مالك في الذين بقرب العدو ويجدون الفرصة من عدوهم ويبعد عليهم موضع الإمام ويخافون إن استأذنوا فواتها ، أو يخافون منعهم منها فلا بأس أن ينالوها بغير إذنه ، وأما سرية تخرج من عسكر فلا يجوز ذلك ، ولا يحل لهم إلا بإذن الإمام .

قال عبد الملك : وأراهم في ذلك عاصين متعددين خرجوا ببدعة عما سنّ الرسول - عليه السلام - [ق / ٣٥ / ٢ ب] والأئمة بعده ، ولا أرى أن ينفل منهم أحد ولا ينفل إلا من أطاعه وليؤدبهم فإنهم مستحقون لذلك .

ومن « كتاب ابن سحنون » قال سحنون : وأصحابنا يرون في سرية تخرج في قلة وغرر بغير إذن الإمام فغللوا فللإمام منعهم الغنيمة أدباً لهم .

قال سحنون : فأما جماعة لا يخاف عليهم فلا يحرمهم الغنيمة وإن لم يستأذنوه . يريد : وإن قد أخطئوا .

وقد اختلف في قوله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾^(١) ، فقال : أمراء السرايا ، وقال جابر بن عبد الله : هم أهل الفقه والدين .

قال بعض العلماء : وطاعته بين الطائفتين واجبة ، وقد نهى النبي ﷺ يوماً أصحابه عن القتال وهم مستقبلون العدو ، فقاتل رجل فقتل ، فأمر النبي ﷺ أن ينادى : « لا تحل الجنة لعاص »^(٢) ، وقال - عليه السلام - : « وإن أمر عليكم عبد حبشي فاسمعوا له وأطيعوا »^(٣) ، وفي حديث آخر : « إلا أن يأمر بمعصية فلا سمع

(١) سورة النساء (٥٩) .

(٢) أخرجه أحمد (٢٧١٩٩) ، والحاكم (٢٥٧٦) ، وأبو يعلى (١٧٩) ، والطبراني في « الكبير » (١٤٢١) وفي « مسند الشاميين » (١٠٥٥) ، وابن أبي عاصم في « السنة » (٨٧٦) ، والبيهقي في « دلائل النبوة » (٢٥٣٢) من حديث ثوبان رضى الله عنه . قال الهيثمي : رواه أحمد ، والطبراني في « الكبير » ، وإسناد أحمد : حسن .

وقال الألباني : ضعيف .

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٢٣) من حديث أنس رضى الله عنه .

فيها ولا طاعة»^(١) .

قال سحنون : وليؤمر الإمام على السرية ببيعها أميراً يتقدمون بأمره ويستخرون ويكون من ذوى المراس فى الحرب والحيلة ويستظهر بأهل رأى ممن معه .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يخرج بالنساء إلى دار الحرب إلا أن يكون فى عسكر عظيم لا يخاف من قبله عليهم فلا بأس .

ابن وهب : وقد كتب نجدة الحروى إلى ابن عباس يسئله عن خمس خصال ، فقال ابن عباس : « لولا أنى أخاف أن نكتم علماً ما كتبت إليه » .

وقال فى حديث آخر : « لولا أرداه عن شيء يقع فيه ما كتبت إليه ولا نعمة عين » فكتب إليه نجدة : أما بعد فأخبرنى هل كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء ، وهل كان يضرب لهن بسهم ، وهل كان يقتل الصبيان ، فأخبرنى متى ينقضى يتم اليتيم ، وعن الخمس لمن هو ؟

فكتب إليه ابن عباس : كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء فيداوين المرضى ويحرمن من الغنيمة ولا يسهم لهن ، وأنه لم يكن يقتل الصبيان ، وكتبت تسألنى متى ينقضى يتم اليتيم ولعمري إن الرجل تشيب لحيته وإنه لضعيف لأخذ لنفسه ضعيف الإعطاء منها ، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس فقد انقطع عنه اليتيم .

قال مالك : ولا بأس أن يخرج الرجل بأهله إلى الرباط على بعض السواحل .

قال سحنون : إلى المواضع الكثيرة الأهل كالإسكندرية وتونس وشك فى صفاقس وسوسة . قال مالك : وربّ ثغر فيه ألف رجل ليس بمأمون .

فصل

ومن « الموطأ »^(٢) : روى مالك : أن النبى - عليه السلام : « نهى أن يسافر

(١) أخرجه البيهقى فى « الكبرى » (٥١١٧) من حديث ابن عمر رضى الله عنه . قال الألبانى: حسن .

قلت : وفى الباب عن أبى هريرة رضى الله عنه .

(٢) أخرجه مالك (٩٦٢) ، والبخارى (٢٨٢٨) ، ومسلم (١٨٦٩) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

بالقرآن إلى أرض العدو .

قال مالك : أراه مخافة أن يناله العدو .

قال ابن حبيب : لما يخشى من استهزائهم به وتصغير ما عظم الله منه .

وقال ابن الماجشون : ولو أن الطاغية كتب إلى السلطان أن يبعث إليه مصحفًا يتدبره ويدعو إليه ، فلا ينبغي أن يفعل وليس هذا وجه الدعوة ، وهم أنجاس وأهل ضغنة وبغض للإسلام وأهله .

قال ابن سحنون : قلت لسحنون : أجاز بعض العراقيين الغزو بالمصاحف إلى أرض العدو وفي الجيش الكثير وأما السرية ونحوها فلا .

قال سحنون : لا يجوز ذلك لنهى النبي ﷺ عن ذلك عامًّا ولم يفصل ، وقد يناله العدو ومن ناحية الغفلة عنه .

جامع ما يكره من قتل أو عذاب أو خراب وما لا يكره

روى مالك وابن وهب : « أن رسول الله ﷺ نهى عن قتل النساء والصبيان »^(١).

ابن سحنون : فى حديث آخر : « والشيخ الهرم والرهبان »^(٢).

قال ابن وهب فى حديث أسنده : ومروا النبي ﷺ بامرأة مقتولة مما أصابها مقدمة العسكر فقال : « ما كانت هذه تقاتل » ثم قال لرجل : الحق بخالد بن الوليد ، فكان على المقدمة : « فلا [ق / ٧٩ / ٢ أ] تقتلن ذرية ولا عسيقًا »^(٣).

(١) أخرجه مالك (٩٦٤) ، والبخارى (٢٨٥١) ، ومسلم (١٧٤٤) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٦٦٩) ، وابن ماجه (٢٨٤٢) ، وأحمد (١٧٦٤٧) ، وابن حبان (٤٧٨٩) ، والطبرانى فى « الكبير » (٤٦١٧) ، وأبو يعلى (١٥٤٦) ، وسعيد بن منصور (٢٦٢٣) ، وابن أبى شيبه (٤٨٢ / ٦) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٧٩٣٦) ، والنسائى فى « الكبرى » (٨٦٢٥) ، والطحاوى فى « شرح المعانى » (٤٧٧٨) ، وابن أبى عاصم فى « الأحاد والمثانى » (١٢٠٣) ، وعبد الرزاق (٩٣٨٢) ، البخارى فى « الكبير » (٣ / ٣١٤) ، والحاكم (٢٤٩٩) ، والرويانى (١٤٥٣) ، وابن قانع فى « معجم الصحابة » (٣٥٧) ، وأبو عبيد فى « الأموال » (٨٣) ، وابن زنجويه فى « الأموال » (١٢٧) من حديث حنظلة الكاتب .

قال الألبانى : حسن صحيح .

وقال فى حديث آخر أسنده : كان الرسول - عليه السلام - إذا بعث سرية قال : « بسم الله وفى سبيل الله وعلى ملة رسول الله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا الولدان » ^(١) والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ ﴾ ^(٢) .

قال مالك : عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه : [ق / ٣٦ / ٢ ب] أنه بعث جيشاً إلى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان وكان أمير ربع من تلك الأرباع فرغبوا أن يزيد قال لأبى بكر : إما أن تركب وإما أن أنزل .

فقال أبو بكر : ما أنت بنازل وما أنا براكب إني احتسبت خطاى هذه فى سبيل الله ، قال له : إنك ستجد قوماً زعموا أنهم حسبوا أنفسهم لله فدعهم وما حسبوا أنفسهم له ، وستجد قوماً فحصوا عن أوساط رءوسهم من الشعر فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف وإنى موصيك بعشر : لا تقتلن امرأة ولا صبيّاً ولا كبيراً هرمّاً ولا تقطعن شجراً مثمرّاً ولا تخربن عامراً ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا للمأكلة ولا تحرقن نخلاً ولا تغرقنه ولا تغلل ولا تخن .

ابن وهب عن ابن سمعان ، قال : بلغنا أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قال : لا تقتلوا هرمّاً ولا امرأة ولا وليداً وتوقوا قتلهم إذا التقى الزحفان وعند حمية النهضات وشن الغارات .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : قال مالك : ولا يقتل فى أرض العدو النساء ولا الصبيان ولا الشيخ الكبير ولا الرهبان فى الصوامع ، وكان مالك يكره قتل الرهبان المحبسين أنفسهم فى الصوامع والديارات .

وقال : يترك لهم من أموالهم ما يعيشون به ولا تؤخذ كلها فيموتون .

قال فى « المستخرجة » : يترك لهم قدر ما يصلحهم ، والبقرتان يكفيان الرجل ،

(١) أخرجه أحمد (٢٧٢٨) ، والطبرانى فى « الكبير » (١١٥٦٢) ، وأبو يعلى (٢٥٤٩) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٧٩٣٣) ، والطحاوى فى « شرح المعانى » (٤٧٦٣) ، وابن عدى فى « الكامل » (١ / ٢٣٤) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

قلت : هذا حديث صحيح بشواهده ، والله أعلم .

(٢) سورة البقرة (١٩٠) .

ولو قُبِلَ قوله لادعى الشيء الكثير ولكن أرى أن يترك لهم ما يصلحهم .

قال سحنون : الذى يترك للراهب من ماله قدر ما يعيش به الأشهر ، والشيخ الكبير بمنزلة الراهب فيما يترك له من العيش والكسوة وإذا مر الجيش بعبيد الرهبان وزرعهم وعلموا أنها لهم فلا يمسوا منها شيئاً ولا ينهاه .

قال سحنون : ومن قاتل من امرأة أو هرم أو راهب قتل وكذلك الصبى إذا أطاق القتال وقاتل .

قال ابن حبيب : إذا قاتلت المرأة بالسيف أو الرمح أو شبه ذلك فلتقتل لقول النبى ﷺ فى المرأة المقتولة : « هاه ما كانت هذه تقاتل » (١) .

قال ابن حبيب : إلا أن يكون قتالها بالرمى من فوق الحصن وشبه ذلك فلا تقتل إلا أن تكون قتلت فتقتل ، وإن أسرت إلا أن يرى الإمام استحياها كما يستحى من شاء من الأسارى وكذلك الصبى المراهق .

قال سحنون : ومن قتل من نهى عن قتله من صبى أو امرأة أو شيخ هرم فإن قتله فى دار الحرب قبل أن يصير فى المغنم فليستغفر الله سبحانه وإن قتل بعد أن صار مغنماً فعليه قيمته يجعل ذلك الإمام فى المغنم .

وقال ابن حبيب : إذا علم ذلك من الرهبان أن أحدهم دل على غرة سرية منا حلّ قتله .

وفى « كتاب ابن سحنون » : وإذا مروا براهب فلا يستخبروه عن شيء من أمر عدوهم .

قال : وما وجد من النساء فى الصوامع والديارات فلا بأس أن يسبهنّ بخلاف الرجال .

وروى أشهب عن مالك فى « العتبية » قال : النساء والله ألاّ يهجن معنى أن يسبين إذا وجدوا فى الصوامع والديارات مع الرهبان .

قيل : فرهبان الديارات والصوامع سواء .

قال : هاه ، قال الله تعالى : ﴿ ذَلِكْ بِأَنَّ مِنْهُمْ قَسِيْسِينَ وَرُهْبَانًا وَأَنَّهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ ﴾ (١) .

قال سحنون : من ترهب ببلد فى دار الإسلام ولحق بدار الحرب فسيبله سبيل الراهب .

قيل : تعرفون أنه راهب . قال : لهم سيما يعرفون بها .

قال : وكذلك إذا وجد الراهب دار وأغار فهو كأهل الصوامع .

وقال ابن حبيب : رهبان الصوامع والديارات هم الذين نهى عن قتلهم ، وأما رهبان الكنائس فيجوز قتلهم وسبيهم لأنهم لم يعتزلوا وهم الذين أمر أبو بكر الصديق - رضى الله عنه - يزيد بن أبى سفيان بقتلهم .

قال ابن حبيب : ولم ينه عن قتل رهبان الصوامع والديارات لفضل ترهبهم بل هم أبعد من الله من غيرهم من أهل دينهم لشدة تنصرهم فى الكفر ولكن لتركهم معونة أهل دينهم على محاربة المسلمين بيد أو رأى أو مال واعتزالهم لهم فلهذا نهى عن قتلهم وسبيهم ، فأما إن دلّ على غرة للمسلمين فإنه يقتل .

قال ابن القاسم فى « المستخرجة » : ومن ترهب فى أرض الإسلام فلا تؤخذ منه جزية إذا حبسوا أنفسهم فى الصوامع .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : ولم يثبت الحديث فى النهى عن قتل العسيف (٢) وهو الأجير وأجاز قتله .

قال ابن حبيب : [ق / ٣٧ / ٢ ب] وروى أن النبى ﷺ نهى عن قتل الأكارين والفلاحين .

قال ابن حبيب : هم الحراثون الذين لا ينصبون حرباً ولا يخشى منهم عداوة ولا تدبير .

قال سحنون : ونحن نرى قتل الزارعين والحراث ببلد الحرب .

(١) سورة المائدة (٨٢) .

(٢) قلت : بل ثبت ، وتقدم تخريج الحديث ، وهو حديث حنظلة السابق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا بأس بتحريق قراهم وحصونهم وتغريقها بالماء وخرابها وقطع الشجر المثمر وغيره لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَطْئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نِيلاً إِلَّا أَكْتُبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ ﴾ (١).

وتأويل مالك فى قطع الشجر قوله تعالى : ﴿ مَا قَطَعْتُمْ مِّنْ لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا ﴾ (٢) واللين : ما سوى العجوة من الثمار ومن الألوان ، وقد قطع النبى ﷺ نخل بنى النضير ، وروى ابن وهب : أنه - عليه السلام - أحرق نخل بنى النضير وقطع ، وهى البويرة ولها يقول حسان :

أهان على سرات بنى لؤى حريق بالبويرة مستطير (٣)

وقال فى حديث آخر : « وأمر النبى ﷺ أسامة بن زيد حين بعثه نحو الشام أن يسير حتى يأتى إيلياء فيحرق فيها ويهريق دمًا » لأن ذلك من التضيق عليهم وإضعاف أمرهم وتوهينهم وليس ذلك أكثر من إياحة قتلهم .

قال سحنون : وأما نهى الصديق - رضى الله عنه - عن قطع الأشجار وإخراجه العامر ، إنما ذلك فيما يرجى مصيره للمسلمين نظراً لهم وما يرجى الظهور عليه فالنظر لهم خراجه . [ق / ٨٠ / ١٢] .

فى قتل الأسارى ومن أخذ ببلد الحرب أو ببلد الإسلام فقال :

جئت أطلب الأمان ، وما وجد بساحلنا من مراكبهم أوردته الريح

روى ابن وهب : أن النبى ﷺ قتل سبعين أسيراً قبل الإثخان من يهود ، وقتل عقبة بن أبى معيط أتى به أسيراً يوم بدر فذبحه ، فقال : من المصيبة ، فقال النار ، وقتل الزبير صاحب بنى قريظة وحى بن أخطب صبراً ، وكتب عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إلى أمراء الجيوش بقتل من جرت عليه المواسى ، وقال : « ولا تجلبوا النساء من علوجهم أحداً » فلما أصيب عمر قال : من أصابنى ؟ قالوا : غلام المغيرة ، فقال : قد نهيتكم أن تجلبوا النساء من علوجهم أحداً فعصيتمنى .

(١) سورة التوبة (١٢٠) .

(٢) سورة الحشر (٥) .

(٣) أخرجه البخارى (٢٢٠١) ، ومسلم (١٧٤٦) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

والأصل فى قتل الأسارى قوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُشْخَنَ فِي الْأَرْضِ ﴾^(١) ، قيل : بالقتل الكثير ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾^(٢) .

قال مالك : يقتل كل مشرك ممن خيف منه .

قال سحنون : ألا ترى ما قال المسلمين من أبى لؤلؤة فإذا كان ممن أبغض الدين وعاد عليه وأحب إليه وخيف أن لا تؤمن غيلته فهو الذى يقتل ، وأما الصغير والشيخ الكبير فاتقى مالك قتلهم وهم الحشوة ولهم قوتل العدو وهم كالأموال وقوة على الجهاد .

وفي « المختصر الصغير » : ومن استحيا الإمام من الأسارى فلا يقتل .

قال في « المستخرجة » : إلا أن يقيهم الإمام ليرى فيهم رأيه فله قتل من رأى منهم .

قال يحيى بن يحيى : عن ابن القاسم : فى المرأة والصبي الذى لم يحتلم إذا قاتلا ثم أسرا فقتلها جائز بعد ذلك كما كان جائز عند قتالهما .

وقال سحنون : إلا عند قتالهما ، وأما بعد ذلك قال : وأما الراهب . يريد : والشيخ الكبير - يؤسر بعد أن قاتل فإنه يقتل .

ابن حبيب : وإن أسلم الأسير حرم دمه وسار مملوكا .

ومن « كتاب محمد » : فى عالج أسر فأمر الإمام بالنداء عليه فبلغ ثمنا ثم أراد قتله ، قال : ذلك له .

قال أصبغ : هذا إن عرضه منه يختبر ما يبلغ فيرى رأيه وإلا فلا .

قالوا : إذا ترك عن الأسير القتل لرجاء فداء أو بيع أو لدلالة أو لسبب سقط عنه القتل وكذلك إن أخذوا إنسانا يستخبرونه الخبر فلا يقتل وهو رقيق لهم لأنهم استبقوه للخبر كما لو استبقوه لصنعة ظنوها فيه فلم يكن كذلك .

(١) سورة الأنفال (٦٧) .

(٢) سورة النساء (٨٩) .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أخذ الرومى ببلد العدو وهو مقبل إلينا فيقول : جئت أطلب الأمان ، فهذا أمر مشكل ويرد إلى مأمنه .

قال ابن القاسم : وكذلك الرومى ينزل لساحلنا تاجراً قبل أن يعطى الأمان فيقول [ق / ٣٨ / ٢ ب] : ظننت أنكم لا تتعرضون لمن أتى تاجراً حتى يبيع فإن قبلت منهم ما قالوا أو رددتهم إلى مأمنهم .

قال في « المستخرجة » : وإن أخذوا ببلدنا فيقول : جئت للإسلام ، فإن أخذ بفور دخوله وحدثان قدمه قبل منه أو يرد إلى مأمنه وإن لم يظهر عليه حتى طالت اقامته عندنا لم يصدق فى قوله ولا يكون لمن وجدته ، ويرى فيه الإمام رأيه ولا يقتل إلا أن يعلم الإمام أنه جاسوس للعدو فيقتل .

وقال سحنون : سواء أخذ بقرب دخوله أو بعد طول فهو فىء ويرى فيه الإمام رأيه إلا فى الجاسوس فيقتل . وأما إن أخذ ببلد الحرب فروى ابن القاسم عن مالك : أنه يرد إلى مأمنه ، وروى ابن نافع : أنه لا يقبل منه لأنه لا يعلم قوله وما ذلك بالين ، وكذلك قال أشهب فى « الواضحة » : لا يقبل منه إذا ظهر عليه قبل أن يدعى ذلك .

ومن « المدونة » : قال يحيى بن سعيد : ومن زعم بعد أن أخذ ببلد المسلمين أنه جاء لأمان أو لتجارة لم يقبل منه إلا أن يكون رسولاً بعث لأمر بين المسلمين وبين عدوهم . قيل لابن القاسم : فحربى دخل بلاد الإسلام بغير أمان فأخذه مسلم أكون لمن أخذه أم يكون فىء .

قال : أرى ذلك فيئاً للمسلمين ويجتهد فيه الإمام ، وكذلك قال مالك فيمن وجد بساحلنا من العدو فقالوا : نحن تجار ، ونحوه ، فلا يقبل منهم وليسوا لمن وجدهم ويرى فيهم الإمام رأيه .

قال ابن القاسم : وأنا أرى ذلك فيئاً ويجتهد فيها الإمام .

وروى ابن وهب عن مالك فيمن وجدناهم بساحلنا من العدو فزعموا أنهم تجار لفظهم البحر ، ولا يعلم صدقهم وقد تكسرت مراكبهم ومعهم السلاح أو ينزلون

للعطش بغير أمان : أن ذلك للإمام يرى فيهم رأيه ولا يخمسون ، وإنما الخمس فيما أوجف عليه الخيل والركاب .

وقال ربيعة : إن كانوا من أرض متجر قد آمنوا بالتجارة فينا فهم بمنزلة أمان ، وإن لم يكن ذلك فيهم قبل ذلك فلا عهد لهم ولا ذمة .

وتحصيل اختلافهم فى هذه المسائل : إذا أخذ الرومى ببلد الحرب وهو مقبل إلينا فيقول : جئت أطلب الأمان ، فقبل : يقبل منه أو يرد إلى مأمنه ، وقيل : لا يقبل منه لأنه ظهر عليه قبل أن يدعى ذلك .

وإن أخذ ببلد الإسلام فقال : جئت إلى الإسلام فقبل إن أخذ بقرب دخوله قبل منه أو يرد إلى مأمنه ، وإن أخذ ببعد لم يقبل منه وليس لمن وجده ويرى فيه الإمام رأيه ، وقيل : ذلك سواء وهو فيء ويرى فيه الإمام رأيه . ولا خلاف فيمن أتى تاجرًا فيقول : ظننت أنكم لا تتعرضون لمن أتى تاجرًا ، فإما قبلته أو رددته إلى مأمنه ولا خلاف أيضًا إن لم تكن معهم تجارة وتبين كذبهم أو قد انكسرت مراكبهم ومعهم السلاح أو ينزلون للعطش بغير أمان أنهم فيء ويرى فيهم الإمام رأيه من بيع أو قتل أو فداء وليسوا لمن وجدهم ولا يخمسون .

قال ابن المواز : إذا انكسرت مراكبهم ولم يتبين أنهم تجار فهم ومن معهم فيء يرى فيهم الإمام رأيه من قتل أو بيع أو فداء وليس لمن وجدهم فيهم ولا فيما معهم شيء لأنهم صاروا بموضع لا ملجأ لهم إلا أن يوجد ما كسر من مراكبهم وحدها بغير رجال أن توجد لهم لمتعة وذهب وفضة أو يوجد من ذلك شيء يطرحه الروم خوف الغرق وذهبوا به ولمن وجده ولا خمس فيه إلا فى الذهب والفضة ففيهما الخمس إلا أن يوجد ما سوى [ق / ٨١ / ١٢] الذهب والفضة بجنب قرية من قراهم ففيه الخمس إلا أن يكون شيئًا يسيرًا فلا شيء فيه .

ورواه أشهب عن مالك .

والفرق بين ما وجد من المتاع وحده أو وجد مع أصحابه : فلأن ما وجد مع أصحابه حكمه حكمهم وذلك تبع لهم وما وجد وحده فهو لمن وجده ولا خمس فيه لأنه لم يوجف عليه .

والفرق بين ذلك وبين الذهب والفضة : كالركاز لأنه مال كافر غنم وهى العلة

فى أن فى الركاز الخمس لأنه كمال كافر غنم .

وأما ما وجد من المتاع بقرب قراهم فله حكم قراهم ففیه الخمس كسائر الغنائم ، والله أعلم .

قال ابن المواز : ولو أن الذين تكسرت مراكبهم قاتلوا حتى قتل منهم من قتل منهم وأسر من أسر منهم لم يكن لمن ظفر منهم فيهم شيء وهم كأسارى ببلد الإسلام قاتلوا ثم أخذوا والأمر فيهم إلى الإمام كما ذكرنا .

قال ابن { ق / ٣٩ / ٢ ب { المواز : إلا أن يكون قد سلم للذين تكسرت مراكبهم مركب أو غيره مما يتحملون فيه إلى بلدهم فهم حينئذ رقيق لمن ظفر بهم ويكون فيهم الخمس ، وكذلك إن كانوا بقرب بلدهم مما يمكنهم الهرب والنجاة إليها .

قال عبد الوهاب : ما يغنم من أموال المشركين على وجهين : فما غنم بقتال أو بإيجاف أو ركاب فهذا يخمس للإمام خمسه وللغنائم أربعة أخماسه .

والثانى : ما غنم بغير إيجاف ولا قتال وهو ممن ينجلى عنه أهله ويتركونه رهبة وفزعاً فهذا لا يخمس ويصرف جميعه فى مصالح المسلمين كحكم الخمس من الغنيمة خلافاً لأبى حنيفة فى أنه يخمس ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فَمَا أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ﴾ ^(١) فأخبر الله - تعالى - أن القسم لا يكون إلا بالإيجاف . وروى : أنه ﷺ لما نزل على بنى النضير فزعوا وهربوا فجاز رسول الله ﷺ الديار بما فيها فانتظر المسلمون أن يقسم لهم ، فنزلت هذه الآية المتقدمة .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمه الله : وإذا نزل تجارهم بأمان فباعوا وانصرفوا فأين ما رمتهم الريح من بلاد الإسلام فالأمان ما داموا فى تجرهم حتى يردوا إلى بلادهم .

قال ابن المواز : قال أصبغ : لهم الأمان ثابت على أنفسهم وأموالهم فى كل بلدة نزلوا بها حتى يفارقوا بلاد الإسلام .

قال ابن المواز : حتى ينالوا مأمنهم من بلدهم فإن رجع بعد ذلك فإن أعطى أماناً

(١) سورة الحشر (٦) .

ثبت عليه وإلا رجع ولم يؤسر ولم يبع .

قال : وإن رجع إذا هو رجع إلى غير سلطان كان أمته فهو مثل الذى أمته سواء ، وإن لم يكن بلغ مأمته كان عليه إنزاله ولم يمنعه ، وإن كان بلغ مأمته كان عليه بالخيار وإن شاء أنزله وإن شاء رده .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : إذا باعوا وانصرفوا فلهم الأمان حتى يصيروا من البحر على موضع يأمنون فيه من عدوهم فيحلون حينئذ لمن ظفر بهم من المسلمين .

قيل : إنهم اليوم لا يأمنون حتى يردوا بلادهم ويخرجوا من البحر إلى مأمتهم لكثرة مراكب المسلمين .

قال : إذا كان هذا فلهم الأمان حتى يخرجوا من البحر إلى مأمتهم .

قال عبد الملك : إن رده الرّيح مغلوباً فهو على أمانه وإن بلغ موضع منجاء لولا أن غلبته الرّيح فهو على أمانه حتى يصل إلى مأمن إن شاء أقام أو رجع فهذا إن رجع فإنه حل إلا أن يأتنف أماناً .

قال سحنون : وإن رده الرّيح إلى سلطان غير الذى أمته فلا أمان له .

وقال سحنون : يقول مالك : إن له الأمان حتى يرجع إلى مأمته .

وقال ابن حبيب : عن ابن الماجشون : إذا قلع من بلادنا فهو آمن حتى يبعد من بلاد الإسلام وبقرّب من حوزة ومأمته فيصير كمن لا عهد له بعد ولا أمان فيمن لقيه من أهل ذلك السلطان الذى أمته ، وفى رجوعه إليه بأمان بريح غالبية أو رجع غير مغلوب أو نزل لماء وشبهه فهو حل له ، وأما إن لقيه من غير ذلك السلطان فى البحر بقرب أو بعد من موضع قلع منه بأمانه أو سقط بساحل غير ساحل السلطان الذى أمته فهو كمن لا أمان له .

قال : وكذلك المستأمن ثغور المسلمين فى غير بحر إذا رجع فانسدت عليه الطريق بثلج أو غيره فهو على أمانه ما كان فى قرب المكان الذى آمن فيه .

قال فى « كتاب ابن سحنون » : وحدّ ذلك أن يجاوز الدروب إلى سلطانه

وحيث يأمن على نفسه ، وأما ما كان فى الفيافى وحيث يخاف على نفسه فهو على أمانه .

وتحصيل هذا الاختلاف فى هذه المسألة : إذا باعوا وانصرفوا .

ف قيل : لهم الأمان حتى يصلوا بلادهم .

وقيل : حتى يقاربوا مأمَنهم فإن رجعوا بعد بلوغهم إلى مأمَنهم بريح غالبية أو مختارين .

ف قيل : الإمام مخير إن شاء أنزلهم وإن شاء ردهم ، وقيل : إن رجعوا مغلوبين فالإمام مخير إن شاء أنزلهم وإن شاء ردهم وإن كانوا مختارين فهم حلّ ، وإن هو وقع إذا رجع بغير سلطان كان أمانه .

ف قيل : هو مثل الذى أمانه سواء ، وقيل : بل هو حل له ولا أمان له رجع إليه أو لقيه فى البحر بقرب أو بعد من موضع قلع منه بأمانه ، وإن لم يبلغ مأمَنه فرجع إلى موضع كان أمان فيه كان عليه إنزاله ولم يمنعه .

فى أقسام الغنائم وما يقع فيها من مال مسلم أو ذمى

قال [ق / ٤٠ / ٢ ب] الله تعالى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾^(١) إلى آخر الآية ، وقال تعالى : ﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ ... ﴾^(٢) إلى آخر الآية فكل ما أوجفت عليه بخيل أو ركاب فإن للإمام خمسة يضعه حيث أمر الله تعالى ويقسم أربعة أخماسه بين الذين غنموه ، وروى ابن وهب : أن رسول الله ﷺ لم يقفل من غزوة أصاب فيها مغنماً حتى يخمسه ثم يقسمه قبل أن يقفل .

ومن ذلك غزوة بنى المصطلق وخيبر ثم لم يزل المسلمون على ذلك بعده فى خلافة عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إلى خلافة عمر بن عبد العزيز فى البر والبحر إلى هلم جرّ حتى هاجت الفتنة .

(١) سورة الأنفال (٤١) .

(٢) سورة الحشر (٧) .

قال ابن المواز : وصفة القسم : أن يقسم كل صنف على خمسة أجزاء يقسم الوجف وجيفاً وجيفاً إلى خمسة [ق / ٨٢ / ٢ أ] حتى يفرغوا ، ثم النساء المسيبات كذلك ، ثم الذكران كذلك فإذا اعتدلوا خمسة أجزاء واجتهدوا فى ذلك برأى أهل النظر والمعرفة بالاققسام والقيمة كتب فى رقعة « هذا لرسول الله » ، ثم يقرع ، فحيث وقع سهم الخمس كان للإمام لا رجعة لأحد فيه .

وقاله عثمان بن عفان وابن عمر .

قال ابن المواز : ثم يبيع الإمام الأربعة أخماس الباقية ويوثق لهم ويقسمها عليهم وإن رأى بيع الجميع بالخمس فعل .

واختلف فى السلع ، فقيل : تجمع فى القسم ابتداءً ، وقيل : إن حمل كل صنف القسم بانفراده لم يجمع وإلا جمع وهو أحسن وأقل غرراً إذا كان متسعاً وقدر أن يجمع كل صنف بانفراده .

ومن « المدونة » : وكتب عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إلى سعد بن أبى وقاص حين افتتح العراق : أن أقسم ما جلب الناس إليك من كراع أو مال بين من حضر من المسلمين ، واترك الأرضتين والأنهار لعمالها ليكون ذلك فى أعطيات المسلمين لأنك لو قسمتها بين من حضر لم يكن لمن بقى بعدهم شيء ، وتأول عمر - رضى الله عنه - قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ (١) .

قال مالك : والشأن قسم الغنائم وتباع ببلد الحرب وهم أولى برخصها .

قال فى « المستخرجة » : وأما كل أرض افتتحت عنوة فالشأن فيها أن تترك كما فعل عمر - رضى الله عنه - قال : وبلغنى أن بلالاً وأصحابه سألوا عمر فى قسم الأرض التى أخذت عنوة فأبى ذلك عليهم وكان بلالاً من أشد الناس عليه كلاماً فرزع من ذكر أن عمر دعا عليهم فقال : اللهم اكفنيهم ، قال : فلم يأت الحول وواحد منهم حى .

فصل

وروى ابن وهب : أن الرسول ﷺ قال للذى وجد بغيره فى المغنم : « إن

وجدته لم يقسم فخذته وإن قسم فأنت أحق به بالثمن إن أردته « (١) .

قال : وكتب عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إلى أبى عبيدة بن الجراح ومعلومة أن ما أخذه العدو من أموال المسلمين فاعترفه أصابه قبل أن يقسم فهو مردود إليهم . وقاله جماعة من الصحابة والتابعين .

قال مالك : فما أحرزه المشركون من مال مسلم أو ذمى من عرض أو عبد أو غيره أو أبى إليهم ثم غنمه فإن عرفه ربه قبل أن يقسم كان أحق به بغير شيء وإن غاب أوقف له ، وإن لم يعرف ربه بعينه وعرف أنه لمسلم أو ذمى قسم ثم إن جاء ربه كان أحق به بالثمن ما بلغ ولا يجبر على بذله وهو مخير فإن أراد أخذه لم يكن لمن ذلك فى يده أن يأبى عليه .

قال ابن المواز : وإذا عرف ربه وكان غائباً فإن كان خيراً لربه أن يحمل إليه ويؤخذ منه كراء حمله فعل ذلك فإن لم يكن جعله إليه أرفق فإنه يباع ويتخذ بيع الإمام فيه ولا يكون لربه غير الثمن .

قال أشهب : وإن كان مما يقدر على إيصاله إلى ربه مثل العبد والسيف وما ليس فيه مؤنة كثيرة فباعوه فى الغنيمة لأنفسهم بعد معرفتهم فلربه أخذه بلا ثمن .

وهكذا قال ابن حبيب :

أنه إذا وقع فى المغنم مال رجل يعرف بعينه وهو غائب فبيع فذلك خطأ ولربه أخذه بلا ثمن . وقال سحنون فى « كتاب ابنه » : لا يأخذه ربه إلا بالثمن وهى قضية من حاكم وافقت اختلافاً بين الناس . فقد قال الأوزاعى : إذا عرف ربه ولم يحضرانه يقسم ثم لا يأخذه ربه إلا بالثمن .

ومن « العتبية » : قال سحنون وأصبغ : فى الفرس يوجد فى المغنم فى فخذته

(١) أخرجه البيهقى فى « الكبرى » (١٨٠٣١) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

قال البيهقى : هذا الحديث يعرف بالحسن بن عمار عن عبد الملك بن ميسرة ، والحسن بن عمار متروك لا يحتج به ، ورواه أيضاً مسلمة بن على الحشنى عن عبد الملك ، وهو أيضاً ضعيف ، وروى بإسناد آخر مجهول عن عبد الملك ، ولا يصح شيء من ذلك ، وروى عن إسحاق بن عبد الله بن أبى فروة وياسين بن معاذ الزيات عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه مرفوعاً ، على اختلاف بينهما فى لفظه ، وإسحاق وياسين ، متروكان لا يحتج بهما .

وسم حبس : فإنه لا يقسم ويكون حبساً فى السبيل .

وقال أيضاً سحنون فى « كتاب ابنه » : لا يمنعه ذلك من أن يقسم ، لأن الرجل

قد يوسم فى فخذ فرسه حبس فى سبيل الله ليمنعه ممن يريده منه .

قال ولمن فعل ذلك بفرسه أن يبيعه إذا [ق/ ٤١ / ٢ب] زعم أنه لم يرد به

الحبس .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمه الله - : وإذا سأل أهل الحرب ذمياً ثم

غنماه لم يكن فيئاً ورد إلى ذمته ولم يقسم .

قال ابن القاسم : وأما إن أسلم أهل بلد على ما بأيديهم وبأيديهم أحرار ذمتنا

فهم رقيق لهم كعبيدنا إذا أسلموا عليهم وهم أحق بجميع الأمتعة من أربابها .

قال ابن وهب : وقال النبى ﷺ : « من أسلم على شيء فهو له » ^(١) .

قال مالك : ولا أحب أن يشتري من العدو ما أحرزوا من متاع مسلم أو ذمى

فأتوا به لبيعونه .

ابن المواز : واستحب غيره أن يشتري ما بأيديهم للمسلمين ويأخذه ربه بالثمن .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن وقعت فى سهمه أمة لمسلم أو ابتاعها من

حربى فلا يطأها حتى يعرضها عليه فيأخذها بالثمن أو يدع ، وكذلك عبداً وعرض

فليعرضه عليه .

قال ابن القاسم : وما وجده السيد قد فات بعثى أو ولادة فلا سبيل له إليه ولا

إلى رقه أخذهم من كانوا بيده من مغنم أو اشتراهم من حربى أغار عليهم أو أبقوا

إليه .

يريد : وإن فاتوا ببيع مضى ذلك ولم يكن له نقضه ولكن له أخذ الثمن الذى

يبيع به بعد أن يدفع ما وقع فى المقاسم ويتقاضاه .

ابن المواز : وقال أشهب : له أن ينقض عتق العبد ويأخذه بالثمن فى الوجهين .

(١) أخرجه أبو يعلى (٥٨٤٧) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٨٠٣٨) من حديث أبى هريرة

رضى الله عنه ، وسنده ضعيف .

قال الألبانى : حسن . قلت : يعنى بشواهد ، والله أعلم .

وقال أشهب في « كتاب ابن سحنون » : والأمة كالمستحقة يأخذها ربها ويأخذ قيمة ولدها . وقاله ابن القاسم ثم رجع عنه .

والفرق عند ابن القاسم بين هذا وبين الاستحقاق :

أن المستحق يأخذ ذلك بغير ثمن وهذا لا يأخذها إلا بالثمن فكان أضعف رتبة من الاستحقاق من يد مشتره من غير المغنم ونحوه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن وجد آبقاً فى غير دار الحرب رده إلى ربه بخلاف ما قسم فى المغنم لحيازة أهل الحرب للذى قسم .

قال سحنون فى « كتاب السير » : وإن وقع فى سهمه رجل فباعه وتداولته الأملاك : أن لربه أن يأخذ بآى ثمن شاء كالشفعة ، ثم رجع فقال : لا يأخذ إلا بما وقع فى المقاسم ، ورواه عن ابن القاسم بخلاف الشفعة إذ لو سلم الشفعة ثم باع المتباع الشقص كان للشفيع القيام ، ولو سلم العبد ربه لمن وقع فى سهم ثم باعه الذى هو بيده من رجل لم يكن لربه أخذه بثمن ولا غيره لأنه قد سلم حقه ولا شركة بينه ولا بيد من سلم له ولا ضرر يلحقه فى بيعه من آخر الشفعة إذا سلمها المشتري الشقص فقد حل المشتري محل البائع وصار هو الشفيع شريكاً من باع منهما فلصاحبه عليه الشفعة .

ومن « العتبية » : قال سحنون عن ابن القاسم : ولو سبى العبد ثانية بعد أن تداولته الأملاك فليس لأحد فيه مقال إلا الذى سبى منه أولاً والذى [ق / ٨٣ / ٢ أ] سبى منه آخر إلا أن المسبى منه آخر أحق به من الأول بعد أن يدفع لمن هو بيده ما وقع به فى المغنم وإن أخذه فربه الأول إن شاء أخذه بما وقع به فى المقاسم الثانى لا بما وقع به فى الأول لأنه جاء ملك ثان أملك به وإن شاء تركه إذا كان للأول أن يأخذ من الثانى فلا معنى لقوله : إن الثانى أحق به ، بل قد صار الأول أحق به .

ومن « كتاب ابن المواز » : ومن ابتاع عبداً من المغنم بمائة ولم يعرف ربه ثم سبى ثانية فاشتره رجل بخمسين ثم قام ربه فإنه يقال له : ادفع مائة للأول وخمسين للثانى ، وخذه فإن أباق فلا سبيل له إليه ثم إن شاء الأول فداه من الثانى بخمسين وكان له فإن أسلمه إليه فلربه الأول أن يعطيه خمسين ويأخذها ولو أن مشتره بالمائة

فداه بخمسين من الثانى فلا يأخذه الأول إلا أن يعطيه خمسين ومائة ، ولو كان قبل الأسر قتل رجلاً وغصب دابة ثم بيع فى المقاسم فغنم فى ذلك فإنه يقال لربه : إن شئت فافده بما وقع به فى الفياء وبما فى رقبته من جناية وإلا فسلمه وبدئ بمتباعه من المغنم فقليل له : افده وإلا سلمه إلى الرجلين المجنى عليهما يكون بينهما بالخصص .

قال ابن المواز : وقيل : إذا سلمه ربه بدأ بولى المقتول ورب الدابة ، فقليل لهما : افدياه بما بيع فى المغنم وكان بينهما بالخصص وليس لأحدهما فداء قدر معابته فيتبعض على متباعه ، وإن فداه أحدهما كله بعد إسلام صاحبه إياه فذلك له ، ويكون له وحده ، وإن فداه بغير علم صاحبه فلصاحبه أن يشاركه فيه إن أعطاه حصته مما فداه به وإن لم يعترف به ربه حتى فدياه ثم اعترف ربه [ق / ٤٢ / ٢ ب] فلربه أن يفديه من هذين بما فدياه به من مشترية وفدية المقتول وقيمة الدابة وإن شاء فدا من شاء منهما مصابته بما صارت له تلك المصابة بحقه جميعاً وسواء كان مشترى من المغنم أو من أيدى العدو .

ومن « كتاب ابن سحنون » : قال أشهب : ولو ابتاعه للأول من المغنم بمائة ثم سبى ثانية فغنم ثم ابتاعه الثانى بخمسين ثم سبى ثالثة فغنم ثم ابتاعه آخر بعشرة ثم قام ربه والآخران فلربه إن شاء فداه بأكثر الأثمان وهو مائة فيدفع منها عشرة للثالث وخمسين للثانى وأربعين للأول ، ولو كان البيع الأول بعشرة والثانى بخمسين والثالث بمائة فليأخذ الثالث المائة ولا شيء لمن قبله ، ولو أسلمه المستحق كان الثالث أحق به ، ولو كانت أم ولد لكان عليه الأقل من قيمتها أو من أكثر الأثمان .

قال سحنون : فى العبد المأذون يركبه الدين ويجنى جناية ثم يأسره العدو فيغنم فيقع فى سهم رجل : فلربه إن قام أن يفديه بالأكثر مما وقع به فى المقاسم أو من أرش الجناية ، فإن كان الأرش عشرين وثمانه فى المقاسم عشرة أخذ من صار له عشرة وصاحب الجناية عشرة ، وإن كان الأرش عشرة أخذ من هو بيده العشرين ولا شيء لصاحب الجناية مثل ما لو سبى فغنم فابتاعه رجل ثم سبى ثانية وغنم لفداه ربه بالأكثر كما ذكرنا هذا فى قول سحنون وقد تقدم لابن القاسم جواب غير هذا .

وذكر يحيى بن يحيى قولاً آخر ، وفيما ذكرنا كفاية .

فيما اشترى ببلد الحرب أو في الغنيمة من عبد أو حر أو أم ولد أو مدبر أو مكاتب أو معتق إلى أجل كيف إن باع العبد من اشتراه أو وهب له

قال ابن القاسم : وإن دخلت دار الحرب بأمان فابتعت عبداً لمسلم من حربى اشتراه أو أبق إليه أو وهبه لك الحربى فكافيته عليه فلسيده أخذه بعد أن يدفع إليك ما ودّيت من ثمن أو عوض ، وإن لم تثب واهبك أخذه ربه بغير شيء .

وينبغى عن بعض علمائنا أنه قال : وإن ودّى فى المكافأة عليه شيئاً مما يكال أو يوزن فلسيده أن يأخذه بمثل ذلك فى دار الحرب إن كان الوصول إليها ممكناً كمن أسلف ذلك ولا يلزمه إلا مثله بموضع السلف إلا أن يتراضيا على ما يجوز .

قال بعض شيوخنا : وإن لم يكن الوصول إليها ممكناً فعليه هاهنا قيمة ذلك المكيل ببلد الحرب .

قال ابن القاسم : وإن باعه الذى وهب له من رجل آخر مضى البيع ويرجع صاحبه بالثمن على الموهوب فيأخذه بالثمن .

وقال ابن نافع : ينقض البيع ويرد إلى صاحبه بعد أن يدفع الثمن إلى المبتاع ويرجع به على الموهوب فيأخذه منه وهذا إذا لم يؤدّ فيه عوضاً ، وأما إن ودّى فيه عوضاً فهو كالبيع ولا يخالف ابن القاسم فى البيع أنه يمضى وإنما يخالفه فى الهبة على ما فى « المدونة » .

قال ابن القاسم : وأما إن ابتاعه ثم باعه فلربه أخذ الثمن الذى بيع به بعد أن يدفع إلى مشتره من بلد الحرب ما ودّى فيه .

قال فى غير « المدونة » : ويقاصه به فى ذلك فيرجع عليه بفضل إن بقى .

وقول ابن القاسم هاهنا خلاف ما تقدم له فى « كتاب ابن سحنون » الذى قال فيه : إذا باعه من وقع فى سهمه وتداولته الأملاك أن لربه أن يأخذه بما كان وقع به فى المقاسم ، فإذا كان له أن يأخذه فى البيع ففى الهبة أخرى ، وقول ابن نافع يجرى على ما فى « كتاب ابن سحنون » ، والله أعلم .

ولابن نافع فى « كتاب ابن سحنون » فى الموهوب له يعتق العبد وقد أثاب عليه : أن لربه أن يعطيه ما أثاب وينقض العتق .

وقاله أشهب : في المشتري من المغنم يعتق : أن لربه نقض العتق . فصار على هذا يختلف قول ابن القاسم في البيع والهبة ، واختلف قول ابن نافع في البيع خاصة ولم يختلف قول أشهب أن ينقض البيع والعتق في الشراء والهبة .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإن اشتريت حرّاً مسلماً من أيدي العدو بأمره أو بغير أمره فلترجع عليه بما اشتريته به على ما أحبّ أو كره لأنه فداه .

قال في « العتبية » : يؤخذ بذلك وإن كان أضعاف قيمته شاء أو أبى .

قال في « كتاب محمد » : وإن لم يكن له شيء اتبع به في ذمته ولو كان معه مال وعليه دين ، فالذي فداه أو اشتراه من العدو أحق به من غرمائه إلى مبلغ ما ودّى فيه لأن ذلك فداء له ولماله كما لو فديت ماله من اللصوص أو فديت دابته من متلقطها أو متاعاً له اكرتت عليه فليس لربه أخذه ولا لغرمائه [ق / ٤٣ / ٢ ب] . حتى يأخذ هذا ما ودّى فيه .

قال ابن المواز ، وقال عبد الملك مثله : إن مشترى من العدو أحق بماله من الغرماء .

قال ابن المواز : وهذا في ماله الذي أحرزه العدو مع رقبته لأنه فدا ذلك كله .

قال عبد الملك في « كتاب ابن سحنون » : إنما كان الذي فداه أحق بماله من الدين لأنه يفديه وهو كاره بأضعاف قيمته ويدخل ذلك في ذمته بغير طوعه فلهذا صار أولى من دينه الذي دخل فيه بطوعه ، فهذه أصح من علة محمد .

وقد قال عبد الملك في موضع آخر من « كتاب محمد » في أم الولد أن مشترىها من العدو أولى بما في يد سيدها من الغرماء .

قال محمد : قول عبد الملك [ق / ٨٤ / ٢ أ] صواب جيد فهذا من قوله يرد ما قال في المسألة الأولى : أنه إنما كان المشتري أولى بما في يده ، لأنه كان افتداء الجميع ، وفي مسألة أم الولد لم يعتد بها في يد سيدها ، فدل أن ليس علة عبد الملك : أنه افتدى الجميع ، وإنما علته لأنه افتدى بغير أمره ويدخل ذلك في ذمته بغير طوعه ، فهذا أقوى من الدين ، وهو أبين .

قال ابن المواز : ولو وهبه العدو وهذا الحر المسلم لم يرجع عليه بشيء إلا أن

يكافئ عليه فإنه يرجع بما كافئ فيه وإن كثر شاء المفا أو أبى كان فيه بأمره أو بغير أمره .

قال : وأما إن اشتراه من المغنم بسهمه أو بثمن أخرجه فلا شيء له عليه ولم يختلف فى هذا مالك وأصحابه إلا شيء بلغنى عن أشهب .

وقد قال عبد الملك : والحر الذمى كالمسلم فى هذا لا يتبع بما وقع به فى المقاسم ويتبعه مفديه من العدو ويكون أحق بالفداء من غرمائه وسواء صار بأيدي العدو بأسر أو غصب .

قال ابن القاسم : ومن فدا أسيراً من بلد الحرب وقدم به فقال الأسير : ما فدانى بشيء ، أو قال : بشيء يسير ، وقال الآخر : بكثير ، فالأسير يصدق فى الوجهين كان يشبه ما قال الأسير أم لا .

يريد : من يمينه إلا أن يأتى الآخر بينة .

ابن القاسم : وإن كان هو أخرجه من بلد الحرب قال : ولو ادعى كل واحد أنه فدى صاحبه لم يصدقا ولا يتبع كل واحد منهما صاحبه بشيء ويحلفان .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا نودى على الحر فى المغنم للبيع وهو ساكت متعمد بلا عذر ولم ينكر فليرجع عليه مشترى إن تفرق الجيش بالثمن إذا لم يجد على من يرجع .

قال أبو محمد : أعرفه حجة فيمن سكت وأوجب سكوته إتلاف شيء فإنه يضمه ، وأما الحر الصغير أو الكبير القليل الفطنة الكثير الغفلة أو أعجمى أو من يظن أنه قد أرق ذلك فلا يتبع هؤلاء بشيء ، ولو كانت جارية فوطئت لم يكن عليها شيء إذا عذرت بما ذكرنا من الجهالة والتأويل .

وروى عن ابن القاسم فى « العتبية » مثله .

وقال سحنون : هى مصيبة نزلت بالمشتري كان ممن يجهل أو لا يجهل فلا شيء له عندى .

وقد سمعت من يقول : إن كانا ممن يجهلا ، فليرجع عليهما وكذلك الحر يمكن نفسه ممن يبيعه أنه يتبع بثمنه لأنه عارف .

وقال غيره : لا يتبع وإن كان عالمًا .

ابن المواز : ولو قالت الجارية التي بيعت من المغنم لسيدها : إني حرة ، فقبضها فوطئها ، فبئس ما صنع ولا شيء عليه إلا أن يكون علم أنها حرة فوطئها . وقد كره مالك لكل من اشترى جارية من العدو أن يطأها حتى يشتري أمرها .

ومن « المدونة » : روى ابن وهب عن عطاء وغيره في الحرة أو الذمية يبتاعها الرجل من العدو فلا يطؤها ولا يسترقها وليفديها نفسها بالثمن الذي أخذها به .

فصل

قال ابن حبيب : ومن فدى من أحد الزوجين صاحبه - يريد : أو ابتاعه - فلا رجوع له عليه إلا أن يكون فداه بأمره أو يفديه وهو غير عارف به فليتبعه بذلك في عدمه وملائه . قاله ابن القاسم وقاله مطرف وابن الماجشون عن مالك .

وسئل : فداء القريب لقريبه كان ممن يعتق عليه أو لا يعتق عليه .

سئل : الزوجين إذا فداه وهو يعرفه أنه لا يرجع عليه ، وأما إن فداه وهو لا يعرفه فإن كان ممن يعتق عليه لم يرجع عليه ، وإن كان ممن لا يعتق عليه رجع عليه . وأما إن فداه بأمره فإنه يرجع عليه كان ممن يعتق عليه أو لا يعتق عليه فصار ذلك على ثلاثة أوجه :

إن فداه وهو يعرفه فإنه لا يرجع عليه كائنًا من كان .

وإن فداه بأمره فإنه يرجع عليه كائنًا من كان .

وإن فداه وهو لا يعرفه فلا يرجع على من يعتق عليه ويرجع على من سواه من

القربة [ق / ٤٤ / ٢ ب] الذين لا يعتقون عليه وعلى الزوجين .

قال سحنون : ومن فدى أحدًا من ذوى رحمه ، أو اشتراه فكل من لا يرجع

عليه بشواب في الهبة . فلا يرجع عليه في هذا إذا كان عالمًا وكذلك أحد الزوجين يفدى صاحبه إذا لا ثواب بينهما في الهبات ، وإن كان لا يعلم رجع عليه في ذلك كله .

وكذلك في الأبوين والولد لأنه لم يملكه بالفداء ، ولو كان ملكًا لكان إذا فدى

زوجته حرمت عليه .

ابن حبيب : ولو قالت الأسيرة لزوجها : افدينى ولك مهرى أو لك كذا ، فليس له إلا ما ودّى كالأجنبى .

قال ابن القاسم : إن وقتت له الفداء فلا مهر موضوع لأنه أمر بين لا حظر فيه .

وجعله فى « العتبية » كالدين يكون لك على رجل تبيعه منه فما جاز فى بيع الدين جاز فى المهر وما لم يجز فيه لم يجز فى المهر لأنه دين ثابت .

وروى ابن نافع عن مالك فى « كتاب ابن سحنون » : إذا قالت لزوجها : افدينى وأضع عنك مهرى وهو خمسون ديناراً ، ففداها بعبد قيمته خمسون ديناراً فلا شيء له من مهرها إلا أن يفديها وهو لا يعلم أنها امرأته .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ويجب على المسلمين فداء أسارهم بما قدروا كما عليهم أن يقاتلوا حتى يستنقذوهم .

قال : وإن لم يقدروا على فداهم إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم .

ابن حبيب : وقاله الأوزاعى ، وقد سمعت أهل العلم يقولون : يجب ذلك على الإمام وعلى العامة فأما على الخاصة فمستحسن ، وأمر عمر بن عبد العزيز أن يُفدى من هرب إليهم طوعاً من حر أو عبد .

وقال أشهب فى « العتبية » : فإن طلبوا الخيل والسلاح فلا بأس أن يُفدى به وأما الخمر فلا ، ولا يدخل فى نافلة معصية .

وقال سحنون فى « كتاب ابنه » : يُفدى بالخيل والسلاح ، والمؤمن أعظم حرمة ، وإن طلبوا الخمر والخنزير والميتة أمر الإمام أهل الذمة أن يدفعوا ذلك إليهم وحاسبوهم بقيمته فى الجزية فإن أبوا من ذلك لم يجبروا .

وقال ابن القاسم فى « كتاب محمد » وغيره : لا يُفدى بالخيل والخمر والخمر أخف .

ومن « كتاب ابن سحنون » : ومن فدى مسلماً بخمر أو خنزير أو ميتة أو اشتراه

بذلك أو وهب له فكافأ عليه بذلك فلا رجوع عليه بشيء من ذلك إلا أن يكون المعفى ذمياً فليرجع عليه بقيمة الخمر والخنزير وإن كان الميتة مما يملكون أخذ منه قيمتها.

قلت : فلم أرجعته بما كافأ فيه والمكافآت تطوع ؟

قال : لأنه رأى أنهم أرادوا الثواب .

قال سحنون : ومن فدى خمسين أسيراً ببلد الحرب بألف دينار ومنهم ذو القدرة وغيره ، والمملوء والمُعْدَم ، فإن كان العدو قد عرفوا ذا القدرة منهم وشحوا عليهم فليقسموا عليهم الفداء على تفاوت أقدارهم ، وإن كان العدو جهلوا ذلك فذلك عليهم بالتسوية ، وكذلك إن كان فيهم عبيدهم سواء والسيد مخير بين أن يسلمهم أو يفديهم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن اشترى أم ولد [ق / ٨٥ / ١٢] لمسلم من حرب ببلد الحرب فعلى سيدها أن يعطيه جميع ما ودّى شاء أو أبى ، وإن جاوز قيمتها ولا خيار له بخلاف العبيد والعروض ، فإن كان عديماً اتبع ذلك وأخذها ، وكذلك قال مالك في أم الولد تقع في المقاسم ، قيل له : فيأخذها سيدها بالقيمة أم الثمن الذي اشتراها به ؟

قال : بل بالثمن ، وإن كان أكثر من قيمتها ويجبر على أخذها بذلك ، فإن لم يكن عنده ثمن أخذها واتبع به ديناً ولا تقر في يد مشتريها يطأها أو ينظر إلى ما لا يحل له منها .

وقال مالك في « الموطأ » ^(١) : إذا وقعت في المقاسم فليقلها الإمام لسيدها ، فإن لم يفعل فعلى سيدها أن يفديها .

ومن « المدونة » : قال ابن وهب : وقال ابن شهاب : في رجل عرف أم ولده في دار الحرب وقد خمست وأعطى أهل النفل نفلهم والقوم الذي لهم فليأخذها ربها بقيمة عدل من أجل ما فيها من الرق ، ولو كانت عتقت لم تؤخذ فيها فدية .

(١) الموطأ (٢ / ٤٥٢) .

ابن المواز : وقال أشهب : والصغيرة .

وعبد الملك : على سيدها الأقل من قيمتها أو الثمن الذى اشتراها به من العدو أو من المغنم .

ابن المواز : وقول مالك أحبّ إلىّ أن عليه الثمن ما بلغ . وقاله ابن القاسم وابن وهب وأصيب .

ولم يختلفوا فى العبد أنه يؤخذ فيه الثمن .

قال أشهب : وإن كان مائة ألف .

وذكر ابن سحنون : فى أم الولد [ق / ٤٥ / ٢ ب] نحو ما ذكر محمد .

قال : وقال سحنون بقول مالك ، وذكر أن سفيان يقول : إن لربها أخذها بلا ثمن وإن كانت قد قسمت ، وليس هذا قولنا .

قال سحنون : وإذا عرف قبل القسم أنها أم ولد فلا تدخل فى المقاسم .

قال سحنون : ولو صارت فى سهم رجل بمائتى دينار ثم سُبِّتت ثانية فغنمت فصارت فى سهم آخر بمائة ثم سُبِّتت ثالثة فغنمت فصارت فى سهم آخر بخمسين فسيدها أولى بها فيأخذها بالأكثر وهى المائتان فيأخذ منها من هى فى يديه خمسين والذى قبله مائة وما بقى فلأول ، ولو كانت فى سهم الأول بخمسين والثانى بمائة والثالث بمائتين أخذها ربها من الثالث بمائتين وسقط الأولان ، وكذلك لو كانت أمة ، وإلى هذا مرجع سحنون فى الأمة بعد أن قال غيره .

وقد تقدم لابن المواز فى العبد يسبى مراراً أنه لا يأخذه سيده إلا أن يدفع جميع الأثمان .

قال سحنون : وإذا أعتق أم الولد من صارت فى سهمه وهو يعلم أنها أم ولد فكأنه وضع المال عن سيدها ولسيدها أخذها بلا ثمن ويبطل العتق ولو لم يعلم فعلى سيدها غرم ما فداها به ، ويبطل العتق . وقد تقدم لابن شهاب أنها إذا عتقت لم يؤخذ فيها فدية .

واختلف فى تأويل قوله هذا ، فقليل : إن العتق ماض ولا شيء لربها .

وقال بعض المتأخرين : معناه أنها عتقت قبل الأسر فصارت كحرة سُبِّت فلا تتبع بشيء ، والذي عندى إنما أعتقها من وقعت في سهمه فكان لربها أن ينقض عتقه ويأخذها بغير شيء إذ لا رق لعتقها فيها ولأن الولاء قد كان انعقد لربها مع أن سفيان يقول لربها : أخذها بغير شيء وإن لم يعتق ، فكيف بهذه ، والله أعلم .

وقول سحنون أحسن ، الذي فرق بين عتقه إياها عالمًا أو غير عالم ، وهو معنى قول ابن شهاب إن شاء الله . وقول ابن شهاب في الذي عرف أم ولده وقد خمست : « أنه يأخذها بقيمة عدل » معناه : إن أخذها الذي هي بيده في نفيه لو قسم الرقيق فوُقت في الأربعة الأخماس التي للجيش فأخذها هذا في سهمه .
فمالك قال : يأخذها بالقيمة ، وهذا لا يخالفه ابن القاسم فيه .

قال سحنون : ولو أولدها المبتاع لأخذها سيدها بالثمن ورجع عليه بقيمة ولد أم ولده .

قال : ولو مات سيدها قبل أن يعلم بها فهي حرة ولا يرجع على أم الولد بشيء ولا في تركة سيدها .

قيل : فلم قلت في الجناية : إذا مات السيد ولم يفدها أنها تتبع ؟

قال : لأن هذا فعلها وليس لها في الأول فعل .

قال : ولو ماتت بيد من صارت بيده لم يتبع سيدها بشيء ، وكذلك في الجناية تموت قبل أن يفديها سيدها .

قال : ولو غلب أهل الحرب على أم ولد رجل ثم أسلموا عليها فيأخذها ربها ويؤدى إليهم قيمتها .

في « المدونة » : ومن « كتاب المدبر » : قال ابن القاسم : وإذا ارتد المدبر ولحق بدار الحرب ثم ظفرنا بهم استتيب فإن تاب وإلا قتل ، فإن تاب لم يقسم ورد إلى سيده إن عرف بعينه .

سحنون : فإن لم يعرف سيده بعينه لم يدخل في المقاسم إلا خدمته .

قال أبو محمد : يريد سحنون : إنه يؤجر بمقدار قيمة رقبته فتجعل تلك القيمة

فى المقاسم أو يتصدق بذلك إن تفرق الجيش ، فإذا استوفى المتأجر خدمته وكان فى باقى خواجه موقوفًا كاللقة .

قال ابن القاسم فى « المدونة » : فإن جهلوا أنه مدبر حتى اقتسموا ثم جاء سيده فله أن يفديه بالثمن ويرجع مدبرًا ثم لا يرجع عليه بشيء من ذلك هو ولا ورثته إن عتق فى ثلثه ، وإن أبى أن يفديه خدم من صار إليه فى الثمن الذى حسباه به [عليه]^(١) ، فإن وفى وسيده الأول حتى رجع إليه فى الثمن الذى حسب به عليه مدبرًا ، وإن هلك السيد وقد تركه بيد من صار فى سهمه خدمه فى ثمنه فمات السيد قبل وفاء ذلك خرج من ثلثه حرًا وأتبع بباقى الثمن وإن لم يسعه الثلث عتق منه ما وسع الثلث وأتبع ما عتق منه بما بقى عليه من بقية الثمن كالجناية فى هذا ، ولا بد أن يضم قيمة المدبر عبدًا إلى مال سيده ليعلم ما يحمل الثلث منه ، وإن لم يترك السيد شيئًا غيره عتق ثلث المدبر ورق ما بقى لمشتريه لأن سيده أسلمه ولا قول لورثته [ق / ٤٦ / ٢ ب] فيه ، وأما فى الجناية فإن الورثة يخبرون فيما رق منه يفدونه بما يقع عليه من بقية الجناية أو يسلمونه رقا للمجنى عليه .

والفرق بينهما : أن مشترى من الغنائم إنما اشترى رقبة فلما أسلمه سيده فقد أسلم له ما اشترى مما يرى منه بعد موته ، وفى الجناية إنما أسلم المجنى عليه خدمته فإذا مات ولم يحمله الثلث عتق منه محمله وصار كمتعق بعضه جنى فتخير الورثة مما رق منه كما ذكرنا .

ويحتمل أن يكون هذا منه اختلاف قول ، لأنه جعله فى جميع أمره كالجانى ، لأن لحوقه بدار الحرب من فعله وسكوته حتى بيع فى المقاسم ولم يعلمهم أنه مدبر فكان أيضًا كالجناية ، فيجب أن يجرى مجرى الجانى فى جميع أحكامه ، والله أعلم .

وقال غير ابن القاسم فى « المدونة » : إن حمله الثلث عتق ولم يتبع بشيء ، وإن لم يحمل إلا بعضه لم تتبع حصة البعض العتيق بشيء وكان ما بقى رقيقًا لمن اشتراه ، بخلاف الجناية التى هى فعله هذا إذا عتق أتبع بما يقع عليه من الجناية لأن ذلك فعله .

(١) فى أ : إليه .

قال ابن المواز : وفرّق ابن الماجشون بين المدبر يقع في المقاسم وبين الذي يشتري من بلد الحرب ، فقال : أما الذي يشتري من الغنيمة فيسلم سيده خدمته ثم يموت السيد قبل أن يستوفي المشتري ما اشتراه به ، وحمله [ق / ٨٦ / ١٢] الثالث فإنه يعتق ولم يتبع بشيء ، وإن حمل بعضه لم تتبع حصة البعض بشيء كالحر يشتري من الغنيمة فإنه لا يتبع بشيء ، وأما المشتري من بلد الحرب فإنه يتبعه مشتريه بما بقى له بعد أن يحاسب بما استخدمه به وما استغل منه لأن الحر في هذا يتبع .

قال محمد : صواب ؛ فلأنه لا يأخذ أكثر مما أعطى فتدخله الربا .

وذكر عند ابن سحنون : أنه لا يحاسب بشيء مما استخدمه ويتبعه بجميع الثمن ، ولم يأخذ به سحنون ، وقال : وإذا أسلم بعض أهل الحرب على مدبر فإنه يكون له جميع خدمته ولا يقاصوا فيه بشيء فإذا مات سيده عتق في ثلثه ولم يتبع بشيء كحر أسلموا عليه ولو حمل الثلث بعضه رق باقيه لمن أسلم عليه ولم يتبع ما عتق منه بشيء ولو كان على السيد دين محيط بجميع ماله رق المدبر لمن أسلم .

وقال في مدبرة اشترت من العدو أو من المقاسم أو أسلم عليها حربى ثم وطئها من صارت له فحملت فإنها تكون له أم ولد ولا ترد إلى سيدها ولو دبرها الذي اشتراها من العدو ولم يعلم سيدها فإن دفع سيدها إليه ما فداها به بطل تدبير الثاني وعادت إلى ربها على حالها وإن أسلمها بقيت [بيد] ^(١) مشتريها تخدمه ولا يبطل تدبيره ، فإن مات الأول وحملها ثلثه عتقت وأتبعها هذا بجميع ما فداها به ثم إن مات هذا وثلثه يحملها لم يسقط ذلك ما فداها به وهو كحكم قد تم قبض ما فداها به أو لم يقبض ، ولو كان على الأول إذا مات دين يرقها بقيت للثاني وعتقت في ثلثه إن مات .

قال ابن سحنون : ويتبعها ورثته بما فداها به وإن لم يحمل ثلثه إلا بعضها أتبعوا ذلك البعض بحصة ورق ما بقى لهم وإن حمل ثلث الأول نصفها عتق نصفها وأتبع مفديها ذلك النصف بنصف الفداء وبقي نصفها بيده بال التدبير ، فإن مات عتق في ثلثه وأتبع ببقية الفداء . وهذا الذي ذكره ابن سحنون في الإتياع بجميع الفداء هو

على ما رواه عن عبد الملك ، وأما على ما روى عنه ابن المواز فإنه يحاسبه بالخدمة ويتبع بما بقى .

قال سحنون : وأما الذى صارت له فى السهمان ثم دبرها فتديره باطل فداها ربها أو أسلمها ؛ لأنه إنما أسلم إليه خدمتها تحسب عليه فى ثمنها ، فإذا تم رجعت إلى ربها .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : ولو أعتق المدبر مشتريه من المغنم لنفذ عتقه ولا يرد ، وأما أم الولد والمعتق إلى أجل فلينقض عتق مبتاعهما ويأخذهما السيد وعليه قيمتهما فإن لم يكن عنده شيء أتبع بذلك ديناً .

قال أصبغ : أما المعتق إلى أجل فليس لسيدته نقض عتقه .

وقال ابن سحنون عن أبيه : إن أعتقه ولم يعلم لم يجز عتقه ويخير سيده فى فدائه أو إسلامه ، وإن أعتقه وهو عالم أنه معتق إلى أجل فإن كان ما أخذه به أكثر من [قيمة] ^(١) خدمته مضى عتقه ، وإن كان أقل لم يجز عتقه وخير سيده فى أن يفديه ويبقى بحاله إلى أجله أو يسلمه فيتم عتقه [ق / ٤٧ / ٢ ب] .

فصل

فى المعتق إلى أجل

قال سحنون : والمعتق إلى أجل إذا سبى ثم غنمناه كالمدبر إذا عرف ربه ثم وقف له وإلا بيعت خدمته فى المقاسم ثم إن شاء سيده خير فى فداء خدمته أو إسلامها لمشتريها كالمدبر ولو جهل أنه معتق إلى أجل فبيع فى المقاسم فإن فداه سيده بالثمن عاد إلى حاله ، وإن أسلمه استخدمه هذا فى الثمن فإن استوفى قبل الأجل عاد إلى سيده ، وإن تم الأجل ولم يوف عتق ولم يتبع بشيء ، ولو فداه رجل من العدو بمال فإن شاء سيده فداه بذلك ولا يحاسبه بعد العتق وإن أسلمه صارت جميع خدمته للذى فداه بذلك إلى الأجل ، فإذا عتق أتبع بجميع ما فداه به .

وقال ابن المواز : يحاسبه بالخدمة فإن بقى له بعد عتقه ببلوغ الأجل شيء أتبعه به فى شرائه من العدو ولم يتبعه فى شرائه من الفىء وإن استوفى من خدمته كلما

(١) سقط من أ .

ودى قبل تمام الأجل رجع إلى سيده يخدمه إلى الأجل .

قال سحنون : ولو أسلم عليه حربى كان له خدمته إلى الأجل دون سيده ، فإن أعق بتمام الأجل لم يتبع بشيء ولو كانت معتقة إلى أجل فأسلم عليها حربى فأولدها كان عليه قيمة ولدها على أنهم يعتقون إلى الأجل مع أمهم .

قلت : ولم وهو قد ملك منها ما كان يملك السيد ؟

قال : لأنه لم يملكها ملكاً تاماً ، ولو قتلت كانت قيمتها للذى أسلم عليها ولو ولدت من غيره كان ولدها معها فى الخدمة إلى الأجل ثم يعتقون أجمعون ، ولو فداها رجل من بلد الحرب ثم أولدها فإن فك سيدها إلى الواطئ ما فداها به قاصه بقيمة الولد على أنه ولد أم ولد .

هكذا فى « النوادر » على أنه ولد أم ولد . والصواب : على أنه ولد معتقة إلى أجل .

قال : وإن أسلمها فعلى الواطئ قيمة ولده وكذلك لو أخذها فى المقاسم ثم أولدها فإن فداها السيد قاصه بقيمة الولد ، وإن أسلمها أخذ منه قيمة الولد .

فصل

في المكاتب

ومن « كتاب المكاتب » وإن سبى العدو مكاتباً لمسلم أو لدمى أو أبق هذا المكاتب إليهم ثم غنمناه رد إلى ربه غاب أو حضر وإن لم يعرف ربه بعينه وعلم أنه مكاتب أقر على كتابته وبيعت كتابته فى المقاسم ويؤدى إلى من صار إليه فإن عجز رق وإن ودى عتق وولائه للمسلمين .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : ولا يجوز فى أنه مكاتب أو مدبر شهادة السماع وإنما ينفعه أن تشهد بيته أن فلاناً وفلاناً أشهدهما أن مولاه كاتبه أو دبره ولم يسألها عن اسمه أو قالاً ذكر لنا اسمه ففسيه .

قال سحنون : وإن جاء سيده بعد أن بيعت كتابته ففداها عاد إليه مكاتباً وإن أسلمها وعجز رق لمبتاعها .

قال بعض فقهاءنا : فإن أبى سيده وقد قبض المبتاع بعض الكتابة وأحب افتكاكه فإن كان قبض نصف الكتابة - يريد : بالقيمة لا بالعدد - حسبها عليه بنصف الثمن

ودفع إليه نصفه ، وإن قبض الثلث حسبه عليه بثلاث الثمن ودفع إليه ثلثه هكذا الذى قبض جزءاً حط عنه ذلك الجزء من الثمن ودفع إليه ما بقى .

وعاب هذا بعض أصحابنا وقال : بل إذا شاء سيده افتكاكه دفع إليه ما ودى وأخذ منه جميع ما قبض من الكتابة لأن الذى يملك سيده منه هذه الكتابة وهى كمال مسلم بيع فى المقاسم فلسيده أن يدفع الثمن ويأخذه كما قال النبى ﷺ فسواء قبض الكتابة أو جلها أو لم يقبض منها شيئاً .

قال ابن القاسم فى « العتبية » و « كتاب ابن سحنون » : وإذا بيع المكاتب فى المقاسم - يريد : ولم يعلموا أنه مكاتباً - قال ابن القاسم : يقال للمكاتب : ودى ما اشتراك هذا به وتعود مكاتباً إلى سيدك [ق / ٨٧ / ١٢] فإن فعل فذلك له وإن لم يقدر عجز وخير سيده بين أن يسلمه عبداً وبين أن يفديه عبد كالجناية وإلى هذا رجح سحنون بعد أن قال : يبدى سيده ، فإن فداه بقى له مكاتباً وإن أسلمه قيل للمكاتب : إما وديت ما صرت به لهذا أو تمضى على كتابتك ، فإن لم يقدر فهو كمكاتب عليه دين فليس به فإنه يعجز .

وقال ابن المواز عن عبد الملك : أما إن اشترى المكاتب من العدو ولم يعده سيده فإنه يقال له : ودى لمشتريك الثمن الذى اشتراك به وتبقى على كتابتك تؤديها لسيدك وتخرج حرّاً ، فإن لم تقبل دفعت الساعة لمشتريك وأما إن اشترى من الغنيمة فأسلمه سيده فلا يلزم [ق / ٤٨ / ٢ ب] المكاتب غير كتابته فقط يؤديها على نجومها ويخرج حرّاً ولا يتبع بشيء فإن عجز رق لمشتريه ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعة .

قال سحنون : وإذا أسلم حربى على مكاتب بيده لمسلم فإنه تكون له كاتبة فإن عجز رق له وإن ودى فولأؤه لعاقدها ، ولو كان مع المكاتب عبد آخر بين السيد فى عقد واحد فإنه يقال للذى أسلم على الواحد وللسيد : إما أن يتبع أحدهما من الآخر كتابته الذى بيده ليصير المكاتبان فى ملك واحد وإلا فبيع كتابتهما جميعاً ، واقتسما الثمن بقدر قيمة المكاتبين وقوتهما على الأداء فإن ودياً فالولاء للأول وإن عجزاً رقا لمبتاع كتابتهما ، ولو أن مكاتباً فداه رجل من العدو أو ابتاعه منهم فهو كما ذكرنا إذا وقع فى سهم رجل على قول ابن القاسم واختلاف قول سحنون كما تقدم .

فصل في المخدم

وقال سحنون : في الموصى بخدمته لرجل سنين ثم هو لفلان ، فأخذه العدو في الخدمة فابتاعه رجل فإنه يقال للمخدم : افده بالثمن فإذا تمت خدمتك قيل لصاحب الرقبة : ادفع إليه ما فداه وإلا فأسلمه إليه رقاً .

في الحرية أو الذمية أو الأمة تسبى فتلد ثم تغنم وولدها ، وفي الحربى يسلم ثم يغنم ماله وولده

قال ابن القاسم : وإذا سبى العدو حرة مسلمة أو ذمية فولدت عندهم أولاداً ثم غنمهم المسلمون فولدها الصغار بمنزلتها لا يكونوا فيئاً ، وأما الكبار إذا بلغوا وقتلوههم فهم فيء .

وحكى عن أبي محمد أنه قاله : وإذا بلغ ولدها ولم يقاتل لم يكن فيئاً حتى يقاتل بعد البلوغ .

وقال ابن شبلون : إذا بلغوا فهم فيء قاتلوا أم لم يقاتلوا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو كانت المسيية أمه كان كبير ولدها وصغيرهم لسيدها معها .

واختلف قوله في ولد الحرية المسلمة ، فقال : ولدها فيء ، وقال : هم أحرار .

وقال سحنون بقول ابن القاسم في ذلك كله .

قال ابن حبيب : وكقول ابن القاسم روى مطرف عن مالك ، إلا في ولد الحرية الكبار فقال : هم تبع لهما ويجبرون على الإسلام ، فإن أبوا قوتلوا كالمرتد ، وقاله ابن وهب وبه أقول لقول النبي ﷺ : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » ^(١) ألا ترى المسلمة يغتصبها نصراني في بلد الإسلام فتلد منه فلا يكون الولد إلا مسلماً ولو كان الذي فداه اغتصبها عبداً لكان الولد حراً .

قال : وقال ابن الماجشون وأشهب : أولاد المسلمة والذمية والأمة صغارهم وكبارهم فيء .

وتحصيل هذا الاختلاف : أن في ولد الحرة المسلمة ثلاثة أقوال : قول أنهم أحرار بمنزلتها ، وقول : أنهم فيء . وقول : إن الصغار بمنزلتها والكبار فيء . وفي ولد الأمة أيضاً ثلاثة أقوال :

قول : أنهم عبيد لسيدها بمنزلتها ، وقول : إنهم فيء ، وقول : إن كانوا من زوج فهم لسيدها ، وإن كانوا ممن ملكها بالشراء أو غيره فهم فيء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أسلم حربى ببلده ثم قدم إلينا وترك أهله وماله ثم غنمنا ذلك فماله لأهله وولده فيء .

وقال غيره في « كتاب النكاح » : وولده الصغير تبع له وماله له إلا أن يقسم فيستحقه بالثمن والمرأة فيء .

قال ابن القاسم في « كتاب سحنون » : قال مالك : وكذلك لو أسلم الكافر وأقام ببلده فدخلنا عليهم فإن ماله وأهله وولده فيء .

وقال أشهب وسحنون : إن ولده أحرار تبع له وماله له وامراته فيء وكذلك لو هاجر وحده وترك ذلك كله بأرضه ، أو رجل مسلم دخل أرضهم فتزوج وكسب مالا وولد له ولد فذلك كله سواء وامراته فيء .

قال ابن المواز : وإذا قدم إلينا حربى بأمان فأسلم ثم غزا معنا ببلاده فغنم ماله وولده وأهله ، فأما ماله ورقيقه ودأوبه وحريمه فهو له ، وأما امرأته وولده الكبير ففىء له ولأهل الجيش ، وينفسخ النكاح لشركته فى ملك زوجته ، وأما أولاده الصغار فأحرار مسلمون بإسلامه .

ومن « المدونة » : قال ربيعة : ومن اشترى عبداً من الفىء فدل سيده على مال له أو لغيره بأرض العدو والعبد كافر أو أسلم أو قد عتق فإن دله فى جيش آخر فالmaal لهذا الجيش دون الذين فعلوا ولا يكون للسيد ولا للعبد ، وإن دله قبل أن يقفل الجيش الذين كانوا سبوه فهو لذلك الجيش الذين كان فيهم .

فيمن أسلم على شيء في يديه للمسلمين أو نزل به معاهد والذمي ينقض العقد أو يحارب

وقال مالك [ق / ٤٩ / ٢ ب] - رحمة الله عليه : ومن أسلم على شيء في يديه للمسلمين فهو له .

وقال الشافعي : هو على ملك المسلم ويأخذه بغير ثمن .

ودليلنا : ما روى ابن وهب : أن النبي ﷺ قال : « من أسلم على شيء في يديه فهو له » ^(١) وقوله ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » ^(٢) ولأن الكافر شبهة ملك على ما حازه يدل عليه قوله تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ ﴾ ^(٣) فسماهم فقراء بعد هجرتهم وتركهم أموالهم وديارهم ، ولأنه لا خلاف أنهم لو استهلكوا في حال شركهم ثم أسلموا لم يضمّنوه ، ولو أتلّفه مسلم على صاحبه لضمّنه فدل على ثبوت شبهة الملك للمشرك .

قال مالك : وبلغني أن ابن عباس قال : « ما خفر قوم العهد إلا سلط الله عليهم العدو » ^(٤) .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا نزل بنا حربى بأمان ومعه عبيد مسلمون قد أسرهم فلا يأخذون منه ثم لو أسلم عندنا كانوا له دون سيدهم ، لأنه كان ممتنعاً حتى أسلم فهو بمنزلة من أسلم من أهل الحرب على أموال في أيديهم للمسلمين قد أحرزوها عبيداً أو غير عبيد فليس لأهل الإسلام أن يأخذوا من أيديهم شيئاً من ذلك لا بالثمن ولا بالقيمة إن كانوا [ق / ٨٨ / ٢ أ] قد تباعوا ذلك بينهم ، وكذلك من أسلم من أهل بلد على ما في أيديهم وبأيديهم أحرار ذمتنا فهم رقيق لهم كعبيدنا وهم أحق بجميع الأمتعة من أربابها .

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

(٣) سورة الحشر (٨) .

(٤) أخرجه ابن أبي الدنيا في « العقوبات » (١١) من حديث ابن عمر مرفوعاً . قلت : فيه نافع بن عبد الله ، قال الذهبي : لا يعرف ، وخبره باطل ، وقال الحافظ ابن حجر : مجهول . وفيه فروة بن قيس المكي ، قال الحافظ ابن حجر : مجهول .

قال ابن القاسم : وإذا نزل الحربى بأمان ومعه عبيد لأهل الإسلام فباعهم من مسلم أو ذمى لم يكن لربهم أخذهم بالثمن إذا لم يكن يقدر على أخذهم من بائعهم فى عهده بخلاف بيع الحربى إياهم فى بلده لأن الحربى لو وهبهم فى بلد الحرب لمسلم ثم قدم بهم لأخذهم ربهم بغير ثمن ، وليس ذلك له لو وهبهم له معاهد .

ابن المواز : قال ابن القاسم : إذا نزل الحربيون بأمان للتجارة فأسلم رقيقهم أو قدموا بهم مسلمين فلا يمنعوا من الرجوع بهم إذا ودّوا ما أخذوا عليه ، ولو كنّ إماء لم يمنعوا من وطئهنّ ولقد أنكر هذا القول رجل من أهل المدينة يقال له : داود ، فبلغ ذلك مالكا فقال : ألم يعلم أن رسول الله ﷺ صالح أهل مكة على أن يرد عليهم من جاء منهم فهرب أبو جندل ابن سهيل وهو مسلم حتى أتى رسول الله ﷺ فطلبه أبوه من مكة فردّه رسول الله ﷺ وقال : « إنا لا نخفر بالعهد » ^(١) قال مالك : فكذلك حجة الحربى ، أو يقول : عهدى لا ينقض .

وقال عبد الملك : بل يعطوا فى كل مسلم أو فر قيمة ويتزعم منهم .

قال ابن حبيب : أما من أسلم من رقيق المتأمنين فليبيع عليهم كما يفعل بالذمى ثم لا يكون ذلك نقضاً للعهد ، وأما ما بأيديهم من سبايا المسلمين فليؤخذوا منهم ويعطوا قيمتهم ، وإن كرهوا . وهذا أشد من الأول ولا يكون هذا خفراً ، وأما ما بأيديهم من أموال المسلمين أو رقيق على غير الإسلام أو أحرار ذمتنا ممن أخذوه أو أسروه فلا يعرض لهم فى شىء من ذلك بثمن ولا بغير ثمن . وقاله مطرف وابن الماجشون وابن نافع وغيرهم ، ورواه عن مالك .

وانفرد ابن القاسم فقال : لا يعرض لهم فيما أسلم من رقيقهم أو ما بأيديهم من سبايا المسلمين وأسارهم . ولا يعجبني .

قال ابن المواز : إذا قدم إلينا حربى بأمان ومعه متاع لأهل الإسلام وعبيدهم وأحرار مسلمون وأحرار ذميون ومكاتبون ومدبرون فإن لم يسلم لم يعرض له فى شىء مما فى يديه من ذلك كله ، وكان له أن يبيع كل ما سميت لك ويأخذ ثمنه أو يرده إلى بلده بعد أن يغرم ما لزمه من العشر الذى نزل عليه .

قال : وأما إن أسلم هو فلا يكون له في الأحرار حق ويأخذون منه ويخرجون أحراراً ذميين كانوا أو مسلمين وأما كل مال للمسلمين فلا يأخذ منه شيء لأن من أسلم على شيء في يديه فهو أحق به أربابه ما لم يكن حرّاً أو أم ولد ، وترد أم الولد إلى سيدها ويتبعه بقيمتها ، وأما المكاتب فتكون له كتابته فإن عجز بقى رقيقاً لهذا الحربى وإن ادعى كان حرّاً وولأؤه لسيده الذى عقد كتابته ، والمدير يخدمه ويؤاجره ما دام سيده حياً ، فإن مات وحمله ثلثه كان حرّاً فإن رق أو رق منه شيء كان ما رق منه للحربى الذى أسلم عليه .

قال ابن حبيب : وأما إن أسلم المستأمن فمجمع عليه أن يطلق من يده من أحرار المسلمين وأهل الذمة ، وأما أموالهم فهي له إلا أن يتنزه عنها ولا يحكم عليه .

قال ابن المواز : إذا أسلم وبه أحرار ذمتنا فقال ابن القاسم : يكونون [ق / ٥٠ / ٢ ب] رقيقاً له ، وقال أشهب : لا يسترقون وهم أحرار .

وقول أشهب : أحب إلينا .

ومن [« العتبية »] ^(١) : قال سحنون : ولو قدم إلينا معاهد ومعه مدبراً ومكاتب لمسلم فللمعاهد كتابة المكاتب فإن فداها عتق وولأؤه لسيده ، وإن عجز رق للمعاهد ، قال : وله خدمة المدير فإن مات سيده ، والثلث يحمله عتق أو ما حمل منه ورق باقيه للمعاهد .

قال ابن المواز : ولو كان معه عبد مسلم فدا رقه فلا يعرض له فى قول ابن القاسم ، ويبيعه إن شاء أو يرده ، فإن باعه استتيب فإن تاب وإلا قتل .

قال أبو محمد : انظر هل يجوز شراؤه .

ابن المواز : لو اعترف الحربى المستأمن أنه عبد لمسلم أو لذمى أو أنه مرتد .

قال : إذا يحكم عليه وليس كمال الحربى المستأمن .

قال أصبغ : عن أشهب : ولسيد العبد أخذه وكل ما معه ويحكم على المرتد بحكم الإسلام .

وقال عن ابن القاسم : لا يقتل المرتد ، وروى عنه فى الرسول يظهر أنه مرتد أنه يقتل .

وقال أصبغ : الرسول وغيره سواء .

قال عيسى : عن ابن القاسم فى المعاهدين ينزلون بأمان فإذا فرغوا سرقوا عبيداً لنا أو أحراراً ثم قدموا ثانية بأمان ولم نعرفهم وهم معهم قال : يؤخذون منهم ولا يتركون يبيعون الأحرار ويظنون المسلمات .

قيل : أليس قد صاروا حرباً ثم استأنوا قال : بل هم كمدانيتهم المسلمين ثم يهربون ثم ينزلون ثانية أن الديون تؤخذ منهم ثم رجع ابن القاسم فقال : لا يؤخذ منهم حر ولا عبد ولا ما دأبوا عليه المسلمين من قبل .

وقال فى « كتاب ابن سحنون » : إن عادوا بهم فلنأخذهم منهم ولو قدم بهم غيرهم لم يأخذهم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا خرج قوم من أهل الذمة متلصصين فأخافوا السبيل وقتلوا ، حكم فيهم بحكم الإسلام إذا حاربوا ويكون الإمام مخيراً إن شاء قتل وإن شاء قطع رجله ويده من خلاف ولا يجمع عليه مع القتل قطع وإلا ضرب ، ولا يضرب إذا قطع وإذا قتل فلا بد من قتله ، وليس كل المحاربين سواء منهم من يخرج بعصا ونحوه فيؤخذ على تلك الحال بحضرة خروجه ولم يخف السبيل ولم يأخذ مالا فهذا لو أخذ فيه فأسر الحكم لم أر به بأساً ، وذلك الضرب والنفى ويسجن فى الموضع الذى نفى إليه حتى تعرف توبته .

قال ابن القاسم : وإن خرج أهل الذمة نقضاً للعهد ومنعاً للجزية وامتنعوا من أهل الإسلام من غير أن يظلموا ، والإمام عدل فهم فىء ولا يرد إلى ذمتهم إذا نقضوا من غير ظلم ركبوا فيه ، بذلك مضت السنة فيمن نقض العهد والإمام عدل من ذلك أهل الإسكندرية قاتلهم عمرو بن العاص الثانية ، وفلسطين قوتلت ثانية وسييت .

قال : يريد ابن حبيب : فى نهب فلسطين إنهم سبوا بعد أن نقضوا ودخل

سبيهم المدينة سباهم عمرو بن العاص في زمان عمر بن الخطاب .

قال أبو إسحاق : لم يجعل خروجهم للحراة ولا قتل الأنفس نقضاً للعهد الذى بيننا وبينهم وهو يقول : إذا غضبوا مسلمة على نفسها فهو نقض للعهد ، ويقتل فاعل ذلك ، وفى هذا نظر إلا أن يكونوا عوهدوا على هذا المعنى فى حين عوهدوا ، فإذا خرجوا ناقضين للعهد استرقوا لأننا أقررناهم على عهد فمتى نقضوه رجعوا إلى ما كانوا عليه من استباحة القتل والسبى لأننا لم نوجب على أنفسنا ترك قتلهم وسبيهم إلا بشرائط [ق / ٨٩ / ١٢] متى تركوها بقوا على ما كانوا عليه من القتل والسبى ، ونقضهم إنما يكون بأن يرجعوا إلى ما كانوا من الحرب لنا والخروج علينا ، ويصير على هذا ما فعلوه على غير هذه الطريقة من غضبهم لأموالنا وقتلهم لما أقررناهم على أن يكونوا يحكم عليهم بحكم الإسلام لا على أن ذلك نقض للعهد الذى عاهدناهم عليه ، وهذا لعمرى ظاهر إلا إكراههم للحررة ، فإن فى ذلك إشكال .

قال ابن القاسم : وإن كان ذلك من ظلم ركبوا به فأرى أن يردوا إلى ذمتهم ولا يكونون فيئاً .

قال سحنون : وقال أشهب : لا يعود الحر إلى رق أبداً ويردون إلى ذمتهم ولا يكونون فيئاً .

قال ابن حبيب : وانفرد بهذا أشهب .

وقال محمد بن مسلمة : إذا حارب الذمى قتل لأنه نقض العهد ولا يؤخذ ولده لأنه إنما نقض وحده وماله مال لا عهدة له وإن قطع السبيل لم يؤخذ ماله لأنه بقى فى ذمته .

قال الداودى : إذا كان ذلك عن ظلم ظلموا به فهو نقض لأنهم لم يعاهدوا على أن يظلموا من ظلمهم .

قال بعض المتأخرين : وهو أبين لأنهم رضوا بطوع ما [ق / ٥١ / ٢] عقد لهم ، وإسقاط حقهم فيهم .

وقول أشهب : أنه لا يعود إلى الرق ، ليس بحسن وقد حاربت قرينة بعد أن

عاهدهم النبي ﷺ ، وقتل الرجال وسبى الولدان .

جامع ما يُعد من الذمى نكثاً وسبيهم وذاريهم

وارتدادهم بعد الإسلام وخروج المسلم إلى دار الحرب

وحرية معهم وفي الجاسوس ، وهذا الباب كله من غير « المدونة »

ومن « كتاب ابن حبيب » : روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أن نصرانياً نخس بغلاً عليه امرأة مسلمة فوقعت فانكشفت عورتها فكتب أن يصلب في ذلك الموضع .

وقال : « إنما عاهدناهم على إعطاء الجزية عن يد وهم صاغرون » وفي يهودى رهس ناقة عليها امرأة مسلمة فوقعت فانكشفت فضربه ابنها بالسيف فقتله فأهدر عمر دمه . وقال فى نصرانى اغتصب مسلمة : أنه يقتل ، وهو كنقض العهد .

قال ابن حبيب : ولها الصداق من ماله والولد على دين أمه وهو مجذوذ النسب لا يلحق بأبيه ، ولو أسلم الأب لم يقتل لأنه إنما يقتل لتقض العهد لا للزنا .

وقال أضيف : وقال فى مسلمين لجئوا إلى حصن لأهل الذمة وهم شاقون فلم يفتحوا لهم فباتوا خارجاً منه فمات بعضهم من البرد فاستباحهم عمر ورآه نقضاً للعهد .

فصل

ومن « العتبية » : روى عيسى عن ابن القاسم : فى أهل الذمة تنزع رجالهم فيحاربون فيظفر بهم هل تسبى نساؤهم وذاريهم ومن زعم أنه مكره من صغار رجالهم ومن يرى أنه مغلوب على أمره ؟

قال : إن كان الإمام عدلاً قوتلوا وقتلوا وسبى نساؤهم وذاريهم وأبناؤهم المراهقون والأبكار وهم تبع لهم وأما من يرى أنه مغلوب على أمره مثل الكبير والضعيف والزمن فلا يعرض لهم بقتل ولا رق ولا غيره وإذا قاتلوا فظفرنا بالذرية قبل ظفرنا بهم فلا بأس أن نسبيهم إذا كان الإمام عدلاً ولم ينقضوا ظلماً ، ولو نقضوا ومضوا إلى بلاد الحرب وتركوا الذرية لم يجز سبيهم ولو حملوهم معهم ثم ظفرنا بهم جاز لنا سبيهم ، فأما إن لم يكن الإمام عدلاً ونقموا شيئاً لم يعرف فلا

يقاتلوا ولو ظهر لهم في تلك الحال لم يسترقوا ولم تنسب لهم نساؤهم ولا ذرية وردوا إلى ذمتهم ، وكذلك لو تحملوا بذرايرهم إلى أرض العدو لم يستحل منهم شيء على هذا إلا أن يعينوا علينا المشركين بعد دخولهم إليهم ويقاتلوا معهم ، فيسلك بهم مسلك الحرين فيهم وفي ذرايرهم ونسائهم .

قال عنه ابن حبيب : إذا حارب أهل الذمة والإمام عدل فليستحل بذلك نساؤهم وذرايرهم ، وأما من يرى أنه مغلوب عليه منهم أو من زعم من ضعف رجالهم من كبير أو من في زمانة أنه استكره فلا يستباحوا ولا يسترقوا .

وقال أصبغ : كلهم مستباحون لنقض أكابرهم كما صلحهم عليهم صلح .
وقاله الأوزاعي وابن الماجشون ، وهو أحبّ إليّ .

قال ابن الماجشون : وكذلك فعل الرسول ﷺ في قريظة وغيرها سباهم وذرايرهم وحاشيتهم لأنه إنما يقوم بالأمر رجالهم وأكابرهم من حرب وعقد وصلح فيجبرى ذلك على الجميع .

قال ابن القاسم عن مالك : وإن خرجوا عن ظلم فلا يقاتلوا وإن قتلوا المسلمين في مدافعتهم .

قال ابن الماجشون : وكذلك إن احتجزوا في دارهم فلا يقاتلوا ما لم يخرج إليهم ذلك منهم إلى الفساد في الأرض والخروج على المسلمين ، فإن فعلوا هذا جوهدها وصاروا فيئًا . وقاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ وغيره .

قال ابن المواز : إذا حلفت فرقة من أهل الذمة ونكثت وقاتلوا فإنه تستباح نساؤهم وذرياتهم لنقض رجالهم وأكابرهم .

قال سحنون: وقال ابن القاسم في أهل الذمة ببلد المسلمين قد ظفر بها العدو وأقام بها أهل الذمة معهم وبينهم مدينة أخرى للمسلمين: يغزونهم ويغيرون عليهم فذكروا أن أولئك الذميين يتجسسون عليهم ويطلبونهم مع العدو ويستفيدوا ويقتلوا ، فإذا ظفروا بأحدهم قالوا : نحن نؤمن بهذا ونقهر عليه ونخاف القتل إن لم يفعلوا . ولا يعلم ما ادعوا من القهر والغلبة والخوف إلا بقولهم فما ترى فيمن ظفروا به منهم؟

قال : أما من قتل منهم مسلماً فليقتل وأما من لم يقتل ولكن يطلب مع العدو ويستفيد الغنيمة ونحوها فلا يقتل ويطال سجنه .

قال : وإذا أجل لهم أجلاً في الرحيل من عند العدو فجاوزهم وأغاروا معهم علينا وسبوا وأسروا وزعموا أنهم [ق / ٥٢ / ب٢] منعوا ولا يعرف ذلك إلا بقولهم . قال : إن تبين ما قالوا لا يستحلوا .

قال : وإذا نقض أهل الذمة العهد بعد أن سرقوا لنا أموالاً وعبداً وغير ذلك فحاربوا وذلك في أيديهم ثم صالحونا على أن يعودوا لنا ذمة .

قال : يوفى لهم فإن لم يطلع على تلك السرقات إلا بعد الصلح فللإمام أن يخيرهم إما أن يردوها أو يرجعوا إلى حالهم من الحرب إلا أن يشترطوها في الصلح فلا كلام له ، وأما ما أخذوا في حال حربهم فلا خيار للإمام فيه بعد الصلح [ق / ٩٠ / ١٢] .

فصل

ابن حبيب : قال ابن القاسم : في قوم أتونا بنسائهم وأولادهم فأسلموا ثم تركوا الإسلام ورجعوا إلى بلادهم فأدركناهم وأسرناهم : أنهم كالمرتدين في المال والدم يستتاب كبارهم ويجبر صغارهم على الإسلام إذا بلغوا من غير استتانه .

وقال أصبغ : ليسوا كالمرتدين وهم كالمحاربين لأنهم جماعة فهم كأهل النكث لأن المرتد إنما هو كالواحد وشبهه . وليس قول أصبغ بحسن ، لأن أهل النكث إنما هم أهل الذمة ونحن نسترقهم إذا ظفرنا بهم ، ولعمري أنه لأمر خالف فيه عمر أبا بكر في أهل الردة من العرب جعلهم أبو بكر كالناقضين فقتل الكبار وسبى النساء والصغار وجرت فيهم المقاسم في أموالهم وسار فيهم عمر السيرة في المرتدين فرد النساء والصغار من الرق إلى عشائهم كذرية من ارتد فلهن حكم الإسلام إلا من تمادى بعد بلوغه والذين كانوا أيام عمر لم ياب أحد منهم الإسلام وعلى هذا جماعة العلماء وأئمة السلف إلا القليل منهم فإنهم أخذوا في ذلك برأى أبي بكر ، وبه قال أصبغ ، وذهب ربيعة وابن القاسم ، وابن الماجشون إلى فعل عمر ، وبه أقول .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم فيمن لحق بأرض الحرب فتنصر وأصاب دماء

المسلمين وأموالهم ثم أسلم : فإن ذلك يزيل عنه القتل وكلما أصاب ولو كان أصاب ذلك قبل أن يزيل أقيـل من يقتله للإمام ولا ينظر إلى أولياء من قتل لأنه كالمحارب ولا عفو فيه لولى الدم ولا يستتاب استابة المرتد. وذكر مثله سحنون وابن المواز .

قال سحنون عن ابن القاسم : إن ارتد أهل حصن عن الإسلام فليقاتلوا ويقتلوا ولا تسبى ذراريهم ولا تكون أموالهم فيئا .

قال في « كتاب محمد » : وتجبر ذراريهم على الإسلام وما ولد لهم بعد الكفر فليرد إلى الإسلام ما لم يكبروا على الكفر .

وكذلك قال عبد الملك : لا تسبى ذراريهم ولا نساؤهم لأنهم يقولون : لم نرتد نحن ، ولو كانوا أهل ذمة نكثوا وقاتلوا فظفرنا بهم لسبى نساؤهم وذراريهم واستحلت أموالهم بنقض رجالهم وكذلك فعل النبي ﷺ في بنى قريظة وغيرهم سباهم وحاشيتهم .

قال ابن حبيب : والسنة في المرتد يلحق بدار الحرب فيقتل المسلمون ويزنى ويسرق ثم يتوب أنه لا يؤخذ بشيء من ذلك وإن فعل ذلك في دار الإسلام بعد رده فليؤخذ بذلك وإن أسلم .

قال : وإن نحر مسلم في دار الإسلام ولحق بدار الحرب على محبوبه فحارب معهم فقتل منا أو لم يقتل أنه يحكم فيه بحكم المحارب في بلد الإسلام من القتل والصلب ويؤخذ فيه بأعظم عقوبة الله في المحارب قتل أو لم يقتل ، ولا تقبل توبته ولا عفو فيه وإن ادّعى أنه كان في فعله ذلك مرتدًا لم يصدق إلا بينة فحينئذ يستسن فيه سنة المرتدين في قبول التوبة وهدر ما كان فعل وليس تركه الصلاة بدار الحرب وشربه الخمر بردة حتى يفصح بالردة .

وقاله ابن الماجشون ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم .

ومن « كتاب المحاربين » : قال عبد الملك : لا يجوز للإمام أن يؤمن المحارب ولا ينزله على ذلك ولا أمن له بذلك لأنه في سلطانك وعلى دينك إنما امتنع منك بعزة لا بدين .

قال سحنون : وإذا هرب المحارب ودخل حصنًا من حصون الروم فحاصرناهم

فنزل أهله بعهد وطلب المحارب العهد والأمان فأمنه أمير السرية .

قال : لا أمان له ولا يزيل حكم الحراية عنه جهل من آمنه وقد ظفرنا به قبل التوبة .

محمد: وقد اختلف فيه ، وفي « كتاب المحاربين والمرتدين » إيعاب هذا .

فصل

ومن « كتاب ابن سحنون » : عن أبيه : وإذا وجدنا بأرض الإسلام عبداً لأهل الشرك وهو حربى دخل بغير أمان أو كان ذمياً أو مسلماً يكتبهم بعورات المسلمين فأما الحربى فللإمام قتله أو استحياؤه كمحارب ظفرنا به وللإمام أخذ ماله [ق/ ٥٣ / ٢ ب] ولا خمس فيه وهو فىء فإن أسلم قبل أن يقتل فلا يقتل ويبقى رقيقاً كالأسير يسلم ، وأما المسلم يكتبهم فإنه يقتل ولا يستتاب وماله لورثته وهو كالمحارب والساعى فى الأرض فساداً .

وقال بعض أصحابنا : يجلد جلدًا منكلاً ويطال سجنه ويبقى من موضع كان فيه بقرب المشركين .

قال : وإن كان ذمياً قتل ليكون نكالا لغيره .

ومنه ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : يقتل الجاسوس ولا تعرف لهذا توبة .

قال عنه ابن المواز : إن ظفر على أموال المسلمين بأمر دل على عوراتهم قتل ، وإن لم يكن فيما كان منه مظاهرة على عوراتهم سجن حتى تعرف توبته .

فيمن أسلم من عبيد الحربيين بعد خروجه إلينا أو قبل ، وكيف إن أقام ببلد مسلماً

روى ابن وهب : أن المغيرة بن شعبة نزل وأصحاب له بأهله وهم حينئذ كفار فشربوا خمرًا وسكروا وناموا ، فقام إليهم المغيرة فذبهم وأخذ ما كان معهم وقدم به على رسول الله ﷺ ، فأسلم ودفع إليه المال وأخبره الخبر ، فقال رسول الله ﷺ : «إنا لا نخمس بالأخذ غصباً»^(١) وترك المال فى يد المغيرة بن شعبة .

(١) أخرجه البخارى (٢٥٨١) فى حديث طويل ، بلفظ : « أما الإسلام فأقبل ، وأما المال فلست منه فى شيء » .

قال ابن القاسم : وإذا قدم إلينا عبد لرجل من أهل الحرب بأمان فأسلم ومعه مال لسيده ، فالمال للعبد ولا يخمس كما فعل النبي ﷺ بالمغيرة .

ابن حبيب : وقال أصبغ : المال لسيده إلا أن يكون استأمن على الإسلام وعلى ما معه في أول نزوله فهما يكون له كما لو هرب به مسلمًا ، بخلاف إسلامه بعد أن استقر نزوله بالعهد ، وقول ابن القاسم أحب إلينا .

وقال أشهب في « كتاب ابن سحنون » : هو حرّ في حكم الإسلام ولا يعرض له في المال إلا أن عليه أن يفى لسيده لأنه خرج على أن يرجع إليه فليرجع إليه ويرد إليه المال وهو حر على سيده ، ألا ترى لو بعث أسير مسلم بتجارة فهو حر لا يكلف أن يرجع ولا يمنع ما في يديه إلا أن عليه الوفاء لمن بعثه بإخراج إليه .

ومن « المدونة » : قال ربيعة في قبضى نزل من أرض العدو بمال : فهو حر وعليه الجزية والمال له ، وإن جاء مسلمًا فالمال له وهو من المسلمين .

قال يحيى بن سعيد : وإن أؤتمن أسير على قول سحنون أو على أن لا يهرب ، قال : فليؤد [ق / ٩١ / ٢ أ] أمانته وإن كان مرسلًا على شيء وقدر على شيء أن يأخذ من أموالهم لم يؤتمن عليه ويتخلص لا ينل .

ابن المواز : وإن خلوه على أيمان حلف لهم بها فأما مثل العهد والوعد فذلك يلزمه ، وأما بالطلاق والصدقة فلا يلزمه ولا حنث عليه فيه لأنه مكره ، وقاله ابن القاسم .

ولو هرب بجارية أو غيرها قد كان أسر من بلد الإسلام فلا خمس عليه فيه لأنه مما لم يوجف عليه .

قال : وإن كان مما خرج إلى بلد الحرب غازيًا فأسر فعليه فيما هرب به الخمس ما لم يصل إلى بلد الحرب إلا بالإيجاف .

قال ابن القاسم : ولا يحدّ واطئ الجارية ما دام في بلد الحرب فإذا دخل بلاد الإسلام حل له وطؤها ؛ إذ قد صارت له فيئًا .

يريد : التى لا خمس فيها .

قال : والأسير إن يسرق من مال العدو ولا يعاملهم بالرّبا .

قال أشهب : وإن دفعوا إليه ثوباً مخيطة فلا يحل له أن يسرق منه لأنه أوّتمن عليه فلا يجوز .

قال ابن المواز : وما أقر به بعد تخلصه إلى بلاد الإسلام أنه كان فعله من سرقة أو زنا أو خيانة أو ربا فلا شيء عليه فى السرقة وأحبّ إلى أن يتصدق بقدر ما أربى أو خاف أن لا يقدر على رد ذلك إلى أهله ، واختلف فى زناه ، فقال ابن القاسم : يقام عليه الحدّ إن شهد عليه أو أقر وأقام على إقراره ولم يرجع . وقاله أصبغ ، وسواء زنا بحرية أو مملوكة .

وقال عبد الملك : لا حدّ عليه فى زناه ولا فى سرقة منهم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : من عبيد الحربين لم يزل ملك سيده عنه إلا أن يخرج العبد إلينا أو ندخل بلادهم نحن فنغنمه وهو مسلم وسيده مشرك فيكون حراً ولا يرد إلى سيده إن أسلم سيده بعد ذلك .

واختلف إذا لم يخرج حتى وقع الفتح ودخل المسلمون عليهم .

فقال ابن القاسم : هو حرّ .

وقال ابن حبيب : هو رقيق لذلك الجيش ، وهو أقيس وقد أعتق النبى ﷺ عبيد أهل الطائف لخروجهم مسلمين ، وابتاع أبو بكر بلالاً إذ أسلم قبل مولاه فأعتقه والداردار حرب وأحكام الجاهلية ظاهرة ، فلو انتقل ملك ربه عنه كان ذلك فداء ولم يكن [ق / ٥٤ / ٢ ب] ولاؤه لأبى بكر .

وقيل : إن بلالاً أعتقه أبو بكر قبل الهجرة وقبل ظهور أحكام النبى ﷺ ، وإنما يكون حجة لو كان بعد الهجرة وظهور أحكام النبى ﷺ .

قال : هى حجة حتى يأتى ما ينقضها .

قال ابن القاسم : وإن خرج العبد إلينا مسلماً وتركه سيده مسلماً فهو له رق إن

أتى ، وإن أسلم عبد الحربى بدار الحرب فدخل إليهم مسلم بأمان فاشتراه فهو لمبتاعه كما صنع مولى بلال وشراء أبى بكر له وكان سيده لو أسلم عليه قبل أن يخرج العبد إلينا بقى له رقاً ، ألا ترى أن مالكاً قال فى عبد لمسلم يأسره العدو فيبتاعه منهم رجل من المسلمين : أنه رقيق له ، فكذلك هذا أنه ملك لمن اشتراه .

وقال أشهب وغيره : إسلام العبد فى دار الحرب يزيل ملك سيده عنه خرج إلينا أو أقام بداره ، وإن اشترى كان كالحر المسلم يفدى يتبعه مشترىه بالثمن وتسترق العرب إذا سبوا كالعجم .

في المستأمن يموت عندنا ويترك مالا والحكم في ديته إن قتل

قال مالك - رحمة الله عليه : وإن مات عندنا حربى مستأمن وترك مالا فليرد ماله إلى ورثته ببلده وكذلك إن قتل فديته تدفع إلى ورثته ويعتق قاتله رقبة . وكذلك فى « كتاب محمد » .

وقال سحنون : يدفع ماله وديته إلى حكامهم وأهل النظر لهم حتى كأنهم ماتوا عندهم وكانوا تحت أيديهم .

ونقلها أبو محمد : إن مات رد ماله إلى [من يرثه] (١) ببلده وإن قتل دفعت ديته إلى حكامهم ويعتق قاتله رقبة .

قال ابن حبيب : وإن ظهرنا إلى ورثته قبل أن يأخذوا ذلك فذلك فى ذلك الجيش الذين ظهروا عليهم وإنما يرد ماله لورثته إذا مات عندنا إذا استأمن على أن يرجع أو كان شأنهم الرجوع وأما لو استأمن على المقام ، أو كان ذلك شأنهم ، فإن ما ترك يكون للمسلمين .

وكذلك فى « كتاب ابن سحنون » قال فيه : إذا مات المستأمن عندنا ولم يكن ذكر رجوعاً فإن كان أكثر المستأمنين بذلك البلد إنما هو على المقام فميراثه للمسلمين ولم يكن لهذا أن يرجع ، وإن كان شأنهم الرجوع فله الرجوع وميراثه إن مات يرد لورثته ببلده إلا أن تطول إقامته عندنا فليس له أن يرجع ولا يرد ميراثه ، وإذا لم يعرف حالهم ولا ذكروا رجوعاً فميراثه للمسلمين .

(١) فى أ : ورثته .

ومن « كتاب ابن المواز » : وإذا أودع المستأمن عندنا مالا ثم رجع إلى بلده فمات فليرد ماله إلى ورثته وكذلك لو قتل في محاربة للمسلمين فإننا نبعث بماله الذي له عندنا إلى من يرثه ، وأما لو أسر ثم قتل كان ماله فيئا لمن أسره وقتله لأنهم ملكوا رقبته قبل قتله .

وقاله ابن القاسم وأصبغ ، وكذلك قال ابن حبيب : إن قتل بعد أن أسر ، قال : وأما إن قتل في المعركة فهو فيء لا خمس فيه لأنه لم يوجف عليه .
وقاله ابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ .

قال ابن المواز : ولو قتل المستأمن عندنا مسلماً أو ذمياً لقتل به في العمد وإن كان خطأ فعلى قاتله الدية متى قدر على ذلك ، وهو ما دام في عهدة كالذمي في جميع أموره عند ابن القاسم وعبد الملك .

قال ابن المواز : وإذا دأب المستأمن الناس عندنا ببيع أو سلف ثم عاد إلى بلده فدخلناها فغنمناه وماله وله ودائع ودين ، قال : فماله الذي يبذل الحرب لمن غنمه ، وماله الذي يبذل الإسلام لغرمائه ولولا غرمائه لكان ذلك كله لمن غنمه .

وقاله ابن القاسم وأصبغ ، وقال غيره في « كتاب ابن سحنون » : ماله الذي يبذلنا علينا فيه أمانة فليرد إلى أهله إذا لم يكن عليه دين ، قال فيه ابن القاسم : وإن وقع في سهمان رجل أو ابتاعه فأخرج لسيده مالا بأرض الشرك فذلك فيء للذين غنموه وليس للسيد إلا ما أفاد عبده .

وقال ابن عبدوس : إذا أودع الحربى وديعة فغنم وصار في سهمان رجل فإن تلك الوديعة للعبد لا للجيش الذين سبوه .

قال ابن المواز : ولو سرق المستأمن من مسلم أو ذمي لقطع ، ولو قذف مسلماً حرّاً لحدّ .

وقال أشهب : لا قطع على الحربى المستأمن في سرقة من مسلم أو ذمي ولا على من سرق منه ولا حدّ عليه إن قذف مسلماً ولكن يعاقب .

وقد قال مالك : إن خصى عبده لا يعتق عليه وكأنه خصاه ببلده .

قال أشهب : بخلاف الذمى لو أن ذمياً خصى عبده لعتق عليه ، وقد أعتق النبي ﷺ على سندر غلاماً [ق / ٩٢ / ١٢] له حين خصاه وجدع أنفه ، وسندر يومئذ كافر^(١) .

وقال ابن القاسم : [ق / ٥٥ / ٢ ب] لا يعتق على الذمى ولا على الحربى المستأمن عبيدهما إذا مثلا بهما وأمرهما واحد ما دام الحربى المستأمن فى أمانه .
ابن المواز : وهذا رأينا وأوثق عندنا .

قال ابن المواز : لم يرق على الحربى حتى هرب إلى دار الحرب ثم عاد إلينا بأمان ثان فليؤخذ بما تقدم ولا يزيله أمانه الثانى ولا يؤخذ بما صنعه فى بلده ، وفى غير عهده من قذف وقتل وغصب ونهب .

وفى « كتاب ابن سحنون » : عن ابن القاسم نحوه ، إلا أنه قال فى « كتاب جناية المعاهد الخطأ » : لا عاقلة له ، لأن العواقل على ثلاثة أوجه :

عشيرة الجانى ، وأهل جزية النصرانى ، ومسلم لا عشيرة له ولا ولاء ، كمن أسلم فعقله على بيت المال المسلمين وميراثه لهم ، والمعاهد ليس من هذه الأوجه فذلك فى ماله وإلا ففى ذمته فللإمام منعه من الرجوع حتى يؤديها أو يبعث إلى بلده فى ذلك إلا أن الدية عليه فى ثلاث سنين مؤجلة .

قال أشهب : فإن أبوا أن يبعثوا إليه شيئاً فإنما عليه بقدر ما يزيله معهم لو أطاعوا على اجتهاد الإمام .

وقال سحنون : بل ذلك فى ذمته .

في محاصرة حصون العدو وتحريقها وتغريقها ورميها بالمجانيق وفيها ذرية لهم أو أسارى مسلمين وتحريق مراكبهم وتحريق مراكبنا :

قال ابن القاسم : وإذا كان مسلم فى حصن للعدو أو مراكب لم أر أن يحرق أو يغرق .

(١) أخرجه أبو داود (٤٥١٩) ، وابن ماجه (٢٦٨٠) ، وأحمد (٧٠٩٦) ، والطبرانى فى « الكبير » (٥٣٠١) وفى « مسند الشاميين » (١٣٨٩) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٥٧٢٨) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال الألبانى : حسن .

ابن حبيب : لا بأس بتحريق حصونهم وتغريقها بالماء ويقطع عنهم مجراه ويقطع عنهم الميرة ، وإن كان فيهم النساء والذرية ما لم يكن فيها أسارى مسلمون . وقاله مالك وأصحابه ، ونحوه قال سحنون في « كتاب ابنه » .

وتحصيل ذلك : أنه لا خلاف إذا كان مسلم في حصن العدو أنه لا يحرق ولا يغرق ، واختلف إذا كان فيه ذرية مشركون ، فقليل : هم كالمسلمين ، وقيل : بل يغرقون ويقطع عنهم الميرة ولم نختلف في رمى حصونهم بالمجانيق ، وإن كان فيهم مسلمون أو ذرية مشركون .

واختلف في رمى مراكبهم بالنار وفيهم مسلمون أو ذرية ، فقليل : لا يرمون . وقيل : يرمون ، وقيل : إن كان فيهم مسلمون لم يرموا ، وإن كان فيهم ذرية رموا وكره مالك أن يقاتل العدو بالنبل المسموم والسلاح المسموم . وقال : ما كان هذا فيما مضى ولأن ذلك قد يعاد إلينا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أحرق العدو سفينة للمسلمين فلا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر لأنهم فروا من موت إلى موت . ابن وهب : ولم يرد ذلك ربيعة إلا لمن طمع بنجاة أو اختياراً للأسر ونحوه ، فلا بأس به ، وإن هلك في ذلك .

وقال أيضاً ربيعة : إن صبر فهو أكرم له وإن [ق / ٥٦ / ٢ ب] اقتحم فقد عوفى ولا بأس به ، وإن احترقت سفينة فلا يقتل رجل نفسه وليثبت لأمر الله عز وجل .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الجهاد الثاني

جامع القول في الضى والخمس وأرض العنوة والصالح

قال النبى ﷺ : « أحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلى » ^(١) .

قال ابن حبيب : فكان يوم بدر استباح الصحابة الغنيمة قبل أن تنزل فيها إباحة إلا عمر فعاتبهم الله سبحانه بقوله : ﴿ لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ ﴾ ^(٢) يقول فى تحليلها : ﴿ لَمَسْكُكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (٦٨) ﴿ فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ ﴾ ^(٣) الآية ، ثم تنازعت فيها طائفة غنموها وطائفة اتبعت العدو وطائفة أهدت بالنبى ﷺ ، فتنازعت الغنيمة كل طائفة منهم دون غيرها فترلت : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلَحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ ﴾ ^(٤) فسلموا ذلك لرسول الله ﷺ ، وكان هذا بيدى ثم نسخ ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ ﴾ ^(٥) والله تعالى غنى عن الدنيا وما فيها ، وإنما يريد الله ورسوله الحكم فيه فكان حكم النبى ﷺ فى الخمس من حكم الله تعالى ، وأما الأربعة أحماس فالله تعالى حكم بها فمن غنمها ورد الحكم فى الخمس إلى الرسول ﷺ فقال ﷺ : « ما لى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود عليكم » ^(٦) يعنى على الغنى والفقر [ق / ٩٣ / ١٢] والصغير والكبير والذكر والأنثى كالفىء الذى نزل الله فيه ما أنزل ، وتأول عمر قول الله سبحانه : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِن بَعْدِهِمْ .. ﴾ ^(٧) الآية أنه أبقى لمن يأتى فى ذلك

(١) أخرجه البخارى (٤٢٧) ، ومسلم (٥٢١) من حديث جابر رضى الله عنه .

(٢) سورة الأنفال (٦٨) .

(٣) سورة الأنفال (٦٨) .

(٤) سورة الأنفال (١) .

(٥) سورة الأنفال (٤١) .

(٦) أخرجه مالك (٩٧٧) ، وأبو داود (٢٦٩٤) ، وأحمد (٦٧٢٩) ، والطبرانى فى

« الأوسط » (١٨٦٤) ، وابن أبى شيبة (٧ / ٤١٢) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٢٧١٢)

وابن الجارود فى « المتقى » (١٠٨٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قال الألبانى : صحيح .

(٧) سورة الحشر (١٠) .

حقاً ، فأقر الأرض ولم يقسمها لتكون لنواب المسلمين ومرافقهم ، وطلب عمر في قسمها وامتنع فألح عليه بلال فقال : اللهم اكفني بلالاً وذوى بلال .

قال عبد الوهاب : ولم ينكر أحد من الصحابة عليه ذلك ، وتلاه عثمان وعلى على مثل ذلك ، ولأن النبي ﷺ غنم غنائم وأراضى فلم ينقل أنه قسم منها إلا خبير ، وهذا إجماع من السلف ، والله أعلم .

قال : وإن رأى الإمام فى وقت من الأوقات قسمها رأياً لم يمتنع أن يقال : إن له ذلك فيما يفتحه من بعده كما قسم النبي ﷺ خبير .

قال سحنون : وما روى أن النبي ﷺ قال : « خمس الخمس لى خاصة »^(١) فغير معروف عند أهل المدينة ، وقد قال النبي ﷺ : « والخمس مردود عليكم »^(٢) لم يستثن منه شيئاً .

قال ابن دينار : ولو كان الخمس على هذا التقدير لكان سهم ذوى القربى تجرى فيه الموارث ، وقد أجمع الخلفاء على خلاف ذلك ، وأن ليس لهم سهم راتب .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمة الله عليه : والخمس والفقير سواء يجعلان فى بيت المال ويعطى منه الإمام أقرباء رسول الله ﷺ بقدر اجتهاده ولا يعطون من الزكاة لقول النبي ﷺ : « لا نحل الصدقة لآل محمد »^(٣) وهم بنو هاشم ، والفقير ما لم يوجف عليه وجزية الجماعم وخراج الأرضين للصالح والعنوة والهدنة وعشور

(١) أخرجه النسائي (٤١٤٤) من حديث يحيى بن الجزار مرسلأ . قال الألبانى : صحيح الإسناد ، مرسل . وأخرجه الطبرانى فى « الكبير » (١٢٧٢٩) من حديث يحيى بن الجزار عن ابن عباس ، مسنداً .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه مسلم (١٠٧٢) ، وأبو داود (٢٩٨٥) ، والنسائي (٢٦٠٩) ، وأحمد (١٧٥٥٣) ، وابن خزيمة (٢٣٤٢) ، وابن حبان (٤٥٢٦) ، والطبرانى فى « الكبير » (٤٥٦٦) ، والبيهقى فى « الكبرى » (٢٦٨١) ، والطحاوى فى « شرح المعانى » (٢٧٣٤) ، وابن الجارود فى « المتقى » (١١١٣) من حديث المطلب بن ربيعة بن الحارث والفضل بن العباس رضى الله عنهما .

أهل الذمة ، ويسك بالخمس ويسلك الفیء .

ابن المواز : وقد قال الله سبحانه في قسمة الفیء : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ ﴾ ^(١) ، وقال في آية الخمس : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ ﴾ ^(٢) فالآيتان متفقتان واختلف في سهم ذوی القربى .
فقیل : هم آل محمد ﷺ . قاله ابن عباس وغيره وهو الأصح .

وقيل : بل هم قریش كلها .

قال سحنون وأصبغ : وليس في ذلك قسم محدد لكل نفس وقد ساوى أبو بكر بين الناس كافة فيه ، وفضل عمر بقدر السابقة والهجرة والحاجة ، وكل صواب على الاجتهاد .

ومن « المدونة » : وقد قال عمر : « يا أيها الناس إنني عملت عملاً وإن صاحبي عمل عملاً ولئن بقيت إلى قابل لألحقن أسفل الناس بأعلامهم » ^(٣) .

قال مالك : وبلغني أن عمر قال : « ما من أحد من المسلمين إلا وله في هذا المال حق أعطيه أو منعه حتى لو كان راعياً أو راعية بعدى » فأعجبني ذلك .

قال ابن حبيب : قال أشهب : فما كان من خمس الغنائم وجزية أهل الذمة وما يؤخذ من أهل الصلح ومن تجار أهل الذمة وأهل الذمة وأهل الحرب وخمس الركاز سبيله سبيل الفیء ويبدأ فيه بالفقراء والمساكين واليتامى وابن [ق / ٥٧ / ٢ ب] السبيل ، ثم يساوى بين الناس فيما بقى غنيهم وفقيرهم وشريفهم ووضيعهم ، ومن الفیء يرزق والى المسلمين وقاضيه ، ويعطى غايزهم ويسد ثغورهم وتبنى مساجدهم وقناطرهم ويفك أسيرهم ويقوم صوامعهم ويقضى دية ذی الدين منهم وتعقل جنايتهم ويزوج عازبهم ويعان صاحبهم وشبه ذلك من الأمور .

ولا يحل أن يعطى من العشور والصدقات في شيء من هذه الوجوه ، ولكن

(١) سورة الحشر (٧) .

(٢) سورة الأنفال (٤١) .

(٣) أخرجه البيهقي في « الكبرى » (١٢٧٨٤) من حديث عمر - رضى الله عنه - موقوفاً .

على الفقراء والمساكين ومن سمي معهم في آية الزكاة ، ولا تحل لغنى إلا لغاز أو غارم - وهو : المديان - وابن السبيل ، وابن السبيل يضعف وهو غنى ببلده ، أو عامل عليها أو غنى أهدي له منها جاره المسكين ، قاله النبي ﷺ في جميع ذلك وفي « كتاب الزكاة » كثير من هذا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وأما جزية أرض العنوة فلا أدري كيف كان يصنع فيها إلا أن عمر قد أقر الأرض ولم يقسمها ، وأرى لمن نزل ذلك به أن يكشف عنه من يوصى فإن وجد عالمًا يستفتيه وإلا اجتهد في ذلك هو ومن حضره من المسلمين .

قال ابن القاسم : وكل أرض افتتحها أهل الإسلام فهذا فيء ولا يقسمها الإمام وأهلها على ما صولحوا عليه ، وأما الجماجم في خراجهم فلم يبلغني عن مالك فيه شيء ، وأنا أرى الجماجم تبعًا للأرض كانوا عنوة أو صلحًا .

وقيل له في موضع آخر : رأيت جزية جماجم أهل الذمة وخراج الأرضين ما كان منها عنوة أو صلحًا ما يصنع بهذا الخراج ؟

قال : قال مالك : هذه جزية والجزية عند مالك فيء .

وقد أعلمتك ما قال مالك في العنوة .

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال : لا يزداد عليهم في جزية جماجمهم على ما فرض عمر أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهماً على أهل الورق ، وأما جزية الأرض فلا علم لي بها ، فذكر نحو رواية ابن القاسم .

قال سحنون : هذه أصح من رواية ابن القاسم أنه أيضاً شك في جزية الأرض ولم يشك في جزية الجماجم .

وبلغني أن أبا محمد قال : قول مالك : « لا علم لي بها ولا أدري كيف كان يصنع فيها » يعنى أنه لم يدرك هل على الأرض جزية دون جزية جماجمهم أو لا جزية عليها وتكون عوناً لهم وتكون الجزية على جماجمهم دون الأرض .

ثم رجع أبو محمد فقال : قوله : « لا علم لي بها » يعنى بمبلغ ما على الأرض لأن جزية الجماجم معلومة ، والذي كان على الأرض مجهول . والله أعلم .

وذكر ابن حبيب : أن عمر جعل على ما افتتح عنوة من الأرض خراجاً وجعل على كل عالج من الذين أقروا لعمارتها أربعة دنائير كل سنة غير خراج الأرض ، وهذا نحو ما رجع إليه أبو محمد .

وقيل لابن المواز : أرأيت ما افتتح عنوة هل يخرج من تلك الدور أهلها الذين كانوا يملكونها أم يقرون لعمارتها ؟

فقال : يقرون فيها على حالهم وتكون لهم الذمة ويكونون أحراراً ويكتفى منهم فيها بما يؤخذ فيها من خراج جماجمهم .

قال عيسى : وتترك الأرض بأيديهم عوناً لهم كما فعل عمر ، وهذا نحو ما تأول أبو محمد أولاً .

قال عيسى : ومن أسلم منهم كان حرّاً وماله للمسلمين .

قال ابن المواز : ما كان لهم قبل الفتح .

قال عيسى : ونسائهم كالحرائر لا ينظر إلى شعورهن ، ودية المرأة منهنّ كدية حرة ذمية ، أو إذا لم يقدر على الأرض لبعدها فإن أهلها يباعون .

ومن « المدونة » : وكل ما يقسم مما يؤخذ من أوجه [ق / ٩٤ / ٢ أ] الفئ كلها فإنه ينظر إلى البلدان ، فإن تكافأت في الحاجة بدئ بالذين فيهم المال حتى يغنوا وما فضل أعطاه غيرهم أو يوقفه الإمام إن رأى ذلك لنواب المسلمين .

ابن القاسم : وبذلك كتب [عمر ^(١)] ألا يخرج فيء قوم عنهم إلى غيرهم .

قال : وإن كان في غير ذلك البلد من هو أشد منهم حاجة أعطى البلد الذي به المال من ذلك ما يكفيهم ، ونقل أكثر ذلك إلى البلد المحتاج كما فعل في أعوام الرمادة الست .

قال مالك : ولا بأس أن يعطى الوالى للرجل يراه أهلاً للجابرة لحبيرة لقضاء دينه عليه ونحوه ولا بأس على ذلك الرجل بقبولها ويعطى للمنفوسين ، ويبدأ منهم بمن أبوه فقيراً ، وكان عمر يفرض للمنفوس مائة درهم .

قال أبو إسحاق : يريد في السنة ، وقد جرى هذا موعباً في « كتاب الزكاة » .

(١) سقط من أ .

جامع القول في الأنفال وذكر السلب

قال مالك - رحمة الله عليه - وأصحابه : النفل من الخمس ، قال بعضهم : لأن الله تعالى قال : ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾^(١) الآية وجعل للأربعة [ق / ٥٨ / ٢ ب] أخماس لمن غنمها فلا يجوز أن يؤخذ لهم منها شيء بالاحتمال .

وقولنا : ما نفل النبي ﷺ من السلب ، إنما هو من الخمس أولى من قول من قال : إنه من جميع الغنيمة ؛ لأن الله سبحانه فوض للنبي عليه السلام أمر الخمس يجتهد فيه ، فأما الأربعة أخماس فمملوكة لهؤلاء .

ودليل آخر : أن النبي ﷺ أعطاه لأبى قتادة بشهادة واحد بلا يمين ، فلو كان من رأس الغنيمة لم يخرج من حق من غنم إلا بما تنتقل به الأملاك من البيئات أو بشاهد ويمين .

قال ابن حبيب : وحديث ابن عمر فى السرية التى كان فيها بعثها النبي ﷺ فغنمت إبلاً فكان سهامهم أحد عشر بعيراً أو اثنا عشر بعيراً ونفلوا بعيراً فدل هذا أن النفل من غير حقوقهم وليس ذلك إلا من الخمس .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وسئل النبي ﷺ عن الغنيمة فقال : « لله خمس وأربعة أخماسها للجيش » . فقيل فهل أحد أحق بها من أحد ؟ فقال : « لا ولا السهم يستخرجه من جنب أخيك المسلم »^(٢) .

قال : والنفل كله من الخمس سلباً كان أو غيره ، والنفل هو زيادة على السهم أو هبة لمن ليس من أهل السهم يفضل له الإمام لرأى يراه مما يؤديه اجتهاده إليه .

فصل

ومن « المدونة » : قيل لابن القاسم : فمن قتل قتيلاً هل يكون له سلبه ؟ قال

(١) سورة الأنفال (٤١) .

(٢) أخرجه البيهقى فى « الكبرى » (١٢٧١٠) وفى « السنن الصغرى » (٢٨١٣) وفى « المعرفة » (٤١٥٧) ، وابن زنجويه فى « الأموال » (٨٨٤) عن رجل من بلقين . قلت : رجال البيهقى ثقات أئمة .

مالك : لم يبلغني أن ذلك كان إلا في يوم حنين ، وإنما هذا إلى الإمام يجتهد فيه مثل أن يرى ضعفاً من الجيش فرغبتهم بذلك في القتال ، وقد فعله النبي ﷺ يوم حنين من الخمس .

قال ابن القاسم : وإنما نفل النبي ﷺ يوم حنين بعد أن برد القتال ، قال : « من قتل قتيلاً تقوم عليه بيعة ، فله سلبه » ^(١) ولم يبلغني أن النبي ﷺ قال ذلك ولا عمل به بعد حنين .

وذكر ابن وهب : أن النبي ﷺ إنما نفل من نفل يوم حنين من الخمس .

قال ابن المسيب : إنما كان الناس يعطون النفل من الخمس .

مالك : وذلك أحسن ما سمعت .

قال ابن القاسم : ولا يجوز عن مالك النفل قبل الغنيمة .

قال مالك : ويجوز النفل في أول المغنم وآخره على وجه الاجتهاد من الإمام ، ولا يكون إلا من الخمس .

قال سحنون : وقال مكحول : لا سلب يوم هزيمة أو فتح . ولسنا نقول هذا ، وللإمام أن ينفل الأسلاب يوم الهزيمة ويوم الفتح بالاجتهاد .

قال سحنون : وإذا قال الأمير في أول القتال : من قتل قتيلاً فله سلبه ، فنحن ننهي عن ذلك ، فإن نزل مضى فإذا قال هذا ثم لقي هو عجباً فقتله ، فإن له سلبه وكذلك إن قتله في مبارزة ، ولو قال : من قتل قتيلاً منكم فله سلبه ، أو قال لمن برز رجل من العدو : من قتله منكم فله سلبه لم يكن له هو سلب من قتل كان المبارز هو أو غيره لأنه أخرج نفسه بقوله « منكم » ، وإن قال الأمير : إن قتلت قتيلاً فلي سلبه ، فلا شيء له لما خص به نفسه ، وكذا لو قال بعد ذلك : من قتل منكم قتيلاً فله سلبه ، فلا شيء له فيمن قتل ، وكذلك لو قال بعد أن خص نفسه : من قتل قتيلاً مجملاً فإنما له في المستقبل .

ولو قال : من قتل منكم قتيلاً ، فله سلبه ، فمن قتل منهم اثنين أو ثلاثة فله

(١) أخرجه مالك : (٩٧٣) ، والبخاري (٢٩٧٣) ، ومسلم (٢٩٧٣) من حديث أبي قتادة

سلبه ، ولو قال لرجل : إن قتلت قتيلاً فلك سلبه ، فقتل اثنين أحدهما بعد الآخر ، فغيرنا يجيزه ويعطيه سلب الأول خاصة ونحن نكرهه ، فإن نزل على وجه الاجتهاد مضى وكان له سلب الأول خاصة فإن جهل سلب الأول ، فقليل : له نصفهما .
وقيل : أقلهما .

قال ابن المواز : وإن قتل قتيلين معاً ، فقليل : له نصف سلبهما ، وقيل : له أكثرهما .

وإذا قال الأمير : من قتل قتيلاً فله سلبه ، فليس له سلب من قتل ممن لا يجوز له قتله من امرأة أو صبي أو زمن أو راهب إلا أن يقاتل هؤلاء فله سلبهم لإجازة قتلهم وله سلب كل من يجوز قتله .

قال : وإذا قال الإمام بعد أن برد القتال أو قبل : من قتل قتيلاً فله سلبه ، فلا شيء من السلب للذمي ، وإن ولى القتل إلا أن يقضى به الإمام وينفذه له ، فلا يتعقب . يريد : لأن أهل الشام يرون ذلك للذمي ، وكذلك لو قتله امرأة ، فلا شيء لها ، إلا أن يحكم لها بذلك فيمضى .

وأشهب يرى : أن يرضخ لأهل الذمة ، ففي قياس قوله : « له السلب من الخمس » ؛ لأنه نفل ، ونحن نقول : لا حظ له في الغنيمة ، فكذلك النفل ، ولو قال : من قتل كافراً من المسلمين فله سلبه فقتله [ق / ٥٩ / ٢ ب] ذمى ، فلا شيء له بإجماع للشرط .

وإن قال : من قتل قتيلاً فله سلبه ، فسمع ذلك بعض الناس دون بعض ، فالسلب لمن قتل وإن لم يسمع .

ومن « المدونة » : وسئل ابن عباس عن الأنفال فقال : السلب والفرس من النفل .

وقال سليمان بن موسى : لا نفل في عين ولا فضة .

قال سحنون : وقاله أصحابنا .

وأهل الشام قالوا : وإنما النفل في العروض السلب والفرس والسلاح ونحوه .

وقال أهل العراق : وإذا نادى الإمام بنفل السلب للقاتل ، فإنه يكون له ما على المقتول من سوارين وطوق ذهب ودنانير ودراهم وحلية سيف ومنطقة .

وذكر عن مكحول في المبارزة : أنه جعل من السلب الطوق والسوارين بما فيها من جوهر .

قال سحنون : أما حلية السيف [ق / ٩٥ / ١٢] فتبع السيف ولا شيء له في السوارين والطوق والعين كله ، وكذلك إن كان عليه تاج وقرطان فلا شيء له في ذلك ، ويكون له فرسه وسرجه ولجامه وخاتمه ودرعه وبيضه وسيفه ومنطقته بما في ذلك من حليته وساعديه وساقيه ورايته .

قال مكحول : بما في ذلك من حلية وجوهر .

قال سحنون : ولا يكون الصليب في عنقه من النفل .

قال الوليد والأوزاعي : يدخل الصليب في السلب وهو أحب إلى .

قال سحنون والأوزاعي : وإنما يكون له سلب من قتل أو أنفذ مقاتله لا ما أتى به الإمام أسيراً فقتله الإمام لأنه لم يقتله هو ، وإنما قال الإمام : من أصاب ذهباً أو فضة فله منه الربع بعد الخمس . أمضيته على ما قال كقضاء نفذ بقول قائل ، ولمن أصاب ذلك نفعه كان مسكوكاً أو غير مسكوك .

ومن « المدونة » : وكره مالك للإمام أن يقول للناس : قاتلوا ولكم كذا أو من قاتل موضع كذا أو تقدم إلى الحصن أو قتل قتيلاً له كذا أو نصف ما غنم .

وكره مالك أن يسفك أحد دمه على مثل هذا ، وما نفل رسول الله ﷺ إلا بعد أن برد القتال فقال : « من قتل قتيلاً تقوم له عليه بيته فله سلبه » ^(١) . وفي رسول الله ﷺ أسوة حسنة ، ولم يبلغنا أن النبي ﷺ قال ذلك ولا عمل به بعد حين ولو سن ذلك وأمر به بعد حين لكان ذلك أمراً فاشياً ليس لأحد فيه قول ، وقد كان أبو بكر ومن بعده راتباً فلم يبلغنا أنهما فعلا ذلك .

قال سحنون : وإنما ينبغي أن يخرج المجاهد على إعزاز دين الله وإعلاء كلمته ثم

إن عرض له رزق قبله ، فأما أن يكون أصل جهاده على دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهذا يدخل في الحديث في قوله : « من كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليها » ^(١) .

قال سحنون : فكل شيء يبذله الإمام قبل القتال لا ينبغي عندنا إلا أنه إن نزل وقاله الإمام : أمضيته وإن أعطاهم ذلك من أصل الغنيمة ؛ للاختلاف فيه وكذلك الطائفة يبعثها أميرها على أن لهم الثلث بعد الخمس أو قال قبل الخمس ، فإنه يمضى ويعطون ما قال ، ويدخلون في السهام فيما بقى بعد الخمس .

قال : وإذا قال الأمير للسرية : ما غنمتم فلكم بلا خمس ، فهذا لم يمض عليه السلف وإن كان فيه اختلاف ، فإنه أبطله لأنه كقول شاذ حكم به فلا بأس .

قال سحنون : إلا أن يكون مضى في هذا اختلاف من صدر الأمة مثل ما مضى في نفل حنين بعد الخمس فليمض ويكون سبيله سبيل النفل يساوى فيه بين الفارس والراجل ، وإن كان في السبى من يعتق على أحد من أهل السرية بالقرباة أو عتق رجل منهم عجباً ، فإنه يعتق عليه على قول سحنون ولا يعتق عليه على قول ابن القاسم وأشهب .

وفرق أهل العراق في ذلك بين الطليعة مثل الاثنين والثلاثة وبين السرية في عتق القرباة ، ولا فرق في ذلك .

قال بعض شيوخنا : وما قال أهل العراق لا يخالفه ابن القاسم ؛ لأن عليه جعل نصيبه مع الكثرة والقلة لا يجهل نصيبه منها .

قال سحنون : وإذا بعث الإمام سرية على أجزاء مختلفة على قدر صعوبة المواضع وسمى لكل سرية قومًا بأعيانهم ، فلا شيء لمن انتقل إلى غير سرية إلا أن يقول : يخرج في كل سرية من شاء ، فللذى دخل في غير سرية النفل مثل أصحابه .

قال : ولو ضل من السرية رجل فغنم البقية ورجعوا ثم قدم الضال فلا نفل له بخلاف الغنيمة ، ولو رجع الضال غائبًا أيضًا فلهم نفلهم فيما غنموا وللضال نفله

(١) أخرجه البخاري (١) من حديث عمر رضى الله عنه .

فيما [ق / ٦٠ / ٢ ب] غنم وما بقى يجمع إلى ما غنم العسكر فيقسم بين الجميع ، ولو رجعت جميع السرية غائمة فلم يأخذوا النفل حتى مات الوالى أو عزل وولى من يرى قولنا فإن ذلك لا ينفذ ؛ لأنه لم يقبض .

قال سحنون : وأنا أراها قضية نافذة قبضت أو لم تقبض .

قال أصبغ : عن ابن القاسم : وقول الإمام للسرية ، لك ثلث ما يغنم أو جزء معلوم : أن ذلك مما يفسد النيات ويصير عملهم للدنيا ولا يجوز الخروج معهم على هذا ومن خرج على هذا فلا يأخذ منه شيئاً ولا بأس بالخروج معهم لمن لا يريد أن يأخذ من ذلك شيئاً .

قال أصبغ : وما أراه حراماً لمن أخذه .

قال ابن حبيب : وإذا فعل ذلك الأمير جهالة فليعرف قيمة ما يسمى لهم فيعطيه ذلك من الخمس لا من رأس الغنيمة وهذا بخلاف قول سحنون .

قال ابن حبيب : وهذا مما يكرهه العلماء وقد استحقه بعضهم إذا احتاج إليه الإمام مثل أن يدهمه كثرة العدو ونحوه ، وقد فعله أبو عبيدة بن الجراح يوم اليرموك لما هزمه كثرة العدو حتى قاتل يومئذ نساء من قريش .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا أرى للأسير المسلم أن يقاتل مع الروم عدداً لهم على أنهم يخلوه إلى بلاد الإسلام ولا يحل له أن يسفك دمه على مثل هذا .

في سهم الخيل والرجالة ومن يسهم له ومن لا يسهم له

روى ابن وهب : أن الرسول ﷺ أسهم للفرس سهمين وسهماً لفارسه والرجل سهماً^(١) ، وفعله عمر بن الخطاب ومضت به السنة .

قال سحنون : وما علمت من علماء الأمة من قال : أن للفرس سهماً ولفارسه سهماً غير أبى حنيفة ، وقد خالفه صاحباؤه أبو يوسف ومحمد ، وما أرى أن يجوز أن يدخل هذا في الاختلاف .

ومن « المدونة » : قال مالك : ويسهم للفرس سهمان وسهم لفارسه وللرجل

سهم .

(١) أخرجه البخارى (٢٨٥٤) ، ومسلم (١٧٦٢) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

قال : والبراذين إن أجازها الوالى كانت كالخيل .

قال : ومن له أفراس فلا يزداد على سهم فرس واحد كالزبير يوم حنين .

قال ابن حبيب : اختلفت الرواية فى السهم لفرسين فروى أن النبى ﷺ لم يسهم للزبير إلا لفرس واحد وكان معه ثلاثة أفراس ، وروى أنه أسهم لفرسين ، وأخذ به عمر بن عبد العزيز وغيره .

قال ابن سحنون : وكذلك فى رواية ابن وهب ، وبه قال داود ، وقول مالك أولى ، لأنه لا يمكن أن يقاتل العدو إلا على فرس واحد وما زاد على ذلك فزيادة عدة كزيادة رماح أو سيوف ، واعتباراً بالثالث والرابع .

ومن « المدورنة » : قال ابن القاسم : ولا يسهم لبغل ولا حمار ولا بعير وصاحبه راجل وقد غزا النبى ﷺ بالإبل فلم أسمع أنه أسهم إلا للخيل .

قال غيره : وكذلك الأئمة بعده ، وقد قال النبى ﷺ : « للفرس [ق / ٩٦ / ١٢] سهمان » فخصه بالإسهام ولأنه لا يتأتى القتال على غير الخيل وإنما تصلح للحمولة .

قال ابن القاسم : وإذا لقوا العدو فى البحر ومعهم الخيل فى السفن فإنه يسهم للفراس ثلاثة أسهم وللراجل سهم وكذلك إن أسرا أهل العسكر رجالة ولبعضهم خيل فغنموا وهم رجالة فإنه يعطى لمن له فرس ثلاثة أسهم ، وكذلك لو خرجت من العسكر سرية فغنمت أن ذلك بيد أهل العسكر وأهل السرية بعد الخمس للفراس ثلاثة أسهم وللراجل سهم .

ومن دخل أرض العدو فارساً فمات فرسه قبل لقاء العدو فلقيهم راجلاً فإنما له سهم راجل .

ولو دخل راجلاً فأفاد فارساً قبل لقاء العدو فلقيهم فارساً فله سهم فارس كقول مالك فيمن دخل أرض العدو غازياً فمات قبل لقاء العدو ثم غنموا بعده : فلا يسهم له ولو مات بعد القتال ثم غنموا بعد موته فله سهمه قاتل الرجل أو لم يقاتل إذا كان فى حين القتال حياً .

قال عبد الوهاب : القتال سبب الغنيمة فمن قاتل أو حضر القتال أسهم له قاتل

أو لم يقاتل لأنه قد حضر سبب الغنيمة وهو القتال ، ولأنه ليس كل الجيش يقاتل لأن ذلك خلاف مصلحة الحرب لأنه محتاج أن يكون بعضهم في الرد وبعضهم يحفظون السواد في وبعضهم في العلوجة على حسب ما يحتاج إليه في الحرب ، ولو قاتل كل الجيش لفسد التدبير ولذلك قلنا : إن المريض يسهم له لأنه قد شهد الواقعة وحصل منه الكثير وقد قيل : في قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ تَعَالَوْا قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْ ادْفَعُوا ... ﴾ ^(١) أى : كثروا [ق / ٦١ / ٢ ب] ، وروى « أن الغنيمة لمن شهد الواقعة » ^(٢) وأظن بعضهم رفعه ، ولذلك قلنا : لا شيء لمن مات قبل القتال وكذلك من جاء بعد القتال .

قال ابن حبيب : ومن أوجف راجلاً ثم أفاد فرساً عند مشاهدة القتال بشراء أو كراء أو عارية أو بتعداً ، فقاتل عليه فله سهم الفرس .
وحدّ ذلك عند مالك مشاهدة القتال .

وأما ابن الماجشون : فالإيجاف يجب عنده وإن لم يشاهد قتالاً فيوجب بالإيجاف لمن مات أو قتل من رجل أو فرس ما يوجبه بالمشاهدة ومن أوجف عنده راجلاً ثم أفاد فرساً حتى يمكن كونه بلده بملك أو كراء أو تعد فله سهمان الفرس فأما إن ألف فرساً عند حمية القتال من خيل العدو أو من خيل المسلمين فركبه بأحد هذه الوجوه فلا يأخذ سهميه وسهماء لصاحب الفرس إلا أن يكون من خيل العدو فلا يسهمان له .

ابن حبيب : وقول ابن الماجشون أقيس وبه أقول ، وقول مالك استحسان ، وبه قال أكابر أصحابه .

ومن « كتاب ابن سحنون » : قال سحنون : وسهم الفرس المحبس للغزى عليه وكذلك من اكترى فرساً أو استعاره فله سهم فارس .

(١) سورة آل عمران (١٦٧) .

(٢) أخرجه الطبراني في « الكبير » (٨٢٠٣) وسعيد بن منصور (٢٧٩١) ، وعبد الرزاق (٩٦٨٩) ، وابن أبي شيبة (٤٩٣ / ٦) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٢٧٠٥) ، والطحاوى في « شرح المعاني » (٤٨٣٨) ، وابن الجعد في « مسنده » (٥٨٨) من حديث عمر - رضى الله عنه - موقوفاً .

قال ابن القاسم : فى فرس انفلت من ربه فى أرض العدو فأخذه آخر فقاتل عليه حتى غنموا ، أو لما شدد القوم على دوابهم للقتال عدا رجل على فرس آخر فقاتل عليه فغنموا : أن سهمان الفرس فى ذلك كله لربه .

قال سحنون : بل السهمان للمتعدى وعليه مثل أجر الفرس إلا أن يأخذه بعد انتشاب القتال فيكون السهمان لربه .

قال ابن القاسم : ولو تعدى عليه فى بلد الإسلام فغزا عليه أو فى أرض العدو وقبل حضور القتال فشهد عليه سرايا أو قاتل عليه فسهماه فى هذا للمتعدى وهو له ضامن .

قال سحنون : هو كذلك فى السهمين ، فأما الضمان فإن رده بحاله لم يضمن وعليه الإجارة ، وإن رده وقد تغير أو عطب فربه مخير بين أن يضمه قيمة الفرس أو يأخذ منه أجره فيما استعمله فيه .

قال سحنون : ومن صرع رجلاً من العدو عن فرسه وركبه وقاتل عليه فلا سهم له مما غنم فى قتاله هذ ويسهم له فيما حضر عليه بعد ذلك من السرايا وغيرها .

قال : ومن حضر القتال على فرس فلم يفتح سهم فى يومهم فباعه فقاتل عليه مبتاعه اليوم الثانى فلم يكن فتح فباعه الثانى فقاتل عليه الثالث يوماً ثالثاً ففتح لهم أن سهم الفرس لبائعه الأول لأنه قتال واحد كما لو مات بعد أول يوم وقاتل عليه أحد ورثته فى اليومين أو لم يقاتل أن سهمه لورثته .

قال الأوزاعي : ومن ابتاع فرساً وقد غنموا واشتراط سهمه فجائز إن كان الثمن أكثر من السهم كمال العبد يشترط .

قال سحنون : لا يجوز إن كان السهم ذهباً ، والثمن ذهباً ويصير عرضاً وذهباً بذهب ، ولو كان الثمن عرضاً والسهم معروفاً جاز وليس كالعبد يملك ولا يملك الفرس .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يسهم للصبيان ولا للعبيد ولا للنساء إذا قاتلوا ولا يرضخ لهم . وقد سألنا مالكا عن النساء هل يرضخ لهم من الغنيمة .

فقال : ما سمعت أن أحداً أرضخ لهنّ فالصبيان بمنزلة النساء وقد قال مالك فى العبيد : ليس لهم شيء .

وقال ابن حبيب : من قاتل من النساء كقتال الرجال فإنه يسهم لها ، ألا ترى أن المرأة من العدو إذا قاتلت قتلت ، ولا يسهم للعبد وإن قاتل .

ويستحب للإمام أن يجزيه من الخمس ويجزى النساء والغلمان الذين لم يبلغوا ولم يقاتلوا .

قال : وإن لم يقاتل الأجير لم يسهم له وليجزى من الخمس وإن كان في العسكر نصارى من خدم أو أعوان فلا بأس أن يجزوا من الخمس ، وقد روى أن النبي ﷺ أَرْضَخَ لِنَاسٍ مِنَ الْيَهُودِ كَانُوا فِي الْعَسْكَرِ وَأَرْضَخَ لِنِسَاءٍ وَعَبِيدٍ وَغُلَمَانٍ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ ، ولم يكن يسهم لهم .

ابن المواز : قال مالك : ويسهم لمن لم يبلغ الحلم من الصبيان إن أطاق القتال وقاتل .

ابن المواز : وإن حضر العسكر ولم يقاتل لشغل أو غيره فلا يسهم له حتى يقاتل وكذلك الأجراء والتجار إن قاتلوا أسهم لهم وإن لم يقاتلوا فلا شيء لهم وإن حضروا القتال ، وأما من سواهم فليسهم له إن حضر القتال وإن لم يقاتل . قاله مالك . والعبيد إذا كانوا في عسكر المسلمين فلا شيء لهم وإن اجتمعوا فقاتلوا وحدهم فقليل : يخمس ما أصابوه ، وقيل : لا يخمس .

وأما أهل الذمة فلا يخمس ما أصابوه .

وقد اختلف في العبد والذمي إذا وجدا ركازاً، فقليل : يخمس، وقيل : لا يخمس .

قال أبو [ق / ٦٢ / ٢ ب] إسحاق : ولم يعلم نص خلاف في النساء والصبيان [ق / ٩٧ / ٢ أ] لو أصابوا ركازاً أنه يخمس فانظر لو اجتمع النساء فقاتلن من غير جيش هل يخمس ما أصابوه أو يكونوا كالعبيد في الغنيمة أو كالركاز ، ففي ذلك نظر .

قال عبد الوهاب : وإنما لم يسهم للتجار والصبيان والصناع والأجراء المتشغلين بأكسابهم خلافاً لمن قال : يسهم لهم ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَخْرُوجُوا يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَنْتَعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَأَخْرُوجُوا يقاتلون فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(١) ففرق بين حكميهما ولأنه لم

يحصل منه الذى يستحق به السهم وهو القتال أو المعاونة ؛ لأنه إنما حضر لغرض نفسه ويخدمه من استأجره وأما إن قتل أسهم له خلافاً لمن قال : لا يسهم له لأنه ممن خوطب بالجهاد وقاتل فيه ، والقتال سبب للغنيمة فليس إجارة نفسه تمنعه السهم إذا قاتل كالذى يحج ومعه تجارة أو يؤاجر نفسه للخدمة إن ذلك لا يمنع صحة الحج .

وقال أبو الحسن بن القصار : والأجير إذا خرج للجهاد والإجارة بغير خدمة كالخياط فله سهمه حضر القتال أم لا .

وقال سحنون فى « كتاب ابنه » : يسهم للأعمى وأقطع اليدين والأعرج والمقعذ والمجذوم فارساً . والصواب فى الأعمى أن لا شيء له ، فإن كان يرى النبل دخل من جملة الخدمة الذين لا يقاتلون وكذلك أقطع اليدين لا شيء له وإن كان أقطع اليسرى أسهم له ، ويسهم للأعرج إن حضر القتال ، فإن كان ممن تحذر عن القتال لأجل عرجه لم يسهم له إلا أن يقاتل فارساً ، ولا شيء للمقعذ إذا كان راجلاً وإن كان فارساً يقدر على الكرّ والفرّ أسهم له .

وكل من تقدم ذكره ألاّ يسهم له يجوز أن يجزى ويسهم للأعرج والضعيف العقل - يريد : إذا قاتل - ولا يسهم لعبد ولا لامرأة ولا لصبي لأن فرض الجهاد ساقط عنهم ، ولا بأس أن يرضخ لهم للمعاونة الحاصلة منهم .

وكذلك فى « المدونة » فى الأجير والتاجر أنه إن قاتل أسهم له .

يريد : أن التاجر إنما خرج للتجارة خاصة فهذا إن قاتل أسهم له وإن لم يقاتل فلا يسهم له ، ويصير كالأجير وإنما كان خروجه للغزو غير أن معه تجارة فهذا يسهم له قاتل أو لم يقاتل .

قال سحنون : وإذا قاتل الأجير فله سهمه ويبطل من أجره بقدر ما اشتغل عن الخدمة .

قال بعض القرويين : وليس لمن استأجره أن يأخذ منه السهمان عوضاً عما عطل من الخدمة بخلاف أن لو أجر نفسه فى خدمة أخرى لأن ذلك قريب بعضه من بعض والسهمان ربما كثرت فكانت أكثر مما استأجره مراراً فإذا أسقط عنه حصة ما تعطل من الخدمة ، فلا حجة . والله أعلم .

ولأن القتال لا يشابه الخدمة ولا يقارب أجره لأن فيه ذهاب نفسه وإنما يكون من استأجره مخيراً عليه فيما تقارب أمره لأن ذلك العمل مستحق عليه لتقاربه والأول غير مستحق عليه لتباعده منه . والله أعلم .

قال في « كتاب ابن مزين » : إذا قاتل الأجير أسهم له كانت الغنيمة قبل القتال أو بعده ، وإن كان القتال مراراً فلم يشهد إلا مرة واحدة وعرف أنه حضر قسم له في جميع الغنيمة ، فإن لم يحضر سوى ذلك المرة .

وقال ابن نافع : لا يسهم له إلا أن يحضر أكثر ذلك .

قال يحيى : هذه أحسن إذا قاتل في الأكثر قسم له في الجميع وإذا قاتل مرة قسم له في الذي حضر فقط .

وقال ابن حبيب : أحسن ما سمعت أن من شهد العسكر من الغلمان الذين راهقوا أو أنبتوا أو بلغوا خمسة عشر سنة فإنه يسهم لهم قاتلوا أو لم يقاتلوا سبيلهم سبيل الرجال لأن النبي ﷺ أجاز ابن عمر يوم الخندق وزيد بن ثابت والبراء بن عازب وهم أبناء خمسة عشر سنة ، ورد ابن عمر يوم أحد وهو ابن أربعة عشرة سنة ، وأجاز أبو بصرة الغفاري وعقبة بن عامر يوم فتح الإسكندرية غلاماً قد أنبت .

قال ابن حبيب : فإذا بلغ هذا الحق بالبالغين وما كان دون ذلك مثل أربع عشرة سنة وما قاربها فإن قاتل أسهم له ، وإن لم يقاتل فلا شيء له .

وذكر أبو محمد حديث ابن عمر هذا قال : وقيل : عرض يوم بدر وهو ابن ثلاثة عشرة سنة فلم يجزه وعرض يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فأجازه ، وقيل : إن هذا أصح .

قال أبو محمد : وهذا يدل على أنه لم يراع عليه السلام فيه البلوغ إذا لم يكشف عن ذلك وإنما أجازة إذ رأى فيه طاقة القتال في رأى العين والله [ق / ٦٣ / ٢ ب] أعلم ، لا على أن ابن خمس عشرة سنة له حكم البالغ وإن لم يبلغ .

قال عبد الوهاب : إذا راهق الصبي وأطاق القتال أسهم له خلافاً لأبى حنيفة والشافعي لحديث سمرة بن جندب قال : « كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الأنصار فيلحق من أدرك منهم فعرضت عليه عاماً فردني وألحق غلاماً ، فقلت : يا

رسول الله ألحقته ورددتني ولو صارعني لصرعته ، قال : فصارعني فصرعته فألحقني»^(١).

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : ولأنه وجد فيه ما لم يوجد فى البالغ من القتال والمكايدة للعدو وهو الجيش الذى يسهم له .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمة الله عليه : ومن خرج غازياً فلم يزل مريضاً حتى شهد القتال وحازوا الغنيمة فله سهمه وكذلك لو شهد القتال بفرس رهيص فله سهمه .

قال ابن حبيب : بخلاف الحطيم والكسير .

ابن سحنون : قال مالك : يسهم للفرس الرهيص والرجل المريض .

وقال مالك : ما كل من حضر يقاتل ولا كل فرس يقاتل عليه .

وروى عنه أشهب وابن نافع : أنه لا يسهم له ، وبالأول أخذ سحنون .

قال سحنون : وإن دخل بدار الحرب بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر أو مهر صعب فهو راجل ولم يكن للإمام أن يجيزه .

قال : وإذا دخل بفرس صغير فأقامه حتى صار كبيراً يقاتل عليه فله من يومئذ سهم فرس لا فيما قبل ذلك .

ومن « كتاب ابن المواز » : ومن دخل دار الحرب فلم يبلغ العسكر حتى مرض يخلفوه فى الطريق لعله يفيق فلحق بهم فقاتلوا وغنموا ورجعوا فله سهمه ، وكذلك إن كان تخلفه فى بلد الإسلام قبل أن يدركه فى بلد الحرب فله سهمه .

ابن المواز : ولو بعث الأمير قومًا من الجيش قبل أن يصل إلى بلد العدو فى أمر من مصلحة الجيش من حشد أو إقامة سوق أو غير ذلك فاشتغلوا فى ذلك حتى غنم الجيش فلهم معهم سهمهم .

وقد قسم النبى ﷺ لعثمان يوم بدر وقد خلفه على ابنته وقسم لطلحة وسعيد بن

(١) أخرجه الحاكم (٢٣٥٦) ، والطبرانى فى « الكبير » (٦٧٤٩) ، والبيهقى فى « الكبرى »

(١٧٥٨٨) ، والطحاوى فى « شرح المعانى » (٤٧٥٨) ، وأبو نعيم فى « رياض الأبدان »

(١) . قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

زيد وهما غائبان بالشام [ق / ٩٨ / ٢ أ] .

قال سحنون : وكذلك روى ابن وهب وابن نافع عن مالك ، وروى عن مالك : لا شيء له إن بعثه الإمام في بعض مصالح المسلمين ثم غنموا بعده ، وبالأول أقول .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : قال مالك في المراكب تصل إلى أرض العدو ثم يرد بعضها الريح إلى بلد الإسلام ولم يرجع أهلها من قبل أنفسهم : فإن لهم سهمانهم مع أصحابهم الذين وصلوا إلى أرض العدو وغنموا .

ابن المواز : قال مالك : وإن خرجت مراكب من مصر غزاة فاعتل منها مركب فتخلفوا لإصلاحه فخافوا لما بقوا وحدهم فرجعوا إلى الشام فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم وكذلك لو مرضوا فرجعوا أو انكسر مركبهم فرجعوا إلى الشام خوفاً فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم .

قلت : فإن أسهم لهم فأعطوهم ؟ قال : فلا يرجع عليهم وقد فات ذلك وأنفقوه .

قلت : فلو ولجوا بلاد العدو وجاوزوا فتريس ثم عرض لهم ما عرض فرجعوا إلى الشام خوفاً من العدو حتى رجع الجيش .

قال : هذا عذر إذا بان خوفهم ، فهذا مشكل ، ويسهم لهم .

قال ابن المواز : الرجوع عند مالك أشد إلا رجوع يتبين فيه العذر ولا يكون رجوعهم رغبة عن أصحابهم .

قال عبد الملك : فكل رجوع كان بأمر غالب فهو كمن لم يرجع وكالسرائيا يغنم بعضهم دون بعض فذلك بين الجميع ولواليتهم معهم سهمه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو ضل رجل من العسكر فلم يرجع حتى غنموا فله سهمه كقول مالك في الذين ردتهم الريح .

قال عنه أصبغ : وكذلك لو ضل في بلاد الإسلام في الطريق قبل بلوغهم فله سهمه .

قال ابن سحنون : وروى ابن نافع عن مالك فيمن ضل عن العسكر حتى غنموا : أنه لا يسهم له .

وقال ابن نافع : له سهمه .

قال سحنون : واختلف في رجل ضل عن سرية فاجتمع مع آخر فقاتل معها فأخذ سهماً ثم اجتمع مع الأولى ، والذي أقول به : أنه يضم ما أخذه مع السرية الآخرة إلى ما غنم أصحابه ويقسموا ذلك كله .

وقد قال أشهب في الفرس المغصوب : أن سهميه للغاصب .

قال أبو إسحاق : فانظر هل يمكن أن يقال : إن الضال لا يسهم له ، أو يفرق بينهما بأن المغصوب منه له إجارة فرسه فقامت مقام ما يأخذه من السهام لو قاتل عليه .

وقد [ق / ٦٤ / ٢ ب] فرق محمد بين أن يغصب فرساً فيقاتل عليه إذا كان لمعين واختار خلاف قول أشهب وأنه كالضال . وأما أن يقاتل على فرس من الغنيمة . قال : فيكون له سهماً وعليه إجارة الفرس .

وانظر على هذا في الخيل الموقوفة في سبيل الله فينبغي أن يكون سهمانها لمن قاتل عليها ؛ لأن موقفها على هذا وقفها ، والله أعلم .

ومن « كتاب ابن سحنون » : وإذا أسر رجل وغنموا بعده ثم انفلت فجاءهم فما غنموا في القتال الذي أسر فيه أو بسبب ذلك اللقاء فله فيه سهمه رجوع أو لم يرجع وما غنموا في قتال مؤتلف فلا شيء له فيه إلا أن يأتي فيدخل فيما غنموا بعد مجيئه .

كأنه رأى أن أسره كموته لتعذر خلاصه ففرق بينه وبين من ضل لأن هذا لم يهلك ولا أيس من رجوعه إليهم . والله أعلم .

ابن المواز : قال مالك : ومن مات قبل القتال فلا سهم له وإن مات بعد القتال وقبل الغنيمة فله سهمه ولو كانت غنيمة بعد غنيمة فما كان متتابعاً فله سهمه في الجميع مثل أن يفتتحوا حصناً فيموت ثم يفتتحوا آخر على جهة الأمر الأول .

قال أصبغ : وأما إن رجعوا قافلين ونحو ذلك من انقطاع الأمر الأول فلا شيء له فيما استؤنف بعده ، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم .

قال سحنون : كلا أعرف هذا ، وإنما له سهمه فيما وقعت فيه المناشبة قبل موته فأما ما ابتدئ قتاله من الحصون بعد موته فلا شيء له فيه ولو كان للمدينة أرباض ولها أسوار فمات أو قتل بعد أن أخذوا في قتال المدينة ففتح الرض الأول وصار الكفار في الرض الثاني ثم فتح الثاني وانتقل العدو للثالث وتمادى الناس في قتالهم في غير فور واحد حتى فتحوا المدينة فهذا قتال واحد ولن مات في أول القتال سهمه في جميعه .

فيما غنمه العبد وحده

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : في عبد أبق إلى أرض الحرب ، فخرج بعبيد استألفهم .

قال عيسى : على أن يكونوا له عبيداً ، قال ابن القاسم : فالرقيق لسيد العبد ولا خمس فيهم ، وكذلك لو استألفهم حر ، فخرج بهم كانوا له ولا خمس فيهم . قال : فإن قال [الرقيق]^(١) : إنما خرجنا معه على أننا أحرار ، وأنكر ذلك الخارج بهم .

قال : أقول قولهم ، وعلى الإمام أن يفي لهم بعهد العبد أو يردهم إلى مأمَنهم ، فإن خرجوا بلا عهد فأمرهم إلى الوالى ، ولا يقبل قول العبد إلا أن يعلم أنه أخرجهم كرهاً أو يكونوا في حوزة في وثائق فهم عبيد له .

قيل : فإن ادعوا أنهم أوثقهم في بلد الإسلام ؟

قال : إن استدل على صدقهم بسبب ظاهر فالقول قولهم ، وإن لم يعرفوا عند خروجهم إلا في وثاقه فهم له عبيد .

قيل : فالعبد يخرج متلصصاً إلى أرض العدو فيغنم .

قال : يخمس ويكون فضل ذلك له .

والفرق بين العبد المتلصص والآبق : أن الخمس لا يكون إلا فى تعمد الخروج لإصابته ما أوجف عليه ، فالمتلصص قد خرج لهذا والآبق لم يخرج للإصابة ولا للقتال .

قيل : فإن خرج حرّ وعبد متلصصين فغنما .

قال : يخمس ما أصابا ثم يقسم بينهما ما بقى ، وإن كان لا يسهم للعبيد فى الغزو فالمتلصص مخالف للعبد .

قيل : فإن كان حرّ وذمى خرجا تلصصاً فغنما .

قال : يقسم بينهما ثم يخمس سهم المسلم الحر .

وقال سحنون : فى العبد والحر يقسم بينهما ثم يخمس سهم الحرّ خاصة كالمسلم والذمى .

فيما ينتفع به قبل القسم من طعام أو غيره ، وما يفضل ،

وما لا يكون غلواً ، وفيمن غلّ

روى ابن وهب : أن معاذ بن جبل قال : كان الناس بعهد رسول الله ﷺ يأكلون مما غنموا من ماشية ولا يبيعونها وإذا لم يحتاج إليها قسمها رسول الله ﷺ وأخذ منها الخمس^(١) .

وقال فى حديث آخر : « أن رجلاً وجد مزود فيه شحم من شحوم يهود خيبر فمنعه صاحب المغانم . فقال له رسول الله ﷺ : « خل بينه وبين جرابه يذهب به إلى أصحابه »^(٢) .

قال غيره : ولم ينقل أنه ﷺ أنكر عليهم ولا أحد من الأئمة [ق / ٩٩ / ٢ أ] بعده ، ولا أنهم تشاحوا فى طعام ولا علوفة ، ووصى أبو بكر الصديق - رضى الله عنه - بذلك يزيد بن أبى سفيان ، وقال : لا تذبحنّ شاة إلا لمأكلة .

ومن « المدونة » : قال مالك [ق / ٦٥ / ٢ ب] : وسنة الطعام والعلف فى

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

أرض العدو أنه يؤكل ويعلف منه الدواب ولا يستأذن فيه الإمام ولا غيره .

ابن وهب : قال مكحول وسليمان بن موسى : إلا أن ينهى عنه الإمام فيترك لنهى الإمام ولا يترك لغير ذلك .

ابن حبيب : ولو نهاهم السلطان عن إصابة ذلك ثم اضطروا إليه لكان لهم أكله .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمة الله عليه : والبقر والغنم أيضاً لمن أخذها مثل مالطعام يأكل منها ويتنفع بها ، وقال رسول الله ﷺ لنفر من العسكر أصابوا غنماً كثيرة : « لو أطعتم إخوانكم منها » قال : فرميناهم بشاة شاة حتى كان الذى معهم أكثر من الذى معنا ^(١) .

قال معاذ : وإذا لم يكن المسلمون محتاجين إلى أكل الماشية فليتبع ويكون ثمنها مغنماً ، وكتب به عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إلى صاحب جيش الشام يوم فتحت : أن دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيئاً من ذلك بذهب أو فضة فقد وجب فيه خمس الله تعالى وسهمان المسلمين .

سحنون : وقاله فضالة بن عبيد ، قال ابن القاسم : وإذا ضم الوالى ما فضل من ذلك إلى المغنم ثم احتاج الناس إليه فلا بأس أن يأكلوا منه بغير أمر الإمام .

قال مالك : ومن أخذ طعاماً فاستغنى عنه فليعطه إلى أصحابه بغير بيع ولا قرض .

قال ابن القاسم : فإن أقرضه فلا شيء على المستقرض .

قال بعض أصحابنا : فإن جهل فرده إليه من طعام يملكه فليرجع بما دفع إن كان قائماً ، وإن أفاته المدفوع إليه فلا شيء عليه كمن عوض من صدقة وظن أن ذلك يلزمه أنه يرجع فى عوضه إن كان قائماً ، وإن فات فلا شيء له ؛ لأنه سلطه عليه .

قال بعض المتأخرين من شيوخنا القرويين : المسأتان مفترقتان لأن الأولى إنما دفع إليه العوض بطوعه . والأول أصوب وإن ردّ إليه هذا من طعام أهل الحرب فلا شيء للدافع منه كان ذلك قائماً أو فائتاً .

(١) أخرجه سعيد بن منصور (٢٧٣٨) ورجاله ثقات .

ومن « المدونة » : قال ابن وهب : وما فضل معه من طعام أهل الحرب بعد أن رجع إلى بلده ، فقال ابن القاسم وسالم : يأكله . وكرها بيعه .

وقال بعض الصحابة : كنا نأكل الجزور في الغزوة ولا نقسمها حتى إن كنا نرجع إلى رحالنا وأخرجنا منها مما له .

ابن القاسم : قال مالك : وإذا خرج إلى بلده ومعه منه فضلة أكله إن كان يسيراً أو يتصدق بالكثير .

ابن المواز : يتصدق منه حتى يبقى اليسير فيكون له أكله مع أهله .

ومن « المدونة » : قال سليمان بن موسى : لا بأس أن يحمل الرجل إلى أهله من بلد العدو الطعام مثل القديد وغيره فإن باع ذلك بعد بلوغه إلى أهله صار مغنماً .

قال مالك : وإذا أخذ هذا عسلاً وهذا لحماً وهذا طعاماً فتبادلوه ويمنع أحدهم صاحبه حتى يبادل به فلا بأس به وكذلك العلف .

ابن المواز : وذكر أشهب أن مالكا كرهه .

ابن حبيب : وكره بعضهم التفاضل بين القمح والشعير في هذا ، وخففه آخرون ، وهو خفيف لأن عليهم المواساة فيه بينهم .

قال : ومن جهل فباع بثمن واشترى جنساً آخر من الطعام فهو مكروه لأنه إذا صار ثمناً ابتغى أن يرجع مغنماً بخلاف المبادلة .

ومن « المدونة » : قال مالك - رحمة الله عليه : ولا بأس بما يأخذون من جلود يعملونها نعالاً أو خفافاً أو لأكفهم أو لغير ذلك من حوائجهم .

قال : وللرجل أن يأخذ من المغنم دابة يقاتل عليها أو يركبها إلى بلده إن احتاجها ثم يردها إلى الغنيمة .

قال ابن القاسم : فإن كانت الغنيمة قد قسمت باعها وتصدق بثمنها ، وكذلك إن احتاج إلى سلاح يقاتل به أو ثياب من الغنيمة يلبسها حتى يرجع إلى أهله وذلك بمنزلة الدابة .

وروى عليّ وابن وهب : أن مالكا قال : لا يستفح بدابة ولا بسلاح ولا ثوب

ولو جاز ذلك لجاز أن يأخذه دنائير يشتري بها .

قال بعض الرواة ما قال ابن القاسم واستحسنوه ، ورآه صواباً .

قال ابن القاسم : ولو جاز الإمام هذه الثياب أو هذه الجلود ثم احتيج إليها فلهم أن ينتفعوا بها كما كان ذلك لهم قبل أن يحوزها الإمام .

قال ابن القاسم : وكلما أذن في النفع به من المغنم فبيع فإن ثمنه يرجع مغنماً ويخمس .

فصل

قال مالك : ومن نحت سرجاً أو برى سهماً أو صنع شجياً ببلد العدو فهو له ولا يخمس .

سحنون : معناه : إذا كان يسيراً .

وقيل : إن كان له قدر أخذ إجارة ما عمل والباقي يصير فيئاً .

وكذلك في « كتاب ابن المواز » .

ومن « المدونة » [ق / ٦٦ / ٢ ب] : قال مكحول : إلا أن يجده مصنوعاً فيدخل في المغنم ، وإن كان يسيراً .

ابن وهب : وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله : وما اكتسبه الرجل في أرض العدو من صيد طير أو حيتان أو صنعه عبده من الفخار فهو له وله أكل ثمنه وإن كثر .

وقال عيسى عن ابن القاسم : ما صاده الرجل من الحيتان والطير فلا شيء عليه في أكله وإن باع منه شيئاً جعل ثمنه في المغنم .

ابن حبيب : كلما صنعه بيده من سرج أو سهم أو مشجب أو قدح أو قصعة وشبه ذلك ، فله إخراج ذلك كله لمنفعة أو بيع ولا شيء عليه في ثمنه وإن كثر . هذا قول القاسم وسالم .

قال ابن حبيب : وأما ما وجد مصنوعاً في بيوتهم فلا يستأثر به وإن دق .

قال : وكذلك ما صاد بأرضهم من طير ووحش وحوث فهو أحق به وبثمنه وله

الخروج به إلى أهله ومواساته به أحبّ إلىّ ، وليس بلازم وهو شيء لم يملكه العدو .
وأما البزاة وما يصاد به مما يعظم قدره فليرده في المغنم وإن باعه رد الثمن .

وهذا قول كثير من التابعين ومالك وأصحابه ، إلا ابن القاسم ، فقال : كلما
نض ثمنه من هذا صار مغنماً .

ابن حبيب : والكلب الصائد يباع في المقاسم وإن لم يوجد له ثمن أخذه من
شاء أو يقتل كغير الصائد .

وفي « العتبية » : قال ابن كنانة وعبد الملك في كلب الصيد : إنه يباع ويجعل
ثمنه في المغنم .

وقال ابن القاسم وأصبع : لا يباع وهو داخل في النهى وليس القضاء بقيمته
كابتداء يبعه وليقتل أو يترك لمن يأخذه .

أصبع : يقتل إن كان كثير الثمن أحبّ إلىّ .

فصل

قال عبد الوهاب : ويعاقب من غلّ وذلك تأديباً له ، وقد قال ﷺ : « الغلول
[ق / ١٠٠ / ٢ أ] عار ونار وشنار على صاحبه » ^(١) وروى أن رجلاً مات فدعا
النبي ﷺ ليصلى عليه فامتنع وقد قال : « صلوا على صاحبكم فإنه قد غلّ » ففتشوا
رحله فوجدوا خرزات لا تساوى درهمين .

قال : ولا يقطع لأنه خائن ، وقد قال ﷺ : « لا قطع على خائن » ^(٢) . ولا
يحرم سهمه لأنه قد استحقه بحصول سببه من القتال والحضور .

(١) أخرجه مالك (٩٧٧) ، والطبراني في « الأوسط » (١٨٦٤) ، وعبد الرزاق
(٩٤٩٨) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٢٧١٢) من حديث عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده . وأخرجه ابن ماجه (٢٨٥٠) من حديث عبادة بن الصامت
رضى الله عنه . قال الألباني : حسن صحيح .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٢) ، والترمذي (١٤٤٨) ، والنسائي (٤٩٧١) ، وابن ماجه
(٢٥٩١) ، والدارمي (٢٣١٠) ، وأحمد (١٥١١٢) ، وابن حبان (٤٤٥٧) ، والبيهقي
في « الكبرى » (١٧٠٦٧) من حديث جابر رضى الله عنه . قال الترمذي : حسن
صحيح .

وقال الألباني : صحيح .

وقوله عليه السلام : « من رأيتموه غلّ فأحرقوا سهمه وأحرقوا رحله » ^(١) إنما كان ذلك على وجه التغليظ .

ابن المواز : قال مالك : إن ظهر عليه قبل أن يتوب أدب وتصدق بذلك إن افترق الجيش وإن لم يفترق رد في المغنم .

قال ابن القاسم في « العتبية » : وإن جاء تائباً لم يؤدب .

قال سحنون : كالزنديق والراجع عن شهادته قبل أن يعثر عليه .

وقال مثله ابن حبيب ، قال : وإن انفصل منه عند الموت فإن كان أمراً قريباً ولم يفترق الجيش فهو من رأس ماله وإن كان أمراً قد طال أخرج من ثلثه .

فيما ضعف المسلمون عن حمله من الغنيمة أو من أموالهم من ماشية أو دواب أو متاع أو غير ذلك

قال مالك - رحمه الله عليه : وما ضعف المسلمون عن النفوذ به من بلدهم من ماشية ودواب أو متاع مما غنموه أو كان من متاعهم أو قام عليهم من دوابهم فليعرقوا الدواب ويذبحونها وكذلك جميع الماشية ولا تترك للعدو وينتفع بها ، وأما المتاع والسلاح فإنه يحرق .

قال ابن القاسم : ولم أسمع من مالك في الدواب أنها تحرق بعد ما عرقت .

ابن حبيب : قال المصريون : تعرق أو تذبح أو يجهز عليها .

وقال المدنيون : يجهز عليها وكرهوا أن تذبح أو تعرق .

ابن حبيب : وبه أقول لأن الذبح مثلة والعرقبة تعذيب ، وقد جاء النهي عن تعذيب الحيوان أو يعذب بعذاب الله وهو النار .

قال : ويكره تحريق النحل وتغريقها لنهي ﷺ عن تعذيب الحيوان إلا للمأكلة ، ونهى عنه على بن أبي طالب - رضى الله عنه - ولأنها تنتقل إلى ديارنا كحمام الأبرجة فإن كانت بموضع يكثر نفعهم بها ويؤذيهم تلفها جاز ذلك فيها لأنها ليست بأعظم حرمة من الخيل والأنعام .

وبأثر كلام لأصبغ قيل : فإن أراد أخذ العسل بخلاف أن تلدغه النحل فيريد أن يغرقها حتى تهلك قال : لا بأس بذلك .

وبأثر كلام أبي إسحاق : ولا ينبغي أن يترك من الغنيمة ما له قدر كالجواهر وشبهه وليترك إذا عجزوا عن حمله ولا ثمن له كثير ويؤخذ ماله الأثمان .

ابن حبيب : وما عجز الإمام عن حمله من الأثاث والمتاع ولم يجد له ثمنًا فلا بأس أن يعطيه لمن شاء ، فإن لم يجد من يأخذه فليحرقه وإن لم يحرقه ثم حمله أحد فلا خمس عليه فيه ولا قسم ، وكذلك من أعطاه له الإمام .

قال : ومن اشترى رقيقًا من السبي فعجز [ق / ٦٧ / ٢ ب] عن حملهم فتركهم ثم أخذهم أحد من أهل هذا الجيش أو ممن دخل من غيرهم فإن تركهم الأول في حوز الإسلام فهم له ويغرم للجائى بهم أجر مؤنتهم ومن كان فيهم من عجز أو شيخ فهم أحرار ؛ لأن ترك مثلهم كالتحرير لهم . قاله من أرضاه .

وقوله في العجز والشيخ ليس على الأصل ولا يكونون أحرارًا إلا أن يتركهم على ذلك .

قال ابن حبيب : وإن تركهم في حوز العدو فهم لمن جاء بهم ولا عتق للشيخ منهم لأنه لم يخلهم وهو يملكهم ملكًا تامًا . وهذا أيضًا ليس على الأصل وكيف لا يملكهم ملكًا تامًا وهو له أن يطاء ويبيع ولو أعتق لم يكن له فيه الرجوع وقد قال محمد عن أشهب : فيمن اشترى شيئًا من السبي فعجز عن بعضه فتركه فدخلت خيل أخرى فأخذته فهو لصاحبه الأول .

محمد : صواب ما لم يكن رقيقًا أعتقهم فتركهم على العتق .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يستعان بالمشركون في القتال لقوله - عليه السلام : « لن أستعين بمشرك » ^(١) ولأن الأنصار قالوا يوم أحد : ألا نستعين

(١) أخرجه مسلم (١٨١٧) ، والترمذي (١٥٥٨) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٧٦٥٥) ، والنسائي في « الكبرى » (١١٦٠٠) من حديث عائشة رضى الله عنها .

بحلفائنا من يهود ؟ فقال الرسول - عليه السلام : « لا حاجة لنا فيهم » .

قال ابن القاسم : ولا بأس أن يكونوا نواتية أو خدماً .

يريد : لأن النهى إنما ورد فيما يستعان بهم في القتال .

قال ابن حبيب : في الزحف والصف وشبهه فأما في هدم حصن أو رمى

بالمجانيق أو صنعة أو خدمة فلا بأس به من رميهم بالمجانيق قتال .

ابن حبيب : ولا بأس للإمام أن يقوم بمن سألته من الحربين على من لم يسأله

منهم بالسلاح ونحوه ، ويأمرهم بنكايتهم ولا بأس أن يكون من سألهم منهم بجذاء أو

عسكر وقربه ومارين له يقرون بظلم على من جار به منهم ما لم يكونوا في داخل

العسكر .

قال بعض المتأخرين : وكل هذا انتصار بالكفار ، والقرآن والحديث يؤيده .

جامع ما جاء في الأمان ومن يجوز أمانه أم لا

وقد أمر الله سبحانه ورسوله ﷺ بالوفاء بالعهد والأمان من ذلك ، وقال

الرسول - عليه السلام - : « ويجير على المسلمين أديانهم ويرد عليهم أقصاهم » ^(١) ،

وقال لأم هانئ : « قد أمتنا من أمتت يا أم هانئ » ^(٢) .

قال ابن حبيب : فأديانهم يقول الذي هو منهم من حر أو عبد أو امرأة أو صبي

يعقل الأمان فإنه يجوز أمانه ولا ينبغي للإمام أو غيره أن يغدره وليوف له بذلك أو

يرده إلى مأمته .

وقوله : « ويرد عليهم أقصاهم » أى : ما غنموا من أطوافهم فيجعل خمسة في

بيت المال .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : قال مالك : فأمان المرأة جائز وكذلك عندى

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٥١) ، وأحمد (٦٦٩٢) ، وابن خزيمة (٢٢٨٠) ، والبيهقى فى

« الكبرى » (١٢٧٠٨) ، وابن الجارود فى « المتقى » (١٠٥٢) من حديث عمرو بن

شعيب عن أبيه عن جده . قال الألبانى : حسن صحيح .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٦٣) ، والطبرانى فى « الكبير » (٢٤ / ٤٠٧) حديث (٩٨٩) من

حديث ابن عباس رضى الله عنهما . قال الألبانى : صحيح .

أمان العبد والصبي إذا كان يعقل الأمان .

قال غيره : إنما قال الرسول ﷺ في أم هانئ وفي ابنته زينب : « قد أمانا من أمنت » من بعد ما أنزل الأمان ، وقد يكون ذلك من إجازته هو النظر والحيطة للدين وأهله ولم يجعل ذلك أمرًا يكون بيد أدناهم لا خروج للإمام عنهم ولكن الإمام ينظر فيما فعل بالاجتهاد .

قال عبد الوهاب : وقاله عبد الملك .

فوجه الأولى : قوله ﷺ : « يجير على المسلمين أدناهم »^(١) [ق / ١٠١ / ٢] وهذا أمر عام ، وقد أجاز من أجازته أم هانئ وكذلك العباس مع أبي سفيان .

ووجه الثانية : أنه لا يؤمن أن يكون في ذلك ضرر على المسلمين فكان موقوفًا على رأى الإمام ، ولأنهم لو أرادوا استرقاق الأسارى أو الأمن عليهم ، وأما الإمام كان ذلك له فذلك الأمان .

وأصحابنا يحملون قول الغير هذا ليس بخلاف لمالك بخلاف ما تأول أبو محمد عبد الوهاب .

ومن « المدونة » : قال إسماعيل بن عياش : سمعت أشياخنا يقولون : لا جوار للصبي ولا للمعاهد فإن أجاز فالإمام مخير إن أحب أمضاه وإلا فليبعثه إلى مأمته . وقال الليث والأوزاعي في الذى يكون مع المسلمين فيعطى لمشرك أمانًا : فلا يجوز أمانه ويرد المشرك إلى مأمته .

قال سحنون : لا يجوز أمان الذمى بحال ، وأما الصبي فليس أمانه أمانًا إلا أن يجيزه الإمام للقتال فيصير له سهم ، فالإمام مخير في إجازة أمانه أو رده إلى مأمته ، فإن لم يجزه الإمام للقتال فأمانه باطل .

وذكر محمد في أمان المرأة والصبي والعبد مثل ما في « المدونة » قال : وأما أمان من ليس بمسلم فليس بشيء لأن النبى ﷺ قال : « يجير على المسلمين أدناهم »^(٢) يقول من هو منهم ، فإن أمنهم الذمى فلا أمان لهم وهم فيء . قاله مالك .

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

قال محمد : فإن قالوا : ظنناه مسلماً ، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم ، فقال مرة : هم فيء .

وقال أيضاً : يردون إلى مأمئهم .

محمد : وهو أحب إلينا ، وقاله ابن حبيب .

قال ابن المواز : ولو قالوا : علمنا أنه ذمى وظننا أن أمانه يجوز لزمته منكم كما يجوز أمان أدناكم من عبدكم وصغيركم . فلا أمان لهم وهم فيء ، وقاله ابن حبيب .

قال أبو إسحاق : في هذا مضعف ، والأشبه في هذا كله أن يردوا إلى مأمئهم لأن هذا فيه شك ولا تباح الدماء بالشك .

ابن سحنون : وإذا أمر أمير العسكر ذمياً أن يؤمن فأمر فذلك جائز وهو رسول ، وكان ينبغى [ق / ٦٨ / ٢ ب] أن يرسل مسلماً إلا أن يبعثه ليكلمهم بلغتهم ، وإن أمئهم الذمى عن رجل مسلم من العسكر ، فقال : قد أمئكم فلان المسلم ، أو قال : فلان ، فإن علموا أنه ذمى فلا أمان لهم لأنه لا أمان له على نفسه وكيف على غيره وهم فيء ، فإن قالوا : ما علمنا أنه ذمى ، فهي شبهة .

ابن حبيب : ولا ينبغى لأحد من الجيش أن يؤمن أحداً غير الإمام وحده ولذلك قدم .

وينبغى أن يتقدم إلى الناس بذلك ثم إن آمن أحد أحداً قبل نهيه أو بعد فالإمام مخير إما أمئته أو رده إلى مأمئته .

ابن سحنون : ولو قال الإمام لأهل الحرب : من دخل إلينا بأمان فلان أو بأمان أحد من المسلمين ، فهو ذمة لنا لا ندعه يخرج أو فهو رقيق ، فهو على ما قال وذلك نافذ ، وكذلك لو قال في حصار حصن : من خرج إلينا منكم بغير أمان الأمير فهو في أوساخ الذمى ، فهو كذلك .

ومن « المدونة » : وما روى أن عمر - رضى الله عنه - كتب به إلى سعيد بن عامر وهو يحاصر قيسارية : أن من أمئته منكم حر أو عبد من عدوكم فهو آمن حتى يرد إلى مأمئته أو يقيم فيكم فيكون على الحكم في الجزية ، وإذا أمئته في البعض من

تستعينون به على عدوكم من أهل الكفر فهو آمن حتى يرد إلى مأمنه أو يقيم فيكم ، وإذا نهيتم عن الأمان فأمن أحدكم أحداً منهم ناسياً أو عاصياً أو لم يعلم أو جاهلاً ردّاً إلى مأمنه ولا سبيل لكم عليه إلا أن يشاء أن يقيم فيكم فيكون على الحكم في الجزية ، وكذلك لو أشار أحد منكم إلى أحد أن هلم فإننا قاتلوكم فأتانا يظن أنه أمان ولم يفهم ما قال وكذلك إن جاءكم رجل منهم مطمئناً تعلمون أنه جاء متعمداً أو إن شككتكم فيه فلا تردوه إلى مأمنه واضربوا عليه الجزية ، ومن وجدتم في عسكريهم منهم لم يعلمكم بنفسه حتى قدرتم عليه فلا أمان له ولا ذمة واحكموا فيه بما هو أفضل للمسلمين .

قال سحنون في « كتاب ابنه » : قول عمر في هذا به يقول أصحابنا إلا قوله : « فإن شككتكم » فإنهم إذا قدروا عليه ولم يبينوا ذلك فهم فيء ورقيق للمسلمين .
وقول سحنون هذا خلاف لما في « المدونة » .

وقد قال مالك في الرومي يؤخذ وهو مقبل إلينا فيقول : جئت أطلب الأمان ، فهذا أمر مشكل ويرد إلى مأمنه .

فيصير في المسألة ثلاثة أقول : قول مالك هذا ، وقول عمر : أنه يضرب عليه الجزية ، وقول سحنون : إنه فيء .

ومن « كتاب ابن سحنون » وابن حبيب : وذكر حديث عمر فيمن يقول للمشرك : لا تخف ، ثم يقتله فمن فعل ذلك ضربت عنقه .

قال سحنون : قال مالك : ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه .

وقال ابن حبيب : قال مالك : ذلك تشديد من عمر ولا ينبغي أن يقتل .

قال ابن حبيب : وسمعت بعض أهل العلم يقول فيمن رمى مشركاً بالقتل فاتقاه المشرك ، فقال له المسلم : لا تخف أو لا بأس عليك ، ثم أسره فأراد قتله : فإن كان أراد ذلك بقوله : لا تخف تأمينه من الضربة لا من القتل فله قتله ، وإن أراد تأمينه من القتل فلا سبيل إلى قتله فإن قتله فعليه قيمته يجعلها في المغنم .

قال ابن سحنون : قال ابن وهب عن مالك : والإشارة بالأمان كالكلام وليتقدم الإمام إلى الناس في ذلك ، وذكر ما روى عن عمر في القاتل للعلاج : مترس ،

وهو بالفارسية : لا تخف .

قال سحنون : فهو أمان ، وكذلك إن نادوهم بالأمان بأى لسان من قبطية أو فارسية أو رومية أو غيرها فذلك أمان كان ذلك على لسان يعرفه العدو أو لا يعرفه .

فصل

قال سحنون : وأمان الخوارج لأهل الحرب جائز وكذلك الرجل حربى ولا ينكث ذلك الإمام حتى ينبذ إلى الحربين إن كانوا فى منعة وإلا فليبعثهم إلى مأمنهم ثم ينبذ إليهم إذا رأى ذلك وكان عنده على غير نظر وإن كان خوارج لهم منعة أمنوا قومًا حربيين على أن يخرجوا إليهم فيكونون معهم بدار الإسلام فقاتلوا فظهر على الجميع بعد قتال أو قتل فلا يستباح الحربيون بشيء ولا أخذ مال لأنه انعقد لهم أمان الكون بدار الإسلام فمن قتل منهم قتيلاً فليس له سلبه ، وإن كان الإمام قد نفل الأسلاب وليسوا كالحربين الذين أمنهم الخوارج على أن يخرجوا من دار الحرب ليقاتلونا معهم هؤلاء على أصل الحرب ولم يذكروا أمانًا فليس خروجهم أمانًا .

فصل

ومن « كتاب ابن المواز » وابن سحنون : قال أشهب : فمن شذ من سرية بدار الحرب فأسره العدو فلما حبسوا بالسرية طلبوا الأمان من الأسر فأمنهم ، فإن كان أمانًا على نفسه جاز أمنه ، وإن كان خائفًا لم يجز أمانه ، والأسير مصدق .
ابن المواز : وإن اختلف قوله أخذ بقوله الأول .

وقال سحنون : لا أرى أمانه أمانًا [ق / ١٠٢ / ٢ أ] ولا أصدقه أنه أمنهم غير خائف لأن المسلمين قدروا عليهم ، وهذا ضرر على المسلمين . وهل يقدم الأسير إذا طلبوا الأمان ألا يؤمنهم ؟

ابن المواز : قال ابن القاسم : إذا أمنهم عن نفسه بالقتل فلا أمان لهم ، وأما إن قالوا : نخليك وتأمنا ، فأمنهم فهو أمان جائز .

قيل له : إنه بأيديهم ويخاف إن لم يفعل قتلوه أو اغتتموه .

فقال : وما يدريه بأن أمانه جائز إن كان ذلك منه بعد أن أشرف [ق / ٦٩ / ٢ ب]

عليهم المسلمون ، ولو شاوروا أن ينفذوا قدروا على ذلك ويخلصوا .

ابن حبيب : إن هددوا بالقتل وقالوا : أئنا ونخليك . ففعل فلا أمان لهم إلا أن يخلوه بغير شرط ، فإن أمنهم وهو على نفسه آمن فذلك جائز ويقبل قول الأسير ، قاله من أرضاه .

وهذا الباب موعب فى كتاب أصحابنا وفيما ذكرنا منه كفاية وإن أسر العدو مسلماً ثم أمنوه على ألا يهرب لم يكن له أن يهرب ولذلك إن أعطاهم عهداً ألا يهرب وتركوه يتصرف لم يكن له أن يهرب للعهد ، وإن كان مكرهاً على العهد فإن ذلك يؤدى إلى الضرر بالمسلمين والتضييق على ما فى أيديهم من الأسارى ويرون المسلمين لا يوفون بعهد فإن خلوه على أن حلف بالطلاق أو العتق على ألا يهرب جاز له الهروب بخلاف الأول لأنهم فى مسألة العهد لم يجعلوا له الهرب بوجه ، وهذا جعلوا له ذلك ويقع عليه الطلاق والعتق وأيضاً يرون أنه أبا طلاق زوجته وعتق عبده على المقام ثم لا يلزمه ذلك ؛ لأنه مكره .

فى تكبير المربطين وفى الديوان والجعايل

قال مالك - رحمه الله : ولا بأس بالتكبير فى الرباط والحرس على البحر ورفع الصوت به الليل والنهار ، وأنكر التطريب .

ومن « كتاب الغصب » : قيل لمالك : إنا نكون فى الشغور فيقال نهى الإمام أن يحرس إلا بإذنى قال : ويقول أيضاً : لا تصلوا إلا بإذنى فلا يلتفت إلى قوله ، وليحرس الناس .

وفى الباب الأول ذكر فصل الرباط وثوابه مستوعباً .

فصل

قيل لابن القاسم : فما قول مالك فى الدواوين ؟

قال : أما مثل ديوان مصر والشام والمدينة مثل دواوين العرب فلم ير مالكا به بأس .

يريد : لا بأس أن يكتب به .

قيل : فإن تنازع رجلان فى اسم مكتوب فى العطاء بإعطاء أحدهما للآخر مالا على أن يبرأ له من ذلك الاسم .

قال ابن القاسم : فكذاك ما اصطلاحا عليه لا يجوز لأن الذى أعطى الدراهم إن كان هو صاحب الاسم فقد أخذ الآخر ما لا يحل له ، وإن كان الذى أخذ الدراهم هو صاحب الاسم لم يجز له لأنه لا يدرى ما باع قليل بكثير أو كثير بقليل لا يدرى ما مبلغ حياة صاحبه فهذا غرر لا يجوز .

قال أبو إسحاق : وإنما رأى أن الطعام خرج لزيد بن عمر بمائة دينار فجاء رجلا ن اسم كل واحد منهم زيد بن عمر فقال كل واحد منهم : أنا ذلك الرجل ولى يكون العطاء ، فإذا لم يعلم ذلك تحالفا وقسماء وأثبتهما السلطان جميعاً إن رأى ذلك أو أحدهما ، ولو كانت المائة إنما هى لخروجه وليست بعطاء من الأعطية الثابتة للناس لنظر السلطان فأيهما رأى أن يخرج ويعطيه المائة فعل ذلك وأثبتته وأسقط الآخر لأنها إنما تعطى لمكان خروجه ، فإذا لم يره أهلاً للخروج أخرج غيره ، والذى أراد فى الكتاب الأعطية الثابتة فلذلك لم يجز أن يزيد أحدهما صاحبه شيئاً وله أن يشتري أحد الزيادة التى زيدت فى العطاء لأنها مؤبدة ، وأما لو زيد فى العطايا فأراد رجل أن يشتري تلك الزيادة منه سنة أو أعطاه له كله سنة لجاز ذلك إذا سمى الإمام الخارجين فلا يجعل رجل ممن سماه الإمام لرجل آخر أن يخرج عنه إلا بإذن الإمام لأن الإمام يثق بخروج من سماه فقد يتأتى هو بمن هو دونه أو من لا يقوم مقامه ، أو يرى الإمام أن تسمية من سمى أولى عنده من خروج غيره ، وأما إذا قال : يخرج من البعث الفلانى مائة وأعطى بعضهم لبعض على أن يخرج عنه فقال للإمام : أنا أخرج جاز ذلك لأن الإمام لم يسم أحداً ولو قال : يخرج جملة أهل الصيفى ، فأراد بعضهم أن يجعل لمن بعثه فى الربيع ما جاز إلا بإذن الإمام لأنه قد عين من يخرج فلا يخرج غيرهم إلا بإذنه . وينبغى أنه إذا أتاه بمن يقوم مقامه ألا يكلفه الخروج إذ لا ضرر عليه فى ذلك وهذا جائز إلا لمن أوقف نفسه لهذا يلتبس الزيادة فمتى وجدها خرج فيكره ذلك .

قال الأوزاعى : أوقف عمر للصحابه الفىء وخراج الأرضين للمجاهدين ففرض منه للمقاتلة والعيال والزريعة فصار ذلك لها سنة بعده فمن أفرض فيه ونيته الجهاد فلا بأس به .

قال ابن محيريز : أصحاب الطعام أفضل من المتطوعة لما يروعون .

وقال مكحول : روعات البعوث تنفى روعات يوم القيامة .

فصل

قال مالك : ولا بأس بالجعايل فى البعوث لم يزل الناس يتجاعلون عندنا بالمدينة يجعل القاعد للخارج وربما خرج لهم الطعام وربما لم يخرج ، وقد ودى القاعد للخارج مائة دينار فى بعث فى أيام عمر .

قال ابن القاسم : هذا إذا كانوا أهل ديوان واحد لأن عليهم سد الشغور ، وإن جعل لمن ليس معه فى ديوان ليغزو عنه فلا يعجبني .

وقد كره مالك لمن فى السبيل كعسقلان ونحوها أن يؤاجر فرسه لمن يغزو به أو يرباط عليه فهو إذا أجر نفسه أشد كراهية .

قال ابن عباس : لا بأس بالطوى من ما حوز إلى ما حوز إذا ضمنه الإنسان .

وقال يحيى بن سعيد : لا بأس بالطوى أن يقول : خذ بعثى وأخذ بعثك وأزيدك كذا .

قال شريح : يكره من قبل أن يكتب فأما بعد الكتابة فجائز إلا لمن اكتتب [ق / ٧٠ / ٢ب] من حوز إلى حوز يريد : الزيادة فى الجعل .

قال أبو إسحاق : يريد : أن الخروج حضور أن ذلك فى هذه الخرجة وحدها ، وأما أن يقول له ولم يحضر الخروج : خذ بعثى وأخذ بعثك وما كان لى فهو لك وما كان لك فهو لى وأزيدك كذا ، فهذا الدين بالدين ولهذا المعنى كره أن يعتقد الطوى قبل الكتبة لعله يريد قبل حضور ما يأخذانه وحلوله فأما إذا كان لم يتقدم لهما كتبة فلم يجب لهما شيئاً يخرجان فيه فلا فائدة فى إعطاء أحدهما الآخر على شيء ليس هو ملزم به ولا مجبور عليه .

قال ابن عمر ومكحول : من أجمع على غزو فلا بأس أن يأخذ ما أعطى وأما من لا يخرج إلا لما يعطى فلا خير فيه .

قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : إن كان إنما يغزون من أجل الجعل فليس له أجر .

وقال الرسول عليه السلام: «للمتعجل أجر ما احتسب وللجاعل أجر الجاعل [ق/ ١٠٣ / ١٢] والمتعجل» ^(١) .

ومن « كتاب ابن سحنون » : قال مالك : لا بأس بالكراء فى الغزو إلى القفل من بلد العدو فيه الناس توسعة وكذلك على أن زوادهم إلى القفل لأن وجه غزوهم معروف .

قيل : وقد تختلف الطريق ويكون المقام نحو الشهر وأكثر وأقل .

قال: وجه ذلك معروف ، وإذا غزا رجل عن رجل من أهل ديوانه فأجره فالسهمان للذى استأجره، وقد نزلت عندنا فأفتى شيوخنا بذلك ، وكذلك حكى بعض أصحابنا عن بعض شيوخنا من القرويين .

(١) أخرجه الطبرانى فى «الكبير» (٢٥ / ٣٨) حديث (٦٩) من حديث ميمونة بنت سعد رضى الله عنها. قال الهيثمى : رواه الطبرانى ، وفيه من لم أعرفهم.

جامع ما جاء فى أخذ الجزية وقتال الخوارج

قال رسول الله ﷺ فى المجوس: «سَنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(١).

قال ابن حبيب: يعنى فى أخذ الجزية .

قال الزهري: روى أن النبى ﷺ صالح أهل الأوثان على الجزية إلا من كان من العرب .

وقال ابن وهب : لا يقبل من العرب إلا الإسلام إلا من دخل منهم فى ملة .

وقال سحنون: ما أعرف هذا فتؤخذ الجزية عن مجوس العرب وغيرها لقول النبى ﷺ فى المجوس: «سَنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(٢) .

وقد قال أشهب: فى الأمم كلها إذا بذلوا الجزية قبلت منهم .

قال أبو إسحاق : وما قاله أشهب هو ظاهر «المدونة» وهو الصواب لأن النبى ﷺ قال فى المجوس: «سَنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(٣) وهذا اللفظ عام ، وكل من لم يتمسك بكتاب فاسم المجوسية واقع عليه ، ولا فرق بين حال الكفر أنها راجعة إلى أن ذلك كفر ولا فرق بين عجمى وعربى .

ومن «المدونة»: قال مالك: وأخذ عثمان الجزية من مجوس العرب .

قال ابن القاسم : والأمم كلها عندى بمنزلة المجوس .

(١) أخرجه مالك (٦١٦) والشافعى (١٠٠٨) وأبو يعلى (٨٦٢) وعبد الرزاق (١٠٠٢٥) وابن أبى شيبه (٢ / ٤٣٥)، والبيهقى فى «الكبرى» (١٨٤٣٤) والقطيعى فى «جزء الألف دينار» (٢٤٧) والبرقى فى «مسند عبد الرحمن بن عوف» (٣٣) وابن الجوزى فى «التحقيق» (١٩١٥) والخطيب فى «تاريخه» (١٠ / ٨٨)، وابن عساكر فى تاريخه» (٥٤ / ٢٦٩) والبيزار (٩٤٤)، والشافعى (٢٤٣) وابن الأعرابى فى «المعجم» (٢٠٦٩) والنحاس فى «الناسخ والمنسوخ» (٢٤٤) وأبو عبيد فى «الأموال» (٦٩) وابن زنجويه فى «الأموال» (١٠٩) من حديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه . قال الألبانى: ضعيف .

(٢) تقدم .

(٣) تقدم .

وقد قال مالك في الغزاة وهم جنس من الحبشة: لا يقاتلون حتى يدعو إلى الإسلام. ففي قوله هذا إذا لم يجيبوا إلى الإسلام دعوا إلى إعطاء الجزية ويقروا على دينهم ، وكذلك الصقالبة والترك والأبر وغيرهم من الأعاجم ممن لا كتاب لهم .

قال ابن الجهم: تؤخذ الجزية لكل من دان بغير دين الإسلام إلى ما أجمع عليه من كفار قريش فلا جائز أن يجري عليهم ذل ولا صغار وهو إما الإسلام وإما السيف ، ولا يرخص لهم على المقام بالكفر بأداء الجزية .

وفى «كتاب القرويين»: أن قريشاً أسلمت كلها يوم الفتح فإذا وجد كافر منهم كان مرتدًا والمترد لا تؤخذ منه الجزية ؛ لأنه لا يسترق ، وهو الصواب .

فصل

قال مالك : ويستتاب أهل الأهواء من الإباضية والحرورية والقدرية وغيرهم فإن تابوا وإلا قتلوا إذا كان الإمام عدلاً .

وقال الرسول عليه السلام: «من غير دينه فاقتلوه» (١) .

وقال في قوم مرقوا بدعتهم: «يمرقون من الدين» (٢) .

فكان على بن أبي طالب أول من قاتلهم .

قال ابن القاسم: وإن خرجوا على إمام عدل فأرادوا قتاله ودعوا إلى ما هم عليه دعوا إلى السنة والجماعة فإن أبوا قوتلوا .

وسئل مالك عن أهل العصبية الذين كانوا بالشام .

فقال: أرى الإمام أن يدعوهم إلى الرجوع إلى مناصفة الحق بينهم ، فإن رجعوا وإلا قوتلوا .

قال أبو إسحاق: وظاهر هذا أنهم وإن لم يلبثوا بدارهم ولا دعوا إلى بدعتهم لمخالفتهم الإجماع وقدهم في الصفات وعند الفقهاء أنهم يتوارثون لقول النبي ﷺ «ويتماهى في الفرق» فكأنه أبقى لهم شيئاً فيكون قتلهم على هذا التأويل حداً كحد

(١) أخرجه البخارى (٦٥٢٤) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

(٢) أخرجه البخارى (٣٤١٤) ومسلم (١٠٦٤) من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه .

الزاني والزندق إذا ظهر عليه وأنكر وكنا نصلى عليه ونورثه .

وقد اختلف المتكلمون فى تكفيرهم بمآل قولهم الذى سد عليهم طريق المعرفة بالله تعالى، فقيل: يكفرون بذلك وعلى هذا لا يتوارثون ، وقيل: لا يكفرون بمآل قولهم لأنهم لم يقولوا، وهذا أظهر الفقهاء ، وإن كان قد أطلق بعض أصحابنا على من قال بخلق القرآن أنه كافر فهذا على القول الذى يكفر بمآل القول، وقيل: يضربون ويسجنون ولا يقتلون لا أن يبينوا بدارهم ويدعوا إلى بدعتهم وكذلك فعل على رضى الله عنه بالخوارج لم يقاتلهم حتى بانوا بدارهم ويدعوا إلى بدعتهم فقاتلهم وقتلهم، ولا تستباح نساؤهم ولا أموالهم ، وإذا تابوا وقد قتلوا وأخذوا أموال المسلمين ووطئوا النساء لم يقتلوا قصاصاً وما استهلكوا من الأموال فلا غرم عليهم فيه، وما كان قائماً أخذ من أيديهم ولم يحدوا فيما وطئوا لأنهم فعلوا ذلك بتأويل وعلى دين يرون أنه صواب فليسوا كالمحاريين ، ومن رمى منهم [ق/ ٧١ ٢ ب] امرأة بما استحلوا منها من وطء وقال لها: يا زانية، حدّ.

قال ابن الجهم : تؤخذ الجزية من كل من دان بغير الإسلام إلا ما أجمع عليه من كفار كما تقدم الكلام عليه .

ابن سحنون : قال سحنون فى الخوارج: إنما قوتلوا وقتلوا لبدعتهم، وسماهم النبى ﷺ «مارقين»، وقال: «ويتماهى فى الفرق»^(١) ولم يسمهم كفاراً.

وسن على بن أبى طالب قتالهم فما كان عنده من النبى ﷺ من العلم بهم فلم يكفرهم ولا سباهم ولا أخذ أموالهم وموارثهم قائمة ولهم أحكام أهل الإسلام فى ذلك ، وإنما قوتلوا بالسنة وبما أحدثوا من البدعة فكان ذلك كحدّ يقام وليس قتلهم يوجب تكفيرهم كما لم يوجب قتل المحارب تكفيره ولا قتل المحصن تكفيره وأموالهم لهم ولهم حكم المسلمين فى أمهات أولاد وعدد النساء والمديرين الوصايا ويردوا ما أخذ المسلمين إلى أربابه ولا يتعربوا بما سفكوا من دم ونالوا من فرج لا بقود ولا دية ولا صداق ولا حد وما لم يعرف ربه من الأموال وقف لأهله، فإن آيس منهم تصدق به .

ولم يثبت عندنا أن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أجاز الانتفاع بسلاح الخوارج ما دامت الحرب قائمة .

ومن « المدونة » : قال مالك رحمه الله فى الخوارج : إذا خرجوا فأصابوا الدماء والأموال ثم تابوا ورجعوا وضعت الدماء عنهم ويؤخذ منهم ما وجد بأيديهم من مال بعينه وأما ما استهلكوه فلا يتبعوا به ، وإن كانوا أولياء لأنهم متأولون بخلاف المحاربين أولياء إذا تابوا إنما يسقط عنهم حد الحاربة ولا يوضع عنهم من حقوق الناس شيء .

قال : ولا يصلى على القدرية والإباحية ، ولا تتبع جنازتهم ، ولا تعاد مرضاهم . [ق / ١٠٤ / ١٢] .

قال سحنون: أدباً لهم .

ابن وهب : قال ابن شهاب: هاجت الفتنة الأولى فرأى جماعة من البدرين إسقاط القصاص والحدود عن من قاتل فى تأويل القرآن فقتل ولا حد على امرأة سبيت ولا بينها وبين زوجها ملاعنة ويحد قاذفها وترد إلى زوجها الأول بعد أن تقضى عدتها من زوجها الآخر .

ابن وهب: ذكرت الخوارج واجتهادهم عند ابن عباس فقال ابن عباس: ليسوا بأشد اجتهاداً من اليهود والنصارى ثم هم يصلون ^(١) .

وإذا سبى الخارجى حرة فأولدها لحق الولد به إذ لا حد عليه فى ذلك لما عذر بالتأويل وكذلك إن سبى أمة فأولدها فلا حدّ عليه ويلحق به الولد ويكون حكمها حكم المستحقة من يد المشتري ويدخله الاختلاف الذى دخلها . وقاله بعض أصحابنا .

ابن وهب : قال أبو سعيد الخدري: بينما نحن عند رسول الله ﷺ وهو يقسم قسمًا إذ أتاه ذو الخويصرة رجل من بنى تميم ، فقال يا رسول الله ، اعدل .

فقال رسول الله ﷺ : « ومن يعدل إن لم أعدل خبت وخسرت إن لم أعدل » . فقال عمر: يا رسول الله ائذن لى أن أضرب عنقه . فقال : « دعه فإن له أصحاباً يحقر أحدكم صلاته مع صلاتهم وصيامه مع صيامهم يقرؤون القرآن لا يجاوز

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٨٦٦٥) وابن أبى شيبة (٥٥٦ / ٧) .

تراقبهم يرقون من الإسلام كما يرق السهم من الرمية ينظر إلى نصله فلا يوجد فيه شيء ثم ينظر إلى رصافه فلا يوجد فيه شيء - وهو: القدح - ثم ينظر إلى قذذه فلا يوجد فيه شيء سبق الفرث والدم آتيهم رجل أسود إحدى عضديه مثل ثدى المرأة أو مثل البضعة تدردر يخرجون على خير فرقة من الناس » .

قال أبو سعيد : ولقد شهدت على بن أبي طالب قاتلهم فأمر بذلك الرجل فالتمس ، فأتربه حتى نظرت إليه على نعت رسول الله ﷺ الذى نعت^(١) .

مسألة فى قتال الخوارج لمن أروها وقرأتها على شيخنا أبى الحسن القاضى فصولها:

قال سحنون : وافترض الله سبحانه قتال الخوارج فقال تبارك وتعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ﴾^(٢) فوجب على المسلمين بهذه الآية قتال الخوارج وأهل العصبية . وهذا إذا كان الإمام عدلاً ، وأما إن لم يكن عدلاً وخرج عليه عدل فعليهم الخروج مع العدل حتى يظهر دين الله ، وإن كان الخوارجى عند عدل وسعها العدول والوقوف إلا أن تراد [نفسها ومالها]^(٣) فادفع عن [نفسها ومالها]^(٤) وعن ظلم المسلمين إن قدرت وإن كانوا يظلمون الوالى الظالم فلا يجوز لها الدفع عنه ولا القيام عليه ولا يسعها الوقوف عن العدل كان هو القائم أو المقوم عليه .

ولا يجب على المسلمين قتال الفئة الباغية إلا مع الولاية إن رأوا الفساد ظاهراً ولا قيام لك بحق المسلمين إلا بالاجتماع والتولية على أنفسهم من يقوم بالحق ولا يكون الإمام إلا من قرئ لقوله ﷺ : « لا تكون الأئمة إلا من قرئ لأن الله لم يخل من قرئ عدلاً »^(٥) ومن قام من عند قرئ بالعدل والحق يدعو إلى العدل من قرئ

(١) تقدم .

(٢) سورة الحجرات (٩) .

(٣) فى أ: نفسك ومالك .

(٤) فى أ: نفسك ومالك .

(٥) أخرجه أحمد (١٢٣٢٩) والطيالسى (٢١٣٣) والطبرانى فى «الكبير» (٧٢٥) و«الأوسط»

(٦٦١٠) ، وأبو يعلى (٣٦٤٤) وابن أبى شيبه (٤٠٢/٦) والبيهقى فى «الكبرى» (١٦٣٨)

والنسائى فى «الكبرى» (٥٩٤٢) وأبو نعيم فى «الحلية» (٣/١٧١) ، وابن عساكر فى =

فحينئذ يجب على الناس نصرته وإن لم يدع فلا نصرة له على الناس .

قال ذلك مالك وغيره من أكابر أهل المدينة ، وإنما صنع مالك من القيام يومئذ لأنه لم يتم إمام عدل وليس يرى القيام إلا مع العدل إلا أن يدعوا القائم إلى العدل من قریش ، فهذه [ق / ٧٢ / ٢ ب] مذاهبنا ، وبالله التوفيق .

مسألة: روى عيسى عن ابن القاسم قال: سئل مالك عن الولي إذا قام عليه قائم يطلب إزالة ما بيده هل يجب علينا أن ندفع عنه غيره ؟

قال: أما مثل عمر بن عبد العزيز فيغنم ، وأما غيره فلا ودعته وما يريد منه ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا جَاءَ وَعْدُ أُولَاهُمَا بَعَثْنَا عَلَيْكُمْ عِبَادًا لَنَا أُولَىٰ بَأْسٍ شَدِيدٍ ﴾ (١) .

قال : وسئل مالك إذا بايع الناس رجلاً بالإمارة ثم قام آخر ودعى الناس إلى البيعة فبايعه بعضهم .

فقال: قد روى معاوية أن البائع الثاني يقتل .

وهذا عندي إذا كان الأول عدلاً وأما إن كان مثلها فلا ، فليس له بيعة إذا كانت بيعة على الخوف والبيعة للثاني إذا كان عدلاً وإلا فلا بيعة لهم على الخوف ، والبيعة للثاني إذا كان عدلاً وإلا فلا بيعة لهم تلزم .

قال مالك : ولا بد من إمام بر أو فاجر .

قال أبو إسحاق : والحديث الذي رواه معاوية أن النبي ﷺ قال : «إذا كان في الأرض خليفتان فاقتلوا أحدهما» (٢) .

= «تاريخه» (٢٠ / ٢٠٥) وابن أبي عاصم في «السنة» (٩٢٩) والداني في «السنن الواردة في الفتن» (٢٠٣) وأبو الفضل الزهري في «حديث الزهري» (٣٠٧) من حديث أنس رضي الله عنه . قال الألباني : صحيح .

(١) سورة الإسراء (٥) .

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٩ / ٣١٤) ، حديث (٧١٠) و«الأوسط» (٣٨٨٥) ، و«مسند الشاميين» (٢٧٧٣) من حديث معاوية رضي الله عنه . وأخرجه مسلم (١٨٥٣) من حديث أبي سعيد رضي الله عنه .

وقد بلغنى أنه كان يقال: لا تكرهوا الفتن فإن فيها حصاب المنافقين ، والله عز وجل أعلم.

وهذا باب جامع لوجوه شتى مما يتعلق بالجهاد

ومن «كتاب ابن حبيب»: روى أن النبى ﷺ كان يخرج فى سفره يوم الخميس باكراً ويرجع يوم الاثنين باكراً، إذا رجع، فيصلى ركعتين فى المسجد، ثم يحدث أصحابه ساعة، ثم يدخل (١).

وروى: أنه كان يصلى ركعتين قبل أن يخرج» وكان عليه السلام يبعث السرايا أول النهار».

وقال ابن مسعود: من خرج إلى سفر فليأت إخوانه يسلم عليهم ويرتجى بدعائهم ، فإذا قدم فليأتون .

وكان عليه السلام إذا استوى بعيره يريد سفرًا كبيرًا ثلاثًا وقال: «سبحان الله سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وإنا إلى ربنا لمنقلبون اللهم يسر لنا فى سفرنا هذا التقوى ومن العمل ما ترضى اللهم اطو لنا الأرض وهون علينا السفر واطو لنا بعده اللهم أنت الصاحب فى السفر والخليفة فى الأهل والمال اللهم إنى أعوذ بك من وعاء السفر وكآبة المنقلب وسوء المنظر فى الأهل والمال» (٢) وكان ﷺ إذا بعث جيشًا أو سرية يوصيهم فيقول: «اغزوا بسم الله وعلى عون الله وامضوا بتأييد الله بالنصر ولزم الصبر فأتوا فى سبيل الله ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ولا تجبنوا عند اللقاء ولا تمثلوا [ق / ١٠٥ / ١٢] عند القدرة ولا تشرفوا عند الظهور ولا تقتلوا هرمًا ولا امرأة ولا وليدًا ولا تغلوا عند الغنائم نزهاوا الجهاد عن عرض الدنيا وأبشروا بالربح فى البيع الذى بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم» (٣) وقال عليه السلام: «خير الصحابة أربعة

(١) عن كعب بن مالك قال: «لقلما كان رسول الله ﷺ يخرج إذا خرج فى سفر إلا يوم الخميس» أخرجه البخارى (٢٧٨٩).

(٢) أخرجه مسلم (١٣٤٢) وأبو داود (٢٥٩٩) والترمذى (٣٤٤٧) والدارمى (٢٦٧٣) وأحمد (٦٣٧٤) وابن حبان (٢٦٩٥) وابن خزيمة (٢٥٤٢) والنسائى فى «الكبرى» (١٠٣٨٢) والبيهقى فى «الكبرى» (١٠٠٩٦) والطيالسى (١٩٣١) وعبد بن حميد (٨٣٣) وعبد الرزاق (٩٢٣٢) من حديث ابن عمر رضى الله عنه.

(٣) تقدم.

وخير الطلائع أربعون وخير السرايا أربع مائة وخير الجيوش أربعة آلاف ولم تغلب اثنا عشرة ألفاً من قلة إلا باختلاف كلمتهم»^(١) ونهى عن الوحدة فى السفر وغيره وقال عليه السلام: «لا تمنوا لقاء العدو واسألوا الله العافية فإذا لقيتموهم فاثبتوا واذكروا الله تعالى»^(٢) وفى حديث آخر: «فإن صاحوا فعليكم بالصمت والسكينة ولا تنازعوا فتفشلوا وإذا لقوكم فاثبتوا وأكثروا ذكر الله تعالى وعليكم بالأرض وقولوا: اللهم أنت ربنا وربهم ونواصينا ونواصيهم بيدك وإنما أنت تغلبهم فاهزمهم بطولك ، فإذا غشوكم فقوموا وغضوا أبصاركم واحملوا على بركة الله تعالى»^(٣) وكان عليه السلام ينتهز إلى عدوه حين تزول الشمس وكان يقول: «اللهم منزل الكتاب ومجرى السحاب هازم الأحزاب اهزمهم لنا وانصرنا عليهم وزلزل بهم»^(٤) وفى «العتبية» : قيل لمالك : هل بلغك أن النبى ﷺ كان يتحرى قتال العدو بعد الزوال؟

قال : ما بلغنى ذلك وما كان قتاله يوم خيبر ويوم أحد إلا أول النهار .

فصل

قال ابن حبيب: ولم يزل الشعار من أمر الناس . قال ابن عباس : كان الشعار يوم بدر «يا منصور» ويوم حنين «هم لا ينصرون» يريد : شعارهم حين انهزموا يا حب سورة البقرة تحضيضاً .

فصل

ومن «العتبية» من سماع ابن القاسم : وينبغى لإمام الجيش ألا يعجل على أصحابه ويكون فى وسطهم . وقال أيضاً مالك فيه فى «الواضحة» : وينبغى أن يكون

(١) أخرجه أبو داود (٢٦١١) والترمذى (١٥٥٥) وأحمد (٢٦٨٢) والدارمى (٢٤٣٨) وابن خزيمة (٢٥٣٨) وابن حبان (٤٧١٧) والحاكم (١٦٢١) وأبو يعلى (٢٥٨٧) والبيهقى فى الكبرى (١٨٢٦٢) وعبد بن حميد (٦٥٢) والقضاعى فى مسند الشهاب (١٢٣٧) وتما فى «الفوائد» (١٠٩٧) وابن عدى فى «الكامل» (٢ / ٤٢٧) وابن عساكر فى «تاريخه» (٤٠ / ٣٧) من حديث ابن عباس رضى الله عنه قال الألبانى : صحيح .

(٢) تقدم .

(٣) تقدم .

(٤) أخرجه البخارى (٢٧٧٥) ومسلم (١٧٤٢) من حديث عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنه .

الإمام فى آخرهم حتى يتقدمه الضعيف ويلحق به المنقطع وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يفعل ذلك .

ابن حبيب: وأوصى عمر بن عبد العزيز صاحب الطائفة أن يركب أضعف دابة فى الجيش يضبط سيرها .

وقال عليه السلام: « عليكم بسير الليل وإذا سرتم فى الخصب فأمكنوا الدواب من أسنانها ولا تجاوزوا المنازل وإن سرتم بالجذب فعليكم بالريح وإياكم والتعريس فى جوار الطريق والصلاة عليها وإذا ضل أحدكم أو أخطأ فليتيامن فإذا أعيا فليهدوا وادنوا من الماء وأقلوا المكث فى المنازل » (١) .

فصل

وينبغى لإمام الجيش أن يوكل بالساقة رجلاً فى دخوله دار الحرب وفى خروجه يلحقون من تخلف ويقفون [ق / ٧٣ / ب٢] على الضعيف ومن معه دابة لا فضل فيها أمره بتركها فإن أبى نزعوها منه وتركوها وألحقوها بالناس ولا ضمان عليهم فيها وكذلك إن كان معه بقراً أو غنم أو اشتراها من الغنم فلم يقدر [أن يلحق بالناس فعلى أصحاب الساقة فعل ذلك إن خافوا على الرجل وإن تركوها وألحقوا ربها بالناس] (٢) ثم مرت بها سرية لحقوا العسكر بعد ساعة - أو يوم أو يومين فقام ربها فإن كان بقى خلف ربها بقية من المسلمين فليس لأهل الساقة أن يحولوا بينها وبين ربها، فإن فعلوا فهم ضامنون لما قتلوا أو هلك منها فإن فعلوا ذلك ولم يعلموا بمن خلفهم لم يضمنوا ولربها أخذها ممن قام بها من خلفه ويرد إليه ما أنفق عليها وإلا أسلمها إليه والقول قوله فيما يشبه من النفقة ، فإن اختلف فى مدة النفقة فقال المنفق: من وقت كذا ، وقال ربها: من وقت كذا: أو قال: لا أدري، فالمنفق مدع فإن جاء بالبينة وإلا فلا شيء له إلا ما أقر به ربها ولو أنفقوا عليها وهم يظنون أنها للعدو وغنيمة فلا رجوع لهم بالنفقة على ربها كما لو غنموا عبداً من أيدي العدو للمسلمين فلربه أخذه [بغير نفقة ولو قسمت أخذها بالثمن بلا نفقة لأنهم إنما أنفقوا على أموالهم والقياس

(١) أخرجه مالك (١٧٦٧) وعبد الرزاق (٩٢٥١) من حديث خالد بن معدان .

(٢) سقط من أ .

أن أخذه له قبل القسمة أن عليه النفقة لأنه يأخذه بغير ثمن ولو هلك كان منه ولو كانت له نحلة كانت لسيده، فمن منه الضمان فله الخراج وعليه النفقة كقولهم فيمن رد عبداً بغيب فلا رجوع له بالنفقة لأن ذلك كان في ضمانه وكان له خراجه فكذلك عليه نفقته ، وأما ما أنفق عليه بعد القسمة فلا رجوع لهم بالنفقة لأنهم أنفقوا على أموالهم وما كان ضمانه منهم .

فصل

قال ابن حبيب : اختلف فى قول الله سبحانه : ﴿الآن خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّكُمْ ضَعْفًا﴾ (١) الآية .

فقليل : وهم الأكثر يعني : ضعفاً فى العدد لا فى القوة والجلد فلا يحل أن يفر الرجل من رجلين ولا المائة من المائتين وإن كانوا أشد منهم سلاحاً وأظهر جلدًا وقوة إلا أن يكونوا بأرض العدو وموضع مادتهم فلهم حينئذ فى الانحياز عنهم والتولية منهم سعة .

وقيل : إنما ذلك فى القوة والجلد فلو أن مائة مسلم لقوا ثلاثمائة أو خمسمائة ليسوا مثلهم فى القوة والجلد لم يجز لهم التولية عنهم فإنما الضعف فى القوة لا فى العدد، وهذا قول ابن الماجشون وروايته عن مالك به أقوال .

وأنا أقول : إنما ذلك إذا تساوا أو تقاربوا فى العدة فتلقى المائة منا المعتدة بالسلاح والخيول مائتين من الشرك معدين مثل عدتنا أو قريباً منها، وأما إن تلقى مائة منا غير معدة مائتين منهم معدة فلا ، لأن الواحد المعد مكافآت عشرة غير معدين فإنما محمل الآية على الاستواء فى العدد والمقاربة فيه، والله أعلم .

قال ابن حبيب : لم يأخذ مالك بقول عمر : «أنا فئة لمن انحأ إلى» وهو بالمدينة وإنما ذلك إلى رأس الجيش وولاته .

قال ابن المواز : إنما الانحياز إلى وإلى جيشه الأعظم الذى دخل معه، وربما تكون سرية دون سرية فتنحاز المتقدمة إلى من خلفها ممن يليها ثم تنحاز إذا حازهما أكثر من

مثلهما إلى من يليهما حتى يبلغ الانحياز من الجيش الأعظم واليهما الأكبر .

وقال عبد الملك : والله أعلم بما يخرج من سخطه .

وقال عن مالك : لا يجوز الانحياز إلا من خوف بين وضعف من السلطان ولهم السعة أن يشبوا لقتال أكثر من الضعفين والثالثة وأكثر من ذلك ، وإن كانوا يجدون مصرفاً عنهم ، وقيل : فإن علموا أنهم يقتلون هل يشبوا .

قال : فأحب إليّ أن ينصرفوا عنهم إن وجدوا إلى ذلك سبيلاً فإن لم يجدوا فلهم أن يقاتلوا حتى يقتلوا .

فصل

وسئل ربيعة عن مدينة حاصرها العدو فضعفوا عن قتالهم وليس عندهم ما يكفيهم أخرجون لقتالهم أم يصبرون حتى يموتوا جوعاً ؟
قال : بل يخرجون للقتال أحب إليّ .

قال ابن سحنون : ولو بلغ بهم من الجوع حتى لا يقدرُوا على القتال فإن طمعوا [ق/ ١٠٦ / ١٢] أن فى الإخراج منجاة ومفاداه قد عرف ذلك من العدو فى غيرهم فليخرج إليهم وإن كانوا يقتلونهم فليصبروا للموت جوعاً .

وقال أبو إسحاق : لهم الخروج إلى القتل فلعل ذلك روح لهم . وقد اختلف فى المركب من المسلمين يلقى الروم عليهم النار هل يلقى الرجل نفسه ليغرق . ف قيل : ذلك له لأنه فر من موت إلى موت أيسر منه ، وعلى هذا إذا أيقن الإنسان بمثل هذه الأشياء التى هى تعذيب له وأيقن بالهلكة أنه يفر منها إلى موت هو أيسر منها فلا يكون قاتلاً لنفسه .

وقد قال ربيعة أيضاً : إن صبر فهو أكرم له وإن اقتحم فقد عوفى ولا بأس به إن شاء الله .

فصل

ابن المواز : وسئل عن الرجل بين الصغير يدعو إلى المبارزة ، قال : إن صحت نيته فلا بأس بذلك .

ابن حبيب : سمعت أهل العلم يقولون : لا بأس بالمبارزة وذلك على قدر النية ولا يكون ذلك إلا بإذن الإمام ، فرب ضعيف يقتل فيهز الناس ولا بأس أن يعضد إذا حيف عليه .

وقيل : لا يعضد لأنه لم يوف الشرط .

ولا يعجبنا لأن العليج إذا أسره يجب علينا أن يستنقذ [ق / ٧٤ / ب٢] إذا قدرنا ، وقد بارز يوم بدر حمزة وعلى وعبيدة بن الحارث بن عبد المطلب إلى عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة فبرز حمزة لعتبة فقتله وعلى للوليد فقتله وضرب شيبة رجل عبيدة فقطعها فكر عليه حمزة وعلى فاستنقذه من يده .

فصل

ومن «كتاب محمد بن عبد الحكم» : روى أن النبي ﷺ قال في قول الله سبحانه : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ ^(١) الآية ، أن القوة : الرمي .

قال ذلك ثلاث مرات وكان يعجبه الرجل أن يكون فارساً رامياً سابحاً .

ابن حبيب : وقال ابن عباس : القوة السلاح كله والعدة في سبيل الله .

وقال النبي ﷺ : «من تقلد سيفاً في سبيل الله ألبسه الله من وشاح الجنة» ^(٢) .

وكان يأمر بالفرس العربية ويكون الفارسية وأمر بالعمة وعم علياً بعمامة سوداء أسدل منها بين كتفيه وبعثه في سرية .

قال : ومن أعد عدة في سبيل الله كانت له في ميزانه كل غزاة ، وكتب عمر رضى الله عنه - إلى أهل حمص : «علموا أولادكم السباحة والرماية والغزو والاحتفاء بين الأعراض» .

وقال : اختفوا وتمعدوا واخشوشنوا وتعددوا واقطعوا الركب وانزوا على الخيل نزواً وارموا الأغراض وإياكم ولباس العجم البسوا الأزدي والأرضية وألقوا السراويلات

(١) سورة الأنفال (٦٠) .

(٢) أخرجه أبو يعلى (١٤٠) وابن شاهين في «الترغيب في فضائل الأعمال» (٤٤٧) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه وهو حديث واهٍ .

واستقبلوا حر الشمس بوجوهكم فإنها شاملة العرب واطرحوا الخفاف والبسوا النعال قال أسلم مولى عمر: رأيت عمر يمسك بأذن فرسه ثم يمسك بأذن نفسه ثم ينزو عليه .

وقال عليه السلام: «كل لهو يلهو به المؤمن باطل إلا في ثلاث : تأديب فرسه ورميه عن كبد قوسه وملاعبته امرأته فإنهن حق»^(١) .

وقال: «من ترك الرمي بعد أن تعلمه فقد عصاني» .

وروى أنه عليه السلام قال: «لهوان تحضرهما الملائكة: الرمي واستباق الخيل»^(٢)

وقال: «الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة»^(٣) وقال: «ارتبطوها فإن بطونها لكم كنز وظهورها عز ، وأصحابها معان عليها»^(٤) .

ونهى عن جذ نواصيها وأعرافها وأذنانها .

وقال: « مثل الذى يربط فرساً كمثل الصائم نهاره القائم ليله البسط بالصدقة

كفه فلا يقبضها »^(٥) الفضل فى رباط الخيل والترغيب فيها واللغة عليها كثير جداً ، وكره عليه السلام خص الخيل وشدد فى ذلك ونهى عنه ، وقال فى الخيل: «حضرها أصلبتها وسحبها ديباجها وجفرها جهاد وبارك فى الشقر ثلاثاً» .

وروى أنه قال: « خير الخيل الجرد » وكان يكره منها الشكيل ، وهو الذى برجله

اليمنى بياض وبيده اليسرى بياض أو فى يده اليمنى ورجله اليسرى ، وروى أنه قال:

« خير الخيل الأدهم الأرح الأثرم، المحجل ثلاثاً خلف اليمين فإن لم يكن أدهم

(١) أخرجه الطبرائى فى الأوسط (٧١٨٣) من حديث عمر رضى الله عنه بسند ضعيف .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه البخارى (٢٦٩٥) ، من حديث عروة بن الجعد وأخرجه البخارى (٢٦٩٤) ومسلم (١٨٧١) من حديث ابن عمر رضى الله عنه .

(٤) تقدم .

(٥) أخرجه أبو داود (٤٠٨٩) أحمد (١٧٦٥٩) والحاكم (٢٤٥٥) والطبرائى فى «الكبير»

(٥٦١٦) و«الأوسط» (٣٠٨٨) والبيهقى فى «الكبرى» (٦٢٠٤) من حديث ابن الحنظلية

رضى الله عنه . قال الألبانى: صحيح لغيره .

ونهى عن إنزاء الحمر على الخيل ، ونهى عنه عمر بن الخطاب رضى الله عنه .
وعمر بن عبد العزيز ، وقال عليه السلام : «والخيل لرجل أجر ولرجل ستر وعلى
رجل وزر فأما التى هى له أجر فرجل ربطها فى سبيل الله فأطال لها فى مرج أو
روضة فما أصابت فى طيلها ذلك من المرج أو الروضة كانت له حسنات ، ولو أنها
قطعت طيلها ذلك فاستنت شرقاً أو شرفين كانت آثارها وأرواثها حسنات له ولو أنها
مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يسقى به كان ذلك له حسنات فهى له أجر ، ورجل
ربطها تغنياً وتعففاً ولم ينس حق الله فى رقابها ولا ظهورها فهى لذلك ستر ، ورجل
ربطها فخراً ورياء لأهل الإسلام فهى على ذلك وزر » (٢) .

فصل

وسابق النبى ﷺ بين الخيل التى قد اضمرت من الحفياء وكان أمرها ثنية الوداع
وسابق بين الخيل التى لم تضم من الثنية إلى مسجد بنى زريق (٣) ، وأن عبد الله بن
عمر كان ممن سابق فيها ، وكانت القصوى ناقة رسول الله ﷺ لا تدفع فى سباق إلا
سبقت حتى سُبقت يوماً فالكتاب الناس لذلك فقال النبى ﷺ : « إن الناس إذا رفعوا
شيئاً وضعه الله » (٤) .

وسابق بين الخيل عمر وكتب به ، ولم يزل يراهن بين الخيل منذ زمن النبى ﷺ
إلى الآن وهو جائز إن جهل جرس فرسه ومبلغ رمى الرمى إذا تناضلا بالسهم .
ومن كتاب ابن مزينه وغيره قال ابن المسيب : لا بأس برهان الخيل إذا كان فيها

(١) أخرجه الترمذى (١٦٩٦) وابن ماجه (٢٧٨٩) والدارمى (٢٤٢٨) وأحمد (٢٢٦١٤) وابن
حبان (٤٦٧٦) والحاكم (٢٤٥٨) والبيهقى فى «الكبرى» (١٢٦٧٤) والطيالسى (٦٠٤)
والرامهرمى فى «أمثال الحديث» (١٢٣) من حديث أبى قتادة رضى الله عنه . قال
الترمذى : حسن غريب صحيح ، وقال الألبانى : صحيح .

(٢) أخرجه البخارى (٢٢٤٢) ومسلم (٩٨٧) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .
(٣) أخرجه مالك (١٠٠٠) والبخارى (٤١٠) ومسلم (١٨٧٠) من حديث ابن عمر رضى الله
عنه .

(٤) أخرجه الدارقطنى (٤ / ٣٠٢) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، ورجال إسناده ثقات .

محلل يتراهن الرجلان ويخرج هذا سبق وهذا سبق ويدخل بينهما ثالث لا يخرج شيئاً فإن سبق الرجل أخذ وإن سبق لم يأخذ شيئاً .

قال محمد بن عبد الحكم : إذا استبق المحلل أخذ سبق المحلل وإن لم يسبق هو وسبق أحد الرجلين أخذ السابق سبق صاحبه ولا شيء على المحلل . وهذا لا يقوله مالك وإنما يجوز عنده أن يجعل الرجل سبق خارجاً بكل حال كسبق الإمام فمن سبق فهو له .

يريد : أن يسابق . [ق / ٧٥ / ب٢] رجلان ويخرج ثالث سبقاً ولا يجرى معهم فمن سبق من الرجلين أخذ ذلك السبق .

قال مالك : ولا بأس أن يجرى معهم الذى جعل السبق فإن سبق هو كان السبق للمصلى إن كانت خيلاً كثيرة وإن لم تكن غير فرسين فسبق واضع السبق فالسبق طعم لمن حضر .

وروى عنه أنه قال : أجاز أن يشترط واضع [ق / ١٠٧ / أ٢] السبق إن سبق أحد أخذ السبق وإن سبق هو أخذ سبقه وكذلك الرمى نصل أو نصلان والمصلى هو الثانى من السابق سمى بذلك لأن محجلته على صلا السابق وهو أصل ذنبه ويقال للعاشر : السكيت ، ومن الثانى إلى العاشر لا يسمى إلا تسمية العدد .

قال محمد : وكراهة مالك فى المحلل إنما هو على قوله : أنه يجب إخراج السبق بكل حال ، وفى قياس قوله الآخر : إنه جائز ، وبه أخذ ، وهو قول ابن المسيب وابن شهاب .

قال ابن شهاب : ويكون المحلل ممن لا يأمنان أن يذهب بالسبقة فإن أدخلهما يأمنان ألا يذهب بها فهو كرهان بلا محلل فلا يجوز ، ولا بأس أن يخرج أحدهما خمسة والآخر عشرة إن كان بينهما محلل فى الخيل والإبل ، ولا بأس بسباق الخيل مع الإبل يجرى السوس مع الجمل ، ولا بأس أن يجعلاً سرادقاً من دخله أولاً كان السابق أو يخطان خطأً من جازه أولاً فهو السابق وإذا تراهنوا على الخيل فسقط فارس أو ألقاه فرسه فى الطريق أو زاغ عنها حتى سبق أو سقط الفرس فانكسر فإن كانوا خيلاً جماعة فالرهان بين من بقى من الخيل فأسبق ، وإن كان فارسين فالذى رأيت

أهل الخيل أن يعد الذى بلغ الغاية سابقًا ، وما لهذا وجه وهذه علة لا توجب السبق عندي .

ورأيتهم إذا سقط الفارس وجرى فرسه عديًا ثم وثب عليه آخر فأجراه إلى الغاية فإنهم يعدونه سابقًا .

وقد احتج من رأى هذا أن هذا يدعوهم إلى التحفظ فيما يستقبل ويقولون : لو جاز هذا الطرح من خاف السبق بنفسه عن فرسه ، وقال : سقطت ، وفى هذا فساد الرهان .

وقد يحتج من لا يراه مسبوقًا أن هذه أمور لا بد أن ينزل مثلها فلا يحسب مسبوقًا .

قال محمد : ولم أر بين الرماة اختلافًا أن السبق بالرمى يبدأ إن رمى سهمه ثم يرميان سهمين منهما حتى يفرغا من الرشق ثم يبدأ المسبوق كذلك فى الرشق الثانى هكذا حتى يفرغ من الرمى إلا أن يشترطوا غير ذلك ، ولا بأس أن يناضله على أنه إن ناضله أعتق عنه عبده أو أعتقه عن نفسه أو على أن يعمل له عملاً معروفاً أو على أن يتصدق بالسيف أو يبنى له الغرض أو يشتري له حصراً يجلسون عليها ، ولا بأس أن يتراهن حزب وحزب واحد واثنان اثنان أو أكثر ، ويدخلان بينهما محلاً إن نضل المجلد أخذ من الحزبين وإن نضل أحد الحزبين أخذ من الحزب الآخر ولا بأس أن يخرج هذا ديناراً وهذا دينارين أو هذا شاة وهذا شاتين وبينهما محلل .

وقد طعن فيه طاعن فى دينار ودينارين وهو عندى جائز لدخول المحلل بينهما كما بدخوله جاز فى دينار وديناراً عنده ، وفيما ذكرنا كفاية ، وبالله التوفيق .

وهذا باب في الأمور المحصنة من التغير الداعية إلى الصبر والنصر

روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لخالد بن الوليد - حين وجهه إلى قتال أهل الردة: «احرص على الموت توهب لك الحياة».

ووجه أبو مسلم قومًا إلى العدو فقال لهم: وأشعروا قلوبكم الجرأة عليهم فإنها سبب الظفر، وأكثروا ذكر الضفاير فإنها تحض على الإقدام والزموا الطاعة فإنها حصن المحارم.

وقالت الحكماء: على مقدار الصبر على المصائب تكون شجاعة النفس.

واعلم أن عمل كل صناعة، وثبات كل جماعة العالم بالسياسة المتحمل للرياسة فيجب أن يكون صاحب الجيش مطبوعًا في صناعته شجاعًا في إقدامه جبانًا في تحرزه صادقًا في نيته مستيقظًا في حركته ذكيًا في بديته رؤوفًا برعيته، فإن اجتمع لمقدم الجيش ما ذكرناه تولاه في نكرة من أنواع الحيل ووجوه المكائد في حال يتصرف فيها من محاربة [ق / ٧٦ / ٢ ب] عدوه ما يكون مؤديًا إلى الظفر إن شاء الله، فأول هذه الصفات: السياسة، يرؤف في غير ضعف وشدة في غير عنف، وحسن السياسة تزيد الرياسة، قدم الخوف على الرجاء احذر تأمن الزلل، تقحم الحرب يشجع القلب الهزيمة تحل العزيمة، الحيل أبلغ من العمل، الرأي السديد أخرى من الأيدي الشديدة، أظهر خلاف مكسور فأعنه، احسم الأراجيف من جواسيس عدوك، شدة الصبر فاتحة النصر، توق مشاورة الجاهل، لا تشاور من تمثل به رعيته أو رهبته، خل العدو حتى يوجف إليك، ارتصد الفرس حتى يقال أبطأ، التأخر بعد التمكن هزيمة، التسرع في غير قوة تورث النكث، يسير النكث يكسر معظم العسكر، داو القلوب بما يقويها قدر زحفك، وزحف العدو إليك قدم أهل الظنة أمامك، احذر الغدر الباطن، احذر الإخلال بالمراكز، لا يحزنك ورطة سلمت منها على معاودة مثلها احذر كيد الجواسيس، أطع الكبير يطعك الصغير، احذر كيد المتشامة إليك، اعمل على أن كل من في عسكرك غيره عليك جاف الإعجاب تجد الصواب، قال:

إن حلق العسكر، قدم أهل الشجاعة أمامك، لا تنس وضع الكمين عند اللقاء ، احذر كمين عدوك فى هذه الحال ، لا ترض بأن تأخذ من عدوك مثل الذى تعطيه ، قوة اليقين فى الحرب أبلغ من قوة البدن، كبر فى عسكرك مجهولاً عند لقاء العدو، ولا تستضعف العدو فتغتر، لا تستهزئ بأوليائك فتهمون على أعدائك، إن بخلت بالمال على إخوانك جدت به على أعدائك، لا تدع المقدمة المنكوبة أن تدخل العسكر إلا فى ستر، لا تحارب من لا يخافك ، لا تحارب بمن لا يرجوك ، لا تحارب بمن لا يحتاج إليك، لا تبلغ فى آثار المنهزمين ، احذر التعرض للنهب إلا بعد الإبلاغ فى النكاية، تفقد بعينك عند الواقعة ، لا تهمل التغية عند المناوشة فإن فساد التغية هن أعظم الخلل يدل الأمان عند دفعها على العدو فرحته ، احذر اختلاف أصحابك ، استمل رؤساء عدوك ، لا تجعل النهر وراءك عند الزحف ، إذا حاربت [ق / ١٠٨ / ٢٢] عدوك فعده كفؤاً، بالغ فى الهزيمة ثم تعرض للغنيمة، من حفر ضمانه يطلبه أمانه آخر الحرب ما استطعت فإن النفقة فيها من النفوس فإن لم يكن منها بد فاجعلها فى آخر النهار ولبعضهم :

وقد يلتقى الجمعان والموت فيهما فيقتل من ولى ويسلم من حمل

روى أن عمر رضى الله عنه - سأل عمرو بن معدى كرب عن الحرب فقال:

الحرب من المذاق إذا كشفت عن ساق

من وقف فيها عرف ومن هرب منها تلف

وهى كما قال القائل (١) :

الحرب أول ما تكون فتية تسعى بزيتها لكل جهول

حتى إذا [استعرت] (٢) وشب صرامها عادت عجوزاً غير ذات حليل

شمطاء جزت رأسها وتنكرت مكروهة للشم والتقبيل

(١) هو عمرو بن معدى كرب، فارس اليمين ، وصاحب الغارات المذكورة، وفد على المدينة سنة

٩هـ ، فى عشرة من بنى زبير، فأسلم وأسلموا وعادوا ولد سنة ١٠٠ قبل الهجرة ، وتوفى

سنة ٢١ هجرية .

(٢) فى الديوان : حميت .

وحكي: أن الأحنف بن قيس نظر إلى سيف مع رجل فأخذه وهزه ثم قال لصاحبه: إن سيفك جيد لولا قصر فيه .

فقال الرجل: تطيل قصره خطوة . فقال: يا بن أخي المشى إلى الصين أسهل من تلك الخطوة .

تمّ كتاب الجهاد الثانی «من الجامع لابن یونس»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الأيمان والنذور الأول

في النذر والأيمان بالحج والعمرة، ونذر المشي في ذلك وغيره وفي الاستثناء في المشي وغيره

قال الله سبحانه: [ق / ٧٧ / ٢ ب] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) فليلزم ذلك كل ما عقد من أعمال البر في يمين أو غيرها .

وقال : ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾^(٢) . وقال : ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾^(٣) . وقال رسول الله ﷺ : «من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه»^(٤) وأمر بطرح ما يسر بطاعة الله وأمر الذي نذر أن يمشی القهقري إلى الكعبة أن يمشی لوجهه، واللدان نذرا أن يمشيا قرآنًا أن يحلا قرانهما وقال عليه السلام : «لا تعمل المطى إلا إلى ثلاث مساجد» فذكر مسجده عليه السلام والمسجد الحرام ومسجد إيليا^(٥) .

قال مالك - رحمه الله : فمن أوجب على نفسه المشى إلى الكعبة في نذر أو يمين حنث بها فعليه الوفاء به ، وقاله ابن عمر وغيره .

قال ابن المواز : ولا كفارة في ذلك لقول رسول الله ﷺ : «من نذر أن يطيع الله فليطعه»^(٦) ولم يجعل فيه كفارة ، والحج والعمرة من الطاعة فمن قال فيه الكفارة فقد خالف ما أمر الرسول به .

ومن المدونة : قال مالك - رحمه الله عليه - فمن قال : على المشى إلى مكة أو إلى بيت الله ، أو قال : إن فعلت كذا فعلى المشى إلى الكعبة أو إلى بيت الله ،

(١) سورة المائدة (١).

(٢) سورة الحج (٢٩).

(٣) سورة الإنسان (٧).

(٤) أخرجه البخاري (٦٣١٨) من حديث عائشة رضی الله عنها.

(٥) أخرجه البخاري (١١٣٢) ومسلم (١٣٩٧) من حديث أبي هريرة رضی الله عنه ، بلفظ

مقارب .

(٦) تقدم

فحث لزمه المشى إلى مكة إن شاء فى حج أو عمرة وإحرامه فى ذلك من ميقاته لا من موضعه .

قال : أنا أحج إلى بيت الله أو فعلى حجة أو لله على حجة سواء ويلزمه الحج .

ابن المواز : إن شاء راكباً أو ماشياً إذا لم يقل : على المشى .

ومن «المدونة» : قال مالك : وإن كثر من النذر بالمشى إلى مكة ما لا يبلغه عمره ، فلا يجزئه من ذلك إلا أن يمشى ما قدر عليه من الزمان ويتقرب إلى الله بما استطاع بخير .

قال بعض فقهاءنا : فإن عجز هذا فركب فلا يرجع ثانية لأهل ركوبه وعليه الهدى لذلك ، ورجوعه إنما يكون كباقى نذره ، فأعمله .

قال : ومن قال : على المشى إلى بيت الله إن كلمت فلاناً . فكلمه فعليه المشى إلى مكة وله أن يجعله فى حج أو عمرة فإن جعله فى عمرة مشى حتى يسعى بين الصفا والمروة ، فإن ركب فى سعيه وقبل أن يحلق فلا شيء عليه ، وإن جعله فى حج مشى حتى يقضى طواف الإفاضة ، فإذا قضاه فله أن يركب فى رجوعه من مكة إلى منى وفى رمى الجمار بمنى .

ابن المواز : وقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : «آخر النسك الطواف بالبيت»^(١) .

وقال ابن حبيب : إذا عجل طواف الإفاضة فلا يركب فى رجوعه إلى منى ولا فى رمى الجمار وله أن يركب فى حوائجه .

ومن «المدونة» : قال مالك : وإن أخر طواف الإفاضة حتى يرجع من منى فلا يركب فى رمى الجمار وله أن يركب فى حوائجه كما له إذا وصل إلى المدينة أو المناهل ماشياً أن يركب فى حوائجه أو تذكر فى طريقه [ق / ٧٨ / ٢ ب] وهو سائر حاجة نسيها فليرجع وراءها راكباً .

قال أبو محمد : وإنما يعنى ابن القاسم بقوله : فى الأم : وأنا لا أرى فيهما شيئاً . يريد : فى حوائجه لا فى الجمار .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ولو مشى فى حجه كله وركب فى الإفاضة فقط لم يعد ثانية وأهدى ، لأن مالكا قال : إذا مرض فى طريقه فركب الأميال أو البريد أو اليوم .

ابن المواز : قال مالك : أو اليومين ومشى البقية لم يعد ثانية وأهدى .

ومن «المدونة» : قال مالك : ولو مشى حتى يسعى بين الصفا والمروة ثم خرج إلى عرفات وشهد المناسك والإفاضة راكباً رجع قابلاً راكباً فركب ما مشى أو مشى ما ركب لأنه ركب يوم التروية ويوم عرفة وأيام الرمي : فى الإفاضة وهذا كثير ، ولأن ركوبه وقع فى مواضع أعمال الحج فهو أشد ممن مشى فى الطريق اليوم واليومين فلذلك أوجب الرجوع عليه .

قال ابن المواز : قال مالك : ويهدى أحب إلى من غير إيجاب ولم ير فى الهدى مثل من عجز فى الطريق .

يريد : عجزاً يوجب عليه العودة .

قال ابن القاسم : لأن بعض الناس لم يوجب عليه العودة فى المشى إذا بلغ مكة ، وطاف ورأى أن مشيه قد تم وأرخص له فى الركوب إلى عرفة فلذلك عندى لم يوجب عليه مالك الهدى .

قيل لابن المواز : فلم وجب عليه المشى إذا انتهى إلى البيت وهو إنما أوجب على نفسه المشى إلى البيت ؟

قال : لأنه جعله فى حج وقد قال الله تبارك وتعالى فى البُدن : ﴿ ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾^(١) وليس لها محل فى الحج إلا بمنى .

قال محمد : وأحب لمن عليه المشى وهو ضرورة أن يبدأ بعرفة إذا كان فى أشهر الحج ويمشى بعد قضاء حجه ، وإن أراد التخفيف [ق / ١٠٩ / ٢أ] بدأ بالمشى فى

عمرة فإذا أحل منها أحرم بالحج فريضة .. وقال له مالك : وإن كان فى غير أشهر الحج فلا بأس أن يبدأ بنذره ، وقد قال عمر : «آخر النسك الطواف بالبيت»^(١) .

ومن «المدونة» : قال مالك : ويمشى الخالف من حيث حلف إلا أن ينوى موضعاً يمشى منه فله نيته وإن لم يجر لذلك لسانه .

قال ابن المواز : فلو حلف بمصر وحنث بالمدينة فليرجع إلى مصر حتى يمشى منها ، وإن حلف بالمشى إلى مكة وهو بمكة فحنث فليخرج حتى يمشى من الحل لأنه لا يحرم إلا بعمرة ويحل منها فى الحرم فإن جهل فأحرم من مكة فليخرج ركباً ثم يرجع من الحل ماشياً .

قال : وكذلك لو نوى أنه يحرم ساعة حنث فحنث فلا بد أن يخرج ، وإن كان الإحرام قد لزمه .

وروى عن مالك : هذا الخالف إن حلف فى غير المسجد الحرام فليمش إلى البيت من موضع حلف ، فإن حلف فى المسجد فهذا يخرج إلى الحل .

قال عبد الملك : وإذا حلف وهو فى مسجد بلد أو فى موضع منه فحنث فليمشى من تلك المدينة .. من حيث شاء منها ويجزيه .

قال ابن المواز : وإن حنث بغير البلد الذى حلف فيه وهو ممن لا يقدر على المشى فليرجع إلى تلك البلدة ثم يمشى منها ما قدر ثم يركب ويهدي .

قال أصبغ : إن كان قريباً ليس عليه فيه كبير مضرة رجع وإلا مشى من حيث حنث وأهدى .

وسئل أبو بكر بن عبد الرحمن : عمن حلف بالمشى إلى مكة وهو بصقلية فحنث هل يمشى من أقرب برٍّ إليها أو من الإسكندرية لأن عاداتهم فى السير إلى الحج إنما يبدأ منها؟

فقال : إنما عليه أن يمشى من الإسكندرية لأن الغالب من فعلهم إذا أرادوا الحج إنما ينزلون من الإسكندرية ، وأما بر إفريقيا فإنما يأتون إليه على طريق التجارة .

وقال أبو عمران: إنما يلزمه المشى من برّ إفريقية لأنه أقرب برّ إليها.

وهذا أيسر لأن عادات الحالفين بذلك يمشون برّ إفريقية فأما أن تكون له نية فيحمل على نيته أو لا يكون له نية فيحمل على عادات الحالفين.

ومن «المدونة» قال ابن وهب: وقال يحيى بن سعيد: من نذر مشيًا من بلد فليحرم من ميقاته الذي وقت له لا من موضع نذره .

قال ابن القاسم : عد مالك: ومن قال: إن كلمت فلانًا فأنا محرم بحجة أو عمرة .

قال: أما الحجة فإن حنث قبل أشهر الحج لم يلزمه أن يحرم بها حتى تأتى أشهر الحج . إلا أن ينوى أنه يحرم من يوم حنث فليلزمه ذلك، وإن كان فى غير أشهر الحج ، وأما العمرة فعليه أن يحرم بها وقت حنثه إلا أن يجد صحابة ويخاف على نفسه فليؤخر حتى يجد فيحرم حينئذ .

وقال سحنون : يحرم فإن لم يجد صحابة أقام على إحرامه .

وحكى عن أبى محمد أنه قال: العمرة لا وقت لها فلذلك وجب أن يحرم بها وقت حنثه، والحج له زمان هى الأشهر فمتى حنث قبلها لم ينبغ له أن يحرم بالحج حتى يدخل الأشهر، وهذا إذا كان يصل من بلده إلى مكة فى أشهر الحج، فأما إن كان لا يصل من بلده إلى مكة فى أشهر الحج فأما إن كان لا يصل من بلده إلى مكة حتى يخرج أشهر الحج فإن هذا يلزمه الإحرام من وقت حنثه.

يريد : يلزمه الإحرام من وقت يصل فيه إلى مكة ويدرك الحج .

وحكى لنا عن أبى الحسن بن القاسم أنه قال: بل يخرج من بلده غير محرم فأين ما أدركته أشهر الحج أحرم .

وقول أبى محمد أولى، لأن معنى قوله: «أنا محرم بحجة» أى : إذا جاء وقت خروج الناس خرجت أنا محرماً على ذلك [ق / ٧٩ / ب٢] يحمل قوله ، وعليه يدل لفظه .

وفى «كتاب ابن المواز» ما يؤيده ، قال فيه فى موضع : يحرم فى أشهر الحج .

وقال فى موضع آخر: يحرم فى أول الحج .

فهذا يدل على صحة تأويل أبى محمد، والله أعلم .

ومن «المدونة»: قال مالك : وإحرامه فى ذلك بحج أو عمرة من موضعه لا من ميقاته إلا أن ينويه فله نيته بخلاف مَنْ قال: على المشى إلى مكة ، فهذا يحرم من ميقاته جعل مشيه فى حج أو عمرة .

قال مالك: وإن قال: أنا محرم يوم أكلم فلاناً . فإنه يوم يكلمه يحرم .

قال : وقوله: يوم أفعل كذا فأنا أحرم بحجة ، كقوله : فأنا محرم بحجة .

قال سحنون: قوله: فأنا محرم، يوجب عليه الإحرام حين حنث .

وقوله: فأنا أحرم، لا يكون محرماً حتى يحرم، ويقال له: أحرم .

وقال إبراهيم والشعبي: إن قال : إن فعل كذا فهو محرم بحجة فليحرم بحجة إن شاء من عامه أو متى ما تيسر عليه، وإن قال: يوم أفعل، ففعل فهو يومئذ محرم .

فصل

قال مالك: ومن لزمه المشى إلى مكة فخرج ماشياً فعجز فى مشيه فليركب فيما عجز، فإذا استراح نزل وعرف أماكن ركوبه من الأرض ثم يعود ثانية فيمشى أماكن ركوبه ولا يجزيه أن يمشى عدة أيام ركوبه إذ قد يركب موضع ركوبه أولاً وليس عليه فى رجوعه ثانية ، وإن كان قوياً أن يمشى الطريق كله ولكن يمشى ما ركب فقط ويهريق دمًا . وقال ابن عمر وابن عباس، قال ابن عباس: وهديه بدنة .

قال ابن المواز: فإن مشى الطريق كله فى عودته فلا هدى عليه لأنه لم يفرق مشيه .

قال: وهذا إذا لم يكثر ركوبه، فأما من كثر ذلك منه فكان يمشى عقبة ويركب عقبة فليرجع ويمشى الطريق كله ولا هدى عليه .

قال مالك: أما من ركب يوماً وليلة قال فى موضع آخر: أو يومين ورمى باقى ذلك فليرجع وليهد، فإن لم يجد صام عشرة أيام وليس كمن جهل فركب فى المناسك يرجع قابلاً حتى يمشى ما ركب ولا يلزمه هدى إلا أن يشاء . وقد تقدم

هذا .

قال مالك: ومن وجب عليه مشى فمشى حتى بلغ المدينة فأقام بها شهراً ثم خرج ماشياً في عمرة حتى دخل مكة فطاف وسعى فقد فرغ من مشيه ولا شيء عليه، وإنما لزمه الهدى كخائف من عجز في مواضع المناسك لأن هذا لم يوجب عليه العودة فجبر نقص مشيه بالهدى والذي مشى في المناسك أوجب عليه العوده بمشيته في مواضع الحج وخفف عليه الهدى لأن بعض الناس يرى أن مشيه إذا بلغ مكة قد تم فلم يجعل عليه مالك مع العودة الهدى إيجاباً.

وقال ابن حبيب: من مشى في نذر لزمه فركب في بعض الطريق من غير ضرورة ولا ضعف ليقضى ذلك فهذا يبتدىء المشى بخلاف ذى العذر . وجعله كمفطر في صوم متتابع، وحكاه عن بعض أصحاب مالك. وهذا خلاف ظاهر «المدونة» فلا فرق على مذهب «المدونة» بين ما ركب العذر أو لغير عذر.

قال في «كتاب محمد» من جهل فركب في المناسك فليرجع فيمشى ما ركب، والجاهل عندنا [ق / ١١٠ / ٢ أ] كالعامد وليس ذلك كصيام التتابع لأنه لو لم يصل تتابع المشى ولكن مشى في كل منهل أياماً لأجزأه ذلك المشى بإجماع .

قال ابن حبيب: ولا يرجع في ركوبه اليوم فأقل منه ويرجع في أكثر منه. ومن «المدونة»: قال ابن القاسم : قال مالك: وإذا رجع فركب ثم رجع ثانية فلم يتم مشيه في المرة الثانية لم يعد ثالثة وأهراق دمًا.

قال ابن المواز : وهدى واحد يجرئه في ذلك كله.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم : قال مالك: ولو علم في الثانية أنه لا يقدر على تمام المشى قعد وأهدى كانت حجة أو عمرة .

قال ابن حبيب : وهديه بدنة فإن لم يجد فبقرة فإن لم يجد فشاة فإن لم يجد صام عشرة أيام متى شاء، ولو أهدى في هذا شاة وهو واجد لبدنة لأجزأه.

ومن «المدونة»: قال: ولو علم أول خروجه أنه لا يقدر أن يمشى الطريق في

ترداده إلى مكة مرتين لضعفه أو بعد بلده أو كان شيخاً زماً أو امرأة ضعيفة أو مريضاً آيس من البرء فلا بد أن يخرج أول مرة ولو راكباً ويمشى ولو نصف ميل ثم يركب ويمشى يهدى ولا شيء عليه بعد ذلك، وإذا رجا المريض إفاقة يقدر بعدها على المشى تربص للإفاقة إلا أن يعلم أنه غير قادر فى إفاقة أن يمشى فهو بمنزلة الشيخ الكبير يمشى ما يطاق ثم يركب ويهدى .

قال ابن القاسم: والمشى على الرجال والنساء سواء فيما ذكرنا .

قال ابن المواز: قال مالك: ومن عليه مشى فأصاب طريقاً أخصر من طريق فليختصر .

قال مالك: لمن حنث من الأندلس أن يركب البحر لأنه لا بد له من ذلك .

ومن «المدونة»: قال مالك: وإذا فعل أول مشيه فى عمرة فعجز . فركب فله أن يجعل الثانية فى حج أو عمرة .

وفى كتاب ابن المواز: وكذلك لو جعل مشيه الأول فى حج فعجز فله أن يجعل مشيه الثانى فى عمرة .

قال فيه وفى «المدونة»: لا نبالى وإن خالف المشى الأول .

قال أبو محمد: لعله يريد إذا لم يكن ركوبه أولاً فى حجة المناسك بمنى أو عرفة والمزدلفة ، وأما لو كان ركوبه فى هذه الأماكن فى حجته الأولى كيف ينبغى أن يجعل الثانية فى عمرة وهو لا يصل إلى أن يمشى ما ركب .

وقد ذكر عن سحنون أنه قال ليس له أن يجعل المشى [ق / ٨٠ / ٢ب] الثانى فى عمرة لأن عمل العمرة أقصر من عمل الحج .

يريد : وإن كان مشيه فى غير المناسك .

قال بعض فقهاءنا : إن قيل : أليس من نوى شيئاً دخل فيه يلزمه ما دخل فيه مثل إذا نذره ، فلم فرق بين ذلك فى هذه المسألة ؟ .

قال: قال بعض القرويين: إنما فرق بين ذلك لأنه إذا لم ينويه حجاً ولا عمرة فجعل مشيه فى حج أو عمرة ورجع من أجل عجزه وركوبه فرجوعه إنما هو لوفاء

النذر لا لأجل الحج والعمرة فلذلك جاز أن يجعل الثاني خلاف الأول إذا كان ركوبه في غير المناسك ، وإذا نذر ذلك في حج أو عمرة فإنما رجوعه من أجل نذره فوجب ألا يجعله بخلاف الأول كأنه يقول : الأول نذر مشياً فرجع لوفائه والثاني نذر حجاً مشياً فرجع لوفائه ، وإنما افترق ذلك لافتراق السؤال .

وأما سؤاله : أليس من نوى شيئاً ودخل فيه مثل إذا نذره . فليس الأمر كما قال .

وهذه المسألة تدل على خلافه لأنه لو نوى مشياً في حج فله أن يجعله في عمره . وقد قال ابن المواز : من أحرم [ق / ١١١ / ٢ أ] حجة الفريضة ونوى مشياً لم يلزمه شيء إلا أن يوجب ذلك على نفسه بنذر نذره ، وكذلك من أحرم النافلة ونوى أن يصليها قائماً فلا يلزمه وله أن يصليها جالساً ونوى أن يقرأ فيها بسورة كذا فله أن يقرأ فيها غيرها وإنما يلزمه حق هذا كله ما نذره نذراً على نفسه . ولأبى عمران الفاسي : نحو ذلك ، وإنما افترقت المسألة الأولى بافتراق السؤال فاعمله .

ومن «المدونة» : قال مالك : إلا أن يكون نذر المشى الأول في حج فلا يجعل الثاني في عمرة ، أو نذر الأول في عمرة فلا يجعل الثاني في حج . وقال ابن حبيب : إذا نذر المشى الأول في عمرة فلا يجعل الثاني في حج ، لأنه زاد لم ير ذلك ابن القاسم وأجازه غيره من أصحاب مالك . ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وليس له أن يجعل مشيه الأول ولا الثاني في فريضة عند مالك .

قال مالك : وإن جعل مشيه في عمرة يحل منها فله أن يحج الفريضة من مكة . قال ابن القاسم : ويكون متمتعاً إن كانت عمرته في أشهر الحج ولو قرن يريد بالعمرة المشى الذي عليه وبالحج فريضة لم يجزه فريضة . وعليه دم القران . قال ابن حبيب : ويجزئه ذلك عن مشيه الذي وجب عليه .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وقد قال مالك فيمن نذر مشياً فحج ماشياً وهو

ضرورة ينوى بذلك نذره وفريضته: أنها تجزیه لنذره لا لفريضة وعلى قضاء الفريضة قابلاً.

ابن المواز: وهذا إذا لم ينو بنذره حين نذره حجاً ولا عمرة، وأما إن كانت يمينه بحجة فحنت فمشى فى حج نوى به فرضه ونذره فهذا لا يجزیه عن واحد منهما، لأن هذا ممن لم يكن يجزئه أن يحرم عن نذره بعمرة، ولو مشى عن نذره فى حج ففاته الحج لم يجزئه إذا غيرها لعمرة عن مشيه ولا بد أن يستأنف الحج عن مشيه من قابل فكذاك إذا أشرك بينهما لم يجزئه عن واحد منهما لأن كل واحد قد نقصت عن ما يجب عليه حين جعل لكل واحدة نصف حجة، وأما إذا لم ينو حين لنذره حجاً ولا عمرة فمشى لنذره حتى بلغ ميقاته فأحرم بحجة نوى بها نذره وفرضه وهذه التى قال فيها مالك: تجزیه لنذر ويقضى الفريضة، لأنه نقص الفريضة لما جعل بعضها لنذره ولا تجزئ فريضة غير تامة لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾^(١) وذلك تجزیه لنذره، وإن لم تكن حجة النذر تامة كما قال مالك، فمن أحرم لنذره بحجة ففاته الحج أن ذلك يجزیه لنذره إذا طاف وسعى وحلق، وإن كان أحرم له بحجة فلم تتم فكذاك لا تضره فى نذره معه من مشاركة فريضته التى ألزمناه فيها القضاء.

ولم يختلف فى قضاء الفريضة وحدها قول مالك وأصحابه إلا عبد الملك فإنه روى لنا عن مالك: أنه يعيدهما جميعاً استحساناً، وقاله أصبغ.

قال عبد الملك: وقال المغيرة: تجزیه عن الفريضة ويعيد النذر وبه أقول.

قال ابن المواز: والصواب قول مالك.

وكان حُجة عبدة الملك فيه قياساً على من طاف بالصبي ينوى عن نفسه وعن الصبي أنه يجزیه عن نفسه ولا يجزیه عن الصبي.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: أنه يجزى عن الصبي ويعيد عن نفسه، وهو الصواب، لأن الطواف عن الصبي تطوع لا يضره نقص وعن الكبير واجب فلا بد من تمامه.

قال: ولو أن رجلاً حمل رجلاً فطاف به طوافاً واحداً فعنه وعن الرجل لم يجزه

(١) سورة البقرة (١٩٦).

عن واحدٍ منهما [ق / ١١٢ / ٢ أ] كان المحمول صحيحاً أو مريضاً.

قيل لابن المواز : فالاعتكاف لا يكون إلا بصوم كما لا يكون المشى إلا فى حج أو عمرة وأنت تحيز الاعتكاف فى رمضان وغيره من الصيام الواجب فلم تحيز المشى الذى نذر فى الحج الواجب؟

قال: لأن الاعتكاف الذى يعتكفه فى صوم واجب لم ينذر كما نذر المشى، وإنما يلزمه بالنية والدخول فيه ، ولو نذر اعتكافاً لم يجز اعتكافه فى رمضان ولا فى صيام واجب من ظهار أو قتل نفس لأن من نذر اعتكافاً فقد نذر صيامه فلا يجوز أن يقضيه فى صيام واجب وييطان جميعاً كمن نذر مشياً بحج أو بعمرة لم يجزه أن يشرك معه فريضة.

وذكر بعض أصحابنا : أن بعض الناس قال: إن قول ابن المواز إذا نذر أن يمشى فى حج فمشى ينوى فرضه ونذره أنه لا يجزئه عن واحدٍ منهما خلاف قول ابن القاسم، وما جرى فى «كتاب الحج الأول» من المختلفات فى مسألة العبد يحرم بالحج فيحلله سيده ثم يعتقه فحج ينوى القضاء وحج الفريضة [ق / ٨١ / ٢ ب] أنه يجزئه للقضاء لا للفريضة ، يدل هذا على خلاف ما قال ابن المواز وليس الأمر كما قال ، لأن العبد لم ينذر حجه الأول ماشياً كما نذر الحر، وإنما أحرم بحجة تطوع فهو كمن نذر مشياً فمشاه فى حجة ينوى بذلك فرضه ونذره فهذه تجزئه عن نذره لا لفريضة ولو نذر العبد أن يمشى فى حج فمشى فى حج ثم حلله السيد منه ثم عتق فمشى فى حج ينوى به القضاء والفريضة لوجب ألا يجزئه عن واحدةٍ منهما على قول ابن القاسم ، والحر والعبد فى هذا سواء .

وأما سحنون وغيره : فلا يلزم العبد فى ذلك قضاء .

ويجب على قول سحنون هذا إذا حج العبد بعد عتقه ينوى بذلك القضاء والفريضة أن يجزئه عن الفريضة لأنه أشرك فى الفريضة ما لا يلزمه كمن مشى عن غيره فى فريضة أن فريضته تجزئه .

وقد قال ابن المواز: قال مالك: وأما من مشى عن غيره وجعلها حجة عن نفسه وهو ضرورة أجزأ عنه حجه الفريضة ولم يضره ما مشى عن غيره إذ لا يجوز أن يمشى أحد عن أحد.

قال ابن المواز : ومن أحرم بحجة الفريضة ونوى مشيها لم يلزمه المشى إلا أن يوجب ذلك على نفسه بنذره نذره ، يلزم على هذا أن من أحرم لنافلة ونوى أن يصلّيها قائماً أنه لا يلزمه وله أن يصلّيها جالساً وكذلك لو نوى أن يقرأ فيها أو فى الفريضة سورة كذا أن ذلك لا يلزمه وله أن يقرأ غيرها إلا أن ينذر ذلك كله فليلزمه .

وكذلك من نوى أن يقرأ سورة فبدأ فيها فله ألا يتمها . وكذلك من نوى جوار مسجد مثل جوار مكة لا يلزمه ولا اليوم الأول وإن دخل فيه بخلاف الاعتكاف والصلاة التى لا تتبع بعض .

قال ابن المواز : قال فإن أوجب مشياً فعجز فركب فعليه أن يرجع حتى يمشى ما ركب فى حجه أو عمرة ، وقاله عبد الملك .

قال ابن المواز : ولو حلف بالمشى ولم ينو حجاً ولا عمرة فحنت فخرج من بلده لحنته خاصة ماشياً فلما بلغ الميقات أحرم بالحج عن فرضه خاصة فأتته ماشياً فإنه يجزئه لفرضه ويرجع فمشى لنذره من ميقاته الذى أحرم منه كما لو بدأه فرجع من هناك إلى مقره أو غيره ، فإنه يرجع ركباً ثم يمشى من الميقات الذى [ق / ١١٣ / ٢ أ] كان بلغ مشيه إليه .

قال ابن المواز : وأحب لمن عليه المشى وهو ضرورة أن يبدأ بفرضه إذا كان فى أشهر الحج ويمشى بعد قضاء حجه ، فإن أراد التخفيف بدأ بالمشى فى العمرة فإذا حل منها أحرم بحج فريضته . وقال مالك : وإن كان فى غير أشهر الحج فلا بأس أن يبدأ بنذره .

ومن «المدونة»: قال مالك : ومن حلف بالمشى فحنت فمشى فى حج ففاته الحج أجزأه ما مشى وجعله عمرة ومشى حتى يسعى بين الصفا والمروة ويقضى الحج قابلاً ركباً ويهدى لفوات الحج .

قال مالك فى «كتاب محمد» وغيره: فإذا حج قابلاً فليس عليه أن يمشى من مكة إلى منى ؛ لأن مشيه قد صار فى عمرة فقد قضاها .

وقال ابن القاسم: يمشى الناسك فى قضائه قابلاً ، وقاله سحنون وقال شيخنا القاضى أبو الحسن: قول مالك أولى ، لأنه لما فاته الحج رجع إلى عمل العمرة فكأنه

فيها مشى ، وإنما أوجب عليه الحج قابلاً لأنه دخل فيه ففاته .

وقد قال ابن القاسم فيمن تعدى ميقاته وقد أحرم بحجة ففاته الحج فلا دم عليه لتعدى الميقات لأن عليه صار إلى عمرة .

أسقط الشيخ بعض احتجاج ابن القاسم وهو قوله : وإنما يقضى الحج قابلاً ، وكأن ابن القاسم إنما أسقط عليه الدم لوجهين ، وظهر لى أن قول ابن القاسم وسحنون في مسألة النذور أصح ، لأنه لما جعل مشيه في حج لزمه تمامه في حج كما جعل على نفسه ، فلا فرق بينه وبين من جعل مشيه في حج فركب المناسك فقد قال فيه : يحج قابلاً ركباً ثم يخرج من مكة ماشياً حتى يقضى مناسكه ويفيض ، فهذا مثله ، ولأنه لما جعل مشيه في حج ففاته لزمه قضاؤه فلما وجب عليه قضاؤه لزمه المشى فيما بقى عليه كمن نذر اعتكاف رمضان فمرض فوجب عليه قضاؤه ، فلما وجب عليه قضاؤه وجب عليه اعتكافه بخلاف ما لو نذر اعتكاف شعبان فمرضه هذا لا يجب عليه قضاؤه فلا يلزمه اعتكافه فالمشى بمنزلة الاعتكاف وهذا بين .

قال يحيى بن عمر عن ابن القاسم فى الرجل يجب عليه المشى فيمشى المشى فى حجة فيفسدها بالوطء بعرفة فإنه يتم حجه ويقضى ويعيد من الميقات ويركب ما قبله إلى المشى الذى وقع يجوز له فيه الوطء ويجزئه ولا يعيده وعليه هدى للفساد وهدى لتبويض المشى .

فصل

ومن «المدونة» : قال مالك : ومن قال : عليّ المشى إلى بيت الله تعالى حافياً راجلاً ، فليتنعل وإن أهدى فحسن وإن لم يهد فلا شيء عليه وهو خفيف .

ابن وهب : وقد رأى النبى ﷺ امرأة تمشى حافية ناشرة شعرها فاستتر منها بيده وقال : «ما شأنها ؟» . قالوا : نذرت أن تحج حافية ناشرة شعرها ، فقال عليه السلام : «فلتختمر ولتتنعل ولتمش» ^(١) ونظر عليه السلام فى حجة الوداع إلى رجلين نذراً أن يمشيا فى قران فقال لهما : « حلا قرانكما وامشيا إلى الكعبة وأوفيا نذركما » . ونظر

(١) أخرجه البخاري (١٧٦٧) وأبو داود (٣٢٩٣) والترمذي (١٥٤٤) ، والنسائي (٣٨١٤) وابن ماجه (٢١٣٤) والدارمي (٢٣٣٤) وأحمد (٢٨٢٩) وابن خزيمة (٣٠٤٥) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه .

عليه السلام إلى رجل نذر أن يمشى [ق/ ٨٢ / ٢ب] إلى الكعبة القهقرى فقال: «مروه ، فليمش لوجهه»^(١) .

قال ابن القاسم عن مالك: وإن قال: إن فعلت كذا فأنا أحمل فلاناً إلى بيت الله، فحنت فإنه ينوى ، فإن أراد التعب بحمله على عنقه [ق/ ١١٥ / ٢أ] حج ماشياً وأهدى وليس عليه أن يحج بالرجل وإن لم ينو ذلك حج ركباً بالرجل معه ولا هدى عليه ، فإن أبى الرجل أن يحج حج الخالف وحده ركباً ، ولا شيء عليه فى الرجل .

قال علي: عن مالك: إن ينوى إحجاجه من ماله فلا شيء عليه هو إلا إحجاج الرجل فإن أبى الرجل الحج فلا حج على الخالف .

وقول على هذا ليس بخلاف لابن القاسم لأنه إذا نوى إحجاجه من ماله فقد بين أنه لا يجعل على نفسه حجاً .

قال بعض شيوخنا: وإذا قال: أنا أحمله، وأراد التعب بذلك على عنقه فأمرناه إن حج ماشياً ويهدى فالهدى فى هذا مستحب كقول مالك فيمن حلف أن يمشى إلى بيت الله حافياً راجلاً ، قال فيه: إن أهدى فحسن وإن لم يهد فلا شيء عليه .

قال فى «الكتاب»: إن لم يرد حمله على عنقه فليحج ركباً ويحج بالرجل معسر ولا هدى عليه .

قال بعض فقهاءنا: إنما يصح أن يكون عليه الحج بنفسه إن قصد ذلك وإن لم تكن له نية فى الحج بنفسه فليس عليه إلا إحجاج الرجل .

وأنا أقول: إن لم تكن له نية أنه يلزمه هو الحج لأن ظاهر لفظه أنه أراد السير معه إلى بيت الله، ويدل أن الحج يلزمه: قوله فى «الكتاب» وقوله: أنا أحج بفلان، أوجب من قوله: أحمله ، لا يريد على عنقه .

وقول عليّ أيضاً: إن نوى إحجاجاً من ماله فليس عليه إلا إحجاج الرجل، يدل قوله: إن لم ينو ذلك حج هو بالرجل .

وكذلك قول يحيى بن سعيد فى التى قالت فى جارية ابنها: إن وطئها الابن فأنا أحملها إلى بيت الله، فوطئها ابنها، إنها تحج فتحج بالجارية معها كأنهم حملوا قوله: أحمله، الذهاب معه فإذا لم تكن له نية لزمه الذهاب به أيضاً، والله أعلم.

قال ابن القاسم: وكذلك قوله: أنا أحج بفلان إلى بيت الله، فإنه ينوى وهو أوجب من قوله: أحمله، لا يريد على عنقه وحجه به طاعة فإن أبى الرجل الحج فلا شيء عليه فيه.

وحكى عن الشيخ أبى الحسن: أنه قال: إنما قوله: أنا أحج بفلان، أوجب من قوله: أحمله، فى إلزامه هو الحج لأن قوله: أنا أحمل فلاناً، يحتمل أن يحمله من ماله ولا يخرج هو وقوله: أنا أحج بفلان، لا يحتمل ذلك والجواب فيهما واحد.

ومن «المدونة»: قال مالك: فيمن قال: أنا أحمل هذا العمود أو هذه الطنفسة ماشياً، أو غيره إلى مكة. يريد بذلك المشقة على نفسه، فليحج ماشياً أو يعتمر غير حامل شيئاً ويهدي.

ابن المواز: قال مالك: فإن لم يقدر على المشى فركب لما عجز فليس عليه غير هدى واحد وليس هذا من الأمور التى مضت فيها سنة.

قال: وإن كان ذلك المشى مما يقوى على حمله حج ركباً أو اعتمر ولا شيء عليه فيما ترك من الحمل وإن كان ملياً.

ومن «المدونة»: ابن وهب: وقال يحيى بن سعيد: فى امرأة قالت فى جارية ابنها: إن وطئها فأنا أحملها إلى بيت الله، فوطئها الابن، قال: تحج، وتحج بها وتذبح ذبْحاً؛ لأنها لا تستطيع حملها.

لعله يريد: إذا لم تكن لها نية فى حملها أو إحجاجها فلذلك أوجب عليها ما يجب فى الوجهين الإحجاج والهدى لحملها، وهو خلاف ما تقدم لمالك.

وقال إبراهيم النخعي: هو قال: أنا أهدي فلاناً على الشفا عينه، فليحجه ويهدى بدنة. يريد: ولا يحج هو.

فصل

قال مالك: ومن قال: على المشى [ق / ١١٥ / ٢] إلى بيت الله إلا أن يبدو

لى أو إلا أن أرى خيراً من ذلك . فعليه المشى ولا ينفعه استثنائه .

يريد: إلا أن يضمن بيمينه بفعل فينفعه قوله : إلا أن يبدو لى .

يريد: إلا أن يبدو لى فى الفعل وكذلك هذا فى يمينه بالطلاق والعتاق .

قال إسماعيل القاضى فى «المبسوط » هذا الذى حكاه ابن القاسم : أن مالكاً

قال: لا استثناء فى المشى : إنما هو أن يقول: على المشى إلا أن يشاء الله ، ولا يشبه

هذا قوله: على المشى إلا أن يبدو لى ، أو إلا أن أرى خيراً من ذلك .

واستحسن ذلك بعض فقهاءنا ، وقال: ما قوله: إلا أن يبدو لى أو إلا أن أرى

خيراً من ذلك، إلا كقوله: إلا أن يشاء فلان أو إلا أن يرى فلان فرد ذلك إلى نفسه

كرده إلى فلان فكما لا يلزمه إلا لم يشاء فلان فكذلك لا يلزمه إذا لم يشاء هو .

قال مالك: ولا يتنافى طلاق ولا عتاق ولا صدقة ولا مشى ، ولو قال: على

المشى إلى بيت الله تعالى إلا أن يشاء فلان، فلا شيء عليه متى يشاء فلان ، وكذلك

هذا فى الطلاق والعتاق .

فصل

قال مالك: ومن قال: على المشى إلى بيت الله ، ينوى مسجداً من المساجد فله

نيته وإن لم تكن له نية فعليه المشى إلى مكة .

قال ابن القاسم: وإن قال: على المشى ولم يقل: إلى بيت الله، فإن نوى مكة

مشى إليها وإن لم ينو ذلك فلا شيء عليه .

وقال أشهب : عليه المشى إلى مكة ، وإن لم ينوها إذا لم ينو غيرها .

قال مالك : ومن حلف بالمشى إلى مسجد الرسول أو مسجد بيت المقدس فحنث

فليأتها راكباً ، وإنما يمشى من قال: عليّ المشى إلى بيت الله تعالى .

قال إسماعيل القاضي : لأن الرجل [ق / ٨٣ / ٢ ب] إذا قال: على المشى إلى

بيت الله ، فظاهر قوله يدل على أنه أوجب على نفسه الحج ماشياً أو العمرة وإن لم

تكن له نية فى أحدهما بعينه فقد أوجب على نفسه أن يأتى البيت محرماً والإحرام لا

يكون إلا بأحدهما فله أى ذلك أحب إن شاء كان مشيه فى حج وإن شاء فى عمرة

والمشى والركوب فى الحج والعمرة طاعة فإذا أوجب المرء على نفسه أحدهما لزمه ذلك، فأما إن جعل الرجل على نفسه المشى إلى بيت المقدس أو مسجد المدينة لزمه أن يأتى ذلك إن شاء ركباً وإن شاء راجلاً ولم يلزمه المشى لأن المبتغى فى مسجد المدينة ومسجد بيت المقدس الصلاة فيهما لما فى ذلك من الفضل على سائر مساجد البلدان إلا مسجد مكة ولولا ذلك ما لزمه إتيانها فالزمنه ما جعل على نفسه من فضيلة الصلاة التى هى طاعة ولم يلزمه المشى إذا لا طاعة فيه، ولو جعل على نفسه المشى إلى مسجد مكة يريد الصلاة فيه دون الإحرام لكان كذلك ويركب إن شاء .

ومن «المدونة»: قال مالك: ولو قال: لله على أن آتى المدينة، أو بيت المقدس، أو على المشى إلى المدينة أو بيت المقدس، فلا يأتيهما حتى ينوى الصلاة فى مسجديهما أو يسميهما فيقول: إلى مسجد الرسول، إلى مسجد بيت المقدس، وإن لم ينو الصلاة فيهما فليأتيهما ركباً ولا هدى عليه وكأنه لما سماهما قال: لله على أن أصلى فيهما.

وابن وهب يرى أن يأتيهما ماشياً.

وقال غيره: إن كان بينه وبينهما الأميال اليسيرة فليأتيهما ماشياً، والمشى ضعيف، وقاله أصبغ.

ومن «المدونة»: قال مالك: ولو نذر الصلاة فى غير هذه الثلاثة مساجد لم يكن عليه أن يأتيهما [ق / ١١٦ / ٢ أ] مثل قوله: على المشى إلى مسجد البصرة أو مسجد الكوفة فأصلى فيه أربع ركعات، فليصل بموضعه أربع ركعات ولا يأتيهما لقول الرسول عليه السلام: «لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد» فذكر مسجده ومسجد إيلياء والمسجد الحرام^(١).

قال ابن المواز: وقد قيل: إلا أن يكون ذلك المسجد قريباً مثل الأميال اليسيرة فليأتيه ماشياً يصلى فيه كما جعل على نفسه، والمشى فى ذلك ضعيف.

قال ابن حبيب: إن كان المسجد الذى نذر أن يأتيه ماشياً معه فى موضعه، ومثل مسجد جمعة أو مسجده الذى يصلى فيه الصلوات يلزمه أن يمشى إليه ويصلى فيه ما

نذر. قاله مالك.

وألزم ابن عباس من جعل على نفسه مشياً إلى مسجد قباء وهو بالمدينة أن يمشى إليه.

قال ابن حبيب: لأن النبي عليه السلام يأتيه ماشياً وراكباً ويصلى فيه وهو على ثلاثة أميال من المدينة.

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن نذر أن يربط أو يصوم بموضع يتقرب بإتيانه إلى الله سبحانه كعسقلان والإسكندرية لزمه ذلك فيه وإن كان من أهل مكة والمدينة.

فصل

قال ابن القاسم: لا يلزمه المشى فى قول مالك إلا لمن قال: على المشى إلى مكة أو بيت الله أو المسجد الحرام والكعبة.

قال ابن القاسم: أو الحجر الأسود أو الركن فأما غير ذلك كقوله: إلى الصفا والمروة أو منى أو عرفات أو المزدلفة أو ذى طوى أو الحرام أو إلى غير ذلك من جبال الحرم فلا يلزمه شيء، وإنما لزم المشى من قال: إلى مكة، أو إلى المسجد الحرام، لأن ذلك محتوٍ على البيت والبيت لا يؤتى إليه إلا فى حج أو عمرة والمشى والإتيان فى ذلك طاعة، وإنما يلزم ذلك إذا قال: إلى الحرم وإن كان ذلك محتوياً على البيت كما تحتوى عليه مكة لأن الذى يقول: إلى مكة جرت مقامة الناس فيه.

يريدون بمكة: البيت، وإذا لم تكن له نية حمل أمره على قصد الناس ولو نوى بيوت مكة لم يلزمه شيء إلا أن تكون نيته على وجه التوثقة فلا يجزئه النية حتى يسمى بيوت مكة لأن يمينه على نية من استحلفه وأما إذا قال: عليّ المشى إلى الحرم، فلا مقصد فيه للناس ولا عادة فإذا لم تكن له نية أعطى اللفظ حقه فى اللغة فيحمل على أوائل الحرم لأنه أقل ما يتناول الاسم ولأن الانتهاء عندهم فلم يلزمه الإتيان إليه لقوله عليه السلام: «لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد»^(١) وليس الحرم من ذلك ولا جباله إلا أن ينوى ما فى الحرم من البيت فيلزمه، فهذا فرق ما بين ذلك عند ابن

القاسم ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : وإن قال : على المشى إلى الحج ، أو إلى الحطيم ، أو زمزم ، لم يلزمه ذلك عند ابن القاسم ويلزمه عند أصبغ .

قال أبو محمد: إن قال : إلى الحطيم ، لزمه ذلك مع مذهب ابن القاسم في «المدونة» .

يريد : وكذلك الحجر .

قال أبو محمد: لاتصاله بالبيت ، وأما إلى زمزم أو المقام فلا شيء عليه .

قال ابن المواز: وإذا سمى من مكة موضعاً خارجاً من المسجد فلا شيء عليه إلا أن يقول : مكة ، مبهماً وهذا أصح ما روى لنا عن ابن القاسم .

وقال أصبغ: كما سمى من الحرم أو من [ق / ٨٤ / ٢ب] مواضع مكة فإنه يلزمه .

ابن حبيب : ولا يلزمه في خارج الحرم خلا عرفات فإنه يلزمه فيها وإن كانت في الحل .

وقال أشهب: إن قال : على المشى إلى الصفا والمروة أو ذى طوى أو عرفة ، فذلك عليه إلا أن ينوى [ق / ١١٧ / ٢أ] الموضع المسمى بعينه فلا شيء عليه .

فصل

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم ومن قال : إن كلمت فلائاً فعلى أن أسير أو أذهب أو أنطلق أو أمشى أو أركب إلى مكة ، فالمشى عليه إلا أن ينوى أن يأتيه حاجاً أو معتمراً فليأتيهما راكباً إلا أن ينوى ما شيئاً .

وقال أيضاً ابن القاسم : من قال : على الركوب إلى مكة ، فذلك عليه .

قال في «كتاب ابن المواز» : ولا يأتيها إلا في حج أو عمرة .

محمد : وقال أشهب: ولا أرى أن يأتيهما ماشياً لأنه يحنث عن نفسه فترك الركوب نفقة وجبت لله في طاعة ، قيل : فإن مشى على قول أشهب ولم يقوم راحلة يركب فحكى عن بعض شيوخنا : أنه يركب ويخرج قدر ما كان ينفقه في

ركوبه فيجعله فى هدايا .

وقال غيره: يدفع ذلك المقدار ولم ينفقه فى الحج حسبما كان تفقه هو فيه ، والله أعلم .

ومن «المدونة»: قال سحنون وأشهب يرى عليه إتيان مكة فى هذا كله حاجاً أو معتمراً . وبه أخذ ابن المواز .

والفرق عند ابن القاسم بين قوله: على أن أسير أو أتى إلى مكة ، وبين قوله : على المشى إلى مكة : أنه إذا قال : على المسير ونحوه إلى مكة يحمل أنه أراد بيوت مكة إذا لم تكن له نية لأنه لم تجر به عادة .

وإذا قال: على المشى إلى مكة ، لزمه لأن هذا قد جاءت فيه سنة أن يحج أو يعتمر ، ولأن قضاء الناس بذلك المشى إلى الكعبة فيحمل على ذلك .

ولو قال: على أن أسير أو أذهب إلى الكعبة ، لا ينبغي أن يلزمه أن يأتيهما إن شاء ماشياً أو راكباً .

دليله: من قال: أنا أضرب بمالى حطيم الكعبة ، أنه يلزمه عند ابن القاسم أن يحج أو يعتمر ، كقوله: عليّ أن أتى المسجد الحرام ، أن ذلك يلزمه ، لأنه قد قصد الإتيان إلى البيت فهو بخلاف قوله: إلى مكة ، لما قدمنا .

وسئل أبو عمران: ما الفرق بين من قال: على المشى إلى الحرم أى المسجد الحرام ، فيلزمه المشى حاجاً أو معتمراً ، وبين من قال: على المشى إلى الحرم ، لا يلزمه ، والجميع يتضمن الكعبة؟ فقال: أما الذى يقول: على المشى إلى الحرم ، فلو أخذ بمقتضى لفظه لكان بوصوله إلى أوائل الحرم يسقط نذره فلم يكن فى ذلك طاعة فتلزمه .

وأما القائل : على المشى إلى المسجد الحرام ، فقد خصص الموضع الذى فيه فرض من فروض الحج والعمرة وهو الطواف والمسجد منصوب للطائفتين والركع السجود ، وذلك كله طاعة فوجب أن يلزمه ، ألا ترى أن القائل : على المشى إلى مسجد الرسول أنه يلزمه أن يأتيه راكباً للصلاة فيه ، ولو قال: على المشى إلى المدينة ، لم يلزمه أن يأتيها إلا أن ينوى الصلاة فى مسجدتها فكذلك الحرم والمسجد الحرام ، ولا

يراعى أن ذلك يحتوى على البيت ويحرق بها، ولو روعى لذلك لروعى الحد المحرق بالحرم لأن ذلك محرق بالكعبة.

وسئل أبو عمران: لم اختلف قوله فى «الكتاب» فى ذاكر الركوب إلى مكة، ولم يختلف قوله فى الانطلاق والذهاب ونحوه؟ فقال : يحتمل ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ﴾^(١) فذكر المشاة والركبان معاً فكان الركوب فى اللفظ أخاً للمشى ، وجاز فى المخاطبات، وكقولهم: حافياً ومتنعلاً، فقيس نادر الركوب على نادر المشى فى هذا القول. [ق / ١١٨ / ٢٢].

ويحتمل إنما وجد لهذا الاختلاف فى الركوب منصوباً فذكره، وتدخل باقى الألفاظ الأخرى فى الاختلاف، وقد ذكر عن ابن القاسم الخلاف فى الجميع كقول أشهب، وفى كلام أبى عمران طول اختصرته، وبالله التوفيق.

جامع ما يلزم من نذر أو يمين في الهدى والصدقة والنحر وغيره

روى ابن وهب: أن على بن أبي طالب رضى الله عنه - قال: «من قال لرجل : أنا أهديك، فليهد شاة»^(١) . وقاله عطاء .

قال ابن القاسم : قال مالك: ومن قال لحر : إن فعلت كذا فأنا أهديك إلى بيت الله، فحنث فعليه هدى .

وقد تقدم قول النخعي فيمن قال : أنا أهدي فلاناً على أشفار عيني . أنه كحجه ويهدى بدنة ، وهو خلاف لقول مالك .

ابن المواز : قال أشهب : من نذر أن يهدى بدنة عوراء أو ما لا يجوز في الهدايا فإن كان ذلك بعينه فليهد ، وإن كان بغير عينه فليهد ما يجوز كمن نذر أن يهدى ابنه فإنه يهدى مكانه ما يجوز في الهدى .

قال ابن المواز: وكذلك الذى نذر أن يهدى فليهد بقيمتها ما يجوز .

ومن «المدونة» قال مالك: ومن قال : عند فلان أو داره ، أو شيء من ماله هدى [ق / ٨٥ / ٢ ب] إن فعلت ، فحنث فلا شيء عليه ، لأن النبی علیه السلام قال: «لا نذر في معصية، ولا نذر فيما لا يملك ابن آدم»^(٢) .

وأما إن قال: دارى أو عبدى هدى أو حلف بذلك حنث فإنه يبيع ذلك ويهدى ثمنه .

والفرق بين من قال لحر: أنا أهديك ، أو قال ذلك لعبد غيره وهو لا ملك له على واحد منهما هو أن الحر قد جرت فيه سنة قياساً على ما جاء فى إبراهيم مع ولده

(١) ابن أبي شيبة (٣ / ١٠٥ ، ١٠٦) .

(٢) أخرجه مسلم (١٦٤١) والنسائي (٣٨١٢) وابن ماجه (٢١٢٤) وأحمد (١٩٨٩٦) من حديث عمران بن حصين رضى الله عنه .

عليهما السلام وقد قال على رضى الله عنه فيمن قال لرجل: «أنا أهديك، فليهد عنه شاة»^(١).

وقال نحوه ابن عباس ولم يكن عليه فى عبد غيره شيء لقوله عليه السلام: «لا نذر فى معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم»^(٢) وأما عبد نفسه فهو ملكه فلم يصح أن يكون هدياً ، وصح أن يهدى بثمانه ، جعلنا بذلك عوضاً ، وبالله التوفيق .

وفى «الواضحة»: قال ربيعة: من جعل جاريته هدياً فإنه يهدى مكانها هدياً، وقاله مالك والليث .

قال أبو محمد: لعله يريد، أم ولده.

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: إن فعلت كذا فعليّ هدي، فحنث ، فإن نوى شيئاً فهو ما نوى وإلا فعليه بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد وقصرت نفقته رجوت أن يجزئ عنه شاة.

وكان مالك يزحف بالشاة كرهاً.

وقال: البقر أقرب شيء إلى الإبل.

وقال مالك فى «كتاب الحج»: من قال: لله عليّ الهدى، قالشاة تجزيه.

وقيل: الفرق بين المسألتين: أن هذه يمين والتى فى «كتاب الحج» بغير يمين، فلذلك كانت أخف.

وقيل: بل ذلك اختلاف قول، ولا فرق بين ما عقد يمين أو كان نذراً وقد نقل أبو محمد هذه، وإن قال: على هدى، ثم ذكر الجواب فدل أنه عنده سواء.

وكذلك فى «كتاب محمد» ، وهو الصواب . [ق/ ١١٩ / ٢ أ] .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: عليّ أن أهدي بدنة، فلينحر بعيراً، لأن

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

البدن من الإبل، فإن لم يجد بغيراً فبقرة، فإن لم يجد بقرة فسبعاً من الغنم ولا يجزيه شراء بقرة لا يبلغ نفقته ثمن بدنة، فإن لم يجد ثمن بقرة فسبع من الغنم وقاله خارجة بن زيد وسالم بن عبد الله وكثير من العلماء.

وقال ابن المسيب: إذا لم يجد بقرة فعشر من الغنم وكذلك في «كتاب محمد».

قال ابن القاسم في «المدونة»: فإن لم يجد الغنم لضيق وجده فلا أعرف في هذا صوماً إلا أن يحب أن يصوم فليصم عشرة أيام فإن أيسر يوماً ما كان عليه ما نذر.

ابن حبيب: وقال مالك: إن لم يجد الغنم صام سبعة يوماً وقال أشهب في «كتاب ابن المواز»: إذا لم يجد الغنم صام سبعة يوماً أو أطعم سبعة مسكيناً كل مسكين مد وإن وجد شاة أهداها وصام سبعة يوماً.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وقد قال مالك فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها: أن الصوم لا يجزئه إلا أن يشاء أن يصوم فإن أيسر يوماً أعتق. فهذا مثله.

قال ابن المواز: إن شاء الصوم صام عشرة أيام.

وقد قيل: بل يصوم شهرين إذا لم يستطع على الرقبة ولم أروه.

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: لله عليّ أن أنحر بدنة، أو قال: لله عليّ الهدى، فلينحر ذلك بمكة أو بمنى يوم النحر.

وقاله ابن عمر وابن عباس.

قال مالك: ومن قال: لله عليّ جزور أو أن أنحر جزوراً، فلينحرها بموضعه، ولو نوى موضعاً وسماء فلا يخرجها إليه وليخرجها بموضعه الذي هو فيه.

قال مالك: وكذلك لو نذرها لمساكين البصرة أو مصر فهو لغيرها فلينحرها بموضعه وليتصدق بها على مساكين من عنده، كانت الجزور بعينها أو بغير عينها، وسوق البدن إلى غير مكة من الضلال.

قال في «كتاب ابن المواز»: وهو مثل من نذر أن يصلى بمصر مائة ركعة وهو من أهل المدينة أو غيرها أنه لا يصلى إلا بموضعه.

قال: وقد قال مالك مرة أخرى: أنه ينحرها حيث نوى. وقاله أشهب.

قال أشهب: وإن لم تكن له نية نحرها بموضعه .

قال ابن حبيب: فإن نذر أن ينحر الجزور بمكة كان عليه أن ينحرها بها وليس بهدي .

ابن المواز: وقد قال ابن عمر: من نذر جزوراً من الإبل أو البقر فإنه ينحرها حيث شاء .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: بيعرى أو بقرتى أو شاتى هدى، فليبعث ذلك بعينه، وإن قال: دارى أو عبدى أو دابتي، أو لشيء من ماله مما لا يهدى هو هدى، أو حلف بذلك، فحنت فليبعه ويبعث بثمنه وبما أهدى من العين فيبتاع به هدياً .

قال ابن القاسم: فإن لم يبعه وبعث به بعينه فلا يعجنى ذلك ويباع هنالك فليشتري به هدياً فإن لم يبلغ ذلك ثمن هدى وأدناه شاة أو فضل منه ما لا يبلغ ذلك .

قال مالك: يبعثه إلى خزنة الكعبة ينفق عليها .

قال فى «كتاب محمد»: فإن لم تحتج إليه الكعبة تصدق به .

وقال ابن القاسم فى «المدونة»: أحبّ إلى أن يتصدق به حيث شاء ذلك، وأن ابن عمر كان يكسو الكعبة بأجلة بدنة فلما كسيت تصدق بها . [ق / ١٢٠ / ٢ / أ] .

وقال أصبغ: أحبّ إلى أن يتصدق بها على أهل مكة خاصة .

قال ابن القاسم فى «المدونة»: وأعظم مالك أن يشرك مع الحجة فى الجزالة أحد لأنها ولاية من النبى - عليه السلام - إذ دفع المفاتيح لعثمان بن طلحة .

وفى سماع ابن القاسم فيمن جعل شيئاً من ماله هدياً وهو مما لا يهدى: إن شاء باعه وأخرجه ثمنه ، وإن شاء أخرج قيمته وكذلك فى «كتاب محمد» .

قال أبو محمد: ومن قولهم فى الصدقة: لا يحبسه ويخرج [ق / ٨٦ / ٢ب] قيمته وذلك مكروه له .

ويشبه أن يكون الفرق أنه لا يقصد فى هدى متاعه إلا إلى عوضه، وفى صدقة متاعه يحسن أن يتصدق بذلك بعينه فكأنه تصدق به بعينه.

وحكى عن بعض شيوخنا القرويين أنه قال: إذا تصدق الرجل بعرض تطوعاً لم يكون له حبسه ويتصدق بقيمته ولو حلف بذلك فحنت أجزأه إخراج قيمته.

والفرق بين ذلك: أن الحالف غير قاصد للقربة فلم يدخل فى قول النبى عليه السلام: «العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه»^(١).

والمتطوع هو داخل فى الحديث لأنه قاصد للقربة به والحديث إنما خرج فى القدر الذى حمل عليه عمد طوعاً فأمر ذلك مفترق.

والحالف أيضاً إنما قال: إن فعلت كذا فأنا أتصدق بكذا لله، فقد عقد على نفسه أن يفعل ذلك القربة بصدقته فهما سواء، والله أعلم.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن قال: إن فعلت كذا فغنى أو إبلى أو بقرى هدى، فحنت فليبعث بها من ذلك الموضع إن كانت تصل وتقلد الإبل وتشعر البقر ولا تصل من إفريقية ولا من مصر فإذا خاف على هذه الهدايا ألا تبلغ لبعد سفر أو غير ذلك باعها وابتاع بثمان الغنم غنماً وبثمان الإبل إبلاً وبثمان البقر بقرًا وجائز أن يبتاع بثمان البقر إبلاً لأنها لما بيعت صارت كالعين، ولا أحب له أن يشتري به غنماً حتى يقصر عن ثمن بغير أو بقرة ويشترى ذلك من مكة أو من موضع تصل فإن ابتاعها من مكة فليخرجها إلى الحل ثم يدخلها الحرم.

قال: وإن نذر هدى بدنة غير معنية أجزأه شراؤها من مكة أو المدينة فتوقف فعرفة ثم ينحرها بمنى فإن لم توقف بعرفة أخرجت إلى الحل إن اشترت فى الحرم نحررت بمكة فإن لم يجد ثمنًا فبذلك عليه دين.

فصل

قال مالك: ومن قال: إن فعلت كذا فلله على أن أهدي مالى، أو قال: جميع مالى، فحنت أو نذر ذلك بلا يمين، أجزأه أن يهدي الثلث من ماله.

كتاب الأيمان والنذور الأول/ جامع ما يلزم من نذر أو يمين في الهدى... ————— ٢٣١
من ذلك الثلث»^(١) .

ومن «العتبية» قال عيسى عن ابن القاسم فيمن قال: مالى هدى، قال: يهدى
ثلثه ويبقى عليه حتى يبلغه من غير الثلث.

وقال مالك فيمن وجبت عليه صدقة ثلث ماله وهو بموضع ليس فيه مساكين
فليكن عليه من ماله وكذلك إن قال: إبلى هدى، فعليه أن يبلغها من ماله.

وفيه قول آخر: إذا قال: مالى هدى، أنه يهدى ثلثه وتكون النفقة من الثلث ولو
قال: ثلثى هدى، فهذا للاختلاف أنه ينفق عليه من ماله حتى يبلغه والصواب ألا
يفرق بين ذلك.

ووجه من أوجب النفقة على ذلك من ماله: لأن من أوجب على نفسه هدياً
وجب عليه أن يبلغه من ماله إذ لا يجوز أنه يهدى بعضه ولا يشرك فيه.

ووجه النفقة عليه من الثلث: فقياساً [ق / ١٢١ / ٢ أ] على الزكاة تجب عليه
وليس بموضعه مساكين فينقلها إلى أقرب البلدان إليه أن النفقة عليها منها، قاله ابن
حبيب.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن قال: إن فعلت كذا فعبدى هدى، ولا مال له
فحنث فعليه أن يهدى عبده يبيعه ويهدى ثمنه وكذلك إذا سمى شيئاً من ماله بعينه
كقوله: دارى أو دابتي أو ثوبى أو غيره هدى، أو حلف بذلك فحنث أخرج ذلك
كله، وإن أحاط بماله كله، وكذلك إن قال: لله على أن أهدي بغيرى أو بقرتى أو
شاتي، وهو جميع ماله فليهد جميع ما سمى.

ولو قال: لله عليّ أن أهدي جميع مالي، أجزأه الثلث.

قال مالك: وإنما هذا كمن قال: كل امرأة أنكحها فهى طالق، فلا شيء عليه،
وإن سمى قبيلة أو امرأة بعينها لزمه ذلك.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣١٩) وابن حبان (٣٣٧١) وعبد الرزاق (١٦٣٩٧) وأبو عوانة (٤٧٤٩)
والحاكم (٦٦٩٧) ومالك (١٠٢٥) والدارمي (١٦٦٢) وابن أبي عاصم في الأحاد والمثاني
(١٦٧٥) والبيهقي في الكبرى (٧٣١٩) وأحمد (١٥٤٧٠) والطبراني في الكبير (٤٣٨٣)
وابن الجوزي في التحقيق (٢٠٢٧) قال الألبانى : صحيح.

وقال بعض المتأخرين من القرويين : من عمّ أو خصّ في المدينة أن النبي عين شيئاً من ماله قد أبقي لنفسه شيئاً ولو ثياب ظهره أو ميراثاً لم يعلم به .

والذى قال : مالى كله ، لم يبق لنفسه شيئاً وأدخل ثياب ظهره وما لا يعلم من ماله فكان ذلك من الحرج فوجب قصره على الثلث لحديث أبى لبابة ، ولولا ذلك لسقط عنه الجميع كما إذا عم في الطلاق أنه لا شيء عليه .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وإن قال : إن فعلت كذا فأنا أهدى عبدك هذا وجميع مالى فحنت .

أهدى العبد وثلث ما بقى وكذلك هذا في الصدقة وفي سبيل الله .

قال مالك : ومن قال : مالى فى المساكين صدقة أو فى سبيل الله ، وحلف بذلك فحنت ، أجزأه من ذلك الثلث .

وروى ابن وهب : أن رجلاً تصدق فى زمن رسول الله ﷺ بجميع ماله فأجاز له منه النبي ﷺ الثلث .

وروى فى «كتاب محمد» : عن ابن عمر أنه يخرج ماله كله .

وعن ابن المسيب : ثلث ماله ، وقال به مالك .

وعن عائشة رضى الله عنها : كفارة يمين ، وعن عبد العزيز بن أبى سلمة : زكاة ماله .

ومن «المدونة» : قال مالك : وإن سمى شيئاً من ماله فقال : دارى أو دابتي أو ثوبى صدقة أو فى سبيل الله ، ولا مال له غير ما سمى فحنت فليخرج كل ما سمى ولا يجزيه منه الثلث .

وقال ابن نافع : من تصدق بشيء [ق / ٨٧ / ٢ ب] بعينه وهو ماله فقال : دارى أو دابتي أو ثوبى صدقة أو فى سبيل الله ، ولا مال له غير ما سمى فحنت فليخرج كل ما سمى ولا يجزيه منه الثلث .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ولو قال فرسى ومالى فى سبيل الله ، أخرج الفرس وثلث ما بقى من ماله ، وإن قال : نصف ماله أو ثلاثة أرباعه صدقة أو أكثر ،

فليخرج جميع ما سمى ما لم يقل مالى كله .

ومن «المدونة»: ولو قال: مالى كله صدقة إلا درهم، أن ذلك يلزمه، وكذلك فى جزء منه .

ابن المواز : قال ابن القاسم: ومن حلف بصدقة ماله فحنث ثم حلف بصدقة ماله فحنث فليخرج ثلث الأول ، ثم ثلث ما بقى ثم قال: يخرج ثلثه مرة واحدة ويجزيه .

وقال ابن كتانة: وبالأول أخذ محمد، وقاله أشهب .

قال مالك: ومن حلف بصدقة ماله فحنث ونذر ثم زاد ماله فعليه ثلث يوم الحلف، وإن نقص فثلثه يوم حنث وإن حنث ثم عن ماله ثم حنث فيه يمين ثانية ثم نما ماله ثم حنث فيه يمين ثالثة ، ثم نما ماله فليخرج ثلث ما معه الآن وهو ثلث الأول وثلث الزيادات ولو لم يزد ماله لم يخرج إلا ثلثًا واحدًا، [ق / ١٢٢ / ١٢] ولو حنث أولاً وماله مائة ثم حنث ثانية وماله ستون ثم حنث ثالثة وماله أربعون فليس عليه إلا ثلث المائة الأولى ، إلا أن يبقى بيده أقل من ثلثها فلا شيء عليه غير ما بيده إلا أن يذهب بإتلافه أو أكله فيلزمه دينًا ولو تلف بعضه بغير سببه لم يضمه وإن فرط فى إخراجه لأنه كالشريك .

وقال مالك: فى التلف .

وقال أصبغ: كله وما نهى بعد الحنث فلا شيء عليه فيه فرط أو لم يفرط .

قال ابن المواز : إذا حلف إن فعل أولاً أفعل لم يضمن ما أكل أو أتلف قبل الحنث ، ولو حلف لأفعلن أو إن لم يفعل فهو كتلفه بعد الحنث يلزمه ما ذهب بسببه ولا يلزمه ما ذهب بغير سببه .

ومن «كتاب الهبات» : ومن قال: مالى صدقة، أخرج ثلثه من عين ودين وعرض وثلث قيمة كتابه مكاتبيه فإن عجزوا يوماً ما وكان فى قيمة رقابهم فضل عن قيمة كتابهم أخرج ثلث ذلك الفضل ولا شيء عليه فى أم ولده ولا يخرج ثلث قيمة هدى به إذ لا يملك بيعهم .

قال سحنون : يخرج ثلث خدمتهم ، فإن لم يخرج ثلث ماله حتى ضاع ماله

كله فلا شيء عليه فرط أو لم يفرط .

وقال سحنون: إن فرط ضمن كالمفرط في الزكاة وغيرها أنه ضامن لما ذهب بتفريطه .

قال بعض فقهاءنا: ورأى ابن القاسم إنما يضمنه في اليمين بالصدقة لاختلاف الناس فيها وقول من قال فيها بكفارة يمين أو غير ذلك، فلذلك لم يجعلها كالزكاة ونحوها من الواجبات .

قال في «كتاب الطلاق»: فإن لم يكن له يوم حلف مال فلا شيء عليه فيما أفاد بعد ذلك . ومن «الحمالة»: ولا يجوز لذات الزوج من مالها هبة ولا صدقة ولا معروف إلا قدر الثلث ، فإن تصدقت بأكثر من الثلث فلم يجزه الزوج بطل جميعه، وجعله المغيرة كالوصية يجوز منه الثلث .

قال سحنون: وإن حلفت ذات الزوج بصدقة مالها كله فحشت فلتصدق بثلثه وليس للزوج منعها من ذلك .

وقال أصبغ: له منعها من ذلك .

فوجه قول سحنون : فلأن من تصدق بماله كله إنما يلزمه الثلث فكأن الزوجة إنما تصدقت ثالثاً .

ووجه قول أصبغ: فلأنها تصدقت بماله كله فللزوجة رد جميعه كما لو تصدقت بأكثر من ثلثها .

قال ابن القاسم : وإن أعتقت ذات الزوج ثلث عبد لا تملك غير ذلك العبد جاز ولا يعتق منه غير ذلك . ورواه عن مالك .

وروى عنه أشهب وعبد الملك: أن الزوج يخير فإن أجاز فليعتق جميعه أو يرد فلا يعتق منه شيء، وهذا أحسن لأن الحكم يوجب عليها عتق جميعه فكأنها قصدت ذلك فللزوجة إجازته أورده .

ووجه الأولى : فكأنها لما كانت مقصورة على الثلث فكأنه هو الذي تملك منه فلم يعتق عليها غيره ولم يكن للزوج حجة لأنها لم تدخل عليه ضرراً كهية ذلك

وصدقته .

قال ابن القاسم: وإن حنث بعته أو أعتقه كله فرد الزوج عتقها إذ لا مال لها غيره ثم مات الزوج عنها أو طلقها فإنه يعتق عليها الآن جميعه بغير قضاء . وفي «النكاح» و«الحمالة» إيعاب هذا .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن جعل عبده صدقة أو في سبيل الله في يمينه فحنث ولا مال له غيره ففي الصدقة يبيعه ويتصدق بثمانه وفي السبيل يدفع ثمنه إلى من يغزو به من موضعه إن وجد وإن لم يجد فليبعث بثمانه وإن كان فرساً أو سلاحاً أو شيئاً من آلات الحرب جعله في السبيل [ق / ١٢٣ / ٢ أ] في يمين فحنث أو في غير يمين فليبعث ذلك بعينه فإن لم يجد من يقبله منه ولا من يبلغه فليبعث بثمانه فيجعل في مثل المبيع من كراع أو سلاح أو غيره بخلاف البقر المهدى تباع إذا لم تبلغ فيجوز أن يشتري بثمانها إيلاً لأن تلك كلها للأكل وهذا تختلف منافعه ، وإن جعل في جميع هذه الأشياء صدقة في يمينه فحنث أو في غير يمين باع ذلك وتصدق بثمانه ، وكذلك إن جعله هدياً فليبعه ويهدي ثمنه .

قال مالك: ومن جعل ماله أو غيره في سبيل الله فسبيل الله كثيرة ولكن إنما يعطى ذلك في مواضع الجهاد والرباط من السواحل والثغور وليس جُدةً من ذلك وإنما كان الخوف ونزول العدو [ق / ٨٨ / ٢ ب] بها مرة واحدة فلم يرها مثل السواحل التي هي مرابط .

فصل

قال مالك: ومن قال: مالي في رتاج الكعبة ، فلا شيء عليه لا كفارة يمين ولا غيرها .

والرتاج: هو الباب ، وقد سئل عن ذلك عمر بن الخطاب فقال: لا حاجة للكعبة بأموالكم ، ونحوه عن عائشة .

ومن غير «المدونة»: ابن وهب: وقالت عائشة : عليه كفارة يمين . وقاله مالك والليث .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم : وكذلك إن قال: مالي في الكعبة أو في

حطيمها، فلا شيء عليه ؛ لأن الكعبة لا تنقض فتبني ، والحطيم فيما قال لى بعض الحجة : ما بين الباب إلى المقام .

قال ابن حبيب : الحطيم ما بين الركن الأسود إلى الباب المقام عليه يتحطم الناس .

قال أبو محمد : فعلى تفسير ابن حبيب أن ذلك كله حطيم الجدار من الكعبة والبناء الذى بين البيت والمقام اليوم .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وإن قال : مالى فى كسوة الكعبة أو فى طنبيها، دفع ثلث ماله إلى الحجة لذلك .

فصل

وإن قال : أنا أضرب بمالى حطيم الكعبة أو أرتاجها، فعليه حجة أو عمرة ولا شىء عليه فى ماله، وكذلك إذا قال : أنا أضرب بكذا أو كذا الركن الأسود، فليحج أو يعتمر ولا شيء عليه، إذ لم يرد حملان ذلك الشيء على عنقه .

قال ابن المواز : إن أراد حمله على عنقه وكان يقوى على حمله فكذلك أيضاً يحج أو يعتمر راکباً ولا شيء عليه غيره، وإن كان لا يقوى على حمله مشى وأهدى .

قال ابن حبيب : إذا قال : أنا أضرب بكذا - الشيء من ماله - الركن الأسود أو الكعبة، وأراد حمله على عنقه مشى إلى البيت فى حج أو عمرة، وأهدى، ولا يحمله، ثم يدفع ما سمي إن كان لا يبلغ ثمن هدى إلى خزنة الكعبة صرفها فى مصالحها .

وقال ابن القاسم : ومعنى قوله : «أنا أضرب بمالى حطيم الكعبة» أي : أسير به أو أسافر به إلى الكعبة .

ومن ذلك قوله تعالى : ﴿وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾^(١) أى : سافرتم، ومنه قولهم : ضرب المقارض بالمال ؛ لأنه يسير بالمال ويضرب به فى الأرض لا ابتغاء الرزق ولم يرد

به رد ما عند الناس من الضرب بها إلى الكعبة لأن ذلك استخفاف من فاعله وغير ما أمر به من التعظيم لها .

فصل

ومن «المدونة» : قال مالك: ومن قال : إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدى ، فحنث فعليه كفارة يمين ، وقال ابن عباس : ثم رجع مالك فقال : لا كفارة عليه ولا غيرها إلا أن ينوى به وجه الهدى أن يهدى ابنه لله فعليه الهدى .

قال ابن القاسم: وهذا أحب إلى من الذى سمعت منه ، والذى سمعت منه : أنه [ق / ١٢٤ / ١٢] إن لم يقل عند مقام إبراهيم فعليه كفارة يمين ، وإن قال : عند مقام إبراهيم فليهد هدياً ، لأن من قال عند مقام إبراهيم قد أراد الهدى .

قال ابن عباس: من نذر أن ينحر ابنه عند مقام إبراهيم فليذبح كبشاً .

قال ابن عباس فيمن جعل ابنه بدنة فليهد ديته مائة من الإبل ثم ندم بعد ذلك فقال : ليتنى كنت أمرته أن يذبح كبشاً كما قال الله تعالى : ﴿ وَفَدَيْنَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ (١) .

ابن المواز : وقال ابن عباس : من نذر أن يذبح نفسه فليذبح كبشاً يهديه (٢) .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ومن قال : أنا أنحر ولدى بين الصفا والمروة أو منى فعليه هدى ، وقد قال النبي عليه السلام عند المروة : « هذا منحرك وكل طرق مكة وفجاجها منحرك » (٣) ومنى عندي منحرك (٤) .

قال : ويلزمه فى نحر أبويه ما يلزمه فى نحر ولده .

(١) سورة الصافات (١٠٧) .

(٢) أخرجه الطبرانى فى «الكبير» (١١٩٩٥) وعبد الرزاق (١٥٩٠٥) والبيهقى فى «الكبرى» (١٩٨٦٧) و«معركة السنن والآثار» (٦٠٠١) . قال الهيثمى : رجاله رجال الصحيح .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣٢٤) والبيهقى فى «الكبرى» (٦٠٧٩) وإسحاق بن راهويه (٣٧٢) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه . قال الألبانى : صحيح .

(٤) وذلك لحديث جابر - رضى الله عنه - عند مسلم (١٢١١٨) .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وكذلك لو قال لأجنبي : أنا أنحرك عند مقام إبراهيم ، فليهد عنه هدياً وابنه والأجنبي في ذلك سواء .

قال ابن المواز : ولو قال لعبده أو ولده أو غيرهم : أنا أنحركم عند مقام إبراهيم ، كان عليه أن يهدي عن كل واحد هدياً ، وقد قيل : هدى واحد لجميعهم ، والأول أحب إلينا وهو الحق والعلم . وقاله أصبغ .

وكذلك الذى يقول لعبده : أنا أنحرك . عليه هدى ، ولو قال له : أنا أهديك ، فليبعث بثمانه أو بقيمته إلى مكة يشتري به هدياً قال بعض فقهاءنا فى قوله : إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدى : إنما يكون فيه الهدى إذا ضمن ذلك بفعل . فقال : إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدى ، فأما إن لم يقل ذلك وإنما قال : على نحر ولدى أو لله على نحر ولدى ، فلا شيء عليه لأنه نذر فى معصية إلا أن يقصد به وجه القرية فيلزمه الهدى .

قال : وهكذا فى «كتاب الأبهرى» والأمر عندى سواء ضمن ذلك بفعل أو لم يضمه ، الصواب : أن لا شيء عليه إلا أن ينوى به وجه الهدى لأن من قال : إن فعلت كذا فعلى أن أشرب الخمر ، وقال : لله على أن أشرب الخمر ، أنه سواء لا شيء عليه فى ذلك وقد قال ابن عباس فى «كتاب محمد» : من نذر أن يذبح نفسه فليهد كبشاً .

في اليمين الغموس واللغو وأوجه الاستثناء ونية الحالف

قال الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^(١) ثم ذكر الله تعالى الكفارة.

فدل أن غير اللغو فيما فيه الكفارة وهي اليمين بالله، وأن اللغو يمين غير منعقدة ولا كفارة فيها وإنما الكفارة في اليمين المنعقدة واتفق أن اليمين بالله داخله في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾^(٢) وهي اليمين التي أمر أن يحلف بها. قال الرسول عليه السلام: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت»^(٣).

ومن «المدونة»: قال مالك: والأيمان بالله [ق / ٨٩ / ٢ ب] أربعة أيمان: يمين غموس ولغو يمين فلا كفارة في هذا ويمين الرجل: والله لأفعلن، والله لا فعلت، ففي هذين الكفارة فإن رأى الحنث أفضل له أحث نفسه.

والغموس: الحلف على تعمد الكذب أو على غير يقين وهو أعظم من أن تكفره الكفارة لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(٤) إلى آخر الآية.

ولقوله عليه السلام: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار»^(٥).

(١) سورة المائدة (٨٩).

(٢) سورة المائدة (٨٩).

(٣) أخرجه مالك (١٠٢٠) والبخاري (٢٥٣٣) ومسلم (١٦٤٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) سورة آل عمران (٧٧).

(٥) أخرجه مالك (١٤٠٩) ومسلم (١٣٧) والنسائي (٥٤١٩) وأحمد (٢٢٢٩٣) والدارمي

(٢٦٠٣) والطبراني في «الأوسط» (٩٢١٩) والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٩٩) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

قال أبو محمد بن عبد الوهاب : وإنما قلنا لا كفارة في اليمين الغموس خلافاً للشافعي لقوله تعالى : ﴿وَلَكِنْ يَأْخُذْكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^(١) وهذه يمين غير منعقدة لأن المنعقد ما أمكن حله إذا انعقد ولأنها عين لا يتأتى فيها البر ولا الحنث كاللغو ولأن الكفارة معين يدفع حكم اليمين في الفعل المستقبل فلم يتعلق بالحلف على الماضي أصله الاستثناء .

ابن حبيب: وقال عمر بن الخطاب : «اليمين الغموس تذر الديار بلاقع»^(٢) .

ابن حبيب: وهي اليمين الكاذبة متعمداً وهي من الكبائر ولتنب الحالف بها إلى الله سبحانه ويتقرب إلى الله بما قدر عليه من عتق أو صدقة أو صيام .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: والله ما لقيت فلاناً أمس، وهو لا يدري ألقه أم لا ثم علم بعد يمينه أنه كما حلف بر وقد خاطر وسلم، وإن كان خلاف ذلك أثم وكان كمتعمد الكذب وهي أعظم من أن تكفر، وتلا ابن عباس : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ﴾^(٣) وقال : هي اليمين الكاذبة .

قال ابن القاسم: ولغو اليمين ليس كقول الرجل: ولا والله وبلى والله ، وإنما اللغو عند مالك إن حلف على أمر يوقنه ثم تبين أنه خلاف ذلك فلا شيء عليه كقوله والله لقد لقيت فلاناً أمس ، وذلك يقينه وإنما لقيه قبل ذلك أو بعده فهذا هو اللغو ولا شيء عليه، وقالته عائشة وابن عباس وكثير من التابعين .

ابن المواز: قال ابن عباس ومجاهد : اللغو إن حلف الرجل على أمر يرى أنه فيه صادق ولا يكون صادقاً .

قال بعض البغداديين : وقالت عائشة: هو قول الرجل: «لا والله وبلى والله»

(١) سورة المائدة (٨٩).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (١٠٩٢) والبيهقي في «الكبرى» (١٩٦٥٥) والقضاعي في

«مسند الشهاب» (٢٥٥) والخطيب في «تاريخه» (٥ / ١٨٣) من حديث أبي هريرة مرفوعاً

قال الألباني : صحيح .

(١) سورة آل عمران (٧٧).

وهو فى مثل معنى هذا لأنه لا يعنى تعمد الكذب ، لكن على ما يظنه يريد بالظن ها هنا: اليقين ، وهذا يرجع إلى قول مالك ، وأما قولهم فى الغموس: هو أن يحلف على أمر يظن يريد وهو لا يوقنه ، وقاله أبو محمد.

وقال أبو محمد بن عبد الوهاب : اختلف أصحابنا فى قول الرجل : «لا والله وبلى والله» فقال ابن القاسم: عن مالك: ليس بلغو ، وقال إسماعيل بن إسحاق وشيخنا أبو بكر وغيرهما : إنه من حيز اللغو لأنه لا يتأتى فيه البر ولا الحنث ولا يمكن الاحتراز منه .

ومن «المدونة»: قال مالك: ولا لغو فى طلاق ولا عتاق ولا شيء ولا صدقة ولا غيره ، وإنما يكون اللغو والاستثناء والكفارة فى اليمين بالله أو شيء من أسمائه أو صفاته أو نذره لا مخرج له وكذلك العهد والميثاق .

قال ابن المواز : وقد يكون النذر والعهد ما لا يكفر مثل ما خرج مخرج العقد والعهد وكيمين البيعة ونحوه .

يريد: فيلزم من غير تقية ولا كراء .

ابن المواز: وأما من حلف لبعض أهله يتهددهم بذلك وهو مجمع على ألا يكفر ولا يريد الوفاء بيمينه فلا يأثم بذلك إن شاء الله وتلزمه الكفارة .

ومن «المدونة»: قال مالك :ومن حلف بطلاق أو عتق أو غيره من الأيمان سوى اليمين بالله على شيء يوقنه ثم تبين له أنه [ق / ١٢٥ / ٢ أ] خلاف ذلك فقد حنث وكذلك إن استثنى فى شيء من هذا فحنث لزمه ما حلف عليه .

فصل

قال مالك: ولا استثناء إلا فى اليمين بالله تعالى .

قال ابن المواز: وقد روى عن مالك أن ابن عمر قال: من قال : والله لا فعلت كذا ، ثم قال: إن شاء الله ، ثم فعل ما حلف عليه لم يحنث .

وروى مثله ابن وهب عن ابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين .

قال أبو محمد بن عبد الوهاب: والأصل في الاستثناء قوله ﷺ: «من حلف أو استثنى رجع غير حالف»^(١) ولا خلاف في ذلك.

ومن «المدونة»: قال مالك: وكذلك من حلف بنذر لا مخرج له ألا يفعل كذا أو حلف بعهد الله وميثاقه أو بشيء من أسمائه أو صفاته فقال: إن شاء الله، فلا شيء عليه إن نوى به الاستثناء ولو أراد معنى قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا (٢٣) إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾^(٢) غير مرید الاستثناء فليس شيئاً.

ابن المواز وكذلك إن قال: إن شاء الله سهواً أو استهتاراً. وقاله أشهب عن مالك.

قال أشهب عن مالك في «العتبية»: وكذلك إن قالها هجاء لا ينفعه حتى ينوى بها الاستثناء.

قال ابن المواز: ولا يكون الاستثناء إلا فيما فيه الكفارة فإذا استثنى سقطت عنه الكفارة.

قيل له: فكيف يُسقط الاستثناء عنه الكفارة، وإنما استثنى مشيئة من لا ينتهى إلينا علم مشيئته جل وعز؟

قال: هذا في اليمين بالله خاصة لما سبق فيه من الأثر وأما غير ذلك من المشي والصدقة والعتق فقد ألزمه الرسول عليه السلام وجوب الفعل فيما نذر من الطاعة لقوله ﷺ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»^(٣) وألزم الله تعالى الطلاق لموجبه [ق / ٩٠ / ٢ ب] على نفسه لقوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٤) فإذا ألزم

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٦١) والترمذي (١٥٣١) والنسائي (٣٧٩٣) وابن ماجه (٢١٠٥) والدارمي (٢٣٤٢) وأحمد (٤٥١٠) وابن حبان (٤٣٤٠) والحاكم (٧٨٣٢) والبيهقي في «الكبرى» (١٤٨٩٦) والحميدى (٦٩٠) وابن الجارود في «المتقى» (٩٢٨) وعبد بن حميد (٧٧٩) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما.

قال الترمذي: حسن.

وقال الألباني: صحيح.

(٢) سورة الكهف (٢٣، ٢٤).

(٣) تقدم.

(٤) سورة البقرة (٢٣٠).

ذلك نفسه واستثنى مشيئة الله فقد أظهر ما حلف عليه وغاب عنا علم المشيئة إلا أن يظهر ظناً ولا يجعل العمل فى الدين بظن، ونحن إذا ألزمناه ما حلف عليه علمنا أن الله شاء ذلك وليس ما جعل من المشيئة إلى أحد من العباد مثل مشيئة الله، لأنه إذا قال : أنت طالق إن شاء فلان ، فذلك تمليك وليس يملكه العباد دون الله الطلاق أو العتاق ويُعد ذلك ندمًا حين استثنى مشيئة من لا يدرى كيف مشيئته فلا يقبل استثناءه .

واختصار ذلك: أن الأصل فيمن أوجب على نفسه فعل شيء يمين من الأيمان فلم يفعله أو حلف ألا يفعله ففعله أن يلزمه ما حلف به ولا ينفعه الاستثناء فى اليمين بالله من ذلك بالسنة وبقي ما عداه على أصله .

ومن «المدونة» : قال مالك: لا استثناء إلا واصل بيمينه فحرك به لسانه، فأما فى نفسه أو تلفظ به بعد صمات فلا .

قال مالك: وإن حانت له نية الاستثناء قبل تمام لفظه باليمين أو بعد إلا أنه لم يصمت حتى وصله بالاستثناء أجزأه .

قال فى «كتاب ابن المواز»: وهو مثل الذى يريد أن يحلف بالبتة فيقول: امرأتى طالق البتة ثم يبدو له فسكت عن تمام اليمين .

يريد: أن ذلك لا يلزمه لأن الحكم لآخر اليمين، وقد أجمعوا لمن نسق الطلاق ففعل أن الحكم لآخر الكلام فكذلك يكون الاستثناء .

وقال ابن المواز: من رأى إن نوى الاستثناء بعد لفظه بآخر حرف من حروف يمينه لم ينفعه وإن وصله حتى يبدو له فى الاستثناء يمينه لم ينفعه وإن وصله حتى يبدو له فى الاستثناء قبل انقضاء آخر حرف من حروف يمينه فيكون ذلك له إذا لم يكن بين ذلك صمات إلا النفس كقوله : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة فإذا لم يلفظ بالهاء من الشهادة حتى أجمع على الاستثناء نفعه، وإذا لم يجمع على ذلك حتى لفظ بالهاء لم ينفعه .

قال أبو محمد : ذكر ابن القاسم فى «المدونة» : خلاف ما ذكر محمد فى هذا ،

وقال: إن ذلك ينفعه إذا نسق يمينه.

قال ابن حبيب: إذا بدأ فى يمينه لا يريد الاستثناء ثم عرض له فى قلبه فأتبعه يمينه نسقاً قبل أن يقطع كلامه فذلك له. قاله مالك وأصحابه.

ابن حبيب: ولا ينفع الاستثناء بالقلب دون اللسان وإن حرك به شفثيه أجزأه وإن لم يجهر به وإن كان مستخلفاً لم يجزه إلا الجهر.

قال ابن المواز: وأوجه الاستثناء التى لا تجزئ النية بها دون تحريك اللسان ثلاثة: أن يستثنى بأن، وبإلا أن، وبإلا ، فأما «أن» فكقوله: إن شاء الله ، إن شاء فلان ، إن فعل فلان ونحوه وكذلك «إلا أن» مثل قوله: إلا أن يكون كذا، إلا أن يفعل فلان، إلا أن أرى غير ذلك ونحوه وأما «إلا» فمثل يمينه: إن صحبت اليوم قريشاً إلا فلاناً وما أكلت اليوم طعاماً إلا لحمًا ، ولو حرك بإلا لسانه ونوى فى نفسه وفلان أجزأه لأن الواو خلاف ما ذكر من أحرف الاستثناء .

وقد اختلف فى «إلا» خاصة فقليل: يجزئه بها النية كما تجزئه فى مماشاته امرأته إذا قال: الحلال على حرام ، ونوى إلا امرأتى وقد قاله ابن أبى حازم وفى «النوادر»: وقد قال ابن أبى سلمة: لا ينفعه المحاشات فى الحرام لأنها نية فى القلب. يريد: والنية لا تنفع فى «إلا».

واختلف فيها قول أشهب فى «العتبية»، وقال فى «المجموعة»: إذا قال: الحلال عليه حرام، وحاشى امرأته فلا شيء عليه، ولو قال: الحلال على كله حرام، ونوى فى نفسه إلا امرأته لم ينفعه وهو مدع حتى يستثنيه متكلماً به.

قال أبو محمد: كأنه يقول: إذا قال: الحلال على حرام، وحاشى امرأته، فخرجه أنه جعل فى نيته الحلال من الأشياء التى لم يدخل فيها امرأته ولم يستثنها، وإذا قال: الحلال كله عليه حرام، ثم أخرج فهذا استثناء ولا ينفعه الاستثناء إلا باللفظ.

قال ابن المواز: وما كان من الاستثناء فى يمين بوثيقة حق أو شرط فى نكاح أو عقد بيع أو فيما استخلفه آخر عليه فلا يجزئه حركة اللسان به حتى يظهر وليسمع منه.

وفيه من «العتبية»: قال مالك فىمن استخلف رجلاً ألا يخبر أحداً بما يخبر به

فحلف لا أخبرت أحداً واستثنى في نفسه إلا فلاناً فلا ينفعه حتى يحرك به لسانه .

قال ابن القاسم : فينفعه وإن لم يسمعه المحلوف له في هذا .

وقال سحنون : ينفعه حتى يسمع الذي حلفه لأن اليمين له . وتأول سحنون

[ق / ١٢٦ / ٢ أ] أنه ما يتطوع أن يخبره حتى يستحلفه فكأنه حق له .

قال ابن المواز : ولو استحلفه ألا يخبره إلا فلاناً فحلف له ونوى في نفسه وفلاناً

فلا يحث إن أخبر به من نواه إلا أن يكون على يمينه بالطلاق بنية .

قال : ومن أعطى في سلعة عشرة فحلف أنها قامت عليه بعشرة وقد قامت عليه

بدون عشرة فهو حاث إلا أن ينوى بالكراء والمؤنة فذلك مخرج له وإن لم يسمعه .

فصل

غلب عطف الاستثناء بالمشيئة على العقل ويمينه بطلاق أو عتق فقتل : ينفعه .

وقيل : لا ينفعه ، وكذلك كقوله : إن فعلت [ق / ٩١ / ٢ ب] كذا أو لم أفعل كذا

فامراته طالق أو عبده حر إن شاء الله أو إلا أن يشاء الله ، فقال ابن القاسم : لا

ينفعه .

وقال ابن الماجشون وأصبغ : ينفعه إن نوى به الفعل ، وإن نوى به ما ذكر من

طلاق أو عتق لم ينفعه .

قال أصبغ : ولا شك في هذا وكذلك هذا في جميع الأيمان سوى اليمين بالله أو

ما جرى مجراه ، ولا خلاف إذا أراد ذلك إلى مشيئة نفسه أنه ينفعه كقوله : إن فعلت

كذا أو لم أفعل كذا فامراته طالق وعبده حر إلا أن يبدو لى أو إلا أن أرى غير ذلك ،

يريد : يبدو له في العقل أو يرى غيره .

قال ابن القاسم : وكذلك قوله : أو يرينى الله غير ذلك ، وأما إن قال : إلا أن

يقضى الله أو يريد الله فهو كقوله : إن شاء الله ، وإن لم يضمن يمينه بفعل لم ينفعه

قوله إلا أن يبدو لى كقوله : عليّ المشى إلى مكة أو امرأتى طالق إلا أن يبدو لى ،

فإنه حاث بلا خلاف .

فصل

قال ابن المواز : وهو مأخوذ من قول مالك : والنية مفترقة على ثلاثة أوجه : فمنها ما لا يقبل فيه نية في قضاء ولا فتيا ، ومنها : ما يقبل في الفتيا والقضاء ، ومنها : ما يقبل في الفتيا دون القضاء .

فما لا يقبل في قضاء ولا فتيا : كل يمين على وثيقة حق أو شرط أو لتأخير أجل دين فما كان يقضى فيه السلطان من طلاق أو عتق فلا تقبل فيه نية ، وما كان لا يقضى به كيمين بصدقة أو مشى ونحوه فلا يلزمه ويدين في نيته مثل أن يقول : نويت المشى إلى المسجد ونحوه ، وقاله أشهب .

قال أصبغ : وهذا وإن لم يحكم عليه به فيلزمه بينه وبين الله ، ولا تنفعه النية حلف أو استحلف ، وكذلك في «العتية» .

ابن المواز قال مالك : وإذا حلف بالحلل عليه حرام على حق ، لم ينفعه محاشاة زوجته .

قال ابن القاسم : سواء استحلفه الطالب أو بدر عليه حتى بدر باليمين أو خاف ألا يتخلص منه إلا باليمين فأما إن ابتدأه باليمين من غير أن يستحلفه أو يخرجها فله نيته ، وإن كان على يمينه بينة أو لم تكن .

قال أشهب : وقد قيل في يمينه بالحرام يقضيه حقه إلى أجل كذا فقال : حاشيت امرأتي ، أن ذلك له ، وإن كان على يمينه بنية وكذلك روى ابن حبيب للاختلاف في هذه اليمين .

فصار في ذلك ثلاثة أقوال : قول : إنه لا تنفعه المحاشاة بوجه .

وقول : إنه تنفعه ، وقول : فرق فيه بين أن تكون فيه مستخلفاً أو متبرعاً فحنت المستحلف دون المتبرع .

ومنه : ومن حلف تطوعاً لأمر بطلاق امرأته في أمر كذب فيه وقال : أردت امرأتى الميتة أو المطلقة ، فلا ينوى في قضاء ولا فتيا لأنه قال : امرأتي ، وهذا في «كتاب التخيير والتمليك» من «المدونة» .

قال ابن المواز : وأما ما يقبل منه في الفتيا دون القضاء فهو من حلف ألا يفعل شيئاً ولم يذكر تأييداً ثم قال : نويت شهراً أو حتى يقدم فلان ، وذلك أنه أظهر يميناً

تدل على التأييد فادعى ما يقطع التأييد فيصدق في الفتيا ولا يصدق في القضاء ، وكذلك لو حلف ألا يأكل سمناً وقال: نويت سمن ضأن، أو حلف لزوجه في جارية له إن كان وطئها، وهو يريد : بقدميه فله نيته في هذا أو شبهه في الفتيا دون القضاء وكذلك من قال لامرأته : أنت طالق وأنت طالق البتة إن راجعتك ، فأراد أن يرجعها بنكاح جديد وقد خرجت من العدة، وقال: إنما نويت ما كانت في عدتها، فإن كانت على يمينه بينة لم أدينه وإن لم تكن عليه بينة دينته .

وقيل: إنما معنى هذا: إذا جاء مستفتياً بلا مخاصمة ولا مرافعة، وأما إذا جاءت المرافعة فسواء كانت على أصل يمينه بينة أو لم تكن فأقراره بها كالبينه لأنه ظاهر الإقرار ومدعى فيما يطرحه فيطلق عليه ولا يقبل قوله، وكذلك من قال : حكمة طالق ولا جارية وزوجة تسميان ذلك، وقال: نويت جاريتي فله نيته في الفتيا، وأما في القضاء إن قامت عليه بذلك بينة أو حلف به على وثيقة حق فلا تنفعه بينته . وأكثر هذا في «المدونة» .

قال ابن المواز: وأما ما يقبل فيه نيته في القضاء والفتيا مثل أن يحلف بزوجه بطلاق من يتزوج من حياتها أو يكون ذلك بشرط في أصل نكاحها فتبين منه ثم يتزوج، ويقول: نويت ما كانت تحتى فيصدق، ومثل الذي يعاتب زوجته في دخول بعض قرابتها إليها فتحلف بالحرية لا دخل على من أهلى فلما مات قالت: نويت ما كان حياً، فذلك لها في القضاء، وإن قامت عليها بنية .

وكذلك مسألة العاشر والذي تعجب من عمله عبده فيقول: ما أنت إلا حر . وذلك في العتق مذكور .

واختصار هذه الوجوه: أن كل من حلف بطلاق أو عتاق على وثيقة حق أو تأخير به أو يحلف بذلك طوعاً في أمر كذب فيقول: نويت امرأتى أو جاريتي الميتة، فهذا لا تنفعه نيته في قضاء ولا فتيا، واختلف هل تنفعه المحاشاة في يمينه على ذلك بالحلل عليه حرام؟ فقل: ذلك لا ينفعه حلف متبرعاً أو استحلف ، وقيل: ينفعه ، وقيل: ينفع المتبرع دون المستحلف .

والثاني: أن يحلف [ق / ٩٢ / ٢ب] بالطلاق أو العتاق ألا يفعل كذا وقال:

نويت شهراً أو لا يأكل سمناً ، فيقول: نويت سمن ضأن، أو لا يلبس ثوباً وقال:
نويت شيئاً فهذا، ينفعه فى الفتيا لا فى القضاء.

والثالث : أن يحلف لزوجته بطلاق من يتزوج عليها فى حياتها فيفارقها ثم
يتزوج فيقول: نويت ما كانت تحتى ، أو يعاتب زوجته فى دخول بعض قرابتها إليها
فتحلف بالحرية ألا يدخل عليها منهم فلما مات، قالت: نويت ما كان حياً ، فذلك
لها فى القضاء والفتيا .

جامع الأيمان وما يكن منها

وما يلزم من الحلف بها أم لا [ق/ ١٢٧ / أ٢]

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ (١) الآية.

ابن حبيب: قال زيد بن أسلم: نهاهم أن يكثروا الحلف به وإن كانوا بررة مصلحين بين الناس.

وفى «كتاب ابن المواز» قال: هو أن يحلف على ما لا يصلح من ألا يصل رحمته، ولا يصلح بين اثنين فقال الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْرُوا وَتَتَّقُوا وَتَصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ﴾ (٢) فهو خير مما يمضى على ما لا يصلح فينبغي أن يكفر ويأتى ما هو خير.

ابن حبيب: وروى أن النبي عليه السلام قال: «لا تحلفوا بالله إلا وأنتم صادقون» (٣).

وقال عيسى عليه السلام: «وأنا أنهاكم أن تحلفوا بالله لا صادقين ولا كاذبين قولوا: ألا ونعم».

وروى محمد وابن حبيب: أن النبي ﷺ قال: «لا تحلفوا بذمة الله ولا بعهوده ولا بالكعبة ولا بأبائكم ولا بحدود الله ولا بالطواغيت ومن كان حالفاً فليحلف بالله، ومن حلف بالله فليصدق، ومن حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس منا» (٤) ابن حبيب: وقال عليه السلام: «لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعناق فإنها من أيمان الفساق» (٥).

(١) سورة البقرة (٢٢٤).

(٢) سورة البقرة (٢٢٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٤٨) والنسائي (٣٧٦٩) وابن حبان (٤٣٥٧) وأبو يعلى (٦٠٤٨) والبيهقى فى «الكبرى» (١٩٦١٣) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه . قال الألبانى : صحيح .

(٤) قال العجلوني: قال فى «التمييز»: وقع فى عدة من كتب المالكية ، قال شيخنا: لم أقف عليه ، وقال القاري: قال السخاوى : لم أقف عليه مرفوعاً جازماً به . لكن نازع السخاوى فى وروده فضلاً عن ثبوته «كشف الخفاء» (٢ / ٦٤٩).

(٥) تقدم.

وقال ابن عباس: « لأن أحلف بالله فأثم أحب إليّ من أن أضاهي »، فقل: معناه: الحلف بغير الله .

وقيل: يعنى الألغاز والخديعة، يريد: أنه حلف ولم يحلف . والأولى أولى لأنه عظم غير الله تعالى بالحلف به كقوله عز وجل: ﴿يُضَاهِئُونَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ﴾^(١) أى: ما يشبه قوله وقد بينه ابن عباس فقال: «لأن أحلف بالله تعالى مائة مرة فأثم خير من أن أحلف بغيره فأبر» ونحوه عن ابن مسعود.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: والحلف بجميع أسماء الله تعالى لازم كقوله: والعزیز والسمیع والعليم والخبير واللطيف فهى كلها أيمان. قاله ابن المواز .

غير أن كفارة واحدة تجزيه مثل قوله: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة لا فعلت كذا، فحنت فإنما عليه كفارة واحدة وكتكرير اليمين بالله مثل والله والله لا فعلت كذا فيفعله فإنما عليه كفارة واحدة لأنها أسماء الله فذكرها كتكرير واحد منها كلها.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وكذلك إن قال: وعزة الله وكبريائه وقدرته وذمته وأمانته، فهى كلها أيمان .

قال ابن حبيب: وكفارة واحدة تجمعها كمن حلف بالله مراراً لأن ذلك لله ومن نعت الله .

وذهب بعض المتأخرين من أصحابنا: أن الحالف بصفات الله كثيرة يجمعها فى يمينه فحنت أن عليه لكل صفة كفارة بخلاف اليمين بأسماء الله كثيرة . وهو قول حسن .

وقال بعض فقهاءنا: وذلك يجرى على قوله: فقول أن من حلف بصفات

جمعها في عينه إنما يكفر كفارة واحدة كيمينه بأسماء الله وهو ما تقدم لابن حبيب وغيره .

وقول آخر: أنه إذا أطلق ذلك ولا نية له فعليه لكل صفة كفارة بخلاف إذا كرر اسم الله ووجد هذا أنه لما كان الاسم هو المسمى والتسميات عبارة عنه، فإنما هو حالف بشيء واحد ، وإن كرر التسمية وكانت عليه كفارة واحدة، وأما الصفات إذا حلف بها فهي أشياء فعليه لكل صفة كفارة واحدة وأما الصفات وليست الصفة هي الموصوف ولا هي غيره في الباري ولا كل صفة هي غير الصفة الأخرى على مذهب أهل الحق .

وقد اختلف أهل الحق في الصفات هل يطلق فيها القول بأنها مختلفة وإن كان فيها معنى الاختلاف عندهم ولم يختلفوا أنه لا يقال في الصفات أنها أعيان ولأنها متماثلة ولأنها متضادة فبان بهذا الذي وصفنا أن الحالف بصفات جمعها في يمينه لا يكون كمن حلف بأسماء الله وجمعها في يمينه والصفات يطلق عليها أنها أشياء ، وإن كان لا يطلق فيها أنها متغايرة ولا متضادة ولا متماثلة على ما ذكرنا .

قال: وينبغي عندي أن يكون الحالف بالعزة والجلال والعظمة إنما يكفر إذا حنث كفارة واحدة لأن ذلك يرجع إلى صفة واحدة وهي القدرة ، وكذلك الحالف بالعهد والميثاق إنما عليه كفارة واحدة لأن ذلك يرجع إلى الكلام ، وكذلك من حلف بغضب الله ورضاه وسخطه ورحمته لأن هذا ونحوه إنما يرجع إلى الإرادة، وليس ذلك كمن حلف بالعلم والكلام والقدرة ونحو ذلك لأن هذا لا يرجع إلى صفة واحدة فينبغي أن يميز هذا ، فهذا أصل إذا ركب كان قولاً حسناً وإن كان [ق / ٩٣ / ٢ ب] يقتضيه ما في بعض الروايات ، ولكن هو النظر . والله أعلم .

وهذا الذي ذكرنا إنما هو في صفات الذات لا في صفات الأفعال لأن الصفات على ضربين: صفات ذات وصفات أفعال .

فصفات ذاته فعلى نحو ما قدمنا ذكره من العلم والقدرة والكلام .

وصفات أفعاله نحو: الخلق والرزق والإحياء والإماتة فلا كفارة على من حلف بشيء من صفات أفعاله .

وأما لو قال : والرازق والحي والميت ، فهذا حالف بالله ففيه الكفارة، وإن كانت تسميته تقتضى صفات الفعل لأن الأسماء على مذاهب أهل الحق على ضروب. فمنها: ما يقتضى صفات الذات. ومنها: ما يقتضى صفات الفعل، ومنها: ما يقتضى إثبات وجود الباري وحقيقته ، وهذا مبسوط فى كتب أصحاب الأصول، وفيما ذكرنا منه كفاية، وبالله التوفيق .

قال ابن المواز : وقد استعظم بعض الناس اليمين بأمانة الله، وذكر لنا أن النبى عليه السلام نهى عن ذلك ونحن نكره اليمين بها فإن حلف ففيها الكفارة مثل العهد والذمة قال أشهب: إن حلف بأمانة الله التى هى صفة من صفاته فهى يمين، وإن حلف بأمانته التى بين العباد فلا شيء عليه، وكذلك قال فى عزة الله التى هى صفة ذاته، وأما بالعزة التى جعلها الله فى خلقه فلا شيء عليه ، وكذلك تكلم ابن سحنون فى معنى قول الله سبحانه: ﴿سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾ (١) أنها العزة التى هى غير صفته التى خلقها فى خلقه .

قال ابن المواز : ويمينه بالمصحف أو بالكتاب أو بالقرآن أو بما أنزل الله تعالى يمين وفيها كفارة اليمين .

قال هو وابن حبيب : وكفارة واحدة تجمعها .

ابن المواز : ولم ير عطاء شك فقال سئل عن اليمين بالكتاب أو بالكعبة وهذا أشبه أن يجعل الوهم على الناقل .

وذكر على بن زياد عن مالك فى «العتبية»: أن الحالف لا والقرآن لا والمصحف لا يكفر .

أبو محمد: وهى رواية منكورة والمعروفة عندنا غيرها .

قال سحنون: ومن حلف بالتوراة والإنجيل فى كلمة واحدة فإنما عليه كفارة واحدة، وكذلك لو حلف بالقرآن والتوراة والإنجيل فى كلمة واحدة فإنما عليه كفارة واحدة، لأن ذلك كله كلام الله سبحانه وهو صفة من صفات ذاته [ق / ١٢٨ / ١٢]

(١) سورة الصافات (١٨٠).

فكانه حلف بصفة واحدة فعليه كفارة واحدة باتفاق .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وإذا قال : لعمر الله لأفعلن كذا ، فهي يمين .

قال عنه ابن المواز : وكذلك بمنزلة : وحق الله ولا يعجبنا أن يحلف بذلك أحد .

قال فيه وفي «المدونة» : وقوله : لعمرى ، ليس يمين ابن المواز : وهي تشبه :

وحياتي ، وقيل : إنما ذلك من لعنة النساء ، واليمين بذلك مكروهة .

ومن «المدونة» : قال مالك : وإن قال : على عهد الله أو كفالته أو ميثاقه ، أو

قال : على عشر كفالات أو عشر موثيق أو عشر نذور أو أقل أو أكثر ، لزمه عدد ما

ذكر كفارات .

قال مالك : وقوله : على نذر أو لله على نذر سواء وعليه إن حلف بذلك فحنث

كفارة إلا أن ينوى بنذره ذلك صومًا أو صلاة أو حجًا أو شيئًا من أعمال البر فيلزمه

ما نوى وإن لم يكن له نية فكفارته كفارة يمين .

ابن وهب وقال الرسول عليه السلام : «ومن نذرًا لم يسمه فكفارته كفارة

يمين»^(١) وقاله جماعة من الصحابة والتابعين .

وإن قال : على يمين إن فعلت كذا ، ولا نية له فعليه كفارة يمين كقوله : على نذر

أو عهد .

ابن وهب : وقال ابن عباس وجماعة من التابعين : من قال على عهد من ،

فعليه كفارة يمين .

ابن المواز : وإن قال عليّ نذر لا يكفره صيام ولا صدقة ، أو قال : عليّ نذر لا

كفارة له فليستغفر الله وليكفر كفارة اليمين . وقاله الليث .

ابن المواز : ولو قال : على نذر إن فعلت كذا ، فحنث فعليه ثلاث كفارات ،

وكذلك إن قال : على عهد . ولو قال : على عهد الله وغليظ ميثاقه وكفالته ثلاث

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢) وابن ماجه (٢١٢٨) والدارقطني (٤ / ١٦٠) والطبراني في

«الكبير» (١٢١٦٩) والبيهقي في «الكبرى» (١٩٦٩٨) من حديث ابن عباس رضى الله

عنهما . قال الألبانى : ضعيف .

كفارات، وأما قوله : أشد ما أخذ أحد على أحد، فإن لم تكن له نية فليطلق نساؤه ويعتق رقبة ويمشي إلى بيت الله ويتصدق بثلاث ماله .

وفى «العتبية» : وإن لم يرد الطلاق ولا العتاق وعز له عن ذلك فإنما عليه كفارة يمين وهذا خلاف ما فى «كتاب محمد» .

ومن «المدونة» : ومن قال : أو أقسم أو أشهد أو حلف ألا أفعل كذا، فإن أراد بالله فهى يمينه ولا فلا شيء عليه . وإن قال : أعزم ألا أفعل كذا لم يكن هذا يميناً إلا أن يقول : أعزم بالله ، فهذه يمين، وإن قال لرجل : أعزم عليك بالله إلا ما فعلت كذا ، فيأبى ، فهو كقوله : أسألك بالله لتفعلن كذا، فامتنع فلا شيء على واحد منهما .

ابن حبيب: وينبغى له أن يجيبه ما لم يكن معصية . وهو من قول الله سبحانه [ق / ٩٤ / ٢ ب] : ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾^(١) يريد: أن يسأل بالله وبالرحمن فإن لم يفعل فلا كفارة على واحد منهما .

وأما قوله: أقسمت عليك بالله لتفعلن كذا، فهذا يحنث الذى أقسم إن لم يجبه الآخر، وهذا كقوله : حلفت عليك بالله .

قال سحنون : ومن قال: علم الله إن فعلت كذا، فإن أراد العلم فهو يمين كالحالف بصفة من صفات الله وإن لم يرد العلم فليس فيه شيء .

قال أشهب فى «العتبية»: من قال لغريمه: الله يعلم أنى لا أضع لك من حق شيئاً، فوضع له، قال: يكفر بإطعام عشرة مساكين .

قال أبو محمد: قال بعض أصحابنا: فى معاذ الله ، ليست يمين إلا أن يريد به اليمين، وقيل فى «معاذ الله» و«حاش الله» : ليست يميناً بحال .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: فيمن قال : على حرام إن فعلت كذا، قال : قال مالك: لا يكون الحرام فى شيء لا فى طعام ولا فى شراب ولا فى أم ولد إن حرمها على نفسه ولا فى خادم ولا فى عبد ولا فى غيره إلا أن يحرم امرأته فيلزمه الطلاق .

ابن وهب: وذكى زيد بن أسلم: أن النبي عليه السلام قال لأم ولده: «أنت على حرام والله لا أمسك» فكفر عن يمينه ولم يكفر لتحريمه.

قال مسروق: عاتبه الله في التحريم وأمره بالكفارة في اليمين .

فصل

قال مالك: ومن قال: إن فعلت كذا فهو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو كافر بالله أو بريء من الإسلام، فليست هذا أيمان، وليستغفر الله مما قال، ولا يكون كافراً حتى يكون قلبه مضمرّاً على الكفر، وبئس ما قال .

قال في «العنبيه»: قال ابن مسعود : ما أحب أن أحلف إلا أعبد هذا إن البلاء موكل بالمقول .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن قال: والصلاة والصيام والزكاة والحج لا أفعل كذا، ففعله لم يكن شيء من هذا يميناً وإن قال: إن فعلت كذا فهو زان أو سارق أو هو يأكل لحم الخنزير أو الميتة أو يشرب الخمر أو الدم أو يترك الصلاة وعليه لعنة الله أو غضبه أو حرمة الله الجنة وأدخله النار، وكل ما دعا به على نفسه لم يكن شيئاً من هذا يميناً، وكذلك قوله : وأبى وأبيك وحياتى وحياتك وعيشى وعيشك .

قال مالك : هذا من كلام النساء وضعفاء الرجال قال: وأكره اليمين بهذا أو بغير الله .

ابن وهب: وسئل عليه السلام عن من يقول: لا وأبى ، فقال النبي عليه السلام: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»^(١) .

قال مالك: وبلغت أن عمر بن عبد العزيز قال: رغم أنفى لله الحمد لله الذى لم يمتنى حتى قطع مدة الحجّاج .

قال مالك: وما يعجبني أن يقول أحد، رغم أنفى لله، ومن كان حالفاً فليحلف بالله .

ابن حبيب : كره ذلك مالك ، ولا بأس أن يتأسى بعمر بن عبد العزيز فى مثل هذا.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وإن حلف ذمى بالله فحنث بها بعد إسلامه فلا كفارة عليه عند مالك وقد تقدم أن الاستثناء واللغو فى النذر والعهد والميثاق كاليمين بالله.

جامع فيمن نذر طاعة أو معصية أو حلف لا فعلت كذا أو ليعضله

قال النبي ﷺ: «من نذر أن يطع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه» (١).

ابن وهب: ورأى النبي عليه السلام وهو يخطب أبا إسرائيل رجلاً من بنى عامر قائماً في الشمس فقال: «ما شأنه؟» فقالوا: نذر ألا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس وأن يصوم.

فقال النبي ﷺ: «مروه فليتلکم وليستظل وليجلس وليتم صيامه» (٢).

قال مالك: فأمره أن يتم ما كان لله فيه طاعة وأن يترك ما كان فيه معصية [ق / ١٢٩ / ٢ أ] ولم يأمره بكفارة ، وقال عليه السلام: «من نذر نذراً ولم يسمه فكفارته كفارة اليمين» (٣).

وقال ابن عمر وابن عباس فيمن نذر ألا يدخل على أخيه: لا نذر في معصية كفر عن يمينك وادخل على أخيك.

يريد: أنه قال: على نذر إن دخلت على أخي ؛ فلذلك أمره بالكفارة ، وأما لو نذر ألا يدخل عليه فهذا يدخل ولا يكفر، والله أعلم.

قال ابن المواز: ومن قال: إن شفاني الله من مرضى فإنى لا أقرب امرأتى حتى أحج أو أغزو أو أصوم ، فإنه يطؤ امرأته ويحج ويغزو ويصوم وليس فى تركه وطء امرأته طاعة.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: فيمن نذر أن يطيع الله فى صلاة أو صوم أو حج أو غزو أو رباط أو عتق أو صدقة شيء يسميه أو فعل شيء من الخير تطوع بذلك

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

الخير، أو حلف به فحنت فلا يجزئه إلا الوفاء به وإن قال : على نذر إن لم أعتق رقبة، أو إن لم أفعل من البر كذا فإن شاء فعله خير وإن شاء تركه فكفر كفارة يمين، وإن ضرب لفعله أجلاً فجاوزه ولم يفعل ما حلف عليه فعليه كفارة يمين إلا أن يجعل لنذره مخرجاً من البر مثل قوله : على نذر صدقة دينار أو عتق رقبة أو صيام شهر إن لم أحج العام أو أغزو العام، أو نوى ذلك وما أشبهه ففوت الأجل ولم يفعل ذلك فيجب عليه ما نذر ويسمي .

ابن المواز : وإن قال : على نذر أن أصوم العام رمضان بالمدينة ، فإن لم يفعل لشغل [ق / ٩٥ / ٢ب] أو نسيان لزمه ذلك من قابل، وإن حبسه عن ذلك مرض فلا شيء عليه .

وكذلك إن قال : على نذر أن أحج العام ، فهل مثل الذى يقول : على صيام شهر كذا ، فإن ترك صومه عرض أو إغماء أو حيض ، فلا شيء عليه، وإن تركه لشغل أو تعمد ذلك فعليه قضاء ذلك .

قيل : فإن تركه حتى كبر وأيس من الصوم ، قال : يطعم عن كل يوم مسكيناً لأنه مفرط .

وإن قال : عليّ نذر إن لم أشرب الخمر أو أقتل فلاناً، ونحوه من المعاصي ، فلا يفعل ذلك، ويكفر كفارة يمين إلا أن يجعل لنذره مخرجاً من البر فيؤمر أن يفعل ما سمى من البر ولا يركب معاصي الله، فإن اجتراً وفعل ما قال من المعصية فقد أثم وسقط عنه النذر كان له مخرج أو لم يكن ، وإن قال : على نذر شرب الخمر أو أن أشرب الخمر أو ألاّ أشربها، فلا يشربها ولا كفارة عليه شربها أو لم يشربها، وإن قال : على نذر إن شربت الخمر، فلا يشربها ولا كفارة عليه وهو على بر فإن شربها فعليه كفارة يمين ، إلا أن يجعل لنذره مخرجاً من البر فيلزمه فهذه خمسة أوجه ترجع إلى أربعة معان :

الأول: جعل على نفسه نذراً إن لم يشربها .

والثاني: جعل عليه نذراً إن شربها .

والثالث: نذر شربها .

والرابع: نذر ألا يشربها .

قال ابن القاسم : ومن نذر ما ليس فعله بطاعة ولا تركه معصية مثل المشى إلى السوق ونحوه إن شاء فعل وإن شاء ترك .

فصل

ومن قال : والله لأضربن فلاناً أو لأقتلنه فليكفر عن يمينه ولا يفعل ، فإن فعل ما حلف عليه فلا كفارة عليه ، وإن قال : امرأته طالق أو عبده حر أو عليه المشى إلى بيت الله إن لم أقتل فلاناً أو إن لم أضربه . فليمش إلى بيت الله ولا يضربه ولا يقتله ، وأما العتق والطلاق فينبغي للإمام أن يطلق عليه ويعتق إن دفع إلى ذلك بالقضاء ولا ينتظر به فيئته ، فإن اجترأ بفعل ذلك قبل النظر فيه زالت عنه أيمانه ولا حنث عليه ، وإن ضرب لفعله بالطلاق والعتق والمسمى أجلاً فهو على بر وإنما يحنث إذا حل الأجل ولم يفعل ذلك ولا يطلق عليه الإمام أو يعتق إذا كانت يمينه بطلقة واحدة أو يعتق عبد بغير عينه لأنه لا ينفع العجيل الحنث فيما هو فيه على بر إذ ذلك غير معين .

وقد قال مالك ، فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن لم أتزوج عليك إلى شهر : أنه على بر وله وطؤها ، وليس له أن يحنث نفسه قبل الأجل ، لأنه إنما يحنث إذا حل الأجل ولم يفعل ما حلف عليه ، ولو كانت يمينه في المسألة الأولى بالثلث أو ببقية الثلث أو يعتق عبداً بعيينه لعجل الحنث عليه لأن ذلك معين يصح تعجيل الحنث فيه ولا يترك للبر بقتل المحلوف عليه .

ألا ترى أن من حلف ألا يطأ امرأته له أخرى فأراد تعجيل الحنث لزوال الإيلاء إنما ينفعه ذلك إذا كانت يمينه بالثلث أو ببقية الثلث . قاله محمد فكذلك هذا وإذا لم يضرب أجلاً في هذه المسألة نفع تعجيل الحنث الواحدة لأنه على حنث كمن حلف بطلاق امرأته واحدة ليتزوجن عليها فله أن يحنث نفسه ويطلقها واحدة ولا يتزوج عليها لأنه في يمينه على حنث ، وهذا صحيح من المذهب .

وإن كان قد وقع لمالك في «كتاب الظهار» فيمن حلف بعتق رقبة ألا يطأ امرأته ، فأخبر أن الإيلاء وقع عليه فأعتق رقبة إرادة إسقاط الإيلاء قال مالك : أحب إلى أن يعتق بعد الحنث ، وإن أعتق قبله أجزأه ولا إيلاء عليه .

قال ابن المواز وقد قال مالك : لا تجزئه ذلك إلا في رقبة معينة . وهو الصواب إن

شاء الله تعالى .

وفى أول باب الكفارة إيعاب هذا.

وفى «كتاب الأيمان» بالطلاق مسألة الذى حلف لو كنت حاضر الشرك مع أخى لفقات عينك، أنه حانث وهناك تمامها.

ابن حبيب : ومن زم ثوب رجل فقال له : أرسله فامراته طالق لو شققته لشققت جوفك .

قال مالك: فليحلف بالله لو فعل لفعل ثم لا شيء عليه .

وقال ابن القاسم : لا يعجبني وهو حانث كالذى حلف لو كنت حاضر الشرك مع أخى لفقات عينك .

ومن «المدونة» : قال مالك: ومن قال لامراته : والله لأطلقنك ، فليس بمؤل ولا يمنع من الوطء فإن شاء طلق فبر فى يمينه وإن لم يطلق لم يحنث إلا بموته أو موتها ولا يجبر على الكفارة .

وإن قال لها: أنت طالق إن لم أفعل كذا حيل بينه وبينها حتى يفعل ذلك ولا أدخل عليه الإيلاء وإن كانت يمينه لا فعلت ، لم يحل بينه وبينها لأنه على بر حتى يفعل ذلك فيحنث ، وكذلك إن قال : والله لا أضرب فلاناً فلا يحنث حتى يضربه وأصل هذا أن كل من حلف على شيء ليفعله فهو على حنث حتى يفعله ، لأننا لا ندرى أيفعله أم لا ، وأن من حلف على شيء ألا يفعله ، فهو على بر حتى يفعله .

قال بعض البغداديين : وإنما كان ذلك لأن الأيمان مترددة بين البر والحنث فالبر بالموافقة والحنث بالمخالفة لأنه إذا حلف: لا فعلت كذا فهو وقت حلفه غير فاعل فهو على بر لأنه موافق لما حلف عليه [ق / ٩٦ / ٢ ب] وإنما الحنث مترقب فإذا فعل حنث، لأن المخالفة حيثئذ وجدت، وكذلك قوله: إن فعلت، وأما قوله: إن لم أفعل، أو لأفعلن [ق / ١٠٣ / ٢ أ] فالمخالفة موجودة وقت الحلف لأنه إن قال : إن لم أضرب عبده فهو فى الحال غير ضارب فهو على حنث لأنه مخالف لحلفه والبر مترقب، فإذا فعل بر. فى اليمين على أشياء متفقة أو مختلفة ففعل بعضها والكفارة فى

ذلك وفي تكرير اليمين من حلف لأقضيئك حقك إلى حين أو زمان أو دهر.

قال ابن القاسم : ومن قال لنسائه الأربع ، والله لا أجامعكن فجامع واحدة منهن حنث وله أن يطأ البواقي قبل أن يكفر كما كان له أن يطأهن كلهن قبل أن يكفر.

قال مالك : وإنما يلزمه إذا وطئ إحداهن أو كلهن كفارة واحدة ، وكذلك لو قال : والله لا أكلم فلان ولا أدخل دار فلان ولا أضرب فلاناً ففعل ذلك كله أو بعضه فإنما عليه كفارة واحدة وكأنه قال : والله لا أقرب شيئاً من هذه الأشياء ، ولو قال : والله لا أكلم فلاناً والله لا أدخل دار فلان والله لا أضرب فلاناً فعليه ها هنا لكل صنف كفارة لأن هذه ثلاثة أيمان بالله على أشياء مختلفة ، ولو كانت يمينه على شيء واحد لكانت فيه كفارة واحدة ، كمن قال لامرأته : والله لا أجامعك ، والله لا أجامعك ، والله لا أجامعك ، فحنث فإنما عليه كفارة واحدة.

قال ابن القاسم : فكل من حلف بالله ألا يفعل كذا ثم ردد اليمين في ذلك مراراً في مجلس واحد أو في مجالس فحنث ، فكفارة واحدة تجزيه عن ذلك نوى باليمين الثانية غير الأولى والثالثة غير الأولى والثانية أو لم ينو شيئاً فهي واحدة إلا أن ينوى أن عليه ثلاثة أيمان كالنذور فتلزمه ثلاث كفارات سواء قال في يمينه : لله عليّ أم لا .

قال ابن المواز : وذلك أن ينوى ثلاث كفارات فيلزمه ذلك ، وأما من قال : لله على ثلاث نذور فحنث فعليه ثلاث كفارات وكذلك إن قال : على نذر إن فعلت كذا ثم قال : عليّ نذر إن فعلت ففعل فعليه كفارتان إلا أن يكون أراد بالنذور الآخر النذور الأولى فتلزمه كفارة واحدة ، وهذا كاليمين بالطلاق لو قال : إن كلمت فلاناً فامرأته طالق ثم إن قال : إن كلمته فامرأته طالق ثم كلمه لزمه طلقتان إلا أن يريد واحدة وذلك أن الطلقة الأولى غير الثانية وكذلك النذور الأولى غير الثانية فلذلك لزمه جميعاً وفي اليمين بالله تعالى المحلوف به أولاً هو المحلوف آخراً فهذا فرق ما بينهما .

قال ابن المواز : ومن حلف بالله لا فعلت كذا ففعل : إنك ستحنث ، فقال : والله لا أحنث ثم حنث فعليه كفارتان .

قال : ومن حلف لا باع سلعته هذه من فلان فقال له آخر : فأنا ، فقال : لا

والله ولا أنت، فباعها منهما جميعاً فعليه كفارتان ، والطلاق طلقتان، ولو باعها من أحدهما ثم ردها عليه فباعها من الثاني فعليه كفارتان قاله مالك وابن القاسم . ولو قال : والله لا بعثما من فلان ولا من فلان فكفارة واحدة تجزيه ، باعها منهما أو من أحدهما أو ردها عليه فباعها أيضاً من الآخر فهو سواء .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: والله لا أكلم فلاناً ثم قال: على حجة أو عمرة إن كلمته مبهما يمينه إن حنث لزمته جميعاً .

قال: ومن حلف ألا يكلم فلاناً عشرة أيام فكلمه فحنث ثم كلمه فيها مراراً قبل أن يكفر أو بعد لم تلزمه إلا كفارة واحدة .

ومن «العتبية» قال ابن القاسم: ومن قال: والله لا كلمتك غداً والله لا كلمتك بعد غد فكلمه اليومين فعليه كفارتان ، وإن كلمه في أحدهما فكفارة واحدة، ولو قال : والله لا كلمتك غداً والله لا كلمتك غداً ولا بعد غد لزمته كفارتان ثم إن كلمه بعد غد فلا شيء عليه ولو لم يكلمه غداً وكلمه بعد غد فإنما عليه كفارة واحدة .

ووجه ذلك: أنه لما حلف أنه لا يكلمه في غد ولا بعد غد فقد انعقد عليه في غد اليمين غير يمين الأولى لأنه لما أضافها مع بعد غد ويمينه في بعد غد منعقدة وجب انعقادها عليهما جميعاً لأنه لا يكون يمين متعددة غير منعقدة ، وهذا كمن قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم قال لها ولنساء معها: إن تزوجتكن فأنتن طالق فإنه إن تزوج لزمه طلقتان ولا ينوى لأن اليمين الثانية انعقدت عليها مع غيرها فهو غير الأولى فلا ينوى أنه أراد به الأولى، كما قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق أو قال لها: إن كلمت زيداً فأنت طالق فحنث فيما لزمه طلقتان ، ولا ينوى أنه أراد باليمين الثانية الأولى . وكذلك يلزمه في اليمين بالله كفارتان .

ووجه قولنا: «ثم إن كلمه بعد غد فلا شيء عليه» لأنني عجلت حنثه في ذلك بكلامه في غد كما لو كانت يمينه: والله لا كلمتك غداً ولا بعد غد ، فكلمه في غد فعليه كفارة ، ثم إن كلمه بعد غد فلا شيء عليه لأنني قد عجلت حنثه فيها فلا يتكرر عليه الحنث في يمين واحدة وهذا بين .

ووجه قولنا: ولو لم يكلمه غداً وإنما يكلمه بعد غد فإنما عليه كفارة واحدة، لأنه حلف ألا يكلمه فيها وقد كلفه فوجب حنثه ولو كان إنما قال له والله لا أكلمك غداً أو بعد غد ثم قال: والله لا كلمتك غداً، وكلمه في غد فهذا إنما عليه كفارة واحدة لأنه إنما كرر اليمين من كلامه في غد فهو كما لو كرره فيها جميعاً فقال: والله لا كلمتك غداً ولا بعد غد، فكلمه في غد أو بعد غد فإنما عليه كفارة واحدة فهو بخلاف أن لو قال: والله لا كلمتك غداً والله لا كلمتك غداً ولا بعد غد، فاعرفه وقس عليه ما يرد عليك منه، فإنه خفى بين العلم.

وقد اختلف في الوجه الأول أصحابنا، والذي اتفق عليه الحذاق والمحققون للمسائل ما قدمت لها. وبالله التوفيق.

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: والله لأقضينك حقك إلى حين أو زمان أو دهر، فذلك كله سنة.

وقال ابن وهب: إن مالكا شك في الدهر أن يكون سنة.

وقال ابن عباس: فيمن حلف ألا يكلم فلاناً حيناً قال: الحين: سنة، وتلى: ﴿تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ يَأْذَنُ رَبُّهَا﴾^(١) وقاله ربيعة وابن حبيب.

قال ابن المسيب: الحين ستة أشهر من طلوع النخل إلى حين ترطب.

وروى مطرف عن مالك: أن الدهر أكثر من سنة وقال مطرف: وستان قليل وما أوقت فيه وقتاً [ق / ١٣١ / ٢٢].

تم «كتاب النذور الأول» من الجامع لابن يونس وبالله التوفيق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب الأيمان والندور الثاني
جامع القول في كفارة
اليمين بالله تعالى للحر والعبد

قال الله تعالى في كفارة اليمين بالله وهي التي أذن في اليمين بها: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ (١) فجاز أن يطعم في الكفارة الوسط من المشبع وهو مدّ بمدّ النبي عليه السلام.

ولم يذكر في الظهار وسطاً فحملنا فيه على الغاية وذلك مدّ بمدّ هشام وهو مدان إلا ثلث.

وقال النبي ﷺ: « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير » (٢).

وروى « فليأت الذي هو خير وليكفر » .

قال ابن وهب: وكان ابن عمر ربما قدم الكفارة ثم حنث وربما كفرّ.

قال ابن القاسم وابن وهب: وهذا الذي استحب مالك أن يكفرّ بعد حنثه وإن كفرّ قبل أجزاءه.

قال ابن القاسم: واختلفنا في الإيلاء أيجزئ عنه إذا كفر قبل الحنث أم لا، فسألنا مالكا عن ذلك فقال: أعجب إلى أن يكفرّ بعد الحنث وإن كفرّ قبله أجزاءه واليمين بالله أيسر من الإيلاء فهو أخرى أن يجزئ .

قال ابن القاسم: وإن كفرّ بالصوم معسر قبل حنثه ثم حنث بعد يسره فلا شيء عليه وهو يجزئ عنه.

(١) سورة المائدة (٨٩).

(٢) أخرجه مالك (١٠١٧) ومسلم (١٦٥٠) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه. وأخرجه البخاري (٢٩٦٤) من حديث أبي موسى رضى الله عنه.

ابن المواز : قال ابن القاسم: ومن حلف بالله فأراد أن يكفر قبل الحنث فأما في يمينه لأفعل كقوله: والله لا أكلم فلاناً. فأحب إليّ أن يكفر بعد الحنث فإن كفر قبله أجزأه لما جاء فيه عن النبي ﷺ وعن ابن عمر، وذكر الحديث.

قال: وأما في يمينه: لأفعلن كذا، كقوله: والله لأضربن فلاناً أو لا أكلمه، فإن لم يضرب أجلاً فله أن يكفر ولا يفعل وإن ضرب أجلاً فلا يكفر حتى يمضي الأجل كقول مالك فيمن قال: امرأته طالق واحدة إن لم يتزوج عليها، أنه يطلقها واحدة ويرتجعها ولا شيء عليه، وإن ضرب أجلاً فقال لها: أنت طالق إن لم أتزوج عليك إلى شهر، فهو على برّ ويطأها ولا يطلقها حتى يأتي الأجل يحنثه.

وقد قيل: في يمينه لأفعلن سواء ضرب أجلاً أو لم يضربه أن له أن يكفر قبل الأجل ولا يفعل كيمينه لا أفعل كذا الذي هو فيه على برّ وكذلك من قال لامرأته: أنت طالق طلبة إن لم أتزوج عليك وسواء وقت أجلاً أو لم يوقته وكذلك يمينه بالمشى أو بالعق أو بالصدقة له أن يحنث نفسه ضرب أجلاً أو لم يضربه.

وقال ابن المواز: لا يجوز أن يحنث نفسه إذا ضرب أجلاً لأن الأجل يأتي بحنثه وقاله لى عبد الملك وأصبغ وهو قول ابن القاسم إلا أن تكون يمينه بالله فله أن يكفر قبل الحنث والمستحب أن يكفر بعد لأن الأشياء لا تقضى إلا بعد وجوبها. وقاله مالك.

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: وإذا حلف العبد في اليمين بالله تعالى فالصوم له أحب إليّ وإن كسا وأطعم بإذن سيده، فما هو بالبين وفي قلب منه شيء.

قال ابن القاسم: فإن فعل [ق / ٩٧ / ٢ ب] رجوت أن يجزئ عنه.

إنما استحب مالك للعبد الصوم لأنه غير المستقر الملك إذ للسيد انتزاع ماله ومنعه من التصرف فيه بالهبة والصدقة فهو بخلاف الحر في ذلك، فلذلك منعه من الإطعام، وإنما قال: وإن أطعم بإذن سيده، فيما هو بالبين، فلأن السيد أملك بماله منه فكأنه هو المكفر عنه إذا لم يمكنه ذلك إلا إلى الكفارة وتدخل هذه الكراهية فيمن كفر عن رجل بإذنه لأنه لم يخرج عن ملكه إلا بشرط كونه للمساكين فصار ذلك شراء

الرقبة بشرط العتق ، وإنما أجاز ابن القاسم الكفارة عن الرجل بإذنه لأن النبي عليه السلام أعطى الواطئ في رمضان عزقاً من تمر فقال : «خذ هذا وتصدق به» وكان عديماً فكأنه لم يملكه إياه إلا ليتصدق به . قال ابن حبيب : إذا إن السيد لعبده أن يكفر بالإطعام أو الكسوة فترك ذلك وصام لم يجزه لأنه بالإذن خرج عن أهل الصيام .

قال أبو محمد : وذلك يجزئه على مذهب «المدونة» وإذن السيد ضعيف .

قال بعض شيوخنا : وإن أذن السيد لعبده في الإطعام ثم بدا له قبل أن يطعم كان له ذلك ، لأنه باق في ملكه حتى يخرج له لأنه لو ضاع ماله كانت الكفارة باقية عليه فلما كان ذلك باقياً في ملكه جاز للسبة انتزاعه وضعه من التصرف فيه سواء عندى كان العبد قد حنث وجبت عليه الكفارة أم لا للعلة التي قدمنا .

وقال بعض فقهاءنا : إذا كان العبد قد حنث ووجبت عليه الكفارة لم يكن له منعه فيه بعد الإذن ويصير ذلك كالنذر ينذره فيأذن له السيد أن يفعله فليس له أن يمنعه إن كان نذراً بصدقة فله منعه منه ، والله أعلم .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وأما العتق فلا يجزئه في شيء من الكفارات ، وإن أذن له أذن له سيده إذ ولاؤه لسيدته وصومه في كل كفارة كالحر ، لأن الله تعالى قال : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ﴾^(١) ولم يفصل بين حر ولا عبد ولا رجل ولا امرأة فكان ذلك على عمومته فتساووا فيها وإنما يختلف أمرهما في الحدود والطلاق والأجل في الإيلاء والاعتراض والعقد فله في ذلك كله نصف ما للحر وذلك أن الله تعالى قال في الحدود : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾^(٢) والطلاق من معنى الحدود ، ويجر إلى ما يجر إليها فأجل المولى وغيره يجر إلى الطلاق وإنما ألزم العبد طلقتين والأمة في العدة حيضتين لأن الواحدة من ذلك لا تقسم .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ولو حنث العبد في رقه ثم كفر بالعتق بعد أن عتق أجزأه .

(١) سورة المائدة (٨٩) .

(٢) سورة النساء (٢٥) .

فصل

قال مالك: وليس عليه أن يغربل الحنطة فى كفارة اليمين بالله إلا أن تكون مغلوثة بتبن أو تراب فتغربل .

قال: والإطعام فى ذلك مد قمح لكل مسكين عندنا بالمدينة لأنه وسط عيشهم ، فأما سائر البلدان فإنه لهم عيشاً غير عيشنا فليخرجوا وسطاً من عيشهم كما قال الله تعالى .

وقال ابن القاسم: حيث ما أخرج مدّاً بمدّ النبى ﷺ أجزأه ، وكان ابن عمر يكفر عن يمينه وكان يعتق المزار إذا أوكد اليمين .

ابن وهب: وكان يطعم مدّاً لكل مسكين ابن عمر وابن عباس وعياش بن أبى ربيعة وجماعة من الصحابة والتابعين .

ابن المواز : وهذا بالمدينة لقصرهم ولبركة دعوة النبى عليه السلام [ق / ١٣٢ / ٢ أ] فى مدّهم وصاعهم ، ولو كفر به أحد فى سائر الأمصار رجوت أن يجزئه . وأفتى ابن وهب بمصر بمدّ ونصف .

وأفتى أشهب: بمدّ وثلاث .

قال ابن المواز: ومدّ وثلاث وسط من عيش أهل الأمصار للغداء والعشاء .

قيل لمحمد: فما جاء أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أعطى أكثر من ذلك .

فقال: وإن كان فلم يقل عمر إنه لا يجزئ إلا هذا وإنما يقتدى بالأقل فى مثل هذا كمن كان عليه صيام ثلاثة أيام فصام ستة ، وكذلك من أطعم أكثر مما وجب عليه فمد لكل مسكين يجزيه وما فضل ثوابه له إن شاء الله .

قال ابن المواز : ولا يعطى الذرة وهو يأكل الشعير ولا الشعير وهو يأكل البر ، ولو أعطاه شعيراً وهو يأكل الذرة أجزأه وليس الذرة كالشعير ولا الشعير كالبر ، وليعط من ذلك قدر ما يبين لكم ويبين البر فى الشعير فإن أطعم خمسة مساكين للبر ثم غلا الشعير أو انتقل إلى بلد عيشهم الشعير فأطعم خمسة من الشعير أجزأه .

ومن «المدونة» : ولا تجزئه عند مالك أن يخرج قيمة الطعام عرضاً .

قال مالك: فإن غَدَى أو عَشَى في كفارة اليمين بالله أجزأه . وقاله القاسم وسالم .

قال مالك : ولا يجزئ غداء دون عشاء ، ولا عشاء دون غداء .

قال : ويطعم الخبز مَادُومًا بزيت ونحوه .

قال ابن حبيب: ولا يجزئه الخبز قفارًا ولكن بإدام زيت أو لبن أو لحم .

قال ابن عباس: أعلاه اللحم وأوسطه اللبن وأدناه الزيت .

قال : وإذا أعطى من الخبز يريد قفارًا قدر ما يخرج من كيل الطعام أجزأه في الفطرة والكفارة التي يطعم فيها طعاما مصنوعًا فأما في الظهار وفدية الأذى فلا يجزئه .

ومن «المدونة» : [ق / ٩٨ / ٢ب] قال مالك: ويعطى الفطيم من طعام الكفارة .

قال ابن القاسم في «كتاب الظهار» : ويعطى ما يعطى الكبير . وكذلك قال في «العتبية» : يعطى من الطعام والكسوة مثل ما يعطى الكبير .

ومن «المدونة» : قال مالك: ومن عليه يمينان فأطعم واحدة مساكين فأراد أن يعطيهم عن يمينه الأخرى مكانه أو بعد أيام فلا يعجبني ذلك ، وإن لم يجد غيرهم وليطلب سواهم .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : فإن فعل أجزأة إذا لم يجد غيرهم .

وحكى عن أبي عمران : أنه قال : قال أبو محمد: إنما ذلك لثلاث تخطئ النية في الكفارتين وأما لو صحت النية في كل كفارة وخلصت كل كفارة من الأخرى لجاز ، وصوبه أبو عمران .

ومن «المدونة» : قال يونس بن عبيد : إلا أن تحدث عليه اليمين الثانية بعد ذلك فليعطهم في غدٍ إن شاء الله .

قال ابن القاسم : ولا يعطى شيئًا من الكفارات لذمي أو عبد أو أم ولد لرجل وإن كان سيدهم محتاجًا فإن فعل وأعطى منها لمن فيه شيء من الرق ولم يعلم لم

يجزه وكذلك الكسوة، ولا يعطى إلا لحر مسلم فقير . وإن أعطى لغنى ولم يعلم به لم يجزه .

وفي «الأسدية» : إذا أعطى غنياً زكاة أو كفارة وهو لا يعلم به أنه يجزئه .
ومن «المدونة» : قال مالك : ويعطى منها من له دار وخادم لا فضل فى ثمنها عن سواهما كما يعطى من الزكاة .

قال مالك : ولا يعجبني أن يعطى منها لذى قرابة منه لا تلزمه نفقته فإن فعل أجزاءه إن كان محتاجاً وكذلك الزكاة وجميع الكفارات .

قال حماد بن زيد : يعطى منها أخاه إن لم يكن فى عياله ، ويعطى لقرابته إلا لغنى منهم ، وأما الأب يريد : ومن تلزمه نفقته فلا يعطيه . [ق / ١٣٣ / ١٢] .

فصل

قال مالك : ومن حلف بالله فحنت فهو مخير فى إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو عتق رقبة مؤمنة ولا يجزئه الصوم وهو قادر على شيء من هذا كما قال الله تعالى : ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾^(١) وقال ذلك يحيى بن سعيد وابن شهاب .

قال ابن عباس وابن المسيب وغيرهما : كل شيء فى القرآن فيه «أي» فصاحبه مخير أى ذلك شاء فعل .

قال ابن عباس : وما كان «فمن لم يجد» يبدأ بالأول فالأول .

قال مالك : وإذا لم يقدر وكان من أهل الصوم صام ثلاثة أيام ، فإن تابعها فحسن ، وإن فرقها أجزاءه وكان أفتى ابن كعب فقرأ «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» .

أبو محمد : وكذلك فى قراءة عبد الله ، وكان عطاء وغيره لا يرى بتفريقهم بأساً .

قال مالك : وإن أكل أو شرب فى صومها ناسياً قضاه ، وإن حاضت فيه امرأة بنت إذا طهرت .

قال ابن القاسم: ولا يجزئه صوم الكفارة في أيام التشريق إلا أن يصوم آخر يوم منها فعسى أن يجزيه ، وما يعجبني أن يصومه ، فإن صامه أجزاءه ، وذلك كذا صوماً أنه لا يصوم إلا اليوم الرابع منها .

قال ابن المواز: لا يجوز صومه وعليه قضاؤها .

وقد سماه النبي عليه السلام «أيام أكل وشرب» .

وقال أشهب ، قال : وقد نهى النبي عليه السلام عن صيام أيام منى .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ولا يجزئه الصوم وله مال غائب وليتسلف .

قال ابن المواز: قال أشهب: وقيل: إن كان مجيء الدين قريباً انتظر وإن وجد من يسلفه تسلف ولو كفر بالصيام ولم ينتظر دينه أجزاءه الصوم .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن كان له مال وعليه دين مثله أجزاءه الصوم ، ولا يجزئه الصوم إن كان يملك داراً أو خادماً وإن قل ثمنهما كالظهار .

ابن المواز: قال مالك: لا يصوم الحائض حتى لا يجد إلا قوته أو يكون في بلدة لا يعطف عليه فيها .

وقال ابن مزين: عن ابن القاسم: إن كان له فضل عن قوت يومه ما يطعم أطعم إلا أن يخاف الجوع وهو في بلد لا يعطف عليه فيها فليصم .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن كسا في الكفارة لم يجزه إلا ما تحل الصلاة فيه ثوب للرجل ولا يجزئ عمامة وحدها .

ابن مهدي: وقال سعيد بن المسيب : عمامة يلف بها رأسه وعباءة يلتحف بها .

ابن حبيب: يكسى قميصاً أو إزاراً يبلغ أن يلتف به مشتملاً .

ومن «المدونة»: قال مالك: وتكسى المرأة درعاً وخماراً .

قال ابن القاسم في «العتبية»: وإن كسا صغار الإناث فليعط درعاً وخماراً

الكبيرة والكفارة واحدة لا ينقص منها الصغير ولا يزداد فيها الكبير قال عنه ابن المواز: ولا يعجبني كسوة المراضع على حال وأما من أمر منهم بالصلاة فلا بأس أن

يكسوه قميصاً يجزئه .

محمد: يعطيه كسوة رجل .

وقال أشهب: يعطى الإناث منهن إذا لم يبلغن الصلاة ثوب رجل لكل واحدة ، فإذا بلغن وحضن فمثل النساء درع وخمار .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ولا يجزئ أن يعتق فى شيء من الكفارات إلا رقبة مؤمنة سليمة ولا يجزئ من ليس بمسلم ، ولم يأمر [ق / ١٣٤ / ٢ أ] النبى عليه السلام القائل: على رقبة بعثت السوداء حتى قال لها : « أشهدين أن لا إله إلا الله ؟ » فقالت : نعم . فقال : « أشهدين أنى محمد رسول الله ؟ » قالت : نعم . قال : « أفتؤمنين بالبعث بعد الموت ؟ » قالت : نعم . قال : « أعتقها » (١) .

وسئل عليه السلام : أى الرقاب أفضل ؟

قال : « أغلاها ثمناً [ق / ٩٩ / ٢ ب] وأنفسها عند أهلها » (٢) .

وسئل مالك عمن أعتق صغيراً فى كفارة اليمين بالله .

فقال : عتق من صلى وصام أحب إلى فإن أعتق فطيماً أو رضيعاً لقصر النفقة رجوت أن يجزيه ، وكذلك إن أعتق أعجمياً .

قال سحنون: بعد إجابة الأعجمى إلى الإسلام .

قال ابن المواز فى «كتاب العتق» : وروى عن ابن القاسم : إن يعتق أعجمياً قبل أن يسلم فإن كان ممن يجبر على الإسلام أجزأه .

(١) أخرجه مالك (١٤٦٨) ومسلم (٥٣٧) وأبو داود (٩٣٠) والدارمى (١٥٠٢) وأحمد (٢٣٨١٣) والنسائى فى «الكبرى» (٥٥٦) والبيهقى فى «الكبرى» (٣١٦٥) والطبرانى فى «الكبرى» (١٩ / ٤٠١) حديث (٩٤٥) والطيالسى (١١٠٥) وابن الجارود فى «المتقى» (٢١٢) وابن أبى عاصم فى الأحاد والمثانى (١٣٩٨) وابن حبان (٢٢٤٧) .

(٢) أخرجه مالك (١٤٧٥) من حديث عائشة رضى الله عنها ، وأخرجه البخارى (٢٣٨٢) ومسلم (٨٤) من حديث أبى ذر رضى الله عنه .

وقال أشهب : لا يجزيه حتى يجيب إلى الإسلام .

قال ابن المواز : وهذا أحب إلينا وهو ما روى عن مالك في عتق الأعجمي من قصر النفقة قبل فعتق الصغير أبواه كافران ولم يبلغ أن يصلى ويصوم قال : أجاز ابن القاسم إذا كان يريد أن يدخله في الإسلام .

ومن : «المدونة» : قال : ويجزئه عتق كفارة اليمين بالله تعالى ما يجزئ في الظهار وواجب الرقاب .

قال النخعي : يجزئ الرضيع في كفارة القتل .

قال ابن القاسم : ولا يجزئ .

يريد : ولا مكاتب ولا أم ولده ولا معتق إلى أجل عند مالك : ولا يجزئ أقطع اليد أو الرجل الواحدة ، وأما الأعرج فقد كرهه مالك مرة وأجازه مرة أخرى ، وآخر قوله : لا يجزئ إلا أن يكون عرجاً ضعيفاً .

قال ابن شهاب : ولا يجزئ عتق الأعمى ولا مجنون ولا أبرص .

قال عطاء : ولا أشل ولا صبي لم يولد في الإسلام .

قال هو وربيعة : ولا يجزئ إلا رقبة مؤمنة صحيحة سليمة .

ومن «كتاب الظهار» : ولا يجزئ أقطع اليد الواحدة أو أصبعين أو إصبع أو الإبهامين أو اليدين أو جذم أو برص أو أصم أو أعمى ولا مفلوج يابس الشق فأجاز غيره مقطوع الأصبع الواحدة أو من به برص ضعيف .

وأجاز مالك عتق الأعور في الظهار ، وقاله النخعي والحسن .

ابن المواز : وقاله عبد الملك : لا يجزئ الأعور .

ابن المواز : وأجاز أشهب عتق الأصم .

محمد : واختلف في عتق الخصي ، فقليل : يجوز . وقيل : لا يجوز .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ولا يعجبني عتق الخصي في شيء من الكفارات .

قال مالك : ولا يجزئ أن يعتق أباه وولده ومن يعتق عليه إذا ملكه من ذوى

القربة كولد الولد والأجداد والإخوة لأنه لا يقع عليه ملك إنما يعتق عليه باشرائه إياه .

قال مالك: ولا أحب أن يعتق في واجب إلا ما يملكه بعد ابتياعه ولا يعتق عليه .

قال: في «كتاب الظهار»: وكذلك عبد قال: إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه فأعتقه عن ظهاره فلا يجزيه .

قال ابن المواز: ولو قال: إن اشتريته فهو حرّ عن يمين أو عن ظهار، أجزأه إن اشتراه لما ذكرنا .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن اشترى زوجة وهي حامل منه فأعتقها قبل أن تضع في شيء من الكفارات لم يجزه لأن مالكا قد جعلها أم ولد بعد الحمل حين اشتراها، ومن كفر عن أحد بعث عن أمره أو بغير أمره أجزأه لأن مالكا قال فيمن مات وعليه كفارة يمين من ظهار أو غيره فكفر عنه أهل أو غيرهم: إنه جائز .

وقال أشهب: لا يجزئه بغير أمره .

وفي «كتاب محمد»: قال أشهب: وقيل: لا يجزئه أمره أو لم يأمره وليس كالميت ، لأن الميت لا يقدر له على أكثر من ذلك فلا بد من النظر له فيما يتخوف عليه منه .

ومن «المدونة»: قال مالك: أحسن ما سمعت في الرقة الواجبة أنه لا يشتريها الذي يعتقها بشرط العتق لأن تلك ليست رقة تامة لما وضع عنه من ثمنها ، ولا بأس أن يشتريها للتطوع . وقال ابن عمر .

وفي «كتاب الظهار»: أكثر معاني هذا الباب .

فصل

قال مالك: ومن كسا وأطعم وأعتق عن ثلاثة أيمان بالله عليه ولم ينو لأحد الأيمان بعينه صنفاً من ذلك أجزأه وكذلك إن أعتق عبداً عن أحد الأيمان بغير عينه أجزأه وإن نوى بعته عن جميعهم لم يجزأه .

ابن المواز: ولو نوى بالكسوة وبالإطعام وبالعتق عند جميع الأيمان أجزأه من

كتاب الأيمان والنذور الثاني/ في كفارة اليمين بالله تعالى للحر والعبد ————— ٢٧٥

الإطعام عن ثلاثة مساكين، ومن الكسوة عن ثلاثة، وليطعم سبعة ويكسو سبعة، ويكفر عن اليمين الثالثة - التي اشترط فيها العتق.

ومن «المدونة»: ولا يجزيه أن يكفر عن يمينه بإطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة.

قال ابن المواز: واختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة: يجزيه، ومرة لا يجزيه.

وقال أشهب: لا يجزيه.

قال ابن المواز: ويضيف إلى أيهم شاء ما يتمه ويجزئه لجواز التفرقة فيه.

وقال ابن القاسم وهذا أصوب لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ (١).

فلا تكون إلا إطعاماً كلها أو كسوة كلها.

ومن «المدونة»: وقد قال مالك: ولا يجزيه عند مالك إخراج قيمة الكسوة عيناً ولا إخراج الكفارة في بناء مسجد أو كفن ميت أو قضاء دين عنه أو معونة في عتق ولا يجزئه إلا فيما قال الله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (٢).

وكره مالك أن يقبل الرجل هبة صدقته أو يشتريها.

قال ابن القاسم: والذي يشتري كفارته أو توهب له أو يُتصدق بها عليه أشدّ كراهية من ذلك.

قال في «كتاب ابن المواز»: وقيل: لا يقسم شراء كفارته ولا زكاته [ق/ ١٠٠ / ٢ ب] ولا صدقة التطوع، وإن كان لا يحب له ذلك ولا الرجوع في شيء وجب لله أو تطوع به.

قال ابن المواز: إلا أن يرجع ذلك كله إليه بميراث فيجوز.

(١) سورة المائدة (٨٩).

(٢) سورة المائدة (٨٩).

فيمن حلف ليفعلن شيئاً أو لا يفعله هل يبرأ ويحنت بفعل بعضه أو ما تولد منه أو ضارعه أو وقع عليه اسمه

قال أبو محمد: ولما حرم الله ما نكح الآباء والأبناء حرمنا بأقل ما وقع عليه اسم نكاح وهو العقد دون الوطاء، وكان إباحة نكاح المبستوت لمن أثبتها إذا نكحت زوجاً غيره لا يحلها العقد دون ذوق العسيلة فدلّ بذلك أن ما يباح به الشيء أقوى مما يخطر به فكان البر والحنث في عقد الأيمان مفترقاً فمن حلف ألا يفعل شيئاً حنت بفعل [ق/ ١٣٥ / ٢ أ] بعضه لأن ذلك البعض قد حلف عليه ألا يفعله ففعله وإن حلف ليفعلنه لم يبرأ إلا بفعل جميعه لأن ما أبقي قد حلف عليه ليفعلنه فلم يفعله، وكذلك من حلف على فعل شيء أو تركه دخل في اليمين ما وقع عليه اسم المذكور إلا أن تقع النيات فيقبل ما يجب قوله، وذلك المذكور في مواضعه .

فصل

والأيمان في الفتوى على أربعة أقسام: فأول ذلك: أن ينظر إلى نية الحالف، فإن لم تكن له نية نظر إلى بساط يمينه على ما جرت فإن عدما جميعاً نظر إلى عرف الناس ومقاصدهم في أيمانهم .

محمد: على ذلك فإن لم يكن ذلك كله أعطى لفظ يمينه حقه في اللغة وحمل على ذلك .

قال ابن الماجشون في «الواضحة»: ينبغي صرف اللفظ إلى معنى مخارجه وإلا بطلت الأمور .

قال الله سبحانه: ﴿فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ مِنْ دُونِهِ﴾ (١) .

وقال: ﴿فَاسْجُدُوا لِلَّهِ وَاعْبُدُوا﴾ (٢) .

فهذا أمر والأول نهى واللفظ سوى، وهذا في القرآن كثير .

ومن «المدونة»: قال مالك: فيمن حلف ألا يأكل هذا الرغيف حنت بأكل بعضه،

(١) سورة الزمر (١٥) .

(٢) سورة النجم (٦٢) .

وإن حلف ليأكله لم يبرّ إلا بأكل جميعه .

قال ابن القاسم: وإن حلف ليأكله اليوم فأكل اليوم نصفه وفي غد نصفه فحنت ، وإن حلف ألا يهدم هذه البئر حنت بهدم حجر منها إلا أن ينوى هدم جميعها .

وإن حلف ألا يفعل فعلين حنت بفعل أحدهما فإن حلف ألا يأكل خبزاً وزيتاً أو خبزاً وجبناً حنت بأكل أحدهما إلا أن ينوى جمعهما فلا يحنت .

وفي «كتاب ابن المواز» قال أشهب: وقيل : لا بأس بأكل أحدهما .

إنما يستقيم هذا إذا نوى ألا يجمع بينهما فإن لم تكن له نية فالصواب أن يحنت بأكل أحدهما .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: وإن حلف ألا يأكل طعام كذا أو لا يشرب شراباً كذا فذاقه فإن لم يصل إلى جوفه لم يحنت .

ومن «كتاب ابن المواز»: قال ابن القاسم: ومن حلف ألا يشرب خمرًا فشرب من الأنبذة التي يسكر كثيرها مثل السكوكة والمطبوخ وغيره فهو حائث ولا ينفعه أن لو حلف ألا يشرب الخمر بعينها .

قال مالك: كل ما خمر فهو خمر .

ابن المواز: وقد كان ابن القاسم قديماً يقبل نيته إذا جاء مستفتياً، وليس ذلك بشيء ولو كانت النية تنفعه لنفعه لفظه بإفصاحه بالخمر بعينها .

قال مالك: وكذلك لو حلف ألا يشرب الخمر وقال: أردت خمر العنب . وقاله ابن القاسم .

ونحن نقوله متى يقول : خمر العنب ، إفصاحاً ولفظاً فيدين في يمينه . قال : ومن حلف ألا يحضر عرساً أبداً ، فعرس بعض إخوانه وفرغ من عرسه وصنيعه فصنع بعد ذلك طعاماً فدعاه إليه فإن كان ذلك الطعام من أجل ذلك العرس أو كان إنما صنعه لمكان ما لم يحضر عرسه أو صنيعه حداثة العرس ، وإن لم يكن لذلك سبب فلا يدخله ، وإن كان إنما منعه لغير ذلك ولا يحدثان العرس فلا بأس به .

قال : ومن حلف بحرية عبده إلا أن يبيعه فغصب منه فنقص عند الغاصب بأمر

من الله أو بجناية من الغاصب فأغرمه قيمة العبد فهو حاث ، وإن أخذ العبد وأخذ ما نقصه لم يحنث .

يريد: وكذلك لو هلك بيد الغاصب ، وكانت يمينه بعثق غيره أو بطلاق فأخذ منه قيمته ، لم يحنث لأن ذلك ليس ببيع ، كأخذ قيمة أم الولد والمدبر إذا قتلا ، ولا يجوز بيعهما .

قال ابن المواز: ومن حلف ألا يبيع دابة حتى تأكل الربيع فأكلت منه يوماً أو يومين فلا شيء عليه في بيعها إلا أن تكون له نية .

وقال أصبغ: ليس هذا الذى أراد بيمينه وهو حاث حتى يكون الأمد الذى له القدر والبال والنفع به إلا أن تكون له نية فى مثل اليوم واليومين وهو كمن حلف ليهدم من البئر فهدم منها حجرتين أو ثلاثة فلا يبر إلا بهدم جميعها أو هدم فساد وبطلان لها إلا أن تكون له نية .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يأكل هذا الدقيق أو هذه الخنطة أو من هذه الخنطة فأكلهما بحالتهم أو أكل من خبزيهما أو سويق الخنطة حنث لأن هذا هكذا يؤكل ولا يأكل ما اشترى من ثمنها من طعام ولا ما أنبتت الخنطة إن نوى وجه المن ، وإن كان لشيء فى الخنطة من رداءة أو سوء صنعة فى الطعام لم يحنث بأكل ما ذكرنا .

ابن المواز : وقيل : لا شيء عليه فى ثمنها ولا ما أنبتت [ق/ ١٠١ / ٢ب] .

ومن «المدونة»: وإن حلف ألا يأكل من هذا الطلع فأكل بسره أو رطبه أو تمره حنث إلا أن ينوى الطلع بعينه .

ابن المواز: وقال أشهب: أستحسن فى الطلع ألا يحنث يأكل بسره لبعده البسر والرطب من الطلع فى الطعام والاسم والمنفعة كاخل من العنب .

ومن «المدونة» قال مالك: ومن حلف ألا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو جنبه حنث إلا أن تكون له نية وإن حلف ألا يأكل بسر هذه النخلة أو بسرًا منها فأكل من بلحها لم يحنث .

ابن المواز : وكذلك لو حلف ألا يأكل رطباً لم يحنث بأكل البسر وهذا لا خلاف فيه ، وإنما الاختلاف في أن يأكل مما يخرج من الذى حلف عليه فلم يره ابن القاسم إلا في خمسة : في الشحم من اللحم ، والنبيذ من التمر ، والزبيب والعصير من العنب ، والمرق من اللحم ، والخبز من القمح ، فأما ما سوى ذلك فلا شيء عليه فيما يخرج من المحلوف عليه إلا أن يقول : منه ، فيلزمه ذلك .

هذا مذهب ابن القاسم وروايته .

ابن المواز: فيمن حلف ألا يأكل زيتاً ولا تمرّاً فشرب نبيذهما فهو حانث إلا أن تكون له نية ، وكذلك العنب لا يشرب عصيره ولا بأس بخل ذلك كله ومن حلف ألا يأكل لحماً فلا يشرب مرقه ولا تنفعه فيه نية إن ادعاها لأن المرق لحم بما قد سار فيه من اللحم وذبل وتقطع وتهرى .

ومن حلف ألا يأكل لحماً فأكل شحماً حنث لأن الشحم يخرج من اللحم مع قرب اسمه ومنافعه قال : وقد قيل في القمح مثل ذلك : أن من حلف ألا يأكل لحماً فلا يأكل خبز قمح ولا سويقه لقربهما من القمح وليس يراد من القمح إلا الخبز وما يتعرف عليه وهو الغالب إلا أن تكون له نية ، أي : لأنه ينبت التالول ونحوه .

وقيل : ليس القمح من ذلك ، وإن حلف ألا يأكل هذا القمح فأكل منه خبزاً فلا شيء عليه إلا أن يقول : من هذا القمح ، أو من هذا الدقيق ، فيأكل من ذلك خبزاً أو سويقاً فيكون حانثاً .

قال محمد : وهذا أجود .

قال : وأما من حلف ألا يأكل [ق/ ١٣٦ / أ٢] هذا اللبن أو قال : لبناً ، فلا بأس أن يأكل من زبده وسمنه وجبنه ، إلا أن يقول : من هذا اللبن ، فيحنث بأكله لما تولد منه ، وكذلك لو حلف ألا يأكل رطباً فليأكل تمرّاً أو حلف ألا يأكل عنباً فليأكل زبيباً أو حلف ألا يأكل عسلأ فليأكل ربه ، إلا أن يقول : من هذا الرطب أو من هذا العسل ، فحنث بأكل ما تولد منه وكذلك لو حلف ألا يشرب لبن هذه الشاة فليأكل من زبدها وسمنها ، إلا أن يقول : من لبنها فلا يأكل ما تولد منه ، وسواء خرج ذلك من اللبن قبل يمينه أو بعد فإنه يحنث بأكله إلا أن يكون له سبب فيحمل على ذلك .

قال أحمد بن ميسر: وقد اختلف في الحالف ألا يأكل من هذه الشاة فأكل من نسلها.

قال ابن المواز: وإن قال: لا أكلت من هذه الشاة، فأكل من زبدها أو لبنها فلا شيء عليه إلا أن يكون نوى ذلك.

يريد: لأنه إنما حلف ألا يأكل من لحمها ولحمها لا يتولد منه لبن ولا زبد فهو كمن حلف ألا يأكل من اللحم فلا بأس أن يأكل من اللبن والزبد وهو بخلاف أن لو قال: لا أكلت من لبنها، وهذا كله مذهب ابن القاسم أن لا يحث بأكل ما تولد عما حلف عليه إلا أن يقول: «منه» إلا في الشحم والمرق من اللحم والنبذ من التمر والزبيب والعصير من العنب والخبز من القمح فإنه يحث وإن لم يقل «منه».

وقال ابن وهب: في الحالف على البسر يأكل الرطب أو التمر أو على الزبد فيأكل السمن: أنه حاث وإن لم يقل «منه» بمنزلة الشحم من اللحم.

يريد: وكذلك كل متولد عن المحلوف عليه فإنه يحث بأكله عنده وإن لم يقل «منه».

وقال ابن حبيب: إذا حلف ألا يأكل رطباً أو نحوه فله أكل التمر وكذلك إن قال: عنباً، فله أكل الزبيب، وأما إن قال: هذا الرطب أو رطب هذه النخلة، فإنه يحث بأكل تمره، وكذلك هذا العنب أو عنب هذا الكرم فإنه يحث بأكل زبيبه وسواء قال: من هذا الرطب أو قال: هذا الرطب، ولم يقل «منه».

ولو قال: من هذه النخلة رطباً، فليأكل منها تمرًا وكذلك من هذا الكرم عنباً فلا يحث بأكل زبيبه.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: ومن حلف ألا يشرب هذا السويق فأكله حث إلا أن ينوي الشرب لما يعرض منه من نفخ وغيره فلا يحث إذا أكله وإن حلف ألا يأكل هذا اللبن فشربه حث إلا أن تكون له نية وإن حلف ألا يأكل سمنًا فأكل سويقًا لم يسمن حث وجد طعمه وريحه أم لا إلا أن ينويه خالصًا.

ابن المواز: قال أشهب: وقيل: ينظر إلى سبب يمينه فإن كان لمضرة السمن له فهو حاث لأنه يتقى منه ما يتقى من الخالص، وإن كان إنما قيل له: إنك تشتهي

السمن ولا تصبر عنه فحلف عند ذلك فلا شيء عليه إن أكل سويقاً.

ومن «المدونة»: وإن حلف ألا يأكل خلاً فأكل مرقةً طبخ بخل فلا يحنث إلا أن يكون أراد ألا يأكل طعاماً داخله الخل .

ابن المواز : وقاله أشهب :

قال ابن المواز : وأحب إليّ أن يحنث إلا أن تكون له نية . وقاله سحنون وأصبيغ [ق / ١٠٢ / ٢ب] .

قال إسماعيل القاضي في «المبسوط»: إنما فرق ابن القاسم بين السمن والخل لأن السمن الملتوت به السويق هو على حالته وإنما ألزق بالسويق إلزاقاً .

قال غيره: ألا ترى أنه يقدر على استخراج الماء الحار لأنه يصعد فوقه فيجمع ولا يقدر على استخراج الخل أبداً.

قال إسماعيل : وأما الخل فقد انتقل عن الخل بما خالطه من الصفة وصار اسمه غير اسمه ، ومعناه غير معناه ولكن حلف ألا يأكل هذا الخل لخل بعينه فإنه متى أكل منه شيئاً في قدر أو في غيرها وقد استحال أو لم يستعمل فهو حانث .

قال سحنون: ومن حلف ألا يأكل زعفراناً فأكل طعاماً فيه زعفران حنث ولم ينو لأن الزعفران لا يؤكل إلا هكذا ولا يؤكل وحده .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يأكل لحمًا فأكل شحمًا فحنث لأن الشحم يخرج من اللحم مع قرب اسمه ومنافعه إلا أن تكون له نية في اللحم دون الشحم .

قال: وسواء كان شحم ثور أو غيره وإن حلف لا يأكل شحمًا لم يحنث بأكل اللحم لأن اللحم لا يخرج من الشحم ولا يدخل اللحم في اسم الشحم .

قال أبو محمد : اللحم مع الشحم يقع عليه اسم لحم فقد دخل الشحم في اسم اللحم ولا يدخل اللحم في اسم الشحم منفرداً ولا مجتمعاً معه ، وقد حرم الله سبحانه لحم الخنزير فأغني ذكره للحم عن ذكره لشحمه لأنه دخل تحت اسم اللحم وحرم الله سبحانه على بني إسرائيل الشحوم بقوله تعالى : ﴿ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ

شَحْمَهُمَا» (١) .

فلم يقع عليهن بهذا تحريم اللحم ولم يدخل في اسم الشحم فلهذا فرق مالك بين الحالف في الشحم والحالف في اللحم .

ومن «المجموعة» : قال ابن القاسم: والحالف على اللحم يحنث بكل ما أكل من الشاة من رأس أو كرش أو أمعاء أو دماغ أو غيره، وإن حلف على الرأس أو على الكرش لم يحنث بأكل اللحم والحالف على اللحم يحنث بأكل القديد ، والحالف على القديد لا يحنث بأكل اللحم .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يأكل لحماً فأكل لحم حوت أو لحم طير حنث لأن الاسم يجمع ذلك، قال الله تعالى: ﴿لَتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ (٢) . وقال: ﴿وَلَحْمٍ طَيْرٍ مِّمَّا يَشْتَهُونَ﴾ (٣) . إلا أن تكون له نية فله ما نوى .

وإن حلف ألا يأكل رؤوساً أو بيضاً فأكل رؤوس السمك أو بعض السمك أو بعض الطير سوى الدجاج حنث إلا أن تكون له نية أو ليمينه بساطاً فيحمل عليه .

وقال أشهب في «المجموعة» : لا يحنث في اللحم والرؤوس إلا أن يأكل لحم الأنعام الأربعة ورؤوسها ، لأن عليها تقع أيمان الناس إلا أن ينوي اللحوم كلها من طير وحوت وغيره وأما البيض فيحنث بكل بيض أكله استحساناً وليس بقياس . والفرق بين ذلك : بُعد ما بين رؤوس الطير وقرب ما بين بيض الدجاج والطير ومنه يشبه في الخلق والطعم .

وقال ابن حبيب: لا يحنث في الرؤوس بأكل رؤوس الحيتان والجراد إلا أن ينوي ذلك وفي البيض يحنث بأكل بيض الطير ولا يحنث ببيض الحوت حتى ينويه .

وقول ابن حبيب: في هذا فليس لأننا إذا عدمننا النية والبساط نظرنا إلى عرف

(١) سورة الأنعام (١٤٦) .

(٢) سورة النحل (١٤) .

(٣) سورة الواقعة (٢١) .

الناس ومقاصدهم في أيمانهم والمعهود في الرؤوس عند الناس رؤوس الأنعام وكذلك في البيض بيض الطير لا رؤوس السمك وبيضها، وقول ابن القاسم [ق / ١٣٧ / ١٢] ومالك أحوط ، ولأن الاسم يقع علي جميع ذلك وبه أقول، وأري أن النية تنفعه على قول مالك هذا إذا قال: لم أرد لحم السمك ولا رؤوسها ولا يبيضها ولا رؤوس الطير، وإن كانت على يمينه بالطلاق بنية للمعهود من مقاصد الناس .

قال أبو محمد: ومن حلف ألا يأكل إداماً فما ثبت في معرفة الناس أنه إدامٌ فلا يأكله .

قال: ولا أري المالح من الإدام ، وإن كان قد قاله بعض العلماء ، وأحنت به .

قال ابن حبيب: ومن حلف ألا يأكل فاكهة ولا نية له فلا يأكل رطباً منها ولا يابساً ومن الفاكهة ثم النخل والأعنان والرمان وشبهه وخضر الفواكه من قثاء وبطيخ وخربز وقصب وأخضر الفول والحمص والجلبان إلا أن تكون له نية خص بها نوعاً أو بساطاً يدل على ما ذكر .

وذكر ابن المواز نحو قول ابن حبيب في الفاكهة .

وقال: إذا حلف على يابسها ورطبها . وهذا أجود إنما يحنت في اليابس والرطب إذا ذكره، والله أعلم .

قال ابن حبيب : وإن حلف ألا يأكل خبزاً حنت بأكل الكعك ، وإن حلف ألا يأكل كعكاً لم يحنت بأكل الخبز لأن هذا أخص ، والأول أعم .

ومن «كتاب ابن المواز» وغيره: ومن حلف ألا يأكل غنماً حنت بأكل الضأن والمعز لأن الاسم يجمعهما ، وإن حلف علي أحدهما من معز أو ضأن لم يحنت بأكل الآخر للاسم الأخص به، وكذلك من حلف ألا يأكل دجاجة فأكل دجاجة أو ديكا حنت للاسم الجامع .

وإن خص أحدهما فحلف ألا يأكل ديكا لم يحنت بأكل دجاجة، أو حلف ألا يأكل دجاجة لم يحنت بأكل ديكا . [ق / ١٠٣ / ٢ب] .

قال ابن المواز : ومن حلف ألا يأكل كباشاً أو لحم كباش فلا يأكل لحم النعاج صغارها وكبارها لأنها داخلة في الاسم ، ولو حلف ألا يأكل كبشاً ولم يقل كباشاً لم

يحنث بأكل الصغار ذكوراً أو إناثاً لأنه لا يقال للصغير: كبش، وكذلك عندنا لو قال: كباشاً، لم يحنث بأكل الصغار ولا الإناث الكبار لأن الاسم الأخص عندنا في الكباش كبار الذكور وذلك جمع كبش، وإنما حنثه محمد فيما يرى لأنه اسم جامع عندهم، والله أعلم .

وأما عرف بلادنا فبخلافه .

قال ابن المواز: وإن حلف ألا يأكل نعجة أو نعاجاً فلا بأس بصغار الذكور والإناث وكبار الذكور، وإن حلف ألا يأكل خرفاناً فلا بأس بلحم الكبش الذي خرج من حدّ الخرفان وإن حلف ألا يأكل خرفاناً فلا يأكل العتزان لأنها عند الناس خرفان، ووقف عنها محمد، والاسم الأخص عندنا في الخرفان صغار الضأن .

قال ابن المواز: وإن حلف ألا يأكل تيساً أو تيوساً فلا يأكل عتوداً ولا صغار ذكور المعز، وأما إن حلف ألا يأكل عتوداً فلا بأس أن يأكل تيساً كبيراً أو كبار إناث المعز، وأما إناث صغارها فلا يأكله لأنه من العتدان ، وإنما ينظر في هذا الأصل إلى العرف في الأسماء عند كل بلد فيعمل فيه على ما أصلنا .

وفيما ذكرنا من هذا كفاية ، وبالله التوفيق .

فيمن حلف ألا يكلم رجلاً أو ليكلمته .

قال مالك: ومن حلف ألا يكلم زيداً قام قوماً فيهم زيد فسلم من الصلاة عليهم فلا يحنث .

وقال ابن المواز: إن سلم اثنتين فأسمعه الثانية فسمع حنث .

وقال أحمد بن ميسر : لا يحنث .

قال ابن المواز : وإن تعايا الحالف فلقية المحلوف عليه لم يحنث . قال : وأما تعايا المحلوف عليه فلقية الحالف فقد حنث .

ومن «المدونة» : قال مالك : ولو صلى الحالف خلف زيد وهو عالم به فرد عليه السلام صيد سلم من صلاته لم يحنث، وليس مثل هذا كلاماً .

ابن المواز: وقيل إن أسمعه رده حنث .

قال ابن القاسم وأشهب: وأما إن تعايا فرد عليه الخالف فقد حنث.

ومن «المدونة»: قال مالك: ولو سلم الخالف على جماعة وفيهم المحلوف عليه في ليل أو نهار حنث علم به أو لم يعلم إلا أن يماشيه.

قال ابن المواز: ولو مرّ بالمحلوف عليه وحده في ليل فسلم عليه وهو ينوي إن كان غيره فقد حنث ولا ينفعه ما نوى إلا أن يكونوا جماعة فيحاشيه.

قال: ولو رأى بعض القوم فسلم على من رأى منهم أو سلم عليهم ولم ير معهم المحلوف عليه لم يحنث لأنه إنما سلم على من عرف وأما إن لم يعرفهم أو لم يعرف إلا بعضهم فسلم على الجميع فلم يحاشيه فإنه يحنث.

ومن «العتبية» وكتاب محمد: قال ابن القاسم: ولو مرّ بالمحلوف عليه وهو نائم فقال له: الصلاة يا نائم فعزى رأسه فعرفه فقد حنث، وكذلك يحنث إن لم يسمعه وهو مستثقل نوماً وهو كالأثم وكذلك إن كلمه وهو مشغول يكلم رجلاً ولم يسمعه.

محمد: وقال أصبغ: إن أيقن باستثقاله له ولم يتنبه لكلامه وأيقن أنه لم يسمعه فلا يحنث كمن كلم ميتاً وقد جعله الله أحد الميتين في قوله: ﴿وَأَلْتَمِمْتَ فِي مَنَامِهَا﴾^(١). أو كمن ناداه من مكان بعيد لا يسمعه منه.

محمد: ولو حلف ألا يكلم رجلاً فكلم رجلاً يظنه هو قاصداً للحنث فإذا هو غيره لم يحنث ولو كلمه يظنه غيره حنث.

ومن «العتبية»: قال عيسى عن ابن القاسم: ومن حلف ألا يكلم رجلاً إلا ناسياً فكلمه وهو لا يعرفه غير ناس فهو حانث كمن حلف ألا يكلمه الآن ولا يعرفه فكلمه وهو يعرفه ناسياً ليمينه حنث أيضاً.

قال مالك: ولو حلف ألا يكلمه إلا ناسياً وكلمه وزعم أنه كلمه ناسياً.

قال مالك: ذلك إليه وسواء كانت على يمينه بالطلاق بينة أو لم تكن فإنه يصدق ولا اشتراطه النسيان، والله أعلم.

قال ابن القاسم: ولو حلف ألا يكلمه فأشار إليه فلا يحنث ولا أحب أن يفعل

في ذلك .

وقال غيره في «المجموعة»: يحنث لأن الله تعالى يقول: ﴿أَلَّا تَكْلِمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ (١) .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : يحنث في الإشارة التي يفهم عنه بها ، وإلا لم تكن الإشارة في الصلاة كلاماً فهذا النفخ فيها كالكلام ولا يبرئه الحالف من الكلام فلا يحنث به .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يكلم رجلاً فأرسل إليه رسولاً أو كتب إليه كتاباً حنث إلا أن ينوي مشافهته .

يريد : ويحلف والكتاب أشد ، قاله مالك .

وهذا في أيمان الطلاق [ق / ١٠٤ / ٢ب] والعتاق ، ثم رجع [ق / ١٣٨ / ٢أ] مالك فقال : لا ينوي في الكتاب ويحنث إلا أن يرتجع الكتاب قبل وصوله إليه فلا يحنث ، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا﴾ (٢) فجعل تعالى كل ذلك كلاماً فلذلك حنثه مالك بالرسول والكتاب وفي «كتاب» ابن المواز: قال مالك: يحنث في الكتاب ولا ينوي .

واختلف قوله في الرسول فقال: فيحنث إلا أن ينوي مشافهته ، وقال: لا شيء عليه .

ابن المواز : وقال أشهب : لا يحنث بالرسول ولا بالكتاب إلا أن يسمع الكلام والذي أرسل به الرسول فيحنث لأنه لو حلف ليكلمنه فكتب إليه لم يبر .

قال أشهب: ولو ارتجع الكتاب بعد أن وصل إلى الرجل وقرأ منه بقلبه ولم يقرأه بلسانه فلا شيء عليه لأن من حلف ألا يقرأ جهراً فقرأ بقلبه لم يحنث .

ابن المواز: ولو كتب المحلوف عليه إلى الحالف فقرأ كتابه لم يحنث عند أشهب .

واختلف فيه قول ابن القاسم، فقال مرة : لا يحنث ، وقال أيضاً : يحنث ، وما

هو بالبين .

(١) سورة آل عمران (٤١) .

(٢) سورة الشورى (٥١) .

قال ابن المواز: والصواب: ألا يحنث الحالف بقراءة كتاب المحلوف عليه.

وقد أنكر هذا غير واحد من أصحاب ابن القاسم .

ومن «المجموعة»: قال ابن الماجشون ، ولو حلف ليكلمته لم يبر بالكتاب ولا بالرسول ، وإن سمع المرسل إليه ما قال الرسول والحالف لا يعلم فلا يبر بذلك ولا يبر إلا بإملاء الأمور فيبر .

في «كتاب ابن حبيب»: ولو أمر الحالف من يكتب عنه إلى المحلوف عليه بكذا وكتبا ولم يقرأه على الحالف ولا قرأه الحالف فوصل الكتاب فلا يحنث، ولو قرأ الكتاب على الحالف أو قرأه الحالف أو أملاه فحنث إذا قرأه المحلوف عليه أو قرأ عنوانه ، وإن لم يقرأ ذلك المحلوف عليه أو قطعه ولم يقرأه أو سقط من الرسول فلا يحنث حتى يعلم أنه وصل إليه وقرأه ، ولو قال الحالف للرسول: أقطع كتابي ولا تقرأه ، أورده إلى فقطعه وأعطاه للمحلوف عليه فقرأه فلا يحنث كما لورماه راجعاً عنه بعد أن كتبه فقرأه المحلوف عليه .

قال: ومن حلف على امرأته إن لم تفعلني كذا لأهجرنك فلم تفعل ذلك فليهجرها ثلاثة أيام.

وقاله ابن الماجشون وأصبخ، وقاله ابن القاسم في «العتيبة» وسحنون في «كتاب ابنه» .

قال سحنون: وأحب إلي إن زاد على ثلاثة أيام، وإن كان الثلاثة تجزيه .

وفي «كتاب ابن المواز» ومن حلف ليهجرن زوجته . قال: يهجرها شهراً ، ولو قال: لأطيلن هجرك ، فليهجرها سنة .

وقال ابن أبي معز: الهجران ثلاثة أيام في الحديث والطول عندي شهر .

فيمن حلف أن لا يساكن رجلاً أو لا يجاوره أو لا يسكن هذه الدار ، أو لينتقلن منها، أو لا يسكن دار فلان، أو لا يدخل عليه بيتاً، أو الأكل من طعامه ، وكيف إن أكره على ذلك كله .

قال مالك: ومن حلف ألا يساكن فلاناً فسكن كل واحد منهما مقصورة في دار

جمعتهم فإن كان إذ حلف هذا في دار واحدة وكل واحد في منزله منها حنث .

قال ابن القاسم: وإن كانا في بيت فلما حلف انتقل عنه إلى منزل في الدار يكون مدخله ومخرجه ومرفقه في حوائجه على حدة لم يحنث ، وكذلك قال مالك في من حلف ألا يساكن أخته امرأته وكانا ساكتين في حجرة واحدة فانتقلتا في دار فسكنت هذه في سفلهما وهذه في علوها وكل مسكين مستغن عن الآخر بمرافقه إلا أن سلم العلو في الدار يجمعها باب واحد أنه لا يحنث ومن حلف ألا يساكن فلانًا في دار فساكنه في قرية أو مدينة لم يحنث إلا أن يساكنه في دار ، وإن كانا أولاً في قرية وليس في دار فساكنه في قرية أخرى حنث إلا أن ينوي في دار ، وإذا كانا من أهل العمود فحلف ألا يجاوره أو ليتقلن عنه فانتقل إلى قرية والمضرب واحد فلا يجزيه إلا أن ينتقل بيته .

قال ابن المواز: حتى ينقطع ما بينهما من خلطة العيال والصبيان حتى لا ينال بعضهم بعضًا في العارية والاجتماع إلا بالكلفة والتعب ، ويكون رحلته كرحلة جماعتهم من مكان إلى مكان .

قال مالك في «المجموعة»: يتنحى عنه حيث لا تلتقي عبيدهم وأغنامهم في الرعي .

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن حلف ألا يساكنه فزاره فليست الزيارة بسكن وينظر إلى ما كانت عليه يمينه فإن كان لما يدخل بين العيال والصبيان فهو أخف وإن أراد التنحي فهو أشد .

قال في «كتاب محمد»: والزيارة تختلف ليس زيارة الحاضر كزيارة من انتقل من قرية هذا يقيم اليوم واليومين والثلاثة ، وإذا كانت يمينه لما يقع بين العيال [ق / ١٠٥ / ب٢] وأقام بيدنه فهو أخف .

وقال أشهب: ليست الزيارة ساكنة وإن طالت إذا صح أن ليس العقد فيها السكن .

وقال أصبغ في «الواضحة»: إذا أكثر الزيارة لها رأى في الحضر أو كثر المبيت والمقام في شخوصه إليه - يعني: في غير الحضر فهو حانث .

ومن «المدونة»: وإن حلف ألا يساكنه في دار فسمأها فقسمت ، وضرب بين النصيين حائط ، وجعل لكل نصيب مدخل على حدة فسكن هذا في نصيب وهذا في نصيب ، فكرهه مالك ، وقال : لا يعجبني ذلك .

وقال ابن القاسم : لا أرى به بأساً ولا حنث عليه .

ابن المواز وقال أشهب : إن كان حلف وهو ساكن في هذا الموضع الذي هو فيه فهو حانث ، وإن كان على ما وصفت إلا أن يكون قد يتباعد ما بينهما حتى انقطع ما كانت له اليمين فلا حنث عليه ، [وإن كان إنما ساكناً في غير هذا الموضع مما لا يشبه قرب هذا الآن فلا حنث عليه] ^(١) .

ابن حبيب: وقال ابن الماجشون: وإذا حلف ألا يساكنه وكانا في دار فقسماها بجدار من جريد وسكن كل واحد في مسكنه وخرج على باب نصيبه فلا يعجبني ذلك إلا بجدار وثيق بالبناء فلا يحنث إذا ضرباه بينهما إلا أن ينوي ألا يجاوره فليبعد عنه ولا يجمعهما مقابلة ولا طريق ، وسواء قال: إن ساكنتك ، فقط ، أو قال: في هذه الدار ، فلان يساكن فيها ولا في غيرها .

ومن «كتاب ابن المواز»: ومن آذاه جاره فحلف لا ساكنتك [ق / ١٣٩ / ١٢] لا جاورتك في هذه الدار أبداً ، فلا بأس أن ساكنتك في غيرها ، ولا يحنث إذا لم تكن له نية .

وأما إن كره مجاورته أبداً فإنه يحنث وكذلك إن قال: لا ساكنتك بمصر ، فساكنه بغيرها مثل ذلك سواء .

ولو حلف ألا يجاوره أما في أمهات القرى فلينح عن طريقه التي تجمعها في الدخول والخروج ، وأما في البادية فإن افترقا في الشرب والمورد والمجتمع فلا شيء عليه .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يسكن هذه الدار وهو فيها ، خرج

مكانه ، وإن كان في جوف الليل .

وإن أخر على الصباح حنث إلا أن ينوي ذلك فليجتهد إذا أصبح في مسكن ويتنقل ، وإن تعالا عليه في الكراء أو وجد منزلاً لا يوافقه فليتنقل إليه حتي يجد سواء ، وإن لم يفعل حنث .

وقال أشهب في «المجموعة»: يخرج ساعة حلف ولكن لا يحنث في إقامته أقل من يوم وليلة ، وكذلك قال في «كتاب محمد»: لا يحنث في إقامته أقل من يوم وليلة إلا أن ينوي تعجيل الخروج قبل ذلك .

ابن المواز وقال أصبغ : حد المساكنة عندنا يوم وليلة بعد اليمين ، فإن زاد أكثر من ذلك حنث وإن انتقل فلا يرجع أبداً بخلاف يمينه لأنتقلن .

قال يحيى : قال عبيد : لا أعلم أحداً يقول بقول ابن القاسم الذي ذكر عن مالك أنه إن لم يخرج ساعة حلف أنه حانث .

قال أبو الحسن ابن القاسمي : لا أدري ما قول عبيد هذا قد قال ابن حبيب : لم يكن مالك يوسع عليه في تأخير ذلك ولا علمنا أحداً وسع عليه في تأخير ذلك لابن القاسم ولا ابن الماجشون ولا غيرهما إلا أشهب وأصبغ ، وكان أبو الحسن وعلي استحسنا قول أشهب وأفتا به .

ومن «المدونة»: قال مالك: ويرتحل بجميع أهله وولده وجميع متاعه ، وإن أبقى متاعه حنث .

ابن المواز : قال ابن القاسم: إلا أن يبقى متاعه صدقة على صاحب الدار أو غيره فلا يحنث .

قال: وإن ترك من السقط مثل الوقود والمسمار والخشبة وما أشبه مما لا حاجة له به ، أو ترك ذلك نسياناً فلا شيء عليه .

وحكى عن بعض شيوخنا أنه قال: هذا إن ترك ذلك على ألا يعود لأخذه لخفة أمره ، وأما إن تركه ليرجع إلى أخذه حنث ، وقول ابن القاسم : أو ترك ذلك نسياناً ، يدل علي خلاف ما قال ، وإنما رأى أن مثل ذلك لا يعد به ساكناً لخفته أو لا ترى أنه لو ترك متاعه على ألا يعود إلى أخذه أبداً صدقة على صاحب الدار أو غيره لم

يحنث فلا فائدة إذاً لذكره الودت والسقاطة إذ لا فرق بينهما عنده .

وقد قال محمد عن أشهب أنه قال: لا يخلف شيئاً من متاعه فإن فعل وخلف متاعه كله لم يحنث ، وإن خلف أهله وولده حنث لأنه ساكن بعدم فكيف بمن يحنثه بترك الودت والسقاطة .

وهذا إنما هو مذهب ابن وهب ، روي عنه عبد الملك وابن الماجشون في «العتبية» : أنه إن ترك مثل الذي نَدَّ والودت والفخار وهو لا يريد الانصراف به لم يحنث ، وإن كان إنما نسيه حنث ، وكذلك الجواب إذا حلف ليتقلن من هذه الدار أنه يتنقل بأهله وولده وجميع متاعه ، والخلاف فيه كما ذكرنا إذا حلف ألا يسكنها وهذا في النقلة خاصة وأما في مقامه بعد اليمين ورجوعه إلى المساكنة فبخلاف ذلك .
ابن حبيب: في الحالف بالطلاق ليتقلن فلا يحنث إن أخر انتقاله ولكن لا يمس امرأته حتى يتنقل .

قال ابن المواز : فإن رفعته [ق/ ١٠٦ / ٢ ب] ضرب له أجل المولي من يوم ترفعه .

قال : وتعجل النقلة أحب إلى .

قال ابن حبيب: إلا أن يضرب للنقلة أجلاً فله مسها فيه فإن جاوز ولم يتنقل حنث .

قال : وإذا انتقل وأقام قدر الشهر فله أن يرجع .

قال ابن الماجشون : ولكن لا أحب له أن يتنقل على نية شهر وليتنقل على نية من غير توقيت ، ثم إن بدا له بعد شهر رجع .

ابن المواز : قال ابن القاسم: ولو رجع بعد خمسة عشر يوماً لم يحنث ، والشهر أحب إلي .

قال ابن الماجشون: وكذلك إن حلف ليخرجن فلاناً من داره فأخرجه فله رده بعد شهر .

ابن المواز : ومن سكن منزلاً لامرأته فمنت به عليه فحلف بالطلاق ليتقلن ولم

يؤجل فأقام ثلاثة أيام يطلب منزلاً فلم يجد فأرجو أن لا شيء عليه .

قيل : فإن أقام ، قال : فإن توانى في الطلب خفت أن يحنث قال : ومن حلف ليخرجن من المدينة فإن لم ينو إلا بلدًا بعينه فليخرج إلى ما تقصر فيه الصلاة فيقيم نحو الشهر . . قال مالك : استحسانًا ولا يحمله القياس .

وقيل فيه : يخرج إلى موضع لا يجب عليه فيه إتيان الجمعة فيقيم فيه ما أقل أو أكثر ثم يرجع إن أحب ، والأول أحب إلى وأحسن وإبراء من الشك وهو رأى إلا أن يكون ليمينه سبب فتقع اليمين له وعليه .

قيل : وإن حلف أن يسافر .

قال : يسافر إلى ما تقصر فيه الصلاة ويقيم شهرًا أحب إلى .

وقيل : أما سفر الشهر وأكثر فهو أحب إلى إلا أن يرى ليمينه وجه يريد : به التغرب الطويل وإلا فعلى ما ذكرنا من الانتقال وإن رجع دون الشهر لم يحنث إذا صحت النقلة والمقام بعد النقلة إلى الغاية في الحضر والسفر .

فصل

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ومن حلف ألا يسكن هذه الدار أو قال : دار فلان هذه ، فباعها فلان فسكنها في غير ملكه حنث إلا أن ينوي ما دامت في ملك المحلوف عليه ، ولو قال : دار فلان ، ولم يقل «هذه» فباعها فلان فسكنها الحالف في غير ملكه لم يحنث إلا أن يكون نوي ألا يسكنها أبدًا ، لأنه إذا قال : هذه الدار ، فكونه إنما كره سكنى تلك الدار فلا يسقط عنه اليمين انتقال الملك إلا أن ينوي ما دامت في ملك فلان ، وإذا قال : دار فلان ، فالبيع قد صارت لغير دار فلان نوجب ألا يحنث إلا أن يريد عين الدار .

وقال ابن القاسم : وإن حلف ألا يسكن دار فلان فسكن دارًا بين فلان ورجل آخر حنث .

وقد قال مالك فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن كسوتك هذين الثوبين ، ونيته ألا يكسوها إياهما جميعًا فكساها أحدهما حنث يعني أن نيته ألا يكسوها إياهما لا مجتمعين ولا مفترقين .

وقال أشهب: إذا نواهما جميعاً، أما لحاجة إلى أحدهما أو لغير ذلك فلا حث عليه، وإن لم تكن له نية فإنما أحثه استحساناً.

قال ابن القاسم: وإن حلف ألا يدخل دار فلان فقام على ظهر بيت منها حث وإن دخل بيتاً سكنه فلان بكراء حث وهي كملكه [ق / ١٤٠ / ١٢].

وقال عنه أشهب في «المجموعة»: قال: والبيت ينسب إلى ساكنه.

قال أشهب: وإن حلف ألا يدخل منزل فلان فدخل على رجل يسكن بكراء في منزل فلان فلا شيء عليه، وإنما منزل الرجل حيث هو نازل.

قال غيره: ومن حلف ألا يدخل بيت فلان فدخل داره دون البيت وإن كانت الدار لا تدخل إلا بإذن ومن سرق منها قطع حث.

وقال غيره: إلا أن يكون نوى الدار أو يقول: ينزل فلان فالدار هي المنزل.

قالا: وإن كانت الدار مشتركة تدخل بغير إذن فهي كالطريق فلا حث عليه.

قال ابن حبيب: إذا حلف ألا يدخل دار فلان فلا يدخل حانوته ولا قريته ولا جناحه ولا موضعاً له فيه أهل أو متاع، وإن لم يملكها إلا أن يكرى غير الدار لوجه ما فلا يحث فيما ذكرنا وهو قول مالك.

وما فسر لي أصبغ لا يحث عندي إذا دخل حانوته أو جناحه إذا لم تكن له نية لأن داره ليست في جناحه ولا حانوته.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: وإن حلف ألا يدخل هذه الدار فهدمت أو خربت حتى صارت طريقاً فدخلها لم يحث.

قال في «كتاب محمد»: إن كانت يمينه من أجل صاحبها وكراهية فيه فلا شيء عليه في المرور، وإن كانت كراهية في الدار خاصة فلا يمر بها.

قال فيه: وفي «المدونة»: فإن بنيت بعد ذلك فلا يدخلها.

قال ابن المواز: فإن دخلها حث، وإن حولت مسجداً لم يحث بدخوله.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن حلف ألا يدخل من باب هذه الدار أو من هذا الباب فغير عن حاله أو أغلق وفتح غيره فإن دخل منه حث إلا أن يكره الباب

دون الدار إما لضيقه أو لجواز على أحد فلا يحنث .

فصل

قال مالك: وإن حلف [ق / ١٠٧ / ٢ ب] ألا يدخل دار فلان فدخلها مكرهاً لم يحنث .

يريد: إذا أجهد نفسه ولم يقعد بعد إن قدر أن يخرج .

قال ابن القاسم: وإن قال لهم: احملوني وأدخلوني ، ففعلوا فهذا حانث لا شك فيه .

قال في «العتبية»: ولو كان واقفاً على دابته بقرب باب الدار ففرت لشيء فاقتحمت به فدخلتها فإن كان يقدر أن يمسك رأسها ويملكها أو يشني رجله فينزل أو يترامى من غير عيب يصيبه فلم يفعل حنث وإن لم يقدر على شيء من ذلك لم يحنث .

قال سحنون: وإن قال لزوجته : أنت طالق إن دخلت أنت هذه الدار، فأكرهها هو أو غيره على الدخول فلا يحنث بإكراه غيره وأما هو فأخاف أن إكراهه لها رضاً بالحنث .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن حلف ألا يأكل هذا الرغيف فأكره على أكله لم يحنث فإن أكره على اليمين فحلف ألا يأكل ثم أكل لم يحنث .
قال مالك: والمكره على اليمين ليس يمينه بشيء .

ابن المواز : قال مالك: وكل من حلف على خوف من العذاب إلا أنه في حق عليه فحلف وهو يعلم أنه آثم فهو حانث ولا ينفعه الخوف .

ابن المواز: كأنه يريد على شيء قد فعله أنه لم يفعله فهذا لا ينفعه ويحنث .

قال : ومن استغاث برجل مخافة القتل وأغاثه فطلبه عند الذي يريد قتله وهو ظالم له فقال: ما هو عندي . قال : فاطلب لي بالطلاق فحلف له أنه ما هو عنده . قال: قد أجز وأحي نفساً ولزمه الطلاق .

وقال أشهب: لا شيء عليه .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يسكن بيتاً فسكن بيت شعر وهو بادي أو حضري حنث [ق / ١٤١ / ١٢] لأن الله يقول: ﴿يُوتَا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ﴾^(١).

ابن المواز: إلا أن يكون ليمينه معنى يستدل به عليه مثل: أن يسمع بقوم أن هدم عليهم المسكن فقتلهم فحلف عند ذلك فلا يحنث بسكنى بيت الشعر.

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف بالطلاق ما له مال وقد ورث قبل يمينه مالاً لم يعلم به حنث إلا أن ينوي في يمينه ما لا يعلمه فلا يحنث.

ابن المواز: وقيل: إن استثنى علمه بحركة اللسان وإلا لم تنفعه النية. قيل: فإن كانت له عمري فرجع إليه يوماً ما.

قال: هو حانث لأنها ماله.

قيل: فلو تصدق عليه بصدقة وهو لا يعلم فلا يقبلها.

قال: لا شيء عليه، وإن قبلها حنث.

وقيل: لا يحنث وإن قبلها لأنها بالقبول صارت ماله.

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يدخل على فلان بيتاً فدخل عليه المسجد لم يحنث، وليس على هذا حلف.

قال ابن المواز: وكذلك إن حلف ألا يجتمع معه تحت سقف فلا شيء عليه كالحالف على الدخول.

قال عن ابن القاسم: ولو دخل معه الحمام لحنث لأنه لو أراد ألا يدخله قدر محمد: وليس هذا عنده بمنزلة المسجد.

قال: ولو حلف ألا يأويه وإياه سقف بيت فمن أسقيفة تحتها طريق فإن كانت طريقاً نافذة يمر فيها بغير إذن فإنه ينوي ولا حنث عليه فيها.

وقال ابن حبيب: في الحالف لا يجمعه وفلان سقف أو أراد اجتناب الجلوس معه

وغيره ولا نية له فلا يجامعه في بقعة ولا موقف ولا تحت سقف ولا صحراء فإن فعل حنث.

يريد: ولا يحنث إن مر به ماراً ولم يقف معه، والقياس ألا يحنث في مجامعته في غير تحت سقف إذا لم تكن له نية.

قال ابن حبيب: وإن لم يرد إلا مجامعته في البيوت المسكونة فلا بأس أن يجلس معه في الدار والصحراء وحيث ما شاء ما عدا الأسقف.

يريد: وينوي ها هنا، وإن كانت على يمينه بالطلاق بينة لأنه لم يفعل نفس ما حلف عليه.

قال ابن حبيب: ولا شيء عليه إن دخل معه في المسجد للصلاة والجلوس وليفترقا فيه ولا يجتمعا في مجلس ويحنث في الحمام وأما في السجن فإن سجن الحالف لم يحنث بذخول المحلوف عليه طوعاً أو يسجناً لأنه كالمكره.

قال: وإن كان الحالف غير مسجون فكيف ما دخل عليه المحلوف عليه حنث وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

وقال أصبغ في «العتبية»: إنه حانث وإن حبسه الإمام كرهاً إلا أن ينوي لا جامعه طائعاً.

قال ابن حبيب: وإذا حلف لا جامعه تحت سقف ودخل عليه المحلوف عليه حنث ولا ينفعه أن يخرج مكانه إلا في يمينه، ودخل على فلان. وقاله أصبغ وغيره.

قال مالك في «العتبية»: فيمن حلف بطلاق امرأته لا يأويهما سقف بيت حتى تأتي وتقبل رأسي وتعتذر.

قال: إن دخلت عليه فقبلت رأسه واعتذرت برئ، وإن خرجت قبل أن تفعل ذلك حنث.

وقال في التي بات زوجها عند ضررتها ليالي فحلفت [ق / ١٠٨ / ٢ ب] بالحرية إن بت معها تحت سقف حتى تبيت معي مثل ما بت معها، قال مالك: يبيت

معها في غير سقف ويدع الأخرى حتى تفرغ تلك الليالي ولا يمسه فيها ثم يبيت في البيت إلا أن تنوي هي المضاف في الحجرة فلا تبرأ إلا به في تلك الليالي .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن حلف [ق/ ١٤٢ / ١٢] ألا يدخل على فلان بيتاً فدخل الخالف عند جاره فوجد المحلوف عليه عنده حنث ، وإن دخل المحلوف عليه علي الخالف فخاف مالك عليه الحنث وقال ابن القاسم : ولا يحنث إلا أن ينوي ألا يجامع في بيت فحنث .

قال ابن المواز: وقيل: لا شيء عليه إلا أن يقيم معه بعد دخوله عليه .

قال بعض أصحابنا : وكذلك ينبغي على قول ابن القاسم لا يجلس بعد دخول المحلوف عليه فإن جلس وتراخى حنث ويصير كابتداء دخوله هو عليه كما قال في الخالف ألا يأذن لامرأته في الخروج فخرجت بغير إذنه فعلم بها فجعل تركه لها بعد علمه بخروجها كابتداء إذن . صواب ، وذلك بين في كلام محمد وابن حبيب .

قيل لابن المواز: فإن احتمل الخالف فدخل به علي المحلوف عليه كرهاً .

قال : لا حنث عليه إذا لم يتراخ وأجهد نفسه ، وكان إذا قدر على الخروج خرج مكانه ، فإن أقام وهو لو شاء أن يخرج لخرج فقد حنث .

ومن «العنتية» : قال أشهب عن مالك: ومن حلف لا دخل على فلان بيتاً فدخل عليه وهو ميت حنث . ابن سحنون وقاله عبد الملك .

وقال سحنون: لا يحنث .

قال أصبغ : وإن حلف لا دخل بيت فلان ما عاش أو قال : حتى يموت ، فدخل بته وهو ميت قبل أن يدفن حنث ، ويجب أن يكون على قول سحنون لا يحنث وهو في هذا أقوى من الأول لأنه اشترطه ما عاش أو حتى يموت فقد دخل بعد حلول الشرط فكان يجب ألا يحنث باتفاق . وقول من حنثه بذلك ضعيف .

فصل

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن حلف ألا أكل من طعام فلان فباع فلان طعامه ثم أكل منه الخالف لم يحنث إلا أن يقول: من هذا الطعام ، فلا يأكل منه ، وإن خرج من ملك المحلوف عليه وتداولته الأملاك ، فإن فعل حنث إلا أن يكون نوى

ما دام في ملك فلان، وإن حلف لا أكلت من طعام فلان ولا ألبس من ثيابه ولا أدخل داره ثم ملك أشياء فلان هذه بشراء منه فأكل ولبس ودخل بعد الشراء فلا شيء عليه إلا أن يكون تلك الأشياء لأعيانها فيحنت، ولو وهبها له المحلوف عليه أو تصدق بها عليه فقبلها ثم أكل ولبس ودخل حنت إن كان ماكره من ناحية المن.

وفي «كتاب ابن المواز»: إذا قبلها فأكل ولبس ودخل الدار، فقبل لا شيء عليه. وقال محمد: هو حانت وقاله المخزومي وابن دينار وابن كنانة.

ومن «المدونة» قال مالك: ومن حلف ألا يأكل لرجل طعاماً فدخل ابن الخالف علي المحلوف عليه فأطعمه خبزاً فخرج به الصبي لأبيه فأكل منه الأب ولم يعلم حنت.

قال سحنون: وأما أنا فتبين لي أنه لا يحنت لأن الابن قد ملك الطعام دون الأب.

قال بعض أصحابنا: إن كان موسراً حتى يكون له رد ما وجب لابنه من طعام لا ينتفع إلا بأكله في الوقت كالكسرة ونحوها لأنه يقول: نفقة ابني علي فليس لأحد أن يحمل عني منها شيئاً، فهذا إن أكل مما أعطى الصبي حنت ويعد ذلك قبولاً منه لخبز المحلوف عليه، وإن كان الأب معدماً حتى لا تلزمه نفقة ابنه وكان عيش الولد من عند غير الأب من الصدقات ونحوها، فأعطاه ذلك الرجل خبزاً فأكل منه الأب لم يحنت.

قال: وهذا معنى قول مالك، والله أعلم.

قال: ولو دخل عبد الخالف علي المحلوف عليه فأطعمه خبزاً [ق / ١٤٣ / ١٢] فأكل منه الخالف ولم يعلم لحنث أيضاً وعنده وابنه في هذا سواء لأن له رد ما وهب لعبده قل أو كثر إلا أن يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له من مال.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن حلف ألا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه فلان وآخر معه [أيحنت أم لا في قول مالك؟ قال: أراه حائثاً]^(١).

(١) سقط من جميع الأصول، والمثبت من «المدونة» (٣ / ١٣٥).

قال ابن سحنون فيمن حلف ألا يأكل مع فلان ولا يتتفع منه بشيء فانتفع بشيء من ماله بعد موته قبل جمع ماله أو قبل أن يدفن أو بعد فإن كان عليه دين فهو حاث كان الدين محيطاً أو غير محيط ، وأما إن لم يكن عليه دين وقد أوصى بوصايا فلا يحث لأن ما تركه بموته لأهل الميراث ولأهل الوصايا وما جرى فيه من حادث فمنهم .

قال: وقد أخطأ من سَوَّى بين الدين والوصية .

ومن سماع أشهب: ومن حلف لا آخذ لفلان مالا فمات فأخذ [ق/ ١٠٩ / ٢ب] من تركته فلا يحث إلا أن يكون عليه دين أو وصى بوصايا .

قال سحنون : وكذلك قوله : لا أكلت من طعامه فأكل قبل قسم ماله فإن كان عليه دين أو أوصى بوصايا حث .

وقال أشهب في «المجموعة»: سواء كان عليه دين أو لا دين عليه .

وقال ابن القاسم أيضاً في «المجموعة»: فكان عليه دين محيط أو غير محيط .

وقال ابن المواز: وقد قيل : لا يحث وإن أحاط به الدين .

قال ابن القاسم: في الكاتب في قولهم: يحث إذا أوصى بوصايا، قال: معناه: إن أحاط به الدين عندي إذ الموصي له بمال معلوم فيحتاج فيه إلى بيع مال الميت ليعطي منه للموصي له ؛ لأن ذلك المال لو ضاع قبل أن يعطاه لرجع الموصي له في ثلث ما بقي لأنه لا يتغير، كما قال فيمن أوصى أن يشتري عبد فلان فيعتق عنه فيموت بعد الشراء وقبل عتقه أن عليهم أن يشتروا غيرهم من بقية الثلث بخلاف عبد عينه ، وأما إن كانت الوصية بجزء من ماله كالثلث أو الربع أو نحو ذلك فهذا يكون الموصي له شريكاً للورثة وكأحدهم ساعة يموت الميت فلا حث على الخالف في هذا ، والله أعلم .

قال مالك: ومن حلف بالطلاق لا أكل طعام فلان فسافر معه فاشترى طعاماً فأكله فليحلف ما أراد إلا طعاماً خالصاً ولا شيء عليه .

قال ابن القاسم : إذا علم أنه لا يأكل أكثر من صاحبه وكره أن يقربا سفريتهما من غير شراء فيأكلان من الطعام وإن كان ذلك كفافاً .

قال أصبغ : لا يحنث وهو كالاشرء إذا أكل مثل طعامه فأقل .

فيمن حلف على زوجته إن خرجت إلا بإذنه ، أو حلف ألا يأذن لها، وكيف إن خرجت كرهاً أو لأمر غالب .

قال ابن القاسم: ومن قال لزوجته : أنت طالق إن خرجت إلا بإذني ، فأذن لها في سفر أو حيث لا تسمعه وأشهد بذلك فخرجت بعد إذنه وقبل علمها بالإذن فهو حانث .

قال مالك في غير كتاب: « [ق / ١٤٤ / ١٢] وإن حلف لها لا خرجت سنة إلا بإذني ، فمر بأنها فسألته أن يأذن لها إليها فقال: نعم أنا آذن لها وأبعثها إليك ، فبعث الأم إليها أن قد آذن لك فجاءتها قبل مجيء الزوج وآذن له فإن أراد بها قال للأم: أذنا ، أي قد أذنت لها وتلك نيته فلا شيء عليه ، وإن لم يرد ذلك فلا شيء عليه .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: وإن حلف ألا يأذن لها إلا في عيادة مريض ، فخرجت في العيادة بإذنه ، ثم مضت بعد ذلك إلى حاجة أخرى ، لم يحنث لأن ذلك بغير إذنه ، وهي في كل ما خرجت بغير إذنه من حمام أو غيره لا يحنث إلا أن يتركها بعد علمه فيصير ذلك كابتداء إذن ، وإن هو حين علم بذلك لم يتركها فلا يحنث وإن لم يعلم بذلك حتى رجعت إليه فلا شيء عليه .

ابن المواز : قال أشهب : وإن حلف ألا تخرج إلى غير عيادة مريض إلا بإذني ، فأذن لها في العيادة فذهبت منها إلى غيرها فقد حنث .

يريد : لأن ذلك بغير إذنه وهو في كل ما خرجت إليه سوى العيادة بغير إذنه حانث ، وكذلك قال أصبغ في «العتبية»: إن حلف لا خرجت إلا بإذني فأذن لها في موضع فذهبت منه إلى غيره فقد حنث .

قال أبو زيد :عن ابن القاسم : وإذا آذن لها إلى موضع خرجت ثم رجعت من الطريق لحاجة ذكرتها مثل ثوب ذكرته تتجمل به ثم خرجت فلا شيء عليه إلا أن ترجع إلى الدار تركاً لمخرجها الذي آذن لها فيه ثم تتذكر فتخرج على الإذن الأول فهذا حانث .

ابن المواز : وقاله ابن وهب .

وقال ابن القاسم: إنه حانث على كل حال .

وكذلك ذكر عنه ابن حبيب .

وعن أصبغ : وذكر عن مطرف وابن الماجشون : أنها إن رجعت لما ذكرت قبل بلوغ الموضع الذي خرجت إليه فلا شيء عليه فأما لو بلغت الموضع ثم رجعت فلا بد من تجديد إذن وإلا حنث ، وبه قال ابن حبيب . ورواية أبي زيد عن ابن القاسم أبينها .

فصل

قال ابن حبيب: ومن حلف لا خرجت امرأته إلا بإذنه فأراد سفرًا فأذن لها أن تخرج كلما شاءت وحيث شاءت فابن القاسم يقول: إذن واحد يكفيه إلا أن يقول: لا خرجت إلى موضع من المواضع ، أو بقول : أي موضع فقط ، فإن قال ذلك لم يجزه حتى يحدث الإذن في كل موضع عن علم منه بالموضع الذي تخرج [ق / ١١٠ / ٢ ب] إليه .

وحكاه عن مالك ، وقاله مطرف وأصبغ .

وقال ابن الماجشون وأشهب: إذن واحد يجزئه في الوجهين ، وقول ابن القاسم أحب إليّ ، فإن ترك ذلك لم أبلغ به الحنث وأخذت بقول أشهب وعبد الملك .

وذكر ابن المواز وابن عبدوس عن مالك وابن القاسم مثل ما ذكر ابن حبيب .

محمد: وقال ابن الماجشون: في الحالف إن خرجت إلا بإذني أنه لا بد من إحداث الإذن في كل مخرج إلا أن يقول: نويت هذا الإذن جملة بعينه أي : نويت إذنًا واحدًا فيحلف وينوي .

ابن المواز: وإن حلف لا أعارت امرأته شيئاً من بيته إلا بإذنه ثم يقول لها: قد أذنت لك أو تعيري كلما شئت فلا ينفعه ذلك حتي يعرف كلما تعير كمن قال: إن خرجت إلى موضع كذا إلا بإذني .

وقيل: ليس هذا مثله ، وليس شيء حتى يقول: إن أعرت شيئاً من الأشياء

فتكون مثل قوله: إن خرجت إلى موضع كذا، وأما يمينه إن أعرت فمثل قوله: إن خرجت [فصار في قوله: إن خرجت إلا بإذني قولان: قول: أن إذناً واحداً يجزيه، وقول: أن لا بد من تجديد الإذن، وكذلك قوله: إن خرجت] ^(١) إلى موضع من المواضع، الجواب سواء.

فصل

قال [ابن المواز] ^(٢): ومن حلف بطلاق امرأته البتة إن خرجت إلى أهلها إلا بإذنه إن لم يضربها فخرجت مرة فضربها فلا شيء عليه إن هي خرجت بعد ذلك بغير إذنه إلا أن يكون نوى ذلك، ألا ترى أنها لو خرجت مراراً لم يكن عليه أن يضربها إلا مرة واحدة فإن ضربها فقد برّ في يمينه وسقطت كما لو حنث مرة لسقطت عنه اليمين وليس يبر أحد ولا يحنث إلا مرة واحدة.

يريد: وكذلك لو قال لها: أنت طالق واحدة إن خرجت إلا بإذني فخرجت مرة بغير إذنه فوقعت عليها طلاقاً. ثم إن خرجت ثانية لم يلزمه شيء لأنها يمين حنث فيها فلا يتكرر الحنث إلا أن ينوي كلما خرجت.

ابن المواز: ومن حلف إن نام حتى يوتر فعليه صدقة دينار فنام ليلة قبل أن يوتر فلزمه صدقة دينار ثم نام بعد ذلك.

قال مالك: ما رأيت أحداً يفعل هذا.

يريد: بذلك مرة واحدة.

وما أراه إلا أن عليه في كل ما فعل إلا أن ينويه وقاله ابن القاسم وأصبغ.

قال أشهب: وإن حلف على زوجته ألا تدخل الدار إلا بإذنه فأذن لها فلم تدخل حتى قال لها: ألا تدخلني، فلا تدخل وإن دخلت حنث لأنها دخلت بغير إذنه.

فصل

قال ابن حبيب: وللرجل منع زوجته من الخروج إلى بيت أبيها ولا يحكم به عليه إن امتنع وإن لم يحلف ولكن يحكم عليه بالإذن لهما في الدخول إليها المرة بعد

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: ابن القاسم.

المرّة وليس له منع الوجهين، ويقطع ما أمر الله به أن يوصل، فلا بد أن يتركها أن تخرج إليهما أو يدخلان إليها يقضى عليه بأحد الأمرين إن طلبته هي أو أحد أبويها وهو حق لهما ولها، فإن حلف بالطلاق لا دخلاً إليها ولا خرجت إليهما قضى بإحناثه بأحد الأمرين إن قرنهم، وكذلك قال من كاشفت.

قال: ويقضى عليه ألا يمنع أخاها وعمها وخالها وابن أخيها وابن أختها من دخولهم إليها أو خروجها إليهم، فإن حلف في الوجهين فقد أساء وظلم، ولا يبلغ به الحنث وكذلك سمعت.

ومن «العتبة» قال أشهب عن مالك: ومن حلف بطلاق أو عتق ألا تخرج امرأته أبداً فلا يقضى عليه بالخروج في جنازة أبيها وأمها.

قال: وإن لم يحلف قضى عليه أن تشهد جنازة أبيها وأمها وأن تزورهما وفي الأمر الذي في الصلاة والصيام فأما الجنائز واللعب والعبث فليس ذلك عليه.

قال: ويقضى عليه أن تخرج إلى الحج إن شاءت وكانت ضرورة أنا أحج اليوم، ولعله يؤخذ ذلك سنة بسنة.

قال: وإذا حلفت لا خرجت إلا أن يقضى عليّ به سلطان فأراد أن يقضي به عليه سلطان فأرجو إذا أخبر الإمام غيره فيقضي عليه إلا أن يكون عليه شيء. وليس على السلطان بأس أن يفعل إذا علم أنه يجب ذلك.

ابن المواز: قيل لابن عبد الحكم: فإن جهل فأخبر هو بذلك الإمام؟ قال: ما أشبهه أن يحنث.

قال ابن القاسم في «المجموعة»: وإذا أخبر الإمام غيره فقضى عليه فيما يلزمه من جنازة أمها وما ينبغي فأرجو ألا شيء عليه [ق / ١٤٥ / ٢ أ] وأما إن قضى عليه بغير الحق فأذن لها بحكم منه فلا شيء عليه، وأما إن أخبر بذلك لرجل فمضى الرجل إلى الإمام فأخبره فحكم عليه بغير الحق فهو حانث.

قال أبو محمد: يريد: إذا لم يقصد الحالف تحليل يمينه بما لا يجب فهو بار حتى إذا قصد القضاء عليه بذلك وكان بسببه فقد حنث لأنه ليس من وجه القضاء الذي حلف عليه.

فصل

قال مالك في «العتبية» و«كتاب محمد» فيمن حلف بالطلاق لا خرجت امرأته [ق / ١١١ / ٢ب] من الدار أبداً فأثاها سيل أو هدم أو أمر لا قرار معه أو أخرجها أهل الدار وهى بكراء قد انقضى فلا شيء عليه فى خروجها هذا واليمين عليه فى الدار التى انتقلت إليها وكذلك إن رجعت إلى الدار التى انتقلت منها.

قال ابن القاسم : فإن ضرب أجلاً فحتى تبلغ إليه .

قال ابن سحنون عن أبيه: وكذلك لو أخرجها السلطان فى يمين تحلفها عند المنبر لم يحنث.

قال مالك: فى «كتاب محمد» : ولو انتقل الزوج ولم يخرج به رب الدار فلا شيء عليه إذا كان على سبيل النقلة واليمين باقية حيث انتقل ، وكذلك إذا انتقل لخوف سقوط البيت أو خرج إلى باديته وما كان مما يخشاه من أمر السماء فيغلبه فلا شيء عليه؛ لأن الأيمان فى هذا إنما يقصد بها منع خروج التصرف لما يتقى عليهن فيه من الفساد.

وقد قيل: ما فى شيء أضر عليهن من الخروج ، فلا شيء عليه فإذا كان المقصد كذلك لم يجب أن يحنث بخروج الانتقال أو أمر غالب ، والله أعلم.

وقال عنه ابن نافع فى «المجموعة» : فمن حلف بطلاق امرأته إن خرجت من باب بيتها حتى أصدر، فغاب ونزلت بموضعها فتنة فخافت المرأة وخرجت من خوفها من دبر البيت إلى أمها ولم تخرج من بابه ، قال : أراه قد حنث.

وهذا خلاف لقوله فى «العتبية» و«كتاب محمد» : إذا خافت على نفسها الهلاك والاعتصاب من أمر الفتنة ، ولا فرق بين ذلك وبين السيل والهدم وهو الإكراه على الخروج .

فصل

ومن «العتبية»: قال عيسى بن القاسم : فمن حلف على زوجته ألا يأذن لها إلى أهلها فأذن لها إليهم فلم تذهب ، فقد حنث، سارت أو لم تسر .

ابن المواز: وإن قال لها: أنت طالق إن خرجت إلى أهلك ، فخرجت فلم تبلغ

أهلها حتى أدركها فردها فقد حنث، وإن قال لها: إن حججت فأنت طالق، فخرج هو إلى سفر، فخرجت تريد الحج، فأدركها وقد أحرمت فردها فقد حنث، فإن لم تحرم حتى ردها لم يكن عليه شيء، ولو أحرمت ولم تخرج لكان حائثاً لأن الإحرام هو الحج.

قال ابن المواز: ولو قال لها: إن خرجت إلى الحج فخرجت تريد الحج فأدركها قبل أن تحرم فقد حنث بخلاف قوله: إن حججت.

باب جامع لمسائل مختلفة من الأيمان

قال ابن القاسم : ومن حلف ليقضين فلاناً حقه غداً فقضاه اليوم برّ ، ولو حلف ليأكلن هذا العظام غداً فأكله اليوم حنث إذا الطعام قد يخص به اليوم ، والغريم إنما القصد فيه القضاء .

قال أشهب في «المجموعة» : إن سهل فى أكله ، الآن فقال : دعونى الآن فأنا والله أكله غداً فلا حنث عليه إن أكله اليوم ، لأن قصده الأكل لا تعيين اليوم وإن كان على غير ذلك حنث .

فصل

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وإن حلف ألا يشتري ثوباً فاشتراه شيئاً أو صنفاً سواه فإن خصّ بنيته ذلك الصنف فله نيته فى الفتيا ، وأما فى القضاء إن قامت عليه بنية فيما يقضى به عليه من طلاق أو عتق فلا ينوى وكذلك إن حلف ألا يدخل هذه الدار ثم دخلها بعد شهر وقال : نويت شهراً فله نيته فى الفتيا ولا ينوى فى القضاء .

قال ابن المواز : وإن حلف ألا يلبس ثوباً ونوى شيئاً فله نيته ، وإن نوى إلا شيئاً فقليل : ينفعه كما يحاشى زوجته إذا قال : الحلال عليه حرام دنيوى إلا امرأتى ، وقيل : لا ينفعه حتى يحرك بها لسانه كأحرف الاستثناء ، وأما «إن» و«إلا أن» فهى أحرف الاستثناء لا خلاف فيها أنه النية لا تنفعه إلا بتحريك لسانه بها كيمن إن شاء فلان أو إلا أن يشاء فلان ، وقد تقدم هذا .

فصل

ومن «المدونة» : وإن حلف أن لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة وهو عليها فإن نزل عنها أو نزع الثوب مكانه وإلا حنث .

قال فى «المجموعة» : وإن قال لزوجته وهى فى الدار : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، فلا شيء عليه فى تماديها ، وإنما اليمين على أمر مستقبل ، وكذلك لو قال لحامل : إن حملت فأنت طالق فلا شيء عليه بذلك الحمل ولكن بأمر مستقبل .

ابن المواز : وقال أشهب: فى يمينه إن دخلت هذه الدار وهو فيها أنه إن لم يخرج مكانه حنث .

فصل

ومن «المدونة»: [ق / ١١٢ / ب٢] .

قال ابن القاسم : وإن حلف ألا يلبس هذا الثوب فقطعه قباء أو قميصاً أو سراويل أو جبة فلبس حنث إلا أن يكون كره الأول لضيقه أو لسوء عمله فحوله فلا يحنث ، وإن حلف ألا يلبس هذا الثوب وهو قميص أو قباء أو ملحفة فأتزر به أو لف به رأسه أو طرحه على منكبيه حنث ، وإن أصابه من الليل هراقة البول فجعله على فرجه ولم يعلم لم يحنث وليس هذا لبساً ولو أداره عليه فهو لبس ويحنث ، وقاله مالك .

ومن «العتبية»: عن سماع أشهب: ومن حلف فى فراش ألا يضطجع عليه ، فتعتق فالتحف به مع امرأته حنث إن كان الفراش محشواً فكره سوء حشوه فإن أداه ذلك فى الرقاد عليه ففتقه وأزال حشوه وجعله إزاراً لم يحنث فى الالتحف به .
وقال أصبغ : فيمن حلف ألا يجلس على بساط فمشى عليه : فإن أراد اجتنابه أو كره النفع به والجلوس عليه حنث إلا أن تكون له نية أو بساط [ق / ١٤٦ / أ٢] .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف لا يركب دابة فلان ، فركب دابة عبده ، حنث إلا أن تكون له نية لأن ما فى يد العبد لسيده ، ألا ترى أن العبد لو اشترى من يعتق على سيده لعتق عليه .
وقال أشهب : لا يحنث فى دابة عبده .

قال عنه ابن المواز : كما لو ركب دابة لولده مما للأب اعتصارها أنه لا يحنث .

فصل

قد تقدم قول مالك فيمن حلف بالطلاق ما له مال وقد ورث قبل يمينه مالاً لم يعلم به أنه حانث إلا أن ينوى ألا يعلمه فلا يحنث .

قال بعض القرويين: ينوى فى هذا وإن قامت على يمينه بينة لأن نيته لما ذكر ممكنة غير مستبعدة ولو كانت يمينه فى ذلك بالله لم يحنث لأنها لغو .

وقد قال ابن عباس : اللغو أن يحلف الرجل على أمر يرى أنه فيه صادق فلا يكون فيه صادقاً، فلا يكون هذا مثله وإنما يحنث فى يمينه بالطلاق إذ لا لغو فيه .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف بالله ما له مال وله دين عرض أو غيره أو له شوار أو خادم ولا نامن له حنث إلا أن تكون له نية .

قال ابن القاسم: لأن العروض أموال ألا ترى أن فى الحديث : « فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً إلا الأموال والمتاع » ^(١) الحديث .

قال : وإن استعير منه ثوباً فحلف بالطلاق ما يملك إلا ثوباً هو عليه وله ثوبان مرهونان وهى كفاف دينه لم يحنث إن كانت تلك نيته .

ابن المواز : قال مالك : ويحلف أنه أراد ما يقدر عليهما للعارية وذلك نيته .

قال فى «المدونة»: وإن لم تكن له نية حلف ، حنث كان فيهما فضل أم لا .

وقال يحيى بن عمر: إن كانت له نية لم يحنث كان فيهما فضل أم لا .

يريد : إذا حلف متبرعاً وأما إن حلف لغريمه فهو حانث إن كان فيهما فضل ولا تنفعه ها هنا نية .

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ألا يكلم فلاناً عشرة أيام فكلمه فيها حنث إن كلمه فيها مراراً قبل أن يكفر أو بعد لم يلزمه إلا كفارة واحدة .

قال فى «العتبية»: فيمن حلف بطلاق أو غيره ألا أكلم أخاك عشرة أيام، فأحب إليّ يلغى ذلك اليوم ولا يعتد به ، وقاله ابن القاسم ، وروى عنه سحنون فيمن حلف ضحى لا أكلم فلاناً يوماً قال: يكف عن كلامه إلى مثل تلك الساعة من الغد .

(١) أخرجه مالك (٩٨٠) والبخارى (٣٩٩٣) ومسلم (١١٥) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

فصل

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن حلف لرجل إن علم كذا ليعلمنه أو ليخبرنه فعلماه جميعاً لم يبر حتى يعلمه أو يخبره وإن كتب به إليه أو أرسل إليه رسولاً برّ.

قال مالك: ولو أسرّ إليه رجل سرّاً فأحلفه ليكتمنه ثم أسر السر لآخر فذكره الآخر للحالف فقال له الحالف: ما ظننت أنه أسره لغيري، حنث.

فصل

قال مالك: وإن حلف ألا يتكفل بمال أبداً فتكفل بنفس رجل حنث لأن الكفالة بالنفس كالكفالة بالمال إلا أن يشترط وجهة بلا مال فلا يحنث، ومن حلف ألا يتكفل لفلان بكفالة فتكفل لو كفل له ولم يعلم أنه وكيله فإن لم يكن الوكيل من سبب فلان وخاصيته لم يحنث.

قال ابن المواز: إذا لم يعلم أنه من وكلائه أو من سببه لم يحنث، وإن علم بذلك حنث.

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن حلف ليضربن عبده مائة سوط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يجزه واستأنف ضربه مائة ولم يجز بذلك الضرب لأنها غير مجانسة لضرب السوط المحلوف عليه بخلاف ما لو جمع سوطيه وضربه بهما خمسين يتم عليها خمسين ويبر لأن هذا يشبه ضرب السوط وجمعها كلها لا يكون كذلك، ولو أخذ سوطاً له رأسان [ق / ١١٣ / ب٢] أو جمع سوطيه فضربه بهما خمسين جلدة لم يبر ولو ضربه بسوط مائة جلدة جلداً خفيفاً لم يبر إلا بضرب مؤلم، وإن حلف ألا يضرب عبده فأمّر غيره فضربه حنث إلا أن ينوى بنفسه، وإن حلف ليضربنه فأمّر غيره فضربه بر إلا أن ينوى بنفسه، ومن حلف ألا يشتري عبداً فأمّر غيره فاشتراه له حنث، وكذلك لو حلف ألا يبيع سلعة فأمّر غيره فباعها حنث ولا يدين في شيء من هذا.

قال ابن المواز: إذا كانت له نيته في الشراء أو في البيع ألا يليه لأنه قد غبن غيره

مرة فله نيته وأما إن كره شراؤه أصلاً فقد حنث ، وقاله أشهب ولم ينوه ابن القاسم .

فصل

ومن «المدونة» : قال مالك: ومن حلف ألا يبيع لفلان شيئاً فدفعت فلان ثوباً لرجل فأعطاه الرجل للحالف فباعه ولم يعلم أنه ثوب فلان ، فإن كان الرجل من سبب فلان وناحيته مثل الصديق الملائف أو من في عياله ونحوه حنث وإلا لم يحنث ، وكذلك إن حلف ألا يبيع منه فباع ممن اشترى له ولم يعلم ، فإن كان المشتري من سبب فلان وناحيته وإلا لم يحنث ، ولو قال له عند البيع : إنى حلفت ألا أبيع فلاناً فقال له : إنما ابتاع النفس ، ثم صح بعد البيع أنه إنما ابتاع لفلان ، لزم الحالف البيع ولم ينفعه ذلك وحنث إن كان المشتري من ناحية فلان .

قال أبو إسحاق : وانظر إن قال : إنما أبيعك بشرط أنك لو اشتريت لفلان فلا بيع بيني وبينك ، فثبت أنه اشترى لفلان لا ينبغي ألا يحنث ، وإلا لا ينقذ البيع ، وانظر لو اشترى لنفسه ثم ولى المحلوف عليه بحضرة البيع في الموضع الذي يكون عهده المولى على البائع هل يحنث البائع لأن المحلوف عليه هو الذي يطلب بعده استحقاق السلعة ، أو لا يحنث لأن البائع لا يطلب يمينه عليه إلا المولى فكأنه وإن كانت العهدة عليه للمحلوف عليه فليس هو الطالب له باليمن .

وقد قيل : فيمن حلف ألا يشتري لامرأته ثياباً فاشترى لنفسه فسألتها امرأته أن يوليها إياه . قال : سمعت مالكا استثقل أن يوليها .

قال ابن القاسم : فإن فعل لم أر عليه حنثاً لأن التولية هاهنا بيع إلا أن يكون عنده بواجبة البيع وبحضرة البيع الأول فكأنه حيثئذ إنما اشتراها له .

قال أبو إسحاق : وهذا بين لأنه ها هنا هو القابض منها ثمن كما يقبضه إذا وكلته على الشراء والعهدة لهما على من اشترى هو منه فأشبه الوكالة في الأمرين .

قال ابن المواز عن مالك: إذا كان المشتري من ناحية المحلوف عليه أو رسوله وقد عرف ذلك البائع حنث ، وإن لم يعلم أنه من سببه لم يحنث في ذلك . وقاله أشهب في «المجموعة» ، وهذا وفاق «المدونة» .

وقال ابن حبيب : قوله : «من ناحية» هو وكيله أو من يدبر أمره أو أب أو أخ ممن يلي أمره فأما الصديق والجار والجلساء فلا ، وإذا كان ممن ذكرنا أنه من ناحية فلا نبالي علم به الخالف أو لم يعلم فإنه يحنث ، وإن كان خليطاً أو جاراً أو صديقاً فلا يحنث [ق / ١٤٧ / ١٢] علم به أو لم يعلم حتى يعلم أنه إنما يبتاعه له إلا الخليط المعامل القائم ببعض أموره فهو يحنث وهو كمن بسببه وقاله مالك .

ومن «العتبية» : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن حلف لا باع بمائة دينار فإنه يبر بزيادة الدينار في المائة ويضيف دينار في الخمسين إلا أن تكون نيته فيما يزداد .

قال أصبغ : ولا يبر بخمسه دينار في عشرين ولا بخمسة ونصف في ثلاثين ، وإذا جزأ الدينار هكذا لم يقع مثل هذا منه بال .

قال : قال ابن سحنون : قلت لسحنون : قال بعض الناس : إن ربع الدينار يبر به في المائة لأن القطع يجب فيه .

قال : لا يبر بذلك ويحنث إن فعل .

ومن كتاب آخر : أن محمد بن عبد الحكم يقول : يبر بأقل من ذلك والرباعي عندنا في المائة رباعي يبر به عندى كالدينار في المسألة دينار عند غيرنا .

في اليمين على قضاء الحق واقتضائه

قد تقدم القول فيمن حلف ليقتضيه فلاناً حقه إلى حين أو زمان أو دهر أن ذلك كله سنة وأن من حلف لأقضيئك حقه غداً فقضاه اليوم أنه بار .

قال مالك : ومن حلف لأقضيئ فلاناً حقه إلى أجل فقضاه إياه ثم وجد فيها صاحب الحق درهماً نحاساً أو رصاصاً أو ناقص بين النقصان أو بما لا يجوز أو استحققت من يده فقام عليه بعد الأجل فهو حانث .

قال مالك : ولو أعطاه قضاء من حقه عرضاً يساوى ما عليه أن لو بيع لبر ، ثم استثقله مالك .

قال ابن القاسم : وقوله الأول [ق / ١١٤ / ٢ ب] أعجب إلى إذا كان يساوى ذلك .

قال : وكذلك من حلف لا يفارق غريمه إلا بحقه فأخذ منه حقه ثم وجد فيه ما

ذكرنا بعد أن فارقهُ فهو حانث .

قال أشهب في «المجموعة»: إلا أن تكون نويت جهذك وقد اجتهدت فلا تحنث في الفتيا، وإن قامت عليك بينة لم يقبل منك .

قال ابن سحنون عن أبيه: ولو أعطاه ديناراً أفضل عيناً من ديناره الذي يسأله فبعد الأجل طلب منه فضل عينه فضة ، فإن كان على هذا أعطاه فقد حنث ويرد الدينار إليه ويعطيه ما عليه، وإن لم يكن بينهما رأى ولا عادة وأعطاه متطوعاً فلا شيء عليه في يمينه وإن أعطاه الدينار كله .

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن حلف ألا يفارق غريمه إلا بحقه فيفر منه أو أفلت أو غضب الحالف نفسه فربط فهو حانث إلا أن يكون قوله: لا فارقتك، كالقائل: لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه .

وإن قال لزوجته: أنت طالق إن ضاجعتك أو قبلتك، فقبلته من ورائه وهو لا يعلم ، أو ضاجعته وهو نائم لم يحنث إلا أن يكون منه في القبلة استرخاء، وإن كانت يمينه إن ضاجعتني أو قبلتيني حنث بكل حال .

قال ابن المواز: أما قوله: إن فارقتك وفي المرأة إن قبلتك أو ضاجعتك، فلا يحنث إلا بطوعه ويحلف بالله ما هذا الذي أراد إذا أكره، وإن قال: إن فارقتنى أو قبلتني أو ضاجعتني حنث ، وإن أكره إلا أن يريد بقوله: «إن فارقتنى» يريد إن فارقتك ، أو ينوى إلا أن يغلب فلا يحنث .

قال: وقوله: إن افترقنا مثل قوله: إن فارقتنى .

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن حلف لغريمه لا يفارقه حتى يستوفى حقه فأحاله على غريم له لم يبر .

قال بعض فقهاءنا: وإذا حلف ألا يفارقه وله عليه حق فأحاله بحقه ثم افترقا فلا حنث عليه لأنه قارفه ولا حق عليه للحوالة الواقعة بينهما .

قال: وهو منصوص لأهل المذهب، . وليس كمن حلف ألا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه، والظاهر أنهما سواء لأنه إذا فارق له عليه فقد استوفى حقه فانظر .

قال مالك : وإن حلف ليقضين فلاناً حقه رأس الشهر أو عند رأس الشهر أو إلى رمضان ، فإذا انسلخ شعبان أو استهل رمضان ولم يقضه حنث .

ابن المواز : وقال ابن القاسم وكذلك كلما ذكر فيه فهو يحنث بغروب الشمس من آخر شهر هو فيه كقوله : إلى الهلال أو إلى مجيئه أو إلى رؤيته ونحوه .

وإن لم يذكر «إلى» وذكر «السلام» «أو» عند أو «إذا» فله ليلة يهل الهلال ويومها كقوله : لرؤية الهلال ، لدخوله لاستهلاله أو عند استهلاله أو عند رؤيته أو إذا استهل أو إذا دخل ونحوه .

وأما إن قال : إلى انسلخ الهلال أو انسلخه أو في انسلخه ، فيحنث بالغروب ، وإذا قال : عند انسلخه أو إذا انسلخ ، فله ليلة ويوم ، وقوله : في انقضائه أو في آخره كقوله في : انسلخه ، سواء .

وقال ابن وهب : عن مالك : أن الانسلخ والاستهلال أو إلى رؤيته أو إلى رمضان ذلك كله واجب وله ليلة ويوم .

قال ابن القاسم : وإن قال : لأقضينك في رمضان ، فلا يحنث إلا بغروب الشمس من آخره .

قال أشهب : وإن قال : في نصفه ، فخاف أن ينقص فليقضه يوم أربعة عشر فإن قضاها يوم خمسة عشر أول النهار أو آخره حنث .

وقيل : لا شيء عليه ، وهو النصف المتعارف بين الناس .

ابن المواز أيضاً : وقال أشهب : لا يحنث إن قضاها يوم خمسة عشر وإن نقص الشهر .

قال ابن القاسم : وإن قال : لأقضينك غداً يوم الجمعة ، وقال : يوم الجمعة غداً ، وذلك ظنه فإذا هو يوم الخميس فإن لم يقضه غداً يوم الخميس إلى غروب الشمس ولا حنث ، وإن قال : لأقضينك غدوة أو بكرة ، فليوفه ما بينه وبين نصف النهار وإن زالت الشمس حنث وكذلك إن قال : إلى الظهر ، فإن قال : عند صلاة الظهر ، فله إلى أن يصير ظل كل شيء مثله ، وإن قال : قبل أن أصلي ، فإذا انصرف الناس من الجامع ولم يقضه حنث ، وإن لم يصل هو وإن قال : نويت حتى أصلي أنا ، لم

ينفعه ، وإن لم يكن لهم مسجد جماعة لم يحنث حتى يخرج بآخر الوقت .
ومن «المدونة» : قال مالك: وإن حلف لك غريمك ليقضيك حقه رأس الشهر فوهبت له حقه أو وضعت عنه صدقة أو صلة لم يبر .

قال ابن حبيب: إذا وهبه الحق أو تصدق به عليه قبل الأجل فإن قبله حنث مكانه ولا ينفعه أن يقضيه إياه قبل الأجل ليتحلل من يمينه لأن الحق سقط بالقبول ، وإن لم يقبله ثم قضاه برّ، ثم لا قيام له فيما رد من الهبة [ق / ١١٥ / ٢ ب] والصدقة ، وإن لم يظهر منه رد ولا قبول وقضاه عند الأجل أو قبل ذلك برّ [ق / ١٤٨ / ٢ أ] ثم له القيام في أخذها وهب له أو تصدق به عليه ويقضى له به وكذلك فسر لى أصبغ .

قال مالك في غير كتاب: وأما إن ورثه الحالف فلا يحنث إذ لا يقدر على دفع الموروث ، واستحسن في «العتية» أن يأتي الإمام في الحق فيقضيه إياه ثم يرده عليه فإن لم يفعل لم يحنث .

وقد قال ربيعة ومالك في المجموعة : أن الورثة كالقضاء .

ومن «المدونة»: قال مالك: ولو باعك بالحق سلعة تساوى الدين برّ، ثم كرهه مالك .

قال ابن القاسم: وقوله الأول أعجب إليّ، ولو حلف ليقضينك دنانيرك ولم يقل: حقه فذلك سواء ويبرّ إن دفع لك عرضاً يساوى دنانيرك إذا كانت يمينه على وجه القضاء ولم تكن على أعيان الدنانير، ولو كانت يمينه على أعيان الدنانير لم يبرّ إلا بدفعها .

يريد: وكذلك إن لم تكن له نية .

ابن المواز: وإن حلف ليقضيه حقه إلى شهر أو رهناً بحقه فدفع إليه نصف الحق ورهنا نصف الحق الباقي فلا شيء عليه .

ولو قال: لا عطيتك حقه أو رهنا دارى فقضاه نصف الحق وأرهنه نصف داره بالباقي يحنث .

محمد: جيدة .

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن مات رب الحق قبل الأجل فقضى الغريم ورثته أو وصيه أو السلطان قبل الأجل برّ .

قال مالك: ومن حلف بطلاق أو عتق ليقضيه فلانًا حقه رأس الشهر فغاب فلان فليقض وكيله أو السلطان ويخرجه ذلك من يمينه ، وإن احتجب عنه السلطان ، فلم يجده ، أو كان بقرية لا سلطان فيها ، أو خاف إن خرج إلى السلطان حل الأجل قبل بلوغه ، فإن جاء بالحق على شرطه إلى عدول فأشهدهم على ذلك بعد اجتهاده في طلبه بعلمهم فلم يجده لتغييه أو سفره ، فلا شيء عليه إن شهدوا له بذلك .

قال ابن سحنون عن أبيه: إذا لم يستطع الوصول إلى السلطان فلم يدفع إليه وأشهد عدو له على إحضار الحق فذلك يبرئه ، ولو جاءه الطالب يقتضيه فيه بعد الأجل بمطله به فلا شيء في يمينه ، وأما إن كان يصل إلى السلطان ولا يحجب عنه فتركه فلا يبرئه ذلك وإن أشهد .

ومن «المدونة»: قال مالك : وإن قضى وكيله في ضيعته ولم يوكله ربّ الحق فتقاضى دينه أجزأه .

قال في «كتاب محمد» وغيره: إذا لم يجد وكيلًا على الحق ولا سلطانًا مأمونًا ودفع إلى ثقة من أهل الطالب أو وكيل ضيعته أو إلى أجنبي برّ ، ولكنه يضمنه حتى يصل إلى ربه

قال: وإن وجد وكيله بالحق أو سلطانًا مأمونًا لم يبر بالدفع إلى غيرهما . وقاله أشهب .

وقد قال أيضًا مالك: يبرّ بالدفع إلى وكيل ضيعته .

قال ابن المواز: وقد قيل: لو دفع إلى بعض الناس بغير عذر من سلطان وأشهد بذلك لم يحنث .

قال مالك: وإن دفع إلى إمام غير عدل ممن تبلغها أو يأكلها وهو عالم بذلك ضمن ، وإن لم يعلم بذلك لم يضمن واليمين ساقطة عنه على كل حال أنه غير عدل أو لم يعلم إذا صح دفعه .

قال بعض فقهاءنا : وإنما يريد بدفعه إلى السلطان وإن كان السلطان لا يقبل دينًا

لغائب إلا أن يكون مفقوداً ، لأن ذلك حق للحالف لبراءة ذمته وبره في يمينه كما أن له ذلك في حضوره وإن لم يقبله منه .

ابن حبيب: فإن كان الحالف هو الغائب فأراد بعض أهله أن يقضى عنه من ماله أو من مال نفسه فذلك يبرئ الحالف من الحق ولا ينجيّه من الحنث إلا أن يبلغ قبل الأجل فيرضى بذلك ، وقاله ابن الماجشون وأصبغ .

قال ابن القاسم في «العتبية» : وكذلك إن كان له وكيل على الشراء والبيع والتقاضى لم يبر بقضائه عنه إلا أن يكون أمره بذلك ابن حبيب : ولو حلف لأقضين فلاناً حقه إلى أجل فجزأ الحالف عند الأجل فإن الإمام يقضى عنه ويبرّ ، فإن لم يفعل حتى مضى الأجل ، فلا حنث عليه كما لو حلف حينئذ فلم يلزمه .
قال أصبغ: هو حانث . والأول أحبّ إليّ .

قال عيسى : عن ابن القاسم في الحالف على القضاء لو كان الحق ثمن عبد فاستحق العبد أو وجد البيع حراماً أوردته بعيب : فلا تزول يمينه حتى يوفيه ما حلف عليه ثم يردّه إليه ، وكذلك لو أسلفه درهماً بدرهمين وحلف ليوفيه لم يبرّ حتى يدفع إليه الدرهمين ثم يرد إليه الزائد .

ومن «المدونة» : قال مالك: وإن حلف بعثت أو طلاق لأقضينك حقك إلى أجل إلا أن تشاء أن تأخذني فمات الطالب فإنه يجزيه تأخير ورثته إذا كانوا كباراً أو وصية إن كان ولده أصاغر ولا دين عليه [ق/ ١١٦ / ٢ ب].

ابن المواز كما لا يسقط اليمين موت المحلوف له إذا مات قبل الأجل ، ويبرّ الحالف بالدفع إلى ورثته فكذاك للورثة أن يؤخروه إذا صاروا في ذلك بمثابة ميتهم وكذلك الوحي .

ومن «المدونة» : قال مالك: وإن كان عليه دين لم يكن لعرض ولا لوارث تأخير مع الغرماء .

قال ابن القاسم : ويجزئه تأخير الغرماء إن أحاط دينهم بماله على أن يبرثوا ذمة الميت .

ابن المواز : وقال أشهب: يجزئه تأخير الوصى إذا كان الورثة صغاراً وإن كان الميت مديناً ثم إن قام عليه الغرماء قبل أجل تأخير الوصى فقضى لهم بقبض دينهم ويسقط التأخير .

ومن «المدونة» : قال: ومن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل وقد مات فلان والحالف لا يعرف فليقض ورثته ولا يحنث لأن أصل يمينه إنما وقعت على الوفاء فقام ورثة الغريم مقامه ، وإنما يحنث إن معنى الأجل ولم يقضهم فهو بخلاف من حلف ليقضين عبده إلى أجل فمات العبد قبل الأجل لأن ورثة هذا مقامه ، ألا ترى لو غاب فقضى وكيله لبر ولو ضرب عبد غيره لم يبرّ .

قال مالك: وإن حلف بعثق أو طلاق ليقضين فلاناً حقه إلى رمضان فمات الحالف إلى شعبان لم يحنث لأنه مات على برّ .
وقاله ابن أبي سلمة .

قال ابن القاسم : وديونه التي عليه بموته ، فإن لم يقض ورثته ذلك الحق إلا بعد الأجل لم يلحق الميت حنث وليس على الورثة يمين ولا حنث في يمين صاحبهم .

فيمن حلف ألا يكسو امرأته

أورجلاً أو لا يهبهما

قال مالك: ومن حلف ألا يهب فلاناً هبة فتصدق عليه حنث ، وكل هبة لغير ثواب فهي كالصدقة ، وكذلك كل ما نفعه به من عارية أو غيرها ، فإنه يحنث ، لأن أصل يمينه على المنفعة إلا أن تكون له نية في العارية .

ابن حبيب: قال ابن الماجشون : ومن حلف ألا يصل رجلاً فإنه يحنث [ق / ١٤٩ / ١٢] بالسلف والعارية وبكل منفعة نوى قطع النفع عنه . أو لم ينو ، ولو قال : نويت الصلة بالدنانير الدراهم ، لم ينفعه إلا بتحريك لسانه لأن الصلة اسم جامع فلا يجوز منه ثنيا فلا يتحول منه شيء إلا بحركة اللسان .

قال أبو محمد : والمعروف من قول أصحابنا : أن الذي لا يجزئه إلا حركة اللسان به إنما هو فيما ينوى فيه «إن» و«إلا أن» وفي «إلا» اختلاف ، وأما إن حلف ألا يصله ونوى في نفسه بالدنانير والدراهم أو بشيء يخصه به فلا شيء عليه ، وكذلك لو حلف ألا يكلمه ونوى في نفسه شهراً ، وأما إن نوى إلا شهراً ففيه اختلاف . قيل : ينفعه - يريد : في الفتيا . وقيل : لا ينفعه .

قال ابن حبيب: ومن حلف ألا يسلفه فلا يحنث إن أعاره أو وصله أو نفعه

بمنفعة غير السلف فقد يكره السلف للمطل وغيره إلا أن ينوى قطع منافعه عنه فيحنت وقاله ابن الماجشون وأصبع .

قال سحنون وابن حبيب : عن ابن الماجشون: فيمن حلف ألا ينفع فلاناً ما عاش فمات فلان فكفنه : أنه حنث ، وكان الكفن من أمور الحياة وما يخصه وهو من رأس المال ، وكذلك لو حلف ألا يدخل عليه ما عاش فدخل عليه ميتاً فقد حنث .

وقال سحنون : وأما الدخول عليه ميتاً فلا يحنث وترجع في الكفن ثم رأى أنه يحنث به .

قال ابن الماجشون : وإن حلف ألا ينفعه بمنافعه فوجده مع رجل يشائه فنهاء عنه فلا يحنث ، وإن وجده متشبهاً به فخلصه منه حنث .

قال ابن المواز : وإن أوصى له بوصية ثم رجع عنها أو صح فقد حنث .
ومن «المدونة»: قال مالك: وإن حلف ألا يكسو فلاناً فوهبه دنائير أو حلف ألا يكسو امرأته فأعطها ما اشترت به ثوباً حنث .

قال مالك: وإن حلف ألا يكسوها فأفتك لها ثيابها من الرهن حنث ثم عرضت المسألة عليه فأنكرها .

وقال محمد : وأبى أن يجيب فيها .

وقال ابن القاسم : ينوى فإن كانت نيته ألا يهب لها ثوباً ولا يتاعه لها لم يحنث ، وإن لم تكن له نية حنث .

وأصل هذا عند مالك إنما هو على وجه المنافع والمن .

قال مالك: وإن حلف ألا يهب لأجنبي أو لامرأته دنائير، فكساهما ، أو أعطى الرجل فرساً أو عرضاً حنث ، فإن نوى الدنانير دون غيرها لم ينو في الرجل ونوى في الزوجة إذ قد يكره هبتها للعين لسوء ظنها فيه ، وكذلك ينوى عندى في الرجل إذا كان يعلم من حاله وسوء نظره في العين ما يعلم من الزوجة ، ولا فرق بينهما .

قال أبو محمد: وإنما يعنى في الزوجة أنه كساها غير ثياب المهنة التى تلزمه [ق / ١١٧ / ٢ب] فأما إن كانت ثياباً تلزمه فليست بهبة فلا يحنث .

قال مالك في «المدونة»: وإن وهبه رجل شاة ثم مرّ عليه يحلف ألا يشرب من لبنها ولا يأكل من لحمها فباعها وأكل مما اشتراه بثمانها أو لو اكتسى منه حنث.

قال: ولا بأس أن يعطيه ما شاء غير تلك الشاة مما لا يكون ثمنًا لها ولا عوضًا منها إلا أن يكون نوى ألا يتففع منه بشيء أبدًا .

فيمن حلف لرجل ألا يفعل كذا إلا بإذنه

أو إن رأى أمرًا ليرفعنه إليه فيموت ذلك الرجل،

أو حلف ليضعن كذا فيضوت ما حلف عليه أو يدعى أنه قد فعله

قال ابن القاسم: ومن حلف بطلاق أو عتق ألا يدخل دار زيد أو لا يعطى فلانًا حقه إلا بإذن فلانًا، فمات فلان ، لم يجزأه إذن ورثته إذ ليس بحق يورث ، فإن دخل أو قضاه حنث .

قال ابن المواز : وإن أذن فلان فدخل فلا يدخل ثانية إلا بإذن ثان ، فإن مات فقد انقطع الإذن ، وصرت ممن حلف ألا يدخل الدار مبهمًا إلا أن يقول لك : قد أذنت لك أن تدخل كلما شئت ، فيكون ذلك ، فإن أذن له أن يدخل فلم يدخل حتى نهاه .

قال أشهب: فقد قيل : لا يدخل ، فإن دخل حنث ، لأنه دخل بغير إذنه .

ابن المواز: وإن زوجت امرأة مملوكتها لعبد امرأه فعلمت سيدته ففرقت بينهما فحلفت سيده الجارية بحريتها إلا زوجتها إياه ثانية إلا برضى سيدته فهلكت سيدته وورثها فلها أن تزوجه للعبد برضى الورثة الذين ملكوه لأن هذا حق ورثوه فهم كميتهم .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن حلف رجل للأمير طوعًا لئن رأى أمرًا كذا ليرفعنه إليه ، فعزل ذلك الأمير أو مات ، فإن كان ذلك نظرًا للمسلمين أو عدلاً فعليه أن يرفعه إلى من ولى بعده وكذلك قال مالك في الأمير فخلف قوماً ألا يخرجوا إلا بإذنه فعزل فلا يخرجوا حتى يستأذنوا من ولى بعده . يريد : إذا كان نظرًا .

قال سحنون: وإنما يلزم الرفع إليه إذا كان الذي استخلفهم عليه فيه مصلحًا للمسلمين ، وإن كان ليس فهي شيء من مصالح المسلمين إنما هو شيء لنفسه فليس

عليهم فى أيمانهم شيء ، أرأيت لو أن قاضياً كتب إلى قاضٍ فى شيء من مصالح المسلمين ثم عزل ذلك القاضى أو مات الذى كتب إليه لم يجب على القاضى الثانى أن ينقض ما كتب إليه إلا أن يكون فيه مصلحة للمسلمين فكذلك هذا .

قال أشهب فى «المجموعة» : إن كان ذلك مما يخص المعزول فى نفسه فإذا رآه بعد عزله فليعلمه به وإلا حنث وإن لم يرد ذلك حتى مات فلا شيء عليه وليس عليه رفع ذلك إلى وارثه ولا إلى وصيه ولا إلى الأمير بعده .

فصل

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ومن حلف ليضربن عبده أو زوجته أو ليركبن دابته غداً فهلكوا قبل غدٍ فلا شيء عليه لأنه كان على برٍّ بالتأجيل ، وإن حلف ليأكلن هذا الطعام غداً أو ليلبسن هذا الثوب فى غدٍ فسرق ذلك قبل غدٍ حنث إذ لم يقدر عليهما فى غدٍ إلا أن ينوى إلا أن يسرقا أو لا أجدهما .

قال ابن المواز : لا يحنث فى موت ولا سرقة لأنه ضرب أجلاً بقوله : غداً ، ولو لم يقل غداً أو لا ضرب أجلاً فإن أمكنه الفعل فلم يفعل حتى هلك الرقيق أو سرقت الثياب فهو حانث وقاله أشهب فى «المجموعة» .

قال ابن المواز : ومن حلف ليذهبن إلى قباء فيقطع منه عرق كذا فخرج من ساعته فوجد ذلك العرق قد قطع فلا حنث عليه ولو توانى قدر ما لو سار حين حلف بلغ قباء فأقطعه لزمه الحنث ، وإن وجد قد قطع قبل أن يحلف فلا حنث عليه أصلاً توانى أو لم يتوان ، وكذلك من حلف على ابنته إن وضعت عن زوجها صداقها فثبت أنها وضعت قبل يمينه فلا حنث عليه ، إلا أن يزيد : إن كنت فعلت .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : وأخبرنى ابن دينار أن رجلاً حلف ليزبحن حمامات ليتيمه وهو يظنها حية ثم قام مكانه فألفاها ميتة فلم يبق عالم بالمدينة إلا أنه رأى [ق / ١٥٠ / ٢] أنه لا يحنث لأنه لم يفرط ، وإن وجه يمينه إن أدركها حية .

قال ابن القاسم : وهو رأيي ، لأن الأيمان إنما تقع على ما يتأتى من الأفعال ، وأما ما لا يمكن فلا يلزمه الحنث لأن الخالف لم يحلف عليه ، ولو حلف على فلان لأفعلن كذا فإذا فلان قد فعله فلا حنث عليه أيضاً لأن تقدير يمينه : لا فعل فلان كذا

إن كان لم يفعله، وأما إذا عدم فعله لم يحث إذا لم يحلف الفاعل على ما قد فات، مثل أن يقول: لا باع فلان سلعته فإذا فلان باع سلعته قبل يمينه، ولو حلف هو لا بعت سلعتي فإذا بيعه قد تمّ فمثله فلا حث عليه إلا أن يكون قصيد الإقناع من تنفيذ ما باع فيحث إذا حكم عليه بالبيع لأنه كأنه قال: لأمتنعن من انعقاد البيع لك، فيحث [ق / ١١٨ / ٢ ب] .

قال بعض أصحابنا: وإنما فرق ابن القاسم بين الموت والسرقة في المسألة المتقدمة لأن الأجل إذا تمّ والدابة والعبد ميتان استحال أن يفعل فيه ما حلف عليه وفي السرقة إن أمكنه السارق من ذلك عند الأجل أمكنه هو فعل ما حلف عليه فكونهما عند السارق أمر لا يعذر به لا من أصل ابن القاسم أن الحالف ليفعلن لا يعذر ولا للإكراه والغلبة إلا أن ينوى ذلك .

قال: ومسألة الحمامات إنما لم يحثه فيها لأن الفعل فيها مستحيل وهي بخلاف مسألة الحالف : ليعين أتمه فباعها فألفت حاملاً منه .

وقد ناقضه سحنون فيها بمسألة الحمامات وذهب إلى أنه لا يحث الحالف على البيع إذا وجدها حاملاً كمسألة الحمامات، وذلك لا يلزم ابن القاسم لافتراق المسألتين ، وذلك أن الأمة فعل البيع الذي حلف عليه فيها غير مستحيل لولا منع الشرع منه، فصار منع الشرع له من البيع، كمنع آدمى منعه من ذلك فهو كالسرقة فلا يعذر بالإكراه والغلبة كما قدمنا .

ونحو هذا لأبي عمران قال: لا إخفاء السارق لها كمنع غاصب من ركوبها أو مستحق استحقتها أو ربط أو سجن حتى فات الأجل أو هذا كمن حلف : ليأخذن حقه من غريمه اليوم فمطله أو الدابة حتى انقضى اليوم أو مرض أو حلف ليدخلن دار نفسه فحصر عن دخولها .

وقد اختلف في الحالف على وطء امرأته الليلة فآلقاها طامثاً .

فقيل: لا شيء عليه، وقيل: إن وطئ برّ وأثم، وقيل: لا يبرّ وإن وطئ .

وهذه فروع يغلب فيها تارة دليل على دليل، وربما تقاومت الأدلة وتقاربت في الاشتباه وقد ذكر مسائل كثيرة من هذا اختصرتها .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن حلف بعق عبده ليضربن فلاناً ولم يضرب أجلاً منع من بيعه حتى يبرأ أو يحنث فإن مات المحلوف عليه والحالف صحيح قبل أن يضربه عتق العبد من رأس المال وإن مات والحالف مريض ثم مات الحالف من مرضه ذلك عتق العبد من ثلثه وهذا كله إذا عاش المحلوف عليه مدة لو أراد الحالف أن يضربه فيها ضربه.

ولو ضرب أجلاً فمات الحالف أو المحلوف عليه قبل الأجل لم يحنث لأنه على برّ بالتأجيل.

فصل

ومن سماع ابن القاسم: ومن حلف بطلاق امرأته أو عتق عبده ليضربن امرأته أو عبده كذا وكذا ثم يقول: قد فعلت ذلك، وأكذبه العبد والمرأة فالحالف مصدق مع يمينه.

قال مالك: ولو حلف على قضاء فلان حقه إلى أجل فقال: قد قضيته، فإن لم يقم بينة بأنه قد قضاها طلق عليه بالبينة التي على أصل الحق.

والفرق بينهما: أن ليس من شأن الناس أن يشهدوا في ضرب عبيدهم ونسائهم وشأنهم الإشهاد في قضاء الحقوق فإن تركه لم يصدق إلا ببينة ولأن رب الدين لم يصدقه فلم يقبل قوله في قضاء الدين فوجب حنثه.

قال عيسى عن ابن القاسم: وإن قال الطالب بعد الأجل: قد قضاني، فإن كان من أهل الصدق حلف مع شهادة صاحب الحق ولا شيء عليه، وإن كان من أهل التهم لم يقبل منه حتى يأتي بشاهدين أنه قضاها.

قال سحنون في «كتاب ابنه»: لا أعرف هذا كان المحلوف عليه عدلاً أو غير عدل.

وقوله: «إذا قال الطالب: قد قضاني، برئ الحالف من يمينه.

ومن «العتبية»: وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: إنما هذا إذا لم تكن على أهل يمينه بينة إلا إقراره أنه حلف وقد قضاها وأقر له رب الحق فالقول قوله بلا بينة، وكذلك قوله: حلفت بالطلاق لأضربن فلاناً وقد ضربته، أو لا أعطيته كذا وقد

كتاب الأيمان والنذور الثاني / فيمن حلف لرجل ألا يفعل كذا إلا بإذنه... ————— ٣٢٣

أعطيته ، فهو مصدق بلا بينة حين لم تكن على أصل يمينه بينة أما إذا كان على أصل يمينه بينة فيكون عليه المخرج بالبينة . وقاله أصبغ .

وقال ابن كنانة: إذا قال : رب الحق قد قضاني عند الأجل لم تقبل شهادته في ذلك .

قال: وكل من كان بينه وبين رجل مجاملة أو مخالطة فشهد عليه أنه قد كان حلف له فبر فيها أو حنث لم تقبل شهادته في ذلك له أو عليه إلا أن يشهد بها غيره ، والله أعلم .

تمّ «كتاب النذور والأيمان»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العتق الأول من «الجامع»

ما يلزم من العتق في يمين أو نذر أو موعد

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١).

وقال رسول الرسول عليه السلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» (٢).

فلزم بذلك كل من عقد على نفسه [ق / ٣١٩ / ٢ ب] شيئاً من الطاعات أن يوفى به، والعتق من ذلك كان في يمينه أو غير يمينه.

قال الله تعالى في زيد بن حارثة: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ (٣) يريد: أنعم الله عليه بالإسلام وأنعمت عليه يا محمد بالعتق، وندب في العتق بقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ (٤) فالعتق من العقود التي تجب الوفاء بها وتجري مجرى الطلاق في أكثر وجوهه، وقد ألزم الله تعالى الطلاق لموجبه على نفسه بقوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (٥) فاتفقا في الإيجاب واشتبهتا في أن ملك اليمين كملك العصمة في أكثر وجوهه ولم يختلف في الكفارة في اليمين بها.

قال سحنون: قلت لابن القاسم: فالتدبير والعتق يمين مختلف هو؟

قال: نعم.

لأن العتق يمين إذا حنث عتق عليه إلا أن يجعل حنثه بعد موت أو بعد خدمة العبد إلى أجل كذا فيكون كما قال، وإنما سأله لما رأى العتق يمين هو فيه على حنث، والتدبير يجتمعان في كونهما من الثلث بعد الموت فسأله هل يختلفان في غير ذلك؟

(١) سورة المائدة (١).

(٢) تقدم.

(٣) سورة الأحزاب (٣٧).

(٤) سورة النور (٣٣).

(٥) سورة البقرة (٢٣٠).

فقال: نعم. لأن العتق يمين إذا حنث فيه قبل الموت في الصحة عجل العتق وكان من رأس المال إلا أن يجعل حنثه بعد موت فلان أو بعد خدمة العبد إلى أجل كذا فيكون كما قال [ق / ١٥١ / ٢ أ] والتدبير أبداً لا يكون إلا من الثلث فاختلفا وإن اتفقا في ذلك الوجه .

ومن «المدونة»: قال مالك: والعتق والتدبير لازمان لمن أوجبهما على نفسه .

قال ابن القاسم : ومن قال: لله على عتق رقيقى هؤلاء ، فليف بما وعدهم وإن شاء حبسهم لا يجبر على عتقهم لأن هذه عدة جعلها الله من عمل البر فيؤمر بها ولا يجبر عليها وإنما يعتقهم عليه السلطان أن لو حلف بعتقهم فحنث أو أبى عتقهم بغير يمين ، أما إن كان نذراً أو موعداً فإنه يؤمر أن يفي به ولا يجبر عليه .

ابن المواز : وقال أشهب: إذا قال : لله على عتق رقيقى فأمر بعتقهم ، فقال: لا أفعل . قضى عليه بعتقهم ، وإن قال: أنا أفعل ، ترك ذلك ، فإن مات قبل أن يفعل لم يعتقوا في ثلث ولا غيره .

قال أبو إسحاق: ولأنه عندى أوجب على نفسه هذا الفعل كما لو أوجب هبة لمعين أنه يجبر على إنفاذها .

وكان ابن القاسم يقول: لا يكون الإيجاب إلا بأن يعتق .

وأما قوله: لله على أن أعتق ، فإنما هو كالعدة أن يفعل الإيجاب أن يقول: إنهم أحرار ، وهو يقول: لو قال: لله على أن أصوم غداً لوجب عليه صيامه وكان مأثوماً في تركه إلا أن الصوم لا يقضى به عليه .

قال مالك: وإن قال لزوجته : إن قدمت من سفرتى لأطلقنك ، فلا شيء عليه إذ ليس طلاقها طاعة لله فيؤمر بها وأما العتق فهو طاعة لله تعالى .

فيمن قال : إن بعت عبدي أو اشتريت عبد فلان فهو حر

قال مالك: ومن قال لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر ، فاشتراه أو بعضه عتق عليه جميعه ويقوم عليه نصيب شريكه إن كان ملياً .

ومن قال: كل مملوك له حر ، وله أنصاف ممالك فإنه يعتق عليه ما يملك منهم ، ويقوم عليه بقيتهم إن كان ملياً .

وإن قال: إن اشتريت فلاناً فهو حر ، فاشتراه بيعاً فاسداً ، فإنه يعتق عليه ويلزمه قيمته ويرد الثمن كمن اشترى عبداً بثوب فأعتقه ثم استحق عليه الثوب فعليه قيمة العبد.

قال ابن سحنون عن أبيه: وإن حلف بحرية عبده إن باعه فباعه بيعاً فاسداً فلا أراه حائثاً .

وقال ابن المواز : يحنث ويعتق . صواب .

قال: ولو باعه على أن المبتاع بالخيار ثلاثاً فلا يحنث حتى ينقطع الخيار ويتم البيع .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، فباعه عتق على البائع ورد الثمن .

ولو قال له رجل مع ذلك: إن اشتريتك فأنت حر ، فاشتراه فعلى البائع يعتق لأنه مرتهن بيمينه قبل الملك الثاني .

قال ابن سحنون عن أبيه عن ابن نافع عن عبد العزيز بن أبي سلمة أنه كان يقول: من قال لعبده: بعتك فأنت حر ، فباعه أنه لا شيء عليه .

وقاله عبد الملك ، قال: لأنه إنما يحنث بعد ثبات البيع فكأنه حنث فيه وهو في ملك غيره ، وهذا قول أهل العراق .

قال سحنون: وقول مالك أولى لأن ما يفعله البائع من البيع سابق لما يفعله المشتري من الشراء فهو أولى أو يعتق عليه ، وكما أجمعوا في الموصى بعتق عبده بعد خروجه من ملكه وكذلك هذا ، وبمثل هذا [ق / ١٢٠ / ٢ ب] احتج ابن شبرمة ، ولا لزوم ألا يقع عتق بعد ثبات البيع لانتقال مالك العتق وجب ذلك في الموصى بالعتق إذ لا ينعقد عتقه إلا بعد الموت إذ له الرجوع فيه حتى يموت فلا يصح عتقه بما عقد له في حياته وفي حين استقرار ملكه بإجماع فكذلك يصح بعث البائع بعد انتقال مكله بما عقده في حال صحة ملكه .

وقد اعتد بذلك ابن المواز وقال: إنما وجب عتقه وإن انتقل عليه ملكه لأن البيع

والعتق وقعا معاً فغلبنا العتق لحرمة وليقدم عتقه ولأن البائع إنما علق عتقه بصفة يوقعها وهو لفظ عقد البيع فإذا أوقعه وجب حثه كما لو قال لعبد غيره: إن اشتريتك فأنت حر، فقد علق عتقه ، وإن كان في غير ملكه يفعل بفعله فإذا فعله وجب عتقه ، وبالله التوفيق .

قال سحنون: ومال العبد ها هنا للبائع لأن العتق وجب وقد صح المال للبائع .

قال بعض أصحابنا : ولو كان المشتري قد استثنى مال العبد كان المال تبعاً للعبد لأن شراء المشتري قد انتقض من أجل العتق فلم يصح له المال الذي استثناه ، والبائع لم يبقه لنفسه فكان تبعاً للعبد ، ولأن المشتري إنما استثناه للعبد ، فإذا انتقض البيع وعتق بقی المال كما هو للعبد .

قيل : فإن كان البائع إنما باع نصفه ولم يستثن المشتري ماله فنصف مال العبد قد انتزعه البائع ببيعه إياه كما يكون انتزاعاً لجميعه إذا باع جميعه ، والنصف الثاني باق في ملك العبد ، فإذا عتق عليه النصف الذي لم يبعه فحكم تبع العبد نصف المال الذي بقي على ملكه لأنه لم يطرأ عليه انتزاعه وقاله أبو عمران .

وروي عن سحنون فيمن قال لعبد: إن انتزعت شيئاً من مالك فأنت حر ، فباعه من عبد لعبد مآذون له في التجارة أن العبد الأعلى حر والأسفل وجميع مال العبد الأعلى للسيد .

لأن الحنث إنما وقع بعد البيع ومال العبد إذا بيع للبائع إلا أن يستثنيه المشتري فقد وقع الحنث بعد أن صار المال للبائع .

قيل : فلو لحق البائع دين يرد عتقه هل ينقض بيعه؟

فالجواب : لا ينقض بيعه إذا لم يكن فيه محابات لأنه لو رد بيعه لم يكن بدّ من بيعه للغرماء فلا فائدة في نقض بيعه ولأننا إنما نقضناه لحرمة العتق ، فإذا انتقض عتقه وجب إمضاء بيعه ، ونحوه لابن المواز .

قال أصبغ عن ابن القاسم: فيمن حلف بحرية عبده ألا يبيعه فباعه وأهلك الثمن : فليرد بيع العبد ويخرج حرّاً ويتبعه المبتاع بالثمن ديناً لأنه وقعت حرية العبد وعند ربه وفاء وهو الثمن ثم هلك ما في يده فيم يجب له رد العتق .

ولو قال: إن بعت هذا الشئ فهو صدقة فباعه لم ينقض بيعه بخلاف اليمين بالعتق لأن الصدقة لا يجبر على إخراجها كانت على رجل بعينه أو على المساكين لأنها صدقة بيمين ويستحب له الصدقة بالثمن.

ابن المواز: قال ابن القاسم: وإذا قال لأمته: إن بعتك فأنت حرة، فباعها، فأولدها المبتاع، فإنها حرة على البائع ويرد الثمن على المشتري ويقاوصه فيه بقيمة الولد.

وقال أصبغ: قال ابن المواز: لا ثمن على المبتاع في الولد [ق / ١٥٢ / ١٢] لأن البائع حنث فيها حين حملت فصارت حرة بما في بطنها بل قد صارت حرة يوم استقرت النطفة في رحمها فلا طلب له في الولد، وإنما يجب على الأب قيمته بعد خروجه حياً مستهلاً فيعتق على أبيه بملكه له فأما إذا أدركه العتق قبل خروجه فلا قيمة على الأب، وكذلك من اشترى جارية فحملت منه فاعترف سيدها فأعتقها سيدها حاملاً فلا قيمة له في ولدها، ومثل أم الولد يعتقها سيدها وقد أرادها مشتريها فمات السيد قبل أن يحكم له بقيمة ولدها فلا شيء على أبيهما من قيمتهم.

فوجه قول محمد: أنه لما كان لا يتم عتقها إلا بالحكم وأنه لو رهنه دين قبل إنفاذ العتق وقبل الإيلاد لم يعتق فكان الأب لا دعوى الذي أتم عتقها ورفع تسلط الرق عليها وكانت حرة بما في بطنها يوم استقرار النطفة في بطنها وتم حنث السيد فيها فلم يكن له في ولدها قيمة كما لو استحق أمة وقد حملت من المبتاع فأعتقها فإنه لا قيمة له في ولدها.

ووجه قول ابن القاسم وأصبغ: أنه لما كان لا يعتق إلا بالحكم وإن قالها حال الأمة حتى تعتق فكأن العتق [ق / ١٢١ / ٢ب] إنما يتم فيها وفي ولدها على البائع لو كان الولد من غير المشتري يوم الحكم فإن كان الولد من المشتري فقد لزمته قيمته يوم الوضع وذلك قبل لزوم البائع العتق فيه وفي أمه بالحكم، ولو حكم على البائع بعتق الأم قبل الوضع لم يلزم المشتري في الولد قيمة باتفاق. وبالله التوفيق.

قال ابن المواز: ومن قال بعده: إن بعتك فأنت حر بعد أن أبيعك بسنة، فإن باعه رد بيعه وعتق عليه لسنة، وإن كان البيع والحرية وقعا معاً فالعتق أولاً، وأوجب حرمة. وقد بدى الرسول عليه السلام العتق على الوصايا لحرمة، وحكم في

الشريك بعث ما به أن يعتق عليه بقية وقال ابن حبيب مثله عن مطرف .

قال بعض أصحابنا : لو قال : أنت حر بعد أن أبيعك بسنة ، ينبغي ألا يلزمه العتق ، لأنه لم يغنمه بفعل ، فانظر .

قال ابن المواز : ولو كانت أمة فوطئها المشتري قبل رد بيعها فحملت فليرد البيع بكل حال ولا شيء عليه من قيمة الولد وتعتق على سيدها إلى سنة كما لو باع معتقه إلى سنة فأولدها المبتاع .

ابن المواز : وإن قال : غلامي حر إن بعته . وغلام فلان حر إن أشتريته ، فباع غلامه بغلام فلان فإنهما يعتقان عليه جميعاً وعليه قيمة العبد الذي ابتاع .

وإن قال : إن بعث عبدي ميموناً فهو حر ، حلف بحرية آخر لبيع ميموناً فباع ميموناً فليعتق عليه المبيع ويرق الآخر ، لأنه قد باع العبد الذي علم أن مرجعه إلى حرية فقد برّ حين باع ذلك ، كمن حلف لبيع فلاناً الحر فباعه ونقض بيعه فقد برّ وبلغ أقصى ما حلف عليه ، ولو بدأ فقال : كل مملوك لي حرّ إن لم أبع ميموناً ، ثم قال : ميمون حر إن بعته ، فباعه فليرد بيعه ويعتق عليه هو وسائر رقيقه لأنه هاهنا حلف أولاً على البيع النافذ .

ومن «العتبية» : قال ابن القاسم : ومن قال : عبدي حر إن بعته ، وحلف آخر : امرأته طالق لا شترتيه ، فباعه منه فإنهما يحثنان جميعاً .

البائع يحنث بالبائع والمبتاع يحنث إذ لم يتم له البيع ، إن كان الحالف ليشترينه عالمًا بيمين ربه فيكون هذا خلافاً لما تقدم في «كتاب محمد» .

وينبغي على ما أصله محمد ألا يحنث الحالف ليشترينه ، لأنه قد اشتراه الشراء الذي مرجعه إلى حرية .

وإن لم يعلم بيمين صاحبه فهنا يحنث باتفاق ، وإن حلف بحرية عبده إن باعه فباعه بيعاً فاسداً .

قال ابن سحنون عن أبيه : أنه لا يحنث ، يريد : أنه بيع غير منعقد .

قال : ولو باعه على أنه بالخيار فيه أو المبتاع فلا يحنث حتى ينقطع الخيار وقال مثله في بيع الخيار .

وأما إن باعه بيعاً فاسداً فإنه يحنث .

قال غيره: وهذا أحوط لأن الضمان فيه من المشتري ، فأما في بيع الخيار فإن الضمان فيه من البائع حتى ينقطع الخيار فيصير الضمان من المشتري ويجب الحنث ، والله أعلم .

فيمن قال : بماليكي أو رقيقى، أو عبدى أحرار

قال مالك: ومن قال: كل مملوك لي حر ، في غير يمين أو في يمين حنث بها عتق عليه عبيده ومدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده ، وكل شقص له في مملوك ويقوم عليه بقيته إن كان ملياً ويعتق عليه أولاد عبيده من إمائهم ولدوا بعد يمينه أو قبل لأن الأولاد ليس بملك لأبائهم إنما هم ملك للسيد ، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم فلا يعتقون ويكونون لهم تبعاً .

قال ابن المواز : إنما يعتق عليه ما ولد لعبده بعد اليمين في يمينه لأفعلن لا في يمينه لا فعلت ، وإلى هذا رجع ابن القاسم ، لأنه في يمينه لأفعلن على حنث حتى يبر ، فإذا فاتته البر ولزمه العتق وجب أن يعتق عليه كل ما ولد له من إماءه بعد اليمين ، لأن الأمهات مرتعنات باليمين ، لا يستطيع بيعهن ولا وطئهن ، وسواء كن حوامل يوم اليمين أو حملن بعد اليمين ، ولا خلاف في ذلك .

وأما في يمينه : لا فعلت فهو على بر فإن كن إماء حوامل يوم اليمين دخل الولد في اليمين ، وأما ما حملن بعد اليمين ، فقليل : يدخل ، وقيل : لا يدخل ، وهو صواب .

وحكى عن ابن القاسمي : في قوله : ويعتق عليه كل شقص له في مملوك ويقوم عليه بقيته : إن كان ملياً قال : معناه أن له شريكاً في كل عبد ، وأما إن كانوا عبيداً بينه وبين رجل فإنهم يقسمون ، فما صار للحالف عتق عليه ، وهذا إنما يجري على قول ابن [ق / ١٢٢ / ٢ب] المواز .

وقد ذكرنا بعد هذا أن الكتاب يدل على خلافه ، وحكى عن ابن الكاتب أنه قال : قول ابن المواز إنما يجري على قول أشهب في الأرض بين الرجلين يبيع أحدهما طائفة بعينها منها ، فإن الأرض تقسم فإن وقع المبيع في حظ البائع مضى البيع ، وإن وقع

في حظ شريكه نقض البيع ، وابن القاسم يأبى ذلك .

قال : فلعل قول ابن المواز على قول أشهب وابن القاسم يخالفه في الوجهين جميعاً .

قال في هذا الكتاب : إذا قال : عبيدي أحرار ، لا يعتق عليه عبيد عبيده .

وقال في «كتاب النذور» فيمن حلف ألا يركب دابة فلان فركب دابة عبده أنه حانث فقيل : إن ذلك منه اختلاف قول .

ومن الناس من فرق بينهما فقال : إن الأيمان يراعى فيها النيات والمن فيدرك في دابة عبد المحلوف عليه ما يدركه [ق / ١٥٣ / ٢ أ] في دابة الرجل بنفسه فلهذا ساوي بينه وبين عبده ، والله أعلم .

ومن «كتاب ابن سحنون» : قال سحنون : ومن قال : مملوكي أحرار ، ولا نية له فإنه يعتق ذكور رقيقه دون إناثهم ، ثم رجع فقال : يعتق الذكور والإناث .

وهذا وفاق «للمدونة» لأنه قال في قوله : كل مملوك لي حر يعتق عليه أمهات أولاده ولا فرق بين قوله : «كل مملوك» وبين قوله : «من مملوكي» .

ابن سحنون : ولو قال : رقيقي أحرار ، عتق عليه ذكورهم ، وإناثهم .

ولو قال : عبيدي أحرار ، لم يعتق إلا الذكور دون الإناث .

قال أبو إسحاق : ولعل اسم «العبيد» عنده جرت العادة أنه يراد به الذكور دون الإناث وإلا فلفظ «العبيد» بيع على الذكور والإناث ، وما في القرآن من ذكر العبيد والعباد يشتمل على ذكور الخلق وإناثهم ، ولو كان له إماء حوامل فإنه يعتق عليه ما أتت به من غلام لأقل من ستة أشهر من يوم قوله ، وذلك إذا لم يكن الحمل ظاهراً أو كان الزواج مرسلاً عليها ، وإن لم يكن الزوج مرسلاً عليها أو كان الحمل ظاهراً فإنه يعتق عليه ما أتت به لخمس سنين .

من قال لمملوك غيره: أنت حر من مالي، وكيف إن قال: وكذلك قيمتك، أو قال لجارية غيره: إن وطئتك أو ضربتك فأنت حرة

قال مالك : ومن قال لعبد غيره: أنت حرّ من مالي، لم يعتق عليه، وإن قال سيده: أنا أبيعه منه، وإنما يعتق عليه هذا إن قال لمن يشتريه منه، فهو حر، فهذا الذي اشتراه أو ملكه عتق عليه.

قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون فيمن قال: غلام فلان حرّ من مالي، فقال فلان: هو لك بخمسين ديناراً، أو بقيمته، لم يلزمه ذلك. ولو قال: غلام فلان حر في مالي بخمسين ديناراً، فرضى فلان، لزم القائل عتقه، وكذلك لو قال: هو حر في مالي بقيمته، فرضي بذلك صاحبه، لزمه عتقه، ورجع بالقيمة كييع فاسدات بالعتق. وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ.

قال ابن القاسم : وإذا قال : هو حر في مالي بخمسين ديناراً، فقال سيده: قد رضيت، فهو حر، ولا خيار للمبتاع، كمن اشترى عبداً بإيجاب العتق فهو حر ولا خيار له.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن قال لأمة غيره: إن وطئتك فأنت حرة، فابتاعها فوطئها، لم تعتق عليه إلا أن يكون أراد بقوله: إن اشتريتك فوطئتك، وكذلك لو قال لحرّة: إن وطئتك فأنت طالق، فتزوجها، فوطئها، فلا شيء عليه إلا أن يريد إن تزوجتك فوطئتك.

ابن المواز : وقال أشهب : وجه يمينه على الشراء أو التزويج ، وإن لم يذكره إلا على الحرام إلا أن يكون نوى وطء الحرام فلا شيء عليه إذا حلف على ذلك، وإلا لزمه ويصير مؤلّياً في الزوجة من يوم نكحها .

قال فيه وفي «المدونة» : وإن قال: إن ضربتها فهي حرة - في الأمة - أو طالق - في الحرّة - فلا شيء عليه إن اشترى أو تزوج فضربها.

قال في «كتاب محمد» : إلا أن يكون على خطبة أو سوم في الأمة أو ينوي إن اشتريتها - في الأمة - وفي الحرّة - إن تزوجتها - فيلزمه.

فقال ابن المواز: من باع عبداً فقيم عليه بعب، فحلف البائع بحريته إن كان به

عيب، فنظر فإذا هو به، فلا شيء عليه لأنه في ملك غيره.

وقيل: إلا أن يرد عليه بالعيب فيعتق.

وقاله أصبغ: وليس بصواب، لأن من أعتق عبداً قد باعه وبه عيب للمبتاع به الرد لم يعتق، وإن رده المشتري بذلك ولو أعتقه المشتري لزمه عتقه ورجع بقيمة العيب. [ق / ١٢٣ / ٢ ب].

فيمن عمّ أو خصّ في عتق ما ملك، أو تملك بعد ذلك في يمين أو غيره

والعتق كالطلاق في عمومته يعتق ما يستقبل ملكة وهو غير لازم عندنا لأنه عمّ تحريم ما أحل الله له، وهذا - والله أعلم - من الحرج الذي رفعه الله سبحانه عن أمة محمد ﷺ بقوله عز وجل: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١) أي: من ضيق.

ابن وهب: قال ربيعة: وإن ناساً يرون ذلك بمنزلة التحريم إذا أجمع تحريم النساء والأرقاء ولم يجعل الله الطلاق إلا رحمة ولا العتاق إلا أجراً فكان في هذا هلكة من أخذ به.

قال مالك: ومن قال: كل مملوك أو كل جارية أو عبد أشتريه أو أملكه في المستقبل فهو حر، في غير يمين، أو في يمين فيها فلا شيء عليه فيما يملك أو يشتري كان عنده رقيق يوم حلف أو لم يكن أعتق من عبيده حينئذ أو باع أم لا، لأنه قد عمّ الجوّاري والغلمان فلا يلزمه شيء إلا أن يعين عبداً أو يخصّ جنساً أو بلداً أو يضرب أجلاً يبلغه عمره كقوله: من الصقالبة، أو من البربر، أو من مصر أو الشام، أو إلى ثلاثين سنة، ويمكن أن يحيي إلى الأجل، فيلزمه ذلك، لأنه قد ضرب أجلاً أو سمى جنساً أو موضعاً ولم يعمّ، وهذا كمن عمّ أو خصّ في الطلاق. وقاله ابن مسعود. والناس في الأصل مختلفون على ثلاثة مذاهب:

ذهب بعضهم إلى أن الطلاق والعتاق يلزم سواء عمّ أو خصّ [لا فرق بين ذلك لأنه أوجبه على نفسه أصله إذا خصّ].

وذهب بعضهن إلى أن ذلك لا يلزمه سواء عمّ أو خصّ^(٢) واحتجوا بقول

(١) سورة الحج (٧٨).

(٢) سقط من أ.

النبي ﷺ : « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتاق إلا بعد ملك »^(١) .

وقاله أبان بن عثمان وغيره ، ومحمد تأول معنى الحديث : أن الطلاق الذي عقده على نفسه قبل النكاح لا يقع عليه إلا بعد النكاح وكذلك العتق لا يقع عليه إلا بعد الملك .

وذهب مالك - رضي الله عنه - إلى التوسط بين القولين فلم يلزمه شيء إذا عمّ لما ألزم نفسه من الحرج وألزمه إذا أخصّ إذ لا حرج فيه ، وهو مذهب عمر وابن عمر وابن مسعود وغيرهم من أصحابهم وتابعيهم وإذا قال : كل جارية أشتريها .

ابن المواز: له يلزمه لأنه قد أبقى من يملكه ولا يشتريها

[وفي «كتاب ابن سحنون»: أن ذلك لا يلزمه لأنه عموم ووطء ملك فأشبهه العموم بالتزويج]^(٢) .

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: كل مملوك أملكه حر إن تزوجت فلانة ، ولا رقيق له ، فأفاد رقيقاً ثم تزوجها فلا شيء عليه فيما أفاد بعد يمينه قبل أن يتزوجها أو بعد تزويجه .

قال مالك: ومن قال: إن دخلت هذه الدار أبداً فكل مملوك لي حر ، فدخلها ، لم يلزمه العتق إلا في ما يملك يوم حلف وإن لم يكن له يومئذ مملوك فلا شيء عليه فيما يملك قبل الحنث وبعده وكذلك اليمين بالصدقة .

قال أشهب: ولو قال: إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبداً حر ، فدخلها لم يلزمه العتق فيما عنده من عبيد ، لأنه إنما أراد ما يملك في المستقبل كما لو قال: [ق / ١٥٤ / ٢ أ] كل مملوك أملكه أبداً حر وكل امرأة أتزوجها أبداً طالق فلا شيء عليه .

وليس هذا خلاف ما تقدم من رواية ابن القاسم ، لأن ابن القاسم إنما أوقع الأبد على الدخول ، وأشهب إنما أوقعه على الملك .

ولابن القاسم رواية أخرى خلاف ما ذكر أشهب وهي عندهم خطأ .

(١) أخرجه الحاكم (٣٥٦٩) من حديث عائشة رضي الله عنها وصححه ، وكذا صححه الحافظ ابن حجر ، والألباني .

(٢) سقط من أ .

وأما من قال: كل عبد اشتريته حر أو كل امرأة أنكحها أو أتزوجها طالق، فلا شيء عليه وإن لم يقل ها هنا «أبدًا» لأن هذه الألفاظ لا تكون لما مضى لا يقول الإنسان: اشتري فيما هو مالكة بعد وهو بخلاف قوله «أملكه».

ومن «المدونة»: قال مالك: ومن قال: إن كلمت فلانًا أبدًا فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر، فكلمه، لزمه العتق في كل ما يملك من الصقالبة.

يريد: وفيما يملك منهن يوم يمينه إذا لم تكن نية كما قال في الذي حلف: إن دخلت الدار أبدًا فكل مملوك أملكه حر، فدخلها: أنه يلزمه العتق فيما ملك يوم حلف فكذلك هذا وإنما يلزمه عتق ما يملك في المستقبل أيضًا لأنه قد خص جنسًا ولم يلزمه الأول لأنه قد عم.

قال ابن القاسم: وإن اشترى بعد يمينه وقبل حثه عبدًا صقليًا ثم حث بعد الشراء فهو حر إلا أن يكون قد أراد يمينه ما يملك بعد حثه فله نيته. يريد: إذا جاء مستفتيًا ولم تكن عليه بيمينه بينة.

قال ابن المواز: وإن قال: إن كلمته فكل مملوك أملكه من الصقالبة [ق / ١٢٤ / ٢ب] أبدًا حر، لزمه في المستقبل، ولا شيء عليه فيمن كان عنده يوم حلف لقوله: «أبدًا» إلا أن يقول: نويتهم، فيلزمه في الوجهين وإن لم يقل «أبدًا» لم يلزمه في الوجهين وإن قال: أردته في المستقبل، فلا شيء عليه فيما عنده إلا أن يكون عليه بينة.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وإن قال: كل عبد اشتريته من الصقالبة حر، فأمر غيره فاشتراه له عتق عليه، لأنه إذا اشتراه بأمره، فكأنه هو الذي اشتراه. قال في النذور: ولا يدين في شيء من هذا.

وقال ابن المواز: إذا كانت له نية في الشراء ألا يلين بنفسه، لأنه قد عين فيه غير مرة فله نيته وأما إن كره شراؤه أصلًا فقد حث وقاله أشهب، ولم ينو ابن القاسم.

وأما إن أمره بشراء عبد ولم يقل له «صقليًا» ولا غيره فاشتراه له عبدًا صقليًا فإن كان عالمًا بيمينه فله رد شراؤه كما لو ابتاع له من يعتق عليه عالمًا، لأنه قد قصد إتلاف ماله وإن لم يعلم عتق على الأمر.

الجواب في ذلك وفيمن اشترى من يعتق عليه سواء، وكذلك القول في مسألة «كتاب الطلاق» فيمن حلف ألا يتزوج من نساء بلد فوكل من يزوجه، فزوجه من نساء تلك البلدة إنما قال: يلزمه النكاح والطلاق؛ لأنه لم يعلم يمينه ولو علم يمينه كان له فسخ النكاح ولم يلزمه فيه طلاق ولا صداق، فاعلمه.

ومن «العتبية»: قال ابن القاسم: وكذلك إن قبله من واهب لثواب فإنه يعتق عليه حين قبوله إياه قبل أن يثيب عليه سمي ثواباً أم لا ويلزمه ما سموا من الثواب، فإن لم يسم فعله قيمته إلا أن يرضى الواهب بدونها، لأن الهبة للثواب عند مالك بيع من البيوع فلذلك عتق عليه إذا قبله.

قال: وإن وهب له عبد صقلي لغير ثواب أو تصدق به عليه أو أوصي له به أو ورثه فإن نوى في قوله: إن اشتريته، يريد: الملك، عتق عليه، وإن نوى الاشتراء أو لم تكن له نية لم يعتق عليه وهو على الشراء حتى ينوي الملك وإنما ذلك لأنه قال في يمينه: إن اشتريته، فلو قال: أملكه، لكان على الملك حتى ينوي الشراء.

قال مالك: وإن قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة فهو حر، لزمه عتق ما يملك من يوم اليمين إلى تمام الأجل.

يريد إذا أمكن أن يحيا إلى ذلك الأجل.

ابن المواز: ولا يلزمه عتق ما كان يملك قبل ذلك، قال: وقال ابن القاسم: وإن قال إن كلمت فلاناً إلى ثلاثين سنة فكل مملوك أملكه أبداً حر فلا شيء عليه.

ابن المواز: لأن قوله: «أبداً» يدل أنه إنما أراد المستقبل وإن لم يقل «أبداً» لزمه فيما عنده دون فيما مفترق.

الأول: قوله: إن كلمت فلاناً أبداً فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر.

والثاني: قوله: إن كلمت فلاناً فكل مملوك أملكه من الصقالبة أبداً حر.

والثالث: قوله: إن كلمت فلاناً أبداً فكل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة حر.

والرابع: قوله: إن كلمت فلاناً إلى ثلاثين سنة فكل مملوك أملكه أبداً حر.

ومن «العتبية»: قال عيسى عن ابن القاسم فيمن قال: كل رأس أملكه إلى ثلاثين سنة فهو حر فورث رقيقاً والرجل بالكبير فما ورث فهو حر ولا يعتق عليه أنصاء

أصحابه لكن ما ورث فقط إلا أن تكون له نية إنما أراد الاشتراء أو الهبة أو الصدقة خاصة ولم يرد الميراث فيدين ويحلف .

وقال أشهب فيمن قال: كل مملوك أملكه في شهر رجب فهو حر، فورث نصف عبد فحنث : أنه يعتق عليه ما ورث ويقوم عليه باقيه لأنه إنما أعتق عليه بالحلف لا بالميراث .

وبه قال سحنون في «كتاب ابنه» ولا خلاف بينهما إذا قال: كل رأس أشتريه إلى ثلاثين سنة فهو حر فابتاع نصف عبد أنه يعتق عليه ويقوم عليه بقيته إن كان ملياً .

قال ابن القاسم : وإن قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة حر، فاشترى مكاتباً لم يعتق عليه، وكذلك لو أن أخاً ورث أخاه وهو مكاتب لم يعتق عليه لأنه إنما ورث مالاً .

قال سحنون: ثم رجع عن الأخ .

قال سحنون: وإذا قال: كل عبد أتباعه إلى سنة فهو حر، فاشترى فيها كتابة مكاتب، أنه إن عجز قبل مضيها حنث وعق عليه، وإن عجز بعد انقضائها لم يعتق . وقال في «العتبية»: يعتق، لأن أصل اشترائه في السنة وهذا كله خلاف لما في «المدونة» .

فيمن حلف بعق عبده أو شقص له في عبد

إن فعل كذا فباعه ثم ملكه أو بقيته بشراء أو غيره

قال مالك: [ق / ١٢٥ / ٢ب] .

ومن قال : إن كلمت فلاناً فعبدي حرّ فباعه هو أو فلس فباعه عليه الإمام ثم كلم فلاناً ثم ابتاع العبد فلا يحنث بذلك الخالف الذي كلمه وهو في غير ملكه ، ولكن إن كلمه بعد شرائه حنث وكذلك لو قبله صدقة أو وصية ثم كلمه فإنه يحنث وإن كلمه بعد أن ورث العبد لم يحنث ، لأنه لم يجر الميراث إلى نفسه ، لكن الميراث جر العبد إليه وهو لا يقدر على دفع الميراث ، وأما في الشراء والهبة والصدقة فهو جر ذلك إلى نفسه ولو شاء تركها .

ولكن إن كلمه بعد شرائه حنث وكذلك لو قبله صدقة أو وصية ثم كلمه فإنه يحنث وإن كلمه بعد أن ورث العبد لم يحنث ، لأنه لم يجر الميراث إلى نفسه ، لكن الميراث جر العبد إليه وهو لا يقدر على دفع الميراث ، وأما فى الشراء والهبة والصدقة فهو جر ذلك إلى نفسه ولو شاء تركها .

قال مالك : ولو باع العبد ثم اشتراه من تركه من يرثه ثم كلم فلاناً ، فإن كان العبد قدر ميراثه الأقل لم يعتق عليه ، وذلك كالمقاسمة وإن كان أكثر من ميراثه عتق عليه كله .

يريد : لأنه صار مشترياً لبعضه فإذا حنث فى ذلك [ق / ١١٥ / ٢ أ] البعض استتم عليه بقيته . وقاله غيره .

وهو أشهب من كبار أصحاب مالك : شراؤه بعد بيع السلطان له فى الدين كميراثه إياه لارتفاع التهمة .

ابن المواز : وقول ابن القاسم أعجب إلينا .

ووجه ذلك : أنه يتهم أن يخفى ماله ويظهر العدم لبيع العبد فى الدين ثم يرجعه بالشراء فيكون كما لو باعه هو بنفسه فوجب أن يعود عليه اليمين .

قال ابن إسحاق : وانظر على هذا لو باعه فتداولته الأملاك ثم اشتراه الخالف هل يبرأ من التهمة لأنه لم يظهر أن هناك مواطأة بينه وبين من باع منه ولو باعه من رجل فمات فاشتراه من ورثته إذا لم يعد ابتداء اشتراؤه تهمة إذا صح البيع الأول .

قال ابن المواز : ولو باعه السلطان عليه بعد الحنث ثم ابتاعه لزال عنه اليمين لأنها قضية ترد العتق .

وقاله مالك وأصابه ، إلا أشهب ، فإنه رأى أن يبيع السلطان عليه قبل الحنث وبعده سواء ، وأن ذلك مزيل ليمينه رافع للتهمة ، ثم نقض ذلك فقال فى المولى عليه البالغ : يحنث لم يعتق عبده ثم يرد ذلك بوصية فيبقى ذلك بيده حتى يرشد أنه يسترقه .

قال : ولو كان إنما فيه عقد يمين فإن يمينه تلزمه يريد : وإن اشتراه بعد أن باعه عليه وليه .

وذكر عن أبى عمران فيمن حلف ألا يشتري عبد فلان بحريته فجنى العبد على

الحالف جناية فأسلمه إليه سيده فيها أن هذا كالميراث ولا حنث عليه ، وليس ذلك كابتداء شرائه .

قيل له : فإنه يقدر على ترك الجناية فلا يأخذه .

قال : وكذلك من له ميراث أو دين يقدر على تركه .

وذكر عنه فيمن فلس وله أمة قد زوجها فباعها عليه السلطان قبل الدخول من زوجها أنه قال : اختلف قول ابن القاسم في ذلك فروى عنه أبو زيد : أن نصف الصداق للبائع بخلاف بيعه بنفسه .

قال أبو عمران : وهو ضعيف .

وروى عنه عيسى : أنه لا شيء عليه للبائع من الصداق وبيعه وبيع السلطان سواء .

وفي « العتبية » : روى عيسى عن ابن القاسم فيمن حلف بحرية رقيقه إن كلم فلاناً فحنث فرد غرماؤه عتقه وبيع عليه ثم ابتاعه بعد ذلك أو تصدق به عليه أن اليمين تعود عليه ويحنث إن كلمه ما لم يرجع إليه بميراث .

انظر لم هذا وهذه يمين حنث فيها مرة فكان ينبغي ألا تعود لأن الحنث في مثل هذا لا يتكرر والذي تقدم في « كتاب محمد » أنها لا تعود هو الصواب والحق إن شاء الله ، إلا أن يريد : أن الغرماء ردوا عتقه وباعوه من غير مرافعة إلى الحاكم حتى لا يكون الحاكم هو الذى قضى برد عتقه فيكون الأمر كما قال ، ولا يكون خلافاً لما فى « كتاب ابن المواز » .

والفرق بين بيع الغرماء وبيع الحاكم : أنه فى الغرماء يحتمل أن يكون قد أخفى ماله ليرد عتق العبد والحاكم لا ينقض عتقه إلا بعد أن ينكشف هل له مال ، فإن لم يظهر له مال حلف أنه ما يملك شيئاً وقضى برد عتقه .

وذهب ابن بكير إلى أنه إذا باعه هو بنفسه سقطت عنه اليمين ولا تعود عليه إن اشتراه بعد ذلك لأن هذا ملك ثان كالقائل لزوجته : إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثاً ، فطلقها ثلاثاً ، أو يحنث بذلك أن اليمين لا تعود عليه .

والذى قال : لا يلزم مالك ، لأنه غير مسألته .

والفرق بينهما : أنه حلف فى الزوجة بطلاق ذلك الملك فإذا طلقها فقد أذهب ذلك الطلاق الذى حلف به وانحلت عنه اليمين كما لو حنث فإذا تزوجها بعد زوج صار له فيها طلاق ثان ليس فيه يمين ، والعبد إنما خرج من ملك ربه ببيع وهو غير ما حلف به ، ولو خرج من ملك ربه فالحرية التى حلف بها لم تعد عليه فيه يمين مثل أن يحنث فى العبد فيرد عتقه السلطان وبيعه لغرمائه ثم يتباعه بعد ذلك أو يحلف بعتق عبده النصرانى ألا أفعل كذا فيعتقه ثم يذهب إلى بلد الحرب ناقضاً [ق / ١٣٦ / ٢ ب] للعهد ثم يُسبى ثانية فيشتريه الحالف فإنه لا يعود عليه فيه يمين ، لأنه كان أوقع ما حلف به فهذا يشبه طلاقه الزوجة ثلاثاً ، وأيضاً فإنه إذا باع العبد ثم اشتراه اتهم أن يكون واطئ فى بيعه ليزيل يمينه ثم يرده عليه فكأنه العبد كان باقياً فى ملكه ، ولا يتهم أحد أن يطلق زوجته ثلاثاً ثم يتزوجها بعد زوج ليتحلل من يمينه فافترقا .

ابن المواز : قال مالك : وقاله ابن القاسم فى « العتبية » فيمن حلف بحرية جاريته إن وطئها ، فباعها ثم اشتراها أن اليمين تعود عليه وهو حانث إن وطئها ، وكذلك إن صارت إليه بهبة أو صدقة أو وصية ، ولو ورثها لم تعد عليه ويطأها إن شاء ولا شيء عليه .

قال أبو زيد عن ابن القاسم فى الحالفة تعتق أمتها إن تزوجت فلائناً فباعت الأمة ثم تزوجت فلائناً ثم ردت الأمة عليها بعيب فإنها تحنث لأن الرد بالعيب نقض بيع ، كأنه يريد : ولو اشترتها بعد ذلك لم تحنث لأن الشراء ليس بنقض البيع .

قال : وإن ردت إلى المشتري قيمة العيب حنث أيضاً لأنه كأن اليوم تم بيعها .

قال : وإن رضيها المبتاع بالعيب لم تحنث . يريد : لتمام البيع الأول .

وفى « كتاب ابن المواز » : قال ابن القاسم فيمن باع عبده ثم حلف بحريته ألا يملكه أبداً فرد عليه بعيب فهو حانث ، ولو ارتضاه فدفع إليه قيمة يمينه جاز ولم يحنث ، وكذلك لو قال له : اذهب فبعه فما نقص من ثمنه فعلى ، فلا شيء عليه فى يمينه . وكذلك لو حلف بحريته ألا يتزوج فباعه ثم تزوج فوجد المشتري به عيباً فإن رضى المشتري بقيمة عيبه أو بغير ذلك حتى لا يرده فلا حنث على البائع .

ووجه هذا : إنما ينتقض البيع الأول بالرد فمتى لم يرده فما عليه .

وقال فى التى حلفت بعثى جارىتها إن تزوجت فلاناً فباعها ثم تزوجت ثم اشترتها : أنها حائثة .

وروى عن ابن القاسم : فىمن حلف بحرية أمته إن تزوج فلانة فباعها ثم تزوج فلانة ثم اشترها .

فقال ابن القاسم : قد استثقل مالك ما يشبهه ولم يعجبه أن يشتريها ، ولا بأس به عندى .

قال ابن المواز : وإنما استثقل شراءها قبل البناء فأما بعده فلا بأس به .

ولا فرق بين المرأة والرجل فى هذا ، وإنما هو اختلاف قول .

فوجه قوله فى المرأة : كأنها إنما كرهت أن يكون لها ذلك الرجل زوجاً حاكماً عليها مستديم التزويج لا عقد التزويج به ، فمتى باعت الأمة ثم تزوجته ثم اشترتها حثت فيها لأنها زوجة للمحلول عليه بعد .

ووجه قوله فى الرجل : كأنه رأى أن لفظ التزويج إنما يقتضى العقد ، فإذا عقد النكاح ثم اشترى الأمة لم يحث لانقضاء الفعل الذى حلف عليه مثل ما لو حلف ألا يكلمها فباع الأمة ثم كلمها ثم اشترى الأمة لم يحث بذلك الكلام ، وهذا أقيس والأول أحوط .

قال ابن المواز : ولو حلف بحريتها ألا يشارك فلاناً فباعها ثم شاركه فلا يشتريها وهو شريكه ويدخلها القول الآخر [ق / ١٥٦ / ١٢] .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو حلف بعثى عبده . ألا يكلم فلاناً فكاتبه ثم كلم فلاناً عتق عليه كمن حلف بعثى رقيقه فحث أنه يدخل فى ذلك المكاتب والمدير وأمهاة الأولاد ، وقد قال الرسول - عليه السلام : « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » ^(١) .

قال ابن القاسم : وإن كاتبه مع غيره كتابة واحدة ثم كلم فلاناً لم يعتق إلا برضى صاحبه لأنه لو ابتداء عتق أحدهما الساعة لم يجز إلا أن يجيز ذلك صاحبه فيجوز .

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦) ، والترمذى (١٢٦٠) ، والبيهقى فى « الكبرى » (٢١٤٢٧) ، والطحاوى فى « شرح المعانى » (٤٣٥٣) ، والطبرانى فى « مسند الشاميين » (١٣٨٦) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال الألبانى : حسن .

فصل

قال ابن المواز : فيمن حلف بعتق رقيقه إن فعل كذا : فلا ينفعه إن وهبهم لولده الذي في ولايته ولا يبيعهم من أهله أو يهبهم لهم ، ولكن يبيع من غيرهم لأمر السنة فيه .

وفى « العتبية » : قال أبو زيد عن ابن القاسم : إن تصدق به على ولده وأمهم صدقه صحيحة تجاز عنه فأرجو أن يكون خفيفاً ، وإن كان شيئاً يليه بنفسه فهو حائث إن فعل شيئاً مما حلف عليه .

قال عيسى وسحنون وابن المواز : إن تصدق بهم على كبار ولده لم يحنث إن حيزوا ، وأما على الصغار فيحنث ولي حيازتهم ، أو جعل من يحوزهم لهم .

وقال يحيى بن يحيى : عن ابن القاسم فيمن حلف بحرية أمتة إن باعها فتصدق بها على ابنة له في حجره ثم يبيعها لها في مصالحها .

قال : إن باعها حنث وعتقت عليه وغرم القيمة لابنته .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن حلف بحرية شقص له في عبد إن دخل هذه الدار فابتاع باقيه ثم حنث عتق عليه جميعه لأنه حين دخل الدار حنث في الشقص ، فإذا عتق ذلك الشقص عتق عليه ما بقى من العبد إذا كان يملكه .

قال ابن المواز : لا يعتق عليك بالدخول إلا شقصك الذي كنت تملكه يوم حلفت ، وأما الذي اتبعته فلا يعتق إلا بحكم أو تعتقه أنت ليس بأنك حائث ، ولكن من باب من أعتق نصف [ق / ١٣٧ / ٢ ب] عبده ، وكذلك لو ورثت مصابة صاحبك أو وهبه لك ثم حنث فهو كما وصفنا .

قال في « المدونة » : ولو لم يبتع باقيه حتى حنث عتق عليه شقصه ويقوم عليه شقص شريكه إن كان ملياً وعتق .

قال ابن القاسم : ولو باع شقصه من غير شريكه ثم اشترى شقص شريكه ثم دخل الدار لم يحنث وهو كعبد آخر .

قال ابن المواز : وإنما يصح جواب ابن القاسم إذا باع مصابته من غير شريكه ثم

اشترى مصابة شريكة ثم دخل الدار فهذا لا يحنث ، وأما لو اشترى نصيب صاحبه قبل بيع مصابته ثم باع مصابته من غير شريكه ، ثم دخل الدار فها هنا يعتق عليه ما بيده ويقوم عليه باقيه ، لأن الذى باع بعد ما ملك جميعه شائع لا يقدر على تمييزه ، كما كان قد فعل أولاً ، ونحوه عن ابن القاسم فى « العتبية » : قال فيها : ولو باع شقصه من شريكه بدنانير ثم اشترى شقص شريكه أو بادلته نصيبه بنصيبه ثم دخل الدار لحنث .

ابن المواز : وقاله أصبغ ، وقال ابن حبيب عن أصبغ : لا يحنث وهو كما لو باعه من غير شريكه .

وقال ابن حبيب : بل يحنث .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : وكذلك لو كانا عبيدين بينكما حلفت بحريتهما ألا تدخل الدار فبعت مصابك منهما ثم اشتريت مصابة صاحبك فهو كما وصفت لك فى العبد الواحد فى جميع ذلك غير أن العبيدين إن قاسمته حتى صار لك أحدهما لم تكن يمينك إلا فى الذى صار لك وحده .

قال ابن المواز : بل لو حنث قبل بيعك مكاتبك لم أعتق عليك إلا مصابتك إن اعتدلت قيمتها فكانا سواء وتقاسمه بعد حنثك فيعتق عليك العبد الذى صار لك ما لم تكن فيه زيادة ولا نقصان ويظهر لى أنه إن حنث قبل المقاسمة أنهما يعتقان عليه ويغرم نصف قيمتهما لشريكه إن كان ملياً لأنه قبل المقاسمة مالك لنصف كل عبد فهو كما لو أعتق نصف كل عبد ، وهذا أحوط للعتق . والله أعلم .

فيمن حلف بالعتق إن فعل أو ليضعلن هو أو غيره ،

ووطئ التى فيها عقد يمين وبيعها ونمايتها وإيلادها

قال مالك - رحمه الله : ومن حلف بعتق إن فعلت كذا أو لأفعل كذا فهو على برّ ولا يحنث إلا بالفعل ولا يمنع من بيع ولا وطاء ، وإن مات لم يلزم ورثته عتق ، فأما إن قال : إن لم أفعل أو لأفعلن كذا فهو على حنث يمنع من البيع والوطئ ولا يمنع من الخدمة ، وإن مات قبل الفعل عتق رقيقه من الثلث إذ هو حنث وقع بعد الموت ، وإنما كان من حلف إن فعلت أو لا فعلت كذا على برّ لأنه بفعله ذلك الشيء

يحنث فدلّ أنه كان قبل أن يفعله على بر ، وأما الخالف إن لم يفعل أو لأفعلن ، إنما يبر بفعل ذلك الشيء فدل أنه قبل أن يفعله على حنث ، وقد ذكرت له في « كتاب النذور » وجهاً غير هذا ، وكل صواب إن شاء الله تعالى .

ابن حبيب : وقال ابن كنانة في الخالف بعتق أمته ليفعلنّ كذا ولم يضرب أجلاً لها أحب له وطأها فيما عسى أن يحنث فيه وهو حي ، كيمنه ليضربن عبده أو لينحرنّ بعيره إذ قد يموت العبد والبعير ، والخالف حيّ فيحنث ، فأما ما لا يحنث فيه إلا بموته مثل يمينه ليسافرن أو ليأتين بلد كذا فله أن يطأها لأنها كالمذبذبة إنما تعتق بعد الموت .

قال ابن حبيب : فمن أخذ بهذا لم أعبه .

وأما أصبغ فقال : ذلك كله سواء .

وقال عيسى عن ابن القاسم : كل من حلف بالحرية ليفعلن كذا ولم يضرب أجلاً فلا يطأ ولا يبيع ولا يهب ولا يتصدق حتى يفعل وما ولد للأمة في ذلك دخل في اليمين ، وأما لو ضرب أجلاً فله أن يطأ أم الأم وأم البنت ، ولا يبيع واحدة منهما ولا يهب ولا يتصدق حتى يحل الأجل ، فإن برّ وإلا كانت الأم والبنت حرتين .

قال غيره : وإن مات هو قبل الأجل لم يحنث بعد الموت لأنه على بر بالأجل وإن لم يضرب أجلاً عتقا في الثلث لأنه كان على حنث .

قال عيسى عن ابن القاسم : وإن فلس قبل أن يفعل فإنهم يباعون كان الدين قبل يمينه أو بعد بخلاف المدبر ، لأن هذا يقدر على البرّ فيرفع العتق ولا يستطيع رفع التدبير فهو أضعف من التدبير .

قال بعض أصحابنا : ولهذا بدأ بالمدبر في الصحة أو في المرض عند ضيف الثلث على المحلوف بحريته يمين هو فيها على حنث إذا مات ولم يبرّ .

قال عيسى عن ابن القاسم : وأما الخالف إن فعلت فله البيع والوطء والتصدق فإن حنث وعنده الأم عتقت واختلف قول مالك فيما يولد لها [ق / ١٥٧ / ٢ أ] بعد اليمين فقال مرة : لا يدخل في اليمين ، وقال مرة : يدخل .

واستحسن ابن القاسم أن يدخل ولم يعب القول الأول .

ابن المواز : وقال أصبغ : لا يدخل . وإلى [ق / ١٣٨ / ٢ ب] هذا رجع ابن

القاسم ، ولا أرى روايته أنه يدخل إلا وهماً .

ابن المواز : وقال أشهب : وإن حلف بحرية عبده إن عفا عن فلان لم ينفعه أن يبيعه ثم يفعل لأن معنى يمينه لا عافيته .

فهو كالحالف لأفعلن لا كمن حلف إن فعلت .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال لأتمته : إن لم تدخل أنت الدار أو تفعل كذا فأنت حرة ، فإن أراد إكراهها على ما يجوز له من دخول داره أو غيره فله إكراهها على ذلك ويكون القول قوله ويرى في يمينه ، وإن لم يرد ذلك وإنما فوض إليها ، فإنه يمنع من الوطئ والبيع ، لأنه على حنث ، ويتلوم له الإمام بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه ، وتوقف لذلك الأمة فإن أبت الدخول أعتقها عليه السلطان ولم ينتظر موته .

وكذلك قال مالك فيمن قال لزوجته : إن لم تفعل كذا فأنت طالق ، أو قال لرجل : إن لم تفعل كذا فأنت حرة وزوجتي طالق ، فإنه يمنع من الوطئ والبيع وهو على حنث ، وهذا لا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في الزوجة وإنما يضرب له في يمينه ليفعلن هو ، فأما هذا فإن الإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه وتوقف لذلك الزوجة أو الرجل ، فإن لم يفعل ذلك عتق عليه وطلق ولا ينتظر في هذا في يمينه بالحرية موته .

قال : ولو مات الحالف في التلوم مات على حنث وعتقت عليه الأمة في الثلث وترثه الزوجة لأن الحنث وقع عليه بعد موته .

وقال أشهب : لا تعتق عليه الأمة في التلوم كموته في أجل ضربه لنفسه .

ابن المواز : وكأنه وقت وقتاً ؛ لأن السلطان إنما يضرب له ما يرى أنه أراد بيمينه من التأخير ، ولو لم يضربه له السلطان لكان حائناً إذا بلغه وانتهى إليه .

قال أبو إسحاق : وهذا الذي ذكره أشهب هو الأشبه لأننا إذا قدرنا أن الحالف أراد قدراً معلوماً صار ذلك القدر الذي أراد وجرت العادة أن الحالفين يريدونه كالأجل المضروب ، وإذا مات قبل الأجل مات على برٍّ ويطأ على هذا في أيام التلوم على مذهب من قال فيمن قال : إن لم أفعل كذا إلى أجل كذا أن له الوطئ . فأما من قال هناك : لا يطأ لعدم قدرته على البيع ، مع أنه يقول : لو مات في التلوم لم يعتق إذ

كتاب العتق الأول/ فيمن حلف بالعتق إن فعل أو ليفعلن هو أو غيره... ————— ٣٤٧

عدّ التلوم كالأجل المضروب . و فرق ابن القاسم بين ما ينطق به هو من أجل وبين ما يضرب له مما يرى أنه أراد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال لزوجته : إن لم أتزوج عليك أو أفعل كذا فأنت طالق فهو على حنث ، ويتوارثان قبل البر ، ولا يحنث بعد الموت ، بخلاف العتق إذا يوصى بالعتق ولا يوصى ميت بطلاق .

قال مالك : وكل من حلف في صحته بعتق رقيقه ليفعلن شيئاً ولم يضرب أجلاً فمات قبل أن يفعله فإنما يعتق رقيقه من الثلث .

قال ابن القاسم : لأن الحنث وقع بعد الموت ، وكل عتق كان بعد الموت فهو من الثلث لأنه لم يزل على حنث حتى مات فلما ثبت على الحنث حتى مات علمنا أنه أراد أن يعتقهم بعد موته ، وقد علمت أن عتق المريض من الثلث ، فالذى بعد الموت أخرى [ق / ١٥٨ / ٢ أ] أن يكون في الثلث .

فصل

قال ابن القاسم : وللحالف بالعتق ليضربن عبده أن يضربه فيبر وليس له أن يبيعه حتى يضربه إلا أن يحلف على ضرب لا يباح مثله فإنى أمنعه منه ويعتق عليه مكانه .

قال سحنون : يريد يحنث مكانه بقضية سلطان .

وحكى عن ابن القابسى : أنه إنما يمكن مما يجوز في الضرب إذا كان لجرم اجترمه العبد ، وأما إن حلف على ضربه لا لعلة فلا يمكن منه قلّ الضرب الذى حلف عليه أو كثر لأن ذلك من الظلم فلا يمكن منه .

وذهب أبو محمد : إلى أنه يمكن من يسير الضرب وهو ظاهر الكتاب ، والقياس قول ابن القابسى . والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال ربيعة : وإن حلف بحرية غلامه ليجلدنه مائة سوط فليوقف ولا يبيعه حتى ينظر أجلده أم لا .

قال ربيعة ومالك : فإن حلف ليجلدنه ألف سوط عجلت عتقه ولا ينظر به ذلك .

ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون : إن حلف ليضربنه مائة سوط ، فقد

أساء ويترك وإياه، وإن حلف على أكثر من مائة مما فيه التعدى والشنعة فليعجل الإمام عتقه فإن ضربه قبل ذلك لم يعتق عليه وليبيع عليه إلا أن يلحقه من ذلك أمر فظيع قد أشرف منه على الهلاك فليعتق عليه .

وقال أصبغ : أرى المائة مما يخاف عليه منه العطب ومن التعدى ، وليعجل عتقه . وبالأول قال ابن المواز .

قال ابن القاسم : وإن حلف ليضربنه مائتي سوط أو ثلاث مائة ففعل فأنهكه فلا يعتق عليه إلا أن يبلغ منه مثلة شديدة مثل ذهاب لحمه وتأكله حتى يبقى جلدًا على عظم فليعتق عليه مثل قطع جارحة .

ومن « المدونة » : قال مالك : [ق / ١٣٩ / ٢ ب] وإن حلف بحرية أمتة ليضربنها ضربًا يجوز له ، منع من البيع والوطء حتى يفعل فإن باعها نقض البيع فإن لم يضربها حتى مات عتقت فى ثلثه .

ابن دينار : ينقض البيع ويعتق عليه لأنى لا أنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق تاجر .

قال أبو إسحاق : ويصدق أنه وجب عليها عنده ضرب ، وإن أراد ضربًا كثيرًا لوجب أن يعتق عليه إذ لا يؤذى الناس بمثله ، ولو أقر أنه يريد ضربها بغير سبب أوجب ضربها لوجب أن يعتق عليه لأن ذلك معصية لا تجوز أن يمكن من فعله .

ومن « كتاب ابن المواز » : قال ابن القاسم : ولو لم يضربها حتى كاتبها ثم ضربها لبر .

وقال أشهب : لا يبر .

قال عن مالك : وتمضى على كتابتها ويوقف ما تؤدى فإن عتقت بالأداء تم فيها الحنث وصارت حرة وأخذت كلما أردت فإن عجزت وقت وضربها إن شاء .

وقال أصبغ عن ابن القاسم مثله فى « العتبية » .

تعقب ابن الكاتب هذه المسألة ، وأنا أذكر عمد احتجاجه ، قال : قولهم : إن رد أو عتق رد السيد ما أخذ من كاتبه .

وقال هو : قد كان عبده وإنما عتق الآن والكتابة خراج فكيف يرد السيد إلى

عبدته ما أخذ من خراجته لأنه لو لم يفعل حتى مات عتق في ثلثه فدل أنه قبل ذلك عتق .

وقد قال ابن القاسم فيمن استغل عبده ثم استحق بحرية أن ليس عليه رد ما استغله ولا ما كاتبه عليه فكيف بهذا .

وطول في احتجاجه فذكر هذا الكلام عن أبي عمران .

ففرق بين هذه المسألة وبين ما ألزم ابن القاسم وقال : العرف أن المكاتب مشروط له ألا يتنزع ماله وعلى ذلك دخل ، فكيف وقد أحرزه ، وليس كذلك من حلف بحريته [ق / ١٥٩ / ٢ أ] ليفعلن لأن هذا لم يحرز ماله والذي استحق بحرية فإنه لا يرجع بما استغل منه ، وأما ما استفاد أو وهب له فإنه يرجع به والمكاتب لا يكون للسيد منه إلا قدر الكتابة فافترقا .

وقول أبي عمران : إن ضرب وقد قاله ابن القاسم وأشهب وسحنون .

قال سحنون في « المجموعة » : وإن مات السيد ولم تؤد الكتابة وثلثه يحملها عتقت فيه وسقط عنها باقى الكتابة وكان ما وقف ردًا عليها ، وإن كان عليه دين محيط مضت على الكتابة وكان للغرماء النجوم ، فإن ردت ثم عتقها وإن عجزت كانت وما أخذ منها في دين سيدها .

قال ابن حبيب : عن ابن الماجشون : ومن حلف بحرية أمته ليضربنها مائة سوط فلم يضربها حتى حملت منه فليس له ضربها وهى حامل وليمنعه السلطان من ذلك ويعتقها عليه ، فإن ضربها قبل أن تضع برّ في يمينه وأثم عند ربه .

ومن « كتاب ابن المواز » : وإن حلف ليضربنها فباعها قبل الضرب نسي يمينه أو لم ينس فلم يرد البيع حتى ضربها .

قال أشهب : وقد برّ ، وإن نقصها ضربة غرم النقصان ، قال : وإن حملت من المبتاع لم يبر بضربها فيلزمه الخنث وهى حرة لفوتها بالحمل إن كانت على يمينه بينة ، أو صدقه المشتري ثم يرجع المشتري بجميع الثمن ولا يحاسب بقيمة الولد . وقاله مالك .

قال أشهب : وإن لم يصدق المشتري ولا قامت بينة فهى له أم ولد ، وينتظر البائع بالثمن لتصديق المبتاع فإن أيس من ذلك جعل ثمنها في رقبة يعتقها ، وكذلك

ذكر ابن سحنون عن أبيه .

ابن المواز : وقال ابن القاسم : حملها فوت وهي أم ولد للمبتاع صدقته في يمينه أو أقامت به بيعة ولا تعتق وهي كالمدبرة تباع فتفوت بالحمل ، وهذا إن لم يوقف لفعله أجلاً وإن لم تحمل فلا يبر بضربها عند المبتاع حتى ترد فيضربها في ملكه بخلاف قضاء الدين .

يريد : إذا حلف بحريتها ليقضين فلاناً دينه فباعها قبل القضاء فإنه يبرّ بقضاء الدين وهي عند المبتاع وكذلك لو ضرب أجلاً فقضاء قبل الأجل وهي عند المبتاع لبرّ ، قاله ابن الماجشون .

قال ابن حبيب : عن أصبغ : فإن ضرب لضربها أجلاً فباعها قبل الأجل فأولدها المشتري فهو حرة عاجلاً على البائع كمن باع معتقة إلى أجل فأحيها المشتري فهي حرة على البائع بغير قيمة ولدها ، فإن لم يضرب أجلاً فقال أشهب : يعتق ، كالمسألة الأولى .

وقال غيره : وبه أقول ، أنها كالمدبرة تحمل من مشتريها فتمضى أم ولد .

واختصار اختلافهم في هذه المسألة هو : إذا حلف بحرية أمته ليضربنها فباعها قبل الضرب ، ففيل : يبرّ بما ينقض البيع ويضربها ، وقيل : ينقض البيع ويعتق عليه وإن لم ينقض البيع حتى يضربها عند المبتاع ، ففيل : يبرّ به ، وقيل : لا يبر به ، وإن كان إنما كاتبها هو قبل الضرب ، ففيل : يبر بضربها في الكتابة ، وقيل : لا يبر حتى يضربها بعد العجز وإن أدت عتقت ورجعت فيما أدت ، فإن كان إنما أحملها ، ففيل : يبر بضربها [ق / ١٤٠ / ٢ ب] وهي حامل ويجزئ على قول أشهب . ألا يبر كضربها في الكتابة وليعجل عليه عتقها ، وإن كان إنما أحبلها المبتاع فلا يبر بضربها وتعتق إن صدقه المبتاع في يمينه أو قامت به بيعة وودى إلى هذا ثمنه .

وقيل : بل ذلك تفويت وتكون لهذا أم ولد كالمدبرة تباع فتلد .

في العتق إلى أجل واليمين به ، وفي المديان يبتل عتق عبده

قال مالك - رحمه الله : ومن أعتق إلى أجل آت لا بد منه فله أن ينتفع بمن أعتق بالخدمة إلى ذلك الأجل ويمنع من البيع والوطء .

يريد : لأنه وطئ إلى أجل معلوم فأشبهه نكاح المتعة وهو بخلاف من حلف بالحرية ليفعلن وإن لم يفعل إلى أجل كذا فهذا على البرّ له أن يطاء لأنه يستطيع على رفع اليمين جملة بفعل ما حلف عليه فخرج من نكاح المتعة .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال لرجل : إن لم أقضك حقتك إلى سنة أو إن لم يقضك فلان حقتك إلى سنة فامرأته طالق ، فإنه يطاء امرأته في السنة فإن قضاه هو أو من حلف عليه فيها برّ ، وإن مضت السنة ولم يقضه حنث ، وإن طلق امرأته واحدة فأنقضت عدها قبل السنة أو صالحها فمضت السنة وليست له بامرأة ثم تزوجها بعد ذلك فلا شيء عليه .

قال ابن القاسم : والعتق عندي مثله ، ولو حلف بعتق جاريته إن لم يفعل فلان كذا إلى أجل سماه لم يحل بينه وبين وطئها في الأجل ويمنع من بيعها لأنها مرتهنة بيمين ، ولو باعها رددت البيع ولا أقبل رضاها بالبيع .

يريد : ولو لم يرد البيع حتى مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه لم يرد البيع لأن يمضى الأجل حنث وليست في ملكه فارتفعت عنه اليمين فيها فلا يرد إذ لا يرد إلى أمر يتربق فيه حنثه أو بره .

قال ابن القاسم : وروى عن مالك : أنه يمنع من وطئها كمنعه من بيعها . وقد قال ابن عمر : « لا يجوز للرجل أن يطاء جاريته ، إلا جارية إن شاء باعها وإن شاء وهبها أو صنع بها ما شاء » (١) .

قال ابن القاسم : فإن كان الفعل في الأجل برّ ، وكذلك لو مات في الأجل لم يعتق بموته لأنه مات على برّ ، ولو لم يميت وحل الأجل ولم يفعل حنث وعتقت عليه الأمة بمنزلة ما لو حلف على فعل نفسه إلا أن يكون عليه دين فيقضاه له بحكم المديان يعتق .

وقد قال مالك : الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أنه لا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة وإن كان الدين الذي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه ، ولا يطاء أمة رد وأعتق فيها لأن الغرماء إن أجازوا عتقه أو أيسر قبل أن

(١) أخرجه مالك (١٢٧٦) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٠٦١٢) .

يحدث فيها بيعاً عتقت ، وأما بيعه وشراؤه ورهنه فجائز .

قال مالك : وإن بطل عتق عبده فى صحته وعليه دين يغترقهم ولا مال لسواهم لم يجز عتقهم ، فإن كان الدين لا يغترقهم بيع من جميعهم مقدار الدين بالخصص وعتق ما بقى وما بيع فى الدين منهم فهو رقيق ، وإنما القرعة عند مالك فى عتق الوصايا والتبتل فى المرض .

ويعد هذا باب فيه إيعاب عتق المديان .

فيمن حلف بطلاق إحدى امرأتيه أو عتق أحد عبديه ، أو قال لعبدين له ، أو لعبد أو لمن فيه بقية رق : أحكمهما حرّاً

قال مالك : ومن حلف بطلاق إحدى امرأتيه فحنث فإن نوى واحدة طلقت التى نوى خاصة [ق / ١٦٠ / ٢ أ] وهو مصدق وإن لم تكن له نية ، أو نوى واحدة فأنسيها طلقنا جميعاً .

قال ابن القاسم : وإن جحد فشهد عليه كان كمن لا نية له .

قال ابن القاسم : وإن قال : رأس من رقيقى حر ، ولم ينو واحداً بعينه فهو يخير فى عتق من شاء منهم ، وهو كقوله : رأس منهم صدقة أو فى السبيل ، فهو يخير بمن شاء منهم وكذلك قوله لعبدية : أحكمهما حر ، بخلاف الطلاق .

ابن المواز : هذا قول المصرين وروايتهم عن مالك .

وقال المدنيون ورواه بعضهم عن مالك : أن الطلاق والعتق سواء ، ويختار فى الطلاق كما يختار فى العتق .

قال ابن المواز : والأول أحب إلينا لأن العتق يتبعض ويجمع فى أحدهم بالسهم .

قيل لابن المواز : فإن شهد عليه أنه قال : أحد عبدى حر فأنكر الشهادة وأبى أن يعتق ؟

قال : يقضى عليه السلطان وينفذ الحكم عليه [ق / ١٤١ / ٢ ب] فإن أبى عتق عليه أذناهما ولم يعتق عليه الجميع ، وكذلك ورثته بعد موته .

قال ابن المواز : ولو كان فى شهادتهما أنه أقر أنه أراد أحدهما ونسيه حكم عليه بعقوبتهما جميعاً أو على ورثته بعد موته إذا كان قوله ذلك فى صحته .

وفى « كتاب ابن حبيب » : عن أصبغ عن ابن القاسم : إذا قامت عليه بينة أنه قال : أحد عبدى حر ، وهو ينكر أنه يقضى عليه بعقهما جميعاً كما لو شهد عليه أنه قال : إحدى امرأتى طالق ، وهو ينكر .

قال أصبغ : ولسنا نقول بهذا فهو مخير فى عتق من شاء منهما بخلاف الطلاق أقر أو أنكر .

يريد أصبغ : أنه مخير يخيره الحكم فإن أبى أن يعتق عتق عليه أدناهما كما قال محمد ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : عن أشهب وأصبغ : ومن قال : امرأتى فلانة أو فلانة طالق إن فعلت كذا فحنث فإنهما يطلقان عليه ، ولو قال : إن فعلت كذا فعبدى فلان أو فلان حر فحنث فليخير أحدهما يعتقه لأنه يعتق بعض عبده ولا يطلق بعض امرأته .

قال ابن المواز : وليس قوله فى المراتين : هذه طالق أو هذه كقوله : إحداهما طالق ، وله أن يختار فى إحداهما فيطلقها فى قول هذه طالق أو هذه لأنه أفصح بالاختيار .

وأما قوله : إحداهما طالق ، فيطلقان جميعاً وليس له . أن يطلق من شاء منهما إلا أن يكون نوى واحدة بعينها ولو قال : غلامى حر أو امرأتى طالق ، فهو مخير إما أن يطلق أو يعتق ، فإن مرض فهو على خياره فإن أعتق فمن الثلث وإن طلق فهي ترثه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال لعبدين له : أحكما حر ، فإن نوى أحدهما عتق من نوى وصدق فى نيته بلا يمين ، وإن لم تكن له نية أعتق أيهما شاء .

قال ابن سحنون وأشهب وسحنون : إذا قال : نويت هذا ، صدق مع يمينه .

قال أشهب : فإن نكل عتقا عليه جميعاً هذا بإقراره له ، وهذا بنكوله .

قالا : وإن قال : لم أنو شيئاً ، حلف على ذلك واختار أيهما شاء .

وإن قال : نويت واحداً ونسيته عتقا عليه جميعاً .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو قال فى صحته : أحكما حر ، ثم قال

فى مرضه : نويت هذا ، صدق وعق من جميع المال إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل فى الثلث .

قال بعض فقهاءنا : وتكون هذه الزيادة مبداه على الوصايا وعلى العتق والزكاة التى فرط فيها ، ويحتمل أن تكون مبداه على المدبر فى الصحة ، وإنما جعلت الفضلة فى الثلث للثمة .

وغيره يراه من رأس المال ، ويحتمل أن يبدأ المدبر فى الصحة صح عليها إن كان التدبير عقده قبل أن يقول : أحد عبدى حرّ ، والله أعلم .

وقال غيره : بل جميعه خارج من جميع المال .

ابن المواز : وقاله أشهب وأصبغ .

قال : فإن لم يختر حتى مات فقال ابن القاسم وأشهب وأصبغ : فإن لورثته من الخيار ما كان له من الخيار .

وروى عيسى عن ابن القاسم : أنه إن مات ولم يختر أقرع بينهم فإن كانوا ثلاثة عتق ثلث قيمتهم .

وروى عنه أيضاً : أنه يعتق أثلاثهم بعد موته ويشرع العتق فى جميعهم .

وروى عنه سحنون مثل رواية ابن المواز .

قال سحنون : وبلغنى عن مالك أنه قال : إذا كانوا ثلاثة عتق ثلثهم بالسهم ، وإن كانوا أربعة فربعمهم .

قال : وأنا أقول بقول ابن القاسم أن للورثة أن يختاروا إن اجتمعوا ، وإن اختلفوا أخذت بقول مالك .

وقال ابن المواز عن ابن القاسم : إن اختلفوا أعتقت الأدنى .

قال ابن سحنون : ولو قال فى مرضه : أحدهما حر ، ثم مات عتق نصف قيمتهما بالسهم إذا حملة الثلث ، فإن كان قيمتهما سواء عتق من أخرجه السهم ورق الآخر وإن كان قيمة أحدهما أكثر فإن أخرج السهم الكثير القيمة عتق منه مبلغ نصف قيمتهما ورق ما بقى مع الآخر ، وإن أخرج الأقل عتق كله وعتق من الآخر تمام نصف قيمتهما . وهذا قول مالك وأصحابه إلا المغيرة .

قال سحنون : وكذلك الحكم إذا قال فى مرضه : يزيد حر وله عبدان أسهمهما يزيد .
يريد : ثم مات .

فقال المغيرة : يعتق نصف كل واحد منهما إن حمل ذلك الثلث وإلا فبقدر ما حمل منهما .

سحنون : وضارع المغيرة فى هذا قول العراقيين وزال عن قولنا .

قال ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : إذا قال عند موته لعبديه : أحكما حر ، فليعتق قيمتهما بالسهم وإن قال : يزيد أو سالم حر ، فليعتق جميع أحدهما بالسهم إن خرج له كان أكثر من نصف قيمتهما أو أقل لأن ما سمي هاهنا معرفة وفى الأول نكره ، وكذلك من قال : أسهموا بين عبدى [ق / ١٤٢ / ٢ ب] فمن خرج له السهم فأعتقه .

وتحصيل الاختلاف فى هذه المسائل المتقدمة : إذا قال فى صحته لعبديه : أحكما حر ، عتق من نوى وصدق فيه بغير يمين .

وقيل : بل يمين ، وإن لم يختَر حتى مرض فقال : نويت هذا ، صدق وعتق جميعه من رأس المال إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل فى الثلث ، وقيل : بل جميعه خارج من رأس المال . وإن لم يختَر حتى مات ، فقيل : لورثته من الخيار ما كان له . وقيل : يقرع بينهما ويعتق نصف قيمتهما بالسهم ، وقيل : يعتق نصف كل واحد ، وقيل : لورثته الخيار إن اجتمعوا ، وإن اختلفوا عتق نصف قيمتهما بالسهم ، وقيل : إن اختلفوا عتق أدناهما ، وإن قال فى مرضه : أحدهما حر ، ثم مات عتق نصف قيمتهما بالسهم إن حمّله الثلث . وقيل : نصف كل واحد إن حمّله الثلث وإن قال فى مرضه : يزيد أو مبارك حر ، ثم مات ، فقيل : يعتق جميع أحدهما بالسهم إن حمّله الثلث أو ما حمّله منه .

فصل

قال ابن المواز : ومن قال لعبديه فى صحته : أحكما حر ، فلم يختَر حتى مات أحدهما فالباقي حرّ [وكذلك لو مات السيد قبل أن يختار فلم يختَر الورثة حتى مات أحدهما فالباقي حرّ ، وكذلك لو مات السيد قبل ^(١) مكانه من رأس المال .

قال : وإذا مات أحدهما ثم قتل الآخر عمداً فإنه يقتل قاتله حرّاً كان أو عبداً ،

(١) سقط من أ .

وإن قتله خطأ فدية الخطأ على عاقلة الحرّ ، وكذلك لو قتل أحدهما فلاناً فى حكم الحر مكانه ولم يختر حتى خير [ق / ١٦١ / ١٢] أحدهما فله الاختيار ، فإن اختار الجانى فليس له ذلك إلا أن يحمل عند الجناية ، وإن اختار الآخر فله فداء الجانى أو إسلامه ، فإن مات الجانى قبل الخيار فالثانى حرّ بغير عتق مؤتلف ويورث الآخرين مكانه ، وكذلك لو مات الذى لم يجن أعتق الجانى مكانه وأتبع بالجناية لأنه نفذ فيه عتقاً كان معقوداً قبل الجناية كالمدير يجنى ثم مات السيد والثالث يحمله .

وقال سحنون « فى كتاب ابنه » : إذا قال لعبديه : أحكما حرّ ، فلم يختر حتى مات أحدهما أو استحق بحرية فالثانى حرّ لا سبيل عليه .

وقال فى موضع آخر فى « كتاب ابنه » : فإن مات أحدهما ومريض السيد وعليه فى الصحة بذلك بينة فإنه يُسأل .

فإن قال : أردت الميت حلف ولا عتق للحى ، وإن قال : أردت الحى عتق من رأس ماله بعد يمينه ، وإن قال : ما أردت واحداً بعينه عتق الحى فى رأس المال .

وفيه تنازع وهذا أصح ، ولو أقر بهذا فى مرضه أنه كان قال فى صحته لا بينة فيه فلا يعتق الحى فى ثلث ولا غيره ، ولو قاله فى الصحة فلم يختر حتى قتلا جميعاً فعلى القاتل قيمة عبد ودية حرّ ، ولو قتل واحد كان الباقى حرّاً .

ولو قطعت يد أحدهما ومات الآخر فعلى القاطع دية يد الحرّ لأنه لما مات صاحبه صار هذا حرّاً ولا يقطع يد الجانى وإن تعمد القطع .

قال ابن سحنون : ثم رأيت بعد ذلك نحا إلى أنهما قبل الاختيار لهما حكم العبيد .

وقال محمد بن عبد الحكم وأشهب فيمن قال : أحد عبدى حرّ ، واستحق أحدهما أنه حر الأصل فلا شيء عليه .

فصل

ومن « كتاب ابن المواز » وابن سحنون وابن حبيب : ومن له ثلاثة أعبد مبارك وميمون وزيد فقال فى صحته لمبارك وميمون : أحكما حرّ ، ثم قال لميمون وزيد : أحكما حرّ ، فإنه يخير ، فإن اختار عتق الذى وقع له القول مرتين وهو ميمون عتق

والباقيان ، وإن أرقه عتق الباقيان ، وكذلك إن مات هذا العبد قبل أن يختار لعتق الأول والثالث لأنه كان قريباً لكل واحد منهما فامتنع الخيار لموته ، وأما إن اختار عتق مبارك وزيد فلا بد من اختيار عتق أحد الباقيين .

قال سحنون : ولو مات السيد قبل أن يختار فقال ابن القاسم : فالخيار لورثته لأنه من عتق الصحة ، والعتق لا قرعة فيه .

وقال غيره : يقرع بينهما ، فعلى هذا يقرع بين ثلاثة ، فإن خرج ميمون عتق ، ورق الباقيان ، وإن خرج أحد هذين أقرع بين الآخر وبين ميمون ومن خرج عتق ، والعتق في ذلك من رأس المال .

فصل

قال ابن سحنون عن أبيه : في الصحيح يقول لمكاتبه وعبده : أحكم حرّاً أنه يُسأل فإن قال : أردت عتقه ، عتق بعد يمينه في قولي ، وغيرى لا يحلفه .

وإن قال : لم أرد واحداً بعينه ، أعتق من شاء منهما وحلف ، وإن غفل عن هذا حتى مرض فإن قال : أردته ، عتق من رأس المال ، وإن لم يعين خير فمن اختار عتق من رأس ماله ، فإن لم يكن هذا حتى مات خير ورثته ، ولو لم يُسأل السيد حتى ودى المكاتب يُسأل فإن قال : أردت المكاتب ، رد عليه ما أخذ منه من يوم [ق/ ١٤٣ / ٢ ب] أعتقه ، وإن قال : لم أعين أعتق القن كما قلنا في القائل ذلك لعبديه يستحق أحدهما بحرية أو يموت فالباقي عتيق ، وعلى ما رواه ابن عبد الحكم عن أشهب : لا شيء عليه في الباقي .

قال سحنون : لو مات السيد قبل أن يُسأل وقد ودى المكاتب عتق القن كما لو مات المكاتب أو استحق بحرية .

فصل

قال سحنون : ولو قال في صحته للمدبر وعبد : أحكما حرّاً يستل فإن قال : أردت هذا ، حلف وصدق ، وإن قال : أردت واحداً بعينه ، فليختر من شاء منهما ويعتقه ، فإن مات قبل أن يُسأل نظر ، فإن حمل الثلث المدبر عتق وعتق الآخر من رأس المال كمن قال ذلك لعبدين فاستحق أحدهما بحرية ، وإنما يعتق المدبر في ثلث ما ترك سوى القن ، ولا حجة للمدبر إذا حملة الثلث ، فإن لم يحمله عتق منه ما

حمل وخير الورثة بين أن يعتقوا ما بقى من المدبر أو عتق جميع القن كما كان لمولاهم ، فإن اختاروا باقى المدبر رق القن ، وإن اختاروا القن عتق وعلم أنه الذى كان له العتق فى الصحة .

قال ابن المواز وغيره : وإن قال ذلك لهما عند موته أو فى وصية فليسهم على نصف قيمتهما فإن خرج المدبر عتق ، فإن بقى من نصف قيمتهما شيء جعل فى الآخر إن حملة الثلث ، وإن خرج القن بدأ بالمدبر ثم عتق القن إن حملة الثلث إلا أن تكون قيمته أكثر من نصف قيمتهما فى بقية الثلث ، وإن كان المدبر قدر الثلث عتق كله ويطلب الوصية . ولأشهب فيها قول أعابه محمد تركته .

فصل

قال سحنون : ولو قال فى صحته لأم ولده ولأخته : إحداكما حرة ، أنه يحلف ويخير كما قال فى المدبر والمكاتب ما لم يمت السيد ، فإن مات عتقت أم الولد وعتقت الأمة من رأس المال كالقائل ذلك لعبدین يستحق أحدهما بحرية ، ولو قال ذلك فى مرضه ثم مات عتقت أم الولد من رأس المال وعتقت الأمة من الثلث أو ما حمل الثلث منها .

ولو قال : أقرعوا بينهما فمن خرج فأعتقوه ، فليقرع بينهما فإن خرجت أم الولد رقت الأمة ، وإن خرجت الأمة عتقت فى الثلث ، وأم الولد حرة من رأس المال ، وإذا قال ذلك لعبدین وأحدهما موصى بعته فيهما كالمدبر والقن ، وكذلك إن كان أحدهما موصى به لرجل والآخر رق ما لم يمت السيد فى هذا ، فإن مات فلورثته من الخيار ما كان له ، فإن أعتق الموصى به فهو من رأس المال وتبطل فيه الوصية ، وإن أعتقوا الآخر عتق أيضاً من رأس المال وتبقى الوصية فى الموصى به .

ولو قال هذا فى مرضه ثم مات ، نظر إلى نصف قيمتهما وأسهم بينهما فيعتق من خرج فى نصف قيمتهما إن حملة الثلث ، ولو اجتمعت أم ولده ومكاتبه ومدبرة ومعتقته إلى أجل وأمة فقال فى صحته : إحداكن حرة فإنه يخير فى عتق واحدة منهن ويحلف ، فإن مات لعتقت أم الولد فى رأس المال والمدبرة فى الثلث وأدت المكاتب وحل أجل المعتقة فليعتق الأمة من رأس المال والمدبرة فى الثلث كما لو متن أو استحققن بحرية ، وفيما ذكرنا كفاية ، وكله من « النواذر » وفيها إيعابه وتماه ، وبالله التوفيق .

في يمين العبد أو من يولى عليه بالعتق وغيره

قال الله تعالى : ﴿ عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ (١) .

قال مالك : فلا يجوز للعبد عتق ما ملك إلا بإذن سيده فإن أعتق أو حلف بعتق فحنث فيه فلم يرد ذلك السيد حتى عتق فذلك عتق نافذ ، ولو رده السيد قبل أن يعتقه وبعد حنثه لبطل ولم يلزمه إن عتق يوماً ما .

ابن المواز : وكذلك المكاتب يرد السيد عتقه أو السفیه [ق / ١٦٢ / ١٢] يرد وليه عتقه ثم يرشد أنه يبقى رقيقاً بيده بخلاف ما يرد من عتق المديان ثم يفيد مالاً قبل بيع العبد أو بقرب بيعه ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

قال أشهب : وكذلك الزوجة تعتق فتزيد على الثلث فيرده الزوج ثم تزول العصمة والعبد بيدها أنها تسترقه .

وقال ابن القاسم : يعتق عليها بغير قضاء بخلاف السفیه والعبد .

والفرق عنده بين عتق المولى عليه والعبد وبين عتق المديان والزوجة : أن المولى عليه ممنوع من إتلاف ماله وممنوع من التصرف في شيء منه إلا بإذن وليه فكان وليه هو المالك فردده لمعتقه بإبطال له وكذلك [ق / ١٤٤ / ٢ ب] العبد كالمولى عليه فكأنما ماله لسيدته فإذا أعتق فكأنما زعتق مال سيده فرد السيد بإبطال له ورجوع إلى حالته الأولى فلا يعود وإن زال الحجر ، وأما المديان والزوجة فهما مطلقان اليد في أموالهما من التصرف والتنمية ، وإنما للغرماء والزوج المنع من الإتلاف لأن لهما حقاً في المال فكان ذلك علة لرد المعتق ، فإذا ارتفعت العلة أن تقطع الحكم بارتفاعها ووجب نفاذه .

وإنما قال ابن القاسم : يعتق في الزوجة بغير قضاء ، وفي المديان بالقضاء ، لأن الغرماء ليس حقهم في عين العبد إنما لهم مال ، وإنما يتسلطون على العبد بعد عدم المال فردهم إيقاف للنظر هل له مال ؟ فإذا وجد المال نفذ العتق ، والزوج كان حقه في العبد وغيره وليس رده لأمر بين فيه ، وإنما هو رد فعل لا رد إيقاف فكان أشبه لرد المولى من رد الغرماء ، وكذلك رأى أشهب أنه كرد المولى وهو قياس ، وكان عند ابن القاسم أضعف من رد المولى ، إذ للزوجة التصرف في مالها وإتلاف لثلثها

ولا كلام للزوج ، وكانت أفعالها أقوى من أفعال المولى عليه ، ورد زوجها أضعف من رد المولى عليه فتوسط أمرها وجعلها تعتق بغير قضاء ، وبالله التوفيق .

قال ابن المواز : وأما إن حلف المولى عليه والعبد والمرأة بالعتق فلم يحثوا حتى ملكوا أنفسهم فحثوا فذلك يلزمهم .

وفى « العتبية » : قال محمد بن خالد عن ابن القاسم : فى الصبى والعبد والنصرانى يحلفون الآن ثم يحثون بعد زوال ذلك من احتلام وعتق وإسلام أنه لا شيء عليهم والعبد أشدهم فيه لأنه إذا أعتق عبده فلم يعلم سيده حتى أعتقه أن ذلك يلزمه .

وقال ابن حبيب : قال ابن الماجشون فى العبد يحث بعتق عبديه وصمت سيده وقد علم بأن العبد لا يلزمه عتقهم لصمات سيده وعلمه .

ومن « المدونة » : وسئل مالك عن عبد قال : إن اشتريت هذه الأمة فهى حرة ثم أراد شراءها .

قال مالك : لا يشتريها ونهاه عن ذلك وأعظم الكراهة فى ذلك ولم يذكر أن سيده أمره باليمين ، وإنما كرهه مالك إذ للسيد رد عتقه فيها فتبقى بيده يطؤها وقد حلف بحريتها إن اشتراها ، وكذلك لو أمره سيده باليمين ولم يأمره بالشراء ، وأما لو أمره باليمين فحلف وأذن له فى الشراء فاشتراها فعتقت عليه ولم يكن للسيد رد ذلك كعتقه بإذنه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال العبد : كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة فهو حر ، فأعتقه سيده ثم ابتاع رقيقاً قبل تمام الأجل فإنهم يعتقون عليه .

وهذا أئين من الأول ، ولكن ما ملكه من العبيد وهى فى ملك سيده فلا يعتقون عليه إذ لا يجوز عتق العبد لعبيده إلا بإذن سيده سواء تطوع بعتقهم أو حلف بعتقهم فحث إلا أن يُعتق وهم فى يديه فليعتقوا ، وهذا إذا لم يرد السيد عتقهم حتى عتق ما يملك بقية الأجل .

وقد قال مالك فى أمة حلفت بصدقة مالها ألا تكلم أختها ، فكلمتها ، أن عليها صدقة ثلث مالها ذلك بعد عتقها .

قال ابن القاسم : وهذا إذا لم يرد سيدها ذلك حتى عتقت .

فيمن قال لأتمته : أنت حرة إن دخلت هاتين الدارين ،

أو لأمتيه : أنتما حرتان إن دخلتما هذه الدار

أو قال ذلك لزوجتيه وكيف إن قالوا : دخلنا

قال مالك : ومن قال لأتمته : إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرة فدخلت إحدى الدارين حنت وعتقت عليه .

وإن قال لأمتيه : إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان ، أو لزوجتيه : فأنتما طالقتان ، فدخلتها واحدة منهما فلا شيء عليه حتى يدخلها جميعاً . وقاله ابن القاسم وسحنون .

وروى عن ابن القاسم : أنه يحنث فيهما بدخول إحداهما .

وقال أشهب : تعتق الداخلة فقط ، ولا قول لمن قال : لا يعتقان إلا بدخولهما جميعاً ، ولا لمن قال : يعتقان جميعاً بدخول واحدة .

فوجه قول ابن القاسم : كأنه إنكار اجتماعهما فيها لوجه ما ، وعلى هذا وقعت يمينه فلا شيء عليه بدخول الواحدة .

ووجه الثاني : أنه رأى قوله : « إن دخلتما » يقع على دخولهما مفترقتين ومجتمعتين ، ثم قال : فأنتما حرتان [ق / ١٤٥ / ٢ ب] فكأنه قال لإحداهما : إن دخلت هذه الدار فأنتما حرتان ، ثم قال لأخرى كذلك ، هذا معنى يمينه ، وإن جمعهما في يمين واحدة فلذلك حثه بدخول إحداهما ، والله أعلم .

ووجه قول أشهب : كأنه رأى أن المحصول من يمينه أنه حلف على كل واحدة بحريتها إن دخلت هذه الدار فأنتما حرتان ، وإن أجملها في يمين واحدة ، فإذا دخلت واحدة عتقت ، وكذلك الحكم في الزوجات .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال لعبده : أنت حر إن دخلت هذه الدار ، أو لزوجته : أنت طالق إن دخلت هذه الدار ، فقالت المرأة والعبد بعد ذلك : قد دخلناها ، فإنه يؤمر فيما بينه وبين الله بفراق زوجته وعتق غلامه ، لأنه قد صار في حال الشك في البر والحنث ، وأما في القضاء فلا يجبر على طلاق ولا عتق .

قال في « كتاب الطلاق » : ولو صدقها أولاً لزمه الفراق بالقضاء ، وإن رجعت

عن إقرارها .

وقال في « كتاب العتق » : وكذلك لو قال لهما : إن كنتما دخلتما هذه الدار فأنت حر وأنت طالق فقالا : قد دخلناها ، فذلك سواء أقرأ أو لم يقرأ لا يعتق العبد ولا تطلق المرأة بقضاء لأن الزوج والسيد لا يعلم صدق ذلك إلا بقولهما فيؤمر بأن يطلق فيما بينه وبين الله تعالى لا بالقضاء وكذلك إن قال لأمته : أنت حرة إن كنت تبغضيني فقالت : أنا أحبك ، أو قال لها : أنت حرة إن كنت تحبينني ، فقالت : أنا أبغضك ، فإنه ينبغي له أن يعتقهما [ق / ١٦٣ / ١٢] إذ لا يدرى أصدقت أم لا ولا يقضى عليه .

قال في « المجموعة » : وكذلك إن قال لعبده : إن كنت تبغضني فأنت حر ، فقال العبد : أنا أبغضك .

قال في « كتاب الطلاق » : وإن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إن كنت تحبين فراقى ، فقالت : أنا أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبة أو لاعبة ، فليفارقها ولا يقيم عليها ، وإن قال لها : إن كنت تبغضيني فأنت طالق . فقالت : لا أبغضك ، فلا يجبر على فراقها ولكن يؤمر به .

قال في « كتاب العتق » : وكذلك : إن كان فلان يبغضني فعلى المشى إلى بيت الله ، فقال فلان : أنا أحبك ، فعليه أن يمشى .

وقد قال مالك : فيمن سأل امرأته عن خبر فقال لها : أنت طالق إن كتمتيني ، أو إن لم تصدقيني ، فأخبرته وقالت : قد صدقتك ولم أكتمك ، ولا يدرى أكتمته ذلك أم صدقته فإنه يفارقها .

قال ابن القاسم : وكذلك مسائلك كلها وما أشبهها فلا يقضى عليه فيها بحرية ولا طلاق ولكن يؤمر بذلك ولا يجبر .

فيمن ملك عبده العتق أو ملكه أجنبياً

قال ابن القاسم : ومن ملك عبده العتق فقال له : أعتق نفسك في مجلسك هذا، وفوض ذلك إليه فقال العبد : اخترت نفسي ، فإن قال العبد : نويت بذلك العتق صدق ويعتق لأن هذا من أحرف العتق ، وإن لم يرد به العتق فلا عتق له ، وقال غيره : إذا قال لعبده : عتقتك في يديك ، أو قال له : أمرك في يديك في

العتق ، فقال العبد : اخترت نفسي ، أنه حر ، وإن زعم أنه لم يرد بذلك العتق كما يكون ذلك في المملكة طلاقاً وإن لم ترده .

حكى عن بعض فقهاءنا القرويين : أن الفرق عند ابن القاسم بين قول العبد : اخترت نفسي ، وبين قول المملكة : اخترت نفسي ، أن الزوج إنما يملكها في أن تقيم أو تفارق ، والفراق لا يكون إلا بطلاق فإذا قالت : اخترت نفسي ، علمنا أنها أرادت الطلاق ، وأما العبد يمكن أن يختار لنفسه البيع ، لأننا وجدناه يفارق سيده ويخرج من يده بألوان شتى من البيع والهبة والصدقة فلا يكون قوله : اخترت نفسي ، عتقاً حتى يريده .

وأما الزوجة فلا تخرج من عصمته إلا بالطلاق فهذا مفترق .

وقال غيره : إنما فرق بينهما لأن العبد إنما ملكه عتقه صراحاً فأجاب بغير صريح العتق فلا يكون عتقاً حتى يريده ، ولو أجابه بتصريح العتق مثل أن يقول : قبلت عتقي وأعتقت نفسي ، كان قد أظهر لنا أنه قبل ما جعل إليه ويكون حينئذ عتقاً كالمخيرة التي أجابت بما جعل لها فلما عدل العبد أن يجيب بصريح العتق وأتى بلفظ محتمل كان كالمخيرة تقول : قبلت أمره ، أنها تسأل عما أرادت ، وهذا كله استثناسي ، ألا ترى أن المخيرة إذا قالت : قبلت نفسي ، أنها تطلق وإن أجابت بغير [ق / ١٤٦ / ٢ب] ما جعل إليها وإنما فرق ما بينهما لأن هذه الألفاظ إنما وردت في تخيير النساء فقيس العتق عليها فكان أضعف رتبة مما ورد فيه النص ، والله أعلم .
ومع ذلك فقول أشهب أقيس وأحوط للعتق وبه أقول .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : وإن قال له العبد : قد اخترت أمرى ، وقبلت أمرى ، ينو العتق ، فذلك له ، وإن لم ينو قبل له : إن شئت فأعتق نفسك أو فدع .

ومن « المدونة » : وإن قال العبد : أنا أدخل الدار أو أسافر ، وقال : أردت بذلك العتق فلا عتق له إذ ليس هذا من أحرف العتق ، ولو قال السيد لعبده : إذا دخل الدار ، يريد بلفظه ذلك العتق لزمه .

والفرق بينهما : أن العبد مدع للعتق إذا أجاب بغير حروفه والسيد مصدق ، لأنه مقرر على نفسه فالعبد بخلافه ، وهو كالمرأة تقول في التملك أنا لا أدخل

بنتى ، ثم تدعى بعد ذلك أنها أرادت به الطلاق فلا يقبل قولها ، ثم ليس للمرأة والعبد بعد ذلك خيار ، لأنهما قد تركا ما جعل لهما حين أجابا بغير طلاق ولا عتاق وهو بخلاف السكوت الذى يتربح فيه الجواب .

ابن المواز : وقال أشهب : لهما ذلك ما داما فى المجلس ، وقولهما الأول كالسكوت ولا شيء لهما بعد التفرق .

وقال غير ابن القاسم فى « المدونة » : إذا قال العبد : أنا أدخل الدار ، أو أذهب أو أخرج ، لم يكن هذا عتقاً إلا أن يريد بذلك العتق فيعتق لأنه كلام يشبه أن يراد به العتق .

قال محمد : وقول ابن القاسم أصوب ، وقاله عبد الملك .

وظاهر كلام محمد : أن قول الغير كله خلاف ، وابن القاسم فلم يتكلم على قول العبد : أنا أخرج أو أذهب ، والذى يدل عليه « الكتاب » : أنه لا يخالف الغير فى ذلك دليله قوله فيمن قال لرجل : أعتق جارىتى ، فقال لها ذلك الرجل : اذهبنى ، وقال : أردت بذلك العتق ، فإنها تعتق ، لأنه من حروف العتق ، وإن قال : لم أرد بذلك العتق ، صدق ، فكذلك هذا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : والقول فيمن ملك عبده أو أمته العتق كالقول فى تمليك الزوجة أن ذلك فى يد الأمة والعبد ما لم يفترقا من المجلس ، فإن تفرقا أو طال المجلس بهما حتى يرى أنهما قد تركا ذلك أو خرجا من الذى كانا فيه إلى كلام غيره يعلم أنه تركه لما كانا فيه بطل ما جعل فى أيديهما من ذلك وهو أول قول مالك ، وبه أخذ ابن القاسم وعليه جماعة الناس ، ثم رجع مالك فقال : ذلك لها وإن قامت من المجلس ما لم توقف أو تتركه يطأها أو يياشرها أو نحو ذلك منها طائفة فيزول ما بيدها . وكذلك قال فى العتق .

وسئل ابن القاسم فى باب بعد هذا عن من قال لأئمة : أنت حرة إن هويت ، أو رضيت ، أو شئت أو أردت ، حتى متى يكون ذلك لها ، وإن قاما من مجلسهما ، مثل التمليك فى المرأة ما لم تمكنه من وطء أو مباشرة أو تلذذ منها أو توقف الجارية لتختار حريتها أو تترك ، ثم قال : أما أنا فلا أرى لما بعد افتراق المجلس شيئاً إلا أن يكون شيئاً فوضه إليها مثل قوله : أنت حرة إن هويت لو شئت ، فذلك لها ، وإن

قاما من المجلس ، وكذلك قال فى « كتاب التملك » فرق بين التملك المبهم ، وهو قوله : أمرك بيدك ، وبين قوله : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، فجعل لها القضاء فى التملك ما دامت فى المجلس وجعل لها فى : إذا شئت وإن شئت ، وإن افترقا من المجلس وقال : لأنه تفويض فوضه إليها .

فصل

وقال ابن القاسم فى باب بعد هذا : ومن أمر رجلين بعتق عبده فأعتقه أحدهما فإن فوض ذلك إليهما لم يعتق العبد حتى يجتمعا وإن جعلهما رسولين عتق بذلك ، وكذلك إن أمر رجلين يطلقان زوجته الجواب واحد .

قال أشهب وغيره من كبار أصحاب مالك : وكذلك لو ملك [ق / ١٦٤ / ٢] أمته مع أجنبى عتقها أو ملك ذلك لرجلين سواهما فلا يعتق حتى يجتمعا على العتق لأن لكل واحد منهما ما لصاحبه فإن وطئها بإذن أحدهما انتقض الأمر الذى جعله لهما .

يريد : إن لم يكن برضى أحدهما فلا ينتقض ما بأيديهما من ذلك إلا أن يطأها بعلمهما ورضاهما .

ما يلزم من ألفاظ العتق وما لا يلزم

ومن أعتق عضواً من عبده قال مالك : ومن قال لزوجته أو أمته : إذا دخلت الدار وهو يريد بلفظه ذلك حرية الأمة وطلاق الزوجة لزمه ذلك وإن أراد [ق / ١٤٧ / ٢ ب] أن يقول لزوجته : أنت طالق أو لأمته أنت حرة فزل لسانه ، فقال لها : ادخلى الدار ، ونحوه ، لم يلزمه شيء حتى ينوى أن الأمة حرة والزوجة طالق بما تلفظ به من القول قبل أن يتكلم به فيلزمه وإن لم يكن ذلك الكلام من حروف الطلاق والحرية .

وقال أبو إسحاق : لأنه لم يرد الطلاق بالنية فيلزمه على مذهب من ألزم الطلاق بالنية ولا قصدها لفظاً به الطلاق .

واختلف فيمن أراد أن يقول : ادخلى دار فلان أنت حرة وأنت طالق ، فقيل : يلزمه ولا يعزr باللفظ ، وقيل : لا يلزمه ذلك ، وكذلك إن قال لجاريته : أنت برية أو خلية أو بائن أو باقة ، أو قال لها : كللى أو اشربى أو تعتقى أو اغربى ، يريد

بذلك اللفظ الحرية فهي حرة .

وقد تقدمت مسألة من قال لرجل : أعتق جاري ، فقال لها ذلك الرجل : اذهبي . يريد به العتق ، أنها تعتق ، لأنه من حروف العتق .

فصل

قال مالك : ومن قال لعبده : يدك حرة ، أو رجلك حرة ، عتق عليه جميعه ، كما لو طلق عضواً من امرأته فإنها تطلق عليه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن شهدت عليه بذلك بينة وهو يجحد فإنه يعتق عليه .

قال ربيعة : ومن قال في أمته : أشهدكم أن ما ولدته فهو حر ، أو قال : رحمها حرّ ، فقال أما قوله : كل ما ولدته فهو حر ، فما ولدت بعد قوله فعسى أن يعتق .

وإن مات الرجل أو باعها انقطع ذلك الشرط واسترقت هي وما تلد ، لأن قوله ذلك لها لا يحرم بيعها ولا ميراثها لأنه لم يعتق شيئاً رقه يومئذ سيده ، ولا ما يكون العتاق في مثله ، وأما قوله : رحمها حر ، فهي حرة كلها .

ابن حبيب : قال أصبغ : إن كان محمل ذلك على الولد أما يخرج من رحمها حرّ فلا حرية لها وإن أراد الرحم فهي حرة .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن قال لعبده : أنت حر اليوم ، عتق للأبد .

وكذلك قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال لعبده : أنت حر شهراً ، وقال : لم أرد عتقه ، وإنما أردت أن أمهله شهراً فلا ينوى ويعتق عليه .

قال ابن سحنون عن أبيه : ولو قال له : قد وهبتك اليوم نفس ، فهو حرّ .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال لعبده : أنت حر اليوم من هذا العمل ، وقال : إنما أردت أن أعتقه من هذا العمل ولم أرد الحرية ، صدق مع يمينه ولا يكون حرّاً .

ابن المواز : وكذلك من قال لرجل : أعنى بعبدك اليوم ، فقال : هو اليوم حر

وهو اليوم بطلته ، وأراد أنه حر من العمل فى يومه حلف ولا شيء عليه .
وقال أشهب فى «كتاب ابن المواز» : له أن يستعمله فى ذلك العمل لعينه يومه ذلك لأن قوله لا يلزمه إذا حلف أنه أراد أن العبد رقيق فى كل شيء لا من ذلك العمل .

قال سحنون فى «كتاب ابنه» فىمن قال لرجل يساوم فى عبده : إن عبدك يزعم أنه حر . فقال ربه : إن زعم ذلك فهو صادق ، فسئل العبد فقال : نعم ، أنا حر ، فقال السيد : إنما وثقت به ظننت أنه يقول الحق ، فلا حرية للعبد ، كقول مالك فىمن رضى بشهادة رجل يشهد عليه ثم رجع .

قال محمد : وكان الغلام ينسب إلى صلاح وحسن حال .

ومن «العتبية» : روى عيسى عن ابن القاسم - وذكره ابن المواز - فىمن سئل عن أم ولده فقال : ما هى إلا حرة : فلا شيء عليه إن لم يرد العتق .

ومن قيل له : من رب هذا العبد فقال : ما له رب إلا الله ، أو قيل له : أملكوك هذا ؟ قال : لا . أو قيل له : إلام هو ؟ فقال : ما هو لي ، فلا شيء عليه فى ذلك كله ، كمن قيل له : ألك امرأة ؟ أو هذه امرأتك . فقال : لا . فلا شيء عليه فى ذلك إن لم ير طلاقاً .

قال عيسى : ويحلف فيه وفى العتق .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن شتم عبداً حرّاً ، فاستعدى عليه الحر سيده فقال : هو حر مثلك . قال : أراه حرّاً .

قال سحنون فى «كتاب ابنه» : وإن قال لعبده : قد تصدقت عليك بخراجك أو بعملك أو بخدمتك ما عشت أنا ، أفليس له منه إلا حياة السيد فهو حر مكانه .

قال : ولو قال : تصدقت عليك بخراجك أو بعملك أو بخدمتك وأنت من بعدى حر ، فهو كأم الولد . وقاله مالك .

قال سحنون : ولو قال : تصدقت عليك بعملك أو خراجك أو خدمتك ، ولم يزد على ذلك فهو حر مكانه .

محمد : وقاله ابن القاسم وأصيبغ .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن عجب من عمل غلامه أو من شيء رآه منه فقال : ما أنت إلا حر أو قال له : تعال يا حر ، ولم يرد بشيء من هذا الحرية إنما أراد أنك تعصيني فأنت في معصيتك إياه كالحُر فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء .

وقال مالك في المرأة تقول لجاريتها : يا حرة ، والرجل يقول [ق / ١٤٨ / ٢ ب] لعبده : يا حر ، إنما أنت حر على وجه أنك لا تطيعني ، فليس هذا بشيء .

قال مالك في عبد طبخ لسيده فأعجبه طبخه فقال : إنك حر ، فلا يلزمه بهذا حرية ، لأن معنى قوله : أنت حر الفعال أو عملت عمل الأحرار .

قال ابن القاسم : وإن كانت للعبد بينة بذلك فلا يعتقه القاضي .

ولو مرّ على عاشر فقال في عبده : هو حرّ ، ولم يرد بذلك الحرية ، فلا يعتق عليه فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن قامت بذلك بينة لم يعتق أيضاً إذا علم أن العبد دفع بذلك القول عن نفسه ظلمه .

ومن قال لعبده : أنت حر ، أو لامرأته : أنت طالق ، وقال : نويت بذلك الكاتب ، لزمه العتق والطلاق ولا ينوي إنما النية فيما له وجه فيما وصفنا من أمر العاشر ونحوه .

ومن قال لعبده ابتداءً منه : لا سبيل لى عليك ، أو : لا ملك لى عليك . فإن علم أنه جواب لكلام كان قبله صدق في أنه لم يرد به عتقاً ولا يلزمه عتق .

ومن قال لأُمته : هذه أختى ، أو في عبده : هذا أخى ، فلا شيء عليه إن لم يرد به عتقاً .

قال مالك : وإن قال لعبده : قد وهبت لك عتقك ، أو : تصدقت عليك بعتقك ، فهو حر .

وقال غيره : إذا وهبه فقد وجب العتق ، ولا ينتظر في هذا قبوله مثل الطلاق إذا وهبها إياه فقد وهبها ما كان يملك منها .

قال مالك : ومن وهب لعبده نصفه فهو حر كله .

قال ابن القاسم : ولاؤه كله لسيده .

وكذلك إذا أخذ منه دنائير على عتق [ق / ١٦٥ / ١٢] نصفه أو على بيع نصفه من نفسه فجميع العبد حر .

وقد قال مالك في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما على مال أخذه من العبد : أنه ينظر في ذلك فإن أراد وجه العتاقة عتق كله وغرم حصّة شريكه .

قال ابن القاسم : ويرد المال إلى العبد ولا يكون له منه شيء لأن من أعتق عبداً بينه وبين آخر واستثنى شيئاً من ماله عتق العبد كله ورد ما استثنى من المال إلى العبد .
قال مالك : وإن علم أنه أراد وجه الكتابة فسخ ما صنع ورجع العبد بينهما وأعطى نصف المال لشريكه .

ابن المواز: قال أصبغ : وهو أبداً على العتق إذا أشكل حتى يظهر أنه على الكتابة .

ابن حبيب : وقاله مطرف وابن الماجشون ، قالوا : ويقدم على العتق بماله ويكون ما أخذ من العبد في إعتاقه له دون صاحبه ولا يرد إلى العبد لأنه أعطاه إياه تطوعاً وبه أعتق إلا أن يكون معسراً ليس ممن يقوم عليه نصيب صاحبه لعسره فيرد إلى العبد ما أخذ منه ويبقى بيده .

وقد اختلف قول ابن القاسم في ذلك فقال مرة : يرد المال إلى العبد ، مثل ما في « المدونة » .

وقال أيضاً : يرجع ذلك بينه وبين شريكه ولا يرد إلى العبد ، لأنه أعطاه إياه تطوعاً ، وبه قال أصبغ .

ويقول ابن الماجشون أخذ ابن حبيب .

ابن المواز : وروى أشهب عن مالك : أنه إذا قاطعه بغير إذن شريكه رد ما أخذ وعاد العبد رقيقاً . قيل : إنه ليس بمكاتب ، قال : وإن مات فلا تقويم عليه .

فلا خلاف بينهم إذا أراد وجه العتاقة لمن يكون ماله . فقيل : يكون للعبد ، وقيل : للذي أعتق ، وقيل : بين السيدين وأما إن لم تكن له نية ، فقيل : إنه محمول على العتاقة ، وقيل : بل على الكتابة .

ابن المواز : قال أشهب : فلو أعتق أحدهما شقصه واستثنى ماله فليس له ذلك وليرد إلى العبد ، وكذلك لو أعتق الآخر بعده واستثنى ماله [فليس له ذلك] ^(١) عتق عليهما ورد المال إلى العبد . قاله مالك . وقاله سحنون .

ابن حبيب : وقاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم .

قال مطرف وابن الماجشون : وسواء كان الأول معسراً أو موسراً .

جامع القول في الاستثناء في العتق وغيره

وأجمعوا أن لا استثناء بمشيئة الله عز وجل في عتق ولا طلاق ، لأن الله تعالى ألزم الطلاق لموجبه على نفسه بقوله : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٢) ، وقال الرسول - عليه السلام : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » ^(٣) .

والعتق من ذلك ، فإذا ألزم ذلك رجل نفسه لزمه ، فإذا استثنى مشيئة الله فيه فقد أظهر ما حلف عليه وغاب عنا مشيئة الله إلا أن يظن أن الله لم يشأ عتقه فلا يحكم في الدين بظن وإذا استوى الأمر في علم [ق / ١٤٩ / ٢ ب] المشيئة غلبنا العتق لحرمة الطلاق للشك فيه ، ونحن إذا ألزمناه ما حلف عليه علمنا أن الله شاء ذلك وأما إن استثنى مشيئة نفسه أو مشيئة غيره فذلك له إذ لا يغيب عنا علم المشيئة ، وكذلك إن استثنى من العدد فهو جائز لأنه سائغ في الكلام قال الله تعالى : ﴿ فَلَيْتَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ ^(٤) .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا قال : عبيدى أحرار إلا فلان ، أو : نسائي طوائق إلا فلانة . فذلك له ، ولو قال : إن شاء الله ، لم ينفعه استثناءؤه ، ولزمه العتق والطلاق . وقاله أشهب .

قال مالك : ومن قال : غلامى حر إن كلمت فلاناً إلا أن يبدو لى ، أو : إلا أرى غير ذلك ، فذلك له ، ولو قال : غلامى حر إن كلمت فلاناً إلا أن يشاء الله ، لم ينفعه ذلك .

(١) سقط من أ .

(٢) سورة البقرة (٢٣٠) .

(٣) تقدم .

(٤) سورة العنكبوت (١٤) .

ابن المواز : وسواء صرف الاستثناء إلى العتق أو إلى الفعل . وما قاله ابن الماجشون آيين .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن قال لامرأته : أنت طالق إن أكلت معي شهراً إلا أن أرى غير ذلك ، فقعدت بعد ذلك لتأكل معه فنهاها ثم أذن لها فأكلت ، فإن كان هو الذي أراد وهو مخرج يمينه ورأى ذلك فلا شيء عليه .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق إن شئت أنا أو شاء فلان ، لم تطلق حتى ينظر إلى ما شاء أو يشاء فلان ، ولو قال : إن شاء الله ، لم ينفعه ثنيه وطلقت عليه مكانه وليس ما جعل من المشيئة إليه أو إلى أحد من العباد ممن يشاء أو لا يشاء مثل مشيئة الله تعالى إذ لا يصل إلى علم مشيئة الله فيلزمه ما ألزم نفسه وكثر من هذا في النذور .

فيمن دعا عبداً باسمه ليعتقه فأجابه غيره أو في العبد بين الرجلين يحلف أحدهما بحريته أنه فعل كذا ويحلف الآخر أنه لم يفعله

قال ابن القاسم : ومن دعا عبده ناصحاً فأجابه مرزوق فقال له : أنت حر ، يظنه ناصحاً ، فإن قامت بذلك بينة عتقا جميعاً بالقضاء مرزوق بها شهدت له البينة وناصح بإقراره ونيته في لفظه ، وأما فيما بينه وبين الله فلا يعتق إلا ناصح إن لم تكن له بينة .

وقال أشهب : يعتق مرزوق في القضاء والفتيا ولا عتق لناصح ، لأن الله أحرمه .

وقال أصبغ : يعتقان جميعاً في القضاء والفتيا كمن أوقع الطلاق على إحدى امرأتيه يظنها الأخرى فتطلقان جميعاً .

وقال ابن سحنون : لا يعتق واحداً منهما .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا كان عبد بين رجلين فقال أحدهما : إن كان دخل المسجد أمس فهو حر ، وقال الآخر : إن لم يكن دخل المسجد أمس فهو حر ، فإن ادعى علم ما حلفا عليه ديناً في ذلك .

ابن المواز : وقال أشهب : وكل واحد يدعى القيمة على صاحبه فيحلف كل واحد منهما على علمه ، والله حسيبه .

ومن « المدونة » : وإن قالوا : ما نوقن أدخل أم لا وإنما حلفنا ظناً ، فينبغي أن يعتق عليهما بغير قضاء ولا يسترقاه بالشك .

وقال أشهب : بل يجبران على عتقه .

وقد قال عبد الله بن عمر : يفرق بالشك ولا يجمع به .

اختلف قول ابن القاسم في الكتاب الثاني في أحد الشريكين يشهد أن شريكه في العبد أعتق حصته ، فقال مرة : هو وغيره لا يعتق منه شيء سواء كان المشهود عليه موسراً أو معسراً .

وقال ابن القاسم أيضاً : إذا كان المشهود عليه موسراً فنصيب الشاهد حر ، لأنه أقر أن ماله على المعتق قيمة . فينبغي على هذا القول أن ينظر فإن كان الحالفان موسرين فليعتق عليهما إذا ادعيا اليقين لأن كل واحد منهما مقرر أن صاحبه حث في العبد وأن ماله عليه قيمة ، وإن كان أحدهما موسراً عتق نصيب [ق / ١٦٦ / ١٢] المعسر ؛ لأنه مقرر أنه إنما له على صاحبه قيمة .

وذكر أشهب هذا القول في « كتاب ابن المواز » في مسألة المدين حلف وأعابه وخطأه ، وقال : لا يعتق مصابة من لم يعتق أبداً إلا بعد القيمة وقبضها ، فإذا انعدم المعتق أو مات قبل ذلك لم يعتق فكذلك إذا جحد حتى منعنا من التقويم عليه فلا حرية فيها ، وهذا كالمتمتع لا يجد ثمن الهدى وله على رجل آخر موسر مال فججده فإنه يسقط عنه بذلك الهدى ، فكذلك هذا سواء .

في العتق بالسهم وما يجوز منه وما لا يجوز [ق / ١٥٠ / ٢ ب] ؟

قال سحنون : في « كتاب ابنه » : لم يختلف العلماء أن النبي ﷺ أعتق بالسهم ، ولذلك أحل في كتاب الله سبحانه وهو قوله تعالى : ﴿ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ۗ ﴾ ^(١) ، وقوله في يونس ﴿ فَسَاهُمْ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾ ^(٢) ، وقد روى مالك وغيره : أن النبي ﷺ أسهم بين الستة الأعباء الذين أعتقهم رجل عند موته ولا يملك غيرهم فأعتق ثلثهم ، وحكم بذلك في المدينة ^(٣) .

(١) سورة آل عمران (٤٤) .

(٢) سورة الصافات (١٤١) .

(٣) أخرجه مالك (١٤٦٣) مرسلأ .

قال مالك : وذلك أحسن ما سمعت .

واختلف فى عتق ذلك الرجل فقيل : بثلاثهم ، وقيل : أوصى بعتقهم ، فنحن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق فى المرض أو الوصية به عنا ضيق الثلث أو عتق جزءاً أو عدد من جملة عبيد ، قال : ولا سهم بين المدبرين فى الصحة لأننا لا نعدو ما جاء فيه الخبر من القرعة فى عتق المريض إذا كان فيه رخصة ولا يقاس عليهما كما لا يقاس على المسح على الخفين .

وقال المغيرة : لا يقاس على العتق بالسهم ويعمل به فيما جاء فأما فى عتق الصحة فلا .

وقال المغيرة : إن القرعة فيمن أعتق عبيده عن موته ولا مال له غيرهم ، فليتبع فيه الحديث ، وليس هذا مما يقاس عليه .

قال : ولو قال فى وصيته : أحد عبيدى حر ، وهم خمسة أعتق خمس كل واحد منهم .

قال سحنون : ضارع المغيرة قول العراقيين .

ابن المواز : وقال أصبغ وأبو زيد والحارث : فى المبطلين فى المرض لا يحملهم الثلث : فليعتق من كل واحد منهم بغير سهم ، وإنما جاءت السنة بالسهم فى الوصية .

قال سحنون : ويفترق عندنا إذا سُمى وإذا لم يسم ، فإذا سُمى فقال : ميمون ومرزوق حران ، فيتحصان فى ضيق الثلث ، وإن قال : عبدای حران ، أو قال : غلمانى أحرار ، أقرع بينهم ، وكذلك قال ابن المواز . إذا قال : عبدى فلان حر وفلان حر ، حتى أتم جميعهم فهؤلاء يتحصون فى الثلث بلا سهم .

قال أشهب : وقد قيل : يقرع بينهم ، وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ، سواء سماهم أو لم يسمهم أنه يقرع بينهم .

فوجه المحاص : فلأنه لما سماهم فكأنه أراد شروع العتق فى جميعهم ، ولولا ذلك لاختصر فقال : عبدى ، فلا بد أن يكون للتسمية فائدة .

ووجه القرعة : فلأن قوله : « فلان وفلان » كقوله : « عبدای » لا زيادة معنى فيه فوجب أن يستويا فصار إذا بتل عتق عبيده أو أوصى بعتقهم وقد سُمى أو لم يسم

ولم يحملهم الثلث فى كل وجه قولان : قيل : يقرع بينهم ، وقيل : يتحصون .
وقال ابن الكاتب فى القائل فى مرضه : أثلاث رقيقى : هذا لم يرد تكميل عتق أحدهم ولا تمام حرية ، فأما الموصى بعتق ثلثهم أو بجميعهم والثلث لا يحملهم فقد أراد تكميل العتق وتمام الحرية فوجب تمييزهم بالقرعة ليحصل له مراده لأننا متى لم نفعل ذلك وجعلنا العتق مشاعاً لم نستفد بذلك العتق حكماً من أحكام الحرية لأن أحكام المعتق بعضه أحكام العبد ، والذى أعتق جميع عبيده ولا يحملهم ثلثه قد علمنا أنه أراد تكميل الحرية فيهم وتمام حريتهم وليس كذلك من أوصى بثلاث عبيده لرجل أنه يكون شريكاً لأن الموصى إنما أقام الموصى له فى مقامه والحرية تنافى الرق ويجب استئناف حكمة لها وحرمة العبيد وأحكامهم سواء شاعت حصة الموصى له أو انفردت .

ومن « المدونة » قال مالك : ومن أوصى بعتق عبده أو بتل عتقهم فى مرضه ثم مات عتق جميعهم إن حملهم الثلث وإن لم يحملهم الثلث عتق منهم فبلغه بالسهم فإن لم يدع غيرهم عتق ثلثهم بالسهم ، وإن قال : ثلث رقيقى أحرار أو نصفهم أو ثلثاهم عتق منهم ما سمي [ق / ١٥١ / ٢ ب] بالقرعة إن حملة الثلث وإلا فأحمل الثلث مما سمي .

وإن قال فى مرضه : عشرة من رقيقى أحرار ، وهم ستون ، عتق سدسهم أخرج السهم أكثر من عشرة أو أقل ، ولو هلك عبيده إلا عشرة لعتقوا إن حملهم الثلث وإن كثرت قيمتهم فإن لم يحملهم الثلث عتق منهم مبلغه بالقرعة ورق ما بقى وإن بقى منهم أحد عشر عتق منهم عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً بالسهم إن حمل ذلك الثلث ، وإن بقى منهم عشرون عتق نصفهم بالقرعة فى الثلث وإن بقى ثلاثون عتق ثلثهم تجعل أبداً ما مات كأنه لم يكن منهم وينسب ما سمي مما بقى ، وهذا كله قول مالك .

والقرعة بين العبيد إنما هى على قيمتهم ، ولو سمي جزءاً فقال : سدسهم ، لم يعتق إلا سدسى من بقى بالسهم ، ولو بقى واحد عتق سدسه .

وقال ابن حبيب : عن ابن الماجشون : سواء سمي جزءاً أو عدداً فإنما يعتق ممن بقى جزء ما كان يعتق من الجميع مثل أن يوصى بعتق خمسة وهم ثلاثون فيملكون إلا خمسة فإنما يعتق سدس الخمسة .

وقاله ابن كنانة ، وقال مطرف مثل قول ابن القاسم . قال أبو إسحاق : وعلى مذهب عبد الملك أن التسمية لغو وكأنه أراد سدسهم لم يبق إلا واحد لم يعتق إلا سدسه ، وعلى هذا لو ولدوا لم يكن إلا سدسهم ، وعلى المعروف من قول ابن القاسم ينبغي أن يكون يضرب بالسهم دون الأولاد لمن خرج من الأمهات تبعه ولده .

ومن « المدونة » : [ق / ١٦٧ / ٢ أ] ولو قال : رأس من عبيدى حر ، ولم يعينه فبالسهم يعتق منهم إن كانوا خمسة يوم يقوم عليه عتق خمسهم أو ستة فسدسهم أخرج السهم لذلك أقل من واحد أو أكثر .

ابن المواز : قال أشهب : ولو قال : يعتق من كل رأس سدسه لجاز وأحب إلى أن يعتق سدس قيمتهم خرج لذلك رأس أو بعض رأس .
محمد : وهو قول مالك وأصحابه .

قال أشهب : ولو أوصى بذلك عن رقبة لزمته فىظهار أو قتل خطأ فليس كالأول إذ قد يقع لذلك بعض رأس فى السهم ولم يرد ذلك ، ولكن استحسن فى هذا أن ينظر إلى كل من يجوز فى الرقاب الواجبة منهم فيسهم بينهم فمن خرج له السهم عتق كله ولا عتق لمن بقى .

ابن حبيب : وروى مطرف عن مالك فيمن قال عند موته : رأس من رقيقى أو أحد عبيدى حر ، وهم ثلاثة ، فأقرع بينهم فخرج أحدهم وهو أكثر من ثلث قيمتهم ، فإنه يعتق كله إن حملة الثلث وأخذ به مطرف وقال : هو قول ابن أبى حازم وابن حبيب ، وأصحاب مالك كلهم على خلافهم .

وأما الصحيح يقول : من رأس رقيقى حر فليختر منهم واحداً فيعتقه فإن مات قبل أن يفعل فورثته بمثابته فى اختيار أحدهم ويكون من رأس ماله وقد تقدم الاختلاف فى هذا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا انقسم العبيد على الجزء الذى يعتق منهم جزئوا بالقيمة أو يسهم بينهم وأعتقت ما أخرجهم السهم .

قال ابن حبيب : وتفسير ذلك : أنه إذا قال : عبيدى أحرار ، ولم يدع غيرهم ، فانقسموا على ثلاثة أجزاء معتدلة جزأتهم كذلك وكتبت أسماء كل جزء فى بطاقة وتلف كل بطاقة فى طين ويحضر لذلك العدول وتعطى لمن يدخلها فى كفه من

صغير أو كبير ثم يخرج واحدة بتفض فيعتق من فيها ، وكذلك لو قال : ربع عبيدى أو خمسهم ، جزأتهم على أربعة أو خمسة وتصنع كما ذكرنا .

قال فيه وفى « المدونة » : فإن لم يتقسموا على الأجزاء علمت قيمة كل واحد وتكتب اسمه وقيمه فى بطاقة ثم تلفها فى طين ويعطى لمن يسهم بينهم كما وصفنا أولاً فمن خرج منهم اسمه نظرت فإن كانت قيمته مبلغ الجزء الذى يعتق منهم عتق وإن زادت قيمة عتق منه مبلغه فقط وإن نقص عتق كله وأعدت السهم لتمام ما بقى من جزء الوصية فإما يقع لذلك عبد أو بعض عبد .

فصل

قال مالك : ومن قال عند موته : أثلاث رقيقى أو أنصافهم أحرار ، أو : ثلث كل رأس ، عتق كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض .
قال ابن القاسم : وإن لم يحمل ذلك ثلثه عتق ما حمل ثلثه مما سمي بالخصص من كل واحد غير سهم ، وقاله أشهب .

يريد : ولو وسعهم الثلث لعتق جميعهم إلا أن يكون فى وصية ويفرق فى هذا الصحة من المرض أو الوصية ، فإن قال ذلك صحيح عتق عليه كل ثلث رأس واستتم عليه ما بقى من كل رأس لأنه [ق / ١٥٢ / ب ٢] مالك لجميع ماله واستتم عليه فيما يملكه ، وإن قاله مريض فمات عتق أيضاً ما سمي واستتم باقيهم من ثلثه ، وإن عاش أتموا من رأس ماله ، لأنه أوقعه فى حال لا يملك إلا ثلثه ، واستتم عليه باقيه فإذا عاش صار مالكا لجميع ماله ، واستتم عليه فيه ، وإن قال فى وصية عتق من كل واحد منهم ثلثه فقط ، لأنه أوقعه فى حال صار ماله لورثته فلا يستتم عليه فيه كما لو أعتق شقصاً له حينئذ لم تقوم عليه هبة شريكه فكذلك هذا ، وأما إن قال : نصف عبيدى أحرار فى الصحة ، فقال سحنون : يحلف فى قولى لا فى قول ابن القاسم أنه لم يرد واحداً بعينه ، فإذا حلف قيل له : اختر لك من تعتق حتى تبلغ النصف .

وقال ابن المواز : بالسهم يعتق منهم قدر نصف قيمتهم فإن وقع تمام النصف فى بعض عبد استتم على الصحيح عتق جميعه ، وأما إن قاله فى مرض أو وصية فذلك سواء ويعتق نصف قيمتهم بالسهم كما بينا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال في صحته : إن كلمت فلاناً فريقي أحرار ، فكلمه في مرضه ، ثم مات ، عتقوا إن حملهم الثلث ، أو ما حمل منهم بالسهم دون ما بقى وهم كالمبتلين في المرض ، ولو كانت يمينه لأفعلن كذا فمات ولم يفعله فيها هنا يعتقون إن حملهم ثلثه وإن لم يحملهم عتق مبلغ الثلث من جميعهم بالحصاص بلا سهم .

قال أبو محمد : لأنه كان على حنث يمين في الصحة .

قال ابن القاسم : ويدخل معهم كل ولد حدث لهم بعد اليمين من إمامهم فيقومون معهم في الثلث وهم المدبرين وقاله مالك في دخول الأولاد معهم ، واختلف المتأخرون في إن كانت يمينه في المرض فقال : إن لم أفعل كذا فعبيدي أحرار ، فمات قبل أن يفعل ذلك .

فقال القرويون : إنهم يعتقون بالحصاص كالمدبرين .

وقال الصقليون : إنهم كالمبتلين يعتقون بالسهم بخلاف أن لو كانت يمينه في الصحة . وهذا على نحو ما اعتل به أبو محمد من قوله : لأنه كان على حنث يمين في الصحة فدل أن المريض بخلافه ورجح بعض فقهاءنا القول الأول .

في عتق المديان في صحة أو مرض ومداينته

بعد العتق ، ورد عتقه ، وبيع من أعتق ، وملكه

لمن يعتق عليه ، وعتقه ما في بطن أمته ،

وعتق المريض ومحاباته ، وعتق الأب عبيد ابنه

قال مالك - رحمه الله : الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أنه لا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه ، ولا يطاء أمة ردوا عتقه فيها لأن الغرماء إن أجازوا عتقه فيها أو أيسر قبل أن يحدث فيها بيعاً عتقت ، وأما بيعه وشراؤه ورهنه فجائز .

قال سحنون في « المجموعة » : وإن وطئ جارية رد الغرماء عتقه فيها أو وطئ جارية قد أوقفها السلطان للبيع فحملت منه أنه إن عذر بالجهالة في وطئه إياها بعد العتق لم يكن عليه شيء ، فإن لم يعذر أدب فإن وضعت ولم يقدر مالا يبيع [ق / ١٦٨ / ١٢] هي وولدها حر وكذلك إن وطئها بعد أن أوقفت وقبل البيع فإنها تباع وولدها حر تام الحرية ، إلا أن يفيد مالا قبل أن تباع فتكون أم ولد .

وقال بعض فقهاءنا : إن رد الغرماء عتقه فتعدى فوطئها فحملت فإنها تباع بعد الوضع .

وقال غيره : لا تباع إلا أن يكون الحاكم قد انتزعها منه وأوقفها للبيع فتعدى فوطئها فحملت فهانها تباع .

قال بعض فقهاءنا : والأول أصوب ، وعليه يدلّ كلام سحنون المتقدم ، ولأن ضمانها منه فى الوجهين أوقفها الغرماء أو السلطان فلما تعدى على الغرماء وأراد الضرر بهم منع من ذلك وبيعت لهم ، وكذلك عندى لو تشاور الغرماء فى تفليسه فقال : أوقفها بالولادة فأمنعهم من بيعها ، وشهد عليه بقوله هذا بنية ثم عمد فأجلها [وغافضهم] ^(١) فى ذلك ، فإنها تباع بعد الوضع لأنه أراد إتلاف أموالهم فوجب أن يحرم ذلك كمنع القاتل الميراث .

قال فى « العتبية » : فإن تصدق أو أعتق ثم قام غрмаؤه فى ذلك بعد حين فإن أقاموا البينة أنه حين تصدق لا وفاء عنده فيما يودى .

قال ابن القاسم : فلهم رد ذلك إذا لم يكونوا عملوا بالصدقة ، وإن كان فى الصدقة فضل عن دينهم لم يرد الفضل ، وأما العتق فلا يرد إن طال زمانه ووارث الأحرار ، وجازت شهادته .

ابن المواز : قال مالك : ويرد ما تصدق به وإن طال الزمان إذا قامت البينة أنه تصدق وعليه هذا الدين ولا وفاء له [ق / ١٥٣ / ٢ ب] فيما ترى البينة إلا أن يوسر فى خلال ذلك فلا يردوا إن أعدم بعد ذلك قبل قيام الغرماء ، وأما العتق فأستحسن ألا يرد بعد طول الزمان إذا لم تتم الغرماء حتى وارث الأحرار وجرت له وعليه حدود وجازت شهادته .

قال ابن القاسم : وذلك إذا طال الزمان جداً مما يجرى فيه مجارى الأحرار فيما ذكرنا .

قال أصبغ : ولحق لك فى التطاول الذى لعله أتت على اليد فيه أوقات أفاد فيها وفاء الدين وينزل أمر الغرماء على أنهم علموا طول الزمان ولا يصدقوا أنهم لم يعلموا ولو استيقن بشهادة قاطعة أنه لم يزل عديماً متصل العدم من غيبة الغرماء وعلى غير علمهم لرد عتقه ولو ولد له سبعون ولداً .

وقال ابن عبد الحكم: إن أقاموا بعد الثلاث سنين والأربع وهم في البلد وقالوا : لم يعلم ، فذلك لهم كانوا رجالاً أو نساءً حتى تقوم بينة أنهم علموا ، وأما في أكثر من الأربع فلا يقبل منهم وإن قال الغريم : علمت بعتقه ولم أعلم أن عليه من الدين ما يغترق ماله، وله مال ظاهر لم ينفعه والعتق ماض، ولا حجة لمن علم في رد شيء من عتقه، وينفذ من عتقه بقدر دين من علم من قدر دين ما لم يعلم بالخصص .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أعتق في صحته أو دبر أو كاتب ، وعليه دين ، وله يومئذ عرض سوى عبده فيه كفاف دينه جاز ذلك كله ، فإن لم يقيم الغرماء حتى هلك العرض فلا رد لهم لما صنع ، وإن لم يعلموا به ، وإن أعتق عبده وله مال سواء يغترقه الدين ويغترق نصف العبد فلم يقيم عليه حتى أعدم لم يبيع لغرمائه من العبد إلا ما كان يباع لهم يوم أعتق وذلك نصفه .

قال ابن القاسم : والتدبير عندى مثله بجواز تدبير حصته من عبد بإذن شريكه .

قال : فهو إذا أعتق أو دبر وله مال لا يفى بدينه يبيع من العبد بما بقى من دينه بعد المال وكان باقيه عتيقاً أو مدبراً ، وأما إن كاتبه وله مال لا يفى بدينه رددت الكتابة كلها إذ لا يكاتب بعض عبده ويبيع في الدين إلا أن يكون في الكتابة إن بيعت أو بعضها كفاف بالدين أو بقيمة الرقبة فتباع لذلك ولا ترد الكتابة لأنه لا ضرر على الغرماء في شيء دينهم إذا كان فيما يباع من كتابته وفاء لدينهم ، ولا يجوز لأحد الشريكين في عبد أن يكاتب نصيبه بإذن شريكه أو بغير إذنه لأن ذلك داعية إلى عتق النصيب بغير تقويم .

قال مالك : وأما إن دبره بإذنه جاز وإن دبره بغير إذنه قوم عليه نصيب شريكه ولزمه جميع تدبيره ولا يتقاويه .

قال ابن القاسم : وكانت المقاولات عند مالك ضعيفة ؛ ولكنها شيء جرت في كتبه . وفي التدبير إيعاب هذا .

ومن « كتاب ابن المواز » : قال مالك : ومن أعتق عبده وله يوم أعتقه مال بقى نصف دينه أو أفاده بعد العتق ثم ذهب الآن فلا يرد من العتق إلا بقدر تمام نصف دينه .

قال ابن المواز : ولو كان أفاده بعد تلف هذا المال ما يفى بنصف دينه أيضاً فلم

يقم الغرماء حتى ذهب لم يرد من العتق شيء . [وقاله كله ابن القاسم .

قال ابن القاسم : ولو أعتق عبدين معاً ^(١) وعليه دين مثل نصف قيمتها فلم يبيع منهما شيء حتى مات أحدهما فلا يباع من الثاني إلا ما كان يباع منه لو لم يمت الآخر ، وكذلك لو أعوز أحدهما لم يبيع منهما إلا ما كان يباع قبل العوز .

قال : ولو أعتق واحداً بعد واحد ، فإن كان فى الآخر كفاف للدين عتق جميع الدين ، فإن كان قيمته أقل من الدين يبيع من الأول ببقية الدين وعتق ما بقى فإن لم يبع الآخر حتى نقصت قيمة الأول فحوالة أسواق أو نقص بدين لم ينظر إلى ذلك وعتق الأول كله أو ما كان يعتق منه يوم العتق .

قال ابن المواز : أو حالت قيمته بزيادة ثم نقصت بعد ذلك فليحسب للمفلس أرفع قيمة بلغت الآخر . وقاله ابن القاسم .

وأشهب قال : ومن أعتق عبده وعليه دين يفتقر نصف قيمته يوم العتق لم ينظر إلى ما زاد بعد ذلك أو نقص من القيمة وينفذ عتق تلك الحصة ولا تقوم أما فى النقص فنعم ، وأما فى الزيادة فينبغى ألا يباع منه إلا بقدر الدين ويعتق ما بقى لأن زيادة قيمته كمال أفاده بعد العتق وذلك يزيد فى عتقه .

وقال ابن حبيب : عن أصبغ [ق / ١٥٤ / ٢ ب] فيمن عليه تسعمائة دينار أعتق جارية قيمتها ألف دينار وإن يبيع منها الدين لم يكن فى تبعضها . وقال : وإن بيعت كلها بيعت بأكثر منه .

قال : تباع كلها ويضع مما يبقى من ثمنها بعد قضاء الدين ما شاء ولا يؤمر أن يجعله فى عتق ، ولو وجد أن يباع منها بتسع مائة وإن كان أكثر من تسعة أعشارها لبيعت وعتقت الفضلة .

قال : ولو تأخر بيعها حتى حال سوقها ولا يشتري إلا تسع مائة فإنما يباع منها اليوم قدر ما كان يوفى منها الدين لو بيعت يومئذ غير كاملة ويعتق منها اليوم ما كان يعتق منها يومئذ وتبقى بقية الدين فى ذمة الغريم .

وإن حال سوقها بارتفاع حتى يكون نصفها يوفى التسع مائة لم يبيع منها إلا مقدار ما يوفى الدين ويكون جميع ما بقى حراً ولا حجة للغريم فى ناء قيمتها إلا أن

(١) سقط من أ .

يقول : لا أعتق إلا ما كان يعتق يومئذ .

وروى عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » فيمن أعتق عبده وعليه دين أن يبع كله كان أكثر من الدين وإن يبع نصفه لم يكن فيه وفاء للدين لنقص ثمنه بدخول الحرية فيه .

قال : يباع كله ويجعل ما بقى بعد الدين في حرية [ق/ ١٦٩ / ٢ أ] وقد سمعت عن مالك : أن ذلك عليه ليس بواجب ولكني استحسنته .

قال أبو محمد : وقال ابن عبد الحكم : ومن أعتق عبيد له قيمة كل واحد مائة دينار وعليه من الدين خمسون ديناراً وهم أن يبيع من كل واحد منهما جزء لم يبلغ ذلك الدين لدخول الحرية فيهما ولو يبيع كل واحد منهما على الرق كان في ثمن أحدهما أكثر من الدين .

قال : يقرع بينهما أيهما يباع للدين فمن خرج سهمه يبع للدين فقصى منه فإن بقى من ثمنه شيء رجع إلى سيده يصنع به ما شاء ، وليس عليه أن يعتق به رقبة إلا أن يتطوع ، فإن فعل فذلك حسن ولا حجة لمن يباع منهما ، لأن البيع وجب في جميعهما .

وقاله أشهب : يريد : ويعتق جميع الآخر .

قال ابن عبد الحكم : وكذلك من مات عن مدين قيمته مائة دينار وعليه من الدين عشرون وهو إن يبع منه جزء للدين لم يبلغ ذلك الدين فليبع كله ويقضى الدين من ثمنه ، ويدفع ما بقى للورثة ، وليس عليهم فيه عتق إلا أن يتطوعوا .

قال سحنون : ويباع في مثل هذا على التبعض فيقال : من يشتري منه بالعشرين ، فيقول واحد : أنا آخذ ربعه ، ويقول آخر : آخذ خمسه بها ، هكذا يناقص حتى يقف على شيء لا ينقص منه ، فهذا عدل ، وهو قول حسن لبعض أصحاب مالك .

فصل

ابن المواز : ومن أعتق رقيقه وعليه دين يحيط ببعضهم فلم يعلم الغرماء حتى أدان ما يحيط ببقيتهم .

فقال ابن القاسم : لا يباع منهم إلا بقدر دين الأولين ثم يدخل معهم فيه

الآخرون لأنه قد حل الأولين كما حل الآخرين بفلسه .

وقال أشهب : بل يباع جميعهم حتى يستوفى الأولون والآخرون ، لأنه إذا دخل الآخرون مع الأولين بقى الأولون ثم لم يستوفوا دينهم فلا يتم عتق ولا يتم دين الأولين فكلما بيع لتمام دين الأولين دخل فيه الآخرون فلا يزال كذلك حتى لا يبقى للأولين حق .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أصوب بحجة العبيد أنه وجب لهم عتق ما ناب على الدين الأول .

قال أصبغ : وسألت ابن القاسم عن قول أشهب هذا فعرفه ولم يعجبه ورآه باطلاً وظلماً .

قال أصبغ : وهو إغراق فى القياس والإغراق فيه كالتقصير عنه ، ولا يباع منهم إلا مرة واحدة للأولين ويدخل فى ذلك الآخرون ، وهو القياس والصواب .

قال ابن القاسم : إن دبر عبده وهو عليه دين يحيط ببعضه ثم أذان بعد التدبير مثل نصف قيمته فإنه يباع منه بقدر الدين الأول فيأخذه الأولون ولا يدخل فيه الآخرون ولا يباع لهم بشيء .

ابن المواز : وقد بقى لهم ما يباع بعد موت السيد .

قال ابن المواز : ومن ابتاع عبداً بيعاً فاسداً فأعتقه قبل دفع ثمنه وقيمه أكثر من الثمن ، يريد : وليس له غيره .

فقال أشهب : يرد منه قدر الثمن فقط ؛ لأن القيمة إن كانت أكثر فلم يلزمه إلا بعد العتق ولكن يتبع بالزيادة . وقاله ابن القاسم .

قال محمد : وهذا رجوع من أشهب إلى أصل ابن القاسم فى غريم قبل العتق وغريم بعد العتق فى دخول الآخر [ق/ ١٥٥ / ٢ ب] فى ثمن ما رده الأول من العتق .

ووجه التشبيه : كأن الثمن عشرة والقيمة عشرون فقد علمت أن عشرة الثمن لزمت قبل العتق والعشرة تمام القيمة لزمت بعد العتق فوجب عتق نصف العبد وبيع نصفه لعشرة الثمن ، ويتبع المبتاع بعشرة القيمة فى الذمة ولا حجة للبائع أن يقول : تدخل عشرة القيمة على عشرة الثمن بحلولها بالفلس ، لأنه إنما له أخذ عشرة

لوجوب عتق نصف العبد فأخذها عن الثمن وألا تباع بعشرة القيمة في الذمة كأنه أخذ نصفها عن الثمن ونصفها عن القيمة وألا تباع بالنصفين في الذمة فلا فائدة في القيمة .

وعلى قياس قول أشهب أن تدخل القيمة على الثمن لحلولها بالفلس فيقع للثمن خمسة وللقيمة خمسة ثم يباع من العبد لتمام الثمن فتدخل عليه القيمة في ذلك فيأخذ نصفه هكذا حتى يباع جميع العبد كقوله في غريم قبل العتق وغريم بعده فقد نابه تناقض قوله ورجوعه إلى قول ابن القاسم .

قال أشهب : ولو لم يفت بيد المشتري حتى أعتق البائع لم يجز عتقه .

وقال ابن القاسم : عتقه جائز ما لم يفت بيد المشتري بحوالة سوق فأعلى .

وقاله أصبغ وهو الصواب ؛ لأنه لم يكن بيعاً ، ألا ترى أن لو حلف بحريته لبيعنه اليوم فباعه بيعاً فاسداً ثم جاز اليوم لرد بيعه وجاز عتقه إلا أن يكون قد دخله فوت في ذلك اليوم قبل الليل فيتم بيعه ويلزم المشتري قيمته ويبرّ البائع .

ابن المواز : وأظن أشهب إنما لم يجز فيه عتق البائع لأنه في ضمان المشتري ولا حجة له في ذلك ، ألا ترى أن الضمان في بيع العهدة وفي الاستبراء من البائع ولو أعتق المشتري لزمه العتق ، ولا يجوز فيه عتق البائع ، وإن كانت في ضمانه لأنه يبيع صحيح .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن باع له عبده سلعة بأمره ثم أعتقه ثم استحقت السلعة ولا مال للسيد فليس للمبتاع رد العتق ، لأنه دين لحق السيد بعد إنفاذ العتق .

ابن المواز : هذا إذا كان الثمن بيد السيد حين أعتق فأما إن تلف أو أنفقه قبل العتق فليرد العتق لأن السلعة لم تكن له ملك ، [ولو كان له بالثمن رجوع على أحد لم يرد عتقه حتى يوسر من الثمن] ^(١) ولو كان إنما قام المبتاع في السلعة بعيب وقد هلك الثمن ولا شيء للبائع فلا ينقص من عتق العبد إلا قدر قيمة العيب وسواء ردها بعيبها أو فأت فآخذ قيمة العيب أنه لا يرد من عتق العبد إلا قدر قيمة العيب ولا يكون ذلك أيضاً بإقرار بائع السلعة أنه عيب كان بها وهو بها عالم ولكن بالبينة

(١) سقط من أ .

ويتبع بحصة العيب ديناً إن أقر .

وهذا الذى ذكر ابن المواز من أن الثمن إذا كان بيد السيد يوم العتق لم يرد العتق ، وإن لم يكن بيده يومئذ ولا شيء له غيره رد العتق تفسير لقول ابن القاسم لأنه لما باعه سلعة ليست له ولا يصح فيها بيعه ولا دفعه فكأنه أخذ الثمن باطلاً فهو دين عليه فى ذمته قبل العتق ، فإن أعتق وهو بيده جاز العتق وإلا رد منه مقدار ثمن السلعة ، وإن استغرقه رد كله .

وقد قال ابن القاسم فيمن حلف ليقضين فلاناً دنائيره إلى أجل كذا فقضاه إياه قبل الأجل ثم استحققت الدنانير بعد الأجل : أنه حانث فجعل دفعه كذا دفع وأن الدين باق فى ذمته فكذاك هذا فبيعه لهذه السلعة كذا بيع ، وأن ما قبض من ثمنها دين عليه .

قال بعض فقهاءنا القرويين : وهذه المسألة بخلاف مسألة « كتاب الرهن » فى الذى زوج أمته وقبض صداقها ثم أعتقها ثم طلقها الزوج قبل البناء فوجب للزوج أن يرجع [ق / ١٧٠ / ٢ أ] نصف الصداق فوجد السيد عديماً فهاهنا لا يرد العتق لأن نصف الصداق إنما وجب بعد العتق بطلاق الزوج واحتيازه ، ولو شاء لم يطلق ، ولو طلق الزوج قبل البناء ثم أعتق السيد بعد الطلاق ولا شيء عنده فهاهنا يرد من العتق بقدر نصف الصداق لأنه كمديان أعتق ، إذ بالطلاق وجب نصف الصداق ديناً على السيد ، ولو زوج أمته تزويجاً يجب فسخه قبل البناء ثم أعتقها قبل فسخ النكاح ثم عثر على النكاح ففسخ ووجب رد الصداق فوجد السيد عديماً وجب رد عتقها لأن النكاح كان غير مستقر فالصداق [ق / ١٥٦ / ٢ ب] من حين قبضه السيد عليه دين فإذا أعتق الأمة بعد ذلك فهو كمديان أعتق . وبالله التوفيق .

قال ابن المواز : ومن حلف بحرية عبد إن باعه ، فباعه وقبض ثمنه وأتلفه ولا شيء له غيره ، فهو حر ، ويتبع بالثمن ، لأنه إنما وقع الحنث قبل تلف ثمنه فقد أعتق وعنده وفاء دينه سوى العبد ، انظر لم هذا والعتق إنما يتم فيه بالحكم فقد لحقه الدين قبل إنفاذ العتق .

قال : ولو باع سلعة من رجل واستحلفه بعتق عبده ليدفعن إليه الثمن إلى أجل كذا فحنث ولا شيء له غير العبد ، فللذى استحلفه أن يرد عتقه إذ لا عتق لمديان ، وقاله أصبغ .

وقال عن ابن وهب : أنه لا يرد عتقه استحساناً .

قال أصبغ : بل يرد وليس استحلافه إسلاماً منه لعتقه ولا رضى منه به .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أعتق عبیده وعليه دين يغترقهم ولا مال له غيرهم فقام عليه غرماءه فليس له ولا لهم بيعهم دون الإمام .

قال ابن القاسم : فإن باعوههم بغير الإمام ثم دفع ذلك إلى الإمام بعد أن أيسر السيد فليرد بيعهم ويمضى عتقهم ، وإنما ينظر في ذلك الإمام يوم يرفع إليه فإن كان أعتق وهو موسر ولم يقم غرماءه ولم يعلموا حتى أعسر فلا رد للعتق لأنه وقع في وقت لا يرد لو وقع . وقاله مالك .

قال مالك : ولو أعتق في عشرة فلم يقم عليه غرماءه حتى أفاد مالا فيه وفاء دينه فعتقه جائز ثم إن ذهب المال الذي أفاد قبل قيام الغرماء عليه ثم قاموا فليس لهم إلى رد العتق سبيل .

قال مالك : ولو باعهم الإمام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا له وفاء ولا يعتقون عليه .

قال : ومن رد غرماءه عتقه للرقيق فلم يباعوا حتى أفاد السيد مالا فهم أحرار وليس ذلك رد للعتق حتى يباعوا ، وكذلك لو باعهم السلطان ولم ينفذ البيع حتى أيسر السيد لنفذ العتق .

قيل لابن القاسم : ما معنى قول مالك : ولم ينفذ البيع ؟

قال : بيع السلطان عندهم بالمدينة يشترط إذا باع أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فإن وجد من يزيده وإلا أنفذ البيع .

قيل له : ويجوز هذا البيع في مذهب مالك ؟

قال : نعم .

قيل لابن المواز : قول ابن القاسم : إذا لم يكن له مال غيرهم فرد السلطان عتقهم وأمر ببيعهم فباعوا وملكوا ثم أفاد الغريم مالا . قال : إن كان أفاده بقرب بيعهم وحدثانه قبل أن يقسم ثمنهم على الغرماء رأيت أن يرد بيعهم وينفذ عتقهم

ويأخذ الغرماء حقهم مما أفاد غريمهم ، وإن فات بيعهم وطال أمرهم واقتسم الغرماء ثمنهم ثم أفاد سيدهم مالاً لم يرد بيعهم ، ثم إن اشتراهم أو ورثهم لم يعتقوا عليه وحل له وطؤهم وبيعهم .

وكذلك فى « كتاب ابن سحنون » عن ابن القاسم وأشهب : أن رد السلطان ليس برد حتى يباعوا ويقسم المال بين الغرماء إذا لم يفت وكان قريباً .

وقال ابن نافع : لا أعرف هذه الرواية ، والذي لم أزل أعرفه أن رد السلطان رد للعتق وإن لم يبيعه فى الدين ولا يعتقون بعد ذلك ، وإن أفاد مالاً ، وظاهر « المدونة » : أنه إذا أنفذ بيعهم ثم أفاد السيد مالاً لم يرد عتقهم وله وجه فى القياس من أجل حجة المشتري ، وقد رأيت لسحنون لا ينقض البيع وإن لم يقسم الثمن وهو ظاهر « المدونة » .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أعتق عبده وعليه دين يغترقه ولم يعلم الغرماء ، وللعبد ورثه أحرار ، فمات بعضهم بعد عتقه ، فلا يوارثهم ، لأنه عبد حتى يعلم الغرماء بالعتق فيجيزونه ، أو يفيد السيد مالاً لأن للغرماء إجازة العتق أو رده ، ولا يرث إلا من ليس لأحد أن يرده فى الرق على حال .

ولقد قال مالك فيمن بتل فى مرضه عتق عبده ثم مات السيد وله أموال مفترقة : يخرج العبد من ثلثها إذا اجتمعت فهلك العبد قبل اجتماعها أن ورثته الأحرار لا يرثون ؛ لأن العتق إنما يتم بعد جمع المال وخروج العبد من ثلثه ، لأنه لو ضاع المال كله لم يعتق من العبد إلا ثلثه ، وإن بقى من المال ما لا يخرج العبد إلا من ثلثه عتق منه ما حمل الثلث ولم يلتفت منه إلى ما ضاع منه .

فهذا يدل على مسألتك .

وحكى عن بعض فقهاءنا القرويين فى المديان يعتق عبده فيموت للعبد ولد حر أنه قال : سواء أجاز الغرماء عتق هذا [ق/ ١٥٧ / ٢ ب] العبد أو ردوه فإنه لا يوارث من كان مات له من ولد .

قال : وأما من اشترى عبداً فأعتقه ثم مات له ولد حر أو شهد بشهادة أو جرى له أمر أقيم فيه مقام الحر ثم استحققت رقبته ، فهذا إن أجاز المستحق البيع ونفذ

العتق ، فإنه يتم ما تقدم للعبد من وراثة أو شهادة أو غير ذلك ، وإن رد البيع ونقض العتق رد ميراثه وبطلت شهادته وسائر ما تقدم له مما أقيم فيه مقام الحر .

قال : والفرق بين المسألتين : أن عتق المديان عتق عدى بفعله كذا فعل والمشتري فعله غير عدى لأنه أعتق ملكه في ظاهر الأمر ، فلما أجاز المستحق البيع نفذ ما تقدم له من شهادة أو ميراث ولو كان المشتري يعلم أن العبد لغير البائع وتعدى في شرائه وأعتقه وجب أن يكون مثل مسألة الغرماء فيجيزون العتق لا يتم للعبد ميراث ولا شهادة ، وإن أجازته المستحق لأن العتق وقع على طريق العدى لعلم المشتري أنه لغير البائع فهو كالغاصب وهذا الذي قال في عتق المشتري ولم يعلم ذكره ابن المواز .

والمسألتان عندى سواء ، وإنما اختلفت الجواب فيهما لاختلاف السؤال وذلك أنه سئل عن معتق المديان مات وله وارث وثم غرماء غُيِّب لم يعلموا معتقه فقال : لا يرث لأن لهم إجازة العتق أو رده ، ونحن لا ندرى هل يجيزوا أو يردوا فلا ينبغي أن نورثه بالشك .

وسئل عن معتق المشتري مات له وارث فورثه إذ لا يعلم له مستحق ثم طرأ المستحق ، فقال : إن أجاز عتقه تم له ذلك [ق / ١٧١ / ٢ أ] الميراث ، وإن رده رد الميراث .

وكذلك يقول في مسألة معتق المديان لو لم يعلموا أن سيده مديان حتى ورث وارثه ثم قامت الغرماء على سيده فأجازوا عتقه لثم له ذلك الميراث كمسألة المشتري ، ولو أن المشتري أيضاً أعتق عبده ثم علمنا أنه مستحق ثم مات له وارث لم ينبغ أن يرثه كمسألة المديان .

وقد قال ابن المواز في مكاتب أعتق عبده ولم يعلم سيده حتى مات المعتق عن مال ، قال : إن أجاز السيد عتق مكاتبه ورث المعتق ورثته الأحرار ، وسيد المكاتب إن لم يكن له ورثة بمنزلة من سرق عبده وبيع فأعتقه المشتري ثم مات للمعتق من يرثه ثم استحقه سيده فإن أجاز عتقه ورث ، وإن رده لم يرث ، وهذا أصل مالك فمسألة عتق المكاتب بمنزلة عتق المديان فلا فرق بينهما وبين مسألة المشتري ، بل عتق المديان أقوى لأن الغرماء ليس دينهم في عين العبد إذ لو أفاد السيد مالاً قدر الدين أو أدى العبد أو غيره ما على سيده من الدين لم يكن للغرماء إلى نقض العتق سبيل .

وكذلك لو طال زمانه حتى وارث الأحرار وجازت شهادته والمستحق لا يمنعه من نقض العتق مانع فوجب أن يكون عتق المشتري أضعف ، وأيضاً فإن المديان أعتق عبده حقيقة وهذا أعتق عبده غير حقيقة .

ولأن من أصل ابن القاسم إن فعل من المستحق من يده في الشيء المستحق كلا فعل كمن حلف ليقضين فلائاً حقه إلى أجل كذا فقضاه إياه قبل الأجل ثم استحق ذلك الحق بعد الأجل أنه حانث ولم يعد قضاؤه قضاءً ، لأنه إنما قضاه مال الغير .

وأما احتجاجه بأن فعل المديان فعل عدى ، فعتق المكاتب أيضاً عتق عدى ، وأنا أريك ما هو أقوى في العدى : الأمة تكون بين الرجلين فيطوؤها أحدهما فتحمل منه وهو معدم أن لشريكه أن يلزمه القيمة وتكون له أم ولد فقد جعلوها بوطء العدى أم ولد ، وكذلك ينبغي إن أجاز الغرماء عتق المديان أن يجوز ما تقدم له من إرث وشهادة ؛ لأنهم إنما أجازوا فعلاً متقدماً وكأنه لم يزل حرّاً من ذلك الوقت .

وقد قال مالك وابن القاسم في « كتاب ابن حبيب » : إن عتق المديان على الإجازة حتى يرد وكذلك قال في عتق المشتري أن العتق منعقد بظاهر الشراء فلا فرق بينهما ، وابن القاسم لم يصرح في « المدونة » أنه لا يوارث الأحرار وإنما جاز للغرماء عتقه بل قال : لا أرى أن يرث ، لأنه عبد ، حتى يعلم الغرماء فيجيزوا ذلك أو يفيد السيد مالاً فهذه إشارة إلى أنهم إن أجازوا ورث ، وإن أفاد السيد مالاً ورث وإن كان قد قال بعد ذلك : ولا وارث إلا من قد بتل عتقه ولا يرجع في الرق على حال ، وهذا أيضاً فيه بعض الاحتمال كأنه قال : إذا بتل عتقه المخير من مديان أو مستحق ورثته [ق/ ١٥٨ / ٢ب] بمعنى أجزت ميراثه ، وبالله التوفيق .

ومن « المدونة » : قال مالك في باب بعد هذا : ومن بتل عتق عبده في المرض وقيمتة ثلاثمائة درهم ولا مال له غيره فهلك العبد قبله وترك ابنة حرة وترك ألف درهم فقد مات رقيقاً وما ترك السيد بالرق دون ابنته ، ولو كان لسيدة مال مأمون من دور أو أرضين يخرج العبد من ثلث ذلك جاز عتقه وكان ما ترك ميراثاً بين الابنة والسيد نصفين .

وقال بعض الرواة : لا ينظر إلى فعل المريض إلا بعد موته كان له مال مأمون أو لم يكن .

قال ابن القاسم : ولو احتمل المال المأمون نصف العبد لم أعجل عتق شيء منه وإنما يعتق إذا كان المال المأمون كثيراً أضعاف قيمة العبد مراراً .

فصل

قال مالك : وإذا بطل المريض عتق عبيده أو أوصى بعتقهم وعليه دين يغترقهم لم يجز عتقه وإذا كان الدين لا يغترقهم أسهم بينهم أيهم يباع للدين ثم أسهم بينهم فيمن يعتق في ثلث بقيتهم فإذا أخرج السهم للدين أحدهم وقيمته أكثر من الدين بيع منه بقدر الدين وأقرع للعتق على ما يبقى منه بعد الدين مع من بقى ، فإن خرج بقية هذا العبد وفيه كفاف الثلث أعتقت بقيته وإن لم تف بقيته بالثلث أعتقت بقيته وأعدت السهم حتى يكمل الثلث في غيره وكذلك يعاد السهم في الدين إن خرج من لا يفي بالدين حتى يكمل الدين ، وإن بيع بعض عبد ثم يقرع للعتق كما ذكرنا ، وإنما القرعة في الوصية بالعتق والبطل في المرض كان عليه دين أو لم يكن أمرهما سواء .

قال : وإن بطل عتقهم في مرضه وعليه دين وعنده وفاء به فلم يمت حتى هلك ماله ، فالدين يرد عتقه بخلاف الصحيح ، لأن فعل المريض موقوف ، وذلك كوصيته بعتقهم ، فإن اغترقهم الدين رقوا وإن كان فيهم فضل عن الدين أسهم بينهم أيهم يباع للدين ثم يقرع بينهم فيمن يعتق في ثلث بقيتهم كما قدمنا .

وإنما الصحيح يعتق رقيقه عليه دين لا يغترقهم فليبع منهم مقدار الدين بالحصص ويعتق جميع بقيتهم ، وإن كان له يوم أعتق من المال مقدار الدين فلم يتم عليه الغرماء حتى تلف ذلك فعتقهم نافذ لا يرد بخلاف المريض ، وقد تقدم هذا .

قال إسماعيل القاضي في « المبسوط » : إنما لم يكن في هؤلاء قرعة لأن المعتق حيّ وهو أدخل على نفسه الضرر فلم يكن في أمر الرقيق شيء أعدل من أن يباع من كل واحد قسطه من الدين بالحصص ويعتق ما بقى من كل واحد ، وأما إذا أعتق في مرضه الذي مات فيه أو أعتق في وصيته فلو أعتق من كل واحد بعضه لدخل الضرر على الوارث فلذلك كانت القرعة عند مالك في هؤلاء ولم تكن في الآخرين .

قال ابن المواز عن مالك في صفة بيعهم بالحصص مثل أن يكون له عبدان قيمة أحدهما ثلاثون والآخر عشرون فيباع من صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الدين ومن

الآخر بخمس الدين وأسهل من هذا أن ينظر كم الدين من قيمة جميعهم فإن كان ربعاً أو ثلثاً أو نصفاً بيع ذلك الجزء من كل واحد وهو والأول في الحساب سواء .

قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم : إن تساوا في القيمة فبيع بنصف الدين نصف أحدهما ثم رغب راغب في الآخر فزاد في نصفه أربعة دنانير فليبع منه بنصف الدين وزيادة دينارين ويرد هاذين الدينارين على مشترى النصف الآخر فيعتق بقدرهما من العبد الآخر فيصير قد بيع من كل واحد نصفه إلا دينارين وعق نصفه وما يخص الدينارين جعل هذه الزيادة كمال طراً فقسهما بينهما ، وليس ذلك كمال طراً ، لأن القيمة في الطارئ لم تتغير وهذه القيمة قد تغيرت فصار ما يخص دينارين من رقة المغالى الثمن أقل مما يخص المنخفض فيظلم الغالى الثمن وإنما ذلك كغلط في التقويم [ق / ١٧٢ / ٢ أ] قول أولاً على التساوى ثم ظهر بعد ذلك أن قيمة أحدهما أكثر بثمانية دنانير فينبغي أن تجمع القيمتين وينظر كم الدين من ذلك فيباع من كل واحد مقداره بالحصصة من الدين وأن يعتق بقيته .

مثال ذلك : أن يكون الدين عشرين وقوم كل واحد منهما بعشرين فوجب أن يباع نصفهما فلما زيد في نصف الباقي أربعة صار كأن قيمته ثمانية وعشرون فقيمتها جميعاً ثمانية وأربعون [ق / ١٥٩ / ٢ ب] فالدين من القيمتين ربع وسدسى فيباع من كل واحد ربه وسدسه ويعتق بقيته ، وهو الصواب إن شاء الله .

قال ابن المواز : وإن نقصت قيمة الباقي بتغير دخله في بدنه أو غيره لم يبع منه إلا نصفه وهو القدر الذى وجب بيعه قبل أن يدخله النقص لأن ذلك النقص كمال ذهب ، ولا ينقص ذهابه ما وجب عتقه ، وهذا بين .

ابن المواز : قال أشهب : وإذا بتل المريض عتق رقيقه أو أوصى بعتقهم وعليه دين يغترقهم ولا مال له سواهم فأجازه الغرماء ذلك وأنفذوا عتقه فلا يجوز على الورثة إلا عتق ثلثهم بالسهم لأنهم إنما وهبوه دينهم فصار كمن لا دين عليه وكذلك لو هلك وترك مدبراً وعليه دين يحيط برقبته فأجاز الغرماء عتقه فلا يعتق منه إلا الثلث ويرق ثلثاه للورثة .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن اشترى أباه وعليه دين يغترقه لم يعتق عليه .

قال ابن المواز : دينه أولى من العتق ، وكذلك فى سماع ابن القاسم عن مالك .

قال فى « المدونة » : وإن اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه فليرد البيع .

وقد قال ابن القاسم : بل يباع منه ببقية الدين ويعتق ما بقى .

ابن المواز : وهو القياس على أصل مذهب مالك .

وقال غيره فى « المدونة » : لا يجوز له فى السنة أن يملك أباه إلا إلى العتق ،

فإذا كان عليه دين يرده صار خلاف السنة أن يملكه فيباع فى دينه ويقضى عن دينه ثماؤه .

والفرق بين المسألتين عند مالك : أن الأول اشتراه ودفع جميع ثمنه فلا حجة

للبيع إذا قبض جميع ثمنه ولا عليه إذا باع جميع ما يجوز له بيعه ، ويباع فى دين الابن إذا تلف فيه مال غرمائه ، والمسألة الثانية لم يدفع جميع الثمن للبايع فله نقض البيع وأخذ عبده ؛ إذ لو بيع عليه فى بقية الثمن لدخل عليه غرماء إن كان للولد .

وأما ابن القاسم فقد احتاط للعتق ولم ير للبايع حجة إذا قبض بقية ثمنه والدين

أمر طارئ فلا يعتبر به . وهو القياس .

وحكى عن ابن القابسى : أن المسألتين على مذهب « المدونة » عند مالك سواء

ينقص البيع فيها .

وليس بشيء والصواب أن يرد المجل إلى ماله ، مفسر فى غير « المدونة » ،

وكذلك رأى أبو محمد ونقلها فى « مختصره » .

والفرق بين عتقه فى الصحة وبينه فى المرض : أنه فى الصحة إذا مات صارت

الأمة ملكاً للورثة لا سبب لهم فيها فمنعهم من بيعها ضرر بهم وعتقهم فى المرض من الثلث ولا تعقب لهم فى ثلثه وقد اشتغل جميعها بذلك فلزمهم الصبر إلى أن تضع ويخبروا فى ضيق الثلث كما ذكرنا .

قال ابن المواز : ومن أوصى بعتق ما فى بطن أمته فلم يحملها الثلث فلتخير

الورثة ، فأما أجازوا ذلك وأعتقوا من الأمة محمل الثلث وكذلك لو أوصى بالجنين

لرجل وضاق الثلث فإن أجازوا وإلا قطعوا له ثلث الميت إلا أن يشاء أن يأخذ ذلك

فى الأمة ولو أوصى بعتق الجنين والثلث يحمله فأعتق الورثة الأمة فعتق الميت أولى ،

وله ولاء الولد .

قال أشهب : عتق الورثة أول وولاء الأم والولد لهم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا اشترى المريض عبداً بمحابة فأعتقه فالعتق مبدا على المحابة لأن المحابة وصية والعتق بيدى على الوصايا .

وقد قال مالك : ما حابى به المريض فى شرائه ويبيعه فهو وصية فى الثلث .

قال ابن القاسم : فإن كانت قيمة العبد كفاف الثلث سقطت المحابة ولم يكن للبائع غير قيمة العبد من رأس المال وإن بقى بعد قيمة العبد شيء من الثلث كان فى المحابة .

وقد قال ابن القاسم أيضاً : يبدأ بالمحابة لأن العتق لا يتم إلا بها فكأنه أمر بتبدئها فى الثلث فإن بقى بعدها من الثلث شيء كان ذلك فى العبد أتم ذلك عتقه أم لا .

قال سحنون : وهذا القول أحسن من الأول .

قال مالك : ولو لم يحاب لجاز شراؤه وعتقه إن حملة الثلث على ما أحب الورثة أو كرهوا أو إن لم يحمله الثلث عتق منه مبلغه ورق ما بقى .

تعقب بعض الفقهاء هذه المسألة وقال : كيف يجوز هذا البيع والبائع لا يدري ما حصل له هل الثمن أو أقل منه أو قيمة العبد وذلك مجهول .

فالجواب عن ذلك : أن هذه المسألة ومسألة إقالة المريض من طعام فيه محابة وشبهها إنما وقع البيع فيه بينهما على المناجزة وجواز البيع وإنما تعقب أمره بعد ثبات البيع وانعقاده .

وأما لو قيل لهما فى عقد البيع أن فى هذا البيع محابة ومحابة المريض وصيته من الثلث ، ولا تدري أيها البائع ما يصح لك منها لم يجوز أن يعقد البيع على ذلك . وقد ذكرنا شرح ذلك فى « كتاب [ق / ١٦٠ / ٢ ب] السلم » فأغنى عن إعادته .

فصل

ومن « كتاب المكاتب » ، « والقسم » : قال مالك : وإذا أعتق الأب عبد ابنه الصغير جاز عتقه إن كان ملياً يوم أعتق وغرم قيمته للابن وإن لم يكن ملياً رد عتقه

إلا أن يتناول زمانه وتجاوز شهادته ويناكح الأحرار فلا يرد ويتبع الابن بقيمته .
قال غيره : وإن أعتق ولا مال له فلم يرفع إلى الحكم حتى أيسر الأب فإنه يقوم عليه ويتم عتقه .

قال في « كتاب محمد » : وأما الابن الكبير الخارج من ولاية الأب فلا يجوز عتق الأب لعبده .

قال ابن المواز : وإن أعتق عبد ابنه الصغير عن الابن لم يجز ذلك وإنما يلزمه ويقوم عليه إذا أعتقه عن نفسه .

قال عن أشهب : والوصى في عتق عبد يتيمه كالأب إن كان له مال قدر قيمته عتق عليه كله وإن لم يكن له أو للأب ما يبلغ قيمة المملوك لم يجز عتقها في شيء منه لأنهما يفسدان على الصبي ماله إلا أن يكونا مليون بقدر قيمة المعتق وإنما لزمهما ذلك كأنهما يليان للصبي البيع والشراء وأنهما لو باعا مملوكه ممن يعتقه جاز ، وكذلك إذا أعتقاه عن أنفسهما ، وكذلك عتق المرأة مملوك ابنها جائز إذا كان لها مال .

ابن المواز : وكانت وصية .

قال مالك : ولو أعتق ولى الأيتام وصيقاً لهم ولأهمهم فيه الربع جاز عتقه وغرم لهم قيمة مالهم فيه وغرم للأم حقها إن لم تعتق معه .

قال ابن المواز : فإن كانت قيمته يوم العتق ستة دنائير ويوم نظر فيه وتكلمت الأم مائة دينار كان عليه [ق / ١٧٣ / ٢ أ] للأيتام قيمة حقهم على ستة دنائير وللأم قيمة حقها على مائة دينار .

فصل

وما تصدق به الأب من مال ولده لم يجز وإن كان الأب موسراً ويرد حيث وجد ، وإن طال الزمان إذا كان شيئاً له بال ، وإن كان تافهاً جاز وغرمه الأب للابن ، وقاله ابن القاسم .

ولو تزوج الأب بمال ولده جاز ذلك للمرأة كان الأب موسراً أو معسراً دخل بها أم لا .

قال ابن المواز : ولو كبر الابن فوجده المرأة لم يتغير وأبوه معدم لم يأخذه وأتبع

أباه بقيمته يوم أصدقها إياه .

فصل

ومن « كتاب ابن سحنون » : قال المغيرة : فيمن أعطى ابنه الصغير عبداً ثم أعتقه والابن صغير فإن لم يشهد أنه اعتصره فللابن قيمته وإلا فلا ؛ لأنه يعتصر العطية والنحل ولو كان صدقه فعلى الأب قيمته ولو أعتقه في مرضه وهو عطية فللابن قيمته اعتصره أو لم يعتصره إذ لا يعتصر في المرض ويعتق من ثلثه فإن لم يحمله كان ما ناب على محمل الثلث لورثته .

فيمن أعتق شقصاً له من عبد بعينه له أو لغيره وعتق جنين

الأمة بين الرجلين واشترائه بعض من يعتق عليه أو ورثه أو وهبه

روى مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » (١) .

ورواه أشهب عن يحيى بن سليم ورفعته إلى النبي ﷺ .

قال يحيى بن سليم : وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير في امرأة أعتقت ثمن عبد وهو مصابها منه ولا مال لها غيره فجعل له عمر من كل ثمانية أيام يوماً وجعل له في يوم الجمعة ، والورثة سبعة أيام ، قوله : وجعل له في يوم الجمعة ، يحتمل أن يكون جعل له ثمن يوم الجمعة وللورثة سبعة أثمانها وقاسمه بقية الأيام له يوم وللورثة سبعة أيام ، ويحتمل أن يكون أراد أن ابتداء فرض له كان في يوم الجمعة ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : قال مالك - رحمه الله : فكان من أعتق بعض عبده أخرى أن يستتم عليه بقيمته .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : قال مالك : وإذا أعتق المولى شقصاً له في عبد فليس لشريكه أن يتماسك بنصيبه أو يعتقه إلى أجل وإنما له أن يعتق بتلاً أو يقوم على شريكه فإن أعتق حصته إلى أجل أو دبره أو كاتبه فسخ ما صنع وقوم نصيبه

(١) أخرجه مالك (١٤٦٢) ، والبخاري (٢٣٨٦) ، ومسلم (١٥٠١) .

على شريكه إلا أن يبتله .

قال غيره : فإن كان الأول ملياً بقيمة نصف نصيب المعتق إلى أجل قوم ذلك عليه وبقي ربع العبد معتقاً إلى أجل . يريد : وكذلك في التدبير والكتابة .

وقال غيره : إذا كان الأول ملياً وأعتق الثاني إلى أجل فقد ترك التقويم وأراد إبطال السنة واستثنى من الرق [ق / ١٦١ / ٢ ب] ما ليس له فأرى أن يعجل عليه العتق الذي ألزم نفسه .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وقال الكوفيون : إذا أعتق الثاني فلا عتق له ولا بد من التقويم على الأول لقول النبي ﷺ : « من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال قوم عليه » ^(١) ولم يقل : أن لشريكه أن يعتق ، فهو على ظاهره .

وحجة مالك : أنه إنما أوجب التقويم على المعتق في حصة الشريك فيما أدخل عليه من الضرر بعتقه لنصيبه ، فأما إن أراد الشريك عتق نصيبه لم يكن للأول منعه لأن هذا أولى يعتق نصيبه كسائر الملك .

ومن « المدونة » : قال : وإذا عتق المولى شقصاً له في عبد فأقره شريكه بالقيمة على أن زاده فيها فذلك حرام .

قال : ومن أعتق شركاً له في عبد بإذن شريكه أو بغير إذنه وهو ملى قوم عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء وعتق عليه .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك : ولو قال العبد : لا حاجة لى بعتق ما بقى منى ، لم يلتفت إليه .

ابن المواز : وكذلك لو قال الشريك : لا حاجة لى بتقويمه وأنا أرضى بالتمسك فلا بد من التقويم أعتقه بإذن صاحبه أو بغير إذنه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان الأول ملياً بقيمة بعض النصيب قوم عليه بقدر ما معه .

ورق بقية النصيب لربه وإن كان عديماً لا مال له لم يعتق غير حصته ويبقى نصيب الآخر . قاله ابن المواز . ولو شاء شريكه التقويم عليه وابتاعه فذلك له لأن

ضرر التأخير على الذى لم يعتق .

يريد : فلا يحمل الحديث على ظاهره ، ألا ترى أن المعتق إذا كان ملياً أن لشريكه أن يعتق ولا يقوم عليه ، وظاهر الحديث أن يقوم عليه فإنما ذلك إذا سواه له فله هو أن يعتق أيضاً. قال غير ابن القاسم فى « كتاب أمهات الأولاد » : ليس له ذلك بخلاف العديم يطأ أمة بينه وبين شريكه هذا له أن يقوم عليه ويتبعه لأنه وطئ حصته وحصه شريكه وفى العتق إنما أعتق حصته فقط .

وهذا ظاهر قول مالك وابن القاسم فى « المدونة » ، وهو أشبه بظاهر الحديث .

ابن المواز : وقال أشهب : وإذا أعتق شركا له فى عبيد بينه وبين رجل أو رجال وعنده ألف ، وقيمة حصصهم ألفان فإن كان عتقه ذلك فى كلمة واحدة عتق من نصيب كل واحد نصفه وإن كان إنما أعتق نصيبه أولاً من واحد ثم أعتق نصيبه من آخر حتى أتمهم فالأول أحق بماله فى التقويم ثم من يليه حتى ينفذ ما فى يده ثم أبطل عتق آخرهم وأبيعه فى عتق أول باقى هؤلاء الباقين فإن خلصه وإلا انتقلت إلى بيع من يلى البيع من المتأخرين فإن تمت عتق من ذكرنا من بقية الأولين وبقي من ذلك شيء جعل ذلك فى عتق من يلى عتق هذا المعتق فلا يزال يباع هكذا نصيبه من آخر من أعتق فى عتق أولهم حتى لا يبقى إلا معتق أو مباع فإن لم يبق ممن يباع إلا من فى بيع بعضه وما يعتق من يليه بعت منه بقدر ذلك وأعتقت ما بقى .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : لا أقول بهذا وأرى إن لم يكن له مال غير الأشقاص فلا أرد عتقه فى الأول لأنه لا تجب فى الأول قيمته إلا بالقيام عليه .

وقال ابن القاسم فى « العتبية » فىمن أعتق شقصاً له من عبد فلم يقوم عليه باقيه لغية شريكه [ق/ ١٧٤ / ١٢] حتى أعتق عبداً آخر لا شريك معه فيه ولا مال له غيره أنه لا يرد عتقه لتقويم الشقص لأن القيمة عليه ليست كالدين إذ لو كان ذا مال فلم يقم عليه حتى دأب الناس فغلبوا عليه فلا يحاصهم العبد ولو أحدث بعد عتق الشقص صدقة أو هبة فذلك ماض لا يرد لتقويم الشقص ولو كاتب عبداً لم يرد كتابته وتباع كتابته لتقويم الشقص ولو أحدث تدبيراً لبيع المدبر لتقويم الشقص إلا أن يكون فيه فضل فيباع منه بقدر القيمة ويكون الباقي مدبراً .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو ملى ثم أعتق شريكه نصف نصيبه عتق باقى حصته عليه لأنه قد أئلف نصيبه بعته لبعضه ، ولا يقوم على الأول إلا إذا أقيم عليه والعبد غير تالف ، ألا ترى أنه لو مات العبد قبل التقويم لم يلزم المعتق الأول شيء ، وكذلك لو أعتق الثانى جميع نصيبه لم يكن له أن يضمن الأول لأنه قد أئلفه فكذلك إذا أعتق بعض نصيبه .

قال : فإن مات المعتق لبعض نصيبه قبل أن يعتق عليه ما بقى قومنا بقيته على المعتق الأول .

قال مالك : ولو كان العبد لثلاثة نفر فأعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر [ق / ١٦٢ / ٢ ب] نصيبه وهما ملىان فأراد المتمسك بالرق أن يضمن المعتق الثانى فليس له ذلك وإنما له أن يضمن الأول لأنه هو الذى ابتداء الفساد فإن كان الأول عديماً فلا تقوم على الثانى وإن كان موسراً إذ لم يبتدأ فساداً .

سحنون : وقاله جميع أصحاب مالك ، إلا ابن نافع فإنه قال : يقوم على الثانى إن كان ملىاً ، وقال : أرأيت إن أراد المتمسك ألا يقوم ويرضى بالضرر وأبى العبد ليس ذلك للعبد .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو أعتقا معاً قوم عليهما إن كانا مليون .

قال ابن حبيب : وليس للمتمسك أن يقوم على أحدهما وإن رضى به من أراد أن يقوم عليه ولو جاز ذلك جاز له بيعه من أجنبى على أن يعتقه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن كان أحدهما ملىاً والآخر معسراً قوم جميع باقيه على الموسر .

قال سحنون : وقاله أكثر أصحابنا .

وقال الآخرون - وقاله عبد الملك : لا يلزم الموسر من القيمة إلا ما كان يلزمه فى ملاء صاحبه لأنهما ابتدئا الفساد معاً .

ومن « كتاب ابن المواز » : روى أشهب عن مالك فى عبد لرجل نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه وأعتق صاحب الثلث والسدس حصتيهما معاً فليقوم عليها باقيه بقدر مال كل واحد منهما كالشفعة فى اختلاف الأنصباء فإن كان أحدهما معه ما

قومت جميعه على الموسر كما إذا أسلم أحد الشفعاء نصيبه لم يكن للباقي أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم .

وقاله المغيرة ثم رجع إلى أن يقوم بينهما نصفين كما لو قتلا .

سحنون : وقاله عبد الملك ، ورواه ابن نافع عن مالك ، وهى رواية غير معروفة ، وهو قول الشافعى .

بالأول أخذ ابن سحنون .

ابن المواز : قال أشهب : وأجمعوا على أن من عجز منهما عن بعض ذلك أنه يتم على الآخر .

وذكر ابن حبيب عن عبد الملك مثل ما ذكر عنه سحنون وقاله عنه .

وإن كان أحدهما عديماً لم يقوم على الثانى منهما إلا ما كان يلزمه أن لو كانا مليون .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق معسر شقصاً له من عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر فقال مالك قديماً : أنه يقوم عليه ، ثم قال : إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك ، وأما إن كان سيد العبد غائباً فلم يقدم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر .

ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأشهب : إذا أعتق فى عسره ثم أيسر قبل أن يرفع أمره إلى الإمام وينظر فيه عتق عليه إلا أن يكون إعدامه بيناً عند الناس كلهم فلا تقويم عليه إلا أن يكون العبد غائباً . وهو قول مالك الثانى فى « المدونة » .

وقال ابن نافع : إنما ينظر إلى حاله يوم التقويم عليه فإن كان له مال قوم عليه ، وإن كان يوم العتق معسراً أو اختلفت أحواله من يسر وعسر ، والأول أحب إلينا وقول ابن نافع هو قول مالك الأول .

وذكر ابن الكاتب كلام ابن المواز ، وقال : لا يجوز أن يقوم العبد الغائب .

قال : وكذلك العبد المفقود لا يقوم .

قال ابن القاسم : وإذا كان العبد قريب الغيبة لما يجوز فى مثله اشتراط النقذ فى بيعه لزم تقويمه إذا عرف موضعه وصفته وينتقد القيمة لجواز بيعه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره فلا شك أنه لا تقويم عليه .

قال مالك : وإن أعتق حصته في يسره ، فقال شريكه : أنا أقوم عليه نصيبى ، ثم قال بعد ذلك : أنا أعتق ، لم يكن له إلا التقويم .

قال ابن حبيب : لا تقوم على الأول حتى يعرض على شريكه أن يعتق ، فإن أعتق فذلك ، وإن أبى قوم على الأول وإن رجع بعد أيام قبل التقويم على الأول فذلك له ما لم يقوم عليه . وقاله ابن الماجشون ، ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك .

ابن سحنون : قال أشهب : إذا أعتق الشريك وهو موسر فقال شريكه : أنا أقوم عليه ولا أعتق ، فلما قام عليه وجده معدماً ، فإن العبد عتيق على الأول ويتبعه هذا بالقيمة في حصته ، لأنه ضمنه في وقت له تضمينه فيه كمن أعتق وعليه دين وعنده وفاء به .

وقال ابن القاسم : له أن يرجع إلى نصف العبد فيأخذه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فدفع إلى الإمام فلم يقوم عليه لعسره ثم أيسر بعد ذلك فاشتري حصة شريكه لم يعتق عليه .

قال ابن القاسم : ولو دفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه ولا نظر في أمره حتى أيسر لقوم عليه لأن العتق إنما يقع حين ينظر السلطان [ق / ١٦٣ / ٢ ب] فيه ليس حين يرفع إليه .

وقال سحنون : أجمع أصحابنا أن من أعتق شقصاً له في عبد أنه بتقويم الإمام عليه حرّ بغير إحداث حكم ، وكذلك لو دبر فقوم عليه لشريكه ، وأنكر قول عبد الملك في التدبير إن قوم عليه لم يكن مدبراً إلا بحكم ، وقالوا : إن من أعتق بعض عبده لا يعتق عليه بقيته إلا بحكم .

قال ابن المواز : وأما في المثلة فقليل : يعتق عليه بحكم . وقيل : بغير حكم ، وأما من ملك من يعتق عليه فهو حر بتمام الشراء [ق / ١٧٥ / ٢ أ] بغير حكم .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق أحد الشريكين حصته وله شوار بيت فليبع ذلك عليه وتباع عليه الكسوة ذات البال ولا يترك له إلا كسوته التي لا بد له منها

وعشية الأيام .

قال سحنون : قال عبد الملك : وإذا لم يكن للمعتق مال ظاهر سئل عنه جيرانه ومن يعرفه فإن لم يعلموا له مال أحلف ولا يحسن .

وقال جميع أصحابنا : إلا فى اليمين فلا يستحلف عندهم .

ابن المواز : قال ابن القاسم عن مالك فى العبد يعتق منه الشقص أو يعتقه سيده عند الموت وليس له منظره وله مخبره ترتفع بها قيمته فليس ذلك عندما يقوم على الشريك أو فى ثلث سيده .

قال : وإن كان زراعاً وقيمه بموضعه أرفع فليقم بموضعه ولا يجلب إلى غيره .

قال عنه أشهب : ولو قال المعتق عندما ما أرادوا أن يقوموا عليه : هو سارق وشريكى يعلم ذلك ، فإن أقر له شريكه قوم عليه سارق أبى وإن أنكر فلا يمين له عليه ويقوم صحيحاً سليماً لا عيب فيه إلا أن تقوم له بيعة بما قال .

قال أشهب : ولو أقام شاهداً عدلاً يحلف معه أنه سارق أبى وقوم على ذلك فإن نكل حلف شريكه ما يعلمه كذلك وبرئ ، وإن كان الشاهد غير عدل لم تختلف معه المعتق ولكن يوجب له اليمين على شريكه ما يعلمه أبى ولا سارقاً .

ابن المواز : لا يوجب الشاهد غير العدل شيئاً وكأنه كلاً شيء أعرف أن الشاهد غير عدل يوجب اليمين على اختلاف .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق أحد الشريكين حصته وهو موسر ثم باع الآخر نصيبه نقض البيع وقوم على المعتق .

ابن المواز : قال أشهب : إلا أن يكون المعتق اليوم قد أعسر فلا يرد بيعه إذ لا يرد إلى تقويم .

قال : ولو لم يرده حتى أعسر ثم أيسر فلا يرد إلا أن يكون عدمه الذى كان ليس بالمنكشف ولا رفع إلى الإمام فهذا يرد بيعه ويقوم عليه بقيمته الآن .

وقال ابن المواز : لا يعجبني قوله فى إجازة البيع إذا عدم المعتق بعد البيع لأن المتباع اشتري نصفاً وجب فيه التقويم فكأنه أعطى عيناً أو عرضاً فى قيمة مجهولة إذا

اشترى وهو يعلم فوجب القيمة .

قال ابن المواز : وإن دخل العبد عيب أو نقص فى سوق أو بدن أو زيادة فى مال أو ولد له ولد من أمته فقد فات فسخ البيع ولزمه مشتريه قيمة النصف المبيع يوم قبضه ثم يكون للمشتري تقويم نصفه على المعتق بقيمته الآن إن اتصل بيده ويقوم بماله وولد إن حدث له ، ولو فات بموت أو عتق لزم المبتاع نصف قيمته يوم قبضه وإن لم يكن علم المبتاع بعتق نصفه فالبيع صحيح وهذا عيب له الرد به إلا أن يفوت بعيب مفسد ، فإما رده مع ما نقصه ويقوم لبائعه على المعتق وإما حبسه وأخذ قيمة العيب ثم قومه هو على المعتق فإن فات بذلك بعد عدم المعتق فإن لم يكن اشتراه على أنه يقوم فلا حجة له إلا أن يقول : لم أعلم أن نصفه حر فله الرد .

قال : ولو ترك حتى تزوج المتمسك بنصيبه .

فقال أشهب : يغرم المعتق نصف قيمته ويعتق وتستوفى المرأة من تلك القيمة قيمته يوم أصدقها إياه .

ابن المواز : فإن لم يف لها بذلك أتبع الزوج بالباقي .

قال ابن المواز : وإنما يصح هذا الجواب إذا لم يعلم أن فيه تقويماً ولم يفث عندها بعيب مفسد ، وإن كانت تعلم أن فيه تقويماً لملاء معتقه فليفسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل ويقوم على المعتق ويأخذ الزوج القيمة ، ولا بد لها من رده فى عدم الزوج ويسره إلا أن يفوت عندها بموت أو عتق فعليها قيمته يوم قبضته ولها صداق المثل ويترادان للأفضل ، ولها إن أعتقه نصف ولأه العبد وإن مات بيدها فلها جميع ما ترك وعليها قيمته [ق / ١٦٤ / ٢ ب] يوم قبضته ولو فات بعيب مفسد أو حوالة تسوق غرمت للزوج نصف قيمته يوم قبضه وأخذت من المعين قيمة ذلك يوم الحكم ، وإن لم تعلم بعتق الشريك لم يفسخ النكاح وإن لم يبن بها وترده وتأخذ نصف قيمته يوم نكحت إن كان المعتق ملياً وإن كان عديماً لم يرده .

أبو محمد : وهذا إذا علمت أن نصفه حر ولو لم تعلم أن نصفه حر كان لها الرد ، وإذا لم تعلم بقيمته لم تفثه حوالة سوق لصحة البيع فيه ولها رده وإن دخله عيب عندها ردت ما نقصه وقوم للزوج على المعتق أو حبسته ورجعت بقيمة عيبه وقوم لها على المعتق ، ولو أعدم المعتق يوم علمت أن فيه التقويم فلا حجة لها كعيب

ذهب قبل علمها به .

قال ابن سحنون عن أبيه : قال بعض أصحابنا فيمن أعتق نصف عبده فلم يتم عليه حتى باع النصف الآخر فأعتقه المبتاع ثم علم بالبيع رد ويعتق باقيه على بائعه .

قيل : فإن استحدث ديناً ؟

قال : لا بد من فسخ بيعه ويعود كما كان ويبيع ما رد لأهل الدين وإن كان مشتره قد نقد الثمن كان أولى إذا بيع بمثل ما أخذ منه البائع ويكون ما فضل منه للغرماء ، وإن لم يكن دين غير الثمن الذى نقد فلا يعتق النصيب حتى يعطى المشتري ما نقد ويبيع فى ذلك النصف إن لم يكن له غيره فيقضى منه الثمن الذى أخذ سيده وإنما يباع منه بالثمن خاضة فيباع مناقصة فيقال : كم تشتري منه بعشرة ، فيقول واحد : أنا أخذ نصف العبد بها ، ويقول آخر : أنا أخذ ثلث النصف ، ويقول ثالث : أنا أخذ نصف النصف بها حتى يقضى ثم يعتق ما فضل منه مع النصف الأول ولا عتق للمشتري كان المعتق الأول ملياً أو معدماً .

قال أبو محمد : انظر قوله : أو معدماً .

قال ابن المواز : وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه فى العبد ثم وهب الآخر نصيبه لرجل فلا بد من التقويم وليلحف الواهب ما وهب فتكون له القيمة ثم هو أحق بها ، وإن هو لم يلحف فهو للموهوب ، وإن وهب عبداً فاستحق فللواهب الثمن على بائعه بلا عبيد .

قال ابن حبيب : عن مطرف وابن الماجشون : وإذا أعتق نصف عبده ثم تصدق بنصفه على آخر فليقوم على المعتق ويلزمه نصف قيمته للمتصدق عليه ، فإن مات المعتق أو فلس قبل أن يستتم عليه عتقه فالتصدق عليه أولى بنصفه يسترقه ، وسواء تصدق عليه بنصفه قبل عتق النصف أو بعد فالقيمة تلزمه فى الوجهين لأنه رضى أن يكون شريكاً معه .

ومن « العتبية » و « كتاب ابن سحنون » : قال ابن القاسم : من قال [ق / ١٧٦ / ٢ أ] فى كلام واحد : نصف عبدى صدقة على فلان ونصفه حر ، فالصدقة ثابتة ويقوم عليه إن كان ملياً وإن بدأ بالعتق فهو حر كله ، ثم قال : ذلك سواء وهو حر كله ؛ لأن مالكا قال : من

تصدق على رجل بعبد ثم أعتقه قبل أن يجار عنه فهو حر كله .

قال سحنون : وهو أشبه بمذهبه .

وقال أصبغ في « العتبية » : القول الأول أولى وليس ما ذكر حجة إنما يكون حجة إذا تصدق ثم لم يعتق إلا بعد حين يمكنه قبضه فيه فيصير ترك المعطى أن يجور صدقته بعد علمه بها حتى يعتق بعد حين حجة فأما أن يتصدق ثم يعتق في كلام واحد في مقامه فليس له ذلك وعليه نصف القيمة كالشريك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا كان معتق شقص له من عبد معسراً والعبد غائب فباع المتمسك حصته منه على الصفة وتواضعا الثمن وقبضه المبتاع وقدم به المعتق ملى أو لم يقدم به إلا أن العبد علم بموضعه فخاصمه في ذلك ، والمعتق قد أيسر فإن البيع ينقض ويقوم على المعتق .

يريد : إذا كان بموضع قريب يجوز فيه النقد وقد ذكرناه قبل هذا .

فصل

قال مالك : وإذا أعتق أحد الشريكين حصته في صحته فلم يقم عليه حتى مرض قومنا عليه حصة شريكه في الثلث ، وكذلك من أعتق نصف عبده في صحته فلم يعلم بذلك حتى مرض فليعتق منه بقيته في ثلثه .

ابن المواز : وقاله ابن القاسم وأشهب .

قال أصبغ : وإذا لم يعلم به حتى مرض [ق / ١٦٥ / ٢ ب] فليحكم عليه الآن بالتقويم ويوقف المال لحياته أو موته وينفذ الحكم عليه في ذلك ، فإن صح لزومه تلك القيمة ، وإن مات أخرجت تلك القيمة من ثلثه أو ما حمل الثلث منها وتبدا على الوصايا وما أعتق أولاً فمن رأس ماله .

وقال عبد الله بن عبد الحكم : لا يقوم في مرضه ويوقف أبداً ، وإن أضر ذلك بشريكه حتى يموت فيعتق ما بقى من ثلثه أو يصح فمن رأس ماله إلا أن يعتق معه الشريك .

قال مالك : والموت والفلس سواء والموت أبين .

ومن « المدونة » : وقال غيره فيهما : لا يقوم عليه في الثلث نصيب صاحبه ولا

يعتق عليه ما بقى من عبده لأن عتقه كان فى الصحة فلا يدخل حكم الصحة على حكم المرض كما لو مات أو فلس .

قال سحنون : وقد قال أبو بكر لعائشة - رضى الله عنهما - : « لو كنت حزتيه لكان لك ولكنه اليوم مال وارث »^(١) قاله وهو مريض ، والمرض من أسباب الموت وفيه الحجر .

وقد قال ابن عباس : لا يقوم ميت وبهذا قال سحنون فى « كتاب ابنه » .
قال مالك وغيره : وإن لم يعلموا ذلك إلا بعد موت المعتق أو فلسه لم يعتق من العبد إلا ما كان أعتق .

ابن المواز : وقال أشهب : إذا أعتق حصته فلم يقوم عليه حتى مات بحدثان ذلك قوم من رأس ماله لأنه حق ثبت لشريكه لم يفرط فيه وإن فرط فى ذلك لم يعتق فى ثلث ولا رأس مال .

قال مالك : وكذلك من تمتع بالعمرة إلى الحج فيموت عند قضاء حجه ونفقه ولم يهد هدى التمتع فليؤد ذلك عنه من رأس ماله ، وإن كان قد فرط لم يؤد من ثلث ولا رأس مال .

قال سحنون : وأنا أقول فى المعتق : لا تقوم عليه .

يريد : وإن مات بحدثانه .

قال أشهب : قال مالك : ولو أعتق بعض عبده فى صحته فلم يقم عليه حتى مات مكانه أو فلس لم يعتق منه إلا ما كان أعتق .

قال سحنون : وهو قول أصحابنا جميعاً .

ابن حبيب : وقال مطرف عن مالك : إن غافض الموت عتق عليه باقيه وإلا لم يعتق منه إلا ما أعتق .

ومن « المدونة » : ومن أعتق نصف عبده ثم فقد السيد لم أعتق باقيه فى ماله لأن المفقود لا يدرى أحى هو أو ميت فلا يعتق فى ماله بالشك ، ولكن يوقف ما رق منه كقول مالك فى المفقود : أنه يوقف ماله إلى أمد لا يحيا إلى مثله فإذا بلغ ذلك كان

(١) أخرجه مالك (١٤٣٨) ، وعبد الرزاق (١٦٥٠٧) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١١٧٢٨) .

ماله لورثته يومئذ إلا أن تثبت وفاته قبل ذلك فيكون لورثته يوم صحة موته .

ابن المواز : وروى أشهب عن مالك في معتق شقصه يفقد أنه إن فقد بحدثن العتق فليقوم نصيب شريكه في ماله الحاضر وإن تباعد لم يقوم عليه وفقد المعتق كموته .

قال محمد : ويتلوم في المفقود بأجل فيختبر فيه حاله وإن جهل خبره مكن المتمسك من حصته لبيع أو غيره ثم إن جاء المفقود أو علمت حياته وله مال حاضر نقض البيع وقوم عليه .

قال : ولو فقد العبد أو كان غائباً يعلم مكانه لم يقوم إلا بحضرته وهو بخلاف بيع الغائب على الصفة لأن ذلك لا يجوز النقد فيه وعتق هذا على الصفة إنما هو على النقد لا بد منه لأن عتقه كقبض فلا يعتق أبداً إلا بدفع القيمة .

وذكر عن ابن القاسم إذا فقد المعتق لنصف عبده مثل ما في « المدونة » .

قال : وقول أشهب في ذلك أصوب وعليه رأينا إن علم بحدثن فقد المعتق قوم عليه في ماله وإن طال أمره قبل ذلك صنع شريكه بنصيبه ما شاء .

قال ابن المواز : ولو فقد المتمسك بالرق لم يضر فقده وقوم مصابه على المعتق إذا كان هو والعبد حاضرين وضم قيمته مع سائر مال المفقود .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق أحد الشريكين وشريكه غائب فإن كانت غيبته قريبة لا ضرر على العبد فيها كتب إليه ، فإذا أعتق أو قوم ، وإن بعدت غيبته قومناه على المعتق إن كان ملياً ولا ينتظر قدومه .

فصل

قال ابن القاسم : وإذا دبر أحد الشريكين جنين أمه بينهما تقاويها بعد أن تضعه وإن عتق أحدهما جنينها أو دبره وأعتق الآخر نصيبه من الجارية قومت عليه وبطل عتق صاحبه وتديره للجنين .

وقال بعد ذلك : إذا أعتق أحد الشريكين جنين أمة بينهما وهو موسر قوم عليه بعد أن تضعه يوم يحكم فيه ، وإن ضرب رجل بطنها فألقته ميتاً ففيه ما في جنين الأمة ، وأما ما أخذ فيه فهو بين الشريكين [ق / ١٦٦ / ٢ ب] وإن كان لهذا الجنين إخوة أحرار فلا شيء لهم من عقله لأن حرية لا تتم إلا بالوضع وعقله بين

الشريكين كما ذكرنا .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن ضرب بطنها فخرج الولد حيًا مستهلاً فديته دية عبد الشريك الذى لم يعتق حملها لعبد بينهما أعتق أحدهما نصيبه منه فقتل قبل التقويم أن قيمته للمتمسك بالرق .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أعتق نصف أم ولده أو نصف أمته عتق عليه جميعها ، وكذلك كل من أعتق شقصاً [ق / ١٧٧ / ٢ أ] له من عبد يملك جميعه عتق عليه كله .

وروى سحنون : أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جاءه رجل فقال : إني أعتقت نصف عبدي . فقال له عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « عتق عليك كله ليس لله شريك والرجل صحيح » ^(١) .

وقاله جماعة من التابعين .

قال ربيعة : وقد قضى الرسول - عليه السلام - فيمن أعتق نصيباً له من عبد أن يقوم عليه بقيته ، وكذلك من أعتق بعض عبده إذ لا يجتمع في يد رجل عتاقة ورق .

كل ذلك من قبله حتى تتبع أحد الحرمين صاحبها ، والرق أخرى أن يتبع العتاقة .

ابن المواز : وإن لم يعتق عليه ما بقى حتى استدان السيد ديناً يحيط بماله وبما بقى من رقبة العبد أو فلس أو مات لم يعتق من العبد إلا ما أعتق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا كان عبد بين مسلم وذمى فأعتق المسلم حصته قوم عليه كان العبد مسلماً أو ذمياً وإن أعتق الذمى حصته وكان العبد مسلماً قوم عليه وجبر على عتق جميعه لأن كل حكم بين مسلم وذمى فإنه يحكم فيه بحكم المسلمين ، وإن كان العبد كافراً لم يقوم على الذمى حصته المسلم لأن العبد لو كان جميعه نصرانى فأعتقه أو أعتق بعضه لم يحكم عليه بعتقه فكذلك إذا كان بينه وبين مسلم فأعتق حصته ، وهذا قول مالك .

(١) أخرجه البيهقى في « الكبرى » (٢١١٠٧) وروى نحوه مرفوعاً ، وصححه الشيخ الألباني .

وقال غيره : تقوم عليه حصة المسلم .

ابن المواز : وقاله أشهب : وهو أحب إلينا .

وقد استحَب في موضع آخر قول ابن القاسم .

فوجه التقويم : فلأنه أدخل الضرر بعتقه لنصيبه على المسلم وهي العلة التي أوجبت التقويم بين المسلمين فصار ذلك حكماً بين مسلم وذمى فحكم بينهما فيه بحكم المسلمين .

ووجه قول ابن القاسم : فلأن عتق النصراني لا يلزمه وله الرجوع فيه فهو كلاً عتق فلذلك لم يقوم عليه .

قال بعض القرويين : وإن أبان النصراني العبد عن نفسه حتى أو أراد رده في الرق لم يكن له ذلك فيجبر المسلم على أن يقومه عليه ويستتم عتقه ، وإن لم يين العبد عن نفسه ولو أراد رده في الرق كان له فلا نقوم عليه إلا أن يشاء المسلم إلا أن يشهد النصراني أنه رده في الرق فلا نقوم فيه أصلاً وإن شاء ذلك المسلم ، وهذا استحسان .

محمد : وأما النصراني بين مسلمين فمن أعتق منهما قوم عليه ، وكذلك مسلم بين نصرانيين ، وأما النصراني بين نصرانيين فلا تقويم فيه إلا أن يرضوا بحكمنا ، وإذا كان عبد بين حر وعبد فأعتق الحر حصته قوم عليه ، وإن أعتق العبد فلا عتق له إلا أن يكون بإذن سيده فيقوم على سيده كان للعبد مال أو لم يكن .

قال سحنون : ويباع في قيمة رقبة العبد وغير ذلك من مال السيد .

ابن المواز : وكذلك إن كان بغير إذنه فأجاز .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق المريض شقصاً له من عبد أو اشترى نصف عبد فأعتقه بتلاً فإن كان له مال مأمون من دور أو أرضين قوم عليه نصيب صاحبه الآن وعتق العبد كله ولا ينتظر به موته ، وإن لم يكن له مال مأمون لم يعتق نصيبه ولا نصيب شريكه إلا بعد موته فيعتق جميعه في ثلثه ويغرم نصيب شريكه .

ابن المواز : لأنه قد وجب التقويم في مرضه وله حق في ثلثه لأن ماله لا يجب

لورثته إلا بعد موته فصار كمن أعتق شقصه وله مال .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وقد قال مالك : إذا ابتل المريض عتق عبده كله وماله مأمون وعجل عتقه وتمت حريته فى جميع أحكام الأحرار من الموارثة والشهادة وغيرهما ، وإن لم يكن له مال مأمون وكان يخرج من الثلث لم يعجل عتقه ووقفه وكان له حرمة العبد حتى يعتق بعد موت سيده فى ثلثه .

قال ابن القاسم : وليس المال [ق / ١٦٧ / ٢ ب] المأمون عند مالك إلا فى الدور والأرضين والنخل والعقار والملك قول ثان فى المبتل فى المرض أن حكمه حكم العبد حتى يعتق بعد الموت فى الثلث كان له مال مأمون أو غير مأمون وقد رجع عنه مالك إلى ما وصفنا .

ابن وهب : وقال ربيعة فيمن أعتق شركاً له فى عبد عند الموت : أنه يعتق منه ما أعتق من نصيبه ولا يكلف حتى شريكه ، وأن عمر بن عبد العزيز عتق ثلث عبد أعتقته امرأة عند موتها .

وروى ابن المواز وابن حبيب : عن مالك فى المريض يعتق شقصاً له من عبد مثل ما فى « المدونة » .

قال : وسواء عتق عليه قبل الموت أو بعده .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : لا يقوم عليه حتى يموت أو يصح ، فإن صح قوم عليه فى ماله ، وإن مات عتق ما أعتق منه فى ثلثه ولم يقوم عليه نصيب صاحبه ، وإن حمله الثلث لأن التقويم لا يلزم إلا فى عقد يفضى إلى حرية ناجزة أو إلى أجل قريب لا يرده الدين وهذا قد يرده الدين وهو من الثلث إلا أن يكون لسيده أموال مأمونة فيقوم عليه ويعجل له العتق مكانه قبل أن يموت .

وقال ابن حبيب : وهو قول ربيعة فى « المدونة » .

وحكى ابن سحنون عن ابن القاسم ما فى « المدونة » وبه قال .

وقال آخرون : إن شاء الشريك التقويم ويقبض الثمن ويكون العبد عبداً بيد المريض إن مات عتق فى ثلثه أو ما حمل منه وكان ما بقى رقيقاً ، وإن شاء لم يقوم عليه ويمسكه ولا يبيعه من غيره لأن بيعه من غيره خطر لأن المشتري يؤدى ثمناً على أن يأخذ قيمة مجهولة فإذا مات المعتق عتق فى ثلثه وإن أراد المتمسك عتق حصته

فذلك له ما لم يقوم ويعتق ويكون شريكاً له فى الولاء إن أعتق معه ولم يقوم .

ابن حبيب : وقاله ابن الماجشون .

وقال مطرف عن مالك : ليس لشريكه أن يعتق ويلزم التقويم كما لو أعتق الشريك جميعه .

وقال سحنون : لو أعتقه المريض كله فى المرض وأشهد بذلك فالشريك مخير أيضاً .

ومن « المدونة » : وإن كان إنما أوصى بعتق شقص له من عبد أو اشترى شقصاً من عبد فرض بعتقه فإنه لا يعتق نصيب شريكه .

سحنون : وقاله مالك وأصحابه .

ابن المواز : وذلك أن عتقه لذلك الشقص إنما وجب بعد موته حين صار ماله لورثته فهو كمن أعتق شقصاً له ولا مال له غيره .

قال ابن القاسم فيه وفى « العتبية » : إلا أن يوصى [ق / ١٧٨ / ٢ أ] المعتق بالتقويم فيقوم فى ثلثه ويعتق جميعه إذا حملة الثلث ، أو ما حمل منه شيئاً شاء أو أبى .

وقاله أصبغ ، قال : ولو كان ذلك فى مكاتب لم يكن له ذلك لأنه ينقل عن شريكه الولاء وإن رضى له الشريك . وقاله أصبغ حتى يعجز ويرق فيعتق على الميت فى ثلثه .

وروى يحيى عن ابن القاسم : فيمن أوصى بعتق ثلث عبده ويعطى ثلث ما بقى من ماله فإنه لا يعتق منه إلا ثلثه ويأخذ بقية وصيته مالا ولا يعتق فيه بخلاف أن لو وصى له بثلث ماله هذا يعتق فيه .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر أو كان موسراً فلم يقوم عليه حتى مات العبد عن مال ، فالمال للمتمسك بالرق دون المعتق ودون ورثة العبد الأحرار لأنه بحكم الأرقاء حتى يعتق جميعه ولا يقوم بقية العبد بعد موته على المعتق وإن كان ملياً .

قال ابن القاسم : وإن مات العبد وترك مالا ولرجل فيه السدس ولآخر فيه الثلث ونصفه حر فالمال بينهما بقدر مالهما فيه ، من الرق لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان .

ابن وهب : قال ربيعة ومالك : وإن كان العبد بين ثلاثة فأعتق أحدهم نصيبه وكتبه الثانى وتماسك الثلث بالرق فمات العبد فميراثه بين الذى تمسك بالرق وبين الذى كاتب على أن يرد الذى كاتب ما كان أخذ من كتابته قبل موته .

قال ابن القاسم فى « العتبية » فى أحد الشريكين يعتق نصيبه من العبد وهو عديم فولد للعبد ولد من أمته فولده بمنزلته نصفه حر كأبيه ونصفه لمالك نصف أبيه ، فإن أعتق المتمسك حصته من الولد ثم مات الولد عن مال [ق / ١٦٨ / ٢ ب] ولم يعتق أبوه ، قال : ولاؤه وماله بين الشريكين .

قال فى « كتاب بن سحنون » : ولو أعتق هذا العبد المعتق نصفه عبد بإذن من له فيه الرق ثم مات ذلك العبد عن مال فماله بين الشريكين دون العبد الذى نصفه حر ، وذكر فى ولده مثل ما فى « العتبية » .

وفى « العتبية » وفى سماع يحيى بن يحيى : أن ميراث ما أعتق هذا العبد الذى نصفه حر بإذن من له فيه الرق للمتمسك بالرق خالصا .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أعتق أحد الشريكين حصته من العبد إلى أجل قوم عليه الآن ولم يعتق حتى الأجل .

سحنون : وروى عن مالك .

ابن حبيب : وروى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب مثل ذلك وقالوا : إلا أن يكون الأجل بعيدا جداً فيؤخر التقويم إلى حلوله .

ولو قال قائل : يؤخر التقويم إلى الأجل فى الوجهين لم أعبه ، وقاله أصبغ .

ومن « المدونة » : وقال غيره : إن شاء تعجل القيمة أو أخرها .

ابن حبيب : ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك والمغيرة ، وبه أقول .

وكذلك فى « كتاب ابن سحنون » : عن عبد الملك قال فيه : وإن تماسك

بنصيب الأجل لم يكن له يبعه قبل الأجل إلا من شريكه فإن لم يبعه منه وتم الأجل قوم عليه بقيمة يوم تم إن كان ملياً بقيمته يومئذ أو فيما هو ملى به منها ما لم يكن تافهاً .

قال عبد الملك : ولو شاء التقويم عليه يوم العتق فألقاه عليها فلا يكون ذلك قاطعاً للتقويم عليه عند الأجل إن كان يومئذ ملياً ولا يبيع للشريك بيع حصته من غيره قبل الأجل .

وقاله المغيرة وسحنون : إن عدمه اليوم قاطعاً للتقويم عليه بعد ذلك إن أيسر ويبيع للشريك بيع حصته . وقاله ابن حبيب عن مطرف .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن مات العبد عن مال قبل التقويم أو قتل بقيمته وما ترك من المال بين السيدين لأن عتق النصف لا يتم حتى يمضى الأجل .

ومن « العتبية » : روى عيسى عن ابن القاسم : إذا أعتق أحدهما حصته إلى سنة ثم أعتق الآخر بتلاً فإن بعض العلماء يقول : تقوم خدمته سنة فتؤخذ من الذى بتل فتدفع إلى المخدم ويعتق كله الآن .

وأخذ به ابن القاسم ، ثم رجع فقال : يبقى على حاله ثم يعتق نصفه الآن ونصفه إلى سنة ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولائه لغيره .

ابن سحنون عن أبيه : وقاله جميع أصحابنا .

وذكر ابن المواز عن أشهب مثل القول الأول ، قال عن أشهب : ولو أعتقه معاً إلى أجل أو واحداً بعد واحد ثم بتل أحدهما فلا تقويم عليه لأنه وضع خدمته .

وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف وقال : إن مات العبد قبل السنة فماله للذى بقيت له فيه الخدمة .

قال ابن سحنون عن أبيه : ولو أعتق الأول حصته إلى سنة ثم أعتق الآخر بعد إلى ستة أشهر فلا تقويم فيه ويكون كما أعتقه إذا مضى سنة عتق نصفه ولا يقوم للمعتق إلى سنة وكان إليها حر كله .

ابن حبيب : وهو مثل ما لو أعتق الأول معجلاً والثانى إلى سنة . وقد فسرناه .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو كان كله لرجل فأعتقه إلى سنة فخدمه

بعضه ، ثم قال له : نصفك حر الساعة ، فإنه يعتق عليه جميعه .

قال ابن المواز : وإن أعتق أحد الشريكين إلى سنة ثم أعتق الثاني بعد موت فلان ، فإنه إن مات فلان قبل السنة عتق نصيب الثاني ، ولا يقوم عليه نصيب صاحبه ، وإن حلت السنة قبل موت فلان عتقت مصابته وقوم عليه نصيب الثاني إن كان الأول صحيحاً فمن رأس ماله وإن كان مريضاً قوم في ثلثه نصيب الآخر .

وأما نصيبه فمن رأس ماله ، وإن مات الأول قبل السنة عتقت مصابته فقط عند السنة من رأس ماله .

قال أصبغ : وإن أعتق أحدهما نصيبه إلى موت أبيه ثم أعتق الثاني نصيبه إلى موت أبي نفسه فإن مات أبو الأول أولاً قوم عليه نصيب الثاني .

يريد : إلا أن يعتق الثاني نصيبه بتلاً .

قال : وإن مات أبو الثاني أولاً لم يقوم عليه شيء .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم : ولو أعتق هذا إلى عشر سنين ودبر صاحبه فإن مات الذى دبر قبل عشر سنين وترك ما يخرج مصابه من ثلثه عتق مصابه وبقي نصيب الآخر إلى أجل الذى سمى ، وإن لم يدع مالاً أو ترك شيئاً [ق/ ١٦٩ / ٢ ب] لا يخرج نصيبه من ثلثه عتق ما حمل الثلث منه ويقوم باقى نصيبه على الآخر ويكون حرّاً إلى عشر سنين ، فإن انقضت العشر سنين قبل موت الذى دبر قوم نصيب الذى دبر على المعتق وعتق كله وبطل التدبير إلا أن يشاء الذى دبر عتق نصيبه بتلاً فذلك له .

ابن المواز : وإن كان بين رجل وامرأته عبد فابتدأ الزوج فأعتق نصيبه منه إلى موتها ثم أعتقت هى نصيبها إلى موت زوجها ، فإن مات الزوج أولاً عتق نصيب المرأة من رأس مالها كانت الآن مريضة [ق/ ١٧٩ / ٢ أ] أو مديانة إلا فى دين قبل عتقها ويبقى نصيب الزوج لخدمة ورثته مع زوجته هذه إلى موتها فيعتق من رأس مالها ، وإن ماتت المرأة أولاً عتق مصاب الزوج من رأس ماله وقوم عليه نصيب المرأة الميتة لأنه هو الذى ابتدأ العتق .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو قالاً معاً : أنت حر إلى موت أولنا ، فنصيب أولهما موتاً حر من ثلثه ، ونصيب الحى من رأس ماله مكانه ، فإنه عجز ثلث الميت

عن نصيبه استتم على الحى ، إلا أن يكونا إنما قالوا ذلك واحداً بعد واحد ، فإن مات أولهما قولاً فعجز نصيبه عن ثلثه لم يتم على الثانى ، وإن مات آخرهما قولاً فلم يف ثلثه نصيبه استتم على الأول الحى بقيته .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن اشترى نصف أبيه أو نصف من يعتق عليه من رجل يملك جميعه ، أو كان لرجلين فاشترى حصة أحدهما ، أو تصدق به عليه ، أو وهبه له ، أو أوصى له به فقبله فإنه يعتق عليه ما ملك منه بشيء من هذه الوجوه ويقوم عليه بقيته إن كان ملياً ، وإن كان معسراً لم يعتق منه إلا ما ملك ويبقى باقيه رقيقاً على حاله يخدم مسترق باقيه بقدر ما رق منه ويعمل لنفسه بقدر ما عتق منه ويوقف ماله بيده .

قال فى « كتاب الولاء » : إذا أوصى له ببعض أبيه فإن قبله قوم عليه باقيه ، وإن رده فروى على عن مالك : أن الوصية تبطل .
محمد : وقاله أشهب وابن دينار .

قال ابن القاسم : إذا رده عتق ذلك الشقص فقط قاله مالك . وفى الولاء إيعاب هذا .

ومن « المدونة » : وأما من ورث شقصاً ممن يعتق عليه فلا يعتق عليه منه إلا ما ورث فقط ، ولا يقوم عليه بقيته ، وإن كان ملياً ، لأنه لم يجر الميراث إلى نفسه ولا يقدر على دفعه ، وفى الشراء والهبة والصدقة هو حر ذلك إلى نفسه لأنه قادر على دفعها .

ابن المواز : قال مالك : ثم إن اشترى بعض ما بقى منه بعد الذى ورث لم يعتق عليه غير ما اشترى منه .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : قال مالك وأصحابه : وكذلك لو وهب له منه شقص بعد أن ورث منه شقصاً لم يعتق عليه إلا ما ورث وما وهب ، إلا ابن نافع قال : إذا قبل منه شيئاً مما بقى منه قوم عليه باقيه ولا أعلم من يقوله غيره .

قال مالك : إن اشتريت أنت وأجنبى أباك فى صفقة واحدة جاز البيع وعتق عليك وضمنت للأجنبى قيمة نصيبه .

غمزها سحنون : وقال : كيف يجوز هذا الشراء والأجنبي لا يدرى ما اشترى ودى ثمنًا على أن يأخذ قيمة مجهولة ؟

قال بعض أصحابنا : يحتمل أن يكون معنى كلام ابن القاسم : أن المشتري مع الولد أباه لم يعلم أنه أبوه وإنما انكشف ذلك بعد عقد البيع فلم يدخل على فساد . والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن وهب لصغير أخاه أو من يعتق عليه فقبله أبوه جاز ويعتق على الابن .

قال : وإن أوصى لصغير بشقص ممن يعتق عليه أو ورثه فقبل ذلك أبوه أو وصيه ، فإنما يعتق عليه ذلك الشقص فقط ولا يقوم على الصبي بقيته ولا على الأب أو الوصي الذى قبله ، وإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي وكل من جاز بيعه وشراؤه على الصبي فقبوله له الهبة جائز وذلك فى الأب والوصى .

في العبد المأذون له في التجارة يملك ذا قرابة

له أو لسيده أو ممن يعتق عليه

قال ابن { ق / ١٧٠ / ٢ ب { القاسم : وإذا ملك العبد المأذون له فى التجارة من أقاربه من يعتق على الحر إذا ملكه لم يبيعهم إلا بإذن سيده .

أو قد قال مالك : لا يبيع المأذون أم ولده إلا بإذن سيده [فولده أخرى لا يبيعهم إلا بإذن سيده ^(١)] ألا ترى أنه لو أعتق وهم فى ملكه عتقوا عليه وأن أم ولده لا تعتق وهى ملكه وكانت أمة له .

قال أبو محمد : وإنما لم يجز للمأذون بيع أم ولده إلا بإذن سيده لاحتمال أن تكون حاملاً وما فى بطنها ملك للسيد فلا يبيع ملكاً للسيد إلا بإذنه .

وقد تأول غيره : إنما كره بيعها إلا بإذن السيد لأن بعض الناس يقول : العبد إذا أعتق كانت له أم ولده بما كانت ولدت هى منه فى حال الرق ، فلهذا كره بيعها إلا بإذن السيد . وما ذكره أبو محمد أبين .

وقال بعض شيوخنا : فإن باع أم ولده ولم يستأذن سيده جاز البيع ولم يفسخ إذا

(١) سقط من أ .

لم يظهر بها حمل ، وأما إن باع من أقاربه ممن يعتق على الحر إذا ملكه بغير إذن سيده فيفسخ بيعه لأن العلة في أم الولد خوف الحمل فقد ظهر أنها ليست بحامل وأن السيد لا حق له فيها فوجب إمضاء البيع فيها ، وأما من يعتق عليه يوماً ما فإنه يكره له بيعهم إلا بإذن السيد رجاء أن يعتقوا إن بقوا بيده حتى يعتق .

والذي أرى : أنه إن باعهم بغير إذن السيد أن ينفذ بيعهم لأن عتقهم أمر مترقب قد يكون أو لا يكون ، وبيعه قد وجب لمبتاعه فلا يفسخ حق وجب لأمر قد يكون أو لا يكون ، هذا هو أصلهم ، والله أعلم .

قال بعض المتأخرين من أصحابنا : وعلى اعتلال أبي محمد في أم الولد ينبغي ألا يبيع أمة له يظوها إلا بإذن السيد إذ قد تكون حاملاً أيضاً .

وحكى عن أبي موسى ابن مناس أنه قال : لا يلزم هذا في الأمة لأن أم الولد قد صارت خزانة للسيد إذ قد أوقفها للولد فهي بخلاف الأمة ، ولأن الأمة إذا أتت بولد لم يلحق بالسيد إلا أن يقر بالوطئ أو تقيم هي على ذلك بيته .

وأما أم الولد فيلحق بالسيد ما أتت به من ولد إلا أن ينفية ويدعى الاستبراء .

قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب : وكذلك المدبر والمعتق إلى أجل إذا ملك أباه فلا يبيعه إلا بإذن السيد ما لم يمرض سيد المدبر أو يفوت أجل المعتق إلى أجل فلا يجوز حينئذ إذن السيد إذ لا يستطيع انتزاعه حينئذ منه ، وليس له بيع ما ولد للمدبر والمعتق إلى أجل بعد عقد ذلك فيهما ، وإن أذن له السيد ، لأن السيد نفسه لا يستطيع بيعهم لأنهم كآبائهم وآبائهم أحرار لا يجوز له بيعهم ، وهذا إذا كان حمل أمة المدبر وأمة المعتق إلى أجل بعد عقد ذلك فيهما .

ابن المواز : قال أشهب : وليس للواحد منهم ولا للعبد شراء ذلك إلا بإذن السيد ، وكذلك أم الولد والمعتق بعضه .

قال ابن المواز : وأما المعتق بعضه يشتري ذلك بإذن السيد فلا يبيعه وإن أذن له السيد ، وأما المكاتب يأذن له السيد يشتري من يعتق على الحر فإنهم يدخلون معه في الكتابة .

وقيل : لا يدخل إلا الولد والوالد .

وقيل : لا يدخل إلا الولد . وفي المكاتب إيعاب هذا .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا ملك العبد المأذون له من قرابة سيده [ق / ١٨٠ / ٢ أ] من لو ملكهم سيده عتقوا عليه والعبد لا يعلم بهم فإنهم يعتقون عليه إلا أن يكون على المأذون دين يغرّقهم .

قال في « كتاب الرهن » : وإن اشتراهم المأذون وهو يعلم بهم لم يجز ذلك على سيده إذ ليس له أن يتلف مال سيده .

قال ابن المواز : شراء المأذون من يعتق على سيده من قرابته عامداً أو جاهلاً سواء وهم أحرار . قاله مالك .

ابن المواز : لأن إذن السيد له في الشراء والبيع إذن له في اشترائهم .

قال : عن ابن القاسم : ولو كان على المأذون دين محيط بماله رأيت أن يعتقوا ويغرم سيده الثمن إلا أن يكون العبد غير مأذون له في التجارة فلا يجوز شراؤهم ولا يعتقوا ويرد الشراء .

محمد : وهذا أحبّ إليّ من قول أشهب .

قال أشهب : لا يشتري المأذون أبا سيده [ق / ١٧١ / ٢ ب] إلا بإذنه ، فإن اشتراه بإذنه لم يعتق عليه ويبقى بيده حتى يصير للسيد بموت العبد أو بيعه ، وليس له هاهنا بيعه بماله ، وإن أعتقه أتبعه والد سيده رقاً له .

قال ابن القاسم : فأما المكاتب فله ملك أبوى سيده ويبيعهما ووطئ الأم ، وإن كانت ابنة سيده أو أمه لأن المكاتب لا يقدر سيده أن يتصرف في ماله ولا يأخذه .

فإن قيل : هو لو وطئ أمته لم يجز فلم تكن له شبهة قبل الوطء وإنما هو درأته حد الشبهة لأن الأب لا تصرف له في ملك ابنه الكبير ، ولو وطئ جارية ابنه الكبير ما حدّ ، ولو أعتقها ما جاز عتقه وإنما شبه هذا لو أعتق السيد عبد مكاتبه ما جاز عتقه إلا أن يعجز المكاتب والعبد باق في يده فيعتق بذلك العتق . وقاله سحنون في « كتاب ابنه » .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وقد قال بعض الناس : هذا في العبد وليس بشيء ، فإن عجز المكاتب عتق من بيده ممن يعتق على سيده ، وقاله أصبغ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب العتق الثاني
جامع القول فيمن يعتق بالقرابة

الأصل في منع استرقاق الأبوين قول الله تبارك وتعالى : ﴿ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلَوْ أَلَدَيْكَ ﴾ ^(١) ، وقال تعالى : ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ ﴾ ^(٢) ، وقال : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ﴾ ^(٣) فلما كان استرقاقهم من الإذلال وأعظم مما نهى عنه من التأفف وغير ما أمر به من الإحسان إليهما لم يجز أن يملكهما ودلنا الله تعالى أنه رفع الرق عن الولد بقوله تعالى : ﴿ أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا ﴾ إلى قوله : ﴿ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا ﴾ ^(٤) ، وقال تعالى : ﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ ﴾ ^(٥) .

فدل أن الولد لا يكون عبداً ، ولا خلاف في عتق الأبوين والولد ودخل الجد للأب أو للأم مدخل الآباء بدخوله في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٦) فلم يجز نكاح ما نكح الجد ، ودخلت الجدات في الحرمة مدخل الأمهات ، وأما الإخوة فيعتقون إذا ملكهم لقرب ولادتهم .

وقد قال تعالى حكاية عن موسى عليه السلام : ﴿ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي ﴾ ^(٧) فلما لم يجز أن يملك نفسه فكذلك لا يملك أخاه .

وقد وجدنا الإخوة يقومون مقام الولد في حجب الأم عن الثلث إلى السدس وهم في قسمة الميراث مثل قسمة الولد فأجروا مجراهم في العتق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم عن مالك : والقضاء ألا يعتق على الرجل من أقاربه إلا الولد ذكورهم وإنائهم وولد الولد وإن سفلوا .

أشهب : عن مالك في « العتبية » : ولد الذكور والانات .

قال في « العتبية » : وأبويه وأجداده وجداته من قبل الأم والأب وإن بعدوا

(١) سورة لقمان (١٤) .

(٢) سورة الإسراء (٢٣) .

(٣) سورة العنكبوت (٨) .

(٤) سورة مريم (٩١ - ٩٣) .

(٥) سورة الأنبياء (٢٦) .

(٦) سورة النساء (٢٢) .

(٧) سورة المائدة (٢٥) .

وإخوته وإن دنيا لأبوين أو لأب أو لأم وهم أهل الفرائض فى كتاب الله تعالى .
قوله : « وهم أهل الفرائض فى كتاب الله » عائد على الإخوة فقط .

قال مالك : ولا يعتق عليه من ذوى محارمه غير هؤلاء لا عم ولا عمة ولا خال ولا خالة ولا بنى أخ ولا بنى أخت ولا أمة كان تزوجها فولدت منه ثم اشتراها بعد ما ولدت ، فأما إن اشتراها وهى حامل منه فوضعت عنده بعد الشراء بيوم أو أقل أو أكثر كانت به أم ولد .

قال مالك : وأما إن اشترى من ذوى محارمه من الرضاة أمهاته وبناته وأخواته أو محارمه من قبل الصهر أمهات نسائه وجداتهن أو ولدهن فلا يعتق عليه شيء منهن ويبيعهن إن شاء .

قال المشيخة السبعة - وهم سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وخارجة بن زيد ، وأبو بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود ، وسليمان بن يسار : إذا ملك الوالد ولده ، أو الولد والده عتق عليه وما سوى ذلك من القرابة فيختلف الناس فيه .

وقال يحيى بن سعيد : الذى لا يشك فيه : الوالد والولد والإخوة ، فمن ملكهم فهم أحرار .

وقال ابن شهاب : مضت السنة أنه لا يسترى الرجل والده ولا ولده ولا إخوته ، وإن مات قبل عتقهم فقد عتقوا عليه يوم ابتاعهم .

قال ابن شهاب : ومضت السنة باسترقاق الأب والأم من الرضاة إلا أن يرغب الرجل فى خير .

قال ابن القاسم : ومن اشترى أباه بالخيار له أو للبائع لم يعتق عليه إلا بعد زوال الخيار لأن البيع لا يتم بينهما إلا بعد الخيار وإذا كان الخيار للبائع فهو أبين فكل سواء .

ابن المواز : قال [ق / ١٧٢ / ٢ ب] مالك : ومن ابتاع من يعتق عليه فهو حر بتمام الشراء وقبل الحكم .

ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : وإذا اشتراه بيعاً حراماً لم يفسخ شراؤه وقد عتق عليه ساعة شرائه كما لو ابتدأ عتق عبد اتباعه بيعاً فاسداً فهو فوت وفيه القيمة ، وقاله ابن القاسم وأصبع .

فإن لم يكن دفع الثمن ولا مال له غيره فليبع منه بالأقل من الثمن أو القيمة ويعتق ما بقي عليه لأن القيمة إن كانت أقل فهي التي وجبت له بفساد البيع ، فإن أعطوها لم يظلم ، وإن كانت القيمة أكثر من الثمن فلم يلزمه إلا بعد العتق فالزائد على الثمن كدين طراً بعد العتق فيتبع به في ذمته . وقال ابن القاسم وأشهب في «الموازية» .

ابن سحنون : وعن ابن الماجشون : ومن اشترى أباه على عهدة الإسلام فهو حر بعقد الشراء ولا عهدة فيه ، وكذلك من أصدق امرأة أباه على العهدة أنه حر إذا قبلته ، وكذلك لو كان مكان الأب عبداً حلف بحريته إن ابتاعه فابتاعه على العهدة لعتق ولم تكن فيه عهدة .

قال ابن القاسم في « العتبية » : وإذا اشترى أباه فحبسه البائع بالثمن فهلك فهو حر بالعقد وجرى هو وميراثه وجميع أحكامه وضمائه من الولد [ق / ١٨١ / ١٢ أ] .
وإن اشتراه وعليه دين ، فليبع في دينه وكذلك إن ورثه وعليه دين عند ابن القاسم وأما إن وهبه أو تصدق به فليعتق .

وقال أشهب : لا يباع في الدين لا في ميراث ولا في هبة ولا صدقة . وقد ذكرنا ذلك في الكتاب الأول بزيادة فيه .

قال في « العتبية » : وأما إن أوصى به فقال : بيعوا ابنه وأعطوه ثمنه ، فلا يعتق عليه في هذا وإن قبل .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وعمة أمك لا تعتق عليك وهي محرمة عليك لأنها أخت جدك لأمك وأجدادك لأمك لو كانوا نساء كنّ محرمات عليك فكذلك أخواتهم وجداتك لأمك وأخواتهن محرمات عليك بمنزلة خالاتك ، وإنما يقع التحلل في أولاد من ذكرنا .

وقد تقدم في العتق الأول أن ما اشترى المأذون من قرابة مولاه ممن يعتق عليه فإنه يعتق عليه .

قال ابن القاسم : هاهنا وإن كان غير مأذون له لم يجز شراؤه إياه بغير إذن سيده وله رده ولا يعتق عليه .

فصل

قال ابن القاسم : ولا يجوز للأب أن يشتري بمال ابنه من يعتق عليه ولا تلف مال ولده .

أشهب : وإذا اشتراهم تم البيع ولا عتق لهم ويعجل بيعهم لئلا يكبد الابن فيعتقون عليه .

قال بعض القرويين : إذا اشترى لابنه من يعتق عليه فإنه لا يعتق عليه بنفس البلوغ ، كما أشار إليه أشهب ، وله بيعهم لأن غيره تولى شراؤهم وسواء كان الأب عالمًا أنهم يعتقون على ولده أو غير عالم وهو كما لو أعتق عبد ولده الصغير من ولده فإنه لا يعتق عليه .

قال ابن المواز : وليس كالمقارض أو الوكيل يشتري أرباب المال لأن رب المال والأمر ممن يصح فعله في العتق ولا يصح عتق المولى عليه .

قال في « كتاب الوكالات » : وإن أمرت وكيلك بشراء عبد فابتاع من يعتق غير عالم لزمك وعتق عليك وإن كان عالمًا لم يلزمك .

قال يحيى بن عمر : يعنى ويلزم المأمور ويسترقه ويباع عليه في الثمن ، وقاله أبو عبيد بن معاوية .

وقال لى البرقى : إن علم المأمور عتق العبد وضمن للأمر الثمن فإن لم يكن له مال عتق العبد في ذلك أو بعضه وعتق ما فضل منه والولاء للأمر .

قال في « كتاب القراض » : وإن اشترى العامل أرباب المال ولم يعلم عتق على الابن وكان له ولاؤه وعليه للعامل حصة ربحه إن كان فيه فضل ، وإن علم العامل وهو ملى عتق عليه لضمانه بالتعمد والولاء للابن ويغرم العامل ثمنه للابن .

ابن المواز : كان الثمن أقل من القيمة أو أكثر .

ابن القاسم : فإن لم يكن له مال بيع منه بقدر رأس مال الابن وحصة ربحه وعتق على العامل ما بقى ، وإن اشترى العامل أبا نفسه عالمًا وهو ملى عتق عليه كان فيه فضل أم لا ويغرم لرب المال رأس ماله وحصة ربحه إن كان فيه فضل ، وإن اشتراه غير عالم وكان فيه فضل فكذاك أيضًا ، وإن لم يكن فيه فضل لم يعتق ويباع ، وإن كان فيه فضل ولا مال له بيع لرب المال برأس ماله وحصة ربحه وعتق ما

بقى على العامل علم أو لم يعلم .

وفى « كتاب القراض » إيعاب هذا .

ومن « العتق » : قال مالك : وإن أعتق رجلا بمال فى شرائه أباك ثم يعتق عليك ولا عليه ويبقى رقاً لمشتريه .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن قال لرجل : اشترى ابنتى وأنا أعينك فيها بمائة دينار ، فاشتراها بمال كثير أو بمثل المائة ، قال : إن كان اشتراها على أن يعينه بذلك على شرط حبسها للوطء أو للاتجار فربحها يحرم عليه بذلك ويلزمه رد المائة إن أخذها ، وإن كان ذلك بغير شرط ولا عدة يفسد الميس فلا بأس أن يأخذ منه المائة على ذلك ، وكذلك إن كان ذلك بمعنى العون والصلة له فإن شاء يبيعها معجلاً فقام عليه الأب فقال : رجوت حبسك إياها بما أعطيتك . نظر فى ذلك فإن رأى أن مثله إنما يعين المشتري لهذا فهو كالشرط ، وإن كان مثله لا يعين المتباع إلا بمعنى الصلة والمعروف حلت له وجاز أن يبيع أو يحبس .

في العتق إلى أجل، أو موت فلان، أو قبل موته،

أو بعد موته، أو إلى قدومه، أو إذا قدمت بلد كذا،

أو قال لأمته : أنت حرة إذا حملت أو حضت

والعتق إلى أجل مخالف للطلاق ؛ إذ له فى المعتقة إلى أجل الانتفاع بالخدمة ولا خدمة له فى الزوجة ، وإنما له الوطء ويحرم ذلك عليه إذ هو وطئ إلى أجل فأشبهه نكاح المتعة فوجب تعجيل الطلاق وكذلك ينبغى أن يحرم وطء المعتقة إلى أجل وهو شبيه نكاح المتعة . وقاله جماعة من التابعين .

وقال يحيى بن سعيد وغيره : لا يصلح وطء أمة أعتقت إلى أجل أو وهبت خدمتها إليه .

قال مالك : ومن قال لأمته : أنت حرة إلى شهر أو إلى سنة ، فلا تعتق إلا إلى الأجل ولا يطأها ويستخدمها لا غير .

ابن المواز : وإن أعتق أم ولده إلى أجل فإنه يعجل عتقها . وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون .

سئل مالك فى « العتبية » عما أوصى به محمد بن سليمان فى جواريه أنهن أحرار بعد موته بسبعين سنة ، فقال : لا يجوز هذا ، وإن رأى الإمام يبعهن فعل ،

وإن رأى أن يعتقهنّ أعتقهنّ معجلاً .

وقاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون : إن كان أجلاً يجاوز أعمارهنّ فإنهنّ يبعن وكأنه أعتقهنّ بعد موتهن وإن كان أجلاً يبلغه أعمارهنّ وفّى إلى الأجل .

قال أبو محمد : وقول [ق / ١٧٣ / ٢ ب] مالك أولى لأنها وصية على الضرر قال الله تعالى : ﴿ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ (١) .

ابن حبيب : عن ابن الماجشون : من أعتق أمة إلى أجل لا يبلغه عمرها فذلك باطل ويصنع بها ما أحب من بيع أو وطاء أو غيره وإن كان يبلغه عمرها ولا يبلغه عمره فهي كالمدبرة إنما تعتق في ثلثه ، وإن قال ذلك في صحته فله وطؤها ولا يبيعها ولو كان يبلغه عمرها وعمره فتلك معتقة إلى أجل تخرج من رأس المال .

ولهذا قال مالك في مسألة محمد بن سليمان : أنهنّ يبعن ، لأنه ضرب أجلاً لا يبلغه أعمارهنّ لا لأجل الضرر كما قال ابن القاسم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال لعبده [ق / ١٨٢ / ١٢] : أنت حر إذا مات فلان ، منع من بيعه ؛ لأنه أعتق إلى أجل آت ، وله أن ينتفع به إلى ذلك الأجل ، فإذا حل عتق العبد ، وإن كانت أمة فلا يطؤها وينتفع بخدمتها إلى ذلك الأجل .

قال ابن القاسم : وموت فلان أجل من الآجال وهذه لا يلحقها الدين ، فإذا مات سيدها وخدمت ورثته إلى موت فلان وهي بخلاف المدبرة ، لأن المدبرة توطأ ويلحقها الدين ، وهذه لا توطأ ولا يلحقها الدين وعتقها من رأس المال .

قال في « العتبية » : وإن قال لعبده : اعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر ، فماتت الدابة قبل السيد فهو حر من رأس المال ، وإن مات السيد قبل الدابة فهو من الثلث كمن قال : أخدم فلاناً ما عشت أنا فإذا مات فلان قبلى فأنت حر ، وإن مات قبل فلان فأنت حر إلى موته ، فإذا مات السيد قبله فهو حر من الثلث .

أصبغ : ليس كما قال ، وما نظر به ليس بنظير ، والنظير صواب في ذاته لأنه استثناء قيد بعضه ببعض ثنيه والأول أعتق إلى أجل فلا فرق بين عتق إلى موت إنسان أو إلى موت دابة ، وهو حر من رأس المال عاش السيد أو مات .

قال ابن القاسم : وللورثة بيع الدابة بموضع لا يغاب عليها قال : ولو قتل العبد الدابة خطأ عجل له العتق ، وإن قتلها عمداً أخذم إلى مقدار ما كان يرى أن تعمر الدابة إليه . وقاله أصبغ .

وكذلك إن بيعت وغيب عليها .

قال في « الموازية » : ولو قتلها أجنبى عمداً أو خطأ عتق مكانه .

وقال سحنون في « العتبية » : ولو عمل الغلام عليها وحملها فوق طاقتها حتى ماتت أو قتلها عمداً فليعتق مكانه كأم الولد تقتل سيدها فيعفى عنها أنها تعتق مكانها ، وليس ما جنت يبطل ما عقد لها من العقد القوى فكذلك قاتل الدابة لأنه معتق لأجل ليس له بيعه ولا يلحقه دين فليس كالمدبر يقتل سيده عمداً لأنه في الثلث ويتسلط عليه الدين .

وقول ابن القاسم : « فإن قتل العبد الدابة عمداً » أبين ؛ لأنه استعجل رفع الخدمة عن نفسه فوجب أن يمنع من ذلك كمنع القاتل الميراث ، وهو بخلاف أم الولد تقتل سيدها عمداً فيعفى عنها لأن أم الولد لا خدمة فيها ، وإنما فيها المتعة وقد مات من له المتعة فلماذا توقف ؟ فوجب تعجيل عتقها .

قال سحنون : وليس على العبد قيمة الدابة في قولي ، وأما على مذهب ابن القاسم فقد قال في المدبرة والمعتق إلى أجل يجنى على سيده : أن سيده يخدمه بذلك .

فصل

ومن « كتاب ابن سحنون » : قال سحنون : اختلف أصحابنا فيمن قال لعبده : أنت حر قبل موتى بشهر ، فقيل : يوقف له خراج شهر فكلما زاد عليه يوماً أطلق للسيد مثله من الوقوف هكذا حتى يموت ، وإن وافق الشهر مرضه الذي مات فيه كان من الثلث ، فإن وافق صحته كان من رأس المال .

وقال ابن القاسم في « العتبية » : إن كان السيد ملياً أسلم إليه بخدمته ، وإذا مات نظر فإن حل الأجل وهو مريض فهو من الثلث ويلحقه الدين ولا رجوع له

بخدمة ، وإن كان السيد غير ملى خورج العبد وأوقف له خدمة شهر إذا قال : قبل موتى بشهر ، كما قال سحنون .

ابن المواز : وقال ابن القاسم مرة : يوقف له خراج شهر إذا قال : قبل موتى بشهر ، حتى يأتى الثانى فيوقف له خدمة الثانى ويدفع إلى السيد الأول هكذا ، وإن مات العبد أخذ السيد ما أوقف .

وقال مرة : لو قال قائل : يعجل عتقه ، لم يبعد وأنا أراه ، فإن غفل عنه حتى مات السيد فهو من رأس المال ولا يلحقه دين استحدثه بعد قوله .

وقال أشهب فيه وفى « العتبية » و « كتاب ابن سحنون » : لا يعتق إلا من الثلث وله أن يطاء إن كانت أمة .

والمحصول من هذا أربعة أقوال :

قول : أنه يوقف له خراج شهر فإذا زاد عليه يوم أطلق له مثله ، وإذا زاد شهراً أوقف الثانى وأطلق الأول فإن حل الأجل والسيد صحيح عتق من رأس المال ، وإن كان حل وهو مريض عتق من الثلث .

وقيل : إنما ذلك فى المعدم ، وأما الملى فيسلم إليه بخدمته فى حلول الأجل كما تقدم .

وقيل : بل يعجل عتقه فإن غفل عنه حتى مات السيد عتق من رأس المال .

وقول : أنه من الثلث على كل حال وتوطأ إن كانت أمة .

قال فى « العتبية » و « الموازية » : ولو قال : أنت حر قبل موتك بخمس سنين ، فلا حرية له أصلاً .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال لعبده : أنت حر إذا قدم أبى ، فلا يعتق حتى يقدم أبوه وليس له أن يبيعه ويوقف حتى ينظر أيقدم له أبوه أم لا .

قال ابن القاسم : وكان مالك يمرض فى بيعه وأنا لا أرى يبيعه بأساً ، ويطاءها إن كانت أمة وهى فى هذا كالحررة .

يقول لها : أنت طالق إذا قدم فلان ، فله وطؤها ولا يطلق حتى يقدم فلان ؛

لأنه قدوم أبيه أجل قد يكون أولا فلا حكم له إلا أن يكون.

وإن قال لها : أنت حرة إن قدم أبي ، فكان مالك يصرح بإجازة بيعها ، ويعرض في بيع التي يقول فيها : إن قدم أبي ، ثم جعلهما سواء . ونحوه في « كتاب الطلاق » .

وإنما فرق بين « إن » و « إذا » في أحد قوليه ؛ لأن « إذا » تختص بأجل يكون ، وإن كان قد يمكن إلا أن يكون .

قال الله تعالى : ﴿ إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ ﴾ ^(١) و ﴿ إِذَا السَّمَاءُ انفَطَرَتْ ﴾ ^(٢) وذلك كائن لا بد منه ، و « إن » أغلب موضعها للشرط ، وقد يكون بمعنى الأجل . قال الله تعالى : ﴿ إِنْ يَتَّقُواكُمْ يَكُونُوا لَكُمْ أَعْدَاءً ﴾ ^(٣) و ﴿ إِنْ تَجَتَّبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ ﴾ ^(٤) فحمل مالك في هذا القول على لفظ الغالب من أمره ثم رجع فساوى بينهما لأن العامة لا تكاد تفرق بينهما ، فحمل الأمر على المساواة .

وقال أبو عمران : يجب أن يمرض في الوطاء كما مرض في البيع .

وقال ابن القاسبي : إنما مرض مالك في بيعها لا في وطئها .

وأما ابن القاسم : فقد صرح في وطئها .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن قال لعبده : إذا قدمت الإسكندرية فأنت حر [ق / ١٧٤ / ٢ ب] ثم بدا له ألا يخرج .

قال : يعتق إلى مثل ذلك القدر الذي يبلغ فيه .

قال : ولو قال : سر معي إليها وأنت حر ، فمثل ذلك ، إلا أن يكون قال :

إن أنا خرجت ، فلا شيء عليه .

وقال سحنون في « كتاب ابنه » في من قال لعبده : اخرج معي إلى الحج وأنت

حر ، وإن بلغت معي إلى الحج فأنت حر : فليس له بيعه خرج أو لم يخرج ، وهو

(١) سورة التكوير (١) .

(٢) سورة الانفطار (١) .

(٣) سورة الممتحنة (٢) .

(٤) سورة النساء (٣١) .

معتق إلى أجل من رأس المال ، فإن مات قبل أن يخرج نظر ، فإن كان من عبيد الخدمة خدّم الورثة مقدار خدمة الحج وذلك مقدار سيره ورجوعه إلى منزله ، وإن لم يكن من عبيد الخدمة خرج حرّاً إذا مات السيد .

وقال المغيرة فيمن قال لعبده وهما متوجهان إلى مكة : إذا دخلناها فأنت حر ، فلما بلغا مرّ الظهران أراد أن يبيعه فليبعه إن شاء ما لم يدخل مكة ، ولو أعتقه [ق/ ١٨٣ / ٢ أ] إلى أجل لم يكن له بيعه ويعتق بحلولة .

والفرق بين قوله : « أنت حر إلى موت فلان » أو « إلى قدومه » و « إذا بلغت موضع كذا » هو : أن قوله : « إلى موت فلان » أجل آت على كل حال كقوله : إلى سنة ، وقوله : « إلى قدومه » أمر يكون أو لا يكون فلا حكم له .

وقوله : « إذا بلغت موضع كذا » فالبلوغ بيده فكأنه جعل أجل عتقه مقدار البلوغ وهو معروف .

وهذا وجه من جعله معتقاً إلى أجل .

ووجه من لم يوجبه : فلأنه أجل يكون أو لا يكون كقوله : إذا قدم أبى ، وإذا دخلنا الدار وما يكون أو لا يكون فلا حكم له إلا أن يكون .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال لأتمته : أنت حرة إذا حضت ، فلا تعتق حتى تحيض ، لأنه أجل أعتق إليه ، ولا يحل له وطؤها .

قال عنه ابن المواز : وهى معتقة من رأس المال .

وقال عن أشهب : له أن يطأها وليس بأجل ، وإن حاضت فى مرضه فهى من الثلث ، فإن صح ولا دين عليه عتقت من رأس المال وكذلك عنده من أعتق إلى أجل يكون أو لا يكون جعله كاليمين كقوله : إن دخلت الدار فأنت حرة .

واختلف فى الحامل يقول لها : إذا وضعت فأنت حرة ، وللزوجة : فأنت طالق ، فجعله ابن القاسم كأجل آت .

وقال أشهب : لا تعتق الأمة ولا تطلق الزوجة حتى تضع .

وقال ابن عبد الحكم بقول أشهب . ورواه عن مالك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال لأمة يطؤها : إذا حملت فأنت حرة فله وطؤها في كل طهر مرة .

قيل له في « العتبية » : ولم لا يتمادى على وطئها ؟ قال : قال مالك : كل النساء على الحمل إلا شاذ .

قال في « كتاب الطلاق » : ولو قال لزوجته : إذا حملت فأنت طالق ، فإذا وطئها طلقت عليه .

قال ابن الماجشون : وله أن يطأها في كل طهر مرة كالأمة . وهذا في « كتاب الطلاق » مذكور .

قال بعض القرويين : فإذا وطئ الأمة مرة فأوقفت حتى ينظر هل حملت أو تحيض يجب أن يوقف خراجها معها إن كان السيد عديماً ، فإن حملت دفع إليها ذلك .

كما قال في الذي قال لعبده : أنت حر قبل موتى بشهر .

قال : وتلزمه النفقة عليها من ماله لأنها إن لم تحمل فهي أمته ، فإن حملت لزمته النفقة لولده قياساً على الحامل المبتوتة .

قال ابن القاسم في « العتبية » : ومن قال لأمة : إذا حملت فأنت حرة ، فإن كانت حاملاً فهي حرة ، وإن لم يتبين ذلك وقفت ، وحيل بينه وبينها ، وأوقف خراجها ، فإن تبين حملها أعتقت وأعطت ما وقف من خراجها ، وإن حاضت ولم تحمل فله بيعها .

وذكر ابن عبدوس عن سحنون في القائل لزوجة وهي حامل : إذا حملت فأنت طالق ، أنها لا تطلق بهذا الحمل إلا بحمل مؤتلف إن كان عالماً بحملها فأنويه أنه أراد حملاً مؤتلفاً ، وإن لم يكن عالماً ، فالصواب : أن يعتق أو يطلق لأنها حامل .

فيمن قال لعبده : إن جئتني بكراً أو أديت إليّ

أو إلى ورثت كذا فأنت حرّ

قال ابن القاسم : ومن قال لعبده : إن جئتني ، أو : متى أديت إليّ ، أو : إذا أديت ، أو : إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حرّ ، فإنه إذا أتى بالآلف درهم عتق ،

وإن لم يأت بها فهو عبد ويتلوم له فيها الإمام ولا ينجم عليه وليس للعبد أن يطول لسيده ، ولا للسيد أن يتعجل ببيعه إلا بعد تلوم السلطان له بقدر ما يرى كقول مالك فيمن قاطع عبده على مال إلى أجل فمضى الأجل قبل أن يؤديه أن السلطان يتلوم له فكذا ذلك هذا .

قال في « الموازية » : قوله : إن جئتني ، أو : إذا جئتني ، لازم مثل قوله : على ، ولا يبيعه ولا يهبه حتى يوقفه الإمام ويتلوم له ولا يعجزه إلا أن يكون قد مضى من الزمان ما لو رفعه إليه أولاً لم يؤجله أكثر منه ولا يطمع له بشيء فليعجزه . قال مالك : وكذلك يلزمه ورثته .

قال مالك : ما لزم العبد مما عتق به في قطاعة ونحوها فلا يحاص بها غرماؤه . ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا قال لعبده : إذا أديت إلى ألف درهم فأنت حر ، فدفعتها عن العبد أجنبي ، جبر السيد على أخذها وخرج العبد حرّاً ، ولو دفع العبد ذلك إلى السيد من مال كان بيد العبد فقال السيد : ذلك المال لي ، فليس ذلك إلى السيد ، لأن العبد هاهنا كالمكاتب يتبعه ماله ، ويمنع السيد من كسبه أيضاً .

قال أبو محمد : يريد : من غير مال كان بيده لسيده . قال في باب بعد هذا : وإن قال لعبده : إن ودّيت إلى كذا فأنت حر ، فودّى بعضه أو لم يود شيئاً ثم وضع عنه السيد ما عليه عتق مكانه كالمكاتب يضع عنه السيد كتابته .

وإن قال لأمته : إن ودّيت إلى اليوم ألف درهم فأنت حرة ، فمضى اليوم ولم تود شيئاً فلا بد أن يتلوم لها الإمام بلا تنجيم ، وإن قال لها : إن ودّيت إلى ورثتي ، أو : إذا ودّيت أو ودّى إليهم مائة دينار وأنت حرة ، ثم مات ، فإن حملها الثلث وودّت المائة عتقت ويتلوم لها الإمام في الأداء على قدر ما ينجم عليها كقول مالك فيمن أوصى أن يكاتب عبده ولم يسم ما كاتّب به : أنه يكاتب على قدر ما يرى من قوته وأدائه وقدر ما يرى أنه أراد من إرفاقه ويوزع ذلك عليه .

قال ابن القاسم : فإن تلوم لها الإمام فلم تقدر على شيء وآيس منها أبطل وصيتها ، وإن لم يحملها الثلث خير الورثة في إجازة ما قال الميت أو يعتقوا ما حمل الثلث منها الساعة .

**فيمن قال لأمته : أول ولد تلدينه ، أو : إن ولدت غلاماً ،
أو : كل ولد تلدينه فهو حرّ ، ولحوق الدين في ذلك ،
وحكم الجنين ، وعتق الأمة واستثناء جنينها**

قال مالك : ومن قال لأمته : أول ولد تلدينه حرّ ، فولدت ولدين في بطن واحد عتق أولهما خروجاً .

قال ابن حبيب : عن ابن القاسم : وسواء كانا غلامين أو جارتين أو غلاماً وجارية [ق / ١٧٥ / ٢ ب] وقاله مالك وابن شهاب ، وإن لم يعلم أولهما فهما حران بالشك .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن خرج الأول ميتاً فلا عتق للثاني وهو رقيق لأن العتق إنما كان في الأول الميت .

ابن شهاب : يعتق الثاني إذ لا يقع على الأول الميت عتق .

ابن المواز : قال مالك : وإن قال : إن ولدت غلاماً فهو حر ، فوضعت غلامين ، فالأول حرّ .

قيل : فإن وضعت جارية ثم غلاماً في بطن لزمه عتق الغلام وإن تأخر ، وإن ولدت غلامين أولهما ميت فالحي هو الحر بخلاف قوله : أول ولد تلدينه حر فإن عاشا جميعاً فأشكل أيهما الأول عتقا جميعاً وشهادة النساء في هذا جائزة . [ق / ١٨٤ / ٢ أ] .

قال ابن المواز : إذا لم يعرف الأول فالقياس يعتق من كل واحد نصفه ويتم عتق باقيه بالسنة فيعتقان جميعاً .

ومن « المدونة » : النخعي : ومن قال لأمته : إن ولدت غلاماً فأنت حرة ، فولدت غلامين فالأول رقيق ، وهى والآخر حران ، وإن كان الأول جارية والآخر غلاماً فهي حرة دون الولدين .

ابن المواز : وقال ابن القاسم وأصيب : ولو ولدت غلاماً ميتاً فإنها تعتق .

ابن القاسم : إن كان على وجه الشكر .

ابن حبيب : قال أصيب : وإن قال : إن ولدت جارية فأنت حرة ، فولدت

جارية، فالأم حرة والجارية رقيق ، وإن ولدت جارتين فإن كان الغلام أولاً فالأم والجارية الثانية حرتان والأولى رقيق ، وإن لم يعرف الأولى فهما حرتان بالشك ، وإن وضعت غلاماً وجارية فإن كان الغلام أولاً فالولدان رقيق والأم حرة ، وإن كان الغلام آخراً فهو وأمه حران والجارية رقيق ، وإن جهل الأول عتقت هى والغلام ورقت الجارية .

وإن قال : إن ولدت جارية وإن ولدت غلاماً فزوجك حر ، فولدت غلاماً وجارية فالأبوان حران وينظر فى الأولاد فإن ولدت الجارية أولاً فالغلام حر لأنها بولادة الجارية حرة فولدها بعد ذلك حر ، وإن كان الغلام أولاً فالولدان رقيق ، وإن لم يعلم الأول منهما فالغلام حر .

ومن « المدونة » : ابن شهاب : وإن قال لها : أول بطن تضعيه حر ، فوضعت توأمين فهما حران .

قال ابن القاسم : ومن قال لأمته فى صحته وهى غير حامل : كل ولد تلديه حر لزمه عتق ما ولدت .

واستثقل مالك بيعها وقال : ليف بوعده .

قال ابن القاسم : ويبيعها عقد جائز إلا أن تكون وضعت فهو حر .

فإن الأم لا تباع حتى تضع إلا أن يرهقه دين فتباع فيه ويرق الجنين ، ولو ولدته فى مرض السيد أو بعد موته ولا دين على السيد وقد أشهد على قوله فى صحته عتق من رأس المال لأنه كمعتق إلى أجل .

هذا إن كان الحمل فى الصحة ، وأما إن حملت به فى مرض السيد فولدته فى مرضه أو بعد موته فهو من الثلث لأن المريض إذا أعتق إلى أجل فهو من الثلث والأول كمعتق فى صحته إلى أجل فهو من رأس المال كمن قال لعبده فى صحته : إذا وضعت فلانة فأنت حر ، فوضعت والسيد مريض أو بعد موته ، فإن العبد حر من رأس المال .

قال فى « الموازية » فى القائل لأمته وهى غير حامل : كل ولد تلديه حر ، فله بيعها ما لم تحمل ، ولو قال : ما فى بطنك حر ، وليس فى بطنها شيء فلم يبيعها حتى حملت فله بيعها ولا عتق عليه .

قيل : فإن تبين بعد قوله بها حمل ولا يدرى أكان بها يوم القول أو أحدث .
قال : فلا تعتق عليه إلا أن تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم القول ولو كان
حاملًا بيّنًا كان حرًا ، وإن لم تضعه إلا إلى خمس سنين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أعتق ما في بطن أتمته أو دبره وهى حامل
يومئذ فما أتت به من ذلك الحمل إلى أقصى حمل النساء فحر أو مدبر .

وإذا قال لها : ما فى بطنك حر ، ولها زوج ولا يعلم أن بها حمل أم لا فلا
يعتق هاهنا إلا ما وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم القول « كالموازية » إذا مات
رجل وأمه تحت زوج فولدت بعد موته ولدًا فهو أخوه لأمه ، فإن وضعته لستة أشهر
فأكثر من يوم موته لم يرثه إذ قد تكون حملت بعد موته فلا يورث بالشك .

قال : وإن كان لأقل من ستة أشهر ورث ؛ لأنها كانت به حاملًا يوم موته لا
شك ، والعتق بهذه المنزلة إذا لم يكن حملها يوم أعتقها بيّنًا ، وإن كان حملها بيّنًا
يوم أعتقه فهو حر ، وإن وضعته لأربع سنين .

وقال غيره : إن كان الزوج مرسلاً عليها وليست بينة الحمل فوضعت لأقل من
ستة أشهر فهو حر ، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر فلا حرية له ، وإن كان الزوج
غائبًا أو ميتًا فما ولدته إلى أقصى حمل النساء فهو حر .

وقال أشهب : لا يسترق الولد بالشك ؛ لأنه لا يدرى لعلها كانت حاملًا يوم
أعتق ما فى بطنها ، ولا يخالف أشهب فى الميراث لأنه يعتق بالشك ولا يورث
بالشك .

وفى « كتاب ابن المنذر » : عن على بن أبى طالب وعن عمر - رضى الله عنهما :
إذا مات رجل وأمه تحت زوج فليعتزلها الزوج حتى تحيض حيضة فى شأن الميراث .
يريد : لئلا يدخل الشك فى الميراث لما تلده .

وقال عمر بن عبد العزيز : لا يقربها حتى ينظر أبها حمل أم لا .

وقال سفيان : إن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يرث ، وإن كان لأقل من
ستة أشهر ورث .

يريد : إذا كان الزوج مرسلاً عليها . وكل هذه الأقوال متفقة .

وفى « كتاب الموازية » : ليس على الزوج أن يعتزلها ومن يصدقه أنه اعتزلها ، وما أرى لولدها ميراثاً إلا أن تكون بينة الحمل .

ابن المواز : وتضعه لأقل من ستة أشهر من يوم مات ابنها .

قال ابن القاسم : والذي يعتق ما فى بطن أمته فى صحته لا تباع وهى حامل إلا فى قيام بدين استحدثه السيد قبل عتقه أو بعد فيباع إذا لم يكن له مال غيرها ورق جنينها إذ لا يجوز استثاؤه ، فأما إن قام الغرماء بعد الوضع فانظر فإن كان الدين بعد العتق عتق الولد من رأس المال ولدته فى مرض السيد أو بعد موته وتباع الأمة وهى فى الدين ، وإن كان الدين قبل العتق بيع الولد للغرماء وإن لم تف الأم بدينهم .

ومن قال لأمته : ما فى بطنك حر ، فضرب رجل بطنها فألقت جنينها ميتاً ففيه عقل جنين الأمة ، بخلاف جنين أم الولد من سيدها تلد فى جنينها عقل جنين الحرة لأن جنين الأمة لا يعتق إلا بعد الوضع ، وجنين أم الولد حر حين حملت به .

يريد : ولو استهل جنين الأمة صارخاً ثم مات كانت فيه الدية لأنه باستهلاله صارخاً صار حرّاً مع القسامة ، وكذلك فى « المبسوط » عن مالك .

وكذلك لو أوصى لرجل بما فى بطن أمته فهلك الموصى وأعتق الموصى له ما فى بطن الأمة فضرب رجل بطنها فاستهل [ق / ١٧٦ / ٢ ب] ثم مات ففيه عقل حر ، لأن مالكا قال فى رجل جرح عبده فأعتقه بعد ذلك فمات من ذلك الجرح : أن عقله عقل حر . فهذا مثله .

وفى « الموازية » : إذا استهل الجنين وقد أعتقه الموهوب له أن عقله عقل حر ، والصواب عندى مراعاته يوم الموت .

وغمز بعض فقهاءنا مسألة العبد وقال : أظن فى هذا الأصل اختلاف هل يراعى حاله يوم الجناية أو يوم الموت ؟

والصواب عندى : مراعاته يوم الموت كما قال مالك ؛ لأنه لو كان نصرانياً فأسلم ثم مات من الجرح لوارث الإسلام ووارثوه إلا أن يكون الجرح أنفذ مقاتله فكذلك يكون حكم عقله .

قال ربيعة : ومن أعتق حاملاً عتق جنينها وإن لم يذكره ولا مرد له فيه ولو

استثناءه كان حراً ولم ينفعه استثناءؤه . [ق / ١٨٥ / ١٢] .

فيمن وهب أمته لرجل وجنيها لغيره ، وعتق الأم في ذلك ، ومن وهب عبداً ثم أعتقه وكيف إن قتل ، ومن أعتق أمته على أن تنكحه

قال ابن القاسم : ومن وهب ما فى بطن أمته لرجل أو تصدق به عليه أو أوصى له به ثم وهبها سيدها بعد ذلك لرجل آخر أو أعتقها هو أو وارثه بعد موته .

قال : فالعتق أحق بها ويعتق جنيها وتسقط هبته وغيرها .

وذكر ابن المواز : عن ابن القاسم فيمن تصدق بأمته على رجل وبما فى بطنها على آخر فوضعت : أن الولد للذى وهب له ، والأمة لمن وهبت له ، فإن أعتقها المتصدق عليه بها قبل الوضع كانت حرة بما فى بطنها .

وقال أيضاً : يكون للمتصدق عليه بالولد قيمته على معتق الأم يوم يخرج إن خرج حياً ، وإن خرج ميتاً لم يكن له شيء .

وقد قال فيها أيضاً : لا عتق للمتصدق عليه بالأم حتى تضع وعتقه باطل .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا ، لأنه لم تصر له الأم إلا بعد الوضع .

قال ابن القاسم : كما لو أعتق صاحبها الولد فلا عتق له إلا بعد الوضع .

وقال ابن القاسم : ولو فلس صاحب الرقبة بيعت بما فى بطنها ، وإن فلس صاحب الجنين لم تبع حتى تضع .

ابن المواز : لا تباع فى دين صاحب الرقبة حتى تضع لأنها حيثئذ تجب له كما لو استثنى خدمتها سنة وليس كسيدها الأول ، ولو جنت فافتداها صاحب الرقبة لم يكن لصاحب الجنين شيء ، وإن أسلمها رقت مع جنيها للمخدوم وكان قد أعتق الجنين صاحب أم لا ، ولو أعتقها صاحبها ثم جنت أتبع بالأرث ، وقاله أصبغ .

وسئل أبو عمران عمن أعتق جنين أمه وعليه دين والغرماء عالمون بعته ثم قاموا بعد ذلك هل تباع لهم الأمة بما فى بطنها ؟

قال : نعم ، ولا يضرهم علمهم بعته للجنين لضعف عتق الجنين ، ألا ترى أنها تباع فى الدين المستحدث بما فى بطنها .

وقد اختلف إذا باعها بعد عتق جنيها هل يرد البيع أو ينفذ له فإن بيعت للدين

المستحدث بما فى بطنها ثم وجد المستثنى بالأم عيباً قديماً وقد ولدت فردها وولدها على الغرماء هل تباع هى وولدها لهم ؟

قال : لا يباع ولدها ويعتق لأن العلة التى أوجبت بيعه كونه فى بطنها كعضو منها ، وأما الآن فقد انفرد الولد فيعتق بعته متقدم وسواء كان فى الأم وفاء بالدين أو لم يكن .

قيل له : وعلى قول من يقول : الرد بالعيب بيع مبتدأ ؟

قال : ليس هو ابتداء بيع فى كل الأمور .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن وهب عبداً أو تصدق به على رجل وأخذه إياه حياته ثم أعتقه المعطى قبل حوز المعطى جاز العتق وبطل ما سواه .

قال ابن القاسم : سواء علم المعطى بالهبة والصدقة أو لم يعلم .

قال عنه ابن المواز : وكذلك لو كانت أمة فحملت منه قبل الحيضة .

وكذلك عنه فى « العتبية » فى العتق والإيلاء .

قيل له : فهل تؤخذ خدمته قيمة الأمة إذا حملت منه ؟

قال : لعل ذلك يكون .

قال عبد الملك : وقال ابن وهب : إن كانت عطية فعليه القيمة للمعطى وأما إن

تصدق بعده ثم أعتقه قبل أن يقبضه المعطى فلا عتق .

ابن حبيب : وقال أصبغ عن ابن القاسم عن مالك فيمن تصدق بعده على رجل

ثم أعتقه من ساعته أو بعد تفريط المعطى فى قبضه : فهو سواء والعتق أولى به ولا شيء للمعطي على المتصدق .

قلت لأصبغ : ولم ذلك ؟ ولو مات العبد لكان ماله للمتصدق عليه وقيمه له

إن قتل ولو حنث بعته رقيقه عتق عليه ولا يعتق فيما يحنث به المتصدق .

قال : لأن جميع العراقيين يرون أن الصدقة لا تتم إلا بالقبض وأنه يرجع فيها

المتصدق قبل القبض فراعى مالك الاختلاف ورأى هذا فى العتق خاصة لحرمته .

قال أصبغ : وكذلك لو دبره أو أعتقه إلى أجل أو كاتبه فهو كالمعتق .

قلت : فلما لا جعلت له قيمة المدبر والمؤجل وكتابة المكاتب وما يرق من المدبر

فى ضيق الثلث .

قال : لأنه غير ما أعطى فلما رد عقد العتق عطية رد ما وراء ذلك وقد قيل ما قلت ، ولا أقول به ، وكذلك عندى لو تصدق برقبة المدبر لأبطل ذلك ولم أجعل له مرجع ذلك .

قال أصبغ : وأنا أقول فيمن تصدق بعبده فلم يقبض منه حتى أعتقه فإن غافض بالعتق فالعتق باطل ، وكذلك إن غافض بالبيع سقط البيع وإن لم يغافض مضى البيع وكان الثمن للمتصدق عليه استحساناً والقياس أن لا شيء له لما بطلت الصدقة وتم البيع .

فالمحصول من هذا الذى تصدق به ثم أعتق ثلاثة أقوال :

قول : أن العتق أولى .

وقول : فرق بين أن يغافض بالعتق أو لم يغافض .

وقول : أن الصدقة أولى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو تصدق بعبده فلم يقبضه حتى وهبه لغيره أو تصدق به عليه فقبضه الثانى فالأول أحق به ويصح قبض الثانى .

وقال أشهب : بل الثانى أحق به إذا قبضه وإن لم يمت الواهب .

ابن المواز : وبه أقول ، وليس قول ابن القاسم بشيء والحوز أولى ، وكذلك إن أحدث فيه ربه بيعاً فالبيع أولى ، لأن البيع حوز وإن لم يقبض ، لأنه يضمه وتبطل الصدقة ، ولا شيء للمتصدق عليه من الثمن .

واضطرب قول ابن القاسم فقال مرة : إذا لم يقبضه المعطى حتى باعه للمعطى لم يرد البيع .

قيل : أفيأخذ الثمن المعطى ؟ قال : لو قال قائل ما أخطأ .

وقال مرة : أرى أن يرد البيع ويأخذ المعطى وكذلك فى الهبة .

ابن حبيب : وقال أصبغ : اختلف قول ابن القاسم فيمن وهب عبداً ثم باعه قبل قبض المعطى ، وأحبّ إلىّ أنه إن فرط فى قبضه فباعه مضى البيع لشبهة التفريط ، ويكون الثمن للمعطى استحساناً ، ولا يقطع التفريط حقه ، والقياس أن يكون الثمن للمعطى .

قال : وأما إن لم يفرط فله رد البيع وكذلك إن لم يعلم أو غافض البيع . ونحوه في « كتاب الصدقة » من « المدونة » .

قال فيه ابن القاسم : إذا علم [ق / ١٧٧ / ٢ ب] المتصدق بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها المعطى نفذ البيع وكان الثمن للمتصدق عليه ، وإن لم يعلم فله نقض البيع في حياة المتصدق وأخذ العبد فإن مات المتصدق قبل أن يقبضه المتصدق عليه فلا شيء له بيع أو لم يبيع .

وقال أشهب : إن خرج العبد من ملك المعطى بوجه ما وجب عليه فلا شيء للمعطى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قتل العبد قبل حوز المعطى فقيمه للمعطى وماله للمعطى إلا أن يكون أدخله معه في الهبة وشرطه فيكون أيضاً للمعطى كالبيع .

وقال : وإنما أبطل مالك الهبة والصدقة والحبس إذا مات المعطى قبل حوز المعطى وإن مات المعطى فورثته بمنزلته يقومون مقامه فموت الصدقة بعينها بمنزلة موت المتصدق عليه ، فإذا قتلت فعقلها للمعطى .

ابن المواز : قال مالك : مال العبد في البيع والهبة والصدقة لسيده إلا أن يشترطه من صار إليه [ق / ١٨٦ / ٢ أ] ، وقال : واختلف قوله في الموصى به لرجل ، فقال مرة : ماله لسيده كالبيع ، وقال : بل ذلك للموصى له كالعتق .

واختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة : هو كالعتق ، وقال أيضاً هو وأشهب وابن وهب وأصبع : إن ماله لورثة الميت .

والفرق بين الهبة والصدقة وبين العتق في هذا وإن كان أصله معروفاً كالعتق : أن العبد في الهبة والصدقة إنما يخرج من ملك إلى ملك فأشبهه البيع . وقاله عمر في البيع ، والإجماع على ذلك .

وفي العتق العبد يخرج من ملك إلى حرية وقد مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله .

وقد تقدم لابن حبيب أن ماله في الصدقة للمتصدق عليه ، ولم يختلف في

البيع أن ماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ولا فى العتق أن ماله للعبد إلا أن يستثنيه السيد واختلف فى الصدقة والوصية ، فقليل : للمعطى ، وقيل : للمعطى له .

وسئل أبو عمران : عمن وهب عبداً لرجل فقتله رجل قبل أن يقبضه الموهوب فيدفع الجانى قيمته إلى الواهب أو لم يدفعها ثم يموت الواهب قبل أن يقبض ذلك الموهوب له ؟

فقال الشيخ : إذا علم الجانى بالهبة فلم يدفع إلى الواهب حتى مات أنه جائز للموهوب ، وإن دفعها إلى الواهب وهو عالم بالهبة فصرح أنه يضمن ذلك للموهوب لأنه تعدى فى الدفع ، وإن لم يعلم فلا شيء عليه .

وشبهه برهن فضلة الرهن لغير المرتهن أن يكون جائزاً للثانى إذا علم .

وقال فيمن حلف بحرية عبده ألا يهبه ، فوهبه : أنه لا يحنث حتى يقبل الموهوب كما لو حلف بحريته ألا يبيعه فباعه على خيار المشتري فلا يحنث حتى ينقطع الخيار ، وهو كمن قال : إن قبل فلان عبدى فقد وهبته له ، أو من جاء لى بخمسين فهو له ، وقد كان حلف بحريته ألا يبيعه ، فإذا لم يأت أحد بذلك الثمن فيما قرب منه فلا حنث عليه فكذلك الهبة لا يحنث فيها إلا بالقبول فإذا قبل تمت الهبة ووقع الحنث ، وكان ماله للواهب [لأنه لا تتم حرية إلا بتمام الهبة وبتمامها يصير المال للواهب] ^(١) كما قال سحنون فيمن حلف بحريته ألا يبيعه ، فباعه : أن ماله للبائع ، لأن الهبة كالبيع فى بقاء المال للبائع .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : أن العبد حر بنفس الهبة وإن لم يقبله الموهوب ، وتبعه ماله ، وقول أبى عمران أبين .

فصل

قال ابن القاسم : ومن أعتق أمته على أن تنكحه أو تنكح فلاناً فامتنعت فهى حرة ، ولا يلزمها النكاح إلا أن تشاء ، وإنما قال ذلك لأن الأمة إذا عتقت سقط إجبار السيد إياها على النكاح وصار لها الخيار فى تزويج نفسها ، فإذا شرطت على نفسها التزويج قبل الإعتاق فقد أسقطت بذلك حقها من الخيار قبل ثبوت ذلك الحق لها ، وإسقاط الحق قبل وجوبه لا يصلح كالشفيع إذا أسقط حقه من الشفعة وسلمها قبل بيع الشقص أن ذلك لا يلزم فكذلك الأمة فيما ذكرنا ، وقاله بعض أهل العلم .

(١) سقط من أ .

قال مالك : من قال لرجل : خذ ألف درهم على أن تعتق أمتك وتزوجنيها ، فأعتقها فهي حرة ، ولها ألا تنكحه ، ولا يلزمها شيء ويلزم الرجل الألف لسيد الأمة .

ابن المواز : إلا أن يتبين أنه زاد على قيمتها لموضع النكاح فيرد عليه ما زاد على قيمتها ، وقاله أصبغ واستحسنه .

فى عتق السكران والمعتوه والصبى والسفيه والبكر وذات الزوج والعانس والمكره وطلاقهم

قال مالك : وعتق السكران جائز إذا كان غير مولى عليه .

ابن وهب : وأجاز طلاقه وعتقه جماعة من التابعين .

قال مالك : ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقاً لا يعقل .

قال : ومن حلف بعتق عبده إن فعل كذا فجن ثم فعل ذلك فى حال جنونه ، فلا شيء عليه ، لأن فعل المجنون ليس بفعل ، ولا يجوز عتق الصبى ولا يمينه به ، وإن حنث بعد البلوغ أو الرشد لم يلزم .

وقد قال النبى ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث »^(١) فذكر الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق فكل فعل أو يمين وقعت لهما فى حال الصبا والجنون فهي ساقطة .

قال ابن القاسم : وإذا قال صبى : إذا احتلمت فكل مملوك لى حر ، فاحتلم ، فلا شيء عليه عند مالك .

ابن المواز : ولا يجوز عتق المولى عليه وإذا أجاز له .

وروى مثله عيسى عن ابن القاسم فى « العتبية » : قال : وله رده إذا رشح كالصبى .

محمد : وإن لم يرد وليه عتقه حتى رشح وولى نفسه [والعبد فى يديه لا يلزمه فيه عتق ، وإن كان زال عن يده فلما ولى نفسه]^(٢) تركه وأمضى عتقه فذلك يلزمه .

(١) تقدم .

(٢) سقط من أ .

قال مالك : وإذا كان السفية لا يولى عليه وهو يلى نفسه فعتقه جائز .

قال ابن القاسم : إلا البيّن السفه الذى لا يحجر على مثله فلا يجوز أمره .

وروى زياد ومطرف عن مالك فى كتاب آخر : أن البيّن السفه فى إفساد ماله أفعاله جائزة حتى يحجر عليه ، وهو قول أصحاب مالك إلا ابن القاسم .

ابن المواز : وقال أشهب عن مالك : وإذا حلف السفية المولى عليه بعتق رقيقه ، فإن لم يحنث حتى ولى نفسه ، ثم حنث لزمه الحنث ، وإن حنث قبل أن يلى نفسه فلا شيء عليه .

أشهب : إذا حنث قبل أن يخرج من الولاية فإن رد وصيه عتقه لم يكن عليه شيء بعد ذلك ، فإن لم يرده بعد إلى وصيه حتى ولى نفسه فعتقه نافذ كالعبد يحنث بالعتق فيرده سيده أو لا يرده حتى عتق .

وروى ابن القاسم عن مالك : إذا لم يحنث حتى ولى نفسه فحنث فلا حنث عليه لأنه يوم حلف كان سفية .

قال مالك : وإنما الأيمان حين وقعت ولا أرى أنه خرج من المأثم .

ابن المواز : ورواية أشهب عن مالك أحب إلينا .

إن حنث قبل أن يلى نفسه ثم ولى نفسه فلا شيء عليه [ق / ١٧٨ / ٢ ب] وإن كان العبد قائماً بيده .

ابن المواز : وسواء رد وليه عتقه أو لم يرد كما ولى نفسه ، بل لو أجاز وليه عتقه لم يجز ذلك عليه ، وإن ولى نفسه بخلاف العبد فى ذلك لأن العبد لو أعتق عبده أو حنث فيه فأجاز ذلك السيد لنفذ ذلك عليه ، والسفيه لو أجاز له وليه عتق ما أعتق أو حنث فيه فأجاز .

وقد قال أشهب : إذا أعتق السفية أو العبد عبداً فلم يعلم العبد ولا ولى السفية حتى عتق العبد وولى السفية نفسه وما كانا أعتقا بأيديهما فإنه يعتق على العبد ولا يعتق على السفية .

أشهب : وذلك لأن السفية إذا أجاز له وليه عتقه لم يجز ، ولو أجاز السيد عتق عبده جاز .

واختصار ذلك : أن السفية إذا حنث قبل أن يخرج من الولاية فلم يرد وليه عتقه حتى ولي نفسه ، فقييل : يلزمه العتق ، وقيل : لا يلزمه .

وكذلك إن حنث بتلك اليمين بعد خروجه من الولاية ، فقييل : يلزمه ، وقيل : لا يلزمه .

ابن المواز : ولم يختلف مالك وأصحابه في عتق السفية أم ولده أنه جائز عليه لما دخلها من الحرية ، وأنه لم يبق له فيها إلا المتعة فليست بمال ولا يلحقها دين ، واختلفوا هل يتبعها مالها .

فقال ابن القاسم : لا يتبعها إلا أن يكون الشيء التافه . وقاله أصبغ [ق/١٨٧/١٢] .

وقال أشهب : يتبعها مالها كما لو طلق امرأته ولها عليه المهر العظيم فإنه يلزمه طلاقه ويكون للمرأة مهرها فكذلك إذا أعتق أم ولده ولم يستثن مالها فإنها تعتق ويتبعها مالها .

وقول ابن القاسم في المال أبين ، لأنه كان قادراً على استثنائه فتركه الاستثناء كابتنائه الهبة لها ، ألا ترى أنه كان أملك بمالها منها لو رشد فكذلك في سفهه هو كماله ، وأما المرأة فليس مهرها من ماله ولا هو قادر على استثنائه فافترقا .

وقال سحنون : لا يتبعها مالها تافهاً كان أو غير تافه .

وروى عنه ابنه عن المغيرة وابن نافع : أن عتق السفية أم ولده لا يجوز بخلاف طلاقه .

قال سحنون : وقول مالك وأصحابه أنه جائز .

ومن « كتاب الحمالة » : قال ابن القاسم : والبكر التي في بيت أهلها ولم تعنس لا تجوز كفالتها ولا بيعها ولا صدقتها ولا عتقها ولا شيء من معروفها ولو أجازها الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه وهي في هذا كالصبي والمولى عليه .

قال : وإذا عنست في بيت أبيها وأنس منها الرشد جاز عتقها وهبتها ، وكذلك وجدت في « كتاب عبد الرحيم » عن مالك ، وهو رأى ، وقول مالك المعروف أن ليس ذلك بجائز .

وقد سئل عن الجارية العانس تعتق أجائز ؟ قال : إن أجازها الوالد .

قال : فإذا دخل بالبكر زوجها فلا يجوز لها فعل شيء من المعروف ، وإن أجازها الزوج حتى يتبين رشدها ، فإذا تبين رشدها جاز بيعها وشراؤها وإن كره زوجها ما لم تحاب ، فإذا حابت أو تصدقت أو أعتقت كان ذلك في ثلثها ، فإن حمله جاز وإن كره الزوج إذ ليس بضرر وإن جاوز الثلث فللزوج رد الجميع أو إجازته لأن ذلك ضرر إلا أن تزيد على الثلث كالدينار ، وما خف فهذا يعلم أنها لم ترد بذلك الضرر .

ومن « الواضحة » : أشهب عن مالك : وإذا تصدقت بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج فليرد كله .

وقال ابن القاسم : تفعل ما أحببت وإن قصدت به ضرر الزوج .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك : وإذا تصدقت بالثلث ثم أرادت بعد ذلك بثلث ما بقى بيدها قال : ذلك لها إلا أن تكون قريباً من الأول مما يعلم أنها قصدت به الضرر فيرد ذلك .

وقال مالك : إن حضرته الوفاة فأوصت جاز .

ومن « العتبية » : يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : في امرأة لها ثلاثة رؤوس أعتقت منهم رأساً ثم أعتقت ثانياً بعد زمان ثم الثالث بعد زمان والقيمة مختلفة وليس لها غيرهم فإن كان الأول قدر ثلث قيمتهم فأقل جاز عتقه ثم ينظر فإن قرب عتقها للثاني مما يعرف به الضرر بطل عتق الثاني وإن بعد حتى لا تتهم بالضرر .

قال في « الواضحة » : كالشهور .

قال ابن القاسم : وقيمه قدر الثلث منه ومن الثالث جاز ، وأما الثالث فلا يعتق لأنها أعتقته وهي لا تملك غيره وإن كان الأول أكثر من الثلث لم يجز عتقه ، ونظر : فإن كان الثاني أكثر من قيمة ثلث قيمة الثلاثة لم يجز أيضاً ، وإن كان ثلث قيمة الثلاثة فأقل جاز .

وقال عنه عيسى : وإن أعتقت اليوم واحداً وفي غد الثاني أو بعد يومين ، فإن كان الأول الثلث جاز وحده وبطل عتق الآخرين ، وإن كان الأول أكثر من الثلث بطل عتق الكل .

ومن « الموازية » : وإن أعتقت ثلث عبد وليس لها غيره ، فقال ابن القاسم عن مالك : ذلك جائز ولا يعتق منه غير ثلثه .

وقال أشهب وعبد الملك : إما أن يجيز الزوج فيعتق جميعه أو يرده فلا يعتق منه شيء . وروياه عن مالك .

ابن المواز : وروى ابن القاسم عن مالك فى ذات الزوج تدبر ثلث جاريتها فقال : ينفذ عليها . يريد : تدبيرها كلها . وقاله ابن القاسم .

قال أصبغ : يريد : وإن كره ذلك زوجها .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : وما قضت فيه المرأة بأكثر من الثلث من عتق أو صدقة فهو مردود حتى يجيزه الزوج .

قال ابن القاسم عن مالك : هو جائز حتى يرده الزوج كعتق المديان وعطيته .

ومن « العتبية » و « الموازية » : أشهب عن مالك فى رجل أعطى لجارية امرأته مالا عظيما فخافت أن تبيعها فقالت : هى حرة إن بعثتها إلى عشر سنين ففسدت الأمة وحبلت ، فقال : ليس لها مخرج إلا أن تعتقها أو تهبها لمن لا تريد منه ثوابا .

قيل : فإنها ندمت فأرادت بيعها هل ترد لزوجها يمينها وهى لا تملك غيرها ؟ قال : لا والله .

ابن المواز وابن حبيب : لزوجها ذلك .

وفى « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم فى امرأة حلفت بعتق رقيقها إن تزوجت فلاناً ثم تزوجته ورقيقها أكثر من ثلثها ، قال : إن لم يعلم زوجها يمينها حين تزوجها فله رد عتقها ، وإن كان قد علم فيقدم على ذلك فليس له رده وهو كالإذن لها .

ابن المواز : قال ابن وهب : ليس للزوج رده علم يمينها قبل النكاح أو لم يعلم لأن اليمين قبل النكاح ليست كالبكر . وقاله ابن المواز ، لأن عقد نكاحه لم يكن قبل حنثها .

يريد : أنهما وقعا معاً .

أشهب : وكذلك لو حلفت بالعتق ألا تكلم أخاها ثم تزوجت ثم كلمت أخاها

فإن للزوج أن يرد عتقها إذا كان أكثر من ثلثها .

ابن سحنون : قرأت على سحنون لأصبع : وإن حلفت امرأة بعتق عبدها إن تزوجت فلائاً فباعته ثم تزوجته ثم رد عليها العبد بعب ، فإن رد عليها قبل التزويج ثم تزوجت حشت ، وإن رد بعد التزويج وكانت قد دلست حشت .

وللزوج رد ذلك إن لم تملك غيره فأجازه سحنون ثم رجع عنه .

وقال : لا تحث إذا رد بعد [ق / ١٧٩ / ٢ ب] التزويج دلست أو لم تدلس .

يريد : لأن عقد النكاح وقع وليست لها بأمة ، وكذلك لو اشتراها على هذا ، وفيه اختلاف ، هل إنما يراعى وقت العقد أو استدامة النكاح ؟ فمن راعى استدامة النكاح أوجب حشها إذا ردت عليها دلست أو لم تدلس لأنها مالكة لها وهي متزوجة وإن لم يكن لها غيرها فللزوج رد عتقها .

ومن « العتبية » : قيل لابن القاسم : فإن قالت امرأة لزوجها : إن وطئني الليلة أو إن ضربت أمتي فريقي أحرار ، فلم يذكر جواباً .

أبو محمد : وتبين لى فى الوطء أنه له رد العتق إذا وطئها وأما إذا ضرب الأمة فلا رد له لأن له الوطئ فمنعته يمينها فكان له تحنيثها ورد عتقها ، والضرب غير مباح له فلم يكن له تحنيثها ولا رد عتقها إن فعل .

وفيما ذكرنا من هذا الباب كفاية وفى الحماله منه شيء .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يجوز على المكره شيء من الأشياء لا عتق ولا طلاق ولا نكاح ولا بيع ولا شراء ولا وصية ولا غير ذلك ، وإن أكره على الصلح لم يلزمه شيء ، وإكراه السلطان عند مالك وغير السلطان سواء ، والضرب عند مالك إكراه والتهديد بالضرب والقتل والتخويف الذى لا شك فيه إكراه .

ابن القاسم : والسجن إكراه [ق / ١٨٨ / ٢ أ] وإكراه الرجل زوجته إكراه وقد قال مالك : إذا ضربها أو أضر بها فاختلعت منه ، أنه يرد إليها ما أخذ منها ، فهذا يدل على أن إكراهه إكراه .

وقد قال النبي ﷺ : « حمل عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(١) .

فى العبد يدس من يشتريه من سيده وهو لا يعلم، وشراء العبد نفسه من سيده شراء فاسداً

قال مالك : وإن دفع عبد مالا إلى رجل فقال له : اشترنى لنفسك فاشتراه ولم يستثن ماله فليغرم ثمنه ثانية ، ويلزمه البيع ويكون العبد له لأنه إنما دفع إليه أولاً مال عبده وقد قال النبي ﷺ : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »^(٢) .

قال فى « كتاب الوكالات » : وإن استثنى ماله فلا شيء عليه غير الثمن الذى دفع فيه أولاً .

قال فى العتق : فإن دفع إليه العبد مالا على أن يشتريه ويعتقه ففعل وأعتقه لزمه أداء ثمنه ثانية ، والعتق له لازم .

قال ابن القاسم : ولا يرجع هذا المشتري على العبد بشيء من الثمن الذى غرمه ثانية .

قال مالك : فإن لم يكن للمشتري مال رد العبد ويبيع فى ثمنه فإن كان فيه وفاء أعطيه السيد ، وإن كان فيه فضل أعتق من العبد بقدر ذلك الفضل ، ولو بقى من الثمن شيء بعد بيع العبد كان فى ذمة الرجل وهذا كله إذا لم يستثن ماله ، ولو استثناه لم يلزمه غير الثمن الأول .

ابن المواز : وإن قال العبد : اشترنى بهذا الثمن لنفسى ففعل واستثنى له ماله فهو حر مكانه لأنه ملكه بنفسه وولاه لسيده البائع ، وإن لم يستثن ماله عاد رقيقاً لبائعه والمال له ولا يتبع المشتري بثمنه كان ملياً أو معدماً .

ابن المواز : وهو على أنه اشتراه لنفسه حتى يعلم غير ذلك فإن تداعيا هو والعبد فقال العبد : إنما دفعت إليك الثمن لتشترينى لنفسى ، وقال هو : بل لنفسى .

قال أصبغ : فالقول قول المشتري استثنى ماله أو لم يستثنى لأنه ضامن غارم ، والشراء قد عرف منه حتى يعرف خلافه للعبد على ما قال .

(١) تقدم .

(٢) تقدم ، وهو صحيح .

يريد : ويحلف له المبتاع إن استثنى ماله لأنه لو صدق العبد فى دعواه فإن العبد حر فإن حلف برئ وإن نكل حلف العبد وكان حرًا ، وليس ذلك كدعوى العتق ، وإنما هى كدعوى تجر إلى العتق كقول المكاتب : أنه وقع إلى سيده آخر نجم ، وسيده ينكر ، فإن سيده يحلف على ذلك ويبقى العبد على كتابته ، فإن نكل حلف المكاتب وكان حرًا فهذا مثله ولو لم يستثن المشتري ماله لم يكن للعبد يمين على المشتري لأنه إنما يدعى ذلك أنه باق على ملك مولاه الأول ومولاه لم يدع شيئًا ، وكذلك لو ادعى السيد هاهنا أنه إنما اشتراه لنفس العبد حلف له المشتري على ذلك وأغرم ثمن العبد ثانية فإن نكل حلف السيد واستحق العبد .

قال أصبغ : وكذلك لو اختلف السيد والمشتري فقال السيد : من مال عبدى دفعت إلى وصدقه العبد ، وقال المشتري : من مالى .

يريد : واتفقوا على أنه اشتراه لنفسه فالقول قول المبتاع فى ذلك كله استثنى ماله أو لم يستثنه ، لكن لا يحلف إذا استثنى ماله ، ويحلف إن لم يستثنه ، فإن نكل حلف البائع واستحق الثمن ثانية .

قال فى « المستخرجة » : فإن لم يكن للمشتري مال وقد عتق العبد رد عتقه وبيع له فى الثمن عرفت بينهما معاملة قبل ذلك أم لا .

قال بعض أصحابنا : ولو دفع العبد عرضًا لرجل وقال : اشترينى به لنفسك من سيدى فعل ، فإن استثنى ماله فلا شيء عليه ، وإن لم يستثن ماله فالمشتري قد اشترى سلعة بسلعة واستحقت السلعة التى دفع فليس للعبد أن يرجع فى عين عبد إن كان قائمًا لم يفت ، فإن فات بحواله سوق فأعلى كان على المشتري قيمة العبد .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدًا فقد تم عتقه ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمة ولا غيرها بخلاف شراء غيره إياه .

يريد : ويكون للسيد ما باعه به غررًا كان أو غيره وكأنه انتزعه منه وأعتقه .

قال ابن القاسم : إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته .

قال غيره : هو حر ولا شيء عليه .

قال أحمد بن ميسر : إن أعتقه على خمر فى يديه فهو حر وتكسر عليه ، وإن

كان يتبعه به فالبيع فاسداً وعليه قيمة رقبته .

وقول ابن ميسر وفاق لما فى « المدونة » : إنما هى على أنه اشتراه بخمر مضمون ، وينبغى إذا كان بخمر مضمون أن يعجل عتق العبد ويتبع بقيمته فاعله .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن باعه من أجنبى بخمر أو خنزير أو بما لا يحل فأعتقه المتباع جاز عتقه ولم يرد ولزمته قيمته يوم قبضه ؛ لأن مالكا قال فى البيع الحرام : إذا فات بعتق مضى ولزم المشتري القيمة .

ابن المواز : قال أشهب : وإن اشترى العبد نفسه من سيده ببيع شارد أو عبد أبى فليس للسيد إلا اتباعهما ، وهو كما بينا لابن القاسم .

قال ابن القاسم فى « كتاب العيوب » : وإذا بعت عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم وجدت بها عيباً لم يكن لك ردها ، وكأنك انتزعتها منه وأعتقته .

ابن المواز : رجع ابن القاسم فقال : إن قاطع عبده على جارية بعينها ثم وجد بها عيباً أنه يردها ويتبعه بقيمتها .

وقاله أشهب : وإنما لا يتبعه فيما أعتقه واستثناه بعينه ليس على المبيعة والمكاسية .

قال [ق/ ١٨٠ / ٢ ب] فى « المدونة » : ولو بعته نفسه بها ليست له يومئذ .

قال يحيى بن عمر : وهى بعينها فى ملك غيره .

قال ابن القاسم : ثم وجدت بها عيباً ترد منه رددتها عليه وكان العبد تام الحرية جازر الشهادة وأتبعته بقيمة الجارية ديناً كالمكاتب يقاطعه سيده على جارية ويعتقه ثم يجد بها عيباً أو تستحق فإنما يرجع عليه بقيمتها .

فيمن أعتق عبده وعلى مال ألزمه إياه ،

وحكم ولد الأمة فى ذلك

قال مالك وأشهب : ومن قال لعبده : أنت حر الساعة بتلا وعليك مائة دينار تدفعها إلى أجل كذا ، فهو حر الساعة ويتبعه بالمائة أحب أم كره .

قال ابن القاسم : هو حر ولا يتبع بشيء . وقاله ابن المسيب .

ابن المواز : قال أصبغ : لم أجد لقول ابن القاسم هذا أصلاً وليس بشيء ، والصواب قول مالك وأصحابه وأهل المدينة .

وقاله ابن شهاب ، وكأنه باعه من نفسه وهو كاره فذلك لازم له كما يزوجه كرهاً [ق/ ١٨٩ / ١٢] ويتنزعه ماله كرهاً .

ابن المواز : وكما له أن يلزمه ذلك بغير حرية فلم تزده الحرية إلا خيراً .

ووجه قول ابن القاسم : أنه لا يكون حرّاً متبوعاً ؛ لأن هذا من باب الاستسعاء وكما لو أعتقه على أن يخدمه بعد العتق سنة أنه حر ولا شيء عليه فذلك هذا .

قال مالك في « كتاب المكاتب » : وإذا أعتق عبده على أن عليه مائة دينار جاز ذلك على العبد وكان حرّاً ويتبع بالمائة .

قال سحنون في « المستخرجة » : قول مالك : أنت وعليك أو على أن عليك ، سواء ، وهو حر ، وعليه ما سمي له ، وبه أقول .

وقال ابن القاسم : في قوله : أنت حر على أن عليك ، يخير العبد فإن شاء ثبات العتق على أن يتبع بها فذلك له ، وإن كره أن يكون غريباً فلا حرية له .

ومن العتق قال مالك : وأما إن قال : أنت حر على أن تدفع إليّ مائة دينار ، لم يعتق إلا بأدائها بخلاف قوله : أنت حر وعليك .

قال ابن القاسم : وللعبد أن يستل ذلك ويبقى رقيقاً في قول مالك .

ابن القاسم : وسواء ذكر السيد أجلاً للمال أم لا ولا يعتق إلا أن يرضى .

ولو قال : أنت حر على أن تدفع مائة دينار إلى سنة ، فقبل ذلك العبد فإن لم يقل : أنت حر الساعة ، ولا أراد ذلك لم يعتق العبد إلا بالأداء عند الأجل ويتلوم له السلطان فإن عجز رق .

قال : وهذا كالقطاعة ، والقطاعة : قول الرجل لعبده : إن جئتني بكذا إلى أجل كذا فأنت حر ، فإن جاءه بذلك فهو حر ، وإن لم يأت بذلك نظر السلطان فيه بحال ما وصفنا وهذا عند مالك كالمكاتب سواء .

فالمحصول من قول مالك وابن القاسم في هذه المسئلة وما جرى في الكتب المذكورة : أنه إذا قال لعبده : أنت حر الساعة بتلاً وعليك مائة دينار ، أو : على أن عليك ، أو : على أن تدفع إليّ مائة دينار ، أنه حرّ عند مالك الساعة في جميع ذلك ويتبع بالمائة أحب أو كره لأن له أن يلزمه المائة بغير حرية ويأخذها منه متى شاء

ووجدتها عنده فلم يزد به بالحرية إلا خيراً كما قال محمد .

وإنما قال : أنت حر ، ولم يقل « الساعة بتلاً » ففي قوله : أنت حر وعليك ، أو : على أن عليك ، يعتق ويتبع أيضاً مثل الأول ، وفي قوله : أنت حر على أن تدفع ، لا يعتق حتى يدفع ، لأنه لم يتل عتقه إلا بعد دفع المال ، وللعبد ألا يقبل ذلك ويبقى رقيقاً وهذا من ناحية الكتابة وهذا من قوله يدل أنه لا يكرهه على الكتابة وفيه اختلاف .

ومذهب ابن القاسم : إذا قال : أنت حر وعليك ، فسواء قال « الساعة بتلاً » أو لم يقل فإنه حر في الوجهين جميعاً ولا شيء عليه ، وإن قال : أنت حر على أن عليك فسواء قال : « الساعة بتلاً » أو لم يقل فليخير العبد فإن شاء ثبات العتق على أن يتبع بها فذلك له ، وإن كره أن يكون غريباً فلا حرية له .

وفي قوله : أنت حر الساعة بتلاً على أن يدفع ، فالعبد مخير في قبول ذلك أو رده ، فإن رده لم يكن عليه شيء ، وإن قبله عتق وأتبع وإن لم يقل في ذلك الساعة بتلاً فهو مخير أيضاً في القبول أو الرد فإن رد فلا شيء عليه ، وإن قبل لم يعتق إلا بالأداء .

وقول مالك أصوب في ذلك كله .

وفي « الواضحة » : في هذه المسائل اختلاف تركتها لثلاث يتوعد لفظها على قارئها وقد اتفق على ما قلته حذاق أصحابنا .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال لأمته : إن ودّيت إلى ألف درهم إلى عشر فأنت حرة ، فليس له أن يبيعه .

قال ابن القاسم : وما ولدت في هذه المدة فبمنزلتها إن ودّت فعتقت عتق ولدها معها ؛ لأن مالكا قال : كل شرط كان في أمة فما ولدت من ولد بعد الشرط أو كانت به حاملاً يوم شرط لها ذلك فولدها في ذلك الشرط بمنزلتها .

وقد قال مالك فيمن حلف بعتق أمته إن لم يفعل كذا إلى أجل كذا فولدت قبل الأجل ثم لم يفعل السيد ذلك فحنت : أن ولدها بمنزلتها يعتق معها وليس له بيعها ولا بيع ولدها . فهو يدل على مسألتك .

قال : وكذلك إذا قال : إن ودّيت إلى ألف درهم ، ولم يضرب لها أجلاً أن ولدها بمنزلتها أيضاً .

وقال ابن القاسم في « المستخرجة » : لا يكون ولدها بمنزلتها ، ورواه عن مالك ، وليست بكتابة ولا عتق إلى أجل ولو مات لم يلزم ورثته عتقها إن جاءتهم بالمائة .

يريد : وسواء ضرب أجلاً أو لم يضربه .

وقد تقدمت مسألة من قال لأمته : إن ودّيت إلى ألف درهم فأنت حرة ، فمضى اليوم ولم تودّ شيئاً أنه لا بد أن يتلوم لها وإن وضع ذلك السيد عنها عتقت مكانها ، والذي قال لأمته : إن أدّيت إلى ورثتي كذا فأنت حرة ، فمات وحملها الثلث أنه ينجم عليها فإن أدت عتقت ، وإن عجزت رقت ، وإن لم يحملها الثلث خير الورثة في إجازة ذلك أو عتق محمل الثلث منها بتلاً .

فيمن أعتق عبده ثم جرده العتق وقد استغله

أو أقر بعتقه بعد أن جرحه وكيف إن استحق بحرية

قال مالك : ومن أعتق عبده أو أمته ثم جرده العتق فاستغل واستخدم ووطئ زماناً ثم قامت بينة عليه بالعتق وهو يجحد فلا شيء عليه من ذلك إلا أنه يحكم عليه بالعتق .

ابن القاسم : فإن أقر بذلك ولم يتنزع فليرد الغلة على العبد ويعطيه قيمة خدمته ويحدّ في وطئ الأمة ، كقول مالك فيمن ابتاع حرة وهو يعلم بها فأقر بوطئها ولم ينزع أنه يحدّ ويغرم الصداق .

وقال مالك فيمن حلف في سفره بعتق عبده إن فعل كذا ومعه عدول فقدم المدينة بعبده ذلك ويحلف العدول الذين كانوا معه عنه فحنث في عبده ثم يستغل العبد ثم مات فكاتبه ورثته وأدى أكثر النجوم وهم لا يعلمون بحنث صاحبهم ثم قدم الشهود بعد ذلك فأخبروا بيمينه وحنثه : فإنه يقضى بعتق العبد الآن ولا رجوع له بغلة ولا كتابة وإنما يثبت عتقه الآن .

قال ابن القاسم : وكذلك [ق / ١٨١ / ٢ ب] إن جرحه السيد أو قذفه ثم أعتقه قبل ذلك وهو جاحد فلا شيء عليه .

وجعل له ابن القاسم حكم الحر مع الأجنيين بخلاف السيد .

وقال غيره : إذا ثبت أن السيد أعتقه قبل ذلك والسيد جاحد فعلى السيد رد الغلة إليه ، وله حكم الحر فيما مضى من حدٍّ أو جراح أو قذف أو عليه مع أجنبي أو مع السيد ذلك سواء .

ابن المواز عن أشهب : جحود السيد مع البينة كإقراره إلا فى الوطاء فقط فقال : لا شيء عليه فيه إلا أن يقر بالتعمد ، ويقام إذا لم يقر مقام الناسى ، وأما فى غير ذلك فهو والأجنيون سواء ، والسيد أقوى فى التهمة لما له فيه من المنفعة ، والأجنى يقول : لم أعلم . وقد أخطأ من قاس وطئه بعمره لأنه لو وطئ امرأة يظنها امرأته لم يُحد ولا يعزر فى الفدية بهذا .

والحجة لابن القاسم : أنه لو وطئ أو قذف [ق / ١٩٠ / ٢ أ] امرأة يظنها [أمته]^(١) لم يُحد ، فلا يحتج عليه إذا وطئها أو قذفها يظنها امرأته ، لأن الزوجة تحدّ فى قذفها وكذلك يحدّ فى قذف الأجنبية يظنها زوجته ، والأمة لا يحدّ فى قذفها ، وكذلك لا يحدّ فى قذف الأجنبية يظنها أمتة .
فمن قاس الأمة بالزوجة فى هذا فقد أخطأ .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو جرح رجل عبداً لرجل أو قذفه فأقر السيد أنه كان أعتقه قبل ذلك فلا حدّ عليه فى قذفه ولا قصاص إلا أن يعترف بما قال سيده ، فإن لم يقر وكان الجرح عمداً فعلى الجراح دية جرحه على أنه عبد ويكون ذلك للعبد إقرار السيد أن دية الجرح له .

ابن المواز : وإن كان خطأ فعليه الأقل من دية جرحه على أنه عبداً أو على أنه حر يكون ذلك للعبد إلا أن يبلغ ذلك ثلث الدية فأكثر فلا شيء عليه أقر أو جحد ، لأنه إنما أقر العاقلة والقياس أن يكون عليه قدر ما يلزمه مع العاقلة .

فصل

ومن « العتبية » و « المجموعة » : قال ابن القاسم : وإذا استحق العبد أنه حر الأصل فإن ما تقدم مما أخذ منه السيد من كتابة أو غلة أو خدمة أو جراح لا يرجع عليه بشيء منه ، وما كان انتزع له من مال فليرده إليه كان اشتراه به أو أفاده عنده من

(١) فى أ : امرأته .

فضل جراحه ، أو قد كان وهبه له ويرد عليه ما قبض من أرش جراحاته وقطع يده لأنه لم يكن يضمّنه لو مات عنده ولكن يرجع على بائعه بالثمن .
فإن قيل : فكذلك يرد كتابته وغلته .

قيل له : الفرق بين ذلك أنه اشترى العبد ليغتنله لا ليتّرع ماله .

ومن غير « المجموعة » : وقال المغيرة : يرد غلة ما اغتّل منه وكذلك يرى إن كانت أمة فاستحقت بحرية أنها ترجع عليه بصدّاق المثل إذا وطئها .

وابن القاسم لا يرى عليه صدّاقاً .

فوجه قول ابن القاسم : أن مشترى الحر قد دفع فيه ثمنًا انتفع به فوجب أن ينتفع هو بمضمونه أصله إذا استحق بملك ولما لم يرجع سيد العبد بمنافع مملوكه التي كان ملكها وملكت عليه بغير حق فكذلك منافع الحر .

والفرق عند المغيرة بين الحر والعبد : أن العبد لو هلك بين مشتريه لكان ضمانه منه ولم يرجع بثمنه على بائعه فوجب أن يكون له خراجه لقول النبي ﷺ : « الخراج بالضمان »^(١) والحر ليس ضمانه من أحد ، وأنه لو هلك بيد مشتريه لرجع بثمنه على بائعه فوجب ألا يكون له خراجه ، لأنه لم يضمن فيه ثمنًا ودّاه ، وهو أبين ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : ويؤخذ هذا الاختلاف من اختلاف قول ابن القاسم وأشهب في مسألة الذي أعتق عبده ثم جحدته العتق وشهدت عليه بيّنة بعتقه .

فقد قال أشهب : ترجع الغلة في هذا . يعني : الذي ثبت أنه حر من أصله أخرى أن يرد الغلة .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) ، والترمذى (١٢٨٥) ، والنسائى (٤٤٩٠) ، وابن ماجه (٢٢٤٣) ، وأحمد (٢٤٢٧٠) ، وابن حبان (٤٩٢٧) ، والحاكم (٢١٧٦) ، والشافعي (٩١٦) والدارقطنى (٥٣ / ٣) ، والطيالسى (١٤٦٤) ، وأبو يعلى (٤٥٣٧) ، وعبد الرزاق (١٤٧٧٧) ، وابن أبي شيبة (٣٧٣ / ٤) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٠٥١٩) والطحاوى فى « شرح المعاني » (٥١٣٣) ، وإسحاق بن راهويه فى « مسنده » (٧٥٠) ، وابن الجعد فى « مسنده » (٢٨١١) ، وابن الجارود فى « المنتقى » (٦٢٦ - ٦٢٧) ، وتام فى « الفوائد » (٧٠٥) من حديث عائشة رضى الله عنها . قال الترمذى : حسن صحيح . وقال الألبانى : حسن .

فيمن أعتق أوزنى أو سرق من المغنم

قال ابن القاسم : ومن أعتق عبدًا من الغنيمة وله فيها نصيب لم يجز عتقه لأن مالكا قال : إذا زنى بجارية من الغنيمة حدّ وإن سرق منها بعد أن تحرز قطع .

قال سحنون : وقال غيره : لا يحدّ الزانى ويقطع إن سرق فوق حقه بثلاثة دراهم ، لأن حقه فى الغنيمة واجب موروث بخلاف حقه فى بيت المال ، لأنه إنما يجب له إذا أخذه ، وإن مات لم يورث عنه . وهذا أئين .

أبو محمد : وهو وغيره لا يقولون فى العتق إلا كقول ابن القاسم . وذكر عن أبى عمران : أن ابن سحنون قال فى كتابه عن غير ابن القاسم خلاف ما تأوله أبو محمد : وأنه إذا أعتق من الغنيمة عتق عليه .

وهذا هو القياس ، لأنه إذا كان لا يقطعه إلا أن يسرق فوق حصته بثلاثة دراهم وجعله كالشريك ، وكذلك حكمه فى العتق عنده .

وإنما لم يعتق عند ابن القاسم عليه لأن حصته من الغنيمة غير معلومة فلا يعلم ما يعتق عليه منه ولا ما يقوم عليه لشركائه وهذا - والله أعلم - فى الجيش العظيم الذى لا يعرف عدده ، لأن حصته منه غير معلومة ، وأما فى السرية اليسيرة التى حصته منها معلومة فيجب أن يعتق عليه حصته ويقوم عليه إن كان مليا نصيب شركائه كعتق أحد الشركاء ، ولا يحدّ فى الزنى باتفاق ، ويقطع إن سرق فوق حقه بثلاثة دراهم .

واختلف قول سحنون فيما يقطع فيه ، فقال مرة : يقطع إن سرق فوق حقه من الغنيمة كلها بثلاثة دراهم .

وقال مرة : فوق حقه من المسروق بعينه .

وكذلك اختلفوا فى الشريك يسرق من متاع أودعاه من مال الشركة .

فقال ابن المواز : إذا سرق أحد الشريكين ستة دراهم قطع ، وقاله ابن حبيب .

وقيل : لا يقطع حتى يجاوز نصيبه من الجميع بثلاثة دراهم ، وأما لو سرق الشريك مما قد أغلقا عليه بابا لم يقطع . قاله فى « كتاب القطع » .

فى عتق النصرانى وتدبيره وكتابتة

والسنة أن كل حكم وقع بين مسلم وذمى فإنه يحكم فيه بحكم المسلمين ، لأن

الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، فلا يرد المسلم إلى مكان النصراني يحكمون فيه ، فيكون ذلك إذلالاً للإسلام .

قال مالك : وإذا أسلم عبد النصراني ثم أعتقه قضى عليه بعثته لأنه حكم بين مسلم وذمى .

وقد قال مالك في نصراني دبر عبده النصراني ثم أسلم العبد : أن التدبير يلزمه ويؤاجر عليه ولا يخدمه هو ولا يباع عليه فالعتق أكد من التدبير ، وهذا المدبر الذي يؤاجر إذا مات سيده نصرانياً عتق عليه في ثلثه إن حملة الثلث وإلا عتق منه مبلغ الثلث ورق ما بقى فإن كان ورثته نصراني جبروا على بيع ما صار لهم من هذا العبد ، وإن كان له ولد مسلم أو لم يكن له ورثة كان ما رق منه لجميع المسلمين ؛ لأن ولده المسلم لا يرثه لقول النبي ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ^(١) .

قال : ولو دخل [ق / ١٨٢ / ٢ ب] إلينا حربى بأمان فكاتب عبداً له أو أعتقه أو دبره ثم أراد بيعه فذلك له وكذلك النصراني يكاتب عبده أو يدبره ثم أراد فسخ الكتابة أو التدبير وبيعه لم يمنع من ذلك كما له رده في الرق إذا أعتقه .

وقال بعض الرواة في « كتاب المكاتب » : ليس له نقض الكتابة لأن هذا من النظام بينهم الذي لا يترك لهم الحكم عليه .

قال مالك في « كتاب العتق » : إلا أن يسلم العبد قبل ذلك فتلزمه كتابته وتدبيره .

قال ابن القاسم في « العتبية » في نصراني أعتق عبده النصراني ثم أراد بيعه : فليس للإمام منعه ، فإن أسلم العبد قبل أن يرجع في عتقه فإن كان العبد قد بان عنه حتى صار حاله كحال الأحرار فلا رجوع له فيه بعد إسلامه وإن كان إذا عتقه يستخدمه بحالته التي كان عليها حتى أسلم فله الرجوع فيه كما لو طلق امرأته ثم أسلم فله حبسها بعد الطلاق إذا لم تبين منه ، وإن كان يوم [ق / ١٩١ / ١٢ أ] طلقها انقطعت منه وبانت ثم أسلم فلا يرجعها ولا يمكن من ذلك .

قال : وأما النصراني يدبر عبده ثم أسلم العبد فليس له نقض التدبير ، وإنما له

(١) أخرجه مالك (١٠٨٢) ، والبخاري (٤٠٣٢) ، ومسلم (١٦١٤) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه .

أن يرجع فيه ما لم يسلم العبد .

والفرق بين المعتق والمدير : أن صفة العتق البينونة بنفسه فلما بقى بيده وفى خدمته ولم يبين منه فكأنه لم ينجزه له فلا يزدده إسلامه قوة ، والمدير لا يستطيع أن يبين منه بنفسه لأنه لم يجب له عتق ناجز فيفرط فى استعجاله وهو لم يبين الرجوع فى تدبيره قبل إسلامه فلذلك لزمه تدبيره .

وظاهر هذا خلاف « المدونة » ، وظاهر « المدونة » ألا فرق بين عتقه وتدبيره وأن ذلك يثبت بإسلام العبد ، وإن لم يبين عنه فى العتق لأن البينونة أمر يوجب عتقه وإن لم يسلم فلا فائدة إذاً فى ذكره إسلامه فإذا ثبت هذا دلّ على أن إسلامه يوجب إمضاء عتقه وإن لم يبين عنه ولا حجة على العبد فى أنه لم يبينه لأنه يقول : لو طلبته بالبينونة لرجع فى عتقه ، وذلك سائغ له فأسلمت لألزمه عتقى ، وكما لو أعتقه فأسلم مكانه لكان يلزمه عتقه فكذلك هذا .

ومن « المدونة » : قلت : فإن أعتق الذمى عبده أو دبره ثم أسلم السيد أو حلف بذلك فى نصرانيته ثم أسلم فحنت هل يلزمه العتق والتدبير ؟
قال : قال مالك : إذا حلف بذلك ثم أسلم فحنت فلا شيء عليه لأن يمينه كانت فى حال الترك .

قال ابن القاسم : فأرى إن حنت فيه فى حال نصرانيته ثم أسلم أنه لا يعرض له كالذى أخبرك . وظاهر هذا أنه خلاف بين إسلام العبد وإسلام السيد على مذهب « المدونة » ، وهذا إذا لم يبين العبد عن نفسه .

ووجه التفرقة : قوله ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » ^(١) فقد قطع إسلام السيد عتقه وحنته فى العتق والعبد لم يفعل شيئاً فيجبه إسلامه .

وفى « الموازية » : قال محمد : عتق النصرانى لعبده باطل لا يثبت إلا بإسلام أحدهما لأنه يصير حينئذ كما بين مسلم وذمى فيحكم فيه بحكم المسلمين .

(١) أخرجه أحمد (١٧٨١٢) ، والبيهقى فى « الكبرى » (١٨٠٦٩) ، والحاثر فى « مسنده » (١٠٢٩) ، والطبراني فى « الأحاديث الطوال » (١٢) ، وابن سعد فى « الطبقات الكبرى » (٤ / ٢٥٢) ، وابن عساكر فى « تاريخه » (١٦ / ٢٢٨) من حديث عمرو بن العاص رضى الله عنه . وقال الألبانى : صحيح .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق النصراني عبده النصراني ثم أبى أن ينفذه له وأراد أن يرده في الرق أو يبيعه فذلك له ولا يحال بينه وبين ذلك .
يريد : إلا أن يكون أبانه عن يده ، ونحوه في « كتاب الجنایات » .

ابن القاسم : إلا أن يرضى .

يريد : في الذي لم بينه أن يحكم عليه بحكم الإسلام فيحكم عليه بالحرية وكذلك التدبير .

وقال مالك : إذا أعتق الذمي شقصاً له من عبد ذمي وبقيته له أو لذمي آخر فلا يقضى عليه بالعتق ولا يقوم عليه حصة شريكه .

قال بعض فقهاءنا : إذا منع النصراني من رد عتق عبده النصراني إذا بان عنه لتوجه الجزية عليه وكونه مطلوباً بها فيصير عليه حق المسلمين فليس للنصراني إبطاله .

ويلزم على هذا التعليل أنها إذا كانت أمة أو زوجة لا ينفعها البيئونة عن يده في العتق والطلاق لأنها ممن لا يتوجه عليها الجزية وهذا خلاف قولهم ، وإنما العلة في ذلك والله أعلم أنه إذا بان ذلك عن يده فقد فعل وجه الطلاق والعتق وألزم نفسه حكمه وصير كل واحد منهم مالکاً لأمره ، وأبان لنا أنه نقده له فلم يجوز له الرجوع فيه لأن ذلك من التظالم بينهم فلا يتركوا ذلك ، وإذا بقى ذلك في يده فليس ذلك صفة العتق والطلاق فأبان لنا بفعله أنه لم ينفذه له ولا ألزم نفسه حكمه فوجب ألا يلزمه إلا أن يرضى بحكمنا ، والله أعلم ، وبالله التوفيق .

فيمن أخدم عبده ، أو أجره ثم أعتقه ، وكيف إن لحقه دين قبل حوز المخدم ، وجمع مسائل من مخدم

قال مالك : ومن أخدم عبده رجلاً سنين ثم هو حر ثم استدان السيد قبل أن يقبضه المخدم فالغرماء أحق بالخدمة يؤاجر لهم وليس لهم على المعتق سبيل لأنه قبض الدين .

قال : فإن لم يقم الغرماء حتى بتل الخدمة فلا سبيل للغرماء على الخدمة .

قال يحيى : بحوز العبد لم يكن للغرماء في الخدمة شيء والعتق نافذ في الوجهين إلى أجله ، وكذلك لو تصدق بصدقة أو وهب هبة أو أعطى عطية فلم يقبلها المعطى حتى لحقه دين فالغرماء أولى بذلك .

ابن حبيب : وقاله مطرف وابن الماجشون وقالوا : والصدقة بيوم تقبض لا بيوم يتصدق بها والفلس كالموت والمرض .

وقال أصبغ : الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها وإن لم تقبض ، والصدقة بيوم يتصدق بها لا بيوم تقبض ما دام حياً إذ لو أقيم عليه أخذنا منه ما لم يمرض أو يموت وليس ذلك مثل حدوث الفلس وهو كالعتق إذا أعتق وله مال يفى بدينه لم يضر ذلك ما يحدث من الدين .

قال ابن حبيب : لا تشبه الصدقة العتق فإن العتق قبض والصدقة لم تقبض حتى حدث الدين .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أجير عبده أو أخدمه سنة ثم أعتقه قبل السنة لم يعتق حتى تمضى السنة ، وإن مات السيد قبل السنة لم تنتقض الإجارة والخدمة بموته ويعتق العبد بعد السنة من رأس المال إلا أن يترك المستأجر أو المخدم للعبد بقية الخدمة فيعجل عتقه .

قال أشهب في رواية سليمان : إذا أعتقه السيد قبل السنة حلف بالله ما أراد عتقه إلا بعد تمام الإجارة ، فإن نكل كانت الإجارة للعبد .

ابن المواز : وإذا أعتقه قبل انقضاء الخدمة نظر فيه ، فإن قال المستأجر : أنا أضع الخدمة على أن يرد على السيد ، فأبى السيد ، فليحلف بالله : أنه لم يرد بذلك إبطال ذلك عنه ، فإن نكل غرم ونفذ العتق إذا رضى المستأجر .

أشهب عن مالك : فإن أبا المستأجر سئل السيد فإن قال : أردت تعجيل عتقه ساعة نطقته به وأراد الإجارة ، فالإجارة يومئذ [ق / ١٨٣ / ٢ ب] للعبد تدفع إليه ، وإن قال : أردت عتقه بعد الأجل ، حنث وبقيت له الإجارة قبضها أو لم يقبضها .

يريد : إن نكل كانت الإجارة للعبد .

ومن « كتاب ابن سحنون » : قال مالك فيمن قال لعبده : أخدم فلاناً سنة وأنت حر ، فوضع عنه فلان الخدمة أنه يعتق مكانه .

وقال عبد العزيز : لا يعتق لحجة السيد ألا يعجل عتقه فيزول ميراثه عنه وليس للمخدم من عتقه شيء .

سحنون : وإذا وضع عنه نصف الخدمة سئل فإن أراد ترك له خدمة ستة أشهر لأن عتقه إلى سنة يبعد فهو ذلك ، وإن أراد أنها له ملك يشاركه فيها وتصير له ملكاً كان حرّاً مكانه كله كمن وهب لعبده نصف خدمته ، وكذلك في « الموازية » قال فيه : وإن قال : لم أرد شيئاً ، حلف بالله ما أراد أن يهب له نصف الخدمة ثم يخدمه نصف السنة .

قال مالك فيه وفي « العتبية » : وما ولد للعبد المستأجر من أمته بعد العتق فهو حر ساعة يولد لا ينتظر به السنة .

قال في « الموازية » : وكذلك الأمة المستأجرة ، أما ما ولد للعبد من أمته فلا يكون حرّاً إلا ما حملت به بعد العتق فيعتق إذا وضعته إذ ليس فيه خدمة ، وأما إن حملت به [ق / ١٩٢ / ٢] قبل العتق فالولد رقيق للسيد إذ مسه الرق في بطنها ، والسيد إنما أعتق العبد فلا يتبعه ولده ، وتتبعه أمته ، وأما ولد المستأجرة فسواء كانت حاملاً بعد العتق أو قبله فهو حر إذا وضعته إذ لا خدمة فيه ، ولأن كل من أعتق أمة حاملاً فولدها حر بمنزلتها ، ولو أعتق عبده وله أمة حامل كان الولد رقيقاً للسيد والأمة تبع للعبد .

ابن المواز : وإذا أعتق المستأجر قبل محل الإجارة فكانت الإجارة أولى به فهو في حدوده كالعبد حتى تتم الإجارة فينفذ عتقه من رأس المال ، ولا يرده دين يحدث .

أشهب : وإن أجر نصف عبده سنة ثم أعتق نصفه وهو عديم فلا يعتق نصف الإجارة حتى تتم إلا أن يشاء المستأجر أن يتبع سيده بالإجارة فذلك له ويعتق ذلك كله مكانه .

ليس للمستأجر أن يتبعه في عدمه بالإجارة على مذهب « المدونة » كما لا يتبعه شريكه في رقبة العبد إذا أعتق نصفه وهو عديم .

أشهب : لو أخدم نصفه سنة أو حياته ثم أعتق نصفه وهو ملى لعتق كله وغرم الأقل من نصف قيمته أو نصف قيمة الخدمة .

ابن المواز : وأحب إلينا أن يغرم السيد نصف قيمة رقبته ما بلغت فيوقف ذلك للمخدم فيخدم له به في خدمة نصف العبد سواء فإن نفذ ذلك قبل الوقت لم يكن

له غيره، وإن فضل من ذلك شيء رجع الفضل إلى سيده . وهذا مذهب مالك وأصحابه .

ابن المواز : ولو مات العبد بعد أن عتق كله أو قتله رجل أو قتله السيد فإذا بقي له من القيمة الموقوفة للسيد وتنقطع الخدمة عن المخدم وإن قتله السيد عمداً لاختم بالقيمة إلى نفاذها أو تمام الأجل .

قال : وقتل السيد له عمداً قبل أن يعتقه مثل ما لو أعتقه يغرم نصف قيمة رقبته يخدم بها ، هذا معنى ما فى الموازية ، وفيه زيادة من لفظى .

ابن المواز : ولو كان العبد بين رجلين فأخدم أحدهما مصابته منه رجاء حياته ثم أعتق الآخر حصته فقد اختلف فيه ابن القاسم وأشهب ، وأصوب ذلك عندى أن يعتق مصابته من العتق ويقوم عليه مصابة شريكه التى أخدمها ويأخذ من شريكه نصف القيمة ولا يكون للمخدم من ذلك شيء كما لو استحق لأنه قد استحق بالحرية فكذلك لو أراد الشريك الذى لم يخدم حصته للبيع لكلف هذا المخدم البيع معه وتبطل الخدمة ، وقاله أشهب .

ابن المواز : ولو أخدم عبدك رجلاً حياته ثم مات السيد وترك ولدين فوهب أحدهما حصته من العبد للمخدم فأعتق المخدم تلك الحصة الساعة بتلا .

قال : أصح الجواب عندى فيها أن يقوم مصابة الذى لم يهب على المخدم والذى أعتق كم يسوى مرجعها على غررها بالنقد على الاجتهاد لو كان يصلح بيع ذلك فيعجل له ذلك .

وقال فيها ابن القاسم : أنه يغرم قيمة نصف مرجعه ويوقف فإن مات المخدم رجعت نصف القيمة إلى المعتق .

ابن المواز : وهذا ظلم للمتمسك ، لأن القيمة قد قومت على غررها وتعجيلها فنقصت لذلك فيجب أن تعجل له ولو قومت على أنها تكون مؤخرة لزادت فلا يجب أن يقوم على التعجيل وترفع مؤخرة .

ومسائل المخدم كثيرة وقد أفردت لها باباً فى « كتاب المدير » .

فصل

قال في « كتاب الرهون » : ومن رهن عبداً ثم أعتقه ، فإن كان ملياً عجل الدين وعتق عليه ، وإن كان عديماً بقى العبد كما هو رهناً فإن أفاد السيد قبل الأجل مالا أخذ منه الدين ونفذ العتق .

قال في « الموازية » : إن كان فى ثمنه فضل عن الدين بيع منه بقدره وعتق ما بقى ، فإن لم يوجد من يشتري بعضه بيع كله ، وقضى الدين ودفع إلى السيد ما بقى يصنع فيه ما شاء .

م : إذا لم يوجد من يشتري بعضه لم يبع منه شيء ، ويوقف حتى يحل الأجل لعل السيد يفيد مالا فيقضى منه الدين ويعيد عتقه فإن لم يفد شيئاً يبع فى الدين .

وقال أشهب : إذا لم يكن فيه فضل لم يبع حتى يحل الأجل فيباع منه حيثئذ بقدر الدين إن وجد من يشتري بعضه ويعتق باقيه ، وإن لم يوجد بيع كله وقضى الدين وما بقى يصنع به السيد ما شاء .

قال أبو الزناد : وإن لم يكن للسيد مال فدفع العبد ذلك الدين من ماله نفسه عجل عتقه ولم يرجع به على سيده . وفى « الرهون » إيعابه .

القضاء في مال العبد المعتق بعضه أو جميعه

روى ابن وهب عن مالك أن النبى ﷺ قال : « من أعتق عبداً وله مال فمال العبد له إلا أن يستثنيه السيد » (١) .

قال ربيعة وأبو الزناد : علم السيد بماله أو جهله .

أبو الزناد : إذا كانت للعبد سرية وقد ولدت منه علم بذلك السيد أو لم يعلم فإن سرية العبد للعبد . وأما ولده منها فرق لسيده .

قال في « كتاب المكاتب » : إذا أعتق العبد تبعه ماله فى السنة ولا يتبعه ولده فيكون حراً مثله .

قال ابن القاسم فيمن أعتق عبده وللعبد على سيده دين فله أن يرجع به عليه لأن العبد يتبعه ماله فدينه له إذا أعتق إلا أن يستثنيه سيده فيقول : اشهدوا أنى انتزعت

الدين الذى لعبدى علىّ أو أنى أعتقته على أن ماله لى ، فيبقى المال للسيد ويكون ذلك انتزاعاً لما فى ملك العبد . وهو قول مالك .

وإذا كان بعض العبد حراً فليس لمن ملك بقيته أن يشتري شيئاً من ماله وهو موقوف بيده لأنه شريك لسيده فى نصيبه والعبد إذا كان بين الرجلين لم يكن لأحدهما أن ينتزع شيئاً من ماله إلا أن يأذن شريكه .

قال مالك : [ق / ١٨٤ / ٢ ب] وإذا كان بعض العبد حراً فلمن ملكه بقيته بيع حصته منه ويحل المبتاع فى مال العبد محل البائع ولا يكون لمشتريه ولا لبائعه أن يأخذ من مال العبد شيئاً ، فإن عتق العبد يوماً ما تبعه جميع ماله ، وإن مات قبل ذلك كان ماله للمتمسك بالرق خاصة دون الذى أعتق ، لأنه لا توارث بالحرية حتى تتم حرمة والقضاء وإذا كان العبد بين الرجلين لا ينتزعان ماله إلا باجماعهما ولأحدهما بيع حصته من العبد دون الآخر .

قال سحنون : إنما يجب لأحدهما بيع حصته من العبد على أن يستثنى المبتاع ماله وإلا لم يجز ، وهو كعبد بعضه حر إلا أن يبيعه من شريكه .

ومن « الجنايات » : وإذا أذن أحدهما لشريكه فى أخذ حصته من ماله وأبقى الآخر نصيبه بيده جاز ذلك فإن باعه واستثنى المبتاع ماله فالثمن بينهما نصفين لا يخدم هذا بما زاد المال فى ثمنه إذ لا حصة إلا من الثمن .

ابن المواز : ولو لم يستثن ماله كان بينهما نصفين .

قال أصبغ : لأن ما تركه شريكه صار له لا للعبد ، ولو أراد الذى ترك أن يأخذ منه شيئاً لم يكن له ذلك إلا باجماعهما .

القضاء فى العتق بالمثلة : [ق / ١٩٣ / ١٢]

روى ابن وهب : عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : كان لزنباع عبداً يسمى : سندراً أو سندراً فوجده يقبل جارية له فجبه وقطع أذنيه وأنفه وأتى النبی ﷺ فأرسل إلى زنباع فقال : « لا تحملوهم ما لا يطيقون وأطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون وما كرهتم فبيعوا وما رضيتم فأمسكوا ولا تعذبوا خلق الله » . ثم قال ﷺ : « من مثل بعبده أو حرقه بنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله » . فأعتقه رسول الله ﷺ . فقال

العبد : يا رسول الله أوصى بى . فقال : « أوصى بك كل مسلم »^(١) .
 قيل : فى قوله ﷺ : « وهو مولى الله ورسوله » معنى ذلك : أن العتق كان بسببهما وليس يعنى : أن الولاء للمسلمين .

قال يزيد بن أبى حبيب : وزنباع كان يومئذ كافراً .

قال مالك : بلغنى أن عمر بن الخطاب أعتق أمة رمتها سيدتها بنار فأصابتها بها .
 قال ابن وهب : وضرب عمر سيدتها ، وأن رجلاً أحمى رضىً وأقعد عليه أمته فاحترق فرجها ، فقال عمر : ويحك ما وجدت إلا أن تعذبها بها بعذاب الله ، فأعتقها عليه وجلده .

وقال ربيعة : يعتق بالمثلثة المشهورة .

قال يحيى بن سعيد : ويعاقب من فعل ذلك فمن مثل بعبده فقطع له أئمة أو حرق شيئاً من جسده بالنار على وجه العذاب فهى مثلة يعتق بها ، ولو كواه بالنار تدأوياً لم يعتق عليه .

وقال مالك فى امرأة كوت فرج أمتها بالنار : فإن كان على وجه العذاب لها فانتشر وساءت منظرتة عتقت عليها ، وإن لم يتفاحش لم تعتق .

وقال فى امرأة سحلت أسنان أمتها بالمبرد حتى أذهبتها أنها تعتق عليها .

قال ابن القاسم : يعنى : سحلت أسنانها لتؤدبها .

قال مالك : ولم يختلف أنها تعتق عليها .

قال : ومن أخصى عبده أو قلع أسنانه فهى مثله يعتق بها .

قال ربيعة : وكذلك لو قطع حاجبيها فهى مثله .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك فيمن قطع أئمة عبده أو طرف أذنيه أو ثنبيه أو قلع سنه أو قطع بعض جسده عمداً عتق عليه وعوقب .

أشهب : ويسجن .

ابن حبيب : عن مطرف وابن الماجشون : وكذلك لو خرم أنف عبده أو شق أذنه أو قطع ظفره أو ضرسه أو سنه عمداً أعتق عليه . وقاله ابن القاسم .

قال أصبغ : لا أراه فى السن الواحدة أو السن مثله إلا فى جل الأسنان أو الأضراس .

ابن حبيب : وبالأول أقول .

قال أصبغ فيمن وشم وجه عبده أو جبهته فكتب فيه أبى : أنه يعتق عليه .
وقاله ابن وهب وأشهب .

قال أصبغ : ولو فعل ذلك فى ذراعيه أو باطن جسده لم يعتق عليه بخلاف الوجه .

قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى العبد يعرف بالإباق يشم سيده فى وجهه عبد فلان ، قال : يعتق عليه .

قال : ولو وشمه بمداد وإبرة كما يفعل الناس فإنه يعتق عليه .

وقال أشهب : لا يعتق عليه .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإن جزّ رؤوس عبيده ولحاهم لم تكن هذه مثلة يعتقون بها .

ابن المواز : قال ابن وهب : ولكن يؤدب فى العبد والجارية .

وقد نهى النبى ﷺ أن تحلق المرأة شعرها وقال : « إنها مثلة » .

وقال ابن الماجشون عن مالك : ليس حلق الرأس واللحية مثلة إلا فى العبد التاجر النبيل الوجه اللاحق بالأحرار فى هيئته ، فإن حلق لحية مثل هذا مثلة ، وكذلك الأمة الفارهة الرفيعة يحلق سيدها رأسها .

ابن المواز : ولا يعتق بالعض فى الجسد ولكن تباع عليه .

قال أشهب : ما لم يقطع بذلك شيئاً من جسده ويبين منه .

قال أشهب : ولو كان ممن يرى أن مثل ذلك فلتة منه لم يبع عليه .

فصل

ابن المواز : قال مالك : ومن مثل بعده لم يعتق عليه إلا بعد الحكم .

وقاله ابن القاسم .

وقال أشهب : بالمثلثة صار حرّاً ، وإن مات السيد قبل أن يعلم به فهو من رأس ماله .

وقال عند ابن عبد الحكم : أما المثلثة المشهورة لا شك فيها فهو بها حر بغير قضية .

وأما مثلثة يشك فيها فلا يعتق إلا بحكم كأجل نفس الإيلاء فى من وقت اليمين ، وأما ما يدخل عليه بسبب فمن يوم المرافعة .

ابن المواز : أحب إلى ألا يعتق إلا بحكم أو بإنفاذ السيد .

وفى بعض الحديث : « من مثل بعده فاعتقوه » ^(١) ولم يقل : « فهو حر » ، وهو كمن أعتق بعض عبده أو شقصاً له من عبد فلا يعتق باقيه إلا بحكم .

وقد ذكر فى الحديث فى رواية « المدونة » : من مثّل به فهو حر « فهذا يؤيد قول أشهب .

ابن المواز : وذكر البرقى عن أشهب مثل قول ابن القاسم أن العبد إذا مات قبل الحكم بعته ورثة السيد دون أحرار ورثته .

ومن « العتبية » : عن ابن القاسم فيمن قطع يد عبده فمات السيد قبل أن يحكم عليه : فلا يعتق على ورثته ، وإن رفع أمره إلى الإمام قبل موت السيد عتق عليه إلا أن يكون عليه دين يحيط بماله .

وقال ابن سحنون عن أبيه : إنما يعتق بالمثلثة يوم القيام بذلك فأما إن فلس السيد قبل ذلك أو مات فلا عتق عليه .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وما أصاب به الحر عبده فى ضربه على وجه الأدب من كسر أو قطع جارحة أو فقى عين فلا يعتق بذلك ، وإنما يعتق بما فعله عمداً .

ابن المواز : وقال أشهب : ويعتق بما له بال ، ولو حلف ليضربن عبده بمائتى سوط وثلاث مائة فضربه فأنهكه فلا يعتق عليه إلا أن يبلغ منه أمراً يكون مثلثة بينة من

ذهاب لحمه حتى يبلغ العظم ويتآكل فليعتق عليه .

قال ابن القاسم : وإن لم يبلغ ذلك منه عوقب [ق/ ١٨٥ / ٢ ب] ولم يعتق عليه ، ولو علم به قبل ضربه حثه السلطان بأى الأيمان كانت يمينه .

قال : ولو مات من ضربه وذلك على وجه الأدب أو العذاب أدب ولزمه عتق رقبة .

وقال أصبغ في الجلد : وإن أشرف صاحبه ليس فيه مثلة .

ابن المواز : وكذلك العض .

سحنون : وإن ضرب رأس عبده فنزل الماء فى عينيه فليس بمثلة .

فصل

ابن سحنون عن أبيه : فى الممثل به إذا عتق أنه يتبعه ماله .

وقال ابن حبيب عن أصبغ : له استثنأؤه عندما مثل به أو عند المثلة قبل أن يحكم عليه بعتقه وقبل أن يشرف على الحكم فذلك له ، وأما بعد الحكم فلا ، ولأنه قبل الحكم يورث بالرق ويدركه الدين ولا يعتق إلا بحكم .

ابن الماجشون : لأنه له حكم الرق حتى يعتق ، ولأنه إنما يعتق بالاجتهاد ، ومن الناس من لا يرى عتقه بذلك .

ومن « العتبية » و « كتاب ابن سحنون » : قال سحنون : وإذا فقأ عين عبده أو عين امرأته فقال العبد والمرأة : فعله متعمداً ، وقال السيد أو الزوج : بل خطأ مؤدباً ، فالقول قول المرأة والعبد بخلاف الطبيب فيتجاوز ويقول : أخطأت ، ويدعى المفعول به العمد لأنه مأذون له فى الفعل ، والأول ظهر عداوة .

قال فى « العتبية » : ثم رجع فقال : القول قول السيد والزوج حتى يظهر العداء .

سحنون : قال مالك : مَنْ مَثَّلَ بامرأته طلقت عليه [ق/ ١٩٤ / ١٢ أ] كما لو باعها ؛ لأنه يؤمن على غيبتها .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن مَثَّلَ بعبده أو بأم ولده عتقت عليه ،

وكذلك إنَّ مثلَّ بعبد عبده أو بأم ولد عبده عتقوا عليه وكذلك بعبد ابنه الصغير يعتق عليه إن كان ملياً ويغرم قيمته للابن ؛ لأن مالكا قال في الملى : يعتق عبد ولده الصغير .

م : يريد : عن نفسه لا عن الصبى ، فإنَّ عتقه جائز وتلزمه القيمة لولده .

قال ابن القاسم : ومن مثَّل بمكاتبه عتق عليه وينظر فى جرحه المكاتب فإن ساواها عتق ، وإن نافت عليه الكتابة عتق ولا يتبع ببقيتها وإن ناف الأرشى عليها تبع المكاتب سيده بالفضل وعتق .

قال ابن سحنون عن أبيه : ليس فى شيء من الجراح التى تعود لهيئتها مثلة ، وإنما المثلة ما بان من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن مثل بعبد مكاتبه فعليه ما نقصه ولا يعتق عليه ، لأن عبيد مكاتبه لا يقدر على أخذهم إلا أن تكون مثلة بينة فيضمنه ويعتق عليه ، وكذلك إن مثل بعبيد زوجته أو بخدمها فليعاقب ويضمن ما نقصهم ولا يعتقون عليه إلا أن تكون مثلة فاسدة فيضمنهم ويعتقون عليه كعبد الأجنبى فى الوجهين .

أصبغ عن ابن القاسم فى « العتبية » و « الموازية » : فىمن قطع يداً أو يدين من عبد لرجل فاره صانع أنه يضمن قيمته ويعتق عليه .

وقيل : فى من مثل بأمة لغيره ثم وطئها قبل أن تقوم عليه فإن كانت مثله فاحشة حتى لا يكون لسيدها أن يمسكها لكثرة المثلة فلا يحذ ذلك شبهة توجب درء الحد عنه .

فصل

ابن سحنون عن أبيه : اختلف ابن القاسم وأشهب فى الذمى مثَّل بعبد النصرانى .

فقال أشهب : يعتق عليه بالمثلثة .

وقال ابن القاسم : لا يعتق عليه إلا أن يمثل به بعد الإسلام .

قالا : وإن كان السيد معاهداً حريباً نزل عندنا فلا يعتق عليه بالمثلثة إلا أن يمثل به بعد إسلام العبد .

فصل

ابن المواز : قال أشهب وابن وهب في السفية يمثل بعبده : أنه يعتق عليه .

ابن وهب : ويتبعه ماله .

ابن المواز : ولا شك أن أشهب يقول له لأنه روى عن مالك أنه إذا أعتق أم ولده أنها يتبعها مالها .

وقال ابن القاسم : يعتق عليه ولا يتبعه ماله كعتقه أم ولده ، ثم رجع فقال : لا يعتق عليه إذا مثل به ، وكذلك عنه في « العتبية » .

وقال : انظر من يجوز إعتاقه فإنه يعتق عليه إذا مثل ومن لا يجوز إعتاقه فإنه لا يعتق عليه بالمثلثة .

فصل

ابن المواز : قال أشهب : وإذا مثل من أحاط الدين بماله بعبده عتق عليه ، لأنها جناية حدّها العتق ، وكذلك العبد يمثل بعبده وولاؤه لسيده الأعلى ولا يرجع إلى العبد إن عتق ، وكذلك المولى عليه والسفيه يمثلان بعبديهما وإنما ذلك عتق جناية وأدب فالعتق على من ركب ذلك وتعدى حدود الله تعالى ، ألا ترى أن العبد يجرح أو يغتصب فيكون ذلك في رقبته وماله ، فإنما العتق بالمثلثة حدّ يؤدب به يقع على الحر والعبد والمسلم والذمي إذا جرت عليه أحكام المسلمين .

وقد أعتق رسول الله ﷺ على زنباع عبده حين أخصاه وكان زنباع كافراً .

ابن المواز : وقد قيل : لا يعتق بالمثلثة على المديان ولا على العبد .

قال ابن حبيب : اختلف ابن القاسم وأشهب في ذات الزوج والسفيه والمفلس والعبد والنصراني يتمثلون بعبيدهم .

فقال ابن القاسم : هو كابتدائهم العتق ، وبه قال أصبغ .

وقال أشهب : أرى أن يعتق عليهم ، وبه أقول .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبده : أنه يعتق في ثلثه ،

وإن صح ففي رأس ماله ، وأما المديان يمثل بعبده فلا يعتق عليه .

جامع الدعوى في العتق، وذكر اللقيط

قال ابن القاسم : ومن حاز صغيراً حيازة الملك وعرفت حيازته له وخدمته إياه ثم كبر فادعى الحرية فلا قول له ، وكذلك إذا ادعى الحرية فى صغره .

وقد تقدم له فيه حوز وخدمة فهو له عبد ، فإن كان إنما هو معتق به ولم يعلم له فيه حوز فالصبي مصدق .

ابن القاسم : وإذا بلغ اللقيط فأقر بالملك لرجل لم يصدق ؛ لأنه عرف أنه لقيط فهو حر ، وقد قال عمر بن عبد العزيز : « اللقيط حر ونفقته من بيت المال » (١) .

وإن قال ملتقطه : إنه عبدى لم يصدق إلا بيينة .

ومن بيده عبد يدعيه فقال العبد : أنا لفلان فهو لحائزته دون فلان ، كقول مالك فى جارية معها ثوب فقال سيدها : الثوب لى .

وقال رجل أجنبى : بل هو لى ، دفعته إليها لتبيعه وصدقت الجارية الأجنبى .

أن الثوب له فقال مالك : الثوب لسيدها إلا أن تقوم للأجنبى بيينة على ما ادعى .

قال ابن القاسم : ومن ادعى على رجل أنه عبده لم يحلفه فإن جاء بشاهد حلف معه واسترقه .

وقد قال مالك فيمن أعتق عبده ثم قضى على السيد بدين تقدم العتق بشاهد ويمين : أن ذلك يرد به العتق .

قال مالك : ومن ادعى عبداً فى يد رجل وأقام بيينة شهدت له أنه عبده أحلفه

القاضى بالله أنه ما باع ولا وهب ولا خرج من ملكه بوجه مما يخرج به العبد من ملك السيد .

قال ابن القاسم : ومن ادعى بيد رجل شيئاً وهو غائب وأتى بيينة تشهد أن ذلك

له فإن وصفت ذلك تلك البيينة وعرفته وجلته سمعت البيينة وقضيت له به .

قال مالك : ومن أقام على عبد بيينة وهو قد مات بيد رجل أنه عبده فلا شيء له

عليه [ق / ١٨٦ / ٢ ب] .

(١) أخرجه ابن أبى شيبة (٤ / ٤٣٩) وهو قول عمر بن الخطاب ، وإبراهيم ، وعامر ، وعطاء .

فصل

وإذا ادعى عبد على سيده أنه أعتقه فلا يمين له عليه ، وكذلك المرأة تدعى الطلاق على زوجها ، ولو جاز هذا لم تشأ امرأة ولا عبد إلا أوقفت زوجها وأوقف العبد سيده كل يوم فأحلفه .

قال ابن القاسم : قال مالك : وإن أقام شاهد عدل للزوجة بالطلاق وللأمة بالعتق ، أو شهد بذلك امرأتان عدلتان ممن تقبلان في الحقوق للزوجة والأمة مثل ألا يكونا من الأمهات والبنات والأخوات والجدات والعمات والخالات والقربات أو ممن هو منها بظنة ، وهذا بخلاف غيره من الحقوق فإنه لا تحلف المرأة ولا العبد مع الشاهد ولا مع المرأتين ولكن يحلف الزوج والسيد ويوقف الزوج عن امرأته والسيد عن أمته وخدمة عبده حتى يحلف .

قال مالك : فإن نكلا قضى بالطلاق والعتق ، ثم رجع مالك فقال : يسجن حتى يحلف .

ابن القاسم : وبه أقول ، وأرى إن طال سجنه أن يخلى سبيله ويدين ولا يعتق أو يطلق عليه .

وروى عن مالك : أنه يسجن أبداً .

وروى عنه أن الطول سنة في السجن .

ابن المواز : قال أشهب : وإن أقام العبد شاهداً فادعى شاهداً آخر غائباً غيبة بعيدة فلا يقبل منه وأمكن منه سيده .

وقال مالك في الجارية : أحبّ إلىّ إن أقامت شاهداً أن يحال بينها وبين سيدها ، ويوقف ويضرب لها أجلاً كالشهرين ، وإن كان مأموراً أمر بالكف عنها فقط .

أصبغ : إن كانت من الوحش فهي كالعبد [ق/ ١٩٥ / ١٢] تخلّى بحميل تطلب منافعها ، وأما المرتفعة فتوكل من يأتيها بذلك ويقيم لها السلطان محتسباً .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن شهد للأمة بالعتق زوجها أو أجنبي لم تجز الشهادة إذ لا تجوز شهادة الرجل لامرأته ولا المرأة لزوجها .

وروى لنا أن أبا بكر بن عبد الرحمن قال : ولا ينبغي للزوج وطؤها لأنه يرق ولده ، ولكن يطأها في غير الفرج وطئاً يأمن فيه من الولد ، وذلك واجب عليه .

قال : وإن أقام عليه سيد الأمة في ترك الوطء فليفارقتها إن أقر بترك الوطء وهو في سعة أن يقول : أطأ إذا لم تطالبه الزوجة في ذلك ، وهو مقبول القول ولا يمين عليه فيه .

وقال غير واحد من القرويين : لا يجب عليه ترك الوطء ، وإنما يستحب له ذلك .

قال بعضهم : وقد قالوا في الأسير : لا يجب عليه ترك وطء زوجته في دار الشرك ، وإنما كرهوا له ذلك على أن جاء ولد في دار الشرك قد يكون كافراً فهذه المسألة أخف ، وسيد الأمة قد ظلم بجحده العتق فلا يجب على الزوج ترك الوطء .

وقال أبو عمران في العبد يقول لزوجته : سيدك أعتقك . فتقول : فأنا قد اخترت نفسي إذا أقررت لى بذلك . قال : ذلك لها .

فصل

قال مالك : وإذا أقام العبد بعد موت السيد شاهداً أنه أعتقه لم يحلف مع شاهده وكان رقيقاً ويحلف الورثة إن كانوا كباراً حضوراً لأنهم ما علموا أن الميت أعتقه .

ابن المواز : وإن كان بعضهم صغيراً أو غائباً ممن لا علم عنده بعتقه فلا يمين على أحد منهم لا من كان يرى أن مثله يعلم ذلك ولا غيره لأنه لو أقر واحد من الورثة لم يعتق منه شيء الآن . وإن شهد له عدلان عتق .

أشهب : وإن لم يقم العبد شاهداً بعد موت سيده فلا يحلف له الورثة ، وإن ادعى علمهم .

قال أصبغ : ولا يحلفون إن كانوا أقاموا شاهداً .

قال محمد : يريد : لأن الشاهد لم يشهد على فعل الوارث فيحلف معه .

ابن المواز : أما بالشاهد فيحلف الورثة إن كانوا بالغين حضوراً يمكنهم علم ذلك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال سيد العبد : أعتقته أمس على مال ، وقال العبد : على غير مال ، فالقول قول العبد ويحلف كما تحلف الزوجة للزوج إذا ادعى أنه طلقها على مال .

وقال أشهب : القول قول السيد ويحلف لأني أقول : لو قال للعبد : أنت حر وعليك مائة دينار ، لزمه ، ولو قال لزوجته : أنت طالق وعليك مائة دينار ، طلقت ولا شيء عليها .

في إقرار بعض الورثة أن الميت أعتق عبداً بعينه ، وكيف إن قال غيره : بل أعتق هذا أو سمى أحدهما وأبهم الآخر ، وجامع اختلافهما في الإقرار بذلك

قال مالك : وإذا أقر أحد [الورثة]^(١) وشهد أن أباه أعتق هذا العبد في صحته أو مرضه والثلث يحمله وأنكر ذلك بقيتهم لم تجز شهادته ولا إقراره ولا يقوم عليه إذ ليس هو المعتق فيلزمه التقويم ، وإنما أقر على غيره ، ولا يحلف العبد مع شاهده هذا ولا يعتق منه نصيب هذا الولد ولا نصيب غيره ، ويكون حظه من العبد رقيقاً .

قال مالك : ويستحب للمقر أن يبيع حصته من العبد فيجعل ثمنه رقبة يعتقها ويكون ولاؤها لأبيه .

ابن القاسم : ولا يقضى بذلك عليه .

قال مالك : وما لم يبلغ رقبة أعان به في رقبة يعتقها فإن لم يجد ففي آخرهم نجوم مكاتب ، وكذلك في إقرار غير الولد من سائر الورثة من رجال أو نساء .

قال مالك : ولو ترك الميت عبداً سواء فقال الورثة : لا نبيع ولكن نقسم ، فذلك لهم إن انقسم العبيد ، فإن وقع العبد الذي أقر الوارث أن أباه أعتقه في سهمه عتق عليه جميعه .

ابن القاسم : بالقضاء كما لو اشترى عبداً ردّت شهادته في عتقه أو في ورثته أنه يعتق عليه .

ابن المواز : ولو لم يملكه كله ولكن ملك مصابه وكل وارث مصابه فليتورع عن

(١) في ب : الولدان .

خدمته من يومه ، ولو قال : أجزت عتق مصابتي منه عتق مصابته ولم يقوم عليه .
وروى أصبغ عن ابن القاسم نحوه .

وقال في « العتبية » و « الواضحة » : لا تجوز شهادة أحد من الورثة أن الميت أعتق هذا العبد ولا يعتق عليه شيء إلا أنه إن ملكه يوماً ما أو ملك بعضه عتق عليه ما ملك منه ، ولم يجز له ملكه . قاله مالك .

قال ابن القاسم : فأما إن صار إليه فيه مال أو عرض فليؤمر أن يجعله في رقبة أو يعتق به فيها أو في قطعة مكاتب ولا يقضى عليه بذلك ، ثم إن ملكه يوماً ما عتق عليه إن كان يحمله ثلث الميت ، أو ما حصل منه ليس عليه أن يعتق منه أكثر مما كان يحمل الثلث يوم مات السيد يعتق ذلك عليه بالقضاء رجع عن شهادته أو أقام عليها إذا قال : كان عتق الميت له في مرضه ، ولو قال : كان عتقه إياه في صحته ، لم يجز له ملك شيء منه أبداً ، ولو أعتقه في مرضه ومعه من الوصايا ما هو مبدى عليه والثلث يحمله فقط فإنه متى ما ملك منه شيء عتق عليه ملكه كله أو بعضه ، وإن كان معه من الوصايا من العتق وغيره ما يكون غيره المبدى عليه أو ما يشاركه ويبديان على باقيها فإنما [ق / ١٨٧ / ٢ ب] يعتق عليه إذا ملكه ما كان يحصل له في العتق في تبدييه غيره عليه أو مساواته له وكذلك إذا لم يملكه وإنما صار له منه دينار أو دراهم أو عروض فإن كان ذلك قدر ما يعتق منه في الثلث أو أدنى جعل ذلك كله في عتق ، وإن كان أكثر مما يعتق منه جعل منه مقدار ما كان يعتق في عتق واحتبس الفضلة ، وكذلك يضع كل من شهد في عتق عبد من جميع الورثة ذكراً كان أو أنثى ، قاطع الشهادة أو غير قاطعها إذا كان يملك ماله ويجوز فيه قضاؤه ولا يولى عليه ، وكذلك لو ردت شهادة وارثين في عتق عبد إما لأنهما غير عدلين أو كانا عدلين ومعهما بنات .

والعبد يرغب في ولائه أو كان دنياً وله ولد يرغب في ولائه من امرأة حرة فردت شهادتها لذلك فليضعا ما يصير لهما من رقبة العبد أو من ثمنه كما وصفت لك في الشاهد الواحد منهم .

قال : وإذا شهد واحد من الورثة في عبد بعضه حر أن الميت أوصى بعتق باقيه فليعتق منه نصيب الشاهد فقط لأنه لم يدخل فساداً لأن بعضه حر بخلاف الذي كله رقيق ، وكذلك في « الموازية » قال فيه : ويحلف الباقون على علمهم .

قال : ولأن المعتق بعضه لو أعتق بعض الشركاء نصيبه فيه لم يقوم عليه باقية .

قال في « العتبية » : إلا أنه إن كان مع الوارث الشاهد فيه من لا يرث الولاء ، والعبد ممن يرغب في ولائه فشهد بذلك ولد أو ولدان للميت فلا تجوز شهادتهما ، وإن كان بعضه حرّاً .

يعنى : ولا يلزم بقية الورثة بشهادة الميت بلا يمين ، فإن وكل من ردت شهادته بمثل هذا فى عتق عبد منه شيئاً فإما يعتق عليه ما ملك منه فقط ولا يقوم عليه نصيب من له فيه شرك [ق / ١٩٦ / ١٢] وإما عتق منه بهذا الوجه فولأؤه للميت ولمن يرثه عنه ، وإذا كان وارث واحد هو الشاهد له بالرق أو وارثان إن لم يرثه غيرهما فجميع العبد حر كان من شهد له بذلك عدلاً أو مسخوطاً إذا كان غير مولى عليه وكل ما ذكرنا من أول المسألة ممن ترد شهادته فإنه يجبر على عتق ما ملك بالقضاء حسبما أوجبت شهادته لو جازت ومن لم يملك منه شيئاً وإنما صار له فى مصابته دنائير أو دراهم فإنه يؤمر فيما صار إليه من عوض أن يجعله فى رقبة ولا يجبر على ذلك كما يجبر على عتق ما ملك منه .

وظاهر « العتبية » : أنه إذا قاسم الورثة فوقع له بعض ذلك العبد أنه يعتق عليه ما ملك منه لأنه مقر أنه حر فلا يجوز له استخدامه ، وهو قول حسن وهو خلاف « المدونة » و « الموازية » .

ولا يعتق عليه حصته منه قبل القسم إذ قد لا يصير له منه شيء فى المقاسمة لأن له أخذ عوضه فذلك جائز له ولا فرق بين ملكه لبعضه بالميراث أو بالشراء بعد أن يبيع .

والعلة الجامعة بينهما : أنه لا يجوز له أن يملك عبداً أو شيئاً منه وهو يزعم أنه حر وهو كعبد ردت شهادته فيه .

وقد فرق بعض أصحابنا بين ذلك وقال : لا يعتق عليه ما ملك منه بالميراث ويعتق عليه إن اشترى تلك الحصة بعد ذلك .

قال : ويحتمل أن يكون الفرق بينهما : أن الميراث جرّ العبد إليه ولم يجره هو إلى نفسه وشراؤه تلك الحصة اختياراً منه فيجب أن يعتق عليه بالميراث إلا أن يملكه كله .

ولا أعلم في أصولنا أن عبداً يجوز للإنسان ملكه وبيعه فإذا اشتراه بعد ذلك عتق عليه من غير إحداث أمر فيه ولا يعتق عليه على مذهب « المدونة » إذا اشترى بعضه إلا أن يشتريه كله كما لا يعتق عليه بالميراث إلا أن يملكه كله .

والعلة في ذلك دخول الضرر على بقيه الأشرار ، وكذلك في « الموازية » عن ابن وهب عن مالك إلا أن يعتق عليه إذا اشترى بعضه إلا أن يشتريه كله .

وقول ابن المواز عن ابن القاسم : إذا قال الوارث : قد أجزت عتق مصابته منه ، فيه نظر ، وظاهر خلاف « المدونة » ، لأننا إنما منعه من عتق مصابته عليه وأجزنا له استخدامه إلا أن يتورع لدخول الضرر على بقية الورثة بعتق بعضه وهم لا يصلون إلى التقويم عليه إذ ليس هو المعتق .

فإذا قال : أجزت عتق مصابتي منه ، فقد أدخل الضرر الذي منعه منه أولاً وصار ذلك أيضاً داعية إلى عتق النصيب بغير تقويم .

ومن « المدونة » : وإذا شهد وارث عدل أن الميت أوصى بعتق عبده فلان والثلث يحمله فإن كان في الورثة صغير أو سفيه أو من لا تلزمه يمين لم يكن على بقية الورثة الأكابر يمين إذ لا يعتق العبد إذا نكلوا بشهادة واحد ، ولا يعتق أيضاً بإقرارهم وهم غير عدول ، ويقال للمقر : إن صدقت فلا تستخدمه ، وكذلك يقال للشاهد منهم ، وإذا أخذ في حصته منه ثمناً أمر بأن يجعله في رقبة بغير قضاء إلا أن يجعل هو رقبته فيعتق عليه بالقضاء ولو ملك بعض مصابة شركائه لم يعتق عليه منه شيء .

قال : ولا يعتق مصابته منه وإن كان من العبيد الذي لا ينقصه عتق بعضه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن ترك الميت عبداً أو ترك ابنين ، فقال أحدهما : أعتق أبى هذا ، وقال الآخر : بل هذا ، قسمت العبيد أيضاً فمن وقع في سهمه العبد الذي أقر بعتقه عتق عليه جميعه بالقضاء ، أو ما حمل الثلث منه ، وإن لم يقع له فليخرج مقدار نصف ذلك العبد إذا كان الثلث يحمله فيجعل في ذلك في رقبة أو يعين به فيها ولا يؤمر هاهنا بالبيع لانقسام العبيد .

ونقلها أبو محمد ، وإن يقيم لكل واحد العبد الذي أقر بعتقه أحببت لكل واحد إخراج قيمة ما أخذ عوضاً ما في نصيبه من العبد الذي أقر بعتقه إن حملة الثلث أو ما قابل حصته مما حمل الثلث منه فيجعل ذلك في رقبة أو أعان به في رقبة .

قال : وهكذا فى « الموازية » إنما ينظر إلى قيمة العبد الذى أخذ عوضاً من الذى أقر به ، لأن نصف العبد الذى أخذ عوضاً استحقه بالميراث ، ونصفه الآخر أخذه عوضاً من نصف العبد الذى شهد بعته فيجعل قيمة العبد هذا النصف فى رقبة أو يعين به فيها إذا حملة الثلث وإلا قيمة ما حمل الثلث منه .

ابن المواز : قال ابن القاسم : قال مالك : وإذا لم يترك الميت غير هذين العبدين وقيمتهم سواء فقسهما الولد أن يوقع لكل واحد العبد الذى شهد له بالحرية فليعتق منه ثلثيه مثل أن يكون قيمة كل عبد ثلاثين فثلث الميت عشرون وهو ثلثا العبد الذى شهد له لأن صاحبه لو صدقه كذلك كان يعتق منه .

ابن المواز : وقال البرقى عن أشهب : إن لم [ق / ١٨٨ / ٢ ب] يحمل العبدين القسم تقاوماهما فإن صار لكل واحد العبد الذى لم يقر له أمر أن يخرج ثلث قيمة الذى صار له فيجعله فى رقبة بغير قضاء وإن صار له العبد الذى أقر له عتق عليه ثلثاه بالقضاء إذ ثمنهما سواء .

محمد عن ابن القاسم : ولو لم يترك الميت إلا ابناً واحداً وترك ثلاثة أعبد ، فقال الابن : أعتق أبى هذا ، ثم قال بعد ذلك : بل هو هذا ، ثم قال أيضاً : بل هو هذا ، وقيمتهم سواء فليعتق عليه الثلاثة أعبد وإن لم يترك الميت غيرهم ، وإن كانت قيمتهم مختلفة أعتق من كل واحد جميع ثلث الميت وهو ثلث جميع قيمة الثلاثة إذا لم يدع غيرهم .

ابن المواز : وهذا قول ابن القاسم إلا ما بينته أنا منه .

وكذلك فى « العتبية » و « الواضحة » عن ابن القاسم .

قال ابن المواز : وقال مالك وأشهب : يعتق من الأول ثلث قيمتهم أجمع ، ومن الثانى ثلث قيمة الاثنين وثلث ما بقى من الأول ، وإن كان بقى منه شيء ، ويعتق من الثالث ثلثه وثلث ما رق من صاحبيه إن رق منهما شيء ، وإن كانت قيمتهم متساوية ولم يترك غيرهم عتق الأول لأنه ثلث الميت ، وعتق ثلثا الثانى لأنه ثلث ما بقى ، وعتق أربعة أتساع الثالث لأنه أيضاً ثلث ما بقى .

ابن المواز عن أشهب : ومن لم يترك إلا ولداً واحداً وعبدان وألف دينار فقال الابن فى أحد العبدان : هو أخى ، ثم قال بعد ذلك : بل هو هذا ، لعبد آخر .

قال أشهب : فالمر له أولاً حر وله خمس مائة ونصف العبد الآخر ولا يعتق منه شيء لأن معه فيه شريك وارث ولكن قد أقر لهذا الآخر بما أقر للأول وبأنه أئلف عليه نصف العبد الأول وخمس مائة دينار فيغرم له في ذلك ويدفعه إلى هذا العبد يكون بيده .

ابن المواز : وأحبّ إلىّ أن يوقف ذلك بيد ثقة غيرك وغير العبدین ، فإن ملكته كله عتق عليك ودفع إليه ما وقف له وإن بعتماه أمرت أن تجعل حصته من ثمنه في رقبة بغير قضاء ، وإن اختدمتماه فلا تختدمه أنت في أيامك وتبقى ما وقف بيد الأمين حتى يعتق فيأخذه أو يموت فيكون بينك وبين أخيك الذي أقررت به أولاً .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم في ميت هلك وترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبد ، فقال اثنان : أعتق أبونا هذا العبد ، وقال الثالث : بل هو الآخر [ق/ ١٩٧ / ١٢] فليعتق الذي شهد له الاثنان في الثلث ولا يعتق الآخر إلا أن يملكه من شهد له فيعتق عنه محمل الثلث ، وإن ملكه بعضه عتق عليه ذلك البعض إن حملة الثلث ولم يقوم عليه نصيب أخويه ، وإن لم يصر له فيه إلا مال أمر أن يجعله في رقبة ، فإن لم يحمل ففي قطاعة مكاتب .

قال عيسى : هذا إن كان مكذباً لأخويه ، فأما إن صدقهما فلا يعتق عليه إن ملكه إلا ما كان يحمل الثلث منه مع العبد الآخر .

ابن القاسم : ولو شهد أحد البنين أن أباه أعتق هذا وشهد الآخر أنه قال : رأس من رقيقى حر ، فلا شهادة لهما ويؤمر الذي شهد للعبد بعينه ألا يستخدم حصته منه في رقبة ، فإن ملكه كله عتق عليه بالقضاء إن حملة الثلث .

يريد : وكذلك إن ملك بعضه على مذهبه في العتبية قال : ويؤمر الذي شهد بعتق رأس منهم في ثلث قيمة الثلاثة الرؤوس بمثل ذلك .

وقال فيها ابن سحنون عن أبيه : قال بعض أصحابنا : الشهادة باطلة .

وقال بعضهم : يقرع بينهم ، فإن خرج العبد المسمى فقد أجمع على عتقه رجلا فليعتق وإن خرج غيره لم يعتق أحد منهم إلا أن يملك أحدهم العبد الذي أقر له أنه حر فيعتق عليه إن حملة الثلث ، وإن وقع لكل واحد غير العبد الذي أقر أمر أن يخرج بقدر نصيبه منه في رقبة ، وكذلك في « الموازية » .

وإن ترك ولدين وعبدین فقال أحدهما : أعتق أبى هذا ، وقال الآخر : بل قال : أحدهما حر ، فليقسم بينهما فإن خرج الذى سماه أحدهما أعتق ثلثيه إن اتفقت قيمتهما ولا مال له غيرهما ، وإن اختلفت قيمتهما عتق منه ثلث قيمتهما وإن جاء السهم للذى لم يعتق كان بمنزلة الذى شهد واحد على غير معين ، وقد فسرت ذلك .

وقال يحيى عن ابن القاسم فى « العتبية » : إذا ترك ولدين وعبيداً فقال أحدهما : أعتق أبى هذا ، وقال الآخر : أعتق عبداً ، سماه فأنسيته ، فليعتق العبد الذى سماه أحدهما من الثلث عليهما ولا يسترقه الذى نسيه بالشك يؤمران بذلك ولا يقضى عليهما ثم يقسمان باقى العبيد فما صار للذى أبت الشهادة رق له ، وما صار للشاك أمر أن يحتاط بالبراءة من جميعهم لأنه لا يدرى من الحر منهم وإن لم يدع إلا عبيدين فليعتق من الذى قطع له الأخ بالشهادة مبلغ الثلث من العبيدين فيه ، فإن كان ثلثاه رق ثلثه بينهما ويطيّب للذى ملك نصف باقيه ويكون العبد الآخر بينهما فيطيّب للقاطع الشهادة ملك نصفه ، ويقال للشاك : يخرج من ملك ما نأبك من محمل الثلث منه ، إذ لا يدرى لعل العتق فيه فإن كان ثلث الميت قدر ثلثى هذا العبد طاب له ملك سدسه ويعتق ثلثه ويطيّب لأخيه ملك نصفه وإنما يؤمران بذلك ولا يقضى عليهما .

وفى « الموازية » : عن ابن القاسم نحوه : أن يعتق ثلثا المعين إن لم يدع غيرهما وقيمتهم سواء ولا يعتق من الآخر شيء للشاك اجعل نصيبك من ثمن الآخر أن يبع فى رقبة لعتقهما .

ابن المواز : وإنما أعتق ابن القاسم ثلثى العبد المعين حين لم ينكر الآخر قول أخيه فيه ، وأمر الشاك أن يجعل ما يأخذ من عند الآخر فى رقبة لشكه .

وقال فى كتاب آخر : عن أشهب : يعتق ثلثى المسمى ويتقاولان الباقي ، فإن صار للذى نص العبد الآخر لم يعتق عليه من هذا شيء ، وإن صار للشاك لم أمره أن يملك بثلثيه بل يعتقه إذ قد يكون فيه العتق وينقضى بذلك عليه وثلثه رقيق ما لم يرجع قبل أن يقضى عليه فيقول : ذكرت أنه الذى قال أخى .

ابن المواز : ولو ترك ولدين وعبدًا يحمله الثلث فقال أحدهما : أعتق أبى نصفه ، وقال الآخر : بل جميعه ، فإنه يعتق على القائل جميع مصابته منه وهو نصفه وعلى الذى قال : أعتق نصفه ، يعتق مصابته منه وذلك ربعه ويرق له ربعه .

ابن المواز : وذلك أنهما قد اجتمعا في شهادتهما على عتق نصفه فذلك النصف حر عليهما ثم يعتق على الذى أقر بالكل مصابته مما بقى وهو ربه لأن ذلك ليس بضرر ولا فساد فى العبد لأنه قد سبق الفساد بعتق نصفه فليس يزيده ما عتق منه بعد ذلك الأخير أو لو كانا عبيدين فأقر الولدان أن أباهما أعتقهما جميعاً فى مرضه هذا ثم هذا ، وقال الآخر [ق / ١٨٩ / ٢ ب] إنما أعتق هذا بعينه والثلث يحملهما فليعتق الذى اجتمعا على عتقه ولا عتق للآخر .

ابن المواز : وإن لم يدع غيرهما وقيمتهما سواء أعتق من الذى اجتمعا عليه نصفه فثلثه بينهما وسدسه يعتق على الذى أفرده بالشهادة ، وذلك بالقضاء ، ولو شهد أحدهما أن أباه أعتق نصف أحدهما بعينه فى صحته ، ثم شهد هو وأخوه أن الأب أعتق الآخر كله فى وصيته وقيمتها سواء ولا مال له غيرهما ، فليعتق من الذى اجتمعا عليه بعتق الوصية نصف ونصف سدسه أما نصفه فيبينهما جميعاً ، وأما نصف سدسه فعلى الذى لم يشهد فى الصحة بشيء ، وكذلك لو قال أحدهما : أعتق أبى هذا فى صحته ، وقالاً جميعاً : أعتق أبونا هذا الآخر فى وصيته ، لعتق ثلث صاحب الوصية بينهما وسدسه على المنفرد بالشهادة لأن الشاهد بعتق الصحة يقول لم يدع الميت غير عبد الوصية فثلثه حر ولكل واحد منا ثلثه والآخر يقول : بل ثلثاه حر لأن التركة عبدان كفله سدس هذا ونصف الآخر .

ابن المواز : وأرى أن يقال للذى شهد بعتق الصحة : إنما صار لك ثلث العبد الموصى بعتقه ولم يصير لأخيك إلا سدسه لقوله : إنه لا حق لك ولا للميت فى العبد الذى زعمت أن أباك أعتقه فى الصحة ، فإن أنت تمسكت بشيء رجعت عن قولك ولزمك أن يعتق من عبد الوصية السدس الذى صار لك زيادة على أخيك حتى يعتق ثلثاه ولا يكون لك إلا سدسه ولأخيك سدسه وإلا فقف على أخذ مصابك من عبد الصحة واجعل ما يصير إليك من ثمنه فى عتق غيره وإلا جبرت على عتق السدس من عبد الوصية حتى يتم عتق ثلثيه وإن شهد أحدهما أن أباه أعتقهما فى وصية واحداً بعد واحد ، وقال الآخر : بل قال : أحدهما حر ، ولم يعينه فليقرع بينهما فمن جاءه السهم عتق نصفه : لأنه فى قول الذى أبهم العتق يعتق ثلثاه وحده وفى قول الذى قال : أعتقهما يعتق ثلثه وثلث الآخر فثلث الذى أصابه السهم يعتق فى قولهما ويعتق سدسه على الذى أبهم العتق وحده ولا يعتق من العبد الآخر شيء

لأنه لم يشهد له إلا وارث واحد .

أبو محمد : وإنما لم يعتق ثلثهما بالسهم لأنه قال : واحداً بعد واحد .

جامع الإقرار والشهادة بالعتق

قال ابن القاسم : ومن أقر في مرضه أنه كان أعتق عبده في مرضه هذا فهو في ثلثه لأن ذلك وصية ، وما أقر في مرضه أنه كان فعله في صحته فلم يقر عليه المقر لهم حتى مرض أو مات فلا شيء لهم ، وإن كانت لهم بينة إلا العتق والكفالة فإنه إن قامت عليه بينة بعد موته أنه كان أقر بذلك في صحته لزمه العتق في رأس ماله وأخذت الكفالة من ماله كانت لوارث أو غير وارث لأنه دين ثبت في ماله في الصحة [ق / ١٩٨ / ١٢] .

فصل

قال ابن القاسم : وإن شهد أن شريكه في العبد أعتق حصته منه والشاهد موسر أو معسر فإن كان المشهود عليه موسراً فنصيب الشاهد حر لأنه أقر أن ماله على المشهود عليه قيمة وإن كان المشهود عليه معسراً لم يعتق من العبد شيء .

أشهب : ذلك سواء ولا يعتق منه شيء كان المشهود عليه موسراً أو معسراً .

سحنون : وهذا أجود ، وهو قول جميع الرواة ، وقاله ابن القاسم أيضاً .

أشهب : لأنه لا يعتق حصة شريكه إلا بتقويم ودفع ثمن ، ولو جاز هذا لم يشأ شريكه أن يعتق حصته بغير تقويم إلا فعل .

ابن حبيب : عن ابن القاسم : يؤمر بالعتق في مال الشريك ولا يقضى عليه .

قال أبو محمد : وينبغي أن لو أعتق على الشاهد نصيبه لمال صاحبه لقوم عليه نصيب صاحبه . وقاله ابن الكاتب .

قال ابن الكاتب : ومسألة العبد يشهد أحد الورثة أن أباه أعتقه أقوى ، من هذا لأنه مقر أن الحرية تقررت فيه وأن لا ملك له ولا لغيره عليه وهم لم يقبلوا قوله فيه وإلا استحجوا له عتق نصيبه وإنما استحج له أن يعتق بثمن حصته منه فأحد الشريكين أولى بالأ يقبل .

قال أبو بكر ابن عبد الرحمن : جوابه فى مسألة الورثة هو الأصل أنه لا يعتق عليه نصيبه فى مال شريكه لأن ذلك ضرر بغيره من الورثة .

والقول فى مسألة الشريك أنه لا يعتق عليه نصيبه فى مال شريكه هو الصواب .
والقول الآخر ضعيف .

وقال بعض القرويين : إن هذين القولين يدخلان فى مسألة الوارث المقر ولا فرق بين المسألتين .

ابن حبيب : وروى أصبغ عن ابن القاسم : إذا شهد كل واحد منهما على صاحبه بعتق نصيبه وهما مريان لم ينبغ لهما ملكه على ناحية الورع ، وإن كانا معسرين فلا شيء عليهما وإن كان أحدهما معسراً فلا شيء على الموسر ، ولا ينبغى للمعسر أن يسترق نصيبه ولو ملكه الموسر كله بعد ذلك لم يعتق عليه إلا حصة المعسر ، وإن ملكه المعسر كله عتق عليه جميعه وولأؤه للموسر .

قال أصبغ : يعتق نصفاً الموسر على المعسر بالقضاء كمن ردت شهادته فى عتق عبد ثم اشتراه ، وأما نصيبه فلا يعتق عليه بحكم ولكن يؤمر بعتقه على التحريم .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو كان بين ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث أنه أعتق نصيبه فإن كان ملياً لم تجز شهادتهما وإن كان معدماً جازت شهادتهما وقد بلغنى عن مالك أنها لا تجوز فى الوجهين جميعاً ، والذي قلت لك أحب إلى ، وأخذ به أصبغ .

ابن المواز : وأما هذه فجيدة صواب .

وقال بعض فقهاءنا : إنما يصح طرد شهادتهما فى الوجهين على قول [من يقول : لهما التقويم عليه فى المعسر ويتبعان ذمته ؛ لأنهما يصيران جادين لأنفسهم وأما على قول] ^(١) من لا يرى طلبها فى العسر بالقيمة فى ذمته فلا تهمة فى شهادتهما وهى جائزة .

فصل

قال مالك : وإن شهد رجلان أن فلاناً أعتق عبده ، فأعتقه السلطان عليه ثم رجعا عن شهادتهما فالعتق ماض لا يرد .

(١) سقط من أ .

ابن القاسم : ويضمنان قيمته لسيدته .

سحنون وقاله غير واحد من الرواة .

ابن المواز : ويغرمان قيمته يوم الحكم بعثته لا يوم الشهادة ولا يوم الرجوع ، وإن كان إنما رجع واحد غرم نصف قيمته وإن كانوا أربعة فرجع واحداً أو اثنان لم يغرم شيئاً ؛ لأن العبد يعتق بشهادة من بقى ثم إن رجع أحد الاثنين الباقيين غرم الثلاثة الراجعون ثلاثة أرباع قيمته رجعوا جميعاً أو مفترقين ولا شيء على الذى لم يرجع .

وقال ابن المواز : ليس على الثلاثة الراجعين إلا نصف قيمته والأول غلط ثم إن رجع الراجع غرموا كلهم قيمته أرباعاً وهذا ونحوه فى الرجوع عن الشهادة مستوعباً .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : عن مالك : وإن شهد رجلان أن فلاناً [ق / ١٩٠ / ٢ ب] أعتق عبده فرد القاضى شهادتهما ثم اشتراه أحدهما بعد ذلك أعتق عليه .

قال فى « الواضحة » : وكذلك إن ملكه بأى وجه فإنه يعتق عليه .

م : يريد : بالقضاء .

وقال غيره فى « المدونة » : هذا إذا أقام على قوله بعد الشراء ، وأما إن جحده وقال : كنت كاذباً لم يعتق عليه .

ابن المواز : قاله أشهب وعبد الملك .

قال أشهب : ويحلف على ذلك فإن نكل عتق عليه وكذلك إن قال : شهدت بالحق ، ولكنها قد ردت ، فإنه يعتق عليه أيضاً ولا حجة له بذلك ويكون ولاؤه للمشهد عليه ، ثم إن مات العبد المعتق عن مال فليأخذ منه هذا المشتري الثمن الذى ودّى فيه لا يمنع من ذلك وما بقى فللمشهد عليه بالعتق إن كان حياً ، وإن كان ميتاً فجميع ما ترك المولى لورثة المشهد عليه يعتقه ولا يأخذ هذا المشتري من هذا المال الثمن الذى ودّى لأن ذلك الثمن فى ذمة وليهم وهذا مال ليس من تركته فيأخذه منها إنما هو ميراث بالولاء الموروث عنه ، ألا ترى أن لو كان على أبيهم دين لغير هذا المشتري لما قضى مما تركه هذا المولى فكذلك هذا .

م : وأما لو ترك المشهود عليه لأخذ الشاهد منه قدر ثمنه ، وإن كان أقل أخذه كله وهذا إذا كان الورثة رجالاً يرثون الولاء وكان ما ترك المولى أكثر من ثمنه وإن كن نساء لم يكن للشاهد من تركه المشهود عليه شيء ؛ لأنهن يقلن : أبونا قد أنكر العتق فليس لك من تركته شيء .

م : وكذلك إن لم يترك المولى شيئاً فلا شيء له من تركه المشهود عليه كان لورثة رجالاً أو نساءً وإنما يأخذ الشاهد من تركه المشهود عليه الأقل من ثمن العبد أو ما تركه العبد أو ما تركه المشهود عليه إذا كان الورثة رجالاً يرثون الولاء ، وإن كن نساء فلا شيء للشاهد على حال .

محمد قال أشهب : وكذلك لو اشتراه من غير المشهود عليه بعتقه ثم مات العبد عن مال لأخذ من تركته أقل الثمنين ودفع ما بقي للمشهد عليه ، وذلك أن المال كله له بولائه فيقال له : إن كان الشاهد عليك صادقاً فميراثه لك بالولاء وادفع إلى هذا ثمنه الذي أخذت منه وإن كان كاذباً فلا تأخذ ما ليس لك بحق ويأخذ الشاهد من ذلك ثمنه وليس لك أن تدفعه عن ذلك صدقته أو كذبه .

قال ابن حبيب : عن مطرف وعن مالك فيمن شهد بعتق فردت شهادته فيه ثم اشترى بعضه : فليعتق عليه ما اشترى منه ولا يقوم عليه باقيه .

وقال : قال ابن القاسم فيمن أخبر عن رجل أنه أعتق عبده ثم اشتراه منه : فإن كان إخباره بمعنى إذا علم ذلك منه أو سمعه أعتقه ليس بخبر غيره رأيت أن يعتق عليه ، ورواه عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن شهد شاهد لعبد أن سيده بتله في الصحة وشهد آخر أنه دبره فقد اختلفا فلا تجوز شهادتهما .

قال غيره : لأن هذا صرفه إلى الثلث ، وهذا إلى رأس المال ، ويحلف السيد مع كل واحد منهما [ق / ١٩٩ / ٢ أ] فإن نكل سجن .

قال في « الموازية » : إنما يحلف إذا كانت شهادة كل واحد منهما على حدة ، وأما إن شهدا أن ذلك كان بشهادة واحدة ولفظ واحد فلا يمين عليه .

فإن في « الموازية » : وإن شهد أحدهما أن سيده دبره وشهد آخر أنه أوصى

بعتقه ، قال : أما إن كانت شهادتهما بعد أن مات فهي جائزة ويعتق في الثلث أو ما حمل الثلث منه ولم يجب تبديء المدبر ، وإن كانت شهادتهما في حياته في صحة أو مرض حلف بالله ما دبر وسقطت ؛ لأن له أن يرجع في الوصية لو أقر بها .

م : وإن شهد واحد أن سيده بتله في الصحة وشهد آخر أنه بتله في المرض جاز وعتق في الثلث .

قال أبو عمران : في شاهدين شهدا على رجل في غير لفظ واحد سمعاه منه شهد أحدهما عليه أنه دبره وشهد آخر أنه كاتبه فوجب أن يحلف فنكل عن اليمين .

فالجواب عن قول مالك : الذي يقضى عليه بنكوله أنه بنكوله يكون مدبراً مكاتباً كما لو شهد بذلك شاهدان لأن أصل هذا القول الاحتياط وأن النكول أقيم مقام شاهد ثان وهو ضعيف في الأصول وفيه اعتراض ، ولا يجب أن يحكم بالنكول إلا في اليمين المردودة في مسائل التهم عند أصحابنا .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ينظر إلى دعوى العبد فإن ادعى الكتابة وحلف مع شاهده كان مكاتباً لأن الكتابة كالبيع عند ابن القاسم ، فإن نكل العبد فالكتابة له ، وأما التدبير فبنكول السيد يلزمه التدبير على اختلاف من قول مالك ، والأجود ألا يلزمه شيء .

ومن « المدونة » : وإن قال أحدهما : أعتقه بتلا ، وقال الآخر : بل إلى سنة فقد اتفقا في العتق ويحلف السيد مع شاهد البتل ، ويكون حراً إلى سنة ، وإن نكل عن اليمين سجن ، وإن أقر عجل عتقه ، وإن شهد أحدهما أن هذا الميت عبد فلان وأنه أعتقه ، وشهد آخر أنه عبده وأنه كاتبه فشهادتهما جائزة على إثبات الرق لاجتماعهما عليه ولا تجوز في العتق والكتابة لاختلافهما .

وإن شهدت بينة أن هذا عبد فلان أعتقه ، وشهدت بينة أخرى أنه لفلان رجل آخر ملك وتكافئتا قضيت بحرية لأن العتق حيازة إلا أن يأتي الآخر بما هو أثبت .

قال غيره : وهذا إذا لم يكن العبد في حوز أحدهما وقال ابن القاسم : بل لو كان في حوز من شهد له بالملك فقط لقضيت بحريته لأنه عبد قامت له بينة أنه حر فأما لو قالت : بينة الذي ليس عبده أنه عبده كاتبه أو دبره ، لقضى لحائزه بملكه وبطل ما سواه .

قال غيره : هو لمن هو فى يديه فى ذلك كله إذ لا يصح عتق حتى يثبت الملك وإذا لو أقام كل واحد منهما بينة أنه ولد عنده وتكافتتا لقضيت به لحائزه وسقطت بينة المدعى إذ لم يثبت له ملكه ولا عتق إلا بعد ثبات الملك أرايت لو قالوا : ولد عنده وأعتقه أكان العتق يوجب له ما لم يملك أرايت لو شهدت بينة الحائز أنه يملكه منذ سنة وشهدت بينة المدعى أنه يملكه منذ عشرة أشهر وأنه أعتقه أكان العتق يوجب له الملك .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن شهد رجلان أنه أوصى بعبده هذا لفلان وشهد آخران أنه أوصى بعتقه ولم تؤرخ البيتان فأحبّ إلىّ أن يعتق تكافؤا فى العدالة أو لم يتكافؤا ، ثم رجع فقال : يعتق نصفه ويرق نصفه للمشهود له .
قال أصبغ : وقوله الأول أحبّ إلىّ .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : ومن أوصى فقال : إن مت فغلامى فلان حر ، وإن صحت فغلامى فلان حر - لعبد آخر - فمات فأقام أحدهما بينة أنه مات وقد صح ، وأقام الآخر بينة أنه مات من مرضه فليعتق من كل واحد نصفه لأن العتق قد ثبت لكل واحد منهما غير معروف إلا أن تكون أحدى البيتين أكد فيقضى بقولهما .

وقال أصبغ : بل الشهادة شهادة الصحة وهو المثبت له الوصية إذا قطعوا له الشهادة بصحته بهذا العام أغلب [ق / ١٩١ / ٢ ب] كما لو شهدوا أنه أوصى فى مرضه بوصايا فقال بعضهم : صحيح العقل ، وقال بعضهم : خامد العقل فبنية الصحة أولى ؛ لأنهم علموا ما لم يعلم الآخرون .

تم كتاب العتق الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب المدبر

القضاء في المدبر وبيعه ولزوم التدبير وصفته ومن دبر عبده عن غيره واليمين بالتدبير

قال ابن سحنون : قال : ولما أجمع المسلمون على انتقال اسم المدبر وجب انتقال حكمه كانتقال اسم المكاتب وحكمه .

بأن قيل : إن ذلك كتسميتهم إياه موسى بعته .

قيل : هذا صفة لفعل السيد ، وقولهم : مدبر ، اسم لعين العبد ، ولما أجمعوا أنه يرجع في الموصى بعته بالقول وكان التدبير لا يرجع فيه بالقول ، وإنما قال قوم : له بيعه وهبته ، افترقا ، وحديث جابر يدل على أنه بيع في دين لأن النبي ﷺ دعا به فقال : « من يشتره ؟ » ^(١) فلما بطل أن يلي النبي ﷺ بيعه لغير معنى لم يبق إلا أنه حكم وليه لينفذ ما لزمه واحتمل بيعه في دين بعد الموت أو في الحياة لدين قبل التدبير .

وتأول قوم إنما باع النبي ﷺ خدمته للغرماء وذلك محتمل ، وقد روى جابر أيضاً أنه لم يكن له مال غيره فمات فقال النبي ﷺ : « من يشتره ؟ » .

فاختلف فيه عن جابر فروى أنه أعتق رجل عبده وروى أنه دبره ، وقد قضى عمر بإبطال بيعه في ملأ خير القرون فما أنكروا عليه هذا ، وهذا كالإجماع ، وهو حجتنا في منع بيع أمهات الأولاد .

فصل

قال ابن القاسم : إيجاب لازم لموجبه على نفسه في يمين أو في غير يمين وليس لفظ التدبير يميناً ولكنه عتق بصفه وهى الموت ، وقوله : إن فعلت كذا فهو حر ، قد يحنث وقد لا يحنث ، فلو كان لفظ التدبير يميناً يحنث بها بعد الموت لبطل عتقه إذ لا حنث على ميت .

والقائل : إن لم أفعل كذا كان على ، حنث قبل موته ففارق هذا .

قال ابن القاسم : فيمن قال لعبده : أنت مدبر ، أو : حر عن دبر منى ، فهو مدبر يمنع من بيعه ويعتق في ثلثه .

(١) أخرجه البخارى (٢٠٣٤) ، ومسلم (٩٩٧) .

ابن وهب : وقال : يعتق فى ثلثه علىّ وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد وغيرهم .

قال أبو الزناد وابن شهاب : فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه .

ومن « المجموعة » : ابن نافع عن مالك : فيمن كتب لجاريته أنها مدبرة تعتق بعد موتى إن لم أحدث فيها حدثاً . قال : هذه وصية له الرجوع فيها لقوله : إن لم أحدث فيها حدثاً . [ق / ٢٠٠ / ١٢] .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : وإن قال : غلامى حر متى مت ، لا يغير عن حاله .

وقال هذا فى مرض أو فى صحة فهو تدبير ليس له بيعه ولا الرجوع فيه ولا يصدق أنه أراد الوصية لقوله : لا يغير عن حاله .

ومن « الموازية » : قلت : كيف التدبير ؟ قال : مثل القول فى الصحة : أنت مدبر ، أو : أنت حر عن دبر ، أو : أنت حر متى ما مت ، أو : إن مت ولا مرجع لى فيك ، وسواء أفرد ذلك فى كتاب أو جعله مع ذكر وصاياه ، ولو لم يقل ولا مرجع لى فيك فى قوله : أنت حر متى ما مت وإن مت لكنت وصية لأنه أتى بلفظ الوصية .

فصل

ومن « المدونة » : سحنون : قلت لابن القاسم فيمن قال لعبدته فى صحته : أنت حر يوم أموت .

قال : قال مالك : فيمن قال لعبدته فى صحته : أنت حر بعد موتى ، فأراد بيعه فإنه يستل فإن أراد به وجه الوصية صدق وإن أراد به التدبير صدق ومنع من بيعه ، والقول قوله فى الوجهين جميعاً .

قال ابن القاسم : وهى وصية أبداً حتى يتبين أنه أراد التدبير .

وقال أشهب : فى قوله : أنت حر بعد موتى ، إذا قال هذا فى غير إحداث وصية لسفر أو لما جاء أنه لا ينبغى لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة فهو تدبير إذا قال ذلك فى صحته .

وظاهر جواب ابن القاسم : أنه ساوى بين قوله : أنت حر يوم أموت ، وبين قوله : أنت حر بعد موتى ، وقد جمعها أبو محمد فى « مختصره » على جواب واحد وكأنه رأى أن قوله : « أنت حر يوم أموت » كقوله : « أنت حر إذا مت » ولم يرد اليوم .

وروى ابن القاسم عن مالك فى « المجموعة » فى صحيح قال لعبد : أنت حر يوم أموت ، فإنه يستل فإن أراد به الوصية صدق وإن أراد به التدبير صدق .

م : كأنه رأى أن مفهوم قوله : أنت حر يوم أموت ، أنت حر بعد موتى ، وأنه لم يقصد ذلك اليوم ولو قصد اليوم لكان ينبغى على أصلهم فى الطلاق أن يكون من قال : أنت حر يوم أموت معتقاً إلى أجل كمن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ؛ إذ قد يموت آخر النهار فيقع العتق على العبد أول النهار قبل موته وقد جعل مالك جواب من قال : أنت طالق يوم أموت ، وجواب من قال : أنت طالق قبل موتى بشهر ، وقال : يعجل فيها الطلاق لأنه طلاق إلى أجل ويحتمل أن يكون الفرق بين الطلاق والعتق هو أن الطلاق يلزم إذا أوقعه إلى أجل وأن يعجل عليه ولا يلزم أن أوقعه بعد الموت فلما أتى بلفظ يحتمل أن يقع فيه الطلاق أو لا يقع أوقعناه عليه لأن من أصلنا أن يحرم بالأقل ، وأما العتق فيجوز أن يقع قبل الموت وبعده ومنه ما يرجع فيه فإذا أتى بلفظ يحتمل ذلك كله وجب أن يرجع فيه إلى قوله ولذلك ألزمه أشهب التدبير إذا عدى قوله من الأقل الوصية لأن ذلك أشد عليه كما ألزمناه فى الطلاق لأن ذلك أشد عليه .

وقال أشهب فى الذى قال : أنت طالق يوم أموت ، أو : قبل موتى بشهر : لا شيء عليه ؛ لأنه أمر لا يكشفه إلا الموت ، وكذلك يقول فى العتق لا يعتق إلا من الثلث .

وقال ابن القاسم فى العتق : إذا قال : أنت حر قبل موتى بشهر ، أنه ينظر فإن كان السيد ملياً أسلم إليه العبد يخدمه فإذا مات نظر فإن حل الأجل والسيد صحيح كان من رأس المال ورجع بكراء خدمته بعد الأجل فى رأس ماله وإن حل الأجل وهو مريض فهو من ثلثه ويلحقه الدين ولا رجوع له بخدمة ، وإن كان السيد غير ملي خورج العبد وأوقف له خدمة شهر .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » وفى « العتبية » : معناه : فإذا زاد على الشهر يوم

أطلق السيد مثله من الموقوف هكذا حتى يموت فإن وافق الشهر مرضه الذى مات فيه كان من الثلث ، وإن وافق صحته كان من رأس ماله وفيها اختلاف .

وقد ذكرنا موعباً فى « كتاب العتق الثانى » .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال لعبده : أنت حر بعد موتى وموت فلان ، فهو من الثلث .

قال ابن القاسم : وكأنه قال : إن مات فلان فأنت حر بعد موتى ، وإن مت أنا فأنت حر بعد موته ، وقاله أشهب .

م : يريد : ولا رجوع له فيه لذكر الأجنبى فى ذلك وهى كمسألة الرقبى وهى فى العبد يكون بين الرجلين فيحبسانه على أن من مات منهما أولاً فنصيبه يخدم الثانى حياته ، فإذا مات : هو حر فلم يجزها مالك إلا أنه ألزمهما العتق إلى موت آخرهما ، ومن مات أولاً فنصيبه يخدم ورثته دون صاحبه فكذلك يلزم العتق فى هذه المسألة ولا رجوع له فيه .

م : وقال [ق / ١٩٢ / ٢ ب] بعض أصحابنا : له الرجوع فيه كما لو أعتقه بعد موته بشهر .

قال غيره : لا يشبه مسألة الرقبى لأن مسألة الرقبى خرجت على معنى المعاوضة والالتزام فبطلت المعاوضة لفسادها ولزمها العتق الذى أوجبها على أنفسهما وإذا فسدت المعاوضة وبطلت وجب ألا توجب حكماً وإنما ألزمهما العتق لدخول الأجنبى فى ذلك فهو كعتق إلى أجل .

وقد رأيت بعد ذلك لابن القصار نحو ما قلت ، وهو الصواب .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال : إن كلمت فلاناً فأنت حر بعد موتى ، فكلمه لزمه عتقه بعد موته كما لو حلف بالعتق ولم يقل : بعد موتى ، فحنت فإنه يلزمه فكذلك هذا يلزمه ويعتق من ثلثه وصار حنته بعتق العبد بعد الموت شبيهاً بالتدبير وإن قال : أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر ، أو أكثر ، فهو من الثلث ويلحقه الدين .

م : يريد : وهذه وصية له الرجوع فيها .

ومن « الموازية » : قال ابن القاسم : ومن قال فى مرضه : إن مت من مرضى

فعبدى فلان مدبر ، فهو تدبير لازم لا رجوع له فيه ، وكذلك قال هو وابن كنانة في « كتاب ابن سحنون » .

قال ابن المواز : قال أصبغ : إن أراد وجه التدبير في أنه أراد ذلك إذا مات كالذى يريد التدبير ولا يعرفه فيقول : إذا مت فغلامى مدبر ، بمعنى أن يعتق بالتدبير فهذا لا رد له فيه ، وأما إن أراد به فهو مدبر على غيره من ورثته أو غيرهم فهذا له أن يرجع فيه ، والقول في ذلك قوله فيما يدعى منه وإلا عمل على ما يستدل به .

قال ابن القاسم : ولو قال مريض : غلامى حر ، لم يزد على هذا ثم رجع في مرضه أو بعد أن صح فقال : إنما أردت بعد موتى ولم أبتله ، أنه مصدق . وقاله أصبغ ، إلا أن يرى أنه أراد البتل .

فصل

ابن المواز : عن ابن القاسم : وإن قال في مرضه : غلامى هذا مدبر على أبى ، لزمه ، ولا يرجع فيه إن كان منه على البتل لا على الوصية ويخدم الأب ورثته حياة الابن والولاء للابن وإن كانت أمة لم يطأها الأب ولا الابن ، وروا عنه أبو زيد فيمن قال : أنت مدبر على أبى ، أنه مدبر على نفسه ولا يعتق إلا بموته من الثلث ، وأما بموت الأب فلا إلا أن يقول : أنه مدبر عن أبى أو أنت حر عن دبر من أبى فينفذ ذلك عن أبيه .

ابن المواز : وذلك عندنا سواء قال عن أبى أو على أبى ، وهو معتق إلى أجل إلى حياة أبيه ، والولاء لأبيه ، وإن كان أبوه ميتاً فهو حر مكانه والولاء لأبيه .

وقال عنه أبو زيد في « العتبية » : إذا قال لعبده : أنت مدبر عن أبى [ق / ٢٠١ / ٢ أ] فسواء كان الأب حياً أو ميتاً فلا يعتق إلا بعد موت الابن المدبر لا بعد موت الأب إلا أن يقول : أنت حر عن دبر من أبى ، فإن كان الأب ميتاً كان حرّاً الساعة وإن كان حياً فإنه يعتق إذا مات أبوه وولاه للأب .

قال : وإن قال مريض : جاريتى مدبرة عن ولدى إن مت ، ثم صح ، فلا شيء عليه ولا تكون مدبرة عن ولده ، ولو قال : جاريتى مدبرة ، فقط ولم يستثن شيئاً ولم يقل : إن مت من مرضى ، فهي مدبرة ، وإن صح .

م : ولا خلاف في هذا ، ولا خلاف إذا قال : أنت حر عن دبر من أبى ، أنه

يعتق عليه بموت الأب .

واختلف إذا قال : مدبر على أبى ، أو : عن أبى ، فقيل : إن ذلك كالأول ، وقيل : إنه مدبر عن نفسه ، والأول أصوب .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال : إن اشتريت هذا العبد فهو مدبر ، فاشترى بعضه فذلك البعض مدبر ويتقاومه هو وشريكه .

قال سحنون : وإن أحب الشريك أن يقوم عليه للفساد الذى أدخل فيه أو يتماسك بنصيبه فعل لأنه يقول : لا أخرج عبدى من يدى إلى غير عتق ناجز ، وإنما أمر النبى ﷺ بالتقويم فيمن يخرج العبد من رق إلى حرية يتم حرمة وتجاوز شهادته ويوارث الأحرار ، وليس التدبير كذلك ؛ لأنه أراد بما فعل أن يخرج عبدى من يدى فيملكه من دونى ويقضى به دينه وستمته إن كانت جارية وليس كذلك قضاء النبى ﷺ .

فى صدقة بعض المدبرين وحصصهم وبيعهم فى الدين

قال مالك : ومن مات وترك مدبرين فإن كان دبروا واحداً بعد واحد فى صحة أو مرض أو دبر فى مرض ثم صح فدبر ثم مرض فدبر ، فذلك كله سواء ويبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث ، فإن بقى أحد منهم رق .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : فإن كان عليه دين بيع فى الدين الآخر فالآخر ، فإذا قضى الدين عتق من الباقي الأول فالأول إلى تمام ثلث ما بقى .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو دبرهم فى كلمة فى صحة أو مرض عتق جميعهم إن حملهم الثلث وإن لم يحملهم الثلث لم يبدأ أحدهم على صاحبه ولكن يفض الثلث على جميعهم بالقيمة ، ويعتق من كل واحد حصته منه ، وإن لم يدع غيرهم عتق ثلث كل واحد منهم لا يسهم بينهم بخلاف المبطلين فى المرض أولئك يقرع بينهم .

مالك : ويبدأ المدبر فى الصحة على المبطل فى المرض .

ابن المواز : قال مالك : المدبر فى الصحة مبدأ على كل وصية من عتق واجب أو

زكاة أو ابتال في المرض وعلى صدق المريض ، وقد اختلف فيه .

ويدخل فيما علم به المريض الميت من تركته ، وفيما لم يعلم وفيما لم يبطل من إقرار بدين لو ارث .

قال ابن القاسم : وكذلك المدبر في المرض يدخل فيما لم يعلم به الميت ولا يدخل الميت في المرض فيما لم يعلم به الميت ولا زكاة يوصى بها ولا غير ذلك .

ابن القاسم : وإذا اجتمع ما يدخل في الطارئ وما لا يدخل فيه فليبدأ بالمدبر في ثلث الحاضر ، فإن لم يف له أتم من الطارئ وإن خرج منه وفضلت فضلة بدأ بما يبدأ من الوصايا بعده .

وقال عبد الملك : يبدأ المدبر في المالكين بالحصص .

أبو إسحاق : لأن أحد المالكين لو انفرد لاعتق فيه فلا يختص أحدهما دون الآخر فيما بقي من ثلث الحاضر دخل فيه أهل الوصايا ، وما فضل من الطارئ فللورثة .

وقول ابن القاسم أحب إلى ، وقول ابن الماجشون جيد ، لأن المدبر لما كان يدخل في المالكين صار كأنه مال حاضر كله فيعتق فيهما جميعاً بالحصص وإنما يختلفا ذلك على من لا يدخل في الطارئ .

ووجه قول ابن القاسم : أنه لما وجبت له التبديعة في الحاضر [قبل قدوم الطارئ لم ينقله قدوم الطارئ على من كان وجب له من التبديعة في الحاضر] ^(١) .

قال ابن القاسم في « المستخرجة » فيمن دبر في صحته وبتل في مرضه ودبر فيه وتزوج فيه ودخل وأوصى بعق وزكاة فليبدأ في الثلث بصدق المريض ثم المدبر في الصحة ثم الزكاة ثم الميت في المرض والمدبر فيه معاً إلا أن يكون أحدهما قبل الآخر فليبدأ بالأول ثم الموصى بعقته ، وكذلك عنه في « كتاب ابن سحنون » في الميت ، والمدبر في المرض .

قيل له فيه فكتب وصيته فبدأ [ق/ ١٩٣ / ٢ ب] أحدهما ثم قام الشغل ثم عاد فكتب الآخر قال : يبدأ بالأول .

م : أبو إسحاق : ولو قال : كنت دبرت هذا العبد في صحتي وهو مريض لنفذ

ذلك من الثلث ، بخلاف قوله : كنت أعتقت هذا العبد فى صحتى ، وهو مريض ، لأن من أقر فى مرضه أنه كان أعتق هذا العبد فى صحته أراد إخراجه من رأس المال فبطل أن يكون من رأس المال ومن الثلث ، فى أحد الأقاويل .

والذى قال فى مرضه : دبرت فى صحتى ، لم يرد إخراجه من رأس المال وإنما أراد إخراجه من الثلث لأن ذلك سنة المدبر فكأنه قال : بدوه من الثلث على من دبرته بعد قولى هذا وأما لو تقدم [تدبير] ^(١) قبل قوله هذا بدأ بالذى دبر قبل هذا القول لأنه يريد بهذا الإقرار تقديم من ظهر تدبيره آخرًا بالإقرار على من تقدم تدبيره بالبينة كما لو دبر اليوم فى مرضه عبدًا فيقر بما يريد تدبيره .

قال : فإنى كنت دبرت أمس هذا الآخر فبدوه ، لم يبدى ولم يقبل قوله ويبدى بالذى ظهر تدبيره على الذى أقر أنه كان دبره أمس قبل هذا .

وإذا دُبرت أمة على أن ما تلد رقيقًا فولدها مدبر ، وشرطه باطل كما لو أعتقها وشرط رق ولدها التى تلده .

وقال المخزومى فىمن دبر ثم أغمى عليه ثم أفاق فدبر آخر بهذا عذر ويتحصان .

وقال بعض فقهاءنا : إذا دبر وبطل فى المرض فى فور واحد جماعة عبيد تحاصوا عند ضيق الثلث وما ناب غير ذلك المدبرين فى هذه المحاصة عتقوا فيه بالحصص ، وما ناب المبتلين عتقوا فيه بالسهم .

قال : وإذا اجتمع عليه زكاة وتبطل عتق ، يراعى أى ذلك قدم فى مرضه ، فإن قدم عتق المبتل بدى على الزكاة ، لأنه قد انعقد عليه ولزمه فليس له إحداث ما يبطله أو ينقصه .

وما جرى فى « المدونة » أن الزكاة تبدأ عليه فإنما هو إذا كانا فى فور واحد وقدم الوصية بها .

م : لابن الماجشون نحو هذا ، وقد تقدم فى « كتاب الصوم » شيء من ذكر التبديعية وإيعابها فى « كتاب الوصايا » .

فصل

ومن « المدونة » قال مالك : وللمدبر حكم الأرقأ فى حرمة وحدوده ، وإن

(١) سقط من أ .

مات السيد حتى [يعتق]^(١) في الثلث .

قال : وإنما ينظر إلى قيمته يوم النظر فيه لا يوم مات سيده .

قال : وإن كانت مدبرة حاملاً فولدت بعد موت سيدها فليقوم ولدها معها .

قال مالك : ويعتق المدبر في الثلث أو ما حمل منه ، فإن لم يدع غيره عتق ثلثه

ورق ثلثاه .

م : وما ملك من الشركة قبل تقويم المدبر لم يحسب وكأنه لم يكن ملك ، ومن مات وترك مدبراً وعليه دين يغترق نصف المدبر بيع من المدبر نصفه للدين [ق / ٢٠٢ / ٢ أ] وعتق ثلث النصف الباقي ورق للورثة ثلثا نصفه [الباقي]^(٢) .

قال ابن القاسم : وإن أحاط الدين برقبته بيع في الدين فإن باعه السلطان في الدين ثم طرأ للميت مال تقضى البيع وعتق إذا كان ثلث ما طرأ يحمله .

ابن حبيب عن أصبغ فيمن مات عن مدبر وعليه دين محيط فبيع فيه ثم طرأ للسيد مال فإن حملة ثلثه بعد رد ثمنه رد وعتق عن الميت كان المستثنى قد أعتقه أو لم يعتقه ، وإن لم يحمل إلا بعضه عتق ما حمل منه ونظر فإن كان المبتاع لم يعتقه خير بين رد ما بقى منه والتمسك به بحصته من الثمن وإن كان قد أعتقه عتق منه عن الميت فحمل ثلثه ومضى عتق المبتاع لباقيه ورد عليه من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت ، ومن قيمة العيب الذى دخله من العتق بقدر ما فوت بالعتق يقال : ما قيمته على أنه لم يعتق منه شيء ، فيقال : ستون وما قيمته على أنه عتق ثلثه ، فيقال : ثلاثون ، فبين القيمتين ثلاثون فتقضى على ما أعتق منه عن الميت وعلى ما عتق منه على المبتاع فيقع على ما عتق منه على المبتاع فيرجع بها المبتاع في مال الميت ولا يرجع فيما يقع على ما عتق على الميت لأنه قد أخذ ثمنه .

م : لا أدرى ما هذا ، وهذا عبد دخله استحقاق بقيته وفات رد جميعه بعتق المشتري إياه ، فالصواب أن يقال : كم قيمته جميعه يوم البيع ؟ فيقال : ستون ، وكم قيمته على أنه معتق ثلثه ؟ فيقال : ثلاثون ، فقد نقصه عتق ثلثه نصف قيمته فيرجع المبتاع بنصف ما دفع فيه من الثمن كان أقل من قيمته أو أكثر .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قال : وكذلك لو باعه السيد فى صحته ثم مات فأعتقه المبتاع بعد موته ، وفى ثلث البائع له محمل له أو لبعضه فيقضى ذلك على ما فسرنا بخلاف عتق المشتري إياه فى حياة البائع هذا يضى عتقه لأنه لم يكن أصابه من عتق البائع شيء .

م : وذكر عن أبى عمران فى المدبرة تباع بعد موت السيد لدين استغرقها فيولدها المشتري ثم طراً مال فقال : يجب أن ترد للعتق وتعتق إن حملها ثلث المال الطارئ . لأننا إن أجزنا البيع صار نقل الولاء .

م : إنما تعتق فيه لأن المدبر يدخل فيما علمه الميت من المال وما لم يعلم .

قال أبو عمران : ويجرى القول فى ولدها المستحقة ولو كان ثلث ما طراً يحمل بعضها فإنما يعتق منها ما حمل الثلث بالتدبير ويعتق باقيها على السيد الذى أولدها إذ لا يصح له فيما بقى وطئ ، ويجرى فى الولد فى النصيب المعتق من أمه الخلاف .

العتبي عن سحنون فى امرأة تركت زوجها وأخاها ومدبرة قيمتها خمسون ولم تدع غيرها ولها على الزوج مائة وخمسون ديناراً وهو عديم .

قال : يعتق ثلث المدبرة وللأخ ثلثاها وللزوج ثلثها فيؤخذ منه ذلك الثلث فيكون بين الأخ والمدبرة فيعتق بذلك من المدبرة نصفها ونصفها يصير للأخ فإن باع الأخ نصفه ثم أفاد الزوج مالاً فليرد حتى يعتق جميع المدبرة أو بقدر ما أفاد ثم إن أفاد بعد ذلك أتم منه حتى يتم عتقها .

قال : وإذا لم يبين الأخ حين باعها أن على الزوج ديناً إن أفاد يوماً ما مالاً عتقت فيه المدبرة فلا يكون ذلك عيباً ترد به .

م : لأن الفائدة أمر لا يتحقق طرئانه كالاتحقاق .

قال : فإن أفاد الزوج مالاً يعتق فيه بعضها ، فقال المشتري : أنا أرد النصف الذى اشتريت ، فقد فسد بتزليل العتق فيه ، فإن كان الذى عتق منها الآن يسيراً فليس له ردها وإن كان كثيراً فله ردها .

قال سحنون : مثل أن يبقى له من صفقته يسير وهذا بمنزلة السلع يستحق بعضها لأنه ليس فيما ابتاع وطئ للشركة التى فيها فإنما له الحجة فى أن يستحق أكثر ما اشترى .

ورواها موسى بن معاوية عن ابن القاسم فذكر مثله قال : ويكون للأخ بيع

حصته من الدين الذى على الزوج ويبيع ما يصيب المدبرة من ذلك يريد وهو أحد وأربعون وثلثان لأن المدبرة قد أخذت فى نفسها خمسة وعشرين والأخ خمسة وعشرون أيضاً ويسقط عن الزوج من الدين الذى عليه فى حصته [ق / ١٩٤ / ٢ ب] خمسة وعشرون فيتبقى عليه مائة وخمسة وعشرون فهى بينهم أثلاثاً لأن المدبرة لها ثلث الميت حتى تعتق منه فإن فضل من شيء رد على الزوجة وتلك المائة وخمسة وعشرون أحد وأربعون وثلثان .

وفى « المستخرجة » وفى « النوادر » اختلاف فيما يقع للمدبرة مما على الزوج وكله غلط فى الحساب ، والذى قدمنا أصحّ إن شاء الله .

قال ابن القاسم : فيباع ما يصيب الخادم من ذلك ليعجل عتق ما يصح لها من ذلك ولا يؤخذ لأن الزوج قد يموت فيورث أو يفلس فبيعه أحب إلى ولا يستأنى به إلا أن يكون الزوج بموضع بعيد ولا يعرف ماله من عدمه فلا يباع ما عليه ، حتى يكون قريباً يعرف ماله من عدمه .

وذكر ابن المواز عن أبى زيد عن ابن القاسم مثله وقال : فيها خمسين ومائة ولها على الزوج خمسون ومائة .

قال ابن المواز : ولو لم يبيع شيء مما على الزوج حتى زادت قيمة الأمة أو نقصت وأيسر الزوج فلا يؤتف فيها قيمة بعد ذلك ، وعلى قيمتها الأولى يعمل كحكم نفذ ، وكذلك لو كانت قيمتها يوم الموت مائة والدين مائة فلا يعجل من عتقها إلا الخمسين .

وذكرها ابن سحنون عن أبيه إلا أنه قال : قيمة المدبرة خمسون ولها على زوجها مائة . قال : فما أصاب الزوج من المدبرة يؤخذ منه فيكون بين الأخ وبين المدبرة فيصير نصف المدبرة حراً ونصفها للأخ ، ثم للأخ يبيع نصيبه إن شاء ، فإن أفاد الزوج مالاً نقض البيع حتى يعتق فى ذلك . هذا قول أصحابنا .

وقد صارت الشركة بينهم أثلاثاً للمدبرة خمسون وللزوج مما عليه خمسون وللأخ خمسون فأنفق نصيب الأخ والمدبرة فلذلك قسم بينهما بنصفين ما وقع للزوج من المدبرة .

قال : وإن كان ما على الزوج خمسون ومائة فحق المدبرة جميع رقبته خمسون ،

وللزوج خمسة وسبعون وللأخ خمسة وسبعون فيعتق ثلث المدبرة ويصير للأخ ثلثها وللزوج ثلثها فيؤخذ منه ذلك الثلث فيقسم بين المدبرة والأخ على ما بقى لهما فيبقى للمدبرة ثلاثة وثلاثون وثلث وللأخ ثمانية وخمسون وثلث وذلك أحد عشر جزءاً للمدبرة أربعة أجزاء وللأخ سبعة .

م : لأن ما يبقى لها ينفق بخمس الخمس .

قال : ثم ما طرأ للزوج من شيء قسماء كذلك حتى يتم مالها قبله .

قال : ولو كان هذا الدين على أجنبي كان بخلاف ذلك هذا يكون ثلث المدبرة حراً وثلثها للأخ وثلثها للزوج فإذا قبض من الأجنبي شيء عتق في ثلثه ما بقى من المدبرة إلى تمام عتقها .

م : وما تقدم من رواية موسى عندى أصوب .

ولا فرق بين ما طرأ أن يكون من أجنبي أو وارث لأن للمدبرة ثلث ما طرأ حتى يتم عتقها كما كان لها ثلث نفسها من نفسها .

ومن « الموازية » قال : وإذا تركت ابنها ومدبرة لم تدع غيرها قيمتها خمسون ولها على زوجها مائة [ق / ٢٠٣ / ١٢] وهو عديم فالفريضة من أربعة يحمل عليها نصفها للمدبرة وهو ثلث الجميع ، فجميع التركة ستة أسهم للمدبرة سهمان وللأبن ثلاثة أسهم وللزوج واحد ، فأسقط سهم الزوج إذ عنده أكثر من حقه وأقسم ما حضر من التركة وهى المدبرة على خمسة ، للمدبرة سهمان وهما خمساها يعتق ذلك منها ، وثلاثة أخماسها للأبن رقيق ، وكذلك لو كان على الزوج أربع مائة أو أكثر وقيمة المدبرة مائة لعتق خمساها الآن لأن المدبرة تحاص بالثلث لنفسها لغيبة باقى التركة فليسقطا نصيب الزوج ويتحاص المدبرة والأبن ولو كان الدين على الابن وهو أربع مائة أو أقل أو أكثر فإنه يسقط سهام الابن بذلك . يريد : إذا كان عليه مثل حظه ويبقى للزوج سهم وللمدبرة سهمان يعتق منها ثلثاها وثلثها للزوج ، ولو كان مع الزوج ابنان والدين على أحدهما وهو مثل حقه فأكثر فتصح الفريضة من اثني عشر للمدبرة أربعة وللزوج اثنان ولكل ابن ثلاثة فاسقط سهم الابن المديان ثلاثة من اثني عشر فيتبقى تسعة للمدبرة منها أربعة فيعتق أربعة اتساعها وللزوج منها سهمان وللأبن ثلاثة ولو لم تدع إلا ابناً وزوجاً ولها على الابن مائة فليعتق ثلثاها وهو ثلث جميع

التركة وللزوج ثلث المدبرة وهو حقه من التركة والذي عند الابن كفاف حقه .

جامع في أولاد المدبرين ومن فيه علقه رق وأموالهم

روى ابن وهب أن على بن أبي طالب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وجابر بن عبد الله وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار وغيرهم كانوا يقولون : أن ولد المدبرة بمنزلتها يرقون برقها ويعتقون بعقها .

قال مالك : فيمن دبر أمة حاملاً فولدها مدبر معها وكذلك كل أم ولد أو معتقة إلى أجل أو مخدمة إلى سنين وليس فيها عتق فولدها من زوجها بمنزلتها ومن السيد بمنزلته .

قال مالك : وولد المعتق إلى أجل من أمته بمنزلته وما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير فبمنزلتها والمحاصة بين الأباء والأبناء في الثلث ويعتق ما حمل الثلث من جميعهم بغير قرعة .

م : يعني هاهنا : أن المدبرة سواء كان حملها به قبل التدبير أو بعده وأما ولد المدبر من أمته فإن كان حملها به بعد التدبير كان بمنزلته ، وإن حملت به قبل التدبير لم يكن بمنزلته وكان رقيقاً للسيد ، وما وضعت لستة أشهر من يوم التدبير فهو مدبر مع أبيه ، وما كان لأقل فهو رقيق ، وما ولدت المدبرة قبل التدبير فهو رقيق .

ابن حبيب : قال أصبغ : وإن استحدث السيد ديناً محيطاً فلا يباع الولد وهو صغير ويوقف إلى حد التفرقة فيباع حينئذ ، أو يموت السيد فيباع مع أمه وكذلك لو كان الصغير هو المدبر دونها .

ومن « المدونة » قال مالك : وما ولدت الموصى بعقها أو ولد الموصى بعقته دون أمته قبل موت سيدهم فهو رقيق ، وما ولد لهم بعد موته فبمنزلتهم يغرمون معهم في الثلث فيعتق من جميعهم ما حمل الثلث هاهنا أيضاً أن الموصى بعقته إذا حملت أمته بعد موت سيدها فولدها بمنزلته ، وإن حملت قبل موته فالولد رقيق ، وأما ولد الموصى بعقته فسواء كانت حاملاً يوم الوصية أو بعدها في حياة السيد فولدته بعد موته فولدها بمنزلتها .

م : الفرق بين ولد المدبرة وولد المدبر من أمته : هو أن أمته ليس فيها عقد تدبير وإنما عقد التدبير في سيدها فهو كالمدبرة يجعل ما في ظهر المدبر من ولد قبل التدبير

بمنزلة ما فى بطن المدبرة قبل التدبير فخرج النطفة من المدير كولاية المدبرة كحمل أمة المدير وهذا [ق/ ١٩٥ / ٢ ب] بين ، وكذلك الفرق بين ولد الموصى بعقدها وولد الموصى بعقده من أمته العلة واحدة .

والفرق بين ولد الموصى بعقدها وبين ولد المدبرة : أن الموصى بعقدها لما كان له الرجوع فيها والتصرف البيع والهبة ونحوه وكان حالها لم يتعين كما كان عليه قبل الإيضاء دل أن الذى جعل لها من الوصية أمر غير منعقد وإنما ينعقد بالموت فما ولدت قبل أن ينعقد فيها أمر الحرية فرقيق كما هى رقيق حينئذ وما ولدت بعد الموت فبمنزلتها أيضاً يدخله من الحرية ما دخلها ، وأما المدبرة والمعتقة إلى أجل فأمرهما منعقد من حين جعل ذلك لهما لا يستطيع السيد نقضه ولا يتصرف فيهما تصرف المالك فلما كان أمرهما منعقدًا كان ما ولد لهما بعد العقد بمنزلتها كما كان ولد الموصى بعقدها بعد تمام العقد الذى هو الموت بمنزلتها وما ولد لهما قبل العقد فقبل بمنزلتها حينئذ كما كان ولد الموصى بعقدها قبل الموت رقيق وهذا بين .

ومن « المدونة » : ابن وهب عن مالك : فى عبد دبره سيده ثم توفى ولم يدع غيره فأعتق ثلثه ثم وقع العبد على جارية له فولدت أولادًا ثم توفى العبد وترك مالا كثيرا أو لم يترك شيئا . قال : يعتق من ولده مثل ما عتق منه ويرق باقيهم ويخدمون مسترق باقيهم بقدر ما رق منهم .

فصل

قال : ولا بأس أن يطاء المدبرة والموصى بعقدها ولا يجوز له وطئ المكاتب والمعتقة إلى أجل ولا المعتقة بعضها ولا المخدمة ولا أمة لا يملك جميعها .

قيل لسحنون : وكيف توطأ المدبرة وفيها من تأكيد العتق ما ذكرت ؟

قال : أم الولد أكد حالا منها وهى توطأ ، والوطء فى المدبرة يزيد فى تأكيد حالها .

م : يريد : وكذلك العلة فى الموصى بعقدها فكل من لا يعتق إلا بعد موت السيد فجائز وطؤها كأم الولد وكل من يعتق فى حياة السيد فلا يجوز وطؤها وهو شبيه بالمتعة .

قال سحنون : ولم يجز وطئ المكاتب لأنها بالأداء تعتق والوطء يؤدى إلى إبطال

تعجيل عتقها بالحمل فلما كان يصل إلى إرقاقها منع لما لزمه لها من شرط العتق مع الأداء وهو أيضاً مانع من السعى والكسب الذى تعتق به ، وكذلك يمنع منه وإن كانت قد آيس منها الحمل .

م : إنما منع من وطئها لأنها قد تعتق قبل موت السيد بالأداء فضارع الوطاء إلى أجل الذى هو شبيه بوطئ المتعة المحرمة ، وهذه علة جامعة فى كل من فيه عقد عتق إلى أجل .

قال سحنون : إنما منع من وطئ المعتقة إلى أجل لأنه يصل بذلك إلى منع ما جعل لها من تعجيل العتق بالحمل فتصير له مطية فى حياته .

م : وما ذكرنا من العلة أصوب لأن إيلادها لا يحرم عتقها إذا حلّ الأجل كما لو تعدى فوطئها فحملت أن ذلك لا يبطل عتقها عند الأجل ولكان لا يزيدها الحمل إلا خيراً ، وهو رفع الخدمة عنها [ق / ٢٠٤ / ٢ أ] وارتفعت علته بالحمل ، وصح أن العلة أنه وطئ إلى أجل فضارع نكاح المتعة المحرم .

م : والعلة فى منع وطئ المعتقة بعضها أو أمة لا يملك جميعها أن البعض الذى ليس هو له ، لا يجوز له وطئه وهو لا يصل إلى وطئ نصيبه إلا بوطئ جميعها فمنع من ذلك ، والعلة فى منع وطئ المدخمة لأنه يفسد الحوز على المخدم ويبطل حقه بالوطئ ولا أنها قد تحصل فتبطل المخدمة لأنهم أجازوا وطئ المستأجرة لأنه ليس فيها عقد عتق قد يكون فى حياة السيد فيكون وطئاً إلى أجل فوطؤها قبل الإجارة كان جائزاً فلا يمنع بالإجارة لخوف الحمل الذى قد يكون أو لا يكون وهذا أصلهم أنهم لا يمنعون حقاً واجباً فى الحال لأمر يكون أو لا يكون كالاستحقاق فى البيع ونحوه ، وقد أجاز مالك للسيد عتق الزمن من المكاتبين فى كتابة واحدة ولا حجة لأصحابه إذ لا منفعة فيه اليوم وإن كان قد يكون لهم ذلك إذا صح فلم يترك حقاً وجب له فى العتق لأمر يكون أو لا يكون .

ابن المواز : وكذلك الذى يكن للمرأة مع زوجها إلى الحج يريد : أن يمنعه منها ويقول : أخاف أن تحمل فأحبس عليها فلا يمنعها والحمل أمر طارئ .

م : فإن قيل : يلزمك ذلك فى وطئ المتعة إلى أجل . قيل : العلة الصحيحة لأنه وطئ إلى أجل فأشبهه نكاح المتعة مع قوة إبطال حرمة العتق ولا ضرر كبير فى

إبطال الإجارة لأنه يرجع ببقية حقه .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وعقد المدبرة وعملها وغلتها لسيدها وأما مهرها ومالها ما كسبت منه قبل التدبير أو بعده فهو موقوف بيدها ولسيدها انتزاعه ما لم يمرض فإذا مرض لم يكن له ذلك فإن لم ينتزع السيد مال المدبرة حتى مات قومت في الثلث بمالها فيقال : ما يسوى هذه الجارية ولها من المال كذا ومن العروض كذا فإن حملها الثلث عتقت وتبعها مالها وإن لم يحمل إلا نصفها عتق نصفها وبقي المال كله في يدها .

وقاله مالك . ابن حبيب : وقاله مطرف وابن الماجشون عن مالك قال : وإن كانت قيمة المدبر في نفسه مائة وله من المال مائتان ولم تدع غيره فلا يعتق إلا ثلثه ويقر ماله بيده .

قال ابن وهب عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد : في من مات عن مدبر فإنه يجمع هو وماله إلى مال الميت فإن خرج المدبر بماله في ثلث ذلك عتق وكان ماله في يده وإن كان الثلث يحمل رقبة وبعض ماله عتق وكان له من ماله ما حمل الثلث مع رقبة فإن لم يدع غير المدبر وماله وقيمة رقبة مائة وماله ثمان مائة عتق المدبر وكان له من ماله مائتا دينار فهكذا يحسب وقال : وكذلك من أوصى بعتق عبده وللعبد مال فهكذا يصنع فيه .

وهو رأى ابن وهب ورواه عنه عيسى بن دينار ، وأخذ به .

قال ابن حبيب : وانفرد بهذا ابن وهب عن مالك وأصحابه وبقول مالك أقول .

ومن « المدونة » و « العتبية » أصبغ عن ابن القاسم : فيمن دبر عبده في صحته واستثنى ماله فذلك جائز ، وقاله مالك .

أصبغ : يعنى يستثنيه بعد موت نفسه إذا عتق قال ابن القاسم : فإذا مات السيد قوم في الثلث بغير ماله وأخذ ما بيده فحسب من مال السيد ثم يقوم المدبر فيهما وقاله أصبغ .

ومن « المدونة » : قال مالك : وللسيد أن ينتزع أم ولد مدبرة فيبيعها ويأخذ لنفسه ماله ما لم يمرض السيد فإذا مرض فلا يكون له ذلك لأنه إنما يأخذه لغيره .

قال : وله أن ينتزع [ق / ١٩٦ / ٢ ب] مال المعتق إلى أجل ما لم يقرب الأجل فإذا قرب الأجل فلا يكون له ذلك قيل له في كتاب التفليس : فإن بقيت سنة؟ قال : يأخذ ماله ما لم يتقارب ولم ير السنة قريباً .

قال : وليس للغرماء أن يجبروا المفلس على انتزاع مال أم ولده أو مدبره وله هو انتزاعه إن شاء لقضاء دينه أو لغير ذلك إن شاء لنفسه ، وإن مرض ولا دين عليه فلا ينتزعه لأنه إنما ينتزعه للورثة وفي التفليس ينتزعه لنفسه .

في تدبير أحد الشريكين أو كليهما وعتق أحدهما

قال ابن القاسم : ولما لم يكن التدبير بصريح العتق الذي جاء فيه الأثر في عتق الشقص كان من دبر شقصاً له في عبد لا يلزمه التقويم إلا أن يشاء شريكه للضرر الذي أحدث عليه فإن شاء قوم عليه وإن شاء تماسك بنصيبه ومضى تدبير شريكه في حصته وإن شاء قاواه فيه ، فإن صار لمن دبر كان جميعه مدبراً ، وإن صار للمسترق كان رقيقاً كله .

قال في كتاب العتق : وكانت المقاوات عند مالك ضعيفة ولكنها شيء جرت في كتبه وقد أفتى مالك مرة بخلاف هذا فقال : إن دبر حصته قوم عليه .

وذكر ابن حبيب عن مطرف في باب عتق أحد الشريكين كقول ابن القاسم إن شاء قاواه أو قوم عليه أو تماسك بنصيبه . وقاله أصبغ ، وسواء كان المدبر مليئاً أو معدماً .

وروا أيضاً عن مطرف وابن الماجشون في كتاب العتق الأول في الشريك : يريد : حصته بإذن شريكه أو بغير إذنه ليس لشريكه الرضا بذلك ويتمسك بنصيبه ولا بد من المقاواة لأنه حق للعبد وأخذ به ابن حبيب ، وكذلك روا ابن المواز عن أشهب عن مالك وإن كان الذي دبر عديماً فقاواه فإن وقع له بيع عليه نصيب صاحبه .

م : يريد : فما عجز عنه اتبع بذلك ولا يباع من نصيبه الذي دبر شيء .

وقال ابن القاسم : لا مقاوات فيه .

قال سحنون في « العتبية » : إذا دبر أحدهما ولا مال له فقد اختلفوا فيه . وقولى أن تدبيره باطل إن لم يرض شريكه لأن المدبر لو قال : أقاويك . قيل له : فإن وقع عليك لم تجد ما تغرم وليس كمن أعتق نصيبه ولا مال له هذا يعتق عليه ما

أعتق لأن هذا ينتهى إلى عتق ناجز ، والآخر لا يدرى هل ينتهى إلى ذلك مع عاجل الضرر به .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو أراد المتمسك مقاواه المعدم على أن يتبعه إن وقع عليه لكان ذلك له ولو قاواه ولا يعلم بعدمه ثم علم بعدمه بعد أن وقع عليه فله فسخ المقاوات .

وقال أصبغ : لا يفسخ ويباع منه كله بقدر ما عليه وما بقى كان مدبراً كمن دبر وعليه دين وهذا القياس [ق / ٢٠٥ / ١٢] وأما الاستحسان فلا يباع إلا قدر ما يباع .

ابن المواز : ولو رأيت ما رأيت ألا يباع إلا جزء صاحبه فما عجز اتبع به وهو أحب إلىّ وأما رضى الشريك بترك التقويم فلم أر له فيه حجة إلا أن مالكا قاله .

وقال أشهب : لا بد من المقاوات دبر بإذنه أو بغير إذنه وقاله مالك فى الذى دبر بإذن شريكه حرماً بحرف .

وتحصيل اختلافهم فى تدبير أحد الشريكين نصيبه قول : أنه يقوم عليه . وقول : أنه يقاويه .

وقول : أن الشريك مخير بين أن يتمسك بنصيبه أو يقوم عليه أو يقاويه .

واختلف فى مقاواته فى عدمه فقل : يقاويه وإن كان عديماً فإن صار على المدبر بيع عليه نصيب شريكه فما عجز عنه اتبع به .

وقيل : لا مقاوات فى هذا ، وتدبيره باطل إلا أن يشاء أن يقاويه ، فإن صار عليه اتبعه بذلك ، ولو قاواه ولم يعلم بعدمه ثم علم أن صار على المدبر فله فسخ المقاواة . وقيل : لا يفسخ ويباع منه كله بقدر ما عليه وما بقى كان مدبراً .

ابن حبيب عن مطرف : وتفسير المقاوات : إذا حكم بها أن يقام العبد قيمة عدل فيقال للذى لم يدبر : أتريد على هذه القيمة أو تسلمه بها إلى المدبر ؟ فإن زاد قيل للذى دبر : أتريد أم تسلمه ؟ هكذا حتى يصير إلى أحدهما .

وقاله ابن الماجشون وأصبغ .

قال ابن سحنون : إذا شاء المتمسك أن يلزمه الذى دبر بالقيمة يقوم عليه فإنه

يصير جميعه مدبراً بالتقويم دون استئناف حكم ثانى .

وقال ابن الماجشون : لا يكون النصف المقدم مدبراً إلا بحكم جديد وخالفه سحنون وقال : قد اجتمعنا فى العتق أنه بالتقويم حر ولا فرق بين ذلك واعتل عبد الملك أنه لو دبر نصف عبده فلا يكون نصفه الآخر مدبراً إلا بحكم .

قال سحنون : وكذلك نقول فى العتق : أن من أعتق بعض عبده لا يعتق عليه بقيته إلا بحكم وكذلك التدبير حكم تدبيره بعض عبده وعق بعض عبده سواء وذلك بخلاف تدبيره وعتقه لشقص له فى عبد .

قال سحنون : وإذا مات الذى لم يدبر فشاء ورثته مقاوات الذى دبر فذلك لهم إلا أن يكون الميت علم بتدبير صاحبه المسترق وما يرى أنه تارك للقيام فلا مقاواة للورثة بخلاف العتق .

م : وهذا على قول الشريك مخير فأما على قوله : لا بد من المقاوات أو من التقويم فللورثة القيام عليه وإن طال ؛ لأن ذلك حق للعبد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا كان عبد بين ثلاثة فدبر أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر وتماسك الثالث فإن كان المعتق ملياً قوم عليه حظ شريكه وعق عليه جميعه ، وإن كان المعتق معسراً فللمتمسك مقاوات الذى دبر إلا أن يكون العتق قبل التدبير والمعتق عديم فلا يلزم الذى دبر مقاوات المتمسك إذ لو أعتق بعد عتق المعدم لم يقوم عليه وإن كان ملياً .

قال مالك : ولا بأس أن يدبر أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه وإنما الحجة للذى لم يدبر فإذا رضى بذلك جاز ويكون نصف العبد مدبراً ونصفه رقيقاً .

قال ابن القاسم : وللمتمسك بيع حصته إذا بين أن نصفه مدبراً وليس على المتباع مع الذى دبر مقاوات .

قال مالك : وإذا دبر رجلان أمة بينهما جاز التدبير وهى مدبرة بينهما .

قال ابن القاسم : وكذلك لو دبرها أحدهما ثم دبر الآخر بعده فهذا لا شك فيه أنه جائز ولو دبرها معاً ثم مات أحدهما عتقت حصته فى ثلثه ولا يقوم عليه نصيب صاحبه فإن كان الثلث لا يحمل حصته منها عتق منه ما حمل الثلث ورق باقيه لورثته وليس للورثة مقاوات الشريك ثم إن مات السيد الثانى عمل فى نصيبه كالأول .

قال : ولو دبر أحد الشريكين حصته ثم أعتق الآخر حصته أو أعتق أحد الشريكين حصته من مدبر بينهما قوم على المعتق حصته شريكه قيمة عبد لأن ذلك التدبير قد انفسخ . وقاله جميع الرواه لأنه صار إلى أفضل مما كان فيه ولأن الدين كان يردده وعتقه من الثلث وربما لم يكن لسيدته ثلث وكذلك فى « المختصر الكبير » قال فيه : وقد قيل فيه : لا يعتق ولا يغير عن حاله لأن فى ذلك بيع للولاء والأول أحب إلينا .

قال ابن سحنون : قال سحنون وعبد الملك والمغيرة : ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد ثم دبر الآخر بعده [ق / ١٩٧ / ٢ ب] فإن نصيب المدبر يعتق على الذى دبر لأنه لم يكن له إلا أن يعتق ناجزاً أو يقوم فلما ترك التقويم لزمه انجاز العتق .

قال : ولو تداعيا فقال المدبر : أنا دبّرت أولاً ، وقال المعتق : بل أنا الأول فالمعتق مدعى عليه ، وعلى صاحبه البينة ، وعلى المعتق اليمين ، فإن نكل حلف المدبر لقد دبر أولاً ووجب له القيمة على المعتق فإن أبا أن يحلف فلا شيء له ، ويعتق عليه نصيبه ولو كانا ببلدين ولا علم عند أحدهما يدعيه ولا بينة للأول فلا شيء للمدبر على الآخر ويعتق على المدبر حصته كنكوله عن اليمين .

ابن سحنون : وهذا على مذهب من ذكرنا ، وأما مالك وابن القاسم فعلى المعتق القيمة للمدبر لأنه إن كان العتق أولاً فالتدبير بعد عتقه باطل ويقوم على المعتق وإن كان التدبير أولاً قوم على المعتق بعد أيضاً فعلى المعتق القيمة بكل حال علم أو جهل .

م : وهو مذهب المدونة .

ومن « المدونة » : قال مالك : ويقوم المدبر على المعتق قيمة عبد وكذلك إذا جرح أو قتل أو أصابه ما يكون له عقل فإنه يقوم قيمة عبد وكذلك تقوم أم الولد والمعتق إلى أجل فى جراحتهم وأنفسهم قيمة عبد .

فى بيع المدبر وهل يرهّن أو يكاتب

قد تقدم فى الباب الأول الحجة فى منع بيع المدبر وهاهنا بقيتها .

قال سحنون : وقد تأكد منع بيعه عند السلف من الصحابة والتابعين ولقد جعله

مسروق والشعبي من رأس المال وأهل العراق لا يرون بيعه بعد الموت في الدين ولكن يعتق ويسعى في قيمته . قيل : فما ذكر عن عائشة أنها باعت مدبرة لها سحرتها وأمرت أن تباع من اشترت في العرب . قيل : لا حجة في هذا لأن الحادث الذي فعلته من السحر يوجب قتلها فكيف يبيعها ولا أحد عن أحد من السلف إجازة بيعه لغير حادث ولا يعتبر بمثل هذا ما تأكد من منع بيعه في صدر هذه الأمة وقد طلب عمر رد المدبرة التي باعت عائشة فلم يجدها فأخذ الثمن منها فاشتري بها جارية فجعلها مكانها مدبرة .

وذكر العتبي عن ابن القاسم عن مالك عن أبي الرجال عن عمرة عن عائشة : أن جارية لها مدبرة سحرتها والجارية وأن سيدها دخل عليها وهي مريضة فقال لها : إنك سحرت . قالت له : من سحرنى ، قال : جارية في حجرها صبي وقد بال عليها فدعت جارتها فقالت : حتى أغسل بولا في حجرى ، فقالت : سحرتنى ، قالت : نعم ، قالت : وما دعاك إلى ذلك ، قالت : [ق / ٢٠٦ / ١٢] أردت تعجيل العتق فأمرت أخاً لها أن يبيعها من الأعراب ممن يسىء مملكتها فباعها ثم إن عائشة أريت في المنام أن اغتسلى من ثلث آبار تمر بعضها بعضاً فاستقى لها فاغتسلت به فبرئت .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يباع المدبر في حياة سيده في فلس ولا غيره إلا في دين قبل التدبير [كما يباع المعتق في دين قبل العتق .

قال : ويباع بعد الموت إذا اغترقه الدين كان التدبير ^(١) قبل الدين أو بعده .

قال مالك : ولا بأس أن تأخذ مالا على أن تعتق مدبرك وولأؤه لك ، ولا يجوز لك أن تبيعه ممن يعتقه .

سحنون : قال ابن شهاب وعمرو بن شعيب : لا يباع المدبر إلا من نفسه .

ابن المواز : قال مالك : وإذا فسدت المدبرة بالزنى أو كثرة الإباق فلا تباع وإن رضيت وإن كان يبدل غيرها ولتؤدب على ذنوبها .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإذا بيع المدبر ففسخ البيع وقد أصابه عيب مفسد بيد المبتاع فعليه ما نقصه .

(١) سقط من أ .

وقد قال مالك : فى من باع مدبره فمات بيد المبتاع فمصيبته من المبتاع وينظر البائع إلى الثمن الذى قبض فيه فيحبس منه قدر قيمته أن لو كان يحل بيعه على رجاء العتق له وخوف الرق عليه كمن استهلك زرعاً لم يبد صلاحه فغرم قيمته على الرجاء والخوف مما فضل بعد ذلك بيد البائع فليشتريه رقبة يدبرها .

ابن القاسم : وإن لم يبلغ أعان به فى رقبة .

قال سحنون : بل المشتري يرجع عليه بذلك .

م : يريد : إذا لم يعلم المشتري بأنه مدبر لأن ذلك كعيب به فإن علم أنه مدبر فلا يرجع بشيء وقاله بعض فقهاءنا .

ابن القاسم : فإن أعتقه المشتري فجميع الثمن سائغ لبائعه لانفساخ التدبير بالعتق لأنه لو قتل المدبر لكان لربه قيمته عبد الانفساخ التدبير فكذلك ينفذ عتق المشتري له فى أحد قولى مالك وولاؤه للمبتاع وكذلك ينقص تدبير المدبرة تباع فيولدها المبتاع ولا يرجع بشيء .

ابن المواز . قال مالك وابن القاسم وأشهد : لا يرجع المشتري على البائع بشيء إذا أعتقه علم أنه مدبر حين اشتراه أو لم يعلم .

قال مالك : وليس على البائع فى ثمنه شيء ولو مات عند المبتاع لجعل ما بين قيمته مدبراً على غره وقيمته عبداً فى رقبة يدبرها وله قول فى « المختصر الكبير » يجعل ثمنه كله فصار إذا باعه فمات بيد المبتاع أربعة أقوال : قول : أن البائع يحبس من ثمنه قدر قيمته على الرجاء والخوف فما فضل جعله فى رقبة يدبرها فإن لم يبلغ أعان به فى رقبة .

وقول : بلى يرجع المشتري عليه بذلك . وقول : إنما يجعل ما بين قيمته مدبراً وقيمته عبداً فى رقبة يدبرها ، وقول : بل يجعل الثمن كله .

ابن المواز : قال ابن القاسم : فإن غمى خبره فلا يدرى أمات أم أعتق فليجعل ثمنه كله فى مدبر .

أصبغ : وهذا استحسان والقياس عندى إذا استقصى أمره فأيس منه أن يتزل بمنزلة الموت فما تعدد امرأة المفقود عدة الميت دون الحى .

محمد : وهذا غلط . وقد طلب عمر رد المدبرة التى باعت عائشة فلم يجدها

فأخذ الثمن فجعله في مدبرة مكانها .

قال : وإذا لم يعلم ببيع المدبرة حتى مات السيد ، فإن كان عليه دين محيط لم يرد ومضى بيعه وإن كان لا دين عليه رد ، فإن لم يدع غير ثمنه أعتق ثلثه وللمبتاع رد الثلثين لضرر العتق فيه إلا أن يكون علم يوم الشراء أنه مدبر فلا حجة له .

م : قال أبو عمران : في المدبر إذا باعه وغاب به المشتري فجعل ثمنه في عبد آخر ودبره ثم أتى المدبر الأول فإنه ينقض فيه البيع ويبقى على تدبيره ويغرم الثمن لمشتريه ويمضى التدبير في العبد الثاني لفوته بالتدبير كالهدي الواجب يضل عن صاحبه فيبدله بغيره ويشعر الثاني ثم يجد الأول قبل نحر الثاني أنهما ينحران جميعاً ولا يرجع في واحد منهما فكذاك هذا .

م : قال : إذا مات المدبر فمات بيد المبتاع فليجعل فضلة ثمنه في عبد يدبره فإذا غاب خبره جعل ثمنه كله فالفرق أن الذي مات قد علمنا أنه كان ممن لا يدركه شيء من العتق لانفساخ تدبيره بموته قبل سيده وإنما رأى أن يجعل فضلة الثمن في مدبر لأن ذلك كعضو بقى منه والذي غاب عنه لم ينفسخ تدبيره [ق / ١٩٨ / ٢ب] إذ لعله حي ونحن لا نقدر عليه اليوم فلم يكن بدّ من أن يجعل ثمنه كله في مدبر لأن ذلك كعضو قد بقى ، والذي غاب عنه كالهدي يبيعه ويغيب عنه .

والفرق بين المدبر يبيعه فيموت فيجعل فضلة الثمن في مدبر ، ويبد المكاتب يبيعه فيموت فيسوغ له جميع الثمن : أن المكاتب له تعجيز نفسه إذا لم يكن له مال ظاهر وتفسخ كتابته فرضاه ببيعه رضى عنه بالعجز فساغ لسيدته ثمنه والمدبر ليس له فسخ بتدبيره ولا يجوز رضاه ببيع رقبته فافترقا .

ابن المواز عن ابن القاسم : ومن باعد الورثة بعد موت السيد بعوض أو غنم فليرد ويعتق في الثلث إن حملة ويأخذ المبتاع عرضه وثمرته إلا أن يتغير ذلك في سوق أو بدن فيأخذ قيمة ذلك ولو ولدت الغنم فذلك فوت يوجب القيمة ، ولو مات المدبر قبل المشتري وأعتقه ومال السيد مأمون فليرد الورثة قيمة العرض في فوته لأن المدبر تمت حرمة بموت السيد فإن لم يكن له مال مأمون فمات المدبر بحدثان يبيعه قبل النظر في مال الميت فهو من المبتاع وينفذ بيعه وإن مات بعد زمان من اشترائه وقد عرف أنه كان يخرج من ثلثه بنصيبه من الورثة ويأخذ المشتري قيمة عرضه ، وإن خرج بعض في الثلث رجع بقدر ذلك ومصيبة مارق منه من المشتري .

كان يخرج من ثلثه بنصيبه من الورثة ويأخذ المشتري قيمة عرضه ، وإن خرج بعض في الثلث رجع بقدر ذلك ومصيبة مارق منه من المشتري .

قلت : فإن قلت : على رقة أعتقها فباعني مدبراً وكنتم تدبيره فأعتقه ثم علمت بتدبيره . قال : قد اختلف في عتق المدبر عن رقة واجبة إذا اشتراه .

فقال ابن القاسم : يجزيه من الرقة الواجبة والولاء له ولا يرجع بشيء .

وقال أشهب : لا يجزيه من الرقة الواجبة وإن لم يعلم أنه مدبر حتى أعتقه نفذ عتقه ولا شيء له على البائع .

محمد : والصواب أن يجزئ عتقه عن الرقاب الواجبة لأنه قد انتقض تدبيره بالعتق وصار الولاء لمشتريه . قال : ومن باع مدبراً أو مكاتباً بشرط على أن يعتق رد ما لم يفت بالعتق فإن أعتق نفذ عتقه والولاء للبائع لأنه اشترط عتقه وهو الذي عقد تدبيره وكتابته .

قلت : فإن جهل فباع رقة المكاتب ولم يشترط عتقه فأعتقه المبتاع .

فقال ابن القاسم وأشهب : يمضى عتقه .

قال ابن القاسم : والولاء للمشتري .

وقال أشهب : إن بيع بعلم المكاتب ورضاه على أنه عبد فالولاء للمشتري لأن ذلك صار من المكاتب رضا بالعجز وإن لم يعلم فولأؤه للسيد الذي عقد كتابته .

وقال عبد الملك : بل رد بيعه وانقض عتقه وأرده على كتابته لسيدته .

ابن المواز : ومن وهب رقة مدبره لرجل وحازه في صحة سيده ثم مات السيد ولا مال له غيره فإنه يعتق ثلثه ويرق ثلثاه للموهوب له أو ما رق منه .

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم : وكذلك لو تصدق به على ابن له كبير جائز الأمر وحازه في صحة أبيه ولو كان الابن صغيراً لعتق ثلثه ورق ثلثاه للورثة ولا تكون حيادة الأب في مثل هذا حيازة لأنه فعل في المدبر مالا يجوز له ولأنه لو تصدق على ابنه الكبير فجاز [ق/٢٠٧ / ١٢] الصدقة ثم قام غرماؤه فقالوا : الدين قبل الصدقة ، أن على الغرماء البينة ، ولو كان على ابنه الصغير كان الدين أولى لها حتى يعلم أنها

قبل الدين قاله مالك .

أصبغ : إذا أشهد على حيازة ذلك لهم فهم كالأكابر وهم أحق بالصدقة حتى يعلم أنها كانت بعد الدين قاله مطرف وابن الماجشون .

قال ابن القاسم : وإذا علم بصدقة المدبر على أجنبي أو ولد في حياة السيد فليرد ذلك وإن قبض .

قال أصبغ : يرد ذلك ولا تبقى له قيد ولا تبقى له فيه خدمة ولا خدمة ما عسى أن يرق منه بعد الموت وكذلك لو وهب رقبة المكاتب أو المعتق إلى أجل لرد إذا عثر عليه في حياة المتصدق ولا شيء له في كتابة ولا خدمة وقد قيل : أن المتصدق عليه أولى بذلك كله .

م: يريد : بمارق منه بعد الموت وكذلك لو وهب رقبة المكاتب والمعتق إلى أجل ولست أقوله لأنه ليس الذي تصدق المتصدق فإن رددناه لوجه رددناه أجمع وإن أخذته كانت عطية لما بعد الموت على غير وصية .

أصبغ : فإن لم يعتبر على هذا حتى مات السيد فليعتق في ثلثه فإن لم يبعه فما رق منه لورثته دون المعطى إذ لا يجوز أن يعتق بعضه في ثلث سيده وباقيه لغير ورثته وكذلك لو كان باعه فلا خيار للمشتري في أن يتماسك بمارق منه بحصته من الثمن .

وقال ابن القاسم : إن المتصدق عليه والمشتري أولى بمارق منه والقول الأول الذي اخترت قول ابن الماجشون والمغيرة ومطرف .

قال أصبغ : ولو كان الميت المتصدق به عليه وقد أوصى بعثقه فلا عتق له ولا وصية له فيه ، وإن خرج من ثلثه ويرد مدبراً إلى سيده ، ولو أعتقه في صمته لم يجز ذلك أيضاً ، ورد بخلاف أن لو ابتاعه فأعتقه أو أوصى بعثقه فيعتق في ثلثه أو بعضه فهذا يمضى ويرد مارق للبائع وهذا قد ضمنه بالشراء وللناس في بيعه اختلاف ولم يقل فيما علمت في الصدقة : إن أعتقه المتصدق عليه أنه يجوز عتقه .

م: القياس أنه إذا أعتق بوجه ما أن يجوز عتقه لأنه صار إلى حرية فلا يرجع إلى الرق لأمر قد يلحقه أو لا يلحقه .

ابن المواز : وإذا وهب مدبرة ثم مات السيد وعليه دين استحدثه بعد الهبة فهو رق للموهوب إن أحاط به الدين أو مارق منه إن لم يحط به ولو كان الدين قبل الهبة كان أهل الدين أولى به فيباع لهم ولو كان عليهم دين قديم ودين مستحدث ، فقال أشهب : لو كان الدين القديم درهماً ، والدين المستحدث يستغرق بقيمة البيع كله لسب الدين القديم والذي تأخذ به ألا يباع منه إلا قدر الدين القديم وحده وهو قول ابن القاسم وأصبخ .

م: يريد: يباع منه بقدر الدين القديم ويدخل فيه معهم الآخرون ثم لا يباع منه شئ ويرق باقيه للموهوب له عند ابن القاسم .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : ولا تمهر مدبرتك لزوجتك لأن ذلك بيع وبيعها لا يجوز .

قال بعض فقهاءنا : إذا تزوج المرأة بمدبرة فالنكاح صحيح ويرد إلى سيده وترجع عليه بقيمته عبداً كما لو استحق وكذلك لو عثر على ذلك بعد موت السيد وثله يحمله فإنه يعتق وترجع عليه بقيمته عبداً وإن لم يترك غيره عتق ثلثه ورجعت عليه بثلث قيمته وخيرت في إمساك مارق منه أوزده ورجعت بقيمته جميعاً هذا على قول من قال : إذا بيع ولم يعلم المشتري حتى مات سيده ولم يحمله ثلثه فللمشتري إمساك مارق منه بحصته من الثمن وإن علمت المرأة بأنه مدبر فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده ولها [ق/١٩٩/ ب٢] صداق المثل لأن فساداً في صداقها ، وإن عثر على ذلك بعد الدخول أو بعد موت السيد كان للزوجة صداق المثل وعتق في ثلثه ، وإن كان عليه دين يرقه فأمسكته المرأة لأجل صداقها فيدخله الاختلاف في الذي يشتري عرضاً بشراء فاسد ففلس البائع وطلب المشتري [إمساك العرض] ^(١) في الثمن الذي دفع فيه فكذلك هذه المسألة .

ومن «المدونة» : ولا بأس يرهن المدبرة في قول مالك لأن ذلك لا ينقصها من عتقها إن مات سيدها ويكون المرتهن بعد موت السيد أحق بها من الغرماء فإن لم يدع غيرها بيعت للمرتهن في دينه لأنه قد حازها ولو لم يحزها أو لم تكن رهناً بيعت لجميع الغرماء .

(١) سقط من أ .

فصل

قال مالك : ولا بأس بكتابة المدبر فإن ودى عتق ، وإن مات السيد وله مال يخرج قيمة العبد فى ثلثه انتقضت الكتابة وعتق بالتدبير إذا حملة الثلث ويقوم بماله فى الثلث ولا يؤخذ ماله فى العتاقة ، فإذا أعتق سقط باقى الكتابة وإن لم يحمل الثلث رقبته عتق منه محمل الثلث وأقر ماله بيده ، ووضع عنه من كل نجم عليه بقدر ما عتق منه فإن عتق نصفه وضع عنه نصف كل نجم بقى عليه وإن لم يدبح غيره عتق ثلثه ووضع عنه ثلث كل نجم بقى عليه ولا ينظر إلى ما ودى قبل ذلك ولو لم يبق عليه إلا نجم واحد لعتق ثلثه وحط عنه ثلث ذلك النجم وسعى فى بقيته فإن ودى خرج جميعه حرًا .

قال : وإن اغترق الدين جميع رقبته كان كمكاتب تباع كتابته للدين يعنى : إذ لا فضل فيها ولو كان فيها فضل بيع منها بقدر الدين .

قال : وإن ودى فولأؤها لعاقدها وإن عجز رق لمبتاعه وإن اغترق الدين بعض الرقية بيع من كتابته [بقدر الدين يريد : وفى الكتابة فضل ثم عتق من رقبته بقدر ثلث ما لم يبع من كتابته] ^(١) وحط عنه من كل نجم ثلث ما لم يبع من ذلك النجم فإن أدى فولأؤه للميت وإن عجز فيقدر ما يبع من كتابته يرق لمبتاعه من رقبته وباقى رقبته بعد الذى عتق عنه لورثته .

ومن «المدونة» : فإن كان التدبير دين محيط برقبته وفى الكتابة فضل سقط التدبير وتثبت الكتابة وبيع منها بقدر الدين ثم عتق ثلث ما بقى ويسقط من الكتابة بقدر ذلك .

م : وكذلك إذا لم يكن فى الكتابة فضل وثمنها كثن الرقية فلتبع كتابته لعله يعتق بأدائها ولا يتعجل رقه ببيع الرقية من غير فائدة للغرماء .

ابن المواز : وإن كان الدين محيط بالكتابة وحدها وفى الرقية فضل فقيل : لا بد من تعجيزه حتى يباع من رقبته بقدر الدين ثم يعتق ثلث ما بقى .

قال ابن القاسم : يترك على كتابتها يؤديها لأهل الدين على نجومه فإن ودى عتق وإن عجز عتق منه ثلث ما فضل بعد قضاء الدين وقاله أصبغ .

م : وإنما يترك على كتابته عند ابن القاسم إذا كان فى عددها كفاف الدين فأزيد فأما إن نقصت عن الدين فلا بد من تعجيزه عند ابن القاسم وغيره ، وإن لم يكن فى ثمن الرقبة إلا كفاف الدين يحجة الغرماء عن نقص دينهم .

م : وقول الغير أبين إذ لا يلزم الغرماء تأخير دينهم .

م : قال بعض القرويين : ولو كان الدين يغترق من الرقبة نصفها ومن الكتابة ثلاثة أرباعها فهى كمسألة محمد فعلى قول غير ابن القاسم لابد من تعجيزه حتى يباع نصفه ويعتق ثلث نصفه خير من أن يباع ثلاثة أرباع كتابته ، فإن عجز رق ثلاثة أرباعه وعتق ثلث ربه الباقي فعتق نصفه أولى من عتق ثلث ربه وعلى قول ابن القاسم : لا يباع منه شيء ويبقى على نجومه ، فإن عجز كان كمدبر لا كتابة فيه فيباع منه بقدر الدين ويعتق ثلث ما بقى .

قال : وإنما يباع من كتابته بقدر الدين عند ابن القاسم إذا كان الدين يغترق [ص/٢٠٨ / ١٢] من الكتابة بقدر ما اغترق من الرقبة أو أقل .

فصل

ابن المواز : وإن كان المعتق إلى أجل ثم فلس وعليه دين يحيط بأضعاف قيمته فلا تباع كتابته ولكن يؤديها إلى الغرماء ، فإن ودى قبل الأجل عتق ، وإن حل الأجل قبل آدائها عتق وسقط ما يبقى .

فصل

قال ابن الموز : لا يباع من هذا ولا من كتابته شيء قل الدين أو كثر فإن ودى الدين وبقيت من الكتابة بقية كانت البقية لسيده أو لورثته ، وإن حل الأجل قبل وفاء الدين ووفاء الكتابة عتق وسقط باقى الكتابة وبقي على سيده بقية دينه .

قال أحمد بن ميسر : وهذا إذا كان العتق قبل الدين .

قلت : أرأيت إن أعتق عبداً له إلى أجل ثم دبره ، أو دبره أولاً ثم أعتقه إلى

أجل ذلك جائز لازم .

قلت : فإن مات السيد قبل الأجل ، ماذا يقوم منه فى ثلث سيده أرقبته أم خدمته بقيمة الأجل ؟

فقال : بل خدمته بقيمة الأجل .

وقد قيل : إن كان التدبير قبل قومت رقبته وليس بشيء لأن هذا القول يستوعب ثلث الميت إلى تمام الأجل فيظلم الورثة ، والصواب من ذلك ألا يقوم فى ثلث الميت مالا يملك ألا ترى لو كان على السيد دين يحيط به لم يزل العتق إلى الرجل ، وإن كان التدبير قبل ولم يكن له من رقبته شيء يباع له فى دينه وينقض التدبير الدين ولم ينقض عتق الأجل فكان للغرماء خدمته فقط إلى الأجل وليس للميت مال غير خدمته كان التدبير قبل أو العتق إلى أجل وإن كانت معتقاً إلى أجل ثم فلس أو مات وعليه دين يحيط برقبته إذ أنه بعد عتق الأجل ، فلاتباع كتابته وليؤدها للغرماء على النجوم فإن ودى ما بقى إلى الورثة وإن ودها قبل الأجل خرج حراً مكان وقضى الدين أو ما بقى منه منها وإن لم يؤد حتى حل الأجل عتق وسقط عنه ما بقى منها ولم يتبع بشيء من دين سيده عتق بالأداء أو بحل الأجل ، وإن كان الدين قبل عتق الأجل فالدين أولى به .

فصل

قال ابن القاسم فى «المستخرجة» : ومن كاتب عبده ثم دبره جعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو من قيمة الكتابة وأما من دبر عبده ثم كاتبه فقيمة الرقبة خاصة ، وإنما كان ذلك فلأن السنة فى المدبر إذا لم يكاتبه أن يجعل فى الثلث منه قيمة رقبته التى كان يملك منه قبل التدبير ، وإنما هو عبد أوجب له على نفسه عتقاً بعد الموت فهو كالوصى بعتقه فإذا أدخل عليه الكتابة لم ينقله [ق/ ٢٠٠ / ٢ب] عما كان وجب فيه ، ألا ترى أنه إن عجز عاد كما كان وأما إن كاتبه أولاً فقد صار يقصد الكتابة لا يملك منه شيئاً متقررًا إذا قد يعجز فيملك رقبته أو يؤدى فتصح له كتابته ، فتارة تصح به الرقبة وتارة الكتابة فإذا دبره جعلى الثلث الأقل مما كان فيصح

له ملكه وإنما جعل الأقل احتياطاً محرمه العتق فصار تدبيره إياه كإيصائه بعتقه ، وهذا إذا كانت الكتابة فى الصحة ثم دبره بعدها فى صحة أو مرض وأما إن كانت فى مرضه ثم دبره فيه فهأنا يجعل فى الثلث قيمة الرقبة لأن الكتابة فى المرض إذا لم تقبض فإنما يجعل فى الثلث قيمة الرقبة .

قاله ابن القاسم ؛ لأنها من ناحية العتق وفى التدبير أيضاً يجعل قيمة الرقبة فاتفقا ، فلذلك يجعل قيمة الرقبة والله أعلم .

م : وقال ابن المواز : بل ذلك سواء بدأ بالتدبير أو الكتابة لا يقوم إلا بأقلها لأن من أوصى يعتق مكاتبه إنما يجعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو قيمة الكتابة فلا فرق بين أن يوصى بعتق مكاتبه ، ولا بين أن يدبره والتدبير فى المكاتب أولى به وهذا أئين .

فصل

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : ولا بأس أن يكاتب الرجل عبده مع مدبره كتابة واحدة فإن مات السيد مضت الكتابة على قدر قوتها على الأداء يوم الكتابة ويعتق المدبر فى الثلث وسقط حصة عن صاحبه ويسعى العبد فى حصته وحده ولا يسعى المدبر معه لأنه إنما دخل معه على أن يعتق بموت سيده فلاحجة له ولأن السيد لم يعتقه بأمر يبتدئه [بعد] ^(١) الكتابة إنما عتق عليه بأمر لزمه على ما أحب صاحبه أو كرهه فصار عيباً ولا يجوز أن يضمن حر كتابة مكاتب وذلك بخلاف عتق السيد لأحد العبدین فى كتابة إذ لم يعقدا على هذا وإن لم يحمل المدبر الثلث عتق منه محمله وسقط عنه من الكتابة بقدر ذلك وسعى هو وصاحبه فى بقية الكتابة إلا عتق لواحد منهما إلا بصاحبه فإن عتقا رجع من ودى منهما أكثر على صاحبه بما ودى عنه إلا أن يكون ذا رحم لا يملك أحدهما الآخر فلا يتراجعان بشيء .

وقال أشهب : لا يجوز أن يكاتب عبده مع مدبره كتابة واحدة لأنه يؤول إلى خطر ألا ترى أن الكتابة إذا كانت منعقدة عليهما لم يجوز أن يعتق أحدهما لأنه إذا

(١) فى أ : قبل .

أعتق أحدهما كان في ذلك رقاً لصاحبه لأن بعضهم حملاً عن بعض .

قال ابن القاسم : ولو كاتب عبيد له كتابة واحدة ثم دبر أحدهما فإن أديا عتقاً وإن عجزا لزم السيد تدبير من كان دبر وإن مات السيد قبل عجزهما والمدبر يحمله الثلث وهو قوى على السعى حتى مات السيد لم يعتق إلا برضى أصحابه كما لو ابتدأ عتق أحد المكاتبين ، وإن كان المدبر زمناً يوم مات السيد عتق في الثلث ولا يوضع على أصحابه من الكتابة شيء لأن مالكاً قال : فيمن لا قوة له من المكاتبين من صغير أو زمن : إذا أعتق السيد جاز عتقه وإن كره أصحابه ولا يوضع عنهم من الكتابة شيء وفي المكاتب إيعاب هذا .

في وصى المدبرة بين الشريكين وتدبير حمل الأمة وردة المدبر

قال مالك : ولو أن مدبرة بين رجلين وطئها أحدهما فحملت فإنها تقوم عليه وتصير أم ولد إذ ذلك أكد لها .

قال سحنون : وقاله جميع الرواة .

قال غيره : فإن كان الواطئ معسراً خير شريكه بين اتباعه بنصف قيمتها وتصير له أم ولد وبين التماسك بحصته واتباعه بنصف قيمة الولد يوم استهلاله ثم لا يقوم عليه إن أيسر فإن مات الواطئ عديماً عتق عليه نصيبه من رأس ماله لأنه بحساب أم الولد وبقي نصيب المتمسك مدبراً وإن مات الذي لم يطأ وقد كان تمسك بنصيبه وعليه دين يرد التدبير بيعت حصته للدين فإن ابتاعها الواطئ ليس حدث له حل له وطؤها ثم إن مات بعد ذلك فنصفها عتق من رأس المال والنصف الذي اشترى رقيق للورثة .

وقال مالك في «المختصر الكبير» : إذا وطئها أحدهما فحملت قومت عليه .

وقد قيل : يقوم عليه الولد خاصة وتبقى هي على حالها ، فإن هلك الذي لم يطأ عتق [ق/ ٢٠٩ / ٢٢] نصفها في ثلثه فإن لم يترك وفاء قومت على الواطئ وكانت له أم ولد والأول أحب إلينا .

م : قال بعض فقهاءنا في قول غيره : ويتبعه بنصف قيمة الولد يوم استهلاله له يريد : وكذلك إن تأخر الحكم حتى يكبر الصبي إنما القيمة فيه يوم استهلاله .

وقال فى ولد المستحقة : قيمة الولد فيه يوم الحكم والفرق أن وطئ الشريك وطئ عدا فلزمته القيمة فيه حين العدا فجعلنا القيمة فيه يوم خروجه إذ لا قيمة له قبل ذلك وولد المستحقة الوطء فيه جائز فإنما تكون القيمة فيه يوم يحكم [باستحقاق أمه] (١) .

فصل

ومن «المدونة قال ابن القاسم : ومن دبر ما فى بطن أمته لم يكن له بيعها لو أعتق ما فى بطنها .

قال : وله أن يرهنها كما ترهن المدبرة وقاله مالك .

م : قال أبو عمران : إنما يرهنها فى دين قبل التدبير ، وأما فيما استحدثه من الدين بعد قوله ما فى بطنها حر فلا يكون له أن يرهنها فى ذلك وإنما تباع بما فى بطنها إذا رهنه دين فأما أن تعرض به هو للبيع فلا ، ونحوه عن ابن أبى زيد .

فصل

قال ابن القاسم : وإذا ارتد المدبر ولحق بدار الحرب ثم ظفرنا به استتيب فإن تاب وإلا قبل فإن تاب لم يقسم ورد إلى سيده إن عرف بعينه وإن جهلوا أنه مدبر حتى اقتسموا ثم جاء سيده فله أن يفد به بالثمن ويرجع إليه أولاً ولا قول لورثته فيه واتبع بحصة ما يقع على الجزء مدبراً وإن أبى خدم من صار إليه فى الثمن الذى حسب عليه به فإن أوفى وسيده الأول حى رجع إليه مدبراً وإن هلك السيد قبل وفاء ذلك خرج من ثلثه حرّاً واتبع بباقي الثمن وإن لم يسعه الثلث عتق بما وسع الثلث منه ورق ما بقى لمشتريه لأن سيده أسلمه إليه العتيق منه من الثمن ورق ما بقى لمشتريه لأن سيده أسلمه أولاً ولا قول للورثة فيه وقال غيره : إن حملة الثلث عتق ولم يتبع بشيء وإن حمل بعض لم يتبع حصة البعض العتيق بشيء وكان ما بقى رقيقاً لمن اشتراه وإن لحق السيد دين أبطل الثلث حتى يرد عتقه كان جميعه رقاً لمشتريه وليس ما اشترى به رقبته كجنايته التى هى فعلها هنا إذا أعتق بعضه اتبع ما [ق/ ٢٠١ / ٢ب] عتق منه : يقع عليه من الجناية لأن ذلك فعله .

(١) فى أ : باستحقاقه .

وذكر محمد عن ابن القاسم مثل هذا . قال : وقال عبد الملك : إنما هذا فيمن اشترى من أيدى العدو فأما ما وقع لابن القاسم فلا يتبع حصّة ما عتق منه بشيء كالحر يقع في المقاسم فلا يتبع بشيء وإن باعه العدو اتبع .

قال ابن المواز : والقول ما قال عبد الملك ، وكذلك في كتاب المكاتب والمعّتق إلى أجل لا يتبع إلا فيما يتبع به الحر وقد تقدم كثير من هذا في [كتاب] (١) الجهاد .

م : أبو إسحاق : ولو كان سيد المدبر هو الذى ارتد ولحق بدار الحرب لوجب أن يبقى مدبره ويبقى عليه من ماله فإن لم يكن له مال استؤجر وأنفق عليه من إجارته فإن لم تكن له إجارة وخيف عليه ولم يوجد من ينفق عليه لا ينبغي أن يعتق إذ لا يمكن بيعه كما لو كان سيده حاضراً فعجز عن نفقته أو عن نفقة أم ولده ولم يكن فى [] ما يفى بالنفقة [] عتقه وعتق أم ولده لأن بقاهما فى الصدر بهما ولا يقدر على بيعهما (٢) .

م : وجعل ابن القاسم إباقة إلى دار الحرب كجناية فعلها .

إلا فى قوله : إذا لم يحمله الثلث رق ما بقى منه لمشتريه لأن سيده أسلمه إليه .

وقال فى كتاب الجنائيات : فى هذا يخير الورثة فيما رق منه بين إسلامه رقاً للمجنى عليه وافتكاكه بحصّة ما يقع عليه ويكون رقاً لهم .

وقال بعض القرويين : يحتمل أن يكون الفرق بينهما أن المشتري فى مسألة كتاب المدبر دخل فى الأصل على ملك رقبته فلما اعترفه سيده وأسلمه إليه فقد أجاز له ما دخل عليه فيما قد يرق منه .

وفى مسألة الجنائيات إنما أسلم السيد إلى المجنى عليه خدمته وعلى أنه إن أعتق فى الثلث اتبع ، وإن رق منه شيء خير الورثة فى ذلك .

م : وهذا معنى قوله : وزدت فيه من لفظى .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : ومن دبر عبّيده ثم ارتد السيد ولحق بدار الحرب

(١) فى أ : باب .

(٢) سقط من أ .

أوقفت مدبريه إلى موته كما له ولا يعتقدون إلا بعد موته كقول مالك فى الأسير يتنصر: أن ماله موقوف إلى أن يموت .

م : قال بعض القرويين : وإذا أوقف مال المرتد أنفق من ماله على مدبريه وأم ولده ولا ينفق منه على صغار ولده لأن الولد لا يرثه إن قتل على رده فلذلك لا ينفق عليهم من ماله .

فى المدبر الذمى يسلم وكيف إن دبر عبداً له مسلماً

قال مالك : وإذا أسلم مدبر النصرانى قال ابن القاسم أو ابتاع مسلماً فدبره وأجرناه له وقبض إجارته ولم يتعجل رقه بالبيع وهو قد يعتق بموت سيده فإن أسلم النصرانى رجع إليه مدبره وكان له ولا الذى دبر وهو نصرانى ، وأما ولاء الذى دبره وهو مسلم فقد انعقد الولاء للمسلمين ولو كان للنصرانى ولد أو أخ مسلم لم يرجع إليه ولا يرجع هو إليه أيضاً ، وإن أسلم .

قال : فإن لم يسلم حتى مات عتق فى ثلثه وكان ولاؤه للمسلمين إلا أن يكون له ولد أو أخ مسلم ممن يجر إليه ولاؤه فيرثه ويكون له ولاء الذى دبره وهو نصرانى دون جماعة المسلمين كما كان يكون لسيده لو أسلم ، وأما الذى دبره وهو مسلم فولأؤه للمسلمين لا يرجع إلى النصرانى وإن أسلم ، ولا إلى ولده المسلمين وإن لم يحمله ثلثه بيع من رق منه من المسلمين ودفع الثمن إلى ورثته إن كانوا نصارى ، وإن كانوا مسلمين لم يرثو ، وكان ذلك للمسلمين .

وقال غيره : لا يجوز للنصرانى شراء مسلم فإذا أسلم عبده ثم دبره عتق عليه لأنه منعنا من بيعه عليه بالتدبير .

ابن حبيب وقاله مطرق وابن الماجشون قالا : وكذلك لو أعتقه إلى أجل عجل عتقه ولو كاتبه بيعت عليه كتابته .

م : وإذا أسلم مدبر النصرانى فواجرناه عليه وقبض السيد إجارته وأتلفها ثم مات قبل أن يخدم العبد من الإجارة شيئاً ولم يترك غيره فإن رضى العبد أن يخدم مدة

الأجازة [الرغبته في عتق جميع ثلثه فذلك له ويعتق ثلثه ويخدم مدة الإجازة] ثم يباع ثلثاه على ورثة سيده النصارى أولاً كلام لمن استأجره وإن أبا العبد أن يخدم فى حصه ما يعتق منه ولم يرض الذى استأجره أن يخدم مارق منه لاستحقاق بعض ما استأجره بيع من جميعه بقدر الإجازة وعتق ثلث ما بقى وبيع على الورثة ما يقع بعد ذلك وإن رضى المستأجر أن يخدم مارق منه للورثة فليع من ثلثه بقدر ثلث الإجازة ويعتق ما بقى من ثلثه ويخدم المستأجر ثلثيه حصه مارق منه للورثة ، فإذا تمت الإجازة بيع على الورثة مارق لهم منه إلا أن يسلموا قبل ذلك فيبقى لهم .

فى تدبير المولى عليه وذات الزوج والعبد

ومن فيه علقه رق والدعوى فى التدبير

ومن «العتبية» قال ابن القاسم : فى المولى عليه يدبر عبده فذلك لا يلزمه ولا بعد رشده وهو كقول مالك فى عتقه قال : وإذا دبرت الزوج ثلث جاريته لزمها تدبير جميعها وقد قال مالك : إذا دبرت أمتها وليس لها غيرها فذلك جائز لها ولا قول للزوج لأنه لم يخرج من يدها شيء [ق / ٢١٠ / ٢٢] بخلاف عتقها وهذا كالوصية فى هذا المعنى .

وقال سحنون ومطرف وابن الماجشون : لا يجوز ذلك إلا بإذن زوجها .

قال ابن القاسم : وإذا دبر العبد أمتة بإذن سيده فلا يمسه العبد ولا السيد وهى معتقة إلى أجل وهى من رأس المال ولا يلحقها دين وولاؤها للسيد ، وإن أعتق العبد ، وقاله سحنون .

وإذا وطئها العبد فحملت أوقفت هى وولدها حتى يموت العبد فتعتق وإذا وطئها السيد فحملت لحق به الولد ولا يقربها وهى تعتق إما بموت العبد أو بموت السيد من مات منهما أولاً عتقت ، ولو قيل : يعجل عتقها حين حملت لكان قولاً . عيسى : أرى أن تعتق الساعة .

م : صواب أن لا خدمة فيها ولا وطئ كمن أولد أخته من الرضاعة .

قال ابن القاسم : وليس للرجل وطئ مدبرة لمدبره ولا لأم ولده أو المعتقة إلى

أجل وهى كالمعتقدات إلى أجل إذ قد يعتقن بموت من دبرهن وليس لأحد من هؤلاء تدبير إلا بإذن السيد وولاء ذلك للسيد .

قال ابن القاسم فى مكاتب دبر أمته فعلم بذلك السيد فلم ينكر حتى عجز : فلا تدبير له إلا أن يكون أمره بتدبيرها ، وليس سكوته بشىء وإن علم .

ابن حبيب عن أصبغ : ولو دبرها المكاتب بإذن سيده لم يكن له وطئها حتى يودى جميع الكتابة إذ قد يعجز فترجع الأمة إلى سيده معتقة إلى أجل .

فصل

[ق/ ٢٠٢ / ٢ب] ومن «المدونة» قال ابن القاسم : وإذا ادعى العبد أن سيده دبره أو كاتبه وأنكر المولى لم تلدمه يمين فى هذا كالتق إلا أن يقيم العبد شاهداً فيحلف له السيد ، وإن نكل عن اليمين سجن حتى يحلف .

فى المعتق إلى أجل والمخدم

قال مالك وابن القاسم : ومن قال لعبده فى صحته أنت حر بعد موت فلان أو بعد موته بشهر فهو معتق إلى أجل من رأس المال ولا يلحقه الدين وإن مات السيد قبل موت فلان خدم العبد ورثة سيده إلى موت فلان أو إلى بعد موته بشهر إن قال ذلك وكان فى هذا حراً من رأس المال ، ولو قال ذلك السيد فى مرضه عتق العبد فى الثلث إلى أجله وخدم الورثة حتى يتم الأجل ثم هو حر وإن لم يحمله الثلث خير الورثة فى انفاذ الوصية أو يعتقوا من العبد محمل الثلث بتلا .

قال مالك : كل من قال فى وصيته فى ثلاثة فأبى الورثة أن يجيزوا فإنه يقال لهم : أسلموا ثلث الميت إلى أهل الوصايا أو أنفذوا ما قال الميت .

فصل

قال ابن القاسم : ومن قال لعبده إذا خدمتنى سنة فأنت حر فخدم بعض السنة ثم مات السيد فليخدم العبد ورثة السيد بقية السنة ثم هو حر فى قول مالك .

قال : ولو لم يمت السيد ولكن وضع عنه الخدمة فهو حر مكانه كالمكاتب إذا وضع عنه سيده كتابته .

قال مالك : وإذا قال له : اخدم فلان سنة وأنت حر فمات فلان قبل السنة خدم العبد ورثة فلان بقية السنة ثم هو حر .

ابن المواز : وإن مات العبد قبل السنة وترك مالا فماله لسيده أو لورثته .

ومن «المدونة» قال مالك : وأما إن قال : اخدم ولدى أو أخى أو ابن أخى أو ابن فلان سنة وأنت حر فيموت المخدم قبل السنة فإن أراد به الحضانة والكفالة عجل عتقه بموت المخدم ، وإن أراد به الخدمة خدم العبد ورثة المخدم بقية السنة ثم هو حر وإن قال له : أنت حر على أن تخدمنى سنة فإن أراد أن يكون العتق بعد الخدمة فذلك له ولا يعتق حتى يخدم وإن أراد تعجيل العتق وشرط عليه الخدمة عتق ولا خدمة عليه وإن قال له : أنت حر بعد سنة وإذا خدمتنى سنة قال : هذه السنة بعينها أو لم يقل فهو سواء وتحسب السنة من يوم قوله وإن أبق العبد فيها أو مرض فصح أو أتى بعد زوالها عتق ولا شئ عليه ألا ترى أن من أكرى داره أو دابته أو غلامه فقال : أكريتك سنة إنما يحسب من يوم قوله ، ولو قال : هذه السنة بعينها كان كذلك أيضاً .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم فى غير «المدونة» : فإن قال له السيد اخدمنى سنة وأنت حر فإن أبقت فيها فلا حرية لك أو عليك قضاء ما أبقيت فهو كما شرط عليه .

قال بعض فقهاءنا : وكذلك من دبر عبده وشرط عليه إن أبق فلا حرية له ينفعه هذا الشرط والمعتق إلى أجل أقوى من المدبر فإذا جاز هذا الشرط فيه ففى المدبر أولى ولم يكن كالمكاتب يشترط عليه إن أبقت فلا حرية لك لأن هذا إنما الغرض منه إذا المال فلا يقدم الإباق فى ذلك إن حضر المال وهو إن عجز عن الأداء فسواء أبق أو لم يأبق يعجز بعد التلوم ، والمدبر والمعتق إلى أجل إنما الغرض منهما الخدمة فهو يخلها بإباقه للزمان الذى يقضى منهما فى حال الإباقة وقد ساوى بينهما بعض الناس وهو غلط للعلة التى ذكرنا .

قال بعض أصحابنا المتأخرين : فى المعتق إلى أجل يأبق فى الأجل ثم يأتى بعد وقد اكتسب مالا فى حال إباقه أن للسيد أخذه .

وقال غيره: ليس له أخذه والأول أحبّ إلىّ .

جامع القول فى عتق المخدم

ومن «المدونة»: ومن قال لعبده: اخدم فلاناً حياتى فإذا مت فأنت حر فقال ابن القاسم وابن كنانة: هو من الثلث لأنه أعتقه بعد موت نفسه .

وقال أشهب: هو من رأس المال لأنه قد خرج من ماله فى صحته وانقطع ملكه عنه إلى آخر الرهن .

ابن المواز: ذهب أشهب أن كل من خرج من يد صاحبه فى صحته اتبلى فلا يرجع إليه منه شيء فى حياته ولا إلى ورثته من بعده بوجه من الوجوه فهو من رأس المال وإن كان لا يعتق إلا بموت صاحبه وهو أصل حسن .

وذهب ابن القاسم: أن كل عتق يكون بموت السيد فلا يكون إلا من الثلث إن كان لا يرجع إلى سيده وإلا إلى ورثته أبداً فأما إن كان عتقه بموت غير السيد من مخدم أو غيره فلا يختلف فيه قول مالك ولا أصحابه أنه من رأس المال .

ابن المواز: فإن قال اخدم فلاناً حياتى فإذا مت أنا فأنت حر فلا اختلاف بينهما أنه من الثلث إذ قد يرجع إلى السيد إن مات المخدم قبله ، وإن قال: اخدم فلاناً حياتى فإذا مات فأنت حر فهو من رأس المال لأنه معتق إلى موت غير السيد فهو معتق إلى أجل وإن كان قد يرجع إلى الورثة بموت السيد وهو كما لو لم يخدمه أحد أو أعتقه إلى موت غيره فإن قال اخدم فلاناً حياة زيد وأنت حر فهذا أيضاً من رأس المال معتق إلى أجل لأن حريته إلى موت غير السيد ويخدم المخدم ورثته على فرائض الله ما دام زيد حياً ، وإن قال: اخدم زيدا حياة عمرو وإذا مات سعيد فأنت حر فهو حر من رأس المال فإن مات عمرو قبل سعيد رجع العبد إلى سيده أو إلى ورثته إن مات يخدمهم على فرائض الله حتى يموت سعيد فإن لم يخدمه عمرو واخدمه زيد وورثته حتى يموت سعيد فيخرج حراً ، وإن قال: له خدم فلاناً حياتى وأنت حر وإن مت أنا فأنت حر فهذا عدا أشهب من رأس المال لأنه لا مرجع لسيد ولا لورثته فيه بوجه من الوجوه .

وعلى مذهب ابن القاسم: لا ينبغي أن يكون إن مات الأجنبى قبل سيده خرج

حرّاً مكانه من رأس المال وإن مات [ق/ ٢١١ / أ٢] السيد قبل الأجنبي يخرج من ثلثه فإن عجز الثلث عن شيء منه فرق كان مارق منه يخدم الأجنبي حياته فإذا مات خرج ذلك الجزء حرّاً من رأس المال فإن كان على سيده دين يغترقه خدم جميعه الأجنبي حياته ثم خرج حرّاً .

ابن المواز : وإنما يجعل في ثلث سيده خدمته حياة المخدم على الرجاء والخوف لأنه لم يبق فيه رق غير الخدمة وهذا الذي ذكره ابن المواز أنه قول ابن القاسم ذكره ابن سحنون عن أشهب وسحنون .

ابن المواز : وإن قال : اخدم فلاناً حياته وأنت حر إلا أن أموت أنا فأنت حر فهذا عند أشهب إن مات الأجنبي أولاً ولم يستحدث السيد ديناً من يوم قال ذلك عتق من رأس المال ، وإن لحقه دين فالدين أولى به ولا يعتق وإن مات السيد أولاً عتق [ق/ ٢٠٣ / ب٢] في ثلثه فإن عجز رق باقيه لورثته لأنه قد استثنى عليه رقاً بقوله إلا أن أموت وهذا كقوله : أخدم فلاناً حياة وأنت حر إلا أن أموت فهو يخدمه حياته فإن مات فلان عتق من رأس ماله ويرده الدين المستحدث وإن مات السيد قبله رق لورثته وسقطت الخدمة فصار قوله إلا أن أموت رقاً فكذلك إذا قال : إلا أن أموت فأنت حر في ثلثي ، فإن كان له مال عتق في ثلثه وإلا رق منه ما عجز عنه الثلث وكذلك إذا قال : أنت حر إذا غابت الشمس إلا أن أدخل الدار فنجد فيها فلاناً فالرق يلحقه إذا دخلها قبل المغيب وسقط أجل مغيب الشمس وقد أبقى للرق موضعاً باستثنائه هذا فإذا كان فيه أبداً موضع للرق لحقه الدين ولم يخرج إن مات السيد إلا من الثلث وكذلك إن قال أنت حر إلى عشر سنين إلا أن أموت قبلها فأنت حر فإن حلت العشر سنين ولا دين عليه عتق من رأس المال وإن مات السيد قبل ذلك عتق في ثلثه أو ما حمل منه ورق ما بقي وسقط عتق الأجل كقوله : أنت حر إلى عشر سنين إن بقيت إليها وإن مت قبلها فأنت حر فهو من ثلث وكأنه لم يذكر الأجل كما لو قال : إلا أن أموت قبل ذلك ولم يذكر عتقاً فإنه يرق ولا يعتق وإن جاءت العشر سنين بعد موته فذلك يلحقه الدين لأنه رجوع وطرح للأولى وهذا كله في كتاب ابن سحنون عن أشهب وسحنون .

وفى «العتبية» : فيمن قال : أنت حر إلى سنة إلا أن أموت قبلها فأنت حر حين أموت .

فقال ابن القاسم : إن مات السيد قبلها عتق فى ثلثه وإن لم يسعه الثلث استخدم باقية إلى السنة ثم عتق وهذا كما قال مالك فيمن قال : أنت حر لأولنا موتاً لنفسه ولرجل آخر فمات السيد فليعتق عليه فى ثلثه .

ابن القاسم : فإن لم يسعه فما بقى استخدم إلى موت الآخر ثم عتق .
وقال مالك : تقوم رقبة فى الثلث وقال أشهب : بل إنما تقوم خدمته لأنه ليس فيه إلا الخدمة .

ابن المواز : وإذا قال : اخدم فلاناً حياته فإذا مات فأنت حر وإذا مت فأنت حر فقد تقدم قول ابن القاسم وأشهب فيه وهو بخلاف قوله : إلا لأنه استثنى فإن لم يستثنه فإنما شدد له العتق وزاد خيراً لكن قال : أنت حر إلى سنة وإن قدم أبى فأنت حر فإنما زاده خيراً وهو معتق إلى أجل من رأس المال حلت السنة وهو مريض أو ميت أو مديان وأما إن قدم أبوه قبل السنة والسيد غير مريض ولا مديان عتق مكانه وإن قدم والسيد مريض عتق من ثلثه فإن رق منه شئ انتظر بمارق منه تمام السنة ثم عتق وإن قدم والسيد ميت لم يعتق بموته وإن خرج من ثلثه وترقب السنة ثم هو حر من رأس المال وإن قدم والسيد مديان بدين محيط لم يعتق إلا أن يجيز ذلك الغرماء وإلا فليؤاجر لهم إن لم يكن السيد ابتله فى خدمة أحد فإن استوفوا دينهم من الأجازة قبل السنة عتق إن كان السيد حياً فإن لم يستوفوا حتى تمت السنة عتق كانه كان السيد مريضاً أو ميتاً أو ذا دين محيط ، وما استحدث من دين بعد مؤاجرة العبد قبل السنة فإنه يحاص به مع الدين أو حر لهم حتى لا يبقى على السيد دين قبل قدوم الأب ولا بعده ولا بعد مؤاجرة العبد إلا دخل فى ذلك . وقد جرى من هذا المعنى فى العتق وفيما ذكرنا منه دليل على ما رد منه وبالله التوفيق .

تمّ كتاب التدبير بحمد الله وعونه وتأيدته ونصره والصلاة على محمد وآله .
يتلوه كتاب المكاتب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً
والله المستعان وعليه توكلى
كتاب المكاتب الأول

فى الحضّ على الكتابة

قال الله تعالى : ﴿ فَكَاتِبُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (١) فكان ذلك ندباً ندب الله إليه وكذلك قوله : ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ (٢) فضل حضّ الله عليه .

قال مالك : فالكتابة ندب من الله وليست بواجبة وبه قال سائر الفقهاء .

وروى عن عطاء وعمر بن دينار : أنها واجبة .

والدليل للمالك : أن الكتابة لا تخلو أن تكون ضرباً من البيع لأنه باع العبد من نفسه بالمال الذى جعله عليه أو عتقاً لأن العبد يفضى بها إلى الحرية فلما أجمعوا على أنه لا يجبر أحد على بيع عبده ولا على عتقه كانت الكتابة كذلك إذ لا تخلو إما أن تكون عتقاً أو بيعاً .

قال ابن الجهم : وأما الوضعية من آخر الكتابة فأكثر أصحابنا يأمرّون بذلك من غير قضاء ولو كانت واجبة لكانت محدودة ولا حد لها فى كتاب الله ولا فى سنة نبيه عليه السلام .

وقال غيره : هذه عبارة مأخوذ فيها ، والصواب أن يقال : لما كان ذلك غير مقدور فى الحال ولا فى المآل دل أنه ليس بواجب .

ووجه الأخذ فى العبارة الأولى : أن صداق المثل فى نكاح التفويض وغيره مما يكون فيه صداق المثل واجب وهو غير مقدور فى الحال لكنه مقدور فى المآل وكذلك أرش العيوب فى البيوع غير مقدرة فى الحال وهو مقدور فى المآل فبان أن العبارة الثانية أحسن .

(١) سورة النور الآية : ٣٣ .

(٢) سورة النور الآية : ٣٣ .

قال بعض علمائنا : ولو كانت واجبة ومقدارها غير معلوم أدى ذلك إلى كون الكتابة مجهولة ولا يجوز أن تكون الكتابة مجهولة عند العلماء فاعلم ذلك .

ومن «المدونة» قال مالك : وسمعت غير واحد من أهل العلم يقول فى قول الله تعالى : ﴿ وَأَتَوْهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ : عن الكتابة من آخر كتابته شىء مسمى أو قال : وذلك أحسن ما سمعت وعليه أهل العلم وعمل الناس عندنا .

قال مالك : وبلغنى أن عبد الله بن عمر كاتب غلاماً بخمسة وثلاثين ألف درهم ثم وضع عنه من آخر كتابة خمسة آلاف درهم .

قال ابن وهب : وقال على بن أبى طالب [ق/ ٢١٢ / ٢٢] : ربع الكتابة .

وقال النخعى : هو شىء حث الله عليه المولى وغيره .

م : واختلف فى قوله تعالى : ﴿ إِنَّ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ما الخير ؟ فقال ابن عباس : إن علمت أنه يقضيك . وقال مجاهد : الخير : المال .

وقاله عطاء وتلا : « إن ترك خيراً » وقال طاوس : قوة وأمانة .

ابن المواز : وقال مالك : الخير : القوة على الأداء .

فى إكراه العبد على الكتابة وكتابة الصغير ومن لا حرفة له

روى بعض البغداديين عن مالك : أن للسيد إكراه عبده على الكتابة كما يعتقه عند مالك على أن يتبعه بما قالوا : وكما كان له أن ينكحه ويؤجره ويعتقه مكرهاً وهو لا ضرر عليه فى الكتابة ، وإنما يؤدى ما فضل عن نفقته . فإن قيل : يضر بالعبد لزوال النفقة عن سيده . قيل : للضرر فيه ألا تصلح مكاتبه من لا حرفة له ولا خير فيه ، والخير : المال .

وذكر ابن المواز عن أصبغ : مثل قول مالك أن للسيد أن يجبر عبده على الكتابة وإن كره العبد ولا يكون له الخروج من الكتابة [ق/ ٢٠٤ / ٢ب] إلا بعجز ظاهر معروف .

وقال أشهب وعبد الملك : لا يكاتب الرجل عبده إلا برضاه ولا يجوز بغير رضاه

وكذلك روى عن ابن القاسم .

قال ابن شعبان : والدليل على أنه لا يجبر العبد على الكتابة قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ﴾ الآية . فدل على أن من لم يبتغها ويجيب إليها لم يلزمها ، والكتابة . أن يجعل بينه وبين عبده كتاباً بما يتفقان عليه لظاهر الكتاب .

وقال ابن القاسم : فى باب بعد هذا : لا بأس بكتابة الصغير ؛ لأن مالكا قال : لا بأس بكتابة من لا حرفة له وإن كان يسأل ويتصدق عليه .

وقال أشهب وسحنون : لا يكاتب الصغير لأن عثمان بن عفان قال : لا يكلفوا الصغير الكسب فإنكم منى كلفتموه سرق ، إلا أن تفوت كتابته بالأداء أو يكون بيده ما يؤدى عنه فيؤخذ من يده ولا يترك فيتلفه لسفهه ويرجع رقاً .

قال أشهب : قيل لمالك : فهل تكاتب الأمة التى لا صنعة بيدها ولا عمل معروف ؟

قال : كان عثمان يكره أن يخارج الجارية التى لا صنعة بيدها ولا عمل معروف فما أشبه الكتابة بذلك .

ما يحل وما يحرم من عقد وشرط فى الكتابة

روى أن النبى عليه السلام قال : «المكاتب عبد ما بقى عليه عشر دراهم» (١) .

وقال عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن عمر وجماعة من التابعين : هو عبد ما بقى عليه درهم .

قال ابن القاسم : كالكتابة بالغرر جائزة لأنه عبده يجوز فيما بينه وبينه من الغرر ما لا يجوز بينه وبين الأجنبى ولا يشبه البيوع ولا النكاح .

قال أبو محمد : وهذا بخلاف مراتب العبد سيده لأن ذلك تباع وهذا كالخراج .

(١) رواه الخمسة إلا النسائى ، بلفظ : «أما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقيات فهو رقيق» .

وقد قال مالك فى غير «المدونة» : لا يجوز الربا بين العبد وسيده .

ابن المواز : قال أشهب : ومن كاتب عبده على عبد أبى أو بعير شارد أو جنين فى بطن أمه أو دين على غائب لا يعلم حاله فلا أحب ذلك ولا أفسخ الكتابة به إن نزلت لإجازة غير واحد الربا بين العبد وسيده ولا يكون لهذا العبد عتق حتى يقبض السيد ما شرط عليه .

ابن القاسم فى «العتبية» الكتابة بذلك كله جائزة وإن لم يأت بذلك وأيس منه فقد عجز .

قال أشهب : ولو كاتبه على أنه برئ منه الآن عتق مكانه وإن لم يقدر السيد على ذلك أبداً .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : وقد قال مالك فىمن كاتب عبده على وصف حرمان أو سودان ولم يفهم أنه جائز ويعطى وسطاً من ذلك الجنس كالنكاح بهم . قال مالك : وإن كاتب عبده على وصف أو وصفين ولم يفهم جاز وعليه الأوسط من ذلك .

م : فإن لم يصف الجنس وفى البلد سودان وحرمان ولا غالب فى ذلك فإن يعطى النصف من كل جنس كمسألة النكاح بذلك .

وقال نحوه أبو عمران قال بعض شيوخنا : ولو لم يسم العدد فالكتابة باطلة كما بينه فى قول غيره إذا كاتبه على لؤلؤ موصوف وهو الصواب .

وقال غيره من شيوخنا : لا تفسخ الكتابة وتكون عليه كتابة المثل وصف ما لم تنقص كتابة المثل عن وصفين .

قال : وكذلك على قول غيره فى مسألة اللؤلؤ عليه كتابة المثل من ذلك ما لم تنقص عن لؤلؤتين وجعله إذا أوصى أن يكاتب ولم يسم ما يكاتب به أن الكتابة لا تفسخ والكتابة يكتبه مثله .

وقال غيره من شيوخنا : لا يجوز ذلك فى الصحة ويجوز فى الوصية ويكاتب بكتابة مثله احتياطاً لانفاذ الوصية ونظر للموصى إذ لا يقدر على استحداث ما أراد من البر .

قال ابن القاسم : وكذلك إن كاتبه على قيمته جاز وينجم عليه الوسط من قيمته .

وقال مالك : إذا أوصى أن يكاتب عبده ولم يسم شيئاً فإنه يكاتب على قدر ما يعلم الناس من قوته على الأداء ، وإن كاتب على ألف درهم ولم يذكر أجلاً فحمت عليه ، وشأن الكتابة التأصيل والتنجيم وكذلك إن أوصى أن يكاتب بألف درهم ولم يضرب لها أجلاً وإن كاتبه على عبد فلان جاز ولا يجوز النكاح على ذلك .

قال سحنون : فإن لم يصل إليه فعليه قيمته .

قال ابن المواز : ولم يجزه أشهب وقال : تفسخ الكتابة إلا أن يشتريه قبل الفسخ .

قال ابن المواز : إن لم يشتره أدى قيمته ولا يفسخ .

قال ابن ميسر : لا يتم له شيء إلا بعبد فلان .

م : كما قال ابن القاسم : إذا كاتبه على عبد أبق أو بعير شارد فإن لم يأت به بذلك وأيس منه فقد عجز .

ومن «المدونة» ابن القاسم : وإن كاتبه على لولو غير موصوف لم يجز لتفاوت الإحاطة بصفته .

ابن المواز : وقال غير ابن القاسم : ذلك جائز في اللولو وله وسط كالكتابة على وصف ولم يسم .

م : يريد : وقد ذكر العدد .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : وإن كاتبه على وصف موصوف فعتق بأدائه ثم ألغاه السيد ملياً فله رده ويتبعه بمثله إن كان قدر وإلا كان عليه دينار ولا يرد العتق .

وقد قال مالك في امرأة نكحت على عبد موصوف فألقته معيياً بعد قبضه : أن لها أن ترده وتأخذ مثله على صفته فكذلك الكتابة به .

قال مالك : وإن كاتبه على طعام موصوف جاز أن يصالحه منه على دراهم معجلة .

قال ابن القاسم : ولا خير فى منعه من أجنبى .

قال سحنون : وإنما يجوز هذا على تعجيل عتق المكاتب .

ابن القاسم : ومما يبين ذلك أن مالكا قال : لا بأس أن تبيع ما على مكاتبك من ذهب أو ورق أو عرض حل أو لم يحل من المكاتب بعرض مخالف للعرض الذى عليه أو من صنفه يعجل ذلك أو يؤخره ولم يره من الدين بالدين ولا يحل بيعه من أجنبى إلا بضمن معجل وإن أخره دخله الدين بالدين .

فصل

ابن القاسم : وإن كاتبه على خدمة شهر فإن عجل له العتق على خدمة شهر بعد العتق فالخدمة باطلة وهو حر وإن أعتقه بعد الخدمة لزمت العبد الخدمة .

وقال أشهب : إذا كاتبه على خدمة شهر جازت الكتابة ولا يعتق حتى يخدم .

قال : وقال مالك : كل خدمة اشترطها السيد بعد أداء الكتابة فباطل وإن اشترطها فى الكتابة فرد العبد قبل تمامها فإنها تسقط .

م : إذا كاتبه على خدمة [ق/ ٢١٣ / ٢] شهر فابن القاسم يسأله هل أراد تعجيل العتق أو تأخيرته بعد الخدمة ؟

وأشهب : يرى أن العتق مؤخر بعد الخدمة كما هو مؤخر بعد أداء الكتابة إلا أن يشترط تعجيل العتق قبل الخدمة فلا يجوز عندها ويعتق مكانه وتسقط الخدمة .

وقال أشهب فى كتابه : إذا كاتبه على خدمة شهر فعجل السيد قيمة الخدمة لزمه أخذها وعتق مكانه .

م : وحكى بعض أصحابنا : عن غير واحد من شيوخه أن ابن القاسم يخالفه فى ذلك ويقول : ليس له تعجيل قيمة الخدمة .

م : كأنهم رأوه معتقاً إلى أجل .

وقد قال ابن المواز : فيما يشبهه [ق/ ٢٠٥ / ٢ب] أن له تعجيل قيمة الخدمة كقوله : أشهب ولم يذكر فيه اختلافاً .

وحكى بعض أصحابنا أيضاً عن بعض شيوخه القرويين :

في هذا الذى كاتبه على خدمة شهر أن له حكم المكاتب لا حكم المعتق إلى أجل من أجل لفظها بالكتابة فكأن السيد إنما أجراه على سنة المكاتب فى حيازة ماله ونفقته على نفسه ، فإذا كان له حكم المكاتب فينبغى أن يكون له تعجيل قيمة الخدمة وهذا عندى أصح من الأول وإنما لا يكون له تعجيل قيمة الخدمة إذا قال له أخدمنى شهراً وأنت من بعده حر فهذا ليس له تعجيل قيمة الخدمة لأنه معتق إلى أجل .

ومن كتاب ابن المواز : ومن كاتب عبده وشرط عليه أسفاراً أو ضحايًا فودا كتابته فإن ودى الضحايًا وعجلها خرج حرّاً وأسقطت الأسفار .

قال بعد ذلك : إذا ودى جميع الكتابة وبقيت عليه الضحايًا ولم تحل فإن عجل قيمتها عجل عتقه على ما أحب السيد أو كره .

قال مالك : وليس قيمتها إلى محلها لكن قيمتها على أنها حلت وكذلك روى أشهب عن مالك فى «العتبية» : أنه إذا عجل الكتابة فكل ما بقى من خدمة أو أسفار ساقط ، وما كان من الضحايًا والرقيق والكسوة فيعزم قيمة ذلك معجلاً ويعتق .

وقال أصبغ عن ابن القاسم : إذا كاتبه وشرط عليه أن يخدمه أربعة أعدام كل جمعة حتى يؤدى كتابته ثم لا خدمة عليه ويشترط عليه جزره كل فطر وأضحى ما عاش المكاتب .

قال : لا أحب الكتابة على هذا فإن وقعت فهى جائزة .

قال : فإن ودى كتابته قبل محلها أو بعد سقطت الخدمة ويعمر المكاتب وينظر إلى قيمة الجزر فى تعميره فإن ودى ذلك عجل عتقه وإن لم يكن له مال لم يعتق حتى يؤدى قيمة ذلك . قاله مالك .

قال ابن القاسم : يؤدى قيمة الجزر حالة لا إلى أجلها .

ومن «العتبة» قال ابن القاسم : وإذا شرط ألا يخرج من خدمته حتى يؤدى فلا

تفسخ بذلك الكتابة ، والشرط لازم وإنما هو رجل قال : إن وديت إلى عشرة دنانير فى كل سنة مع خدمتك إياى فيها فأنت حر فهذا جائز وغيره أحسن وقد أجاز مالك شرط الأسفار .

قال : وما كان بعد الكتابة من خدمة فإنها تسقط .

وقال أصبغ : لا يعجبني إلزامه الخدمة وذلك ساقط والكتابة جائزة كالشرط على أن يطأها أو يرق ولدها إلا خدمة غير مؤقنة لسفر وما أشبهه حتى يعتق .

قال ابن المواز : وكل ما اشترطه فى الكتابة من خدمة بدنه أو عمل يده فأدى الكتابة وبقي ذلك العمل أو بعضه فإنه ساقط ولا يؤدي لذلك عوضاً ؛ لأن خدمة بدنة بقية من رقه فإذا دخلت الحرية رقبته سقط كل رق يبقى فيه وكذلك من نبل عتق عبده لم يجز أن يجعل عليه خدمة فيشترطها لأن خدمته بقية من رقه فكما كان من أعتق بعض عبده يستكمل عليه بقيته حتى لا يبقى فيه شيء من الرق فكذلك كل خدمة تبقى على مكاتبه بعد أداء نجومه أو على عبد نبل سيده عتقه ساقطه لأن ذلك بقيه من رقه .

وروى أشهب عن مالك : فيمن قاطع عبده عن مال وأسفار فلا ينبغي ذلك لأنه لا تتم حرمة وعليه بقية الرق وليعطه مكان الأسفار عيناً ويتم عتقه .

قال ابن المواز : وليس هذا بشيء وقد رجع عنه مالك وجميع أصحابه إلى أنه لا يلزمه فيها شيء فوقها .

قال ابن المواز : وإنما يلزمه ذلك ما دامت الكتابة إلا من جعل عتقه بعد قضاء الخدمة والأسفار فيلزمه ذلك ولا يعتق حتى يقضى ذلك أو يعجل قيمته .

وروى ابن وهب وأشهب عن مالك : فيمن قال لعبده ابن لى هذه الدار وأنت حر فمرض فأراد أن يأتى عبد يعمل ذلك فله ذلك وإن أبى السيد قال أحمد بن ميسر: هذا فى العمل المفهوم كالبناء ونحوه ، وأما الخدمة فلا إلا أن يرضى السيد لأنه معتق إلى أجل .

قال ابن حبيب عن أصبغ فى قول مالك : وإن عجل الكتابة سقطت الخدمة المشترطة .

قال أصبغ : إلا أن يقول : أعتقتك على خمسين ديناراً إلى خمس سنين تؤدي إلى كل سنة عشر إلى أن تخدمني إلى تمام الخمس سنين على أنك إن وديت جميع النجوم قبل الخمس سنين لم تعتق حتى تقضى فذلك يلزمه والشرط فيه جائز .

وكذلك إن قال : أنت حر إلى خمس سنين على خمسين ديناراً أو على أن تعطيتها إلى خمس سنين أو إلى دونها أو حالة فهذا يلزمه تمام الخدمة إلى آخر الأجل وإن عجل المال فإن نقضت الخمس سنين ولم يؤد المال فلا خدمة له .

قال أصبغ : وأصله إن جعل عتقه بعد أجل يسميه فلا يعتق قبله وإن عجل المال، وأما إن جعل عتقه بعد العزم فهذا إذا عجل المال عتق وسقطت الخدمة كمثل شرط خدمته .

م : وروى بعض أصحابنا عن بعض شيوخه القرويين في قول مالك : إذا عجل الكتابة سقطت عنه كل خدمة .

قال : إنما يصح ما قال في الخدمة اليسيرة لأنها في حيز التبعية فأما لو كان عظم الكتابة خدمة وأقلها مالاً فعجل المال لم يستقم أن توضع عنه الخدمة وهذا الذي قال مخالف لما احتج به ابن المواز في علة إسقاط الخدمة إذ جعله كمن أعتق بعض عبده لأنه جعل الخدمة إنما هي بقية من الرق ، فلو أعتق رجل عشر عبده لاستتم عليه عتق بقيته فكذلك إذا كانت الكتابة عشر قيمة الخدمة فعجلها لسقطت الخدمة والله أعلم .

ومن «المدونة» قال مالك : ومن شرط على مكاتبه أنه إن عجز عن نجم من نجومه فهو رقيق وإن لم يؤد نجومه إلى أجل كذا فهو رقيق ولم يكن للسيد تعجيله بما شرط ولا يعجزه إلا السلطان بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجل فإن رأى له وجه أداء تركه وإلا عجزه والقطاعة كذلك في التلوم بعد الأجل .

قال ابن القاسم : ومن العبيد من يرجى له في التلوم ومنهم من لا يرجى له .

ابن وهب : وقد أتى عمر بن عبد العزيز بمكاتب وقد أخذوا ببعض شروطه التي اشترطت عليه .

م : يريد عجز عنها فقال عمر لسيدة : خذه فهو عبدك لعمري ما يشترط الناس إلا لتنفعهم شروطهم .

وقال ابن شهاب : إن لم يعرف المكاتب ما شرط عليه وخالف إلى شيء مما نهى عنه فلسيده رد كتابته ويطيب له ما أخذ منه ، وإن رجلاً كاتب غلاماً له صانعاً على عشرين ألف درهم ، وغلام يعمل مثل عمله فأدى العشرين [ق/ ٢١٤ / ٢] ألف درهم ولم يجد غلاماً يعمل كعمله خاصمه إلى عمر بن الخطاب فقضى عمر على الغلام فأعتقه سيده بعد أن قضى عمر عليه .

وحكى عن بعض فقهاءنا : فيمن شرط على مكاتبه أنك إذا شربت خمرًا أو نحو ذلك فأنت مردود في الرق ففعل العبد ذلك أن ليس لسيدة أن يرده في الرق من [ق/ ٢٠٦ / ٢ب] أجل هذا الشرط وليس هذا كالمعتق إلى أجل فيشترط عليه إن أبقت فلا حرية لك هذا له شرطه .

والفرق بينهما : أن ما يفعله المعتق من الإباق ضرراً على سيده لأنه يخل بمنافعه وما أحدث المكاتب من شرب الخمر فلا يخل بنجومه فإذا لم يعجز عنها لم يقدح شرب الخمر فيها فلا ينفع السيد شرطه والله أعلم .

م : قول ابن شهاب : إذا لم يوف المكاتب بما شرطه عليه وخالف إلى شيء مما نهى عنه فللسيد رد كتابته خلاف ما قالوا ويوجب رد كتابته والله أعلم .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : وحكم المكاتب حكم الأرقاء في الميراث والشهادة والحدود وغيرها من يؤدي ما عليه .

وروى ابن وهب : أن أمهات المؤمنين ليكون لبعضهن المكاتب فيكشفن له الحجاب ما بقى عليه درهم فإذا قضاه أرخنه دونه وقد تقدم الحديث أن « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » .

فصل

قال ابن القاسم : وإن كاتب عبده على ألف دينار على أنه إذا ردى وعتق فعليه مائة دينار فذلك جائز لأن مالكا قال : من أعتق عبده على أن للسيد على العبد مائة دينار جاز ذلك على العبد .

قال ابن المواز : ويتبعه بالمال ولا يحاص به الغرماء .

وقال سحنون في «المستخرجة» : قول مالك أنت حر وعليك وأنت حر على أن عليك سواء وهو حر وعليه ما سمى وبه أقول .

وقال ابن القاسم : في قوله : أنت حر على أن عليك يخير العبد فإن شاء ثبات العتق على أن يتبع بذلك فذلك له وإن كره أن يكون غريباً فلا حرية له . وقد تقدم ايعاب هذا في كتاب العتق الثاني .

فصل

قال ابن القاسم : ومن كاتب أمته على مائة دينار نجمها عليها على أن يطأها ما دامت في الكتابة بطل الشرط وجاز الكتابة . قيل له : لم لا يبطل الشرط الكتابة وإنما باعها نفسها بما سمى من المال وعلى أن يطأها ويكون كمن باع جاريته على أن يطأها التابع إلى أجل كذا فقال : لا تشبه الكتابة البيع لأن البيع لا يجوز فيه الغرر، والكتابة يجوز فيها الغرر وقد أخبرتك أنه إذا كاتب عبده على وصف لم يصفهم أنه جائز ولا يجوز ذلك في البيع فلذلك يبطل الشرط ها هنا وتصح الكتابة ، وكذلك إن أعتق أمته إلى أجل على أن يطأها فيه فالشرط باطل وهي حرة إذا مضى الأجل وقد قال مالك فيمن شرط على مكاتبته : أن ما ولدت في كتابتها فهو عبد أن هذا ليس من سنة الكتابة ولا تكون الكتابة إلا على سنتها .

والسنة : أن ما حدث للمكاتب من أمته أو للمكاتب من ولد بعد الكتابة فهو بمنزلتها يرق برقها ويعتق بعقها .

قلت : فمن كاتب أمة واستثنى ما في بطنها : قال : من قول مالك : أن من أعتق أمة واستثنى ما في بطنها أنه لا يجوز وتكون حرة بما في بطنها وكذلك المكاتب تثبت الكتابة ويسقط الشرط في ولدها .

م : وذكر ابن المواز قول ابن القاسم في شرط وطء المكاتبه : واسترقاق ما تلد وما يولد للمكاتب من أمته مثل ما في المدونة أن الشرط يفسخ وتمضى الكتابة قال :

وقال أشهب عن مالك : فى هذا كله تفسخ الكتابة ولو لم يبق منها إلا درهم واحد إلا أن يرضى السيد بطرح الشرط وإن لم يستفق لذلك حتى ودى الكتابة فولد المكاتب والمكاتبه حر معهما وكذلك فى بطن المكاتبه .

وقال ابن المواز : فى ذلك كله إذا ودا ولو نجما واحداً بطل الشرط وحصة الكتابة ، فأما قبل أن يودوا منها شيئاً فالسيد مخير بين أن يبطل الشرط أو يفسخ الكتابة .

ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب : ولو كان الشرط من المكاتب على سيده أن ما تلد زوجته وهى أمة للسيد فهم معه فى الكتابة فذلك جائز وما تلد المكاتبه ، فإن باعها السيد أو وهبها لم يدخل بعد ذلك ما تلده فى الكتابة .

قال أبو محمد : يريد : باعها ولا حمل بها .

ابن المواز : ولو كاتب السيد زوجته على حرة سقط شرط المكاتب فى ولدها .

يريد : ما تلد بعد كتابتها ولا يجوز أن يشترطهم الأب فإن لم يستفق لإبطال شرطه حتى ولدت فسد شرطه فيها لم يولد بعد وما ولد قبل إبطال الشرط وبعد كتابة الأم فهو مع كتابة الأب والأم تعتق مع أولهما عتقاً ويسعى معهما معونة لهما ويرث من مات من أبويه قبل العتق فإذا أعتق مع أولهما لم يبق له مع الثانى سعاية ولا موارثة وما ولد لها بعد إسقاط الشرط ففى كتابتها خاصة .

فى قطاعة المكاتب وقطاعة أحد الشريكين

قال مالك : الأمر عندنا فيمن قاطع مكاتبه بذهب على أن وضع عنه مما عليه من الكتابة وتعجل ما قاطعه عليه أنه لا بأس به وإنما كره ذلك من كرهه لأنه جعله كالدين يكون لرجل على رجل فيضع عنه منه وينفذه وليس الكتابة مثل الدين لأنه إنما قاطعه عبده على أن يجعل به عتقه وتمت حرمة فى الشهادة والميراث .

وهو كمن قال لعبده : إن جئتني بكذا فأنت حر ثم قال له : إن جئتني بأقل منه فأنت حر وليست الكتابة بدين ثابت ألا ترى أنها لا يحاص بها السيد غرماء المكاتب فى فلس ولا موت .

قال : ولا بأس أن يقاطعه على أن يؤخره ويزيده أو يعجل ما عليه من دين حل أو لم يحل في عرض ويؤخذه به إذ ليس بدين ثابت وكذلك لو كانت الكتابة من دراهم ففسخها في دنائير إلى أجل لم تكن به بأس .

وقال سحنون : وذلك إذا عجل عتقه .

قال ابن شهاب : لم يكن أحد من الصحابة يتقى المقاطعة على الذهب والفضة إلا ابن عمر فكره ذلك إلا أن يعطى عرضاً .

قال مالك في «العتبية» و«كتاب محمد» : وكل من اشترى كتابة المكاتب فهو كالسيد في جميع ما ذكرنا .

ومن «المدونة» قال مالك : ولا بأس أن يستأجر السيد مكاتبه بما عليه من الكتابة في عمل يعمله أو يقاطعه على أن يحفر له بئراً طولها كذا أو يبنى له بيتاً طوله كذا .

قال سحنون : إذا كانت القضاة يعملها بيده فذلك لا يجوز لأن كل خدمة تبقى عليه بعد عتقه فهي ساقطة وإن كانت عليه ديناً عاش أو مات فالقضاة جائزة إذا تعجل العتق بما قاطعه وإن لم يتعجل العتق لم يجز وكان ديناً بدين .

وقد كره مالك الربا بين العبد وسيده وكذلك مكاتبه لا يجوز ذلك بينهما إلا بتعجيل العتق .

ومن «المدونة» ابن القاسم : وإذا أحالك مكاتبك بالكتابة على مكاتب له وله عليه دين مقدار ما على الأعلى لم يجز إلا أن [ق/ ٢٠٧ / ٢ب] تبت أنت عتق الأعلى ، فيجوز فإن عجز الأسفل كان رقباً لك ولا ترجع على المكاتب الأعلى بما بقي لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حرمة .

ابن القاسم : ولا تجوز حمالة بكتابة الأعلى تعجيل العتق ، وأما الحوالة فإن أحالك على مالا دين له قبله لم يجز لأنها حمالة فلا تجوز الأعلى تعجيل العتق وإن كان له عليه دين حل أو لم يحل جازت الحوالة إن كانت الكتابة قد حلت ويعتق مكانه وكذلك إن حل عليه نجم فلا بأس أن يحيلك به على من له [ق/ ٢١٥ / ٢ب] .

ثبت أنت عتق الأعلى فيجوز ، فإن عجز الأسفل كان رقاً لك ، ولا ترجع على المكاتب الأعلى بما بقى ، لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حرمة .

ابن القاسم : ولا تجوز حمالة بكتابة إلا على تعجيل العتق ، وأما الحوالة ، فإن أحالك على ما لا دين له قبله لم يجز ، لأنها حمالة فلا تجوز إلا على تعجيل العتق ، وإن كان له عليه دين حل أو لم يحل جازت الحوالة إن كانت الكتابة قد حلت ويعتق مكانه ، وكذلك إن حل عليه نجم فلا بأس أن يحيلك به على من له عليه دين حل أو لم يحل ، ويبرأ المكاتب من ذلك النجم ، وإن كان آخر نجومه كان حرّاً مكانه ، وإن لم يحل النجم لم يجز أن يحيلك به على من له عليه دين حال ، لأن ذلك ذمة بذمة وربّاً بين السيد ومكاتبه ، وكذلك إن لم تحل الكتابة لم تجز الحوالة بها ، وإن حل الدين لأنه فسخ دين لم يحل في دين حل أو لم يحل ، وقد كره مالك بيع الكتابة من أجنبي بعرض أو غيره إلى أجل ، لأنه دين بدين ، ووسع في هذا بين المكاتب وسيده .

فلذلك كرهنا الحوالة على الأجنبي إذا لم تحل الكتابة لأنه يكون ديناً بدين .

قال أشهب : تجوز الحوالة وإن لم تحل الكتابة ، ويعتق مكانه ، لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت ، وكأنه عجل عتقه على دراهم نقداً أو مؤجلة ، والكتابة دنائير إلى أجل ، وكمن قال لعبده : إن جئتني بألف درهم فأنت حر ، ثم قال له : إن جئتني بخمس مائة درهم أو بعشرة دنائير فأنت حر ، فإن جاء بها كان حرّاً ، أو لم يكن بيع فضة بذهب وإلا فسخ دين في أقل منه ، وكان لم يكن قبله إلا ما ودى .

ابن الماجشون : وهذا أبين القولين وأجوزهما ، وإنما مكروهه عند ابن القاسم فيما أظن فيما لا يخرج به المكاتب حرّاً كله مكانه ، فلم يجز أن يحيله إلا بما قد حل من نجومه ، وأما ما لم يحل منها فلا يجوز عنده ، إلا أن يعتقه مكانه بذلك ، فتنفذ الحرية ويجوز ذلك فيه .

وقد قال مالك : لا يجوز الضمان بالكتابة ولا الحول بها ولا الأخذ عليها ، إلا بتعجيل العتق فإنه يجوز .

قال ابن المواز : صواب كله إلا في الحول على حق المكاتب على رجل برضا

السيد فهو جائز ، وإن كان بعض النجوم ، وقد جرى المكاتب من ذلك .

وفى « كتاب الحوالة » زيادة فى هذا من « كتاب المكاتب » .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فى المكاتب يكون بين الرجلين أنه ليس لأحدهما أن يقاطعه على حصته إلا بإذن شريكه ، وذلك لأن العبد وماله بينهما ، فلا يجوز لأحدهما أن يأخذ من ماله شيئاً إلا بإذن شريكه ، فإن أذن له فقاصه من عشرين مؤجلة فى حصته على عشرين معجلة ، ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض مثل هذا ما أخذ المقاطع خير المقاطع بين أن يرد إلى شريكه نصف ما فضله له ويبقى العبد بينهما ، أو يتماسك بما قبض ويسلم حصته من العبد إلى شريكه رقاً .

قال ابن المواز : ولو إنما قاطعه من العشرين على عرض أو حيوان نض إلى قيمة ذلك نقداً يوم قبضه ، ثم رد فضلاً إن كان عنده وأخذ حصته من العبد إن شاء . وإن كان قاطعه على شيء له مثل مكيل أو موزون ، رد مثله ورد الآخر كلما قبض ، وكان بينهما نصفين مع رقة العبد ، إلا أن يشاء أن يتماسك بما قاطعه به ، ويسلم حصته من العبد لشريكه فذلك له .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو مات المكاتب عن مال فلآخر أن يأخذ جميع ما بقى له من الكتابة بغير حطيطة حلت أو لم تحل ، ثم يكون ما بقى من مال بينه وبين الذى قاطعه على قدر حصصهم فى المكاتب . وقاله ابن المسيب .

قال ابن المواز : وإذا قاطع أحدهما بإذن شريكه فاقضى المتمسك أكثر مما أخذ المقاطع أو مثله ثم عجز المكاتب لم يرجع عليه المقاطع بشيء وبقي العبد بينهما ، ولو مات ولم يدع مالاً وترك شيئاً يسيراً ليس فيه مثل حق المتمسك ولا مثل ما أخذ المقاطع لم يرجع المتمسك على المقاطع بشيء لما عنده من الفضل ، ولو لم يأخذ المقاطع جميع ما قطعه عليه حتى مات المكاتب ولم يترك إلا أقل مما بقى عليه من الكتابة لتحامى فيه جميعاً المقاطع بما بقى له من إقطاعه مقاطعته والمتمسك بجميع ماله فى الكتابة .

م : قال بعض أصحابنا : ولو لم يقبض المقاطع شيئاً مما قاطعه عليه ، وقبض الذى لم يقاطعه شيئاً ، ثم عجز المكاتب .

فقال بعض شيوخنا من القرويين : إن كان الذى لم يقاطع إنما قبض عند حلول

كل نجم فلا رجوع للمقاطع عليها بشيء ، ولأنه رضى بتأخر المكاتب ، وترك لصاحبه ما أخذ ، وإن كان إنما عجل له المكاتب شيئاً قبل أجله فله فيه متكلم .

قال بعض أصحابنا : فيكون للمقاطع أن يأخذ من صاحبه نصف ما اقتضى .

م : والذي أرى إن اقتضى التماسك نجماً مما حل عليه فيتخاصماً فيه بقدر ما حل لكل واحد ، وأما إن عجل التمسك النجم قبل حله فللمقاطع القيام عليه ، فيأخذ منه قدر ما قاطعه عليه ، فإن فضل بشيء كان للتماسك ؛ لأن حق المقاطع قد أحل ، وحق الآخر لم يحل بتعجيله له قبل أجله هبة منه له ، فللمقاطع رد هبته وأخذها في حقه ، والله أعلم .

وهذا إذا لم يكن له مال غيره ، فإن كان له مال يأخذ منه المقاطع حقه أخذه منه ، وثم للآخر ما عجل له ، وإن كان إنما قاطعه بغير إذن شريكه وعلم بذلك قبل عجل المكاتب وقبل موته فإن ما قبض المقاطع يكون بينهما ، إلا أن يسلمه له شريكه ويتمسك هو بالكتابة ، ويصير كأنه قاطعه بإذنه ، فإن لم يرض فله أخذ نصف ما أخذ المقاطع ، لأن العبد وماله بينهما ، فليس لأحد أن يأخذ من ماله شيئاً إلا بإذن شريكه .

وقال بعض المتأخرين غير هذا ، وهو خطأ .

ابن المواز : ولو قاطعه بغير إذن شريكه ثم عجز المكاتب عن حق التمسك أو مات وقد استوفى التمسك مثل ما أخذ منه المقاطع ، أو ترك المكاتب ما يأخذ الآخر منه ما بقى له أو مثل ما أخذ المقاطع ، فلا حجة للتمسك على المقاطع .

لا يختلف في ذلك ابن القاسم وأشهب ، واختلفا : إذا عجز ولم يأخذ التمسك الأقل مما أخذ المقاطع ، لاختلاف قول مالك .

فقال ابن القاسم : الخيار ها هنا للتمسك بين أن يرجع على المقاطع بنصف ما فضله به على ما أحبها أو كره ، ويكون العبد بينهما ، أو يتماسك بالعبد كله ، ولا يكون للمقاطع أن يرد نصف الفضل ، ويرجع بنصيبه في رقبة العبد ، بخلاف المقاطع بإذن شريكه . ورواه عن مالك في « موطأه » .

وقال أشهب : إذا تمسك هذا [ق / ٢٠٨ / ٢ ب] بالعبد رجع الخيار للذي قاطع فله رد نصف الفضل ، ويكون له نصف العبد .

ابن المواز : لأنه يصير كأنه قاطعه بإذنه ، أو علم به فرض .

ورواه عن مالك ابن المواز ، وعليه : من أرضى من أصحاب مالك .

قال مالك : وكان ربيعة يكره أن يقاطع أحد الشريكين ، وإن أذن شريكه يقول : فإن فعلت ، ثم مات العبد فميراثه للذي يقاطع ، والذي تقدم من قول مالك هو قول ابن المسيب ، وعليه جميع أصحاب مالك .

ابن المواز : قال مالك في مكاتب بين رجلين ، قاطعه أحدهما على نصف نصيبه على مائة ، وجميع الكتابة لثمان مائة ، وأبقى الربع الآخر مكاتباً بإذن شريكه فذلك جائز ، فإن عجز العبد قبل أن يستوفى المتمسك شيئاً ، قيل للمقاطع : إن شئت فاردد على شريكك نصف ما فضلته به ، ويكون العبد بينكما ، وإن أبيت من ذلك بقى لك ربع العبد ، ولشريكك ثلاثة أرباعه .

قال : ولو أخذ منه المتمسك مثل ما أخذ المقاطع في انقطاعه وذلك مائة ، كان المقاطع أيضاً بالخيار في عجزه ، إن شاء سلم للمتمسك ما أخذ وكان له نصف العبد شاء المتمسك أو أبى ، وإن شاء أخذ منه ثلث المائة وكان له ربع العبد ، وللمتمسك ثلاثة أرباعه ، وكذلك إن قبض المتمسك مائتين فللمقاطع أخذ ثلثها وإن كره صاحبه ويكون للمقاطع ربع العبد فقط ، وإن شاء أخذ منه خمسين نصف ما فضل ليستويا في الأخذ ، ويكون العبد بينهما نصفين .

م : يريد : ولو قبض المتمسك ثلاث مائة لرجع عليه المقاطع فأخذ منه مائة حصّة ما بقى لهما من العبد مكاتباً ، وبقي العبد بينهما نصفين باستوائهما في الأخذ .

قال ابن المواز : وإنما يخير المقاطع إذا قبض المتمسك مائتين أو أقل ، لأن المقاطع لم يقبض غير ما قطع عليه ، وكان حقه أن يأخذ الثلث من كل ما يقتضى ، لأن له ربع المكاتب مكاتباً ولشريكه نصفه ، فإن شاء أخذ ذلك ، ثم له أن يختار التماسك بما قبض ، ويكون له ربع العبد ويرد ما قبض فضل به صاحبه ، ويكون له نصف العبد .

وانظر لم هذا ، وإنما كان ينبغي إذا عجز قبل أن يستوفى المتمسك شيئاً أن يقال للمقاطع : إن شئت فاردد إلى شريكك نصف ما فضلته به ويكون العبد بينكما ، وإن

أبيت من ذلك بقى لك ثلث العبد ، ولشريكك ثلثاه ، لأنك أبيت ربع مكاتبك ، ولشريكك نصفه مكاتب فله مثل مالك فيه فيكون بينكما أثلاثاً .

كما لو كان العبد بين ثلاثة ، لواحد نصفه وللآخرين ربعاً ربعاً ، فقاطعه واحد من اللذين له ربعه بإذن شريكه ، ثم عجز العبد قبل أن يقبض التماسك شيئاً . فإنه يقال للذى قاطع : أرد إلى شريكك ما فضلتهما به ويبقى العبد بينكم حسب ما كان ، فإن أبيت بقى العبد بين شريكك أثلاثاً ، لصاحب الربع ثلثه ، ولصاحب النصف ثلثاه .

فكذلك إذا كان بينهما فقاطع أحدهما نصف نصيبه الحكم سواء .

م : والمسألة فى « الموطأ » نحو ما ذكر فى « كتاب ابن المواز » .

وجه هذا : أن المقاطع لما رضى بما قاطعه فقد سلم ذلك الربع لشريكه خاصة ، لأنه قد أخذ عوضاً ، فوجب ألا يكون يعود إليه منه شيء والله أعلم بالصواب .

ابن المواز : ولو قاطعه أحدهما بإذن شريكه من الأربع مائة حصته على مائة قبضها منه ، ثم زاده الآخر فى النجوم على أن يزيده المكاتب على حصته مائة ورضى شريكه جاز .

وهذا لا يجوز على ما بين سحنون ، لأنه لم يتعجل عتقه .

قال ابن المواز : وإن عجز قبل أن يأخذ المزداد شيئاً ، خير المقاطع بين رد نصف ما فضله به ويكون العبد بينهما ، أو يتماسك ويسلم العبد لشريكه ، وإن قبض المزداد مثل ما أخذ المقاطع أو أخذ جميع حقه الأول بلا زيادة ، بقى العبد بينهما نصفين وإن كان قبض أكثر الزيادة رد نصف ذلك إلى المقاطع ، ويبقى العبد بينهما نصفين . وإن كان العبد إنما مات العبد قبل أن يأخذ المزداد شيئاً وترك مالا فليأخذ منه المزداد جميع ماله عليه من حقه الأول والزيادة ، فإن فضل بعد ذلك شيء وكان بينه وبين المقاطع نصفين ، وإن لم يترك شيئاً لم يرجع المزداد على المقاطع بشيء .

م : وذكر عن أبى عمران أن فى المكاتب بين الرجلين يقاطعه أحدهما بإذن شريكه لم يقتل العبد فتؤخذ قيمته من القاتل ، فإن قيمته مثل شركته وليست كرقبته ، لأن القيمة مال كتركته ومن جنس ما أخذ المقاطع ، والرقبة معينة تقع الرغبة فيها ، فلذلك جزيناه فيها ، فيكون المبدى بأخذ ما بقى له الذى لم يقطع ، ويكون ما بقى بينهما .

وقال غيره : القيمة عوض من الرقبة ، فإن كان فيها مثل ما أخذ المقاطع أخذه المتمسك وإن كان أكثر أو أقل فالجواب في عجزه .

م : والأول أصوب .

وذلك كالمكاتبين يقتل أحدهما فإن قيمته كمرتته يعتق فيها صاحبه أو ولده ، فكذاك قيمته ها هنا كمرتته ، والله أعلم .

ومن « العتبية » : روى أبو زيد عن ابن القاسم : العبد بين ثلاثة ، قاطع أحدهم بإذن صاحبه ولتماسك الثاني ، ووضع الثالث ، ثم عجز العبد فإن رد الذي قاطع نصف ما قاطع به إلى المتمسك كان العبد بين الثلاثة بالسواء . وإن أبا كان العبد بين المتمسك وبين الذي وضع نصفين .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن حل نجم من نجوم المكاتب بين رجلين ، فقال أحدهما لصاحبه : بدئي به وخذ أنت النجم المستقبل ، ففعل ، ثم عجز العبد عن النجم الثاني فليرد المقتضى نصف ما قبض على شريكه ، لأن ذلك سلفاً منه له ، ويبقى العبد بينهما ولا خيار للمقتضى . بخلاف المقاطعة .

وهذا كقول مالك في الدين ، يكون بينهم منجماً على رجل فبدى أحدهما صاحبه بنجم على أن يأخذ هو النجم الثاني ، ثم فلس الغريم في النجم الثاني ، أنه يرجع على صاحبه ، لأنه سلف منه له .

قال في « كتاب ابن المواز » : إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم الثاني ، فليس له أخذه به حتى يحل الثاني .

ابن المواز : ولو حل النجم الثاني قبل عجزه فتعذر على المكاتب ، وانظر لما يرجى له كان على الشريك أن يعمل لشريكه سلفه ، ثم يتبعان المكاتب جميعاً بالنجم الثاني .

قال ابن القاسم في « العتبية » : إذا قدمه بنجم ثم حل نجم بعده ، فقال له : تقاضى أنت وأنا واقضى ما أسلفتك ، فليس ذلك بشيء ولا له قبله شيء إلا أن يعجز المكاتب .

قال محمد : وكذلك لو حل على المكاتب نجم فلم يجز إلا نصفه فجاء به ،

فقال الشريك : آثرنى وخذ أنت حقك فى النجم الثانى . ففعل ، كان [ق / ٢٠٩ / ٢ ب] أيضاً سلف منه لشريكه يرجع عليه بحصته إن عجز المكاتب قبل أن يستوفى .

ولو قال الشريك : آثرنى به وانظر أنت المكاتب ، فرضى على هذا الشرط ، أو كان إنما سأل المكاتب أن يدفع ذلك لشريكه وينظره هو بحقه لكان ذلك إنظاراً منه للمكاتب فى الوجهين ولا يرجع به على الشريك إن مات المكاتب ولا شئ له ، وإن عجز ويكون العبد بينهما ، وهذا إذا لم يكن فيما جاء به زيادة على حق أحدهما ، فأما لو كانت فيه زيادة فأخذ ذلك الشريك بإذن شريكه ، واشترط فيه إنظار المكاتب لم يلزم ذلك فى الزيادة ، لأن الزيادة من مصابة الذى لم يقبض ، وقبض هذا كقبض صاحبها ، فإنما قبضها عنده وأحال بها القابض شريكه فى ما لم يحل له ، فإن لم يدفع ذلك المكاتب رجع الشريك بذلك على شريكه وإنما الإنظار فيما قد حل لا فيما لم يحل .

قال : ولو سأل المكاتب أحدهما قبل محل شئ أن يؤخره بحصته من الكتابة كلها حتى يتم إقتضاء الآخر ، فرضى له بذلك ، فذلك لازم لا رجعة له فيه ، بخلاف ما أحضره المكاتب لأنه بإحضاره وجب لهما ، فإن كان جميع ما حل عليه من الكتابة فهو سلف من الشريك لشريكه لا يجوز فيه إشتراط أنه نظرة للمكاتب لما قدمناه .

وإن كان نصف ما حل عليه لا زيادة فيه ، فجائز للشريك أن يسأل شريكه ذلك ، وينظر هو المكاتب بحصته فيلزم ولا رجعة له على شريكه حسبما بينا .

ومن « المدونة » : ولو أخذ أحدهما جميع حقه من المكاتب بعد علمه بإذن صاحبه ، وأخره صاحبه ، ثم عجز المكاتب ، فلا رجوع للذى أخره على صاحبه المقتضى ، ويعود العبد بينهما .

وهذا كغريم لقيهما قبض أحدهما حقه منه بعد علمه ، وأخذه الآخر ثم فلس الغريم ، فلا يرجع الذى أخره على المقتضى بشئ ، لأنه لم يسلف المقتضى شيئاً فيتبعه به ولكنه تأخير لغريمه .

قال ابن القاسم : وإن تعجل أحدهما جميع حظه من النجوم قبل محلها بإذن

شريكة ، ثم عجز المكاتب عن نصيب شريكه ، فهذا يشبه القضاة عندى في عجز المكاتب إذا لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه .

وقيل : ليس كالقضاة ، ذلك سلفاً من المكاتب للمتعجل ، وأما القضاة التى أذن فيها أحد الشريكين لصاحبه فهى كالبيع ، لأنه مكنه على ما تعجل منه ، ورأى أن ما قبض أفضل من حظه فى العبد إن عجز .

م : وبهذا أخذ ابن المواز ، ولم يعجبه قول ابن القاسم أنه كالقضاة ، ولا قول عبد الملك ، وذكر أن عبد الملك يقول فيها : إن عجز المكاتب قبل أن يحل عليه شيء من النجوم ، فليرجع على شريكه بنصف ما قبض ، وهو سلف من الشريك له ، وإن عجز وقد حل عليه شيء منها فإنه يمضى للقابض نصيبه مما قد حل ، ويخرج ما فضل عنده من ذلك ، ومما لم يحل ، فيكون بينه وبين شريكه مع رقبة العبد ، مثل أن يعجز وقد حل عليه نجمان ، كل نجم عشرة ، لكل واحد خمسة من كل نجم عشرة ، فليحبس المقتضى حقه من النجمين وهو عشرة ، ويخرج ما بقى منهما وهو عشرة مع سائر النجوم التى لم تحل مما قد اقتضاه ، فيكون ذلك بينهما نصفين مع رقبة العبد .

ومن « المدونة » : ابن وهب : وقال ربيعة : قضاة الشريك بخلاف عتقه لنصيبه الذى يقوم عليه بقية ولكنه كسراء العبد نفسه .

م : قوله : « ولكنه كسراء العبد نفسه » . يريد : كسرائه من أحد سيديه حصته ، فإنه لا يقوم عليه كما يقوم على المعتق بغير عوض ولكنه ينظر فإن كان ذلك بمعنى الكتابة فإنه يرجع رقيقاً ويقتسمان المال إن أحبا .

فى كتابة الجماعة والتراجع بينهم وتعجيل أحدهم وعتق السيد بعضهم والحمالة فى ذلك .

قال مالك : ولا بأس أن يكاتب عبده فى كتابة واحدة ، ويكون كل واحد ضامن عن بقيتهم ، وإن لم يشترط على ذلك السيد ، ولا يعتق أحد منهم إلا بتمام أداء الجميع ، وللسيد أحدهم بذلك ، وإن لم يجد عند جميعهم فله أخذ الملى بالجميع ، وهذا سنة الكتابة .

بخلاف حمالة الديون ، لو أن ثلاثة تحملوا الرجل ولم يشترط عليهم ، إن كان

واحد حميل بما على صاحبه لم يكن على كل واحد منهم إلا ثلث ذلك المال ، إلا أن يشترط عليهم أن كل واحد حميل بجميع المال ، فله أخذه ولتمام هذا في « كتاب الحماله » .

ابن المواز : وله أن يكاتب كل واحد من عبيده في كتابة ، وتعجيل بعضهم ببعض ولكن لا يبيع واحداً منهم ولا بعض كتابته ولا يعتق بغير إذن سيده صاحبه ، وإسقاط ضمانه .

قال أبو محمد : إنما ذلك في عقل واحد ، ويلزم على ما قال إن ودى صاحبه قبل صاحبه لم يعتق حتى يؤدي الآخر .

قال : ولا بأس أن يتحمل عبد بمكاتب له ، ويضمن عنه الكتابة ، بخلاف الأجنبي .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يوضع على المكاتبين في كتابة واحدة بموت أحدهم .

قال ابن القاسم : قال مالك : وإذا كوتبوا جميعاً كتابة واحدة قسمت الكتابة عليهم على قدر قوتهم عليها ، وأدائهم فيها على قيمة رقابهم .

قال في « كتاب ابن المواز » : وتقضى الكتابة بينهم على قدر غنائهم ورجائهم يوم عقدت ، فقد يكون من لا يملك اليوم شيئاً إرجاء لعبد اليوم ممن عنده اليوم الفناء فليجعل على كل واحد منهم بقدر ما يطيق .

قال ابن القاسم : على قدر قوته وجدته واجتهاده يوم عقدت الكتابة .

ابن المواز : قال عبد الملك : بحصته على العدد ، وكذلك إن استحق أحدهم وهم أربعة سقط عنهم ربع الكتابة .

ومن « المدونة » : ابن القاسم : وإذا ودى أحدهم الكتابة حالة على أصحابه بحصصهم منها على النجوم .

م : يريد : ما يقع على كل واحد منهم من الكتابة يوم عقدت على ما بينا ، ويدخله الاختلاف .

وحكى ابن حبيب عن ابن القاسم : أنه يرجع عليهم على قدر قوتهم على

الكتابة .

وقال أشهب : على قدر قيمتهم يوم كوتبوا .

وقال مطرق وابن الماجشون : على قدر قيمتهم يوم عتقوا ، ليس يوم كوتبوا .

قال أصبغ : على قدر قيمتهم يوم كوتبوا ، أو حالتهم يوم عتقوا ، أن لو كانت هي حالهم يوم كوتبوا .

وأخذ ابن حبيب بقول مطرق وابن الماجشون ، وهو خلاف ما ذكر محمد عن ابن الماجشون ، فصار في فض ما أدى عنهم خمسة أقوال :

قول : على قدر قوتهم عليها .

وقول : على قدر عددهم .

وقول : على قدر عددهم .

وقول : على قدر قيمتهم يوم عتقوا .

وقول : على قدر قيمتهم يوم كوتبوا وحالهم يوم عتقوا ، أن لو كانت هي حالهم يوم كوتبوا .

وهذا فيما يرجع عليهم من ودى عنهم ، وأما فيما يقضى عليهم في أداء الكتابة فلا يصح إلا ثلاثة أقوال : على قدر قوتهم عليها ، أو على عددهم [ق / ٢١٠ / ٢ ب] أو على قيمتهم يوم كوتبوا .

وقال ابن القاسم : على قدر قوتهم وغناهم ورجائهم .

هو أبينها ، والله أعلم .

ابن المواز : قيل لأشهب : فإن كان فيهم صغير فبلغ السعى قبل أن يؤدوا .

قال : فعليه بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة على حاله .

قال محمد : على حاله يوم الحكم ، إن كان هكذا يوم الكتابة .

قال أصبغ : ولا يعجبني هذا ولكن ، على قدر طاقته يوم بلغ السعى أن لو كان بهذا الحال يوم الكتابة .

قال في باب آخر : وإذا كان فيهم يوم عقد الكتابة من لا سعاية له أو صغير ،

فلا شيء عليه .

قال ابن القاسم : إلا أن يبلغ ، فينظر إلى حالته اليوم ، أن لو كان كذلك يوم وقعت الكتابة .

ابن المواز : وإذا أدى أحدهم الكتابة وعتقوا فإن كانت الكتابة قد حلت رجع بذلك حالا ، إلا إن كانوا أجنيبين ، وإن كانت لم تحل رجع بذلك على النجوم ، والحماله قائمة عليهم كما كانت للسيد .

قال ابن القاسم : فإن فلس أحدهم حاص بما أدى عنهم غرامه .

قال ابن المواز : صواب لأن ذلك سلف أخرجهم عنهم من ماله ، فهو بخلاف السيد بما يطالب من ذلك أو من قطاعه .

قال محمد : وإنما يرجع عليهم إذا ودى عنهم جميع الكتابة وعتقوا ، وأما مالا يعتقدون به فلا رجوع بذلك عليهم إلا بعد العتاقة لأن أخذهم بذلك الآن يضعفهم ، وإنما أدى عنهم لتقر عنهم للسعاية ، فلا يشغلهم باتباعهم عن الكتابة .

ولو أخذ ذلك منهم لأخذه من السيد عن نفسه وعنهم ، فنجوم السيد أولاً .

قال ابن القاسم فيه وفي « المدونة » : ولا يرجع على من يعتق عليه أن لو ملكه بشيء .

فصل

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا : أن للمكاتب تعجيل المؤجل من كتابته ، ويلزم السيد أخذه وتعجيل العتق ، وذلك أنه يوضع عن المكاتب كل خدمة وعمل وسفر ، لأنه لا تتم عتاقة رجل فتجوز شهادته وميراثه ، وعليه بقية من رق .

ابن وهب : وقال ربيعة : ولأن مرفق التأجيل للعبد خاصة ، فإذا جاء بجميع كتابته فقد برئ .

وقد أتى إلى عمر بن الخطاب مكاتب بكتابته ، وذكر أن سيده أبى أن يقبلها .

فقال عمر : خذها يا يرفاً وضعها في بيت المال ، واذهب فأنت حر ، فلما أراد ذلك مولاه قبضها . وكذلك فعل عثمان بن عفان .

قال ابن القاسم : ومن كاتب عبيدين له أجنيبين كتابة واحدة ، ثم حدث

بأحدهما زمانة، فودى الصحيح جميع الكتابة ، فإن الكتابة تقضى عليهما بقدر قوتهما على الأداء يوم عقد الكتابة ، فيرجع الصحيح على الزمن بما صار على الزمن منها .

قال سحنون : لأنه عتق بالأداء ، وقاله أشهب وأكثر الرواة .

قيل : فإن أعتق السيد هذا الزمن قبل الأداء .

قال : عتقه جائز ، وإن كره الصحيح ، وتبقى جميع الكتابة على الصحيح ، ولا يوضع عنه لمكان عتق الزمن شيء .

وإذ لا منفعة فيه إن ترك ورد عتقه من الضرر .

م : ولأن عتق هذا قد دفع ، وانتقل به حرمة الأحرار من الشهادة والموازية وغيره ، وهو اليوم لا منفعة فيه لصاحبه ، بل عليه ضرر نفقته ، وإنما منفعته شيء يرتجيه قد يصح له أولاً يصح ، فلا ينحط عنه حق وجب كله وغير متحقق .

م : قيل : فإن زمن أحدهما ، فودى صاحبه عنه وعن نفسه زماناً ، ثم أعتق السيد الزمن فقبل ذلك قبل تمام الكتابة ، هل يرجع الذى أدى على الزمن بما كان أدى عنه ؟

فقال ابن القاسم أبو عمر : أن يرجع عليه بذلك ، لأنه إنما أسقط السيد بالعتق باقى الكتابة ، وما أدى هذا عنه مدين لزم الزمن قبل العتق ، وبمنزلة ما لو أخذ المكاتب مالاً من أجنبى فوداه فى بعض كتابتها ، ثم أعتق السيد الزمن بعد ذلك ، فالدين باق فى ذمة المكاتب والزمن .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا كانا قويين على السعى لم يكن للسيد عتق أحدهما ، ويرد ذلك الفعل ، فإن أديا عتقها ، وإن عجز ألزم السيد عتق من كان أعتق .

كقول مالك فيمن أعتق عبده وعليه دين فرد غرماءه : عتقه ، ثم أيسر السيد قبل بيعه ، فأدى إلى الغرماء ، فإن العبد يعتق بالعتق الأول الذي كان أعتق .

قال سحنون : ومثل ذلك من أخدم عبده أو أجره ثم أعتق قبل تمام المدة ، فلم يجز المحدم ولا المؤاجر فالعتق موقوف ، فإذا تمت المرة عتق العبد بالعتق الأول الذى كان أعتق .

قال ابن حبيب ؛ قال أصبغ : وإذا أعتق السيد أحد المكاتبين فلم يجز الباقيون ذلك ، فسعى معهم وأدى بعض الكتابة ، ثم عجزوا وعتق الذي كان أعتق السيد ، فلا يرجع على سيده بشيء مما ودى بعد عتقه مما كان ينوبه ، إلا أن يكون له فضل ، فيرجع به على أصحابه ، ولو وجب أن يرجع على سيده بشيء مما أدى بعد عتقه لكان يشفع عنه ، وهو في الكتابة ولكن السيد لما رد فعله بقى العبد مكاتباً على حاله فيما أخذ منه كالغلة .

م : وليحيى بن عمر مثل كلام أصبغ .

م : وقال بعض القرويين : أن المسألة يدخلها القولان اللذان في مسألة : ومن أجر عبده ثم أعتقه ، أنه إذا قال : أردت عتقه ، إلا أن كانت بقية الإجارة للعبد فكذلك المكاتب إذا فضل عتقه للوقت بما يقتضى منه يرد على العبد ، ولا فرق بين حق الإجارة وبين حق المكاتبين .

وإذا كان ما يقتضى منه يرد عليه في هذا القول ، فيجب أن يسقط ذلك عنهم ، ويكون ذلك عوضاً من سعيه معهم ، إذ ليس عليه أن يؤدي أكثر مما يخصه ، إذا كانوا يقرؤون على السعى ، فإن أدوا عتقوا كلهم وإن عجزوا ، ولهذا قال : أدوا منه بقية الكتابة ، ويرجع عليهم بذلك ، وإن لم يكن له مال [وأعتق هذا بالعتق الأول .

قال بعض أصحابنا : تسقط عنهم حصته ، ويسعى معهم بعد ذلك ، ولا أدرى ما وجه ذلك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإنما منع السيد من عتق أحد المكاتبين وهما قويان على السعاية من أجل صاحبه والذي معه في الكتابة ، فإن أجاز صاحبه عتقه ، وكان صاحبه يقوى على السعاية كما ذكرنا ، ليس بصغير ولا زمن جاز عتقه ، ويوضع عن الباقي حصة المعتق من الكتابة ، ويسعى وحده فيما بقى عليه ، ولا يسعى معه المعتق ولو أجاز على أن يسعى معه المعتق فيما بقى عليه لم يجز العتق ، ويسعى جميعاً في جميع الكتابة .

قال ربيعة : لا يجوز للسيد أن يعتق أحدهم أو يقاطعه ، وإن أذن في ذلك أصحابه ، ويرد إن فعل ، لأن سعاية المعتق وماله عون لأصحابه في العتق .

قال سحنون : وهذا أعدل ، وينبغي أن ينظر في ذلك أى ذلك أنفع لهم من إجازة عتقه لضعفه عن السعى أورده لقوته [ق / ٢١١ / ٢ ب] فيه فيفعل الأنفع لهم من ذلك .

قال ابن المواز : إذا كانوا قد أشرفوا على العجز لولا هذا الذى أعتقه السيد لقوته على السعى ، أو لكثرة ماله ، وقد يكونون قد تقارب عتقهم ، فلا يجوز فى مثل هذا إذنهم للسيد فى عتقه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو دبر السيد أحدهما بعد الكتابة ثم أديا عتقا وإن عجز ألزم السيد تدبير من كان مديراً وإن مات السيد قبل عجزهما والمدير يحمله الثلث وهو قوى على الأداء حين مات السيد لم يعتق إلا برضا صاحبه على ما ذكرنا فى العتق .

قال أبو محمد : أنظر إن رضوا ، هل يكون فى الثلث الأقل من قيمته ، أو مما يقع عليه من بقية الكتابة كما لو كان وحده ؟

م : نعم ، يكون فى الثلث الأقل ، ولا فرق بينهما .

وذكر عن بعض شيوخنا أنه قال : ولو دبر أحدهما وهو زمن لا سعاية فيه ، ثم مات السيد ، فإنما يجعل فى الثلث قيمة الرقبة ، ولا ينظر إلى الكتابة إذ هو عاجز عنها .

وقال بعض أصحابنا : لا فرق بين الزمن وغيره لأن الكتابة قائمة ، ومن معه يؤدى عنه فحكمها باق .

م : وهو الصواب ، لأن من يعجز بعد حكمه حكم المكاتب وهو أبين ، والله أعلم .

وفى « العتبية » : قال سحنون عن المغيرة فيمن كاتب ثلاثة أعبد كتابة واحدة ، وبعضهم حميل ببعض فأبى أحدهم وعجزهم السلطان ، ثم قدم الأبق ومعه قوة على الأداء ، والسلطان الذى عجزهم قائم ، فالقادم على كتابته إن وداها عتق هو والمكاتبين معه ، ويرجع عليهم بما أدى عنهم .

قال بعض أصحابنا : إنما ذلك إذا لم يعلم بالغائب أو قد جهل وجه الحكم ، فعجز أصحابه دونه فوجب نقض حكمه ، وأما لو علم بالغائب فتلوم له ، فعجز

الجميع ثم قدم الغائب ، فالحكم ماض عليه وعلى أصحابه ويرقون أجمعون .
ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان المدبر زمناً يوم مات السيد عتق في
الثالث ، ولا يوضع عن أصحابه من الكتابة شيء ، كعتق الصغير والزمن .
قال عنه ابن المواز : وإذا زمن أحد المكاتبين فقال له السيد : إذا عجزت فأنت
حر ، فهو حر الساعة ، إذ لا يقع في توقيقه ، كذلك الصبي .

ومن « المدونة » : قال : وإن أعتق السيد أحد المكاتبين ودبر الآخر ، فإن كان
المعتق زمناً جاز عتقه ، وإلا لم يجز ، فإن عجز ألزمه العتق والتأجير ، وإن أديا لزم
العبد الغائب وإن كره ، لأن هذا يؤدي عنه ويتبعه إن لم يكن ذا قرابة له ممن يعتق
على الحر ، بالملك ، وتلزم الغائب الكتابة .

كقول مالك فيمن أعتق عبده على أن العبد كذا وكذا فيأبى العبد ، فإن ذلك
جائز ، والمال لازم للعبد ، وكذلك العبد يكاتب عن نفسه وعن أخ له صغير لا يعقل
في ملك السيد أنه جائز .

ابن المواز : وكذلك لو الذي عقل به الكتابة على كذا ، وفي كل نجم كذا ،
فرضي أحدهما ولم يرض الآخر ، فذلك يلزمه عند ابن القاسم ، ويرجع عليه بما
ودى عنه ، كما لو كان غائباً .

وقال أصبغ : على الاستحسان أو الإتيان فعلها .

قال : وكذلك عندى العبد الواحد يلزمه السيد الكتابة ، فذلك يلزمه على ما
أحب أو كره ، ولا حجة له فيها إلا بعجز ظاهر ، وقد تقدم في الباب الأول
الاختلاف في إكراه العبد على الكتابة .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : إذا كان لك عبد ولرجل آخر عبد ، لم يجز
لكما جمعهما في كتابة واحد ، وكل واحد منهما حميل على صاحبه لغر الكتابة ،
إذ لو هلك أحدهما أخذ سيد الهالك مالك الآخر باطلاً فهو أعذر ، وهو قول مالك
في دار بين رجلين حبساها على أنفسهما ، على أن مات منهما أولاً فنصيبه حبس
على الباقي منهما .

وقال مالك : لا خير في هذا ، إلا أنه عذر وتخاطر ، لأنه لو مات أحدهما أخذ

الآخر نصيب الآخر باطلاً ، فكذاك مسألتنا .

قال سحنون : فإن نزل ذلك فالكتابة جائزة لأنها حمالة ، والحمالة لا تبطل الكتابة .

قال ابن المواز : وأما عبدان بين رجلين ، أو ثلاثة أعبد بين ثلاثة نفر ، لكل واحد ثلث ، فقد اختلف في جمعهم في كتابة واحدة ، فلم يجره أشهب ، قال : لأن كل عبد تحمل سيده بحصة لغير سيده في عبد آخر ، فهي كتابة منتقضة ، إلا أن يسقطوا حمالة بعضهم عن بعض ، فيجوز إذا لم يكن تمّ عند كتابة تلزم فتكون كتابة كل واحد على حدة ، وعلى كل واحد ما يلزمه من الكتابة يوم عقدت .

قال أحمد بن ميسر : ليس كما احتج ، لأن لكل واحد ثلث عبد قائماً ، يقبض كل واحد عن ثلثه ثلث الكتابة ، فلم يقبض أحدهم من غير ملكه شيئاً .

وقال أشهب : وإذا كاتب الرجل عبديه كتابة واحدة فهو جائز ، فإن أراد بيع أحدهما فلا يجوز ، وكذلك لا يجوز بيع نصفهما ولا بيع نصف أحدهما ، لأنه لا يضيف مثل ما وصفت لك ، وذلك أن النصف المبيع يصير محتملاً عن من لا يملكه سيده .

قال : وله يبيعه من رجل واحد لا من رجلين ، لأن كل واحد من الرجلين تصير له حمالة بكتابة على من لا يملكه ، وإن سقطت الحمالة عنهم لم يجز لأنه يعجزهم ويضعفهم .

قال ابن المواز : أما بيعهما من رجلين أو من رجل نصف كتابتها جميعاً ، فذلك جائز ، ولو ورثها رجال جاز لكل واحد بيع نصيبه منهما وهبته .

وقد أجاز ابن القاسم وأشهب : بيع نصف المكاتب أو نجماً بغير عينه ، وأكره لمن اشتراها أو للورثة قسمتهما أن يأخذ هذا مكاتباً وهذا مكاتباً ، وله قسمة ما عليهما .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في « العتبية » : أن الورثة لا يجوز لهم إقتسام ما على المكاتب إلا عند انقضاء كل نجم ، لأنه ليس بدين ثابت ، كإقتسام الديون .

قال ابن المواز : وإذا كاتب الرجلان عبديهما كتابة واحدة فجائز لا ينقض ، بخلاف ما قال أشهب .

قال مالك : ويوضع على كل واحد منهما من الكتابة على قدر طاقته واجتهاده فيما يرى بين يوم الكتابة .

فصل

ومن « المدونة » ، قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا : أن العبد إذا كاتبه سيده لم ينبغ أن يتحمل له أحد بكتابه إن مات العبد أو عجز ، وليس هذا من سنة الكتابة ، لأن الكتابة ليست بدين ثابت ، وإن مات المكاتب أو عجز لم ينتفع الحميل ، ولا يكون له فى ذمة العبد إن وجد عنده شئ أخذه ، وإلا ذهب حقه وذهب ماله باطلاً ، وليس هكذا شروط المسلمين .

فى عجز [ق / ٤١٢ / ٢ ب] المكاتب وتعجزه نفسه .

قال ابن القاسم : وإذا غاب أحد المكاتبين فى كتابة أو هرب ، وعجز الحاضر لم يعجزها إلا السلطان بعد التلوم .

قال مالك : وإذا غاب المكاتب وحل عليه نجم أو نجوم ، لم يكن للسيد أن يعجزه إلا عند السلطان .

قال ابن القاسم : ولو أشهد السيد أنه قد أعجزه ، ثم قدم المكاتب بنجومه التى حل عليها ، فهو على كتابته ، ولا يقبل قول السيد عليه ولا يعجزه إلا السلطان .

فصل

قال مالك : وإذا كان للمكاتب مال ظاهر معروف فليس له تعجز نفسه وإن لم يظهر له .

قال : فذلك له دون السلطان ، ويمضى ذلك .

قال فى « كتاب محمد » : وكذلك لو كان صانعاً لا مال له .

قال فى « المدونة » : وكذلك إن عجز نفسه قبل محل النجم بشهر فذلك له ، وإنما الذى لا يعجزه إلا السلطان الذى يريد سيده تعجزه بعد ما حل عليه وهو يأبى العجز ، ويقول : يودى إلا أنه عطل سيده ، فالإمام يتلوم له ، فإن رأى له وجداً إذا ترك وإلا عجزه بعد التلوم ، ولا يكون تأخيرها عن نجومه فسخاً لكتابه ، ولا يعجزه

إلا السلطان ، ما دام العبد متمسكاً بالكتابة ، وأما مَنْ عجز نفسه وهو يرى أنه لا مال له فذلك له دون السلطان .

قال سحنون في « العتبية » : ولا يعجزه إلا عند السلطان .

قال ابن حبيب : وقال ابن كنانة وابن نافع : رذا عجز نفسه وكره الكتابة وأشهد بذلك رد مملوكاً ، وإن كان له مال ظاهر ، وقول مالك أحب إلينا .

م : فصار في ذلك ثلاثة أقوال : قول لا يعجزه إلا السلطان على كل حال .

وقول أنه : يعجز نفسه إن كان له مال ظاهر لم يعجز نفسه ، وإن لم يكن له مال فله أن يعجز نفسه ، وهو أصوبها .

ومن « المدونة » : وإن عجز نفسه وهو يدى أنه لا مال له ، ثم ظهر له مال صامت قد جناه أو طرأ له فهو رفيق ، ولا يرجع عن ما رضى به أولاً .

قال ابن المواز : وإنما له أن يعجز نفسه ولا مال له ، إذا كان وحده ، وأما إن كان معه ولد فلا تعجيز له ، ويؤخذ بالسعى عليهم صاغراً ولو تبين منه [لدداً] رأيت عقوبته ، وإن كان له مال ظاهر فلا تعجيز له ، ويؤخذ مال فيعطى لسيده شاء أو أبى .

أبو محمد : يريد : بعد محله ، ويعتق هو وولده .

وروى ابن وهب في « المدونة » : أن عبد الله بن عمر كاتب غلاماً له يقال له : شرف ، بأربعين ألف درهم ، فخرج إلى الكوفة فكان يعمل بها على حمولة ، حتى أدى خمسة عشر ألفاً ، فجاءه إنسان فقال : أمجنون أنت ، تعذب نفسك وابن عمر يشتري الرقيق مميناً وشمالاً ثم يعتقهم ، ارجع إليه وقل له : إني عجزت .

فجاءه بصحيفة فقال : يا أبا عبد الرحمن قد عجزت فهذه صحيفتي امحها . فقال : لا والله امحها أنت إن شئت . فمحاها ، ففاضت عينا عبد الله بن عمر ، ثم قال له : اذهب فأنت حر . فقال : أصلحك الله ، أحسن إلى ابني . فقال : هما حران . فقال : أصلحك الله أحسن إلى أُمى ولدى . فقال : هما حرتان . فأعتقهم خمستهم في معقل واحد .

فى أداء المكاتب وله أو عليه دين

قال مالك : وإذا أراد المكاتب ما عليه وسيده غائب ، ولا وكيل له على قبض الكتابة ، فليرجع ذلك إلى الإمام ويخرج حرّاً حل الأجل أو لم يحل .

قال ابن القاسم : ورذا حل على المكاتب نجم وللمكاتب مثله على السيد فله حصاصه إلا أن يفلس السيد ، فيحاص الغرماء بماله على سيده ، إلا أن يكون السيد قاصداً بذلك قبل قيامهم ، فذلك ماض .

فصل

قال مالك : وإذا أدى المكاتب كتابته وعليه دين ، فأراد غرماءه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه ، فإن علم أن ما دفع من أموالهم فله أخذه من السيد . فقال ابن القاسم : ويرجع رقاً .

م : يريد : مكاتبهم ، وهذا من قوله ، يدل أنه دفع إلى سيده شيئاً تقدمت له فيه شبهة ملك ، أنه يرد عتقه ويرجع مكاتباً خلاف ماله بعد هذا .

قال مالك : وإن لم يعلم أنه من أموالهم لم يرجع على السيد بشيء من ذلك .

م : واختلف فى معنى قوله : « فإن لم يعلم أن ما دفع من أموالهم » هل يريد أموالهم بعينها أو دفع ، وقد استغرق الدين ما كان بيده ؟ والذى أرى : أنه إن دفع وهو مستغرق الذمة فله رده ، وإن لم تكن أعيان أموالهم ، أو ما قوله عنها ، وكما لهم منع الحر من العتق والصدقة إذا كان مستغرق الذمة ، فكذلك لهم منع هذا من أن يعتق نفسه .

وقد قال مالك بعد ذلك : إذا كان المكاتب مدياناً ، فليس له أن يقاطع سيده ، ويبقى لا شيء له ، لأن غرماءه أحق بماله من سيده ، فإن فعل لم يجز ، فكذلك أداه بجميع كتابته ولا فرق بين أعيان أموالهم وأثمان ذلك أو ما اعتاض المكاتب منها ، إن ذلك كأعيان أموالهم سواء ، والغرماء أحق بها ، لأن دينهم فى ذمته ، ودين السيد ليس فى ذمته .

وأما قوله : « وإن لم يعلم ما دفع من أموالهم لم يرجعوا على السيد بشيء من ذلك » فهو ما أفاده بعمل يده ، وأرش جرحه أو دفعه مما بيده ، وليس يستغرق الذمة

فيما بقى بيده وفاء لدينه ، ثم تلف بعد ذلك ما أبقي بيده ، فهو الذى ليس له فيما دفع إلى السيد فتكلم ، والله أعلم .

م : وإن كان ذلك بيده لأن عمل يده كإجارته ، وأرش جرحه كرقبته ، فكما أن المديان لا يؤاجر ولا يباع فى الدين ، فكذلك لا تسلط لهم على عمل يده ولا أرش جرحه ، وكما كان لا رد للغرماء فى عتق المديان ، وإذا كان بقى بيده ما يبقى بدينهم ، فكذلك المكاتب إذا بقى بيده ما يبقى بدينهم .

قليل : فإن أشكل فيما دفع المكاتب ، هل ذلك من أعيان أموالهم وأعواضها وما تولد عنها ، أو من عمل يده وأرش جرحه ، أو مال وهب له ليعتق به ؟

فقال بعض علمائنا : إذا أشكل ، هل ذلك من بعض الأسباب التى لاحق للغرماء فيها ، أو من أموالهم التى هم يبدون فيها على السيد ؛ لم يكن إلى نقض العتق سبيل ، ولو اعترف بذلك السيد لكان القياس أن ينفذ العتق ، ويرجع الغرماء على السيد بما قبض ، لإقراره أنهم أولى بذلك منه ، إلا على قول سحنون ، فإن زعم أن كل ما اكتسبه المكاتب من عمل يده قبل عجزه ، فإنه للغرماء لا أحرزه عن سيده ، فلا يتبقى له إلا أن يوهب له مال أو يوصى له به ، بشرط أن يؤديه إلى سيده أو يسلفه ليوم ما ، ليتبعه به بعد براءة لزمته .

وإنما النظر لو قام الغرماء ويبد المكاتب مال مجهول الأصل ، فتنازع الغرماء والسيد فيه ، وقد [ق / ٢١٣ / ٢ ب] عجز أو لم يعجزه ، وأشرف على العجز وهو باق على الكتابة ، فالقياس أن يحتاط للغرماء بما لا يحتاط للسيد ، لأنه قد عرض المكاتب ، فللكتابة المديانات كالأحرار ، فهى لاحتمال الأمرين ، فإذا أنفذ العتق أراد أن يمنع غرماءه من ماله كان عليه البيان لا سيما مع ما ذكرنا عن سحنون .

وأما ما وداه إلى السيد وعتق به ، فللعتق حرمة ، لاحتمال الأمرين فإذا أنقذنا العتق لم يجد بداً من تمسك السيد بما قبض ، لأنه فكاك لرقبته ، وغير معتدل أن ينزعه من السيد ثم يمضى العتق .

وقال غيره : إذا كان ما على المكاتب يعتق ما فى يديه فهى أموال غرمائه ، حتى يعلم أن الذى دفع إلى سيده من عمل ولده ، أو أرش جرحه .

م : وهذا موافق لظاهر « المدونة » مع ما يسعده من قول أشهب وسحنون أن عمل يده للغرماء كما أن ما فى عمل أيدي الحر من عمل يده للغرماء ، وهو نحو ما

قدمنا فى حل المسألة ، والله أعلم بالصواب .

ومن « المدونة » : قال أشهب وابن نافع عن مالك فى مكاتب قاطع سيده فيما بقى عليه على عبد دفعه إليه ، فاقترف مسروقاً فأخذ منه ، فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد .

قال ابن نافع عن مالك : وهذا إذا كان له مال ، فإن لم يكن له مال رد مكاتباً ، كما كان قبل القطاعة .

وهذا رأى ، والذي كنت أسمع .

وقال أشهب : لا يرد عتقه ، لأن حرمة قد تمت وجازت شهادته وواث الأمرار ولكن ينبع بذلك .

قال عن مالك : وإن قاطع سيده على وديعة أودعت عنده ، فاغترمه ذلك بيد سيده ، وأخذ منه أنه لا يعتق المكاتب .

وقال : لا يعتق المكاتب هكذا بالباطل لا يؤخذ الحق بالباطل .

يريد : ويرجع مكاتباً .

وقال ابن القاسم وغيره : إن المكاتب سيده بشىء ولم يتقدم له فيه شبهة ملك ، فهذا الذى لا يجوز له يعنى : ويرد عتقه ، ويرجع مكاتباً .

قال : وأما ما كان بيده يملكه وله فيه شبهة لطول ملكه ، ثم استحق ذلك مضى عتقه ورجع عليه بقيمته ، فإن لم يكن له مال اتبع به ديناً .

م : فإن قيل : فلم لم يرجع بباقي الكتابة التى قاطعه عليها ، كمن أخذ من دينه عوضاً ثم استحق إنه يرجع بدينه .

قيل : الكتابة ليست بدين ثابت ، لأنها تارة تصح وتارة لا تصح ، فأشبهت ما لا عوض له معلوم من نكاح أو خلع بعرض يستحق فإنه يرجع بقيمته ، فكذلك هذا .

قال مالك : وإذا كان المكاتب مدياناً ، فليس له أن يقاطع سيده ، ويبقى لا شىء له ، لأن غرماء أحق بماله من سيده ، فإن فعل لم يجز ذلك .

وإن مات المكاتب وترك مالاً وعليه دين ، فغرماءه أحق بماله ، ولا يحاصهم

السيد بما قاطعه به ، كما لا يحاصهم بالكتابة وقاله زيد بن ثابت .

وقال شريح : يحاصهم بنجمه الذى حل .

قال ابن المسيب : أخطأ شريح .

وإذا عجز المكاتب وعليه دين كان رقيقاً لسيدته ، وبقي دين الناس فى ذمته لا فى رقبته .

قال ابن شهاب : ولو كوتب وعليه دين كتبه فإن كان ديناً يسيراً بدء بقضائه قبل أداء الكتابة ، وأقر على كتابته ، وإن كان ديناً كثيراً يحبس نجومه ، خير سيده بين فسخ الكتابة أو تركه حتى يقضى دينه ، ثم يستقبل نجومه ، وبالله التوفيق .

فى حكم المكاتب وتزويجه وسفره

والحكم فى ماله وأمته وولده

وفىما فضل له من أعين به

قال الرسول - ﷺ : « المكاتب عبدًا ما بقى عليه عشرة دراهم » (١) .

وقال جماعة من الصحابة والتابعين : هو عبد ما بقى عليه درهم واحد ، فوجب بذلك أن يكون حكم المكاتب حكم الأرقاء فى الميراث والشهادة والحدود والجراح والحجامة وغير ذلك حتى يؤدى ما عليه .

قال مالك : وليس للمكاتب أن ينكح إلا بإذن سيده ، لأن ذلك يعينه إن عجز .

ابن المواز : قال مالك : وله أن يزوج عبيده وإماءه .

وقال ابن القاسم : إذا كان على وجه النظر ورجاء الفضل .

وقال أشهب : لا يزوج عبده إلا بإذن السيد ، وأما إماءه فإن خفف بذلك عن نفسه ثقلاً أو أدخل مرفقاً يرى أن ذلك أفضل له جاز ذلك بغير إذن سيده .

قال أشهب : وإن كان معه فى الكتابة غيره ، فليس للسيد إجازة نكاحه ، إلا بإجازة من معه ، إلا أن يكونوا صغاراً فيفسخ على كل حال ، ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم ، ولا يتبع إن عتق ما بقى .

ابن القاسم : وما رد من عتقه وصدقته فلا يلزمه إن عتق ، وإن كان ذلك بيده ، ولا يتزوج الرجل مكاتبته وإن رضيت ويزوجها لغيره برضاها .

ومن « المدونة » : ولا له أن يسافر أو يخرج من أرض سيده إلا بإذنه ، اشترط ذلك عليه أو لم يشترط .

قال ابن القاسم : إلا ما قرب من السفر ، مما ليس على سيده فيه إذا غاب كبير مؤنة بحلول نجم وغيره .

ولذلك قال مالك : ولو شرط عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بدون إذنه فيمحو كتابته بيده ، لم يكن له محوها إن فعل المكاتب شيئاً من ذلك ، ولا يرجع ذلك إلى السلطان قاله ابن وهب .

وقال ابن شهاب : ولا ينبغي لأهل المكاتب أن يمنعوه أن يتسرروا ، وقد أحل الله له ذلك حتى يؤدي نجومه .

فصل

قال مالك : وإذا كاتب الرجل عبده تبع العبد ماله من رقيق أو عوض أو عين أو أظهره ، ولم يكن للسيد أخذه بعد الكتابة ، إلا لمن يشترطه سيده حين الكتابة ، فيكون ذلك له .

قال : والمكاتب مثل المعتق ، إذا عتق تبعه ماله وأحرزه عن سيده ، ولا يتبع المكاتب ما تقدم له من ولد ولا حمل أمته وإن كتم ذلك ، ويكون الولد إذا وضعته رقاً للسيد ، والأمة تبعاً للمكاتب دون الولد ، وليس الولد كماله ، والعبد إلا أعتق تبعه ماله في السنة ، ولا ينفعه ولده فيكون حراً مثله ، وإذا فلس أخذ ماله ، ولا يؤخذ ولده ، والذي يبتاع عبداً ويشترط ماله ، لا يقضى له بولده .

وأما الأمة إذا كوتبت وهي حامل فولدها مكاتب معها ، يعتق بعثتها ، وقد تقدم هذا .

قال ابن المواز : ولو كاتب عبده عليه ، وعلى أم ولده في كتابة واحدة أو مفترقين فهو جائز ، وتخدم على المكاتب أمته .

وإن كاتبها كتابة واحدة ، وهو انتزاع من السيد فلا تحمل للمكاتب إلا بنكاح . وولاؤهما للسيد ، وإن مات المكاتب سعت وحدها ، لأنها في عقل الكتابة ، وإن

ترك وفاء أعتقت عليه فيه ، وأتبعها ولديها منه ، أو السيد إن لم يكن لها ولد بما ودى عنها وذلك [ق / ٢١٤ / ٢ ب] إذ لم يكن تزوجها ، فإن كان المكاتب تزوجها بعد أن كاتبها السيد .

فلا يرجع عليها السيد ولا الولد بما أدى عنها من مال زوجها الميت .

قال ابن المواز : وهو صواب إن شاء الله ، ورواه أصبغ عن ابن القاسم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : والمكاتب إذا أعانه قوم على كتابة بمال فودى منه كتابته وفضلت منه فضلة ، فإن أعانوه بمعنى انفكاك رقبته لا صدقة عليه ، فليرد عليهم الفضلة بالخصص أو يحللوه منها ، وفعله زياد مولى ابن العباس ، رد عليه الفضلة بالخصص .

قال ابن القاسم : وإذا عجز المكاتب فكلما قبض السيد منه قبل العجز حل له ، كان من كسب العبد أو من صدقة عليه .

قال مالك : ولو أعين المكاتب بشيء على فكاك رقبته ، فلم يفك ذلك بكتابه ، كان لكل من أعانه الرجوع بما أعطى ، إلا أن يحلل عنه المكاتب ، فيكون له .

قال ابن القاسم : ولو أعانوه قديماً على الفكاك ، فذلك إن عجز حل على السيد .

وقال سحنون : وقال أشهب : إن عرفهم رده عليهم .

يريد : إذا أعانوه على الفكاك قال : وإن لم يعرفهم جعله في مكاتبين ، أو في رقاب .

قال سحنون : ولست أرى ذلك ، وأرى إن لم يعرفهم أن يوقف المال بيده أبداً ، وهو كاللقطة .

م : يريد : فى الإيقاف له فى المدة ، لأنه قال : يوقف أبداً وفارق اللقطة فى هذا ، لأن هذا عرف صاحبه ، واللقطة لم يعرف صاحبها فأوقفت سنة ، كما جاء فى الحديث وهو كالوديعة يغيب صاحبها ولا يعرف له خبر ، فقد قيل : إنه يعمر ثم يتصدق بها ، ولا يقتصر فى إيقافها على سنة .

قيل : فإن قال الذين أعانوه : إنما أردنا إفكاك الرقبة .

وقال السيد : بل الصدقة .

نظر إلى عرف البلد ، فيكون الأمر عليه ، فإن لم يكن فى ذلك عرف ، فالقول قول الذين أعانوه ، أنه منهم على الفكك مع إيمانهم . حكى ذلك عن أبى عمران ، وقد تقدم ذلك فى الباب الأول ، أن ابن القاسم يجيز كتابة الصغير .

قال أشهب : لا تجوز كتابة الصغير ولا الأمة التى لا صنعة بيدها ، لأن عثمان كان يكره أن ي خارجها .

فيمن أعتق بعض مكاتبه أو

شقصاً له فيه فى صحة أو وصية

قال مالك : ومن أعتق شقصاً له مكاتب له ، أو كان بينه وبين آخر ، فليس يعتق وإن عجز ، وإنما هو وضع مال إن كان أعتق نصفه وضع عنه نصف كل نجم ، وإن ثلث فثلث .

وقال يحيى بن سعيد وغيره .

قال مالك : وإن أعتق ذلك عقل الموت أو أوصى بذلك أو وضع من كتابته فذلك عتاقه ، لأنه ينفذ من ثلثه على كل حال .

م : يريد : لأنه لو جعل ذلك وضع مال ثم عجز ، فرق للورثة صاروا لم ينفذوا وصية الميت ، والميت أراد إبتالهما ، وألا يعود إليهم بشيء منها .

والصحيح : إنما أراد التخفيف على المكاتب ، وأنه إن عجز رق على هذا عمل أمره ، لأنه إنما تملك منه اليوم مالاً ، ولو فك قصد إلى إبتال عتقه كما قصد للموصى ، وأنه إن عجز كان ذلك النصيب حرّاً لوجب عتقه ، واستتم عليه بقية عتقه .

روى ابن سحنون عن مالك : أنه إذا أعتق نصف مكاتبه فهو وضيعة ، إلا أن يريد العتق ويعمر له ، فهو حر كله .

قال ابن المواز : والفرق بين الصحة فى هذا وبين الوصية أن الوصية : أشرك بين المكاتب وبين ورثته على قدر ما أوصى له به من نفسه ، فصار شريكاً للورثة بقدر

ذلك ، فليس ولا أحدهم أولى من صاحبه . فكما لو أوصى بذلك لرجل ، لكان شريكاً للورثة بقدر ذلك .

والصحيح : يقول : لم أغلظ من الرقبة شيئاً ، إنما أعطيته دنائير أو دراهم .

ومن « المدونة » ، قال مالك : وإن كان المكاتب بينه وبين رجل ، فوضع عنه حصته أو أعتق منه حصته في غير وصية ، فإنه يوضع عنه حصته من كل نجم ، فإن عجز رق لهما ولا يقوم على الذى أعتقه .

وليس عتقه ذلك عتقاً إذ إنما يملك منه مالاً فعتقه وضع المال ، وإن مات قبل أن يؤدى بقية كتابته وله مال أخذ المتمسك مما ترك ما بقى له ، ثم يقتسمان ما بقى بينهما .

وقال ابن المسيب : فلو كان ذلك عتقاً لكان ما ترك للمتمسك خاصة ، ولكان إذا عجز يقوم على الذى أعتقه .

قال ابن القاسم : وإذا زمن المكاتب فأعتق سيده نصفه لم يعتق عليه النصف الثانى ، إلا بأداء بقية الكتابة .

يريد : أنه لا يعتق منه شيء إلا بعد أداء بقية الكتابة .

قال مالك : وإذا هلك سيد المكاتب فورثته ورثته فأعتق أحدهم نصيبه منه ، ثم عجز المكاتب كان رقيقاً كله ، لأن عتقه إنما هو وضع مال .

ومما يبين لك ذلك : أن الرجل إذا مات وترك مكاتباً ، وترك بنين وبنات فأعتق أحد البنين نصيبه من المكاتب ، إن ذلك لا يثبت له من الولاء شيء ، ولو كانت عتاقة لثبت الولاء لمن أعتق منهم من رجالهم ونسائهم ، وأن من سنة المسلمين التى لا اختلاف أن الولاء لمن عقد الكتابة ، وأنه ليس لمن يورث سيد المكاتب من النساء من ولأء المكاتب شيء ، وإن أعتقن نصيبهن إنما ولاؤه لذكور سيد المكاتب أو عصبته من الرجال .

قال ابن المواز : ومن قال لعبده : إن كلمت فلاناً فنصفك حر ، فكاتبه ، ثم كلم فلاناً ، فليوضع عنه نصف ما بقى من الكتابة يوم حنث ، فإن عجز رق كله ولا يلزمه حنث .

وقال أشهب : كمن أعتق نصف مكاتبه ، وكذلك لو حنث أحد الشريكين بعد

أن كاتباه ، وضعت عنه حصته ، فلو كاتب كان عتقًا لقوم إن عجز ولكنه يبقى رقيقًا ، بينهما ولو كان إنما حلف بحرية جميع عبده ، ثم كاتبه مع آخر ثم حنت فذلك عتق إن عجز ، ولا يعجل عتقه حتى يعجز ، وهو كمن أعتق أحد مكاتبه .

قال بعض شيوخنا : ولو أعتق عضواً من مكاتبه ، كقوله : يدك حرة ، أو عينك حرة ، ونحو ذلك لعتق عليه جميعه ، لأنه قاصد للعتق ها هنا ، لا الوضع المال .

بخلاف إذا أعتق عنه جزء النصف أو الثلث ، ألا ترى : أنه لو قصد ها هنا العتق وعمل له ، لوجب عتقه ، كما قال مالك .

ابن سحنون : ومن قال لعبده : اخدم فلاناً سنة ، وأنت حر فوضع عنه المخدم نصف الخدمة ، فإن أراد أنه ترك له خدمة ستة أشهر فهو كذلك ، وإن أراد أنها ملك لك تشاركني في الخدمة وتصير لك ملكاً ، كان حرّاً كله مكانه . كمن وهب لعبده نصف خدمته .

قلت لسحنون : فلم قلت في هذا المخدم : إذا وهبه نصف خدمة أن يعتق عليه ، وإن أعتق نصف مكاتبه لم يعتق عليه ، وكان وضع مال ؟ .

قال : هو مفترق ، ولا أقول فيه شيئاً .

ابن سحنون : الخدمة مقام الرقبة ، فهبة بعضهما كهبة بعض الرقبة ، لأنه من عجل عتق عبده على خدمة سنة ، أنه يعجل عتقه ولا حرمة عليه ، لأن ذلك بقية رقه ، فهو كمن أعتق . [ق / ٢١٥ / ٢ ب] .

بعض عبده وأمهت بت إنما يلزمه مال فعتقه نصفه وضع نصف ما عليه إلا أن يقصد إلى عتق عبده الرقبة كما ذكرت .

ومن « العتبية » : روى عيسى عن ابن القاسم فيمن وضع عن مكاتبه نجماً من نجومه بغير عينه عند الموت فإن كان النجم ثلاثة وضع عنه من كل نجم ثلاثة ، وإن كان أربعة فربعه فإن أدى عتق عتق ، وإن عجز .

فإن كانت النجوم ثلاثة عتق ثلثه ، وإن كانت أربعة عتق ربه ثم على هذا .

وروى عنه أبو زيد مثله في « المدونة » وإن أوصى أن يوضع النجم الأول نظر إلى قيمته لو بيع في قرب محله فإن كانت قيمته خمسين وقيمه بقية النجوم على محل

أجأها خمسين علمت أن الوصية له بنصف رقبته فيجعل في الثلث الأقل من نصف قيمته رقبته أو قيمة النجم فإن قدر حمل الثلث عتق نصفه ووضع عند ذلك النجم بعين وكذلك يعمل في النجم الآخر والأوسط ، وإن لم يرد غير المكاتب خير الورثة بين أن يضعوا عنه ذلك النجم أو يعتقوا ثلثه ويوضع عنه من كل نجم ثلثه .
في « المكاتب الثاني » إيعاب هذا .

فيمن وطء مكاتبته أو بنتها

قال مالك : ومن كاتب أمة فليس له وطؤها فإن فعل درى عنه وعنهما الحد أكرهها أو طأعته ويعاقب إلا أن يعذر بجهل ولا صداق لها ولا ما نقصها إن طأعته .
يريد : إن كانت بكرًا .

قال ابن القاسم : وإن أكرهها فعليه ما نقصها .
يريد : : إن كانت بكرًا ، وكذلك قال سحنون : إنما ينقصها إذا كانت بكرًا فيغرم ما بين قيمتها بكرًا وثيبًا .

قال ابن القاسم : وأما الأجنبي فعليه مثل مال ما نقصها طأعته أو أكرهها إذ قد تعجز فترجع إلى السيد ناقصة فذلك حق لا يسقطه عنه طوعها .

قال مالك : وإذا وطأها السيد طائعة أو كارهة فهي على كتابتها إلا أن تحمل فتخير بين أن تكون أم ولد أو تمضى على كتابتها .

قال سحنون وابن المواز : ولها إذا عجزت إن حملت أن تعجز نفسها وترجع أم ولد ، فإن كان لها مال كثير ظاهر وقوة على السفر وليس ذلك للمكاتب أن يعجز نفسه إذا كان على هذه الصفة .

م : للاختلاف في ذلك .

وقد قال سعيد بن المسيب : إذا حملت بطلت كتابتها وصارت أم ولد .
فلذلك كان لها أن تعجز نفسها عند مالك ، وإن كان لها مال ظاهر قال سحنون في « كتاب ابنه » : عن مالك .

وإن اختارت المضى على كتابتها فنفتها في الحمل على السيد ما دامت حاملاً كالمبتوتة .

قال ابن حبيب : وكذلك سمعت من أرضى يقول : لأنه إنما ينفق على ولده .
وقال أصبغ : نفقتها في الحمل على نفسها لا على السيد لأنها اختارت المضي
على كتابتها فلها حكم المكاتب إلا أن تعجز فتكون أم ولد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو ضرب رجل بطنها فألقت جنينها ميتاً ففيه
ما في جنين الحرة موروث على فرائض الله تعالى ، كقول مالك في جنين أم الولد
من سيدها .

وروى ابن وهب عن ابن المسيب أنه قال : إذا وطء السيد مكاتبته فحملت
وبطلت كتابتها وهي جاربه .

يريد : أم ولد .

وقال النخعي : تبقى مكاتبه إذا وطأها فإن عجزت رقت وإن حملت فهي أم ولد .
قال ربيعة : إن وطأها طائفة فولدت منه فهي أمة ولا كتابة له فيها يعني : أم
ولد، وإن أكرهها فهي حرة والولد به لاحق .

قال ابن القاسم : وإذا ولدت المكاتبه بنتاً ثم ولدت بنتها بنتاً أخرى فزمنت البنت
العليا فأعتقها السيد جاز عتقه وبقيت الأم مع البنت السفلى فإن أدبتا عتقتا وإن عجزتا
رقتا ، قيل : فإن وطء السيد البنت السفلى فأولدها . قال : ولدها حر ولا تخرج
هي من الكتابة وتسعى معهم إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها إلى السيد وتحط عنهم
حصتها من الكتابة وتصير حيث أم ولد للسيد فذلك لهم فإن أبوا وأبت لم تكن أم
ولد ، وكانت في الكتابة على حالها .

قال سحنون : وهذا إذا كان الدين معها في الكتابة فمن يجوز رقاها .

قال : وإن كانت في فوتها وأدائها فمن يرجو نجاتهم بها ويخاف عليهم إذا رضوا
بإجازتها لعجز إذ لم يجز ذلك إذ ليس لهم أن يرقوا أنفسهم .

قال سحنون : وقال بعض الرواة : لا يجوز إن رضوا ورضيت ، وإن كان قبلهم
من السعى والقوة مثل ما قبلها كان ما تصير إليه حالتهم من الضعف ولتبقى معهم
على السعى فإن عتقوا عتقها ، وإن عجزوا كانت أم ولد .

قال أبو محمد : معرفة ما يخصها من الكتابة هو أن يقال : كم يلزمه هذه حين

بلغت السعى إذ لو كانت هكذا يوم الكتابة ، فيحط عنهم قدر ذلك على قول من أجاز ذلك وقاله أصبغ .

ومن « كتاب ابن المواز » : قال : وإذا كاتب المكاتب أمته بإذن السيد وطأها المكاتب فحملت فلا خيار لها في التعجير وتمضى على كتابتها ، فإن ودت خرجت مع ولدها أحراراً فإن أدى المكاتب قبلها خرج هو وولدها أحراراً وبقيت هي فيمن بقى عليها إن شاءت أو عجزت نفسها فكانت له أم ولد ، ولو مات في كتابته قبل خروجها وترك وفاء بكتابتها خرجت هي حرة وولدها ، وإن بلغ الولد قبل عتقها سعى مع أقربهما عتقاً فيعتق بعقثهم ، ولو كان معه ما يؤدي عن أبويه أخذ من ماله ما يؤدي عنها وعتقوا وإن ماتت هي أولاً وتركت مالاً أخذه المكاتب من مالها ما بقى عليه وعتقت هي وولدها .

ما بقى من مالها وإن لم يكن فيه وفاء فإن للولد أخذه والسعاية فيه وكذلك لو لم يتزع شيئاً فإن ودى عتق وإن عجز كان في كتابة الأب .

قيل لابن القاسم : فإن كان سبيل المكاتب هو الذي وطء هذه المكاتب فأحبها .

قال : هذه لها الخيار في أن تعجز نفسها وتكون أم ولد للسيد الواطئ ويغير قيمتها للمكاتب ولا شيء عليه في ذلك وليس للسيد أن يحاسب بالقيمة المكاتب في كتابته إلا أن يشاء المكاتب وإن اختارت البقاء على كتابتها غرم قيمتها يوم وطئها قيمة أمة فتوقف تلك القيمة خيفة أن يغرم الواطئ عند العجز ويكون ولده حرّاً مكانه وإن ردت عتقتا وأخذ الواطئ القيمة التي وقفها وإن عجزت كانت القيمة لسيدها المكاتب وكانت أم ولد للسيد الواطئ .

قال ابن القاسم : وإن ماتت قبل أن تؤدي كانت القيمة لسيدها المكاتب أيضاً .

وقال في « العتبية » : إن ماتت قبل الأداء أخذت من القيمة الموقوفة قيمة الولد فدفعت إلى المكاتب ورجع باقيها إلى الواطئ .

م : وذكر محمد فيها جواباً لأصبغ [ق / ٢١٦ / ٢ ب] وأعابه ، قال : والجواب عنه : أن تخير فإن اختارت العجز كانت أم ولد لحبلها وغرم لمكاتبه قيمتها ولم يدخل عليه فيها نقص ولا ضرر فلا حجة له حتى تعجز فإن عجزت رجعت أم ولد للسيد الواطئ على ما أحب أو كره وغرم القيمة يوم الوطء أو ما بقى عليه من

القيمة يغرم الأقل منها فإن رضى بغرم ما بقى عليها من الكتابة خرجت ولم يتبعها من ذلك شيء وإن هو غرم قيمة رقبتها كانت أم ولد .

قال : ولا مضى لإيقاف القيمة إذ لم يلحق بالوطء من الضرر بإحضارها فقد يوجب ذلك تفليس وقيام غرمائه عليه فلا منفعة بتعجلها المكاتب وفي إبقائها أيضاً ضرر إذ قد تتلف ولو كنت أرى إيقافها لأوقفت ما تؤدي للمكاتب بعد الإيقاف لأنى لا أغرمه إلا قيمتها يوم الوطء فيجب إيقاف ما تودى حتى ننظر ما يصير إليه أمرهما لأنها إن عجزت فقد كانت أم ولد لواطئها عن يوم وطئها فلا شيء للمكاتب من كتابتها ، فقد صار إيقاف القيمة ضرراً عليها ولكن أرى أن تترك على حالها الذى اختارته تودى كتابتها لسيدها فإن عجزت غرم الواطئ القيمة ولم يرد المكاتب تأدى منها بعد الوطء ، لأنه أخذ ذلك قبل أن يمضى فيها حكم فاقضاه على أنها مكاتبه وملكه فهو كالغلة قبل الاستحقاق ، وكمن أعتق أمة أو كاتبها ثم أستحقت بحرية ، أو بملك ، فلا يرد من كانت بيده شيئاً من ذلك إلا من يوم ينظر الحاكم فيها ويوقفها فتوقف الغلة إلى وقت الحكم .

قال : وإن كانت ماتت فى نجومها فلا شيء على واطئها ، لأنه ليس من سبب الوطء ماتت . قيل : فلم يغرم الواطئ قيمة الولد وتكون تلك القيمة معونه لأمه فى كتابتها كما قالوا فيمن اشترى أمة فأولدها ثم استحقت : إنها مكاتبه وأن الأب يغرم قيمة الولد فيأخذه السيد ويحسبه لأمه من آخر كتابتها .

قال : لأن هذه ترجع إلى رق الكتابة ، ولا تكون أم ولد للواطئ فولدها بمنزلتها فلذلك غرم الأب قيمتهم ولولا السنة التى جرت بحريتها لكان مكاتباً مع أمه فإنما فداهم أبوهم عن الكتابة ، ألا ترى أنه لو تأخر الحكم عن الأب حتى ودت الأم الكتابة وخرجت حرة لم يكن على الأب فيهم غرم .

مسألتك يؤل أمرها إلى أنها أم ولد لمحبلها إذا عجزت فيغرم قيمتها وإن قيمة عليه فى ولدها ، أو يؤل إلى الحرية بالأداء فلا غرم عليه على حال وذكر فيها ابن سحنون قولاً لسحنون تركته خشية التطويل .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : ومن وطء مكاتبه ابنه فحملت فإنها تخير بين أن تقوم عليه وتكون له أم ولد وتبطل كتابتها ، أو أن تسعى فى كتابتها على حالها ، فإن أدت عتقت ، وإن عجزت قومت عليه .

وقال سحنون : لا خيار لها لأن هذا من نقل الولاء وليس لها نقل ولائها حمل إلا فى عجز بين .

وقال : فإن عجزت فالابن مخير إن شاء قومها على أبيه .

قال أبو محمد : المعروف لأصحابنا أنه لا بد أن يقومها عليه لأنها أم ولد .

قال ابن القاسم : وإن اختارت البقاء على كتابتها أوقفنا القيمة من الأب فإن أدت رجعت القيمة إليه وإن عجزت أخذها الابن وصارت أم ولد للأب وإنما توقف القيمة لخوف عدمه وإن جنى عليها جناية من ذهاب جارحة قبل عجزها فإن كان فى عقلها ما تعتق به عتقت ورجعت القيمة إلى الواطئ وإلا سعت فيما بقى عليها ، فإن أدت عتقت وإن عجزت فرضى واطؤها بما أخذ سيدها من ثمن جسدها فيما عليه من القيمة ولو أصابها ذلك بأمر من الله ثم عجزت أخذ الابن القيمة كلها بلا إحطاط شىء .

م : وفيما ذكرناه كفاية ، وفى « كتاب أمهات الأولاد » من معانى هذا الباب .

فى بيع المكاتب وبيع كتابته

قال مالك : لاتباع رقبة المكاتب وإن رضى لأن الولاء قد ثبت لعاقل الكتابة .

قال ابن القاسم : فإن بيعت رقبته ولم يعجز رد البيع ما لم يفت بعث يمضى وولاء لمن أعتق وقد أخبرك الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد أنه باع مكاتباً له ممن أعتقه ، وإن عمرو بن الحارث عقل فى ذلك حتى اشتراه فلذلك أمضينا بيعه إذا مات بعث ، وقاله الليث .

قال سحنون : وهذا إذا كان العبد راضياً ببيع رقبته فكأنه رضى منه بالعجز .

وقد تأول بعض أصحابنا أن يحيى بن سعيد إنما باع مكاتبه بعد عجزه .

قال ابن نافع : كما عجزت بريرة فاشتريتها عائشة .

وقال غيره : عقد الكتابة عقد قولى فلا يجوز بيع رقبته ويرد بيعه وينقض عتقه ،

وقاله أشهب .

قال أشهب : وهذا إذا كان المكاتب لم يعلم بالبيع .

قال ابن القاسم : وكان مالك يقول فى المدبر : يباع فيعتقه المبتاع أن يبعه يرد ،

ثم قال : لا يرد .

فصل

قال مالك : أحسن ما سمعت فى المكاتب أن سيده لا يبيع كتابته إذا كانت عيناً إلا بعرض نقداً ولا يؤخره فيكون ديناً بدين وقد نهى عنه عن الكالى بالكالى وإن كانت الكتابة عرضاً بيعت بعرض مخالف له أو بعين نقداً ، ولا يؤخذ شيء من ذلك .

قال : ويتبعه فى بيعها مكاتبه وماله ويؤدى إلى المبتاع ، فإن ودى عتق ، وكان ولاؤه للبائع وإن عجز رق للمبتاع .

وقال عطاء بن أبى رباح وعمرو بن دينار وقال ابن المسيب : والمكاتب أحق بكتابته إن رجعت بالثمن ، وقضى به عمر بن عبد العزيز .

قال : وكذلك مَنْ عليه دين فيتبع فهو أولى به بالثمن ، وقاله مالك فى « سماع أشهب » .

قال : وذلك إذا بيعت جميع كتابته حتى يعتق بذلك فأما ما لا يعتق به فلا يكون أحق به لأنه لا يرجع إلى خدمته .

قال أصبغ عن ابن القاسم : عن مالك فيمن اشترى كتابة مكاتب ثم مات المكاتب ، قال : كتابته ميراثه له لأنه لو عجز لاسترقه وكذلك فى الهبة والصدقة يرثه إن مات ، وإن كان ما يترك أكثر من الكتابة فهو له .

وروى الصادحى والدمياطى عن ابن القاسم فيمن وهب كتابة مكاتبه لرجل فعجز فهو رق للمعطى كالبيع .

م : وروى عنه أبو زيد أنه يرجع للواهب ، وقاله أشهب .

وروى عنه محمد مثل رواية الصادحى عن ابن القاسم .

وروى لنا عن أبى بكر بن عبد الرحمن فيمن اشترى كتابة مكاتب ثم وجد بالمكاتب عيباً ، قال : ينظر به فإن ودى كتابته فلا رجوع للمشتري بشيء ولأنه قد حصل له ما اشترى ، وإن عجز فرق له فله رده بالعيب ويرد معه جميع ما أخذ من كتابته ولم يكن ذلك كالغلة ألا ترى أن لو [ق / ٢١٧ / ٢ ب] اقتضى تسعة أعشار كتابته ثم عجز فرده بالعيب أ يكون له ما اقتضى بل يرد ذلك لأنه إنما اشترى الكتابة فليست كالغلة .

وقال غيره : ليس عليه أن يرد شيئاً مما قبض من الكتابة فهى ذلك كالغلة وله رده ، وإن لم يعجز ، لأنه بالعجز يرق له ثم يرد معه ما قبض من كتابته .

واحتمج بأن الأمر كان فيه متوقف لا يدرى ما يحصل له الرقبة بالعجز أو مال الكتابة ، فلما عجز فكأنه اشترى رقبته فكان غلة أم .

م : والأول أبين لأنه إنما اشترى الكتابة والرقبة قد تصح لك أو لا تصح ، وما يكون له أو لا يكون فلا حكم له .

قال ابن القاسم : وإذا كاتب المكاتب عبداً له فباع السيد كتابة الأعلى تبعه مكاتبه لأنه ماله ويود الأسفل للأعلى فإن عجز الأسفل رق الأعلى وإن عجز الأعلى وحده ودى الأسفل للمبتاع ولا يرجع إلى المكاتب بعد أن عجز فإن ودى عتق وكان ولاؤه للبائع ومن غير « المدونة » : قال أشهب بل الولاء للمبتاع لأنه عبده .

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم مثله ، وخالفه وقال : بل الولاء للبائع ، وهو الصحيح .

وقال ابن القاسم فى رواية سليمان : وبلغنى أن ربيعة وعبد العزيز كانا يريان بيع كتابة المكاتب غرراً لا تجوز .

وقال مالك فى « العتبية » : ولا يجوز لأحد الشريكين بيع حصته وإن أذن له شريكه إلا أن يبيعا جميعاً .

قال ابن القاسم : وكذلك لا يجوز أن يشتري المكاتب نصيب أحد الشريكين إلا أن يشتري جميعه .

وقال أصبغ : كره بيع أحد الشريكين حصته فى المكاتب من الكتابة لأنه كالغلة ، وجائز عند غيره .

وأجاز ابن القاسم وأشهب فى « العتبية » بيع نصف المكاتب أو جزء منه أو نجم بغير عينه لأنه يرجع إلى جزء منه .

فى كتابة أحد الشريكين وتدييره نصيبه بإذن شريكه أو بغير أذنه ، ومن كاتب بعض عبده .

قال مالك : الأمر المجمع عليه عندنا : أنه لا يجوز أن يكاتب الرجل شقصاً له

من عبده بإذن شريكه أو بغير إذنه إلا أن يكتبه جميعاً كتابة واحدة لأن ذلك ذريعة إلى عتقه النصيب بغير تقويم وذلك خلاف قول الرسول - عليه السلام - فيمن أعتق شركاً له في عبد فإنه يقوم عليه نصيب شريكه .

قال مالك : فإن كاتب نصيبه بإذن شريكه أو بغير إذن فسخ ذلك ورد ما أخذ سواء قبض الكتابة كلها أو بعضها فتكون ذلك بينه وبين شريكه مع رقبة العبد على قدر حصصها وتبطل كتابته ويبقى عبداً له على حالته الأولى .

قال غيره : إنما يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قسمة ، ومن دعى إلى رده إلى العبد فذلك له إذ لا يجوز اقتسام مال العبد إلا بالرضا منهما .

قال ابن القاسم : ولو كاتب هذا حصته ثم كاتب الآخر حصته بغير شريكه ولم يعلم أحدهما بكتابة الآخر لم يجز إذ لا يكاتبه جميعاً كتابة واحدة ويفسخ كاتبه على مال متفق أو مختلف لأن كل واحد يقتضى دون الآخر ، وليس ذلك وجه الكتابة ولو جاز هذا لأخذ أحدهما ماله بغير إذن شريكه .

وقال غيره : إن وافق الثاني كتابته الأول في النجوم والمال جاز ذلك ، وكأنهما كاتبه جميعاً وإن اختلف لم يجز ، وقيل : وإن كاتبه هذا بمائة إلى سنتين وهذا بمائتين إلى سنة فإن حصصهما المائتين مائة وواحدة وبالمائة الباقية إلى سنتين جازت ، فإنه أبى قيل للمكاتب : أترضى أن تزيد صاحب المائة مائة وتعجلها إلى سنة ليتفق الأداء ؟ فإن فعل جاز أيضاً وإلا فسخت الكتابة .

قال ابن اللباد : لم يروه يحيى ولكن هو لابن الماجشون .

م : وهو عندنا من رواية يزيد بن أيوب .

قال ابن القاسم : وأما إن أعتق هذا أو دبر ثم فعل الآخر مثله ، أعتق أو دبر ولم يعلم بفعل صاحبه فذلك جائز .

فصل

قال : ومن كاتب بعض عبده لم يجز ذلك ولا يكون شيئاً منه مكاتباً وإن أدى لم يعتق منه شيء كقول مالك فيمن كاتب شقصاً له من عبد .

والعلة في ذلك أيضاً أنه يؤدي إلى عتق نصفه إذ ليس كتابته بصريح العتق بمنع من ذلك لثلا يكون خلاف السنة فيمن أعتق نصف عبده على غيره ومن غير كتابة لأحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه أنهما يتخاطران في ماله فيقتضى هذا نجومًا وآخر خراجًا ، وإذا كاتب نصف عبد هو له فأصل الكتابة لا تكون إلا على المراضات كأنها بيع ألا ترى أن العبد لو أراد أن يكتابه سيده بكتابة مثله أو أكثر أو أقل لم يلزمه السيد ذلك إلا أن يرضى ، فكذلك لا يلزم السيد أن يكتب ما بقى بعدما كاتب إلا بالرضا كان به والكتابة ولا يعتق إذا أدى عن ما كوتب منه إذ ليست الكتابة عتقًا وإن كاتب تصير إلى عتق .

في كتابة الأب عبد ولده والوصى عبد يتيمه وكتابة المكاتب والمأذون والمديان عبيدهم

قال ابن القاسم : ولا بأس إن كاتب الرجل عبد ولده على وجه النظر لأن بيعه وشراءه ، على وجه النظر جائز ، وقاله مالك .

قال مالك : وإذا أعتق عبد ولده الصغير جاز عتقه إن كل مليًا يوم أعتق ويقوم عليه .

قال غيره : فإن لم يكن له مال فلم يرجع إلى الحكم ولا نظر فيه حتى أفاد مالاً ثم عتق للعبد ، وكان كعبد شريكين أعتق أحدهما نصيبه ولا مال له فلم يرجع إلى الحكم حتى أفاد مالاً فإنه يقوم عليه ويتم عتق العبد كله .

قال مالك في « كتاب القسم » : وإن لم يكن الأب موسراً يوم أعتق فرجع إلى الحكم رد عتقه للعبد إلا أن يتناول زمانه وتجوز شهادته ويناكح الأحرار فلا يرد ويتبع الأب بقيمته .

قال في « كتاب محمد » : وإنما يلزمه العتق إذا أعتق عبد ابنه الذي في حجره وولايته ، فأما الأب الكبير الخارج من ولايته فلا يجوز عتقه في عبده .

ابن المواز : وإذا أعتق عبد ابنه الصغير عن الابن لم يجز ذلك ولما يلزمه ويقوم عليه إذا أعتق عن نفسه .

وفي « كتاب العتق » زيادة على هذا .

ومن « المكاتب » : قال ابن القاسم : والموصى أن يكتب عبد من يلي عليه على

النظر ولا يجوز أن يعتق على مال يأخذه منه إذ لو شاء انتزعه منه ، ولو كان على عصة من أجنبي جاز على النظر كبيعه عليهم ، وكذلك الحكم فى المكاتب يكاتب عبده .

فصل

قال ابن القاسم : وإذا كاتب المكاتب عبده على وجه النظر ثم عجز الأعلى ودى المكاتب الأسفل إلى السيد [ق / ٢١٨ / ٢ ب] لأنه حين عجز صار رقيقاً وصار ماله لسيدته كما كان له على مكاتبه فهو مال للسيد ولأن مالكاً قال : إذا عجز المكاتب الأعلى فولاء المكاتب الأسفل إذا ودى وعتق للسيد الأعلى ولا يرجع إلى المكاتب الأول على حال أبداً وكتابة المكاتب عبد على ابتغاء الفضل جائزة وإلا لم تجز وكذلك قوله لعبده : إن جئتني بكذا فأنت حر ، فإنما يجوز ذلك إذا كان على ابتغاء الضفل إلا إنه يتلوم للعبد فى مثل هذا بلا تنجيم فإن فى « كتاب الولاء » : ولا يعتق المكاتب عبده على مال يأخذه منه لأنه يقدر أن ينتزعه منه فأما على أخذ المال من أجنبي فجائز كبيعه منه .

قال فى « الخلع » : إذا خالع أو تصدق بإذن سيده فجائز .

وقال فى « الحماله » : إن حمالته بالدين بإذن سيده جائز .

وقال غيره : لا تجوز لأن ذلك داعية إلى رقه .

فصل

ولا يجوز للمأذون أن يكاتب عبداً له أو يعتقه إلا بإذن سيده ، فإن فعل بإذنه وعلى المأذون دين يفتقر ماله لم يجز ذلك إلا بإذن غرمائه لأن ماله للغرماء وكتابته من ناحية العتق إلا أن يكون فى ثمن للكتابة إن بيعت كفافاً فللدين أو القيمة الرقبة فلا حجة للغرماء لأنهم إذا قضوا دينهم أو قيمة الرقبة التى كانت تباع لهم لوردت الكتابة لم يكن لهم حجة وتباع لهم الكتابة فيعجلونها إن شاؤوا فإن ودى المكاتب عتق وإن عجز رق لمشتريه ، وكذلك الجواب فى المديان يكاتب عبده .

سئل أبو عمران ما الفرق بين كتابة الوصى لعبده مما يلى عليه وبين كتابة المأذون لعبده إن ذلك لا يجوز فى المأذون إلا بإذنه السيد .

قال : الفرق أن الوصى أقام الأب مقام نفسه وعوضاً منه فهو كأبيه فى ذلك

والمأذون إنما أذن له السيد في النظر في التجارات والبياعات بين الأجنيين ، وأما بيعه عبده من نفسه أو كتابته إياه فلم يؤذن له فيه لأن ذلك من ناحية العتق لا من باب المتاجرة ، ألا ترى أنه لا يحاص الغرماء بالكتابة ولا بما أعتق عبده عليه لأن ذلك من باب المعروف وليس في ذمته ، وذلك بخلاف متاجرته مع الأجنيين ، فكانت المتاجرة والمكاتبة مفترق .

قال : وسأوى أشهب بين الوصى وبين المأذون وبين المكاتب في كتابة العبد وأرى : أن الكتابة ها هنا [] التجارة وإبتغاء الفضل كسائر المتاجرات وذهب إلى أن للمأذون أن يكتب عبده على وجه النظر وليس لغرمائه في ذلك مقال أذن له السيد أو لم يأذن .

قال : وإن للحر المديان أن يكتب عبده إذا وقعت بغير محاباة على وجه النظر وإن كره الغرماء .

وأبى ذلك ابن القاسم في المديان . واختلفا في المريض : فأجاب فيه كل واحد منهما بضد قوله في المديان .

قال ابن القاسم : كتابة المريض من ناحية البيع إذا لم تكن محاباة .
وأبى ذلك أشهب في « كتابه » .

وإن [] ولم يحابه حتى يحمل رقبته الثلث .

وكان سحنون نحى إلى أن الكتابة عنده من ناحية العتق في المريض والمديان لأنه استشهد في المريض لما جاء بكلام أشهب بقول ابن القاسم : في « كتاب المديان » : أنه يجوز ، لأن ذلك من ناحية العتق فصار ابن القاسم يجيزه في المريض ولا يجيزه في المديان .

وقال أشهب بضده .

وقال سحنون : لا يجوز فيها ، واحتج أشهب بمنع المريض من الكتابة إذ لم يحمله الثلث فإنه حابى نفسه بما جر إليه وإلى ولده من الولاء ، وقد اعترض عليه فيما يجوز من كتابة المديان لأنه حابى نفسه أيضا بالولاء وهو أصل مضطرب فيه هل الكتابة من ناحية البيع أو من ناحية العتق فمهما دلّ عليه في النازلة غلب الحكم عليه .

م : وهذا كله من كلام أبى عمران إلا ما اختصرت أنا منه وبينت .

قال ابن القاسم : ومن كاتب عبده وعلى السيد دين قد جنى العبد جنائية قبل الكتابة فقيم عليه بذلك الآن ، فقال العبد : أن أودى عقل الجنائية والدين وأبتت على كتابتي ، فذلك له .

وقيل لأبى عمران : فهل يحاسب السيد فى الكتابة بما أدى من دين أو جنائية ؟ فقال : أما الدين فيحاسبه بذلك إذ لو صحت الكتابة لم لحق السيد دين لم يكن على المكاتب منه شيء وإنما كتابته فى الدين وإنما ما أدى فى الجنائية فلا يحاسب السيد بشيء من ذلك لأنه لو جنى بعد صحة الكتابة لم يكن على السيد منها شيء ، وإنما يقال للمكاتب : قم بجنايتك وإلا عجزت ، فلو كان يحاسبه بجنايته قبل الكتابة يحاسبه به إذا كانت بعد الكتابة ، وهذا أبين .

قال ابن القاسم : ومن كاتب أمته وعليه دين يغترقها فولدت فى كتابتها من غيره ثم قام الغرماء فلهم فسخ الكتابة ويرقها الدين وولدها إلا أن يكون فى ثمن الكتابة إن بيعت بنقد مثل الدين أو مثل قيمة رقبتها فلا تغير الكتابة ولكن تباع فى الدين .

قال : ولو فلس سيد العبد بدين رهقه بعد الكتابة بيعت الكتابة للغرماء فيقضون حقهم ولا شيء لهم غير بيع الكتابة وإن كثر الدين .

فى كتابة النصرانى عبده وإسلام مكاتبه

قال ابن القاسم : وإذا كاتب النصرانى عبده النصرانى كانت كتابته ثم ، أو أراد بيعه وفسخ الكتابة لم يمنع من ذلك وليس هذا من حقوقهم التى يتطالبون فيها فيما بينهم والعق أعظم حرمة ، ولو أعتقه ولم يبين عليه عن يده ثم رده فى الرق لم يمنع من ذلك ، فكذاك الكتابة إلا أن يسلم العبد .

م : يريد : فيلزمه كتابته وعتقه . وهذا خلاف قوله فى « العتية » قال فيها فى نصرانى أعتق عبده ثم أراد بيعه : فليس للإمام منعه فإن أسلم العبد قبل أن يرجع فى عتقه فإن كان بان عن يده حتى صار حاله حال الأحرار فلا رجوع له فيه بعد إسلامه وإن كان إذا أعتقه يستخدمه بخدمته التى كان عليها حتى أسلم فله الرجوع فيه فلم يجعل لإسلامه حكماً إلا بالبينونة ، والبينونة عندنا تمنع من الرجوع فيه وإن لم يسلم فلا فرق بين العتق والكتابة فى هذا المعنى .

وظاهر « المدونة » أنه يلزمه العتق والكتابة وإن لم يبين أنه حكم بين مسلم

وذمى وأما إذا أبانه فذلك يلزمه ، وإن لم يسلم فلو كان الحكم للبينونه لم يكن لذكر الإصلاح معنى ، والله أعلم .

وقد جوز فى « كتاب العتق » من هذا ، والله الموفق للصواب .

ومن « المكاتب » : وقال غيره : إذا كاتب النصرانى عبده النصرانى ولم يكن له نقض الكتابة لأن هذا من التظالم بينهم الذى لا ينبغي للحاكم أن يتركهم لذلك .

ومن { ق / ٢١٩ / ٢ ب } « العتبية » قال سحنون : فى النصرانى يكاتب عبده النصرانى بمائة قسط من خمر ثم أسلم المكاتب بعد أن ودى نصف الخمر . قال : على المكاتب نصف قيمة نفسه عبداً قنّاً أو يكون نصف كتابة مثله فى قوة على السعاية .

وكذلك لو كان إنما أسلم السيد الجواب واحد .

وذكر ابن حبيب مثله عن ابن الماجشون إلا أنه قال : يكون عليه حصة ما بقى من كتابة مثله إن ثلث فثلث وإن ربع فربع .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا اشترى ذمى عبداً مسلماً لم يفسخ شراؤه ولكن يباع عليه من مسلم فإن كاتبه قبل أن يباع عليه أو كاتب عبده النصرانى ثم أسلم العبد بعد الكتابة فإن كتابة هؤلاء كلهم تباع من مسلم فمن عجز منهم رق لمشتريه وإن ودى عتق وكان حراً وولاء الذى كوتب وهو مسلم للمسلمين دون مسلمى ولد سيده الذمى ثم إن أسلم سيده بعد ذلك لم يرجع إليه ولاؤه لأنه قد كان ثبت للمسلمين وأما الذى أسلم بعد الكتابة فولأؤه لمن يناسب سيده من المسلمين من ولد ذكر أو عصبية ، فإن لم يكونوا فلجميع المسلمين ثم إن أسلم سيده بعد ذلك رجع إليه وولأؤه لأن ولاؤه قد كان ثبت له حين عقد كتابته وهو على دينه .

قال سحنون : ومعنى رجوع الولاء فى هذا إنما هو الميراث .

فأما الولاء فلا ينتقل عن من ثبت له وإذا أسلمت أم ولد الذمى فقال مالك مرة : توقف حتى يموت أو يسلم فتحل له إن رجع وثبت على أنها تعتق ولا شىء عليها من سعاية ولا غير ذلك وولأؤها للمسلمين إلا أن يسلم سيدها بعد أن عتقت عليه فيرجع إليه ولاؤها .

قال ابن القاسم فى كتاب أمهات الأولاد : وإذا أسلم سيدها بعد إسلامها وقبل أن تعتق فهو أحق بها .

وتبقى له أم ولد كما كانت وإن طال ما بين إسلامها ما لم تعتق بقضية إمام .
 قال في المكاتب : وأما إن أولد أمته بعد أن أسلمت فإنها تعتق عليه وولاؤها للمسلمين ولا يرجع إليه ولاؤها إن أسلم .
 م : يريد : وإن أسلم قبل أن تعتق عليه فإنها تبقى له أم ولد وولاؤها ثابت للمسلمين لا يرجع إليه كما لو دبر عبده بعد أن أسلم فإنه يؤاجر عليه فإن أسلم السيد أيضاً رجع إليه مدبره ، فإن مات وعتق في ثلثه كان ولاؤه للمسلمين .
 وبالله التوفيق .

تم كتاب المكاتب الأول

تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع إن شاء الله تعالى.

فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

٥ كتاب إباحة الصيد
	في إباحة الصيد ، وذكر الصيد للهو ، وتعليم الجوارح وإرسالها ، وذكر
٥ التسمية عندها
١٣ في أكل الجوارح المعلمة من الصيد
	في خروج الجارح بإرسال ربه أو بغير إرساله وكيف إن عجز عن الصيد ثم
١٦ عاد فأخذه
١٧ في قطع الجارح أو الصائد عضواً في الصيد أو جز له نصفين
١٨ في صيد الصبى والذمى والسكران والمجنون
١٩ في صيد البحر وما يحيا منه في البر وأكل الطافي وخنزير الماء
٢٢ جامع القول في صيد الجراد
٢٣ في صيد ما اتخذ أو أسر ومن ضرب طيراً في الجو
٢٥ فيما أصيب من الصيد بحجر أو عصا أو معراضاً أو حبالاً
٢٨ فيما ندّ من الإنسانية أو الوحشية
٣٠ ما يجوز أكله من الحيوان والطير وغيره أو ينهى عنه
٣٥ كتاب الذبائح
٣٥ في سنة الذبح وتوجيه الذبيحة والتسمية عليها
٣٨ ما يجوز التذكية به
٤٤ في ذبيحة المرأة والصبي ومن على غير الإسلام
٤٧ في المتردية والموقودة وأكلة السبع وللألام والأنصاب
٥١ كتاب الضحايا

- ٥١ في وجوب الأضحية ومن تلزمه أو يلزمه أن يضحي عنها.
- ٥٣ ما يستحب من الضحايا وأيهما أفضل وذكر أسنانها وما يتقى فيها من العيوب
- ٥٩ في وقت ذبح الضحايا.
- ٦٣ في الاشتراك في الأضحية.
- ٦٦ في بدل الأضحية وبيعها.
- ٧١ فيمن ذبح أضحية غيره.
- في مسائل مختلفة من الصلاة والصيد والحج وذكر اقتناء الكلاب وبيعها
- ٧٥ وبيع الهر والسباع.
- ٧٨ في سنة العقيقة والعمل فيها.
- ٨١ في الاختتان والخفاز وإتيان الولائم.
- ٨٤ مسألة في قبالة الشباك للتر.
- ٨٧ كتاب الجهاد الأول.
- ٨٧ في فرض الجهاد وفضائله والرباط فيه.
- في الجهاد مع من لا يرضى من الولاة أو بغير إذن من الإمام أو بالنساء أو
- ٩٧ بالمصاحف.
- ١٠٠ جامع ما يكره من قتل أو عذاب أو خراب وما لا يكره.
- ١٠٤ في قتل الأسارى ومن أخذ ببلد الحرب.
- ١١٠ في أقسام الغنائم.
- ١١٦ فيما اشترى ببلد الحرب.
- ١٢٦ في المعتق إلى أجل.
- ١٢٧ في المكاتب.
- ١٢٩ في الحرية أو الذمية أو الأمة تسبى.
- فيمن أسلم على شيء في يديه للمسلمين أو نزل به معاهد والذمي ينقض
- ١٣١ العقد أو يحارب.
- جامع ما يُعد من الذمي نكثًا وسبيهم وارتدادهم بعد الإسلام

- وخروج المسلم إلى دار الحرب وحربه معهم وفي الجاسوس ، وهذا
 الباب كله من غير « المدونة » ١٣٦
- فيمن أسلم من عبيد الحربين بعد خروجه إلينا أو قبل ، وكيف إن أقام ببلد
 مسلماً ١٤٠
- في المستأمن يموت عندنا ويترك مالاً والحكم في ديته إن قتل ١٤٣
- في محاصرة حصون العدو ١٤٥
- كتاب الجهاد الثاني ١٤٩
- جامع القول في الفء والخمس وأرض العنوة والصلح ١٤٩
- جامع القول في الأنفال وذكر السلب ١٥٤
- في سهم الخيل والرجالة ومن يسهم له ومن لا يسهم له ١٥٩
- فيما غنمه العبد وحده ١٦٩
- فيما يتنفع به قبل القسم من طعام أو غيره ، وما يفضل ، وما لا يكون
 غلولاً ، وفيمن غلّ ١٧٠
- فيما ضعف المسلمون عن حمله من الغنيمة أو من أموالهم من ماشية أو
 داوب أو متاع أو غير ذلك ١٧٥
- جامع ما جاء في الأمان ومن يجوز أمانه أم لا ١٧٧
- في تكبير المرابطين وفي الديوان والجعايل ١٨٢
- جامع ما جاء في أخذ الجزية وقتال الخوارج ١٨٦
- باب جامع لوجوه شتى مما يتعلق بالجهاد ١٩٢
- باب في الأمور المحصنة من التغيرير الداعية إلى الصبر والنصر ٢٠٢
- كتاب الأيمان والنذور الأول ٢٠٦
- في النذر والأيمان بالحج والعمرة ، ونذر المشي في ذلك وغيره وفي الاستثناء
 في المشي وغيره ٢٠٦
- جامع ما يلزم من نذر أو يمين في الهدى والصدقة والنحر وغيره ٢٢٦
- في اليمين الغموس واللغو وأوجه الاستثناء ونية الخالف ٢٣٩

- جامع الأيمان وما يكن منها وما يلزم من الحلف بها أم لا ٢٤٩
- جامع فيمن نذر طاعة أو معصية أو حلف لا فعلت كذا أو ليفعلنه ٢٥٧
- كتاب الأيمان والنذور الثاني ٢٦٥
- جامع القول في كفارة اليمين بالله تعالى للحر والعبد ٢٦٥
- فيمن حلف ليفعلن شيئاً ٢٧٦
- باب جامع لمسائل مختلفة من الأيمان ٣٠٦
- في اليمين على قضاء الحق واقتضائه ٣١١
- فيمن حلف ألا يكسو امرأته أو رجلاً أو لا يهبهما ٣١٧
- فيمن حلف لرجل ألا يفعل كذا إلا بإذنه أو إن رأى أمراً ليرفعنه إليه فيموت ذلك الرجل، أو حلف ليفعلن كذا فيموت ما حلف عليه أو يدعى أنه قد فعله ٣١٩
- كتاب العتق الأول ٣٢٥
- ما يلزم من العتق في يمين أو نذر أو موعد ٣٢٥
- فيمن قال: مملوكي أو رقيقتي أو عبدي أحرار ٣٣١
- من قال لمملوك غيره: أنت حر من مالي، وكيف إن قال: كذلك قيمتك ٣٣٣
- فيمن عمَّ أو خصَّ في عتق ما ملك، أو تملك بعد ذلك في يمين أو غيره .. ٣٣٤
- فيمن حلف بعتق عبده ٣٣٨
- فيمن حلف بالعتق إن فعل أو ليفعلن ٣٤٤
- في العتق إلى أجل واليمين به ٣٥٠
- فيمن حلف بطلاق إحدى امرأته ٣٥٢
- في يمين العبد ٣٥٩
- فيمن قال لأمته: أنت حرة إن دخلت هاتين الدارين، أو لأمتيه: أنتما حرتان إن دخلتما هذه الدار أو قال ذلك لزوجتيه وكيف إن قالوا: دخلنا ٣٦١

- ٣٦٢ فيمن ملك عبده العتق أو ملكه أجنبيًا
- ٣٦٥ ما يلزم من ألفاظ العتق وما لا يلزم
- ٣٧٠ جامع القول في الاستثناء في العتق وغيره
- فيمن دعى عبدًا باسمه ليعتقه فأجابه غيره أو في العبد بين الرجلين يحلف
- ٣٧١ أحدهما بحريته أنه فعل كذا ويحلف الآخر أنه لم يفعله
- ٣٧٢ في العتق بالسهم وما يجوز منه وما لا يجوز
- في عتق المديان في صحة أو مرض ومداينته بعد العتق ، ورد عتقه ، وبيع
- من أعتق ، وملكه لمن يعتق عليه ، وعتقه ما في بطن أمته ، وعتق
- ٣٧٧ المريض ومحاباته ، وعتق الأب عبيد ابنه
- فيمن أعتق شقصًا له من عبد بعينه له أو لغيره وعتق جنين الأمة بين
- ٣٩٤ الرجلين واشترائه بعض من يعتق عليه أو ورثه أو وهبه
- في العبد المأذون له في التجارة يملك ذا قرابة له أو لسيده أو ممن يعتق
- ٤١٤ عليه
- ٤١٧ كتاب العتق الثاني
- ٤١٧ جامع القول فيمن يعتق بالقرابة
- ٤٢١ في العتق إلى أجل
- فيمن قال لعبده : إن جئتني بكرًا أو أديت إلىّ أو إلى ورثتي كذا فأنت
- ٤٢٧ حرّ
- فيمن قال لأمته : أول ولد تلدينه ، أو : إن ولدت غلامًا ، أو : كل ولد
- تلدينه فهو حرّ ، ولحوق الدين في ذلك ، وحكم الجنين ، وعتق الأمة
- ٤٢٩ واستثناء جنيها
- ٤٣٣ فيمن وهب أمته لرجل وجنيها لغيره
- ٤٣٨ في عتق السكران
- ٤٤٤ في العبد يدس من يشتريه من سيده وهو لا يعلم
- ٤٤٦ فيمن أعتق عبده وعلى ما ألزمه إياه

- فيمن أعتق عبده ثم جحدته العتق وقد استغله أو أقرَّ بعتقه بعد أن جرحه
 وكيف إن استحق بحرية..... ٤٤٩
- فيمن أعتق أو زنا أو سرق من المغنم..... ٤٥٢
- في عتق النصراني وتدييره وكتابته..... ٤٥٢
- فيمن أخدم عبده..... ٤٥٥
- القضاء في مال العبد المعتق بعضه أو جميعه..... ٤٥٩
- القضاء في العتق بالمثلثة..... ٤٦٠
- جامع الدعوى في العتق ، وذكر اللقيط..... ٤٦٧
- في إقرار بعض الورثة أن الميت أعتق عبداً بعينه ، وكيف إن قال غيره :
 بل أعتق هذا أو سمى أحدهما وأبهم الآخر ، وجامع اختلافهما في
 الإقرار بذلك..... ٤٧٠
- جامع الإقرار والشهادة بالعتق..... ٤٧٨
- كتاب المدبر..... ٤٨٥
- القضاء في المدبر وبيعه ولزوم التدبير وصفته ومن دبر عبده عن غيره واليمين
 بالتدبير..... ٤٨٥
- في صدقة بعض المدبرين وحصصهم وبيعهم في الدين..... ٤٩٠
- جامع في أولاد المدبرين ومن فيه علقه رق وأموالهم..... ٤٩٧
- في تدبير أحد الشريكين أو كليهما وعتق أحدهما..... ٥٠١
- في بيع المدبر وهل يرهن أو يكاتب..... ٥٠٤
- في وصي المدبرة بين الشريكين وتدبير حمل الأمة وردة المدبر..... ٥١٥
- في المدبر الذمي يسلم وكيف إن دبر عبداً له مسلماً..... ٥١٨
- في تدبير المولى عليه وذات الزوج والعبد ومن فيه علقه رق والدعوى في
 التدبير..... ٥١٩
- في المعتق إلى أجل والمخدم..... ٥٢٠
- جامع القول في عتق المخدم..... ٥٢٢

- ٥٢٥ كتاب المكاتب الأول
- ٥٢٥ فى الحضّ على الكتابة
- ٥٢٦ فى إكراه العبد على الكتابة وكتابة الصغير ومن لا حرفة له
- ٥٢٧ ما يحل وما يحرم من عقد وشرط فى الكتابة
- ٥٣٦ فى قطاعة المكاتب وقطاعة أحد الشريكين
- ٥٥٦ فى أداء المكاتب وله أو عليه دين
- فى حكم المكاتب وتزويجه وسفره والحكم فى ماله وأمه وولده وفيما فضل له من أعين به
- ٥٥٩ فىمن أعتق بعض مكاتبه أو شقصاً له فيه فى صحة أو وصية فىمن وطء مكاتبته أو بنتها فى بيع المكاتب وبيع كتابته
- ٥٦٢ فىمن وطء مكاتبته أو بنتها
- ٥٦٥ فى بيع المكاتب وبيع كتابته
- ٥٦٩ فى كتابة الأب عبد ولده والوصى عبد يتيمة وكتابة المكاتب والمأذون والمديان عبيدهم
- ٥٧٣ فى كتابة النصرانى عبده وإسلام مكاتبه
- ٥٧٦ الفهرس
- ٥٧٩

AL-JĀMI⁶
LI MASĀ³IL AL-MUDAWWANA
WA AL-MUḤTALAṬA

THE COMPILER OF THE MATTERS
OF "AL MOUDAWWANA AND AL MUKHTALATA"

by

Abi Bakr ben Abdullah Ibn Yunus al-Siqilli
(D. 451 H.)

edited by

Abu al-Fadel al-Dimyati (Ahmad ben Ali)