

﴿ الجزء الرابع من ﴾

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث

البايجى الاندلسى من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

رحمه الله ورضى عنه

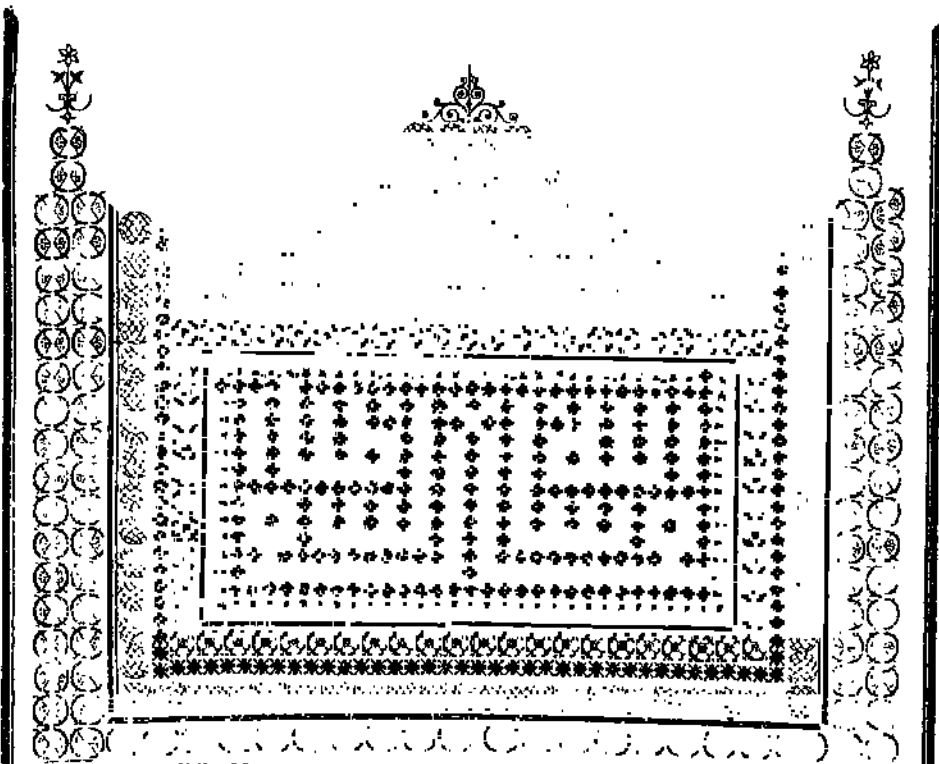
د الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ

مطبعة البنغازة بجوار محطة بصر

الطبعة الثانية

دار الكتاب الإسلام

القاهرة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كتاب الطلاق ﴾
(ما جاء في البتة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
﴿ كتاب الطلاق ﴾
(ما جاء في البتة)
• حدثني يعقوب بن مالك
انه بلغه ان رجلا قال لعبد
الله بن عباس اني طلقت
امرأتى مائة تطليقة فاذا
ترى على فقال له ابن عباس
طلقت منك بثلاث وسبع
وتسعون اتعنت بها
آيأت اللهزوا

ص • مالك انه بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس اني طلقت امرأتى مائة تطليقة فاذا ترى على
فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتعنت بها آيات اللهزوا • ش قوله
طلقت امرأتى مائة تطليقة يحتمل ايقاعها بجمعة ومفترقة ولا تأثير للزائد على الثلاث في جمعها الا ماله
من التأثير في تفريقها وذلك انه اتم فيها ولا يعتد عليه بشئ منها ان جدد نسكها بعد زوج وانما الذي
فرق بينهما ان التي يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التي يحرم بها عليه وهي الثلاث الاول وما بعدها
من الطلاق فاعتما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق والذي يجمع لا يتعين له الثلاث التي تحرم بها
عليه وهذه الاثني عشر له في الحكم الا في الاستثناء وهو اذا قال لها طلقتك مائة الا تسعة وتسعين وقد روى
عن سمنون انها بائن منه بثلاث و روى عنه انه قال لا يقع عليها الا طلقة واحدة فمن جعل ما زاد على
لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث ألزمه الثلاث بمنزلة قوله أنت طالق ثلاثا الاثنا عشر ومن جعل للفظ
المائة تأثيرا جعل لما زاد من الاستثناء على الثلاث تأثيرا فلم يبق من الطلاق الا واحدة
(باب ما يجوز ايقاعه من الطلاق)

يعتبر بثلاثة معان العدد والصفة والزمان قال القاضي أبو محمد الطلاق على ثلاثة أضرب طلاق سنة
وطلاق بدعة وطلاق لا يوصف بسنة ولا بدعة قال ومعنى قولنا طلاق سنة انه أوقع على الوجه الذي

ورد الشرع بإيقاعه عليه ومعنى وصفنا بانه البدعة انه أوقع على غير الوجه الذي ورد الشرع بإيقاعه
 عليه وهو الضرب الثالث فبين عقدا يوقع الطلاق عليها في جميع الأحوال وهذه الثلاثة الأقسام تصح
 من جهة الزمان فالأمر من جهة العدد والصفة فلا يكون الاقسام سنة وبدعة ويبطل القسم الثالث فاما
 العدد فانه لا يحل أن يوقع أكثر من طلقة واحدة فمن أوقع طلقتين أو ثلاثا فقد طلق بغير السنة وقال
 الشافعي موقع الثلاث جملة مطلق للسنة والدليل على ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك
 بمرور أو تسريح باحسان ولا يتخلو أن يكون أمر ا بصفة الطلاق والأمر يقتضي الوجوب أو يكون
 اخبارا عن صفة الطلاق الشرعي ومن أصحابنا من قال ان الألف واللام تكون للحصر وهذا
 يقتضي أن لا يكون الطلاق الشرعي على غير هذا الوجه فان قيل المراد بذلك الاخبار عن ان الطلاق
 الرجعي طلقتان وان ما زاد عليه ليس برجعي قالوا بديل على ذلك انه قال بعد ذلك فامسك بمرور
 أو تسريح باحسان ثم أفرد الطلقة الثالثة لما لم تكن رجعية وفارق حكمها حكم الطلقتين فقال فان
 طلقها فلا تجعل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره إذا كان المراد ما ذكرناه من الاخبار عن الطلاق
 الرجعي لم يبدل ذلك على ان هذا هو الطلاق الرجعي دون غيره فالجواب أن هذا أمر اضمر في الكلام
 مع استقلاله ودونه بغير دليل لانكم تضمرون الرجعي وتقولون معناه الطلاق الرجعي مرتان وإذا
 استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها إلا بدليل وجواب ثان وهو انه لو أراد الاخبار عما ذكرتم
 لقال الطلاق طلقتان لان ذلك يقتضي انه الطلاق الرجعي أو فمعهن مجتمعتين أو مفترقتين فاما قال
 مرتان ولا يكون ذلك الا لإيقاع الطلاق غير ثابت انه قصد الاخبار عن صفة ايقاعه لا الاخبار
 عن عدد الرجعي منه فان قالوا ان لفظ التكرار اذا علق باسم أمر يده العدد دون تكرار الفعل يدل
 على ذلك قوله تعالى نؤتها أجرها مرتين لم يرد تفريق الأجر وإنما أراد تضعيف العدد فالجواب أن
 قوله نؤتها أجرها مرتين حقيقة في ما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد ولا فرق في ذلك بين أن
 يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك نك تقول لقيت فلانا مرتين فيقتضي تكرار الفعل وكذلك
 قوله دخلت مصر مرتين فاذا كان ذلك أصله وحقيقته ودل الدليل في بعض المواضع على العدول به
 عن حقيقته واستعماله في غير ما وضع له لم يجز حمله على ذلك في موضع آخر إلا بدليل وجواب آخر وهو
 ان الفضل قال معنى نؤتها أجرها مرتين مرة بعد مرة في الجنة فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابه الا عدل
 به عن حقيقته وان قلنا ان معناه التضعيف في ماله وأجره فالفرق بينهما ان قوله تعالى نؤتها أجرها
 مرتين يفيد التضعيف ويمنع الاقتصار على ضعف واحد ولو كان معنى قوله تعالى الطلاق مرتان
 يريد به التضعيف لمنع من ايقاع طلقة واحدة والابطال معنى التضعيف وهذا باطل باتفاق ودليلنا من
 جهة السنة ما روى مخزومة بن بكير عن أبيه قال سمعت محمد بن يزيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه
 وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقال فعلته لاعبا ثم قال تلعب بكتاب الله وأنا بين
 أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أتله ودليلنا من جهة القياس ان هذا معنى ذو عدد
 يقتضي اليقونة فوجب تحريمه كاللعان (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة
 واحدة لم يمهأ وقع من الثلاث وبه قال جماعة الفقهاء وحكى القاضي أبو محمد في اشرافه عن بعض
 المبتدعة يلزمه طلقة واحدة وعن بعض أهل الظاهر لا يلزمه شيء وانما يروى هذا عن الحجاج بن أرطاة
 ومحمد بن اسحق والدليل على ما نقوله اجماع الصحابة لان هذا امر روى عن ابن عمر وعمران بن حصين
 وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم ولا يخالفهم وما روى عن ابن

عباس في ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين هو وهم وقدر وى ابن طاوس عن أبيه عن ابن وهب خلاف ذلك وإنما وقع الوهم في التأويل فقال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى ان الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة فقد رواه عنه الأئمة معمر وابن جريح وغيرهما وابن طاوس امام والحديث الذي يشيرون اليه هو ما رواه ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلاق الثلاث واحدة فقال عمر رضي الله عنه قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طليقة واحدة بدل ايقاع الناس ثلاث تطليقات ويدل على صحة هذا التأويل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فانكر عليهم ان أحدثوا في الطلاق استعجالاً أمر كانت لهم فيه اناة فلو كان حالهم ذلك من أول الاسلام في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما قاله ما عاب عليهم انهم استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة ويدل على صحة هذا التأويل ما رواه ابن عباس عن ابن عباس من غير طريق انه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها بمجموعة فان كان هذا معنى حديث ابن طاوس فهو الذي قلناه وان حمل حديث ابن طاوس على ما ينبت اول فيه من لا يعبأ بقوله فقد رجح ابن عباس الى قول الجماعة وانعقد به الاجماع ودليلنا من جهة القياس ان هذا طلاق أو قعه من يملكه فوجب أن يلزمه أصل ذلك اذا أوقعه مفرقا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فسنة الطلاق أن يطلقها طليقة واحدة ثم يملكها حتى تنقضى عدتها ان أراد امضاء الطلاق فان طلقها في القرء الثاني طليقة وفي القرء الثالث طليقة فان الطليقتين المتأخرتين ليستا السنة وقال أبو حنيفة ان طلاق السنة أن يطلقها في كل قرء طليقة فتنقضى عدتها وقد طلقها ثلاثا وقد قال أشهب لا بأس به ما لم يرتجعا في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يصح له ذلك لما يريد من تطويل العدة فوجه قول مالك قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهذا يقتضى ايقاع طلاق يعتد به والطلاق الثانية لا عدة لها فلا يتناولها الأمر بصفة لطلاق ومن جهة القياس ان هذا طلاق في مدخول بها لا يوجب عدة فلا يكون للسنة أصل ذلك اذا طلق الثلاث بلفظ واحد فان الثانية والثالثة ليستا للسنة لما لم توجب عدة اذا ثبت ذلك فقد قال ابن المواز طليقة في كل طهر أحب الى من طليقتين في مجلس وهذا انما هو بمعنى ان أحد الأمرين أشد من الآخر (مسئلة) وأما اعتبار السنة من جهة الزمان فان يطلق المدخول بها الحامل التي تجرى حيضتها على المعتاد في طهر لم تحس فيه ولا عقيب حيضة طلق فيها وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله رضي الله عنه طلقت منك بثلاث يريد ان الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك فانها لا تعلق لها بها واذا طلقت منه بثلاث وكان للثلاث تعلق بها وتأثير في نكاحها فقد انقطعت العصمة بينهما ونفذا ما كان له فيها من الطلاق وبذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث فلا تحصل له حتى تنكح زوجا غيره على ما قدمناه

(فصل) وقوله رضي الله عنه وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله عز و ايريدانه أي بها تلاعبا واستهزاء ومخالفة لما آتت به آيات الله من ان الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسرع بإحسان وهي الثالثة عند كثير من العلماء وعمن قال به قتادة وقد قال غيره ان الثالثة قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فاذا كان الباري تعالى قد نص في كتابه الكريم على أن الطلاق ثلاث ثم طلق رجل أكثر من ثلاث فقد خالف كتاب الله وقصد الاستهزاء والتلاعب

والله أعلم ص **ع** مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال اني طلقت امرأتى ثمان
تطبيقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لي انها قد بانت مني فقال ابن مسعود صدقوا من طلق
كما امره الله فقدم بين الله ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم
هو كما يقولون **ش** قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا
يحتفل أن يكون يرى أقوال الناس في ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم وربما كان للمفتي في ذلك شيء
الى أمره أغفله وان وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر اليه حمله ذلك على إعادة النظر والزيادة في الاجتهاد
والثبوت وان رأى الفقهاء قد وافقوا رأيه قوى في نفسه وظهر اليه وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه
وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء ولذلك قال عبد الله بن مسعود صدقوا فانظر تصديقتهم
وموافقهم

• وحدثنى عن مالك أنه
بلغه أن رجلا جاء الى
عبد الله بن مسعود
فقال اني طلقت امرأتى
ثمان تطبيقات فقال ابن
مسعود ماذا قيل لك قال
قيل لي انها قد بانت مني
فقال ابن مسعود صدقوا
من طلق كما امره الله فقد
بين الله ومن لبس على
نفسه لبسا جعلنا لبسه به
لا تلبسوا على أنفسكم
وتعمله عنكم هو كما
يقولون • وحدثنى عن
مالك عن يحيى بن سعيد
عن أبي بكر بن حزم أن
عمر بن عبد العزيز قال له
البتة

(فصل) وقوله رضي الله عنه من طلق كما امره الله فقد بين الله له بريدان سنن الطلاق بينة قديمتها
الله عز وجل في كتابه لا يحتاج العامل بها ولا المفتي فيها الى بحث ولا نظر ولا اجتهاد فن أطاع الله تعالى
في طلاقه وأوقعه على حسب ما أمره به فهو بين واضح ان كان من يقرأ القرآن بان له من نفسه وان كان
من لا يقرأ أو لا يفهمه سأل عن ذلك فاخبر عن أمر واضح بين لا يحتفل الزيادة ولا النقص

(فصل) وقوله رضي الله عنه ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا عليه أي جعلنا لبسه به بريدانه من تعدى
الواضح من أمر الله تعالى في الطلاق فقد لبس على نفسه ودخل في أمر متلبس مشتبه يحتاج المفتي
فيه الى البحث والاجتهاد ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه فيجعل لبسه به ويغفل
عليه وذلك من وجهين أحدهما انه متى ترددت الأدلة بين التعريم والاباحة ولم يكن وجه الحكم بينا
غلب التعريم والمنع والثاني ان الطلاق المباح هو الذي يقتضى التحقيق فن خالفه الى الطلاق
الممنوع المحرم اقتضى التغليظ عليه والتعليظ في الطلاق معناه الاكراه

(فصل) وقوله رضي الله عنه لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم هو كما يقولون بريدان من طلق
على غير ما أمره الله به ولبس على نفسه فان المفتي لا يتحمل له ما شابه عليه ولا يقع هذا ثلاث تطبيقات
في لفظ واحد فيقول له المفتي انها طلقت واحدة حتى يفرقها لان جمع الطلاق ليس في كتاب الله تعالى
واجماعه يقتضى ظاهرا القرآن تفريقه لقوله تعالى الطلاق مرتان فن لبس على نفسه بايقاع الطلاق
بلفظ واحد جعل ذلك بمعنى انه ألزم الثلاث وقد روى مجاهد قال سئل عبد الله بن عباس عن رجل
طلق امرأته ثلاثا متلاوا اذا طلقتم النساء حتى يبلغ يجعل له محرجا وانك لم تتق الله فلا أجسدك محرجا
(مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال أنت طالق أو فلانة طالق أو على
جزء منها فقال يدك طالق أو شعرك طالق وهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يلزمه الطلاق

الافى خمسة أعضاء الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج والدليل على ما نقوله انه جزء متصل بها
اتصال خلفه فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة أصل ذلك اذا أوقعه على أحد الأعضاء
الخمس (فرع) اذا ثبت ذلك فأى عضو علق به الطلاق لزم وقد اختلف أصحابنا في الشعر والكلام
فقال سحنون تعليق الطلاق أو العتق بالشعر غير لازم وكذلك الكلام ورواه ابن المواز عن ابن
عبد الحكم قال وكذلك من قال سعالك على حرام قال وروى عن أشهب انه لازم ووجه القول الأول
انه مما لا تحل الحياة ووجه الرواية الثانية انه مما يقع به الالتهاد على وجه الاستمتاع فأشبه الوجه
واليد ص **ع** مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم ان عمر بن عبد العزيز قال البتة

ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفاً ما أبت البتة منه شيئاً من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى **ش** قول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه البتة ما يقول الناس فيها سؤال لأصحابه ومن حضر مجلسه من العماء عما بلغهم من أقوال الصصابة ومن بعدهم من أهل العلم وقد اختلفوا في ذلك اختلافاً شديداً وذلك أن المتأخرين من الفقهاء قالوا إن الطلاق على ضربين صريح وكناية فذهب القاضي أبو محمد إلى أن الصريح مأنص من لفظ الطلاق على أي وجه كان مثل أن يقول أنت طالق وأنت مطلقة أو قد طلقتك أو الطلاق له لازم وما عد ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه فهو كناية وبهذا قال أبو حنيفة قال القاضي أبو الحسن صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض الطلاق والسراج والفراق والحرام والخلية والبرية وقال الشافعي الصريح ثلاثة ألفاظ وهو ما ورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراج والفراق ووجه المسئلة عندي على مطلق الكلام فيها أن الصريح في كلام العرب على وجهين أحدهما أن يريد بالصريح الخالص الذي يستعمل في الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره ولذلك روي في الحديث هذا صريح الإيمان أي خالصه والوجه الثاني أن يريد بالصريح البين من قولهم صرح فلان بالقول إذا بينه وقصد الأخبار عنه فإذا قلنا إن معنى الصريح الخالص فعنى قولنا صريح الطلاق أن هذا اللفظ وضع لهذا المعنى دون غيره أو يستعمل فيه دون غيره فإن الصريح لفظ الطلاق خاصة لانه موضوع له دون غيره ويكون معنى كنيات الطلاق ما وضع له أو لغيره أو يستعمل في هذا المعنى وفي غيره كلفظ سرحتك وفارقتك وخيلتك وباريتك وبتت منك (فصل) فإن قلنا إن معنى الصريح البين فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً كفارقتك وسرحتك وخيلتك وبتت منك وأنت حرام لأن هذه الألفاظ وإن استعملت في الطلاق وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به فصارت بينة واضحة في إيقاع الطلاق كالفائض الذي وضع للطمأن من الأرض ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له وكذلك في مسئلتنا مثله

(فصل) إذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في البتة فروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال هي واحدة وبه قال أبان بن عثمان وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه هي ثلاث وروى أيضاً عن عمرو بن دينار قال الزهري وعمر بن عبد العزيز والدليل على أنها لا تكون إلا ثلاث في المدخول بها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنى كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة فترجعت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإن ما معه إلا مثل الهدية وأخذت هدية من جلبابها فقال تريد أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الدليل من هذا الحديث أنها قالت كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة ثم جلبابها أنها لا ترجع إليه حتى يمسا غيره وهذا يقتضى أن هذا حكم طلاق البتة ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألها عن أي أنواع البتة كان طلاقها إياها ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة القطع وهذا يقتضى قطع العصمة بينهما والمبالغة في ذلك ولذلك يقال ما بقي بينهما شيء البتة يريدون المبالغة في قطع ما كان بينهما وإذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها فلا يكون ذلك في المدخول بها إلا بالثلاث وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما فلا يوجد فيه معنى البتة والقطع لما بينهما ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لو كان الطلاق ألفاً ما أبت البتة منه شيئاً

ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفاً ما أبت البتة منه شيئاً من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى

(فصل) وقوله رضى الله عنه من قال البتة فقدرى الغاية القصوى يريدانه من قال البتة في طلاقه فقد بلغ أقصى الغايات في الطلاق ومنع التراجع الذى لا يوصف الفرقة التى لا تمنع بالبتة وهذا المعنى من المبالغة فى ذلك لا يكون الا بالثلاث ويدل على أنه قدرى الغاية القصوى على ما قاله عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ان ذلك مقتضى البتة وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس في الطلاق وغيره في الجواز والمنع فيقول الفائل لا أفعل ذلك البتة ومعناه انه لا سبيل الى مخالفة قوله ولا الى العدول منه بوجه وكذلك من قال أنت طالق البتة معناه طلاقاً لا سبيل فيه الى مراجعة الزوجية وذلك لا يكون الا بالثلاث ص **مالك** عن ابن شهاب ان مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى يطلق امرأته البتة ان ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى فى ذلك **ش** قوله ان مروان بن الحكم كان يقضى فى البتة بالثلاث يقتضى تكرار هذا القضاء منه وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فمن يكثر منه الفعل وانما استظهر مالك بذلك لان مروان كان أميراً بالمدينة فى زمان جماعة من الصحابة وأجلة التابعين وعلمائهم وكان لا يقضى الا عن مشورتهم وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم فاذا تكرر قضاؤه فى البتة ان ثلاث دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم والمعمول به من مذاهبهم وأنه الذى اتفق عليه جميعهم والله أعلم (مسئلة) وهذا فى المدخول بها فأما غير المدخول بها فان نوى الثلاث أو لم ينو شيئاً فلا خلاف فى المذهب انها ثلاث وان نوى واحدة فهل ينوى أو لا فيعروايتان احدهما لا ينوى وتزومه الثلاث وبه قال سحنون وابن حبيب والرواية الثانية أنه ينوى وبها قال مالك فالرواية الاولى مبنية على أن البتة لا تتبع ولا يصح الاستثناء منها وهو معنى قول أصبغ فى العتبية ونص عليه سحنون فى المجموعة والرواية الثانية مبنية على أنها تتبع ويصح الاستثناء منها وقد روى عنه فى العتبية ورواه سحنون عن العتبي وعلى هذا الاختلاف يجب أن يعجز القول فى الخلع وكل طلاق لا تتمه رجعة وقوعه الزوج باختياره والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا انه ينوى فى غير المدخول بها فانه يحلف انه ما أراد الا واحدة فى البتة والبائة والخلية والبرية قال سحنون وانما يحلف اذا أراد نكاحها وليس عليه بين قبل ارادة النكاح ونحوه قال ابن الماجشون ووجه ذلك انه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت وانما يحتاج اليه عند النكاح لما يريد من استباحتها فيحلف ليتوصل بذلك الى استباحتها والله أعلم

﴿ ما جاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك ﴾

ص **مالك** انه بلغه انه كتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق أن رجلاً قال لامرأته حبلك على غار بك فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى عامله أن امره بوافيني بمكة فى الموسم فينها عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذى أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك رب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غار بك فقال له الرجل لو استعلمتني فى غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت **ش** قوله انه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق على حسب ما يلزم من مطالعة رأى الامام العظيم بما يقع للناس من المسائل التى لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها الخلاف وفيها اشكال ولم تقرر أحكامها بعد ولا توضح وجه الحكم فيها فكتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق فى الرجل الذى قال لامرأته حبلك على غار بك وكتب عمر بن الخطاب الى عامله يأمره أن يوافيه فى الموسم وهذا مما يجب

• وحديثى مالك عن ابن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى فى ذلك

﴿ ما جاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك ﴾

• حديثى يعجز عن مالك انه بلغه أنه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق أن رجلاً قال لامرأته حبلك على غار بك فكتب عمر بن الخطاب الى عامله أن امره بوافيني بمكة فى الموسم فينها عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذى أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك رب

هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غار بك فقال له الرجل لو استعلمتني فى غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت

على المفتي والناظر في أمور المسامين أن يفعله إذا أشكلت عليه مسألة أن يشخص من نزلت به
 ويسأله ويناجيه عن فصولها والمعاني التي يتعلق الحكم بها ويختلف باختلافها فإنه أقرب له إلى أن
 يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسألة أو يعظه ليقرر بجمعها ولا يكتم شيئاً منها ولعل عمر بن
 الخطاب رضي الله عنه إنما وقت له الموسم لأنه أيسر على القاصد في وروده وانصرافه ويضيف إلى ذلك
 عمل الحج وتحصيل عبادة في الموسم إن تيسر ذلك له ولو أشغفه إلى موضع آخر لم يحصل له من ذلك
 ما يحصل لمن يقصد مكة ويحتمل أيضاً أنه قصد المبالغة في وعظه واستخبار جلية ما عنده باستحلافه على
 ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسامين له

(فصل) وقوله فيينا عمر يطوف بالبيت اذ لقيه رجل فسلم عليه طاعته له وامثال الأمره بان يوافيه في
 الموسم فلما أنكر عمر رضي الله عنه قصده أيامه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكالمته
 واعلامه بنفسه قال له من أنت فأعلمه بأنه الرجل الذي أمر أن يوافيه في الموسم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أسألك رب هذه البنية هكندار واه قوم البنية وهو اسم واقع على
 كل مبتنى لكنه خص البيت بالإشارة إليه كما قال ورب هذا البناء وروي رب هذه البنية على
 مثل فعلية قال ابن السكيت البنية الكعبة يقال لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا وقوله رضي
 الله عنه ما أردت بقولك حبلك على غار بك لما علم من تعظيم المسامين للبيت وصدق كثير ممن يستنج
 الكذب في غير ذلك الموضع إذا استخلف فيه فقال الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما
 صدقتك اخبار عن تعظيمه للقسم في هذا الموضع وأنه يلتزم من البر في حلفه عنده ما يلتزم في غيره
 ولعله كان يمنعه من صدقه ندمه على الطلاق وفرط محبتة لمن طلق ثم قال له أردت بها الفراق فقال
 له عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو ما أردت يريد أنه أزمه الفراق وحكم به عليه ولم يبين في الحديث
 مقدارا أهو طلقة واحدة رجمية أو طلقة واحدة لا رجعة فيها لأنه آخر ما بقي له فيها أو ثلاث تطبيقات
 ولفظ الفرقة عند مالك ثلاث لا ينوي في المدخول بها رواه أشهب عن مالك في العتبية قال فان لم
 يدخل بها فعسى أن تكون واحدة ولو ثبت عندي أن عمر رضي الله عنه قال ينوي ما خالفته وقد
 قال بعض أصحابنا العراقيين يحتمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه في التي لم يدخل بها ولم يذكروا في
 الحديث بنى بها ولم يبين فهو محتمل وهذا يقتضى أنه جعل قول عمر رضي الله عنه في الفرقة على أنها
 واحدة وقول مالك لو ثبت عندي أنه نواه ما خالفته يحتمل معنيين أحدهما أنه من أهل اللغة وهو
 أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ فان كان هذا اللفظ يقتضى عنده أن ينوي لما خالفة العرب لأن العرب
 لا تخالف في اللغة لاسيما مع ما يقرن بذلك من علم عمر رضي الله عنه ودينه وفقهه والمعنى الثاني أن
 يكون الأمر فيه بعض الأشكال ولا يرجع بين أن ينويه أو لا ينويه ويترجع عنده الآن أنه لا ينويه
 في المدخول بها فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نواه في مثل هذه القصة التي قد شاعت
 لترجع عنده هذا القول وظاهر قصة عمر عندي يقتضى أنها كانت فحين لم يبق له الاطلقة واحدة
 أو فحين كان له فيها جميع الطلاق فألزم الثلاث وذلك مقتضى مذهب مالك فحين قال لأمر أنه حبلك
 على غار بك ووجه ذلك أن الحبلى هو الذي كان بيد الزوج منها وذلك كناية عن عصمة الزوجة
 وملكها فإذا قال لها حبلك على غار بك فقد أقر بخروجه عن يده وكونه بيدها وذلك يقتضى أن
 يكون طلاقه لا رجعة فيه لأنه ان كان له فيها رجعة فليس حبلى على غار بها بل هو بيده ويرتجها متى
 شاء وخرج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون إلا بالثلاثة وبالآخر الطلاق وقال أبو بكر

ابن الأنباري الغاري من البعير أسفل السنام وهو ما تحدر من العنق وقال أبو العباس كانت العرب في الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام ومعناه أمرك في يدك فاصنع ما شئت فقد انقطع سببك من سببي

(فصل) وظاهر قول الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك يدل على بينونة وانقطاع ما بينهما ولو كان انما ألزم طلاقه بعدها رجعة لكان التزامها أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستخلف عند البيت ٤٤ أراد ويصرح عن نفسه بأنه لو استخلف في غير هذا الموضع ما صدق

(فصل) وأما استخلاف عمر رضي الله عنه إياه فليس على معنى استخلاف من ينوي أنه ما أراد إلا واحدة لأن ذلك لا يستخلف الا إذا أراد اجتماعها وانما استخلافه على معنى الاستخلاف للاقرار بالحق فان أقر به أمضاه عليه باقراره وان أنكره وحلف على ذلك لم يرجع على يمينه ولا قضى بها ونظر الى ما يلزمه في صريح الحق ولذلك لم يجاب بالخالف بأنه أراد واحدة أو اثنتين وانما أجابه بأنه أراد الطلاق

وقد يلزم المفتي أن يفعل مثل هذا بالمستفتي في الحلال والحرام أن يعظه ويذكره ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعي بذلك اقراره بالحق فان أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى وكان ذلك أقوى للسئلة في نفسه وان تمادى على الانكار أفتى عليه بما يؤديه اليه اجتهاده والله أعلم

ص * مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى في ذلك * ش قوله رضي الله عنه في الحرام انها ثلاث تطليقات هو قول زيد بن ثابت وقد روى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قضى بها في عدى بن قيس الكلابي وقال له والذي نفسي بيده لئن مسستها قبل أن تزوج غيرك لأرجنك وهذا الذي ذهب اليه مالك انها في المدخول بها ثلاث نوى واحدة أو ثلاثا وان زعم انه لم ينو

طلاقا لم يصدق وقال الشافعي لا يكون طلاقا حتى ينوي الطلاق فيكون منه ما أراد من واحدة أو ثلاث وان أراد تحريمها من غير طلاق فعليه كفارة يمين وليس بمول والدليل على ما نقوله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا أصل ذلك لفظ الطلاق ولا تجب به كفارة يمين لأنه لفظ مفسر عن القرية واليمين فلم تجب به كفارة يمين أصل ذلك لفظ الطلاق ودليل آخر وهو أن هذا لفظ طلاق فلم تجب به كفارة يمين على الاطلاق

وأصل ذلك لفظ الطلاق (مسئلة) فان قال نويت واحدة فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوي في المدخول بها ويلزمه الثلاث وقال الثوري والاوزاعي والشافعي ان نوى واحدة فهي واحدة والدليل على ما نقوله أن الواحدة لا تحرمها بل له ان يجاعها وانما تحرمها الثلاث فاذا كان اللفظ الذي هو التحريم انما يقتضي معنى الثلاث حل على ذلك ولم يصدق في قوله أردت الواحدة وهي لا تحرمها وذلك أن لفظ التحريم انما يقتضي قطع العصمة وتحريم الزوجية بينهما وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث ولذلك يقال في ذوات المحارم هي محرمة عليه وهي لا تجعل له والمراد

بذلك أنه لا يجعل أن يكون بينهما زوجية بدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في بنت أبي سلمة انها لو لم تكن ربيتي في حجرى لم تجعل لي انها لابنة أخي من الرضاغة أَرْضَعْتَنِي وَايَاهَا تَوْبِيَةٌ وَمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَ التَّحْرِيمِ مَقْتَضَاءُ تَحْرِيمِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ تَحْرِيمِ عَقْدِ النِّكَاحِ مَا رَوَى

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو وَبْنِ عَاصٍ أَنَّهُ قَالَ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا انِ الطَّلَاقُ الْوَاحِدَةُ تَبَيَّنَا وَالثَّلَاثُ تَحْرِمُهَا فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَعْنَى التَّحْرِيمِ مَنَعُ عَقْدِ النِّكَاحِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالثَّلَاثِ وَلَوْ أَرَادَ تَحْرِيمَ

بذلك أنه لا يجعل أن يكون بينهما زوجية بدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في بنت أبي سلمة انها لو لم تكن ربيتي في حجرى لم تجعل لي انها لابنة أخي من الرضاغة أَرْضَعْتَنِي وَايَاهَا تَوْبِيَةٌ وَمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَ التَّحْرِيمِ مَقْتَضَاءُ تَحْرِيمِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ تَحْرِيمِ عَقْدِ النِّكَاحِ مَا رَوَى

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو وَبْنِ عَاصٍ أَنَّهُ قَالَ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا انِ الطَّلَاقُ الْوَاحِدَةُ تَبَيَّنَا وَالثَّلَاثُ تَحْرِمُهَا فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَعْنَى التَّحْرِيمِ مَنَعُ عَقْدِ النِّكَاحِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالثَّلَاثِ وَلَوْ أَرَادَ تَحْرِيمَ

بذلك أنه لا يجعل أن يكون بينهما زوجية بدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في بنت أبي سلمة انها لو لم تكن ربيتي في حجرى لم تجعل لي انها لابنة أخي من الرضاغة أَرْضَعْتَنِي وَايَاهَا تَوْبِيَةٌ وَمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَ التَّحْرِيمِ مَقْتَضَاءُ تَحْرِيمِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ تَحْرِيمِ عَقْدِ النِّكَاحِ مَا رَوَى

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى في ذلك

الوطء لكان معناه معنى البيئونة الواقعة في غير المدخول بها بالطلق الواحدة وقمرى مثل هذا
عن أبي هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان فان قيل فانه يقال وطؤها عليه حرام والمطلقة الرجعية
عندكم وطؤها حرام فيصح أن يريد ذلك بقوله أنت على حرام فالجواب أن هذا غير صحيح لانه انما يقال
وطؤها على حرام اذا عين الوطء وأما اذا علق التصریم عليها فلا يصح أن يراد به الا التصریم المعروف
ولذلك لا يقال في الحائض والمحرمه والصائمه هي من ذوى محارمه ولا هي عليه حرام ويقال وطؤها عليه
حرام ووجه آخر وهو أن قوله أنت على حرام انما يقتضى انها حرام عليه حين نطقه بذلك والرجعية
ليست بحرام لان استباحتها اليه ومن ملك استباحة شيء لم يوصف بأنه حرام عليه ولذلك لا يقال في
الانسان ملك غيره حرام عليه لما كان أخذه مباحا له وان كان لا يملكه قبل أخذه ولا يصح أن يصف
نائبه ولا شانه بأن لها محرم عليه وان كان لا يجوز له أن يأكلها الا بعد الذبح وأمره موقوف على
اختياره ونوصف الميتة بأن لها حرام عليه (فرع) فاذا قلنا ان لفظ التصریم يقتضى ذلك فانه
يقتضى في ذوات المحارم التصریم المقرب لان معنى التصریم انما يقتضى تحريمها على الحال التي هي
عليها يوم النطق به وهي عارية عن الزوجية فاقتضى وصفها بأنها حرام تحريم عقد النكاح عليها
واستباحتها لان بذلك تتميز بمن ليست بحرام ممن هي على صفتها في التصریم من الزوجية وأما
الزوجية فان اطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين إما أنه لا يجعل له عقد نكاح عليها وهذا يقتضى
إيقاع الثلاث في المدخول بها وغيرها والثاني ان هذا التصریم متعلق بما أباحت الزوجية له وما ملكه
إياه من ملك العصمة والوطء وضرر وب الاستمتاع والتوارث بحق النسب وثبوت أحكام الزوجية
من ملك الطلاق والظهار والايلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها وهذا يحصل في غير
المدخول بها بالواحدة وأما في المدخول بها فلا يحصل ذلك الا بإيقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح
أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتصریم ما يملك استباحته متى شاء ويحتل
أن يصر في هذا اللفظ الى ذلك الآن هذا أظهر فيما ذكرناه واذا كان فيه أظهر وجب أن يعمل عليه
لا سيما اذا قل لم أبق عددا من الطلاق (فرع) وأما غير المدخول بها فان مالها كانيوبه وقوله أردت
واحدة ويعمله على الثلاث اذا لم ينو عددا لانها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها وهذا على ما تقدم
من أن تعليق التصریم عليها انما ينصرف الى تحريم ما استباحه بالنكاح منها وذلك يكون في غير
المدخول بها بالطلق الواحدة وقد رأيت لبعض أصحابنا ان الحرام في غير المدخول بها لا يكون ثلاثا
ولا ينوي في ذلك كالمدخل بها وعلى هذا يعمل قوله أنت على حرام على انه يقتضى أن تحريم عقد
النكاح عليها كتحريم ذوات المحارم فيلزم هذا التصریم بالقول ويزول بدخول الزوج بعده ولا يزول
تحريم ذوات المحارم لانه ثابت بالشرع فعلى هذا يلزم في غير المدخول بها الثلاث وان زعم انه نوى
واحدة لان التصریم الذي يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التصریم الذي يلزم بالواحدة في غير
المدخول بها لان ذلك تحريم يزيله عقد النكاح وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح وان كانت
خاليتين زوج (فرع) فاذا قلنا ينوي في غير المدخول بها ولا ينوي في المدخول بها فلو حلف
قبل البناء وحنت بعده في كتاب ابن سحنون من حلف بالحلل عليه حرام قبل البناء وحنت بعده
ونوى واحدة وقامت بينه بالحنث بعد البناء لا ينوي لانه يوم الحنث ممن لا ينوي ووجه ذلك أن العيين
انما تعتقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم قال ابن
سحنون وقد قال بعض أصحابنا الآن تعلم ذلك منه الميتة قبل البناء فلا يلزمه الاطلاقه الرجعة وقال

معنون إذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية ثم حنث بعد البناء فقال نويت واحدة فله ذلك
 وله الرجعة ووجهه ان الاعتبار باليمين يوم أو وقعت لا يوم الحنث بدليل انه ان كان يوم اليمين بصفة
 من لا يلزمه اليمين لم يلزمه يمينه وان كان يوم الحنث بصفة من تلزمه ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه
 الايمان وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهب عقله أو غيره لزمته اليمين ص مالك
 عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما ش
 قوله رضى الله عنه في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات هذا المشهور من مذهب مالك رحمه الله وبه
 قال علي بن أبي طالب وعائشة وابن عمرو زيد بن ثابت رضى الله عنهم ولم ينو مالك في المدخول بها
 وقدرى أبو الفرج عن أشهب عن مالك في الخلية والبرية انه ينوي في المدخول بها وقال الشافعي
 هي مانوى أقل من ثلاثة فهي رجعية وهو محور واية أشهب وقال أبو حنيفة في الخلية والبرية والبائن
 اذا أراد طلاقاً فواحدة بائن والدليل على ما نقوله من لزوم الثلاث ان معنى الخلية التي خلت من
 الأزواج ولذلك لا يستعمل في الرجعية لان الرجعية ذات زوج وكذلك معنى البرية هي التي برئت من
 عصمة الزوجية لان كلام الزوج راجع الى ذلك لانه لم يطلها بدين ف يرجع قوله برية اليه واذا كان
 مقتضى اللفظ ازالة العصمة وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث وجب أن يعمل عليه ووجه
 قول أشهب أن ير يد بقوله خلية وبرية انها قد خلت من الزوجية التي تملك بعد النكاح وبرئت منها
 لانه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار الى الينونة بانتضاء العدة فاذا
 احتمل ذلك جاز أن يعمل عليه ويصدق فيه وهذا بعيد في معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبين عن
 عصمة الزوج لانه يملك اجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما واذا قلنا بر واية أشهب
 يحتمل أن ير يد به واحدة بائنة ويحتمل أن ير يد به رجعية والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بائنة
 لان الرجعية لم تبرأ من الزوجية ولا خلت منها وقد اختلف أصحابنا في وقوع الواحدة البائنة في
 المدخول بها فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الذي يقول لامرأته أنت طالق الخلع انها
 واحدة بائنة وكذلك ان قال خالعت امرأتي أو بارأتها أو افتدت مني وكذلك ان قال صالحت امرأتي
 أخذ منها عوضاً ولم يأخذ فمضى طلقه بائنة أو هي مبارئة وقال مطرف في الذي يقول لها أنت طالق
 طلاق الصلح هي طلقه رجعية ولا يكون طلاق الصلح الا بعتية وقال ابن الماجشون هي البتة
 وبه قال أشهب وسحنون فوجه القول بأنها واحدة بائنة انه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق
 عليها منه واحدة بائنة بأن أضافه الى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل في ذلك لفظ
 المفاعلة التي ظاهرها أن تكون من اثنين فكأنه أبرأها من عصمتها أبرأته من حقوقها عليه وما
 كان بهذه الصفة يكون طلقه بائنة فكذلك ما وصف لها جعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا
 الوجه لا للعوض في الصلح والخلع ووجه قول مطرف انه لما كان هذا النوع كله من الفرقة انما
 يقتضى بالطلاق طلقه واحدة ووصف به طلاقه اقتضى طلاقه واحدة فأما منع الرجعة في الخلع والصلح
 وما أشبههما فانهما كان للعوض الذي أخذ فلما عر هذا الطلاق من العوض لم يمنع الرجعة ووجه
 قول ابن الماجشون ان ما وصف به طلاقه اقتضى الينونة ومنع الرجعة ولما كان ذلك لا يحصل
 الا بالثلاث حمل طلاقه على الثلاث (فرع) وما قدمناه من الخلاف يثبت في باريت ولم يذكر
 أحسن أصحابنا في برية الا الرواية التي ذكرناها عن أشهب ويحتمل أن تلحق برية على هذه
 الرواية بما قدمناه ويحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح وأما برية فليس فيه معنى

* وحديثي عن مالك عن
 نافع أن عبد الله بن عمر
 كان يقول في الخلية والبرية
 انها ثلاث تطليقات كل
 واحدة منهما

الصلح الذي يثبت البينونة مع الواحدة وانما يقتضى أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة
 باستيفاء عدد الطلاق (مسئلة) وأما قوله خلتك فان قال لم أرد طلاقاً استخلف على ذلك وقبل
 منه ومنع هذا في خلت سبيلك لان استعمال هذا في غير الطلاق أكثر من خلت سبيلك قاله ابن المواز
 وان قال أردت الطلاق ولم ينوشياً فقال ابن حبيب هي مثل خلت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثاً
 في المدخول بها حتى ينوى أقل من ذلك فيحلف وقاله محمد بن المواز وقال ان لم تكن له نية أو لم يحلف
 فهي ثلاث ووجه ذلك ان معنى اللفظ يقتضى ما قاله من أن يكون قد دخل سبيلها الذي كان له عليها
 والرجعية لم يحل سبيلها بل هي في حكمه بأنه قد دخل سبيلها (فرق) والفرق على هذا القول بينهما
 وبين حرام وبأن وبته وبته وخليه وبرية وان كان المعنى واحداً الآن استعمال هذه الالفاظ في غير
 الطلاق وفي الطلقة الواحدة على ضرب من الاتساع في الكلام أكثر من استعمال الحرام والباين
 والبرية والخلية فيه فان هذه الالفاظ مع اقتضاها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل الا على هذا الوجه
 وللإستعمال تأثير في تحقيق معاني الالفاظ كماله تأثير في اقتضاء الالفاظ غير ما وضعت له من المعاني
 وهذا على المشهور من قول مالك وأما على رواية أبي الفرج عن أشهب انه ينويه في الخلية والبرية فلا
 فرق بينهما والله أعلم (مسئلة) وأما قوله فارقتك فان قال لم أرد طلاقاً فقد روى ابن المواز عن ابن
 القاسم ذلك له ويحلف ووجه ذلك ان هذا اللفظ يستعمل كثيراً ويردد في المفارقة الى السفر
 والخروج والدخول وغير ذلك فجاز أن يحمل عليه اذا ادعاه ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا
 ما لم يكن جواباً بالسؤال الطلاق (فرع) فأما ان قال أردت الطلاق بقولي فان شك فقد روى ابن
 المواز عن مالك انه ينوى في المدخول بها فان لم تكن له نية فهي ثلاث وفي غير المدخول بها ان لم يكن
 له نية فهي واحدة رواه عيسى عن ابن القاسم وروى ابن المواز عن مالك أيضاً انها ثلاث ان لم ينوشياً
 وجه القول الأول ما احتج به مالك في المدونة من قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلام من سعته وقوله
 تعالى فاستكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولا خلاف انه انما أراد المفارقة بالواحدة بهذا اللفظ
 بل لا يجوز أن يريد الثلاث لانها ليست من المفارقة بالمعروف ووجه القول الثاني ان لفظ المفارقة
 يقتضى البينونة قال الله تعالى وماتفرق الذين أتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة والرجعية
 لا تصح منها هذه الفرقة لانها لا تملك مفارقة الزوج (فرع) فاذا قلنا ينوى في المدخول بها فانه ان لم ينو
 شيئاً كانت ثلاثاً وانما فرق بين الدخول وبين غيره ان لم ينو فجعلها واحدة في غير المدخول بها وثلاثاً
 في المدخول بها المتقدم من أن للدخول تأثيراً في تغليظ الطلاق لما قلناه من أن معنى الفرقة يوجد
 في غير المدخول بها واحدة ولا يوجد في المدخول بها الا الثلاث وقد روى أشهب في سرحتك مثل
 هذا وانها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقال انه القياس (مسئلة) وأما قوله سرحتك فان قال
 لم أرد به الطلاق فقد روى ابن المواز انه يقبل منه ويحلف الا أن يكون ذلك جواباً بالسؤال الطلاق
 ووجه ذلك ما قدمناه في فارقتك وان قال أردت الطلاق واحدة فقد روى عن أشهب انه قال له نيته
 ويحلف وقال هي واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وهذا يقتضى تصديقه دون يمين وروى عنه انه
 قال هي ثلاث ولا ينوى وجه القول الأول انه لما كان اللفظ قد يستعمل في الواحدة ومعناه يقتضى
 الثلاث في المدخول بها قبل منه انه ينوى ما قد يستعمل فيه واحلف انه لم يرد ما يقتضيه اللفظ ووجه
 القول الثاني انه لما كان اللفظ يستعمل في الواحدة وفي الثلاث كان كلف الطلاق يقبل منه
 ما ادعاه من ذلك ووجه القول الثالث ان معنى التسريح الطلاق ولذلك يقال سرحت الدابة اذا

أزلت عنها ما يعنىها الذهاب فكذلك في الزوجة يقتضى انك أزلت عنها ما يعنىها التصرف على اختيارها ويقتضى ذلك أن لا يملك صرفها الى الزوجة وهذا المعنى معدوم في الرجعية فعمل على الثلاث فان قيل هذا يلزمكم في لفظ الطلاق فانه يفهم منه اطلاق الزوجة من حكم الزوجية وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة فالجواب اننا لانسلم ان معنى التطليق يقتضى ذلك لأن لفظ الطلاق موضوع لهذا المعنى وليست مأخوذة من الاطلاق ولا من الانطلاق وانما وضعت لهذا المعنى على وجه يحتل عندنا الطلقة الواحدة وأكثر منها ولذلك لا يختلف انها صريح في الطلاق عندنا على أحد الوجهين وعند أبي حنيفة انه لا صريح غيرها وقال أبو حنيفة انه ان نوى بها الثلاث لم تكن له الا واحدة بخلاف غيرها من ألفاظ الطلاق وعند أبي حنيفة والشافعي ان خلية وبرية وبائنا وحر امان من كناية الطلاق وهذا يفيد انها منقولة الى الطلاق عما وضعت له فوجب أن يعتبر فيها المعنى الذي وضعت له من التعریم والميونة والابراء والخلو وذلك كله يقتضى زوال الملك فلا يلزمنا ما انتم (فرع) فاذا قلنا في سرحتك انها واحدة ان نوى فان لم ينوشياً فقد قال أشهب هي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم انها في المدخول بها ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فله نيته ويحلف وفي التي لم يبرأ بها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقاله مالك وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة فوجب أن تكون واحدة دون البتة أصل ذلك ما قبل المدخول ووجه قول ابن القاسم ما تقدم في قوله فارقتك وقدرى عن ابن القاسم انه قال في سرحتك بعض الضعف والقياس أن ذلك كله سواء هي واحدة في ذلك كله حتى يريد أكثر (مسئلة) وأما قوله خليت سيبك فقد روى ابن القاسم انه ان قال لم أرد طلاقاً لم يقبل ذلك منه بخلافى فارقتك وخليتك فانه يقبل منه انه لم يرد طلاقاً والفرق بينهما ان خليت سيبك لا يكاد يستعمل الا في الطلاق ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه فان قال أردت الطلاق ولم أؤعددا فقد روى ابن وهب عن مالك هي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وبه قال ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم انها ثلاث وبه أخذ أصبغ وابن المواز وجهر وايبان وهب انه لفظ يستعمل في الطلاق وليس منه ما يقتضى قطع العصمة فاقضى طلقة واحدة كقوله طلقتك وجهر وايبان القاسم ان تخلية السبيل انما تستعمل على معنى اطراح العصمة وترك الامساك بشئ منها فاقضى الثلاث اطلاقاً كقولك حبلك على غاربك (فرع) فاذا قال أردت واحدة فبجى على رواية ابن وهب انه يصدق دون يمين ويجبى على رواية ابن القاسم عن مالك له نيته ويحلف ووجه ما تقدم

(فصل) وقوله انها ثلاث تطليقات كل واحدة منها ثلاثون ظان ان الثلاث انما تقع لتكرر الألفاظ ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها فيين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره ص مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلاً كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة ش قوله انه قال لأهلها شأنكم بها يريد انه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه أو ما يقتضى أن يفهم منه الطلاق وأما لو تقدمت قبل ذلك رغبتهم اليه في أن تبيت عندهم أو تسافر معهم فقال لهم شأنكم بها وقال لم أرد بذلك الا باحتماساً لتوفى لم يكن عليه شئ قال أشهب وأما اذا قال ذلك على ما قدمناه وقال لم أرد طلاقاً لم يقبل منه لان هذا من الألفاظ التي حوت العادة باستعمالها في الطلاق فاذا وقع على وجه يفهم منه ذلك حمل عليه (مسئلة) وان قال نويت الطلاق فقد روى ابن القاسم عن مالك انها واحدة الا أن يريد أكثر من ذلك في غير المدخول بها فانها

• وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلاً كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة

ثلاث ولا نيته كما لو قال وهبتكم ايها وقال ابن حبيب انه حمل حديث القاسم على غير المدخول بها
ولذلك رأى أهل العلم أنها تطليقة وفي المدينة أن مالكاً قال لا يعجبني ذلك يريد حديث القاسم قال
مالك وأراها التي قد دخل بها وان لم يدخل بها فهو بين انه ليست الا واحدة اذا لم تكن له نية وقال ابن
حبيب وأصبح هي ثلاث بنى بها أو لم يبن بها الا أن ينوي واحدة كالموهوبة ورواه أشهب وابن
وهب عن مالك ووجه ذلك على ما تقدم (فرق) وفرق أشهب بين أن يقول لأهلها شأنكم بها
وبين أن يقول لها شأنك بأهلك فاذا قال لأهلها شأنكم بها فانه لا ينوي واذا قال لها شأنك بأهلك نوى
وروى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك سواء ينوي في التي لم يبن بها ولا ينوي في المدخول بها * قال
القاضي أبو الوليد رحمه الله ويجب عندي أن يدخل في ههنا المسئلة من الخلاف مثل ما تقدم في
خلية سيبك وقوله خليت سيبك يجب أن يكون أشد وكذلك حكم الحقي بأهلك يجب أن يعبر
على هذا وقد روى عن مالك انه قال ينوي في الحقي بأهلك ويحلف وأما اذا قال لها أنت رد على أهلك
أو وهبتك لأهلك أو وهبتك لأبيك في المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن محمد بن يحيى
النسائي عن مالك انها ثلاث في المدخول بها وواحدة في التي لم يدخل بها قال ابن كنانة قبلها أبوها
أولم يقبلها ووجه ذلك ان الطلاق من قبل الزوج فاذا وجد منه لفظ يقتضى الطلاق وليس فيه
استثناء مشيئة لأب لم يراع في ذلك مشيئة الأب ص * مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل
يقول لامرأته برئت مني وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * قوله في الرجل يقول
لامرأته برئت مني وبرئت منك انها ثلاث تطليقات (مستلثان * احداهما) أن لفظ البراءة يقتضى
الثلاث لانه يتقعر براءتهما من الزوجية وقد تقدم ذكره * والثانية أن اضافة الطلاق الى الزوج أو
الى الزوجة سواء فاذا قال لها برئت مني وبرئت منك فهو سواء وكذلك لو قال لها أنت مني بائن أو أنت
حرام أو أنا عليك حرام وكذلك لو قال لها أنا منك طالق أو أنت مني طالق سواء أضاف الطلاق الى
الزوج أو الى الزوجة وقال أبو حنيفة ان اضافة الطلاق الى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق
وذلك اذا قال لها أنا منك طالق والدليل على ما نقوله انها جهة لو أضاف اليها الطلاق بلفظ البينة
ثبت حكمه بجهة الزوجة ص * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو بريئة أو براءة
انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها وبين في التي لم يدخل بها أو واحدة أراد أم ثلاثا فان قال
واحدة أحلف على ذلك وكان خاطبا من الخطاب لانه لا يحل للمرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها
ولا يبرئها الا ثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يحلها ويرثها وتبينها الواحدة * قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك * ش قدمضى الكلام في الخلية والبرية وحكم البائن حكم الخلية والبرية وقد قال
مالك انها ثلاث في التي دخل بها ولا يدين وذلك انه ان أراد واحدة لم يقبل منه وانما يدين ويقبل قوله
في التي لم يدخل بها فان قال أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه وان حلف انه أراد بقوله أنت بائن
لا دعاء من ذلك وكان خاطبا من الخطاب وفي ذلك اشارة الى انه انما يحلف اذا أراد النكاح ولو حلف
عند طلاقه لم يقبل فيه خاطب من الخطاب وانما يقال فيه انه رجل أجنبي وقد تقدم من قول ابن
الماجشون وسحنون انه عند ارادته للنكاح

(فصل) وقوله لانه لا يحل للمرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الا ثلاث تطليقات والتي
لم يدخل بها يحلها ويرثها وتبينها الواحدة يقتضى قوله هذا أن المراد بقوله البينة والاختلاء أن
لا يكون له عليها رجعة سواء كان ذلك ثلاثا أو واحدة ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية ولما

* وحديثي عن مالك انه
سمع ابن شهاب يقول في
الرجل يقول لامرأته
برئت مني وبرئت منك
انها ثلاث تطليقات بمنزلة
البتة قال مالك في الرجل
يقول لامرأته أنت خلية
أو بريئة أو براءة انها ثلاث
تطليقات للمرأة التي قد
دخل بها ويدين في التي
لم يدخل بها أو واحدة أراد
أم ثلاثا فان قال واحدة
أحلف على ذلك وكان
خاطبا من الخطاب لانه لا
يحل للمرأة التي قد دخل
بها زوجها ولا يبينها ولا
يرثها الا ثلاث تطليقات
والتي لم يدخل بها يحلها
وتبينها الواحدة
قال مالك وهذا أحسن ما
سمعت في ذلك

كان عدم الرجعة لا يصح في المدخول بها بدون الثلاث حل على الثلاث ولم يحمل قوله على واحدة
 وان ادعاها لان لفظه لا يصح استعماله في الواحدة في حق المدخول بها وأما غير المدخول بها فانه
 يحتمل أن يريد به قطع العصمة وذلك لا يكون الا بالثلاث ويحتمل أن يريد به طلاقا لا تتبعه
 رجعة وان لم يقطع العصمة لكنهما كان أظهر من جهة اللفظ في قطع العصمة حل عليه ان لم
 يكن له نية فان ادعى نية استخلف على انه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ وان كان في غيره أظهر والله
 أعلم ويجب على هذا انه اذا قال في الخلع طلقك بائنة أنه يقبل منه انه أراد واحدة في المدخول
 بها ويستخلف على ذلك ان أراد ابتداء نكاحها لان امتناع الرجعة يوجد في طلقة (مسئلة) فهذا
 مقتضى قول مالك في البائن والخلية والبرية والبائن في كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد فيقال
 بان فلان من ذلك ويستعمل بمعنى الابانة بالقطع يقال ضرب به فبان يده اذا قطعها فلم يبق شيئا منها وعلى
 أي الوجهين حملنا البيئوتة في الطلاق اقتضى ذلك ابطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح وذلك ان
 بعدها عن لا يريد بتقارب أجسامها وانما يريد به بعدها عن عصمتها وزوجيته فهو أظهر في انقطاع
 العصمة وان كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه وذلك لا يكون الا بان لا تكون له عليها
 رجعة فهي قريب مما كانت عليه وان قلنا ان معناه القطع فانه أيضا لا يوجد هنا المعنى الا بانقطاع
 الرجعة أو بانقطاع العصمة وأما الرجعية فان الاتصال بينهما موجود فاذا أباها ثم ادعى الرجعية
 لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشئ محله فلا يخفى أن يقترب به كتابة أو
 اشارة أو لا يقترب به شئ فان اقترنت به كتابة وذلك أن ينوي ايقاع الطلاق بكتابة فانها طالق بذلك
 وقال عطاء ومن كتب الطلاق ولم يلفظ بشئ فليس بطلاق والدليل على صحته ما قوله ان الكلام
 هو المعنى القائم بالنفس واظهاره بالكتابة كأظهاره بالنطق كلفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على
 الكلام فانه يقضى له به (فرع) واذا كتب الطلاق على غير عزم فله تركه ما لم يخرج عن يده
 أو شهد عليه فان أخرجه عن يده على وجه الارسال به الى الزوجة فهو انفاذ له كالأشهاد به وسواء كتب
 أنت طالق أو اذا جاءك كتابي فانت طالق قاله مالك (فرع) فاذا كتب ولم يشهد به ولم يخرج
 عن يده فان له رده ويحلف انه ما أراد انفاذ الطلاق ووجه ذلك انه يكتبه على وجه الالتياب فيه وعلى
 وجه التهديد فيحلف لما احتمل انه لم يكتبه الا على وجه الطلاق (مسئلة) وان نوى الطلاق وأشار
 به لزمه الطلاق (فرق) ولا فرق بين اظهاره بالكتابة واظهاره بالنطق سواء أشار بيده أو رأسه
 قال مالك واحتج في ذلك بقوله تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا ولان طلاق الأخرس انما
 يكون بالاشارة ووجه آخر وهو ان الاشارة عبارة عما نواه منه كالنطق (مسئلة) فان لم يقترب
 به كتابة ولا اشارة ففي كتاب ابن المواز عن مالك من طلق ثلاثا على ذلك فلا شئ عليه وروى أشهب
 عن مالك في العتبية يلزمه ذلك قال ابن عبد الحكم وليس بشئ وجه الرواية الاولى ما روى عنه صلى
 الله عليه وسلم انه قال وانما امرى ما نوى وهذا قد نوى الطلاق فوجب أن يكون له ووجه ثان وهو ان
 ألفاظ الطلاق اذا لم يرد بها طلاقا لا يكون طلاقا وانما يقع عليه الطلاق لاننا نعلم صدقه في انه لم يرد
 الطلاق فعمله على مقتضى لفظه وقد أجمعنا على انه اذا أراد بها الطلاق وقع بها الطلاق فقل
 ذلك على ان الاعتبار بالنية دون اللفظ ووجه الرواية الثانية ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال
 ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به ومن جهة المعنى ان النية بمجرد ما
 لا تقوم مقام القول والعمل وان اقتصر القول والعمل الى نية كالمصلاة وتكبيره الاحرام والقراءة

وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات (مسئلة) ومن قال لامرأته كلى واشربى من الألفاظ التي لا تستعمل في الطلاق حقيقة ولا مجازا فقد قال مالك يلزمه الطلاق وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمه طلاق وقال بعض أصحابنا ان هذا مبنى على ان مجرد النية يقع به الطلاق ومنه جاب ابن القاسم يقتضى انه لا يقع الطلاق في هذه المسئلة بمجرد النية وانما يقع بما قارن النية من اللفظ ولذلك روى عن مالك فيمن أراد أن يقول أنت طالق فقال كلى أو اشربى انه لا يلزمه شيء وان كان قد وجدت النية ومعنى هذه المسئلة انه قد وجد منه لفظ قصد به الى ايقاع الطلاق فلزمه الطلاق أصل ذلك اذا تلفظ بكنايات الطلاق

﴿ ما يبين من التملك ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى جعلت امرأتى فى يدها فطلقت نفسها فاذا ترى فقال عبد الله بن عمر اراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر انا أفعل أنت الذى فعلته ﴿ ش التملك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها وذلك بأن يقول لها قدمي ككتك أمرك أو يقول لها أمرك بيدك وفى كتاب ابن المواز وكذلك قوله قدمي ككتك وان لم يقل أمرك ولا نفسك وكذلك قوله طلاقك اليك أو بيدك قال ابن القاسم أو قال لها أمرك بيدك ان شئت أو أنت طالق اذا شئت فهذا كله تملك محض وبشبهه أن يكون هذا السائل الذى سأل ابن عمر رضى الله عنه قال لامرأته أمرك بيدك لان ذلك مقتضى قوله جعلت امرأتى فى يدها

﴿ ما يبين من التملك ﴾

• حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى جعلت امرأتى فى يدها فطلقت نفسها فاذا ترى فقال عبد الله بن عمر اراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر انا أفعل أنت الذى فعلته

(فصل) وقوله فطلقت نفسها يقتضى انها جاوزت به تقول طلقت نفسى الا ان المشهور من المذهب ان المرأة تسئل عما أرادت بقولها طلقت نفسى وقد روى عن ابن القاسم لا تسئل وهى واحدة فى التملك قال محمد وهو أحب الى وجه القول الاول انها تسئل لثلاث دعوى أكثر من واحدة فتسئل كراوى تضى ووجه القول الثانى انها ان ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها لان اللفظ كثير ما يستعمل فى الطلقة الواحدة فاذا أطلقت هذا اللفظ الذى يستعمل غالبا فى الواحدة لم تقبل دعواها انها أرادت أكثر من واحدة لان ذلك استتفاف دعوى منها كما لو قالت طلقت نفسى واحدة ثم قالت أردت أكثر من ذلك أو يزيد الآن على ذلك (فرع) وهكذا كل لفظ لا يستدل به على الثلاث لانه يحتمل غيره فان المرأة تسئل عما أرادت بذلك قاله ابن القاسم وقتقدم الخلاف فى ذلك بما يبنى عن اعادته وقد روى ابن حبيب عن ابن القاسم فى المملكة تقول قد طلقتك هى واحدة الا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل لها ذلك فثبت القولان لابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وأما ان قالت قبلت نفسى أو اخترت نفسى أو طلقت نفسى ثلاثا أو بنت منك أو حرمت عليك أو برئت منك فانه محمول على الثلاث ولا تسئل المرأة عما أرادت بذلك لانها لو قالت أردت أقل من ثلاثة فى المدخول به لم تصدق فيه رواه ابن القاسم عن مالك وهذا فى اللفظ الذى لا يحتمل الا الطلاق وكذلك قولها انا منك خلية أو برية أو بانى وأنا عليك حرام وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها فأقبلت نفسى وحلها على الثلاث فانه حل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها وذلك لا يكون الا بواحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء فلذلك حل من قولها على الثلاث فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة وقد روى ابن المواز عن أشهب ان لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة قبلت امرى ولا يراه طلاقا

حتى توقف ولم يره مثل أخذت نفسى (مسئلة) وهذا اذا لم يكن ملكها على عوض فان ملكها على عوض أعطته اياه في المبسوط من قول مالك ان قالت له برئت منك انها واحدة لانه خلع وهي مثل التي لم يرب بها فان اراد أن ينكحها نكاحا جديدا أحلف بالله ما وليتها من أمرها الا واحدة وانما معنى ذلك انه ملكها بلفظ محتمل وناكرها فتكون بائنة لاجل العوض (مسئلة) فان قالت خليت سييلك في كتاب ابن حبيب عن ابن القاسم ان قولها له قد خليت سييلك أو فارقتك كقوله ذلك لها لان ابتداء ذلك منه يعمل على طلاق الستوهى واحدة حتى يبدأ أكثر من ذلك وأما هي فملكة فكانت اجابتها عن الفراق فهو على البتات حتى يريد واحدة والخلاف بينهما في الأصل وذلك ان ابن القاسم يرى في الزوج بقول زوجته خليت سييلك هي ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فعلى هذا لا فرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقوله الزوجة للزوج وقول أصبغ مبنى على رواية ابن وهب عن مالك ان قول الزوج للزوجة خليت سييلك واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوج وانما فرق بينهما مع هذا الأصل بان الزوج ملك الطلاق بالشرع فكان له أن يوقع منه، اشاء بل هو مأمور أن يفرقه واللفظ لا يخالف ذلك فلذلك قبل منه أردت واحدة وأما المرأة فان الزوج ملكها ولم يستثن قليلا من كثير فكان الظاهر انه ملكها جميع الطلاق ولذلك يستعمل ان ناكرا فلما جابته بالفرقة كان مقتضى ذلك ايقاع جميع ما ملكها اياه (مسئلة) فأما ان كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول قبلت أمرى فان قالت أردت به قبلت ما جعل لي من التملك أو الخيار قبل ذلك منها ثم قيل لها طلق بعد ذلك أو ردى وان قالت أردت بقول قبلت أمرى الطلاق سئلت ما أردت من الطلاق فيحتاج في هذا الى سؤالين لما كان اللفظ محتملا للطلاق وغيره ثم تسئل مرة أخرى عن قدر ما أردت من الطلاق لان ما تلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر (مسئلة) فان قالت قد قبلت لم ترد على ذلك ثم قالت بعد الافتراق من المجلس لم أرد الا أن أنظر وأستخبر كان لها أن تقضى الآن بواحدة فتزيمه أو بأكثر من ذلك فيكون لها المناكرة لان لفظ قبلت محتمل (فرع) فان قالت بعد الافتراق لم أرد شيئا لم يقبل (مسئلة) وسواء أضافت الطلاق اليها أو اليه فقالت طلقت نفسي أو طلقتك أو بنت نفسي أو بنتك لان اضافة الطلاق الى جهة الزوج كاضافته الى جهة الزوجة كالأول وفعه الزوج

(فصل) وقول ابن عمر رضى الله عنه أراه كما قالت يريد أن ما قالت يلزمه على حسب ما أورده هو لكن ذكر أنه جعل أمر امرأته بيدها وهذا تملك محض ثم ذكر انها طلقت نفسها وهذا أقل ما يلزمه به بطلقة واحدة ولعل السائل والمسؤل قد جرى منهما ما فهم به هذا المعنى وقال الشافعي التخيير والتمليك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق وليس بشئ الا أن ينوى به الزوج الطلاق فيكون مانوى منه وان لم يرد به الطلاق وقالت هي قبلت نفسي أو اخترت نفسي فليس بشئ وهذا القول لم يتقدم فيه سلف وهو مبنى على قوله أن قول الزوج قد ملكتك أمرك وأمرك بيدك من كنايات الطلاق وكذلك قولها قبلت نفسي من كنايات من جهتها فاذا اقلاجيعا أردنا به الطلاق وقع الطلاق وان قال أحدهما لم أرد بقولى طلاقا فليس بطلاق وان قال الآخر أردت الطلاق وقد مضى الكلام على كنايات الطلاق بما عني عن اعادته (مسئلة) وهذا اذا كانت المملكة ثيبا محجورا عليها أو غير محجور عليها لان الحجر لا تأثير له في الطلاق ولذلك ينفذ طلاق السفية المحجور عليه وكذلك اذا كانت بكر ابالغالان البكر البالغ يلزمه طلاقها وأما الصغيرة ففي الموازية قال أشهب وعبد الملك

في الصغيرة تخير فتختار نفسها ذلك لها وقال ذلك لها اذ بلغت في حالها قال ابن القاسم يريد بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذ بلغت مبلغا تعرف ماملكت أو يوطأ مثلها فذلك لازم وقال عبد الملك في المجموعة عن المغمورة بخيرها زوجها وهي مفيدة فتختار نفسها وهي مغمورة ان قضاءها غير جائز ولو خيرها مغمورة فاختارت نفسها جاز قضاؤها وكذلك لو ملك صبي امرأته جاز ما قضى به عليه ان كان يعقل ما جعل اليه وما يجيب به قال ابن سحنون عن أبيه وكذلك اذا جعل أمرها بيد امرأته أو ذمى

(فصل) وقول الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن على سبيل الكراهية لما أفتاه به والحرص على أن يعيد نظر العله بخالف ما قدره فقال عبد الله بن عمر أنا فعلته أنت فعلته يريد بذلك لاصنع لي في ذلك وإنما قولك وعملك أدى إلى ما أفتيتك به لان الفتوى انما هي بحسب سؤال السائل وما يقوم له من القول والعمل ص **م** مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملاك بهما ما كانت في عدتها **ش** قوله رضي الله عنه اذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت لا يخلو أن تكون المرأة مكففة أو غير مكففة فان كانت مكففة لم يزمه ما قضت به وان كانت غير مكففة فلا يخلو أن يعقل لتملك أو لا تعقله فان عقلمه في الموازية عن مالك في الذي يخير زوجته قبل أن تبلغ وقبل لبناء فاختارت نفسها فهو طلاق قال ابن القاسم يريد اذ بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذ بلغت مبلغا تعرف ماملكت قال عبد الملك وسحنون وكذلك لو جعل أمرها بيد صبي (مسئلة) ومن خير امرأته وهي مغمورة جاز قضاؤها عليه لأنه رضي بذلك لنفسه ولو كانت مفيدة ثم أصابها ذلك لم يزمه قضاؤها قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك أنه انما رضي قضاءها على ما علم من حالها وعقلها فلما ذهب ذلك لم يزمه ما قضت على غير تلك الصفة

(فصل) وقوله القضاء ما قضت به يريد أن لفظ التملك يقتضي ذلك لأن ظاهره تملك نفسها وذلك لا يكون الا بالطلاق فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كالجو وكل أجنبي على طلاقها واذا كان ذلك المعلوم من لفظ التملك وجب أن يثبت حكمه كالجو تلفظ في ذلك بلفظ الطلاق لأن هذه العبارة موضوعة لتتفاهم بها المعاني فاذا كان اللفظ يفهم من تملك الطلاق ما يفهم منه اذا ورد بلفظ الطلاق وجب أن يكون حكمه في الحالين سواء فلا يقبل منه ان لم يرد تملك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه اذا تلفظ بالطلاق ولأن العجمي يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه وان لم يكن فيه لفظ طلاق ويلزمه حكمه في التملك والطلاق المبدأ وكذلك الأخر من يفهم عنه هذا بالاشارة وتساوى ذلك بلفظه به كسائر الاحكام من الندب وغيره قال ابن المواز وأخذ مالك بقول عمران القضاء ما قضت الا ان تناكر وهذا يقتضي أيضا انها ان ردت التملك أنه لا يقع به طلاق لأنها قضت بالبقاء على الزوجية وقد روى ابن المواز أن مذهب ربيعة في التملك هي واحدة قبلت أو ردت قال مالك وما أدري من أين أخذه وقد اختار أزواج النبي صلى الله عليه وسلم المقام فلم يكن ذلك فراقا ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق فلم يوقعه الوكيل لم يزمه الطلاق فكذلك هذا

(فصل) وقوله رضي الله عنه الا ان ينكر عليها الزوج فيقول لم أرد الا واحدة وذلك أنه لا يخلو التملك أن ينوي به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوي شيئا فان نوى واحدة أو اثنتين فقطت به نواه لزم ذلك ولم يزم أكثر من ذلك لأنه قد ملكها طليقة واحدة وأوقعها فلزمها ذلك ولم يزمها أكثر من ذلك

• وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت به الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملاك بهما ما كانت في عدتها

لأنه لم يوجد منه تملك لما زاد ولا منارضى بذلك ولا يقع له (مسئلة) ويكون له الرجعة توبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع طلقة واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثا فيكون ثلاثا والدليل على
ما نقله أن هذه جهة لوقوع الطلاق فكانت واحدة رجعية بجهة الزوج (مسئلة) فان
أوقعت ثلاثا وهو قد نوى واحدة لزمته واحدة ولم يلزمه أكثر منها وهذا أحد مالك وهو قول عبد الله
ابن عمر لأن له أن ينكرها وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما أن
الامر على ما قضت ولا ينفعه المنكحة والدليل على صحة ما قلنا أن الطلاق إنما صار بيدها يجعله
ذلك اليها وتفويضه والذي جعل اليها طلقة واحدة وما بعد ذلك من الطلاق لم يجعله اليها فلم يكن لها
إيقاعه كالأحاد قبل أن يجعل ذلك اليها (مسئلة) وان ملكها ثلاثا صرح بها فأوقعت واحدة
فلا يلزمه شيء في رواية ابن القاسم وقال الشافعي يلزمه الطلقة وهي رواية مطرف عن مالك قال مالك
ولو قال لها قدم ملكك البتة فأوقعت واحدة لم يكن ذلك شيئا لأن البتة لا تنقسم والثلاثة تنقسم من
ثمانية أبي زيد وجه الرواية الأولى ان ما جعله اليها وقصرت عنه لم يلزمه ذلك فاذا أزمناه الواحدة
لم يكن في ذلك موافقة لما جعل اليها لان الثلاث لم توقعها الزوجة فلم تقع والواحدة لم يجعلها الزوج
اليها فاذا أبتناحكم ما أوقعت وهي الواحدة أبتنا ما يخالف ما جعله الزوج اليها واذا جعل اليها واحدة
وظلقت نفسها ثلاثا فقد وافقت في الواحدة وما زادت على ذلك مما لم يجعله اليها يبطل ويثبت ما جعله
اليها فتوجد الموافقة لما جعله اليها والله أعلم (مسئلة) وأما ان لم يصرح بالثلاث وانما قال لها
أمرك بيديك فطلقت نفسها واحدة فقال لم أورد الا التملك في الثلاث فانه لا يقبل منه وتقع طلقة
رجعية ويكون أمك بما قاله ووجه ذلك أن التملك منه قد وجد وهو يحتمل الواحدة ولذلك لو
طلقت نفسها ثلاثا وادعى واحد، فكانت واحدة فاذا أوقعت الزوجة فقال لم أورد الا الثلاث لم يقبل منه
وكان ذلك منه على وجه الندم والله أعلم (مسئلة) ومن قال لامرأة أمرك بيديك فقالت قبلت ثم
قال أوردت بالتملك البتة وقال هي أردت واحدة في المبسوط عن مالك هي ثلاث الأنت تقول
قبلت واحدة ومعنى ذلك والله أعلم انه لما فسر قوله بالثلاث وقالت هي قبلت وكان ظاهر ذلك قبولها
ما جعل اليها لزمه ما أقرانه جعل اليها فعله ولم ينفعها تفسير ما نوتها بالواحدة وهي تحتل الثلاث
مع مطابقتها لما جعله بيدها

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويقول لم أورد الا واحدة يعني أن منكرته لها أن يقول لم أورد الا
واحدة فهذا يخالف على قوله انه لم يرد الا واحدة قال محمد يخلف مكانه لان له الرجعة مكانه فان لم يكن
بها فلا تلزمه اليمين لانها قد بانته منه فاذا أراد نكاحها حلف على ما نوى ولا يخلف قبل ذلك اذ لعله لا
يترجها وهذا الذي قاله محمد عندي انما هو ليحكم له الآن بان طلاق التملك رجعي * قال القاضي أبو
الوليد والظاهر عندي اذا أراد أن يرتجها وأما ان لم يرد أن يرتجها فيجب أيضا أن لا يلزمه بتعجيل
اليمين اذ لعله لا يرتجها (مسئلة) فان أبي أن يخلف في المبسوط عن القاضي أبي اسحق في الذي
يناكر اذا أبي أن يخلف ألزم الثلاث على الاصل قال ومعناه أنه قد ملك فهو على أصل الطلاق الآن
يقول أردت بعضه ويخلف فهذا على قول محمد بن المواز فلي هذا القول يؤمر في العدة باليمين
فان أبي قضى عليه بالثلاث وبعد العدة لا يعرض له حتى يرد النكاح فاذا أراد ذلك استخلف فان
حلف والا قضى عليه بالثلاث وكان الاظهر عندي تأخير اليمين عنه الى أن يرد الرجعة في العدة أو
النكاح بعد العدة لان اليمين انما هي لاستباحة المراجعة فاذا أراد أن يرتجع أمر بها لاستباحة الرجعة

فان لم يحلف منع المراجعة وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين ولو اقتصى نكوله الحكم عليه
بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكحة والمنع لها من ايقاع ما أوقعته لان ذلك وقت الخصام
فيه وابطال ما ادعته واثباته والله أعلم وأحكم

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت انه أخبره انه كان
جالسا عند زيد بن ثابت فأناه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيدا ما شأنك فقال ملكك
أمر أي أمرها فقارفتني فقال له زيد وما حلك على ذلك قال القدر فقال زيد ارجعها ان شئت فانما
هي واحدة وأنت أملك بها ﴿ ش قوله ان محمد بن عتيق أي زيد بن ثابت وعيناه تدمعان يقتضى
بما بعده فرط تدمعه وتأسفه على فراق امرأته وذلك يقتضى اعتقاده انه لا رجعة له عليها الما لانه ظن انها
واحدة بائنة أو انها ثلاث ولو اعتقد ان له عليها الرجعة لارجعها ولم يخرج الى ذلك لما فعل بعد أمره به
زيد بن ثابت وأرشد اليه فقال له زيد بن ثابت ما شأنك لما رأى به من البكاء والندم فأخبره انه ملك
أمرأته فقارفته وان ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع فقال زيد ما حلك على هذا يحتمل انه
أراد به توبيخه على ما فعله وتمديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن
سبب هذا الثلاثي يكون الحكم يختلف باختلاف سببه وان كان ملكها بعوض أو بغير عوض فلما قال
القدر ولم يكن ثم سبب يظهره أجابه عن مسئلته

(فصل) وقول زيد ارجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها روى ابن المواز عن أشهب قال
مالك لا أخذ بحديث زيد في التملك ولكنى أرى اذا ملك امرأته ان القضاء ما قضت الا أن ينكر
عليها فيحلف كما قال ابن عمرو ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم منه بزيد انها لا تكون
الا واحدة وان أوقعت أكثر من ذلك على كل حال ويحتمل أيضا أن يكون مالك قال زيد بذلك انى
لأقول بظاهر اللفظ على الاطلاق لقوله فقارفتني والفراق عند مالك في بعض الروايات عنه يقتضى
أكثر من الواحدة والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقا على غير لفظ الفراق وانما فارقته بطلقة
واحدة ويحتمل أن يكون ملكها طلقة واحدة بتصریح فلا يلزمه ما زادت ولا يلزمه في ذلك عين
فذلك قال له ارجعها فيكون ذلك موافقا لقول مالك لان اليمين انما يحتاج اليها اذا كان لفظه محتملا
وأوقعت المملكة أكثر من طلقة وانما كان جزع ابن أبي عتيق على هذا التأويل فرقا من أن
تكون واحدة بائنة وعلم من مخالفتها له انها اذا ملكت نفسها لم تعد اليه ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن
ابن القاسم عن أبيه ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت
أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاخصم الى مروان
ابن الحكم فاستعلمها ملكها الا واحدة وردّها اليه قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه
هذا القضاء وراه أحسن ما سمع في ذلك قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه الى
قوله ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق يقتضى ايقاعها الطلاق باثنيك
اياها الطلاق ولو أخرجت قبول التملك بالقول فلا يجزئ أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد
منها قول ولا فعل فان وجدتها في المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر من نقل
رحلها الى عند أبوها في الميسوط من رواية ابن المعدل عن ابن الماجشون ان فعلت من ذلك ما بين

﴿ ما يجب فيه تطليقة
واحدة من التملك ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن سعيد بن سليمان بن
زيد بن ثابت عن خارجة
ابن زيد بن ثابت أنه أخبره أنه
كان جالسا عند زيد بن ثابت
فأناه محمد بن أبي عتيق
وعيناه تدمعان فقال له
زيد ما شأنك فقال ملكك
أمر أي أمرها فقارفتني
فقال له زيد وما حلك
على ذلك قال القدر فقال
زيد ارجعها ان شئت
فانما هي واحدة وأنت
أملك بها * وحدثني عن
مالك عن عبد الرحمن بن
القاسم عن أبيه أن رجلا
من ثقيف ملك امرأته
أمرها فقالت أنت الطلاق
فسكت ثم قالت أنت
الطلاق فقال بفيك الحجر
ثم قالت أنت الطلاق فقال
بفيك الحجر فاخصم الى
مروان بن الحكم فاستعلمه
ما ملكها الا واحدة وردّها
اليه قال مالك قال عبد
الرحمن فكان القاسم
يعجبه هذا القضاء وراه
أحسن ما سمع في ذلك
قال مالك وهذا أحسن ما
سمعت في ذلك وأحبه الى

ولا يجهل فكأنما تكلمت بالقبول ووجه ذلك ان ظاهر هذا الفعل القبول للتمليك اثر الطلاق
وأقل ما يجعل عليه القبول للتمليك قال عبد الملك فان قالت بعد ذلك أردت البتة الأثرى انى قد
خبرت رأسى وفعلت ما تفعله المحرمة فان له أن بنا كرها ويحلف انه ماملكها الا واحدة وفي المجموعة
عن ابن القاسم لا ينوى الزوج ووجه ذلك أن ظاهر فعلها البيئونة فترك الانكار عليها في المجلس
يقضى الرضا بالثلاث وقيل عليه أن يحلف يمينا أخرى لانه لم يظن ان اتقائها أو ما فعلت يكون طلاقا
بأثنا ووقف على قول ابن الماجشون وسعنون وأصبح ان ذلك يلزمه مع يمينه انه لم يملك الا واحدة وقال
ابن المواز يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها وهذا ليس بخلاف في الظاهر (فرع) فان فعلت
هذا من تخمير الرأس ونقل الثياب ثم قالت لم أرد به طلاقا ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن
عن أبي وهب ان لم تكن اختارت فلا شيء لها (مسألة) فان لم تفعل شيئا أو فعلت ما لا يستدل به على
الطلاق كالأكل والشرب في كتاب محمد اذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق ثم قالت أردت الفراق
ونوته في المجلس لم يقبل قولها وقد اختلف فيه قول مالك فقوله القديم انما لها ذلك مادام في مجلسها
فاذا قام من مجلسها ما قبل أن تقضى شيئا بعد بطل التملك ثم رجع عن ذلك وقال لها ذلك ولا يزال
التمليك عنها الآن يمكن من الاستمتاع أو يوقفها السلطان فتطلق أو ترد قال ابن القاسم وقوله الأول
أحب الى وجه القول الأول اما أن يكون توكيلا فله الرجوع عنه متى شاء لان عقد التوكيل غير
لازم فله الرجوع عنه متى شاء وان كان هبة فهو عقد لازم فليس له الرجوع عنه مادام في المجلس
لانه وقت القبول ومتى قام من المجلس فقد تركت القبول فبطل ما كان لها من ذلك وهذا أشبه لانه
لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله بأثر التملك ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء انه ليس له ذلك
بأثر تملكه وانما اختلف الفقهاء في جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكن فيه القبول ولم يظهر
القبول ونحن انما نقول له ذلك ما لم يقوما وانى هذا ذهب الشافعي ورواه ابن وهب عن مالك في
اليسوط ووجه ما تقدم ووجه القول الثاني وهو اختيار أبي علي بن خيران انه طلاق معلق بصفة
فليس له الرجوع عنه كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول ليس
لها ذلك الاما ما في المجلس فانه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت من يمكن فيه اختيار الطلاق فلا يظهر
وانما لها ذلك بعقد ما جرت به العادة من الجلوس والارتياح في الأمر والنظر فيه لما قدمنا ان حكمه حكم
الهبة ان وهما كان في يده من ايقاع الطلاق فان طال المجلس جدا وخرج عن المعتاد في ذلك ففي
المدونة من قول مالك انه اذا طال المجلس عامة النهار فعلم انهما قد تركا ذلك وخرجا كما كانا فيه الى
غيره فقبطل التملك وقال أشهب ذلك بيدها وان أقام في المجلس وجه القول الاول ان مجلس
التعارض والأخذ في مثل هذا معتاد فاذا طال المجلس وزاد على ذلك الزيادة البينة التي يعلم بها
الخرج عن هذا الأمر وترك النظر فيه بطل ما لها من القبول كما لو قامت من المجلس ووجه الرواية
الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر ان ذلك لها مادام في المجلس ولان المجلس وان طال فانها
على الصفة التي أبيع فيها الارتياح لم تنتقل عنها وقد يحتاج هذا من النظر والارتياح الى ما يزيد على
مقدار المجلس المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان لها ذلك في المجلس ما لم يعرجا كما كانا فيه ويظهر تركه
فان معنى ذلك الترك أن يأخذ في كلام غيره وأما ان تمتشط أو تسكت أو تعمل عملا فان ذلك لا يكون
قطعا خيارها رواه ابن سعنون عن أبيه وهذه مسألة فيها نظر لان الترك لما كانا فيه فيكون
بالأعمال والنوم وطول المجلس المفرط الذي يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ في كلام

غيره (فرع) وهذا اذا لم تجاب بشئ عن التملك فاما اذا جابت فقالت قبلت امرى فعلى القول الاول انما ذلك مختص بالمجلس قال مالك يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها لان قولها قد قبلت امرى ان ارادت به الطلاق فقد قضت ويلزم ما قضت به الا ان ينكرها فيا زادت على الواحدة وان قالت اردت به قبلت ما جعل الى من التملك ولم ارد به الطلاق فقد قبلت ما وهبته بالمجلس فجاز ان يقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس لان قبولها للهبة قد وجد منها فتمت الهبة بالقبول في المجلس (فرع) فان قالت قبلت امرى في المجلس ولم تنس ذلك حتى حاضت ثلاث حيض أو وضعت حملها ثم قالت اردت بذلك طلقة واحدة قبل قولها نضر عين ولا رجعة للزوج عليها قاله في النوادر ومعنى ذلك ان قولها قبلت امرى بمقتل الطلاق فاذا فسره به بالطلاق قبل ذلك منها ولم يكن عليها عين كالوفاة به في العدة واذا كان تفسيرها بعد العدة فقد انقضت وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقعها ويستفسر قولها قبل العدة ورضى بانتفاء العدة وانقطاع مدة الرجعة لانه لم يرجع في مدة العدة (فرع) فان قالت بعد ان وطئها اردت بذلك الطلاق ففي المجموعة عن ابن القاسم لا تصدق لانه قد زال ما بيدها وانما يصدق قولها مادام التملك بيدها وامكانها اياه من نفسها دليل على انها لم ترد الطلاق فلا يجوز لها أن تدعى الآن غيره ولو كانت خالعتها بعد قولها ملكت امرى صدقت به بذلك انها ارادت الطلاق لان فعلها لا ينفي ما تنفسر به الآن ويناكرها ان زادت على الواحدة ورواه عيسى عن ابن القاسم (فرع) فاذا قالت اردت الارتياح والنظر صدقت فان زادت الآن فلا شئ عليه وان طلقت واحدة كان له الرجعة وان زادت على ذلك كان له المناكرة (مسألة) ولو ملك رجل امرأته رجلا ثم اراد الرجوع فيه في المبسوط عن مالك ليس له ذلك وروي ابن حبيب عن ابن الماجشون فحين قال لختته اذا تكررت لابنتك وخرجت من القرية فأمرها بيديك فتكررت بهالفرجها طابى وبدها قال ذلك له ولا شئ عليه قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي ان له الرجوع في سبب التملك وهو بان يمنع أمها الخروج بها ولو أخرجهما لم يكن له الرجوع في التملك والله أعلم وقد قال القاضي أبو محمد وهو مما انفرد به لانعله لغيره ان للرجل أن يجعل الى المرأة طلاقها وذلك على وجهين أحدهما أن يوكئها والآخر أن يملكها على التوكيل به أن يرجع ما لم تطلق نفسها وفي التملك ليس له ذلك الا أن يبطل تملكها وقال في المعونة اذا ملك الرجل امرأته طلاقا فهو على وجهين أحدهما التملك والثاني التوكيل (فرع) فان قال لها أمرك بيديك الى شهر أو الى أجل يسع فيه في المدينة من رواية محمد بن يحيى السبائي عن مالك لا يجوز أن يجعل الرجل الخیار لامرأته في نفسها الى أجل يعيد سعيه الا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه ويوقف عن امرأته في اليوم وشبهه حتى يرجع ذلك اليه أو يفارقها فعل في المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله مرة قال ان لم يقض ساعتين فلا خيار لها منها لاجل أو بعد وقد قال ذلك لها ما لم يوطأها ويوقف والتوجيه فيه على ما تقدم (فرع) وان جعل امرأته بيد رجل فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط انما ذلك له مادام في المجلس فان افترا قبل أن تقضى فقد كان مالك يقول ليس له ذلك بعد التفرق من المجلس ثم رجع فقال أرى له ذلك ما لم ترفع الى السلطان أو توطأ وقرن ذلك بتملك المرأة فجعل فيها القولين على ما في تملك المرأة وقد تقدم في توجيه ذلك انه محتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة قال القاضي أبو محمد وهو توكيل وقال أيضا ان حكمه مختص به ويخالف سائر حكم التوكيل فاذا قلنا انه طلاق معلق بصفة فانه

بخالف تعليقه بدخول الدار أو أكل الطعام أو لباس الثوب فان تعليقه باحده هذه الصفات يتأبد
وتعليقه على وجه تملك الزوج أو الأجنبي لا يتأبد وانما يختص بالجلس على أحد القولين وعلى
القول الثاني لها اسقاط ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك واذا قلنا انه بمنزلة التوكيل فانه
بخالف التوكيل فان التوكيل عقد جديد له رده في المجلس قبل ابقاء ما وكل عليه واذا قلنا انه تملك
بخالف حكم التوكيل فانه يلزم أن يبين معناه ويميز بينه وبين التوكيل * قال القاضي أبو الوليد
رضي الله عنه والذي عندي في ذلك ان التملك انما هو لها في ايقاع الطلاق وتعليقه باختياره
ومشيئته ومعنى التوكيل الاستنابة له في ايقاعه دون تعليق ذلك بمشيئته واختياره وقد بسطت
القول في سنن هذه الوجوه وتعليلها في شرح المدونة بما يغني الناظر فيه ان شاء الله تعالى (مسئلة)
وهذا اذا كان مخاطبا لها بالطلاق فان أرسل به اليها فلم تجب بشئ حتى انصرف عنها الرسول فقد
روى ابن المواز عن مالك ذلك بيدها وليس بحضور الزوج الا أن يتناول الزمان ويظهر من أفعالها ما
تفعله الراضية بالزوج وليس هذا بمنزلة المشافهة بالتخير لان مشافهة الزوج لها بذلك تقتضي الجواب
وقد يرسل اليها بما لا ينتظر عنه جوابا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وفي هذا عندي نظر فان
اخبار الرسول لها بالتملك كاجبار الزوج وقد يجبرها الزوج بالتملك ولا يقتضي بذلك جوابا
كالرسول وانما يتعلق بذلك انها قد توخر الجواب لتوصله الى الزوج مع غير الرسول كما يريد أن
تؤخره عن الزوج حتى ترسل به اليه والصواب عندي ان توجيه القولين على ما في تملك الزوج
(مسئلة) وهذا كله اذا قال لها أمرك بيدك وأما ان قال لها أمرك بيدك ان شئت أو اذا شئت
ففي كتاب ابن المواز ذلك كله واحد وذلك بيدها وان افرقهما من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب
وضعف هذا أصبغ في ان شئت

(فصل) وقوله لما قالت له أنت الطلاق في الثانية ببيعك الحجر انكار للطلقة الثانية وانما سكت في
الاولى لان تملكه يقتضيها فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق أنكرد ذلك عليها فهذا حكم المناكرة
أن يكون متصلا بقولها على ما يجوز أن يكون جوابا لقولها قاله مالك في المبسوط وجه ذلك انه انما
يجبر بانكاره عما اعتقده حين التملك فلا يحتاج الى ارتياء ولا نظر فاذا لم يجابها بالانكار وسكت
فقد رضى بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوته بمعنى الاقرار منه ان ذلك هو الذي ملكها فلذلك
لم يجز أن يتأخر انكاره عن قولها قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن ليس منا كرهة بعد المجلس
ولا يدخل في ذلك من اختلاف قول مالك ما روى عنه في التملك لها أن تقضى بعد المجلس ما لم يوقف
أو تمكن من نفسها والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كان حاضرا معها مخاطبا لها وان كان أنفذا لها
بالتملك فاذا بلغه انها قد زادت على طلقه ففي المبسوط عن مالك انما يكون ذلك عندما يبلغه انها قضت
بأكثر من واحدة فان صحت لزومه ما قالت ووجه ذلك ما تقدم

(فصل) وقوله في الثالثة ببيعك الحجر انكار لها أيضا فاختصا في ذلك الى مروان بن الحكم فاستحلفه
ما ملكها الا واحدة ورد بها اليه يريدانها كانت رجعية فجعل له أن يرجعها فتكون عنده على ما
بقي من طلاقها فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب وراه أحسن ما سمع
فيه من قول من يجعل اليها ايقاع الثلاث وقول من يجعل واحدة بائنة وأما قول من حدث بعد
ذلك انه لا يكون تملكها حتى يقول أردت به الطلاق فانه خارج عن تلك الأقوال التي اختار منها
وبالله التوفيق

فكذلك مع طول الغيبة ووجه قول عبد الملك ان الولاية باقية للاب لانسقط بغيته فلم يكن لغيره أن يزوجها ووجه قول ابن وهبان المراعى في ذلك ازالة الضرر عنها وهذا موجود مع انقطاع النفقة ومعدوم مع ادامتها فاما أن تكون عائشة رأت غير هذا واما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعتقد هذا النكاح فعقد على أذى من المهر الذي كان يعتقد هو أن يبذل لمنله أو وكل من يعتقد على الاطلاق دون تعيين الا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين وذلك ان البكر ذات الأب أو الوصى ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها واما النبي في المدونة لا يجوز لها ذلك وقيل ان ذلك جائز لها ويحتمل أن يكون لم يعين الزوج وظن أنه يعدل به عن مثل المنذر الى مثل عروة أو عبد الله من كان أفضل من المنذر فلذلك أنكرا أن يصنع به مثل هذا أو يفئات عليه ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الامر بيده ولو لم يكن النكاح لازما لما احتاج الى ذلك ولو كان النكاح فاسدا لا يجوز أن يقر عليه قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون العاقد نكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه أو ابنة ان كان قائما بامرءه في المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم في الرجل يزوج أخته البكر وأبوه غائب ان كان القائم بأمره فأجزه أبوه جاز وان كانت ثيبا جاز على كل حال وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع في الرجل يكون الناظر في عيال أخيه أو أبيه والقائم له في حوائجها فمناوض له في أمره فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أمته بوجه الصحة والنظر له ان إذا أجزه الغائب اذا قدم جاز وثبت ونحوه في المدونة عن مالك الا أنه لم يرد كراهية وانما جاز أن يجوز الأب بعد طول الغيبة لانه موقوف على الفسخ والله أعلم فعلى هذا ان كان عاقد نكاح حفصة ابنة عبد الرحمن أو أخاه ان كان في حياة محمد بن أبي بكر أو غيره من عصبتها من كان القائم بأمره والناظر له فانه مما يجوز اذا أجزه عبد الرحمن وقد قال ابن القاسم في المدونة الأخ والجد في ذلك بمنزلة الأب قال محمد بن المواز كما زوجت عائشة بنت أخيها فرضى قال مالك وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وكلت عائشة رجلا على العقد وهذا اذا كانت بكر فان كانت ثيبا فذلك جائز لازم وان لم يجوز عبد الرحمن والله أعلم

(فصل) وقوله فكلمت عائشة المنذر في ذلك يريد انها أعلمته انه سخط بعض الامر فجعل الامر اليه ليزيل عن عائشة رضى الله عنها لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الاقتيات عليه فاستنع عبد الرحمن من ابطال النكاح تسليما لمارأه عائشة واختارته وقوله ما كنت لارد أمر افضيته على ما تقدم من اضافة الامر اليها لما كان منها من توليه وتقريره ص مالك انه بلغه ان عبد الله بن عمرو وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فتزد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيئا فقال ليس ذلك بطلاق مالك عن يعقوب بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه فموتت عنده فليس ذلك بطلاق ش كرر مالك رحمه الله في هذه المسئلة القول وكثر من الآثار بخالفته ربيعة في ذلك يذكر ان رد المملكة التملك لا يقتضى طلاقا قال ولا يوجب ولو أوجب لكان نفي التملك يقتضيه ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك ولا يقتضى منها قبول ولا رد وترك في هذه الآثار حكم الساكنة التي لم تقبل ولم تزد وقد بينا فيه من القول ما يعنى عن اعادته ص قال مالك في المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيئا فليس بيدها من ذلك شيء وهو لها مادام في مجلسها ش قوله انها اذا افترقا ولم تقبل فليس بيدها من ذلك شيء هذا قوله الأول واختاره ابن القاسم وقد رجح عن هذا القول الى أن لها ذلك ويوقفها السلطان قال أشهب وانما قال ذلك القول

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فتزد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيئا فقال ليس ذلك بطلاق * وحدثني عن مالك عن يعقوب بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه فموتت عنده فليس ذلك بطلاق * قال مالك في المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيئا فليس بيدها من ذلك شيء وهو لها مادام في مجلسها

مرة ثم رجع الى أن لها ذلك وثبت عليه وقد روى يحيى بن يحيى القول الأول في الموطأ وهو من آخر من روى عنه وهذا يدل على أن مالكاً كان يترجع فيه في أوقات الفتوى وأبقى في موطئه قوله الأول فلم يغيره (مسئله) فإن اختلفا بعد القيام من المجلس فقالت الزوجة قد قضيت بالطلاق وقال الزوج ملكتك ولم تقض شيئاً في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك أن القول قولها حين أقر لها بالتكليف وهذا مبني على أن لا خيار لها بعد المجلس لكنه إذا أقر لها بالتكليف لم يكن له إبطاله بدعوى أنها لم تقض بالطلاق كالأجنبي يوكفه على الطلاق ثم يدعى أنه لم يطلق وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعى القضاء في المجلس لأن لها أن تقضى الآن بالطلاق الآن يدعى عليها الرد فان ادعى عليها الرد كان القول قولها والله أعلم

﴿ الإيلاء ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا آتى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وان مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فاما أن يطلق وأما أن يفيء قال مالك وذلك الأمر عندنا مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيما رجل آتى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفيء ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف ﴿ ش قال ابن الماجشون في المبسوط الإيلاء اليمين فن حلف فقد آتى ﴿ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا كما قال أن الإيلاء في اللغة هو اليمين وقال أبو إسحاق الزجاج يقال آلت أولى إيلاء وألية وقال المفضل الإيلاء اليمين يقال آلى بولي إيلاء والاسم الألية ولذلك قال الشاعر

قليل الألياء حفظ ليمينه * وان ندرت منه الألية برت

وقال الأعشى في الفصيحة التي مدح بها النبي صلى الله عليه وسلم

فآلت لأرثي لها من كآلة * ولا من وجى حتى تلاقى محمدنا

نبي يرى ما لا يرون وذكروه * أعار له مرى في البلاد وأنجدنا

معناه أقسمت إلا أنه مستعمل في الشرع في القسم على الامتناع من وطء الزوجة قال الله تعالى للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر فقال تعالى يؤولون من نساءهم وتقديره والله أعلم يقسمون على الامتناع من نساءهم لأنه لا يقال آلت من كذا وإنما يقال آلت على كذا وآلت لأفعلن كذا ولا فعلت كذا لكنه لما كان معناه آلى ليمتنع من امرأته وكثر استعماله حذف ذلك للدلالة الكلام عليه وقيل آلى من امرأته حتى هذا الفضل بن مسامة عن بعض النحاة وقال الفراء إن من هنا بمعنى على أي يؤولون على نساءهم

(فصل) وقوله إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق وان مضت أربعة أشهر حتى يوقف المشهور من مذهب علي رضي الله عنه أن الإيلاء إنما يكون في الغضب دون الرضا وأنه إذا حلف في الرضا لم يكن مولياً والذي عليه جمهور الفقهاء أنه يكون مولياً لأنه حلف بيمين تترجم على الامتناع من وطء زوجته أي من أربعة أشهر بحال الغضب ولأن للزوجة حق في الوطء فليس له أن يحلف على الامتناع به (مسئله) وهذا إذا كان ممن يستطيع الوطء وكانت الزوجة لها حق في الوطء فإن كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير ففي المبسوط عن ابن القاسم لم يسمع من مالك في ذلك شيئاً ورأى به أنه لا يفتى في الإيلاء على من يستطيع الجماع وأما من لا يستطيعه فلا يترجمه حكم

﴿ الإيلاء ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا آتى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وان مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فاما أن يطلق وأما أن يفيء قال مالك وذلك الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيما رجل آلى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفيء ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف

الايلاء كالحصى وكالذي يقطع ذكره بعد الايلاء فليس على واحد منهم توقيت وروى ابن حبيب عن أصبغ انه قال في الحصى ان ايلاءه لازم و بوقت على سنة أجل الايلاء لان لها منفعة يلتمسها من مبائنة وغيرها (مسألة) واذا آلى الصبي الذي لم يبلغ الحلم فلا يلزمه الآن ولا بعد البلوغ وليس بمول ووجه ذلك أن الايلاء يمين والأيمان لا تتقدم منه قال ابن القاسم في المبسوط وكذلك من آلى من صغيرة فلا شيء عليه حتى تبلغ حد الوطء فمن يومئذ يكون أجل الايلاء عليه لان هذا الخالف كبير يلزمه اليمين وانما سقط عنه حكم الايلاء والتوقيت لما حلف على من لاحق لها في الاستمتاع فلما بلغت حد الوطء وصار لها حق فيلزم اليمين المتقدمة وكان أجل الايلاء من يوم ثبت لها في الوطء حق والله أعلم

(باب الايلاء ثبت حكمه بكل يمين يجب على الخالف هاشي كالحالف بالله أو بصفة من صفاته)
قال ابن المواز مثل أن يحلف بسطان الله أو بقدرته أو بدمته أو برحمته أو بنوره أو بحمده أو شأنه زاد في المبسوط عن ابن الماجشون أو عظمته وعن ابن القاسم أو بجلال الله أو بشيء من صفاته ووجه ذلك ان هذه أيمان تلزم بها الكفارة فثبت بها حكم الايلاء كقوله لا والله وبلى والله (مسألة) فان قال أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله ففي المبسوط عن عبد الملك يكون موليا وهذا مما لا خلاف فيه لانها يمين بالله فان قال أحلف أو أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يقل بالله قال لا يدخل عليه به ايلاء الا أن يكون أراد بالله ونواه فيكون يمينا ويكون موليا في المدونة والمبسوط وقال ابن القاسم عن مالك أشهد ولعمري ليس بيمين الا أن يريد بالله فيكون موليا قال ابن القاسم وأعزم أو أعزم على نفسي عندي مثل قوله أقسم والذي في المدونة أن مالك قال فمين يقول أشهد أن لا كلف فلانا لاشي عليه قال ابن القاسم الا أن يريد بذلك أشهد بالله فيكون يمينا وكذلك قال مالك في القائل أقسمت أن لا كلف فلانا قال ابن القاسم وكذلك أحلف أن لا كلف فلانا يمين قال وليس قوله أعزم أن لا كلف فلانا يمين فان قال أعزم بالله فلا أشك انها يمين فان قال أعزم عليك بالله فليست بيمين وهو عندي بمنزلة قولك أسألك بالله لتفعلن كذا فلم يفعل فلا شيء عليه (مسألة) وكذلك ان قال على عهد الله وميثاقه أو قال على ذمة الله أو قال على نذر ذلك كله عن ابن القاسم في المبسوط ووجه ما قلناه (مسألة) فان حلف بالصيام أن لا يبطأ امرأته فقال ان وطئتك ففعل صيام شهر أو سنة فهو مول وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق وهو أحد قول الشافعي وقال في الجديد لا يكون موليا الا باليمين بالله تعالى والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق ودليلنا من جهة القياس ان هذه يمين لزمه بها حكم فثبت بها حكم الايلاء أوصل ذلك اليمين بالله (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد قال في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ان آلى منها بصيام فهو مول ومعنى ذلك بصيام غير معين ولم يعين قلته من كثرة وهذا يدل على انه اذا آلى منها بصيام يوم واحد انه يكون موليا (فرع) فان قال ان جامعتك فعلى صوم هذا الشهر الذي أنفاه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر فأقل فانه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر قاله ابن المواز وأكثره في المبسوط (مسألة) ومن آلى من امرأته بالصلاة ان وطئتك فعلى أن أصلي مائة ركعة قال ابن القاسم في المبسوط هو مول زاد في المدونة عن مالك أو آلى بحج أو عمرة أو هدى أو عتق (مسألة) ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين فان كان عبدا معيناً ولم يكن في ملكه فلا شيء عليه وان كان في ملكه لزمه الايلاء فان باعه زال عنه ووجه

ذلك أن اليمين انما تعلقت بعين العبد فلما باعته أو وهبه لم يبق لليمين تعلق فبطل حكمها وصارت الزوجة غير مولى منها (فرع) فان استرجع العبد بشراء في تغليس أو غيره فقد روى ابن المواز انه قال لا تعود عليه اليمين وقال ابن القاسم تعود عليه اليمين وقاله مالك في المبسوط وقال ابن الماجشون في المبسوط ان عاد اليه العبد بمرث أو اشتراه في فلس ممن كان عنده أو باعه السلطان على الخالف في فلس ثم اشتراه لم يرجع عليه الايلاء ويرجع عليه ان باعه باختياره ثم اشتراه ببيع البائع له باختياره لبعده هذه الوجوه من التهمة ووجه القول الاول ان ذلك المالك قد زال ببيعه فلا يعود حكمه بالرجوع اليه كما لو آلى بطلاق امرأة آخر ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد ذلك وج فان الايلاء لا يعود عليه ووجه القول الثاني أن خروج العبد من ملكه ورجوعه اليه بمنزلة تطليقة التي حلف بطلاقها واحدة ثم تزوجها قبل زواج أو بعده فان الايلاء يعود عليه والوجه الأول أظهر لان الطلاق الذي يبق فيها بعد ارجاعها انما هو من حكم النكاح الذي حلف له وملكه للعبد بعد ان باعه ليس من حكم الابتياع الأول وانما هو حكم يثبت بالابتياع الثاني كما لو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد ذلك فان ما ثبت له فيها من طلاق انما يثبت بالنكاح الثاني فلذلك لم يتعلق به الايلاء المتقدم عليه والله أعلم (فرع) فان كان العتق في غير معين فقال ان وطئتك فعلى عتق عبيدى فهو مولى فان قال ان وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر فقد قال مالك في المبسوط لا يعتق عليه شيء ممن يشتريه بعد يمينه وهذا يقتضى أن يكون مولىا وقد تقدم تعليقه في الايمان والنذر (فرع) فان قال ان وطئتك فكل عبدا اشتريه من الفسقاط حر قال مالك من قال كل عبدا اشتريه من الفسقاط حر فانه يلزمه عتق من يشتريه ولكن لا يكون مولىا بالايلاء بذلك حتى يشتري العبد فاذا اشتراه وقع عليه الايلاء وطئ قبل ذلك ولم يوطأ وقال سحنون قال غيره يكون مولىا لان كل من يقع عليه الخنث بالثبوت فهو مولى وهذا اذا وطئ امرأته ثم اشترى بعد ذلك عبدا من الفسقاط فانه يعتق عليه بالايلاء قال سحنون وقد قال ابن القاسم مثله وجه قول ابن القاسم الأول ان هذا حال لا يلزمه فيها شيء بل الخنث فلم يكن مولىا أصل ذلك قبل الايلاء ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الخنث عليه اذا خنث وهذا يقتضى كونه مولىا والله أعلم (مسألة) ومن آلى بطلاق امرأة فلا يخلو أن يولى بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرها فان آلى منها بطلاقها فلا يخلو أن يكون الطلاق الذي حلف به بائنا أو رجعيًا فان كان بائنا مثل أن يقول ان وطئتك فأنت طالق طلاقا بائنا فهل يكون مولىا أم لا قال مالك هو مولى واحتج على ذلك بأنها لو رضيت على البقاء معه دون وطء لم يطلق عليه قال ابن القاسم وكذلك عنى في كل ما لا يستطيع فعله والبرفيه مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى أمس السماء وقال ابن الماجشون في المبسوط هذا تطلق عليه من ساعته تطليقة واحدة ولا يترك معها إلى الأجل لانه ليس ممن يمكنه أن ينفى ولا رجعة له لان رجعتة توصله إلى الفينة لان ما زاد من وطئه على مجاوزة الختان حرام فلا يمكن من وطء حرام والله أعلم وقد روى في المدينة زياد بن جعفر عن مالك اذا قال ان وطئتك إلى أجل كذا فأنت طالق بائنا وكان ذلك أجلا طويلا فانه يفرق بينهما اذا قامت به ولا يضرب له أجل الايلاء وهذا مبنى على من ذهب ابن الماجشون (فرع) فاذا قلنا انه مولى لا يجعل عليه بالطلاق فقد قال مالك يطلق عليه عند الأجل وفي المبسوط قال مالك أيضا ان له أن يمعت فيها بالوطء فتطلق عليه بالبتة فوجه القول الأول ان الفينة ممنوع فيها وذلك مبنى على ان وطءه محظور ولا يلزمها البقاء معه على الايلاء فوجب أن يقضى عليه بالطلاق ووجه القول الثاني ان هذه

عين معلقة بشرط فلا يقع الا بوجود ذلك الشرط وهو مبنى على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع
 (فرع) فاذا قلنا له أن يطأ فقد قال ابن القاسم له أن يتأدى حتى تنزل وأحب إلى أن لا يفعل فان فعل
 لم يكن حراما قال أصبغ وذلك ما لم يكن عندي حريبا قال أصبغ وذلك ما لم يخرج فان أخرج
 لم تكن العودة قال وقال ابن الماجشون اذا التقى الختانان قطع وجه القول الاول انه على حكم
 الزوجية المبيحة للوطء قبل الخنث فله أن يوطئ ولا خلاف أن بالايلاج يقع الخنث الآن ذلك لا يمنع من
 الاحراج وهو نوع من الوطء فكذلك الباقي الوطء حتى ينزل ووجه آخر ان لفظ الوطء الذي يقع به
 حنثه ويتعلق به ايلأؤه انما ينطلق غالبا على الوطء التام دون الايلاج ووجه قول ابن الماجشون
 ان اليمين فعل يتناول أقل أجزائه ويقع الخنث بأيسر جزء منه كما يقع بجميعه وذلك يقتضى أن
 الايلاج يقع به الخنث وبه يقع الطلاق الثلاث فوجب أن يحرم عليه الباقي من وطئه لانه قد يصادف
 امرأة قد حرمت عليه بالثلاث (فرع) فان كان حلف بطلاق رجعي كالطهارة والطلاقين لمن له
 فيها أكثر من ذلك فالذي قاله عبد الملك في المبسوط انه ان أراد أن يطلق وينوى بما زاد من وطئه
 على التقاء الختانين اللذين يقع به حنثه الرجعة مكناه من ذلك فان أبى من ذلك منع من الوطء لان
 باقيه بعد الخنث حرام ومقتضى قول ابن القاسم على ما تقدم ان له أن يطأ وانما يحرم عليه استثناف
 وطء آخر والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبى من الرجعة ببقية وطء فقد قال
 ابن الماجشون يطلق عليه ولا رجعة له مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها قال لانه قد ترك تحقيق
 رجعته بأن ينوى ببقية وطئه الرجعة وقد كان له في غير المدخول بها أن يمكن من وطئها لان ما يقع به
 حنثه يكمل له دخوله (مسألة) فأما ان حلف بالنبي أو الملائكة أو الكعبة أن لا يطأها أو قال هو
 يهودى أو نصرانى أو زان ان وطئها فهذا ليس بمول قاله مالك ومعنى ذلك عندي انه أو رده على وجه
 القسم وأما لو أراد أنه مول بما قاله من ذلك أو من غيره ففي المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل
 يقول لامرأته لا امر حباري بدلك اليبلاء فقال قال مالك كل كلام نوى به الطلاق فهو طلاق فهذا
 والطلاق سواء (مسألة) فان حلف بالله أن لا يطأها واستثنى فقال ان شاء الله فانه يكون موليا
 فان وطئها فلا كفارة عليه في رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن الماجشون في المبسوط ليس
 بمول وجه القول الأول أنه مبنى على أن الاستثناء لا يجعل اليمين ولكنها تؤثر في اسقاط الكفارة
 لما كانت يمينه منعقدة لزمه حكم اليبلاء وان لم تجب عليه بالمخالفة كفارة ووجه القول الثاني
 ان الاستثناء يجعل اليمين ويجعل الخالف كأنه لم يحلف ولذلك لا يجب عليه بالمخالفة كفارة والله أعلم
 (مسألة) وان حلف أن لا يجامعها سنة وقال أردت أن لأسأ كنها في هذه الدار سنة ففي المبسوط
 عن ابن القاسم له ذلك وانما يلزمه اليبلاء اذا أتى بلفظ يمنع من الوطء وان لم يتناول الوطء فانه
 لا يكون به موليا فاذا حلف أن لا يلتقي معها سنة وكان هذا يمنع الوطء كان به موليا وهذا اللفظ
 يحتمل من التأويل ما تحتمل الجماعة فحكمه اذا حلف بالله أن يصدق في كفارة اليمين ويقال له
 لابد من الخروج عن هذا اللفظ الذي ظاهره الامتناع من الوطء وقد قال مالك فيمن حلف
 أن لا يطأها فقال لما وقف انما أردت أن لا أطأها بقدمي انه يقال له جامعها حتى يعلم انك تريد اليبلاء
 وأنت في الكفارة أعلم قال ابن القاسم والذي حلف أن لا يجامعها مثله * قال القاضي أبو الوليد
 رضى الله عنه وعندى انها ان كانت يمينه بطلاق غيرها أن لا يصدق في ذلك لان ظاهر لفظه يقتضى
 الجماع والله أعلم (مسألة) وقوله لم يقع عليه طلاق وان مضت الأربعة الأشهر يريد ان ما زاد على

الأربعة الأشهر فهو مدة الأيلاء الشرعي وبه قال الشافعي وروى عن ابن عمر أنه قال كل مدة مقدره
 وإن طالت فليست بمدة للأيلاء الشرعي وإنما يكون إيلاء إذا علقه للأيلاء والدليل على ما نقوله قوله
 تعالى للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق بين أن يكون إيلاؤه لمدة مقدره أو
 مؤبده فهو على عمومه وقال أبو حنيفة إن مدة الأيلاء أربعة أشهر فإذا خالف بيننا وبينه في
 الأربعة الأشهر والكلام بيننا وبينه في ذلك مبنى على أنه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه
 طلقه الأيلاء وعنده لا بد أن يوقف بعد أربعة أشهر وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى (مسئلة)
 إذا ثبت أن مدة الأيلاء أربعة أشهر فإن ذلك على ضربين أحدهما أن يكون إيلاء محضاً يقتضى
 المنع من وطئها كقوله والله لا وطئتك أبداً سنة فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمسه والضرب
 الثاني أن لا يتناول يمسه المنع من الوطء ولكنها تؤدى إلى ذلك مثل أن يقول أنت طالق إن لم أكلم
 فلانا أو إن لم أدخل الدار فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء ولكنها تقتضى إلى تحريم الوطء لانهما
 كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الحائض وجب أن يمنع الوطء حتى يبرأ بكلم فلانا أو يدخل
 الدار وإذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك لانه ممنوع من وطئها بسبب يمسه فيضرب له أجل
 الأيلاء وأول الأربعة الأشهر من يوم رفعه إلى الحاكم فبرى في ذلك ضرب الأجل ويضرب به له والله أعلم
 (مسئلة) ولو حلف وقال أنت طالق إن كلت فلانا لم يمنع من وطئها ولم يدخل عليه إيلاء لان حاله
 بعد يمسه حال برائه ان تمادى عليه كان باراً أبداً والله أعلم وهذا مذهب على وجماعة من الصحابة وبه
 قال الشافعي وحكى أحمد بن المنفل عن ابن الماجشون انه قال قال به مالك وقال به فيما بلغنا بضعة عشر
 من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة بمضى الأجل تقع عليه طلقه واحدة وروى
 ذلك عن ابن مسعود والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر
 فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فوجه الدليل من الآية انه
 عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقا لتربص الزوج وما كان حقا له لم يكن محلا للحق الذي عليه وهو
 الفية أو الطلاق كاجل الدين ودليلنا من جهة القياس ان هذا اللفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل
 فلم يقع به طلاق مؤجل أصل ذلك اذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر
 (فصل) وقوله حتى يوقف فالما أن يفيء وإما أن يطلق يقتضى معنيين أحدهما طلب الزوجه
 بذلك لانه حق من حقوقها لانها الورضية بالمقام معه على مقتضى يمسه لم يكن لأحد عليها في ذلك
 اعتراض وليس على الامام اذا لم تأت المرأة أن يرسل اليه فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك قاله ابن أبي
 حازم في المدينة (مسئلة) قال أشهب عن مالك وليس هو من ذلك في حل إلا أن تترك له ذلك
 وقالت لا حاجة لي بإيقافه فهو حق تركه إلا أن لها أن ترجع فيه متى شاءت وان طال الزمان فيوقف لها
 مكانه وقال أصبغ وتختلف ما كان تركها على التأيد الاعلى أن تنتظر ثم يوقف مكانه دون أجل وهذا
 الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك لان الصبر على الضرر لا يلزم الزوجه اذا كان مما ثبت له الخيار
 كالرضى بالآثرة (مسئلة) وهذا اذا كانت حرة فان كانت أمة وأرادت الصبر على ترك الوطء
 فللسيد ايقافه رواه ابن القاسم عن مالك في العتية ووجه ذلك ما احتج به أصبغ في ثمانية أبي زيد انه
 ليس للزوج أن يعزل عنها وان رضيت بذلك الا باذن السيد فتركه جميعاً أشد أن لا يكون له ذلك الا
 باذنه قال أصبغ وان رضى السيد بترك الوطء ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيد هذا ذلك وكان لها
 القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه لان لها حقاً في ذلك

(فصل) والثاني ان ذلك انما يكون عند الامام أو الحاكيم فهو الذي يوقفه ويحكم عليه بما يؤديه اليه اجتهاده فانه حكم مختلف فيه فاما يجتهد في انفاذه من له ولاية حكم فاذا رأى التوقيف فان توقيفه انما هو ليقى الى ما كان عليه قبل ايلائه والفيضة الرجوع قال الله تعالى حتى تنق الى امر الله أى ترجع أو تطلق ان امتنع من الفيضة لانه ليس له الاضرار وقد روى ان هذه الآية انما نزلت في المشركين كان الرجل منهم اذا كره المرأة وعنت عليها آلى منها ثم يتركها معلقة لاهى ذات زوج ولاهى مطلقة فتزوج يريد بذلك الاضرار بها فبأنع الله من ذلك وجعل للزوج مدة أربعة أشهر في تأديب المرأة بالمجر لقوله تعالى واهجر وهن في المضاجع وقد آلى النبي صلى الله عليه وسلم من نساءه شهرا وقد قيل ان الأربعة الأشهر هي المدة التي لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها وروى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تشد

ألا طال هذا الليل واسود جانيه * وأرقني اذ لا خليل الأعبه

فوالله لولا الله تخشى عواقبه * لزغزع من هذا السر ير جوانبه

مخافق ربى والحياء يكفنى * وأكرم زوجى أن تنال مراكمه

فما كان من الغدا استدعى عمر تلك المرأة فقال لها أين زوجك فقالت بعثت به الى العراق واستدعى نساء وسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين ويقل صبرها في ثلاثة ويفقد صبرها في أربعة فجعل عمر مدة غزى والرجل أربعة أشهر فاذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين ووجه يقوم آخرين وهذا والله أعلم يقوى اختصاص أجل الايلاء بأربعة أشهر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لم يرفعه ساعة تنقضى الأربعة الأشهر وقد بقى من المدة التي تناولتها يمينه لمنع الوطء مدة فروى أشهب عن مالك في العتبية اذا حل الأجل فرفعته وقف مكانه فالما فاه في مجلسه ذلك والاطلقت عليه ووجه ذلك ان المدة المضروبة له التي فيها الخيار والارتياح والنظر والمسورة انقضت فليس له أن يزداد جلا على ما ورد الشرع به لأن ذلك اضرار بالمرأة (مسئلة) وللرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفيضة أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق عليه ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق وكذلك امتناعه من الفيضة ليس بطلاق وانما يثبت الخيار للزوجة خاصة فان رضيت المقام على ذلك والا كان لها المطالبة بالفراق

(فصل) وقوله فاما أن يقىء واما أن يطلق عليه يريد أن يقىء الى الوطء الذى حلف على الامتناع منه فان أبى الفيضة حكم عليه بالطلاق سواء كان له عذر مرض أو سجن أو غير ذلك لكن اشارة بالطلاق يستوفى منه حال العنرف ووجب أن يحكم عليه بالطلاق (مسئلة) ومن ذا الذى يوقع بالطلاق الظاهر من المذهب أن الحاكيم يأمر بايقاع الطلاق فان أوقعه كان على حسب ذلك وان أبى من ايقاعه مع امتناعه من الفيضة فقد قال مالك في المبسوط ان الامام ينزبه ذلك طائعا أو كرها وروى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون يأمره الامام بطلاقها ان لم يرد الفيضة فان طلق والاطلق عليه الامام (فرع) فان كان به عذر فليرف في المدونة يطلاق عليه السلطان ووجه ذلك أن ايقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الحاكيم لانقضاء أجل الايلاء المقرر بالشرع ولا يمنع ذلك من أن ترثه اذا ماتت في عدتها (فرع) فان كانت حائضا في المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائي عن مالك يطلق عليه ان أبى من الفيضة وان كانت حائضا وروى عن ابن القاسم لا يطلق عليه حال الحيض في شئ الا في الايلاء وروى أشهب عن مالك لا يطلق عليه حال الحيض وسيأتى بيان ذلك ان شاء

الله تعالى (مسألة) فاذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل وقيام
الزوجة عليه غائباً أو حاضرًا فان كان غائباً غيبة قريبة كتب اليه في ذلك الموضع لينيء أو يطلق وان
كان غائباً غيبة بعيدة في المبسوط عن ابن الماجشون ان كان غائباً بعد انقضاء أجل الايلاء طلق
عليه ولا يجعل الامام له أجلاً غير الذي جعل الله له فليس له أن يحتال في تغيير أجل الله تعالى (فرع)
فاذا قلنا ان في الغيبة القريبة يكتب اليه فيها فان كان بينه وبينها مسيرة شهرين ففي المدونة عن
مالك لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب الي ذلك الموضع فجعل الشهرين في حين القرب (مسألة)
وان كان حاضرًا أو أراد سفرًا بعيدًا فقد قال ابن القاسم في العتبية ان أراد السفر قبل محل الاجل بيوم
أو يومين وقامت امرأته في ذلك منعه الامام من السفر حتى يحل الاجل وان أبي عرفه أنه يطلق
عليه فان خرج وطلبت المرأة ذلك عند الاجل طلق عليه وان لم ترفع خبره حتى سافر لم تطلق عليه
حتى يكتب اليه نفيء أو يطلق وقال ابن كنانة ان كان مقرًا بالايلاء لم يجبس واذا حل الاجل طلق
عليه وقال أصبغ في العتبية اذا أراد المولى سفرًا بعيدًا قيل له وكل من يفيء لك عند الاجل أو يطلق
عليك ومن فيئة وكيله أن يكفر (مسألة) فان كانت حائضًا وأراد الفية قبل ذلك منه وعذر
بعضها في بلب الجماع كالمريض رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم وابن كنانة وهو في المدونة عن
مالك (مسألة) وان كان غائباً غيبة قريبة مما يكتب اليه فيها فقال أنأريد الفية قبل ذلك منه
فان كانت يمينه مما تكفر استل على صحة فيئته بان يكفر عن يمينه قال مالك ولم تعرف فيئته الا
بالكفارة فان كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها في موضعه ذلك قبل منه في الفية حتى يقدم فان
وطئ والاطلقت عليه (مسألة) وان كان حاضرًا مقيمًا فلا يخلو أن يكون له عذر من مبعين أو
مرض أو تكون حائضًا أو لا يكون له عذر فان كان عذر من مرض أو سجن ففي المدونة من قول ابن
أبي حازم وابن دينار أن حكمه حكم المسافر على حسب ما تقدم في القريب الغيبة الذي يكتب
ويجيب الي الفية وقال ابن الماجشون في المبسوط لا يوقف وبدعي الى ما لا يقدر عليه ولا يجعل
عليه بطلاق ولكنه يمهل مادام لا يقدر على الفية للمرض أو السجن والقول المتقدم مبني على جواز
الكفارة قبل الخنث وقول ابن الماجشون مبني على منع التكفير قبل الخنث وقد اختلف في
هذا قول مالك (مسألة) فان كانت حائضًا لم يوقف لها حتى تطهر قاله ابن الماجشون في المبسوط
وقال ابن القاسم وابن كنانة في المدينة انه يوقف الا ان فاء حكمه حكم المريض وقد تقدم توجيه
القولين (فرع) فاذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الخنث فكانت الرقبة التي حلف بها معينة أو
المال الذي حلف بصدقه معينًا فانها تجزئه قاله مالك وابن القاسم (فرع) فان كانت الرقبة
غير معينة أو صدقة بقدر من المال غير معين أو كانت يمينه بالله عز وجل فكفر قبل الخنث في الموازية
عن مالك تجزئه وبعد الخنث أحسن وفي المبسوط عن مالك لا يبرئه ذلك من الايلاء حتى يطلأنيء
أخاف أن يكون كفر عن غيرها وقال محمد بن يزيد في الاحكام وزوال حكم الايلاء عنه وأما فيما بينه
وبين الله فيجزئه أن يكفر قبل الخنث ومعنى ذلك ما قاله مالك رحمه الله تعالى فيما تقدم أنه اذا لم تكن
كفارة الايلاء معينة جوز ناعليه قصد الاضرار وان يعتق ويكفر عن معين متقدم وجب عليه ولا
يكفر عن ايلاءه بل يبقيه اضرارها هذا وجه رواية المنع وأما رواية الجواز فانه أقصى ما يمكنه
في ذلك والتمه في مثل هذا تبعد لأنه ان كان له عذر فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه فكيف
اذا قارنته الكفارة وان كان لا عذر له طول بالوطء الذي يصح كون هذه الكفارة للايلاء والله

• وحديثي عن مالك عن

ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة ولو زوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة • وحديثي عن مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل اذا آلى من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها • قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الاشهر ثم يراجع امرأته انه ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصباح حتى تنقضي الاربعة الاشهر ووقف أيضا فان لم يفيء دخل عليه بالايلاء الاول اذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسه فلا عدة له عليها ولا رجعة • وهذا كما قال ابن من وقف بعد أجل الايلاء فيطلق فان له أن يراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلاقه بانتهى والدليل على ما نقوله انه طلاق في المدخول بها عرا عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بانتهى ذلك سائر الطلاق (فصل) وقوله ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل اليها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابتها شرط في صحة رجعتهم وقال الشافعي رجعتهم صحيحة وان لم يصباح والدليل على ما نقوله انه انما يطلق عليه لا امتناع من الوطء مع بقاء الايلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فاذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت بيان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعى بالرجعة للفيئة فاذا كذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسئلة) فلو كانت مستحاضة فضت

أعلم (مسئلة) فان كان مقبلا خاليا من عذر فقال أنا فيء ففاه بلسانه وهو يقدر على الكفارة قال مالك يجتبر المرة والمرتين فان فاه والاطلاق عليه (مسئلة) فان كان أجل الايلاء مما يضر به الحاكم وانقضى الاجل ولم يفعل ما أدخل عليه الايلاء ففي المدينة من رواية زياد بن جعفر عن مالك اذا انقضى الأجل ولم يقضه جعفر ففرق بينهما ولا يقبل منه أن يقول غدا أقضيه وبعد غدا أقضيه ووجه ذلك أنه أجل للايلاء كالمقدر بالشرع

(فصل) وقوله فاما فاه والاطلاق عليه والفيئة للفقير من الوطء انما هي بالوطء أو بالكفارة فاما الوطء فلا يجزئ منه ووطء في غير الفرج ولا تقبيل ولا ملاسة قاله مالك وقد قال انه ان حلف أن لا يوطئ امرأته ولم ينو الفرج فانه يحنث اذا ووطئ بين الفخذين ولا خلاف انه اذا آلى بما يحنث به فقد بطلت يمينه واذا بطلت يمينه لم يبق ايلاء وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج أو لم يرد مصر و في الي نيته وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة فاما فاه يمينه وبين الزوجتين فخرج عن حكم الايلاء لانه يدعى أنه لم يرد الفرج فلا تقبل نيته في اسقاط حكم الايلاء عن نفسه وتقبل في ايجابه الكفارة على نفسه كما أنها لو كانت يمينه بالله فكفر عن يمينه بوجه لم يقبل ذلك منه في يمينه وبين الزوجتين والله التوفيق ص • مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته انها اذا مضت الاربعة الأشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب أظهر مالك رحمه الله خلاف العلماء لا اختاره من التوقيف بعد الاربعة الأشهر وأورد أقوال العلماء في ذلك بخلاف ما اختاره بانقض الاربعة الأشهر تقع تطليقة سواء أراد الفيئة بعد ذلك أو لم يرد ما وهذا افضل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع في العلم وذلك يقضي ما حكي عنه شيوخنا انه وان كان يعتقد ان الحق في أحد القولين الا أنه لا يقطع بان اختياره هو الصواب وانما يعتقد ان ما اختاره هو الصواب كما ان الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين وان لم يقطع انهما قد شهدا بل الحق لزمه الحكم به والله أعلم ص • قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الأشهر ثم يراجع امرأته ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصباح حتى تنقضي الاربعة الأشهر ووقف أيضا فان لم يفيء دخل عليه الطلاق بالايلاء الاول اذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسه فلا عدة له عليها ولا رجعة • وهذا كما قال ابن من وقف بعد أجل الايلاء فيطلق فان له أن يراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلاقه بانتهى والدليل على ما نقوله انه طلاق في المدخول بها عرا عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بانتهى ذلك سائر الطلاق

(فصل) وقوله ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل اليها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابتها شرط في صحة رجعتهم وقال الشافعي رجعتهم صحيحة وان لم يصباح والدليل على ما نقوله انه انما يطلق عليه لا امتناع من الوطء مع بقاء الايلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فاذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت بيان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعى بالرجعة للفيئة فاذا كذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسئلة) فلو كانت مستحاضة فضت

بعد رجعتها أر بعة أشهر لم يوقف ثانية وإنما ينتظر به انقضاء العدة فإن وطئ فيها والابطلت رجعتها وان كان بقي من مدة العيم شيء وان انقضت مدة العيم قبل العدة صح رجعتها وان لم يطأها في العدة قاله مالك (مسئلة) فان قال الزوج قد وطئتها وقالت الزوجة انه لم يطأها فقد قال مالك القول قول الزوج ووجه ذلك انه متى ادعى الزوج الوطئ ليدفع به الفرقة فالقول قوله كالمعترض (فرع) ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر فان كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر فان رجعتها ثابتة عليها فاذا زال العذر بقدمه من سفره أو وافقته من مرضه أو انطلقه من سجنه فكن منها أو ابى الوطئ ففرق بينهما ان كانت العدة قد انقضت قاله مالك في المدونة والمسوط وقال عبد الملك وتكون بانئامه من يوم انقضت العدة ووجه ذلك ما تقدمناه من مراعاة عذره وأن يكون ما تقدم من الحكم في ذلك مراعاة فان صدق عذره بالفيئة اذا مكنته حكم بصدقه فيما مضى وان أكذب ما ادعاه من الفيئة فالامتناع حين القدرة عليها حل أمره على الكذب فيها والرد وأمضيت الاحكام على ما كانت تجب في ذلك الوقت (فرع) قال مالك ولا عدة عليها الآن قال ابن القاسم وحل ذلك عندى ان زوجها لم يخل بها في العدة فان خلاها في العدة فعليها عدة الازواج ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا زوجته وتقرارا على انه لم يصبا ثم طلقها فان عليها العدة للازواج ولا رجعة له عليها ص **قال مالك في الرجل يولى من امرأته فيوقف بعد الاربعة الا شهر فيطلق ثم يرتجع ولا يصبا فتتقضى أر بعة أشهر قبل أن تنقضى عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانها ان أصابها قبل أن تنقضى عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك **ش** وهذا كما قال انه اذا طلق عليه لامتناعه من الفيئة فارتجع في العدة فانه لا يوقف مرة أخرى غير التوقيف الأول ولا يطلق عليه طلاق آخر وإنما يكون أمره مراعى فان مس في العدة صح الرجعة وبطل اليبلاء لوجود الخنث فيه وان لم يطأ في العدة مع ارتناع الموانع بطلت الرجعة وقال الشافعي ان راجع في العدة قضت أربعة أشهر ولم يطأ وقف مرة أخرى فان شاء والاطلقت عليه طلاقه بانته فان ارتجع وفعل فحسب ذلك من التوقيف والطلاق حتى يكمل ماله فيها من الطلاق والدليل على ما نقوله ما أتى ذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ولو أتى الفيئة فطلقت عليه فزوجها بعد انقضاء العدة فأرادت أن توفقه ثانية فان لها أن توفقه بعد اربعة أشهر من يوم يتزوجها الزوج الثاني ووجه ذلك ان اليبلاء ينقصد قبل النكاح كما ينقصد في الاجنبية لكن الار بعة لأشهر لا يعتد بها الا من مدة الزوجية فن آتى من اجنبية ثم تزوجها اعتد بأر بعة أشهر من يوم تزوجها وهو من يوم يمكنه الاستماع بها ويجب لها عليه حق الزوجية من الجماع وغيره فأما قبل ذلك فانه لا يجوز وطؤها ولا يتعلق لها عليه بذلك حق فاذا طلقها وخرجت العدة بطل حكم الاربعة الأشهر لان المطالبة بالوطئ لا تصح فاذا تزوجها بعد ذلك عاد حكم الأشهر لما قدمناه (فرع) فاذا لم يبق بعد انقضاء الأشهر طلقت عليه ولم يكن له عليها رجعة لانه طلاق في نكاح ثم يوجد فيه بناء فوجب أن يكون بانيا (مسئلة) ومن أبى الفيئة بعد انقضاء الأشهر فطلقت عليه فزوجها بعد انقضاء عدتها وقدمت عليه من مدة يمينه أشهر فلما تزوجته أرادت توفيقه قال مالك ليس لها ذلك لان هذا نكاح مستأنف وانما عاد عليه اليبلاء من أوله فليس لها أن توفقه حتى تمضي أر بعة أشهر منه وهو باق على حكم يمينه ولو لم يبق من مدة يمينه الا أر بعة أشهر فادى لم يكن عليه ايبلاء والله أعلم وأحكم ص **قال مالك في الرجل يولى من امرأته ثم يطلقها فتتقضى الاربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قالهما طلقتان ان هو وقف ولم يبق وان مضت****

قال مالك في الرجل يولى من امرأته فيوقف بعد الاربعة الأشهر فيطلق ثم يرتجع ولا يصبا فتتقضى أر بعة أشهر قبل أن تنقضى عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانها ان أصابها قبل أن تنقضى عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها وهذا أحسن ما سمعت في ذلك **قال مالك في الرجل يولى من امرأته ثم يطلقها فتتقضى الاربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قالهما طلقتان ان هو وقف ولم يبق وان مضت**

عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر فليس الأيلاء بطلاق وذلك ان الأربعة الأشهر التي كانت يوقف بعدها مضت وليست له يومئذ امرأة ش وهذا كما قال وذلك ان المولى منها يصح ايقاع الطلاق عليها لانهما زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر لانه طلاق رجعي يلحق فيه الطلاق والظهار فلحق فيه حكم الأيلاء فاذا انقضت الأشهر وهي في عدتها انها توقفت ان شاءت واذا كان لها ان توقفت فان جاء حكم النسيئة أن يرجع فيطأ فان لم يفعل ذلك طلقت عليه بالايلاء وكانت مع الطلقة التي أوقفها تطليقتين على ما ذكرنا في المبسوط فاذا أوقفه الامام فلا بد أن ينفى أو يطلق بعد ولا يجزى عنه ماضى من الطلاق والله أعلم (مسئلة) وقوله فان مضت عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر فليس الأيلاء بطلاق يريد ان الطلاق الذي أوقفه ان انقضت عدته قبل انقضاء الأشهر فقد يبطل حكم الأشهر لانها قد بان منه ولم يبق لها عليه حق مطالبته وذلك قال وليست له امرأة يريد بذلك ما قلناه ص قال مالك ومن حلف أن لا يبعث امرأة يوماً أو شهراً ثم مكث حتى ينقض أكثر من الأربعة الأشهر فلا يكون ذلك ايلاء انما يوقف في الأيلاء من حلف على أكثر من الأربعة الأشهر فاما من حلف أن لا يبعث امرأة أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا يرى عليه ايلاء الا انه اذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف ش وهذا كما قال ان من حلف أن لا يبعث امرأة أربعة أشهر فبأنها لم يزمه حكم الأيلاء وقال أبو حنيفة من حلف على أربعة أشهر فزاد الزمان الأيلاء وقال النخعي والحسن وابن سيرين من حلف أن لا يبعث زوجته يوماً أو أقل من ذلك أو أكثر ثم تركها دون أن يبعثها أربعة أشهر فقد بان منه بالايلاء والدليل على صحة ما نقوله ان له تربص أربعة أشهر فاذا انقضت العدة التي منعت يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف لم يجب أن يوقف لان يمينه لم يتناول المنع من الوطء في هذه المدة فكان بمنزلة من لم يحلف فلم يزل توقيفه ولذلك قال مالك لانه اذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه يريد ان المدة التي تناولتها يمينه قد انقضت فلم يكن عليه توقيف (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة حتى يقضى غريمه حقه أو يتعل كذا كان ذلك الفعل مما يقرر عليه ولا يقرر عليه فهو مولى في ذلك كله قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك عندي انه قد حلف يميناً منع وطأها ولا يصل الى ذلك الا بحيث فيها فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كالمولى حلف أن لا يبعثها حيلة قال مالك في المنية اذا زاد على الأربعة الأشهر وقف فاما ما قاله واما طلق (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة حتى يخرج الى الحج أو الى بلد يتكف فيه سفر قريب أو بعيدا فقد قال ابن القاسم في الذي يقول والله لأطوؤك في هذا المصر أو في هذه البلدة جو مولى لانه قال لا أطوؤك حتى أخرج منها فاذا كان خروجه يتكف فيه المؤن والكلية فهو مولى ومعنى ذلك والله أعلم أن يريد به الانتقال والخروج بها الى موضع تلحقه مؤنة وتنفقة بالانتقال اليه وأما لو أراد به الخروج من نفس حضرته الى موضع يقرب منها كالخروج الى جنته أو مزرعته القريبة فهذا بمنزلة قوله والله لأطوؤك حتى أكلم فلانا وفلان حاضر وحنى أدخل الدار والدار قريبة المكان منه (فرع) فان كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر طلقت عليه عند انقضاء الأربعة الأشهر ولم يخبر ولم ينتظر اذا طلبت ذلك (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة في هذه السنة لامرأة واحدة قال ابن القاسم لا يكون مولى مطلقاً ما كان وطأها وتصدق عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر فانه يكون مولى وروى عنه ابن المواز رواية ثانية انه اذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف فاما ان ينفى والاطلقت عليه قاله وهذا أحب اليانا (مسئلة) ومن حلف أن لا يبعث امرأة كذا

عدة الطلاق قبل الأربعة
الأشهر فليس الأيلاء
بطلاق وذلك ان الأربعة
الأشهر التي كانت يوقف
بعدها مضت وليست له
يومئذ امرأة ش قال مالك
ومن حلف أن لا يبعث امرأة
يوماً أو شهراً ثم مكث حتى
ينقض أكثر من الأربعة
الأشهر فلا يكون ذلك
ايلاء وانما يوقف في الأيلاء
من حلف على أكثر من
الأربعة الأشهر فاما من
حلف أن لا يبعث امرأة
أربعة أشهر أو أدنى من
ذلك فلا يرى عليه ايلاء
الا انه اذا دخل الأجل الذي
يوقف عنده خرج من
يمينه ولم يكن عليه وقف

وكذا وطأة روى عيسى عن ابن القاسم هو مول وأجله من يوم حلف ووجه ذلك انه يحث بوطئه
واحدة منها ص قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفتطم ولدها فان ذلك لا يكون
ايلاء وقد بلغني ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ذلك فلم يره ايلاء **✽** ش قوله من حلف
أن لا يطأ امرأته حتى تفتطم ولده لا يكون ايلاء هو قول مالك وقد رواه عن علي بن أبي طالب رضي
الله عنه ومعنى ذلك انه ليس بالايلاء الذي يثبت به حكم الايلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة
أشهر وان كان اسم الايلاء يقع عليه لانه لا خلاف انه مالف والحلف هو ايلاء بكل حالف مول من جهة
اللغة الا ان المولى الذي يلزمه التوقيف هو الذي وجد منه الايلاء الشرعي هو قول مالك وأحد قولي
الشافعي وله قول آخر انه مول ولا اعتبار برضاع الولد وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان
الايلاء الشرعي تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف انما قصد الاضرار بلز وجته في
ذلك لان الله تعالى قد منع من امساك النساء على وجه الاضرار بهن فقال عز وجل ولا تمسكوهن
ضارا لالتعدوا ويعرف ذلك ويقضى عليه به اذ لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء والحالف
لا يطأ حتى يفتطم ولده لان لولده منفعة في ترك وطء أمه التي ترضعه ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله والغيلة عند مالك أن
يطأ الرجل امرأته وهي ترضع فهو وان كان لم ينه عنه قد نبه بقوله هذا على انه مما يخاف ضرره وانما
ترك النبي عنه على وجه من التوكيد لان ضرره ليس بلازم وهذا انما هو اذا كانت الأم ترضعه ولو
كانت لا ترضعه وانما يرضعه غيرها لكان عندى حكمها حكم من لا ولد لها فاذا كان لتركه الوطء وجه
منفعة سقط عنه حكم الايلاء المتعلق بالضرر ولذلك قلنا انه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع
يعلم سقط عنه حكم الايلاء حتى يزول عنه ذلك المانع والله أعلم (مسئلة) ومن حلف لامرأته التي ترضع
ولده أن لا يطأها سنتين وقال أردت بذلك كمال ارضاع في المبسوط عن ابن الماجشون ذلك له ولا
يلزمه توقيف ومعنى ذلك انه مول لانه قد يتعلق بيمينه بالضرر ان مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم
قبل ذلك وانما الذي لا يكون به مولى من حلف أن لا يطأ حتى يفتطم لانه لا يتعلق بيمينه بالضرر على
وجه وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان فحكمه ما تقدم بيمينه فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة
أشهر ووزان مسئلة الرضاع من مسئلة المريض أن يحلف أن لا يطأ مادام مريضاً فهذا يجب أن
لا يلزمه توقيف كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يطأ أكثر من عامين لعلم اضراره بيمينه ولزمه
التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت بيمينه وتكون فينته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك
فينته عند انقضاء الرضاع (فرع) فان مات ابنه وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ففي
المبسوط عن ابن الماجشون يلزمه حكم الايلاء من يوم مات ابنه فاذا انقضت أربعة أشهر من ذلك
اليوم وقف ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الاضرار بالزوجة فاعتد بمدة التربص له من يوم لم
يبق ليمينه وجه غير الضرر كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم
تعلقت بيمينه بالضرر وكان لها حق المطالبة بالوطء (مسئلة) ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير
يمين على وجه الضرر قال القاضي أبو محمد وعرف ذلك منه وطالب المدة أن حكمه حكم المولى وقال
مالك لا يترك وذلك ان لم يكن له عذر حتى يطق أو يفرق بينهما قال القاضي أبو محمد يفرق بينهما من
غير ضرب أجل ووجه ذلك عندى انه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها فلم يضرب له أجل تربص
والمولى ينعى اليمين التي تلزمه فضررب له أجل أربعة أشهر ليرى ويتسبب في الخروج عن اليمين التي

قال مالك من حلف لامرأته
أن لا يطأها حتى تفتطم
ولدها فان ذلك لا يكون
إيلاء وبلغني أن علي بن
أبي طالب سئل عن ذلك
فلم يره ايلاء

لزمته وقد قال مالك وأصحابه في المريض يولي من امر أنه انه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر فان فاء
بلسانه أجزأه ذلك حتى يفيق والفرق بينه وبين والد المرضع ان والد المرضع ولد له غاية معلومة
فدغلق يمينه فكذا حلف على مدة الرضاع والمريض ليس لرضع مدة مؤقتة فاذا غلق يمينه بمدة
تزيد على أربعة أشهر فقد قصد الاضرار

﴿ ايلاء العبد ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن ايلاء العبد فقال هو نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب وايلاء
العبد شهران ﴿ ش قوله ايلاء العبد نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب ببدانه نحو ايلاء الحر في
لزمه حكم الأيمان واعتباره مدة التربص والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين فان فاء والاطلاق عليه
ووجه ذلك أن ايلاءه تعلق بالمنع من الوطء عارياً عن العذر والمنذمة مدة تزيد على مدة التربص
(فصل) وقوله وايلاء العبد شهران هو قول مالك سواء كانت تحت حرة أو أمة وقال أبو حنيفة ايلاء
العبد من الأمة شهران ومن الحرة أربعة أشهر وقال الشافعي ايلأؤه منها أربعة أشهر والدليل على
مانقوله ما استدلل به القاضي أبو محمد ان مدة الايلاء تعلق بها حكم البيئونة فوجب أن لا يسارى فيه
الحر العبد أصل ذلك الطلاق (مسألة) وان آلى العبد ثم عتق مكانه بقي على حكم ايلاء العبيد
ولم ينتقل عن ذلك بان عتق بعد ان لزمه ووجب عليه كما انه لو زنى في حال الرق ثم أعتق لم ينتقل عنه
عن حد العبد الى حد الحر

﴿ ايلاء العبد ﴾

• حدثني يحيى عن مالك

انه سأل ابن شهاب عن

ايلاء العبد فقال هو نحو

ايلاء الحر وهو عليه واجب

وايلاء العبد شهران

﴿ ظهار الحر ﴾

﴿ ظهار الحر ﴾

الظهار هو وصف المظاهر من محل له وطؤها من زوجه أو أمة بانها عليه كظهار امه وله في الشرع ألقاظ
وأحكام تختص به قال مالك في المبسوط الظهار يمين تكفر وفي المدونة ان مطلق الظهار ليس
بيمين وانما يكون يميناً اذا قال ان فعلت كذا فأنت على كظهار امه والظهار محرم قاله القاضي أبو
محمد والدليل على ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا
اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكر من القول وزور ففي الآية دليلان أحدهما انكار ما قالوا
وتكذيبه والثاني انه وصفه بأنه منكر وزور قال القاضي أبو اسحاق ومن ظاهر أدب لقوله
المنكر وألزمه (مسألة) والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة وهما محرم عليه
الاستمتاع بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك اختلف أصحابنا في ذلك فقال مالك في المدونة لا يقبل
ولا يباشر ولا يمس ولا ينظر الى صدر ولا شعر وفي المختصر الكبير ولا الى شئ منها حتى يكفر
قال مالك لان ذلك لا بدعوى خير ولا بأس أن يكون معها في بيت اذا كان بمن يؤمن وفي التفريع
لابن الجلاب لا يقبل ولا يباشر ولا بأس أن ينظر الى الرأس والوجه واليدين وساير الأطراف قبل
أن يكفر ومن أصحابنا من حل ذلك على التحريم كالوطء وبه قال القاضي أبو محمد ومنهم من حمله
على الكراهية لئلا يدعوا الى الجماع وبه قال الشافعي وقال عبد الملك في المبسوط في المتظاهر
يقبل ويباشر وينظر الى الصدر والشعر والحاسن ان ذلك على وجه الكراهية لذلك كله كالتغيير
في الجماع الذي لا يحل لمن لم يكفر نحو كراهيتهم القبلة للشباب الصائم والملازمة وجه القول الاول
ما احتج به الشيخ أبو بكر ان كل معنى طرأ على النكاح منع الوطء من أجل تحريم حادته فانه يمنع

الاستمتاع كله واللذة بقبله وغيرها كالطلاق الرجعي والاعتكاف والاحرام ووجه القول الثاني انها زوجته منع وطؤها المعنى ليس لعبادة ولا يفيض الى بينونة فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التي تمنع الزوج من الاستمتاع اذا اختصت بالزوجة فإمتناع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر اليها وليس في الظاهر شيء من ذلك فإمتناع من ذلك في حقه لئلا يحركه الى موافقة المحرم من الوطء فاذا قلنا انه ينظر الوجه واليدين فان معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع يبين ذلك ما في المدونة قيل لمالك أينظر الى وجهها قال نعم وغيره أيضا قد ينظر الى وجهها (فرع) فان قبل أو باشر فقد قال سحنون من قبل أو باشر في شهري الميام عن كفارة الظهار قطع ذلك التابع وقال أصبغ لا يقطع ذلك التابع ورجع اليه سحنون ويصح أن يكون القولان مبينين على ما تقدم (مسألة) فان كان الظهار مطلقا فصر به مطلق لا يستباح الأبعد الكفارة وان كان مقيدا مثل أن يقول أنت على كظهر أي اليوم فلا خلاف في ثبوت الظهار من اليوم وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا المشهور انه باق بعد اليوم حتى يكفر بالطلاق وقاله مالك في المبسوط قال ابن شعبان يطؤها دون كفارة أحب اليّ وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لا يتعلق به حكم الظهار ودليلنا ان هذا لفظ يحرم به الوطء فوجب أن يكون تقييده كاطلاقه كالطلاق

(باب فأما ألفاظه فأصلها أنت على كظهر أي)

الأصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا للذات ولذتهم ثم قال والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر برقبة من قبل أن يتأسف هذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين بالأمر والظهار فان عدل عن هذا اللفظ فانه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه أحدها أن يعلق التشبيه بعض من الأم غير الظهر والثاني أن يعلقه بظهر غير الأم والثالث أن يعلقه بعض غير الظهر من امرأة غير الأم (مسألة) فأما ان شبه امرأته بعض من أمه مثل أن يقول أنت على كراس أي أو يقول كالبطن أو الفرج أو القدم أو الفخذ والعضد في المدونة يكون مظاهرا في ذلك كله قال القاضي أبو محمد ومن شبه امرأته بعض أمه فهو مظاهر خلافا للشافعي في قوله لا يكون مظاهرا بالابتسبه بالظهر ولا بي حنيفة قال لا يكون الظهار الا في تمثيله بعض من أمه يحرم عليه النظر اليه والدليل على ما نقوله انه عضو من ذات محرم أثبت لامرأته حكمه فوجب أن يكون مظاهرا كالظهر (فرع) وان أثبت للجمله حكم الجمله فقال أنت على كأي فقد قال مالك هو مظاهر قال الشيخ أبو القاسم كانت له نية أو لم تكن قال ابن القاسم وكذلك اذا قال لها أنت أي قال القاضي أبو محمد خلافا لابن حنيفة والشافعي في قوايهما ان لم ينو الظهار فانه محمول على البر والكرامة وهذا يقتضي أن يكون مظاهرا ان لم تكن له نية جله وأما ان كانت له نية الا كرام والبر فيجب أن لا يكون مظاهرا والدليل على ما نقوله انه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم فوجب أن يكون مظاهرا هذا أصل ذلك اذا قال لها أنت على كظهر أي (فرع) فان قال لها أنت على حرام كأي أو مثل أي أو كظهر أي حكى القاضي أبو محمد انه يكون ظهارا ولم يشترط نية وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك انه مظاهران لم تكن نية خلافا للشافعي وأبي يوسف ومحمد والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد انه قد أتى بصريح الظهار وهو قوله أنت على كظهر أي فلم يكن طلاقا كما لو عراه عن لفظ التحريم

(فرع) وقوله أنت على أحرم من أمي ان لم ينو الطلاق في العتبية والمواز ينعن مالك هو مظاهر وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في قوله أنت على أحرم من أمي انها البتة وقال عبد الملك بن الماجشون في قوله أنت على أحرم من أمي انهظهار وان نوى الطلاق وجه قول مالك ان اللفظ يحتمل الطلاق ويحتمل الظهار الأنة في الظهار أبين لانه انما استعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار فعمل على ما يصلح أن يراد به فاذا عدت النية حمل على الأظهر ووجه قول ابن القاسم ان لفظ التحريم يقتضى الطلاق البائن والتشبيه بالأم يقتضى الظهار واذا تردد الحكم بين التغليب والتخفيف حمل على أشدهما كمن شك في طلقة أو ثلاث فانه يعمل على الثلاث ووجه قول عبد الملك ان التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار فلا يخرج عن بابه لفظ التحريم لان المبتدئ بالظهار في أول الاسلام انما قصد التحريم فحكم الله عز وجل فيه بالظهار هذا الذي احتج به ابن الماجشون (مسألة) وأما اذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول أنت على كظهر فلانة فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوى محارمه أو أجنبية أو بمن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة فان كانت من ذوى محارمه فهو مظاهر بذلك في قول مالك وان كانت أجنبية فقد قال مالك هو مظاهر كان لها زوج أو لم يكن لها زوج وقال عبد الملك يكون طلاقا وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون طلاقا ولا ظهارة قال القاضي أبو محمد والدليل على صحة قول مالك انه شبه امرأته بظهر محرمة عليه فزومه حكم الظهار أصله اذا قال كظهر أمه ووجه قول عبد الملك بالظهار انما يتعلق بتحريم مؤبد ولا يكون ذلك الا برفع عقد الاستباحة وذلك انما يكون بالطلاق وان علقه بظهر من يحل له وطؤها فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسألة) وأما اذا علق بغير الظهر من غير الأم وذلك أن يعلقه بغيره غير الظهر فيقول أنت على كراس فلانة أو يدها فلا يخلو أن يضاف ذلك الى ذات محرمة أو أجنبية فان أضاف الى ذات محرمة بنسب أو صهر أو رضاع فان ذلك ظهار فحكمه في الظهار على ما تقدم وكذلك الأجنبية

(باب)

فأما من يظاهر منها فانه يثبت حكم الظهار من كل من يجوز للرجل وطؤها من زوجة أمة أو حرة مسلمة أو كناية أو ما عكف عيئه من أمة أو أم ولد أو مدبرة قاله في المدونة وفي المختصر الكبير وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون الظهار الا في زوجة والدليل على ما قوله قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم قال مالك في المبسوط والسرية من النساء ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له فيجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة وفي المبسوط سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضا أو رتقاء أو صائمة فهو مظاهر منهن كلهن قاله ابن القاسم (مسألة) ولو كان له من الامة شقص لم يلزمه فيها ظهار رواه ابن المواز ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها النقص ملكه فيها قال الشيخ أبو القاسم وكذلك حكم المكتبة والمعتقة الى أجل وكل من لا يحل له الاستمتاع بها من الامة والله أعلم وقاله ابن الماجشون في المبسوط وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بها لم يتعلق ظهاره بها كالأجنبية

(فصل) وقوله ظهار الحر يريد أن الحر المسلم المكف الذي يقدر على الاستمتاع يلزمه الظهار سواء كان مالكا لا من نفسه أو كان محجورا عليه فأما مالك لأمر نفسه فسنين حكمه ان شاء الله تعالى وأما المحجور عليه فانه يلزمه الظهار لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع ويصح منه الطلاق فلزمه

الظهار كالمالك لأمره (مسئلة) وأما الذي فإنه لا يصحظهاره خلافاً للشافعي والدليل على ما نقله أن كل من لا يصح طلاقه فإنه لا يصحظهاره كالمجنون والصغير (مسئلة) وأما الخصى والمجبوب والعين والشيخ الفاني فقد روى ابن سحنون عن أبيه لا يلزمهمظهار ولا إيلاء وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه ولا يرجوه قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى أن هذا مبنى على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء وقد اختلف أصحابنا في ذلك فإذا قلنا أن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء وهو ممكن من جميعهم وجب أن يلزمهمظهار وإذا قلنا أنه ليس بمحرم لنفسه وإنما هو ممنوع لثلاث يكون داعية إلى الجماع فلا يصحظهار من المجبوب ولا الخصى ولا العين لأن الجماع لا يتأتى منهم وأما الإيلاء فإما يسقط عنهم حكم التوقيف للهيئة لأنهم لا يستطيعون عليها ولا يمكنهم فعلها ولا تركها بين هذا أن الشيخ الفاني لو تعامل وجامع حنث في إيلائه (مسئلة) فأما السكران فإنه يلزمهظهار حكاه ابن القاسم في المسونة قال لأن مالكا قال يلزمه الطلاق وكذلك الظهار عندى قال ولا يلزم المعتدة ولا الصبي ظهار لأن مالكا قال لا يلزمه الطلاق وكذلك المكروه وقال محمد بن أبي يعقوب من سكره فتقول له امرأته نظاهرت منى حال سكرك فيقول لا علم لي بذلك لا يقربها حتى يكفر ص **ع** مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته أن هو تزوجها فقال القاسم بن محمد أن رجل جعل امرأته عليه كظهار امرأته **ع** وحديثي عن مالك أنه بلغه أن رجلاً سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل نظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا إن نكحها فلا يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر **ع** وحديثي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل نظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة **ع** وحديثي عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

الظهار كالمالك لأمره (مسئلة) وأما الذي فإنه لا يصحظهاره خلافاً للشافعي والدليل على ما نقله أن كل من لا يصح طلاقه فإنه لا يصحظهاره كالمجنون والصغير (مسئلة) وأما الخصى والمجبوب والعين والشيخ الفاني فقد روى ابن سحنون عن أبيه لا يلزمهمظهار ولا إيلاء وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه ولا يرجوه قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى أن هذا مبنى على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء وقد اختلف أصحابنا في ذلك فإذا قلنا أن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء وهو ممكن من جميعهم وجب أن يلزمهمظهار وإذا قلنا أنه ليس بمحرم لنفسه وإنما هو ممنوع لثلاث يكون داعية إلى الجماع فلا يصحظهار من المجبوب ولا الخصى ولا العين لأن الجماع لا يتأتى منهم وأما الإيلاء فإما يسقط عنهم حكم التوقيف للهيئة لأنهم لا يستطيعون عليها ولا يمكنهم فعلها ولا تركها بين هذا أن الشيخ الفاني لو تعامل وجامع حنث في إيلائه (مسئلة) فأما السكران فإنه يلزمهظهار حكاه ابن القاسم في المسونة قال لأن مالكا قال يلزمه الطلاق وكذلك الظهار عندى قال ولا يلزم المعتدة ولا الصبي ظهار لأن مالكا قال لا يلزمه الطلاق وكذلك المكروه وقال محمد بن أبي يعقوب من سكره فتقول له امرأته نظاهرت منى حال سكرك فيقول لا علم لي بذلك لا يقربها حتى يكفر ص **ع** مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته أن هو تزوجها فقال القاسم بن محمد أن رجل جعل امرأته عليه كظهار امرأته **ع** وحديثي عن مالك أنه بلغه أن رجلاً سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل نظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا إن نكحها فلا يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر **ع** وحديثي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل نظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة **ع** وحديثي عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

لهذا ذلك يريد أن يصفها بالكبر فعندى أنه لا يلزمه بذلك ظهار ولا غيره (فصل) وقوله أن نكحها فلا يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر يريد رضي الله عنه أن يعقد النكاح تبين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقوله عز وجل من قبل أن يتماسا وأما لو كفر قبل أن يتزوجها فإنه لا يجزئه لأن العودة لا تصح منه وهي شرط في صحة الكفارة ص **ع** مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل نظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة **ع** مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش معنى ذلك انه من قال لأربع نسوة له أنتن على كظهر أى انه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن ويجزئه في ذلك كفارة واحدة خلافا لأحدقولى الشافعي وأبي حنيفة لأن يمينه واحدة وظهاره واحد فلم يلزمه به الا كفارة واحدة كما لو حلف يميناً واحدة لألبس الثوب ولا آكل الخبز ولا أدخل الدار ثم حنث لم يلزمه الا كفارة واحدة بدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث في احدهن دون الأخرى (فرع) فان وطئ واحدة منهن فقد حنث في جميعهن ولم يجزله أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر لوجوب تقديم الكفارة على المسبب فان كفر عن واحدة منهن فقد بطل حكم الظهار وجزأ أن يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه وان لم ينو بكفارته الا الاولى قاله كله في المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انها يمين واحدة فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة (مسألة) ولو أفر دكل واحدة منهن بلفظ ظهار في مجلس أو مجلس فيقول لاحداهن أنت على كظهر أى ثم يقول للأخرى وأنت على كظهر أى ثم قال للثالثة كذلك ويقول للرابعة كذلك لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة كمن حلف لا يأكل الطعام ثم حلف لا يلبس الثوب ثم حلف لا يدخل الدار فحنث لم يتبكل يمين كفارة كاملة (مسألة) ومن قال لا امرأته أنت على كظهر أى ثم قال لأخرى أنت على مثلها فقد قال ابن القاسم في المدونة عليه في كل واحدة منهما كفارة واحدة ووجه ذلك انه قد أفر دكل واحدة منهما بظهار يخصها لا يحصل به حائث في الأخرى (مسألة) ومن قال لأربع نسوة من دخلت منكنت الدار فهى على كظهر أى ففي المدونة عن ابن القاسم عليه أربع كفارات ان دخلن كلهن الدار في كل واحدة منهن كفارة ولو قال ان دخلتن الدار فأنتن على كظهر أى فانه لا يلزمه في جميعهن الا كفارة ووجه ذلك انه اذا قال من دخلت منكنت الدار فهى على كظهر أى فقد أفر دكل واحدة منهن بحكم نفسها ولذلك ان دخلت احدهن الدار لم يكن مظاهراً في غيرها ويكون مظاهراً في التي دخلت خاصة فثبت بذلك أن اللفظ يقتضى افراد كل واحدة منهن بظهار يخصها واذا كان الظهار يخصها لزمته فيه كفارة واحدة واذا قال هن ان دخلتن الدار فأنتن على كظهر أى فانه ان دخلت احدهن الدار ثبت حكم ظهاره من جميعهن ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعي حتى يدخل جميعهن فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخصها دون غيرها فثبت بذلك أن هذه يمين واحدة في جميعهن واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة (فرع) وأما اذا قال كل من دخلت منكنت الدار فهى على كظهر أى فالظاهر من المنهبا بما ينزله قوله من دخلت منكنت الدار فهى على كظهر أى رواه ابن المواز وفي العتبية من رواية ابن القاسم انه ان قال ذلك فانه تجزئه كفارة واحدة ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أن زوجها مخالف لحكم قوله من تزوجت منكنت وانه بمنزلة قوله ان تزوجتكن ويعمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب في ذلك الا كفارة وما قدمناه أولاً أصح والله أعلم

ص * قال مالك قال الله تبارك وتعالى في كفارة المتظاهر فقصر ررقبة من قبل أن يتأسفن لم يجز فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسفن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا * ش قوله سبحانه وتعالى في كفارة المتظاهر فقصر ررقبة يقتضى أن الرقبة تجزئ في كفارة الظهار ولها صفات الاسلام والسلامة فأما الاسلام فانه لا يجزئ في كفارة الارقبة مؤمنة وأما الكافر فلا يجزئ خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يعتبر فيها الاسلام والدليل على ما نقوله ان هذه ررقبة محرجة على وجه الكفارة فاعتبر فيها الايمان ككفارة القتل ويجزئ في ذلك الصغير والأعجمي على حسب

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا قال مالك قال الله تبارك وتعالى في كفارة المتظاهر فقصر ررقبة من قبل أن يتأسفن لم يجز فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسفن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا

ماتقدم في كفارة الأيمان بالله تعالى ولو أعتق عن ظهاره منقوسا فلما كبر وجد آخرس أو مقعدا
 أو أصم أو أبكم أو مطبقا جنونا فقد روى في العتبية محمد بن خالد عن داود بن سعيد بن زيد قد أجزأه
 لأنه شئ يحدث وكذلك في المبيع لا يرد بهذا العيب (مسئلة) ومن قال ان اشتريت فلانا فهو حر
 عن ظهاري ففي الموازية عن ابن القاسم يجزئه ووجه ذلك انه لم يتعلق به عتق لغير الظهار وإنما
 يتعلق به الظهار فوجب أن يجزئه وبذلك يخالف من قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشترى من
 ظهاره فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يجزئه وذلك انه قد تقدم له فيه عتقه لغير الظهار
 وفي مسئلتنا لم يتقدم له فيه عتق الا للظهار فكان ذلك بمنزلة من يشتري عبدا ونيته أن يعتقه للظهار
 وروى ابن أبي زيد عن ابن القاسم في المرأة تعطى زوجها رقبته بعتقها عن ظهاره أو وثمنا ان كان
 ذلك بشرط العتق لم يجزه وان كان بغير شرط أجزأه لان هذا أيضا قد شرط عليه عتقه للظهار من
 يملكه فكانه هو الذي أثبت فيه العتق دون المظاهر وفي مسئلتنا بخلافه لانه هو الذي أثبت فيه عتق
 الظهار (مسئلة) ومن أعتق عبدا عن ظهاره وهو تاملك نصفه ففي الموازية عن ابن القاسم
 يجزئه وتلزمه القيمة قال أصبغ وسحنون لا يعجبني هذا وليس أحد من أصحابه عليه وجه قول ابن
 القاسم ان مالز منه من العتق في النصف الثاني انما لزمه بسبب العتق الأول فكان له حكمه ألا ترى انه
 اذا قال له ان اشتريتك فأنت حر عن ظهاري فإنه قد لزمه عتقه ومع ذلك فإنه اذا اشترى أجزأه عن
 ظهاره ووجه القول الثاني ان العتق الثاني وقع بغير اختياره ولم يقصد به العتق عن ظهاره وإنما
 هو لتبعض العتق فلم يجزه أصل ذلك اذا لزمه عتق عن جميعه لئلا يفر ذلك (مسئلة) ولو
 كان له عبدا فاعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار فقد روى عيسى بن دينار عن
 ابن القاسم انه يجزئه وروى ابن حبيب وابن الماجشون عن أصبغ لا يجزئه ووجه القول الأول
 انه مبني على أصلين أحدهما أن العتق لا يمنع صحة تبعضه والثاني أن لا يعتق الباقي بالسراية وإنما
 يعتق بعتقه عليه ان أراد ذلك أو يحكم عليه السلطان به ان أباه ووجه القول الثاني انه مبني على انه
 لا يصح تبعضه أو على أن النصف الثاني يعتق عليه بالسنة وليس عتقه بموقوف على اختياره فلا يجزئه
 (مسئلة) ومن أعتق عنه غيره عبدا بغير علمه عن ظهاره فإنه يجزئه عند ابن القاسم وقال عبد الملك
 لا يجزئه وان رضى بذلك بعد العتق وقال أشهب لا يجزئ عن الخي وان كان بسؤاله ورغبته ووجه
 قول ابن القاسم انه معنى تجوز فيه النسيابة لان طريقه المال ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت وسأله
 ابن الماجشون ووجه قول ابن الماجشون انه لو باعه منه على أن يعتقه هو لم يجزه ذلك ولو وهبه
 اياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجزه فكذلك اذا أعتقه عنه والفرق بينهما على قول ابن القاسم انه
 قد ملك الواهب والبائع العتق في ذلك العبد قبل وقوعه ولزم الموهوب له ايقاعه بالشرط فان ذلك لم
 يجز ألا ترى انه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبهم اياه بذلك الشرط لم يجزه والذي
 أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت وقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن
 القاسم في المرأة تعطى زوجها رقبته بعتقها عن ظهاره أو وثمن الرقبه ان كان بشرط العتق لم يجزه وان
 كان بغير شرط أجزأه وذلك لما ذكرناه ورواه في المدينة عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار
 عن ابن كنانة (فرع) فاذا قلنا يجزئه على قول ابن القاسم فإنه قال يجزئه ان لم يدفع في ثمنه شيئا
 قال الشيخ أبو محمد في نوادره يريد كانه اشترى بشرط العتق ومعنى ذلك ان من اشترى عبدا بشرط
 العتق لم يجزه عن عتق واجب عليه فعلى هذا انما يجزئه على قول ابن القاسم بشرطين أحدهما

ما تقدم وهو أن لا يدفع إليه فيه ثمنا والثاني أن يرضى المعتق عنه بذلك وإن لم يرض بذلك إذا بلغه فقد قال الشيخ أبو عمران لا يجزئه ومعنى ذلك أن نية العتق للظهار معدومة ولم تقعها بالاجازة وهي تقوم مقام النية وفي ذلك شرط ثالث مختلف فيه وهو أن يكون العتق بعد العودة قال ابن القاسم لا يراعى العودة وإنما يراعى عبد الملك وابن الماجشون (مسئلة) وأما السلامة فاعتبرت في ذلك كله على حسب ما تقدم في كفارة الايمان بالله تعالى ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق ولا ذكورة ولا أنوثة

(فصل) وقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ما قيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره فمن لم يكن عنده الأمانة ظاهر منها فقد قال ابن القاسم لا يجزئه الصيام وكذلك روى عن مالك فيمن يملك من العروض ما يشتري به رقبة أو كانت له دار يسكنها ثمنها فبقيت رقبة لا يجزئه الصوم لانه واجد لرقبة معناه مجزئة (مسئلة) والمظاهر الموسر يمكنه العتق فلا يعتق حتى يعلم فيصوم ثم يسر روى ابن المواز عن ابن القاسم ولم يسمعه منه أنه قال يعتق وهذا عندي على وجه الاستعباب لان المؤدى لما يجب عليه من حق انما ينظر الى حاله يوم الاداء دون يوم الوجوب وكذلك من ضيع الصلاة وهو قادر على القيام فأراد أن يقضيها حال عجزه عن القيام أداها جالساً ثم ان قوى على القيام لم يلزمه قضاؤها قائماً وكذلك من فرط في الصلاة مع امكان أدائها بالماء ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء لم يلزمه قضاؤها ثانياً عند وجود الماء ويحتمل أن يريد به انه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته فلما أعسر قبل العتق أمر بالصوم لانه أبلغ ما يمكنه بشرط ان أيسر بالرقبة التي فتعلقت بذمته كان عليه ائراجها وحكم الأموال في ذلك غير حكم الأعمال والأول أظهر والله أعلم وقد قال بعض القرويين انما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره فلم يكفر حتى أعسر فصام فأما ان لم يطأ حتى أعسر فصام ثم أيسر فلا يؤمر بالعتق (مسئلة) ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة ثم أيسر روى ابن المواز قال مالك في الخالف والمتنع اذا شرع في الصوم ثم أيسر لا يرجع الا أن يستاء وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس وسوى عبد الملك بينهما وقال اذا مضى له اليوم واليوم ان أحببته الرجوع في التمتع والكفارة ومعنى ما قال ابن المواز من تفرق مالك بين الظهار واليمين ما روى زياد بن جعفر عن مالك أن من لم يجد رقبة عن ظهاره فصام يوماً أو يومين ثم وجد رقبة فانه يعتق ولو صام النصف أو الثلث أو أياها لها اسم فانه يتم صيامه ولا يعتق وروى ابن عبد الحكم في المختصر الكبير أنه اذا صام يومين وقال أبو اسحق في الزاهي يوماً ثم أقام الا قال يعصى ويجزئه ويعتق أحب الى قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك لان الله تعالى قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا فاذا دخل في الصوم وهو غير واجد للرقبة مضى في صومه وأجزأه كالتيمم برى الماء بعد التلبس بالصلاة فان قيل لم لا تنزله العودة الى العتق كالمعتدة بالشهور اذا رأت الحيض انتقلت اليه فالجواب ان المعتدة لم تبطل عدتها لانها تعتد بما مضى قرأوا الواجد للرقبة لو اعتق لبطل ما تلبس به من صومه (مسئلة) ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة فافسد صومه بوطء امرأته بعد ان لم يبق عليه الا يوم واحد فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة ان وجد رقبة حين أفسد صومه يلزمه العتق ولا يجزئه الصوم ووجه ذلك ان الاعتبار بحاله يوم الاداء وهذا المأبطل ما تقدم من صومه ووجب عليه الاستئناسي كان هذا وقت أدائه فلما كان غنيا حين ابتداء الاداء لم يجزه الصوم (مسئلة) ومن قال كل مملوك أملكه الى عشر سنين حر ثم لزمه ظهار وهو موسر فان صبرت امرأته هذه العشر سنين فلا

يصوم وان لم تصبر وقامت به ففرضه الصيام رواه ابن سحنون عن أبيه
(فصل) وأما الصيام فصيام شهرين متتابعين والأصل في ذلك قوله عز وجل فن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين من قبل أن يتاسوا في هذا حكاهما أحدهما المتتابع والثاني خلو الشهرين من
مجمعة الزوجة المظاهر منها وتقدمها على ذلك فاما المتتابع فان يتصل صيامها ولا يفصل بين شيء من
ذلك ففطر لغير عذر وقد قال ابن المواز من أفطر في سفره في صيام نظاهرا ابتداء وان أفطر لمرض بنى
اذا صح والفرق بينهما ان المسافر لم يرج له الفطر لعجزه عنه وانما هو لتخفيف المشقة عليه والمتتابع
من باب المشقة وبشرط عليه وأما المريض فأنما يبيح له الفطر لعجزه عن الصيام كالحائض وكذلك من
أفطر ناسيا لان الناسى معذور والله أعلم وقال الشافعي ان أفطر ناسيا أو مرضيا ابتداء الصيام
والدليل على ما نقوله ان هذا معنى لا يمكن الاحتراز منه ولم يوجد باختياره فلم يبطل المتتابع كالاحتلام
(مسألة) ومن جامع في صيام ظهارة ناسيا في المدونة من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم
يستأنف الصوم وأما اذا فصل بينه من منع الصوم بالشرع فقد تقدم ذكره في كتاب الصيام
(فصل) وأما ما ذكرناه من وجوب تقديم الصوم على الجماعة فهو لقوله تعالى فصيام شهرين
متتابعين من قبل أن يتاسا وذلك يوجب تمام صومهما قبل الملامسة واللامتن صائما لشهرين
متتابعين من قبل أن يتاسا وان جامع في أثناء صومه ليلا ونهارا المظاهر منها أو غيرها نهارا ابتداء
الصوم قاله في المختصر الكبير والمدونة خلافا للشافعي في قوله انه ان وطئها ليلا لم يبطل صيامه
والدليل على ما نقوله قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتاسا فجعل ذلك شرطا في
الصيام الواجب عليه الذي به يتخلص من حكم الظهار فن جامع قبل أن يتم الصيام فلم يأت بصيام
الشهرين من قبل أن يتاسا فلم يبرأ بذلك من صوم الظهار كالأخذ بالعقد (مسألة) ومن شرع في
كفارة الظهار ثم طلقها قبل تمامها ثم تزوجها فانه يستأنف الكفارة من أولها فان تمادى على انماها
فلا يخلو ان يكون طلاقها ثانيا أو رجعيان كان بائنا فالمشهور من المذهب انه لا يجزئه وان تزوجها
بعند ذلك استأنف الكفارة من أولها وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه يجزئه القادى بعد ان
بانت منه اذا ابتداء الكفارة وهو مجمع على امساكها وجه القول الاول انه أتى بالكفارة في وقت
ليست له بزوج فلم يجزه كالأول ابتداء الكفارة بعد اليقونة وانقضاء العدة ووجه القول الثاني ان
لكفارة حكم الابتداء بها فاذا ابتدأها في وقت يصح فيه التكفير لم يمنع ما يطرأ بعد ذلك كما لو ابتداء
الصيام معمرا ثم أيسر وهذا عندي معنى قول ابن نافع واحتجاجة في المدونة (مسألة) ولو كان
الطلاق رجعيا فالأفضل أن يرجع ثم يكفر فان كفر قبل ان يرجع وقبل أن تبين منه أجره قاله أشهب
في الموازية وهذا اذا صام أو أطمع في العدة وقضى عليه شيء من ذلك فبادى على صيامه فقد روى
في المدينة محمد بن يحيى عن مالك انه ان أم صيامه قبل انقضاء العدة أجره ولو بقي منه يوم واحد بعد
انقضاء العدة لم يجزه وان صام لانها ليست له بوجه فان تزوجها بعد ذلك استأنف الصيام من أوله
وهذا اذا كانت الكفارة بصيام فان كانت باطعام فانقضت العدة قبل ان تمامها فقد قال أشهب
تبطل الكفارة فان تزوجها يوما استأنف الاطعام كله وقال أصبغ بنى على الاطعام ويتدى
الصيام وجه القول الاول انها كفارة تبطلها تحلل الوطء فابطلها تحلل اليقونة كالصيام ووجه
القول الثاني ان الاطعام ليس من شرطه المتتابع فلم يبطل باليقونة بخلاف الصيام
(فصل) وقوله تعالى فن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقتضى ان جواز الاطعام مرتب على

العجز عن الصيام وعدم الرقبة وفي المدونة قيل لابن القاسم من هذا الذي لا يستطيع الصيام فقال هو عندي الشيخ الذي لا يقوى على الصيام من كبراً وضعف فلو اطعم مع القدرة على الصوم لم يجزه لقوله تعالى فن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً فانتقل الى الاطعام من لم يستطع (مسئلة) والذي يجزئه منه في الجنس على حسب ما تقدم في كفارة اليمين وأما القدر فإنه يعود الى معينين أحدهما الى عدد من يطعم والثاني الى قدر ما يطعم فاما عدد من يطعم فهم ستون مسكيناً والأصل في ذلك قوله تعالى فن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً ولو اطعم ثلاثين مسكيناً من مدين لم يجزه حتى يستكمل العدد وليطعم ثلاثين مسكيناً ما يجزئ كل واحد منهم ويجزئه (مسئلة) وأما القدر فنقد روى ابن حبيب عن مطرف أن مالكا كان يفتي في كفارة الظهار بمدن لكل مسكين ويكره أن يقال مدهشام وهذا يدل على انه ذكره أولاً لما كان المستعمل بين الناس بين به مقدار ما يلزم من ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على سبيل التقريب والتفسير كما يقول الانسان في بلده يجزئك من هذا المدكنا على سبيل التقريب فلما بلغه انه قد ظن به انه جعل ذلك مقدارا في نفسه أنكروه وكرهه (فرع) اذا ثبت ذلك أو لما يتقديره بالمد فقد اختلف أصحابنا في مدهشام فقال ابن حبيب ان مدهشام الذي جعله لفرض الزوجة فيه مدونلت وروى ابن القاسم انه مدان الاثنت وروى البغداديون من أصحابنا عن معن بن عيسى انه مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا هو الصحيح عندي لو جهين أحدهما ان معن بن عيسى مدني فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه والثاني أن هذا المد هو حوداني اليوم وهو كيل السراة وغيرها من بلاد العرب وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لاشك فيه ولا مريفة فقد شاهدت ذلك وبشرته وحقته وفي المدينة من روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه يطعم في كفارة اليمين عن كل مسكين من الخنطة بقدر ما يطعم أو وسط عياله في اليوم والليلة وكذلك في كفارة الظهار أيضا شعبة في اليوم واللييلة وروى عيسى عن ابن القاسم يقديهم ويعشيم أحب اليك أو يعطيهم خنطة في كلا الكفارتين فقال أحب الي مالكا لو أعطاهم فان أطعمهم أجزأ عنه يطعمهم خبزاً واداما وهذا يقتضي مساواة كفارة الظهار لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام ولو كان الأفضل والمستحب أن يزداد في كفارة الظهار ويبلغ المدين فنقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة اما الظهار فمد مدهشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لانه جاء في الحديث فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بمدن مدين وقد قال تعالى في كتابه اطعام ستين مسكيناً وفي المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك في المدين عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقل فيه من أو وسط فأفضل الشبع مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم أو مد مدهشام والذي بينهما يسير قدر الثلث وأما كفارة اليمين فان الله تعالى قال فيه من أو وسط ما تطعمون أهليكم قال مالكا الوسط بالمدينة مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وأما بالبلدان التي يكفر فيها بالخنطة فالوسط من الشبع غداء وعشاء فوجه القول بتقديره بمدن من مد النبي صلى الله عليه وسلم انه اطعام لم يجب بمعنى يتعلق بالصوم ولانه كفارة يمين فكان الاطعام فيه بنفس الصاع كقدي الأذى ووجه القول الثاني ان الشرع لما ورد باطعام ستين مسكيناً ولم يقدر ذلك وكان أهل المدينة قد اتفقوا على ان مدهشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات أشار اليه مالكا ليري قدر ما يختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لتقليل الأذى ومركب المحذور والله أعلم (فرع) وهذا المن كانت الخنطة قوته فاما الشعير ان أجزأه ان حوجه أو التمر في المدونة أرى أن يطعم في الظهار من الشعير والتمر عدل شبع مدهشام من الخنطة والأظهر

عندي انه يلزمه من التمر والشعير مد بمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على ما يلزمه من
مكيلة القمح كزكاة الفطر والله أعلم (مسئلة) ومن صام عن ظهاره حين لم يجز رغبة فرض في
أثناء الصيام فقدر وي زياد بن جعفر عن مالك انه ان كان مرضه مما لا يطعم بالبرء منه فانه يطعم وان
كان على غير ذلك انتظر ان يبرأ أو يبقى على ما كان صام وفي المدونة عن أشهب عن ابن القاسم انه ان
طال مرضه واحتاج الى امرأته جازله أن يطعم وان رجا البرء وجه القول الاول انه اذا كان مما
يرجو البرء منه انتظر ذلك لانه من الموانع التي تعرض في استدامة الصوم كالخبيص يعرض للمرأة في
شهرى التتابع فلا يجزئه الاطعام وان كان لا يرجى فليس من أهل الصيام فكان فرضه الاطعام
ووجه القول الثاني ان حصلت له المشقة بالحاجة الى أهله مع طول المرض وخوف العنت جازله
الانتقال الى الاطعام كالأعسار والله أعلم (مسئلة) وليس في نص القرآن ذكر الكسوة
في كفارة الظهار بل ظاهره يقتضى انها مقصورة على العتق أو الصيام أو الاطعام وقيد كبر الشيخ
أبو محمد في نوادره قال وان كسا وأطعم عن كفارة واحدة قال ابن القاسم في كتابه أسد وقال في
المجالس تجزئه وأظنه قول مالك وقال أشهب لا يجزئه. وأخرج من كتاب ابن المواز فيمن ظاهر من
أربع نسوة فأطعم عن واحدة ستين مسكينا وكسا عن اخرى ستين مسكينا ثم وجد العتق فأعتق
عن واحدة غير معينة ولم يقدر على رغبة الرابعة فليطعم أو يكسو ويجزئه قال الشيخ أبو محمد انظر
قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره وانما ذكرته عن الشيخ أبي محمد ليكون أقوى في المنه
فتحقق بهذا أن الكفارة في الظهار تنوع أربعة أنواع عتق وصيام واطعام وكسوة وكأنه ينوب
بعضها عن بعض ويحتمل هذا عندى وجهين أحدهما انه من باب اخراج القيم في الكفارات
فيخرج الكسوة عن الطعام اذا كانت مثل قيمته أو أكثر وكان يجب على هذا أن لا يراعى قدر
الكسوة والوجه الثاني أن تكون الكسوة لما نابت عن الاطعام في كفارة اليمين على عدد واحد
نابت ههنا عنه وغيرها من الكفارات وان نابت بعضها عن بعض فبعدد مخالف فاختصت الكسوة
بأنها من جنس الاطعام وقل من يقول به من العامة والله أعلم (مسئلة) اذا نبت ذلك فانه لا يجوز
له الوطء في أثناء اطعامه ومن شرط اطعامه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافا للشافعي والدليل
على ما نقوله ان هذه كفارة عن ظهار فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالعتق والصوم (مسئلة)
وسواء وطئ ناسيا أو عامدا فانه يبطل ما تقدم من اطعامه ويجب عليه ابتداء اطعام آخر والاصل
في ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطء ص قال مالك
في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر
ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا ش قوله في الرجل يتظاهر من امرأته
في مجالس شتى ليس عليه الا كفارة واحدة وهذا على اطلاق النية دون تقيدها بال تكرار مع
كون الظهار من جنس واحد مثل أن يقول لها أنت على كظهر أمي ثم يقول لها مثل ذلك
في ذلك المجلس أو مجلس آخر ونوى تأكيد القول الأول وتكراره أو لم ينو شيئا فليس عليه الا
كفارة واحدة لانها من جنس واحد تكررت في شئ واحد فكان اطلاقها يقتضى التأكيد كاليمين
بالله تعالى (مسئلة) ولو نوى بالقول الثاني كفارة ثانية ففي كتاب ابن المواز تلزمه كفارة ثانية
كاليمين بالله تعالى وهذا كله ما لم تلزمه الكفارة الأولى بالوطء فان وطئ ثم تظاهر منها مرة أخرى
ففي مختصر ابن عبد الحكم عليه كفارة ثانية ووجه ذلك انه لما وقع الخنث بالوطء ولزمته الكفارة

• قال مالك في الرجل
يتظاهر من امرأته في
مجالس متفرقة قال ليس
عليه الا كفارة واحدة
فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر
بعد أن يكفر فعليه
الكفارة أيضا

كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه كالذي يحلف أن لا يدخل الدار مرارا ثم يدخلها لا يجب عليه الا كفارة واحدة ولو حلف أن لا يدخلها فحنت بدخولها ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت العيين الثانية غير الأولى يجب فيها من الكفارة بالحنث غير ما يجب بالأولى (فرع) اذا قلنا ان تكرار الظهار بمعنى تكرار الكفارة يوجب تقدم ذلك من الكفارات فان أدى كفارة واحدة فان الشيخ أبو محمد كان يقول لا يجعل له وطؤها حتى يكفر جميع الكفارات وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران اذا كفر كفارة واحدة حل له وطؤها فان امتنع من وطنها من أجل سائر الكفارات كان موليا منها قال الشيخ أبو عمران لان سائر الكفارات نذر (مسئلة) ولو شرع في الكفارة عن ظهاره فلم يتمها حتى ظاه مرة أخرى ففي كتاب محمد بن عيسى الكفارة من الظهار الثاني ويجزئه وقيل بل يتم الأول ثم يتدى وقال محمد بن أحمد انما أحب الي اذ انقضى اليسير منها وأما ان مضى يومان أو ثلاثة فينتدى ويجزئه لهما وفي العتبية عن أصبغ انه يجوز له أن يتدنه الآن سواء صام من الأولى يسيرا أو كثيرا وجه قولنا بالاجزاء انها كفارة مقدمة على الحنث فاذا ظاه منها وشرع في الكفارة ثم أورد في ثانيها من جنس الأول سقط حكم الأول ونبت الثاني وتفرق العيين بالله بان كفارتها اذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن اسقاطها فاذا كررت بين أخرى كان لها حكمها كالأولى ولو لم تست في الظهار الكفارة الأولى فحنت ثم ظاه بعد ذلك ظاهرا آخر لكانت فيه كفارتان وذلك مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمي فحنت ثم قال بعد ذلك أنت على كظهر أمي ففي هذا كفارتان قاله أصبغ في العتبية وغيرها فوزان عنه المسئلة من العيين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجوز ذلك ثم شرع في الصيام فيصلى في ذلك ثانية ثم يريد أن يكفر فانه تجزئه كفارة واحدة ينتدتها ووجه الرواية الثانية ان هذه بين شرع في تكررها فاذا كررت بعد ذلك كان الظاهر انها بين مستأنفة كالنووي بينه الثانية كفارة ثانية والأول أكثر في المذهب وأظهره القاضي أبو الوليد والقولان عندي مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة أو على قولنا بصحة الظهار للعودة فاذا قلنا تجب بالعودة فانه اذا ظاه مرة أخرى لم يزمه اتمام ما وجب عليه بالعودة الأولى ثم يستأنف الكفارة الثانية واذا قلنا لم تجب عليه بالعودة فانه يجوز له تركها متى شاء فاذا ظاه بعد الشرع فيها فقد ترك الكفارة الأولى وتلزمه الثانية وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع في الكفارة وقد رأيت نحوه لابي القاسم بن الكاتب

(فصل) وقوله فان ظاه ثم كفر ثم ظاه بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا على حسب ما قال لأنه اذا ظاه بعد أن أتم الكفارة فانه لا بد لذلك الظاهر من كفارة لان الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتي بعدها من الايمان وانما هي كفارة لما تقدم قبلها ككفارة العيين بالله تعالى ص قال مالك ومن ظاه من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكفر عنها حتى يكفر ويستغفر الله قال مالك وذلك أحسن ما سمعت قال مالك ومن ظاه من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر انه ليس عليه الا كفارة واحدة لا يقتضى اباحة ذلك بل هو محظور لقوله تعالى فمصر برقبته من قبل أن يتاسا لكنه من اجترأ ووطئ قبل أن يكفر فقد تقرر عليه وجوب الكفارة وليس عليه غيرها لان ظاهرا واحدا فيجب به كفارة واحدة لكن من حكمها تقدمها على الوطء فاذا وجد الوطء قبلها لم يؤثر ذلك في اسقاط الكفارة ولا في الزيادة عليها وذلك أن للكفارة بعد وجوب الظاهر ثلاثة أحوال حالة لا تجزئ فيها الكفارة وهي قبل العودة فن كفر

* قال مالك ومن ظاه
من امرأته ثم مسها قبل
أن يكفر ليس عليه الا
كفارة واحدة ويكفر
عنها حتى يكفر ويستغفر
الله قال مالك وذلك أحسن
ما سمعت

حينئذ فهل تجزئه كفرته تلك أم لا روى سحنون عن أبيه ان المتظاهر يكفر بعدينية العودة لكن
يريد أن يطلقها أو يقول ان راجعها حلت لي بغير نظهار لانجزئه حتى ينوي العودة قال وهو قول
أكثر أصحابنا ان من كفر بغيرنية العودة لم يجزه وقد رأيت للشيخ أبي عمران أن ابن القاسم لا يراى
العودة وإنما يراى ذلك ابن الماجشون وسحنون فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر
قبل العودة ولذلك قال ابن سحنون في المنع من ذلك انه قول أكثر أصحابنا وأما الخالف بالظهار
ان فعل كذا فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا يجزئه أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق
أن لا يفعل كذا لا يقسم الطلاق قبل الحنث ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أوظهار فان له تقديم
الكفارة والطلاق قبل الحنث وهذا لان الخالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه فلا يقال فيه على
الحقيقة كفر قبل الحنث وإنما يريد بذلك قبل أن يفوته الذي حلف ليفعله والله أعلم (مسئلة)
والحالة الثانية اذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطء فان الكفارة في هذه الحال مجزئه وليست
بلازمة رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك وقال لو طلقها أو ماتت سقطت عنه الكفارة ولو شرع فيها
لسقط عنه باقيها الآن يتزوجها بعد الطلاق فتثبت الكفارة ثانية وروى ابن المواز عن ابن
عبد الحكم انه اذا أجمع على العودة لزمت الكفارة وان مات أو طلقها قال ابن عبد الحكم أخبرني
أشهب عن مالك وبه قال أصبغ (مسئلة) والحالة الثالثة بعد الوطء فانها حالة يتقرر فيها وجوب
الكفارة وكذلك لو ماتت أو طلقها لزمه اخراج الكفارة على كل حال ولو كان شرع فيها قبل أن
يموت أو طلقها لزمه تمامها

قال مالك والظهار من
ذوات المحارم من الرضاة
والنسب سواء قال مالك
وليس على النساءظهار

(فصل) وقوله ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله دليل على انه قد أتى المحظور من تقديم المسيس
قبل الكفارة فيجب أن يتوب من ذلك ولا يستعبد به بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه (مسئلة)
والمرأة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفرو ويحول السلطان بينه وبينها ويؤدبه ان أراد ذلك قاله ابن القاسم
في المدونة ووجهه انه اذا ارتكاب المحظور المزجور عنه فوجب ردعه عنه بالأدب وفي المدونة
ويكون معها في البيت ويدخل عليها بالاذن اذا أمنت ناحيته **ص** قال مالك والظهار من ذوات
المحارم من الرضاة والنسب سواء قال مالك وليس على النساءظهار **ش** وهذا كما قال ان الظهار
لازم من جميع ذوات المحارم فن حرمت عليه بارضاة أو النسب ولم يند كرتحريم المصاهرة لام
زوجته وزوجة أبيه ويجب أن يكون حكمهن حكم من ظاهر لانهن ممن حرم عليه على التأيد وفي
المبسوط والمدونة عن ابن القاسم فان ظاهر من صهر فهو مظاهر في رأي لان الله تعالى قال ولا
تتكحوا ما تكح آبؤكم من النساء (مسئلة) ومن قال لامرأته أنت على كظهر أمي أو ابني
أورجل من الناس فهو ظهار رواه ابن زيد عن عيسى بن دينار وعن يحيى بن يحيى عن ابن نافع
ووجه ذلك انه شبه امرأته بظهر من هو عليه كذوات المحارم وأشد تعري مما فزمه الظهار كما لو شبهها
بظهر يهية وكذلك من قال لزوجه أنت على كبعض من حرم القرآن (مسئلة) وأما من قال
لامرأته أنت على كظهر من تحل له من امائه وأزواجه فليس بمظاهر قاله الشيخ أبو اسحق ووجه
ذلك انه انما شبهها بمباحة فبقيت على حكم الاباحة

(فصل) وقول مالك ليس على النساءظهار يريد انه لا يلزمهن أن يظاهرن من الأزواج لان
التحريم ليس اليهن وإنما التحريم الى الأزواج كالطلاق ولو طلقت المرأة زوجها لم يكن له حكم
الطلاق وأصل هذا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فعلق الحكم بازجال في نسائهم وبالله

تعالى التوفيق ض **قال مالك** في قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على اسما كها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة فان طلقها ولم يجمع بعد نكاحها منها على اسما كها واصابتها فلا كفارة عليه **قال مالك** فان تزوجها بعد ذلك لم يمسا حتى يكفر كفارة المتظاهر **ش** قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم **قال مالك** النساء واقع على الاماء الحرائر والاماء الزوجات والسراري واحج على ذلك بقوله تعالى وأمهات نساءكم وهذا عام في الزوجات والسراري

(فصل) وقوله عز وجل ثم يعودون لما قالوا **قال مالك** ان تفسير ذلك يعني العودة أن يجمع بعد الظاهر على اسما كها واصابتها هذا الذي ذكره في الموطأ وعليه أكثر أصحابه وقد قيل منه غير ذلك مما سنبينه ان شاء الله تعالى وأصل هذا أن العلماء اختلفوا في الكفارة بماذا تتعلق فذهب مالك ومعظم الفقهاء الى أنها تتعلق بشرطين وجود الظهار والعودة وقال مجاهد والثوري يجب بنفس الظهار دون شرط آخر والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قصر بر رتبة من قبل أن يتأما فعلق الكفارة بالظهار والعودة فن قال انما تجب بنفس الظهار دون العودة فقد خالف النص لان الحكم متى علق على صفتين كان الظاهر انهما شرطان في ثبوته كما قال رجل من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه كان الظاهر أن الوصفتين شرطان في وجوب الجلد (مسألة) اذا ثبت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار فاختلف العلماء ماهي ولما لك في ذلك ثلاثة أقوال **قال الشيخ أبو القاسم** إحدى الروايتين العزم على اسما كها والثانية العزم على وطئها وقد ذكر في الموطأ الأمرين جميعا ويقتضى قوله هذا أن افراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة **قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه** وهما عندي راجعان الى معنى الامساك لان من عزم على الوطء فقد عزم على اسما كها الى أن يوطأ وليس من شرط العزم على الامساك أن ينوي اسما كها أبدا بل لو عزم على اسما كها سنة لكان عازما على الامساك وأما العزم على الوطء **قال** أحد بن حنبل روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى ان العزم هو نفس الوطء وبه **قال الحسن** والزهرى وطاوس **قال الشافعي** أن يمضي من الزمان مدة يمكنه فيها ايفاع الطلاق فلا يوقعه والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قصر بر رتبة من قبل أن يتأما وثم تقتضى المهلة فدل ذلك على أن العودة تكون بعد ايفاع الظهار بمهلة ووجه آخر وهو أن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر إما عزم وإما غيره وإما أن تكون يمضي الزمان وترك طلاق فهو عدول عن الظاهر ومن جهة المعنى ان هذه كفارة بين فيجاز أن يتأخر وجوبها عن اليقين أصل ذلك كفارة اليقين بالله تعالى (مسألة) فاذا قلنا ان العودة تتقدم وتتأخر فذهب داود الى أن العودة هي إعادة لفظ الظهار والدليل على ما نقوله ان الكفارة انما تجب في الايمان بمخالفة اليقين ومن ظاهراقتضى ظهاره تحريم زوجته فاذا أراد استباحتها فقد عاد فيها تركه ويخرج الى الوطء الذي حرم وفي مثل هذا يقال عاد فلان لكنا وانى كنا اذا كان قدر تركه وحرمه ثم رجع اليه ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر اذا كان قد أظهر التوبة منه ثم رجع اليه ولو كان لا يظن بالظهار ثانيا يوجب الكفارة لا وجهها الاول فلما لم يوجبها الاول لم يوجبها الثاني لانها من جنس واحد لفظا ومعنى وقد قال بعض أصحابنا ان قوله تعالى والذين يظاهرون من

قال مالك في قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على اسما كها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة وان طلقها ولم يجمع بعد نكاحها منها على اسما كها واصابتها فلا كفارة عليه **قال** مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمسا حتى يكفر كفارة المتظاهر

نسايتهم ثم يعودون مثل قوله تعالى للذين يؤلون من نسايتهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا لا يصح أن يراد بالقيئة ههنا إعادة الايلاء فكذلك لا يصح أن يراد بالعودة إعادة الظهار وقال الأخفش تقديره والذين يتظاهرون من نسايتهم ثم يعودون فبصر برربة لما قالوا والله أعلم من أجل ما قالوا

(فصل) وقوله فان أجمع على ذلك فقد وجبت الكفارة عليه يقتضى وجوبها بنفس العزم وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يجب عليه وجوباً متفرقاً كوجوب الكفارة بعد الخت الذي لا يخرج منه الابلااء والثاني أن لا يجب بالعودة وإنما يكون شرطاً في استباحة الوطء كالطهارة التي لا تجب لنفسها وإنما تجب على من أراد صلاة أو مس مصحف لاستباحة ذلك وقدرى عن مالك ما يدل على المعنيين فى كتاب ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم قال مالك وعبد العزيز بن أبى سامة ان معنى قول الله سبحانه ثم يعودون لما قالوا انه ارادة الامساك والوطء فاذا أجمع على ذلك لزمت الكفارة ان ماتت أو طلقها وقد تقدم ذكره فهنا على المعنى الاول وأما على المعنى الثانى وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم واليه ذهب أبو حنيفة وقدرى بن القاسم وأشهب انه اذا أجمع على الامساك ثم صام بعض الكفارة ثم بانته منه انه لا شىء عليه فان نكحها يوماً ابتداءً ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك ألا ترى انه لو وطئ ثم بانته منه أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء

(فصل) وقوله وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابها فلا كفارة عليه يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الاجماع على الامساك ويقتضى ان الاجماع على الامساك عودة أما على رواية ابن القاسم فى أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة ويسقط التماذى على ما قد شرع فيه منها فانه لا معنى لاشتراطه أن لا يجمع على الامساك قبل أن يطلقها

(فصل) وقول مالك فان تزوجها بعد لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر يقتضى بقاء حكم الظهار وهو المنع من المسيس قبل الكفارة ويقتضى قوله ان الاجماع على الامساك عودة ص **قال** مالك فى الرجل يتظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها **ش** قوله ان أراد من تظاهره من أمته أن يصيبها فعليه كفارة الظهار يقتضى تعلق الظهار بالأمه كتعلقه بالزوجة خلافاً للشافعى وقد تقدم وقد قال الشافعى فىمن تزوج أمه فظاهرها ثم اشتراها انه لا يطؤها بمالك العمين حتى يكفر وهذا يدل على أن الظهار تأثيراً فى تحريم الوطء ولولا ذلك لوجب أن تحصل له بمالك العمين ص **قال** مالك لا يدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره الا أن يكون مضاراً لا يريد أن ينفى من تظاهره **ش** قوله لا يدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره يريد أن يكون تظاهراً غير معلق بصفة وان علقه بصفة مثل أن يقول ان لم أفعل كذا وكذا فانه يضرب له أجل الايلاء من يوم رفعه الى السلطان ويلزمه حكم المولى لان الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به فاذا كان ممنوعاً من الوطء لا جل يمينه بالظهار ولم تكن اليمين مباشرة لمنع من الوطء لم يدخل عليه الايلاء الا اذا طالبت الزوجة بذلك ورفعته فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى (مسئلة) وأما اذا كان الظهار مطناً غير معلق بصفة فلا يدخل عليه بمجرد الظهار لان يمينه لم تباً من المنع من الوطء وإنما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعى

(فصل) وقوله الا أن يكون مضاراً لا يريد أن ينفى من تظاهره معنى ذلك أن يجد الكفارة فلا يكفر قاله مالك فى المبسوط قال مالك واذا لم يتبين ضرره لم يوقف الا أن يطول ذلك وروى أشهب

قال مالك فى الرجل يتظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها **قال** مالك لا يدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره الا أن يكون مضاراً لا يريد أن ينفى من تظاهره

عن مالك في المتظاهر لا يجعد ما يعتق ولا يقدر على الصيام ولا يجعد ما يطعم فلا يخرج له وليكف عن أهله حتى يجعد ما يكفر به يريد ولا حجة لها في هذا ثلاثة أحوال أحدها أن يتبين ضرره فيدخل عليه الإيلاء والثانية أن لا يتبين ضرره ولا عذره فلا يدخل عليه أجل الإيلاء بطول المدة والحالة الثالثة أن يتبين عذره فلا يدخل عليه إيلاء جلة (مسئلة) واختلاف قول مالك في أجل الإيلاء في المدونة يتبدل له أجل المولى عند ما يرى الناس من أضراره ثم يجري بحساب المولى تأويل بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره وفي كتاب محمد أمله من يوم التظاهر ولذلك اختصر بعض المختصرين مسألة المدونة والذي عندي أن القولين في المدونة وقد بينته في شرح المدونة والله أعلم ص * مالك عن هشام بن عروة أنه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة * ش قال ابن مزين قلت لعيسى بن دينار أرأيت معنى هذا أي أول امرأة يتزوجها عليها فإنه يعتق عنها رقبة ثم إن تزوج بعد ذلك فلا شيء عليه قال نعم هو معنى قوله وبه أخذ وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له في كلمة واحدة فليس عليه إلا كفارة واحدة يجتري بها عنن وقال يحيى بن يحيى عن نافع بن نافع لست آخذ به ولكني أرى أنه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها فكأنها نكح امرأة كفر عنها قبل أن يمسه كفارة عن كل امرأة ومنه في كتاب ابن المواز فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فإنه تنزيمه كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبدا وفي العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل ما في الموطأ من قال كل امرأة أتزوجها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي يجزئه في ذلك كفارة واحدة والله أعلم وأحكم

* ظهار العبد *

ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يتبع عليه كما يتبع على الحر * ش وهذا كما قال ابن شهاب أن ظهار العبد كظهار الحر في لزومه وتعلق أحكامه به على ما فسره مالك رحمه الله من أنه يتبع عليه كما يتبع على الحر والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتعزير رقبة من قبل أن يتأسا الآية ولم يفرق بين الأحرار والعبيد ولا يجوز أن يقال إن العبد لما لم يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار ولا مخاطب بالآية كما لا يجوز أن يقال ذلك في العسر الضعيف عن الصيام لأنه قد قال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والعبد ليس بواجب للرقبة فيصوم شهرين بحكمه ثابت بالآية ص * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد في الظهار شهران * ش قوله إن ظهار العبد عليه واجب يريد أنه يلزمه ويثبت في حقه حكمه وقوله وصيامه في الظهار شهران يريد أن حكمه في قدر الصيام حكم الحر لأن صيامه على وجه الكفارة والكفارات يستوي فيها حكم الأحرار والعبيد كسائر الكفارات وأما العتق فلا يثبت في حقه لوجهين أحدهما أنه محجور عليه في ماله والثاني أن الولاء لا يثبت له فأما الحجر عليه فإن المحجور عليه على ضربين أحدهما أن يحجر عليه لحق نفسه كالسفيه المولى عليه فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق وأما الذي يجب عليه به فاختلاف أصحابنا في ذلك ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أن له أن يعتق بغير إذن وليه إن كان مليا وإن لم يكن له إلا رأس لم أحب له إلا الصيام وقال أصبغ في الموازية لا يجزئه إلا العتق إن كان له مال فإن لم يكن له مال صام

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة أنه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ما عشت فهي علي كظهر أمي فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة * ظهار العبد *

* حدثنى يحيى عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يتبع عليه كما يتبع على الحر * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد في الظهار شهران

ولا يمنع من الصوم فإن أبي فهو مضار وروى ابن نافع عن مالك يرفع ذلك إلى السلطان فإن رأى العتق خيرا له من فراق أهله أعطاه رقبة يكفر بها وإن رأى ذلك خيرا فارق بينه وبين امرأته ولا يصوم ومن المدينة قال ابن المواز إن لم ير له وليه الكفارة بالعتق كفره هو بالصوم فقول ابن وهب مبنى على أصليين أحدهما إن ما تقرر وجوبه بالشرع من حقوق الله ليس مصر وفاؤه إلى أذن الولي فإذا أخرج المولى عنه نفذ أخرجه وأجزأ عنه كركاة ماله والوجه الثاني إن منع الولي من العتق على وجه صحيح من النظر يقوم مقام عدم الرقبة في جواز الانتقال إلى الصوم وقول مالك مبنى على أن للسلطان النظر في ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين كان له النظر في أرشدهما وعلى أن منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال إلى الصوم مع وجود الرقبة وإنما له النظر في أرشدهما من العتق عنه أو الطلاق عليه وقول ابن المواز مبنى على أن للولي النظر في إنفاذ العتق أو منعه وإذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة فانتقل إلى الصوم (مسئلة) وأما المحجور عليه لم يخلق غيره كالعبد فإنه لا تجوز له الكفارة بالعتق لعينيين أحدهما حق السيد والثاني إن الولاء لا يثبت وذلك يمنع وقوع العتق عنه وعن مالك في المدونة والمبسوط لا يجزئه العتق وإن أذن له السيد فيه لأنه لا يتعدى الولاء وقد قال عبد الملك بن الماجشون لا يكفر بالعتق لأن الولاء لسيد (مسئلة) فإذا قلنا لا يجوز له العتق وإن فرضه الصيام فهل لسيد أن يمنعه منه أم لا ففي كتاب ابن المواز روى ابن القاسم عن مالك لأخيه منعه إذا أضر ذلك بهم في خدمته وعمله وإذا لم يضر ذلك بهم وإنما صد واليفر قوايينه وبين أهله أجبر وعلى ذلك قال ابن الماجشون ليس لسيد منعه من الصوم وإن أضر ذلك به في عمله وقاله محمد بن دينار في المدينة وقال لو شاء سيده لم يأذن له في النكاح وجه قول مالك أنه معنى أدخله على نفسه فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيد في عمله كحقوق الأديين ووجه قول ابن الماجشون أن هذا صوم قد ثبت عليه فلم يكن لسيد منعه كالفرض ولأن هذا من أحكام النكاح التي قد ملكها بالنكاح فلا يكون لسيد منعه إلا بما يتعلق بماله (فرع) فإذا قلنا بقول مالك له منعه إذا أضر ذلك به ففي كتاب ابن معنون عن مالك إن كان يؤدي الخراج لم يكن له منعه فإن قوى على صومه وعمله فلا يمنع ووجه ذلك ما تقدمناه (فرع) فإذا كان يضر بعمله وسوغنا للسيد منعه من الصوم فقد قال ابن القاسم إن منعه سيده الصيام وأذن له في الأكل أجزأه قال مالك في المبسوط إن أذن له سيده في الأكل فالصيام أحب إلى منه قال ابن القاسم لا أدري ما هذا وليس يطعم أحدي يستطيع الصيام ولأرى جواب مالك في المسئلة الأوهما ولعله أراد كفارة اليمين قال القاضي أبو اسحق معناه أن لا يقدر على الصوم فيقول الأكل يجزئه وليس يستحسنه لأن للسيد التصرف فيه قبل أن يخرج منه إلى المساكين ويعتدل عندى أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به في عمله فالسيد منعه منعه على قول مالك ويأذن له في الأكل فالصيام كارت أفضل إن يأذن له فيه ويحتمل أن يريد به أنه لا يصوم إلا بأذن السيد ولا يطعم إلا بأذن السيد فالصيام أحب إليه إن يأذن فيه لأنه لا يقدر السيد أن يمتوله قبل إنفاذه ويقدر على إزالة المال منه قبل إنفاذه وقال ابن الماجشون ولأنه لو شاء رجوع عن إذنه وفي المدينة قال محمد بن إبراهيم بن دينار ليس على العبد المتظاهرعنق ولا إطعام ولو كان يجتد ما يطعم ويعتق ولكن يصوم وقال ابن الماجشون في المبسوط لا يطعم إلا بأذن السيد لا يخرج الأكل من ملك السيد إلا إلى المساكين قال الشيخ أبو محمد يريد أن ملك العبد غير مستقر ولفظه يقتضى

غيرهنا لانه اذا كان ملكه غير مستقر عليه لم يوجب ذلك أن يكون من ملك السيد وانما يقتضى قول ابن الماجشون هذا ان العبد لا يملك انما يملك ما يضاف اليه من مال سيده وجهر وابنه ابن القاسم ان العبد يملك ما يطعم وليس في الاطعام معنى يراعى غير اذن السيد لانه ممنوع لحق السيد فاذا أذن فيه السيد جاز كالصوم ووجه قول ابن الماجشون ما تقدمناه ص **﴿** قال مالك في العبد يتظاهر من امره انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه **﴾** ش وهذا كما قال ان العبد لا يدخل عليه ايلاء بنفس الظهار ولا بالتوقيف لان صيامه شهران وأجله في الايلاء شهران فان أنظر ساهيا أو لمرض يقضى أحل الايلاء قبل تمام الكفارة ولا يجوز أن يضرب أحل الايلاء على هذا وهذا القول من مالك يحتل وجهين أحدهما انه لا يضرب له أجل الايلاء بوجه ولو أذله سيده في الصوم لان صومه لا ينتضى حتى ينتضى أجل الايلاء وتعليل مالك في الموطأ يقتضى غير هذا غير اني لا أعلم أحدا من أصحابنا قال بذلك ولا يوجد مالك على هذا التفسير ولعله أراد ان هذا من بعض ما يعتذر به العبد في رفع أجل الايلاء عن نفسه والثاني أن يريد العبد الصوم ويمنعه من سيده لانه يضرب به فان في ذلك عذرا للعبد يمنع دخول الايلاء عليه وبه قال أصبغ وقد روى ابن القاسم عن مالك لا يدخل على العبد ايلاء الا أن يكون مضارا لا يريد أن ينيء أو يمنع أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر فهذا يضرب له أجل الايلاء ان رافعه امره فمعنى ذلك ان أحل انما يضرب بالشرع في الكفارة اذا امتنع منها وكذلك اذا منعه من أهله فاما يضرب له أجل لبيح أهله في أثناء ذلك التكفير بالصيام وأما أصبغ فلم يمنع أهله من الصيام ضررا يدخل عليه به الايلاء لانه ليس من قبله وانما حوسر بملكه غيره كما لا يدخل على الحر الايلاء بترك عتق عبد لا يملكه والله أعلم

﴿ ما جاء في الخيار ﴾

قال مالك في العبد يتظاهر من امره انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه

﴿ ما جاء في الخيار ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث انها اعتقت فغيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به علي بريرة وأنت لاتأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليا صدقة وهو لنا هدية

ص **﴿** مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث انها اعتقت فغيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به علي بريرة وأنت لاتأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليا صدقة وهو لنا هدية **﴾** ش قول عائشة رضي الله عنها كان في بريرة ثلاث سنن تريد ثلاثة أحكام مشروعة سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت أسبابا مختصة ببريرة وفي هذا ما يدل على أن تعدد أسباب الأحكام مما اهتبل به الصحابة رضي الله عنهم ونقله عنهم العلماء لان ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه أو خصوصه ووجه تعلقه عن تعلق به من اختصاص به أو تعدد غيره وفيه عون على حفظ الأحكام واستدامة حفظها

(فصل) ثم فسرت ذلك فقالت ان احدى السنن الثلاث انها اعتقت فغيرت في زوجها ومعنى ذلك انها كانت أمه وكان زوجها عبدا اسمه مغيث كذلك روى ابن عباس رضي الله عنه فغيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في البقاء معه على حكم الزوجية أو المفارقة ولا خلاف في ذلك اذا كان الزوج عبدا لان الحر يقر بته أرفع من رتبة الرق وليس للعبد أن يتزوج حرة الابن بين لها أمره

ولو غيرها ثم اطلعت على أنه عبد لكان لهامفارقته فلما تزوج العبد أمة وكانت من نساء مساوية له
 في الرتبة لم يكن لها خيار ما كانت رقيقا مثله فاذا ارتفعت رتبها بالحرية كان لها أن تفارق لنتقصه
 عن رتبها أو تقيم معه (مسئلة) وان كانت مدخولا بها فقد اختلف قول مالك فيه فقال مرة
 ليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة هذا الذي ذكره في المدونة وأكثر الكتب وفي المدينة أن قوله
 الاول لها ايقاع أكثر من ثلاث روى عبد الرزاق بن دينار عن محمد بن يحيى قال مالك اذا أعتقت
 الأمة تمتت عبد كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطليقة واحدة قال محمد بن يحيى وقد قال ليس لها
 ذلك قال عيسى بن دينار قال ابن القاسم يقول مالك الاول لها ذلك وفي المبسوط من رواية أبي ثابت
 عن ابن القاسم نيتين لان ذلك جميع طلاق العبد ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضي أبو اسحاق على
 أن لقوله ثلاثا وجهان فاسئله ان شاء الله تعالى فوجه قوله انه لا يملك الا طليقة واحدة ان عدد
 الطلاق انما هو حكم محض بالأزواج ومما حصل للزوجة ما يملك به نفسها ووجب أن تكون طليقة واحدة
 ولو كانت تلك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية والطلاق الواجب بالشرع هو بائن وان عرا
 عن العوض ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لا تنتقل اليها الطلاق انتقل اليها العدد وكانت
 جهة حرية فكملت فيها الثلاث وبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك انه ان طلقها طليقة
 أو طليقتين فانها أملك لنفسها وهو خاطب من الخطاب فلم يحرمها عليه بالثنتين فدل ذلك على انها
 لا تبين الا بالثلاث وروى محمد بن يحيى الشيباني عن مالك في المدينة كانت تمتت عبد فطلقها ثم
 أعتقت في عدتها فاخترت نفسها فقدمات منه لان طلاق العبد نكاح فثبت ان في المسئلة وان تبين
 قال محمد ولو اخترت نفسها ولانية لها كانت واحدة بائنة ومعنى ذلك ان اللفظ اذا كان موضوعا
 للطلقة الواحدة وصح أن يوقع به الثلاث فان اطلاقه يقتضى الواحدة كقول الزوج أنت طالق وفي
 المبسوط انه طلاق وليس بفسخ (مسئلة) واذا كان الزوجان نصرانيين وسيدا هما مسلمين
 كان ذلك حكمهما قاله أشهب في العتبية والموازاة لان السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة
 الأمة بملك الثمين كان الحكم بين مسلم وكافر فاجرى على حكم الاسلام وروى عن أصبغ انه قال
 وكذلك لو كان السيد نصرانيا وأنكرها مسنون وقال لا يعرض لهم (مسئلة) واذا كان
 نصف الأمة حرافا أعتقت تحت عبد فلها الخيار رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك
 ان حكمها حكم الأمة ما بقي فيها شعبة من الرق فلا خيار لها كالاختيار للأمة وفي المبسوط عن مالك
 في الأمة تحت العبد يعتق بعضها لا خيار لها حتى يعتق جميعها فاذا اكل عتقها انتقلت الى حكم الحرية
 فثبت لها الخيار ولو أن مدبرة أو أم ولدت في سيدهما فعتقا أو مكاتبه أدت كتابتها كان لها الخيار اذا
 كان الزوج عبدا رواه القعني عن مالك في المبسوط ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بتام
 العتق (مسئلة) فان أعتقت الأمة في حال حيض ففي العتبية من رواية عيسى بن دينار عن ابن
 القاسم لا تختار حتى تطهر فان اختارت مضى فان أخرجت فعتق الزوج قبل أن تطهر لم يقطع ذلك
 خيارها ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار في وقت لم يكن للزوج المنع منه وانما أخرجت ايقاعه
 للشرع لارضى بالزوجية فكانت باقية على خيارها وفي المبسوط من رواية القعني عن مالك اذا
 أعتقت تمتت العبد فلم يبلغها حتى عتق زوجها بطل خيارها وقال لا خيار لها اذا لم تختار حتى يعتق
 زوجها ويعتق هذا أن يكون على روايتين ويعتقل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة
 بالشرع والله أعلم (مسئلة) ولو ان أمة تمتت عبد قالت متى أعتقت فقد اخترت نفسي أو اخترت

زوجي في العتبية من رواية أشهب عن مالك ليس ذلك بشئ وروى عن مالك في الحررة ذات الشرط في النكاح والتسري تقول متى فعل شياً من ذلك زوجي فقد اخترت نفسي ان ذلك لها قال المغيرة هما سواء ولا شئ لهما فالفرق بين الامة نعتق والحررة تأخذ بشرطها على رواية أشهب عن مالك ان الامة ليست بصفة من يختار فلذلك لم يجز خيارها والحررة بصفة من يختار ومن قد نبت لها الخيار وانما علق نفوذ بصفة مخصوصة فقد أوقعته على حسب ما جعل اليها من تأخير الوقوع ولم يعلق بوجود تلك الصفة اي قاعها الطلاق وانما علق بها وقوعه ووجه قول المغيرة ان الحررة انما جعل ذلك اليها في وقت مخصوص وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسري فكما لا يصح وقوع الطلاق قبله فكذلك الامة لان الشرع انما جعل ذلك لها بعد وجود العتق فليس ذلك لها قبله

(فصل) وقوله رضى الله بها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق معنى ذلك ان بريرة كان أهلها وهم بنو هلال كاتبوها فإرادت عائشة رضى الله عنها أن تشتريها ويكون ولاؤها لها وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها فاجوز النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل اشترط البائسين الولاء وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يصح ذلك عندنا على أصول نينها بعد في كتاب الكتابة ان شاء الله تعالى فن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها وصارت في حكم من عاد الى الرق فلذلك أجاز بيعها ووجه ما أمر به صلى الله عليه وسلم من ابطال اشترط الولاء ان الولاء ليس مما يتناول به البيع وانما هو شئ يرتب بالعتق وانما يملك المشتري منافع العبد مادام حيا في رقه وهي التي يتناولها شرأؤه ومن اشترط الولاء فاما اشترط معنى يشب بعد زوال الملك فصح شرأؤه ولم يؤثر استثنائه في العقد لانه لم يتناول الاستثناء ما يتناول به عقد البيع وانما تناول معنى آخر لا يثبت الابد استيفاء المبيع وقد اختلف العلماء فيمن نكح على أن لا ميراث بينهما ففي الموازية عن أصبغ يفسخ وان دخل وقال محمد ليس بنكاح لا يتوارث في أصله فيكون حراما وانما دفع الميراث بالشرط فأحب اني أن يسقط الشرط ويثبت النكاح وبلغنى ذلك عن مالك والمغيرة وقال بعض من تكلم على هذا الحديث ان الولاء اشترطته عائشة رضى الله عنها لنفسها وان معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم واشترطى لهم الولاء أى اشترطه عليهم لان اللام قد تكون بمعنى على وهذا الذى قاله غير صحيح من وجوه أحدها ان اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك الا بدليل والثانى أنه صلى الله عليه وسلم زجر عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما بال رجال يشترطون شرطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فشرطه باطل كتاب الله أحق وانما الولاء لمن أعتق ووجه ثالث ما روى هشام عن أبيه عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في ذلك فقال ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يافلان والولاء لى انما الولاء لمن أعتق وروى عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أرادت عائشة أن تشتري جارية لتعتقها قال أهلها على أن ولاءها لنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق وهذا نص في منع ذلك التأويل والله أعلم

(فصل) وقوله ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم تريد بماء به اللحم وما كان معه من رقه حتى صارت تفور بالغليان فقرب اليه خبز وادام من ادم البيت يريد ما يكون مدخرا في البيوت كالسمن والملح ولا يكاد يعدم منها وقوله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم انكار لتقدم اليه مادون اللحم من الادم مع وجود اللحم وهذا يدل على انه صلى الله عليه وسلم لم يكن يقدم

اليه الأفضل ما يكون عنده من الأدام والطعام ويدل على أن كل الإنسان أفضل مامعه من الأدام
ليس بمناف للورع لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من الطيبات واعملوا صالحا إني بما تعملون
عليم لان الورع انما هو في سلامة المكسب من الشبهة وبعد ذلك فان الايثار به وجه من وجوه البر كما
ان انفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم وجه من وجوه البر

(فصل) وقولهم بلى يا رسول الله ولكنه لحم تصدق به على بريرة وأنت لائئاً كل الصدقة اخباره
بالوجه الذي منع من تقديمه اليه وهو انه لا يأكل الصدقة وهذا مما تصدق به على بريرة وهذا يدل على
أنه لم يكن يمنع منه لفضله على سائر الأدام ولو عهد منه تركه لذلك كما عهد منه تركه أكل الصدقة لجووب
به وليس من هذا الباب السرف في المطعم والخروج به عن العادة وما تصدق به المطعم المستطابة
المعتادة وتجاوز ذلك الى السرف الخارج عن العادة وجمع الأدام والألوان على أكثر الأوقات
مع حاجة الناس وضيق معاشهم ولأبأس بجمع الأدام في النادر لضعف أو وعية أو ما أشبه ذلك أو
احتفال في عيد أو اجتماع وانما يكره من ذلك في باب الورع والخروج الى حد السرف بكثره الألوان
والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثر الأثمان وأقبح ما يكون ذلك عند
نزول الحاجة بالناس وضيق معاشهم وضرورتهم الى المواساة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة وهو لنا هدية ير يد صلى الله عليه وسلم انه لا يأكل كل صدقة
أخرجهما متصدقها فجعله صلى الله عليه وسلم محلا لقبولها أو كان هو صلى الله عليه وسلم بمن يأكلها تميل
أن تكمل الصدقة فيها بلوغها محلها فاذا بلغت محلها وصارت بيد من تصدق بها عليه جاز أن يهديها
اليه من قبضها وتصدق بها عليه أو يبيعها منه أو يصيرها اليه بغير وجه الصدقة ولو كان ما تصدق به مرة
نبتله حكم الصدقة أبدأ لما جاز للفقير اذا تصدق عليه بشئ أن يبيعه من غنى بل لا خلاف بين المسلمين
انها تنتقل عن حكم الصدقة الى حكم البيع والهبة والميراث فيرثها الغنى عن مورثه الفقير وتصير اليه
عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التملك ولا يكون لشئ من ذلك حكم الصدقة وانما حكم الوجه الذي
نقل آخره والله تعالى التوفيق ص **مالك** عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول في الأمة
تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار ما لم يمسها قال مالك وان مسها فزعت انها جهلت ان لها الخيار
فانها تنتم ولا تصدق فيما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد ان يمسها **ش** قوله في الأمة تكون تحت
العبد فتعتق ان لها الخيار من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده انها اذا كانت تحت الحر ان
لا خيار لها وعمد **مالك** وان لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه فان الرتبة التي تحصل لها بالخرية
فوق رتبة العبد فأوجب لها ذلك الخيار واذا كان زوجها حر المتكّن بالعتق أرفع رتبة منه فلم يكن
لها الخيار

(فصل) وقوله ان لها الخيار ما لم يمسها بريدان لا يختص خيارها بالجلس الذي يعلم فيه بعقتها بل لها
ذلك ما لم تمكنه من نفسها طائفة أو يترك ذلك ابتداء أو يوقفها السلطان فاما قضت واما أخرج ذلك
من يدها (مسئلة) واذا قيل لها اختارى بعد العتق فقالت حتى أنظر وأستشير ومنعته نفسها
فان ذلك لا يقطع خيارها وهذا يدل على أن ذلك لا يختص بمجلس العتق ولا بمجلس علمها به وفي
المدنية سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد فأقامت تحتها أياما ثم هاج بينهما شئ فأرادت أن تختار
فقال اذا علم من حالها بعد عتقها الرضالم يكن لها ان تختار لشئ وقع بينهما وروى عيسى بن دينار عن
ابن القاسم لها ذلك الا أن يشهد عليها بالرضا والاقامة وترك الخيار

* وحدثنى عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمر
أنه كان يقول في الأمة
تكون تحت العبد فتعتق
ان الامت لها الخيار ما لم
يمسها قال مالك وان مسها
زوجها فزعت انها جهلت
ان لها الخيار فانها تنتم ولا
تصدق بما ادعت من
الجهالة ولا خيار لها بعد
أن يمسها

بالخيار ما هنا الضرر فقال جدام أو شيء يمنع الوطء فأما رواية الأصل الذي فسرناه فالضرر في الزوج
الجدام والعنة والضرر على حسب ما تقدم فيه من الخلاف وأما على سؤال ابن زيد فإن الضرر
في المرأة غير ما ذكرناه الفرج وهو القرن الذي يمنع الوطء، وأما شبهه من موانع الوطء وقد تقدم
الكلام على معاني هذه الصفات وأحكامها بما يغني عن الإعادة ص **قال مالك في الأمة تكون**
تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسهانها إذا اختارت نفسها فلا صداق لها وهي تطليقة
وذلك الأمر عندنا **ش** وهذا كما قال إن الأمة إذا أعتقت تحت العبد فإن لها الخيار سواء دخل
بها أو لم يدخل بها على ما ذكر في الأصل فقد قال ابن زيد سألت عيسى بن دينار عن قول مالك لما
جعل لها قبل أن يبيها طليقة بئنة وهو يقول في التي دخل بها تطلق ما شاءت البتة أو أقل من ذلك
فقال إنما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بئنة إذا لم تطلق نفسها ثلاثاً وأمرها واحد دخل بها
أو لم يدخل بها لها أن تطلق ما شاءت من الطلاق قال وأخبرني يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله وأما إذا
دخل بها فقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ولا صداق لها يريد أنها تطلقت نفسها قبل المسيس بمعنى يتقن في الزوج فلا شيء لها
من الصداق كالتى تفارق زوجها بجنون أو جدام أو برص

(فصل) وقوله وهي طليقة يريد على قول ابن نافع أنه لم يوقع غير واحدة أو لم ينوشياً ولو أوقعت
الطلاق لكان لها ذلك وعلى الرواية الثانية عن مالك أنه ليس لها غير طليقة لانها تبين بها والله أعلم
ص **قال مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول إذا أخبر الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال**
مالك وذلك أحسن ما سمعت **ش** وهذا كما قال إن الرجل إذا أخبر زوجته فاختارت المقام معه
إن ذلك لا يكون طلاقاً والدليل على ما نقله ما أخرجه مسلم من رواية مسروق عن عائشة
رضي الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه فلم يبعده لنا طلاقاً ومن جهة المعنى
أنه علق الطلاق بصفة وهو أن يختاره أو يملكها إياه فتوقعه فإذا لم توجد الصفة أو لم يوقع الطلاق من
ملكه وجب أن لا يقع أصل ذلك أن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق أو يوكل أجنبياً على الطلاق
فلا يوقعه ص **قال مالك في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً وإن قال**
زوجها لم أخيرك إلا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت **ش** قوله في الخيرة إذا خيرها
زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً يريد أن يطلق لفظ الخيرة يقتضى تملكها ثلاث
تطبيقات على ما قدمناه من أن الخيرة إنما هو تخيير بين قطع العصمة وبقاء الزوجية وذلك لا يكون
في المدخول بها إلا ثلاث تطبيقات وقد اختلف العلماء في معنى الخيرة فذهب أبو بكر القاضي إن
التخيير مكروه لما فيه من جمع الطلاق الثلاث قال الشيخ أبو عمران وما علمت من كرهه وهذا
القول عليه جمهور العلماء والدليل على صحته ما روى مسروق عن عائشة خيرنا رسول الله صلى الله
عليه وسلم فاختارناه والفرق بين هذا وبين إيقاع الطلاق الثلاث جميعاً إن هذا ليس بإيقاع طلاق وإنما
هو تملك الزوجية إياه وإنما منع هو من إيقاعه (فرع) فإذا قلنا بأن التخيير مباح للزوج فهل يحرم
على الزوجة اختيار الفرقة وهي ثلاث قال الشيخ أبو عمران إنما يكره ذلك للزوج دون الزوجة
(فصل) وقوله فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً ظاهره يقتضى أن قولها قد اخترت نفسي إنما
يقتضى في التخيير ثلاث تطبيقات وكذلك التملك لأن هذا اللفظ إنما يقتضى ملكها لنفسها وإزالة
ملك الزوج منها فهذا معنى اختيارها لنفسها وهذا لا يكون إلا ثلاث تطبيقات فإذا اقتضى تخييرها

قال مالك في الأمة
تكون تحت العبد ثم
تعتق قبل أن يدخل بها
أو يمسهانها إن اختارت
نفسها فلا صداق لها وهي
تطليقة وذلك الأمر عندنا
ش وحدثنى عن مالك عن
ابن شهاب أنه سمعه يقول
إذا خير الرجل امرأته
فاختارته فليس ذلك
بطلاق قال مالك وذلك
أحسن ما سمعت قال مالك
في الخيرة إذا خيرها زوجها
فاختارت نفسها فقد
طلقت ثلاثاً وإن قال زوجها
لم أخيرك إلا واحدة فليس
ذلك له وذلك أحسن ما
سمعت

لها عليك الثلاث واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث حكمها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخجلون
يطلق الخير تخيره أو يقيده فان أطلقه أو قيده بالثلاث حمل على ذلك واذا قيده بمادون الثلاث
فحكمه حكم التملك فاذا أطلق فأجابته المرأة فلا يخجلون تجيب بلفظ يقتضى الثلاث أو بلفظ
يقتضى مادون ذلك أو بلفظ محتمل فان أجابت بلفظ يقتضى الثلاث فحكمه ماتقدم ولو قالت
اخترت نفسي ثم قالت أردت به واحدة لم تصدق في ذلك ولزمها الثلاث لان اللفظ صريح في ذلك
(مسئلة) ولو خيرها فقالت طلقت نفسي واحدة بانته في العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن
ابن القاسم ليس بشئ ووجه ذلك ما قدمناه من أن الخير انما يقتضى قطع العصمة فاذا قالت
طلقت نفسي واحدة كانت قدردت الخير ولا ينهها قولها بانته لان الواحدة لا تكون بانته وان
صرحت بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو قالت اخترت واحدة فقد قال ابن المواز ان مالكا
وأصحابه قالوا ليس ذلك بشئ الا عبد الملك فانه قال يكون ثلاثا قال ابن المواز وما أدري من أين أخذه
وجه قول مالك انها قضت بغير ما جعله اليها لأنه جعل اليها قطع العصمة فلم تطعها وانما طلقت نفسها
واحدة وليس ذلك منها مما جعل اليها فكان ذلك ردا لما جعله اليها ووجه ما قاله ابن الماجشون
ان طلاق الخير يقتضى قطع العصمة وهو لا يتبعض واذا طلقت نفسها ببعضه لم يملكها كالوطؤها
زوجها نصف طلاقه لكانت كاملة لما كانت الطلقة لا تتبعض وعلى هذا يجب أن يكون الخير قبل
الدخول يقتضى تخيره الثلاث وبالله التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه شي فلا يخجلون أن ينكر
عليها أو يسكت فان أنكرك عليها وقال لم أخيرك الا في قطع العصمة بالثلاث لم يلزمه ما قضت به
من الواحدة وليس لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث قال ابن المواز وذلك قول جماعة أصحابنا
الاشهب فانه قال ذلك ما لم يفترقا وان سكت ولم ينكر فقد قال ابن المواز ان تبين منه الرضى به الزمته
وله الرجعة وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلقة لا رجعة فيها ومعنى ذلك أن المرأة اذا طلقت
نفسها بحضرة الزوج وأظهر ما يقتضى الرضى بطلاقها لزمه ذلك والله أعلم وقولها قبلت نفسي عند
ابن القاسم وجميع أصحابنا بمنزلة قولها اخترت نفسي قاله محمد الأشهب قال بغير حجة هو بمنزلة
قبلت أمرى تسأل عما أرادت به (مسئلة) وان أتت بلفظ محتمل مثل أن تقول قبلت أو قبلت أمرى
أو اخترت فقط ففي كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم ليس هذا الفراق وتسأل عما أرادت به
وروى ابن المواز عن أصبغ في قولها اخترت أمرى هو فراق في الخير والتمليك ولا تستل عما
أرادت ولا تحمل الا بعد زوج وجه قول الجماعة ان قولها قبلت أمرى لفظ عام في الامر يحتمل معاني
فلها أن تفسره بما شاءت ووجه قول أشهب ان ظاهر قبولها انما هو لما جعل اليها لم يكن لها من
الفرقة فيعمل عليه (فرع) فاذا قلنا ان لها التفسير سئلت عما أرادت فقد قال ابن القاسم وأشهب ان
قالت أردت اني قبلة ما جعل الي من الاختيار أو الملك وأنا أنظر الآن فأوقع ان سئلت أو أرادت ان ذلك
لها وفي المواز ية عن عبد الملك ان قالت لم أرد به الطلاق لم يقبل منها ولو علم انها من يعلم الفرق بين
ذلك وبين الطلاق وقصدته لم يقبل منها ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال الا من يفقه فرأيت من ذهب
انها البتة ووجه قول ابن القاسم ما قدمناه من ان لفظ الامر يحتمل ما قالته فيقبل منها ذلك ولا يلزمه
أن لا يعلم هذا الا من يفقه فقد علمته هي وأخبرت به عن نفسها ولا يحتمل الناس في أحكامهم الاعلى
المعرفة (فرع) ولو قالت أردت بذلك البقاء مع زوجي فقد قال أشهب في المواز ية لا يقبل ذلك منها
ويكون طلاقا الا أن تأتي بما يعرف به صدقها ولو قالت كنت لاعبة أو مستهزئة لم يلزمها شي ودينبت

قال مالك وان خيرها

فقلت قد قبلت واحدة
وقال لم أرد ذلك انما
خيرتك في الثلاث جميعا
انها ان لم تقبل الا واحدة
أقامت عنده ولم يكن ذلك
فراقا ان شاء الله تعالى
﴿ ماجاء في الخلع ﴾

حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
عمرة بنت عبد الرحمن انها
أخبرته عن حبيبة بنت
سهل الانصاري انها كانت
تحب ثابت بن قيس بن
شماس وأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم خرج
الى الصبح فوجد حبيبة
بنت سهل عند بابها في
الغلس فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم من هذه
فقلت أنا حبيبة بنت سهل
يارسول الله قال ماشأئك
قالت لا انا ولا ثابت بن
قيس لزوجها فلما جاء
زوجها ثابت بن قيس قال
له رسول الله صلى الله عليه
وسلم هذه حبيبة بنت سهل
قد ذكرت ماشاء الله أن
تذكر فقلت حبيبة
يارسول الله كل ما أعطاني
عندي فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لثابت
ابن قيس خذ منها فاخذ
منها وجلس في أهلها

وظاهر قول ابن القاسم عندي ان ذلك مقبول منها وهو الاظهر لانها اذا قبل منها الاستنزاء أو اللعاب
فبأن يقبل منها ما قالته من الرضى بزوجها أولى وأحرى (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير
المدخول بها فان زعم انه قال اختارى الثلاث ففضت بثلاث نفذ ذلك بينهما وان فضت بواحدة فلا شيء
لها قال ابن حبيب عن أصبغ وكذلك ان لم تكن له نية ووجهه ان اطلاق هذا اللفظ يقتضى الثلاث
فيصم على ذلك زاد ابن حبيب ولذلك لم تنوهِ شيئا (مسئلة) فان قالت أردت واحدة وطلقت
هي نفسها واحدة أو فسرت اللفظ المحتمل بواحدة ففي كتاب ابن سحنون هي على ما نوت وان
طلقت هي نفسها ثلاثا فهو على ما تقدم من التملك

(فصل) وقوله وان قال زوجها لم أخيرك الا في واحدة فليس ذلك له معناه انه خيرها بل لفظ هو صريح
في الثلاث فاخترت بلفظ هو صريح في اختيار الثلاث فلم يكن له أن يدعى انه زاد واحدة ولو قالت
هي أردت واحدة لم يقبل منها لما قدمناه ص ﴿ قال مالك وان خيرها فقلت واحدة وقال
لم أرد هذا انما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان
شاء الله تعالى ﴾ ش قوله انه خيرها فقلت واحدة على ما قدمناه من أن تخيره يقتضى التغيير
بين المقام أو قطع العصمة فاذا اختارت واحدة فقد أعرضت عما جعل لها فاخترت غيره فلم يلزمه
ما اختارته لانه لم يجعل ذلك لها

(فصل) وقوله انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده يحتمل وجهين أحدهما ان لم يكن في جوابها له
قبلت الا واحدة على حسب ما تقدم من الخبر عنها فقد بطل خيارها ولزمها المقام عنده وهو قول أكثر
أصحاب مالك والثاني انها ان لم تستأنف اختيار الثلاث بعد ان نكحها الزوج فانها لا تنتفع بما أوقعته
من الطلقة الواحدة فيقتضى ذلك ان لها أن تستأنف اختيار الثلاث ما لم يفتقرا بعد أن أنكر عليها
الزوج ما أوقعته من الوجوه وهو قول أشهب والله أعلم

﴿ ماجاء في الخلع ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري
انها كانت تحب ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد
حبيبة بنت سهل عند بابها في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقلت أنا حبيبة
بنت سهل يارسول الله فقال ماشأئك فقلت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن
قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر فقلت
حبيبة يارسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها
فاخذ منها وجلس في أهلها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من هذه يقتضى المبالغة في التعليل الا
أن لا يميزها وان عرف أنها من النساء الا أن تكون مستورة الوجه لكن ذكر الغلس مع قوله من
هذه أظهر فيما قلناه وقوله صلى الله عليه وسلم لما قالت أنا حبيبة بنت سهل ماشأئك انكار ليجها في ذلك
الوقت اذ لم يكن وقت زيارة لأمهات المؤمنين ولا وقت طلب حاجة وانما تبكر في هذا الوقت لعنى
مهم فأخبرته بشأنها فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها اما لتعلمه ان ثابت بن قيس الذي تشكو
هو زوجها ويكون ذلك من قول الراوي ليعلم من نقل اليه الحديث ان ثابت بن قيس الذي أرادت
مباينته وقطع ما بينهما هو زوجها وان ما تزعت من فراقه هو معنى قولها لا أنا ولا ثابت بن قيس

(فصل) وقولها أنا ولا ثابت بن قيس ظاهراً الامتناع منه وحكمه حكم النشوز ويجبر على الرجوع اليه ان لم يرد فراقها بجمع أو غيره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لزوجها لما جاء هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله ان تذكره اعلامه بما أتت به وظاهر المنطق يقتضي انه قصد صلى الله عليه وسلم الاخبار عن معنى ما أتت له ولم يفسر تفاصيل قولها ويحتمل أن تكون هي قد تشككت اليه ضرراً فمحتاج في أول الأمر ان يفسر له ذلك الضرر حتى يسئل عنه الزوج ويكفي من الاعلام للزوج أن يقال له اشككت ضرراً فان أنكره سئلت البيهقي عما تشككت منه وان سأل التفسير ليسكر منه أكثر مما فعله أو وليدي عذره فيما أتت به منه ويحتمل أن تكون حبيبة لم تشكك من ثابت بن قيس ضرراً ولكنها كرهت مصاحبته خاصة فلذلك لم يحتاج أن يذكر له ما تشككت منه وقد روى البخاري من حديث أبيوب عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأته ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خاقي ولادين ولكن لا أطيقه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم والذي عليه جهور الفقهاء انه يجوز الخلع من غير اشتكائه ضرراً خلافاً لمن منع ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً (مسئلة) واذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج فلا خلاف في جواز الخلع وان كان الضرر منها معاً فقد قال بعض القرويين لا يجوز أن يخالعا على ذلك بان يأخذ منها شيئاً قال وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا قال وليست كمسئلة الحكمين اذا كان الضرر منها جاز ذلك لان النظر في مسئلة الحكمين للحكمين فينفذ حكمهم ما في ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه اذا جاز ذلك في مسئلة الحكمين فبان يجوز منهما اذا اتفقا على ذلك أولى

(فصل) وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي اشارة اني أنها بذلك تزوجها على أن يفارقها وقد صرح في ذلك حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها أتردين عليه حديثه قالت نعم وقد قال تعالى فلا جناح عليهم ما فيها افقدت به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذنها اباحتها صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء منها وقيد صريح أن يكون ندباً الى ذلك لما رأى من اشفاقها واستمرارها بالمقام معه وقد بلغ ذلك منها اني أن خافت أن تأتي ما تأثم به

(فصل) وقوله فأخذ منها فجلست في أهلها اتما ما منه لما قرره النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من الخلع وليس فيه انه تكلم بطلاق ولا خلع وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك في رجل نكح امرأة فندم فقال له أهلها ذودي اليك ما أخذنا منك وتودى الينا اختنا ولم يكن بينهم طلاق ولا كلمة فقيل انه ان تزوجها بعد ذلك كان ما تقدم من ذلك تطليقة وتكون عنده على تطليقتين وفي العتبية من رواية ابن القاسم اذا فسد ان الصلح على أن أخذ متاعه وسلم اليها متاعها فهو خلع لازم قال لها أنت طالق ولم يقل ووجه ذلك ان المقهور مما أتوه انفاذ الطلاق وايقاعه والفرقة الموجودة بينهما والانفصال انما كان على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقاً كالاشارة به أو الكتابة له

(فصل) وقوله وجلست في أهلها يحتمل أن يريد به ان كانت الدار لها انها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم ان كان لها أو ماشية ممن كان معها قبل الخلع ووصفت بذلك انها جلست في أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختماً بها وقبل ذلك فانما كان الجلوس له ويحتمل ان كانت الدار لها انها

بقيت فيها لم ينقلها عنها لاستحقاقها لها ولعله كان ساكنا معها في محلها عند أقاربه فانقل هو عن ذلك المكان إلى أهله وأقاربه والله أعلم ص **ع** مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر **ع** ش قوله أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها يحتمل أن يكون ذلك قد مر ما أصدقها وأن يكون أكثر أو أقل فأما الخلع بكل ما أصدقها أو أقل فجاز عند جميع الفقهاء وأما الخلع بأكثر من ذلك فسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقولها بكل شيء لها يحتمل أن يكون سمته وصفته وأحضرته حتى كان معروفا غير مجهول ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تغلغ له من كل شيء لها فيكون ذلك مجهولا ولا يخفى ذلك من أن يوجد لها شيء أو لا يوجد لها شيء فان وجد لها شيء له مقدار فان الخلع نافذ وذلك إن الخلع على العبد الأبق جاز عند مالك ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه أو الجمل الشارد والتمرة التي لم يندصل أحيا وفي المدونة والمبسوط يجوز بما يثمر نخلة العام وبما تلد غنم العام خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقله قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به وهذا عام ومن جهة القياس أنه مما علك بالهبة والوصية فجاز أن يكون عوضا في الخلع كالمعلوم (فرع) إذا ثبت أنه يصح الخلع بالغرر فإنه إن سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه وإن تلف فلا شيء له غيره والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك أنه عقد يجوز في معين من الغرر فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية (مسئلة) ولو خالها على نفقة ولها مدة الحولين ورضاعه فيها جاز ذلك فان شرط عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثا فقد روى ابن القاسم عن مالك أن ما زاد على نفقة الابن ورضاعه في الحولين فهو باطل موضوع عن الزوجة وإن شرط الزوج ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيئا وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو إلى انقضاء أمه الحضانة المخزومي واختاره سحنون ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بأن المتخالفين أدخلوا الغرر فيها أوفعا به الخلع من النفقة وما عد ذلك من الغرر كالعبد الأبق والجمل الشارد فالغرر دخل فيه بغير فعلها وقال غيره من القرويين لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر وإنما منعه لأنه حق مختص بالأب على كل حال فليس له أن ينقله إلى غيره والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين أن تلك النفقة وهي الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية وبعد الطلاق إذا أعسر الأب فجاز أن تنقل هذه النفقة إلى الأم لأنها محل لها وفي المبسوط أن مالك الاحتج على ذلك بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذه إشارة إلى ما قدمناه ووجه رواية المخزومي أنه إذا زالت ملك تجوز زالت بالغرر فجاز إزالته بنفقة أربعة أعوام أصل ذلك العتق (فرع) فان وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن فأت الصبي قبل انقضاء المدة فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة روى ابن المواز عن مالك لا يتبعها بشئ وروى عنه أبو الفرج يتبعها وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون في المبسوط أنه لم يشترط لنفسه ما لا يتم له وإنما شرط أن تكفيه مؤنة الولد فإذا مات الولد لم يكن له الرجوع عليها بشئ كما لو تطوع رجل بالانفاق على الصبي يمينا فأت لم يرجع عليه بشئ لأنه إنما قصد بتطوعه تحمل مؤنته والله أعلم واتفقوا على أنها إن ماتت فنفقة الولد في مالها لأنها حق ثبت فيه قبل موتها فلا يسقط بموتها ووجه رواية أبي الفرج أنه حق يثبت له في ذمة الزوج بالخلع فلا يسقط بموت الصبي كالأول فالمرحوم بما لم يتعلق بموتها

● وحدثنى عن مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر

(فصل) وان أعسرت بالنفقة أنفق الأب وهل يتبعها بمثل النفقة روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا يتبعها به وروى أصبغ عن ابن القاسم يتبعها وقال أيضا لا يتبعها وجه القول الأول انه حق ثبت للابن على أبيه ثم عارض به الأب الأم فأثبتته في ذمتها عوضا من طلاقها فاذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب لانه ليس له أن يسقط حقا عليه وينقله الى عديم فيرجع الابن به على الأب ثم يرجع به الأب على الأم دينيا يتبعها به لانه عوض طلاقها ووجه القول الثاني انه أمر غير ثابت على الأب ولا على الأم وانما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج (مسألة) ومن خالع امرأته على انها ان ولدت منه فعليها نفقته في الحولين فان أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل وبصداقها عليه ففي المبسوط عن مالك ليس لها صداق ولا نفقة حمل وقال المنيرة لها نفقة الحمل ولا شيء لها من الصداق ووجه قولها أنه لا شيء لها من الصداق أنها لم تشترب بقاء فكان الظاهر اسقاطه لانه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل ولم تكن في ذمته ووجه قول مالك انه لا نفقة لها انها قد أسقطت نفقة الولد بعد الولادة فأن تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا في الصداق انها اذا أسقطت نفقة الحولين اقتضى ذلك اسقاط الصداق ووجه قول المنيرة انها أسقطت عنه نفقة مقدره فلا يتعدى الاسقاط الى غيرها والى ما ليس من جنسها ولا وجب بسببها لان نفقة الحمل في غير مدة الحولين ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق لانه أمر قد تقرر ووجب ونفقة الحمل لم تجب بعد فلا تسقط الا بالنص عليها

(فصل) وأما ان خالها على جميع ما تملك ولم يوجد لها شيء ففي كتاب ابن المواز اذا خالها على ما في يدها فلم يوجد في يدها شيء أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالحجر قال أشهب لا يلزمه طلاق وان وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع قال عبد الملك يلزمه الخلع لانه رضى بما غرته به واختاره ابن المواز وسحنون ووجه القول الأول انها غرته فلم يلزمه الخلع كما لو قالت له أخالعك بعدي هذا وهو حرفانه لا يلزمه خلع أو أخالعك بهذه الدار ولم تكن لها فقد قال عبد الملك في المبسوط انها تبقى على الزوجية ولو كانت الدار لها فأسلمتها اليه فاستحقت من يده بعد الخلع ورجع عليها ببقية ما استحق من يده قال عبد الملك لان هذا قد قبضه الأول لم يقبضه وانما خالها به على أن تسلمه اليه وقال أحد بن المنذر اذا خالها على عطائها أو وصية ولم يكن لها شيء من ذلك فهي زوجه وكذلك ان لم يكن في يدها شيء وهو بمنزلة أن يخالها على حفرته به وأمان كان لها عطاء فسقط اسمها ولم يحصل الثلث وصيتها فانه يمضى الخلع عليه ولا شيء له وبالله تعالى التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه الخلع فقد قال أشهب لا يكون طلاقا وقال مطرف لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعت بها فان كان شيء مما ينتفع به وان قل فرضي به وعرف ما هو فهو خلع وأما حصاة وما لا ينتفع به فليس بخلع وهو طلاق رجعي ووجه قول أشهب انه انما وقع الطلاق بشرط أن يحصل له شيء ينتفع به فاما وجده على غير ذلك بطل الطلاق بجملة كالمغرته من حفرته به على انه عبد ووجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع فلما لم يكن له عوض لم يكن بائنا وكان رجعيا (مسألة) ولو خالها على خمر أو خنزير أو مالا يعمل من تعجيل دين مؤجل نفذ الخلع وبطل العوض وبقي الدين المؤجل الى أجله ويكون الطلاق بائنا خلافا لأبي حنيفة في قوله هو رجعي ولا يكون للزوج عليها شيء ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافا للشافعي في قوله عليها مهر المثل لانه طلاق وقع على وجه المعاوضة فكان بائنا وان الزوج لمارضى مالا يعمل من العوض لم يكن له غيره كما لو أعتق عبده أو أمته على خمر أو خنزير فانه لا يرجع

عليها بشئ (مسئلة) وان قصد الى ابتعا الخلع دون عوض قال القاضي أبو محمد هو خلع عند مالك
وقال أشهب يكون طلاقا رجعيا والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج
عن مقتضاه أصل ذلك اذا خلع بخمر أو خنزير ووجه قول أشهب انه طلاق عرا عن عوض
واستيفاء عدد فكان رجعيا كالأول كان بلفظ الطلاق وفي كتاب ابن المواز انهما اذا تداعيا الى
الصلح واقترا عليه وان لم يأخذ منها شيئا فهو فراق كالأول أخذ منها وفي العتبية من رواية ابن القاسم
انهما لو قصدا الى الصلح على ان أخذ متاعه وسلم اليها متاعها انه خلع لازم قال أنت طالق أو لم يقل قال
في كتاب محمد وان لم يقصد الى الصلح وقال بن متاعى ولك متاعك أو لك زيادة كذا فله الرجعة ووجه
ذلك انهما اذا قضيا الصلح فقد أحرز ما صار اليه بالطلاق الذي طلقها الآن لأن معنى الصلح الذي ذكر
أن يطلقها من أجل ذلك وأما اذا قصد طلاقها دون شئ من ذلك وأباح لها أن تأخذها ما أوأخذها
فهذا ليس بخلع ولهذا قال ابن القاسم في بارتك انها طلقة واحدة بائنة لأن معنى ذلك انه طلقها
لتبرئ مما كانت تطلبه به محقة أو مبطله ويرثها هو أيضا وذلك من باب الخلع والله أعلم ولذلك قال
مالك في العتبية والموازية فيمن قال لامرأته ألك عندى شئ قالت لا ولا لك عندى شئ قال لا قال
فاشهدوا اني برئت منها وبرئت مني فاقترا على ذلك ثم قامت بما كان لها قبله وقالت لم أريد المبرأة
وقال هو أردت المبرأة فان قالت البيعة كنا نرى انهما أرادا المبرأة فذلك نافذ ولا شئ لها عليه
وكذلك ان شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط فلا شئ لها (مسئلة) وان صالحها على ان أعطاها
شيئا من ماله وفارقها ولم يأخذ منها شيئا وظن انه وجه الصلح في المبسوط من رواية ابن وهب عن
مالك قولان أحدهما انها طلقة رجعية ثم رجع فقال هو خلع وهو قول ابن القاسم في البدونة وجه
القول الاول انه طلاق لم يأخذها من وجه به عوض فلم يمنع ذلك كونه رجعيا كالأول يعطها شيئا ووجه
القول الثاني انه عطاء في خلع فاقتضى البيونة وقطع الرجعة كما لو أعطته الزوجة ووجه آخر
وهو انه قطع بما أعطاهما مطاقتها قبله وذلك بسبب حكم الخلع ص قال مالك في المفتدية التي
تفتدى من زوجها انه اذا علم ان زوجها أضر بها وضيع عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد
عليها ما لها قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا ش وهذا كما قال ابن المفتدية
اذا كان افتداؤها الاضرار زوجها وظلمه لها لم يلزمها ما اقتدت به وذلك ان اضرار زوجها بها لا
يجوز له بل هو ممنوع منه وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فبين علم من امرأته بالزنى لم
يكن له ان يضارها حتى تفتدى ومن الاضرار بها الموجب رد ما أخذ منها ان يؤثر عليها ضررها ولا يني
بحقها في نفسه وماله وذلك أنه لا يجوز له أن يجبرها اذا لم ترض بالاثرة عليها وانما له أن يسكها من غير
اضرار بها باثرة ولا غيرها أو يفارقها لقوله تعالى فامسك بعمر وفي أو تستريح باحسان (مسئلة)
وليس من الاضرار بها البغض لها قاله ابن القاسم في الموازية وانما الاضرار عندى الذي
بضرب أو اتصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو اضرار وفي المبسوط عن مالك وليس عندنا في قلة
الضرر وكثرته شئ معروف ولا موقوف ومعنى ذلك انه لا يتقدر بحسب الا يكون ضررا حتى ينتهي
اليه وانما ذلك بقدر ما يعلم انه مضر بها من تكراره أذاه لها

(فصل) وقوله اذا علم انه أضر بها أو ضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها ما لها
يريد ان ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره ويرد ما أخذ منها من العوض ولا يأخذ منها
ما كانت التزمته من نفقة ورضاع رواه عيسى عن ابن القاسم لأنها دفعت اليه غير محتاجة لرفعه

• قال مالك في المفتدية
التي تفتدى من زوجها انه
اذا علم ان زوجها أضر
بها وضيع عليها وعلم
انه ظالم لها مضى الطلاق
ورد عليها ما لها قال فهذا
الذي كنت أسمع والذي
عليه أمر الناس عندنا

وأعاد فقته اليه لتفحص بذلك من ضرره وظلمه ولا يجعل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدي عوضاً
 فعلى هذا يرذم ما أخذ منها ويسقط عنهما التزمته من نفقة وأجرة رضاع قاله مالك والأصل في ذلك قوله
 تعالى ولا تضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكم وهن الآن باتين بفاحشة مبينة والفاحشة يصح أن
 يراد بها الأذى والبذاء ولذلك يقال أخفش الرجل في قوله إذا بالغ في السب قال ابن بكير من أصحابنا
 وقال ابن عباس الفاحشة النشوز وقال ابن بكير إذا نعت الفاحشة بمبينة فهي من باب البذاء
 باللسان وإذا لم تنعت وأطلقت فهي الزنى وقيل إذا كانت الفاحشة بالالف واللام فهي الزنى واللواط
 قال الحسن معنى ذلك مع اللزواج في المضارة بهن إذا أتت بفاحشة مبينة حتى يفقدن ببعض ما
 أعطوهن ومثله روى عن ابن عباس في النشوز والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وعلم انه نظام لها يقتضى ان ذلك لا يكون بمجرد دعواها انه أضر بها وإنما يكون
 ذلك باقراره ان أقر بذلك أو بينته تشبه به وفي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم اذا قامت بعد
 الخلع بينة يشهدون على السماع انه كان يضر بذلك قال وهب يشهد هؤلاء على السماع بسمع الرجل
 من أهله أو من الجيران ويكون فاشياً بالشهادة في ذلك عندي تكون على وجهين أحدهما ان
 يكون الخبر عن الأضرار بها متواتراً حتى يقع العلم بذلك للشهود يشهدون في ذلك على علمهم كما يشهد
 في الموت على علمه من لم يعان الميت على الخبر المتواتر بذلك وكما يشهد في النسب وعدة الولد والوراثة
 على علمه وبديل على صحة هذا الوجه مما قاله أصبغ انه ان شهد شاهد واحد على البتات صحته شهادته
 ويحلف ان لم يكن غيره ويرد إليها ما أخذ منها ويمضى الفراق وقال ابن القاسم لأن يمينها على مال
 والوجه الثاني على السماع الفاشي من أهل العدل وغيرهم ولا يقبل في مثل هذا أقل من شاهدين لأن
 الشهادة على السماع لا يقبل فيها تادم مع بين المدعي ولا يقبل فيها أقل من شاهدين ولذلك قال ابن
 القاسم في هذا الوجه لما سأله أصبغ يجوز في ذلك شاهد واحد على البت كيف يعرف ذلك قيل له
 يقول سمعت واستبان لي قال: يسمى به فانظر فيه فتوقف الدين وفضله فيما يتحققه وأنفذه أصبغ من
 رأيه لما تحققه ثم استصوبه ابن القاسم واحتج على صحة الحكم به مع بين الزوجة بان قال ان يمينها على مال
 فهذا وجهه المسئلة لكن الموتقين خلطوا الوجهين في عقودهم فغير وأمعناهما والله أعلم (مسئلة)
 وان خالغ امرأته على مال وأخذ منها جيلاً بما لحقه من درك فقد حكي أبو عبد الله بن العطار انها ان
 أثبت الضرر لم تسقط التبعة عن الجليل فيما ضمنه لانه لم يكره بضرب ولا غيره ولا يرجع الجليل على
 المرأة بشئ وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين الى هذا (مسئلة) ولو ثبت اضرار الزوج بها والتزم هو
 تصديقها في ذلك ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فبينت شككت امرأته ضرره
 فاشهد لها ان عاد فهي مصدقة في ذلك وأمرها يدها تطلق نفسها البتة فأشهدت بعد أيام وزوجها غائب
 ان زوجها عاد الى أذاها وانها طلقت نفسها وأنكر الزوج أن يكون أذاها ثم قدمت المرأة وزعمت
 انها كذبت فيما شككت من الأذى ولا يعرف ذلك الا بقولها قال قديرات منه وزعمه ما قضت لانه جعلها
 مصدقة وقال مسئلة أشهب ص قال مالك لا بأس بأن تقتدى المرأة من زوجها بأكثر مما
 أعطها من ثمن وهذا كما انه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما صدقها
 وأقل ومثل ذلك والدليل عليه قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به وهذا عام في الجنس والقدر
 الا ما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذه معاوضة في ارسال ما يملكه الزوج فلم يكن عوضاً مقدراً
 كالكتابة (مسئلة) ولو خالغها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد وكان قد صدقها مائة دينار

• قال مالك لا بأس بأن
 تقتدى المرأة من زوجها
 بأكثر مما أعطها

قبضتها ولم تقبضها فاتها ترد المائة قاله ابن القاسم واحتج بما قدمناه من انه ان لم يرض منها الا بما كان في يدها مما لم يجز له ذكر في النكاح فبان ترد ما يدفع اليها أولى وأحرى وقال أصبغ ان قبضته فلا ترد منه شيئا وان كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر والنصف سواء لانه بمعنى الصلح الآن نشترط الزوج رد شيء منه (مسئلة) ولو خالعا على عشرة من صداقها قال مالك لها نصف ما بقي لان اشتراطها عشرة من صداقها يقتضى بقاء الباقي على حكمه ولو أعطته عشرة على أن يطلقها فطليقة اتبعته بنصف هذا المهر لانها اشترت بها هذه الطليقة وأما في الخلع المهر فلا تتبعه شيء خلعت به عطية أو بغير عطية وأما بعد البناء فلا ترد هي ما قبضت من الصداق ان كانت قبضته وتبعتها بما عليها من مهره ان كانت لم تقبضه (مسئلة) وهذا اذا كانت مالكة أمر نفسها فان كانت محجور عليها بأب أو وصى أو سيد يحجر على أمته فانه لا يصح خلعها فان وقع الطلاق نفذا لخلع وارجع الولى ما أعطته من المال وطالب بما وهبته من صداق أو غيره لانها لا تصرف لها في مالها فكان للولى استرجاع ما أمضت منه وهذا المشهور من قول أصحابنا وفي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على ما أعطته ان ذلك نافذ وله ما أخذ ان كان مما صلح به مثلها ووجه ذلك أنها مالكة أمرها في الاستمتاع ولها أن تسقط حقها اذا شاءت فكان لها المعاوضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه اذا لم يكن في ذلك غبن عليها كما يجوز لها أن تشتري خبزنا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه ولم يكن للولى نظر في ذلك وقال أبو بكر بن اللباد ان المعروف من قول أصحابنا ان المال مردود والخلع ماض (مسئلة) وهذا اذا لم تكن بلغت فان كانت بالغا فقد قال مصنون يجوز أن تقتدى من زوجها قبل البناء وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه وقال أصبغ لا يجوز ما بادلت به الصغيرة ولا السفية البالغ وكذلك بعد موت الأب ويرد الزوج ما أخذ ويضى الفراق وقول مصنون مبنى على ان التيمية البالغ مالكة أمر نفسها وهو قوله وقول أصبغ مبنى على انها محجور عليها وهو المشهور في المذهب وباللغة التوفيق (مسئلة) وأما الصغير فيجوز أن يخالعه عنه الأب والوصى ولا يطلق عليه الا على وجه المبرأة وأما البالغ السفية فقال ابن الماجشون لا يجوز أن يخالعه عنه أب ولا وصى لانه يملك الطلاق وروى عيسى عن ابن القاسم في العتية يبارى عن السفية وزوجها بغير أمره وهذا الخلاف مبنى على اختلاف أصحابنا في اجباره على النكاح والله أعلم (مسئلة) فان كان الولى أبفا خلافا في المذهب انه يجوز له أن يخالعه عنها وان كان وصيا فهل له ذلك أم لا المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك انه ليس ذلك لأحد الا للاب وروى ابن نافع عن مالك ان الوصى يخالعه عن التيمية بزوجه أو بواحدة من أزواجها ذلك وجه القول الأول ان من لا يملك الاجبار بنفسه لا يملك الخلع كالولى الذى ليس بوصى ووجه الرواية الثانية انه ولى يحجب سائر الأولياء حال البكارة كالأب وروى زياد بن جعفر عن مالك لا بأس أن يبارى الولى والخليفة عن الصغيرة (مسئلة) وأما المريض فعنى كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز الخلع وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك وجه القول الأول انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه لان الزوجة لا تملك تصير مالها اليه حال مرضها ووجه القول الثانى ان مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلم يمنع المقصود به من ازالة الملك (فرع) اذا قلنا انه يجوز الخلع فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك يكون له خلع مثلها ويرد ما بقي وقال ابن القاسم ان ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه الا ان تكون ما خالعه به أقل فله الأقل وجه القول الأول ان هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك بضعها وهي في مرضها

غير ممنوعة من المعاوضة بما لها وانما هي ممنوعة من المحاباة فلذلك كان له خلع مثلها ومنع المحاباة ان زادت
على خلع مثلها ووجه قول ابن القاسم ان الميراث كان له ان ماتت من مرضها فان خالعه بأقل من
ذلك فقد رضى باسقاط بعض حقه فكان له ما بقي منه (فرع) فاذا اعتبرنا ميراثه منها فاما ينظر
في ذلك الى ما لها من يوم ماتت ولا يحسب عليها ما أنفقت قال محمد ولا ماتلف وروى يحيى بن يحيى عن
ابن القاسم في العتية انما يعتبر بقدم ميراثه منها يوم الصلح ولا ينظر الى ماتلف من مالها بعد ذلك
وجه القول الاول وهو قول محمد ان الميراث انما يكون يوم موتها فوجب ان يكون الاعتبار بقدره
ذلك اليوم ووجه قول ابن القاسم ان العقد انما لازم يوم الصلح فيجب ان يكون ما يعتبر به العوض
منها بما كان عليه يوم لزوم العقد

﴿ طلاق المختلعة ﴾

﴿ طلاق المختلعة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع ان الربيع بنت
معوذ بن عفراء جاءت
هي وعمها الى عبد الله بن
عمر فأخبرته انها اختلعت
من زوجها في زمان عثمان
ابن عفان فبلغ ذلك عثمان
ابن عفان فلم ينكره وقال
عبد الله بن عمر عندها عدة
المطلقة * وحديثي عن
مالك أنه بلغه أن سعيد بن
المسيب وسليمان بن يسار
وابن شهاب كانوا يقولون
عدة المختلعة مثل عدة
المطلقة ثلاثة قروء * قال
مالك في المفتدية انها لا
ترجع الى زوجها الا
بنكاح جديد فان هو
نكحها ففارقها قبل أن
يمسها ما لم يكن له عليها
عدة من الطلاق الآخر
وتبني على عدتها الاولى
* قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك

ص * مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته
انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله
ابن عمر عندها عدة المطلقة * ش قول ابي ربيع انها اختلعت من زوجها وبلغ ذلك عثمان بن عفان
رضي الله عنه فلم ينكره أرادت بذلك انه أمر غير محظور على أحد الزوجين اذا لم يكن ذلك عن
ظلم أحدهما الآخر وقد يجوز أن يخاليم الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه الارغبة للمرأة عن الزوج
وكرهيتها له وقد خالعت بن قيس بن نماس زوجته حبيبة بنت سهل فحكم النبي صلى الله عليه وسلم
بذلك فكيف ينكره عثمان بن عفان رضي الله عنه ولعله قد شاهد ذلك الخلع أو بنفسه والله أعلم وقد
احتج محمد بن المواز في ذلك بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح
عليهما أن يصالحا بينهما صلحا ففرد الاعراض من النشوز

(فصل) وقول عبد الله عدتها عدة المطلقة يريد المطلقة التي لم تنط على ذلك عوضا ومعنى ذلك
ان العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق بل هي سواء في الطلاق على وجه الخلع بالعوض
والطلاق المبتدأ من غير عوض والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار
وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء * ش قولهم رضي الله عنهم ان
عدة المختلعة مثل عدة المطلقة على ما تقدم ثم فسر واذلك بانها ثلاثة قروء وهذه في ذات الاقراء ولم
يريدوا بذلك انها لا تساويها الا في الاقراء بل هي مساوية لها في العدة بالحل والشهور والمراتب كما
هي مساوية لها في الاعتداد بالاقرء والله أعلم (مسئلة) والخلع طلاق وليس بنفسه خلافا للشافعي
والدليل على ما نقله ان الزوج أخذ عوضا على ارسال ما يملكه والذي يملك الطلاق دون الفسخ
وجه آخر ان كل فرقة يصح ابقاء النكاح مع الموجب لها وانها طلاق كفرقة العينين والمعسر بالنفقة
ص * قال مالك في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هو نكحها ففارقها قبل أن
يمسها لم تكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبني على عدتها الاولى قال مالك وهذا أحسن ما سمعت
في ذلك * ش قوله رحمه الله في المفتدية ان حكمها حكم المختلعة وقد روى ابن وهب عن مالك أن
المبارثة هي التي تبارى من زوجها قبل البناء بها فتقول خذ الذي لك واتركني والمفتدية هي التي
تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه وكذلك المصاحة والمختلعة هي التي تعطيه جميع مالها وتخلع عنه
وفي المدينة من رواية محمد بن يحيى عن مالك مثل ذلك في المبارثة والمفتدية والمختلعة وروى عيسى

ابن دينار عن مالك ان المبارثة هي التي لا تأخذ شيئاً ولا تعطى والمختلعة هي التي تعطى وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده فما كان قبل الدخول فلا عدة فيه قال القاضي أبو محمد - منه الألفاظ الأربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت صفاتها من جهة الايقاع وفسرها بما قدمناه والله أعلم (فصل) وقوله في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد يقتضى فصلين أحدهما ان طلاقه ليس برجعي بل هو بائن خلافاً لأبي نؤر والدليل على ما نقوله انها انما أعطته العوض لتملك نفسها ولو كان طلاق الخلع رجعياً لم تملك نفسها ولم تنفقع به ولا جمع للزوج العوض والمعوض عنه والفصل الثاني ان له أن يتزوجها بنكاح جديد في العدة وبعدها بما بعد العدة فهو أحد الخطاب وأما في العدة فان العدة منه فلا تمنع عقد النكاح وانما تمنع غيره فان كانت حاملاً فذلك مباح له في جميع أوقات العدة وان كانت حاملاً فذلك له ما لم يشغل حملها فتكون حينئذ بمنزلة من تزوج مريضاً وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا مع اطلاق العقد ولو بذلت له العوض وشرط الرجعة فقيهار وايتان رواهما ابن وهب عن مالك احدهما بثوبتها وبها قال سحنون والثانية نهبها قال سحنون وجه الرواية الاولى انها ما قدمت فاعلى أن يكون العوض في مقابلة ما سقط من عند الطلاق وذلك جائز ووجه الرواية الثانية انه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه فلم يثبت ذلك كما لو شرط في عقد النكاح ان لا أطأ

• قال مالك اذا افسدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقاً متابعاً نسفاً فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صحت فأتبعه بعد الصحت فليس بشئ

(فصل) وقوله فان هونكحها ففارقتها قبل أن يمسه لم يكن عليها عدة من الطلاق الآخر يريد رجعه الله لان هذا نكاح لم يمسه فيه فلا يثبت فيه عدة لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالتكلم عليهن من عدة تعتدوهن وهذا ان كان تزوجها بعد انقضاء العدة فان تزوجها وطارقتها قبل أن تنقض العدة فهي على عدتها الاولى لان النكاح الثاني لا يؤثر في العدة ولا يبطل التام الذي عليها الا بالمسيس فاذا عرا من المسيس فلا يثبت فيه حكم العدة وباللغة التوفيق ص قال مالك اذا اقتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقاً متابعاً نسفاً فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صحت فأتبعه بعد الصحت فليس بشئ ش قوله رحمه الله اذا اقتدت المرأة من زوجها بشئ على ان يطلقها طلاقاً متابعاً نسفاً فذلك ثابت عليه يريد ان من قال لزوجه في طلاق الخلع الذي تبين به الزوجه وتخرج به عن حكم الزوجه أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكان ذلك متصلاً فان حكمه في اللزوم حكم من قال لها ذلك في لفظ واحد أنت طالق ثلاثاً خلافاً للشافعي والدليل على ذلك ان نسق الكلام بعضه على بعض متصلاً بوجبه حكماً واحداً ولذلك اذا اتصل الاستثناء باليمين بالله أثر وثبت له حكم الاستثناء واذا انفصل عنه لم يكن له تعلق بما تقدم من الكلام

(فصل) وقوله رحمه الله فان كان بين ذلك صحت فليس بشئ يريد ان لم يتصل كلامه وتخلله صحت أو كلام لم يتعلق بما قبله ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق مبتدأ لم يلحقها طلاق يتخلل بينه وبين المختلعة صحت لان ما حال بينه وبين طلاق صحت فهو كلام مبتدأ له حكم الطلاق المبتدأ ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق في العدة لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صحت وقال أبو حنيفة يلحق المختلعة الطلاق في العدة والدليل على ما نقوله ان هذه لا يلحقها طلاقه بلفظ يعمها وسائر نسائه فلم يلحقها طلاق يخصها أصل ذلك المطلقة قبل البناء والله أعلم

﴿ ماجاء في اللعان ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب (٦٩) أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن

عويص بن العجلاني جاء الى
عاصم بن عدى الانصاري
فقال له يا عاصم أرايت
رجلا وجمع امرأته رجلا
أبقتله فقتلونه أم كيف
يفعل سل لي يا عاصم عن
ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسأل عاصم
رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن ذلك فكره
رسول الله صلى الله عليه
وسلم المسائل وعابها حتى
كبر على عاصم ما سمع من
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلما رجع عاصم الى
أهله جاءه عويص فقال
يا عاصم ماذا قال لك
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال عاصم لعويص
لم تأتني بخبر فذكره
رسول الله صلى الله عليه
وسلم المسألة التي سألته
عنها فقال عويص والله لا
أنتهي حتى أسأله عنها فقام
عويص حتى أتى رسول
الله صلى الله عليه وسلم
الله أرايت رجلا وجمع
امرأته رجلا أبقتله
فقتلونه أم كيف يفعل
فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم قد أنزل فيك
وفي صاحبك فاذهب

﴿ ماجاء في اللعان ﴾

ص * مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويص بن العجلاني جاء الى عاصم
ابن عدى الانصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجمع امرأته رجلا أبقتله فقتلونه أم كيف يفعل
سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويص فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال عاصم لعويص لم تأتني بخبر فذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته
عنها فقال عويص والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فقام عويص حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجمع امرأته رجلا أبقتله فقتلونه أم كيف يفعل
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفي صاحبك فاذهب فأتت بها قال سهل فتلنا عونا وأنا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا ما قال عويص كذبت عليها يا رسول الله ان
أمسكها فطلقها نانا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت
تلك بعد سنة المتلاعنين * ش قوله ان عويص بن العجلاني يقال انه عويص بن أميئص العجلاني جاء
الى عاصم بن عدى على حسب ما يبلغا الناس في مهم أمورهم وما دهمهم الى أهل الفضل والعلم والتقدم
منهم وعويص من هؤلاء من أقارب عاصم بن عدى المذكور فلجأ اليه ليستل له النبي صلى الله عليه وسلم
فيما نزل به لسكون عاصم من يقرب من النبي صلى الله عليه وسلم لتقدمه وفضله مع علمه ودينه فكان
أعلم بما سئل فيه وأوعى للجواب عنه وقد روى البخاري عنه من حديث القاسم بن محمد عن ابن
عباس ذكر المتلاعنين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم بن عدى في ذلك قولا ثم
انصرف فأثارة رجل من قومه فقال له انه وجد مع امرأته رجلا فقال عاصم ما بتليت بهذا
الأمر الا لقولي

(فصل) وقوله أرايت رجلا وجمع امرأته رجلا أبقتله فقتلونه أم كيف يصنع وهذا من التعرز
في السؤال لئلا يصرح بقذف من نسب اليه ذلك فيجب عليه الحد ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك
يجب عليه في امرأته لان حكم اللعان لم يكن نزل بعد ولعله أيضا لم يرد أن يعلن بخبره وأراد أن يكون
اعلانه وكتابه على حسب ما يبدو اليه من حكم القضية ولذلك استتاب عاصم بن عدى في السؤال ومعنى
قوله أبقتله فقتلونه على وجهين أحدهما هل يجب عليه في قتله القصاص والثاني هل من وجه
يصل به الى ازاله ما أصابه عن نفسه والى شفاء غيبته بغير هذا الوجه من قتله الذي اذا فعل قتل به ثم
قال سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من
رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد والله أعلم انه كرهه مثل هذا أن يقذف رجل امرأته ويرميها بزني من
غير أن تقدم له بيعة بما يدعيه لما اعتقد أن الحد يجب عليه كما يجب في قذفه الأجنبية ولذلك روى عنه
صلى الله عليه وسلم انه قال لهلل بن أمية لما قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم البيعة والاحد في

فأنت بها قال سهل فتلنا عونا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا ما قال عويص كذبت عليها يا رسول الله ان
أمسكها فطلقها نانا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

ظهورك فقال هلال والذي بعثك بالحق اى لصادق فليزلن الله ما يرى * ظهرى من الحد فتزل والذين
يرمون أزواجهم حتى بلغ ان كان من الصادقين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره التمرع
في ذلك نظر ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره السؤال بمعنى يقترب به فكرهه لوجهين
أحدهما أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب ولا يقصد التفقه كما كان يسئله بعضهم عن ناقة
ضلت له أو من أبوه وما جرى مجرى هذا وقد روى عنه أنه قال اتركوا ما ترككم فاعمالكم من كان
قبلكم بكثرة سؤالهم لانيائهم واختلافهم عليهم والوجه الثاني انه كان صلى الله عليه وسلم يكره
كثرة السؤال للمافية من التصديق على الناس وان لم يسئل عنه ووكّل الناس فيه الى اجتهاد علمائهم
واذا سئل عن القضية ونص عليها لزم امتثال ذلك النص ولم تجل مخالفته وربما كان فيه بعض
التشغيب فيؤدى ذلك الى التصديق على الناس وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أعظم
الناس جرما من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسئلته وليس هذا حكم سائر الناس وتساؤلهم عن
المسائل فانه من قصد بسؤال العالم التبيكيت والتعنيب والأذى لم يجز ذلك سواء وجد عنده علما
أو لم يجد لفساد مقصد السائل فان سأل على سبيل المناظرة والمجارة فيها ليتبين الحق أو يبيدها
في النظر ويستعان بذلك على استعماله اذا احتج اليه فهو وجه من السؤال صحيح ولو سأل على
سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك فهذا أمر واجب والله أعلم وليس في شيء من هذين الوجهين اللذين
ذكرناهما وجه يتوقع الآن لان الشرع لا ينتقل عن الجواز الى المنع لتكلم العلماء في وقتنا هذا
في المسائل ولالسؤال العالم وفتياه في الاحكام

(فصل) وقوله فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله
عليه وسلم يريدني مسئلته التي كلف عاصمها السؤال عنها لانه انما جاءه مقتضيا الجواب فيها حين كلفه
السؤال عنها فقال له عاصم لم تأتني بخير يردان ما كلفتنى من السؤال لم يخير ولا سببه فان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قد كره مسئلتك وهذا يقتضى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخبر عنها
بشيء غير ما أظهر من كراهية السؤال وعلى هذا ينبغي للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتى فيه اذا لم
يتبين له وجه الصواب فيه واذا خاف أن لا يتسبب به الى محذور حتى يكشف عن وجهه وسببه وجهة
السائل ومقصده ما أمكنه

(فصل) وقول عويمر والله لا أنهى حتى أسأله عنها يريد استدامة ما كان عليه من السؤال عن
مسئلته وطلب حكمه ولم يرد عن ذلك ما ظهر اليه من كراهية النبي صلى الله عليه وسلم لمسئلته حين
لم يمكنه الصبر على ما زعم انه ظهر اليه ولم يعلم ماله في ذلك من القول والفعل ولعله خاف حلا فاحتاج
الى أن يعلم وجه نفيه عنه ولعله قد تأول في الكراهية لمسئلته بعض ما ذكرناه مما لا يمنع السؤال عنها
ان كانت قد نزلت به أولعله رجأ أن يبين من حاله اذا سأله ما يصل به الى معرفة ما يريد من غير أن
يوجب على نفسه حدا وترتفع به الكراهية فلما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عن مسئلته
بمثل ما كان كلف عاصمها أن يسأل له عنها وقوله في رجل وجد مع امرأته رجلا يحتمل أن يكون زادا
على هذا انه رأها تزني معه ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط فان كان فسر ذلك فقد
قال القاضي أبو محمد انه اذا ادعى الرؤية ووصف ذلك كما يصف الشهود على احدي الروايتين وادعى
الرؤية ولم يفسرها على الرواية الثانية فان له أن يلاعن وأما اذا لم يدع رؤية فهل يلاعن أم لا فعن مالك
في ذلك روايتان احدهما يلاعن وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثانية انه يحسد ولا يلاعن وجه قولنا

انه يلاعن قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يفرق بين أن يدعى رؤية أو لولانه قاذف لزوجته لم يثبت كذبها فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية ووجه الرواية الثانية انها حرة عفيفة مسامة قد فيها من لم يحقق قذفه فله الحد كالأجنبي ولفظ الوجود مع امر أنه ليس بصريح في القذف ولو قال رجل وجدت مع امرأتي رجلا في لحافها أو وجدت لها قد تجردت لرجل أو وجدت لها وهي مضطجعة مع رجل عربيان في المتونة عن ابن القاسم لم أسمع من مالك في ذلك شيئا إلا أنه للعان بين الزوجين الآن يرمي بزني أو يني جملها فأرى إذا لم يكن له بينة على ما ذكره عليه الأدب دون الحد ووجه ذلك إذا فهم منه انه لم يرد إلا الاخبار عما تلفظ به وأما لو فهم منه انه أراد التعريض ففي كتاب ابن الموارز عن ابن القاسم وأشهب يحد الزوج في التعريض ولا يلاعن وقد وجدت في غير هذا الموضع انه يلاعن وجه القول الأول انه لا معنى للتعريض بل هو دليل على كذبه لان من امتنع بمثل هذا لا يقدر على الامساك والسكوت ولذلك جعل له المخرج بالعان فاذا عدل عن التصريح الى التعريض دل ذلك على كذبه

(فصل) وأما قوله وجد مع امرأته رجلا فانه يريد زوجته لان هذا اللفظ اذا أطلق فهم منه الزوج فاقضى ذلك اضافة القذف الى الزوجية ولو اضافة الى غير الزوجية بأن يقول رأيتك تزني قبل أن تزوجك فلا خلاف نعلمه في المذهب انه يحد ولا يلاعن والدليل على ما نقله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ثم خصه بقوله والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهدوا أحدهم أربع شهادات بالله نخس الأزواج بحكم اللعان فاقضى ذلك أن من أضاف القذف الى غير زوجته يحد ولا يلاعن ومن جهة المعنى انه قد فيها بزني ولو حلت منه لم يلحقه فله الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف ووجه آخر انه لو قد فيها وأنكر حلها ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحده فاذا تزوجها بعد الوقت الذي زعم انها زنت فيه فإن يحد ولا يلاعن أولى وأحرى

(فصل) وقوله وجد مع امرأته رجلا في يحد من التصريح باسم المذنب لانه لو صرح به ولم تقم له البينة لكان قاذفاً له يجب عليه الحد ولم يتخلص من اللعان خلافاً للشافعي انه يسقط ذلك تلان الزوج والدليل على ما نقله انه شخص لا يجب عليه الحد تلان الزوج فلم يسقط قذفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمراة الأجنبية (مسألة) فان حد للرجل المسمى فانه يسقط عنه اللعان قال مسنون ووجه ذلك ان من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أو لمن لم يقم به (مسألة) واذا لم يسمه فلم يجب عليه حد خلافاً لحد قول الشافعي انه يجب عليه الحد وان لم يسمه والدليل على ما نقله ان حد القذف لا يجب استيفاؤه له الا عطالبة مستفقه واذا كان مجهول العين والاسم لم تصلح المطالبة به فلم يجب الحد كما لو قال رأيت رجلا يزني

(فصل) وقوله رأيت رجلا وجد مع امرأته سؤال عام لكن جوابه صلى الله عليه وسلم خاص بقوله فنزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فائت بها وقال السائل أيقنته فيقتلونه أم كيف يفعل وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب لئلا يلزمه حكم الاقرار وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسه من حد القذف والذهاب الى التستران ذهب اليه ان كان وقع له سهواً وقلة استتبات وقوله أيقنته فيقتلونه واقرار النبي صلى الله عليه وسلم له على ذلك دليل على ان من وجد مع امرأته رجلا فقتله فانه يقتل به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فانت بها يقتضى أن النبي صلى الله عليه وسلم قد عرف أنه صاحب المسئلة ولعل ذلك كما بالوحي الذى أنزل في قصتها ما علم فيه أن السائل وإن كان وري فلم يصف الأمر الى نفسه فانه صاحب ذلك والميتلى به فأعلمه النبي صلى الله عليه وسلم انه قد أنزل فيه وفي صاحبته بعد ما تقدم أوحى اليه أن المسئلة مما لا بد للناس منها وبما يجب أن يباح لهم السؤال عنها ويكون ظهر ذلك اليه تبيل الوحي والله أعلم

(فصل) وقول سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على انه ليس من سنة اللعان الاستتار به بل من سنته احضار الناس له ليشهر أمره بله حقوق النسب بالزوج أو انتقاله عنه ولا يكون الا عند الامام أو الخليفة لانه حكم يفتقر الى حاكم به (مسئلة) وهو جائز في كل وقت من أوقات النهار قاله مالك في كتاب محمد وذلك انه حكم فلم يختص بوقت دون وقت قال ابن وهب ويكون بالصلوة قال مالك وبأثر مكتوبه أحب الى وقد كان ذلك عندنا بعد العصر ولم يكن سنة يريدانها يمين تقتضى التغليظ فغلظت بالوقت على جهة الاستعجاب لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا ينظر الله اليه يوم القيامة ولا يزيكهم ولم عذاب اليم رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل ورجل يبيع إماما لا يبايعه الا بدنيا فان أعطاه منها رضى وإن لم يعطه منها سخط ورجل أقام سلعة بعد العصر فقال والله الذى لا اله الا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا فصدقه وفي ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكروا بالله تعالى وتنبى عن الباطل قال الله تعالى ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر وقال عبد الملك بن الماجشون لا يكون الا بالصلوة وفي مقطع الحقوق فكأنه جعل ذلك شرطا كالمكان وأما التغليظ بالمكان فانها يمين فيها لا يحتاج الى التغليظ فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق وعليه جماعة العلماء وقد روى ابن جرير عن ابن شهاب في هذا الحديث فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد وأما اليهودية والنصرانية فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس قاله مالك (فرع) فان كان هناك عند يمنع من دخول يقطع الحق فلا يخلو أن يكون انقضاؤه معتادا كالخبيض أو لا يكون معتادا كالمرض فان كانت مائضا لا عن هولما يريد من الاستعجال ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان هذا الذى قاله أصحابنا ويحتمل أن يلزمه ذلك ليدرا عن نفسه الحد وتوقر هي الى أن تظهر فتلاعن فان كان مريضا وكانت مريضة أرسل الامام الى المريض منهما عدولا رواه في الغيبة أصبغ عن ابن القاسم ووجه ذلك انه حكم من سنته التعجيل والمرض لا يدري به غاية فسقط المكان بالتعجيل للضرورة والله أعلم

(فصل) وقوله فلما فرغنا من تلاعنا ما يريد كمل كل واحد منهما من ذلك ما يجب في حقه قال عويمر كذبت عليها رسول الله ان أمسكتها يريد أنه ان أمسكتها بعد ما علم وتيقن من حالها الموجب للعان فهو كاذب عليها ويحتمل أن يريد به ان ذلك مما يبين كذبه وهو كما قال ان من زعم أن زوجته قد زنت وثبت في حقه اللعان اما برؤية أو قذف أو انتفاء من حمل ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتذاذ بها ما يدل على امساكها فانه يبطل حقه من اللعان ويتبين بما فعله كذبه ويجب عليه الحد وهو الذى قاله مالك وجماعة أصحابنا والوجه الثاني أن يقول اني أحكم على نفسي بحكم الكاذب ان أمسكتها كما يقول القائل أنا فاسق ان لم أفعل كذا وأنا ظالم ان تركت حتى وما جرى مجرى ذلك

(فصل) وقوله فطلقها ثلاثا يريد انه أي بهذا اللفظ وهو قوله هي طالق ثلاثا ويحتمل أن يريد به أن ذلك مقتضى قوله كسبت عليها يا رسول الله أن أمسكها لأن المفهوم من قوله هذا أن من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها ولا الإمساك لها على حكم الزوجية وهذا يقتضى الطلاق الثلاث لأنه لو طلقها طلاقا رجعا لكان في معنى الإمساك لها ولا يستدل بذلك على صدقه لأن من أطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب إلى أنه لو استعمل قتلها لقتلها فإن امتنع من ذلك للشرع أبانها أو أبعداها بأكثر مما يمكنه حتى لا يراها ولا يقدر أن يسمع ذكرها ولا يخبرها فكيف أن يمسك عصمتها ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلقة بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما وقع قبل اللعان وما وقع بعده فإن كان صرح في طلاقها بالثلاث ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع أن إيقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه فإنه يحتمل أن يكون ترك الإنكار عليه لما كان ذلك أمرا واجبا بالشرع ولعله قد جرى في المجلس ما علم به عويمر حكم ذلك أو وقع ابتداء ما يبلغ به الغضب من فعلها والبغض لها والغيظ عليها فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم لما كان ذلك حكمه لو لم يبرأ به فإن طلاق اللعان تحريمه مؤبد وهو أشد من الثلاث لأن تحريم الثلاث يرتفع بوجهه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجهه فكان بمنزلة من علم من حاله أنه قد طلق زوجته طلقتين فطلقها بعد ذلك ثلاثا فإنه لم يوقع محظورا لأنه لا تأثير لقولنا ثلاثا لا ما يؤثر قوله أنت طالق لاسيما إذا نوى أن ذلك آخر ثلاث تطلقها طلقها ومع هذا فإن قد فيها بالزنى يقتضى مباحثتها ولو وطئها بعد أن قذفها أحد ولم يلاعن لأنه أكذب نفسه بذلك فكان فراقه تصديقا لقوله فيما قذفها به وما وجد منه قبل ذلك من الوطء فلا تأثير في ذلك قال ابن القاسم في العتبية أنه إذا قذفها وقال رأيتها زنى لا عن ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك ولا يضره إن أقر بذلك فإن أقر أنه وطئها بعد ذلك حد ولم يلاعن ولحق به الولد وهذا سبني على أنه لا يراعى الاستبراء

(فصل) وقوله قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك يقتضى أن الفرقة تقع من غير حكم كما كذب ولا يصح أن يقال إن هذه الفرقة انما وقعت بان طلق ثلاثا لأن فرقة اللعان مؤبدة بإجماع إذا لم يكذب نفسه وفرقة الثلاث لا تتأبد ولا تتعلق بالتمادي على حكم اللعان وقال أبو حنيفة لا تقع فرقة اللعان إلا بحكم كما كذب والدليل على ذلك الحديث المتقدم فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فكانت سنة المتلاعنين ومن جهة المعنى أنها فرقة تجب باللعان فاستغنت عن حكم الحاكم ولو احتاجت إلى ذلك لم تجب باللعان ودليل ثان وهو أن هذه فرقة تقتضى تحريما مؤبدا فلم تقتقر إلى حكم كما كذب كالفرقة الواحدة بتحريم الرضاع والمصاهرة (فرع) ولا تقع الفرقة باللعان الزوج حتى تكمل المرأة اللعان خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة باللعان الزوج وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية أن الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم إلا بلعائها وبذلك يدعى العذاب وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة لأن الفرقة لا تبعض ولا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلacen لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو كذب نفسه قبل إتمام اللعان وقد نص عليه مالك ووجه ما نقله أن المتلاعنين لم يكمل فلم تقع الفرقة كما لو بقي من لعان الزوج شيء (مسألة) وليس على الإمام أن يأمر المتلاعنين بأثر الفراغ من اللعان بالطلاق لأنه لا تأثير لذلك ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بذلك فيقضى بما صح عنه رواه ابن مزيين عن عيسى قال إن أحب للزوج أن يطلق مثل ما صنع عويمر وإن لم يفعل فيكفي في ذلك ما مضى من

سنة المتلاعنين انهما لا يتناكحان أبدا وهو الذي قاله عيسى لا تأثير له ولا يتعلق له حكم أكثر منظهار
الزوج ما يدل على صدقه من الاصرار على مفارقتها والابعاد لها واطهار معرفته بما يقتضيه اللعان
من التعريم ويقتدى في ذلك بما فعله أحد الصحابة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فأقره عليه وهو
معنى اللعان ألا ترى ان سكوتها بعد علمه دليل على كذبه فيستحب له أن يأتي من ذلك بما
يؤكده صدقه

(فصل) قول ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين يريد أن الفرقة بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين
ويحتمل أن يريد بذلك استنباب اظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار ويحتمل
ان يريد بذلك وقوع الفرقة بينهما بانقضاء اللعان وتأيسد التعريم والله أعلم وأحكم ص * مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمران رجلا لا عن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من
ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة * ش قوله ان رجلا لا عن
امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها يحتمل معنيين أحدهما ان انتفاء
من ولدها كان سبب اللعان والمعنى الثاني انه لا عنها بدعوى ادعائها من رؤية أو غيرها فلا عن لذلك
وانتفى من ولدها فأما نفي الولد فان المذهب انه يجب به اللعان وان عرا عن القذف وقال الشافعي
لا يلاع عن حتى يقرن به القذف والدليل على ما نقوله ان ضرورته الى نفي الولد أشد من ضرورته
الى قذفها لأن به حاجة الى ان يزيل عن نفسه نسبا ليس منه وذلك يصح بنفي الولد أكثر مما يصح
بالقذف فاذا اجاز له أن يلاع عن بالقذف لحاجته اليه فلا عن لنفي الحمل وحاجته أكد أولى وأحرى
(مسألة) ونفي الولد يكون على وجهين أحدهما ان يظهر بها حمل فينفيه والثاني ان تلد ولدا
فينفيه فالما ظهر الحمل فان الزوج اذا رآه فانه لا يخجل وان يقر به أو ينفية أو يسكت فان أقر به لم يكن
له أن ينفية بعد ذلك فان نفاه حد وأما ان نفاه بعد ذلك فلا يخجل وان يدعى استبراء ولا يدعيه فان ادعى
استبراء فلا خلاف أن له الملاعة وان لم يدع استبراء فهل يلاع عن أو يحسد قال مالك في كتاب الحمل ليس
له نفي الحمل الا ان يدعى الاستبراء وهو في العتبية من رواية أشهب عنه وبه قال الخنزرجي وابن أبي
ذئب قال في المدونة جل رواة مالك على مرعاة الاستبراء وقد قال به ابن القاسم قال ابن القاسم
وابن نافع يلاع عن وان لم يدع استبراء ورواه في الموازية ابن القاسم عن مالك وجه رواية أشهب انه
اذا لم يدع الاستبراء لم يصح منه نفي الحمل لجواز ان يكون الولد له ووجه الرواية الثانية ان الملاعة
تصح منه بغير الاستبراء ويدرأ عن نفسه الحد بذلك ويحصل من نفي الولد مع ذلك ما هو أعلم به
(فرع) فاذا قلنا انه يراعى الاستبراء فكيف يجزى منه المشهور من مذهب مالك يجزى منه حيضة
واحدة وروى عبد الملك عن مالك ثلاثة اقراء وجه رواية ابن القاسم ان الاستبراء ههنا انما يقصد به
تحقق نفي الحمل ووجود وجه يقتضيه وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الامتلاء هذا الاستبراء
ليس بعدة فيعتبر فيه عدد الاقراء ووجه الرواية الثانية انه استبراء لحرمة فاعتبر فيه بعدد الاقراء
كالعدة (فرع) واذا قلنا بنفي الاستبراء فقال قد كنت أطأ ولا أدري هل هو مني فلا عن لما ادعاه
من الزنا فاختلف في هذا قول مالك وأصحابه فروى ابن القاسم عن مالك في الموازية انه منفي باللعان
وان كانت بينة الحمل وهذا اغراق والذي أخذ به ابن القاسم انها ان كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل
من ستة أشهر فهو به لاحق وان كان لا عن على غير هذا فهو منفي باللعان وقال عبد الملك وابن عبد
الحكم وأشهب ان لا عن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفية الا بلعان مدعي فيه استبراء

* وحدثني عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمران
رجلا لا عن امرأته في زمان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم وانتفى من ولدها
ففرق رسول الله صلى
الله عليه وسلم بينهما وألحق
الولد بالمرأة

(مسئلة) المشهور من المذهب ان الحامل تلعن اذ انقضى الزوج حملها وقال عبد الملك من أصحابنا لالعان بينهما ولا تقنف حتى تضع اذ لعله لا حمل بها وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول قول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادا الا انفسهم فشهاده أحدهم أربع شهادات بالله الاية ولم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع ومن جهة المعنى ان كل نسب جاز اسقاطه بالعان بعد انفصال الولد جاز اسقاطه قبله كالفراس ووجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من انه لا يتيقن حملها فينفيه ولا يتيقن زناها بالتعانه ان نكحت لجواز أن لا يكون ثم حمل (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فتلاعنا ثم انفس الحمل لم يعد الزوج ولم تحل له ابدائه ابن المواز وجه ذلك ان حكم اللعان قد ثبت بينهما فلا يزول التعريم بما يتبين به الكذب كما لو أقر الزوج بالحمل (فرع) ومن أنكر ولده بالعزل لحق الولد به وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه الى الفرج وكذلك الدر فان الماء يخرج منه الى الفرج حكاه ابن المواز فاما العزل فوجهه صحيح لانه فيسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل العزل فيكون إيمنه الولد وأمالو وطئ في غير الفرج فانه يبعد عندي أن يخلق منه ولد ولو صح هذا لما جاز أن تعد امرأه ظهر بها حمل ولاز وج لها ولا سيد لجواز أن يكون ذلك من وطئ في غير فرج فلا يجب به رجوع ولا حد وان وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئها فوصل الى فرجها ولما أجمعوا على اقامة الحد عليها اقتضى ذلك ان الماء الذي يخلو منه الولد انما هو ما يخرج بعد التقاء الختانين وانه قد يلتقي الختانان قبل الافتراض والله أعلم (مسئلة) وأما اذا قذفها بزنا وقال قد وطئتها قبل ذلك ولم استبرئها حتى رأيتها زنى فهذا على رواية ابن القاسم اذا لعن للزوجة بنتى الولد الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الزوجة أو أتت به لأقل من ستة أشهر فيلحق به ويقتضى مذهب ابن الماجشون انه يلعن للزوجة ودفع الحد عنه ولا يتنفي بذلك الولد (مسئلة) وانما له انكار الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة وأمان علم بذلك ثم أقام يوما أو يومين لا ينسكركم فلا انكار له قاله القاضي أبو محمد الا أن يكون له عذر في ترك الانكار وقال أبو حنيفة له انكاره بعد الوضع بيوم أو يومين وان لم ينه حتى مضت سنة أو سنتان ثم نفاه لاعن ولحق به الولد وبه قال الشافعي في أحد قوله والدليل على ما نقوله انه قدأ كذب نفسه بالامساك عن الانكار وكذلك يجب أن يكون اذا ادعى رؤية قديمة ثم قام الآن بها أن لا يقبل قوله ويحد لان سكوتها عن انكار ذلك والقيام به حين رآه دليل على كذبه ويحد رواء ابن حبيب وابن المواز عن ابن الماجشون (مسئلة) وأما نفي ولده فهو أن يقدم من سفره فيجد امرأته قد ولدت أو ادعت ولدا فينفيه وذلك على ضربين أحدهما أن يقول لم تلديه وليس بولدك والثاني أن يقول ولدتيه ولكن ليس مني فاما الأول فاذا قال لم تلديه جلة وقالت هي ولدته منك قال ابن القاسم في المواز يتهوم منه الا أن ينفيه بلعان وقال أشهب المرأة مصدقة وللعان فيه الا أن يقصد نفي الولد منه فيلعن قال ابن القاسم فان نكل بعد ان نفاه على هذا الوجه ولم يلعن لم يعد (مسئلة) وأما ان قال ولدتيه وليس مني فقد قال عيسى عن ابن القاسم فبين غاب عن زوجته عشرة أعوام أو أكثر ثم قدم فوجدها قد ولدت أولادا فانكرهم وقالت هي هم منه كان يأتي في السر لم ينههم الابلعان ووجه ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الولد للفراس فاذا كان الفراس له مع غيبته فسا ولد فيه لاحق به ولازم له ولا يتنفي من ولد فيه الابلعان (فصل) وقوله ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما لم يرد به انه أوقع الفرقة بينهما وانما أراد به والله أعلم انه أعادها بحكمهما وان حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما وتأيد التعريم ووجه ذلك

ماروى في حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أحدهما كاذب لاسيلا عليهما وهذا الخبر بمقتضى الشرع ولأنه ليس ههنا محكوم له فيحكم بذلك عليهما لأن حقوق الشرع في التصليل والتعريم ثابتة بالشرع ولا تفتقر إلى حكم الحاكم كتحريم المصاهرة والرضاع

(فصل) وقوله وألحق الولد بالمرأة يريد أنه صرف نسبه إلى أمه لأنه قبل ذلك كان ينتسب إلى أبيه فلما منعه من أن ينتسب إلى أب ونسبه إلى أمه كان ذلك وجهها من الحاقه بها لأنه أقامه الله في الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك والله أعلم ص **قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهدوا أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدبر عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين** **ش قول مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن إلى آخره هذا يقتضى اختصاص هذا بالزوجة ودون غيرها إن لم يكن للزوج شهداء بما يدعون على الزوجات من الزنا وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد ولو شهد بذلك عليها أربعة أحدهم زوجها لم تتم الشهادة فكان على الزوج أن يلاعن فان تم اللعان بينهما أحد الثلاثة الأجنبيون فإن أبى الزوج أن يلاعن حد الزوج معهم وقال أبو حنيفة تقبل شهادة الزوج إن لم تقدم له فيها قذف وترجم المرأة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية وجه الدليل من الآية أنه استثنى الأزواج من الشهداء فاقضى أن لا يكونوا شهودا ودليلنا من جهة القياس أن هذه بينة في الزنا لم تتم إلا بالزوج فلم يحكم بها كالموتقدم القذف (مسئلة) ولو أقام بينة بزناها فأقيم عليها الحد كان له أن يلاعن قاله مالك والشافعي لأنه إذا ثبت زوجهما الزنا لم ينتف نسبه الولد وإن لاعن الزوج ونكحت المرأة أقيم عليها الحد إن كانت بكرًا بعد ثمانين سنة وإن كانت ثيبًا بالرحم**

(فصل) وقوله فشهدوا أحدهم أربع شهادات بالله الذي ذهب إليه أصحابنا أن ألفاظ اللعان إيمان وقال أبو حنيفة اللعان شهادة والدليل على ما نقوله قوله تعالى فشهدوا أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فوجه الدليل من الآية أنه قرن بلفظ الشهادة قوله بالله أنه لمن الصادقين وهذا معنى اليمين فإن اليمين قديقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا وكذا والثاني أنه أقسم على فعله والشاهد لا يشهد على فعله ووجه ثالث أنه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا والحبس عند أبي حنيفة وهو عنده عذاب وهذا حكم اليمين فاما الشهادة فلا يصح أن تقبل شهادة الانتساب ليدفع بها عن نفسه ضررا ومما يدل على ذلك ما روى عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وزوجه ثم ولدت على شبه الذي قذفت به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الإيمان لكان له ولها شأن ودليل آخر وهو ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما فائدة الخلاف في هذه المسئلة أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى والشهادة لا تصح من الفاسق ولا تصح عند أبي حنيفة من الأعمى (مسئلة) وبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهدوا أربع شهادات بالله الآية فبدأ بلعان الزوج ومن جهة السنة ما روى محمد بن سيرين عن أنس بن مالك أنه قال أول لعان كان في الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن سحابة بما رآه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة والاحد في ظهرك فردده عليه مرارا فقال هلال بن أمية والله

قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهدوا أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدبر عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين

يارسول الله ان الله يعلم انى لصادق ولينزلن الله عليك ما يرى ، ظهرى من الجلد فينهم على ذلك
 اذ نزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم الآية فدعا هلالا فشهد أربع شهادات بالله انه لمن
 الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت على نفسها
 أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين الحديث ومن جهة المعنى ان الزوج بدأ بالقذف فلزم أن يبدأ
 باللعان (فرع) فان بدأت المرأة باللعان فهل تعيده بعد اللعان الذى ذكره القاضى أبو
 محمد عن المذهب أنها لا تعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج وتعيد اللعان وهذا الذى ذكره هو
 قول أشهب والذى حكاه ابن المواز عن ابن القاسم انها لا تعيد اللعان وبه قال أبو حنيفة وجه القول
 الأول ما احتج به القاضى أبو محمد من قول الله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله
 وهذا يجب أن يكون بعد ان حق عليها العذاب وذلك لا يكون الا باللعان الزوج واحتج لذلك أشهب
 ان هذا بمنزلة الخقوق فلو بدأ الطالب باليمين لم يجزه ذلك الا بعد نكول المطلوب ووجه رواية ابن
 القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين فيصح أن يقع أولا كلعان الزوج (مسألة) واذا قذف
 امرأته ثم أنكر القذف فلما أقامت بذلك عليه بينة ادعى رؤية الزنا فان له اللعان بخلاف الحقوق
 وله أن يقول أردت التستر رواه أصبغ عن ابن القاسم في الموازية (مسألة) واذا قذف الزوج
 امرأته فعليه الحد وانما له أن يسقطه باللعان وقال أبو حنيفة لا حد عليه ولكن يحبس حتى يلتنع
 والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
 جلدة ومن جهة السنة حديث أنس المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهلل بن أمية البينة
 والاحد في ظهرك ومن جهة المعنى انه قاذف حرة عفيفة فثبت في حقه الحد كالأجنبية ولو التعن بعض
 اللعان فبقي منه أقله فقالت المرأة قد عفوت عنك في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان ترك
 اللعان فلا حد عليه ويلحق به الولد وكذلك لو لم تعف المرأة ولكن أقرت ثم رجعت فاعتذرت بما
 تعذر به لم يحدوا حدسهما وألحق به الولد (مسألة) فاذا التعن الرجل وسقط عنه الحد فانه يتعلق
 بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه وتوجيهه على المرأة وانتفاء الولدان كان اللعان يتضمن ذلك وقال
 أبو حنيفة لاشي من ذلك وانما تحبس ان امتنعت من اللعان والدليل على ما نقوله قوله تعالى ويدرأ
 عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وهذا يقتضى انه قد توجه اليه باللعان
 الزوج عذاب وهو الحد فان لها أن تدرأه عن نفسها باللعان ودليلنا من جهة المعنى انه معنى يخرج
 به القاذف من قذفه فتوجه الى المقدوف به الحد أصل ذلك السنة (فرع) وان نادى على الامتناع
 من اللعان أنفذ عليها الرجم أو الجلد على ما تقدم فان رجعت في كتاب محمد تعود الى اللعان فان نكل
 الزوج لحق به ولا يحد لانها مقررة بذلك بنكولها وان رجعت بعد ذلك الى اللعان فان حكم النكول باق
 في اسقاط الحد عن الزوج ورأيت مثل هذا الا بى بن خلدون وأبى بكر بن عبد الرحمن القرويين
 وقاسا على طريقتهن له أن يرجع قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان فى كتاب ابن المواز
 عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه ورأيت للشيخ أبى عمران ولأبى القاسم بن الكاتب يعضى عليها
 وليس لها الرجوع الى اللعان قال أبو القاسم لانها اذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج فقد صدقته
 وتحقق ذلك حق للزوج فليس لها الرجوع عنه كما ليس لها الرجوع عن اقرار بحق خصم يطلبه
 (مسألة) وصفة اللعان قال مالك يقول أشهد بالله وهو اختيار ابن القاسم وقال أيضا مالك أشهد بعلم
 الله قال ابن القاسم ويقول فى الرواية أشهد بالله انى لمن الصادقين لرأيتها ترمى يقوله فى كل مرة قال

أصبغ ويقول كالمرودي في المكحلة ثم يقول لعنة الله عليه في الخامسة ان كان من الكاذبين ثم
تقول هي أشهد بالله انه لمن الكاذبين ما رأني أنزني ثم تخمس بال غضب قال ابن القاسم ويقول في نفي
الجل أشهد بالله انه لمن الصادقين ما هذا الرجل مني قال أصبغ وأحب الي أن يزيدني كل مرة ولزنت
وقال ابن القاسم وتقول هي أشهد بالله انه لمن الكاذبين وما زينت قال أصبغ وأحب الي أن يزيد
في كل مرة وانه لمنه ثم تخمس بال غضب قال أصبغ فان قال هو في الخامسة مكان ان كنت من
الكاذبين ان كنت كذبتها أجزأه ولو قالت المرأة في الخامسة مكان ان كان من الصادقين انه لمن
الكاذبين أجزأها وأحب الي لفظ القرآن وفي كتاب محمد عن ابن وهب يقول هو في الأربعة
أشهد بالله انه لمن الصادقين وفي الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتقول هي أشهد
بالله انه لمن الكاذبين وفي الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فكان أصبغ أشار الي
ان لفظ اللعان غير متعين وان لها أن يأتيها بأي لفظ شأى ورأى الامام اذا كان موافقا للبعنى الا ان
لفظ القرآن أفضل والله أعلم ونظاهر قول ابن وهب ان لفظه متعين بلفظ القرآن والله أعلم ص
قال مالك السنة عندنا ان المتلاعنين لا يتنا كذا ان أبا داود ان كذب نفسه جلد الحد والحق به الولد
ولم ترجع اليه أبدا قال وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف * ش قال مالك رحمه الله
السنة عندنا يردها رسم عندهم وأثبت من حكم المتلاعنين أن لا يتنا كذا أبا داود ان تحريم اللعان
مؤبد وقد قال القاضي أبو الحسن فرقة المتلاعنين فسخ وقائمه ذلك ان التحريم مؤبد ولو كان
طلاقا لم يرتأ بدوانا يتأ بدتحريم الفسخ كالرضاع * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى ليس
بالبين وذلك ان الفسخ لا يتأ بد لنفسه فقد يفسخ النكاح الفاسد ثم يتنا كذا بعد وانما يتأ بد
التحريم أو لا يتأ بد لموجبه الذي أوجب تأييد التحريم في الرضاع للرضاع نفسه دون الفسخ
لانهم لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأ بد التحريم وهذا حكم اللعان الذي هو موجب للتحريم المؤبد
والأصل في ذلك ما روى سعيد بن جبيرة سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين فقال قال النبي صلى الله
عليه وسلم أحدهما كاذب لا سبيل لك عليها وهذا يقتضى التأييد فيصم عليه وانما حكمنا بكونه فمضا
لانهما مفلو بان على الفرقة من غير ايقاع موقع والطلاق لا يكون الا بايقاع مطلق ووجه ان انهما
مفلو بان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح فوجب أن يكون فسخا لان الطلاق لا يغلبان على
ايقاعه الا لفساد في العقد على أحد القولين وعلى القول الآخر فلا يغلبان عليه وما غلب عليه فهو
فسخ بكل وجه

قال مالك السنة عندنا ان
المتلاعنين لا يتنا كذا ان أبا داود
وان كذب نفسه جلد الحد
والحق به الولد ولم ترجع
اليه أبدا وعلى هذا السنة
عندنا التي لا شك فيها ولا
اختلاف

(فصل) وقوله وان كذب نفسه جلد الحد ومعنى ذلك انه كذب نفسه وأبطل ما كان له من
اللعان وصار قد فدها ظمما فوجب عليه الحد فان قذفها ثانيا بعد أن حدتها فقتلها قال ابن القاسم في
الموازبة بعد الا أن يلاعن وقال عبد الملك يحد ولا يلاعن فقول ابن القاسم مبنى على أن له الرجوع
الى اللعان بعد تقرير الحد عليه وقول عبد الملك مبنى على أنه ليس له ذلك

(فصل) وقوله يلحق به الولد معنى ذلك ان الولد لاحق به اذا كذب نفسه سواء كان ذلك قبل
اللعان أو بعده فان كان قبل أن يلاعن الزوج حد ولم يكن له أن يلاعن وان كان بعد أن يلاعن هو
وقبل أن يلاعن هي جلد الحد وسقط عنها اللعان ويلحق به الولد على كل حال وروى عيسى عن
ابن القاسم في العتبية يرجع عليه بنفقة الرجل وأجر الرضاع ونفقتها بعد ذلك ان كان في تلك المنة مليا
(فصل) وقوله ولم يرجع عليه أبا داود ان كذابه نفسه بعد اللعان لا يرفع التحريم الواقع بينهما

باللعان ولا يخالو أن يكذب نفسه قبل اتمام اللعان أو بعده فإن كذب نفسه قبل اتمام اللعان وقبض
 شيء من لعانها قال مالك يحدثهما على نكاحهما وجه ذلك ان اللعان لم يتم بعد فمما على حكم الزوجية
 بينهما بتمام اللعان وانما تنقص الزوجية بينهما بتمام اللعان حتى كمل اللعان بينهما فقد بان منه وتأيد
 تحريمها فلا تحل له أبدا وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة يرتفع التحريم ويجوز له أن يتزوجها
 والدليل على ما نقوله حديث ابن عمر المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للزوج من المتلاعنين
 لا سبيل لك عليها ودليلنا من جهة القياس انه تحريم لا يرتفع بزواج واصابة فكان مؤبدا كتحريم
 الرضاع ص قال مالك واذا فارق الرجل امرأته طلاقا لم يأن له عليها رجعة ثم أنكر
 حملها لا عنها اذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه اذا ادعت ما لم يأت دون ذلك من الزمان
 الذي يشك فيه فلا يعرف أنه منه قال فهذا الأمر عندنا والذي سمعت من أهل العلم هو قال مالك اذا
 قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهي حامل يقر بحملها ثم يزعم انه رآها تزني قبل أن يفارقها
 جلد الحد ولم يلاعنها فان أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لا عنها قال وهو الذي سمعت من أهل العلم
 ما قال ان المطلق لزوجه طلاقا ثلاثا لا يخالو أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل فان كان بها حمل
 ظاهر فأسكره فان له أن ينفيه باللعان خلافا لأبي حنيفة لانه لا يحتاج أن ينفي عن نفسه نسبا ليس منه
 كما لو لم يطلق ولا يخالو أن يكون نفي الحمل وادعى رؤية زنا أو لم يدع ذلك فان ادعى رؤية الزنا لم يحل أن
 يدعى الاستبراء ولا يتدعيه فان ادعى الاستبراء والرؤية ونفي الحمل فالظاهر من المذهب انه يلاعن وان
 لم يدع استبراء وادعى رؤية ونفي الحمل في الموازبة في الذي يطلق طلاقا ثلاثا وقال رأيتها تزني يريد نفي
 ما أتت به من حمل فانه لا يلاعن ان لم يدع استبراء وان لم يدع رؤية وادعى استبراء فانه يلاعن وروي
 أبو الفرج عن مالك انه ان نفي حملها في العدة لاعن ولم يحدث على الطلاق وقد شرط في موضع آخر
 ادعاء الاستبراء (مسئلة) فان لم ينف الحمل وقد نفى العدة من الطلاق البائن فقد روى أبو الفرج
 أنه يحدث ولا يلاعن ووجه ذلك انه لا فائدة في هذا الوقت في قذفها لانها أجنبية منه لا ينفي حملها فاذا
 لم ينف به فلا حاجة به الى هذا القذف فلزمه الحد (مسئلة) وان لم يكن بها حمل وقال في عدتها من
 الطلاق البائن رأيتها تزني فقد قال ابن القاسم ورواه ابن وهب يلاعن وحكام القاضي أبو محمد خلافا
 للشافعي في قوله لا يلاعن الا أن تكون حاملا واحتج على ذلك بأنه قد فوطه محتاج الى نفي نسبه
 عنه لانه ان لم ينفه لحق به كالذي لم يطلق وقال ابن المواز يحدث ولا يلاعن وقال المغيرة لا يحدث ولا يلاعن
 واختاره مصنون (مسئلة) وهذا اذا ادعى انه رآها تزني في العدة فان قال رأيتها تزني قبل الطلاق
 البائن ففي كتاب أبي الفرج يحدث الا أن يظهر بها حمل قبل أن يحدث فينفيه ويدعى الاستبراء فيلاعن
 قال ابن المواز أحب الى أن ينظر فان تبين أن لا حمل بها حدثها وان ظهر بها حمل لاعن لانه ممن
 لا لعان له في الرؤية ووجه ذلك ان الطلاق ليس فيه اقرار بالسلامة من الزنا غير أن هذا مبني على
 ما قاله ابن المواز ان المطلق بائنا لا يلاعن الا لنفي الحمل ولا يلاعن للرؤية لانها ليست بزوجة وقد تقدم
 من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره انه يلاعن ولا يحدث والخلاف بين أبي الفرج وابن المواز في تأخر
 الحد بعد القذف فأبو الفرج يذهب الى أنه لا يؤخر لانه من ثبت عليه القذف وادعى المخرج لا يجهل
 ويعجل الحد وابن المواز يذهب الى تأخير الحد للزنا على الزوج بخلاف الأجنبي لحاجة الزوج الى
 ذلك دون الأجنبي وبالله التوفيق

(فصل) وقوله وكان حملها يشبه أن يكون منه يريد أن تأتي به لامدا الحمل وذلك ان المطلقة لا بد أن

قال مالك واذا فارق الرجل
 امرأته طلاقا ثلاثا ليس
 عليها فيه رجعة ثم أنكر
 حملها لا عنها اذا كانت حاملا
 وكان حملها يشبه أن يكون
 منه اذا ادعت ما لم يأت
 دون ذلك من الزمان الذي
 يشك فيه فلا يعرف انه
 منه قال فهذا الأمر عندنا
 والذي سمعت من أهل
 العلم هو قال مالك اذا
 قذف الرجل امرأته بعد
 أن يطلقها ثلاثا وهي حامل
 ويقر بحملها ثم يزعم انه
 رآها تزني قبل أن يفارقها
 جلد الحد ولم يلاعنها وان
 أنكر حملها بعد أن يطلقها
 ثلاثا لا عنها قال وهذا
 الذي سمعت

تأني بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض فإن أتت به قبل الحيض لأكثر مما دخل فهو لاحق بالزوج
 إلا أن ينفيه بلعان وأكثر مما دخل اختلف فيه قول المالكيين فقال العراقيون منهم أربعة أعوام
 وبه قال أصبغ والشافعي وقاله ابن القاسم وسحنون وقال ابن وهب وأشهب سبع سنين وقال أبو
 حنيفة أكثر الحمل سنتان (مسئلة) وإن حاضت ثم أتت بولد مثل هذه المدة فقد قال ابن القاسم
 يلحق به وإن حاضت ثلاث حيض وقد تحيض المرأة على الحمل قال ابن القاسم ولو علم أنها حاض
 حيضاً مستقيماً وتيقن ذلك وعرفه النساء لرأيتها زانية ويسقط نسب الولد عن الميت والحى ولكن
 لا يحاط بمعرفة قال أصبغ ليس هذا بقول ولو عرف ذلك لم يوجب زنى ولا حدا وهو شبهة والولد
 لاحق الآن بلا عن المطلق

(فصل) وقوله يشبه أن يكون منه ما دعته يريد أن ينسب ذلك اليه ويقول انه منه لانها اذا لم تقل
 انه منه ولم ينسبه اليه لم يتحقق هو ال لعان الا لثبني النسب لانها قد صدقت في القذف

(فصل) وقوله ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذي يشك فيه فلا يعرف انه منه يريد والله أعلم انه يأتى
 من طول الزمان ما يزيد على أكثر مما دخل على ما تقدم من الخلاف في ذلك فشك حينئذ أنه منه
 شك كما يمنع الحاقه به أولى من نفيه عنه وأما في مدة الحمل فهذا الشك معدوم بل الظاهر منعه لثبوت حق
 الفراش له ص قال مالك والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه يجرى مجرى الحر في ملاعنته غير
 انه ليس على من قذف مملوكه حد قال مالك والامة المسلمة والحرمة النصرانية واليهودية تلاعن
 الحر المسلم اذا تزوج احدها من فاصباها وذلك ان الله تعالى يقول في كتابه والذي يرمون أزواجهم
 فهن من الأزواج قال وعلى ذلك الأمر عندنا ش قوله والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه لها
 حكمه في ذلك حكم الحر وروى في العتبية أشهب عن مالك ان لعان العبد كالحر في الحرمة والامة تشهد
 أربع مرات وتخمس بال غضب وان أكذب نفسه حد للحرمة أربعين ولا يجحد للامة

(فصل) وقوله غير انه ليس على من قذف مملوكه حد يرد سواء كان القاذف عبداً أو حراً فهذا
 اللفظ وان كان بلفظ الاستثناء فعناه العطف على ماضى والتفسير له لانه لا يخرج من اللفظ
 الأول ما لولاه لدخل فيه وانما بين أن حكم العبد حكم الحر في قذف الأمة (مسئلة) وهذا حكم كل
 من لا يجحد قاذفها من الكتابيات فان الزوج لا يجب عليه الخديق قذفها فان قذفها برؤية كان له أن
 يسلك عن اللعان فاذا أراد أن يلاعن لثلاث يكون مما ادعاه من الوطء ولديلحق به نسبه أو وليد الحق قوله
 فله ذلك وكذلك ان نفي حملها فأما يلاعن لينفي عن نفسه ذلك الحمل وان لم يلاعن فلا حد عليه فان
 لاعن لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد لانه قد حق عليها القذف بلعانه ويجب عليها الحد وأما
 الكتابية فلا يلزمها ذلك باللعان الزوج ولها أن تلتعن لتدفع عن نفسها عار ما قد قذفت به وتقطع
 عصمة الزوج عنها قال مطرف عن مالك اذا لاعن الزوج ردت الى أهل دينها ان نكحت عن اللعان
 فان لم تلتعن فقد روى ابن سحنون عن أبيه هما على الزوجية فان التعتت وقعت الفرقة

(فصل) والأمة المسلمة والحرمة واليهودية تلاعن الحر المسلم خص الأمة بالاسلام لانه لا يجوز أن
 يتزوج المسلم أمة كتابية وأما الحرمة الكتابية فيجوز له ذلك ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية
 الى ذكر الحرمة فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احدها من وقوله فأصابها
 ليست الاصابة شرطاً في صحة اللعان ولا وجوبه وقد قال مالك من تزوج امرأة فلم يبين بها ولم يصل
 بها حتى أتت بولد فأنكره انه يلاعن اذا قالت انه يغشها أو ما قالت قال سحنون معناه أن يمكن

* قال مالك والعبد بمنزلة
 الحر في قذفه ولعانه يجرى
 مجرى الحر في ملاعنته
 غير أنه ليس على من
 قذف مملوكه حد * قال
 مالك والأمة المسلمة
 والحرمة النصرانية
 واليهودية تلاعن الحر
 المسلم اذا تزوج احدها
 فأصابها وذلك أن الله
 تبارك وتعالى يقول في
 كتابه والذي يرمون
 أزواجهم فهن من الأزواج
 قال وعلى هذا الأمر عندنا

أثباته اليها وأنت به استة أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح ومن يوم أمكانه اثباتها ووجه ذلك ان الفرائض قد ثبت له بعقد النكاح فلا ينفى الولد الاباللعان

(فصل) وقوله وذلك ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن الأزواج تعلق بالمعوم لان الزوجة الأمة والكتابية داخله تحت قوله تعالى يرمون أزواجهم فلما لم يفرق بين الحرة والأمة والمسامة وغيرها حل ذلك على كل زوجة الا ما حعه الدليل ولو أن الصغير يقذف زوجته الكبيرة برؤية زنى لم يكن عليه لعان لانه لو قذف أجنبية لم يحل لها الوأنت بولد لم يلحق به فلا حاجة الى الملاعنة ص ﴿ قال مالك والعباد اذا تزوج الحرة المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها ﴾ ش قوله ان العباد اذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها يريد ان له أن يلاعن في جميعهن لينفى عن نفسه حملها ظهر بها أو ان قذف برؤية فليدفع عن نفسه النسب الذي تتوقعه مما ادعاه من الرؤية وأما في الحرة المسلمة فيحتاج الى ذلك أيضا ليدفع عن نفسه الحد الواجب عليه بقذفها ان لم يلاعن وأما في الأمة والكتابية الحرة فلا يلاعن الا لما ذكره من دفع النسب دون دفع الحد لانه لا حد عليه بقذفهن ص ﴿ قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما يربطهن في الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلعن جلد الحد ولم يفرق بينهما ﴾ ش قوله رحمه الله ان لعن امرأته ثم نزع وأكذب نفسه بعد يمين أو يمينين مالم يلعن في الخامسة جلد الحد ولم يفرق بينهما أو رد من المسئلة بعضها والمتفق عليه منها وهو انه اذا أكذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه فانه ماعلى نكاحه ما وان كان حذا عنده حكما كذابه نفسه قبل أن تأتي هي بالخامسة وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه وفي العتبية قال سحنون واذا لعن الزوج من نفى حل ونكحت عى وأخر رجها حتى نضع ثم أكذب الزوج نفسه قبل أن نضع وبعد أن نكحت فان لعانه قاطع له صمته ولا ميراث بينهما وترجم اذا وضعت وأكفر أبو بكر بن محمد هذه المسئلة وأما من رد الفعل لها فقال بعد يمين أو يمينين يريد من أيمانها ونفسل أن تأتي هي بالخامسة فهو على ظاهر المذهب مالك انه اذا أكذب نفسه قبل تمام لعانها ان الزوجية باقية بينهما ما وانما تقع الفرقة وتتأبد بتام لعانها وأما الحد فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه وكذلك استحقاق الولد (مسئلة) وأما تكذيبه نفسه فانه على وجهين أحدهما أن يقول انه كاذب في قذفها على أى وجهه وقع والثانى أن يستلحق الولد فهذا يكون قريبا ان كان تدفء بنفى الولد وأما ان كان قذفه اياها بادعاء رؤية الزنى ولا عن على ذلك ثم أقر بالولد فقال محمد بن المواز لا يحد وكذلك لو لاعن على الرؤية وانكار الولد جاز وان كان على نفى الولد خاصة فانه محذور يلحق الولد به وجهه من قوله فبين لاعن على الرؤية ثم أقر بالولد انه ليس في اقراره بالولد تكذيب للملاعن عليه ووجه قوله فبين لاعن على الامر بن لا يحد انه اذا أكذب نفسه في نفى الولد بق لعانه محلا للتصديق وهو رؤية الزنا فلا حد عليه حتى يكذب جميع مالا عن عليه والله أعلم ولو لم يتقدم لعانه فادعى الرؤية ونفى الولد ثم أقر بالولد جلد والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان أنكر زوجهما حملها لاعنها ﴾ ش قوله رحمه الله فبين يطلق امرأته ثم نفى حملها انه يلاعن يريد ان المرأة اذا طلقها الزوج ثم أتت بولد لم يلد له النساء لحق الزوج سواء أتت به في العدة أو بعدها الا ان ينفيه الزوج فيلاعن

(فصل) وقوله فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل خص الثلاثة الأشهر بذلك لأنها

﴿ قال مالك والعباد اذا تزوج الحرة المسلمة أو الأمة المسلمة أو اليهودية لاعنها ﴾ قال مالك في الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين مالم يلعن في الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلعن جلد الحد ولم يفرق بينهما ﴾ قال مالك في الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان أنكر زوجهما حملها لاعنها

أول المدة التي تحبس المرأة فيها بالجل ولذلك يعتصم بها حكم العدة دون ما قصر عن ذلك
 (فصل) وقوله اذا قالت المرأة انا حامل لاعن ان أنكر الحمل ظاهره يقتضي تعلق هذا الحكم
 بمجرد قولها دون ظهور الحمل ومعنى ذلك عندي انه ان أنكر حملها حين ادعت الحمل ثبت له حكم
 الانكار وكان له ان يلاعن اذا ظهر الحمل واذا ولدت على حسب ما تقدم من الاختلاف في ذلك وان
 لم تنف الحمل حين ادعائها اياه ثبت له حكم الاقرار به ولم يكن له ان يلاعن بعد ذلك لظهور رجل ولا
 لولادة ص **قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشترها وان ملكها**
وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتراجعا ن أبدا ش قوله رحمه الله في الأمة المملوكة يلاعنها
 زوجها ثم يشترها أنه لا يطؤها يريدان كمال اللعان بينهما قد أبدت حرمة الوطء وما لا يستباح وطؤه
 بالزوجة لا يستباح بملاك اليمين كذوات المحارم والنكاح أبلغ في اباحة الوطء من ملك اليمين لأن
 مقصود النكاح الوطء وليس مقصود الملك الوطء ولذلك لا يجوز له أن يتزوج من لا يستباح وطؤها
 ولا يجوز له أن يبقى على زوجته المملوكة ويجوز له أن يملك من لا يستباح وطؤها ويجوز له أن يملك
 التي قد لاعنها فاذا لم يستباح وطء المملوكة بالنكاح الذي مقصوده الوطء فإن لا يستباح ذلك بملاك
 اليمين أولى وأحرى (مسألة) وقوله رحمه الله وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا
 لعله يريد بالسنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لللاعن لاسئلك عنها ويحتمل ان
 يريد ما مضى من العمل في ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى هلم جرا في كل زمان ومكان ان كل
 متلاعنين تثبت الفرقة بينهما ولا خلاف في ذلك مع بقاء الزوجة على قذفه وانما الخلاف بعد تكذيبه
 لنفسه وفي مسئلتنا يحتمل ان يريد مع بقاءه على حكم القذف ص **قال مالك اذا لاعن الرجل**
امراة قبل ان يدخل بها فليس لها الا نصف الصداق ش قوله رحمه الله ان من لاعن قبل البناء
 لا يخلوان يكون لزوجته أو نفي حل فان كان لزوجته كان له ان يلاعن وان كان لنفي حل فان أتت به
 لأقل من ستة أشهر فلا شيء لها من الصداق ولا يحرم عليه نكاحها بالتلacen لأنها غير زوجته وان
 أتت به لستة أشهر خرق الا ان تلاعن ودخل يلاعن قبل الولادة اختلف أصحابنا فيه على ما تقدم

(فصل) وان قال الزوج تزوجت منذ خمسة أشهر وقالت هي تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر
 وبها حل فلا بد من اللعان قاله ابن القاسم وابن وهب وذلك انه لا يقطع بأنه ليس من الزوج فلا
 ينفى الابلعان والله أعلم

(فصل) وقوله ان لها نصف الصداق على ما قال لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به
 صدقه كالا عسار بالنفقة وحكي الشيخ أبو القاسم في تفريره انه لا شيء لها من الصداق ووجه ذلك
 أنه فسوخ قبل البناء (مسألة) ولا سكنى لها ولا متعة لأن الفرقة وقعت قبل البناء وما تدعيه من
 الوطء لا يوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى مع انكار الزوج كالنصف الثاني من الصداق والله أعلم

ميراث ولد المملوكة

ص **قال مالك انه بلغه ان عروبة بن الزبير كان يقول في ولد المملوكة وولد الزنا انه اذا مات ورثت أمه**
حقها في كتاب الله واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالى أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية
ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابقي للسامين قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار
 مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ش قوله رحمه الله ان ولد المملوكة

قال مالك في الأمة المملوكة
 يلاعنها زوجها ثم يشترها
 انه لا يطؤها وان ملكها
 وذلك ان السنة مضت
 ان المتلاعنين لا يتراجعا ن
 أبدا **قال مالك اذا لاعن**
الرجل امراة قبل ان
يدخل بها فليس لها الا
نصف الصداق

ميراث ولد المملوكة
 * حدثني يعقوب بن مالك
 انه بلغه ان عروبة بن
 الزبير كان يقول في ولد
 المملوكة وولد الزنا اذا
 مات ورثت أمه حقها في
 كتاب الله تعالى واخوته
 لا مه حقوقهم ويرث البقية
 موالى أمه ان كانت مولاة
 وان كانت عربية ورثت
 حقها وورث اخوته لأمه
 حقوقهم وكان مابقي
 للسامين قال مالك وبلغني
 عن سليمان بن يسار مثل
 ذلك وعلى ذلك أدركت
 أهل العلم ببلدنا

وولد الزنا ثرث أمه واخوته لأمه حقوقهم منه وذلك انه لا يبطل نسبه من جهة أمه لأنه يحتاج في الحاقه
بها الى عقد نكاح فلذلك لا ينتفى عنها بلعان ولا اقرار بزنا ولا تحققه وانما ينتفى عن الأب لأنه لا يلحق
به الا بعد نكاح أو ملك يمين فلذلك صح اتفاؤه منه واذا كان أصل التوارث من جهة الأب لبطل
كل ميراث بسببه ولم تثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا ثبت كل ميراث بسببها
(فصل) وقوله رحمه الله في كتاب الله يقتضى ان عموم آيات التوارث يتناولهم من قوله تعالى فان
كان له اخوة فلا ثم السدس وقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأه أو له أخ أو أخت
فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث

(فصل) وقوله رحمه الله تعالى وورث البقية موالى أمه ان كانت مولاة وان كانت عريسة فبیت
مال المسلمين ير بدانها اذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده فوالى أمه موالى كل من تلده
واذا لم يكن من جهة الأم من يرث الا الأم والاخوة للام ولا يحيطون بالميراث فالباقي موروث بالولاء
وان كانت عريسة فبیت مال المسلمين لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن القروض
ولا تورث بالولاء والله أعلم

﴿ طلاق البكر ﴾

﴿ طلاق البكر ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن محمد
ابن عبد الرحمن بن ثوبان
عن محمد بن اياس بن البكير
انه قال طلق رجل امرأته
ثلاثا قبل أن يدخل بها
ثم بداه أن ينكحها فجهاء
يستفتى فذهبت معه أسأل
له فسأل عبد الله بن عباس
وأبا هريرة عن ذلك فقالا
لا ترى أن تنكحها حتى
تنكح زوجا غيرك قال
فانما طلاق اياها واحدة
قال ابن عباس انك أرسلت
من يدك ما كان لك من
فضل

ص مالك عن ابن شهاب عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس بن البكير انه طلق
رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بداه أن ينكحها فجهاء يستفتى فذهبت معه أسأل له فسأل
عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا ترى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما
طلاق اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل * ش قول أبي هريرة
وابن عباس للذي طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها لا ترى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك
نصرح بوقوع الثلاث تطبغات على غير المدخول بها وعلى ذلك الصواب وما لك وجهور الفقهاء
وقال طاوس وعمر بن دينار وعطاء بن وهب وغيرهم في لفظ واحد أو ألقا متتابعة
والدليل على ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف وأتسرع بحاسان وهذا عام في
المدخول بها وغيرها ومن جهة المعنى ان كل من صح ايقاعه الطلقة الواحدة عليها صح أن يكمل لها
الثلاث كالدخول بها

(فصل) وقول السائل انما طلاق اياها واحدة يصح أن ير بد ذلك انما وقعها في دفعة واحدة
وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثا فيجمع ذلك في لفظ واحد وقال ابراهيم النخعي اذا قال لها أنت طالق
ثلاثا لم يمتها الثلاث واذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لم يمتها الواحدة دون الثنتين وروى
ذلك عن ابن عباس وقال مالك تلزمه الثلاث اذا اتصل كلامه ولم ينفصل لان كل كلام يصح الاستثناء
منعفاته يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها (مسألة) فمن طلق ثلاثا قبل البناء ثم تزوجها وهو
يرى ذلك حلالاته يفرق بينهما ولها المهر كاملا ان كان دخل بها قاله الزهري والشعبي وهو قول مالك
وقال النخعي لها مهر ونصف وجه القول الأول ان النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح
فاذا لم يجز بالميسر في النكاح الصحيح الا مهر واحد فكذلك في الفاسد ولان الوطء في النكاح
الفاسد مستند الى العقد فلم يجز فيه الا ما لا يجز بالعقد الا أن ير بد ابراهيم ان له في العقد الثاني الذي
يعقبه الطلاق ونصف الصداق وله في العقد الثاني صداق كامل بما أفرده الدخول فهو كلام صحيح

عياش الأنصاري عن عطاء بن يسار أنه قال جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فقال عبد الله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يمساها قال عطاء فقلت إنما طلاق البكر واحدة فقال عبد الله بن عمرو بن العاصي إنما أنت قاص الواحدة تينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زواجا غيره * وحدثني

عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج أنه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الأنصاري أنه كان جالسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم بن عمر بن الخطاب قال فبجاءهما محمد بن إياس ابن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها فإذا تزويج فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبى هريرة فأتى تركهما عند عائشة فسلهما ثم اتنا فخبرنا فذهب فسلهما فقال ابن عباس لأبى هريرة أفته يا أباهريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زواجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قول عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يراعى كل ذي دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لأعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لأدري أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأباهريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود اليه فيخبره بقولها ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء ليسهل له طريق النظر ويعينه عليه

وهو مقتضى قول مالك والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن النعمان بن أبي عياش الأنصاري عن عطاء بن يسار انه قال جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يمساها قال عطاء فقلت إنما طلاق البكر واحدة فقال عبد الله بن عمرو بن العاصي إنما أنت قاص الواحدة تينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زواجا غيره * ش قول عطاء للسائل وقد طلق ثلاثاً إنما طلاق البكر واحدة يحتمل أحد وجهين إما أن يريد به انه لا يجوز أن يطلق الا واحدة أو انه لا يصح أن يلحقها الاطلاق واحدة ولا يحمل على نفي الجواز والاباحلان ذلك حكم المدخول بهامع ان جواب عبد الله بن عمرو يمنع من ذلك فلم يبق الا أن يريد به أنه لا تلحقها الاطلاق واحدة وان وقع الزوج عليها أكثر من ذلك وهو المعلوم من قول عطاء وقد تقدم ذكره ولذلك قال له عبد الله بن عمرو إنما أنت قاص بمعنى أنك من لا يفتي في هذه المسئلة ولا يعرف حكمها وان رتبك أن تقص على الناس دون أن تنقث ثم أظهر ما عنده من حكم المسئلة بما يخالف قول عطاء فقال له ان الطلقة الواحدة تينها يريد من الزوج فلا رجعة له عليها والثلاث تحرمها حتى تنكح زواجا غيره وهذا يقتضي ان الثلاث تقع عليها ولذلك لا يحل نكاحها الا بعد زوج وان حكم من طلق ثلاثاً لا عندي غير حكم من طلق عليه واحدة ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج انه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الأنصاري انه كان جالسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم بن عمرو بن الخطاب قال فبجاءهما محمد بن إياس بن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها فإذا تزويج فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبى هريرة فأتى تركهما عند عائشة فسلهما ثم اتنا فخبرنا فذهب فسلهما فقال ابن عباس لأبى هريرة أفته يا أباهريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زواجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قول عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يراعى كل ذي دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لأعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لأدري أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأباهريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود اليه فيخبره بقولها ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء ليسهل له طريق النظر ويعينه عليه

(فصل) وقول ابن عباس لأبى هريرة أفته يا أباهريرة فقد جاءتك معضلة اخبر عن خفاء المسئلة عليه وتعدر الوصول الى وجه الصواب فيها يقال أعضل الأمر اذا أعيا وجه تناوله فقدم أباهريرة في التتوى بعد أن أخبره بتعذر تينها ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عندهما أبى هريرة في ذلك ما يصير اليه أو ما يستعين به على الوصول الى معرفة حكمها فلما وافق أبو هريرة الصواب فيها وقال الواحدة تينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زواجا غيره قال ابن عباس مثله ليتبين وجه الصواب له وقد روى طاوس وعطاء عن ابن عباس انه كان يقول هي واحدة فلعله كان يقول بذلك حتى سمع من قول أبى هريرة ما تبين له الصواب فيه فرجع الى القول به وقد روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ان السائل من المسئلة كان رجلا من مزينة وان ابن عباس قال لأبى هريرة لما أفتى بما تقدم من قوله

والثلاثة تحرمها حتى تنكح زواجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

زينتها يا أباهريرة أو نورتها أو كلمة تشبهها يعني أنه أصاب ص ﴿ قال مالك والثيب إذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجرى مجرى البكر الواحدة تبيينها والثلاث تحرما حتى تنكح زوجها غيره ﴾ ش قوله رحمه الله أن الثيب كالبكر في ذلك واضح لأن الحكم لا يتعلق ببيكارتها وإنما يتعلق بأنها غير مدخول بها فإذا لم يدخل بها زوجها فكذلكها في الواحدة حكم البكر والله أعلم

﴿ طلاق المريض ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سامة ابن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ﴾ ش قوله أن طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك يريد أنه كان أعلمهم بحكمه لأنه القضية وما جرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الروايات لذلك

﴿ قال مالك والثيب إذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجرى مجرى البكر الواحدة تبيينها والثلاث تحرما حتى تنكح زوجها غيره ﴾

﴿ طلاق المريض ﴾

﴿ حدثني يعقوب عن مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سامة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ﴾

(فصل) وقوله أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبتة وهو مريض يريد أن طلاقها بائنا كان البتة فيصحة ما كان يرى اباحة ذلك أو يعمد على أنه طلقها واحدة في آخر ثلاث تطليقات فكانت تلك الطلقة بة لانها بها تبين عنه وان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورثها منه ﴿ وفي ذلك بيان ﴾ أحدهما في صفة المرض وما يلحق به من المعاني التي تجرى مجراها في بقاء حكم الميراث ﴿ والباقى الثاني في حكم طلاق المريض

(الباب الأول في صفة المرض الذي به يبق حكم ميراث المطلقة)

قال مالك في كتاب محمد بن كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وان كان جذاما أو برصا أو فالج فإنه يحجب فيه عن ماله وان طلق فيه زوجته ورثته وليس للقوة وازيح والرمد كذلك إذا صح البدن وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح قال محمد ولم يخالف مالك وأصحابه في الزاحف في الصفات كالمرض في الطلاق وغيره فاما من نالته شدة في البصر فلم يبره ابن القاسم كالمرض وأراه رواه عن مالك وقال أشهب هو كالمرض وجه القول أن الخفاة من شدة البصر لم تتعين ولا وجد سبب العطب لأن العطب إنما يكون بانكسار المركب فهو بمنزلة الزاحف في القتال فإتمامه والبصر فهو بمنزلة الخفاة في موضع مخوف لم يبر بعد والوقوف في العسكر مع معاينة العدو دون مباشرة حرب ولا يقرب منه ووجه القول الثاني أنه في حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك فلم يمنع صحته من أن يكون حكم المريض في ماله كالزاحف

(الباب الثاني في حكم طلاق المريض)

من طلق امرأته في مرضه ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها وبعد أن تزوجت غيره إذا اتصل مرضه إلى أن توفي خلافا لما في قوله أن المبتوتة في المرض لا يرث والدليل على ما نقوله أن القاضي أبا محمد قال أنه إجماع الصحابة ولأن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم ولا يخالف لهم في ذلك إلا ما روى عن عبيد الله بن الزبير وسند كره بعد هذا إن شاء الله ومن جهة المعنى أنها فرقة في حال منع تصرفه فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث زوجته كالموت ولأن التهمة تأثيرا في الميراث بدليل منع القاتل الميراث (مسألة) فإن طلقها بنشو زوجها أو لعان أو خلع فإن حكم الميراث باق

لها خلافا لأبي حنيفة لان عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألتها الطلاق ومن جهة المعنى ان الأذن لا يسقط في ميراث الوارث كما لو أذن الابن لأبيه في اخراجه من الميراث فان ارتد في مرضه ثم راجع الاسلام فمات من مرضه ذلك لم ترثه لان بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه الى الاسلام ليس برجعة (مسئلة) ولو أقر في مرضه انه طلق البتة في صحته لم يصدق وورثته امرأته اذا أنكرت ذلك ووجه ذلك عندى انه يدعى ما يسقط ميراثها ولا يقبل ذلك منه في حاله ليس له اخراجه من جملة الورثة (مسئلة) ولومات فشهد الشهود ان الزوج كان طلقها البتة في صحته فقد جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض لان الطلاق انما يقع يوم الحكم ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد اذا أنكر الطلاق وأقر بالوطء (مسئلة) ومن طلاق في صحته طلقه ثم مرض فاردفها في صحته ثانية ثم مات فلها الميراث في العدة لانهما تبني على عدتها من الطلاق الاول ولو ارتجع من الاول انقضت العدة ثم ان طلقها بعد ذلك في المرض كان لهذا الطلاق حكمه فورثته وان مات بعد انقضاء العدة قال معناه ابن المواز (مسئلة) ولو طلق زوجته نصرانية أو أمة في مرضه ثم أسلمت النصرانية واعتقت الأمة بعد العدة ومات بعد ذلك من مرضه ذلك ورثته رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لارثانه ولا يترث في ذلك وكذلك لو طلقها البتة الا أن يطلق واحدة وتموت في العدة بعد ان أسلمت هذه وعتقت هذه فترثانه وجه قول ابن القاسم انه مات وحرمتها واحدة بعد ان طلق في المرض فثبت الميراث للمرأة كما لو كانت مسلمة حين الطلاق ووجه قول ابن القاسم ما احتج به لانها لم تكن وارثة حين طلقها فلم يقتض بطلانها اياها اخراجه من الميراث (مسئلة) من حلف ليقتضين فلانا حقه فرض الخالف ثم حنث في مرضه ومات منه قال أبو حنيفة والشافعي لارثته وقال المعيرة ان كان بين الملك فلم يقضه فامرأته أنه ترثه كالمطلق في المرض وان كان عديما فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات فقد حنث ولا ترثه وقال سحنون عن أبيه لا أعرف هذا ولا أراه وقال أصحابنا انها ترثه بكل حال لانه طلاق وقع في المرض وجه قول المعيرة انه لم يكن له مال علم به فلم يقصد طلاقها ولا اخراجه من الميراث فلذلك لم ترثه ووجه ما قال سحنون ما احتج به من مراعاة وقت الطلاق لا وقت ايقاعه والله أعلم (مسئلة) ولو كان الخنث من سبها مثل أن يحلف وهو صحيح بطلاقها ان دخلت الدار فدخلتها وهو مريض قاصدة الى طلاقه فهي طالق ولا ميراث لها رواه زياد بن جعفر عن مالك والمشهور من منذهب أصحابنا انها ترثه وجه القولين ما تقدم ذكره ص **✶** مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج ان عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض **✶** وحديثي عن مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فأذنيي فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

✶ وحديثي عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج أن عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض ✶ وحديثي عن مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فأذنيي فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مرض
فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها **ش** قول عبد الرحمن بن عوف لما سأله امرأته
الطلاق اذا حضت ثم طهرت فأت ذنبي مراعاة لسنة الطلاق لانه قد كان أصابها في ذلك الطهر وسنة
الطلاق أن يطلق في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه ويقال ان هذه المرأة هي تماضر
بنت الأصبع أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف فلم تبلغ الوقت الذي رسمه لها حتى مرض عبد
الرحمن بن عوف مرضه الذي توفي فيه فلما آذنته بذلك طلقها طلاقا باناما انه جمع الثلاث ان كان
يرى اياها ذلك أو طلق آخر طلقه بقيت له فيها وقد فسرد ذلك الراوي

فطلقها البتة أو تطليقة لم
يكن بقي له عليها من
الطلاق غيرها وعبد الرحمن

ابن عوف يومئذ مرض
فورثها عثمان بن عفان
منه بعد انقضاء عدتها
* وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن محمد بن
يحيى بن حبان قال كانت
عند جدتي حبان امرأتان
هاشمية وأنصارية فطلق
الانصارية وهي ترضع
فمرت بهاسنة ثم هلك عنها
ولم تحض فقالت أنا أرثه
لم أحض فاخصمتنا الى
عثمان بن عفان ف قضى لها
بالميراث فلامت الهاشمية
عثمان فقال هذا عمل ابن
عمك هو أشار علينا بهذا
يعني علي بن أبي طالب
* وحدثني عن مالك انه
سمع ابن شهاب يقول اذا
طلق الرجل امرأته
ثلاثا وهو مرض فانها ترثه

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه يقتضى ان عثمان رضى الله عنه ورث نساء المطلق
في المرض وان كان سبب الطلاق من فعله لان هذه الزوجة هي سألت عبد الرحمن بن عوف
الطلاق ورغبته وقد ورثها عثمان مع ذلك وقد : هل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلا لانه امام حكم
في قضية رجل مشهور أحد العشرة ومثل هذا ينتشر قضاؤه في الأمصار وينقل الى الآفاق فلم يتوصل
عن أحد من الصحابة ولا غيرهم في ذلك خلاف فثبت انه اجماع منهم على تصويبه

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها يراد والله أعلم وقسمات بعد انقضاء عدتها
لان وقت الحكم لها بالميراث لا تعتبر فيه العدة وانما تعتبر في الوفاة التي استحق بها الميراث واذا كانت
بائنا منه ورثها مع ذلك فلا فرق بين أن يتوفى في العدة أو غيرها لانها ليست ترث مطلقه بائنا متوفى
في عدة فحكمها وحكم التي قد انقضت عدتها في ذلك سواء **ص** مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد
ابن يحيى بن حبان قال كانت عند جدتي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق
الانصارية وهي ترضع فمرت بهاسنة ثم هلك
ولم تحض فقالت أنا أرثه
لم أحض فاخصمتنا الى
عثمان بن عفان ف قضى لها
بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب
رضى الله عنه * مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مرض فانها
ترثه **ش** قوله فطلق الأنصارية وهي ترضع فتوفى فانقضت سنة ولم تحض يراد والله أعلم ان
الأنصارية لم تحض لاجل الرضاع حتى توفي زوجها وذلك ان ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب
معروف ولغير سبب معروف فأما ما كان لسبب معروف فكالرضاع والمرض فان تأخر للرضاع
فانها لا تعتد الا بالاقراء طال الوقت أو قصر وقد اخرج القاضي أبو محمد في ذلك بالاجماع قال فان حبان
ابن منطلق امرأته وهي ترضع فكثرت نحو سنة لا تحيض لاجل الرضاع ثم مرض نوحا في أن ترثه
ان مات نوحا ههنا الى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فقال لهما ما ترى انما ترثه لانها ليست
من القواعد اللاتي ينس من الحيض ولا من اللاتي يحضن ففيه عنده على حيضها ما كان لم يمنعها الا
الرضاع فان تزوج حبان ابنه فلما حضت حيضتين مات حبان فورثت منه واعتدت عدة الوفاة قال
القاضي أبو محمد فاجمعوا ان التأخير بالرضاع لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض وعلو ذلك بانها ليست
ممن لم يحض ولا ممن ينس من الحيض ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر في تأخير
الحيض فلا يكون ذلك ريبه واذا لم يكن ريبه وجب انتظار زواله والاعتبار بالحيض اذ هي
ممن تحيض

(فصل) وقوله هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا أراد تطيب نفسها بان ما حكم به ولا مت عليه
لم يحكم به الا بعد مشاوره العلماء وان ابن عمها علي بن أبي طالب الذي لا تشك هي في اشفاقه عليها

وارادته الخيره لها هو من أفتى بذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك وان طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وان دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث ﴿ قال مالك البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴾ ش قوله في غير المدخول بها يطلقها زوجها وهو مريض ان لها نصف الصداق وبه قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمربن عبد العزيز والنخعي وغيرهم وقال الحسن البصري لها الصداق كاملا والدليل على ما نقوله ان هذه مطلقة قبل البناء بها فلم يكن لها الصداق كاملا كما لو طلق في الصفة

(فصل) وقوله ولها الميراث روى نحو ذلك عن عطاء لها نصف الصداق والميراث خلافا للزهري وعمربن عبد العزيز ووجه ذلك انه مطلق في المرض لو لم يطاق فيه لكان لها الميراث فلم يكن لها اسقاط ميراثها بالطلاق كالذي دخل بها (فرق) والفرق بين تكميل الصداق والميراث ان الصداق عوض في معاوضته ونصفه يجب بالعقد فليس له اسقاطه ونصفه يجب بالدخول أو بالموت على حكم الزوجية وله ابطال ذلك بالطلاق وأما الميراث فهو قد تعين لها بعوضه تستحق استيفاؤه بعد موته فلم يكن لها اسقاطه

(فصل) وقوله ولا عدة عليها خلافا للحسن في قوله لها الصداق والميراث وعليها العدة وجه قول مالك انها مطلقة لم يبن بها فلم تكن عليها عدة كما لو طلقها في الصفة لان الطلاق في المرض انما يؤثر في الميراث دون العدة ولذلك لو طلقها حال المرض فتر في بعد انقضاء عدتها أو كان طلاقها بائنا لم تنقل الى عدتها الوفاة وكان لها الميراث

﴿ ما جاء في متعة الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فقع بوليدة ﴿ ش قوله طلق امرأته فقع بوليدة يريد أعطاها اياها بائر طلاقه اياها قال الله تعالى وللطائفات متاع بالعرف واختلف العلماء في المتعة فذهب مالك الى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق ولا يحكم بها عليه قال مالك انها حق على الزوج ولا يقضى بها عليه ويعرضه السلطان عليها ولا تنحاص الغرما بها وهي لكل مطلقة لا ترد شيئا مما أخذت وهي على المولى اذا طلق عليه قاله ابن المواز لانه طلاق سلم من نهاية المقابحة وارتجاع شيء من الزوجة فاما من ترد شيئا مما أخذت فكيف يزاد عليه وكذلك المنارقة عن مقابحة كالملاعة فلامتعة لها قال الشيخ أبو اسحق لان المتعة تسلية عن الفراق والملاعن لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات (مسألة) والتي لم يسم لها الصداق اذا دخل بها لها المتعة كالتى سعى لها ودخل بها والصداق لانه لا ينزع منها شيء ولا فارقت عن نهاية مقابحة فكان لها المتعة كالتى سعى لها ودخل بها (مسألة) فان طلقها بعد البناء بها ثم راجعها قبل أن يمتعها فلامتعة لها قاله ابن وهب وأشهب لان المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم والله أعلم وقد قال ربيعة انما المتعة لمن لا رد له عليها يريد لمن لا رجعة له عليها والتي له عليها رجعة فلم ترجع حتى انقضت العدة فقد صارت في حكم من لا رجعة له عليها وذكروا فضل بن مسامة نحو هذا وهذا يقضى ان وقت المتعة من الطلاق الرجعي اذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة (مسألة) وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده فلامتعة فيها ووجه ذلك انها التي اختارت الفراق فلا تسلى عن المشقة التي تلحق بها ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

﴿ قال مالك وان طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وان دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴿ ما جاء في متعة الطلاق ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فقع بوليدة ﴿ وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

الله وسأني ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولا بن عمر في ذلك قول آخر وهو ان المراعى في الطلاق
 رق أحد الزوجين وبه أخذ أبو ثور والله أعلم ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من
 أذن لعبد أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شيء فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه
 أو أمة وليده فلا جناح عليه * ش قوله رضى الله عنه ان من أذن لعبد في النكاح فالطلاق
 بيد العبد يردان السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته ولا يوقع عليها طلاقا ولا يمنع العبد من
 إيقاع ذلك وان كان له منعه من النكاح وهذا قال جمهور الصحابة عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف
 وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر فقهاء الحجاز والعراق وروى عن جابر بن عبد الله وعبد
 الله بن عباس ان الطلاق بيد السيد وقال غيرهما ان كان السيد زوجته فالطلاق بيد العبد وان كان
 اشتراه مزوجا فله أن يفرق بينهما والدليل على ما نقله ان السيد لم أذن له في النكاح فقد أذن
 له في أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع
 (فصل) وقوله وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها كإله أن ينتزع أمة وليده لان للسيد أن
 ينتزع مال عبده وامائه

* نفقة الأمة اذا طلقت وهي حامل *

ص * قال يحيى قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا باننا
 نفقة وان كانت حاملا اذا لم يكن له عليها رجعة * قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند
 قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الاباذن سيده * ش قوله رحمه الله
 لا تجب النفقة على عبد ولا على حر طلقا مملوكة يريد والله أعلم الطلاق البائن فلان نفقة لها وان كانت
 حاملا لان ابنها رقيق لسيدها فالنفقة تلزمه دون الزوج المطلق وهذا قال الشافعي وجمهور الفقهاء
 وروى عن الحسن والحكم أن النفقة على الزوج الحري طلاق الأمة وهي حامل ووجه القول الأول ان
 هذه نفقة تجب بسبب الولد وهو عبد فلم يلزم اياه أصل ذلك نفقة بعد الانفصال من الرضاع وغيره
 وأما ان كان الطلاق رجعيا فحكمها حكم الزوجة في النفقة بعد ان شاء الله تعالى
 (فصل) وأما العبد يطلق الحرة حاملا فلان نفقة عليه لان نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن
 وليس للعبد أن ينفق مالا لسيدة فيسحق الانتزاع والمنع من التصرف في علي ابنه وهو حر كما ليس له
 ذلك بعد الولادة

(فصل) وقوله وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين يريد ليس عليه رضاع ابنه
 وكذلك ليس عليه نفقته وأجمع العلماء على هذا من يقول بالنفقة على الحامل ومن لا يقول بذلك
 ووجهه ان العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره وهذا عند مولى الأم فكانت نفقته ومؤنته عليه

* عدة التي تفقد زوجها *

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقت
 زوجها فلم تدر أين هو فاتها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل * ش قوله
 رضى الله عنه أيما امرأة فقت زوجها فلم تدر أين هو فاتها تنتظر أربع سنين لم يعتبر بما أقامت قبل
 أن ترفع اليه ولو أقامت عشرين سنة والمفقود الذي ذهبت فيه الى عمر بن الخطاب هو الذي يغيب عن

* وحدثني عن مالك عن
 نافع ان عبد الله بن عمر
 كان يقول من أذن لعبد
 أن ينكح فالطلاق بيد
 العبد ليس بيد غيره من
 طلاقه شيء فاما أن يأخذ
 الرجل أمة غلامه أو أمة
 وليده فلا جناح عليه
 * نفقة الأمة اذا طلقت
 وهي حامل *

* قال مالك ليس على حر
 ولا على عبد طلقا مملوكة ولا
 على عبد طلق حرة طلاقا
 باننا نفقة وان كانت حاملا
 اذا لم يكن له عليها رجعة
 * قال مالك وليس على
 حر أن يسترضع ابنه وهو
 عند قوم آخرين ولا على
 عبد أن ينفق من ماله على
 ما يملك سيده الاباذن سيده
 * عدة التي تفقد زوجها *

* حدثني يحيى عن مالك
 عن يحيى بن سعيد عن
 سعيد بن المسيب أن عمر
 بن الخطاب قال أيما امرأة
 فقت زوجها لم تدر أين
 هو فاتها تنتظر أربع
 سنين ثم تعتد أربعة أشهر
 وعشرا ثم تحل

امرأته بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين ولم يفقد في معركة فيغلب على الظن هلاكها فيها فهذا اذا
 رفعت امرأته أمرها الى السلطان قال عيسى عن ابن القاسم المفقود على ثلاثة أوجه مفقود
 لا يدري موضعه فهذا يكشف الامام عن أمره ثم يضرب له الأجل أربع سنين ومفقود في صف
 المسلمين في قتال العدو فهذا لا تنكح زوجته أبدا وتوقف هي وماله حتى ينقضى تعبيره ومفقود في
 قتال المسلمين بينهم لا يضرب له أجل ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده فالمفقود الذي ذكره ابن القاسم
 أو لاهو الذي يسأل أهله عن وجهه مغيبه ووجه سفره وعن وقت انقطاع خبره ثم يسأل ويبحث عن
 خبره وروى ابن القاسم عن مالك ويكتب الى ذلك الموضع في الكشف عن أمره فان لم يوقف له
 على خبره استأنف لها ضرب أجل أربع سنين فان جاء في المدة أو جاء خبر حياته فهي على الزوجية
 وان لم يأت ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة اعتدت عدة الوفاة فان جاء في العدة فهي على الزوجية
 وان انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه أو مجيئه علم بحياته فقد حلت للزوج وانما قلنا ان الامام يضرب
 لها اجلا بعد البحث عن أمر الذي به يعلم انقطاع خبره لماذا ذكره القاضي أبو محمد ان ذلك اجاع
 الصعابة لانه مروى عن عمرو عثمان قال وروى مثله عن علي وجماعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر
 الصعابة مخالف فثبت أنه اجاع ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق في الزوج ولو كان حاضر الفرق
 بينهما بالعنة ومغيب عينه أشد من العنة فان ثبت لها الفرقة به أولى وهذا الذي ذكره أبو محمد في
 المسئلة والذي روى عن علي ذلك رواه عنه خلاص وفي روايته عنه ضعف وروى عنه انه قال هي
 امرأة ابتليت فلنصبر حتى يأتيها موت أو فراق وهي أسانيد غير متصلة وما اتصل منها فليس بقوى
 وهي مع ذلك تحتل التأويل وروى مثل قول عمرو عثمان عن ابن عمر وابن عباس واتفق عليه أهل
 المدينة وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه وقال أبو حنيفة والشافعي هي زوجة الأول والله
 أعلم (مسئلة) وانما يقدر الأجل بأربعة أعوام لأن الناس بين بقائلين قائل يقول لا يضرب لها أجل
 وقائل يقول يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فمن قال انه يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فقد
 خالف الاجاع ومن جهة المعنى ان الأغلب من حال هذه المدة انه يسمع فيها خبر من كان حيا في بلاد
 المسلمين مع البحث والسؤال عنه ومكتبة الجهة التي غاب اليها بأمره وقد قال ابن الماجشون
 لا يضرب له الأجل الا الامام الأعظم فان ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر اليه وجعل ذلك لم يأتف
 ضرب الأجل ولكنه يحسبه من يوم نبت عنده بعد الفحص عنه (مسئلة) وحكم الامام بأربع سنين
 حكم للزوجة عليه بذلك فاذا انقضت الأربع سنين كان لها أن تعتد دون اذن الامام قاله ابن القاسم
 في المدونة وعدتها لانه انما يحكم بموته في حقها فاذا انقضت عدتها حلت للزوج قال القاضي أبو محمد
 ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها الى اذن الامام في تزويجها قال لان اذنه قد حصل بضرب الأجل
 (مسئلة) وان كان له نساء فرفعت احدها من أمره الى الامام وأبي سائرهن فضرِب للقاتمة الأجل
 بعد البحث قال يحيى بن عمر بلغني أن ابن القاسم سئل عنها فتفكر ثم قال أرى ضرب الأجل للمرأة
 الواحدة ضربا بالجميعين فاذا انقضت الأجل تزوجن ان أحبين (مسئلة) وهل على امرأة
 المفقود احدات في العدة قال مالك وابن نافع عليها الاحداد وقال ابن الماجشون لا احدات عليها وجه
 قول مالك انها عدة من وفاة ائمة بما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر انه لو كان حيا لم يسمع خبره ووجه
 قول عبد الملك انها فرقة يحتمل بها طلبة فلم يجب في العدة احدات كطلاق الحاضر (مسئلة)
 وحكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها اذا فقد حكم المدخول بها في الأجل والعدة وختلف في صداقتها

فقال مالك لها جميعه وقال ابن دينار لها نصفه قال القاضي أبو محمد وجه قولنا لها جميع الصداق أن أمره ينزل على الوفاة وذلك يوجب لها جميع الصداق وقولنا لها نصف الصداق وانها فرقة تحسب طلقة كالطلاق وقد قال غيرهما من أصحابنا أن كان دفعه اليها لم ينزع منها وان لم تكن قبضته لم تعط الانصفه (فرع) فاذا قلنا لها جميع الصداق فقد قال مالك ما كان منه معجلا معجل وما كان مؤجلا بقي الى أجله وقال عبد الملك يعجل لها نصفه ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتمير فتأخذها وروى ابن سعدون عن أبيه يعجل لها جميع الصداق ووجه تأجيل البعض أن الفرقة مرعاة لا بدري أو وفاة هي أم طلاق فيوقف لها نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلقة بدخول الزوج الثاني أو بعقده على اختلاف أصحابنا في ذلك فسقط نصف الصداق في ذلك لأنها طلقة إلا أن يأتي الخبر انه توفي قبل ذلك فيكون لها ذلك النصف وهو الذي ذهب اليه سعدون وأما من يقول انه يبقى الى أجله فلأن حكمه باق في ماله على ما كان عليه من الحياة فلا تحل ديونه وقدر وى عن أصبغ انه يقضى دينه من ماله حل دينه أو لم يحل ويوقف ميراثه الى أقصى عمره ووجه قول عبد الملك انه لما قضى بتوحيته في حقها كان أقل ما يجب لها نصف الصداق ان كان طلاقا فعجل ذلك وانما تستحق الباقي بوفاته فتبقي حتى يحكم بها وأراه يريد ما لم تزوج فيحكم بالطلاق على ما ذكره سعدون والله أعلم (فرع) فاذا قضى لزوجته بجميع الصداق ثم قدم قال الشيخ أبو محمد يريد وقد تزوجت فقدر وى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ترد نصفه ثم رجع فقال لا ترد شيئا كالميت والمعتز بعد التلوم عليه (مسألة) وينفق على امرأه المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله في مدة الأربع سنين وينفق في مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويته له وللتوفى زوجها نفقة العدة (فرع) فان أنفق عليها في أربع سنين ثم جاء الخبر انه قد كان مات قبل ذلك ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفي الزوج وكذلك ولده فيما أنفق عليهم

(فصل) وأما الضرب الثاني من المفقودين وهم من فقد في قتال المشركين فقدر وى عيسى عن ابن القاسم ان زوجته لا تزوج أبدا توقف هي وماله حتى يأتي عليه من العمر ما لا يجيء الى مثله وقال مالك انما يضرب الأجل للمفقود في أرض الاسلام لا يبلد الكفر ولو علم بموضع الاسير يبلد الكفر ثم انقطع خبره لم يقض فيه بفراق ولا أجل وروى أشهب عن مالك في العتبية فيمن فقد بين الصفين في أرض العدو وأرض الاسلام فلتنربص امرأته سنة من يوم ينظر في أمره السلطان ويضرب له الأجل ثم تعتد وقال أصبغ في كتاب ابن المواز في فقيده المعتزك اذا كان يبلد بجميع كافر يقيه أو يبلد العدو فهو كالمفقود (فرع) فاذا قلنا به مرفق قدر وى عن مالك أشهب يعمر سبعين سنة وروى ابن كنانة في المجموعة ان مالك قال في ان مات الاولاد وأوصى ان ينفق عليهن حياتهن بتعمير بمائتي سنة وقال ابن المواز التعمير في المفقود وغيره من السبعين الى المائة قال عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وتوجيه ذلك كله يأتي في الوصايا ان شاء الله تعالى (فرع) فاذا قلنا بتعمير السبعين فان ذلك لمن فارق قبل السبعين فان غاب ابن سبعين فقدر وى أشهب عن مالك يعمر ثمانين فان غاب ابن ثمانين عمر تسعين فان غاب ابن تسعين عمر مائة ويعمل في كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد

(فصل) وأما الضرب الثالث من المفقودين في فتن المسلمين فقدر وى عيسى عن ابن القاسم

لا يضرب له أجل ويتلوم الامام لزوجه بقدر انصراف من انصرف وانهمزم ثم تعتد زوجه وتزوج
الآن يكون فطرا بعيدا عن بلده كافر بنية أو نحوها فانها تنتظر سنة ونحوها قال في كتاب محمد تعتد
وقال في العتبية ويقسم ماله قال سحنون ان ثبت حضوره في المعتك بالعدول وان لم يشهد بموته
واعتد زوجه من يوم المعتك فان كان اعماراً أوه خارجاً من العسكر ليس في المعتك فهو كالمفقود
يضرب له أجل المفقود وقال ابن حبيب ان فقد في معتك المسلمين في بعد فلتتربص بامرأته سنة ثم
تعتد ويؤخر ميراثه الى التعمير قال أصبغ الآن تكون المعركة في موضعه فلا تتربص أكثر من
العدة ويقسم ميراثه وقد قال أشهب عن مالك فبين فقدين الصقين تربص بامرأته سنة ثم تعتد وقال
ابن القاسم العدة داخله في السنة ثم رجع فقال هي بعد السنة عدة الوفاة ووجه ذلك الحكم بالظاهر
انه اذا كان في موضعه فالظاهر انه اذا فقد في المعتك انه مقتول لأنه لو سلم لعاد الى موضعه وان كان
بموضع بعيد يضرب له أجل سنة لأن الظاهر انه لو سلم لسمع خبره في السنة وفرق بين حرب المسلمين
وحرب العدو على رواية عيسى ان العدو ذوأمر فينقطع خبره مع حياته ولذلك من فقد في بلاد
الحرب لم يضرب له أجل المفقود ومن فقد في بلاد المسلمين يضرب له أجل المفقود لأن الظاهر ان
كل من كان في بلاد المسلمين مطلق الدواعي متمكن من المكاتب والمراسلة وتتصل أخباره من بلد
مقامه الى بلد أهله بخلاف من كان في بلاد الحرب والله أعلم ص **قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء
عدتها فدخل بها ولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول اليها** **قال مالك وذلك الأمر
عندنا وان أدركها زوجها قبل أن تزوج فهو أحق بها** **قال مالك وأدركت
الناس ينكرون الذي** **قاله بعض الناس على عمر** **ابن الخطاب أنه قال يخبر
زوجها الأول اذا جاء في صداقها** **وفي أمرأته ش** **عندنا كما قال انه لا خلاف انه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها وانما الخلاف
في فواتها بالعتد**

قال مالك وان تزوجت بعد
انقضاء عدتها فدخل بها
زوجها أول يدخل بها فلا
سبيل لزوجها الأول اليها
قال مالك وذلك الأمر
عندنا وان أدركها زوجها
قبل أن تزوج فهو أحق
بها **قال مالك وأدركت**
الناس ينكرون الذي
قاله بعض الناس على عمر
ابن الخطاب أنه قال يخبر
زوجها الأول اذا جاء في
صداقها وفي أمرأته

(فصل) **وقوله أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخبر
زوجها الأول اذا جاء في صداقها وفي أمرأته يحتمل وجهين أحدهما انهم ينكرون هذا القول مع
صحة عن عمر ولكنهم لا يرونه ولا يعمدون به وذلك ان من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل
له الى المهر غير أن هذا لا يؤثر فيما ذكره شيوخنا من الاجماع لأن الاجماع حصل في أن يضرب لها أجل
وتعتد ثم يستجيب النكاح ولو لم يصح ذلك كله لم يخبر الزوج الآن والوجه الثاني انهم ينكرون الرواية
وهذا قدر واه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر وعثمان قضيا في المفقود ان
امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشر ابعده ذلك ثم تزوج فان جاء زوجها الأول خبير بين
امرأته وبين الصداق قال الزهري يغرمه الزوج وقال معمر تغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من
الارسال فلا يمنع أن تنكر على روايتها فان معمر اقدر وى بالعراق عن الزهري ما حديث من حفظه
وعم في كثير منها وقد تنكر الرواية على الثقة اذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله أعلم
(مسألة) **واذا دخل بها الثاني في نكاح فاسد يفسخ بغير طلاق فالأول أحق بها وان كان يفسخ
بطلاق كنكاح المرأة بغير إذن الولي ونكاح العبد بغير إذن سيده فلا سبيل للأول اليها ويجب أن****

يعتبر في ذلك ما يفسخ بعد البناء دون ما لا يفسخ والله أعلم (فرع) واذا فانت على الأول بعقد الثاني عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقه تطليقة وذلك أن الفرقة في حياة الزوج لا تكون الا لفساد في العقد أو فساد يطرأ عليه أو طلاق ولم يوجد ما يوجب الفسخ فكان طلاقاً صريحاً قال مالك وبلغني أن عمر بن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم راجعها فلا تبليغها رجعتة وقد بلغها طلاقه اياها فترجعت ان دخل بها زوجها الآخر ولم يدخل بها فلا سييل لزوجها الأول الذي كان يطلقها اليها قال مالك وهذا أحب ما سمعت الي في هذا وفي المفقود في ش وهذا مما اختلف فيه أيضاً فقد قال محمد بن القاسم في المطلق والمطلقة في رجعتة لم تعلم رجعتة حتى تزوجت ان عقد الثاني عليها يفيتها قال ابن القاسم ثم ان مالكا وقف قبل موته بعام أو نحوه في امرأة المطلق فقال زوجها الأول أحق بهما لم يدخل بها الثاني وأما المنع لها زوجها فانها ترجع للأول وان ولدت من الثاني أو لادا والفرق بين المنع لها زوجها وبين هذين ان المنع لها زوجها لم يكن ذلك من قبل الزوج ولا حكم امام بصحة فعلها فلذلك لم تنف على زوجها وأما المفقود فان فرقتها بحكم امام واجتهاده والمطلق الذي كرم رجسته بسبب ذلك من قبله والله أعلم (مسألة) ولو كانت الزوجة أمة فلم تعلم بازجعة حتى وطئها سيدها فان ذلك يفيتها على زوجها لان وطئ السيد بمنزلة وطئ الزوج في تفويتها على المفقود والذي خفيت رجعتة رواء أشهب عن مالك

(فصل) وقوله رحمه الله وهذا أحسن ما سمعت في هذا يقتضى انه قد سمع خلاف هذا ولعله أراد به ما روى ان أبادلف طلق امرأته ثم خرج مسافراً وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ولا علم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عمر عن ذلك فقال ان دخل بها فهي امرأته والا فهي امرأتك ويحتمل أن يكون مالك أشار الى هذا والله أعلم

﴿ ما جاء في الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ﴾

أما الاقراء فالك وأهل الحجاز يقولون هي الاطهار وقال أبو اسحق الاقراء والقروء واحدها قروء مثل فرع وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة وأنشدوا قول الأعشى

مورثة مجدا وفي الاصل رفعة * بما ضاع فيها من قروء نساءكا

والذي ضاع ههنا الاطهار قال بعض أهل اللغة والقروء معناه الجمع ولذلك ما قرأت الناقسة سلاقط أي لم يضم رحها جني ناقط وأنشدوا لعمرو بن كلثوم

تريك اذا دخلت على خلاء * وقدأمنت عيون الكاشحيننا

ذراعي عيطل ادماء بكر * هجان اللون لم تقرأ جنيينا

وهذا يدل على أن القروء الطهر لانه فيه يكون الجمع وأما وقت الحيضة فليس بوقت جمع وانما هو وقت اراقته ووفق ولذلك يقال قرأت الماء في الحوض اذا جمعت فيه ولا يقال ذلك في وقت اراقته والارسال والله أعلم ومنهجه أهل الكوفة ان القروء الحيض يقال اقراء وقروء وقال الاصمعي القروء الحيض يقال قرأت المرأة اذا حاضت وقاله الكسائي والقراء وقال الأخفش قرأت المرأة اذا حاضت وأنشدوا

يارب ذى ضغن على فارض له * قروء كقروء الحائض

وهذا يحتمل أن يريد به الوقت وقال أبو اسحق هذا بالوقت أشبه وقال أبو عبيدة القريء يصلح للطهر

قال مالك وبلغني أن عمر ابن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم راجعها فلا تبليغها رجعتة وقد بلغها طلاقه اياها فترجعت انه اذا دخل بها زوجها الآخر ولم يدخل بها فلا سييل لزوجها الاول الذي كان يطلقها اليها قال مالك وهذا أحب ما سمعت الي في هذا وفي المفقود

﴿ ما جاء في الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ﴾

والحيض وبه قال أبو اسحق الزجاج واليه ذهب القاضي أبو اسحق غير انه قال وهو في الطهر أظهر ومع ذلك فإنه إذا احتمل المعنيين وجدناه مستعملا في الشرع في الطهر قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في هذا الوقت كما يقول الرجل وكتب لفرقة الشهر يريد في هذا الوقت ولا خلاف انه إنما يؤمر بالطلاق وقت الطهر فيجب أن يكون هو المعتبر به في العدة فإنه قال تعالى فطلقوهن لعدتهن يعني وقتا تعد به ثم قال تعالى وأحصوا العدة برسما تعد به المرأة المطلقة وهو الطهر الذي تطلق فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم لم يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وذلك بقية ضي أن زمان الطهر هو الذي يسمى عدة وهو الذي يطلق فيه النساء ولا خلاف ان من طلق في حال الحيض لم يعد بذلك الحيض ومن طلق في حال طهر فانه تعد عندنا عندنا بذلك الطهر فكان ذلك أولى قال القاضي أبو اسحاق ولان الاقراء انما شرعت للعلم براءة الرحم أو لتغلب على الظن براءته فاذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم فاذا حاضت الثانية والثالثة تأكيدا لبراءة الرحم فحلت للزواج ولم تنتظر بقية الحيض لان آخر الحيض أضعف من أوله فلا معنى لمراقبته بدل على ذلك ان من وطئ أمته أو أراد بيعها جاز له ذلك بدخولها في الحيضة ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر وقال أبو عمرو بن العلاء القراء الوقت وهو يصلح للطهر والحيض ويقال هذا قاري الرياح أي ونمت هبوبها وهذا القول يقرب من قول من قال انه يقع على الأمرين وقال المتأخرون من أصحابنا ان القراء هو الخروج من طهر الى حيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي عبيدة ما يقرب من ذلك وقال هو خروج من شيء الى شيء فخرجت من طهر الى حيض أو من حيض الى طهر

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فلما يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعدوان شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء

(فصل) الطلاق الشرعي هو من فرقة الزوجة يقال طلق المرأة وحكى طلق والمرأة طالق وزعم بعض أهل اللغة ان الماء سقطت من طالق لانه لاحظ التذكير فيه وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة وقال ان مثل هذا في لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر يقال بعير ضامر وناقه ضامر وشاغل وزعم سيبويه انه وقع على لفظ التذكير صفة للمؤنث وذلك بمعنى النسب نحو قولهم امرأة مذكار ورجل مذكار يريدون ذات ذكور وكذلك امرأة طالق يريدون ذات طلاق فاذا أجزته على الفعل قلت طالقة قال الأعشى

أي جارتى بيني فانك طالقة * كذاك أمور الناس غاد وطارقه

ص مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فلما يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعدوان شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء * من قوله ان عمر طلق امرأته وهي حائض يحتمل أن يثبت ذلك باقرارهما أو بينة تشهد بذلك من النساء فان أقرت المرأة انها حائض وأنكر ذلك الزوج قال ابن سعدون عن أبيه هي مصدقة ولا تكشف ولا ينظر اليها النساء ويجوز على الرجعة وجه ذلك ان هذا حكم من أحكام الحيض فكانت المرأة مصدقة فيه كأنقضاء العدة وروى أصبغ عن ابن القاسم فبين طلق فقالت طلقني في الحيض فقال بل طلقك وأنت طاهر القول قوله ومعنى ذلك أن تقوله بعدما طهرت وأما اذا قالته قبل أن تقر بالطهر فالقول قولها على ماتقدم قال وقد قيل ان القول قوله

(فصل) سؤال عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن طلاق ابنه عبد الله امرأته في حال حيضها لما ظهر اليه من منع ذلك أو لما سمع من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك من المنع ولم يسمع منه حكم ما ينزم من فعل ذلك ووقع منه وقد قال مالك وأصحابه لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة في دم حيض ولا دم نفاس لما ذكر في آخر الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وهذا يقتضى منع الطلاق في غيرها (مسئلة) ولا يجوز زله أن يصالح امرأته في الحيض قاله ابن القاسم وأشهب وأما الطلاق الذي يكون بغلبة من السلطان فبين به جنون أو جذام أو عتة أو لعدم النفقة فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب لا تطلق عليه في دم ولا حيض ولا نفاس والأمة تعتق في الحيض لا ينبغي أن تختار حتى تطهر فإن فعلت مضي وأما المولى فروى أشهب لا تطلق عليه حال الحيض وروى ابن القاسم عن مالك تطلق عليه وجهه الرواية الأولى ما احتج به مالك قال وكيف أطلق عليه وأجره على الرجعة ووجه القول الثانی ان الطلاق حق للزوجة قد وجب عليه لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر إلى قوله وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى فيجب أن يقضى بالحقين وقد تقدم في كتاب الطلاق لزوم ما يوقع من الطلاق حين الحيض وبالله التوفيق (مسئلة) واذا رأت الحائض القصة البيضاء فلا يطلها زوجها حتى تغتسل ووجه ذلك ان هذه حالة هي ممنوعة فيها من الصلاة ووطء الحائض لا حل الحيض فوجب أن يمنع الطلاق أصل ذلك مادامت متضافاً واوضعت الحامل ولداً وبقى في بطنها آخر فطلقتها الزوج فقد قال الشيخ أبو عمران ان قلنا تطلق الحامل حال الحيض لم يجز ذلك على الرجعة وان قلنا بقول محمد في المستحاضة تميز فطلق حل الحيض يجزى على الرجعة فيجوز الأمر في هذه على تلك (مسئلة) واذا انقطع الدم عن المرأة فطلقتها زوجها ثم عاودها بالقرب أجبر الزوج على الرجعة قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة إذ قد ظهر انه مطلق في وقت يضاق ما بعده من الدم إلى ما قبله فتعد ذلك كله حيضة واحدة كالذي طلق حال الحيض * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندي انه لا يجزى على الرجعة لانه أوقع الطلاق في وقت يجوز إيقاعه فيه ويصح صومه ووطء الزوج فيه كالأول وأتمه حل طهر كامل وقدر أبت ذلك لبعض الصقليين والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للزوج أن يطلق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء ولا يوصف طلاقها بأنه للسنة ولا للبدعة لان حالها واحدة ليست لهما حالان فيخص ايقاع الطلاق باحدهما وانما جميع ذلك الحال وقت للعدة فكانت وقتاً للطلاق (مسئلة) وأما غير المدخول بها ففي طلاقها حل الحيض رواه إستان احدهما ما روى ابن المواز عن ابن القاسم انه قال لا بأس بذلك ونهى عنه أشهب ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من انه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر ووجه قول أشهب انه طلاق حائض فتعلق بالمنع كطلاق المدخول بها وقد قال الشيخ أبو عمران منع أشهب انما هو على الكراهية فاذا قلنا ان ذلك ممنوع فان طلاقها يتنوع إلى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم وان قلنا ان ذلك مباح فلا يوصف بشئ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد في الحامل انه يتخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم ووجدت للقاضي أبي الحسن ان ذلك ممنوع والشيخ أبي عمران ان ذلك مباح وتوجيه القول فيه على ما تقدم (مسئلة) فاما المستحاضة فعلى ضربين مستحاضة لا تميز ومستحاضة تميز فاما التي لا تميز فحكمها حكم الصغيرة واليائسة قال ابن شهاب تطلق المستحاضة اذا طهرت للصلاة قال فجعل ذلك طهرها * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندي

انه أراد التي تميز ويحتمل أن يريد المستحاضة التي تميز والتي لا تميز فيكون طهر التي تميز الاغتسال من الحيض ويكون طهر التي لا تميز الوضوء للصلاة لاسبابها على قول من قال من أصحابنا ان دم الاستحاضة حدث فيه تأثير في منع الطلاق لانه من جنس الحيض الذي يمنعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها ظاهر هذا الأمر وجوبه على عمر رضي الله عنه الأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك له ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع ويقتضى أمر عمر لابنه عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم ولزومه له وان كان أمر عمر بذلك بمعنى لتقدم الحكم عليه فقوله صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها الحكم عليه بذلك وذلك لازم لكل من طلق امرأته في حال حيضها أن يراجعها اذا كان له عليها رجعة فان لم يكن له عليها رجعة لان الطلاق بان يتخلع أو استيفاء عدد الطلاق أو طلق عليه من جنون أو جنام أو عتة أو عسار بنفقة فأما العنين فلا رجعة له لانه طلق قبل الدخول وأما غيره فزوال موجب الطلاق مثل أن يفيق المجنون أو يوسر المعسر أو يخف الجنام الى حال لو كان عليها لم يطلاق عليه فقد قال ابن المواز لكل واحد منهم الرجعة قال محمد بن طلق منهم حدثنا أجيبر بن الرجة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يؤمر بها ولا يجبر ووجه ذلك ما تقدم من الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ومن جهة المعنى انه مضار بتطويل العدة فنفع من ذلك وأجيبر على الرجعة (فرع) فان أمر بالرجعة فامتنع منها ففي كتاب محمد بن المواز عن ابن القاسم وأشهب يهدسوا ابتداء الطلاق أو حدثت فان أبي يسجنه الحاكم فان فعل والاضرب بالسوط ويكون ذلك قريبا في موضع واحد فان تداوى ألزمه الحاكم الرجعة وكانت الرجعة ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقائه على حكم الطلاق معصية فلا بد أن يجترأ على الإفلاع عنها والخروج منها والازم ما يجب من ذلك (مسألة) فان غفل عنه حتى طهرت فعل به أيضا قال ابن القاسم ما لم يخرج من تلك العدة وقال أشهب ما لم تطهر من تلك الحيضة ثم تطهر فلا يجبر ووجه القول الاول ان هذه مدة من العدة فاجبر المطلق على ارتجاعها أصل ذلك الطهر الأول وزمن الحيض وقال ابن المواز قول ابن القاسم أحب لنا لانها رجعة وجبت ووجه قول أشهب ما احتج به انه لو ارتجع لجاز له أن يطلق الآن فلا يجبر الآن على الرجعة لانقضاء الوقت المنهي عن الطلاق فيه وفي هذا الطهر أباح النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر أن يطلق بعد أن يرتجع فلامعنى جبره فيه على الارتجاع (فرع) فان أجيبر على الرجعة ولم ينوها فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا ليس له أن يستفحها فوق الأزار منها حل حيضها ولو نوى الرجعة جاز له ذلك ورأيت للشيخ أبي عمران هي رجعة صحيحة وله الوطء كالتزوج هازلا يلزمه النكاح وله الوطء (مسألة) ولو لم يجبر في الحيض الأول على الارتجاع فلما طهرت طلقها ثانية قبل أن يراجع قال ابن القاسم يجبر على الرجعة ووجه ذلك ان الرجعة واجبة عليه بالطلاق الاول في الحيض فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة الثانية ما بقيت له فيها رجعة (مسألة) وان أجيبر على الارتجاع فارتجع فلما طهرت طلقها ثانية قال ابن القاسم بشئ ما صنع ولا أجبره على الرجعة وجه كراهية طلاقه ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع ثم يمسك حتى تطهر ثم يحيض وهذا عام في ايقاع الطلاق في الطهر الأول وانما لم يجبر على الارتجاع لانه ليس في هذا الطلاق تطويل للعدة فلم يتعلق به حق للزوجة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها حتى تطهر ثم يحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق وان

شاء أمسك قال شيوخنا البغداديون معنى ذلك أن يمسكها في الطهر ليتمكن من الوطء إن شاء لأن مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء فلذلك شرع له أن يمسكها في طهر يكون له فيه الوطء إن شاء لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح فيكون على معنى الاضرار قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا وقال تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا فشرط ارادة الإصلاح في الرجعة والله تعالى أعلم أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده ولفظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق ولو لم يقع الطلاق لقال مرة فليسكنها كما روى الحديث نافع عن ابن عمر وهو أثبت الناس فيه وكذلك رواه سالم عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه وابن شهاب أثبت من يروى عنه وتابعهم على ذلك جماعة ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبيرة وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم عن ابن عمر وقالوا فيه فليراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق بعدوان شاء أمسك وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم عن ابن عمر وزاد فيه ثم إن شاء طلقها طاهر قبل أن يمس أو حاملًا وعلى كل حال فالزيادة من العدل مقبولة لاسيما مثل هذا وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني وروا الزيادة عن ابن عمر والنظر يعضده هذه الرواية وبه قال مالك والشافعي وذنب أبو حنيفة إلى أنه يراجعها وإذا ظهرت كان له أن يطلقها والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما تقدم من الأثر والنظر والله أعلم

(فصل) وقوله إن شاء أمسكها وإن شاء طلق قبل أن يمس يقتضى أنه يقع الطلاق في طهر لم يمس فيه لما في الطلاق في طهر قدمس فيه من اللباس في العدة لأنها لا تدرى أتعبد بالاقراء أو بالحل والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فمكك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء معناه والله أعلم أن يطلق زوجته في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضًا طلق فيه وذلك إن من تزوج امرأه جازله أن يطلقها بعد ذلك في طهر لم يمس فيه والذي طلق في الحيض إذا ارتجع ولو أصبح له الطلاق في الطهر الأول لا يقتضى ذلك أن يطلق في طهر مس فيه أو يكون ارتجاعه بمضى نكاح لا يركن فيه من الوطء وذلك محذور فلذلك منع من الطلاق في أول طهر ليسلم من ذلك (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه يعتد عليه بالطلاق الذي يوقعه في الحيض رجعيًا كان أو بائنًا قال القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد خلافا لمن لا يعتد بخلافهم وهم هشام بن عبد الحكم وابن عيسى وداود والدليل على ما نزه قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسرع بإحسان إلى قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال ولم يفرق بين أن يكون الطلاق في حال حيض أو طهر ولا يخفى أن يريد بذلك تعالى إن الزوج يملك إيقاع هذا المقدر من الطلاق ولم يخص حال دون حال فوجب أن يعمل على عمومهم ويقولون أنه لا يملك إيقاعه أو يريد به أن وقع هذا العدم من الطلاق لزمه فيجب أن يعمل أيضا على عمومهم ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال طلق امرأتى وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتعيط رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال مرة فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلق فيها فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرًا من حيضتها قبل أن يمسا قال والطلاق للعدة كما أمر الله - تزوج قال وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القاضي أبو محمد في الحديث أدلة أحدهما أنه قال صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها قال وهذا لا يستعمل غالبًا في النكاح إلا بالطلاق الذي يعتد به ووجه آخر وهو أنه قال فحسبت من طلاقها والذي كان يعتد به في

ذلك الزمان انما كان النبي صلى الله عليه وسلم وقد شورور في المسئلة وأفتى فيها بما امتثل في حال أن
يعتد بها عبدا لله طلقه من غير أمره صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة القياس انه ازالة ملك مبني على
التغليب والسراية فوجب أن ينفذ في حال الطهر والحيض كالعتق واستدلال في المسئلة وهو أن
ايقاع الطلاق والزامه تليظ ومنعه تخفيف بدليل انه لا يلزم المجنون والصبي والتائم والمغمى عليه
لانهم غير عصاة ويلزم السكران لانه عاص فاذا ثبت انه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به فبان يلزم
من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى ص **مالك** عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن
عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت
في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق
عروة وقد جادلها في ذلك الناس وقالوا ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة
صدقم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار فالتي عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن
عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة رضي الله
عنها **ش** قوله ان عائشة رضي الله عنها انتقلت حفصة حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة
يقضى انها تعتقد انقضاء عدتها واستبراء ما كان لزمها من المقام بسببها وهذا مبني على ما قاله
شيوخنا من أن الاقراء هي الاطهار لانه لا خلاف ان المطلقة المدخول بها مع السلامة تعتد
ثلاثة قروء لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء فذهب عائشة وأكثرا علماء
المدينة ان الاقراء هي الاطهار ويه قال مالك والشافعي وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن فانما تطلق في طهر تعتد به وحتج لذلك بحديث ابن عمر إذ أمره النبي صلى الله عليه وسلم
أن يطلق للطهر ثم قال صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء غير أن آخر
الطهر يجزى عن جميعه وتحقير ذلك ان القراء الخروج من الطهر الى الحيض فاذا رأت الدم
من الحيضة الثالثة فقد كملت لها ثلثة اقراء وانقضت عدتها وكان لها أن تتقل من موضع اعتدادها
وقاله أشهب

(فصل) وقول عمرة وقد جادلها في ذلك أناس يقتضى ان المجادلة مباحة عند الصعابة بل هي مأمور
بها اذا كانت على وجهها من التصدي الى الحق وطلب حقيقة الحكم فان عائشة رضي الله عنها قد أتت
ذلك مع جماعة من الناس وشاع ذلك واشتهر ولم ينكر ذلك أحد عليها فثبت انه اجاع

(فصل) وقولهم ان الله يقدر في كتابه والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء على معنى المنع لهما من
انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة فجاء بهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح غير أن تأويلها على غير ما
ظنتم وذلك انكم تظنون ان الاقراء هي الحيض وانما الاقراء الاطهار وقد قال بعض أصحابنا ان
اسم القراء يقع على الطهر والحيض الا أنه في الطهر أظهر فلي هذا يجب حمله على الطهر من وجهين
أحدهما أنه فيه أظهر فوجب أن يعمل على ظاهره ولا يعدل عنه الا بدليل والوجه الثاني ان الحكم
الثاني اذا علق في الشرع على اسم يتناول معنيين تعلق بأولها وجودا فاذا كان الطلاق في زمن
الطهر فأول الاقراء الاطهار فيجب أن يتعلق الحكم بها

(فصل) وقول عائشة لمن جادلها في ذلك أتدرون ما الاقراء وانما الاقراء الاطهار ان كانت قالت
ذلك لمن ليس من أهل اللغة فواضح لانها أعلمتهم بمقتضاه في اللغة وان كانت قالت ذلك لمن هو من
أهل اللسان والعلم باللغة في العربية فيحتمل أن تكون الاقراء واقعة في الطهر على الحيض فأعلمتهم

وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن عروة بن
الزبير عن عائشة أم المؤمنين
انها انتقلت حفصة بنت
عبد الرحمن بن أبي بكر
الصديق حين دخلت في
الدم من الحيضة الثالثة
قال ابن شهاب فذكر ذلك
لعمرة بنت عبد الرحمن
فقالت صدق عروة وقد
جادلها في ذلك الناس وقالوا
ان الله تبارك وتعالى يقول
في كتابه ثلاثة قروء فقالت
عائشة صدقم تدرون
ما الاقراء انما الاقراء
الاطهار وحدثني عن
مالك عن ابن شهاب انه
قال سمعت أبا بكر بن عبد
الرحمن يقول ما أدركت
أحدا من فقهاءنا الا وهو
يقول هذا يريد قول عائشة

وحدثني عن مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن (١٠٠) سليمان بن يسار أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم

ان المراد به في الشرع الطهر ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر وبعضهم يريد به الحيض فأعلمتهم انه في لغة قريش الطهر وان حمله على مقتضاه في لغة قريش أولى لان القرآن نزل بلغتهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا يريدانه لم يدرك أحدا من فقهاء المدينة الا وهو يقول ان الاقراء هي الاطهار وحق قول أهل المدينة وعائشة وابن عمرو زيد بن ثابت وابن عباس وهم من أهل اللغة فيرجع الى قولهم وقد روى عن عمر وعلي بن أبي طالب وأبي موسى وعبد الله ان القراء الحيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي بكر الأثرم ان أحمد بن حنبل كان يذهب الى ذلك ثم رجع عنه وقال رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف في اسناده الأعمش ومنصور الخالك وحديث ابن المسيب عن علي ليس هو عندى سمعا وهو مرسل أرسله سعيد بن علي وحديث الحسن عن أبي موسى منقطع لان الحسن لم يجمع معه والأحاديث عن قال الاقراء هي الاطهار قوية صحيحة فرجع أحمد الى هذا ص * مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية بن أبي سفيان الى زيد بن ثابت يسئله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها ولا تزنه ولا يرثها * مالك انه بلغه ان القاسم ابن محمد وسالم بن عبد الله وأبا بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يقول اذا فخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها قال مالك وهو الأمر عندنا * مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا يقولان اذا فخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * ش وقوله ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وكان طلقها يقتضى على من ذهب مالك انه طلقها في حال صحته ولو طلقها في المرض الذي توفي منه ولو رثته على ما تقدم

(فصل) وقوله فكتب معاوية بن أبي سفيان في ذلك الى زيد بن ثابت على ما جرت به عادة الأمراء أو الحكام من مشاوره أهل العلم واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالأفاق (فصل) وقول زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها يريدانه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع والنفقة والسكنى والتوارث والمنع من تزوج غيره ص * مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون ان عدة المتحلثة ثلاثه قروء * مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت * ش قولهم ان عدة المطلقة ثلاثه قروء يريدون التي تعتد بالاقراء ولا خلاف في ذلك لنص القرآن وهو قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولفظ يتربصن وان كان لفظه لفظ الخبر فان المراد به الأمر فان خبر البارى تعالى لا يكون بخلاف غيره ونحن نرى من المطلقات من لا تربصن ثلاثة قروء فلذلك على أنه على الأمر

(فصل) وقول ابن شهاب عدة المطلقة ثلاثه قروء وان تباعدت يريدان بعد ما بين القرأين لا يمنع

من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية ابن أبي سفيان الى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها ولا يرثه ولا يرثها * وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبي بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يقول اذا فخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرى منها قال مالك وهو الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن الفضيل بن المهدي أن القاسم بن محمد وسالم ابن عبد الله كانا يقولان اذا فخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * وحدثني عن مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار انهم كانوا يقولون ان عدة المتحلثة ثلاثه قروء * وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الانصار (١٠١) ان امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضرت فاذنني

فلما حضرت آذنته فقال
اذ اطهرت فاذنني فلما
طهرت آذنته فطلقها
* قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك

* ما جاء في عدة المرأة في
بيتها اذا طلقت فيه *
* حدثني يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد عن
القاسم بن محمد وسليمان بن

يسار انه سمع ما يدكران

أن يحيى بن سعيد بن

العاصم يطلق ابنة عبد

الرحمن بن الحكم البتة

فانتقلها عبد الرحمن بن

الحكم فأرسلت عائشة أم

المؤمنين الى مروان بن

الحكم وهو يومئذ أمير

المدينة فقالت اتق الله

واردد المرأة الى بيتها فقال

مروان في حديث سليمان

ان عبد الرحمن غلبني وقال

مروان في حديث القاسم

أو ما بلغه شأن فاطمة بنت

قيس فقالت عائشة لا

يضرك أن لاتذكر

حديث فاطمة فقال مروان

ان كان بك الشر فحسبك

ما بين هذين من الشر

* وحدثنى عن مالك عن

نافع أن بنت سعيد بن زيد

ابن عمرو بن نفيل كانت

نحبت عبد الله بن عمرو بن

عثمان فطلقها البتة فانتقلت

فانكر ذلك عليها عبد الله

ابن عمر

الاعتبار بها ما لم يؤد تأخير القرء الى حال الريبة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص
* مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الأنصار أن امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضرت فاذنني
فلما حضرت آذنته فقال اذا اطهرت فاذنني فلما طهرت آذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك * قول الأنصاري لامرأته اذا سألته الطلاق اذا حضرت فاذنني يحتمل
أن يكون في طهره قد مسها فيه وابقاع الطلاق فيه ممنوع فأمرها أن تؤذنه ببعضها ليسلم طلاقه من
ذلك فلما حضرت قال لها اذا اطهرت فاذنني لان ايقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم فلما
طهرت أوقع الطلاق في طهر لم مسها فيه ولا نعقب حينما طلقها فيه وهو الزمان الذي شرع ايقاع
الطلاق فيه والله أعلم

* ما جاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه *

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أنه سمع ما يدكران أن
يحيى بن سعيد بن العاصم يطلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم
فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة
الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان ان عبد الرحمن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أو ما
بلغك شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لاتذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان
بك الشر فحسبك ما بين هذين من الشر * مالك عن نافع أن بنت سعيد بن عمرو بن نفيل كانت تحت
عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمرو * ش قوله ان
يحيى بن سعيد يطلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة يحتمل أن يكون طلقها آخر ثلاث تطليقات
فان تلك الطلقة توصف بها البتة لان حكمها في ذلك حكم الثلاث وانتقال عبد الرحمن ابنته يريد من
موضع عدتها وهو موضع سكنها معز وجها وذلك ان السكنى وان كانت حقاً من حقوق الزوجية
فان المقصود منه حفظ النسب ولحق الله به تعلق فيغلظ لذلك فليس للزوجة اسقاطه وتم قال مالك
للبتوة السكنى على زوجها في العدة ويحبس ويباع عليه فيه ماله ومعنى ذلك ان هذا حق على الزوج
وان كان له مال يؤخذ به كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة (مسألة) فان لم يكن له مال فقد قال مالك
ان استيقن انه لا شيء له فنلك عليها ومعنى ذلك والله أعلم انه يسقط عنه حق السكنى والنفقة لانه انما
يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى ويسقط مع العدم فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون
عليها أن تنفق على نفسها وهذا في المدخول بها التي يوطأ مثلها وان كانت غير مدخول بها لم يكن لها
سكنى في وفاة ولا طلاق صغيرة كانت أو كبيرة قاله مالك في الموازية (مسألة) وان كانت أمة
فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا ان لها السكنى في الفراق كان الزوج حراً أو عبداً اذا بوئت
بيتاً قال مالك وتعد الأمة حيث كانت ان كان الزوج يأتها عند أهلها اعتدت عندهم وان كانت
عندهم بالنهار وتبيت عند زوجها بالليل اعتدت في منزله قال أشهب ان كان ينفق عليها فعليه
السكنى والا فلا ووجه قول مالك ان سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية وتعين في موضعه
فاذا لم يكن لها عليه سكنى في حال الزوجية وقت كمال النكاح فبان لا يجب لها حال الفراق وهو وقت
اسلام النكاح أولى وأحرى ووجه قول أشهب ان السكنى حكم يجب بالزوجية كالنفقة فاذا اقتضت
الزوجية نبوت احدهما اقتضت الأخرى واذا لم تقتضه لم تقتض الأخرى والله أعلم (مسألة) وأما

الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا سكنى لها في الطلاق وان كان قد بنى بها زوجها قاله مالك لأنه لا عدة عليها ويدل على ذلك أنه ليس لذلك البناء حكم البناء في عدة ولا كمال صداق ولا وجوب سكنى ولا نفقة والله أعلم (مسئلة) اذ اثبت أن للعدة السكنى فلا تبيت في غير بيتها ولها أن تخرج نهارا خلافا لابي حنيفة والدليل على ما نقوله ان الذي تضمنه النص الاسكان قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم واخرجوا بالنهار لا ينافي السكنى فلم يمنع من ذلك ولان في منعها من التصرف اضرارها فليس كل النساء لها من يتصرف لها

(فصل) وقوله فنقلها عبد الرحمن بن الحكم يريد قبل انقضاء عدتها فأرسلت عائشة الى مروان بن الحكم أدق الله ورد المرأة الى بيتها انكارا منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها لان ذلك عند عائشة واجب عليها تحيير عليه ان أبتة وهذا معنى قولها رد المرأة الى بيتها وهو أمير المدينة يومئذ ولو كانت الزوجة لا تحجير على المقام في بيت سكنها مدة العدة لما خاطبت بذلك من اليه حكم المدينة وانما كانت تخاطب به المرأة في خاصتها وتعلمها ان ذلك أفضل لها وذلك ان انتقالها لا يجعلها لا يكون بعدراً وبغير عذر فقد قال ابن القاسم في المدونة اذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقوط المبيت أو كانت بقرية ليس فيها مسامون وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها في نفسها فلها أن تتحول وأما غير ذلك فلا تتحول ولو كانت في مصر من الامصار فخافت جارسوء فقد قال ابن القاسم ترفع أمرها الى السلطان لان مالك قال لا تنتقل الا لامر لا تستطيع القرار عليه والمدينة بخلاف القرية ومعنى ذلك ان المدينة فيها من ترفع أمرها اليه ويكفيها من تنقيه من الجار السوء وغيره والقرية في الغالب ليس فيها سلطان ولا يمنع المتعدى من التعدى فاذا خافت على نفسها انتقلت عنها (فصل) وقول عائشة رضي الله عنها لما اعترض مروان بعديت فاطمة بنت قيس وانتقالها الى منزل ابن أم مكتوم لا يضر ك أن لانه كحديث فاطمة تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس انما انتقلت لان منزلها كان غير مأمن واعتقد مروان انه انما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر على ما روى عن سعيد بن المسيب ان فاطمة كانت لسنة فلذلك قال ان كان بك الشر فبسب ما بين هذين ان أبلغ ذلك في قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمر ومقتضى ذلك ان انتقالها كان لغير عذر والله أعلم (مسئلة) فاذا انتقلت لغير عذر فأراد الزوج أن ينقلها الى موضع وأرادت هي غيره ففي المدونة ان لم يكن على الزوج في ذلك ضرر من كراهة كراء ولا سكنى فالقول قولها ووجه ذلك انها التي تختص بالسكنى فاذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر لم يكن له صرفها عنه لان ذلك من وجه الاضرار بها ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة وانما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات (مسئلة) وحكم المنزل الذي تنتقل اليه حكم الذي انتقلت منه من ملازمها حتى تنقضي عدتها فيه لانه بدل من الدار التي انتقلت عنها فكان حكمه حكمها (مسئلة) وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها لغير عذر فان انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع لانه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب وقد نال حق الله تعالى فليس لاحد اسقاطه من مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من ادبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها ش قوله طلق امرأته في مسكن حفصة يريد انه كان مسكنا في دار حفصة أو في دار

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من ادبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

فيه سكنى حفصة وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر الى المسجد اما لان سكان تلك الدار
وأربابها بأحواله ذلك لان ذلك أرفق به أو لانه كان له فيها الممر باستحقاق رغبة الممر أو استحقاق
منفعة بين يدي تلك البيوت التي كانت تسكن في بعضها هذه المطلقة فلما طلق عبد الله بن عمر هذه
الزوجة واستحقت الاعتداد في ذلك المسكن ترك أن يمر بين يدي تلك البيوت وسلك الطريق
الأخرى من أدبار البيوت وهذا يقتضى انه كان هناك طريقان احدهما بين يدي تلك البيوت
والثانية من أدبارها فكان يأخذ على طريق أدبار البيوت لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو
يتكلف الاستئذان عليها لانه كان لا يستحب النظر اليها لكونها مطلقة وان كانت رجعية وقد اختلف
قول مالك في دخول المطلق على الزوجة الرجعية في المدونة قال مالك أو لا في المطلقة الرجعية لأبأس
أن يدخل عليها مطلقها وأبأس كل معها اذا كان معها من يحفظ بها وقد زاد على هذا أبو حنيفة لأبأس
أن تزين له وان تطيب ثم قال مالك لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى راجعها وهذا
الذي رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية انه لا يدخل عليها باذن ولا بغير اذن وبه قال الشافعي
والاوزاعي وجه القول الأول انها لم تحرم عليه وكان يجب على هذا الاصل أن يكون الاستماع بها
رجعة وان لم ينو ذلك والواقع النظر اليها والاتذاذ بها ممنوعا محظورا ووجه القول الثاني انها قد
حرم عليه الاستماع بها والتلذذ بشئ منها فلا يجوز له النظر اليها لان الطلاق قد أفاضت حريم ذلك
والالم يكن له تأثير كالباش وأعماله فيها الرجعة وازالة التحريم بالرد الى الزوجية (فرع) فاذا قلنا
برواية المنع فليس للطلق أن يتلذذ بشئ منها وان كان يريد الارتجاع قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه
على المنع فلا يجوز له شئ من ذلك الا بشرط تقديم الرجعة ولذلك لم تجز الصلاة الا بطهارة لم يجز
لمن يريد الصلاة أن يصلح حتى يتطهر (مسئلة) ولا يساكنها وان كان معها انتقل عنها ولا يكون
معها في موضع ينقل عليه وعليها سواء كانت رجعية أو بائنة قاله مالك ووجه ذلك ان الاستماع بها
محرم فلم يجز أن يساكنها كالأجنبية ص **مالك عن يحيى بن سعيد بن سعيد بن المسيب سئل عن**
المرأة يطلقها زوجها وهي في بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم
يكن عند زوجها قال فعلها قال فان لم يكن عندها قال فعلى الأمير **س** سؤاله عن المرأة المطلقة في
بيت بكراء يريد التي قد دخل بها زوجها وكان الطلاق رجعيا فقال سعيد الكراء على الزوج يريد
كراء العدة وأما كراء السكنى في مدة الزوجية فلا يسئل عن مثله لاتفاق الجميع على ان السكنى مدة
الزوجية على الزوج وأما في مدة العدة فان كان الطلاق رجعيا أو بائنا فالكراء على الزوج ولا خلاف
بين الفقهاء في الطلاق الرجعي وان اختلفوا في الباش والدليل على ما نقوله قوله تعالى أسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم والأمر يقتضى الوجوب وانما خوطب بذلك من طاق وكان الاتفاق
والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق علم ان حكمه بعد الطلاق غير حكم
الاتفاق لان للزوجة اسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده وليس لها اسقاط السكنى ولان نقله عن محله
وقد روى عن عمر وعبد الله بن مسعود ان المبتوتة لها النفقة مع السكنى روى ذلك عن ابراهيم عن
الأسود عن عمر رضي الله عنه قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ولا تجوز قول امرأة في دين
المسلمين وهذا قد روى عن ابراهيم انه قال المطلق ثلاثا لا يجبر على النفقة فعمل الذي روى عن عمر انما
أراد به الحامل ولذلك قال لا ندع كتاب ر بناوسنة نينا القول امرأة لاندرى أصدقت أم نسيت والذي
في كتاب الله تعالى للطلقة انما هو السكنى وأما النفقة فتخص بالحامل قال الله تعالى وان كن أولات

وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد أن سعيد
ابن المسيب سئل عن المرأة
يطلقها زوجها وهي في
بيت بكراء على من الكراء
فقال سعيد بن المسيب على
زوجها قال فان لم يكن
عند زوجها قال فعلها قال
فان لم يكن عندها قال
فعلى الأمير

حل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وقد ذهبت طائفة الى أنها ليس لها سكنى ولا نفقة ومذهب مالك رحمه الله وجهه ورفقها الأماص ان لها السكنى دون النفقة والدليل على ذلك الآية المتقدمة اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وما روى من حديث فاطمة بنت قيس فانما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل اليها النفقة عن زوجها في النفقة خاصة لانها مضطت ما أتت اليها فقال لها صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وكانت بائنا وأمره أن تعتد في بيت أم مكتوم وهذا يقتضى ان السكنى تلزمها بسبب العدة ولو كان الحاجة وضرورة لم يخص ذلك بالعدة لان تخصيصه هذه السكنى بالعدة يقتضى الانتقال عنه بعد العدة فنبت أنه سكنى تجب عليها ولها بالعدة (فصل) اذا ثبت ذلك فقوله فان لم يكن لزوجها مال فعلها يرد والله أعلم عليها كراء بقية مدة العدة ولا يكون لها أن تنتقل ان كان عندها ما تدفعه في كراء المسكن بين ذلك انه قال فان لم يكن عندها فعلى الأمير ولو لم يرد ذلك لقال فان لم يكن عند الزوج ذهبت حيث شاءت والله أعلم

﴿ ماجاء في نفقة المطلقة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أحماني اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حلت فاذا ذنبتى قالت فلما حلت ذكرت له ان معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحى أسامة بن زيد فكسحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به ﴿ ش قوله ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة زيد آخر طلقة كانت بقيت له فيها وقد بين ذلك في رواية الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ان أبا عمرو بن حفص أرسل امرأته فاطمة بنت قيس بتطيقة كانت بقيت من طلاقها وقولها وهو غائب بالشام زيد غائبا عنها فأنفذ اليها طلاقها ثم ان وكيله أرسل اليها بشعير عن نفقتها فسخطته ولم ترض ذلك لما اعتقدت ان لها عليه النفقة فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك نفقة وهذا بين في أن المطلقة المبتوتة غير الحائل لان نفقة لها خلافا لابي حنيفة والثوري في قولها لسكل مطلقة النفقة في العدة وان كانت مبتوتة حاملا والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس ليس لك نفقة ومن جهة المعنى انها بان بالطلاق فلم تجب النفقة كغير المدخول بها (مسئلة) وان كانت حاملا فلها النفقة قال الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وهذه رواية أبي سلمة بن عبد الرحمن وهي أصح من رواية أهل الكوفة الشعبي وغيره عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لان نفقة لك ولا سكنى وانما هو تأويل ممن روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سلمة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم في أم شريك تلك امرأة يغشاها أحماني اعتدى عند ابن أم مكتوم

﴿ ماجاء في نفقة المطلقة ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أحماني اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حلت فاذا ذنبتى قالت فلما حلت ذكرت له ان معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحى أسامة بن زيد فكسحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به

يقتضى اختصاص هذه السكنى بمدة العدة وانها لازم لها وبدل من الاعتداد في بيت زوجها وقد روي أن ذلك كان لبداء في لسانها وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون بن مهران عن المطلقة ثلاثاً بن تعدد فقال في بيت زوجها فقال له ميمون فأين حديث فاطمة بنت قيس فقال له سعيد تلك امرأة قتلت الناس انها كانت لسنة قال القاضي أبو اسحق ان البداء والشر العظيم بين المرأة وزوجها يقتضى اخراجها من مسكنه الى غيره وتعلق في ذلك بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وهذا يقتضى أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمبينة وليس كذلك الزنى في قول من قال ان الفاحشة الزنى لان أمر الزنى واحدا اذا غابت الحشفة وجب الرجم والى هذا ذهب ابن عباس وقال الزنى الفاحشة كما يقولون أخرجت فرجت وانما الفاحشة النشور وسوء الخلق والله أعلم وقال القاضي أبو محمد اذا كثر مثل هذا من النشور بينهما والأذى ولم يطع في اصلاحه انتقلت المرأة الى مسكن غيره وقد روي ابن أبي الزناد عن عائشة رضي الله عنها في قصة فاطمة بنت أبي قيس انها كانت في مكان وحش تغيف على ناحيتها فلذلك ترخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال القاضي أبو اسحق وهذا الذي رواه ابن أبي ذئب مما يباح للمرأة اذا وقع أن تنتقل من ذلك الموضع الى غيره كما قبل في البدوية المعتدة انها تستوي مع أهلها حيث استووا في الجملة فان هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال الا لعذر وان اختلفوا في تعيين العذر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله رجل أعمى تضعين ثيابك عنده يقتضى انه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر اليها معها وأنه لا يجوز لها الخروج عنها مع نظر الناس اليها والمكفوف الأعمى لا ينظر اليها فلا حرج في ترك شعرها وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر اليه من غير ذي محرمه ويقتضى ذلك انه ليس على النساء حرج في النظر الى الرجل على غالب أحواله التي يكون عليها جالسا ومتصفا بين الناس لأنها مما راعى صلى الله عليه وسلم إزالة الحرج عنها في التستر لكونه أعمى وكانت هي بصيرة ولم ينكر نظرها اليه وقدر روى نهان مولى أم سلمة عن أم سلمة كنت أنا وميونة جالستين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذن علي بن أم مكتوم الأعمى فقال احتجبنا منه فقلنا يا رسول الله أليس بأعمى لا يبصرنا فقال أعمى وان أنتما غيران نهان مولى أم سلمة غير معروف ولم ير وعنه غير هذا الحديث وحديث آخر وحديث فاطمة صحیح وروى عنه حديث آخر منكر أيضا وروى عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في المكاتب اذا كان عنده ما يؤديه في كتابته احتجبت منه سيدته وعلى انه قد قال أبو داود السخيتاني حديث نهان خاص لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس اعتدى عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده والأظهر عندي أن الحديث غير ثابت ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعا مع عدمها ويحتمل أن يكون ذلك لأن الرجل له عورة مخصوصة فاذا سترها لم يحرم النظر اليه وجميع المرأة عورة الوجةها وكفها فاذا كشفت بعض ذلك ولم يكن ثم من ينظر اليها جاز لها ذلك ولم يعجز في موضع يكون فيه من ينظر اليها لأنه ناظر الى عورة منها والوجه والكفان وان قلنا ليس بعورة منافاة لا يجوز لأجنبي النظر اليها الا على وجه مخصوص فحكم المنع متعلق بها والاباحة مختصة بها في حكم الأجنبي فذلك منها بجميع جسد الرجل خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف فيجوز للمرأة أن تنظر اليه على وجهها وأما قوله تعالى قل للؤمنات يغضن من

أبصارهن ويحفظن فروجهن فيصتمل أن يريد به غض أبصارهن عن العورات ويحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتداب بالنظر إلى الأجنبي والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فإذا حلت فاآذني يريدا إذا انقضت عدتك فأعلميني قال ابن وضاح فيه التعريض بالخطبة في العدة فلما انقضت عدتها أعلمته ان معاوية بن أبي سفيان وأباجهم ابن هشام خطباها وهو أبوجهم بن حذيفة بن غاتم العدوي وأبوجهم بن هشام انفرده يحيى بن يحيى وهو وهم والله أعلم ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها وقوله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا ينع عصاه عن عاتقه يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء وكثرة تأديب وهذا اللفظ وإن كان لا بدأ يضع عصاه عن عاتقه وقت نومه وأكله فصحيح على مقاصد العرب في كلامها لأنه لم يرد بذلك إلا المبالغة في وصفه بما هو عليه من ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وأما معاوية فضعوا لك لآماله وراعى في ذلك حاجة النساء إلى المال يكون عند الزوج لما هن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك ويحتمل أن تكون أو ردت ذلك على سبيل المشورة وتفويض الاختيار إليه فنصحه وأذكر لها ما علم من حال كل واحد منهما مما يحتاج هي إلى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها وفعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما يجب عليه من النصح للنساء والرجال وأهل الحاجة والضعف قال ابن وضاح في قوله صلى الله عليه وسلم انكحى أسامة بن زيد في انكح الموالي القرشيات لأن فاطمة بنت قيس قرشية وأسامة بن زيد مولى وجاهله ذلك ولم يره من الخطبة على الخطبة لما لم يوجد ركون إلى واحد منهما ولا تسمية صدق يدل على انها لم تركز إلى احدها انها اتماذ كرت ان معاوية وأباجهم خطباها ولم تذكركون إلى أحدهما ولو كان منهار كون إلى أحدهما لذكرته دون الآخر وهذه حاله تجوز فيها الخطبة على خطبة غيره فخطبها لأسامة بن زيد

(فصل) وقولها فكرهته تريد انها كرهت نكاحه لمعنى من المعاني ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالي وكانت العرب تكره ذلك وترفع عنه فأعاد عليها النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها ولما أراد أن يبين من جواز انكاح القرشيات الموالي قالت فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا كثيرا واغتنبت به تريد انها عرفت حسن العاقبة في اتباع رأى النبي صلى الله عليه وسلم ونكاحها أسامة بن زيد وان كانت كرهته أولا وقد قال الله تعالى فمسي أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا ص مالك انه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك ودنا الامر عندنا ش قوله المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل على ما قدمناه من وجوب السكنى لها وقد قال تعالى واتقوا الله بكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وقال بعض شيوخنا ان ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وأن قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم في البائنات لقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وذلك انه خصص النفقة عليهن بالحمل والرجعيات هن النفقة وان لم يكن حوامل والله أعلم وأحكم

* وحديثي عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا

* ماجاء في عدة الامة من طلاق زوجها *

* ماجاء في عدة الامة
من طلاق زوجها *

* قال مالك الأمر عندنا
في طلاق العبد الامة اذا
طلقها وهي امة ثم عتقت
بعد فعدة الامة لا
يغير عدتها عتقها كانت
له عليها رجعة أو لم تكن
عدتها * قال مالك ومثل
ذلك الحديث على العبد
ثم يعتق بعد أن يقع عليه
الحد فاما حده حد عبد
قال مالك والحري يطلق
الامة ثلاثا وتعد بحيضتين
والعبد يطلق الحرة
تطبيقين وتعد ثلاثة
قروء * قال مالك في
الرجل تكون تحته الامة
ثم يتاعها فيعتقها انها تعد
عدة الامة حيضتين ما لم
يصها فان أصابها بعد ملكه
اياها قبل اعتاقها لم يكن
عليها الا الاستبراء بحيضة

ص * قال مالك الأمر عندنا في طلاق العبد الامة اذا طلقها وهي امة ثم عتقت بعد فعدة الامة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها * قال مالك ومثل ذلك الحديث على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فاما حده حد عبد * ش وهذا على ما قال ان عتق الامة في العدة لا يغير عدتها وسواء كان طلاقا بائنا أو رجعيا فانها تنقل على عدة الامة وذلك انما يراعى في عدتها وقت وجودها لوقوع الطلاق عليها فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها كالحديج عليها من زنا أو قذف أو شرب خمر يجب عليها وهي امة ثم تعتق فانها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد ولا يستوفى منها الا حدة مفرقة بين ذلك وبين الامة يطلقة بازوجها طلاقا رجعيا ثم تعتق في العدة ثم يموت زوجها فانها تنتقل الى عدة الوفاة عدة الحرة ولو كان طلاقا بائنا لم تنتقل الى عدة وفاة والفرق بينهما ان عدة الوفاة تنزلها في الطلاق الرجعي لانها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث والحقوق الطلاق والظهار وغير ذلك وهي باقية بينهما في الطلاق الرجعي دون البائن وانما وجبت عليها عدة الوفاة وهي حرة فانهما عدة الحرة وليس كذلك الامة المطلقة فانه قد وجب عليها العدة بالطلاق ولم يجب عليها عدة بالعتق فلذلك لم تنتقل الى عدة الحرة والله أعلم وقال الشافعي تنتقل الى عدة الحرة اذا كان الطلاق رجعيا واختلف قول أبي حنيفة في الطلاق البائن فقال لا تنتقل الى عدة الحرة وقال أيضا تنتقل وقال الطحاوي والقياس والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما سنه (مسئلة) وايومات عن الامة زوجها ثم عتقت لم تنتقل الى عدة الحرة لان العدة لم تنزلها وهي امة بقرينة وقال الشافعي تنتقل في الطلاق الرجعي والدليل على ما نقله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التي وجبت عليها ولا يؤثر ذلك في عتقها ص * قال مالك والحري يطلق الامة ثلاثا وتعد بحيضتين والعبد يطلق الحرة ثلاثة قروء * ش وهذا على حسب ما قال ان الحرة في الامة ثلاث تطليقات لان الطلاق والاعتداد بالاقراء يعتبر فهما الرق والحرة فيعتبر الطلاق بحال الرجال لانه حكم من أحكامهم وتعتبر الاقراء بحال النساء لان الاقراء مختصة بهن موجودة فيهن وقال أبو حنيفة الطلاق معتبر بالنساء فتطلق الحرة ثلاث تطليقات وان كان زوجها عبدا وتطلق الامة تطليقتين وان كان زوجها حرا وتقدم الكلام في ذلك بما عني عن اعادته ص * قال مالك في الرجل تكون تحته الامة ثم يتاعها فيعتقها انها تعد عدة الامة حيضتين ما لم يصها فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة * ش قوله تكون عنده الامة ثم يتاعها فتقدم ان ملك اليمين يوجب فسخ النكاح لانه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع فن اشترى زوجته فقد انسخ النكاح وحلت له بذلك اليمين فان اشترىها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها فهذه لاعدته عليها لان الفرة مودة قبل البناء. ولكنه اذا أعتقها تستبرأ بحيضة لان عقد ملك اليمين يبطل عقد النكاح واذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم في العدة لعدم البناء والله أعلم (مسئلة) قال اشترىها بعد ان دخل بها فاعتقها قبل أن يمسا اعتدت عدة الامة قرأين على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ ولا تنفيع عدتها بعتقها هذا قول مالك وأصحابه وقال الكوفيون تعد بثلاثة اقراء وقد تقدم الكلام فيه

(فصل) وقوله قال أصابها بعد الملك وقبل العتق فليس عليها الا الاستبراء وذلك ان عقد الملك يهدم

حكم عقد النكاح ووطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح فيكون بمنزلة من أعتق أمة ووطئها فليس عليها إلا أن تستبرأ بحيضة أو ما يقوم مقامها من الشهور والله أعلم (مسئلة) ولو طلقها واحدة فاشتراها قبل أن تنقضي عدتها ثم أعتقها فقد قال مالك ولو باعها كان على المشتري أن يستبرأ بحيضتين لأنها عدة يريدها باعها أو أعتقها قبل أن يمسه بمالك اليمين وانما يستبرأ بحيضتين إذا كان يبيعها باعها قبل أن تحيض حيضة بعد طلاقه أياها ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة قاله مالك ولهذا الحيضة حكم العدة لأن بها تتم عدتها والله أعلم (مسئلة) ولو اشترها بعد أن انقضت عدتها منه ثم باعها فإن المشتري لا يستبرأ إلا بحيضة لأنه لا يلزمها عدة وعدة الطلاق قد انقضت واستبراء الاماء انما يكون بحيضة خرجت إلى ملك أو حرية والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى مكاتب زوجته فبعجز فرجع رقيقا فأخذها السيد فإن مالكا قال ان المكاتب لم يبطأها بعد ان اشترها فعدتها حيضة ثم رجع فقال أحب إلى أن تكون حيضتين قال وتعد لان كل فسوخ يكون في النكاح ففيه مثل عدة الطلاق ولو وطئها المكاتب بعد ما اشترها الصارت إلى الاستبراء وبطلت عدة النكاح لأنها وطئت بمالك اليمين (مسئلة) وهذا إذا كانت ممن تعدد الاقراء فل كانت ممن تعدد بالشهور لصغرها وكبر فعدتها من الطلاق ثلاثة أشهر هذا قول مالك وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة وجهه ومالك بن عبد العزيز والحسن البصري والنخعي وقال أبو حنيفة والشافعي عدتها شهر ونصف وقال الزعري وعطاء عدتها شهران والدليل على ما نقوله ان الأشهر بدل من الاقراء فلم تختلف بكثرة الاقراء وقتها كالتميم الذي هو بدل من الغسل والوضوء فلم يختلف في الطهارة الكبرى والصغرى

جامع عدة الطلاق

ص مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيا امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها فحاضت حيضتها فانتظرت تسعة أشهر فان بان بها حمل فذلك والاعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت **ش** وقوله في التي تحيض في عدتها ثم رفعتها حيضتها تنتظر تسعة أشهر وقول عامة أصحابنا على الاطلاق غير ابن نافع فانه قال ان كانت ممن تحيض فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانتظرت خمس سنين أقصى أمد الحمل وان كانت يائسة من الحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة أشهر قال معنون وأصحابنا لا يفرقون بينهما وما قاله الجمهور أولى لان التسعة أشهر هي أمد الحمل المعتاد (مسئلة) المعتدة من الطلاق على ضربين حاض وغير حاض فأما الحاض فهي التي قدرأت الحيض ولو مرة في عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها فهذا إذا طلقت فحكمها أن تعدد بالاقراء فان لم تحيض انتظرت تسعة أشهر وهذا مذهب عمرو بن وهب قال ابن عباس والحسن البصري وقال أبو حنيفة والشافعي تنتظر الحيض أبدا والدليل على ما نقوله ان اجماع الصحابة لانه روى عن عمر وابن عباس وليس في الصحابة مخالف ومن جهة المعنى ان التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد فالغالب أن يظهر بها حمل ان كان بها أو تحقق المرأة علاماته وتحبس به فاذا سامت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل اذا لم توجد منار يبه غير ارتفاع الحيض وقد يرتفع كثيرا من غير حمل فلا يدل ارتفاعه على الحمل فاذا انقضت التسعة ولا تم شيئا اعتدت بثلاثة أشهر قال مالك وأصحابه وأكثر من قول أشهب لان لها حينئذ حكم اليائسة من الحيض ومعنى ذلك انه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم

جامع عدة الطلاق

حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيا امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانتظرت تسعة أشهر فان بان بها حمل فذلك والاعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت

الحيض والحل حكما بحكم من تعتد بالشهور فصارت ذلك حكما كاليائسة لما ارتفع حيضها وصارت ممن
لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر إلا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يجمع إلى
اعتبار تسعة أشهر وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها رتبة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء
والاستقصاء والله أعلم (مسئلة) وإذا حلت المرتبة بالسنة ثم تزوجت ثم طلقت فقد روى ابن المواز
عن مالك وأصحابه قالوا أكثرهم شيوخ أشهبان عدتها ثلاثة أشهر في الطلاق حرة كانت أو أمة
لانها اعتدت بالشهور مدة فصارت لها حكم اليائسة إلا أن يعاودها الحيض ولو مرة فترجع إلى الحيض
إن تمادى بها والاستبراء أو العدة إن انقطع عنها (مسئلة) فإن كانت ممن لا تحيض فلا يخلو أن
تكون ممن لم تحض قبل وقد قال سمعون قول مالك وأصحابه إن عدة التي لم تبلغ حد الحيض والتي
بلغته ولم تحض وإن بلغت ثلاثين سنة وأكثر ثلاثة أشهر وكذلك عدة اليائسة من الحيض وهي التي
بلغت سنا كل من بلغته من النساء لم تحض قال بعض أصحاب مالك ولا تنتقص منه الأمة ووجه ذلك
أن الله تعالى قال واللذي يئسن من الحيض من نساكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللذي لم
يحضن قال مالك إن ارتبتم فعدتهن وقد أنكر ذلك بعض الناس وقالوا لو أراد ذلك لقال إن ارتبتم
بالفتح لأن الارتياح ماض وانما تعلق أن المكسورة بالاستقبال والارتياح قد عدم بتعدد وجود
النص وهذا الذي قاله ليس بصحيح لأن الارتياح لمن لا يعلم حكم الآية ولمن لا يقرؤها ثابت إلى يوم
القيامة وقد قال بعض أصحابنا إن معنى إن ارتبتم إذا ارتبتم ويحتمل أن يريد بذلك أن ارتبتم في
التأويل على أن العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبه على الدليل فتقول إن ارتبتم في كذا
مع ظهوره ووضوحه فيجب أن يمنعك من الارتياح أمر كذا قال الله تعالى فإن كنت في شك مما أنزلنا
اليك فاسأل الذين يقرؤون الكتاب من قبلك ومعنى ذلك في الشك والارتياح عن مثل هذا
لوضوحه وظهور أدلته ووجه آخر وهو أن يكون إن ارتبتم الآن فإنه يجب أن يقطع الارتياح هذا
النص وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال ولذلك يقول إن شئت لأن فعات كذا وتبستعمل بمعنى
المضي فتقول إن كنت تشك في كذا فحككم كذا وهذا بين واضح والأول أظهر ص مالك عن
يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال يقول الطلاق للرجل والعدة للنساء * مالك عن ابن
شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة * ثم قوله رضي الله عنه عدة المستحاضة
سنة يريد أنها تقيم سنة وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال عدة المستحاضة في الطلاق سنة كالمرتبة
تسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة أو كتابية فعلى هذا يتناول قول سعيد في أن
التسعة الأشهر استبراء والثلاثة الأشهر عدة ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة لأن العدة بالأشهر
لا يختلفان فيها لأنها بدل من الحيض الذي يختلفان فيه على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا إذا
كانت الحائض لا يميز دما واتصل ذلك بها في جميع العام فإن تغير حكمها فلا يخلو أن تنتقل إلى حيض
أو إلى انقطاع دم فإن انتقلت إلى حيض بطل حكم الاستحاضة فاعتدت بالأقراء قاله مالك في الموازبة
ووجه ذلك أنه نوع من الرتبة لأن المستحاضة لا قرء لها تبرأ به فكانت مرتبة كالتى لا يرى الدم فإذا
شرعت في عدة المرتبة ثم رأته الحيض انتقلت عن حكم الارتياح إلى العدة بالأقراء (فرع) وانما
يعرف الحيض بان ينقطع عنها الدم ثم تستقبل الحيض فإما مع اتصال الدم بان ترى دما لا تشك فيه أنه
دم حيض اللون ولذاعته فقد قال أصبغ إذا رأته دما لا تشك أنه دم حيض تركت الصلاة فيه وان
طلقها أجزبه على الارتياح وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد ولا تعتد به من طلاق وعدتها السنة

* وحدثنى عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن سعيد
ابن المسيب أنه كان يقول
الطلاق للرجل والعدة
للنساء * وحدثنى عن
مالك عن ابن شهاب عن
سعيد بن المسيب أنه قال
عدة المستحاضة سنة

وكذلك ان رأيت كثرة فقد قال مالك في الموازي يقر بما عرفت اقبال الحيض بكثرة الدم وادبائه بقلته
ولكن عدتها سنة لانها لا تؤمن ان ذلك كذلك ومعنى ذلك انها تحقق انه دم حيض بالكثرة
والقلة والله أعلم (مسئلة) فاذا اطلقت مستحاضة فانقطع عنها الدم ثم رأيت بعده طهرا كاملا ثم
حيضا فانها تنقل الى حكم الاقراء وان كانت مستحاضة ستة أشهر ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر
قال أصبغ فدحات وكذلك لو لم ترد ما من يوم الطلاق ستة أشهر ثم استحاضت فبتمام السنة من يوم
الطلاق تحل الآن تحبس حركة فتقيم الى أن تنفس أو تضع أو تنقضي مدة الحمل ومعنى ذلك والله
أعلم ان لما كانت الاستحاضة رية وارتفاع الحيض رية لفق، فهما العام الذي هو مدة اعتداد المرأة
وهذا في تقدم الاستحاضة فاما في تأخرها ففيه نظر وذلك ان الاستحاضة لا تكون الا بعد حيض فاذا
وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيض واعتدت بالاقراء فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض من
الاستحاضة الى ما قبله من الشهور كما يضاف ما بعد الحيض من الشهور الى ما قبله والله أعلم وقال ابن
القاسم تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة ووجه ذلك ان
الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا يلفق بعض ذلك الى بعض ولان عدة المسترابة يجب أن
تكون من جنس ما ترتفع به ريتها فاذا زالت ريتها بالاستحاضة تسعة أشهر ثم انقطع عنها الدم لم
يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم لانه من غير جنس ما زالت به ريتها وهذه رية أخرى طارئة
فيجب أن تقيم تسعة أشهر ليتين معنى هذه الريبة ثم تعد عدة من جنسها والله أعلم **ص** قال
مالك الأمر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضها حين يطلقها زوجها انها تنظر تسعة أشهر فان لم
تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان
مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل
الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان
حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت
وزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل الآن يكون قد بت طلاقها **ش** قوله في المطلقة
ترفعها حيضتها يريد أن تنقطع عنها فلا ترمى دم حيض فان حكمها أن تعد تسعة أشهر استبراء لما
طراً عليها من الريبة بارتفاع الحيض فان لم تحض فيها اعتدت بعدة الثلاثة أشهر لانها قد فارقت حكم
الحيض فاعتدت بالشهور كاليائسة من الحيض ولا يجوز أن يراد بقول عمر من بلغت سن اليأس
لان عام فيعمل على عمومه وأيضاً فان قال قال ابن عباس ان الحيض والاعتدت ثلاثة أشهر وهذا لا يكون
في اليائسة من الحيض لان اليائسة من الحيض لا تحل

(فصل) فان حاضت قبل التسعة أشهر أو بعد انقضائها وقبل الثلاثة الأشهر بطل حكم الشهور
واستأنفت الاعتداد بالاقراء فان جرت اقراءها على العادة انقضت عدتها بثلاثة اقراء وان ارتفعت
حيضها بعد تلك الحيضة الاولى فان اتصل لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها لم ترفعها دم حيض ألغت
ما تقدم من عدتها بالحيضة والأشهر التي تقدمتها واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة
فاذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر ثم ان رأيت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور
ألغت ذلك كله واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الاولى حيضتين من عدتها ثم ان ارتفعت حيضتها
الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية فان لم ترفعها في مدة الاستبراء
حيضا اعتدت بعدة الثلاثة أشهر فتأنق الحيض وان تحلته الريبة ولا تلفق مدة الاستبراء بل تلفق كل

قال مالك الأمر عندنا في
المطلقة التي ترفعها حيضتها
حين يطلقها زوجها انها
تنظر تسعة أشهر فان لم
تحض فيهن اعتدت ثلاثة
أشهر فان حاضت قبل أن
تستكمل الأشهر الثلاثة
استقبلت الحيض فان
مرت بها تسعة أشهر قبل
أن تحيض اعتدت ثلاثة
أشهر فان حاضت الثانية
قبل أن تستكمل الأشهر
الثلاثة استقبلت الحيض
وان مرت بها تسعة أشهر
قبل أن تحيض اعتدت
ثلاثة أشهر فان حاضت
الثالثة كانت قد استكملت
عدة الحيض فان لم تحض
استقبلت ثلاثة أشهر ثم
حلت وزوجها عليها في
ذلك الرجعة قبل أن تحل
الآن يكون قد بت طلاقها

ما تقدم منها إذا كان بعدها حيض لانه استبراء بتجدد لينة مجردة فلذلك لا يصح فيه التلفيق والحيض ليس بريبة بل ينفي الريبة فلذلك لفق بعضه الى بعض (فرع) وهذا اذا كان الحيض فان رأت الدم يوماً أو يومين أو مالا يكون حيضاً فقد قال أصبغ في المطلقة تستراب فترى في السنة ما أو مالا يكون حيضاً انتظرت سنة من يوم الطلاق يعني ان ذلك الدم لا يعتد به ولا يهدم ما تقدم من الاستبراء لان مالا يعتد به لا يهدم الاستبراء ولا يبطل حكمه

(فصل) وقوله وزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل يريدها في طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة وأن يكون ذلك لا يقطع ما كان له من الرجعة ولا يقطع ذلك الا بان تحل للزواج ويحكم بانقضاء عدتها إلا أن يكون طلاقها بائناً فلا تكون له الرجعة لان البتينا في الرجعة ص قال مالك السنة عندنا أن الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسهما انها لا تبني على ما مضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلاقها عدة مستقبله وقد ظلم زوجها بنفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجته بها **ش** قوله فبين طلاق امرأته ثم ارتجع ثم فارق قبل أن يمسهما انها تستأنف العدة ولا تبني على ما مضى يريد أن الرجعة تهدم العدة لان حكم الزوجة ينافي حكم العدة فاذا ثبتت الرجعة بطلت العدة فاذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة لانها مدخول بها لم يستبرأ زوجها بانقضاء عدتها فزمت العدة ولم يصح البناء على ما تقدم لما قدمناه من ابطال الرجعة العدة فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثاني

(فصل) وقوله وقد ظلم نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجته بها يريد انه زال ملكه عن طلاق غنيا عن ازالته ورماد عته الضرورة بعد وقت اليه وأخطأ حين ارتجع من لا حاجته بها لان مقصود الرجعة الجماع مع ما حصل في ذلك من تطويل العدة عليها وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفاعه به ويحتمل أن يريد به قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف وهو الامساك على وجه الزوجية ومقصودها وقوله أو سرحوهن بمعروف يريد والله أعلم طلاق السنة ثم قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا ليعتدوا يريد والله أعلم أن يرتجعها ولا حاجته بها ثم قال تعالى ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه والرجعة تكون على وجهين أحدهما أن يطلقها طليقة أو طليقتين ثم لا يرتجعها حتى تنقضي عدتها ثم يزوجها أو يطلقها ثلاثاً ثم تزوجها بغيره فيطلقها الزوج الثاني ثم يزوجها الاول فان ذلك يسمى ارتجاعاً قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها فلا جناح عليهم أن يتراجعا ان ظنا أن يقيها حدود الله فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعاً والثاني من وجهين الرجعة هو المستعمل عند الفقهاء وهو أن يطلقها طليقة أو طليقتين ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها ولا رضا وليها ولا صداق لها لانه أملك بها مادامت في عدتها (مسألة) وهذا الارتجاع الاصل فيه قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وقوله تعالى فامسك بمعروف الامساك الرجعة وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ولا خلاف في صحة وقوعه بالقول فأما بالنفل نحو الجماع والقبلة قال القاضي أبو محمد يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة قال ابن المواز ومثله الجسة للذة أو ينظر اني فرجها وما قارب ذلك من محاسنها اذا أراد بذلك الرجعة خلافاً للشافعي في قوله لا تصح الرجعة بالاقول والدليل على ما نقوله ان هذه مدة تتعلق بقول الزوج له رفعها من غير عقد فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كمدة الايلاء (مسألة) ولا يكون بشئ من ذلك

قال مالك السنة عندنا ان الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسهما انها لا تبني على ما مضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلقها عدة مستقبله وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ ان كان ارتجعها ولا حاجته بها

رجعة الاذاني نوى بها الرجعة خلافا لابي حنيفة في قوله تكون رجعة بمجرد الدليل على ما نقوله
قوله صلى الله عليه وسلم انما الأعمال بالنيات وانما الامرى ما نوى ومن جهة المعنى انه معنى يصح للوطء فلم
يصح الامع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة (فرع) فان وطئ في العدة لا ينوى
الرجعة فله أن يراجع في العدة ولا يبطأ حتى يستبرأ من ذلك الماء قاله مالك قال ابن القاسم فان
انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره في بقية أمد الاستبراء فان فعل فسخ نكاحه ولا يتأبدتحرر بها عليه
كإتاء بدتحرر بها على غيره لان الماء ماؤه (فرع) ولا صدق عليه ان وطئ في العدة لا يريد الرجعة
خلافا للشافعي لانه لو ارجعها لم يكن عليه مهر فلا يكون الوطء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة
(مسألة) ولا يقع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول رواه ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب فان
نوى به الرجعة ثم فعل بعد ذلك في العدة شيئا مما ذكرناه من الاستمتاع قال محمد بن المواز ان كان
فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة ولم يجد دنية فهي رجعة لان فعله ذلك لرجعته التي كان نواها مثل
تجديد النية فنذلك يجزئه (مسألة) فان أشهد في العدة انه وطئ أو استمتع ثم قال بعد انقضاء العدة
نويت بذلك الاستمتاع الرجعة ففسد روى ابن المواز عن أشهب انه اذا أقر في العدة انه وطئ أو
قبل أو باشر ثم ادعى بعد العدة انه أراد بذلك الرجعة فهو مصدق ولو أقر في العدة انه خلاها ثم ادعى
بعد العدة الرجعة بذلك لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عنده او دخوله وخروجه معروفًا بغير
اقراره فيصدق فيما يدعى من أنه ارجع في العدة ففرق بين اقراره بالخلوه واققراره بالوطء أن الخلوه
لا تكون رجعة وان نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة فلذلك افرقا والله أعلم
(مسألة) ومن قال لغيره يدخل بها ان وطئتك فأنت طالق فوطئها روى ابن سحنون عن أبيه
هي طالق باليمين وله الرجعة ان نوى ببقية وطئه الرجعة فهي رجعة والام يجعل له التماذى على الوطء
خلافا لأبي حنيفة لانها جارية الى بينونة كالكتابية اذا أسهمت بعد بناء زوجها بها ولان هذا مبني
على أنه لا يكون له رجعة اذا عر من النية واذا لم تكن رجعة كان ممنوعا والا كانت غير مطلقة
وتتضمن هذه المسئلة فصلا آخر وهو ان ابتداء الوطء مباح له وهو مقدر ما يقع به الخنث (مسألة)
اذا ثبت ذلك فالملقة اذا لم يكن في منزلها الا بيت واحد أخرج عنها الزوج ولا يكون معها في حجرة
تنطلق عليه وعليها والمبتوتة والرجعية في ذلك سواء قاله مالك في المدونة ومعنى ذلك ان المساواة
بين المطلقتين بين لما قدمناه وهذا مبني على القول الذي رجع اليه مالك قال ولو كانت دارا جامعة فلا
بأس أن يكون هو في بيت وهي في بيت آخر ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة
كل واحد منهم ينفرد بمسكنه فلا بأس أن يسكن الزوج في مسكن ينفرد به كما تنفرد الزوجة بمسكنها
وهذا حكم الأجنبي والله أعلم (مسألة) والرجعة انما تكون في المطلقة المدخول بها فأما غير المدخول
بها فلا رجعة له عليها وهذا اذا تصادق على الاصابة فان ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فقد تقدم
ذكر ذلك ولو اتفقا على انكار الوطء فعلها العدة ولا رجعة لها لانها لا يصدقان على نفي النسب
واسقاط حق من حقوق الله في العدة (مسألة) فان دخل بها في حال حيضها فلما طهرت طلقها
لا رجعة لها عليها رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك ان الوطء ممنوع حال الحيض
فلا يصدق فيما يدعى من ذلك بعد الطلاق لا حراز الرجعة (مسألة) واذا راجع المطلقة
فاجابته قد أسقطت مضغة قال مالك هي صدقة ووجه ذلك انها مؤتمنة وذلك يقتضى بصديقها فيها
يمكن اذا ارجعته عند قوله أو عند بلوغ ذلك اليها فان قال لها ذلك اليوم فقالت من الغد قد كنت

أسقطت مضغة فلا قول لها بخلاف جوارها في الوقت ووجه ذلك ان بصحتها قد صدقته فثبتت لها الرجعة فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر في النكاح يثبت عليها عقد النكاح فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا (مسئلة) فان اجابته اني قد حضرت ثلاث حيض قال أشهب تصدق في الاولى ثم يحسب ما بقى للحيضتين فأشبه صدقت فيه بغير يمين وان لم يشبه ذلك ثبتت رجعتة ووجه ذلك ان الحيضة الاولى يصح أن تحيضها اثر الطلاق وذلك اذا لم يتقدم من اقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التي قبلها ما يمنع ذلك فلذلك لم تحتج في تصديقها في الحيضة الاولى الى حساب واحتيج الى ذلك في الحيضتين الباقيتين فان للحيض والطهر مقادير قدرها الشرع فينظر الى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه وان اذعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق ولزمتها الرجعة والله أعلم ص **قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بهامادامت في عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وانما فسختها منه الاسلام بغير طلاق**

قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بهامادامت في عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وانما فسختها منه الاسلام بغير طلاق

ما جاء في الحكمين **حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن علي بن أبي طالب قال في الحكمين**

ما جاء في الحكمين

الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يفرقا بينهما او الاجتماع **قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع** **ش قول علي رضي الله عنه ذكر انه في شأن عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث في أمرهما عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيتم أن تجمعاهما وان رأيتم أن تفرقاهما والأصل في بعث الحكمين قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يفرقا بينهما او الاجتماع **قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع****

ص **مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب قال في الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يفرقا بينهما او الاجتماع** **قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع** **ش قول علي رضي الله عنه ذكر انه في شأن عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث في أمرهما عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيتم أن تجمعاهما وان رأيتم أن تفرقاهما والأصل في بعث الحكمين قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يفرقا بينهما او الاجتماع **قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع****

(فصل) وقوله فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها خطاب للحكام ويحتمل على مذهب مالك ان يكون خطابا لولي اليتيم وذلك انه ليس لأحد ان يبعث الحكمين الا الحاكم أو الزوجان أو وليا الزوجين وان كانا محجورين وهذا معنى ما في المبونة (مسئلة) ولو جعل الزوجان ذلك الى رجل

واحد جاز اذا كان من أهل الحكم قاله ابن القاسم في المدونة قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه
 ووجه ذلك عندي أن يكون من جهة الزوجين لأن الحق في ذلك لا يخرج عنهما ولا يجوز للسلطان
 ولا لولي اليتيم لان في ذلك اسقاط الحق الزوجين ولا يجوز ذلك في جزاء الصيد لانه حق لله تعالى
 ولم يأمر فيه بالتحكيم (مسئلة) وسبب تحكيم الحكمين أن يقيح ما بين الزوجين ويظهر
 الشقاق بينهما قال القاضي أبو محمد اعلم ان كان ذلك من أحدهما أمر بالزوجه وان جهل ذلك بعث
 الحاكم حكيمين وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها قاله ابن المواز لان التفاح قد يقع بينهما قبل البناء
 (مسئلة) واذا تزوج أحد الزوجين أو تزعا جميعا قبل حكم الحكمين فلا يخفون بيعت الحكمين
 السلطان أو غيره فان بعث ما السلطان لم يكن لهما تزوج لان تحكيمهما حكم من السلطان فليس لهما
 نقضه فان بعث ما غير السلطان جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما فلا نزوع لواحد
 منهما ويلزم حكمهما قاله ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلا فلما
 ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع لم يكن له ذلك (مسئلة) وما يحكم به
 الحكيم فملى وجه الحكم لاعلى وجه الوكالة والنيابة فينفذ حكمهما وان خالف مذهب الحاكم الذى
 أنفذ سواء جمعا أو فرقا وبه قال النخعي والشافعي وغيرهم خلافا لابي حنيفة وأحققولى الشافعي انهما
 ان جمعا جاز ذلك وان فرقا لم يلزم ذلك الزوج والدليل على ذلك قوله تعالى فابعثوا حكما من أهلهم وحكما
 من أهلها فسمي الحكمين والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق الى اذن الزوج كالوالى (مسئلة)
 ومن حكم الحكمين أن يكونا قفيين ليعلمنا مواقع الحق ليحكياه ويكون أحدهما من أهلها والثانى من
 أهلها لان الأهل أعلم باطن أمرهما وأعرف بوجوه منافعهما ويكونان عدلين ليؤمن جورهما فان
 لم يكن من أهلها من هذه صفته جاز أن يكونا أجنبيين والله أعلم (مسئلة) ووجه نظر الحكمين
 أن ينظر فى أمرهما فان رأى الاساءة من قبل الزوج فرقا بينهما وان رأى الاساءة من قبل المرأة تركهما
 واستأمنه عليهما وان كان من قبلهما جميعا فرقا بينهما على بعض ما صدقها ولا يستوعب له وعنده
 بعض العلم واه ابن المواز عن أشهب قال محمد وهو معنى قوله فان خفت أن لا يقيا حدود الله فلا جناح
 عليهما فيما اقتدت به (مسئلة) وان فرقا بينهما بطلقة بشئ أخذناه له منها فهو خلع والطلقة بائنة
 وان كانت بغير عوض فهي أيضا طلقة بائنة قال أشهب اذا فرقا بالبتة فهي واحدة بائنة وان كانت طلقة
 بغير عوض وانما قلنا انها واحدة بائنة لأنها فرقة أو فعهما حكم من غير اختيار الزوج ولا عليك فكانت
 بائنة كالفرقة بسبب العقد (مسئلة) وان حكيا بالثلاث روى ابن حبيب عن مطرف ما أخطأ
 فيه السلطان ففرق بثلاث فبما يفرق فيه بواحدة فقد أخطأ وتكون واحدة وكذلك الحكيم وقال
 أشهب تلزمه واحدة بائنة وقال ابن القاسم تلزمه البتة وبه قال أصبغ والخلاف في ذلك مبنى على
 الخلاف في العبد تزوج بغير إذن سيده فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات والأمة تعتق تحت العبد
 فتغتار نفسها بثلاث تطليقات هل تكون ثلاثا أو واحدة (مسئلة) وان حكم أحدهما بواحدة
 والآخر بثلاث قال محمد هي واحدة وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشئ وجه قول
 محمد انهما قد اتفقا على ايقاع واحدة فيجب أن يصح ويبطل ما اختلفا فيه وهو ما زاد على الواحدة
 ووجه قول أصبغ ان حكم الواحدة غير حكم الثلاث فلا يوجب جاتا تفاه ما على أحد الحكمين فيجب أن
 يبطل ذلك كله (مسئلة) فان حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال لم يكن ذلك
 باجتماع منهما فان رضيت أن تضى له ذلك مع المال لزم الزوج الطلاق قاله ابن القاسم في المدونة

ومعنى ذلك انهما قد اجتمعا على الطلقة وانما اختلفا فيما أخذ الزوج من مال الزوجة فلا يلزم ذلك الزوجة الا برضاها فلا حجة للزوج (مسئلة) وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع الى الزوج من نصف الصداق قبل البناء كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شيء يأخذانه للزوجة من الزوج ووجه ذلك ان الطلاق حق من حقوق الزوج فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شيء يأخذانه منه فيكون العوضان من جهته وانما يجوز لهما أن يفرقا لشيء يأخذانه له من مال الزوجة ليكون ما أخذانه منها يصير الى الزوج عوضا عما أخرج عن ملكه من الطلاق

﴿ ما جاء في بين الرجل بطلاق ما لم ينكح ﴾

﴿ ما جاء في بين الرجل بطلاق ما لم ينكح ﴾

• حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أتم ذلك لازم له اذا نكحها ﴿ ش قولهم فبين حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم ينف الطلاق الى النكاح فإنه لا يلزمه شيء وذلك مثل أن يقول لاجنية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخلى الدار فهذه لا خلاف انه لا يلزمه شيء من ذلك قال ابن حبيب هذا مجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذي ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه في التعيين وقال الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أتى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهي طالق انه لا شيء عليه ان تزوجها قاله ابن وهب ونزلت بالخروج فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الراية بالشهورة والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتبية لا يفسخ نكاح وقع والدليل على ما نقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح

(فصل) وقولهم ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لها ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فبين قال كل امرأة أنكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه قال مالك وهذا أحسن ما سمعت ﴿ ش قوله فبين حلف بطلاق من يتزوج ان لم يسم قبيلة أو عين امرأة انه لا شيء عليه ووجه مذهب مالك وبه قال النخعي والشافعي والاوزاعي لان مالك يقول اذا سجد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شيء واذا لم يسجد على نفسه باب الاستمتاع لزمه ذلك وهو ان يقول ان تزوجت امرأة من بني تميم أو من قريش أو يضيف ذلك الى بلد فيقول ان تزوجت امرأة من مصر أو تزوجت امرأة بالشام أو يضيف ذلك الى زمن لا يستوعب عمره أو أكثر مثل أن يقول ان تزوجت هذا العام وهذه العشرة الأعوام فمثل هذا يلزمه لانه لم يسجد على نفسه باب الاستمتاع وقال أبو حنيفة يلزمه ذلك على كل وجه وقد تقدم ذكره في الأيمان والنذور (مسئلة) ولو قال كل امرأة تزوجها الا فلانة فهي طالق فان كانت التي استثنى زوجها التي عنده فقد قال ابن القاسم يلزمه ذلك وكأنه قال معك بخلاف اذا لم تكن تحتها وقال ابن المواز لا شيء عليه في الوجهين

سمعت

وروى نحوه عيسى عن ابن القاسم وجه الرواية الأولى انه اذا كانت التي استثنى زوجته له فقد حلف أن لا يتزوج عليها ولا خلاف أن ذلك لازم له ووجه القول الثاني انه لم يورده على هذا الوجه وانه انما أوردته على وجه الامتناع من نكاح غيرها ولولزمه ذلك للزومه اذا اطلقها أن لا يتزوج غيرها وهذا بسبب الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه والله أعلم (فرع) وان كانت المرأة أجنبية فقد اختلف فيه مالك وأصحابه فروى عنه المصريون انه لا يثنى عليه كمن عم وكذلك اذا استثنى العدد اليسير كالعشرة ونحوها أو قبيلة أو قرية وهم قليل وروى عيسى عن ابن القاسم انه لا يجد في ذلك ولكنه اذا استثنى العدد القليل الذي ليس فيه سعة للنكاح فهو كمن عم والرواية الثانية رواية المدنيين روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن عبد الملك انه اذا قال الافلانة لزمه ذلك وجه القول الأول ان المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح فاذا استثنى ما لا يمكنه ذلك غالباً فهو كمن عم ووجه الرواية الثانية انه اذا استثنى فقد عدل عن الاستيعاب فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير (فرع) فاذا قلنا برواية اللزوم فقد قال ابن الماجشون يلزمه ذلك ولو كانت التي استثنى ذات زوج لانه يرجى له أن يتخلى عن الزوج فيتزوجها وكذلك لو تزوجها وطلقها البتة للزومه اليمن الآن يتزوجها في عدة قهرم عليه تحريراً ما يؤبداه وقال مطرف ان كانت ذات زوج أو تزوجها فأبنتها لم تلزمه اليمن ولو طلقها طليقة أو طلقتين لزمته اليمن وجه القول الأول ما احتج به من أن اليمن تلزمه ما لم يقطع بتعذر النكاح والتي أبنتها لا يقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره ثم طلقها الزوج فتزوجها الخالف فهذا لا يقطع بتعذر النكاح عليه فلزمته اليمن كما لو طلقها طليقة ووجه القول الثاني ان نكاحها لا يمكنه الآن فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه والله أعلم (فرع) ومن قال كل نيب تزوجها فهو طالق ثم قال كل بكر تزوجها طالق فروى عيسى عن ابن القاسم لانه يلزمه الثانية وروى ابن وهب عن مالك تلزمه اليمنان وجه القول الأول ان اليمن الثانية تمنع الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه ووجه القول الثاني ان اليمن الثانية لا تتناول المنع وانما تتناول صنفاً من النساء وينبغي الكثير فوجب أن يلزمه كالأول (مسألة) ومن حلف أن لا يتزوج بالاسكندرية فلا يخلو أن ينويها وعملها أو ينويها خاصة أو لا ينوي شيئاً فان نواها وعملها لزمه ذلك وان نواها خاصة ففي كتاب ابن حبيب فمين حلف بطلاق من يتزوج بالاسكندرية ان نوى الحاضرة لزمه فمين على مسافة الجمعة قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ قالوا وان لم ينو شيئاً لزمه في مسيرة يوم حتى يجاوز أربعين ميلاً وأكثر حدهما تفصير فيه الصلاة وقد قال ابن القاسم استحسن أن يتباعد الى حيث لا تلزمه الجمعة قال أصبغ والقياس أن يتباعد الى حيث تفصير فيه الصلاة اذا خرج في طعنه ولا يتم فيه الصلاة اذا قدم والأول استحسن ولو تزوج في الموضع الذي يرزاليه لم تفصير حتى يجاوزه لم أقضه روى ابن سعدون عن أبيه في الخالف لا يتزوج من قرطبة لا يلزمه الا في قرطبة وار باضها ولو قال بالقبير وان لم يلزمه الا في المدينة نفسها ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شيء وجه القول الأول ان من حلف أن لا يتزوج من الاسكندرية فقد حلف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم وفي حكم ما يقع عليه فاذا لم ينو شيئاً كان كل موضع لا تقصر اليه الصلاة من الاسكندرية له حكم الاسكندرية في ذلك وقد قال أصبغ ان ذلك على وجه التعرّي فمن تزوج من موضع مسافة الجمعة لم ينقضه ووجه قول سعدون ان لاسم انما يتناول المصر وار باضه كقوله تعالى لم يكن أهلها حاضري المسجد الحرام وانما يتناول هذا ما يكون مضافاً الى القرية من الارباض المتصلة بها لان

الاسم يتناول جميعها (مسئلة) ومن حلف بطلاق من يزوجها بالمدينة ففي العتية عن ابن القاسم
 لا بأس أن يواعدها بالمدينة ويعقد نكاحها بغيرها ووجه ذلك أن المراءى انعقاد النكاح والنكاح
 إنما انعقد بغير المدينة فلا حث عليه (فرج) ومن حلف بطلاق من يزوجها من أهل مصر
 فزوج امرأته أبوها مصري وأما شامية قال ابن أبي حازم يحدث والولد تابع للأب دون الأم وبالله
 التوفيق (مسئلة) ومن قال كل امرأة تزوجها حياني طالق لم يلزمه شيء ولو ضرب لذلك أجلا
 فقدر وى ابن حبيب عن ابن الماجشون فبين قال كل امرأة تزوجها إلى عشرين سنة أو عشرين
 سنة طالق إن كان مما يشبه أن يعيش إلى مثل ذلك لزمه واللام يلزمه والتعبير في ذلك تسعون عاما
 وقال ابن المواز قال ابن القاسم العشرون سنة كثير يتزوج وقال أصبغ بعدتصبر وتعفف وقال
 أشهب وابن وهب لا يتزوج وإن خاف العنت في الثلاثين قال مالك لا يتزوج في الثلاثين إلا إن خاف
 العنت وروى أبو يزيد عن ابن القاسم أن قدر أن يتسرى فلا ينكح فإن لم يجد فلا ينكح إلا أن
 يخاف العنت فإن خاف العنت تزوج ولا شيء عليه وجه قول ابن الماجشون أنه إنما يراعى عمره في
 الأغلب ومالوزاد عليه لم يعمل إلى النساء غالباً وذلك تسعون عاما فلذا علق يمينه بمدة تبلغ عمره
 التسعين فهو بمنزلة من علق يمينه بجميع عمره فلا يلزمه شيء وإن قصر عن ذلك وأبقى يمينه مدة من
 هذا العمر لزمته اليمين ووجه قول ابن القاسم أن مدة العشرين سنة كثير تلحق فيها المشقة ولا
 تخلو غالباً من العنت وحال نكاحه أول من الزنا وقد أجازها ابن المسيب وغيره وإلى نحو هذا ذهب
 مالك رحمه الله إلا أنه راعى الثلاثين سنة وإن كانت مدة طويلة إلا أنه لم يعلق الإباحة بخصبة العنت
 دون طول المدة وأما ابن وهب وأشباهه فكل واحد منهم علق الحكم على لفظ اليمين دون ما يؤول إليه
 من استيفاء عمره والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطلاق وكل امرأة
 أنكحها فهي طالق وماله صدقة إن لم يفعل كذا وكذا فغنت قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله
 كل امرأة أنكحها فهي طالق فإنه إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضاً ونحو هذا فليس يلزمه
 ذلك وليتزوج ماشاء وأما ماله فيتصدق بثلثه ﴿ ش قوله لامرأته أنت الطلاق يلزمه ذلك على
 ما قال لأنه مما لا خلاف فيه إذا وقع على هذا الوجه وقوله كل امرأة أنكحها طالق لا يلزم به شيء لما
 قدمناه ولو حلف بطلاق امرأة أن تزوجها ثم حلف أن تزوج امرأة تميمية فهي طالق وتلك المرأة
 من تميم فزوجها قال ابن المواز يقع عليها طلقتان ووجه ذلك أن اليمينين كل واحدة منهما غير الأخرى
 وكل واحدة منهما منتمت طلقاً فلما حلف بهما لزمه طلقتان ويجب على قول أشهب لا يلزمه فيها غير
 طلق واحدة لأنها يمين متكررة في غير واحدة كما لو قال لها إن تزوجتك فأنت طالق ثم قال لها مثل
 ذلك ثانية فترزوجها فإمامي طلق واحدة

﴿ أجل الذي لا يمس امرأته ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها
 فإنه يضرب له أجل سنة فإن مسها والافرق بينهما مالك أنه سأل ابن شهاب متى يضرب له الأجل أمن
 يوم يبنى بها أم من يوم ترافعه إلى السلطان فقال بل من يوم ترافعه إلى السلطان ﴿ ش قوله من تزوج
 امرأة فلم يستطع أن يمسها ظاهره أنه معترض عنها ظناً أنه يستطيع ذلك فاعترض عنها لأن المحبوب
 الممسوح لا يستعمل فيه ذلك إلا أن يكون بمعنى أنه ظهر إلى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء

﴿ قال مالك في الرجل يقول
 لامرأته أنت الطلاق
 وكل امرأة أنكحها فهي
 طالق وماله صدقة إن لم
 يفعل كذا وكذا فغنت
 قال أما نساؤه فطلاق كما
 قال وأما قوله كل امرأة
 أنكحها فهي طالق فإنه
 إذا لم يسم امرأة بعينها أو
 قبيلة أو أرضاً ونحو هذا
 فليس يلزمه ذلك وليتزوج
 ماشاء وأما ماله فيتصدق
 بثلثه

﴿ أجل الذي لا يمس

امرأته ﴾

﴿ حديثي يحيى عن مالك
 عن ابن شهاب عن سعيد
 بن المسيب أنه كان يقول
 من تزوج امرأة فلم يستطع
 أن يمسها فإنه يضرب له
 أجل سنة فإن مسها والا
 فرق بينهما ﴿ وحديثي
 عن مالك أنه سأل ابن
 شهاب متى يضرب له الأجل
 أمن يوم يبنى بها أم من
 يوم ترافعه إلى السلطان
 فقال بل من يوم ترافعه
 إلى السلطان

قال ابن حبيب الاعتراض والعنة والحصر والخصاء والجب قال القاضي أبو محمد هي أربعة أشياء
الاعتراض والعنة والجب والخصاء قال ابن حبيب والمعترض هو بصفة من يأتي النساء وير بما جامع
بعضهن واعتراض عن بعض والعنين قال ابن حبيب لا ينتشر ذكره هو كالأصبع في جسده
لا ينقبض ولا ينبسط والحصور انفراد ابن حبيب بذكره وقال هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر
صغير كالذر وشبهه لا يمكن به وطء وقال القاضي أبو محمد العنين هو الذي ذكره شديد الصغرا يمكنه
الجماع بمثله ولا يتأتى منه انتشار بوجع به لصفه والخصى هو المنتزع الاثنيين قال صاحب العين الخصاء
سل الاثنيين ورجل خصى اذا اشتكى أنثيه وقال أبو عبيد عن أبي زيد الخصاء أن نسل أنثياه
سلاطين رضى ولم تخرج فهو الوجع وان شق الصفن فخرجت فهو المشق فان شقت حتى تسقط فهو
العصب والمجبوب المقطوع الذكر قال صاحب العين يقال جيب الصبي اذا استأصلت ما هنالك
(مسئلة) وأما العين والخصى والمجبوب فن أقر منهم بحاله فللزوجة الخيار في فرقة دون ضرب
الأجل لان كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤه وهو مما يوجب الخيار للزوجة لما فيه من عدم
الاستمتاع أو بعضه وللزوجة في ذلك حق على وجه ما ولدك فرق بينهما وبين المولى (مسئلة) ومن
أنكر ذلك منهم فقد قال ابن حبيب في الحصور والمجبوب المقطوع ذكره أو ذكره وأنثياه أو
مقطوع الخصى خاصة يعتبره لما بالجنس على الثوب ونحوه ووجه ذلك انه يدرك ذلك بالجنس من
فوق الثوب فيعلم ما يدعى وجوده من ذلك قال القاضي أبو الوليد وعندى انه اذا كان غير
مصدق فيه وكان للنساء أن ينظرن الى الفروج فيما صدق فيه النساء جاز للرجال الشهود أن ينظروا
الى هذا اذا كان غير مصدق فيه وهو آيين في الشهادة وأبعد مما يكره ويحظر من الملازمة
(مسئلة) وأما المعترض فان أقر بذلك فلا يجزى أن يكون حرا أو عبدا فان كان حرا ضرب له أجل سنة
قال ابن المواز عن مالك البكر والثيب في ذلك سواء ولا خلاف بين الصحابة فيما علم فانه مروى عن
عمر وابن مسعود وغيرهما الارواية عن علي بن أبي طالب لا تثبت وانفردا ودبقوله لا يؤجل للزوج
ولا خيار للزوجة وهو محجوج بالاجماع فان برى في السنة والافرق بينهما ان شاء ذلك وانما ضرب
له أجل سنة لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة فأبج له أن يتعاني في جميعها يصل
الى المعاناة على الوجه الذي يوافق مع ما في ذلك من سعة المدة والفسحة لما عسى أن يقع من اعتقال
المعاناة وعدم المعاني والمعاني به في السنة فسحة للوصول الى ذلك كله والله أعلم وان كان عبدا
فقدر وى ابن القاسم عن مالك أجله ستة أشهر وقال القاضي أبو محمد اختلف في أجل العبيد
فوجه القول بانه سنة اعتباره بالحر ولأن الغرض في ذلك اختباره بتأثير الأزمنة فيه وذلك يستوى
فيه الحر والعبد فأشار الى انها مقولة لمالك وبها قال الجمهور ووجه القول بانها ستة أشهر انها
مدة تقربه من الفراق فكان له فيها نصف مدة الحر كمدة الايلاء (فرع) وهذا اذا كان
صعبا فان رفعته وهو مريض فقدر وى يعنى ان رفعته وهو مريض فلا يضرب له أجل حتى يصح
ووجه ذلك أن عذره ظاهر ولو تعذر عليه الوطء للرض لم تطلق عليه فلا يضرب له أجل في وقت
مرضه (فرع) والسنة في ذلك من يوم ترافعه امرأته الى السلطان قاله ابن المواز عن مالك قال
القاضي أبو الوليد هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندى أن أول السنة من يوم الحكم بها وذلك ان
رفعها الى السلطان لا يوجب لها الحكم الا بعد اقرار الزوج أو اثبات ما يوجب لها وبما كان ذلك
في المدة الطويلة فاذا ثبت عندنا كما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم انفاذ الحكم

والله أعلم (مسئلة) فان وطئ في أثناء السنة واتفقا على وجود الوطء فلا خيار لها وهما على حكم الزوجية
اللازمة فان ادعى الوطء وانكرته الزوجة فلا يخلو أن تكون ثيباً أو بكران كانت ثيباً فالقول قول
الزوج مع يمينه به قال أبو حنيفة والشافعي وقد اختلف في المدينة في المرأة تدعى على زوجها العجز
عن الوطء وينكر ذلك فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة بهذا وقال ابن أبي ذئب يخلى معها
ويكون عدلان جارحين فان خرج اليها بقطنة فيها نطفة صدق وقال ابن أبي ذئب يطلع ذكره
بزعفران فاذا فرغ أدخل عليها امرأتان فان وجدتا الزعفران داخل فرجها صدق وروى الوليد بن
مسلم عن مالك والاوزاعي انه يخلى معها وبالباب امرأتان فاذا فرغ نظرتا فرجها فان كان فيه مني فهو
صادق والافهوكاذب وقد قال محمد بن عمران يخلى معها ثم يخرج ويلازمها امرأتان فان تطهرت
صدق وان لم تغتسل فهي مصدقة فقضى بقول مالك وقال القاضي أبو محمد وجه ما ذهب اليه مالك
انها مدعية عليه استهتاق الفراق وهو منكر فوجب أن يكون القول قوله ولأن ذلك موكل الى
أمانته قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأصل في هذه المسئلة عندي أنه على السلامة وهي
تدعى عيباً يوجب لها نقض عقدة أقرب بصحته وأما اذا أقر بتعدر الوطء عليه ثم ادعاه بعد ذلك
في الأجل فلو لم يكن هذا موكولاً الى أمانته لوجب أن يكون القول قولها (فرع) فان حلف
فهم ما على النكاح اللازم وان نكل أحلفت فان حلفت فلها أن تفارقه وان نكلت بطلت دعواها
ولزمها البقاء على الزوجية وروى ابن حبيب عن مالك ان نكل عند الاجل طلقت عليه
(فرع) فاذا قلنا نطق عليه اذا حلفت بعد نكوله فاما نطق عليه عند انقضاء الأجل ولو نكل
قبل الأجل ثم أتى الأجل فادعى أنه أصاب كان له أن يحلف وليس الحكم الانكوله قبل الاجل
بشئ رءاه ابن المواز ووجه ذلك أن له أن يتربص عليه الى الاجل فلامعنى لاستحلافه قبل الاجل
لانه ان أصابه قبل الاجل لم يضره مجزئه قبل استحلافه ولم ينقض الاجل (مسئلة) وأما البكر
فقد قال القاضي أبو محمد فيهما وإيتان احدهما انها كالثيب والاخرى ان ينظر اليها النساء فان كان
بها أتراباً فالقول قوله وان قلن انها على حال البكارة صدقت عليه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي
وجه الرواية الاولى وبها قال ابن القاسم أن هذه زوجة ادعت العنة على الزوج فكان القول قوله
كالثيب ووجه الرواية الثانية ان لنا في البكر طريقاً الى معرفة صدق الصادق منهما فكان ذلك
أولى من الرجوع الى أمانته (مسئلة) فان انقضت السنة وأقرب عدم الوطء كان لها الخيار في
أن تقيم عنده أو تفارقه فان أقامت عنده ثم أرادت الفراق ففي كتاب محمد اذا صبرت عند تمام
الاجل ولم تقم ثم أرادت القيام فلها ذلك وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية واختلفنا
فروى محمد بن عوف مكانه بغير ضرب أجل وليس لها هي أن تفارق دون اذن السلطان قاله ابن حبيب
وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير اذن من السلطان وجه القول
الاول انه امر مختلف فيه فلا بد من حاكم يحكم بصحته لاسيما وليس طلاقه بلازم وانما هو اختيار بما
تركته ووجه القول الثاني أن الحاكم لما ضرب الاجل فقد حكم بما يؤول اليه وأخذه به وهذا لانهم
تحكم بصحة بقائهما معه ولا وجد منها تصرح بالرضى به ولو أظهرت الصبر عليه في الواضحة اذا صبرت
امرأة العنين يريد المعترض ثم به الها فان كان يحدثان ما رضيت الامر وقع بينهما فليس لها ذلك
وان بدا لها بعد زمان قالت رجوت أن لا يتأدى به فذلك لها ولو صبرت على العنين أو الحصور لم يكن
لها بعد ذلك خيار (مسئلة) والطلاق في ذلك طلاقاً بئنة ولا رجعت له وان قال قد انطلقت يريد

إذا ادعى الانطلاق بعد الطلاق لانه طلاقاً بائناً تبع النكاح من الاصابة (مسئلة) وهذا اذا كان صحيحاً فان كان مريضاً عند انقضاء الاجل أو مسجوناً أو مريضة أو حائضاً ففي كتاب محمد عن ابن القاسم يفرق بينهما ولا ينتظر رواه يحيى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ينتظر به واختاره ابن المواز وجه قول ابن القاسم ان هذا أجل ضرب به الحاكم لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه لان الحكم تمتناول انقضائه كما تناول ابتداءه ولذلك فرق يحيى في روايته بين أول الأجل وآخره فقال لا تضرب الآجال لمرض المريض وتطلق عليه عند انقضائه وان كان مريضاً ووجه قول أشهب انه أجل ضرب للاصابة فاذا انقضى لم يجعله له مع وجود مانع كاشهر المولى (مسئلة) ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل قال ابن القاسم في كتاب محمد يجعل لها الطلاق حينئذ ولا ينتظر تمام السنة رواه عيسى عنه وروى محمد عن أشهب وعبد الملك وأصبح وغيره لافراق في شيء من ذلك ولا حجة لها وجه القول الأول انه قد حكم عليه بالفراق لعدم الوطء فاذا قطع ذكره وتعذر الوطء كان بمنزلة من اطلع على انه محبوب فمجل الفراق ووجه القول الثاني ان هذا أمر طارى عليه في مدة الأجل فوجب أن يبطل الأجل ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره في أشهر الأجل وقد أجمعوا على ان الأجل يبطل وتثبت الزوجية (مسئلة) وحكم ايقاع الطلاق أن يوم الزوج بايقاعه فيوقع منه ما شاء فان امتنع من ايقاعه فان الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق خلافاً للشافعي ووجه ذلك انه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب ولا أوجه فساد عقد فكان طلاقاً كما لو أوقعه الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وقال القاضي أبو الوالد رضي الله عنه والظاهر عندي انها فرقة يلزم الزوج ايقاعها لحق الزوجية فاذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان فكانت طلقة كفرقة المولى (مسئلة) وانما يوقع الحاكم عليه طلقة واحدة تكون بائناً لانها قبل الدخول فلا رجعة فيها ولا حاجة لاحد الى ايقاع أكثر منها مع ان الزائد على الواحدة ممنوع فان أوقع أكثر من ذلك فيخرج فيه القول على ما تقدم من الخلاف والله أعلم (فرع) فاذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل ففي الموازية روى أشهب عن مالك ان ضرب لها الأجل بقرب البناء فلها نصف الصداق وقد قال مالك مرة لها جميعه وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب عن مالك وان رفعت بعد طول مدة ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل فلها الصداق كله وجه القول الأول وبه أخذ ابن عبد الحكم ان استيفاء عوض المهر في النكاح يكون على وجهين أحدهما الجلاء وذلك يكون بالتقاء الختان والثاني الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمرضاة ولذلك تستحق زوجة المجهوب عليه جميع مهرها اذا طلقها بعد البناء بها فاذا لم يمكن في حق غير المجهوب الوطء جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور ويجب أن يكون ذلك في طويل المدة دون قصيرها لانها خلاف أن ذلك لا يستوفي في الساعة ولا في اليوم ولا يعتبر في طويل المدة بالسنة المضروبة لاختيار الزوج لانه ليس مقتضاها المكارمة والمرضاة وانما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة وانما يعتبر في طول المدة بما مضى قبل أن ترفعها الى الحاكم كما ذكرناه فان طال بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها كان لها جميع المهر لانه قد وجد منها البدل ووجد منه أحسن نوع الاستيفاء وان قصرت عن ذلك لم يكن لها الا نصف الصداق لانه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء ووجه القول الثاني انه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها فكان لها جميع الصداق كما لو طال المدة قبل التعاك في ذلك والله أعلم

(فصل) فأما المجنون فقد روى محمد بن مالك للمرأة أن ترد الرجل بما يضرها به من الجنون والجنام والبرص وذلك انه على وجهين أحدهما أن يكون الجنون به حين العقد فغيرها من نفسه فاختارت الطلاق فان كان دخل بها فلها الصداق وان لم يبين بها فلا شيء لها ووجه ذلك انه اذا غرهما من نفسه بالعتة كان لها الخيار وهذا أبين ضررا فبان يجب لها الخيار به أولى فان كان حدث به ذلك بعد العقد فعلى حسب ذلك ان كان قبل البناء فلها أن تطلق نفسها ولا شيء لها وان كان بعده فلها جميع الصداق رواه أشهب عن مالك وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في المجنون سواء كان جنونا افاقا أو مطبقا ان كان يؤذيها ويخاف عليها منه حيل بينهما وأجل سنة ينفق عليها من ماله فان برأ والا فهي بالخيار وان كان يعفيها من نفسه ولا تخاف منه في خلوته بها فلا حجة لها وقال نحوه أشهب ووجه ذلك ان هذا ليس بمعنى مؤثر في الاستمتاع فاذا أعفاهما من نفسه ولم يخف منها عليها فلا خيار لها وأشار ابن حبيب الى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد والحادث بعده فقال فممن زوج ابنة صغيرا فلما بلغ ظهر أنه أحق مطبق فأرادت هي أو ولي الصغيرة الفسخ وقالت كان الجنون به قديما وبالبيع ظهر فهذا لا يعرف وهو على انه حادث (فرع) فاذا اختلفا يفرق بينهما في الجنون ضرب له أجل سنة يتعالج فيها وقد قال مالك يجبس في حديد أو غيره ان خيف عليها منه وهما في الذي يخاف عليها منه وهي مع ذلك لا تستوحش من مجالسته ويخاف عليها من ذلك اذى فان عندى انه يفرق بينهما فان برأ المجنون في السنة قال مالك فان برأ والا فهي بالخيار ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) والموسوس والذي يغيب مرة بعد مرة سواء رواه ابن المواز قال وقد قال مالك يؤجرل الموسوس سنة ووجه ذلك ان حذنه معان يعدم معها العقل والميز فاشبهت الجنون (مسئلة) وأما الجنام فقد تقدم من قول مالك ان لها الخيار في الجنام وكذلك ان حدث به ووجه ذلك ما قدمناه من انه معنى منع الاستمتاع (فرع) ومقدار الجنام الذي يوجب لها الخيار قال أشهب ليس له حد الا أن يكون بشعا حاصلا يحتمل النظر اليه وتغض الابصار ووجه فلها الخيار وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب انه اذا كان بالرجل جنام لاشك فيه ون لم يكن مؤذيا ولا فاحشا فليفرق بينهما ان طلبت ذلك لانه لا تؤمن زيادته وأما الخفي الذي يشك فيه ولا يعرف انه جنام فلا يفرق بينهما وجه القول الأول انه لا يمنع نفس الاستمتاع وانما يلزمه فاذا لم يكن فيه أذى ولا مضرة من قبعه فلا خيار لها ووجه القول الثاني ان النفوس مجبولة على كراهته والنفار من هو به وذلك يمنع النشاط الى الاستمتاع والانبساط اليه فاقتضى ذلك منع الاستمتاع كالمواز ان الجنام بالمرأة والله أعلم (فرع) ولو شاءت المقام معه ثم قامت بعد سنين فقد قال أشهب في التي لها الخيار بقبح جنام زوجها فشاءت المقام ثم بدا لها فذلك لها وروى عن ابن القاسم ابن المواز ان الامام اذا خير زوجة الأجنم فاختارت المقام ثم قامت بعد سنين لاحجة لها اذا كان رضاها عند السلطان أو غيره اذا أشهدت الآن يتزايد أمره وروى عنه عيسى انه قال لاحجة لها اذا قالت ظننت انه سينهب ووجه قول أشهب ان هذا أمر يشد ضرره ويتزايد أمره ولا يكاد يثبت على حاله واحدة ووجه قول ابن القاسم انها اذا رضيت المقام معه عند السلطان لزمها ان السلطان قد حكم باسقاط خيارها والله أعلم

(فصل) وأما البرص فقد تقدم من رواية ابن المواز عن مالك ان للمرأة أن ترد الرجل بما يرد بها به من الجنون والجنام والبرص وهذا فيما غرها به وما حدث بالرجل من جنون أو جنام أو برص فلها الخيار

قال مالك وليس حدوث البرص الشديد مثل ذلك ولا سمعت أحدا فرقه فيه ولا أرى ذلك وروى عنه
 أشهب لا يفرق فيه وإن غيرها فلي هذا عن مالك في التي يفرها زوجها روايتان احدهما اثبات
 الخيار لها وبها قال ابن القاسم وابن عبد الحكم والثانية نفيه وفي الذي يحدث به رواية واحدة في نفي
 الخيار قال ابن القاسم وإن كان ما حدث منه شديدا وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يحدث به
 من البرص ما خف منه فلا خيار لها وما فيه ضرر لا نصبر عليه فلها الخيار به وقال القاضي أبو محمد
 واختلف عنه في لبرص إذا غربه والصحيح أنه يثبت لها فيه الخيار والدليل على ذلك قوله تعالى
 ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ولأنه معنى يؤثر في الاستمتاع للزوج الخيار به إذا كان بالزوجة
 فكان للزوجة الخيار إذا كان بالزوج كالجذام فذهب القاضي أبو محمد إلى اثبات الخيار لها بهذه
 العيوب كلها كانت موجودة حين العقد أو ثبتت بعده والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة
 وبين ما يحدث بالزوج أن الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق والزوجة لا تقدر على ذلك فلوم يثبت
 لها الخيار لأدى إلى استدامة الضرر وما قاله القاضي أبو محمد يقتضي أن حق المرأة في ثبوت الخيار
 لها بما حدث بالزوج من ذلك أكد من حق الزوج مما يثبت للمرأة وهو ظاهر والله أعلم (فرقة)
 والفرق بين ما يوجد من حين العقد وبين ما يحدث بعد ذلك على رواية من فرقه بينهما أنه في الذي
 كان موجودا به قاصدا إلى الخديعة والأضرار بها والذي حدث ذلك به بعد العقد غير قاصدا إليه بما
 حدث بها منه بعد العقد وإنما يكون له أن يطلق قبل البناء بها ولها نصف الصداق ولها بعد البناء
 جميعه ولو كان ذلك بها عند العقد لكان له قبل البناء أن يفارقها ولا شيء عليه من الصداق وأما من
 فرقه بين كثير ما حدث منه وقليله ولم يزد كذلك فيما كان منه عند العقد فأما أثبت لها الخيار في
 كثير من أجل استدامة الضرر ويلزم على هذا أنها إذا رضيت به كان لها القيام به لأنه ليس من وجه
 العنة وإنما هو من وجه الضرر والله أعلم ص ﴿ قال مالك فأما الذي قدم مس امرأته ثم اعترض
 عنها فاقى لم أسمع أنه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ﴾ ش وهذا على ما قال ابن من مس امرأته ولو
 مرة واحدة ثم اعترض عنها فإنه لا يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ولا حجة لها عليه في ذلك وعلى هذا
 فقهاء الأماص غير أبي ثور فإنه قال يؤجل وهو محجوج بالأجاء قبله ولأن الملامسة الواحدة يكمل
 بها الصداق فيبطل بها حكم الاعتراض لأنها بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع إذا منع منه في المستقبل
 عن ترك الوصايا أحد الزوجين والله أعلم

﴿ قال مالك فأما الذي قد
 مس امرأته ثم اعترض
 عنها فاقى لم أسمع أنه يضرب
 له أجل ولا يفرق بينهما ﴾
 ﴿ جامع الطلاق ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك
 عن ابن شهاب أنه قال بلغني
 أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال لرجل من
 ثقيف أسلم وعنده عشر
 نسوة حين أسلم الثقيفي
 أمسك منهن أربعاً وفارق
 سائرهن

﴿ جامع الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم
 وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقيفي أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن ﴾ ش قدر روى عنه صلى الله
 عليه وسلم أنه أمر غيلان بن سلمة الثقيفي الذي أسلم وعنده عشر نسوة أن أمسك منهن أربعاً وفارق
 سائرهن ولم يجعله أمساك الأوائل ولا غيرهن وذلك يقتضي أنه خير في أن أمسك من شاء منهن
 ويفارق سائرهن وبذلك قال مالك والليث والشافعي وكذلك لو كانت تحته أختان لكان له أن
 يختار أيتهما شاء وسواء تزوجهما في عقد واحد أو عقود مختلفة وقال أبو حنيفة ليس له أن أمسك إلا
 الأوائل فإن تزوجهن في عقد واحد ففرق بينه وبينهن ثم تزوج من شاء منهن وبغضال الثوري والدليل
 على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم ولم يستل عن صفة تكاثرهن وهو موضع حكم والسؤال

ابن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن مسعود وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيا امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى نحل وتنكح زوجها غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فانها تكون عنده على ما بقى من طلاقها قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها • وحدثني عن مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد ابن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن ابن زيد بن الخطاب فبعثته فدخلت عليه فإذا سيات موضوعا وإذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألقا قال فخرجت من عنده فادركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فآخبرته بالذي كان من شأن فتعظيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وانها

عن أسبابه مع أن الغالب انه لا يزوجهن في عقد واحد والله أعلم (مسئلة) وهذا مبني على أن أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شرط الصحة لكن ان كان الفسادي يقارن العقد فقط فذلك الذي يصححه الاسلام فان كان يبقى بعد العقد وأدركه الاسلام بطل النكاح وان انقضى قبل الاسلام صححه الاسلام وذلك مثل أن تنكح المرأة في عدتها ثم تسلم وهي في عدتها فقد قال ابن القاسم يفسخ النكاح قال أشهب وان لم يكن بنى بها ولو وطئ بعد اسلامه في العدة لم تحل له أبدا وكذلك من تزوج على سنة المتعة فأسلم قبل الأجل ففسخ نكاحه ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه بنى أو لم يبن قاله أشهب وذلك كله من كتاب أحمد ووجهه ما تقدم (مسئلة) ومن أسلم وعنده عشرين نسوة فلم يختر منهن حتى مات قال محمد سمعت من قال انهن يرثن منه الثمن مع الولد والربع مع عده ومن دخل بها منهن فلها صداقها ومن لم يبن بها فلها خصاصداقها قال محمد لانه لم يكن عليه ان لم يدخل بها الا صداق أربع يقسم ذلك بينهن والله أعلم (مسئلة) ولو طلق أربعاً من العشرة فقد قال محمد بن عبدوس ليس له أن يختار من العشر غير الأربع لان طلاقه للربع اختيار لمن طلق وبالطلاق وقع على المطلقات ووجه ذلك ان الطلاق انما يقع في نكاح وانما يتعلق بالزوجة فاذا وجه الطلاق اليها فقد اختارها زوجته فاذا استوعب أربعاً بالطلاق فقد استوعب من كان له أن يختار ولا سبيل له الى سائرهن الا بنكاح جديد كما لو اختار أربعاً ثم طلقهن • قال مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت سعيد بن المسيب وحيد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيا امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى نحل وتنكح زوجها غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فانها تكون عنده على ما بقى من طلاقها • قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها • ثم قول عمر رضي الله عنه أيا امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين يريد ما لم يستوعب الثلاث ثم تركها حتى نحل وتنكح زوجها غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فانها تكون عنده على ما بقى من طلاقها يريد ان يتزوجها الثاني طلقها فانها اذا رجعت اليه تكون عنده على طليقتين فان كان طلقها طليقتين قبل الثاني فانها اذا رجعت للاول لا يبقى له فيها الا طليقة واحدة لان الزوج لا يهضم من الطلاق الا الثلاث فاما الطليقة والطلقتان فلا يهضمها الزوج وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يهضم الطليقة والطلقتين واذا رجعت الى الأول بعد ان طلقها طليقتين وطليقتين فانها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثاً ثم رجعت اليه بعد زوج • قال مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن ابن زيد بن الخطاب فبعثته فدخلت عليه فإذا سيات موضوعا وإذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألقا قال فخرجت من عنده فادركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فآخبرته بالذي كان من شأن فتعظيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وانها لم تنكح عليك فارجع الى أهلك قال فلم تقر ربي نفسي حتى آتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذي كان من شأن وبالي قال لي عبد الله ابن عمر قال فقال لي عبد الله بن الزبير لم تنكح عليك فارجع الى أهلك وكتب الى جابر بن الأسود

لم تنكح عليك فارجع الى أهلك قال فلم تقر ربي نفسي حتى آتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذي كان من شأن وبالي قال لي عبد الله بن الزبير لم تنكح عليك فارجع الى أهلك وكتب الى جابر بن الأسود

الزهرى وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن وأن يحل بيلى وبين أهلى قال
 فقدمت المدينة فجهزت صفة امرأة عبد الله بن عمر امرأتى حتى أدخلتها على بعلم عبد الله بن عمر ثم
 دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسى الى وليتى فجاءنى ع ش قوله فدخلت عليه فاذا سيات موضوعه
 وقيدان من حديد وعبدان يقتضى مع كمال الحديث أن هذا كان عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن
 الزبير مما يقع به الاكراه الذى يمنع وقوع الطلاق وروى ابن المواز أن التهديد بالضرب وان قل
 وأب السجنا كراه وكذلك أخذ بعض المال وقال فحين مر بعشار فقال فى أمتهى له حرة لاشئ
 عليه وروى عيسى عن ابن القاسم فى بين المكره ان كان لم يحلف فلاشئ عليه ع قال الفاضى
 أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن يكون يعلم أن الخالف يقدر على ذلك وأنه من لا يترع
 عنه وليس من شرطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف
 (فصل) وقوله فقال طلقها والا الذى يحلف به فعلت بك كذا وكذا فقلت هى الطلاق ألفا يقتضى
 انه طلقها مكرها وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بان ذلك لا يلزمه وهو المعروف من
 قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعى وقال
 أبو حنيفة يلزم المكره طلاقه وبه قال الثعلبى والشعبي وروى عن سعيد بن المسيب والدليل على
 ما نقله ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا طلاق فى اغلاق والاغلاق الا كراه ومن جهة
 المعنى ان هذا طلاق لو أقر به لم يلزمه فاذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون (مسئلة) اذا ثبت ذلك
 فسواء أكره على ايقاع الطلاق أو الاقرار به أو اليمين به أو الحنث فى بين لزمته به كل ذلك لا يلزمه لانه
 معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالا كراه كالاقرار
 (فصل) وقوله ثم دعوت عبد الله بن عمر الى وليتى فجاءنى يقتضى بقاءه على ما أفتاه به من أن
 المكره لا يلزمه طلاق ولذلك حضر ولية بنائه بها مع علمه بانه قد كان طلقها مكرها وكتب عبد الله
 ابن الزبير الى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت
 وظالمه وان كان ما ألجأه اليه من الطلاق لا يلزمه وهذا هو الواجب على من اليه شئ من أمور المسلمين
 أن ينصف ضعيفهم من قويمهم والله الموفق للصواب ص مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال
 سمعت عبد الله بن عمر قرأ يأبها النبي اذا طلقت النساء فطلقوهن لقبول عدتهن قال مالك يعنى بذلك
 أن يطلق فى كل طهر مرة ع ش قوله فطلقوهن لقبول عدتهن يحتمل أن يريد به انه سمعه يورد
 ذلك على سبيل التفسير فأما القراءة فلا تكون الا على ما نضه المصحف ومعنى قوله لقبول عدتهن
 أن يطلقها طاهرا فتلك المدة التى تستقبل بها العدة يريد أن تبدأ فيها وهو قريب من معنى قوله تعالى
 فطلقوهن لعدتهن لان معنى ذلك أن تطلق فى حالة تعدبها ولا خلاف انه لا يجوز الطلاق فى حال
 الحيض فثبت ان الأمر بالطلاق تناول حال الطهر وثبت بذلك ان زين الطهر هو الذى يقع الاعتداد
 به وهو الذى تستقبل العدة به وقوله عن مالك ان معنى ذلك أن يطلق فى كل طهر مرة مما انفرد به
 يحيى بن يحيى وقد أنكرت هذه الرواية على يحيى بن يحيى وقيل انها مخالفة لنهيب مالك رحمه الله لان
 طلاق الستة عنده أن يطلق طلقة فى كل طهر أى فى أى طهر سأله أن يتدى به الطلاق ويوقعه مرة
 واحدة لا يتبعها فى ذلك الطهر طلقة ثانية وليس فى ذلك الطلاق ايقاع طلاق فى الطهر الثانى ولا يمنع
 منه لان الامر جهته التعلق بالعموم ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم لانه لا يجوز عنده أن
 يطلق فى طهر قد مس فيه والله أعلم

الزهرى وهو أمير المدينة
 يأمره أن يعاقب عبد الله
 ابن عبد الرحمن وأن يحل
 بيلى وبين أهلى قال
 فقدمت المدينة فجهزت
 صفة امرأة عبد الله بن
 عمر امرأتى حتى أدخلتها
 على بعلم عبد الله بن عمر
 ثم دعوت عبد الله بن
 عمر يوم عرسى لوليتى
 فجاءنى ع وحدثنى عن
 مالك عن عبد الله بن
 دينار أنه قال سمعت عبد
 الله بن عمر قرأ يأبها النبي
 اذا طلقت النساء فطلقوهن
 لقبول عدتهن ع قال مالك
 يعنى بذلك أن يطلق فى
 كل طهر مرة

* وحدثني عن مالك

عن هشام بن عروة
عن أبيه انه قال كان
الرجل اذا طلق امرأته ثم
ارجعها قبل أن تنقضي
عدتها كان ذلك له وان
طلقة ألف مرة فعد
رجل الى امرأته فطلقها
حتى اذا شارفت انقضاء
عدتها راجعها ثم طلق
ثم قال لا والله لا أؤيك
الى ولا تحلين أبداً فأنزل الله
تبارك وتعالى الطلاق
مرتان فامسك بمعروف
أو تسريحاً بحسان
فاستقبل الناس الطلاق
جديداً من يومئذ من كان
طلق منهم أولم يطلق
* وحدثني عن مالك عن
نور بن زيد الديلمي أن
الرجل كان يطلق امرأته
ثم راجعها ولا حاجته بها
ولا يريد امساكها كما
تطول بذلك عليها العدة
ليضارها فأنزل الله تبارك
وتعالى ولا تمسكوهن
ضراً التعتدوا ومن يفعل
ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم
الله بذلك * وحدثني
عن مالك أنه بلغه أن سعيد
ابن المسيب وسليمان بن يسار
شلا عن طلاق السكران
فقال اذا طلق السكران
جاز طلاقه وان قتل به
قال مالك وعلى ذلك الامر
عندنا

ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم رجعها قبل أن تنقضي عدتها كان ذلك له وان طلقها ألف مرة فعدت رجلاً الى امرأته فطلقها حتى اذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها ثم قال والله لا أؤيك الى ولا تحلين أبداً فأنزل الله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريحاً بحسان فاستقبل الناس الطلاق جديداً من يومئذ من كان طلق منهم أولم يطلق * مالك عن نور بن زيد الديلمي ان الرجل كان يطلق امرأته ثم راجعها ولا حاجته بها ولا يريد امساكها كما تطول بذلك عليها العدة ليضارها فأنزل الله تبارك وتعالى ولا تمسكوهن ضراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم الله بذلك * ش الآية الأولى نزلت في تقدير الطلاق وما للرجل منه وانه ليس له من ذلك الا طلقان تعقبهما رجعة وطلقة الثالثة لا رجعة بعد ما قطع بذلك تبارك وتعالى ضرر من كان يستديم الطلاق والارتجاع يمنع بذلك الزوجة من أن تحل لغيره ولا يعيدها الى حال الزوجية التي يقتضيها عقد النكاح من الامساك بالمعروف وقصد المواصله فقد ر الله تعالى بهذه الآية أن جميع ما للزوج في المرأة ثلاث تطلقه فاذا استوعبها في كلمة أو كلمات ووقت واحد أو وقتان لم يبق له فيها رجعة ولا كان له أن يمنعها من نكاح غيره اذا انقضت عدتها ومعنى الآية ان الطلاق الرجعي مرتان ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى فامسك بمعروف أو تسريحاً بحسان ان هذا حكم الطلاق الرجعي وهذا الزوج وله أن يمسكها بحسان يريد والله أعلم على المواصله والمقصود بالزوجية لا يضارها او يطول عليها بالرجعة عدتها ولذلك قال تعالى ولا تمسكوهن ضراً لتعتدوا ويريد في تطويل العدة عليهن أو يسرحها بحسان ان لم تكن له بها حاجة فان طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره يريد والله أعلم الطلقة الثالثة (فصل) وقوله تعالى ولا تمسكوهن ضراً لتعتدوا وانها لله هذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذي أبيع لهم على وجه الاضرار واعلمهم انه وان كان قد نكحها فيه حكمهم فانهم قد أمروا باليقاعه على وجه المعروف دون الاضرار فن أوقعه على وجه الاضرار فقد ظلم نفسه فماتنا ولته الآية الأولى غير ماتنا ولته الآية الثانية والله أعلم ص مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار شلا عن طلاق السكران فجاز طلاقه وان قتل به قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا * ش قولها اذا طلق السكران جاز طلاقه وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب والنخعي والشعبي وابن سيرين وأكثر الفقهاء وبه قال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي والثوري والشافعي في ذلك قولان أحدهما يلزمه الطلاق وعليه أكثر أصحابنا والثاني لا يلزمه وبه قال المزني وروى ذلك عن عثمان بن عفان وروى يعقوب بن يعقوب بن سعيد الانصاري والدليل على ما نقوله ان كل من لزمه القطع بالسرقة والقصاص في القتل لزمه الطلاق أصل ذلك الصحيح والاختلاف في الزامه القطع بالسرقة الاماروى عن عثمان اللبني وليس ممن يعتمد بخلافه وهو محجوج بالاجماع قبله وأما القصاص في القتل فلا خلاف فيه * قال القاضي أبو الوليد أيد الله الذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة وانما يتعبد مع صحة قصده الى ما يقصده ولذلك يقتص منه في القتل والاختلاف فيه وأما ما بلغ الى حد أن يفهم عليه ولا يبقى له عقل جملة فهذا لا يصح منه تطليق اذا بلغ هذه الحالة ولا ينهأ منه ضرب ولا قتل ولا غيره وانما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر لان سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة وانما يتغير العقل تغيراً يجترى به على معان لا يجترى عليها صاحباً كالسفيه ولو علم انه بلغ حد الانعاش لما اقتص منه ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أنعم عليه

(فرع) وأما من سقى السكران ثم حلف بطلاق أو غيره فقد قال أصبغ في العتبية لا يلزمه شيء وهو كالبرسام وهو لم يذخه على نفسه ولو فسد شر به على وجه الدواء والعلاج فأصابه ما بلغ ذلك منه فلا شيء عليه وليس كشارب الخمر ومعنى ذلك أن شرب السكران يذهب العقل ويجعل صاحبه كالبرسم وقال ذلك في المريض يطلق في هنيائه لا يلزمه ولو طلق وقد ذهب عقله من المرض ثم صح فأنكر ذلك حلف ولم يلزمه وأما شارب الخمر فلتنبيه كرهه ومعناه الاجترار على المعاصي وتشعب الاماني مع بقاء كثير من الميز الذي يلزمه به القصاص والحدود ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطلاق تلزمه وأما ما يتعلق بتعريم ولا كان فيه عتق كالبيع والنكاح والهبة والصدقة وعطيته وانكاح ابنته وافراره بالدين قال سحنون لا يجوز شيء من ذلك وهو ظاهر قول مالك وقال ابن نافع يجوز عليه كل شيء كالبيع وغيره ووجه قول مالك أن أقل أحواله حال سكره أنه سفيه فلا يلزمه شيء من ذلك كما يلزم السفيه ووجه قول سحنون أن هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجور عليه ومع من الميز ما يجب عليه به القصاص فإنه يلزمه سائر أفعاله كالصاحي وأما وصيته فقد قال سحنون ما كان منها له الرجوع فيه فلا يجوز عليه والمال يمكن له الرجوع كالعتق المبطل فهو لازم ثم يرجع سحنون بالعشي فقال تلزمه وصيته بالعتق ووصيته لقوم ولا يكون أسوأ حالا من الصبي والسفيه تجوز وصيتهما فالسكران أحرى أن تجوز وصيته وانما يلزمه البيع لأنه لا يلزم الصبي ولا السفيه ض **ب** مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ففرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا **ب** ش قوله إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ففرق بينهما يقتضى أن لها عليه نفقة لازمة تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة في مقابلة استدامة الاستمتاع ولا خلاف في ذلك وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج * والباب الثاني فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نكاح **ب** والباب الثالث في قدر النفقة وصفها * والباب الرابع فيما يجب من الخيار بالاعسار عن ذلك

(الباب الاول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج)

تجب النفقة على الزوج الحر زوجته الحرة مادامت الزوجية بينهما باقية ولم يكن من قبلها نشوز وذلك إذا دخل بها ودعى إلى الدخول بها وكانا جميعا من أهل الاسمتاع وهو أن يكون الزوج بالغا وتكون هي ممن يستمتع بثملها ويمكن وطؤها وإن لم يبلغ فإن كان الزوج ممن لم يبلغ أو كانت هي ممن لا يمكن وطؤها لمصرها فلا نفقة لها خلافا للشافعي في ترك اعتبار ذلك في أحد قوليه ووجه ذلك أن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة البائنة (مسألة) وهذا إذا كان الزوجان موسرين فإن كان معسرا فلا تلزمه نفقة لقوله تعالى لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا فإن أيسر بعد ذلك لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال اعساره ووجه ذلك أنه حق لا يتعلق بنمة الزوج وانما يتعلق بماله فلا يلزمه إذا أيسر (مسألة) فإن كان موسرا وأراد السفر نظر إلى قدر سفره فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام جيلا قاله ابن المواز وهو منسوب إلى ابن القاسم وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس لها عليه جيل بالنفقة ووجه القول الاول أنه إذا غاب تغدر عليها تحصيل النفقة من جهة فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ففرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

سفره كالذي عليه الدين يريد سفر يقتضى حلول أجله فبلى إياها فعليه أن يوجه وجهها لقضائه
 ووجه القول الثاني أن هذه نفقة زوجة فلم يجب على الزوج نفقة بها كالحاضر المقيم معها (مسئلة)
 وإذا غاب الزوج موسرا واحتاجت الزوجة إلى نفقة فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه
 أو ترفع ذلك إلى السلطان فان أنفقت على نفسها ثم قدم زوجها فافر بذلك دفع اليها ما أنفقته الا
 أن يكون أكثر مما يفرض لئلا يفرض مثلها على مثله فله أن يمنع الزائد على ذلك وان مانعها في ذلك فلا يخلو ان
 تدعى انه أوصل اليها ما أنفقته وان كان معسرا مدة غيبته فان ادعى انه أوصل اليها فان كانت لم تشهد
 فالقول قوله لان الظاهر ان ما في بيته من نفقة وما أشبهها له وان كانت أشهدت على ذلك أهل محلها
 وجيرانها فلما قدم زعم انه خلف النفقة أو بعث بها ووصلت في العتبية وكتاب محمد عن ابن القاسم
 يحلف الزوج ويصدق كالحاضر ووجه ذلك انه لم يتقدم في ذلك قضاء عليه ولا أمر من الحاكم لها
 بالاتفاق على نفسها فلما عريت قصتها من حكمها لم يؤثر في ذلك الاشهاد (مسئلة) وان كانت
 رفعت ذلك إلى الحاكم فقد قال ابن القاسم ان القول لها من يوم رفعت ذلك وقاله أصبغ
 وراه كالحكم لها ووجه ذلك انها رفعت ذلك إلى الحاكم وتظر في أمره ولم يجعله مالا وأباح لها الاتقان
 على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول فيه قولها (مسئلة) فان قال كنت معسرا
 في تلك المدة فما أثبت فيه عدمه فقد روى محمد عن ابن القاسم انه اذا قدم اتبعته بما كان في مدة الحكم
 لها موسرا وسقط ما كان فيه معسرا سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم معسرا أو موسرا ومعنى
 ذلك ان هذا تضمنه حكم الحاكم لانه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسرا ولا ان يسقطها عن موسر وفي
 كتاب ابن حبيب انه ان جهل أمره وأرادت أن ترجع عليه فذلك لها ويشهد لها بذلك الامام انه ان
 كان مليا فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله ويؤرخ اليوم ويذكر الشهر فلا يؤثر على هذا الحكم
 الا في تحقيق ما ثبت عنده من حاله في عسر أو يسر وفي إزالة يده عما تنفق به بحكمه والله أعلم (فرع)
 فاذا ثبت عسر أو يسره فعلى ما تقدم وان جهل أمره ففي كتاب محمد عن ابن القاسم ان المعتبر الحالة
 التي يقدم عليها فان قدم معسرا فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار وان قدم موسرا لم يصدق في ذلك
 الابينة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه على الحالة التي خرج عليها فان خرج معسرا فهو
 على ذلك وان خرج موسرا فهو على ذلك وان لم يعلم على أي حاله خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم
 البينة بالاعسار وفي العتبية عن ابن كنانة ومخزون ان القول قوله وعلى المرأة البينة ووجه قول ابن
 القاسم أن الحالة التي قدم عليها هي الحالة التي يجب أن تعتبر لانها حالته يوم الحكم عليه فاذا لم يكن يسار
 مما تعمل عليه أحواله قبل ذلك فهذه الحالة الأولى لانها ثابتة له يوم الحكم عليه ووجه قول ابن
 الماجشون ان الحالة التي فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجه عنها ووجه قول ابن كنانة
 ان الأحوال تختلف وتنتقل فلا يعتبر بحال والأصل عدم لاسيما فيما ثبت ولا يتعلق بالذمة
 (فصل) وهذا اذا كانا حريين سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فان كانا عبيدين أو أحدهما فان كان
 العبد له زوجة حرة فقد قال ابن المواز لا خلاف ان العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة قال مالك
 ويقال له انفق أو طلق وأحب اني ان تشترط عليه النفقة باذن سيده ووجه ذلك ان هذا من أحكام
 الزوجية فلزم الزوج العبد كالصديق وانما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد (مسئلة) فان
 كانا عبيدين أو كانت الزوجة أمه ففي الواضحة ان على العبد النفقة على زوجته الأمة لا على سيده وروى
 أشهب عن مالك لان نفقة لها الا أن تشترط عليه وذلك ان المواز عن مالك ان الأمة ان بوئت مع زوجها

الحرأ والعبد فعليه نفقتها وكسوتها وان كانت عند أهلها فلا نفقة لها الا أن يشترط ذلك عليه في عقد النكاح ثم قال أيضا ان كانت تبيت عنده بالليل خاصة فعليه نفقتها وكسوتها ثم قال لها النفقة بكل حال كانت تبيت عنده أو عند أهلها والى هذا يرجع ابن القاسم وروى ابن وهب عن مالك ان كانت هي تبيت فعليه النفقة وان كان هو يبيتها في أهلها فلا نفقة لها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك نفقة الأمة وكسوتها على أهلها وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها اليه وعليهم أن يرسلوها اليه في كل أربع ليال ونفقة تلك الليلة ويومها عليه وان ردها في صبيحة تلك الليلة أو تركها عندهم تلك الليلة فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له وقال أصبغ النفقة عليه حيث كانت وهي مع أهلها حيث كانوا حتى يشترط ضمها اليه

(الباب الثاني فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نكاح)

أما ما يسقط النفقة عن الزوج فالطلاق البائن لانه يمنع الاستمتاع بأي وجهه وقع من عوض أو غير عوض وان كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل لا من أجل الزوجية لقول الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وأما النائم فقد قال القاضي أبو محمد لانفقة النائم خلافا للحكم وعلى هذا شيوخنا العراقيون وأما المغاربه فقد قال محمد بن الموازي المرأة يغيب زوجها فتخرج من منزله وتأبى أن ترجع ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجع قال مالك لها اتباعه بذلك وروى ابن سحنون عن أبيه في المرأة تهرب من زوجها ال تونس أو تنشر عنه الأيام فتطلبها النفقة فقالت فعلت ذلك بعزيمة فيه فلها النفقة كالعبد الأبق نفقته على سيده قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان النفقة في مقابلة التمكن من الاستمتاع دون ملكه فاذا عدم التمكن لم تجب النفقة كالتنم والمتمون في البياعات ووجه القول الثاني ان النفقة في مقابلة الاستباحة فحي كان الاستمتاع مباحا وجبت النفقة في مقابلة ذلك ولا تسقط بمنع النكاح كالاتسقط نفقة العبد بالابق والله أعلم

(الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها)

فأما قدر النفقة وصفتها فقد روى ابن المواز وابن حبيب ان نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر قال ابن القاسم ويراعى قدرها من قدره ويراعى غلاء السعر قال مالك وليس المرضع كغيرها ويفرض للرضع ما يقوم بهافي رضاعها (مسئلة) وليست النفقة بمقدرة خلافا للشافعي في قوله انها مقدره معتبرة بحال الزوج خاصة فعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مدون ونصف وعلى المعسر مدون والدليل على ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال له نذبت عمته خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ومن جهة المعنى ان أحوال الناس مختلفة فاذا خالف حال الغنى حال المتوسط خالف أيضا حال الغنى حال غنى آخر دونه في الغنى لان الزوجة لها حق والنفقة تعلق بها فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر والله أعلم (فرع) اذ اثبت ذلك فقد روى ابن المواز عن مالك يفرض للمرأة مد مد مد وان كل يوم وهو مد وثلاث بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن حبيب اتخذته هشام بن اسمعيل لفرض الزوجات فاستحسنه مالك ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس لان مد النبي صلى الله عليه وسلم لا يبلغ السعة من القوت والله أعلم قال ابن القاسم يفرض لها في الشهر وبيتان ونصف الى ثلاث وبيات قال ابن حبيب وفي الوبيات اثنتان وعشرون بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال وأرى القفيز القرطبي في الشهر ووسطا عندنا وفيه أربعة وأربعون مداف يحتمل أن يكون ذلك لان ابن القاسم انما فرض الوبيتين ونصفا

الى الثلاث بمصر وهي أرخص سعرا وأوسع عيشا واختار ابن حبيب الففيز بالاندلس وقد قال مالك ان الويتين وسط من الشبغ بالأمصار وذلك نحو القفيز القرطبي قال مالك وان مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لوسط من عيشهم فبين ان في البلد في ذلك تأثيرا برامعي لان الناس انما يحملون على عاداتهم في سعة الأوقات وضيقتها فلو ألزم رجال المدينة أقوات أهل الأفاق لاجحف ذلك بهم ولو قصر نساء أهل الأفاق على أقوات أهل المدينة لاضر ذلك بهم فكل يحمل على عادته وما ألف من قوته قال ابن القاسم ان كان ممن له السعة يد عليه وان كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى انخادم ونفقها قال ابن المواز واذا كمل العيش البر فالأقل مما يعيش به وتختلف أحوال الناس في ذلك فيكون الرجل يعمل بيديه ويقل كسبه فيفرض عليه بمصر وبيتان في الشهر فأشار الى ان ذلك من أقل أقوات أهل مصر (مسئلة) هذا أصل القوت ويضم الى ذلك درهم الطحين والخبز والخطب والماء وازيت قال ابن حبيب وغسل ثوب واخل ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة ولكن المرة بعد المرة قال ابن حبيب ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه ولا ينقص من هذا لفقرهما ولا يزداد عليه لغناهما اذا نشأ حيا يرثه والله أعلم ان هذه وجوه لا بد من استيعابها بالاتفاق ولا يضاف اليها غيرها وان وقعت الزيادة والنقص في معتاد على ما قاله ابن القاسم وقد فسر ذلك ابن المواز فقال ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهنه وسراجها وقال ابن حبيب دهن لرأسها وسراجها ابن المواز وهذا اللوسر والمعسر الا ان اللوسر يزداد عليه بقدره من قدره يريد في مقادير هذه الأشياء قال فان كان العسر بينا فالأقل مما يعيش به وتختلف في ذلك أحوال الناس قال ابن حبيب لها في الشهر من الريت نصف ربيع ومن الخبز ربيع ومن اللحم على الملى بدرهم في الجمعة ودرهمان أو ثلاثة في صرفها من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره وروى أشهب عن مالك ان أراد ان يطعمها الشعير فان كان الناس قدأ كلوه فذلك له وان كان القمح هو الذي يؤكل فذلك عليه ومعنى ذلك ان يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد أو يقل القمح ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو في منصبه وعلى مثل حاله فهذا الله أن ينفق الشعير وان كان البلد قوت أهله القمح وكان وقت خصب فأراد أن يختص بالشعير لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما الثياب فهي على ضربين ثياب لباس وهي ما تنتقل بانتقالها وثياب تلبس على وجه التغطية والغطاء والفرش واسم اللباس أظهر في الأول فقد قال ابن حبيب عليه قيص وفرولشتاها من لباس مثلها من جوارب أو فليات وقيص يوار به ومقنعة وان لم تكن فخار وان لم يكن فازار وخفان وجوربان لشتاها وقال ابن المواز عليه في اللباس بقدرها من قدره من غير خز ولاوشى ولا حرير يريد وان كان متسعا فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قيص وجبة وخار ومقنعة وسنبتية وازار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه وان كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتبية في الموسر له زوجة ذات شرف فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعر بها اذا البسته ولا يجحف بماله ولا يلزمه من العصب الا غليظه وكذلك من الشطوى والخز قال يحيى بن يحيى يعني في بلد يكون شيء من ذلك لباسهم ويكون ما يفرض على مثله في قدر ماله قال أشهب منهن من لو كساها الصوف أدب وذلك على أقدارهن قال مالك ليس الصوف من لباسهن ولكن يحكم بما يرى انه من لباسها والذي ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليه انما ذلك لانه كان زي بلده في ذلك الوقت وانما يتبع في ذلك زي الناس في وقت الحكم ولا يخرج مع ذلك مما تقدم من أقوال العلماء (مسئلة)

وأما الوطاء والغطاء والفرش فقد قال ابن حبيب ان كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صداقها فلا شيء عليه وله أن ينتفع معها بأزرها وبسطها ومرافقها وسائرها قال أصبغ انما يفرض ذلك للثي لا لشورة لها ولا شيء معها قال ابن حبيب فان طال العمر وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ما تنشور به فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء يفرض لها فراش ومرقعة وازار وحقاف ولبند للشتاء وسريران كان بموضع يحتاج اليه لبراغيث أو فأراً وغير ذلك والافلاس ير عليه وذكر ابن المواز عن ابن القاسم مثله الا اللبد فلم يذكره قال ابن حبيب عليه حصير من حلقاء أو بردى يكون تحت الفراش ومعنى ذلك كله ان هذا الأصل في كسوتها فيزاد في الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله والله أعلم (مسئلة) قال ابن المواز وعليه خار رأسها قال ابن حبيب وعليه دهن رأسها وشراء حناء ومشط وكحل وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس عليه نضوخ ولا اصباغ ولا المشط ولا المكحلة وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب لها الحناء لرأسها وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليمين والرجلين الا أريشاء * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها الا ما تستضر بتركها اياه كالكحل الذي يضر تركه يبصر من يعتاده والمشط الذي بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك لان ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه والذي نفي ابن القاسم انها هو المكحلة ولم ينف الكحل نفسه فتضمن القول ان الكحل يلزمه دون المكحلة وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الحائض لا يجوز لها ان يأخذ بهذه الأشياء أو بأثمانها وذلك لانه يحتاج الامام الى أن يجتهد في صفاتها ان حضرت كما يحتاج أن يجتهد في قيمتها وان غابت فأى ذلك كان أسهل عليه وأقرب تناولا وأبين وصولا الى الحق أخذ به وكان الاختيار في ذلك اليه لانه هو الذي يقصد العدل في ذلك فله أن يصل اليه بأى وجه أمكن له وأيسر عليه (فرع) ولكم يفرض لها عليه قال ابن سحنون عن أبيه ان ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته فن الناس من يجرى عليها يوما بيوم ومنهم جمعة بجمعة ومنهم شهر بشهر (مسئلة) واداولدت المرأة فقد قال أصبغ أجر القابلة على الزوج وقال ابن المواز ان كانت المنفعة للمرأة فذلك عليها وان كانت للولد فذلك على الأب وان كانت لها فذلك بينهما * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والأظهر قول ابن حبيب لانها من المأون التي لا تستبد عنها الزوجية غالباً واداء وجبت عليه النفقة والكسوة والمرأة تنفرد بمنفعة ذلك فبأن يجب عليه ذلك ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل وان كان معظم المنفعة للحامل وليس عليه أجر الحياطة ولا الطيب قاله ابن حبيب وذلك انها من المأون التي تندروا بما يلزم الزوج مما لا تستبد منه من المأون المعتادة كالطعام والشراب ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المأون وتستغنى عن استعمالها (مسئلة) وعليه اخذها ان كانت ممن لا تستخدم نفسها لحالها وغنى زوجها وليس عليها من الخدمة الباطنة في بيتها شيء والخدمة الباطنة هي المعجن والطبخ والكس والفرش وسقى الماء اذا كان معها وعمل البيت كله وعليه أن يخدمها وان كانت من أهل الضعة وليس في صداقها ما اشترى به خادماً فليس على الزوج أن يخدمها وعليها الخدمة الباطنة وأما الغزل والنسج فليس له ذلك عليها بحال الا أن تطوع وان كان الزوج ملياً الا أنه في الحال مثلها ما لم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتنون نساءهم في الخدمة وان كان الزوج معسراً فليس عليه اخذها وان كانت ذات قدر وشرف وعليها الخدمة الباطنة كالدنية ووجه ذلك ان الخدمة جارية

على المعتاد من الأحوال واعتبار حال الزوج في ذلك أولى لان المنزل له والحال جارية على قدره والحال
النساء في ذلك اعتبار فان كانا ربيعى الحال فالخدمة ساقطة وان كان هوش ريفيا رفيع الحال فلا
خدمة عليها وان لم يكن كذلك وكان غنيا روعى في هذا شرفها مع غناه فلها الخدمة وان كان فقيرا
لم ينفعها شرفها وكانت الخدمة عليها ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ
(مسئلة) والذي يلزمه من الخدمة الانفاق على خادمها وان قال أنا أدفع اليها خادما ولا أنفق على
خادمها ولم ترض هي الا بخادمها فذلك لها ويلزمه أن ينفق عليه وان لم يخدمه رواه ابن المواز عن
مالك ووجه ذلك ان خادمها أطوع لها وخدمة خادمها أرفع لها فلها فليس عليه أن يضربها في ازالتها
عنها وابدائها بغيرها (مسئلة) اذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة وطاله يحمل لزمه أن يخدّمها
خدمة مثلها خلافا لأبي حنيفة والشافعي لقوا تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن جهة المعنى أن
خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة اليها مع أن حالها يليق ذلك بهما فكانت لازمة للزوج كخدمة
الخادم الاولى

(الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالاعسار عن ذلك)

مذهب مالك رحمه الله ان الاعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه
وبين أن تقيم معه بلانفقة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك والدليل
على ما نقوله ان هذا نوع ملك تستحق به النفقة فكان للاعسار بها تأثير في ازالته كملك اليمين
(مسئلة) وان أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى من ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال
والشرف بمن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش فاعدم الزوج حتى لا يجد الا كسوة
دنية وقوتادون قوت خادمها من قح أو شعير أو سلت غير ما دوم روى يعجى عن ابن القاسم في العتبية
لا يفرق بينهما ورب بلد لا ينفق فقهيهم وغنيم الا الشعير وقال ابن حبيب ان لم يجد الا الخبز ونحوه
وما يوارى عورتها ولو بثوب واحد قال مالك من غليظ الكتان لم يفرق بينهما كانت غنية أو
فقيرة ووجه ذلك انه اذا اضطر لعسرهما الى أن ينفق قوتا ليس من أقواتها فليس ذلك مما يوجب
لها الخيار لانه واجد لقوت معتاد وانما يجب لها الخيار اذا لم يجد قوتا معتادا (مسئلة) فان عدم
أحد الأمرين النفقة أو الكسوة ووجد الآخر فقد قال ابن وهب يفرق بينهما رواه ابن حبيب عن
مالك ومعنى ذلك ان طلبته ووجه ذلك انه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجية (مسئلة) وان
أعسر بالصداق قبل البناء قال سحنون أو يبعثه فلها الخيار ووجه ذلك ان المهر أكثر اختصاصا
بالنكاح من النفقة لانه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالاعسار بالنفقة فبان يكون
الخيار بالاعسار بالمهر أولى وأحرى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أعسر بالنفقة واختارت الفرقة
فقد روى مطرف عن مالك يؤجل الشهر والشهرين قال أصبغ ان لم ينطمع له مال فلا يؤجل الا
الشهر لا يبلغ الشهرين وقال القاضي أبو محمد قيل يؤجل الشهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة
ونحوها وهذه الرواية رواها ابن حبيب عن مالك انه قال وما علمت انه يضرب أجل في النفقة الا
الأيام اليسيرة قال محمد وقول أصحابنا فيه الشهر وقاله مالك وقال ابن وهب ويستأى لمن لم يجد
الكسوة شهرين وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم فيؤجل للذي يرجوه احرار النفقة ما لا
يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجاء ما لم يضرب ذلك بالمرأة اضرارا كثيرا وعدم بعض الأشياء
أجبر من عدم بعض وقد روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب عن مالك في واجد النفقة دون

الصداق يؤجل في الصداق ثلاث سنين وقال أيضا ستين قال ابن حبيب عن أصبغ وان عجز عن النفقة والصداق لم يوسع له في أجل الصداق وهذا كله على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا تزوجته على الغنى أو تزوجته عاتمة بانه محتاج الآن تكون عرفت بانه سائل يتكفف الناس فلا حجة لهار واه ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب عن مالك أو علمت انه فقير لا يجرى النفقة على النساء لفقره فلا قول لها قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك انها راضية بعيبه فقد أقدمت على معرفتها بحاله كشتري السلعة بها عيب يعلمه فلا رد له به (مسئلة) اذا حكم عليه بالفرقه فهى فرقة بعد البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق ولا كانت لعوض ولا لضر ربان زوج فكانت رجعية أصل ذلك طلاق المولى وصحة رجعة معتبرة يسار فان ارتجع كانت رجعية موقوفة أن يسر في العدة صحت رجعة وان لم يسر حتى انقضت العدة بطلت الرجعة وبانت منه بانقضاء العدة والله أعلم

عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا

ص مالك عن عبد ربه بن سعيد بن قيس عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألتها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فخطت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يئوروه بها فيجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد حلت * ثم قول أبي هريرة وعبد الله بن عباس في الحامل برأيهما دون نص ولم تنكر عليهما أم سلمة ولا أبو سلمة ولا أحد دليل على الاجماع بالقول بالأي والقياس فيهما يكن عندهم فيه نص ولو كان عند أبي هريرة النص الذي أظهرته أم سلمة لا حتى به كما احتجبت به أم سلمة لانهم إنما كانوا يبدون في احتجاجهم بالنص ولو احتج به أبو هريرة لرجع عبد الله بن عباس عن مخالفته وترك معارضته كما مسك عن المراجعة لما ورد عليه النص ولذلك روى عن ابن عباس انه رجع الى القول بحديث سبعة وهي سبعة بنت الحارث الأسلمية ان الحامل تحل بالوضع وبه قال علماء الأمصار ولانعلم فيه خلافا الاماروى عن ابن عباس وقد رجع عنه وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه رواه الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق قال بلغ ابن مسعود أن عليا يقول هي لآخر الأجلين يعنى الحامل المتوفى عنها زوجها فقال ابن مسعود من شاء لاعنته ان هذه التي في سورة النساء القصوى وأولات الأجلين أن يضعن حملهن نزلت بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وليس بين الحديث والآية تناق لان المراد بالآية من ليس بحامل بدليل ان الحمل استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشرا لم تنقص العدة بأربعة أشهر وعشرا فضمنت الآية حكم الحامل والحديث تضمن حكم الحامل وهو من آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم لان سبعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها بمكة في حجة الوداع وأما عبد الله بن مسعود فذهب الى معنى النسخ ولذلك قال أنزلت الآية التي في سورة

ابن قيس عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة ابن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألتها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبعة الاسامية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فخطت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يئوروه بها فيجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد حلت

• وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الاسمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخلت (١٣٣) فانكحى من شئت • وحدثنى عن مالك عن

يعني بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت مافي بطنها فدخلت للراز واج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فبعثوا كريباً مولى عبد الله بن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فدخلت فانكحى من شئت • قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه أدل العلم عندنا •

• مقام المتوفى عنها زوجها حتى تحل •
• حدثني يعني عن مالك عن سعيد بن اسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريضة

النساء القصرى وأولات الأحمال أجلهن أن يضمن حملهن بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً وقلنا القول في ذلك بما تقتضيه أصول أعمامنا والله أعلم وأحكم (فصل) وسؤال أبي سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم في ذلك فكان الامر على ما ظنه وأخبرته ان سبيعة الاسمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها فدخلت فانكحى من شئت وأخبر صلى الله عليه وسلم انها فدخلت بالولادة حلالاً يستباح به نكاح من شاءت وأما ما رجاه أبو السنابل قيل اسمه بعلك بن الحجاج العبدي من أن يؤثره بهما من غاب من أهلها إذا قدموا فاعلموا بما معناه ان يصرفوا رغبتها عنه الى الرغبة فيهم لئلا يكون اجبارها على ما لا تريد من ذلك والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد خلقت يريدان ولادتها إذا كانت بعد وفاته ولو قبل ان يدفن فقد فات ولا يراعى في ذلك مضي مدة وانما تراعى ولادتها بعد وفاته • مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الاسمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخلت فانكحى من شئت • مالك عن يعني بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت مافي بطنها فدخلت للراز واج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فبعثوا كريباً مولى عبد الله بن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فدخلت فانكحى من شئت • قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا • ش قوله إذا وضعت مافي بطنها فدخلت يريدان تنقض ولادتها فان كان الولد واحداً حلت بتام ولادته وان كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها ابوضع الثاني قال أشهب وتنقض العدة في الوفاة بوضع العلقه والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقض به عدة وقال مالك في المدونة وما ألقته المرأة من مضغة أو علقه أو شيء يستيقن انه ولد فانه تنقض به العدة وتكون به الامه أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الارحام من حيض أو غيره ما يعلم انه ليس بولد أو لا يعلم انه ولد وأما العلقه تقع بها براءة الرحم فانها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها انها ولد

• مقام المتوفى عنها زوجها حتى تحل •

ص • مالك عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريضة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع الى أهلها في بني خديرة فان زوجها خرج في طلب أعبله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع الى أهلها في بني خديرة فان زوجها خرج في طلب أعبله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

القدم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي في بني خديرة فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرني ففوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشر اقلت فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وفضي به ب ش قوله صلى الله عليه وسلم للفريضة نعم لتنتقل إلى بني خديرة في عدتها من وفاة زوجها ثم استرجعها بعد ذلك فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك وأمرها أن تمكث في بيتها حتى تنقضي عدتها فيحتمل أن يكون علي وجه النسخ للحكم الأول ويحتمل أن يكون اعتقد أولاً في قولها أن زوجها لم يتركها في مسكن يملكه ولا يملك سكنها وكان لفظها محتملاً لذلك فأمرها بالانتقال على ذلك ثم رأى أن لفظها محتمل فاسترجعها وأمرها بأن تعيد عليه قصتها فتبين له من أعادتها انها نفت أن يكون ترك منزل يملكه رقبته وانها مع ذلك في منزل قدملك زوجها سكنها اما بكثرة أو هبة أو وجه من الوجوه فأمرها بالمقام واتمام العدة فيه (مسئلة) فاذا كان الزوج يملك رقبته المسكن فان للزوجة العدة فيه وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعي والاوزاعي والثوري وغيرهم وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سامة وروى عن ابن عباس وعائشة وجابر بن عبد الله تعتد حيث شاءت والدليل على صحة القول الأول حديث الفريضة وأمره صلى الله عليه وسلم لها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله وأنها امتثلت ذلك بان اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً وهذا حديث ثابت رواه عن سعيد بن اسحق مالك والثوري وهيب بن خالد وحاجد بن زيد وعيسى بن يونس وعدد كثير وابن عيينة والقطان وشعبة وقدر واه مالك عن ابن شهاب لم يرو عنه غيره وقد أخذ به عثمان بن عفان وقال القاضي أبو اسحق وهو الناسخ لقول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهن متاعاً إلى الحول غير اخراج ومن جهة المعنى ان هذه عدة فكان من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة قال القاضي أبو اسحق وانه قد احتيط في عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط في المطلقة لموت من كان يطلب بالنسب فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها في حكم غير المدخول بها ولم تثبت عدة المطلقة بها في غير المدخول بها وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهر دون الحيض احتياطاً عليها لان الشهور يظهر أمرها والحيض يخفي أمره ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى في المطلقة حفظاً للنسب فبان تثبت في حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى وهذا معنى ما أشار إليه القاضي وروى ما وصلته بما يمه والله أعلم (فرع) وهل يجوز بيع الدار اذا كانت للمتوفى وأراد ذلك الورثة الذي عليه جمهور أصحابنا ان ذلك جائز ويشترط فيه العدة للمرأة قال ابن القاسم لانها أحق بالسكنى من الغرماء وقال محمد بن عبد الحكم البيع فاسد لانها قدر تاب فقتدعتها وجه قول ابن القاسم ان الغالب السلامة والرياسة نادرة وذلك لا يؤثر في فساد العقود لاسيما اذا كان القصد لا يؤثر في ذلك ووجه قول ابن عبد الحكم ان اختلاف مدة القبض اذا كان فيها تفاوت أثرت في فساد العقد كالموت كانت السكنى لغير الزوجة (فرع) فان وقع البيع فيه بهذا الشرط فارتابت قال مالك في كتاب محمد بن يحيى أحق بالمقام حتى تنقضي الرتبة وأحب الينا أن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع وامضائه ولا يرجع بشئ لانه داخل في العدة المعتادة ولو وقع البيع

القدم لحقهم فقتلوه
قالت فسألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن
أرجع إلى أهلي في بني
خديرة فان زوجي لم
يتركني في مسكن يملكه
ولا نفقة قالت فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم
نعم قالت فانصرفت حتى
إذا كنت في الحجرة
ناداني رسول الله صلى
الله عليه وسلم وأمرني
ففوديت له فقال كيف
قلت فرددت عليه القصة
التي ذكرت له من شأن
زوجي فقال امكثي في
بيتك حتى يبلغ الكتاب
أجله قالت فاعتددت
فيه أربعة أشهر وعشراً
قالت فلما كان عثمان بن
عفان أرسل إلى فسألني
عن ذلك فأخبرته فاتبعه
وقضى به

بشرط زوال الرتبة كان فاسدا وقال سمنون لاحجة للشترى وان تبادت الرتبة الى خمس سنين
لانه دخل على العدة والعدة قد تكون خمس سنين ونحو هذا روى أبو يزيد عن ابن القاسم وهذا
عندي على قول من يرى للبتاع الخيار وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط والله أعلم ووجه
قول مالك أن البيع يصح لانه انعقد على المعتاد من العدة فان أتى من الرتبة غير المعتاد كان له الخيار
ووجه قول سمنون انه انما دخل على أقصى أمد الحبل فان انقضت العدة قبل ذلك فلا رجوع عليه
والله أعلم (مسئلة) وان كان السكنى للزوج دون الرتبة فلها السكنى في مدة العدة خلافا
لابي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للفريضة بنت مالك
وقد علم أن زوجها لم يملك رتبة المسكن أمكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ولا يمكن أن يأمرها
بذلك اذا لم يملك الزوج الرتبة ولا السكنى وكانت الدار لمعين للاجتماع على أنه ليس لها ذلك ولا يعمل
على أن المنزل كان لها أوله لما روى وهب بن خالد انها قالت ان زوجها لم يدع منزلا يملكه ولا نفقة واني
امرأة شاسعة الدار فان رأيت أن أتجول الى أهلي وجيرانى أو قالت أهلي وأهل دارى وهذا يدل على
أنها لم تكن لها دار ولا جيران هناك وروى معمر عن الزهري أنها ذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم
أن زوجها قتل وأنه تركها في مسكن لها واستأذنته في الانتقال وذكرا الحديث ومن جهة المعنى انه
ترك دار سكنى يملك سكنها ملكا لاتباعه عليه فيه فلزم أن تعتد الزوجة فيه أصل ذلك اذا ملك رقتها
(مسئلة) واذا كان له أذى الكراء فان كان لم يثوذة فالذى في المدونة انه لا سكنى لها في مال الميت
وان كان موسرا وروى محمد عن مالك الكراء للزوجة لبيت في ماله ولا تكون الزوجة أحق بذلك
وتخاص الورثة في السكنى وللورثة اخراجها الا أن يحب أن تسكن في حصتها ويؤدى كراء حصصهم
ووجه ذلك ان حقها انما يتعلق بما يملكه من السكنى ملكا تاما وانما ملك العوض الذي بيده ولا حق
في ذلك للزوجة الا بالبراء دون السكنى لان ذلك مال وليس بسكنى واذا ملك السكنى ملكا تاما تعلق
حق الزوجة به والله أعلم (مسئلة) وان رضى الورثة في مدة الكراء وأهل الدار بعد انقضاء مدة
الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج قال في المدونة الا أن
يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ووجه ذلك ان السكنى لها لازم في ذلك المسكن وانما
للورثة وصاحب الدار في الدار حق تقدم على حقها لانه حق متعلق بعين الدار فاذا أسقطوا حقهم
ذلك ورضوا بعرضه على المعتاد لزمها المقام فان كان تقدي بعض الكراء فلها السكنى في جميع ما تقدر
فيه وهي في باقي المدة مما لم يتقدم عليها على ما تقدم (مسئلة) ولو كان قد طلقها واحدة أو البتة قال
في المدونة واحدا باثنا أو ثلاثا ثم مات في العدة فقلزمه السكنى وهو في ماله وان لم يكن نقد وروى ابن
نافع في المدونة انه كالتوفي عنها زوجها ولم تطلق وجه القول الأول انها مطلقة فثبت لها حكم السكنى
وانما تعد عنها المطلقة فثبت لها في السكنى حكم المطلقة ووجه الرواية الثانية ان ملكه قد زال عن ماله
فلم تلزمه النفقة في السكنى أصل ذلك التي لم تطلق (مسئلة) وهذا اذا ملك السكنى لمدة معينة
بكراء أو اسكان مثل أن يسكن عشرة أعوام فيتوفي عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر فان
لصاحب الدار ولن صارت اليه السكنى بعد تلك المدة اخراجها منها وفي وثائق أبي عبد الله بن العطار
أن هذا حكم زوجة امام المسجد يموت وهو ساكن في دار المسجد لانه انما يسكنها على سبيل الأجرة فحق
تخرج من الدار بعد وفاة زوجها ان أحب أهل المسجد (فرع) هذا المشهور من قول أصحابنا
وقد ذكر بعض القرويين ان هذا انما هو اذا كان الكراء كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا وأما

إذا وقع الكراء على سنة بعينها فسواء نقدا الكراء أو لم ينقد المرأة أحق بالمسكن وذكر عن أبي قرّة
عن مالك أنه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا وبين أن يكرها سنة بعينها وهذا مخالف
لما تقدم من رواية ابن المواز واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبي قرّة (مسئلة) وإن كان
السكنى غير مقدر مثل أن يسكن الدار حياته ثم هي حبس على غيره بعده فمات الأول فقد قال مالك
لا يرى للذي صارت إليه الدار أن يخرجها حتى تنقضي عدتها وكذلك قال ابن القاسم في الأمير يموت
وهو ساكن في دار الامارة ووجه ذلك ان الاسكان لما تضمن الحياة الى حين وفاته تضمن ما يلزم
من السكنى بعد وفاته وأما من أسكن مدة مقدره فلم يتضمن اسكانه ذلك لان هذه المدة يصح أن تنقضي
في حياته والله أعلم

(فصل) وقوله لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة يحتمل أنها اعتقدت أن المتوفى عنها زوجها
نفقة في ماله ويحتمل وهو الأصح عندي أنها جعلت ذلك من عذرها في الانتقال الى بني خدره قومها
لان اكسابها نفقتها والتسبب فيها هناك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن ترك مالاً تنفق على نفسها
ميراثها منه ولذلك لم يستدع مما عرضته من حالها الانتقال الى قومها (مسئلة) والمتوفى عنها
زوجها لان نفقة لها وإن كانت حاملا قال القاضي أبو محمد لان نفقة الحمل ليست بدين ثابت فيتعلق بماله
بعد موته بدليل انه يسقط عنه بالاعسار فإن يسقط بالموت أولى وأحرى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ما مكئ حتى يبلغ الكتاب أجله يحتمل انه أمرها بذلك لما كان
زوجها قد أدى كراء المسكن أو كان أسكن فيه الى وفاته أو ان أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكره أو
بغير كراء أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما رأى به ان المقام لازم لها حتى تنقضي عدتها وذلك للمتوفى
عنها زوجها أربعة أشهر وعشر والأصل في ذلك قول الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (فرع) ومن مات أو طلق من تعتد بالشهور فقد
روى ابن المواز عن مالك نعتد الى مثل تلك الساعات التي مات فيها أو طلق ثم رجع فقال أرى أن تلتفي
ذلك اليوم قال وتحصى ما بقي من هذا الشهر وتحسب بعد تمامه بالاهلة بالوفاة وتتم على بقية الشهر
الأول ثلاثين يوما كان تاما أو ناقصا ثم عشرة أيام (مسئلة) وعدة الوفاة تلزم الحرة والامة والصغيرة
والكبيّة. والتي لم تبلغ حد الحيض والتي حاضت واليائسة من الحيض دخل بها ولم يدخل وعدة
جميعهن على ما قدمناه أربعة أشهر وعشر الامة فعدتهن من الوفاة شهران وخمس ليال إذا كانت
من حيض فان كانت ممن لم تحض أو يائسة من الحيض فقد قال مالك عدتها ثلاثة أشهر قال أشهب
الآن يؤمن من مثلها الحمل فتستبرأ بشهرين وخمس ليال وروى ابن المواز عن مالك ان عدة الامة
في الوفاة شهران وخمس ليال ان مرت في ذلك بوقت حيضها فحاضت واذا لم يمر بها وقت حيضها
فعدتها ثلاثة أشهر ولو مر عليها في الثلاثة الأشهر وقت الحيضة فلم تحض رفعت الى التسعة أشهر
كالحرة ووجه القول الأول انها إذا كانت ممن لا تحيض فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر لقول الله تعالى
واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وهذا عام في
المطلقة وغيرها ويجب أن يكون هذا مبنيا على قول من راعى الحيضة في مدة العدة على كل حال فان
عدمت الحيضة فلا يبرأ الا ثلاثة أشهر ووجه قول أشهب ان الشهرين وخمس ليال عدتها لانها على
النصف من عدة الحرة كالأقراء لما كانت أصلا في عدة المطلقة كانت الامة في ذلك على النصف من
عدة الحرة غير انها ان كان يخاف عليها الحمل أكلت الشهور الثلاثة لانه لا يتبين حملها في أقل من

ثلاثة أشهر ووجه القول الثالث قول مالك ما قال عنه بعض أصحابه اننا لم نجد في الاصول رجحاناً
من وطء بغير حيض ممن يمكن منها الحمل بأقل من ثلاثة أشهر (مسئلة) فان كانت ممن تحيض
كل شهر فلم تحض في مدة العدة فهذه ربيبة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك ترفع الى تسعة
أشهر حرة كانت أو أمه ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبغ وروى سحنون وابن حبيب عن
أشهب وابن الماجشون تبرأ الحرة بانقضاء الاربعة الأشهر والامة بانقضاء ثلاثة أشهر ووجه القول
الأول خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ما قال القاضي أبو محمد من انها اثني من ذوات الاقراء لم تتبين
براعة رجها فلم تبرأ الا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطرفة ووجه القول الثاني قوله
تعالى يتر بصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولم يعتبر حيضاً ولا غيره ولان الاستبراء اذا تعلق بالشهور
وكانت أصلا فيه لم يعتبر بالحيض كالتى لم تحض (مسئلة) فان كانت ممن تحيض من ستة أشهر أو خمسة
الى مثلها فانقضت عدتها من الوفاة فلم يأت فيها وقت حيضها قال مالك في كتاب ابن سحنون وابن المواز
انها قد حلت وان قرب وقت حيضها وقال ابن القاسم في العتبية ينظر اليها النساء فان لم يربن بهار ربيبة
حات وروى أشهب عن مالك انه قال لابن كنانة تقيم حتى تحيض ثم رجع مالك الى ما ذكرناه ووجه
الرواية الأولى ما قال القاضي أبو محمد ان سبب تأخير الحيض العادة لا الربيبة وكانت كالبايسة * قال
القاضي أبو الوليد وعندى انها مبنية على ان الحيض لا يراعى في مدة الحيضة وانما استبرأ بغير العادة
من غير أن يكون شرطاً في تمام العدة ووجه الرواية الثانية ان ذلك مبني على أن الحيضة تراعى في تمام
العدة كالتى تحيض كل شهر (مسئلة) وهذا في المدخول بها أو ما غير المدخول بها فقد قال القاضي
أبو محمد تبرأ بمضى المدة وان تأخر حيضها والذي روى ابن المواز وسحنون عن مالك في المدخول
بها وغير المدخول بها تعتد أربعة أشهر وعشرا الآن ترتب احداهما بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع
الى تسعة أشهر لأنه غالب أمداً للحمل فعمل الآن نحس تحركه كالتى تقيم الى عصى أمداً للحمل والله أعلم
(مسئلة) فان كانت عادت بها بالحيض كل شهر فلم تحض في الاربعة أشهر والعشرة أيام الاحيضة
واحدة قال القاضي أبو محمد ان ذلك يمجزئها وروى ابن سحنون وابن المواز عن مالك الآن ترتب
احداهن بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر الحرة والامة غير انهما قد روي عن مالك انه
قال باتر ذلك الآن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الاربعة أشهر وعشرا والامة بعد شهرين وخمس
ليال فعمل حيث شئ فيصعب أن يريد ان الربيبة انما تكون بتأخير الحيض كله في مدة العدة ويحتمل
أن يريد ان الربيبة تحصل بتأخير الحيضة الاخيرة الا ان الحيضة الواحدة بعد أربعة أشهر وعشرا ترى
لانها جاءت في وقت الربيبة لا في وقت العدة (مسئلة) وأما المستحاضة فعدتها في الوفاة حرة كانت
أو أمه تسعة أشهر لان الاستحاضة ربيبة بانقطاع الحيض فكما ان المرتابة بانقطاع الحيض في عدة
الوفاة ترفع الى تسعة أشهر فكذلك المرتابة بالاستحاضة اعتبارا بتساويهما في عدة الطلاق
(مسئلة) وأما الكتابية فان كانت غير مدخول بها ففي المدونة انه لا عنة عليها وهذا يقتضى أن
تزوج مسلماً وغيره اثر وفاته لانه اذا لم يكن عليها عدة للوفاة ولا استبرأ، للدخول فقد حلت للزواج
وأما المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انها كالمسئلة قال
مالك تجبر على العدة وتمنع من النكاح وعليها الاحداد والرواية الثانية انها تستبرأ رجها بثلاثة
أشهر ومعنى ذلك على ما قاله ابن القاسم في المدونة ان ذلك اذا أراد أن يتزوجها مسلم قال القاضي أبو
محمد والقول في الكتابية التى لم يدخل بها على هاتين الروايتين فوجه الرواية الأولى قول الله

تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا عام في المسامة والكتابية ولأن كل من ساوت المسلمة الحرة في عدة الطلاق ساوتها في عدة الوفاة كالمسلمة ووجه الرواية الثانية انه يتعلق بعدتها حقان حق المخلوق وهو حفظ النسب وحق الله تعالى فاما حق المخلوق فذلك يلزمها ولا يبرئها الا استبراء زوجها وذلك يحصل بالأشهر الثلاثة وما زاد على ذلك فحق لله تعالى ولا يصح منها أداء حقوقه الا بعد الايمان به

(فصل) وقوله ان عثمان بن عفان سأله عن ذلك فأخبرته بذلك فقضى به يقتضى اجماع الصحابة على العمل باخبار الآحاد وان خبر المرأة مما يعمل به ولذلك سأله عثمان عن خبرها فقضى به لما أخبرته عنه وسأله عن خبر الفريضة حتى كان الامراء يرسلون اليها ويسألونها عن ذلك ويقضون به ولم ينكره أحد من الصحابة ولا من عاصرهم من التابعين ولذلك روى وهب بن خالد عن سعد بن اسحق بالاسناد انه لما كان في خلافة عثمان كان هذا في بعض أهله فسأل الناس هل عند أحد علم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا فقال رجل من أهل الانصار ان فريضة تحدث فيه بحديث وهي حية قالت فأرسل الي فسألني عنه فحدثته فأخذه ص **مالك** عن حيد بن قيس المسكي عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء بمنع الحج **ش** قوله ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء كان يرى اعتساده المرأة في منزل زوجها المتوفى عنها لانهما لا يجوز لها أن تخرج في حج ولا غيره حتى تنقضي عدتها وقدر روى ابن القاسم عن مالك في تفسير هذا الحديث انما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها لم يحرم من فاذا أحرمن نفنن وبئس ما صنعن (مسئلة) وهذا في اقرب جدا وأما التباعد فعلى ضربين تباعد ليس في الرجوع منه مشقة ولكن يحتاج فيه الى ثقة ترجع معه وتباعد تلحق فيه المشقة فاما القسم الاول فقد قال ابن القاسم في المدونة ليس لها أن تصح الفريضة حتى تنقضي عدتها من وفاة أو طلاق فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن في حج من البيداء ولا يمنع توجهها في الحج من ردها الى استكمال عنتها حيث لم يتأقرب الموضع وقال ابن القاسم في التي تخرج من الاندلس تريد الحج لو لم تكن سافرت الامسية يوم أو يومين أو ثلاثة فهلك زوجها قال مالك في التي تخرج تريد الحج فانه ان كان امرأها فرسيا ونجده فقتر جمعت فاعتدت في بيتها ولو وصلت ففريضة ثم توفي زوجها تنفذ حجها لانهما قد تباعدت (مسئلة) ولو كان خروجه منتقلا تاركا لاسيطان البلد الذي خرج منه فتوفي قبل أن يصل الى بلد آخر ففي المدونة لابن القاسم انها مخيرة بين أن تنفذ أو ترجع لان هذه ليس لها منزل فقتر الآن موضعا تعتد فيه قال ابن القاسم ولها أن تعتد بالموضع الذي توفي زوجها أو تنصرف الى ما يقرب من المدائن والقرى فتعتد فيها ص **مالك** عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان السائب بن خباب توفي وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثا لم يقناه وسأله هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سعرا فنصح في حرثهم فنظف في يومها ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها **ش** نهى عبد الله بن عمر أن تبيت المرأة في حرثها التي جاءه نسأله وهي أم سليم امرأة السائب بن خباب لما توفي عنها ولزمتها العدة في بيتها فنهاها عن المبيت في حرثها في مدة عدتها لما قدمناه من انها تزمتها السكنى في بيت زوجها ومعنى السكنى ومعظمه المبيت لانه وقت السكون والاستقرار في المسكن فلم يكن لها أن تغل به وان كان لها أن تنصرف بالنهار وقد تقدم الكلام فيه قال مالك لها أن تخرج سعرا قبل الفجر

• وحدثنى عن مالك عن حيد بن قيس المسكي عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء بمنع الحج • وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن السائب بن خباب توفي وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثا لم يقناه وسأله هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سعرا فنصح في حرثهم فنظف في يومها ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها

وتأني بعد المغرب ما بينها وبين العشاء ومعنى ذلك انه لا يفوتها بهذا مقصود المبيت في بيتها (مسئلة)
 والمتوفى عنها زوجها تعضر العرس ولا تلبس ما لا تلبسه الحاد ولا تبيت الا في بيتها رواه في العتبية
 ابن القاسم عن مالك (مسئلة) المتوفى عنها زوجها ان كانت مدخولها اعتدت في بيت سكنها
 مع زوجها وان كانت غير مدخول بها اعتدت حيث كانت تسكن عند أبيها لان ذلك هو المسكن
 الذي كانت تسكنه فتعلق حكم سكنها به قاله ابن القاسم قال وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها قال
 مالك تعتد حيث كانت تبيت لان موضع المبيت هو موضع السكنى ولذلك كان معنى المبيت هو معنى
 السكنى اذا كان مبيتا متواليا على وجه الاستقرار لا على وجه الزيارة (مسئلة) والكتابية يموت
 عنها زوجها المسلم قال مالك في المدونة تجبر على العدة وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها وسيلها في
 أحكام العدة سبيل الحرية المسلمة ووجه ذلك انه حكم تعلق بها المسلم فلزمها فضاؤه على حكم الاسلام
 كسائر الحقوق (فرع) واذا مات سيد أم الولد واعتقت فابن القاسم لا يرى لها السكنى ولا المقام به
 وراه أشهب لها وعليها على ضعيف من غير ايجاب رواه ابن المواز عنهما ص **ع** مالك عن هشام
 ابن عروة عن أبيه انه كان يقول في المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انتوى حيث انتوى أهلها
 قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا **ع** ش قوله في المرأة البدوية تنوى حيث تنوى أهلها يريد أصحاب
 العمود دون أصحاب القرى فاذا توفي عنها زوجها وهذا ما لثام افتراق الجمع الذي كانت فيهم فصار
 أهلها وبنواؤها الى جهة وصار أهل زوجها الى جهة أخرى صارت مع أهلها وأوت الهم وكانت معهم
 لانه لا يمكنها البقاء في الموضع الذي كانت به حين الوفاة لانتقال أهلها عنه ولم يكن وطنها زوجها
 فيكون أحق بسكنائها من غيره انما هم قوم يتبعون الكلاء ويتجمعون المياه ويجتمعون اليوم
 في منزل ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التي اختارها الآخرون وليس كذلك المرأة
 من أهل الأمصار والقرى فانها لا تزول من مسكنها لان ذلك المنزل كان منزلها زوجها المتوفى عنها
 وهي آمنة اذا أقامت فيه والمعتاد من حال أهلها وبنواؤها المقام والاستيطان فليس لها أن تنتقل
 بانتقالهم حتى تنقضى عدتها وقال ابن القاسم في الصغيرة يتوفى عنها زوجها فأراد أبوها الحج
 والانتقال الى بلد آخر منعوا من أن يغرجوها لان مالك قال لا تنتقل الا البدوية (مسئلة) ولو
 كانت من أهل الحاضرة فخرج زوجها مبتدئا فتوفى رجعت ولا تقيم تعدد في البادية رواه ابن
 وهب عن مالك ووجه ذلك ان لها مسكنا في موضع استيطان وقرارتزما العدة فيه فكان عليها
 أن ترجع اليه على ما تقدم من قولنا في القرب والبعد وأما البدوية فليس لها مسكن في موضع
 استيطان فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع انه ليس من عادتها الاستيطان فلا تزمها العدة
 الاعلى المعتاد من حالها

(فصل) ومعنى قوله تنوى مع أهلها حيث اتنو وانزل حيث نزلوا من ثوبت المنزل وأهلها عشرتها
 الذين ترجع اليهم وتحتمن بهم والله أعلم ص **ع** مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول
 لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا في بيتها **ع** ش قوله رضى الله عنه لا تبيت المتوفى عنها
 زوجها ولا المبتوتة الا في بيتها يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها فان
 كان مسكنا واحدا فهي على ما كانت فيه وان كان في حجرتها بيوت كثيرة وكانت تسكن بيتا منها
 وفيه متاعها قال مالك لا تبيت الا في بيتها واسطوانها وبيوتها لها أن تبيت من ذلك حيث شئت
 ولم تنو بذلك انها لا تبيت الا في الذي كان فيه متاعها ووجه ذلك ان جميع المسكن الذي هي فيه من

* وحدثني عن مالك عن
 هشام بن عروة عن أبيه انه
 كان يقول في المرأة البدوية
 يتوفى عنها زوجها انها
 تنوى حيث تنوى أهلها
 أهلها * قال مالك وهذا
 الامر عندنا * وحدثني
 عن مالك عن نافع عن
 عبد الله بن عمر انه كان
 يقول لا تبيت المتوفى عنها
 زوجها ولا المبتوتة الا
 في بيتها

حجرتها واسطوانها ويبتساكن لها فلها أن تبيت حيث شاءت منه ولو كانت في مقصورة من الدار
وفي الدار مقاصير لقوم آخرين لم يكن لها أن تبيت الا في حجرتها التي في يدها ومعنى ذلك انه لم يكن
لها سكنى بغيرها من المقاصير بل كانت مساكن لغيرها فلا يحق لها أن تعديفها كسائر الدور

﴿ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرّق
بين رجال وبين نساءهم وكن أمهات أولاد رجال هلكوا فز وجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرّق
بينهم حتى يعتدّن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم بن محمد سمعان الله يقول الله في كتابه والذين
يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هنّ من الأزواج ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال عدة
أم الولد اذا توفي عنها سيدها حيضة ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه كان يقول عدة أم
الولد اذا توفي سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا ﴿ قال مالك وان لم تكن من تحيض فعدها
ثلاثة أشهر ﴿ ثم قوله ان يزيد بن عبد الملك فسرخ نكاح أم ولد تزوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر
وعشرا ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن عبد العزيز ان عدة
أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشرا وروى ذلك رجاء بن حيوة وقد قيل ان قبيصة لم يسمع
من عمر وقول القاسم يقول الله تعالى في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هنّ من
الأزواج انما يصح أن يتخج به على من يوجب ذلك من الآية ويتعلق بعمومها فيصح من القاسم أن يمنع
من ذلك ويقول ان اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد وانما يتناول الزوجات دون من يستباح بملك
اليمين وأما من لم يتعلق بذلك فلا يصح أن يتخج عليه بما قاله القاسم لجواز أن يثبت هذا الحكم لهنّ من
غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة ويحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية
(فصل) وقول ابن عمر والقاسم بن محمد ان عدة أم الولد يتوفى سيدها حيضة هو قول مالك والشافعي
وبه قال الشعبي وأبو قلابة وأحمد بن حنبل وقال أبو حنيفة والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي
وابن مسعود والنعنى وقال طاوس وقتادة عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها والدليل على
ما نقوله ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فكان استبرأؤها بحيضة أصل ذلك الأمة (مسألة) اذا
ثبت ذلك فهل هي عدة أو استبراء محض الذي ذكره القاضي أبو محمد في معونته ان الحيضة استبراء
وليست بعدة وفي المدونة عليها العدة وعدتها حيضة كعدة الحرائر ثلاث حيض وجه القول الأول
ان هذه أمة موطوءة بملك يمين فلم يجب فيها عدة وانما هو الاستبراء كالأمة التي لم تلد من سيدها ووجه
القول الثاني ما احتج به من انها لو ماتت سيدها أو أعتقها في حيضتها لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته
بخلاف الأمة فانه اذا باعها سيدها في أول دمها أجزأ ذلك من استبرائها ومعنى ذلك انه يعتبر في أم الولد
الخروج من طهر الى حيض وهذا حكم العدة وأيضا فانه يقدر لها حكم الفرائض بكونها أم ولد ولو زوجها
فتوفى زوجها وسيدها غائب فأنّت بولدها بعد عدتها فرجعت انه من سيدها الحق به الآن ينكر وطأها
لانها أم ولد ولو استبرأ السيد أمته ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها ولو استبرأ أم ولده ثم أعتقها
لم يكن لها أن تتزوج حتى تحيض حيضة قاله مالك ووجه ذلك ما قدمناه من ان أم الولد لما ثبت لها
أصل لازم في الحرية بالشرع كانت كالحرّة في وجوب العدة بأنواع الفرقة في الحياة والموت وان
كانت حيضة واحدة لتقص حرمة الأمة وانما وجبت عليها العدة حال الرق استبراء من وطئ بوطء يمين

﴿ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد انه قال
سمعت القاسم بن محمد
يقول ان يزيد بن عبد الملك
فرّق بين رجال وبين نساءهم
وكن أمهات أولاد رجال
هلكوا فز وجوهن بعد
حيضة أو حيضتين ففرّق
بينهم حتى يعتدّن أربعة
أشهر وعشرا فقال القاسم
ابن محمد سمعان الله يقول
الله في كتابه والذين
يتوفون منكم ويذرون
أزواجا ما هنّ من الأزواج
﴿ وحدّثني عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمر
انه قال عدة أم الولد اذا
توفى عنها سيدها حيضة
﴿ وحدّثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن القاسم
ابن محمد انه كان يقول
عدة أم الولد اذا توفي
سيدها حيضة ﴿ قال مالك
وهو الأمر عندنا ﴿ قال
مالك وان لم تكن من
تحيض فعدها ثلاثة أشهر

﴿ عدة الامة اذا توفي زوجها أو سيدها ﴾ * حدثني يحيى عن مالك (١٤١) أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن

يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب مثل ذلك قال مالك في العبد يطلق الامة طلاقا لم يثبت فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها من طلاقها

تعد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تحتفر فراقه بعد العتق حتى يموت وهي في عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا ﴿ ماجاء في العزل ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محرز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سببا من سبي العرب فاشتبهنا النساء

وذلك حيضة وقد يكون استبراء محضا وقد يكون عدة كالثلاثة الأشهر ويكون استبراء ويكون عدة في المطلقة والامة المتوفى عنها زوجها (فرع) فاذا قلنا انها عدة فقد قال مالك لأحب أن تواعد أحدا ينكحها حتى تحيض حيضة قال ابن القاسم وبلغني عنه أنه قال لا تبيت الا في بيتها فأثبت لمدة استبرائها حكم العدة وروى ابن المواز عن ابن القاسم لها المبيت في غير بيتها في العتق والوفاة وجه القول الأول انه استبراء يلزم مع عدم الوطء الذي يوجب الاستبراء فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة ووجه القول الثاني انه استبراء سبه ملك اليمين فكان استبراء كاستبرائها للبيع (مسألة) ولو غاب سيد الأم الولد عنها غيبة طويلة فتوفى بعد ما حاضت في غيبته لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته قاله ابن القاسم في المدونة وكذلك لو انقضت عدتها من زوجها فلم يبطأها سيدها حتى توفي فان عليها أن تعتد بحيضة والله أعلم

﴿ عدة الامة اذا توفي زوجها أو سيدها ﴾

ص * مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال وعن ابن شهاب مثل ذلك * ش قولم عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال على ما تقدم لان عدتها نصف عدة الحرة وعدة الحرة أربعة أشهر وعشرا ولا نعلم في ذلك خلافا الا ما يروى عن ابن سيرين وليس بالثابت انه قال عدتها عدة الحرة وعلى ما قدمناه الاجماع والله أعلم ص * قال مالك في العبد يطلق الامة طلاقا لم يثبت فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تحتفر فراقه بعد العتق حتى يموت وهي في عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا * ش وهذا على حسب ما قلنا في الامة التي يطلقها زوجها تطلقه رجعية ثم يموت وهي في عدتها تلك انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وذلك انها لما كانت رجعية وكانت من الأزواج ما دامت في العدة ولم يهاجده الوفاة بموته وهي أمة فكان عليها شهران وخمس ليال ولو كان الطلاق بائن لم تنتقل الى عدة الوفاة لانها ليست من الزوجات كما لو انقضت العدة

(فصل) وقوله ولو اعتقت في العدة ولم تحتفر فراقه يريد انها لو اختارت فراقه لبانت بذلك عنه ولم يكن لها حكم الزوجات ولا انتقلت الى عدة وفاة فاذا لم تحتفر فراقه بقيت على حكم الرجعة فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال الى عدة الوفاة فاذا توفي بعد الحرة لم يترتب عليها عدة الوفاة وهي حرة فكان عليها عدة الحرة أربعة أشهر وعشرا ولو توفي عنها وهي أمة ثم اعتقت بعد ذلك لم تكن عليها الا عدة الاماء لان العدة وجبت عليها وهي أمة فلا ينقلها عن حكم الاماء ما طرأ بعد ذلك من الحرية والله أعلم

﴿ ماجاء في العزل ﴾

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محرز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سببا من سبي العرب فاشتبهنا النساء

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة ش سؤال ابن محير بن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه عن العزل واخباره له بما عنده في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم على حسب ما كان يفعله العلماء من الصحابة في الجواب على ما سألوا عنه مما عندهم فيه نص وانما كانوا يفرعون الى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص وأما وجود النصوص فكانوا لا يتعلقون بغيرها لاسيما اذا كان السائل لم من أهل العلم ومن يرجى أن يفهم ما يرد عليه من ذلك وينقله على وجهه وغزوة بنى المصطلق كانت سنة خمس

(فصل) وقوله فأصبناسيا من سبي العرب فاشتبهنا النساء يحتمل أن يكون بنو المصطلق وان كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود والنصارى فلذلك جاز للمسلمين وطؤون بملك الغنم وملك النكاح لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم ويحتمل أن يكونوا من يدين بدين العرب فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهم بعد الاسترقاق واستمعوا من لم تكن أسلم

(فصل) وقوله واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء وأردنا أن نعزل ظاهره ان الرجل الذي يتربص من لم يعزل يمنع الفداء وهو البيع ولا يصح أن يريده الفداء بالرذالى الأهل على قولنا انهم قد أسلموا لان من أسلم منهم لم تكن تريد أن ترد الى الكفار بما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والاضرار به ومع ذلك فالفداء نوع من البيع فدل هذا على أن الحل يمنع البيع والفداء وجه آخر وهو انه لا خلاف ان الحل لا يمنع الفداء الذى يمنع الرذالى الأهل في غير المسلمة ولا يمنع في المسلمة اذا أخرجت الى حرية فلم يبق الا أن يراى به ما يمنع الخروج عن ملك السيد الى الاسترقاق وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء في جميع الأمصار انه لا يجوز بيع أم الولد والدليل على ذلك الحديث المذكور ودليلنا من جهة القياس ان هذا حل عن ملك يمين فوجب أن يمنع بيع الخائل أصل ذلك حال الحل ومعنى ذلك انه يعتقد على أيه بنفس حدوده وهو في ذلك الحال عضو من أعضاء الاماء فسرى بها حكم العتق ولم يتعجل لان انفصاله منها غاية ص ش مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه انه كان يعزل ش مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبي أفلح مولى أبي أيوب الأنصارى عن أم ولد لأبي أيوب الأنصارى أنه كان يعزل ش مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يعزل وكان يكره العزل ش ما روى عن سعد بن أبي أيوب انهما كانا يعزلان وكره ذلك ابن عمر هذا مما اختلف فيه الصحابة فذهب الجمهور الى اباحته وذهب ابن عمر وغيره الى كراهيته وقال بعضهم هو الموءودة الصغرى وقال على بن أبي طالب لا يكون موءودة حتى تأتى عليه حالات الخلق السبعة فقال عمر صدقت يريء أن يكون نطفة ثم علقه ثم مضت ثم عظما ثم لحمت تصور ثم تستهل ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لاتفعلوا معناه والله أعلم لا يضركم ذلك انما هو على وجه الكراهة والندب الى ترك ذلك دون المنع والتصريم والذى عليه جمهور الفقهاء ان العزل جائز على شرط سند كرها بعد هذا ووجه ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة نذب منه صلى الله عليه وسلم الى نهاية التوكل واطارة الى فضيلة من عول على ذلك وهذا

واشتدت علينا العزبة
وأحببنا الفداء فأردنا
أن نعزل فقلنا نعزل
ورسول الله صلى الله عليه
وسلم بين أظهرنا قبل أن
نسأله فسألناه عن ذلك
فقال ما عليكم أن لاتفعلوا
ما من نسمة كائنة الى يوم
القيامة الا وهى كائنة
ش وحدثني عن مالك عن
أبي النضر مولى عمر بن
عبيد الله عن عامر بن
سعد بن أبي وقاص عن
أبيه انه كان يعزل ش وحدثني
عن مالك عن أبي النضر
مولى عمر بن عبيد الله عن
أبي أفلح مولى أبي أيوب
الأنصارى عن أم ولد
لأبي أيوب الأنصارى
انه كان يعزل ش وحدثني
عن مالك عن نافع عن
عبد الله بن عمر أنه كان لا
يعزل وكان يكره العزل

• وحديثي عن مالك عن ضمرة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزيرة أنه كان جالساً عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهدي رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيدان عندي جوارى لى ليس نسائي اللاتي أكن بأعجابي

(١٤٣)

منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفتة يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك إنما تجلس عندك لتتعلم منك قال أفتة قال فقلت هو حزنك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنيت أمع ذلك من زيد فقال زيد صدق • ش قوله انه يريد أن يعزل عن جواريه لما ذكره وتصديق زيد بن ثابت الحجاج حين قال له هو حزنك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته على معنى اباحة ذلك وتخيره فيه وانما أمر زيد بالحجاج أن يفقيه على معنى التدريب له ولعله أراد أن يعبر به في مثل هذا ما علم انه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم ص • مالك عن حميد بن قيس المسكي عن رجل يقال له ذيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبرهم فكأنما استحييت فقال هو ذلك أما أنا فافعله يعني أنه يعزل • ش قوله رضى الله عنه للجارية أن تعبرهم عن العزل على معنى الإشارة الى انه يفعل ذلك مع تلك الجارية ولم يكره أن يسمع ذلك منها لمافيه مع اظهار الحق فلما استحييت أعلمهم أن سكوتها إنما كان من أجل الحياء وانه يفعل ذلك قبحاً وزحواً لا باحتله الى الاخبار عن نفسه بانه يفعل ص • قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحتها أمة قوم فلا يعزل الا باذنها • ش قوله لا يعزل عن المرأة للحرمة حقاً في الاستمتاع وطلب النسل فلها لم يكن له أن يمتنع من وطئها لم يكن له أن يمتنع من اكباله وأما الأمتان لسيدها أن يعزل عنها كماله أن يمتنع من وطئها ومن كانت زوجته أمة قوم فان حق ساداتها متعلق بطلب الولد لانه يكون رفيقاً لهم فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل الا باذنها • قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان للأمة فيه حقا فثبت بعقد النكاح فلا يجوز له أن يعزل الا باذنها واذنها لانه وطء زوجته فللزوجة فيه حق والله أعلم

كما قال صلى الله عليه وسلم في السبعين ألفا الذين يدخلون الجنة بغير حساب انهم هم الذين لا يكتون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون وأباح مع ذلك الاسترقاء والاكتواء لانه ترك له نهاية التوكل ص • مالك عن ضمرة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزيرة أنه كان جالساً عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهدي رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيدان عندي جوارى لى ليس نسائي اللاتي أكن بأعجابي أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفتة يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك إنما تجلس عندك لتتعلم منك قال أفتة قال فقلت هو حزنك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنيت أمع ذلك من زيد فقال زيد صدق • ش قوله انه يريد أن يعزل عن جواريه لما ذكره وتصديق زيد بن ثابت الحجاج حين قال له هو حزنك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته على معنى اباحة ذلك وتخيره فيه وانما أمر زيد بالحجاج أن يفقيه على معنى التدريب له ولعله أراد أن يعبر به في مثل هذا ما علم انه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم ص • مالك عن حميد بن قيس المسكي عن رجل يقال له ذيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبرهم فكأنما استحييت فقال هو ذلك أما أنا فافعله يعني أنه يعزل • ش قوله رضى الله عنه للجارية أن تعبرهم عن العزل على معنى الإشارة الى انه يفعل ذلك مع تلك الجارية ولم يكره أن يسمع ذلك منها لمافيه مع اظهار الحق فلما استحييت أعلمهم أن سكوتها إنما كان من أجل الحياء وانه يفعل ذلك قبحاً وزحواً لا باحتله الى الاخبار عن نفسه بانه يفعل ص • قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحتها أمة قوم فلا يعزل الا باذنها • ش قوله لا يعزل عن المرأة للحرمة حقاً في الاستمتاع وطلب النسل فلها لم يكن له أن يمتنع من وطئها لم يكن له أن يمتنع من اكباله وأما الأمتان لسيدها أن يعزل عنها كماله أن يمتنع من وطئها ومن كانت زوجته أمة قوم فان حق ساداتها متعلق بطلب الولد لانه يكون رفيقاً لهم فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل الا باذنها • قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان للأمة فيه حقا فثبت بعقد النكاح فلا يجوز له أن يعزل الا باذنها واذنها لانه وطء زوجته فللزوجة فيه حق والله أعلم

• ماجاء في الاحداد •

• حديثي يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي

ص • مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة أنها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة تزوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعار ضيها ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجعل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحتد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعار ضيها ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجعل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحتد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

عليه وسلم حين توفي أخوها فدعت بطيب فست به ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر

(١٤٤)

تعد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج أربعة

عليه وسلم حين توفي أخوها فدعت بطيب فست به ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تعد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب رضي الله عنها قالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عناز وجها وقد اشتكت عيناها أفكحكلم ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا امرأتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشرا وقد كانت احدا كني في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت زينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت زينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول فقلت زينب كانت المرأة اذا توفي عناز وجها دخات حشفا ولبست شرا ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر سنة ثم توفي بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلمت بئس الامات ثم تخرج فتعطي بعرة فتري بها ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردي وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة * مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج * ثم قوله صلى الله عليه وسلم لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر يجتمل أن يكون هذا الحكم يختص بالمؤمنات ويجتمل أن يكون على سبيل الترغيب في ذلك والوعيد لمن خالفه بمعنى ان هذا لا يتركه من يؤمن بالله واليوم الآخر وهذا كقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه وقد اختلف قول مالك في تعلق حكم الاحداد بالكتابية يتوفى عنها زوجها المسلم فرؤى عنه أشهب الاحداد عليها وبه قال أبو حنيفة ورؤى عنه ابن القاسم وغيره ان عليها الاحداد كالمسنة وبه قال الشافعي وجهه اية الاولى أن الاحداد عبادة والكتابية ليست من أهل العبادة ووجهه اية الثانية أن هذا حكم من أحكام العدة فزمت الكتابية للمسلم كلزوم المسكن والعدة (مسئلة) ومن تزوج امرأته فبات بعد بناه بها فتبين أن نكاحهما فاسد قال ابن القاسم في المدونة لا احداد عليها ولا عدة وتستبرئ بثلاث حيض ووجه ذلك انها ليست بمعتدة من وفاة فلم يلزمها احدادا كالمطلقة * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندني في التي يفسخ نكاحها ولم يثبت بينهما شيء من أحكام النكاح من توارث ولا غيره وأما التي يثبت بينهما أحكام التوارث فانها تعتد عدة الوفاة ويلزمها الاحداد والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعد على ميت فوق ثلاث

احداد ترك الزينة من اللباس والطيب والحلي والكحل يقال حدثت المرأة فهي حاد وأحدثت فهي محدة قال أبو زيد ولم يعرف الاصمعي حدثت فأعلم صلى الله عليه وسلم انه محرم على النساء أن تستديم احداهن الاحداد على الميت فوق ثلاث ولم يمنع من الثلاث لسكونها في جلة ما يقصر من المدد التي ربحا ترك الزينة اليها من لا يقصد ذلك ورمبما شق في هذه المدة التطيب والخروج عن حكم الاحداد مع فجأة أول أمر الحزن والحصية

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الاعلى زوج أربعة أشهر وعشرا وهذا على معنى الايجاب

أشهر وعشرا قالت زينب وسمعت أمي أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول جاءت امرأه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عيناها أفكحكلمها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرأتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لامرأة انما هي أربعة أشهر وعشرا وقد كانت احدا كني في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت زينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول فقلت زينب كانت المرأة اذا توفي عنها زوجها دخلت حشفا ولبست شرا ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر سنة ثم توفي بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلمت بئس الامات ثم تخرج فتعطي بعرة فتري بها ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردي وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة * وحديثي عن مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج

الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج

لا على معنى الاباحة فاستثنى من التصريم الايجاب وهذا يقتضى أن لفظة افعال بعلم الحظر على بابها خلافا لمن قال من أصحابنا وغيرهم انها تقتضى الاباحتين والله أعلم (مسئلة) وسواء كانت حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا احداد على أمة ولا صغيرة والدليل على ما نقله قوله صلى الله عليه وسلم لا يجعل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وقد اتفقنا على انه على الوجوب فوجب أن يحمل على عمومه ومن جهة المعنى ان كل من زناها عدة الوفاة على زوج زناها الاحداد كالحرة الكبيرة (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لواى الأمة منعها من الاحداد والميت في موضع عدتها وتخرج بالنهار في حوائجهم وان أرادوا بيعها لم يلبسوها ولا يصنعوا بها ما لا يجوز للحاد قاله مالك ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج الاستمتاع بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان تعد على ميت يقتضى اختصاص هذا الحكم بالوفاة وأما حكم المطلقة فلا تعلق له بالحديث وقيل مالك لا احداد على مطلقة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة عليها الاحداد ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والدليل على ما نقله أن هذه مطلقة فلا احداد عليها كالرجعية ووجه آخر وهو أن المتوفى فارق زوجته وهو على نهاية الاشفاق عليها والرغبة فيها ولم تكن المفارقة من قبله فلزمها لذلك الاحداد واظهار الحزن والمطلقة فارقها مختارا لفرقها مقابجا لها فلا يتعلق بها حكم الاحداد كالملاعة

(فصل) وقول المرأة ان ابنتي اشتكت عينها أفتكحلها محتمل أن تريد أنها اشتكت عينها وقد برئت أنتما على الاكتمال ويحتمل أن تريد اشتكت عينها وهي الآن على ذلك الا أنها استأذنت في كحل زينة ولم تستأذن في نداوى به العين مما لازمة فيه مما يجعل خارج العين أو يقطر فيه فلا تكون فيه زينة فنعها صلى الله عليه وسلم من ذلك لما رأى أنها سالمة عما لا ضرورة بها اليه ووجدت لمالك ولم تحققه انه قال لا تكحل المتوفى عنها زوجها بالاشملا بل بشئ فيه سواد ولا بصفرة أو شئ يغير اللون ولا تكحل بامه يدية طيب ولا مسك وان اشتكت عينها وان صحت عنه هذه الرواية فعنها أن لا تدعو الى ذلك ضرورة فقد أشار في الحديث الى انها تكحل بما فيه صبر اذا دعيت الى ذلك ضرورة وهو المعروف من منجه ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه رانه يرجى رؤوه وتوفقه من غير كحل ولذلك قالت أم سامة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها اكتملى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار اذا خشيت على بصرها من رمدها أو شكوى أصابها أنها تكحل وتداوى بدواء أو يكحل وان كان فيه طيب وقال ابن المواز عن مالك ان اكتملت من علة وضرورة بالصبر بالليل فلتمسح به بالنهار وان كان فيه طيب عند الضرورة فدين القيسر وقال مالك في المختصر الصغير لا تكحل الحاد الا ان تضطر فتكحل بالليل وتمسح بالنهار من غير طيب يكون فيه فيحتمل أن يريد بهذا أنها تضطر الى الطيب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هي أربعة أشهر وعشرا على وجه الاخبار بمدد الاحداد الواجب على زوجة المتوفى وذلك أربعة أشهر وعشرا فان رأت هذه المعتدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم عن مالك أن الاحداد عليها حتى تنقضى الرينة وان بلغت خمس سنين (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد كانت احدا كثر ترمي بالبعرة على رأس الحول روى ابن

مزين عن عيسى بن وهب أنها كانت توثق ببعرة من بعرة الغنم فترمي بها من وراء ظهرها وروى عن نافع أنها كانت ترمي بالبعرة أمامها وليس وراء ظهرها كما قال بعض الناس قال ابن وهب فذلك أجلها وقد رأيت لغيره أنها كانت تتأول في ذلك لن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمي بهذه البعرة وقد روى أن قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير استخراج نزل في ذلك ثم نسخ بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا تغديره على ما قال أبو الحسن الأخفش يتربصن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشرا

(فصل) وما ذكرته زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الخفش وتلبس ثيابها هو معنى الاحداد فقد كرهه النبي صلى الله عليه وسلم ان ماورد به الشرع في مدة أربعة أشهر وعشرا ليس مما كره يلائمه في حول كامل نهين على ذلك ترغيبا لهم في التزام ما أمرهن الله به وخفف عنهم فيه من الاحداد ولا يتسر عن الى المنوع منه بغير عذر فوجب ولا يستقل ما أوجب الله عليهم (فصل) وقول مالك الخفش البيت الردي روى ابن وهب عن مالك الخفش البيت الصغير وكذلك قال الخليل وقال أبو عبيد الخفش الدرج وجمعه أحفاش ولعله شبه البيت الصغير به وسماه باسمه

(فصل) وقوله فتفتض به قال مالك معناه تمشح به كالشجرة وقال ابن زيد عن عيسى عن ابن وهب تفتض تمشح بيدها عليه أو على ظهره وقد قيل ان معنى ذلك أنها تنظف به حتى يصير كالفضة ويعد هذا في شيء من الحيوان لانه لا يتأذى به هذا وانما يتأذى به ما وصفه مالك رحمه الله أو ما قاله ابن وهب وقد قال ابن مزين عن عيسى ان معنى تفتض به تمشح به لعلها انها كانت تقيم حولا لا تغسل ولا تمشطها فيكثر عليها الوسخ وتشتد رائحة العرق فقلما تمشح بشيء الامات وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله والله أعلم ص مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاذة على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها كعلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار * مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انما اذا خشيت على بصرها من رمدها أو شكوى أصابها أنها تكحل وتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحديثي عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينها وهي حاذة على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكحل حتى كادت عينها ترمضان حتى كادت عينها ترمضان

وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاذة على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها كعلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار * وحديثي عن مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انما اذا خشيت على بصرها من رمد أو شكوى أصابها أنها تكحل وتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب * قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحديثي عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينها وهي حاذة على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكحل حتى كادت عينها ترمضان حتى كادت عينها ترمضان

شكوى عينيها كان أمر أخفيا لان الرض يحدث في العين من أيسر شكوى وهو قد أخبر أن ما أصابها كاد يبلغها ذلك ولم تبلغه وقال ابن القوطية رمضت العين ترمض اذا أضر بها القذى وهذا أشبه بنسق الحديد وظاهره فعنا ما انه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينيها مع اسما كها عن الكحل الى أن يضر بها الرض والضرر واقع على مقادير مختلفة متباينة فيحتمل انه أراد الآن كان يضر بها الرض ضررا يشتد عليها والله أعلم قال أبو عبيد الهروي هو رمضان بالضاد المعجمة مأخوذ من الرضاء وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمى فتقول هاج بعينها من الحر مثل ذلك فشيبه الحر الذي يظهر بالعين بذلك والمشهور من الرواية ما قدمناه والله أعلم ص قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب والله أعلم ش معنى ذلك انها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيرق وهو زيت السمسم اذا لم يكن فيها تدهن به من ذلك طيب وقد قال في المدونة لا تدهن بشئ من الأدهان المزينة ولا تمتشط بالحناء ولا بالكتم ولا بشئ يجتمرفي رأسها ولا بأس أن تمتشط بالسدر وشبهه مما لا يجتمرفي رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمتشط به الحاد قال القاضي أبو محمد كالبان والخيري ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب والله أعلم وروى ابن المواز عن مالك لا تحضر عمل الطيب ولا تنفر به وان لم يكن لها كسب غيره حتى تعمل (فرع) ولومات زوجها بعد أن مسطت رأسها بشئ من ذلك ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك لا تنفض مسطتها أرايت لو اخطت و قال بعض الصقليين اذا زمت المرأة عدة الوفاة وعليها طيب وليس عليها غسله بخلاف من يعرم وعليه طيب وقد قال القاضي أبو محمد ان الكحل والحناء ما تجتنبه الحاد ولا تستعمله الا للضرورة ص قال مالك ولا تلبس الحاد على زوجها شيئا من الخلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الخلى ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عسبا غليظا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يجتمرفي رأسها ش قوله لا تلبس الحاد شيئا من الخلى خاتما ولا خلخالا ولا غيره سألته عن عيسى فقلت له من الفضة والذهب قال نعم وروى ابن المواز عن مالك لا تلبس حليا وان كان حريرا ولا خرصافضة ولا غيره وفي الجلة ان كل ما تلبسه المرأة على وجهها يستعمل عليه الخلى من التجميل فلا تلبسه الحاد ولعل عيسى انما قصر ذلك على الفضة والذهب لما كان هذا المعروف ببلده وامر ان حلى الحرير ولم يتغذ بها ولم ينص أصحابنا على الجوهر واليواقيت والزمرود وداخل تحت قوله ولا غير ذلك من الخلى فكل ما يقع عليه هذا الاسم ممنوع عنده والله أعلم قال القاضي أبو محمد وجميع ما يزين به النساء لأزواجهن

قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب قال مالك ولا تلبس المرأة الحاد على زوجها شيئا من الخلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الخلى ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عسبا غليظا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يجتمرفي رأسها

(فصل) وقوله ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عسبا غليظا قال ابن القاسم لان رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار تلبس الحاد الوشي الغليظ وحلة يمانية غليظة وانما كره لها أن تلبس من العصب وثياب الين الخلل والبرود لانها زينة وتلبس الحاد من المر وي والشطوى والقصبى والاسكندرا رقيقه وغليظه وقال مالك في المدونة لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن والخضر والصفير والمصبغات بغير الورس والزعفران والمصفر قال القاضي أبو محمد لا تلبس الأحمر والأصفر والأخضر والاخلوق قال مالك صوفا كان أو كنانا أو قطنيا ولا تلبس خزا ولا حرير مصبوغا بزعفران ولا عسفر ولا خضرة ولا غير ذلك قال مالك في كتاب ابن المواز ليس لهالبس الاسود ان كان حريرا وفي المدونة وتلبس

أبيض الحرير قال القاضي أبو محمد وتلبس من ذلك الأسود والأبيض والساوي قال القاضي أبو
الوليد رضي الله عنه وعندى أنهم يريدون بالأسود ما يسمى عندنا غرايبا وأما ما يصبغ بالسماوي فإنه
جميل ومما يتجمل به وقد قال القاضي أبو محمد كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن
فلتمنع منه الحداد ص **﴿** مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد
على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينها صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة قالت إنما هو صبيرة يا رسول الله
قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار **﴿** ش قوله صلى الله عليه وسلم اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار يتجمل
وجهين أحدهما الصبغ الذي يضارع ما يتجمل به والثاني الالباس على الناس فالجاهل يقلد فيه
والعالم ينكره وقد روى عن مالك والمتحضر الصغير لا تتكحل الحداد إلا أن تضطر فتكحل بالليل
وتمسح به بالنهار من غير طيب يكون فيه ومعنى ذلك عندى بعذر المرض وما يبلغ من الألم ويبقى منه من
الشدة ص **﴿** قال مالك الأحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيتها على التي قد بلغت المحيض
تجنب ما تجنبه المرأة البالغة إذا هلك عنها زوجها **﴿** ش وهذا على ما قال ان الأحداد يلزم الحرة
الصغيرة على حسب ما يلزم الكبيرة وكذلك الأمة خلا فالأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم ان امرأة سألته عن ابنة لها توفي عنها زوجها فاشتكت عينيها أفكحلها ما فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا امرئتين أو ثلاثا ولم يسأل عن سنها استدلل بهذا القاضي أبو محمد والدليل
على ذلك من جهة المعنى ان كل من لزمها العدة بالوفاة لزمها الأحداد كالكبيرة (مسئلة) فان
كانت ممن يعقل الأمر والنهي وتلزم ما حد لها أمرت بذلك وان كانت لا تدرك شيئا من ذلك تعد
لصغيرها فروى ابن مزين عن عيسى بن عطاء ما تجنبه الكبيرة وذلك لازم لها (فرع) اذا ثبت
ذلك فليس لمواالي الأمة منهما من الأحداد والمبيت في موضع عدتها ص **﴿** قال مالك تعد الأمة
اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها **﴿** ش وهذا على ما قال ان الأمة تعد اذا توفي عنها
زوجها خلا فالأبي حنيفة لانها معتدة من وفاة كل حرة ومدة الأحداد من عدتها شهران وخمس ليال
لان عدتها نصف عدة الحرة على ما تقدم من اعتدادها بالافراء والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم أم الولد
والمكاتبة والمدبرة لان كل من لزمها عدة وفاة من زوجها لزمها الأحداد وما يختلف حكم الحرة والرق
من ذلك في المدة فعلى الحرة أربعة أشهر وعشر وعلى من فيها بقية رفق شهران وخمس ليال ص
﴿ قال مالك ليس على أم الولد أحداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها أحداد وانما
الأحداد على ذوات الأزواج **﴿** ش وهذا على ما قال انه ليس على أم الولد ولا الأمة أحداد اذا توفي
عنها سيدها لانها ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها وانما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته وهذا حكم
الاستبراء أو حكم العدة وقد تقدم ذكره والله التوفيق ص **﴿** مالك انه بلغه ان أم سلمة زوج النبي
صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحدار رأسها بالسدر والزيت **﴿** ش قولها تجمع رأسها بالسدر
والزيت على ما فعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشيء يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير
ذلك فاذا كانت في حال أحداد لم تجمع الا بما ليس فيه رائحة طيبة كالسدر ويكون ما تجمع به من
الادهان كالخل والزيت وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب والله أعلم تم كتاب الطلاق بحمد
الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

وحدثني عن مالك انه
بلغه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم دخل على أم
سلمة وهي حاد على زوجها
أبي سلمة وقد جعلت على
عينها صبرا فقال ما هذا
يا أم سلمة فقالت إنما هو
صبيرة يا رسول الله قال
اجعليه بالليل وامسحيه
النهار **﴿** قال مالك الأحداد
على الصبية التي لم تبلغ
المحيض كهيتها على التي قد
بلغت المحيض تجنب
ما تجنبه المرأة البالغة اذا
هلك عنها زوجها **﴿** قال مالك
تعد الأمة اذا توفي عنها
زوجها شهرين وخمس
ليال مثل عدتها **﴿** قال مالك
ليس على أم الولد أحداد
اذا هلك عنها سيدها ولا على
أمة يموت عنها سيدها
أحداد وانما الأحداد على
ذوات الأزواج **﴿** وحدثني
عن مالك انه بلغه أن أم سلمة
زوج النبي صلى الله عليه
وسلم كانت تقول تجمع
الحدار رأسها بالسدر
والزيت

أنكرت أن يكون لزوج المرضعة تأثير في التعريم لما كان التعريم متعلقاً بالرضاع ولاحظ له فيه
 فلما قال له النبي صلى الله عليه وسلم انه عمك فليدع عليك تحققت ان ما اعترض في نفسها من النسبة
 ليس بشئ ولا يتعلق به حكم وثبت بذلك ان تعريم الرضاع يتعلق بجنبه زوج المرضعة كما يتعلق
 بجنبه المرضعة .

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة تعمرم ما تعمرم الولادة يقتضى ان كل من يتعلق به
 الرضاعة عليها كان بعد ان ضرب الحجاب ومنع أن يدخل عليهم الاذوحرم وأما قبل أن يضرب
 الحجاب فلم يكن يتمتع من ذلك أحد من الاجانب والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة تعمرم ما تعمرم الولادة يقتضى ان كل من يتعلق به
 التعريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة فكما ان الولادة تعمرم الاعمام والاخوة والاجداد
 فكذلك سبب الرضاع ولا يمنع من ذلك أن يوجد اللبن للمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بالبكر لان
 غالب أحواله انه لا يكون الا عن ولادة ولكن يعمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو خصوصه
 وقد وجد عيسى صلى الله عليه وسلم على نبينا وعليه بغير أب ولم يمنع ذلك من أن يتعلق التعريم بجنبه الأب
 بسبب الولادة بجنبه الام (مسئلة) اذا ثبت ان للفحل تأثيراً في اللبن فان ذلك التأثير يثبت بالوطء
 وان لم تقترب به ولادة قاله ابن القاسم واحجج بما روى عن مالك انه قال الماء يعمل اللبن وقال صلى الله
 عليه وسلم لقد هممت أن أنهي عن الغيلة قال مالك والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهي ترضع واذا كان
 للوطء تأثير في اللبن وادار له دون ولادة جازاً أن يكون له في التعريم تأثير كما لو تقدمته ولادة (مسئلة)
 لو ولدت امرأة من رجل فارضعت المولود ووطئته ثم أرضعت بعد الفصال بذلك اللبن طفلاً آخر
 لكان ذلك الرجل أبه قاله ابن القاسم ووجهه ان أصل ذلك اللبن من وطئه فجميعه مضاف اليه
 حتى يقطع بينه وبين ما أتى بعد انقطاعه ووطئه لغيره (مسئلة) ولو طلقها الزوج وهي ترضع
 فزوجت غيره بعد انقضاء عدتها فحملت منه ثم أرضعت طفلاً قال ابن القاسم اللبن لها ما لم ينقطع لبن
 الأول وقد رواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك ان لوطئه كل واحد منهما تأثيراً في ذلك اللبن فوجب
 أن ينشر الحرمة في جنبته ولم يذكر محمد فحملت منه ولا معنى لاعتبار الحمل وانما يعتبر الوطء قاله
 القاضي أبو محمد (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن عن وطئه حلال أو حرام قاله القاضي أبو محمد لانه لبن
 امرأة فكان له تأثير في التعريم كما لو حدث عن وطئه حلال واختلف فيه قول مالك فقال كل وطئه
 لا يلحق به الولد فلا يعمرم على الفحل ثم رجع الى أن يعمرم وقال عبد الملك لا يلحقه بذلك اللبن حرمة
 حين لم يلحق به الولد ووجهه انه ووطئه زنى فلم تتعد حرمة الى جنبه الأب كحرمة النسب (مسئلة)
 وهذا اذا كان ما يدر من ثدي المرأة لبناً فان كان ماءً أصفر أو غيره فلا يعمرم واه ابن سحنون عن
 ابن القاسم لان الرضاع يختص باللبن فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات (مسئلة)
 وهذا اذا كان اللبن بغير وطئه كالبكر يمص ثديها الصبي فتدر عليه فان ذلك ينشر الحرمة بسببها
 دون سبب أب لانه لا أب له في الرضاع ويدل على ذلك قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم
 وأخواتكم من الرضاعة ولم يفرق بين الرضاع وبين فحل أو غيره (مسئلة) وسواء كان لبن حية
 أو ميتة خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذا لبن مؤثر في التعريم ووصل الى جوف
 الرضيع في الحواين مع الحاجة الى الاغتذاء به فوجب أن ينشر الحرمة كلبن الحية (مسئلة) واذا
 در الرجل على الطفل فأرضعه قال مالك لا يعمرم شيئاً انما قال الله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء وهذا ان وجد فنادر ولا يتعلق به حكم لانه خارج من غير مخرج المعتاد فاشبهه مص دمه ص **ع** مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها أخبرته إن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت أن آذن له على فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له على **ع** ش قولها ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني واسم أبي القعيس وائل بن أفلح وهو عم عائشة من الرضاعة وقولها وهو عمها من الرضاعة الظاهر أن أبا القعيس كان أباهما من الرضاعة ولذلك ينتسب أفلح إلى اخوة الأبن يكون نسب اليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك فيكون أفلح بن أفلح أخا أبي القعيس وائل بن أفلح ولو كان أفلح أخا أبي بكر من الرضاعة لنسبت اليه لان الظاهر انها قصدت إلى أن تبين وجه عمومته وتعلق التعميم الثابت له بالرضاعة

(فصل) وقولها فأمرني أن آذن له على مرتين تريد والله أعلم بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمالها ص **ع** مالك عن ثور بن زيد الدثلي عن عبد الله بن عباس انه كان يقول ما كان في الحولين وان كان مصة واحدة فهو يحرم **ع** ش قوله ما كان في الحولين وان مصة واحدة فانه يحرم يقتضى ان مدة الحولين مدة الرضاعة اذا توالى فيها الرضاع واتصل ولو فطمته أمفاستغنى بالطعام ثم أرضعته بعد ذلك امرأة في الحولين لم يحرم ذلك الرضاع وبه قال الأوزاعي وابن القاسم وأصبغ وقال مطرف وابن الماجشون يحرم إلى انقضاء الحولين وبه قال الشافعي وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع وكما قال الله تعالى والوالدات برضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فتعلق ذلك بزيادة الاتمام ولو لم يصب فطام قبل ذلك لما علق ذلك بزيادة من يريد اتمام الرضاعة ووجه القول الثاني ان للحولين اختصاصا بالرضاع فاذا وجد فيها ماء حرم كمالواصل (مسألة) وانما يكون ذلك اذا فصل بين الرضاع الأول والثاني فطام كامل باستغناؤه عن الرضاع بما انتقل اليه من الطعام فأما فطام يوم أو يومين فانه ينشأ الحرمة لان الرضاع الثاني مما يفديه لانه لم ينتقل بعد عن الثدي قال معناه ابن القاسم والله أعلم ص **ع** مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشربد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت احدهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا للفتاح واحد **ع** ش منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من انهما اخوان لأب من الرضاعة لان الذي درالدين عن وطئه وأضيف اليه رجل واحد ولذلك قال عبد الله بن عباس للفتاح واحد فنص على معنى المسئلة والله أعلم ص **ع** مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول لارضاعة الامن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير **ع** ش قوله لارضاعة الامن أرضع في الصغر ولم يعد ذلك بالحولين يحتمل أن يريد ان ما قرب من الحولين في حكم الحولين دون زيادة عليهما وبه قال الشافعي وهو ظاهر ما في الموطأ عن مالك ورواه القاضي أبو الفرج عن مالك الآن تنقص اليوم واليومين وما ينقص من الشهور اذا لا يتفق أن تكون الشهور كاملة وقد قال الله تبارك وتعالى حولين كاملين وروى اسمعيل القاضي عن ابن الماجشون الزيادة على الحولين بقدر الزيادة على الشهور ونقصانها ونحوه قال سمعون وروى عن مالك الزيادة اليسيرة على الحولين في حكم الحولين وجه القول الأول قول الله تعالى والوالدات برضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فوجه الدليل منها انه تعالى جعل

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها أخبرته ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد ان أنزل الحجاب قالت فأبيت ان آذن له على فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني ان آذن له على * وحدثنى عن مالك عن ثور بن زيد الدثلي عن عبد الله بن عباس انه كان يقول ما كان في الحولين وان كان مصة واحدة فهو يحرم * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشربد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت احدهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا للفتاح واحد * وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لارضاعة الامن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير

الحولين تمام الرضاعة فدل ان ما زاد عليها ليس بمدّة الرضاعة لان الرضاعة تمت قبلها ووجه الرواية
 الثانية ان ما زاد على الحولين في حكم الحولين لانه لا يستغنى عن الرضاعة بانقضاء الحولين بل يحتاج
 الى تدريج فكان ما قاربهما وتم حكمهما في معناهما (فرع) فاذا قلنا باعتبار الزيادة على الحولين
 فكيف قدر ذلك روى عبد الله بن عبد الحكم الزيادة اليسيرة وروى عبد الملك بن الماجشون الشهر
 ونحوه وروى ابن القاسم الشهر والشهران وروى الوليد بن مسلم والثلاثة وقال أبو حنيفة الحولان
 وستة أشهر بعدهما مدة الرضاعة سواء فطم قبلها أو لم يطم والدليل على ما نقوله ان النص تناول
 حولين وانهما تمام الرضاعة فاما يجب أن يكون تبعاً للمدة اليسيرة التي ينقض في مثلها حكم الفطام
 دون المدة الطويلة التي لها حكم نفسها فلا يحتاج الحولان اليها في تمام حكمها ص * مالك عن نافع
 ان سالم بن عبد الله أخبره ان عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر
 فقالت ارضعيه عشر رضعات حتى يدخل على قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم
 مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي
 عشر رضعات * مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم
 ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو
 صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها * ش قوله أرسلتني الى أم كلثوم ترضعه عشر رضعات
 ليدخل عليها لانها تكون خالته من الرضاعة فيصير بذلك عليها كالأول ولدتها أم كلثوم وانما يجب أن
 تعتبر بهذا فيجعل المرضعة والدة فكل من كان يحرم عليه به الوالدة يجب أن يحرم عليه اذا أرضعته
 (فصل) وقوله فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت يروي مرضت باضافة المرض الى
 سالم ويروي مرضت باضافة المرض الى أم كلثوم وهو الأطهر لان مرض سالم لم يكن يمنعها من
 ذلك وان منعها في وقت من الأوقات الا أن يبعد مكانه ويتغير تكراره عليها
 (فصل) وقوله فلم أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات ثم يروي عنها انها
 قالت ثم نسخت ذلك بخمس رضعات يحرم من ولعل ما اعتقدته من النسخ لم يظهر اليها الا ما أمرت
 به في قصة سالم بن عبد الله ولم تتم الخمس رضعات النسخة عندها فلم يكن يدخل عليها وروى علي بن
 أبي طالب وابن عباس تحرم القطرة الواحدة اذا وصلت الجوف في مدة الرضاعة وبه قال سعيد بن
 المسيب ومالك وأبو حنيفة وروى عن عبد الله بن الزبير لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وروى عن
 عائشة عشر رضعات وروى عنها نسخها خمس رضعات والدليل على ما نقوله قول الله تبارك
 وتعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ولم يفرق بين رضعة أو أكثر من ذلك وأما الحديث الذي ورد
 عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحرم المص ولا المصتان فعناه عند شيوخنا أن المص والمصتان
 لا تحرم لانه لا يحصل بها اجتذاب شيء من اللبن حتى يتكرر ذلك ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى
 ينشر الحرمة فلم تعتبر فيه الولادة والطمح ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره
 ان عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعتها اخواتها أو بنات أخبها
 ولا يدخل عليها من أرضعته نساء اخوتها * ش قوله كان لا يدخل عليها من أرضعته نساء اخوتها
 ظاهره خلاف لما روت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أذن لها أن يدخل عليها أخو أبي القيس
 والأصح ان هذا وقع فيه بعض الوهم فيما روى من ذلك عنها فلم تكن لتخالف ما سمعته من النبي صلى
 الله عليه وسلم أو دخل عليها رضي الله عنها تأويل صرفت به ما سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم عن

* وحدثني عن مالك عن
 نافع أن سالم بن عبد الله
 أخبره أن عائشة أم
 المؤمنين أرسلت به وهو
 يرضع الى أختها أم كلثوم
 بنت أبي بكر فقالت
 ارضعيه عشر رضعات
 حتى يدخل على قال سالم
 فأرضعتني أم كلثوم ثلاث
 رضعات ثم مرضت فلم
 ترضعني غير ثلاث رضعات
 فلم أكن أدخل على عائشة
 من أجل أن أم كلثوم لم
 تتم لي عشر رضعات
 * وحدثني عن مالك عن
 نافع ان صفية بنت أبي
 عبيد أخبرته ان حفصة
 أم المؤمنين أرسلت بعاصم
 ابن عبد الله بن سعد الى
 أختها فاطمة بنت عمر بن
 الخطاب ترضعه عشر
 رضعات ليدخل عليها
 وهو صغير يرضع ففعلت
 فكان يدخل عليها
 * وحدثني عن مالك عن
 عبد الرحمن بن القاسم عن
 أبيه انه أخبره أن عائشة
 زوج النبي صلى الله عليه
 وسلم كان يدخل عليها
 من أرضعتها أخواتها
 أو بنات أخبها ولا يدخل
 عليها من أرضعته نساء
 اخوتها

• وحديثي عن مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب (١٥٣) عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان

في الحولين وان كانت
قطرة واحدة فهو يحرم
وما كان بعد الحولين
فانما هو طعام يأكله قال
ابراهيم بن عتبة ثم سألت
عروة بن الزبير فقال مثل
ما قال سعيد بن المسيب
• وحديثي عن مالك عن
يحيى بن سعيد انه قال
سمعت سعيد بن المسيب
يقول لارضاعة الا ما كان
في المهد والاما أنبت اللحم
والدم • وحديثي عن
مالك عن ابن شهاب أنه
كان يقول الرضاعة قليلها
وكثيرها تحرم والرضاعة
من قبل الرجل تحرم قال
يحيى وسمعت مالك يقول
الرضاعة قليلها وكثيرها
اذا كان في الحولين تحرم
فانما كان بعد الحولين
فان قليله وكثيره لا يحرم
شيئا وانما هو بمنزلة الطعام
• ما جاء في الرضاعة
بعد الكبر •

• حديثي يحيى عن مالك
عن ابن شهاب أنه سئل
عن رضاعة الكبير فقال
أخبرني عروة بن الزبير
ان أبا حذيفة بن عتبة بن
ربيعة وكان من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه
وسلم وكان قد شهد بدرا

عمومه أو ما شاء الله تعالى من ذلك ويحتمل أن تريد به ان من أرضعته اخواتها أو بنات أخيها فأى وجه
وجد الرضاعة منهن ومن أى زوج كان أثبت حرمة الرضاعة في الدخول وغيره وأما نساء اخوتها فمن
أرضعته قبل أن ينزوجهن اخوتها لم يكن يدخل عليها ولا تثبت به حرمة الرضاعة ص • مالك عن
ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان في الحولين وان كانت
قطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعام يأكله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت
عروة بن الزبير فقال مثل قول سعيد بن المسيب • مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن
المسيب يقول لارضاعة الا ما كان في المهد والاما أنبت اللحم والدم • ثم سئل قوله رضى الله عنه ما كان
في الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وعلى أى وجه وصل ذلك من وجور أو ولدود رواه ابن
حبيب عن مالك وأصحابه وكذلك ان كان مأكولا في طعام أو مشروبا في شراب فان ذلك كله يقع
به التغذي وأما السعوط فقال ابن القاسم ان وصل السعوط الى جوف الصبي حرم وقال ابن
حبيب يحرم على الاطلاق وبه قال الشافعي وأما الحفنة فقال ابن القاسم ان كان فيه غذاء الصبي
حرم والافلا وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق وقال أبو محمد يعبدان يصل الى موضع يحصل به
التغذي والله أعلم (مسئلة) ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء فتناوله صبي فان كان اللبن
ظاهرا فيه نشر الحرمة وان غابت عينه ففي المدونة عن ابن القاسم لا يحرم شيئا وبه قال أبو حنيفة وروى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يحرم اذا كان الطعام أو الشراب الغالب وروى عنه
القاضي أبو محمد هذه الرواية فقال يحرم وان كان اللبن مستهلكا وجه القول الاول ان استهلاكه
يبطل حكمه بدليل ان الخالف لا يشرب لبنا لا يحث قاله القاضي أبو محمد ووجه القول الثاني ان
اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه لان الغذاء يحصل به للطفل في الوجهين
ص • مالك عن ابن شهاب انه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها يحرم والرضاعة من قبل الرجال
تحرم قال يحيى وسمعت مالك يقول الرضاعة قليلها وكثيرها اذا كان في الحولين تحرم قال فأما
ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيئا وانما هو بمنزلة الطعام • ثم سئل قوله مالك رحمه الله
ما بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم يحتمل وجهين أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة
للرضاعة دون ما يزداد عليها وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج وروى عن ابن
الماجشون وسمعون والوجه الثاني أن يريد به الحولين وما في حكمهما لان ما زاد على الحولين
عنده في حكم الحولين لانه به يتم حكمهما والمقصود منهما

• ما جاء في الرضاعة بعد الكبر •

ص • مالك عن ابن شهاب انه سئل عن رضاعة الكبير فقال أخبرني عروة بن الزبير ان أبا حذيفة
ابن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا وكان تبنى سالما الذي
يقال له سالم مولى أبي حذيفة كاتبي رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن حارثه وأنكح أبو حذيفة
سالما وهو يرى أنه ابنه أنكح بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

(٢٠ - منتقى - بع) وكان تبنى سالما الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كاتبي رسول الله صلى الله عليه وسلم
زيد بن حارثه وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكح بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

المهاجرات الأولى وهي من أفضل أبي قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم (١٥٤) رد كل واحد من أولئك إلى أبيه فان لم يعلم أبوه رد إلى مولاه

المهاجرات الأولى وهي من أفضل أبي قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم رد كل واحد من أولئك إلى أبيه فان لم يعلم أبوه رد إلى مولاه وهو من بني عامر بن لؤي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنت أرى سالمًا وولدا وكان يدخل علي وأنا أفضل وليس لنا الأيت واحد فاذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها ففعلت فكانت تراه ابنا من الرضاة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فحين كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحببت أن يدخل عليها من الرجال وأبي سائر أواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاة أحد من الناس وقلن لا والله ما ترى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلا الرضاة أحد من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا هذه الرضاة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاة الكبير ش جواب ابن شهاب من سأله عن رضاة الكبير بهذا الحديث وما نضعه من الخلاف دليل على ترجحه في الأمر وتوفيه فيه وقوله أو أنا أفضل قال ابن وهب مكشوفة الرأس والصدر وقيل معناه أن يكون معه ثوب واحد لا يزرعته وقيل عن الخليل يقال رجل متفضل وفضل وهو المتوشع بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه ويقال امرأة فضل وثوب فضل فعني ذلك انه كان يدخل عليها وبعض جسدها مكشف وقوله صلى الله عليه وسلم أرضعني خمس رضعات قال ابن المواز لو أخذ به في الحجابة خاصة لم أعبه وتركه أحب إلينا قال وما علمت من أخذ به علما إلا عائشة رضي الله عنها وقدر وي مسروق عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فكانت تدير وجهه كأنه كره ذلك فقالت انما هذا أخي فقال صلى الله عليه وسلم انظري من أخواتك فاما الرضاة من الجماعة وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير ولعلها حلت على التحريم ومن جهة الفحل ان كان أخوها ذلك أحرضاة من قبل الفحل ولذلك كانت تأمر بارضاع من يدخل عليها وأختها وبنات أخيها ولا تستبيح ذلك بارضاع نساء أخوتها وترى أن التحريم من قبل الفحل يختص بالصغير ولعلها كانت تقول به وترى التأويل مأتا وامتة وتأخذ في فعلها بالاحزم وما عين لنا أحد دخل عليها برضاة الكبير وفي هذا الحديث الذي رواه مسروق عن عائشة دليل على ان الرضاة في قصته مختصة به وبسهيلا بنت سهيل لأنه لفظ خاص وقوله صلى الله عليه وسلم انما الرضاة من الجماعة نفي لثبوت حكم الرضاة في وقت لا يقع به الاعتداء على عمومها فيجب أن يعمل على عمومها إلا ما خص منه بحديث سالم والله أعلم ص مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال اني كنت لي وليدة وكنيت أطوها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

فجاءت سهيلا بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنت أرى سالمًا وولدا وكان يدخل علي وأنا أفضل وليس لنا الأيت واحد فاذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعني خمس رضعات فيحرم بلبنها وكانت تراه ابنا من الرضاة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فحين كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحببت أن يدخل عليها من الرجال وأبي سائر أواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاة أحد من الناس وقلن لا والله ما ترى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلا بنت سهيل الرضاة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاة سالم وحده

لا والله لا يدخل علينا هذه الرضاة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاة الكبير * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال اني كنت لي وليدة وكنيت أطوها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

ذلك والمرأة المغيلة التي ترضع ولدها وهي توطأ وأهل الطب يزعمون أن ذلك اللبن داء ويقال قد أغيلت المرأة إذا سقته غيلاً

(فصل) وقوله المغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع قال ابن حبيب عزل عنها ولم يعزل وقال الشيخ أبو عمران إنما حقيقة المغيلة الوطء مع الأزال لأن يزيد ابن حبيب أن الرجل إذا لم ينزل أنزلت المرأة لأن ماءها يغير اللبن وحكى ابن أبي زئنين أن أصل المغيلة عهدنا الضرر بقاؤه خفت غائلة كذا أي خفت ضرره * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعسدي أن يكون معناه أن الوطء يغيل اللبن بمعنى يكثره وإذا كان له فيه تأثير بالتكثير جاز أن يكون له تأثير بالتغيير قال بعض أهل اللغة أن المغيلة أن ترضع المرأة المرضع ولدها وهي حامل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهي عن المغيلة يدل على أنه قد كان يقضى رياءه وينهى بما يؤدبه إليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شيء ولذلك هم أن ينهى عن المغيلة لما خان بن فساد أجساد أمتهم وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك فلا يضر أولادهم ذلك يحفل أن يريد صلى الله عليه وسلم أنه لا يريد أن يضر رعاها وإنما يضر في النادر فلذلك لم ينه عنه ولم يحرمه وفقاً للناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة فيمتنع من وطئها مدة فتأخفه بذلك المشقة وهذه مشقة عامة فكانت مراعاهما أرفق بأمتهم من المشقة الخاصة التي لا تلحق إلا اليسير من الأطفال والله أعلم قال ابن حبيب العرب تتقي وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح في جسم أو علة (مسألة) وإذا آجرت امرأة نفسها في الرضاع بأذن زوجها فإن لوالده الصبي أن يمنع وجهها من وطئها مدة الرضاع قاله ابن القاسم قال أصبغ ليس ذلك إلا بشرط في أصل الأجارة أو يكثر ضرر الصبي به ويتبين ذلك فيمنع ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخت بحمسة معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن قال يحيى قال مالك وليس على هذا العمل

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخت بحمسة معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن قال يحيى قال مالك وليس على هذا العمل

وقد قررنا أن لا نقول به ولو كنا نقول به لخصنا وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا (فصل) ويحتمل أن تريد بقولها ثم نسخت بحمسة معلومات يريد نسخ اسمها وتلاوتها دون حكمها بيان تلي مكان العشر الرضعات خمس رضعات ولذلك لم تعرض له كراخكم وإنما أخبرت عن التلاوة فقالت فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يقرأ ولم تقبل وهي مما يعمل به ولا يحرم بمادونه ولا يحتاج الزيادة عليها في ثبوت التعريم وبالله التوفيق (فصل) وقول مالك رحمه الله وليس على هذا العمل يريد ليس تأويل الفقهاء الذين يعمل

بأقوالهم ويعتد على مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها لأنه وان يسرع الناس الى تأويلها على غير وجهها فليس كل من يتعاطى ذلك يفتهم وجه التأويل وان كرر عليه بل قد يتعقب بالتأويل والنظر ولا سيما في وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر فاستغنى عن فهمهم بقوله ليس على هذا العمل والمراد به ما قدمناه والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 ﴿ كتاب البيوع ﴾
 ﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم
 ﴿ كتاب البيوع ﴾
 ﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن الثقة عنده عن عمر بن
 ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك في هاري والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة
 أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكاري منه أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من
 ذلك أو أقل على أني ان أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريته منك فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة
 أو من كراء الدابة وان تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء * ثم
 قوله نهى عن بيع العربان البيع معروف وهو يفتقر الى إيجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ
 الماضي فاذا قال المبتاع بعني فقال البائع بعتك فقد حكي أصحابنا العراقيون ان البيع يصح وينعقد
 به وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك اشتريت أو قبلت والدليل على
 صحته ما نقلوه ان كل ما كان إيجاباً وقبولاً في عقد النكاح كان إيجاباً وقبولاً في البيع كما قال قبلت
 بعد الإيجاب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فليس للإيجاب والقبول لفظ معين وكل لفظ أو إشارة فهم
 منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود الا أن في الألفاظ ما هو صريح لا يحتمل التأويل
 مثل أن يقول البائع بعتك هذا الثوب بدينار فيقول المبتاع قد قبلت أو يقول المبتاع قد ابتعت منك
 هذا الثوب بدينار فيقول البائع قد بعته منك فهذا يلزم به العقد المتبايعين وأما الألفاظ المحتملة
 فلا يلزم البيع بها بمجرد احتياقي بقرن بها عرف أو عادة أو ما يبدل على البيع وذلك مثل أن يقول
 المبتاع بكم سلعتك فيقول البائع بدينار فيقول المبتاع قد قبلت فيقول البائع لا أبيعك فان كان في
 سوق تلك السلعة في العتيبة من رواية أشهب عن مالك يلزمه البيع وفي المدونة من رواية ابن القاسم
 يخلف ما ساومه على ارادة البيع وما ساوم الا امرئ بذكره عند ذلك ولا يلزمه البيع وجه رواية
 أشهب أن إيقافه في السوق دليل على ارادة البيع وتوجد منه لفظ يصح أن يستعمل في البيع
 فوجب أن يلزمه وجه رواية ابن القاسم انه يصح أن يكون له غرض من تعرفي ثمن سلعة ونهاية
 ما يعطى بها واللفظ ليس بصريح في انفاذ البيع لان البيع علق بالمستقبل دون الماضي فاذا خلف
 انه لم يرد البيع وانما أراد ما يمكن ارادته ويصح الغرض فيه لم يلزمه وأن يخلف لزمه البيع وهذا ان
 لم يكن لا عبا فان علم انه قصد اللعب لم يلزمه البيع رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله يبيع العربان فسر مالك بما تقدم وقال ابن حبيب العربان أول الشيء وعنفوانه
 والمنهى عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع ولذلك أضافه اليه على وجه ان كره المشتري البيع كان
 مادفعه للبائع دون عوض فهذا الذي نهى عنه لانه من أبين المخاطرة وأما العربان الذي لم ينع عنه
 فهو أن يبتاع منه ثوباً أو غيره بالخيار فيدفع اليه بعض الثمن محتوماً عليه ان كان مما لا يعرف بعينه على

انه ان رضى البيع كان من الثمن وان كرهه رجع اليه ذلك لانه ليس فيه خطر يمنع صحته وانما فيه تعيين للثمن أو بعضه (مبثلة) اذا وقع البيع والكره على ما منع منه من بيع العريان فقد قال على بن دينار يفسخ وان فاتت كانت فيه القيمة ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العريان ص **قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبد أو بالأعبد إلى أجل معلوم إذا اختلفت في اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسهم **قال مالك ولا بأس بأن تباع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه إذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه **ش وهذا كما قال وذلك ان يبيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين نقدا ونسا فأما النقد فهو جائز في الجنسين والجنس الواحد ما لم يكن مقتاتا متفاضلا وأما النساء فهو على ضربين أحدهما أن يكون العوض من غير جنس العوض منه والآخرا أن يكون من جنسه فان كان من غير جنسه جاز التفاضل وان كان من جنسه لم يجز متفاضلا وذلك في أربعة أبواب **الأول ان مائس بمقتات ولا عين فانه يجوز التفاضل فيه نقدا **والباب الثاني ان النساء على فساد يبيع الجنس بعضه ببعض **والباب الثالث ان النساء مع اختلاف المنافع لا يمنع المعاوضة **والباب الرابع في بيان معنى المنافع المقصودة في الأجناس**************

(الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا)

وهو مذهب مالك رحمه الله وسأيت ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في أن النساء على فساد يبيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة)

وهو مذهب مالك رحمه الله وقال الشافعي كل ما يجوز فيه التفاضل يدايد فانه يجوز فيه التفاضل والتساوي نساء والدليل على صحته ما ذهب اليه مالك رحمه الله ما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيته قال أبو عيسى الترمذي حديث الحسن عن سمرة في بيع الحيوان بالحيوان صحيح وسامعه منه صحيح كذلك قال علي بن المديني ولنا في المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان أحدهما انه ممنوع منه لنفسه والثاني انه ممنوع منه للذرية فأما الطريقة الأولى فان اشتراط الزيادة في الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه في السلف وأما المنع منه للذرية فانه لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز ولا فرق بينه وبين اشتراطه في البيع من جهة الصورة فوجب أن يكون ممنوعا لتلايقه به الى الممنوع المتفق على تحريمه (مسئلة) اذا ثبت المنع مع التفاضل فهل يثبت على التساوي قال القاضي أبو محمد ان ذلك جائز ورواه ابن القاسم وغيره وبه قال أبو حنيفة ووجه قول القاضي أبي محمد أن المنع من ذلك انما هو للذرية ومع التساوي تضعف التهمة فيبطل حكم المنع ووجه القول الثاني أن هذه ذريعة الى قرص تجبر به منفعة فيكون من له الثوب يدفعه في مثله ليكون في ضمان القايض له الى أجل تعاقدتهما ووقت انتفاعه ولما كان هذا عقدا منع من التفاضل فيه وجب أن يمنع من التساوي كالعرض

(الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بيع بعض الجنس ببعضه الى أجل متفاضلا)

وهو مذهب مالك وقال أبو حنيفة ان ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع اذا كان من جنس والدليل على ما نقوله قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

قال مالك والأمر عندنا انه لا بأس بأن يتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبد أو بالأعبد إلى أجل معلوم إذا اختلفت في اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسهم **قال مالك ولا بأس بأن تباع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه إذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه**

وهذا عام وهذه المسئلة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هي المعتبرة في الجنس فإذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل لانه لا يمتثل في جواز التفاضل في الجنسين مع التساوي وسندل عليه ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الكبير في الصغير الى أجل لانهما جنسان متباينان وليس فيهما وجه من وجوه التهمة وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان مالكا كره ان تسلم كبار الحمر في صغار البغال لانها تنتج منها البغال الا أن يكون الأجل قريبا خمسة أيام وشبهها مما لا تهتم فيه وهذا ليس من الوجه المذكور وانما هو لانه لا يجوز ان تسلم شيئا مما يخرج منه لمفاه من أنواع المزبنة فاذا آن ذلك لان أجل السلم يمنعه من أن يخرج منه ما سلم فيه صح ذلك والله التوفيق (مسئلة) وأما تسليم صغير في كبير الى أجل فروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم اجازته وروى ابن المواز المنع منه قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا انما يجب عندى أن يمنع الى أجل يكبر فيه مثل ذلك الصغير فيصير مثل الكبير المسلم فيه وذلك من الوجه المتقدم وليس من معنى هذا الباب بسبيل وذهب جمهور أصحابنا الى المنع من تسليم صغير في كبير أو كبير في صغير ويجب أن يكون بمعنى ما تقدم من المنع في المسئلتين المتقدمتين وقد اختلفوا في تجوز صغير في كبير وكبير في صغير وذاكر القاضي أبو محمد ان ذلك كله جائز وهو الصحيح لانهما جنسان مختلفان يصح التفاضل بينهما فصح التساوي كالثياب بالابل والبقر ووجه آخر وهو ان التفاضل في المقدار أبلغ في افساد العقود من التفاضل في الصفات بدليل انه لا يجوز التفاضل بالنقد في الطعام ويجوز فيه التفاضل بالجودة والصفة ثم ثبت وتقرر ان هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار فان يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأخرى (مسئلة) وأما اختلاف الجنس بالمنافع مع الاتفاق في السن فلا بأس به الواحد بالاثنين والاثنين بالواحد وهل يسلم الواحد من ذلك في الواحد روى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك اجازته في البعير النجيب بالبعير من حاشية الابل وفي المدونة مثل ذلك عن ابن القاسم في العبد التاجر في العبد الذي ليس بتاجر وهو الصواب لان اختلاف المنافع قد جعلها جنسين يجوز فيهما التفاضل فبان يجوز فيهما التساوي أولى وعقد هذا الباب انما يحكم فيه بالجنسين فان التساوي والتفاضل يجوز فيهما

(الباب الرابع في تبيين المنافع المقصودة التي يتبين بها معنى الجنس)

الأصل في ذلك ان معنى الجنس عندنا في هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منه فاذا اختلف الشيان في المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين وان سمي باسم واحد وان اتفقا في المنفعة المقصودة واقترا في الاسم فالذي يقتضيه قول ابن القاسم في البغال والحير انهما جنس واحد ان الاعتبار باختلاف الاسماء والذي يقتضيه قول ابن حبيب انهما جنس ان الاعتبار أيضا بالاسماء والدليل على صحة ذلك اننا انما منعنا التفاضل في الجنس الواحد للزيادة في السلف وأجزائه في الجنسين لتعريفه من ذلك فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من العين لان من طلب الزيادة في السلف فانما يطلبها مع استرجاع ما سلف وبقاء تلك المنفعة المقصودة له فاذا استرجع ما فيه منفعة أخرى بغير منفعة العين التي سلف لم تحصل له الزيادة في السلف ولذلك جوزنا التفاضل بين التمر العربي والتمر الهندي وبين الجوز الهندي والذي ليس بهندي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اختلاف المنافع في الجنس يكون على ضربين أحدهما أن تختلف منافعها للصغر والكبر والثاني أن تختلف للثناهي في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس فاما الصغر والكبر فانه يختلف باختلاف جنس الحيوان فان

كان الحيوان مما تصح فيه الحريرة كبنى آدم ففي الواضحة ان الرقيق صنف واحد كوره وانائه
 صفاره وكباره مجميه وعريه والقياس عندي أن يكون صغيره جنسا مخالفة الكبيره لان المنافع
 التي يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير (مسئلة) فان كان مما لا تصح فيه الحريرة
 فلا يخلو أن يكون مما المقصود منه الأكل فان كان مما لا يقصد منه الأكل كالخيل والبغال والحمير
 فان جنس صفارها مخالف لكبارها لان المقصود من كبارها غير المقصود من صفارها وان كان مما
 يقصد منه الأكل كالابل والبقر والغنم والطير فانه على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون في مع ذلك
 عمل مقصود كالابل والبقر فهذا القسم لا خلاف ان صفارها مخالف لكبارها والثاني لا يكون فيه عمل
 مقصود ولا منفعة مقصودة فهذا لا خلاف في أن صفارها من جنس كبارها كالخجل والبيام والقسم
 الثالث أن لا يكون فيه عمل مقصود وتكون فيه منفعة مقصودة من لبس ونحوه فهل يختلف جنسها
 بالصغر والكبر أم لا وروى ابن المواز عن مالك في ذلك روايتين احدهما لا تختلف لان المقصود
 من هذا الحيوان الأكل ويستوى في ذلك صفاره وكباره والثانية تختلف بذلك لان المقصود من
 كبار الغنم الدر والنسل وهو منفعة مقصودة كالعمل في الابل والبقر وكذلك الدجاج قال ابن
 القاسم كلها صنف ذكورها واناثها قال أصبغ لا يسلم بعضها في بعض الا الدجاج ذات البيض فانها
 صنف يسلم الدجاجة البيوض أو التي فيها بيض في الديكين (فرع) والسن الذي هو حديد الصقر
 والكبير أن يبلغ حد الانتفاع بها المنفعة المقصودة منها قال ابن المواز وهو أن يسافر عليه فالجدع
 ما قصر عن ذلك من جملة الصغار والحولى صغير وأما البغال والحمير فروى ابن المواز عن مالك أن
 الحولى صغير والرباعي كبير ويحتمل أن يكون الجدع من جملة الكبار كالخيل وأما الابل فروى ابن
 المواز عن مالك لا خير في ابنتي مخاض في حقة ولا حقة في جذعتين ويحتمل انه منع ابنتي مخاض في
 حقة لانها من سن الصقر ومنع حقة في جذعتين على رواية من منع صغيرا في كبير فان الجدع أول
 أسنان الكبير في الابل ويحتمل انه منع بنتي مخاض في حقة على رواية من منع صغيرين في كبير
 ومنع حقة في جذعتين لانها من سن الكبر فتكون الحقة من حيز الكبير لان ذلك سن يستعمل
 في المنفعة المقصودة وهو الحمل (فرع) وأما البقر فان حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرب
 وفي الاناث على قول ابن القاسم مثل ذلك وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللبن وأما اللبن
 فان فرقنا بين صفارها وكبارها الحد الكبير أن يضع مثلها ويكون فيها اللبن ويجب على هذا أن يكون
 ذكورها من جنس صفارها لانه ليس فيها غير اللحم الا النزر ولا اعتبار به في اختلاف الجنس
 كالخيل والحمير (فرع) وأما الرقيق فان حد الكبير فيهم ان فرقنا بين صفارهم وكبارهم ان يبلغ
 سن من يطبق التكسب بعمله أو تجارته وذلك عندي الخمسة عشر سنة ونحوها أو الاحتلام
 (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادرا على التكسب بمعنى استفاد
 في التعليم لا يكون شائعا في الجنس كالتجارة والصناعة فأما التجارة والجزارة والبناء والخياطة فهي
 مع الفصاحة والحساب أس والكتابة والقراءة اذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها وهكذا ما جرى
 هذا المجرى وليس كذلك الاعمال المعتادة التي يعملها أكثر الناس بجنس بيان به من لا يعمل ذلك
 العمل كالحرب والحصاد في الرجال والغزل في النساء لانهما كان هذا العمل معتادا يمكن أكثر هذا
 الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد (مسئلة) وليست الذكورة بجنس في
 الرقيق ولا في شيء من الانعام الا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضى ذلك وهذا حكم جميع

الحيوان وأما الصناعة في الاماء فكالطبخ والخبز والرقم والنسيج وكل نوع من ذلك مخالف للآسنة
 الا للطبخ والخبز فانه صناعة واحدة وجنس واحد وأما الكتابة فروى محمد عن ابن القاسم ليست
 بجنس في الاماء وروى عيسى عنه أنها ان كانت فائقة فيها انه جنس تبين به من غيرها ويحتمل ذلك
 وجهين أحدهما أن يكون ذلك قولاً واحداً ان النفاذ في ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس
 مقصود وان الكتابة اليسيرة التي لا يمكن الا كسبها ليست بجنس مقصود والوجه الثاني ان
 ذلك على قولين أحدهما انه ليس بجنس في الاماء مع النفاذ بخلاف العبيد والثاني حكمها في ذلك
 حكم العبيد (مسئلة) وأما الجمال فهل يكون جنساً في الاماء روى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك
 ليس بجنس وروى محمد عن أصبغ انه جنس مقصود ورأيت بعض فقهاء القرويين يتكلمون ان ابن
 وهب رواه وجه قول ابن القاسم انه معنى لا يتكسب به الاماء فلم تختلف به أجناسهن كالقوة ووجه
 قول أصبغ ان الائمةا تختلف باختلافه وتفاوته بتفاوته (مسئلة) وليس الفزل ولا عمل الطيب
 بجنس لان الفزل معتاد في النساء شامل وعمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به بل
 ذلك شائع في جميع النساء وهذا معنى ما احتج به ابن المواز في دمه المسئلة (مسئلة) والمقصود من
 الخيل السبق والجودة لانها بما تباين ماثر الحيوان المتعد فاذا كان سابقا فانه اقل من جنس
 ما ليس بسابق من الخيل والمقصود من الابل القوة على الحمل فان كان مما يباين غيرها في القوة على
 ذلك فهو من غير جنسه وليس السبق بمقصود فيها لانها لاتراد للسبق ولذلك لا يسهم لها وان جاز أن
 يكون منها ما يسابق فان ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه الأثري ان من الخيل ما تكون
 فيه القوة على الحمل ولا يتخذ لذلك ولا يميز به في الجنس مما ليس بقوى على الحمل لان الحمل ليس
 بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر (مسئلة) وأما البغال والخير فقال ابن القاسم هي جنس
 واحد وقال ابن حبيب هما جنسان مختلفان وذكر ان كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير
 والجري يريد مع السير قال فابن القاسم ان الاسماء لا اعتبار بها فلما اتفقت في المعنى المقصود منها
 كانت جنسا واحدا وان لم يشهد لها اسم واحد وهذا أشبه بمذهب مالك رحمه الله ووجه ما قاله ابن
 حبيب ان اختلاف الاسماء الخاصة بوجوب اختلاف الجنس وانما يراعى اختلاف المنافع واتفاقها
 في الجنس الواحد (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فهذا يختلف في أنفسها قال ابن القاسم ان
 البغال كلها مع الحمر المصرية جنس مخالف للذعرابية ولا تختلف بالسير والقيم وانما تختلف بالمغز
 والكبر ووجه ان المقصود منها الركوب للجمال وهي متقاربة فيه وقال ابن حبيب تختلف باختلاف
 السير لان السير هو المقصود منها فيجب أن تختلف باختلافه (مسئلة) والمنفعة المقصودة من البقر
 القوة على الحرث لانه العمل الذي تتغذله ولا خلاف في ذكورها وأما اناها فحكى ابن حبيب ان
 المقصود منها كثرة اللبن والظاهر من مذهب ابن القاسم ان حكمها حكم الذكور والفرق بين اناث
 البقر واناث الغنم ان اناث البقر لها منفعة تختص بذكورها واناثها واناث الغنم ليس فيها شيء من
 ذلك فاذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن وان كانت قوية على الحرث في الثور
 (مسئلة) وأما الغنم فانهما على ضربين معروضان فأما المعرفاها تختلف بكثرة اللبن لانه المقصود منها
 وأما الضأن فروى يحيى عن ابن القاسم ان كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن وقال ابن القاسم
 في المدونة ان اللبن معتبر في الغنم من غير تفصيل وجه رواية يحيى عن ابن القاسم ان اللبن لا يكاد
 يتباين الا في المسعر وأما الضأن فتقاربة في اللبن ووجه رواية مسنون ان هذا حيوان ذولين ولا يقصد

به العمل فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقلته كالساعز (مسئلة) فأما الطير فإنه على ضربين أحدهما يقصد منه البيض والثاني لا يقصد فأما ما لا يقصد منه البيض فقد كوره واثابه وصغاره وكباره جنس واحد وأما ما يقصد منه البيض كالذجاج فاختلف أصحابنا فيه فروى عيسى عن ابن القاسم ليس مما يختلف فيه الجنس وقال أصبغ يختلف به الجنس ووجه رواية ابن القاسم أن البيض في الذجاج ليس يقصد بالافتناء له في الأغلب وإنما يقصد باللحم وذلك متساو في جميعها ووجه آخر أن هذه ولادة والولادة لا يعتبر بها في الجنس قلت أو كثرت كسائر الحيوانات ووجه قول أصبغ أن البيض معنى مقصود من هذا الجنس من الحيوان كاللبن في الغنم

(فصل) وقوله فإن أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسها يريد أن يكون الرقيق سودانا أو بيضاور وما أو نوبته فإن ذلك ليس باختلاف فيهم يبيع التفاضل مع النسا

(فصل) وقوله ولا بأس أن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه إذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي ابتعت منه يريد أن ما أسأمت فيه من الرقيق يجوز أن تبعه قبل أن تستوفيه وكذلك كل ما ليس بمطعموم عند مالك فإنه يجوز بيعه قبل أن يستوفى إذا كان في الذمة وقوله إذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لأنه من اشتراط انتقاد الثمن في المبيع الذي ألزمه لأنه إذا لم ينتقد ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لأنه من بيع الكالئ بالكالئ أو فسح الدين في الدين وإن أخذ من غير جنس ماله عنده فلا يخلو أن يكون من جنس الثمن فإنه على ضربين أحدهما أن يكون الثمن عين والثاني أن يكون عرضا فإن كان عيناً من جنس واحد فإن له أن يأخذ مثل الثمن سواء عددا وصفة لأن ما له إلى السلف الجائر فليس فيه وجه من وجوه الفساد ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددا لأن ما له إلى الزيادة في السلف وذلك غير جائز وهل له أن يأخذ أدنى عددا أو صفة جوزه بعض أصحابنا وأباه ابن أبي سلمة ووجه جواز أن ماله تبعه فيه التهمة أن يعطى عيناً لأخذ أقل عددا منه أو أدنى صفة وسيأتي ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بائعه إن شاء الله تعالى ص **قال مالك لا يبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه إذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدري أذ كره أم أنى أحسن أم قبيح أو نافص أو تام أو وحى أو ميت وذلك يبيع من ثمنها** وهذا كما قال أنه لا يجوز أن تباع أمة أو شيء من أثار الحيوان ويستثنى جنين في بطنها وعلل ذلك بعلتين أحدهما أنه مجهول الصفة والحياة والثانية أنه ينقص ذلك من ثمنها وهذا تعليلان صحيحان وذلك أن الاستثناء من المبيع على ضربين أحدهما أن يستثنى جزء من الجملة فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون جزءاً شائعا والثاني أن يكون جزءاً معيناً والثالث أن يكون جزءاً مقدر غير شائع ولا معين فإن كان جزءاً شائعا فإنه يصح في جميع الحيوان وفي غير الحيوان كبيع ربع العبد والداية والثوب والدار (مسئلة) وإن كان جزءاً معيناً فلا يخلو أن يكون في حيوان أو غير حيوان فإن كان في حيوان فإنه على ضربين أحدهما أن يكون معيناً كالجنين وما في ظهر الفحول ولم الفخذ فهذا لا يجوز بوجه لأن المبتاع قد استثنى من الجملة ماله لأنه إذا لم تعلمه لم تعلم باقي الجملة وهذا في أجنة الأناث وما في ظهور الفحول واضح الفساد لأنه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة وأما استثناء نخل الناقة فإنه يصح أن يقال ذلك على قولنا إن المستثنى مبيع وهذا أظهر فيما الختم به في قولنا أنه لا يدري أن الجنين حسن أم قبيح أو ذكراً أو أنى أو وحى أو ميت وهذا إذا كان باقياً على ملكه لا يجب أن يؤثر في البيع لسلامة المبيع في ذلك وإنما

• قال مالك لا يبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه إذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدري أذ كره أم أنى أحسن أم قبيح أو نافص أو تام أو وحى أو ميت وذلك يبيع من ثمنها

يؤثر فيه على قولنا انه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه لانه به تم والله أعلم (فرع) وسواء استثنى الجنين عتيقاً أو رقيقاً فانه لا يجوز ويفسخ البيع رواه في المبسوط ابن نافع عن مالك وقال الأوزاعي وابن حنبل يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل ويستثنى ما في بطنها والدليل على ما نقله ان هذا جزء معين من الجلية فلم يجز استثنائه من الأمة كيدها أو رجلها (فرع) فاذا انعقد البيع على ذلك فانه يبطل ويفسخ ما لم تمت الجارية عند المبتاع بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق فان دخلها شيء من ذلك لم يمت ببيعها يوم قبضها فان ولدت عند المشتري وقبض البائع الطفل نقض بيعه فيه وورده الى المبتاع وهذا اذا ولدته بعد تقويم الأم على المشتري فأما اذا ولدته قبل ذلك فان هذا انما يستقيم على قولنا ان المستثنى مبيع مع الجلية ولو قلنا انه غير مبيع لكان للبائع على كل حال لانه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره والمذهب مبني على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا ذلك وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه القوات المتقدم ذكرها لزمه بالقيمة يوم قبضه ولزمه ما أن يجمعها بين الأم وابنها في ملك أحدهما أو يبيعهما معاً من غيرهما (مسألة) فان كان معينا غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو أن يكون الحيوان مما لا يستباح ذبحه كالرقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز بيعه واستثناءه جزء معين منه فلا يجوز بيع الأمة واستثناءه بعدها أو رجلها أو رأسها لان الذي باع معينا منها لا يمكن تسليبه ولا الانتفاع به لانه ان استثنى رجله لا يجوز للبائع أن يأمره بالمشي والتصرف لان البائع معناه من القيام أو المشي رجلها المستثناء لان حقه متميز ولا يجبر البائع على تصرف حقه المتميز وليس كذلك الجزء الشائع فانه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار المشاعة بين الشريكين ان أراد أحدهما إخلاها والمنع من الانتفاع بها لم يكن له ذلك واذا تمزح حقه منها كان له ذلك في حقه (مسألة) وان كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام فانه ان وقع البيع على هذا بشرط التبقية لا يجوز (مسألة) فان كان بشرط الذبح فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة يسقط له بعض الثمن أو لا قدر له فان كان له قدر وقيمة كالنخلة والسواقي حيث تكون له قيمة فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز وجوز ابن حبيب بيع الشاة واستثناء الأكارع والرأس حيث تكون لها قيمة ووجه القول الأول انه مبني على أحد فضلين إما أن يكون لها استثناء دون جلد والمستثنى عنده مبيع فلم يجوزه لانه استثنى معينا وإما أن يكون لما شرط أخذه بعد الذبح فكان كأنه باعه مذبوحة وعند الذبح يعلم من صفته ما لا يعلم اليوم فنع ذلك صحة العقد ووجه قول ابن حبيب ما احتج به وانه استثنى جزأها معينا فلم يمنع ذلك صحة العقد وهذا مبني على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو فلذلك صار المستثنى مرثياً (مسألة) وان كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة فالذي رواه ابن القاسم عن مالك ان ذلك لا يجوز وروى ابن حبيب عن ابن وهب تجوز به وقول ابن القاسم مبني على تعدد المعرفة بقدره وجنسه وجودته ووردها انه وعلى انه لا يجوز بيع اللحم المغيب لانه اذا استثنى الجلد فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب ووجه قول ابن وهب انه يمكن معرفته فيمكن استثنائه وبيع اللحم المغيب بجلده كما لو لم يكن للجلد قيمة (مسألة) وان كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع في الاسفار بحيث لا قيمة لشيء من ذلك ففيه عن مالك وايتان احدهما الجواز والأخرى المنع وقال القاضي أبو محمد ان المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع حيث تكون له قيمة والاجازة حيث لا تكون له قيمة (مسألة) وأما ان كان المستثنى من الحيوان مقدراً على غير ما يبيع ولا معينا

مثل أن يستثنى منه أرطال المقدرة فعن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن وهب المنع وروى
 عنه ابن القاسم اجازة ذلك في الارطال اليسيرة وجهر وايقابن وهب انها مبنية على أن المستثنى
 مبيع فاذا كان مستورا بالجلد لم يجز بيعه لعدم الرؤية والصفقة فيه وجهر وايقابن القاسم انها مبنية
 على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل في المبيع فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة
 لصفته (١) اذا قلنا بزوايا المنع فلا تفرع فيه وان قلنا بزوايا الاباحة بحكم السير الذي
 يجوز قال ابن القاسم الثلاثة الأبطال والأربعة من الشاة وزاد ابن المواز عنه الخمسة والستة ولم يبلغ
 بمالك الثلث وأشهب يميز الثلث ومعنى ذلك ان هنا الثلث حديثين القليل والكثير عند مالك
 واختلف قوله فيه فمرة جعله في حيز القليل ومرة جعله في حيز الكثير وفروع مسائله تدور على
 حسب هذا الاختلاف والله أعلم وأحكم ص قال مالك في الرجل يبتاع العبد والوليدة
 بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيه بعشرة دنانير يدفعها اليه نقدا أو الى أجل
 ويمحو عنه المائة دينار التي له قال مالك لأبأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه في
 الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من الاجل الذي اشترى اليه العبد
 أو الوليدة فان ذلك لا ينبغي وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن يحل
 بجاريته وبعشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من السنه فحسب في ذلك بيع الذهب بالذهب الى
 أجل ش وهذا كما قال رحمه الله البائع اذا زاد المبتاع عشرة دنانير على أن يقيه فان ذلك
 جاز وسواء كانت الزيادة من البائع ماشاء من جميع الأشياء كلها العين وغيره نقدا أو مؤجلا ولم
 يتفرقا لانه كان البائع اشترى الجارية بائنا من الذي وجب له على المبتاع وزيادته اياه ولا فساد
 في ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع فان كانت من جنسه زاد نقدا ولم يجز مؤجلا لما تقدم من
 منع الشيء بجنسه الى أجل

(فصل) وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه ويزيده بعشرة دنانير نقدا أو الى أجل الفصل معناه
 انه اذا اراد المبتاع العشرة ليقيله البائع فان كان الى أجل فهو جائز لانه يبيعها منه بأقل من الثمن الذي
 ابتاعها منه مفاصة وان زاد العشرة نقدا لم يجز ذلك لانه محجل عشرة من المائة المؤجلة عليه فصار يباع
 وسلفا فنه العلة اللازمة وقد قال ذلك ربيعة في احدي مسائلي الحمار فباع جارية بعشرة دنانير
 فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع ان ذلك بمنزلة من اقتضى ذهابا يتعجلها من ذهب وأما ما
 ذكره رحمه الله من أنه يدخله انه باع عشرة دنانير وجارية نقدا بمائة دينار له الى سنة فانه وجه صحيح
 أيضا فيما يكرر ويقصد من بيع جارية بعشرة دنانير معجلة بمائة الى أجل فان الذرائع يقوى منعها
 بشكر القصد اليه والغرض فيه فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه ويضعف وجه المنع بقلة قصده
 وذلك فيما يحتمل وجوه من الصفة ووجهها أو وجوه من الفساد المقتضى للنع فيحصل على المقصود
 من تلك الوجوه وأما ما كان الفساد له لازما فان ذلك ممنوع لنفسه (مسئلة) وأما ان كانت
 العشرة الى أجل أقرب من أجل المائة فكما حكم العشرة المعجلة وان كانت الى أجل أبعد من
 أجل المائة لم يجز أيضا لانه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة الى غير ذلك وأقل ما
 يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة والمنع من المقاصة ولو شرط ذلك في العشرة المؤجلة الى أجل
 المائة لافسد العقد لانه يتضمن بيع جارية بعشرة دنانير بخروجها ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها وهذا
 يقتضى التفاضل في العين فأوجب ذلك فساد العقد ويدخله مع ذلك الكافي بالكافي في عشرة

• قال مالك في الرجل
 يبتاع العبد أو الوليدة
 بمائة دينار الى أجل ثم يندم
 البائع فيسأل المبتاع أن
 يقيه بعشرة دنانير يدفعها
 اليه نقدا أو الى أجل
 ويمحو عنه المائة دينار
 التي له • قال مالك لأبأس
 بذلك وان ندم المبتاع
 فسأل البائع أن يقيه في
 الجارية أو العبد ويزيده
 عشرة دنانير نقدا أو الى
 أجل أبعد من الأجل
 الذي اشترى اليه العبد
 أو الوليدة فان ذلك لا ينبغي
 وانما كره ذلك لان البائع
 كأنه باع منه مائة دينار
 له الى سنة قبل أن يحل
 بجارية وبعشرة دنانير
 نقدا أو الى أجل أبعد من
 السنة فدخل في ذلك
 بيع الذهب بالذهب الى
 أجل

(١) يباح هكذا بالأصل

دنائير والمائة وذلك ممنوع (مسئلة) ومن ابتاع سلعة بنقداً وموَجَل ثم استقال منها فلا تخلوا السلعة
 أن لا تكون غير مكيلة ولا موزونة ولا معدودة كالجارية والثوب فباعها بنقداً ثم استقال منها على
 زيادة مؤجلة وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنائير نقداً ثم استقال المبتاع بدينار يزيد
 مؤجلاً فان ذلك لا يجوز وهي إحدى مسلتى الحارور ببيعة قال لا يصح لأنه أخذ عنه دنائير بالنقداً
 وأخذ الحارور بما بقي من الذهب وقد قال جماعة من شيوخنا ان معنى ذلك البيع والسلف وهو قول
 صحيح لان السلف في الدينار الذي أخذ عنه والسعة في أخذ الحارور بتسعة دنائير من العشرة التي كانت
 له عليه ويدخله مع ذلك بيع حارور ديناراً بعشرة دنائير معجلة (فرع) وقد قال محمد بن
 المواز إذا كانت البيعة الأولى بالنقد فلا يتم في الثانية إلا أهل العينة وقال الشيخ أبو محمد انه ليس
 بخلاف لما قاله مالك وربيعة لابن المواز انما يعني بذلك إذا كانت البيعة الأولى بالنقد لما لو انفردت
 لكانت صحيحة وأما في بيعه لو انفردت لم تجز تقدمها يبيع أو لم يتقدم فليس كذلك وفي مسئلة ربيعة
 كانت للمبتاع على المبتاع عشرة دنائير نقداً فاشترى منه تلك السلعة وغيرها بتسعة دنائير واحدة
 بدينار من عشرة فلم يجز لما دخله من البيع والسلف (مسئلة) وان كان المبيع بالنقد مكيفاً
 أو موزوناً أو معدوداً فلا يتخلوا أن يكون غير مطعوم أو مطعوماً فان كان غير مطعوم فباعه بدينار نقداً
 فلا بأس أن يستقبل المبتاع قبل النقد على أن يزيد دنائيراً أو ماشاء معجلاً وذلك مثل أن يبيعه بمائة
 رطل حديد بعشرة دنائير فيستقبل على دينار يعطيه اياه قال محمد بن المواز إذا كانت الزيادة في
 مجلس الاقالة فان تأخرت دخله في زيادة الدنانير يبيع وسلف ويدخله في بيع الورق صرف
 مستأخر ويدخله في زيادة العرض الدين بالدين وعندى انه يرد فسخ دين في دين وانما يجوز
 في تعجيل الورق إذا كانت أقل من صرف دينار وهذا عندى ما لم يغب المبتاع على السلعة الموصوفة
 ولو غاب عنها لم يجز أن يقال منها بشئ يزيد لأنه يدخله يبيع وسلف لان عينه لا تعرف ولو كان غير
 مكيل ولا موزون ولا معدود لجاز ذلك وان غاب عليه المبتاع لانه مما يعرف بعينه (مسئلة) فان
 كان المبيع مكيفاً غير مطعوم وكان الثمن عيناً مؤجلاً لم يجز أن يزيد المبتاع ذهباً من جنس الثمن
 نقداً ولا إلى أجل أقرب من أجل الثمن ولا أبعد منه قال المحمديون لأنه يدخله يبيع وسلف ويدخله
 ذهب بذهب وعرض إلى أجل ولا بأس أن يزيد من جنسها زاد العتيق في وزنها إلى الاجل ولا
 يجوز أن يزيد من غير جنسها نقداً ولا مؤجلاً ولا يجوز أن يزيد ورثان نقداً ولا مؤجلاً ولا بأس أن
 يزيد عرضاً مؤجلاً (مسئلة) فان كان الثمن عرضاً مؤجلاً ففي كتاب المحمدين الثلاثة
 لا يزيد المبتاع عرضاً من غير جنس الثمن مؤجلاً لأنه يدخله الدين بالدين ولا بأس أن يزيد عرضاً
 من جنس الثمن ولا يدخله الدين بالدين لأن الدين بالدين انما هو في جنسين مختلفين فاما اشتغال
 الدينين بجنس واحد فلا يدخله في هذا الباب الدين بالدين ومعنى ذلك عندى أن يعمل على
 المقاصة ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد لدخله الدين بالدين ويمنع من ذلك إلا أن تضعف
 التهمة فيه لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود في الزيادة ولا معتاد (فرع) فان زاده من جنس
 الثمن معجلاً أو مؤجلاً إلى غير الأجل لم يجز فيه التفاضل ذكر ذلك المحمديون عن ابن القاسم وأشهب
 وعبد الملك ومعنى ذلك عندى أن يبيع ثوبين إلى أجل يحرم لنفسه فلذلك منع ما كان
 ذريعة اليه ولو منع للذريعة إلى سلف جر منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة اليه (مسئلة) فان
 كان المبيع طعاماً مكيفاً فلا يجوز أن يزيد أحداهما صاحب شيئاً من الاشياء ويقبله منه على الكيل

لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه فان كان اكثاله ولم يرض عليه المبتاع وكان الثمن نقداً أو لم ينفق بعد وقد روى عيسى عن ابن القاسم لا بأس أن يزيد المبتاع نقداً ما شاء من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه ومن غير جنسه وعندى أنه يجب أن يراعى في الورق أن يكون أقل من صرف دينار لثلاثة يدخله بيع وصرف وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا والله أعلم (فرع) قال ولا يجوز أن يزيد شيئاً مؤجلاً لأنه يدخله بيع وسلف وفي زيادة العرض فسح دين في دين وفي زيادة الذهب والورق الاجل في الذهب بالذهب أو بالورق وعندى أنه يدخله بيع وسلف وهي الثانية من مسألتى ربيعة وان كان نقده الثمن فهو بيع حادث يجوز فيه ما يجوز في سائر البيوع ص قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به الى أجل الذي باعها اليه أن ذلك لا يصلاح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى شهر ثم يبتاعها بستين ديناراً الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعتة بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين ديناراً الى شهر بستين ديناراً الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغي ش وهذا كما قال مالك رحمه الله أن من باع جارية بثلاثين الى أجل فانه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل اذا كان على وجه غير المقاصة لأنه يقبض عنه عند الاجل الاول ثلاثين ويدفع اليه عند الاجل ستين وماتقدم من بيع الجارية وابتاعها لغو وصلابه الى بيع ثلاثين ديناراً بستين ديناراً وذلك ممنوع وهذا قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد بن حنبل وطاوس وسعيد بن جبير وقال الشافعي ذلك جائز وقد استدل أصحابنا في ذلك بما رواه أبو اسحق السبيعي عن أم بونس واسمها العالية أن عائشة رضيت الله عنها قالت لها أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الانصاري بأمر المؤمنين أن تعرفين زيد بن أرقم قالت نعم قالت فاني بعته عبداً الى العطاء بمائة درهم فاحتاج فاشتريته قبل محل الاجل بمائة درهم قالت بثمنها اشتريت أبلغني زيد بن أرقم انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يمتب قالت فقلت رأيت ان تركت المائتين ثم أخذت الستائة قالت نعم فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متبايعين الى دنائير بأكثر منها فوجب أن يفسد ذلك كما لو باعه ديناراً بلدين الى أجل (مسألة) وجله هذا أن الذي يتعمر منه في هذا الباب أن يقول أحدهما الى بيع الشيء بجنسه متفاضلاً الى أجل فان ساءت المسئلة من ذلك فهي صحيحة وان أدت الى ذلك نظريه وهو على قسمين أحدهما أن يكون الثمن عينا والثاني أن يكون غير عين فان كان عيناً فانه على ضربين أحدهما أن يكون البيع الثاني على المقاصة والثاني أن يكون على غير المقاصة فان كان على المقاصة بالثمن فانه يجوز أن يشتري السلعة التي باعها الى أجل بمثل ذلك الثمن وبأقل وبأكثر والى أقرب من ذلك الاجل وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر لا يسلم من تسليم العين في مثله لأنه ان كان بمثل ذلك الثمن فهي اقالة محضة وان كان بأقل أو أكثر فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر (مسألة) فان لم تسكن على المقاصة فان فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال قبل الاجل بمثل الثمن وأقل وأكثر والى الاجل على الثلاثة الوجوه والى أبعد من الاجل بمثل ذلك يبطل منها مسئلان ويصح سائرهما والى قبل الاجل بأقل من الثمن والى أبعد من الاجل بأكثر من الثمن ووجه ذلك أنه اذا اشتراها الى أقرب من الاجل بأقل من الثمن أعطى قبل الاجل ثلاثين وأخذ عند الاجل ستين وان كان لا يبعد من الاجل بأكثر من

قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به الى أبعد من ذلك الاجل الذي باعها اليه ان ذلك لا يصلاح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى شهر ثم يبتاعها بستين ديناراً الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعتة بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين ديناراً الى شهر بستين ديناراً الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغي

الثمن فهي المسئلة التي ذكرها مالك رحمه الله وان كان قبل الاجل بأكثر من الثمن أو بمثله لم ينهم
 أحد في أن يعطى ستين دينارا في ثلاثين دينارا الى أجل ولا في ستين الى أجل وإذا كان الى الاجل
 فالوزن من أحدهما وتبعد التهمة في أن يقصدا الوزن جميعا لكون الثوب المبيع واحدا والنقد
 واحد فليس في ذلك غرض مقصود وإذا كان الى أبعد من الاجل بأقل من الثمن أو بمثله فهو أيضا
 يعطى ستين ويأخذ ثلاثين أو ستين عند الاجل ولا تهمة في مثل هذا (فرع) ومن باع سلعة بعشرة
 دراهم الى شهر فابتاعها بمخسة نقد أو خمسة الى شهرين فاختلف أصحابنا في ذلك فجوز ابن
 القاسم ومنعه ابن الماجشون وإنما اختلفا في كراهيته لضعف التهمة فيه لأنه انما يقول الى أن
 سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر وهذا غرض يقل عمله وينظر في هذا أبدا الى استواء
 الثمنين فان تساوا فهو جائز (مسئلة) وان كان الثمن عرضا مثل أن يشتريه منه بمخسة أو ثوب
 مضمونة في ذمته الى أجل ثم يبيعه منه بثياب بجنسها فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتره
 بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها الى أقرب من الأجل أو أبعد منه أو الى الأجل الأول فان لم يكن
 على المقاصة دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا الا انه يبطل منها أربعة ويصح ساؤها فالتى
 تبطل أن يقبله الى أقرب من الأجل بأقل من الثمن أو أكثر ومثل ذلك يدخل الى أبعد من الأجل
 فأما الوجهان الأولان فهما أقرب من الأجل بأقل من العدد والى أبعد من الأجل بأكثر من ذلك
 العدد فهو ذريعة الى سلف وزيادة وأما الوجهان الآخران فهما الى أقرب من الأجل بأكثر من
 العدد والى أبعد من الأجل بأقل من العدد فهو كبيع الجنس بعينه متفاضلا الى أجل فاما على قول
 من قال من أصحابنا ان ذلك محرم لنفسه فمما كالموجهين الأولين وأما من قال من أصحابنا انه محرم
 للذريعة فان هذه المسئلة تتعلق بالمنع فيها بذريعة الذريعة وقد قال جماعة من أصحابنا ان ذريعة
 الذريعة لا تؤثر في المنع والله أعلم وقد ذكر عبد الحق رحمه الله فيمن باع ثوبا بقفيز حنطة الى أجل
 واشتره بقفيز حنطة نقدا لا ينبغي ذلك ويبقى أن يكون دفع قفيزين ليضمن له القفيز الى أجل وذلك
 بخلاف العين قال وقيل الأمر سواء التهمة من تفعه وهي مسئلة يتنازع فيها وما علمت فيها رواية والذي
 عندي ان الخلاف انما وقع للوجه الذي ذكرته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو باع ثوبا بعشرة دراهم
 الى أجل فاشتره قبل الأجل بمخسة دراهم نقدا وبثوب من نوعه أو من غير نوعه فقد قال ابن القاسم
 لا خير في ذلك لان هذا بيع وسلف لانه كان أسلفه خمسة دراهم على ان يباعه ثوبا به الثاني بمخسة دراهم
 الى شهر فصار اذا حل الأجل كان خمسة قضاء عن الخمسة التي دفع اليه قبل محل الأجل وخمسة من ثمن
 الثوب الباقي وهذا كما قال لان البائع يرجع اليه ثوبه ويدفع اليه الآن خمسة دراهم وثوبا يأخذ عند
 الأجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذي أعطاه آخرًا وخمسة قضاء للخمسة الدراهم التي دفع
 معه على أنها من ثمن الثوب الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن باع ثوبين بعشرة دراهم الى أشهر
 ثم اشترى أحدهما بثوب نقدا وبمخسة دراهم نقدا فقد قال ابن القاسم لا يصح لانه يدخله بيع وسلف
 ويدخله أيضا فضة وسلعة نقدا بفضة الى أجل (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد قال بعض القرويين ان
 الثوب الذي بقي بيد المبتاع من الثوبين الأولين لا يفسخ فيه البيع لان العقد فيه صحيح وينظر فان
 كان الثوبان الآخران قائمين ردان فانا فاما الثوب الذي يرجع الى البائع فلا تقيته عنده حوالة
 الاسواق وانما يقيته التغيير الشديد فاذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن الموجهل حصه ذلك الثوب وهو
 مما سميناه له وأما الثوب الذي دفعه البائع آخرًا لحكمه ما قارن بيعه السلف فيها فوت به ومقدار

قيمته يحصل لكل واحد من الثلاثة الأتواب حكم يختص به وهذا إنما يبيحه على قول من قال إنه إنما
 يفسخ العقد الثاني بتصحيح الأول فإذا لم تفت الثياب بقي الثوب الأول يسهل المبتاع لأنه يصح بفسخ
 العقد الثاني على قول سمنون وأما على قول من قال يفسخ العقدان فإن التراديق في الأتواب الثلاثة
 وإذا فانت الثياب فأكثر أفعالها على رد العقدين فلا يصح هذا فيه والله أعلم وأحكم
 (فصل) وأما الثوب الذي رده المبتاع إلى البائع فقال فيه ما تقدم ولم يعين وجهه والأظهر أن حكمه
 حكم الثوب الثالث لأنه إن كان البيع الثاني فاسدا فالفساد يتناول العوض ولا خلاف أن من باع ثوبا
 بثوب على أنه سلف فإن حكم الثوبين في التراجع والفوات سواء وإنما يختلفان في القيمة على قول
 ابن القاسم وإن كان العقد صحيحا وإنما ينقض لتصحيح الثاني الذي دخلته الشبهة باجتماعها فهذا
 حكم الثوب الثاني والله أعلم وقد بسط القول فيه في شرح المدونة
 (فصل) وقوله في الثوب الثالث وهو الذي دفعه البائع في العقد الثاني أنه يحكم له بحكم ما قرأ من بيعه
 سلفا فيه أيضا نظرا وذلك أن تعلق الفساد به من وجهين أحدهما ما ذكرناه من البيع والسلف
 وذلك أن البائع باعه من المشتري بخمسة دنانير وأسلفه خمسة دنانير ليقبض منه عشرة عند الأجل
 والثاني أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقد بالثوب الذي رد إليه المبتاع وبالعشرة دنانير
 المؤجلة فبدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين وأحدهما القيمة بالقيمة ما بلغت والثاني
 القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن لأن البائع قد رضى به على أن يسلفه وإن قلنا أنه ممنوع للوجه الآخر
 ففيه القيمة بالقيمة ما بلغت (فرع) إذا ثبت ما ذكرناه ووقع شيء من هذه البياعات الممنوعات على
 هذا الوجه فإن كانت السلمة لم تفت ففسخت البيعة الثانية وصحت الأولى قلله سمنون وقال غيره
 تفسخ البيعتان جميعا ولا أن يصح أنهما لم يتعاملا على البيعة وإنما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن
 فهذا تفسخ البيعة الثانية وتصحيح الأولى وجماعا قلله سمنون إن البيع الأول معقود على الصفة
 وإنما أقام شبهة الفساد العقد الثاني فإذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول ووجه
 الرواية الثانية أنه إنما حكمنا بالفساد في ذلك لما أقامهما مقام العقد الواحد في ذلك فإذا لم تعلم السلامة
 من ذلك وجب فسخ العقود لهما كالأيجاب والقبول في عقد واحد (فرع) وإن فاتت السلمة
 فالمشهور من قول أصحابنا إبطال البيعتين جميعا وذلك إذا فاتت بعد القبض للسلعتين جميعا وإن
 هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول فالذي عندي أن البيع الثاني يبطل خاصة ويثبت
 الأول ولم أرفه نصا فإما إن فات بعد القبض بيد البائع الأول فلا يخلو أن يكون الثمن قبضا أو قبض
 أحدهما أو لم يقبض فإن كان الثمن المعجل (١) وإن كان قبض فقد قال ابن المواز يرد المبتاع الأول على
 البائع الأول الذي قبض منه ولم يذكر معجلا ولا مؤجلا ونحو ذلك وذكر ابن عبدوس في المجموعة
 والذي عندي أنه يكون معجلا أو إلى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر وذكر شيوخنا الأندلسيون
 في ذلك تفصيلا وهو أنه إذا باعه ثوبا بعشرة مؤجلة ثم اشتراه منه بخمسة معجلة فقبض المبتاع الخمسة
 وفات الثوب عند البائع الأول فأنك تنظر إلى قيمة الثوب فإن كان عشرة فصاعدا غرم البائع الأول
 للمبتاع الأول تمام القيمة يقاصه منها بخمسة التي قبض منه ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس
 ما تقدم من أن العقد الثاني وتعجيل الثمن فيه أثبت الفساد فإذا انقض زال موجب الفساد ووجه
 قول الأندلسيين أنه إذا كان قيمة الثوب العشرة فأكثر ضعفت التهمة في أنها عمل على ذلك فلم
 يفسخ إلا العقد الثاني لأنه هو الذي ثبت به صورة الفساد دون معناه وإن كانت قيمة الثوب أقل من

العشرة قويت التهمة في انهما عملا على ذلك وكان للعقدين حكم العقد الواحد فوجب أن يفسخ
(فرع) وان قبض الثمنان معا وفانت فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس يلزم البائع الاول أن يردها
المبتاع الاول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه

(فصل) وهذا اذا كان البيع قبل تغير السلعة المبيعة فاما اذا كان بعد تغيرها في نفسها تغيرا يحيل
الاعراض فيها فقد روى ابن القاسم عن مالك في الدابة أو البعير يتناحها بفن الى أجل فيسافر عليها
المبتاع السفر البعيد فيأتي وقد أبغضها فيتناحها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقدا انه لا بأس بذلك
لانه لا يتهم في مثل هذا وروى عنه أشهب اذا حدث بها عورا أو عرج أو فطح حتى يعلم انهم لم يعملا
على فسوخ انه لا يصلح هذا ولا يؤتمن عليه أحد وبه أخذ مصنون وجره رواية ابن القاسم ان الذرائع
مبنية على قوة التهمة والتهمة من تفرقة مع التغيير الشديد لا اختلاف الاعراض فصح ذلك بينهما ووجه
رواية أشهب مرعاة المال دون قوة التهمة ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المنجذب وبالله
التوفيق والله أعلم وأحكم (مسألة) فان كان المبيع طعاما فباعه على الكيل بفن الى أجل فلا
يجوز بيعه قبل استيفائه نقدا ولا الى أجل وانما يجوز فيه الاقالة والتولية على ما يأتي ذكره بعد هذا
ان شاء الله فان استوفاه فباعه منه قبل أن يفترقا فحكمه حكم الثوب يبيعه بفن الى أجل ثم يتناح منه
بالنقد يجوز فيه السبعة الوجوه التي قد مرنا ذكرها ويبطل وجهان (مسألة) فان غاب عليه المبتاع
فالذي اتفق على منعه منه وجهان أحدهما أن يشتري منه بأكثر من الطعام الاول والثاني أن يشتري
منه بأقل من الثمن الاول نقدا لانه اذا اشترى منه بأكثر من الطعام الاول فقد أسلفه طعاما في أكثر منه
وان اشترى منه بأقل من الثمن الاول نقدا فقد أسلفه دنائير في أكثر منها الى أجل (فرع) وأما ان
باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أن يبيع منه مائة أردب بمائة دينار الى شهر
ثم يشتري منه خمسين أردبا بخمسين دينارا نقدا فهذا لا يجوز لما تقدمناه من الشراء بأقل من الثمن
لانه يدخله انه رد اليه الخمسين وأخذ منه الخمسين أردبا بمائة وخمسين دينارا معها ليدفع اليه مائة
دينار عند الأجل وهذا يبيع وسلف وان كان بمثل الثمن ففي المدونة عن مالك فممن باع طعاما بفن الى
أجل فلما حل الأجل أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن لا يعجبني ذلك وروى
عيسى عن ابن القاسم لا بأس به وجه القول الاول انه كرهه أن يدفع اليه مائة أردب ويأخذ منه خمسين
أردبا بعد مدة فتكون معه مائة الى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام وذلك غير جائز ووجه
الرواية الثانية بعد التهمة في مثل هذا (فرع) ولا بأس أن يشتري منه مثل ذلك الكيل بمثل
الثمن فأكثر نقدا أو الى أجل لانه يسلم في الطعام من السلف للنفعة ويسلم في العين من مثل ذلك أيضا
وبالله تعالى التوفيق

﴿ ما جاء في مال المملوك ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من باع عبدا وله
مال لله للبائع الآن يشترطه المبتاع ﴾ ش قوله من باع عبدا وله مال هذا يقتضى ان العبد يملك
وهو قول مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يملك العبد شيئا ودليلنا على ذلك ما روى عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الآن يشترطه المبتاع ووجه الدليل انه أضاف
المال الى العبد باللام واللام تقتضى الملك فان قيل لان سلم انها تقتضى الملك بل تحتل أن يراد بها اليد

﴿ ما جاء في مال المملوك ﴾
• حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمر
أن عمر بن الخطاب قال
من باع عبدا وله مال فماله
للبيع الآن يشترطه المبتاع

والتصرف يقال الولاية في المال لفلان ويعتدل أن يراد بها الاختصاص يقال الحركة للحجر ويعتدل أن يراد بها النسب يقال الولد لزيد ولا يدل شيء من ذلك على الملك فالجواب إن اللزم متى قرن بها ما يملك اقتضت الملك وانما تقتضى ما ذكرتم من اليد والتصرف والاختصاص والنسب اذا تعلق بمال يملك والمال مما يملك فاذا قرن بها حصل على الملك الآن يعدل عن ذلك بدليل يدل اذا قال هذا المال لزيد فهم منه ملكه ويدل على ذلك ان يمثل هذه الاضافة أضيف المال الى البائع فدل ذلك على ملكه ووجه آخر من الحديث وذلك انه قال الآن يشترطه المتبايع فنفى حينئذ أن يكون للبائع وأن يكون اذا اشترطه المتبايع مضمرا غير مظهر فاحتمل أن يكون للمتبايع واحتمل أن يكون للغير والظاهر من الكلام ان المضمرة في الكلام هو المنطوق به في المستثنى منه ان المال للبعد فوجب أن يكون الضمير ينصرف اليه فيكون معناه الآن يشترطه المتبايع فيكون لمن كان له قبل البيع وهو العبد

(فصل) وقوله في مال البائع يريد والله أعلم ان بمجرد البيع يزول ملكه عن المال ويدخل في ملك البائع فيكون بيده كالمال المستفاد لانه حينئذ يصبح ملكه فيثبت بذلك ان البيع يقتضى انتزاع السيد مال العبد لانه شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء وكذلك لا يكمل ملك العبد ولا يملك التصرف في ماله دون اذن سيده فاذا زال العبد عن ملكه بالبيع تعلق به حق السيد وحق العبد ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة الى التفرقة ولان حق الانتزاع يبطل لان الانسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره فلما لم يكن ابقاؤه على ما كان عليه أولا ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين غلب حق السيد لانه مغلب في حال ملكه لانه يملك تفويته والتصرف فيه دون اذن العبد والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون اذن السيد (مسئلة) اذا ثبت أن المتبايع يجوز له أن يشترط مال العبد فانه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد لانه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله الآن يشترطه المتبايع ولا يوصف هذا بانه شرط الآن يكون ذلك شرط في عقد البيع والا كان بيعا مبتدأ للمال فان لم يشترطه في نفس العقد ثم أراد أن يزيد البائع شيئا ليلحق المال بالبيع فقد اختلف أصحابنا فيه وروى أشهب عن مالك ان ذلك غير جائز وبه أخذ ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وروى عن مالك وأشهب ان ذلك جائز وبه أخذ ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال ابن القاسم وان كان ماله عينا فاشتراه بعين وأمان كان عرضا فليس فيه كلام وروى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم ان كان ذلك بحضور البيع وقر به فهو أمر جائز واللامحجز ووجه رواية المنع ان العبد لم يبيع دون اشتراط المال خرج المال عن ملك العبد الى ملك السيد فلا يجوز الخلفه بالعقد لانه قد ثبت له حكم لو كان ثابتا حين البيع لما جاز للمتبايع اشتراطه وهو كونه ملكا ووجه رواية ابن القاسم أن المتبايع لا يشترط المال لنفسه وانما يشترطه ليعيده الى ملك العبد بمنزلة أن يدفع الى العبد نائير وأن يعطى هذا العبد مالا فان ذلك جائز ووجه آخر وهو أن ما جاز أن يكون تبعا في العقد جاز أن يكون تبعا بعد العقد كالثمره المأبورة ولا يلزم هذا مالكا ولا ابن وهب ولا ابن عبد الحكم لانهم لا يجيزون ذلك في الثمرة وانما يلزم ذلك أشبه فانه يجزه في الثمرة والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعا للأصل حين العقد وهي ملك للمتبايع ومال العبد لو كان ملكا للمتبايع حين العقد لما كان تبعا للعقد كذلك اذا انتقل الى البائع بالعقد (فرع) وأما معنى القرب والبعده على رواية أبي زيد وأصبغ ففي المبسوط أن معنى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص وأما

ان دخله نقص أو زيادة فقد بعد و امتنع الحاقه بالعقد والله أعلم وأحكام (مسئلة) فاذا حدث للعبد مال في مدة العهدة أو الخيار وقد اشترط المبتاع مال العبد فهو للعبد وأما العبد فأى وجه كان وان لم يشترطه المبتاع فهو للبائع بأى وجه كان ذكر ذلك عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أولاً روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك غير جائز وروى عن أشهب اجازته حين العقد وبعده ووجه القول الأول ان ما تبع المبيع في البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه أصل ذلك ما تبعه بالشرع ومقتضى العقد وهو ثمره مأبورة أو غير مأبورة في أصل المبيع ووجه القول الثاني ان هذا المال ثبت بعقد البيع فجاز أن يستحق بعضه كالتياب يجوز شراء جميعها وشراء بعضها (مسئلة) وهذا اذا كان العبد جميعه للبائع فان كان له بعضه فانه على ضربين أحدهما أن يكون الباقي لغيره والثاني أن يكون حراً فان كان رقيقاً لغيره لم يجعل أن يبيع حصته من شريكه أو من أجنبي فان باعها من شريكه فلا يجوز بيعه منه على الاطلاق لان الاطلاق في العقد يقتضى أن يكون له من مال العبد بقدر ماله في العبد ولا يجوز له انتزاع الا باذن الشريك والاذن معدوم فان اشترطه البائع فقد قال سحنون هو جائز وهو كالقاسمة وهو قول حديج لان رضا المبتاع بالشرط اذن له في انتزاع حصته من المال وذلك غير جائز على المشهور من المذهب فان اشترطه المبتاع فأما على قول ابن القاسم في تجوزة للبائع اشترط مال العبد فجواز ظاهر وأما على قول أشهب في المنع من ذلك فانه محتمل وجهين أحدهما ان ذلك غير جائز لانه استثناء لبعض مال العبد والثاني أنه لا يجوز لانه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستتياً لبعض المال بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه (مسئلة) فان باعه من غير شريكه فاشترطه البائع أو أطلق العقد لم يجز وواه أشهب عن مالك وعيسى عن ابن القاسم لان اشترط البائع له يقتضى انتزاعه ولا يجوز ذلك الا باذن شريكه ولم يوجد الاذن والاطلاق في العقد يقتضى ما يقتضيه هنا الشرط فان اشترطه المبتاع فأما على قول من يجيز اشترط المبتاع بعض المال فهو ظاهر وأما على قول من لا يجيزه فقد روى عيسى عن مالك تجوزة ووجه ذلك ان المبتاع قد شرط جميع ما يتعلق به حق البائع من المال فكان ذلك جائزاً كما لو كان العبد له فاشترط جميع ماله (مسئلة) وان كان النصف الثاني حراً فعندى انه لا يجوز بيعه على الاطلاق ولا يشترط كونه المال للبائع لانه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد لان ذلك ينفي انتزاع شيء من المال ص

قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً على سبيل فسخ وان كانت للعبد جارية استعمل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه

قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استعمل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه

(فصل) وقوله نقدا أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وإن كان للعبد مال أكثر مما اشترى به يريد أن
 اشتراط المبتاع هذا المال لا يفسد العقدان يكون المال المشترط عيناً أكثر مما اشترى به من العين
 أو يكون ديناً مؤجلاً فيشترى بالدين أو بالنقد أو يكون المشترط من المال مجهولاً عند المتبايعين
 أو أحدهما لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض في البيع فيؤثر فيه الفساد بشئ مما ذكرنا لأن
 المبتاع لم يشترط لنفسه وإنما اشترط بقاءه على ملك العبد فليس بعوض في البيع استدل مالك
 رحمه الله على ذلك بأن قال وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وإن كان للعبد جارية استعمل
 فرجها بملكها إياها فأما الفصل الأول فهو أنه لا زكاة على السيد في مال العبد فقد خالفنا في ذلك من
 يخالفنا في ملكه وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة وأما الفصل الثاني وهو أن العبد يستبيح وطء
 أمته بملك يمينه فهو فصل صحيح وذلك أنه لا يستباح الوطء إلا بأحد أمرين نكاح أو ملك يمين فإذا لم
 يكن للعبد في أمته نكاح لم يبق إلا أن يستبيح وطء أمته بملك يمينه لا خلاف في جواز ذلك فينبئ بذلك
 ملكها وإذا صح ملكه للأمة صح ملكه لغير ذلك من الأهل لأن أحد الأمرين يفرق بينهما

(فصل) وقوله وإن أعتق العبد أو كاتب تبعه ماله يريد أن ماله يتبعه باطلاق العتق دون اشتراطه
 بخلاف البيع وذلك أن زوال ملك السيد عن العبد على أربعة أوجه أحدها المعاوضة كالبيع
 والنكاح ففيه لا يتبعه المال إلا بالشرط وبه قال مالك والنخعي واليشخلاف الحسن البصري
 والزهري في قولهما أن المال يتبع للعبد في البيع والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو قوله
 صلى الله عليه وسلم من باع عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع والوجه الثاني العتق وما في
 معناه من العقود التي تنفض إلى العتق وتسقط النفقة عن السيد كالكتابة ففي هذا المال يتبع
 العبد إلا أن يشترطه السيد وقال أبو حنيفة والشافعي هو للسيد في العتق والدليل على ما نقوله
 أن الكتابة لما كانت تنفض إلى العتق ملك المعتق ماله فإن ملكها بالعتق أولى وأحرى والوجه
 الثالث الجنابة فإن المال يتبع فيها الرقبة وينقل بانتقالها وسيأتي تفسيره في الجنابات إن شاء الله
 تعالى والوجه الرابع الهبة والصدقة فقد اختلف أصحابنا فيها فقال بعضهم يتبع المال العبد لأنه منتقل
 عن مالك سيده بغير معاوضة فأشبهه انتقاله بالعين وقال بعضهم يتبع ماله والمال للواهب لأنه منتقل
 عنه باختياره إلى مالك فلم يتبعه ماله كالبيع

(فصل) وقوله فإن آفلس أخذ الغرماء ماله وذلك إن فلس العبد يكون بأن يأذن له سيده في
 التجارة فيستغرق الدين ماله فإن الغرماء يأخذون ماله ولا حق لهم من ذلك قبل سيده ولا في رقبته
 لأنه إنما تناول أذنه له في التجارة ما بيده من المال ومبايعته إنما تنقض تعلق الدين بذمته دون خدمة
 سيده ودون رقبته

﴿ ما جاء في العهدة ﴾
 حدثني يحيى عن مالك عن
 عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن
 عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان
 وهشام بن اسمعيل كانا
 يذكران في خطبتهما عهدة
 الرقيق في الأيام الثلاثة
 من حين يشترى العبد أو
 الوليدة وعهدة السنة قال
 مالك ما أصاب العبد أو
 الوليدة في الأيام الثلاثة
 من حين يشترى حتى
 تنقضي الأيام الثلاثة فهو
 من البائع وإن عهدة
 السنة من الجنون والبرص
 والجذام فإذا مضت السنة
 فقد برى البائع من العهدة
 كلها

﴿ ما جاء في العهدة ﴾

ص مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل
 كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة
 السنة قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة في الأيام الثلاثة من حين يشترى حتى تنقضي الأيام
 الثلاثة فهو من البائع وإن عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فإذا مضت السنة فقد برى البائع
 من العهدة كلها ﴿ ش قوله أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة

الرقيق يريدانها من الامور المشهورة المعمول بها التي كان الامر ايهتها ونها ويجعلونها من أوكاد اللوازم حتى كادوا يدخلون ذلك في الخطب لتلاخي على أحد من قرب من المدينة ولا بعد عنها لأن المدينة كانت لا تنفك عن قادم عليها من جميع الافاق وكانوا يحضرون الجمع وأوقات الخطب فيسمعون تكرر ذلك في الخطب من الامراء أو ممن يرجع الى قولهم ويمثل أمرهم ثم لا ينكر ذلك عليهم منكر ولا ينههم عنه ناه لكونه سابقا معمولا به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم واليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه ولأن أمير المدينة لم يكن يدخل ذلك في خطبته إلا بعد مشاورة أهل العلم من الصحابة والتابعين بها وموافقهم به عليها

(فصل) وقوله عهدة الرقيق في الايام الثلاثة الى آخر الحديث فيه ستة أبواب * الاول منها في تفسير معنى العهدة وتبيين أحكامها وعددها * والباب الثاني في محل الحكم بها من البلاد * والباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع * والباب الرابع في محل ثبوتها من العقود * والباب الخامس في مقتضى ذكرها * والباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير

(الباب الاول في تفسير معنى العهدة)

معناها تعلق المبيع بصمان البائع وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص مدة معلومة وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لا خيار فيه ولكنه مترقب مراعى فان سلم في مدة العهدة علم لزومه للبائع والبائع جميعا وان أصابه نقص علم لزومه للبائع وثبت الخيار للبائع في امضائه أو رده كعيب دلس به البائع لا يعلم براءته من التدليس بالعيب الذي ظهر في مدة العهدة وهي مضافة الى ملكه لما تعلقت التهمة به من التدليس وهي مغلبة على تجوز براءته ولذلك حكمنا عليه بار دبالعيب اذا وجد في مدة ملكه وان كنا لانعلم أنه دلس به (مسألة) اذا ثبت ذلك فان لم يبيع الذي ثبتت فيه العهدة على ضربين أحدهما فيه استبراء ومواضعة وسيأتي ذكره والثاني ليس فيه استبراء ولا مواضعة وله عهدتان ولكل واحدة منهما أحكام تختص بها وأما العهدة الاولى فهي ثلاثة أيام هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم ومنع أبو حنيفة والشافعي ثبوت هذه العهدة اشترط ذلك المشتري أو لم يشترط واستدل أصحابنا في ذلك بما رواه قتادة عن الحسن بن عتبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاث ليال وروى قتادة عن الحسن بن عروة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم عهدة الرقيق ثلاث ودليلنا من جهة المعنى ان الرقيق يمكنه الافهام والاخبار عما يجده من أسباب المرض ومقدمات العلل فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه فيحكم فيه بالعهدة ليتبين أمره ويتضح حاله ووجه آخر وهو ان هذا وجه احتياط لا يتعلق بالتدليس ويقتضى الاختلاف في البيوع والتعاصم فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام أصل ذلك المصراة (مسألة) اذا ثبت ذلك فأول هذه الأيام الثلاثة من يوم عقد البيع ان كان البيع لازما وان كان بالخيار فن يوم يحكم بلزوم العقد وانما يحسب فيها باليوم الكامل فان كان البيع قبل الفجر احتسب بما بعده من الأيام وان كان البيع في بعض النهار فقد روى ابن القاسم عن مالك في كتاب محمدان كان البيع نصف النهار يحسب بذلك اليوم وهذا القول مشهور لابن القاسم في العتيقة ومدة مقام المسافر في المصر وأما مسنون فيقول انما راعى المقصود من المدة وتلفق أبعاض الأيام فيحسب في المقام في المصر بعشرين صلاة ويجيء على هذا أن تلفق أبعاض الأيام في العهدة وجسا قاله ابن القاسم ورواه عن مالك التعلق بلفظ الحديث في عهدة الرقيق ثلاث وذلك لا ينطلق على الساعات وأبعاض الأيام

ومن جهة المعنى ان المعتبر في ذلك ثبوت حتى الربع وقد يتقدم في اليوم الثالث ويتأخر فيجب استيفاء اليوم لتعلم السلامة منه ووجه ما يقتضيه قول سحنون انهم يراعون في ذلك أقصى مدة ادواء الأمراض المعينة المعتادة وهي حتى الربع وتبعيض الأيام فيها مشاهد وكما لها غير معتاد فاذا كان ذلك الأصل في معنى العهدة وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك ان العهدة من وقت لزوم البيع فسواء قبض المبتاع الجازي بالمبيعة أو لم يقبضها فان كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضى أن تكون من البائع فان عهدة الثلاث من البائع فاذا انقضت في ضمان الغيبة البعيدة كالتقني نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قول مالك وهو قوله ان ضمان العبد المبتاع المعين من البائع حتى يقبضه المبتاع وان لم يمسكه بالثمن وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة في العبد المبيع نصفه (مسألة) اذا ثبت ذلك فان عهدة الرقيق في ذمه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأي وجه أصابه نقص أو هلاك مما يعلم أنه حادث أو لا يعلم وذلك انه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر أجرى جميعه مجرى غالبه وسواء كان ما حدث به من العيب نقص في جسده أو عيب يختص بنقص ثمنه كالإباق والسرقة والشرب والزنا فان ذلك كله يشبه الخيار للمبتاع عند ابن القاسم وابن الماجشون ووجه ذلك ان هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع لسكان للمبتاع الرد به فاذا حدث في عهدة الثلاث كان له الرد به كالنقص في الجسد (مسألة) فان ذهب شيء من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع بطل خياره مثل أن يظهر بعينه رماض فيذهب وذلك فيما لا يتقن عودته فأما ما عتاد عودته كالحج ونحوها فان سحنوناً قال له الرد الآن لانه لا يأت من العودة سواء رفعه الى الحاكم حين أصابته الحجى أو لم يرفعه وقال أشهب لا يعلم ذهابها فان عاودته في القرب رد وان كان بعد الثلاث وجه قول سحنون ان ذهابها ليس يبره فلا يسقط الخيار ووجه قول أشهب انه على صورة البرء ويحتمل المعارضة فيجب التوقيف حتى يعلم على أي الوجهين كان ردّها به (فرع) اذا ثبت ذلك فان طرأ على العبد أو الأمة أمر فأشكل وقت حدونه فلم يدرك في العهدة أو بعدها فذهب ابن القاسم في العبد يأتى في العهدة وقد تبرأ بانه بالابق فلم يعلم صحته ولا هلاكه ان ذلك من المبتاع حتى يعلم انه أصابه في العهدة وروى ابن نافع عن مالك ان ذلك من البائع حتى يعلم انه سلم في العهدة وجه قول ابن القاسم ان الأصل السلامة ولم يتيقن منه في العهدة أكثر من الاباق الذي تبرأ منه فلا يلزمه الضمان الا يتيقن سلامته في عهدة الثلاث (فرع) وعلى البائع نفقة العبد وكسوته ومؤنته في عهدة الثلاث لانها ممرّة تلحقه بملكه في الضمان العام فلزمه فيها النفقة والمؤنة ككفا الخيار (مسألة) وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد ويسقط عن البائع الضمان والنفقة ويرمى العقد فان لم يسقط العهدة ولكنه أحدث في العبد ما يمنع رده أو يقتضى رضاه كالعق أو حدث عيب في عهدة الثلاث في كتاب ابن المواز تسقط بقية العهدة وقال أصبغ وسحنون العهدة ثابتة وينفذ العتق ويرجع بقية العيب وروى ابن حبيب عن ابن القاسم في عهدة السنة ثلاثة أقوال اثنان مثل القولين المتقدمين والثالث يرد العتق وهذا في عهدة الثلاث أولى ووجه الرواية الاولى ان هذا عيب حدث بعد العتق فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق وفي غير عهدة الثلاث ووجه الرواية الثانية ان تمام البيع وانبراه مراعى بسلامة العبد في مدة العهدة فاذا حدث في العهدة عيب تبين أن العقد لم ينبرم فيثبت له الرجوع لانه كعيب حدث عند البائع أو في مدة الخيار ولا يمنع من ذلك العتق لانه بمنزلة أن يعتق عبداً اشتراه ثم يطع بعد العتق على

عيب قديم ووجه الرواية الثالثة ان العقد لما كان مراعى وموقفا على السلامة وكذلك العتق فاذا
دخل فيه الخيار لحدوث العيب بطل العتق لانه عتق لم يصادف ملك المعتق
(فصل) وأما العهدة الثانية وهى عهدة السنة فتختص بثلاثة ادواء الجنون والجنام والبرص فكل
ما ظهر فى هذه المدة من هذه الادواء فهو من البائع هذا مذعب مالك وجاعة أهل المدينة وقال أبو
حنيفة والشافعى ذلك كله من المتباع (مسألة) اذا ثبت ذلك فالجنون الذى يجب به الرد هو ذهاب
العقل من مس الشيطان على هذا جمهور أصحابنا منهم ومصر بهم الا بن وهب فانه قال بأى وجه زال
عقله فى السنة من ضربة أو غيرهما فهو من البائع ووجه الرواية الاولى ان السنة انما جمعت مدة هذه
العهدة من الادواء الثلاثة لما كانت ادواء توجداً أسبابها ويتأخر وجودها وبذلك فارت سائر الادواء
وذهاب العقل بضربة أو معنى طارىء معلوم أن سببه لم يكن موجوداً حين التبايع فلم يلزم البائع
الضمان ووجه الرواية الثانية ان هذا ذهاب عقل فى عهدة السنة فلم يلزم به الرد كما لو كان عن جنون
(مسألة) فان ذهب بالعبد هتق أو حرة أو جرب مفرط حتى يقبح منظره لم يرد بشئ من ذلك الا
الجنام والبرص لان هذه الادواء التى لا يبرأ منها فى الغالب وينعدم أسبابها تذهب معظم ثمن المبيع
والحرة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالباً فاشبهت سائر الامراض (مسألة) فان ظهر به جنون
أو جنام أو برص بين ثم ذهب قبل الرد فقال مالك فى الجنون يرد وقال ابن حبيب فى ذلك كله يرد لان
ذلك كله لا يؤمن عودته كالجنون ولان هذه الادواء لا يكاد يبرأ منها فان ظهر بعض البرء فان سببه
كامن فيجب به الرد (مسألة) والذى يرد به من هذه العيوب عندنا بن القاسم ما ظهر وتيقن فى مدة
السنة وتيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة فلا يرد به وتابعه على ذلك ابن كنانة قال ابن
وهب وأشهب وابن الماجشون وأصبح يرد بما تيقن بعد السنة اذا شك فيه قبل انقضاءها وقال ابن
المواز اذا تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة رد بذلك وجه قول ابن القاسم ان السنة
حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطاع عليها البائع وكانت من
الامراض التى تطرأ مما لا صنع فيها للبائع ووجه القول الثانى ان الضمان بما يلزم بالعهدة لأجل
التدليس ألا ترى ان العبد اذا جنى عليه فى عهدة الثلاث ان ذلك لم يكن مما دلس به البائع ومع هذا
فقد لزمه ضمانه (مسألة) والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المتباع ووجه ذلك ان ما يرد فيها هذه
الادواء الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل المبيع وهى زيادة فلم يلزمه ضمان ما يحدث ويتكرر بتوقع
ما يقبل ويندر واذ لم يلزمه الضمان على العموم لم يلزمه النفقة ولم تكن له غلظة والأصل فى ذلك ما رواه
مخلد بن خلاد عن عروة عن عائشة قالت قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخراج بالضمان وهذا
الحديث وان لم يشترط الصحة من وجه الاسناد فقد تعلق به جمهور الفقهاء (مسألة) وهل تدخل
عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا عن مالك فى ذلك روايتان روى عنه أشهب وابن القاسم ان ابتداء
السنة بعد انقضاء الثلاث وبعد انقضاء الاستبراء فيا فيه الاستبراء وروى ابن حبيب عنه ان ذلك
داخل فى السنة وان السنة من يوم التبايع ووجه رواية ابن القاسم ان العهدين متناقيتان أحكامهما
مختلفة فوجب أن لا يتداخلا وانما يتداخل من المدد ما تنفق أحكامها ووجه رواية ابن حبيب ان
المدتين لازمتان باطلاق العقد لا تنفقر واحدة منهما الى تعيين مدتها فيكون أولها يوم البيع
(الباب الثانى فى محل الحكم بهما من البلاد)
أما محل العهدة من البلاد فاختلف أصحاب مالك فى ذلك فقال ابن حبيب قال المصر يون من أصحاب

مالك لا تنزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يعملهم السلطان عليها ومثل ذلك روى عن ابن القاسم عن مالك قال ابن حبيب وروى المدنيون عن مالك يقضى بها بكل بلد وان لم يعرفها أهلها وعلى الامام أن يعدنها ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده وجه رواية المصريين ان العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم ولما كان له وجه من وجوه الصحة حل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد ووجه رواية المدنيين ان ذلك من مقتضى العقل لانه من تمام التسليم وفي هذا الباب معنى آخر يحتاج الى تبينه وذلك ان اشترط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه فان كان محل الضمان مختلفا فيه فلا بد مع ذلك أن يكون له عرف أو لا يكون له عرف فان كان له عرف جاز نقله بالشرط كبيع الاعيان الغائبة واشترط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد وان كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك فلا يجوز اشتراط نقله فان شرط نقله في عقد بيع عميا يقتضيه العرف صح العقد وبطل الشرط وان كان الشرط بخلاف مقتضى العقد فشرط نقله الى ما يقتضيه العقد صح العقد والشرط وان شرط نقله عميا يقتضيه العقد الى العرف فان كان للعرف وجه صحيح صح العقد والشرط وان لم يكن وجه صحيح بطل العقد وصح الشرط فعلى هذا ان شرط في غير بلاد العهدة العهدة فعلى قول المصريين يثبت العقد ويبطل الشرط لانه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعا لانه شرط مقتضى العقد دون العرف فان شرط البراءة بالمدينة فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد وعلى قول المدنيين يبطل الشرط ويثبت العقد (فرع) فان قلنا براءة المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة أم لا عن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن القاسم وددت ان الناس يعملون على ذلك وروى عنه أشهب لا يحمل أهل الآفاق على العهدة وليتركوا على عالمهم ووجه رواية ابن القاسم ان هذا معنى له وجه احتياط في بياعات الرقيق وتجوز ما كثر من تدليس الناس فيه فوجب أن يعمل الناس عليه كنصب المكيا والموازين ومنع كسر الدراهم والدراهم ووجه رواية أشهب ان عرف البلاد اذا وافقه مقتضى العقد لم يجز تغيير حكمه وهذا على رواية المصريين

(الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع)

أما محل العهدة من المبيع فهو في الرقيق خاصة والفرق بينه وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أن له تميزا تكم به عيوبه فجعلت العهدة باختيار حاله وتبين أمره هذا الذي حكاه القاضي أبو محمد عن أبي بكر بن الجهم وهذا ضد ما يحتاج اليه لان هذا دليل على جواز البيع بالبراءة والصحيح عندي ما ذكره غيره من ان للرقيق أفهاما تخبر عن أسباب امراضه التي يجدها قبل ظهورها عليه فيكون كتمان السيد لها أخيرا به من أسباب امراضه تدل بسايقوم مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه لان خيار الرد بالعيب انما يثبت حيث يختلف حال البائع والمبتاع في المعرفة بالعيب فاذا استوت حالهما في ذلك بطل الخيار فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا يمكنه الاخبار عما يجده من أوائل الامراض وأسبابها ومبادئها في باطن جسمه استوت حال البائع والمبتاع في ذلك فلم يكن للبتاع الرد بالعيب ولذلك لما كانت أدواء الجنون والجنام تتقدم بالمدّة الطويلة وتظهر باختلاف الفصول والازمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والازمنة ولما كانت سائر الادواء لا تتقدم أسبابها أكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم من لا يعقل من الصبيان ولا يمكنه الاخبار عما يجده من أسباب المرض لاننا انما عملنا للجنس دون أعيانه

ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى لانه لا يمكننا تمييز وقت امكانه من وقت تعذره فوجب أن يكون حكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الاحداد على الصغيرة لماعذر علينا تمييز الصغر من الكبر (مسئلة) عهدة الثلاث لازمة في الأمة اراثة التي تجب فيها المواضة الا أنها داخله في جملة الاستبراء ان استغرقها أمر الاستبراء لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه فان ذهب الاستبراء بجملة ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريفها عن أحكام المواضة وكذلك التي تشتري في عظم دما

(الباب الرابع في محل العهدة من العقود)

أما محل العهدة من العقود وتميز ما ثبت فيه العهدة منها مما لا تثبت فان ما يتعاض به من الرقيق على ضربين معين وثابت في الذمة موصوف فأما المعين فان المعاوضة به على ضربين أحدهما أن يكون العقد مبنيا على المعاينة والمكايسة كالبيع والثاني أن يكون مبنيا على المكارمة فأما البيع فانه لا يخالف أن يكون بيع براءة أو بيعا مطلقا فان كان بيع براءة فقد قال ابن كنانة في المدينة ومن اشترى رقيقا من أهل الميراث فانه يبيع براءة ولا عهدة لمشتريه لاعهدة ثلاث ولا عهدة سنة وضمانها من أهل الميراث في عدة الاستبراء ان كانت من على الرقيق ورواه ابن القاسم عن مالك وان كان بيعا مطلقا فقد ثبتت فيه العهدة على ما قدمناه (مسئلة) وأما ان كان مبنيا على المكارمة كعقدة النكاح فاختلف فيه قول مالك في كتاب ابن المراز فقال مرة فيه العهدة وبه قال أشهب وقال مرة لاعهدة فيه وقاله سحنون فوجه قوله بثبوت العهدة انه عقد معاوضة فكان حكم العهدة فيه ثابتا كالبيع ووجه القول الثاني أن النكاح بقية من استباحة الاستمتاع حين العقدة ولا يجوز في عهدة الثلاث قبض العوض الذي هو البضع فلو ثبتت العهدة في النكاح بالرقيق لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد لاقتضاء العوض ولاقتضاء العوض قبل انقضاء عهدة الثلاث وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق ثبت بذلك أن لاعهدة فيهم وهذا التحليل يقتضي أن لاعهدة في غير مخالف به لان عوضه يحصل بنفس العقد وذلك ينفي العهدة وقد قاله سحنون في العبد المخالع به والمصالح به (مسئلة) وأما الاقالة والشركة والتولية والسلف فقال ابن حبيب لاقالة في عهدة والسلف ورواه ابن المراز عن أصبغ وقال سحنون لاعهدة فيما سلف من الرقيق فكانه فصر هذا الحكم على ابتداء القرض لا على قبضه ووجه ذلك انه عقد مبنى على المكارمة كعقد النكاح وتروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لاعهدة في العبد الموهوب للشواب ووجه ذلك ما قدمناه ويحتمل أن يكون في الاقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان ان العهدة تثبت فيها فان كانت بعد انقضاء العهدة الأولى فهذا على قولنا ان الاقالة يبيع وان قلنا انه فسخ يبيع على ما تأوله بعض أصحابنا في الشفعة والمراجعة فلا عهدة فيها قولنا واحدا (مسئلة) وأما الرذبالعيب فروى أشهب عن مالك لاعهدة فيه ووجه ذلك انه فسخ يبيع وليس بعقد معاوضة وفسخ البيع لاعهدة فيه كالبيع الفاسد يفسخ

(فصل) وأما غير المعين وهو الثابت في الذمة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يثبت معاينة كالسلم والثاني أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض فأما السلم فاختلف أصحابنا فيه فروى ابن المراز في العهدة وبه قال ابن حبيب وقال ابن المراز لاعهدة فيه وان كان بلد العهدة الا أن يشترطها فان كانت أمة ففيها الاستبراء وقال ابن القاسم ليس فيها عهدة ثلاث وعهدة السنة تبع لها وقد قال

سعنون لالعهد في عبداً مأخوذ من دين ولا مأخوذ من كتابة وقول ابن حبيب فيه العهدة ويحتمل أن يكون مبنياً على قول أشهب أن تعيين العبد كالتقبض وسياً في بيانه ان شاء الله تعالى ويحتمل أن يعبري أيضاً على مذهب ابن القاسم وأن فسخ الدين في الدين إنما يكون فيما نقل من جنس إلى غيره وأما من يثبت له شيء في الذمة بعين مجنسه فليس من باب فسخ الدين في الدين والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في محل درك العهدة)

أما محل دركها فسياً بعد هذا مينا أن شاء الله تعالى

(الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير)

أما حكمها فقد كررنا أن العهدة المختصة بالرفيق عهدتان أحدهما عهدة الثلاث والثانية عهدة السنة فأما عهدة الثلاث ففيها مسئلتان أحدهما لا يلزم التقديفها بمجرد العقد والثانية لا يجوز اشتراطه في مدة هذه العهدة وإنما قلنا أنه لا يلزم التقديفها توفيقاً للمعنى متكرراً متقدماً لجواز هلاك المبيع أو بعضه مع انفراد البائع بمعرفة وضمانه للبيع بسببه فلم يكمل تسلمه للبيع فلذلك لم يستحق قبض ثمنه (فرع) والفرق بينه وبين الفقرة في رؤس النخل التي ضمانها من البائع ويلزم التقديفها باطلاق العقدان ضمان البائع للفترة إنما هو لأمر طارئ يخاف حدوثه يتيقن أنه يستوي في معرفته البائع والمبتاع وضمن العهدة لسبب ماض لا يتيقن عنه على البائع حين لعقد وإنما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراه ليغلب على الظن سلامته (مسألة) ولا يجوز اشتراط التقديفها لأن هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد العقد إلا بالتسليم له فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار (فرق) والفرق بينه وبين المكيل والموزون أنه يجوز شرط التقديف قبل وجوبه وقبل خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك إنما هو لما بقي عليه من حق التوفية فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفي فإذا شرط عليه تعجيله جاز ذلك كشرائه المنافع في الاجارة وليس كذلك في مسئلتنا فإنه لم يبق عليه حق توفية فأشبهه ببيع الخيار فإن شرط التقديف بطل العقد (فرع) ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده محتوماً لأن ذلك اشتراط التقديف ويجبيء على قول القاضي أبي محمد في مسألة العربان أن ذلك جائز وهل للبائع إيقاف الثمن على يد عدل عن مالك في ذلك روايتان قال في الموازية يجب إيقافه وقال في المبسوط والعينية ليس عليه ذلك إلا أن يتطوع به وجه الرواية الأولى أن من حجة البائع أن يقول أخاف فلسه وذهاب ما بيده وأن يفلس تسلمه إلى فان لم يجز ذلك فليس متوثقاً إلى بوضعه على يد عدل ووجه الرواية الثانية أنه إذا لم يجب تسلمه إلى البائع لم يلزم اخراجه من ذمة المبتاع إلى يد أمته لأن ذلك تنفرير بالمال (فرع) فإذا وضع على يد عدل فتلف فضياعه على من يجب له أخذه عينا كان أو عرضاً أو حيواناً حكاها ابن المواز عن مالك وجه ذلك أنه لما كان أمر المبيع مراعى إن سلم لم يلزم المبتاع بالعقد الأول وإن لم يسلم لم يلزمه ووجب أن يكون الثمن أيضاً مراعى باعتبار المضمون لأنه إنما أوقف بسببه فان سلم المبيع فالثمن من البائع لأنه قد ظهر أنه في ملكه من يوم قبضه وإن لم يسلم المبيع فالثمن من المبتاع لأنه باق على ملكه (مسألة) وهل له أن يمسك بالمبيع نائماً إذا ضاع الثمن روى عيسى عن ابن القاسم له ذلك وروى عنه أنه ليس له ذلك ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال يفسخ البيع ولا ثمن من المشتري والجارية المعيبة للبائع وجه بقاء الجارية له وهو اختيار سعنون وأصبح أن هذا خيار كان له قبل ضياع الثمن فلا يسقط حقه بضياع الثمن أصله إذا لم يحدث بالمبيع عيب ووجه ابطال الخيار ان حدوث النقص في مدة العهدة من ضمان

البائع فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشتري (فرع) فإذا قلنا بثبوت الخيار ففي أي شيء يكون له الخيار روى ابن المواز عن ابن القاسم له قبول المبيع بالثمن التالف وقال ابن عيسوس عن عبد الملك إنماله أخذها بغير ثمن ثمان أو ردها وقال سحنون إن أتلف الثمن قبل حدوث العيب فإما يأخذ بثمن آخر وأما إن تلف الثمن بعد حدوثه وقبل رضا المتباعد به قبل الحيز أو بعده فله أخذ الجارية دون ثمن آخر وجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يلزمه عوضان في عين واحدة ووجه القول الثاني إن النقص الحادث في المبيع تبين أن الثمن الأول له وبقى له الخيار فإن ردا المبيع والا كان عليه أن يأتي بثمن آخر يصل إلى البائع ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن فالثمن من البائع وإذا ضاع الثمن قبل حدوث العيب فقد ضاع من المشتري فإذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلعة فعليه ثمن آخر (مسألة) فإذا قلنا إن النقد غير لازم ولا جائز بالشروط جاز أن يتطوع المتباعد بتمام البيع لأنه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن الموجل وهذا إذا لم يكن البيع بالخيار فإن كان بالخيار فنقد في مدة الخيار لم يجوز ذلك لأنه إذا لزم البيع بامضائه وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة فالذي ذلك إلى فسخ دين في دين

قال مالك ومن باع عبدا
أو وليدة من أهل الميراث أو
من غيرهم بالبراءة فقد
برئ من كل عيب ولا
عهدة عليه إلا أن يكون
علم عيبا فكتمه فإن كان
علم عيبا فكتمه لم تنفعه
البراءة وكان ذلك البيع
مردودا ولا عهدة عندنا
إلا في الرقيق

(فصل) وأما عهدة السنة فالنقد فيها لازم لأن ما يتقى فيها نادر شاذ فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر ولأن هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالمبيع فكان له أخذ الثمن أصل ذلك بعد انقضاء العهدة ص قال مالك ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيبا فكتمه فإن كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق ص وهذا كما قال ابن من باع رقيقا بالبراءة فقد برئ مما لم يعلم من العيوب ويسقط عنه حكم العهدة وحكم الرد بالعيب وذلك أن المبيع على ثلاثة أضرب ضرب فيه العهدة تان المتقدمتان وهو الرقيق والضرب الثاني ليست فيه عهدة مقدرة بزمن ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة حتى اطلاع على عيب يمكن أن يدل بسبب البائع كان له الرد بالعيب وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى والضرب الثالث بيع البراءة من عهدتي الرقيق من العيوب التي لم يعلم بها البائع حتى اطلاع المتباعد على عيب لم يعلم أن البائع علم به لم يرد به هذا المشهور من المذهب وحكى القاضي أبو محمد عنه رواية ثانية اشترط البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا بما يراه المتباعد وللشافعي في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه والثاني يبرأ منها وبه قال أبو حنيفة والثالث يبرأ في الحيوان من الداء الباطن خاصة وحكى عنه يبرأ مما لم يعلم في الحيوان دون ما علم كقول مالك في الرقيق والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب حديث عبد الله بن عمر الذي يأتي بعد هذا وحكم عثمان بن عفان رضي الله عنه بالجبن أنه ما علم بالعيب وفي ذلك اثبات ما وصفناه من البراءة لأن عثمان أمير المؤمنين وكانت أحكامه تستمع وتنقل لاسيما إلى مثل عبد الله بن عمر ولم يعلم له مخالف في ذلك ومن جهة المعنى إن هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب أصل ذلك إذا علمناه وفي هذا الدليل نظر ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا أن في بيع البراءة غرر فإن المتباعد بذل ثمنه في مقابلة ساعة لم يقدر البيع على صحته ولا رجوع له بما ينقص العيب منها فلم يعلم قدر ما يشتري به ولا قدر ما يسلم وهذا الدليل يقتضي صحة العقد ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا وإنما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة وتصحح العقد وإنما يعتد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم والتزامها على الظاهر

من السلامة ولذلك منع من البراءة من ثلاث في علي الرقيق من الحسل الذي لم يظهر لما كثر الغرر
 ومنع المغيرة من الحكم بالبراءة فيأزاد على الثلاث من عيوب الرقيق والله أعلم وأحكم (مسئلة)
 اذا ثبت ذلك فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع اختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن القاسم عن
 مالك المنع منه وروى عن ابن الماجشون وأصبح التخفيف فيه وجه قول مالك انه قصد الى
 التدليس حين لم يشر في علي حال المبيع وقد توقع عيوبه فأراد أن لا يطلع عليها للتدليس ووجه قول
 ابن الماجشون ما احتج به من ان هذا بائع للبراءة فلم يمنع من ذلك عدم علمه بحال المبيع كالوارث
 والسلطان (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فالبيع صحيح والشرط لازم وبه قال أشهب
 وان قلنا بقول مالك فقد قال ابن القاسم لا تنفعه البراءة اذا علم انه لم يعتبر العبد ووجه ذلك ان
 الشرط المختلف في جوازه لا يبطل العقد وان يبطل هو في نفسه فهذا لما شرط البراءة صرح البيع
 ولم ينعقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم بالعيوب واشترط البراءة (مسئلة) ولا يراى البائع
 بالبراءة مما علم من العيوب وهذا أحد قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ من ذلك والدليل على
 ما نقوله حديث عثمان رضي الله عنه انه قضى على ابن عمر بان يحلف انه ما علم به عيبا ولو لم يجب الرد
 بما علم لم تلزم هذه العيين ودليلنا من جهة المعنى ان هذا عيب دلل البائع به فثبت فيه خيار الرد
 بالعيوب كما لو لم يبيع بالبراءة اذا ثبت ذلك في بيع البراءة خمسة أبواب * أحدها في تبيين محلها من
 العقود * والثاني في تبيين محلها من العقود عليه * والثالث فيمن يجوز له ذلك من العاقدين
 * والرابع في تبيين ما يصح ذلك فيه من العيوب * والخامس في شروط صحة عقد البيع بالبراءة

(الباب الاول في تبيين محل البراءة من العقود)

لم أر أحدا من أصحابنا ذكره في غير البيع ولا ذكر ما يختص به من البيوع * قال القاضي أبو
 الوليد رضي الله عنه والذي عندي انها تصح في كل عقد معاوضة ليس من شرط صحتها التماثل فإنا
 كان من شرط صحتها التماثل لم يجز فيه البراءة كالقرض لان البراءة في القرض والقضاء أو في
 أحدهما ينافي التماثل يجوز أن يكون في أحدهما من العيوب ما ليس في الثاني فلم يعلم التماثل والجهل
 بالتفاضل فيما ينافيه التفاضل كالمعلم به في فساد العقد (مسئلة) وهذا في المعين وأما ما ثبت في
 النعمة (٢)

(الباب الثاني في تبيين محلها من العقود عليه)

المبيع العقود عليه على ثلاثة أضرب رقيق وحيوان صامت وعروض فاما الرقيق فالظاهر
 من المنهوب جواز بيعه بالبراءة ووجه ذلك ان الرقيق بكم عيوبه ولا يظهرها ستر على نفسه
 ورغبة في بقائه في محله فكان ذلك مقويا لما يدعيه البائع من استواء علمه به وعلم المتاع ومن أصلنا
 ان ازاد بالعيوب مبنى على علم البائع بالعيوب وتدليسه وما استوى فيه علم البائع والمتاع فلا سبيل الى
 الرد به علما أو جهلا فان قيل تارة يستدلون بكتابه على صحة البراءة وتارة يستدلون باخباره على
 العهنة ومما علمان متضادان وحكان متنافيان ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان في عين واحدة
 فان كانت العلة في ثبوت العهنة جواز اخباره فيجب نفي البراءة لان الاخبار متناق لها ويبطل
 حكمها والجواب ان الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والاخبار وهذا شاهد لا يمكن نفيه ولا
 انكاره فلما أمكن اخباره أثبتنا فيه العهنة بمجرد العقد كما أثبتنا للمتاع خيار الرد بالعيوب فيما يمكن
 أن يعلمه البائع من العيوب وانما تثبت البراءة لمن اشترطها ان لم يخبره بعيوبه ولا اطلع عليه فيه وكان

ما أخبر به ممكناته وبيان فيه وصدق في ذلك المتاع ورضى بامتته فثبتنا له ما شرط بصحة سببه فان قامت اليقينة بانه قد علم وتيقنا كذبه أبطلنا براءته وان لم تقم به بينة كان الظاهر في تصديق المشتري ظاهراً في صدقه واستبرأناً أمره بيمينه انه لم يعلم ذلك باخبار البائع ولا غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان الصامت فالذي عليه أكثر أصحابنا انه لا تصح فيه البراءة رواه ابن القاسم وغيره عن مالك وقال محمد ووقع لما لث في كتبه من باع عبد أو وليدة أو حيواناً بالبراءة فقد برئ وبه قال ابن كنانة والشافعي وجهه الـ واية الثانية ما استدلل به الشافعي من ان الحيوان يفارق سواء لانه لا يستوى في الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلماء يخلو من عيب (فرع) فاذا قلنا بر واية ابن القاسم ووقع البيع بالبراءة في الحيوان فهل يفسخ البيع أو يثبت ويبطل الشرط الذي تقتضيه واية ابن القاسم عن مالك ان البيع صحيح والشرط باطل لانه قال له الرذول تنفعه البراءة وقال أشهب ان وقع في الحيوان لم أفسخه وان وقع في العروض فسخته الا ان يطول ذلك ويتباعد فلا أفسخه قال محمد بن زياد ابن حبيب قال لا أفسخه لما وقع في كتاب مالك من باع وليدة أو حيواناً بالبراءة فقد برئ ووجهه هنا ما أشار اليه محمد من ان الشرط لما كان مختلفاً في جواز لم يبطل العقد عن من لا يجيزه ولكن يبطل الشرط في نفسه ويثبت العقد عار يامنه (مسئلة) وأما العروض فروى ابن حبيب ان مالكاً أثبت البراءة في الحيوان والعروض وبه قال ابن وهب ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وهو قول أبي حنيفة ووجهه الـ واية ان هنادي ع فجاز ان تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالزقيق

(الباب الثالث فمين يجوز له البراءة من البائعين)

في هذا الباب فصلان أحدهما في تبيين من يبيع البراءة والثاني في تبيين من يثبت في يبيع

اشتراط البراءة

(فصل) فلما الفصل الاول فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان يبيع السلطان ويبيع المواريث يبيع براءة والثانية ان يبيع السلطان خاصة على البراءة قال ابن القاسم لم يختلف قوله في بيع السلطان فوجه القول الاول ان يبيع المواريث يبيع على الميت لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته فأشبه يبيع السلطان ووجه القول الثاني ان يبيع السلطان حكم ولذلك اذا باع في حياة من يباع عليه نفذ يبعه وكان على البراءة والوصي ولو باع في حياة من باع عليه لم يكن على البراءة فاذا باع بعد موته لم يكن على البراءة (مسئلة) ويبيع السلطان هو ما تولى يبعه على مفلس أو من مغمم أو باع من تركه ميت لقضاء دين أو تنفيذ وصية اماما باعه الورثة لدعاء بعضهم أو جمعهم الى البيع فليس من هذا في شيء وهو لاء كجماعة اشركوا في رقيق وكذلك يبيع الولي على اليتيم لحاجة الاتفاق فهو كبيع الأب على ابنه

(فصل) فلما الفصل الثاني وهو في ثبوت البراءة لمن اشترطها فعن مالك في ذلك روايتان احدهما أنها تثبت بالشرط والثانية انها لا تثبت بالشرط وانما تثبت لمن كانت مقتضى يبعه دون شرطه والـ واية الاولى هي رواية الموطأ في قوله ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ وجه ذلك ما روى من قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه في بيع البراءة باليمين انه ما علم به عيباً ومن جهة المعنى ما قدمناه من كتابان الرقيق لعيوبه وان البائع لا يعلم به فيستوى فيه علم البائع والمتاع وما صح هذا منه وصرح أن يعلم لم يجز هذا الا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه ودخول

المشترى على تصديقه ووجه الرواية الثانية ان ما لا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التي يعلمها البائع ويشترط البراءة منها ولا يسميها (فرع) فان قلنا بالرواية الاولى فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتا في الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه وان قلنا بالرواية الثانية فيجب أن تكون البراءة في كل بيع على ما اختاره ابن حبيب ورواه مطرف وابن الماجشون (فرع) ان قلنا ان البراءة لا تثبت الا في بيع السلطان أو بيع السلطان والمواريث فان باع السلطان أو باع أحد بأمره ولم يذكر انه يبيع معتم ولا يبيع على مفلس ولا يبيع مواريث فهل يكون على البراءة روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك على البراءة وروى ابن المواز عن مالك هو على البراءة الا أن لا يعلم المشتري انه يبيع ميراث أو سلطان وجه قول أصبغ أن يبيع السلطان ويبيع من يتولى أمره أمر مشهور ولا بد فيه من بينة أو شهادة وجمع فيحمل على حكمه ولا يقبل قول من يدعى الجهل به ووجه قول مالك ان الناس اذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة ولم يعلم المتبايع أن البائع ممن يقتضى بيعه البراءة كان له الخيار في الرد أو الامساك وذلك كعيب اطلع عليه وأما بيع الوصي أو الورثة المواريث اذا قلنا انه على البراءة فانه لا يحمل ذلك الا أن يعلم المتبايع انه يبيع براءة (فرق) والفرق بين بيع الوصي وبيع السلطان على قول أصبغ أن يبيع السلطان مشهورا لا يكاد يخفى وأما الوصي فبيعه لا يميز من بيع غيره من الناس فيحتاج الى أن يبين فاذا تبين أنه يبيع ميراث روى ابن القاسم في المدونة أن ذلك لازم مع قوله ان البراءة لا تكون في بيع الرجل في خاصة نفسه ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت وصادفت محلها زمت العقد وان لم يعلم العاقد بمحل ثبوتها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان البراءة الثابتة في ذلك على وجهين أحدهما أن تثبت لمعنى في البائع والثاني ان تثبت بالشرط على رواية تجوز ذلك فاما ما تثبت لمعنى في البائع فان ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع وتقويت الثمن بدفعه الى مستحقه كبيع السلطان والمواريث ففي هذا ان اطلع المتبايع على عيب قبل تقويت الثمن أقبل منه ورد عليه الثمن لأن البراءة فيه لمعنيين الجهل بالعيوب وفوات الثمن والثمن قائم بعد لم يفت وأما ان قام بالعيب بعد تقويت الثمن فقلزمه على البراءة ولا قيام له (مسألة) وأما ما يثبت باشتراط البائع البراءة فانه لا قيام له بماله البائع فان الثمن أو لم يفت لأنه أمر زمه بشرط صحيح لازم انعقد البيع به فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة

(الباب الرابع في تعيين ما تصح البراءة منه من العيوب)

وذلك على ضربين براءة خاصة وبراءة عامة فأما الخاصة فعلى ثلاثة أضرب أحدها متفق على فساده والثاني مختلف فيه والثالث متفق على جوازه فأما المتفق على فساده فهو اذا أقر السيد بوطء الامتوت برا من حملها ظاهرا كان أو غير ظاهر فلا خلاف أن البراءة ههنا غير عاملة لأنه لا يبرأ من حمل يلزمه باجاع (فرع) وهل يفسد ذلك العقد أم لا الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد وروى ابن حبيب عن مالك فيمن تبرأ من حمل جارية وهو مقر بوطئها أن ذلك لا يبطل العقد وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية وجه قول الجماعة انه نقل ضمانا متفقا على محله فوجب أن يفسد العقد على ما قسمناه (مسألة) وأما المختلف في جوازه فهو بيع الامه الائمة بالبراءة من حملها الذي لم ينظر مع انكار وطئها فقد قال مالك انه غير جائز وأجازة الشافعي ويتخرج ذلك على قول ابن حبيب وجه ما ذهب اليه مالك ما احتج به من كثرة العود لكثرة ما ينقص الحمل من قيمتها في تفاوت الفرر

بتفاوت قيمتها ان سامت من الحمل أو نقصها ان كانت حاملا وأما غير الزائفة فلا بأس بذلك وهذا في السرية وأما ذات الزوج فقد قال عبد الملك لا ترد لجل يظهر بها وان كان لأقل من ستة أشهر من يوم ابتاعها المبتاع وكذلك المشهورة بالزنى حكى ابن عبدوس ذلك فعلى هذا يجوز التبري فيها بحمل غير ظاهر لأنه لا يذهب منهما الكبير من الثمن والله أعلم (فرع) فإذا قلنا ان البراءة من حمل غير ظاهر تمنع صحة العقد فان وقع العقد فلا يخلو أن يتبرأ من الحمل مع اقراره بوطئها أو مع نفيه لذلك فان أقر به فلا خلاف بين أصحابنا في أن المبتاع لا يضمنها الا بعد ان تمضي مدة استبرائها فان نفي وطأها فالذي قاله ابن القاسم في المدونة يضمنها المشتري بقبضها وخالفه ابن المواز فقال لا يضمن الا بعد مدة استبرائها وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه ورجع الى مقتضاه ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض ووجه ما قاله ابن المواز ان كل عقدا نمارد فاسده الى مقتضى صحه ومقتضى صحه هذا العقد أن لا يضمن بالقبض فكذلك فاسده كمن شرط النقد في مدة الخيار فانه لا يضمن المبيع في مدة الخيار (مسألة) وأما بيع ارائعة الظاهرة الحل فعلى ضربين أحدهما أن يتبرأ منه البائع فذلك جائز لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطاع عليه المشتري فينتفي بذلك الغرر والضرب الثاني أن يشترطه المبتاع فان ذلك لا يجوز في حل ظاهر ولا غير ظاهر في وخش ولا غير عند ابن القاسم وشراء الشاة والبقرة على انها حامل قال ابن القاسم لا يجوز ورواه عن مالك وروى ابن المواز عن مالك لاخير في بيع الرمكة بانها عقوق وكذلك الغنم والابل الا أن يقول هي عقوق ولا يشترط ذلك وجوزه أشهب وروى عبد الرحمن ابن دينار عن أبي حازم وابن كنانة انه جائز وجه ما روى ابن القاسم عن مالك ما احتج به من انه من باع الرمكة أو الشاة على انها حامل فقد أخذ للجنين ثمنها وذلك لا يجوز ووجه ما قاله الباقر أن هذا من لامور المظنون وان زادت في ثمن المبيع وذلك جائز كالثمرة التي لم تنوثر (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فانه ان وقع البيع بذلك رد الا أن يفوت ببناء أو نقصان أو حوالة وان قلنا برواية الجواز فانه ان اطلع بعد وقت على انها غير حامل فقد قال ابن أبي حازم وابن كنانة انه ان كان باعها وهو يرى انه كما قال مضي البيع وان كان قد عرف أنها ليست بعقوق فان كان ينزى عليها الفحل أو غير ذلك ردت عليه وفي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب ان باعها على انها حامل فلم يجدها حاملا فليردّها وأما الجوارى فان كانت من المرتعات فهو من المشتري ولا شيء له وان كانت وخشايز يدها الحل فله ردّها

(فصل) وأما ما لا يفسد البيع التبري به من العيوب في الجملة فانه على ضربين لا يختلف وضرب يختلف فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع فانه يبرأ منه بتسميته وأما ما لا يختلف كالاباق والسرقه والدبرة فانه لا يبرأ منها بالتسمية المحتملة حتى بين المقدار أو يبريه المبتاع ان كان شاهدا لأن التسمية تقع من ذلك على القليل والكثير ولو علم المبتاع بالكثير منه لما رضيه (فرع) فان انعقد البيع على هذا فهل يفسد العقد أو يثبت روى ابن القاسم عن مالك ان العقد ثابت وللمبتاع الرد بالعيب ان اطلع منه على الفاحش وقال أشهب يفسخ البيع وجه قول ابن القاسم انه دخل على السلامة الا بما يقتضيه اطلاق اللفظ وهو المعتاد منه فاذا اطلع على الفاحش المتفاوت كان له الرد به كما أن اطلاق العقد يقتضى السلامة وان لم ينص عليها فان اطلع بعد على عيب كان له الرد ولم يمنع ذلك صحة العقد وان لا يمنع منه ما قلناه أولى ووجه قول أشهب

انه لما كان اطلاق لفظ الاباق والسرقة وما أشبههما يتفاوت ما تناوله ولم يختص اللفظ القليل منه دون الكثير عقد البيع على الغرر فوجب أن يفسد كالتبري من محل غير ظاهر في المرتفعة وقد روى عن أشهب في الاباق وداء الغرج مثل قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وان تبرأ اليه بعيوب ليست به لم تنفعه البراءة وللمبتاع الرد بما اطاع عليه مما سمى له ولم يره اياه قاله ابن القاسم في المدونة ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه قصد التلفيق واللغز بذكره ما ليس في المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكره ما ليس فيه من العيوب اعتقد أن جميع ما ذكره بتلك المثابة فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب (مسئلة) ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع وان سماه حتى يخبره انه بالمبيع رواه أشهب عن مالك قال مالك وكذلك لو أفرده عيبا حتى يخبره انه به ووجه ذلك انه اذا كان تبرأ من عور ولم يره اياه ولم يخبره انه بالمبيع فان المبتاع لم يلزمه وانه ظن ان ذلك تشدد في البيع واستظهار في التصرز فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك ان قول البائع ابتعتك هذا العبد وأتبرأ اليك من عيب كذا وليس به وأعلم لي أو يقول له ان وجدت به عيب كذا فلا رد لك به فان ذلك لا يكون براءة منه لان المبتاع لم يدخل على تحقق وجوده بالمبيع (مسئلة) وهذا اذا تبرأ بالعيب في نفس العقد فان جاء متبرئا منه بعد العقد فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون من العيوب الظاهرة والثاني أن يكون من العيوب الخفية فان كان من الظاهرة لزم المبتاع الرضا بها أو الرد وان كانت مما يخفى لم يلزمه ذلك وكان له القيام به متى اطاع عليه بعد ذلك لان العقد قد انعقد على السلامة فلا يقبل تبري البائع بعده بما لا يعلم صدقه لان ذلك محمول على الندم منه (مسئلة) فان أراد البائع أن يمكن من اقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع أو يرد كان له ذلك دون أن ينيب عليه لانه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة (مسئلة) واذا وضع البائع دينارا من الثمن بعد البيع ليرأ من عيوبه فقد قال ابن المواز عن مالك في الدابة ان وجد بها عيبا كان له الرد قال أصبغ كالمو باع بالبراءة قال ابن حبيب لا يجوز ذلك في الدابة ويجوز في الجارية لان بيعك على البراءة جائز والبراءة فيها ثابتة وهذا يشبه ما أشار اليه أصبغ واحتج ابن حبيب في ذلك بأن الخاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشري مال العبد بعد المصفقة ومشركيلا من صبرة قد باعها جزا فاعلى ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع (مسئلة) ولو كان ذلك في نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه دينارا لعيوبها وقال ابن حبيب من قول مالك في الدابة والجارية انه ان وجد عيبا رد المبيع كمن نكح بعشرة على ان تركه له دينارا على أن لا يتزوج فالنكاح جائز ولا شيء عليه وهذا الذي رواه ابن حبيب مخالف لما قاله في المسئلة قبل هذا ويجب على قوله في تلك المسئلة أن يثبت له ذلك في الجارية دون الدابة وقياسه على النكاح غير صحيح لان النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد لم يثبت الشرط ولم يلحق بالعقد

(فصل) وأما البراءة العامة فعلى ضربين أحدهما أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جلة فهذا لا يجوز والثاني أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه روى ابن القاسم عن مالك انه يبرأ من كل ما لم يعلمه قل وأكثر الا من الحل في الرائحة قال سحنون سواء كان العيب ظاهرا كالعور أو خفيا وبهذا قال جماعة من الفقهاء حكى ابن حبيب الا المتغيرة فانه قال ما لم يجرأوز الثلث فان جاوز الثلث لم تنفعه البراءة منه ووجه ما ذهب اليه الجمهور ان هذه البراءة مما لم يعلم به

البائع ولا البيع معرض له فثبت البراءة منه كالأول كان الثلث فأقل ووجه قول المغيرة أن هذا عيب يذهب معظم من المبيع فوجب أن لا يتناول إطلاق البراءة كالحل في الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتناول الحل سواء كان البائع سلطانا أو غيره قال ابن المواز ويبيع الجارية الرائعة بالبراءة على الإطلاق جائز ولا يدخل الحل في البراءة ولو شرط البراءة من الحل فسد البيع وقال ابن حبيب في الجارية المسبية تقع في سهم الرجل أو يشتريها في المقاسم ان له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بما دون الجماع لان بيع المقاسم بيع براءة فلا يظهر بها حل لم يرد هابه وهذا يقتضى تناول البراءة العامة للحمل ووجه قول مالك رحمه الله ان البراءة العامة فيما يجوز اقراره بالبراءة دون ما لا يجوز اقراره كالاتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه

(فصل) ثم يرجع الى تعيين باقى المسئلة وهو قوله فان علم عيبا فكمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا ويرد أن البراءة المطلقة لا تؤثر فيما يعلمه البائع من العيوب وانما تختص بما لا يعلمه منها فان وقع دنا وكان البائع بالبراءة هو السلطان وقد علم بالعيب فقد روى ابن المواز عن مالك للبتاع رده وكذلك ان علم به من يبيع عليه من مفلس قدينا أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب ولا تؤثر فيه وروى داود بن جعفر عن مالك اذا أشهد على الغريم انه دلس بالعيب فان المبتاع لا يرد بعيب وجده اذا بين ان المبتاع قد فرق على الغرماء (فرع) وبما ثبت تدليسه ان علم أن المفلس علم بالعيب كان للبتاع الرد وأخذ الثمن من الغرماء لانه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البائع أو من يبيع عليه من العيب وان لم يثبت ذلك الا بان اقرار المبيع عليه فان المبتاع لا يرجع على الغرماء بما قبضوا من الثمن لان اقرار المبيع عليه لا يقبل عليهم في استرجاع ما بأيديهم وللبتاع أن يحكم بعينه أو يرده عليه ويتبعه بالثمن في ذمته لان اقراره مقبول في خاصة نفسه لانه لم يحجر عليه لحق نفسه وانما حجر عليه لحق الغرماء (فرع) فاذا قلنا له القيام بالعيب في المدونة عن ابن نافع وابن الناسم ومالك يرجع بقيمة العيب فيأخذ من الغرماء ويرجع به الغرماء على غيرهم وروى ابن المواز عن مالك ان للبتاع رده وأخذ الثمن

العيب في الرقيق

العيب في الرقيق
حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
سالم بن عبد الله أن عبد الله
ابن عمر باع غلاما له بثمانمائة
درهم وباعه بالبراءة فقال
الذي ابتاعه لعبد الله بن
عمر بالغلام داه لم تسمه لي
فاختصا الى عثمان بن عفان
بالبراءة ف قضى عثمان بن
عفان على عبد الله بن عمر
أن يحلف له لقد باعه العبد
ومابه داه يعلمه فأبى عبد
الله أن يحلف وارجع العبد
فصح عنده فباعه عبد الله
بعد ذلك بالف وخسمائة
درهم

ص مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله ان عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داه لم تسمه لي فاختصا الى عثمان بن عفان بالبراءة ف قضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد ومابه داه يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بالف وخسمائة درهم ثم قضاه عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر رضي الله عنه بما عين انه ما كتم عيبا علمه تجوز منه لبيع الانسان عبده بالبراءة واعمال منه بالبراءة فيما لم يعلم البائع من العيوب دون ما علم وأبى للبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع وكه وان كان عثمان بن عفان رضي الله عنه لا يشك في فضل عبد الله بن عمر وانه لا يرضى بكتان عيبه والتدليس به الا أن الأحكام في الحقوق والمعاملات جارية على حد واحد في الصالح والطالح وانما يختلف حالهما في الأحكام التي تتعلق بالتهمة وظاهرها سالم ويعتدل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقاد البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من العيوب وما لم يعلم فلم يسوغ ذلك عثمان رضي الله عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبتاع بالبراءة على ضربين أحدهما أن يبيع بالبراءة على الإطلاق

فهذا متى اطلع المبتاع على عيب في المبيع وادعى علم البائع لزمته اليمين ان علم بالعيب الذي اطلع عليه المبتاع لا خلاف في هذا على المذهب وان لم يدع علم البائع به وسكت عن ذلك وقال لا علم لي به علم أولم يعلم فان الظاهر أيضا من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءته من ذلك العيب وهذا الظاهر من حديث عثمان لان المبتاع لم يدع العلم وانما قال بهداه لم تسمه لي فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل اليمين في الحديث سواء هل يدعى العلم أم لا ويجب على رواية عن ابن القاسم في رد اليمين أن لا يمين للمبتاع على البائع الا بعد أن يدعى علمه بالعيب (مسئلة) روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة يحلف على علمه في العيب الظاهر والباطن الا أن يستدل بأمر لا يشك في كذبه فانه يرد عليه بقول البيهقي وقال ابن نافع يحلف على علمه لانه لو شهد بأن العيب كان عند البائع لم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به (مسئلة) ويحلف على ذلك من الورثة من يظن به علم ذلك من صغار الورثة ثم يكبر في الظاهر والخفي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ قال أصبغ وهو مذهب مالك وظاهر اللفظ يقتضى عندي انه كان صغيرا يعلم ذلك عند التبايع فلم يحكم في الامر ولا وقع التنازع فيه حتى كبر والذي تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك في الايمان التي تتعقد على العلم أنها لا تزوم الصغير ولا القائب ولعله أراد بالصغير من لا يفهم الامر عند وقوعه لصغره وبلغنى أن أبا عبد الله بن عوف كان يوجب الايمان عليهما ويقول لعه قد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كما يحلفان مع شاهدهما على ماوجب لموروثهما من الحقوق (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين ردتم المبيع على المبتاع ولم يلزم المبتاع يمين قاله مالك وجاعلة أصحابه وروى يحيى عن ابن القاسم تلزمه اليمين ووجه قول مالك ان المبتاع لم يدع أمرا يرد عليه فيه اليمين وانما قام ببيع موجود لم يبرأ اليه منه والذي يبرىء البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة فاذا نكل عنها لم يكن له ردها ووجه رواية يحيى أن اليمين في الرد بالعيوب اذا ثبت لها محل فحكمها أن تنقل الى محل آخر كسائر الايمان المتعلقة بها (مسئلة) وهذا فيما يتقن من العيوب انه أقدم من زمن التبايع ورواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وروى يحيى عن ابن القاسم يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما يتقن قدمه وجه الرواية الاولى أنه انما يستحلف على علمه في حين التبايع فانه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به ووجه الرواية الثانية ان نفي تعلق علمه بالعيب هو المقصود من يمينه فان كان موجودا حين التبايع فهو اليمين المتفق على اثباتها وان كان حدث بعد ذلك فغير مؤثر في يمينه انه لم يعلم به

(فصل) وأما الضرب الثاني من البيع بالبراءة فان يشترط أن لا يمين عليه فهذا روى أشهب عن مالك انه لا يمين عليه أن وجد المبتاع عيبا وهذا عندى مبنى على جواز اشتراط التصديق في القضاء وغيره فمن جواز اشتراط التصديق دون يمين قضى ههنا بان لا يمين على البائع ومن لم يعجز اشتراط التصديق فاليمين لازمة له على كل حال

(فصل) وقوله فأبى عبد الله أن يحلف وارجمع العبد لم يكن ابلاؤه عن اليمين لانه رضى الله عنه كان دلس بعبية وعلمه وفهمه يقتضى معرفته بأن لا اثم في يمين بارة ولكنه لا يخلو من أحد أمرين اما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم وما لم يعلم والثاني التماون عن اقتطاع الحقوق بالايمان وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الانساب والاقدار ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان كل من ابتاع ووليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله القوت حتى لا يستطيع رده فقامت البيهقي انه قد

• قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل من ابتاع ووليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله القوت حتى لا يستطيع رده فقالت البيهقي انه قد

كان به عيب عند الذي باعته أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فإن العبد أو الوليدة يقوم وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فرد من الثمن قدر ما بين قيمته صححا وقيمته وبه ذلك العيب ✽ ش وهذا كما قال ان هذا مما أجمع عليه علماء المدينة وجميع علماء الأمصار ان من ابتاع شيئا فاطلع على عيب يمكن التدليس به فإن له الرجوع بقيمة العيب على تفسيرا يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وذلك ان العيوب على ضربين ضرب يمكن البائع معرفته والثاني لا يمكن معرفته فأما ما يمكن البائع معرفته فإنه يحكم على البائع فيه بحكم تدليسه به في الرد بالعيب ولا يفسد تدليسه به العيب خلافا لمن قال بذلك والدليل على ذلك حديث المصراة الذي يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى من الاصل وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا تصرفوا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلها ان رضىها امسكها وان سخطها ردها وواصاعا من تمر فائت له امساكها ان رضىها وهذا يدل على صحة العقد ولو كان العقد فاسدا لم يكن له امساكها ومن جهة المعنى ان نقص المبيع عما عقد عليه لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى رزمة على ان فيها عشرة أبواب فالقاهاتسعة أو اشترى صبرة على ان فيها عشرة أرادب فالقاهاتسعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المتاع اذا اطلع على عيب لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون المبيع بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان والثاني أن يدخله ذلك ولم تنفذ عنه والثالث أن تنفذ عنه فأما الحال الأولى فالمتاع بالخيار بين أن يرد المبيع ويرجع بجميع الثمن أو يمسكه معيبا ولا شيء له من الثمن والاصل في ذلك حديث المصراة وهو قوله صلى الله عليه وسلم بخير النظرين ان رضىها امسكها وان سخطها ردها وواصاعا من تمر (مسئلة) واذا ابتاع رجلان عبدا في صفقة واحدة فاطلعا على عيب ثبت لهما خيار الرد بالعيب فان أراد أحدهما الرد أو بى منه الثاني فعن مالك في ذلك روايتان أحدهما له ذلك وهي رواية ابن القاسم وبها قال الشافعي وروى عنه أشهب ليس له ذلك وبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة يشتمل على ثلاثة فصول أحدها أن يبيع الواحد من اثنين بمنزلة عقدين على رواية ابن القاسم وبمنزلة عقد واحد على رواية أشهب والفصل الثاني ان البائع اذا أوجب لهما فان لاحدهما القبول دون الثاني على رواية ابن القاسم وليس له ذلك على رواية أشهب والفصل الثالث تعيين المسئلة فوجه رواية ابن القاسم ان هذا عقد في أحد طرفيه عاقدان فكان بمنزلة العقدين أصله اذا باع اثنان من واحد ووجه الرواية الثانية ان البيع انما يوجب في جميع العقد فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كالواجب فيه لو احدث لم يكن له أن يقبل بعضه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فلا تبرع فيه واذا قلنا برواية أشهب فان أراد أحدهما الرد أو الأخر الامسك فان رضى البائع بذلك فلا مريية ان لمن لم يرد الرد التمسك بحقه ويكون البائع شريكه فيما رده عليه المشتري الآخر وليس للتمسك أن يأخذ بعيب الراد لان الراد ملكه فله رده على البائع انتقض البيع فيه فيرجع على ملك البائع وليس للتمسك طريقا الى ملكه فلا حجة له فيه وان أبى البائع من تبعض صفقته فقال أشهب القياس في مسئلة ورتة المشتري الخيار بين أن يرد جميعا أو يمسك جميعا واستحسن لمن أراد التمسك وأراد أن يأخذ نصيب الراد أن يكون ذلك له وقال ابن المواز لا كلام للبائع اذا لم يرد أخذ نصيب الراد دون التمسك وللمسك أخذ نصيب الراد وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب انه اذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد وكان له الرجوع بقيمة العيب وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب اذا ردا أحد المتبايعين أن يقال للبائع اما أن يحجزه رده نصيبه واما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب مثل ما حكى ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبدا فيبيع

كان به عيب عند الذي
باعه أو علم ذلك باعتراف
من البائع أو غيره فان
العبد أو الوليدة يقوم
وبه العيب الذي كان به
يوم اشتراه فيرد من الثمن
قدر ما بين قيمته صححا
وقيمته وبه ذلك العيب

نصفه ثم يطاع على عيب فبريد الرد فإنه يقال للبائع أما أن تحيز رد النصف الباقي بيده أو ترد عليه نصف
قيمة العيب وهذا مقتضى القياس على قول أشهب ويحتمل عندي أن يكون هذا معنى قوله أما أن
يرد جميعاً أو بمسكاً جميعاً ولم يبين حكم ذلك القياس إذا رد أحدهما وأمسك الثاني وقال ابن وهب إن
أراد أحدهما الرد وأباه الثاني تقاوماً لأن البائع لا يقبله إلا كله وفي هذا الضرب من العيوب أربعة
أبواب: الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب * والباب الثاني في بيان العيوب التي
يجب بها الرد وتمييزها من غيرها * والباب الثالث في بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للبتاع به الخيار
في الرد بالعيب والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب * والباب الرابع في بيان المعاني التي
يفوت بها الرد بالعيب جملة

(الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب)

العقود على ثلاثة أضرب عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب
والضرب الثاني عقد مختص بالمكاتب متوفى العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة فهذه لا يثبت فيه
حكم الرد بالعيب والضرب الثالث عقود ظاهرها المكاتب ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب
فهذه حكى القاضي أبو إسحاق عن عبد الملك الموهوب له لا يرد بعيب وعن المغيرة مثل ذلك ولا في
العيب المفسد ووجه ذلك أن هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب
وهذا ينافي الرد بالعيب لأنه لا يقتضى ذلك المساغة والمكاتب

(الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتمييزها من غيرها)

العيوب التي يثبت بها الخيار في الرد بالعيب جملة وذلك أن خيار الرد بالعيب على ضربين أحدهما
أثبت بغير شرط والثاني لا يثبت إلا بشرط فأما ما يثبت بغير شرط فهو لكل عيب في المبيع
ينقص عنه وهو على قسمين قسم هو نقص في عين المبيع والقسم الثاني نقص في غير عينه لكنه
ينقص عنه فأما ما يثبت بشرط فهو نقص في عينه كالعمور والعمى وقطع يدا أو رجل أو أصبع ووجود الظفرة في
العين أو البياض والصمم والخرس والبكم إلا في الصغير الذي لا يتبين أمره والعسر في العبدان
لا يعمل بينهما والبخرف في النعم في الذكر والاتي (مسئلة) وأما الأضرار فان نقص الضرر الواحد
عيب في الراتعة حيث كان وليس بعيب في غير الراتعة إلا أن يكون في مقدم النعم أو ينقص ضرر
حيث كانا فانه عيب في الذكر والاتي ووجه ذلك أن الضرر الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة
الخلقة إلا أنه ينقص من ثمن الراتعة لانه يتق منه تغير الراتعة حيث كان في أكثر الأوقات وإذا كان في
مقدم النعم فانه يقبح منظره فاستوى في ذلك الراتعة وغيرها والضرر مؤثران ومانعان من قوة
الأكل وعجلته لأسبابها يحتاج إلى شدة مضغ وهذه المعاني والأسباب إنما تعتبر بنقص الثمن في ما ينقص
هو عيب الرد وما لا ينقص الثمن فلا حكم فيه الرد (مسئلة) وأما الثيب ففي كتاب ابن المواز تردده
الراتعة ولا يردده غيرها قال ابن المواز وهذا في الشابة وقال ابن حبيب عن مالك لا ترد الراتعة إلا
بكتبه ويحتمل أن يكون الراتعة قولاً واحداً لأن السير من الشيب ليس بعيب لانه كثير شائع
كالتال يكون والشعرة والشعرتان تلبو مما لا يسمج ولا يرى إلا مع فرط التأمل والتفتيش وأما
الكثير فانه مؤثر في الجمال فاختص بالراتعة دون غيرها (مسئلة) وأما الاستحاضة فعيب في على
الرفيق ووخشه وقال ابن حبيب ان كانت الاستحاضة تنعثر بها المرة بعد المرة فعلى البائع أن يبين والا
فهو عيب تردده ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره وتلحق المشتقة في التوقي منه وليس

في ارتفاع الحيض شيء من ذلك والذي يقتضيه مذهب المدونة ان ذلك سواء (فرع) فان استحيضت الأمة لم يكن ذلك عيبا ترد به حتى يثبت انه كان عند البائع وانه ان لم يظهر الا في الدم الذي وقع به الاستبراء فقد قال ابن المواز لا ترد به لان بالحيض قد لزمت المبتاع فماخذت بعد ذلك من استعاضة أو غيرها الزمته وهذه الاستعاضة التي تكون عيبا قال ابن المواز عن مالك شهران وهذا في الجملة على قدر ما ينقص منها (مسألة) وأما ارتفاع الحيض فالشهور من ذلك انه اذا آتى من ذلك ما فيه على المبتاع ضرر فانه يرد به ولا خلاف في ذلك في المذهب الاما قاله ابن حبيب قبل هذا ان ارتفاع الحيض المرة بعد المرة لا يلزم البائع التبري منه وليس للمبتاع الرد به ويحتمل أن يكون ما ذهب اليه ابن القاسم في المدونة في تأخره في مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر وما قاله ابن حبيب في التي لم يأت منه في مدة الاستبراء ما خالف المعهود وانما اطلع على أنه قد كان يتأخر عنها المرة بعد المرة والله اعلم وأحكم (مسألة) والحل عيب في المرتفعة ولا خلاف في ذلك وأما الوخش فروى ابن القاسم عن مالك انه عيب وقال ابن كنانة ليس بعيب فيهن ورواه أشهب عن مالك وجه القول الأول انه عيب ينقص من الثمن فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب ووجه القول الثاني انه عيب لا يؤثر في الوخش وقد قال مالك في الحل في الوخش لا يؤثر كبير تأثير وروى مالك في ذلك بغيره بالبراءة من الحل وأصل المسئلة تدور على هذا فان نقص من الثمن رده والافلا ووجه آخر وهو أنه لو ابتاعها في جملة رقيق لم يرد بها عيب الحل رواه ابن القاسم عن مالك في العتية (فرع) فاذا قلنا انه يرد بالحل فكيف يكون وجه الرد به في المبسوط ان ظهر بها حل وجاءت ستة أشهر من يوم قبضها المشتري لم يرد الباي وان ولدته قبل ستة أشهر كان له الرد وجه ذلك أنها اذا ولدت لستة أشهر من يوم البيع جاز أن يكون حلت عند المبتاع فصار له حكم ما يقدم ويحدث من العيوب فان ولدته لافل من ستة أشهر على انه عيب قديم أقدم من أمدا لتبايع يثبت الرد به

(فصل) وأما الزعفران عيب يرد به قال ابن المواز وان كان في غير العانة واختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال سمنون لانه يذهب بلذة الوط، وهذا يقتضي اختصاصه بالفرج وقال ابن حبيب لا تتقي عاقبته من الداء السوء يعني الجذام (مسألة) وان كان في آباء الرقيق المبيع مجذوم أو مجذومة فهو عيب يرد به وخشا كما أورثنا رواه ابن حبيب عن مالك وذلك انه يتقي سرايته الى الولد وأما ان كان أحدا جداد الأمة أسود فقد روى أشهب لارده وان كانت ذات عيب وفي الواضحة عن مالك انه عيب في الرائحة قال لا يتقي أن يخرج ولده منها أسود (مسألة) وأما عيوب الدواب الذي يزهدها وينقص من أمانها فان كان خلقة كالعمور والجراد أو حادنا كترمص والدر وما كان مثل ذلك من العيوب فانه يرد به وكذلك سائر المبيعات غير الرباع فان ما وجد فيها من عيب ينقص منها فانه يثبت به خيار الرد بالعيب (مسألة) وأما الدار فان وجد بها صدعا قال ابن القاسم أما ما يحتاج منه سقوط الدار فيرد به والافلا قال الشيخ أبو محمد العيوب في الرباع ثلاثة أضرب أحدها أن تستغرق معظم الثمن فهذا يرد به ويرجع بالثمن والثاني أن لا ينقص من الثمن فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب فيه والضرب الثالث أن ينقص من الثمن ولا ينقص معنونه فهذا يرجع بقيمة العيب ولا ترد به الدار ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين أنه ترد به واختلف القائلون بقول أبي محمد في تعليل ذلك فقال أبو محمد ان الدار تخالف سائر المبيعات بدليل أنه اذا استحق منها اليسير لم يرد الباقي بالثمن ولو استحق من العبد اليسير لم يلزم الباقي بالثمن ووجه ثان انه لو أطلق أحد العقدها واستحق

أحد جدرانها الأربع لم يرجع المتباع في شيء من الثمن وقال غيره العلة في ذلك أنها لا تتخذ غالباً إلا
للقنية فليس المقصود منها الأثمان ووجه قول من ساوى بينهما أن هذا يسع وجد به عيب ينقص
الثمن فيثبت فيه خيار الرد بالعيب ما لم يفت كالحيوان
(فصل) وأما ما ينقص ثمن المبيع ولا ينقص جسده كالإباق والسرقة وشرب الخمر أو الخدفيه في
الريق والزنى في الأمة والحران في الفرس أو التفار المفرط في الدواب أو قلة الأكل المفرط فيها فان
ذلك عيب يرد به المبيع فأما الزنى في العبد فعند مالك أنه عيب يرد به وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة
لا يرد به والدليل على ما نقوله أنه زنى وجد في مملوك فكان لمن ابتاعه أن يردّه كما لو كان جارية
(مسئلة) وأما البول في الفراش في حال الكبر فميب يرد به العبد والأمة راعين كانا أو غير
راعين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرد به العبد وترد به الأمة والدليل على ذلك ما تقدم
ذكره (فرع) ولا ترد بالبول في الفراش الابينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع ولا يحلف
البائع على نفي ذلك الا بشبهة مثل أن توضع على يده امرأة ورجل له امرأة تنظر إليها فتغبر بذلك
المرأة أو الرجل فيجب اليمين على البائع وإن أتى المتباع بمن تنظر إلى مرقدها بالغدوات مبلولاً فلا بد
من رجلين لأن هذا من معنى الشهادة ثم يحلف البائع قال ذلك كله ابن حبيب (مسئلة) التائيت
في العبد والترجل في الأمة عيب قال ابن حبيب عن مالك معنى ذلك أن يكون العبد متخفاً أو
تكون الأمة مترجلة كشرار النساء فأما ترصيع كلام الرجل ونذ كبير كلام المرأة فلا يردان به
وفي المدونة يرد العبدان كان مؤنثاً والأمة إن كانت مذكرة واشتهر بذلك قال الشيخ أبو محمد في قول
ابن حبيب هنا خلاف ما في المدونة وقال بعض الصقليين ليس ذلك بخلاف له (مسئلة) والدين
على الأمة والعبد عيب وكذلك الزوج للامة وقال الشافعي لا يرد به ودليلنا أن هذا معنى يمنع الاستمتاع
بالامة فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء الفرج والزوجة في العبد عيب لأن هذا يبطل على سيده منه
حكماً مقصوداً وهو أن يزوجه من أمته وكذلك الولد الصغير والكبير وكذلك الأب والأم لأن كل
واحد من هؤلاء يميل إليهم العبد والأمة ويصرف إليهم فضل كسبه وبعض قوته فيضمر ذلك بغلته
وقوته وأما الأخ والأخت وسائر الأقارب من الأعمام والعمات والأخوال والخالوات فلا يثبت بهم رد
بعيب لأن أمرهم أبعد والضرر بهم أقل (مسئلة) وأما عثار الدابة ففي المدينة من رواية عبد الرحمن
ابن دينار عن ابن كنانة أن علم أن ذلك كان عند بائعها بشهادة أو اقرار ردت عليه وإن لم يعلم ذلك وكان
عثارها قريماً من بيعها حلف البائع أنه ما علم بذلك وإن ظهر ذلك لها بعد زمان طويل ومدة يحدث
العثار في مثلها فلا يمين عليه (فرع) وهذه العيوب كلها إنما يرد بها إذا ثبت أنها كانت في ملك
البائع فان لم يثبت ذلك ودعا المتباع إلى يمين البائع وإن ذلك لم يكن عنده روى ابن القاسم عن مالك
في المسئلة الأباقي لا يمين عليه ورواه أشهب عن مالك في مسئلة الزنى والسرقة وروى ابن
المواز عن ابن القاسم في السرقة والزنى يحلف البائع على ذلك وجه نفي اليمين ما حج به ابن القاسم من
أن المتباع إذا أبيع له ذلك استحلف البائع كل يوم مائة مرة ووجه اثبات اليمين أنه عيب ثابت يشك
في قدمه وحدوثه فلزم البائع اليمين ليدبره منه كعيب وجهه في جسده والله أعلم وأحكم
(فصل) وأما ما يثبت بالشرط فهو على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط المتباع نطقاً والثاني أن
يميب البائع به المبيع والثالث أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه فأما ما شرطه نطقاً فانه إن اشترط
الأعلى من جهته اليمين فوجد خلافه كان له الرد وإن اشترط الأدنى لم يكن له الرد إلا أن يكون له

غرض يعرف وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصراني فيشترى أمة على أنها نصرانية أو تكون عليه
 عين أن لا يتكلم سلة وقال الشافعي له الرد بكل وجه وقال أبو حنيفة لا رد له في شيء من ذلك ودليلنا
 على الشافعي أنه صار إليه المبيع على شرط وزيادة فلم يكن له الرد بالعيب أصل ذلك إذا شرط أنه أعور
 فاذا هو يبصر بعينه ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا خرج له المبيع على غير الملة التي شرط وله في
 ذلك غرض صحيح فثبت له الخيار كما لو شرط أنه مسلم فخرج كافر (مسئلة) ومن اشترى عبدا على
 أنه أعجمي فالقاه فصيحاً وعلى أنه مجلوب فالقاه مولداً ففي الواضحة عن أبي بصير له الرد بزيادة كان أو
 وضعية لأن الناس في المجلوب أرغب ومن هذا الباب ما روى على بن دينار عن ابن القاسم في الرقيق
 يجلب من طرابلس فيدخل المصري رأساً بينهما فيباع على ذلك قال أرى للبتاع رده وكذلك الدواب
 والحير وكذلك قال مالك فممن خلط سلعة بركة ميت ولم يبين أن للبتاع الرد

(فصل) وأما ما يصف به البائع المبيع أو يصف الرقيق به بنفسه مثل أن يقول هي بكر أو هي طباحة
 ثم لم توجد على ذلك فأنه ترد به ووجه ذلك أن المبتاع دخل على ما وصفت به فكان ذلك بمنزلة الشرط
 (فصل) وأما ما كان له عرف وعادة فوجده على خلاف ذلك مثل أن يشترى ناقه يحمل على مثلها
 فلما جاءه أن يحمل عليها لم تنهض فقدرى ابن المواز عن مالك له الرد ووجه ذلك أن المشتري لم يدخل
 في هذا الاعلى العرف والعادة من مثلها فإذا كان مثلها يحمل ولم يكن عذر مانع من عجز أو مرض
 فقد خالفت المعهود من مثلها وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها (مسئلة) ومن اشترى
 قلانس فوجد حشوها صوفاً أو كانت من حرق بالية قال أشهب عن مالك لا ترد لانها في الأغلب
 لا تصنع الا من ذلك زاد ابن المواز فان كان حشوها صوفاً بالرفيعة ترد ولا ترد الدنية وأصل ذلك كله
 العرف والعادة ان ما جرت العادة فيه امر فوجد أقل منه كان له الرد به وما وجد على ذلك فعليه دخل
 فلارده قال أصبغ فممن اشترى قميصاً فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كيه وكذلك معقد
 السر ويل ان كان متقار بافله الرد وان كان غير ذلك لم يرد

(باب)

وأما ما يحدث بالمبيع مما يشبه به الخيار للبتاع في الرد بالعيب أو الرجوع بقبضته فسيأتي ذكره بعد
 هذا ان شاء الله تعالى

(باب)

وأما ما يفتى الرد بالعيب فعلى ثلاثة اضرب أحدها أن يفوت المبيع من ملك البائع والثاني أن
 يكون بائناً في ملكه ولكن تغير تغيراً أحاله من جنسه والثالث أن يعقد فيه عقداً يمنع من رده فأما
 الضرب الأول فعلى قسمين أحدهما أن يخرج عن ملكه بتغير عوض مثل أن يموت أو يعتقه أو
 يتصدق به فمع هذا كله قد فات الرد بالعيب لنوات العيب وخروجها عن ملكه وله الرجوع بقبضة
 العيب لأن البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بتغير ثمن فكان له الرجوع به
 (مسئلة) فان خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع أو الهبة للشواب فلا يجزى أن
 يبيعه من يائعه منه أو غيره فان باعه من يائعه منه بمثل الثمن فلا تراجع بينهما في تدهليس ولا غيره وان كان
 بأقل من الثمن رجوع عليه بقبضة الثمن الا بالأقل من البقية أو قيمة العيب وجه ذلك ما احتج به في المدونة
 انه لو كان عنده رد عليه ورجع بجميع ذلك وقدره اليه فكان له استيفاء جميع الثمن وان كان باعه
 منه بأكثر من الثمن الأول فان كان مدلساً فلا رجوع للبائع الأول على الثاني وان لم يكن مدلساً رده

البائع الأول على الثاني ثم رده عليه الثاني فيكون التراجع بينهما في الثمن (مسئلة) فان خرج عن ملكه الى غير البائع منه فاختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن القاسم ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب وبه قال الشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب واختاره القاضي أبو محمد وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن وحكوا ذلك عن مالك وجما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المتاع اذا باع وقد علم بالعيب فقدر ضيه وان لم يعلم به فلم ينقصه من الثمن ومعنى ذلك انه انتقل الى ملك بعوض صار الى البائع عن جميعها ولذلك اذا رجع المتاع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على البائع منه لانه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار اليه بالابتاع وهذا فارق العتق والهبة فانه لم يصل اليه عوض عن جميع ما ابتاع فكان له الرجوع بقدر الجزء الذي لم يصل اليه من المبيع ووجه القول الثاني ان البيع انحراج للبيع عن الملك فكان فوتا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعتق والهبة ووجه القول الثالث ان الذي كان يثبت للبتاع لو كان يبيده الردي بالعيب والرجوع بجميع الثمن فما أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك فان كان فيه نقص كان عليه جبره الا أن يكون أكثر من قيمة العيب فليس له الا قدر العيب (مسئلة) فان تغير وهو باق على ملكه تغير ابتاعه عن جنسه فهل يكون فوتا بمنعه الردي بالعيب أم لا عن مالك في ذلك رويان قائلها في الصغير يكبر والكبير يهرم أحدهما انه فوت وليس له الا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كرهه واختارها ابن القاسم في هرم الكبير والثانية ليس ذلك بفوت وله ارد وجه الرواية الاولى ان ما كان مخرجا للشيء عن جنسه حتى يجوز سلمه فيه فانه يفيت الردي بالعيب في الامثال له لتصير التزوير خرقا والجلود خفقا ووجه الرواية الثانية ان العين باقية في ملك المتاع فلم يفيت ردها بالعيب كما لو فقأ عينها أو قطع بها (فرع) فاذا قلنا ان ذلك فوت فيجب أن يراعى في الصغير والكبير ما يراعى فيهما من جواز تسليم صغير الجنس في كبيره لانه مبني عليه وأما في الكبير يهرم فكفى الشيخ أبو بكر عن مالك ان ذلك اذا ضعف فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرهما قال القاضي أبو محمد اذا هرم هرمالا منفعته انه فوت للردي بالعيب والصحيح عندي من ذلك انه اذا ضعف عن منفعته المقصودة ولم يمكنه الاتيان بها ان ذلك فوت للردي بالعيب ويرجع بقيمة العيب (فرع) فان قلنا بارواية الثانية على ما اختاره الشيخ أبو محمد فانه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرده فاما في الكبير يهرم فيردمه مائة الهرم لانه قد حدث عنده نقص غير مفيت وأما في الصغير يكبر فانه يرده ولا شيء له من الزيادة لا يشاركه بها في عينه ولا يأخذ قيمته منه لانه نماء من جنس المبيع فلم يكن للبتاع أن يشارك به البائع كالسمن (مسئلة) فاذا عقدت فيه عقد يمنع رده فانه على ضربين أحدهما لا يتعقب الرجوع الى ملك البائع كالكتابة والاستيلاء والعتق الى أجل والتدبير فهنا الرجوع بقيمة العيب لانه فوت على حسب ما تقدم والضرب الثاني يتعقب الرجوع الى ملك البائع كالرهن والاجارة والاخذام فهنا اختلف أصحابنا فيه فروى مصنون عن ابن القاسم انه اذا رجع الى المتاع رده على البائع وقال أشهب ان كان أمر ذلك يسيرا رده على البائع وان كان بعيدا رجع بقيمة العيب وروى نحوه أصبغ عن ابن القاسم وجه رواية مصنون ان هذه مدة يتعقبها رجوع العبد الى البائع فلم يمنع الردي بالعيب كالسيرة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى منع المتاع من رده المبيع بالعيب فكان فوتا في رده كالبيع (مسئلة) ولا يكون وطء الأمة فوتا في ثيب ولا بكر هذا المشهور من المنهب وروى عنه ابن حبيب انه فوت فيهما وبه قال أبو حنيفة ووجه

القول الاول ان هذا السقناع فلم يمنع الرد بالعيب كالتقبل والملازمة ووجه القول الثاني اجماع الصحابة عند القائل بذلك قال لان الصحابة بين قائلين قائل يقول يردوها ويرد معها المثل وبه قال عمر بن الخطاب وقائل يقول لا يردوها ويرجع بقيمة العيب وبه قال علي بن ابي طالب فمن أحدث قولاً ثالثاً وقال يردوها دون مهر خالف اجماع الصحابة ومن جهة المعنى ان الوطء معنى لا يستباح بالبدل فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فان البكر والثيب في ذلك سواء وقال الشافعي ان وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب والدليل على ما نقله ان هذا وطء فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب (مسألة) اذا ثبت ما ذكرناه شاو جده العيب لا يتخاؤون ان يكون محاله مثل أو مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له فحدث به عند المبتاع معنى مفيت ثم اطع على عيب عند البائع فقد قال ابن القاسم في مسألة الدينار يقطعه ثم يجده عيباً يرد مثله ويرجع بثمنه وقاله صنعون فحين اشترى شعيراً فبعدان زرعه علم انه لا يثبت انه يرد مثله ويرجع باثن من فضله مثل ما لا يفوت وقال ابن حبيب يرجع بقيمة العيب وجه قول ابن القاسم ان الفوات في البيع الفاسد أثبت لانه لا يفوت بحواله الأسواق ثم ثبت وتقرر ان ماله مثل لا يفوت فيه فبان لا يفوت في الرد أولى وأحرى ووجه قول ابن حبيب ان البيع انما يتعلق بعين المبيع والبيع الاول صحيح واذا نقض البيع برد المبيع للعيب فانه لا ينقض الاول فاذا فات المبيع لم ينصح نقض البيع بغيره

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله وقامت البيئة انه قد كان فيه عيب عند الذي باعه أو علم ذلك باعترافه أو غيره يريد ان قدم العيب يثبت بيئته شاهده عند البائع معيباً وقوله أو غيره محتمل أن يريد با شهادة أهل البصر والعلم بذلك انه عيب لا يحدث في مثل هذه المدة ولا يتخاؤون ان يكون العيب مما يدلع عليه الرجال أو مما لا يطلع عليه الرجال فان كان مما يطلع عليه الرجال فقد قال محمد وغيره لا يثبت الا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعمومها (مسألة) وهذا اذا كان مما يستوى الناس في معرفته فان كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم به كالأمرض والعلل التي تحدث بالناس مما لا يعرفها ويعرف أحوالها وقدر العور فيها والاستضرار بها وتميز ما جرت العادة بسرعة البرء منها وما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفرد الاطباء بمعرفته فانه لا يقبل فيها الأقوال أهل المعرفة بذلك فان كانوا من أهل العدل فهو آثم وان لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل في ذلك قول غيرهم وان كانوا على غير الاسلام لان طريق هذا الخبر لما ينفردون بعلمه

(فصل) وان كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تسكون في جسد المرأة أو أحد فرجها فان كان في جسدها فقد اختلف فيه فالظاهر من قول مالك ان ما تمت الثياب من العيوب يقبل فيه شهادة امرأتين وقال صنعون ما كان في الجسد بقرعنه فنظر اليه الرجال وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء وجه القول الاول انه موضع منع الرجال من النظر اليه فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء كالفرجين ووجه قول صنعون ان الجسد وان كان عورة فهي عورة مخفية فجاز أن ينظر اليها الرجال للضرورة كما ينظرون الى وجهها للضرورة ولما منع الرجال من النظر الى ما صح من جسدها بقر الثوب ليتوصل بذلك الى موضع الحاجة ويبقى الباقي على حكم المنع قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه ان أمكن ستر ما حواه العيب خاصة استغنى عن بقر الثوب وافساده (فرع) فاذا كان العيب الذي يشهد به النساء مما يستوى النساء في تمييزه قبل فيه شهادة امرأتين من عدول النساء دون يمين لانها شهادة كاملة وان كانت من

العيوب التي ينفرد بمعرفتها وميزها أهل العلم شهدت امرأتان بصفتها وسئل أهل العلم بذلك عن
 حكمها فيثبت الحكم بقولهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته
 فلا يخلو أن يكون مما يحدث عند المبتاع لقدم أمر التبايع ونفيم حدوث العيب فلا رجوع للمبتاع
 بشئ منه الا ما قدمناه في العهدة على ما تقدم من التأويل وان شكوا في ذلك فلا يخلو أن يكون من
 العيوب الظاهرة أو الخفية فان كان من الظاهرة فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على البت ان هذا
 العيب لم يكن عنده ويحلف في العيب الخفي على علمه وقال ابن نافع في المدنية يحلف بالبت ولم يفرق
 بين ظاهر وخفي واحتج لذلك بان المشتري لو شهد له بانه كان عند البائع لكان له الرد به وان لم يعلم
 البائع به فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رده عليه مما لم يعلم به وهذا غير لازم لانه انما يرد عليه اذا ثبت
 انه كان عنده واذا لم يثبت ذلك ولم يحلف على البت في نفيه أنه غير عالم بقدمه ولا حدوده لم يلزم رده
 عليه لانه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد فلا يلزمه أن يحلف في نفسه على البت وقال أشهب لا يحلف في
 الظاهر والباطن الا على علمه ووجه قول أشهب ما احتج به من انه ان كان علم به فهو حائث وان كان
 لم يعلم به لم يلزمه في الرد حتى يثبت قدمه فلا يجب عليه أن يحلف الا على علمه (فرع) اذا قلنا بقول
 ابن القاسم في العيوب الظاهرة وسأل ابن حبيب سحنونا عن الخنزير في الفم والأضراس الساقطة
 والعيوب في الفرج وجرى الجوف على هذا من العيوب الظاهرة التي يحلف فيها على العلم قال سئل
 عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة (مسئلة) فان نكل البائع عن البين وكان من العيوب الظاهرة
 أو الخفية فقدر وى عيسى عن ابن القاسم يحلف المبتاع في الوجهين على العلم انه ما حدث ذلك
 عنده ويكون له الرد هذا الذي ثبت في كتاب الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان كان
 العيب خفيا حلف المبتاع على علمه وان لم يكن خفيا حلف المبتاع ورده ولم يذكر يمينه على البت
 أو العلم والتقسيم يقتضى انها على البت وروى يحيى بن يحيى عن القاسم مضمرا يحلف في الخفي على
 العلم وفي الظاهر على البت وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع يحلف المبتاع في العيوب على
 البت ولم يفرق وبه قال ابن أبي حازم وغيره من المدنيين قعتمل رواية عيسى الاولى وجهين
 أحدهما أن تكون موافقة لقول أشهب والوجه الثاني أن يفرق بين البائع والمبتاع فان التديس
 انما ينكر من جهة البائع دون جهة المبتاع (مسئلة) فان نكل المبتاع عن البين ففي المدنية من
 رواية عيسى عن ابن القاسم يلزمه البيع وهذا يقتضى انه ليس له بعد النكول الرجوع الى البين
 وفيها قول ابن نافع ان نكل المبتاع لم يرد له ابدأ حتى يحلف وهذا يقتضى أن له البين بعد النكول
 (مسئلة) فان ظهر على عيين أحدهما قديم والآخر يشك في قدمه فعلى المبتاع أن يحلف انه لم
 يحدث عنده بخلاف اذا لم يكن ثم عيب قديم للمبتاع الرد وفتح البيع والبائع مدع عليه ارش
 العيب المشكوك فيه فان لم تقم له بينة بعبثه فاليمين على المبتاع في انكاره واذا لم يكن ثم عيب قديم
 فليس للمبتاع رد الابما يدعيه من قدم العيب المشكوك فيه فان قامت له بذلك بينة والاحاف البائع
 على انكاره (مسئلة) وان أقام المبتاع شاهدا واحدا على قدم العيب حلف مع شاهده ويكون
 يمينه على البت وان كان عيا خفيا قاله ابن المواز فان نكل المبتاع عن البين حلف البائع وقال ابن
 المواز يحلف على البت وقال أصبغ يحلف على العلم ووجه قول ابن المواز ان الشاهد شهد على
 القطع فيجب أن يكون بين الشهود له موافقا لشهادة شاهده فان نكل ردت تلك اليمين بعينها على
 البائع فلزمه أن يحلف على البت ووجه قول أصبغ أن عين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد فلذلك

لزم أن تكون على حكمها وليس كذلك بين البائع فأنها على خلافها فبقيت على حكمها
 (فصل) وان شهد الشهود بأنه أقدم من أمد التبايع فلا يخلو أن يكون المتبايع من يظن به أنه
 لا يخفى عليه ويتم فيه أو يكون عدلاً عالماً به أو يكون غير عالم عدل فان كان عالماً بذلك متها فيه
 كالنخاسين والدلائن فروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أنه يلزمهم وقال ابن المواز فيما علموا
 أو لم يعلموا وقال ابن حبيب في الظاهر والخفي لبصرهم بالعيوب وقال ابن القاسم ان كان مثله
 يخفى أحلف مارآه وكان له الرد وان كان على غير ذلك لزمه وجه ما قاله مالك ان بصرتهم بذلك
 ونكرت دروسهم عليهم فيه يدل على انه لم يخف عليه في الأغلب مع ما هم عليه من استعمال ما لا يصلح
 والرضا برديع قد علموه وارتضوه ووجه قول ابن القاسم ان الخفي من العيوب قد يخفى عليهم
 فيصفون استبرأ لهم ويكون لهم الرد (مسألة) فان كان المتبايع بصيراً بالعيوب غير متم لتساونه
 أو تدنيه أو متها غير بصير كان له الرد بالعيوب الظاهر والخفي دون بين طال مكث السلعة عنده أو لم
 يطل قاله ابن المواز فان ادعى البائع ان المتبايع قد رضى بذلك وادعى انه أخبره أو أراه اياه لزم المتبايع
 اليمين فان حلف رد بالعيوب وان نكل حلف البائع ويرى به (مسألة) فان لم يدع انه أراه اياه فلا
 يخلو أن يدعى انه بلغه رضا المتبايع به أو لا يدعى ذلك فان ادعى ذلك فهل يحلف المتبايع أم لا روى ابن
 القاسم عن مالك انه يحلف وروى ابن المواز عن أشهب حلف انه تبرأ اليه منه فرضيه ووجه رواية
 ابن القاسم ان البائع قد ادعى دعوى يبرأ بمثلها لانه يصح أن يرد عليه فيها اليمين فيحلف ويبرأ وليس
 كذلك اذا ادعى انه رأى المتبايع ولم يدع طريقاً يعرف به ذلك لانه يصح رد اليمين عليه بمثل هذه
 الدعوى فلم يلزم اليمين بها ووجه قول أشهب ان دعوى البائع في ذلك كله لا يبرأ به وانما يبرأ بان
 يدعى البراءة يدل على ذلك انه اذا حلف لقد أخبره مخبر لم يسقط الطلب عنه وانما يثبت بذلك اليمين
 على المتبايع ولا يثبت من الايمان الا ما يتوصل به الى استيفاء حق أو البراءة منه ولا يثبت منه ما يتوصل
 به الى وجوب الايمان ألا ترى أن رجلاً لو ادعى قبل رجل حقا فلما كلف اثبات الخطة ادعاها أو أراد أن
 يثبت يمينه ليتوصل بذلك الى يمين المدعى عليه لم يكن له ذلك فكذلك في مثلتنا مثله (فرع)
 فاذا قلنا بقول ابن القاسم فان يحسب بن يحسب روى عن ابن القاسم انه يحلف لقد أخبره مخبر واشترط
 في بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره مخبر صلتق ووجه ذلك ان يسلم من الالغاز لانه يحفل ان
 يقسم صيباً أو انساناً أو مسخوطاً يخبره بذلك فيورى على ذلك بيمينه قال وان أظهر الذي أخبره
 بذلك لزم اليمين المدعى عليه وان كان المخبر مسخوطاً فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر في حال
 المخبر فان كان مما لا يبرأ بقوله ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا لم تجب بخبره على المتبايع وان كان
 ممن به بأقوله ويظن به تحسرى الصدق والحياء من اختلاف الكذب والمجاهرة به أو جب خبره
 اليمين والله أعلم وأحكم

(فصل) فان اتفق الشاهدان على تاريخ العيب واختلف المتبايعان في تاريخ العيب فعلى قول
 أشهب القول قول البائع انتقداً ولم ينتقد فهو مدع استصفاق قبض الثمن من المتبايع والمتبايع ينكر
 ذلك وهذا الاصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب كل واحد منهما ما فقال بالقولين
 وبالله التوفيق (مسألة) فان اختلف في عين السلعة فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما
 لا يعرف عينه فان كان يعرف عينه كالحيوان واليابس والقول قول البائع اذا أنكر أن تكون
 سلعته يحلف على البت ويبرأ وان كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود فلا يخلو أن

يكون من الأثمان أو غيرها فان كانت من الأثمان فاختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الدافع يحلف على علمه في الغش والنقص صيرفاً كان أو غيره وحكى عن ابن الماجشون أن الصيرفي يحلف على البت وان غيره يحلف في الغش على العلم وفي النقصان على البت قال ولم يختلفوا ان اليمين في نقصان العدد على البت وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض واستيفاء الوزن ومفارقة للدافع على انه قد استوفى بذلك عدده يضيء دعواه الغش والنقص في الوزن ولو ادعى عدم معرفة تلك الاعيان فادونها فيصاف على انه لا يعرفها لأنه ان عرفها وميزها أعيد النظر اليها والوزن لها ويستوفى تمييز أعيانها وانها هي التي دفع الصيرفي أو غيره فاستوفى وجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغبن وتجاوز الوزن ومباشرة له في الاغلب يوجب عليه اليمين على البت انه قد وفاه جيداً وان لا وليس عليه أن يحلف على البت في ميزانها ووجه قول ابن كنانة في التفرقة بين الغش والوزن ان الذي ينفرد الصيرفي بمعرفة هو الغش وأما الوزن فان جميع الناس يستوون فيه فلذلك استووا في صفة اليمين

(فصل) وقوله فان العبد أو الوليدة تقوم وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحاً وقيمته وبذلك العيب يريد انه يقوم بقيمته يوم التبايع سليماً من العيب ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم وبه العيب فينظر كم بين القميتين فان كان ربعها رجوع بجميع الثمن وان كان أقل أو أكثر فبمسب ذلك وذلك ان المتبايع اشترى السلعة والتغابن لازم في البيوعات لأنها مبنية على ذلك فقد أصاب العيب جزءاً من الثمن الذي ابتاعه بالجملة فيجب أن يرد من الثمن ذلك المقدار فان كان العيب خمس المبيع رد خمس الثمن وان كان أكثر أو أقل فبحسب ذلك ولا سبيل الى تقدير العيب به من الجملة الاعلى ماد كرهناه وهذا اذا دخل العيب وجهه من وجوه القوت كالموت والعق و سائر ما قد مرنا ذكره أو دخله معنى يثبت به الخيار للبتاع من نقص يوجب أن يرد المبيع مع النقص الحادث أو يحسكه ويرجع بقيمة العيب فأما ان لم يدخله شيء من ذلك فليس للبتاع الاردة ويرجع بجميع ثمنه أو الامساك ولا يرجع بشيء فان أراد البائع أن يدفع اليه الارش ولا يرد عليه المبيع بالعيب لم يكن له ذلك ما لم يتفقا عليه فان اتفقا عليه جاز خلافاً لابن شريح في منعه ذلك والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يسقط الى مال مع القوت فجاز أن يسقط الى مال مع الامكان كالخيار في القصاص

ص قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا في الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه عيب يرد منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسداً مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يخرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كان قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمه يوم اشتراه به العيب ثمانين ديناراً وضع عن المشتري مائة دينار وانما تكون القيمة يوم اشتري العبد ش وهذا كما قال ابن ابي ابيات سلعة وحدث بها عنده عيب مفسد ثم ثبت فيها عيب قديم كان عند البائع فان المتبايع بالخيار بعد ذلك بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد المبيع وقيمة العيب الذي حدث عنده ويرجع جميع الثمن وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له رد المبيع وانما الرجوع بقدر العيب خاصة والدليل على صحته ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم لا تصرفوا الابل

• قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه عيب يرد منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسداً مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يخرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمه يوم اشتراه به العيب ثمانين ديناراً وضع عن المشتري مائة دينار وانما تكون القيمة يوم اشتري العبد

والغتم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر فوجه
الدليل انه لما أتلف المتاع اللبن وبقي سائر الحيوان جعله بالخيار بين أن يفرم ما أتلف ويرد من
الحيوان وبين أن يمسكه ودليلنا من جهة المعنى ان البائع قد لئس بعيب والمتاع قد حدث عنده
عيب بغير تدليس وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب فاذا تعارض الحقان
كان أولاهما بالتقليب المتاع لأنه لم يوجد منه تدليس ولا نعلم اذا ثبت ذلك في هذه المسئلة بيان
* أحدهما في بيان المعاني التي تثبت الخيار للمتباع وتميزها مما لا يثبت له ذلك * والثاني في صفة العمل
في الارتجاع والرد

(الباب الاول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ)

أما المعاني التي تثبت الخيار فانها على ضربين نقصا وزيادة فأما النقص فعلى قسمين نقص من
جهة القيمة ونقص من جهة البدن فأما النقص من جهة القيمة فانه يكون لمعنيين أحدهما الاختلاف
الاسواق والثاني لتغير حال المبيع فأما النقص لاختلاف الاسواق فانه لا يمنع الرد بالعيب ولا يوجب
رد شيء معه ولا يثبت الخيار للمتباع فأما ما نقص القيمة لتغير المبيع في غير بدنه مثل أن يحدث فيه
اباق أو سرقة أو زنى أو غير ذلك مما لا يؤثر في بدنه ولكنه يهد فيه وينقص الكثير من ثمنه فهذا قال
ابن حبيب لا يثبت الخيار وله أن يرد المبيع دون غرم شيء لما حدث عنده وفي العتية من رواية ابن
القاسم فيمن اشترى جارية فزوجها فولدت ما حبسها فلا شيء له واماردها بولدها وفي المدينة من
رواية محمد بن صدقة عن مالك فيمن اشترى جارية فزوجها ثم وجد بها عيبا فانه بالخيار بين أن يوضع
عنه قدر العيب القديم وبين أن يردّها ويرد معها ما نقص التزوج وجه القول الأول ان ذلك
نقص يختص بالقيمة فلم يكن على المتباع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الاسواق ووجه القول الثاني
انه عيب ينقص كثيرا الثمن لحدوثه وعند المتباع يثبت له الخيار بين رد المبيع ومانقه أو التمسك
به والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو النقص من جهة البدن
فما كان يسيرا كذهاب الظفر والانملة في وخش الرقيق فال ذلك ليس مما يثبت الخيار للمتباع
وانما له الرد ولا شيء عليه من النقص أو الامساك ولا شيء له من قيمة العيب ووجه ذلك ان البائع
منهم بالتدليس ولذلك وجب الرد عليه بالعيب بما كان من الامور اليسيرة التي لا يسلم من مثلها وما
كان معتادا متكررا فلا عوض له فيها حدث منها وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته وكذلك السكى
والرمو والمصداع والحجى لانها أمور معتادة يصرع البرء منها هذا من ذهب ابن القاسم وخالفه أشهب في
الوعك والحجى فقال يثبت الخيار للمتباع * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان ابن القاسم
انما أراد الحجى الخفيفة التي يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها ومنع التصرف فان ذلك مما يعظم
قدره ويندر فلا يرد المشتري الا أن يرد قيمة ما نقص من المبيع وقد روى عبد الرحمن بن دينار عن
ابن كنانة انه ان اشترى عبدا مرض عنده ثم اطاع على اباق لم يردّه حتى يصبح أو يموت فان مات رجعا
بما بين القيمتين وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يردّه ما لم يكن مرضا مخوفا فعلى هذه الرواية
الامر اض ثلاثة خفيف لا يثبت الخيار به ومتوسط يثبت الخيار به ومرضى مخوف يمنع الرد والله
أعلم وأحكم (مسئلة) فان أصابته موضة أو جافة أو منقلة فبرئت فليس بفوت ولا يثبت الخيار
للمتباع لانه قد عاد الى هيئته قال ابن المواز ولو أخذ لذلك عقلا لم يردّه المتباع مع العبد بخلاف قطع
اليدين وروى محمد بن صدقة عن مالك في المدينة انه يردّه ولا يرد عقل الموضة لان الموضة لا تقبض

العبد ولو كان ما أصيب به العبد جرحا يعيب ربه لم يكن له رده إلا بما أخذ في جرحه وقال ابن القاسم وكذلك المنقلة والجائفة والمأمومة عقلا لمن أخذه إلا أن يتبين فإن شاء رده وما أخذ من عقله قال عيسى بن دينار إن شأنه فهو بالخيار إن شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذي أخذ وإن شاء أمسكه ويرجع بقيمة العيب وإن لم يشتهه وإن شاء رده وكان له ما أخذ من عقل الجرح وإن شاء أمسكه ولا شيء له من قيمة العيب (مسئلة) وإن كان النقص في البدن كثيرا كالعمى والشلل وقطع الأصبع من الوحش والامثلة من الرائحة وقطع اليد فإن ذلك يثبت الخيار للبتاع بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة القديم أو يرد المبيع وما نقص العيب الحادث ويرجع بجميع الثمن وهذا حكم الافتراض والولادة لأن هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر في ثمنه تأثرا كثيرا (مسئلة) واختلف أصحابنا في هزال الرقيق والدواب وسهنا فروى ابن حبيب أن مالك لا يثبت الخيار بمن الرقيق والدواب ولا هزال الرقيق ولا بسعنه وشبهه بهزال الدواب وابن القاسم لا يثبت هزال الرقيق ويثبت هزال الدواب وسهنا واختار ابن حبيب أن ذلك كله يثبت الخيار ورواه عن يرضى من شيوخه وهي رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة في الدواب وهنأ مبنى على أن النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير وأما صلاح اللبن ما لم يكن سهنا بينا فلا خلاف أنه لا يثبت الخيار لأنه زيادة في الجسم خاصة وأما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة (فرع) إذا قلنا أن الخيار يثبت بذلك فإنه يكون مخيرا بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص وما يثبت به الخيار في هذا من الزيادة فإنه مخير بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب أو يرد ولا شيء له من الزيادة واه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (مسئلة) وإن كان النقص من غير جنس المبيع مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو غيرهم بشرطه المبتاع فتذهب أو يكون على الغنم أصواف فتذهب قبل الجز أو مع النخل ثم فرتف قبل الجف فإنه لا يثبت الخيار للبتاع في مال العبد وإنما يكون له أن يرد العبد بما بقي من ماله ولا غرم عليه فيما ملك أو يرضى به ولا يرجع بشيء من قيمة العبيد واه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وعيسى ابن دينار عن ابن القاسم

(فصل) وأما الضرب الثاني من المعاني الموجبة للخيار بالزيادة في المبيع فلا يخلو أن تكون الزيادة في المبيع زيادة القيمة دون الجسم أو زيادة في عين المبيع فأما الزيادة في القيمة دون العين كالزيادة في النفاذ والمعرفة والفصاحة فهذا لا يثبت الخيار للبتاع وأما الزيادة في عين المبيع فإنها على قسمين أحدهما أن يكون نغاه فيه والثاني أن يكون معنى مضافا فإن كان نغاه فيه كالدابة المهزولة تسمن فقد قال أصبغ عن مالك في ذلك روايتان أحدهما في الخيار والثانية اثباته وحكى عن ابن القاسم اثباته إذا كان سمنائنا وجه اثباته أنه تغير في البدن فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين ووجه نفيه أنه نغاه من نفس المبيع ليس للبتاع المشاركة فيه فلم يثبت له الخيار كالتفاد والمعرفة (مسئلة) وإن كانت الزيادة بمعنى يضاف إلى المبيع فلا يخلو أن يكون نغاه خارجا منه أو صفة ثابتة فيه فإن كان نغاه خارجا منه فعلى وجهين أحدهما أن يكون من جنس المبيع كالولد والثاني أن يكون من غير جنسه كشجرة الشجر وصفوف الغنم وألبانها وغلة العبيد والرباع فأما الولد فلم أر لأصحابنا فيه ما عليها غير ما روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن ابتاع شاة حاملا فوضعت عنده فأكل سخلتها ثم وجد عيبا قد يما فإن له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة وما نقص من ثمنها يوم

ابتاعها لانها كانت ترجى لولدها فظاهر هذا انه انما أوجب ذلك الولادة ولم يوجب له ذلك عدم ولدها
 واتلاف المتباع له لانه لو كان كذلك لرد قيمته فقد روى عيسى عن ابن القاسم انما يرد لها وقيمة
 ولدها وانما نضوا على انه ليس له ان أراد الرد أن يمسك الولد ويحتمل عندي أن يتخرج فيه
 القولان في السمن وهو أظهر لانه نماء منفصل ولا يمكن مع ذلك امساكه (مسئلة) وان كان من
 غير الجنس كالتمر والصوف واللبن فلا خلاف على المذهب انه لا يثبت له الخيار وانما له أن يرد أو
 يمسك ولا يرجع بقيمة عيب وقال أبو حنيفة ان ذلك فوت وليس للبتاع الا قدر العيب والدليل
 على ما نقله ان هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب فاذا حدث بعده لم يمنع الرد بالعيب
 كالكسب والعمل (مسئلة) وان كان صنعة ثابتة فيه كالصبغ والخياطة والقصارة والرقم في
 الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع الا بفساد فان ذلك يثبت فيه الخيار

(الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار)

وذلك ان معنى الخيار المذكور أن يكون للبتاع أن يمسك المبيع المغيب ويرجع بقيمة العيب القديم
 أو يرد على البائع ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده فان أراد الامساك فانه تقوم السلعة بتقويمين
 أحدهما أن تقوم سليمة من العيب يوم البيع ثم تقوم معيبة فيرجع بقدر ما بين القيمتين من الثمن
 وذلك أن قيمتها سليمة عشرة دنانير وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير فيعلم أن قيمة العيب
 خمس القيمة التي قوم بها صححها فيرجع عليه بخمس الثمن الذي اشتراه به وان أراد الرد فأى القيمتين
 المتقدمتين لا بد منها فاذا تقدمت جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلا ثم يقوما قيمة ثالثة بالعيب
 القديم والحديث فيرد من ثمن المبيع المغيب بقدر ذلك وذلك أن يقال في مسألتنا ان قيمته بالعيبين
 ستة دنانير فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري ينقص من قيمة المبيع بعينه ربع ومثل ذلك يجب
 أن يرجع من ثمنه فان كان اشترى المبيع بخمسة عشر دينارا فأراد امساكه أخذ من البائع خمس
 الثمن الذي هو خمسة عشر دينارا وذلك ثلاثة دنانير وعلينا أن الباقى وذلك اثناعشر دينارا وهي
 أربعة أخماس الثمن هو ثمن المبيع معيبا بالعيب القديم فاذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده
 فقد لنا انه ربع قيمة العيب معيبا بدمع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم وذلك ثلاثة دنانير لان العيب
 الذي حدث عنده انما كان معيبا بالعيب القديم فيلزمه أن يرد قيمة ما تلف من المبيع معيبا بالعيب
 وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم في المدونة وغيرها (مسئلة) فان قال البائع أنا أقبض المبيع ولا
 أرجع بقيمة العيب الحادث وقال المتباع بل امسك وارجع بقيمة العيب القديم فقد روى مصنون
 عن ابن القاسم ذلك للبائع الاول الا أن يقول المتباع أنا أمسكه ولا أرجع بقيمة العيب القديم فيكون
 ذلك له وقال عيسى بن دينار ليس ذلك له والخيار للبتاع وهو الأظهر من قول المنين وجه رواية
 مصنون ان البائع لما أسقط عن المتباع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة ما لم يحدث فيه عيب فلم يكن
 للبتاع الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول عيسى بن دينار ان حدوث العيب بالمبيع
 يثبت الخيار للبتاع وان لم يجب به على المتباع غرم كما لو ثبت له ليس البائع بعيب الرد وقد حدث
 عند المشتري بسببه عيب آخر وكما لو كان التعبير بالزيادة (مسئلة) وأما التعبير الموجب للخيار
 بزيادة في المبيع كالصبغ ونحوه فانه يأتي ذكره في الأفضية ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالتغير الحادث عند المشتري على ضربين زيادة ونقصان فأما الزيادة فان
 حكمها واحد في التدليس وغيره وأما النقصان فلا يخجل أن يحدث بسبب العيب المدلس به أو باذن

البائع أو يحدث بغير هذين الوجهين فأما ما يحدث بسبب العيب مثل أن يدلس بمرض فيموت منه أو يدلس بسرقة فتقطع يده فيموت أو يدلس بحمل فقوت منه فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع لأنه تعدى بكتمان عيب قد علمه فكان ذلك سببا لهلاك المبيع فلزمه ضمانه لما كان هلاكه من سببه (مسئلة) فان دلس بباقي فأبقى لم يختلف أعمابنا ان على البائع رد جميع الثمن الا محمد بن دينار فان ابن حبيب ذكر عنه انه قال اذا هلك باياقه فان للبائع قيمة عيب الاباق خاصة الا ان يلجئه الهرب في عطب كالنهر يقتصمه أو يتردى من جبل فهلك بذلك أو يتوارى في موضع فتشبه حية فهذا يرد البائع فيه جميع الثمن فاما ان يمرض في اباقه فيموت أو يجهل أمره فلا يرجع عليه الا بقيمة العيب وجه قول مالك والجمهور انه هلك بعيب دلس به البائع فكان عليه جميع الثمن كما لو دلس بمرض فأت منه ووجه قول ابن دينار ان ما اعترضه من مرض أو غيره ليس من جملة الاباق فلا ضمان عليه وأما ما يحدث باذن البائع فسيأتي ذكره في الأفضية ان شاء الله تعالى

(فصل) ثم نرجع الى الأصل ونقول قوله فان مات العبدو به العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه الى آخر الفصل يقتضى أن الرجوع بقيمة العيب انما يكون اذا كان العيب باقيا الى وقت الفوات فأما ان زال العيب قبل فوات العبد بالعتق والموت أو غير ذلك فلا رجوع للبائع على البائع بقيمة العيب لانه لو كان العبد باقيا وقدر زال عنه العيب لم يكن له رد بعيب قد زال فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمة بعد فوات المبيع (مسئلة) والعيوب في ذلك على ضربين عيوب اذا ذهبت لم يحس عاقبتها كالبياض في العين والمرض والوليد يموت والجرح يبرأ على غير شين فان أخذه عقلا فهذا لا خلاف انه بمنزلة الصحيح الذي لم يكن به شين وان مات أو عتق بعد زوال هذه المعاني فلا يرجع على البائع بشئ وان كان العبد قائما لم يكن له رد بعد ذهاب هذه المعاني وبالله التوفيق ومنها عيوب يتقى عاقبتها ويتقى عاديتها أو عودتها فأما ما تتقى عاديتها كالسرقة والاباق قال أشهب عن مالك في الصبي يأبى في الكتاب ثم يبلغ ويكبر لا يبيعه حتى يبين لان عادته تبقى وأما الجارية تبول في الفراش ثم انقطع عنها ذلك قال ابن القاسم هو عيب وقال أشهب ان انقطع انقطاعا بينا كالسنين الكثيرة فليس بعيب وان كان أمر ايسر فموجب عيب ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحدا اذا انقطع ذلك عنها العشرة الاعوام ونحوها على أنهم ما قد اختلفا في الجنون كاختلافهما في هذا وأمر الجنون أشد وأما الزوج للامة والزوجة للعبد يموتان أو يفترقان قال ابن القاسم وابن كنانة في المدينة ليس بعيب وقال مالك من رواية أشهب عنه هو عيب وجه ما قاله ابن القاسم ان العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين وجه رواية أشهب ان من اعتماد ذلك منهما دعا اليه وطلبه وذلك بفسد حاله ومؤثر في خصمته وقال الشيخ أبو بكر انما ذلك لان الناس أرغبت في من لم يكن لها زوج قط (مسئلة) وأما ما يتقى عودته من الجنون والجدام والبرص فقال ابن القاسم في الجنون هو عيب لانه تكثر رحمة وقال أشهب اذا برى حتى أمنت عودته فليس بعيب

(فصل) وقوله وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد يريد في الرد والامساك لانه اذا زاد فعليه قيمة الجزء الذي تلف عنده يوم الشراء الا أنه في ذلك ضمنه وان اراد الفسك فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس لان الجزء الذي دلس بنقصه انما دفع قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم فاما الرجوع بقدره ذلك اليوم من الثمن الذي دفع في الجملة ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليده من عيب جده بها وقد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليده من عيب جده بها وكان قد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

كانت ثيبا فليس عليه في اصابته اياها اشئ لانه كان ضامنا لها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا
فيمر باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برئ من كل عيب فيما باع الا
أن يكون علم في ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا
عليه * ش وهذا كما قال ان من أصاب وليدة وجد بها عيبا فانها ان كانت بكرا فأذهب عذرتها
فان عليه ما نقصها ان أراد ردها بالعيب وكانت ممن ينفعها الافتراض لان وخش الزقيق لا ينقصه
ور بما زاد ذلك فيهن وان كانت ثيبا ردها ولا شئ عليه لو طئه اياها وقد تقدم ذلك كله وليس عليه
رد مهر في بكر ولا ثيب وروى القاضي أبو محمد عن ابن أبي ليلى وروى عن شريح أنه أوجب في ذلك
مهر الردمعها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان هذا وطء صادف ملكا فلم يوجب مهرا
أصل ذلك اذا قامت ص * قال مالك في الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد باحدى الجاريتين
عيب ترد منه قال تمام الجارية التي كانت قديمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تمام الجاريتين بغير العيب
الذي وجد باحدهما تمامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التي بيعت بالجاريتين عليهما بقدر
ثمنها حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الأخرى بقدرها
ثم ينظر الى التي بها العيب فيرد بقدر التي وقع عليها من ثلث الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما
تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما * ش وهذا كما قال وذلك ان من ابتاع جارية بتجاريتين
ثم وجد متباع الجاريتين باحدهما عيبا فانه تقوم الجارية التي كانت ثمن الجاريتين فينظر كم ثمنها
يرد قيمتها وانما يحتاج الى ذلك ليتوصل بذلك الى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من
الغن في يبعه المتقدم وهي قيمة الجارية المنفردة

(فصل) وقوله ثم تمام الجاريتين بغير العيب الذي وجد باحدهما سالمين منه لانهما انما كانتا ثمننا
للجارية الواحدة التي تقدم تقويمها وهما سالمتان لانه على ذلك اشتراهما بائع الجارية وانما تقوم كل
واحدة منهما مفردة ليعلم قيمة كل واحدة منهما فبذلك يتوصل الى ما يريد ثم يجمع القيمتان ثم يعلم
كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما فان كانت قيمة التي بها العيب ثلث الجلة وقيمة
الأخرى الثلثين ردها ورجع بقدرها وبيان ذلك انه لا يخلو أن تكون الجارية التي هي من ثمن
الجاريتين باقية على حالها ثم أتت أو تكون قد فانت بزيادة أو نقصان أو اختلاف أسواق فان كانت
قائمة لم تنف نظرا الى الجارية التي وجد بها العيب فان كانت أفضل الجاريتين ردا الجاريتين وأخذ
جاريته وان كانت أدون الجاريتين ردا المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة يرد متباعها وهذا
معنى ما في المدونة من ذلك وروى اسماعيل القاضي عن ابن الماجشون ان الذي وجد العيب
لا يرجع في عين ما باع وان وجد العيب بجميع ما أخذ والذي أعطى لم يفت وانما يرجع بقيمته وان
تساوت الجاريتين ففي المدونة عن ابن القاسم في العبدین المتكافئين يصيب المتباع بأحد هما عيبا
أو يستحق فانه يرد ويأخذ ما يصيبه من الثمن وقاله غير ابن القاسم في العبدین والشاتين وقتل الخل
(مسألة) وار فانت الجارية بزيادة أو نقصان لزم فيها البيع وكان التراجع في قيمتها على حسب
ما قدمناه الا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين فان كانت الارتفاع ردها ورجع بجميع الجارية المفردة
وان كانت المعيبة هي الادون ردها مفردة ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة ولزمه البيع في
الجارية الثانية التي هي أرفع الجاريتين (مسألة) فان كانت الجارية المفردة لم تنف ولا تغيرت
في بدلها وانما تغيرت في أسواقها بزيادة أو نقصان فقد قال ابن القاسم ان ذلك فوت يمنع الرجوع

في عينها كتغير البدن

(فصل) وانما تكون قيمة الجارية بتين عليه يوم قبضهما يرد يوم خروج الجارية المفردة وان كانت السالمة على الراتعة من عهدة المواضعة لانه حينئذ يصح قبضه للجارية بتين ان لم يثبت فيها حكم المواضعة وان ثبت فيها حكم المواضعة في يخرجان منها وانما قال في هذه المسئلة يوم القبض بخلاف ما تقدم قبله في مسئلة العبد والوليدة من التفوي يوم البيع لانه يناق مسئلة العبد والوليدة على أنه ليست فهم مواضعة والكلام في هذه المسئلة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث فانما تزمه القيمة بعد ذلك ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة وما يتعلق بها وفيها ستة أبواب * الباب الأول في تعيين معنى المواضعة ولزومها * والباب الثاني في محلها من العقود عليه * والباب الثالث في محل المواضعة من العقود * والباب الرابع في محل المواضعة من العقود عليه * والباب الخامس في تعيين حكم الحوادث * والباب السادس في بيان ما يخرج به المواضعة (الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها)

قال أحد بن المعتدل في المبسوط المواضعة أن توضع الجارية اذا بيعت على يد امرأة معدلة حتى تعيض حية فان هي حاضت كمل البيع وان لم تعض وظهر بها حمل فسخ البيع (مسئلة) وحكم المواضعة ثابت في الرقيق في كل بند قال أشهب في العتبية والواضحة أرى أن يعمل الناس على المواضعة قال ابن عبدوس لما يتق فيهما من الحل

(الباب الثاني في تعيين محلها من العاتدين)

وذلك أن البائع للجارية سواء كان مالكا أو غيره من سلطان أو وكيل أو وصى لا بد من المواضعة لما ذكرناه (مسئلة) ومن باع شقص جارية ففي المبسوط عن مالك عليه المواضعة قال ابن القاسم في المدونة وكذلك لو أقال منه وجه ذلك انه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذي باعه سالما من الحل (مسئلة) والمسافر الحاج وغيره اذا باع الجارية فعليه المواضعة رواه ابن المواز عن مالك قال وكذلك أهل منى قال وكذلك المجتاز والمرأة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) واذا كان البائع قد غاب عن الأمة وهو ممن يطأ مثله فلا خلاف على المذهب في وجوب المواضعة فان كان لم يرغب على الأمة وفي حكم من لم يرغب عليها مثل أن يقبل من جارية أو من على مواضعتها أو وضعت على يدي غيره فان أقال منها أو ولاها قبل أن يغيب عليها أو قبل أن تنقض مواضعتها فلا مواضعة فيها لان البائع في مثل هذا كان ضامنا لها ومتى رجعت اليه في مدة ضمانه لها فلا مواضعة على المشتري فيها وكذلك لو بلغها المشتري من يائنها أو من غيره برمج فلا مواضعة عليه ولا استبراء على المشتري لانها على يدي عدل تعلم به براءتها ولم يرغب عليها بعد البراءة من لم يئس منها عليها وكذلك من باع جارية ممن هي على يده وديعة بعد ان حاضت عند المودع عنده (مسئلة) فان غاب عنها غيره من وضعت عنده للاستبراء وكان البائع لها ممن لا يطأ مثله كالصبي الصغير والمرأة الظاهر من المذهب وجوب المواضعة لا يجوز منها حل لا يلحق بزواج ولا زني ظاهر فلم يدخل المتاع عليه وهو ممن ينقص معظم الثمن وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج فلا ينقص من ثمنها الا اليسير فلا مواضعة فيها

(الباب الثالث في محل المواضعة من العقود)

حكم المواضعة ثابت في البيع بالنقد أو في الثمن المؤجل وأما في ابتياع الأمة من دين على الأمة فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة وان كانت من الاماء اللاتي لا يجوز بيعهن الا بالمواضعة لا يجوز ذلك

فيها وبطل العقد لما يدخله من فسخ الدين في دين قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان المبتاع كان له على
 البائع دين فنقله في جارية لم ينتجز نقل الدين الى عينها لابقى فيها من حكم المواضعة التي لا يكمل البيع
 وتبرأ به ذمة البائع الا بكاملها فلم تبرأ ذمة البائع من دين ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل
 البيع لانها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض وحسب معلوم وبعد البيع صارت مترددة بعد
 البراءة من الدين ان سامت الجارية في المواضعة والاشتغال به ان لم ينسلم وهذا معنى فسخ الدين في
 الدين ان لا تبرأ الذمة من الدين الأول ولا تبقى مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل الفسخ
 ويتخرج على قول أشهب جواز ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان البيع بيع براءة فقد
 قال ابن القاسم حكم المواضعة ثابت فيها لا يسقط بالبراءة قال ابن المواز وقال مالك في العتيبة ولو بيعت
 بيع ميراث فلا بد من المواضعة وقال ابن المواز باعها سلطان أو غيره ووجه ذلك ان البراءة من الحل
 لا تجوز لاسيما مع اقرار البائع بالوطء والمواضعة انما هي لمعنى ما يحدث من الحل فلا بد من ثبوتها والله
 أعلم وأحكم (مسئلة) وان شرط في بيع جوارى المواضعة أن لا مواضعة بينهما فانه على وجهين
 أحدهما أن لا يشترط البراءة من حل ان كان بها والثاني أن يشترط ذلك فان لم يشترط البراءة من
 حل فان ظهر بها بطل الشرط وثبت عقد البيع وثبت حكم المواضعة به قال ابن القاسم في المدونة
 وغيرها وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبي بكر فانه قال في المختصر الكبير ان البيع يفسد بذلك
 وهو مبنى على قول أصحابنا في صحة العقد وفساده في نقل الضمان المختلف في محله عن عرفه وقد قدمنا
 ذكره (فرع) فاذا قلنا بابطال الشرط وصحة العقد فقد قال ابن حبيب يخرج من يد المشتري
 ويجري فيها حكم المواضعة فان لم ترفع أمرها حتى ماتت ففي المدونة ان كان ذلك في مدة المواضعة فهي
 من البائع وان ماتت بعد ذلك فهي من المبتاع وحكى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك ان
 ماتت في عهدة الثلاث فهي من البائع وان ماتت بعدها في مدة الاستبراء فهي من المشتري ووجه
 الرواية الأولى لما بطل الشرط في ترك المواضعة ثبت حكمها وكانت عند المشتري بمنزلة أن يؤتمن على
 استبرائها ووجه الرواية الثانية انه لما شرط ابطال المواضعة لم يبطل ذلك الا بحكم حاكم فاذا ماتت
 قبل ذلك كانت بمنزلة وخش الرقيق الذي لا مواضعة فيه (فرع) فاذا قلنا بمراجعة مدة الاستبراء
 فكم قدرها قال ابن المواز الشهر ونحوه ولم يفصل وقال ابن حبيب ان كانت أيام حيفتها معروفة
 فقدرها وان لم تكن معروفة فأغلب أحوال النساء وهو الشهر قال وهو في الموت خاصة وأما ان جاءها
 بعد شهرين أو ثلاثة يريد ردها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدوده وزعم انها لم تحض صدق (مسئلة)
 وأما النكاح بالأمة الرائعة التي تحيض فحكم المواضعة (مسئلة) فأما الاقالة فان حكم المواضعة ثابت
 فيها اذا حدثت الاقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع لان الاقالة يبيع حادث يلزم البائع الثاني فيها من
 ضمان الجارية في مدتها ما لزم البائع الأول في مدة المواضعة الأولى ويتق من ظهور حلفها فيما اتقى من
 ظهوره في الأولى (مسئلة) وأما الرد بالعيب فان كان قبل انقضاء المواضعة من البيع فلا خلاف
 انه لا مواضعة فيه لانها باقية على ضمان الأول وان كان بعد انقضاء المواضعة من البيع فقد قال ابن
 القاسم فيه المواضعة للبائع على المشتري الذي رد بالعيب وقال أشهب لا مواضعة فيه ووجه ما قاله
 ابن القاسم ان هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمعاوضة كما لو بيعت ووجه ما قاله أشهب ان
 هذا نقض بيع وليس يبيع مبتدأ ولا عقد وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها

(الباب الرابع في عمل المواضعة من العقود عليه)

ان المواضعة ثابتة في الرائعة من الاماء التي مثلها يوطأ وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة لحمل يقبها في البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا وأخصر من هذه العبارة انها ثابتة في الجارية التي ينقص الحمل من ثمنها الكثير فان الصغيرة لا يصح فيها الحمل وذات الزوج والمشهورة بالزنا لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير وأما وخش الرقيق قال ابن القاسم عن مالك في المبسوط من الزنج وما أشبههن فلا يلزم فيهن ذلك واحتج لذلك بان الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها والوخش لا ينقص ثمنها فان نقص فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره (فرع) قال مالك وما كانت بفن حسيان أو ستين فهي من المرتفعات وهذا انما هو بحسب اختلاف الأوقات وانما ينظر في ذلك الى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء فهي الرائعة التي ثبت فيها حكم المواضعة واذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك وانما تتخذ للاستخدام فهي من الوخش ولا يثبت فيها حكم المواضعة (مسألة) واذا كانت الأمة المبعدة ذات زوج أو معتدة من طلاق فلا مواضعة فيها قال أحمد بن المعتل في المبسوط لانها لم ينسأ للوطء فلا يثبت فيها حكم المواضعة وهذا معنى صحيح لان الوخش لم يثبت فيها حكم المواضعة لانه لم يكن المقصود منها الوطء (مسألة) وان كانت حاملا لظاهرة الحمل ففي المدونة من قول مالك لا مواضعة فيها ووجه ذلك ان المواضعة انما هي خوف الحمل وتوقعه فاذا كان حملها ظاهرا فهو بمنزلة العلم بالعيب فلا يصح الرد به ولا التزامه به (فرع) فان اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم في ذلك من نفي المواضعة ثم انفس الحمل وظهر انها حامل فانها لا ترجع الى حكم المواضعة قاله ابن القاسم في المدونة واحتج لذلك بان للبائع أن يقول بعثك حاملا ولا أدري ما حدث بعد ذلك وله أن يقول بعثك ما جاز لي فيه الاتقاد وقد انتقدت (مسألة) وأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا مواضعة فيها لانها ممن لا يتقى عليها الحمل فلا تجر فيها مواضعة لان موضوع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها فان كانت توطأ ولا يحمل مثلها فقد قال ابن القاسم فيها المواضعة وقال مطرف وابن الماجشون لا مواضعة فيها ووجه قول ابن القاسم ان من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها فاحتيط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة في حق الصغيرة التي لا تحمل لانه يتميز ذلك ووجه قول مطرف وابن الماجشون انه اذا اتفق على أنها لا تحمل فلا معنى للمواضعة والله أعلم

(الباب الخامس في حكم الأمة في مدة المواضعة وان ضمانها من البائع)

ويلزم البائع نفقتها وجيع مؤنتها والسنة في ذلك أن نوضع على يدا امرأة وقال أشهر في كتاب ابن المواز تكون امرأة عدلة ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها في حياضها ويمكنها النظر اليها وان وضعت على يد رجل أجزأ ذلك اذا كان له عيال ينظرون اليها (مسألة) ومالحق الأمة في مدة المواضعة من موت أو نقص جسم فهو من البائع وللبيعت في الموت امساك الثمن وارتجاعه ان كان أخرجه من يده وفي النقص خيار الرد بالعيد أو الامساك وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقة فجمهور أصحابنا على أنه الرد بذلك وحكى ابن حبيب عن أصبغ لا يرد به ووجه قول الجمهور ان هذا لو كان أقدم من أمد التبايع لرد به فاذا حدثت في مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم ووجه قول أصبغ ان مثل هذا يمنع البائع بيعها لانها متى أرادت البقاء عنده أهدت مثل هذا في مدة المواضعة فترد عليه وما كان بهنما الصفة وجب أن يمنع منه (مسألة) وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية فهو للبائع ان كان لم يستثن منه مالها لان

كل من لزمه ضمانه كان لها ما ثبت من مال وأما ما حدث لها من ولد فقد قال ابن القاسم هو للبتاع وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس المبيع فأشبهه الثمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل في مدة المواضعة فكان للبائع كناء المال (مسئلة) ومن اشترى جارية رابعة بالمواضعة فيها ورضى بالحمل بعد صحة العقد فقال ابن القاسم له ذلك وان أباه البائع وقال سخنون ليس له ذلك وجه قول ابن القاسم ان كل عيب يجوز للبتاع الرضا به بعد ظهوره فانه يجوز له الرضا به قبل ظهوره واسقاط المطالبة كسائر العيوب ووجه قول سخنون ما احتج به من أن البتاع إنما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة

(الباب السادس في بيان ما تنتقض به المواضعة)

المواضعة تكون بأحد شيئين بحيض أو شهور فأما الحيض فالذي يجزى منه حيضة واحدة لانها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم وليس يتعلق بهامعنى من العبادة ولا حرمة الحرية فلذلك لم يكرر الحيض فيها تكرره في العدة فان كان الابتاع بعد ابتداء الحيضة فان كان في أول الدم وعظم الحيضة أجزأ ذلك من المواضعة فان كان الابتاع في آخر الحيضة وبعد ان ذهب معظم الدم لم تقع به البراءة واستؤنفت بعد المواضعة ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم في ذلك الوقت لا يقبل المنى بل يقذف بالدم وآخر الحيض يقبل المنى فلذلك افرقا (فرع) وكم مقدار ما تقع به البراءة من الحيضة الباقية قال ابن المواز ان بقي منه مقدار ما يعرف انه حيضة أجزأه ويحتمل قوله هذا امرين أحدهما انه ان بقي منه مقدار أقل الحيض أجزأه ولذلك قال في آخره وان كان انما بقي منه اليوم واليومان لم يجزه والثاني ان كان في وقت يرى ان الرحم يرى الدم ولا يقبل المنى فهو براءة فان كان غير ذلك فاما هي مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم وذهاب أمره فليس براءة (مسئلة) وان كانت الحيضة بعد الابتاع فلا يجلو أن تأتي على المعهود أو تتأخر عنه فان أتت على المعهود فانه تتم المواضعة وان كانت بعد التبايع بلحظة لانا قد قلنا انه اذا كان التبايع في أول الحيضة ان المواضعة تتم بتلك الحيضة فبان تتم اذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى (مسئلة) فان كانت من تحيض فارتفعت حيضها فاختلف أصحابنا فيها فروى ابن وهب أن براءتها لتسعة أشهر لا تنقص من ذلك وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا ان براءتها لثلاثة أشهر الا أن ترتب فتم تمام تسعة أشهر ولم تبرأ الا أن يظهر بها حمل ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض رتبة فوجب أن ترض له مدة الحمل وهي تسعة أشهر وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرد ليس برتبة لانه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحية (مسئلة) وهذا فبين كانت عاداتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة أشهر فأما من كانت حيضها تبطئ عنها أكثر من ذلك فلا يجلو أن تكون عاداتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها فان كانت عاداتها أقل من تسعة أشهر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان ثلاثة أشهر تبرئها وروى عنه يحيى لا تبرئها الا الحيض والارفعت الى ثلاثة أشهر ان استبرئت ووجه رواية عيسى بن دينار ان من كانت لا تحيض في ثلاثة أشهر فان ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لا تحيض الا في أكثر من تسعة أشهر لان الأشهر الثلاثة براءة لسكل من لا رتبة لها ووجه رواية يحيى ان من كانت عاداتها في الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التسعة فان الثلاثة لا تبرئها لان هذه حالها التي لا تبرئ قط في الحمل وغيره فلا يستدل بها على براءتها (مسئلة) فان كانت عاداتها أكثر من تسعة أشهر فلا خلاف على المذهب فعلمه ان ثلاثة أشهر تبرئها

الاما قال ابن حبيب ان من تحيض لأكثر من ثلاثة فانه لا يبرئها الا الحيضة ولم يفصل وجه قول
 الجمهور ان من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر فان تأخرها ليس بريئة ولا يفيد موضعها الى
 تسعة أشهر الا ما يفيد وضعها الى ثلاثة أشهر فلما معنى للاضرار بالتبايعين ووجه رواية ابن حبيب
 ان من تحيض لا يبرئها الا الحيض المعتاد الا ان تأخر عن عاداتها فتنتقل الى الأشهر كما لو حاضت لشهر
 (فصل) اذا ثبت الاستبراء والمواضعة تقع بانقضاء مدة المواضعة وذلك بظهور الحيض فان باول
 الدم فخرجت عن ضمان البائع وسقطت سائر أحكام المواضعة وتقرر ملك المشتري عليها وهل
 يحل له الاستماع بها ولا قال ابن القاسم في المدونة له ذلك لاول ما تدخل في الدم ويحكى على قول
 أشهب في كتاب ارجاء السور انه يستعجله أو يؤخر ذلك حتى يعلم ان ما رآه من الدم حيضة
 (فصل) وأما المواضعة بالأشهر ففي من لا تحيض لعله أو لياس فاما من لا تحيض لعله وريئة فقد
 تقدم ذكرها وأما من لا تحيض لياس فهنا مواضعتها ثلاثة أشهر و به قال سليمان بن يسار وعمر بن
 عبد العزيز وقال أبو حنيفة والشافعي يجزى من ذلك شهر واحد وقال عمر بن الخطاب وعلي بن
 أبي طالب وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم شهر ونصف وقيل شهران والدليل على صحة ما ذهبنا
 اليه ان المبدل لا يختلف وان اختلفت مقادير مبدلاته مع اتفاق معانيها كالتيمم لا يختلف مقدار
 باختلاف مقدار الوضوء والغسل لما كان معناهما واحدا والله أعلم

(فصل) اذا ثبت ما ذكرنا من تفسير أحكام المواضعة فان قوله وانما تكون قيمة الجاريتين عليه
 يوم قبضهما فان من باع جارية بجاريتين لا يخلو أن تكون الثلاث الجوارى من أعلى الرقيق أو
 وخسه فان كن من أعلى الرقيق ثبت حكم المواضعة في جميعهم ثم ينظر في الجاريتين اللتين هما
 عوض الجارية الواحدة فلا بد ان تكونا مستويتين أو احدهما أرفع من الاخرى فان هلكت
 المنفردة أو الرفيعة من الاثنين في المواضعة انتقض البيع كله لان الهالكه منهما من ضمان البائع
 فرجع العوض الى صاحبه وما أصاب الرفيعة من الثنتين فالذنية تبع لها وان هلكت الذنية من
 الثنتين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ينتقض البيع كله أيضا وروى هو وعيسى عن
 ابن القاسم ان الذنية من البائع يرجع بقدر قيمتها من قيمتها وقيمة التي معها في قيمة المنفردة لضرورة
 الشركة واختاره محمد ووجه الرواية الاولى ان هلاك الجارية بقبل ابرام البيع في عوضها يوجب
 نقض العقد كله دون مراعاة سير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعد ابرام العقد فانه لا يتعدى
 نقض السير منه الى غيره ووجه الرواية الثانية ان امتناع التسليم في سير البيع لا يوجب نقض
 البيع في جميعه اذا لم يحدث نقصا في غيره كالاتفاق (مسألة) وان كانتا متساويتين فان تبايعا
 بجاريتين تواضعا (مسألة) وان تبايعا جاريتين فتواضعا هما فخاضت احدهما قبل الأخرى
 فقد روى ابن القاسم ان التي حاضت توقف كالتمن الموضوع وروى عبد الملك عن مالك في المبسوط
 يقبضها بها وتبقى الأخرى على حكم المواضعة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من انها كالتمن
 الموضوع لا يجوز لبتاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة وذلك مبني على ان الرجوع
 في عينها لم يسلم عوضها ووجه رواية عبد الملك ما قاله ان هذه قد كل فيها البيع فان سلم العوض
 تم البيع فيهما وان عرض لها مانع مضت الاولى بقيتها وكانت تجارية بجارية استحققت احدهما
 أو ردت بعيب وقتلتمت مشتريها قال عبد الملك ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما
 فسخ البيع لان احدهما لم تضمن بالقيمة

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله ثم ينظر الى التي بها البيع وترد بقدر التي وقع عليها من تلك الحبيضة ان كانت كثيرة أو قليلة اختار بصفة التراجع في الجملة ولم يبين الحبيضة ان كانت في العين أو غيرها وقد قدمنا ذلك ويبيانه والله تعالى التوفيق ص **قال مالك في الرجل يشتري العبد** فيؤجره بالاجارة العظيمة أو القليلة ثم يوجد به عيب يرده منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة يبلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبد اقبى له دارا قيمة بناها من العبد اضعافا ثم يوجد به عيب يرده منه رده ولا يحتسب للعبد اجارة فيما عمل له وكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا **ش** وهذا كما قال ان الغلة للبتاع وله الرد بالعيب دونها والرجوع بجميع الثمن وذلك ان ما يحدث في عين المبيع على ضربين ظاهر حين العقد وغير ظاهر فالظاهر كقرفة نخلة مأبورة والصوف الكامل على ظهور الغنم ففي رد مثل هذا مع العيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا **قال ابن القاسم** رد وقال أشهب لا يرد بشئ من ذلك وهو للبتاع اذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب **ووجه قول ابن القاسم** ان للفرقة على هذه الحال وللصرف حصته من الثمن لانه لو استحق شئ من ذلك كان للبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن نص عليه محمد بن مسleme **ووجه قول أشهب** ان هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب فلم ترد معه كاللبن في ضرع الغنم يوم البيع **قال ابن المواز** ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن في ضرع الغنم عند البيع لانه لا يرد معها (فرع) **واذا قلنا بقول ابن القاسم** فان للبتاع اذا رد الثمرة أجز السقي والغلاج **ووجه ذلك** انه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجر العمل الذي يختص بها وانما يكون له عندي من العمل أجر مال ورد الثمرة لم يعمله لاتهم لم يرد كروا في مسئلة الغنم الرجوع بالعمل ونحن نعلم ان للرعي والسقي عليهما تأثيرا فيما ولا يرجع من ذلك كله بشئ وانما يرجع بالجز عندي ولم أر في شئ من ذلك نصا لأصحابنا (فرع) **فان كانت الثمرة والصوف حاضرين** فقد ذكرنا في منهب ابن القاسم انه يرد معها فان تلفا قبل الجز فلا ضمان عليه عند ابن القاسم لأن المبتاع يقبضهما وكذلك مال العبد قبل الانتزاع وان تلف بعد الجذ والجز والانتزاع فعلى المبتاع رد ذلك ان عرف قدرهما رد مثلها بالكيل والوزن والاغرم قيمتهما ولا يجوز أن تتركه عنده بمحضهما من الثمن وان كانت أكثر قيمة من المبيع لانه لا يجوز افراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع ولا صوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان افراده بالبيع (فرع) **فاذا قلنا** بقول أشهب فيما تكون الثمرة والصوف للبتاع الظاهر من المنهب ان يكون ذلك بالجد والجز وهو الذي يتطرق في أثناء كلامه لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع (مسئلة) **فان كان الغنم غير** ظاهر حين العقد فانه لا يخالو أن يكون عينا أو منفعة فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون من جنس المبيع والثاني أن يكون من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فانه يرد من ذلك مع الاما كان من الحيوان وقال الشافعي لا يرد شئ من ذلك مع الام والدليل على ما نقوله ان هذا تمام من جنس المبيع فلم يجز اسما كما مع رد المبيع بالعيب كالسمن (فرع) **فان كان ذلك حاضر ارده مع المبيع** وان كان أكثر دقيته وان باعه رد ثمنه واما ابن المواز عن ابن القاسم **وروى عيسى** عن ابن القاسم في الذي يبيع الشاة حامل فلقد عند المبتاع **ويأكل** مضطها انه بالخيار بين أن يرد لها وقية الولد أو يمسكها ويأخذ قيمة العيب قال وجه ذلك ان قيمة الولد بما كانت أكثر من قيمة العيب روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة ان المشتري بالخيار بين أن يردها وما نقصتها الولادة لأنها كانت ترجى

• قال مالك في الرجل يشتري العبد فيؤجره بالاجارة العظيمة أو القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة يبلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبد اقبى له دارا قيمة بناها من العبد اضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحسب للعبد اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا

يومثل ولدها أو يمسكها وبأخذ قيمة العيب ووجه رواية ابن المواز انه نساء من جنس المبيع المبيع
 فوجب أن يتبعه بازد بالعيب كالسمن ولا يقتضى هذا القول ان حدوث الولد لا يثبت للبتاع الخيار
 في الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول ابن القاسم في المدينة ان هذا نساء من جنس المبيع
 فوجب أن يرد له أو يمسك ما اشتراه معيبا فاذا اعتد بذلك النماء ثمنا كان له أن يرد ذلك الثمن مع
 العيب أو يمسك المبيع ولا شيء له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له فهذا الخيار انما يعود الى
 الامساك والرد فقط وهذا الخيار الذي ثبت له بوجود العيب وان لم يتعين العين المبيعة ووجه قول
 ابن كنانة ان الولد من جنس العين كالسمن فيثبت به الخيار ولا يجب أن يرد قيمته كما لا يرد قيمة
 السمن اذا ذهب ولكنه لما دخل الام النقص بالولادة ثبت له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة
 العيب أو يرد ما نقصتها الولادة فجعل التأثير للولادة لا للولد (مسئلة) وان كان من غير
 الجنس كالغرة التي لم تنور حين العقد والصوف الذي يثبت بعد العقد فلا خلاف على المذهب انه
 لا يرد من ذلك شيء مع الاصل وقال زفر يرد جميع ذلك وجه ما قلنا انه نساء من غير جنس المبيع فلم
 ترد بعد الانفصال كأجرة العمل (فرع) ومتى يكون للبتاع حكمي ابن المواز انه يبدو والصالح يكون
 للبتاع ويرد الاصل دونها وان رد الاصل قبل بدو الصالح فهي مع الاصل للبتاع وللبتاع ما أنفق
 ووجه ذلك انها تابعة للاصل ما لم يبدو صلاحها فاذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال فهي لمن
 ظهرت على ملكه وهذا عندى مبنى على أن الرد بالعيب نقض للبيع الاول وأما على قول من قال
 انه نقض للبيع من الاصل فيجب أن يكون للبتاع حتى يجده (مسئلة) وأما مال العبد فما كان
 يوم البيع رذبه سيده وكذلك ما لو هب له عند البتاع أو تصدق به عليه أو ربحه في ماله وأما ما وهبه اياه
 البتاع أو أقاد من عمل سيده أو ربحه في مال دفعه اياه البتاع فان للبتاع امساك ذلك كله ووجه
 ذلك أن ما كان استفاد من جهة البتاع فهو ببتاع وما صار اليه من غير جهته فهو مضاف الى ماله
 الذي كان بيده من جهة البتاع لأن عمله بالضم ان ص **ع** قال مالك الأمر عندنا فممن ابتاع رقيقا
 في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعد منهم عيبا أنه ينظر فيما وجد
 مسروقا أو وجد به عيبا فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثر ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذي فيه
 الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله قال وان كان الذي وجد مسروقا أو وجد
 به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا
 فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن
 الذي اشترى به أولئك الرقيق **ع** ش ان من اشترى رقيقا جملة فاستحق واحد منهم أو وجد به
 عيب فان كان الذي به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجملة وان لم يكن كذلك رذبه وحده بما
 يصيبه من الثمن وكذلك في الاستحقاق إلا أن العيب الذي فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجملة
 روى ابن المواز عن أشهب ان كان ذلك العيب ينقص الجملة كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب
 وان كان لا ينقص الجملة لم يرد به بالعيب وان كان ينقص أصعبا خاصة واستحسنه ابن المواز ووجه
 ذلك انه لم يرد بالبيع فيعتبر العيب في نفسه خاصة وانما يبيع مع الجملة فلا يجوز أن يعتبر العيب به
 وحده كالعضو (مسئلة) وان استحق بعض الجملة فلا بد أن يكون المستحق جزءا شاعا أو غير
 شائع فان استحق جزء فلا يخفى أن تنقسم الجملة على ذلك الجزء أو لا تنقسم فان انقسمت الجملة على ذلك
 الجزء كالسكيل والموزون والمعدود فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجملة أو

ع قال مالك الأمر عندنا
 فممن ابتاع رقيقا في صفقة
 واحدة فوجد في ذلك
 الرقيق عبدا مسروقا أو
 وجد بعد منهم عيبا أنه
 ينظر فيما وجد مسروقا
 أو وجد به عيبا فان كان
 هو وجد ذلك الرقيق
 أو أكثر ثمنا أو من أجله
 اشترى وهو الذي فيه
 الفضل فيما يرى الناس كان
 ذلك البيع مردودا كله
 وان كان ذلك الذي وجد
 مسروقا أو وجد به العيب
 من ذلك الرقيق في الشيء
 اليسير منه ليس هو وجه
 ذلك الرقيق ولا من أجله
 اشترى ولا فيه الفضل فيما
 يرى الناس رد ذلك الذي
 وجد به العيب أو وجد
 مسروقا بعينه بقدر قيمته
 من الثمن الذي اشترى به
 أولئك الرقيق

معظمها في التصيير ان كان ذلك الجزء معظم الجملة كان للبتاع في الاستحقاق امساك الباقي بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بجميع الثمن وان كان الجزء أقل من الثمن الجملة أو اليسير منها لزمه الباقي بما يصيبه (مسئلة) وان كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجملة فهو مخير بين أن يمسك الباقي بما يصيبه من الثمن أو رده فلذلك أو أكثر لأنه يدخل عليه مضره الشركة في آحاد تلك الجملة

(فصل) فان استحق جزء غير شائع فلا بد أن يكون مما الغرض في مبلغه دون اعيانه كالمكيل والموزون والمعدود أو يكون مما الغرض في اعيانه كالشباب والحيوان فان كان مما الغرض في سلعته فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر فان كان أكثر من النصف كان له رد الباقي على ما قدمناه وان كان أقل من النصف لزمه الباقي بحصته من الثمن وان كان النصفان سواء فهل يكون له الرد أم لا قال ابن القاسم له الرد وقال أشهب يلزمه النصف الثاني بنصف الثمن وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مما لا غرض في اعيانه وانما الغرض في مبلغه وانما اشترى بجملته فاذا استحق النصف فقد ذهب المقصود منه فثبت له الرد ووجه ما قاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع يلزم به النصف الثاني كالعبدین المتكافئين (مسئلة) فان كان مما الغرض في عينه فلا اعتبار بقيمة دون عينه فان استحق بعض آحاد الجملة فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل فان كان استحق ما قيمته النصف فقد قال ابن القاسم في العبدین المتساويين بحد المبتاع بأحدهما عيبا رده وأخذ ما يصيبه من الثمن وكذلك الاستحقاق وهو قول أشهب ويلزمه الباقي بنصف الثمن وكذلك ان استحق ما قيمته أقل من النصف فعلى قول ابن القاسم لا يلزمه السلم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف ويلزمه في المكيل والموزون اذا كانت قيمته النصف (مسئلة) فان استحق ما قيمته أكثر من النصف فهل رد الجميع المشهور من المذهب أن له رد الجميع وقال أشهب قيم غير هذا فهو خلاف المذهب ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها (فرع) فاذا قلنا رد الباقي فهل له الخيار بين الامساك والرد أم لا قال ابن القاسم وأشهب ليس له أخذ الباقي بما يلزمه من الثمن لانه الآن ابتاع بثمن مجهول لان ما يصيبه من الثمن مجهول وقال ابن حبيب له ذلك في الاستحقاق والعيب اذا تراضى المتبايعان لان العقد قد كمل على صحته ومعرفة الثمن فلا اعتبار بجعلها ما بثمن عند الحكم كالمواستحق النصف أو أقل من النصف قال وهذا بخلاف من ابتاع جارين فبطلت العيبان في المواضع فانه ليس له أخذ الادون بما يصيبها من الثمن لان البيع لم يكن كمل فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب ظاهر ولا بن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه لانه لا خلاف في المذهب ان من ابتاع جارية فحدث بها عنده عيب مفسد ثم اطاع على عيب قديم انه بالخيار بين أن يمسكها ويستقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية وبين أن يردها وقيمة العيب الحادث عنده فاذا اختار الامساك فقد أمسكها بثمن مجهول ولم يمنع ذلك صحة العقد (مسئلة) وسواء قوبلت الجملة بثمن واحد أو قوبل كل عين منها بثمن مسمى فانه ينظر الى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية لان التسمية حين العقد لا تشاع فيما يزيد في أثمان بعضها وينقصه من سائرهما وأما حين الرد بالعيب فيجب أن يتعري في قيمتها (مسئلة) وحكم هذه المسائل كلها في الرد بالعيب على حسب ما ذكرناه في الاستحقاق الا أن يجد بعض الجملة عيبا والمبيع مما الغرض في معيبه فان أراد أن يأخذ المبتاع السلم بحصة من الثمن لم يكن له ذلك الا برضا البائع فان شاء البائع أن يلزمه ذلك وأبى هو لزمه اذا كان المعيب قليلا ولم يلزمه اذا كان كثيرا وان

كان الغرض في أعيان المبيع وكان العيب بأقله فان للبائع أخذ السلم بحصته من الثمن وان كره ذلك البائع ووجه ذلك ان المكيل والموزون الغرض في مبلغه فيحصل سالمه معيبه في أخذ السلم دون المعيب اضراراً بالبائع وما كان الغرض في أعيانه كالرفيق والشياب فانه لا يقصد منه الكثير ولا يراد منه الاعيان فلا مضرة عليه في اقراره السلم بما يصيبه من الثمن

﴿ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبد الله بن عتبة بن مسعود أخبره ان عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن الذي تبعها به فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقر بها وفيها شرط لا حد ﴿ ش ظاهر قوله وشرطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن يقتضى ان ذلك كان في نفس العقد على وجه الشرط ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد وهذا يسميه العلماء الثنيا ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا وهو بيع فاسد مع النقد لان الثنيا في البيع لا تخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة فان كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المبتاع متى جئت بالثمن رددت عليك المبيع أو يقول له متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذي أعطى بها أو بالثمن الذي اشتريتها به فهذا كله غير جائز والأصل في ذلك ما روى أبو الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحافلة والخابرة والمزابنة ورخص في العرايا ومن جهة المعنى ان البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع ثم يرده اليه متى شاء فيكون تارة مبيعا وتارة سلفا لعل ابن القاسم بهذا وعلل سحنون بأنه سلف يجبر منفعة وذلك انه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع وقد يعترض على التعليلين ان في البيع والسلف يميز السلف من الثمن وذلك معدوم في مسئلتنا ولو قال يكون تارة مبيعا وتارة سلفا لكان أقرب ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك وما قاله سحنون انه سلف جبر منفعة فيه نظر أيضا لان السلف يرد على كل حال وهذا للبائع أن لا يرجع فلا يكون سلفا وله أن يرجع فيكون سلفا والفرق بين التعليلين ان البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه ويجوز البيع قبل الغيب على السلف ولما لم يجوز ذلك سحنون في هذه المسئلة منع أن يكون مبيعا وسلفا وقال هو سلف يجبر منفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان هذا في الاقالة وذلك أن يسئل المبتاع البائع أن يقبله فيقول البائع أقبلك على أنك ان أردت بيعه فأنا أولى به بالثمن فيقبله على ذلك ثم يبيعه المبتاع روى أشهب عن مالك ان المقيل أحق بالثمن الذي باعه به المقال ولا تفسخ الاولى ووجه ذلك ان الاقالة باب من المعروف يخالف البيع الذي هو مبني على المكايسة والمغابسة ولو شرط اذا أقاله أن يكون له بالثمن الاول فروى سحنون عن ابن القاسم انه ان علم به انتقال البيع فيعه مردود وان لم يكن كذلك وطال فبيع المستقيل نافذ كالذي سأل زوجته وضع صداقها فقالت أخاف الطلاق فقال لأفعل فوضعه ثم طلقها فان كان بقرب ذلك فلها الرجوع وان كان بعد طول الزمان بما لا يتهم فيه أن يكون خدعها فلا رجوع لها ﴿ قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وجه هذا عندى أن المسئلة مبنية عنده على أن الاقالة فسخ وليست بعتق بيع ولذلك احتج عليها بالطلاق الذي ليس بتعليك وانما هو ازاله ملك فلا يؤثر فيه ما لا يصح من الشروط وعلى قولنا بأن الاقالة يبيع من البيوع يفسد هاتين البيوع ويصحها ما يصح البيوع وعلى حسب ما قاله ابن القاسم في غير موضع يجب أن لاتصح الاقالة

﴿ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾
 ﴿ حدثني يحيى أن مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عتبة بن مسعود أخبره أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن الذي تبعها به فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقر بها وفيها شرط لا حد ﴿ ش

ويفسدها هذا الشرط لانه يمنع المقل من صحته ملك انتقل اليه بالاقالة (مسئلة) وأما اذا ضرب
 الى ذلك أجل أو نقده الثمن فقال ان جئتنى الى أجل كذا وكذا فمهلك رد عليك فهذا أيضا لا يجوز
 ويدخله ما يدخل غير الموجهل من البيع والسلف فان نقده الثمن فقال ان لم تأت به الى وقت كذا وكذا
 فقد وجب البيع فجاؤه بعد ذلك البائع ثبت البيع وقال ابن القاسم صار البيع جائزا وقد كان
 حراما وقال محمد وكذا اذا رضى المشتري وقد فسخنا الأول ولعله رآه من بيع الشروط التي ان ترك
 الشرط مشروطه مضي البيع لقول ابن القاسم قد كان البيع حراما يدل على فساد العقد الأول لأن
 نقده ثمن على أنه ان رد المبيع كان سلفا وان أمضاه كان بيعا ثم تأول ابن المواز اجازته له بعد ذلك
 واحتمل عنده وجهين أحدهما أن يكون هذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد
 كالسلف والبيع وهذا لا يصح إلا بان لا يغاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم والوجه الثاني
 أن يكون قد فسخنا العقد الأول وسند كركمه بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان
 تطوع المبتاع بعد كمال العقد وملكه للبيع فقال أصبغ اذا سلمنا من مدهنة أو مواعدة فذلك جائز
 ضرب بالملك أجلا ولم يضر به الا في الاماء لما يجدر فيه من اعادة الفرج فان أطلق ذلك وأضرب له
 أجلا بعيد المصيح ولم يلزم هذا الشرط الا أن يدرك ذلك المشروط بجمرة الأمر لعله يريد عند
 قوله ذلك وقبل أن يغيب عليها ويمكن وطؤها فان ضرب بالملك أجلا أقرب من مدة خروجها من
 الاستبراء فذلك لازم لانه قد سلم مما خفناه ويجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للبتاع وطؤها من ذوات
 محارمه من الاماء (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يخالف في تطوع فيه بالثنيان من أن يضرب له أجلا أولا
 يضرب له أجلا فان ضرب له أجلا فليس له أن يحدث فيه شيئا يقطع به ذلك الى منتهى الأجل وان لم
 يضرب لذلك أجلا فمن جعل له ذلك القيام بالثنيان متى كانت في ملك الذي جعلها له وان خرجت
 عن ملكه سقط ذلك ووجه ذلك ان الثنيان اتماه على وجه المعروف والاطلاق في ذلك لا يتعذر
 ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام فاذا أتماه عنده كان له ثنيا وان خرج عن ملكه لم يكن له
 ابطال تصرفه فيه بالبيع أو الهبة

(فصل) وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن هذه القضية وهو من أهل العلم
 والاجتهاد يحتمل معاني احداها أن يكون خفي عليه حكمها وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى
 أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه ويحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجهها حتى يعلم عبد الله بن مسعود
 حكمها بالدليل الذي يرشده اليه ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقته
 له فيها أو مخالفتها

(فصل) وقول عمر لا تقر بها وفيها شرط لأحد قال أبو مصعب في المبسوط معنى ذلك لا تبتمها
 وفيها شرط لأحد ومعنى ذلك لا تستترها بهذا الشرط وهذا يقتضى منعه من هذا الاتباع لفساده
 ورواه عن مالك ويحتمل عندي أن يريد به لا تقر بها في الوطع مع بقاء هذا الشرط فيها ويكون حكم
 العقد في الفساد والصحة مسكوتاً عنه ص **مالك** عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول
 لا يبطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء **عمر**
 قوله رضي الله عنه لا يبطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها منع من وطئها الا مع هذه
 الشروط وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه هذه الشروط فاسد لان ملك اليمين يبيع الوطع ان لم يمنع
 من ذلك مانع بحرمة أو غيرها فان لم يبع ذلك بوجه لم يكن ملكا تاما ووجه فساد العقد ان ما يشترط

* وحدثنى عن مالك عن
 نافع عن عبد الله بن عمر
 أنه كان يقول لا يبطأ الرجل
 وليدة الا وليدة ان شاء
 باعها وان شاء وهبها وان
 شاء أمسكها وان شاء صنع
 بها ما شاء

البائع على المشتري في البيع على ضربين أحدهما لا يقع إلا بعد انقضاء ملك المتاع للبتاع كبيع العبد والأمة واشترط الولاء قبل هذا الشرط لا يثبت ولا يفسد العقد لانه قد سلم فيه الملك من حق البائع فلم يؤثر فسادا في البيع وشرط عليه ما لا يملكه المتاع فلا يثبت الشرط (مسئلة) والثاني أن يشترط عليه في البيع ما يقع في مدة ملك المتاع للبتاع وذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط البائع في المبيع منفعة لنفسه والثاني أن يشترط على المتاع ايقاع معنى في المبيع والثالث أن يشترط عليه من تصرف عام أو خاص فأما إذا اشترط منفعة في المبيع فمثل أن يبيع دارا ويشترط سكانها أو دابة ويشترط ركوبها أو غلاما ويشترط خدمته أو ثوبا ويشترط لبسه وسياحه ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الضرب الثاني وهو أن يشترط المتاع ايقاع معنى في المبيع فعلى وجهين أحدهما أن يشترط ايقاع معنى من معاني البر والثاني أن يشترط ما ليس برا فأما الأول فمثل أن يشترط عليه في العبد العتق أو التدبير أو في الأمة الاستيلاء فان ذلك ينقسم على قسمين أحدهما أن يشترط عليه من ذلك ما يتعجل مقصوده كالعتق المعجل والقسم الثاني أن يشترط عليه ما يتأجل مقصوده كالاستيلاء والتدبير والعتق المؤجل والكتابة فأما اشترط العتق المعجل وما يتعجل مقصوده بائرا لعقد فهو جائز لبعده عن الضرر وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق والدليل على ما نقوله ان هذا يبيع بحب به العتق فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع الأبق من أيه (مسئلة) فاذا ثبت ذلك فان أراد المتاع التمسك بالعبد وامتنع من انفاذ العتق فاختلاف أصحابنا في ذلك فقال أشهب يجبر على العتق وقاله ابن كنانة في المدينة وزاد ولورضى البائع بذلك لم يكن له ذلك ولم ينتفع بقول البائع في هذا ويعتق عليه قال ابن القاسم ان كان اشتراه على ايجاب العتق فهو حر وان كان اشتراه من غير ايجاب عتق لم يجبر على عتقه وجه ما قاله أشهب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا قد عوقد على العتق فهو مأثور بان يفي به ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز اشترطه البائع في المبيع فلم يكن للبتاع نقضه كما لو شرط فيه استخدام يوم أو يومين ووجه قول ابن القاسم ان العتق ليس بحق للبتاع فليس له الخيار على ابتداء ايقاعه كما لو لم يشترط ذلك (فرع) والايجاب عند ابن القاسم أن يقول ان اشتريته منك حر وان لم يقل ذلك وانما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه فليس بايجاب فاذا قلنا في ذلك برواية ابن القاسم فان شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن يرضيه للبتاع دون شرط وبين أن ينقض البيع وقد تقدم من قول ابن كنانة ليس للبتاع ترك العتق وان كان قد فات فله الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى هذا عندي أن يقوم بهذا الشرط ويقوم دونه ويرجع من الثمن بما بين القيمتين وبما ذكر يفوت هذا العبد قال ابن القاسم تفيته حواله الأسواق بما زاد وقال أصبغ لاتفية حواله الأسواق ولا التغيير اليسير في البدن (مسئلة) وأما ما يتأجل مقصوده كالتدبير والوصية بعته والكتابة فان الشرط يبطل ويبطل العقد لم يفت ووجه ذلك انه أجل المقصود من المستثنى في العبد الى أجل بعيد فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن يستخدمه يوما بعد عام

(فصل) وأما ان شرط على المتاع ايقاع ما ليس به مثل أن يشترط عليه بيعها أو اخروجها الى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها ولا يهبها ولا يتصدق بها ولا يشتري أو لا يستخدم خدمته معينة فهذا كله لا يجوز فان وقع فقد روى محمد عن مالك يبطل

البيع الا أن يترك المشتري ما شرط و روى ابن نافع عن مالك ليس له اسقاط الشرط و يفسخ
العقد ما لم يفت و روى داود بن جعفر عن مالك في المدينة لا يجوز ذلك في شيء من السلع لما يحدث
في ذلك من الدين والحاجة تنزل بالبتاع ووجه ذلك ما قدمناه فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول
لا يبطأ الرجل وليمة الا وليمة ان شاء باعها وان شاء أمسكها وان شاء وهبها لانه اذا لم يكن له التصرف
فيها بذلك كله فلكه عليها غير صحيح فلا يجعل له وطؤها بملك اليمين الا انه اذا لزمته القيمة فيها بالقوات
جاز له وطؤها حينئذ لانه قد تقرر ملكه عليها فان وطئها قبل أن تفوت عنده ويصح ملكه عليها كان
ذلك فواتا للبيع الفاسد على ما سنذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ومن ابتاع جارية فقال له
أبو الجارية ابتعها وأنا أعينك في ثمنها بكذا وكذا ينار ا على أن تحبسها ولا يبيعها فأخذ ذلك من أبيها
ثم ابتاعها على هذا الشرط قال البيهقي قد سلم مما يكره وان أراد أن يبيعها رد على أبيها ما أخذ منه
قاله ابن كنانة في المدينة ورواه عيسى عن ابن القاسم ص قال مالك فممن اشترى جارية على
شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشرط فانه لا ينبغي للشترى أن يبطأها وذلك انه
لا يجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لا يملك منها ذلك فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه
فيها ما ملكه يبدغيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلاح وكان يبيعها مكرها **ش** وهذا كما قال ان
من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط فان ملكه لم يتم فيها والبيع مقتضاه الملك التام فاذا
شرط عليه فيه ما يمنعه صحة الملك وحب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم ولا يزم على هذا العتق فان
العتق اذا كان معجلا لم يكن له الوطء وان كان مؤجلا لم يجز العتق وقت تقدم بسط القول في ذلك
كله (مسئلة) وهذا ان شرط أن لا يبيعها جلة وأما ان شرط أن لا يبيعها ولا يهب ولا يعتق حتى
يعطيه الثمن فقد روى داود عن مالك في المدينة أن ذلك جاز في العبد والوليدة وسائر السلع وله أن
يرهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يجاز به المرهون على يدي عدل و روى ابن المواز عن مالك
جواز ذلك في السلع وقال محمد وهذا في مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحسن أيضا وأما
ما طال أو اى غير أجل فلا خيره و روى ابن أبي زنين عن علي بن زياد عن مالك لأبأس بذلك في
العبد والأمة والوليدة وسائر السلع اذا كان الثمن الى أجل معلوم لانه بمنزلة الرهن وقال ابن القاسم
في الموازاة اذا اشترط في شيء من السلع أن لا يبيع ولا يهب حتى يقبض الثمن فلا خيره في هذا البيع
وجه قول مالك ما احتج به من أن لها حكم الرهن اذا جاز له أن يرهن غير المبيع جاز أن يرهن المبيع
مع أن المبتاع قادر على التصرف فيها بان يقضى الثمن ووجه قول ابن القاسم انه شرط يمنع المبتاع
المبتاع من المبيع حتى يدفع اليه الثمن كبيع النقد ووجه قول ابن القاسم انه شرط يمنع المبتاع
من التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب أن يمنع ذلك
صحة البيع كالمو شرط ذلك بعد الانتفاء (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد روى داود بن دينار
عن مالك أن للبيع حكم الرهن والبائع أن يرهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يجاز به المرهون على
يدي عدل وان قلنا بقول ابن القاسم ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فممن شرط
ذلك في بيع سفينة يفسخ البيع ما لم يفت فان فات مضى البيع ولم يرد
(فصل) وقوله لا يجوز له أن يبيعها ولا يهبها يحتمل أن يكون مبنيا على أن البيع الصحيح
لا يفيت البيع الفاسد ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك فهو ممنوع الا انه ان أوقفه فان
به البيع كوطء الأمة

قال مالك فممن اشترى
جارية على شرط أن لا
يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه
ذلك من الشروط فانه
لا ينبغي للشترى أن
يبطأها وذلك انه لا يجوز له
أن يبيعها ولا أن يهبها فان
كان لا يملك ذلك منها فلم
يملكها ملكا تاما لانه قد
استثنى عليه فيها ما ملكه
يبدغيره فاذا دخل هذا
الشرط لم يصلاح وكان يبيعها
مكرها

﴿ النهى عن أن يوطأ الرجل وليدة ولهازوج ﴾

ص مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولهازوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لأقر بها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها ﴿ ش قوله أن عثمان رضى الله عنه قال لأقر بها حتى يفارقها زوجها يريد أن استباحة الوطء بالنكاح مقدم على استباحته بملك الميم لان الوطء مقصود النكاح ومقتضاه ولذلك لا يجوز أن ينعقد على من لا يستباح وطؤها وليس كذلك ملك الميم فان الوطء مقصوده ولذلك يجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها ولذلك من كانت له أمة لها زوج لم يحل له وطؤها لان الزوج املك باستباحة بضعها فحرمت على السيد

(فصل) وقوله ابتاعها بالبصرة ظاهره أنه إنما ابتاعها ذات زوج ويحتمل أن تكون ذات زوج حين الهدية وانها حين البيع لم تكن ذات زوج غير ان اللفظ في المعنى الاول أظهر وذلك يقتضى ان يبيع الأمة لا يكون طلاقا وعلى هذا جماعة الفقهاء الامار وون عن عبد الله بن عباس انه قال يبيع الأمة طلاقا

(فصل) وقوله فارضى ابن عمر زوجها ففارقها يقتضى ان السيد لا يملك ففسخ نكاحها لان الزوج قد ملك بضعها وسواء كان السيد هو العاقد أو غيره وانما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لها ان يستبجها عثمان وذلك لا يكون الا بعد مفارقة الزوج لها وانقضاء عدتها منه فارضاه بمال أعطاه اياه أو غيره على ان فارقها لان عصمة الزوج لا تزول عنها الا بوفاة أو طلاق أو فسخ وقد كررنا كل نوع من ذلك في كتاب العنة بما يعنى عن اعادته الا اننا ذكرنا هنا ما يتعلق بالاستبراء الذى يبيحها للسيد وذلك ان عدة الأمة في وفاة زوجها شهران وخمس ليال تغلها حيضة فان كانت عند السيد المتباع لها من أول العدة أجزاء ذلك من استبرائها وان اشترها في أثناء العدة فاستبرأؤها أقصى الأجلن الحيضة أو انقضاء الأيام (فرع) وأما اذا ثبت ذلك وكانت براءتها في حقه الحيض أو بدله لمن تأخر حيضها على ما تقدم وذلك لمن ارتفع حيضها ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر على الرويتين في ذلك ويعتد بهما من يوم الشراء ويدخل فيهما شهران وخمس ليال (مسألة) وأما الطلاق فلا يخلو أن يكون باعها غير زوجها أو يكون باعها زوجها فان كان باعها غير زوجها وقد طلقها الزوج فان كانت بقيت جميع عدتها وهى حيضتان فلا يستبجها الذى اشترها حتى تحيضهما لان ذلك حق الزوج وان كانت بقيت حيضة واحدة استباحها السيد بوجودها لان في ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشتري (مسألة) فان كان البائع هو الزوج فلا يخلو أن يكون أصابها بملك النكاح أولا ولم يصبها فان كان أصابها بملك النكاح ثم استبرأها ثم باعها قبل أن يصيبها بملك الميم فالعدة فيها من وقت الشراء لان النكاح انفسخ بعقد الشراء ولم عدتها عن مالك في ذلك روايتان فالمشهور ان عدتها حيضتان وروى عنه حيضة واحدة والاول أصح لان عقد المالك يؤثر في عقد النكاح ولا يؤثر في الاصابة وانما يؤثر فيه ويزيل حكمه الاصابة بملك الميم (فرع) واذا قلنا ان عدتها حيضتان فان كان المشتري من الزوج اشترها قبل أن تحيض الحيضتين أو بعدما حاضت اجداهما في الحيضة الثانية ما ينقضى به استبرأؤها (مسألة) فان أصابها بملك الميم ثم باعها فقد بطل حكم النكاح وصار حكمها حكم الاماء الاستبراء في حق البائع والمشتري (مسألة) فالما وضع الحل فانه يكمل به الاستبراء وعدة الوفاة

﴿ النهى عن أن يوطأ الرجل وليدة ولهازوج ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولهازوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لأقر بها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها

والطلاق لا يترقب شيء عنده لان الاستبراء بالحيض والشهور راعا هو من أجل توقع الحمل فاذا اظهر
الحمل فلا براءة الا بوضعه فاذا وضعت لم يتوقع غيره لانه قمتيقن بوضعه البراءة من غيره ص ﴿ مالك
عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها
ذات زوج فردها ﴿ ش قوله انه وجد الأمة ذات زوج فردها يقتضى أن ذلك عيب فيها وقد تقدم
ذكره وادخل مالك رحمه الله هذا الحديث في هذا الباب بمعنى ان الزوج منع السيد من الوطء وهو من
بعض العيوب التي تؤثر فيها الزوج

﴿ ماجاء في عمر المال يباع أصله ﴾

وحدثني عن مالك عن ابن
شهاب عن أبي سلمة بن عبد
الرحمن بن عوف ان عبد
الرحمن بن عوف ابتاع
وليدة فوجدها ذات
زوج فردها

﴿ ماجاء في عمر المال يباع
أصله ﴾

وحدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من يباع
نخلًا قد ابرت فمرها
للبائع الآن يشترط المبتاع
نهي البائع والمشتري

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت
فمرها للبائع الآن يشترط المبتاع نهى البائع والمشتري ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم من باع
نخلًا قد ابرت التأبير في النخل هو التلقيح قال صاحب العين ابرت النخل أو برها أو ابرها أو ابرتها لتلقيحها
وقال الخليل الأبر لقاح النخل يقال أبرها أبرها اذا القحها والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل فيعلق
بين طلع الاناث وقال ابن حبيب التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة وقال مالك قال الله تعالى وأرسلنا
الرياح لوافح فاذاتم اللقاح فسقط ما سقط وثبت ما ثبت فحينئذ تكون الثمرة للبائع باطلاق العقد
والتأبير على هذا اصلاحها اللقاح فاذا القحت وانعقد النور فيها فيما ينور فقد تم اللقاح وثبت حكم التأبير
واذا اشتق طلع قبل ابانه فآخر تأبيره وقد أبر عنه من حاله مثل حاله فحكمه حكم ما أبر (مسئلة)
وما عدا النخل من سائر الأشجار فالتأبير فيه ما قدمنا ذكره وفي التين وما لا من له أن تبرز جميع الثمرة
عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها فهذا بمنزلة التأبير فيها لانه حينئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته
وقلته والتأبير في النخل التي لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الابار في غيرها وأما الزرع فاباره أن يفرك في رواية
ابن القاسم وروى عنه أشهب ان اباره ظهوره من الارض وجهر رواية ابن القاسم ان الثمر هو الجب
فوجب أن يكون ابارها بذهاب زهرها وانعقاد حبا ووجه رواية أشهب ان الأصل هو الارض
والذي ينفصل منه هو الزرع فوجب أن ينفصل عنه في البيع بالظهور كالثمره مع الشجر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فمرتها للبائع يريد انها مطلق العقد تكون للبائع وقال ابن أبي
ليلي هي للمشتري والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم فمرتها للبائع الآن يشترطها المبتاع
ومن جهة القياس ان هذا ظاهر متميز فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة (مسئلة)
اذا ثبت انها للبائع بمطلق العقد فليس للمشتري اجباره على نقل ثمرته قبل أو ان جدادها وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا استحقاق بمجرد على أرض فيها زرع
للمستحق عليه فلم يجبر على نقله قبل أو انه كالشفعة (مسئلة) فان أبر بعضه دون بعض فلا يخلو أن
يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثرهما فان كانا متساويين فقد قال مالك سأبر البائع والمشتري
للبائع وقال محمد بن دينار ما أبر تباع ما لم يتؤبر وذلك كله للبائع وقال سحنون في العتيبة عن ابن القاسم
يقال للبائع اما ان تسلم جميع الثمرة والافسخ البيع وان رضى المبتاع بالنصف وجه قول مالك ان
النخل مما يمكن تبعيته ونعاه كل شيء من ذلك متميز وقد تساوى فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر فكان
لكل قسم حكم نفسه ووجه القول الثاني ان كان قاله في المتميز أن فضل الثمرة ومعرفة تساويهما
أمر بعد فوجب أن يكون ما يجوز استثناءه تبعاً لما لا يجوز استثناءه (مسئلة) وهذا اذا أبر بعض

الخل ويبقى بعضها لم يثور فما اذا كانت النخل في حين تأبيرها وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل وكان في سائر الثمار فنظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر فروى ابن حبيب ان ذلك للبائع وروى ابن المواز ان ذلك لا يجوز الا ان يشترط الثمرة المتباع ووجه رواية ابن حبيب ان هذا معنى ينقل حكم الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه في ذلك الحكم أصله الا زهاء ووجه رواية ابن المواز انه اذا كان المالم يثور بحكم يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين ولم يكن أحدهما تبعاً للآخر لم يجز في ذلك مطلق العقد لانه لا يتميز به حق المتباع من حق البائع ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المتباع لانه لا يجوز أن يشترطه البائع مالم يثور فلم يبق الا أن يشترط نصيب البائع لانه مما يجوز أن يشترط (مسئلة) فان كان أحد الأمرين أكثر فمن مالك في ذلك روايتان احدهما ان القليل تبع للكثير والثانية انه بمنزلة التساوي

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا أن يشترطها المتباع يريد فلا يكون حينئذ للمتباع بمقتضى الشرط ولا تعلم في جواز ذلك خلافا اذا ابتاعها بغير الطعام والشراب فان ابتاعها بطعام أو شراب فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز أبرت الثمرة أم لم يثور الا أن يجدها قبل أن يفترقا قال محمد بن مسلمة في المبسوط ان ذلك جائز أبرت أم لم يثور مالم يتبدى صلاحها وجه القول الأول ان هذا طعام بطعام غير متميز القبض واما راعى في فساد العقد ما يؤول اليه لانه ما هو عليه حين العقد بدل على ذلك أن من اشترى قتيلا فقصده قبل أن يمير فيه الحب صح شراؤه وأما ان أبقاه حتى صار جافا فسد فيه البيع وروى فيه المال لولو روى فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع ولم يفسد لانه لم يكن يوم شراؤه الا قتيلا أو عسبا ووجه القول الثاني ما احتج به محمد بن مسلمة ان الطلع بمنزلة جوار النخلة مالم يثور فاذا أبرت فداخل في عموم قوله ففترتها للبائع الا أن يشترطها المتباع ولم يفرق بين ابتاعها بطعام أو غيره (مسئلة) وان اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشترى من جميع النخل ويشترط نصف ثمرتها فسد قال مالك لا يجوز ذلك في الثمرة ولا في مال العبد وحلية السيف وروى سمنون عن أشهب جوازه في ثمرة النخل ومال العبد وجه قول مالك انه انما يجوز استثنائه على وجه التبعية وأما ان يكون مقصودا فذلك غير جائز واذا استثنى بعض ذلك علم ان الثمرة مقصودة بالعقد لحقتها المعانبة والمكايسة ووجه قول أشهب ان ما جاز أن يشترط جميعه في العقد جاز أن يشترط بعضه كاصل آخر (مسئلة) فان لم يشترطه في حين العقد ثم أراد أن يلحقه بالعقد فقد اختلف أصحابنا فيه فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمره النخل ورواه عنه ابن القاسم وروى أشهب عنه أيضا انه لا يجوز فيهما و به قال المخزومي وابن دينار وأجازة أشهب في الثمرة دون مال العبد ورواه أيضا عن مالك فاما اجازة ذلك بعد العقد فانه مبني على ان ما بعد العقد يلحق بالعقد وهذه المسئلة جائزة وان قلنا انه لا يلحق بالعقد فيجب أن لا يجوز هذه المسئلة ووجه التفرقة بين مال العبد وثمره الشجرة على رأي أشهب ان مال العبد ينتقل بكال العقد فيه دون شرط الى حاله لا يجوز استثنائه عليها في أصل العقد لانه ينتقل الى ملك البائع والثمرة باقية على الحالة التي كان يجوز اشتراطها للمتباع مع الأصل فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد (مسئلة) فان اشترى الأصل والثمرة في صفقة واحدة ثم استحق الأصل فقد قال ابن حبيب ان كان ذلك في زرع فاستحققت الأرض فسخ البيع مالم يستصعد الزرع ولو استصعد قبل الاستحقاق تم فيه البيع وهو للمتباع وكذلك الثمرة في استحقاق الأجل ووجه ذلك عندي والله أعلم انه لم يعض على هذه الثمرة وقت وهي

فيه بصورة ما يفسد فيه البيع لانها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لاعتقاد المتبايعين
 انها تباع للأصل الذي بيعت معه فلما بدأ صلاحها كانت بصفة ما يبيع افراده بالبيع فلم يفسد معها
 استحقاق الأصل وافراده ما ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح الثمرة لفسد البيع فيها لانفرادها
 عن الأصل واستعماله للبيع فيها على ذلك الوجه واما ذلك لان الاستحقاق يتناول الأصل دونها والله
 أعلم (مسئله) فان أفراد الثمرة بالشراء على الجدم ثم اشترى الأصل بعد ذلك فالله أن يترك الثمرة
 في الأصل حتى يبدو صلاحها ووجه ذلك انه ملك الأصل والثمره جميعا على وجه صحيح سائغ فكانت
 له التبقية كما وملكها في عقد واحد ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اشترى الأصل لم يجز له أن
 يقر الزرع حتى يبدو صلاحه لانه لم يملك فلا تسقط المخارصة بتلف الزرع وهو المعنى الذي من أجله
 منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة الفرر وتكرار الجوائح والجهل بصفة المبيع حين
 القبض (مسئله) ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبقها لان العقد على
 الثمرة وقع فاسدا ولو ورث الارض بعد ذلك جازت له التبقية قال مالك ووجه ذلك ان الثمرة اذا فسح
 البيع ردت اليه بحق الميراث

(فصل) فان كانت الثمرة غير مأبورة فانها بطلاق العقد للبتاع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هي
 للبايع والدليل على ما نقوله ان الثمرة قبل الابار مستكنة في البيع من أصل الخلقة فكانت تبعا
 للأصل في البيع كالحل في البطن واللين في الضرع (مسئله) ولا يجوز أن يكون للبايع
 بالشرط خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقوله ان هذا كما من ظهوره عام فم يكن
 للبايع بالشرط كالجنين

النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها

النهي عن بيع الثمار
 حتى يبدو صلاحها
 حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمران رسول الله صلى
 الله عليه وسلم نهى عن
 بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
 نهى البائع والمشتري

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى
 يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري ش معناه حتى تزهي ومعنى الازهاه في ثمره النخل أن تبدو
 فيها الحمره أو الصفرة وهو النضج وبدو الصلاح وبذلك ينبوع من العاده وذلك كله بعد ان تطلع الثمرات
 طلوع الفجر في النصف الآخر من شهر ما به بالا معجمي قال ابن حبيب لثمره النخل سبع درجات الطلع
 ثم ينفث الزهر عنه ويبيض فيكون اغريض ثم يذهب عنه بياض الاغريض ويعظم حبه وتعلوه
 خضرة ثم يكون بلحا ثم تعلو الخضرة حمرة فيكون زهوا ثم يصفى صفرة فيكون يسرا ثم تعلو
 الصفرة كدره وتنضج الثمرة فتكون رطبا ثم تيبس وتكون تمرا وبدو صلاح التين أن يطيب وتوجد
 فيه الخلاوة ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه وكذلك العنب الأسود بدو صلاحه أن ينعو
 الى السواد وأبيضه الى البياض مع النضج وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينعو الى السواد
 وبدو صلاح القناء أن تتقد وتبلغ القناء منه مبلغا يوجد له طعم وكذلك الفخوس قال ابن حبيب وأما
 البطيخ فليس بدو صلاحه الا اذا انحأنا حبة الاصفرار والطياب وروى في العتيقة عن أصبغ عن
 أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوسا قال أصبغ فقوسا قد تهيأ للبطيخ وأما الصغار فلا وجه
 قول ابن حبيب ان بدو الصلاح فيه انما هو على وجه ما يؤكل عليه ويوجد فيه الغرض المقصود منه
 ووجه مقاله أشهب ان هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالبا فاشبه بدو صلاح القناء (مسئله) وأما الموز
 ففي العتيقة من رواية أشهب وابن نافع عن مالك انه يباع اذا بلغ في شجره قبل أن يطيب فانه لا يطيب

حتى ينزع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه
ويبلغ أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج فإنه إذا أزيل عن أصله قبل تناهيه فسد ولم
يتم نضجه (مسئلة) وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل فبدو صلاحها إذا استقل وتم وانتفع
به أو لم يكن في قلعها فساد وقصب السكر إذا طاب وهو أن يكبر فلا يكون فساداً والبراذيبس وكذلك
القول والجلبان والحصى والعدس والورد وسائر الانوار أن تنفتح ككاهه ويظهر نوره والقصيل
والقضب والقرط اذا بلغ أن يرعى دون فساد

(فصل) اذا ثبت ذلك وان نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها اختلف أصحابنا
في تعليل ذلك فقال محمد بن مسلمة ان الثمر موجود قبل بدو الصلاح وبعده ولكنه لا غرض
في شرائها قبل بدو الصلاح الا مجرد الاسترخاء لا غير ذلك لانها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف
بعضها اذا كان أقل من الثلث فيكون غالباً وبعده والصالح له غرض في ذلك من الانتفاع بها
وأكلها رطبة فلذلك جاز هنا وعنى عن الفرر لاجله وقال غيره من أصحابنا ان الفرر قبل بدو الصلاح
أكثر وبعده بدو الصلاح يقل ويندر وكثير الفرر يبطل العقود ويسيره معفو عنه فيها اذا لم يكن
تسليمها منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع وذلك
ان بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه أحدها أن يشترط القطع فهذا الاخلاف في
جوازها لانه باع ما لا غرض في بيعه ولا تدخله زيادة ولا تنقص لجده اياه عقيب العقد والوجه الثاني أن
يشترط التبقية وهذا الاخلاف في منعه الاماروى عن يزيد بن أبي حبيب في العربية ووجه منعه ان
المنفعة تقل في ذلك والفرر يكثر لانه لا يكون مقصودها الا ما يؤول اليه من الزيادة وذلك مجهول ولان
الجوائح تكثر فيها فلا يعلم الباقي منها ولا على أى صفة تكون عند بدو صلاحها وأما اذا بدأ صلاح الثمرة
فقد تناهى عظمها وكثر الانتفاع بها وقت الجائحة فيها والوجه الثالث اطلاق العقد فيها فمشهور
عن مالك منعه وبه قال الشافعى وروى ابن القاسم في البيوع الفاسدة من المدونة جوازها ويكون
مقتضاه الجذوبة قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما ان اطلاق اللفظ يقتضى
التبقية والثاني ان البيع غير جائز والدليل على ما نقوله قوله نهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وهذا اللفظ يقتضى النهى عنه على الاطلاق لانه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره فان قالوا انه
حجتنا لانه قال حتى يبدو صلاحها وهذا يدل على ان البليح يجوز بيعه لانه يتصلدلاً كل والحصرم
يجوز بيعه لان الحصرم بقصد الطبخ والجواب ان الحصرم لم يبد صلاحه لانه لا يستطاب أكله
الاستطابة المعهودة من الأكل المقصود ألا ترى انه قال في حديث أنس الذي يأتي بهذا انه صلى
الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمار حتى ترهى قيل له يا رسول الله وما ترهى قال حين تعمر وجواب
ثان وهو ان العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح ألا ترى ان سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا
الوجه وان لم يبد صلاحها وجواب ثالث وهو ان هذا تعلق بدليل الخطاب وأتم تقولون به ونحن
فن أصحابنا من لا يقول به ومن قال به منهم فانه يقول به ما لم يعد باسقاط النضج وههنا يؤدى الى
اسقاط النضج لانا لو قلنا ان الحصرم يجوز بيعه لزمنا أن نقول مثل ذلك في سائر الفواكه لان
أحد المبرق بينهما ولو قلنا ذلك لابطنا في سائر الفواكه حكم النطق فان قالوا بعمله على المنع من
بيعه بشرط التبقية فالجواب ان اطلاق العقد يقتضى التبقية لان المعهود من حال الثمرة باقوا وما
على الشجرة انى أن تتناهى وجواب ثان وهو ان هذا لا يصح على أصلكم لانه لا يجوز بيعها بشرط

التبقيّة بعد أن يبدو صلاحها فلا توجد فائدة لتخصيصه ذلك بما قبل بدو الصلاح فان قالوا المراد بقوله حتى يبدو صلاحها حتى تظهر الثمرة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت اذا منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه وما تدرجد لا يقال فيه اذا منع الله فالجواب ان هذا نقله عليكم وهو انه صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الثمار وما لم يوجد لا يسمى ثمارا وجواب ثان وهو انه قد فسّر هذا في حديث أنس فقال حين يحمر وجواب ثالث وهو انه يقال منع الله الثمرة بعد وجودها بمعنى انه منع الانتفاع بها فان قالوا يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم إنما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة لا على وجه التحريم والاخبار عن الشرع يدل على ذلك ما روى سليمان بن أبي خثمة عن زيد بن ثابت قال كانت الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جاء من الناس وقت تمضيه قال الميتاع قد أصاب الغر الدمار وأصابه فساد وأصابه مرض عاهات يحجبون بها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كالمشورة يشير بها فلا تباعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها لكثرة خصومتهم واختلافهم والجواب ان الذي روى ابن عمر النبي عن ذلك والنبي يقتضى التحريم فلا يعدل عن مقتضاه الا بدليل وأما ما أورده فهو تأويل من زيد فلا يرد به ظاهر نهى النبي صلى الله عليه وسلم وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أشار بذلك أولا ثم حرّمه لهذا المعنى وجواب ثالث وهو ان هذا التأويل لا يصح على أصلكم لأن بيعه على الاطلاق إنما يقتضى عندكم الجهد والتبقيّة فيه محرمة وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه المشورة ويوجب أن يكون على التحريم والدليل على ذلك ما روى اسحق ابن أبي طلحة الأنصاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة قال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه والمخابرة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفردتها بالبيع عن أصلها قبل بدو صلاحها من غير شرط قطعها فلم يصح بيعها كالمالوباعها بشرط التبقيّة (مسئلة) ولا يباع الزرع اذا أفرك ولا النول اذا اخضر ولا الحص والجلبان الا بشرط القطع لأن بدو منفعة المقصودة اليبس واستغناؤه عن الماء وانما يؤكل البطح وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفسق عندي والله أعلم وأحكم (فرع) فان بيع الفول أو الخنطة أو العدس أو الحنظل على الاطلاق قبل يبسو بعد ان أفرك فقد قال ابن عبد الحكم يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يفتوت باليبس ويمضى البيع ولا يرد وقال في المسئلة أكره أن يعمل به فاذا عمل به وفات فلا يرى أن يفسخ وتأول الشيخ أبو محمد هذا على معنى تفتوت بالقبض وروى ابن المواز عن مالك ان نزل لم أفسخه وظاهره يقتضى أنه يمضى بنفس العقد (مسئلة) وأما اذا بدأ صلاح الثمرة فانه يجوز بيعها وذلك بان يبدو صلاحها في نخلة منها فان كانت تلك النخلة في جهة واحدة فيجوز بيع ذلك النصف كله لأنه لو روى في ذلك بيع ما بدأ صلاحه دون غيره لم يصح ذلك لتفاوته والحققة المشقة المفرطة فيه ولا تمنع بيعه الا عند انقضائه وهو وقت تفتوت بيعه واستغناء المشتري عنه وكذلك اذا بدأ صلاح نوع جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه في بدو صلاحه وأن لم يبدو صلاح تلك الأنواع قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان طيبا متاعا ولم يكن مبكرا والمراعى فيه بلوغ الزمن الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبا ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها فان من الشجر ما يتقسم نوع منه سائر الأنواع في الطيب بالمدّة

الطويلة وتأخر عن سائرهم بالطويلة فلا يجوز بيع المتأخر بظهور صلاح المتقدم كما يمنع تأخير المتقدم كالعنب الشتوي والصفى لا يباع الشتوي ببدو صلاح الصفى لأن عادتهما التفاوت في بدو صلاح كالجنتين وكذلك إذا ندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة فقد ندر ولا يتلاحق بها من ذلك الجنس شيء فان تلك الحبة لا يحكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها فان كانت الشجرة تطعم بطنين في السنة فالظاهر من المذهب انه لا يجوز أن يباع الآخر ببدو صلاح الاول رواه في العتبية بن القاسم عن مالك وفي المبسوط انه اذا كان طيبها متبعا لا ينقطع الاول حتى يدرك الآخر فلا بأس ببيعهما جميعا بطيب الاول وجه القول الاول ان لبطن الثاني ثمرة لم يبد صلاحها ولا بلغت ابا ن بدو صلاحها فلم يجز بيعها كالمفردة وجه القول الثاني انه اذا اتصل فحكمه حكم الثمرة الواحدة في صحة البيع كالثقائي (مسئلة) ولا يباع جنس من الثمر يبدو صلاح جنس آخر خلافا لليث بن سعد والدليل على ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وحتى تزدهو فيل وما تزدهو قال حين تحمر وروى عنه انه قال في العنب حين يسود فاعتبر في كل جنس صفة لا توجد في غيره ومنع من يبعه حتى توجد تلك الصفة فيه وهذا يمنع اعتباره بعده ودليلنا من جهة المعنى ان منع الثمرة حتى يبدو صلاحها التماسا لتؤمن عليها العاهة ولتكون معلومة الصفة بروية ما طاب منها وقد علم تفاوت أجناس الثمار في الطيب فاذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر ابا ن عنها واذا علم صفة بعضها يبدو صلاحها فيها لم يعلم بذلك صفة غيرها مما لم يبدو صلاحها فيها (مسئلة) اذا بدأ صلاح نخلة من حائط جز يبيع جميع ذلك الحائط وما جز يبيع ما حواله من الحوائط وما يكون حاله في التبيك والتأخير خلافا لمطرف من أصحابنا والشافعي في قولها لا يباع بطيبها غير حائطها والدليل على ما نقوله ان هذه ثمرة بدأ صلاحها فجاز ان يباع به ما حولها كالمفردة بين ما يجاز

(فصل) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بيع الثمرة التي بدأ صلاحها على الاطلاق ولا خلاف في ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها بشرط التبقية والدليل على ما نقوله ان هذه ثمرة جاز بيعها على الاطلاق فجاز بيعها بشرط التبقية أصل ذلك اذا قال أبتاعها منك على أن أقبضها غدا (مسئلة) لا خلاف انه لا يجوز أن تفرد الحنطة في سنبها بالشراء دون السنبل وكذلك الجوز واللوز والباقل لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاف مادام فيه وأما شراء السنبل اذا يبس ولم ينفعه الماء فجائز وكذلك الباقلا والجوز وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزدهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشتري وهذا على طريق القاضي أبي بكر في تعلقه بدليل الخطاب في الغاية ودليلنا من جهة القياس ان ما جاز بيعه بعد الفرك جاز بيعه قبل الفرك كالشعير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بيعه قائما قبل حصاه اذا يبس جميعا أو كثره رواه ابن المواز عن مالك وروى القاضي أبو اسحق عن مالك انه يجوز بيعه في أنادره وقبل درسه وروى عن ابن نافع انه لا يجوز بيعه الا اذا كان حزم ما يرى سنبله وينظر اليه ووجه قول مالك انه لم يتغير عن الصفة التي كان عليها قبل الحصاد وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزا فاقبل الحصاد وان يتأخر حرره على ذلك فكذلك بعد الحصاد وقبل تغييره بالدرس ووجه آخر ان الحصاد معنى لا يتوقع معه إضافة شيء الى الزرع بمنع صحة تقديره وتساوي المتبايعان في معرفته

فلم يمنع ذلك صحته بعبه جزافاً أصل ذلك إذا أمالته الرجح ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التي يمكن عليها حرره وأما إذا كان يخفى سبيله أو بعضه فلا يمكن حرره لخفاء المطلوب منه ولذلك حوزنا الحرص في النخل والأعناب لما كانت عمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها ولا يحرص الزبيب لأن عمرته مستورة في أوراقه (مسئلة) ولا يجوز بيعه بعد درسه وروى ذلك عن مالك القاضي أبو اسحق في مبسوطه ووجه ذلك أنه قد صار على حالة لا يتأتى حرره ولا يؤمن من إضافة الثمن إليه فلم يجز بيعه كما لوصفاه ثم أضاف إلى حنطته تبناً وهذا كله في الجزاف وأما بالكيل فلا خلاف في جواز ذلك لأن المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه والنظر إليه ص
 مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل له يا رسول الله وما تزهي فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ثم قوله نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي يقال أزهي الثمر إذا بدأ صلاحه والزهر النور والمنظر الحسن ويحتمل أن يكون مأخوذاً منه لأنها حينئذ يحسن منظرها ويكمل حسنها فان قيل هذه لفظة عربية فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألو عنها فالجواب أن ذلك يحتمل وجهين أحدهما أن تكون لفظة لبعض العرب دون بعض فسأل عنها من ليست من لغته والوجه الثاني أن تكون لفظة مستعارة لها من حسنها في ذلك الوقت وجمال منظرها كما قال صلى الله عليه وسلم يوم حنين الآن حي الوطيس وغير ذلك من الألفاظ المستعارة فكأنه قال حتى تعسن الثمرة فاحتاج السائل أن يسأل عن جنس الحسن الذي يبيع بيعها فأخبره أن زهائها حسنها بحمرتها وقوله حتى تحمر يعني والله أعلم نطهر على خضرة البلح حرة وهو أول ما يتغير لونه البلح إلى الحرة فذلك هو الأزهار ثم يكون منه ما يصفرونه ما يستكهم حمرته ويكمل في جميعه فيكون بسرا والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمر يريد منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للذات والأكل المعتاد لأن أخذها على غير ذلك الوجه فساد واتلاف للثمرة أو نادر لمنفعة غير مقصودة فشرء المشتري إنما يقع على المعتاد من أكل الثمرة وهو أكلها رطباً أو تمراً فان منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن البائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فاقضى ذلك أنه لا يجوز له أخذ مال أخيه إذا منع الله الثمرة فلما كانت العاهات تكثر وتكرر قبل الأزهار منع ذلك صحته معها وفي هذا دليل على أن المنع إنما توجه إلى البيع الذي لم يشترط فيه القطع لأن ما اشترى على القطع لا يمنع آفة فلم يتوجه إليه المنع فعلى هذا الفرر المتوقع في المبيع على ثلاثة أضرب ضرب يكثرو ويكون هو الأغلب فهذا يمنع من صحة العقد جلة كبيع الثمرة قبل بدو صلاحه على وجه يقتضي التيقن وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من السكره والتكرر لكنه يكون معتاداً ولا يمنع صحة العقد ولكنه يمنع النقد كحال الأمة في عهدة الثلاث ومدة المواضعه وضرب ثالث يقل ويندر فلا يمنع صحة العقد ولا اشتراط النقد كالجنون والجدام في عهدة السنة والجاهحة بعد بدو صلاحه في الثمرة وروى القاضي أبو اسحق عن محمد بن مسلمة أنه فرق بينهما بعد هذا وقال إن بيع الثمرة قبل بدو صلاحه غير لافأئدة فيه لأنه لا ينتفع المبتاع بها فلا يقصد إلا مجرد الفرر وأما بعد بدو صلاحها فإنه قصد الانتفاع بها وذلك يرفع فساد الخوف من اتلافها والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى

• وحدثني عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل له يا رسول الله وما تزهي فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه

تجوع من العاهة فجعل ذلك نجاء من العاهة لعله تكرر هافها كما يقول لمن نجما من غرق البحر أو قتل العدو نجما فلان من الموت بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها إلى حالة يقل فيها العطب ص
 ﴿ مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تجوع من العاهة قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الثمر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم حتى تجوع من العاهة يريد عليه السلام والله أعلم حتى يقل ذلك فيها ويندر وقول مالك أن يبيع الثمار قبل بدو صلاحها من الثمر يريد ما نهى عنه صلى الله عليه وسلم من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام وإذا كان من الثمر ووجب أن يكون يبيعه غير جائز ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم على ما تقدم أن طلوع الثريا مع الفجر إنما يكون في النصف الآخر من شهر ربيع وهو شهر ربيع وفي ذلك يبدو صلاح الثمار بالبحر والجزر والازدهاء فيها وتجوع من العاهة في الأغلب في ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ما قبله وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع ويميز ما يباع فتارة يميز ويفسد بالازدهاء وتارة بأن تجوع الثمرة من العاهة وتارة تطلع الثريا غير أن تحديد ذلك بالازدهاء وبأن تجوع من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال وأما طلوع الثريا فليس بحد يميز به وقت جواز البيع من وقت منعه وقدروى القعني عن مالك في المبسوط أنه قال ليس العمل على هذا ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها وإنما معنى ذلك في الحديث أنه كان لا يبيع إلا بعد طلوعها وليس فيه أنه لم يكن يبيع ذلك بعد طلوع الثريا إلا بالازدهاء والله أعلم وقدروى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد والله أعلم والنجم الثريا وهذا الحديث لم أره وقد وجدته على حسب ما أورده ولم أره من طريق صحيح والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقشء والخريز والجزران يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره وبهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجامحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه ﴾ ش وهذا كما قال ابن يبيع القشء إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره فإن ذلك جائز لأن صلاح تلك الثمرة قد بدا فباعتها تبع لها لأن هذا حكم يتبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتي بعده منه وهذا حكم الخريز وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتي بعضه دون بعض ولا يتمير أوله من آخره وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز شئ من ذلك والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة لا يمكن حبس أو لها على آخرها فجاز أن يباع ما لم يبدو صلاحه بما بدا صلاحه كالتين والخوخ (فصل) وقوله ثم يكون للشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره يريد في القشء والبطيخ وما ليس له أصل ثابت مما يحدث شيئا بعد شئ ولا يتميز ووجه ذلك عندي أنه إنما يشتري ثمره على المعروف من حال مثله في قوة نيانه ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نجاته مثل هذا فإذا اشتري الأصول على هذا كان له ما يخرج منها إلى آخر وقتها ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لما حرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك في النخل وسائر الشجر لأن النخل والشجر لها أصل ثابت يلق ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد ووجه آخر وهو أن المقصود

وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن ابن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تجوع من العاهة * قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الثمر وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا * قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقشء والخريز والجزر أن يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره وبهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجامحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه

من شراء الملقائي ثمها لان سائرهما لا قيمة له والشجر المقصود من سائرهما الأصل وفي الغالب معظم
الثمرة لها وان كان بعض الثمرة لها فلها القيمة الكثيرة (فرع) وبيان ذلك ان ما يبيع من هذا على
ثلاثة أصرب ضرب تتميز بطونه ولا تتصل كشجرة التين والخيول والياسمين والتفاح والزمان
والجوز وضرب ثان تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط وضرب ثالث لا تتميز بطونه
كالمقائي والبادنجان والقرع فأما ما تتميز بطونه ولا تتصل فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه
بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه وحكم كل بطن منها يختص به وأما ما تتصل بطونه وتتميز فان اطلاق
العقد يتناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر وتكون خلفته لمن له أصله وذلك انه انما يباع منه ما جرت العادة
بأخذه من عينه ولم يتبعه أصله ولذلك لا يجوز له تبقية له الى أن يبدو صلاحه فان اشترط المبتاع خلفته
فهو بجوز ذلك عن مالك في روايتان حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه احداهما انه قال في القرط
يجوز ذلك اذا كان لا يختلف وقال في موضع آخر فان كانت خلفته تختلف فلا أحب اشتراطها
والرواية الثانية انه قال ما هذا عندى بحسن لانها تأتي بمختلفة وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان
معنى قوله تختلف خلفته أن تثبت مدة ولا تثبت أخرى ولنظ أشهب يقتضي الاختلاف في صفتها
وانما يجوزنا اشتراط الخلفه على رواية الاباحة لانها مستندة الى الأولى التي قد جاز بيعها ومتصلة كما
اشتهر من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ما هو صغير لا يجوز بيعه اذا انفرد الى ما قد بدأ صلاحه وكما
يجوز بيع ما لم يظهر من القناء والبادنجان مع ما قد ظهر منها ووجه الرواية الثانية ان هذا شراء
لم يوجد وينفصل مما وجد فلم يجز شراؤه بشرائه كما لا يجوز شراء ثمرة تمخل في عام مع ثمرة في عام قبله
(فرع) فاذا قلنا برؤية الجواز فانما يجوز اذا كانت الخلفه مأمونة قال ابن حبيب ولا تكون
مأمونة الا في أرض السقي وتجوز أيضا بنا ذلك في القرط والقصب الذي لا يكاد أن يكون الا بصبر
دليل على جوازه في أرض السقي وانما راعى في ذلك أن تكون أرضا مأمونة على الخلفه ولعل ابن
حبيب انما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز
أن يشترط من الجزر ما يعلم انه ينتهي اليه ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك عملا بخلاف
اختلافه ولا اختلافه لان ذلك يتميز ويمكن تقديره بعدد الجزر والبطون فان اختلف بعد ذلك أو قصر
عن الصفة في الميسوط وكتاب ابن المواز عن مالك ان البائع رد على المشتري بقدر ذلك قال محمد
ابن مسلمة والبقول في ذلك كله بمنزلة القصب ووجه ذلك أن ينظر الى قيمة الجزرة الأولى والثانية
التي استوفيت وقيمة التي اختلفت يوم العقد على أن يقبض في ابانها كل واحدة منها فيقبض الثمن
على قيمتها فأصاب التي اختلفت رده البائع على المشتري (فرع) وهل يجوز بيعه حتى يبقى
جزرة في كتاب ابن المواز لا شهب عن مالك لا يجوز ذلك وانما يباع عند جزره وفي كتاب ابن حبيب
اذا اشترط المبتاع الخلفه كانت له كلها وان كانت خلفته بعد خلفته وهذا يقتضي أن له ما ثبت الى أن
يفنى ووجه قول مالك ان أصله باق على ملك صاحبه فلا يجوز أن يشتري الى انقضاء عمرته كالنخل
والشجر ووجه قول ابن حبيب ان هذه بطون متصلة فجاز اشتراط جميعها كالمقائي والمصحج في
هذا انما كان ابانه ينتهي اليه ويبطل الأصل جازا شراؤه الى انقضائه وما كان على غير ذلك لم يجز
وانه أعلم وأحكم (مسألة) وأما الجوز فقال محمد بن مسلمة يباع سنين كألبان الغنم اذا ولدت شهرا
أو شهرين وروى ابن نافع عن مالك انه قال لا أحب ان يباع ما يخرج منه أكثر من سنة بل من
الطويل ولا يصح ذلك عندى الا أن تسكون بطونه متمصلة في مثل هذه المنه وغيرها ولا يتقدر بالتمام

لبقاء أصله فان كان يقبض كل بطن من الآخر ويتصل فيصح شراؤه بعدد البطون وان كان يتصل ولا يتميز فعناه أن يتقدر بالزمن كالمياه وألبان الغنم (مسئلة) وأما الجز في كتاب ابن الموزان عن مالك ان كان نباته متصلا فهو مثل المقاتي وان كان منفصلا فقال مالك لا خير فيه والسدر كذلك ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله فلا يجوز أن يباع ببطن آخر وان كانت بطونها متصلة فهو بمنزلة المقاتي في جواز بيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر ويقدر ما يباع منه بالزمان فاما أن يباع الى ثمرة الأصل فلا يجوز ذلك ولا يكون في ذلك بمنزلة المقاتي

(فصل) وأما ما لا تتميز بطونه كالقضاء فانه لا يجوز أن يباع بطونها مقدره لانها لا يصح أن يتقدر واذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن لان انقضاء أمره يقرب وهو أبين فيما يقار به ووجه آخر علل به أصحابنا وهو انه يتأخر بالبرد ويتعجل بالحرق فيدخله الفرر والجمل بالمعقود عليه (مسئلة) فان أراد المبتاع ثبوتية الأصل وطالبه البائع بقلعها رجوع في ذلك الى عرف الجهة وما جرت عادتهم به فعملوا عليه وليس في ذلك توقيت بشهر ولا أكثر من ذلك ولا بمدة محصورة من الزمان كما ثمرة تشتري بعد بدو الصلاح فان الرجوع في بقائها في أشجارها الى العرف والعادة ولا يتوقف بمدة من الزمان مقدره لان التعجيل والتأخير يدخلها بافراط الحر والبرد ولكل شئ من ذلك مقدار معروف

(فصل) وقوله بذلك معروف عند الناس وير بما دخلته العاهة وقطعت ثمرة قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا كان ذلك فهو موضوع عن الذي ابتاعه يريدان لما يبيع من هذه المقاتي عند الناس أو قاتا معتادة اذا سلمت ينتهي اليها وتدموم ثمرتها طول مدتها على حسب ما عرفوه واعتادوه من ذلك فان بلغت الثمرة وانصلت اليها فقد سلم المبيع للبتاع ووجب للبائع جميع الثمن وان قصرت عن ذلك الثمرة وانقطعت قبل المعروف من وقتها عما يكون ذلك بعاهة فلم تسلم جميع الثمرة الى من ابتاعها فيوضع ذلك عن المبتاع اذا بلغ الثلث فأكثر وسند كره هذا مستقصى في الجوانح ان شاء الله تعالى ولا يلزمنا على ما أصلناه أن يقال لو كان الأصل تبعا للثمرة لما كانت فيه جائحة كالثمرة اذا بيعت مع أصل الثقل لان ابن حبيب روى عن أصبغ ان ما عظم ثمنه من الثمرة فأصابته جائحة يقصر الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة لانه يد في الثمن من أجلها فكيف بثمرة المقاتي وهي المقصودة بجميع الثمن ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا في الثقل فقد قال ابن القاسم في العتية في الفول والجلبان ما يبيع منها أخضر فلا توضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث ويرد الى أصله ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى الا بأصله

﴿ ما جاء في بيع العربية ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العربية أن يبيعها مطلقا رخصة عند الفقهاء يقتضى أن يخص بعض الجملة المحظورة بالاباحة ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه وجملا له باطلاق اسم الرخصة عليه حكما مفردا ولا يجوز أن يعدى الى غيره حتى انهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح والصواب أن ينظر الى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع فان كانت علة واقعة فصر الحكم على موضعها وان

﴿ ما جاء في بيع العربية ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر عن زيد بن ثابت
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أرخص لصاحب
العربية أن يبيعها بخرصها

كانت متعدية عداه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت وبالله التوفيق ومعنى اطلاقهم عليها اسم الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبي صلى الله عليه وسلم منع بيع الرطب بالتمر وروى عنه اباحة ذلك على وجه الخرص في العربية رواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تباعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تباعوا التمر بالتمر قال سالم وأخبرني عبد الله عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العربية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غيره فخص العربية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار والمعنى المبيع لذلك ضرورة الشركة إذ كان أصلها العربية وهذا المعنى وإن كان ورد بلفظ المبيع ففيه معنى من البيع وذلك أن المعري إذا خرصت عليه العربية له أن يبيعها أو يأكلها ويضعها ما شاء ويعطيها غيره وانما معنى ذلك في الحقيقة معنيان أحدهما إزالة الضرر للشركة لأن غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد بعالمهم وذريتهم في حوائطهم وجمع ما يلفظ منها أو أكل ثمرها رطبه وبإسبه فإذا أعري نخلة من حائطه امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته لأن المعري أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على المعري وعلى من معه من أهل وولده لا ينسأطهم في الجمع والأكل مما يسقط الأبعد العفظ من العربية فيؤدي ذلك إلى المشتقة إلى ما يمنع من الأمداد في عام آخر ووجه آخر وهو أن المعري إذا أعري نخلة أن احتاج من مرعاتها وجمع سواها وحفظها وسقيها والعمل عليها له في ذلك من المشتقة أكثر من قدر قيمتها فيؤدي ذلك إلى أن لا ينتفع بعد من جميع ما يكون فيه وترك العفظ من ثمرة الغير ويحتاج المعري إلى من يكفيه ، يلزمه في عريته مما ذكرناه فجاز لهذا المعنى أن يخرص على المعري ويكون عليه خرصها تمرا يؤتيه إلى المعري عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التي تجب عليه في حائطه لأهل الزكاة ويدفعه من الضرر بشاركتهم له في الحائط مثل ما يلحقهم بشاركة المعري ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل في الحائط والحفظ له مثل ما يلحق المعري وقد قرر الشرع فيه خوصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ والله أعلم وأحكم وأما علة الاستمرار بالدخول بها فمثل حال ابن القاسم وكذلك الأرفاء وله تأثير في اباحة المحظور ولذلك جوزنا لمن أراد إرفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنائير ناقصة بثلاثة دنائير وازنة عدد أو يمنع ابن الماجشون أن تكون لذلك علة عند استضرار المعري بدخول المعري فإيحه ذلك لأن هذه النوع من الضرر والأظهر عندي فيه ما تقدم ويتصر عندي من هذا قياس ان هذا معنى حدى في الشرع بجمسة أو سق فجاز أن يخرص ثمرة على أن يعطى من يخرص عليه خوصه تمرا عند الجذاذ أصل ذلك الزكاة

(فصل) وقوله أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها خص بذلك صاحب العربية وبها يباع لما كان له استهلاك الثمرة التي يخرص عليها وأن يعطى غيرها فقد ملكها ودخلت في ضمانه على أن يعطى ان شاء مثل خرصها بدلا منها وهذا فيه معنى من البيع وهو لزوم المعاوضة للمعري ولزوم كثير من معنى العقد للمعاوض من حفظ الثمرة وجدها والتزامها ويكون له الخيار في دفع تلك العين وبدلها بعدها وهذا انما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها وفيه وجه آخر من معنى البيع انه لا يثبت حكمه إلا باختيار المتبايعين وأما الزكاة فلم ترد في الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم رب المال وان لم يرضه فلذلك لم يذكره باسم البيع والموجب لذلك ان المعري معين مالك الأمر فلما لم يلزمه الخرج عن العربية إلا باختياره فكذلك المعري لا يلزمه التزامها إلا بالزكاة والمستحق للزكاة غير معين وانما اللام النظر في ذلك على ما قرره الشرع من خرص ذلك على أرباب الحوائط

وتسليمه اليهم ولم يكن للامام أن يقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين بدو صلاحها أو جمعها وحفظها والنظر فيه موكان حكم خرصها وتسليمها الى أرباب الحوائط لازم أو جب أيضا أن يكون ذلك لازما في أرباب الحوائط ولذلك لم يسم بيع العالم بوقف على اختيار الامام وأرباب الأموال وفي هذا أربعة أبواب * الباب الأول في تفسير معنى العرية وما يتعلق بذلك من جواز بيعها * والباب الثاني في تبين من يجوز له ذلك * والباب الثالث في تبين ما يصح ذلك فيه من الثمار * والباب الرابع في تبين مقدار ما يصح ذلك فيه من الثمرة

(الباب الاول في تفسير معنى العرية)

فاما معنى العرية فقال القاضي أبو محمد هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو نخلات من حائطه لرجل وهذا الذي ذكره يحيى على مذهب أشهب وابن حبيب وأما ابن القاسم فان معنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعري ما يلزمها الى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها واطلاق الهبة عنده لا يقتضي هذا وانما يقتضي ان ذلك يلزم الموهب له من يوم الهبة ففرق في ذلك بين الهبة والعرية ولذلك قال عن مالك ان زكاة العرية على المعري وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهب له قال ابن القاسم فرق مالك بينهما في الزكاة والسقي وقال أشهب زكاة العرية على المعري كالهبة الا أن يعر به الى الزهو ويلزمه مثل ذلك وقال محمد انه لا خلاف بينهم ان السقي على المعري ولعله أراد به انه لم يرم فيم خلافا ولم أر فيه وفاها ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقيا يلزم المعري لأجل الأصول فيكون ذلك بمنزلة الاجارة على سقيا فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة وقال ابن حبيب السقي والزكاة في العرية والهبة على المعري والواهب وقال سحنون انظر الى العرية والهبة فان كانتا بيد المعري أو الواهب يسقي ذلك ويقوم عليه فالزكاة عليه وان كان بيد المعري أو الموهب يقوم عليها ويأكل منها فالزكاة عليه فعلى رواية ابن القاسم حكم العرية غير حكم الهبة

(فصل) وهذا معنى العرية من جهة الفقه وأما من جهة اللغة فقال صاحب العين العرية من النخل التي تعري عن المساومة عند بيع النخل والفعل الاعراء وهو أن يجعل ثمرة عامها محتاج وقال الشيخ أبو محمد وقد قيل إن أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعري من ثمرتها بالهبة لثمرتها فسميت عرية لذلك فعلى الوجهين العرية اسم للنخلة وان ذلك لا يقال من النخل الا لما أعطى ثمرته لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة وقال أبو عبيد في غريب الحديث ان العرايا واحدتها عرية وهي النخلة يعريها صاحبها محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرتها عامها وقال القاضي أبو محمد قال أهل اللغة العرية مأخوذة من قولهم عررت الرجل أعروه اذا آتيت تلتمس بره ومعر وفه من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وقيل ان معناه مأخوذ من نخلي الانسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى فنبذناه بالاعراء يعني الموضع الخالي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الاعراء في كل نوع من الثمرة كانت مما يبس ويدخر أو مما لا يبس ولا يدخر وفي القشاه والموز والبطيخ قاله ابن حبيب قبل الابار وبعده وقبل الازهاء وبعده لعام أو أعوام في جميع الحائط وبعضه لان ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطل له الجهالة والغرر (فرع) وبما ذاتكون حيازته وتصح للمعري قال ابن حبيب عن مالك تكون باجماع أمرين أحدهما ان تطلع فيها ثمرة والثاني أن يقبضها فان علم أحد الأمرين قبل موت المعري فلا شيء فيها للمعري وقال أشهب في كتاب محمد ان ذلك يكون بوجود أحد

الأمرين الإبرار وتسليم الرقبة فإنه يكون حوزا وان لم تثر بالثمرة وجهر واية ابن حبيب ان ظهور الهبة هو طلوع الثمرة فيها فان حاز حينئذ صحت حيازته لها لان العين التي أعطاها قد ظهرت وان لم تظهر فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه الا بالوضع ووجه قول أشهب ان الثمرة انما تظهر بالإبرار وما قبل ذلك فالثمرة فيه كامنة فأشبهت الحمل فلا تجوز حيازتها فاذا أبرت وظهرت كان دخوله وخروجه اليها حيازة لها لانه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك فان كانت بموضع يمكن تسليمه اليه وانفرد به لم يكن ذلك حيازة حتى يبس فان أمكن ذلك كان تسليمه اليه حيازة لما وهبه من ثمرتها وان كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد (فرع) ويصح أن تكون العريفة في ثمر شجر معين ويصح أن يعر به مقداراً من الثمر غير معين مثل أن يعر به خمسة أوسق من جملة ثمر حائطه (مسألة) اذا ثبت ذلك فإنه يجوز لصاحب هذه العريفة أن يشتريها من المعري وقال أبو حنيفة ان معنى العريفة الثمرة على الاطلاق عنده الا أن يتناحها معناه عنده ان اللواهب استرجاعه بته وأن يعطيه غيرها وانما سميت ببيع على سبيل المجاز والاتساع وأما على الحقيقة فلا يجوز ذلك لانه يبيع الرطب على رؤس النخل بالتمر على وجه الأرض وذلك غير جائز والدليل على ما نقوله حديث يزيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وأرخص بعد ذلك في بيع العريفة بالتمر أو بالرطب ولم يرخص في غيره فان قيل العريفة هي العطية انما أرخص في العطية وذلك لان الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل ثم يبدوله في ذلك فكان يرجع فيه ويعطيه عوضه ثم اذ انبى صلى الله عليه وسلم أرخص في ذلك قالوا والعريفة هي العطية من أعار الشيء وهو عليك منافعها والجواب ان هذا غير صحيح لان العريفة انما هي الثقلة الموهوب ثمرتها وعلى ذلك فسر حاجاة أهل اللغة وأنشدوا في ذلك

ليست بسناء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوايح

يملح نفسه بالجوود ويقول ان نخله ليست بسناء أي لا يعامل عليها سنين وهي المسانحة وقوله ولا رجبية يريد ليست بيني عليها والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها ثم قال هو لكن عرايا في السنين الجوايح يريد اذا نزلت الجوايح بالناس واشتد الزمان وقلت الثار وهما حينئذ وجعل ثمرتها طعمة وليست العريفة من الاعارة بسبيل لان الاعارة يقال منه اعارة يعبره اعارة وهي العارية والاعرا يقال منه اعرا يعر به اعراء وهي العريفة * وجواب ثان وهو انه لو كانت العريفة من الاعطاء للمجاز أن ينهى عن بيعه لان الاعطاء لا يباع وانما يباع المعطى فهو الذي يصح أن ينهى عن بيعه على وجه ما يباح على وجه آخر * وجواب ثالث وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر ثم استثنى منه بيع الثمرة والظاهر انه انما استثنى بعض الأول فان قالوا انما يباح بيعه على سبيل المجاز كقوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا فالجواب انما سماه هناك ببيع الما فيه من المعاوضة وليس كذلك على ما ذكرنا فانه ليس فيه معاوضة وانما فيه مجرد الهبة فلم يسم ببيع حقيقة ولا مجازا ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد ببيع من وجهين أحدهما يبيع قبل استيفائه والثاني الجهل بتاتل الجنس ثم ثبت وتقرر انه قد أرخص في بيعه قبل استيفائه على وجه المعروف في الاقالة والتولية والشركة وكذلك الجهل بالتاتل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف وليس ان لا يبيع العريفة (مسألة) اذا ثبت ذلك فان يبيع العريفة بجوز بأربعة ثمر ووط قاله القاضي أبو محمد أحدها أن تزهي والثاني أن تكون خمسة أوسق فاذنى والثالث أن يعطيه التمر عند

الجداد والرابع أن تكون من صنفها فأما اشتراطه الأزهاء فهو قول جمهور الفقهاء وقال يزيد بن أبي حبيب يجوز بيعها قبل بدو صلاحها والدليل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع التمار حتى يبدو صلاحها وأما الشرط الثاني وهو أن تكون خمسة أو سق فأدنى فسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وأما الشرط الثالث وهو أن يعطيه ترصها عند الجداد فهو عندنا شرط في صحة هذا البيع ولا يجوز له تعجيل العوض تمرا وقال الشافعي يجب عليه أن يجعل له الخرص تمرا ولا يجوز أن يفترقا حتى يتقابضا ووجه الخرص عندنا أن ينظر إلى ما في الخلع المعراة من الثمرة فيقدر ثم ينظر إلى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمري في حودته أو رده من التمر اليابس فيكون المعري إلى الجداد فالخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسئلة في ثلاثة فصول أحدها أنه يجب عندنا تأخير التمر إلى الجداد ولا يجوز تعجيله وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفريق ولا يجوز تأخيره عن التفريق والفصل الثاني أن اسم العربية واقع على الثمرة الموهوب تمرتها وقال الشافعي العربية اسم للبيع والفصل الثالث أن جواز بيعها يختص بالمعري وعند الشافعي يجوز من كل أحد والدليل على الفصل الأول أن هذا معنى ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل بالخرص منه تمرا إلى الجداد كالزكاة (فرع) فإذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص جاز له ذلك قال ابن حبيب ووجه ذلك أن العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل فجاز ذلك على الطوع كتقد الفن في منة الخيار وتعجيل السلم بأثر العقد

(فصل) والدليل على صحة الفصل الثاني وهو أن العربية اسم واقع على الثمرة ما قدمناه من قول أهل اللغة في ذلك وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبيرة قال العرايات تل كانت توهب للسالكين فلا يستطيعون أن ينتظروها فخرخص لهم أن يبيعوها بما شاؤوا من التمر وقال الشاعر
ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

يصدق نفسه بان هب تمرتها في أوقات الجوائح ولا يمدح نفسه ببيع تمرتها حينئذ وما يدل على ذلك قول يزيد بن ثابت ولكن أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها في هذا أدلة أحدها أنه قال أرخص لصاحب العربية ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها والثاني أنه قال بخرصها وهذا يدل على أنه لم يرد به العيب لأن العيب لا يخرص له ولا يخرص والثالث أنه قال لصاحب العربية وهذه اللفظة إنما تنطلق على الأعيان دون الأفعال فيقال لصاحب الثمرة وصاحب الأرض وصاحب الثمرة ولا يقال لصاحب القيام وإنما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم ووجه رابع أنه قال أرخص لصاحب العربية أن يبيعها وهذا يقتضي أنه معروف بأنه صاحب العربية قبل البيع فدل ذلك على أن العربية غير البيع

(الباب الثاني في بيان من يجوز له ذلك)

وحلة ذلك أن كل من صارت إليه ثمرة الخائط يبيع أو هبة أو ميراث له ثمراء العربية بمثل ما يجوز ذلك للمعري لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعري وخروجه كما يلحق المعري ولما في ذلك من المعروف فيتعلم المشتري العمل والمؤنة على المعري كما يعلمها المعري ويجري في ذلك مجرى الزكاة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن صارت إليه العربية يبيع أو هبة أو ميراث تحكمه في جواز بيعها بخرصها تمرا ممن له ثمرة الخائط حكم المعري للوجهين المذكورين قبل هذا ولا يجوز التسايع

فها على غير ما قدمناه وقال الشافعي يجوز أن تباع الثمرة على رؤس النخل بخرصها تمر افيا دون خمسة
 أو سق من جميع الناس ويجوز بيعها لجميع الناس والدليل على ما نقوله ما روى بسمر بن مسلمة
 عن سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في
 العربية أن تباع بخرصها فياً كلها أهلها رطباً وحمه الدليل أنه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير
 الدينار والدرهم وهذا يدل على أنه منع بخص بالعرايا جوازها والشافعي يجوز في أنواع الثمار لأن
 كل ما يكون من المسمى عنده عرايا إذا كان البيع اعراءً وجاز من كل أحد قبطل فائدة
 التخصيص واستثناء الرخصة من المنع ووجه آخر وهو أنه عم المنع واستثنى من تلك الرخصة أهل
 العربية وعم أرباب النخل فوجب اختصاص هذا الحكم بهم وبقي الباقيون على حكم المنع ودليلنا من
 جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر فلم يجز الألف في ضرر الشركة أصل ذلك إذا كان محدوداً
 ودليل ثان وهو أن المعرفة بائناً لا يمكن بالكيل منه بالخرص لأن الخرص إنما يستند إلى الكيل
 وقد ثبت وتقرر أنه لا يجوز ذلك بالكيل إذا كان محدوداً فبان لا يجوز خرصاً أولى وأحرى (مسئلة)
 ومن كان له في حائط غيره أصل شجرة فهل يجوز له أن يبيع منه تمرتها بخرصها تمر قال ابن القاسم
 وابن الماجشون ذلك جائز واختلفوا في وجوب ذلك فقال ابن القاسم إن كان لضرر الشركة فلا
 يجوز لأنه لم يعرف شيئاً وإن كان على وجه المعروف وإن يكفي مؤنة العمل فذلك جائز وهو قول مالك
 وقال ابن الماجشون ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلاً الألف في ضرر الشركة وعلى هذا يجوز في
 هذا الموضوع للتخصيف وليس بالقياس (مسئلة) ومن أعزى جميع حائطه فهل له أن يشتري ثمرة
 بخرصه قال ابن القاسم ذلك جائز وقال ابن الماجشون ليس له ذلك وكذلك اختلف في شرائه ببعض
 عرته فجزه ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون ولو أعزى جماعة مشتركون في حائط رجل ثمرة نخل
 منه فأراد واحد منهم أن يشتري منه عرته فلا يجوز عند ابن الماجشون لأن ضرورة الشركة
 بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك وجوز ابن القاسم للرافق وكفاية المؤنة ولو أعزى رجل جماعة
 جاز له أن يشتري من بعضهم عرته لأنه قد يستضر بذلك ويتحفظ منه دون غيره وتديجوز أن ينفعه
 بالرافق دون غيره

(الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار)

عن مالك فيعروايتان أحدهما أنه لا يجوز الألف في النخل والعنب ويقال الشافعي والثانية يجوز
 في كل ما يبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفسق رواه ابن المواز وهو
 في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ووجه الرواية الأولى أن هاتين الثمرتين يختصان
 بالأكل حال الرطاب وقبل اليبس مما يتأتى فيه الخرص ووجه الرواية الثانية أن هذا مما يبس
 ويدخر فثبت فيه حكم العربية كالتمر وأما الزيتون على هذه الرواية فقد قال أشهب إذا كلن يبس
 ويدخر جاز ذلك فيه بخرصه ومعنى ذلك عندي أن يوضع على حاله يدخر عليها لأنه لا يبس ويدخر
 على غير ذلك الوجه ويكون أجل بيعه إلى أن يمكن عمله بعد القطاف وكذلك العنب إلى أن يمكن
 تربيته بعد القطاف لأنه لا يكون زيباً إلا بالتربيب بعد القطاف وأما التين فإن أوقاته تتفاوت
 في ذلك لأنه من أول أمره شرع في تربيته فله أن يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما في ذلك
 (مسئلة) فإن كان عنباً لا يربب أو نخلاً لا يتمر فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا يجوز ابتاع
 عرته لأنه إذا شرط أن يعطيه تمرًا فإما أن يشترط أن يعطيه من صنف غيره وذلك لا يجوز وقد قال
 أصبغ في الألبس من الفواكه لا يجوز للعري أن يبيعه من عرته بخرصه نقلاً ولإلى جداده ولو

أجز ذلك بديا في كل عربة لم أره خطأ وأن كنت أتقيه . ومعنى ذلك والله أعلم أن يباع أول ما يسدو
 صلاحه بخرصه من جنسه يؤدبه اليه عند تكامل طيبه لأنه يستضر بدخوله اليه من وقت بلو
 صلاحه الى تكامل طيبه وكذلك يعمل عن المعري عمله في تلك المدة والله أعلم وأحكم (مسألة)
 وأما يبيع بالتمر الى الجداد ولا يبيع بالزطبقا ولا الى أجل لاروى أن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها تمرا ولا يجوز أن تباع بغير نوعها فان كانت العربية برنيا لم يجز
 أن يشترط صيغانيا ولا عجوة ولا أدنى ولا أفضل ولا يعين ذلك في ذلك الحائط ولا في غيره فان عين ذلك
 في حائط بعينه في المبسوط ان فعل أراه جائزا ويكون عليه ما ضمن للمعري في ذمته الى الجداد يعطيه
 من حيث شاء والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا يجوز ويفسخ العقد
 (الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العربية على الوجه الذي ذكرناه)

ومعنى نبيته بعدهذا ان شاء الله تعالى ص مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن
 أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون
 خمسة أوسق أو في خمسة أوسق يشك داود قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ش قوله أرخص
 في بيع العرايا بخرصها يقتضى أن العرايا هي التخل المبيع تمرها فيصنم أن يريد به وأرخص
 في بيع تمر العرايا الخندق المضاق وأقام المضاق اليه مقامه وهذا كثير في كلامهم ويحتمل أن
 يسمى التمر عرايا لما بينها وبين التخل التي هي حقيقة العرايا من التعلق ولو كانت صفة للبيع لما
 صح هذا القول لأن الهاء في قوله بخرصها ترجع الى غير مذكور ولا معهود كما لا يجوز أن يقال
 منع من بيع المزانية بخرصها لما كانت المزانية صفة للبيع ويجوز أن يقال أرخص في بيع العجوة
 بخرصها لما كانت العجوة صفة للبيع

(فصل) وقوله فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق قصر النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحكم على
 هذا المقدار من التمر كما قصر الزكاة على نصاب خمسة أوسق فما زاد ويجوز أن يكون حكم الزكاة
 يختص الرفق فيه بأرباب الاموال بترك الزكاة فيما دون خمسة أوسق لأنها نصف عن المواسة
 غالبا وكذلك في مسئلتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق لأن هذا القدر الذي جرت العادة
 بأعرائه ولا يكاد أن يزيد عليه الا الشاذ النادر الذي تتكرر به المشقة ولا يبلغه بالاغراء الامن
 له الحوائط الكثيرة التي تشغله بالعمل ولا يلحقه الضرر بالاغراء من بعض حوائطه (مسألة)
 وشك داود بن الحصين في المقدار بين الخمسة أوسق وبين ما دونها ولم يرو هذا الحديث من طريق
 صحيح أحد غيره وقد عول عليه جميع الفقهاء وأخرج أصحاب الصحيح وعن مالك في تعدد ذلك
 روايتان روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمدان ذلك لا يجوز الا في أقل من خمسة أوسق وروى عنه
 المصريون انه يجوز في خمسة أوسق دون ما زاد عليها وجه منعه اياه في الخمسة أوسق ان هذا الحكم
 خص باللفظ العام في النهى عن المزانية وبيع القرية فوجب أن يشبث التخصيص بما يتيقن منه دون
 ما لم يتيقن والذي يتيقن منه دون خمسة أوسق والخمسة مشكوك فيها فلا يقع بها تخصيص لفظ عام
 ثابت ووجه الرواية الثانية ان الحدود وضعت لتبين الحدود وتمييزه من غيره فيجب أن يكون في نهاية
 البيان ويتعلق باللفظ التي لا اشتراك فيها والامتنع التعديدها وما دون خمسة أوسق لفظ مشترك
 لا يختص بمقدار ما فلا يجوز أن يكون حدا بين ما يجوز وما لا يجوز وأما خمسة أوسق فختمه بمقدار
 ما فكأن أولي بأن تكون حدا (فرع) فاذا خرصت عربة فكانت أقل من خمسة فلما جدها
 وجد فيها أكثر من خمسة أوسق ففي المدينة من رواية صدقة بن حبيب عن مالك ان الفضل لصاحب

• وحدثنى عن مالك عن
 داود بن الحصين عن أبي
 سفيان مولى ابن أبي أحمد
 عن أبي هريرة أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم
 أرخص في بيع العرايا
 بخرصها فيما دون خمسة
 أوسق أو في خمسة أوسق
 يشك داود • قال خمسة
 أوسق أو دون خمسة أوسق

العرية ولو وجد منه أقل مما خرص عليه ضمن له الخرص وهذا إذا كان له مفردا ولو خطه قبل أن يكيله لو فاه ماضعه ولم تكن عليه زيادة ولا نقصان ص ﴿ قال مالك وأصحابه العرية بائعها من التمر يصرى ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وإنما خرص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والاقالة والشركة ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أمرك أحد أحد في طعام حتى يستوفيه ولا أقاله منه ولا ولاء أحد حتى يقبضه المبتاع ﴾ ش وهذا كما قال أن العرية لا تباع على شرط التقبية إلا بخرصها تمر ولا يجوز أن تكون بسمرا ولا رطبا وقد تقدم ذكره ولا يجوز أن تباع بغير جنسها من الطعام ولا بغيره إلا بعد الجدلان التخيلية بينه وبينها ليست يقبض لها بدليل أن الجائحة ثبتت في الغرة بعد تخلي البائع عنها إلى المبتاع وهي في أصل شجره ويجب على البائع سقيها فلو كان ذلك قبضا لكانت من ضمان المبيع ويجوز أن يباع بالنهب والورق وغير ذلك من العروض (فصل) وقوله ويجوز بيعها بخرصها من التمر يصرى ذلك في رؤس النخل وليست له مكيلة يريد أن ذلك يجوز فيها الحاجة إليه ولتغر الكيل فيها مادامت في رؤس النخل وهو الوجه الذي يباع عليه وإنما خرص فيه لذلك كما خرص في الاقالة والشركة والتولية فيجوز فيها ما فيه من المعروف ما لا يجوز في غيرها من العقود من بيع الطعام قبل استيفائه

﴿ الجائحة في بيع الثمار والزرع ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقبله خلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هوله ﴿ ش قوله فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان بمحفل أن يريد حتى تبين له نقصان قيمته عن الثمن الذي اشتراه به ومحفل أن يريد به حتى تبين له نقصان ثمره عما قد قدر فيه وذلك أيضا محفل وجهين أحدهما أن يتبين له من أمر الثمرة مع بقائها على ما كانت عليه حين ابتاعها من تقصيرها عما كان قرفها والثاني أن يتبين النقصان بجائحة طرأت عليها الآن إذا خال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على أنه حله على الجائحة وذلك أنه أو رد الجائحة على تبين النقصان فالظاهر أنه عمله له والجائحة من باب النقصان فلذلك أنكر على من تألى أن لا يضعها (فصل) وقوله فأتى رب الحائط وسأله أن يضع عنه أو يقبله بمحفل وجهين أحدهما أنه سأله ذلك على وجه الرغبة إليه وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضا عند المتاجر فذلك لا بأس به رواه ابن المواز عن مالك وروى عنه أيضا أنه قال غيره أحسن منه وجه اباحتها إلا رفاق معروف فكان بها للغنى والفقر كاستعارة الثوب والداية ووجه استحسان غيره ما فيه من السؤال والخضوع والامتنان لمخلوق في غرض دنيا لا تدعو إليه حاجة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم اليد العليا خير من اليد السفلى وكذلك أن قال له أن وضعت عنى والا خصمتك قال أصبغ أو يقول أن وضعت عنى والأوجنت عيبا فان هذا ممنوع منه (مسئلة) والثاني أن يكون انما سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التي ثبتت له على وجه استدعاء الحق على وجه الرغبة وقوله خلف أن لا يفعل يجب

قال مالك وأصحابه العرية بائعها من التمر يصرى ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وإنما خرص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والاقالة والشركة ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أمرك أحد أحد في طعام حتى يستوفيه ولا أقاله منه ولا ولاء أحد حتى يقبضه المبتاع ﴿ الجائحة في بيع الثمار والزرع ﴿

حدثني يحيى عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقبله خلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هوله

أن يكون ممنوعاً على وجهين سأله التخفيف عنه على وجه المعروف أو سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه اسقاطه من الجائحة

(فصل) وقوله فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أنها مضت تشفع بالنبي صلى الله عليه وسلم حين امتنع من الوضعة على حسب ما فعل جابر حين اشتد عليه الغرماء ويحتمل أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها وعليه فيما قضت عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً انكار لحلفه على مثل هذا وتدبر لما لا يمينه أو حلفه وليس في ذلك ما يقتضي الحكم للمشتري بجائحة ولا غير ذلك وإنما فيه انكار لحلفه أن لا يفعل خيراً فإن كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه بوضع الجائحة وإن تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه فتأليه على أن لا يفعل خيراً ثابت في نفسه

(فصل) وقول البائع لما بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم قوله اقلع عما أتاه من الحلف على أن لا يضع من المتاع شيئاً بالغ في الاقلاع والتوبة وازجوع إلى امرأته صلى الله عليه وسلم والمسارعة إلى ما تبين له من منهجه بأن وضع عنه أو قاله قال مالك في العتبية في قوله قوله لا أدرى الوضعة أو الاقالة وكذلك كاتوا رضی الله عنهم سراعاً إلى امتثال أو امره واجتناب نواهيهم ولذلك كانوا خيراً أمة أخرجت للناس واختارهم الله لصعوبة نبيه ونصرته رضي الله عنهم أجمعين ص **مالك** انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا **ش** قوله قضى بوضع الجائحة الجائحة اسم لكل ما يبيع الانسان وينقصه الآن هذا له عرف في الشرع واللغة فاذا أطلق فهم منه فساد الثمرة وهو الذي وضع عمر عن المتاع قدره من الثمن وبهذا أقول مالك اذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر وقال أبو حنيفة جميع ذلك من المشتري وبه قال الليث والشافعي في الجديد والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه علاماً يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ودليلنا من جهة القياس ان هذه ثمرة أصابها جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها فجاز أن يرجع بها على البائع أصله اذا كان ذلك بعطش (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان دعا البائع إلى رد الثمرة إليه ان لم يرض المتاع بالمشاركة لم يكن له ذلك ووضع الجائحة عن المشتري قاله مالك في المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك ووضع الجائحة قاله مالك في كتاب ابن المواز ووجه ذلك ما ذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله اذا كان له عرف لا يؤثر في نقله ويصح العقد دونه **•** اذا ثبت ذلك فان في الجوائح ثلاثة أبواب **•** الباب الاول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة **•** والباب الثاني في تبين ما يوضع فيه الجائحة **•** والباب الثالث في مقدار ما يكون من ذلك جائحة

(الباب الاول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة)

اختلفنا هنا في معنى ما يوضع من الجوائح فعند ابن القاسم ان ما لا يستطاع دفعه وان علم به فانه يكون جائحة ولا يستطاع دفعه ان علم به فلا يكون جائحة كالسارق قاله في كتاب ابن المواز وهو مذهب ابن نافع في المدونة وروى عن ابن القاسم في المدونة ان كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقاً كان أو غيره وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر

• وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة **•** قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

السما من عفن أو برد أو عطش أو فساد بجر أو برد أو بكسر الشجر وأما ما كان من صنع آدمي فييس بجائحة فوجره رواية ابن المواز عن ابن القاسم ما احتج به أنه إن السارق لو علم به لا يمكنه دفعه فلا يكون ذلك جائحة لأن المبتاع حينئذ مفرط في حفظ الثمرة ومضيع لها فكان ذلك منه ووجره رواية سمعون عنه أنه من ضمان البائع فعلى أي وجه تلفت كان ذلك جائحة توضع عن المشتري لأن ما تلف لم يسلم إليه ووجه الرواية الثانية أن الثمرة في يد المبتاع فمسماها إليه البائع على نهاية ما يمكنه من التسليم فليس عليه حفظها ولا ضمان عليه فيها إلا ما كان في جهة الأصل لاستعاققه عليه السقي إلى تنهاى نضجها وكال صلاحها ولو كان يضمنها بالسارق والعطش لكان عليه حفظها وذلك لا يقوله أحد (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الجائحة على ضرر بين جائحة من قبل الماء وجائحة من قبل غير الماء فأما الجائحة من قبل الماء فإن كانت من قبل العطش فقد قال مالك في الواجحة بوضع قليل ذلك وكثيره كانت شرب مطر أو غيره وكذلك قال ابن القاسم ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقي فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها كمنفعة الأرض المكتراة والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشتري داخل على السلامة منها ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل وأما الجائحة بكثر المطر فهو نوع من العفن فكان حكمه حكم سائر العفن يصح كثيره ودون قليله

(الباب الثاني في تعيين ما توضع فيه الجائحة)

أما ما يعتبر به في وضع الجائحة فإنه يرجع إلى معنيين أحدهما جنس الثمرة والثاني معنى يفترن بها فأما جنس الثمرة فهو كل يبيع يحتاج إلى بقاءه في أصله وحاجته إلى ذلك تكون على ضرر بين أخذها لانتهاؤها صلاحها وطيبها كثمر النخل والعنب إذا اشترى عند بدو صلاحه وكثرة التفاح والقر والبطيخ والورد والياسمين والفول والجلبان والثاني يحتاج إليه لبقاء طوبىته ونضارته كثمر العنب اشترى بعد انتهاؤها طيبها والبقول والقصيل والأصول المغيبة من الجزر والسلجم والبصل والثوم فأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته كالتمر اليابس والزرع فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه جائحة لأن تسليبه قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع لأنه ليس له في أصله منفعة مستتناة يستنظر استيفاءها فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل وأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط والأصول المغيبة فقد اختلف أصحابنا في مسائل يجب ردّها إلى أصل واحد فروى ابن القاسم في المدينة أن من اشترى التمر في رؤس النخل قد طببت طيبا بينا فأصابها الجائحة فليس على البائع من ذلك شيء لأنه مثل ما في الخربز وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه سئل عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لأنه لا يباع حتى يتم وقال سمعون إذا تنهاى العنب وآن قطفه حتى لا يتركه تارك السوق يرجوه أو لشغل يعرض له لم توضع فيه جائحة وروى سمعون عن ابن القاسم في قصب السكر والخربز وسائر البقول والقصيل الجائحة وبه قال ابن عبد الحكم وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فحين اشترى فاكهة أو رطباً طببت وأخرها رجاء النفاق فأصابها جائحة ولو عجل بها لم تصبها جائحة قال يوضع عنه الثلث وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ذلك على البائع ما لم تبين الثمرة فعلى رواية أصبغ عن ابن القاسم لا يراعى حفظ نضارته وإنما يراعى تكامل صلاحه ويجب

أن يجرى هذا الجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرط فلا توضع جائحة
 في شيء من ذلك وعلى رواية سمعون توضع الجائحة في جميعه وجهر واية أصبغ ان الضمان بجائحة
 الثمرة انما يلزم البائع ما بقي عليه فيها من حق التوفية لان ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا
 يصح تسليم الثمرة الا بعد وجوده فاذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة سقط عنه الضمان وما يرجوه
 المتابع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه في أصله فذلك حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه
 الانتظار لمبيع لم يوجد الا ترى أن من باع منه قحاً فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله فان
 المتابع يبقى الطعام في موضعه حفظه الى أن يمكن نقله ومع ذلك فان البائع لا يكون ضامناً له
 ووجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد
 وعليه ابتاع المتابع لان في جرد الثمرة جهة فساد لان ذلك يتلف رطوبتها ولا يمكن أكلها على
 المهود الا شيئاً بعد شيء ولا يتأتى بيع جميعها ووجه جملته في الغالب فنقول ان الثمرة بمقاة في
 الأصل لمعنى معتاد مقصود فثبت فيها الحكم بالجائحة كالمقاة تمام الصلاح ولذلك استويان في وجوب
 السقي على البائع فان آخرها المتابع عن المعتاد من حالها فأجبت بعد ذلك فهي منه وانما اختلف في
 وضع الجائحة في البقول لاختلاف قول أصحابنا في هذا الأصل فعلى القول الأول لا توضع فيه جائحة
 وعلى القول الثاني توضع فيه الجائحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالقول من هذا
 النوع الذي توضع فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفرد عن أصله والجائحة توضع فيه فأما
 ما كان مهراً في نكاح فاختلف أصحابنا فقال ابن القاسم لا جائحة فيه وقال ابن الماجشون فيه
 الجائحة وجه قول ابن القاسم ان هذا عقد لا يقتضى المعابنة والمكايسة وانما يقتضى المواصله
 والمكارمة ووضع الجائحة ينافي ذلك ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب
 فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض (مسئلة) ومن اشترى عريه فقد قال مالك وابن القاسم
 وابن وهب توضع فيها الجائحة وقال أشهب لا توضع فيها جائحة ووجه ذلك ان هذه ثمرة يضمنها
 بخرصها ثمرا الى الجلاء فسقط عنه ذلك بالجائحة كالزكاة ووجه قول أشهب انه اشترىها للدفع
 الضرر وهذا اذا كانت العربية نخل معينه وان كانت أوسقاً من حائط فلم يبق الا مقدار تلك الأوسق
 لزم المتابع أداؤها بمنزله من أوصى بثمره حائطه لانسان ولاخر منه بخمسة أوسق فتلقت الثمرة الا
 خمسة أوسق فان جيمها له دون من أوصى له بثمر الثمرة قاله في المبسوط (مسئلة) ومن باع
 ثم حائطه واستثنى منه أصوعاً مقدرة فأجبت فقدر روى ابن القاسم وأشهب عن مالك توضع من
 العدد المستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدينة ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى
 شيء وان بلغت الثلث وضع عن المتابع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة قال ابن
 القاسم وهذا بخلاف الصبرة يبيعها ويستثنى منها كيلاً يكون الثلث فأذنى فتهلك الصبرة
 الا ما استثنى البائع منها فان ذلك له دون المتابع والله أعلم وروى عنه ابن وهب لا يوضع من العدد
 المستثنى قليل ولا كثيراً جيجاً أكثر الثمرة أو أقلها قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا
 عندي مبني على ما يقتضيه اختلاف قول مالك في المستثنى من الثمرة كيلاً فعلى ما يقتضيه قوله من
 أن المستثنى يتناول البيع وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء فلا جائحة فيه لان البائع ابتاع من
 المشتري ما استثناءه من عدد الأوسق فوجب أن يكون استثناءه مقدماً في ثمرة أو حائط ولو لم يبق
 من الحائط غير ذلك وعلى ما يقتضيه قوله ان المستثنى لم يتناول البيع وانما ابقاه الاستثناء على ملك

البائع فان ذلك قد صار به البائع شريكاً للبائع فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر مال الكل واحد منهما من ثمرة الحائط والله أعلم

(الباب الثالث في تبين مقدار الجائحة التي توضع)

وجلتها ان المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع ثمار التين والتمر والعنب وما جرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح فهذه يراعى في جوائدها الثلث فان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشتري منها وان بلغت الثلث وضع عنه جميعها ونوع البقول وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض في أعيانها دون ما يخرج منها وقد تقدم من قولنا ان فيها روايتين احدهما اني ذلك جملة والثانية اثباتها فاذا قلنا باثبات حكم الجائحة فيها فهل يعتبر فيها الثلث أم لا روى ابن القاسم عن مالك أن الجائحة توضع فيها قليلاً وكثيرها بلغت الثلث أو قصرت عنه وفي المدينة عن ابن القاسم عن مالك الآن يكون الشيء التافه وروى علي بن زياد عنه لا يوضع من جائحتها الا ما بلغ الثلث وجه رواية ابن القاسم ان البقول لما لم يجز يبيعها الا عند جدها وجب أن يستوفي قليل ما يتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون ووجه رواية علي بن زياد ان هذا يبيع ثبت فيه حكم الجائحة فاعتبر فيها الثلث كالثمرة ونوع ثالث يجري مجرى البقول في أن أصله مبيع مع ثمرة ويجرى مجرى الأشجار في أن المقصود منه ثمرة كالفناء والبطيخ والقرع والبادنجان والبقول والجلبان فهذا روى ابن القاسم وجميع أصحابنا ان الثلث يعتبر في جائحتها وقال أشهب في كتاب المواز المقائى كالبقل توضع الجائحة فيها قليلاً وكثيرها دون اعتبار ثلث وجه رواية ابن القاسم ان المقصود من البيع الثمرة فوجب أن يكون حكمها حكم الثمرة ووجه قول أشهب ان هذا نبات ليس له أصل ثابت فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان المبيع من الثمار في عقد واحد أجناساً مختلفة عنباً وتيناً وورماناً وسفراً وجلاً وياسميناً وورداً فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرها فان جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت عنه لم توضع رواه ابن حبيب عن مالك وروى ابن المواز عن أصبغ ان جائحة المصاب معتبرة بالجملة سواء كان ذلك في حائط واحد أو حوائط مختلفة ووجه قول مالك ان الجائحة انما يعتبر فيها الثلث ليميز ما ليس بجائحة من الأمور المعتادة فاذا بلغ ثلث هذا الجنس ثبت انه جائحة ووجب وضعها ولو اشترى رجل حوائط كثيرة من جنس واحد فأصابته الجائحة حائطاً منها لاعتبر ثلث الجملة وهذا تعلق أصبغ في اعتبار ثلث الجملة والأجناس (فرع) وكيف يكون الاعتبار بالثلث أما على قول أصبغ فيعتبر بثلث الجملة في الأجناس المختلفة وصفة العمل في ذلك أن ينظر الى قيمة الجنس الذي أصابته الجائحة من سائر الأجناس فان كانت قيمة ثلث الجملة حكم بجائحته ولا يعتد بثلث الثمرة اذا ذهب الجنس كله فان ذهب بعضه فان ابن القاسم ينظر الى الجنس الذي أصيب وان كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة فان أصيب ثلث ثمرة حكم بالجائحة وان أصيب أقل من ثلث الثمرة فلا جائحة فيه وان كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة في القيمة فلا جائحة فيه وان أصيب جميعه وقال أصبغ انما ينظر في ذلك كله الى ثلث القيمة فان أصيب من الجنس الواحد ما يفي ثلث قيمة الجملة فهي جائحة وان كان أقل من ذلك فليست بجائحة وجه قول ابن القاسم ان التقيوم يحتاج اليه في اختلاف الأجناس فاذا كان النوع واحداً ورجع الى الاعتبار به فالاعتبار بقدر الثمرة كماله كانت مفردة ووجه قول أصبغ ان الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثلث الثمرة المجاحة وأما ان يعتبر

الأمران جميعا فذلك خلاف الأصوب (مسئلة) وان كان المبيع جنسا واحدا أو أنواعا مختلفة فأصيب نوع منها فلا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بثلت جميع المبيع وهل يعتبر بثلت قيمته أو ثلث الثمرة روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك أن الاعتبار بثلت الثمرة وروى عن أشهب أن الاعتبار بثلت القيمة وأما ان كان نوعا واحدا فإنه على ضربين أحدهما أن يحبس أوله على آخره كالتمر والعنب فهذا لا خلاف في المنهب أن الاعتبار في جائحته بثلت الثمرة وان كان مما لا يحبس أوله على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح قال ابن حبيب وابن المواز والمان فهنا يعتبر ابن القاسم أيضا ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلت القيمة وجه القول الأول ان الثلث إنما اعتبر ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة وذلك لا يكون إلا باعتبار ثلث الثمرة ووجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة وبسببها يزبد الثمن وينقص وقد يكون اليسير من الثمره معظم الثمن ولو أصيب اليسير منها وقليله كسير الثمن بلحقه الضرر كما انه اذا أصيب الكثير منها ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم نظرت الى ثلث الثمرة فان بلغت الجائحة وضعت عن المشتري وان لم تبلغ الا عشر القيمة وان قصرت عن ثلث الثمرة لم يوضع عنه شيء وان بلغت تسعة أعشار القيمة وان قلنا بقول أشهب نظرت الى ثلث القيمة فان بلغت الجائحة وضعت عن المبتاع وان كانت لم تبلغ الا عشر الثمرة وان لم تبلغ ثلث القيمة لم يوضع وان بلغت تسعة أعشار الثمرة ص **قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون ما دون ذلك جائحة** **ما يجوز في استثناء الثمر** **حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه**

قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون ما دون ذلك جائحة ما يجوز في استثناء الثمر حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه

ما يجوز في استثناء الثمر

ص **قال مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه** **ش** قوله كان يبيع ثمر حائطه يبيع ثمر حائطه على ثلاثة أضرب أحدها أن يبيع منه مكيلا معروفة والثاني أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا أصاعا بالحرص والثالث أن يبيعه منه جزا فافا فأما بيع الأصوع منه فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى **و** وأما ان باعه على أن فيه كذا وكذا أصاعا على التحري فقد قال الشيخ أبو القاسم ذلك غير جائز قال القاضي أبو محمد لان التحري فيه من باب

الغرر وقاسه على الصبرة من الطعام لا يجوز بيعها على التصري على ان فيها عدد أصوع ووجه هذا عندي أن الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتصري والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما * وأما ان يبيعه جزافا فان ذلك جائز ولا خلاف فيه ووجه ذلك انه متى يتأتى فيه الحزر فجاز بيعه جزافا (فصل) وقوله ويستثنى منه يعتمل أن يريد به كيلا ويعتمل أن يريد جزأشائعا ويحتمل أن يريد تغلات يخطرها فأما استثناء الجزء الشائع منه فانه جائز ان كان أقل من النصف وان كان أكثر من النصف فالذي عليه مالك وأصحابه ان ذلك جائز أيضا وعبد الملك بن الماجشون لا يجيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه وقد ذكرناه في أحكام الفصول ووجه قول مالك ان الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر فوجب أن يصح لانه اذا قال له أبيعك هذا الحائط الأربعة أعشاره فالمفهوم بعثك عشرة وذلك جائز وهذا الخلاف انما يرجع الى اللفظ والله أعلم وأحكم وسيأتي الكلام على القسمين الباقيين ان شاء الله تعالى ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الافرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه ثمانمائة درهم ثمرا * ش قوله استثنى منه يريد من ثمره وقوله ثمانمائة درهم لا يخلو أن يكون استثنى منه جزءا شائعا على مثل هذا الغرر أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره فان كان استثنى منه جزءا شائعا فذلك ما قدمناه لانه استثنى منه الثلث الخمس وان كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث فأقل من الثمرة ولا ينظر الى الثمر لانه لو تقدر هذا الثمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر وذلك غير جائز على ما سنينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ان أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثنى منها قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك * وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما ذكره ان من باع ثمر حائطه جزافا فان له أن يستثنى منه كيلا ما بينه وبين الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولها لا يجوز أن يستثنى منه قليلا ولا كثيرا والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك أن هذا الاستثناء لا يدخل غررا في المبيع فلم يمنع صحة العقد أصل ذلك اذا استثنى جزءا شائعا (مسئلة) وله أن يستثنى ذلك بسر أو رطباً أو تمرًا قاله أصبغ ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع فلا يفسده بقاؤه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله أصل ذلك سائر املا كه (مسئلة) وهذا اذا كان الحائط نوعا واحدا فان كان أنواعا كثيرة فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه جاز ذلك وان استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه الا أنه أقل من ثلث الجملة روي في العتبية أشهب عن مالك له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب ورواه ابن المواز عن مالك وجه الرواية الاولى ان الاعتبار بثلث الحائط في الاستثناء لأن الغرر انما يبقى في الكيل دون القبة ولا يبقى هذا أكثر من انه استثناء من أفضل أنواع الحائط وتلك صفة رضى المبتاع لا تدخل غررا في الكيل والقدر فوجب أن يصح وجه الرواية الثانية ان الغرض فيكون في نوع منه ويشترى الجملة لاجله واذا استثنى منه كيلا أكثر من ثلثه أدخل غررا في المقصود من البيع ورم استثنى منه ما يقصر عنه جميعه (مسئلة) ولو باع منه صبرة طعام جزافا لكان حكمها في جواز استثناء ثلثها بالكيل ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة وحكى القاضي أبو محمد عن ابن الماجشون انه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليلا ولا كثيرا كيلا ولا جزأ مشاعا قال ورواه عن مالك واحتج بذلك ان الجزاف انما جاز بيعه للضرورة لما يريد

* وحديثي عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الافرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه ثمانمائة درهم ثمرا * وحديثي عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثنى منها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه ان له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك

البائع أن يزيد عن نفسه مشقة الكيل والوزن فاذا استثنى منه جزأ فلا يبله من الكيل فلا يقصد الا الحاطرة في قدر المبيع والفرق بين الصبرة والتمر ان الثمرة لا يتأتى فيها الكيل والصبرة يتأتى فيها الكيل وهذا عندي يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول في استثناء المبتاع بعض الثمرة المأبورة مع الاصل وبعض الثمرة التابعة للدار المكتراة فهذا على تسليم هذه العلة زاد على منعها وقوله ان الجزاف في البيع أصل في نفسه لما قدمناه من تأتى الجز فيه فلا يلزم ما قاله عبد الملك

(فصل) وقوله ما ينه ويمن ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك يريد ان استثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر فلا يجوز ذلك فان وقع ذلك ففي المدينة عن عيسى يفسخ البيع فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناءه رد المبتاع ككيل التمر الذي أخذ ان عرف كيله وان لم يعرف كيله فقيمه خرس ذلك لان هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل ص **قال مالك فأما الرجل يبيع تمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه تمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عندها فلا يرى بذلك بأساً لأن رب الحائط إنما استثنى شيئاً من ثمر حائطه نفسه وإنما ذلك شيء احتسبه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك **ش استثناء الرجل من حائطه في البيع عند نخلات يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يعينها وذلك لا خلاف في جوازها لأنه وقع البيع على سائرها وهو معين والثاني أن يطلق القول فيقول أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس فهذا البيع جائز لأن له وجهاً في الصحة ومخرجا توجه اليه وذلك انه يكون شريكاً بما استثناءه من العمد في عدد جميع الحائط فان كان استثنى خمسة والحائط خمسون كان له عشر الثمن مشاعاً وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر وعلى هذا الحساب يكون شريكاً (مسئلة) وان كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها فان كان استثنى الكثير لم يجز ذلك وان كان استثنى اليسير جاز ذلك عند مالك ومنع منه ابن القاسم وجه قول مالك ما احتج به من ان المستثنى ليس يمتنع فلا يفسد بغيره ولا شيء مما تنفسد به البيوع ومعنى ذلك عندي ان ما يجوز في اختياره من أن يأخذ شجرة ثم يتركها ويختار غيرها إنما يفسدها ما انتقل الى المختار على غير وجه البيع أو كان باقياً على الملك فان ذلك لا يؤثر فيه ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة ثم يتركها ويأخذ غيرها فيدخله التفاضل في المعلوم ومثل هذا يجوز على البائع في اختياره فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المبتاع (مسئلة) وان كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كبير منه لم يجز وان اشترط اختيار يسير منه جاز وجه ذلك انه اذا اشترط الكثير ذهب معظم الجملة فدخل كثير الغرر فبأبقي منها أو الجهل بصفاتها وتفاوت التعرير فيها فعد ذلك بفساد العقد وان اشترط اليسير منها بقي معظم الجملة فقل الغرر فيها وتفاوت أمرها ويجوز من المبتاع الاتقاع على اختيار الكثير والقليل والفرق بينهما ان ما بقي للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع فلا يؤثر فيه الجهل بصفته ولا كثير الغرر وما بقي للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع ففسد البيع بكثر الغرر وجهه بالصفة****

قال مالك فأما الرجل يبيع تمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه تمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عندها فلا يرى بذلك بأساً لأن رب الحائط إنما استثنى شيئاً من ثمر حائطه نفسه وإنما ذلك شيء احتسبه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك **ما يكره من بيع التمر **حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلاً بمثل فقيل له ان عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم****

ما يكره من بيع التمر

ص مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلاً بمثل فقيل له ان عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

على التماثل في الأربع المسميات على ما تقدم في الحديث فلنا فيه دليلان أحدهما انه صلى الله عليه وسلم لما نص على أربعة أشياء مختلفة الاسماء والجنس علمنا أنه قصد الى ذكر أنواع الجنس التي يجرى فيها الربولم يذ كر الخبز والطبخ ليسل به على الفواكه الرطبة ولا ذ كر السقمونيا ولا الطباشير ولا الاسارون لينبه به على الادوية ولا ذ كر الجير ولا الرما د لينبه به على المسكيل والموزون فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس فان الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التي نص عليها ووجه ثان وهو انه لا خلاف أنه قصد به هذه الأربع المسميات الى التنبية على علة الربا فيها فأتى بالفاظ مختلفة الجنس والمعنى وهذا يقتضى أن العلة أخص صفة توجد فيها ووجدنا التمر يؤكل قوتا ويؤكل حلاوة وتفكها فلولا اقتران الخنطة والشعير به للحقت به الحلاوة والفواكه خاصة ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الاقوات ويكون علفا فلولا اقتران الخنطة والتمر به لجاز أن يلحق به أدنى الاقوات خاصة دون أعلاها ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط ووجدنا الملح مما يصلح الاقوات ويطبخها فلولا اقتران القمح والشعير به لجاز أن يلحق به الاقوات المصلحة ولجاز أن يلحق به الماء والبقول التي يصلح بها الطبخ ووجدنا البر أرفع الاقوات وما يقتات عاما فلولا اقتران التمر والشعير به لقصرتا حكمه على رفيع الاقوات ومنعنا الربا أن يجزى في أدونها أو يجزى في الارز وغيره مما لا ييم اقتبانه ولو أراد عموم العلة لاكتفى باسم واحد منها لأنه لا خلاف ان كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص وكلما قلت كانت أعم وأما الدليل على ابطال ما قالوه ان كل جنس ثبت فيه الر بالعلة فان اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يضرب حكمه ولا يخرج عن علة كالذهب والفضة وبيان ذلك أن الدنانير والدراهم ثابتة الربا فيها بعلة الوزن عندهم وبعلة أنها أصول الامنان وقيم المتلفات عندنا لم يزل حكم الربا عنها على أى وجه كان من تقار أو تبا أو سكة أو صياغة جرت موزونة أو عسدا ثم نظرنا في الخنطة اذا طحنت وخبزت فانها لا تخلو من أحد أمرين اما أن يكون الربا ثابتا فيها أو غير ثابت فان كان ثابتا حصل ان اختلاف الصفات عليها أخرجها عن علتها في الربا وأوجب أن يعلل الربا فيها بعلة أخرى وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى وان كان غير ثابت وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذي ثبت فيه الربا يسقط الربا عنه وذلك باطل باتفاق

(فصل) وأما الدليل على الفصل الثاني وهو ان الربا يجزى في قليل الخنطة فهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التمر بالتمر مثلا يمثل والخنطة بالخنطة مثلا يمثل والشعير بالشعير مثلا يمثل والملح بالملح مثلا يمثل وهذا عام ودليلنا من جهة المعنى ان كل جنس حرم التفاضل في كثيره فانه يحرم في قليله كالذهب والفضة وما يختص بالشايعي ان علة الربا في التفاضل لما تعلقت بالجواهر المعدنية تعلقت بأرفعها وغوالذهب والفضة دون أدونها وهو الرصاص والآتلك والتحاس واذا تعلقت بالمطعموم وجب أن تتعلق بأرفعه وهو المقتات دون غيره (مسألة) اذا ثبت ان العلة الاقتيات فان الحكم يقصر على كل ما كوله مقتات دون ما يؤكل على وجه التفكه أو التساوى فجرى الربا في الخنطة والشعير والسلت والعلس والارز والدخن والذرة والقطنية والتمر والزبيب والعسل والسكر والزيت على اختلاف أنواعه واللحم واللبن وما يكون منه والملح والابرار والفلفل والسكر ويا وحب السكر والقرقة والسنبيل والخردل والقرطم وفي كتاب محمد بن القاسم وودك الروس وغير ذلك مما يقتات على اختلاف عادات البلاد في ذلك واتفاقها (مسألة) واختلف

أصحابنا في الشعر والائيسون والكمونين فقال ابن القاسم هي مما يجري فيها الزبالا من الأقوات
وقال أصبغ لا يجري فيها الزبالا كثيرا كثيرا كثيرا على وجه التساوي وبه قال ابن المواز وجه
ما قاله ابن القاسم ان الثيار والائيسون والكمون الاسود يستعمل في الخبز على معنى تطيبه
وتحسين طعمه والكمون الابيض يستعمل في الطبخ كالفلفل ووجه قول أصبغ ان الخبز
لا يستعمل فيه صناعة الازار غالبا ولا يدخل فيه فلا تأثير لها في اصلاح القوت على الوجه المعتاد
(فصل) وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للاكل دون الاقتيات فانه يحرم الربا في
الجوز واللوز والبندق والسنوبر والفسق وأنواع الفواكه كلها التي تدخر وبه قال ابن نافع وابن
حبيب واختلفوا في الفواكه التي يقل ادخارها كالتوخ والمان والاجاص وعيون البقر
والموز مما يدخر ويبيس ففي المنية من رواية يحيى عن ابن نافع انه لا يجوز التفاضل فيها لانه يدخر
ويبيس وقال مالك في الموطأ انه يجوز التفاضل في الرمان زاد عيسى عن ابن القاسم في المنية
والخوخ والاجاص وعيون البقر لانه لا يبيس وان يبيس لم يكن فاكهة توافق مالك وابن نافع على ان
البطيخ والخربز والقثاء والترح والخبز فيه التفاضل فوجه قول مالك ما احتج به من ان
هذه التي نص عليها لا يبيس ولا تدخر غالباً ومنها ما لا يبيس بوجه كالموز وأما الرمان فان يبيس خرج
عن حكم الفاكهة وغيرها مما يبيس كالخوخ والاجاص والكمثرى فانه لا يبيس غالباً ولا تطل
الاحكام ما يندر وهذا على ما أصاب اليه ابن القاسم وأما على ما نص عليه مالك من الرمان فانه على
ما قال ما يبيس منه لا يكون فاكهة فحكمه في الفاكهة حكم ما لا يبيس بوجه كالبطيخ والقثاء ووجه
قول ابن نافع ان هذا مما لا يدخر للاكل ويبقى بأيدي الناس على حاله المدة من العام فجرى فيه الربا
كالجوز وأما قوله مما يدخر فساتع في جميع ما نص عليه وأما قوله ويبيس فانه راجع الى غير الجوز
ويحتمل أن يرجع الى الرمان بمعنى انه يبيس قشره الاعلى الحافظ لطرطوبه الحلب والله اعلم
ويجب ان يلحق بهذه المسئلة المختلف فيها البرقوق والجراسيا فانها بر بيان على وجه ما رتب
عليه الخوخ والكمثرى والتفاح والله اعلم ومن جعل العلة الاقتيات لم يجز الربا الا في كل مقتات
مدخر وأما ما يكون مدخراً غير مقتات كالجوز واللوز ومقتاتا غير مدخر كالبيض فلا يجري
في شيء من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة فلا يجري الربا في الفواكه الرطبة من التفاح والرمان
والكمثرى وعيون البقر والخوخ وان كان بعضها يدخر فلا يس ذلك بمعتادها

(فصل) وقوله في الحديث فعمله ان عاملك على خير ياخذ الصاع بالصاعين ظاهره ان يحرم
التفاضل في ذلك لم يكن بعد فاشيا وعمله ان يكون ذلك بقرب حدود هذا الحكم ولذلك لم يصم به
عامله ولا علم به من علم استجازة عامله للتفاضل فيه ولم ينكره ولا انهاه الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا
شك انه لا يقدم على خير عامل الا من يفقه ويعلم صلاح حاله ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين
علموا عمله به حتى سمعوا من النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ان العامل بخير بعمله ولعل ذلك

الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ادعوه لي ظاهره والله اعلم يعلم منه ما تقدم من فعله في هذا الحكم
ولم ينه من مخطوئه في المستقبل لما سأله عنه وأخبره انه كان من فعله وان الداعي له الى ذلك تفاضل
الخير وانه لا يجد من يعطيه الجسد الرديء مثالا لها عن فعله في المستقبل وبين له الطريق الى
تجصيل غير ضمه من الخطا الجيد واخرجه عن الرديء بان يبيع الجوز بالدرهم ويتبع بها الخبيث ومن

بالتمر لاجل التفاضل ولو منعه من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك ونهى سعد عن التفاضل في السلب بالبيضاء يقتضى انهما عنده جنس واحد ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل في الرطب بالتمر وهذا مذهب مالك ان السلب والخنطة والشعير جنس واحد في الزكاة وفي منع التفاضل وسياً في ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأخذ بعد حكم السلب بالبيضاء من حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الرطب بالتمر دليل على قوله بالقياس وعلى هذا جماعة أصحابه فلا أعلم أحدا منهم يحفظ عنه قصة أو دعوى أو قضية الا وجميعها أو معظمها القياس

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الرطب أينقص اذا يبس تعليم للقياس وتبنيه عليه لانه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص اذا يبس ولكنه صلى الله عليه وسلم أراد أن ينبههم بذلك على علة التصريم وهو التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض وان رطبه وان كان فيه غرض لا يكون في يابسه فانه لا يخرج بذلك عن جنسه ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض اذا اتفقا في معظمها ورويت في بعض الروايات عن أبي مصعب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حوله لا ينقص الرطب اذا جف وذلك يقتضى انه أراد تعليم جميعهم وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مساهمة باتفاق ولما قالوا نعم نهى عن بيع الرطب بالتمر فاقتضى ذلك منع التفاضل فيه ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوي فيه ولذلك اعتبر النقصان بالحقوف أيضا وبهذا قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقال أبو حنيفة يجوز بيع الرطب بالتمر متساويا ودليلنا حديث سالم المتقدم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتبعوا التمر حتى يبدو صلاحه وقال لا تتبعوا التمر بالتمر وحديث عبد الله بن عمر الذي يأتي بعد هذا من الأصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة ببيع التمر بالتمر كيلا ويبع الكرم بالزبيب كيلا وهذا عام فيحمل على ثبوته الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس فيه الرابيب منه مجهول معلوم فلم يجز أصله ببيع الشيرج بالسهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما كان أصله الجنس الواحد فصار على صنفين مختلفين يختلف بهما اسمه والغرض منه فلا يجوز بعضه ببعض متساويا كالبلح الصغير والكبير والرطب بالتمر لا يجوز شيء من ذلك بما خالف صنفه (مسئلة) فأما بيع الرطب بالرطب متساويا فراه مالك وأبو حنيفة ومنع منه عبد الملك بن المنصور وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله ان كل جنس يجوز التساوي بعضه ببعض حال الحقوف فانه يجوز التساوي فيهما حال رطوبته كالجنين بالجنين والزبيب بالزبيب واللبن باللبن (مسئلة) فان كان التمر قد أنصف بأن يكون نصف التمر بسرا ونصف التمر قد أنصف الرطب فهل يجوز بيع بعضها ببعض

﴿ ماجاء في المزابنة والمحاقلة ﴾
• حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة ببيع التمر بالكرم كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا

﴿ ماجاء في المزابنة والمحاقلة ﴾

ص • مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة ببيع التمر بالكرم كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا • ش قوله نهى عن المزابنة والمزابنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس يبابسه ومجهول منه معلوم وذلك أن الرطب وان عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضا منه ولعله أن يكون مأخوذا من الزين وهو الدفع عن البيع الشرعي وعن معرفة التساوي وقال ابن حبيب الزين والزبان هو الخطر والخطار (فصل) وقوله والمزابنة ببيع التمر بالتمر كيلا يقتضى أن يكونا مكيلين لانه حال أحدهما ويجوز أن

يكون تفسيراً من النبي صلى الله عليه وسلم ويصح أن يكون تفسيراً من الراوي لأن الأظهر أنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه بقوله وإن كان من قول الراوي وهو ابن عمر فهو حجة لأن هذا أمر طريقه اللغة وابن عمر حجة في ذلك وقد روي غير هذا التفسير فيه فروى زياد بن أيوب دلوي عنه ابن عليه عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ما في رؤس النخل بقر بكيل مسمى إن زاد قلي وإن نقص فعلى والجواب أنه قد ورد فيه التفسيران وما قلناه أصح لأنه رواه عن مالك في تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر وروي التفسير الذي ذهبتم إليه زياد بن أيوب وقد رواه عن مالك من حديث أبي سعيد الخدري فيجب أن يكون البيعان ممنوعين فإن اسم المزابنة واقع عليهما

(فصل) وقوله ويبيع الكرم بالزبيب كيلاً يريد العنب وسمى العنب كرمًا وإن كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والآنساع كما يسمى الشيء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب وأما ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فإنا الكرم قلب المؤمن قال ابن الأنباري إنما سمي الكرم كرمًا لأن الخمر المشروبة من عنبه تحت على الضياء وتأمر بمكارم الأخلاق فنكره النبي صلى الله عليه وسلم أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون معناه أن العنب وإن كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه فإن قلب المؤمن أكثر خيراً وأنفع لنفسه وللناس ولم يرد ذلك النبي عن أن يسمى الكرم كرمًا ولذلك لم ينقله الناس عن النبي ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرمًا ولكنه إنما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال صلى الله عليه وسلم ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب وهو الذي يظهر لي فيه والله أعلم وأحكم (مسألة) وأما بيع التمر بالتمر كيلاً فإنه مأت في به يعتبران جميعاً وأما العنب بالزبيب كيلاً فإن ذلك غير مأت في الالوزن ولا يباع العنب كيلاً بوجه ويحتمل أن يريد بذلك صلى الله عليه وسلم أنه لا يبيع أحدهما بالآخر بالوجه الذي يقوم مقام الكيل في معرفة التساوي ووجه آخر وهو أنه قد يسمى الوزن كيلاً فيقال هذه عشرة دراهم كيلاً ويحتمل أن يريد به العنب جزاً والزبيب كيلاً ويحتمل أن يريد به أن يحصر في العنب مكيلاً الزبيب وقد اختلف قول مالك في إجازة التمري فيما يحرم فيه التفاضل فأجازه في البيض بالبيض والخبز بالخبز واللحم باللحم وفي الخالوم الرطب باليابس وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد وأجازه مع القول بإباحته في القديم باللحم الطري حرة ومنعه أخرى وروي في الواحمة أنه قال وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والأدام لا يجوز قسمة تمر يا وكذلك السمن والزيت والعسل لا يجوز إلا كيلاً أو وزناً واختلف أصحابنا في تأويل ذلك فمنهم من قال أن ذلك على روايتين فإنه جوزة على إحدى الروايتين على الإطلاق ومنهم من قال أن ذلك لاختلاف جالين فيجوز مع تمر الموازين وينع مع وجودها ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي بكل حال والدليل على ما نقوله أن هذا معنى وضع في الشرع لمعرفة المقدار فجاز أن يعتبر به المبيع كحرص العربية والزكاة (مسألة) فإن قلنا يجوز ذلك في أي شيء يجوز المشهور عن مالك أنه يجوز في الموازين دون المكيل والمدود رواه عنه ابن المواز وغيره وهذا عندي مبني على قول من قال أن ذلك ممنوع إلا في الأسفار وحيث تعلم الموازين وأما على قول من جعل ذلك على الإطلاق مع القسمة على الموازين وهو الأظهر لتعوز السلم في اللحم بالتمر فإنه يجب أن يجوز ذلك في المكيل - ووجه ذلك أن الكيل يعلم

كما يعدم الميزان والقبضة فليست بمقدار جميع لانه لا يتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط بخلاف المكيل المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان التعرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز فانه يجوز في يسره دون كثيره لان كثيره يتعذر فيه التعرى ويخاف فيه الخطأ وقلة الاصابة قاله ابن القاسم (مسئله) وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات فانه يجوز في قليله وكثيره رواه ابن حبيب عن رضى من أصحاب مالك والفرق بينه وبين ما يجرى فيه الربا انه لا يخاف فيه التفاضل الذي يحرم فيما يحرم فيه الربا

(فصل) اذا ثبت جواز التعرى فقد جوزه مالك في الخبز بالخبز والبيض بالبيض واللحم باللحم أما الخبز بالخبز فالذى قاله أصحابنا انه يتعرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز قالوا لان الخبز بعضه أرطب من بعض فلا تصح المماثلة فيه بالوزن وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف وانما يصح على أصل ابن الماجشون في اعتباره بالرطوبات الباقية في حال الادخار ولذلك منع التمر القديم بالحديث وأما مالك فان ذلك عنده على ضربين أحدهما أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالباً كالقنول المتبول والقمح المتبول والعجين فانها تمنع صحة التساوى والثانى أن يؤكل بوجودها غالباً كرطوبة الرطب والعنب والخبز وخل التمر والعنب والخبيض فان ذلك كله لا يمنع صحة التساوى طارئة كانت أو أصلية فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزناً ولا يحتاج الى تحرى الدقيق فانه قد صار جنساً آخر كما يجوز بيع الخبيض بالخبيض كيلاً ولا يتعرى ما فيه من اللبن ويجوز خل التمر بمخل التمر كيلاً ولا يتعرى ما فيه من التمرور بما كان لأصحابنا قولان في أصل واحد واتفق ظهور أحد القولين منهم في أحدهما في فرع من فروعه وظهور القول الثانى في فرع آخر وذلك موجود لهم كثير فيجب تتبعه ورد كل شئ من ذلك الى أصله وقد روى فضل بن مسلمة عن مالك يجوز بيع الكمك بالخبز متفاضلاً متماثلاً وهى رواية ابن القاسم والقدي بدلى على التعرى ثم رجع عنه وهذا أيضاً فيه نظر لان القدي بدلى الذى لم يفرق بينهما صنعة فخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكمك والخبز قد وجدت فهما صنعة أخرجهما عن أصلهما تخل التمر وأما اللحم فانه يتعرى فيه المماثلة وكذلك البيض وسأى ذكره بعد هذا ان شاء الله ص مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل والمحاولة كراء الأرض بالحنطة ش وقوله والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل هذا نوع من المزابنة وقد تقدم أن معنى المزابنة أن يجعل قدر أحد المبيعين من الآخر في الجنس الواحد لان كل واحد منهما يقصد الى غبن صاحبه في مبلغ الثمرتين والى أن يأخذ أكثر مما يعطى وهذا موجود في هذه المسئلة وفي التى قبلها (مسئله) اذا ثبت ذلك فان المبيع على ضربين ضرب يحرم فيه التفاضل وضرب يجوز فيه التفاضل فأما ما يحرم فيه التفاضل فقد بينا من حكمه ما يلىق بهذا الكتاب وأما ما يجوز فيه التفاضل فانه لا يجوز أن يباع يابسه برطبه على رؤس النخل لان القبض لا يتعز فيه ويحرم فيه التفرق قبل القبض لانه مطعوم ولا يجوز رطبه بيابسه ولا رطبه برطبه ولا يابسه بيابسه جزاً افا فهما ولا فى أحدهما والآخر بالكيل على وجه يجوز فيه التساوى والتفاضل حتى يتبين التفاضل فى أحدهما فيجوز ذلك وكذلك كل مبيع وان لم يكن مطعوماً

(فصل) وقوله والمحاولة كراء الأرض بالحنطة هذا نوع من المحاولة وقد روى عنه صلى الله عليه

• وحديثى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل والمحاولة كراء الأرض بالحنطة

• وحديثي عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمزابنة اشتراء التمر بالتمر والمحاولة شراء الزرع بالخنطة (٢٤٦) واستكراء الأرض بالخنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن

المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك • قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة وتفسير المزابنة أن كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده أتبع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كيله من الخنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الخنطة أو النوى أو القصب أو العصف أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شيء من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل رب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مري من يكيلها أو وزن من ذلك ما يوزن أو عدد من ذلك ما كان يعد فأنقص عن كيل كذا أو كذا أصاعا التسمية حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والفرر والقهار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئا بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذت من مال صاحبه ما نقصت بغير ثمن ولا

وسلم النهي عن المحاولة فلا يجوز لذلك كراء الأرض بالخنطة وجه المحاولة فيها أن منفعتها المشتراة منها في أكثرها انما هي لمن زرع الخنطة حنطة فهو يؤول إلى بيع الخنطة بالخنطة جزافا بجزاف أو جزافا بكيل لأن الذي يدفعه المكترى حنطة والذي يصل إليه من منفعة الأرض حنطة وسيأتي بيان هذا مستقصى في كتاب كراء الأرض وقال صاحب العين المحاولة يبيع الزرع قبل بدو صلاحه ولا يمنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاولة وما قدمناه أظهر لأنه إن كان التفسير من قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعا • مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاولة والمزابنة اشتراء التمر بالتمر والمحاولة اشتراء الزرع بالخنطة واستكراء الأرض بالخنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك • ثم قوله والمحاولة اشتراء الزرع بالخنطة واستكراء الأرض بالخنطة يريدانهما نوعان من المحاولة وأن اسم المحاولة واقع على كل واحد منهما وأما استكراء الأرض بالخنطة فقد تقدم القول فيه وأما اشتراء الزرع بالخنطة فعلى نحو ما تقدم من يبيع التمر بالتمر لأنه مجهول مبلغ كل واحد منهما من صاحبه وقد سمي ذلك مزابنة لما ذكرناه وقدرى الليث عن نافع عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمزابنة أن يبيع تمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا وإن كان كرم أن يبيعه بزبيب كيلا أو كان زرعاً أن يبيعه بطعام كيلا ونهى عن ذلك كله فعلى هذا اسم المزابنة واقع على الجميع ومعناها متقارب إلا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها واسم المحاولة خاص في الزرع والمخاطرة خاص في الخضرة وقد قال صاحب العين إنه يبيع التمر قبل بدو صلاحها والأول أظهر من جهة اللفظ والله أعلم وأحكم • قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة • وتفسير المزابنة أن كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده أتبع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كيله من الخنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الخنطة أو النوى أو القصب أو العصف أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شيء من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل رب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مري من يكيلها أو وزن من ذلك ما يوزن أو عدد من ذلك ما كان يعد فأنقص عن كيل كذا أو كذا أصاعا التسمية حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والفرر والقهار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئا بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذت من مال صاحبه ما نقصت بغير ثمن ولا

حتى أوفيك تلك التسمية فما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقصت من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والفرر والقهار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئا بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذت من مال صاحبه ما نقصت بغير ثمن ولا

منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكبل له منها فهذا الأبا س به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للبائع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع قال مالك وأما كل شيء كان حاضرا يشتري على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يعني فياخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشتري رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له عليه أو يأخذ منه المشتري سلعة بما بقي له يتراضيان عليها ولا يه رقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي فان وقع في بيعهما أجل فانه مكروه ولا يجعل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للبائع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشتري ثمر من حائط معين أو لبنا من غنم معينة اذا كان المشتري يشترع في قبضه يريد ان ذلك في وقت يمكن قبضه بان يبدو صلاح الثمرة وكون اللبن في الغنم وأما اذا لم يبدو صلاح ثمر الحائط أو لم يكن في تلك الغنم لبن فذلك غير جائز والأصل في ذلك نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وأما لبن الغنم فانه يجوز ذلك فيه خلافا للشافعي ان هذا مانع طاهر خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالبا فجاز أن يفرد بالبيع دونها كما العيون ودليل ثان أن هذه أثني ذات لبن فجاز أن يستباح أخذها بالمعاوضة عليه دونها كالطير

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله اذا كان يوجد عاجلا يشترع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن يريد أن لا يتأخر ذلك تأخير الاحتياج اليه لتام النضج وانما يتأخر بقدر ما يحتاج اليه لتام النضج والارطاب كالحلقة عشر يوما وقال مالك في كتاب ابن المواز عشرين يوما وجه ذلك ان مثل هذه المدة تؤخر الثمرة في رؤس النخل طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتا بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من ان ذلك من ضمان البائع وأما ابن القاسم فانه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة لانه لا عرض في تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ وهذا فيما يشترع فيه منه وأما اتصاله بعد ذلك فيجوز تأخيره أخذا للتمكن من قبضه أو لبقاء حلوة ما يحتاج أن يأخذه منه في كل يوم وأما الصوفى يشتري على ظهور الغنم فانه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر في جزها ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوفى في مثلها روى محمد عن مالك العشرة أيام والحلقة عشر يوما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد تقدمنا ان شراء الثمرة في رؤس النخل يكون على ثلاثة أوجه وقد تقدم بيان الوجهين وبق تبيين الوجه الثالث وهو اذا اشترى منه أصوعا مبروقا فان ذلك على ضربين أحدهما أن يشترط أخذه على حاله وصفته والثاني أن يشترط أخذه بعد تغير صفته فاما أخذه على حاله بسر فهو جائز لانه بمنزلة اشتراء أصوع تمر من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة فان اشترط ابقاءه الى تغير صفته فلا يخول أن يشترط ذلك حال بسوره الى أن يصير رطبا أو الى أن يصير تمرا فان اشترط أخذه رطبا فلا خلاف في جواز ذلك بين أصحابنا ووجه ذلك أنه معلوم الصفة لان الارطاب انما هو نضج وليس فيه نقصان من القدر ولا زيادة ولا تغير معنى أكثر من النضج فجاز ذلك (مسئلة) وأما ان اشترط أخذه تمرا فان ذلك ممنوع في الجملة قال ابن وهب عن مالك وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب واشترطه تمر او وجه ذلك انه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه لأن التغير يلحقه في المقدار والصفة وذلك مؤثر في منع العقد الا انه لا يتفاوت تغيره ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه في فساد العقد وقال ابن عبد الحكم في بيع الزرع اذا أفرق يفسخ فيه البيع ووجهه أن التغير يلحقه في المقدار والصفة وذلك يمنع صحة

منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكبل له منها فهذا الأبا س به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للبائع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع قال مالك وأما كل شيء كان حاضرا يشتري على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فياخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشتري رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له عليه أو يأخذ منه المشتري سلعة بما بقي له يتراضيان عليها ولا يفارقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي فان وقع في بيعهما أجل فانه مكروه ولا يجعل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للبائع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها

العقد عليه كما لو اشتراه صغيرا واشترط عظمه ويحمل ذلك عندهم على الكراهية وحكمه حكم
الزرع يباع إذا أفرق وقد تقدم ذكر الخلاف فيه ولو كان ذلك على التعریم لرد لأن ما يكال أو
يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت وقد روى ابن القاسم عن
مالك في العتبية أنه ان لم يتقد فلا بأس أن يشترطه ثم اوهنا يقتضى أن ذلك لمراعاة معان ان وجدت
لزمه الصفة وان عدت كان المشتري بالخيار ولعله قد ذهب الى أن لهذا الجنس من التمر صفة
معتادة ان وجد عليها للاصابة في التجهيف ومحاولته وسلامته في ذلك من العاهات لزم المشتري وان
عدت تلك الصفة لمبالغة في التجهيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى في مدة التجهيف كان المتبايع عند
رؤيته بالخيار والله أعلم (فرع) وهذا اذا اشتراه كيلا أو امان اشتراه جزا فافى الموازية
لاخير في أن يشتري ثمر الحائط ويشترط أخذه ثم الامن اشتراه جزا فاما بالكيل فلا (مسألة)
وأما شراء لبن الغنم المعينة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يشترط مكيلة من لبن غنم باعيناها وذلك
يحتاج الى ثلاثة شروط أحدها أن يشترط في أخذه والثاني أن يذكر ما يقبضه كل يوم ويضرب
لذلك أجل يبقى لبن تلك الغنم الى مثله والثالث أن يشترط من اللبن مقدار يعلم أن مثل الغنم
لا يقصر عنه في الاغلب ومثل هذه الشروط يعتبر في شراء أصوع من حائط معين وأجازة ابن
القاسم وأشهب في الشاة والشاتين (مسألة) والضرب الثاني أن يشتري لبنها أجمع فان ذلك
جائز في سواثم الغنم الذي لا يختلف ويعتبر في ذلك أن يكون في ابان اللبن ولذلك يضرب أجل
يعلم أن لبنها لا ينقطع الى مثله شهرا أو شهرين والفرق بين هذا وبين التي لا يجوز أن يشتري
ثمرتها الى مدة مقدره وانما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقناة تشتري بأصولها فلا يجوز أن
يستوى بعض منافعها والغنم لم تشتتر رقاها وانما اشترت منفعة منها فوجب أن يضرب لتلك المنفعة
أجلا يتقدر به ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلاها حين التبايع واللم يجوز ذلك لأن
قدر لبنها يختلف باختلاف الاعوام وقوتها وسمنها وهزها فيجب أن يعلم قدر ذلك وبالله التوفيق
(مسألة) وهل يجوز ذلك في الشاة الواحدة روى أشهب عن مالك جوازه وروى عنه ابن
القاسم منعه وهو الاكثر وقال أصبغ ان وقع لم أفسخه اذا كان في الابان وعرف وجه حلاها
والفرق فيها وفي العدد سواء وهو في الواحدة أثقل وجه اجازته اعتباره بالكثير ووجه نفيه ان
الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة فيبين الفرر والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضا فلا
يظهر في جلتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الفرر فيها (مسألة) ومن اكرى ناقه أو بقرة
للسقي أو للحرث أشهر فمقال مالك ذلك جائز اذا عرف وجه حلاها وكان الابان وفرق شيوخنا
بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشاة الواحدة على رواية المنع بان اللبن في مسئلة الناقه تبع لأن المقصود
منها العمل والمقصود في مسئلة الشاة اللبن فان في الفرر وقال أصبغ لا أفسخه في الشاة والكراه

الأن يتبايع وما يجوز عليه من أمر يظن بعدم مؤثر في العقد كجائحة الثمرة

(فصل) وقوله وانما مثل ذلك كراوية يتبايع منها رجل بدينار أو بدينارين ويشترط عليه
أن يكيل منها قياس صحيح في شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من رابطة
بعينها ولا فرق بينهما لتساوي أجزائها ولا يكون له من ذلك الا المكيلة التي تشتترط ولو كانت الجملة
تختلف أجزاؤها مثل ان يكون غنما أو نخلا واشترى منها عدد غير معين ولم يشترط خيارا كان
شريكا في الجملة بقدر عدد ما اشتري من عدد تلك الجملة

(فصل) وقوله فان اشقت الراوية قد ذهب زيتها فليس للمبتاع الاذبه ولا يكون بينهما بيع يردانه لما اشترط الكيل على الزيت وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل وجب أن يكون من ضمان البائع وهذا الاخلاق فيه وجملة ذلك أن المبيع على ضربين أحدهما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والقررة في رؤس النخل لم يتناه صلاحها والمسلم فيه والضرب الثاني ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والقررة في رؤس النخل يابسة وقال القاضي أبو محمد فأما ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد فضمانه قبل توفيته بذلك من البائع ووجه ذلك أن المبتاع ممنوع من تسلطه لا يستطيع الانتفاع به الا بعد التوفية كالذي في الذمة (مسألة) وأما ما يندر فروي أشهب عن مالك في العتية من ابتاع دارا غائبة منارعة أو حائطاً على عدد النخل فهلكت ان ضمانها من بائعها والمشهور عنه ان الدور والارضين والحوائط من المبتاع الا انه لما باعها على الذرع وكان ذلك وجه استيفائها تعطلت بضمان البائع حتى يوفى اياه بالعدد والدليل على ذلك ان هذا معنى يتقدر به المبيع فكان له تأثير في توفيته كالمكيل والموزون (مسألة) وأما القررة في رؤس النخل فقد تقدم ذكرها وهما أن ضمانها من البائع فاجتأ الى بقائها في الاصل ونفذيتها به وقدرى ابن القاسم عن مالك في الضأن يشتري صوفها فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقه أو يبيع ان ضمانها من البائع ويوضع عن المشتري بقدر ذلك ووجه انها مستفدية بأصل البائع حتى يقبضها على ما جرت به العادة كالثمرة (فرع) وبما يصح الاستيفاء في المكيل والموزون حكى أصحابنا ان ذلك في المكيل بان يصب غير المكيل في اناء المبتاع فان تلف بعد تمام الكيل وقبل تفريغه في اناء المبتاع فهو من البائع وهذا اذا تولى كيله البائع أو أحداً امره لأن الكيل عليه وأما ان تولى كيله المبتاع فاختلف أصحابنا في ذلك ففي الواضحة من البائع وقال مصنون هو من المبتاع ووجه ما قاله ابن حبيب ان الكيل على البائع فاذا تولاه المشتري فاما يتولاه على وجه النيابة فكانت حاله حال البائع ووجه ما قاله مصنون ان الاستيفاء يتم بوفاء الكيل اذا تولاه المشتري لان ما بعد ذلك من تفريغ الكيل في اناءه عمل بعد تمام الاستيفاء وقال مصنون في الوزن مثل ما تقدم في الكيل وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن وأما ما يوزن بظروفه في قبضه المبتاع ليفرغه ثم توزن الظروف فان قبضه للظروف على ذلك قبض للزيت وان تلف قبل أن يفرغ الظروف فهو من حكاة ابن المواز عن ابن القاسم (فرع) وهما نوع آخر من الاستيفاء وهو أن يتفق على تسليم اناء مملوء بزيت فبأخذ المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك في كتال قال أصبغ في كتاب محمد هذا قبض والضمان من المبتاع قبل تغير الاناء وهذا عندي انما جعل بالاتفاق عليه واستعجل المبتاع القبض قبل التقدير وروي ابن حبيب فحين اشترى زرعاً على الذرع فهلكت قبل الذرع ان ذلك من المبتاع ووجه ذلك ان ما يقدر به باق وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضاه لانه لا يصح أن يقدر به لنفسه وانما يقدر بغيره فلا تعلق بحق التوفية بعينه (مسألة) ومن كانت لرجل عنده دنائير دنيا ففزع اليه دنائير فقال له خذها ووزن ان كان وفاء فهي لك وما زاد فاردده وما بقي أو فيسكه فهلكت قال ابن القاسم هي من قابضها اذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن ولو كانت بمعنى الوديعة كانت من الدافع وقال أصبغ في كتاب ابن المواز ومن كانت عليه ثلاثة دنائير فاتفق فنفذها الى الذي هي له وقال له ربهما فاوجدت من قائم فهو لك فان ضاعت قبل أن يعرف ان فيها قائم فهي من الدافع وقال أصبغ في قول ابن القاسم في هذه المسئلة من قبضها على القضاء لا يشك فيها

ولو لم يكن على القضاء لكان رهنا لانه سبب ما دفع عنه وقال ابن حبيب في مسألة مالك في الذي دفع ثلاثة دنانير الى من له عليه دينار ليقتضى منها واحدا يجتاره فيضيع انه لا يضمن القابض الا واحدا ان معنى ذلك اذا لم يشك ان فيها اوزنا واما ان جهل ذلك وقال ضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيئا منها ولا يكون متقاضيا وهو مصدق ويحلف انه ما علم فيها الا اوزنا ولا يضمن حتى ضاعت الا ان تكون الدنانير من الكثرة بحيث لا يشك ان فيها دينارا وازنا فانه يضمنه خاصة وهكذا اقال لي من كاشفت من أصحاب مالك

(فصل) واما ما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب وكالمبيع من المكيل والموزون والمعدود جزا فان ضمانه بنفس العقد من المشتري خلافا للأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ضمانه من البائع قبل قبض المشتري وان العقد ينفسخ بتلفه والدليل على ما نقوله حديث محمد بن خفاف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان وهذا حديث فدا أخذ به جماعة الفقهاء وعملا بمضمونه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقله ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد معاوضة فكان تلف العوض العين فيه ممن صار اليه بنفس العقد أصل ذلك عقد النكاح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذي ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه اذا اشترط البائع الانتفاع به مدة يجوز له واختلاف أصحابنا فبين شرط ركوب دابة باعها يوما بعد ثلاثة أيام فقال أبو زيد يدعون ابن القاسم انها من ضمان البائع ما بقي له فيها شرط سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع وقال أصبغ وابن حبيب هي من ضمان المبتاع ماتت بيده قبل الركوب أو بعده أو بيد البائع وجه ما قاله ابن القاسم ان البائع لما شرط ركوبها مدة وجب ان يتعلق بضمانه الى انتقضائها لانه لا يوفى في المبيع الا بعد استيفاء ما شرط فيه ووجه ما قاله أصبغ ان هذا يبيع ليس عليه فيه حق توفية فلم يكن في ضمانه وما شرط فيه من الانتفاع حق لنفسه وليس كذلك ما شرط للبائع من يصح بمدته فان ذلك حق للمبتاع يلزمه ان يوفيه اياه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فان المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن وان قلنا بقول أصبغ فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب قال أصبغ في كتاب ابن المواز لا يرجع عليه بشئ وقاله علي بن زياد وسننون فممن باع دارا واستثنى سكنها سنة أو باع دابة واستثنى ركوبها يومين وقال ابن حبيب يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن وجه القول الأول انه لم يتعلق به حق بذمة المبتاع ولا شيء في يده فلم يكن له عليه الرجوع بشئ ووجه القول الثاني ان العين المبيعة قد صارت ملكا للمبتاع وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن فاذا نعتد على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع رجع بثمن تلك المنفعة (مسئلة) فان شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام مالا يجوز فهي ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز لانه يبيع فاسد فلا يضمن الا بالقبض وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به والله أعلم وأحكم

(فصل) واما قوله وكل شئ كان حاضر امشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فإخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به وهذا كما قال ان حكم هذا حكم البيع لانه حاضر يتجزأ قبضه وهو مرئي مشاهد معين فلا يتعلق بالذمة وانما يتعلق بمقدار معلوم من حمله معينة على ما تقدم وقوله مثل اللبن اذا حلب يريد ان يبدأ اللبن في الغنم ويعرف لبنها ويستجنى الرطب فينظر المبتاع الى قدر ما يجني منه يوما فيشترط قبضه فيصلح ذلك في العقد ومن ذلك ان يقول له آخر عنك هذه الثلاثة الأيام فاجنيته منها كل يوم فانا آخذ منك ثلاثة أصوع بدينار فأما الذي في المدونة انه جائز لانه قد نظر الى

القر وعرف مقدار ما يتعجل منها في هذه المدة ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يربط اليه ولا يعرف قلته من كثره لم يعجز ذلك وهذا حكم الدين اذا عرف قدره وضر بيته مدة لا يختلف فيه وقد أنكر هذا بعض أصحابنا والصحيح عندي ما قدمت

(فصل) وقوله فان في قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له يريد أن يخطئ في جزهما فلا يكون في الخائض ما يتبايعا أو يصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته فان وقع ذلك فالمبتاع أحق ببقية حتى يستوفي شرطه وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته لم يكن ذلك له ومنع منه الآن يرى أن في ما بقي من الثمرة تمام حق المبتاع منها فان قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فبأبى لانه ابتاع منه معينات فبعضه قبل البعض فضى البيع فيما قبض منه وفات وبطل فيما بقي

(فصل) وقوله ويرد بحساب ما بقي هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل ففي المزابنة في الثمرات التراجع على الكيل وانما يكون التراجع على القيمة في الذي يتباع بالغم أياما معدودة فيقبلها أياما ثم يموت أو يموت بعضها وهذا يدل على أنه انما أراد بمسئلة الثمر ما يسلم فيه ليؤخذ في يوم واحد انه على حساب الكيل واذا شرط أخذه في أيام مختلفة تختلف فيها قيمة الثمرة فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسئلة الدين

(فصل) وقوله يأخذ منه المشتري سلعة بما بقي يتراضيان عليها ولا يفارقها حتى يأخذها وان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي يريد ان له أن يأخذ منه بالذي بقي عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ما شاء من السلع مطعوما أو غير مطعوم وله أن يأخذ في ذلك ثمر أو طبيا أكثر من المكيلة التي فاتته وأقل لا ذلك يبيع مبتدأ الآن من شرط صحته القبض دون التأخير فان أخذه فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية فان كان فيه حق توفية فلا يخلو أن يكون يأخذه لغير ضرورة أو للضرورة فان كان لغير ضرورة فالذي نص عليه في المدونة (مسئلة) وان كان لضرورة فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجيل قبضه كضرورة بدا صلاحها ولم يحل جدادها أو سكنى دار أو خدمة عبدا أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو يبيع على الخيار فهذا كله منع منه ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أشهب يجوز ذلك في الاجارة والكراء ورواه عن مالك حكى ذلك كله ابن المواز وحكى عنهما المنع في شراء الخيار وشراء المواضعة والغمرة التي تستجد وحكى القاضي أبو محمد عن أشهب انه يجيز ذلك كله ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين في دين وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك انه يدخله الدين بالدين يريد أن الدين الاول بالدين الذي فسخ فيه وذلك كله توسع في عبارة ومعنى قولنا انه فسخ دين انه كان له دنائير متعلقة بذمته فلما نقلها الى معنى ثان في ضمان الذي كان عليه الدين من ثمرة لم يبد صلاحها أو جارية على المواضعة لم تبرا ذمة الذي عليه الدين بذلك من الدين الذي كان عليه لان الغمرة أصابها جائحة فمضى من ثمنها وكذلك الأمتة في مدة المواضعة فلم تبرا ذمته من الدين ولا بقيت مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدينه لانه ذمته أولا كانت مشغولة بالدنائير خاصة وهي الآن مترددة بين براءتها ان سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنائير فيها ان أصابها جائحة فأشبه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنائير الى الاشتغال بثياب أو رقيق أو غير ذلك وهذا فسخ دين في دين ووجه رواية القاضي أبي محمد ان هذا عين وليس بدين ولذلك لا يتعلق

شيء منه بالذمة (مسئلة) وأما ان كان المانع من استعجال قبضه ما فيه من حق التوفية كالمكيل والموزون يكثر فيحتاج في كيله الى المدة ويحتاج الى اعداد مكان يجعل فيه أو سفينة فاذا شرع في ذلك واتصل العمل في الاستيفاء جاز ذلك وان طال الأمر يوما أو يومين قال أشهب وشهرا اذا اتصل ذلك (مسئلة) وان كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد فلا يجلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثق الى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة فان بقيت بيده المنفعة فلا بأس بذلك بشرط وبغير شرط وأما ان شرط حبسها لغير منفعة ففي المدونة عن ابن القاسم لا يعجبني ذلك ولا أفسخ بها البيع

(فصل) وقوله فان وقع في بيعها أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة يريدانه ان شرط في شيء من ذلك مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية التأخير فانه غير جائز لان البائع لا يبرأ بالعقد فعاد الى فسخ الدين في الدين ويدخله التأجيل في المعين وهو يمنع صحة العقد

(فصل) وقوله ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضم من ذلك البائع للبتاع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها يريدان الاجل والتأخير لا يصلح أن ينقده ببيع الا بصفة معلومة الى أجل مسمى ويكون البيع مضمونا في الذمة وأما العين فلا يصلح فيه طويل الأجل لانه لا يعرف سلامته اليه فيمكن تسليمه أو لا يسلم فلا يمكن تسليمه وما كان حاضرا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه والفرق بينه وبين المسلم اليه في صحة العقد عليه وان لم يتيقن سلامته الى أجل ان ذمته المتعلقة به باقية بعده تنوب عنه في اداء ما عليه وليس كذلك المعين المبيع فانه ليس لقوانه بدل ينوب منابه فاقترا (مسئلة) وأما ما قرب من الأجل فلا بأس أن يشتري المعين اليه ويشترط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التي لا يتغير مثله اليها غالباً وذلك على وجهين أحدهما أن يشترط ذلك لوجه منفعة كركوب الدابة ولبس الثوب أو مساكه على وجه التزين بالأشياء أو غير ذلك فلا بأس لانه لا غرر فيه إذ الغالب من البائع بقاء صفته الى مثل هذه المدة والحاجة داعية اليها فاذا اشترط بقاءه لغير عوض ففي المدونة من قول مالك انه مكروه فان وقع لم يفسخ المبيع (مسئلة) والمدة التي يجوز بقاء الارض بيد المبتاع في المدونة اشترط السن في الدار ليس بعيدا كره ما بعد عن ذلك (مسئلة) وأما ركوب الدابة فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين وروى ابن حبيب عن مالك تجوز ركوبها يومين في السفر وروى عنه أشهب المنع من ذلك في السفر وروى ابن الموزان عن ركوبها في ثلاثة أيام وقال ويفسد العقد ووجه ذلك ان الدابة يسرع اليها التغيير ولا سيما دواب الكد والعمل فانها تدبر وتتغير وتضعف ولو كانت من دواب الجمال والركوب خاصة جاز ذلك فيها لانها لا تكاد تتغير في مثل هذه المدة ما لم يكن سفرا من وسئل مالك عن الرجل يشتري من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكيس والعذق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منه تمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك تمر النخلة من العجوة ومكيلة تمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها تمر نخلة من الكيس ومكيلة تمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التي فيها خمسة عشر صاعا وترك التي فيها عشرة أصوع من الكيس فكأنه اشترى العجوة بالكيس متفاضلا قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبره الكيس عشرة أصوع وجعل صبرة العذق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر ديناراً

وسئل مالك عن الرجل يشتري من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكيس والعذق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منها تمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك تمر النخلة من العجوة ومكيلة تمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها تمر نخلة من الكيس ومكيلة تمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التي فيها خمسة عشر صاعا وترك التي فيها عشرة أصوع من الكيس فكأنه اشترى العجوة بالكيس متفاضلا قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبره الكيس عشرة أصوع وجعل صبرة العذق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر ديناراً

على أنه يختار في أخذ أي تلك الصبر شاء قال مالك فهذا لا يصلح * ش وهذا كما قال وهو مبني على تحريم التفاضل في التمر رطبه وتمره فإذا كانت صبره مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوى فقد باع بعضها ببعض لوجهين أحدهما أن ابتاعها فديتناول كل واحدة من الصبرتنا ولا واحدا فإذا عين منها صبرة فقد ترك ما تناوله بيعه من غير ما أخذ من الصبرة التي تخير والوجه الثاني أن يتبع التمر فدينا أخذ صبرة المعجوة ويعيها ثم يتركها ويأخذ بدلها منها الكيس أو العنق دون أن يعلم بذلك البائع فيدخل ذلك التفاضل في التمر وإذا كان ذلك يكثر لترجيح الحوز والاختيار جعل عليه كل ما اشترى على ذلك (مسئلة) وهذا حكم ما يحرم فيه التفاضل إذا اختلفت مقاديره فان كان المبيع مما لا يحرم فيه التفاضل كالحيوان والسياب وان اختلفت أجناسه واختلفت الأثمان لم يجز الاختيار فيه وسيأتي بيانه بعد هذا في باب بيعتين في بيعة وان اتفقت أثمانه وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك مثل أن يقول له بعثك أحد هذين الثوبين أيهما شئت يريد وسواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه ولا يجوز عند الشافعي شرط الخيار أو لم يشترطه وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترط اختيار عبدين أو ثلاثة ولا يجوز في عبدين أربعة والدليل على ما نقوله ان كل جلة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على واحد منها غير معين أصله قفيز من صبرة (مسئلة) وسواء اختار معظم الجلة أو اشتراها بخلاف البيع فإنه لا يجوز أن يكون له الاختيار الا في اليسير من الجلة والفرق بينهما ان ما يصير الى المشتري فاما يصير اليه بعقد الشراء وما يبقى بيد البائع فإنه لا يتناوله العقد فإذا كان البائع اختار معظم الجلة دخل الغرم ما يصير الى المتنازل الجلهة بما يبقى بعد اختياراً كثر فأبطل ذلك البيع وإذا كان للبتاع اختيار معظم الجلة دخل الغرم كما يبقى للبتاع فلم يبطل ذلك لانه لم يتناوله عقد (مسئلة) ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فوثقها قبل اختياره ففي كتاب محمله أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد وهذا عندي على قول أشهب في أن الوطء يحدث في مدة الخيار للبتاع وأما على قول ابن القاسم فيجب أن تكون الأولاد لمن صارت اليه الأمهات وإذا كان ذلك في الخيار فبأن يكون في الاختيار أولى وأخرى ص * وسئل مالك عن الرجل يشتري الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له اذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من ديناره اذا كان أخذ بثلاثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وان كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ ما بقي له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمرا أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وانما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو التجار أو العمال لغبر ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف اجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك موت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذي سلفه ما بقي من كراء الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فحساب ذلك برد اليه ما بقي له

يشترى الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له اذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من ديناره ان كان أخذ بثلاثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وان كان أخذ ثلاثة ارباع ديناره رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ ما بقي له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمرا أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وانما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو التجار أو العمال لغبر ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف اجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك موت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذي سلفه ما بقي من كراء الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فحساب ذلك برد اليه ما بقي له

الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فحساب ذلك برد اليه ما بقي له

* قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب (٢٥٥) فيأخذ منه عند دفعه الذهب إلى صاحبه

لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل اسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فإنه إذا صنع ذلك كان إنما يسلفه ذهباً على أنه إن وجدتلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمي له فهي له بذلك الكراء وإن حدث بها حدث من موت أو غيره مرد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وإنما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والفرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمراً معلوماً وإنما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقداً عما بينهما فإن حدثت بهما حدثت من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمراً معلوماً وإنما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقداً عما بينهما فإن حدثت بهما حدثت من عهد السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبداً بعينه أو تكاري راحلة بعينه إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ ما سلم فيه من الرطب لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر ولا بأس أن يتأخر قبض العبد الأيام التي لا غرر فيها أو ما التمره من الحائط المعين في المدونة لا بأس أن يضر بالقبض ذلك أجلاً والخمسة عشر يوماً قريب

تمر الحائط يرجع عليه بما بقي له من التمر الذي دفع إليه لأنه إنما اشترى منه تمرًا معيناً فلما عدم قبل أن يستوفي منه ما اشترى انتقض البيع في ذلك المقدار الذي بقي له فلم يكن له الرجوع بحصة من الثمن ولا يجب تأخير هـ ليأخذ بدله من تمر ذلك الحائط في العام المقبل بل يجوز ذلك ولو اتفقا عليه لأنه سلم في تمر حائط معين قبل بدو صلاحه وفسخ ما وجب له عن دين الغير في دين تمره وله أن يأخذ منه بما بقي له شيئاً معيناً أو غيره مما يؤكل أو مما لا يؤكل أكثر من المسكيلة التي فسخ فيها البيع أو أقل يتخير أخذه ولا يتأخر على حساب ما تقدم

(فصل) وقوله وإنما ذلك بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلته أو يؤجره عبده الخياط ويقبض الأجرة ثم موت الراحلة أو العبد قبل استيفاء العمل فإنه يرد ما بقي عليه من الكراء ولا ينظر في هذا إلى قليل ما استوفى وكثيره لأنه قد فات بالاستيفاء والقبض فسواء استوفى أكثره أو أقله فإنا يرجع بما بقي له من العوض ص * قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه عند دفعه الذهب إلى صاحبه لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل اسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فإنه إذا صنع ذلك كان إنما يسلفه ذهباً على أنه إن وجدتلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمي له فهي له بذلك الكراء وإن حدثت بها حدثت من موت أو غيره مرد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وإنما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمراً معلوماً وإنما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقداً عما بينهما فإن حدثت بهما حدثت من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمراً معلوماً وإنما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقداً عما بينهما فإن حدثت بهما حدثت من عهد السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبداً بعينه أو تكاري راحلة بعينه إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ ما سلم فيه من الرطب لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر ولا بأس أن يتأخر قبض العبد الأيام التي لا غرر فيها أو ما التمره من الحائط المعين في المدونة لا بأس أن يضر بالقبض ذلك أجلاً والخمسة عشر يوماً قريب

(فصل) وقدم تفسير ما كره من ذلك أن يسلف الرجل في الراحلة المعينة بجميع عليها وبين الحج أجل من الزمان وقيل ذلك في المسكن أو العبد وكأنه إنما يسلفه ذهباً على أنه إن وجدت تلك الراحلة صحيحة عند الأجل فهي له بذلك الكراء والأرد عليه ذهبه وكانت سلفاً عنده خص ههنا المنع بالنقد دون العقد ونقل في المدونة لا بأس أن يجعل النقد في راحلة أكثرها بعينها ليركبها بعد اليومين والأمر القريب فإن تباعد فلا خير فيه ولا بأس في قول مالك أن يكثر يها ليركبها بعد شهر أو شهرين ما لم

استأجر عبداً بعينه أو تكاري راحلة بعينه إلى أجل يقبض العبد أو الراحلة إلى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لاهو قبض ما استكرى واستأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامناً على صاحبه حتى يستوفيه

ينفذ وقال غيره لا يجوز فوجهر واية ابن القاسم انه اذا لم ينقده الكراء فليس فيه ما يكون مرة كراء ومرة سلفا ووجه قول الغير ان الفرر متعلق باكثره معين لا يقبض الا الى اجل بعيد وهذا المعنى باق في المسئلة وان عريت من النقد

(فصل) وقوله وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر فقد خرج من الفرر والسلف الذي يكره كالذي يشتري العبد فينقده منه ويقبضه فان حدث به حدث في عهدة السنة أحرز منه فهذا لا بأس به يريد انه فرق بين ذلك فيما لا يكثر فيه الفرر بالقبض وذلك انه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبدا يستعمله بعد مدة ونقد ثمنه فانه يدخله الفرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه زال هذا النوع من الفرر وان كنا نعلم اذا استأجر خادمة سنة أو أكثر انه تأخر قبض باقي الخدمة وقد يجوز مالك استجاره لعشرين سنة وقد تضمنه في أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو ابقا مما يوجب الرجوع على سيده بالاجرة التي أخذها عوضا من عمله الكراء القبض بعينه قام بعينه مقام القبض بجميع منفعة في نفي هذا النوع من الفرر عنه لان ذلك أكثر مما يمكن أن يتعزز به فيه وهذا كما يقول انه من ابتاع عبدا مغيثا لا يقبضه الى سنة ونقد ثمنه انه لا يجوز ذلك ولو اشتراه فقبضه ونقد ثمنه جاز وان كنا نعلم ان ما أصابه في أثناء السنة من جنون أو حنّام أو برص فانه يوجب للبتاع الرجوع بالثمن على بائعه * قلت ان المصعب لهذا المعنى قبض المبيع فهذا معنى قول مالك وما أشار اليه والله أعلم وأحكم

بيع الفا كهة *

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيئا من الفا كهة من رطبا أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيئا منها بعضه ببعض الا يدايدوما كان منها مما يبيس فيصير فا كهة يلبسة تدخر وتوكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدايد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدايد ولا يصلح الى اجل وما كان منها مما لا يبيس ولا يدخر وانما يئوكل رطبا كهة البطيخ والقشاة والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبيس لم يكن فا كهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فا كهة قال فاره خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدايد فاذا لم يدخل فيه شيء من الأجل فانه لا بأس به * ش قوله رحمه الله من ابتاع شيئا من الفوا كهة رطبا أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه لما فيه من حق توفيته بوزن أو كيل أو عدد ونص على الفوا كهة في هذه المواضع ليلحقها بما تقدم من قوله في الطعام المقنات وهذا هو المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه

(فصل) قوله ولا يباع شيئا منها بعضه ببعض الا يدايد يدايد بغير جنسه لان حكم التناجز لا يختص بالجنس وان اختص به التفاضل ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلا بشرط فيه المناجرة (فصل) وقوله وما كان منها مما يبيس فيصير فا كهة يلبسة تدخر ويوكل فلا يباع بعضه ببعض مثلا بمثل اذا كان صنفا واحدا جعله ناعلة تحريم التفاضل اليبس والادخار للكل وقد تقاسم ذكره مع ماله في ذلك من القولين الآخرين ان العلة الاقتيات وان العلة الادخار للاقتيات وعلى حسب هذا اختلف أجوبته وأجوبة أصحابنا في فرع مسائل هذا النوع

(فصل) وقوله وان كان مما يبيس ويدخر وانما يئوكل رطبا كالبطيخ والقشاة والخربز والاترج

* بيع الفا كهة * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيئا من الفا كهة من رطبا أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيئا منها بعضه ببعض الا يدايدوما كان منها مما يبيس فيصير فا كهة يلبسة تدخر وتوكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدايد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدايد ولا يصلح الى اجل وما كان منها مما لا يبيس ولا يدخر وانما يئوكل رطبا كهة البطيخ والقشاة والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبيس لم يكن فا كهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فا كهة قال فاره خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدايد فاذا لم يدخل فيه شيء من الأجل فانه لا بأس به

والموز والرمان وما كان مثله وان ليس لم يكن فاكهة بعد ذلك فليس هو مثل ما يدخر ويكون
فاكهة يجوز فيه التفاضل يريد ان هذه الفاكهة التي نص عليها ليست مما يبس ويدخر وما يبس
من ذلك لم يكن فاكهة بعد اليس فهذا يجوز التفاضل في الجنس الواحد وقد قال في المزابنة أجاز
مالك فيها التفاضل وان كانت من صنف واحد قال البطيخ والخربز والقشأ وما أشبه ذلك والخوخ
والرمان والاجاص وعيون البقر والموز فهذا كله يجوز فيه التفاضل اذا كان رطبا كله وروى
يعني عن ابن نافع الخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز مما يدخر ويبس فلا يباع بعضه
ببعض متفاضلا الا مثلا بمثل ان كان رطبا كله

بيع الذهب بالورق عينا وتبرا

بيع الذهب بالفضة

تبرا وعينا

حدثني يحيى بن مالك

عن يحيى بن سعيد انه قال

أمر رسول الله صلى الله

عليه وسلم السعدين أن

يبعوا آنية من المعانم من

ذهب أو فضة فباعا كل

ثلاثة باربعة عينا وكل

أربعة بثلاثة عينا فقال لها

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أرى يتأفردا

ص مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية
من المعانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة ربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم أرى يتأفردا ش قوله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا
آنية من المعانم من ذهب أو فضة من باب الوكالة في المرافعة بالذهب والمبادلة ومن شرط صحتها أن
يتولى قبض العوض فيهما من عقدها فان عقدها هو الصرف ووكل من يقبض أو وكل من يصرف
ويقبض هو فابن المواز حكى عن مالك لا يجوز شيء من ذلك وهذا اذا فارق الذي عقد الصرف قبل
أن يقبض الآخر لان من عقد الصرف ففارق من صار قبل القبض وانما يراعى في فساد مفاارقة
العاقدة قبل القبض (مسئلة) فان عقد الصرف ودفع الدينار وأحال عليه من يقبض منه الدراهم
ثم فارق قبل القبض فلا خلاف في أن لا يجوز ان يقضاه قبل مفاارقة المصارف له ففي كتاب ابن المواز
عن ابن القاسم لا خير في ذلك سواء أحال بجميع الدراهم أو ببعضها وروى زيد بن بشر عن ابن
عجب لا بأس به وقال أشهب لا يفتى بذلك الا أن يفارق قبل قبض المحال بالدراهم سواء ثبت دين
المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده فقول ابن القاسم مبنى على أن من شرط الصرف أن يقبض
العاقدة العوض وعند أشهب من شرطه أن لا يفارق قبل القبض سواء قبض هو أو غيره بمنزلة
الاقالة في السلم والفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف ان الصرف أشد لان سرعة
القبض فيه معتبرة لنفسها والمعنى غيرها والاقالة في السلم لم يلزم القبض فيها قبل التفرق لان ذلك
مقتضى عقد الاقالة بدليل جواز تأخير القبض في الاقالة من الأعيان وانما يلزم ذلك فيها لا يتول الى
فسخ دين في دين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم
ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم وانقلب هو قبل القبض ان ذلك جائز ان قبض الثاني قبل
أن يفارق الصراف حكاه ابن المواز عن ابن القاسم قال وكذلك الخلى ووجه ذلك انه لما كان
لكل واحد منهما حصته في الدينار كان كل واحد منهما مقبوعا جميعه فجاز له قبض الثمن ولم يفسده
مفاارقة صاحبه الصراف ولو باع رجل دينار من رجلين فوكل أحدهما الآخر على قبضه جاز ذلك
قال محمد وذلك اذا اشترى في الدراهم قبل الصرف وأمان كان أحدهما دفع اليه عشرة دراهم ودفع
الآخر اليه مثلها ثم أراد أن يدفع اليها بذلك دينار لم يجز لان كل واحد منهما لا يصح منه القبض
(فصل) وقوله أن يبيعا آنية من المعانم من ذهب أو فضة ظاهر لفظ آنية يقتضى صحتها وبقاء
صياغتها ويؤكدها الظاهر انما يباعا كل ثلاثة باربعة وذلك يقتضى جواز انعقاد ذلك لان

ملا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه بل لا يجوز اقراره ولا تملكه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببيعها ولم يأمر بالتلافى صياغتها اقتضى ذلك بيعها على هيئتها وذلك معنى اتخاذاها وقد قال مالك في كتاب الزكاة من المدونة في الرجل يشتري آنية ذهب أو فضة زنتها أقل من قيمتها يزكى وزنها فجعل للصياغة قيمة وذلك يقتضى اباحها وقال في الصرف في المدونة كان مالك يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة والذهب كالأبارق والمداهن والمجامر والأنداح فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلاً وكراهية استعمالها فيتمل أن يريد كراهية اتخاذاها فأما استعمالها فلا خلاف في المذهب في تحريمه وهو قول جمهور الفقهاء وأما اتخاذاها فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم

(فصل) وقوله فباعا كل ثلاثة بأربعة بعيننا وكل أربعة بثلاثة بعيننا فقال لمها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرى يتأفردا يقتضى منع الزيادة في الذهب بالذهب والورق بالورق وذلك ان هذين لا يجوز بينهما التفاضل في الجنس ولا خلاف في ذلك الا ما يروى عن ابن عباس والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور قول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وبالزيادة وما يروى عن ابن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهدنا بيننا والينا وعهدنا اليكم وقد روى أن ابن عباس رجع عنه وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه وجيده ورديته في وجوب التساوي وتحريم التفاضل (مسئلة) ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة في شيء من ذلك فان كان المصوغ أدون ذهباً والتبرأفضل فلا بأس بذلك لان الصياغة تبع للمنى غير مؤثر كالجودة ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك فأراد أن يقبضه عنه تبراً أفضل ذهباً لم يجز ذلك لان الصياغة قد ثبتت له في ذمته فصارت حقه ثم تركها عوضاً عن جودة الذهب التبر فدخل ذلك التفاضل لانه صياغة وذهب بذهب وليس كذلك المراطلة فان الصياغة لم تثبت في ذمته فلا تأثيرها

(فصل) وقوله أرى يتأفردا يريد والله أعلم وأحكم أفضلها فيما يحرم فيه التفاضل وعلية الر باقى الذهب والفضة انهما أصول الأثمان وقيم المتلفات وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة عليهما الوزن والدليل على ابطال مذهبه في أن الحديد والكحل فيه الر بان ما لا يثبت الر با فى مصوغه لا يثبت فى غير مصوغه كالتراب والدليل على ابطال إلتهم انه لو كانت عليه الر با فى الورق والذهب الوزن لما جاز أن يسلم فى موزون لآن كل عينين جمعتهما عليه واحدة فى الر بالتم تعلم احدهما فى الأخرى كالذهب والفضة ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة فى الموزون علمنا انه لم يجمعهما عليه الر با

(فصل) وقوله فردا أمرهما برد البيع ولم يسئلها عن فواته والذهب المبيع على ضربين مصوغ وغير مصوغ فأما غير المصوغ فانه لا يفوت البيع فيه بوجه ولا بد من رد فاسده لانه ماله مثل وقد قدمنا أن ماله مثل لا يفوت بفوات عينه لوجود مثله وأما المصوغ فاختلف أصحابنا فيه فحكى ابن المواز أنه ان باع جزافاً أنه تفوته حوالة الاسواق وان كان سيفاً على قبضته أكثر لم تفته حوالة الاسواق ويفوته البيع والتلف أو قل قبضته فيرد قيمته قال محمد وليس بالقياس والذي حكى محمد فى مسألة السيف هو من ذهب ابن القاسم فى المدونة وهى رواية تخالف ما ذكره فى الخلى ووجه ما ذكره فى مسألة الخلى أن هذا غير مكيل ولا موزون ففات بحوالة الاسواق كصبرة القمح ووجه رواية ابن القاسم أن العين لا قيمة له فلما كانت عينه موجودة وجب رده لان الأشياء تقوم به ولا تقوم هو بغيره فلا تتغير قيمته بتغير الاسواق وأما نقصه فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصاً فتمت القيمة وقد قال سحنون فى مسألة السيف لا تفوت بالبيع ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة فان قلنا ان

ذلك حكم كل بيع فاسد فوجهه أن البيع الثاني فرغ الأول فاذا لم يصح الأول بوجه من وجوه الصحة لم يصح الثاني فوجب نقضهما وان قلنا ان ذلك يختص بالعين فإنه لا تختلف قيمته بوجه فلم يفت مع بقاء عينه والاظهر أن المصوغ تعتبر قيمته لأنه لو أثلته انسان لوجبت عليه قيمته ص **مالك** عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما **بخ** ثم قوله صلى الله عليه وسلم الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما يريد إيجاب التساوي وتعميم التناضل في كل شيء من ذلك يجنسه وبديل الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم على وجهين أحدهما وزنا والثاني عددا فأما الوزن فلا يجوز فيه الا التساوي ولا تجوز فيه زيادة على وجه معروف ولا بمساحة ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه ولا من غير جنسه لأن العوض الآخر يتوسط على الذهب والزيادة التي معها فيؤدي الى التناضل في الذهب واختلاف قول مالك في الرجل يأني دار السكة فيدفع اليهم فضة وزنا ويأخذ منهم وزنا دراهم ويعطيهم أجرة العمل فقال مرة تأر حو أن يكون خفيفا وذكره ابن المواز ورواه عيسى عن ابن القاسم ومنع من ذلك عيسى بن دينار وحكام ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجوه واية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس إلى الدراهم وتعدن الصرف الا في ذلك الموضع مع حاجة الناس الى الاستعجال وانحياز المسافر للروء مع أصحابه وخوفه على نفسه في الانفراد ويخاف ان غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه ويمطل به والضرورة العامة تبطل الخطور **بأ** أما اليوم فقد صار الضرب بكل بلد واتسع الامر فلا يجوز له ووجهه اية المنع انه لا يخلو أن يكون بيعا وابتارة فان كان بيعا ففيه التناضل في الذهب وان كان اجارة فهو اجارة وسلف وذلك غير مترك في الوجهين **وأما** الصانع فلا يجوز ذلك معه قولا واحدا قاله ابن حبيب في واختمته (مسئلة) **وأما** المبادلة بالعددها يجوز ذلك وان كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينار بن عى سبيل المعروف والتشبه وليس ذلك من التناضل لأنهما لم يبنيا على الوزن ولهذا النوع من المال تقديران الوزن والعددها فان كان الوزن أخص به وأولى فيه الأثر العدده معروف فاذا عمل فيه على العدده جوز سير الوزن زيادة على سبيل المعروف ما لم يكن في ذلك وجه من المسكينة والمناينة فسمع منه وهذا عندنا منى على مسئلة العربية وذلك ان العربية لما كان للشرة تقدير أحدهما الكيل والآخر الخرص والتعري جز العدول عن أولها الى الثاني للضرورة على وجه المعروف فكذلك الدينار والدرهم (مسئلة) وهذا اذا كانت الدينار كلها سواء فان كانت متفاضلة في الجودة فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهباً وأفضل فان كانت أدنى ذهباً لم يجز لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه وان كانت الوازنة أفضل ذهباً فان مالكا كرهه وجوزها ابن القاسم وجهه قول مالك ان المبادلة انما جازت فيها على وجه المعروف فاذا اختلفت أعيانها وجب أن لا يجوز كالعربية لما كان طريقها البديل على وجه المعروف لم يجز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة لأفضل ولا أدون ووجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة ليكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة ولا يمحتمل ذلك غير مجرد التفضل (فرق) فان قلنا بقول مالك فإنه يجوز أن يأخذ عند الجداد من غير جنس العربية لأنهما لم يقدا البيع على ذلك وفي مسئلتنا عقد البيع عليه فوزانه أن يعقد ببيع العربية على غير الجنس فلا يجوز وفي العتبية فمن أنضع مع رجل ديناراً فلا بأس أن يبدله بأجود منه عيناً ووزناً قال ويعلم صاحبه ومعنى ذلك أنه لم ينصفه

وحدثني عن مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما

صرف ولا بدل وانما هو معروف (مسئلة) ولا يجوز هذا في كثير الذهب العشرة دنانير
 ونحوها لأن ما كان هذا حكمه من المعروف فانه يختص باليسير دون الكثير كبيع العربية
 ص مالمالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتبعوا الذهب
 بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها
 على بعض ولا تتبعوا منها شيئا غائبا بناجز م ش قوله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الذهب بالذهب
 الا مثلا بمثل عام في جميع أنواعه من التبر والمسكوك والمصوغ والجيد والردى وقوله صلى الله عليه
 وسلم ولا تشفوا بعضها على بعض يقتضى المنع من يسير الزيادة لأن الشفوف انما يستعمل في يسير
 الزيادة وأما قوله صلى الله عليه وسلم ولا تتبعوا منها شيئا غائبا بناجز فانه منع النسا فيها والعقد على غائب
 حين العقد منهما لأن الغائب ما غاب عن العقد المذكور وفائدة ذلك أن التقابض في العوضين منهما
 شرط في صحة العقد عليهما مالمالك المحال أن يشترط حضورهما العقد ويؤخر قبضهما ص مالمالك عن
 حيد بن قيس المسكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله بن عمر فجاهه صانع فقال له يا أبا عبد الرحمن
 انى أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدى فيها عبد
 الله عن ذلك فجعل الصانع يردد عليه المسئلة وعبد الله ينهيه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابة يريد
 أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نينا الينا
 وعهدنا اليكم م ش منع عبد الله بن عمر من بيع المصوغ من الذهب بأكثر من وزنه غير مصوغ
 على ما تقدم في حديث السعديين من منعه صلى الله عليه وسلم من بيع الآنية من الذهب أو الورق بأكثر
 من وزنها ومراجعة الصانع له في ذلك رجاء أن يكون جوابه انما صدر على ذهبين غير مصوغين فان
 حكم المصوغ أحدهما بخلاف ذلك ولعله أن يكون سمع في ذلك اباحة ممن لم يعتمد على قوله فرجا أن
 يجدهم مثل ذلك عند عبد الله بن عمر وسؤاله له في الطريق دليل على التواضع مع أن المسئلة كانت
 عنده من البيان بحيث لم ينجح الى اعمال النظر فيها والتمكن منها لئلا يكره حكمها
 (فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما يحتتمل معنيين أحدهما ان هذا
 اسم لهذا المقدار من كل ذهب وورق مصوغا كان أو غير مصوغ ولذلك يقال في هذا الاناء مائة
 دينار ذهب وفي هذا الجلي مائة درهم ورقا وان لم يكن شئ من ذلك مضروبا فيكون قوله الدينار
 بالدينار والدرهم بالدرهم عام في كل ذهب وورق مصوغين كانا أو غير مصوغين والثاني أن يكون
 الدينار والدرهم اسماء للمضروب دون غيره ولكن فاس المصوغ عليه على ما قدمناه
 (فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم يقتضى ثلاثة أشياء المبايعة والمبادلة والقضاء
 فأما المبايعة فانها تختص في الأغلب بمعاوضة العروض بعضها ببعض والعرض بالأمان وأما الأمان
 بعضها ببعض فان لها اسما أخص وان يبيع منها شئ بغير جنسه فاسم الصرفي أخص به وان يبيع منها
 شئ بجنسه فاسم المبادلة والمراطلة أخص به وهما يختلفان في المعنى وذلك ان المراطلة تكون وزنا
 والمبادلة تكون عددا (مسئلة) فأما القضاء فقد تكون قضاء عن سلف وقضاء عن غير سلف
 فان كانت عن سلف وأسلفه ذهبا عددا قضاء مثل عدده ووزنه كان هذا معنى الدينار بالدينار عددا
 ووزنا فان قضاء مثل عدده أو أدون أو أنقص جاز ذلك لان عبدة السلف بالعدد والنقص في الوزن
 صفة من صفة الدينار لا اعتبار لها في الكثرة والقله كالجودة والرداءة فان قضاء أقل من عدده في
 كل وزنه جاز لان القبض يجوز لقليله وكثيره في قضاء السلف وان قضاء أكثر من عدده في مثل

* وحدثني عن مالك عن
 نافع عن أبي سعيد الخدري
 أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال لا تتبعوا
 الذهب بالذهب الا مثلا
 بمثل ولا تشفوا بعضها على
 بعض ولا تتبعوا الورق
 بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا
 بعضها على بعض ولا تتبعوا
 منها شيئا غائبا بناجز * وحدثني
 عن مالك عن حيد بن
 قيس المسكي عن مجاهد
 انه قال كنت مع عبد الله
 ابن عمر فجاهه صانع فقال
 له يا أبا عبد الرحمن انى
 أصوغ الذهب ثم أبيع
 الشيء من ذلك بأكثر من
 وزنه فأستفضل من ذلك
 قدر عمل يدى فيها عبد
 الله عن ذلك فجعل الصانع
 يردد عليه المسئلة وعبد
 الله ينهيه حتى انتهى الى
 باب المسجد أو الى دابة
 يريد أن يركبها ثم قال عبد
 الله بن عمر الدينار بالدينار
 والدرهم بالدرهم لا فضل
 بينهما هذا عهد نينا الينا
 وعهدنا اليكم

شيئاً منها غالباً بناجز وان استنظرك الى أن يبلغ بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء
 هو الرباء ش قوله ولا تتبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز منع من تأخر
 أحد العوضين في الصرف عن حال النقد وذلك يمنع الاجل في الصرف والعقد على تأخير قبضه
 لان الناجز هو ما يجز القبض فيه حال العقد والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال
 العقد مثل أن يكون في كم الصير في أو في نابوته ويحتمل أن يراد به ما غاب عن الحضور وقت
 العقد وهذا هو الأظهر فيه لمقابله بالناجز ولو أراد المشاهدة لقال ولا تتبعوا منها غالباً بمشاهدة وقد
 كره مالك أن يعقد مع الصير في على دينار بدراهم في دفع اليه الدينار فيخلطه بذهبه أو في نابوته
 ثم يخرج الدراهم ويترك الدينار حتى يخرج الدراهم ويحضر العينان فهو أبلغ في المناجزة
 صورة ومعنى لان أخذ الدينار وتعيينه ثم اخراج الدراهم بعد ذلك ليس على صورة المناجزة بل هي
 من أفعال التأخير وصفة التبايع فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز (مسئلة) فان تعاقدا الصرف
 ولم يكن عند أحد منهما ما عقد عليه ثم استسلف أحدهما ديناراً والاخر دراهم ولم يفترقا حتى تقابضا
 لم يجز ذلك لان كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب لم يكن حاضر الصفة في عقد عليه ولا كان
 على يقين من امكان ما يقبضه فقد دخل في العقد على غير ما يقبضه ويصحح من التناجز والتقابض
 حال العقد (مسئلة) وان أخرج أحدهما الدينار واستسلف الاخر الدراهم فتناقدا قال أشهب
 لا يجوز ذلك وقال ابن القاسم ان كان شيئاً ثريباً كحل الصرة ولا يقوم لذلك ولا يفترقان فلا بأس به
 وجه قول أشهب عقد الصرف قد تناول غائباً والفساد في أحد العوضين كالفساد في مافي ابطال
 العقد ووجه قول ابن القاسم الذي حضر عوضه ولم يتحج أن يستسلف يصح العقد من جهته لانه
 صار في بناجز وعقد الصرف على أن صاحبه بمثابة فهو يقول لصاحبه انك أردت الاستسلاف
 لافساد ما اعتقد بيننا من الصرف على الصحة فلا أصدفك كما لو أسلته دنائير ثم ادعى انه قصد الانتفاع
 (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حلول مافي الذمة يقوم مقام حضور مافي مشغولة به والقبض يتجز
 فيه بابرأته منه فان كان لرجل على رجل دراهم لم يجز أن يدفع اليه فيها ذهاب قبل الاجل لان ذلك من
 باب التناجز في الصرف لان تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها الى أجلها ولا بأس اذا حل
 أجلها والأصل في ذلك ما روى عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبيع
 بالدناير وأخذ الدراهم فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم
 يفرق بينك وبينها ومن جهة المعنى ان حلول مافي الذمة بمنزلة حضوره والبراء منه يقوم مقام القبض
 فيه وذلك يقتضى الجواز ولو كان لرجل على رجل دنائير ولاخر عليه دراهم حله جاز أن يتطارحاها
 صرطاً ما ذكرنا (مسئلة) والغاصب اذا غصب دنائير ثم لقي صاحبها وقال ان ذهبك في داري
 فصار فعه عنها بدراهم روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك لان ما غصب من الذهب متعلق بدمته
 ويصح قبضه بالبراءة وهذا القول مبنى على أن الدناير والدراهم لاتعين في الغصب وقد ذكر
 القاضي أبو الحسن ان هنه رواية عن مالك (مسئلة) وأما الوديعة فهل يجوز ذلك فيها قال ابن
 القاسم لا يجوز وروى في كتاب ابن المواز أشهب عن مالك انه جائز وجهه رواية الاولى في ذلك أن
 حق المودع متعلق بعين ماله لانه لم يتعلق بدمته غيره فلا يجوز أن يصارى به الا عند حضوره ووجه
 القول الثاني انه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف ومالك كذلك لكونها في يده صح أن
 يعتقد عند الصرف انه قد استسلفها فتعلق بدمته ثم يصارى فيها ويجب على هذا أن لا يجوز في الحل
 قولاً واحداً (مسئلة) وأما الرهن فقال ابن القاسم لا يجوز ذلك فيه وقال مالك من رواية محمد عنه

شيئاً منها غالباً بناجز وان
 استنظرك الى أن يبلغ بيته
 فلا تنظره انى أخاف
 عليكم الرماء والرماء هو الرباء

ذلك بائز وجه اوله الأولى ما قدمنا من تعلق حق الراهن بعينه له ووجه الزاوية الثانية تنطق
 الرهن بعينه المرتهن ويحیی على هذا التمليل جواز في العارية بواقفه أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله وان استظرك الى أن يلج بينه فلا تنظره يريد المنع من التفرق قبل التبايز
 بالتقايض وان قرب ظن تأخر قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد فهنا اذا كان
 مقتضى العقدان العقبين على الفساد وان عرا عن ذلك العقد فاختار ذلك بعد تمام العقد طراً
 على العقد الفساد لعدمه بشرط في صحتهما بما أن طلب أحدهما صاحبه بالتبايز واستنع منه
 الآخر حتى احتاجا الى التفرق والعاكم (مسئلة) والتأخر اليسير من أحد عوضي الصرف
 يقوم مقام تأخر جيم في ابطال العقد وهما سببي على ان العقبتي بطل بعضه لحق الله تعالى بطل
 جيمه وذلك بان تجمع المفقطة حلالا وحراما فانه يبطل جيمها هنا المشهور من منهج مالك ورأيت
 زياد بن عبد الرحمن الأندلسي رواية عن مالك فيمن سلم ما تعد دينار في مائة اردب حنطة قضى فيها
 خسين وأخذ خسين اتيه مع منها ما قضى عنه ويبطل ما أخذت منه وهذا يقتضى انه اعلم بطل من
 المفقطة ما يخص به الفساد ويصح منها ما عرا عن الفساد وبطل الشافعي
 (فصل) وقوله اني أتفق عليكم الرما والماهوز بالاصل الرابقي كلام العرب الزيادة يقال
 أريت على كذا بمعنى زدت عليه فمضى ذلك اني أتفق عليكم الزيادة في أحد العوضين من جنس
 واحد في العين والزيادة هي الرابا الذي نهى الله تعالى عنه في قوله تعالى وحرم الربا ونهى عن رسوله
 صلى الله عليه وسلم ص (ع) مالك انه يسمع من القاسم بن محمد انه قال قال عمر بن الخطاب بالدينار
 بالدينار والدرهم بالدرهم والماع بالماع ولا يباع كالي بناجر (ع) ش قوله الدينار بالدينار والدرهم
 بالدرهم يريد متساويين وقوله الماع بالماع يريد من جنس واحد ولا يباع كالي بناجر يريد مؤثرا
 بمجمل ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد والجنسين اذا جمع ماعلة واحدة في الرابا هنا الذي عليه
 جمهور الفقهاء وبطل الشافعي وجوز ذلك أبو حنيفة وسأني ذكره بطه هذا ان شاء الله تعالى
 ص (ع) مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب يقول لاربا الا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو
 يوزن بما يؤكل أو يشرب (ع) ش قوله لاربا الا في ذهب أو فضة يقتضى ان علة الرابا بماع عندما
 فتمناه من أنها أصول الأمان وفيه المتلفات وقوله أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب يقتضى
 أن علة الرابا بعينه في المعلوم انه معلوم مكيل أو موزون فعلى هذا ثبت الرابا بعينه في انحصار الموزونة
 والقوا كة الرابا المكيلة فقد تقدم الكلام في ذلك ص (ع) مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع
 سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الارض (ع) ش قوله ان قطع الذهب
 والورق من الفساد في الارض يريد قطع الدينار الصالح والدرهم الصالح من الفساد في الارض
 وذلك على ضربين أحدهما أن يقطعها ليبيعها مقطعة فانه من الفساد لانه يتسبب الى ادخال
 الفس في الذهب والورق لانه اذا قطعت صفارا أدخل بينها المغشوش وتسامح الناس بلتفاق
 اليسير من في الجملة وخفي على كثير من الناس تمييزه من غيره والضرب الثاني فرضه في البلد الذي
 يجري فيه عددا لمنقها عددا تقي عنده ما قدر فرض منها حتى من كل منقال فيستعمل ذلك فهذا
 لا يجوز لانه من الفس ووجه ذلك ان الذي أخفنه انما يأخذه على أنه وزن ولا فرق بين أن يفسد
 بنقصه أو يفسد بالذوال الداخل في جودته وقد قال الشيخ أبو اسحق يودب كاسر الدينار والدرهم
 قال الله تعالى قالوا يا حبيباً سلاتك تأمرك أن تترك ما يحبنا بلونا أو أن نعمل في أموالنا ما نشاء

• وحديثي عن مالك انه
 بقمه عن القاسم بن محمد
 انه قال قال عمر بن الخطاب
 الدينار بالدينار والدرهم
 بالدرهم والماع بالماع
 ولا يباع كالي بناجر
 • وحديثي عن مالك
 عن أبي الزناد انه سمع سعيد
 ابن المسيب يقول لاربا
 الا في ذهب أو فضة أو ما
 يكال أو يوزن بما يؤكل
 أو يشرب • وحديثي
 عن مالك عن يحيى بن
 سعيد انه سمع سعيد بن
 المسيب يقول قطع الذهب
 والورق من الفساد في
 الارض

قال كانوا يكسرون الدينار والدرهم وقال سعيد بن المسيب هو من الفساد في الارض ولذلك قطع عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك وذلك غير لازم لانه خيانة وغش فلم يجب فيه قطع كسائر ما يغش فيه من الأعواض (مسئلة) وهذا في الدينار الصالح والدرهم الصالح فأما ما قدم قطعه فهل يمنع من قطعه أم لا كرهه مالك وقال ابن القاسم كل ما لا يقع عليه اسم درهم فلا بأس بقطعه وقال أصبغ كل ما ليس بمدور فلا بأس أن يقطع منه وجهه قول مالك أن القرص الكثير أقرب إلى الميز وأبعد من الغش من القرص الصغير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فبالتناس حاجة إلى التبايع بكسور الدينار والدرهم فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم في موضع الصالح فلا يخلو أن يكون دينار استثنى منه جزءاً من الذهب أو جزءاً من الورق فان كان المستثنى جزءاً من الذهب فقد قال ابن المواز فحين اشترى بعشرين قيراطاً من ذهب أو بمثلها غير ربع مثقال انه يقضى عليه بالدرهم وتعمير ذلك عندي ان ما جرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالباً ويوجد على ذلك الوزن كثيراً كالقيراط والقيراطين فانه يقضى عليه بالدينار وما لم تجر العادة ينقص من الدينار الصحيح الا نادراً واذا نقص منه خرج إلى حد المجموعة لم ينقص عليه في الا بالدرهم لانه ان قضى عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه ما يتعذر وجوده أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعاً وفي ذلك ترك بعض حقه ولو وقعت المبيعة بدينار الاسدسا إلى أجل جاز ذلك وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدرهم (فرع) ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار لبيق له سدس من دينار ورضى بذلك الغابض جاز ذلك لانه تبرع بسدس دينار وقد روى ابن القاسم عن مالك انه توقف في ذلك بعد أن قال لا يعجبني (مسئلة) ولو كان الجزء المستثنى ورقاً فلا يخلو أن يكون حالاً أو إلى أجل فان كان حالاً جاز ذلك في أقل من دينار وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى وان كان إلى أجل لم يخل أن يكون جزءاً يسيراً أو كثيراً فان كان كثيراً لم يعجز حله وان كان يسيراً لم يخل من أن يختلف الدينار والدرهم في التعجيل والتأجيل أو يتفقا في ذلك فان اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة ويتأجل الدرهم أو تتعجل السلعة والدرهم ويتأجل الدينار أو تتعجل السلعة مع أحدهما ويتعجل الآخر مفرداً فهذه الأوجه المشهور من المذهب منها وقد روى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك اجازة تعجيل الدينار وتأخير السلعة والدرهم وروى ابن القاسم عن مالك انه رجع عنه ومعنى رواية ابن عبد الحكم ان الصرف اليسير الذي هو تبع للبيع له حكم البيع في التعجيل والتأجيل كما أن البيع اليسير الذي هو تبع للصرف له حكم الصرف وهذا خلاف ما رواه ابن القاسم في المسئلة ان الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب لا يكون صرفاً لقلتها الا يصلح التأخير فيها في قول مالك ووجه ذلك تغليب الخطر على الاباحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان اتفقا في التقديم والتأخير فلا يخلو أن يتعجل الدينار والدرهم وتأجل السلعة أو تتعجل السلعة ويتأجل الدينار والدرهم فان تعجل الدينار والدرهم وتأجلت السلعة فقد روى ابن القاسم عن مالك لا يجوز وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك هو جازر وجر رواية أشهب ان التناقد وجب الدينار والدرهم فلم تمنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد (مسئلة) وان تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا في اجازته والفرق بين هذه المسئلة وبين التي قبلها على مذهب ابن القاسم انه اذا تعجل الدينار والدرهم وتأخرت السلعة فقد وجد الصرف بينهما وكل فوجب أن يتعجل ما معهما من

ثوب أو غيره فاذا لم يتعجل بطل ذلك كله لتأخر القبض في بعض أعواض الصرف وأما إذا
 تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم فان ذمة بائع الثوب ليست مشغولة بدرهم ولا غيره وذمة
 مشتري الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم فليس بينهما صرف وإنما هو بيع ثوب بدينار غير
 هذا المقدار من الدينار فتأخر العوضين فيه لا يمنع صحة العقد وهذا المعنى لم يجز أن يقدر النقص
 بدرهم كثيرة يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل لاختلاف الأسواق اختلافا كثيرا وإنما
 يجوز ذلك في الدرهم والدرهمين لقلته ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار في الدينار (فرع)
 وكثيرا اليسير الذي يجوز من ذلك قال في المدونة يجوز في الدرهم والدرهمين ومنعه في الثلاثة وقال
 لاخبريه وقد أجاز مالك في المختصر الكبير في الثلاثة الدراهم وقال الشيخ أبو بكر يجوز ذلك
 فيما بينه وبين ثوب دينار لأنه في ذلك يكون تبعا وأصل هذه المسئلة أنه إذا استثنى جزأ من الذهب فقد
 يستثنى بلفظ الذهب وإن كان يسيرا قضى عن المتبايع بالذهب وإن كان المستثنى كثيرا مثل أن يشتري
 سلعة بدينار الاسدسا أو الاخسا لم يقض عليه الا بالدراهم لما تقدم (فرع) ولو باع رجل ثوبا
 بنصف دينار اى أجل ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار اى ذلك الأجل على أن يدفع اليه دينارا عند
 الأجل فقسم مالك في الموازية لا يعجبنى ذلك ولو لم يشترط ذلك فأراد المتبايع أن يدفع اليه صرف
 نصفين عند الأجل لم يمكن له ذلك ويجبر على أن يدفع اليه دينارا قال ابن القاسم على ما أحب أو كره
 وهذا عندي فيه نظر لأنه إذا كان يعجز عند الأجل على دفع الدينار ان اختار ذلك البائع فلا يضر
 اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما ويجبر عليه من أباة منهما والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان اشترط
 ذلك بلفظ الورق فقد اشترط البائع على المتبايع الذهب ويردهو عليه المستثنى ولا يلزم على هذا أن
 يعتبر بسعر الدرهم حين العقد لأنه لا يتمتع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالبلغ ويراعى تأثيره في المال
 المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة أو ثمرة الخائض وهذا يدل على رواية أشهب وماتحا اليه ابن
 القاسم في روايته عن مالك وأما على رواية ابن المواز في قوله ان الاعتبار بمقدار الدراهم حين العقد
 دون وقت الاقتضاء وإنما جاز ذلك في القليل دون الكثير لان صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط
 والاثنان والثلاثة وما ينقص منه أربعة قيراط وخسة فهو من جملة المجموعة وكذلك من باع بثقال
 غير سدس قضى له بالدراهم ومن باع بثقال غير قيراط قضى له بالدينار فانما يجوز من الاستثناء
 بالدراهم ما لم تتغير نسبة الدينار لأنه اذا باع بثقال الادرها والادرها من قيراطين فباعت بدينار صحيح لانه
 بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين وهو من جملة الصحيح فلم يكن للاستثناء تأثير في تغير صفة الدينار
 واذا باع بدينار الاخسة دراهم فقد باع بدينار صحيح ولو استثنى بلفظ الدراهم لأخذ مجموعا لانه بمنزلة
 أن يبيع بدينار غير ربع دينار وذلك يبنى أن يكون صحيحا ويجعله من جملة المجموع فكان
 للاستثناء بالدراهم تأثير في تغير صفة الدينار فدخل بذلك في حكم الصرف الذي لا يجوز فيه التأخير
 (فرع) فاذا قلنا بالمشهور من المنهبة انه لا يجوز الا في الدرهم والدرهمين فلو باع رجل مائة ثوب كل
 ثوب بمائة دينار الادرها فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار الامائة درهم في العتبية من رواية أشهب
 أن ذلك جائز ولا يصلاح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه اى أجل وفي كتاب ابن المواز لا يجوز
 ذلك الا أن يقوم الدينار قبل أن يفترقا ووجه الرواية الاولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى في
 الصرف يوم القضاء دون وقت العقد وذلك غير معلوم قبل أوانه ووجه الرواية الثانية ما احتج به ابن
 المواز من أنه اذا حان الاجل فدفع اليه مائة دينار وأخذ مائة درهم فهو صرف مستأخر عن العقد

وهذا القول مبني على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد وقدر وى ابن المواز في هذه المسئلة وجهين آخرين أحدهما يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل والثاني لا يجوز نقدا ولا الى أجل فأما منعه بالاجسل فانهما ان قوما الدرهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ماتقدم بما احتج به لرواية أشهب وان أخر ذلك دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز ووجه منع ذلك في النقد أيضا ما يدخله من البيع والصرف في الكثير من كل واحد منهما لأن الدرهم اذا كثرت كثر درهما من الدينار واختلف ذلك الى الأجل فاختلف أسواقها مؤثر في قدر الناقص من الدينار جهالة (فرغ) ولو باع ثوباً بخمسة دنانير الادرهما دفع اليه أربعة دنانير وأخره حتى يدفع اليه دينارا يأخذ منه درهماً ودفع اليه دينارا وأخذ منه درهماً واحداً بأربعة دنانير حتى يقبضه أياها لم يجز ولو باع سلعة بخمسة دنانير الاربع دينار أو سدس دينار فنقدته أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار ويدفع اليه الدينار أو دفع اليه الدينار وقبض منه ربع دينار وبقيت أربعة دنانير فقد قال ابن القاسم عن مالك انه يجوز (فرق) والفرق بين المسئلتين أنه اذا باع بخمسة دنانير الادرهما فان نقص الدينار الخامس انما يتقدر بغير جنسه وبه يتحقق دون جنس الدينار لأنه لو رما تقديره بجنس الدينار لم يصح ذلك الا بعد تقويمه ويدخله النقص والزيادة والتجاوز فلزم بذلك دفع الدرهم وقبض الدينار فأشبهه العوض ووجب أن يراعى فيه ما يراعى في الصرف اذا ثبت للعقد حكم الصرف ووجه آخر وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس واذا قلنا بجوازها على مشهور قول الجمهور من أصحابنا فإنه لا ينقص به عند المستثنى منه فاما يرجع الى أن له حكماً وأما اذا باع الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار فاما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه فلا يلزم بالثوب يدفع ربع الدينار ولا يحتاج في تحقيق النقص به الى تقويم فلم يكن للربع الذي ينقص من الدينار حكم العوض ولأنه تعلق به وانما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال بعثك هذا الثوب بخمسة دنانير الادرهما فدفع اليه ثلاثة دنانير وأخذ ديناراً فلا خلاف في جواز ذلك والله أعلم ص **قال مالك ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة** والفضة بالذهب جزافاً اذا كان تبراً أو حلياً قد صيغ فأما الدرهم المعدود والدينار المعدود فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم ويعقدان اشترى ذلك جزافاً فاما براد به الفرحين يترك عده ويشترى جزافاً وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً وانما ابتاع ذلك جزافاً كهيئة الخنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً ومثلها يكال فليس يبتاع ذلك جزافاً بأس

* قال مالك ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافاً اذا كان تبراً أو حلياً قد صيغ فأما الدرهم المعدود والدينار المعدود فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم ويعقدان اشترى ذلك جزافاً فاما براد به الفرحين يترك عده ويشترى جزافاً وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً وانما ابتاع ذلك جزافاً كهيئة الخنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً ومثلها يكال فليس يبتاع ذلك جزافاً بأس

الجله فيرغب الناس في خفافها لهذا المعنى فاذا بيعت جزا فادخله الفرر من وجهين أحدهما من جهة المبلغ في الوزن والثاني من جهة المبلغ في العدد فلم يميز ذلك لكثرة الفرر وأما الجزا في سائر المكيلات والموزونات فأنما يدخل الفرر فيه من وجه واحد وهو المبلغ في الكيل أو الوزن فلما قل الفرر فيها جاز وهذا الذي قلناه يقتضى جوازها جزا بحيث لا يجوز عددا ولا يجوز الا بالوزن خاصة والمسئلة عندي مبني على قول مالك ان الدينار والدرهم لاتعین بالعقد وقد اختلف في هذا الاصل قول ابن القاسم وأشهب فقال ابن القاسم في السلم الثاني فيمن شرط في الاقالة عين دراهمه وهي موحودة حاضرة أنه لا يستحق اعيانها والسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقال في كراء الواحد ومن اشترى راحلة بدرهم باعيانها ولم يكن العرف التقدر ولا اشترطه لا يجوز ذلك الا ان يشترط انها لم تلفت أعطاه غيرها وهذا يقتضى تعيينها وقال أشهب ذلك جائز وعليه أن يأتي بغيرها ودناي في التعيين وقال الشافعي تتعين بالعقد والدليل على انها لاتعین بالعقد قوله تعالى وشروه بفن يفسد دراهم معدودة قال الفراء الفن ما ثبت في النعمة والقراء امام في اللغة فاذا ثبت أن الفن في كلام العرب ما ثبت في الذمة كان هذا الاسم منطلقا على هذا الجنس من المال ويختص به اقتضى ذلك أن لاتعین لأنه متعلق بالذمة ودليلنا من جهة القياس انه ممن وجب أن يثبت في الذمة أصله اذا أطلق العقد (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا ان الدينار والدرهم لاتعین بالعقد فانه لا يجوز بيعها جزا لان العقد عليها انما يتناول ما في الذمة والجزا لا يصح أن يثبت في الذمة بعقد وانما يثبت منه المقدر بكيل أو وزن أو عدد ألا ترى ان ما يجوز فيه الجزا من القمح والشعير والكمحل والحري لا يصح أن يثبت في الذمة منه الجزا وانما يثبت منه في الذمة المقدر بالكيل والوزن وان قلنا ان الدينار والدرهم تتعين بالعقد فانه يجوز بيعها جزا كسائر الموزن والمكيل الذي يتعين بالعقد ولذلك يجوز أن يباع تبره ومصوغه جزا لما كان يتعين بالعقد فلا خلاف في ذلك (فصل) وقوله فان اشترى ذلك جزا فاما ان اراد به الفرر يحفل أن يرده ان ما يشير اليه من الجزا انما استحق فيه عليه مثله ولا يعلم كم وزنه فيكون المبيع مجهولا لا يتقدر بكيل ولا وزن ولا عدد وهو من أعظم الفرر والخطر

(فصل) وقوله فاما ما يوزن من التبر والحلي فلا بأس ببيعها جزا كالحنطة والتمر وغير ذلك مما يكال تعلق الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد بظاهر هذا في منعها ذلك في الدينار والدرهم لكونهما معدودين ويجوزهما ذلك في التبر والحلي لان العدد لا يتأتى منهما وانما يعتبر بالوزن وعلى هذا يجب أن يجوز الجزا في المقطوع من الدينار والدرهم لتي لا يجوز فيها العدد ويجوز ذلك في صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد والقول الاول أظهر والله أعلم من قال مالك من اشترى مصصفا أو سيفاً أو خاتماً في شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا ش وهذا كما قال ان من اشترى مصصفاً أو سيفاً أو خاتماً في شيء من ذلك ذهب أو فضة بجنس ما هو حلي به فانه يجوز ذلك بثلاثة شروط أحدها أن يكون ذلك النوع من الحلي مباحاً في شترع استعماله واتخاذ كالسيف والمصحف وخاتم الرجل يكون في حلية الفضة

قال مالك من اشترى مصصفاً أو سيفاً أو خاتماً في شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه ذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فان كان قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا

وحلى النساء يكون فيه الذهب والفضة فهذا الاخلاق فيه انه مباح اتخاذه والأصل في ذلك ما روى
 حيد عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان خاتمته من فضة وكان فضه منه وأما المصحف والسيف
 والخاتم للرجال محلى شيء منه بالذهب فان ظاهرهما اللفظ يقتضى اباحتهم في المصحف والسيف
 وقد أشار الى ذلك في الخاتم ويجعل أن يريد به خاتم النساء وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد وفي
 العتبية من رواية سباع بن القاسم عن مالك انه كره أن يجعل في خاتمته مذهباً أو يخط بقبضته منه
 حبة أو حبتين لئلا يصد أو هذا أخف من اتخاذه من محض الذهب وقال ابن حبيب لا يجوز شيء من
 الذهب في حلى الرجال فعلى القول الاول يجوز في حلى السيف والمصحف ويجوز ذلك في حلى النساء
 وخواتمهم ولا يجوز في خواتم الرجال والدليل على بيمه في خواتم الرجال ما روى عن النبي صلى
 الله عليه وسلم أنه نهى عن التعم بالذهب ومن جهة المعنى ان السيف والمصحف مما يختص بالرجال
 فلذلك جاز أن يحلى بالذهب لانه ليس في التحلى به مشاركة للنساء ولا مساواة لهن في باب التحلى به وأما
 الخاتم فانه مما يتحلى به النساء كما يتحلى به الرجال فذنع الرجال من الذهب وأبيح للنساء لان باب التحلى
 مبني على نقي المساواة وأما المصحف فليس من باب التحلى بل بانه ممنوع وهو اتخاذه بالذهب والفضة
 فيما يستعمل مما ليس بحلى للجسد وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كأواني الذهب والفضة
 والمكاحل والمجامر والمداهن منه ما يخص المصنف لتعظيم أمره كما في مفاتيح الكعبة والكسوة
 دون سائر البيوت على سبيل التعظيم وذلك لا يقال فيه انه من حلى الرجال ولا من حلى النساء وانما هو
 من حلى المصنف فاستوى في ذلك الرجال والنساء والله أعلم وسند كرم ذلك باوعب من هذا في
 باب الجامع ان شاء الله تعالى وقد أضاف الى ذلك ابن حبيب المناطق والاسلحة كلها اذا كانت مفضضة
 فهي كالسيف في ذلك

(فصل) والشرط الثاني أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعاً لقيمة المحلى وبما تكون الموازنة
 من الحلى بجمته أو وزن ما فيه الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلى وقيمة المحلى وقدر أتتضا
 لبعض شيوخ القرويين ولفظ الموطأ ثابت فان كان قيمة ذلك الثلث وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين
 فهذا يقتضى اعتبار قيمة الحلى دون وزنه فان لم يكن تجوز في عبارة فهذا اخلاف ما قدمناه والصواب
 في ذلك الاعتبار بالوزن لان كل حكم يعتبر في تحليل بيع الذهب وتحريره فاما يعتبر فيه بوزنه دون
 قيمته كالنساوي والتفاضل (مسئلة) وكالمقدار الذي اذا بلغه كان تبعاً واذا تجاوزه لم يكن تبعاً
 لم يختلف أصحابنا في النص على هذه المسئلة في ان الثلث وما دونه في حكم التبعية وان ما زاد على ذلك
 فليس ببيع وفي العتبية من سماع أشهب عن مالك فممن أعطى درهماً وأخذ نصفه درهماً صغيراً قد كثر
 نكرهه ونحن نجيزه الآن فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التسع النصف فأقل وبالزيادة على النصف
 يخرج عن حد التبعية لان المجوز في الموضوعين انما هو معنى الضرورة ومن أصحابنا العراقيين من
 يذهب الى أن النصف في حيز القليل وتعلق في ذلك بقوله تعالى قم الليل الا قليلاً ونصفه وان النصف
 يدل من القليل

(فصل) وأما الشرط الثالث فان يكون الحلى مرتبطاً بالحلى ارتباطاً في ازالته مضرة فلا يقدر على
 ازالته من المبيع وتميزه الا بمضرة لاحقة فاما ما كان في نقصه كسر لصياغته كالفصوص المصوغ
 عليها الحلى والمصاحف التي فيها مسامر الفضة وحلية السيوف التي تسمر في حائله وجبته فهذا مما يبيع
 ما ذكرناه وأما ان كان من القلائد التي لا يفسد غير نظمها بتميز قلائدها فالظاهر من المذهب انه لا تأبير

لهافي الاباحة وبه قال ابن حبيب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه في كتاب الزكاة (مسئلة) اذا كملت هذه الشرط الثلاثة جاز ان يباع المحلى فيه بجنس ما فيه من الحلى فان كان محلى بفضة جاز بيعه بالفضة وان كان محلى بذهب جاز بيعه به وان انخرم شرط من ذلك لم يجز

(فصل) وقوله يدايدي يقتضى التناجز ومنع دخول التأخير في ذلك بجنسه الى أجل فالمشهور من المذهب منعه رواه ابن القاسم عن مالك خلافا لبيعة في تجوزيه والدليل على ما نقوله ان للاجل من التأخير في الفساد ما ليس للتفاضل بدليل انه يجوز التفاصل بين الجنسين ولا يجوز بينهما النساء فلذلك أثر في جواز البيع ولم يؤثر في الاجل (مسئلة) وأما ان كان في المحلى ذهب وفضة هما تبع لما هما فيه من المحلى فقد روى ابن حبيب له يبيعه بكل واحد منهما وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز محلى بذهب وفضة فليبيع بأقلهما ان كان الثلث فدون يدايدي وان كان نقار يبيع بالعرض ثم رجع مالك فقال لا يباع بذهب ولا ورق وبه أخذ ابن القاسم وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الاول وقد أشار في هذه المسئلة بقوله احلى بذهب أو فضة سيف أو غيره من حلى النساء مما يجتمع فيه الامر ان أن فيهما قولين أحدهما يباع بالتبع ووجهه أن يبيعه بنصفه مع تحريم التفاصل بجوز فبان يجوز بغير صنفه مع تجوز التفاصل أولى أن يجوز والقول الثاني لا يجوز لانه يجتمع فيه أمران من المكروه أحدهما يبيع العين بجنسه متفاضلا والثاني اجتماع البيع والصرف في عقد واحد (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن حبيب ان كان تبعا جاز يبيعه بذهب أو ورق فجوز يبيعه بكل واحد منهما اذا كان كل واحد منهما تبعا للمحلى والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك انه يراعى بعد كونها تبعا للمحلى أن يكون أحدهما تبعا للآخر فتكون العين تبعا للبيع والقليل منهما تبعا للكثير فاذا يبيع بأقلهما صار الى حكم الصرف مع التبعية على وجه البيع قال ابن حبيب وان كان أحدهما تبعا والآخر أكثر من المبيع يبيع بالتبع ولا يباع بالآخر وان تجاوز التبعية لم يبيع الابعرض (مسئلة) وأما يبيعه بغير صنفه فقد قال ابن حبيب ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا وقد نص مالك على أنه لا يجوز يبيع وصرح في عقد واحد قال ابن حبيب وقد استشف ذلك بعض أصحاب مالك فوجه المنع انهما عقدان مقتضى أحدهما غيره يقتضى الآخر فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد كالبيع وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التناجز في المجلس يفسده والبيع لا يفسد بذلك كما أن القراض لا يجوز أن ينقذ لازما والبيع يجوز أن ينقذ لازما فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد ووجه رواية الاباحة أنهما عقدان لازم لا يتنافيان لان التناجز من لازم الصرف فانه لا يبطل البيع فجاز أن ينقذ على الوجه الذي يصحان عليه (فرع) فاذا قلنا برواية المنع وهي الأشهر فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون التبعية موصفا للمبيع لا يمكن ازالته الا بضررقائه يجوز يبيعه بغير جنسه من العين وان لم يكن تبعا للبيع وعندى أنه يجوز أن يكون الحلى غير مباح الاتخاذ ووجه ذلك ان هذه المعاني يبيع بها العلم بجنسه والتفاضل يحرم فيها فبان يبيع يبيعه بغير جنسه مع اباحة التفاصل أولى (مسئلة) فاذا قلنا يمنع الصرف والبيع في عقد فان ذلك يمنع اذا كان كل واحد منهما مقصودا في نفسه فان وقع فقد قال عيسى ردمالم تمت السلعة فان قامت المتاع قيمتها وترادا العين فان كان أحدهما غير مقصود بقيمته فلا بأس لان الضرورة تدعو اليه في بعض الدنانير مثل أن يبيعه سلعة بدينار غير ربع بحيث لا يوجد الا الصالح فيعطيه بالربع دينار دراهم وذلك انه لما اتفق حكمهما من وجه وهو انه يجوز تعجيلهما واختلف من وجه وهو انه لا يجوز تأجيلهما ويجوز تأجيل أحدهما

لم يعتقد عليها عقد الا بشرطين أحدهما أن يشتملها التعجيل والثاني أن يكون تبعاً للآخر
وقدينته في شرح المدونة وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما عرض (مسئلة) ولم
المقدار الذي يجوز من الصرف مع البيع قال في المدونة يجوز الصرف مع البيع في اليسير العشرة
دراهم ونحوها ولا يجوز ذلك في الكثير فيجوز في هذا مسئلان أحدهما أنه يجوز في الدينار
الواحد وان لم يكن أحد الأمرين تبعاً للآخر لانه قال في المدونة في الذي يبيع الدينار بعشرين
درهماً يأخذ عشرة دراهم ويأخذ ثلث عشرة دراهم ان ذلك جائز ان تعجل وروى ابن المواز عن
ابن القاسم انما يجوز ذلك في أقل الدينار والربع والثلث المسئلة الثانية أن يكون الصرف يشتمل
على دينار فانه لا يجوز أن يكون معه من التبع الا اليسير أو يكون البيع بثمن كثير فلا يجوز أن
يكون معه من الصرف الا اليسير وقد قال ابن حبيب ان ذلك جائز اذا كان أقل من الدينار وذلك
اذا كان الحكم للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار فان بلغ الدينار لم يجز وهذا مبني على أن
ذلك مباح لضرورة صحة الدينار والحاجة الى أن يزداد في الثمن مقدار الدينار يجب على هذا قصر
هذا الحكم على بلد لا يجري فيه الا الصحيح وقد قال بعض فقهاء الصقليين ان الربا الذي يتتبع
به عندهم يجري مجرى الدينار الصحيح وأما ان كان الحكم للصرف والسلعة تتبع فكالم يسير
منها حكى عن أبي موسى بن مناس ان ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد

﴿ ماجاء في الصرف ﴾

﴿ ماجاء في الصرف ﴾
* حدثني يحيى عن
عن ابن شهاب عن مالك
ابن أوس بن الحداد
النصرى أنه التمس صرفاً
بمائة دينار قال فدعا
طلحة بن عبيد الله فتراوضنا
حتى اصطرف مني وأخذ
الذهب يقلها في يده ثم قال
حتى يأتيني خازني من
الغابة وعمر بن الخطاب
يسمع فقال عمر والله
لاتفارق حتى تأخذ منه ثم
قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الذهب
بالورق ربا الا هاه وهاء
والبر بالبر ربا الا هاه وهاء
والتمر بالتمر ربا الا هاه
والشعير بالشعير ربا الا
هاه وهاء

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحداد النصرى أنه التمس صرفاً بمائة دينار
قال فدعا في طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلها في يده ثم قال حتى
يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لاتفارق حتى تأخذ منه ثم قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاه وهاء والبر بالبر ربا الا هاه وهاء والتمر بالتمر
ربا الا هاه وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاه وهاء ﴿ ش قوله انه التمس صرفاً بمائة دينار دليل على
تجوز عوض الدينار ومراوضة متباينهما في صرفهما واحداً بعد واحد طلباً للزيادة أو معرفة ما
يستقر عليه العطاء وقوله فدعا في طلحة بن عبيد الله فتراوضنا يقتضى جواز المصارفة لمن لم يتخذ
ذلك متجراً وأما من اتخذ ذلك متجراً أو صناعة فقد كرهه جماعة من السلف قال مالك في العتبية
أكره للرجل أن يعمل بالصرف الا أن يتقى الله تعالى يريد انهما تساويا فيه حتى عقدا الصرف
فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يقلها ليعلم جودتها ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة يريد أن
يؤخر ذلك الى أن يأتيه خازنه من الغابة ويحتمل أن يريد به تأخير الدراهم خاصة ويقبض هو
الدينار ويحتمل أن يريد به اقرار الدينار بيد مالكها حتى يأتي خازنه من الغابة فيتقابض بها
بيد فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك والله لاتفارق حتى تأخذ منه يريد لاتفارقه وبينكما عقد
حتى ينتجز ما بينكما من التقابض ثم احتج لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاه
وهاء وحل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الايجاب والقبول لا يتأخر عنهما بل يقترن
بهما لان عقد كل واحد منهما يقتضى الاشارة الى ما يبده من العوض بقوله هاه ولذلك فهم منه عمر
وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض فأما التفرقة قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه في أنه
يفسد العقد والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبيد الله فتركه التأويل والمراجعة

لعمر رضي الله عنهما دليل على رجوعه عنه (مسئلة) فان استأذن الصراف بعد العقد في أن
 يذهب بها الى صراف قريب منه يريها اياها ويرزها عنده أو عقده الصراف على ذلك ففي العتية
 من رواية أشهب عن مالك أن ذلك جائز فيما قرب ومعنى ذلك أن يكونا لقربهما في حكم التجالسين
 وأما ان تباعد ذلك حتى يرى انه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ذلك وهو يفسد العقد (مسئلة)
 فان استوجب رجل سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما فان رضيهما أهل رجوعهما
 فاستوجبهما منه والاردهما روى ابن المواز عن مالك ان ذلك جائز وقال غير ذلك من قول مالك
 أحب الينا أن نأخذها من غير ايجاب وجه القول الأول اثبات الخيار في الصرف وهو قول شاذ
 وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد وهو أيضا بعيد ويحتمل أن يريد به المواعدة في الصرف
 وتقرير الثمن دون عقد ولذلك قال انه ان رضيهما أهل رجوع فاستوجبهما منه فذكر أن الايجاب
 لم يوجد بعد وانما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن ومعرفة ما يتبع الصرف ان رضيهما أهلها كلف
 الطلب ومعرفة الثمن فلم يجعل اليه عقده الله أعلم ووجه القول الثاني أن الصرف ينافي الخيار وهو
 المشهور عن مالك لانه مبني على المناجزة والنقد في المجلس والخيار لا يكون الا فيما يدخله التأخير
 لانه انما يكون في مدة تتأخر عن حال العقد (مسئلة) ولو بيع حلى في تركة فابتاع أحد الورثة
 بعضه بقدر حصته فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصبه بماله في الميراث فان ذلك غير جائز الا أن يتجز
 القسمة في المجلس باثر الاتباع لان شراءه ليس بقسمة متجزئة لانه لو ذهب سائر الميراث لرجع عليه
 في ايده فلما لم يتجز القرض فيه دخله التأخير في الصرف فأبطله ولو قال مبتاع الحلى أمسك ثمن
 حصتي منه وارفع الباقي ففي العتية وكتاب محمد عن مالك جواز ذلك وقال باثره في كتاب محمد
 خالف ابن القاسم مالكا في هذه المسئلة وجه قول مالك ان المفاصلة وقعت في هذا الحلى المبيع
 بامساك قدر حصته منه ودفع الباقي فقد وجد التناجز بينهما فصح العقد ولا يؤثر وزنه لخصته من
 الثمن اذا جاز له استرجاعها بائره فلهما (مسئلة) فان كان افتراقهما قبل العقد قبلية من أحدهما
 مثل أن يقبض الصراف الدنانير ويمنع من دفع الدراهم الظاهر من المنهوب أن ذلك يفسد العقد
 وفي العتية في قوم اشترى اقلادة ذهب ولؤلؤا بدرهم نقدا وقالوا وزن الدراهم وأمره بذلك وفضلوا
 القلادة وتقاضوا اللؤلؤا وباعوا الذهب فيما وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخر النقد فقال مالك
 لا تنقض لتأخر النقد لانهم اشترى واعلى النقد زاد محمد عن مالك ولم يرض البائع بتأخيرهم ووضعهم
 وانما هو رجل مغلوب وهذا التعليل يقتضي ان تأخير أحدهما قدين النقد غير اختيار الثاني على
 وجه الغلبة لا يفسد العقد وجه القول الأول ان من شرط صحة هذا العقد النقد فاذا اعدت شروط
 صحته وجب أن يفسد ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك ألزمه من القلادة لانهم أخذوها على
 وجه الشراء ثم تعدوا على اتلافها ليؤدوا اليه القيمة فإلزمهم الثمن كمن اشترى ثوبا على الخيار وادعى
 تلفه فإلزمه ان يرد البيع فإلزمه الثمن دون القيمة

(فصل) وقوله الوري بالذهب بالاهاء واهاء قال ابن ثابت في غريبه الاهاء واهاء بالمد وذلك
 يقتضي التقدم العقد وظاهره يقتضي اناه واهاء تنوب عن العقد والنقد لتقريب أحدهما من الآخر
 فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد ومن صفته أن يكونا معاملة الدرهمين أو يكون النقد
 متصلا بهما العقد أو في حكم المتصل لقربه منه مع كونهما في مجلس واحد وما هو في حكمه من القرب
 على ما قدمناه وأما ان فصل بينهما طول مجلس واخر ورج من أمر الى أمر غيره ومن الصرف الى

الاعراض عنه والاشتغال بغيره فان ذلك غير جائز خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ذلك
 جائز والدليل على ما نقوله الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الورق بالذهب وبالإ
 هاء وهاء ودليلاً من جهة المعنى ان هذا مصرف تأخر القبض فيه عن العقد فوجب أن لا يصح كالموقوف
 من مجلسهما (مسئلة) اذا ثبت أن حكم النقد اتصاله بالعقد فان من حكمه حضور العوضين حال
 العقد والنقد فأما العقد فقد تقدم الكلام فيه وأما حضورهما حين العقد فلازم أيضاً ولو أن
 المتصرفين عقداً مصرفياً بحضور العوضين ثم قبض أحدهما الدينار فأنفذها إلى بيته ثم قبض
 الدرهم بعد ذلك لم يجز وقتال مالك من ابتاع خلعاً فضة بدنانير فاستصقت وقد نفذها إلى بيته
 فأراد المستحق أن يجيز البيع وأراد هو أن ينقده من عنده الثمن ويتبع البائع انه لا يجوز ذلك ولو
 حضر الخلع حال جاز ذلك وقد قال أشهب لهذا استحسان والقياس انه مفسوخ لان المستحق في
 ذلك الخيار فيجوز في هذه المسئلة امضاء المستحق البيع مع حضور الخلع من التجوز والنقد
 ومنع ذلك مع غيره مما لا يتم ما يمتنع بالنقد وجوز ذلك في العاصب يشتري الدينار من غصبائه
 وهي غائبة عنه لما تمكن معينة بالغصب وهذا فيه نظر ان حل على ظاهره لان هذا مصرف موقوف
 على الفسخ لا على الاجازة وذلك لا يمنع امضاءه كوجود الرديء في أحد العوضين فان ذلك لا يوجب
 فسخ العقدان رضي به الذي وجد الرديء والله اعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان في حكم الحاضر وذلك
 بأن يأخذ الصراف الدينار فيدخله في كفه أو تابوته ثم يقضى عوضه ويبيعه من غيره في المجلس ثم
 يقضى عوضه قبل مغيبه وقبل التفرق فانه مكره ومضار عنه معيب ما حضوره شرط في صحة
 العقد ص قال مالك اذا اصطرف الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأردده
 انتقض صرف الدينار ورد إليه ورقه وأخذ إليه ديناره وتفسير ما ذكره من ذلك أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق وبالاهاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظرك إلى أن
 يبلغ بيته فلا تنظره وهو اذا ارد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء
 فذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام
 كله عاجلاً لاجل فانه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد
 أو كان مختلفة أصنافه * ش وهذا كما قال ان الصرف مبنى على المناجزة والمفاصلة في الفور
 فاذا صار فالايجوز أن يفترقالا عن تناجز واذا قال أحدهما لصاحبه ان وجدت عيار ددنه اليك
 ففي سماع أشهب من العتبية عن مالك لا يجوز ذلك ويرد هذا الصرف وان وجدها خياراً كلها
 ووجه ذلك انه لم يأخذ الدرهم على وجه الحيازة لها وانما أخذها مؤتمناً عليها بها وكذلك لا يجوز أن
 يأخذها منه على التصديق في جودتها ووزنها ولا يفارقه الا على نهاية ما يمكن من الانتجاز فان قبضها
 وتفرقا على روية في كتاب محمد بن العقدي انتقض وان أصابها كما قال وحكى أشهب عن مالك انه
 جائز وجه الرواية الأولى ما قدمناه من ترك الكمال عمل الصرف كالمواثمة دافع الدينار على
 انتقادها ووزنها ووجه قول أشهب انه لم يبق بينهما من العمل الامالا يمكن قطعه بالوزن والانتقاد
 وهو ان القول قول الدافع وانما يفسد العقد ويمنع الانتجاز أن يكون القول قول القابض لان هذا
 حكم ما لم يتجز فيه القبض (مسئلة) فان أخذها بعد الوزن والانتقاد فوجدتها تنقص فان
 النقص على ضربين نقص في الوزن ونقص في الصفة فأما النقص في الوزن فلا يخلو أن يجده قبل
 التفرق أو بعده فان علم به قبل التفرق فان له أن يرضى به أو يأخذ به ماشاء رواه ابن القاسم عن

* قال مالك اذا اصطرف
 الرجل دراهم بدنانير ثم
 وجد فيها درهما زائفا
 فأردده انتقض صرف
 الدينار ورد إليه ورقه
 وأخذ إليه ديناره وتفسير
 ما ذكره من ذلك أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال الذهب بالورق
 وبالاهاء وهاء وقال عمر بن
 الخطاب وان استنظرك
 إلى أن يبلغ بيته فلا تنظره
 وهو اذا ارد عليه درهما
 من صرف بعد أن يفارقه
 كان بمنزلة الدين أو الشيء
 المتأخر فلذلك كره ذلك
 وانتقض الصرف وانما
 أراد عمر بن الخطاب أن لا
 يباع الذهب والورق
 والطعام كله عاجلاً لاجل
 فانه لا ينبغي أن يكون في شيء
 من ذلك تأخير ولا نظرة
 وان كان من صنف واحد
 أو كان مختلفة أصنافه

مالك وذلك ان التناجز وجد قبل التفرق ولو أراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز فان تفرقا قبل أن يستوفي ذلك النقص فالذي قاله أصبغ ينتقض الصرف كله ولو نقصت منه حبة وبه قال محمد وحكي ابن القاسم انه جائز لا ينتقض منه الا بمقدار ذلك النقص الى تمام دينار وجه قول أصبغ ان العقد اذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض تعدى الى ما قبض كما لو عقدا على ذلك الصرف ووجه ما قاله ابن القاسم ان تأخر القبض بعد التزام العقد لا يتعدى الى جميع العقد كالعيب يجده ببعض الدراهم (مسئلة) فاما ان وجد النقص بعد التفرق وذلك لسرقة الصيرفي فإراد أن يطالب به فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد وان أراد ترك النقص وصحیح العقد فروى ابن وهب وابن عبدالحكم ان ذلك جائز وروى ابن المواز عن مالك ان ذلك لا يجوز وان قل وروى عنه أنه لا يجوز في الكثير واختاره أصبغ وجهه واية الجواز انه نقص وجد في عوض الصرف فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة به كنقص الصفة ووجه المنع على الاطلاق ان تأخر العوض في الصرف يمنع الصفة في العقد كما لو علم بالنقص فاخره ولا نأقدا جمعنا على انه لو طلب النقص لفسد العقد ولم يمنع من ذلك عدم علمه بالنقص وكذلك اذا تركه ووجه الفرق بين القليل والكثير ان القليل غير مقصود ومعلوم في الأغلب ان مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس فكانه لما لم يبق له الا ما جرت العادة بتركه والتسامح به قبض جميعه لان ما نقصه لو علم به لتركه فكذلك اذا تركه الآن وهو محمول على ذلك وأما الكثير فانه مما جرت العادة بطلبه فاما يكون تاركه الآن وقد وجد الفساد في العقد بالتفرق قبل قبضه أو تركه (فرع) فاذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير فكذلك اليسير روى أن يزيد عن ابن القاسم في العتبية ان الدنانق في صرف الدينار يسير وقال أصبغ هو أن ينقص ألف درهم درهما وأما صرف الدينار فانقص منه من قليل أو كثير فهو كثير ينتقض الصرف مالم يكن من اختلاف الموازين التي لم تجر العادة باتباعه ولا طلبه واذا قلنا انه ينتقض فقال أصبغ ينتقض كله وقال ابن القاسم ينتقض منه ما بين النقص وكال الدينار

(فصل) وأما النقص من جهة الصفة كالعيب يجده في أحد عوضي الصرف فانه لا خلاف على المذهب لعلمه ان من وجد ذلك ورضى به فان عقده لا يفسد به فان أراد رده فهل له ذلك أم لا المشهور من المذهب أن البدل فيه غير جائز والصرف فيه مستنقض وقال ابن وهب من أحببنا ان البدل فيه جائز حكاه عنه ابن حبيب وغيره وبه قال ابن شهاب والليث بن سعد وجه ما ذهب اليه مالك يحتمل أن يكون مبنيا على ان الصرف ينتقض من أصله بالبدل وهو وقت العقد فيه فيبطل في المعيب لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد الى وقت الرد بالعيب ويحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنيا على ان الرد بالعيب نقض للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه فلا يكون في ذلك تأخير للبدل عن وقت عرا عن قبض والله أعلم وأحكم (مسئلة) والهبة اللاحقة بالصرف لا خلاف على المذهب انه يجوز البدل فيها وقد روى عن مالك فممن باع ثوبا بدينار الا درهمين فتناقدا ثم وجد بالدراهم عيبا روى عنه ابن القاسم ببطله وليس هذا مثل الصرف يريد ان هذا لما كان الغالب منه البيع والصرف تبسعه له كان حكمه في جواز البدل حكم البيع لاحكام الصرف وروى عنه ابن وهب ينتقض الجميع (فرع) فاذا قلنا بمنع البدل فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد أو مختلف الجنس فان كان من جنس واحد فان بيعه يكون على ضربين أحدهما أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم يذكر حصة كل دينار منها والثاني أن يذكر جملة الصرف خاصة

فيقول أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم فان كان ذكر صرف كل دينار منها فلا خلاف انه لا
 ينتقض الا بقدر دينار واحد وان كان انما ذكر جلة الصرف فالمشهور من المذهب انه لا ينتقض منه
 الا دينار واحد ورواه عيسى عن ابن القاسم وفي العتبية في نقرة يتباعها جزافا بمائة دينار فيجذبها
 مسبار نحاس أو يبيعها كل عشرة دراهم بدينار ان ذلك سواء وينتقض منها بقدر المسبار الى تمام
 دينار وقال القاضي أبو محمد ينتقض جميع الصرف وجه القول الأول ان الدنانير المتساوية تقتضي
 التقابل وتمنع التقييط فلا يرتبط بعضها ببعض في نقض العقد لعب الصفة أصل ذلك اذا ذكر كل
 دينار بصرفه ووجه قول القاضي أبي محمد ما احتج به من أنه اذا سمي لكل واحد من الدنانير حصة
 فانه قد أفرده بالعقد واسمى الجملة فقد شملها العقد فاذا بطل بعضها بطل جميعه وان كانت الدنانير
 قرصا فقد قال ابن القاسم يرد منها أصغر قرص فيها ويضيف الى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل
 تلك القرصة وهذا سبني على قول مالك ان فرض القراضة المضروبة بمكروه وأما على تجوز أصبغ
 لذلك فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف وهذا على قولنا ان الدنانير تتعين بالنقد وعلى قولنا
 لا تتعين يرد له من عنده قرصة ذهب بقدر الدرهم الزائف (فرع) وان كانت الدنانير مختلفة الأجناس
 والقيم في العتبية من رواية أبي زرع عن ابن القاسم فممن اشترى حلياً موصوفاً بسورة وخالخل وغير
 ذلك بدرهم فوجد بهادراً مما زائفاً انه ينتقض الصرف كله ووجهه ان اختلاف قيم الحلي بالصياغة
 يقتضي التقييط واذا دخل ذلك التقييط سري من الدراهم جزء الى كل جزء من الحلي فاذا انتقض
 الصرف في الدرهم انتقض في جميع الحلي ولو وجد في جميع الحلي مسبار نحاس فقد روي أبو زيد
 عن ابن القاسم ان ذلك ان كان في سوارين من الحلي انتقض في السوارين جميعاً وروي عيسى بن
 دينار عن ابن القاسم يرد لها كلها وان كانت مائة زوج ووجه رواية أبي زيد ان السوارين بمنزلة
 شيء واحد فاذا انتقض الصرف في أحدهما انتقض فيهما لانه لا يجوز أن يفترق في الرد على من باعهما
 مجتمعين لما في ذلك من العساة ولان النقص لما طرأ من جهتهما والعوض الذي يقارب مساو
 لم يدخله التقييط وانما يحق الحلي التقدير والتقويم فاذا علمت فجة كل نوع منه فوبل من الدرهم
 بمقدار ذلك ووجه رواية عيسى انه اذا وجد الاختلاف في أحد العوضين لزم التقويم وهو معنى
 التقييط وانما يسقط التقييط مع تساوي أجزاء كل واحد من العوضين فان لم يكن كذلك فلا بد من
 التقويم والتقييط (فرع) اذا ثبت ذلك فهم ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب في
 أحد عوضيه الظاهر من المذهب أنه ينتقض بانفاذ الرد لا بارادته ولو وجد عيباً به فجاء ليرده فأرضاه
 الآخر حتى لا يبدل له لجاز ذلك بينهما وبما ايصح أن يرضيه قال سحنون عن ابن القاسم فممن باع من
 رجل طوق ذهب فيه مائة دينار بألف درهم فوجد به عيباً فجاء ليرده فصالحه من ذلك بدينار دفعه
 اليه انه جائز وروي ابن سحنون عن أبيه ان ذلك غير جائز ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن
 الرد لم يتم بينهما وأخضع ذلك ديناراً فلا يفسد الرد لان الرد لم يتم وقد منعه منه بما أرضاه به ولا يفسد
 لانه بمنزلة أن يبيع مائة دينار وديناراً بألف درهم وليس في الدينار الذي أعطاه تأخيراً لانه نقده حين
 العقد عليه والرضا به كما لو زاده ديناراً بعد العقد ووجه قول ابن سحنون ما آل اليه أمرهما من الفساد
 بأن صار فمائة دينار نقداً وديناراً مؤجلاً بألف درهم (مسئلة) وان صالحه عن ذلك بمائة درهم
 قال ابن القاسم ان كانت من جنس الدراهم التي دفع اليه جاز وان كانت من غير جنسها لم يجز قال
 أشهب ذلك جائز فيها وجه قول ابن القاسم انه اذا رد اليه من جنس دراهمه فقد صار بمن الطوق

بأبى الدراهم ولم يتم الرد فوجب أن يصح وإذا رد عليه مائة درهم من غير جنس دراهمه فقد باعه طوقاً ومائة درهم بألف درهم وذلك غير جائز ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف وإنما استثنى منه الرد عليه بالعيب

(فصل) وقوله وهو إذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف معناه أنه إذا رد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له كان ما بدله من الدراهم ديناً على بائع الدراهم تأخر القبض فيه عن وقت العقد فلا يصح إتمام الصرف فيه ويجب نقضه

(فصل) وقوله وإنما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجل بل آجل فإنه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة هذا منهيب مالك رحمه الله أنه لا يجوز التفرقة قبل القبض في بيع الطعام وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ذلك جائز والدليل على ما يقوله الحديث المذكور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والتبر بالتمر وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء

﴿ المراتلة ﴾

ص ﴿ مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى ﴾ ش قوله يراطل الذهب بالذهب يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزناً بوزن وهي المراتلة وهو على ضربين أحدهما غير مسكوك فلا خلاف على المذهب في جوازه والثاني مسكوك فهو مخرج في المذهب على روايتين أحدهما أنه جائز وذلك مبنى على أن الدينارين والدراهم تتعين بالعدد وعلى هذا ترداً كتر مسائل أصحابنا في المراتلة فإن أقوالهم في ذلك مطلقة لا تتقيد بمعرفة الوزن والثانية أنه لا يجوز وذلك مبنى على أن الدينارين والدراهم لا تتعين بالعدد لأن هذا من باب الجزاف والجزاف من مسكوك الذهب والفضة لا يجوز العقد عليه إلا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالمراتلة ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع والله أعلم وقد رأيت لبعض أصحابنا أنه لا يجوز المراتلة بين الدينارين والدراهم لهذا المعنى وقد يجوز ذلك بان يعرف وزن أحد الذهبين ثم يراطل بها الآخر (مسألة) فالمان وزنت إحدى الذهبين ثم وزن بعد ذلك بدلها بتلك الصنعة فإنه جائز إذ اتبقت المساواة بينهما لأنه الذهب بالذهب مثلما عرفت وقد عرفت أن الجزاف بمعرفة قدره ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دينارين يداً إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وان تفاضل العدد والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدينارين ﴾ ش وهذا كما قال أنه لا يراعى في مراطلة الذهب بالذهب والورق بالورق العدد وإنما يراعى فيه الوزن سواء كانت كلها بمجموعة أو فرادى أو قائمة أو كان أحد العوضين مجموعة والثانية فرادى أو قائمة ووجه ذلك أن الاعتبار في الورق والذهب إنما هو بالوزن وإنما أبيع التعامل فيه بالعدد في بعض البلاد المعروف مع العلم بالوزن فيها لا يراعى فيه التساوي فإذا كان العقد مما يراعى فيه التساوي وجب أن يعتبر الوزن الذي هو أصل اعتباره ووجه المساواة فيه وسقط حكم العدد لأنه لا اعتبار به في فساد العقد ولا حتمه وسواء كان

﴿ المراتلة ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى ﴾ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دينارين يداً إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وان تفاضل العدد والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدينارين

أحد العوضين تبرأ والآخر مسكوكا أو مصوغا أو تبرأ مثله ذلك كله واحد في اعتبار المساواة فيه بالوزن ولا اعتبار في ذلك بسكته ولا صياغته على وجه المرافلة دون اقتضائه من الدين وباللغة التوفيق ص قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فان ذلك قبيح وذريعة للربا لأنه إذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأنه يجوز ذلك البيع بينه وبين صاحبه قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأن يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى احلال الحرام والأمر المنهي عنه ش وهذا كما قال ان من راطل ذهبا بذهب فانه لا يجوز أن يكون مع أحد الذهبين ورق ولا عرض ولا شيء سواء كانت إحدى الذهبين أكثر من الأخرى ويكون العرض من العرض أو غيره في مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر أو كان الذهبان متساويين وبين ذلك أن يكون قد دفع اليه دينارين بدينار ويجعل مع الدينارين ثوبا أو طعاما أو ورقا أو غيره ذلك ليكون في مقابلة الدينارين الآخر فانه لا يجوز ذلك ومنع منه مالك لوجهين أحدهما أنه قبيح وممنوع لنفسه ولفساد العقد على هذا الوجه لافيه من التفاصل بين الذهبين لان السلعة التي مع الدينار مقسطة مع دينارها على الدينارين فيصيب كل دينار نصف دينار ونصف السلعة ووربما كانت السلعة أكثر قيمة من الدينارين أو أقل قيمة فيقابل أكثر الدينارين أو أقلها ما يقابل الباقي من الذهب التي مع السلعة أقل من وزنها أو أكثر ولهذا منعه الشافعي وان لم يقبل بالذرائع والوجه الثاني أن هذا العقد ممنوع للذريعة إلى الحرام الذي لا يجوز وقد تقدم الكلام على وجوب القول بالذرائع وتفسير ذلك في هذه المسئلة ما احتج به مالك من انه اذا جازله أن يأخذ بالمثقال قيمته حتى كأنه اشتراه مفردا جازله أن يأخذ بقيمته مرارا ليجوز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك ليجوز المحذور والمنوع بالشرع وذلك انه اذا باع دينارا ردينا بدينارين جدين وعلم انه لا يضح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل مع الدينار ما يساوي أكثر من الدينار الجيد مرارا وجعله ثمانا للدينار الجيد فيكون في الظاهر قد أعطاه دينارا ردينا بدينارين جيد وأعطاه السلعة بالدينار الآخر الجيد وهو في الحقيقة انما أعطاه الدينار الردي بنصف دينار جيد وأخذ السلعة بدينارين ونصف من الذهب الجيد وهذا مما لا يجعل ولا يجوز ولذلك قال مالك ولو أنه باعه ذلك الدينار مفردا لم يأخذه بعشر الثمن يعني ان ذلك الدينار الردي الذي مع السلعة لو باعه مفردا لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين وانما أضاف اليه السلعة ليتوصل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيد بدينارين ردي وهذه المسئلة تعرف بمسئلة مدى مجورة لانها تفرض فحين باع مدع مجورة ودرهما بدرهمين وجوز ذلك أبو حنيفة وقال ان من باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينارانه جائز وبمحتسب بالقرطاس في مائة دينار وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التي في القرطاس والدليل على المنع من ذلك مار واه مسلم في صحيحه من حديث علي بن رباح اللخمي انه سمع فضالة بن عبيد الانصاري يقول أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها خرز وذهب وهي من المغانم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فترع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن فوجه الدليل من الخبر انه أمر بترع الخرز وافراده الذهب ليجوز بيعه ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج إلى وزنه ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن فنسب بذلك على ان علة افراده بالبيع ان يتحقق فيه الوزن بالوزن (مسئلة) ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين

قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فان ذلك قبيح وذريعة إلى الربا لأنه اذا جازله أن يأخذ بالمثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأنه يجوز ذلك البيع بينه وبين صاحبه قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأن يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى احلال الحرام والأمر المنهي عنه

• قال مالك في الرجل يرطل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معايرة ذهباً غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهباً كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلاً بمثل ان ذلك لا يصلح • قال مالك وتفسير ما كرهه من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ولو لا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يرطله صاحبه بتبره ذلك إلى ذهب الكوفية وانما مثل ذلك (٢٧٨) كمثل رجل أراد أن يتباع ثلاثة أصوع من تمر عجوة

بصاعين ومد من تمر كيبس فقييل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من كيبس وصاعاً من حشف يريد أن يجيز بذلك يبعه فذلك لا يصلح لانه لم يكن صاحب العجوة يعطيه صاعاً من العجوة بصاع حشف ولكنه انما أعطاه ذلك لفضل الكيبس أو ان يقول الرجل للرجل أوان يقول الرجل لثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فنقول هذا لا يصلح الامثلاً بمثل فجعل صاعين من حنطة شامية وصاعاً من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لانه لم يكن يعطيه بصاع من شعير صاعاً من حنطة شامية لو كان ذلك الصاع مفرداً وانما أعطاه اياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفناه من التبر • قال مالك فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يتباع الامثلاً بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الذي المستخوط ليجاز بذلك البيع ويستعمل بذلك ما نهى عنه من الامر الذي لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهتم بذلك وانما يقبله من أجل الذي يأخذه معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه بغيره فليبيعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس به اذا كان كذلك • وهذا كما قال ان من راطل ذهباً بذهب واحد الذهبين من جنسين فان كان لم يعلم بمقدار الجيد من الرديء لم تجز المراطلة ولا المبايعة كلها وان علم مقدار ذلك لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها في الجودة والنفاق أو لا تكون احدهما مساوية لها فالظاهر من المذهب جواز ذلك سواء كانت الذهب التي معها أفضل أو دون وهذا الوجه فيه لمنع الذي يمتلأن مساواة احدي الذهبين الذهب التي في عوضها تنفي التهمة التي تلحق من جهة التقسيط فوجود إلا أن يجعل التقسيط على وجه

من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يتباع الامثلاً بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الرديء المستخوط ليجاز بذلك البيع ويستعمل بذلك ما نهى عنه من الامر الذي لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهتم بذلك وانما يقبله من أجل الذي يأخذه معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه بغيره فليبيعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس به اذا كان كذلك

الذريعة والتهمة في ذلك فيبعد أيضا وهذا ما لم يكن رداة أحد الذهبين من غش نحاس فيها وانما هي الرداءة في غش الذهب فان كانت معشوشة بنحاس لم تجز المراطلة بها قاله الشيخ أبو اسحق وأن ما قال مالك في الذهب المفردة بالذهب المفردة (مسئلة) وان كانت غير مساوية لها فلا يجزى أن يكون الذهبان أفضل أو أدنى من الذهب المفردة أو يكون احدى الذهبين أفضل من المفردة والثانية أدنى منها فان كانت أفضل أو أدنى فعلى ما تقدم وان كانت احدهما أفضل والأخرى أدنى فلا خلاف في المذهب انه لا يجوز ووجه ذلك ما يلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين احدهما أفضل منها والأخرى أدنى منها فيؤديه ذلك الى التفاضل في الذهب أو يمنع ذلك للتهمة في قصد ذلك فتقوى التهمة هنادون أن تكون احدى الذهبين مساوية لها والأخرى أفضل وأدنى فان التهمة تضعف فيما على ما قدمناه (مسئلة) ولو كانت دراهم سود بدراهم بيض دونها ومع السود فضة كفضة البيض في كتاب محمد أن ذلك لا يجوز لنقص السكة يريد أن نقص السكة في فضة البيض انما سويح فيه لنفضل السود على الدراهم البيض فراعى السكة مع التناجز والذي في المدونة خلاف هذا والله أعلم

﴿ العينة وما يشبهها ﴾

﴿ العينة وما يشبهها ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال من ابتاع
 طعاما فلا يبعه حتى
 يستوفيه * وحدثني عن
 مالك عن عبد الله بن دينار
 عن عبد الله بن عمر أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال من ابتاع طعاما
 فلا يبعه حتى يقبضه

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه * ش قوله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه يريد أنه اذا استفاده بالابتاع فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه من بائعه منه لأنه لا يجوز أن يتولى على الطعام عقدا يبيع لا يتخللها استيفاء بالكيل ان كان مكيلاً أو بالوزن ان كان موزوناً لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي هذا أربعة أبواب * الباب الاول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات * والباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة * والباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء * والباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني (الباب الاول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات)

المبيع على ضربين مطعوم وغير مطعوم فأما المطعوم فانه على قسمين قسم يجزى فيه الربا وقسم لا يجزى فيه فأما ما يجزى فيه الربا فلا خلاف على المذهب في أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وأما ما لا يجزى فيه الربا فعن مالك في ذلك روايتان احدهما أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه ووجه الرواية الاولى ما احتج به أصحابنا في هذه المسئلة من قول النبي صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وهذا يصح الاحتجاج به في هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم لأن لفظة الطعام اذا أطلقت فالتام فيهم منها بعرف الاستعمال الخنطة دون غيرها ولذلك لو قال رجل مضيت الى سوق الطعام لم يفهم منه الاسوق الخنطة ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذي يجزى فيه الربا ووجه الرواية الثانية أن ما لا يجوز فيه التفاضل فقد افانه لا يحرم بيعه قبل قبضه كغير المطعوم (فرع) واذا قلنا بإجراء هذا الحكم في المقتات خاصة فلا فرق بينهما فاذا أجريناها في كل مطعوم فلا فرق بين هذا

وبين حكم الربا (مسألة) وهذا في المطعوم المكيل أو الموزون وروى ابن القاسم عن مالك في بسوط وكذلك المعدود ولا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه وقبله غيره من أصحابنا وهو المذهب إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن كان غير مطعوم فذهب مالك أنه لا يدخل لهذا الحكم في غير المطعوم ولا تعلق له به سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو غير مكيل ولا موزون وقال عبيد العزيز بن أبي سامة وربيعة وبه يبيح بن سعيد أن كل ما يبيع على كيل أو وزن أو عدد مطعوماً كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه واختاره ابن حبيب وقال أبو حنيفة هذا الحكم ثابت في كيل مبيع ينقل ويحول وقال الشافعي هو حكم ثابت في كل مبيع واستدل أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه فوجه ذلك أنه خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له وهذا استدلال بدليل الخطاب وبتقدم الكلام فيه ودليلنا من جهة القياس إن هذا مبيع ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كالذنانير والدرهم

(الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة)

العقود على ضربين معاوضة وغير معاوضة فأما المعاوضات فالبيع وما في معناه من الاجارة والمصالحة والمناخعة والمخالعة والمكاتبه على وجه العوض كأر زاق القضاة والمؤذنين وأصحاب السور فإن هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة وقال أبو حنيفة ما ملك بمهر أو خلع من طعام أو غيره فإنه يجوز بيعه قبل قبضه وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يختص بالمعاقبة والمكايسة كلاجارة والبيع وما كان في حكمهما وقسم يصح أن يقع على وجه المعاقبة ويصح أن يقع على وجه الرفق كالاتاة والشركة والتولية وقسم لا يكون الا على وجه الرفق كالقرض فأما البيع وما كان في معناه مما يختص بالمعاقبة قال القاضي أبو محمد ما كان أجره لعمل أو قضاء لدين أو مهراً أو خلعاً أو صلحاً عن دم عمد أو مثلاً تلفاً أو ارش جنابة في مال مضمور أو معين فذلك كله يجري مجرى البيع فيما ذكرناه فلا خلاف في أنه لا يجوز زفان يتوالى منه عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت في الذمة لا يتظاهرها قبض والأصل في ذلك الحديث المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى ومن جهة المعنى إن ذلك ممنوع حفظه وحراسته وتوقيه من الربا لتلا يتوصل أهل العينة بذلك إلى بيع دنائير بأكثر منها وذلك إن صاحب العينة يريد أن يدفع دنائير في أكثر منها نقداً أو إلى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل إليه بان يدكر حنطة بدينار ثم يتناعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لاتباعه فلما أكثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد ولا سيما في بلاد العرب وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثير المعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ووجود أكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط في صحة توالي البيع فيها لخلال القبض والاستيفاء لأن ذلك نهاية التبايع فيها واتمام العقد ولزومه ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها لأن ثمنها يخفى في الأغلب ويقبل مشتمها (فرع) ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه كيلاً يجوز استثنائه ثم أراد بيعه فقد اختلف قول مالك فيه فكرهه ثم رجع إلى اجازته روى ذلك ابن المواز وجه الكراهية منى على أن المستثنى مبيع ووجه الاباحة والجواز منى على أن المستثنى غير مبيع (مسألة) وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الارفاق ووجه المعاقبة كالاتاة والشركة والتولية فإن وقع على وجه الرفق فإنه يصح أن يلي البيع في الطعام قبل القبض

ووجه وقوعه على الرفق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه فان تغير عن ثمن زيادة ثمن أو وصفة أو نقص أو مخالفة في جنس ثمن أو أجل خرج عن وجه الرفق إلى البيع الذي لا يجوز والأصل في جواز ذلك إذا وقع على وجه الرفق ما رواه سحنون في المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة ومن جهة المعنى أن هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة دون المغاينة والمكايسة التي لمصارعتها يمنع بيع الطعام قبل استيفائه وذلك أنه منع لشابهته العينة فإذا وقعت هذه العقود على وجه الرفق وعريت من المغاينة والمكايسة كانت مباحة كالقرض وهذا في الجملة فأما التفصيل فلا يخفى أن يكون ثمن الطعام عينا أو غير عين فأما العين فانه إن كان مثله في قدره وصفته فلا خلاف في المذهب في جواز الإقالة به وإن تغيرت صفته أو قدره لم يجز لأنه ليس بإقالة وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه لأن الإقالة انما هي على مثل ما انعقد عليه البيع ولذلك قال بعض أصحابنا أنها ليست بمقدمة مستأنفة وهي نقض للعقد الأول (مسئلة) وإن كان ثمن الطعام غير عين لم يجز أن يكون مماله مثل كالمكيل والموزون والمعدود أو مماله مثل ما يرجع إلى القيمة فإن كان مماله مثل من الكيل والموزون والمعدود ففي الواضحة تجوز الإقالة بالمثل وقاله أشهب في المجموعة وشرط أن لا يكون أرفع منه ولا أدنى وأن يكون حاضرا عنده وقال ابن القاسم لا يجوز ذلك وجه قول أشهب أن هذا ماله مثل فصححت الإقالة من الطعام بمثله كالدنانير والدرهم ووجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد فلم تجز الإقالة من الطعام إلا بعينه دون مثله أصل ذلك ما يرجع إلى القيمة (مسئلة) فإن كان الثمن مماله كالثوب والحيوان ففي الواضحة لا تجوز الإقالة بمثله ولا بقيمته وإنما تجوز منه بعينه ما لم يدخله زيادة ولا نقص في بدن ويجوز أن يدخله تغيرا أسواق ووجه هذا ما قدمناه من أن الإقالة انما هي في معنى حل العقد الأول فإذا لم يرد إليه ثمنه ولا مثله لم تكن إقالة وكان يبيع الطعام قبل استيفائه وهو ممنوع منه (مسئلة) وإن كان الطعام مماله في إجارة جاز أن يقبله قبل العمل ولم يجز ذلك بعد العمل فإن عمل بعض العمل جاز أن يقبله مما بقي دون ما عمل رواه كله ابن المواز عن أشهب ووجه ما احتج به ابن حبيب أن أعمال الناس تختلف فلا يكون الهمل الآخر مثلا للؤل وذلك يناقض الإقالة ولأن العمل انما يرجع إلى القيمة فلا تصح الإقالة فيه بعد فواته كالثوب وأما الكتابة ففي الواضحة ولا تتبع طعامك من كتابته من غير المكتاتب قبل قبضه إلا أن يكون يسيرا فانها يبيع مع غيره مما كاتبه عليه فلا بأس به

(فصل) وأما ما يحتص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض فانه يجوز أن يتكرر على الطعام قبل قبضه وأن يلى البيع ويليه البيع لا خلاف في ذلك نعلمه (مسئلة) وأما ما يلزم الدمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالنصب والتعدي ففي كتاب محمدانه كالقرض يجوز بيعه قبل قبضه وحكى القاضي أبو محمدانه كالبيع ان كان مثلا لمتلف ولا يجوز بيعه قبل قبضه وجه القول الأول ان أخذ مثل الطعام في الغصب يتوالى على الطعام من غير أن يتلفه ما قبض فلو كان بمنزلة البيع لما جاز أن يتوالى عليه وهذا باطل باتفاق ووجه رواية القاضي أبي محمدانه طعام يؤخذ عوضا على وجه المشاحة وترك الارفاق فلم يجز أن يلى البيع دون قبض أصل ذلك البيع وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالمهبة والصدقة والعطية فلا بأس أن يتوالى على الطعام قبل قبضه لأنها ليست من عقود

المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه
 (فصل) اذ اثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه فإنه لا يجوز أن يبيعه هو ولا وكيله ولا وارثه
 قاله مالك في المسوط لان انتقاله بالميراث لا يجوز أن يكون حازرا بين البيعتين ولا يقوم مقام القبض
 في اباحة البيع فيه وان وهبه الرجل بعد أن ابتاعه قبل أن يستوفيه لم يجز للوهو به بله أن يبيعه حتى
 يستوفيه رواه في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم وزاد
 مالك في النوادر وكذلك لو وهبه له أو صدق به عليه أو أخذه قضاء من سلف قال وأخذه عندي الهبة
 والصدقة وفي الموازاة عن مالك من أحلتها على طعام من يبيع أقرضه اياه أو قضيت اياه من قرض فلا
 يبيعه حتى يستوفيه (مسئلة) اذ اثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة فإنه
 أيضا يجب أن يمنع من عقود المعاوضة قبل الاستيفاء ولا يمنع ما ليس بمعاوضة من هبة ولا صدقة ولا
 قرض ولا غير ذلك من العقود التي تسمى عن العوض ولذلك لم يمنع من الاقالة والتولية والشركة
 وان كانت فيها معاوضة

(الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء)

وأما ما يكون قبضا واستيفاء يصح أن يفصل بين البيعتين في الطعام فهو ما يخرج به من ضمان البائع
 الى ضمان المشتري من الكيل والتوفية في المكيل والموزون والتوفية في الموزون وفي التصري في
 الاتفاقي على مقداره والحكم به وتوفيته ان كان فيه حق توفية وذلك بأن يوفيه البائع المبتاع وتسليم
 المبتاع اياه لازم قبل أن يبيعه وقد تقدم وصف التوفية قبل هذا فقل هذا يكون فصلا بين البيعتين فان
 عقدا عقدا من يبيع في طعامين في ذمتين ثم أراد أن يتقاضيا بهما لم يجز ذلك على المشهور من
 المذهب وبه قال ابن القاسم وقال أشهب في كتاب ابن المواز ان اتفق رأس مالهما في القدر
 والصفة جاز ذلك وجه القول الاول انهما المتقاضيا بالطعام آل أمرهما الى طعام واحد فقد انقصد
 عليه عقدا يبيع وكل واحد منهما ان عقد بلفظ البيع وعلى معناه من المغابنة والمكيسة لم يفصل بينهما
 قبض وذلك ممنوع ووجه القول الثاني ان مال أمرهما الى الاقالة لان المسلم الثاني رد الى الاول
 مثل رأس ماله وهذا معنى الاقالة والعقد لا تعتبر فيها باللفظ وانما تعتبر بالمعنى ولما كان معنى ما وجد
 منها السلم والاقالة وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه جاز ذلك في مسئلتنا (مسئلة) وان كان
 الطعامان من قرض جاز ذلك حل أجلهما أو لم يجعل لان اتصال القرضين في الطعام ليس ممنوع
 وان كان أحدهما من يبيع والأخر من قرض فحل أجلهما جازت المقاصة لان اتصال القرض بالبيع
 جاز في الطعام فان لم يجعل واحد منهما فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وبه قال ابن القاسم وقال
 ابن حبيب ان اتفق الأجلان جازت المقاصة وقاله أصحاب مالك الا ابن القاسم وجه القول الاول ان
 المقاصة قبل الاجل مع الاجل في البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز الا عند حلول الأجل كالمقاصة
 بالدنانير والدرهم ووجه القول الثاني انه اذا كان الاجلان واحدا كان ذلك بمنزلة حلولها لان
 الذمتين تبرأ من زيادة من أحدهما (مسئلة) فان حل من الأجلين أجل القرض ولم يجعل
 أجل السلم لم يجز ذلك أيضا لما قلنا وان حل أجل السلم ولم يجعل أجل القرض لم يجز عند ابن القاسم
 وجوزه أشهب وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مقاصة بما حل في السلم فوجب أن يكون يبيعا كالمولم
 يجعل أجل السلم ووجه قول أشهب ان القرض لما لم يلزم أجله المقترض كان بمنزلة الحال والمشهور
 من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل وعن ابن القاسم انه يجبر فكان

يجب أن تجوز هذه المسئلة على أصول ابن القاسم ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر مسكاباً صله لأن الاجل وان لم يلزم المتسلف فهو يلزم المسلف (مسئلة) وأما ما اشترى جزافاً فان استيفاءه بنام العقد فيه لانه ليس فيه توفية أكثر من ذلك ويتخرج في ذلك مذهبان أحدهما ان الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفي المكيل الآن الاستيفاء فيه بنام العقد عليه والثاني انه لا يتعلق به المنع والحديث خاص في المكيل الذي فيه حق التوفية ولذلك قال صلى الله عليه وسلم حتى يستوفيه ولم يقل حتى ينقله أو يأخذه فعلق هذا الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود وقد روى ابن القاسم عن مالك في المبسوط من اشترى طعاماً ماصراً جزافاً فانه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه أو من غيره نقده الثمن أو لم ينقله بأكثر من الثمن أو أقل أو مثله وما يدل على ذلك ان من اشترى تمر في رؤس النخل فلا بأس أن يبيعه قبل جمعه وان كان استيفاءه لم يوجد لا تفان مع الشافعي على ثبوت حكم الجاحفة فيه وقد روى الواقف عن مالك انه لا يجوز بيع شيء من المطعومات يبيع على السكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف قبل قبضه وبه قال أحمد بن حنبل والثوري (مسئلة) ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهرافاً راد يبيعها قبل أن يجعله نهى عنه ابن القاسم وأجازة أشهب واختار محمد النهي قال لانه في ضمان البائع حتى يقبض فهو من يبيع ما لم يضمن من الطعام وجه قول أشهب انه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة في رؤس النخل والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة في رؤس النخل انها ليست في ضمان البائع على الاطلاق وانما هي من ضمانه على وجه مخصوص يختلف فيه

(الباب الرابع في تمييز ما صح قبض البيع الثاني)

أما قبض المسلم اليه الطعام من نفسه باذن المسلم فلا يجوز أن يباع به وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده إلا أن يكون ولده الكبير الذي قد بان بالخيارة عنه فلا بأس بذلك قاله ابن القاسم في الملوثة ولو استوفى كيلة منه ثم تركه عنده أو عند غيره جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك انه لو استوفاه وتركه عنده وديعة واستيفاءه من وهب أو تصدق به عليه أو قرضه يبيع له يبيعه لانه قد حل محل من كان له وبالله التوفيق ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه ✶ ش قوله كنا نؤمر بانتقاله الى مكان سواه قبل أن نبيعه معناه والله أعلم انه اشترى جزافاً وقد ورد ذلك مفسراً ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال رأيت الذي يشتري الطعام مجازفة يضر بون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يوروه الى رحالهم فلما كان الاستيفاء في بيع الجزاف يتم بنام اللفظ بالبيع وقد رأيت لابن عبدوس في المجموعة ما يقتضي هذا لانه روى عن مالك فيمن ابتاع تمر عند نخلات بلا كيل ان له يبيع ذلك قبل جمده لانه قد صار في ضمانه بالبيع فذلك قبض فاقضى قوله ان تمام البيع هو القبض وأما التخلية بينه وبين المتاع فليست من باب التوفية وانما هي من باب تركه منع ذي الحق من حقه وقد قال القاضي أبو محمد انه يجوز له يبيعه فأشار الى ان التخلية على التوفية فعلية هذا يكون معنى ضررهم على المنع من يبيعه حتى ينقلوه الى رحالهم ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية فشرع نقله من مكانه ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال السكيل لان السكيل فيه أيضاً نقل من مكان الى مكان الا انه نقل يلزم البائع ولم يبق في الجزاف على البائع عمل فجاز له ان يبيعه كما يجوز بيع التمر على رؤس

✶ وحديثي عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أنه قال كنا في زمان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم نبتاع الطعام فيبعث
علينا من يأمرنا بانتقاله
من المكان الذي ابتعناه
فيه الى مكان سواه قبل
أن يبيعه

التخل لمن اشتراها قبل أن يجدها وانما بقي فيه العمل على المبتاع أن ينقله قبل أن يبيعه وهذا لما كان
حقا على المبتاع لم يبطل البيع ولذلك لم يكن له تعلق بالبائع وقد روى في المسوط ابن القاسم عن
مالك ما تقدم من جواز بيع الصبرة لمن اشتراها قبل أن يقبضها ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي
والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا ولأنه لم يوفه حق توفيقه فجاز بيعه
كالمكيل بعد الكيل وحكى القاضي أبو محمد أن مالك استصحب أن يباع بعد نقله ليخرج من
الخلاف وعندى في هذه المسئلة أن مالك إذا تكلم على صحة العقد والعقد صحيح لما ذكرناه ولم
يتكلم على ما يلزم المشتري من تقديم نقله ويجب أن يتقرر المذهب على أنه ليس بلازم له ليخرج
بتركه ويلزم الامام أن يمنع منه فان باع بعقد البيع لم يرد لصحة العقد والله التوفيق وقد روى في
المدنية ابن نافع عن مالك أنه كره لمن اشترى الطعام جزاء أن يبيعه بنظرة قبل أن ينقله قال مالك لأنه
بلغني أن ابن عمر كان يقول إن النبي صلى الله عليه وسلم بعث النبي إذا اشترىنا الطعام جزاء لا يتبعوه
مكانه الذي اشترىتموه فيه حتى ينقله إلى مكان سواه قال مالك تفسيره أن يبيعه بالدين قال ابن القاسم
كان يستحب ذلك ولا يراه حراما وان وقع جاز وما قدمناه فيه ظاهر محتمل وفي كتاب أبي القاسم
الجوهري بهذا الحديث الخبيث انما هو في تلقى الركب ان وهذا أيضا محتمل فيكون معناه ان من اشتراه
في موضع غير سوق ذلك الطعام فلا يبيعه عن يلقاه قبل أن يبلغ به السوق وقولهم انما يرجع إلى صحة
العقد دون ما على البائع الثاني ذلك فانهم لم يتعرضوا لذكره والله أعلم وأحكم وقد تقدم من رواية
يحيى بن زكريا الوقار أن ذلك لا يجوز والله أعلم وأحكم ص مالك عن نافع ابن حكيم بن حزام ابتاع
طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن
الخطاب فردده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه ش قوله ان حكيم بن حزام ابتاع طعاما
أمر به عمر بن الخطاب للناس محتمل أن يكون أمر به ابتداء بغير عمل استحقوه لذلك فجاز لهم بيعه
قبل قبضه وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه لازواج
النبي صلى الله عليه وسلم من الأرزاق من طعام فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها وكذلك
طعام الجار فعلى هذا انما نهى عمر بن الخطاب عن بيعه لانه صار إليه بالابتاع ولا يجوز له بيعه قبل قبضه
ولم ينه عن ثمراته لانه لم يصر إلى ان من باعه منه معاوضة ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل
استحقوه به فقبضوه ثم ابتاعه منهم حكيم بن حزام فباعه قبل قبضه فعلى هذا ابتاعه جاز مباح وبيعه
ممنوع ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه فباعوه منه قبل قبضه ثم باعه حكيم قبل قبضه أيضا
فعلى هذا ابتاعه ممنوع وبيعه ممنوع وقد قال ابن حبيب في واخته ما كان من أرزاق القضاة أو
الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق من الطعام فلا يباع حتى يقبض وما كان من صلته أو عطية من
غير عمل فذلك جاز

• وحدثني عن مالك عن
نافع أن حكيم بن حزام ابتاع
طعاما أمر به عمر بن
الخطاب للناس فباع حكيم
الطعام قبل أن يستوفيه
فبلغ ذلك عمر بن الخطاب
فردده عليه وقال لا تبع
طعاما ابتعته حتى تستوفيه

(فصل) وقوله فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فردده عليه يريد انه رد بيعه قبل استيفائه فقبضه مباح
فان كان البيعتان ممنوعتين فقد رد هما وان كان بيع حكيم بن حزام هو الممنوع خاصة رد وذلك
انه ان كان لم يقبض المبتاع عن الطعام بنقص البيع بينهما وأخذت المبتاع الطعام الثمن ان كان قضاة وبقى
الطعام لبايعه وان كان قد غاب عليه لدمثله وأخذت منه ولو كان مباحا فغاب فلم يقدر عليه لرد
في المواز بقع ابن القاسم يؤخذ الثمن من البائع فيبتاع به مثل طعامه فان قصر عن مقدار طعامه
كان له أن يبيع الغائب مما نقص وان فضل شيء وقف للغائب يأخذه ان جاءه وان كان كفاها جزأ بعضها

من بعض ص **مالك** انه بلغه ان صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل ان يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا اتحل بيع الزبايا مروان فقال اعود بالله وما ذلك فقالا هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل ان يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من ايدي الناس ويردونها الى أهلها **ش** قوله ان صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل ان يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا اتحل بيع الزبايا مروان فقال اعود بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها فبعث مروان بن الحكم الحرس ينزعونها من ايدي الناس ويردونها الى أهلها يقتضى انها ترد الى من خرجت له لانهم أهلها فقتضى ذلك نقض البيعتين ولو نقض الثاني خاصة لقال يردونها الى من ابتاعها من أهلها

(فصل) وقوله اتحل الزبايا مروان بن الحكم على سبيل الاغلاظ مع علمه باحتال مثل هذا منه لما ظهر من ذلك وشاع قهرانه قد بلغه ذلك وقد كان يجب ان يبلغ في مثل حله واهتبل بأحوال المسلمين وسائر وسأل عن اديانهم في بيعاتهم وغيرها وقول مروان اعود بالله من ذلك على سبيل التنصّل والتبري من احلال الزبايا ثم سأله عن سبب قوله فأخبره ان الصكوك التي أنفذها للناس بالجار ابتاعها الناس ثم باعوها قبل ان يستوفوها فنص على ان هذا معنى الزبايا الذي أنكر احلاله وابتاعه للناس لان هذا بيعتان في طعام لم يتخللها استيفاء وما يخرج في الصكوك لا يكون الا مكيلا من الطعام

(فصل) وقوله فبعث مروان الحرس ينزعونها من ايدي الناس يردونها الى أهلها يقتضى نقض تلك البياعات فان حل على ظاهره من أنها كانت ترد الى من خرجت الصكوك باسمه فقد نقض البيعتين بيع من اشترى منهم وبيع من اشترى ممن اشترى منهم ولا خلاف أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه الانقض الثاني على ما قدمناه فان كان من أهل العينة يقول أحدهما لصاحبه تعال ابتاع لك قفيز حنطة بدينار على أن أبيعك منك بدينارين وقد قال في العينة ابن القاسم فيمن قال لرجل اشتر هذه السلعة بعشرة تنقصها وهي على بعشرين ايجابا على الأمر ففعل فهذا زيادة في السلعة ويفسخ البيع ما لم يفت فان فاتت لم يمت الأمر بعشرة وتسقط ما زاد قال ابن حبيب ان وقع لزم السلعة الأمر بعشرة فيؤمر بأن يعطيه عشرة معجلة ويعطيه جعل مثله انما يبطل البيع الثاني فهذا على تأويل قوله يردونها الى أهلها الى من خرجت باسمه ويحتمل أن يريد بأهلها مستحق رجوعها اليه فترد حينئذ على هذا التأويل الى من ابتاعها أولا وباللغة التوفيق ص **مالك** انه بلغه ان رجلا أراد ان يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذي يريد ان يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيتها تحب أن يبتاع لك فقال المبتاع أتبيعني ماليس عندك فقال عبد الله بن عمر قد كرا ذلك له فأتبع منه ما ليس عنده وقال للمبتاع

* وحدثني عن مالك انه بلغه ان صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل ان يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا اتحل بيع الزبايا مروان فقال اعود بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها فبعث مروان بن الحكم الحرس ينزعونها من ايدي الناس ويردونها الى أهلها * وحدثني عن مالك انه بلغه ان رجلا أراد ان يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذي يريد ان يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيتها تحب ان يبتاع لك فقال المبتاع أتبيعني ماليس عندك فأتبع منه ما ليس عنده وقال للمبتاع

لا تبع ما ليس عندك **ش** قوله في رجل أراد أن يبتاع طعاما من رجل إلى أجل يحتمل أن يريده
 به أنه وصف له طعاما ظن المبتاع أنه عنده أو أراه طعاما ظن أنه عنده أو قال له في الجملة أنا أبيع منك
 طعاما فاعتقد المبتاع أنه عنده وظن هو أن يبيع ما ليس عنده فذلك جائز ولو علم المبتاع أولاً أنه
 يبيعه ما ليس عنده لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك وأما إذا أراه عين طعام فباعه قدر ما
 والمبتاع يعتقد أنه عنده ففي كتاب ابن المواز سخنون من سؤال حبيب فممن عرض فحماً أوزيتا في
 في يده منه فجاء به رجل منه على أقفزة معلومة ثم قال ما عندي منه شيء أو هو لغيري وأبي أن يبيع فقال
 إن أقام بيننا أنه لا شيء عنده منه وأنه لغيره أو لا لزمه أن يأتي بالأقفزة التي باع منه ووجه ذلك أن يبيعه
 منه قدر معلوم أقرار منه بأنه يملكه ويقدر على الاتيان به وقد استحق عليه ذلك بالابتاع منه فليس
 له الرجوع عن ذلك لأن عقد البيع لازم الآن يظهر من عدم ملكه ما فيه براءة له وبالله التوفيق
 (فصل) وقوله فذهب به الرجل إلى السوق فجعل يريه الصبر ليبتاع له من أيها يحب فتبين للبتاع
 بذلك أنه إنما باع منه ما ليس عنده ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه فأنكر ذلك عليه وقال اتبعني
 ما ليس عندك وذلك إن يبيع ما ليس عند الرجل على وجه البيع لا يجوز لأن المبيع على ضربين
 معين وهو الذي ينطلق عليه اسم المبيع فلا يجوز إلا أن يكون معيناً كالثوب أو الدابة أو العبد
 أو معيناً بالجملة مثل أن يكون قفيزاً من هذه الصبرة وأما ما كان في الذمة فاسم السلم أخص به فإنه يتعلق
 بالذمة ولا يجوز أن يكون معيناً ولا حالاً وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله ويتعلق المنع ببيع ما ليس
 عنده بالوجهين جميعاً فأما في السلم فإنه يخرج عن حكم السلم ويدخله المنع إذا كان معجلاً أو كان
 معيناً ليس عنده وأما البيع فإنه أيضاً ممنوع من تعلقه بما ليس عنده لانتفاء قلنا أنه يجب أن يكون
 معيناً ويكون في ملكه فإن لم يكن في ملكه وكان معيناً لم يصح لمصنفه من الغرر لأنه لا يمكنه تخليصه
 وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكنه تسليمه وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق
 والجل الشارد والطائر في الهواء والممك في البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه والدليل على ذلك
 ما رواه أبو عبد الرحمن أخبرنا يزيد بن أيوب أخبرنا هشيم أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهر عن
 حكيم بن حزام قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله يأتي الرجل بسألني البيع ليس
 عندي فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق قال لا تبع ما ليس عندك وهذا عندي أشبه أسناداً ورد
 موصولاً لهذا المتن والله أعلم (مسألة) وأما ما عنده فإنه على ضربين أحدهما أن يكون غائباً
 والثاني أن يكون حاضراً فأما العين الغائبة فقد تنعقد المعاوضة فيها على وجهين أحدهما على وجه
 الغائبة والمكايسة والثاني على وجه المكايمة والتفضل فأما ما كان على وجه الغائبة والمكايسة
 فإنه لا يصح ذلك إلا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها فإن كان بالصفة المستوعبة لمعانيها جاز ذلك في جميع
 المبيعات ويجيء على قول ابن القاسم الذي يقول لا يجوز السلم في تراب المعادن أن لا يجوز
 بيعه بالصفة لأنه قال لا يحاط بصفته ومنع الشافعي بيعه بالصفة وسيأتي الكلام عليه عند ذكر بيع
 البرنامج إن شاء الله تعالى (مسألة) وإذا قلنا أنه يجوز بيعه على الصفة فقد قال القاضي أبو محمد
 إن الذي يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان
 بوجودها وعدمها ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس والعين فقط لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية
 العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لا يجوز وأما الرؤية المتقدمة فقد قال ابن القاسم في المدونة إن
 كانت تقدمت رؤيتها بأمد قريب فإن ذلك جائز وإن كانت بأمد بعيد يعلم أن تلك السلعة أو

لا تبع ما ليس عندك

الحيوان لا يبلغه الا بعد التغير فلا يجوز ذلك الا ان يقول البائع انها على الصفة التي رايتها (فرع)
اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو ان يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة لم يجز بيعه على شرط
التقيد على ما قدمناه من منع الذرائع لأنه ان سلم الى الاجل وكان على الصفة كان يباع وان لم يسلم أو لم
يمكن على الصفة رد رأس المال فكان سلفا فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز الا ان
يكون المبيع أرضاً أو عقاراً فانه يجوز بيعه بالصفة على شرط التقيد وذلك ان السلامة فيها هي الغالبة
فذهب الغرر من جهة ما يتوقع عليها وانما الغرر فيها من جهة واحدة وهي المخافة من مخالفة الصفة
وفتقال مالك انما التقيد فيها اذا كان الواصف غير البائع (فرع) فاذا قلنا بجواز البيع في الاعيان
الغائبة البعيدة على الصفة فن ضمان من هي اختلف قول مالك فيها فقرة قال انها من ضمان المتبايع حتى
يشترطه على البائع ثم رجح عن ذلك وقال من ضمان البائع حتى يشترطه على المتبايع قال ذلك ابن
القاسم في المدونة زاد القاضى أبو محمد عنه رواية ثالثة وهي أن ضمان الحيوان والمأكول وما ليس
بمأمون على البائع وضمان الدور والعقار على المشتري فجعل هذه المقالة مقالة ثالثة والذي عندي
انها هي المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات في الضمان وعلى ذلك وهاهنا ابن
القاسم وبينها في غير موضع قال القاضى أبو محمد وجه الرواية الاولى أن الاصل السلامة مع كونه
متميزا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية فكان ضمانه من المشتري وذلك اذا علم أن الصفة صادقة
حتى سلم ثم تلف من بعد ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه فلما لم يوفه لم
يستحق عليه العوض والتلف منه لأنه لم يحصل بيد المشتري ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون
أن المأمون على ظاهر السلامة فيجب أن يكون ضمانه من المشتري كالحاضر ولأن التقيد لما جاز في
غير المأمون دون غيره دل على افتراقهما في حكم الضمان (مسألة) وأما ان كان قريب الغيبة فانه
يجوز التقيد فيه بالشرط لأنه لا ينفى الأحد وجهين المخافة وهي مخالفة الصفة وهذا من معنى
التدليس بالعيب فلا يمنع اشتراط التقيد وقد قال ابن القاسم في المدونة اذا كان المبيع الغائب على
مسيرة اليوم واليومين ونحوه جاز التقيد فيه طعما كان أو غيره
(فصل) وأما ان كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى في يومه ولا
يصفه ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العر وض على اختلاف أنواعها مثل أن يقول اشترت
اليوم شيأ رخيصا فيقول أنى اياه فيقول نعم في المدونة من قول ابن القاسم يلزم البائع ويكون
المتبايع بالخيار وهذا ان مقتضى التولية المكارمة ولا غرر في هذا العقد لأن البائع قد علم صفة
ما باع فلا غرر عليه والمتبايع بالخيار فلا غرر عليه أيضا (مسألة) وهذا اذا كان بلفظ التولية
فأما اذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن فلا يجوز الا ان يشترط له الخيار ووجه ذلك أن مقتضى
البيع المغابنة والمكايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينعقد فيها جهلت صفتها وجنسه فاذا اشترط
الخيار فقد صرح بالمكارمة وسلمت جنبة المتبايع من الغرر ذلك كله ابن القاسم في المدونة
والى الغرب من هذا أشار أبو حنيفة فقال انه يجوز بيع الاعيان الغائبة وللمتبايع خيار الرؤية
(فرع) اذا ثبت ذلك فن اتباع عينها غائبة بصفة فوجدناها على تلك الصفة لم نمت ولا خياره الا ان
يشترطه قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أنه يبيع موصوفى وجد على صفة فلم يثبت فيه خيار
الرؤية كالمسلم فيه وقال القاضى أبو محمد لا يجوز بيع عين غائبة بعد رؤية ولا صفة وان شرط
خيار الرؤية وذكر عن الشيخ أبي بكر عن أصحابنا أنهم يقولون ان ذلك خارج عن الاصول والى

هذا ذهب الشافعي وجه القول الاول نقص شرطه ووجه القول الثاني أن هذا يبيع مجهول الصفة عند العاقد سال العقل فلم يصح بيعه كالمسلم اذا عرا عن الوصف
 (فصل) وقوله للبتاع لا تتبع ما ليس عندك يريد انه لما كان هو القائل بالمنع من هذا البيع لمافيه من تصديقه ثم عطف على البائع فقال له لا تتبع ما ليس عندك على وجه النهي له والاخبار بان ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح وهذا كله يدل على أنه لم ينقدها يبيع لأنه لم يأمرهما بنفسخ ولا رد وانما نهى عن أمر مستقبل ولو وقع منهما يبيع لأمرهما أولاً برده ثم امان يقتصر على ذلك أو يتبعه النهي عن موافقة مثله في المستقبل وقد روى عيسى في المدينة سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة فقال ابن القاسم العينة المكروهة أنه أن يأتي الرجل لبتاع منه طعاماً أو حيواناً أو عرضاً أو متاعاً الى أجل فيقول ليس عندي ولكن اربحني كذا وكذا واشتره لك فاذا اتفق على الربح اشترى ذلك فهذه العينة المكروهة لأنه أعطاه ذهباً بأكثر منها الى أجل قال ابن القاسم لو قال له ما عندي ثم ذهب فاشترى مثل ذلك المبتاع ثم لقيه به بذلك فقال عندي ما تحب فتعال أبيعك قال مالك ان لم يكن الا هذا فلا بأس به ان لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها ولا أحب أن يقول له ارجع الى قال مالك ولو سأله أن يشتري متاعاً يبتاعه منه الى أجل ولم يترأض على ربح فلقبه بذلك فباعه على ربح رضاه لم يكن في أصل كلامه مال كان مكرهاً وقال ولا أفسخ بيع هذا ولا الذي يقول ارجع الى ففي ذلك ثلاث مسائل اذا قال له تعال اشتر به لك وتربحني كذا ويتفقان على ذلك فهذا لا يجوز وان وقع رد الثانية أن لا يتفق على ربح الا انه يقول له ارجع الى أو يقول له سأفعل ولا يوافق على ربح مقدر فهذا مكره لمافيه من مضارعة الحرام ومشابهته وخوف المواعدة أو العادة فيه فهذا يكره ابتداء وان وقع لم ينسخ لانه انما اشترى في الظاهر لنفسه لانه لم يوافق قبل ذلك ولم يقدم معه عقداً يزمه أحدهما لانه لم يقررار بمحاوالتة لا يراجه بشئ يطعمه ولا يتعلق به ثم يشتري لنفسه فهذا مباح وهو بمنزلة من يشتري سلعة عرف نفاقها ورجحها من الناس على شرائها وقد قال ابن القاسم في المدينة ان العينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض ويبيعها لمن يشتريها منه ولا يواعد في ذلك أحد ابينه وانما يبيعها لكل من جاء يطلب الاتباع منه بنقد والى أجل فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها من مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على الى أجل فقال له سعيد أريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك ثم قول جميل بن عبد الرحمن اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله يريد انه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها اما على صفتين فونها أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة فتد يكون الطعام الكثير المجلوب من بلد يجمع في موضع فتتفق أجزاءه وتتقارب فينتقل منه الاجزاء والاحمال وما يعرف به جنسه الى ما يقرب منه من البلاد كاللدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام من الجار وما جرى مجرى ذلك فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه والله أعلم وأحكم ثم كلن يأخذ من الناس سلماً في طعام على تلك الصفة وهو بنوي أن توفيهم منه وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يجعلهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم الي ذلك منه عند الأجل فهذا الاخلاف في منعه لانه يبيع الطعام قبل استيفائه لان جميل بن

• وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي تعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على الى أجل فقال له سعيد أريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيئا من الحبوب القطنية أو شيئا مما يشبه القطنية مما تجب فيه الزكاة أو شيئا من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشيرق واللبن وما أشبه ذلك من الأدم فان المبتاع لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه

* ما يكره من بيع الطعام الى أجل *

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب * وحدثني عن مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب ففكره ذلك ونهى عنه * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك

عبد الرحمن قد ابتاعه ثم أراد أن يبيعه ثم يستوفيه المبتاع من هو عنده قبل أن يقبضه هو والثاني أن يبيعه من المسلم وهو ينوي أن يقبضه ويوفيه اياه في المدونة وغيرها عن ابن القاسم فمن ابتاع طعاما بعينه أو بغير عينه لا يبيعه حتى يقبضه ولا يواعد فيه أحدا ولا يبيع طعاما ينوي أن يقبضه منه ورواه في المدينة أصبغ عن ابن القاسم عن مالك وقال أشهب في المجموع عن مالك هو جائز ولا نضره النية كما لو اشترى طعاما ينوي أن يقتضيه منه ما عليه وجه القول الاول انه قد وجد بيع الطعام قبل استيفائه لانه قد والى في هذا الطعام عقدي يبيع لم يفصل بينهما قبض وانما يكون القبض بعد العقدين وهذا عندي انما يحرم على البائع في خاصته ولا يفسخ بهذا عقد التبائع الآن يكون شرط ذلك على المشتري وبينه له فهذا محض بيع الطعام قبل استيفائه وهذا لا يجوزه أشهب ولا غيره وجه القول الثاني أن من كان عليه طعام ولم تكن به حاجة الى شراء طعام لا يقبضه لم يضره أن ينوي بشراء ما عليه من الطعام أن يوفي طعاما قد ثبت عليه من سلم والأظهر عندي جوازه وقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة سألت ابن القاسم عما كرهه سعيد بن المسيب لجبل بن عبد الرحمن حين نهاه أن يوفيه من الأرزاق التي ابتاع فقال كرهه الاضمار حين أضرمر أن يعطيه منه وانق في بيع الطعام قبل استيفائه (مسئلة) واذ قلنا بقول ابن القاسم في الواضحة انه لا ينبغي للطالب أن يراوده على طعام يبتاعه لقضائه أو يسعي له فيه أو يعينه عليه أو يجعل له فيه قال نهى عنه مالك والله أعلم ص * مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيئا من الحبوب القطنية أو شيئا مما يشبه القطنية مما يجب فيه الزكاة أو شيئا من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشيرق وما أشبه ذلك من المبتاع لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه * ش وهذا كما قال ان ما ذكر من المقتات لا اختلاف في انه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وان ذلك يجمع عليه وانما اختلف الناس فيما عدا ذلك وانما قصد ههنا أن يذكر المتفق عليه وقد ذكر قبل هذا ان جميع المطاعم لا يجوز بيعه قبل استيفائه وهو المشهور عنه وقد تقدم الكلام فيه بما نفى عن اعادته

* ما يكره من بيع الطعام الى أجل *

ص * مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب * مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب الى أجل ثم يشتري بالذهب ثم اقبل أن يقبض الذهب ففكره ذلك ونهى عنه * مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * ش قوله في الترجمة ما يكره من بيع الطعام الى أجل ثم أدخل بعد ذلك حديث سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وليس فيه كراهية يبيع الطعام الى أجل وانما فيه كراهية أخذ المطعم من ثمنه لما في ذلك من النساء في بيع الطعام بالطعام وأما بيعه بالنسيئة فلا كراهية فيه ولكنه يعمثل ذلك وجهين أحدهما على قولنا ان عقدي الذريعة اذا منع منهما لانهما في صورة العقد الواحد المحرم فانه يجب نقضهما اذا باع حنطة بدرهم الى أجل ثم أخذ بمن الحنطة ثم ا فهو في صورة بيع الحنطة بتمر الى أجل وذلك مفسد فهذا يبيع الطعام الى أجل على وجه مكره والوجه الثاني أن يريد بذلك ان يبيع الطعام مختلفة منها ما يجوز ومنها ما لا يجوز وان هذا بما

لا يجوز منها أن يباع بدراهم إلى أجل ثم يأخذ بالدراهم ثم أمانا أعتقناه فصدىح حنطة بالدراهم إلى أجل فيبعه لطعامه على ذلك يبيع مكره لأجل الأجل ولولا الأجل ما حرم لأنه لو باعه بثمن ثم أخذه ثم قبل أن يفترا لكان الأظهر عندي جوازه والله أعلم وأحكم

(فصل) ونهيم عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما ثم قبل أن يستوفيه أنه من بيع الطعام بالطعام إلى أجل وفي ذلك مسثلتان أحدهما أنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نساء والثانية أنه إذا باع طعاما لم يأخذ من ثمنه طعاما فالمسئلة الأولى فإنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا إذا يبدى سوا كان من جنس واحد أو من جنسين مقتات أو غير مقتات وقد تقدم ذكره (مسئلة) ومن باع مطعوما بتمر لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعاما إلا في المجلس الذي وقع فيه البيع الأول فإن كان البيع الأول إلى أجل أو بالنقد فافتراق من ذلك المجلس لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاما وبه قال أبو حنيفة وأجاز الحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعاما إذا لم يفارق حتى يقبض والدليل على ما يقوله أن هذا أخذ بالطعام طعاما غير يديده لم يجز أصل ذلك إذا باعه الطعام بالطعام وافتراق قبل التقابض (فرع) وهذا على ضربين أحدهما أن يأخذ من غير صفة الطعام الذي باع والثاني أن يأخذ من صفة فأما أخذه من غير صفة فسيأتي ذكره وأما أن يأخذ من طعاما على صفة في الجنس والنوع والجودة فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر أو أقل فإن أخذ مكيلته جاز لأنه انما يقول إلى القرض وهو جائز أن يسلف اردبا من حنطة في مثله وتحقيق هذا ان كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولا إلى أجل فإنه يجوز أن تأخذ من ثمنه وما لا يجوز لك أن تدفعه فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه وهذا يقتضى أن المنع منه انما هو للذرية لانه نفس الحرام (فرع) وان كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع لم يجز لانه يقول إلى ان دفع اردب حنطة وأخذ عوضا منه بعد مدة أردبين من صفته وذلك غير جائز وان كان أخذ أقل منه ففي كتاب محمد اختلف قول مالك فأجازه مرة وبه قال أشهب وأباه أخرى وهو الذي في المسئلة فوجه اجازته ضعف التهمة في تسليم الكثير في القليل من جنسه ووجه المنع منه أن ذلك مقصود في غير العين وما تحتلف أسواقه ليكون في ذمة المسلف إلى أجل (مسئلة) وأما ان كانا غير متمثلين وهو أن يختلفا في الجنس كالحنطة والتمر أو في النوع كالحنطة والشعير والمحمولة والممراء ان في الجودة كالحنطة الجيدة بالريثة فإنه لا يجوز ذلك فيها وان أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر أو أقل لانه خرج عن حكم القرض لمباين العوضين من المخالفة لان من حكم القرض أن يكونا متمثلين فان تجاوز أحد همالاخر في النوع أو الجودة من غير أن يعقد القرض عليه جاز ذلك لان عقدهما مبني على المكاملة وليس كذلك في مسثلتنا فانهما معا قد اعلى المتأينة والمكايسة فاذا وجد التفاضل في صفة أو نوع أو جنس لم يحتمل على القرض لئنا فانه لمقتضاه وحمل على ما وافق مقتضاه فوجب بذلك الفساد ص قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب ثم قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشتري منه الحنطة فاما أن يشتري بالذهب التي باعها الحنطة إلى أجل ثم من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحتمل الذي اشتري منه التمر على غيره الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمن التمر فلا بأس بذلك قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب ثم قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشتري منه الحنطة فأما أن يشتري بالذهب التي باعها الحنطة إلى أجل ثم من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحتمل الذي اشتري منه التمر على غيره الذي باع منه الحنطة بالذهب التي له عليه في ثمن التمر فلا بأس بذلك قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

وهذا كما قال أن النهي انما توجه من الفقهاء المذكورين الى من باع حنطة بثمن مؤجل ثم أخذ
بثمنها عند الأجل من مبيع الحنطة منه ثم ان ذلك يقتضي أن يقول الى انه باع حنطة بتمر الى أجل
وذلك غير جائز لما قدمناه فان لم يشترط ذلك وباع من رجل حنطة بدينار الى أجل ثم اشترى
منه تمر عند الأجل بدينار ولم يشترط انه يأخذه من ثمن الحنطة ففي كتاب محمد قال مالك لأحب
أن يتقاضيا بعد ذلك ويرد التمر الذي اشتراه وقال ابن القاسم بل يؤدى دينار التمر ويأخذ منه ثمن
قحه وان رد إليه ذلك الدينار بعينه كما لا يستعمل غيرك بدنيك عليه لكن تستعمله بدينار تدفعه
إليه ثم يقضيك إياه ووجه قول مالك ان العقد الثاني هو الذي أدخل شبهة الدريرة فاذا انقض لم
يبقى في العقد الأول ما يفسده ووجه القول الثاني ان الشبهة انما تتم بالمقاصة فاذا منعنا المقاصة
وأدى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان وهذا انما يستمر على أحد وجهين اما أن تكون المسئلة
ممنوعة لنفسها ان من كان له عند رجل ثمن طام لا يجوز أن يشتري منه بثمنه تمرا وليس ذلك
من وجه الدريرة فتكون المقاصة حينئذ بمنزلة الدريرة والوجه الثاني أن تكون المسئلة في
نفسها ممنوعة للدريرة الى بيع الطعام بالطعام فتكون المقاصة حينئذ ذرية الى الدريرة فانما
يصح هذا على منع ذرية الدريرة فأما على تجوز ذرية الدريرة فيجب أن تصح المقاصة بينهما لاننا
انما منعنا أن يأخذ بالتمر ثم التمر الثلاثا يكون ذرية الى بيع حنطة بتمر الى أجل فان منعنا المقاصة فانما
نمنعها لانها ذرية الى أن يأخذ من ثمن الحنطة تمرا والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أطل مشتري
الطعام بثمنه بتمر لم يجز للبائع أن يأخذ من المحال عليه طعاما ولا يجوز له أن يأخذ منه الا
ما يجوز له أن يأخذ من مبيع الطعام بماله ووجه ذلك انه باع طعاما وأخذ في ثمنه طعاما كما لو
أخذه من المبيع

(فصل) وقوله فاما أن يشتري بالذهب الذي باعها حنطة تمرا من غير بثمنه قبل أن يقبض الذهب
ويحيله على مبيع الحنطة بالذهب فلا بأس به ومعنى ذلك أن يشتري بقدر ذلك الذهب تمرا ويتعلق
الثمن بذمته ثم يحيله به على مبيع الحنطة فذلك جائز واما أن يشتري منه بذلك الثمن تمرا حتى لا يتعلق
بثمن التمر بذمته وانما يكون ثمن التمر ماله من الذهب التي هي ثمن الحنطة على مبيع الحنطة فما أراه
أراد ذلك لانه أخذ من ثمن الحنطة تمرا فكأنه باع من رجل حنطة بتمر له على رجل آخر يحيله عليه
ووجه جواز المسئلة التي ذكرها انه اشترى تمرا بأخذه من ثمن الطعام وانما اشتراه بعين متعلق بذمته
ثم أحاله بذلك التمر على مبيع الحنطة وذلك في معنى البيع والفرق بين هذه المسئلة وبين أن يحيله
مبيع الحنطة بثمنها على رجل فيأخذ منه بذلك الثمن تمرا فلم يجوزه وجوز أن يبتاع التمر من أجنبي
حتى يتعلق بثمره بتمره مع كون ذمة مبيع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل الى تمر لأن ثمن التمر
آل الى حنطة وانما وقعت الحوالة في ثمنها ما بعد ثبوتها في الذمة عينا وأما الذي أحاله مبيع الحنطة
على رجل فأخذ منه بثمنها تمرا فان ثمن الحنطة نفسه آل الى تمر فيفسد بذلك (فرع) ولو وكلت من
يقبض التمر فقبضه فأتلفه جازي أن يأخذ منه به طعاما قاله ابن حبيب في الواضحة والفرق بينه وبين
المسئلة التي قبلها ان التهمة تبعد في ضياع الثمن عند الوكيل وتغر به إياه ووجه آخر انه اذا ثبت
للبيع الثمن عند الوكيل بالتعدي يخالف حكم ثمن الطعام والله أعلم (مسئلة) ولو كان لرجل على
بائع الحنطة درهم فأحاله بها على مبيعا لم يجز للمحال عليه أن يدفع الى المحال الا ما كان يجوز له أن
يدفعه الى المحيل ووجه ذلك أن مبيع الحنطة دفع بثمنها حنطة ففسد ذلك من جهته وروى ابن

المواز هذه المسئلة والتي قبلها عن مالك وهما من جهة منع الذر بعة ضعيفان لانه بعد في التهمة ان
 ايسع من رجل حنطة ليحيطي بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل فياخذ منه به تمرا أو أحميل عليه
 بالثمن من يأخذ منه به تمرا وقد جوز مالك للسامين في صفقة واحدة أن يقبل أحدهما من حصته من
 السلم دون الآخر وعلل ذلك بأنه لايتهم أحد أن يسلف لمبتاع غيره ولعله قدم منع ذلك على وجه
 الكراهية والاستئصال للمسئلة أو يكون منعه منهما لانهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذرية وقد بينا
 وجه ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان ابتعت منه حنطة بثمن الى أجل فأخذت منه كفيلا فدفع
 اليك الكفيل الثمن أو دفعه اليك رجل متبرعا كان له أن يأخذ ممن يتباع الحنطة طعاما من غير
 صنفه ومن صنفه أقل أو أكثر حكاه ابن المواز عن ابن القاسم وحق في الواجحة ووجه ذلك ان الوكيل
 والمتبرع أقرضا المبتاع وقضيا عنه ممن الطعام والذي لها عنده ليس بثمن الطعام وانما هو ما أقرضاه
 ولذلك لم يفتقر في الرجوع على المبتاع الى احالة البائع وفي المسئلتين المتقدمتين انما عامل البائع
 ووجب لها قبله ما أحاطها به ولو لا حالته ماتبا المبتاع يدين لها عليه فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس
 ثمن الطعام (مسئلة) ومن اشترى لك طعاما لا يعرف كيله فان قامت البيعة على اتلافه له جاز لك
 أن تأخذ منه ببقية طعاما قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا ثبت اتلافه فقد وجبت قيمته فلا تهمته
 في أخذك بالقيمة طعاما لان الاتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمتلف قد يتقن لزوم القيمة له ولو
 غاب عليه اتهم أن يكون أسكبه ودفع به طعاما سوا ما كان الاتلاف المذكور بحرف أو غيره من انتفاع
 المتعدى به وبالله التوفيق

﴿ السلف في الطعام ﴾
 * وحدثنى يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن عمر
 انه قال لا بأس بأن يسلف
 الرجل الرجل في الطعام
 الموصوف بسعر معلوم
 الى أجل مسمى ما لم يكن
 في زرع لم يبد صلاحه أو
 ثمر لم يبد صلاحه .

﴿ السلف في الطعام ﴾

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف
 بسعر معلوم الى أجل مسمى ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه * ش قوله رضي
 الله عنه لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف يقتضى أن يكون المسلم فيه موصوفا
 لان السلف يكون بمعنى القرض ويكون معنى السلم فأما القرض فلا يحتاج الى وصف لانه لا يجوز
 أن يشترط الا مثل ما أعطى فلا يصح أن يريد به دين القرض وأما السلم فلا بد أن يكون المسلم فيه
 موصوفا لانه لا يصح أن يعرف الا بالوصف لانه لا يجوز أن يكون معيناً وانما يكون متعلقاً بالذمة وهذا
 لا خلاف فيه والسلم ستة شروط ونعم نقر ذلك لشرط منها بابا * فالأول أن يكون المسلم فيه متعلقاً
 بالذمة وقد تقدم الكلام فيه

(الباب الثاني في كونه موصوفا)

وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يريه ما سلم اليه فيقول له أسلم اليك في مثل هذا فهذا
 اختلاف أصحابنا فيه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبح فيمن أسلم في زيتاً يأخذ من غيره
 ويطلع عليه حتى يأخذ من صفته قال لا يصلح قال أصبح اذا كان مضموناً لم يصلح ذلك فيه وان
 كان بعينه غائباً فجاء ما لم يشترط خلف مثله وفي السلم الثاني من المدونة سئل مالك عن أسلم
 في ثوب أيربه ثوباً فيقول له على صفة هذا أو يجتزى بصفته قال ان أراه فحسن والأجراته الصفة فنع
 ابن القاسم في الموازية ذلك فيما له مثل وهو كان أقرب الى الجواز وظاهر المدونة يقتضى تجوز

فيما لا مثل له وتجويزه فيما له مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى فوجه المنع ان اعتبار صفات
 المثل يقتضى أن يكون مثله من جميع جهاته وعلى جميع أوصافه وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد
 وإنما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة وإذا بعلم هذا في المكيل والموزون فهو في الثياب أبعد وهو
 في الحيوان أبعد منه في الثياب ووجه اباحتها أنه إنما يلزم وصف المسلم فيه بأوصاف مخصوصة وهي
 التي تقدم ذكرها فإذا أراه ما يسلم اليه في مثله فإما يعتبر من مماثلته تلك الصفات التي لا يجوز له
 الاخلال في السلم بها دون غيرها من الصفات التي لا يلزم ذكرها في السلم (مسئلة) والوجه الثاني
 أن يصفه بصفاته التي يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها وليس عليه أن يصفه بجميع
 صفاته لأن ذلك لا يؤثر في ثمنه ولا يوجب رغبة فيه ولا خلاف ان ما لم يضبط بصفة فإنه لا يجوز السلم
 فيه وأن يختلف فيما يضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان يجوز عندهما أن يقرض ويسلم فيه به قال
 الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت في الذمة قرض ولا سماعا ولنا في هذه المسئلة ثلاثة طرق أحدها أن
 تدل على نفس المسئلة والثاني أن تدل على ان الحيوان يضبط بالصفة والثالث أن تدل على انه
 يثبت في الذمة والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذي يأتي بعنه من الأصل ان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فجاءته ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ان أقضى الرجل بكرة فقلت لم أجدي ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول
 الله صلى الله عليه وسلم اعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ومن جهة القياس ان كل ما جاز أن
 يتعلق بالذمة مهران يجوز أن يتعلق به اسله او قرضا كالثياب والدليل على انه يضبط بالصفة ما روى
 عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تباع المرأة المرأة فتمتعها زوجها كأنه ينظر
 اليها ودليلنا من جهة القياس ان كل ما صح أن يثبت في الذمة فإنه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب
 ودليلنا على أنه يثبت في الذمة ان الحيوان معنى يكون بدلا عن سلف فوجب أن يثبت في الذمة
 كالطعام (فرع) اذا ثبت ذلك فإنه ليس من حكمه أن يقول فإرها وانما يصفه على حسب ما ذكرنا
 فاذا أتاه بتلك الصفة لم يأخذها قاله ابن القاسم في المسونة (مسئلة) ويجوز السلم في اللحم به قال
 الشافعي ومنع ذلك أبو حنيفة والأصل في ذلك انه مما يضبط بالصفة فيذ كرمات مختلف في الأغراض
 باختلافه وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو ما عزر ويوصف بالسمانة وغير ذلك من أوصافه المختصة به قال
 ابن القاسم وغيره ولم أر لأصحابنا تفرقا بين الذكر والأنثى واختلاف الاسنان فان كان ذلك مؤثرا
 في الثمن لزم ذكره (فرع) وهل يذ كرم موضع اللحم من الحيوان أم لا قال ابن حبيب وابن المواز
 ليس عليه ذلك قال ابن حبيب فان فعل فحسن وقال القاضي أبو محمد ان اختلاف الأغراض بمواضع
 من الشاة من صدر أو فخذا أو جنبه ذكره فوجه القول الاول ما جرت العادة به من امتزاج بعضها ببعض
 دون تفصيل وان اختار بعض الناس مكانا منه على مكان فعلى سبيل الاستطابة له وغيره يختار غير
 ذلك المكان كما يختار من جنس التمر أحاد أعيناه مع تساويه في الصفة ووجه قول القاضي أبي محمد ان
 ما يختلف الاغراض فيه يلزم بيانها كالجنس (فرع) وأما السمانة فقال ابن حبيب وابن المواز لا بد
 أن يذ كرمينا فان ذ كرم وسطا من السمانة فحسن والأجزاء أن يقول سمينا قال ابن حبيب ويكون
 له السمن المعروف عند الناس وجه ذلك ان السمن والهزال مما يختلف العرض والثن في اللحم
 باختلافه حتى ان اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول فلا بد من تمييزه بالصفة
 فيصف ما يسلم فيه بالسمن والهزال فاذا ميزه بهذا الاسم أجزاءه عن أن يذ كرم قدر السمانة (مسئلة)

والسلم في الأكارع والرؤس جائز خلافاً لأبي حنيفة وأحد قول الشافعي والدليل على ذلك ما قدمناه في مسألة اللحم ويحتاج من الصفات إلى كل ما ذكرناه من يحتاج إليه اللحم ويذكر مع ذلك كباراً أو صغاراً أو متوسطة إذا سلم فيها عدداً (مسئلة) ويجوز السلم في الدور والنصوص خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله أنه مما يدرك بالصفة فيوصف لونه وصفائه وصورته من طويل أو مدحرج وأملس ونضريس ووزنه وما جرى مجرى هذا من صفاته التي تختلف الأغراض فيها باختلافها ولا يلزم على هذا أن يقال أنه قد يكون بين الأبيض الصافي في المدحرج الذي وزنه درهم وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت في الثمن فإن الجارية التي توهف بالبياض والطول وامتلاء الجسم بينها وبين جارية أخرى لا توصف بهذه الصفات تفاوت في الثمن وقد أجمعنا على جواز السلم في الرقيق (مسئلة) يجوز السلم في الدنانير والدراهم خلافاً لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله أن كل ما ثبت في الذمة مما كانه ينبت فيها سلماً كالثياب والطعام

(فصل) إذا ثبت ذلك فإن ماتق به المعاوضة على ثلاثة ضرب ضرب مختلف في جواز السلم فيه وقد تقدم ذكره وضرب متفق على منع السلم فيه وهو تراب معادن الذهب والفضة لأنها لا تضبط بصفة ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد وغيره مما يحتاج في إخراج المقصود منه إلى عمل وأما ما يكون المقصود منه موجوداً على هيئته ونحوه فإنه يجب أن يجوز لأن السلم حينئذ إنما يتعلق بالكحل وذلك مما يضبط بالصفة

(فصل) وضرب متفق على جواز السلم فيه كالخنطة والتمر وغيرهما من الجبوب وما يكال ويوزن من غير المطعوم فإذا قلنا بجواز السلم في الخنطة فإن كان ببلد يختلف فيه جنسها فهو على ضربين أحدهما أن يكون حيث يحصل النوعان والثاني أن يكون بحيث يجلب إليه الصنفان فإن كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التي يقرب فيها أحدهما وما اجتمعت في المنبت والمحصلاً أفضل أن يصفه بجنسه قال ابن حبيب ولا يضره أن لا يصفه بذلك إذا ذكر الجودة والرداءة والأظهر عندي على المنهب خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة لأن الثمن يختلف بالأندلس باختلاف نوع الطعام اختلافاً بيننا (مسئلة) فإن كان بموضع يجلب إليه الجنسان كالخار والحجاز فن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها وإن كان بموضع إنما يكون فيه النوع الواحد كصمغ التي حنطتها كلها ببيضاء مع السلامة والشام التي حنطتها سمراء فهل يحتاج إلى ذكر الجنس أم لا عن مالك في ذلك روايتان أحدهما لا يلزم ذكر الجنس والثانية أنه لا بد بمصر من ذكر الجنس رواها ابن المواز عنه وجه الرواية الأولى أن السلم يختص ببلد العقدم مع الإطلاق فإذا كان جنس المعقود عليه لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدينار والدراهم ووجه الرواية الثانية أن المعقود عليه تختلف أجناسه فإذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والخنطة حيث تختلف أجناسها (فرع) وإذا قلنا بأرواية الثانية فلم يذكر الجنس فهل يفسخ أم لا قال ابن عبد الحكم يفسخ وقال أصبغ لا يفسخ وجه الرواية الأولى أن هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس فوجب أن يفسد السلم الإخلال به كالموضع الذي يكون فيه الجنسان ووجه الرواية الثانية أن الظاهر من البلد الجنس الواحد وعليه يجب حمل السلم وإنما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار ورفع الأشكال فإذا أخل بذكره وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه (مسئلة) وعليه أن يذكر مع ذلك جيداً أو وسطاً أو رديئاً لأن الجنس الواحد يختلف فيكون منه الجيد والوسط والرديء وذلك مما يختلف الثمن باختلافه فلا بد من ذكره

وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا وذلك على ضربين أحدهما أن يكون السلم حيث يحصل الطعام فيفسد السلم لأن في موضع محصده يكون الجيد والردى، فيختلف بذلك الثمن فلا بد من ذكره وإذا كان موضع العقد يجلب إليه فقد قال ابن حبيب لا يفسخ وقال سائر أصحابنا أنه يفسخ على الإطلاق متى لم يصفه بالجودة ووجه ما قاله ابن حبيب أن غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب إليه في السفن كالحجاز وجدة لأنه يخلط في السفن ويتساوى فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة لأن غالبه متساو ووجه القول الثاني أن طعام السفن يختلف فيكون بعضه أفضل من بعض ويكون من طعام الحجاز وجدة ما يجلب في القناع فيكون أفضل من الطيب فلا بد من ذكر الجودة (فرع) وإذا قلنا بقول ابن حبيب ما الذي يجب على المسلم اليمين القمع مع إطلاق الصفة قال ابن حبيب يلزمه الوسيط من ذلك لأن ما جاز فيه إطلاق الصفة يرجع منه إلى غالبه أو وسطه فإذا لم يكن له غالب يرجع منه إلى الوسيط وكان يجب على مذهب ابن حبيب أن كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقود وان لم يكن له غالب أن لا يصح السلم والله أعلم وأحكم (مسألة) ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيدا وليس من شرطه أن يقول غاية في الجودة قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه إلا ما قاله أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا أنه لا يجزى من الصفة بالجودة أن يقول جيدا حتى يقول غاية الجودة وأنه متى لم يصفه بالغاية بطل السلم والأول هو الصحيح لأن صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الروية له وإنما يبلغ به معظم مقاصده ويجزى في صفات الرقيق أن يقول طويلا أو قصيرا ولا يلزم غاية الطول فإن وصفه بسواد العين فلا يلزم غاية السواد وإن وصف الثوب بالرقه فلا يلزم غاية الرقة ووجه آخر وهو أن هذا يبطل بالمتوسط فإنه لا يعرف غايته ولا يقال غاية التوسط ووجه ثالث أن ما قلناه أقرب إلى الفساد لأنه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد أطييب منه فهذا يتعذر وجوده ولا يكاد المسلم اليه أن يقدر على تخليصه وذلك يمنع صحة السلم فيه وإن أراد به أنه غاية في الطيب وأنه يوجد مثله وأفضل منه مما يوصف بغاية الطيب لزمه في الاختلاف فيه ما يلزم في وصفه الطيب (فرع) فإذا قلنا أنه يجزى وصفه بيمين ووسط وردى دون ذكر الغاية فقد قال ابن حبيب وابن المواز له العام من الجيد وليس له الخاص وقل يكون من الجيد خاص بالغ في الجودة والطيب فلا يعمل على ذلك إلا أن شرطه والصواب عندي أن يكون مادفه المسلم إليه مما يقع عليه صفة السلم لزم المسلم قبضه فإذا أسلم إليه في جيد أو في مما يقع عليه ذلك الاسم لزم قبضه وكذلك الوسيط والردى ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة منه (مسألة) ووصفه بالنقاء والغلت أو التوسط لأن ذلك مما يلزم القمع ويختلف عنه باختلافه فإن أدخل بذلك وقد ذكر الجودة أو التوسط أو الرداء فهل يبطل السلم أم لا قال ابن حبيب لا يبطل السلم ووجه ذلك أن الغلت عيب فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب وإنما استحب ذكره لأن الغلت لا يكاد أن يخلو طعام منه

(فصل) ويجوز السلم في التمر والربط فإن كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه ووصف بالجودة أو التوسط أو الرداء فعلى حسب ما تقدم ذكره في الخنطة ويدخله من الاختلاف في ذلك كله ما يدخل في الخنطة وليس عليه وصفه بالنقاء لأن التمر لا غلت فيه وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف لأن ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه ويلزم المسلم إليه أن يعطى غير الحشف لأن إطلاق الاسم يقتضى السلامة إلا اليسير الذي لا يستبد التمر منه في الأغلب (مسألة) فإن كان ببلد تختلف أنواعه فإن وصفه بالنوع شرط في صحة السلم وهذا حكم الزبيب والفول والحبس وسائر

القطاني والحبوب والزيتون وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وأما السلم في الثياب على اختلاف أصولها من حرير أو قطن أو كتان فان يصف صفاته وخفته ورقته وجنسه وأصله وليس عليه أن يذ كروزنه ولا أن يقول جيدا قاله ابن القاسم في المدونة لانه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض فاذا وناه المقدارين من ذلك الطول والعرض والمفاقت فقد أوفاه حقه ودخل فيه قدر الوزن وما يقرب منه فاما تحقيقه فلا سبيل اليه وبالله التوفيق

(الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدر)

وهو مما يصح السلم دونه لان السلم فيه متعلق بالذمة وما يتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافا غير مقدر لانه لا يتميز في الذمة من غيره الا بالتقدير وليس كذلك المشاهدة لانه يتميز من غيره بالاشارة اليه والتعيين له (مسئلة) اذا ثبت ذلك فا كان من المكيل يقدر بالكيل وما كان من المعدود يقدر بالعدد وما كان من الموزون يقدر بالوزن وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع وذكرا بن القاسم في المدونة ان اللحم يجوز السلم فيه بالتعري كإبباع الخبز بالخبز تعريا والأظهر عندي أن ذلك انما يجوز عند تعذر الموازين لانه مع الامكان انما قصد بالتعري الضاظر والخرز الذي ينافي السلم وهذه المسئلة مبنية على جواز اللحم باللحم تعريا وسيأتي بعدها ان شاء الله تعالى في موضعه مفسرا (مسئلة) وأما صوف الغنم فانه يتقدر بالوزن دون عدد الجزر لان الجزر تختلف فيها الكبيرة والصغيرة وله مقدار معروف فيجب أن يعتبر به (مسئلة) وأما البيض فلا يتقدر بوزن ولا كيل فلا يسلم فيه الا بالعدد حتى ذلك ابن حبيب وأما الرمان والسفرجل فروى ابن القاسم عن مالك تباع عددا قال ابن القاسم وان كان الكيل فيها معروفا فلا بأس بذلك وقال ابن حبيب يسلم فيها عددا أو كيلا ولا يسلم فيها وزنا قال ويذ كرمقداره فوجه قول مالك ان الذي جرت به العادة في بيعها هو العدد ولم تجر العادة بغيره وكان مجهولا فيها وأيضا فان كثيرا لا يكاد يتأتى فيه كيل ولا يدمن اشتراط الكبر والصغر والتوسط فان الاغراض تختلف باختلاف ذلك ووجه قول ابن القاسم ان العددا انما يتقدر به ما يغلب عليه التساوي والتساوي قليل في هذا النوع من الفواكه وهي الرمان والسفرجل والتفاح فكان العددا فيها من أبواب الخطر فاما صغير التفاح فقول ابن القاسم فيه ظاهر وأما ما عظم منه ومن الرمان والسفرجل فالعددا فيه أظهر كالأترج وان كان يجري في بعض البلاد بالوزن كان ذلك أظهر فيه وكذلك البطيخ والقناة والخبز والموز والكمثرى ورؤس الغنم والله أعلم (مسئلة) وأما الجوز فاختلف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ما ذكرنا من اختلاف قولهم في الرمان ووجه ما قدمناه والوجهان ممكنان ظاهران وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه جائز (مسئلة) وأما ما صغر من الفاكهة كميون البقر والمشمش والفراسيا والزعرور والمضارع فانه يتأتى فيه الكيل والوزن والاحال وفي كثير منه العدد والذي عندي انه يسلم فيه في كل بلد على عرفه وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما صغر وكان مما يبس ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر فانه لا يسلم فيه الا كيلا حتى ذلك ابن حبيب قال ولا يسلم فيه عددا وهذا الذي ذكره ابن حبيب بين لان المشقة تلحق بعدد لصغره وانما يتأتى فيه الكيل أو الوزن فان كان ذلك عرفه ببلد السلم حمل عليه (مسئلة) وأما القمح والقمح والشعير وساثر الحبوب التي تدخر في الكيل ولا يختلف في ذلك عرف البلاد ما لم تطعن فاذا طحنت فخلص قلب الأرز ودقيق الخنطة أو جريشها فان عرفه بمعظم البلاد بالوزن وعرفه بمبينة

الرسول صلى الله عليه وسلم الكيل ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلد السلم فإن غيره مجهول وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يباع طعام بقصعة أو قدح غير مكيال الناس وهو فاسد غير جائز قال ابن القاسم فإيسلم فيه بتلك المنزلة أو أشد وقال أشهب هو مكروه فإن وقع لم يفسخ وقال غيره يفسخ (مسئلة) وأما الخطب فقال ابن القاسم يسلم فيه وزنا أو أجالا وحرما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه يجوز ان يعمل من ذلك بكل بلد على ما جرى عرف بيع ذلك الجنس به (مسئلة) وأما الجنوع والخشب فانها تتقدر بالذرع في الطول والعرض والارتفاع لانه الغرض في ذلك كله وأما البقول والقصيل فانها تتقدر عند ابن القاسم بالحزم والقبض والاحمال ولا يجوز ان تتقدر بذرع الارض وجوز ذلك أشهب رواه ابن المواز عنه واحتج ابن القاسم لمنع بلان صفاقة وخفته لأنضب بالصفة وهذا على صحته ناقص العبارة ويانه ان ماتقدر من ذلك بذرع الارض يختص بارض معينة أو حومة معينة متقاربة لان الغرض والثمن يختلف بالقرب والبعد فاذا عينت البقعة لم يجز السلم فيها ثبت فيها لانه لا يدري كيف يكون حاله وان عينت الحومة لم يجز السلم فيها يخرج منها لانها بمنزلة القرية الصغيرة ولذلك لا يجوز السلم في القرى في رؤس النخل فلها لم يجز السلم في شيء من الثياب بذرع الأرض (مسئلة) ويسلم في الثياب كلها بالذرع في الطول والعرض لانها لا تتقدر الا به فان شرط ذراع رجل بعينه فقد أجازها ابن القاسم في المدونة فان خيف أن يغير أخذ منه مقدار ذراعه الى أن يجيء أجل السلم فان شرط ذراعا ولم يعين ذراع رجل بعينه فقد روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يحمل على ذراع وسط قال أصبغ هو استمسان والقياس الفسخ وجه قول ابن القاسم ان الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط وصح بذلك العقد لانه متى كان للعقد وجه من الصحة حل عليه وجه قول أصبغ ان القدر الذي تعلق بالذمة مجهول وذلك يمنع صحة العقد وهذا في البلاد التي ليس لاهلها ذراع معين جرى عرف التبايع به وان كان لهم ذراع مقدر كذراع الرشايش لاهل قرطبة والذراع المالكى ببعض البلاد حل المتعاقدان مع اطلاق العقد عليه والله أعلم

(الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا)

أما الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلا فان الظاهر من منذهب مالك ان السلم لا يجوز الا في مؤجل وبه قال أبو حنيفة وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك يجوز أن يسلم الى يومين أو ثلاثة وزاد ابن عبد الحكم أو يوم قال القاضي أبو محمد واختلف أصحابنا في تخرج ذلك على المنهب فمنهم من قال ان ذلك رواية في جواز السلم الحال وبه قال الشافعي ومنهم من قال ان الأجل شرط في السلم قول واحد وانما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل والدليل على اعتبار الأجل ان ما اختص بالسلم فانه شرط في صحته كعدم التعيين ووجه القول الثاني ان هذه معاوضة فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع (مسئلة) اذ اثبت ذلك فالسلم على ضربين ضرب يقضى ببلد السلم وضرب يقضى بغيره فاما ما يقضى ببلد العقد فقد اختلف أصحابنا في مقدار أجل السلم فقال ابن القاسم في المدونة لا يجوز الا الى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق الخمسة عشر يوما والعشرين يوما وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وروى ابن وهب عن مالك الى اليومين والثلاثة وقال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احدهما انه يجوز الى أي أجل كان قريبا وبعد والثاني لا يجوز الا الى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق فوجه قول ابن القاسم ان السلم لما اقتضى الأجل لثلا يتيقن فيه ارتفاع المسلم لمشابهة الغرض احتاج أن يكون الى أمدة تختلف فيه الأسواق فان خرج عن

هذا عدم شرط الصحة ووجه الولاية الثانية ان هذا معنى يشترط في صحة السلم فاستوى قليله وكثيره أصل ذلك مقدار المسلم فيه ووجه آخر وهو ان الدنانير والدرهم يجوز السلم فيها ولا تختلف أسواقها فلو كان اعتبار مدة تتغير فيها أسواق العروض شرطاً في صحة السلم لوجب أن لا يجوز السلم في العين ولوجب أن تختلف آجال السلم باختلاف السلع فان من السلع ما يكثر تغير أسواقه كالطعام ونحوه ومنها ما يندر ذلك فيها كالجوهر والياقوت والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ما قلناه فالذي قاله القاضي أبو محمد ان تغير الاسواق في ذلك لا يختص بمدة من الزمان وانما هو على حسب عرف البلاد ومن قدر ذلك بخمسة عشر يوماً أو أكثر فاما ان عرف بلد وتقدر ان يعرف القاسم ذلك بخمسة عشر يوماً وعشرين أظهر لأن هذا عرف البلاد ومقتضى ما علم من أسواقها انه يغلب تغيرها في مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها والله أعلم وأحكم (مسألة) ووجه الاجل في البياعات أن يبين بما يمكن تبيينه به وجرى بمثله العادة فيقول الى أول شهر كذا أو الى آخره أو الى يوم كذا مضت منه أو بقيت منه فان قال الى شهر كذا فان هذا اللفظ يقتضي أن يكون محل بأول ليلة من الشهر فاما ان قال يوفيه في شهر كذا من سنة كذا فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا ان هذا ضعيف وليس بأجل محدود ويكون له أن يدفعه ما بين أول الشهر الى آخره غير أن السلم لا ينتقض بذلك ويكره بدأ فان وقع مضى ونفذ وفي هذا القول نظر (مسألة) ويجوز أن يسلم الى الجهاد والحصاد ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي والدليل على صحته ما نقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم فجاز أن يكون أجلا في السلم والبيع الموحلة أصله اذا أجله بسنة أو بشهر (مسألة) ويجوز في الأجل الى خروج العطاء اذا كان وقت العطاء معلوماً ولا يختلف والمراد به وقت خروج العطاء فاذا حصل ذلك الوقت حل الاجل خرج العطاء أو لم يخرج وكذلك تأجيلهم الى قدوم الحاج والكلام فيه على نحو ما تقدم

(فصل) وأما ما يقتضي تغير بلد السلم فانه يستغنى عن ذكر الاجل قال محمد يجوز ذلك وان كان حالاً وهذا يجوز في عبارة لأن قطع مدة تلك المسافة أجل وانما أراد به أنه يجوز وان لم يذكر الاجل وحكى ابن المراز عن مالك فممن أسلم في طعام حال يؤجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر أنه جائز ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الاسواق باختلاف البلدان كاختلافها بعد الأجل الا ترى أن الناس يجهزون الامتعة الى البلاد جاء اختلاف الاسواق كما يؤخرون السلع الى الاجل وجاز ذلك واذا كان كذلك جاز نافية قياساً فنقول ان هذا معنى عرفه بتغير الاسواق فجاز السلم اليه كالأجل البعيد (فرع) اذا ثبت ذلك فان عقداً على ذلك عقداً صحيحاً ووجب على المسلم اليه الخروج الى مكان القضاء متى بقي بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة فان أبي من الخروج أجبر على أن يخرج أو يوكل من يقضى المسلم ما سلم فيه لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له الى ذلك الا بالخروج الى موضعه والاستنابة في ذلك بالتوكيل (فرع) فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قد خرج الى موضع التسليم من متأخرى أصحابنا من قال انه لا يجوز توكيله على ذلك الا ان يضمن الوكيل المسلم فيجبوا أن يعزله المسلم اليه فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم اليه حقه قال القاضي أبو الوليد رضي الله تعالى عنه ويجوز عندي أن يقال ليس للمسلم اليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة كما يقول في التوكيل على بيع الرهن وكما يقول في الوكيل على الخصومة اذا تقيدت عليه المقالات لم يكن لموكله عزله الا برضا من خصمه لتعلق حقه بالوكالة (مسألة) فان جاز

الاجل ووجد المسلم المسلم اليه بغير بلد التسليم فلا يجلو أن يكون المسلم فيه عيناً أو غير عين فإن كان
 عيناً كان له أخذه منه حيث وجده وإن كان غير عين لم يكن له ذلك وعليه أن يخرج إلى بلد التسليم
 أو يوكل من ينوب عنه والفرق بينهما أن الدينير والدرهم لا تختلف أسواقها وهي أصول الأمان
 وقيم المتلفات فتساوت حالهما في البلاد والأزمان والعروض تختلف أسواقها وليست بأصول في
 الأمان ولا قيم المتلفات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والأزمان فلم يلزم أن يسلمه ولأن يسلم منه بغير
 بلد السلم ولذلك من كان عليه دين من عين جاز أن يعجله قبل أجله ويلزم من هوله قبضه ومن كان
 عليه دين من غير عين لم يجز له أن يعجله قبل أجله إلا برضا من هوله ومما يجري مجرى الأجل في
 بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه قال القاضي أبو محمد الأفضل أن يذكر موضع التسليم لوال
 الخصم بين المتبايعين ويدخلان على معلوم من ذلك فليس كل أحد يعلم حكمه وفي كتاب محمد ومن
 سلف ولم يذكر موضع القضاء لم يضره ذلك وهذا مما لا يحتاج إلى ذكره ومعنى ذلك أن ذكره
 ليس بشرط في صحة السلم والدليل على ذلك أن اطلاق العقد يقتضي التسليم ببلد العقد كما يقتضي
 اطلاق البيع ذلك (مسئلة) اذ اثبت ذلك فإنه لا يخلو أن لا يذكر موضع التسليم أو يذكره فإن
 لم يذكره لزم المسلم اليه دفعه في بلد عقد السلم ولزم المسلم قبضه هناك لما ذكرناه فإن اختلفا في أي
 موضع يكون التسليم منه وقد شرط بلد التسليم أو لم يشترطه ولزم ذلك لاطلاق العقد فإن كان لتلك
 السلعة سوق بذلك البلد كان ذلك السوق موضع تسليمها لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك
 السلعة فلم يكن لها سوق فإن المسلم اليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد قال ذلك ابن القاسم وابن
 المواز وقال سمنون بوفيه بأبداً المسلم كان لها سوق أولم يكن وفي سماع عيسى عن ابن القاسم انهما
 ان أفرا انهما لم يتخذا موضعا فان القضاء يكون حيث قبضت الدراهم فيحتمل أن يريد به موضع
 العقد ويحتمل أن يريد به بلد النقد والله أعلم وأحكم وجه القول الأول ان اطلاق العقد بمنزلة تعيين
 البلد وتعيينه يقتضي تسليمه اليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن اطلاق اسم الجودة يقتضي أن
 للسلم اليه دفع ما شاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الاطلاق وأيضا فان رأس المال لما كان محل دفعه
 موضع سوقه ومعظم نقاده وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضع سوقه وأهل المعرفة
 بصفاته ووجه قول سمنون أنه لما كان على المسلم اليه إيصال المسلم فيه اقتضى ذلك إيصاله إلى منزله
 كحمل الخطب والماء لما كان على بئعه إيصاله لزمه إيصاله إلى منزل المتاعله (مسئلة) فان ادعى
 أحدهما اطلاق العقد وادعى الثاني اشتراط موضع غير موضع السلم فالقول قول مدعى اطلاق
 العقد لأن الثاني ادعى خلاف مقتضى العقد فلم يثبت له ذلك الابينة (مسئلة) فان اتفقا على
 انهما شرطوا موضعا للقضاء واختلفا في تعيينه فادعى أحدهما موضع عقد السلم وادعى الثاني غيره
 فالقول قول مدعى موضع السلم لموافقته مقتضى اطلاق العقد وان ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه
 أن يكون موضعا للقبض أحلفا وفسخ بينهما قاله ابن القاسم (مسئلة) ويجب أن يكون موضع
 القضاء محسودا بجدي يقرب كالفسطاط أو الفيوم أو الاسكندرية وأما ان تباعدت أقطاره كصر
 والشام والأندلس فان ذلك لا يجوز قاله ابن القاسم وقال ان مصر ما بين نجد إلى اسوان وما كان
 بهذه المنابة من تباعد الأقطار وتفاوت الأسفار لتباعد ما لا يجوز أن يكون موضعا للقبض السلم
 لأن ذلك يعود لجهالة موضع القبض وخطر الغرر فيه وبالله التوفيق

(الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل)

وأما الشرط الخامس وهو أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل فلا خلاف أن ذلك شرط في صحة السلم لأن حلول الأجل يقتضى تسليم المسلم فيه فإذا كان معدوما حين الأجل لم يصح السلم فيه لأن من شرط صحة السلم والبيع التمسك من التسليم (مسألة) فإن كان الأجل وعدم المسلم فيه بجائحة استأصلته أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدي الناس فاختلف أصحابنا في ذلك (مسألة) وليس من شرطه أن يكون موجودا حين العقد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا حين السلم والدليل على ما نقوله أنه وقت لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق وجود المسلم فيه أصل ذلك الزمان الذي بين وقت العقد وانقضاء الأجل

(الباب السادس أن يكون الثمن نقدا الخ)

وأما الشرط السادس وهو أن يكون الثمن نقدا أو في حكم النقد فإنه شرط في صحة السلم لأنه إذا كان متعلقا بالذمة متأخر المدة الطويلة وكان المسلم فيه مؤجلا إلى أجل بعيد وثمنه مؤجلا في الذمة إلى أجل بعيد لم يجز ذلك لأنه من الكالئ الكالئ (مسألة) وقبضه في مجلس السلم أفضل وليس بشرط في صحة السلم ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بالشرط خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن من شرط صحة السلم التقابض في المجلس والدليل على ما نقوله أن التأخير فيه ليس بمنوع لمعنى في العوض وإنما هو ممنوع لمعنى في العقد لئلا يكون من الكالئ الكالئ والمسلم فيه من شرطه التأجيل والثمن من شرطه التعجيل فكلاهما لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس ولا بتأخير اليوم واليومين ولا يكون له بذلك حكم الكالئ فكذلك الثمن الذي من شرطه التعجيل لا يفسمه التأخر عن مجلس القبض ولا بتأخره اليوم واليومين ولا يدخل بذلك في حكم الكالئ (فرع) إذا ثبت ذلك فالذي نص عليه أصحابنا أنه يجوز تأخره بشرط في أصل العقد اليوم واليومين وقال القاضي أبو محمد لا أكثر من ذلك ويجب أن يفصل ذلك فعلى قولنا يجوز السلم إلى أجل يوم أو يومين لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار وإنما يجب أن يكون قبضه بالشرط في المجلس أو ما يقرب منه وإن قلنا أن السلم لا يجوز إلا إلى الأجل البعيد الذي تتغير في مثله الأسواق صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم اليوم واليومين لأن تأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل ولو كان له حكم التأجيل لجاز تأخر المسلم فيه إليه (مسألة) وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فإن كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يفسد السلم ثم رجح عنه وقال لا يفسد السلم ما لم يكن شرطا وبه قال أشهب ووجه القول بفساده لأن ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين لأن عملها إليه آل ووجه القول الثاني أن عقدهما سلم من الدين بالدين وهنأما لا يفسده التفرق قبل القبض وقال ابن وهب إن تعمد أحدهما تأخير رأس المال لم يفسد السلم وإن لم يتعمده أحدهما ففسد السلم ومعنى ذلك أن يكون أحدهما فريد يفسد السلم فإذا وقع العقد صحيحا وتعلق به حق الآخر لم يكن للثاني أن ينفرد بفساده وهذا مبني على قولنا إن الفار من الأداء في الصرف لا يبطل الصرف وإذا لم يفر أحدهما فقد رضيا بفساده فيجب أن يفسد (فرع) فإذا قلنا أنه لا يبطل العقد بتأخير رأس المال إذا كان عينا إلى أجل فإن لا يبطل إذا كان عرضا معينا أولى وأحرى لأنه خارج عن الدين بالدين وإن قلنا أنه يبطل بذلك السلم وكان رأس المال عرضا معينا فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها

أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور فان كان مما يغاب عليه ففي المدونة ان مالك كره ذلك وقال ابن القاسم ان وقع من غير شرط لم يفسخ كالحيوان والدور وان كان مما لا يغاب عليه ففي المدونة من قول مالك اذا كان رأس المال في السلم عبدا وتأخر الشهر من غير شرط انه جائز وكان هذا من أحدهما ولم يذكر كراهية وقال المتأخرون من أصحابنا ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان عينا بطل السلم وان كان عرضا يغاب عليه فالسلم مكروه ولا يفسخ البيع وان كان مما لا يغاب عليه فلا كراهية فيه والفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه في ذلك ان ما يغاب عليه اذا تلف بغير بينة فهو من المسلم ويفسد السلم فاذا بقي بيده كان له الخيار بان يندى صناعتا ويبطل السلم متى شاء وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها في السلم وأما ما لا يغاب عليه فانه من المسلم اليه فلا كراهية لا يؤدى الى ابطال السلم والله أعلم وأحكم (فرع) واذا قلنا برؤية ابن وهب فان كان المسلم هو الذي امتنع من القضاء فالمسلم اليه بالخيار بين أن يأخذ جميع رأس مال السلم أو ما بقي له منه ويدفع جميع المسلم فيه وبين أن يمتنع من قبض ما بقي له منه ويدفع اليه ما كان دفع اليه منه وان كان المسلم اليه هو الذي امتنع من قبض رأس المال لزمه عند الأجل قبضه ودفع المسلم اليه فيه قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا امتنع المسلم فقد منع المسلم اليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال المسلم الى أجله ولهذا التأخير تأثير في ابطال العقد فصار ذلك للمسلم اليه ان شاء أن يبطله أو يطله وان شاء أن يمضيه أمضاه وان كان الامتناع من جهة المسلم اليه فقد ابطال حقه من الانتفاع برأس المال ولا مضرة في ذلك على المسلم فلم يكن لواحد منهما خيار في فسخه

(فصل) وقوله ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه يريدانه لا يجوز تعليق السلم بزرع لم يبد صلاحه ولا بثمر لم يبد صلاحه وذلك ان السلم على ضربين مطلق في الذمة ومضائق الى بلدة فأما المطلق في الذمة فمثل أن يسلم اليه في قح أو تمر ويصفه بصفة ولا يشترط من تمر موضع من المواضع والثاني أن يضيفه الى بلدة فيقول من قح مصر أو الشام أو تمر الصفراء أو المدينة على ساكنها السلام فهذا على ضربين أحدهما أن يضيف ذلك الى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته فانه لا يجوز ذلك على وجه السلم ولا يجوز الا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر (مسئلة) والثاني أن يضيف ذلك الى موضع كبير ككثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدي الناس مثل وادي القرى وخيبر فهذا يجوز عقد السلم فيه من أي وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة وقبل ذلك ان له في ذلك الموضوع زرع أو ثمر أو لمن ليس له فيه شيء والأصل في ذلك ما روى عبد الله بن أبي الجهم سألت ابن أبي أوفى عن السلف فقال كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في البر والشعير والقر الى قوم لا ندرى أعندهم أم لا وابن أبي أوفى قال مثل يعني ذلك ص قال مالك الامر عندنا في سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فحل الاجل فلم يجد المتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه وذلك انه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو يبيع الطعام قبل أن يستوفى قال مالك وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى وهذا كما قال ان الاقالة في الطعام لا تكون الا بثل رأس المال عقدا وقضاء لانه ان كان يغير رأس المال خرج عن الاقالة الى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه وهو اذا عقدا الاقالة بثل

قال مالك الامر عندنا
فبين سلف في طعام بسعر
معلوم الى أجل مسمى
فحل الاجل فلم يجد المتاع
عند البائع وفاء مما ابتاع
منه فأقاله فانه لا ينبغي له
أن يأخذ منه الا ورقه أو
ذهبه أو الثمن الذي دفع
اليه بعينه فانه لا يشتري
منه بذلك الثمن شيئا حتى
يقبضه منه وذلك انه اذا
أخذ غير الثمن الذي دفع
اليه أو صرفه في سلعة غير
الطعام الذي ابتاع منه
فهو يبيع الطعام قبل أن
يستوفى قال مالك وقد
نهي رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع الطعام
قبل أن يستوفى

رأس المال ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال فان ذلك ممنوع
للذرية الى بيع الطعام قبل استيفائه لانه يتهم أن يكون ما أظهره من العقد لغوا وقد باع الطعام
قبل قبضه بعلمه ابتاعه به فخرج عن الاقالة الى البيع الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم
في الطعام قبل استيفائه (مسئلة) ومن ابتاع مطعوماً معيناً على الوزن أو الكيل فأراد أن يأخذ
مكانه قبل قبضه من غير جنسه ففي كتاب محمد والجموعة أن ذلك غير جائز ووجه ذلك انه باع ما عقد
عليه من الطعام أولاً بما أخذه آخر قبل أن يستوفي (مسئلة) فان أخذ نصفه على ما عقد عليه وأراد
أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس ففي كتاب محمد عن أشهب قال مالك أرجو أن يكون
خفيفاً قال محمد لا خير فيه وهو سواء مثل الذي تقدم ويحمل هذا انه دفع اليه الثمن من غير ايجاب
قال وروى ابن القاسم عن مالك فممن ابتاع بدينار فحاشم سألته أن يعطيه بنصفه عدسا ان ذلك
لا يجوز قال مالك ومن اشترى بدينار ثم سألته تسعة بطته فأراد أن يأخذ بمائتي طعاماً أو يرتجعه فلا
يعجبني ووجه ذلك ما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله لا تنبئ الاقالة الا أن يأخذ ذهباً أو ورقه أو ثمنه بعينه يحتمل أن يرده بقوله ذهباً أو
ورقه نفس ثمنه بعينه ان كان موجوداً عنده على قولنا ان الدنانير تتعين بالعقد أو يكون الثمن تبراً أو
حلياً مصوغاً فمتمين بالعقد ولا يجوز في الحلي أن يقبله الا بنفسه مادفع ويحتمل أن يرده بقوله بذهب
أو ورقه من جنس ذلك وسكته على قولنا ان الدنانير لا تتعين بالعقد وقد قال في المدونة فممن سلم الى
رجل دنانير في طعام فأقاله منه ودنانير في يده وشرط عليه أن يرده اليه تلك الدنانير بأعيانها ان السلم
اليه أن يدفع اليه غيرها وقوله بعد ذلك أو ثمنه بعينه يرده والله أعلم أن يكون الثمن من غير العين
كالعروض والطعام فهذا لا تصح الاقالة الا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه لان ذلك كله
يؤدي الى بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله وانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئاً حتى يقبضه يرده ان عقد الاقالة بذلك الثمن فلا
يشتري منه به شيئاً لان ذلك ذرية الى أن تكون الاقالة به فيكون بيع الطعام قبل استيفائه وقد
نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يمنع كل ما كان في معناه وذرية اليه والله أعلم وأحكم
ص قال مالك فان ندم المشتري فقال للبائع أفتنى وأنظرك بالثمن الذي دفعت اليك فان ذلك
لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع أخر عنه حقه على أن يقبله
فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي قال مالك وتفسير ذلك أن المشتري حين حل
الأجل وكره الطعام أخذ به ديناراً الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزد فيه البائع ولا
المشتري فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به
أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعل ذلك بيعة وانما أرخص في الاقالة والشرك
والتولية ما لم يدخل شيئاً من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة
صار بيعاً يجعله ما يجعل البيع ويجرمه ما يجرم البيع **ش** وهذا كما قال ان النسيئة قد يلحق في
البيع والسلم البائع والمشتري وتصح من كل واحد منهما الاقالة للرفق بصاحبه ويصح منه طلب الرجوع
أو الغناء ويصح منهما جميعاً ذلك في عقد واحد بخلاف القرض فانه لا يصح أن يقع الاعلى وجه الرفق
من القرض للقرض الا أن الأغلب من أحوال الاقالة رفق أحد المتقابلين بصاحبه فلذلك حلت
على أغلب أحوالها وقد قدمنا ان من شرط الاقالة أن تكون بمثل رأس المال وعلى الوجه الذي

قال مالك فان ندم
المشتري فقال للبائع أفتنى
وأنظرك بالثمن الذي دفعت
اليك فان ذلك لا يصلح
وأهل العلم ينهون عنه
وذلك انه لما حل الطعام
للمشتري على البائع أخر
عنه حقه على أن يقبله
فكان ذلك بيع الطعام
الى أجل قبل أن يستوفي
قال مالك وتفسير ذلك
أن المشتري حين حل
الأجل وكره الطعام
أخذ به ديناراً الى أجل
وليس ذلك بالاقالة وانما
الاقالة ما لم يزد فيه البائع
ولا المشتري فاذا وقعت
فيه الزيادة بنسيئة الى
أجل أو بشئ يزداده
أحدهما على صاحبه أو
بشئ ينتفع به أحدهما
فان ذلك ليس بالاقالة وانما
تصير الاقالة اذا فعل ذلك
بيعة وانما أرخص في الاقالة
والشرك والتولية ما لم
يدخل شيئاً من ذلك زيادة
أو نقصان أو نظرة فان
دخل ذلك زيادة أو نقصان
أو نظرة صار بيعاً يجعله
ما يجعل البيع ويجرمه
ما يجرم البيع

عقد عليه البيع أو السلم لان معنى الاقالة أن يقيله مما ندم فيه ويعيده الى ما كان عليه قبل أن يعقد ما أوجب الندم ولا يصح ذلك الانقضاء ذلك العقد ولذلك اختلف أصحابنا فيه فقال بعضهم هو نقض بيع وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان رأس المال بصرح الاقالة فان كان بغير تصريح مثل أن يدفع اليه دنانير مثل رأس المال المسلم فيقول اشتر بها طعاما فكله لي حين الأجل ثم استوفه في حقه فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يصلح عند مالك وقال بعد ذلك انه اذا أعطاه عند الأجل مثل دنانيره فقال اشتر بها طعاما انه لا بأس به قال ابن لباية اذا دفع اليه الدنانير فقال اشتر بها طعاما فكله لي ثم استوفه بمالك لم يجز وان قال له اشتر بها طعاما فكله لي ووجه ذلك عندي انه اذا قال اكله لي لم يملكه الثمن ولم تجز منه اقالة ولا يجوز أن يكون رأس المال الذي عجل في السلم يؤجل في الاقالة لوجهين أحدهما ان الأجل له حصه من الثمن لما قدمناه من أن المسلم اليه يطلب الارتفاق به الى حلول السلم فاذا تعجل في السلم وتأجل في الاقالة فقد ازداد في الاقالة وذلك يمنع صحتها ويغير موضوعها وينقلها الى البيع الذي هو ممنوع في الطعام قبل الاستيفاء ويدخله أيضا وجه آخر من الفساد وهو فسخ دين في دين لان المسلم كان له في ذمة المسلم اليه طعام مؤجل ففسخه في غير مؤجل الى أجل وذلك غير جائز

(فصل) وقوله فاذا وقعت الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزادها أحدهما على صاحبه وينتفع به فليس ذلك باقالة بين ذلك ان النسبة مما يزادها من أخذ وانسأله في دفع ما عليه والزيادة تغير ذلك مثل أن يكون رأس المال عشرة دراهم فيقيله على تسعة فيكون البائع قد ازداد في الاقالة درهما أو يقيله بأحد عشر درهما يزاد المبتاع من البائع درهما وذلك كله لا يجوز لانه ليس بالاقالة وانما هو بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وان دفع اليه أكثر من دراهمه فقال له اتبع بهذا طعاما لم يجز لانه قد خرج لاجل الزيادة عن حكم الاقالة وقد دفع اليه أقل من دراهمه فقال له اتبع بهذا طعاما فقد قال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب يجوز وجه قول ابن القاسم انه يؤدي الى الاقالة بأقل من الثمن وذلك غير جائز ووجه قول أشهب أن هذا من باب الذريعة وتبع فيه التهمة وبعد التهمة يمنع تأثير الذريعة ص قال مالك من سلف في حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل قال مالك وكذلك من سلف في صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل في حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف في تمر محمودة فلا بأس أن يأخذ صعيانيا أو جمعا وان سلف في زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود اذا كان ذلك كله بعد محل الأجل اذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ماسلف فيه أو أدنى في مثل كيله فيأخذ من الحنطة الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضها من بعض ووجه ذلك ان هذا من باب البدل وليس من البيع ولذلك جز بدل الحنطة بالحنطة وقصر على المماثلة ولو كان من باب المباينة لما قصر على المثل وكذلك القرض وان كانت صورته صورة معاوضة فليس من باب المباينة لانه مقصور على المساواة والمماثلة ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد كان بعضها من بعض مبادلة وتحرير ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالنوع الواحد يأخذ منه أفضل مما له أو أدنى وأما ما يحرم التفاضل فيه فانه لا يجوز أخذه عنه فلا يأخذ تمرا من قمح لانه من بيع الطعام قبل

* قال مالك من سلف في حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل * قال مالك وكذلك من سلف في صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل في حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف في تمر محمودة فلا بأس أن يأخذ صعيانيا أو جمعا وان سلف في زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود اذا كان ذلك كله بعد محل الأجل اذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ماسلف فيه

استيفائه وان كان من قرض دخله يبيع الطعام نساء (مسئلة) فان أخذ منه أقل من ذلك الكيل أدنى نوعا مثل أخذ عشرة أرادب شعير من عشرين أرادبا من حنطة فقد قال محمد بن مالك لا يجوز ذلك ومعنى ذلك والله أعلم أن يأخذ عوضا عن جميع القمح ولو أخذ العشرة أففرة عن عشرة أففرة معا ثم وهم إذا دعي ذلك من غير شرط وقدرى ابن القاسم عن مالك في المدونة فممن كان له مائة أرادب عمرا فأخذ منه خمسين أرادبا محمولة ان كان انما صالح بها على وجه المبايعة فلا يجوز وان كان انما أخذ منه خمسين أرادبا محمولة ثم حط عنه الثاني بغير شرط فلا بأس به وجوز ابن القاسم ما هو أشد منه فن كان له على أجل مائة أرادب عمرا فلما حان الاجل أخذ منه خمسين أرادبا محمولة ثم وهبه الباقي من غير شرط ان ذلك لا بأس به وهذا أشد وأقوى من

وأرفع الجودة (مسئلة) ولا يجوز قبل الاجل أن يأخذ منه الا مثل ماله عليه في النوع والقدر لان ذلك يدخله يبيع الطعام قبل استيفائه ويبيع الطعام بالطعام كما لا يجوز أن يأخذ قبل الاجل من نوعه أجودا وأدنى ويجوز ذلك باتفاق عنده (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ من الذي عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع مثل تلك المسئلة وان حل الاجل حتى قاله ابن القاسم قال لانه يصير حوالة والحوالة عند مالك يبيع من البيوع ومعنى ذلك أن يجعل الذي له الى الجنس الذي أخذه وذلك يبيع أحدهما بالأخر فيدخله في القرض طعام بطعام من غير جنسه وذلك غير جائز ويدخله في السلم مع ما ذكرناه يبيع الطعام قبل استيفائه وانما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق في القرض والبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت ويأخذ بعضها من بعض لانها جنس واحد ومن قال ان العلس من جنسها يجب أن يكون الاخذ منها ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض وكذلك الزبيب ويأخذ عن نوع ما لا يستهيمن الطير نوعا آخر على تحرى الوزن أكثر عددا أو أقل عددا فان كانت على العدم لم يجز لأن يكون من نوعه رواء في العتبية يصنعون عن ابن القاسم ومعنى ذلك ان الطير يختلف قدره باختلاف نوعه ويختلف فلا يجوز بعضه ببعض عددا اذا كان معناه اللحم وانما يجوز على تحرى ما فيه من اللحم والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه وما اذا كان نوعا واحدا فانه يتساوى لانه انما يأخذ منه مثل الذي سلم اليه فيها قدر او غير ذلك وليس فيه شيء من البدل (مسئلة) ولا يأخذ الدقيق من الحنطة في البيع ولا بأس به في القرض قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك على قول من لا يجيز يبيع الدقيق بالحنطة لعدم التماثل بينهما وأما على قول من يجيز ذلك ويرى التماثل بالوزن فلا يجوز الانتقال من مقدار الى مقدار وأما على قول من لا يرى التماثل فهما الا بالكيل فنع من ذلك في مسئلتنا

(١) هكذا يابض بالأصل

﴿ تم الجزء الرابع بحمد الله وحسن عونه ﴾ وبليه الجزء الخامس أوله يبيع الطعام بالطعام ﴿

﴿ فهرسة الجزء الرابع من كتاب المنتقى تأليف القاضي أبي الوليد الباجي رحمه الله ﴾

صحيحة	
٢	كتاب الطلاق * ما جاء في البتة
٢	باب ما يجوز ايقاعه من الطلاق
٧	ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك
١٦	ما يبين من التملك
٢٠	ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك
٢٤	ما لا يبين من التملك
٢٦	الايلاء
٢٧	باب الايلاء يثبت حكمه بكل عين يجب على الخالف بها شيء كالخالف بالله أو بصفة من صفاته
٣٧	ايلاء العبد
٣٧	ظهار الحر
٣٨	باب فأما ألفاظه فأصلها أنت - لى - كظهر أى
٣٩	باب فأما من يظهر منها الخ
٥١	ظهار العبد
٥٣	ما جاء في الخيار
٦٠	ما جاء في الخلع
٦٧	طلاق المختلعة
٦٩	ما جاء في اللعان
٨٢	ميراث ولد الملائنة
٨٣	طلاق البكر
٨٥	طلاق المريض * وفيه بيان
٨٥	الباب الأول في صفة المرض الذي به يتيقن حكم ميراث المطلقة
٨٥	الباب الثاني في حكم طلاق المريض
٨٨	ما جاء في متعة الطلاق
٨٩	ما جاء في طلاق العبد
٩٠	نفقة الأمة إذا طلقت وهي حامل
٩٠	عدة التي تفقد زوجها
٩٤	ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض
١٠١	ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه
١٠٤	ما جاء في نفقة المطلقة
١٠٧	ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها
١٠٨	جامع عدة الطلاق

- ١١٣ ماجاء في الحكمين
 ١١٥ ماجاء في بين الرجل بطلاق ما لم ينكح
 ١١٧ أجل الذي لا يمس امرأته
 ١٢٢ جامع الطلاق * وفيه أبواب
 ١٢٦ الباب الأول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج
 ١٢٨ الباب الثاني فيما سقط به النفقة الخ
 ١٢٨ الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها
 ١٣١ الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوج قبل العسار عن ذلك
 ١٣٢ عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا
 ١٣٣ مقام المتوفى عنها زوجها في يتها حتى تحل
 ١٤٠ عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها
 ١٤١ عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها
 ١٤١ ماجاء في العزل
 ١٤٣ ماجاء في الاحداد
 ١٤٩ (كتاب الرضاع)
 ١٤٩ رضاع الصغير
 ١٥٣ ماجاء في الرضاع بعد الكبر
 ١٥٥ جامع ماجاء في الرضاة
 ١٥٧ (كتاب البيوع)
 ١٥٧ ماجاء في بيع العربان * وفيه أبواب
 ١٥٨ الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا
 ١٥٨ الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة
 ١٥٨ الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بعض الجنس ببعضه إلى أجل متفاضلا
 ١٥٩ الباب الرابع في تبين المنافع المقصودة التي يتبين بهامعنى الجنس
 ١٦٩ ماجاء في مال المملوك
 ١٧٢ ماجاء في العهدة * وفيه أبواب
 ١٧٣ الباب الأول في تفسير معنى العهدة
 ١٧٥ الباب الثاني في محل الحكم بهامن البلاد
 ١٧٦ الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع
 ١٧٧ الباب الرابع في محل العهدة من العقود
 ١٧٨ الباب الخامس في محل درك العهدة
 ١٧٨ الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير
 ١٨٠ بيع البراءة * وفيه أبواب

- ١٨٠ الباب الأول في تعيين محل البراءة من العقود
 ١٨٠ الباب الثاني في تعيين محل البراءة من العقود عليه
 ١٨١ الباب الثاني فيمن يجوز له البراءة من البائعين
 ١٨٢ الباب الرابع في تعيين ما تصح البراءة منه من العيوب
 ١٨٤ فصل وأما البراءة العامة فعلى ضربين الخ
 ١٨٥ العيب في الرقيق * وفيه أبواب
 ١٨٨ الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب
 ١٨٨ الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتمييزها من غيرها
 ١٩١ الباب الثالث فيما يحدث في البيع مما يثبت به الخيار الخ
 ١٩١ الباب الرابع فيما يفيت الرد بالعيب
 ١٩٧ مسألة * وفيها بيان
 ١٩٧ الباب الأول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ
 ١٩٩ الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار
 ٢٠٢ حكم المواضع وما يتعلق بها * وفيها أبواب
 ٢٠٢ الباب الأول في بيان معنى المواضع ولزومها
 ٢٠٢ الباب الثاني في تعيين محلها من العاقدين
 ٢٠٢ الباب الثالث في عمل المواضع من العقود
 ٢٠٤ الباب الرابع في عمل المواضع من العقود عليه
 ٢٠٤ الباب الخامس في حكم الأمت في مدة المواضع وإن ضماها من البائع
 ٢٠٥ الباب السادس في بيان ما تنتقل به المواضع
 ٢١٠ ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها
 ٢١٤ النهي عن أن يظن الرجل وليته ولها زوج
 ٢١٥ ما جاء في ثمن المال يباع أصله
 ٢١٧ النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
 ٢٢٤ ما جاء في بيع العرية * وفيه أبواب
 ٢٢٦ الباب الأول في تفسير معنى العرية
 ٢٢٨ الباب الثاني في بيان ما يجوز له ذلك
 ٢٢٩ الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار
 ٢٣٠ الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العرية على الوجه الذي ذكرناه
 ٢٣١ الجائحة في بيع الثمار والزرع * وفيه أبواب
 ٢٣٢ الباب الأول في تعيين ما يكون من المتلفات جائحة
 ٢٣٣ الباب الثاني في تعيين ما توضع فيه الجائحة
 ٢٣٥ الباب الثالث في تعيين مقدار الجائحة التي توضع

- ٢٣٦ ما يجوز في استثناء الفمر
 ٢٣٨ ما يكره من بيع الفمر
 ٢٤٣ ما جاء في المزبنة والمحاقلة
 ٢٤٧ جامع بيع الفمر
 ٢٥٦ بيع الفاكهة
 ٢٥٧ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا
 ٢٧١ ما جاء في الصرف
 ٢٧٦ المراطلة
 ٢٧٩ العينة وما يشبهها * وفيها أبواب
 ٢٧٩ الباب الأول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات
 ٢٨٠ الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة
 ٢٨٢ الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء
 ٢٨٣ الباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني
 ٢٨٩ ما يكره من بيع الطعام إلى أجل
 ٢٩٢ السلف في الطعام * وفيه أبواب
 ٢٩٢ الباب الأول أن يكون المسلم فيه متعلقا بالذمة وقت تقدم
 ٢٩٢ الباب الثاني في كونه موصوفا
 ٢٩٦ الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقترا
 ٢٩٧ الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا
 ٣٠٠ الباب الخامس أن يكون السلم فيه موجودا حين الأجل
 ٣٠٠ الباب السادس أن يكون الفخر نقدا

﴿ تحت الفهرست ﴾