

# الذئبية

على أجوبة أبي الحسن الصغير

تأليف  
أبراهيم بن محمد السجلماسي  
رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى  
(ت ١٩٠٢)

اعتقابه  
أبو الفضل الهمداني  
أحمد بن علي  
عفا الله عنه

الجزء الأول

دار ابن حزم

مكتبة التراث العربي  
الدار البيضاء

حُقوقُ الطَّبِيعِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠١١ م

ISBN 978-614-416-162-3



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار  
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366

هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني: [ibnhazim@cyberia.net.lb](mailto:ibnhazim@cyberia.net.lb)

الموقع الإلكتروني: [www.daribnhazm.com](http://www.daribnhazm.com)

الدُّرَّةُ الثَّمِينَةُ  
عَلَى أَجْوِبَةَ أَبِي الْحَسَنِ الصَّغِيرِ

(١)





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مقدمة التحقيق

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعين به ونستغفره ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾

[آل عمران: ١٠٢].

﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ مَخْلُوقٍ مِنْهَا رُوحَهَا وَبَنَىٰ مِنْهَا بَنَاتًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [البقرة: ١٧٧].  
﴿يُصَلِّحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَبَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠، ٧١].

وبعد: فإن خير الكلام كلام الله وخير الهدي هدي رسول الله ﷺ، وشر الأمور محدثاتها وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار.

ثم أما بعد:

فهذا كتاب «الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير» للشيخ الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن هلال السلجماسي المالكي - رحمه الله -.

قد قمت بنسخ أصله الخطي وضبطه ووثقت نصوصه وخرجت أحاديثه، وقدمت بين يديه بترجمة لمؤلفه إبراهيم بن هلال رحمه الله تعالى، وما كان من توفيق فمن الله وحده وله الحمد، وما كان من خطأ أو زلل فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه براء. والله من وراء القصد.

وكتبه

أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي

عفا الله عنه

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### ترجمة المصنف

اسمه ونسبه:

هو: الفقيه الإمام العالم المتفنن النظار أبو إسحاق إبراهيم بن هلال السلجماسي.

شيوخه:

أخذ إبراهيم بن هلال عن القوري وابن هلال وغيرهما.

من تصانيفه:

١ - الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير، وهو كتابنا هذا.

٢ - شرح مختصر خليل.

٣ - شرح البخاري في أربعة أسفار.

٤ - نوازل الفقه.

وفاته:

توفي - رحمه الله - سنة ٩٠٣ من الهجرة<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر ترجمته في «شجرة النور الزكية في طبقات المالكية» للشيخ محمد بن محمد مخلوف (١/٢٦٨-٢٦٩).



لوحة العنوان من النسخة ( أ )

١٢٥٥٥

بمجموع ضيقه

الدر الشير على أجوبة الشيخ

أبي الحسن الصغير

ابراهيم بن صلاب السعدي

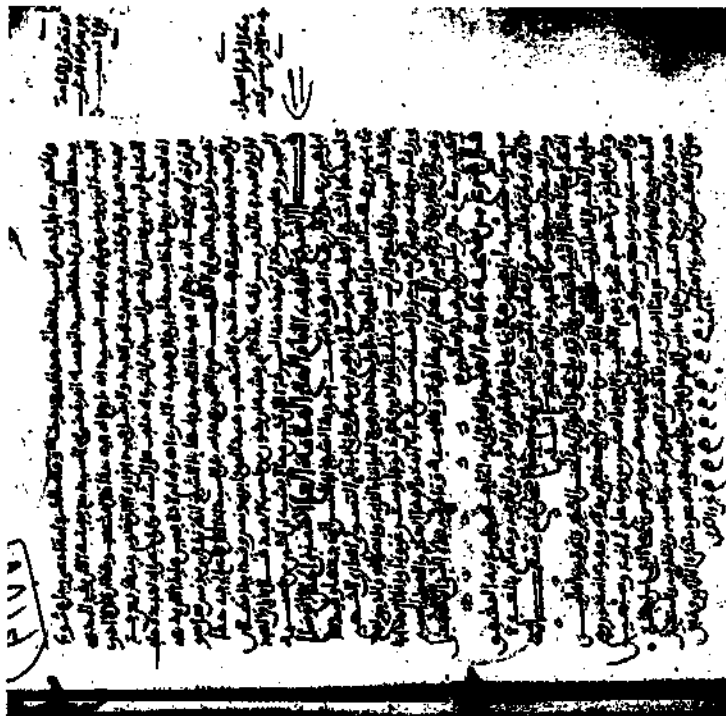
١-١٨٧١٥

١٠٧٨

(١٨٧١٥)



اللوحة الأخيرة من النسخة (أ)



لوحة العنوان من النسخة (ب)



١٢٩١٥

استفلة واجمعية في الفقه المالكي.

—

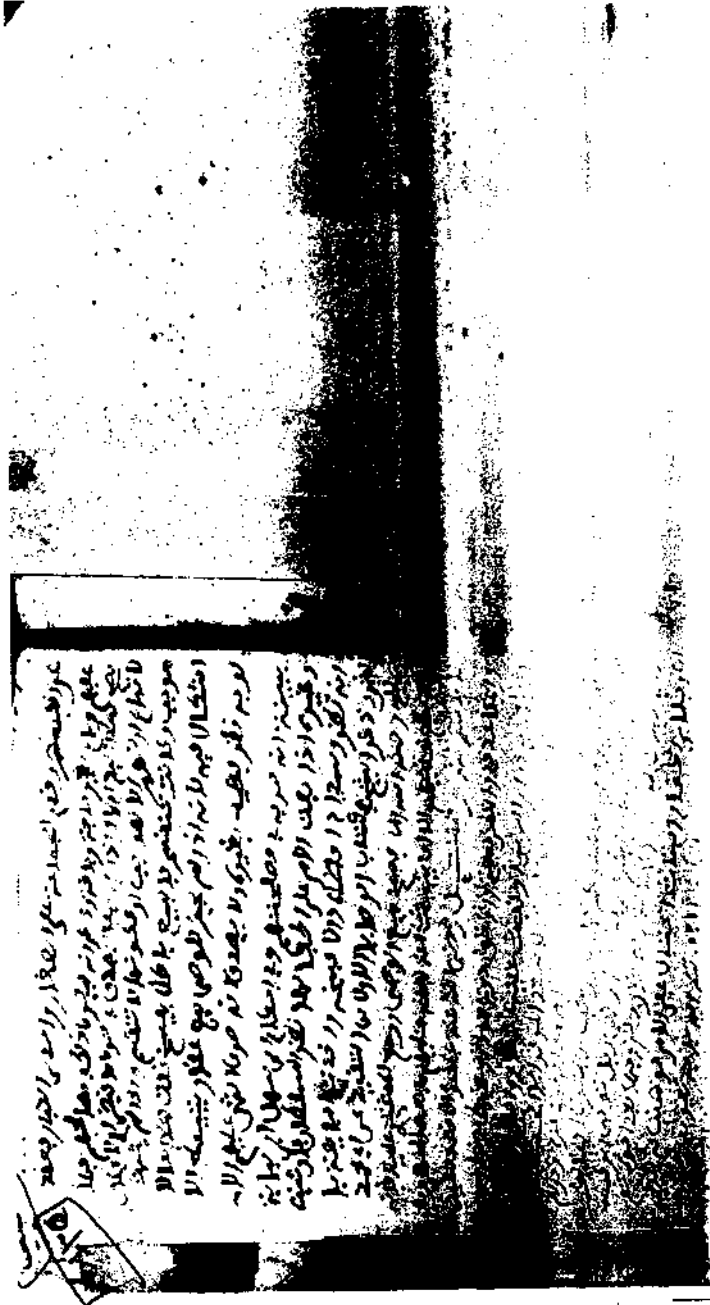
٧٥٥

٢١٥

١٦٦٥ × ١٣

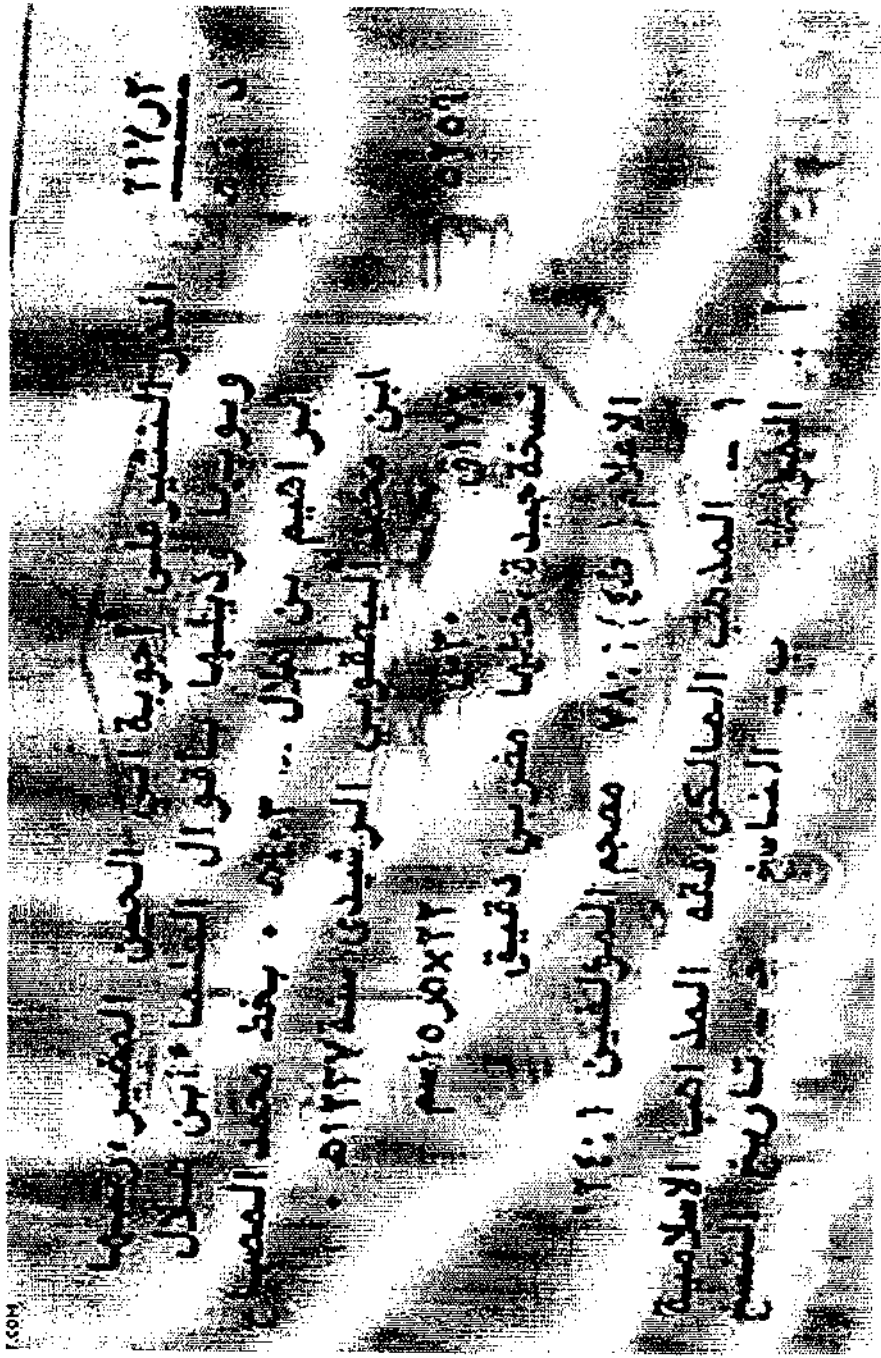


اللوحه الأخيرة من النسخة (ب)



عز القلبي...  
 على...  
 لا...  
 م...  
 اش...  
 ل...  
 بي...  
 و...  
 ل...  
 الح...

لوحة العنوان من النسخة (ج)











بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا ومولانا

محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

قال الشيخ الفقيه العالم العلامة المحقق الأجل الأسنى الأكمل الأعدل المبرز [ فى الأحكام ] (١) .

[ الإمام قاضى سجلماسة سيدى ] (٢) أبو سالم إبراهيم بن هلال بن على السجلماسى الدار - رضى الله عنه - [ ونفعنا به دائماً آمين . . . آمين . . . آمين ] (٣) :

الحمد لله الذى خلق الإنسان ، وعلمه البيان ، وبعث محمداً ﷺ بالآيات  
البينات والهدى والفرقان ، ونزل عليه الكتاب تبياناً لكل شىء وهدى ورحمة وبشرى  
للمسلمين أهل الإيمان ، [ فعلمهم ﷺ ] (٤) الكتاب والحكمة وبين الحلال والحرام  
وكيفية العبادات والمعاملات أى بيان ، وأوضح سبيل الأفضية والأحكام واجتت  
شجرة الطاغوت فلا حكم إلا بكتاب الله من السنة [ و ] (٥) القرآن ، ﷺ وعلى آله  
وصحبه والتابعين لهم بإحسان ، صلاة نرجو بها العفو والغفران ، ونيل الرحمة  
والرضوان ، أما بعد :

فإنى لما نسخت أجوبة الشيخ الفقيه الإمام [ العالم ] (٦) العلامة المفتى القاضى  
الشهير ، وحيد عصره وفريد دهره ، المجمع على تقديمه فى حفظ الفقه ، وتبريزه فى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ج : وعلم .

(٥) فى أ : أو .

(٦) سقط من أ .

فهمه ودرايته وتحصيله ، حامل رايته [ أبو الحسن ]<sup>(١)</sup> على بن محمد بن عبد الحق الزرويلي الشهير بأبي الحسن الصغير - رحمه الله - وأكرم مثواه وأجزاه الأجر الجزيل والثواب الجميل الكثير، فوجدتها أجوبة شافية على قواعد المذهب ومنهاجه [ جارية ، جمّة ]<sup>(٢)</sup> الفوائد ، مشتملة على جواهر من العلم وفوائد ، صادرة من فقيه مُحصّل نبيل ، تنبئ عن درجته في [ الفقه ]<sup>(٣)</sup> وتعرب عن قدره الجليل ، قيدها عنه وجمعها تلميذه الشيخ الفقيه المدرس المحصل العالم الأوحد أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن بن أبي بكر التسولي [ التازي ]<sup>(٤)</sup> المعروف بابن [ أبي ]<sup>(٥)</sup> يحيى - رحمه الله - غير أنه كما قيدها بقيت غير مرتبة ، بل تركها كذلك مختلطة ليست مبوبة ، فعزمت والله المستعان بضم [ كل ]<sup>(٦)</sup> نازلة إلى [ مثلها ]<sup>(٧)</sup> [ وتبويبها ]<sup>(٨)</sup> بجمع كل مسألة إلى [ شكلها ]<sup>(٩)</sup> ، فإنني لا أعلم من سبقني إلى ذلك ليسهل أخذ ما يريد منها المستفيد الراغب ، ويقرب تناولها على الباحث الطالب ، ونقلت كل مسألة منها باللفظ والنص ، على حسب ما وجدته من غير زيادة ولا [ نقص ]<sup>(١٠)</sup> ، وذيلت جلها بأقوال علمائنا ، ونصوص أئمتنا وفقهائنا - رحمهم الله - تكميلاً [ للإفادة ]<sup>(١١)</sup> ، وتسميماً للقصد والإرادة ، ومن الله الكريم أطلب الهداية إلى الصراط المستقيم ، والتوفيق لسلوك المنهج القويم ، وأرغب من كرمه وجميل فضله وجزيل

(١) زيادة من ج .

(٢) في أ : حاوية جملة .

(٣) في ح : العلم .

(٤) في أ : الرازي .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : أمثالها .

(٨) في أ : ترتيبها .

(٩) في أ : أمثالها .

(١٠) في أ : نقصان .

(١١) في أ : للفائدة .

إحسانه أن يمن علينا بالمغفرة وحسن الخاتمة ، ويؤانا دار النعيم ، وينقذنا من نار الجحيم ، متوسلاً [ إليه ] <sup>(١)</sup> في ذلك بأحب خلقه إليه ، وأكرمهم عليه ، وأعلامهم منزلة لديه ، خاتم أنبيائه وإمام رسله محمد المصطفى عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم ، وترجمته بـ « الدر الثير على أجوبة [ الشيخ ] <sup>(٢)</sup> أبي الحسن الصغير » ، والله أسأل أن ينفعني به و [ ينفع ] <sup>(٣)</sup> الكاتب والناظر ، في الدنيا وفي اليوم الآخر ، بمنه وفضله وجوده وطوله وصلى الله على سيدنا محمد خير العالمين ﷺ وعلى آله وصحبه الأكرمين [ وسلم عليهم تسليماً إلى يوم الدين ] <sup>(٤)</sup> .

\* \* \* \* \*

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من ج .

(٤) زيادة من أ .

### مسائل [ من ] <sup>(١)</sup> الطهارة والصلاة

( ١ ) [ ١ ] وسئل رحمه الله : عن الصباغين يصبغون بالأرسله وهى من البول تصلح لون الزيبى وشبهه هل يجوز هذا ؟ وما الفرق - إن كان لا يجوز - بينه وبين شعر الخنزير ؟

وإذا لم يُجَز ، فهل يطهره الغسل مع أن لونه باق كما كان أم لا ؟

**قال :** الإقدام على استعمالها ابتداءً لا يجوز ، إذ لا يجوز استعمال شيء من النجاسات ، وليس هذا مثل شعر الخنزير إذ لا دسم فيه ، ولا مثل عظام الميتة وأنياب الفيل بعد إزالة ما فيها من الدسم بالطبخ ، ولكونها بالية ، وأما هذه فتنجس ما لقيها فى الحال ، ولا يقال : إنها ضرورة كشرب جرعة من خمر لمن غص بلقمة ، بل هى من الحاجيات ، فإن وقع هذا فيطهرها الغسل بلا إشكال ، لأن عين النجاسة تزول ، وغايته أن يقال : يبقى أثرها وهو اللون ، والمنصوص فى الدم إذا غسل فلم يذهب [ لونه ] <sup>(٢)</sup> أنه طاهر ، وكذلك السيف الصقيل يمسح دون غسل ، ومن هذا المعنى كثير .

ومن هذا الطرطار من الخمر ، وهو أخف لانقلاب عينه .

**قال :** وقد كان [ ابن ] <sup>(٣)</sup> زيد المايوسى من طنجة سأل عن هذه المسألة شيخنا أبا الفضل راشد فأجاب بنحوه .

**قلت :** حكم الشيخ - رحمه الله [ لها ] <sup>(٤)</sup> بأنها نجسة العين لا متنجسة خلاف ما صرح به ابن عرفة فيما سيأتى له أنه متنجسة لا نجسة ، واستعمال المتنجس

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ح : أبو .

(٤) سقط من ج .

والانتفاع به فى غير آكله وبيعه كوقيد بغير مسجد ، جائر على المشهور .

وأما شعر الخنزير فظاهر إن جُرَّ ، لأن الحياة لا تحله .

وقد نص ابن القاسم فى سماع أصبغ من كتاب جامع البيوع من « العتبية » على

جواز بيعه .

قال : كصوف الميتة .

وقال أصبغ : لا خير فيه .

ابن رشد : قول ابن القاسم هو الصحيح فى القياس على أصل المذهب أن

الشعر لا تحلّه الروح ، فوجب كون شعر الخنزير طاهر الذات ، أخذ منه حياً أو

ميتاً .

قلت : فما وقع لبعض متأخرى الإفريقيين أن من صلى وفى جيبه شعر الخنزير

يعيد كمن صلى بنجاسة ، إما على قول أصبغ ، أو على أنه قلع من أصله ولم

يجز .

وما فى عظام الميتة وناب الفيل من الاضطراب معلوم .

وفى « المدونة » : ولا يتففع بشيء من عظام الميتة ولا يوقد بها لطعام ولا

لشراب .

وفى كتاب البيوع الفاسدة : لو طبخ بها جيراً وطوب لا بأس به .

وأشار ابن الكاتب إلى أنه خلاف ما فى كتاب محمد : « لا يحمل الميتة إلى

كلابه » وأجيب بأن قوله لا بأس به بعد الوقوع لا ابتداءً ، ومقتضى فتيا الشيخ -

رحمه الله - جواز استعمال ذلك ابتداءً ، وهى - والله أعلم - على القول بطهارتها ،

أو على قول ابن القاسم فى رسم المحرم من سماعه : لا أرى بأساً أن تخلص بها

الفضة .

[ وأما أنياب الفيل ] <sup>(١)</sup> ففي كتاب الصلاة الأول : يكره الادهان بها والامتشاط [ بها ] <sup>(٢)</sup> والتجارة .

ابن المواز : كره ذلك ولم يحرمه لإجازة من إجازة ، ودل قول الشيخ : « إذ لا دسم فيه » ، على عدم تنجيس عظم الميتة البالي لما لقيه [ من ماء وغيره ] <sup>(٣)</sup> ، وصرح بذلك التونسي في تعليقه ونقله ابن يونس .

وما أشار إليه من الاكتفاء بمسح السيف الصقيل اختلف هل ذلك لإفساده فلا يلحق به غيره من الأجسام الصقيلة التي لا يفسدها الغسل كالظفر وشبهه ، وقيل : لانتفاء النجاسة بالمسح فيلحق به في ذلك الجسم الصقيل مطلقاً؟! ابن العربي : والحق الغسل لبقاء ما لا يرى .

وقول الشيخ : « يمسخ » ، تصريح منه بأنه لا يعفى عن دمه حتى يمسخ كما حكاه اللخمي عن عبد الوهاب .

وفي « النوادر » من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك : يصلى به ، مسحه من الدم أو لم يمسخه ، وهو ظاهر سماع ابن القاسم في « العتبية » من قوله : قال مالك في السيف يقاتل به في الجهاد فيكون فيه الدم : أيغسل ؟ قال : ليس ذلك على الناس .

ابن رشد : إنه مضى الناس على إجازته [ ق / ٢ أ ] وتخفيفه ، وقد كان الصحابة يصلون بأسيا فهم وفيها الدم ولا يباليون ، وإطلاق الشيخ - رحمه الله - فيه دون التقييد بالدم يشعر بعدم قصر هذا الحكم عليه دون غيره من النجاسات ، [ وهذا ] <sup>(٤)</sup> ذكره ابن عبد السلام احتمالاً .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ح : وهكذا .



قال : ونصوصهم صريحة على ذكر الدم ، فيقصر عليه الحكم ، إذ لا يصل إليه غالباً غيره ، ووصول ما عداه إليه نادر ، وقيد الدم مع ذلك بإباحته ، فيخرج دم العدوان .

وقول الشيخ : « لأن عين النجاسة [ تزول ] <sup>(١)</sup> وغايته أن يقال : يبقى أثرها وهو اللون » ، يريد : وإن لم ينقطع [ البلل ] <sup>(٢)</sup> قاله الشيخ العلامة الأوحد أبو عبد الله محمد بن خليفة الوشتاتي الشهير بالأبي - رحمه الله في « إكمال الإكمال » له في المسألة بعينها .

وقوله : « ومن هذا الطرطار من الخمر وهو [ ق/ ٢ ج ] أخف لانقلاب عينه » .  
ابن بشير : في كل نجاسة استحالت أعراضها كعرق السكران ورماد الميتة وما يتحجر في أواني الخمر ، قولان : التنجيس التفاتاً إلى الأصل ، والطهارة التفاتاً إلى ما انتقل إليه ، ومسألة السؤال أشار إليها ابن الحاج في نوازله ، ثم نقل عن مصنف عبد الرزاق أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - همّ أن ينهى عن [ الخبيرة ] <sup>(٣)</sup> من صباغ البول ، فقال له رجل : أليس قد رأيت رسول الله ﷺ يلبسها ؟ فقال عمر : بلى ، قال الرجل : أفلم يقل الله ﴿ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾ [الأحزاب : ٢١] ، فتركها عمر .

عبد الرزاق : رأيت الزهري يلبس ما صبغ بالبول . انتهى .

وما حكاه عبد الرزاق عن الزهري حكاه البخاري عن معمر عنه .

قلت : في « النوادر » : قال ابن المواز : قال مالك في ثياب تصبغ بالبول : إن طهرت فلا بأس بها .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : النيل .

(٣) في ح : الحمرة .

قال ابن القاسم عنه في « المجموعة » : وترك الصبغ بالبول أعجب إلى .

ومن هذا المعنى : الصبغ بالدم تضاف [ إليه ]<sup>(١)</sup> عقاقير ، وقد أمر ابن عرفة القاضي بقطع ذلك ، فقال [ له ]<sup>(٢)</sup> الشيخ الفقيه الحافظ تلميذه أبو القاسم بن أحمد بن محمد بن إسماعيل البرزولى - رحمهما الله - : أليس هو كالأرشفة والطرطار ؟

قال : لا ، لأن الأرشفة مستنجسة والدم غير نجس [ وصحح البرزولى الجواز فى الكل ، وأجراه على النجاسة تنقلب أعراضها إلى صلاح ، قال ولعله منعه لأن الناس قد لا تطيب أنفسهم بهذا ، ومنهم من يتورع عنه للخلاف ، فيكون داعية لإدخال الغش فى الأسواق ، إلا أن يشتهر كثيراً فتسقط هذه العلة ]<sup>(٣)</sup>.

( ٢ ) [ ٢ ] وسئل رضى الله عنه : عن جماعة يجمعون سائر الصلوات فى مسجد لهم إلا العتمة فلا يجمعونها به تركاً منهم لها اختياراً ، فأرادوا ليلة المطر أن يجمعوا مع المغرب العشاء ، فهل لهم ذلك أم لا ؟

**فقال** : لم أجد فيها نصاً ، والراجع عندى أنهم يجمعون ، إذ لا يقال لهم : كما [ تمالأتم ]<sup>(٤)</sup> كل ليلة على ترك الجماعة فى العتمة فاتركوها الليلة .  
وردّ عليه بأن الرخصة تخفيف عليهم لمشقة الإتيان للعتمة وهؤلاء لا مشقة عليهم إذ لم يأتوا .

**قال بعضهم** : هلا قيل : [ إنهم ]<sup>(٥)</sup> عصاة [ لتماثلهم ]<sup>(٦)</sup> على ترك العتمة فى المسجد ، والخلاف فى العاصى هل يترخص له أم لا ؟ !

**قلت** : سئل شيخنا الفقيه الحافظ العلامة الأوحى الأنبيل أبو عبد الله محمد بن

(١) فى أ : إليها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : توليتم .

(٥) فى أ : لهم .

(٦) فى أ : لتواليهم .

قاسم القروي - رحمه الله - عن نحو هذه المسألة ، سأله [ عنها ]<sup>(١)</sup> بعض نبلاء أصحابنا ، فأفتى بالجواز ، وذكر أن بعض الكبار أفتى بذلك ، وأنه أجراها على مسألة المسجد الذي تجمع فيه بعض الصلوات ، هل يجمع فيه ما لا يجمع منها فيه ؟ ونص السؤال : من دأبه التخلف عن الجماعة في صلاتي المغرب والعشاء ، فإذا نزل المطر سارع إلى المسجد لئلا يتظر [ فرصة ]<sup>(٢)</sup> الجمع ، [ هل له الجمع ]<sup>(٣)</sup> كمعتاد التجميع أم لا معاملة له بتقيض [ مقصوده ]<sup>(٤)</sup> ؟

وقد استدل بعض الطلبة لهذا الثاني بأنه لا يقصر من عدل عن القصر بغير عذر ، وبأنه لا يسمح على الخف لابسه لمجرد المسح ؟  
فأجاب بصحة الجمع .

قال: ويلزم على عدم صحته أن لا فضيلة في الصلاة جماعة إلا لمعتاد التجميع .

قال : ومسألة القصر والمسح بعيدة الشبه من مسألتنا لوجود [ الفرق ]<sup>(٥)</sup> ، إذ سبب الجمع تحصيل فضل الجماعة . وسبب القصر الطول ولا فضيلة له ، بل [ لا ]<sup>(٦)</sup> ينبغي السعي في تحصيله ، والمسح من هذا الوادي ، وجمع جارة المسجد وجمعتها وجمعة المسافر مما يشهد لهذا .

قال : وأذكر لكم نازلة [ نزلت أيام ]<sup>(٧)</sup> الشيخ في جامع المشور الذي العادة التجميع فيه إلا في العشاء فإنها لا تجمع فيه ، فستل زعيم الفقهاء في وقته عن الجمع فيه ليلة المطر ؟

(١) في أ : عنه .

(٢) في أ : برخصة .

(٣) سقط من ج .

(٤) في ج : قصده .

(٥) في ج : الفارق .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : إمام .

**فأصاب :** إن المسألة مبنية على الإمام الراتب إذا ترتب في بعض الصلوات دون بعض ، هل تجمع فيه الصلاة التي لا يصلّيها ذلك الإمام مرتين أم لا ؟ ، فمن أجاز أجاز ، ومن كره كره .

قال : والمسألة من باب إعطاء المعدوم حكم الموجود .

**قلت :** أى [ فيقدر ]<sup>(١)</sup> عدم التجميع للعشاء في غير ليلة المطر كالتجميع لها ، كما [ يقدر ]<sup>(٢)</sup> ملك الميتة للدية قبل الموت فتورث عنه ، وكثبوت الولاء للمعتق عنه فإنه يوجب [ تقدير ]<sup>(٣)</sup> ملكه له قبل العتق [ وكتقدير ]<sup>(٤)</sup> دوران الحول على السخال والريح ، فرأى شيخنا - رحمه الله - المسألة من هذا المعنى ، ولا شك أن إعطاء الموجود حكم المعدوم وبالعكس ثابت في الجملة ، إلا أن التقدير على خلاف الأصل .

قال العلامة الأنبل أبو عبد الله المقرئ - رحمه الله - في قواعده : ومن ثمّ كان القياس رواية [ الأئمة ]<sup>(٥)</sup> الاستقبال بريح المال .

( ٣ ) [ ٣ ] وسئل رحمه الله : عن الجمع بين المغرب والعشاء ليلة المطر لأهل العمود ، هل يرخص لهم فى ذلك [ أم لا ]<sup>(٦)</sup> ؟ وإذا كان إمام راتب فى الدوار وصلّى بجماعة وصلت جماعة خارجه ، هل تصح صلاة الفريقين أم لا ؟

**فأجاب :** إذا كان لأهل القيطون موضع يجتمعون فيه للصلاة فلهم الجمع ليلة المطر ، لوجود العلة المبيحة للجمع وتعجيل [ صلاة العشاء الآخرة ]<sup>(٧)</sup> قبل

(١) فى أ : فيقدم .

(٢) فى أ : يقدم .

(٣) فى أ : تقديم .

(٤) فى أ : وكتقدير .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ج : الصلاة الأخيرة .

وقتها فى مسألتكم ، لأن المطلوب من الصلاة [ الآخرة ]<sup>(١)</sup> إيقاعها فى جماعة ، والمطر وما فى معناه من الطين والظلمة يمنعهم من صلاتها فى جماعة فى الموضع المعتاد إلا مع الحرج وهو مرفوع ، فكان لهم الجمع حسبما تقدم .

قلت : بهذا أفتى البرزلى أيضاً - رحمه الله - وأنه إن كان لهم إمام راتب ويجعلون لصلاتهم موضعاً أين ما نزلوا ، فإنهم يجمعون .

ولم يجب الشيخ - رحمه الله - عما فى السؤال : إذا كان إمام راتب فى الدوار وصلّى بجماعة وصلت جماعة خارجه ، هل تصح صلاة الفريقين ؟

والجواب - والله أعلم - : أنهم إذا صلوا بصلاته وكانوا بالقرب منه بحيث يسمعون أقواله ويرون أفعاله ، فالإقتداء صحيح ، وفى « المدونة » : ولا بأس بنهر صغير وطريق بين الإمام ومأمومه .

[ أما ]<sup>(٢)</sup> إن كانوا بحيث لا يسمعون ولا يرون ، فلا يصح الاقتداء حيثئذ ، لأنه لا تحصل لهم مراعاة أفعال الإمام .

و [ أما ]<sup>(٣)</sup> إن كانوا بحيث يرون ولا يسمعون أو بالعكس ، فإنه يكره لهم ذلك .  
اللخمي : فإن نزل مضى أجزاءهم صلاتهم [ ق / ٣ ] وفى « المدونة » : ولا بأس بالصلاة فى دور محجورة بين يدي الإمام إذا رأوا عمل الإمام [ أو الناس من كواهاً أو مقاصير أو سمعوه .

واختصرها البراذعى إذا رأوا عمل الإمام ]<sup>(٤)</sup> والناس بالواو .

وقال الشيخ فى « التقييد » : « الواو » [ هنا ]<sup>(٥)</sup> بمعنى « أو » .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

وأخذ من قوله : « أو الناس » ، جواز صلاة المسمع إذا أعيد [ الضمير المفعول من قوله « أو سمعوه » على ما هو أعم من الفعل وهو القول ، وأما إذا أعيد<sup>(١)</sup> على الإمام فلا ، وقد حمل على الأمرين .

وأما إذا لم تصل الجماعة التي صلت خارج الدوار بصلاة الإمام ، فلا إشكال أن جمعهم بين المغرب والعشاء ليلة المطر لا يصح ، فقد سئل الشيخ أبو محمد عن قوم جمعوا ليلة المطر [ فى حانوت ، فأجاب : عليهم إعادة العشاء أبداً ، لأن شرط الجمع ليلة المطر ]<sup>(٢)</sup> المسجد والجماعة .

( ٤ ) [ ٤ ] وسئل - رحمه الله - : عن قوم لهم جامع يصلون فيه الجمعة وعلى ذلك وجدوا آباءهم وأجدادهم ، ولهم دور مستديرة بالجامع من كل جهة ، إلا أن الدور مفترقة متباعدة عن الجامع لم تتصل به ، لأن كل واحد يبنى فى ملكه ، فهل تصح فيه الجمعة أم لا ؟ وإذا لم تصح ، فهل يعاد ما تقدم من الصلوات أم لا ؟ وما حد القرب والبعد المعتبر ؟

وهل لابد من الاتصال من الجهات الأربع أم لا ؟

**فأجاب :** إنما تقام الجمعة فى المدن [ أو فى ]<sup>(٣)</sup> القرى التى تشبه المدن المتصلة البنيان ، كما قال فى « المدونة » : وإن كانت بين بيوتها الطرقات والبساتين وملقى الزبل ومواقف البهائم وما يستنبت فيه مثل [ الكزبرة ]<sup>(٤)</sup> والخلبة [ ق / ٣ جـ ] والثوم إلى غير ذلك ، وما حظر عليه من الجنات فحكمه حكم الاتصال ، وأما مثل ما وصفت من بناء كل واحد من القوم فى أرضه وتباعدت أكثر عمارتهم ، فليس لهم إقامة جمعة .

وإن أقامها من هذه حالهم من تباعد الديار أعادوا ظهرًا أربعًا أبداً ، وهم على ما

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ح : و .

(٤) فى أ : الكزبور .

لا يخفى كمن قصر الصلاة فى الحضر ، ثم ما شك فيه من المواضع هل تقام فيه الجمعة أم لا [ صلى أهله ]<sup>(١)</sup> الظهر ، إذ هى مرتبة فى الذمة فى الأصل ، فلا ينتقل عنه إلى ركعتين إلا بيقين ، والسلام .

**قلت :** [ هذا كقوله فى « المدونة » : ويصلى الجمعة أهل قرية متصلة البنيان ]<sup>(٢)</sup> وما أشار إليه مما ذكر أنه لا يمنع الاتصال حكاه فى « التقييد » عن الأشياخ ، وقال : وانظر [ المقبرة ]<sup>(٣)</sup> بإزاء المسجد هل هى من هذا المعنى ، لأنه لا يجوز البناء فيها . وقال أيضاً : انظر إذا كانت متخللة بالجنات جنان ودار [ وجنان ودار ]<sup>(٤)</sup> ، قالوا : إن كانت الجنات محظرة فهى فى حكم الاتصال .

والقدر الذى يمنع الاتصال حكى عن أبى الفضل راشد أن الشيخ أبا محمد صالحاً كان يقول : وجدت فى تعاليقى أنه أربعون ذراعاً . قال : ولا أدرى [ من ]<sup>(٥)</sup> أين نقلته .

وقال الشيخ : وجدت له فى تقييد آخر [ زاد فيه ]<sup>(٦)</sup> : لا يعول على هذا . وحكى أيضاً عن أبى الفضل راشد أنه كان يستدل بما درج عليه الشيوخ المدرسين من كونهم يصلون الجمعة فى بعض المساجد وبينها وبين الديار أكثر من هذا كجامع مدبونة وجامع مدينة ، [ على ]<sup>(٧)</sup> أن هذا قريب .

**قلت :** وما فى تعاليق أبى محمد صالح من أن أربعين ذراعاً تمنع الاتصال ، نقله الزناتى فى « حلله » عن الإيبانى فى الأقدام [ والذراع أكبر من القدم ، ونصه

(١) بياض بالأصل .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : المنية .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

وذكر الإيباني أن ما بينه وبين غيره أربعون قدماً فأقل فله حكم الاتصال ، وما زاد فله حكم الانفصال [١].

وقال : ثم إذا كان البلد كله بصورة الانفصال فلا جمعة ، وإن تنوع فإن اتصل من ذلك أو كان فى حكم الاتصال عدد يصلح للجمعة جازت ، ولا عبرة بما زاد وإلا لم تجز .

وقال العلامة [ الإيباني ] (٢) - رحمه الله - : وانظر ما اتفق فى بعض القرى أن يكون الجامع غير متصل البناء لبيوت القرية ، فكان ابن عبد السلام وأبو الحسن المنتصر - رحمهما الله - يتفق أن يكون أحدهما بقرية مانع وجامعها يبعد عن دورها بنحو ثلاثمائة فكانا لا يصليان بها الجمعة ويذهبان إلى غيرها فيصليان بها ، لكن [لا] (٣) ينهيان أهلها عن صلاة [ الجمعة ] (٤) ، وقول الشيخ : « ثم ما شك فيه من المواضع » ... إلى آخره ، صرح بنحوه اللخمي وابن رشد .

[ وشبه ] (٥) فى « المدونة » القرية التى تقام فيها الجمعة بالروحاء .

[ قال فى « المشارق » : وبينها وبين المدينة نحو من أربعين ميلاً ، وفى كتاب مسلم : هى على ستة وثلاثين ميلاً ] (٦) وفى تقييد الشيخ عن الشيوخ أنها على قدر ترغى .

( ٥ ) [ ٥ ] وسئل - رحمه الله - : عن قوم فى العيد يصلون واحد ويخطب آخر ، هل يصح ذلك أو لا يخطب إلا من يصلى ؟ وهل يدخل [ فى ] (٧) ذلك ما يدخل

(١) سقط من أ .

(٢) فى ح : الأبي .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى أ : وشبهه .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ب ، ج .



## الجمعة إذا قدم والى الإمام ؟

فكتب : روى يحيى عن ابن القاسم أنه لا يجوز .

وعن أشهب وابن حبيب جواز ذلك فى الجمعة ، وفى العيد أولى ، وبالله التوفيق .

قلت : ما عزاه الشيخ - رحمه الله - لأشهب وابن حبيب من جواز ذلك فى الجمعة لغير عذر ، لا أعرفه .

وأما العذر فنص فى « المدونة » : أنه إذا أحدث بعد الخطبة أو بعد ما أحرم ، فليستخلف من يصلى بهم الجمعة ركعتين .

وفى أول سماع أشهب : وسئل مالك عن الذى يخطب [ يوم ]<sup>(١)</sup> الجمعة فإذا قضى خطبته قدم رجلاً فصلى بالناس ، أيجوز ذلك [ له ]<sup>(٢)</sup> ؟ فقال : نعم ، [ لو ]<sup>(٣)</sup> خطب ثم أصابه مرض أو حدث أو رعاف ثم قدم غيره فصلى بالناس ، لم أر بذلك بأساً . انتهى .

فقوله : « فقال : نعم » ، راجع [ لما بعده ]<sup>(٤)</sup> فلا يفهم منه جواز ذلك اختياراً ، وقد [ نقل ]<sup>(٥)</sup> المازرى المسألة على ذلك ، فقال ما نصه : وروى أشهب عن مالك فى « العتية » : لا بأس أن يتسخلف من لم يحضر معه الخطبة لحدث أصابه أو مرض ، وعلى هذا فهم [ المسألة ]<sup>(٦)</sup> .

ابن رشد فى « الشرح » فإنه قال يائر المسألة : وهذا كما قال ، لأن الركعتين إنما حطتا من صلاة الظهر لأجل الخطبة ، فصارت الخطبة والصلاة كشيء واحد ، فإذا

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : أو .

(٤) فى أ : لها .

(٥) فى ب : قال .

(٦) فى ب ، ج : السماع .

أصاب الإمام حدث يمنعه من [ ق / ٢ ب ] التمدادى على الخطبة أو من الصلاة بعد أن [ أكمل ] <sup>(١)</sup> الخطبة كان له أن يستخلف على ما بقى منها وعلى الصلاة [ أو على الصلاة ] <sup>(٢)</sup> إن كان أكمل الخطبة .

قال : وإنما الذى لا يجوز له إذا ضعف [ عن ] <sup>(٣)</sup> الخطبة وقوى على الصلاة أن يقدم من يخطب ويصلى هو ، لأن الخطبة والصلاة كشيء واحد ، فلا يجوز لمن تشبث بالإمامة فى شيء من ذلك أن يخرج عن الإمامة إلا من عذر . انتهى .

وهو [ جلى فى ] <sup>(٤)</sup> حمله المسألة على ما ذكرنا ، غير أن ابن يونس - رحمه الله - نقلها على نحو ما عزاه الشيخ لأشهب ، ونصه : وقال أشهب عن مالك فى الذى يخطب يوم الجمعة [ ثم ] <sup>(٥)</sup> يقدم رجلاً يصلى بالناس : إنه لا بأس به ، كما لو أصابه مرض أو حدث أو رعا ف . انتهى .

ورأيت [ فى طرة ] <sup>(٦)</sup> نسخة منه : انظرها فى « العتبية » ، فلم يبح التقديم من غير عذر .

وأما ابن حبيب فالذى نقله عنه ابن يونس هو ما نصه : ولا بأس أن يصلى الجمعة بالناس غير الذى يخطب ، مثل أن يقدمه الإمام لرعا ف أو حدث أو مرض ، أو يقدم والٍ يعزل الذى خطب . انتهى .

وقوله : [ أو يقدم والٍ يعزل الذى خطب خلاف قوله فى « المدونة » : وإذا خطب الإمام يوم الجمعة ثم قدم والٍ غيره ابتداءً ] <sup>(٧)</sup> الخطبة .

قال سحنون : فإذا صلى بهم القادم بخطبة الأول أعادوا أبدأً .

(١) فى ب : اتصل .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ب : على .

(٤) فى ب : صريح فى .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى ب : بطرة .

(٧) سقط من أ .

## مسائل من الذبائح والأيمان

(٦) [١] وسئل - رضى الله عنه - : [ ق / ٤ أ ] [ من ]<sup>(١)</sup> بعض المدرسين ، ونص السؤال : أدام الله عافيتكم وأبقى بركاتكم ، ما ذكره ابن رشد فى خرق [المصران ]<sup>(٢)</sup> من التفرقة بين الأعلى والأسفل ، أيهما مقتل ، هل حملة الشيوخ على التفسير لقول من تقدمه ، أو على الخلاف حملاً للأقوال على ظاهرها ، ففسر الجواب فإن المسألة كثيرة النزول ؟

**فأجاب :** أعزكم الله بطاعته ، صوّب القاضى أبو الفضل عياض ما ذكره ابن رشد - رحمهما الله - من التفصيل فى خرق [ المصران ]<sup>(٣)</sup> بين أعلاه وأسفله ، وذكر فى وجه التفصيل من الاستدلال بالعادة نحو ما ذكره ابن رشد .

وقال : إليه يرجع عندى ما ذكره ابن القاسم وغيره ، ولا يكون جميع ما جاء فى المسألة من ذلك خلافاً إذا نُزِّلَ هذا التنزيل ، وهذا الذى ظهر لى .

**قلت :** احتج ابن رشد لذلك فى « المقدمات » بأن كثيراً من الحيوان وبنى آدم يخرق [ مصرانه ]<sup>(٤)</sup> فى مجرى الرجيع فيخرج الرجيع ويعيش مع ذلك .

قال : ولو خرق أعلاه فى مجرى الطعام والشراب لما عاش إلا ساعة من نهار ، ونقله ابن عبد السلام عن غير واحد .

قال : والفرق بأن الأول لا يحصل معه الانتفاع بالغذاء ، والثانى يحصل معه ذلك ، فلم يكن مقتلاً ولو وجد كرش بهيمة صحيحة مثقوباً ، فقال ابن رشد : نزلت فى ثور فحكّم ابن مكى بفتوى ابن حمدين ، بطرحها فى الوادى ، وأفتى ابن

(١) فى ب : عن .

(٢) فى ج : المصير .

(٣) فى ج : المصير .

(٤) فى ج : مصيره .

رزق بأكلها ، وبيان ذلك فى بيعها ، فغلبت العامة أعوان القاضى لمكانة ابن رزق فى نفوسهم من العلم والمعرفة وأخذوا من أيديهم وأكلوه .

ابن رشد : وهو الصواب لما قدمت من [ الوجه ]<sup>(١)</sup> المعلوم بالاعتبار .

ابن عبد السلام : أخبرنى غير واحد ممن أثق به أنه كثيراً ما يعترى عندهم البقر بعد أدواء ، فيعالج بأن يشق ما يقابل الكرش ثم يشق الكرش فيخرج حيثئذ ، [ريش]<sup>(٢)</sup> يكون ذلك سبب برئه ، وعلى أن الكرش محل للطعام قبل التغيير ، فينبغى أن ينظر فى ذلك .

ابن عرفة : وقول ابن عبد [ ق / ٤ ج ] السلام أنه محل الطعام قبل تغييره خلاف تعليل ابن رشد صحة قول ابن رزق ، ولعله يريد [ كمال ]<sup>(٣)</sup> تغييره .

(٧) [ ٢ ] وسئل - رحمه الله - : عن سمسار دفعت إليه سلعة لينادى عليها ، فطاف بها فى السوق وحضر ربها مع بعض من يريد ابتياعها والسمسار المذكور ، فتساوما فيها بسوم انتهيا إليه ، ولم يرض رب السلعة ، فتركه السمسار مع الرجل الذى يريد ابتياعها ، وطاف بها ثانياً ثم أوقفها على بعض [ ق / ٣ ب ] الباعة وذهب فى حوائجه ثم رجع إليها ، فأراد قلعها من الرجل الذى كان أوقفها عنده ، فتحاورا بسببها ، فقال له الرجل الموقوفة عنده : ما تحملها من عندى إلا أنك بعتها من فلان ، يعنى [ به ]<sup>(٤)</sup> الرجل الذى وقع معه التساوم أولاً مع رب السلعة ، فحلف له السمسار بالآيمان تلزمه ما انباعت للرجل الذى [ ذكره ]<sup>(٥)</sup> ، فبينما هما كذلك إذا طلع عليهما الرجل المذكور فقال لهما : قد والله اشتريتها من ربها ، تعاملت معه فيها بثوب وقبضه منى ، وشهد على السمسار باليمين المذكورة ، وزعم أنه لم يعلم بيع

(١) فى أ : الموجود .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : تكميل .

(٤) فى ج : بها .

(٥) فى ج : ذكر له .

تلك السلعة إلا من قول المبتاع بعد يمينه ، وشهد عليه رجل آخر غير المبتاع أنه كان حين يمينه عالماً بأن البيع قد انعقد فيها ، وأنه تعمد الكذب في يمينه ، والشاهد المذكور ثقة إلا أن مبتاع السلعة لم يوافق على أنه عالم بانعقاد البيع بينه وبين رب السلعة ، وزعم أنه تركهما السمسار المذكور وهما يتساومان والبيع لم ينعقد بينهما ، ووافق قوله قول السمسار ، فهل يلزمه الحنث لوقوع البيع للرجل المذكور قبل حلفه ، وسواء شهد عليه بالعلم بذلك أو لم يشهد ، أو لا يحنث إلا مع علمه به ؟ [ هل ]<sup>(١)</sup> تلزمه يمين أنه لم يعلم بالبيع ، أو كيف الحكم ؟

**فأجاب :** بما هذا نصه : أكرمكم الله ، إذا كان الأمر كما وصفتم فلا حنث على الخالف على مشهور المذهب لأن البساط وهو السبب المثير اليمين يخصص ظاهر لفظ الخالف ، فيكون محل لفظ الخالف : « ما اتباعت » ، ما بعثها ، إذ هو الذى اتهمه [ به ]<sup>(١)</sup> [ الباغى الذى أوقفها عليه ، لقوله فى المحاوره ] [ التى ]<sup>(٢)</sup> جرت بينهما حين أراد أخذها منه : ما تحملها منى إلا أنك بعثها [ من فلان ، فيكون جوابه المطابق لكلامه ما بعثها ]<sup>(٣)</sup> منه ، ولا يحمل جوابه على نفى بيع غيره ، لأنه غير جواب محاوره ، فلا يحمل لفظ الخالف على الإضراب عن جواب [ الباغى ]<sup>(٤)</sup> المحاور له إلى إنشاء كلام آخر لا يكون جواباً له ، هذا وجه تخصيص لفظ الخالف بالبساط ، وسواء حضرت للخالف نية التخصيص أو لا ، وسواء قامت على أصل اليمين بينة أو لا .

فتلخص أن الخالف فى مسألتكم لا حنث عليه حسبما تقدم ، ولا عبرة بشهادة الشاهد على علم السمسار بكون [ رب ]<sup>(٦)</sup> السلعة باعها من السائم الأول وقت

(١) فى ب : وهذا .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

حلفه ، لأن لفظ الخالف : ما اتباعت قد حمل [ على ]<sup>(١)</sup> نفى بيع نفسه ، وإذا حمل على [ نفى ]<sup>(٢)</sup> بيع [ نفسه ]<sup>(٣)</sup> لم يضره ولو علم أن رب السلعة باعها من السائم الأول على ما لا يخفى ، وبالله التوفيق ، [ وكتب ]<sup>(٤)</sup> على بن محمد بن عبد الحق الزرويلى ، [ والسلام ]<sup>(٥)</sup> .

**قلت** : هذا ظاهر [ على ]<sup>(٦)</sup> مراعاة البساط وتقديمه على اللفظ وهو المشهور .

قال ابن يونس - رحمه الله - : الأيمان فى الفتوى أن ينظر إلى النية ، فإن عدمت نظر إلى البساط ، فإن عدما نظر إلى عرف الناس ومقاصدهم فى أيمانهم فحمل على ذلك ، فإن لم يكن كذلك أعطى لفظ يمينه حقه فى اللغة ، وللأشياخ فى ذلك إذا لم تكن نية طروق ومن أحسنها طريق ابن رشد ، فله فى « المقدمات » : للحالف نيته التى أرادها وعقد عليها يمينه وإن خالفت ظاهر لفظه اتفاقاً ، واختلف إذا لم تكن له نية وليمينه بساط أو عرف من مقاصد الناس فى أيمانهم خلاف ظاهر لفظه ، ففى حمل يمينه على البساط أو على ما عرف من مقاصد [ ق / ٤ ب ] الناس أو على ظاهر اللفظ دونهما ؟ ثالثها يعتبر البساط لا العرف للأشهر .

وقول ابن القاسم فى سماع سخنون : ودليل « المدونة » فى الخالف لا يأكل بيضاً أو رأساً فأكل بيض الحيتان أو رؤوسها ، فعلى الأول إن لم تكن له نية فبساط يمينه ، فإن عدما فما عرف من مقاصد الناس بأيمانهم ، فإن لم يعلم لهم مقصد فما يوجه ظاهر لفظه فى حقيقة اللغة ، فإن احتمل وجهين [ فأظهرهما ]<sup>(٧)</sup> ، فإن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) زيادة من ج .

(٦) سقط من ب .

(٧) فى أ : فظاهرهما .

تساوى الاحتمالان [ جرى ]<sup>(١)</sup> الأمر على اختلاف الأصوليين فى المجتهد تتعارض عنده الأدلة هل يأخذ بما شاء أو بالأثقل أو بالأخف ، فكذلك هذا يأخذ بما شاء ، لأن استواء الأدلة دليل على التخيير ، أو بالحث احتياطاً ، أو بالبراءة لبراءة الذمة فى اليمين بالله وتيقن العصمة فى الطلاق . [ انتهى ]<sup>(٢)</sup> مختصراً .

والذى فى سماع سحنون مسألة الخالف على صب الزيت فى البلاعة فصبها دونها ، ومسألة الخالف لامرأته لتبيتن فى هذا البيت فتبيت بدكان على بابه [ لأنها استأذنته ]<sup>(٣)</sup> [ على ذهابها ]<sup>(٤)</sup> إلى أهلها فأبى ، ومسألة مشترى ثوب لها فكرهته فحلف ألا تلبسه ، فرده فاشترته فلبسته ، ومسألة من قال : سرقتنى ديناراً ، [ فحلف له بالطلاق إن كان له عنده دينار ]<sup>(٥)</sup> ، فنظر فإذا جاريتته سرقته من الرجل ديناراً وجعلته عنده ، ومسألة من [ سئل ]<sup>(٦)</sup> سلفاً فحلف بالطلاق إن كان له شيء يملكه ثم طلع له مال ورثه ولم يعلم ، ومسألة كراء على جلود فجعلت [ ق / ٥ أ ] على يد رجل حتى يوفى الكراء ، فقال لربها : احلف أنه ليس لغيرك [ فيها ]<sup>(٧)</sup> شيء ، فنظر إلى علامة فلم ينكر شيئاً ، فحلف ثم نظر فإذا الذى هى عنده قد بدل منها شيئاً .

ابن رشد : فلم يراع مالك وابن القاسم فى هذه المسائل كلها البساط [ وحثناً ]<sup>(٨)</sup> الخالف بمقتضى [ لفظه ]<sup>(٩)</sup> فيها إلا أن تكون [ له ]<sup>(١٠)</sup> نية ، وأجرى فى «المقدمات»

(١) فى ب : جزم .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى : لأنه استأذنتها .

(٤) سقط من أ ، ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى ب : سلف .

(٧) فى أ ، ب : فيه .

(٨) فى ب : وحث .

(٩) سقط من ب .

(١٠) سقط من أ ، ب .

هذا الخلاف الذى فى تقديم البساط على اللفظ أو العكس على الاختلاف فى اللفظ العام الوارد على سبب هل يحمل على عمومه أو يقصر على سببه ؟

قال القرافى : وهو غير مستقيم لأنه لم يقل أحد بتعميم الحكم فيما هو أعم من اللفظ فى اللفظ العام الوارد على سبب ، وأقرب شيء بمسألة الشيخ - رحمه الله - مسألة سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن خرج فى طلب [ رمكة ]<sup>(١)</sup> ختنه بكبير النفرى ، [ فأدركها ]<sup>(٢)</sup> فقال لآخذها : إنها [ لبكبير ]<sup>(٣)</sup> النفرى ، [ فقالوا : كذبت إنما هى للجندى ، ولكن احلف أنها للبربرى وليست للجندى ، فحلف أنها لبكبير النفرى ]<sup>(٤)</sup> وأصل استحلانهم إياه للبربرى لا للجندى ، ولم يسأله إن كانت للنفرى أو لغيره ، فسئل عن بكبير فإذا هو من مصمودة وظن حين حلف أنه من نفرة .

فقال : إن كان أصل استحلانهم إياه أنها ليست للجندى ولم يستحلنوه أنها للنفرى ، فلا شيء عليه لانى سمعت مالكاً [ يقول ]<sup>(٥)</sup> فيمن بعث لعبده فى خرج ، فقال للرسول : أخذه أخوه ، [ فأتى السيد مغضباً ]<sup>(٦)</sup> فقال [ السيد ]<sup>(٧)</sup> : أخفيته عنى ، فحلف العبد بالطلاق أنه أتاه وأخذه منه ، ثم تفكر فإذا هو لم يأتها وإنما جاءه رسوله .

فقال : لا شيء عليه ، لأنه لم يحلف إلا [ على ]<sup>(٨)</sup> أنه لم يخفه منه .  
وتكررت مسألة الخروج فى رسم أخذ يشرب خمرًا من سماع ابن القاسم .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ ، ب .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ب ، ج .

(٨) سقط من ب .



قال ابن رشد : لأنه لم يقصد يمينه إلا الحلف على ما استحلفه سيده عليه من أنه باعه ولم يغيبه عنه ، وما زاد في يمينه من [ أن ]<sup>(١)</sup> أخاه أرسل إليه فيه لم تقع عليه اليمين ، إذ لم يستحلفه عليه ، ولا قصد هو [ إلى ]<sup>(٢)</sup> الحلف عليه ولا إلى أن يحقق [ ق / هـ ] بيعه به ، إذ لا تأثير لذلك في تحقيق البيع ، ولو كان لما زاده تأثير في تحقيقه كأن يتذكر أنه لم ينقد الثمن ، وهو قد حلف عليه ، أو أنه باعه بمحضر فلان وفلان فتذكر أنه لم يبعه إلا فيما بينه وبينه لتخرج ذلك على قولين في مسائل حكاهما ابن حبيب من هذا النوع . انتهى .

**قلت** : منها ما نقله عن ابن الماجشون فيمن أعار لابن أخيه مضمداً ، فامتنع من رده وقال : هو لأبي ، فحلف العم ما هو [ ق / هـ جـ ] إلا لي عملته بيدي ، ثم ذكر [ أنه ]<sup>(٣)</sup> لم يعمله وأنه أخذه معاوضة من مضمد عمله بيده . قال : هو حانث ، لأنه أراد بذكره عمل يده ليشهد له بتصديقه . وقال أصبغ : لا شيء عليه .

ومن هذا المعنى أيضاً قول سحنون في نوازله من الأيمان بالطلاق فيمن تلف له ذكر حق فسأل شهوده أن يكتبوا له غيره ، وحلف بالطلاق أنه ما يعلمه في موضع من المواضع ولا هو في بيته ، ثم وجده فيه أنه لا حنث عليه ، لأنه أراد علمه . ابن رشد : هذ [ على ]<sup>(٤)</sup> المشهور من حمل اليمين على البساط والمعنى المراد .

وفي سماع أبي زيد فيمن قال [ لجلاب ]<sup>(٥)</sup> : إذا أدخلت غنمك في السوق يوم الأحد حين فاتك السوق ، فحلف بالطلاق لقد أدخلها السوق يوم الجمعة ، يريد أنه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب : هو .

(٥) في أ : إذا .

أدخلها قبل الأحد ، وإنما أدخلها يوم السبت ، فلا شيء [ عليه ] <sup>(١)</sup> كمن قال :  
أسلفني [ ستة ] <sup>(٢)</sup> دنانير ، فحلف بالطلاق أنه ليس [ معه ] <sup>(٣)</sup> إلا خمسة دنانير ،  
فإذا هو ليس معه إلا أربعة ، فلا شيء عليه .

ابن رشد : قوله في المسألة الأولى صحيح على مراعاة المعنى ، لأنه إنما أراد لم  
تأخر سلعته [ على ] <sup>(٤)</sup> سوقها ، وقد قيل : إنه حانث على اعتبار اللفظ .

وأما المسألة الثانية فيبين أنه لا حنث عليه ، لأنه إنما أراد : ليس معه أكثر من  
خمسة . انتهى .

وقال مالك في كتاب محمد : من تسلف من رجل ديناراً فوجده ناقصاً فسأله  
أوزن منه ، فحلف ما معه إلا أنقص منه ، فوجد معه مثل وزنه ، لم يحنث .  
اللخمي : معناه ، ما معه أوزن .

وفي « النوادر » [ عن ] <sup>(٥)</sup> « الواضحة » : [ وقالوا ] <sup>(٦)</sup> - يعني مالكا والمغيرة  
وغيرهما - في رسول بدنانير إلى رجل ، فنقصت دينارين ، فحلف بالطلاق ما بعث  
معي غير هذا ، ففتشوا في لف الثوب فإذا بالدينارين ، فلم يروا عليه شيئاً ، لأن  
قصده ما احتجت منها شيئاً .

ومن هذا المعنى ما في نوازل ابن رشد في امرأة أمير سكن معها دار الإمارة ،  
فلما توفي حضرت دفنه ، وقيل [ لها ] <sup>(٧)</sup> : ارجعي لدارك ، فأجابت : أى دار  
تعنى ؟ قيل [ لها ] <sup>(٨)</sup> : دارك التي خرجت منها ، فحلفت لا رجعت إليها أبداً ،

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : خمسة .

(٣) في ب ، ج : عنده .

(٤) في أ : من .

(٥) في أ : على .

(٦) في ب : وقال .

(٧) سقط من أ ، ب .

(٨) سقط من أ ، ب .

وقالت : أين الوجوه التي كنت أعرفها فيها وأسكنها معهم ، ثم تزوجها أمير تلك البلدة الساكن في دار الإمارة ، فهل تحث إن رجعت إليها أم لا ؟

**فأجاب** : بأنه لا حث عليها .

قال : لأن الظاهر من أمرها أنها [ إنما ]<sup>(١)</sup> كرهت الرجوع إليها على غير الحال التي كانت عليها مع زوجها المتوفى .

قال : لأن الأيمان تحمل على البساط والمعنى المفهوم من قصد الحالف لا على مقتضى الفاظها [ لغة ]<sup>(٢)</sup> ، وهو أصل مذهب مالك ، وذكر مسألة الذي سأله النقيب عن امرأته [ إن ]<sup>(٣)</sup> كانت حاضرة أم لا ؟ ، فحلف بالطلاق أنها الآن في البيت ، إذ كان تركها فيه ، وهى لم تكن فى ذلك الحين فيه [ إذ ]<sup>(٤)</sup> خرجت منه إلى الحجرة ، فقال مالك فى رواية أشهب : لا حث [ عليه ]<sup>(٥)</sup> ، لأن يمينه إنما خرجت على سؤال النقيب إياه عن حضورها .

وذكر أيضاً قول ابن القاسم فيمن خرج يشتري لأهله لحماً فوجد زحاماً ، فحلف ألا يشتري لهم فى ذلك اليوم لحماً ، فرجع فعاتبته امرأته فخرج فاشتري كبشاً فذبحه فأكلوه ، إنه لا حث عليه إذا كانت يمينه [ لكراهة ]<sup>(٦)</sup> الزحام فى المجزرة .

ومن هذا ما أفتى به أيضاً فى متزاعين خرجا للحصاد ، [ فخرجت ]<sup>(٧)</sup> زوجة أحدهما وطحنت لهما ، فأرادت [ ق / ٦ ب ] الالتقاط [ خلف الحصادين ]<sup>(٨)</sup> فمنعها شريك زوجها ، فحلف بالأيمان اللازمة لزوجها ألا يدخل يده فى صحفة

(١) سقط من أ ، ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : إنما .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ ، ج : لكثرة .

(٧) فى أ ، ب : فخيزت .

(٨) سقط من أ ، ج .

الدر الثبير على أجوبة أبي الحسن الصغير  
 [واحدة] <sup>(١)</sup> معه أبداً ، فضيفا وأكلا في صفحة واحدة ، أنه لا [ حث ] <sup>(٢)</sup> عليه ،  
 [ لكون ] <sup>(٣)</sup> بساطه يدل [ أنه ] <sup>(٤)</sup> إنما أراد ألا يأكل معه مما تصنع زوجته معاقبة له  
 على منعه إياها الالتقاط خلف الحصادين .

فَسَلِّتْ : فقد بان لك من هذا أن البساط والمعنى المقصود يقيدان المطلق  
 ويخصصان العام كما تقيد النية وتخصص .

( ٨ ) [ ٣ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل حلف [ بالأيمان اللازمة ] <sup>(٥)</sup>  
 على زوجته لا طحنت لى طول الزوجية ، وكان البساط [ أنها ] <sup>(٦)</sup> عاتبته أن تركها  
 بغير دقيق ، فطحنت بيدها يومين ، فبقيت لم تطحن سبعة أعوام ، فكسرت يوماً  
 دشيماً فتوهم أنه حث ، فخرج وبقيت تطحن لاعتقادها أنه حث مدة من ستة عشر  
 شهراً ، وهو معتزل عنها ؟

فَقَالَ : كسر الدشيش ينطلق عليه اسم طحن ، فبمقتضى اللفظ حث و  
 [بالمقصود] <sup>(٧)</sup> لم يحلف على الدشيش ، لأنه ليس مما يعول [ الناس ] <sup>(٨)</sup> عليه المؤنة  
 ولا مما عاتبته عليه لحفته عليها فليس مقصوداً لها في العتاب ، وعلى ذلك خرج  
 يمينه ، فلا يحث بهذا إلا أن طحنها بعد ذلك يحث به ، لأنها في عصمته ، وكونه  
 ظن أنه حث لا ينفعه في ذلك ولا اعتزاله [ لها ] <sup>(٩)</sup> ، والسلام .

قَلَّتْ : لأن البساط يخص اللفظ [ العام ] <sup>(١٠)</sup> ببعض معانيه [ ق / ١٦ ] .

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : شىء .

(٣) في ب ، ج : لان .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ ، وفي ب : باللازمة .

(٦) سقط من أ .

(٧) فب ، ج : بالفصد .

(٨) سقط من أ ، ج .

(٩) في ب : عنها .

(١٠) سقط من ج .

(٩) [٤] وسئل - رحمه الله - : عن رجل حلف بالحرام لا أكل هذا اللحم ، فطبخ على ذلك اللحم كسكسى ، ولم يسق به بل سقى [ بمرق ]<sup>(١)</sup> من غير ذلك اللحم فأكله ، هل يحنث<sup>(٢)</sup> [ بما حمله البخار المتصعد من اللحم الذى طبخ به الكسكسى من الأجزاء فتخللته أم لا ؟

[ فقال ]<sup>(٣)</sup> : عندنا فى البخار هل يفطر به الصائم أم لا ، قولان : المشهور لا يفطر ، فلا حنث على هذا .

وعلى القول بأنه يفطر ، فهل يحنث [ هذا نظراً إلى أنه أكل بعض ما حلف عليه ، أو لا يحنث نظراً إلى اللفظ لأنه لم يأكل لحمًا ، وإلى ]<sup>(٤)</sup> القصد لأنه لم يخطر له البخار وكل ما لا يخطر بالبال إلا بالإخطار ، فلا ينبغي أن يجعل مراداً للمتكلم ، فلا حنث عليه .

**قلت** : وفى سماع أصبغ من كتاب النذور : من عاتبته امرأته فقالت : تأكل من غزلى وعمل يدي ، فحلف ألا يأكل من عملها شيئاً ، ثم دخل عليها يوماً فدعى بشربة جديدة من ماله وبغسل له فى التابوت ، فأخطأت المرأة فجاءت بزيت لها أو دهن اشترته لرأسها فصبت فيه فشربه ، فقال : إن كان زيتاً حنث ، وإن كان دهناً فلا شيء عليه .

ابن رشد : إنما لم يحنثه فى الدهن لما كان مما لا يتخذ للأكل ، فحمل يمينه على ما يتخذ للأكل إذا رأى أن ذلك [ مقصوده ]<sup>(٥)</sup> ، ويحنث به على القول بمراعاة مقتضى اللفظ ، وإذا كان الدهن مما لا يتخذ للأكل وهو يفطر الصائم اتفاقاً فالبخار أخرى .

(١) فى ب ، ج : من مرق .

(٢) بداية سقط من ب بمقدار ورقة .

(٣) فى ح : فأجاب .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ح : مقصده .

وفى « المدونة » : من حلف ألا يأكل خلاً ، فأكل مرقاً طبخ بخل ، لم يحنث إلا إن أراد أن لا يأكل طعاماً دخله الخل .

وقال أصبغ وسحنون : يحنث ، وصوبه التونسي .

وقال القاضى إسماعيل [ البغدادى ]<sup>(١)</sup> : لو حلف ألا يأكل هذا الخل - لخل بعينه - فمتى أكل منه شيئاً فى قدر أو غيرها ، استحال أو لم يستحل حنث .

وما شهره الشيخ من كون البخار لا يفطر الصائم هو قول ابن لبابة ، حكاه عنه ابن أبى زيد فى « المختصر » إذا استنشق بخور دواء تبخر به ، ومقابله حكاه عبد الحق عن « السليمانية » إذا وجد طعمه فى حلقه .

**قلت** : [ ولعل ]<sup>(٢)</sup> قول ابن لبابة إذا لم يجد طعمه فى حلقه ، فلا يكون خلافاً للسليمانية .

وقد أشار المازرى إلى أن اختلاف المتأخرين فى إضافة الماء إنما هو اختلاف فى حصوله لا فى تأثيره إن حصل .

(١٠) [ ٥ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل عزم على السفر فى التجرة ، فأرادت زوجته عمل صناعته فحلف باللازمة لا عملت تلك الصناعة طول حضورى ، فإذا سافرت اعلمى ما شئت ، ثم بدا له من السفر فجلس ، هل يحنث إن عملت ذلك أم لا ؟

**فقال** : يمينه خرجت على أن لا تفعل ذلك مع حضوره خوف المعرة عليه فى حضوره فمتى فعلت فقد فعلت ما تلحقه به المعرة فى حضوره ، فيحنث .

[ **قلت** ]<sup>(٣)</sup> : ولا يقال هنا : إن لها عمل ذلك إلى مقدار رجوعه من سفره وقدمه ، ولا يحنث للمعنى الذى ذكره الشيخ ، فليست المسألة كمسألة سماع أصبغ

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وهل .

(٣) سقط من أ .

فيمين حلف ألا يدخل امرأته موضعاً سماه حتى يقدم من سفره فبدا له عنه ، أن اليمين عليه إلى [ ق / ٦ ج ] مقدار رجعته ، والأقرب لمسألة الشيخ مسألة سماع أشهب في كتاب النذور فيمن تجهز يريد العمرة ، فلما حضر مسيره قالت [امراته]<sup>(١)</sup>: ائذن لي في الخروج التي كنت أخرجها ، فحلف ألا يأذن لها حتى يقدم فأقام لعذر ، له أن يأذن لها إن كان نوى ألا يأذن لها في غيبته ، لأنه لا واعظ لها ولا معاتب وخاف كثرة الخروج ، فهو أخف .

ابن رشد : يريد أنه إن نوى ذلك فلا شيء عليه ، وإلا فليس له أن يأذن لها إلى مقدار ما كان يرجع إليه من عمرته لو خرج إليها ولم يعقه عائق ، فإن أذن لها حنث .

ثم ذكر مسألة سماع أصبغ ، وقال: إن الشيوخ كانوا يحملون الروايتين على الخلاف ، وليس بصحيح .

ثم ذكر الفرق بينهما ، ومنع الطول إirاده ، وتذكر مسألة [ سماع ]<sup>(٢)</sup> عيسى في رسم حمل صبياً من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن قال : أنت طالق إن دخلت بيت أبيك حتى يقدم أخوك ، فمات قبل أن يقدم ، أنه إن أراد مثل ما يقدم فيه الحاج وشبه ذلك ولم يرد الموت وإنما أراد الأجل ، فإنه إذا قامت إلى مثل ذلك ثم دخلت فلا شيء عليه ، وإن لم تكن له نية حنث .

ومسألة « المبسوطة » فيمن حلف بالطلاق ألا يكلم إنساناً حتى يرى الهلال فعمى قبله ، فقال مالك : لا يكلمه أبداً .

وقال ابن الماجشون : يكلمه إذا رأى [ الناس ]<sup>(٣)</sup> الهلال ولا شيء عليه ، لأنه إنما أراد ألا يكلمه حتى يرى الهلال من حيث يرى .

(١) في أ : المرأة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(١١) [٦] وسئل - رحمه الله - : عن رجل قال لزوجته : عليه الطلاق إن رددت على صداقك لطلقتك فقالت : هي تصوم العام لتردن عليه ، فخرجا على ذلك إلى الشهود ، ثم إن المرأة ندمت فقالت : أرجع إلى زوجي ، فهل يلزمها ذلك ؟

فقال : أما المرأة فتحنت بصوم العام إن لم ترد عليه وإن كان مرادها : لتردن عليه ليطلقها ، لأن ردها مقدم على إسقاعه هو الطلاق وأما هو فلا يحنت إذا لم ترد عليه ولا يلزمه طلاق .

قلت : هذا بين لا إشكال فيه ، وهو كمسألة سماع عيسى في رسم لم يدرك من كتاب الأيمان بالطلاق في الرابعة من مسائل ذلك الرسم ، انظرها فيه .

(١٢) [٧] وسئل - رضي الله عنه - : عن رجل حلف بالأيمان تلزمه لا دخلت ابنته بيت البناء بها حتى يقبض لها المملوكة التي شرط ، ونوى ألا يأخذ إلا ملك الزوج ولا يقبل العارية ، فأتى الزوج بمملوكة فادعى [ أنها ]<sup>(١)</sup> ملكه فأوقفها للقاضي ، فحكم على الأب بقبولها وبتمكين [ الزوج من البنت ]<sup>(٢)</sup> ففعل ، فلما دخل بها انكشف أنها مستعارة ، فأتى مالكةا وحملها ، فهل يحنت الحالف أم لا ؟

[ فقال ]<sup>(٣)</sup> : الظاهر حنته ، واحتج بما في الأيمان والنذور من « المدونة » : ومن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل ، فقضاه إياه ثم وجد فيها صاحب الحق درهماً نحاساً أو رصاصاً . . . إلى قوله : أو استحقت من يده ، فقام عليه بعد الأجل فهو حانت .

والجامع حلف ليقضين ففعل فاستحقت ، وهذا حلف ليقضين فقبض فاستحقت وإن كان في تلك خلاف ، ولا فرق .

قلت : [ ما أشار إليه من الخلاف في حنته باستحقاقها ]<sup>(٤)</sup> مقتضى كلام اللخمي

(١) في أ : أنه .

(٢) في أ : البنت من الزوج .

(٣) في ح : فأجاب .

(٤) سقط من أ .



قصر ذلك الخلاف على ما إذا أجاز ذلك المستحق ولم يأخذها ، فإنه قال بعد أن ذكر المسألة : واختلف إذا استحققت بعد الأجل فلم يأخذها المستحق ، فقال ابن كنانة : لا يحنث .

وقال ابن القاسم : يحنث .

وصرح بقصر الخلاف على ما أشرنا إليه ابن بشير .

قال : لو قضاه شيئاً فاستحق بعد الأجل وشح المستحق على أخذ شيئه ، وقع الحنث اتفاقاً .

قال : وأجرى الخلاف الذى فى الحنث [ الذى ]<sup>(١)</sup> إذا أجاز ، على الخلاف فى المترقيات إذا وقعت حتى بعد تحقيق ثبوتها ، هل تعد كأنها لم تزل فيتفى الحنث ، أو كأنها الآن وقعت فيثبت الحنث لأنه قد مر الأجل ولم يقض .

وأشار ابن رشد إلى هذا الإجزاء أيضاً ، ثم [ حكى ]<sup>(٢)</sup> قولاً ثالثاً بعدم حنثه مطلقاً ولو لم يجز المستحق وأخذ شيئه ، وعزاه لأشهب فى سماع أصبغ فيمن عليه طعام من بيع فقضى ربه طعاماً ابتاعه قبل أن يستوفيه ، فإن القضاء يفسخ ويبرئ الخالف ، وجعل قول ابن القاسم هو ظاهر « المدونة » .

قال : إذا لم يفرق فيها بين أن يأخذ المستحق ما استحق أم لا ، ثم إن [ ق / ١٧ ] هذا الخلاف فى الاستحقاق بعد الأجل ، وأما قبله فإن أجاز المستحق أو قضى الخالف غريمه برئ .

ابن رشد : اتفاقاً ، ومسألة الشيخ خارجة من هذا الخلاف ، لأن الخالف نوى ألا يأخذ إلا ملك الزوج<sup>(٣)</sup> ولا يقبل العارية ، وقد أوجب ابن رشد الكلام فى هذا المعنى على أول مسألة من كتاب النذور .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : حكم .

(٣) نهاية سقط من ب بمقدار ورقة .

وفى أجوبة الشيخ الفقيه الحافظ أبى العباس القباب - رحمه الله - مسألة من هذا المعنى وهى : رجل شارر زوجته فخرجت عنه ، فحلف أخوها بالإيمان اللازمة لا رجعت إليه حتى يدفع إليه جميع نقدها ، فتسلف الزوج المال من مال [ يتيم ]<sup>(١)</sup> بيد رجل ودفعه إلى الأخ المذكور ، وهو عالم بأن المال ليس للزوج وإنما هو لليتيم .

**فأجاب :** [ إن كان ]<sup>(٢)</sup> الزوج أو الذى أسلفه المال موسراً بذلك المقدار ، فلا حث على الخالف ، وإن كانا [ معاً ]<sup>(٣)</sup> عديمين غير قادرين على الأداء ، فالمشهور من المذهب أنه حائث ، قاله ابن القاسم .

وقال أشهب : لا حث عليه .

**قلت :** إنما لا يحث على قول ابن القاسم إذا كان الزوج أو مسلفه موسرين بذلك على القول المشهور أن البداية [ بالمسلف ]<sup>(٤)</sup> وانظر هل يحث على [ قول ابن القاسم على ]<sup>(٥)</sup> القول بأنه يتبع أيهما شاء - وهو قول أشهب - أم لا ؟ ، وهذا كله إذا فات مال اليتيم بيد الأخ وهو غير عين ، أو كان عيناً ولم تقم عليه بينة ، فحيث لا يحث [ الأخ ]<sup>(٦)</sup> على قول ابن القاسم لما أشرنا إليه من البداية [ بالمسلف ]<sup>(٧)</sup> ، وأما إذا لم يفت فإنه يحث على قوله [ بأنه ]<sup>(٨)</sup> مخير بين الإجازة والرد ، وكذلك إن كان عيناً وقامت عليه بينة على القول بأنه يتعين ، وقد أشار ابن رشد إلى هذا في أول مسألة من كتاب النذور من « البيان » .

(١) فى ب : الشيخ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : بالملك ، وفى أ : بالمسلط .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

(٧) فى ب : بالملك ، وفى أ : بالمسلط .

(٨) فى أ : لأنه .

وفي كتاب السلم الثاني : وإن أسلمت إليه دراهم في [ طعام ]<sup>(١)</sup> أو غيره ثم أقالك قبل التفرق ، ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها ، فذلك له وإن كرهت ، شرطت عليه استرجاعها بعينها أم لا .

(١٣) [ ٨ ] وسئل [ ق / ٧ ب ] - رحمه الله - : عن رجل سألت [ منه ]<sup>(٢)</sup> زوجته أن يشتري لها حوائج ، فأكرت عليه في ذلك واستعظم ما سألته من ذلك ، وألحت عليه في طلبه فقال لها عند ذلك : عليه الطلاق لا دخلت هذه الدار حتى آتيك بجميع ما في السموات وما في الأرض ، [ فأتاها ]<sup>(٣)</sup> بجميع ما سمت له عند سؤالها ، فهل عليه شيء أم لا ؟

[ فأجاب ]<sup>(٤)</sup> فقال : هذا معلق على محال ، فلا شيء عليه إن أتاها بما سألته .

[ قلت ]<sup>(٥)</sup> : ونظيره مسألة الكتاب : أنت طالق إن لم أمس السماء ، [ قال ]<sup>(٦)</sup> : لا شيء عليه .

قلت : كذلك [ وجدت ]<sup>(٧)</sup> هذه المسألة [ في نسخة ]<sup>(٨)</sup> وفيها كما ترى إشكال ، وعلى كل حال فقولته أخيراً : فلا شيء عليه ، لا يرجع لمسألة الكتاب « أنت طالق إن لم أمس السماء » ، لأنه ينجز الطلاق على قائل ذلك .

ابن رشد : اتفاقاً ، والمسألة عندي ينظر إليها [ من ]<sup>(٩)</sup> قوله ﷺ : « أما أبو

(١) في أ : الطعام .

(٢) في ب : له .

(٣) في أ : فأتى لها .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ ، ج : له .

(٦) سقط من ب .

(٧) في ب ، ج : وقعت .

(٨) سقط من أ ، ج .

(٩) سقط من أ .

جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه»<sup>(١)</sup> ، فالحالف هنا إنما أراد المبالغة في إسعافه إياها فيما طلبت ، لا حقيقة قوله لاستحالة ذلك ، فيلغى ويحمل على ما علم من مقصده ، فلا يحث إذا أتاها بما سألته إياه .

وأشار صاحب «المقدمات» إلى الاتفاق على ذلك ، قال : مثل قوله : والله لأقودن فلاناً كما يقاد البعير ، أو لأعرضن عليه النجوم في القائلة .

[ قال : فهذا ]<sup>(٢)</sup> يعلم أن المقصود به خلاف اللفظ ، فيحمل على ما علم من مقصده به اتفاقاً . انتهى .

**ومن هذا مسألة :** من سمع هدير [ ق / ٧ ح ] حمامة فحلف بالطلاق إن كان يسكت ، وقال : نويت كثرة هديره .

ومسألة من ذكر له وطأه فحلف أنه لا ينزل عن بطن امرأته ، وقال : أردت الكثرة ، فإنه لا يحث ، قاله في كتاب ابن حبيب .

ومسألة سماع عيسى في رسم جامع من كتاب النذور : من حلف لغريمه لا غاب عن دار القاضي سنة حتى [ أقاضيك ]<sup>(٣)</sup> أو يفصل بيننا [ فإنه يبرأ بحضوره إياه حين يأتي الناس ]<sup>(٤)</sup> .

قال ابن القاسم : فاختلف أبداً كل يوم إلى دار القاضي حين يختلف الناس .

ابن رشد : [ ليس ]<sup>(٥)</sup> عليه ألا يغيب عن دار القاضي أبداً ، [ وإنما عليه ]<sup>(٦)</sup> ألا يغيب حين يأتي الناس .

(٢) أخرجه مسلم ( ١٤٨٠ ) من حديث فاطمة بنت قيس - رضى الله عنها - .

(٢) في ج : فقال : هذا .

(٣) في أ : أقضيك .

(٤) سقط من أ ، ج .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

ابن رشد : لأن القصد المتعين لا يعتبر اللفظ دونه اتفاقاً .

ومسألة سماع عيسى أيضاً فيمن نازعت زوجها فقالت له : لاسيلن الخراء على ساقيك .

ابن رشد : المقصود المعلوم من إرادة المرأة بهذا القول إنما هو : لتفعلن به أشد ما يكون من النكاح وأقبحه لا حقيقة ما ذكرت ، إذ قد [ علم ]<sup>(١)</sup> أنها لا تملك ذلك ولا هو داخل تحت استطاعتها .

( ١٤ ) [ ٩ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل حلف بالحلال عليه [ حرام ]<sup>(٢)</sup> لا سكن مع أخيه ، فرحل من حينه فبقي مدة ، فرجع وسكن معه ؟

[ فقال ]<sup>(٣)</sup> : يحنث ، لأن الحالف : لا سكن ، محمله أبداً حتى يقيد ، وإن كان النفي دخل على الفعل ، وفيه عند الأصوليين خلاف هل يعم أم لا ؟ لكن أجوبة الفقهاء تقتضى العموم ، وإذا لزمه إنما يلزمه ما لزم القائل : أنت [ على ]<sup>(٤)</sup> حرام ، [ ثلاث ]<sup>(٥)</sup> في المدخول بها وينوى في التى لم يدخل بها ، لأن [ مقصود ]<sup>(٦)</sup> الناس تحريم الزوجة لا غير ، ألا تراهم لا يسألون إلا [ عنها ]<sup>(٧)</sup> خاصة ؟!

قلت : حنث [ ق / ٨ ب ] [ من حلف ]<sup>(٨)</sup> لا سكن ، برجوعه إلى السكنى ظاهر ، بخلاف من حلف لينتقلن ثم انتقل ورجع .

وفرق اللخمي بأن الأول حلف أن لا يوجد منه سكنى ، فمتى وجد ذلك منه

(١) في أ : علمت .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ح : فأجاب .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) في ب ، ج : مقصد .

(٧) في ب : عن حرام .

(٨) سقط من ب .

حنت ، والآخر حلف ليفعلن فإذا فعل ذلك مرة برئ .

وما أشار إليه الشيخ [ رحمه الله ] <sup>(١)</sup> من اختلاف الأصوليين في تعميم الفعل في سياق النفي ، عزا القرافي التعميم للشافعي وأنه نص على عمومته في [ مطولاته ] <sup>(٢)</sup> ، فيقبل تخصيصه بنيته في بعضها كسائر العمومات .

قال : وهو الظاهر من مذهبنا .

قال : وقال أبو حنيفة : لا يصح - أي العموم - لأن الفعل يدل على المصدر ، وهو لا يوصف [ بوحدة ] <sup>(٣)</sup> ولا كثرة ، فلا تعميم ولا تخصيص ، واتفق الشافعي وأبو حنيفة على عدم التخصيص ببعض الأزمنة والامكنة .

قال القرافي في « شرح التنقيح » : ونحن لا نساعدهم [ بل ] <sup>(٤)</sup> إذا قال : والله لا أكلت ، ونوى يوماً معيناً أو مكاناً لم يحدث بغيره .

**ودليلنا** : أنه إن كان عاماً صح التخصيص وإلا فمطلق يصح تقييده ببعض محاله زماناً أو مكاناً .

**قلت** : هذا صريح مذهبنا ، أما الزمان ففي « المدونة » : ومن حلف بعق أو طلاق [ ق / ٨ ] ألا يدخل هذه الدار فدخلها بعد شهر ، وقال : أردت شهراً ، فله نيته في الفتيا لا في القضاء إن قامت [ عليه ] <sup>(٥)</sup> بيته .

ونقلها اللخمي بقوله : ولو حلف لا أدخل هذه الدار ، فقال : نويت شهراً ، فإن كانت يمينه بالطلاق وعليه بيته لم ينو ، ولا شئ عليه فيما بينه وبين الله تعالى .  
فإن كان لا بيته عليه أو كانت يمينه مما لا يقضى عليه بها صدق .

(١) زيادة من ب .

(٢) في أ ، ج : مفعولاته .

(٣) في أ : بوجوده .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

وقال ابن المواز : كل من حلف أن لا يفعل شيئاً ولم يذكر تأييداً ، ثم قال : نويت شهراً أو حتى يقدم فلان ، فإنه يصدق في الفتيا ولا يصدق في القضاء .

وأما [ المكنى ] <sup>(١)</sup> ، ففي كتاب الإيلاء : وإن قال لها : والله لا أطاك ، وقال : أردت في هذه الدار ، قيل له : أخرجها وجامعها إن كنت صادقاً [ وهذا لأن النية تفيد المطلق وتخصص العام ، فإذا تقرر هذا فقول الزرويلى في جوابه : لكن أجوبة الفقهاء تقتضى العموم ، يريد إذا لم ينو التخصيص أو حضرته بينة ] <sup>(٢)</sup> .

**ومسألة القائل :** الحلال على حرام ، ذكرها في « المدونة » وغيرها قال في [كتاب] <sup>(٣)</sup> التخيير والتملك : وإن قال : كل حلال على حرام ، ونوى [عموم] <sup>(٤)</sup> التحريم فلا يلزمه شيء إلا في زوجاته ، نواهن حين تكلم بذلك أم لا ، [ ويين منه ] <sup>(٥)</sup> إلا أن يحاشيهن بقلبه [ أو ] <sup>(٦)</sup> لسانه ، فينوى ولا شيء عليه في غيرهن [ مما حرم ] <sup>(٧)</sup> من ماله وأمهات أولاده .

وقال ربيعة : من قال : الحلال على حرام ، فهى يمين إذا حلف أنه لم يرد امرأته ، وقاله ابن شهاب ، إلا أنه لم يجعل عليه يميناً .

ابن يونس : مذهب مالك في « المدونة » في : « الحلال على حرام » ، أن الزوجة داخلة حتى يخرجها بقلبه أو بلسانه ، ومذهب ربيعة وابن شهاب أنها خارجة حتى يدخلها بنيتها [ غير أن ربيعة يحلفه ، فإذا حلف فعليه كفارة يمين ، وابن شهاب لا يحلفه ولا يجعل عليه كفارة يمين ] <sup>(٨)</sup> .

(١) في أ : في المكان .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : عدم .

(٥) في ب : ويرثه .

(٦) في ب : و .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

الشيخ : والخلاف في هذا مبنى على اختلاف الأصوليين في العموم هل له [صيغة] (١) أم لا ؟

قال : وقوله : نواهن أو لا ، معناه : أدخلهن بالنية أم لا .

قال : وقوله [ ق / ٩ ب ] : إلا أن يحاشيهن أى يميزهن قبل السيمين من هذه الأشياء بحيث جعلهن في حاشية وجعل ما عداهن في حاشية أخرى [ وعورضت المسألة بما فى كتاب الايمان والنذور حيث قيل فيمن قال : على حرام ، فجعل الزوجة خارجة حتى يدخلها ، وهنا جعلها داخلة حتى يخرجها ، وأجيب بأن ما هنا أتى فيه بلفظ يقتضى العموم فدخلت الزوجة ، بخلاف من قال : على حرام فإنه نكرة مطلقة يصدق بفرد واحد] (٢) .

عبد الحق : إنما تنفعه المحاشاة إذا نوى الزوجة من أول ما حلف كأنه ميزها عن الأشياء في نيته وجعل ما [ عداها ] (٣) محرماً ، فإن لم ينوها أولاً لكن بعد قوله : «الحلال على حرام» نواها ، لم ينفعه ذلك حتى يتلفظ به كاستثناء ، وهو إنما يكون نطقاً .

ولو قصد به الزوجة وغيرها من الأشياء من أول ما حلف بنيته ثم أخرجها بلفظ أو نية ، لم ينفعه إخراجها بعد [ إدخاله ] (٤) إياها وإن كان ذلك متصلاً بيمينه .

قلت : فالحاصل أن المسألة ثلاثية :

إن أخرجها أولاً نفعته المحاشاة بالقلب أو باللسان .

وإن أدخلها أولاً لم تنفعه المحاشاة بقلبه ولا بلسانه .

وإن حدثت له نية إخراجها بعد قوله : «الحلال على حرام» لم تنفعه المحاشاة

(١) في أ : صفة .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ج : عداهن .

(٤) في أ : إدخالها .



إلا بلفظ اللسان ، والمحاشاة تنفع سواء [ جاء ]<sup>(١)</sup> مستفتياً أو مأسوراً [ بيينة ]<sup>(٢)</sup> ، بخلاف الحالف ألا يدخل داراً وقال : نويت شهراً ، أو لا يلبس ثوباً وقال : نويت وشياً ، فإنه إنما ينوى إذا جاء مستفتياً .

وفرق عبد الحق بأن اليمين هنا تنصرف إلى وجوه شتى من تحريم مطعم ومشرب وملبس وغير ذلك ، فإذا قال : نويت هذه الأشياء التي تنصرف إليها وجوه التحريم ، صدق .

وليس كذلك الحالف : لا أدخل داراً ، وقال : نويت شهراً ، لأن الطلاق ثبت عليه بأمر لا ينصرف لفظه إلى غيره ، فيقضى عليه بمقتضى لفظه ، ويقبل قوله في الفتيا .

قال : ونحو هذا رأيت لابن أبي زيد .

وقال ابن رشد في سماع أصبغ من نذور « البيان » : إذا ادعى المحاشاة وقد حضرته بيينة ، فالقياس على أصولهم [ أنه ]<sup>(٣)</sup> لا ينوى [ في ادعائه نية مخالفة لظاهر لفظه ]<sup>(٤)</sup> فتنويه مع [ حضور ]<sup>(٥)</sup> البيينة استحسان مراعاة [ لمن ]<sup>(٦)</sup> لم يوجب في ذلك [ إلا ]<sup>(٧)</sup> كفارة يمين . انتهى .

وعلى تصديقه إن قامت عليه بيينة ، هل يحلف أم لا ؟ قولان ، والأول عزاه عياض للأبهري والقابسي .

واختلف إذا حلف بذلك على قضاء حق هل تنفعه المحاشاة ؟

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : حصول .

(٦) في أ : أمر .

(٧) سقط من أ .

حكى اللخمي وابن يونس [ في ذلك ]<sup>(١)</sup> ثلاثة أقوال ، ونص ابن يونس : ابن المواز : قال مالك : وإذا حلف بالحلل عليه حرام على حق [ ق / ٨ ج ] ، لم تنفعه محاشاة زوجته .

ابن القاسم : سواء استحلفه الطالب أو ضيق عليه حتى [ بادر ]<sup>(٢)</sup> باليمين ، أو خاف ألا يتخلص منه إلا باليمين ، فأما إن ابتدره باليمين من غير أن يستحلفه أو يخرجه ، فله نيته ، وإن كانت على يمينه بينة .

[ ق / ١٠ ب ] وقد قال : إن ذلك سواء ، لأنها وثيقة على كل حال فلا ينوى ، وإنما النية والمحاشاة فيما حلف فيه من أمور نفسه ، كان على يمينه بينة أو لم يكن .

أشهب : وقد قيل في يمينه بالحرام ليقضيه حقه إلى أجل كذا فقال : حاشيت [الزوجة ]<sup>(٣)</sup> ، إن ذلك له وإن كان على يمينه بينة .

وكذلك روى ابن حبيب الاختلاف في هذا اليمين .

ابن يونس : فصار في ذلك ثلاثة أقوال ، ثالثها : إن كان مستحلحاً لم تنفعه المحاشاة ، بخلاف المتبرع .

ونقل في كتاب التخيير والتملك عن ابن حبيب عن أصبغ : إنه لا فرق بين قوله : « الحلل على حرام » وبين قوله : « حرام على ما أحل لي » ، أو ما انقلب إليه من أهل حرام [ فإن ]<sup>(٤)</sup> ذلك كله تحريم إلا أن يحاشى امرأته .

(١٥) [ ١٠ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل حلف لرجل بالطلاق لا

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يرد .

(٣) سقط من أ ، ب .

(٤) في أ ، ج : في أن .

[ أفارقك ]<sup>(١)</sup> حتى أبيدك أو تبيدني ، فتابعه حتى رحلته من ذلك الموضع ، هل يبرأ بذلك أم لا ؟

**فقال** : أما المفارقة الحسية فمعلوم أنه لم يقصدها ، وإنما مراده : لا أرفع إذائتي عنك وشبهه حتى أبيدك .

وأما الإبادة فينظر حال الخالف والعرف في الإبادة ما هو ؟ فإن كان حاله ممن يبيد الآخر بالقتل وشبهه ، وذلك للعرف لم يبرأ بالرحيل .

وإن كان مثل [ هذه المجاشر يتنازعون ]<sup>(٢)</sup> على السكنى أو [ على ]<sup>(٣)</sup> الحرائة ، فمقاصدهم إنما هي أن يرحل أحدهما عن موضع الآخر ، فعلى هذا تتخرج هذه اليمين ، [ والله أعلم ]<sup>(٤)</sup> .

**قلت** : هذا على المشهور من تقديم [ المقصود ]<sup>(٥)</sup> والعرف على [ مقتضى ]<sup>(٦)</sup> اللفظ في اللغة ، ولا فالبيد لغة : الهلاك .

( ١٦ ) [ ١١ ] وستل - رضى الله عنه - : عن رجل له مكيلة طعام ، فحلف : لا أكلها في هذا العام ، قاصداً لادخارها وتوفيراً على نفسه ، وكان والده ينفق عليه ، فنفذ ما أعطاه والده فالتزم له والده [ المذكور ]<sup>(٧)</sup> أن يعوضه من تلك المكيلة إن أكلها ، فهل يحنث بأكلها ؟

[ فقال ]<sup>(٨)</sup> : يحنث على اللفظ بلا إشكال ، وانظر المقصد يخاف أن يموت أو يعدم قبل أن يعوضه [ فيحنث ، فأرى إن أكلها حنث .

(١) في ب ، ج : فارتك .

(٢) في ب : هؤلاء بالحاشية فيتنازعون .

(٣) سقط من ب .

(٤) زيادة من أ .

(٥) في ب : المقصد .

(٦) في ب : ما اقتضى .

(٧) سقط من أ ، ب .

(٨) في ج : فأجاب .

قلت : مقتضى قوله : يخاف أن يموت أو يعدم قبل أن يعوضه [١] ، أنه إن عوضه [المثل] [٢] عاجلاً لم يحنت بأكلها في ذلك العام ، [على مراعاة المقصد واعتباره] [٣] وانظره .

(١٧) [١٢] وسئل - رضى الله عنه - : عن من حلف بالأيمان تلزمه لا ينزع أخاه من يده أحد [ق / ٩ أ] فأخذ يضربه ، فجاء رجل لم يعلم باليمين فأخذ الخالف في ذراعه وأزاله عن ضرب الصبي كرهاً ، ففر الصبي قبل أن يوفى غرضه من ضربه؟ [فقال] [٤] : اليمين على ير وهى على فعل غيره وقد اختلف فيها ، فابن القاسم يرى حنته بالإكراه وأنه لا يعذر [به] [٥] ، وأشهب يقول : لا يحنت ويعذره .  
وأما إن كان على حنت وحلف على فعل غيره ، فلا أعرف خلافاً أنه يحنت لضعفها .

ولو حلف على فعل نفسه ، فإن كان على ير وأكره ، مثل أن يقول : والله لا دخلت الدار ، فأدخل مكرهاً أو جمحت به دابته أو شبه ذلك ، فالمشهور : لا يحنت .  
وإن كان على حنت فقولان ، وهى [مسألة] [٦] ليذبحن حمامة يتيمه وشبه ذلك .

[قال] [٧] والفرق بين البر والحنت [ق / ١١ ب] : أن الإكراه لما ورد على البر وجد الساحة برية [فلا حنت على من أكره فعل من حلف عليه من الذمة] [٨]

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ج : فأجاب .

(٥) سقط من ب .

(٦) في أ ، ب : مسائل .

(٧) سقط من ب ، ج .

(٨) سقط من أ ، ج .

والذمة لم تعمر إلى الآن ، فحسن أن يقال : لا تعمر بالإكراه فلا حث .

وأما على الحث فقد وجد الساحة على غير بر والذمة عامرة باليمين ، فبنفس ورودها عليها قويت عمارتها وزادت ، وهذا فرق حسن .

**قلت** : ما حكاه عن أشهب لا أعرفه ، وفي « المدونة » : ومن قال لامرأته : أنت طالق إن قبّلتك وضاجعتك ، فقبلته من ورائه ولم يعلم ، أو ضاجعته وهو نائم ، لم يحث إلا أن يكون منه في القبلة استرخاء ، وإن كانت يمينه : إن قبلتني أو ضاجعتني ، حث بكل حال .

وفي رسم سلف ديناراً في ثوب من سماع عيسى من [ كتاب ]<sup>(١)</sup> الأيمان بالطلاق نحو هذا أيضاً .

ابن رشد : وهذا [ الصحيح ]<sup>(٢)</sup> ، وإن كانت المضاجعة مفاعلة منهما ، لأن المفاعلة من غير المفاعلة إنما يفترقان في مقتضى اللفظ في حكم اللسان لا فيما يقع به الحث مما<sup>(٣)</sup> لا يقع به في حكم الشرع .

اللخمي وابن بشير : إن حلف « لا قبّلها » ، فقبلته [ على ]<sup>(٤)</sup> غير الفم أو عليه ولم تبتد منه مساعدة ولا ركون لفعلها لم يحث ، وإلا حث .

وإن حلف « لا قبلته » حث بفعلها على كل حال وإن كان نائماً . انتهى .

وما في « المدونة » من [ حث من ]<sup>(٥)</sup> حلف ألا يفارق غريمه إلا بحقه ، فإنه يحث بفراره منه [ نحو أبو عمران إلى أن معناه أنه يمين على الغريم ]<sup>(٦)</sup> .

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : صحيح .

(٣) في ب : فلا يحث بما .

(٤) في أ : من .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : ففارقه منه .

(٧) سقط من ب .

وقول الشيخ : ولو حلف على فعل نفسه فإن كان على بر وأكره ، فالمشهور لا يحنت ، لا أعرف مقابل المشهور ، بل حكى صاحب « البيان » في نوازل أصبغ الاتفاق على أنه لا يحنت .

وقيد ابن يونس عدم حنت المكره على دخول دار حلف ألا يدخلها ، بما إذا أجهد نفسه ولم يقعد [ بها ] <sup>(١)</sup> بعد أن قدر [ أن ] <sup>(٢)</sup> يخرج .

وفى « العتية » : لو كان على دابته [ واقفاً ] <sup>(٣)</sup> على باب الدار فنفرت لشيء فافتحمت به فدخلها ، فإن قدر أن يمك رأسها أو يترامى من غير [ عيب ] يصيبه . فلم يفعل حنت ، وإلا لم يحنت .

قال سحنون : ولو حلف بطلاق زوجته لا دخلت هي هذه الدار فأكرهها هو أو غيره على الدخول ، لم يحنت بإكراه غيره ، وأما هو فأخاف أنه رضى بالحنث ، والقولان اللذان حكاهما الشيخ إذا كان على حنت عزا ابن رشد [ حنثه ] <sup>(٤)</sup> للمشهور .

وقال : إلا أن يكون نوى إلا أن يغلب .

و [ عزا ] <sup>(٥)</sup> عدم الحنث لابن كنانة ، ومسألة الحمامة التي أشار إليها الشيخ - رحمه الله - وقعت في « المدونة » ، ونصها [ عند ] <sup>(٦)</sup> ابن يونس .

قال ابن القاسم : أخبرني ابن دينار أن رجلاً حلف ليذبحن حمامة يتيمة وهو يظنها حية ، ثم قام [ مكانه ] <sup>(٧)</sup> فألفاها ميتة ، فلم [ يبق ] <sup>(٨)</sup> عالم بالمدينة إلا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : وأقبل .

(٤) يياض في ب .

(٥) في ب ، ج : الحنث .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) في ب : عن

رأى أنه لا يحنث لأنه لم يفرط ، وأن وجه يمينه إن أدركها حية .

قال ابن القاسم : وهو رأى ، لأن الأيمان إنما تقع على ما يتأتى من الأفعال ، وأما ما لا يمكن فلا يلزم الحنث به ، لأن الحالف لم يحلف عليه .

قال ابن عبد السلام : لأن طلب السفعل الذى حلف على فعله يجرى مجرى طلب الفعل الشرعى ، ومن شروط : توجه التكليف الشرعى : إمكان ذلك الفعل في نفسه ، وحصول القدرة عليه ، وهذا مفقود هنا فيسقط الطلب الناشئ عن اليمين كما يسقط الطلب التكليفى .

قلت : ما [ أرشق ]<sup>(١)</sup> قول ابن الحاجب - رحمه الله تعالى - فى أصوله : شرط المطلوب الإمكان ، فإنه [ وجيز ]<sup>(٢)</sup> عام شامل .

التونسى : ولو طارت الحمامة [ لحنث ]<sup>(٣)</sup> لأن الإكراه فيما كانت [ ق / ١٢ ب ] يمينه فيه على حنث لا ينتفع به . انتهى .

وفى « المدونة » : من حلف ليأكلن هذا الطعام أو يلبس هذه الثياب أو يركب هذه الدابة أو يضرب عبده غداً ، فماتت الدابة أو العبد أو سرقت الثياب أو الطعام قبل غد ، فلا حنث عليه فى الموت ، لأنه على بر فى التأجيل ، ويحنث فى السرقة إلا أن يكون نوى إلا أن تسرق أو لا أجده .

[ وناقض ]<sup>(٤)</sup> سحنون مسألة الحمامة بمسألة كتاب الأيمان بالطلاق فيمن [ حلف ]<sup>(٥)</sup> : لبيعن أمته فباعها فألفيت حاملاً منه .

وفرق عبد الحق بامتناع التكليف بالمستحيل [ فى الحمامة ]<sup>(٦)</sup> ولغو الإكراه فى :

(١) فى ب : أشق .

(٢) فى أ : أوجز ، وفى ب : وجه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ب : ونقض .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من أ .

لأفعلن، في الأمة .

ومن معنى مسألة الحمامة مسألة « الموازية » فيمن حلف ليقطعن [ عرف ]<sup>(١)</sup> كذا بقباه فوجده قطع ، فإنه إن لم يتوان قدر إمكان قطعه لم يحنث ، وإلا حنث .

وأما إن قطع قبل يمينه لم يحنث مطلقاً وإن توانى ، كمن حلف على ابنته إن وضعت عن زوجها صداقها ، فثبت أنها وضعت قبل يمينه ، فلا حنث عليه إلا أن يريد [ ق / ٩ ج ] إن كنت فعلت .

ومنه مسألة الضيف ينزل فحلف : لا ذبحت له شاة ، وهي قد ذبحت [ فلا يحنث ، لأنه كأنه قال : إن كانت لم تذبحها ]<sup>(٢)</sup> .

ومنه قول صاحب « البيان » فيمن حلف ليذهبن عذرة امرأته التي أدخلت عليه ، فوجدها ثيباً .

ومن هذا أيضاً مسألة أواخر كتاب الأيمان والنذور فيمن حلف بعنق عبده ليضربن فلاناً ، فمات فلان قبل إمكان ضربه .

وجعل ابن رشد من معنى مسألة الحمامة ما فى رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن له [ ريب ]<sup>(٣)</sup> يأتى إلى بيته بخبز فحلف إن جاء ريبه [ بخبز ]<sup>(٤)</sup> ووجده ليطرحنه في [ الخربة ]<sup>(٥)</sup> ، فجاء به بيته فصاحت [ به ]<sup>(٦)</sup> أمه فخرج بالخبز ، أنه إن كان يقدر أن يأخذ الخبز فتوانى ، حنث وإن فاته هرباً ولم يقدر عليه ، لم يحنث .

ابن رشد : هذه مسألة صحيحة على أصولهم ، لا خلاف أن من حلف أن يفعل فعلاً فلم يمكنه فعله حتى فات فواتاً لا يمكنه البر فيه لعدم الإمكان ، فلا حنث عليه

(١) في ب : عرق .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : ريبية .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : الخيزة .

(٦) سقط من أ .



كمسألة الحمامة [ق/ ١٠] .

قلت : واعترضه ابن عرفة فأفاد بأنه إن فهمه على حصول وجدانه فهروبه به كسرقة لا كموت ، وإن فهمه على عدمه فليست كمسألة الحمامة ، لأن ذبحها محلوف عليه [ والهروب به غير محلوف عليه ]<sup>(١)</sup> .

وما فرق به الشيخ - رحمه الله - في الجواب بين كونه على بر [ فلا يحث بالإكراه ]<sup>(٢)</sup> وبين كونه على حث حسن .

و [ قد ]<sup>(٣)</sup> فرق ابن رشد بأن المرء أملك لترك الفعل منه لفعله ، فلم يعذر الخالف على الفعل بالإكراه على تركه إلا أن ينوى ذلك لقوة ملكه للترك ، إذ يكون تاركاً له بفعل ما يشاء من أضداده من غير قصد إلى شيء منها بعينه دون ما سواه ، وعذر الخالف [ ق/ ١٣ ب ] على ترك الفعل بالإكراه على الفعل [ وإن لم ينو ذلك ]<sup>(٤)</sup> لضعف ملكه للفعل ، إذ لا يكون فاعلاً له إلا بترك جميع أضداده ، [ قال : ولهذا المعنى افترق البر والحث ، فحث من حلف ألا يتزوج بالعقد ولم يبر من حلف ليزوجن إلا بالدخول ومنه كان النهي أقوى من الأمر ، قال رسول الله ﷺ : « إذا نهيتكم عن شيء فانهوا عنه ، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم » .

قال ]<sup>(٥)</sup> : وعلى هذا من حلف ليصومن غداً ، فمرض مرضاً يمنعه [ من ]<sup>(٦)</sup> الصوم فإنه يحث ، إلا أن ينوى إلا إن مرض ، بخلاف إذا كان يوم فطر أو أضحي فلا يحث لحمة صومه ، وهو إنما حلف بصيام ما يؤجر فيه لا ما يثم فيه ، ذكر هذا في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق من « البيان » .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ ، ب .

وأشار إليه أيضاً في [مسألة] (١) سماع أشهب منه فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن لم أصبك قبل الصبح ، فأمكنته فلم يستطع ، أنه حانث ، إلا إن قال : إلا أن لا أقدر .

وأشار إلى أن التفرقة في ذلك بين كونه على بر أو على حنث [ في الإكراه ] (٢) هي على غير قياس ، وأن القياس أن يكون معذوراً بالإكراه في الأمرين .

(١٨) [ ١٣ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل اشترك مع آخر في عمل الخضرة في موضع وانفقا على عام ، فلما عملا [ آخر ] (٣) الخضرة تنازعا ، فحلف أحدهما بالطلاق الثلاث لا أشترك مع الآخر إلا إن غلبه القضاء والقدر ، وزعم أنه نوى بالقضاء والقدر الحكم الشرعى ، ما الذى يلزمه ؟

[ فقال ] (٤) : إن كان مستفتياً فله نيته ، لأنه خصص القضاء والقدر [بحكم الشرع] (٥) ، إذ يقال : قضى وقدر إذا حكم به [ عليه قاض ] (٦) أو فرقهما مرض أو موت أو غير ذلك ، فإذا قلنا : تنفعه نيته ما الذى يخلصه ؟ هل لا بد من الوصول إلى القاضى وهو الذى يعنى الناس بحكم الشرع ، لأن الناس يعنون أنهم يرجعون لأجل الشرع من غير حكم ، فلا بد من حكم القاضى وإلا حنث .

وإما أن يكونا يفترقان لأنفسهما فكيف يصح ؟ ، وانظر لعله حنث لكونه قال : لا يشترك [ لى ] (٧) [ أى ] (٨) لا يبقى له معه شركة ، كمن قال : لا أسكن هذه الدار وبقي فيها ساكناً .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ج : فأجاب .

(٥) في ب : بالحكم الشرعى .

(٦) في أ : عاصب .

(٧) سقط من ب ، ج .

(٨) سقط من أ .

**قلت** : قال ابن القاسم في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب النذور :  
ومن حلف على أمر ألا يفعله إلا أن يقضى الله عز وجل [ غير ]<sup>(١)</sup> ذلك ، قال :  
ليس هذا ثنيا [ <sup>(٢)</sup> ] و « يريد الله غير ذلك » ليس ثنيا أيضاً .  
قال عيسى : هو في اليمين بالله ثنيا كـ « إن شاء الله » .  
و « إلا أن يريني الله غير ذلك » .

ابن رشد : قول عيسى هو الذي يوجبه القياس والنظر الصحيح ، لأن قضاء  
الله ومشيئته وقدره هي إرادته ، فلا فرق بين الاستثناء بقدر الله وقضائه ومشيئته  
وإرادته .

ووجه قول ابن القاسم أن الخالف بالله أن لا يفعل فعلاً أو ليفعله ، قد علم  
[ أنه ]<sup>(٣)</sup> لا يفعله ولا يترك فعله إلا بقضاء الله وقدره وإرادته ومشيئته وعليه انعقدت  
يمينه ، [ وهي نيته إذا كان من أهل السنة ، فكأن الأصل أنه وجبت عليه الكفارة  
بالحنث ولا ينفعه الاستثناء بشيء منه ، [ وإن يكن فهو لغو ]<sup>(٤)</sup> إذ لا زيادة فيه على  
ما نواه وعقد عليه ]<sup>(٥)</sup> يمينه ، فخرج من ذلك الاستثناء [ بمشيئة الله ]<sup>(٦)</sup> بالسنة  
والإجماع وبقي ما سواه على الأصل في أن لا يسقط الكفارة الواجبة الحنث .

**قلت** : أشار القرافي إلى إجراء [ ق / ١٤ ب ] هذا الخلاف [ على الخلاف ]<sup>(٧)</sup>  
في الأسباب الشرعية هل يقاس عليها إذا عقل معناها أم لا ، كما قيل في قياس  
النبش على [ السرقة ]<sup>(٨)</sup> ، والزنا على اللواط .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) في أ : وأن يكون لغواً .

(٥) سقط من ب .

(٦) في ب : بالمشيئة التي .

(٧) سقط من أ .

(٨) في ب : الريقة .

وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق : وإن قال لامرأته : إن فعلت كذا إلا أن يقدر الله فأنت طالق ، إن فعله فهي طالق .

ابن رشد : لأشهب في « المجموعة » : لا شيء عليه ، وهو الذى [ يوجهه ]<sup>(١)</sup> القياس والنظر ، لأن قدر الله وقضاه ومشيته هي إرادته .

[ ثم ذكر ما ]<sup>(٢)</sup> ذكره في المسألة المتقدمة ومذهب ابن القاسم [ من ]<sup>(٣)</sup> التفريق بين الاستثناء باليمين بالله تعالى وبين المشيئة [ و ]<sup>(٤)</sup> غيرها .

قال : فعليه يأتى قوله هنا : إن امرأته طالق إن فعل ، ولا يتفجع بقوله : إلا أن يقدر .

[ ولو ]<sup>(٥)</sup> قال : إن فعلت كذا إلا أن يشاء الله فأنت طالق ، لنفعه استنناؤه عند الجميع ، إذ قد نص على رد الاستثناء إلى الفعل بذكره إياه عقبه قبل الطلاق .

وما روى عن ابن القاسم من أن الاستثناء بمشيئة الله في اليمين بالطلاق غير عامل وإن رده إلى الفعل ، معناه : إذا ادعى ذلك مع قيام البينة عليه ، فلا يصدق في ذلك خلافاً لابن الماجشون .

وقال ابن دحون : ولو قال لامرأته : إن فعلت كذا إلا أن يشاء الله فأنت طالق ، [ ففعلته ]<sup>(٦)</sup> لحث على قياس هذه الرواية .

**قلت** : مقتضى قول ابن رشد هذا أن ابن القاسم لا يخالف ابن الماجشون في دعواه رد الاستثناء بمشيئة الله سبحانه إلى الفعل إلا مع قيام البينة عليه ، ومقتضى قوله في « المقدمات » أنه يخالفه في ذلك وإن لم تقم بيته .

(١) في ب : يوجهه .

(٢) في ب : كما .

(٣) سقط من ب .

(٤) في ب : في .

(٥) سقط من ب .

(٦) في ب : ففعلت .

وأشار ابن عرفة إلى ذلك ، وقال : إن قوله في هذا السماع وقوله في «المقدمات» متنافيان ، ونصه فيها [ اختلف ]<sup>(١)</sup> هل يصح - أى الاستثناء - في اليمين بالطلاق ؟ على قولين ، أصحهما في النظر : صحته فيها إذا صرفه إلى الفعل لا إلى [ نفس ]<sup>(٢)</sup> الطلاق ، لأنه إذا صرفه للفعل فقد برئ ولم يلزمه طلاق ، لأنه علقه بصفة لا يصح وجودها وهي أن يفعل الفعل والله لا يشاء وذلك مستحيل إلا على مذهب القدرية مجوس هذه الأمة ، فعلى ابن القاسم في قوله : الاستثناء لا ينفعه وإن صرفه إلى الفعل ، درك عظيم .

وأشار القرافى إلى أن قول ابن الماجشون وفاق لقول ابن القاسم وتفسير له ، وقرر ذلك في الفرق الثالث من قواعده بأن من الأحكام ما جعل [ الشارع ]<sup>(٣)</sup> لها أسباباً بيد المكلف إن شاء ، وهو التعليق .

قال : فقول عبد الملك : إن إعادة الاستثناء على الفعل ، معناه : أراد أن ذلك الفعل المعلق عليه لم أجزم بجعله سبباً لطلاق ، بل فوضت جعل سببته إلى مشيئة الله إن شاء جعله سبباً وإلا فلا .

[ قال ]<sup>(٤)</sup> : وعلى هذا التقدير لا يكون الفعل سبباً ، فلا يلزم به شيء إجماعاً ، ولا يكون [ ق / ١٠ ح ] هذا خلافاً [ بين عبد الملك ]<sup>(٥)</sup> وابن القاسم ، مع أن صاحب « المقدمات » حكاه خلافاً .

قال : فإذا حمل قول عبد الملك على ما ذكرته [ ق / ١١ أ ] فلا [ إشكال و ]<sup>(٦)</sup> يصير المدرك مجمعاً عليه وإلا فلا تعقل [ ق / ١٥ ب ] المسألة ولا تظهر لها حقيقة .

(١) سقط من ب ، وفى أ : اختلف .

(٢) سقط من ب ، ج .

(٣) في ب : الشرع .

(٤) سقط من ب .

(٥) في أ ، ب : لملك .

(٦) سقط من أ .

انتهى .

وحاصله أنه لو جزم بجعل الفعل [ المعلق ] <sup>(١)</sup> عليه سبباً للطلاق لوافق عبد الملك ابن القاسم على عدم [ إعمال الاستثناء بالمشيئة ولو لم يجزم بجعله سبباً لوافق ابن القاسم عبد الملك في ] <sup>(٢)</sup> إعمال الاستثناء .

وتبع القاضى أبو عبد الله المقرئ - رحمه الله - القرافى في هذا في قواعده [ونقله عن ] <sup>(٣)</sup> المحققين ، وحكاه ابن عبد السلام عن بعض شيوخ المشاركة ، وقال : لا يلتفت إليه .

فالحاصل : أنه اختلف في اتفاق القولين واختلافهما على طرق ثلاثة .

وأشار ابن عرفة - رحمه الله - إلى هذا [ فقال ] <sup>(٤)</sup> : ففى اتفاقهما في قوله : أنت طالق إن فعلت كذا إن شاء الله ، مع دعواه رد الاستثناء للفعل على عدم حثه واختلافهما فيه ، ثالثها : [ هذا ] <sup>(٥)</sup> إن قامت عليه بينة ، للقرافى ، والأكثر مع «المقدمات» و «البيان» .

(١٩) [ ١٤ ] وسئل - رحمه الله - : عن امرأة حلفت بصيام سنة لا غزلت بأجرة لأحد من الناس إلا إن غلبنى قدر الله ، فبقيت ما شاء الله فاحتاجت إلى أن تغزل بالأجرة واضطرت إلى ذلك وخافت الضياع ؟

**فقال** : هل لها نية ؟ .

فقيل له : لا .

فقال : الاستثناء راجع إلى الفعل ، فهو نافع كما نص عليه ابن رشد في

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : قالوا وهو تفسير عند .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

« المقدمات » ، وانظر هل قدر الله بمنزلة قولها : إن شاء الله ، أم لا ؟

**قيل له** : إنما عادة الناس في إطلاقهم هذا للاضطرار ، فهو عرف تخاطبهم ومقاصدهم .

فقال : الذي يظهر لى أنه لا شيء عليها .

**قلت** : اعتمد الشيخ - رحمه الله - هنا خلاف المشهور ، وهو قول عبد الملك إذ صححه ابن رشد وغيره ، وزيفوا قول ابن القاسم - رحمه الله - حتى زعم ابن رشد [ أنه ]<sup>(١)</sup> إنما يجرى على مذهب القدرية كما قدمناه وإن كان هو ظاهر « المدونة » لقوله في كتاب الاعتكاف : ومن قال : إن فعلت كذا فعلى اعتكاف شهر إن شاء الله ، لزمه إن فعل ولا ثني له في ذلك .

وفي كتاب العتق الأول : وإن قال : غلامى حر إن كلمت فلاناً إلا أن يبدو لى ، أو إلا أن أرى غير ذلك ، فذلك له .

وإن قال : إلا أن يشاء الله ، لم ينفعه ذلك .

ابن يونس عن ابن المواز : وسواء صرف الاستثناء إلى العتق أو إلى الفعل ، وهو ظاهرها في نقل ابن يونس [ عنها أيضاً ]<sup>(٢)</sup> فى كتاب الأيمان بالطلاق .

قال : ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو كان استثناءه فى يمين بطلاق على فعل شيء بعد ذكر الفعل أو قبله فلا ثني له .

وقد أجيب عن ابن القاسم - رحمه الله - ، [ وممن ]<sup>(٣)</sup> أجاب عنه الشيخ [فقال : لأن ]<sup>(٤)</sup> الاستثناء بمشيئة الله لا ينفع إلا حيث ورد به الشرع وهى اليمين بالله تعالى خاصة ، فإذا كان كذلك فهو إذا علق الطلاق بمشيئة الله تعالى [ فإنه ]<sup>(٥)</sup>

(١) سقط من ب .

(٢) فى ب : انظر .

(٣) فى ب : ومما .

(٤) فى ب : إن .

(٥) سقط من ب .

يعد هازلاً ، وسواء كان الطلاق مجرداً أو معلقاً بفعل .

ووجه هزله أن جميع الأفعال لا تقع إلا بمشيئة الله تعالى .

**قلت** : وفيه نظر ، لأن الأصل الجد حتى يدل دليل على الهزل .

وقال ابن عرفة : رده - أى الاستثناء - بالمشيئة للفعل يحتمل تفسيره بأن تعلق

المشيئة يوجب تعلق الحلف به ، أو بأن تعلقها به يمنع تعلق الحلف به ، فابن رشد بناه

على الثانى فلزم ما لزم ، ولقائل أن يقول مجيباً عن ابن القاسم بأنه على [ق/ ١٦ ب]

المعنى الأول وحيثئذ ينعكس [ الأمر ] <sup>(١)</sup> فى جرى قول ابن القاسم على مذهب أهل

السنة ، وقول غيره [ على ] <sup>(٢)</sup> مذهب [ القدرية ] <sup>(٣)</sup> .

**قلت** : [ أشار ] <sup>(٤)</sup> تلميذه الأبي - رحمه الله - إلى تصويب ما زعمه ابن

رشد ، [ فقال : ] <sup>(٥)</sup> وهو كما زعم ، لأن الطلاق المعلق على شىء إذا وقع ذلك

الشىء لزم الطلاق ، فهو إذا رد الاستثناء إلى الفعل فكأنه قال : إن دخلت الدار

بإرادة الله تعالى <sup>(٦)</sup> فإذا دخلها فإنما دخلها بإرادة الله تعالى [ عند أهل السنة ، إذ

كل واقع مراداً لله سبحانه ، فيلزم الطلاق لحصول الشرط ، وهو قول ابن الماجشون .

والمعتزلة يقولون : دخلها بإرادة نفسه لا بإرادة الله تعالى ، فلا يلزمه طلاق لعدم

حصول الشرط وهو لازم قول ابن القاسم .

[ وفى « المقدمات » ] <sup>(٧)</sup> : وإن لم تكن له نية فى صرفه إلى الفعل ولا إلى

نفس الطلاق فلا أعرف فى ذلك نص رواية ، والذى يوجه النظر عندى أن يكون

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب : « المدونة » .

(٤) سقط من أ ، ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى ب : وفى المقدمة .



مصروفًا إلى الفعل إذا قصد به حل اليمين و [ إن ]<sup>(١)</sup> لم يقل ذلك [ لصحابة ]<sup>(٢)</sup> ، لأن صرفه إلى نفس الطلاق لغو لا معنى له ، وصرفه إلى الفعل المحلوف عليه له معنى صحيح ، وحمل الكلام إذا عرى عن النية على ما له وجه ومعنى أولى من حمله على ما لا وجه له ولا معنى .

( ٢٠ ) [ ١٥ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن القائل : أيمان المسلمين له لازمة؟

[ فقال : ]<sup>(٣)</sup> هي [ اليمين ]<sup>(٤)</sup> اللازمة لا فرق ، وفتياه فيها [ الثلاث ]<sup>(٥)</sup> .

**قلت** : بهذا أفتى ابن الحاج ، أن أيمان المسلمين كالإيمان اللازمة .

وقال البرزلى : رأيت لابن علسوان أحد مفتى تونس [ أنه ]<sup>(٦)</sup> لا يلزمه فيها إلا

ثلاث كفارات ، لأن أيمان المسلمين [ الجائزة ]<sup>(٧)</sup> هي الأيمان بالله تعالى .

**قلت** : ولعل العادة لم تتقرر عنده بأن الحالفين بها لا يريدون الطلاق والعتق

والصدقة ولا [ يقصدون بها ]<sup>(٨)</sup> ذلك .

وفى « المدونة » : وإن قال : على يمين إن فعلت كذا ، ولا نية له ، فعليه كفارة يمين .

اللخمي : لأن الأصل في اليمين بالله حتى يريد غيرها .

وقال محمد : إن قال : على ثلاثون يمينًا ، لزمه الطلاق والعتق والصدقة

والمشى والكفارة ، كمن حلف بأشد ما أخذ [ به ]<sup>(٩)</sup> أحد على أحد ، لأنه لم

(١) سقط من ب .

(٢) فى ب : به .

(٣) فى ج : فاجاب .

(٤) فى ب ، ج : الأيمان .

(٥) فى ب : للثلاثة .

(٦) سقط من ب .

(٧) فى ب ، ج : الجارية .

(٨) فى ب : بصدقون فى .

(٩) سقط من ب ، ج .

[يقصد] <sup>(١)</sup> إلى شيء بعينه .

اللخمي : والقياس حملها على أنها بالله ، ولو كان على ما قال لوجب مثل ذلك إذا قال : علىَّ يمين ، لأنه لم [ يقصد ] <sup>(١)</sup> إلى شيء [ بعينه ] <sup>(٢)</sup> ، فلا يدرى بأى الأيمان حلف .

**قالت** : وقد أفتى الإمام العلامة الأوحى أبو سعيد بن لب في الحالف بالأيمان كلها أنه إن كان لم يقصد اللزوم ، وإنما تركه فراراً من اللازمة أن لا يحلف بها كما يقصد ذلك بعض الحالفين بتلك اليمين ، فليست اليمين حيثئذ باللازمة التي فيها العرف المعلوم والأولى في ذلك [ عدم اللزوم ] <sup>(٤)</sup> وما اختاره جماعة من المتأخرين إذا حنث ثلاث كفارات ، ولا يلزمه طلاق ، لأن اللفظ ليس من ألفاظ الطلاق ، [وكم يقول : و ] <sup>(٥)</sup> الأيمان .

قال بعض أصحاب ابن عرفة - وهو الشيخ أبو القاسم وابن عيسى : ابن ناجي في « شرح التهذيب » على قوله : وإن قال : علىَّ يمين إن فعلت كذا ، ولا نية له فعليه كفارة يمين [ ثم ] <sup>(٦)</sup> حمل يمينه على اليمين الشرعية .

قال : وقول بعض شيوخنا : القياس على قاعدة الأيمان [ أن ] <sup>(٧)</sup> يلزمه ما يحلف به عادة ، ضعيف .

قال : فيقدم فتيا ابن علوان المتقدمة فيمن قال : أيمان المسلمين تلزمني .

[ **قالت** : ] <sup>(٨)</sup> تضعيفه [ ق / ١٧ ب ] قول بعض شيوخه : إن القياس لزوم

(١) في أ : يصمد .

(٢) في أ : يصمد .

(٣) سقط من ب ، ج .

(٤) في أ : على .

(٥) في ب : كما يقول في هذا .

(٦) سقط من ب .

(٧) سقط من ب .

(٨) سقط من ب .

من قال : علىَّ يمين ما يحلف به عادة، ضعيف ، لأن العادة [ كلما ]<sup>(١)</sup> تقررت في شيء اعتبرت .

قال القرافي في الفرق الثامن والعشرين من [ ق / ١٢ أ ] قواعده : مهما تجدد العرف فاعتبره ومهما سقط أسقطه ، ولا تعمل على المنقول في الكتب طول عمره ، بل إذا جاءك من غير إقليمك من يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وسله عن عرف بلده وأجره عليه وأفت به دون عرف بلدك [ وألغ ما ]<sup>(٢)</sup> في كتبك .

قال : فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً إضلال في الدين وميل عن مقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين ، انظره فقد أطال - رحمه الله - في تقرير هذا المعنى . انتهى .

---

(١) في ب ، ج : مهما .

(٢) في أ ، ج : والمقرر .

مسائل [ من ] <sup>(١)</sup> النكاح

(٢١) [ ١ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل خطب بتيمة بكرة بالغاً مهملة فرضيت به [ ق / ١١ ج ] ، وأثبت [ أنه ] <sup>(٢)</sup> كفؤ [ لها ] <sup>(٣)</sup> عند القاضى ، وامتنع شقيقها فتأجل في إثبات أنه ليس بكفء وفي الإتيان بمنافعه فى ذلك أجلاً ثلاثاً ، وتلوم له فانقضى ذلك [ الأجل ] <sup>(٤)</sup> ولم يأت بشيء ، فأشهد القاضى أنه عجز الشقيق ، ثم إن أخاها للأب زوجها عند ذلك من الخاطب المذكور بصدائق وشهود وتم النكاح بينهما ، فهل للشقيق منع ذلك أم لا ؟

**فأجاب :** وقفت على رسم التعجيز ، وهو الأخير من الرسوم المقيدة بنحوه رسم الكفاءة والنكاح فوجدته يتضمن وقوع الحكم بالعجز على المنازع فى النكاح المذكور من القاضى [ المكرم ] <sup>(٥)</sup> حفظه الله تعالى بطاعته ، فإذا صح ذلك عند القاضى الناظر فى الأحكام الشرعية الآن حفظه الله تعالى بطاعته أمضاه على المنازع المذكور ، ونهاه أن يتعرض للنكاح المذكور بوجه من الوجوه ، فإن انتهى وإلا أدبه ، والسلام .

**قلت :** لو زوجها الأخ للأب والشقيق لم يمتنع من إنكاحها لمضى النكاح ، فكيف وقد امتنع والخطاب كفء ؟!

قال عياض : إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب مشهور المذهب وظاهر الكتاب ، وأجازاه ابن القاسم فيه إذا وقع منعه ابتداءً .

(١) سقط من أ ، ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ ، ج .

(٤) سقط من أ ، ج .

(٥) فى ب ، ج : المقدم .

[ وقد ]<sup>(١)</sup> تأول بعض المشايخ أن ظاهر مذهبه في الكتاب إجازته ابتداءً من مسائل ، منها : قوله في الأخ يزوج أخته وأبوها حاضر فأنكر . ذلك له .  
قال : [ لا ]<sup>(٢)</sup> ، وما للأب ومالها .

وقوله : وقد أخبرتك بقول مالك أن الرجل من الفخذ يزوج وإن كان ثم من هو أقرب منه ، فكيف بالأخ ؟!

قال : وهذه موافقة لرواية البغداديين [ فى ]<sup>(٣)</sup> جواز ذلك ابتداءً .

قال : وحمل ابن حبيب كلام [ ابن القاسم ]<sup>(٤)</sup> على التناقض . انتهى .

ووقعت مسألة السؤال بعينها فى « المدونة » ، ففيها قال على عن مالك فى الأخ يزوج أخته لأبيه وشم أخوها لأبيها وأمها : [ إن ]<sup>(٥)</sup> النكاح جائز .

وحمله اللخمي وابن بشير على الوفاق ، وأن الأخ للأب كالشقيق فى ذلك سواء نظراً إلى أن المعتبر جهة الأب ، والإدلاء بالأمومة ساقط فى ولاية النكاح ، وقدم الشقيق فى كتاب ابن حبيب فجعل الأمومة [ مرجحة ]<sup>(٦)</sup> كالميراث ، والجواب فى أبنائهما وفى العين كذلك ، وفى أبنائهما على ذلك الخلاف .

وأشار بعض [ متأخرى التونسيين من ]<sup>(٧)</sup> معاصرى ابن عبد السلام إلى أن قوله فى رواية على [ ق / ١٨ ب ] فى الأخ يزوج أخته يحتمل أن يريد به زواجاً وقع لا زواجاً يستأنف ، وأنه يقويه قوله : إن النكاح جائز ، فإن مثل هذا اللفظ لا يستعمل

(١) فى ب : وقوله .

(٢) سقط من أ ، ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) ي ب : من جهة .

(٧) سقط من أ .

غالبًا إلا فيما وقع ، ونازعه ابن عبد السلام وذهب إلى أن [ الرواية ]<sup>(١)</sup> في امرأة لم يعقد عليها نكاح ، واحتج بقوله [ بعد قوله ]<sup>(٢)</sup> : إن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق ، فلا تنكح حيثذ إلا برضاه ، فإنه ظاهر وصريح في أن كلامه في امرأة لم تنكح وإلا لقال : مضى النكاح .

**قلت** : [حمل أبو عمران]<sup>(٣)</sup> رواية علي على ما حملها عليه الأول، نقله عياض .

[ ومسألة ]<sup>(٤)</sup> إنكاح الولي الأبعد مع حضور الأقرب [ كثيرة ]<sup>(٥)</sup> الاختلاف والاضطراب ، وفي « المدونة » عن أكثر الروايات : أنه [ لا يزوج الأبعد مع وجود الأقرب ]<sup>(٦)</sup> فإن فعل نظر السلطان .

وقال آخرون : للأقرب الرد والإجازة إلا أن يطول وتلد الأولاد .

[ اللخمي ]<sup>(٧)</sup> : وقال ابن حبيب : للأقرب النظر في الإجازة والرد ما لم بين بها .

[ اللخمي ]<sup>(٨)</sup> : ومنشأ الخلاف هل مقدمة الأقرب من باب أولى ، أو [ ذلك ]<sup>(٩)</sup>

حق له كالقيام بالدم ؟

[ قال : ]<sup>(١٠)</sup> ولا خلاف في جواز النكاح وعدم تعلق الفساد به ، وإنما اختلف

[ هل يتعلق به حق آدمي ]<sup>(١١)</sup> فجعله مالك وابن القاسم من باب أولى .

(١) في ب ، ج : كلامه .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب ، ج : حكى عياض أن أبا عمران حمل .

(٤) في أ : وما في .

(٥) في أ : من .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ ، ج .

(٨) في ب : قال .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من ب .

(١١) في أ : في تعلق حق ادعائه .

قال : ومن قال : ينظر السلطان ، فحمل الأمر أن الأقرب ادعى أنها وضعت نفسها فى دناءة وحيث تدركه معرة أو مضرة ، فينظر السلطان فيما يقوله وإلا مضى النكاح .

ومن قال : له فسخه ، جعل ذلك حقاً له وإن كان [ النكاح ]<sup>(١)</sup> سداداً ما لم يعارض باطلاع الزوج على عورتها .

[ قال : ]<sup>(٢)</sup> وقد يكون له الفسخ وإن طال الأمر إذا كان الزوج ممن يدرك الأولياء منه معرة أو مضرة .

[ قال : ]<sup>(٣)</sup> وإن كانت المرأة ممن لا قدر لها مضى العقد قولاً واحداً . انتهى .

[ وحكى صاحب « الإكمال » قولاً بأن تقدمة الأقرب من حقوق الله فيفسخ على كل حال ، وعزاه المتيطى للمغيرة وبه نقض ابن عرفة نقل اللخمي الاتفاق على عدم تعلق الفساد به ، أو على أن للأقرب الفسخ ]<sup>(٤)</sup>.

فقال الباجى : روى ابن حبيب عن مالك : [ أن ذلك ما ]<sup>(٥)</sup> لم يكن حاضراً يعلم أن غيره عقد [ على وليته ]<sup>(٦)</sup> فلا يتكلم ولا يغير ، [ فيحمل ذلك منه على الرضا .

عياض : وهذا كله فيما عدا الأب فى ابنته البكر والسيد فى أمته ، فلا خلاف أن لهما الفسخ ، وهل لهما إجازته ؟ قولان .

**قلت** : قال ابن عبد السلام : لا أعلم قائلاً فى المذهب بجوار إجازته للأب

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : المتيطى على المغيرة : يفسخ بكل حال وحكاه صاحب « الإكمال » ولم يعزه وبناه على أنه من حقوق الله تعالى ، ونقض به ابن عرفة نقل اللخمي الاتفاق على عدم تعلق الفساد به .

(٥) فى أ ، ج : إذا .

(٦) سقط من أ ، ج .

فى ابنته البكر .

قال : وانظر هل يدخله شىء من الخلاف الذى فى النكاح الموقوف .

**قلت** : خرج اللخمي جواز إجازته من رواية عبد الوهاب جواز إجازة السيد [ذلك] <sup>(١)</sup> فى أمته ، فى هذا كفاية إن شاء الله تعالى .

على أن مسألة الشيخ لا يدخلها شىء من هذا الخلاف الذى فى إنكاح الولي الأبعد مع حضور الأقرب ، لأن الأقرب هنا قد امتنع وأبى إنكاحها من ذلك الكفاء الذى رضيت به ، وقد كان الواجب [ عليه ] <sup>(٢)</sup> إجابتها إلى ذلك وإسعافها ، قال الله عز وجل ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ [ النور : ٣٢ ] ، فلما امتنع سقط للولي عضل وليته إذا دعت إلى كفاء فى الدين والحال والمروءة ، ويزوجها عليه الإمام .

ونحوه : [ قال ] <sup>(٣)</sup> ابن الحاجب : ويجب على الولي تزويج البالغ إذا دعت إلى كفاء ، فإن امتنع زوجها الحاكم ، ولو كان لها ولي أبعد منه كالمشهور فى غيبة الولي الأقرب وحضور الأبعد ، وفى هذا الاحتمال الثانى نظر . انتهى .

وفى « المدونة » : ولا يكون الأب عاضلاً لابنته [ البكر ] <sup>(٤)</sup> البالغ فى رد أول خاطب أو خاطبين حتى يتبين ضرره ، فإذا تبين [ ضرره ] <sup>(٥)</sup> قال له الإمام : إما أن تزوجها [ وإلا ] <sup>(٦)</sup> زوجها عليك ، لأن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » <sup>(٧)</sup> .

وقال ابن حبيب : له منعها ، وليس للسلطان النشوز عليه فيها وإن طلبت ذلك الابنة ، وقد منع مالك بناته من النكاح وقد رغب فيهن خيار الرجال وفعله أهل

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : قول .

(٤) سقط من ١ ، ب .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى ج : أو .

(٧) أخرجه ابن ماجة (٢٣٤٠) من حديث عبادة رضى الله عنه ، قال الالبانى : صحيح .



العلم قبله وبعده ، وحمله اللخمي على الخلاف .

ورأى أنه ينظر إلى حاله ، فإن كان عالماً صالحاً ترك ، فقد يكون ذلك منه لعب أو نقص لا يغتفره الأزواج ، وإلا ستل الجيران ، فإن لم يعلم [ ق / ١٢ ح ] عذره روجت .

وقال ابن عبد السلام : ليس قول ابن حبيب نصاً في مخالفة « المدونة » و [إن<sup>(١)</sup>] ذهب الاكثرون إلى أنه خلاف ، لأنه شرط في « المدونة » تبين ضرره ، وظاهر كلام ابن حبيب فيمن لم يعلم حاله هل قصد الضرر أم لا .  
ورده ابن عرفة بما يقف من إرداده .

وقال ابن فتوح : ليس على قول ابن حبيب العمل .

قال الشيخ - رحمه الله - : مفهوم قوله في « المدونة » : إن غير الأب ، يكون عاضلاً برده أول خاطب .

ومفهوم قوله : البكر ، أن غير البكر يكون عاضلاً فيها برد أول خاطب .

ومفهوم قوله : البالغ ، أن غير البالغ لا يكون [ فيها ]<sup>(٢)</sup> عاضلاً من باب أخرى .

وقال : هذه المفهومات جارية كلها .

قلت : وفيه نظر ، فإن المنصوص في كتاب ابن حبيب أن الأب لا يكون في الثيب عاضلاً برد أول خاطب حتى يتظاهر ذلك من فعله ويتبين ضرره .

وقال في الوصي إذا رد عن البكر من فيه لها غبطة وحظوة مرة بعد مرة وتظاهر ذلك : زوجها عليه الإمام ، نقل هذا عنه صاحب « النوادر » ، وعلى كل حال فإنما يكون عاضلاً برد من فيه الغبطة والنظر والحظ والرشد ، صرح بذلك في كتاب ابن

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ ، ب .

المواز وفي كتاب ابن حبيب .

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال : ليس للسلطان عقد نكاح امرأة رفعت أمرها إليه وطلبت أن يزوجه حتى يسأل [ ألها ] <sup>(١)</sup> ولى أم لا ؟ فإن ثبت عنده بعدول من جيرانها أهل المعرفة بها أو غيرهم أنها لا ولى لها ، زوجها .

وإن كان لها ولى لم يزوجه حتى يدعوه ، فإن أبى من إنكاحها سأله عن وجه امتناعه ، فإن استصوب ما قال ردها إلى آرائه صاغرة وخلا بينهما ولم يجبره على تزويجها ممن كره ، لأنه الناظر لها وغير المتهم فيها .

وإن لم ير ما قال صواباً ورأى إضراراً منه بها وجباً لها ، أمره بتزويجها بعد أن يثبت عنده ما يجب في أمرها .

المتيطى عن ابن أبي زمنين وابن العطار وغيرهما من الموثقين : وبهذا جرى العمل ببلدنا واستمرت عليه الأحكام عندنا ، وعليه بنى أهل الوثائق وثائقهم . انتهى .

قال الشيخ - رحمه الله - : وقوله في « المدونة » : لا يكون أبو البكر عاضلاً لها برد خاطب أو خاطبين حتى يتبين ضرره ، [ ظاهره أنه ] محمول على النظر كما في أحكام ابن أبي زياد : إذا ادعى أنه إنما عضلها لحسن النظر ، وتدعى أنه على وجه الضرر ، فإنها تكلف بينة على ذلك <sup>(٣)</sup> .

( ٢٢ ) [ ٢ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن بكر يتيمة مهملة لا ولى لها إلا ابنا عمومة أحدهما أقرب ، فطلب [ القريب ] <sup>(٤)</sup> نكاحها ففرت إلى أجنبي ورغبت نكاحه ، ثم اجتمع الناس فجازوها من دار الأجنبي الذى فرت إليه وجعلوها عند شيخ القبيلة حتى تمت عدتها من الاستبراء خيفة أن يمسه الذى فرت إليه ، ثم دخل

(١) فى ج : هل لها .

(٢) فى ج : لانه .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

إليها الشهود فذكروا لها الأزواج ، ففوضت لذى رأى الذى كانت [ ق / ١٩ ب ] فى بيته ، فزوجها من الذى فرت إليه وتم النكاح وردت إلى بيت أمها ، فأتى ابن عمها الذى فرت منه واغتصبها وحملها ، فهل صح النكاح للأول أم لا ؟

**فأصاب :** هذه امرأة زوجها البعيد بحضرة القريب لأنهما قريبان ، أحدهما الذى خطبها ولكن زوجها ذو رأى ، فعلى القول أن ذا رأى هو القائم بأمور قبيلته ينظر إن كانت دنية جار .

وعلى القول أن ذا رأى هو العالم أو كانت ليست دنية [ يدخله ]<sup>(١)</sup> الخلاف فى تزويج البعيد بحضرة القريب ، [ لا ]<sup>(٢)</sup> سيما وهذا لم يفت بالدخول ، انظر النكاح الأول .

[ قلت : الذى فيه قال عنه ]<sup>(٣)</sup> ابن القاسم : وذو رأى من أهلها إذا كان له الفضل والصلاح يجوز إنكاحه إذا أصاب وجه النكاح .

[ وقال أيضاً ]<sup>(٤)</sup> : قال مالك : وقول عمر : لا تنكح امرأة إلا بإذن وليها أو ذى رأى من أهلها أو السلطان ، فذو رأى من أهلها الرجل من العشيرة [ أو ابن العم أو المولى ]<sup>(٥)</sup> .

[ وقال ابن نافع عنه : هو الرجل ]<sup>(٦)</sup> من العصابة . انتهى .

[ وقال عبد الملك : هو الرجل ]<sup>(٧)</sup> من البطن .

وفى « المدونة » أيضاً ، ولم ينقله فى « التهذيب » : وقد أخبرتك بقول مالك

(١) فى أ : يدخلها .

(٢) سقط من أ ، ج .

(٣) فى ب : وفى « المدونة » أيضاً قال عن .

(٤) فى ب : هو قوله .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى ب : وعلى قول ابن نافع .

(٧) فى ب : وعلى قول عبد الملك .

أن الرجل من الفخذ يزوج وإن كان ثم أقرب منه، فقول الشيخ في جوابه : إن كانت دنية جاز ، يريد اتفاقاً ، قاله اللخمي حسب ما قدمناه في كلامنا على المسألة التي قبل هذه .

وقوله : إن كانت ليست دنية ... إلى آخره ، [ قسيم قوله ]<sup>(١)</sup> : إن كانت دنية ، فذكر - رحمه الله - [ أولاً ]<sup>(٢)</sup> القسم المستفق عليه و [ ثانياً ]<sup>(٣)</sup> القسم المختلف فيه .

( ٢٣ ) [ ٣ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل كانت له بنت ترب ثمانية أعوام وهي في حضانة أمها المطلقة منه ، فعمد النكاح عليها وأراد [ زفها ]<sup>(٤)</sup> إلى زوجها ، وليس مثلها يوطأ ، فقالت له الزوجة : ما فائدة تزويجك إياها ؟ فقال : لأن الزوج كفاء وإنى رغبتم سقوط النفقة عنى ؟

**فقال** : أما بعد العقد فلا إشكال لأن حق الزوج تعلق [ ق / ٢٠ ب ] بها ، ولا يصدق عليها أبوها ولو اعترف بأنه قصد الضرر ، فيمكن الزوج منها .

وأما قبل العقد [ فالأصل ]<sup>(٥)</sup> : له أن يزوج ابنته الصغيرة وإن كان مثلها [ لا ]<sup>(٦)</sup> يوطأ ، ولكن كونه قصد [ ق / ١٣ ج ] إسقاط [ النفقة و ]<sup>(٧)</sup> حضانة أمها ، فيه نظر .  
**قلت** : [ أما عقد الأب على ابنته فلا إشكال فيه .

قال في « الكمال » : لا خلاف بين العلماء في جبر الأب ابنته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها ، ثم لا خيار لها إذا بلغت عند مالك والشافعي وفقهاء الحجاز ، وذهب

(١) في ب : هو قسم وقوله أولاً .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب ، ج : زفها .

(٥) في أ : فلا أصل .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ ، ج .

أهل العراق إلى أن لها الخيار إذا بلغت أ . ه .

وفى « النوادر » عن « كتاب محمد » : وذلك جائز فى التى ولدت ، وقد تزوج قدامة بن مظعون مولودة للزبير بن العوام .

وقول الشيخ فى جوابه : فيمكن الزوج منها ، يريد : إذا أطاقت الوطاء وإلا فلا ، وليس لأبيها زفافها إليه ، لأن ذلك ضرر بها فى بدنها .

وفى « المدونة » : لو دعى [ (١) الزوج إلى البناء وهى لا يجامع مثلها من صغر ، فلهم منعه إلى بلوغ ذلك .

[ وقد قال مالك فى التى شرطوا عليه ألا يدخل بها إلى سنة : إن كان لصغر أو استمتاع أهلها منه لتغربة بها ، فذلك لازم وإلا بطل الشرط ] (٢) .

عياض : وحديث عائشة - رضى الله عنها - [ وقولها ] (٣) : « تزوجنى رسول الله ﷺ وأنا بنت ست سنين وبنى بى وأنا بنت تسع سنين » أصل فى وقت الدخول إذا تشاجروا فيه ، فأوجب أحمد و [ أبو ] (٤) عيبه إجبار بنت تسع سنين على الدخول .

وقال مالك والشافعى : حده أن تطيق الرجل .

قال الشافعى : وتقارب البلوغ .

وقال أبو حنيفة : حده إطاقة الرجل وإن لم تبلغ التسع ، ولاهلهما منع الزوج منها إذا لم تطلق ذلك وإن بلغت التسع ، وهو نحو قول مالك .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب ، ج .

(٣) سقط من ب ، ج .

(٤) فى أ : ابن .

[ وقول الشيخ <sup>(١)</sup> ] : « لكن كونه قصد إسقاط [ ق / ١٤ أ ] حضانة أمها » ، فيه

نظر .

**قلت** : في « طرر ابن عات » : قال الداودي : لا يزوج ابنته من امرأة مطلقة

من غريب أو في غربة إذا كرهت ذلك الأم ، لأنه ضرر للدين والدنيا .

قال : وقال بعض المفتين : له تزويج ابنته التي في حجر أمها المطلقة في غربة

مسافة الخمسة الأيام ونحوها إذا روجها من كفاء وإن كرهت الأم وبنته .

(٢٤) [ ٤ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن يتيمة حضنتها أمها ولم يكن لها

ولى حاضر يزوجها [ هل يزوجها ] <sup>(٢)</sup> أخوها لأمها ولا حاكم بالبلد إلا ولاة  
الجور؟

**فقال** : يجتمع أهل الموضع إن لم يقدروا على الرفع إلى حاكم عدل فيقدموا

لنكاحها من رأوا [ إما ] <sup>(٣)</sup> إمام الموضع أو فقيه أو رجل صالح أو الأخ للأم أو من  
رأوا .

**قلت** : لم يجعل الشيخ - رحمه الله - للحاضنة أن توكل [ رجلاً ] <sup>(٤)</sup> يعقد

نكاح محضونتها وقد اختلف في ذلك .

قال [ ق / ٢١ ب ] المتيسى : اختلف هل للكافل التوكيل على عقد [ نكاح

المكفولة ] <sup>(٥)</sup> ؟

وظاهر قوله في [ كتاب ] <sup>(٦)</sup> النكاح الأول [ من « المدونة » ] <sup>(٧)</sup> ليس للأم أن

(١) في ب ، ج : وقوله .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب ، ج : من .

(٥) في ب ، ج : نكاحها .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ب .

تستخلف من يزوج ابنتها البالغ اليتيمة ، إلا أن تكون الأم وصياً [ عليها ]<sup>(١)</sup> أنه ليس له ذلك .

قال : وقاله ابن سهل وغيره .

قال : ووقع في رسم أوله « شك في طوافه » من سماع ابن القاسم : إن ذلك [ له ]<sup>(٢)</sup> كسائر الأولياء ، واحتج به ابن مالك على جواز [ توكيله ]<sup>(٣)</sup> ، وهو ظاهر ما في « وثائق » ابن العطار وغيره . انتهى .

ونقل ابن الحاج في نوازله خلافاً في الحاضنة ، وعزى المنع لابن الطلاع والقاضي محمد بن حمد بن حمد بن عات ، ونقله ابن عات [ في طوره ]<sup>(٤)</sup> عن ابن زرب وقال : إن المرأة في ذلك خلاف الرجل .

[ قال ]<sup>(٥)</sup> : وقد يثقل فيه وهو غير مجمع عليه ، فكيف بالمرأة ؟

قلت : وقول ابن زرب : « وقد يثقل - أي في الرجل الكافل - وهو غير مجمع عليه » ، يريد تعقب ابن عرفة تعميم المتيطى الخلاف في توكيل الرجل الكافل ، فقال - أعنى ابن عرفة - : لا أعلم خلافاً أن للولي أن يوكل على عقد نكاح وليته من يصلح لذلك ، كافلاً كان أو غيره .

قال : والواقع في سماع ابن القاسم إنما هو في توكيل أم على إنكاح ابنتها ، ويحتمل أن تكون المكفولة [ في السؤال ]<sup>(٦)</sup> غير دنية ، [ فلذلك لم ير ]<sup>(٧)</sup> الشيخ لأمها الكافلة توكيل رجل يعقد نكاحها اعتماداً على ظاهر « المدونة » وعلى ما

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب ، ج : توكيل الحاضن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ج : هنا .

(٧) في ب : فلم ير .

اختصرها عليه ابن أبي زيد أن الكافل لا يكون ولياً في ذات القدر ، ونص المسألة في « مختصرة » : قيل لمالك : فرجال من الموالي يكفلون صبيان الأعراب تصيبهم السنة .

[ قال : ] <sup>(١)</sup> فإن لكافل الصبية منهم أن يزوجه بخلاف ذات الغنى والقدر .

ابن رشد : أنزل الحاضن والمربي للجارية في حياة الأب بمنزلة وكيله فرأى تزويجه جائزاً عليها بغير إذنها .

قال : وذكر ابن حبيب المسألة على خلاف ما وقعت في « المدونة » ، فقال : تكون فيهم الجارية قد مات أبوها وغاب أهلها ، فإن كافلها أولى بعقد نكاحها ، يريد من ولاتها ، فأنزله منزلة الوصي ، ونحوه في قسمة « المدونة » ورواية ابن غانم ، وقول ابن كنانة في إخوة زوجوا أخاً لهم صغيراً أنه يلزمه ذلك إذا كانوا يلونه وينفقون عليه .

وقال ابن القاسم : لا يلزمه ولا يتوارثان .

وقال عياض - رحمه الله - : وحمل الشيوخ « المدونة » على ما ذكر ابن حبيب ، فلا يرون أن يزوجه الحاضن في حياة أبيها .

قال : وما أشار إليه ابن حبيب من مغيب أهلها - يعني أولياتها - [ق/ ٢٢ب] فإن أكثر أولئك الصبيان قافة البوادي وجالية الأعراب لا تعرف آبائهم فهم إما موتى أو مجهولون في حكم الموتى فلا يكون إنكاحهن إلا برضاهن ، خلاف ما في كتاب بعض المدنيين ، وتأوله على « المدونة » أنه بغير رضاهن ، وهو وهم منه أو من النقلة عنه . انتهى .

وبما نقله عياض عن الشيوخ قيد ابن يونس مسألة « المدونة » ، [ فقال ] <sup>(٢)</sup> [بإثراها ] : <sup>(٣)</sup> يريد إذا بلغت وأذنت ولم يكن لها أب ، وإلا فلا تنكح بغير رضاه إلا

(١) سقط من أ .

(٢) في ب ، ج : فإنه قال .

(٣) سقط من أ .



إن جعله بيده .

قال : ونحوه فى كتاب محمد .

[ وحكى الميضى نحوه عن ابن العطار ، فقال ]<sup>(١)</sup> : [ له إنكاحها ]<sup>(٢)</sup> إذا غاب

أبوها برضاها .

قال : ونحوه لابن زرب : [ أنه ]<sup>(٣)</sup> يزوجها [ وأبوها ]<sup>(٤)</sup> حى .

قال غيره : [ يريد ]<sup>(٥)</sup> إذا كان غائبا . انتهى .

وفى « وثائق ابن كوثر » : وسئل أبو عمر بن المكوى عن من له ربيبة رباها

وروالدها حى فخطبت ، من أولى بتزويجها ؟

فقال : من أنكحها منهما فالنكاح جائز .

[ وفى « أحكام ابن بطال » : كتب بعض القضاة إلى محمد بن بشير

القاضى]<sup>(٦)</sup> فيمن تزوج امرأة ومعها بنت لها فرباها حتى بلغت وخطبها رجل من

العرب ، وزعم [ الربى ]<sup>(٧)</sup> أن لا ولى لها وأراد إنكاحها ؟

**فأجاب** [ محمد بن بشير ]<sup>(٨)</sup> : اكشف عن ذلك ، فإن لم يكن لها ولى أو

كان بعيد الغيبة فزوجها ، فإن السلطان ولى من لا ولى له .

**قلت** : احتج بهذا بعض من لقبت من الفاسيين أن الربية بنت امرأة الرب لا

(١) فى ب ، ج : الميضى : وقال ابن العطار .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ب ، ج : إن له أن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ب : ويحتج بما فى « أحكام ابن بطال » : لمحمد بن بشير القاضى فإنه كتب إليه بعض القضاة .

(٧) فى ب : الربيب .

(٨) سقط من أ .

يزوجها رابها ، قائلاً : بأنه ليس بكافل حقيقة ، ولأن كفاله إياها لجهة أمها ، وأنها لو طلقت لخرجت عن كفاله .

وفى الاحتجاج بقول ابن بشير القاضى لذلك نظر لاحتمال أن يكون رأى تقديم الحاكم على الكافل ، فإن مشهور المذهب تقديم الولى على الكافل ، قاله ابن رشد ، والحاكم [ ولى ] <sup>(١)</sup> [ من جملة الأولياء ] <sup>(٢)</sup> و [ قد حمل ] <sup>(٣)</sup> ابن القاسم - رحمه الله قول عمر - رضى الله عنه - : « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان » على التسوية [ أو التخيير ] <sup>(٤)</sup> لا على الترتيب ، ويحتمل أن يكون محل ابن بشير رأى أنه لا مدخل للكافل فى ولاية النكاح ، والخلاف فى ذلك حكاه أبو الطاهر ابن بشير ، فتأمله .

### وهل تبقى ولاية الكافل على المكفولة إذا أنكحها ثم تأميت ؟

حكى ابن فتحون عن أبيه عن الشيخ أبى الوليد - يعنى ابن مقليل - [ بقاءها ] <sup>(٥)</sup> بشرط عودها إلى كفاله .

قال : وفاوضت القاضى أبا الوليد الباجى وأعلمته بقول الشيخ أبى الوليد ، فقال : رأى ولايته عليها باقية وإن لم تعد إلى كفاله .

ابن فتحون : ويدل قول الشيخ أبى الوليد عندى فى الشيب تكون فى كفالة الرجل أن له تزويجها وإن لم يكفلها فى صغرها ، لأنه إنما اعتبر الكفالة المتصلة بالتزويج .

[ ابن عرفة : وعلى قول ابن العطار لا ينكحها ] <sup>(٦)</sup> [ ق / ١٤ ج ] .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ب : له ذلك .

(٦) سقط من أ .

المتيطى : واختلف هل له أن يراجعها من مطلقها ؟ فأجاز ذلك ابن عتاب ، ومنعه ابن العطار .

واستحسن ابن الطلاع قول ابن عتاب إن كان صالحاً ، وقول ابن العطار إن كان على غير ذلك ، [ الشيخ : ولا فرق بين هذا وبين الأول ، فيحتمل فى المسألة أربعة أقوال ، وعلى ذلك اقتصر ابن عرفة ]<sup>(١)</sup> وأقل من تحصل به الكفالة عشر سنين ، حكاه الشيخ عن بعض الموثقين .

وقال أبو محمد صالح : أقله أربعة أعوام .

قال : كذا وجدته فى تعاليقى ، ولا أدرى [ من ]<sup>(٢)</sup> أين نقلته .

الشيخ : الأحسن أن لا حد فى ذلك إلا قدر ما تقع فيه الشفقة والحنان .

( ٢٥ ) [ ٥ ] وسئل - رحمه الله - : عن من أوصى زوجه على أولاده منها إن تزوج وغير ذلك ، وجعل أخاه مشرفاً عليها ، فعقدت نكاحاً على ابنتها بعد البلوغ وبتوكيل ولدها أحد المحجورين - وهو بالغ - على العقد ، فلما تم النكاح قام المشرف ، قال : لا أجزى هذا النكاح ، وزعم أنه رأى فى فسخه مصلحة للبت لإعطائه على الشريكة ؟

**فقال :** للمشرف فسخه ، ويفعل ما أراد [ ق / ٥ / أ ] إذ كذلك جعل له الموصى بخلاف الوصيين المتساويين ، إذ لكل واحد منهما ما للآخر ، فإذا اختلفا نظر الحاكم وهنا لا ينظر الحاكم أصلاً ، لأنه مقتضى لفظ الموصى .

وأما إنكاح المحجور بتوكيل الوصى فجائز ، لأن الولى لا يشترط فيه الرشد ، وللرشد قولان هل يشترط فى الولى أم لا ؟

**قلت :** هكذا وجدت المسألة وفى آخرها خلل كما تراه ، وهو قوله : وأما

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ ، ب .

إنكاح المحجور [ بتوكيل الوصى ]<sup>(١)</sup> فجائز ، لأن الولي لا يشترط فيه الرشد ، وللرشد قولان هل يشترطان في الولي أم لا ، فإن [ كان هكذا ]<sup>(٢)</sup> ففيه تناقض وتدافع ، ولأن الأخ المنكح هنا مولى عليه [ غير مالك أمر نفسه ، لأنه في ]<sup>(٣)</sup> ولاية أمه بإيضاء أبيه ، ومن شرط الولي كونه مالكا أمر نفسه .

قال صاحب « المقدمات » : اتفاقاً ، فيحتمل أنه هنا ذو رأى .

قال أصبغ في « العتبية » : قيل لأشهب : السفية يزوج أخته ؟

قال : نعم ، حسبته قال : إن كان ذا رأى ، ولا مولى عليه فذلك جائز وإن كان سفياً .

ابن رشد : القائل : « حسبته قال . . . » إلى آخره هو لأصبغ .

قال اللخمي : اختلف هل للسفيه إنكاح ابنته أم لا ؟

وثالثها : ليس له إلا المشورة ، وذلك راجع إلى حاله ، فإن كان ذا عقل ودين وهو مبذر ، فإنه كالرشيد واستحسن مطالعة الوصى .

وإن كان ناقص الميز فالنظر فيها للوصي ، فيزوجها بعد بلوغها واستئذانها كاليثيمة ، ويختلف فيمن يتولى العقد .

وإن كان فقيد العقل لم يكن له نظر ولا عقد ، وقد اضطرب في هذه المسألة في كتاب محمد ، والفقهاء فيها منحصر إلى هذه الوجوه ، فإن بادر الأب بالعقد حيث يمنع منه لنقص ميزه ، [ اعتبر ]<sup>(٤)</sup> ذلك [ فإن كان إمضاءه نظراً ، أمضاه ، وإلا فرق بينهما ]<sup>(٥)</sup> .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ب ، ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ ، ب : اختر .

(٥) في ج : فإن كان فأمضاه نظر إمضاه ، ولا فرق .

وكذلك إن كان سفيهاً لم يضرب على يديه وليس في ولايته فإنه ينظر فيه كذلك . انتهى .

وقال الباجي : قال ابن القاسم في « الموازية » : ليس للسفيه أن يزوج ابنته إلا بإذن وليه إلا الضعيف فكالميت .

وقال ابن وهب : وليه أولى بإنكاح بناته وإمائه ، ولا أمر له فيهن ويستحب حضوره ، فإن عقد فلوليه الإجازة والرد ، وإن لم يكن له ولي مضى إنكاحه إن كان صواباً .

أشهب في « العتبية » : يزوجها [ وليها ] <sup>(١)</sup> إذا كان ذا رأى ولم يول عليه ، وهو نحو قول ابن وهب [ فعند ابن القاسم أنه أولى بالعقد ، وعند ابن وهب ] <sup>(٢)</sup> الولى أولى به .

أصبح : قول ابن وهب صحيح .

محمد : إلا قوله : إن لم يكن له ولي جاز ، وذلك سواء كان له ولي أم لا ، ينظر فيه في رده وإجازته بالاجتهاد ، ففرق ابن وهب بين المحجور وغيره ، ففي المحجور يرد وليه إنكاحه إن شاء ، وغير المحجور لا يرد إنكاحه إلا لوجه بين ، وسوى محمد بينهما فقال : يرد لوجه بين يقتضى الرد .

ابن زرقون عن أبي مصعب : يفسخ عقد المحجور قبل البناء وبعده ، وهذا راجع إلى النكاح الموقوف .

اللخمي : وقد يحمل قوله : إذا كان ذلك بغير رضى وليه ولا مطالعته . انتهى .

الباجي عن ابن وهب : والسفيه في أخته كابنته ، وقاله أشهب في « العتبية » .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ ، ب .

وقال ابن العطار : ليس للمجحور عقد نكاحها ، فإن فعل فسخ ويعقد لها الوصى والسلطان ، فإن زوج السفية المولى عليه ولا رأى له ابنته البكر أو أخته أو مولاته أو أمته فسخ النكاح وقيل : ينظر فيه وإن كان له رأى على مذهب من يرى له أن يزوج فزوج أخته مضى النكاح .

وإن زوج ابنته البكر أو أمته نظر فيه ، [ فإن كان صواباً مضى ]<sup>(١)</sup> ، وإن زوج ابنته [ البكر أو أمته نظر فيه السفية غير المولى عليه ولا رأى له ابنته البكر نظر فيه ، وإن زوج أخته ]<sup>(٢)</sup> مضى إلا أن يكون غير صواب وإن زوج أمته جرى على الخلاف في جواز فعله في ماله فلا اختلاف أن المولى عليه الذى لا رأى له لا يجوز له أن يزوج ابنته ولا أخته ولا أمته ، ولا خلاف أن السفية غير المولى عليه وله رأى له أن يزوج ابنته البكر قبل البلوغ وبعده وأخته ومولاته . انتهى .

وقد وقعت مسألة كمسألة السؤال إلا أنه وافق فيها المشرف فى «نوازل ابن الحاج» .

فقال : نزلت فى أيام شيخنا مسألة وذلك أن صبية كانت إلى نظر أمها وتحت إيصاتها مع أختها بتقديم أبيها ، فقدمت الأم الابن أخا الصبية لعقد نكاح أخته وكتب الصداق ، فأفتى أبو الحسن بن حمدين - رحمه الله - [ ق/ ٢٤ ب ] بأن يبذل الصداق لا غير ، ولم ير فسخ النكاح ، فبذل الصداق وقدمت [ الوصية ]<sup>(٣)</sup> للعقد رجلاً كان شرط الموصى لها مشورته ، ثم نزلت سنة عشر وخمسمائة فظهر لى [ولابن رشد ]<sup>(٤)</sup> أن الفتيا فيها أن ينظر إلى [ فعل ]<sup>(٥)</sup> الأخ ، فإن كان سديداً لا بأس به نفذ النكاح ، ولا سيما على مذهب ابن القاسم الذى يرى أن الخال يدخل فى الولاية ويخرج عنها ، فإذا كان سديداً فكأنه ليس فى ولايته على مذهب ابن القاسم

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

ويبذل الصداق فقط استحساناً .

فإن كان سفيهاً غير سديد فسخ النكاح وجدد الصداق ، لأنه مولى عليه حقيقة حيثئذ على مذهبه ، وانظر هذه المسألة فى سماع أصبغ [ لأشهب فى « النوادر » ]<sup>(١)</sup> وهذا الذى كتبه هو أحسن ما يقال فيه ، وعليه توافقت مع [ ابن رشد ]<sup>(٢)</sup> ونزلت مسألة ثانية سنة إحدى عشرة وخمسمائة رجل إلى نظر أمه هو وأخته [ زوج أخته ]<sup>(٣)</sup> وأمهم ، فأفتيت بنحو ذلك .

وقول الشيخ - رحمه الله - : للمشرف فسخ النكاح . . . ، إلى قوله : وهنا لا ينظر الحاكم أصلاً لأنه مقتضى لفظ الوصى وقع للمشاور فى الضرر أن للمشرف الإشراف على أفعال الوصى كلها لا يتقلب فى شيء إلا بمعرفته ، فإن فعل شيئاً من ذلك من غير علمه مضى فعله إن كان سداداً وإلا رده المشرف ، فإن أراد رد السداد من فعله لم يكن له ذلك ونظر السلطان فيه .

وفى « الطرر » أيضاً عن أحمد بن ناصر : للمشرف النظر فى البيع والشراء لا يكون إلا برأيه ، فإن فعل [ بغير ]<sup>(٤)</sup> رأيه [ رد ]<sup>(٥)</sup> إذا لم يكن نظراً .

( ٢٦ ) [ ٦ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل خطب لأخته ابنة رجل آخر ، فزوجه الرجل ثم بعد ذلك قال أبو الزوجة : لم يكن الزوج رضى حين العقد ولا شهد عليه بالرضا ، والزوج يقول : كنت رضىت وأنا أرسلت أخى ، ولا بينة له إلا دعواه ، واعترف أبوها بالنكاح إلا كون الزوج لم يشهد عليه ، فهل يفسخ [ النكاح أم لا ]<sup>(٦)</sup> وقد وقعت ففسخ قاضى القصر هذا النكاح بهذا ؟

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الشيوخ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : بقى .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

**فقال** : أخطأ هذا القاضى ، وهو حين قال الآن : كنت رضيت وأنا أرسلت  
أخى ، محمول على الرضا ، والنكاح تام .

وقد نصوا على ما إذا انعقد النكاح فلم يشهد على الزوجة حتى مات الزوج ،  
فقلت : كنت رضيت أنها ترثه .

وكذلك لو ماتت هى ، فأحرى [ هذا ]<sup>(١)</sup> الذى بلغه ذلك وسكت .

**قلت** : [ قوله ]<sup>(٢)</sup> أخطأ القاضى المذكور [ جلى ]<sup>(٣)</sup> ، والمسألة منصوص  
عليها [ ق / ٢٥ ب ] فى كتاب محمد .

وفى « العتبية » من سماع ابن القاسم : إذا قال الخاطب : أمرنى الرجل ، أو  
قال الولى : أمرتنى المرأة ، [ فإنه إن قدم ]<sup>(٤)</sup> وقال : أنا [ أمرت العاقد ]<sup>(٥)</sup> تم  
النكاح ولا [ ق / ١٦ أ ] يقبل إقرار الخاطب بعد النكاح بالافتيات [ حتى يقدم  
الغائب فيقر أو يجحد ] .

وكذلك لو سكت العاقد ولم يقر بالافتيات [ حتى يقدم الغائب ]<sup>(٦)</sup> وأما إن أقر  
به حال العقد أو ثبت افتياته فسد النكاح .

[ وقول الشيخ ]<sup>(٧)</sup> : وقد نصوا على ما إذا انعقد النكاح . . . إلى قوله : إنها  
ترثه ، رواه أشهب عن مالك فى [ « الموازية » ]<sup>(٨)</sup> فى امرأة زوجها أخوها ثم مات  
الزوج ، فقال ورثته : لم تكن رضيت .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب ، ج : ظاهر .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ب ، ج : أمرته .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ج : وقوله .

(٨) فى ب ، ج : كتاب ابن المواز .



وفي « النوادر » عن [ « الموازية » ]<sup>(١)</sup> أيضاً : ومن زوج ابنه الغائب وقال :  
أمرنى بذلك ، ومات قبل أن يعلم رضاه ، فإن لم يرثه غير أبيه ورثت معه الزوجة .  
وإن كان معه غيره ورثت مما وقع للأب ، لأنه مقر لها أنها زوجة ، وقاله  
أصبغ .

ونحو هذا في سماع أصبغ من « العتبية » .

ابن رشد : وقوله في الميراث صحيح لا اختلاف فيه .

( ٢٧ ) [ ٧ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل له أخ ينوب عنه في أموره ،  
وكلاهما بالغ رشيد ، فخطب ابنته بكرًا يتيمة مهملة من أخيها وجميعهم في دار  
واحدة ، فقال المخطوب منه : أنت هازل ولكن إن عولت فجد ، فمضى معه إلى  
السوق فاشترى كسوة للعروسة وطحنا دقيقًا للعرس وبعثا للناس لحضوره ،  
وجميعهم عالم بذلك لكونهم في دار واحدة ، فماتت البنت قرب البناء قبل أن يضع  
العروس ، ثم مات أخوها ، فهل للزوج منها ميراث أم لا ؟

**فقال** : لم ينعقد النكاح ، وقوله : أنت هازل فجد ، إنما هو يستدعي منه  
أمارات تدل على الجحد ، فكأنه قال له : إذا فعلت ما يدل على جدك فأنا أزوجك ،  
وقد فعل وماتت قبل أن يزوجه ، والنكاح لا بد فيه من الإيجاب والقبول ، بخلاف  
إذا زوجها الولي وقبل الزوج تصريحًا والزوجة تعلم ذلك ، وفعلت ما يدل على  
الرضا ، أنه يلزمها النكاح وإن لم تستأمر ، والتي عقد نكاحها في المسجد فادعى  
الزوج أنها علمت ورضيت ، فأنكرت وقالت : لم أعلم ، المنصوص : تحلف ما  
علمت ، فإن نكلت [ قال في « المدونة » ]<sup>(٢)</sup> لزمها النكاح لوجود القبول والإيجاب  
هنا .

**قلت** : قوله : والنكاح لا بد فيه من الإيجاب والقبول .

(١) في ب : مالك في كتاب ابن المواز ، وفي ج : كتاب ابن المواز .

(٢) سقط من أ .

قال فى « المدونة » : وإن قال الخاطب للأب فى البكر أو لولى مفوض إليه : زوجنى فلانة بمائة ، فقال : قد فعلت ، ثم قال الخاطب : لا أرضى ، لم ينفعه ولزمه النكاح .

ابن رشد : اتفاقاً .

قال فى « المدونة » : بخلاف البيع ، لأن ابن المسيب قال : ثلاث ليس فيهن لعب هزلهن جد ، النكاح والطلاق والعتاق .

[ وقال المازرى فى المعلم : قال الرازى فى حديث سهل بن سعد - رضى الله عنه - فى قصة المرأة الواهبة نفسها رضى الله عنها لرسول الله ﷺ : دلالة على أن من خطب إلى رجل فقال له : زوجنى ، وقال الآخر : زوجتك ، إن النكاح لازم له وإن لم يقل الآخر : قبلت .

المازرى : لأن لفظ الحديث « إن لم تكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال : ملكتكها بما معك من القرآن » (١) ولم يقل : إنه قال : قبلت .

عياض : ترجم البخارى بمعنى هذا الحديث .

قال المهلب : [ هذا مالكى المذهب ، قاله ابن حجر ] (٢) .

فيساط الكلام أغنى عن ذلك ، وكذلك فى كل راغب فى النكاح وإلا فيسأل الزوج هل رضى بالصداق أم لا ؟!

قلت : بناءً على أن الاستدعاء قبول ، لأن السؤال رضا فى العادة .

وفى كتاب إرخاء الستور : وإن قالت له : اخلعنى ولك ألف درهم ، فقال لها : قد خالعتك ، لزمها الألف وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئاً [ (٣) .

(١) أخرجه البخارى (٤٧٤٢)، ومسلم (١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد رضى الله عنه .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ب .

وقال ابن العربي في « الأحكام » : إذا قال : أريد أن تنكحني وأنكحك ، يجب أن يكون هذا إيجاباً [ حاصلاً ]<sup>(١)</sup> فإذا قال الآخر : نعم ، انعقد النكاح .

قال : وعليه يدل ظاهر قوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ ﴾ [القصص: ٢٧] لأن الآخر قال : ﴿ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ ﴾ [القصص: ٢٨] وهذا انعقاد .

[ ولابن عبد السلام - رحمه الله - كلام هذا المعنى ينظر فيه .

وقد أشار أبو المودة خليل - رحمه الله - في « التوضيح » إلى تعقبه [٢] .

وفي « النوادر » عن كتاب ابن المواز قال مالك : ومن قال لرجل وهو يلعب : زوج ابنتك من ابني وأنا أمهرها كذا ، فقال الآخر على لعب : أتريد ذلك؟ [ق/ ٥ ج] قال : نعم زوجه - وهو يضحك - فقال : قد زوجته ، فذلك نكاح لازم .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في « العتبية » [ ق/ ٢٦ ب ] فيمن نصر رجلاً [فى شيء] [٣] ف قيل له : [ أتصره ]<sup>(٤)</sup> بلغنا أنه ختنك ، فقال : اشهدوا أنني [قد]<sup>(٥)</sup> زوجته ابنتي ، قيل بكم ؟ قال : بما شاء ، ثم قام الرجل بحدثانه أو بعد يومين فقال : امرأتي ، فقال الأب : ما كنت إلا لاعباً .

قال : يحلف ولا شيء عليه .

ابن اللباد : يلزمه النكاح .

ابن رشد : قول ابن القاسم : هذا كرواية أبي عبيد والواقدي عن مالك أن هزل النكاح هزل ، خلاف المشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه ، انتهى .

(١) سقط من أ ، ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ ، ب .

[ وفي سماع ابن القاسم من « العتبية » <sup>(١)</sup> وكتاب ابن المواز : قال مالك : من خطب أخت رجل ، فقال : ما عندك ؟ قال : خمسون درهماً ، قيل : إن جاءك بها أتزوجه ؟ قال : نعم إن جاءني بها فقد زوجته ، [ قال : <sup>(٢)</sup> لا يعجبني ولا تزويج بينهما .

ولمحمد عن أشهب : من قال للمخاطب : إن فارقت امرأتك فقد زوجتك ، فهذا يلزمه .

وإن قال : إن فارقتها زوجتك ، لم يلزمه .

التونسي : مقتضى أصولهم لزومه ، كلزوم وعد من قال : اهدم دارك وأنا أعطيك كذا .

وقال ابن رشد : سماع ابن القاسم على أن مجيأه بالخمسين ليس عقداً بل [هو] <sup>(٣)</sup> موجب لإنشاء عقد فصار نكاحاً [ جاء ] <sup>(٤)</sup> فيه خيار .

وقول [ أشهب ] <sup>(٥)</sup> بناء على أن فراقه رضا بالعقد ، لا يفتقر لإنشاء .

ووجه ابن عرفة تفرقة أشهب ، فإن الفاء مع صيغة [ الفعل ] <sup>(٦)</sup> الماضي تصيره ماضياً [ لفظاً ] <sup>(٧)</sup> ومعنى وهو دونها مستقبل معنى .

قلت : [ توجيه حسن ، ولم ير - رحمه الله - أن ذلك على سبيل اللزوم في كل فعل ماضٍ ، إذ ] <sup>(٨)</sup> قد تقترن الفاء به وهو مستقبل معنى ، كقول الله تعالى

(١) في ب : وفي « النوادر » .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

﴿ وَمَنْ جَاءَ بِالسَّبِيَّةِ فَكَبَّتْ وَجُوهُهُمْ فِي النَّارِ ﴾ [النمل : ٩٠] .

وفى « التسهيل » : وقد يكون الجواب - يعنى جواب الشرط - مقروناً بالفاء مع « قد » ظاهرة أو و [ أما ]<sup>(١)</sup> قول الشيخ فى جوابه : [ بخلاف إذا زوجها زوجها الولى وهى تعلم وفعلت ما يدل على الرضا ، أنه يلزمها النكاح وإن لم تستأمر ، [بين ]<sup>(٢)</sup> لأن ذلك منها [ كالنص ]<sup>(٣)</sup> على الإذن والإجازة ، وانظر مسألة المملكة تفعل فعلاً يدل على إرادة [ الفراق مثل نقلها قماشها وتخميمها رأسها هل يقبل منها عدم إرادة ]<sup>(٤)</sup> الطلاق إن قالت : لم أرده ، انظر « المقدمات » وسماع ابن القاسم فى رسم كتب من « البيان » .

وفى « التلقين » : ذلك طلاق وإن لم ترد الطلاق .

[وأشار ابن محرز إلى تصحيحه ]<sup>(٥)</sup> .

[ وأما قوله ]<sup>(٦)</sup> : والتي عقد نكاحها فى المسجد فادعى الزوج أنها علمت ورضيت ، فأنكرت وقالت : لم أعلم ، المنصوص : تحلف ما علمت ، فإن نكحت لزمها النكاح ، فقد أشار به إلى مسألة سماع يحيى فى « العتبية » ، لكن لم يوجب عليها اليمين إن كان الإشهاد فى المسجد وادعى عليها العلم والرضا كما فى جواب الشيخ ، وإنما أوجه عليها إذا كان الإشهاد ظاهراً وإطعام الطعام والوليمة فى دارها أو حيث يرى أنها تسمعه وتعلم به ، أنها عالمة لا فى المسجد ، وهكذا نقل المسألة ابن يونس ، فإن لم يكن جواب الشيخ [ ق / ١٧ أ ] - رحمه الله - فيه تصحيح ، فهو وهم وغلط .

ابن رشد : وقوله - يعنى فى المسألة - إن نكحت عن اليمين لزمها النكاح مع

(١) سقط من أ ، ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : كالنقض .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من أ .

ظهور الأسباب ، يريد مع يمين الزوج إن حقق الدعوى عليها [ وإلا ]<sup>(١)</sup> فعلى [ ق / ٢٧ ب ] الخلاف في رجوع يمين التهمة .

وقيل : لا يمين عليها ، لأنها إن نكلت لم يلزمها النكاح .

وقيل : إنما تحلف رجاء أن تقر ، فإن نكلت لم يلزمها النكاح .

وتقسيمه هنا بين أن يكون سبب يدل على علمها أو لا يكون قول ثالث .

وفى سماع ابن القاسم [ عن مالك ]<sup>(٢)</sup> فيمن زوج أخته [ بنت ]<sup>(٣)</sup> عشر سنين برضا أمها ، فأقام الزوج مدة يحور مال امرأته ويقوم معهم فيه ، فطلب البناء وأنكرت الزوجة ، وقال الأخ : ما أعلمناها ، فإن لم تقم بينة برضاها حلفت هي وأخوها وفرق بينهما .

ابن رشد : إيجابه يمينها رجاء أن تقر [ بالنكاح ]<sup>(٤)</sup> ، فإن حلفت سقط عنها النكاح ، وإن نكلت لزمها ، قاله مالك في « الميسوط » .

[ ومعناه ]<sup>(٥)</sup> إن كانت بلغت ، وقيل : لا يمين عليها لأنها إن نكلت لم يلزمها النكاح ، حكى القولين ابن حبيب .

قلت : [ القولان اللذان ]<sup>(٦)</sup> حكاهما ابن حبيب على ما نقله صاحب « النوادر » فيمن زوجه غيره وهو غائب مدعياً إذنه ، فقدم فأنكر [ فاستحلف فنكل ، لم يلزمه النكاح بنكوله ، وذكر غير واحد من أصحاب مالك أنه لا يمين في ذلك ]<sup>(٧)</sup> .

(١) في ب ، ج : وإن لم تحققها .

(٢) في أ ، ب : مالك .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

ومن هذا [ المعنى مسألة ] <sup>(١)</sup> الابن الصامت عند تزويج أبيه إياه فأنكر بحدثان ذلك ، فاستحلف فنكل ، هل يلزمه النكاح أم لا ؟!

والخلاف فى هذا المعنى مبنى على الخلاف فى النكول ، هل هو كالإقرار أم لا ؟

(٢٨) [ ٨ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل زعم أنه خطب لابنه بنت رجل [ آخر ] <sup>(٢)</sup> ، فأنكر والد البنت أن تقع بينهما خطبة ولا إيجاب فى نكاح بوجه ، فهل يكلف الخاطب بينة أم لا ؟ فإن وجد بينة هل لابد من قبول الولد النكاح بالقرب أو لا ؟ وإن عجز عن البينة هل يكلف والد البنت اليمين أم لا ؟

**فأجاب :** البينة على مدعى النكاح ، فإن لم يقمها لم يكن [ له ] <sup>(٣)</sup> على المدعى عليه [ يمين ، وكذلك لو أقام شاهداً واحداً ] فلا يمين <sup>(٤)</sup> على المدعى عليه <sup>(٥)</sup> ، وهذا هو المنصوص فى « المدونة » وغيرها .

**قلت :** [ حكى المتيطى عن ابن القاسم فى كتاب محمد توجه اليمين على المنكر إذا أقام المدعى شاهداً ، وإن عبد الوهاب قال فى « معونته » : إنه إن نكل جرى على اختلاف قول مالك فى نكوله عن اليمين فى دعوى الطلاق عليه مع شاهديه ] <sup>(٦)</sup> [ فرق ابن [ الكاتب ] <sup>(٧)</sup> - رحمه الله - بين إقامة [ الزوجة ] <sup>(٨)</sup> شاهداً على ميت أنه تزوجها ، فتحلف معه وترث كما قال ابن القاسم ، بين إقامتها عليه شاهداً بذلك وهو حى [ فلا تستحق ] <sup>(٩)</sup> عليه المهر ، لأنه فى الموت ليس هناك

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب ، ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : فاليمين .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ب .

(٧) فى ب : كنانة .

(٨) فى ب : الزوج .

(٩) فى أ : لتستحق .

إلا مال تأخذه ، بخلاف الحياة فإن فيها أحكام النكاح ، فلا تحلف على بعضها دون بعض ، وهذا كله فى البلديين .

وأما الطارئان [ فى سماع أصبغ ] <sup>(١)</sup> من « البيان » : ولو ادعى نكاحها وهما طارئان وعجز عن إتيانه للزمها اليمين لأنها لو أقرت له به كانا زوجين .

**وقيل** : لا يمين عليها ، لأنها لو نكلت لم يلزمها النكاح .

ابن عبد السلام عن غير واحد : لو كانا طارئين لتوجهت اليمين [ ق / ٢٨ ب ] ، لأنهما لو تصادقا على النكاح صدقا .

قال : [ وفيما قالوه عندى نظر ] <sup>(٢)</sup> لأن مراد أهل المذهب من تصديق الطارئين على النكاح إنما هو إذا قاما مصطلحين ومؤتلفين اثتلاف الزوجين ، فإن الظاهر صدقهما ، وفى تكليف البينة على صحة نكاحهما مشقة عظيمة ، ولقالوا : منعناها منه ، فإن منعناها تزويج غيره ففيه حرج عظيم ، وإن أبحناها لغيره فذلك أقوى للرية لأن فيه ترك الأرجح واستعمال المرجوح . انتهى .

وتعقبه ابن عرفة فقال : هذا مردود بنقل اللخمي بترجمة الصداق بين النصرانيين فى النكاح الثالث ، فلو طرأت امرأة ثم طرأ رجل فزعم أنه زوجها وأقرت له بذلك لصدقا ، ولم يمنعا الاجتماع على وجه الزوجية .

[ قال ] <sup>(٣)</sup> : ونزلت بتونس عام بضع وأربعين وسبعمائة فبحث عن المسألة وقضى فيها بنقل اللخمي .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ج : ابن عرفة .



وفى سماع أصبغ : من ادعى نكاح امرأة تحت [ يد ]<sup>(١)</sup> زوج وأقام شاهداً واحداً أنه تزوجها قبله ، عزل عنها زوجها إن كان ما يدعيه قريباً [ للإشهاد ]<sup>(٢)</sup> لا شهادة بعيدة ، وقاله أصبغ .

ابن رشد : هذا صحيح على ما فى « المدونة » و « الموازية » و « الواضحة » من وجوب توقيف العرض المدعى فيه بشاهد واحد قال فى « الواضحة » : ولا يعزل بدعواه فقط حتى يقيم شاهداً عدلاً .

ابن المواز : فإن لم [ يقم ]<sup>(٣)</sup> له شاهداً آخرًا وكان ذلك بعيداً ، فلا شيء [ عليها ]<sup>(٤)</sup> ولا على الزوج .

ابن رشد : لأنهما لو أقرا أو أحدهما له بما ادعاه لم يستفح بذلك وفى سماع أصبغ أيضاً فى [ من ]<sup>(٥)</sup> ادعى نكاح امرأة وأنكرته وادعى بينة بعيدة .

قال : لم تؤمر بالانتظار إلا [ إن قربت بيته ]<sup>(٦)</sup> ، ولا يضر ذلك بها ، ويرى الإمام لدعواه [ وجها ]<sup>(٧)</sup> .

ابن سهل : ولا يضر فى دعوى النكاح من الأجال ما يضر فى الحقوق ، لما فى عقل الفروج من الضرر الذى ليس فى الأموال .

قال فى سماع أصبغ : فإن عجز مدعى النكاح ثم جاء ببينة - وقد [ نكحت ]<sup>(٨)</sup> أم لا - فقد مضى الحكم .

(١) سقط من ب ، ج .

(٢) سقط من أ ، ج .

(٣) فى أ ، ج : يصح .

(٤) فى ب ، ج : على الزوجة .

(٥) فى ب ، ج : رجل .

(٦) فى ب ، ج : أن تكون بينة قريبة .

(٧) سقط من ب .

(٨) فى أ : نكح .

ابن رشد : هذا خلاف سماعه في كتاب الصدقات والهبات ، وخلاف ظاهر «المدونة» ، إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب ، وقال : [ إنه <sup>(١)</sup> ] يقبل منه القاضي ما أتى به بعد التعجيز [ إذا كان له وجه ، وقيل : لا يقبله منه ، كان طالباً أو مطلوباً .

وفرق ابن الماجشون في الطالب بين عجزه أول قيامه قبل أن يجيب على المطلوب عمل ، وبين عجزه بعد أن وجب عليه عمل ، ثم رجع عليه ، ففي تعجيز المطلوب قولان ، وفي [ ق / ١٦ جـ ] تعجيز الطالب ثلاثة أقوال .

**قيل :** هذا في ذلك الحاكم دون من ولى بعده ، وهذا <sup>(٢)</sup> [ بإقراره <sup>(٣)</sup> ] بالعجز .

وأما إذا عجزه [ السلطان <sup>(٤)</sup> ] بعد التلوم والإعذار وهو يدعى أنه له حجة ، فلا يقبل منه ما أتى به بعد [ ذلك من حجة <sup>(٥)</sup> ] .

واستشكل ابن عبد السلام التعجيز في النكاح لأنه يتضمن حق الله تعالى في حقوق الولد وغيره .

وأجاب ابن عرفة بأن [ منع <sup>(٦)</sup> ] التعجيز إنما هو فيما ليس للمكلف إسقاطه بعد ثبوته ، والنكاح ليس من ذلك فللمكلف إسقاطه إجماعاً .

وأما أحكامه والولد فممتنع إسقاطها فالتعجيز [ إنما يتعلق بما فيه الخصومة والنزاع ، و <sup>(٧)</sup> ] هو النكاح نفسه لا أحكامه ، وقد أفتى ابن لبابة وأصحابه بالتعجيز

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب ، ج : إذا أقر على نفسه .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) في ج : معنى .

(٧) سقط من أ .

فيه [ وأشار ابن سهل إلى استدلالهم [ ق / ٢٩ ب ] بمسألة سماع أصبغ المتقدمة ]<sup>(١)</sup> وهل على المرأة إقامة حميل إذا ادعى نكاحها [ رجلان ]<sup>(٢)</sup> وأنكرت أحدهما وأراد [ من أنكرته ]<sup>(٣)</sup> أن يأتي بيينة تشهد على عينها وخاف [ أن تغيب ]<sup>(٤)</sup> ؟

حكى ابن بطلال عن من يثق به أنه مضى العمل من شيوخ قرطبة محمد بن عمر وغيره أن النكاح لا حمالة فيه ، فيجعلها القاضى عند امرأة صالحة أو تجعل عندها وإلا سجت .

وحكى الميتطى فى « سجلاته » عن « وثائق ابن الهندى » وابن العطار وغيرهما أنه يلزمها إقامة حميل بوجهها .

الميتطى : فلو أقامت الزوجة عليه بيينة [ بالنكاح ]<sup>(٥)</sup> وهو ينكرها ، وعجز عن دفعها ، لزمه النكاح والنفقة ، ولا يحل نكاحها إلا بطلاق .

فإن أبى [ الدخول عزم عليه فيه أو الطلاق ، فإن طلق لزمه نصف المهر الذى شهدت به البينة .

فإن أبى [ البناء والطلاق ، فقال ابن الهندى : كان بعض من أخذت عنه يقول : يطلق عليه [ ق / ١٨ أ ] السلطان بعد أربعة أشهر من وقت إبانته كالمولى لأنه مضار ويغرم [ نصف ]<sup>(٧)</sup> [ المهر ]<sup>(٨)</sup> .

( ٢٩ ) [ ٩ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل من أهل سبته من ذوى الجاه والسلطان تزوج امرأة بكرأ بها صمم ، وبقيت عنده مدة حتى ولدت بنتين ، وفارقت

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تعيينها .

(٥) سقط من ب ، ج .

(٦) سقط من ب .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى ب : الصداق .

حاملاً فولدت من ذلك الحمل بنتاً ثالثة ، ثم حصلت في طنجة وبقى هو في سبتة عشرين سنة تزعم في ذلك أنه يرسل إلى أولادها بالنفقة ، فلما كان من قريب زال سلطانه وسافر إلى طنجة فالتقته وطلبتة بنفقة بناتها في الوقت ، فأنكر الزوجية وأنكر أن يكن بناته ، فأقامت عليه شهوداً بالسماع المستفيض أنها كانت زوجته ، وزعمت أن الصداق ضاع ، وأن سكوتها إنما كان لكونه لم يزل يبعث لها بالإحسان ولقهره ولسلطانه ، ولا يعرف أحد صحة الزوجية [ بينهما ]<sup>(١)</sup> إلا بالسماع المذكور ؟

**فقال :** اختلف في شهادة السماع يقضى بها في كل شيء ، لا في كل شيء ، ولا يقضى إلا في أربعة مواضع ، ومنها النكاح ، فقولان على إثباته وقولان على نفيه .

**قيل :** فعلى القول إنه يثبت ، هل له بعد هذا أن ينفي باللعان ؟

**فقال :** اختلف فيمن قذف زوجته فقامت عليه فأنكر ، ثم أثبتت عليه ذلك فأراد أن يلاعن ، فقولان هل [ له ]<sup>(٢)</sup> ذلك أم لا ، وقاعدته مضمن الإقرار هل كصريح الإقرار أم لا ؟ وهل يمنع اللعان كونهم كباراً ، إلا أنه يحتاج أنى لم أعلم بهم ، فتأمله .

**قلت :** [ هذا ]<sup>(٣)</sup> الخلاف الذى [ أشار إليه ]<sup>(٤)</sup> في شهادة السماع ذكره ابن رشد في نوازل سحنون من [ كتاب ]<sup>(٥)</sup> شهادة « البيان » ، وعزا كل قول لقائله ، انظره .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) ف ، ج : ذكره .

(٥) سقط من أ .

المتيطى : إن أقام مدعى النكاح بينة بسمع فاش من أهل العدل وغيرهم وعلى إشهاره بالدف والدخان ثبت النكاح ، هذا هو القول المشهور المعمول به .  
وعقد سجلاً فى ذلك [ وذكر ] <sup>(١)</sup> فيه : [ أن ] <sup>(٢)</sup> القاضى أمر بالبناء .  
قال : فقال أبو عمران : إنما تجوز شهادة السماع فى النكاح إذا اتفقا عليه .  
وأما إن ادعاه أحدهما وأنكر الآخر فلا .

وحكى ابن الحاج فى نوازله جوازها إذا كانت المرأة تحت حجاب الزوج فيحتاج إلى [ إثبات ] <sup>(٣)</sup> الزوجية ، أو يموت أحدهما فيطلب الحى الميراث ، فيسحك بالزوجية والميراث .

فلو لم تكن [ المرأة ] <sup>(٤)</sup> فى عصمة أحد فأنبت [ ق / ٣٠ ب ] رجل أنها زوجه بالسماع ، لم يستوجب البناء عليها وإنما تنفع مع حيازة المرأة .  
ابن الحاج : ويظهر لى أن يبنى [ بها ] <sup>(٥)</sup> بشهادة السماع كما له أن يرثها .

**قَلَبَ :** [ وهو القول الذى شهره المتيطى ، وقال : إنه المعمول به ، والأول : قول أبى عمران ] <sup>(٦)</sup> ونص ابن رشد فى سماع يحيى من [ كتاب ] <sup>(٧)</sup> «شهادات البيان» على التوارث بمجرد تقاررها بالنكاح إذا كانت تحت حجابها وطال كونه معها واشتهر [ قال : ] <sup>(٨)</sup> وكذلك إن لم يعلم منها إقرار بما كان يقر [ هو ] <sup>(٩)</sup> به ويذكره من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ثبوت .

(٤) سقط من أ ، ب .

(٥) فى ب ، ج : عليها .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

نكاحها .

[ قال : وإن ]<sup>(١)</sup> كانت بائنة منه منقطعة [ عنه ]<sup>(٢)</sup> ، فظاهر قول ابن القاسم

وأشهب هنا ألا ميراث بينهما وإن طال ذلك وفشا ذكره في الجيران .

قال : وهو بعيد ، لأن النكاح مما تصح الشهادة فيه على السماع إذا طال الأمر

ومضى ما يبید فيه الشهود .

وقال ابن وهب هنا : يتوارثان إذا طال [ ذكر ]<sup>(٣)</sup> ذلك وفشا ذكره في الجيران

فشهدوا فيه على السماع .

ابن رشد : [ يريد ]<sup>(٤)</sup> الطول الذى يبید فيه الشهود ، وأما إن لم يمض [ من

المدّة ]<sup>(٥)</sup> ما يبید فيه الشهود وتجاوز إليه شهادة السماع ، فلا ميراث بينهما اتفاقاً ،

وتأمل ما جرى عليه الشيخ - رحمه الله - حكم اللعان إذا نفى الزوج المنكر

[ للنكاح ]<sup>(٦)</sup> الولد بعد الحكم عليه بالنكاح ، فإنه لم يقذف المرأة بالزنا ، ومسألة

« المدونة » التى أجزاها عليه قذفها بالزنا .

وتأمل [ أيضاً ]<sup>(٧)</sup> ما فى « طرر ابن عات » ومن وقفه السلطان فى الحمل

والولد، فقال : ليس منى ، فقيل له : ممن ؟ فقال : لا أدرى ، حدٌ إلا أن يقول :

زنت ، فيلاعن ، قاله ابن العطار ، فانظره .

ولم ير الشيخ إنكار هذا الزوج للنكاح طلاقاً .

(١) فى ب ، ج : وأما إذا .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ب .

(٧) سقط من ب .

[ قال : (١) ] وذكر فى « التقييد » [ أنهم ] (٢) أقاموا من مسألة كتاب الولاء فيمن اشترى أمة وأقر أنها أم ولد لبائعها [ من قوله ] (٣) ، إذ لعل البائع يقر بذلك فتعود أم ولد له .

قال الشيخ : فأقاموا منها أن من جحد زوجية امرأته أنه لا يكون طلاقاً .

قال المتيطى : وهذا أصل مختلف فيه : فقال أصبغ فى « الواضحة » : ومن قال لأب : أنكحتنى فلانة ؟ فقال الأب : بل فلانة ، فسخ ولا أيمان بينهما .  
وإن رجع أحدهما لتصديق صاحبه لم يقبل منه ، ولزم الزوج نصف مهر كل واحدة ، الأولى بإقراره والثانية برجوعه لها .

واختلف فى مسألة الابن الذى زوجه أبوه [ ساكتاً ] (٤) هل نكوله طلاق أم لا ؟

ولابن زرب فى وصى أنكح يتيمة من رجل فأنكر النكاح ، فقال له ابن زرب : طلقها ، قال : كيف أطلق [ من ] (٥) لم أنكح ؟! فقال له : لعلك قد فعلت ، [ فطلاقك خير لكما ] (٦) ، فلم ير الإنكار طلاقاً .

وفى « وثائق ابن كوثر » : ولو نوى المنكر بالإنكار الطلاق ، لزمه .

قال : وقال ابن مزين : سمعت بعض علمائنا فى امرأة ادعت على رجل أنه زوجها فأنكرها ، فقامت [ لها ] (٧) بينة أنه زوجها ، فإن إنكاره إياها طلاق لها ، ولا تقر تحتها ، وقد بانث منه ، ويعاقب عقوبة موجعة فى إنكاره إياها .

المتيطى : واختلف أيضاً فى نكاح الهزل ، فقال الشيخ أبو الحسن : إذا لم يقم

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أنها .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب ، ج : وهو ساكت .

(٥) فى أ : ما .

(٦) فى ب ، ج : فطلقها خير لك ولها .

(٧) فى أ : له .

عليه دليل لزم الزوج نصف المهر ، ولم يمكن من الزوجة لإقراره أن لا نکاح بينهما .  
وقال أبو عمران: يمكن [ ق / ٣١ ب ] منها ولا يضره إنكاره .

ابن عرفة : هذا هو الحق ، لأن العدم اللاحق مياين للعدم السابق ، كعدم العالم السابق هو ثابت فى الأزل لانتفاء نقيضه ، وعدمه اللاحق حادث ، لأنه بعد وجود الحادث .

فإذا ثبت هذا فالطلاق شرعاً إنما هو من باب العدم اللاحق وهو رفع العصمة أو بعض أجزائها ، وإنكار النکاح من باب [ العدم ]<sup>(١)</sup> السابق ، فهما [ متباينان ]<sup>(٢)</sup> والمباين لا يلزم مباينه بل ينافيه .

( ٣٠ ) [ ١٠ ] وسئل - رضی الله عنه - : من مدينة تازى ، سأله قاضيهما أبو على عمر بن الفقيه أبى محمد بن عبد السلام - رحمه الله وإياهم - عن امرأة كانت وصية على ابنتها ، فزوجت بنتاً لها فأخرجت لها شورة ثياباً وحلياً ، ثم بعد بناء الزوج بابنتها بمدة قريية لم تبلغ السنة أشهدت الوصية المذكورة [ على نفسها ]<sup>(٣)</sup> أن ما شورت به الابنة المذكورة [ من حلى وثياب وكذا إنما هو عارية لتجمل به البنت المذكورة ]<sup>(٤)</sup> ما [ بقيت ]<sup>(٥)</sup> لها ، ثم ماتت البنت فطلبت الأم أخذ ما أشهدت به ، فهل تنزل الأم منزلة الأب فى ذلك [ أم لا ]<sup>(٦)</sup> ، لأن صاحب « [ الوثائق ] »<sup>(٧)</sup> المجموعة « وغيره نصوا عن ابن حبيب أن ذلك [ ق / ١٧ ج ]<sup>(٨)</sup> إنما هو للأب فى ابنته البكر خاصة ؟ ثم إن الأم لما طلبت الزوج بما ذكر أنكر الزوج أن يكون

(١) فى ب : الخلد .

(٢) فى ج : متباينان .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ ، ب .

(٥) فى ب ، ج : أبقتة .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ب ، ج .

(٨) بداية سقط من ج بمقدار ورقة مخطوط .



بيده [ ق / ١١٩ ] من ذلك شيء ، وأن جميع ما أشهدت به لم تتخلف الميتة منه إلا عقداً واحداً ، فادعت الوصية أنها باعت بعض ذلك وأبدلته بغيره ، فهل يقبل قول الأم إن فرضنا أن إشهادها بالعارية صحيح أم لا ؟ وهل ترون ما جعل لها من الوصية ينزلها منزلة الأب بخلاف غيرها من الأولياء ؟ بين لنا ما ذلك مأجوراً مشكوراً ، والسلام .

**فأجاب :** أعزه الله [ وسدده ] <sup>(١)</sup> : وسدد الله أنظاركم وحسن في الأعمال آثاركم ، الوصى كالأب فيما يجوز [ له ] <sup>(٢)</sup> من ذلك ، لأن العلة الموجبة لذلك في الأب [ إنما هو ] <sup>(٣)</sup> كون ابنته في ولايته ومالها بيده ، وتلك العلة موجودة في الوصى ، وهما في [ الثيب ] <sup>(٤)</sup> السفية كذلك لوجود العلة المذكورة كذلك .

[ فذكر ] <sup>(٥)</sup> ابن رشد في النكاح الخامس من « البيان » قول ابن حبيب أنه صدق الأب بشرطين : أن يدعى ذلك بقرب ، وأن يبقى بعد المدعى عارية من الجهار [ من ] <sup>(٦)</sup> المهر ، فيجىء على هذا أن الأم إنما تصدق إذا بقي بعد ما ادعته عارية مثل ما يخرج لمثل ذلك المهر ، والقول قول الوصى أنها أبدلت [ ما ] <sup>(٧)</sup> رعمت أنها أبدلته لها بغيره من ذلك ، كما تصدق ابتداءً أنها جهزتها بما تدعى أنها جهزتها به ، ما لم يتبين كذبها على المنصوص ، إذا هو الظاهر على العرف ، [ وإلا ] <sup>(٨)</sup> فالأصل عدم ما تدعى [ من ] <sup>(٩)</sup> التجهيز أو إبدال ما جهزتها به بغيره ، والقول قول الزوج فيما يقر أنها تخلفته عنده مع يمينه ، لأنه مدعى عليه ، ولأنها الحائزة لأسبابها والمتصرفة فيها ، ويمكن أن يكون أودعت بعضها من غير أن يعلم الزوج بذلك ، والسلام .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : أنها .

(٤) في أ : البنت .

(٥) في ب : قاله .

(٦) في ب : مثل .

(٧) في ب : فإن .

(٨) في ب : وأما .

(٩) سقط من أ .

**قلت** : قوله : « إن الوصى فى ذلك كالأب » قاله ابن رشد ، ونص كلامه فى سماع أصبغ [ من « البيان » ]<sup>(١)</sup> : وإنما خص بذلك الأب فى البكر لأنها فى ولايته ومالها فى يده ، [ وعلى ]<sup>(٢)</sup> قياس هذا يكون فى الثيب إذا كانت [ فى ]<sup>(٣)</sup> ولايته بمنزلة فى البكر ، ويكون الوصى فىمن إلى نظره من اليتامى الأبيكار والثيب بمنزلة أيضاً . انتهى .

والقرب الذى يصدق [ ق / ٣٢ ب ] فيه صرح ابن [ حبيب بأن ]<sup>(٤)</sup> العام [ ليس بطويل .

وفى الميضية » : قال واحد من الموثقين : إن قام قبل عام ]<sup>(٥)</sup> من تاريخ البناء فالقول قوله دون يمين ، لأن [ هذا ]<sup>(٦)</sup> قد عرف من فعل الأباء ، وإن قام [ بعده ]<sup>(٧)</sup> لم يلتفت إلى قوله .

وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم : مذهب ابن القاسم فى ذلك أن القول قول الأب ما لم تثبت [ البنت ]<sup>(٨)</sup> أو زوجها مضى سنة أو نحوها .

قال : وعشرة أشهر عندى كثير تقطع [ به ]<sup>(٩)</sup> حجة الأب فيما يدعى من ذلك . وقال أيضاً فى موضع آخر : إذا طلب الأب الشورة بعد ثلاثين يوماً من يوم البناء حلف على ما يدعيه من العارية وأخذ ما حلف عليه .

قال بعض الموثقين : وهذه المسألة فى رواية أصبغ عن ابن القاسم قال فيها : إذا

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : فعلى .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

(٧) فى ب : بعد العام .

(٨) فى أ : البينة .

(٩) سقط من أ .

قام الأب بحدثان البناء فليس للزوج مقال والأب مصدق .

قال : ولفظ التصديق عند شيوخرنا إذا وقع مبهماً يقتضى نفى اليمين ، ولم يجد فى رواية أصبغ القرب ، إلا أن الشيخ أبابراهيم خليل فى العلم والورع ممن [يلزم]<sup>(١)</sup> اتباعه والافتداء به .

قلت : وقوله : « لفظ التصديق مبهماً يقتضى نفى اليمين » خلاف ما حمل ابن رشد المسألة فى شرح مسألة أصبغ .

وقوله : والأب مصدق ، قال : يريد [ أنه مصدق فى ذلك ] <sup>(٢)</sup> مع يمينه ، [وبه] <sup>(٣)</sup> فسر أيضاً قوله فى سماع عيسى : الأب مصدق إذا قال إن ابنته إنما تجذمت بعد النكاح ، وقال الزوج : قبله .

ابن عرفة : وهو خلاف قوله فى أجوبته أنه مهما حلف صدق ، فحملة على عدم اليمين ، بخلاف قوله فتأمله .

وقد قال بعض أصحاب ابن عرفة فى « شرح الرسالة » [ - وهو أبو القاسم بن ناجى - رحمه الله - ] : <sup>(٤)</sup> الذى تلقيناه من شيوخرنا بإجماعهم أنه إذا قال فى الكتاب [ يصدق فلان ] <sup>(٥)</sup> لا يحلف ، بخلاف إذا قال : قبل قوله ، فإنه لا بد عن اليمين .

ابن رشد : ولا يقال تسقط اليمين هنا عنه من أجل أن [ الوالد ] <sup>(٦)</sup> لا يحلف لولده ، إذ ليس ذلك [ حكماً ] <sup>(٧)</sup> عليه باليمين ، وإنما هو حكم له به ، إن شاء أن يأخذ حلف وأخذ ، وإن شاء أن يترك [ ترك ] <sup>(٨)</sup> وأفتى ابن عتاب بأن الأب لا

(١) فى ب : يلزمتنا .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ب : وبهذا .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى أ : مصدق فإنه .

(٦) فى ب : الأب .

(٧) سقط من ب .

(٨) سقط من أ .

يصدق في دعواه العارية بعد أربعة أعوام من البناء .

وأفتى ابن القطان بتصديقه فيما زاد على قدر النقد ، وخطأه ابن سهل وقال :  
الرواية عن مالك وابن القاسم وغيرهما في « الواضحة » و « العتبية » وغيرهما على  
ما أفتى به ابن عتاب .

[ المتيطى ] <sup>(١)</sup> : قال بعض شيوخنا الذى فى « الموازية » : إذا قام بعد طول  
مدة ، فلم ير ابن القطان هذه المدة طولاً .

البرزلى : وأفتى شيخنا الإمام - يعنى ابن عرفة - إذا قام يطلب الجهاز بعد عام  
ونصف من الدخول ، فلا مقال له .

قال : ووقعت مسألة : جهزت امرأة ابنتها فى حياة الأب [ ثم ] <sup>(٢)</sup> ماتت البنت  
بعد الدخول بنحو ستة أشهر ، فادعت الأم العارية ، أو ماتت الأم فادعى الورثة  
ذلك ، فأفتى شيخنا الإمام [ أنها ] <sup>(٣)</sup> بمنزلة الأب ، يقبل قولها أو ورثتها .

قال : فعارضته بقول ابن حبيب ، فوقف فى المسألة وأرشد إلى الصلح ، فوقع  
الصلح مع الزوج .

قال : والصواب أن لا مقال لها إلا أن تكون وصياً ، وهذا كله إذا لم يشهد  
[الأب] <sup>(٤)</sup> بالعارية .

وأما إذا شهد بها ، فقال ابن فتحون : [ ق / ٣٣ ب ] له أن يسترد متى شاء  
[وإن طال الزمان] <sup>(٥)</sup> ، فإن أتلفته [ ابنته ] <sup>(٦)</sup> وقد أشهد عليها بالعارية ، أو علمت  
بها .

(١) فى ب : المتيطية .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ب : بعد طول من الزمان أو قرب .

(٦) سقط من أ .

و [ أما ] <sup>(١)</sup> إن لم يشهد بها عليها ، فإن كان فى حال سفهها [ لم تضمنها وإلا ضمنتها ] <sup>(٢)</sup> .

وإن لم يشهد [ بها ] <sup>(٣)</sup> عليها ولا علمت بها فأتلفتها [ بعد الرشد أو قبله ] <sup>(٤)</sup> ، لم تضمنها مطلقاً والتفريط جاء من قبل الأب ، والثيب مثلها سواء ولا شىء [ عليها ولا ] <sup>(٥)</sup> على الزوج فى الوجهين إذا لم يكن هو [ المستهلك ] <sup>(٦)</sup> ، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم ، يعنى فى سماعه [ فى « العتبية » ] <sup>(٧)</sup> .

ابن رشد فى الشرح : قوله : لا ضمان [ عليها فيما شهد به من الجهاز ] <sup>(٨)</sup> أنه عارية عندها إذا لم تعلم بإشهاده ولم يقبله على وجه العارية ، وأنه لا ضمان [ عليه أيضاً ] <sup>(٩)</sup> فيما بعث به [ زوجها ] <sup>(١٠)</sup> إليها من المتاع وأشهد أنه عارية عندها إذا لم تعلم بذلك أيضاً ولم تقبله على [ وجه ] <sup>(١١)</sup> العارية ، صحيح إذ ليس لواحد منهما أن يلزم واحداً ضمان ما لم يلتزم ضمانه وحسبه أن ينفعه الإشهاد فى استرجاع متاعه وإن طال [ زمانه ، وهو ] <sup>(١٢)</sup> خلاف ما [ مضى ] <sup>(١٣)</sup> لسحنون فى سماعه ، يعنى فيمن تزوج ببلىد سنته أن يهدى الزوج لامرأته هدية [ يطيب بها نفسها ويسر بذلك

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : فلا ضمان عليها ، وإن أتلفته بعد الرشد ضمنت .

(٣) فى ب : بالعارية .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى ب : استهلكه .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى ب : على الابنة فيما جهزها به الأب من المتاع وأشهد .

(٩) فى ب : على الزوجة .

(١٠) فى ب : الزوج .

(١١) سقط من أ .

(١٢) فى ب : زمان ذلك عند الابنة ، وذلك .

(١٣) سقط من أ .

أهلها] <sup>(١)</sup>، فأشهد سرًا أن ما أرسله ليس هدية [ بل ] <sup>(٢)</sup> عارية ، وهي وأهلها يرون أنه هدية ، ثم طلبه قبل البناء أو بعده فمنعوه وقالوا : لم نقبله [ إلا هدية على حال هدية الناس لأزواجهم ، ولو علمنا ما قلت لم نقبله ] <sup>(٣)</sup>.

قال سحنون : لا شيء عليهم فيما امتنوه على غير علم ، ويأخذ ما وجده ، وما ضاع بغير بينة ضمنوه .

[ وقال أبو زيد بن أبي الطمر مثله .

ابن رشد ] : <sup>(٤)</sup> ووجهه أنه أعلم إشهاده سرًا فحكّم لذلك بحكم العارية في الضمان .

وقول ابن القاسم فى سماع [ أصبغ ] <sup>(٥)</sup> : أنه لا ضمان عليهم إذا لم يقبلوه على وجه العارية ، أصح قياسًا ، وانظر إذ ليس له أن يضمنهم ما لم يلزموا ضمانه [ وحسبه أن ينفعه الإشهاد فى استرجاع متاعه ] <sup>(٦)</sup>.

[ وسئل ابن عبد السلام - رحمه الله - : دخلت الكبرى على بعلها ، ثم بعد دخولها بنحو ثلاثة أعوام توفى الأب ويبد البنت [ ق / ٢٠ أ ] حلى لأبيها المتوفى ، ثم توفيت البنت قبل البناء بها ، فطلب بقية الورثة حفظهم فى الحلى والأسباب التى تحت بد البنت فزعمت أن أباهما جهزها به ، فاستظهر الورثة برسم يتضمن أن العادة الجارية ببلدهم ، أن من جهز ابنته بحلى أو غيره إنما هو على وجه العارية والتجمل بيد البنت وإن طالت السنون ، وأنه مهما أراد استرجاع الشيء استرجعه ، وإن كانت له ابنة أخرى حمل عليها به ، وإن مات ورث عنه ، مع أن هذا الأب المذكور كان فى

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : وإنما هو .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

مدة حياته يتصرف فى الحللى والأسباب المذكورة بالعارية ، فهل يقضى لبقية الورثة بحظهم من الحللى مما هو لأبيهم ؟

**فأجاب :** إذا ثبت الرسم المتضمن العادة الجارية وجب الإعذار فى شهوده إلى الابنة ، فإن عجزت أو أسلمت عمل بمقتضاه . انتهى .

وفى « أحكام الشعبى » : من جهز ابنته بشباب وحلى ويكتب قيمة ذلك عليها ديناً خيفة قيامها على ورثته بعد موته ، فيموت فتقوم تطلب ميراثها فيقوم الورثة بالوثيقة ، فإن لم يهبها الشورة فلورثته القيام بما يجب لهم ، قاله ابن زرب وغيره .  
وزاد الغير : وقيمته فى الشورة ماضية إن كانت عدلاً ، وهو جائز عليها ولازم لها ، ونحو هذا حكى ابن مغيث فى وثائقه [ (١) ] .

(٣١) [ ١١ ] وسئل - رحمه الله - : عن وصى [ (٢) ] زوجٍ محجورته من نفسه وهى فى حال مرض ، وبعد عقده عليها بعشرة أيام [ ونحوها ] (٣) ماتت من ذلك المرض قبل البناء بها ، فهل يصح النكاح ويرثها أم لا ؟

**فأجاب :** - رحمه الله - : أكرمكم الله ، زادنى السائل من لفظه أن المرض بالشوصة ، [ وهو مما (٤) ] لا يخفى من الأمراض المخوفة ، فإذا توفيت بعد النكاح المذكور بعشرة أيام فالنكاح فاسد ، لأن المرض المذكور إن كان من الأمراض المتطاولة فالمرض المخوف المتطاول ما عقد فى آخره كما عقد فى المرض المخوف المشرف على الهلاك على المنصوص ، فيكون النكاح فى مسألتكم فاسد حسبما تقدم ، وإذا كان فاسداً فلا يرث الزوج المذكور الزوجة المذكورة ، والسلام .

**قلت :** قال الجوهري : الشوصة [ ربح ] (٥) تعتقب فى الأضلاع .

(١) سقط من ب .

(٢) نهاية سقط من ج بمقدار ورقة مخطوط .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب ، ج : وهى على ما .

(٥) سقط من ب .

وقال [ ق / ٣٤ ب ] جالينوس : هو ورم فى حجاب الأضلاع من داخل .

ابن محرز : والمرض المانع من النكاح هو المخوف الذى يحجب فيه عن ماله ، قوى معه على المسيس أو لا .

ورأيت فى بعض [ الكتب ]<sup>(١)</sup> لليت : إنه الذى لا يقوى فيه على المسيس ، ولا معنى له إلا أن يكون هذا عنده هو حد المخوف ، لأن القادر على الوطاء لا يكون مخافاً عليه ، فصحيح .

الباجى عن مالك فى كتاب محمد : كل مرض يقعد صاحبه على الدخول والخروج فإنه يحجب فيه عن ماله وإن كان جذاماً أو برصاً أو فالجاً . انتهى . وهو قريب من قوله فى كتاب الإيمان بالطلاق .

وأما المفلوج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص والمقعد وذو الجراح والقروح ، فما [ أرقده ]<sup>(٢)</sup> من ذلك و [ أضناه ]<sup>(٣)</sup> وبلغ به حد الخوف عليه فله حكم المريض ، وما لم يبلغ ذلك به فله حكم الصحيح .

وصرح المتأخرون من علمائنا بأن المعول عليه فى هذا [ على ]<sup>(٤)</sup> ما يقوله ثقات الأطباء ، فيرجع إليهم فى ذلك ، وفيه نظر .

ونحو ما حكى الباجى عن مالك فى كتاب محمد حكى ابن حمدى عن ابن القاسم بن خلف [ الحفيد ]<sup>(٥)</sup> ، فإنه قال : حد المرض الذى لا يجوز عقد النكاح فيه أن يبلغ بصاحبه مبلغاً لا يتصرف [ فيه ]<sup>(٦)</sup> معه ، وحكى نحوه عن ابن زرب أيضاً ، فقال : إنما يمنع المريض من النكاح مع المرض المخوف الذى يلزم البيت

(١) فى أ : الكتاب .

(٢) فى أ : أقرده .

(٣) فى أ ، ب : أضلاه .

(٤) فى أ : إلى .

(٥) فى ج : الجبيرى .

(٦) سقط من أ ، ج .



والفراش فأما مع المرض الخفيف غير المخوف الذي يخرج به ، فذلك جائز .

**قلت** : فالحاصل أن ما ألزم الفراش من الأمراض على الإطلاق يحكم له بحكم المخوف .

ورأيت فيما قيد [ من ] <sup>(١)</sup> أجوبة الشيخ الفقيه أبي [ سعيد ] <sup>(٢)</sup> فرج بن لب - رحمه الله - ما نصه : إن كان الواهب وقت الهبة ملتزم الفراش ، ولم تزل حاله كذلك ولم تظهر له إفاقة إلى أن توفي بعد ذلك بأشهر يسيرة ، فهبته لوارثه باطلة ، إلا أن يشهد شهود من أهل المعرفة بالأمراض بأن مرضه كان وقت هبته مرضاً غير مخوف وحدث له بعد ذلك مرض آخر توفي منه . انتهى . فتأمله .

وقال اللخمي : المرض غير المخوف يجوز النكاح فيه [ وكذا ] <sup>(٣)</sup> المخوف المتناول كالسل والجذام ، يتزوج في أوله ، فإن أشرف صاحبه على الموت لم يجز . واختلف في مخوف غير متناول لم يشرف على الموت ، فالمشهور أنه فاسد ولا ميراث .

وذكر ابن المنذر عن مالك و[ ابن ] <sup>(٤)</sup> القاسم وسالم وابن شهاب جوازه [ إن لم يكن مضاراً ، أي كان للحاجة الإصابة أو القيام به ، وعن مطرف : جوازه ] <sup>(٥)</sup> مطلقاً .

ابن عرفة : لم أجد في سنن ابن المنذر إلا المنع .

**قلت** : نقل الشيخ عبد الحميد عن [ ابن ] <sup>(٦)</sup> المنذر [ نحو ] <sup>(٧)</sup> ما نقله اللخمي

(١) في ج : عن .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ب ، ج : وكذلك .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

عنه أيضاً وتزويج الوصي محجورته من نفسه كما فى السؤال .

قال مالك فى كتاب ابن المواز : [ ق / ٣٥ ب ] لا أحبه .

قال فى « الواضحة » : ولا من ابنه [ لأنه ]<sup>(١)</sup> كشرائه من مالها ، فإن وقع نظر فيه السلطان ، فإن كان صواباً مضى وإلا فسخ .

ابن المواز : إلا أن يتم لها ما يشبهها أو ينزل بها بعد النكاح ضرر فى بدن أو مال [ ويصير ]<sup>(٢)</sup> الفسخ غير نظر ، فيمضى استحساناً .

ابن حبيب : فإذا فات بالبناء قضى لها بتمام صداق مثلها فى قدرها ومالها .

ابن رشد : إنما يمضى قبل الدخول إذا أتم لها ما يشبهها إذا كان كفوّاً لها فقصر فى المهر .

قال : ولو كانت [ ثيباً له عليها ولاية مضى النكاح ووفيت تمام صداق مثلها إن قصر ]<sup>(٣)</sup> فى المهر .

**قلت** : بناء منه أن الكفاءة من حق الثيب وحدها دون وليها ، فلها تركها ، وإن رضيت ثيب بكفاء فى دينه وهو دونها فى الشرف والمال ، [ أو ]<sup>(٤)</sup> رضيت بمولى ورده أب أو ولى [ زوجته إياها ]<sup>(٥)</sup> الإمام . انتهى .

وقد اختلف فى هذا المعنى ولو لم يكن لها ولى [ ورفعت ]<sup>(٦)</sup> أمرها إلى القاضى ليعقد عنها ، فقال ابن فتحون : إنما تفتقر إلى ثبوت الكفاءة فى البكر .

قال : وأما الثيب فلا يحتاج إلى ذلك فيها ، لأنها المالكة لأمرها والناظرة لنفسها

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب ، ج : حتى يصير .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ب : وإن .

(٥) فى ج : زوجها إياه .

(٦) فى ج : ورفع .

تتزوج من شاءت .

قال : وحكى ابن أبي زمنين عن بعض الموثقين أنه لا بد من ثبوتها [ عنده ]<sup>(١)</sup> في الثيب كالبكر ، [ وكان ]<sup>(٢)</sup> القاضي أبو الوليد - رحمه الله - يأخذ بهذا القول ويكلف إثبات ذلك عنده .

قال : وشاهدت أبي - رحمه الله - [ يناظر عن ]<sup>(٣)</sup> ذلك ويحتج بما قدمت ذكره ، فكان القاضي يقول : بلى ، وإن كانت تملك أمر نفسها فإنها إذا دعت إلى غير كفاء لم يلزمني أن أعينها على ذلك . انتهى .  
وهذا فيمن لا ولي لها .

وفي سماع عيسى فيمن كان في حجره يتيم له مال فيريد أن يزوجه ابنته : إنه إن كانت لا مال لها [ ورغب ]<sup>(٤)</sup> في مال اليتيم ، لم يجز ذلك .

وإن كان لها [ من المال ]<sup>(٥)</sup> مثل ماله وهما سواء ، ومثلها يصلح له ، جاز .

ابن رشد : هذا كما قال إن ظهر السداد في فعله لليتيم ، جاز وإلا لم يجز ، وهو محمول على غير السداد حتى يعلم [ أنه غير ]<sup>(٦)</sup> متهم في ابنته وفي نفسه ، فيجب على السلطان إذا رفع إليه ذلك النظر فيه ، فإن كانت [ ابنته ]<sup>(٧)</sup> ذنية لا تشبه مناكحه فسخ النكاح .

وإن كانت تشبه إلا أنه أكثر صداقها أمضاه [ ق / ٢١ أ ] وطرح عنه الزائد ، دخل أو لم يدخل .

(١) في ب : عندهم .

(٢) في ب : وقال .

(٣) في ب : ينظر في .

(٤) في أ : ورغبت .

(٥) في ب : مال .

(٦) في أ : لانه .

(٧) في ب : اليتيمة .

[ قال : ]<sup>(١)</sup> والرواية بما دل على ذلك منصوصة .

(٣٢) ( ١٢ ) [ وسئل - رضى الله عنه - : عن امرأة ابتلى زوجها بالجذام فصبرت معه ستة أعوام ، وكان يعطيها [ ق / ٣٦ ب ] [ على ]<sup>(٢)</sup> ذلك ويحاسنها ، ثم أرادت الفراق ؟

**فقال :** هل يسقط رضاها حقها فى الفسخ أو لا ، على ثلاثة أقوال ، المشهور : لا يسقط لأنها التزمت ما لا تقدر على الوفاء به ، فيفرق بينهما .

وأما [ ما ]<sup>(٣)</sup> وهب لها فقد [ انتفع ]<sup>(٤)</sup> بما قعدت معه ، فلا رجوع له عليها به ، نعم لو أعطها شيئاً ولم ينتفع فيرجع .

**قلت :** ظاهر إطلاق الشيخ - رحمه الله - يقتضى جريان الثلاثة الأقوال فى المسألة ، سواء زاد الداء أو لم يزد ، والذي قاله ابن رشد فى سماع عيسى من «البيان» أنه إن رضيت فبدا لها ، ففى ذلك ثلاثة أقوال : قول ابن القاسم فى رسم الجواب [ من السماع ]<sup>(٥)</sup> : ليس لها ذلك إلا أن يزيد .

ودليل قول ابن وهب فى سماع زونان : ليس لها ذلك وإن زاد .

وظاهر قول أشهب فى سماع زونان أيضاً : ذلك لها وإن لم يزد .

وحكى الباجى وعبد الحميد قول ابن القاسم على ما حكاه ابن رشد .

وقال : إذا رضيت به عند السلطان أو [ عند ]<sup>(٦)</sup> غيره إذا شهدت .

وفى « النوادر » عن كتاب ابن المواز : [ لملك ]<sup>(٧)</sup> مثل قول ابن القاسم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : استنفع .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى ب ، ج : قال مالك .

[ قال : ] <sup>(١)</sup> فإن أدخلت عليه عالمة فلا حجة لها إلا أن تزيد العلة [ به ] <sup>(٢)</sup> .

وفي « المدونة » في امرأة العنين تعلم به بعد العقد فتركته ، فلها أن ترافعه ويؤجل سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء علاج أو غيره ، إلا أن تتزوجه وهي عالمة به فلا كلام [ لها ] <sup>(٣)</sup> .

قال الشيخ - رحمه الله - فيما قيد عنه : الاستثناء [ في قوله : « إلا أن تتزوجه وهي تعلم » ] <sup>(٤)</sup> لا يرجع إلى عنة الاعتراض ، وإنما يرجع لأول الكلام وهو قوله : « وإن علمت حين تزوجته أنه مجبوب أو خصى أو عنين لا يأتي النساء رأساً فلا [ ق ] / ١٨ ح [ ] [ ق ] <sup>(٥)</sup> لها [ وإن كان يرجى ذهاب ذلك بعلاج ، فلها القيام عند ذلك إن لم يذهب العلاج .

قال : والأشبه ألا قيام لها ] <sup>(٦)</sup> .

قال : بدليل ما قاله اللخمي في النكاح الثاني : أنها إن علمت قبل العقد أنه لا يصيب بحال ، فلا قيام ، [ وإن كان يرجى ذهاب ذلك بعلاج فلها القيام . مالك : إن لم يذهب العلاج .

[ قال : ] <sup>(٧)</sup> والأشبه ألا قيام ] <sup>(٨)</sup> لها ، لأن الزوج أعلمها أن به عيباً مشكوكاً

في زواله ، كمن اشترى عبداً به عيب مشكوك في زواله فلم يذهب لم يرد به .

ورده ابن عرفة بأن عيب الزوج أشق لعجزها عن فراقه ، ومبتاع العبد قادر

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب ، ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : كلام .

(٦) سقط من أ ، ب .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ج .

على بيعه .

وفى سماع يحيى فى المعترض عن امرأته يفرق بينهما بعد الأجل ، ثم تزوجها فيعترض عنها [ أيضاً ]<sup>(١)</sup> فتريد فراقه ، فذلك لها إذا أقامت معه [ فى الابتداء الآخر ]<sup>(٢)</sup> قدر ما تقدر فى اختبارها له وانقطاع رجائها منه إذا بان عذرهما بكونه يظاً غيرها فتقول : رجوت ذهاب ذلك عنه ، وأن يكون قد عالج .

ابن رشد : هذا صحيح على معنى ما فى « المدونة » .

وعلى ما حكاه ابن حبيب إذا صبرت امرأة المعترض فبدا [ لها ]<sup>(٣)</sup> ، فإن كان بحدثان رضاها لشر [ ق / ٣٧ ب ] وقع بينهما ، فليس لها ذلك ، وإن بدا لها بعد زمان وقالت : رجوت ذهاب ذلك [ عنه ]<sup>(٤)</sup> بعلاج [ أو غيره فذلك لها وكذا تقول فى هذه المسألة إنما تزوجته رجاء برئه بعلاج ]<sup>(٥)</sup> ، فيكون ذلك لها وتصديق فيما ادعته ، ويكون لها الفراق بعد انقضاء السنة إذا لم يكن قيامها بحدثان دخوله بها لشر وقع كما قال ابن حبيب ، يريد : [ بعد ]<sup>(٦)</sup> عينيها إن ادعى الزوج عليها أنها أرادت فراقه لأمر وقع بينهما [ لا ]<sup>(٧)</sup> للمعنى الذى قامت به .

وقول الشيخ - رحمه الله - فى الجواب : « وأما ما وهب لها إلى آخره » ، وهو [ كما فى سماع ]<sup>(٨)</sup> أصبغ فيمن أعطى زوجه بعد البناء ثم فسخ النكاح أن له الرجوع لأنه أعطى على الثبات إذا كان الفسخ بحدثان العطية .

وأما إن طال كالسنة والستين قبل الفسخ فلا شيء له وإن أدرك ما أعطى بعينه ،

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : لك .

(٤) سقط من ب ، ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ب : بغير .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : كلام .

لأنه قد استمتع بما أعطى .

ومن هذا المعنى ما فى سماع سحنون من كتاب جامع البيوع من « البيان » فىمن سأل زوجته أن تضع عنه الصداق فوضعت ، ثم طلقها بالقرب ، فإن لها الرجوع [به] <sup>(١)</sup> عليه .

ابن رشد : إذ قد علم أنها إنما وضعت عنه [ رجاء ] <sup>(٢)</sup> استدامة [ صحبته ] <sup>(٣)</sup> .

ومن ذلك ما أفتى به ابن عتاب - رحمه الله - فىمن أقرضت زوجها [ دنائير] <sup>(٤)</sup> أنظرتة [ بها ] <sup>(٥)</sup> خمسة أعوام أو ثلاثة ثم طلقها بعد عام ونصف ، فزعمت أنها إنما أسلفته وأنظرتة استدامة للعصمة ولحسن الصحبة إن القول قولها فيما ادعت ، وتحلف فتأخذة حالاً .

قال : وبذلك [ أفتى ] <sup>(٦)</sup> الشيوخ ، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنهن [ إنما ] <sup>(٧)</sup> يفعلن ذلك لذلك ، فهو كالعرف الذى يصدق فيه من ادعاه .

( ٣٣ ) [ ١٣ ] وسئل - رحمه الله - : عن من زنا بامرأة ثم عقد النكاح عليها

ثم استبرأها بحيضة ثم دخل بها ، فهل يفسخ أم لا ؟

**فأجاب :** يفسخ ، لأن العقد [ وقع فى ] <sup>(٨)</sup> مدة الاستبراء [ واستبرأه ] <sup>(٩)</sup>

بحيضة لا يجوز ، لأنه فى الحرائر بثلاث حيض ، [ فقد دخل ] <sup>(١٠)</sup> بها فى مدة

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : محبته .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

(١٠) فى أ : فیدخل .

الاستبراء أيضاً ، وهل تحرم عليه بذلك [ أم لا ]<sup>(١)</sup> ؟ أربعة أقوال : تحرم ، لا تحرم [ تحرم ]<sup>(٢)</sup> إن كانت حاملاً لا حائلاً .

ابن رشد : والعكس أصوب ، ذكرها ابن رشد فى « المقدمات » وأما لحوق النسب ، فإن تحقق [ أنه ]<sup>(٣)</sup> من مائه الفاسد الذى [ قبل ]<sup>(٤)</sup> حيضة فلا يلحق به .

وإن تحقق أنه من هذا الماء الآخر بعد الحيضة لحق به ، لأنه بشبهة .

وإن أشكل الأمر ولا يعرف هل من الأول أو من الآخر ، لحق به لأجل هذا الفراش الآخر .

**قلت :** [ قوله : ]<sup>(٥)</sup> ذكرها ابن رشد فى « المقدمات » غلطاً ، إنما ذكر الأقوال المذكورة فى رسم الرهون من سماع عيسى من كتاب النكاح من « البيان » ، وعزى تأييد التحريم لقوله فى السماع ولطرف وروايته ، وعدم التأييد لابن الماجشون [ ق / ٣٨ ب ] وأحد قولى ابن القاسم فى رواية أصبغ عنه ، والتأييد إن كانت حاملاً لقول ابن القاسم الذى رجع إليه ، [ وعكس التفرقة ]<sup>(٦)</sup> .

قال : وهو القياس .

قال : واستحب [ أصبغ ]<sup>(٧)</sup> إلا يتزوجها أبداً إذا تزوجها ودخل بها [ دون استبراء منها ]<sup>(٨)</sup> وهى حامل من زنا أو فى الاستبراء منه ، فإن فعل لم [ يمنع منها ]<sup>(٩)</sup> بقضاء .

(١) سقط من أ ، ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : وعكسه .

(٧) سقط من ب .

(٨) سقط من أ ، ج .

(٩) فى ب : بمنعها .



وفى « نوازل ابن الحاج » فيمن تزوج امرأة بعد أن عرفها على ما يحرم ودخل بها دون استبراء منها وبقي معها مدة ، ثم طلقها ثم راجعها [ ثم طلقها ثم راجعها ]<sup>(١)</sup> ثم لام نفسه على المقام معها .

**فأصاب أصبغ بن محمد :** إن كانت مراجعته بعد أن استبرأت بثلاث حيض فللمراجعة صحيحة ، وإن كان ذلك قبل فراقها وتركها حتى تحيض ثلاث حيض ثم ينكحها نكاحاً صحيحاً إن [ شاء وتشاء ]<sup>(٢)</sup> .

وقال ابن الحاج وابن رشد : الجواب صحيح ، وما ذكره الشيخ - رحمه الله - [ من ]<sup>(٣)</sup> لحوق النسب فى « النوادر » : ومن زنا بامرأة ثم تزوجها قبل الاستبراء ، فالنكاح يفسخ أبداً ، ولا طلاق فيه ولا ميراث فيه ولا عدة وفاة ، والولد بعد عقد النكاح لاحق فيما حملت به بعد حيضة إن أتت به لسته أشهر من يوم النكاح ، و[ أما ]<sup>(٤)</sup> ما كان قبل حيضة فهو من الزنا لا يلحق به ، وقاله كله أصبغ .

وسئل ابن رشد عن من زنا بامرأة وتزوجها قبل الاستبراء وتوالد أولاداً ، ثم طلقها ثم راجعها ثم تفارقا أيضاً بطلاق ثان ، ثم سألا عن فعلهما ، فأفتى بعض المفتين بأن الأولاد لسغير رشدة ، ثم مات الزوج فى خلال ذلك [ ق / ٢٢ أ ] فلم يرثه [ الأولاد ]<sup>(٥)</sup> ، وفرقت تركته على المساكين ؟

**فأصاب :** النكاح الأول المنعقد قبل الاستبراء من ماء الزنا فاسد يفسخ بغير طلاق ، والنكاح الثانى صحيح يلحق فيه الطلاق ، وترثه فيه المطلقة إن مات قبل انقضاء العدة إن لم يكن بائناً ، والأولاد لاحقون به على كل حال فيرثون ، ويلزم

(١) سقط من ب ، ج .

(٢) فى أ : مثله .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : أولاده .

من تسور على ميراثهم [ بفتواهم ]<sup>(١)</sup> فتصدق به ضمانه ، ولا ضمان على المفتين ، إذ لم يكن لهم أكثر [ من ]<sup>(٢)</sup> الغرر بالقول ، وإنما الضمان على من استفاتهم وتسور على ميراثهم بفتواهم فتصدق به دون تثبت .

[ البرزلى ]<sup>(٣)</sup> : يريد ابن رشد أن النكاح الثانى صحيح إذا أوقعه بعد مدة الاستبراء من الزنا والنكاح الفاسد ، لكونه مفتقراً للاستبراء كالزنا ، وكذا ما يترتب عليه من الميراث ، وكذا رأيت لابن الحاج وذكر المسألة المتقدمة .

قال : وما أفتى به من حقوق [ ق / ٣٩ ب ] الولد بكل حال ، معناه : إذا أتت به لسته أشهر من يوم عقد النكاح الأول فأكثر ، وإن أتت به لأقل لم يلحق به ، لأنه للزنا ، إلا على طريقة الداودى إذا صانها من غيره ، حكاها عنه اللخمي .  
قال : إذ لم يثبت بنفيه إجماع ولا سنة .

[ قلت : ما قيد به حقوق الولد بكونه أتت به لسته أشهر من يوم عقد النكاح ، يريد : إذا حملت به بعد حيضة كما قدمنا عن « النوادر » ]<sup>(٤)</sup> .  
وفى « أحكام الشعبى » : من أفتى بغرم ما لا يجب غرمه فقصى به ، غرمه ، وقاله أصبغ .

ابن خليل : وليس بخلاف لقول ابن رشد ، [ لأن ]<sup>(٥)</sup> القاضى قد حكم بفتواه إذا كان مرجوعاً إليه ، ومعولاً فى الأحكام عليه ، فكان القاضى نائبه .  
وما روى عن سحنون أن المفتى قاضٍ يلزمه ما أتلف بفتواه مطلقاً ، هو على أحد القولين فى الغرور بالقول .

(١) سقط من ب ، ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ب ، ج : قال الشيخ أبو القاسم البرزولى .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ب : أن .

(٣٤) [ ١٤ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل خيب على رجل زوجته حتى طلقها ، فلما تمت العدة خطبها المتهم بتخيبها ، فهل يمكن من نكاحها إن ثبت بالبينة أو بالسماع الفاشى ؟

**فقال** : يمنع ولا يمكن [ منها ]<sup>(١)</sup> .

**قلت** : حكى الشيخ فى « التقييد » على قوله فى « المدونة » : « ولا يحل المبتوتة نكاح المحلل » ، الخلاف فى تأييد تحريمها على المحلل .

وقال الأبي - رحمه الله - فى كلامه على حديث « يبعث إبليس سراياه »<sup>(٢)</sup> : انظر ما يتفق كثيراً أن يسعى الإنسان [ ق / ١٩ ح ] فى فراق امرأة من زوجها ، هل يمكن من تزويجها إذا ثبت سعيه فى ذلك ، فأفتى بعض أصحابنا بأنه لا يمكن من ذلك .

[ قال : ]<sup>(٣)</sup> ونقل عن [ يوثق ]<sup>(٤)</sup> به [ أن ]<sup>(٥)</sup> الشيخ - يعنى ابن عرفة - وافق عليه .

قال : وهو الصواب لما فيه من تميم الفساد ، واستظهر الفسخ قبل البناء وبعده ، لأن [ الفساد ]<sup>(٦)</sup> فى العقد .

وحكى الشيخ أبو القاسم عيسى بن ناجى فيما علقه على « التهذيب » أن شيخه أبا يعقوب يوسف الزغبى أفتى بأنها لا تتزوج منه ، وإن تزوجها فإنه لا يفسخ ، وإن الشيخ العلامة أبا مهدى عيسى الغبرينى - رحمه الله - سبقت فتواه بذلك فمنعها القاضى من التزويج ، فتزوجها فى غير البلد ورجع بها فلم يتعرض له .

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه مسلم (٢٨١٣) من حديث جابر رضى الله عنه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ب : لم يثق .

(٥) فى ب : عن .

(٦) فى أ ، ب : الفساد .

**قلت** : [ خرج ]<sup>(١)</sup> أبو داود من حديث أبي هريرة -رضى الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « من خيب زوجة امرئ أو مملوكه فليس منا »<sup>(٢)</sup> .

(٣٥) [ ١٥ ] وسئل - رحمه الله - : عن نكاح انعقد بخلاخل فضة وأسورة وعقد جوهر وأمثال هذه الأشياء من غير قيمة ولا زنة ، هل يصح النكاح ويقضى فيه بالوسط أو بالعادة كالرقيق والثياب ، أم لا لاختلاف عادة الحاضرة والبادية ، أم يخرج في ذلك خلاف فيجوز على مذهب ابن القاسم لا على مذهب غيره ؟

**فأجاب** بما نصه [ وكتب من خطه ]<sup>(٣)</sup> : أكرمكم الله [ ق / ٤٠ ب ] [إن]<sup>(٤)</sup> النكاح بخلاخل وأسورة مطلقة [ جائز ]<sup>(٥)</sup> فيقضى في ذلك بالوسط من ذلك الجنس بالبلد [ الذى ]<sup>(٦)</sup> انعقد فيه النكاح به ، لأن هذه الأشياء تختلف باختلاف البلد ، كالرقيق يقضى بالوسط من رقيق ذلك البلد الذى وقع فيه النكاح به ، فإن حُمران فحُمران وإن سودان فسودان .

وإن كان الحمران والسودان فى البلد فمن وسط الغالب ، فإن لم يغلب نوع فالنصف من وسط هذا والنصف [ من ]<sup>(٧)</sup> وسط هذا ، ولا بد من اعتبار البلد الذى وقع فيه العقد ، إذ به يتفسر ما أبهم المتعاقدان حال العقد ، لأن العادة عندنا كالشرط ، وكذا يتفسر مبهم عقد السلم فى الثمن بنقد البلد ، ويكون العرف على مذهبنا كالشرط .

وكذلك مبهم الشوار المتزوج عليه [ بالبلد ]<sup>(٨)</sup> الذى وقع فيه النكاح من حاضرة

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه أبو داود (٥١٧٠) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه ، قال الألبانى : صحيح .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى أ : أما .

(٥) سقط من أ ، ج .

(٦) سقط من ب .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : يبلد .

أو بادية ، وكذلك إن اختلفت عادة أهل البوادي فتراعى الناحية التى وقع فيها العقد ، وخص النكاح بهذا التسامح لما كان مبنياً على المكارمة .

وابن عبد الحكم يمنع النكاح مع هذا القدر من غرر كالبيع ، والأول أشهر وأبين لما تقدم ، والله الموفق .

**قلت** : العرف هنا يرجع إلى علم الزوجين به وإلى عرف أهل البلد إن جهلاه ، قاله عياض .

وحكى عن ابن القصار أنه كنعكاح التفويض الذى يعلم فى ثانى حال وإن جهل حين العقد .

وبنى الشيخ - رحمه الله - جوابه على أنه لا يشترط وصف مطلق الصنف المتزوج به ، وهو قول ابن المواز وغيره ، وأنه إن كانت للناس عادة يتناكحون عليها أعطيت من ذلك الجنس .

وقال سحنون : معنى قوله فى « المدونة » : يجوز أن يتزوجها على خادم ولم يصف ، ولها خادم وسط إن سمي جنس الخادم ، وحمله غير واحد على الخلاف .

وقال [ ابن ]<sup>(١)</sup> محرز : إن لم يكن للناس غالباً عادة يتناكحون له فالقياس فساد النكاح حتى يسمى الجنس ، كما إذا اشترى بدراهم والنقد مختلف ولم يكن غالباً .

**قلت** : ومقتضاه لو كان أحد النقود غالباً لجاز البيع وقضى به ، وهو مقتضى قول ابن الحاج عن « مختصر ابن شعبان » .

ومن باع سلعة ولم يبين النقد فله الغالب من نقودها . انتهى .

وهو مقتضى ما فى كراء الدور من قوله : ومن اكرى داراً بدنانيه لم يصفها والنقد مختلف ، فإن عرف [ لنقد ]<sup>(٢)</sup> الكراء [ سنة ]<sup>(٣)</sup> قضى به وإلا فسخ الكراء .

(١) فى أ : أبو .

(٢) فى ب : نقد .

(٣) سقط من ب .

وفى [ كلام ]<sup>(١)</sup> ابن جماعة - رحمه الله - فى بيوعه فى هذه المسألة إشكال بين، ثم إن فساد البيع مع عدم التسمية وعدم الغالب والعرف [ مقيد ]<sup>(٢)</sup> بما إذا كانت السكك لا تجوز جوازاً واحداً فى البلد .

وأما إن كانت تجوز جوازاً واحداً فيه ولا فضل لبعضها [ على بعض ]<sup>(٣)</sup> ، فالبيع جائز وإن لم يسم سكة منها ، قاله مالك فى رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع .

ابن رشد : ويجبر البائع على أخذ [ أى ]<sup>(٤)</sup> سكة أعطى .

عبد الحميد : لو [ ق / ٤١ ب ] تزوجها على ثوب ، فظاهر المذهب أنه جائز وإن لم يذكر جنس الثوب ، ويكون لها الوسط من الأجناس مما يعرف أنهم يلبسونه فى غالب أحوالهم .

**قلت :** [ يريد بحبس هنا النوع مع تسمية أصله ، و ]<sup>(٥)</sup> [ إن لم يسم أصل الثوب ]<sup>(٦)</sup> فهو خلاف ما فى « النوادر » عن كتاب ابن المواز .

وإن نكح بعرض لم يوصف من أى العروض ، لم يجز ، ويفسخ ما لم يدخل حتى يقول : بثوب أو بكذا من الكتان والصوف ، وإن لم [ يصفه ]<sup>(٧)</sup> فلها الوسط ، وكذا فى الرقيق ، قاله ابن القاسم .

ابن عرفة : وكونه بمطلق من جنس أعم ممنوع ، واحتج بما ذكرناه عن « النوادر » عن كتاب ابن المواز .

(١) فى ب : كتاب .

(٢) فى ب : المقيد .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ب .

(٧) فى أ : يصفها .

وقال أهل الوثائق : لو سقط [ ق / ٢٣ أ ] ذكر [ سكة ]<sup>(١)</sup> الدنانير من العقد واختلفت السكك لكان لها الأغلب ، فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية ، كمن تزوج برقيق ولم [ يصف ]<sup>(٢)</sup> حمراناً ولا سوداناً .

المتيطى : هذا على قول ابن القاسم ، وأما على قول سحنون فيمن تزوج على رقيق ولم يسم الجنس ، لم يجز ، فينبغي ألا يجوز حتى يسمى السكة .

وسئل الشيخ الفقيه الحافظ أبو العباس القباب - رحمه الله - عن زوج [ امرئ ]<sup>(٣)</sup> ابته بمائة دينار دراهم ، ولم يذكر أوازنة ولا ناقصة ، فقال الزوج : نسيت تعيين الدراهم ، فقال [ له ]<sup>(٤)</sup> : اجعلها دراهم سبعين ، فاتفقوا على ذلك ، هل يضر ذلك بالنكاح أم لا ؟

**فأصاب :** النكاح بالدراهم من غير صفة جائز ، وقد أجازوا النكاح على شوار بيت غير موصوف وعبيد [ غير ]<sup>(٥)</sup> موصوفين ، ويقضى [ بالغالب ]<sup>(٦)</sup> فى البلد ، وكذا الدراهم الناقصة والسوازنة ، فإن لم يكن أحد النوعين غالباً قضى بالنصف من هذه والنصف من هذه على المشهور ، ثم ذكر قول ابن عبد الحكم ، ولم يجب الشيخ - رحمه الله - عن « عقد الجواهر » .

وفى كتاب المكاتب : إن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف ، لم يجز لتفاوت الإحاطة بصفته ، وبه احتج ابن عرفة - رحمه الله - لقوله فى « مختصره » : ويمنع النكاح بلؤلؤ غير موصوف [ قال : لأن المكاتبه أخف من النكاح فى الغرر .

ابن المواز : وقال غير ابن القاسم : تجوز الكتابة بلؤلؤ غير موصوف ]<sup>(٧)</sup> ، وله

(١) سقط من أ .

(٢) فى ح : يسم .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى أ : من الغالب .

(٧) سقط من أ .

الوسط .

عياض : ويتفق ابن القاسم والغير أنه إن لم يسم للؤلؤ عدداً ووزناً جملة ، إنه لا تجوز الكتابة .

قال : وأشار بعضهم إلى أنه خلاف قوله : يجوز السلم فيه ، وليس بشيء لأن السلم يقدر على حصر صفتة [ بأن ]<sup>(١)</sup> يذكر جنسه وعدده ووزن كل حبة [ منه وصفتها ، فينحصر الوصف أو يحضر حبة فيقول : أسلم لك فى مائة حبة ]<sup>(٢)</sup> على قدر هذه وصفتها .

(٣٦) [ ١٦ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل عقد على ابنته البكر نكاحاً من رجل نكاح تفويض ، ثم سميا صداقاً ، ثم رغب الزوج الأب أن يسقط ما سمياه ويرداه تفويضاً ففعلا ، فماتت الزوجة قبل البناء ؟

**فقال** : أما الميراث فيرث ، وأما الصداق فيلزم ما سمياه ويرث منه ، ولا يصح انتقالهما مع تسمية إلى تفويض ، لأنه انتقال من معلوم إلى مجهول ، وقد منعه [ فى ]<sup>(٣)</sup> الخصمين يصطلحان ثم يفسخان الصلح ويعودان للخصام وإن قيل فيه : إنه يجوز ، وأيضاً ففى سألتنا أن الأب يسقط حق البنت [ بغير ]<sup>(٤)</sup> عوض ولا لمصلحة رآها [ ق / ٤٢ ب ] وذلك غير سائغ له ، إذ لا يفعل لمحجوره إلا ما يراه نظراً ، وأى نظر فى هذا ؟!

قلت : ما ذكره من المنع فى الصلح حكاه ابن حبيب فى كتاب « الاحكام » له عن مطرف وأصبخ .

وقوله : إن الأب أسقط حق البنت بغير عوض ولا لمصلحة [ رآها ]<sup>(٥)</sup> ، [ فلا

(١) فى أ : فإن لم .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ب : من غير .

(٥) سقط من أ .



يسوغ<sup>(١)</sup> . [ ق / ٢٠ ح ] .

قال مالك في كتاب النكاح الأول : لا يجوز [ للأب أن يضع من صداقها شيئاً<sup>(٢)</sup> ] قبل الطلاق .

ابن القاسم : إلا بوجه نظر [ من عسر الزوج فيخفف عنه وينظره فيجوز ، وأما بغير طلاق ولا على وجه نظر<sup>(٣)</sup> ] لها فلا يجوز .

عياض : اختلف هل قول ابن القاسم وفاق أم لا ، واستدل [ من<sup>(٤)</sup> ] جعله وفاقاً بجواز [ تزويجه<sup>(٥)</sup> ] إياها ابتداءً بأقل من المهر وبما شاء ، وبأن ابن [ القصار<sup>(٦)</sup> ] حكى عن مالك مثل قول ابن القاسم نصاً .

**قلت** : وإليه ذهب ابن رشد ، فقد سئل عن من أسقط عن زوج ابنته البكر أربعين مثقالاً حين أراد البناء بها رافقاً به وإحساناً إليه ، فبنى بها الزوج ثم توفيت وتوفى الزوج بعدها ، فأرادت الآن ابنتها منه القيام في ذلك ، وزعمت أن ذلك لا يجوز على أمها إذا لم يرد والدها طلاقها ، ولا ذكر أبوها المسقط أكثر من قوله : رفقاً به وإحساناً إليه ، ولا أن ذلك لعسره بالمهر و [ لا<sup>(٧)</sup> ] لخوف الطلاق ولا لوجه نظر .

**فأجاب** : ما وضعه الأب من صداق ابنته عن زوجها عند بنائه بها جائز عليها نافذ ، لأن أمره في ذلك محمول على النظر لها حتى يعلم خلافه ، إذ لو زوجها منه ابتداءً بما بقي من الصداق بعد الوضعية لجاز ذلك عليها .

(١) في ب ، ج : غير ساغ .

(٢) في أ : ذلك له .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) في أ : تجهيزها .

(٦) في ح : العطار .

(٧) سقط من أ ، ب .

(٣٧) [ ١٧ ] وسئل رحمه الله - : [ عن رجل ]<sup>(١)</sup> زوج ابنته البكر من رجل ولم يسميا صداقاً لا عاجلاً ولا أجلاً ، إلا أن عادتهم في ذلك معلومة متقررّة لا يزيدون لجمال ولا مال ، ولا يتقصون لقبح وفقر ، ثم إن الرجل توفى قبل البناء ، هل ذلك العرف المعتاد كالسمية فتأخذ جميع المهر المتعارف من التركة أو لا يكون ذلك كالسمية ؟

**الجواب :** لا يلزم من كون صدقات نساء أهل بلدها على مقدار واحد في عادتهم أن يكون في حكم المسمى حتى يكون للزوجة جميع المعتاد في الموت ونصفه في الطلاق قبل البناء ، على هذا يدل الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء دون خلاف في علمي ، ولأنه لو كان كالمسمى لم يحتج إلى تسمية عند الدخول ، ولكانت الشهادة [ على ]<sup>(٢)</sup> العقد مغنية عن تسميته عند الدخول ، لأن العقد على ذلك التقدير كان يوجب المقدار المعتاد للزوجة على الزوج ، فلا فائدة للسمية عند الدخول إذا وفي اتفاق أهل البلد على التسمية عند الدخول دليل أنهم لم يعدلوا عند العقد على مقتضى العادة .

وإن كانت العادة تختلف في مقدار النقد من الكالئ أو في مقدار أجل الكالئ ، أو كانت تختلف في أنواع الثياب والحلى المأخوذة عند [ العقد ]<sup>(٣)</sup> ، أو كانت تختلف في إصداق الخدم أو في إصداق [ ق / ٤٣ ب ] الأرض والفدادين [ والأجنة ]<sup>(٤)</sup> والجنان والديار والبهائم ، أو تختلف في مقدار ما يزيد في قيمة ما يؤخذ عن بعض عدد الصداق على أثمان السوق ، وهو أجلى وأبين ، ولأن الزوج قد يزيد الزوجة على المعتاد ، أو تنقص الزوجة منه أو والد [ الزوجة ]<sup>(٥)</sup> البكر لما يرى الوالد ولتكارم الزوجين ، فكيف يتخيل أنه كالسمية مع هذا كله ومع ما تقدم

(١) في ح : عن من .

(٢) في ح : عند .

(٣) في ج : النقد .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ ، ج .

من نصوص الكتاب والسنة وأقوال العلماء .

فائدة :

هذه العادة [ المتخذة ] <sup>(١)</sup> في مقدار الصدقات [ بالبلد ] <sup>(٢)</sup> الرجوع إليها عند الفرض والتشاح [ فيما ] <sup>(٣)</sup> يفرض حسبما تقدم ، هذا مراد اللخمي لا محالة ، لأن الإشارة من قوله : « وهذا يصح . . . » إلى آخر ما ذكر ، راجعة لقول مالك - رحمه الله - ومقيدة لإطلاقه أن الصداق يختلف باختلاف أحوال الزوجين ، لا يفهم بأدنى نظر غير هذا ، وحمل كلام اللخمي على أن العادة إذا تحددت في مقدار الصداق بالبلد يكون في حكم المسمى ، خلاف ما دل عليه لفظه ، وهذا يصح لأنه إنما يرجع إلى قول مالك قطعاً ، ومالك - رضى الله عنه - لم يتكلم إلا على اختلاف الصداق باختلاف أحوال الزوجين ، فلو حمل قول اللخمي على [ هذا ] <sup>(٤)</sup> المحمل لكان موجباً لانقطاع قوله عن قول مالك ، وهو إنما جاء به في سياق تقييده وتفسيره بقوله : « وهذا يصح » ، وهذا مما لا يعقل ، وقد بلغني أن بعض الطلبة اعتمد [ على ] <sup>(٥)</sup> هذا الخيال وأفتى به وسلط المسددين على الحكم بمقتضاه ، وهذه مفسدة عظيمة لأنه من الخطأ الصراح ، فينقض الحكم به كل من رفع إليه من القضاة ، ثم لا عبرة بشاذ إن عثر عليه لبعض أهل المذهب ولا بقول غير أهل المذهب في مقابلة ما قدمناه [ ق / ١٢٤ ] ولا بحديث قد ترك مالك الأخذ به لمعارض راجح عنده ، لأن القاضي لا يقضى إلا بمشهور مذهب مالك أو بما صحبه العمل لا بشاذ من المذهب ولا بغير المذهب ، ولا بحديث متروك لأرجح منه على ما لا يخفى ، فلو أمعن النظر فيه قليلاً لظهر الصواب ولاكتشف لتخيل السراب ماء أنه سراب ، وهذا واضح

(١) في أ : التحدث .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب ، ج : في مقدار ما .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

غير خاف لمن ركب جادة الإنصاف ، والسلام .

(٣٨) [ ١٨ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن نحو هذه المسألة أيضاً ، وهى عن من سمى لزوجته خادماً معلومة وبعض الصداق ولم يحد الجملة ، والصداق عندهم معلوم عادة متقررة لا يتعدونه ، فمات الزوج قبل البناء أو طلق ؟

[ قال ]<sup>(١)</sup> : لا صداق لها .

قال ابن المواز : هو نكاح تفويض وإن سمى بعضه ، ألا ترى أن تسميته بعضه لا ترفع [ النزاع ]<sup>(٢)</sup> إن تنازعوا فى جملته !؟

قيل [ له ]<sup>(٣)</sup> : والعادة المتقررة ؟

قال : لو أفادت العادة فى هذا الإفادة إذا لم يسم شيئاً وطلق قبل البناء أو مات ، ولا فائدة للعادة فى هذا كله إلا أنها تفيد إذا لم يطلق ولم يميت وتنازعا فى مقدار ما يفرض [ لها ]<sup>(٤)</sup> ، فتحكم فيه العادة .

قلت : قول اللخمي المشار إليه فى جواب السؤال الأول ذكره يآثر قول مالك [ ق / ٤٤ ب ] فى « المدونة » فى اختلاف مهر المثل باختلاف الجمال واليسار وضدهما [ فى الزوجين والقراة ومقابلها ]<sup>(٥)</sup> .

[ ثم قال : وقوله ]<sup>(٦)</sup> هذا يصح مع عدم العادة ، فإن [ كان ]<sup>(٧)</sup> قوم لهم عادة لا يحطون لفقر ولا قبح ولا يزيدون ليسار وجمال ، حملوا على عادتهم كأهل البادية اليوم ، ونحوه لابن بشير أيضاً ، ونص كلامه : والمثل عند جمهور الأئمة لا

(١) سقط من ب .

(٢) فى ح : النكاح .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ب ، ج : ونصه : وقول .

(٧) سقط من ب .

يرجع إلى حكم القرابة ، بل ينظر فيه إلى المال والحسب والجمال ، وهذا ما لم يكن عادة لا ينقصون ولا يزيدون ، وإن كان صداقهم معلوماً بعادة صير إليها ، ولما ذكر ابن عرفة قول اللخمي قال : ونقل ابن بشير ما نقله اللخمي كأنه [ المذهب ]<sup>(١)</sup> ، وفيه نظر .

وقال الشيخ في « التقييد » مثل ما أجاب به هنا ، ولا يؤخذ من كلام اللخمي هذا أن هذه العادة كالشرط فتكون كالتسمية حتى لو مات أو طلق وجب فيها ما يجب في التسمية ، لأنه يفتقر في ذلك لحكم حاكم ، وانظر قوله : يفتقر [ فيه ]<sup>(٢)</sup> لحكم حاكم ، [ واحتجاج ]<sup>(٣)</sup> الشيخ في جوابه بما ذكر لأنهم يسمون عند الدخول ، وأنهم قد يزيدون حينئذ على المعتاد وينقصون عنه ، فلذلك لم تكن العادة كالتسمية عندهم ولا عول عليها ، يدل على أنه لو كانوا لا يسمون شيئاً ولا يفرضونه عند الدخول بل يسكتون فيدخلون من غير ذكر شيء وجرت عاداتهم وعملهم على ذلك ، فإن العادة تكون حينئذ كالتسمية ، فيجب المهر بالموت ونصفه بالطلاق [ قبل البناء ]<sup>(٤)</sup> ، وتأمل فتيا الشيخ مع فتيا المازري ، فقد سئل عن أنكحه البادية والعادة أنهم لا يسمون صدقاتهم ولا يشهدون عليها وقت العقد لكن عند البناء ، ولكن العادة أن الصداق عندهم [ معلوم ]<sup>(٥)</sup> معروف مقدر لا يزداد بجمال ونحوه ولا ينقص لقبح ونحوه ، [ فهل ]<sup>(٦)</sup> حكمه ككناح التفويض يسقط بالموت وبالطلاق قبل البناء ، أو لا لأن كونه مقدر عندهم صار حكمه كالتسمية ؟

**فأجاب :** إن [ شهدت ]<sup>(٧)</sup> العادة بأنهما ما سكتا عن التسمية إلا للعلم بها

(١) سقط من أ .

(٢) في ب ، ج : في ذلك .

(٣) في أ : واحتجاج .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ ، ج .

(٦) في ب : فهذا .

(٧) في ح : اشتهرت .

واتفاقهما على أن كل واحد عقد عليها وأنفذها [ ق / ٢١ ج ] عليه والتزم النكاح ، فليس بتفويض وهو نكاح سمى صداقه وإن سكتا عن التسمية والزوج غير ملتزم لها ، [ بل ]<sup>(١)</sup> فوض الصداق إليه أو إليها ، فيفرض صداق المثل وهو المحدود الذى أشرت إليه ، فهذا حكمه كالتفويض . انتهى .

والحق أن فتيا المازرى هذه خلاف فتيا الشيخ .

وقوله - رحمه الله - : « لأن القاضى لا يقضى بين المالكية إلا بمشهور مذهب مالك » ، صرح به غير واحد .

وقد كان يؤخذ بقرطبة على القضاة ألا يحكموا بغيره و [ لا ]<sup>(٢)</sup> بخلاف [ ق / ٤٥ ب ] ما جرى به العمل ، ويشترط ذلك عليهم فى عهودهم ، وقد أفتى غير واحد بنقض ما حكم فيه بالشاذ فى بعض المسائل وفى « نوازل ابن الحاج » : كان ابن رزق - رحمه الله - يقول : ما فى « الموطأ » من قول مالك هو الذى يبنى عليه ، لأنه قرئ عليه إلى أن مات ، ونحوه قول ابن العرى فى كتاب النكاح من [ المعارضة ]<sup>(٣)</sup> فى ترجمة مهر البغى : لا يفوتنكم ما وصيتكم به [ مراراً ]<sup>(٤)</sup> من أن مذهب مالك المعول عليه ما فى موطأه أقرأه عمره كله فما قال لصاحب أو أجاب به سائلاً لا يعارضه ما أقرأه ليله ونهاره عمره كله ، ورواه عنه ألف رجل ويزيدون . انتهى .

وقد روى : ما بعد كتاب الله تعالى أصح من موطأ مالك .

ابن يونس وابن رشد : و « المدونة » أصل علم المالكية ومقدمة بعد « الموطأ » [ على سائر الدواوين ، زاد ابن رشد : ليس بعد « الموطأ » ]<sup>(٥)</sup> ديوان فى الفقه أفيد

(١) فى ب : فإن .

(٢) سقط من أ ، ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ ، ب : المعارضة .

(٥) سقط من أ .

من « المدونة » [ عند أهل الفقه ]<sup>(١)</sup> ككتاب سيبويه عند أهل النحو و [ كتاب ]<sup>(٢)</sup> إقليدس عند أهل الحساب ، وموضعها من الفقه موضع أم القرآن من الصلاة تجزئ عن غيرها ولا يجزئ غيرها [ عنها ] .

وقوله : [ <sup>(٣)</sup> «ولا بحديث متروك لأرجح منه » ، يريد : لأن العمل لم يصحبه ، فإن العمل عند مالك مقدم على خبر الآحاد .

قال فى سماع ابن القاسم من جامع « العتبية » : وحدثنى أن محمد بن أبى بكر ابن [ محمد بن ]<sup>(٤)</sup> عمر بن حزم كان قاضياً ، وكان أخوه عبد الله بن أبى بكر كثير الأحاديث وكان رجل صدق ، فكان إذا قضى محمد [ فى القضية ]<sup>(٥)</sup> قد جاء فيها الحديث مخالفاً للقضاء يقول له : ألم يأت فيه حديث كذا وكذا ؟ قال : بلى ، قال : فمالك لا تقضى به ؟ قال : فأين الناس عنه ؟!

يريد بذلك أن العمل أثبت من الأحاديث .

وفى جامع « العتبية » أيضاً : قال مالك : [ كان ]<sup>(٦)</sup> رجال من أهل العلم يحدثون بأحاديث وتبلغهم عن غيرهم فيقولون : ما لجهل هذا ولكن مضى العمل على غير هذا .

ابن رشد : هذا معلوم من مذهب مالك أن العمل أقوى عنده من خبر الواحد .

وفى جامع « العتبية » أيضاً : وسئل مالك عن من أخذ بحديث حدثه [ به ]<sup>(٧)</sup> ثقة عن أصحاب رسول الله ﷺ ، أترأه من ذلك فى سعة ؟

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى ب ، ج : بالقضية .

(٦) فى أ : إن .

(٧) سقط من ب .

قال : [ لا ]<sup>(١)</sup> والله حتى يصيب الحق .

وقول الشيخ - رحمه الله - : « لأرجح منه » ، يشمل القياس إذا لم يمكن [ق/ ٢٥ أ] الجمع بينهما فإنه مقدم على خبر الآحاد أيضًا عند مالك - رضى الله عنه - .

قال ابن رشد فى أفضية « المقدمات » : حكاها عنه الأبهري [ ق/ ٤٦ ب ] [وقال]<sup>(٢)</sup> فى جامع « البيان » : حكاها عنه ابن القصار ، وعليه اقتصر [ القرافى ]<sup>(٣)</sup> فى « التنقيح » .

ابن رشد : لأن خبر الواحد يجوز عليه النسخ والغلط والسهو والكذب والتخصيص ، ولا يجوز من الفساد على القياس إلا وجه واحد وهو هل الأصل معلول بهذه العلة أم لا ، وما جاز عليه أوجه كثيرة مما تبطل الحججة به أضعف مما لم يجز عليه إلا وجه واحد . انتهى .

وقال عياض فى كلامه على حديث المصرة فى « الإكمال » و« التنبهات » : مشهور مذهب مالك وأصحابه مقدمة خبر الواحد عليه ، وعلى كل حال فالسنة إذا صاحبها العمل لا تعارض بالرأى ، ففى رسم العربية من سماع عيسى من جامع « العتبية » : وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال : دعوا السنة تمضى لا تعرضوا لها .

ابن رشد : هذا كما قال : إن السنة تمضى ولا تعارض برأى إذا صحبتها الأعمال .

وفى « التنقيح » : وما يشنع عن مالك - رضى الله عنه - مخالفته لحديث بيع الخيار مع روايته له ، وهو مهيع متسع ومسلك غير ممتنع ، فلا تجدد عالمًا إلا وقد خالف من كتاب الله تعالى وسنة رسوله [ ﷺ ]<sup>(٤)</sup> أدلة كثيرة ، ولكن لمعارض راجح

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج .



[عليها عند مخالفتها ، وكذلك مالك ترك هذا الحديث لمعارض راجح عنده] (١) وهو عمل أهل المدينة ، فليس هذا باباً اخترعه ولا بدعاً ابتدعه .

ومن هذا الباب ما يروى عن الشافعى - رضى الله عنه - أنه قال : إذا صح الحديث فهو مذهبي ، [ وإلا ] (٢) فاضربوا بمذهبي عرض الحائط .

فإن كان [ مراده ] (٣) مع عدم المعارض [ فهو ] (٤) مذهب العلماء كافة وليس خاصاً به .

وإن كان مع وجود المعارض فهو خلاف الإجماع ، فليس هذا القول خاصاً به كما ظنه بعضهم هنا . انتهى .

وهذا القول الذى أشار إليه الشيخ قال ابن بشير : حكاه عبد الحميد ، وهو وجوب صداق المثل [ فى التفويض بالموت ] (٥) قبل البناء .

وأما الحديث فهو ما خرجه أبو داود عن عبد الله هو ابن مسعود - رضى الله عنه - [ فى رجل ] (٦) تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها ، فقال : «لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث» ، فقال معقل بن سنان: سمعت رسول الله ﷺ قضى به فى بروع بنت واشق» ، وخرجه الترمذى [ أيضاً ] (٧) وقال : حسن صحيح ، وتكلم فيه الواقدى بأنه وقع بالمدينة فلم يعرفه أحد .

وقال الدارقطنى : اختلف فى رواية معقل بن يسار [ فروى ] (٨) معقل بن يسار

(١) سقط من أ ، ب .

(٢) فى أ : أو .

(٣) فى ب : عدمه .

(٤) فى ب ، ج : فهذا هو .

(٥) فى أ : للموت .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ب .

[وروى] <sup>(١)</sup> معقل بن سنان ، وروى أن علياً - رضى الله عنه - قال : لا [ ق / ٤٧ ب ] يقبل ، معقل بن سنان أعرابي يبول على عقبه .

**وأحاب** ابن العربي بأن جهل أهل المدينة لا يضر ، فلكل بلدة زمرة من الصحابة بلغت ما كان عندها ، فوعاه أهلها ، يقال : هذه سنة تفرد بها أهل [المدينة] ، وهذه سنة تفرد بها أهل الكوفة ، وهذه سنة تفرد بها أهل [٢] البصرة ، والاختلاف فى اسم [ راويه ] <sup>(٣)</sup> لا يضر بعد معرفة عينه ، فإن الصحابة الأختبار الكبار قد اختلف فى أسمائهم كأبى ذر وأبى هريرة وغيرهما فلم يقدر فى روايتهم ذلك ، وما روى عن على لا يصح ، ولو صح ما أثر فيه ، فقد ذكروا عن عمر رد حديث <sup>(٤)</sup> [فاطمة بنت قيس وهو مشهور عمل به أهل العلم .

وأشار ابن العربي أن أقوى ما تعلق به علماؤنا [ أنها ] <sup>(٥)</sup> لا تأخذ بالطلاق نصفه فلا تأخذ بالموت جميعه .

وقول الشيخ - رحمه الله - فى جواب السؤال الثانى : « قال ابن المواز : هو نكاح التفويض » ، أشار به إلى ما [ نقله ] <sup>(٦)</sup> ابن يونس ، وإذا نكح على أن لها نقد عشرين ديناراً وعلى أنه مفوض إليه فى بقية مهرها ثم لم يرضوا بما فرض لها ولا بما زاد لأنه أقل من صداق مثلها حتى فارق ، فله أخذ العشرين ، ولا يلزمه شىء وليمتعها .

وكذا لو تزوجها على تفويض وعلى مال دفعه إلى أبيها خاصة ثم [ طلقها ] <sup>(٧)</sup> قبل البناء فليمتع ويأخذ من الأب كل ما أعطاه .

(١) فى ب : وقيل فيه .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى أ ، ب : رواية .

(٤) بداية سقط كبير جداً من أ .

(٥) فى ب : أن .

(٦) فى ح : نقل عنه .

(٧) فى ج : طلق .

قال الشيخ : وهذا بين أن حكمه حكم التفويض ما لم يسم الجميع ، لأنه بالخيار بعد .

( ٣٩ ) [ ١٩ ] وسئل - رحمه الله - : عن زوج كان [ عليه ]<sup>(١)</sup> لزوجه صداق عين ، فكساها واشترى لها حلياً ، ثم بعد سنين طلبته بصداقها ، فقال : أقاصك من صداقك بما صنعت لك ، فقالت : هو هبة لا من الصداق ، فقال : إنما صنعته من الصداق ؟

**فقال** : مسألة من ادعى أن هذا من ديني ، وقال الغريم : هو هبة وديني باق ، فالقول قول مدع القضاء [ من الدين ]<sup>(٢)</sup> ، سيما إن كان مجانساً للدين ، والمناسب لهذه مسألة النكاح الثاني إذا أعطاها ثوباً فقالت : هدية ، وقال الزوج : من فرضك الذي لك عليّ ، فالقول قوله إلا أن يكون الثوب لا [ يفرضه ]<sup>(٣)</sup> مثله لئلا فالقول قولها ، وانظره .

والعادة مسامحة الزوجين في مثل هذا بينهما .

**قلت** : بل الأنسب للمسألة أو هو عينها ما في « النوادر » عن « الواضحة » : وما أهدي الناكح من حلي أو ثياب ثم أراد أن يحسب ذلك في الصداق [ ق / ٢٢ ج ] فليس ذلك له إذا سماه هدية ، وإن لم يسمه هدية حلف ما أرسله هدية وما بعته إلا ليقاص من الصداق فذلك له ، فإن شاءت الزوجة [ ق / ٤٨ ب ] قاصت به أو ردت .

وقاله أصبغ عن ابن القاسم ، وقاله غيره من أصحاب مالك .

وما أجراه الشيخ أيضاً حسن .

قال - رحمه الله - في كتاب الوديعة من « التقييد » : لأن الغالب أن الإنسان إنما

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : يفرض .

يدفع ما لزم ذمته .

قال فيه : ونزلت مسألة ، وهى : أن رجلاً شور ابنته ولها عليه دين ، فمات الأب وطلبت دينها ، فقال الورثة : قد شورك به ، وقالت : إنما شورنى من ماله . فكان الجواب : إن القول قول الورثة .

ف قيل للشيخ : وهل كذلك لو أخرج تلك الأسباب من عنده ؟ قال : نعم ، ويحمل على أنه عاوضها .

قلت : وليس بخلاف لقول ابن رشد فى سماع أصيغ من « البيان » : ولو ادعى الأب أنه جهز ابنته إلى زوجها بمالها قبله من ميراث أمها أو غير ذلك وأنكرت ، لما كان القول قوله ، ويكلف البينة على إيراد الجهاز لبيتها لقول الله عز وجل : ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ . . . ﴾ [النساء : ٦] الآية ، لأنه هنا ادعى التجهيز وتوزع فيه ، وهناك ثبت التجهيز ووقع النزاع فى كونه هل تبرع به من ماله أو من مال ابنته الذى فى ذمته لها .

وفى « الطرر » : قال الداودى : ما اشتراه [ الرجل ]<sup>(١)</sup> لزوجه من الثياب فلبستها فى غير [ البذلة ]<sup>(٢)</sup> ، ثم نزل بينهما فراق فادعى أن ذلك منه عارية وأنكرته نظر ، فإن كان مثله يشتري الثياب لزوجه على وجه العارية ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان مثله فى ملائه وشرفه لا يشتري ذلك للعارية ، فالقول قولها مع يمينها .

قال : وسواء كان لباسها قليلاً أو كثيراً [ قريباً ]<sup>(٣)</sup> أو بعيداً .

وقال غيره : القول قول الزوج ، شريقاً كان أو غيره ، لأنه يقول : أردت أن أجمل زوجتى ، أو أحليها إن كان حلياً .

وفى « الطرر » أيضاً : قال ابن تليد : وإن ابتاع لها كسوة كتوب أو فرو ثم [ تموت ]<sup>(٤)</sup>

(١) فى ح : الزوج .

(٢) فى ب : البيلة .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : تمزق .

فيريد أخذها ، لم يكن ذلك له ، وكذا قال بعض الشيوخ فى الموت والطلاق ، وبه العمل .

وهذا [ إذا كانت ]<sup>(١)</sup> لغير البذلة .

[ ابن لبابة ]<sup>(٢)</sup> : وما اشتراه لها أو اشترته لنفسها بماله ولا ينكر عليها وهى تلبسه، فيعجبه ولا يدع فيه ولا ينكر عليها إذا تزينت به فإنه لها، سواء عاش أو مات .  
فإن ادعى الورثة فى ذلك عليها شيئاً مثل أنها لم تخبره أو لم تعلمه أو شبه ذلك، فعليها اليمين .

وقال أيضاً : إنه لورثة الرجل إن [ مات ]<sup>(٣)</sup> عنها ، إلا أن تقيم بينة على هبة أو عطية .

وقال غيره : وكذلك إن كان حياً يمينه ، وهو أحسن من الاستغناء .

**قلت** : لأن الأصل [ ق / ٤٩ ب ] بقاء الأملاك على ملك المالك فلا تنتقل إلا بأمر [ محقق ]<sup>(٤)</sup> ، ومسألة النكاح الثانى : « إن ادعت [ فى ثوب ]<sup>(٥)</sup> أنها أخذته هدية ، وقال الزوج : فى فرضك ، فالقول قوله ؛ إلا أن يكون الثوب لا يفرضه مثله لمثلها فالقول قولها » ، تشهد لقول الداودى سيما على اختصار اللخمي ، إلا أن يكون مما [ لا ]<sup>(٦)</sup> يفرض مثلها لشرفه ، وكذا إن كان أدنى [ وكان ]<sup>(٧)</sup> لا يشبه [ أن يلبسه ]<sup>(٨)</sup> مثلها بانفراده دون الذى فرض لها ، فالقول قولها مع يمينها ، ويحلف الزوج ويسترجع الأذى .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب : ماتت .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من ب .

الشيخ : وأما فى الأعلى فيحلف الزوج ويمضى لها [ فى ]<sup>(١)</sup> فرضها لإقراره بذلك .

قال : وما قاله اللخمي هو الجارى على القواعد وإن كان ظاهر لفظ [الكتاب]<sup>(٢)</sup> خلافة .

(٤٠) [ ٢٠ ] وسئل - رحمه الله - : عن من صنع وليمة عرس ، فاشترى لزوجه ثياباً بخمسة وأربعين ديناراً ، ولم يذكر لها أنها من صداقها ولا غير ذلك ، ثم حضرته الوفاة فأوصى أن لزوجه قبْلَهُ بقية من صداقها ، وهى خمسة وعشرون ديناراً ، فلما توفى استظهرت برسم صداقها فوجد فيه مائة دينار كالتأ بقيت عليه ، فأراد الورثة محاسبة الزوجة بقيمة الثياب - وهى خمسة وأربعون ديناراً المذكورة - فهل لهم ذلك أم لا ؟

**فأجاب :** جرت عادة الناس أن الرجل إذا صنع وليمة يشتري مثل ذلك لزوجه على وجه الهبة لها والاستلاف لمودتها لا بأن يكون حسوباً لها من كالتها ، فعلى ذلك تحمل مسألتكم .

**قلت :** ما الفرق بين قوله فى هذه المسألة وبين قوله فى المسألة المتقدمة : جريان العادة هنا بأن ذلك من الزوج إنما هو على وجه الهبة ، ومقتضاه أنه يقضى عليه بذلك مع العادة ، وبه أفتى ابن عتاب فى الهدية التى يرسل بها الأزواج للزوجات قبل البناء كالخفين [ والجوربين ]<sup>(٣)</sup> ونحوهما على قدرها وقدر المهر ، وليس عليها ولا على أبى البكر أن يشبه بشيء ، ولا يقضى عليه بعرض ولا بأجرة الخلوة المتعارفة بينهم إن امتنع ، ويؤمر به ولا يجبر .

ابن سهل : والصواب عندى أن يقضى عليه بالوليمة لقول النبي ﷺ لعبد

(١) سقط من ج .

(٢) فى ب : الكتب .

(٣) سقط من ب .

الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - : « أولم ولو بشاة »<sup>(١)</sup> مع العمل [ به ]<sup>(٢)</sup> عند الخاصة والعامّة ، بخلاف ما تعطى الماشطة على الخلوة ، [ ولا بأجرة ]<sup>(٣)</sup> دق أو كبر .

[ قال : ]<sup>(٤)</sup> وفى سماع ابن القاسم [ ق / ٥٠ ب ] فى الرجل يُطلب بهدية العرس ، قال : إن كان عُرف من شأنهم لم أر أن يطرح عنه .

وفى سماع عيسى : قال مالك قبل ذلك : لا أرى أن يقضى بها .

**قَلت** : فى « النوادر » عن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : وهو أحب إلى ، أرايت لو مات أحدهما أيكون لها فيها حق ؟!

فهذا يدل [ على ]<sup>(٥)</sup> أنه لا يقضى بذلك كان مما جروا عليه أم لا .

وقال أصبغ : أحب إلى إذا جروا عليه أن يقضى به ، إلا أن يبرأ منه الزوج .

وقال ابن حبيب : يقضى بهدية العرس فى قول مالك وأصحابه ، ولا يقضى بهدية الأملاك .

وفى « مختصر الحديرية » : أجاب ابن رشد فيما تخرجه الزوجة أو وليها باسم الزوج كالغفارة ونحوها ، وربما لبس الزوج ذلك بعد البناء أو لم يلبسه ، فتزعم الزوجة أو الولي [ أيضًا ]<sup>(٦)</sup> أنها عارية وللتزين لا عطية للزوج بأنه : إن جرى بذلك عرف البلد واستمر عليه العمل حكم به ، وإلا فالقول قول المرأة أو وليها فيما ادعيا أنها عارية أو على سبيل التزين . أ . ه .

(١) أخرجه مالك (١١٣٥) ، والبخارى (١٩٤٣) ومسلم (١٤٢٧) من حديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه .

(٢) فى ب : عليه .

(٣) فى ب : وبالأجرة .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

وفى « النوادر » : قال مالك وما نحله الزوج عند الخلوة على النفخ والنفخ وبعض الحمامات فذلك باطل إلا ما كان عرفاً من الزوج يعرف أنه أراد به إكرامها فهو كالهدية لا يرجع به فى الطلاق قبل البناء ، ويرجع به إن فسخ النكاح ، إلا إن فات باستتفاق أو غيره فلا شئ له على المرأة .

ونحوه للقرافى فى « الذخيرة » عن الأبهري ، أنه لا يلزم ما ينحل [ به ]<sup>(١)</sup> امرأته عند الخلوة ، لأن العادة أن ذلك يقال لترضية النفوس لا لتحقيق العطاء .

**قلت** : قال الشيخ الصالح الناصح أبو عبد الله بن الحاج [ العبدى ]<sup>(٢)</sup> - رحمه الله - فى كتاب « المدخل » : وليحذر من هذه البدعة القبيحة جداً ، وهى أن الزوجة بمصر إذا جاءت إلى الفراش تأخذ شيئاً يعطيه لها زوجها فى الغالب لحق الفراش ، وهو منكروين .

قال : وقد وقع بمدينة فاس أنهم أحدثوا أن الرجل إذا دخل على زوجته يعطى فضة عند حل السراويل ، فبلغ ذلك إلى العلماء [ فقالوا ]<sup>(٣)</sup> : هو يشبه بالزنا ، فممنوعه .

وهذا إنما كان فى أول ليلة ، فما بالك به فى كل ليلة !؟

ابن رشد : فى سماع أصيغ من « البيان » : من أهدى هدية قبل البناء وطلق ، لم يرجع بما أعطى ، وإن طلق عليه لعسره بالنفقة فقله هنا : لا رجوع له وهو على أصله ، إن ذلك طلاق يجب فيه نصف المهر [ ق / ٥١ ب ] وعلى قول ابن نافع الذى لا يرى للمرأة فى ذلك شيئاً من المهر كالفرقة بجنون أو جذام ، له أن يرجع فيها إن كانت قائمة ، ولو ألقى النكاح مفسوخاً وفرق بينهما قبل البناء ، فقال : إنه يرجع فيها إن كانت قائمة لبطلانه ببطلان السبب الذى أهدى عليه ، كمسألة « نوازل

(١) سقط من ج .

(٢) فى ب : العبد .

(٣) فى ج : فقال .



سحنون « من جامع البيوع فى الواضع من ثمن سلعته بسبب ما خشيه المتباع من تلفها أو الوضيعة فيها ، فسلم من ذلك ، إن له الرجوع .

ومسألة سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق فى الذى يؤخر لحق بسبب فلم يتم السبب .

وقال ابن القاسم فى « الدمياطية » : لا يرجع [ ق / ٢٣ جـ ] بها ، ولو كان النكاح صحيحاً فردها بعيب قبل البناء لرجع فيها على ما فى كتاب الصرف فيمن باع ووهب لأجل البيع ثم وجد عيباً ، إنه يرجع بالثمن والهبة ، خلاف قول سحنون : إنه لا يرجع بها .

قال : ولا خلاف إذا فسخ النكاح بعد البناء أنه لا رجوع له وإن كانت قائمة ، إلا أن تكون بعد الدخول والفسخ بحدثانه .

قال : وهذا كله فيمن تطوع به ولا جرى به عرف ، فأما ما اشترط فحكمه حكم المهر ، وأما ما جرى به العرف فأجراه ابن حبيب على القول بوجوب القضاء به مجرى المهر ، فعلى قوله إن طلق قبل دفعه لزمه نصفه ، وأبطله مالك عن الزوج فى الموت والطلاق .

قال : فعلى [ قياس ]<sup>(١)</sup> قوله إن طلق بعد أن دفعه لم يرجع ، وعلى القول بأنه لا يقضى به [ حكمه ]<sup>(٢)</sup> حكم ما يتطوع به من شرط .

ابن كوثر عن ابن حبيب : أخبرنى أصبغ أنه سمع ابن القاسم سئل عن ملك بامرأته فأخرج دنائير ، فقال : اشتروا بها طعاماً أو اصنعوه ، ففعلوا ثم وقع الشر بينهم حتى تفاسخوا النكاح قبل أن يؤكل الطعام ، فقال : إن جاء ذلك من قبلهم فهم ضامنون لدنائيره والطعام لهم .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

وإن جاء من قبّله فليس له إلا الطعام إن أدركه ، فعلى هذا إن فات الطعام [والأكل] <sup>(١)</sup> فهو ممن جاء الشر من قبّله .

**قَلت** : فى « النوادر » عن ابن حبيب : لا يقضى بهدية الأملاك ، وإن طلق بعد البناء لم يرجع بها .

وفى « البيان » : عن ابن القاسم فى « الدمياطية » فىمن تزوج وأهدى هدية الأملاك ثم سأله أهلها أن [ ق / ٥٢ ب ] يدخل بها أو ينفق عليها ، ثم يوجد النكاح مفسوخًا ، إنه لا يرجع بهدية الأملاك ويرجع عليه بالنفقة .

ابن كوثر : سئل أبو إبراهيم عن من تزوج فطلب منه [ عصفور ] <sup>(٢)</sup> لصباغ الثياب ، فدفعه ثم طلقها قبل البناء وأراد الرجوع بذلك ؟

فقال : إن طاع به من غير شرط فهو هدية ولا رجوع له فيها ، وإن شرط عليه فله الرجوع بنصفه .

( ٤١ ) [ ٢١ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل خطب من رجل ابنته فكلفه إحضار عدد سماه فى الصداق مع إحضار المملوكة ، فالتزم الشروط كلها ثم عجز عن إحضار المملوكة ، فقال والدها : يطلق حين عجز عن المملوكة ، وقال الزوج : لا أطلق بل أخدم بنفسى حتى أحضرها ، فهل يطلق مع أنه أحضر جميع ما عداها من المهر ؟

**فأجاب** : إذا انعقد النكاح على أن تكون الخادم منقودة مثل ما ذكر معها من الشروط فأحضر الزوج ما عدا الخادم وعجز عن إحضارها ، فإنه يتلوم [ له ] <sup>(٣)</sup> فى إحضارها بقدر ما يرى أنه يحضرها فيه من الأجل مما لا تطويل فيه على الأب ، فإن أحضرها ثبت النكاح ، وإن لم يحضرها فيه لزم الفراق إلا أن يرضى الأب

(١) سقط من ج .

(٢) فى ب : عصفور .

(٣) سقط من ب .

بتأخيرها .

**قلت** : فى كتاب النكاح الثانى : وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها ، فإن عسر به الزوج قبل البناء تلوم له الإمام وضرب [ له ]<sup>(١)</sup> الأجل ، ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له ، فإن لم يقدر عليه فرق بينهما وإن أجرى النفقة .

ابن [ سحنون ]<sup>(٢)</sup> : هذه المسألة نزلت عندنا وطلب الأب من الحاكم سجن الزوج إلا أن يقيم له حميلاً بالنقد ، [ فأخبرنى ]<sup>(٣)</sup> - رحمه الله - أنه استفتى فى ذلك الفقيه أبا الوليد محمد بن عبد الله بن مقييل - رحمه الله - فجاوب بخط يده : إن الصداق دين من الديون يحمل فيه الزوج على ما يحمل عليه المديان ، إلا أن يثبت العدم فيؤجل فيه إذا أجرى النفقة .

( ١٨١ ) [ ٢٦ ] وسئل أيضاً [ رحمه الله تعالى ]<sup>(٤)</sup> : هل يلزم المعسر الكسوة

[ مع ]<sup>(٥)</sup> النفقة ؟

[ فأجاب ]<sup>(٦)</sup> : أنهما يلزمانه ، وأنه إن عجز عن شيء من ذلك أجل ثم طلقت عليه .

**قلت** : فى « نوازل ابن الحاج - رحمه الله - » : قال « ع » : فإن حكم بتأجيله فى الصداق فى حال وجوده النفقة أو عدمه بها فطلبت منه ضامناً بالصداق [ ق/ ٥٣ ب ] مدة تأجيله ، فلا يلزمه [ ضامن ]<sup>(٧)</sup> به ، ونزلت فأفتيت بذلك فوافقنى فيه [ «ش» ]<sup>(٨)</sup>

(١) سقط من ب .

(٢) فى ج : فتحون .

(٣) فى ب : فأخبر .

(٤) زيادة من ج .

(٥) فى ج : و .

(٦) فى ب : فالجواب .

(٧) فى ب : ضمان .

(٨) فى ج : الشيخ .

وفى سماع زونان من كتاب طلاق السنة : قلت له : كم يضرب فى الصداق إذا كان يُجرى النفقة ؟

فقال : [ قال ]<sup>(١)</sup> مالك : ستين أو ثلاثاً ، وروى ابن وهب ثلاثاً .

ابن رشد : معناه : إذا عجز ، وأما إن اتهم أنه غيب ماله لم يوسع له فى الأجل ، قاله ابن حبيب .

إلا أنه جعل حد ما يتلوم له فيه إذا عجز عنه وأجرى النفقة ستين .

قال : ولو عجز عن الصداق والنفقة معاً لم يوسع عليه فى [ الأجل ]<sup>(٢)</sup> إلا الأشهر إلى السنة ، وهذا إذا طلبته بالصداق وتركت طلبه بأجل النفقة والتلوم عليه فيها ، قاله ابن المواز ، وهو صحيح ولو كان له مال ظاهر لحكم عليه بدفع الصداق وأمر بالبناء ، وهذا كله قبل الدخول ، وأما بعده فلا يفرق بينهما لعجزه عنه ، فتبعه به متى أسير ، قاله مالك فى « المدونة » وغيرها .

وأجل ابن فتحون فى الإعسار بالنفقة ثلاثة عشر شهراً .

قال : وإنما [ حددته ]<sup>(٣)</sup> بذلك استحساناً لما جاء من الاختلاف فى التحديد ، وهو فى « المدونة » [ موكول ]<sup>(٤)</sup> إلى اجتهاد الإمام ورأيه . أ . ه .

وفى « النوادر » سأل ابن حبيب سحنوناً عن من نقد بعض النقد وعجز ، فطلبته به وبالبناء ، فقال : ليس عندى ، فحبسته لها ، وإنما يبيع الفاكهة ، فأقام بينة عادلة بعدمه ، فأرادت الزوجة الفراق ، فقال الزوج : أجلنى أجلاً .

قال : لا يؤجل مثل هذا ، وهذا لا يرجى له ، وليفرق بينهما .

(١) سقط من ب .

(٢) فى ح : أجل الصداق .

(٣) فى ح : حددناه .

(٤) فى ب : موكل .

للخمسى : وهو حسن إلا أن يذكر [ أجلاً ]<sup>(١)</sup> يرجى منه ، فينظر إن أتى لذلك بشبهة .

ولما ذكر ابن فتحون قول سحنون هذا قال : وظاهر « المدونة » يدل على تأجيل من هذه صفته .

وأشار ابن بشير - رحمه الله - إلى أن ما ذكره فى هذا المعنى إنما هى رواية منزلة على أحوال .

قال : فينبغى أن يقال : من يرجى له يتلوم له بقدر الرجاء له وعدمه ، ويقدر ما يظن أنه معذور أو غير معذور ، فيطالب لمن يرجى له وهو معذور السنة والستين ، ويُعجَّل على غير المعذور ، وكذا من يقطع أنه لا يرجى له .

فإن لم يقطع أنه لا يرجى له بشيء بل يغلبه ظن أن يجحد فيطالب مدة يسيرة .

قال : وعلى هذا تنتزل الروايات .

عياض : وظواهر [ ق / ٥٤ ب ] مسائل [ الكتاب ]<sup>(٢)</sup> نزل أن لأب الصبية البكر [ دعوى ]<sup>(٣)</sup> الزوج إلى الدخول بها ، وتلزمه النفقة وإن لم تطلبه ، لأنه الناظر لها والمنفق عليها ، وإليه ذهب بعض شيوخنا ، وذكر أنه مقتضى المذهب ، وقاله أبو المطرف .

الشعبى : قال : كما يجبرها على العقد كذا يجبرها على الدخول ، وكما له بيع مالها وتسليمه بغير أمرها كذلك [ بضعها ]<sup>(٤)</sup> .

وذهب المأمونى إلى أنه ليس له ذلك ، ولا تلزم الزوج النفقة عليها إلا بدعواها هى أو توكيلها إياه ، ومثله لابن عتاب .

(١) فى ح : وجهًا .

(٢) فى ب : الكتب .

(٣) فى ح : دعاء .

(٤) فى ب : بعضها .

(٤٣) [ ٢٣ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن قطيفة اشترتها الزوجة بنقدها لتجهز بها إلى زوجها ، فبقيت مع الزوج سنة فأرادت بيعها ، فقال الزوج : لى فى الاستمتاع بها حق ، فهل له ذلك أم لا ؟

**فقال** : له الاستمتاع قدر ما يرى وليس أبداً ، والقطيفة لا تشتري لسنة فى الغالب وقد ذكر ابن رشد - فيما أظن - أن لها التصرف فى شورتها بعد مضى أربعة أعوام فى بيت زوجها .

**قلت** : حكى ابن عتاب أن ابن زرب قال : إذا أردت بيع [ شورتها ]<sup>(١)</sup> التى أقامت من نقدها ، ليس لها ذلك حتى يمضى [ من المدة ]<sup>(٢)</sup> ما يرى أنه ينتفع الزوج فى مثل ذلك .

وسئل عن السنة ، فرأها قليلة ، وذهب إلى أكثر من هذا .

وفى « النوادر » [ من كتاب سخنون ]<sup>(٣)</sup> : كتب سليمان إلى سخنون فى امرأة تريد بيع رقيقها وعروضها وجهازها ، فهل للزوج منعها ؟ فكتب إليه : ليس له منعها ، ولها بيع جهازها إلا ما لا بد لها [ من النفع منه ، ولها بيعه وتستبدل به ما لا بد لها من النفع به .

وقال محمد بن عبد الحكم : إن منعها من بيع الجهاز وأرادت بيعه ، فإن كان لتستبدل غيره فذلك لها<sup>(٤)</sup> وإلا فليس لها ذلك ، وذلك مما اشترت منه بقدر المهر ، فأما ما فوق ذلك فهى أولى بالنظر فيه .

وإن أردت بيعه وهو جديد [ ق / ٢٤ ج ] لتشتري مكانه قديماً ، فذلك لها على النظر منها .

(١) فى ب : شورته .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ب .

قال : وله أن يتواطأه ، فأما أن [ يعطيه ]<sup>(١)</sup> أضيافه أو عبيده يتواطأونه فلا إن منعته ، ولا [ لها ]<sup>(٢)</sup> أن تعطيه رقيقها يتواطأونه إن منعها إلا فيما جاوز الصداق من الفضل .

ابن رشد : فى سماع يحيى من « البيان » : إن قام غرماؤها بعد أن طالت المدة ، وكان الزوج قد استمتع بجهازها ما له قدر ويال ، فلهم أن يقبضوا منه ديونهم ، كانت حادثة بعد الدخول أو قديمة قبله .

وإن قاموا بحدثان الدخول للتجهيز ، لم يكن لهم قبض ديونهم من جهازها إن كانت حادثة بعد الدخول ، للحق الذى للزوج من الاستمتاع بما نقدها . انتهى .  
ومن هذا المعنى صرف الزوجة النحلة التى انعقد النكاح عليها على الناحل بغير إذن الزوج ، وهو أقل من [ ثلث مالها ]<sup>(٣)</sup> .

وقد أجرى ذلك ابن كوثر على الخلاف الذى فى استحقاقها بعد الدخول ، هل يبقى الصداق على حاله أو يحط منه بقدر ما صرفت على ما يتجزأ [ من مالها ]<sup>(٤)</sup> ، وكذا إن لم يكن لها مال إلا النحلة ، وهو الذى عليه العمل وبه القضاء ، لأن الناس يدفعون فى الصداق لأجل النحلة ، انظره .

وهذا القول المعمول به قال المازرى فى « المعلم » : هو الأصح فيما إذا رفع الزوج فى الصداق ليسارها ، وأنها تسوق من الجهاز ما جرت عادة أمثالها به ، وجاء الأمر بخلافه ، إذ الجهاز [ تبع ]<sup>(٥)</sup> كمن اشترى سلعتين واستحقت أدناهما ، فينتقض البيع فى المستحقة خاصة .

(١) فى ب : يعطياه .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ح : ثلثها .

(٤) فى ب : أمرها لها .

(٥) فى ب : تابع .

قال: وقوله ﷺ: « تنكح المرأة لأربع لمالها . . »<sup>(١)</sup> الحديث حجة له . أ . هـ .

ابن بشير : وبه أفتى بعض أشياخى فى هذه المسألة .

ابن بشير : ما لم يقع الدخول ، ويظهر من الزوج الرضا بما عند المرأة ، أو يظهر ما يدل [ ق / ٥٥ ب ] على الرضى .

ومن هذا [ المعنى ]<sup>(٢)</sup> أيضاً ما سئل عنه ابن رشد [ رحمه الله ]<sup>(٣)</sup> فى أهل بلد عادتهم أن يسوق الرجل لامرأته جزءاً من أملاكها ، والعرف والعادة عندهم أن من [ سيق ]<sup>(٤)</sup> لها ذلك فإنه لا بد لوالدها عند [ إبرازها ]<sup>(٥)</sup> لزوجها أن يعطيها ما يفى بما ساق لها الزوج ، وجرت عليه عادة عندهم قديمة مستمرة لا تختلف ، فكيف إن ذهب والدها إلى أن يبرزها إليه فقيرة دون أن يعطيها ما جرى العرف والعادة أن يخرج به مثلها ؟

**فأجاب :** إذا أبى [ الأب ]<sup>(٦)</sup> أن يجهزها بما جرى به العرف والعادة ، خُير الزوج بين أن يلتزم النكاح أو يرده فيسترد ما نقدها ، ويسقط [ عنه ]<sup>(٧)</sup> ما كلاً وساق .

قيل له : وكيف إن أقام الزوج ووالدها مدة إلى أن توفيت قبل البناء ، فطلب والدها ميراثها فى المهر والسياسة ، وأبى أن يبرز من [ ماله ]<sup>(٨)</sup> ما ذكر ؟

**فأجاب :** إذا أبى أن يبرز لها من ماله ما يكون ميراثاً عنها للقدر الذى يجهز به مثلها إلى مثله على ما تقد وساق ، فلا يلزم الزوج إلا صداق مثلها على ألا يكون

(١) أخرجه البخارى (٤٨٠٢)، ومسلم (١٤٦٦) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٢) سقط من ب .

(٣) زيادة من ج .

(٤) فى ب : ساق .

(٥) فى ب : إخراجها .

(٦) سقط من ب .

(٧) سقط من ب .

(٨) فى ب : مالها .



جهازها إلا بقيمة نقدها .

قيل له : إن والدها أبرز معها ما جرت العادة به ودخل بها زوجها ، فبعد ذلك أراد أن يسترجع ما كان أبرزها به من ذلك وزعم أنه عارية ، والزوج يأبى أن يكون عليه الصداق والسياسة إلا أن يكون ما خرجت به لها ؟

**فأجاب :** ليس للأب ذلك ، ولا يصدق في دعواه أنه عارية منه لها .

( ٤٤ ) [ ٢٤ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل زوج ابنته البكر في حجره من رجل ، واشترط عليه شروطاً ، من جملتها ثور وصحفة قمح وقلة سمن ، فقبض منه ذلك وسمى الصداق ودخل بالبنت ، ثم أمرت زوجها أن يأخذ من أبيها الثور والسمن والقمح ، وقالت : لم يُطعم منه شيئاً بل حبسه لنفسه ، وقد كانت بقيت بعد الدخول ستين ، هل لها ذلك أم لا ؟

وإذا [ ثبت ] <sup>(١)</sup> ذلك هل تنطلق من حجره أم لا ؟ وإذا أخذ منه ذلك هل يوقف بيده أم لا ؟

**فأجاب :** إذا حبس الأب ما أخذه في ابنته من المال عند عقد نكاحها لنفسه ولم يصرفه في مصالحها ، فلها أخذه منه إن كانت مالكة أمرها ، وإن كانت في حجره فذلك لها عليه دين تأخذه به إن شاءت إذا انطلقت من [ حجره ] <sup>(٢)</sup> .

**قلت :** هذا لما أخرجه أبو داود عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت على صداق أو حياء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه ، و [ أحق ] <sup>(٣)</sup> ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته » <sup>(٤)</sup> ، ولم يتعقبه ابن القطان على عبد الحق .

(١) في ب : أثبت .

(٢) في ب : حجرها .

(٣) في ب : وأحل .

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٢٩) ، والنسائي (٣٣٥٣) ، وأحمد (٦٧٠٩) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال الألباني : ضعيف .

وفى « الموطأ » عن مالك [ أنه ]<sup>(١)</sup> بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب فى خلافته إلى بعض عماله « إن [ كل ما ]<sup>(٢)</sup> اشترط المنكح - من كان أباً أو غيره - من حياء أو كرامة فهو للمرأة [ إن ابتغته ]<sup>(٣)</sup> .

قال مالك فى المرأة ينكحها أبوها ويشترط فى صداقها الحياء يحبى به : إنه ما كان من شرط يقع به النكاح فهو لابنته إذا ابتغته ، وإن فارقها زوجها قبل أن يدخل بها فلزوجها [ شطر ]<sup>(٤)</sup> الحياء الذى وقع به النكاح .

الباجى : وما كان من ذلك بعد عقد النكاح فهو لمشرطه دون المرأة ، ولا شيء للزوج منه إن طلق [ ق / ٥٦ ب ] قبل المسيس ، قاله مالك فى « المدونة » .

زاد محمد وابن حبيب : قائماً كان الحياء أو فائتاً .

ووجهه : أن الزوج تبرع به بعد تمام العقد ، فهو هبة مبتدأة لمن وهب إياها دون [ الزوج ]<sup>(٥)</sup> ، فإن فسخ النكاح بأمر غالب فروى ابن حبيب عن مالك : إنه يرجع بما وجده قائماً لم يفت .

ابن عات : حكى عن ابن مسعدة الحجازى أنه قال : ما اشترط من جزور لحم وغيره فلازم للمرأة .

قال غيره : ونصفه للزوج إن طلق قبل البناء ، وإن بنى لزمها أن تصنع به طعاماً ، لأنه عرف الناس وعلى ذلك يشترطونه ، ويلزمها أن تصبغ [ بالعصفر ]<sup>(٦)</sup> ثيابها ، لأنه على ذلك شرط .

وفى سماع يحبى : إن تركت المرأة ذلك لوليها فلا حق للزوج فيه .

(١) سقط من ب .

(٢) فى ح : كلما .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : شرط .

(٥) فى ب : الزوجة .

(٦) فى ب : بالعصفر .

ابن رشد: في سماع يحيى من « البيان » : الحباء للولى على ثلاثة [ أحوال ]<sup>(١)</sup> :  
 إن كان عند الخطبة قبل العقد فتم العقد ، فالمرأة أحق به .

وإن لم يتم رجوع الزوج به على الولى ، إذا لم يتم ما أعطى بسببه و [ إن كان ذلك ]<sup>(٢)</sup> عند العقد بشرط فهو كالصداق ، وتأخذه من وليها إن شاءت ، ولا يرجع الزوج به على الولى ، وإن طلق فله نصفه .

ابن حبيب : لو أجازته للولى فطلقها قبل البناء رجع بنصفه [ عليه ]<sup>(٣)</sup> [ إن ]<sup>(٤)</sup> كانت [ مولى عليها أو ]<sup>(٥)</sup> جائزة الأمر ، ولها الرجوع على وليها بنصفه الثانى إن كانت مولى عليها .

ابن رشد : وإنما رأى للزوج الرجوع على الولى بنصفه بعد أن أجازته المرأة له وإن كان ليس له أن يرجع على الموهوب له الصداق بنصفه إذا قبضه ، لأنه أنزله منزلة الذى يتزوج امرأة على أن تهب عبده لفلان .

وأما ما كان من ذلك بعد العقد على غير شرط فهو للولى الذى حُبى به ، لا رجوع للزوج عليه [ فيه ]<sup>(٦)</sup> ، ولا حق للمرأة فيه ، وذكر الحديث - أعنى حديث أبى داود المتقدم - .

قال : فجعل رسول الله ﷺ ما كان من ذلك قبل عصمة النكاح للمرأة التى هى سبب العتية ، لأنه لم يثبت له بعد سبب يستوجب به الكرامة ، وذكر حديث ابن المعروف ، فرد حكم الهداية إلى السبب الذى من أجله كانت ، وجعل ما كان بعد العصمة من كرامة للولى إذا ثبت له ما يستوجبها به .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : عليها .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ب .

وقوله فى السؤال : « وإذا أخذ منه ذلك هل يوقف بيده أم لا » ، لم يجب عنه الشيخ - رحمه الله - ، وقد تقدم ما نقله ابن عات .

ولو كان بيد الأب غير ذلك من مالها ولا يؤمن عليه ، وهى فى ولايته ، فالجواب ما لابن عات فى « مختصر الحديرية » : إنه يضعه الحاكم بيد من يراه بإشهاد ، ونحوه للفقهاء أبى بكر بن جماهر الطليطلى .

قال : وهو جواب حسن جيد فى النظر ، وقد شاهدت أقوامًا وضعت عندهم ثياب بناتهم خيفةً عليها فباعوها وأكلوا [ أثمانها ]<sup>(١)</sup> وتعذر الإنصاف منهم لقللة ذات أيديهم .

ابن عرفة : شاهدت شيخنا ابن عبد السلام حكم بمنع أب قبض إرث ابنه الصغير ، فكلمته فيه فقال لى : إنه فقير .

وكان [ ق / ٢٥ ج ] الفقيه أبو [ إسحاق ]<sup>(٢)</sup> بن عبد الرفيع يحكم بذلك .

قال : وما تقدم حجة لهما ، يعنى [ ق / ٥٧ ب ] ما فى « مختصر الحديرية » .

( ٤٥ ) [ ٢٥ ] وسئل - رضى الله عنه - : عما يشترطه الرجل فى ابنته من الهدية على جرى العادة ، ويطعم منه عند زفافها ويحبس منه لنفقته ، ثم لما دخلت وبقيت ستين طلبت ذلك ، هل لها ذلك أم لا ؟ وهل يصدق أنه أطعمه للناس أو أنفق فى مصالحها أم لا ؟ وهل إذا بقيت تحت الحجر يبقى فى يده لأنها تحت حجره ؟

فأجاب : [ أعزك ]<sup>(٣)</sup> الله ، كل ما يعطى لولى المرأة فهو من صداقها من هدية أو غيرها ، شرطها أم لا .

وإذا تقرر ذلك فكل ما أنفق فى مصالحها من طعام أو غيره ، فما جرت به العادة مضى عمله فيه ، إذ هو عادة الناس ، ولأنه لو لم يصنع ذلك لكان وصماً لها

(١) فى ب : ثمنها .

(٢) فى ب : الحسن .

(٣) فى ب : اعزه .

بين أمثالها ، ألا ترى أنهم نصوا على أن اليتيمة يُطعم الناس من عرسها ، وهو من صداقها مع أنها محجورة ، ويأكل منه الناس وهو مباح ، لأنه إن لم يصنع كان وصماً في حقها ، والأب مصدق في مقدار ما أطعم مع يمينه إن اتهم ، إلا أن يكذبه [ الحس ]<sup>(١)</sup> و مثل أن يقول : ذبحت الثور ، وهو يحرق به وشبهه ، فمتى قامت بينة أنه بقى بيده شيء من الهدية أو جميع ما قبض لأجل نكاحها ، أو أقر أو شهدت العادة أن الذى قبض أكثر مما أنفق ، فلها الرجوع عليه بالباقي .

قال الشيخ : ويؤخذ هذا من مسألة الشغار ، حيث قالوا : ترجع كل واحدة بصداق مثلها ، فلا شك أنهم اعتبروا أن البضع الذى قبضه الولي كان صداقاً لهذه وبالعكس ، فأغرموا القابض كل بضع صداق المثل ، فوازن البضع ما قبض من الهدية ، والله أعلم .

وأما بقاؤه فى يد الأب إذا بقيت تحت الحجر ، فيبقى فى يده أمانة ، انظر تعديده أولاً هل يسقط أمانته آخرًا أم لا ؟! [ لم ]<sup>(٢)</sup> يجب عليه .

قلت : قوله : « والأب مصدق فى مقدار ما أطعم مع يمينه إن اتهم ، إلا أن يكذبه الحس » ، جعل - رحمه الله - ما قبضه لها من ذلك ، كالصداق يقبضه فيدعى أنه جهزها به وأنكرت الابنة ، فإنه يحلف ويبرأ ، قاله فى سماع أصبغ من «العتية» .

أصبغ : وذلك ما لم يكن التناكر مع الدخول مما يتبين فيه كذبه بدخولها بغير شيء .

ابن رشد : إنما كان القول قوله إنه جهز ابنته البكر بما قبضه من صداقها وإن كان مدعيًا ، لأنه على ذلك قبضه ، والعرف يشهد له ، وإنما يحلف لتعلق حق الزوج به ، ويسقط عنه اليمين إحضار البينة وإبراز الجهاز وإرساله وإقامته بمحضر البينة ، وإن

(١) فى ب : الناس .

(٢) سقط من ب .

لم تبلغ البينة [ مع الجهاز ]<sup>(١)</sup> بيت ابته ، قاله ابن حبيب .

المتيطى: عن أحمد بن عبد الملك المعروف بابن المكوى: معنى قول [ ق / ٥٨ ب ] أصبغ : « ما لم يتبين [ كذب الأب ]<sup>(٢)</sup> » ، هو أن يقيم بينة بإيراد الجهاز بيت البناء .  
وقال ابن زرب : معناه أن يقيم بينة على نحو ما ذكر ابن حبيب .

وقوله : « ويؤخذ هذا من مسألة الشغار ، حيث [ قالوا ]<sup>(٣)</sup> : ترجع كل واحدة [ منهما ]<sup>(٤)</sup> بصداق مثلها » ، يعنى مسألة وجه الشغار حيث يكون لكل واحدة منهما الأكثر من التسمية أو صداق المثل ، وهذا الأخير ذكره الشيخ أيضاً فى «التقييد» .

قال [ فيه ]<sup>(٥)</sup> : وما يظهر من الشرمساحى من إجازة ما يأخذه الأب لنفسه عند ذلك مشكل لا يعول عليه ، إلا أن يكون الأب صرف ما أخذه فى مصالح الابنة أو صنع به طعاماً عند البناء بها ، فلا ترجع عليه بشيء [ من ذلك ]<sup>(٦)</sup> ، لأن ذلك من شأنها ومصالحها ، ويجوز أكله .

قلت : قال اللخمي : ينفق على المولى عليه فى ختانه وعرسه ، ولا حرج على من دعى أن يأكل .

وقال ابن كنانة : ينفق فى عرس اليتيم ما يصلحه من صنيع وطيب بقدر حاله وحال من تزوج وقدر ماله ، فإن خشى أن يتهم رفع إلى الإمام .

وقوله : « وأما بقاؤه فى يد الأب . . . إلخ » ، تقدم من كلام ابن عات وابن عبد السلام وابن عبد الرفيح ما يدل على أنه لا يبقى بيده ، بل يوقف بيد ثقة .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ب : كذبه ، أى الأب .

(٣) فى ب : قال .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ب .

(٤٦) [ ٢٦ ] وسئل - رحمه الله - : عن طعام يهدى لليتيمة وهو من صداقها ، لأنه في عقد النكاح ، هل يؤكل منه [ أم لا ]<sup>(١)</sup> ؟

**فقال** : المنصوص أنه حلال أكله ، لأنه إن لم يؤكل كان وصماً بها عند أمثالها .

قيل : هل يجوز بيع ما شرط على الزوج في عقد النكاح وتؤخذ فيه القيمة ؟

قال : لا يجوز ، لأنه بيع الطعام قبل قبضه ، وكذا طعام الخلع والصلح وكل طعام خرج عن عوض ، واعترض بالطعام المفروض للزوجة في نفقتها هل تأخذ فيه العوض ؟

فقال : لم أر فيه نصاً ، وقد [ استسهله ]<sup>(٢)</sup> الناس ، ولا فرق إلا أن تقول : إنه فرض لها قبل وجوبه ، فكأنه أعطاهما ما تشتري به شيئاً يجب عليه في ثانی حال ، وإنما يتخوف من الربا فيما وجب واستقر ، فعلى هذا يجوز فيما يأتي لا فيما استقر ومضى ، فتأمل لم يجزم به وإنما ذكره على وجه المذاكرة .

**قلت** : يدل على حلية أكل طعام عرس اليتيمة قول اللخمي - رحمه الله - : «ينفق على المولى عليه في ختانه وعرسه ، ولا حرج على من دعى أن يأكل» .

وقال ابن كنانة : ينفق في عرسه ما يصلحه من صنيع وطيب بقدر حاله وحال من تزوج وقد ماله ، فإن خشى أن يتهم رفع إلى الإمام .

وقول الشيخ - رحمه الله - : « لم أر نصاً في أخذ العوض على الطعام المفروض في نفقة الزوجة » عجيب [ ق / ٥٩ ب ] ، فإن الخلاف حكاه غير واحد ، وعزى عياض الجواز لمحمد وابن حبيب ، ومن البعيد أن يكون الشيخ [ رحمه الله ]<sup>(٣)</sup> لم يطلع عليه ، فالله أعلم بما لم ير فيه نصاً .

(١) سقط من ب .

(٢) في ب : استهله .

(٣) زيادة من ب .

والخلاف فى ذلك مبنى على الخلاف الذى فى [ منع ]<sup>(١)</sup> بيع الطعام قبل استيفائه ، هل هو شرع غير معلل ، أو علتة العينة ؟! فيمنع على الأول لا على الثانى ، إذ لا عينه هنا .

وجعل ابن حبيب الخيار للحاكم إن شاء أمر الزوج بما فرض أو بشمته .

عياض : والظاهر خلافه ، وأنه إنما يصح بمراضاتهما ، وهو القياس إذ إنما وجب عليه كسوة وطعام لا قيمة ذلك ، وإذا اختلف فى جوازه ابتداءً فكيف تجبر عليه المرأة ؟!

وتردد ابن عبد السلام - رحمه الله تعالى - فى منع تأخير ما أخذ عما وجب من ذلك .

ابن عرفة : وجوازه بعيد لوضوح كونه فسخ دين فى دين ، ويبعد قياسه على الكتابة .

(٤٧) [ ٢٧ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن رجل زوج ابنة عمه يتيمة ، فأخذ ما جرت به العادة من الهدية فصنع به طعاماً فى داره ، وكانت البنت فى دار خالها بعيداً من دار ابن [ عمها ]<sup>(٢)</sup> ، فلم ترض بذلك ، فلما كان بعد ذلك طلبته ، وقالت له : لم تصنع لى عرساً وإنما صنعت طعاماً فى دارك ، وأما أنا فكنت وحدى لم يدخل على أحد ولم يخرج ؟

فقال : يغرم ذلك ، لأنه لم يصنعه على الصفة المطلوبة ، لأن ذلك إنما هو لسرورها ، انظر اللخمي فى هذا المعنى .

قلت : الذى رأيت فى « تبصرة اللخمي » : ولا يدعو اللعابين ، [ وهو ضامن ]<sup>(٣)</sup> لما أنفق فى ذلك وفى غيره من الباطل ، فعلق اللخمي - رحمه الله - الضمان بسبب

(١) سقط من ب .

(٢) فى ب : العم .

(٣) سقط من ب .



إنفاقه مال محجوره فى الباطل ، والولى هنا لم ينفقه فى باطل ، ويظهر لى وجه ضمانه هنا لمخالفته العادة [ فى ذلك ]<sup>(١)</sup> ، لأن ولى اليتيم كالوكيل .

( ٤٨ ) [ ٢٨ ] وسئل - رحمه الله - : عن رجل سافر مع زوجته إلى صهره أيتها، وأتاه بهدية وهى فحل من البقر وكان ملكاً للزوج ، فلما [ رجعا ]<sup>(٢)</sup> من عند الصهر المذكور أعطاهما بقرة عوض الفحل على عادة الثواب فى ذلك ، ثم إنها تناسلت ، [ ثم ]<sup>(٣)</sup> بعد ذلك قال الزوج : هى لى ، [ لأن عوضها لى ]<sup>(٤)</sup> ، وقالت الزوجة: لى أعطاهما أبى ؟

**فقال :** هى للزوجة ، لأن المعنى أنه ملكها الفحل حين سافر به أو ملكها العوض حين قبضته ، وهذا بحكم العادة لأنهم يقولون : سافرت زوجة فلان بكذا وأثابها أبوها بكذا ، ولا يقولون : سافر فلان بكذا [ فآثيب ]<sup>(٥)</sup> ، فهى ونسلها للزوجة .

**قلت :** قال ابن عرفة فى كتاب الشهادات : صح أن أسماء بنت أبى بكر - رضى الله عنهما - جاءت النبى ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ليس لى من شىء إلا ما [ ق / ٦٠ ب ] أدخل على الزبير ، فهل على جناح أن أرضخ مما يدخل على ؟ فقال : «أرضخى ما استطعت»<sup>(٦)</sup> .

المازرى : إن كان مما يعطيها الزبير نفقة لها فبئ جوازه ، وإن كان إنما أرادت مما كان ملكاً له ، فيحمل ذلك على أنه لا يكرهه منها وأنها عادة [ ق / ٢٦ ج ] عودوها أزواجهم .

(١) فى ب : بذلك .

(٢) فى ج : رجع .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى ج : فآثيب .

(٦) أخرجه البخارى (١٣٦٧) ، ومسلم (١٠٢٩) .

(٤٩) [ ٢٩ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن شهود شهدوا فى عقد صداق أن فيه النبالة والعقد والدمليج منقودين ، فمات الزوج وادعت الزوجة أنها لم تقبض ذلك ؟

**فقال** : إن كان العرف عمل عليه والبناء شاهد لو ادعى أنه نقد قبل البناء ، فإن ادعى به بعده لم يصدق ، إلا أن يكون العرف الدخول قبل النقد .

فإن لم يكن عرف أصلاً فاختلف إذا قال : نقدها كذا ، فظاهره القبض .

**قلت** : فى « المدونة » : إن ادعى دفع الصداق فأنكرت الزوجة ، أو مات وادعت أنها لم تقبضه ، أو ماتا وتداعا ورثتهما فى دفعه ، فلا قول للمدخول بها ولا [ لورثتها ]<sup>(١)</sup> ، وإن لم يدخل بها صدقت [ هى ]<sup>(٢)</sup> أو ورثتها .

ابن يونس : إنما ذلك لأن العرف عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق .

**قلت** : هو كقول القاضى إسماعيل إن ذلك إنما هو فى بلد عرفه تعجيل النقد قبل البناء ، وأما فى بلد لا عرف [ فيه ]<sup>(٣)</sup> بذلك فالقول قول الزوجة ، ومقتضى توجيه ابن يونس أن قول إسماعيل هذا وفاق .

وفى « التلقين » : وإن اختلفا فى القبض ، فالقول [ قولها ]<sup>(٤)</sup> قبل الدخول ، فإن دخل رجوع إلى الموضوع الذى هما فيه فعلم على غالب حالهم وعرفهم ، فإن عدم ذلك فالقول قوله ، وإن كان هناك عرف يصدق الزوجة ومعها كتاب ذكر الحق فالقول قولها .

ونقل ابن يونس نحوه عن بعض أصحابه ، قال : لأن العرف إذا كان معها ذكر الحق يأخذه منها بعد قبضه ، وأنها لا تسلمه إلا إذا استوفته .

(١) فى ب : لوارثها .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ب : فيها .

(٤) فى ب : قول الزوجة .

المتيطى : وما قاله القاضى أبو محمد يصح حيث لا يكتب فيه إلا الصداق ،  
وأما حيث يكتب الصداق وأجل الكالى والشروط ، فالعادة والعرف بقاء الكتاب بيد  
الزوجة لأجل الكالى والشروط ، فسواء كان بيدها أم لم يكن .

ابن عبد السلام : وقولا القاضيين إسماعيل وعبد الوهاب ذكرهما ابن الحاجب  
على أنهما [ ميبان ] <sup>(١)</sup> ، وإنما قصدا بهما التقييد .

ابن بشير : لو اختلفا فى القبض ، فإن استقرت عادة صير إليها ، وإلا فالقول  
قول الزوجة قبل الدخول ، وكذا ينبغى بعده ، إلا أنهم قالوا : القول قول الزوج ،  
وهذا [ مبنى ] <sup>(٢)</sup> على [ ق / ٦١ ب ] أن العادة أنها لا تسلم نفسها إلا بعد القبض .

وقول الشيخ - رحمه الله - فى الجواب : « فإن ادعى به بعده لم يصدق » ،  
أى فإن ادعى النقد [ بعد ] <sup>(٣)</sup> البناء لم يصدق ، فهو كقول عياض - رحمه الله -  
وهذا كله فيما ادعى دفعه قبل الدخول من معجل أو مؤجل حال .

وأما ما ادعى دفعه بعد الدخول فلا يصدق فيه إذا صار كسائر الدين .

قال الشيخ فى كتاب كراء الرواحل من « التقييد » : لأنه كذّب شاهده الذى هو  
العرف .

عياض : وما يكون فيه القول قولاً لأحدهما إنما هو مع يمينه ، هذا أصله فى  
[ الكتاب ] <sup>(٤)</sup> فى الباب كله ، [ كذا ] <sup>(٥)</sup> نص عليه فى مسألة الورثة ومسألة التفويض  
وغيرهما .

وعبد الملك لم يجعل [ عليه ] <sup>(٦)</sup> فى دعوى الدفع مع الطول يمينًا ، وإنما جعله

(١) فى ب : ميبان .

(٢) فى ج : منه .

(٣) فى ب : قبل .

(٤) فى ب : الكتب .

(٥) فى ب : كما .

(٦) سقط من ج .

بالقرب وإذا جاءت بلطنخ .

وقوله : « فاختلف إذا قال : نقدها كذا » ، فظاهره القبض .

ابن فتحون : إذا قال : « نقدها » ، فذكر ابن أبي زمنين في « وثائقه » عن سحنون أنه براءة من النقد .

وقال ابن حبيب : لا يبرئه ذلك حتى ينص على الدفع .

( ٥٠ ) [ ٣٠ ] وسئل - رحمه الله تعالى - : عن امرأة تزوجها رجل فتوفى ، ثم تزوجها أخوه فطلقها بعد مشاجرة جرت بينهما ، فمكثت بعد ذلك نحو ثلاثين سنة [حتى] <sup>(١)</sup> مات الثاني وانتقل المال إلى العصبية الأبعد ، فقامت الآن بصداقها على الميت الأول وقالت : إنما سكت هذه المدة لأجل بقاء المال في يد إخوة الميت [وأخوه] <sup>(٢)</sup> زوجي الثاني ، [ كنت ] <sup>(٣)</sup> تركت عندهم بنتاً من الأول ، فهل هذه قرينة تبقى معها على دعواها ، أو طول المدة وكونها تشاجرت مع الثاني قرينة على عدم [صدقتها] <sup>(٤)</sup> وإسقاط حقها مع أن [ عقد ] <sup>(٥)</sup> صداقها ضاع لها ؟

**فأجاب** أعزه الله : بأن الظاهر ألا يسقط حقها وأنها على حقها ، لأن العادة بقاء الصداقات حتى يطلبها الأحفاد ، سيما وقد بقيت عندهم ابنتها [ من الأول ] <sup>(٦)</sup> ، وهذا سكوت لا يقطع [ حكماً ] <sup>(٧)</sup> ثابتاً وهو صداقها ، وكونه ضاع [عقده] <sup>(٨)</sup> وقد علمت الزوجية يقضى بصداق المثل ، والسلام .

**قلت** : انظر إذا لم تكن عادة ببقائه وهو بغير كتاب ، هل يكون كغيره من

(١) في ب : ثم .

(٢) في ب : وأخوهم .

(٣) في ب : كانت .

(٤) في ب : تصديقها .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

(٧) في ب : حقاً .

(٨) سقط من ب .

الديون تكون بغير كتاب ومضى لها من الزمان ما لا تبقى إلى مثله ، فيدخله الخلاف الذى فيها .

وأما إذا كان بكتاب فالذى حكاه ابن حبيب عن مطرف وأصبع فيمن قام بذكر حق بعد عشرين سنة ونحوها ، أنه يقضى له به .

قال الشيخ - رحمه الله - فى كتاب السلم الثانى من « التقييد » : قالوا : إن كتب به - أى بالدين - كتاباً فالقول قوله ، لقوله عليه السلام [ ق / ٦٢ ب ] : « لا يبطل حق امرئ [ مسلم ] <sup>(١)</sup> وإن قدم » <sup>(٢)</sup> .

وحكى فى كتاب الوصايا قولاً بأنه كما إذا كان بغير كتاب .

البرزلى : أفتى شيخنا الغبرنى أن الدين إذا كان بوثيقة بيد الطالب فإنه لا يبطل وإن طال ، سواء كان من مبايعة أو [ من ] <sup>(٣)</sup> سلف أو صداق .

قال علماؤنا : لصاحبها القيام بها والطلب بسببها ، لأن بقاءها بيد ربها دليل على عدم قبضه ، إذ العادة أنه إذا قبض أخذ العقد أو مَزَّقَ ، بخلاف كونه بغير عقد وقول الشيخ [ رحمه الله ] <sup>(٤)</sup> فى الجواب : « وكونه ضاع وقد علمت الزوجية يقضى بصداق المثل » ، ففى « أحكام الشعبى » : أفتى أبو صالح فى امرأة ذهب [ صداقها ] <sup>(٥)</sup> - لا سيما فى أيام الفتن - فتطلب الكالئ ، أو تموت فيطلبه ورثتها ، وقد عُرِفَ أنها زوجته ولا بينة لها ، فيقول الزوج : ما لها عندى شيء .

وقد أفتى مُفتٍ بأن لها صداق المثل ، فقال : إذا كان البلد معروفاً بالكالئ ، فمن ادعى من الزوجين ما هو كالئ مثلها فالقول قوله مع يمينه ، وهو يجرى على

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ب .

(٤) زيادة من ب .

(٥) سقط من ب .

الاختلاف في أثمان السلع ، وصداق المثل في النكاح الفاسد كالبيع الفاسد خاصة .  
وعن [ ابن ] <sup>(١)</sup>لبابة : [ يقال ] <sup>(٢)</sup> للمرأة : أقيمت البينة على أن الزوج أوجب  
على نفسه كالثأ ، فإن لم تقمها فلا شيء لها إلا يمين الزوج إن كان باقياً .  
البرزلى : لعله يريد إذا لم تُقرر العادة بالكالي ، فيكون الزوج مدعى عليه ،  
ولو تقررت عادة به لكان القول قولها فيما يشبه كفوات السلعة .

---

(١) في ب : أبي .

(٢) في ح : يقول .

## مسائل من الرضاع

(٥١) [ ١ ] وسئل - رضى الله عنه - : عن امرأة قامت متتبهة ، فدب [الصبي] <sup>(١)</sup> إلى ثديها فالتقمه ، فلما جعله فى فيه بادرت ، فنزعته من فمه [وشكت] <sup>(٢)</sup> هل وصل إلى حلقه شيء من اللبن أم لا ؟

[ فأجاب ] <sup>(٣)</sup> : [ هذه شكت ] <sup>(٤)</sup> فى سبب الحرمة هل حصل أم لا ، انظر فى كتاب الرضاع إذا دب الصبي فوضع مية هل تقع به الحرمة إذا لم يتحقق أنه رضع أم لا .

قلت : مسألة كتاب الرضاع المشار إليها : إذا دب [ صبي ] <sup>(٥)</sup> فوضعها وهى مية وعلم أن فى ثديها لبنًا ، فالحرمة تقع بذلك ، هكذا فى « التهذيب » .

وعن ابن يونس : وإن دب صبي وهى مية فوضعها وقعت به الحرمة إذا علم أن فى ثديها لبنًا وأنه قد رضعها ، فشرط العلم باللبن وبالرضاع ، ومقتضاه لغو الحرمة فى مسألة السؤال ، إذ لم تحقق المرأة وصول اللبن إلى حلق الصبي المذكور ، والمسألة عندى أشد من مسألة أمة الابن أو الأب يموت وجُهل تلذذه بها هل يحل لأحدهما مسيسها؟! فإن المنصوص لابن حبيب [ق٦٣/ب] أنها لا تحل .

اللخمي : وهذا يحسن فى العلى وإن كانت من الوحش ندب إلى ألا يصيب .

وفى « النوادر » : ومن له شرك فى جارية فكانت تغمز رجل أبيه ويمارحها ، ثم ملك الابن جميعها ، قال مالك : ترك مصابها أحب إليّ .

(١) فى ب : صبي .

(٢) فى ج : وشك .

(٣) فى ب : فقال .

(٤) فى ج : هذا شك .

(٥) سقط من ج .

(٥٢) [٢] وسئل رحمه الله عن امرأة تشاجرت مع زوجها، فأنتى إختونها وحملوها وتركت ولدًا رضيعًا ابن شهرين ونحوهما فبقي عنده أياماً يغذيه بلبن المعزة ثم خاف عليه فأرسله إليها، فامتنعت من أخذه فرده، فبقي أيضاً يغذيه بلبن المعزة نحو عشرة أيام فمات، هل على الزوجة فيه شيء أم لا؟

فقال: هذه المسألة إن كان لا يجد من يرضعه بأجرة أو بغير أجرة ولم يقبل لبن المعزة بحيث ينوب له عن لبن مرضعته وامتنعت أمه من إرضاعه، فقال صاحب «المنهاج»: تتخرج [عندى على] <sup>(١)</sup> مسألة حريم البئر من «المدونة» إذا منع العطاش من الشرب حتى [ق/٢٧ح] هلوكوا فماتوا، قد يتهم على عواقل المانعين.

قالوا: يريد إذا اعتقدوا أن لهم ذلك، وأما لو اعتقدوا أنهم لا يجوز لهم ذلك وأنهم يموتون بالعطش قطعاً، فالقصاص، فتأمله.

فينظر في هذه إن كان لم يجد من يرضعه على الوجه المذكور ولم يقبل لبن المعزة بحيث يغذيه، فتُخرج عليها.

قلت: حكى الشيخ رحمه الله في «التقييد» على مسألة حريم البئر أنهم أقاموا منها هذه المسألة أنها إذا طرحت ولدها ثم مات عطشاً، إن دينه على عاقلتها إذا كان لا يقبل غيرها ولا يوجد من يرضعه، وعليها الأدب.

وأقام منها ابن العربي أن من مات جوعاً وهو بين أظهر قوم يقدرون على مواساته، إن دينه على عواقلهم.

(٥٣) [٣] وسئل رضي الله عنه عن صبي تركته أمه، فاختلفت عليه المراضع حتى مات؟

فقال: لا تطلب الأم به.

قلت: لا إشكال في ذلك إذا كان ينوب له لبن غيرها عن لبن أمه، وإلا ففي ذلك نظر واحتمال.

(١) في ب: عن.



## مسائل من الطلاق والخلع والعدة والحضانة والنفقة

(٥٤) [١] وسئل رحمه الله: عمن قال لزوجته: إن فعلت كذا فأنت خارجة من هذا البيت، ولا نية له؟

فقال: يلزمه الثلاث كما نص عليه أصبغ.

قيل له: وقعت قبل هذا فأفتيتم أنتم بمثل هذا، وأفتى بعض الفقهاء بواحدة؟

فقال: أنا لا أفتى إلا بالثلاث في هذه.

**قلت:** في كتاب «التخيير والتتمليك»: إن قال: «أخرجي» أو «تقنعي» أو «أخزأك الله» أو «كلي» أو «اشربي» أو كلاماً ليس من ألفاظ الطلاق، فلا شيء عليه إلا أن يريد بذلك الطلاق فيلزمه ما نوى من واحدة فأكثر.

اللخمي عن أصبغ: إن لم ينو عدداً من الطلاق فذلك ثلاث حتى يريد واحدة، فقول أصبغ هذا [ق/٦٤ب] هو الذي أشار إليه الشيخ، وأفتى به ابن عرفة، في قبول اللخمي قول أصبغ نظر، لأنه إن دل على الثلاث بذاته لم يفترق لنية الطلاق، وإن لم يدل عليها إلا بنية الطلاق فالنية كاللفظ، ولفظ الطلاق لا يوجب بنفسه عدداً، فإنه واحدة حتى ينوى أكثر.

البرزلي: وبه كان يفتى رحمه الله إلى أن توفي أ.هـ.

**قلت:** وقد سئل رحمه الله عن نازلة السؤال، وهي: «من قال لزوجته: إن فعلت كذا كان خروجك»، ما يلزمه في ذلك؟

**فأجاب:** إن أراد به الطلاق فهو ما أراد من مطلقه ومقيده، وإن لم يرده ولا تقدم ما يقتضيه فلا شيء عليه.

وقد أفتى الرماح رحمه الله بنحو ما حكاه البرزلي عن ابن عرفة في امرأة قالت

لزوجها بعد [المشاركة] <sup>(١)</sup>: تخرج، وأرادت بذلك تطليقه إياها، فقال لها الزوج: اخرجي.

فقال: هو طلاق لا يصدق في عدمه، لأنه جواب لكلامها.

وإن لم ترد به طلاقها وإنما أراد الخروج لكسر الشر، فقوله مقبول إذا قال: لم أرد به طلاقاً وإن لم تكن له نية في عدده [فهو] <sup>(٢)</sup> واحدة انتهى.

وفي «نوازل ابن الحاج» لبعض الفقهاء: إذا قال لها: والله إن أعطيت حاجة من داري أو خرجت إلا كان خروجك، ففعلت حنث فيها بطلقة واحدة، وهى التى تخرج بها من عصمته.

وأفتى القاضى أبو عبد الله محمد بن حمدىن بأنه طلاق ثلاث، وفرق بين الرجل وامراته بالثلاث.

فعلى فتيا ابن حمدىن هذه جاءت فتيا الشيخ، وفتيا بعض معاصرى الشيخ جاءت على فتيا بعض الفقهاء.

وفي «نوازل ابن الحاج» والرماح وابن عرفة وابن حمدىن وبعض الفقهاء: لم يراع عقد يمين الحالف بل رأياه تأكيداً للتعليق، وإلا لم يلزمه إلا كفارة اليمين بالله عز وجل، وبه أفتى غير ابن حمدىن فى نازلته، وهو أصل مختلف فيه، والأكثر على مراعاة عقد اليمين، فيخير الحالف إن وقع المعلق عليه بين حنث اليمين وحنث التعليق، وقد أشار ابن رشد رحمه الله فى أواخر كتاب طلاق السنة من «البيان» إلى هذا الخلاف فى كلامه على [مسألة] <sup>(٣)</sup> من دعى امرأته إلى ما يدعو إليه الرجال نساءهم فلم تجبه، فقال: إن قمتن ولم تفعلنى ما دعوتك إليه فما أنت لى بامرأة - يريد به الطلاق - فتقر رجل الباب فقامت، ولم ينو طلقتين ولا ثلاثاً؟

(١) فى ب: المشاركة.

(٢) فى ب: فهى.

(٣) سقط من: ج.

فقال: هي عندي [ثلاث]<sup>(١)</sup> تقييداً لمسألة ابن رشد.

وقد كان بعض الشيوخ يفتى في هذه المسألة في نازلة تنزل عندنا كثيراً فيقول: «بالله والطلاق عليّ ثلاثاً»، أو «الأيمان اللازمة»، أو «على المشى إلى مكة إن فعلت كذا إن كنت [ق/٦٥ب] لى بامرأة»، أن الطلاق يلزمه بقوله: «إن كنت لى بامرأة»، ولا يراعى عقد يمينه بالله.

ويقول أيضاً: معنى ذلك أنه حلف أنه طلقها، وذلك لا يصح لأنها يمين منعقدة يصح فيها البر والحنث، والمعنى فيها: والله، أو «الطلاق عليّ ثلاثاً إن فعلت كذا لأطلقنك طلاقاً لا تكونى لى فيه امرأة»، فيبر فى يمينه بأن يباينها بطلقة واحدة تملك بها أمر نفسها حتى لا تكون له بامرأة.

وسئل ابن عرفة أيضاً عن حلف لزوجته: إن فعلت كذا ما تخرج إلا [منك]<sup>(٢)</sup>، فحنت؟

**فأجاب:** لا أعرف فيها نصاً، والأشبه بها مسألة الفراق، و«خليت سبيلك»، والمنصوص فيها الثلاث إلا [أن]<sup>(٣)</sup> ينوى أقل.

(٥٥) [٢] وسئل رضي الله عنه: عن رجل قالت له زوجته: أعطني صدقي، فقال لها: لا شيء عندي، فقالت: بع ثورك وأعطني ثمنه، فقال لها: إن خرج هذا الثور من هذه الدار فهو خروجك منها، فلم تزل به حتى باعه وأعطاه ثمنه، وكانت تقدمت له فيها طلقة، وذكر أنه لم تكن له نية في عدد من الطلاق، فأراد ارتجاعها؟

**فأجاب:** أكرمكم الله، الخروج من البيت فى لسان الناس اليوم هو الخروج من العصمة، ولا تخرج من العصمة إلا بخلع أو بتات، ولا خلع فتعين البتات سيما وقد أراد الطلاق، فلا تحل له على هذا حتى تنكح زوجاً غيره.

(٥٦) [٣] وسئل أيضاً رحمه الله عن هذا المعنى في رجل جرى بينه وبين زوجته كلام بسبب ولدها، فقال لها: والله ما يدخل لى بيتاً، فقالت له: لا بد منه، فقال لها:

(١) سقط من ب.

(٢) في ج: عنك.

(٣) سقط من ج.

دخوله هو خروجك أنت، اختاريني أنا أو ولدك، ثم أخذت ولدها فخرجت به، فبقيت به أياماً ثم رضيت بترك ولدها وترجع وحدها، فهل ترجع أم لا؟

**فأصاب:** إذا صح ما ذكرتم أن الرجل قال لها: اختاريني أو اختارى ولدك بعد أن تقدم في المحاوراة بينهما قوله: «إن دخل البيت فهو خروجك منه»، فاختارت ولدها فهو الثلاث، لأن الخروج من البيت لا يراد به في لسان الناس اليوم إلا العصمة، والعصمة لا تزول بعد البناء إلا بالخلع أو الثلاث، ولا خلع فهو الثلاث وإن لم يدخل الولد البيت، لكن يكون ذلك القول قرينة [ق/٦٦ب] تدل على أنه أراد بقوله «اختاريني أو اختارى ولدك الطلاق، فإذا اختارت ولدها صار طلاقاً ثلاثاً، ولا ينوى في هذه المسألة بخلاف مسألة كتاب التخيير والتملك من «المدونة» في قوله لزوجه: «اختاريني أو اختارى أبك»، أنه ينوى إذا لم يتقدم من سياق كلامه ما يمنع تدينه، بخلاف هذه المسألة، لاحتمال أن يريد [في] (١) مسألة التخيير والتملك: «اختارى رضائي أو اختارى سخطي»، وهذه المسألة تقدمت فيها قرينة تدل على الطلاق، وبالله التوفيق.

**قلت:** أجوبة الشيخ رحمه الله متفقة على أن لفظ الخروج مقتضى للثلاث مع عدم نية أقل منها، وما أشار إليه من اعتبار القرائن في التخيير على هذا المعنى هو مقتضى «المدونة»، ففيها: «وإن قال لها: اختاريني أو اختارى نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فقال الزوج: لم أرد الطلاق وإنما أردت أن تختارى ثوب [اشتريته] (٢) لك»، فإن تقدم كلام يدل على ذلك، فذلك له ويدين، وإلا فهو البتات.

الشيخ: قدم هنا البساط على النية.

قال: والنية إنما تقدم على البساط في الفتيا، وأما في القضاء فلا ينوى مثل ما هنا.

وقال ابن رشد: لا خلاف أن للحالف النية التي أرادها وعقد عليها يمينه وإن كانت مخالفة لظاهر لفظه، إنما ذلك في الفتيا، وأما في القضاء فالبساط مقدم ولا

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: اشتريه.

يصدق في دعوى النية إلا أن يكون هناك ما [ق/٢٨ج] يدل على تصديقه مثل ما يأتي في قوله: «أنت طالق»، وقال: أردت من وثاق، وقوله: «اعتدي» إذا كان لجواب قبله كدراهم بعدها، [انظره في «المدونة» أيضاً].

عند<sup>(١)</sup> ابن يونس وإن قال: «اختارى أباك أو أمك»، فإن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق، وإن لم يرد به الطلاق فلا شيء عليه.

وقد سئل مالك عمن له زوجة تكثر التردد إلى [الحمام أو إلى]<sup>(٢)</sup> غرفة في دار جيرانها فتغزل فيها، فقال [لها]<sup>(٣)</sup>: اختاريني أو اختارى الحمام أو الغرفة، فقال: إن لم يرد [به]<sup>(٤)</sup> طلاقاً فلا شيء عليه.

قال في كتاب ابن المواز: ويحلف على ذلك.

قال مالك في «المدونة»: وإن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق.

ابن القاسم: [ق/٦٧ب] ومعنى قوله: «إن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق»، إنما ذلك إذا اختارت الشيء الذى خيرها فيه، وإن لم تختَر ذلك فلا شيء.

ابن المواز عن ابن القاسم: وإذا أراد الطلاق فهو البتات، لأنه قياس.

الشيخ: لولا تفسير ابن القاسم لقول مالك لتوهم أن يكون نفس الخيار طلاقاً.

قال ابن بشير: أصل هذا الباب أن اللفظ الواقع من الزوج إما أن يكون نصاً في الطلاق وعدده، أو الوقت الذى يوقعه فيه، أو يكون محتملاً فى الجميع أو فى البعض، وفى جواب الزوجة أيضاً كذلك.

فإن كان النص منه أو منها قضى بما نص أو نصت عليه إذا وافقها الزوج، وإن وقع الاحتمال رُجع إلى ما قال المحتمل، فإن فسره بما هو الأظهر رُجع إلى قوله، وإن فسره بما يحتمله اللفظ ويحتمل غيره رجع إلى تفسيره [واستظهر]<sup>(٥)</sup>. عليه باليمين،

(١) في ب: وانظره، وفي «المدونة»: عن.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: بذلك.

(٥) في ب: ويستظهر.

إلا أن يكون ما فسره به بعيداً جداً فيقبل قوله إن لم تحضره بيعة، ولا يقبل إن حضرته، ومن تحقق هذا الأصل أجرى عليه مسائل سائر [الباب] (١).

(٥٧) [٤] وسئل رضي الله عنه: عن رجل طلب من [رجل] (٢) آخر حاجة، فقال له: اصبر إلى غد فإنني مشغول الآن، فألح عليه فامتنع، فقال له: ما منعك الآن من الذهاب معي إلى دارك لتعطيني حاجتي إلا خوفاً على طعامك، ثم قال بلسانهم البربري: حرام كزاليغ - يعني كل ما لي - لا دخلت لك داراً إلى سنة، ثم بعد مدة جاء الحالف إلى قرب الدار المحلوف عليها فدعا رب الدار أضيافاً وقال للحالف ادخل معهم، فقال له: قد كنت حلقت لا أدخل دارك سنة، فقال له: ادخل في بيت منها قد بعته لزوجتي في حق كان لها عليّ، فلم يزل به من حضر حتى دخل، ولم يثبت تصيير البيت للزوجة إلا [بإقرار] (٣) الزوجين خاصة، وحين يمينه لانية له في إدخال الزوجة ولا في إخراجها؟

**فأصاب:** قول الرجل [بلسان العجم] (٤): «حرام كزاليغ»، كقول الرجل [بلسان العرب] (٥): «جميع ما أملك حرام»، فإن نوى إدخال الزوجة في ذلك أو كان الحالفون يدخلون الزوجة في ذلك، أو كانوا لا يريدون به إلا الزوجة حرمت عليه زوجته، وإن لم تكن له نية ولم يكن عرف الحالفين عندهم إدخال الزوجة ولا أنهم يعنون بذلك اللفظ إلا هي، فلا تحرم لأن [ق/٦٨ب] الزوجة لا تملك، إنما تملك الأموال، وبهذا أفتى الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن إذ كتب بها، أعنى بمسألة «جميع ما أملك من أشيلية إلى القيروان».

**قلت:** ووافقه عليه الشيخ أبو عمران أيضاً، ومقتضى ما لابن العربي في «أحكام القرآن» في سورة التحريم، تحريم الزوجة بقوله: «ما أملكه حرام عليّ»، وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من أنه إذا جرى عرف الحالفين بإدخال الزوجة في ذلك هو

(١) في ب: الكتاب.

(٢) سقط من جـ.

(٣) في ب: بتقارر.

(٤) في ب: باللسان العجمي.

(٥) في ب: باللسان العربي.

كقول أبي عمران في مسألة من قال: «ما أعيش فيه حرام» إذ قيل له: إن الناس يقصدون به تحريم الزوجة، فقال: إذا صار ذلك عادة لزم به الطلاق.

والمقصود لابن المواز: إذا لم تكن له نية، أنه لا شيء عليه، وقيل: إنها تحرم.

ابن بشير: وسبب الخلاف هل [يُطلق] (١) عليها لفظ «ما أعيش» فتكون من جملة المعيشة، أو إنما [ينطلق] (٢) ذلك على المأكل والمشروب؟!

ابن يونس: عن أبي عمران: وإذا قال لها: «يا حرام»، فقال محمد بن عبد الحكم: «لا شيء عليه»، ولا نص [فيها] (٣) لغيره، وذلك إذا كان في بلد لا يريدون به الطلاق، وهو كقوله: «إنك سحنت وحرام».

الليخمي: من قال: «أنت عليّ حرام»، أو «أنت حرام» ولم يقل عليّ، أو «الحلال عليّ حرام»، فهو ثلاث.

ولو قال: «عليّ حرام» ولم يقل «أنت»، أو قال: «الحلال حرام»، فلا شيء عليه، ونحو هذا لابن العربي في «الأحكام».

قال: لأنه لفظ مطلق لا ذكر للزوجة فيه.

وفي «المدونة»: إن قال لها: «أنت عليّ حرام»، ثم قال: لم أرد بذلك الطلاق وإنما أردت الكذب، فالتحريم يلزمه ولا ينوي.

ابن القاسم: وقد سئل مالك عما يشبه هذا، فلم يجعل له نية.

وأخبرني من أثق به أنه سئل عما يشبه هذا فأخذت بفرجه على وجه التلذذ فنهاها، فقال [لها] (٤): «هو عليك حرام»، وقال: أردت أن أحرم عليها أن تمسه ولم أرد بذلك تحريمها، فوقف فيها مالك وتخوف أن يكون قد حثت فيها، ورأى غيره من أهل المدينة أن التحريم يلزمه، وهذا أخف عندي ممن نوى الكذب في التحريم، ولم أقل لك: إن التحريم يلزم صاحب الفرج.

(١) في ب: ينطلق.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ح: فيه.

(٤) سقط من ج.

عياض: ووقف مالك وابن السقاسم فيها، وإلزام بعض أهل المدينة فيها [التحريم]<sup>(١)</sup> هو على القول باللفظ دون النية.

الشيخ: سبب توقف مالك وابن السقاسم هو أن قوله: «هو عليك [ق/٦٩ ب] حرام» لفظ مستقبل في اللمس لا غيره، وقطع النظر عن الالتذاذ، ولا يوجب تحريمًا. (٥٨) [٥] وسئل رحمه الله: عن رجل هربت منه امرأته إلى دار رجل آخر فاتبعها فوصلها في الدار المذكورة، وحلف [لها]<sup>(٢)</sup> بتحريم تازلا تنسى، يمين البربر «ما تبيت هنا» فحلف، له صاحب الدار المذكورة: ما تمشي من هنا، فباتت عنده وحنث، وصاحب الدار له قهر لا يقدر عليه زوج المرأة فأحنته كرهاً، هل تلزمه هذه اليمين أم لا؟

وإن لزمته فعلى ماذا يحمل هل على الثلاث أم على الواحدة؟ وعلى أي لفظ من ألفاظ الطلاق تحمل هذه اليمين، لأن أيمان البربر لا يعرف لها مقصد، والسلام؟

**فأجاب:** أكرمكم الله، «تازلا» لفظ يراد به فسى اللسان البربرى الآن الخدمة [والكسب]<sup>(٣)</sup>، فكأنه قال: خدمتي، أو ما أخدم، أو كسبي، أو ما أكسب حرام، فذلك راجع إلى المال، وتحريم المال لا يحرمه على ما لا يخفى، فإن لم تكن للمحالين بهذه اليمين عادة في إرادة الزوجة بهذه اللفظة أو ما يدخل الزوجة فيه، فلا شيء عليه في الزوجة، لأن مدلول اللفظ إنما هو المال حسبما تقدم، وأصل لفظ «تازلا» قبل هذا الاستعمال إنما هو الجري.

وإن كانت عادة أهل البلد أنهم يريدون بهذا الإطلاق الزوجة أو ما تدخل [الزوجة]<sup>(٤)</sup> فيه فيتزول منزلة من قال لزوجته: «أنت عليّ حرام»، والمشهور أنها ثلاث غير أن الذى عرفت من لسان البربر ما قدمته، ولا أعرف لهم عادة إرادة الزوجة، ولا يبعد أن تكون لبعض أهل [البلد]<sup>(٥)</sup> هذه العادة فليبحث عنها، وإلا فمدلول اللفظ [ما

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) في ب: البلاد.



تقدم<sup>(١)</sup>، وهذا كله ما لم يرد به تحريم الزوجة، فإنه إذا حرّمها بغير لفظ التحريم تحرم على مذهب ابن القاسم رحمه الله، ثم لا ينفعه إكراه، لأنه حالف على فعل [الغير]<sup>(٢)</sup> والإكراه فيه لا يرفع حكم اليمين، وكتب فلان، والسلام.

قلت: لابن العربي رحمه الله في «أحكام القرآن»: يلزم فيما انقلب إليه حرام ما يلزم في قوله: «الحلال عليّ حرام»، فتدخل الزوجة إلا أن يحاشيها، ولا يلزمه شيء في غيرها من [المحللات]<sup>(٣)</sup>.

ابن بشير: ولا يصدق إن ذكر الأهل أنه حاشى زوجته.

(٥٩) [٦] وسئل رضي الله عنه: عمن قال [لامرأته]<sup>(٤)</sup>: أنت للمسجد إن

خرجت فخرجت، هل يلزمه شيء أم لا؟

فقال: لا نص عندى [فيها]<sup>(٥)</sup>، ولكنها تشبه الموهوبة، من وهب [ق/٧٠ ب] زوجته أو باعها أو من جعلها سائبة، وفيها خلاف هل التحريم، وإذا لزمه التحريم ففيها الثلاث ولكن حتى ينظر ويؤدب، لأنه لبس على نفسه وعلى الحكام.

قلت: في «المدونة»: وإن قال: «وهبتك» أو «رددتك» إلى أهلك، قال عبد العزيز: [ق/٢٩ ج] أو «إلى أبيك»، فذلك في المدخول بها ثلاثا ولا ينوي في دونها، قبل الموهوبة أهلها أو ردوها، [وله نيته في ذلك كله إن لم يدخل بها وينوي واحدة فأكثر]<sup>(٦)</sup> فإن لم تكن له نية فثلاث.

الباجي: إن قال: «أنت رد [على]<sup>(٧)</sup> أهلك»، أو «وهبتك لأهلك أو لأبيك»، ففي «المدونة» من رواية عبد الرحمن بن دينار عن محمد بن يحيى عن مالك أنها

(١) في ب: فقد تقدم.

(٢) في ب: غيره.

(٣) في ب: المحلات.

(٤) في ب: لزوجته.

(٥) سقط من ج.

(٦) في ب: وينوي في واحدة فأكثر إن لم يدخل بها.

(٧) في ب: إلى.

ثلاث فى المدخول بها وواحدة بائنة فى [غير المدخول]<sup>(١)</sup> بها.

وفى رسم «باع غلاماً» من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك: من قال لأهل امرأته: «شأنكم بها»، قال: إن لم يدخل بها فواحدة [وإلا]<sup>(٢)</sup> فقد بانت منه، كقوله: «وهبتك» أو «رددتك».

[ابن رشد: قوله فى «شأنكم بها» و «وهبتك ورددتك»<sup>(٣)</sup> لأهلك» أنها فى غير المدخول بها واحدة وفى المدخول بها ثلاث، ولا ينوى.

[ابن رشد: ]<sup>(٤)</sup> خلاف «المدونة»، وما فى سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق: والمشهور أنها فى غير المدخول بها ثلاث إلا أن ينوى واحدة، وفى المدخول بها ثلاث ولا ينوى، وقيل: إنها فى غير المدخول بها واحدة وفى المدخول بها ثلاث [ولا ينوى]<sup>(٥)</sup> إلا أن ينوى واحدة.

وظاهر قول غير ابن القاسم فى العتق من «المدونة»: أن الموهوبة ثلاث قبل الدخول وبعده، ولا ينوى فى ذلك، لأنه قال: إذا وهبها فقد وهب ما كان يملك منها، وقد كان يملك منها جميع الطلاق.

قلت: فتحصل فى الموهوبة أربعة أقوال.

ابن رشد: وقد قيل فى «شأنكم بها» إنها واحدة قبل الدخول وبعده، وهو قول [قاسم]<sup>(٦)</sup> بن محمد فى «الموطأ»، فرأى الناس ذلك تطليقة.

ابن يونس: عن ابن المواز: قال ابن القاسم: [إن قال: ]<sup>(٧)</sup> «وهبت لك طلاقك»، [فهو البتات]<sup>(٨)</sup> ولا ينفعه إن قال: نويت واحدة، وكذا «وهبت لك نفسك أو فراقك»

(١) فى ب: التى لم يدخل.

(٢) فى ب: وإن دخل بها.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ج.

(٥) سقط من ج.

(٦) فى ب: ابن القاسم.

(٧) سقط من ج.

(٨) فى ب: فهل البتة.

ولا ينظر إلى قبولها إلا عند خلع فيقبل منه .

و[كذا] (١) في «العتبية» قال: إن قال: «إن أعطيتني كذا وهبت لك طلاقك أو فراقك»، فلا شيء عليه حتى تقبل هي، وتنفعه النية أنه أراد واحدة وإلا لزمه الثلاث .

ابن كوثر: من قال لولي زوجته: «وهي عليك صدقة»، حرمت عليه بثلاث، وقد نزلت عندي فحكمت فيها [بالثلاث] (٢). [ق/٧١ب]

وفي أول سماع ابن القاسم من كتاب التخيير: من قال لأبي زوجته وقد بنى [بها] (٣): اقبل [مني] (٤) ابتك، على وجه الغضب، فقال: قبلتها منك، ثم قال: على أن تردوا علي ما لي، قال: لا أرده عليك، فقد بانت منه بطلقة واحدة ولا شيء له من المال إذا لم يكن ذلك نسقاً، وذلك إذا أراد المباراة .

ابن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصل ابن القاسم، وروايته عن مالك: إن المباراة طلقة بائنة وإن لم يأخذ شيئاً، ورأى اتفاهه مع أبي امرأته على قبوله إياها هو وجه المباراة . اهـ .

وقال محمد بن عبد الحكم في بكر زوجها أبوها بصداق ثم قال الزوج للأب: أقلني في النكاح فأقاله، وذلك قبل البناء، [فهي] (٥) تطليقة ولا شيء لها من الصداق على الزوج إن لم يكن دفعه، وإن دفعه للأب لزمه رده عليه .

ابن الحاج: فإن كان بعد الدخول فهي إقالة في العصمة، وتكون ثلاثاً .

ونقل ابن [عات] (٦) المسألة في «طرره»، ونقل فيها خلاف هذا عن أبان بن عيسى وابن مزين وأصبخ .

(١) سقط من ب .

(٢) في حـ: بثلاث .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) في ب: فذلك .

(٦) في حـ: عتاب .

ابن خليل: ومسألة بيع الزوجة تكررت في «العنبيه» في سماع زونان من كتاب التخيير، وفي سماع يحيى من كتاب العتق، وفي سماع عيسى من كتاب الحدود، وتكلم [فيها]<sup>(١)</sup> اللخمي وابن رشد بما هو معلوم.

ومسألة تزويجه إياها وقعت في سماع ابن القاسم من كتاب التخيير.

اللخمي: ولا خلاف فيمن مكن [من]<sup>(٢)</sup> زوجته من غير بيع أنه ليس بطلاق.

[الشيخ: ونزلت مسألة، وهي أن رجلاً عقد نكاح امرأة ثم خطبها رجل آخر، والآخر حاضر صامت، فبعد انعقاد النكاح للثاني قام الأول؟

فكان الجواب: إن ذلك ليس بطلاق]<sup>(٣)</sup>، وأنه أحق بزوجه.

**قلت:** وينحوه أفتى ابن عرفة رحمه الله فيمن أوقف [امراته]<sup>(٤)</sup> مكان امرأة

تزوجت رجلاً واستحيت للشهادة عليها، فقامت مقامها في الإشهاد عليها.

قال: لأنه لم يبحها بهذا القدر، ولا يتخرج فيها [ما]<sup>(٥)</sup> فيمن زوج [امراته]<sup>(٦)</sup>.

قال: والنكاح يلزم المتزوجة، لأنها راضية باستنابة هذه [في الرضا عنها]<sup>(٧)</sup>.

(٦٠) [٧] وسئل رضي الله عنه: عن رجل مرض بالحمى الحادة فتحارج مع

زوجته، فقال لها: أنت طالق، ثم سكت ساعة فقال لها: «حتى لا تحلمي لي أبداً، ولا نية

له، [ماذا]<sup>(٨)</sup> يلزمه؟

فقال: إنما ذكر في السؤال مرض الحمى لعله يعذر بأنه ليس بعقله أو بالحرج،

فأما الحرج فلا يعذر به، وأما الخروج عن عقله فإن كان ليس في عقله فلا شيء

عليه، وإن كان في عقله لزمه ما التزم.

(١) في ب: عليها.

(٢) سقط من جـ.

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: زوجته.

(٥) سقط من ب.

(٦) في ب: زوجته.

(٧) في ب: تقديم وتأخير.

(٨) في ب: ما الذي.

وضابطه: [ق/٧٢ب] إما أن يفهم من حضر أنه في عقله أو خارج عنه، أو يكون هو بعد ذلك يحقق كل ما صدر منه في تلك الحالة.

فإذا قلنا يلزمه، أما واحدة فلا إشكال.

وقوله: «لا تحلى لى أبداً» لو انفرد، [أو لو قال]<sup>(١)</sup>: «أنت طالق أبداً»، لكان الثلاث، وهو الآن إما مردقاً فيلزمه الإرداف لأنها ليست بائنة بالطلاق الذى أوقع أولاً، إذ ليست خلعية ولا مملكة، وإذا ارتدف لزمه الثلاث.

وأما ما ليس مردقاً فهو مفسر لذلك الطلاق، فكأنه فسره بالثلاث كما لو قال: «أنت طالق» ثم سكت ساعة وقال «وذلك الطلاق الذى أوقعت هو ثلاث»، فعلى كل وجه يلزمه الثلاث، والله أعلم.

قلت: فى رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان [بالطلاق]<sup>(٢)</sup> فى مريض طلق ثم أفاق فزعم أنه لم يعقل ما صنع ولا يعلمه، قال: يحلف ما كان يعقل وخلقى مع أهله.

ابن رشد: إنما [هذا]<sup>(٣)</sup> إذا شهد العدول أنه كان يهذى ويتخيل عقله، وأما إن [شهدوا]<sup>(٤)</sup> أنه لم يستنكر منه شيء فى صحة عقله، لم يقبل قبوله ومضى عليه الطلاق، قاله ابن القاسم فى العشرة.

يحيى: وكذا حكم السكران، رواه زياد عن مالك.

وجعل الشيخ رحمه الله قوله: «حتى لا تحلى لى أبداً»، كقوله: «أنت طالق أبداً»، لأنه فى سياق المبالغة [بالغاية]<sup>(٥)</sup>.

وقال ابن الحاج فى «نوازل» فىمن قال لشريك له: «إن حرثت معك أبداً لا تحل لى امرأتى»، ولم ينو بذلك طلاقاً ولا غيره: إنه يحلف وتسقط عنه اليمين إن جرت

(١) فى ب: فقال.

(٢) سقط من جـ.

(٣) فى جـ: هو.

(٤) فى ب: شهد.

(٥) سقط من ب.

**قلت** : فى كتاب التخيير والتملك قال ربيعة : وإن قال لها : « لا سبيل لى إليك » دين وكذلك إن قال [لها] <sup>(١)</sup> : « لا تحلى لى » دين أيضاً ، لأنه إن شاء قال : أردت الظهار أو اليمين .

ابن يونس : قال ابن المواز : ويحلف .

واختلف فى معنى قوله : « أو اليمين » فقال بعضهم : اليمين بالله .

وقال المومنانى : أراد « الحلال على حرام » لأنها يمين عنده ، وتفسير قوله بقوله أولى .

وقيل : معناه « لا تحلى لى إن دخلت الدار » ، فسكت عن ذلك ، انظر « التقييد » .

ابن يونس عن « الواضحة » : لطرف وابن الماجشون وابن القاسم : إن قال : « اجمعى عليك ثيابك » ، أو « لا حاجة لى بك » ، أو « لا نكاح بينى وبينك » ، أو « لا سبيل لى إليك » ، أو « اذهبى لأهلك » ، أو « لا تحلين » ، أو « اختارى نفسك » ، أو « أنت سائبة » أو « منى عتيقة » ، أو « ليس بينى وبينك حلال ولا حرام » ، أو « يا مطلقة » ، أو « اعتزلى » ، أو « تأخرى عنى » ، أو « انتقلى عنى » ، فذلك كله سواء بنى أو لم بين [ق/٧٣ب] لا شيء عليه إلا أن ينوى طلاقاً فيكون ما نوى ، وعزاه ابن بشير رحمه الله لأهل المذهب .

وإن قوله ذلك سواء قاله فى غضب أو غيره ، وزاد فيها « ولست منى بسبيل » ، أو « لا تكونى لى بامرأة حتى تكون أمه امرأته » .

قال : [فأروا] <sup>(٢)</sup> أن هذا ليس بصريح فى الطلاق ما لم يقصده ، وإنما هو كذب أو لفظ لا يقتضى الطلاق .

قال : ورأى اللخمي أن بعض هذه الألفاظ أشد من بعض .

[قال] <sup>(٣)</sup> وهذا ينبغى أن يرجع فيه إلى العرف ، فإن قصد به الناس الطلاق حمل على مقاصدهم .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : فروى .

(٣) سقط من ب .

**قلت:** وهذا كله من الكنایات المحتملة، وبعض هذه الألفاظ فى «المدونة»، ففیها: وإن قال: «لا نکاح بینى وبینک»، و«لا ملک لى عليك»، أو «لا سبیل لى عليك»، فلا شیء علیه إذا كان الكلام عتابًا، إلا أن ینوى بقوله هذا الطلاق.

ابن یونس: قال أبو محمد: ظاهر كلامه يدل أنه لو لم تكن له نية ولم يكن الكلام عتابًا، فإنه يلزمه الطلاق.

وقوله: «إلا أن ینوى به الطلاق»، يريد: وإن كان عتابًا ونوى بهذه الألفاظ الطلاق فإنه يلزمه. انتهى.

ووقعت مسألة قائل «یا مطلقة» أيضًا فى سماع أصبغ من كتاب الأیمان بالطلاق، قال: سمعت ابن القاسم فیمن قال لها: «یا مطلقة»، قال: إن لم یرد [طلاقًا]<sup>(١)</sup> وإنما قال ذلك [عتابًا]<sup>(٢)</sup>، أى أنت [ق/ ٣٠ج] فى كثرة الكلام بالمطلقة، أو «ما كلامك إلا كلام مطلقة»، فلا شیء علیه إن لم یرد الطلاق، وإن أراد شيئًا فهو ما أراد، وقاله أصبغ، أو یقوله على وجه المكسرة لها، وإن لم يكن لها وجه إذا لم یعین به طلاقًا، أو على أنها قد طلقت مرة ولو كان فىك خیر ما طلقت، ونحو ذلك.

ابن رشد: إذا أراد [بذلك]<sup>(٣)</sup> ذمها لأنها عن طلق وأن حالها كحال المطلقة فى كثرة الكلام وقلة الانصیاع وشبه ذلك، فلا شیء علیه.

ولو قال لها ذلك ابتداءً على غیر سبب ولا نية [له]<sup>(٤)</sup>، ففى لفظه فى هذا الوجه احتمال العتاب، والأظهر منه أن الطلاق له لازم، ولو قال: أردت الكذب لا الطلاق لصدّق ولم يلزمه طلاق وإن كانت علیه بینة.

وفى سماع أصبغ أيضًا: [لو]<sup>(٥)</sup> قال لها: «قد تركتك وطلاقك»، لم يكن علیه شیء كما لو قال لها: «قد تركتك» لم يكن بشيء، كان له بساط أو لم يكن، ما لم

(١) فى ب: الطلاق.

(٢) فى ب: لها.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ج.

(٥) فى ب: إن.

يرد به طلاقاً يضمه فهو طلاق.

ابن رشد: في المسألة الأولى. يريد: وإن قال [لها] <sup>(١)</sup> ذلك ابتداءً من غير جواب وهو بين، لأنه يدل أنه أراد ترك طلاقها.

وقوله في المسألة [ق/٧٤ب] الثانية فيه نظر، لأن «تركتك» و«ودعتك» من ألفاظ الطلاق، فالقياس إذا قال ذلك ابتداءً ولا نية له أن يلزمه به الطلاق، ولا يُصدق أنه لم يرده بذلك إذا حضرته البيعة، ودل عليه ما مالك في رسم «الطلاق» من سماع أشهب من كتاب التخيير والتمليك، ولا فرق في المعنى بين «تركتك» و«خليتك». ا. هـ . بمعناه.

وفي رسم «حلف» من سماع ابن القاسم من كتاب العدة: من أراد سفرًا فقال لاهل امرأته: أدخلوها عليّ الليلة، فأبوا وتشاجروا، فقال لهم: اتركوني ليس لي فيها حاجة ودعوني، فانصرف.

فقال مالك: أردت بذلك طلاقاً؟

قال: لا.

قال: ليس عليك شيء، قد يقول الرجل لامرأته: ليس لي بك حاجة، وإن كان [لها] <sup>(٢)</sup> من يحلفه حلف بالله ما أراد بذلك طلاقاً.

قال ابن رشد: وهو بين، لأن هذا ليس من ألفاظ الطلاق، فلا يكون طلاقاً إلا أن يريد بذلك الطلاق، و[نيته] <sup>(٣)</sup> أنه أراد بذلك الطلاق في هذه المسألة ضعيفة، فإن نكل عن اليمين ترك مع امرأته.

وفي رسم «العشور» من سماع عيسى: من قال لامرأته: اذهبي فتزوجي، أنه إن

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: له.

(٣) سقط من ب.



لم يكن أراد [بذلك]<sup>(١)</sup> طلاقاً فلا شيء عليه .

ابن رشد: معناه إذا أتى مستفتياً، وإن كان مطلوباً أو مخاصماً حلف ما أراد بذلك طلاقاً .

وفى رسم «تبيين» من سماع ابن القاسم: قال مالك فى رجل بينه وبين [ختته]<sup>(٢)</sup> كلام فى امرأته فقال لها: انقلى ابتك إليك، ثم [لقيها فى الطريق فدفع إليها دنائير كانت لابنتها عنده، ثم قال لها: انقلى ابتك إليك، ثم]<sup>(٣)</sup> سئل فقال: [ما أردت]<sup>(٤)</sup> طلاقاً، فيحلف بالله [الذى لا إله إلا هو]<sup>(٥)</sup> ما أراد طلاقاً ولا نواه، ثم ترد إليه امرأته ولا شيء عليه .

ابن رشد: ولو أتى مستفتياً لنوى دون يمين .

وقول الشيخ رحمه الله: «لو قال: أنت طالق أبداً»، لكان الثلاث، هو المنصوص عليه فى «المدونة» .

ووقع فى [كتاب]<sup>(٦)</sup> إرخاء الستور: من خالع إحدى [زوجتيه]<sup>(٧)</sup> فقالت له الأخرى: ستراجعها، فقال: «هى طالق أبداً»، ولا نية له، فإن تزوجها طلقت عليه [مرة]<sup>(٨)</sup> واحدة، لأن مالكا جعله جواباً لكلام امرأته .

وأشار عبد الحق إلى أن هذا ليس بخلاف لما فى «الموازية»، لأن «الأبد» هنا عائد على الارتجاع، كأنه قال: «إن راجعتها أبداً فهى طالق»، فلا يقتضى ذلك تكرار الطلاق .

(١) سقط من ب .

(٢) فى ب: زوجته .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب: لم أرد .

(٥) زيادة من: ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ب: امرأتيه .

(٨) سقط من ب .

وقال ابن يونس: ظاهر «المدونة» أنه خلاف، و[إنما]<sup>(١)</sup> أوقع التأيد على الطلاق، لأنه لما قيل له: ستراجعها، قال: هي طالق أبداً، يريد: إن راجعتها.

قال: فيكون في [قوله]<sup>(٢)</sup>: «أنت طالق أبداً» قولان: الواحدة، والثلاث.

وفي أول رسم من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق: من قال [لامرأة]<sup>(٣)</sup>: «إن تزوجتك أبداً فأنت طالق البتة»، فتزوجها [ق/٧٥ب] حنث، وإن تزوجها بعد زوج فلا شيء عليه.

ابن رشد: إنما يفترق التأيد من غيره في الطلاق، فإذا قال [لها]: «أنت طالق أبداً» فثلاث.

واختلف إن قال: «إن تزوجت فلانة فهي طالق أبداً»، فقيل: ثلاث كقوله<sup>(٤)</sup>: «أنت طالق أبداً»، قاله ابن القاسم، [ووافقه]<sup>(٥)</sup> في ذلك غيره.

وقيل: واحدة لاحتمال رجوع التأيد إلى التزويج، وهو دليل ما في إرخاء الستور من «المدونة»، ويقوم مثله بالمعنى من قول ابن القاسم في العتق [منها]<sup>(٦)</sup> فيمن قال: «إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبداً حر»، أنه لا يعتق [إن دخلها]<sup>(٧)</sup> إلا مسا [كان]<sup>(٨)</sup> في ملكه يوم حلف، لأنه رد التأيد إلى الدخول، خلافاً لأشهب في رده إياه إلى [ملكه]<sup>(٩)</sup>.

وقال ابن العربي في «الأحكام» على قوله تعالى: «لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا»<sup>(١٠)</sup>: [إن

(١) في ج: أنه.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: لامراته.

(٤) سقط من ب.

(٥) في ب: ووقف.

(٦) سقط من ج.

(٧) سقط من ب.

(٨) سقط من ب.

(٩) في ب: الملك.

(١٠) التوبة: ١٠٨.

«أبدأ»<sup>(١)</sup> وإن كان ظرفاً مبهماً لا عموم فيه إلا إذا اتصل بالنهي.

قال: وقد فهم ذلك أهل اللسان وقضى به فقهاء الإسلام، فقالوا: لو قال: [٢] «أنت طالق أبدأ» [طلقت عليه]<sup>(٣)</sup> واحدة.

وقول الشيخ رحمه الله تعالى في الجواب [إما]<sup>(٤)</sup> مردف فيلزمه الإرداف، [صحيح]<sup>(٥)</sup> لأن الطلاق رجعي والعدة لم تنقض.

وقد كان ابن عتاب يفتى بأن من بارأ امرأة هذه المبارأة التي جرى عرف الناس عليها ثم طلقها بعد ذلك: إن الطلاق يرتدف ما لم تنقض العدة.

ابن رشد: وهو استحسان على غير قياس مراعاة لقول من يراها طليقة رجعية.

وقول الشيخ مفسر، بنحوه أفتى ابن عرفة رحمه الله فيمن قال لزوجته: «أنت طالق»، ثم سكت قليلاً ثم قال: «بائن»، أنه يلزمه فيها الثلاث، وأخذه من مسألة كتاب التخيير والتملك إذا قال لها بعد البناء: «أنت طالق واحدة بائنة»، فهي ثلاث، فجعله ابن عرفة مفسراً للطلاق الذي أوقعه.

وهذا بخلاف ما زاده الحالف من الكلام بعد كمال يمينه، فإن اليمين لا تقع عليه إلا أن يتصل باليمين، قاله ابن رشد رحمه الله في رسم «أخذ يشرب خمراً» من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق.

قال: كما أن الاستثناء فيه لا يعمل بعد انقطاع الكلام.

وقد أفتى ابن الحاج رحمه الله فيمن قال لامرأته - وقد نظر في بيت مطبخه امرأة - فقال: ما تلك المرأة؟ فقالت: فلانة دعوتها لتجعل لي حناء في المطبخ، فقال: أيمان المسلمين لازمة لي إن جعلت في هذه الليلة حناء وإن خرجت من هذا البيت، فانصرفت المحلوف من أجلها ولم تجعل لها حناء بروراً لقسمه، فلما كان في بعض

(١) سقط من ب.

(٢) نهاية سقط كبير جداً من أ.

(٣) في ب: لزمه طليقة.

(٤) في ب: لها.

(٥) سقط من ب.

الليل خرجت المرأة لحاجة الإنسان، إنه لزمه الحنث بالإيمان اللازمة.

وزاد في جواب آخر: إن كان قوله: «وإن خرجت» معطوفاً على قوله المتقدم، ولو كان مستأنفاً لم يحنث.

والذى يظهر أنه إن نسق الكلام بعضه من بعض ولا مهلة بينهما حنث، وإن كان بينما مهلة لم يحنث انتهى.

وسئل ابن رشد رحمه الله عن رجل من العامة تشاجر مع امرأته، فقال: «هى منى طالق»، وربما عوتب بالقرب فيقول: «هى منى طالق ثلاثاً»، فيريد مراجعتها ويزعم أن طلاقه الأول أراد به طلاق المبرأة ولا بينة عليه، أو عليه بالطلاق الأول شاهد واحد [أو] (١) غير [عدول] (٢).

**فأجاب:** إن أتى سائلاً مستفتياً قبل أن يراجع ولم ينارعه أحد، فله نيته وصدق. [ق/٧٦ب]

فإن راجع بعد أن استفتى وقيم عليه، لم يفرق بينهما إلا إن كانت عليه بالطلاق بينة.

وإن لم يكن [عليه] (٣) إلا شاهد واحد، استحلف على ما ادعى من نيته لم يفرق بينهما.

وأما إن راجع قبل أن يستفتى أو أراد أن يراجع فراجع فى ذلك، فأقر بالطلاق، أو جحد فقامت عليه [به] (٤) بينة فادعى النية، فلا يصدق فيها.

وإن أنكر الطلاق ولم يقم به [عليه] (٥) إلا شاهد واحد، حلف على تكذيبه وراجع امرأته.

(١) سقط من ب، جـ.

(٢) في ب، جـ. عدل.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من ب، جـ.

(٥) سقط من ب.

(٦١) [٨] وسئل رضي الله عنه: عن رجل خالغ [زوجته]<sup>(١)</sup>، فطلقها عليه طلاقة [واحدة]<sup>(٢)</sup>، وذلك بأن قال: «هي طالق»، ثم تفرقا وبعد طول لقيه رجل فقال له: ما الطلاق الذي طلقت [زوجتك]<sup>(٣)</sup>؟ فقال: شتى.

فقال: تلزمه الثلاث ويقبل تفسيره، وإنما الذي لا يرتد بعد الخلع إذا نوى به الإنشاء. قيل له: أرايت لو قال: «هي طالق واحدة» ونص على تلك الواحدة، ثم سئل بعد ذلك ففسر وقال: أردت الثلاث [ق/٣١ج] أو [أوقعت]<sup>(٤)</sup> الثلاث، فقال: تلزمه الثلاث، وغايته أكذب نفسه فيما قال من الواحدة.

**قلت:** في كتاب التخيير والتمليك: إن قال [لها]<sup>(٥)</sup>: «أنت [حرة]<sup>(٦)</sup>: أو «أخرجي» أو «تقعي» أو «أخزاك الله» أو «كلي» أو «اشربي» أو كلاماً ليس من ألفاظ الطلاق، فلا شيء عليه إلا أن يريد بذلك الطلاق [ق/٢٦] فيلزمه ما نوى من واحدة أو أكثر، وأما إن أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق فلفظ بهذا غلطاً فلا شيء عليه حتى ينوى أن ما يلفظ به طلاقاً فيلزمه.

ابن محرز: قوله: «وأما إن أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق . . . إلخ»، من المذاكرين من يرى أنه جارٍ على أحد قول مالك في الطلاق بالنية وأنه غير لازم، ومنهم من يأبى ذلك ويرى أن هذا لم يعقد على أن يطلق بقلبه وإنما كان عقده [على]<sup>(٧)</sup> أن يطلق بلفظه، فلم يحصل ذلك اللفظ فلذلك لم يلزمه الطلاق، ويروى أن هذا مما لا يختلف فيه وهو الصحيح إن شاء الله.

(٦٢) [٩] وسئل رحمه الله: عمن طلق زوجته ثلاثاً ثم سكت، ثم قال: «متى

(١) في ب: امرأته.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: الواقعة.

(٥) سقط من أ، ب.

(٦) سقط من ب.

(٧) سقط من أ، ب.

حلت حرمت»، [فتزوجها زوج]<sup>(١)</sup> ثم طلقها، هل تحل [له]<sup>(٢)</sup> مع قوله متى حلت حرمت أم لا؟

فقال: يعقد عليها [فتحل]<sup>(٣)</sup>، فإذا حلت حرمت، وهل تكون واحدة أم لا؟ [وهل]<sup>(٤)</sup> ينوي في التي لم يدخل بها أو لا ينوي؟ على الخلاف.

فإن كانت الثلاث [ق/٧٧ب]، فمتى تزوجت زوجاً ثانياً فيطلقها، فتحل للأول، لأن «متى» تنقضى بمرة واحدة على جوابه في: «أنت طالق متى دخلت الدار»، أنها إذا دخلت فطلقت ثم راجعها ثم دخلت لا تطلق عليه.

**قلت**: سئل عن هذه المسألة الشيخ العلامة أبو سعيد فرج بن لب رحمه الله، والسؤال فيمن طلق ثلاثاً وقال في أثناء ذلك: «متى حلت حرمت»، هل تراجع بعد زوج [أم لا]<sup>(٥)</sup>؟

**فأجاب**: بأنه يستفسر [الخالف]<sup>(٦)</sup> [عما]<sup>(٧)</sup> أراد، فإن أراد حلية التزويج أو المراجعة كما في قوله تعالى ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ﴾<sup>(٨)</sup>، أى لا يحل له تزويجها ولا مراجعتها، فلا تحرم عليه مع هذا القصد [المراجعة]<sup>(٩)</sup>، لأنه إنما حرم التزويج المستأنف، وهو لا يحرم إجماعاً.

وإن كان أراد بالحلية [حلية]<sup>(١٠)</sup> الوطء بعد حصول [العقد]<sup>(١١)</sup>، فحيثذ [يبتنع

(١) في أ، ب: فتزوجت زوجاً.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ، ب.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ، جـ.

(٧) في ب: علي ما.

(٨) البقرة: ٢٣٠.

(٩) سقط من ب.

(١٠) سقط من أ، جـ.

(١١) في ب: عقد المراجعة.

عليه أن يراجعها<sup>(١)</sup>، لأنه علق التحريم على حصول المراجعة، فكأنه قال: «إن راجعتك فأنت حرام».

فإن قال: «لا أدري ما قصدت إذ لم تحضرنى نية»، حلف بالله أنه لم يقصد حين تكلم بذلك تعليق التحريم على حصول المراجعة ولا حضرته نية ذلك الوقت، ثم تباح له المراجعة، إذ قد [نص الفقهاء]<sup>(٢)</sup> على [أن الطلاق قبل النكاح لا يلزم]<sup>(٣)</sup> إلا مع قصد تعليقه على عقد النكاح بعد حصوله، وإلا فلا يلزم لما فيه من الخلاف الشهير.

**قلت:** فالشيخ رحمه الله بنى جوابه على أنه حرم وطئها بعد حليته بنكاحه إياها بعد زوج، وابن لب فصل، وبنحوه أفتى الشيخ الفقيه الإمام العلامة الأوحد المشاور [السيد]<sup>(٤)</sup> أبو محمد العبدوسى رحمه الله، وزاد أنه يفرق بين العالم بالتعليق ومقابله، فالعالم به يلزمه التعليق ولا يلزم غيره.

[فالحاصل أن الشيخ حمّله على التعليق، وابن لب والعبدوسى حملاه على غير التعليق.

ومن هذا المعنى ما يقع كثيراً فيمن قال له: تزوج فلانة، فيقول: هي عليه حرام، أو يسمع حين الخطبة [عن]<sup>(٥)</sup> المخطوبة أو عن بعض قرابتها ما يكرهه فيقول ذلك، فكان ابن قداح لا يحمله على التعليق، وقال: لا يلزمه شيء، لأن العامة لا تعرف التعليق ولا تقصده، وبه كان يفتى الشيخ الفقيه أبو العباس بن حيدرة، وإليه كان يميل الشيخ الفقيه الأوحد أبو مهدي عيسى الغبريني، وكان الشيخ الفقيه الصالح أبو محمد الشيبى رحمه الله يفتى باللزوم، وحكاه ابن عرفة فى «مختصره» عن بعض المفتين، وحكى عنه البرزلى أنه كان يفتى به أولاً ثم رجع فى وسط أيام فتواه وآخرها إلى الأول.

(١) في ب: تُمنع مراجعتها.

(٢) في ب: نصوا.

(٣) في ب: نفي لزوم الطلاق قبل النكاح.

(٤) زيادة من أ.

(٥) في أ: على.

**قلت:** والاصوب وهو الأحوط للزوم، وعليه يدل قوله فى إرخاء الستور: ومن خالع امرأته ثم ظاهر منها فى عدتها أو ألى لزمه الإيلاء لا الظهار، إلا أن يقول: «إن تزوجتك» أو يجرى قبل ذلك ما يدل عليه، فيلزمه إن تزوجها، فتأمل.

وأبين من هذا [المعنى]<sup>(١)</sup> فى الدلالة على ذلك ما فى «النوادر» وابن يونس [والمطيبي]<sup>(٢)</sup> و«المتقى» لمالك رضى الله عنه فىمن عرض عليه نكاح امرأة فقال: «أمى»، فهو ظهار إن تزوجها.

الباجي: وجه ذلك أنه مستند إلى ما عرض عليه من أن يتزوجها، فكأنه قال: إن فعلت [ذلك]<sup>(٣)</sup> فهى أمى.

قال: ولو قال ذلك يريد أن يصفها بالكبر، فعندى لا يلزمه بذلك ظهار ولا غيره.

وقال ابن الحاج فى «نوازل» فى صداق العقد فيه: التزام فلان لزوجته فلانة أن زوجته فلانة التى طلقها لا تحمل له أبداً لا بعد زوج ولا قبله مدة حياته، فطلق هذه وأراد مراجعة المحلوف عليها، فمنعته صاحبة [الصداق]<sup>(٤)</sup> المذكور، فقلت: يستعاد شهود [الصداق]<sup>(٥)</sup> فلعل عندهم فى إشهاد الزوج ما يستفسر به ما تقع به الفتيا وإن لم يوجد عندهم جلاء، فيحتمل أن تحرم عليه، لأن الطوعية منه باليمين كالشرط، فيكون كمن قال: أمرها بيدها، فقال الزوج: أردت واحدة، وقالت هي: بل هى ثلاث، ويحتمل أن يحلف الزوج ما أراد [التزام]<sup>(٦)</sup> الشرط المذكور تحريماً متقدماً مؤيداً عليه فى زوجته، وإنما أراد تطيب نفسها بذلك وحيلة يتوصل بها إلى نكاحها، ويسقط عنه الشرط المذكور.

**قلت:** ومن هذا - والله أعلم - أخذ أبو سعيد بن لب رحمه الله حلف الزوج

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) فى ح: كذا.

(٤) فى ح: الطلاق.

(٥) فى ح: الطلاق.

(٦) سقط من أ.



في المسألة المتقدمة. إذا قال: لم تحضرنى نية.

[وحكى ابن الحاج أن بعضهم أفنى في نازلته أنه يجوز له أن يتزوجها وأن قوله ذلك كذبة منه]<sup>(١)</sup>.

وقول الشيخ رحمه الله في الجواب: «إن «متى» تنقضى بمرة واحدة»، يريد: إلا أن ينوى بها معنى «كلما».

[وقال في كتاب الأيمان بالطلاق: ولو قال لها]<sup>(٢)</sup>: «إن تزوجتك أبداً»، أو «إذا»، أو «متى ما»، [فإنما يحنث بأول مرة]<sup>(٣)</sup> إلا أن ينوى أن «متى ما» مثل «كلما» فتكون مثلها.

ابن عرفة: ويستشكل قولها بأن نية التكرار توجبها بكل لفظ، لا وجه لتخصيصه بـ«متى ما» قال: ويجاب بأن صريح اللفظ لا يتوقف ثبوت المعنى به على نيته، بل لا يقبل صرفه عنه، وكنايته الظاهرة لا يتوقف عليها [ويقبل]<sup>(٤)</sup> صرفه عنها، وكنايته البعيدة لا يثبت [فيها]<sup>(٥)</sup> إلا بنية، [فإن «إذا» و«أبداً» بعيدة في التكرار، فلا يثبت بها إلا بنيته]<sup>(٦)</sup>، و«متى ما» قرينة [في]<sup>(٧)</sup> [إرادة كونها بمعناه، فيثبت [التكرار]<sup>(٨)</sup> بها]<sup>(٩)</sup> دون استحضار نية. اهـ. [وهو في غاية الحسن]<sup>(١٠)</sup>.

قال: وقول ابن الحاجب في «متى ما» اضطراب لعله يعارض لفظ [ق/٧٨ب] «المدونة»، فنقل القاضى وغيره من الأصوليين أنها مثل «كلما».

ومن هذا المعنى ما أفنى به ابن عتاب رحمه الله فيمن قال لزوجته: «أنت طالق ثلاثاً إن

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: قاله في «المدونة» ونصها: إن قال.

(٣) في ب: حنث مرة فقط.

(٤) سقط من ج.

(٥) في أ، ب: فيه.

(٦) سقط من أ.

(٧) في ب: تجرد، وفي أ، فيه.

(٨) سقط من ج.

(٩) سقط من أ.

(١٠) سقط من أ.

كنت لى بزوجة قبل زوج أو بعد زوج، أنها لا تحرم عليه للأبد، وله نكاحها بعد زوج إلا إن أراد بقوله: «بعد زوج» إن تزوجها بعد زوج، فهى طالق ثلاثاً، فإن أراد هذا وعقد عليه قوله فلا سبيل له إليها.

وفى [ كتاب الأيمان (ق/ ١٢٧) بالطلاق ]<sup>(١)</sup>: وإن قال لها: «أنت طالق كلما حضت»، أو كلما ]<sup>(٢)</sup> جاء يوم أو شهر أو سنة» طلقت عليه الآن ثلاثاً، ولم تعد عليه اليمين إن نكحها بعد زوج، لأن الملك الذى طلقها فيه قد ذهب.

وقال ابن الحاج رحمه الله: إذا قال لزوجته: «أنت طالق إلى يوم القيامة»، ينبغى أن تكون مثل قوله: «أنت طالق أبداً»، فقد يستدل من ظاهر «المدونة» على أنها ثلاث، وقد يستدل منها [ على ]<sup>(٣)</sup> أنها [ واحدة ]<sup>(٤)</sup>.

**قلت:** [جزم الشيخ أبو عمران رحمه الله بالأول وأنها ثلاث فى المسألة بعينها]<sup>(٥)</sup>.

ابن محرز عن محمد: قيل لابن القاسم فىمن قال لامرأته: «هى طالق [ كل يوم ]<sup>(٦)</sup> أبداً، قال: هى طالق البتة وتحل له بعد زوج [ ما لم يكن نوى بقوله ذلك كلما نكحتك ]، فلا يحل له نكاحها أبداً.

محمد: فإن لم تكن له نية [ فهى البتة ]<sup>(٧)</sup>، وتحل له بعد زوج ]<sup>(٨)</sup> كمن قال: «أنت طالق كل يوم أبداً» [ لأنه قال «أبداً» فقد جعله فى كل يوم اهد ]<sup>(٩)</sup>.

الشيخ: ومثله قول بعض العوام: «أنت طالق فى الدنيا [ ق/ ٣٢٢ جـ ] والأخرة» لأنه قصد امتداد الطلقة الواحدة، ولا امتداد إلا بأمثالها، فتطلق عليه ثلاثاً.

(١) فى ب: «المدونة».

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ، جـ.

(٤) فى ب: طالق واحدة.

(٥) فى ب: أفتى أبو عمران فى المسألة بعينها بأنه مثل الذى يقول: «أنت طالق أبداً» وهى الثلاث.

(٦) سقط من أ، ب.

(٧) فى ب: فالبتة.

(٨) سقط من أ.

(٩) سقط من أ، جـ.

البرزلي: سئل الشيخ الفقيه أبو علي [ القروي ] (١) عن قال لامرأته: «أنت علي حرام في الدنيا والآخرة»؟

**فأجاب** : بأن له نكاحها بعد زوج.

وسئل المازري [ رحمه الله ] (٢) عن طلق زوجته ثلاثاً والتزم عدم ردها بعد زوج وألا تكون له بزوجة ما دامت الدنيا؟

**فأجاب** : إن قال : «لا أردّها» مجرداً من تعليق ما يوجب تحريمها، ولا فهمته اليقينة عليه، ولا في سياق الكلام وقرائن الأحوال ما يدل على ما ذكرناه، فلا تحرم عليه.

(٦٣) [ ١٠ ] وسئل رضي الله عنه: عن رجل حارج زوجته فقال [ لها ] (٣) : اخرجي، فقالت: لا أخرج إلا [ مقوماً ] (٤)، فقال لها: أنت طالق، فقالت له: قل ثلاثاً، فسكت فأعادت عليه خمس مرات، وحيثئذ قال لها: ثلاثاً، ثم أفتاه بعض الطلبة بأنها طلقة، فراجعها وولدت أولاداً، ثم سأل فقيل له: هي ثلاث، فماذا يلزمه؟

فقال: بلفظه أولاً بطلاق لزمته واحدة، والظاهر أنها سنية يملك [ الرجعة ] (٥) فيها، ثم [ إن ] (٦) قوله: «ثلاثاً»، [ معناه: وذلك الطلاق ثلاث ] (٧)، لاحتمال التفسير بواحدة أو بأكثر، ويكون معناه الإرداف لثلاث وهو يرتدف، فيكون أربعة، و[أيما] (٨) كان فقد حرمت إلا بعد زوج، وفتيا هذا خطأ [ وافتراء ] (٩).

(١) في ب: القيرواني.

(٢) زيادة من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: بفوت.

(٥) في أ: الرجعية.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ، ب.

(٨) في ج: أياماً.

(٩) في أ: واجتراء.

ولم يتكلم على [ الأولاد ] <sup>(١)</sup>، ولا شك أنهم لاحقوا النسب.

قلت: بلا إشكال لاعتقاده حلية المراجعة.

(٦٤) [ ١١ ] وسئل رحمه الله: عن رجل حلف بالطلاق أنه ما نقل (ق/ ٧٩ ب)

في الشطرنج إلا على توالي البيوت، فقال [ له ] <sup>(٢)</sup> الذي لعب معه: بل جاوزت بيتاً، واحتج عليه بما يقتضيه اللعب حتى أثار ذلك عنده الشك في الحنث، وقال: اللهم إن كنت تعلم أنني محانث فاشهد عليّ أنني راجعت زوجتي، ثم بقي يظأ زوجته، ثم عاد إلى [ الشك ] <sup>(٣)</sup> فاستفتى بعض الفقهاء فقال له: يجزئك على مذهب فلان - لفقيه ذكره له - ثم بعد مدة عاد إليه الشك فماذا يخلصه؟

فقال: هذا يقر بالخلف وشك في الحنث، المنصوص لابن رشد وغيره: يؤمر ولا يجبر، فلما قال: راجعت ونوى ووطئ [ زوجته ] <sup>(٤)</sup> أجزاءه.

قيل: لم يحقق أنها طلقة؟

فقال: إن كانت عند الله طلقة فقد راجع منها، وإن لم تكن طلقة فهي زوجة غير مطلقة فلا شيء عليه غير ما صنع.

قيل له: لم يشهد عليها؟

فقال: الإشهاد على الرجعة مستحب، ولكن هذا المفتى لم [ يدر بما ] <sup>(٥)</sup> يجيبه حين أحاله على الخلاف.

قلت: ولو تيقن [ بعد ] <sup>(٦)</sup> أنه طلق.

لأجزأه ذلك، ولا يجزى هنا [ ما ] <sup>(٧)</sup> في مسألة من اغتسل لجنابة إن كانت فكانت.

(١) في ب: الولد.

(٢) سقط من ب.

(٣) في أ: شكه.

(٤) سقط من أ، ب.

(٥) في أ: يجد ما.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

والفرق أن الغسل يتم وتنقضى صورته بالفراغ منه، وليس كذلك الرجعة لأنها الفعل من الوطاء والمباشرة مع النية أو القول، وذلك يستمر بعد.

وقد قال اللخمي: لو فسدت المراجعة لكنه أصاب في العدة، وهو يرى أنه مرتجع لصح ارتجاعه، وكانت إصابته رجعة محدثة.

وقوله: «الإشهاد على الرجعة مستحب»، هو قول عبد الوهاب قياساً على الإشهاد في البيع.

ابن رشد: وهو الصحيح، إذ لو وجب لافتقرت الرجعة إليه، [ ولما ] (١) صحت دونه.

وذهب ابن بكير وغيره إلى وجوب لقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ (٢)، والأمر على الوجوب حتى يقترن به ما يدل على غيره.

وفي «المدونة»: [قال مالك] (٣) في التي منعت نفسها حتى يشهد: قد أصابت.

ابن عرفة: تصويبه منعها إياه دليل على وجوب الإشهاد إذ [ لا ] (٤) يمنع ذو حق من حقه لأمر غير واجب.

ابن رشد: وليس مشروطاً في صحة الرجعة عند من أوجبه، وإنما هو فرض على حياله يأنم تاركه، فالحاصل أنه موضوع للتوثق لتحصين الفروج والموارثة ولحقوق النسب وغير ذلك، ولرفع الحد عن نفسه إذا وجد معها بعد العدة وادعى الرجعة ولم تعلم له بها خلوة في العدة.

(٦٥) [١٢] وسئل رضي الله عنه: عن رجل وضع في بيته [دراهم] (٥)

[فوجدها] (٦) قد [ضاعت] (٧)، وقال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً ما

(١) في ب: ولا.

(٢) سورة الطلاق: ٢.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ، ج: لم.

(٥) في أ: طعاماً.

(٦) في أ: فوجده.

(٧) في أ: ضاع.

[سرقها] (١) أحد غيرك، فأنكرت هي أن تكون سرقتها، فاعتزلها خوف الحنث نحو ستة أشهر، فأقرت وقالت: أنا سرقتها، فهل يحنث أم لا ؟

فقال: أما لو وجد الدراهم بعد ذلك فهي مسألة القولين في الأيمان بالطلاق الأول من «العتية» منصوصة.

وكذلك من حلف على ناقة أقبلت أنها (ق/ ٨٠ب) فلانة، فإذا هي غيرها، يجرى فيها الخلاف، ولو لم يتبين هل هي أم لا لكانت مثل هذا السؤال.

ونظيره: [رجلان] (٢) تنازعا في طائر مرَّ [بهما] (٣)، فقال أحدهما: هو غراب، وقال الآخر: ليس بغراب، وحلف كل واحد على ما قال، لا يحنث واحد منهما.

وكذلك من قال لرجل: قلت لى كذا، فقال الآخر: لم أقل ذلك، وحلفا يُدينان ولا يحنث واحد منهما، مع [أنه لم يتبين] (٤) حنث واحد منهما في المسألتين الأخيرتين [ولا بره] (٥)، فكذلك في السؤال لم يتبين حنث الرجل ولا بره، انظر [هى] (٦) أشبه بمسألة الطائر، لأن كل واحد لا يحقق بل يغلب على ظنه فى يقينه [فى نظره] (٧)، فهل يغلب على ظن هذا أنها سرقت الدراهم ويصدقها الآن فى إقرارها [بها] (٨) فلا يحنث، أو لا فيحنث.

وأما لو أقرت حين اليمين بالسرقة وصدقها فى إقرارها فلا إشكال ألا حنث عليه، ولم يجزم بالجواب فى [المسألة] (٩) فتأمله.

(١) فى أ: سرقة.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ.

(٤) فى ب: أنا لم نتبين.

(٥) فى ب ولا بين.

(٦) فى ب: هل.

(٧) فى أ، ب: بنظره.

(٨) فى ب: له.

(٩) فى أ: السؤال، وفى ب: بالسؤال.

قلت: بل الأشبه بالمسألة مسألة السوط في رسم «طلق» من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن له سوط فأراد ضرب غلام له، فسأل أهله [ أن يعطوه ]<sup>(١)</sup> السوط فقالوا: [ ما ]<sup>(٢)</sup> نعلم مكانه، وظن أنهم غيبوه عنه كراهية لضرب الغلام، فقال: حرام عليّ ما أحل لي إن لم تأتونني به، فطلبوه فلم يجدوه ووجدوا [غيره]<sup>(٣)</sup> فأتوه به، المسألة.

قال ابن رشد في الشرح: وإنما [ لا ]<sup>(٤)</sup> يحنث إن لم يأتوه به على مذهب مالك إن كانت له نية، وعلى مذهب ابن القاسم إن كان حلف وهو يظن أنهم غيبوه عنه إذا تحقق أنهم لم يغيبوه عنه، [ وأما إذا لم يتحقق ذلك واتهمهم في قولهم [أنهم]<sup>(٥)</sup> لم يغيبوه عنه ]<sup>(٦)</sup> فهو حانث، إلا أنه لم يحكم عليه بالطلاق، إذ [لم]<sup>(٧)</sup> يتحقق حنثه (ق/١٢٨) فيؤمر بذلك ولا يجبر [عليه]<sup>(٨)</sup>.

قال في رسم «القطعان» من سماع عيسى من كتاب العدة: الشك في الطلاق، منه: ما يتفق على أنه لا يؤمر به ولا يجبر، كأن يحلف على رجل ألا يفعل فعلاً ثم يقول: لعله [ فعله ]<sup>(٩)</sup> من غير سبب يوجب عليه الشك في ذلك.

ومنه: ما يتفق على أنه يؤمر ولا يجبر، كأن [ يحلف ]<sup>(١٠)</sup> أن لا يفعل فعلاً ثم يشك هل حنث أم لا لسبب أدخل عليه الشك.

ومنه: ما يتفق على أنه لا يجبر ويختلف هل يؤمر أم لا، كأن يشك هل طلق

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: لا.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من ج.

(٦) سقط من ب.

(٧) في ب: لا.

(٨) سقط من ب.

(٩) في ب: قد فعل.

(١٠) سقط من ب.

[ أم لا ]<sup>(١)</sup>؟ وهل حث في يمينه [ أم لا ]<sup>(٢)</sup>؟ فقال ابن القاسم : يؤمر ولا يجبر .  
وقال أصبغ : لا يؤمر ولا يجبر .

ومنه : [ ما يختلف هل يجبر أو لا يجبر ، كأن يطلق فلا يدري [ هل ]<sup>(٣)</sup> طلق  
واحدة أو أكثر ، أو [ يحلف ]<sup>(٤)</sup> ويحث ولا يدري ما حلف به ، أو يحلف بالطلاق  
إن كانت فلانة حائضاً فتقول : لست بحائض ، وإن كان فلان يبغضني [ فيقول ]<sup>(٥)</sup> :  
أنا أحبك ، أو إن لم يخبرني بالصدق فيخبره ويزعم أنه قد صدقه ، ولا يدري حقيقة  
ذلك .

والخلاف في المسألة الأولى من قول ابن القاسم ومن قول ابن الماجشون ، وفي  
الثانية (ق / ٨١ ب) [ من ]<sup>(٦)</sup> سماع ابن القاسم وأصبغ .

ومنه : ما يتفق على أنه يجبر ، كأن يقول : امرأتي طالق إن كان أمسى كذا ،  
لشيء يمكن أن يكون وألا يكون ولا طريق إلى استعلامه ، وكأن يشك في أي امرأة  
من امرأتي طلق ، فإنه يجبر على فراقهما ، ولا يجوز له أن يقيم [ على ]<sup>(٧)</sup>  
واحدة . اهـ .

وفى [ «المدونة» ]<sup>(٨)</sup> : إن قال : إن كنت تبغضيني فأنت طالق ، فقالت : لا  
أبغضك ، فلا يجبر على فراقها ولكن يؤمر به .

عبد الحميد : اضطرب المذاكرون فيها ، والأولى أن ينظر إلى إرادته [ وقصده ]<sup>(٩)</sup> ،  
فإن كان إنما أراد [ تعليق الطلاق بقولها وجوابها فيكون الطلاق معلقاً بما أراده من

(١) سقط من أ .

(٢) في أ ، ب : فيها .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) في أ ، ج : فقال .

(٦) في أ : بين .

(٧) في ب : كل .

(٨) في ج : «الموازاة» .

(٩) في ب : وصدقه .



ذلك .

وإن كان إنما أراد [ (١) ] أن يعلم صدق قولها وتحقيق باطنها، فهذا الذى يصير طلاقاً بلا شك، سواء أجابته بما [ علق به ] (٢) الطلاق أو بضده، هذا الذى كان يختاره من حقق النظر من شيوخنا، وهو الأشبه .

قلت: قال عياض: إن أجابته بما يطابق يمينه بأنها تبغضه، ففى إجباره قولان، وظاهر الكتاب عند بعضهم إجباره لقوله: «فليفارقتها» وفرق بينه وبين قولها: «لا أبغضك»، بأنه هنا يؤمر ولا يجبر بأنها فى الأول (ق/ ٣٣ج) لم تجب بما لا يوجب طلاقها .

قال: ولو أجابته بأنها تجبه، فقال ابن القاسم: لا يجبر .

وقيل: يجبر، وهو قول أصبغ .

وعزا ابن حبيب الأول أيضاً للملك والليث ومطرف وابن الماجشون .

وفى «المدونة»: وإن قال لها: إن كنت تحبين فراقى فأنت طالق ثلاثاً، فقالت: إنى أحبه، ثم قالت: كنت كاذبة أو لاعبة، فليفارقتها ولا يقيم [ معها ] (٣) .

وأشار عياض رحمه الله إلى معارضتها بما فى كتاب [ العتق ] (٤) الأول فيمن قال لعبده أو امرأته: «إن [ دخلتما ] (٥) هذه الدار فأنت طالق [ و ] (٦) «أنت حر»، فقالا: قد دخلناها، أو لم يقولوا، ولا يعلم صدقهما، ثم قال: فإنه يؤمر .

قال [ عياض ] (٧): وهذا كله أصل مختلف فيه فى الإيجاب .

ووقعت المسألة فى كتاب الأيمان بالطلاق أيضاً، ونصها: وإن قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق»، فقالت: قد دخلت فكذبها ثم قالت: كنت كاذبة، أو لم

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب: يقتضى .

(٣) فى أ: عليها .

(٤) فى أ: التعليق .

(٥) فى ح: دخلت .

(٦) فى ج: أو .

(٧) سقط من أ، ج .

تقل، فإنه يؤمر بفراقها، ولا يقضى عليه به.

ولو صدقها أولاً لزمه الفراق بالقضاء وإن رجعت عن إقرارها.

وفى «المدونة»: لو قال: «امراته طالق إن كان كلم فلاناً»، ثم شك فلم يدر أكلمه أم لا، طلقت عليه، وكل يمين بطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو حانث. عياض: اختلف في تأويل مسألة الكتاب فيمن حلف فلم يدر أحنث أم لا، فمذهب ابن الجلاب أنه على الاحتياط.

وقال ابن عمران: هو على الإيجاب قياساً على ظاهر المسألة المتقدمة في الخالف «إن كنت تبغضيني»، وقوله: «فليفارقتها» وأصبح لا يلزمه شيئاً في فتوى ولا قضاء. قال: ولا خلاف أنه إذا لم يكن [لشك في الحنث] <sup>(١)</sup> سبب إلا تجويز (ق/٨٢ب) أن يكون حنث لطول المدة، أنه لا حكم له، وإليه يرجع عندي قول أصبغ إن شاء الله.

وأشار الشيخ رحمه الله إلى أن العلم في قوله في «المدونة»: «وكل يمين بطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو حانث» بمعنى الظن [قلت: وحمله ابن الحاجب رحمه الله على الشك، فإنه قال: وفيها «كل يمين بالطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو حانث»، يعني] <sup>(٢)</sup> يشك.

ابن عبد السلام: قوله: «يعنى يشك» تفسير لقوله: «لا يعلم صاحبها» وتقييد له، لأن عدم العلم يدخل تحته الظن والشك والوهم وغير ذلك، فبيّن أن مراده [بعدم] <sup>(٣)</sup> العلم هو بعض هذه الاحتمالات وهو الشك.

قلت: فإن أراد الشيخ «الظن» على بابه في اصطلاحهم الذى هو «الاحتمال الراجح»، فهو خلاف تأويل ابن الحاجب.

(١) في أ، ب: في الشك للحنث.

(٢) سقط من ب.

(٣) في أ: بهذا.

وفى «المدونة»: وإن قال لها: أنت طالق إن كذبتى [ أو كتمتى ] (١) [ شيئاً ] (٢) سألتها عنه، فتخبره فلا يدري أكتمه، أو كذبتة فليفارقها [ بغير ] (٣) قضاء.  
وقال أصبغ: يقضى عليه بالفراق.

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله فى الجواب أن مسألة الطائر وقع فى سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن قال فى غراب طائر: «امراته طالق إن لم يكن ذاكرًا، فذهب الغراب، إن زعم أنه عرف أنه ذكر نوى ولا شيء عليه.  
وإن قال: إنما قلته هكذا ولا أدري، حنث.

ابن رشد: إن قال: «حلفت ولم أتحقق ذلك»، حنث ووجب عليه الطلاق اتفاقًا. اهـ.

وفى كتاب العتق الأول فى عبد بين رجلين، قال أحدهما: إن كان دخل المسجد أمس فهو حر، وقال الآخر: إن لم يكن دخل المسجد أمس فهو حر، فإن ادعى علم ما حلفا عليه دينًا فى ذلك.

وإن قالوا: «ما نوقن دخل أم لا وإنما حلفنا ظنًا»، فليعتقاه بغير قضاء.

وقال غيره: يجبران على عتقه، [ فى ] (٤) سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن أمر غريمه بدفع ما له عليه لوكيله، ثم سأله بعد أيام فقال [ له ] (٥): دفعته لوكيلك، فقال: كتب إلي وكيلي أنه لم يقبض منك شيئًا، فقال الغريم: امرأتى طالق البتة إن كنت لم أدفعه له، وقال الطالب: امرأتى طالق إن كنت دفعت إليه شيئًا.

[ قال: أما ] (٦) المطلوب فينوى فى يمينه، وأما الطالب [ فحانث ] (٧)، لأنه

(١) سقط من ب.

(٢) فى أ، ب: لشيء.

(٣) فى أ، ب: بلا.

(٤) فى أ، ب: وفى.

(٥) سقط من أ.

(٦) فى أ: فإن.

(٧) سقط من ب.

حلف على غيب لا علم له [به]<sup>(١)</sup>، ولا يجوز للإمام أن يقر امرأته عنده وقد تبين [له]<sup>(٢)</sup> أنه حلف على غير علم ولا يقين.

ابن رشد: وقوله: «لا يجوز للإمام أن يُقر امرأته»<sup>(٣)</sup> عنده، «لأنه»<sup>(٤)</sup> حلف على ما [لا]<sup>(٥)</sup> يتيقنه وإن كان لم يرم بذلك مرمى الغيب وإنما غلب ذلك على ظنه لصدق وكيله عنده، هو على ما مضى في رسم «يرمى» من سماع عيسى، والذي كان مضى له فيه أنه [إن]<sup>(٦)</sup> لم يرم بذلك مرمى الغيب وإنما حلف إذا غلب على ظنه [عن]<sup>(٧)</sup> تجربة أو شيء توسمه فإنه يعجل عليه الطلاق، فإن لم يطلق عليه حتى جاء الأمر على ما حلف عليه لم تطلق عليه، وهو قول عيسى، ودليل قول ابن القاسم في سماع أبي زيد. انتهى.

وفي «المدونة»: وإن قال لامرأته وهي حامل: «إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق»، طلقت عليه ساعتئذ، [وإن أتت بغلام (ق/ ١٢٩) لم ترد [إليه]<sup>(٨)</sup>، وكذلك قوله: «إن لم تمطر السماء وقت كذا فأنت طالق»، فإنها تطلق عليه حينئذ]<sup>(٩)</sup> (ق/ ٨٣ب) لأن هذا من الغيب، ولا يُنظر [به]<sup>(١٠)</sup> إلى ذلك الوقت لينظر أيكون فيه المطر أم لا، ولو مطر في ذلك الوقت لم ترد [إليه]<sup>(١١)</sup>.

عياض: قوله: «وإن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق» فهي طالق لأنه شك في حالها الآن، وهي بخلاف «إن ولدت جارية» أو «إذا ولدتها» فلا شيء عليه حتى

(١) في أ: فيه.

(٢) سقط من أ، ج.

(٣) في أ، ب: يقرها.

(٤) في أ: إذا.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من ب.

(٧) في ح: على.

(٨) في أ: عليه.

(٩) سقط من ب.

(١٠) في أ: فيه.

(١١) في أ، ب: عليه.

تلد، لأن هذا تعليق بشرط، وكذلك «إن مطرت السماء غداً» فلا تطلق عليه حتى تمطر، وكذا بيَّنه في كتاب ابن حبيب، وفرق بينه وبين [ لو قدّم ] (١) الطلاق، [ وفي هذا لا يلزمه ] (٢) على كل حال لأنه كالأجل.

وهذا كله ما لم يدع علم [ الغيب ] (٣) في ذلك [ تخرصاً ] (٤)، فيكون لا فرق بين تقديمه الطلاق أو تأخيره، ولا بين إن مطرت السماء أو لم تمطر، كما أنه لو حلف على ذلك لعادة جرت له [ أو علامة ] (٥) عرفها [ واعتادها ] (٦) ليس من جهة التخرص وتأثير النجوم عند من زعمها، لم يقع الحنث عليه على ما ذكره بعض الشيوخ حتى يكون ما حلف عليه، ويحتج عليه بقوله ﷺ: «وتلك عين غديقة».

**قلت:** اقتصر صاحب «البيان» في رسم «يوصى» من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق على تعجيل الطلاق عليه في هذا الوجه كما يعجل عليه إذا حلف تقحماً على الشك [أو] (٧) لكهانة أو تنجيم دون سبب [من] (٨) تجربة.

قال عياض: ثم إنه في [هذه الوجوه] (٩) الغيبية التي يحنث فيها إن غفل حتى أمطرت السماء أو ولدت [غلاماً] (١٠) لم [يحنثه] (١١) عبد الملك وغيره إذا وافق البر، وحنثه عيسى لكل حال، وحكى الفضل القولى عن ابن القاسم.

**قلت:** جعل ابن بشير قول عبد الملك وغيره هو المنصوص وقال ابن رشد في

(١) في حد: وقوع.

(٢) في أ، ج: في هذا فيلزمه.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: فيرجى.

(٥) في أ، ب: وعلامات.

(٦) في ب: واعتقد ما.

(٧) سقط من ب.

(٨) في ب: و.

(٩) في ب: هذا الوجه.

(١٠) سقط من ب.

(١١) في ب: يحنث.

«نوازل أصبغ» من كتاب النذور من «البيان»: إن حلف على ذلك عن تجربة، لم يحث اتفاقاً إن كان الأمر على ما حلف عليه وإن كانت يمينه تقحماً على الشك دون سبب من تجربة أو توسم شيء ظنه أو على ادعاء علم غيب.

قال المغيرة وعيسى: يحث وإن وجد الأمر على ما قال، وهو دليل رواية أبي زيد عن ابن القاسم في كتاب الأيمان بالطلاق.

وقيل: لا حث عليه إن لم [يسطلق] <sup>(١)</sup> عليه حتى انكشف أن الأمر على ما حلف عليه، [وهي] <sup>(٢)</sup> رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الأيمان بالطلاق، وهو الصحيح في النظر.

الشيخ: فيظهر من قول [عياض] <sup>(٣)</sup> أنه حمل قول ابن حبيب على التفسير، وكذا يظهر من [قول] <sup>(٤)</sup> ابن يونس.

وقال أبو محمد صالح: هو خلاف بينه قوله فيما تقدم «إن كنت حاملاً»، و«إن لم يكن بك حمل» فسوى بين حالة البر وحالة الحث، ويظهر من قول اللخمي أنه خلاف.

قال: اختلف فيمن قال: «إن ولدت جارية فأنت طالق»، و«إن لم تلدى غلاماً فأنت طالق»، [نحو] <sup>(٥)</sup> الخلاف المتقدم في قوله «إن كنت حاملاً»، و«إن لم تكوني حاملاً»، وقول مالك: إنها [تطلق] <sup>(٦)</sup> في الوجهين مكانها.

وأصل أشهب في هذا أنه لا يعجل بالطلاق (ق/ ٨٤ب) حتى تضع [فينظر] <sup>(٧)</sup> هل تلد غلاماً أو جارية.

وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: لا يطلق عليه حتى يحكم الحاكم، لأنه بما

(١) في ب: يطالع.

(٢) في أ، ب: وهو.

(٣) في ب: الشيخ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب، ح: فحكي.

(٦) في أ، ب: طالق.

(٧) في أ: فيظهر.

اختلف فيه .

وقال أصبغ: إن قال: «إن [ولدت جارية فأنت طالق]»، لم تطلق عليه. وإن قال: [إن]<sup>(١)</sup> لم تلدى غلاماً»، طلقت عليه الآن، لأن الأول عنده على بر وهذا على حنث. انتهى.

وعزى صاحب «البيان» لابن الماجشون وسحنون أنه يستأني كقول أشهب.

(٦٦) [١٣] وسئل رحمه الله: عن رجل [تشاجر]<sup>(٢)</sup> مع زوجته فقال [لأناس]<sup>(٣)</sup> حضروا معه: أشهدوا أنها طالق ثلاثاً إن وجدت من أتزوج (ق/ ٣٤ج) من الصنف لأتزوجن، فبقي يطلب ولم يجد الآن من يليق به، فهل يوقف عنها أم لا؟ فقال الشيخ: يمينه على بر فلا يوقف عنها، لكن هذا البحث الذي بحث يمكن أنه قصر في البحث فيقال له: [جد]<sup>(٤)</sup> في الطلب، لأن عليه البينة في يمينه.

**فأصاب بخطه:** أكرمكم الله، يمين الرجل المذكور على ما ذكرتم هو فيها على حنث، إلا أنها معلقة على وجود من يشاكله في النكاح لقوله: امرأته طالق ثلاثاً ليتزوجن عليها إذا وجد من يشاكله، هذا معنى كلامه، فلا يحال بينه وبين امرأته حتى يجد من يشاكله، فإذا وجد من يشاكله حيل بينه وبين امرأته، لأنه بعد وجود المشاكلة يصير حالاً بالطلاق ليتزوجن، والمشهور حيثئذ [أنه]<sup>(٥)</sup> يحال بينه وبين امرأته حتى يتزوج، فإن تزوج بر وعاد إلى الاستمتاع بها، وإلا ضرب له أجل الإيلاء أربعة أشهر من يوم ترفع ذلك إلى القاضي، فإن أبرأ نفسه زال الإيلاء وإلا طلقت عليه إذا انقضى الأجل إن شاءت، وبالله التوفيق، وكتب على بن محمد بن عبد الحق، [والسلام]<sup>(٦)</sup>.

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: تشارر.

(٣) في ب: لناس.

(٤) في أ، ب: شد.

(٥) سقط من أ.

(٦) زيادة من ب.

(٦٧) [١٤] وسئل أيضاً عن هذه المسألة رضي الله عنه مرة أخرى، ونصها: رجل [تساجر] <sup>(١)</sup> مع زوجته فقال لأناس حضروا معهما حين [المشاجرة] <sup>(٢)</sup>: «اشهدوا علي بالطلاق [الثلاث] <sup>(٣)</sup> لا أزول حتى أتزوج إذا وجدت من أتزوج وتكون من الصنف، وهو يبحث من حين يمينه على الزواج ولا وجد تلك الشروط التي ذكرها، هل تكون يمينه على حث أو على بر لأنه حلف على مستقبل؟

**فأجاب:** يمين الرجل [المذكور] <sup>(٤)</sup> على ما ذكرت هو فيها على حث إلا أنها معلقة، وساق الجواب بنص جوابه المتقدم ولفظه.

قلت: رأى الشيخ رحمه الله تعالى تعليقه اليمين بالتزويج على وجود المشاكلة كالأجل، فله الوطاء إليه، وهذا قوله في «المدونة».

وقيل: ليس له الوطاء إليه، وهو قول غير ابن القاسم في كتاب «العتق» الأول [من «المدونة»] <sup>(٥)</sup>، وأحد قولي ابن القاسم أيضاً في رسم «يوصى» من سماع عيسى من كتاب الإيلاء.

ابن محرر: من حلف بطلاق امرأته ليفعلن فعلاً، فلا يخلو من ثلاثة [أحوال] <sup>(٦)</sup>:

إما [أن] <sup>(٧)</sup> لا يكون ممكناً في الحال ويمكن في ثاني حال.

أو [ما] <sup>(٨)</sup> لا يمكنه أصلاً (ق/ ٨٥ ب)، وهذا الحال على قسمين:

أحدهما: أن يكون امتناعه من الفعل لعدم إمكانه.

والآخر: أن الشرع يمنعه، فالأول من هذين القسمين كأن يحلف بطلاقها ليمس

(١) في أ، ب: تشارر.

(٢) في أ: المشارة.

(٣) في أ، ب: ثلاثة.

(٤) سقط من جـ.

(٥) سقط من أ.

(٦) في ب: أقوال.

(٧) سقط من ب.

(٨) سقط من أ، جـ.



السماء، أو ليحملن هذا الجليل، أو ليشربن هذا البحر، [وشبهه<sup>(١)</sup>] هذا مما يعلم ضرورة أنه لا يطيقها، فهذا ينجز عليه الطلاق، إذ لا يرجى له بالتأخير به.

والقسم الثاني كأن يحلف ليقتلن زيداً أو ليضربن غلامه ضرباً لا يجوز له، ونحو ذلك مما لا يجوز له فعله، فهذا إن رفع إلى السلطان طلقها عليه، وإن هو فعل ذلك بر وباء يائمه.

وأما إن كان لا يمكنه في الحال ويمكنه في ثانی حال، كمن حلف بالطلاق ليحجن العام ولم يأت إبان الخروج للحج، فهو على بر وله أن [يطأ]<sup>(٢)</sup>، وصار كمن ضرب لفعله أجلاً، لأن تقدير يمينه: «لاخرجن إذا أمكنتي ذلك»، فإذا أمكنه فهو كالحالف على ما يمكنه في الحال، فيكون على حث، ويمنع (ق/ ٣٠) من الوطاء، فإذا رفعت امرأته إلى الإمام ضرب له أجل الإيلاء.

قال في الكتاب: «فإذا فعل قبل أجل الإيلاء ما [ير به]<sup>(٣)</sup> سقط عنه «الإيلاء»، معناه: فعل الإحرام بالحج، فانظره.

وانظر كلام الأشياخ على المسألة.

وفى كتاب الإيلاء: من قال لرجل: امرأتى طالق إن لم تهب لى ديناراً، أو قال لامرأته النصرانية: «أنت طالق إن لم تسلمي»، حيل بينه وبينها، ولم يدخل عليه [في]<sup>(٤)</sup> ذلك [إيلاء]<sup>(٥)</sup>، ولكن يتلوم [له الإمام]<sup>(٦)</sup> على قدر ما يرى أنه أراد يمينه، فإن أسلمت أو وهب له الأجنبي الدينار وإلا طلقت عليه.

الشيخ: لأن القصد من ذلك الحال أو ما قرب [فكأنه مؤجل بعادة الناس]<sup>(٧)</sup>.

وقال ابن محرز: وإنما كان ذلك كذلك لأنه أراد التعجيل، ألا ترى أنه كلام

(١) في أ: وشبهه.

(٢) في ب: يطأها.

(٣) في ح: يريد.

(٤) في أ: و.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ج.

(٧) سقط من أ، ب.

يقتضى المجاوبة عما حلف عليه، فلذلك لم يؤخر إلا قدر ما يرى أنه أراد بيمينه، والذي يحلف على [فعل] <sup>(١)</sup> نفسه لم يفهم منه التعجيل، وإطلاق اليمين يتضمن [عموم] <sup>(٢)</sup> الأوقات، فلذلك لم يعجل عليه الطلاق وترك، إلا أن يدخل الضرر على زوجته وتقوم به فيضرب له أجل المولى.

ومقابل المشهور في قول الشيخ في الجواب: «والمشهور أنه يحال بينه وبين امرأته، هو لابن كنانة.

ووجه المشهور أنه لا يعلم هل يفعل ما حلف عليه أم لا، [لأنه يلزمه] <sup>(٣)</sup>، فيمنع ولا يترك يستمتع بفرج مشكوك في إباحته.

ابن يونس: حكى عن أبي محمد وغيره أنه إذا تعدى فوطئ ثم فعل ما حلف [عليه] <sup>(٤)</sup>، أنه لا يلزمه استبراء من ذلك الوطء، [لأن وقفه على الوطء هنا ضعيف، وبعض العلماء يقولون: له أن يطأ حتى يفعل، بخلاف من وطئ] <sup>(٥)</sup> في الطلاق من الرجعى وهو لم ينو بوطئه الرجعة، هذا لا يطأ حتى يستبرئ، لأنه طلق والحالف لم يطلق.

(٦٨) [١٥] وسئل، رضي الله عنه: عن رجل هاجر زوجته وجانبها أربعة أعوام ثم رجع إليها (ق/٨٦ ب) فادعت أنه طلقها، وأقامت على ذلك شاهداً واحداً عدلاً، فقيل للزوج: ما تقول في هذه الشهادة، فقال: هي وهم ولم أطلق قط، فهل طول هذا الهجران مما يحقق هذا أم لا؟

فقال: لا عبرة بالهجران [إن] <sup>(٦)</sup> طال أو قصر، ويحلف ما طلق - لقيام هذا الشاهد - ولا شيء عليه.

قلت: [قال ابن رشد في رسم «إن أمكنتني» من سماع عيسى من كتاب النكاح

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: عدم.

(٣) سقط من أ، ب.

(٤) في أ، ب: به.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ج.

من «البيان»: لو انتقلت امرأة عن زوجها وبانت بنفسها، ولم يظهر منه إنكار لذلك حتى طال الأمر، فتزوجت أو أرادت التزويج وزعمت أنه طلقها فأنكر، للزمتة اليمين وإن لم يكن لها شاهد، لأن هذه الأسباب [تقوم] (١) مقام الشاهد.

قُلْتُ: [ (٢) ] [وانظر] (٣) هل لها النفقة عليه لإقراره بالزوجة وتكذيبه لها [في] (٤) دعوى الطلاق أم لا، لإقرارها بالتطليق.

والمسألة ذكرها ابن يونس في آخر كتاب الأفضية، وذكر فيها كلاماً لسحنون وغيره.

وقال: الذي أراه أنه إذا قدر على وطئها لزمته نفقتها، لأنه مقر بأنها زوجته وقد منعها من الأزواج.

قال: وإذا لم يقدر على وطئها فهي كالناشر.

(٦٩) [١٦] وسئل رحمه الله: عمن طلق زوجته ثلاثاً في كلمة على أن أسقطت عنه كالتها، ثم بقي خمسة عشر يوماً أو نحوها فراجعها ولم يذكر عند ذلك تسمية صداق، ثم مرض فمات، وأقر في مرضه الذي مات [منه] (٥) أنه سمي لها كذا، ما الحكم في ميراثها وصداقها مع أن لها منه بنتاً صغيرة، ولا ولد له سواها، [وله] (٦) عصبية إخوة؟

فأجاب: الإجماع على منع ما فعله، ولا عبرة بالخلاف الشاذ الذي فيه، ويحد فاعله إن كان لا يجهل الحكم، فلما مات فات الحد، ولا ميراث لها، ولا يلحق به الولد، ولها الصداق [بدخولهما] (٧) على النكاح، ومقداره ينظر إلى صداق مثلها مع ما أقر به في المرض، فتأخذ الأقل منهما.

(١) في ب: لها.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ج.

(٥) في ب: فيه.

(٦) في أ: ولها.

(٧) في ب: لدخولها.

**قلت:** قال أبو عبد الله محمد بن القاضى [أبي] (١) الفضل عياض رحمهما الله فى كتابه الذى جمع فيه نوازل أبيه المترجم بـ «مذاهب الحكام فى نوازل الأحكام»: رأيت فى نوازل القرويين: سئل أبو محمد بن أبى زيد عن من طلق امرأته ثلاثاً على كلام جرى بينهما، أو فى يمين حلف فيها [بالطلاق] (٢) ثلاثاً ثم يردّها عليه من يرى الثلاث واحدة، فتلد منه أولاداً بعد ذلك، أيتوارث الزوج والأولاد والمرأة فى الوجهين، أو كيف به إن طلقها أيضاً ثلاثاً فى كلمة واحدة، [أى] (٣) فى كلام جرى بينهما أو فى يمين حلف بها؟!

فقال: الولد لاحق به، لأنه شبهة [ولا يلحق فيه] (٤) طلاق، إذ بانّت بالطلاق الأول.

وأما الموارثة بينه وبين الزوجة، فلا موارثة بينهما، فإن كان عالماً (ق/٨٧ب) بالتحريم لا يجهل ذلك، فلا يلحق به الولد، ولا موارثة بينه وبين الولد، ولا بينه وبين الزوجة، وعليه الحد إلا أن يكون ممن يجهل ذلك أو متأولاً فيكون على ما تقدم من الجواب.

**قلت:** وهذا [كقوله] (٥) فى كتاب القذف [من «المدونة»] (٦): ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثاً قبل أن تنكح زوجها غيره أو أخته من الرضاة أو النسب أو شيئاً من ذوات المحارم عامداً عارفاً بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد، إذ لا يجتمع الحد [وثبوت] (٧) النسب، وظاهره: سواء كان الثلاث مجتمعات أو مفترقات.

(١) فى ب: أبو.

(٢) فى أ، ب: بطلاقها.

(٣) سقط من أ، ب، وكتب فى هامش ج: قوله: «أى فى كلام... إلخ»، لفظ: «أى» غير ثابت فى النسختين المقابل بهما، ولا قوله: «فى كلمة واحدة»، والصواب ما هنا، و«أى» تفسير لسبب الطلاق الثلاث الصادر فى كلمة واحدة.

(٤) فى أ: ويلحقه فيها، وفى ب: ولا يلحقه فيها.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من أ، ب.

(٧) فى ب: وثبات.

ووقع لأصيح في «الواضحة» في نكاح امرأته المبتوتة: «إنه لا يحد مطلقاً، بخلاف المطلقة ثلاثاً»، فتأوله عبد الحق في «تهذيب الطالب» على أن الثلاث مفترقات، [وأما]<sup>(١)</sup> إن كانت في لفظ واحد فلا حد، عالماً كان أو جاهلاً، للاختلاف فيها.

وقال غيره: إن هذا التأويل (ق/٣٥ج) على [قول]<sup>(٢)</sup> أصيح وظاهر «المدونة» خلافه، فإنه لا فرق بين كونها في لفظ واحد أو مفترقات لشذوذ الخلاف في المجتمعات، وبهذا أفتى الشيخ رحمه الله هنا، والذي عزاه اللخمي لمالك في [المبتوتة]<sup>(٣)</sup> الحد.

قال في «المدونة»: وإن تزوج امرأة في عدتها أو على عمتها أو خالتها، أو نكح نكاح متعة عامداً، لم يُحد في ذلك [وعوقب]<sup>(٤)</sup>.

عبد الحق: قال بعض شيوخنا القرويين: إنما لم يُحد من جمع بين المرأة وعمتها وخالتها أو بين الأختين من الرضاع، لأن هذا التحريم بالسنة لا بالكتاب.

وأما جمعه بين أختي النسب [فيحد]<sup>(٥)</sup> فيه، لأنه في الكتاب، وهذا أصل يعتمد عليه أن «ما حرم بالكتاب فهو الذي يُحد فيه لا ما حرم بالسنة» ا.هـ.

ابن حبيب: من شرط أن الداخلة على امرأته طالق، فجهل فنكح عليها فرق بينهما متى عشر عليه، ولها نصف الصداق، وإن بنى بها فلها جميعه، ولا ميراث لها إن مات به، ولو عشر عليه قبل موته وهو مقر بالشرط لم يلحق به الولد ويُرجم.

ابن يونس: قال أبو محمد: انظر قوله: «يرجم» وهذا نكاح مختلف فيه، وابن القاسم يقول: يتوارثان قبل [الفسخ]<sup>(٦)</sup>.

قلت: قول ابن القاسم: «يتوارثان» وقع في رسم «الرهون» من سماع عيسى

(١) في أ: وأنها.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) في ب: المدونة.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من ب.

(٦) في ح: القسم.

من كتاب الأيمان بالطلاق، ونقله في «النوادر» عن كتاب ابن سحنون أيضاً، ثم قال: قال سحنون: لا ترثه لأنها [طلقت]<sup>(١)</sup> حين تزوجها.

وفي «البيان» [عن السيوري] <sup>(٢)</sup> على مسألة [سماع]<sup>(٣)</sup> أبي زيد (ق/ ١٣١) من كتاب الأيمان (ق/ ٨٨ب) بالطلاق في من حلف «إنه إن تزوج فلانة فهي طالق البتة» فتزوجها، فالمشهور أنه يفرق بينهما وإن دخلا، ولا يراعى الخلاف الذي فيه، ومراعاته شذوذ، وإنما الخلاف المشهور في مراعاته في الميراث والطلاق والعدة.

وقيل: إنهما لا يتوارثان، وإن كان هو الميت لم تلزمها عدة إلا إن مات بعد الدخول فتعتد بثلاث حيض، وهو قول مالك في كتاب ابن المواز واختيار ابن القاسم في رسم «الدهون» من سماع عيسى.

قيل: وهو دليل [على]<sup>(٤)</sup> ما في «المدونة»، وعلى هذا لا يكون الفسخ فيه طلاقاً، ولا يلزمه فيه ما طلق قبل أن يعثر عليه، لأنه طلق من قد بانت منه بالعقد، ولا يكون لها من الصداق نصف إن [طلق]<sup>(٥)</sup> قبل الدخول وفرق بينهما قبله.

وقيل: [هما]<sup>(٦)</sup> يتوارثان إن مات أحدهما قبل الفسخ، ويلزمه ما طلق قبل أن يعثر عليه، وإن كان هو الميت اعتدت أربعة أشهر وعشرا [كما في كتاب الله]<sup>(٧)</sup>، ويكون الفسخ طلاقاً، ولها نصف الصداق [إن]<sup>(٨)</sup> فرق بينهما قبل الدخول، وإنما يراعى الاختلاف في وجوب الحد [ولحوق النسب في المشهور].

وقد شدَّ ابن حبيب فلم يراع الاختلاف، فأوجب الحد [و]<sup>(٩)</sup> وأسقط النسب إذا

(١) في ب: مطلقة.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من أ، جـ.

(٥) في ب: طلقها.

(٦) سقط من أ، ب.

(٧) سقط من أ، ب.

(٨) في ب: وإلا.

(٩) سقط من ب.

فعل ذلك علماً غير جاهل، فمراعاة [الخلاف]<sup>(١)</sup> في أن لا [يفرق]<sup>(٢)</sup> بينهما شذوذ، وترك مراعاته في درء الحد و[الحاق]<sup>(٣)</sup> النسب شذوذ وغلو، والاختلاف في مراعاته في الميراث والعدة والطلاق متكافئ في المذهب، ولا خلاف في وقوع الحرمة [به]<sup>(٤)</sup> اهـ.

وتأمل عزوه رحمه الله نفى التوارث لاختيار ابن القاسم في رسم «الرهون» من سماع عيسى، والذي لابن القاسم فيه [أنه]<sup>(٥)</sup> إذا علم الشهود فلا شك أنه ترثه، وإذا لم يعلموا فاختلف فيه ورأى أنها ترثه.

على الجزم بالتوارث نقل المسألة في «النوادر»، ونصه: عن كتاب سحنون: قال: ورواه عيسى عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته: «وكل امرأة أتزوجها عليك طالق البتة»، فتزوج عليها سرّاً ولم تعلم ثم مات، أترثه التي تزوجها عليها [أم لا]<sup>(٦)</sup>؟ قال: نعم ترثه، علم الشهود أو لم يعلموا.

قال سحنون: لا ترثه، لأنها طلقت حين تزوجها. انتهى.

لكنه قال: ابن رشد ورثها منه إذا علم الشهود بتزويجه ودخوله عليها فلم يقوموا عليه حتى مات، لأنه أسقط شهادتهم بترك قيامهم بها، ولم يبطلها سحنون بذلك، فقال: لا يتوارثان وإن علم الشهود، وورثها منه إذا لم يعلموا من أجل أن القيام عليه إنما كان بعد موته لا من أجل الخلاف في ذلك، إذ لم يقل به ولا راعاه.

ولو ماتت هي (ق/٨٩ب) لم يرثها هو على هذا التعليل، وهو قول مالك في رسم «حمل صبيّاً»، يعني من شهد عليه بعد موته بطلاق زوجته فإنها ترثه ولا يرثها. قال: ولو كان القيام عليه قبل موته لا يتوارثا إذا لم يراع الخلاف، وهو مذهبه في

(١) في أ، ب: الاختلاف.

(٢) في ب: فرق.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من أ، ج.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من أ، ب.

«المدونة» إذ جعل عدتها ثلاث حيض.

قال: [وهو على ما] (١) في سماع أبي زيد من أنه لا يفرق بينهما إذا دخلا على مراعاة للخلاف، [ويتوارثان أيضاً مراعاةً للخلاف] (٢).

وبالمشهور في لحوق الولد أفتى في نوازله إن عذر بجهل فيمن [طلق] (٣) عليه الحاكم لكونه حلف بطلاق الميت فيمن يتزوج على زوجته فطلقها عليه الحاكم بالشرط إذا تزوجها ثم تزوجها [ثانية] (٤) فولد له منها.

قال: وإن لم يعذر بالجهالة لم يلحقوا.

قال: وما ولد له منها قبل أن تطلق عليه لاحق [به] (٥) على كل حال.

قال: وقال ابن حبيب: لا يلحق الأولون ولا الآخرون من غير تفصيل، وهو قول ضعيف غير معمول به، وبه أفتى بعض فقهاء العصر.

وفي «المتبعية»: متى عُثر على من تزوج على زوجته، وهو قد شرط لها أن الداخلة عليها بنكاح طالق، فرق بينهما ولها نصف [الصداق] (٦) ولم يبن، وجميعه إن بنى.

وإن مات قبل التفرقة لم ترث، دخل أو لم يدخل، لأن طلاقها وقع حين العقد، فصارت غير زوجة، وجب لها المهر بالميسر.

ولو عُثر عليه قبل موته وقد ولد له منها سئل عن الشرط، فإن أقر به ولم يعذر بجهل، فهو كمن طلق ثم أقام عليها مكرماً بطلاقها رجم ولم يلحق به الولد.

وإن جحد الشرط فرق بينهما، وسقط الحد كما يسقط عمن شهد عليه بالطلاق هو لذلك مكذب، ولحق به الولد.

(١) في أ: وهي.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: طلقها.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ، ب: المهر.



وإن لم يعثر عليه إلا بعد موته، فالولد لاحق به، لأننا لا ندرى ما يكون قوله، وهذا كله قول عبد الملك وأصينغ، قاله بعض الموثقين.

وكتب إلى ابن رشد موسى بن [أحمد]<sup>(١)</sup> قاضى مراكش رحمهما الله فى رجل شهد [عليه]<sup>(٢)</sup> جماعة أنه منذ حلّ ببلدهم لم يروا منه إلا خيراً وأمانة وفضلاً وديانة، وثبت عند قاضيتهم ما أوجب قبول شهادته ويحكم بها ويشهده على أحكامه، ولم يزل القاضى المذكور يتتبع أموره ويستكشف أحواله مدة من الأعوام، فلم يعثر له على زلة، ثم قيم عليه عند ذلك القاضى بعقد تضمن إشهاده فيه (ق/ ٩٠ ب) على نفسه أنه «متى تزوج فلانة فهى طالق ثلاثاً لا تحل له بوجه إذ قد حرمتها»، وفلانة هى التى كانت تزوجها ومكث معها نحو أربعة عشر عاماً، فوقفه القاضى على ما شهد به فى العقد فأنكره، فشهد شهود أن العقد بخط يده، [فأعذر]<sup>(٣)</sup> إليه فى ذلك فادعى أن عنده ما يسقط به شهادتهم، فأجّله القاضى، فما الحكم فى شهادته إن عجز وحكم عليه بإمضاء الطلاق المذكور، هل تحرم [عليه]<sup>(٤)</sup> بذلك ويفسخ ما انعقد بشهادته من المناكح مع شاهد آخر أم لا لما فى المسألة من الخلاف؟

**فأجاب :** إن كان العقد الذى قيم به عليه ثبت بشهادة الشهود الذين أشهدهم على نفسه بما تضمنه وعجز عن الدفع فى ذلك، فالذى أراه وأتقلده مما قيل فيه أن يفرق بينهما، فهو الصحيح عندى من الأقوال المشهورة، ولا يكون ذلك جرحه فيه تسقط شهادته، إلا أن يقر على نفسه أنه تزوجها بعد أن حلف بطلاقها البتة ألا يتزوجها، وهو يعتقد أن ذلك لا يحل له جرأة على الله عز وجل، إذ لو أقر بما تضمنه العقد ابتداءً وقال: «إنما تزوجتها بعد أن حلفت بطلاقها البتة» ألا يتزوجها، لأنه اعتقد أن ذلك يسوغ له لاختلاف أهل العلم فى ذلك، فإنه يعذر فيما فعله ولا يكون ذلك جرحه فيه، لا سيما إن كان مما نظر فى العلم وسمع الأحاديث.

وإذا احتمل أن يكون تزوجها بعد أن حلف بطلاقها البتة ألا يتزوجها على هذا

(١) فى ب: حماد.

(٢) فى ب: فيه.

(٣) فى أ: فاعتذر.

(٤) سقط من ب.

الوجه، وأنه إنما أنكر اليمين مخافة إن أقر بها أن يفرق بينهما على المشهور، لم يصح أن يجرح بأمر محتمل، لا سيما [إن] (١) كان على ما وصف من الشهرة [بالخير] (٢) والتبريز.

أما إن لم يثبت العقد الذي قيم به [عليه] (٣) إلا بالشهادة على أنه خطه، فلا يحكم [به] (٤) عليه إن أنكره، ولا يفرق بينهما وإن عجز عن الدفع (ق / ١٣٢) فيمن شهد [على] (٥) أنه خطه، لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد على ما نص عليه ابن (ق / ٣٦ج) حبيب وغيره، ولو أقر أنه كتبه وزعم أنه لم يكتبه عازماً على إنفاذه ذلك على نفسه بل لينظر ويستشير، وأنه لم ينفذ على نفسه لصدق على ما في «المدونة» وغيرها.

قوله: «وأما إن لم يثبت العقد الذي قيم به عليه إلا بالشهادة على أنه خطه، فلا يحكم به عليه إن أنكره...» إلى قوله: «لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد على ما نص عليه ابن حبيب [وغيره] (٦)، حكاها في سماع أشهب من كتاب الشهادات من «البيان» على قوله في السماع المذكور فيمن كتب إليها زوجها بطلاقها فوجدت من يشهد أنه خط زوجها (ق / ٩١ب) فقال: إن وجدته نفعها ذلك.

وقال: كان يمضى لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن ما حكى ابن حبيب من هذا هو مذهب مالك لا خلاف فيه، وأن معنى قوله هنا: «نفعها ذلك» أن يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق.

[ثم] (٧) قال: والذي أقول به: إن معنى ما حكى ابن حبيب إنما هو أن الشهادة لا

(١) في ب: إذا.

(٢) في أ، ب: في الخير.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من أ، ب.

(٦) سقط من ب.

(٧) سقط من ب.

تجوز على خط الشاهد في ذلك [لأنه]<sup>(١)</sup> لا تجوز على خط الرجل أنه طلق أو أعتق أو أنكح بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالإقرار وبالمال، وذلك بين من قوله ولا تجوز إلا فيما كان مالاً من الأموال ووقعت الشهادة عليها بعينها... إلى آخر قوله، فالصواب حمل قول مالك هنا: «تفعها ذلك» على ظاهره من الحكم لها بالطلاق عليه إذا شهد على خطه به عدلان. اهـ.

فقول ابن رشد في جوابه بأنه لا يفرق بينهما إن عجز عن الدفع في شهادة من شهد عليه أنه خط يده، لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق... إلخ، على ما نص عليه ابن حبيب هو ما كان يمضى له عند من أدركه من الشيوخ لا على ما قال به في معنى كلام ابن حبيب، فتأمل.

(٧٠) [١٧] وسئل رضي الله عنه: عن رجل يرد المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة أو

مفترقات، [هل تجوز]<sup>(٢)</sup> إمامته وشهادته [أم لا]<sup>(٣)</sup> ؟

**فأجاب:** إذا صح ما ذكرتم [فإن الرجل]<sup>(٤)</sup> المذكور ساقط الإمامة والشهادة

مستحق للعقوبة لما انتهك من حرمة الشرع [وإباحة]<sup>(٥)</sup> ما حرم [الله]<sup>(٦)</sup>.

**قلت:** قال ابن رشد في «نوازل»: والقول بأن المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة لا

تحل لمطلقها إلا بعد زوج مما أجمع عليه فقهاء الأمصار ولم يختلفوا فيه، فالكاظم الذي يحلها قبل زوج ويكتب في ذلك المراجعة رجل جاهل قليل المعرفة ضعيف الدين فعل ما لا يسوغ له بإجماع من أهل العلم، إذ ليس من أهل الاجتهاد فيسوغ له مخالفة ما أجمع عليه فقهاء الأمصار [ولم يختلف]<sup>(٧)</sup> مالك والشافعي وأبو حنيفة

(١) في أ، ح: لا أنه.

(٢) في ب: أتجوز.

(٣) سقط من أ، ج.

(٤) في ب: فالرجل.

(٥) في ب: وإباح.

(٦) في ب: الأئمة.

(٧) سقط من أ، ج.

وأصحابهم، وإنما فرضه تقليد علماء وقته، فلا يصح له أن يخالفهم برأيه، [فالواجب] (١) أن ينهى عن ذلك، فإن لم ينته عنه أدب عليه وكانت جرحه فيه تسقط به [إمامته] (٢) [والشهادة] (٣).

وأجاب ابن الحاج بأنه إن اعتقد ذلك أو ثبت [عليه] (٤) أنه فعله في خاصته وأفتى به غيره فذلك جرحه فيه، لأنه تعلق بقول شاذ روى عن بعض المبتدعة وبعض أهل الظاهر وترك ما عليه جمهور العلماء من أئمة السلف من الصحابة والتابعين.  
وإن كان [هذا] (٥) الشاهد إنما عنى قوله أنه رأى هذا القول لمن قاله أو سمعه عنه، فليس ذلك بجرحه فيه. انتهى.

وفي مسلم عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهم «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم، فأمضاه عليهم» (٦).

قال أبو الوليد الباجي رحمه الله: معنى الحديث أنهم [كانوا] (٧) يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات، ونقله أيضاً صاحب «المعلم» عن بعض البغداديين، والمعنى: [أنه] (٨) كان الطلاق الموقع الآن ثلاثاً يوقع واحدة فيما قبل إنكاراً لخروجهم عن السنة.

الباجي: يدل على [صحة هذا] (٩) التأويل أن عمر رضى الله عنه قال: «إن الناس

(١) في أ: فالجواب.

(٢) في ج: الأمة.

(٣) في أ، ب: وشهادته.

(٤) سقط من أ، ج.

(٥) سقط من ب، ج.

(٦) أخرجه مسلم (١٤٧٢).

(٧) سقط من ب.

(٨) سقط من ب.

(٩) في ب: مجتهد.

استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة»، فلو كان حالهم ذلك من أول الإسلام في زمن النبي ﷺ ما قاله ولا عاب عليهم أنهم استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة.

ويدل عليه أيضاً ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه من غير طريق أنه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها مجتمعة.

قال: وإن حمل حديث ابن طاوس على ما تأوله عليه من لا يعبأ بقوله فقد رجح ابن عباس [رضى الله عنه] <sup>(١)</sup> إلى قول الجماعة وانعقد به الإجماع.

**قلت:** وما أظرف [ق/٩٢ب] قول ابن العربي رحمه الله في «العارضة»: وماذا تريدون من حديث رده عمر والصحابة متوافرون فلم يكن [منهم] <sup>(٢)</sup> من رد عليه، هذا ابن عباس يرى إمضاء الثلاث في كلمة وهو الراوى له، فهل لحديث رده راويه وعمر الخليفة مطلب؟! إن هذا لسوء رأى وخطأ في [المذهب] <sup>(٣)</sup>.

**قلت:** كون مذهب الراوي.

وقال الشافعى رضى الله عنه كيف أترك الحديث لقول من لو عاصرت له حججته؟! وقع له هذا رحمه الله فيما إذا كان الحديث ظاهراً وحمله الراوى على غير ظاهره. وأما إن كان الحديث الذى رواه نصاً في دلالة غير محتمل للتأويل، فإنه يتعين نسخه عنده، إذ لا وجه لمخالفة الراوى له سوى اطلاعه على ناسخ له، فيتعين نسخ الخبر عنده.

قال ابن [الحاجب] <sup>(٤)</sup>: وفي العمل نظر، لأنه ربما يكون ناسخاً في نظره ولا يكون ناسخاً عند غيره من المجتهدين، وما ظهر في نظره لا يكون حجة على غيره. وفي بعض طرق هذا الحديث «أتعلم أنه كانت الثلاث تجعل واحدة؟» ولا دلالة فيه للمخالف، إذ يكون المعنى: كانت الثلاث الموقعة إلا أن توقع واحدة.

(١) زيادة من ب.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: «اللدونة».

(٤) في ب: الحاج.

وقيل: يمكن أن يكون المراد فيمن كرر لفظ الطلاق فقال: «أنت طالق [أنت طالق أنت طالق]»<sup>(١)</sup>، فإنها كانت في القديم محمولة على التأكيد، فصار الناس الآن يحملونها على التجديد فالزموا ذلك لقصدتهم له.

المازري: وقد زعم بعض من لا خبرة له بالحقائق أن ذلك كان ثم نسخ، وهذا غلط فاحش لأن عمر رضى الله عنه لا ينسخ، [ولو نسخ] <sup>(٢)</sup> - لبادرت الصحابة رضى الله عنهم إلى إنكار ذلك عليه، وإن كان يريد أنه نسخ [ذلك] <sup>(٣)</sup> فى حياة النبي ﷺ [فمعناه صحيح، ولكنه يخرج عن ظاهر الخبر فى قوله كان على عهد النبي ﷺ] <sup>(٤)</sup> [وأبى بكر]، لأنه إذا نسخ فى عهد النبي ﷺ [ <sup>(٥)</sup> لم يصدق الراوى فيما قال، فإن قال بأن الصحابة قد تجتمع على النسخ فيسمع ذلك منها.

[قلبت] <sup>(٦)</sup>: صدقت، ولكن يستدل بإجماعها على أن عندها نصاً نسخت به نصاً آخر ولم ينقل إلينا الناسخ اكتفاءً بإجماعها، وأما أن تنسخ من [تلقاء] <sup>(٧)</sup> أنفسها فمعاذ الله، لأنه إجماع على الخطأ وهى معصومة منه.

ولو قدر أن النسخ ظهر لهم فى أيام عمر وقد أجمع [عصر] <sup>(٨)</sup> أبى بكر الصديق رضى الله عنه على خلاف حكم الناسخ لم يصح ذلك، لأنه [إجماعاً] <sup>(٩)</sup> على الخطأ ونحن لا نراعى [انقضاء] <sup>(١٠)</sup> [العصر] <sup>(١١)</sup>، وهو مذهب المحققين. اهـ.

وهو من الحسن فى غاية، وقد أتينا به هنا لفوائده، وقد صرح رحمه الله أن غير

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب، ج.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من أ.

(٦) فى أ: قلنا.

(٧) فى أ: قبل.

(٨) فى أ: على، وسقط من ب.

(٩) فى أ، ب: يكون إجماع.

(١٠) فى أ، ب: انقراض.

(١١) فى ب: العمر.

الدر الثبير على أجوبة أبي الحسن الصغير  
الشارع لا ينسخ.

القرافي: في «شرح التنقيح»: الناسخ في الحقيقة هو الله تعالى لقوله تعالى: ﴿مَا نُنسخُ مِنْ آيَةٍ...﴾ (١). (ق/ ١٣٣).

وقال الكرمانى: يطلق الناسخ على الله حقيقة، [وعلى] (٢) خطابه مجازاً.

(٧١) [١٨] وسئل رضي الله عنه: عمن طلق زوجته طلقتين شهد بهما، إحداهما

خلعية، [ثم أراد مراجعتها] (٣) وادعت الزوجة أنه طلقها ثلاثاً ثم أراد المراجعة؟

فقال: تمتع الزوجة من مراجعتها لإقرارها بالثلاث وملكها نفسها. فإن قيل: ما

فائدة كون الزوجة لا تصدق على الزوج؟

قيل: [منع] (٤) بقائها في العصمة.

قلبت: بنحو هذا أفتى ابن الحاج في المسألة [في نوازل] (٥)، وهو المنصوص

عليه لابن القاسم (ق/ ٣٧ج) في «العتبية» في رسم «جاع» من سماع عيسى من كتاب النكاح، وفي سماع أصبغ من كتاب طلاق السنة.

وحكى ابن رشد الاتفاق عليه وأنه لا يقبل تكذيبها نفسها.

قال في السماع: وإن تزوجته فرق بينهما، فإن شهد عليها بذلك شاهد واحد

وهي منكرة، فقال في سماع عيسى: لا تحلف.

وقال [في سماع] (٦) أصبغ: تحلف، فإن لم تحلف لم أر أن تمتع منه بحكم وخلي

بينهما وبين ذلك، وقاله أصبغ.

ابن رشد: وفيه نظر، إذ لا معنى ليمين لا يوجب النكول عنها حكماً، فالقياس

إذا نكلت أن تمتع من ذلك.

(١) سورة البقرة: ١٠٦.

(٢) في أ: ولا على.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: مع.

(٥) سقط من أ، ج.

(٦) سقط من ج.

قال: (ق/٩٣ب) ولو ادعت ذلك وهي في العصمة ثم [تصالحا]<sup>(١)</sup> فأرادت نكاحه قبل زوج وقالت: كنت [كذبت]<sup>(٢)</sup> وأرادت [الرجعة]<sup>(٣)</sup> منه، لصدقت ولم تمنع من [مراجعته]<sup>(٤)</sup> ما لم تذكر ذلك بعد أن بانث منه، كذا لابن المواز في سماع أصبغ.

وفي سماع سحنون من كتاب طلاق السنة: إن ادعت أنه طلقها ولا بينة لها [ثم]<sup>(٥)</sup> يموت فطلبت الميراث، وتقول: «إنما ادعيت ذلك بغضاً للمقام معه ولم يطلقني»، فإن لها الميراث، ورواه محمد بن خالد عن [ابن]<sup>(٦)</sup> نافع.

وحكى عن ابن رشد عن بعض رواة أهل المدينة أنها لا تصدق فيه ولا في الرجوع لزوجها. [وقال سحنون: لها الميراث، ولا تمكن من الرجوع لزوجها]<sup>(٧)</sup> إلا بعد زوج.

[ابن رشد]<sup>(٨)</sup>: ولو زعمت بعد أن صالحته أنه طلقها البتة، أو بعد أن مات أنه طلقها، ثم أرادت نكاحه أو الميراث، فلا تمكن من نكاحه ولا ترث.

وروى زياد بن جعفر عن مالك في «المدونة» إنها ترثه إن مات وهي ثابتة على قولها، وهو بعيد.

وقال ابن الحاج في «نوازله»: وإن كذبت نفسها فيما أقرت أنه كان طلقها تطليقتين، وكان إقرارها بذلك في العصمة، فلها المراجعة بعد يمينها في مقطع [الحق]<sup>(٩)</sup>، إن ذلك الإقرار منها [إنما]<sup>(١٠)</sup> كان لأمر تذكره، مثل الإساءة إليها منه أو

(١) في أ، ب: صالحها.

(٢) في أ، ب: كاذبة.

(٣) في ج: الراحة.

(٤) في أ: مراجعتها.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

(٨) في ب: ابن بشير.

(٩) في أ: الحقوق.

(١٠) في أ: أنه.



بغضه فيها أو شبه ذلك مما يظهر به عذرها في إقرارها بالتطليقتين، وإن نكلت عن اليمين لم تصح بينهما مراجعة، لأن الزوج قد كمل عليه بالتطليقة المحكوم عليه [بها]<sup>(١)</sup> ثلاث، ولو أقرت بالتطليقتين بعد انصرام العصمة لم تمكن من ذلك.

وقال ابن الحاج أيضاً فى رجل قام على امرأة فزعم أن أباهم أنكحها منه وأبوها منكر، فنبت النكاح وسجل به للزوج وهربت الزوجة ووالدها، فبينما هو يريد أن يتبعها توفى: إنها إن رجعت إلى الإقرار بالنكاح فلها الميراث وإلا فلا، كمن أقر بحق لرجل وهو ينكره.

قلت: ومن هذا المعنى: المعتدة من طلاق [رجعى]<sup>(٢)</sup> [وهي]<sup>(٣)</sup> تقول: قد انقضت عدتي، ثم أكذبت نفسها، فإنها لا تصدق ولا يتبعها زوجها.

قال فى كتاب إرخاء الستور: [لأنها]<sup>(٤)</sup> داعية إلى إجازة النكاح بغير صداق ولا ولي.

قال اللخمي رحمه الله: ولا نفقة لها ولا ميراث إن مات زوجها، إلا أن يتبين صدقها.

فإن قالت: «أنا حامل»، نظر إليها النساء، فإن تحقق بالظهور أو بالحركة، فلها النفقة فى الحياة والميراث، بعد [الموت]<sup>(٥)</sup>.

(٧٢) [١٩] وسئل رضي الله عنه: من مدينة تازي: عن خالع زوجته، ثم بعد الخلع بمدة اجتمعت أخته مع الزوجة فقالت لها: لم تقولين الكلام القبيح فى أخي ولعلك تراجعينه ويكون الخير؟ فقالت لها: «هو عليّ حرام كأبي وأمي»، فبلىّفت الأخت ذلك [لأخيها]<sup>(٦)</sup> فقال لها: «وهي أيضاً عليّ حرام كأبي وأمي»<sup>(٧)</sup>، ثم سئل

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من أ، ب.

(٤) فى أ، ب: لأنه.

(٥) فى ب: المات.

(٦) فى ب: إلى أخيها.

(٧) سقط من أ.

الزوج عن نيته فقال: «لم تكن لي نية [إلا الظهار، ثم بعد ذلك سئل عن نيته فقال: لم تكن لي نية]»<sup>(١)</sup> أصلاً، ثم بعد ذلك سأل شاهدين عدلين ما الذي يلزمه فقال لهما: كنت فارقت زوجتي فلانة فأردت مراجعتها فبلغني عنها أنها لما سمعت ذلك عني قالت: هو عليّ حرام، فقلت أنا حين بلغني ذلك عنها: «وهي أيضاً عليّ حرام، وتقيد على كل [مقالة]»<sup>(٢)</sup> من هذه [المقالات]»<sup>(٣)</sup> رسم وشهد فيه الشاهدان اللذان ذكر لهما المقالة الأخيرة، وذيلًا بعد شهادتهما أنه جاءهما مستفتيًا وأدياها عند القاضي فقبلهما وكتب القاضي في ذلك يسأل ما الحكم؟

**فأجاب** أعزه الله بطاعته: لا يصدق الرجل أنه أراد «بالحرام» «الظهار»، وكونه جاء الرجلين مستفتيًا لا يوجب تصديقه، لأن «الحرام» من كنايات الطلاق الظاهرة، فلا ينصرف بالنية (ق/٩٤ب) إلى الظهار كما لا ينصرف صريح الطلاق [إلى الظهار]<sup>(٤)</sup> على المنصوص فيهما، ولأنه قد صار مشهودًا عليه لو كان مما ينوى فيه إذا جاء مستفتيًا، ولأنه متماد على إقراره بذلك، وما ينوى فيه الخالف إذا جاء مستفتيًا إذا صار مشهودًا عليه أو أقر بذلك عند القاضي قضى عليه بظاهر لفظه، فكيف بما لا ينوى فيه إذا جاء مستفتيًا، اللهم إلا أن يثبت أن المفارقة المذكورة كانت لُفِظت بالظهار وأن تحريم المفارق جاء في سياق الجواب، فيصدق في نه أراد بـ«الحرام» الظهار، ومقالته الأولى [أيضًا]<sup>(٥)</sup> لا توجب تصديقه، إذ ليست بساطًا لمقالته الثانية، وإنما البساط ما كان من الكلام مشيرًا لكلام آخر بحيث يكون جوابًا له، وبالله تعالى التوفيق، وكتب فلان.

فعرض الجواب المنصوص مع سؤاله على سيدنا الفقيه العالم [العلم]<sup>(٦)</sup> أبى إسحاق رضى الله عنه فقال: «لا يلزم هذا الرجل سوى الظهار»، فباحثته في ذلك

(١) سقط من أ، جـ.

(٢) سقط من جـ.

(٣) في جـ: المقالة.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من جـ.

(٦) سقط من ب، جـ.

فقال لي: أما الرسم الأول فلا خفاء إلا يلزم [به] <sup>(١)</sup> سوى الظهار، وأما الرسم الأخير الذي شهد به الشاهدان على طريق الاستفتاء فإما أن يكون إنشاءً أو إخباراً عن مقتضى الرسم الأول، فإن كان إنشاءً فلا شيء [فيه] <sup>(٢)</sup> [عليه] <sup>(٣)</sup> أصلاً، لأنه تحريم فى أجنبية بغير تعليق بمراجعة.

**فقلت:** بل هو تحريم معلق بمراجعة، بدليل قوله: «فأردت مراجعتها فبلغني [عنها أنها لما سمعت] <sup>(٤)</sup> ذلك...»، إلى قوله: «فقلت: وهى عليّ أيضاً حرام»، فتازعنى فيه ولم يسلمه.

ثم قال: وإن كان إخباراً عن الأول فلا شك أنه تقرر أن القضية الأولى كانت ظهاراً لما فيها من ذكر الأم والأب، والسائل مستفت، فيصدق أنه إنما أراد القضية الأولى فنى أن يقول للشاهدين تمامها، فلا يمنع الآن من تميمها.

**فقلت:** لا نسلم أنها خبر ولعلها إنشاء تعليق كما تقدم، وإن سلمنا أنه إخبار فلعله [لما] <sup>(٥)</sup> أقر عند القاضى وشهد عليه عنده وسأل فى ذلك القاضى، انتقلت المسألة من حال الفتيا التى يصدق (ق/ ١٣٤) فيها [إلى حال] <sup>(٦)</sup> ما يقضى [به] <sup>(٧)</sup>.

فقال: لا فرق، ولم يزل على حكم المستفتى، فذكرت الحجة كلها للسيد الفقيه أبى الحسن فتمسك بأن لا نسلم أنه مخبر وإن كانت قرينة ما تقيد فى [الرسوم] <sup>(٨)</sup> قبله تدل عليه لكن له كان مستفتياً، فأما الآن بعد أن صارت المسألة عند القاضى فيؤاخذ بما أقر به، إذ هو متماد على إقراره.

**قلت:** الأظهر - والله أعلم - مؤاخذته بالأمرين، فيلزمه الحرام، فإن تزوجها بعد زوج لزمته كفارة الظهار لإقراره به، فهو بقوله الأول مظاهر وبالثانى محرم،

(١) فى أ، ب: بها.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ، ب.

(٥) فى ج: بما.

(٦) فى ب: الرجال.

(٧) سقط من ب.

(٨) فى ب: الرسم.

وكلا قوله تعليق بمراجعة لاقتضاء [السياق ذلك]<sup>(١)</sup>، فتكون المسألة كمسألة كتاب إرخاء الستور.

وقول الشيخ رحمه الله: «لا يصدق [الرجل]<sup>(٢)</sup> أنه أراد به «الحرام» الظهار...» إل قوله: «لأن الحرام» من كنايات الطلاق الظاهرة فلا ينصرف بالنية إلى الظهار، هو المنصوص في كتاب التخيير والتملك.

قال: وإن قال لها قبل البناء أو بعده: «أنت عليّ حرام»، فهي ثلاث.

قال: وإن قال: «أردت بذلك الظهار»، لم يصدق.

ابن يونس: لأن معنى الطلاق لا يكون ظهاراً وإن نوى به الظهار.

وحكى صاحب «البيان في رسم «أسلم» من سماع عيسى من كتاب التخيير

والتملك عن اللخمي: عن سحنون في «العتبية»: إنه يكون ظهاراً.

ابن رشد: وليس بموجود له في «العتبية» عندنا، فأراه غلطاً.

وعن يحيى بن عمر: يلزمه الأمران، وإنه إن تزوجها بعد زوج لم يقربها حتى

يكفر كفارة الظهار.

قال: وهذا قول من لم يتبين له في المسألة حكم.

(٧٣) [٢٠] وسئل رحمه الله: عن رجل خالغ زوجته فأسقطت عنه بقية كالثها

قبلكه، وقد كان قبل الخلع طلبته ببعضه وسجته فيه، فأتى بعدد ووضعه على يد

[رجس]<sup>(٣)</sup> عدل حتى ينظر [حاله معها]<sup>(٤)</sup>، ثم آل أمرهما إلى الخلع، فلما

(ق/٣٨ج) وقع الخلع طلب استرجاع دراهمه، فقال: إنما فارقتها على جميع ما بقي

في رسم الصداق على ظاهر لفظ الموثق، وقالت الزوجة: إنما خالمتها على بقية الصداق

(ق/٩٥ب) بعد قبضي لما بيد العدل؟

(١) في ب: النسيان لذلك.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) في أ، ب: حالها معه.

فقال الشيخ: القول قول الزوج، لأن الذي بيد العدل على ملكه وهو أوقفه،  
بدليل لو ملك كان منه، ولأن قوله: «بقية الصداق المذكورة فيه»، إنما هو جميع ما  
بقي فيه.

قُلْتُ: في سماع أشهب من كتاب التخيير والتمليك من «العنتية» في رجل قال  
لامرأته بحضرة شهود: هل لك عندي شيء؟ فقالت: لا ليس لى عندك شيء ولا لك  
عندي شيء، فقال: اشهدوا أنها قد برئت منى وبرئت منها، فافتراقا ثم طلبت المرأة  
شيئاً كان لها عنده . فقال مالك: إن كانا أرادا المباراة فلا شيء لها.

قيل: إنها تقول: لم أرد ذلك، ويقول الزوج: ذلك الذى أردت.

قال: يُسأل الشهود، فإن قالوا: كنا نرى أنهما يريدان المباراة، فلا شيء لها.

فإن لم يشهدوا إلا بنص مقاتلتهما فلا شيء لها.

[ابن رشد]<sup>(١)</sup>: معنى المسألة أنها طلبت متاعاً كان لها عنده، والزوج مقر به إلا

أنه يدعى أنه صار له بالمباراة.

ولو جحد أن يكون لها عنده ذلك لصدق دون يمين لقولها: «ليس لى عندك

شيء»، [فلما كان الزوج مقرّاً لها به لم ينتقل ملكها عنه إليها بقولها: «ليس لى

عندك شيء»]<sup>(٢)</sup>، لأنه فى ظاهره إخبار بكذب إلا أن يتبين أنها أرادت أنها قد تركته له

على وجه المباراة فلذلك قالت: «ليس لى عندك شيء»، فلذلك قال مالك: «يُسأل

الشهود فإن قالوا: كنا نرى أنهما أرادا المباراة لم يكن لها شيء».

يريد: وإن قالوا: كنا نرى أنهما لم يريدا المباراة أخذت متاعها، ولزم الزوج

الطلاق، ورأى أن الأمر على ما وقع محمول على المباراة إذا لم يتبين للشهود ما

أراداه، وذلك بين فى قوله آخر المسألة: إن لم يشهدوا إلا على مقاتلتهما فلا شيء

على الزوج، [ورأى أن الأمر]<sup>(٣)</sup> صحيح فى المعنى أيضاً، لأن سكوتها [عند]<sup>(٤)</sup>

(١) فى ب: ابن بشير.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ، ب.

(٤) فى ب، ج: على.

قوله للشهود: «اشهدوا أنها قد برئت منى وبرئت منها»، دليل على إقرارها بإرادة المبارة، وفي إعمال شهادة الشهود بما ظهر لهم من قصد المشهود عليه وإرادته خلاف إجازتها هنا.

وفي سماع أصبغ من كتاب التدبير، وزاد أصبغ: أن للشاهد أن يثبت الشهادة بذلك، ولم يُعملها في رسم «الكبش» من سماع [عيسى]<sup>(١)</sup> من كتاب الأيمان بالطلاق.

**قلت:** وبالعامل بشهادة الفهم [حكم]<sup>(٢)</sup> ابن عبد السلام رحمه الله وكان ذلك في مال عظيم، وهو عندى مقتضى ما أفتى به الشيخ العلامة أبو سعيد فرج بن لب الغرناطى رحمه الله تعالى، فإنه سئل عن من شهد عليه وهو بحال مرض [ملازم]<sup>(٣)</sup> الفراش أنه قيل له: تعطى للجامع شيئاً ترى شاهدين قد حضرا، فقال: كم أعطى؟ فقال له أحد الشاهدين: تعطيه الثلث، قال: نعم، وكتب بذلك رسماً؟

**فأصاب:** الأمر فيه متوقف على ما فهمه الشاهدان عند تحمل الشهادة، فإن أديا على أنهما فهما معنى الوصية والقصد إليها، عمل على ذلك.

وإن أديا على أنهما فهما الوعد بعطية فى الحياة لا على تبديل العطية ولا على معنى الوصية، فلا يجب له بذلك شيء.

وإن لم يكن عند الشاهدين زيادة على ما تقيد عنهما، حمل ذلك على حكم الوصية لأجل ذكر الثلث.

(٧٤) [٢١] وسئل رضي الله عنه من مدينة سلا: عن امرأة هضمت عن مفارقها مملوكة صداقها كانت عليه، وأشهدت بذلك في رسم نصه: هضمت فلانة عن مفارقها فلان المملوكة المقيدة لها عليه هضمًا كلياً وقبل ذلك منها، ثم تفاصلا في جميع الأمور المالية كلها، قلبها وكثيرها بالتفاصيل التام المطلق العام، وتساقط جميع الدعاوي وعلق الأيمان وشهود السر والإعلان والشهادات المستحفظات، ما تكررت

(١) في أ، ب: يحيى.

(٢) في أ: حكى.

(٣) في أ، ب: ملتزم.

وتناهت، وأن أحدهما متى قام على الآخر كان قيامه وقيام القائم [عنه] <sup>(١)</sup> باطلاً وحبته داحضة وبيته زور إفكة، شهد عليهما بذلك من (ق/٩٦ب) أشهاد بحال صحة وجواز وطوع وعرف الرجل وعرف بالمرأة تعريفاً تاماً وفي كذا، وعلى أن هضم فلانة [المملوكة] <sup>(٢)</sup> المذكورة لمفارقها المذكور إنما هو على وجه الهبة لله تعالى وإبقاء للمودة واتباعاً لقول الله تعالى: ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾ <sup>(٣)</sup> من غير متوبة لها على ذلك، وبه وبالجميع شهد، وفي إسهاد المفارق المذكور أن ما أوقعته المفارقة المذكورة عليه من الطلاق بحكم الشرط لا يقوم فيه بحجة، وأنه متى قام فيه بحجة فهي باطلة، وعلى ذلك ومن أجله هضمت عنه [مفارقتها] <sup>(٤)</sup> المذكورة المملوكة المذكورة لا على وجه الهبة لله تعالى، وكله في التاريخ، ثم [لما] <sup>(٥)</sup> توفى المفارق المذكور قامت المرأة المذكورة تطلب مملوكتها من تركة مفارقها المذكور، وادعت أنها لما هضمتها عنه لله تعالى وأعلمه شهود الرسم بذلك بعد أن خرجوا من عندها رد الهبة، وقال لهم (ق/ ١٣٥) لا أقبلها منها لله تعالى وإنما أقبلها على أنني لا أقوم عليها بحجة في الطلاق الذي أوقعته على بحكم الشرط، ولذلك أضرب شهود الرسم [عن] <sup>(٦)</sup> قولهم: «على وجه الهبة لله»، بقولهم حكاية عنه في [الفصل الآخر] <sup>(٧)</sup> من الرسم: «وعلى ذلك ومن أجله هضمت عنه المملوكة لا على وجه الهبة لله تعالى»، وأقامت شاهدين [من] <sup>(٨)</sup> الأربعة الذين شهدوا في الرسم المذكور لدى القاضي أحدهما [هو] <sup>(٩)</sup> كاتب الرسم، وشهدا عنده بجميع ما تضمنه الرسم إلا قبول المفارق من مفارقتها هضم المملوكة، لأنه قال: «لا أقبلها على وجه الهبة»، وإنما قال: «أقبلها على أنني لا أقوم

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ، ب.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٤) في أ، ب: عائشة.

(٥) في ب: قلت.

(٦) في ح: في.

(٧) في أ: اللفظ الأخير.

(٨) سقط من ب.

(٩) سقط من أ، ج.

عليها بحجة في الطلاق الذي أوقعته عليَّ بحكم الشرط، حسبما ذكر عنه في الفصل الآخر من الرسم، وأنهما لم يرجعا إلى المرأة [فيعلماها] <sup>(١)</sup> بذلك، فهل - رضي الله عنكم - [يُعد] <sup>(٢)</sup> قول المفارق ذلك ردًا للهبة أم لا؟ وإن كان ردًا فهل يكون بذلك للمرأة مقال مع ما وقع من التفاصيل المذكور أم لا؟ وإن [أدى] <sup>(٣)</sup> الشاهدان الباقيان من الرسم أو أحدهما بنص الرسم ولم يفسر ما أجمل في الرسم من قوله: «من أجل ذلك هضمت عنه مفارقتة المذكورة المملوكة...» إلخ الفصل، هل هو حكاية عن المفارق خاصة أو عنهما معاً أو إضراب عما ذكر من [أن] <sup>(٤)</sup> الهبة لله تعالى، فعلى ماذا يحتمل؟ وهل تعمل شهادته أو لا تعمل وتكون شهادة من فسر من شهود الرسم عمل، بينوا لنا ذلك بياناً شافياً؟

**فأجاب:** إذا ثبتت الهضمية والمفاصلة المذكورتان فوقه، [فدعوى] <sup>(٥)</sup> المرأة المذكورة فيها بعد [موت] <sup>(٦)</sup> مفارقتها أن مفارقتها المذكور رد عليها هضمة المملوكة لما قالت [له] <sup>(٧)</sup>: «[إنها] <sup>(٨)</sup> علي وجه الهبة لله تعالى» ساقطة، لأنها من جملة الدعاوى التي التزم إسقاطها في المفاصلة المذكورة، وكذلك إذا أتت على دعواها المذكورة بينة، فهي مطروحة لا حكم لها ولا تأثير لالتزامها فيها أيضاً إسقاط البيئات، وما تقيد في الرسم من أن هضيمتها على الهبة لله تعالى، وتقيد على الزوج أنها عوض [تركه] <sup>(٩)</sup> القيام على مفارقتة المذكورة في الطلاق الذي أوقعته عليه بحكم [الشرط] <sup>(١٠)</sup> غير قادح في الهضم المذكور لاتساق الفصلين في اقتضائهما سقوط المملوكة المذكورة

(١) في أ: فيعلموها.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، ج: ادعى.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: فإن دعوى.

(٦) في أ، ب: وفاة.

(٧) سقط من ج.

(٨) في أ، ب: إنه.

(٩) في أ: ترك.

(١٠) في أ: الشرع.



[عن<sup>(١)</sup>] المفارقة [المذكورة]<sup>(٢)</sup>، ولو قُدِّرَ اتفاق الفريقين على إشهدهما على أنفسهما بأحد الفصلين كائناً ما كان [منهما لكان]<sup>(٣)</sup> أخرى في السقوط المذكور على ما لا يخفى.

فتلخص أن المملوكة المذكورة ساقطة عن المفارق [المذكور بإسقاط مفارقتة]<sup>(٤)</sup> المذكورة إياها عنه، وأنها لم تبق لها فيها حجة ولا مقال، وبالله التوفيق (ق/٩٧ب)، وكتب على بن محمد بن عبد الحق الزرويلي، والسلام.

قلت: الحق أن الهضم لم يتمحض لله عز وجل، [بل]<sup>(٥)</sup> في مقابلة المفاصلة [في جميع الأمور المالية حسبما انعقد في الرسم، وإلا لما ذكر معاً في الرسم، فتبين أنه لم يكن تبرعاً، فتنفذ الأمة للزوج على معنى المعاوضة]<sup>(٦)</sup>، وقد اختلف في لحوق العطايا المقارنة للعقود أو التي بعدها لإصلاحها بها على ما هو معلوم، [وقد نص (ق/٣٩ج) أبو عمران أنه إن زوج كسل واحد من الرجلين أخته من صاحبه بمهر معلوم، فإنه يجوز إن لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر، فإن فهم ذلك لم يجوز وكان من وجه الشغار.

وقال الشيخ رحمه الله: والبيع والسلف في مجلس أو مجالس إذا فهم الشرط لا يجوز، وأبطل الشيخ دعوى المرأة الهبة في الأمة بسبب أنها من جملة الدعاوى الملتزم إسقاطها في رسم المفاصلة، وفيه نظر لأن شهود المفاصلة شهدوا عليها بالهبة وعلى المفارق بعدم قبولها، بل على ألا يقوم عليها بحجة في الطلاق الذي أوقعت عليه بحكم الشرط. وقد قال الموثقون: [إن]<sup>(٧)</sup> مدار الوثائق على ما تضمنه الإشهاد وما سواه مسطرة]<sup>(٨)</sup>.

(١) في ب، ج: على.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من ب.

(٨) سقط من أ.

(٧٥) [٢٢] وسئل رحمه الله عن زوجة خالعت على أن تحملت بنفقة ابنتها إلى سقوطها بالواجب على قول المغيرة الذي عليه العمل، ثم إنها تزوجت فاستحقت أم الزوج الحضانة لسقوطها للأم بالتزويج، ولم يكن من ذوي رحم الأم من يستحقها، فطلبت أم الزوج - وهي الجدة - النفقة، فقال [الزوج]<sup>(١)</sup>: قد تحملت بها الزوجة عني إلى السقوط بالتزويج فهي تعطيتها، وقالت الزوجة: إنها تحملت ظناً مني أنكم لا تأخذونها مني ولو تزوجت وتبقى معي، فردوها لي أنفق عليها، فامتنعت الجدة من ردها وطلبت النفقة، على من تكون؟

فلم يحضره فيها نص، ولكن قال: لو ماتت المختلعة لزمت نفقة هذه البنت في تركتها كما التزمت، لأنها عن عوض فلا تسقط [بموتها]<sup>(٢)</sup> كسائر الديون، [فإذا ثبت هذا فلا تسقط عنها]<sup>(٣)</sup> بتزويجها.

قيل له: هل تعذر بالجهل لظنها أنها لا تنزع منها؟

فقال: لا يجهل النساء انتزاع الولد منهن عند النكاح، ألا ترى أن من أرادت ذلك منهن تشترط عند عقد الخلع ألا ينتزع الولد منها، تزوجت أو تأيمت، سافرت أو أقامت، فالراجع بقاؤها عليها.

وفي الأجوبة لابن رشد: إذا خالعتها على ذلك ثم تزوجها هو [فطلب منها]<sup>(٤)</sup> النفقة على الولد كما تحملت؟

**فأجاب:** بسقوطها عنها حين تزوجها هو، [وكل]<sup>(٥)</sup> الفرق بينها وبين هذه.

**قلت:** زاد في الأجوبة: ولا تعود عليها إذا طلقها ولم تتحمل له بها ثانية. اهـ.

وانظر إذا أخذ الولي منها الولد لانتقاله عن البلد، هل تسقط عنها النفقة أم لا؟!

وقول الشيخ رحمه الله: [ولو]<sup>(٦)</sup> ماتت المختلعة لزمت نفقة هذه البنت في

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: لكونها.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: فطلبت منه.

(٥) في أ، ج: ولكن

(٦) سقط من ب.

تركها»، صرح به في «المدونة» فيما إذا خالعاها على أن ترضع الولد وتنفق عليه ما دام في الحولين.

ومقتضى قول الشيخ هنا أن الحكم كذلك إذا اختلعت منه على أن تنفق عليه حتى تسقط [عن<sup>(١)</sup>] الأب شرعاً على قول المغيرة المعمول به.

ونحوه [قوله في<sup>(٢)</sup>] وثائق ابن كوثر: ولو ماتت وقف [من<sup>(٣)</sup>] مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة التي التزمتها.

قال بعض أصحاب ابن عرفة، وهو أبو القاسم بن ناجي: وبه أفتى شيخنا أبو يوسف يعقوب الزغبى قال: وأفتى شيخنا - [يعنى ابن عرفة<sup>(٤)</sup>] أنه لا يؤخذ من تركتها لأجل الخلاف.

[وقوله<sup>(٥)</sup>]: «لا يجهل النساء انتزاع الولد منهن عند النكاح»، قال رحمه الله في «التقييد»: كل من ادعى الجهل فيما الغالب أنه يجهل مثله، فالقول قوله، وإن كان الغالب أنه لا يجهل [مثله<sup>(٦)</sup>] فلا يصدق.

(٧٦) [٢٣] وسئل رحمه الله تعالى من مدينة تازي عن مسألة ذكرها أبو القاسم الجزيري في «وثائقه»: فيمن خالغ زوجته [وهي<sup>(٧)</sup>] حامل، فأراد مراجعتها، فقال: إن وقع الخلع قبل ستة أشهر لم يراجعها بعدها، لأنها حيثئذ [يحكم لها<sup>(٨)</sup>] بحكم المريضة، وإن وقع بعدها فله مراجعتها، إذ ليس له إلا الأقل من الميراث أو الخلع، فما الفرق وظاهرها يقتضي المنع لتساويهما في المرض وإدخال وارث، بينوا لنا [ما<sup>(٩)</sup>]

(١) في ب: على.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: على.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: وقول الشيخ.

(٦) سقط من ب.

(٧) سقط من ب.

(٨) سقط من أ، ب.

(٩) سقط من أ.

## الفرق؟

**فأصحاب:** أكرمكم الله، ما ذكره الجزيري من إجازة مراجعة الحامل بعد ستة أشهر من طلقه خلعية وقعت عليها [بعد]<sup>(١)</sup> انقضائها، هو على أصل ابن القاسم في «المدونة» أن خلع المريضة يجوز على [مثل]<sup>(٢)</sup> الميراث فأقل وهو مبنى على القول بالذرائع، والذريعة هنا التهمة على قصد الوصية للوارث إن كان الخلع بأكثر من ميراثه منها، ولهذا لا يرثها [إن ماتت من المرض المذكور إما لظهور البيونة وإما لخوف القصد إلى الوصية للوارث، ولهذا أيضاً لا يرثها]<sup>(٣)</sup> إذا راجعها في هذا الوجه وماتت من المرض المذكور، ومن أجله جازت (ق/ ١٣٦) المراجعة المذكورة وكان حكم المراجع حكم من تزوج كتابية أو أمة.

أما إن كانت المخالعة قبل انقضاء ستة أشهر، [فوجه قوله: إن مراجعته إياها لا تجوز بعد ستة أشهر، أن مخالعته إياها قبل ستة أشهر]<sup>(٤)</sup> مخالعة صحيحة لا حجر عليها في مالها، وما بذلته من العوض عوض العصمة [على]<sup>(٥)</sup> الحقيقة، ولا تهمة على قصد الوصية إلى الوارث، فإذا راجعها في هذا الوجه كانت المراجعة كابتداء نكاح المريضة، فمنعت لعل إدخال وارث، لأن هذه المراجعة تقتضي الميراث، فمنعت للعلل المذكورة، وفي الوجه الأول المراجعة لا تقتضي الميراث (ق/ ٩٨ ب) إذا ما بذلته الزوجة كأنه الميراث للتهمة على قصد الوصية للوارث، والتهمة المذكورة مستتفة في المخالعة قبل الستة أشهر، إذ ما بذلته المرأة عوض العصمة على الحقيقة حسبما تقدم، فظهر الفرق.

ومع هذا كله فهذا المذهب استحسان، وفي المسألة قول ثان: أن خلع المريضة يجوز بخلع مثلها كبيع المريض وشراؤه.

وفيها قول ثالث: إن حملة ثلثها مضى كهبة المريض، لأن الزوج طلق بطوعه،

(١) في ب، ح: قبل.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ح: عن

هذا نقل اللخمي .

ونقل ابن رشد ثلاثة أقوال [أيضاً]<sup>(١)</sup>، فيها القول [الأول]<sup>(٢)</sup> بعدم جواز خلع المريضة مطلقاً، ولم ينقله اللخمي ولم ينقل ابن رشد هذا الثالث، فتلخص من مجموع نقلهما أربعة أقوال .

قلت: [القول]<sup>(٣)</sup> [الثاني]<sup>(٤)</sup> [الذي ذكره الشيخ]<sup>(٥)</sup> عزاه ابن رشد الرواية ابن وهب عن مالك، و[القول]<sup>(٦)</sup> الثالث عزاه اللخمي لعبد الوهاب .

ومسألة خلع المريضة [ذكرها في «المدونة» و]<sup>(٧)</sup> نصها في «التهذيب»: قال مالك: وإن اختلعت منه في مرضها [وهو صحيح]<sup>(٨)</sup> بجميع مالها، لم يجز ولا يرثها .

قال ابن القاسم: ولو اختلعت منه على أكثر من ميراثه منها، لم يجز .

فأما على مثل ميراثه منها أو أقل فجائز ولا يتوارثان .

ابن نافع: يلزمه الطلاق، ولا يجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه، مثل ما فسر ابن القاسم .

وقال ابن نافع عن مالك: ويوقف المال حتى تصح أو تموت .

عياض: تأول بعضهم قول مالك في خلع المريضة: «لا يجوز جملة»، أنه

[خلاف]<sup>(٩)</sup> لقول ابن القاسم، وعليه حملة ابن المواز، وأكثرهم يرى قول ابن القاسم مفسراً لقول مالك، وكذا جاء في «العينية» من رواية ابن القاسم عنه كقول ابن القاسم في «المدونة» .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ، جـ .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ب، جـ .

(٩) في ب: طلاق .

ابن رشد: واختلف على هذا القول - يعنى قول ابن القاسم - متى ينظر فيه، فقيل: يوم الصلح، فإن كان مثل ميراثه منها أو أقل أخذه، وإن كان أكثر من ميراثه لم يكن له [منه] <sup>(١)</sup> شيء إلا أن تصح، وهو قول ابن القاسم هنا - يعنى فى سماع يحيى من كتاب التخيير [والتملك] <sup>(٢)</sup>.

قال: وهو ظاهر قوله فى «المدونة».

قيل: يوم الموت، وهو قول أصبغ فى «الواضحة» وقول ابن نافع فى «المدونة»، ويوقف ما خالعت به على هذا القول إن كان شيئاً بعينه، لا تقضى فيه شيئاً إلا أن تحتاج إليه فتستنفقه، فإن صحت أخذه إن كان قائماً، أو ثمنه إن فات باستنفاقها إياه، وإن تلف [كانت مصيبته] <sup>(٣)</sup> منه.

وإن ماتت أخذه كله أو ما أدركه منه إن فات باستنفاق أو غيره إن كان قدر ميراثه منها [فأدى].

وإن كان أكثر من ميراثه منها <sup>(٤)</sup> لم يكن له منه شيء.

وإن خالعت على شيء غير معين وهى غنية، لم يوقف شيء من مالها، ولها أن تنفق منه كما ينفق المريض، فإن صحت مضى ذلك عليها، وإن ماتت من مرضها [نظر] <sup>(٥)</sup> فى ذلك على ما تقدم.

قال الشيخ - رحمه الله تعالى -: تأمل ما قال ابن رشد: «إن كان أكثر من ميراثه منها لم يكن له منه شيء»، فهو مشكل إذ ظاهره أنه يبطل الجميع، وهو خلاف ما اختصر عليه المسألة (ق/ ٤٠ ج) ابن يونس.

قلت: وضمير «منه» فى كلام ابن رشد عائد على قوله: «أكثر من ميراثه»، فيبطل الأكثر من الميراث خاصة لا قدره، ويتنفي الإشكال رأساً ولا يكون خلافاً لما

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ.

(٣) فى أ: فمصيبته.

(٤) سقط من أ.

(٥) فى ب: الحكم.

اختصر المسألة عليه ابن يونس و[لا]<sup>(١)</sup> لقول اللخمي، فإن صحت أخذه، وإن ماتت كان له قدر ميراثه.

وحمل ابن عرفة قول ابن رشد على ما فهمه عليه الشيخ.

وقال: إن قوله: «إن كان أكثر من ميراثه فلا شيء له منه ولا إرث بحال»، خلاف قول اللخمي: «إن ماتت كان له قدر إرثه»، ولا مخرج إلى جعله خلاف المنصوص عليه في «الموازية» إن جعلنا ضمير «منه» عائداً على قوله «أكثر»، فتتفق مع المنصوص والأقوال من غير تكلف في ذلك ولا استبعاد، فتأمله. والله الموفق.

(٧٧) [٢٤] وسئل رحمه الله تعالى عن مطلقة ادعت الحمل وبقيت كذلك مدة،

ثم قالت لا حمل بها، هل تزوج أم لا [منكرة الحمل بعد الإقرار به]<sup>(٢)</sup>؟

فقال: إذا استرايت بحس بطن [تربصت]<sup>(٣)</sup>، فإن ذهبت الريبة فلا إشكال، وإن

لم تذهب ترجع إلى أربعة أعوام أو خمسة على ما في العتق.

وفي الطلاق من «المدونة»: أو إلى سبعة.

خارج «المدونة»: أو أبداً، وهو شاذ.

فلما أرادت هذه النكاح، فإن رجعت إلى ما يشبه مثل أن تقول: ادعت الحمل

ليراجعني زوجي» وشبه ذلك، قُبِل قولها.

قال الشيخ: كالمرأة تقول: لم يدخل بها، ويقول هو: دخلت، هل تأخذ

النصف المكمل للمصداق أم لا؟ ثلاثة أقوال.

وإن [لم]<sup>(٤)</sup> ترجع [هذه]<sup>(٥)</sup> إلى شبهة، جرت على الخلاف المتقدم، [تأمله]<sup>(٦)</sup>.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ، ج.

(٣) في ب: ترجع.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

قلت: هذا جواب مشكل، فإن السؤال إنما هو [عن] (١) إقرارها بالحمل قطعاً وجزماً به ثم رجعت عنه، [لا عن] (٢) استرابتها بحس بطن، والشيخ قد بدأ في الجواب بالكلام عما لم يقع عنه السؤال، وآخر الكلام عما [وقع] (٣) عنه السؤال، فيحتمل أن يكون هذا السؤال [شفاهاً] (٤) لا كتباً في مجلس درس ونحوه، فأفاد حكم [المستراية] (٥) بالحس ثم أجاب عما سئل عنه بقبول قولها وتصديقها إذا رجعت إلى شبهة، وإلا [فلا] (٦)، فأشار إلى إجراء ذلك على ما في مسألة كتاب إرخاء الستور فيما إذا كذبت الزوج في دعواه الميسس، وقوله في الكتاب: «إن شاءت أخذته بكل المهر أو نصفه».

وقال سحنون: «إنما ذلك إذا صدقته»، وجعله غير واحد تفسيراً للكتاب، وعليه [قال] (٧) ابن رشد: من سبق منهما لتصديق صاحبه صدق، فإن سبقت لتصديقه فلها كله [بلا يمين] (٨)، أقام على قوله أو نزع عنه.

وإن سبق لتصديقها سقط عنه نصفه، ولا يمين عليه، أقامت على قولها أو نزعت  
اهـ.

[وهو] (٩) كنقل [ابن بشير] (١٠) عن الأشياخ: من سبق منهما إلى قول الآخر قبل قوله وحكم بمقتضاه. اهـ.

ابن رشد: وقيل: لها أخذ كله وإن أقامت على إنكار قوله، وهو أحد قولي سحنون (ق/ ١٣٧) في نوازل، من كتاب الاستلحاق.

(١) في أ، ب: على.

(٢) في ب: على.

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: مشافهة.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من أ، ب.

(٧) في أ، ب: قول.

(٨) في ب: بيمين.

(٩) في ب: وهذا.

(١٠) في ب: ابن رشد.



وقيل: ليس لها إلا نصفه وإن رجعت إلى قوله إلا أن يشاء، قاله ابن القاسم في سماع (ق/٩٩ب) عيسى من كتاب النكاح، وفي كتاب الدعوى في [«المدونة»] (١) ولا فرق.

قلت: وفي إجراء مسألة «المعتدة تدعى الحمل فتكذب نفسها بغير الرجوع إلى شبهة تدعيها» على هذا المعنى نظر.

وأما حكم المسترابة بحس بطن أو بتأخر حيض، ففي «تبصرة اللخمي رحمه الله تعالى شفاء».

وفي «المدونة»: ولا تنكح مسترابة البطن إلا بعد زوال الرية.

[اللخمي] (٢): يعلم ذلك بقولها.

(٧٨) [٢٥] وسئل رضي الله عنه: عن حاضنة تزوجت وبقي الولد عندها نحو عشرة أعوام، وأهل [والده] (٣) حاضرون عالمون ساكتون، فأرادوا انتزاع الولد المحضون؟

فقال: يسقط حقهم بأدنى من هذا بالسنة الواحدة، فكيف بعشرة؟!

قلت: نص على ذلك في سماع أشهب من كتاب طلاق السنة.

ابن الطلاع: الذي أفتى به وجرى به العمل أن الأم إذا تركت أولادها أدنى من ستة أشهر، فلها أخذهم بعد يمينها، وإن تركتهم أكثر من ستة أشهر فلا قيام [لها، ولا حق لها] (٤) فيهم.

[البرزلي: سئل شيخنا الإمام - يعني ابن عرفة -] (٥) عن رسم يتضمن أن حاضنة أشهدت أن محضونها في كفالة أبيها، والمنفق عليها في جملة عياله وفي محله ومنزله وحوزه، وذلك منذ شهرين تقديماً، وذلك برضا الكافلة المذكورة، فهل للجدة رجوع

(١) في أ: الورثة.

(٢) في أ، ب: الشيخ.

(٣) في ب: ولدها.

(٤) سقط من ب.

(٥) في أ: وسئل ابن عرفة.

فى طلب حضانة المكفولة [أم لا] (١)؟

**فأجاب:** لا حضانة لها فى الابنة المذكورة إلا أن تقيم بينة أن ذلك كان لعذر [مفسراً] (٢) من مرضها أو نحوه.

البرزلى: جعل هذه المدة [المذكورة] (٣) تسقط حضانتها، ولعل ذلك منها لأجل إشهادها أن المكفول عند أبيه، فكأنه إشهاد بسقوط الحضانة، بخلاف إذا تركته ساكنة فالمدة أكثر حسبما فى الرواية.

[اللخمي] (٤): كل امرأة [سقط حقها] (٥) - أى فى الحضانة - لسبب ثم زال السبب، فهى على حقها إذا كان [سقوطها] (٦) بغير اختيارها، ككونها مريضة فبرئت، أو ذات زوج فتأيمت، أو سافرت لحج الفريضة أو مسافر زوجها بها غير طائعة، أو شبه ذلك مما يتبين به عذرها، إلا أن يكون الولد [قد ألف] (٧) من هو عندها ويشق عليه النقلة، أو تدخل عليه فى ذلك مضرة، فلا ينقل.

وسئل ابن رشد عن حاضنة تسافر لموضع لا يكون لها حمل المحضون إليه وتتركه لأبيه، ثم ترجع فى سفرها عن قرب أو بعد، هل ترجع [إلى] (٨) حضانتها أم لا؟ وكيف إن كان خروجها إلى الصيفية ثم ترجع، هل لها ذلك أم لا؟

**فأجاب:** لا يسقط ذلك حقها فى الحضانة، ولها أخذ ابنها إذا رجعت من سفرها، كما إذا تركته لانقطاع لبنها.

ابن عرفة: جوابه سواء كان سفرها اختياراً لقول السائل إن كان خروجها إلى الصيفية، وإطلاق جوابه ومقتضى استدلاله بالمرض وانقطاع اللبن يقيد سفرها بأنه

(١) سقط من أ.

(٢) فى أ: مفسد.

(٣) سقط من ب، ج.

(٤) سقط من ب.

(٥) فى أ: سقطت.

(٦) فى ب: السبب.

(٧) فى ب: فذلك.

(٨) فى ب، ج: على.

اضطرار، وهو ظاهر كلام اللخمي .

الشيخ: قيل لأبي عمران: الأم تخرج إلى بلد بعيد فيؤخذ منها الولد ثم ترجع؟

فقال: إن انتقلت اختياراً فهو إسلام لحضانتها، ولا ترجع إليها.

وإن كان لضرورة إما للجاء أو غيره، فإنه يرجع إليها، فلو خرجت في طلب

ميراث لها في بلد ثم رجعت فإنه يرجع إليها، وهذا ضرورة.

قلت: [وهذا] <sup>(١)</sup> نحو إطلاق فتيا ابن رشد.

(٧٩) [٢٦] وسئل رضي الله عنه: عن امرأة تحملت بنفقة ابنها إلى بلوغه، ثم

[تمت] <sup>(٢)</sup> عدتها وتزوجته لها أم متزوجة عند [رجل] <sup>(٣)</sup> ليس بجده الصبي، ثم سكت

[الزوج] <sup>(٤)</sup> ولم يطلب الولد حتى مات زوج الجدة للأم فطلب الصبي وطلبت الجدة،

من يكون أحق به؟، وإذا دفع إلى الأحق به منهما، هل له [مطالبة] <sup>(٥)</sup> الأم المتحمله

بنفقته إلى البلوغ أم لا؟

**فأجاب** <sup>(٦)</sup>: إن نظرت إلى حال تزويج الأم حينئذ سقطت حضانتها وكانت

الجدة متزوجة لا حضانة لها لأجل الزوج الأجنبي.

وأما لو كان جد الصبي لم تمنع، فلاشك أن الزوج لو قام إذا ذاك لكان له، ولما

سكت حتى مات الزوج سقط المانع، فهل تعود كما [لو] <sup>(٧)</sup> لم يكن لها زوج فتكون

أحق به أو استحققه الأب، وإن لم يحكم له به وقف فيه.

ثم قال بعد ذلك: هي منصوصة عن ابن القاسم في كتاب محمد في أم تزوجت

فسقطت حضانتها، لكن لم يقبضه الأب.

(١) في أ: وهو.

(٢) في ب: مضت.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

(٦) في أ: فقال.

(٧) سقط من ج.

قال: عادت حضانتها كما كانت.

قال: ولا فرق، بل مسألة الجدة أخرى لأنها لم تكن سقطت لها قبل ذلك، بل منع منها مانع وهو زوجها، وهذه كانت لها فسقطت [لها]<sup>(١)</sup> ثم زال ما أسقطها، والمانع الذي حصل أثره أشد من المانع الذي لم يحصل أثره إلى الآن.

قال: وينظر إلى سكوت الأب، إن كان [عاماً]<sup>(٢)</sup> سقط مقاله ويبقى بيد أمه إن كان بيدها، وإن كان أقل لم يسقط.

قال: وأما النفقة فعلى الأم، لقولها: «إلى البلوغ»، سواء بقي [في يدها]<sup>(٣)</sup> وفي حضانتها أو عاد إلى غيرها - الأب أو غيره - لأنها كانت على أبيه، فلم يرسل العصمة من يده إلا بتحملها جميع ما كان عليه إلى البلوغ، فلا تبرء من هذا [بدهوى]<sup>(٤)</sup> أنها أرادت «إن بقي بيدها فتنفق وإلا فلا»، ولا يخلصها منه إلا أن تشترط أنها متى سقطت حضانتها أو أزيل من يدها تسقط عنها النفقة، فهذا أفتى قبل هذا في هذه المسألة وإن كان التحمل إلى البلوغ على مذهب المغيرة، لكن عليه العمل.

قلت: ما حكاه عن ابن القاسم رحمه الله (ق/٤١ج) في كتاب أبي محمد نقله ابن يونس، وساقه في معرض الاحتجاج [لتصويب]<sup>(٥)</sup> مذهبه في «المدونة» أن الأم إذا نزع منها الولد لتزويجها، فإنه لا يرد إليها إذا تأيمت، لأن الحضانة إنما تجب باستصحاب الوجوب، خلافاً لعبد الوهاب.

قال: وقد قال ابن المواز: قال ابن القاسم: إذا تزوجت الأم أو الجدة ولم يؤخذ الولد (ق/١٠٠ب) منها حتى فارقها الزوج، [لم يتزع]<sup>(٦)</sup> منها، بخلاف أن لو أخذ منها. كأن الشيخ رحمه الله تعالى ساق قول ابن القاسم هذا مساق الحجة لثبوت

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: عاماً.

(٣) في أ: بيدها.

(٤) في ب: إلا بدعوى.

(٥) في ب: لتوهيب.

(٦) في أ: لم يتزعوا.

حضانة الجدة فى مسأله، والأظهر [عندي] (١) فى الحجة لذلك ما نقله صاحب البيان فى أول رسم من سماع ابن القاسم وفى آخر رسم من سماع أشهب من كتاب طلاق السنة عن ابن نافع وابن القاسم فى «المدونة». [فى] (٢) مطلقة ردت الولد على أبيه لعذر مرض ونحوه، فتركته بعد زوال العذر، ثم قامت فيه الجدة بعد سنة: إن لها أخذه إلا إن كان عرض عليها فأبت من أخذه.

فإن كان للجدة أخذه بعد سكوتها [سنة] (٣) لغير عذر، فلأن يكون لها أخذه هنا أخرى، [لأن] (٤) (ق/ ١٣٨) سكوتها هنا للمانع. وقال فى سماع أشهب: ليس لها أخذه، ونصه: سئل مالك عمن أوصى بابنته إلى ولى فتركها مع عمتها حتى بلغت الجارية أو كادت، ثم تزوجت العممة فطلبتها الجدة أم [أبيها] (٥)، وأحببت الجارية أن تكون مع عمتها، ورضى بذلك الولي؟.

[قال: أرى أن تترك مع عمتها إذا أحببت ذلك الجارية ورضى بذلك الولي] (٦)، ولا تأخذها الجدة. وبنى [ابن رشد] (٧) الخلاف فى ذلك على الخلاف فى السكوت على ما هو كالإقرار والإذن أم لا؟

قال: وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم.

ونقل ابن يونس مسألة سماع أشهب [وقال ما] (٨) مدلوله: إن ذلك لأجل رضا [الولي] (٩) أو الوصى بتركها مع عمتها، إذ هى أحق بها وأولى.  
قال: ويحتمل أن ذلك لترك الجدة حضانتها.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) فى أ: لكن.

(٥) فى أ: أمها.

(٦) سقط من أ.

(٧) فى ب: ابن يونس.

(٨) سقط من ب.

(٩) سقط من أ.

وقال اللخمي: إن هذه الرواية مثل ما ذهب إليه القاضي [ابن القصار]<sup>(١)</sup> أن الولد مخير بين أبيه، ولم ينقل الرواية عن السماع بل عن كتاب المدنيين، لكن على نص ما هي فيه وسقط منها ما في السماع من رضا الولي.

ابن عات: وتأويله وأحد تأويلي ابن يونس - يعنى الأول - إنما يتصور على القول بأن السكوت ليس بإذن، وتأويل ابن رشد على أنه إذن، وهو أحد تأويلي ابن يونس. اهـ.

اللخمي: والوصى مقدم على العصابة.

زاد ابن الحاجب: على المنصوص.

ابن عرفة: مقابل المنصوص هو مقتضى كلام ابن بشير، قال ما نصه: الوصى مقدم على سائر العصابة في نص الروايات، ويتخرج تقديمهم عليه وتقدم في صلاة الجنائز ما يقتضى الخلاف في هذا الأصل، لأنه مبني على كون هذه الحقوق هل هي كالحقوق المالية فلمالكها التصرف فيها [بالنقل]<sup>(٢)</sup> إلى غيره، أو ليست كذلك لأنه [إنما ملكها]<sup>(٣)</sup> بسبب موجود فيه وليس بوجود فيمن نقل إليه، والمنقول عنه أحق بذلك، وهذا حكمه في الذكور.

وأما الإناث إذا كبرن فإن كن ذوات محارم منه فهو أحق، وإلا فهل له حق في حضانتهم؟ قولان، وينبغي أن يكون خلافاً في حال إن ظهرت أمانة الشفقة فهو أحق، وإلا فلا.

قلت: [القول]<sup>(٤)</sup> بأنه أحق بالإناث وإن كبرن لأصبع رحمه الله في سماعه من كتاب النكاح من «العتبية». قال: ولو تزوجت أم الصبيان فهو أولى بحضانتهم منها، جواري كن أو غلمان.

وإن كان الجواري قد بلغن، فهو أولى بحضانتهم منها إذا تزوجت وابن أخيهن

(١) في أ: ابن العطار.

(٢) في ب: باشكال.

(٣) في ب: أقامها.

(٤) في ب: الأول.

وابن عمهن إن كان وصياً.

وإن انتقل [إلى بلد]<sup>(١)</sup> آخر فله حملهم معه - الجوارى والصبيان، وليس لإخوتهم ولا عموماتهم أخذهم منه، لأنه بمنزلة أبيهم في كل شيء إلا في تزويج الإناث قبل بلوغهن، وما سوى ذلك فهو والأب سواء.

[قال]:<sup>(٢)</sup> والقول الثاني لمالك في كتاب ابن المواز: وإن كان الإناث مع زوج أمهن، لأنه محرم منهن أولى من كونهن مع الوصي، إلا أن يخاف عليهن عند الأم فيكون الوصي أولى بحضانتهم.

اللخمي: وقول مالك أصوب، لأنه لا ينفك من يكون في كفالته أن يطلع [منها]<sup>(٣)</sup> على ما لا [يحل]<sup>(٤)</sup>، لأن طول الصحبة والتربية تسقط التحفظ، وهذا فيمن بلغ منهن حد الوطء، وفيمن كان صغير [السن]<sup>(٥)</sup>، فيصح أن يقال: يكفلها الوصي والولى إلى أن تبلغ حد الوطء فتتزع، [ويصح أن يقال: يمنع ذلك لما عليها من الضرر في التنقل من قوم إلى قوم، فيشق نقلها عن ألفتها.

ابن رشد: وهذا إذا أراد الوصي أن تكون الابنة معه ومع أهله في داره.

أما إن أراد أن يعزلها في موضع مع من يقوم عليها من ثقات النساء، ولعلهن لها قرابات، فيكون أحق بها من الأم إذا تزوجت.

وفي «المقدمات»: الأوصياء يستوجبون الحضانة، كانوا مقدمين من قبل الأب أو من قبل السلطان.

اللخمي: وقدم [الوصي]<sup>(٦)</sup> [يعني]<sup>(٧)</sup> على سائر العصابة، لأنه مقدم باجتهاد

(١) في أ: لبلد.

(٢) سقط من أ، ج.

(٣) في ب: منه.

(٤) في ب: يصح.

(٥) في أ، ج: حسن.

(٦) في ب: الإيضاء لغير نظر الوصي.

(٧) سقط من ج.

الأب.

قال: ولو علم أن ذلك من الأب لشتان كان بينه وبين جد الولد أو أخيه، لقدّم على الوصي، لأن عليهما في تربية غيرهما لولدهما [معرفة]<sup>(١)</sup>، مع علمنا أن رغبة الأب عنهما لم يكن لحسن نظر.

ولو كان الشتان بينه وبين عم الولد أو ابن عمه لقدّم الوصي، لأنهما يتهمان في عداوته والإساءة إليه لعداوة الأب. انتهى.

وقال أيضاً: إن علم جفاء [الأحق]<sup>(٢)</sup> وقسوة قلبه أو قلة حسنه لأمر بينه وبين أحد أبوي المحضون، وعلم الحنان العطف في الأبعد، قدّم الأبعد عليه.

وقال ابن عرفة: إن كانت قسوته ينشأ عنها إضرار الولد، قدّم الأجنبي عليه، وإلا فالحكم المعلق المظنة لا يتوقف على تحقيق الحكمة.

وقول الشيخ رحمه الله أول الجواب: «إن نظرت إلى حال تزويج الأم سقطت حضانتها»، قال صاحب (ق/١٠١ ب) «المقدمات»: «اختلف [فيما يسقط]<sup>(٣)</sup> [من]<sup>(٤)</sup> حضانتها بذلك، فقيل: يسقط [به]<sup>(٥)</sup> حضانتها جملة، وهو الأظهر في «المدونة».

قيل: إنما يسقط حضانتها في [جهة من حضن المحضون في حال تزويجها].

قيل: إنما يسقط [حضانتها]<sup>(٦)</sup> [في]<sup>(٧)</sup> حال تزويجها، فإن تأيئت رجعت في ولدها.

فعلى الأول لا تعود إليها أبداً وإن مات حاضن الولد وهي أيم.

وعلى الثاني تعود إليها إذا سقطت حضانتها بموت وشبهه، وهي أيم.

(١) في أ، ج: مضرّة.

(٢) أ، ج: اللاحق.

(٣) في أ: فيمن سقط.

(٤) سقط من ب، ج.

(٥) سقط من ب، ج.

(٦) سقط من أ، ج.

(٧) سقط من أ.



وعلى [١] الثالث تعود إليها متى تأييت، فتأخذ الولد.

قُلت: والقول الثاني هو مقتضى [كلام] [٢] ابن المواز: «إذا تزوجت الأم فأخذت الجدة الولد ثم تأييت الأم، فللجدة رده عليها»، وعلى هذا حملة ابن محرز. قال: لأن حقها من الحضانة لم يبطل رأساً إلا فى حق من حضن الولد عند تزويجها، فليس لها أخذه منه إذا طلقت، فأما لو ماتت الجدة هنا أو تزوجت والأم أيم، فكانت أحق بالولد من الأب، [ولذلك] [٣] إذا أرادت الجدة إسلامه إليها، لم يكن للأب فى ذلك مقال.

قال: ومن المذاكرين من يستدل بهذه المسألة أن لمستحق الحضانة أن يوليها غيره وإن كان هناك من [هو] [٤] أحق بها منه. قال: وليس كذلك.

وحكى اللخمي عن كتاب محمد خلاف ما حكاه ابن محرز عن محمد، وأنه إن تزوجت الجدة وطلقت الأم ليس لها أخذ الولد كمذهب «المدونة» أو ظاهرها بعد أن ذكر ما ذكره ابن محرز [عند غيره معزواً] [٥] له.

قال: ولو أحببت الجدة إسلامه للأخت وأبى الأب، فذلك له بخلاف إذا أسلمته الأم، لأنه نقل إلى [من] [٦] هو أفضل له، فانظره.

وما نقله ابن محرز عن بعض المذاكرين عزاه فى [«المقدمات»] [٧] لظاهر ما فى «المدونة» فيمن صالحت زوجها على أن يكون الولد عنده، فإنه يجوز ذلك ويكون أحق به.

قال: فظاهره وإن كان له جدة أو خالة.

قال: وقيل: لا يملك ذلك، وإنما هو حقه إن شاء أخذه وإن شاء تركه وكان

(١) سقط من ب.

(٢) فى أ، ب: قول.

(٣) فى ب، ج: وكذا.

(٤) سقط من أ.

(٥) فى أ: عنه غير معزوا.

(٦) فى أ، ب: ما.

(٧) فى ب: «المدونة».

لم يحب له بعده.

**قلت** : وعزاه المتيطى لأبى عمران وغير واحد من الموثقين.

قال : وهو الذى عليه العمل.

قال : وذكر ابن العطار فى عقد تسليم الأم ابنها إلى أبيه : وعلى أن أسلمت ابنها منه فلاناً إليه وأسقطت [أمه] <sup>(١)</sup> حضانتها، وانتقد ذلك عليه ابن الفخار، وقال : الصواب أن يقال [ق / ١٣٩] : ثم قطعت فيه، يستدل أنها قطعت حقها بعد أن وجب لها، وأما بـ«الواو» فلا لأنها لا ترتب، فكأنها به قطعت قبل وجوبه فلا يلزمها، انظر «المتيطية».

قال ابن عرفة : الفتوى عندنا [أن] <sup>(٢)</sup> لا يسقط حق الجدة كما قال ابن الفخار.

القول الثالث حكاه غير واحد عن عبد الوهاب، وحكاه [ق / ٤٢ج] فى سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك من «البيان» عن المغيرة وابن يونس وابن حازم.

ابن رشد : وهذا الاختلاف كله على القول بأن الحضانة من حق الخاضن.

وأما على القول بأنها من حق المحضون، فلها أخذ ولدها إذا خلعت من الزوج قولاً واحداً.

وسئل [الشيخ] <sup>(٣)</sup> أبو سعيد بن لب رحمه الله عمّن مات وترك بتين أوصى بهما لشقيقته تحت إشراف زوجها، ولهما جدة لأم هما فى حضانتها، والتزمت العمة [نفتتهما] <sup>(٤)</sup> وكسوتهما من غير رجوع عليهما على أن تكون لها الحضانة، وأبت الجدة من ذلك، وإن بقيتا عند الجدة ذهب مالهما فى النفقة، فهل يحكم للعمة بالحضانة لهذه المصلحة؟

(١) فى أ، ب : أمها.

(٢) سقط من ب.

(٣) زيادة من أ.

(٤) فى ب : بنفسها.

**فأجاب:** الصواب إمضاء ذلك ونقل الحضانة للعممة إن لم [يعلم]<sup>(١)</sup> في ذلك الصواب لأن التقديم في باب الحضانة من باب الأولى لا من باب الأوجب، لأن لكل حناناً وعظماً، قاله اللخمي.

فإذا تعارضت [تلك]<sup>(٢)</sup> المصلحة الكبرى هذه [الأولية]<sup>(٣)</sup> اضمحلت، ولأن جانب العممة قد قوى بالإيضاء الذي بيدها.

**قلت:** تأمل هذا مع ما في «الطرر»، حكى عن بعض المفتين من الشيوخ أن اليتيم إذا كانت له جدتان جدة للأم وجدة للأب، ولم يكن له إلا دار قيمتها عشرون ديناراً أو نحوها، فأرادت جدة الأم بيعها عليه لتنفق ثمنها عليه، وقالت جدة الأب: أنا أنفق عليه من مالي على أن يكون معي وتبقى له داره رفقاً به، وليس له مال يجرى عليه منه النفقة عند [جدة]<sup>(٤)</sup> الأم، إن جدة الأم أولى بالحضانة.

وقال المشاور: ينظر إلى الأرقق بالصبي فإنهما أولياء جميعاً. اهـ.

وفي أحكام ابن بطال في باب مسائل محمد بن بشير: أنه سئل عن من هلك عن أولاد وأمهم فتزوجت، وأحب عمهم ضمهم، وهو فاسد أو صالح.

فقال: ينظر لهم، فإن كان مكانهم عند أمهم خيراً لهم أقرأوا عندها، وإن كان ما عند العم خيراً لهم وأرقق بهم ضمهم إليه.

وقال قرعوس بن العباس: الولي إذا تزوجت المرأة أولى بهم، إلا أن يكون الولي فاسداً. اهـ.

وفتيا ابن بشير هل نقل اللخمي عن مالك في كتاب المدنيين فيمن هلك عن زوجة وابنة وأخ، فتزوجت الأم وأراد [الأخ]<sup>(٥)</sup> ضم ابنة أخيه [إليه]<sup>(٦)</sup>، أنه ينظر

(١) في ب: يعمل.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: الأولية.

(٤) سقط من ب.

(٥) في أ: العم.

(٦) سقط من أ، ب.

الإمام فحيث يرى خيراً لها جعلها عنده.

اللخمي: فأدخل في ذلك نظر الإمام وهو الصواب، فينبغي أن ينظر في حال كل نازلة [حين] <sup>(١)</sup> نزولها.

وقول ابن لب في جوابه: «لأن التقدمة في باب الحضانة من باب الأولى لا من باب الأوجب، لأن لكل حنائاً وعطفاً، قاله اللخمي، فيه نظر فإن الذي له [في] <sup>(٢)</sup> «تبصرته» ما نصه: وكل من ذكر أنه مقدم في الحضانة، فليس ذلك بواجب عليه وهو بالخيار، والتقدمة في ذلك من باب الأولى، لأن لكل حنائاً وعطفاً [ق/١٠٢] ما خلا الأم، فإنه يختلف هل تجبر. اهـ.

ولا دلالة فيه لما أفتى [به] <sup>(٣)</sup>، لقوله: «فليس ذلك بواجب عليه» [ولم يقل: «بواجب له»، وإنما يتم له الاستدلال به لو قال ذلك، وإذا لم يجب عليه] <sup>(٤)</sup> فله تركه والتخلي عنه، فتأمل فإنه جلي.

وقال بعض أصحاب ابن عرفة وهو - الشيخ الفقيه المتبرك به النبيل أبو موسى عيسى بن صالح الوانوغى رحمهما الله - في تعليقه على «التهذيب»: سئل شيخنا أبو عبد الله فيمن طلق امرأته وله منها ولد صغير، واشترطت عليه قبل الطلاق أنها إن تزوجت في عامين لا يخرج ولدها من حضانتها، فتزوجت في العامين فطلقت قبل استكمال العامين، فبقي الولد حتى كمل العامان، فأراد أخذه، هل له ذلك أم لا؟

قال: لا، لأن الموجب لإسقاط الحضانة القضية الفائلة: «التزويج مسقط، ولو طلقت لم ترجع»، وهنا القضية الفائلة «السنكاح لا أثر له»، فكان كما [لو لم] <sup>(٥)</sup> تزوج، نعم إن تزوجت في المستقبل أخذها الوانوغى في سماع ابن القاسم من كتاب التخيير، دليل على هذه المسألة، أو هي بنفسها، إلا قوله: «نعم... إلخ»، ففيه

(١) في أ: حال.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من أ.

نظر.

قلت: ليس في سماع ابن القاسم من كتاب التخيير هذا المعنى إلا في رسم «حلف ليرفعن أمراً»، ففيه: وسئل مالك عن طلقها زوجها ولها منه ولد فتزوجت، فأخذه أبوه فصالحته على أن يتركه عندها ستين ثم تدفعه إليه، فطلقت قبل انقضاء الستين، فأرادت حبس الولد بعد الستين وأبى الأب؟

فقال مالك: أرى أن تدفعه إليها، فإن تزوجت قبضت ولدك من غير أن أرى ذلك عليها.

قال ابن القاسم: ثم سمعته بعد ذلك يقول: أرى لك أن تأخذه.

ابن رشد: ليس ما سمع منه آخرًا خلافاً لما قاله أولاً، لأنه إنما ندبه أولاً إلى تركه عندها، وذلك صحيح على معنى ما في «المدونة» من أنها إذا تزوجت سقطت حضانتها جملة، فليس لها أخذه إن تأميت.

**قلت**: وليست المسألة من مسألة ابن عرفة في شيء.

قال - أعنى الوانوغى رحمه الله -: ووقع بينى وبين بعض الفضلاء بالقاهرة المحروسة بحث في مسألة من هذا النمط، وهي: مطلقة لها صغير في حضانتها فخافت إن تزوجت أن يأخذه أبوه، فأعطته مالا على أنه لا ينزعه منها ولو تزوجت، وأنه إن انتزعه رجعت عليه بما أعطته، ثم تزوجت وسكت الأب ولم يأخذ الولد بمقتضى الشرط، فقامت الجدة فأخذته، فأرادت الأم الرجوع على الأب فاحتجت عليه بأنها عندها والآن قد زال منها؟ فقال المشاركة: لا رجوع لها، وتلك مصيبة نزلت بها.

الوانوغى: قلت له: وصوبه.

ولقائل أن يقول: لا تصح هذه المعاوضة، ولها الرجوع ولو لم تتزوج، لأنه أخذ عوضاً عما لا يملك حالة المعاوضة، لأن نزع الولد إنما يملكه بالتزويج، فهو كقولهم: إذا أخذ عوضاً عن إسقاط الشفعة قبل تقرر موجبها.

**قلت**: أفتى ابن رشد رحمه الله تعالى في مبتاع شقص يصلح أحد شفعائه

لغيبه غيره من الشفعاء، فقاموا فأخذوا بها، بأن لا رجوع له على مصالحه، بخلاف مسألة سماع يحيى فيمن قتل رجلين فصالح أولياء أحدهما، ثم قام أولياء الآخر فقتلوه، إن ورثة القاتل يرجعون بالدية على الذين صالحوه بها، لأن القاتل إذا قتل لم ينتفع بشيء من صلحه، ولأن في القصاص منه منفعة لمن صالح ولمن لم يصالح، ولا منفعة للشفيح المصالح في أخذ أشراكه بالشفعة.

وفي «وثائق ابن كوثر»: ولو كان أحد الشفيعين أحق بالشفعة فصالح المتباع على إسقاطها [ق/ ١٤٠] بمال، فأراد غير الأحق الأخذ بها، فليس له الشفعة إلا بجميع ما دفعته المشتري وما صالح به، لأنه لم يصل إليها إلا بجميع ذلك. وسئل ابن رشد عن من طلق امرأته وأسقطت عنه حضانة ابنه بمعوض أخذته منه، هل ينفذ هذا؟

وكيف إن تعلق بالمعوض غرر؟ [فقد] (١) اختلف أهل شورى الجهة التي نزلت بها، فمنهم من أجاز ذلك قياساً على بيع الشفعة، ومنهم من منع ذلك وأجراه على ما وقع في [«المدونة» في] (٢) المرأة تريد الحج فمنعها الزوج، فبذلت له صداقها على أن أباح لها ذلك، وعلى مسألة ناذرة صوم أيام فمنعها زوجها فبذلت مالا [له] (٣) على أن أباح لها ذلك؟

**فأصاب:** الذي أراه، ذلك على منهاج قول مالك الذي [نعتمد] (٤) صحته جواز ذلك، لأن الحضانة حق للأم إن شاءت أخذته أو تركته.

واختلف هل ذلك حق تنفرد به دون الابن أم لا؟ على قولين.

فعلى الأول يلزمها تركها للأب، تركتها على عوض أو على غيره، ولا يكون لها رجوع فيها.

وعلى الثاني لا يلزمها تركها، ولها الرجوع فيها، تركتها أيضاً على عوض أو

(١) في ح: فقال.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من ج.

(٤) في أ: انعقدت.

على غيره، ويرجع في العوض.

ولا وجه لقول من منع ذلك قياساً على مسألة مريدة الحج فمنعها زوجها، فتضع عنه المهر فيبيع لها ذلك، إذ يلزمه أن يأذن لها في ذلك، وذلك إذا لم تعلم أن الإذن لها في ذلك يلزمه.

وأما إن علمت جاز [لها]<sup>(١)</sup> الوضع، ولو وضعت عنه على أن يأذن لها [في الحج]<sup>(٢)</sup> قبل وقته، أو في أن تحج تطوعاً، لسقط عنه بذلك المهر، إذ لا يلزمه أن يأذن لها في ذلك، فكذلك ما أعطهاها على أن تركت له حضانة ولدها منه، يجوز لها، إذ لا يلزمها ذلك.

وكذلك الباذلة [ق/٤٣ج] لزوجها مالا على أن يبيع [لها]<sup>(٣)</sup> صيام الأيام التي نذرت، إن كانت يسيرة، فليس له منعها من صيامها، فلا يجوز أن يأخذ منها شيئاً على أن لا يمنعها.

وإن كانت كثيرة فله منعها، وجاز له أخذ ما أعطته على أن لا يمنعها، على قياس مسألة الحج، ويجوز له أن تترك الحضانة على ثمرة لم يبد صلاحها، وما أشبه ذلك من الغرر، إذ ليس بمبايعة وإنما هو صلح في غير مال فيشبه الخلع.

(٨٠) [٢٧] وسئل رضي الله عنه: عن رجل قدم بابتته من الهبط إلى موضوع قريب من فاس، ولها معه في الموضوع المذكور أزيد من عامين، وذكروا حين قدومه أن زوجها اختل عقله وغاب عنها، فأرادت الآن القطع عنه لضيق الحال، وشهد بصحة الزوجية والغيبة على الحال الموصوفة عم الصبية وأخوها ورجل آخر [عدل]<sup>(٤)</sup>، وربما شهدوا بأنه استفاضت موته عندهم، وشهد جماعة بكونها هنا خالية من زوج وأنها تحت فاقة، فهل يقطع لها أم لا؟ وهل تجوز شهادة الأخ إن عدل على هذا أم لا؟ وإن شهدوا على موته بالسماع؟

(١) في أ: عليها.

(٢) في أ: بالحج.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ح: غير عدل.

[الجواب: (١)] لا يقطع لها إلا بعد ثبوت موجبات القطع، إذ هو الشأن في المرأة الساكنة في بلد القاضى أو في بلد قريب منه، بخلاف الطارئة من بلد بعيد لا تستطيع لأجل البعد إثبات الموجبات، فقد نصوا رحمهم الله أنها تصدق في موت زوجها وطلاقه إياها، وتصدق فيما يبيح لها نكاح من [أبتها] (٢)، فإن شهد عندكم بالموجبات عم المرأة وأجنبي وهما عدلان، وجب القطع لها، وكذا إن شهد مع الأجنبي أخوها وهو مبرز في العدالة، أو عدل جرياً على القول بإعمال شهادة العدل المطلق العدالة لأخيه، وهي مسألة خلاف.

وإن شهدوا على سماع موت الزوج، فإن حصل لهم العلم جازت وفاقاً، وإلا فعلى الخلاف إلا إن عمل القضاة على إعمالها.

قلت: استقرئ من مسألة الجمال في كتاب كراء الرواحل إذا لم يجد وكيل المكترى ولم يكن بالبلد سلطان، فتلوم الكرى [وانتظر وأشهد أن ذلك عذر وله الكراء] (٣)، أن المرأة الطارئة إذا أرادت النكاح فإنها توقف شاهدين وتطلق نفسها بعدم النفقة من غير إثبات الزوجية، وتعتمد وتزوج من غير رفع إلى القاضي، إذ لا يقضى إلا بيينة، ونص على ذلك في «وثائق الباجي».

[وكذا] (٤) إذا قالت: «كان لى زوج ففارقنى فى الطريق ولا أدرى أحي هو أم ميت»، لعسر البينة.

[وفى «الواضحة»: سئل مالك عن المرأة تقدم المدينة مع الحاج من الغرب، فتريد النكاح، أترى للسلطان أن يزوجه ولا يدرى لعل لها زوجاً؟  
قال: نعم يزوجه، وليس عليه أن يقول لها: البينة على أنه لا زوج لك.

قال عبد الملك: وأحب إلي أن يسأل أهل رفقته ممن معها عن أمرها بغير تكليف شهادة، فإن استراب أمراً ترك تزويجها [ق/٣٠٣ ب] وإلا زوجه، وليس فى هذا

(١) في أ: فأجاب.

(٢) في أ: أبتها.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.



كالخضرية ولا التي مكانها قريب .

كذا قال أصبغ وغيره<sup>(١)</sup> .

وفى آخر ترجمة النكاح من «النوادر» أيضاً لأصبغ فى كتاب ابن حبيب فى طارئة ليس بالبلد من يعرفها، فلا يعرض لشيء من شأنها، وليمنعها النكاح حتى تأتى بيينة من أهل بلدها من يعرفها ويعرف أصلها أنهم يعرفونها حرة لا يعلمون لها زوجاً ولا ولياً، ويأمر [بنكاحها]<sup>(٢)</sup> .

قلت: لعل هذه لم يعلم طرؤها [على]<sup>(٣)</sup> البلد، فحصلت الريبة فى أمرها، فلا تكون مسألته خلافاً للمسألة الأولى، والله أعلم .

وقد أفتى الشيخ أبو عمران رحمه الله - على ما ذكر البرزلى [بنحو]<sup>(٤)</sup> ما تقدم أولاً فى «النوادر»، وذلك فى المرأة تقدم بلداً ولا يدري من أين قدمت؟ ولا من هي؟ فتطلب التزويج، فهل يزوجه بغير إثبات موجب؟ وكيف لو رعمت أن الزوج مات عنها أو طلقها؟ .

إنه إن كان البلد قريباً كتب إليه، وإن كان بعيداً يتعذر وصول الجواب منه [إلا]<sup>(٥)</sup> بعد أزمته طويلة، فإنه يخلى بينها وبين ما تريد إذا لم يتبين كذبها .

وفى البرزلى أيضاً: سئل ابن الضابط عن غريبة ذكرت أنها من الجبل، لها بصفاقس سنة ونصف، ولم ير جيرانها من يدخل عليها ولا يخرج، وذكرت أنه لا زوج لها، وأرادت إذن القاضى فى تزويجها وهى ضعيفة؟

(١) فى هامش ج، و أ: وفى ترجمة جامع القول فى أولياء النكاح من «النوادر» فى المرأة الغريبة تقدم مع الحاج فتريد النكاح، فليرزوجه السلطان وإن لم يعلم هل لها زوج أم لا، ولا يكلفها البينة أنها لا زوج لها .

قال أصبغ: وهذا فى البعيدة الغريبة، وأحب إليّ إن كان فى رفقتها أحد من أهل بلدها أن يسأل صلحاءهم من غير تكلف شهادة، فإن استراب أمراً منعها .

(٢) فى أ: يأنكاحها .

(٣) فى أ: عن .

(٤) فى ح: بنص .

(٥) فى أ: أو يكون .

**فأجاب:** إذا كشف جماعة من الجيران على حالها وذكروا صدقها فيما

ادعت، زوجت.

وفى [آخر] <sup>(١)</sup> كتاب النكاح من «النوادر» عن «المجموعة»: قال ابن القاسم فى القوم يرفعون إلى القاضى أن امرأة غاب عنها زوجها منذ عشر سنين لا يعلمون أنه فارقتها وأنها اليوم تحت رجل، هل تسأل المرأة؟ وكيف إن ادعت أنه فارقتها اليوم؟

قال: أما الحاضرة فى البلد فتكشف وتساءل ما لم يطل ذلك السنين الكثيرة مما يعلم أن البينة نموت فى مثلها، وقد فارقتها منذ حين لو طلب منها علم ذلك لم تجده، فإنها تترك، فإن كانت امرأة قدمت من بلد أو موضع فهى كالتى طال زمانها [فى البلد] <sup>(٢)</sup>، وقد تقدم المرأة الضعيفة من مصر والشام فيشق عليها البينة فى ذلك.

[وصرح اللخمي بتصديق المتوتة فى التزويج إذا كانت طارئة لتعذر إثبات ذلك.

قال: إلا أن يكون من موضع قريب.

وقول الشيخ: «فإن شهد عندكم بالموجبات عدلان وجب القطع لها»، يقتضى أنه لا يكتفى فى ذلك بغير عدول، وهو خلاف ما أفتى به اللخمي على ما نقله بعض من جمع فتاوى القرويين <sup>(٣)</sup> فيمن شهد لها نحو العشرين أو الخمسة عشر أو عشرة أن زوجها فلائاً غاب لناحية [ق/ ١٤١] سجلماسة ويخاف ضياعها، وليس لزوجها مال، ولا يوجد من يشهد [بنكاحه] <sup>(٤)</sup> إلا من تقدم، ولا يوجد فيهم عدول وهى تحب الفراق، إن لها القيام بالطلاق بمن ذكر.

قال: ولو عدمت البينة ومن يشهد لها بالزوجية، فأقرت أن فلائاً زوجها، لكشف القاضى عنه بقولها وسأل عن هذا الإسم فى البلد وما قرب منه، فإن لم يجده حكم لها بالطلاق بعد [تحليفها] <sup>(٥)</sup> أنه لم يكن لها منه نفقة. قال: ويكتب فى

(١) فى أ: خاتمة.

(٢) فى أ: بالبلد.

(٣) فى أ: وفى البرزلي أفتى اللخمي.

(٤) فى أ: بنكاحها.

(٥) فى أ: حلفها.

الحكم: رفعت [إلينا]<sup>(١)</sup> فلانة بنت فلان وأقرت بالزوجية لفلان، فكشفت عنه فلم أجده ولم أجد من [يعرفه]<sup>(٢)</sup>، فحلفتها وحكمت بالطلاق.

قال: والمدن والقرى [في]<sup>(٣)</sup> هذا سواء، وللقاضى تزويجها لأنه وليها.

قال: وأما شهادة هؤلاء فى الرباع فلا أتقصد فيها شيئاً، وقد سئلت عنها غير مرة فلم أجب فيها بشيء، والضرورة لها حكم، وقول غير العدل كلا شيء.

وسئل السيورى [رحمه الله أيضاً]<sup>(٤)</sup> عن نحو هذا فى [المرأة تأتى وتذكر]<sup>(٥)</sup> أن لها زوجاً أو لا بنتها وقد غاب ولم يخلف شيئاً، [ولم يكن له ما يعدى فيه بالنفقة]<sup>(٦)</sup>، ولا يعرف ذلك إلا من قولها، [وتكلف]<sup>(٧)</sup> البينة فتعجز عن [إثباتها]<sup>(٨)</sup>، وربما ذكرت أن الزوج غريب، وربما أتت ببينة غير [ثقات]<sup>(٩)</sup> من سوقة أو غيره، ولا يقدر على أكثر من ذلك، فإن أفتيت بإعمال هؤلاء فهل أسميهم بأسمائهم أو أقول: ثبت عندى ما أوجب الفراق أو قبول قولها؟

**فأجاب:** إن كان الزوج معروفاً ولم تعرف غيبته كلف القاضى رجلين يكشفان عنه وسأل جيرانه ومن يخالطه وأقاربه عن الموضع الذى غاب إليه، فإن لم يكن أو لم يعلم حيث توجه، حلفت الزوجة أنه لم يُخلف شيئاً، [وإن أقرت بشيء حلفت أنه لم يخلف سواه]<sup>(١٠)</sup> ولم يصلها شيء من قبله، وطلق عليه.

[ولو]<sup>(١١)</sup> كان غير معروف، وسئلت المرأة عن صنعته ومن يعرفه، فيسألون نحو

(١) سقط من ج.

(٢) فى أ: يعرفهما.

(٣) سقط من أ.

(٤) زيادة من أ.

(٥) فى أ: امرأة ذكرت.

(٦) فى أ: ولا مال له.

(٧) فى أ: وتكلفت.

(٨) فى أ: إثباته.

(٩) فى أ: ثقيلة.

(١٠) فى أ: ولم يخلف غير ما أقرت به.

(١١) فى أ: وإن.

الأول.

وإن لم تكن له صنعة ولا من يخالطه كشف العدلان عن ذلك الإسم وتلك الصفة هل هي بالبلد؟!

فإن لم توجد طلق عليه بعد يمين المرأة كما مر، ويذكر القاضى فيما يشهد به أنه رفعت إليه تلك المرأة - ويذكر أمرها - وذكرت أن لها زوجاً اسمه وصفته كذا، و[ذكرت] (١) [ق/٤٤ج] أنه غاب عن البلد، وأنه حلفها على عدم السفقة وطلق عليه.

فإن أتى الرجل واعترف بالزوجية، وقع الطلاق موقعه، وإن أنكر لم يضر ذلك. وفي أحكام ابن بطلال فى باب «مسائل سئل عنها محمد بن بشير قاضى قرطبة أو سئل عن رجل ادعى أنه تزوج امرأة، وأنكرت التزويج وزعمت أنها كانت عنده أجيبة فغلبها على نفسها وأحبها فولدت، وزعم أنه تزوجها تزويج صحة ولم يكن الولد إلا لرشدة، وليس لواحد منهما ثبت بما ادعى؟

فقال: إن كان الرجل لا يعرف بمثل ما رمته به المرأة وكانت فى يديه متقدمة ويذكر أنها امراته، وإن لم يشهد على أصل ذلك فليس عليه بيعة، والقول له.

وإن كان على غير ذلك استؤنى فى أمره وكشف وسئل حتى يقع الحكم (٢).

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله [فى جوابه] (٣) من أن العمل على إعمال الشهادة بالسماع على موت الزوج صرح به غير واحد، ومقتضى قول الباجى اشتراط تنافى البلدان [فى ذلك] (٤)، لقوله: أما الموت فإلما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد، وأما ما قرب من البلاد أو يبيلد الموت فإلما هى شهادة على البت والقطع.

قال ابن عرفة: [وقد] (٥) شهدت شيخنا القاضى ابن عبد السلام وقد طلب منه

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من ج.

(٥) سقط من أ.

بعض أهل تونس إثبات وفاة صهر له مات ببرقة قافلاً من الحج، فأذن له فاتاه بوثيقة بشهادة شهود السماع بوفاته على ما يجب كتبه فى شهادة السماع، وكان ذلك بعد مدة يتقرر فيها بت العلم بوفاته والقطع بها، وأظن أن ذلك كان منذ ثمانية أعوام فرد ذلك ولم يقبله .

وأشار ابن عرفة إلى أن شهادة السماع القاصرة عن شهادة البت [والقطع]<sup>(١)</sup> بالمشهود به يشترط فيها [كون المشهود به بحيث لا يدرك القطع]<sup>(٢)</sup> والبت به عادة، فإن أمكن عادةً البت به لم يجز فيه شهادة السماع .

قال: وهو مقتضى قول الباجى المتقدم ومقتضى الروايات والأقوال .

قال البرزلى: ما يكتبه أهل الوقت من [قولهم]<sup>(٣)</sup> - من ثقات وغيرهم - سماعاً يقوم مقام العيان ويحصل العلم، لا يكون شهادة بت، وإنما ذلك [تشديد]<sup>(٤)</sup> منهم .

قال: وقد فاوضت فيه شيخنا الإمام - يعنى ابن عرفة - وقال: إنما قصدهم المبالغة، لأن العامة تستسهل شهادة السماع .

[قال: وإنما هو شهادة سماع .

قال: وأفتى بعض قضاة شيوخنا بلغو شهادة السماع]<sup>(٥)</sup> بالموت فى تقدم موت ميت على آخر بينهما إرث، وأظن أنه عزاه لبعض فتوى القرويين فى موتى بقتل كان نزل بتونس لفتنة نزلت بها .

قال: وهو ظاهر قولها فى كتاب الولاء: من ماتت امرأته وابنه، فقال: ماتت قبل

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ: كونه بحيث لا يمكن القطع، قال .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ: تشهد .

(٥) سقط من أ .

ابنها، وقال أخوها: بعده، لا يرث الموتى بعضهم من بعض إلا ييقن.

الباجي: لفظ شهادة السماع إنما يطلق عند الفقهاء على ما لا [يقع]<sup>(١)</sup> به العلم للشاهد، ولذلك [ق/٤ - ١ب] يؤدي شهادته على أنه سمع سماعاً فاشياً ما ينصه من شهادته، وأما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم، فإنما يشهد على علمه، فيقول: أشهد أن فلاناً مات وأن فلاناً ابنه يرثه، فلا يطلقون على هذا النوع شهادة سماع.

(٨١) [٢٨] وسئل رضي الله عنه: عن عمى قبل البلوغ، واستمرت حاله بعده كذلك، وامتنع أبوه من الإنفاق عليه وقال: هو قادر على طلب المعيشة والتصرف كسائر العميان، وقال الولد: لا مال لي ولا صناعة؟

فقال: له نفقته، وفي «الرسالة»: حتى يبلغوا ولا زمانة بهم.

ولا عذر للأب في كونه يقدر على التصرف بالسعاية، إذ لا يجوز أن يأمره بالسعاية وإلا لزم ذلك في الأولاد الصغار، لأنهم يقدرون على السعاية ولا يكلفونها. قال الأب: إنه غير بار.

فقال: [تعطيه]<sup>(٢)</sup> النفقة ويؤدب على العقوق.

قلت: في «المدونة»: وعليه نفقة من بلغ من ولده أعمى أو مجنوناً أو ذا زمانة لا حراك له.

ولو بلغوا أصحابهم ثم أصابهم ذلك بعد خروجهم من ولاية الأب، فلا نفقة لهم عليه.

وحكى اللخمي [إذا كان الولد ذا زمانة - أعمى أو مقعداً أو نحوه - في ذلك ثلاثة أقوال:

قول ابن القاسم هذا أنها لا تسقط النفقة على الأب، وإن طرأ ذلك عليه بعد البلوغ لم تعد النفقة عليه.

(١) في ب: يوقع.

(٢) في أ: يعطي.

وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا نفقة له، بلغ على ذلك أو طراً عليه.  
 وذكر ابن الجلاب عن ابن الماجشون: النفقة لازمة للأب، بلغ على ذلك أو  
 حدث بعد.

قال: وهو أحسن، لأن النفقة لم تكن للصغير بانفراده، وإنما هي لعجزه عن  
 الكسب والسعي.

قال في «المدونة»: وإن تأييت الجارية بعد البناء فلا نفقة لها على الأب وإن كانت  
 فقيرة.

اللخمي: قال محمد: إن دخل بها وهي زمنة ثم طلقت، عادت نفقتها على  
 الأب، وتعود على قول عبد الملك إذا حدثت الزمانة بعد الطلاق، وكذا إن كانت غير  
 زمنة وعجزت عن القيام بنفسها إلا من التكفف، فعليه الإنفاق عليها، وهي في ذلك  
 أقوى من الصبي، لأن معرفتها أشد، فهي إلى التحفظ والصيانة أحوج. انتهى.  
 وفي «المدونة» [ق/ ١٤٢]: إذا كان للصبي كسب يستغنى به سقطت نفقته عن  
 أبيه.

قال الشيخ: يعني صناعة لا تدركه فيها معرة.

قلت: وسبقه لذلك عياض.

اللخمي: وإن كانت للصبي صناعة لا تدركه بعملها معرة، تقوم منها نفقته  
 وكسوته، سقطت النفقة عن الأب، إلا أن تكسد أو يمرض فتعود.

وكذلك الصبية إذا كانت [لها]<sup>(١)</sup> صناعة رقم أو غيره ولا [تدركه]<sup>(٢)</sup> [بفعلها]<sup>(٣)</sup>

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: تدركها.

(٣) في أ: بعملها.

معرفة، تقوم منها نفقتها وكسوتها.

الشيخ: وللأب جبره على تلك الصناعة إذا لم تدركه منها معرفة، وكذلك الأب إذا كان ذا صناعة فإنه يجبر عليها.

قلت: أما جبر الأب الولد فهو مقتضى قول المتيطي، وللأب أن يؤاجر ابنه الصغير للنفقة عليه، كان الأب غنياً أو فقيراً، وبه قال غير واحد من الموثقين.

قال: وقال بعض الفقهاء: إذا كان الأب أو الابن غنياً، لم يجز أن يؤاجره، ونحوه لمالك في كتاب ابن المواز.

قلت: ونحوه في «الوثائق المجموعة» في باب الإجارة.

قال: إلا أن يكون الأب فقيراً أو مُقلاً أو يريد تعليمه العمل، فيجوز ذلك حيثئذ.

وقال عياض: لو أراد الأب فيمن له قوة أن يعلمه كسباً ويدخله صناعة، كان ذلك له، إلا أن يكون من غير أهل [الصنائع]<sup>(١)</sup> وعن لا يعيش بها وعن على مثله في ذلك معرفة، فيمنع الأب من ذلك.

وكذا إذا كان من أهل الصناعات إلا أنه [لا]<sup>(٢)</sup> يدخل في صناعة لا تليق بمثله من صنع الأزدال.

المتيطي: وهل للأب أن يتنفع بفاضل خراج ابنه على نفقته أم لا؟ في ذلك قولان:

أحدهما: المنع من ذلك، قاله غير واحد من الموثقين.

وقال أصبغ في «الثمانية»: له الانتفاع بذلك.

(١) في أ: الصنع.

(٢) سقط من أ.



ونحوه لابن لبابة في «أحكام ابن بطل».

[ابن بشير: ولو كان للوالدين أو للولد ما لا غنى لهم عنه لكانوا فقراء.

قال: واختلف لو كان للولد خادم لا غنى له عنها هل على الوالد نفقته وعلى الولد نفقة الخادم أو جميع النفقة على الوالد، وهو الأظهر، لأن حاجته إليها تلحقها بالعدم<sup>(١)</sup>.

وفي «المدونة» في كتاب إرخاء الستور: وإن كان للبكر خادم ورثتها من أمها ولا بد لها ممن يخدمها، فعلى الأب أن ينفق على ابنته، ولا تلزمه نفقة خادمها، ويقال للأب: إما أنفقت على الخادم أو بعته.

وفي [كتاب<sup>(٢)</sup>] زكاة الفطر من كتاب الزكاة الثاني: [أن<sup>(٣)</sup>] من له عبد فهو مال تسقط به النفقة [عن<sup>(٤)</sup>] أبيه.

وحمله ابن أبي زيد على الخلاف، لقوله في «المختصر» لما ذكر [ق/٤٥ ج] مسألة البكر، قال: وقال سحنون: لا يلزمه للابنة ولا لخادمها نفقة في ماله، لأنها مليه بالخادم.

وفي كتاب الزكاة نحو ما قاله سحنون.

ونقل ابن يونس نحوه عن ابن المواز عن أشهب.

وثالثها لابن المواز: إن كان الولد لا بد له ممن يخدمه، فعلى الأب أن ينفق عليه وعلى الخادم، وإلا فلا شيء على الأب، إلا أنه ينفق ويزكى ويكتب ذلك، فإذا باع استوفى.

وإليه رجع ابن القاسم وأشهب.

وعورضت مسألة البكر بقوله: وينفق على من له خادم من الأبوين عليه وعليها.

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: باب.

(٣) سقط من ج.

(٤) في أ: على.

وفرق ابن يونس باحتياج الأب للخدام إما للخدمة أو للوطء، فهي كالزوجة، والولد ليس له حاجة إلى الخدمة، فلو احتاج الولد إلى الخدمة لزم الأب النفقة عليه وعلى خادمه، إذ عليه إخدامه، فلا فرق بينهما إذا اتفق السؤال.

ورده المتيطى [ق/١٠٥ ب]، وأجاب بأنه لم يتأمل المسألة في «المدونة»، لأنه قال فيها: إن البكر لا بد لها ممن يخدمها.

قال: والذي قال بعض شيوخنا: لعل الفرق تأكيد حرمة الوالد وكثرة حاجته إلى الخادم في خدمة ووطء إن كان، والولد أخفض حرمة وليس له من الحاجة للخادم ما للوالد، فافترقا.

وذكر عن أبي عمران أن الأب ليس عليه أن يكسب لابنته خادمًا، وإن كانت لا بد لها ممن يخدمها باعها وأخدمها من ثمنها.

(٨٢) [٢٩] وسئل رضي الله عنه: عن ورثة كانت أختهم معهم يأكلون من غلة ما ورثوه إلى أن تزوجت وبقي ذلك بأيديهم، فطالبتهم بالغلة؟

فقال: لها ذلك، ويتحاسبون بما أكلوا، ومن له فضل رجع به [على الآخر]<sup>(١)</sup>.

**قُلْتُ:** في «مختصر الحديرية»: سئل بعضهم عن له أخت يتيمة وبينهما أرضون وحيوان ورثا ذلك، وزوجها وجهزها بثياب ورثاها، وبما كانت عملت في دار أبيها من ثياب، وكان يتولى عمل الأرض ويعيشان من غلتها، فلما كان بعد عام من زواجها قامت تطلب الأخ بميراثها في المال، وطلب هو حظه من الثياب، وطلبت كراء حصتها من الأرض؟

**فَأَجَابَ:** للأخ [نصيبه]<sup>(٢)</sup> من الثياب التي جهز بها أخته في [مالها]<sup>(٣)</sup>، وعليه كراء ما عمل من أرضها وقيمة ما استغله من مالها، ويعد هو ما أنفق عليها وكساها يضاف إلى قيمة الثياب وحصتها في تركة أبيها باقٍ لها. اهـ.

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: محاسبته.

(٣) في أ: ماله.

وانظر إذا عدَّ عليها ما أنفق، هل تقاصه بخدمة يدها كما سيأتي لابن عات قريباً عن بعضهم .

وفى سماع يحيى [من] <sup>(١)</sup> كتاب الجعل والإجارة فى وصيفة تركها سيدها عند أبيها الحر، فأنفق عليها، فلما أراد السيد أخذها طلب أبوها النفقة، هل للسيد أجرة مثلها؟

فقال: لا .

ابن رشد: معناه: إذا لم يستعملها لنفسه فى مثل غزل وصناعة، وإنما كان ينتفع بها فى تصرفها فى حوائجه فى البيت التى لو لم تتصرف له فيها لم يحتج [إلى] <sup>(٢)</sup> الاستتجار عليها، وهو استحسان والقياس إذا رجع عليه بالنفقة أن يرجع عليه بقيمة انتفاعه بها، لأن من حقه أن يقول: إنما تركتها له ينتفع بها ليكفينى مؤنة نفقتها، فإذا قال ذلك حلف ورجع بقيمة انتفاعه بها، فأما إذا استعملها لنفسه فى مثل الغزل والصناعة، فلا إشكال، أن له الرجوع عليه بالأجرة [فى ذلك] <sup>(٣)</sup> بينة ما فى سماع زونان من كتاب الرهون وسماعه هو فيمن رهن امرأته خادماً فتقيم فى بيتها، فلما اقتضت دينها طلبها بأجرتها فيما عملت .

فقال ابن وهب: إن كانت تعمل لها خاصة مثل الغزل أو خارجاً عن بيتها، فله الأجرة .

فإن كانت إنما تخدم خدمة البيت معها بحال ما كانت قبل الرهن، فلا شيء له .  
وقال أشهب: لا أجرة له .

ابن رشد: تفرقة ابن وهب صحيحة، لا ينبغى أن يختلف فيها، وقول أشهب ليس بخلاف له، لأن معناه فيما عملت لها مما هو من خدمتها وعمل بيتها، وهذا

(١) فى أ: فى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من جـ .

على القول بأن على الزوج إخدام زوجته .

وعلى القول أن عليها الخدمة الباطنة من كنس وفرش وخبز وطبخ واستقاء ماء في داخل الدار، فالقياس له ذلك إذا حلف أنه لم يتركها تخدمها إلا على أن يتبعها بالأجرة، ويشبه ألا يكون ذلك [له]<sup>(١)</sup> مراعاة للخلاف .

وأما ما عملت لها من غير [عمل]<sup>(٢)</sup> بيتها، فله الأجرة دون يمين .

وقال ابن دحون: لا يكون له إلا بعد يمينه أنه ما أباحها [لها]<sup>(٣)</sup>، وهو بعيد إلا أن تدعى ذلك عليه .

[وفي «الطرز» من الاستغناء]<sup>(٤)</sup>: حكى ابن مسعدة الحجازى فى يتيمة لها إخوة وأم ولا وصى لها [ق/ ١٤٣] فأرادوا أن يُقِيمُوا عليها شورتها ليحاسبوها بها فيما ترك أبوها .

فقال: أما على قول ابن القاسم إذا كان من ميراث [أبيها]<sup>(٥)</sup> وأقاموها قيمة عدل، وكان أمراً لا بد لها منه، لزمها فى نصيبها .

قال: وأحسن ذلك أن يكون برأى السلطان، يوكل لها فى ذلك ويحوطها الوكيل .

وعلى قول سحنون ومحمد بن عبد الحكم: يلزمها ذلك إذا كان برأ بها، لأنها عندهم على الرشد .

وقد أفتى بهذا بعض الشيوخ المتأخرين إذا ثبت رضاها بالقيمة، ويمضى عليها .

وقال أبو القاسم بن مسعدة: إن فعلوا ذلك بغير رضاها ورأيها، رجعت فى ميراثها من أبيها، وأخذوا ما وجدوا عندها مما أخرجوا إليها، ولا يحاسبوها بما

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ: له .

(٤) فى أ: وفى «الطرز» .

(٥) فى أ: أبيهم .

أتلقت، لأنهم الذين عرضوها للتلف.

قال: وهذا القول [أعجب]<sup>(١)</sup> إلينا من قول ابن القاسم [ق/١٠٦ب] وأشبهه بالصواب.

[وقال غيرهم: لا يجوز من هذا شيء، وليس لإخوتها ولا لوصيها]<sup>(٢)</sup> أن يخرجوها من ميراث أبيها بثياب يقيمونها عليها، وحسبها صداقها، وبهذا العمل بقرطبة.

وقال غيرها: فإن أخرجت لها الشورة على المحاسبة بعملها، وفي تركتهم أصول لها غلة، حاسبوها بما أخرجت وحاسبتهم بما استغلوا [وأنفقوا]<sup>(٣)</sup>، فمن كان له درك على صاحبه رجع عليه، وما تلف من الشورة وهي سفية فمناها.

ومن كان له خدمة ورعاية حاسب بكرائها بعد أن يقاص بالنفقة والكسوة وإن كانت من المال.

وقد أفتى به كثير من الشيوخ، ونماء الحيوان ونقصه عليهم، إلا ما قبضه أحدهم فهلك في خدمته وسُخرته فذلك عليه لتعديه فيه.

ونحو هذا حكى ابن حبيب أيضاً.

وما زرع الإخوة في الأرض من طعام الميراث وعمل ببقرة زمائناً، رجعت في نصيبها من ذلك إذا عمل على وجه الشركة، وللإخوة الكراء في عملهم ونظرهم على العمل.

قلت: ما حكاه في زراعتهم الأرض حكاه ابن عات أيضاً في باب المزارعة من [الطرر]<sup>(٤)</sup> عن ابن لبابة في «المؤلفة»، ثم قال: وحكى عيسى في كتاب الجدار في المرأة تزرع أرض زوجها ببذره وبقره إن الزرع لها إذا قالت: إنما زرعت [لنفسى]<sup>(٥)</sup>،

(١) في ب: عجيب.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: «الطرار».

(٥) في أ: لنفسها.

وعليها كراء الأرض والبقر ورد الزريعة إن كانت من طعام الزوج.  
فإن عطب فى عملها من البقر شيء ضمته، وإن عطب فى غير عملها لم  
تضمن.

المشاور: وبه العمل، وقول ابن لبابة خطأ من الاستغناء.

قلت: ولابن حبيب فى كتاب «الأحكام» له نحو قول عيسى هذا، إلا أنه قال:  
بعد أن تحلف بالله ما زرعت إلا لنفسها.

قال: وإن زعمت أن البذر من طعامها، كان القول قولها مع يمينها.

قال: وسألت عن ذلك أصبغ، فقال لى مثله.

## مسائل من البيوع

## والإجارات [ونحوها] (١)

(٨٣) [١] سئل رضي الله تعالى عنه: عن بيع المضغوط، وهو رجل طلبه المدين [بدرهم] (٢) وهدده بالضرب والسجن، فلم يجد ما يعطيه، فأخذ سلكًا على وسقين ذرة فدفعه له؟ [ق/٤٦ح]

فقال: البيع باطل، فإن علم المشتري فلا شيء له من الثمن ولا من الثمنون.

قلت: [قال] (٣) في «الطراز»: قال ابن أبي زيد: إذا وقع [مغرم] (٤) في قرية من قبل السلطان، وأسلم إليهم الدراهم على الزيتون وغيره، وثبت أن أهل القرية مضغوطون، فمن أسلم إليهم فلا دراهم له ولا زيتون إن ثبت أن تلك الدراهم أخذها السلطان بأعيانها.

(٨٤) [٢] وسئل رضي الله عنه: عن رجل وقفه ظالم، فاشترى منه رجل يعلم بظلمه ملكًا ودفع المال للظالم؟

فقال: هذا بيع المضغوط الذي اختلف في فسخه، والذي جرت عليه الفتيا أنه يفسخ، ولا شيء للمشتري من ثمن ولا ثمنون لعلمه بالضغط، وسواء دفع للظالم مباشرة أو دفع للمضغوط: وهو يعلم أنه يدفعه للظالم.

ولم يذكر إذا لم يعلم، ما الحكم؟ هل يفسخ ويكون للمشتري ثمنه أو لا يفسخ؟ والفرق بين المكره والمضغوط: أن المكره أكره على فعل ذلك الشيء، مثل أن يكره على بيع داره.

والمضغوط لم يكره على بيع الدار، لكن على دفع مال، فباع الدار باختياره لأنه

(١) في ب: وغيرهما.

(٢) في أ: في درهم.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

أكره على [غير بيعها]<sup>(١)</sup>.

**قلت:** حكى ابن سحنون والأبهري الإجماع على عدم لزوم بيع المكروه عليه، لأن من حق عاقده أن يكون مطلق اليد والاختيار.

المازرى فى «المعلم»: قولنا: «مطلق الاختيار»، لأن المكروه لا يلزم عقده، لأن الله تعالى أباح إظهار كلمة الكفر للإكراه، فدل [على]<sup>(٢)</sup> أن الإكراه يصير المكروه كغير القاصد، ومن لا قصد له لا يلزمه بيعه.

**قلت:** وقول الله عز وجل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾<sup>(٣)</sup>، أبين وأوضح دلالة على عدم لزوم بيع المكروه، وأجلى حجة من آية النحل التى احتج بها المازرى لذلك، لأن هذا نص فيه، وقد تفتن له ابن العربى رحمه الله إذ قال فى «الأحكام» لما تكلم على الآية: هذا نص على إبطال بيع المكروه لفوات الرضا منه وتبنيه على إبطال أفعاله كلها حملاً عليه وقول المقيد، ولم يذكر - أى الشيخ رحمه الله - إذا لم يعلم ما الحكم، هل يفسخ ويكون للمشتري ثمنه أو لا يفسخ؟

**قلت:** يفسخ، سواء علم المشتري بالضغط أو لم يعلم به، وإنما يفرق بين العالم به وبين غيره فى الرجوع بالثمن على المضغوط إذا أخذ المبيع، فإن كان المشتري عالماً بضغطه، رد ماله عليه بغير ثمن واتبع به الضاغط. وإن كان غير عالم رجوع عليه بالثمن، هذا مذهب سحنون رحمه الله، ورواه عن مالك، وبه أفتى ابن رشد.

قال مفرعاً عليه: فإن ادعى البائع علم المبتاع [منه]<sup>(٤)</sup> أو علم وكيله، ودعى إلى تحليف من ادعى ذلك عليه منهما، كان ذلك له، فإن علم الوكيل بالضغط دون موكله فله الرجوع بالثمن عليه، لأنه أتلفه عليه.

وذكر فى «البيان» عن سحنون أيضاً أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض

(١) فى أ: بيع غيرها.

(٢) سقط من أ.

(٣) سورة النساء: ٢٩.

(٤) سقط من أ.



للثمن، فلا سبيل له إلى ما باعه إلا بعد غرم الثمن للمشتري، وبه أفتى الشيخ العلامة أبو القاسم الغبريني - رحمه الله تعالى - .

وقال ابن القاسم: عن مالك في «المبسوطة»: يرد عليه ماله بغير ثمن، سواء علم المشتري أنه مضغوط أو لم يعلم، فكان الشيخ اعتمد مذهب سحنون وروايته، والله أعلم.

وفي «النوادر»: قال مطرف: إذا عرف [أن]<sup>(١)</sup> بيع المضغوط متاعه في مظلمة، ثم لا يدري أوصل الثمن إلى الظالم في ذلك الغرم أو صرف في مصالحه، فإن عرف ظلمه وقهره له وعداؤه عليه حتى باع متاعه، فإنه يحمل أن الثمن وصل إلى الظالم حتى [يتيقن]<sup>(٢)</sup> أنه [أدخل]<sup>(٣)</sup> في منافعه، فلا يأخذ حيثذ متاعه حتى يدفع الثمن إلى مبتاعه [ق/ ١٤٤]، وقاله ابن عبد الحكم وأصبخ.

وقد أوعب الكلام في بيع المضغوط وأحكامه ابن أبي زيد رحمه الله في كتاب الإكراه منه.

ورأيت الإتمام هنا بكلام ابن رشد رحمه الله [ق/ ١٠٧ ب] في رسم «يسر» من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان من «البيان» لاشتماله على المهمات من ذلك، قال: فيرد عليه ماله بغير ثمن، قاله ابن حبيب، وحكاه عن مالك من رواية ابن القاسم عنه وعن مطرف وابن عبد الحكم وأصبخ، وسواء في ذلك علم المشتري أنه مضغوط أو لم يعلم، قاله ابن القاسم عن مالك في «المبسوطة»، سواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه [إلى الظالم]<sup>(٤)</sup>، أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله في منافعه، أو كان الظالم هو الذي تولى قبضه من المبتاع للمضغوط في ذلك كله أن يأخذ ماله من المشتري أو ممن اشتراه من المشتري بغير ثمن، ويرجع المشتري من

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: يتيقن.

(٣) في أ: دخل.

(٤) في أ: للظالم.

المشتري من المضغوط، والمشتري من المضغوط على الظالم الضاعط، إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن فى منافعه ولم يدفعه إلى الظالم، فلا يكون الثمن إلى المشتري، قال ذلك كله ابن حبيب فى «الواضحة»، وحكاه عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ. وذهب سحنون إلى أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن، فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن، وحكاه عن مالك.

**قلت:** الذى نقل عنه فى الأجوبة ما قدمناه من أنه إن كان المشتري عالمًا بضغطة رد عليه ماله بغير ثمن، وإلا رجع عليه به.

وقال ابن كنانة: بيعه لازم له لوجوبه عليه ولزومه إياه، لأنه أنقذه عما كان فيه من العذاب والسجن، وبه أفتى السيورى [واللخمي، وقاسه السيورى]<sup>(١)</sup> على ما أجمع عليه من فداء الأسير.

وعلى قول أشهب يجبر القاتل على الدية، وإليه مال ابن عرفة.

وأفتى به بعض السيوخ الذين أدركتهم من الفاسيين والتلمسانيين والغرناطين رحمهم الله فى قضية نزلت بفاس.

وكان شيخنا القورى رحمه الله خالفهم وأفتى بالمشهور، وأخر عن الفتيا بسبب ذلك، وما أفتى به الشيخ أفتى به ابن الحاج.

قال: فما قاطع به من المال أو أشهد به للضامنين من التوكيل على بيع أملاكه فيما ضمنوا عنه ما قاطع به على نفسه لا يلزمه، وكذلك ما أشهد به على نفسه بعد تسريحه من ارتجاع أملاكه من أمهات أولاده وتصيرها إلى الضامنين فيما ضمنوا عنه، وأن ذلك حق لازم لا يلزمه، لأن أمره فى ذلك عند أهل العلم محمول على الإكراه المتقدم، فالواجب صرف أملاكه عليه عند من وجدت [عنده]<sup>(٢)</sup>، فما كان منها

(١) سقط من أ.

(٢) فى أ: بيده.

لأمهات أولاده بقى لهن ما لم ينتزعه منهن بوجه جائز .

وما كان قد حبسه كان حبساً، وله الرجوع بما غرم على من ولى أخذه منه صار ذلك إلى المتعدي أو لم يصر، ولا رجوع للضمان عليه بشيء مما أدوا عنه [للمتعدي] (١) بضمانهم إياه وإن أثبتوا ذلك .

ابن رشد: والذي مضى عليه عمل القضاة أن من تصرف للسلطان فى أخذ المال وإعطائه [أنه إذا أضغط فيعه جائز، ولا رجوع له فيه .

وإن كان ممن يتصرف فى أخذ المال وإعطائه (٢)، فلا يشتري منه إذا أضغط، فإن اشترى منه القيام .

قال: وهو [الصحيح] (٣)، لأنه إذا أضغط فيما خرج عليه من المال الذى تصرف فيه أو تبين أنه حصل عنده فلم يضغط إلا فيما صار عنده من أموال المسلمين، وذلك حق . اهـ .

ابن عبد البر: بيع المضطر والمضغوط لا يجوز، وهو فى معنى من أكره على البيع، والتجارة لا تكون إلا عن تراض .

قال: وأما من اضطره الحق إلى بيع متاعه أو اضطرابه الحاجة والفاقة، فلا بأس بالشراء منه بما يجوز التبائع به .

ابن العربي: الإكراه لحق عند الإبابة من الانقياد إليه، جائز شرعاً تنفذ معه الأحكام، ولا يؤثر فى رد شيء منها، ولا خلاف فيه .

قال: وقد اتفق العلماء على أن دليله قول النبى ﷺ ليهود: «إنى أريد أن أجليكم، فمن وجد منكم بماله شيئاً فليبعه . . . .» الحديث (٤) .

(١) فى أ: إلى المتعدي .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ: صحيح .

(٤) أخرجه البخارى (٢٩٩٦)، ومسلم (١٧٦٥) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٨٥) [٣] وسئل رحمه الله تعالى: عن قوم قتلهم أعداء لهم، فامجلوا عن بلادهم وفيهم كبار وصغار، وقد يشسوا من الرجوع لتلك الأرض لما يخافون من قتل أعدائهم إياهم، فهل يجوز لهم بيع أرضهم هناك إذ لا يقدرّون على الوصول إليها ولا على استغلالها؟ وإذا جاز البيع هل يباع على الأصغر ويعوض لهم منه أم لا؟

فقال: هذا مثل بيع المسجون في ظلم الممنوع من الخروج والوصول إلى ماله.

فال: هذا البيع لا أدري [ق/٤٧ج] هل يجوز أم لا؟

فإذا قلنا بالجواز يجوز على الأصغر كما يجوز على الأكابر إذا ثبتت الحاجة للبيع، إما ليعوض لهم أو خيفة الغصب.

قلت: الظاهر أنه لا يجوز، وذلك كمسألة «الواضحة» فيمن سخط عليهم الأمير فقتل بعضهم ونفى آخرين من دورهم وقراهم ثم أخذ في شرائها منهم وهم منفيون، فيأتي أحدهم البلاد آمناً ثم يشتري منه ثم يأمر بالخروج إلى موضع كان فيه، ومنهم من يؤذن له بالمقام.

فقال مطرف: إذا لم يرد عليهم ربايعهم قبل الشراء رداً بيّناً في أمر حتى يملكوها في أمن، إن شاؤا باعوا أو أمسكوا غير منفيين عنها ولا مشردين، لم يجز بيعهم ولا يلزمهم، وذلك كالغاضب يشتري من ربه قبل أن يمكنه منه.

ابن حبيب: قلت له: إنهم لم يغصبوهم قراهم وإنما نفوهم منها سخطة عليهم وبقيت خالية، إلا أنهم منعوا منها ودفعوا عنها.

قال: هذا هو الغصب بنفسه، فهم أحق بما باعوه أن يسترجعوه، ويقاصوا في الأثمان بالغلّات وكراء الأرض والدور، وعليهم قيمة البناء فيها منقوضاً.

ولو باعوا لغير من نفاهم ثم خالص ذلك المشتري من يد من نفاهم ، فذلك بيع فاسد إذا كان ممنوعاً من صاحبه وقت البيع ، ويفوت بالبناء إن قدر البائع على حقه [حين] (١) [زال] (٢) من يد من نفاه عنه إلى يد المشتري ، وإلا [فإن] (٣) كان ممنوعاً منه فيكون كالمستحق له ممن بنى بشبهة ، فيحكم في ذلك بحكم المستحق ممن بنى بشبهة بعد رد الثمن ، وهذا إذا كان المشتري ليس ممن نفاهم ولا من أعوانه ، وإلا فكشراء الظالم ، وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ، وتأمل المسألة في «مختصر الواضحة» لفضل رحمه الله .

(٨٦) (٤) [٤] وسئل رضي الله عنه : عمن له أرض تحت يد غاصب [يزرعها] (٤) فأراد ربهها بيعها فطلب الغاصب أن يسلم له فيها ، فقال له : إنني أسلم لك وتبيع ، فهل يصح تسليمه مع أن زرعه فيها ؟ وهل يصح بيعه لها أم لا ؟ [ق/ ١٠٨ ب] .

**فأجاب :** البيع صحيح إذا طاع الغاصب بردها إلى ربهها ورفع يد الغصب عنها ولا غرر فيه ، إذ التسليم غير متعذر ، ولا يمنع بيعها كونها مشغولة بسزرع الغاصب إذا طاع بردها ، والزرع للغاصب لخروج الإبان - إبان المزرع فيها [ق/ ٤٥] وهو المعتبر ، وعليه الكراء ، وهذا البيع أولى بالجواز من البيع الذي حكى فيه ابن رشد الاتفاق على جوازه ، وهو بيع ما تحت يد الغاصب المقر بالغصب المقذور على الانتصاف منه قبل أن يتصرف منه ، لافتقار هذا في الانتصاف إلى الحكم دون البيع المستول عنه .

**قلت :** في «البيان» من سماع يحيى من كتاب الشهادات في سماع عيسى من كتاب الغصب : بيع المغموب وهو بيد الغاصب من غيره ، والغاصب يقدر على الامتناع ، لا يجوز إجماعاً ، [إذ لا يدري مشتريه متى يصل إليه] (٥) قال مالك في

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : زوال .

(٣) في أ : بل .

(٤) في أ : فزرعها .

(٥) سقط من أ .

رواية زياد : فإن فات مضى بالقيمة .

وإن كان ممن تأخذه الأحكام ولا يقدر على الامتناع ، فإن كان حاضراً منكرًا فالمشهور المنع ، لأن شراء ما فيه خصومة غرر .

وإن كان غائبًا فثالثها : الجواز إن كانت عليه بينة .

وقيل : إن الخلاف إن كانت بينة وإلا منع اتفاقًا ، وإن كان مقررًا بالغصب ممن تأخذه الأحكام جاز البيع .

وأما شراء الغاصب لما غضبه وهو بيده ، وهو على حاله من الامتناع منه ، ويعلم أنه لا يرده لربه ، فلا خلاف في فساده .

وأما إن طاع برده وعلم أنه لم يبعه [صرفه] (١) عليه ، فلا خلاف في صحته وإن لم يتحقق صحة عزيمته على رده ، فروى زياد عن مالك أنه فاسد ، وبه حكم ابن بشير في أرض فلم يبيع للسلطان شراءها حتى صحت لصاحبها ستة أشهر ، وظاهر السماعين وصرح «المدونة» وغصبها الجواز . أ . هـ .

وأراد بمسألة كتاب الصرف قوله فيه : ولو غصبك جارية ، جاز أن تبيعها منه وهي غائبة ببلد آخر ، وينقدك إذا وصفها ، لأنها في ضمانه .

ومسألة كتاب الغصب قوله فيه : ومن ابتاع أمة من غاصب ولم يعلم به ، ثم ابتاعها الغاصب من ربه ، فليس للغاصب نقض ما باع ، لأنه تخلل صنيعه .

وكذلك كان ابن رزق رحمه الله يحتج بالمسألتين أيضًا لذلك .

وستل ابن رشد عمن له عقار في ناحية ولم يقف على مبلغه قط ، وكان يمتلكه رجل من أهل الناحية يمت إليه بقرابة أزيد من عشرين عامًا ، وصاحب العقار يخاف سطوته لجاهه ، فلما كان بعد الأمد الموصوف خاف على نفسه الطلب ، فابتاعه من صاحبه ببخس ولم يعرف قدر ما باعه ؟

**فأجاب :** إن أثبت القائم أن الابتاع وقع فيه وهو بيد المبتاع على سبيل

(١) في أ : صرف .

الغضب والتسور عليه ، وربّه ممنوع منه غير قادر على إخراجه من يده لجاهه وقدرته على الإمتناع من أن تجرى عليه الأحكام ، فسخ البيع فيه ورد إلى البائع ، ورد عليه الثمن الذي قبضه .

وإن كان ابتاعه منه بعد أن زال [جاهه] (١) وأمّنت سطوته وصار ممن تجرى عليه الأحكام ولا يقدر على الامتناع من الحق ، فابتاعه منه وهو على هذا الحال ، جائز وإن كان العقار بيده لم يصرفه إلى ربه ، هذا الذي اختاره وأتقلده وأفتى به مما قيل في ذلك .

وقول البائع : «إنه لم يعرف قدر ما باع» غير مسموع ولا مقبول ، غير أنه تجب له في ذلك اليمين على المتبائع إن ادعى أنه علم أنه باع منه ما جهله ولم يعرف قدره .  
قلت : زاد المتيطى : فإن نكل حلف وفسخ .

وقوله : «وفسخ» ، خلاف قول ابن رشد في رسم «أوصى» من سماع عيسى من كتاب جامع اليسوع من «البيان» : «إذا علم أحدهما وجهل الآخر ولم يعلم بجهله ، فليس يبيع فاسد وإنما هو بيع غش ، فيخير الجاهل بين إمضاء البيع ورده» ، وقد أشار ابن عرفة إلى هذا .

وسئل ابن رشد عن هذا المعنى أيضاً فيمن باع أملاكاً ورثها ، وأشهد على نفسه في عقد [بيعتها] (٢) أنه عرف قدرها ومبلغها ، ثم ادعى أنه ما دخلها ولا عرف قدرها ولا مبلغها ، وشهد له كل أهل موضعها بما قال ، فأراد القائم فيها فسخ البيع ، لأنه باعها ببخس ؟

فأجاب : إذا انعقد عليه في العقد ذلك لم يلتفت إلى دعواه وجاز عليه البيع ، ولا قيام له فيه .

وقال أيضاً في «نوازل» رحمه الله : بيع الأموال المنزل عليها فاسد يفتيه ما يفت

(١) في أ : يأسه .

(٢) في أ : البيع .

البيع الفاسد ، ونص عليه ابن حبيب ، وهو مذهب مالك وجميع أصحابه لا اختلاف بينهم فيه .

وقول أحمد بن خالد : «يفسخه على كل حال» ، خارج عن مذهب مالك وجار على غير أصوله ، فإن كان بناءه على مذهبه فما أمعن النظر ، إذ من قول مالك وأصحابه فوات بيع الأبق بحوالة سوق فما فوقه بعد القبض ، ولا فرق بينهما لاستواء علة الفساد فيهما ، وهو كون البائع ممنوعاً عما باعه ولا يقدر على تسليمه للمبتاع ، ولا يقدر المبتاع على قبضه والانتفاع به ، ودخلهما الغرر دخولاً واحداً .

قلت : حكى ابن عتاب - رحمه الله - في «أحكام ابن سهل» اختلاف الشيوخ في ذلك ، فمنهم من يحمله محمل البيع الفاسد ، ومنهم من كان يفسخه على كل حال .

قالوا : وإليه ذهب أحمد بن خالد وغيره .

وقال : كنت أذهب إلى قول أحمد بن خالد لدليل يؤيده حتى وجدت للمالك رحمه الله بعض الروايات ما أوجب الاختيار له والمصير إليه .

وسئل ابن رشد - رضى الله تعالى عنه - أيضاً عن هذا المعنى ، وذلك عن لها أملاك منزلة فتصدقت بها على ابنها ، ولا تستطيع إخراجها من يد من كان أنزل عليها ، فقبل الابن الصدقة ثم باعها منه وهى بيده ، ثم انقرضت دولة ابن عباد ، فقام يطلب الفسخ ، فقال المبتاع : إنما كان الإنزال على فائدة المال لا على رقة أصله؟

فأجاب : البيع فاسد ويفسخ، كان الإنزال على فائدة المال أو على أصل رقبته .

فإذا فسح البيع قبض الابن الأملاك بالهبة إن كانت الواهبة حية .

وإن ماتت قبل [ ق/٤٨ج ] ذلك بطلت الهبة وكانت الأملاك ميراثاً .

(٨٧) [٥] وسئل رحمه الله تعالى : عن رجل باع نصيباً في أملاك ، معقول

بعضها بعقال قاض في صفقة واحدة ، فشفعها من المشتري شريك البائع فيها منذ عام سالف ، فقام الآن البائع المذكور طالباً حل الشفعة والبيع ، لأن البيع كان فاسداً لعقله



ولا شفعة إلا في [ق/ ١٠٩ ب] بيع صحيح ، وقال : إنه لم يعلم الحكم إلى الآن ، وهو ممن يظن به الجهل بذلك ، فهل يفسخ ذلك مطلقاً ، جهل الحكم أم لا؟ طال أمد البيع أم لا ما لم يفت؟ وهل الشفعة تفيته على قول من يراها بيعاً صحيحاً أم لا ، لأنها لم تقع في محلها وهو البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد فلا مدخل للشفعة فيه؟

**فأجاب :** إذا صح ما ذكرتم فالبيع المذكور فاسد ، ولا شفعة في البيع الفاسد حتى يفوت بما تفوت به الأملاك من بناء وغرس وهدم أو زيادة بناء له بال فيه أو إخراجة عن ملكه [ق/ ٤٦ أ] بيع أو ما في معناه ، فحيث تجب الشفعة بقيمة المبيع يوم القبض ، والشفعة لا تفيت المبيع فاسداً ، بخلاف الشراء ، لأن الشفيع تنزل منزلة المشتري وحل محله فكأنه هو ، وكما لو ولى المشتري ما اشتراه فاسداً لغيره ، لم يفت المبيع فاسداً بعقد التولية لتنزل المولى منزلة المولى فكأنه هو ، فصار المبيع الفاسد كأن لم يقع بعد البيع فيه عقد ، فيجب فسخ الشفعة والبيع في مسألتكم ، ويعود المبيع إلى ملك بائعه كما كان قبل بيعه ، وهذا كله منصوص عليه في «المدونة» وغيرها ، وسواء نزلت الشفعة منزلة الاستحقاق أو منزلة البيع ، لأنها وإن نزلت منزلة البيع فقد نزل الشفيع منزلة المشتري كتزول المولى منزلة المولى ، ألا ترى أنه يدخل مدخله فيما يحط عن المشتري لاستصلاح البيع إلى غير ذلك ، وإنما تظهر ثمرة الخلاف في غير هذا الفرع ، ولا [عبرة] (١) بدعوى البائع للجهل ، كان ممن يظن به أو لا ، ولا بطول الأمد وقصره ، والسلام .

**قلت :** جعل الشيخ رحمه الله عقال القاضى للأملاك مانعاً من بيعها ، لأن البائع لا يقدر على التسليم ، ولا يقدر المتاع على القبض والانتفاع ، ومن شرط البيع أن يكون مقدوراً على تسليمه .

وأشار بقوله : «وهذا كله منصوص عليه في «المدونة» وغيرها» ، إلى قوله في «المدونة» : ولو علم به - أى بفساد البيع - بعد أخذ الشفيع فسخت الشفعة والبيع ،

(١) سقط من أ .

لأن الشفيع دخل مدخل المشتري .

وقال أيضاً فيها : ولا تجوز التولية في البيع الفاسد وترد .

قال : لأن الثاني دخل مدخل المتباع .

وفى «الموازية» : إذا لم يفسخ بيع الشفعة حتى فات بيد الشفيع فرجع البائع على المشتري بقيمته يوم قبضه ، لزم الشفيع ما لزم المشتري من تلك القيمة ، إلا أن تكون أكثر مما أخذ به الشفيع ، فالشفيع مخير إن شاء رد الشفعة وإن شاء تمسك بها بتلك القيمة ما بلغت ، انظر ابن يونس .

وقال عبد الحق : إن فات الشقص عند الشفيع ، فعليه الأقل من قيمته يوم قبضه المشتري أو قيمته يوم قبضه هو .

(٨٨) [٦] وسئل رحمه الله تعالى : عن رجل وضع يده على أرض لرجل ، وبقيت بيده مدة يعطيه كراءها ، ثم بعد ذلك عقد معه الاثراء فيها ، فكتب الموثق أنه باع وقبض الثمن ، واعترف أنه باع بعد أن مكنه من الأرض ، وأنه قبض كراءها بجميع ما تقدم من المدة التي كانت تحت يده ، وأنه باع طائعاً غير مكره ، ثم مات البائع والمتباع ، فوضع غاصب يده على الأرض فاغتصبها من يد ورثة المشتري ، فبقيت تحت يده مدة طويلة ثم رفع الغاصب يده عنها لورثة المشتري ، فقام ورثة البائع فادعوا أن موروثهم كان مغصوباً ، وأثبتوا أن المشتري كان اغتصبها ثم أخذ يؤدي كراءها مدة ، ثم اشترى الأرض المذكورة من غير أن يمكن البائع منها ، وأنه كان في جميع المدة المذكورة من أهل القهر والعداء والجاه ، وأن البائع إنما اعترف بذلك لإياسه ممن يحكم له على هذا الغاصب ، فرضي بذلك البيع لذلك؟

فقال : إقراره بأنه قد مكن منها مقدم على ما شهد به شهود الاسترعاء أنه لم يمكن ، إلا أن تشهد بينة أنه كان يوم عقد البيع مكرهاً ، وأنه إنما اعترف بالتمكين مكرهاً بنوع مما يُعد إكراهاً ، فحينئذ يكون اشترى ما تحت يده ولم يمكن منه .

قلت : [لوا] (١) لم يقر البائع بأنه مكن منها لفسخ البيع لما في سماع يحيى

من كتاب الغصب أنه إذا جاء بيينة أنه اشترى [من المدعي]<sup>(١)</sup> فزعم البائع أنه إنما باع منه خوفاً من شره وسطوته ، وهو ممن يقدر على ضره وعقوبته لو امتنع من بيعه ، فإنه يفسخ البيع إذا ثبت أن المشتري موصوف بمثل ما زعم البائع من استطالته وظلمه وأنه قد عمل ذلك بغيره . أ . ه .

وفى كتاب الإكراه من «النوادر» عن ابن حبيب : قلت لمطرف : فشراؤهم - يعنى [أهل الغصب]<sup>(٢)</sup> رقيق الناس وهم إذا هووا العبد أعطوا ربه بخساً من الثمن ولا يسعه أن يأبى أخذه ، فيأخذه كارهاً .

قال : هو كبيع المكره ، ولا يضره قبضه الثمن ، وله أخذ عبده إذا قدر وأخذ خراجه وأجرة عمله إن كان له عمل ، ويقاص بذلك فى الثمن الذى أخذه ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ ورأيت فى جواب طويل للمازرى رحمه الله شبه تأليف فى أحكام أهل الغصب ومن فى معناهم من مستغرقى الذمم ، وإذا تولى الغاصب المتسلط الشراء من أحد ، فإن كان الغاصب هو طالب الشراء ، وقال البائع : أكرهنى وإنما باع خوفاً منه لطلبه إياه فى البيع ، فإن البائع بالخيار بين إمضاء البيع أو رده ويأخذ غلته .

وإن كان البائع هو الذى سأله الشراء ولم يظهر من المشتري قهر ولا خوف وليس الثمن بحرام ، فالبيع ماضٍ .

وإذا جهل الأمر وادعى البائع الإكراه على البيع والخوف منه ، فالقول قوله لادعائه ما يشبه فحمل على الغالب ، وله أخذ المبيع ، وفى الغلة نظر وظاهر المذهب أنها للمشتري للجهل بصفة الحال ، إذ قد يكون رضى وللإختلاف فى رد غلة المغصوب ، والظاهر عندى على قياس المذهب وعدم مراعاة الخلاف رد الغلة كما رد الأصل للحمل على الغالب .

قلت : لسحتون رحمه الله فى نوازله من كتاب الغصب فى الأمير الغاصب إذا

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : الأحزاء .

ثبت أنه أخذ شيئاً مما بيده ولم يأت بيينة بما تصير له به إلا بحوزه عشرين سنة ، ونحوها في وجه المدعى المثبت للملك أنه لا يكون كالغاصب ، ولا فيما بنى وغرس إلا إن ثبت مع ذلك الغصب .

ابن رشد : وهو [ق/ ١١٠ ب] [الصحيح] <sup>(١)</sup> ، لأن الغلة قد قيل : إنها للغاصب ، وإن ثبت الغصب عليه لقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» لأنه لفظ عام مستقل بنفسه ، فيحمل على عمومه فيما كان بوجه شبهة وبغير وجه شبهة على القول بأن اللفظ العام المستقبل بنفسه الوارد على سبب يحمل على عمومه ، ولا يقصر على سببه الذي خرج عليه من الرد بالعيب ، فكيف إذا لم يثبت عليه الغصب . أ . هـ .

ثم إذا فسح البيع [ لأن البائع أثبت أن المشتري موصوف بما زعم البائع من استطلاته وظلمه وأنه إنما باع منه ] <sup>(٢)</sup> خوفاً [من] <sup>(٣)</sup> شره ، وزعم مع ذلك أنه دس إليه من يأخذ منه الثمن سرّاً ، ولو لم يفعل ذلك لقي منه شرّاً .

فقال ابن القاسم في سماع يحيى : لا أرى أن يقبل قوله ، وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم أنه لم يرتجعه ولم يأخذه منه بعدما دفعه له ، وقد روى عن يحيى أنه [ينظر إلى المشتري ، فإن] <sup>(٤)</sup> عرف بالعداء والظلم والتسلط ، فالقول قول البائع مع يمينه ، وقاله ابن القاسم ، وقع ذلك في بعض [ق/ ١٤٧] الروايات .

ابن رشد : وهو إغراق إذا أقر أنه قد دفع [إليه] <sup>(٥)</sup> الثمن ثم [ادعى] <sup>(٦)</sup> أنه قد أخذه منه .

وأما لو لم يقر [ أنه قبض الثمن ] <sup>(٧)</sup> وقال : « إنما أشهدت له على نفسى

(١) في أ : صحيح .

(٢) في أ : إذا أثبت البائع أن المشتري على ما زعم البائع من الاستطالة والظلم فباع منه .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) في ح : أقر .

(٧) في أ : يقبضه .

بقبضة تقية وخوفًا منه ، لأشبه أن يصدق في ذلك مع يمينه فى المعروف بالغصب والظلم ، وإنما يكون ما قال يحيى من تصديق البائع فيما ادعاه من أنه دس إليه [ق/٤٩ ج ] [في] (١) السر من أخذ [ الثمن ] (٢) منه ، إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره .

وقال رحمه الله تعالى مجاوبًا فى [نحو] (٣) هذا المعنى ما نصه : الاسترعاء فى الإقالة يلزم فيه ثبوت التقية وإن تقدم عقد الاسترعاء ، لأنه عوض كالبيع بخلاف الهبة والصدقة .

**قلت** : فى «النوادر» : قال ابن حبيب : قال مطرف فىمن خطب إلى من هو له قاهر ، وهو ممن يخاف تعديه أن يحوزها إليه بسلا نكاح [إن] (٤) شاء ، فزوجه وأشهد سرًا أنه إنما فعله خوفًا منه : إنه نكاح مفسوخ أبدًا .

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : قال الشيخ : ومعرفة كون المقال ظالمًا شديدًا معروفًا بما يخاف [منه] (٥) يكفى عن تخصيص إثبات تقية ، تأمله بهذا أفتى عن سؤال فى هذا المعنى . أ . ه .

**قلت** : هو نحو ما قدمنا من سماع يحيى .

وفى «مختصر الحديرية» : [إذا] (٦) ثبت قوم عند القاضى أن الخان سعيد أغضبهم أملاكهم وضمهم على الإكراه إلى أن عقدوا له بيعها منه دون ثمن دفعه إليهم فى علم الشهداء بذلك ، وحيزت الأملاك وألفيت بيد رجل ، واعتقلها القاضى وأعذر إليه ، فقال : إنى ابتعتها من الخان ولا مدفع عندى» ، و[أعذر] (٧)

- 
- (١) سقط من أ .
  - (٢) سقط من أ .
  - (٣) سقط من أ .
  - (٤) فى أ : إذا .
  - (٥) فى أ : عنه .
  - (٦) سقط من أ .
  - (٧) فى أ : اعتذر .

إلى الخان فتوفى فى خلال الإعذار ، فأعذر إلى ورثته ، فاغتلوا بمغيب كتبهم .

فقال هاشم بن أحمد بن خزيمه وأصحابه : إذا ثبت عندك إكراه الخان للبائعين منه ، وأعذرت فى ذلك إليه ثم إلى ورثته ، فلم يظهروا عندك ما يوجب لهم النظر ، فاقضى عليهم لأصحاب الاملاك ، وأمر بإنزالهم .

ولو أظهر الخان أو بنوه كتب الأشربة ما عملت شيئاً ولا أوجبت لهم نظراً مع ثبوت الإكراه عندك ، ويقضى للمشتري منه بما له الذى أثبت عندك بعقد ابتياعه . أ.هـ .

وفى رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الغصب فيمن قامت له بينة [أن رجلاً غصبه أرضاً فتقوم بينة] <sup>(١)</sup> للمدعى عليه الغصب أنه اشتراها ، ولا يدرون الاشتراء بعد دعوى الغصب أو قبل أو تعلم ذلك ، وثبت أن الغصب كان قبل الشراء .

قال ابن القاسم : بينة الاشتراء أحق ، علمت أن الغصب كان قبل أو لم تعلم ، لأنه إن كان الغصب قبل الشراء فقد اشترى بعده وبطل الغصب وإن كان الشراء قبله فشهادة من شهد بالغصب باطلة .

ابن رشد : زاد ابن حبيب فى هذه المسألة متصلاً بآخرها ، إلا أن يكون الشهود الذين شهدوا بالشراء إنما شهدوا أنه اشتراها منه وهو مغضوب بحاله ، لم ترد إليه ولم يملكها ، فيكون الشراء مفسوخاً مردوداً بالغصب الذى كان قبله ، ويرد الثمن الذى أخذه ، حكاه عن مطرف وابن القاسم وأصبغ .

وهذا الذى زاده ابن حبيب وحكاه عن حكاه من أصحاب مالك صحيح ينبغى أن يحمل على التفسير للمسألة ، لأنه إذا اشتراها منه قبل أن يردها إليه رداً صحيحاً يبين بها وينقطع خوفه عنه فيها لكونه على حاله من الظلم والتعدى والقدرة على الامتناع من جريان الحق عليه ، فهو شراء فاسد لأنه مغلوب على بيعها منه وإن كان

(١) سقط من ج .

مقرًا له بها ، إذ لا يقدر على أخذها منه وأما إن كان اشتراها منه بعد أن عاد ممن تأخذه الأحكام ، فالشراء صحيح لأنه لا يشتريها منه إلا وهو مقر له بها .

وإذا أقر له بها وأنه غصبه إياها وهو ممن تأخذه الأحكام ، فلا فرق في جواز شرائه إياها منه وهي بيده قبل أن يردّها إليه أو بعد أن يردّها إليه . أ . ه .

وفي ترجمة المتداعيين في شيء بأيديهما أو في يد غيرهما من كتاب الدعاوى والبيانات من «النوادر» : وكتب شجرة إلى سحنون فيمن ادعى على رجل أنه غصبه أرضًا ، وشهد بغصبها بيته ، فأتى المدعى عليه ببينة أنه اشتراها من المدعى ، وإن بيته الغاصب قد حضرت الشراء وشهدوا عليه ، وكيف إن كان مدعى الشراء جنديًا ومدعى الغصب من أهل البلد ، وقد كان الجندي في هذه الفتنة ما قد بلغك ؟

فكتب إليه سحنون : إن كان شهود الشراء عدولًا ، فخذ بشهادتهم إذا تبين لك صحة الشراء .

وإن كان مدعى الشراء جنديًا ومن أهل العدا والغصب ومن لا يعدل في حالته تلك سئلت البينة ، فإن علموا أن الطالب أراد البيع من غير ظلم ، فقد يبيع الرجل على وجه الحاجة من أهل العدا .

وإن لم [يكن] <sup>(١)</sup> عندهم من ذلك علم ، فكلف المعروف بالعداء ، فإن أتاك بأمر يشبت به عندك شراؤه على ما أعلمتك ، وإلا فأفسخ شراؤه بعد يمين مدعى الغصب على نفى دعوى المعروف بالعداء .

وإن كان الجندي ليس بمعروف بالعداء فأجر بيته على الشراء .

(٨٩) [٧] وسئل رضي الله عنه : عن طريق أكلته حافة ، فلم يجد الناس أين يمرون ، هل يوسع في الأرض التي تليها ؟

فقال : يوسع في أرض الأقرب فالأقرب ، ذكرها ابن رشد في «الأجوبة» [مع توسيع المسجد في دور بإزائه .

قَلَبَ : الذى ذكره ابن رشد فى «الأجوبة» [ (١) هو ما حكاه عن سحنون فى «المجموعة» فى نهر إلى جانب طريق الناس وبجانبيها أرض لرجل ، فمال النهر على الطريق فهدمها ، أنه إن كان للناس طريق قديم لا ضرر عليهم فى سلوكها ، فلا طريق لهم على هذا الرجل ، وإن دخل عليهم [فى ذلك] (٢) ضرر أخذ الإمام لهم طريقاً من هذه الأرض ويعطى قيمتها من بيت المال .

ولهذه المسألة نظائر حكاهما أبو عمران ، منها : إذا خافوا العطش [ق/١١١ب] ومعهم أثمان ، فإن لم تكن معهم أثمان دفع إليهم جبراً من غير ثمن .  
ومن انهدمت بثره فخاف على زرعه الهلاك ، فإنه يسقيه من بثر جاره من غير ثمن ، وقيل : بثمن .

والفدان إذا كان فوق جبل فاحتاج الناس إليه ليحصنهم [ويمنعهم] (٣) من الخوف والعدو ، فإن صاحبه يجبر على [البيع] (٤) .

والسلطان إذا كلف القوم فرس رجل أو جاريتة إن لم يأتوا بذلك هدهم وأخذ أموالهم ، فإنه يجبر [صاحبها] (٥) على بيعها بالثمن لتغليب الضرر .

ومن ذلك مسألة الأسير إذا طلب فى فكاك مسلم ، [فإنه يجبر ربه] (٦) على أن يبذله بالأكثر من قيمته أو بما يفدى به المسلم ، ذكرها ابن رشد وكذا إن لم يوجد لسلك الماء موضع .

(٩٠) [٨] وستل رحمه الله تعالى : عن رجل باع من ثور [له] (٧) ثلاثة أرباع

للمضحية وأمسك لنفسه الربع ، فقال صاحب الربع : لا أحب ذبحه ، وقال المشتري :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يبعه .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فإن ربه يجبر .

(٧) سقط من ج .



أنا [أحب] (١) الذبيح ؟

**فأجاب :** الأضحية لا يجوز فيها الاشتراك ، وأما الذبيح فمسألة من استثنى أرطالاً من شاة قال فيها : يجبر المشتري على الذبيح .

ومسألة من استثنى جلدًا في الذبيح [بمعيره لغيره] (٢) من أهل الماء ثم استحويه ، فعليهم شراء جلده ، فلم يلزمهم بالذبيح .

فانظر هذه بأيهما أشبه فتوقف ، ولم يجب إلا بهذا .

**قلت :** بعدم الجبر على الذبيح جزم في [جواب] (٣) [ق/ ١٤٨] آخر له على هذه المسألة بعينها ، ونصها :

(٩١) [٩] وسئل : عن رجل باع ثورًا للأضحية واستثنى ربه ، فلما انبرم العقد ندم فطلب المشتري في الإقالة - وكانوا ثلاثة - فأقاله اثنان وامتنع الثالث ، فبقي الثور بينهما [ (٤) ثلاثة أرباعه لبائعه وربعه للذي لم يُقَل في نصيبه ، ثم اختلفا فقال أحدهما : تركه حيًا ، وقال الآخر : تذبحه ، فالقول قول من منهما ؟

**فأجاب :** إذا اختلفا في استحياؤه وذبحه ، فالقول قول من دعى إلى استحياؤه وإن كان إنما اشترى على الذبيح ، هذا الذي رجح مما قيل في ذلك .

**قلت :** وعليه اقتصر اللخمي ولم يحك غيره ، ونقله ابن يونس عن بعض القرويين وصوبه .

قال : لأنهما شريكان ، فمن دعى إلى البيع فذلك له .

وفرق بينهما وبين مسألة استثناء الأبطال بأنهما إذا تشاحا في الذبيح فبيعت عليهما وقع لكل واحد منهما في استثناء الجزء ثمن معلوم ، وفي استثناء الأبطال لا

(١) في أ : أريد .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : جوابه .

(٤) سقط من أ .

يعلم كم يقع له من الثمن ، فليس إلا الذبح فيها .

ونقل ابن الحاجب في الجبر على الذبح في مسألة استثناء الجزء قولين ، واستظهر ابن عبد السلام الجبر عليه ، ولم يعرفه ابن عرفة ، وتوقف الشيخ في جوابه الأول في الجبر على الذبح ، توقف قبله فيه بعض شيوخ أصحاب ابن يونس ، وحكاه [ق/ ٥٠ ج] الشيخ في «التقييد» ثم قال : فهذه المسائل على ثلاثة :

فاستثناء الجلد أو الجزء على الحياة ، لا يجبر [على الذبح] <sup>(١)</sup> اتفاقاً .

وفي استثناء الأبطال ، يجبر اتفاقاً .

وفي استثناء الجزء على الذبح ، [هل يجبر عليه أولاً ؟] <sup>(٢)</sup> خلاف .

(٩٢) [١٠] وسئل رحمه الله : عن رجل وقف لبيع فقال له : أعطني بدرهم حياء مثلاً وبدرهم طفلاً وبدرهم كذا وبنصف درهم كذا ، فأعطاه كل عقدة على حيالها ولكنه دفع الجميع دفعة واحدة ورد عليه نصف درهم ؟

**فأجاب :** [هذا] <sup>(٣)</sup> رد في أكثر من درهم فيمنع ، انظر لو دفع له الدرهم الأول ثم أخذ منه سلعة ثانية فدفع له الدرهم الثاني ثم أخذ سلعة ثالثة فدفع له درهماً ثم أخذ رابعة بنصف درهم ، فهذه عقدة مفردة على حيالها ، فلا مانع .

قال الشيخ : ولا يلزم البيع من نية المشتري أنه جاء ليشتري بالأربعة الدراهم ويرد عليه نصف درهم شيء ، لأن الفساد من أحد المتعاقدين فيه خلاف .

**قلت :** هذه المسألة من مسائل الرد في الدرهم ، والأصل منع الرد فيه لكونه بيع فضة بفضة مع إحداهما سلعة ، لكن أجز في المشهور إما للضرورة إذ لا يجوز كسر الدرهم ، وإما ليسارته .

[وذهب سحنون إلى المنع] <sup>(٤)</sup> مطلقاً ، [و] <sup>(٥)</sup> أشهب في بلد فيه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : فهو .

(٤) في أ : وسحنون رحمه الله يمنع من ذلك .

(٥) سقط من أ .

[ وأجاز فى كتاب محمد أن يأخذ بكسر الدرهم سلعة ويباقيه دراهم صغاراً ]<sup>(١)</sup> .

وأشار اللخمي وعاياض إلى أن منع [أشهب] <sup>(٢)</sup> ذلك فى بلد الفلوس و [إجازته] <sup>(٣)</sup> بيلد فيه الدراهم الصغار اختلاف من قوله ، إذ لا فرق بينهما وعلى المشهور إن كان المرود ثلثين فلا خلاف فى المنع ، قاله ابن بشير .

قلت : وفيه نظر لنقل عياض عن أشهب أنه خففه فى الأكثر ، ونقل صاحب «الأمر المبهم» عنه الجواز فى الثلاثة الأرباع ، وأما إن كان المرود الثلث فأقل فلا إشكال فى الجواز لتحقق التبعية إلا على قول سحنون .

وختلف فى النصف ، فأجازه فى «المدونة» اللخمي والمازرى ، ومنعه أشهب فى كتاب محمد .

قلت : وهو خلاف نقل عياض وصاحب «الأمر المهم» عنه ، [فيكون لأشهب إذا قولان] <sup>(٤)</sup> .

وقيد ابن يونس الجواز ببلد فيه الدراهم الكبار خاصة ، أو الكبار والصغار ولا يكون عند المشتري إلا درهم كبير [فأبيح أن] <sup>(٥)</sup> [يأخذ] <sup>(٦)</sup> بنصفه طعاماً ويباقيه فضة .

قال : وأما فى بلد الغالب فيه الحرارةيت الصغار فلا يجوز أن يعطيه المشتري درهماً كبيراً ، فيأخذ بنصفه طعاماً ويباقيه [ <sup>(٧)</sup> خرايرت لبيان قبحه ، إذ لا ضرورة

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : جواره .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فيأخذ .

(٧) سقط من أ .

[تلحق] (١) في ذلك .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من كون الجواز مشروطاً بكونه في الدرهم الواحد، نقله عياض عن ابن أبي زمنين ، وقاله غير واحد .  
ابن جماعة : ولا يجوز رد الصرف في درهمين ولا في قراطين ، وإنما يجوز في درهم واحد وقيراط واحد ، انتهى .

وقول الشيخ : «انظر لو دفع له الدرهم الأول ثم أخذ منه سلعة ثانية فدفع له الدرهم الثاني ثم أخذ ثالثة فدفع له درهمها ثم أخذ رابعة بنصف ، فهذه عقدة مفردة على حيالها ، فلا مانع » ، ظاهره الجواز وإن لم يفترقا .

**قلت** : وهو خلاف ظاهر قول ابن جماعة : «لا يجوز أن تشتري منه سلعة بدرهم ثم تشتري منه بنصف درهم آخر على أن تدفع له درهماً آخر فيرد [عليك]» (٢) صرفاً ، إلا أن يكون ذلك بعد أن تفترقا .

فقال العلامة أبو العباس القباب رحمه الله تعالى : هذا تحيل على الإخلال بشرط [المنع في] (٣) الرد في أكثر من درهم واحد .

[قال] (٤) : وإجازته بعد الافتراق - يريد الافتراق البين - الذي يفهم منه أنه لا ارتباط لعقد ما عقده ثانياً مع العقد الأول . أ . ه .

والشيخ رحمه الله تعالى أطلق في الجواز ، فتأمله .

ثم إنه احتج لجواز ذلك بقوله : « ولا يلزم البياع من نية المشتري أنه جاء ليشتري بأربعة دراهم ويرد عليه نصف درهم شيء ، لأن الفساد من أحد المتعاقدين فيه خلاف .

**قلت** : وهذا الخلاف نقله المازري وابن بشير وغيرهما على مسألة الصرف على

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : عليه فيه .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

الذمة [ فإنه ] (١) إذا اصطرف اثنان وليس معهما ما اصطرفا عليه ، فاستقرض هذا دنائير وهذا دراهم بعد أن عقدا الصرف ، [ فإنه ] (٢) لا يجوز .  
وأما إن لم يتسلف إلا أحدهما فأجازه ابن القاسم إذا كان قريباً كحل الصرة ، ومنعه أشهب .

وحمل القابسي وغيره قول ابن القاسم بأن من لم يتسلف لم يعلم أن صاحبه عقد معه على ما يتسلف ، فلذلك أجازه ابن القاسم لكون هذا العقد إنما علم فساده أحدهما ، وعلم أحد المتعاقدين [ق/١١٢ب] بفساد الآخر مختلف فيه هل يقتضى المنع أم لا ، بخلاف تسلفهما معاً فإنهما عقدا على علم بالفساد .

وللأشياخ على المسألة كلام ذكره ابن محرز والمازري وابن بشير ، والذي ارتضاه ابن محرز من التفريق هو أن تسلفهما معاً يكثر به الغرر ، إذ لا يجدان من يسلفهما أو من يسلف أحدهما ، وذلك يقتضى تأخيراً من مراوضة ومراجعة .  
وإذا كان أحدهما هو الذى تسلف خفت المخاطرة والغرر ، وإذا خف الغرر اغتفر ويقل التأخير ، ومتى قل خف أمره .

ابن بشير : وهذه الطريقة هى أشد الطرق ، وهى مقتضى الأصول ، وتعقبه ابن عبد السلام بأن معنى المسألة المتفق على منعها كان تسلف كل واحد منهما فى زمن واحد لا على التعاقب ، فينتفى الطول إذا قبضا [ق/ ٤٩ أ] معاً السلف فى وقت واحد حيثئذ ، إذ لا يوجب ذلك من الطول أكثر مما [يوجب] (٣) تسلف أحدهما .

وإن كان قبض أحدهما ما تسلفه قبل الآخر فالمتأخر هو الذى تسلف فى ذلك الزمان ، وهو لو انفرد بالسلف لصح الصرف ، فلم يظهر فى تسلفها زيادة فى الطول على سلف أحدهما وحده .

(١) فى ب : وهى .

(٢) فى ب : فهذا .

(٣) فى أ : يوجهه .

وأجاب ابن عرفة بأن مراد ابن محرز أن تسلفهما أقرب ، لكونه مظنة التأخير ، لأن زمانه أطول من زمان تسلف أحدهما ، وإنما كان أقرب لأن تسلف أحدهما معروض للتأخير ، وكلما تعدد المعروض كان حصول العارض أقرب .  
ومن شروط الرد في الدرهم كونه في بيع أو ما في معناه من إجارة أو كراء ، فلا يجوز في قرض ولا صدقة ولا هبة .

عياض : ولا يختلف في هذا كون الدرهم والمردود مسكوكين .

عياض : قال بعضهم : ولو كان ما يرد عليه فضة غير مسكوكة لم يجز .

وحكى أيضاً عن بعض الشيوخ : لو كانت سكتهم مكسورة ومجموعة ومقطوعة ، لم يجز الرد بوجه ، إذ لا ضرورة لذلك .

قال : ولا يختلفون في هذا .

قلت : أشار القباب رحمه الله تعالى إلى أن في قول ابن يونس [الذي قدمناه ما يقتضى جواز كون المرود فضة غير مسكوكة ، وهو قوله : «ولا يكون عندي المشتري إلا درهم كبير ، فأبيح له أن يأخذ بنصفه طعاماً وبياقية فضة»] (١) .

وأشار إلى هذا ابن عرفة أيضاً ، وفي سماع عيسى نحو قول ابن يونس .

قال فيمن ابتاع سلعة بثلاثي درهم ثم أتاه به ورد عليه ثلثه فضة : لا بأس به .

ابن عرفة : ظاهر قوله : ورد عليه ثلثه فضة وعدم تقييده .

ابن رشد : جوازه غير مسكوك كما تقدم للصقلي .

[ ومن شروطه أيضاً ] (٢) مناجزة القبض فيه وفي البيع ، ولا إشكال في ذلك

لأنه إذا اشترط تناجز الجميع في البيع والصرف كما نص عليه في «المدونة» وغيرها ، فالمراطلة والبيع أخرى ، ولذلك نص ابن جماعة رحمه الله على منع الرد على من اشترى قلة ماء بغيراط ، فدفع درهماً ورد عليه البائع قيراطاً قبل أن يوصلها لدار

(١) في أ : تقديم وتأخير بين الجمل .

(٢) سقط من أ .

المشترى .

وكذا الحماسى يرد عليه صرفاً قبل دخول الحمام ، وكذا من أعطى نعله لمن يخفضه بدرهم صغير فأعطاه كبيراً ورد عليه صغيراً قبل تمام العمل وقبل قبض النعل ، ونحو هذا .

وحكى البرزلى عن شيخه ابن عرفة أن بعض أشياخه أجاز شراء طاس [ق/٥١ج] جيباً من اللبان ونحوه ، ويأخذ الإئاء بعد تفريفه .

قال : وكذا لو اشتراه بطعام ، لأن منفعة الإئاء يسيرة ، وهى تابعة ، وعن بعضهم : لا يجوز ، وهى تجرى على الخلاف فى الاتباع هل تعطى حكم أنفسها أو متبوعاتها .

**قلت** : لما نقل ابن عرفة فى «مختصره» مسألة سماع ابن القاسم فى رسم «صلى» من كتاب الصرف فىمن اكرى دابة بنصف دينار ودفع للمكترى ديناراً وأخذ نصف دينار : إنه لا بأس به ، وذكر كلام ابن رشد عليها وأنها على خلاف أصل ابن القاسم فى منعه أخذ منافع عن دين ، وأن مقتضى أصله منعها لأنه صرف مؤخر لتأخير الركوب .

قال : ومثلها مسألة تكرر السؤال عنها قديماً وحديثاً أجازها بعض أهل الفتوى ومنعها بعضهم ، وهى مسألة شراء الخالوم فى إئاء يحمله فيه بنصف درهم ، فدفع درهماً على أن يرد عليه نصفاً ، منعه بعضهم وخففه بعضهم ليسارته وتبعيته . أ . ه .

وعلى المنع اقتصر ابن جماعة .

قال : إذا اشترى الرجل جيباً أو لبناً فى دانية البائع ، فينبغى أن لا يشتري ذلك بخبز ولا بما تقع فيه المصارفة ، لأنه بيع وإجارة .

قال القباب : فإذا اشترى طعاماً وكانت العادة أن البائع يعطى الأوعية ، أو دخل المتبايعان على ذلك .

وإن لم تكن عادة فلا يجوز أن يكون الثمن عنه طعاماً ، لأنه كما قال المؤلف :  
بيع الطعام وإجارة الوعاء ، وكذا لا يدفع عنه درهماً كبيراً ويرد عليه فيه صغيراً .

**قلت** : ولتحقق كون الوعاء مستأجراً لا يضمه المشتري بدعواه تلفه ، قاله ابن المواز فيمن اشترى جرار زيت أو سمن ، فوزنت له وقبضها حتى يفرغها فيردها لأنها مكراة ، وكان الثمن وقع على الزيت وعلى عارية الظروف ، نقله عنه ابن يونس ، وقاله اللخمي إن كانت العادة مضي المشتري بها ليفرغها .

قال : فإن كانت العادة تفرغها قبل أن يذهب بها لم يصدق ، لأنها عارية واشترط ابن جماعة في الرد في الدرهم اتحاد السكة فيه وفي المردود ، وكونهما معلومي الوزن .

وقال البرزلي : وقعت مسألة سألت عنها أشياخنا فاختلّفوا فيها ، وهو أن التعامل كان بتونس بالدرهم عدداً ، فيجهل قدر الدراهم والأنصاف والأرباع لاختلاف السكك و[تساويها] (١) في النفاق ، فهل يصح الرد فيها؟

فمنعه الغبريني ، وقال ابن حيدرة : هو جائز على ما قال في «الأمر المهم» .

وقال شيخنا الإمام - يعني ابن عرفة - : إن اضطر الإنسان فعل وإلا فلا ، وهو الصواب لأن أصل هذا الباب إنما جوزوه للضرورة ، فمتى وجدت أبيح الحكم وإلا فلا .

**قلت** : مقتضى قول ابن الكاتب في تأويل مسألة أبي البلاط الواقعة في أصل «المدونة» اشتراط معرفة وزن المردود ، فإنه أشار إلى أن معنى منعها لأن الصغار لا يعرف وزنها .

واشترط ابن جماعة أيضاً وزنها ، وهو ظاهر لأنه من معنى التصديق في الصرف ، ونصه : لا يجوز أن يسترد صرفاً في درهم إلا بوزن وتقليب .

[قال] (٢) : واستحسن بعض المذاكرين وزن السلعة إذا كان البائع غير مأمون .

(١) في أ : تساويها .

(٢) سقط من أ .



البرزلي : وأفتى ابن قداح أنه لا يجوز رد النصف ناقصاً إلا أن يعلم نقصه في الصنجة .

قال الشيخ : ولو وجد المرود أو الدرهم معيباً ، لم يجز السبدل على قول ابن القاسم .

وهل يجوز على مذهب ابن شهاب ؟ أجازة أبو القاسم بن زانيف ، ومنعه أبو موسى المومنانى ، واختاره أبو محمد صالح .

(٩٣) [١١] وسئل رحمه الله تعالى : عمن اشترى سلعة بعشرة دراهم ، فدفعها للبائع ودفع درهماً للدلال ، وأجرته نصف درهم ، هل يرد عليه الدلال نصف درهم أم لا ؟

فقال : لا يجوز ، إذ كأنه اشترى بعشرة ونصف فدفع أحد عشر درهم ورد عليه نصف درهم ، إذ الأجرة من الثمن ، بدليل إذا ردت بعيب رد السمسار الجعل .  
قلت : لما تقدم من كون الرد إنما يجوز في الدرهم الواحد .

(٩٤) [١٢] وسئل رحمه الله تعالى : عن مسألة البيض هل يمنع الرد في الدرهم إذ من الشروط أن ذلك إنما يجوز ببلد لا فلوس فيه وهو عوض الفلوس ؟  
فقال : أما من شرط ذلك فيمنعه ولا فرق ، وأما ابن القاسم فلا يشترط بلداً لا فلوس فيه ، لأنه أجاز أن يعطيك بنصف درهم فلوساً وبنصفه فضة .

قلت : يعني بقوله : «أما من شرط ذلك» أشهب رحمه الله تعالى ، وقد تقدم ذلك مع إلزامه اللخمي وعياض المناقضة .

(٩٥) [١٣] وسئل رضي الله تعالى عنه : عن رجلين اشترى كل واحد منهما سلعة بدرهم ونصف من بائع واحد ، فاحتاج أن يرد لكل واحد نصف درهم فأعطاهما معاً درهماً صغيراً ليقتسماه بعد هذا ؟

فقال : إذا كان لهذا دراهم ولهذا دراهم فصرفاً بالجميع ديناراً واحداً من رجل ، يجوز أن يبقى بينهما مشتركا حتى يقتسماه ، فالدرهم هنا وزن الدينار لكل واحد

نصفه ، فتأمله وإن كان هذا الباب أضيق من باب الصرف [ق/ ١٥٠] لكثرة الشروط فيه ، لكن إنما يتخوف [ق/ ١١٣ب] من التأخير ، وقد أجازته هناك فليجز هنا ، وفي مسألة الدينار خلاف .

**قلت** : لا أدري ما هذا ، لأنه الرد في أكثر من درهم لأن كل واحد منهما اشترى بدرهم ونصف ، وذلك أكثر من درهم ، ومسألة الدينار أجازها في «المدونة» .

قال اللخمي : ومنع محمد أن يكونا شريكين في الدراهم ، واعترضه عبد الحق بأن كل واحد منهما لم يين بما صار له .

قال : كما لو كان على رجل لرجل آخر نصف دينار فأعطاه دينار له ولآخر على أن يأخذ بنصفه دراهم من الآخر ، وإن كانت يد بائع بنصف الدينار قد خرجت عنه ببيع نصفه وقضاء نصفه ، لأن الذي صرف لم يين به .

قال : إلا أن يكون محمد أراد أنهما شريكان متفاوضان ، فيصح ما قال اللخمي ، ولو كان رجلان شريكين في دينار أو حلى أو دراهم أو نقرة ، فباع أحدهما نصيبه من ذلك من شريكه بمثل وزنه ، جاز في الدينار والحلى ، وهو كالمراطة .

واختلف في النقرة ، فروى ابن القاسم عن مالك الجواز ، وروى عنه أشهب المنع .

قال : ويجوز في الدرهم إذا وزنت بالحضرة وأعطى وزنها بتلك الصنجة وإن كان تقدم بصنجة لإمكان اختلاف الوزنين ، وهو معنى قول أشهب في الدراهم ، قلت : ويقول اللخمي في الدينار أفتى ابن عبد السلام رحمه الله ، وأخذه من قوله في «المدونة» : لا بأس ببيع شريك في حلى حصته منه لشريكه بوزن نصفه وكذا نقرة بينهما أخذا أجروياً .

قال : لأن قطع الحلى يجوز ، بخلاف الدينار .

وأفتى ابن قدامح فيه بالمنع .

ابن عرفة : وقال فيما أخبرني ثقة عنه حين ذكرت له فتوى ابن عبد السلام :  
«الله حسيبه» مرتين .

قال : وقيل : كان طبقة أشياخ ابن قداح كالشيخ الفقيه الشهير أبي محمد الزواوي والشيخ الفقيه الأصولي أبي القاسم بن زيتون يفتون بالمنع ، وابن قداح كان يفتي بالجواز حتى ذكرت له ذلك فرجع عنه للمنع .

وقد يفرق بأن الحلّى يراد بعينه وصياغته ، وكذا النقد لعرض في عينهما ، لأنهما لو استحقا ثمنهما فسخ البيع بخلاف الدينار .

(٩٦) [١٤] وسئل عليه السلام : عن رجل تسلف من رجل خمسة وثلاثين درهماً بمصر ، فلقبه بفاس فلم يجد تلك السكة وتعذرت عليه ، فما الذي يعطيه ؟

فقال : هذا أشبه شيء بمن فدى رجلاً من يد العدو في أرض العدو بطعام أو وهبه له فثأب عليه بذلك ، وتعذر عليهما الرجوع [إلى] <sup>(١)</sup> هناك ، فقال : يعطيه قيمة ذلك هناك من العين ، نص عليه ابن يونس .

فكذلك يعطى هنا من الذهب ما يساوي هنالك خمسة وثلاثين درهماً .

فقيل له : خمسة وعشرون بدينار [فكيف] <sup>(٢)</sup> يفعل ذلك في الكسر ؟

فقال : يشتري خمسين ديناراً [من الذهب] <sup>(٣)</sup> ويدفعه له .

قال : ولا تشبه الدراهم إذا قطعت ولم توجد أصلاً التي نص عليه اللخمي بقولين ، هل يقضى عليه بقيمتها يوم الحكم أو يوم وجوب أدائها عليه ؟ [ق/٥٢جـ] والأول أنسب .

قلت : قوله : « نص عليه ابن يونس » في [ كتاب ] <sup>(٤)</sup> الجهاد يشير إلى ما

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : كيف .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

نقله عن بعض شيوخه [ في ذلك ] (١) .

وذكر البرزلي مسألة السؤال بعينها ، وقال : إنها نزلت فوق الحكم بأنه يلزمه قيمة الدراهم التي تسلفها بالبلاد المشرقية في بلدها يوم الحكم .

قال : ووقعت [مسألة] (٢) أخرى ، وهو أنه وجبت قناطير من كتان من عدى على رجل بتونس ، وكان تعديه عليها بالاسكندرية ، فوقع الحكم فيها بدفع القيمة بالاسكندرية بتونس لتعذر الطريق إلى الاسكندرية عن قرب بئر أو بحر .

ولو لم يتعذر الطريق لم يقض إلا بمثلها في الاسكندرية .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من أن اللخمي حكى قولين في الدراهم إذا قطعت ولم توجد ، هل يقضى بقيمتها يوم الحكم أو يوم وجوب أدائها؟

لم أر في «تبصرته» إلا قوله في كتاب الصرف في الفلوس : «ولو قطعت فلم توجد [ كان له قيمتها ] (٣) يوم انقطعت إن كان الدين حالاً ، وإن كان إلى أجل فانقطعت [قبل الأجل كان له قيمتها] (٤) يوم يحل الأجل ، ولم ينظر إلى قيمتها يوم انقطعت ، لأنه [ لم يكن له توجه ] (٥) قبل الأجل طلب .

وإن أخره بعد الأجل ثمانية ، [فانقطعت قبل الأجل ، كانت له ] (٦) [قيمتها] (٧) يوم يحل الأجل الأول ، لان بالقيمة وقع التأخير . أ. هـ .

ونحوه قول ابن محرز : ولو انقطعت حتى لا توجد لكنت قيمتها يوم قطعت إذا انقطعت بعد الأجل ، فإن انقطعت قبل الأجل فيوم حل الأجل .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : فالقيمة .

(٤) في أ : قبله فالقيمة .

(٥) في أ : لا يتوجه .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : فالقيمة .

ونحوه قول ابن بشير : فإن فقدت قضى بقيمتها يوم القيم على من وجبت في ذمته ، سواء كانت حالة أو مؤجلة ، والقيم في المؤجل إنما يجب عند المطالبة بعد حلول الأجل ، وهو معنى قول ابن الحاجب : ولو عدت فالقيمة وقت اجتماع الإستحقاق والعدم .

والقاتل بقيمتها يوم الحكم هو ابن يونس .

قال في كتاب الرهن : لأنها في ذمته إلى يوم تحاكمه فيها ، ويقضى عليه بها ، وصوبه الشيخ .

وقال ابن عبد السلام : الأول أقرب إلى التحقيق .

وخرج الشيخ على القولين من وجبت له شفعة بسكة قديمة ، ولم توجد .

قال : فعلى قول ابن يونس عليه قيمتها يوم الحكم بالشفعة .

وعلى قول اللخمي : يوم انقطعت . قال : وكذلك المهور على هذا .

قال : ولو كانت أولاً بغير ميزان ثم حدث الميزان ، فله المتعارف من تلك السكة قبل حدوث الميزان ، فإن جهل مقدارها كانت كمسألة آخر كتاب الصلح فيمن عليه دراهم نسي مبلغها ، جاز أن يصطلحها على ما شاء من ذهب أو ورق ، فإن أبا عرض الحاكم عنهما حتى يصطلحها .

ونص في كتاب الرهن [ من «المدونة» ] (١) على أن من أقرض فلوساً وباع بها سلعة ، ففسدت [الفلوس] (٢) أو كسرت فليس له إلا مثلها .

المازري : وكان شيخنا عبد الحميد يعدل عن مذهب «المدونة» ويعتل بأن دافع عوضها دفع متفعلاً به ليأخذ متفعلاً به ، فلا يظلم بأن يأخذ ما لا منفعة له فيها ، فيكون في ذلك قيمة السلعة ، كمن أسلم في فاكهة فانقطع إبانها .

قال : وجرت المسألة بمجلس شيخى أبى [الحسن] (٣) اللخمي فنظرت ما قاله

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

شيخى عبد الحميد فقال لى الشيخ أبو الحسن : ناظرته فى هذه المسألة وألزمته أن يجعل مقالاً لمن أسلم فى طعام فصار لا يساوى شيئاً له قدر ، وأفهمنى أنه لم يجب عن هذا الإلتزام ، فأجبت بأن أصل جواز السلم اعتبار اختلاف الأسواق ، ولذا منع السلم الحال ، فلو وجب اختلاف أسواقه فسخه ، و [هي] (١) سبب جوازه وصحته لكان تناقضاً ، فلم يجبنى بشيء .

**قلت** : رد ابن عرفة جواب المازرى بالزام التناقض بأن شرط السلم اختلاف الأسواق ، وموجب فسخه صيرورته بأنه لا يساوى شيئاً ، وذلك غير اختلاف الأسواق ، فانتهى التناقض إذ شرطه اتحاد المحل .

وقال : بل جواب الإلزام أن الطعام وإن كان لا يساوى شيئاً له قدر فالانتفاع بذاته باق وهو الأكل ، وهو المقصود منه بالذات لا الأثمان والفلوس ، [إذ] (٢) لا منفعة فيها إلا إنفاقها .

قال ابن الحاج : إذا كان [ق/١١٤ب] لرجل على رجل دراهم فانقطعت تلك السكة ، فأخبرنى بعض إخواننا عن ابن جابر فقيه أشبيلية .

قال : نزلت هذه المسألة بقرطبة أيام نظرى فيها ومحمد بن عتاب حى ومن معه من الفقهاء ، فانقطعت سكة ابن جهور لدخول ابن عباد سكة أخرى ، فأفتى الفقهاء أنه ليس لصاحب الدين إلا السكة القديمة .

وأفتى ابن عتاب أن يرجع فى ذلك إلى قيمة السكة المقطوعة من الذهب .

وأرسل إلى ابن عتاب فنهضت إليه [ق/٥١أ] فذكر المسألة وقال : الصواب فيها فتاوى فاحكم بها ولا تخالفها ، أو نحو هذا من الكلام .

(٩٧) [١٥] وستل بشيء : عمّن باع ثوراً على خيار بشرط النقد ، فاخبره بالحرث ثم حرث به يوماً بعد الاختبار فرده ؟

(١) فى أ : هو .

(٢) سقط من أ .

فقال : البيع فاسد بشرط النقد ، فيرد .

وأما ما حرث به للاختبار فلا شيء عليه فيه ، وأما ما حرث بعد الاختبار فإن نظرت إلى البيع الفاسد فلا شيء عليه ، لأن الغلة في البيع الفاسد للمبتاع . وإن نظرت إلى الخيار ، فالغلة للبائع ، لأن الضمان منه ، ولكن هذا إنما حرث به تعدياً إذ إنما يعتقد حكم الخيار لا حكم الفساد ، وقد نص على الضمان في كتاب الخيار في قوله : « وكذلك إن وقع بيع الخيار فاسداً باشتراط النقد ، كان ما هلك من البائع وإن قبضه المبتاع . . . » المسألة إلى آخرها .

قلت : قوله رحمه الله تعالى : « فأما ما حرث به للاختبار فلا شيء عليه فيه » ، أما على قول أبي عمران [قال] (١) بأن لمشتري الدابة على خيار له ركوبها إذا كان العرف اختبارها بالركوب وإن لم يشترط ركوبها ، فكذلك لا شيء على الحارث بالثور للاختبار [به] (٢) إذ له ذلك .

وأما على قول أبي بكر بن عبد الرحمن أنها لا تتركب الدابة أيام الخيار إلا بشرط ، فإنه ينظر فإن كان العرف اختبار الثور بالحرث به و [يحقق] (٣) ذلك ، وهو مما يراد للحرث [ لثلا يكون مما لا يحرث ] (٤) فكذلك أيضاً .

[قال] (٥) عياض : في الدابة تختبر بالركوب لثلا تكون مما يعثر مع طول المشي أو تضعف .

قال : وما أرى ابن عبد الرحمن يخالف هنا .

وفي «المقدمات» : لا يجوز للمبتاع اشتراط الانتفاع بالمبيع أمد الخيار ، لأنه غرر إن لم يتم البيع فقد انتفع بالمبيع باطلاً ، وإنما جوز له قدر ما يقع فيه الاختبار خاصة فيما يختبر بالاستعمال كركوب الدابة واستخدام العبد في الشيء اليسير الذي لا ثمن له .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : تحقق .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : لقول .

وأشار اللخمي رحمه الله تعالى إلى أنه لا يجوز للمشتري الإنتفاع بذلك إلا بعوض معلوم ، فإن قبل المشتري [ بعد ] <sup>(١)</sup> انقضاء الأمد ، فللبائع الثمن والأجرة ، وإن قبل الإنتفاع به سقطت الأجرة .

وتردد الشيخ رحمه الله تعالى في لزومه ما حرث به بعد الاختبار ، وإن كان البيع فاسداً . سبقه به ابن يونس ، فإنه صرح بلزوم قيمة لبس الثوب إذا اشترط لبسه في أيام الخيار وإن فسد البيع .

[ثم] <sup>(٢)</sup> قال : وذكر بعض أصحابنا أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد في أيام الخيار وهلكت السلعة ، فقيل : ضمانها من البائع ، فيكون الحكم في قيمة اللبس نحو ما قدمناه .

وقيل : إن الضمان من المبتاع يوم القبض كسائر البيوع الفاسدة ، فيكون على هذا لا شيء عليه في اللبس كسائر الغلات .

قال ابن يونس : ولم أر إذا فسد البيع باشتراط الخيار الطويل الذي لا يجوز في تلك السلعة ، فقال سحنون في «العتبية» : الضمان من البائع .

وقال ابنه : الضمان من المشتري من يوم القبض ، لأن الخيار وقع فاسداً .

قال : وذلك بخلاف إذا صح الخيار وفسد البيع لا اشتراط النقد فيه ، فإن الضمان هنا من البائع ، لأن الخيار هنا صحيح .

ابن يونس : فعلى هذا يكون قيمة لبس الثوب على المشتري بلا خلاف ، [ما نظره] <sup>(٣)</sup> .

الشيخ رحمه الله تعالى : في كلام ابن يونس [ق/٥٣جـ] تدافع ، لأنه حكى أولاً الخلاف في الضمان إذا فسد البيع باشتراط النقد ، ثم قال : «ولم أر خلافاً فيما إذا فسد البيع باشتراط النقد أن الضمان من البائع» .

(١) في أ : قبل .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .



قَلتَ : ويظهر لى أنه لا تدافع فيه ، لأنه لما حكى عن بعض أصحابه نقل الخلاف فى الضمان إذا فسد البيع باسئراط النقد هل هو من البائع أو من المبتاع ؟ قال : إنه لم يقف على القول بأن الضمان من المبتاع ولم يراه لأحد ، ثم خرج قيمة اللبس على الطريقتين .

فهو رحمه الله تعالى فى هذا كما يقول ابن عرفة فيما ينقله ابن الحاجب وابن شاس وغيرهما من الأقوال التى لم يرها : « لا أعرفه » ، فابن يونس إنما نفى رؤية القول بأن الضمان من المشتري فى ذلك ، وخرج قيمة اللبس على طريقتة وعلى طريقة بعض أصحابه ، فتأمله .

وهل يصح البيع بإسقاط [شرط] (١) النقد كإسقاط مشطط السلف فى البيع والسلف - وهو قول سحنون فى كتاب ابنه - أو لا - وهو ظاهر «المدونة» ؟

عند ابن رشد ونقله عبد الحق عن بعض الأندلسيين [ وحكى ابن سحنون عن أييه : إن الضمان من المشتري بعد قبضه المبيع بعد أجل الخيار المشطط فيه النقد، نقله عنه الباجى وابن يونس ، وهو مقتضى قوله فى «نوازل العتبية» : إن اشترى جارية بخيار أيامًا تجوز له واشططت النقد ، ولم يعلم بذلك حتى مضت أيام الخيار وحتى فانت الجارية بنماء أو نقص ، فإنما يرجعان إلى قيمتها يوم خرجت أيام الخيار ، لأنه حينئذ صار قابضًا ، والمصيبة من البائع حتى تمضى أيام الخيار . وحكى ابن الحاجب فى فساد البيع باسئراط النقد قولين .

قال ابن عبد السلام : ولا أحفظ إلا القول بأنه فاسد ، وأما القول الثانى فلا أحفظه ولا أتحقق مراد المؤلف منه [ (٢) ] .

(٩٨) [١٦] وسئل رضى الله تعالى عنه : عن رجل اشترى ثورًا ثم بعد شهر رأى فيه خنزيرًا ، فاعتقد أنه حدث عنده فكواه ، ثم رآه بعض أهل المعرفة فرأوا عليه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

كياً قديماً ، فقالوا : لا يكون مثل هذا إلا للخنزير وهو قديم في هذا الثور ، فأراد رده به ، هل له ذلك أو يعد كيه إياه رضا ؟

فقال : له ذلك ، وكيه إياه مع ظنه أنه حادث لا يضره ، بدليل حديث المصراة<sup>(١)</sup> .

قيل له : إن في كتاب الخيار : إذا ودج الدابة أو غيرها ، ذلك دليل على الرضا [بالبيع فكذلك] <sup>(٢)</sup> بالعيب [بجامع]<sup>(٣)</sup> المداواة .

فقال : أما هناك فليس عنده ما يتأول ، وهنا يقول : ظننت أنه حادث فلا رد لى .

قيل له : فهل يحلف أنه لم يرض ؟

قال : إن اتهم حلف .

قلت : أقرب شيء بهذه المسألة قول ابن المواز في مسألة « من ابتاع عبداً وتطلع على عيب به ، فباعه وبينه للمبتاع ظاناً أنه حدث عنده ، ثم علم أنه كان به عند بائعه » : إن له الرجوع عليه بأقل من تمام الثمن أو قيمة العيب ، وذلك إذا باعه بأقل مما اشتراه به لأجل العيب .

ومن هذا المعنى ما في « أحكام ابن سهل » فيمن ابتاع أمة وبين البائع له أثر بساقها أو بجسدها فرضى ، ثم شهد طبيبان أنه عيب وأنها تولدت من المرة السوداء ، فإن له الرد ، لأنه ظن حين رضى أنه غير عيب ، وحديث المصراة الذى أشار إليه الشيخ رحمه الله تعالى مشهور متفق عليه ، وقد اختلف فى الحلبة الثالثة هل تقطع الرد - وهو قول ابن المواز - أولاً - وهو ظاهر « المدونة » وقول مالك ، ويدل على صحته ما فى بعض طرق الحديث « فهو بالخيار ثلاثة أيام » .

(١) سبق تخريجه .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : بمجامع .

قال عياض : ومالك لم يأخذ بذكر ثلاثة أيام ، إذا لم تكن فى روايته قال : ولكن فى معناها الثلاث حلبات ، لأن الأولى هى الدالة ، والثانية فيها ظهرت ، والثالثة فيها تحققت ، إذ قد يظن فى الثانية أن اختلافها من الأولى لاختلاف مرعاها ومراحها أو ما يعترىها من إمساكها مرة والتسوق بها وبقاء لبنها الأول غير مخلوب .  
وروى عيسى قال : ويحلف أنه ما كان ذلك منه رضى بها ، وبهذا يصح للشيخ رحمه الله الاستدلال بالحديث على أن كى المشتري فى نازلته لا يمنعه من الرد فالكى بوزان الحلبة الثالثة ، فتأمله .

الشيخ : وقد أقاموا من قوله فى «المدونة» .

قيل : فإن حلبها ثلاثة ؟

قال : إن جاء من ذلك ما يعلم أنه تقدم له من حلبها ما فيه خيرة ، فلا رد له ، إن من اطلع على عيب فى المبيع [ثم] <sup>(١)</sup> تصرف فيه للاختبار ، إنه لا يكون ذلك منه رضا ، ويحلف .

قلت : إنما يحلف لقول عيسى المتقدم : إنه يحلف ما حلبها إلا اختباراً .

وقول الشيخ : إنما يحلف إن اتهم ، إن ادعى عليه الرضا .

نحوه فى «المدونة» : من رد عبداً بعبى فادعى بائعه أنه رضىه ، فلا يمين عليه إلا أن يدعى علم رضاه بمخبر أخبره .

ابن أبى زمنين : إنما يحلف بعد أن يحلف البائع أنه أخبره مخبر .

قال : وقال بعض مشايخنا : ويزيد فى يمينه : «أخبرنى مخبر صدق» ، وإن عين المخبر سقطت اليمين وإن كان مسخوطاً .

أبو محمد صالح : والعبد بعينه .

المتيطى : وكذا إن شهدت له بينة غير مقبولة ، قاله بعض القرويين [ق/٥٢] .

وقال ابن أبى لبابة فى «أحكام ابن زياد» : إذا رد الجارية مشتريها بعبى ، فلا

تجب عليه اليمين في وطئها ، إلا أن يكون من أهل التهم فيحلف .  
وقال أبو الوليد وأيوب بن سليمان : يحلف .

ابن سهل : قال ابن لبابة : هو قول ابن القاسم في سماع عيسى في جارية ابتاعها وغاب بائعها ، وأما في هذه المسألة فلا يمين فيها بحال .

(٩٩) [١٧] وسئل رضي الله تعالى عنه : عن بلد يلزم من باع دار مخزن ، فاشترى رجل داراً ودفع الثمن والمخزن وأجرة الدلال ، ثم ردها بعيب ورد له الثمن ، فطلب الدلال في الجعل وطلب من البائع أن يرد له المخزن لكونه بعض الثمن؟

فقال : أما الجعل ففي «المدونة» : وإذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعل ، لا إشكال وأما المخزن فالمنصوص في الوكيل أو العامل في القراض إذا مر بالعاشر فأعطاه الوضيف ، أنه لم يلزم رب السلعة ، نص عليه اللخمي وغيره ، وأما المخزن فلم أر فيه نصاً .

وذكر الباجي في «متقاه» في الزكاة منه أن يتورع عن الوصائف إن أمكنه .

قال الشيخ : فيه نظر ، أما التورع عن المظالم فلا شك في جوارحه ، ولكن إذا تورع هل يحل له أكله أو حتى يراضى البائع لأنه بعض ثمن سلعته بلا شك ، لأن المشتري إنما دخل على أن هذه السلعة تساوي الثمن الذي أخذ المشتري والثمن الذي أخذ المخزن والذي أخذ الدلال [ق/١١٥ب] ، ولولا ذلك فيعسر أن يحمل كلام الباجي أن للمشتري أكله إن احتال في إسقاطه .

وذكر الباجي القولين في شرط الوصائف على الأرض مخرجين على القولين لأشهب وابن القاسم في أرض الخراج .

وحكى ابن أبي عامر رد الناس على قول أشهب أنه على الأرض ، وانظر البائع إذا أسقط الثمن الذي أخذه المخزن وله أن يقبضه من المشتري ويأكله حلالاً ، لأنه بعض ثمن سلعته .

قال : ومن أراد التحرى إذا اشترى فليدفع الكل للبائع .

قال : ولم أفت فيها بشيء ، ولكن هذا هو النظر ، وانظر إما أن يرجع المشتري على البائع وقد كان المشتري باشر بالدفع للظالم ، فكيف يصح ؟ لأن البائع يقول : أنت دفعت للظالم فارجع عليه إن شئت ، ألا ترى أن المنصوص فى الجعل يرد السمسار ، ولم يقولوا : يرد البائع ، فكذلك المخزن يرد الظالم [القابض له] (١) ولا يلزم البائع .

نعم ، لو قبضه البائع من المشتري هنا محل النظر ، هل هو من ثمن السلعة فيحكم له بحكم الثمن ، أو هو من مال المشتري وهو المظلوم فيه ، فليس له حكم الثمن ، ولم يذكر الشيخ هذا من قوله ، وانظر فتأمله .

قلت : قال ابن اللباد : معنى قوله : «إذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعل»، إذا لم يدلس وإلا فهو [للأجير ولا يؤخذ منه] .

القابسي : وهذا إذا لم يعلم السمسار بالعيب ، وإلا فهو [ (٢) مدلس أيضاً ، وإن رد [ق/٥٤ج] فلا جعل له ، وإن لم يرد فله أجر مثله .

[وقال ابن يونس : أرى له ما سمي من الجعل ، إلا أن يتعامل مع رب السلعة على التديس فيكون له أجر مثله ، لأن] (٣) رب السلعة قال له : « دلس بالعيب فإن تم البيع فلك كذا وإن رد فلا شيء لك » ، وهذا غرر .

وفى كتاب «الشرح» لابن سحنون : إنما يرد السمسار الجعل إذا ردت السلعة بعيب بقضية ، وأما إذا قبلها بتبرعه لم يرجع بالسمسرة ، لأنه بمنزلة الإقالة قال : ولو استحقت رجوع بأجرة السمسرة .

وحكى ابن عات عن الموثق نحوه ، وعن «مؤلفة» ابن لبابة وكذلك الباروك

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

يجرى مجرى ذلك ، ولا بأس به إذا أعطى عن طيب نفس ، وإلا فلا خير فيه . أ. هـ .

وانظر قول الشيخ رحمه الله تعالى فى الجواب وتردده فى المخزن الذى دفعه المشتري ففیه إشكال ، ومقتضى ما أفتى به الشيخ الحافظ أبو العباس القباب رحمه الله تعالى فى المسألة المشهورة مع الشيخ الفقيه القاضى الأنبل أبى عثمان سعيد بن محمد العقبانى رحمه الله تعالى التى تناظرا فيها .

وقيل : وإن كان كل واحد منهما أنه بعض ثمن سلعته ، ومسألتهما هى فى تجار البز مع الحاكة ، يعطى التاجر إذا ابتاع منهم سلعة بدرهم .

فقال القباب : إنه من جملة الثمن ، واحتج لذلك بأن الشيخ ابن أبى زيد رحمه الله تعالى [ أفتى بأن المشتري إن دفع المخزن للظالم فلا ] (١) يلزمه [ غرمه ] (٢) للبايع . وخالفه العقبانى ورد استدلاله بفتيا ابن أبى زيد بأن كلامه له طرفان لا تشاد تستدل بأحد طرفيه على كون المخزن جزء من الثمن إلا تمكن لك ذلك ، ولا تشاح تستدل بالطرف الآخر منه على كون المخزن ليس جزء من الثمن إلا تمكن لك ذلك .

**قلت :** لأنه لو كان جزء من الثمن ولا بد للزم المشتري غرمه للبايع مطلقاً وإن دفع للظالم ، لأنه دفعه له بغير إذن البائع الذى هو مالكة ، فتبين [ أيضاً ] (٣) أنه لا دليل من كلام ابن أبى زيد لكونه من الثمن وإلا لكونه ليس منه . قال العقبانى : فحضرنا اتباع نص كلامه كما تتبع التعبدات المحضة ومناظرتهما فى المسألة معروفة ، جمع أبو العباس بن قنفذ القسطنطيني رحمه الله ما جرى بينهما من أبحاث فيها تأليف سماه «لباب اللباب فى مذاكرة العقبانى والقباب» .

وقول الشيخ رحمه الله تعالى فى الجواب : «ومن أراد التحرى إذا اشترى فليدفع الكل للبايع» ، يريد - والله أعلم - تورعاً وتنزهاً .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : إذا .

قال القباب : وهو الذى نعرفه من حال المتورعين أنه إذا اتفق له شيء من ذلك أدوا جميع الوضيف إلى البائع .

قال : وتختلف حالة البائعين معهم ، فمنهم من يأخذوه ، ومنهم من تطيب نفسه بتركة أجمع للمشتري ، ومنهم من يأخذ بعضه ويرد إليه بعضه . وما نقله عن اللخمي في عامل القراض [إذا] <sup>(١)</sup> يمر بالعاشر . . . إلى آخره ، هو مقتضى قوله أيضاً في كتاب الرهون : «وإذا ارتهنت أيضاً فأخذ منك السلطان خراجها ، لم ترجع به على الراهن ، إلا أن يكون ذلك الخراج حقاً ، [وإلا فلا] <sup>(٢)</sup> .

قال الشيخ رحمه الله تعالى : يؤخذ منه أن من أدى عن رجل ما لا يلزمه شرعاً ، أنه لا يلزمه من خفارة ونحوها .

وقال البرزلى : كان يتقدم لنا فى درسه - يعنى شيخه ابن عرفة - على مسألة «المدونة» هذه أن من دفع إيقاف الميراث من عند نفسه ، أنه لا يرجع به ولو كان من التركة . وكان ابن عبد السلام يحكم برجوع الوراث فيه . أ . هـ

وقد أفتى ابن رشد رحمه الله تعالى فيمن أدى خراجاً للسلطان على ضيعة رجل استغلها ظلماً ، أنه يرجع به فى الغلة إن كان الخراج حقاً واجباً ، وإلا فلا .

ومن هذا المعنى قول ابن القاسم رحمه الله فى سماع عيسى من كتاب الوديعه : إن عاد عاد على المستودع فأغرمه على المبتاع غرمًا ، فلا شيء على صاحب المتاع بما غرم عنه .

ابن رشد : قد قيل : له الرجوع عليه بما غرم على متاعه ، وعليه يأتى قول ابن وهب فى «المبسوطه» فى الخليطين لأحدهما مائة وعشرون شاة ، وللآخر ثلاثون ، فيأخذ الساعى شاتين - أى شاة على ذى العشرين ومائة شاة - يترادانها على عدد غنميها .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قال : وهذا الخلاف إذا لم يعلم صاحب المتاع به ، وأما ما يعلم به مثل ما يوجه مع رجل لبلد وقد علم أن بالطريق مكاناً يفرم الناس به على المتاع ، فلا ينبغي أن يختلف أنه على رب المتاع ما غرم على متاعه ، وقد رأيت ذلك لابن دحون . ومن هذا قول سحنون في رفاق بالمغرب تعرض لهم لصوص يريدون أكلهم ، فيصالحهم بعضهم على مال عليهم جميعاً وعلى من غاب من أهل الأمتعة ، أنه إن عرف من سنة تلك البلاد أن ذلك يخلصهم ، فإنه يلزم من حضر ومن غاب ، وعلى أصحاب [أهل] <sup>(١)</sup> الظهر ما يتوبهم وإن كان يخاف ألا ينجيهم [ق/١١٦ب] ذلك ، وإن أعطوا فلا شيء على من غاب من أصحاب الأمتعة [ق/١٥٣].

[أفتى] <sup>(٢)</sup> ابن عرفة رحمه الله تعالى فيمن أوقف بيده مال الغائب فسجنه الوالى وأغرمه مالا على الإيقاف وعن الزكاة ، فإن من كان يعتد يدينه ويعلمه بتونس يفرم من وقف له مال ما غرم عنه إذا أشهدت بينة بدفعه لمن جعل الأمير دفعه إليه . أ. ه .

ولعله أنه لولا ذلك لأخذ الظالم ، فهو كقول سحنون ، ومقتضى قول ابن رشد : « لا ينبغي أن يختلف في لزوم رب المتاع ما غرم المبضع معه على متاعه إذا علم به » ، يدل عليه فتيا ابن عرفة رحمه الله تعالى ، وبتضمين من أبضع معه متاع إلى الاسكندرية ، فلما وصل إليها جعله فى وعاء غير وعاء المتاع أو أخفاه أو أودعه حتى يدخل فى وقت غير دخوله ، فعثر عليه العاشر وأخذه .

قال : لأن المكوس دخل عليها المودع ، وطلب إخفائه يعرضه لجائحته .

وقد حكى البرزلى عنه أن ما يدفع من المغارم المعتادة المسماة بالفوائد تلزم المبضع والمقارض والودائع ، لأنها معتادة مدخول عليها وتحسب به رأس المال فى المحاسبة .

وحكى أيضاً أن بعضهم سئل عن مقدم على أيتام بيده أملاك لهم ، فيغرم عليها المظالم التى على أملاكهم ولا تلزم بالشرع قال : إنه يحاسبهم بما أعطى عنهم فى

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فى جواب .



ذلك ، وهو لسحنون في «النوادر» .

وقال ابن عرفة في كتاب الشهادة من «مختصره» : نزلت مسألة ، هي : أن رجلاً له دين على رجل ، فعدى السلطان على رب الدين فأخذه من غريمه ، ثم تمكن رب الدين من طالب المدين بدينه ، فاحتج المدين بجبر السلطان على أخذه منه من حيث كونه حقاً لرب الدين ، فأفتى بعض الفقهاء ببراءة المدين ، وأفتى غيره بعدم براءته محتجاً بأن ما فى «المدونة» لا يتعين . أ . هـ . وعزى البرزلى الأول لأبى إسحاق بن عبد الرفيح .

قلت : وبالثانى جزم العلامة الأوحى أبو عثمان سعيد العقباني رحمه الله تعالى فى مناظرته [مع الفقيه] (١) القباب المشهورة ، وقال : لم يقل أحد أن من عليه دين يبرأ بغصب الغاصب له ولو صرح الغاصب بذلك وقال : إنما غصبت ذلك الدين ، قبل أن ينصرف الغاصب إلى ما غصب ، ويبقى الدين فى الذمة .

وما عزاه الشيخ رحمه الله تعالى للبايجى فى كتاب الزكاة من «منتقاه» من أن للمشتري النزوع عن الوضائف ، صرح به أيضاً فى كتاب الجهاد منه .

و[قد] (٢) سئل الداوودى على من قدر أن يتخلص من دفع هذا الذى يسمى بالخراج [للسلطان] (٣) ، أيفعل أم لا ؟  
قال : نعم ، ولا يحل إلا ذلك .

قيل له : فإن وُصف السلطان على أهل بلد وأخذهم بمال معلوم يؤدونه على أموالهم ، هل من قدر على الخلاص أن يفعل ، وهو إذا خلاص أخذ سائر [أهل] (٤) البلد بتمام ما جعل عليهم ؟

(١) فى أ : للفيح .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : إلى السلطات .

(٤) سقط من أ .

قال : ذلك له ، لقوله تعالى : ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ (١) ،  
 وإلى هذا ذهب مالك فى الساعى يأخذ من غنم الخلطاء شاة وليس فى جميعها  
 نصاب ، إنها مظلمة دخلت على ربهى لا يرجع على أصحابه بشيء ، ولست آخذ  
 فيها بما روى عن سحنون مخافة أن يضاعف الظلم على غيره انتهى [ق/٥٥ج] .

وفى ترجمة الآخذ من الامراء بعد ما أحدثوا من الجور من كتاب الجهاد من  
 «النوادر» ابن سيرين رضي الله عنه دخل على ابن هبيرة فسلم عليه سلاماً عاماً ولم يخصه  
 وأجازه فلم يقبل ، فلما ألح عليه ولم يقبل .

قال : ردوا على أرضى أحب إليّ .

قال : نعم قال وأزيلوا عنها الخراج .

قال : نعم .

قال : فما تصنعون فيه ؟

قال : نعطيه على أهل البلد .

قال : إن رفعته من الأهل وإلا فلا حاجة لى فيها ، فأبى أبو هبيرة ، فتركها ابن  
 سيرين ولم يقبلها .

وسئل أبو عمران عن هذا فى قوم تحت سلطان غالب يرسم عليهم العزم فيكون  
 معهم رجل له ذمام لا يؤدى معهم .

فقال : الصواب أن يؤدى معهم ويعينهم إذا كانوا إنما يؤدون مخافة ما ينزل بهم .

قال : ولا يبلغ به مبلغ الإثم إن ترك ذلك ؟ ولكن هذا الذى ينبغى له أن يفعل .

وقول الشيخ : «وذكر الباجى القولين فى شرط الوضائف على الأرض مخرجين  
 على القول لأشهب وابن القاسم فى أرض الخراج» ، قاله ابن الحاج أيضاً فى  
 «نوازل» وغيره .

وقال ابن عرفة : ظاهر لفظ ابن فتوح والتميطى أنه عن أشهب نص ، وظاهر قول ابن الهندي أنه عن ابن القاسم نص ، ويؤيده قول شفعتها إثر منعه بيع أرض الصلح على أن الخراج على المتباع ، ولا ينبغي لرجل أن يبيع من رجل أرضاً على أن على المتباع كل عام شيئاً يدفعه . أ . ه .

وأشار الباجي إلى أن هذه الوضائف الظلمية التي أحدثها السلاطين على أرض أهل الإسلام من أمكنه دفعها على نفسه لم يَأثم ، وإنها ليست كخراج الصلح لا يحل دفعه ، وإن هذه المظالم مثل ابتياع الثياب في بلد فلزم المتباع المكس في كل ما يبتاع ، فلا يمنع من ذلك صحة التبايع .

**قلت** : رد ابن عرفة قياسه على صحة بيع الثياب بأن المغرم عليه معلوم غير مجهول ، لأنه غير دائم والوضيف مجهول يجهل مدته .

وذهب ابن الحاج إلى ما ذهب إليه الباجي ، فقال : تحرير القول في الأرض تباع وعليها مغرم من هذه المغارم على مذهب ابن القاسم وأشهب أن الغرم كالعيب ، فإن تبرأ به عند البيع لزم المشتري بلا اختلاف بينهما .

وإن لم يتبرأ به كان للمشتري رد البيع بهذا البيع أو يلزمه كسائر العيوب .

واعترض على ابن العطار إقامته [ق/١١٧ب] اختلاف ابن القاسم وأشهب في هذه المسألة من اختلاف قوليهما في مسألة كتاب التجارة إلى أرض الحرب في أرض الجزية [بأن ما يؤخذ في أرض الجزية] <sup>(١)</sup> مأخوذ بالحق والسنة ، وأن هذه المغارم جور وظلم ونقل ابن [عات] <sup>(٢)</sup> عن ابن رشد في تعقبه على ابن العطار نحو هذا .

قال : هذه المغارم ظلم يجوز أن يتبرأ بها في نفس الصفقة كسائر العيوب .

قال : ولولا ذلك لما جاز بيع الأصول الموظفة أبداً .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من أن الباجي حكى أن ابن أبي عامر رد الناس

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : عتاب .

على قول أشهب ، حكاه غير واحد .

وقال ابن فتوح : لو أخذ بقول أشهب لكان أحسن لخروج الناس من الكذب -  
يعنى فى تحيلهم - بأن يعتقدوا التبرع من الوظيف بعد [عقد] (١) صفقة البيع .  
[وقال : ما تنعقد صفقة إلا بعد ] (٢) معرفتهما به .

[قال ابن العطار : كان ابن زرب ] (٣) قبل أن يستقضى يختار قول أشهب ،  
فلما ولى القضاء [قلت له ] (٤) : أمكنك إنفاذ ما كنت تختاره من الأخذ بقول  
أشهب فاحكم به تتبع ، فتشاغل عن ذلك ، وقال : من يستطيع صرف الناس عما  
جروا عليه .

قال ابن عرفة : هذا يبين على أن ترجيح قول أشهب عنده لم يبلغ كونه نتيجة  
اجتهاد مستقل عن تقليد ، ولو كان كذلك ما جاز العدول عنه اتباعاً لما عليه الناس .

(١٠٠) [١٨] وسئل رحمه الله تعالى : عن رجل اشترى من رجل نصف غنم  
بشمن سمياه ، على أن يعطيه الثمن من غلة الغنم في هذا العام وفي الذي بعده حتى  
يقضى ذلك شيئاً بعد شيء من غير تحديد أجل ، فبقيت الغنم بيد المشتري كلها على  
الشركة إلى أن كل واحد كان يؤاجر على خدمة نصفه حتى قضاه الثمن من الغلة ،  
وبقيت سنين ثم اقتسماها وباع كل واحد ملكه ، وبقي مدة ثم باع البائع وقام ورثته  
وادعوا فساد البيع وما ترتب عليه ، فهل هو فاسد أم لا ؟

فقال : مسألة حريم البشر إذا قال : يعطيه من كراء الدار التى هى أسهل من  
هذه ، لكون كراء الدار قد يعلم ، ومع ذلك إذا وقع فى عقدة البيع فسد بذلك ،  
فأحرى هذه .

فإذا قلنا : البيع فاسد لكونه لا يعلم مقدار ما يخرج من غلته كل عام ولا متى

(١) فى أ : انعقاد .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : وكان ابن زرب على ما حكى عنه ابن العطار .

(٤) فى أ : قال ابن العطار .

تباع هذه الغلة ، فإنه يفوت بحوالة الأسواق كالشهر ، فأحرى بالسنتين . وإذا فات يرجع البائع بقيمة [٥٤/٥] الغنم يوم القبض ويرد ما قبض من الثمن ، والغلة بينهما على ما شرطاً ، والخدمة من له فضل رجع به على صاحبه .

**قلت** : صرح في «الوثائق المجموعة» بفساد البيع إذا شرط المبتاع دفع الثمن من الغلة كما أفتى به الشيخ للغرر ، وأشار بمسألة حريم البئر إلى قوله فيمن ارتهن داراً واشترط أن يكرهها ويأخذ كراءها من حقه : إنه إن كان دينه من قرض جاز ، وكذا من بيع إذا كان الشرط بعد العقد .

وأما إن عقد البيع [على] (١) هذا ، فلا يجوز إذ لا يدرى ما يقتضى أيقل أو يكثر ، ولعل الدار تنهدم قبل أن يقتضى .

[قال أبو إسحاق] (٢) التونيسى : معناه [إذا كان] (٣) على أن لا يأخذ إلا من كراء الدور ، ولا تعلق له بالذمة . وأما لو كان إذا حل الأجل ولم يقبض جملة الدين ، أخذ بقيته نقداً لكان جائزاً . أ . ه .

[قال الشيخ] (٤) رحمه الله تعالى : [معه بحث] (٥) وما قاله أبو إسحاق أيضاً لا يدرى ما يقتضى أيقل أم يكثر على تقدير انهدام الدار وسلامتها] (٦) .

ومن هذا المعنى ما حكاه ابن سهل رحمه الله تعالى ، قال : أخبرني أبو مروان بن مالك أن رجلاً استسلف [مالاً] (٧) أو أخذ سلماً وقال : أؤديه [إليك] (٨) من

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : وللشيخ .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

مالي [الذي] (١) بقرية كذا ، فمُنِعَ من ماله وحيل بينه وبينه ، فطلبه المسلم ، فأفتى صاحب المظالم أبو عبد الله الرؤوف وابن الشقاق وابن دحون وغيرهم أنه يلزمه أداء دينه [إلا من ماله] (٢) بتلك القرية .

فَعُرِّضَ جوابه هذا على الفقهاء المذكورين فأروه جواباً ورجعوا إليه عن جوابهم الأول ، واحتج لجوابه بما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في الرجل فيتعين في عطائه ، فحسب العطاء وله مال فيه وفاء لما عليه ، أنه لا يؤخذ ذلك من ماله .

ابن سهل : فذكر ذلك ابن عتاب ، فقال لي : لا أذكر أنها نزلت عندنا ، وينبغي ألا يجوز كما قال ابن القاسم في الرواحل والدواب من «المدونة» فيمن ابتاع سلعة له بدنانير معينة غائبة ، ولم يشترط خلف الدنانير إن ضاعت .

قال : وليس مسألة العطاء كان مأموناً .

وذكر ابن عرفة المسألة في «مختصره» ، وقال : الحاصل فيها ثلاثة أقوال : صحة العقد والقضاء بالغرم من عموم ماله ، وقصر القضاء على المال المشروط القضاء منه ، وفساد البيع .

ومسألة ابن نافع وأشهب التي احتج بها أبو المطرف وقعت في كتاب المديان .

وقال ابن رشد : معناها أنه حكم للعطاء بحكم الدين الثابت في الذمة في أن مصيبته ممن اشتراه إن مات المديان أو فلس - ومعناه في العطاء المأمون - فإن اشترى سلعة بدين على أن يقضيه من عطائه إذا خرج ، فلم يخرج بطل حقه ، وإن خرج بعضه حمل عليه من الدين بحسب ما خرج منه على ما في آخر السماع ، وكذا لو اشترى العطاء فلم يخرج لم يكن له على هذا القول شيء .

وقيل : إن تعين في عطائه أو باعه كان ذكر العطاء كالأجل ، وتعلق ذلك بذمته إن لم يخرج العطاء أو مات قبل خروجه ، واختاره محمد ورواه أشهب عن مالك في «الواضحة» ، وهو الذي يأتي على قياس قول غير ابن القاسم في «المدونة» فيمن

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : وإن حيل بينه وبين ماله .

اشترى سلعة بدنانير له غائبة ، أنه يضمنها إن تلفت وإن لم يشترط الضمان ، ويلزم على قياس قول ابن القاسم فيها ألا يجوز التعيين فى العطاء ألا يشترط الخلف .  
فيتحصل فى المسألة ثلاثة أقوال .

قال : وأما العطاء غير المأمون فلا يتعين فيه حق من ابتاعه أو تعين فيه اتفاقاً ،  
انظر بقية [ق/٥٦ج] كلام ابن عرفة .

فالحاصل : معنى مسألة سماع أشهب هو فى بيع العطاء نفسه دون تعلقه بذمة بائعه ، فصار كبيع دين على مدين حسبما نص عليه ابن رشد بقوله : «حكم للعطاء بحكم الدين الثابت [ق/١١٨ب] فى الذمة» ، [قال] (١) وذلك خلاف ما فهمه منه أبو المطرف مستدلاً له على فتواه فى النازلة المذكورة ، على أنه يدفعه والنازلة المذكورة لا يتصور فيها معنى بيع الدين ، لأن العطاء مأخوذ من غير بائعه ، فصار كأنه فى ذمته أو كسلعة غائبة مأمونة ، والنازلة المذكورة هى عن سلم على أنه يدفعه من ماله بقرية كذا ، وهو يمتنع كونه بيع دين لأن طلبه إنما هو من بائعه لا من غيره ، والدين المبيع إنما يطلب به غير بائعه ، ويمتنع كونه كبيع سلعة غائبة لامتناع السلم فيها كغيرها من المعينات ، وإذا بطل الأمران فيها لزم تعلق البيع فيها بذمة البائع ، وكل ما تعلق بالذمة لزم تعلقه بكل مملوك الذى ألزمه .

**قلت** : فى كتاب تضمين الصناع فى يتيسر له أموال عروض فتسلفه رجل حتى يبيع عروضه ، فذلك له .

قال : وإن قصر المال عما أسلفه لم يتبع بالباقي .

الشيخ : [ لأنه ] (٢) أسلف على معين ، والقاعدة أن كل من أسلف على معين أن حقه لا يتعلق إلا بذلك المعين .

وفى البرزلى عن ابن الحاج فيمن دأب رجلاً على أن يعطيه الدين من عصير كرمه ، فأخلف أو تأخر ، فلا يلزمه إعطاؤه من غيره ، وذلك نص «المدونة» .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

البرزلى : انظر هل أخذ ذلك من مسألة تضمين الصناع التى قدمنا آنفاً .

قال : وكذا وجدته مقيداً على هذه المسألة فى كتاب .

وحكى المتيطى أخذ منه أن من تسلف على مال فتلف ذلك المال ، أنه لا يلزمه من غيره .

قال : وفرق بينهما بأن المتسلف هنا له ذمة والمحجور لا ذمة له ، بدليل لو أسلفه على ما يكون له فالمشهور لا يتبعه ، ونقل مسألة السلف عن «شرح الباجى للمدونة» .

قلت : قوله : « والمحجور لا ذمة له » ، نقل القرافى فى الفرق الثالث والثمانين ومائة من «قواعده» اتفاق المذهب وغيره على ذلك .

قال : وذهب غير واحد إلى أن الذمة هى أهلية المعاملة ، وتعقبه بأنهما حقيقتان متباينتان ، لأن كل واحد منهما أعم من وجه وأخص من وجه ، وذلك أن التصرف يوجد بذوى الذمة كما فى الصبى المميز ، فإن تصرفه فى المعاوضة موقوف على إجازة الولى ولا ذمة له ، وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبد فإنه لا يصح تصرفهم إلا بإذن السادات ، وإذا جنوا جناية تعلقت بذمتهم إذا اعتقوا .

ثم قال : العبارة الكاشفة عن الذمة أنها «معنى شرعى ومقدر فى المكلف قابل للإلتزام والإلزام» انظره .

وقال ابن عبد السلام : الذمة أمر تقديرى يعرضه الذهن ، وليس بذات ولا صفات لها ، فيقدر المبيع وما فى معناه من الأثمان كأنه فى وعاء عند من هو مطلوب ، فالذمة هى الأمر التقديرى الذى هو ذلك المبيع أو عوضه .

وقد ذكر الموثقون مسألة بيع نصيب من غنم بضمن إلى أجل أن يلتزم المبتاع حوزها إلى ذلك الأجل وضمنوا وثيقة ذلك ، أن من ادعى منهما إلى قسمها متى أحب فله ذلك ، وإن [كان] (١) على البائع خلف ما باع من نصيبه أو مات إلى تمام



الآمد ، وأن الجواز مشروط بشرط الخلف .

قالوا : وما صار للبائع بالمقاسمة يجب على المبتاع حوزة ، سواء كان ذلك أكثر من النصف أو أقل لأجل ارتفاع أثمان بعضها أو انخفاضها .

وقالوا : إنه إن أطاع المبتاع بدفع الثمن متى باع نصيبه قبل الأجل ، جاز ذلك .

وذكر ابن سهل أنه إن تطوع المبتاع أنه متى أراد القسمة ودعا إليها فالثمن أو ما بقي منه حال عليه حيثئذ فدى البائع إلى القسمة وأبأها المبتاع ، وطلب البائع قبض الثمن المؤجل ، اختلافاً بين أشياخه .

فحكى ابن عتاب وابن القطان قالا : إن للبائع المقاسمة ، ويؤدى المبتاع الثمن معجلاً . [ق/ ٥٥ أ] وإن ابن مالك قال : لا يلزم المبتاع تعجيل الثمن ، بل يبقى إلى أجله ، لأنه لم يدع إلى القسمة .

قال : وهو الذى رأيت أنا فيها .

قال : ووقفت على جوابه فأنكره ، وقال : لا يلزم المبتاع تعجيل الثمن إلا أن يكون هو الذى دعى إلى القسمة .

ووقفت ابن القطان على جوابه فأقر به وثبت عليه .

المتيطى : وهو خطأ لا شك فيه .

[ ومن هذا قول ابن الحاج رحمه الله : إذا انعقد فى التبايع متى فوت الدار التى ابتاع ، فالثمن عليه حال .

فإن كان شرطاً فسخ البيع لأنه مجهلة فى الأصل ، إذ قد يبيع الدار بعد يوم أو شهر أو سنة أو لا يبيعهها ، فإن انعقد هذا على الطوع ، فإن كان الطوع فى نفس العقد فهو كالشرط ، وإن كان بعده فهو عامل .

قال : وقد يخيل أنه إن ترك البائع هذا الشرط أن يجوز كبيع بعض الثنيا .

قال : وإن قال البائع : « كان طوعاً بعد البيع » ، وقال المبتاع : « بل كان شرطاً أو طوعاً فى نفس البيع » ، فالقول قول المبتاع وإن كان يدعى الفساد ، لأن العرف فى ذلك جارٍ على الفساد .

ابن عات : قال غيره : وله بيع نصيبه متى أحب ولا حميل عليه فى المال ، إلا

أن يشترط في العقد .

وعن ابن لبابة في «المؤلفة» : إن عليه حميلاً [ (١) ] .

(١٠١) [١٩] وسئل عليه السلام : عن رجل اشترى من رجل جنائناً ، والموضع الذي يشرب منه خارج عنه ، ولم يبيننا ثبوت الشرب ولا سقوطه ، فقال البائع : لم أبعه إلا بغير شرب ، وقال المبتاع بشربه ، فالقول قول من ؟

قال : يحتمل أن يكون القول قول البائع لكون الماء خارجاً عن المبيع ، ويحتج : لعله يرده بعلاء أو يسقيه من غيره .

ويحتمل أن القول قول المبتاع ، ويحتج بأنه العرف ، وبأن الأصل بيع الجنان بجميع [منافعه] (٢) .

قلت : قال ابن رشد في سماع أشهب من كتاب جامع البيوع من «البيان» : إن وقع البيع بينهما وهما عالمان بمبلغ الشرب مبهماً دون بيته ولا شرط ، فقال في هذه الرواية : يكون للمبتاع الشرب من الماء .

وظاهر ما في رسم «باع شاة» من سماع عيسى من هذا الكتاب : لا يكون له ذلك إلا أن يشترطه ، وذلك إذا كان المبتاع يقدر على السقى من غير ساقية [البائع بوجه ، أو كان يستغنى عن السقى] (٣) ، وإلا فله الشرب قولاً واحداً .

وأما إذا وقع البيع منهما مبهماً ، فقال البائع : كانت إرادة البيع دون الشرب ، وقال المبتاع : كانت إرادة الشراء بالشرب ، فإن كان لما قال البائع وجه كأن يكون المبتاع يقدر على سقى ذلك من غير ساقية البائع ، أو كان البيع يستغنى عن السقى ، تحالفاً وتفاسخاً .

فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، فالقول قول الحالف .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : المنافع .

(٣) سقط من أ .

وإن لم يكن لما قال البائع وجه فالما للمشتري .

قال ابن القاسم في بعض الروايات من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات : وأما إن قال البائع : بعث دون شرب بشرط وبيان ، فقال ابن القاسم : إن كان لما قال [ق/١١٩ب] البائع وجه تحالفاً وتفاسخاً ، وإلا فالقول قول المبتاع .

وقال أصبغ : يتحالفان مطلقاً . فراعى ابن القاسم دعوى الأشبه في اختلاف المتبايعان مع القيام ، ولم يراعيه أصبغ ، وهو المشهور في المذهب .

ولو وهبه ذلك لكان القول قول الواهب أنه إنما وهب ذلك دون شربه ، بخلاف ما إذا كان الماء فيها على ما في سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات ، [خلاف ما في أول رسم «شهد» من سماع عيسى] <sup>(١)</sup> من كتاب الصدقات والهبات . أ . ه . بمعناه .

وتكلم ابن رشد رحمه الله تعالى أيضاً على هذا في رسم «الكراء والأفضية» من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات .

(١٠٢) [٢٠] وسئل رحمه الله تعالى عن باع خمسة بيوت من داره وبقي منها بيت واحد على ملكه ، وقال في عقد البيع بجميع منافع البيوت من الدار وعامة المرافق وكافة الحقوق الداخلة والخارجة [ق/٥٧ح] وفي الدار موضع لربط الدواب لم يذكره ، كما لم يذكر البيت الباقي ، فادعى البائع أن المربط باق على ملكه ، وقال المشتري : المربط فيه منافع على قدر البيوت من الدار كما انتفع بالمستوقد والبئر والمرحاض الدخول والخروج ، فهل له ذلك لأجل قوله بجميع المنافع والمرافق أو ليس له ذلك ؟

فقال : يحتمل أنه كسائر المنافع ، إذ لا فرق .

قيل له : الفرق أن منفعة البئر والمرحاض والمدخل والمخرج لا بد لكل بيت منها ، ومنفعة المرابط قد تكون دار لا مرابط لها ومرابط لا دار له ؟

فقال : المنصوص أن جميع المنافع يدخل فيها من اشترى جزءاً مشاعاً ، عامة كانت أو خاصة قيل له : لو كان في الدار مخزن ؟

قال : كالمربط لا فرق ، ولكن ينظر .

قلت : في رسم «بائع شاة» من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع من «العتبية» : وسئل عمن باع داره واستثنى بيتاً من الدار يسكنه واستثنى على المشتري الاختلاف إلى الكنيف والاستسقاء من البئر عليه ، هل عليه من كنسها شيء؟

قال : نعم .

ابن رشد : في قوله : « واستثنى على المشتري الاختلاف إلى الكنيف والاستسقاء من البئر » ، دليل أنه لو لم يستثنيه عليه لم يكن له ولو كان من حق المبتاع منعه ، خلاف ما مضى في أول رسم من سماع أشهب . أ . ه . وقد نص أهل الوثائق على أن المدخل والمخرج يكون لمن ابتاع حصته من دار إلى ناحية معلومة [واختلف] (١) إن انعقد البيع [في] (٢) ذلك على أن يفتح مبتاع النصيب بابه إلى دار له تلاصقه فاستحقت داره ، فقال ابن العطار : يفسخ البيع فيه .

وقال : إنه استفتى الشيخ ابن أبي زيد رحمه الله تعالى في ذلك فأفتاه به واستحسنه ، وعزاه التيطي أيضاً للشيخ أبي عمران .

وقيل : البيع نافذ وتلك مصيبة نزلت بالمبتاع .

ابن فتحون : وحكاه الشيخ أبو الوليد عن الأصيلي عن الإيباني ، ويقول ابن العطار وابن أبي زيد قال ابن محرز فيمن اشترى طريقاً ليصل منه إلى ملكه فاستحق [ملكه الذي اشترى الطريق من أجله ويقول الإيباني قال بعض شيوخ عبد الحق] (٣) في مسألة الطريق .

وفي «أحكام ابن سهل» أن أبا عمر الإشبيلي رحمه الله تعالى أفتى فيمن باع

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : على .

(٣) سقط من ج .

حانوتًا وللبائع دار تلاصقه وفي الحانوت حفرة مرحاض الدار لم يعلم بها المبتاع حين التبايع ، فأراد البائع تبقيتها فمنعه المبتاع ، وقال : بعث الحانوت بجميع حقوقه ومنافعه ، وذلك يقطع حقه في الحفرة ، أن المبتاع يخير في إلتزام الحانوت بعينه أو تركه و[ساقها] (١) على مسألة كتاب الكفالة في العبد يكون لسيده عليه دين فيبيعه على أن ينبعه بدينه ، وأراد المشتري إسقاطه عنه ، فإن الدين لازم وللمشتري رده بذلك .

وأفتى ابن زرب وغيره بأن يبيعه الحانوت قاطع لحقه في الحفرة . و[ساقها] (٢) على مسألة أصبغ في جامع البيوع فيمن باع عرصته السفلى وكان يجري عليها ماء عرصته العليا ولم يبين ذلك ، فمنعه المشتري .

[فقال] (٣) أصبغ : للمبتاع ذلك ويصرف عنه ، إلا أن يكون من الأمور الظاهرة التي يعرف المشتري أن الماء منصب إليها ، فإذا كان كذلك فكأن المشتري دخل عليه . ابن سهل : وهذا هو الأصح في النظر ، وقياسه على مسألة أصبغ أين من التي نظر الإشبيلي جوابه بها .

وقال المتيطى : الذي يظهر أن جواب الإشبيلي في المسألة أين .

وفي كتاب الرهون : من رهن أرضاً ذات نخل لم يسميها ، أو رهن النخل ولم يذكر الأرض ، فذلك موجب لكون الأرض والنخل رهناً ، وكذلك في الوصية والبيع .

وفي كتاب الشفعة : ومن ابتاع أرضاً ولم يذكر شجرها ، فهي داخلة في البيع كبناء الدار ، إلا أن يقول البائع : أبيعك الأرض بلا شجر .

قال : ولو تصدق [الأرض] (٤) بالشجر ولم يذكر الأرض ، أو بالأرض ولم يذكر الشجر ، كانت الأرض داخلة مع الشجر في الصدقة .

(١) في أ : قاسها .

(٢) في أ : قاسها .

(٣) في أ : وقال .

(٤) سقط من ج .

وفى «نوازل سحنون» من كتاب جامع البيوع من «العتبية» : أن مروان بن الحكم اشترى من إبراهيم بن نعيم نخلاً له فى دار إبراهيم ، فقال : إنما بعثك النخل ، وقال مروان : إنما اشتريت النخل والبقعة ، فجعلنا بينهما ابن عمر [ق/ ٥٦ أ] رضى الله تعالى عنه ، ففضى باليمين على إبراهيم ، فنكل عنها ، فلم البيع لمروان .

ابن رشد : وهذا إذا قال البائع : إنما بعثك النخل دون البقعة ببيان ونص ، وقال المبتاع : بل بعثتهما منى معاً بنص وبيان ، لأن النخل تبع للأرض والأرض تبع للنخل .

فإذا قال : أبيعك هذه الأرض ، فالنخل داخله فى البيع ، وإذا قال : أبيعك هذا النخل ، فالأرض داخله فى البيع ، هذا قوله فى «المدونة» وغيرها ، وهو بما لا اختلاف فيه .

وفى «أحكام ابن سهل» فى دار بيعت واتصل بها حانوت للبائع ، لها باب إلى الدار وباب يخرج عليه ، واتصلت بها جنة وليس لها باب و [لا] (١) طريق إلا على الدار ، وقيل فى العقد بمنافع الدار ، ولم يقيد أن ذلك للمبتاع إن اشتملت عليه الحدود ، وليس له ما خرج عن الحدود ، قاله ابن عتاب ، وأفتى ابن القطان وابن مالك بنحوه .

قالا : وإن لم تحد الدار بالحنوت والجنة لا يقع عليها اسم الدار .

ابن سهل : [إذا] (٢) اختلفا فى ذلك وادعى كل واحد منهما البيان ، تحالفا وتفاسخا كمسألة الأرض التى فيها الشجر .

قال : بهذا يتم جواب الشيوخ فى المسألة وأن التبائع فى ذلك وقع بينهما ، انظره .

فالحاصل أن كل ما اشتملت عليه الحدود فهو مندرج وإن لم يكن مجاناً .

(١) فى أ : إلى .

(٢) فى أ : إن .

ابن فتحون : وقولنا : « حدها القبلى يستهى إلى كذا » هو الصواب ، لأن المحدود به داخل فى المحدود وطرف منه .

يريد بذلك أن حد الدار هو كآخرها وطرفها يتهى إلى كذا .

ورأيت كثيراً من الموثقين يعقدون «وحدها دار فلان» ، وهو تجاوز فى عبارته ، لأنه إذا كان حد الشيء منه فقد أتى بلفظ يحتمل دخول دار فلان فى البيع ، لأنه إن كتب ذلك لم يحكم بإدخال الحد فى المحدود ، لأنهما لم يتعمدها ، ويحتمل قول العاقد فيه على ما ذكرناه للمتيطى .

قال ابن عتاب : سئل إسماعيل القاضى : إذا قال فى التحديد : «حدها فى المشرق الشجرة» ، هل تدخل الشجرة فى البيع ؟

فوقف [ق/ ١٢٠ب] عن الجواب ، ثم قال السائل قرأت باب كذا من كتاب سيبويه فدلنى على أنها تدخل فى البيع .

ابن سهل : وفيه نظر .

ومن هذا المعنى ما فى «أحكام ابن سهل» أيضاً [عن<sup>(١)</sup>] ابن عتاب سئل عمّن له داران متصلتان فى وصف واحد ، إحداهما بقبلة الأخرى ، ولكل دار منهما باب إلى ناحية واحدة ، فساق إحداهما إلى زوجته فى صداقها ، وقال فى العقد : «وساق إليها جميع الدار التى بموضع كذا ، وحدها فى القبلة كذا ، وفى الجوف كذا ، وفى المشرق كذا ، وفى الغرب طريق وإليه شرع بابها» ، ثم ماتت زوجته بعد أزيد من عام من بنائه بها ، [وبقيت الدار بيد الزوج] <sup>(٢)</sup> فطلب وارثها إرثها فى الدارين لاشتمال الحدود عليهما ، ولو كانت المسوقة إحداهما كان حدها فى الجوف الدار الأخرى ، وقال الزوج : لم أسق إلا إحداهما التى بقبلى الأخرى ؟

فقال : إن لم يأت الزوج بشيء يبين أن السياقة إنما كانت فى الدار الواحدة فالداران موروثتان عن المرأة لاشتمال الحدود عليها ، و [هي] <sup>(٣)</sup> أقوى من تسميتها

(١) فى أ : أن .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى أ : هو .

داراً واحدة وهما داران .

ابن سهل : وهذا هو الفقه إن حقق وارث المرأة أن الدارين مسوقتان .

وإن قال : لا علم لى بذلك إلا ما تضمنه الصداق من التحديد ، فطلب ذلك والزوج منكر محقق لدعواه ، أنه لم يسق إلا الواحدة ، فالقول قوله مع يمينه .

(١٠٣) [٢١] وسئل رضي الله عنه : عمن توفي أبوه وتركه مع إخوته ، ثم توفي أحد الإخوة فورثه ورثة الرجل المذكور ، فباع جميع ما يرث في أبيه لشخص ، وكتب في الوثيقة : «اشترى فلان من فلان جميع حظه في الموضع الفلاني ، ومبلغه ثمن واحد وأربعة أعشار الثمن ، وهو ما ورث من أبيه» ، فاختصما فقال البائع : ما بعث إلا نصيبي الذي ورثت من أبي ، وقال المشتري : ما اشتريت منك إلا نصيبك من أبيك وأخيك ، فعسى تنظرون [ق/٥٨جـ] في لفظ الموثق : «جميع حظه في الموضع الفلاني ، ومبلغه كذا» ، ولم [يبلغ] <sup>(١)</sup> من أبيه ولا من إخوته؟

**فأجاب :** قول الشاهد في الوثيقة : «جميع حظه في الموضع الفلاني ، ومبلغه الثمن وأربعة أعشار الثمن» ، حكاية للإيجاب والقبول الواقع من المتبايعين ، فيكون المحكى عن البائع : «بعثتك جميع حظى فى كذا ، ومبلغه الثمن وأربعة أعشار الثمن» ، وعن المشتري : «اشتريت ذلك القدر» .

أو يكون المحكى عن المتبايع : «اشتريت منك جميع حظك فى ذلك ، ومبلغه كذا» ، وعن البائع : «بعثتك ذلك القدر» .

والواقع أن ذلك الثمن وأربعة أعشار الثمن هو بعض ما يملك البائع فى الموضع المشار إليه ، وإذا ثبت ذلك تعين أن يحمل عجز الكلام عن البيان لصدره ، فيكونا أطلق [عن] <sup>(٢)</sup> المورثين خطأ واحداً ، أو مرادهما ما بيناه وعيناه فى عجز الكلام من باب إطلاق العموم وإرادة الخصوص ، وهو موجود لغة وعرفاً ، ويكون ضمير «ومبلغه» أى القدر المبيع من جميع الحظ .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : على .



أو يكونا أطلاقاً عن المورثين الحظين باعتبار تعدد الميراث ، وهو أبين الوجهين ،  
 فيصير التقدير : «اشترى فلان من فلان جميع حظه فى الموضع الكذا» ، أى جميع  
 حظه الذى ورثه من أبيه ، ويكون ضمير «ومبلغه» عائداً على ذلك الحظ الذى ورثه  
 عن أبيه لا غير ، ولا يصح عود ضمير «ومبلغه» على جميع ما يملك البائع فى ذلك  
 الموضع ، لأن ذلك خلف من الكلام ، ثم المشتري إن علم أن للبائع فى الموضع  
 المشار إليه زيادة على الثمن والأربعة أعشار الثمن أو غير عالم ، فإن لم يعلم فكيف  
 يدعى القصد إلى شراء ما لم يعلم ، هذا لا يصح .

وإن كان عالماً فعدوله عن تسمية جميع ما يملك البائع فى ذلك الموضع إلى  
 تسمية بعضه ، فالإشهاد عليه دليل على أنه لم يشتري إلا بعض الذى عيناه آخرأ ،  
 هذا ما لا يفهم سواه .

**قلت** : [ذكر] <sup>(١)</sup> الشيخ رحمه الله تعالى [إلى هذه المسألة أيضاً] <sup>(٢)</sup> فى آخر  
 كتاب الأيمان والنذور من «تقييده» [هذه المسألة] <sup>(٣)</sup> بإثر نقله عن ابن يونس [قول  
 ابن القاسم] <sup>(٤)</sup> [فى] <sup>(٥)</sup> «الموازية» فيمن حلف : «لأقضيئك غداً يوم الجمعة» أو  
 قال : «يوم الجمعة غداً» وذلك ظنه ، فإذا هو يوم الخميس ، [فإن] <sup>(٦)</sup> لم يقضه  
 غداً يوم الخميس إلى غروب الشمس حث .

قال : انظر هل هى ما يقع عند الموثقين اليوم [يقول] <sup>(٧)</sup> : اشترى منه جميع  
 حظه فى الدار الكائنة بكذا [الخمسة] <sup>(٨)</sup> من خمسة أسهم ، فإذا له فى الدار أكثر

(١) فى أ : قد أشار .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : مسألة .

(٦) فى أ : أنه إن .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ج .

من الخمس ، هل يحمل على أنه باع جميعه ؟

وقوله «الخمس» غلط في اللفظ أم لا ؟

قلت : الأصوب جعل «الخمس» هنا بدلاً من قوله : «جميع خطه» بدل البعض من الكل ، فيكون هو المقصود بالحكم .

وقد عدَّ ابن الحاجب رحمه الله تعالى في أصوله بدل البعض من الكل من المخصصات ، ويشهد له قول الله عز وجل ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (١) على الإعراب المشهور الذي عليه الجمهور وقد أنكر ذلك على ابن الحاجب ، ومن أنكره عليه السبكي الكبير والأصبهاني شارح «المحصول» والصفى الهندي ، محتجين بأن المبدل منه في نية الطرح فلم يتحقق فيه معنى الإخراج .

والشبه [شيء] (٢) بهذه المسألة [ما نقله صاحب «النوادر» عن [مسألة] (٣) كتاب ابن سحنون فيمن قال : «لله على أن أصوم هذا الشهر يوماً» أن عليه صوم يوم واحد منه .

وتأمل مسألة من باع جميع أملاكه بقرية كذا في الدور والأفنية [ق/ ٥٧ أ] أو الرمان والزيتون والكروم ، ولم يزد . وللبيع في القرية أرحى لم تذكر في العقد ، وقال المبتاع : هي لى ، وقال البائع : إنما بعثك ملكى فيما قصصت في العقد، وما لم أذكره - وهى الأرحى - لا يدخل فى البيع ، فاحتج عليه المبتاع بقوله فى العقد «جميع أملاكه بالقرية ؟

فقال ابن العطار : الأرحى للمبتاع وجميع ما فى القرية من العقار .

المتيطى : وقال غيره : بل الأرحى للبايع ، ولا يدخل فى البيع إلا ما سمي .

قلت : وصوبه ابن زرقون رحمه الله تعالى ، وهو مقتضى ما أفتى به الشيخ

(١) آل عمران : ٦٩ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

هنا، فتأمله .

ومن هذا أيضاً : الموصى يقول : «قد جعلت النظر لولدى فلان ، وفلان إلى فلان» ، وله أولاد صغار غير من سمي .

فقال ابن زرب : يدخلون أيضاً في الإيضاء وإن لم يسمهم ، لأنه لما قال : «ولدي» ، دخل جميعهم [وهو كمن قال] (١) : « عبيدى أحرار فلان وفلان » وسكت عن الباقيين ، فإنهم يعتقدون جميعاً ، من سمي وما لم يسم .  
وقد نزلت فأفتى بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمي .

وأفتى ابن الفخار رحمه الله تعالى فيمن باع ملكاً في قرية وفي الملك شجر زيتون طاب ثمرها ولم يشترطه المبتاع ، إلا أن في الوثيقة : «اشترى فلان من فلان جميع ما حوته أملاكه في الأرض والشجر على نحو ما يجري في العقود» ، ولم يذكر الثمرة ، فأراد المبتاع [ق/١٢١ب] أخذها ، إن ذلك له ، واحتج بأن الشجر نفسه لو لم يذكر في الابتاع لدخل ، وإذا دخلت الأصول في الشراء فثمرها التي هي فرع أحق بالدخول فيه .

قال ابن عات رحمه الله تعالى : ولما امتحنا بالفتوى نزلت هذه المسألة في دار بيعت وفيها نخلة مزهية ، فأفتيت فيها بما كنت ضبطت عنه ، إذ حقق عندي ذلك النظر ، وخولفت في ذلك ولم أزل أطلبها إلى أن ظفرت بها سنة سبع وثلاثين وأربعمائة لمحمد بن عبد الحكم في كتاب «الشروط» من تأليفه .

قال محمد بن عبد الحكم : من الناس من يقول : إذا اشترى داراً بما فيها وفيها نخلة ، فالثمرة للمشتري ، طابت أو لم تطب ، وأما نحن فنجعل ذلك للبائع إلا أن يشترط المبتاع اتباعاً للسنة فيه والآثار .

ابن عات : والذي أقول به ما شهدت الفتيا به وبه نفذ الحكم .

ولما نقل المتيطى رحمه الله تعالى مسألة ابن الفخار ومسألة ابن عات [جعل] (٢)

(١) في أ : قال وهو كمن .

(٢) سقط من أ .

فتياهما خلاف الحديث الصحيح : « من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » (١) ، وقد وهمَّ ابن عرفة من وجهين :

[أحدهما] (٢) : أن تصور مثل هذا النقل فاسد ، لأنه قياس في معرض النص ، [والإجماع على بطلانه] (٣) .

الثاني : فهمه [قول الشيخين على ذلك] (٤) ، وهما إنما قالا ذلك في مسألة الأرض والدار لخاصية فيهما وهما اشتمالهما على لفظ دال على اشتراط المبتاع الثمرة ، لأن مسألة ابن الفخار [ هي من باب ] (٥) جميع ما حوته أملاكه في الأرض والشجر ، ولفظ «جميع» كالنص على دخول الثمرة ، وهي عنده بما اشترط المبتاع ، فيكون له بنص الحديث [قال] (٦) وكذا صورة مسألة الدار التي [أفتى] (٧) فيها ابن عات ، لقوله : «ونزلت هذه المسألة» ، وهذا نص في أنها نزلت بلفظ مسألة ابن الفخار ، ولو كانت على غير هذا اللفظ الدال على اشتراط الثمرة بعمومه لم يلق بمنصبيهما الفتوى بدخول الثمرة لنص الحديث بخلاف ذلك .

قلت : سلمنا ، فلم لم [يدل] (٨) محمد بن عبد الحكم رحمه الله تعالى على هذا العموم في مسألته فقال : «وأما نحن فنجعل ذلك للبائع إلا أن يشترط المبتاع اتباعاً للسنة فيه والآثار» ، ولم يراع قوله : «اشترى داراً بما فيها» ، وقوله «بما فيها» لفظ دال على عموم جميع ما فيها ، وثمرتها النخلة بعض ما في الدار .

وفي سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات : من قال : أشهدكم أنني

(١) أخرجه مالك (١٢٧٩) ، والبخارى (٢٠٩٠) ، ومسلم (١٥٤٣) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : قولهما على ذلك .

(٥) في أ : فيمن باع .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

(٨) في أ : يعول .

تصدقت على فلان بجميع ميراثي ، وهو كذا وكذا في الغنم والبقر والرمك والرقيق والثياب و [الدار] (١) والبور ، إلا الأرض البيضاء فإنها لي ، وفي تركة الميت حقاً لم ينصه أو غير ذلك ؟

فقال أصبغ : أرى له كل شيء إلا ما استثنى المتصدق إذا كان يعرفه ، لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان ، إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس وكذلك تسمى وتعرف ، فيكون له باستثنائه .

وسئل ابن رشد رحمه الله تعالى عن رجل ورث من ابن عم له حصة في أملاك بقرية ، وفي نفس القرية حظ من دار [ق/٥٩ج] فباع الوارث ما جرت الموارث إليه من موروته بيعاً مجملاً بلا تسمية ، ثم مات البائع فادعى ورثته أن داراً من تلك الورثة في الحظ المذكور لم تدخل في البيع ؟

فقال رضى الله تعالى عنه : إذا باع ما جرت الموارثة إليه فى الأوصل دون تسمية ، فالدار من الأصول وهى داخله فى البيع مالم تستثن .

(١٠٤) [٢٢] وسئل رحمه الله تعالى : عن ميت ترك ورثة فيهم زوجته ، لها عليه كاليء ، فباع الورثة نصيبه من الملك قبل أن يخرج الدين ، وبقي مدة وطلبته الزوجة دينها ، فهل يبطل البيع ، إذ لا يعلم كم يبقى منه بعد خروج الدين أم لا ؟  
فقال : إن التزم الورثة الدين الآن ، فقال ابن القاسم : [لا] (٢) يبطل البيع ولا تضرهم المجهولة .

وقال أشهب : يبطل وإن لم يلتزم الورثة الدين ، فحيثذا يباع من جميع التركة بمقدار الدين ويبقى الباقي له منه ما اشترى ، ويرجع بما استحق من يده ، انظر مسائل [كتاب] (٣) بيع الغرر .

قلت : بقول ابن القاسم أفتى ابن رشد وقال : إنه أظهر [قال] (٤) : لأنه

(١) فى ١ : الدور .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من أ .

اختلف فى فساد البيع إذا طابقه نهى ، فكيف إذا لم يطابقه !؟

وأفتى ابن الحاج برواية أشهب يفسخ البيع وإن كان فيما بقى وفاء بالدين .

قال : ولسحنون : إنه جائز وإن [١] كان بعض الشيوخ يستصوبه ، والرواية أصح لقول الله ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (٢) ، ذكر [هذا عنهما] (٣) [الجوابين] (٤) أبو عبد الله محمد بن القاضى عياض فى كتابه الذى جمع فيه نوازل أبيه ، إذ سأل عياض شيخه المذكورين عن المسألة .

وفى سماع أشهب من كتاب المديان [والتفليس] (٥) : سئل مالك عن توفى وترك مالاً قيمته ألف دينار ، وعليه مائتا دينار فباع بعض الورثة بعض المال لنفسه وقال فيها بقى وفاء لما عليه من دين .

قال : لا يجوز ذلك البيع ويفسخ لقول الله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (٦) ، ولعل تلك الأموال يسك قبل أن تباع ويقضى الدين أو لا تباع إلا بمائة .

قيل : فإن جاء الأمر على العافية ، أيجوز البيع ؟

قال : لا أرى ذلك يجوز ، وأرى أن يرد ابن رشد رواية أشهب هذه خلاف ما مضى فى رسم «كتب عليه» من سماع ابن القاسم أن مصالحة الورثة المرأة قبل أداء الدين جائزة ، وخلاف ما فى كتاب المديان من «المدونة» أن بيع الورثة للشركة إذا لم يعلموا بالدين جائز ، فالبيع والقسمة فى شيء من التركة قبل تأدية الدين على رواية أشهب هذه مفسوخ لمطابقة النهى له بمخالفة أمر الله فيه لقوله ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي

(١) سقط من أ .

(٢) النساء : ١١ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) النساء : ١١ .

بها أو دَيْنٍ ﴿ (١) ، لا خيار للغرماء في إجازته ، وذلك جائز على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك إذا أدوا الدين من أموالهم أو من بقية التركة ، وعلى هذا يأتي قول مالك فيمن حلف بعق رقبة ليقضين غريمه إلى شهر ، فيمنع من بيع رقيقه حتى يقضى : أنه إن باع منهم وقضى الحق من ثمنهم قبل الأجل ، جاز لسلامته من الحنث .

[قلت : وقوله في توجيه الرواية : «إن البيع طابقه النهي» ، متنافٍ مع قوله في أجوبته : «وليس هذا بمطابق للنهي» ] (٢) .

(١٠٥) [٢٣] وسئل رحمه الله تعالى : عمن اشترى غنماً ، [في سوق] (٣) فدفع الثمن للبائع ، ثم رجع [ق/ ٥٨ أ] إلى الدلال الذي بيده الغنم ، فقال : حتى يأمرني بها فأدفعها لك ، فرجع إلى البائع ليأتي معه إلى الدلال يسلمها له ، فوجد غاصباً قد نهبها ؟

فقال : هذه غنم قد هلكت بعد عقد البيع إلا أنها محبوسة بالثمن مع أنه قد تخلص من الثمن ، ولكن حبس الدلال إياها لظنه أنه لم يتخلص من الثمن ، إذ هو أمين البائع ، ويدل عليه إذا حبس السلعة للتوثق بالإشهاد لا للثمن أنها كالمحبوسة بالثمن ، فكذلك هذه .

وإذا تقرر أنها كالمحبوسة بالثمن فقولان للمالك ، وخلاف سعيد وسليمان وابن القاسم وأشهب ، ووقف على الترجيح بما يقع الحكم [ق/ ١٢٢ ب] إلا أنه قال : إن كان قول ابن القاسم هو الآخر من قول مالك ، فيتعين الحكم به ، انظر يترجح قول ابن القاسم : إنها من المبتاع ، كقول سليمان ، أو يترجح هنا أنها من البائع إذا لم يمكن المشتري منها لكون أمين البائع منعه ، ولم يجزم بالجواب .

قلت : يظهر لي أن البائع يضمن ، وليست المسألة من معنى المحبوسة بالثمن ،

(١) النساء : ١١ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

لأن الثمن هنا قد جعله المبتاع ووجب له قبض المبيع ، ووجب على البائع دفعه إليه جبراً ، ولا من معنى المحبوسة للتوثق بالإشهاد ، ولأنه لم يترك المبتاع أيضاً المبيع اختياراً منه بيد الدلال ، فيقال : كأنه أودعه عنده ، بل طلب قبضه بعد دفعه ثمته للبائع ، فمنعه منه الدلال ظاناً أنه لم يدفع ثمنه ، وهو كوكيل البائع .

فالأقرب - والله أعلم - إجراء هذه المسألة على مسألة الوكيل على شراء عبد ، فاشترى من يعتق على موكله غير عالم به ، فإنه يعتق على موكله ، ولا يضمن الوكيل لأنه لم يتعمد الإتلاف ولا قصد إليه ، فالدلال هنا كذلك لأنه كالوكيل ، فيضمن البائع هنا إذا وقع .

قال ابن محرز : دلت مسألة الوكيل على شراء عبد ، أن ما تلف بيد الوكيل أو<sup>(١)</sup> الوصى من غير تعمد أنه لا ضمان عليهما فيه كبيعته من مسلف .

قال : واختلف في هذا الأصل وفي القاضى إذا أخطأ في مال على اجتهاد، هل يغرم ؟ قولان . وقالوا في الوصى يشتري رقبة نصرانية وأعتقها عن الميت ، أنه يضمن ، ولعل ذلك لأنه أمكنه السؤال والاختبار فلم يفعل ، فضمن لتقصيره .

وقالوا : لو اشترى شراءً فاسداً مضى فعله ، ومسائل هذا الباب كثيرة .

قال : وأولى ما يعتمد عليه فيها أن ينظر فيما أخطأ فيه ، فإن كان أمراً قد بلغ فيه جهده ولم يكن له طريق إلى أن يعمل فيه أكثر مما عمل ، فلا ضمان عليه .

وإن رأى أنه قصر في اجتهاده لقدرته على الإحتياط فلم يفعل ، ضمن . أ.هـ .

وهو حسن جداً ، ومسألة المحبوسة بالثمن وقعت في كتاب العيوب ، واختلف قول مالك وسعيد وسليمان وابن القاسم وأشهب رضى الله تعالى عنهم في ذلك معلوم ، ووقعت أيضاً في آخر كتاب البيوع الفاسد وفي كتاب كراء الرواحل .

وقد حصلها ابن رشد رحمه الله تعالى [في سماع سحنون]<sup>(٢)</sup> من كتاب جامع

البيوع من «البيان» ، وأشار بعض كبراء الشيوخ إلى أن هذا الإختلاف مبني على

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .



الخلاف في البيع ما هو ؟ هل هو العقد فيضمن [المشترى المبيع] <sup>(١)</sup> بمجرد العقد ، أو هو التقابض فلا يضمن إلا بعد حصوله ؟!

ابن بشير : في كتاب السلم : إن أبى المبيع [المشترى] <sup>(٢)</sup> على جهة المساكنة ، فهل هو كالمحبوس بالثمن أو بالسلم ؟ قولان للمتأخرين .

عياض وغيره عن محمد : إنه يختلف في السلعة من ضمانها إذا كان البائع لم ينقد ، فأما إذا نقد فهي من المشتري ، وكذا إذا لم يحتبس بالثمن ودعاه البائع إلى قبضها ، فهي من المشتري .

ابن بشير : وفي معنى الاحتباس بالثمن احتباسه حتى يشهد ، وهذا يجري في البيع على النقد والنسيئة .

قلت : ولعبد الحق في «التهذيب» على مسألة كتاب السلم الأول : إذا كان رأس مال السلم عرضاً ، فأحرقه [رجل] <sup>(٣)</sup> قبل أن يقبضه المسلم إليه ، أنه إن أحبس للإشهاد ، فالضمان من المسلم ، نحوه للخمى .

(١٠٦) [٢٤] وسئل رحمه الله تعالى : عن رجل باع جنائناً ، ثم رحل وبقي غائباً نحو عشرة أعوام ، ثم رجع فوجد المشتري [قدمات] <sup>(٤)</sup> ، فادعى على ورثته أن الثمن كان بقي على المشتري لم يقبضه إلى الآن ، ولم توجد بينة تشهد بقبض ولا بغيره ؟

فقال : ذكر ابن يونس في كتاب السلم التفصيل عن ابن حبيب ، وذكر ابن القاسم أن البائع مصدق ولو بعد عشرين سنة ، إلا فيما العادة ألا يباع إلا بالنقد كالزيت واللحم وشبهه .

ابن يونس : وينظر عرف البلد فيقضي به ، فعلى مذهب ابن القاسم القول قول

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : وجعل .

(٤) سقط من أ .

البائع ، سيما وغيبته له تشهد ببقائه ، وانظر العادة أن الرباع لا تباع بالديون، ولكن أطلق ابن القاسم ولم يفصل .

قلت : أشار [ق/ ٦٠ ج] غير واحد إلى اعتبار العادة في هذا على الإطلاق ، ففي «التلقين» : إن كان الاختلاف في قبض الثمن رجوع إلى العرف في موضعهما وحلف من يشهد له العرف عنهما ، فإن لم يكن عرف فالقول قول البائع مع يمينه . وقال ابن محرز : المعنى الذى ينبغى أن يعتمد عليه فى هذا الأصل العادة الجارية ، فمن ادعى المعتاد كان القول قوله مع يمينه فى جميع الأشياء المشتراة على اختلافها من دور أو رقيق أو طعام أو غير ذلك أ. هـ .

وقال ابن بشير : يرجع فى هذا إلى العوائد ، فحظ الفقيه أن [يحيل] (١) عليها [وحتى] (٢) ابن عبد السلام : [كان] (٣) بعض المذاكرين [ممن ولى القضاء عندنا وفى غير بلدنا ينكر] (٤) بعض القضاة الجمود على ما وقع فى الروايات المشهورة مما ظاهره المخالفة لهذا الأصل ، وكان يقول : إنه حضر يوماً عند بعض القضاة فارتفع إليه [رجل من أهل البادية] (٥) مع تاجر وطلب البدوى بثمان ثياب إشتراها منه منذ مدة قريبة ، وأنه لم يدفع إليه ثمنها إلى الآن ، والبدوى يزعم أنه ما فارقه حتى دفع إليه جميع الثمن .

قال : فحكم عليه [ذلك] (٦) القاضى بأن يحلف التاجر بأنه لم يقبض الثمن ويدفع [إليه] (٧) البدوى [جميع الثمن] (٨) .

(١) فى أ : يحمل .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى أ : عن .

(٤) فى أ : من القضاة أنه كان ينكر على .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من جـ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

[فقلت له] (١) : العادة مثل هذا أن البدوى لا يبين بالسلعة من حانوت التاجر إلا بعد دفع الثمن ، فكيف إذا خرج من السوق ؟ ، وأحرى إذا مضى لذلك يوم أو أيام ؟ فلم يرجع إليّ ، فمضى على حكمه .

ابن عبد السلام : وإنكاره على [ذلك القاضي] (٢) صحيح ، والعادة عندنا بتونس فى ذلك مطردة ، وما أظنها تفترق بحسب البلاد ، وأكثر ما يجرى ذلك عندنا إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع فيقوم به على البائع ، فيطالبه [البائع] (٣) بالثمن [ ليكون ذلك سبباً موجباً ] (٤) [لسكوت] (٥) المشتري [منه فرضاه] (٦) بالعيب .

ابن عرفة : لعل القاضى لم يثبت ذلك عنده ، وعدم رجوعه للمنكر بمجرد قوله صواب ، [لكن لا] (٧) ينبغي أن يسأل غيره ممن يقبل قوله ، فإن ثبت ذلك بيينة صح قول المنكر ، وإلا فلا .

**قلت** : تصويب ابن عبد السلام رحمه الله تعالى إنكار المنكر على القاضى الحاكم على البدوى بدفع الثمن بعد يمين التاجر لاطراد العادة بأن البدوى لا يبين بالسلعة إلا بعد دفع الثمن ، [هو صريح قول اللخمي رحمه الله تعالى ، فإنه لما ذكر قول مالك فى الحيوان والثياب ، قال : يريد ما لم يقل دليل أن المشتري لا يسلم إليه إلا بعد دفع الثمن] (٨) ، ككونه بدوياً أو غريباً أو فقيراً لا يومئ إليه .  
قال : ومثل هذا لا يعرف إلا عند النزول ، انظره .

(١) فى أ : قال قلت له : العادة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : ليسكت .

(٦) فى أ : فيرضى .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

وإذا كان القول قول البائع أنه لم يقبض ، إذ لا بينة للمبتاع ولا عادة [ق/١٢٣ب] تصدقه وطال الزمان ، فإن البائع مصدق إلى ما يجوز التبايع إلى مثله من المدة عند ابن القاسم ، وذكر في البز والعروض والرقيق [ق/ ٥٩] والدور وكثير الطعام .

وقد روى يحيى عنه في العشرة أن القول قول المبتاع في دفع ثمن الطعام وإن كثر إذا بان به ، وخالفه يحيى وأصيح ، وفصل ابن حبيب ذلك كما أشار إليه الشيخ في الجواب ، فحكى عنه ابن رشد في سماع أشهب من كتاب جامع اليسوع أن ما بيع على الدين كالرقيق والرباع وشبههما أن القول قول البائع أنه ما قبض وإن تفرقا ما لم يمضى لذلك السنة [والستين] <sup>(١)</sup> فيكون القول قول المبتاع أنه دفع .

وأما البز والتجارات وما يتبايعه [الناس] <sup>(٢)</sup> على التقاضى والآجال ، فالقول قول البائع وإن تفرقا ما لم يمض لذلك مثل عشر سنين ونحوها فيكون القول قول المبتاع .

وقال المازرى : التحقيق أن الطول غير محدود ولا مقدر إلا بحسب ما يجرى به العادة فى سائر الجهات ، فإن كان ابن حبيب ذكر عن مالك أن الحيوان والعقار بخلاف البز وغيره مما يباع على التقاضى ، فرأى أن العام والعامين فى الرقيق والحيوان طول يشهد بصدق المشتري فى دفع الثمن ، وذكر عن ابن القاسم أنه مساوى بين العقار والحيوان والبز ، ورأى أن البائع مصدق أنه لم يقبض الثمن وإن طال الزمان إلا أن يطول طولاً كثيراً لا يجوز البيع إليه ، فإنه لا يصدق البائع حينئذ .

قال : وهذا كله مداره على العوائد ، ولا معنى للرجوع إلى [معنى] <sup>(٣)</sup> هذه الرواية [ إذا كانت العادة فى بعض البلاد بخلاف هذه الرواية ] <sup>(٤)</sup> ، لأنها مبنية على شهادة بعادة ، وهذا واضح .

ابن الحاج : من باع داراً أو عقاراً وأشهد بقبض الثمن ، ثم قام وزعم أنه لم

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

يقبض وإنما أشهد بذلك ثقةً [بالمبتاع] <sup>(١)</sup> وطمأنينة له ، وأنكر المبتاع وأظهر وثيقة البيع بالقبض منه ، فلا يمين على المبتاع ، قَرُبَ التأريخ أو بَعُدَ .

وقيل : يحلف إن قَرُبَ التأريخ لا إن بَعُدَ ، حكى ابن الهندي القولين .

وقال ابن زرب : إن كان من قرابة البائع وحلفائه حلف ، وإن كان أجنبيًا لم يحلف ، ولم يفرق بين القرب والبعد .

وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه أنه لا يمين عليه .

ابن حبيب : إلا أن يأتي بسبب يدل على ما ادعى وتقع عليه تهمة فيحلف .

ابن الحاج : يحتمل أن تكون التهمة قرابة أو ملاطفة كما ذكر ابن زرب .

قال : ونزلت فأفتى باليمين وقضى بذلك ، وكان البيع أربع سنين .

وقال ابن رشد : يحلف ولو بعد عشرة أعوام .

قَلتَ : و [قد] <sup>(٢)</sup> أجرى ابن رشد [أيضًا] <sup>(٣)</sup> على هذا الخلاف ما لو شهد

المبتاع [أنه] <sup>(٤)</sup> قبض السلعة ، ثم قام بالقرب يطلبها وقال : إنما شهدت بقبضها على سبيل الطمأنينة إليه .

(١٠٧) [٢٥] وسئل رضي الله تعالى عنه : عن رجل خرج يريد الحج فخرج

معه أهله يشيعونه ، فقال لأخيه بمحضر [الشهود] <sup>(٥)</sup> : إن دفع لك فلان أربعين

دينارًا فاصرف عليه الفدان الذي اشتريته منه ، فعرف بذلك بائعه فبعث رجلاً عدلاً

ليتعرف ما يقول الأخ الباقي ، فأجابه إلى قبض الدراهم منه كما أمر أخوه ، وقال : لا

أفعل شيئًا إلا ما يريد البائع المذكور ، فوثق بذلك البائع ثم عمد الأخ إلى الفدان

(١) في أ : من المبتاع .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : العدول .

بالفور فحرثه ، فقام عليه البائع فطلبه في قبض الثمن وصرف الفدان ، فامتنع وقال : مالك الفدان غائب ولا يحكم على الغائب إلا قاضي الجماعة ، [فهل يمكن] (١) من هذا مع إقراره وقيام البينة بما أمر به الغائب أم لا ؟ وما الذي يلزمه في حرثه للفدان والقيام في إبان الزراعة ، والسلام ؟

فأجاب : يلزم الأخ صرف الفدان على فلان كما أمره به أخوه بمحضر العدول إن دفع له الأربعين ديناراً ، لا يفتر إلى قضاء قاضٍ لأمر أخيه إياه بصرفه بمحضر العدول ، وإن امتنع من صرفه شهد العدول بما علموا عند القاضي المنصوب لأحكام القضاء من قبل السلطان وحكم بصرف الفدان على فلان إذا حضر الأربعين ديناراً وأوقفها عند ثقة للغائب وإن لم يكن القاضي المذكور قاضي الجماعة ، وكتب فلان ، والسلام .

قلت : هذا من المتاع الأمر إما إقالة مطلقة أو ابتداء ببيع وإيجاب له ، ومقتضى الحال أنه لم يقصد ذلك على القبول ، وقد اختلف إن تراخى القبول على الإيجاب ، وثالثها : يبطل إن طال .

وقول ابن رشد : «لو قال : أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت ، ولم يقل : أخذتها ، حتى انقضى المجلس » ، لم يكن له شيء اتفاقاً .

ابن عرفة : كتب موقوف : «بعثت موضع كذا من زوجتي إن قبلت » ، وبينه وبينها مسيرة شهرين ، فقال ابن عبد السلام - وهو قاضٍ - : لا أجز هذا البيع على هذه الصفة .

فبدلت الوثيقة بحذف « إن قبلت » فقبلها .

قال : ولعله رأى الأول خياراً . ولم يجب الشيخ رحمه الله تعالى عما يجب في حرث الفدان المذكور لوضوح أمره ، إذ لا شك في تعديه .

(١٠٨) [٢٦] وسئل رحمه الله تعالى : عن المتطوع له يموت ، هل [ق/ ٦١ ج]

يورث عنه ما كان له من التطوع أم لا؟

فقال : يورث اتفاقاً ، [وعكسه] <sup>(١)</sup> لو مات المتطوع ، هي مسألة الفقيهين أبي إبراهيم والفقيه راشد رحمهما الله تعالى .

**قلت** : [القائل بلزوم ذلك ورثة المتطوع هو أبو إبراهيم ، والقائل بأنه لا يلزمهم هو أبو الفضل راشد] <sup>(٢)</sup> احتج أبو إبراهيم بنقل ابن يونس عن كتاب محمد في القائل لعبد : إن جئتني بألف درهم فأنت حر ، فمات ، إن ذلك يلزم ورثته .  
ورده أبو الفضل راشد ، وقال : هذه قناعة ، [والقناعة] <sup>(٣)</sup> [وهي] <sup>(٤)</sup> من ناحية الكتابة ، فهي معاوضة .

وقد ذكر ابن يونس بعدها [هذا] <sup>(٥)</sup> عن «المستخرجة» أنه لا يلزم الورثة العتق .

قال ابن يونس : كان مؤجلاً أو غير مؤجل .

قال الشيخ : ووقفت في «وثائق ابن الهندي» على [مسألة تقوى] <sup>(٦)</sup> ما ذهب إليه أبو الفضل [راشد] <sup>(٧)</sup> ، [وهي : رجل] <sup>(٨)</sup> باع سلعة إلى أجل على أن يبقى الدين إلى أجله إذا مات المشتري ، ثم مات البائع والمشتري قبل الأجل ، أن لورثته التعجيل ، ولا يلزمهم ما التزم موروثهم .

**قلت** : حكى ابن عتاب عن ابن تليد نحو ما ذهب إليه أبو إبراهيم رحمه الله ، ونص ابن تليد : إن قال الرجل بعد أن وجب البيع : «متى جئتني بالثمن فهو مردود عليك» ، لزمه ذلك ، فإن مات لزم ورثته إذا أعطوا الثمن ، ومن الاستغناء إذا

(١) في أ : وكتبه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : ما يقوي .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : وذكر فيمن .

كان هذا الطوع يجرى مجرى الهبات [ق/١٢٤ب] فهبة لم تجز ، فتأمل قول ابن تليد فقد يكون من باب العدة .

(١٠٩) [٢٧] وسئل رضي الله تعالى عنه : عن رجل اشترى من امرأة نصيبها في جنان ، وقد كان اشترى نصيباً من شريك لها في الجنان المذكور ، ثم قال للمرأة المذكورة : «أعطني ما دفعت لك في نصيبك وما دفعت لشريكك في نصيبه وأقبلك في نصيبك وأوليك نصيب شريكك» فقبلت منه ذلك ، وبقي الجنان في يده - لأنها لم تدفع له - مدة من سنة يستغله لنفسه ، وحفر فيه بشرين وصهريجاً ، لا ضرورة في ذلك للجنان ولا حاجة أكيدة ، فهل يصح هذا أم لا ؟ [وإن صح ، فهل لها عليه الغلة أم لا ] (١) ؟ وهل له عليها قيمة ما حفر أو بنى في البثرين والصهريج ؟ وهل قائماً أو منقوضاً ؟

فقال : البيع تام إقامة وتولية ، والغلة ثابتة للمرأة ، وأما ما حفر وبنى فينظر ، فإن كانت غير عالمة بذلك ليس له سوى القيمة منقوضاً فيما بقي .

وأما ما حفر فلا قيمة له بعد القلع ، فإن كانت عالمة وسكتت فكأنها أعارت له ذلك ، فإن كان ما جهل جل الجنان ، فحيث يرى أنها أعارت له جميعه فيبقى في يده ما يعار إلى مثله ، ثم يأخذ قيمة ذلك منقوضاً أو تتزعه الآن فتعطيه قيمته قائماً . وإن كان جل ذلك وليس له فيه منفعة [ق/ ٦٠ أ] فتعطيه القيمة منقوضاً على ما تقدم .

قلت : جعل الشيخ رحمه الله تعالى السكوت إذناً في ذلك ، فلذلك قال : إن مضى في المدة ما يرى أنها أذنت له إلى مثلها أخذ القيمة منقوضاً وإلا فقائماً ، [وأما] (٢) على القول بأنه ليس إذناً فليس له إلا [قيمة ذلك] (٣) منقوضاً .

وعلى [الخلاف في ذلك] (٤) خرج ابن رشد [في أول رسم من سماع ابن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : القيمة .

(٤) في أ : هذا الخلاف .



القاسم من كتاب الاستحقاق [ (١) مسألة الشريك في أرض بينى أو يغرس فيها بحضرة شريكه [دون أن] (٢) يأذن له [في ذلك] (٣) .

قال : فعلى القول بأنه كالإذن إن مضى [من المدة] (٤) ما يرى أنه أذن [له إلى مثلها] (٥) ، فليس عليه إلا قدر [حظه] (٦) من ذلك منقوضاً ، [وإلا فقائماً] (٧) .

[قال : وهل عليه كراء حصته بما مضى - وهو قول عيسى في سماعه من كتاب الشركة - بعد يمينه أنه ما رضى بترك حقه من الكراء في ذلك ، أم لا - وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى في آخر هذا الرسم - ؟

قال : وعلى القول بأنه ليس كالإذن فله كراء حصته قولاً واحداً ، وعليه قدر حظه من البنيان منقوضاً وإن لم يمض من المدة ما يرى أنه بينى إلى مثلها . أ . هـ .

وفي «المدونة» : و [ (٨) من أذنت له أن بينى في أرضك أو يغرس ، فلما فعل أردت إخراجه ، فأما بقرب إذنتك مما لا يشبه أن تغيره إلى تلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق - وقد قال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق - وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأجل . وإذا أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله ، فلك أن تعطيه قيمة الغرس والبناء مقلوعاً .

قال الشيخ رحمه الله تعالى : أعار إلى ما يقيده العرف ، أما في [الدار] (٩) في

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ولم .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : إليه .

(٦) في أ : حقه .

(٧) في أ : وعلى أنه ليس كالإذن فقائماً .

(٨) في أ : انظر أول رسم من سماع ابن القاسم في كتاب الاستحقاق من «البيان» ، وفي كتاب العارية .

(٩) في أ : الدور .

فاس ، فيتقيد [بالجزاء] (١) .

وأما الغرس [فقليل] (٢) : بذهاب شيبته ، وذكر بعضهم ثلاثين سنة ، وهذا على اختلاف [البلاد] (٣) .

(١١٠) [٢٨] وسئل رحمه الله تعالى : عن ابتاع فدانا من رجل يبيع ومقابلة إلى ثلاثة أعوام ، ثم عند انقضاء الأجل المذكور دفع [له] (٤) البائع ماله ، وصار الفدان بيد ربه ، وتنازعا في الغلة كل واحد يدعيها لنفسه ، فلمن تكون ، والسلام ؟

**فأجاب :** الغلة للمبتاع وإن كانت الإقالة في أصل عقد البيع ، لأن البيع وإن كان فاسداً فالغلة للمبتاع بضمائه إذا فسخ البيع ، وإن كان البيع صحيحاً لكون الإقالة بعد البيع ورجع المبيع بها إلى البائع ، فأحرى أن تكون الغلة للمبتاع .

(١١١) [٢٩] وسئل رضي الله تعالى عنه [أيضاً] (٥) : عن رجل باع أرضاً على أنه متى أتاه بالثمن رد عليه أرضه ، فبقي مدة ، هل له غلة أم لا ؟

فقال : الغلة للذي الأرض بيده على ما ذهب ابن القاسم في كتاب الآجال الذي هو عنده بيع فاسد ، وبه جرت الفتوى .

وعلى قول سحنون الذي يراه كالرهن الفاسد ، له الغلة .

(١١٢) [٣٠] وسئل أيضاً : عن باع أرضاً واشترط على المبتاع في العقد أنه يقبله بعد ثلاثة أعوام ، وانتفع المشتري بالأرض ثم [قام] (٦) البائع ؟

فقال : البيع فاسد للشرط فيرد ، وأما الغلة فاختلف فيها ، فمذهب ابن القاسم كسائر البيوع الفاسدة الغلة للمبتاع .

(١) في أ : في الجزاء .

(٢) في أ : فقال .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : إليه .

(٥) سقط من ج .

(٦) في ح : أقال .

ومذهب سحنون كالرهن [فالغلة] <sup>(١)</sup> للبائع ، لأن هذا بيع بشرط الثنيا .  
قلت : ولو كانت الإقالة على هذه الصورة على وجه التطوع بها لجازت .  
وصرح الشيخ بذلك في «التقييد» ، وقال : ليس للبائع المتطوع له بها أن يأتيه  
بالثمن إلا بعد انقضاء المدة .

وقول سحنون : «يرد المبتاع الغلة إذا وقع البيع عليها» ؟ وقع في كتاب الآجال ،  
وعُلم بأنه سلف جر منفعة ، وعزاه صاحب «البيان» أيضاً لابن الماجشون وغيره .  
قال : كأن المبتاع أسلف البائع [الثمن] <sup>(٢)</sup> على أن يغتل حائطه حتى يرد إليه  
سلفه ، [فعلى] <sup>(٣)</sup> هذا القول يرد الغلة للبائع [لأنها] <sup>(٤)</sup> ثمن السلف ، فهي عليه  
حرام .

وحكى ابن يونس عن القابسي وابن شبلون رد الغلة [على البائع] <sup>(٥)</sup> إن ضرب  
لذلك أجل قبل الأجل لابعده ، لأنها بعده [تكون] <sup>(٦)</sup> كالبيع الفاسد ،  
[وجعلها] <sup>(٧)</sup> كمسألة كتاب الرهن إذا قال : «إن لم أتك بالحق إلى كذا فالرهن  
لك» ، [أنه] <sup>(٨)</sup> قبل الأجل بسبيل الرهن ، وبعده كالبيع الفاسد .  
وفرق بعض الشيوخ بأن مسألة الرهن إنما يتقرر فيها البيع بعد الأجل ، ومسألة  
الثنيا [مقرر قبله] <sup>(٩)</sup> ، وإنما يتقرر فيها نقض البيع بعد الأجل .  
وقال ابن يونس : هما سواء ، كأنه لم يملكها إياها إلا بعد أجل الثنيا ، فهو  
كقوله في الحق : «إن لم أتك به إلى كذا فالرهن لك» .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ج : فهل على .

(٤) في ج : فإنها .

(٥) في أ : للبائع .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : وجعلها .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من ج .

وقال ابن محرز : الفتوى على خلافه ، يريد : على خلاف قول القابسي .  
 اللخمي : وفي كتاب محمد فيمن اشترى على ثنيا فأسقط البائع الشرط : مضى  
 البيع .

[قال : وبصير جائزاً] (١) .

قال محمد : إذا رضى المشتري . وقال محمد بن أبي زيد : وقد فسخا الأول .  
 وقول محمد أحسن ، لأن انتقالهما على الصفقة الأولى فسخ .

ابن عرفة : ويلزم على قول [الشيخ أبي محمد] (٢) الإشهاد على الفسخ .  
 [ابن بشير : بيع الثنيا هو أن يشترط المشتري للبائع متى جاءه بالثمن فالبيع  
 له] (٣) .

واختلف [في] (٤) تغليل [منع] (٥) بيع الثنيا ، فقال ابن [ق/٦٢ ج] القاسم :  
 هو بيع وسلف .

قال المتأخرون [ق/١٢٥ ب] : ومراده أنه تارة بيع وتارة سلف .

وقال سحنون : هو سلف جر منفعة .

واعترض قول سحنون بأن السلف هنا قد لا يرد ، فليس كالسلف [الذي  
 يجر] (٦) نفعاً [فلايد] (٧) .

قال : [فإذا وقع البيع على هذه الصفة ، فهل يكون كالرهن أو كالبيع الفاسد لا  
 يخلو أن يضربا لذلك أجلاً أم لا ؟ فإن ضرباً أجلاً] (٨) ، فالمنصوص لمالك

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ابن أبي زيد .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : الجار .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : قال : وهل يكون البيع على هذا كالرهن أو كالبيع الفاسد أما إن ضرباً لذلك أجلاً .

[وأصحابه] (١) : [إنها] (٢) كالبيع الفاسد .

وقال القابسي : يضمن ضمان الرهن ، ونحوه لابن حبيب . وسبب الخلاف الالتفات إلى عقد البيع ومضيه إن لم يأت بالثمن ، أو [كونها محبوسة] (٣) في الأجل الثاني بالثمن .

فمن التفت إلى [الأول] (٤) أجراه مجرى البيع الفاسد ، ومن التفت إلى الثاني أجراه مجرى [الرهن] (٥) .

و [قد] (٦) أشار ابن محرز إلى أن قول الأشياخ منزل على شهادة ، وأنه لما كثر بإفريقية هذا البيع وقصد به [مقصد] (٧) الرهن أجرى على ذلك ، و [أما] (٨) إن لم يضربا أجلاً فحكمه حكم البيع الفاسد .

وقد نقل كثير عن القابسي أنه كالرهن من غير تفريق بين ضرب الأجل وعدمه ، وتحقيق النقل ما ذكرناه .

وإن كان ذلك بعد العقد فلا فساد فيه ، وهو تطوع من المشتري ، وهذا إذا لم يكونا دخلاً عليه بفهم أو عادة .

[قال] (٩) : وهل للمشتري [أن يحدث في المبيع حدثاً] (١٠) يقطع به ما جعل

للبيع ؟

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : إنه .

(٣) في أ : هو محبوس .

(٤) في ج : الثمن .

(٥) في ج : الرهان .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : مجرى .

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من ج .

(١٠) في أ : إحداث حدث في المبيع .

أما إن ضربا لذلك أجلاً فلا يصح [أن يحدثا في المبيع شيئاً] (١) ، وكأنهما على ذلك دخلاً . انتهى .

قلت : فإن لم يضربا لذلك أجلاً ، [فأشار في] (٢) « نوازل أصبغ » من كتاب جامع البيوع [إلى أن ذلك له] (٣) .

قال ابن رشد : إلا أن يفوته بفور ذلك مما يرى أنه أراد به قطع ما أوجبه على نفسه .

[وقال الميطي] (٤) : إن قام عليه حين إرادة التفويت ، فله منعه بالسلطان إذا كان ماله حاضراً ، فإن باعه بعد منع السلطان له رد البيع ، وإن فوته قبل أن يقضى السلطان عليه بتوقيفه نفذ تفويته .

[وأشار] (٥) غير واحد إلى جواز التطوع بالثبيل في كل بيع .

ابن بشير وغيره : إلا في الجوارى .

الللخمي : خير الوحش منهن .

ابن بشير : ولو كان المشتري ذا حرمة أو امرأة أو [جارية] (٦) صغيرة ، لا ينبغي أن يجوز .

وأفتى ابن [بشير] (٧) فيما بناه المشتري المتطوع بالإقالة إلى أجل ، [أنه ليس له إلا قيمته منقوضاً ، لأنه متعد في البنيان للشرط الذي التزمه للبائع ، إذ] (٨) ليس له التفويت بوجه حتى ينقضى الأجل .

---

(١) في أ : ذلك .

(٢) في أ : فقي .

(٣) في أ : له ذلك .

(٤) في أ : وفي «التيطية» .

(٥) في أ : وأجاز .

(٦) في أ : كانت الجارية .

(٧) في أ : رشد .

(٨) سقط من أ .

ولو وقعت الإقالة وشرط المشتري أن البائع متى باع فإنه أحق به بالثمن ، فلا يخلو أن يشترط الثمن الذى يبيع به أو الثمن الذى وقع العقد به أولاً ، فإن اشترط الثمن الذى يبيع به فالإقالة صحيحة [ق/ ٦١ أ] وللمشتري الأخذ بالثمن متى وقع البيع ، هذا هو المنصوص [فى المذهب] (١) ، وهو [إما] (٢) مبنى على [أن] (٣) الإقالة حل بيع ، أو على أنها معروف ، فيجوز فيها ما لا يجوز فى البيع .

[ولو اشترط أنها له بالثمن الأول لكان للمشتري] (٤) ذلك متى وقع البيع ، إلا أن يكون السبب فى الشرط فى البيع سؤال البائع فى الإقالة ، فيقول المشتري : إنما مرادك البيع ، فيقول البائع : متى بعته فهى لك بالثمن الأول ، فهذا إن باع عقب الإقالة أو قريباً منها ، فللمشتري شرطه .

وإن بعد طول أو [لحدوث] (٥) سبب اقتضاه مضى البيع ، كالمراة تعطى زوجها ما لا على أن يطلق زوجته ، [فيطلقها] (٦) ثم يريد زواجها ، أو أراد طلاقها نفسها فوضعت له [من] (٧) صداقها ، أو سألها الخطيطة منه فقالت : أخاف أن تطلقنى ، فقال : لا ، فحطته [ثم طلقها] (٨) ، فلها القيام إذا طلقها عقب الخطيطة أو بالقرب منها .

قلت : وروى محمد بن خالد فى سماعه عن ابن نافع أن الإقالة على هذا لا تجوز ، بمنزلة البيع .

ابن لبابة : [ هو ] (٩) جيد من فتواه ، واستحسنه [ونقل] (١٠)

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : وإن اشترط الثمن الأول فللمشتري .

(٥) فى أ : لحديث .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من ج .

(٩) فى أ : هذا .

(١٠) فى ج : ونقله .

ابن يونس عن «المختصر» [فيمن] <sup>(١)</sup> باع داره [على] <sup>(٢)</sup> أنه متى باعها المبتاع فهو أحق بها بالثمن ، لا خير في ذلك .

قال أبو محمد : والإقالة بيع .

المتيطى : إن ادعى أحد المتبايعين أن الطوع كان شرطاً في أصل العقد وأكذبه الآخر ، فالقول قول مدعى الطوع مع يمينه ، قاله ابن العطار .

وقال ابن الهندي : هذا إذا كان متهماً وإلا فلا يمين عليه . أ . ه .

وفي [الطراز] <sup>(٣)</sup> عن المشاور : من ادعى منهما أن ذلك كان في أصل الصفقة ، حلف وفسخ البيع لما جرى من عرف الناس بذلك ، وبه الفتيا عندنا .

قلت : وهو مقتضى قول ابن الحاج رحمه الله تعالى فيما إذا انعقد في التبايع متى فوت الدار التي ابتاع ، فالثمن عليه حال .

قال : وإن قال البائع : تطوعنا به بعد البيع ، وقال المبتاع : بل كان شرطاً أو طوعاً في نفس البيع ، فالقول قول المبتاع وإن كان يدعى الفساد ، أن العرف في ذلك جارٍ على الفساد على ما لابن القاسم في كتاب المغارسة من «العتبية» ، ومقتضى ما لابن رشد في «نوازله» : إذا انعقد إلزام الوضيف على الطوع وادعى أحدهما أن البيع انعقد [عليه] <sup>(٤)</sup> شرطاً ، إن القول قول مدعى الشرط منهما مع يمينه لشهادة العرف به .

وفي «أحكام ابن سهل» : من ابتاع شيئاً وذكر في عقد ابتياعه أنه طاع للبائع إن أتاه بالثمن إلى مدة كذا فالبيع عليه رد ، فمضت المدة ولم يأت بالثمن ، فأراد المبتاع قطع ما التزمه ، فقال البائع : إنما كان ارتهاناً وعقدناه ثنياً تحيلاً في إسقاط الحيازة التي لا يتم الرهن إلا بها ، إن المبتاع يحلف أن البيع كان صحيحاً وإنما طاع

(١) في أ : أن من .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ج : الطرر .

(٤) سقط من أ .



بالثنيا بعد العقد ، فإن نكل حلف البائع وأدى الثمن ، ورجع إليه ما باع .  
 وذكر في «الحديرية» مسألة من باع ثم ادعى أن بيعه كان رهناً ، أنه إن كان  
 المتباع من أهل الغنيمة وعن شبهه هذا ، فالقول قول البائع مع يمينه أنه رهن .  
 وإن لم تكن هذه صفتة ، فالقول قول المتباع مع يمينه .

وقال ابن لبابة : البيع ماضٍ ولا يقبل قول من ادعى الرهن .

وحضرت بعض القضاة ومشايخي من أهل العلم يرون اليمين على المشتري إذا  
 كان متهمًا أنه ليس برهن ، فإن نكل حلف مدعى الرهن واسترجع رهنه وإن نكل  
 مضى البيع .

وقال بذلك بعض أصحابنا ، وفي قول بعضهم : لا تجب اليمين على المتباع  
 على قول مالك ومذهبه ، وبيته تقطع اليمين عنه ، إلا أن سحنونًا وغيره أوجب  
 اليمين على المتباع في مثل هذا إذا كان متهمًا مظنونًا به ، وإلا فلا يمين عليه .

(١١٣) [٣١] وسئل رحمه الله تعالى : عن إخوة باعوا ملكًا لهم بيع ثنيا ،  
 واشتروا إن لم يأتوا بالثمن إلى أجل كذا فالبيع ماضٍ ، ثم مات أحدهم عن ابن  
 وبنت ، فلما جاء الأجل [ق/١٢٦ب] أمضى الأخوان الحيان البائعان البيع في جميع  
 المبيع للمشتري من غير أن يفسخوا العقد الأول الفاسد ولا عرضوا له ، ثم غرس  
 المشتري فدانًا من ذلك وبقي بيده عشرين سنة ، فقام الابن والبنت - أولاد الميت - بعد  
 العقدة الفاسدة وقبل عقدة الإمضاء فطلبوا حقهم ، فما الحكم ؟

فقال : لا شك في فساد البيع الأول ، لأنه مثل غلق الرهن ، وأما الإمضاء  
 الثاني فلا يصح أيضًا ، لأن المنصوص أن البيع الفاسد لا يصح إمضاء البيع فيه إلا  
 [بعد] <sup>(١)</sup> فسخ العقدة الفاسدة ، إلا أن ما غرس من ذلك يفوت عليهم جميعًا ،  
 وإذا فات فعلى قاعدة إذا انفسخ البيع وفات بعض المبيع ، [وحكم من أمضى  
 البيع] <sup>(٢)</sup> كحكم من لم يمضه [وغيره] <sup>(٣)</sup> لاشتراك جميعهم في العقد الفاسد .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

قلت : لا يصح للمكلف رفع أثر فاسد إثر هذا البيع ، إذ ليس بحق [له] (١) ، وقد قدمنا قبل هذه المسألة نقل اللخمي عن كتاب محمد مسألة من اشترى على ثنيا ، فأسقط البائع الشرط ، [أن البيع يمضى ويصير جائزاً .

وقال محمد : ذلك إذا رضى المشتري .

وقال الشيخ أبو محمد : وقد فسخ الأول .

وقول محمد : «إذا رضياً جميعاً» ، أحسن ، لأن انتقالها عن الصفقة الأولى فسخ [ق/٦٣جـ] فلو فسخ العقد الأول هنا لصح إمضاء الآخرين الحيين البيع هنا فيما نابهما .

وأشار ابن عرفة للزوم الإشهاد على الفسخ على قول أبي محمد .

يريد : على قول من يشترطه في الفسخ [ (٢) ] .

وقول الشيخ : «إلا أن ما غرس من ذلك يفوت» ، يقتضى أن ما لم يفرسه لا يفوت وإن بقى ذلك بيد المبتاع عشرين عاماً على ما فى السؤال .

وفى سماع أصبغ من جامع البيوع من باع أرضاً من رجل على أن يردها عليه متى جاء بالثمن .

قال ابن القاسم : طول الزمان فيها ليس بفوت .

أصبغ : إلا أن يطول لمثل عشرين سنة ، فإن هذا لا بد أن يدخله النظر .

ابن رشد : اختلف قول ابن القاسم فى طول الزمان بالرهن ، هل هو فوت فيها وفى الدور ؟

والقولان له فى شفعة «المدونة» .

وقال فى موضع منها : ليس بفوت ، وقال فى موضع : السنة [والستان] (٣)

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : وكلام أبي محمد بن أبي زيد رحمه الله عليها فراجع .

(٣) سقط من أ .

والثلاث ليس [فيها] (١) بفوت .

فدل ذلك على أن الزمان الطويل فيها فوت ، فعليه يكون قول أصبغ هنا تفسيراً لقول ابن القاسم ومتمماً [لنقله] (٢) .

[قلت] (٣) وإلى هذا أشار المازري رحمه الله ، وهو مقتضى قول ابن أبي زمنين في «منتخب الأحكام» : يفيت الدور والأرضين البيع والهدم والغرس ، [والبناء] (٤) ولا يفيتها الزرع ولا حوالة الأسواق ولا طول الزمان إلا مثل العشرين سنة .

وحمله اللخمي على الخلاف ، فإنه قال : واختلف هل [يفيت] (٥) الدور والأرضين حوالة الأسواق والطول ؟

فقال مالك وابن القاسم : لا يفيتها [ذلك] (٦) .

وقال أصبغ : إلا أن يكون الطول مثل عشرين سنة أو أكثر .

[وقال] (٧) أشهب : حوالة الأسواق فوت .

[وقول الشيخ] (٨) : « وإذا فات فعلى قاعدة إذا انفسخ البيع وفات بعض المبيع » ، أشار به إلى ما في نوازل أصبغ من كتاب جامع البيوع فيمن اشترى أرضاً شراءً فاسداً ، فغرس [حولها] (٩) شجراً [فيها] (١٠) ، أنه إن [كانت] (١١) أحاطت

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : له .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : يفيتها أي .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ : فقال .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من ج .

(١١) سقط من أ .

بالأرض [فذلك فوت فيها] (١) ، وإن كان غرس ناحية منها وجل الأرض بياض ، فإنه لا يفوت إلا تلك الناحية . وإن كان ما غرس منها يسيراً لا بال له فسح البيع في جميعها ، [وللمشتري] (٢) قيمة غرسه .

ابن رشد : تفصيله صواب .

قال : فإذا كان الغرس بناحية منها وجلها لا غرس فيه ، وجب فوت ما غرس وفسح البيع في سائرهما . [ق/ ١٦٢] قال : ووجه العمل في ذلك أنه إن كان ذلك الثلث أو الربع فسح البيع في الباقي بثلثي الثمن أو بثلاثة أرباعه ، ويصح البيع [بالناحية] (٣) بالقيمة يوم القبض .

قال : وقيل : البيع يفسح في الأرض كلها ، فيرد جميع الثمن ويكون على المتاع قيمة الناحية الفاتية بلغت ما بلغت ، وهذا قائم من «الدمياطية» لابن القاسم ، انظره .

قال : وقوله : «على البائع قيمة غرسه» .

وقال في أول رسم من سماع أشهب في البنيان اليسير في الحائط المبيع بيعاً فاسداً : يكون له ما أنفق فيه ، فمعنى ذلك يكون عليه قيمة الغرس مقلوعاً يوم جاء به وغرسه أو قيمة ما أنفق فيه على ما مضى القول فيه في سماع أشهب المذكور .

والذي في سماع [أشهب] (٤) وهو من باع حائطه على أنه متى جاءه بالثمن فإنه أحق به ، فقال : وأرى له على رب الحائط ما أنفق المتاع في بناء جدار أو حفر بئر ، وأصل هذا البيع لم يكن جائزاً .

ابن رشد : الحائط يفوت في البيع الفاسد بالبناء اليسير ، [فلذا] (٥) قال :

(١) في أ : فانت .

(٢) في أ : وله على البائع .

(٣) في أ : في الناحية .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فإذا .

يكون على رب الحائط إذا رد إليه ما أنفق المبتاع في بناء جدار أو حفر بئر .

وقيل : قيمة ما أنفق ، [إلا إن كان استجاره بأكثر من أجر مثله فقيمة ما أنفق على السداد] (١) .

ابن عرفة : ما ذكر في قيمة الغرس خلاف قول التونسي : لم يذكر أصبغ في قيمة الغرس لا قائماً ولا منقوضاً ، والأشبه أن يكون قائماً ، لأنه فعله بشبهة على البقاء ، فأشبهه من بنى بقعة فاستحقت .

**قلت** : وهو مقتضى قول ابن أبي زمنين رحمه الله في «منتخب الأحكام» المسألة عن ابن حبيب ، ونصه : فإن كانت الغروس يسيرة لا خطب لها ، فليس ذلك فوتاً فيها ، وهي كلها مردودة على البائع ، ويعطى المبتاع قيمة ما غرس فيها [قائماً] (٢) ، فتأمله .

وقد أفتى ابن الحاج فيمن ابتاع نصف جميع الكرم والحرب على أن يغرس جميعه ويحلق به حائطاً من وجهين ويزريه [بالسعدان] (٣) ، ففعل ، إن البيع فاسد فتجب القيمة بفواته بالغرس ، فيكون للمبتاع نصف الكرم ونصف الغرس دون قيمته ، ويكون النصف الثاني للبائع ، وعليه للمبتاع نصف قيمة الغرس قائماً على حاله يوم الحكم فيه ، لأن له تصرفاً وعلاجاً وبه بلغ .

وهذا كله - والله أعلم - فيما بيع بيعاً فاسداً على غير شرط الثنيا ، وإلا فالغارس فيما اشتراه على الثنيا [ثم] (٤) يغرس على البقاء فيه ، فلا يكون له قيمته قائماً .

وكذا أفتى ابن رشد فيمن بنى في دار ابتاعها [ق/١٢٧ب] ثم تطوع للبائع بالإقالة فيها إلى أجل كذا ، أنه ليس له إلا قيمته منقوضاً .

(١١٤) [٣٢] وسئل عليه السلام : عن رجل اشترى من رجل أملاكاً ، شرط له الثنيا في أصل العقد ، ثم إن البائع خرج إلى بلد بعيدة خيفة أن يقتل ، وبقي كذلك لا يقدر

(١) في أ : تقديم وتأخير .

(٢) في أ : ثانياً .

(٣) في أ : بالشعراء .

(٤) في أ : لم .

على الرجوع من الخوف ، ثم مات وبقي ولده كذلك حتى مات ، ثم جاء ولد ولده فوجد بعض ورثة جده قد باع بعض أملاك منه أيضاً لرجل آخر ، وقد قسم المشتري الأول المشتري الثاني في بعض تلك الأملاك دون بعض ، فاستحق هذا القائم الملك من يد المشتري شراء ثنيا ، ثم أراد أن يشفع المشتري فيما بيده ، [فهل له ذلك] (١) ؟

فقال : هذا السؤال ليس بيبين ، لأن المشتري شراء ثنيا حين قاسم المشتري الثاني لا [يدري] (٢) هل قسمة قرعة أو مرضاة ، فإن كانت مرضاة فهي بيع فات ما قسم فيه ، فبأى شيء يستحق من يد المشتري الأول شراء ثنيا ، لأنه وإن كان فاسداً فقد فات بالقسمة .

وإن [كان] (٣) قرعة فلا يفوت ، لأنها تميز حق ، وإذا لم تفت فإنه يشفع ، لأن مقاسمة المشتري شراءً فاسداً كلا مقاسمة .

وأما الغلة فلا شيء على المشتري شراءً فاسداً على المشهور ، لأن بيع الثنيا بيع فاسد وليس برهن .

**قلت** : انظر إذا كانت مرضاة لكن [بتعديل وتقويم] (٤) ، فإن ابن رشد رحمه الله حكى فيها وفي قسمة القرعة خلافاً ، هل هما تمييز حق أو بيع ؟ وعزى الأول لنص مالك في «المدونة» ، والثاني لسحنون .

قال : ويؤخذ من قوله ما يدل على خلاف مذهبه .

قال : واضطرب قول ابن القاسم في ذلك .

قال : والأظهر في قسمة القرعة أنها تمييز حق ، وفي قسمة المرضاة بالتقويم والتعديل أنها بيع .

(١) في أ : أيضاً فهل له ذلك أم لا ؟

(٢) في أ : ندري .

(٣) في أ : كانت .

(٤) في أ : تقديم وتأخير .

(١١٥) [٣٣] وسئل رحمه الله : عن رجل باع موضعاً بشرط الإقالة في عقد واحد لرجل ، فلما أتاه بالثمن الذي وقع به البيع قصد المتاع إلى ذلك الموضع فقوته بالتصيير في دين عليه أو بيع أو صدقة به ، وقصد بذلك محض التفويت للمبيع المذكور؟

**فأجاب :** إذا صح ما ذكرتم في الموضع المذكور ، فلا يمنعه من فسخ ما عقد [فيه] (١) من البيع الفاسد ما عقد [به المشتري] (٢) مما قصد به تفويته من بيع أو صدقة ونحو ذلك ، ويفسخ ما عقد فيه المتاع ، ثم يفسخ ما عقد فيه الثنيا للفساد ، ويعود الموضع المذكور إلى ملك بائعه كما كان قبل البيع المذكور ، وكذلك في الثنيا الصحيحة وهي التطوع بها بعد صحة البيع إذا فوت المشتري في الموضع بعد أن أتى البائع بالثمن ، فلا يفوت أصلاً.

**قلت :** قال عيسى في سماعه من كتاب جامع البيوع [في رجل] (٣) باع داراً أو عبداً بيعاً حراماً ، [فقام على المشتري] (٤) يريد فسخ البيع و[هو] (٥) لم يفوت [ذلك] (٦) ، فيفوت المشتري الدار بصدقة أو يبيع العبد أو يعتقه بعد قيام البائع عليه ، فلا يجوز له ذلك بعد قيام البائع في الصدقة والبيع . وأما العتق فأراه فوتاً لحرمته .

ابن رشد : هذا صحيح ، لأنه متعدد في ذلك بعد أن قام عليه ، إذ الواجب أن يردها له إليه بفسخ البيع ، وإنما يجوز له ذلك قبل أن يقوم عليه ، لأنه أذن [في ذلك] (٧) حين ملكه المبيع بالبيع الفاسد ، فهو على ذلك الإذن مالم يرجع عنه بالقيام عليه ، فإذا باع أو وهب أو تصدق بعد أن قام عليه ، فله إجازة ذلك ، ويضمنه

(١) في أ : عليه .

(٢) في أ : فيه المتاع .

(٣) في أ : فيمن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : له فيه .

القيمة يوم القبض ، لأنه بفعله ذلك رضى بالتزام القيمة ، وله رد ذلك ويأخذ ماله ، وليس له أن يجبر البائع ويأخذ الثمن ، [إذ ليس بعداء] (١) صرف ، لأنه إنما باع [ق/٦٤ج] ما حصل فى ضمانه بالبيع الفاسد ، لأنه لو تلف كانت مصيبته منه . والقياس أن يكون فى العتق مخيراً بين رده وأخذ عبده و[فى] (٢) إمضاء عتقه ويضمن المشتري قيمته ، إلا أنه أمضاه لحرمة استحساناً . أ . ه .

وقال ابن سحنون : البيع الصحيح إنما يفيت البيع الفاسد إذا وقع قبل العلم بفسخه ، فأما إن قصد المشتري إلى تفويته بعد علمه بفسخه لم يفيت بذلك وقال عياض : ولا يختلفون أنه لو علم بالفساد ثم باع قصداً للتفويت إن يبعه غير ماضٍ أ . ه .

وقال اللخمي : إن قصد المشتري بالبيع والهبة التفويت قبل أن يقوم عليه البائع ، كان فوتاً .

واختلف إذا فعل ذلك بعد أن قام عليه البائع ليرد البيع ، وألا يكون فوتاً أحسن .

وإن قال البائع حين قام : «وقد رددت ذلك البيع» ، كان أبين .

قال الشيخ : انظره مع كلام عياض .

[وقال ابن محرز : البيع الصحيح إنما يفيت البيع الفاسد إذا وقع قبل العلم بفسخه ، فأما إن قصد المشتري إلى تفويته بعد علمه بفسخه فإنه لا يفيت بذلك ، وهو وجه صحيح] (٣) .

وقول الشيخ : وكذلك الثنيا الصحيحة . . . إلى آخره ، تقدم [لنا] (٤) التفصيل [ق/ ٦٣ أ] فى ذلك من كلام الميظى ، فراجعه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .



(١١٦) [٣٤] وسئل رحمه الله : عن رجل تطوع [له رجل] (١) في أرض كان اشتراها منه ، فقال له : «إن أتيتني بالثمن إلى ستة أعوام رددت عليك أرضك» ، فانقضت [السته] (٢) أعوام ، فقال المشتري : إنما أردت «إن أتيتني بها داخل ستة أعوام، وانقضت وانقضى الأمد ولا تطوع ، وقال البائع : إنما قلت : إن أتيتني به بعد ستة أعوام ؟

فقال الشيخ : هذا محتمل ، لأنه لو بين فقال : «إن أتيتني به قبل ستة أعوام» ، فله أن يأتيه به طول الستة أعوام ، فإذا انقضت فليس له ذلك ، فكذلك أيضاً ، فلما أبهم وقال : «إلى» يرجع إلى عرف البلد إن كان ، وإلا رجع إلى مقتضى «إلى» التي هي لانتهاؤ الغاية ، فليس له أن يأتيه بعدها ، لأن «إلى» بمعنى الغاية أكثر منه عند انقضاء ستة أعوام ، فانظره .

**قلت** : قال القرافي في «شرح التنقيح» : اختلف في الغاية ، فالثالثا : تدرج في البعض ، وهذا إذا كانت الغاية من الجنس .

ورابعها : الفرق بين أن يكون الفصل بينهما أمداً حسيّاً [نحو] (٣) ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ (٤) ، فلا تدرج ، لأن النهار متميز على الظلام ، أو لا فتدرج نحو ﴿وَأَيِّدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ (٥) ومقتضى قول الشيخ رحمه الله هنا عدم دخول [أمر] (٦) الغاية في المعيا ، وهذا هو الذي صححه متأخروا النحاة كأبي حيان وابن هشام .

قال أبو حيان : وعليه أكثر المحققين .

قال : وكذلك إذا اقترنت به قرينة ، فإن الأكثر في كلامهم أن يكون غير

(١) في ١ : لرجل .

(٢) في ١ : ستة .

(٣) سقط من ج .

(٤) سورة البقرة : ١٨٧ .

(٥) سورة المائدة : ٦ .

(٦) في ١ : ما بعد .

داخل، فإذا عرى من القرينة وجب حمله على الأكثر .

وأيضاً فإذا قلت : اشترت المكان إلى الشجرة ، فما بعد «إلى» هو الموضع الذي انتهى إليه المكان المشتري ، فلا يمكن أن تكون الشجرة من المكان المشتري، لأن الشيء لا ينتهى [ق/١٢٨ب] ما بقى منه شيء، إلا أن يتحوز فيجعل ما قرب من الإنتهاء منه .

فإذا لم يتصور أن يكون داخلاً إلا بمجاز ، وجب أن يحمل على أنه غير داخل، لأنه لا يحمل على المجاز ما أمكنت الحقيقة ، إلا أن تكون [ثم<sup>(١)</sup>] قرينة مرجحة للمجاز على الحقيقة . قلت : فيتعين الدخول ، نحو : «قرأت من أوله إلى آخره» كما مثل به فى «المغنى» .

فإذا تقرر عدم دخول ما بعد الغاية فى المغيا هنا .

قال المتبسط رحمه الله : يلزم المتباع متى جاءه البائع بالثمن فى خلال الأجل ولو عند انقضائه أو بعده على القرب منه أن يقبله [من البائع] (٢) .

قال : وإن لم يأت البائع بالثمن إلا على بعد من انقضائه ، فلا سبيل له إليه .

وفى «الطرر» : قال بعض أصحابنا : إن لم يأت البائع بالثمن حتى حل الأجل، فلا شيء له .

وقيل : له من الأجل قدر زيادة الأيام فى الأهله ونقصها .

قال بعض أصحابنا : اليوم ونحوه .

(١١٧) [٣٥] وسئل عليه السلام : عن أخوين وأخت لهم ملك ، فاشترى أحدهما من الأخت نصيبها ، فقال له الآخر : أدخل معك فى الشراء ، فقال له : «متى أعطيتنى نصف ما دفعت لها قاسمتك فى المشتري» ، فبقي مدة فمات المشتري من الأخت نصيبها ، فقال له الآخر : أدخل معك فى الشراء ، فقال له : «متى أعطيتنى نصف ما دفعت لها قاسمتك فى المشتري» ، فبقي مدة وبقي بنوه ، فقام عليهم الأخ المتطوع

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

له ، فهل يلزمهم ما كان التزم أبوهم أم لا ؟

فقال : هذه تولية مثل مسألة الإقالة في الثنيا التي اختلف فيها الشيخان أبو إبراهيم وأبو الفضل راشد ، فعلى قول راشد بطل بموته ، وعلى قول أبي إبراهيم لا يبطل بموته .

ونقل القولين شهاب الدين القرافي في «الذخيرة» .

قلت : الأظهر هنا لزوم الورثة ما التزمه موروثهم ، لأن إلتزامه ذلك لم يكن محض تطوع به ، لأنه لو لم يلزم لأخيه ذلك لا يستشفع منه نصيبه ، والله تعالى أعلم .

(١١٨) [٣٦] وسئل عليه السلام : عن رجل باع عن رجل جناحاً أو شيئاً يسيراً من الأرض متصلاً بالجنان المذكور ، والمبيع ملك لزوجته البائع ، والمشتري عالم به ، ثم بعد ذلك بنحو شهرين اشترى رجل آخر من الزوجة المذكورة المبيع المذكور أيضاً ، وزعم المشتري الأول أن الزوجة كانت أذنت لزوجها في البيع الأول ، وأنها عالمة ببيعه ، ولا بينة عليها ، فهل عليه اليمين أم لا؟ وإذا التزمتها اليمين فنكلت ، هل يمضي بيع زوجها أو يرد؟ وإن صح بيعه ، ما يفعل المشتري الأخير؟ وهل يعد نكولها إجازة لبيع زوجها أو لا إذا كان ذلك بعد أن تولت بيع ملكها بنفسها ، بينوا لنا ذلك؟

**فأجاب :** أكرمكم الله ، على زوج البائع فوقه اليمين بأنها لم تأذن لزوجها في البيع المذكور ولا رضيت إذا علمت ، فإن حلفت رد بيع زوجها ونفذ بيعها إن لم تعلم هي والمشتري منها ببيع زوجها ، وإلا كان بيعها بيع ما فيه خصومة ، والمذهب فسخه ومضيه على قولين .

وإن نكلت عن اليمين لم ينتقض بيعها ، لأنها لو أقرت بعد بيعها بأنها كانت أذنت لزوجها في البيع ، لم يلزم إقرارها المشتري منها ، للتهمة أنها قصدت حل بيعها ، غير أن عليها للمشتري من زوجها ما زادت القيمة يوم باعته هي على ما اشتراه من زوجها ، إذ كأنها أتلفت هذا القدر عليه كما تقدم ، ويرجع المشتري من

زوجها عليه بما اشتراه به على أحد القولين ، لأن زوجها يقول لها: قد اعترفت بأنها قد أذنت لى فى البيع المذكور ، وكتب فلان ، والسلام .

**قلت :** إنما توجهت اليمين على الزوجة بحق المشتري من زوجها فيما زادت قيمة المبيع يوم باعته على ما اشترى به من زوجها إذا نكلت ، [لأن المشتري]<sup>(١)</sup> [إذا]<sup>(٢)</sup> يتبين بنكولها أنها أتلفت عليه [ما اشتراه ، فيكون له عليها ما زادت قيمة ذلك عن الثمن الذى اشترى به ، ولا يكون له عليها قيمة المبيع كله إذا لم تلتف عليه إلا ما زادت القيمة على الثمن الذى دفع ، لأنه يأخذه من الزوج البائع منه إذا لم يعترف له بأنها قد أذنت له [يوم البيع]<sup>(٣)</sup> ، وإلا ففى الرجوع [له]<sup>(٤)</sup> به عليه القولان اللذان أشار [لهما الشيخ]<sup>(٥)</sup> ، وهو أصل مختلف فيه [على قولين كما ذكره الشيخ]<sup>(٦)</sup> .

قال ابن فتحون والمتيطى : لو أن المبتاع صرح بتمليك البائع للمبيع ثم استحق ذلك منه ، ففى رجوعه على البائع روايتان :

[ إحداهما : يرجع ولا يضره .

والأخرى : لا يرجع ، وهى رواية أصبغ وعيسى عن ابن القاسم . قال ]<sup>(٧)</sup> ابن العطار : [وبالرواية الأولى ]<sup>(٨)</sup> القضاء ، وستأتى فتيا الشيخ رحمه الله بأنه لا رجوع له على الرواية الأخرى .

ابن عبد السلام : وهو الأصح .

ومن هذا مسألة من انعقد عليه فى وثيقة البائع أنه اشترى منه جميع داره -

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فى البيع .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : إليهما .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

هكذا بالإضافة إلى البائع - هل هو إقرار منه بالملك له ؟ وهل له الرجوع عليه في الاستحقاق ؟

والأصوب أن له الرجوع .

وفي رسم «استأذن» من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فيمن ابتاع عبداً فاستحق منه فقال : [إنه] <sup>(١)</sup> من بلاد البائع [أودار] <sup>(٢)</sup> ، [أو ابتاع منه داراً فاستحققت] <sup>(٣)</sup> فقال : إنها دار البائع ودار أبيه وجده ، [أو ابتاع منه ثوباً فاستحق وقال : إنما ملكه البائع] <sup>(٤)</sup> .

فقال ابن القاسم : لا رجوع له عليه بشيء إذا كان يعلم أنه خرج ذلك من يده بشيء . [ق/٦٥جـ] .

ابن رشد : لأشهب في «المجموعة» : إن له أن يرجع على [البائع وإن علم صحة الظلم الذي قام به المستحق] <sup>(٥)</sup> ، ولا يضره ذلك ، لأن البينة شهدت أن [البائع] <sup>(٦)</sup> باع ما ليس له ، وذلك مثل قوله وقول ابن وهب في سماع عبد الملك من كتاب الكفالة على ما كان يذهب إليه [الشيخ في ذلك] <sup>(٧)</sup> .

قال : والذي أقول به أنها [مسألة عبد الملك] <sup>(٨)</sup> لا تعارض هذه ، لأنها مسألة أخرى [خارجة عن هذا الإختلاف] ، <sup>(٩)</sup> ومثله لسحنون في «نوازل» من كتاب

(١) في أ : هو .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : أو ثوباً فقال : حاكه البائع فاستحق ذلك .

(٥) في أ : صحة ظلمة .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : الشيخ .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

[جامع البيوع ولعيسى فى نوازله] (١) الدعوى والصلح فى بعض الروايات . أ . هـ .  
ومسألة سحنون هى : [رجل ابتاع داراً أو أرضاً [ق/١٢٩ب] أو غيرهما] (٢) ،  
وقد عرفه المبتاع فى يد البائع بحوزه وبملكه ، ثم يسأله أن يحوزه له بعد البيع .  
فقال سحنون : إذا كان اشترى ما عرفه فى يد البائع [ق/ ١٦٤] فلا حوز عليه ،  
وإن دفعه عنه دافع فمصيبته عليه .

ابن رشد : لا يخلو هذا من أربعة أوجه :

[أحدها : المبتاع] (٣) [أن يكون] (٤) مقرأً للبائع باليد والمملك .

أو بالملك لا باليد ، أو بالعكس أو لا يقر له بيد ولا ملك فالأول لا يلزمه أن  
يحوزه ما باع منه وينزله فيه ، وإن دفعه دافع عن النزول فى ذلك أو استحق منه بعد  
النزول فيه فمصيبته نزلت به على قول سحنون هذا .

والصواب أنه يلزمه أن ينزل [له] (٥) كما إذا كان مقرأً له بالملك لا باليد ،  
مخافة أن [ينهض لينزل] (٦) فيمنعه وكيله أو أمينه [عليه] (٧) من النزول فيه  
ويقول : لا أدرى [أصدق] (٨) لما تدعيه من شرائه .

فإن نزل فيه وصار بيده على الوجهين فاستحقه منه [مستحق] (٩) فمصيبته نزلت  
به على قول سحنون هذا ، وعلى ما فى سماع عيسى لابن القاسم من كتاب  
الاستحقاق خلاف قول أشهب فى «المجموعة» .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فى من ابتاع .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : صدق .

(٩) سقط من أ .

وأما إذا كان مقرراً له باليد لا بالملك ، فعلى مذهب سحنون لا يلزم البائع أن يحوزه [ما باع منه] (١) .

والصواب أنه يلزمه للعلة التي وصفنا ، فإن استحق منه وجب له الرجوع على البائع .

[ وأما إن لم يقر له بيد ولا بملك لزمه أن يحوزه إياه ما باع منه وينزله فيه اتفاقاً ، مخافة أن ينهض لقبضه والنزول فيه فيمنعه مانع ، فإن استحق منه وجب له الرجوع أيضاً ] (٢) . أ . هـ .

انظر مسألة من قال لرجل : بعني دينك على فلان وأنا أعلم وجوبه [عليه] (٣) وإقراره لك به ، فباعه منه .

ففي «نوازل أصبغ» من كتاب جامع البيوع من «البيان» جواز البيع اتفاقاً ، وأنه إن أنكره بعد فمصيبيته دخلت عليه .

ومن هذا المعنى : إذا خاصم المبتاع المستحق وعجز عن الدفع في بيته ، هل له الرجوع على البائع أم لا ؟

قال الشيخ رحمه الله : والعمل اليوم أنه لا يرجع على ما في كتاب الطحاوي . قال : فيقال للمستحق من يده يأخذ النسخة وترجع على بائعك بالثمن ، أو تخاصم ثم لا رجوع لك .

المتيطى : ومن هذا الأصل الحميل يدفع دين الغريم بمحضر المطلوب ومشاهدته ثم ينكر رب الدين القبض ، ففي الثانية لابن الماجشون يرجع الحميل على الغريم . وقال أصبغ : لا يرجع ، لأن الظلم وقع على الحميل .

[قال] (٤) : وفي كتاب ابن حبيب : إذا قال الأمر : أمرتك أن تدفع لفلان ،

(١) في أ : المبيع .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

وقال المأمور : لفلان ، يحلف الأمر وغرم المأمور ، ثم أراد الرجوع على القابض .

فقال ابن الماجشون : يرجع .

وقال مطرف : لا يرجع .

قلت : وهذا على القول بأن القول قول الأمر في المسألة ، وعزاه صاحب «البيان» في رسم «باع شاة» من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات لابن كنانة ولكتاب الجدار .

قال : لأن المأمور ادعى ولاية على مال ، وعزى لرواية عيسى عن ابن القاسم في «المدونة» أن القول في ذلك قول المبضع معه .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله في جواب المسألة من أن على الزوجة للمشتري من زوجها ما زادت قيمة المبيع يوم باعته على ما اشترى به من زوجها ، فقد صرح ابن رشد رحمه الله بذلك في «نوازل» في كلامه على مسألة من باع سلعة من رجلين واحد بعد واحد ، وقد لخصها وأوضح وجهها وتفاريحها رحمه الله بما لا مزيد عليه ، إذ قد سأله عنها بعض نبلاء أصحابه .

(١١٩) [٣٧] وسئل رحمه الله : عن رجل بعث مالا مع رجلين ليشتريا دارا برسم ابنته الصغيرة في حجره من غير توكيل لها على ذلك ، فاشتريا دارا ، فلما أرادا الكتب وأن الشراء للبننت ، قال لهما الموثق : لا أكتب الشراء على البننت لأنها محجورة ، فكتباه على الأب وأنهما اشتريا للأب [واكتريا الدار ، وبقيت بقية من الثمن كان البائع يقتضيها من الكراء ، ثم مات الأب ] (١) ، فهل الدار للبننت أو للأب موروثة [عنه] (٢) ؟

فقال : غلط الشاهد في امتناعه من الكتب ، هلا حكى القضية فقال : «ذكر فلان وفلان أن الغائب فلان دفع لهما مالا وأمرهما بشراء دار لابنته ، فاشتريا للبننت المذكورة حسبما أمرهما فلان المذكور » ، ويتم عقد البيع ، فإذا لقي ذلك الأب أشهد

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .



هو أن الدار المشتراة إنما هي لابته .

قيل له : وعلى من يشهد ؟

قال : على حكاية هذين وعلى البائع .

قيل له : قد أشهد الأب أن الدار لابته ، وإنما اشترت لها .

فقال : هي لها ، وأدنى درجاتها [لا] <sup>(١)</sup> تكون هبة من الأب لابته .

قيل له : والحوز ؟

قال : هو محمول على أنه الحائز لها وأنها بحوزه .

قيل له : فشهادة هذين ؟

قال : لا تصح ، لأنها على فعل أنفسهما .

**قلت** : في «المتيطة» : إذا ابتاع الوكيل لمن وكله ، فإن صرح عند الابتاع أنه إنما ابتاع لفلان في أول الأمر وسماه ، وباع منه البائع على ذلك ، فليس للبائع الامتناع من ذكره في العقد ، لما يتوقع من إنكاره للابتاع ، واسترجاعه للثمن منه ، لأنه على ذلك باع .

وإن [كان] <sup>(٢)</sup> الوكيل لم يصرح باسمه وإنما أظهر الإبتاع لنفسه ، فلما أتى ليعقد أراد أن يكتب أنه ابتاع لغيره ، فإن للبائع الامتناع من ذلك ، لأن من حجته أن يقول : ربما أنكر الأمر ذلك فيطلبني بالثمن فيتولد بيننا في ذلك خصام .

قال : والمخرج من ذلك كتب الابتاع باسم الوكيل ولا تذكر الأمر ، فإذا وصلت إلى التأريخ [قلت] <sup>(٣)</sup> ممن أشهده المبتاع بعد تمام البيع وانعقاده ، أنه لاحق له في الملك المبيع ، وإنما هو لفلان ابتاعه له بماله وأمره ، وكان إشهداه بذلك بمحضر البائع فلان وسكوته على ما أشهد به لفلان لا يصدقه ولا يكذبه .

(١) في أ : أن .

(٢) في أ : باع .

(٣) سقط من ج .

قال : ونحو هذا رأيت لابن أبي زمنين في «وثائقه» ، ثم ذكر المتيطى قول أصبغ في «العتبية» في سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات فيمن اشترى لرجل غائب ، وكتب في ابتياعه : اشترى لفلان بماله وأمره ، ثم أتى الذى زعم أنه أمره بذلك فأنكر وأراد أخذ المال من البائع ، [فإنه] (١) لا سبيل له إليه ، وسبيله على المتبائع بأخذ ما اشترى له أو يضمه [ق/ ١٣٠ب] ماله ، إلا أن تقوم بينة على الأصل فى المال أنه له بعينه وتعذر فيه المتبائع .

قال بعض الشيوخ [قلت] (٢) يعنى ابن رشد على إعادة المتيطى فى التعبير عنه بذلك تفخيماً لشأنه وتعظيماً - : زاد أصبغ فى «نوازل» - يعنى من كتاب جامع البيوع - فى هذه المسألة : أو يصدقه البائع قبل البيع على ما ذكر من أنه إنما يشتري لفلان بماله ويبيعه على ذلك بتصريح من البائع أو إقرار .

يريد : فيكون لفلان بذلك أخذ ماله بإقرار البائع [كمال] (٣) بذلك ، ولا ينتقض بقيام بينة أن المال ماله بعينه ، ويرجع على المشتري بماله ، لأن استحقاق الثمن إذا كان عيباً لا يوجب نقض البيع ، ويشبه [أن يقول على القول بأن العين لا يتعين] (٤) ، [وهو] (٥) قول أشهب وأحد قولى ابن القاسم فى «المدونة» : [أنه لا يتغير أن يقال] (٦) لا سبيل على البائع فى المال إذا قامت له بينة بعينه والمشتري ملى ، وكذلك قال أبو عمران الأشيلى إلا ما فى السلم الثانى من «المدونة» خلاف قول أصبغ أن لفلان أخذ ماله من البائع إذا أقام بينة عليه .

وابن الماجشون يقول : السقول للمشتري له ، يحلف ما أمر ويأخذ ماله إن شاء من المشتري ومن البائع ، وإن أخذ من البائع رجع به على المشتري ، و[ألزم] (٧)

(١) فى أ : لأنه .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : على .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : لزمه .

البراء ، وله أخذه من المشتري لم يأخذه البائع ، ورد إليه ما اشترى منه . أ . هـ .  
وقد ذكر ابن رشد في «نوازل أصبغ» من كتاب جامع البيوع ما [أشار إليه المتيطى  
أولاً] (١) ، فقال : ومن اشترى شيئاً فأراد أن يكتب في كتاب شرائه : «هذا ما  
اشترى فلان [ق/٦٦ج] لفلان بماله وأمره» ، لم يلزم البائع إن شهد له بذلك ،  
لأنه وإن لم يقتض تصديق البائع له فإن الشراء لفلان [ق/ ٦٥ أ] وأن المال ماله ولا  
أوجب له رجوعاً عليه إن جاء ، فأنكر على مذهب ابن القاسم وأصبغ ما لم يصرح  
فيقول : بعلم البائع أو بتصديق [المشتري] (٢) على ما ذكر من ذلك ، فمن حجته أن  
يقول : أخشى أن يدعى عليّ أنى علمت بذلك وصدقته في قوله فتلزمى اليمين أو  
يحكم له عليّ بالرجوع على مذهب ابن الماجشون .

المتيطى : وإذا كان المشتري له غائباً عن البلد الذى وقع به التبائع على ما ذكر ،  
لم يصح النقد فى المبيع بشرط إلا على التطوع ، لأنه موقوف على خيار الغائب  
المشتري له ، فهو نقد فى بيع الخيار بشرط ، وهذا إذا دخل البائع على ما تقدم .

وقول الشيخ رحمه الله : «إن الدار للبت وأدنى درجاتها أن تكون هبة من الأب  
لها» ، [صحيح ، وذلك أنه إن ذكر الوجه الذى يصير المال به إليها من ميراث  
ونحوه بلا إشكال ، وكذا إن نسب المال إليها من غير ذكر الوجه الذى يصير به لها  
على مذهب ابن القاسم .

المتيطى : وبه القضاء وعليه العمل ، خلافاً لمطرف وأصبغ . وإن ذكر أن المال  
إنما كان وهبه لها ، نقد ذلك لها أيضاً على القول المعمول به الذى به القضاء ، وإن  
لم يسلم المال إلى حائزه يحوزه لها] (٣) . أ . هـ .

وفى رسم «كتب عليه ذكر» من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات  
والهبات فىمن اشترى لابن صغير له فى حجره غلاماً ، وكتب أنه اشتراه

(١) فى أ : ذكرناه أولاً على المتيطى .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

لابنه، فمات الأب بعد ذلك بسنة ، فقال الورثة للصبى : ندخل فيه .  
فقال مالك : ليس ذلك لهم .

ابن رشد : هذه مسألة صحيحة . لا يدخلون وإن لم يحزه له وإنما اختدمه الأب بنفسه ، لأن أصل شرائه للابن فلم يهبه الابن ، فيحتاج أن يحوزه له ، وإنما وهب له الثمن الذى اشتراه به له ، فصح له ملكه بالشراء .

و [قد] (١) ذهب بعضهم إلى أن هذا خلاف قول أصبغ آخر الكتاب ، وليس بصحيح لأنه لم يقل هنا إنه اشتراه من مال ابنه كما قال أصبغ ، فهما مفترقان ، فإذا قال : اشترى بمال ابنه له ، فإن عرف له مال حاز ولم يفتقر إلى حوز الأب إياه .  
وإن لم يعرف له مال بوجه ثم مات الأب ، فقال أصبغ : إنه تولي ، [فيورث] (٢) ولا يتفع الابن بحوز أبيه ذلك .

فقوله ليس بخلاف لقول مالك هنا ، وإنما هو خلاف لقوله فيما مضى فى رسم «الشجرة» إنه يتفع بحوز أبيه فيما ولاه أو باعه بالثمن اليسير وإن لم يسم ذلك صدقة ولا هبة . أ . ه . انظره .

وقول أصبغ هذا وقع له فى آخر مسألة من كتاب الصدقات والهبات من «العتبة» فيمن أشهد فى صحته أنه اشترى لابنه هذه الدار بألف دينار من مال ابنه فيما زعم ، ولا يعلم له مال ، ويشهد أنه إنما يكرهها ويغتلها له وباسمه ، ثم يموت والابن صغير .

قال : أرى أن هذا تولي من إليه ، وأراها ميراثاً لانه لم يتصدق بها عليه .

ولما حكاه الشيخ أبو محمد قال : قول أصبغ هذا بعيد ، وإذا لم يسكنها فهى نافذة .

ابن فتحون والمتيطى : إذا ابتاع رجل لمن يلى عليه من بنيه [فإن] (٣) كان الثمن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

من مال يعرف لهم ، قلت فى العقد : « اشترى له من ماله الذى بيده من ميراث أمه ، أو من غلة ضيعته التى بكذا الصائرة له بوجه كذا » .

فإذا بلغت التأريخ قلت قبله : ممن يعرف أن الصغير المبتاع له قد ورث من أمه فلانة مالا استقر له بيد أبيه هو أكثر من هذا الثمن ، وإن له ضيعة بكذا تصيرت له بالوجه المذكور هنا ، وإن الثمن يصير فى غلتها لما تقدم من مدة تملكه لها .

فإن اقتصر فى العقد على أنه مال الابن ولم يذكر له وجهًا صح للابن ، قاله ابن القاسم ، وبه القضاء .

وقال أصبغ : لا يصح إلا أن يعرف له مال وإلا فتوليح .

[وإذا] (١) ذكر فى العقد الوجه الذى يصير المال للابن منه وعرف الشهود صحته ، نفذ ذلك على القولين .

[قال] (٢) وإن لم يعرف الشهود ذلك ولم يكن إلا قول الأب خاصة ، بطل الابتاع للابن .

**قلت** : حكى صاحب « البيان » فى رسم « كتب عليه ذكر حق » من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات : عن ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : وإذا أشهد الأب أنه باع من ولده هذه الدار بكذا وكذا [ق/١٣١ب] ديناراً كانت له بيده من ميراث أمه أو من عطية أو مما يذكر ، جاز إذا ذكر لذلك وجهًا يعرف بجواز للصغير والكبير دون حيازة .

وإن لم يعرف ما قال ولم يعرف للمال سبب ، ولم يحز ذلك على وجه البيع ويصير بمعنى العطية فيما حيز وفيما لم يحز ، فتأمله .

وإن كان الثمن وهب الأب له ، فإن كان أبرزه وقدم من قبضه له منه بيينة ثم أمره بدفعه للبائع ، فهو أصح فى الاختيار وأجوز للابتاع . وأما إن اقتصر على ذكر هبة المال ودفعه من قبله ، فهل يكون ذلك حوزًا وابتاعًا نافذًا للابن؟ على قولين :

(١) فى أ : فإذا .

(٢) سقط من ج .

أحدهما : الصحة وبه القضاء .

وقيل : لا ، وضعفه ابن الهندي . فإن عرى العقد من ذكر أصل المال فلم يبين فيه هل من مال الابن أو مما وهبه الأب له ، حملها على أن الأب أسلفه إياه . أ . ه .

وفى « أحكام ابن سهل » : قال القاضي - يعنى ابن زرب - فيمن أشهد أنه باع دار سكناه من ابنه الصغير بمال استقر بيده له من هبة أجنبي أو غير ذلك ، جاز وإن لم يعرف السبب الذى وجب منه للابن .

المتيطى : وقال أبو محمد بن أبى زيد : لا يجوز ذلك ، وذهب إلى أن ذلك كالصدقة إن مات فيها بطلت حتى يعرف الشهود الوجه الذى ذكره الأب .

قلت : ويجوز ذلك للابن فيما اشتراه الأب من غيره إذا ذكر الوجه الذى صار المال للابن منه ، و[إن] (١) لم يعرف الشهود على قول ابن زرب أخرى ، وهو ما تقدم فى ذلك للمتيطى وابن فتحون . أ . ه . فتأمله .

ابن سهل : عن ابن زرب : وإن قال : إنه هو الذى وهب المال ثم باع منه به دار سكناه ، لم يجز إلا أن يعرف أصل الهبة ويكون قد حيز عنه عامًا فأزيد قبل البيع .

وإن كانت غير دار سكناه وأقر أنه قد باعها منه بمال وهبه له ، جاز ونفذ وإن لم تعرف الهبة ، وهو فى هذا كأنه وهب له الدار .

(١٢٠) [٣٨] وسئل عليه السلام : عن وصي باع دار اليتيم من غير حاجة الأبناء صهريج فى دار أخرى وتزويق وتزليج ؟

فقال : ينقض البيع ، لأن هذا سوء نظر ، وإن كان فى فعل الوصي هل يتعقب أم لا ؟ قولان .

وحكى أن بعض كبار الفاسيين من فقهاءهم اشترى جنائنا فبنى فيه منارة

وصهر بجاً، فوجبت فيه الشفعة فطلب قيمة بنائه ، وهو غلط إذ مثل هذا لا يحتاج إليه في الجنان .

قلت : قال مالك رضي الله عنه في رسم « أخذ يشرب خمرًا » من سماع ابن القاسم من جامع « العتبية » : بلغني أن من أشراط الساعة التطاول في البنيان ، ولهذا أنكر الناس حين بنى عثمان داره هذا البناء .

ابن رشد - بعد ذكره أحاديث تقتضي ذم ذلك - : لا يجوز الاعتداء في البنيان ، وهو التطويل فيه والعلو والسرف ، وإنما يجوز منه ما كان بوجه السداد على قدر الحاجة . أ . ه .

وقال مالك أيضاً في رسم « شك في طوافه » : إن أبا الدرداء بنى منزلاً بحمص ، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فكتب إليه : أما كان فيما بنيت الروم وفارس ما يكفيك ، فأخرجه عمر من حمص إلى دمشق .

ابن رشد : التطاول في البنيان ممدوم وقد جاء أنه من أشراط الساعة ، فعاتب عمر أبا الدرداء على بنائه إذا خاف عليه ما جاء في ذلك مع مكانه من العلم . أ . ه .

وقال مالك أيضاً في رسم « اتخاذ المحرم الخرقه بفرجه » من الكتاب المذكور : والذي أحدث أبو الدرداء إنما أحدث جنائاً .

ابن رشد : عاتبه عمر لما بنى ما لم تكن به حاجة إليه .

وفي آخر كتاب الاستئذان من صحيح البخاري : «باب ما جاء في البنيان » ، ثم [ق/ ٦٦ أ] قال : قال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : « من أشراط الساعة إذا تطاول رعاة البهم في البنيان » (١) .

وأخرج أبو داود من حديث أنس [ق/ ٦٧ ج] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أما إن كل بناء وبال على صاحبه إلا ما لا بد له منه » (٢) .

قل العلامة الحافظ الأوحده شهاب الدين أبو العباس أحمد بن علي بن حجر : ورواته موثقون إلا الراوي عن أنس وهو أبو طلحة الأسدي فليس بمعروف .

(١) أخرجه البخاري (٥) ، ومسلم (٩ - ١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داود (٥٣٣٧) من حديث أنس رضي الله عنه ، قال الألباني : ضعيف .

ففتيا الشيخ رحمه الله بنقض بيع الوصى دار اليتيم لبناء صهريج فى دار أخرى وتزويق وتزليج ، صواب إذ لا حاجة لذلك .

وقال مالك فى سماع أشهب من كتاب الاستحقاق فىمن استحققت منه دار وقد بناها وعمرها : إنه ليس له إلا ما عمّر من عمل الناس ، فأما بنیان الأمراء فلا أدرى ما هو .

[ابن رشد : ضعف أن يكون له رجوع فيما بنى من بنیان الأمراء ، فقوله : «لا أدرى ما هو»] (١) ، وقوله صحيح لأنه أتلف ماله فيما لا يسوغ له من السرف المنهى عنه . أ . ه . فكيف من أتلف مال اليتيم فى تزويق ونحوه ؟!

[وقد حكم أبو إسحاق بن عبد الرفيع رحمه الله على ابن الحباب ، واشتكى بعد موت ابن عبد الرفيع وطلب أن يجعل له مجلس فى فى الحكم المذكور ، فصرف فى ذلك لقاضى الأتكة حيثئذ ، فقال لأهل المجلس : ما تشهدون به من حال الفقيه أبى إسحاق بن عبد الرفيع ، هل كان من قضاة العدل والعلم؟

فقال جلهم : هو من قضاة العدل والعلم .

فقال لهم : اشهدوا علىّ أنى أمضيت حكمه .

وكل ذلك بمحضر ابن عبد السلام ، وصوب ابن عرفة حكم ابن عبد الرفيع بأنه هو قول مالك فى السماع المذكور .

قال : وذكر المسألة فى «النوادر» ، وزاد : قال ابن نافع : إنما يغرم قيمة ما عمّر ، كان البناء قليلاً أو كثيراً ، جيداً أو ردياً .

وأشار إلى أنه ليس بخلاف لقول مالك فى بناء الملوك .

قال : ويرجحه عد ما نقله ابن رشد خلافاً وطلب البانى فى منارة وصهاريج فى الشقص قيمة بنائه ذلك ، وهو من الفقيه غلط كما قال الشيخ وقصور ، فإن ابن زرب رحمه الله قال : ليس له إذا غرس إلا قيمة الغرس منقوضاً لعلمه أن له



شفيحاً، فهو متعدٍ . فكيف بمن بنى مالا يحتاج إليه وقد [ (١) قال ابن رشد رحمه الله في سماع أصبغ [ق/١٣٢ب] من كتاب المديان والتفليس من «اليان» : لا يجوز للوصى بيع عقار يتيمه إلا لوجوه معلومة قد حصرها أهل العلم بالعد لها . أ . هـ .  
وفي كتاب الشفعة : يجوز للأب هبة شقص ابنه على عوض .

قال : وهبة الولي شقص اليتيم كالبيع لربعه ، لا يجوز ذلك إلا لنظر .

عياض : قال بعضهم : يظهر من هذا أن ما فعله الأب محمول على النظر حتى يظهر خلافه ، وفعل الوصى على غير النظر حتى يظهر في النظر، وهذا إنما هو في الرباع خاصة كما قال أبو عمران وغيره : وأما غيرها فهما محمولان على النظر حتى يظهر خلافه .

أبو عمران : وهو معنى ما في كتاب محمد ، وما في «المدونة» يفسره . وقال أصحاب الوثائق - ابن العطار وغيره - نحو ما تقدم من التفريق بين الأب والوصى ، لكنهم لم يفرقوا بين الرباع وغيرها .

وذكر في «المدونة» من الأوجه المسوغة للوصى بيع عقار اليتيم أن يكون لا كفاية في غلته ولا مال له ينفق عليه منه ، أو يكون بجوار ملك فيرغبه بالثمن أن يعرض له به غيره مما هو أفيد . وقيده سحنون رحمه الله بكون ماله طيباً حلالاً .

ونقل عنه المتيطي : إن كان مثل عمر بن عبد العزيز .

ابن عرفة : الأخذ بهذا يوجب تعذره .

أبو عمران : فإن علم الوصى خبث مال الملك ضمن ، وإن لم يعلم فله إلزامه ثمنه حلالاً ، وتبايع عليه الدار فيه .

وذكر أهل الوثائق من ذلك أيضاً كونه ربعاً واهياً ولا مال يصلح منه، فيرى بيعه واستبدال الدار به ، أو يكون له فيه شريك فيرى البيع ليعوضه ملكاً كاملاً ، أو يريد الشريك البيع ولا ينقسم أو ينقسم بضرر ولا مال له بتلك الحصة منه ، فيرى البيع

معه أرجح له وأعدت لثمنه ، أو يكون موضعاً فيريد أن يستبدل له به غيره ، أو يكون أصلاً لا يعود عليه منه شيء فيبتاع له ما يعود عليه منه نفع ، أو كان داراً بين اليهود فيشتري له غيرها بين المسلمين .

ابن الطلاع : ويخشى عليها السيل .

ابن فتحون والمتيطى : فمثل هذه الوجوه مما فيه نظراً للتيسيم ومصلحة له يجوز للوصى البيع معها ، وما خالف مما ظاهره الفساد عليهم وسوء النظر لهم فلا يجوز ويفسخ إن وقع .

ابن رشد : اختلف الشيوخ المتأخرين في تصديق الوصى فيها ولا بينة عليها على قولين ، ولما ذكر عياض رحمه الله قولهم إنه محمول في الرباع على غير النظر حتى يظهر النظر ، وأن الأب محمول على النظر حتى يظهر خلافه .

قال : قالوا - يعني أهل الوثائق - فإن لم يوجد من يشهد لهم بالنظر جاز بيعهم ، وحملت أفعالهم على الصلاح حتى يثبت خلافه ، قاله ابن العطار .

عياض : وفي الكلام تناقض ، انظره فأى فرق إذا بينه وبين الأب ؟ وما حكاه عياض عن ابن العطار من ذلك عبر عنه المتيطى بقوله : ذكرنا معرفة الشهود للوجوه الموجبة لسبيع الأوصياء على الأيتام تحصيلاً لها ، فإن سقط ذلك منها لم يروا هنا سقوطه إذا كان السبب الذى ذكره الوصى فى داخل العقد أنه باع لأجله معروفاً ، ولم يبين خلافه ، فتحمل أفعالهم كلها على النظر والجواز والتمام ، فإن بين خلاف ذلك رد البيع ، هذا مذهب ابن لسابة وابن الهندى وابن العطار . وغير واحد من شيوخ الموثقين . أ . هـ .

وحكى ابن [العطار] (١) عن ابن عتاب نحوه .

وعن ابن القطان : إنه محمول فى ذلك على غير السداد حتى يثبت السداد .

وقال من رأيه : إذا كان له الوصى ثقة مأموناً عازماً حسن النظر حمل على

السداد ، وإن كان جاهلاً أو امرأة حمل على غيره .

**قلت** : وهو قريب من قول ابن يونس رحمه الله : الوصى العدل كالأب يجوز له ما يجوز للأب .

وقد أوعب الشيخ رحمه الله الكلام على هذا المعنى فى كتاب الشفعة وفى كتاب الوصايا الأول من «التقييد» ، فانظره .

وأشار إلى أن العمل جرى على أنه محمول على النظر فى الرباع وغيرها .

قال البرزلى : رأيت العمل فى زماننا عن شيخنا - يعنى ابن عرفة رحمه الله - قال : وتبعه قضاة وقته على ذلك .

**قلت** : ونحوه فى الطرر عن المشاور :

وقال : فىمضى وإن لم يكن شيء من أسباب بيع الوصى عقار اليتيم ما لم يكن غنياً ، وهو قول أهل الشورى وبه العمل .

قال المتيطى : وهو المشهور .

(١٢١) [٣٩] وسئل رحمه الله : عن بيع الحاضنة على بنيتها ملكاً لهم ، فهل ينعقد حكم بيع الحاضنة أم لا؟ فإن أبتاماً قاموا على شخص بيده دار لأبيهم ، فادعى المقوم عليه أن أباه ابتاعها من رجل ابتاعها من أم الأيتام الحاضنة عليهم ، واستظهر بأصل بيعها على بنيتها وعلى نفسها جميع الدويرة المذكورة وقبضت نصيبها ونصيبهم لتصرفهم [فى] (١) مصالحهم ، وأمضت البيع بحكم الحضانة ، وبعد إعماله الواجب [فى ذلك شرعاً ، وكاتب الوثيقة الآن غير عدل ومعه شاهد عدل ، فهل قوله : وبعد إعمال الواجب] (٢) يشعر بأنه رفع إلى الحاكم أو لا يخلص ذلك، بين لنا ذلك؟

**فأجاب** أعزه الله : بيع الحاضنة إن ضمن العدل فى شهادته معرفة الشروط الستة [مضى] (٣) فى ذلك بشهادته مع اليمين .

(١) فى أ : فيما .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قضى .

وإن لم تتضمن شهادته معرفة ذلك لم يضمن إلا بإمضاء من له النظر فيه ، لأن الشروط حينئذ تكون متلقاة من المتبايعين ، ولا يخفى أنها لا تقبل منها ، ثم إذا نقض البيع ساغت الغلة للمبتاع للشبهة ، وقاله سحنون في الأم تباع على الأيتام فينقض البيع ، إن الغلة للمبتاع .

**قلت** : الخلاف في بيع الحاضن معلوم .

قال في «الوثائق المجموعة» : والقول بأنه ليس له البيع إلا بإذن الإمام مطلقاً ، ليس عليه العمل ، والقول إن [ق/١٣٣ب] له البيع دون إذنه في الكثير إذا كان لمصلحة ووافق السداد ، ليس عليه العمل . وجرى العمل ببيعه السير [ق/٦٨ج] التافه من عقار ، واختلف في حده ، فقيل : عشرة دنانير [أو] (١) دراهم ، وأكثر ما قيل فيه : ثلاثون ديناراً دراهم ، والأكثر على عشرين ديناراً دراهم .

ابن مغيث : وقاله محمد بن قاسم وابن الهندي وابن العطار .

والشروط الستة التي أشار إليها الشيخ رحمه الله ، ذكر في كتاب القسمة من «تقييده» أنها معرفة الحضانة ، وصغر المحضون ، والحاجة والفاقة ، وتفاهة المبيع ، وأنه أحق ما يبيع عليه ، ومعرفة السداد في الثمن .

**قلت** : اعرف لابن العطار ، [وأظن] (٢) أنه نقله [عن] (٣) الشعبي في «أحكامه» : أنه إذا قيم على المبتاع [ق/ ٦٧ أ] فعليه إثبات الحاجة والحضانة وسداد الثمن ، وأنه أنفق عليهم في مصالحهم [وليس] (٤) لهم مال غيره ، [وأنه] (٥) أحق ما يبيع عليهم من عقارهم ، فتقطع الحجة عنه .

(١) سقط من أ .

(٢) في ج : وأظنه .

(٣) في أ : عنه .

(٤) في أ : ولم يكن .

(٥) في أ : أو هو .

وما حكاها الشيخ عن [ابن] (١) سحنون ، نقله عنه ابن أبي زيد وغيره ، قال فيمن باع [سلعة تعرف] (٢) لرجل وزعم أنه وكيله على البيع وغاب ، ولا يعرف ذلك إلا من قوله ، ثم قدم الغائب فأنكر ، وقد اغتلتها المبتاع ، فإن كان الوكيل يقوم في الدار وينظر [ويعمل] (٣) حتى تثبت له شبهة الوكالة ، فالغلة للمبتاع .

وإن لم تكن [له] (٤) شبهة كما قلنا ، فالمشترى كالغاصب .

وكذلك من هلك عن أطفال ولهم أم غير وصية ، فتبيع حقاً لهم من رجل فيغتله ، ثم يبلغ الأطفال ، فإن كانت الأم تقوم وتحوط وتنظر ، فالغلة للمشترى .

(١٢٢) [٤٠] وسئل بزي : عمن اشترى من رجل ومن ابن أخيه [نصفاً مشاعاً] (٥) في موضع بخمسة عشر ديناراً دراهم ، ولابن الأخ المذكور إخوة صغائر حين البيع ، فباع البائعان المذكوران على أنفسهما وعلى الأصاغر للحاجة الشديدة ، ولكونهما [كانا] (٦) يتصرفان عليهما في أمورهم ، [وأنفقاً] (٧) عليهم نصيبهم من الثمن ، وللبائعين أملاك كثيرة مشاعة ، ثم بنى المبتاع وغرس وبقي مدة من أربعة عشر عاماً ، فبلغ الصغار فأرادوا نقض البيع والأخذ بالشفعة ، هل لهم ذلك مع ما ذكر من الحاجة وأن المبيع تافه وحسن نظر عمهم وأخيهم ، أم لا ؟

فأجاب : أكرمكم الله ، إذا صح جميع ما ذكرتم فالبيع ماضٍ على [الأيتام] (٨) المذكورين لازماً لهم ولا تعقب لهم فيه ولا مقال ، وبالله التوفيق ولا شريك له .

قلت : بقي من الشروط الستة كون المبيع أحق ما يبيع ، أو لعل الملك من أحق

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : شيئاً يعرف .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ح : نصف المشاع .

(٦) سقط من ج .

(٧) في ج : وأنفقوا .

(٨) في أ : اليتامى .

ما بيع عنهم لما باع عمهم وأخوهم [نصييها] (١) ، فبقى بصدد الضياع لعدم من يقوم لهم بأمره .

وأما السداد في الثمن فلعله عُرِفُ رآه رحمه الله أن البائعين تنزلاً منزلة الوصيين بتصرفهما [عليه] (٢) ، سيما إن كانا من أهل البادية لتعذر مطالعة السلطان ، وقد نَزَلَ مالك [في] (٣) رواية ابن غنم عنه - رحمه الله - الكافل منزلة الوصي ، وهو ظاهر مسألة ملتقط اللقيط في كتاب القسم ، وظاهر مسألة صبيان الأعراب في النكاح الأول ، وسيأتى للشيخ رحمه الله نحو هذا .

(١٢٣) [٤١] وسئل رحمه الله : عن إخوة رشداء وصغار باعوا أرضاً ، عقد الكبار [عن] (٤) أنفسهم [ق/١٣٤ب] ، وقدم الجماعة على الصغار واحداً من الكبار فمعد عنهم وباع لغير حاجة وفاقه ، وذكر أنه [يصرف] (٥) ذلك في مصالحهم ، فهل يصح هذا البيع أم لا ؟ وإذا صح ، هل يصدق في صرف ما قبض أم لا ؟  
فقال : لا تباع أرضهم إلا لموجب ، أو لكونها لا تقسم ، وإذا لم يثبت موجب وكانت تقسم فالبيع باطل يفسخ .

قلت : هذا مما لا إشكال فيه ، لأنه إذا لم يجز للوصي بيع عقار يتيمه إلا لوجه نظر ، فكيف بغيره ؟ ولا يصدق أنه صرف الثمن عليهم إلا بينة أنه صرفه في مصلحتهم .

وفي «أحكام ابن سهل» لابن لبابة وغيره : إذا باعت الأم على أطفالها نظر السلطان ، فإن ثبت أنه نظر وسداد أمضاه ، وإلا فسخه وأخذت البائعة بالثمن .

وذكر الشيخ في كتاب الوصايا الأول من «التقييد» عن أبي محمد صالح رحمه الله : إن فسخ بيع الوصي ورجع المشتري عليه ، فإنه لا يرجع عليهم إلا أن يثبت

(١) في أ : نصيهم منه .

(٢) في أ : عليهم .

(٣) سقط من ج .

(٤) في ج : على .

(٥) في أ : لا يصرف .

أنه أنفقه عليهم في مصالحهم وما لا بد لهم منه .

(١٢٤) [٤٢] وسئل عليه السلام بسؤال نصه : سيدى وأغلى عُددي وأنفس أحبتي وأوثق ذوى مودتى وأغبط ذخائر الأيام بيدى وأرأس من أوقفت عليه إعظامى وإجلالى الفقيه الأكرم الأوحى العلامة الأسعد الموقر أبو الحسن ، أبقاه الله سامى الأعلام مزينة للأنام وفى أفسح عزة ودوام ، سلام عميم عليكم من محبكم فلان ، يرغب من [فضول] <sup>(١)</sup> أذبالكم تشفيه بجوابكم عن مسألة، وهى : رجل توفى وترك زوجة وبنات له معها بحالة الصغار ، وتزوجها بعده أخوه ثم إن رجلاً من أعمام البنات احتال على الأم فوهبت له صداقها المتعين لها على أبيهن أو فوتته إليه بوجه تفويت غير الهبة على ما يزعم به ، فقام يطلبه [وأراد] <sup>(٢)</sup> أخذه من أملاك تركها أبوهن، وحاول ذلك بأن قدم له على ذلك متزوج أمهن فباع له فى ذلك جل أملاك أبيهن وأنفسها ، فتملكه منه القائم بالصداق بوجه التقديم، وفضلت [له عنده] <sup>(٣)</sup> فضلة من ثمن المبيع فى الصداق وأخذها منه المقدم، وبقي كذلك ما شاء الله سنين [طويلة] <sup>(٤)</sup> ، فلما كبر البنات وتزوجن [ورشدن] <sup>(٥)</sup> أردن القيام فى أملاك أبيهن ، فهل ترى صحة هذا البيع أو نقضه لأن ما لأجله بيع لم يسجل عليه حاكم ولا ثبت عنده، لأن من حجة القائم أن يثبت عند القاضى [ويرى للمحاجر الحجة ، ويقول : دفع الصداق ولم يسبق قبل المتوفى ، وكون المبيع إنما يكون لمقدار الدين من ] <sup>(٦)</sup> التركة خاصة دون زيادة، ويحتج بأن المقدم المذكور غير ثقة ولم يقدمه القاضى وأكل متاعهن واستهلكه ، وقد تعذر ببلدنا القاضى، والعادة هنا يعطى على التقديم وحينئذ ينمقد ويخرج من مال المقدم عليه ، هذا هو الغالب فيمن يقدم مع فقد القاضى ؟

(١) فى ج : تطول .

(٢) فى أ : ورام .

(٣) فى ج : عنه .

(٤) فى أ : طائلة .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

وهل يشهد على صحة التقديم والبيع هؤلاء الذين عقدوا التقديم؟ [وهل يشترط العدد منهم؟] (١) وهل تشترط العدالة مع أنها تتعذر عندنا جداً؟

فأجاب : أكرمكم الله ، هذا البيع يرد لوجوه ، منها : أن عاقده ليس [له] (٢) أهلية [العقد] (٣) لوجهين :

أحدهما : أنه معزول حكماً لعدم عدالته .

والثاني : عدم عدالة من قدمه ، فكأنه غير مقدم .

ومنها : أنه باع الملك في دين لم يجب بعد في التركة ، إذ لا يجب إلا أن يؤدي عليه عدول عند من يجب ويمين القضاء .

ومنها : أنه باع فيه أنفس الملك ، ولو وجب البيع لم يبيع فيه إلا ما يفي به من [أحسن] (٤) الأملاك إن لم يوجد غير الأملاك من العروض والحيوان .

ومنها : عدم التسويق في المبيع والإشادة والنداء عليه في مظان الزيادة حتى يبلغ سداد من الثمن ، لأن الظاهر أن المبيع لم يعرض للنداء عليه ، وبعض هذا كافٍ في رد البيع على ما لا يخفى .

وأما الذين عقدوا التقديم فلا يشهدوا عليه ولو كانوا عدولاً ، لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم ، فكيف وهم غير عدول ولا تجوز شهادتهم لعدم عدالتهم في شيء من الأشياء .

وأما التقديم فلا يعقده إلا القضاة المنصوبون لأحكام القضاء من قبل من يجب وجماعة العدول في البلاد النائية عن السلطان لا غير ، وبالله التوفيق ، وكتب فلان .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ج : أحسن .



قلت : و[تع] (١) في « أحكام ابن زياد » على ما في [الطرر] (٢) : إذا قيم فيما باعه الوصى ، إن على المشتري البينة أنه ابتاع شراءً صحيحاً ، وأنه باع لغبطة أو فاقة أو حاجة ، ويتم [له] (٣) الشراء أ . ه .

وقريب من هذا ما في « أحكام ابن بطلال » أنه يحال بين المشتاع وبين المبيع حتى يثبت ما يوجب له صحة [الشراء] (٤) ، فإن ثبت أن الوصى باع لنظر أو حاجة ، صح البيع .

وفيه أيضاً في وصى عزل لسوء نظر وتضييع ، أنه إن باع من أرض يتيمه ما لم يجب له بيعه [مما كان] (٥) اليتيم في غنى عن بيعه عليه لمعاشه أو لمرغوب في الثمن ، فإن القاضى يفسخ البيع ويعدى المشتري بالثمن على البائع [ق٦٨/أ] فينظر إلى ما أدخل منه في مصالح اليتيم أعدى به في مال اليتيم إذا ثبت ذلك والسداد فيه ، لأن بيع ذلك على اليتيم عند مالك ليس من النظر له إلا فيما قل خطره .

[قال] (٦) : [ولا أجاز] (٧) يبعه على اليتيم وجب على بائعه إثبات السداد في بيعه وإثبات النفقة منه على اليتيم والسداد فيه أيضاً . أ . ه .

قلت : وتأمل قولهم : « بإثبات موجب البيع » فإنه إنما يأتى على القول بأن الوصى لا يصدق في الوجه المسوغ بيعه إلا ببينة عليه .

وأما على القول بتصديقه ، فليس عليه إثبات ذلك [ق٦٩/ج] بل على القائم .

وقول الشيخ رحمه الله : « ومنها أنه باع الملك في دين لم يجب بعد [في

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الطراز .

(٣) في ج : إليه .

(٤) في أ : شراؤه .

(٥) في أ : من مال .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : وما جاز .

التركة] (١) ، إذ لا يجب إلا بعدول أو يمين القضاء ، هو كنفل ابن عات عن «الاستغناء» : لو كانت الزوجة وصية فباع في كالثها عقاراً للميت ، فسح بيعها ، فإن أثبتته وحلفت قضي لها به وإلا لم يقض لها .

قال : ولو أخذت من التركة كالثها من غير بينة تقيمها عند حاكم ؛ ثم عثر على ذلك ولها بينة على حقها ، فإنه يؤخذ عليها حميل بما أخذت ، فإن ثبت لها حلفت في الجامع بما يجب وترك لها ، وإلا رده ، قاله بعض المفتين .

وقال غيره : يؤخذ منها ، فإن أثبتته وحلفت رد عليها وإلا قسم على الورثة .

وقوله : «ومنها أنه باع فيها أنفس الملك . . . إلى آخره» ، تأمله مع قول [عياض] (٢) في مسألة كتاب العيوب فيمن ابتاع عبداً فوجد به عيباً قديماً وبائعه غائباً ، وقوله : «ثم يبيعه عليه ويعطى [المبتاع] (٣) [ثمنه] (٤) الذي نقد فيه [بعد أن تقول بيته : إنه نقد الثمن وهو كذا ، وما فضل حبسه الإمام للغائب عند أمين] (٥) [المسألة] (٦) .

قال عياض : إنما يبيع العبد في أنصافه إذا كان أولى ما يبيع عليه لا يخاف عليه من الموت والنقصان ، بخلاف المبتاع والعقار الذي هو آمن من الحيوان من هذا الوجه ، وإنما يبيع الحاكم على الغائب أحق ما يباع عليه مما هو نظر له ، إلا أن يكون في بيع ذلك طول ضرر فينظر لهم في غيره بحسب ذلك .

قال : وقيل : إنما يبيع العبد لأنه لم يكن للغائب مال غيره ، بدليل قوله : «فإن كان فيه نقصان اتبع المشتري البائع بما بقى ، ولو كان له مال لأنصفه الحاكم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : الثمن .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

وفيما نقله البرزلى من فتيا بعضهم فيمن توفى وترك زوجة ومحجورين بوصي ، فباع الوصى ضيعة لدين على الميت ، فقالت الزوجة : «بعت ما فيه منفعة وتركت أقل ما فيه منفعة» ، إنه لا مقال لها في أنه لا يباع من الربع إلا ما لا يرغب ، إذ الدين أحق لما فيه رغبة لأجل عدم التراضى فى قضاء الدين ، وإنما المقال فى المحابة فيه .

**قلت** : لعله يكون فى بيع ما لا يرغب فيه طول وضرر على رب الدين فلا يكون خلافاً .

وقول الشيخ : «ولو وجب البيع لم يبيع فيه إلا ما بقى به» ، كقوله فى كتاب القسم : «من هلك وعليه دين وترك دار يبيع منها بقدر الدين ثم قسم الورثة باقيةا ، إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم ، فتبقى لهم [الدار]» (١) .

وفى «مقنع ابن بطال» من قول محمد بن عبد الحكم : «لا يبيع إلا بقدر الدين ، بخلاف ما إذا كان يبيعه جارية أو غلاماً» .

وتأمل [ما] (٢) فى «تمهيد ابن فتحون» والمتيطى فى بيع الحاكم على الغريم فى دينه عرصه وفضل للغريم فلان كذا من ثمن الدار استقر له بيد المقدم فلان .

وقال الفشتالى فى «وثائقه» : إنه يؤمر ببيع جميع الدار وإن كان [الثلث] (٣) أكثر من الدين ، على هذا جرى عمل أكثر القضاة ، ولم يلتفتوا إلى ما لا ضرورة إلى تفويته ، وهذا ما زاد على قدر الدين .

وقوله : «ومنها عدم التسويق فى البيع» ، تأمله مع قولهم فيها : «يبيع على يتيم ، فإن باع مساومة وأصاب وجه البيع واستقصى الثمن جاز» .

وفى رسم «الشجرة» من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا : وسئل عن الوصى يريد بيع متاع الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له ، مثل ما يساومه الرجل

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الدين .

بالدار وما أشبهه ، فيثمنه ويرى أن يبيعه غبطة ، لا بأس بذلك ، باع مساومة أو فيمن يزيد إذا كان على وجه النظر .

وقريب من مسألة الشيخ رحمه الله ما سئل عنه البرجيني ففى أم وصى على أولادها ، وعلى أبيهم دين ، وخلف أثاثاً وربعاً وجنات ، فعمد الحاكم فباع [عين] (١) جنانه مما لها غلة فى الدين ، ويترك ما لا غلة له أو له غلة يسيرة والأثاث ، وكيف لو باع ربعاً لكاليء الزوجة ولم يذكر عينها ولا كيف ثبوته ، وإنما قال : ثبت عندى الكالىء خاصة ؟

وكيف لو سلم النزاع فى جنة كان يخاصم فيها وجعل الأمر بيد غيره ، ففعل فيها ما أراه الله ، وسلمها من جعل له النظر للغير فى [حياته] (٢) ولم ينكر ، هل يلزمه ذلك ؟

**فأجاب :** ليس لناظر اليتيم من وصى أو حاكم بيع ما فيه غلة إلا لأمر الجأ إلى ذلك ، كدعوى الشريك للبيع وتوجه له ذلك ، أو الدين وتعين بيعه أو لم يجد غيره ، أو أمر مصلح من الأوجه التى ذكرها العلماء كاستبداله بما هو أجود لخشية سقوطه وعدم ما يصلح به ونحو ذلك ، ولغير هذا فلا ، لأنه تفويت لغير مصلحة ، فيبيع هذا الناظر ما فيه استغلال لليتيم وعنده من العروض ما هو مستغنى عنه وليس فى بقاءه مصلحة يرجوها معزول عنها شرعاً ومردود .

وأما المخاصم يقول لمن يثق به من قريب أو بعيد : «افعل فى ذلك ما أراه الله» ، فيسلم ذلك لخصمه ملكاً ، فإن أنكر عندما بلغه التسليم [ وقال قصدت بقولى ما أراه من المصلحة ولم أقصد تفويته ، فالقول قوله ويستظهر بيمينه ، وإن بلغه التسليم] (٣) وتصرف ونازعه فيه ولم ينكر وهو راض [ولم يأت بشبهة] (٤) ، ثم قام ينكر عدم الرضا ولم يأت بوجه ، فلا قيام له والتسليم جائز إذا انضاف إليه

(١) فى ح : غير .

(٢) فى ح : جنائته .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

الرضا بفعله وعدم إنكاره .

وأما قضاء القاضى بثبوت الدين وقضائه من مال اليتيم من غير استحلاف فغير صحيح ، بل لابد من يمين الغريم ، وإن نكل فلا يتوجه القضاء ، ويبيع رباع اليتيم وقضاء الدين من غير استحلاف غير متوجه .

(١٢٥) [٤٣] وسئل عليه السلام : عمن باع ملكًا واحتازه المبتاع ، فبقى بيده نحو ستة أعوام ، ثم قام البائع عليه واستظهر برسم فيه هبة أنه وهبه لولده الصغير دون حيازة إلا لفظ الوثيقة ؟

**فأجاب :** إن البيع الذى عقد البائع فيها قد كان وهبه لولده الصغير لازم ، لأنه إن كان قد انتقل بالهبة لولده الصغير فيجوز له البيع عليه ، وإن لم ينتقل لولده فقد باع ملكه ، فبين أن البيع جائز لازم على التقديرين ، وبالله التوفيق .

**قلت :** قال ابن رشد فى رسم «يدين» من [سماع عيسى] (١) من كتاب الصدقات [والهبات من «البيان»] (٢) : إذا باع الأب ما تصدق به على ابنه محمول على أنه إنما باعه له حتى ينص أنه إنما باعه لنفسه استرجاعاً لصدقته ، [وذلك منصوص عليه فى «الواضحة» لأصبغ] (٣) .

قال فيمن تصدق على ابنه الصغير بدار ثم باعها ؛ إنه إن باعها باسم ولده أو سكت وباع مبهمًا ، فالبيع جائز والثلث للابن [على الأب] (٤) فى حياته وبعد وفاته ، لأنه محمول على أنه باعه له إلا أن يشهد أنه ما باعه لنفسه نصًا ، استرجاعاً لصدقته وأكلًا لها ، فيرد البيع وتصرف الدار للولد ، حيًا كان الأب أو ميتًا إن كان يبيعه للدار بعد أن حازها له بما يحوز به الأب صدقته على ابنه .

وأما إن كان باعها قبل أن ينتقل عنها لنفسه ، فيفسخ البيع إن عثر عليها فى حياته

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : نص عليه أصبغ فى الواضحة .

(٤) سقط من ج .

ورد الدار لولده ويمضى الصدقة لربها .

وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب ، فلا صدقة ولا حق له في الدار ولا في الثمن والبيع ماضٍ للمشتري ، وسواء مات الأب فيها أو كان [ق/ ٦٩ أ] قد أبانها إلى المشتري لأنه لم يزل ساكناً فيها حتى باعها لنفسه استرجاعاً لها .

(١٢٦) [٤٤] وسئل عليه السلام : عن رجل باع جنائناً مشتركاً بينه وبين ابنتيه من رجل ، فكتب الموثق في وثيقة الاتباع قبل التاريخ : على سنة المسلمين في بيوعهم ومرجع دركهم ، وذلك بعد معرفة البنتين المذكورتين بالمبيع المذكور ، شهد عليهم من أشهدوه به وعرفهم وهم بحال صحة وجواز وطوع ، والشهود قد ماتوا منذ زمان طويل ، فشهد عدول على معرفة خطوطهم وعدالتهم كما يجب ، ثم إن إحدى البنتين المسلمتين قامت الآن وزعمت أنها [كانت] <sup>(١)</sup> في حجر أبيها [حين عقد البيع ، فأقامت على قولها بينة عادلة شهدت أنها كانت حين التسليم في حجر أبيها] <sup>(٢)</sup> حسبما ذكر ، [والبيع في حق نفسها لا] <sup>(٣)</sup> في حق نفسه ، فما الحكم؟

**فأجاب :** إذا كان الأمر كما ذكرتم وكما زادني [موصله] <sup>(٤)</sup> إليّ لفظاً أن المشهود لها كانت حين تسليمها [ق/ ٧٠ ج] من المبيع في حجر أبيها البائع إذا كان لها بعد البناء بها عامان ، وذات الأب على ما جرى به عمل القضاة في حجر أبيها إلى انقضاء سبعة أعوام أو ستة ، فهي إذاً في حال التسليم المذكور في حجره كما شهد لها به .

وزادني أيضاً أن والدها لم تدعه حاجة إلى بيع حظها بنفسه ، لكونه واجداً لما يبيع في حق نفسه غير حظها .

فإذا تقرر هذا فللمسلمة نقض البيع في حصتها وأخذ سائر المبيع بالشفعة إذا

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : من وصوله .

قامت بقرب خروجها من حجر أبيها بأقل من العام .

وإن قامت بعد عام فأكثر فلها القيام أيضاً إذا حلفت أن سكوتها على القيام إنما كان لأنها ظنت أن تسليمها المذكور لازم لها إذا صار الوالد في بيع حظ المحجورة في حق نفسه من غير حاجة تدعوه إلى البيع تعدياً ، وصارت المحجورة في تسليمها واهبة ، وكلا الأمرين غير لازم لها على ما لا يخفى .

وما في الوثيقة من ذكر الجواز بشهادة الأموات المحياة شهادتهم يحمل أن ذلك كان منهم رحمهم الله تعالى حملاً على غالب الجنس أنه جائز الأمر ، فلا تعارض هذه الشهادة بمعرفة الحجر إذا لم ينصوا على معرفة إطلاقها من الحجر ، سيما وكتاب البادية لا يوثق بكتب أكثرهم لجهلهم بأمر الوثائق والفقه ، وكتب فلان والسلام .

انظر عارضته حين قرأتها عليه بأن الأب إذا باع وأطلق محمول على أنه باع عن ولده على النظر ، [فهلاً] <sup>(١)</sup> كان إذا باع لنفسه محمولاً على النظر ، فيؤخذ منه الثمن ولا ينقض البيع ، ويكون تسليمه لهذا الرجل تسليمًا عن ابنته .

فقال : نصوا على من وهب لابنه الصغير هبة وحازها له مدة الحيازة ثم وضع يده فباعها وصرح بأنه راجع في الهبة ، وليس ممن يعتصر لملائته مثلاً ، إن البيع ينقض ، عاش الأب أو مات .

وكذا لو لم يحزه إياه فباع لنفسه ، ينقض ما دام حيًا ويبطل بالموت لعدم الحوز ، فتأمله .

**قلت** : في «المتطية» : قال ابن حبيب : كان أصبغ يمضى بيع الأب وإن باع لمنفعة نفسه ثم رجع عنه .

يريد : إنه رجع إلى مذهب ابن القاسم وغيره ، أنه إذا باع لمنفعة نفسه وعلم ذلك وتحقق ، فإنه يفسخ .

[وقال ابن رشد في] <sup>(٢)</sup> سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات : حكم ما

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وفي البيان من .

باعه الأب من مال ولده الصغير فى مصلحة نفسه أو حابى فيه حكم ما وهبه أو تصدق به ، فيفسخ فى القيام ، أو يكون الحكم فيه فى الفوات على ما ذكرته فى الهبة والصدقة ، غير أنه إذا عدم يرجع على الأب بالثمن . أ . ه .

والذى ذكره فى الصدقة عن ابن القاسم أنها ترد ، موسراً كان أو معدماً ، فإن تلفت بيد المصدق عليه بأمر من السماء لم يلزمه شيء وغرم الأب القيمة .

وإن فاتت بيده باستهلاك أو أكل ، لزمه غرم قيمتها [ولم يكن على الأب رجوع] (١) .

وقال مطرف وابن الماجشون : إن تصدق بمال ولده وهو موسر أو معسر ثم أيسر ، غرم القيمة ومضت الصدقة للمتصدق عليه ، فإن أعسر بعد ذلك [ولم يوجد له مال وكان] (٢) المتصدق عليه [فوت الصدقة عليه بعق أو إيلاء] (٣) أو أكل أو استهلك ، غرم القيمة واتبع بها [الأب] (٤) .

وإن فاتت عنده بأمر من السماء لم يكن عليه شيء .

وإن كان الأب تصدق به وهو معسر [فاتصل غرمه] (٥) ، وقد أفات المتصدق عليه الصدقة ، ولم يكن له على الأب رجوع ، لأنه فعل ما لا يجوز له . أ . ه .  
والذى فى كتاب القسم [من «المدونة» : إن وصيته] (٦) وصدفته ترد وإن كان الأب موسراً ، فإن فات ذلك عند المعطى أو تلف ضمنه الأب إن كان موسراً يوم يختصمون دون المعطى .

وإذا غرم الأب لم يكن له ولا للابن عليه رجوع ، فإن كان الأب عديماً رجوع

(١) فى أ : ولا رجوع له على الأب .

(٢) فى أ : ولا مال له .

(٣) فى أ : قد فوتها بعق أو إتخاذ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : واتصل .

(٦) فى أ : أن هبته .



الابن على المعطى ، وإن كان الأب [ والمعطى ] (١) عديدين اتبع الولد أولهما يسر بالقيمة ، ومن [ أدى ] (٢) منهما لم يرجع على صاحبه بشيء ، ولو أيسر الأب أولاً لم يكن للابن تركه واتباع الأجنبي ، كما ليس ذلك فى ملائهما .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من لغو ما يكتبه الموثقون آخر الوثيقة شهد عليه بكذا من عرف فى صحة وطوع وجواز ، [ وأن ذلك لا يقتضى ترشيد المشهود عليه إن ظهر أنه فى ولايته ، هو الصواب المعمول به ، فيعد ذلك مسطرة من مساطهرهم ] (٣) .

وذكر المازرى رحمه الله أن الفتيا مضت عن المشايخ بأنه لا اعتداد [ بذلك ] (٤) .

وقيل : [ إنه يعتد بذلك ] (٥) إن كان المشهود من أهل العلم والنباهة .

قال العلامة الأوحد القاضى النبيل أبو عبد الله المقرئ - رحمه الله - فى «قواعده» : سألت أبا موسى عيسى بن محمد بن عبد الله بن الإمام آخر فقهاء تلمسان عما يكتبه الموثقون ، وذلك بناء على ظاهر الأمر الذى لا يفيد ما ثبت خلافه .

فقال : ذلك غاية ما يمكن الوصول إليه غالباً ، فلو كلف بغيره [ شق ] (٦) عليه وأوشك ألا يصل إليه وتعطلت بسبب ذلك حقوق كثيرة .

**قلت** : فهلاً كتبوا : ظاهر الصحة والجواز والطوع ، فيبرؤا من عهدة ما بعد

ذلك ؟

فقال : ذلك إبهام للشهادة ، لأن ميناها على العلم ، فإذا تعذر وتعسر وجب

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ودى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : به .

(٥) فى أ : بالاعتداده .

(٦) سقط من أ .

كتبها على مالا ينافى أصلها حفظًا لرونقها .

(١٢٧) [٤٥] وسئل رحمه الله : عن رجل دمت عليه [زوجته] (١) بعد أن طلقها ، ثم إنها رغبت فأشهدت أنها أبرأته من دهما ، ثم ماتت وتركت ولدًا منه وأمها ، وكان لها أخ قد أوصت له وتركت أملاكًا بيد أمها وأخيها المذكورين ، فقام الزوج يطلب ميراث ابنه من المتوفاة المذكورة ، فقامت عليه الأم والأخ [بالوصية] (٢) المذكورة وبمطالب كثيرة غيرها ، فلما رأى الدعاوى والتدمية خاف منها فأسقط مطلبه لابنه عنها ، وأشهد أنه لا حق لابنه المذكور قبلها ، على أن أسقطا عنه المطالبة المذكورة ، وتفاضلوا فيما بينهم [على ذلك] (٣) ، فقام الآن الابن يطلب ميراثه ، فهل يأخذه من جدته وخاله أو من أبيه ؟ وإذا أخذه من أحدهما ، فهل يرجع على الآخر أم لا ؟

فقال : أما التدمية بعد الطلاق فهي ثابتة لكن سقطت بإسقاطها لها ، لو كانت قبل الطلاق فقولان ، هل تصح أم لا لكونه يدعى الأدب ، ذكرهما ابن أبي زمنين . وأما صلحه عن نفسه بمال الولد عن المطالب الموصوفة ، فالمنصوص فيمن أخرج مالا بغير عوض كالهبة والصدقة وشبهه ، إن الولد إن وجد ذلك بعينه يأخذه ، وإن لم يجده رجع [ق/ ١٧٠] على أيهما وجد مليًا ، وكانت كمسألة الغاصب يهب للموهوب ماله الرجوع على أيهما شاء ، وفيها خلاف ، انظر [كتاب] (٤) الاستحقاق وكتاب الهبات .

وأما ما أخرجه بعوض فالمنصوص فيه أنه إذا باع مال الولد وقبض ثمنه ، أنه يمضى ولا يرجع على المشتري ، وإنما يرجع الولد على أبيه ، وهذه واسطة لا أذكر الآن فيها نصًا ، لكن الظاهر أنها كالمعاوضة ، لأنه دفع على نفسه مطالب بمال

(١) سقط من أ .

(٢) في ج : بالتدمية .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

الولد، فهو كعوض قبضه، ولا فرق بينهما ولا بين من خالع بمال ولده.

**قلت** : قدمنا من الكلام على من أخرج مال ولده بغير عوض على المسألة التي قبل هذه ما فيه كفاية .

وما أشار إليه من نقل ابن أبي زمنين رحمه الله القولين في تدمية الزوجة على زوجها ، لم أقف في «متنخب الأحكام» إلا ما حكاه عن القاضي أنه روى عن ابن مزين أنه لا يقاد منه لجواز ضربه لها فيما أذن الله له .

قال : وقد يأتي من ذلك الضرب ما يتصل بالموت ؛ وقد قال عز وجل : ﴿فَوَكَرَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ (١) ، فسقطت تدميتها لإمكان أن يكون أصل ذلك الضرب الذي أجازته الله .

قال ابن مزين : وهذا الذي تعلمناه من مشايخنا الذين حملنا عنهم من أهل العلم والفقه . أ . هـ .

وفي «نوازل ابن الحاج» : إن تدمية المرأة على زوجها لا تلزمه ، لأن له أن يؤدبها ويضربها .

قال : وما وقع في «المدونة» وغيرها من عموم القول أن تدمية المرأة يقتضى إعمالها على زوجها [وعلى] (٢) غيره ، والأول أحسن للعللة التي ذكرنا من جواز تأديبه لها .

قال : وإن روعيت تدميتها على خلاف ما ذكره ابن العطار ، فينبغي أن يعتبر فيها أن يكون بجرح أو بغير جرح .

قال : ونزلت في أيام ابن أدهم دمت على زوجها ، فقال ابن رزق لرجل : قل له يتوارى لثلا يسجن ، وأحسب ابن حمدين أفتى بسجنه أ . هـ .

فقوله رحمه الله : «روعيت تدميتها» فينبغي أن يعتبر [كونها] (٣) يجرح به . أفتى رحمته في مسألة [ق/٧١ج] طويلة ، وأجاب عنها جواباً حفيلاً .

(١) القصص : ١٥ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في أ : فيها كونه .

قال [ في امرأة دمت على زوجها ورأت شهود التدمية ست جراحات في جسمها ، وتحقق الشهود أنها مما لا يمكن لأحد أن يفعله في نفسه ]<sup>(١)</sup> ، فتدمية المرأة على زوجها [مائلة] <sup>(٢)</sup> إلى الضعف ، فلا يقام عليه بها قود ، لأنه يجوز له ضربها .

ثم قال : إلا أن تكون قالت في تدميتها للشهود : ضربني بسيف أو رمح ، وبقي أثر الجرح بأحدهما ، وتبين للشهود ذلك وأن الجراحات مما لا يمكن أن يفعلها أحد بنفسه ، فتكون التدمية عاملة . أ . ه .

**قلت** : وتفرقت هذه مقتضى نقل الباجي وصاحب «النوادر» عن رواية ابن القاسم وابن وهب في «المجموعة» فيمن تعمد فقء عين [امرأته]<sup>(٣)</sup> أو قطع يدها بسلاح ، أنه يقاد منه .

وإن ضربها بحبل أو سوط فذهبت عينها أو غيرها ، فلا قود وفيه العقل .

ابن أبي زمنين عن المقامى عن ابن حبيب : أجاز الله للرجال ضرب نساتهم عند النشوز ، وإذا أصاب إحداهن من ذلك فقء عين أو كسر يد أو شجة لها عقل ، أنه لذلك ضامن ، والعقل ما أصابه [غارم] <sup>(٤)</sup> ، إلا أنه لا قصاص في ذلك وإن تعمد ضربها ما لم يتعمد فقء عينها ، وكذا معلم الصبيان يضرب أحدهم فيما يجوز له ضربهم ، فيصيبه بعود الدرة أو بطرف شراكها فيصيب عينه فيفقاها ، أنه لعقل ذلك ضامن ولا قصاص وإن تعمد ضربه للذى جاز له تأديبه .

(١٢٨) [٤٦] وسئل عليه السلام : عن ورثة زوجة وأربع بنين ذكور ورثوا داراً ، فباع أحد البنين مع الزوجة وهما رشيدان ثلثين من الدار تعدياً على الزائد ، وقدم القاضي مقدماً أثبت موجبات بيع حظوظ المحاجر ليشتري لهم بها فداناً هو أعود عليهم من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : زوجته .

(٤) في أ : عار .

الحظوظ في الدار المذكورة ، فباع وكتب أنه باع حظوظهم للمشتري من الرشيدين ، ولم يبين مقدارها ، وقبض المقدم الثمن ولم يشتري به فداناً ولا غيره ولا علم أين صرف المال ؟

فقال : أما بيع الثلثين فتعد في الزائد ، وأما بيع الحظوظ فمحملة أنه باع جميع حظوظ الأيتام مستوفاة حتى يثبت أنه باع أقل منها ، ثم ينظر فإن كان المشتري عالماً بما للأيتام من الحظوظ هو والمقدم فاشترى على ذلك بعد أن اشترى بعض الأنصباء مرتين ، فيرجع على الأولين بالزائد إن ادعى الجهل أولاً .

وأما كون المقدم لم يشتر شيئاً ، فلا يبطل بيع الدار ولكن يطلب المقدم بشراء الفدان ، ويؤخذ منه ما قبض .

وهي مثل مسألة «النوادر» إذا باع السلطان ربيع [وال] (١) ظالم وقبض أثمانه وصرفها في بيت ماله ولم يرد الأثمان على أهل التباعات ، فالبيع في الربيع لمن اشتراه منعقد تام ، فيلزم السلطان صرف الأثمان لأهل التباعات ، فإن لم يفعل كان غصباً منه ، فهذه مثلها .

قلت : تأمل ما قدمناه عن ابن العطار فيما إذا أقيم على المشتري من الحاضن ، أن عليه إثبات الحضانة والسداد في الثمن ، وأنه أنفق على الأيتام في مصالحهم وما في «مختصر الحسديرية» لابن زرب رحمه الله في بكر باعت حصة من أرض وشجر بسداد من الثمن ، وكانت بحال حاجة وفاقة ، فلما تزوجت طلبت رد ذلك وأنكرت البيع وثبت عليها ، إن بيعها غير نافذ إلا بثبوت الفاقة والسداد وأنها أدخلت ذلك في مصالحها وانتفعت به في حين بيعها ، ونحو هذا أيضاً لعبد الرحمن بن بقي .

ويظهر لي في الفرق - والله أعلم - أن بيع الحاضن والبكر إنما هو للحاجة إلى ما ينفق منه عليها حين البيع ، لأن الإنفاق [محتاج] (٢) إليه حينئذ ضرورة ولا غنى

(١) في أ : قال .

(٢) في أ : يحتاج .

عنه ولا بد ، فإذا لم ينفق من الثمن فلا بد أن ينفق من غيره ، وإذا أنفق من غيره فلا حاجة إلى بيع ذلك ، فاتضح أنه لا بد للمبتاع من إثبات الإنفاق ، فإذا لم يثبت الإنفاق لم يثبت البيع ، لأن الحاجة إلى الإنفاق هي سبب البيع وباتقاء السبب ينتفى المسبب ، وليس كذلك ما هو أعود ، لأنه يتضرر بترك شرائه ذلك بفور البيع كما يتضرر بعدم النفقة حين البيع ، والله تعالى أعلم .

(١٢٩) [٤٧] وسئل رحمه الله : عن رجل اشترى من رجل موضعاً ، فقطعه المشتري وخرسه وبقي يخلده مدة من عامين ، ثم قيم عليه في الموضع المذكور بسبب أيتام صغار كانوا شركاء للبائع لهم فيه السبع ، وهم في كفالة هذا البائع وحضائنه إذ هم أحفاده من ابنته وزوجته جدتهم ، والبائع الحاضن المذكور هو عم أبيهم ، فباع نصيبه ونصيبهم عليه وعليهم على وجه النظر والسداد وبعد الاجتهاد وإصلاح شأنه وشأنهم ، والثمن ثلاثة عشر ديناراً دراهم صغيرة ، فقال القائم المذكور : بيع الجد الحاضن على الأيتام مردود ، والمشتري مشفوع والموضع قليل بزرع ثلاثة أصواع ، وكان قبل خرسه تافه ، والأيتام ابن وبتتان ، وقد مات الحاضن بعد أن أنزل الابن المذكور منزلة والده ، فهم الآن في حضانة جدهم ، فهل يؤثر حظ الأيتام المذكورين في فسخ البيع ويرد فعل الجد أو يثبت فعله ؟

**فأجاب :** البيع المذكور على الأيتام المذكورين [ ق / ١٧١ ] ماضٍ عليهم لازم لهم ، لأن الحاضن يجوز بيعه على محضونه إذا عرفت الحضانة وصغر المحضون وحاجته وتفاهة المبيع والسداد في الثمن ، وأن المبيع أحق ما يبيع عليه من أملاكه ، فإذا توفرت هذه الشروط في بيع الحاضن نفذ بيعه ، فمسألتكم أولى بجواز البيع ونفوذه على الأيتام المبيع عنهم ، لأن جملة المبيع تافه فكيف بسعة حظ الأيتام ، إذ أقل ما قيل في مقدار التافه : ما قيمته عشرة دنائير فأكثر ، وأكثر ما قيل فيه : ما قيمته ثلاثون ديناراً ، فأين عشرة من ثلاثين من سبع ثلاثة عشر ديناراً يقسم على ثلاثة رؤوس ابنتين وذكر ولا شك ، فإنه أحق ما يباع على المحضون ، إذ لا أدون من هذا أو لا أنفه منه إلا ما حكمه حكم العدم ولا يتكلم عليه .

وأما السداد في الثمن ، فقد ذكرتم أن البيع المذكور إنما وقع بعد الاجتهاد في

طلب الزيادة على أن ما ينوب كل واحد من الثلاثة ، بل مجموع على ما ينوب الثلاثة في غاية الحفارة بحيث لا يوصف ثمنه بسداد ولا عكسه .

وأما الحاجة فقد ذكرت أن الحمل على البيع المصلحة الظاهرة ، فتلخص من هذا كله أن نفوذ البيع في المسألة المعروضة أولى منه في سائر صور بيع حاضن على محضون ، لا سيما إذا كان موضع القضية بعيداً من القاضى المنصوب لأحكام القضاء كقضيتكم على أن أحد الورثة إذا أراد بيع حظه عما لا ينقسم إلا بضرر باع معه الآخرون جبراً ، على أن الحاضن قد قيل : إنه كالوصى في جميع أموره ، وهذا واضح والحمد لله ، وكتب على بن محمد بن عبد الحق الزرويلي .

**قلت** : ما ذكره رحمه الله من الإيجاب من البيع فيما لا ينقسم إلا بضرر ، هو المعروف من المذهب قال في «الرسالة» وما لم ينقسم [إلا] <sup>(١)</sup> بضرر ممن دعى إلى البيع أجبر عليه من أباه .

وحكى عياض عن الداوودي أنه لا يجبر ، وإليه كان يذهب ابن رشد رحمه الله في رباغ الغلة وما لا يحتاج إلى السكنى كالحمام والرحى ، وذهب إليه عياض فيما اشترى من الرباع للتجارة ، وأخذه من نقل اللخمي رحمه الله الاتفاق على أن ما اشترى للتجارة لم يقسم .

قال : لأن فيه نقصاً للثمن ، وهو خلاف ما دخل عليه بعد ذلك .

عياض : يجب أن لا يجبر من أبى البيع عليه ، لأنه على الاشتراء دخلاً فيه حتى يباع جملة .

وتعقبه ابن عرفة رحمه الله فأصاب ، وقرره بأن دخوله على بيعه جملة مؤكدة لقبول دعواه بيعه جملة ، فكيف يصح قوله : لا يجبر على البيع من أباه ؟!

**قلت** : ففي قول عياض رحمه الله تدافع ظاهر .

ابن عرفة : وإنما يصح اعتبار ما دخلاً عليه من شرائه للتجر إذا اختلفا في تعجيل بيعه وتأخيريه قال : والصواب في ذلك اعتبار معتاد وقت البيع حسبما ذكره في «المدونة» في سلع القراض .

(١) في أ : بغير .

وقال عياض أيضاً [ ق/٧٢ج ] ما نصه : إنما لا يجب الحكم بالبيع ولا فيما ورث واشترى الاشراك جملة في صفقة .

وأما لو اشترى كل واحد منهم جزءاً مفرداً وحده دون صاحبه على التعاقب ، فلا يجبر واحد منهم على البيع مع صاحبه ، لأنه لما اشترى مفرداً كذلك يبيع مفرداً ، ولا حجة له في بخص الثمن في بيع حظه مفرداً ، لأنه كذلك اشترى . أ . هـ .

والخلاف الذى فى قسم ما فى قسمه ضرر من الرباع والعقار ، واحتجاج مالك رضي الله عنه لما ذهب إليه من قسمته وإن لم يكن لأحدهم ما يتتفع به بقول الله عز وجل ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ (١) ، ومخالفة ابن القاسم وجمهور أصحابه وتأويلهم الآية الكريمة على أنها فيما يجب للورثة من الحق ، كل ذلك معلوم .

ابن فتحون : وما قاله الجمهور أولى ، وبه القضاء .

الباجى : ومعنى الضرر على مذهب ابن القاسم أن لا تبقى فيه المنفعة [الثابتة قبل القسم ، وهل نقص الثمن من الضرر المانع من قسمها كبطلان المنفعة] (٢) وإحالة المقسوم على حاله على مذهب ابن القاسم وجمهور أصحاب مالك أم لا؟ وعلى أنه لا يراعى اقتصر صاحب «المقدمات» .

قال : ولا يراعى فى ذلك نقص من الثمن على مذهبه - يعنى ابن القاسم - وإنما يراعى ذلك فى العروض ، ونحوه قول صاحب «الوثائق المجموعة» إن احتملت الدار القسمة على أقل الأنصاء ، ويصير لذى النصيب القليل ما يتتفع فى مدخله ومخرجه ومربط دابته قسمت وإن نقصت قيمتها إذا تشاحوا ، وحكاها عياض عن ابن لبابة وابن عتاب .

قال : ورعاه آخرون .

قلت : واختاره ابن العربي ، فإنه أشار إلى استبعاد الأخذ من الآية الكريمة -

(١) النساء : ٧ .

(٢) سقط من أ .



أعنى قول الله عز وجل ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ﴾ (١) - جواز قسم ما فيه ضرر، فإنه ليس فيها تعرض للقسمة ، وإنما اقتضت وجوب الحق والنصيب في التركة قل أو كثير لإبراز ذلك النصيب في التركة ، وأنه إنما يؤخذ من دليل آخر .

ثم قال : والأظهر سقوط القسمة فيما يبطل المنفعة وينقص القيمة وفي «أحكام ابن سهل» عن ابن لبابة في ورثة يتنازعوا في قسمة دار بينهم ، وذهب بعضهم إلى البيع وذكر أن سهمه يضيق عن القسم ضرر عليه .

وقال غيره : إنها تحمل القسمة ويكون لأقلهم سهماً منفعة في سهمه وسكنى ، فأرسل القاضى من وثق بوصفه إياها [وأخبر أنها تحمل القسمة] (٢) ، فأخبر أنها ذات بيوت وعلالى في دارين داخلية وخارجية ، بها نحو سبعين جائزة أو أكثر، منها في أسفل له أكثر من أربعين جائزة .

قال : فاختلفنا عند المناظرة في قسمها واجتمعنا في الفتيا على القسم ، ثم إن بعض أصحابنا طعن [فيها] (٣) وقال : إن البيع أبقى للضرر ، فقلت للقاضى : لم نسمع هذا عند مدنى ولا مصرى ولا أندلسى ، هذه كتبهم تنطق بما يدل على أن البيع ظلم على من كرهه ، والقسمة هي السنة فيها بإجماع ، فذكر جملة من نصوص الأمهات وأنها تدل على قسم هذه الدار ، لأنه يصير لأقلهم سهماً من البيوت أكثر من سبع جوائز ، ومن الغرف نحو ست جوائز ، فلو لم يصير لأقلهم سهماً إلا ما يصير له من البيوت لكان فيه منتفع ، لأن بيتاً فيه أربع جوائز فيه منفعة ، فكيف بسبع جوائز !؟

وأشار إلى أن عدم حمل ساحتها القسم لا يمنع قسمها عند ابن القاسم .

قال ابن سهل : إلى هذا المعنى كان يميل شيخنا ابن عتاب رحمه الله أن الدار والأرض تقسم بين الشركاء إذا صار لكل واحد ما ينتفع به وإن كان في ذلك ضرر

(١) النساء : ٧ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

فى قيمة المقسوم ، وبالقسمة أفتى فى دار ابن أشرس بقرطبة بين [ابنه] (١) ، وهى دار كثيرة ذات مجالس وساحة وغرف .

وأفتى غيره : إن قال القاسم لا يتهياً قسمها ، أن لا تقسم وأن تباع .

واحتج ابن عتاب حيثئذ بمسألة أخرجها أيضاً معلقة بخط أبى إبراهيم إسحاق بن أبى إبراهيم التجيبى الطليطى عن ظاهر كتاب القسمة من «الأسدية» ، وهى : قال أبى إبراهيم : قلت لمحمد بن عمر بن لبابة : قد علمت قول مالك فى قسمة الدور وغيرها أن يقسم قليلها وكثيرها وإن صار لكل وارث مالا ينتفع به ، وقول ابن القاسم أنه لا يقسم من ذلك إلا ما لا ضرر فيه ، فما نختار من هذا؟

فقال : قول ابن القاسم .

**قلت** : لم يحد فيه حداً ، فقد حد فيه غيره ، كان محمد بن أحمد العتبى يقول : يقسم ذلك وإن كان يصير لكل واحد مقدار حيلة ، لأن فيها ما يدخل فيه ويقعد ويمتد .

**قلت** له : وما الحيلة ؟

فقال : مقدار ما بين [ق/ ١٧٢] جائزتين .

**[قلت]** (٢) له : قد يختلف ذلك بعضه أوسع من بعض .

فقال : الأمر متقارب واختلافه قليل ، وأنا أرى أن يقسم ما يصير فيه للواحد قدر حيلتين ، ويستحسن ذلك .

قال أبو إبراهيم : ورأيت يفتى بذلك ويراه صواباً .

ابن سهل : قرأت هذه المسألة على من حضر من أصحابنا عند الشيخ ابن عتاب .

ابن عرفة : الأظهر أن الجارى على قول ابن القاسم : لا يقسم البيت الصغير ،

(١) فى ١ : بته .

(٢) سقط من ج .

قول من منع قسم الدار المذكورة ، لأن مقتضى قول ابن القاسم أن شرط القسم بقاء منفعة المقسوم الناشئة عن صفته الخاصة به لا بقاء مطلق الإنتفاع، وإلا لوجب قسم البيت الصغير، لأن الصائر من قسم البيت الصغير أكثر مما ذكر ابن لبابة انتهى .

قلت : احتجاج ابن عتاب رحمه الله لما ذهب إليه من ذلك بمجرد وجود تلك المسألة التي بخط أبى إبراهيم رحمه الله على ظاهر كتاب ، دال على العمل بما وجد من ذلك بخط موثق به .

وقد حكى عياض رحمه الله فى [الإكمال] (١) الخلاف فى العمل بما وجد من الأحاديث ، وكذلك بين أئمة الحديث والفقه والأصول مع اتفاقهم على منع الرواية .

قال : ومعظم المحدثين ، والفقهاء من المالكية وغيرهم لا يرون العمل به .  
وحكى عن الشافعى جواز العمل به ، وقالت به طائفة من نظائر أصحابه، وهو الذى نصره الحوينى واختاره غيره من أرباب التحقيق . أ.هـ .

ابن الصلاح : قطع بعض المحققين من أصحابه فى أصول الفقه بوجوب العمل به عند حصول الثقة به ، [ولا يتجه غيره فى] (٢) ، الأعصار المتأخرة ، فإنه لو توقف العمل فيها على الرواية ، وهو الصحيح .

وفى «المقدمات» : إذا احتملت ساحة الدور وبيوتها القسم قسمت كلها قسمًا واحدًا ، فيجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله من الساحة وعدل ذلك بالقيمة ثم أسهم عليها، فإن لم تحمل الساحة [القسمة] (٣) واحتملتها [قسمة] (٤) البيوت وأقرت الساحة بينهم للارتفاق بها كالفناء ، إلا أن يتفقوا على قسمتها .

وأما إن لم تحمل البيوت القسمة واحتملتها الساحة ، فالذى يأتى على مذهب

(١) فى أ : الإبتاع .

(٢) فى أ : ولا أن غيره فى .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

ابن القاسم أنها لا تقسم إلا بالتراضى ، لأنها إن جمعت فى القسمة بالسهم ، خرج بعضهم فى البيوت وبعضهم فى الساحة ، وذلك كصنفين لا يجمعان فى القسم .

وذهب ابن حبيب إلى أنه يضم البيتان إلى الساحة حتى كأنه منها ، ثم تقسم [كلها] (١) . قسماً واحداً ، وهو بعيد لما فيه من إجازة جميع صنفين فى قسمة السهام .

قال : والذى جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما يتفجع به ويستتر فيه على صاحبه . قلت : ونحوه فى «الوثائق المجموعة» .

(١٣٠) [٤٨] وسئل عليه السلام : عن رجل صير لزوجته أملاكاً فى دين ، ثم تزوج ابنه منها فصير لزوجته ابنه بعض ذلك المصير أولاً فى عقد النكاح ، ولم يزل ذلك بيده أولاً وآخرًا إلى أن ماتت زوجته وأحاط بميراثها هو وولدها منه ، بالغ وهو زوج المصير إليها ثانيًا ، وصغير وذلك بعد سنة من يوم التصير الثانى ، ثم بعدها بستة أشهر مات الزوج المصير ، ثم بقى الملك كذلك مع سائر أملاك الميت يفتلها ولده الكبير والصغير إلى كفالته ، فلما بلغ الصغير أراد القسمة ، قال له الكبير : أما موضع كذا فهو مصير لزوجتي ، فوكلت الزوجة على ذلك ، فقال له : هبه أنه كان غاضبًا فى تصيره ، قد ماتت أمنا فورث منها الربع بعد التصير ، فما الحكم؟

فقال : [أما] (٢) التصير الأول [ق/٧٣ج] فلم يكن فى عقد النكاح وإنما كان تبرعًا ، وهو يحتاج إلى الحوز على المشهور .

فقبل له : فى الرسم الاعتراف منها أنه قد حيز .

فقال : يكفى اعترافها فى الحوز فى التصير ، لأنه كان الحوز فيه خوف الربا ، وهو فسخ الدين فى الدين ، وبخلاف الهبة والرهن وما فى معناه لا بد فى معاينة البينة للحوز ، فإذا بنينا على صحة التصير الأول فقد تعدى الزوج .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن كانت زوجته عالمة وسكنت هذه المدة المذكورة ، فقد بيع عليها شيئها وهي عالمة [ساكنة ، فلا ] (١) مقال لها في الأرض ويكون مقالها [في الثمن] (٢) .

وإذا لم يثبت كونها عالمة فهي محمولة على عدم العلم حتى يثبت علمها .

ثم التصيير الثاني لم يجز أيضاً ، لأنه في العقد وإنما يفترق [للحوز إذا كان تبرعاً ، وإذا لم يفترق ] (٣) وصار له ربع المصير وبقي بعد ذلك ستة أشهر ، فهل تكون هذه المدة إمضاء أو حتى تمضي سنة ؟

أما من أوصت زوجته بأكثر من الثلث فسكت ، فهو على الإجازة حتى يرد . وكذا من وجد بجارية اشتراها عيباً فسكت قدر ما يرى أنها أمكته الإجازة أو الرد ، فلا مقال له ، فتوقف في ذلك .

وأما قوله : «هبه أنه لم يصيره فصار له بالميراث » ، فذكر ابن سهل في القائل ما مثل هذا الكلام وفهم منه أنه لم يرد إلا تسليم جدل ولم يقصد الإقرار ، هل هو كالإقرار لئلا يشغب على القاضى أو ليس كالإقرار ، كالمقطع أنه لم يقصده وإنما قصد تقريب الحجة على نفسه ، [فعدل] (٤) عن فصل ثان فهي قولان .

زاد بعد هذا : فيما توقف [ فيه ] (٥) أنه رجح لزومه بمقدار ما يرى أنه ممكن من الإجازة أو الرد ، بخلاف من بيع عليه شيئه فعلم وكان غائباً عن المجلس ، ورآه كمن بيع عليه شيئه وهو حاضر ، والسلام .

**قلت** : أعرف لابن الحاج رحمه الله أنه حكى قولان بأن سكوت من بيع عليه ماله بعد علمه بشهرين يبطل قيامه ، وما رجحه الشيخ رحمه الله صواب ، لأنه وإن كان له الرد فليس كمن بيع عليه ماله ، لتنزله منزلة من افتات عليه بميراث إياها ،

(١) في أ : وسكنت سنة .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : بعدل .

(٥) في أ : به .

فصار إذا سكت ولم يرد حين أمكنه الرد كالمشئ لذلك .

وأشبه شيء بهذه المسألة عندى - والله أعلم - مسألة المحجور على أمر نفسه بعد تفويته ماله ، وقلنا : إن له الرد ، وهو المنصوص لمالك رضي الله عنه في «النوادر» ، ونقله ابن سهل خلافاً لابن الماجشون ، نقله عنه ابن محرز .

قال مالك : فيكون له الرد ما لم يتركه بعد أن يلى أمر نفسه بما يعلم أنه رضى .  
وقد نصوا أن السكوت عن رد المبيع بالعيب من غير مانع يتنزل منزلة النطق برضاه به .

وقالوا فى المحجور يتزوج بغير إذن [من] <sup>(١)</sup> وليه ، ومات بعد أن علم ولم يرد نكاحه بل سكت مدة تقتضى رضاه مع تمكنه من رده : فإن ذلك منه إمضاء له وتجويز .

وأعرف للشعبى أنه نقل عن ابن المكوى : إذا بلغ السفیه ثم حكم واستحكم بلوغه ، فلا قيام له بعد ذلك ، وليس الستان بطول ، فانظره .

وتمكين هذا المتعدى من رد التصيير الذى تعدى فيه على زوجه ، ثم ماتت فورئها [ق/ ١٧٣] قبل إحازتها لتعديه ، هو المنصوص عليه فى «المدونة» .

قال فى كتاب بيع الغرر : ومن تعدى فى متاع عنده ودیعة ، [قباعه] <sup>(٢)</sup> ثم مات ربه فكان المتعدى وارثه ، فللمتعدى نقض ذلك البيع إذا ثبت المتعدى .

ابن یونس : لحلولة فيه محل ربه فى الإجازة .

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى «العنبيّة» فى غاصب باع ما غصب ثم ورثه : إن بیعه تام .

وقال أصبغ بالفسخ . أ . ه .

ووقع لابن القاسم فى سماع سحنون كتاب الغصب مثل قوله فى «المدونة»

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

[فيمن غصب عبداً فباعه ثم ورثه ، أن له الرجوع فيه ، وكذا الشريكين في دار يبيعهما كلها فورثه وهو لا يدرى أن له ] (١) الرجوع في النصف والأخذ بالشفعة .

ابن رشد : وهو كما قال ، لأن الوارث حل محل الموروث في الحقوق الواجبة ، [له] (٢) ثم ذكر مسألة بيع كتاب الغرر فقال : هي كمسألة الغصب سواء ، والميراث بخلاف الشراء [لو باع ] (٣) الغاصب ما غصبه ثم اشتراه ، لزمه البيع ولم يكن له رده .

قال في كتاب الغصب من «المدونة» : والفرق أن الميراث أمر أوجبه لم يجره هو إلى نفسه ، والشراء هو جره إلى نفسه باختياره ، وليس [له] (٤) أن يتسبب في نقض البيع بذلك . أ . هـ .

وقول الشيخ رحمه الله : «يكفى الاعتراف بالحوز في التصيير» ، هو قول الشيخين أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران .

وحكى ابن سهل عن بعض المفتين أنه لا بد من معاينة قبض الدار المصيرة .

وأشار ابن سهل إلى أن قول أبي عمران في تصديقها في التقابض ، فيه تناقض لقوله أيضاً في ذلك لا بد من خروج الزوج من الدار المصيرة كالصدقة والهبة ، لأنه إذا كان لا يصح تصييرها إلا بإخلائها منه ، فتقاررها [عليه] (٥) غير عامل .

وأجاب المتيطى بأن أبا عمران شبه سكنائها معه في التصيير [بسكنائها معه في الهبة ، ولم يشبه إخلائها في الهبة بإخلائه لها في التصيير ] (٦) حتى يلزم التناقض [بأن] (٧) يقول إخلاء الدار في الهبة يفتقر إلى معاينة بينة ، وإخلائها في التصيير لا

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في أ : إن باع .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فيه .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : بل .

يفتقر [إلى ذلك] (١) لتخالف الاصيلى .

وقد أبان أبو عمران فى جوابه أن ذلك من باب تصديق مدعى الصحة فى البيوع .

وجواب الشيخين هو فيمن أقر فى صحته بدين لزوجته وباع منها دار سكناء معها ، ووصل سكناء فيها ولم يخرج [منها] (٢) إلى أن مات .

فأجاب ابن عبد الرحمن بالجواز إذا لم يشترط عليها أن يسكن فيها ، لأنها لو شاءت أخرجته .

وأجاب أبو عمران بفساد التصير .

ف قيل له : شهد الشهود على إقرارهما بالتقايض ولم يشهدوا بمعايته .

فقال : القول قولها ، لأن القول قول من يدعى الصحة .

وذكر ابن سهل أيضاً من هذا المعنى مسألة ، وهى إذا صير لها فى كالتها قبله نصف دار سكناء معها ، وسكنائها جميعاً إلى أن توفى فيها ، وإن بعض فقهاء بطليوس قال : التصير يبطل إذا لم يخلها من نفسه .

وإن بعضهم قال : هو كالبيع لا يحتاج إلى ذلك .

قال : وبه أفتى ابن عتاب وابن القطان وابن مالك [بالجواز] (٣) ، بعد أن قال

ابن عتاب لمن حضره من أصحابه : لا يجوز التصير .

ابن سهل : ثم قال لى : ما رأيك فيها ؟ ولم يعلمنى بما كان [تقدم] (٤) من

قوله لأصحابه .

فقلت له : رأى فيها إن ذلك جائز نافذ ، وليس فى القبض أقوى من سكنائها

فى الدار ، فأنفذ جوابه أن التصير جائز لا نافذ .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : عنها .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .



وقال المتيطى : يجوز للمرأة إن كان لزوجها عليها دين أن تصير له فيه داراً تسكن فيها معه ، لأن الإسكان لازم له دونها ، وقبضه للدار قبضاً صحيحاً ، بخلاف إذا كانت الدار له وصيرها لها في كالثها أو دين ، فلا يصح لها قبضها ولا يجوز ، لأن الدار في يده إلا أن يخليها [من] <sup>(١)</sup> سكناه فيتم لها قبضها ، هذا هو القول المعمول به .

وذكر في المسألة المتقدمة اختلاف الشيخين أبي بكر بن عبد الرحمن وأبى عمران في ذلك ، وقول ابن عتاب وأصحابه في مسألتهم .

قلت : هذا القول هو المعمول به من أنه يفرق بين تصيير الزوج لها دار سكنائها [معها وبين تصييرها له دار سكنائها] <sup>(٢)</sup> معه في حق ، هو كقول ابن القاسم رحمه الله في هبة أحدهما للآخر مسكناً يسكنانه معاً ، أنه إن كانت الزوجة هي الواهبة له صحت الهبة ، وإن كان هو الواهب لها ذلك فلا يصح حتى يخرج منه وتحوزه .

ابن رشد : اتفاقاً .

وقول الشيخ رحمه الله : «تم التصيير الثانى لم يحز أيضاً فلا يبطل ، لأنه فى العقد - يريد فى عقد النكاح - فلا يستقر إلى حوز » ، لأن النكاح فى الحقيقة إنما انعقد بتلك الأملاك المصيرة .

وأما ما سمي من الصداق فصيرت فيه ، وهو لغو ، لأنه [رياء] <sup>(٣)</sup> وسمعة ، وقاله غير واحد من الموثقين .

وقد حكى ابن يونس عن بعض الشيوخ نحوه ، فقال : إنه إذا تزوجها بدنائير فأعطاها فيها عرضاً فاستحق ، فلا ترجع عليه إلا بقيمة العرض ، وكأن النكاح إنما وقع بذلك العرض ، والدنائير ملغاة بخلاف البيع ، لأن النكاح تظهر فيه التسمية فى العلانية وفى السر [ غير ذلك ] <sup>(٤)</sup> .

(١) فى أ : عن .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : نفخ .

(٤) سقط من ج .

(١٣١) [٤٩] وسئل رحمه الله : عن مرض فصير لزوجته في مرضه أملاً كثيراً كثيرة [ في كالتها ] <sup>(١)</sup> ، وحاباها فيها بما يزيد على المثل ، ولم يحز ذلك حتى صح ثم مرض [ق/٧٤جـ] فمات ثم اغتلت ذلك ، فقام عليها الورثة ؟  
فقال : لما صح بعد المرض زالت عن كونها وصية ، وصارت معاوضة ، لأن التصير معاوضة .

واختلف في شرط قبض التصير ، هل تكفى فيه المعاينة ، وأما قبضه فشرط لثلا يكون فسخ الدين في الدين .

ورجح ابن سهل أنه تكفى فيه معاينته ، والنظر إليه قبض ، ويؤخذ القولان من الكتب [كما] <sup>(٢)</sup> نص عليه ابن سهل .

فعلى القول بالافتقار إلى الحوز بطل الجميع ، وعلى القول أنه لا يفتقر إلى الحوز فما قابل الكاليء معاوضة ، وما زاد حبة تبطل ، وإذا بطلت هل يبطل الجميع أو [لا الزائد فقط] <sup>(٣)</sup> ؟

المنصوص لابن القاسم فيمن باع لولده بثمان يسير فمات ، يبطل الجميع ، فيبطل هاهنا الجميع .

وعلى القول : «يمضى ما صح يمضى التصير وتبطل المحاباة ، وأما الغلة ، فإذا حكمنا لكل بحكم الهبة ، رد الغلة .

وإن حكمنا للبعض ، رد غلة ما حكم له بهبة .

**قلت** : أما قوله : «لما صح بعد المرض زالت عن كونها وصية إلى آخره» ، فلقوله في كتاب الحمالة [من «المدونة»] <sup>(٤)</sup> ومن تكفل في مرضه لوارث أو لغير وارث ثم صح ، لزمه ذلك كما لو بتل صدقة في مرضه لوارث ثم صح ، لزمته

(١) في أ : إليها .

(٢) في أ : لما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

الصدقة إذا لم تكن على وجه الوصية .

الشيخ : بقرينة تصرفها إلى الوصية .

وأما ما أشار إليه رحمه الله من الخلاف في المصير هل تكفى فيه المعاينة أم لا بد من القبض الحسى ، وأن ابن سهل رجح الأول ، وأنه يؤخذ القولان من الكتاب - يعنى فى كتابه الآجال وفى البيوع الفاسدة ، فإنه قال فى كتاب الآجال : ومن لك عليه ألف درهم حالة ، فاشتريت بها منه سلعة حاضرة بعينها ، فلا تفارقه حتى تقبضها ، فإن دخلت بيتك قبل أن تقبضها ، فالبيع جائز وتقبضها إذا خرجت وإذا أخذت منه بدينك طعاماً فكشركيله ، فذهبت بعد وجوب [ق/ ٧٤ أ] البيع [لنأتى] (١) بدواب تحمله [عليها] (٢) أو تكترى له منزلاً أو سفينة وذلك بتأخير اليوم واليومين ، أو شرعت فى كيله فغابت الشمس وقد بقى من كيله شيء فتأخر إلى [الغد] (٣) ، فلا بأس به ، وليس هذا دين بدين ، وأراه خفيفاً [لأنهما] (٤) فى عمل القبض .

وإن أخذت منه بدينك مالا مؤنة فيه ، من قليل الطعام [أو كثيره] (٥) ، والفواكه فى كيل أو وزن أو عدد ، لم يجز تأخيره إلا ما كان يجوز لك فى مثل أن تأتى بحمال يحمله أو مكمل يجعله فيه .

وقال فى البيوع الفاسدة : وكل دين لك على رجل من بيع أو قرض ، فلا تفسخه عليه إلا فيما تتعجله .

وإن أخذت [به] (٦) منه قبل الأجل أو بعده سلعة [معيّنة] (٧) ، فلا تفارقه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : العقد .

(٤) فى أ : لأنكما .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

حتى تقبضها منه ، فإن أخرتها لم يجز .

فحمل يحيى بن عمر وسحنون [المسألين] (١) على الخلاف .

قال ابن سهل : وكان بعض شيوخنا يقول : معنى التى فى الآجال أن السلعة كانت حاضرة المجلس ، والتى فى البيوع الفاسدة لم تكن حاضرة المجلس ، فاختلف [الجواب فيهما] (٢) .

قلت : ونقله عياض عن فضل وابن أبى زمنين والأندلسيين ، قالوا : لأن الأولى حضرت المجلس فصارت فى ضمان المشتري بحضورها ، والأخرى لم تحضر ولم تدخل فى الضمان ، وبقيت فى ذمة البائع ، فصارت ذمة بذمة .

[قال : ] (٣) وأخطأ القرويون تأويلهم ، وقالوا : ما يسقط الضمان لا يتزل منزلة القبض ، كما أنه لا يجوز أن يأخذ عن دينه عقاراً غائباً وإن دخل فى ضمانه بالعقد .

قالوا : وإنما الفرق بينهما قرب أمد هذه السلعة ، لأنه إنما هو دخول البيت ، [ودخول البيت] (٤) والخروج منه قريباً ، ومسألة البيوع الفاسدة بعد أمد التفريق فيها .

قلت : الاستدلال يمنع أخذ العقار الغائب عن الدين على التحطية ، [لا يصح] (٥) لأن الأندلسيين يقولون بذلك فيه وإن كان ضمانه من المشتري ، وإنما المنع لأجل استلزام أخذ الغائب عن الدين غلة محضة تقتضى أو تربى ، وبيانه أن ثمن الغائب والحاضر متفاوت وقد أشار [إلى هذا] (٦) بعض حذاق المتأخرين من أصحاب

(١) فى أ : ما فى الكتابين .

(٢) فى أ : بينهما .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

ابن عرفة - وهو الشيخ العلامة الأوحى النبيل أبو موسى عيسى بن صالح الوانوعى رحمه الله - وحكى عياض عن التونسي أنه [إنما] (١) يمتنع أخذ العقار الغائب عن الدين [على] (٢) صفة أو على تذريع ، إذ لا يكون فى ضمانه إلا بعد القبض أو وجوده على الصفة ، فأما إذا كان على رؤيته ومعرفته ولم يشترها على التذريع ، فهو قبض ناجز كالنقد ؛ وقد برىء البائع منها وهى من المشتري .

[قال : ] (٣) ونحوه لأشهب [ عن مالك ] (٤) فى «العتبية» .

قلت : وهو مقتضى اختصار أبى محمد بن [إبراهيم] (٥) رحمه الله والبرادعى «للمدونة» ، ونصهما : ولا تبتاع منه سلعة بخيار أو أمة تتواضع أو دار غائبة على صفة .

ابن يونس : والذى فى الأمهات : «أو دار غائبة» فقط .

قال : والأمر سواء كانت على صفة أو رؤية متقدمة أنه لا يجوز ، لأنه لا يقدر على قبضها حينئذ لغيبها .

وأجازه أشهب ، لأن ضمانها من المبتاع بالعقد . أ . هـ .

فقول التونسي رحمه الله جار مع اختصارهما ، وأن مفهومه معطل [معتل] (٦) .

وقول الشيخ رحمته فى الجواب المنصوص لابن القاسم فيمن باع لولده . . . إلى آخره ، يعنى فى رواية عيسى عنه من كتاب داود فى رسم «الشجرة» من سماعه من كتاب الصدقات والهبات فيمن باع لولده الصغير أرضاً بعشرة وهى تساوى ثمان مائة ، ولم تزل بيد الأب حتى مات : إنها موروثه ، وليس للولد إلا العشرة ، فهى

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : إذا أخذه عن .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : أبى زيد .

(٦) سقط من ج .

خلاف قول مالك في الرسم المذكور فيمن ولى ابنه حائطاً اشتراه [منذ] (١) زمان  
بشمن يسير وثمانه اليوم كثير ، وله ولد غيره ، أنه إن [حازه] (٢) له [فهو جائز] (٣) .

ابن رشد : فحمله محمل الهبة ولم يحمله ابن القاسم محملها ، فيبطل ولم  
يصح له بحيازة الأب له .

ولطرف وابن الماجشون وأصبغ في «الواضحة» مثل قول مالك .

ولأصبغ في سماعه من هذا الكتاب كقول ابن القاسم .

قال : فإن لم يحز ذلك الأب له على قول مالك ، أو حازه له على قول ابن  
القاسم ، فاختلف فيما يكون للابن .

فقال ابن القاسم هنا : إن ذلك موروث ، ولا يكون [للولد] (٤) إلا العشرة .

وقيل : يكون له من ذلك قدر العشرة .

وثالثها : يخير بين أن يزيد بقية الثمن فيأخذ الجميع ، وبين أن يأخذ ما نقد .

والثلاثة الأقوال تتخرج على الخلاف في مسألة من باع في مرضه داراً محاباة لا  
يحملها الثلث ، والمسألة في آخر سماع أبي زيد من كتاب المديان ومن كتاب  
الوصايا .

[قلت] : والذي عزاه التونسي لابن القاسم في المريض يبيع في مرضه من ورثة  
بمائة ما يسام ما يتبين أن للورثة نقض ذلك البيع كله ، لأنه أراد التوليج ، ولو أتم هو  
بقية الثمن ما كان ذلك ، لأن البيع وقع على التوليج] (٥) .

(١٣٢) [٥٠] وسئل عليه السلام : عن سؤال ورد من سجدلماسة وهو : رجل صير لابنه

(١) في ج : منه .

(٢) في ح : أجازته .

(٣) في أ : جاز .

(٤) في أ : للابن .

(٥) سقط من أ .

الصغير داره الكائنة بمدينة فاس في دين ، والمصير له بسجلماسة ، وللمصير وكيل بفاس يقبض كراء الدار ، فبقى الوكيل يقبض الكراء على ما كان عليه مع المصير ، [لكونه لم يعلم بتصويرها فمات المصير] (١) ، فهل تبطل أم لا ؟

فأجاب : بأن التصير فيه قولان ، هل يحتاج إلى حوز أم لا ؟  
[فإذا] (٢) قلنا [إنه] (٣) بيع ، لا يحتاج إليه .

وعلى القول بأنه يحتاج إليه فالأب يحوز لابنه ما يعرف بعينه ، ولا يضر كونها بيد الوكيل ، لأن يده كيد المصير وكيد المودع المختلف في حوزة .

قلت : [صرح] (٤) غير واحد من الموثقين - ابن فتحون [وغيره] (٥) - أنه إذا كان الدين [لصغير] (٦) [أو يتيم] (٧) فصير [إلى الصغير] (٨) أبوه أو [إلى اليتيم] (٩) وصيه [في ذلك] (١٠) أملاكًا ، [فهو حائز إذا] (١١) لم يكن عليهما فيه غبن ظاهر ، وقبضهما [لهما] (١٢) من أنفسهما نافذ ، إلا أن يكون المصير دار سكناهما فلا بد من معاينة البينة [كونها] (١٣) فارغة من سكنى المصير [خالية] (١٤) من ثقله حين التصير .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فإن .

(٣) في أ : هو .

(٤) في أ : نص .

(٥) في أ : والمتيطي وغيرهما .

(٦) في أ : لولد صغير .

(٧) سقط من ج .

(٨) في أ : للصغير .

(٩) في أ : لليتيم .

(١٠) في أ : فيه .

(١١) في أ : جاز إن .

(١٢) سقط من ج .

(١٣) في أ : لها .

(١٤) سقط من أ .

(١٣٣) [٥١] وسئل رحمه الله : عن معلم قرأ عنده ولد من ألف إلى سورة الأعراف ، فأخرجه والده لغير سبب ، ودفعه لآخر فعلمه إلى سورة البقرة ، فأعطاه الحدقة المتعارفة ، هل هي للأول أو للثاني أو بحسب ما علمه كل واحد ؟

فقال : للأول كلها ، ألا ترى أنه يقال : رده فيعلمه الباقي ، أو يقال له : [اد] (١) [الاجرة] (٢) واذهب [ق/ ٧٥ج] بسلام كما في الجعل والإجارة ، والحدقة من الإجارة لدخولهما عليها .

قلت : نحو هذا [لابن] (٣) يونس عن سحنون .

[قال : ] (٤) إذا بلغ الصبي عند المعلم ثلاثة أرباع القرآن فقد وجبت له الختمة ، ووقف في الثلثين .

وقال : الثلاثة الأرباع آيين .

وعن ابن حبيب : إن تقاربت الحدقة بالأمر القريب مثل السورة القليلة [تبقى عليه فالحدقة] (٥) وجبت للمعلم كلها .

وإن بقي عليه ما له بال مثل سدس القرآن وأقل من ذلك ، فله إخراجها ولا حدقة عليه ، لا كلها ولا حسابها .

(١٣٤) [٥٢] وسئل رحمه الله : عن مسجد حبس عليه أرض لمصالحه ، فاجتمع عليه أهل الموضع بالبادية فقدموا رجلاً ارتضوه للإمامة فاقتطعوا له سدس تلك الأرض يحرقها على أن يؤم بهم ، وبقي كذلك مدة حتى مات ، ثم قام ابنه مكانه يؤم ويقوم على باق الأرض بعقد الكراء ويقبض الفوائد ويصرفها في مصالح المسجد ويأخذ السدس من الأرض يحرقه [ق/ ١٧٥] لنفسه، فهل يسوغ له ذلك [أم لا] (٦)؟

(١) في أ : أوفي .

(٢) في أ : الإجارة .

(٣) في أ : حكى ابن .

(٤) في أ : أنه .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .



فقال : الإجارة على الإمامة معلوم ما فيها من الخلاف ، و [أما] <sup>(١)</sup> إمامة الابن إن انضمت [لها] <sup>(٢)</sup> زيادة خدمة فتسوغ ، لكن هؤلاء إن عقدوا بحضرة السلطان أو فعلوا مثل ما يفعل مضى ويرفع إليه ما يأتى .

وإن كان لا سلطان أو كان، [لكن] <sup>(٣)</sup> يعسر تناوله أو يهمل الأحكام أو يجور ، فلا يرفع إليه ويعقدون لأنفسهم ، فإذا صح هذا صح أخذ [الأجرة] <sup>(٤)</sup> على ما تقدم ، لكن فى هذه الإجارة إن الأرض غير مأمونة ومانعتها مقبوضة ، فهو نقد فى كراء أرض غير مأمونة ، فلا يصح .

قيل له : لا [يجري] <sup>(٥)</sup> على معنى الكراء وهى كدار الأمير ، ألا ترى أنها لا تحتاج [إلى أجل] <sup>(٦)</sup> ؟

قال : لأن المعنى كل شهر أو كل سنة يعمل ، فله سكنها ، وإن كانت دار الأمير على معنى الارتفاق ، هل بينهما فرق ؟!

قلت : قوله رحمه الله : «لا يرفع إلى السلطان الجائر» ، [بين] <sup>(٧)</sup> لازم لأن من شرطه العدالة .

وفى [العتبية] <sup>(٨)</sup> عن ابن لبابة : يزوج من لا ولى لها السلطان إن كان يقيم السنة ويهتبل بما يجوز به العقد ، وإلا فلا .

وفى كتاب الرجم : إذا [دعاك] <sup>(٩)</sup> إمام [عادل] <sup>(١٠)</sup> عارف بالسنة إلى قطع يد

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : إليها .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى أ : الإجارة .

(٥) فى أ : تجزىء .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من جـ .

(٨) فى جـ : الشعبي .

(٩) فى جـ : دعى .

(١٠) سقط من جـ .

رجل [أو رجله] <sup>(١)</sup> في السرقة ، أو إلى قتل أو قطع في حرابة ، أو الرجم في الزنا ، وأنت لا تعلم صحة ما قضى به إلا بقوله ، فعليك بطاعته [وَأما الجائر إلا أن تعلم صحة ما أنفذ من الحد وعدالة البيعة فعليك طاعته] <sup>(٢)</sup> لثلا تضييع الحدود .  
وقوله : «لكن هؤلاء إن عقدوا بحضرة السلطان . . . إلى آخره» ، [هي قرينة لما] <sup>(٣)</sup> في «نوازل ابن الحاج» .

[سؤال] <sup>(٤)</sup> رضى الله عنكم : في رجل قدمه للإمامة في مسجد قاض من القضاة قام فيها أعواماً ، فبقى البلد دون قاضٍ [يُمنع] <sup>(٥)</sup> من الصلاة في المسجد ، فتقدم رجل فصلى فيه دون تقديم حاكم ، والعادة في ذلك [البلد] <sup>(٦)</sup> أن يأخذ الإمام المقدم فيه [ من ] <sup>(٧)</sup> قبل حاكم ما يكون له من حبس [وفوائد] <sup>(٨)</sup> ويوقد منه ويكسوه ويصلح ما وهى منه ؟

**فأجواب :** إذا لم يكن في الموضوع من ينظر في أمر [الإمامة] <sup>(٩)</sup> لموت القاضى أو ما يشبهه ، فللجيران أن يقدموا إماماً يرضون به ، وله أن يأخذ أجر مثله من الأئمة مما أتاب من غلة أحباس المسجد على ما يحتاج إليه في ربه ومؤنته وتحصير المسجد وإصلاحه ، فما أخذه على هذا الوجه فلا سبيل لأحد فيه ، وما أخذه زائداً على ذلك أخذ منه وجعل في مصالح المسجد وأحباسه ، وباللله التوفيق ، قاله ابن الحاج .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : هو قريب عما .

(٤) في أ : الجواب .

(٥) في أ : فمعه .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

(٨) في أ : وعائد .

(٩) في أ : الأئمة .

ولما كان الحبس فى نازلة الشيخ رحمه الله على مصالح المسجد على العموم لا على من يؤم به خصوصًا ، صار ما يعطى منه [للإمامة] <sup>(١)</sup> كأنه إجارة لا رزق ، فامتنع لذلك أن يأخذ الإمام أرضًا غير مأمونة يحرقها .

وأما لو كانت الأرض حبسًا على أئمة المسجد [لكان] <sup>(٢)</sup> له ذلك بناءً على أنها إعانة لا إجارة ، وهو الذى صوبه ابن عرفة .

وقد قال بعض القرويين : [لا فرق] <sup>(٣)</sup> بين دار الإمارة يسكنها الأمير وبين دار المسجد يسكنها الإمام ، وإن زوجته [تعتد] <sup>(٤)</sup> بدار المسجد وليس للجيران إخراجها كامرأة الأمير ، وبه جرى العمل بقرطبة لأن الأمير أجير المسلمين ، وإمام المسجد أجير الجماعة ، فحكهما فى العدة واحد .

وقيد ابن زرب قول ابن العطار بأن لجيران المسجد إخراجها قبل تمام العدة بما إذا كانت حبسًا على المسجد حبسًا مطلقًا .

وأما إن حبست على أئمتها فهى كدار [الإمام] <sup>(٥)</sup> .

وبالجملة اختلف فيما يأخذه الإمام مما حبس عليه ، هل هو إجارة أو إعانة ؟!

وأشار ابن عرفة إلى أن أقوال الموثقين فى استئجار الناظر فى أحباس المساجد من يؤذن ويؤم به ليست كأحباس زمانه .

وقال : إنما هى عطية لمن قام بذلك ، وهو يقتضى أن الأحباس المطلقة تكون إجارة دون المقيدة .

ولابن عرفة رحمه الله فى باب الأذان وباب العدة من «مختصره» على هذا المعنى كلام وأبحاث ، وكذلك الجزولى ، [وعلى كل حال] <sup>(٦)</sup> فما يفعل بعض

(١) فى أ : للإمام .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الفرق .

(٤) فى أ : لا تعتد .

(٥) فى أ : الإمارة .

(٦) سقط من ج .

الأئمة في هذه الأزمنة من استخلافه [ببعض] (١) الحبس ويأكل هو باقيه لا يجوز، قاله الإمام عز الدين ابن عبد السلام رحمه الله في أجوبته ، ونص عليه القرافي في الفرق الخامس عشر والمائة من «قواعده» .

قال رحمه الله : وإذا وقف الموقف على من يقوم بوظيفة الإمامة والآذان أو الخطابة أو التدريس ، فلا يجوز لأحد أن يتناول من ربيع ذلك الوقف شيئاً إلا إذا قام بذلك الشرط على مقتضى شرط الواقف ، فإن استتاب غيره ، في هذه الحالة دائماً في غير أوقات الإعذار ، لم يستحق واحد منهما شيئاً من ذلك الوقف ، أما النائب فإن من شرط استحقاقه صحة ولايته ، وهي مشروطة بأن تكون ممن له النظر ، ومستنيبه ليس له نظر فإنما هو إمام أو مؤذن أو مدرس ، فلا تصح النيابة الصادرة عنه .

وأما [المستنيب] (٢) فلا يستحق شيئاً أيضاً ، لأنه لم يقم بشرط الوقف ، فإن [استنيب] (٣) في أيام الإعذار جاز له تناول ذلك ، وأن يطلق لنائبه ما [أحب] (٤) منه .

(١٣٥) [٥٣] وسئل رحمه الله : عن رجل اكترى من رجل بيتاً وقال له : إن شئت فابن بإزائه [في] (٥) القاعة ما شئت تسكنه كل ما أحببت ، فبنى بيتين وسكنهما ثلاثة أشهر ، فأراد صاحب القاعة إخراجه ؟

فقال : يقال لصاحب القاعة : اعطه القيمة قائماً وإلا فاتركه يسكن [قدر] (٦) ما يعار إلى مثله وتعطيه القيمة منقوضاً ، انظرها في كتاب العارية .

(١) سقط من أ .

(٢) في ج : المستتاب .

(٣) في ج : استتاب .

(٤) في أ : أجاب .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : مقدار .

قلت : أشار إلى قوله فيه : ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يفرس ، فلما فعل أردت إخراجه ، فأما بقرب إذنك له مما [لا] <sup>(١)</sup> يشبه أن تعيره إلى [مثل] <sup>(٢)</sup> تلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق - وقد قال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق - وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته من الأمد. وإذا أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والفرس مقلوعاً وإلا أمرته بقلعه ، إلا أن يكون مما لا قيمة له ولا منفعة فيه من جص ونحوه ، فلا شيء للبانى .

(١٣٦) [٥٤] وسئل عليه السلام من صفر : عن رجل استأجر من رجل قاعة إلى عشرين [سنة] <sup>(٣)</sup> ليبنى فيها ، وكان فيها بيتاً قائم البناء ، فكتب الموثق القاعة وذكر حدودها من كل جهة ، فأحاطت الحدود بالبناء المذكور ، إلا أنه لم يبنه على دخوله في الكراء ولا خروجه منه ، وصاحب القاعة ساكن في البيت ، فبنى المستأجر ثم بعد مدة من ثلاثة أشهر اختلف في البناء الذى كان فى القاعة ، فقال صاحب القاعة : لم يدخل ، وقال المكترى : هو داخل وإنما تركتك لأنك رغبتنى أن أتركك حتى [تنظر] <sup>(٤)</sup> أين تسكن ، وعند المكترى شهود يشهدون أن سبب نزاعهما كان رغبة أن ينقص [ق/ ٧٦ أ] من المدة عشرة أعوام ، فلما امتنع أنكره فى البناء ، فهل يدخل أم لا؟ وإذا لم يدخل هل يصح [هذا] <sup>(٥)</sup> المقدم أم لا؟ وإذا لم يصح ما الذى يكون للذى بنى فى بنائه ؟

فأجاب : البناء داخل فى الاستتجار ، لأنه داخل تحت الحدود ، وذلك منصوص فىمن اشترى أرضاً وفيها عين ولم يذكر العين ، [أنها] <sup>(٦)</sup> للمشتري ، ولا

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تظهر .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : إن هذا .

فرق . وكون الموثق لم يبنه على البناء لا يخرجه ، لأن الأصل دخول [كل] (١) ما تناولته الحدود حتى يبنه على خروجه ، سيما واختلافهما في حظ المدة الذي طلب منه دليل على [ق/٧٦جـ] أنه قصد إنكاره ، وكل ما يدعى على عدم الدخول باطل .

وكتب في الجواب بخطه : قاعة البناء داخلة ولا يدخل نفس البناء ، بل [له] (٢) أن يهدم أنقاضه أو يتركه لهذا ينتفع به ، لأنه لما اكتسب قاعته فعليه تفرغها للمكترى من كل ما فيها من بناء أو غيره .

**قلت** : في رسم «يوصي» من سماع عيسى من كتاب كراء الدور من «العتبية» فيمن اكتسب منازل سنة ، وفي المنازل علو وليس [له] (٣) سلم ، فقال لصاحب المنازل : اجعل للعلو سلماً فإنه لا نخلص إليه ، فتوانى فلم يجعل له سلماً ولم ينتفع به المكترى حتى انقضت السنة .

[قال : ] (٤) يطرح عنه ما يصيب العلو من الكراء .

ابن رشد : لأنه باع منه جميع منافع الدار ، فعليه أن يسلمها إليه ، وإسلامه للعلو هو بأن يجعل له سلماً يرقى عليه إليه ، والكراء في هذا بخلاف الشراء لو باع منه داراً [وفيهما علو لا يرتقى إليه] (٥) إلا بسلم لم يكن عليه ، كما لا يلزمه أن يجعل له [دلو] (٦) وحبالاً يصل [به] (٧) إلى ماء البئر .

**قلت** : الفرق أن البيع عقد على الرقبة والكراء على منفعتها ، [فعليه] (٨)

(١) سقط من ج .

(٢) في ح : لا بد .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : إنه .

(٥) في أ : لا يرتقى للعلو .

(٦) في ح : داراً .

(٧) في ح : إليه .

(٨) في أ : فعلى ربها .

جميع ما يتوصل به إليها .

فقول الشيخ رحمه الله : «لأنه لما أكرى القاعة فعليه تفريغها للمكترى من كل ما فيها من بناء وغيره » ، لا يدخله اختلاف الأندلسيين في الذى يبيع داره ومطهر مرحاضها ممسوء ، [فلم يتبرأ] <sup>(١)</sup> بذلك إلى المبتاع ، [فمنهم من قال : إنه عيب يخير بين الإمساك والرد .

ومنهم من قال : ليس بعيب ، ويلزم البائع أن يخلى له المطهر] <sup>(٢)</sup> ، وهو الذى استظهره ابن رشد .

قال : كما لو كان له زبل فى بيت من بيوت الدار .

وفى «الطراز» لبعض فقهاء الشورى . إذا وقعت فى بئر الدار المكتراة فأرة [فماتت] <sup>(٣)</sup> أو قط أو غير ذلك ، فتنتقته على رب الدار لأن البئر من منافعها ، فعليه إصلاحها .

وإن بقيت الميتة فى البئر يوماً أو يومين قاصه المكترى بقدر نقصان انتفاعه بالبئر ، لأن على رب الدار إعادتها إلى النفع بها [كما كان اكتراها] <sup>(٤)</sup> .

وقال : إنها نزلت بقرطبة وقضى فيها [بهذا] <sup>(٥)</sup> . أ . هـ .

ومن هذا المعنى كنس كنيف الدار ، فقال أشهب : إنه على ربها ، وقاله ابن القاسم فى رواية ابن أبى جعفر الدمياطى عنه ، وهو على قياس [قوله فى رسم «باع شاة» من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع .

وروى ابن زيد عنه فى سماعه من كتاب كراء الدور أنه على المكترى ، وهو على قياس] <sup>(٦)</sup> قول ابن وهب وأصبغ .

(١) فى أ : ولم يتبين .

(٢) فى أ : هل هو عيب أم لا ويلزم البائع اختلاؤه له .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

ابن رشد : فى «المدونة» دليل على القولين .

(١٣٧) [٥٥] وسئل رحمه الله : عن رجل كانت له رحي على ماء ، فأراد أن يستأجر من يقوم بمؤنتها ، فلم يجد من يستأجر إلا بجزء شائع فيما يفتله منها ، هل يجوز له ذلك ؟

فقال : أما إذا قال : استأجرنى بجزء فيما تفتله ، فلا يجوز لأنه مجهول ، ولكن يعقد على جزء من منافع الرحي إلى مدة معلومة بمنافع الرجل فى قيامه على [باقي] (١) الأجزاء ، فإذا [تملكا] (٢) المنافع معاً كانت الغلة بينهما ، مثل أن يستأجر منه ثلاثة أرباع منافعه بربع منافع الرحي ليقوم له على الثلاثة الأرباع الباقية له فى منافع الرحي ، فتصير منافع الرجل مشتركة بينهما أرباعاً ، ربعها للأجير وثلاثة أرباعها للمالك أصل الرحي ، وتصير منافع الرحي بينهما أرباعاً ، ثلاثة [أرباعها] (٣) للملكها وربعها للأجير ، فيقتسمان الغلة على هذه التجزئة [ونظيره] (٤) هذا من استأجر عبداً ذا صنعة بأجرة معلومة ليأتيه بخراجه ، فيجوز .

ولا يجوز أن يستأجر منافعه . ونظيره أيضاً لو قال للرجل له دابة : ادفعها لى] (٥) لأخدم عليها فنصف ما أكسب لى ونصفه لك ، فلا يجوز .

ولو قال له [لك] (٦) نصف منافعى بنصف منافع الدابة ، فتصير منافع الرجل ومنافع [الدابة] (٧) بينهما أنصافاً ، فما حصل اقتسماه .

وتظهر [ثمرة هذا] (٨) الفرق فى مسألة الرحي مثلاً لو كان يطحن للناس

(١) فى ح : بقاء .

(٢) فى ح : تملك .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ح : ويظهر .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : على أن تكون له .

(٧) فى ح : الدار .

(٨) فى أ : فائدة .



بالدين، فأفلس الذى طحن له [بالأجرة] (١) ، فإنها من الأجير ومن رب الرحى .  
ولو كان إنما استأجره بجزء مما يكسب لكانت الأجرة له على رب الرحى ، فتأمله  
فإنه خفى .

قال الشيخ: ونزلت هذه المسألة [ (٢) خاصة ، ونزلت برجل من الطلبة فأفتاه  
بذلك ، وأفتى غيره بأنه لا يجوز .

قلت : قد أشار الشيخ رحمه الله إلى نحو هذا فى «تقييده» على قوله فى  
كتاب الجعل والإجارة : ولو أعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها على أن  
ما أصاب بينكما ، لم يجز ذلك .

[ثم قال : (٣) فإن عمل عليها فالكسب هنا للعامل ، وعليه كراء المثل فى  
ذلك [ ما بلغ ] (٤) .

ثم قال بعد كلام : ولاين المواز [فى هذا المعنى] (٥) : وكذلك من كانت له  
رحى أو دار لم يجز أن يقول له : قم لى عليها بنصف غلتها أو بربعها، وإنما يقول  
له : أكرىك هذه الرحى بمنافعك على ثلاثة الأرباع سنة ، فيكون ما ينشأ عن الرحى  
إنما ينشأ عن ملك ربها وملك القائم بها .

(١٣٨) [٥٦] وسئل عليه السلام : عن أهل دشر اتفقوا على رعاية بقرهم بالدولة،  
وشرطوا ألا يرعى فى الدولة صبي ، فأرسل أحدهم فى دولته صبياً فسرقت بقرة؟

[فأجاب : (٦) إن عاين أصحاب الموضع [الصبي] (٧) حين رعى وحده  
ورضوا، فلا شيء على الذى أرسله يرعى . وإن لم يروه غرم لمن لم يره ولا يغرم

(١) فى أ : بالإجارة .

(٢) بياض فى الأصول .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فقال .

(٧) سقط من ج .

لمن رآه .

**قلت** : فى [كتاب] (١) كراء الرواحل والدواب فى زيادة الحاج فى وزن الراحلة أكثر من شرطه بما يعطب فى مثله ، أنه ليس كغيره .

قال : وقد عرفت للحاج زيادة من [السلع] (٢) والأطعمة لا ينظر فيها المكارى ولا يعرف ما حمل ، فلا ضمان عليه فى ذلك .

[قال : (٣)] وذلك إذا كان المكرى قد رأى ذلك وحمله ، فالضمان ساقط .

ابن يونس : ولو لم يراه الحمال لضمن ، لأنه زاد ما تعطب فى مثله ، وانظر هل يضمن على القول بأن السكون ليس بإذن مسترعى الصبى فى مسألتنا مطلقاً أم لا ، لأن هذا [عما] (٤) يعلم عادة أن السكوت عنه رضى به .

وتأمل مسألة من اكترى دابة يوماً فحبسها شهراً .

ابن القاسم : وإن كان يجب عليه كراء المثل فيها لا يحاسب ما أكرها ، لأن ربها يقدر على أخذها ولم يمه المكترى ، فلم يحصل من المكترى عداء .

يريد : وأما على قول غيره الذى يرى عليه حبسها بحساب ما أكرى ، لكون ربها حاضراً ، فذلك أبين فى رفع ضمانها ، ونحو هذا للتونسى فإنه قال : لا خلاف بينهما إذا كان حاضراً أن المكترى لا يضمن ، وإن كان [ق/ ٧٧ أ] غائباً ضمن .

وقال اللخمي : يضمن على قول ابن القاسم فيما قرب ، لأنه على حكم التعدى ، وإن طالت الأيام لم يضمن ، لأن فيه شبهة الرضى إذا لم يطلبها منه ، وفيما قرب يقول : كنت أنتظر ردها .

وفى «المتىطية» : إذا استرعى الراعى غيره مثله دون إذن فهلكت من الغنم

شيء .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : السفر .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : إنما .

فقال ابن ليابة : لا يضمن ، وضمنه ابن حبيب وأبو صالح .

وفى «المدونة» : وليس للراعى أن يأتى بغيره يرعاها مكانه ، ولو رضى بذلك رب الغنم لم يجز .

[ابن يونس] (١) : لأنه فسح دين فى دين ، وهو فى الأمهات من قول سخنون .

(١٣٩) [٥٧] وسئل عليه السلام : عن راع رجع بغنم رعاها عشى النهار إلى موضع فبيتها ، فخرج منها كبش فتخلف عن الغنم ، فلم يشعر حتى قيل له : بقى خلفك كبش ، فأوصى على الغنم رعاة كانوا معه وكانت الغنم كثيرة ، ورجع [إلى] (٢) الكبش فأتى به فوجد الغنم قد دخلت فى شعراء هناك ، فأخذ فى إخراجها منها ، فظن أنه قد أخرج جميعها ، وأناه الليل فعدها فوجد منها جملة قد غابت ، فلما [أصبح] (٣) طلب ما كان بقى له فوجد رؤساً منها قد قتلها الذئاب ، فهل يضمن أم لا ؟

[فأجاب : (٤) لا ضمان عليه ، لأنه لما رجع إلى الكبش أوصى رعاة والتزموا له ذلك ، وهذا مثل من عنده وديعة فخاف فأودعها غيره فضاقت ، والمنصوص : لا ضمان عليه ، ألا ترى لو علم أن حفظها فى الطرح فضاقت ، لا شيء عليه إذا خاف أن تؤخذ من يده أو إذا حبسها ، وهذا حين أودعها رجع لضرورة الكبش الباقي .

نعم ، لو رجع ولم يتركها عند أحد فقد ضيع حين علم أنه موضع مخوف ، فرجع إلى الأقل وترك الأكثر ، لأنه مأمور بحفظ الأكثر إذا نددت منها شاة .

قيل له : وكذلك إذا رجع من البقر القليل ؟

فقال : نعم يبقى [مع] (٥) الأكثر ، ولم يذكر ضمان الرعاة ، ولكن لا فرق

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : فقال .

(٥) سقط من أ .

بينهم وبين المودع الثاني قلت : إنما أمر بحفظ الأكثر ارتكاباً لأخف المفسدين .

وقد نص سحنون رضي على ذلك في الراعى [ق/٧٧ج] يرعى للجزارين لهذا شاة ولهذا شاتان ، فهربت من [الذود] <sup>(١)</sup> شاة فطلبها قليلاً ثم رجع إلى الذود وتركها ، فقيل له : لم رجعت وتركتها ؟ قال : خفت الضيعة على الذود ، أنه لا ضمان عليه وما هذا تفريط ، نقله ابن يونس وغيره عنه فى كتاب ابنه من سؤال ابن حبيب [عنه] <sup>(٢)</sup> .

وقال ابن لبابة : لو [استأجر راعيين] <sup>(٣)</sup> فذهب أحدهما لشراء طعامهما أو مصلحته ، فضاع [شاة] <sup>(٤)</sup> من الغنم أو أكل السبع بعضها ، لم يضمنها لأنه لا بد أن يعمل أحدهما فيما [يحتاجان] <sup>(٥)</sup> إليه .

وذكر الشعبى عن ابن المكوى فيمن استأجر راعياً فسرح الراعى الغنم ثم رجع إلى المدينة ، ورجع لها بالعشى فوجدها نقصت عن العدد ، ولا يدرى نقصها هل فى زمن تعديه [أم لا] <sup>(٦)</sup> ، أنه لا ضمان عليه إلا أن يقوم رب الغنم ببينة أنها ضاعت وقت تعديه .

(١٤٠) [٥٨] وسئل رحمه الله من قصر عبد الكريم : عمن اكرت دابة إلى موضع فخرج بها ، ثم رجع وادعى أنها هلكت بالطريق بقرب عمارة ، هل يكلف البينة أنها ماتت كما يكلف ذلك لو ادعاها فى العمارة ، أو يصدق كما لو ماتت فى مفازة؟ وإذا قيل : يكلف البينة ، فامتنعت البينة من الوقوف [عليها] <sup>(٧)</sup> ، هل عليه أجرتهم أم لا ؟ وما حد القرب الذى يكلف ذلك فيه؟

(١) فى ح : الدار .

(٢) فى أ : له .

(٣) فى أ : استأجر راعيان .

(٤) فى أ : شيء .

(٥) فى أ : يحتاجون .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : على عينها .

فقال : إذا كان القرب بحيث لا يخفى على أهل العمارة هل ماتت هناك دابة أم لا ، لزمته البيعة ، لأن الأصل تصديقه لكونه أميناً ، وإنما يكلف البيعة إذا ادعى موتها في عمارة لأنه استظهار عليه .

فإذا لم يعلم ذلك أهل العمارة دل على كذبه ، ألا ترى أنها لا تلزم البيعة [معرفة] (١) صفتها بل يكتفى بقولهم : ماتت هناك دابة .

(١٤١) [٥٩] وسئل عليه السلام أيضاً : عن هذه المسألة .

**فأجاب** : قدس الله روحه بما نصه ، وكتب [بخطه] (٢) : أكرمكم الله ، المكتري أمين ، فهو محمول على الصدق فيما يذكره من الضياع ما لم يتبين كذبه ، فإن ادعى موت الدابة المكترة في عمارة أو قربها بحيث لا يخفى على أهل العمارة سئل عن ذلك أهل الموضع ، فإن لم يعرفه أهل الموضع وقالوا : لا نعرف هنا موت دابة - ولا يقبل إلا العدول - ضمن .

وإن شهدوا بموت دابة لم يضمن ، وهو على البراءة [من الضمان] (٣) حتى يثبت موجهه ، فعلى المكري الذي يريد تضمينه أن يأتي [بموجهه] (٤) من إثبات كذبه .

قلت : قال مالك عليه السلام في رسم «س» من سماع ابن القاسم من كتاب [كراء] (٥) الرواحل من «العتبية» في دابة اكرتها رجل إلى موضع ، ثم أتى فزعم أنها تلفت : إنه إن كان في جماعة [من المسلمين] (٦) كلف البيعة ، وإن كان وحده حلف ولا شيء عليه .

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : من خطه .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : بما يوجهه .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

ابن رشد : هذه مضى الكلام عليها مستوفى فى رسم «باع شاة» من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع ، [يعنى] (١) فبمن اشترى عبداً بخيار، فادعى أنه هلك فى حاضرة وحيث الناس ، وله جيران ولم يعلم أحد منهم ما ذكر من [موت] (٢) العبد والدابة ، أنه يضمن .

وإذا ادعى موته بفلاة ، لم يضمن .

فقوله : «وله جيران ولم يعلم أحد منهم [بما يذكر]» (٣) ، يدل على أن السلطان يستخبر ذلك من الجيران ولا يكلفه البينة عليه .

وفى رسم «ش» من كتاب الرواحل : أنه يكلف بينة عليه .

وفى «المدونة» دليل على القولين ، ولم يشترط هنا عدالة من يُسأل من الجيران، وقال فى «المدونة» : ولا يقبل فى ذلك إلا العدول .

ف قيل : ذلك [ليس] (٤) باختلاف قول ، وإن معنى ما هنا : إذا لم يكن فى الجيران عدول ، وما فى «المدونة» : إذا [كان فىهم عدول .

وقيل : إنه اختلاف قول ، وأنه ضامن على معنى ما فى «المدونة» إذا [ (٥) لم يأت بعدول وإن لم يكن فى ذلك الموضع عدول .

قال : والذى أقول به أنه لا اختلاف فى شيء من ذلك [كله] (٦) ، وأن [معناه] (٧) أن السلطان لا يلزمه أن يسأل ويستخبر عن ذلك إلا أن يشاء ، فإن سأل وفى الموضع عدول لم يسأل إلا العدول، فإن قالوا : نعلم موت ذلك العبد بعينه

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : الموت فى .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى ج : المعنى فيه .

الذى ادعى موته ، سقط عنه الضمان واليمين .

وإن قالوا : نعلم موت [العبد عنده أو شهدنا عنده جنازة] (١) ولا نعلم إن كان [ذلك العبد] (٢) الذى يدعى أم لا ، صدق بيمينه .

وإن قالوا : لا نعلم شيئاً مما يذكر ، لم يصدق [ولزمه الضمان] (٣) .

وإن لم يكن بالموضع عدول يُسألوا على ما هم عليه ، فإن قالوا له : لا نعلم شيئاً مما يذكر ، لم يصدق [ولزمه الضمان] (٤) .

وإن قالوا : نعلم موت العبد الذى ادعى موته ، أو [نعلم أنه مات ولا نعلم إن كان الذى يدعى موته أو ] (٥) غيره ، صدق فى الوجهين مع يمينه .

وإن لم يرد السلطان السؤال عن ذلك وكلفه إقامة البيعة ، فإن أتاه بعدول يشهدون على موت [العبد] (٦) الذى يدعى موته ، سقط عنه الضمان واليمين .

وإن شهدوا على معرفة الموت دون أن يعرفوا أنه هو [ذلك] (٧) ، صدق [فى موته] (٨) مع يمينه .

وإن أتاه [بيعة من جيرانه وهم غير ] (٩) عدول وليس فيهم عدول فشهدوا [بموت العبد] (١٠) أو بحضور جنازة عنده لا يعلمون إن كان العبد [ق/ ٧٨ أ] أو غيره ، صدق فى موته مع يمينه .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : وضمن .

(٤) فى أ : وضمن .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : العبد .

(٨) سقط من ج .

(٩) فى أ : بغير .

(١٠) فى أ : بموته .

وإن كان فيهم عدول لم يلتفت إلى من يشهد [عنده] (١) من [غير العدول] (٢) ،  
وإن لم يأتى بيينة على شيء من ذلك ، [لزمه الضمان] (٣) ولم يصدق .

وقوله : «وإن ادعى موته بفلاة لم يضمن» ، معناه : ويحلف .

قال : والأصل فى هذا أنه إذا لم تكن له بيينة عادلة على ما ادعى من موت  
العبد أو إباقة ، فهو مصدق مع يمينه ، إلا أن يتبين كذبه بدعواه ما لا يمكن أن يخفى  
دون أن يعلم ذلك ويدعى .

(١٤٢) [٦٠] وسئل عليه السلام : عن رجل استؤجر على توصيل دابة فأصابه المطر  
وغشيه الليل ، فبات فى دوار ، فربط الدابة مع دواب الناس أهل الدوار المسافرين ،  
فبات فى خباء وترك دابته مربوطة ، وبات المسافرون مع دوابهم ، فسرقت الدابة ، هل  
يضمن أم لا ؟

فقال : هذا ضامن لتفريطه إذ لم يبيت مع دابته كما بات المسافرون ، ولأنها  
العادة إذ يخاف من أصحاب الدوار .

قلت : فى رسم «طلق» من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة من  
«العتية» : قيل [لابن القاسم : فما الذى يضمن الأجير ؟  
قال : لا يضمن إلا ما ضيع أو فرط أو تعدى .

قيل [ (٤) له : بما ترى الضيعة ؟

قال : من الضيعة أن يترك ما وكل به ويذهب إلى غير ذلك حتى يذهب ما وكل  
به ، ونحو هذا من الضيعة ، وأما الرقاد يغلبه أو الغفلة [يغفلها] (٥) فليس هذا من  
الضيعة .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : غيرهم .

(٣) فى أ : ضمن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .



وفى [رسم «طلق»] (١) أيضاً [من هذا السماع] (٢) : سئل مالك عن بعث معه خادم يبلغها لموضع ويجعل له جعلاً ، فينام فى بعض الطريق فتأبى .

فقال : لا ضمان عليه ، و [يكون] (٣) له [من] (٤) الأجر بحسب ما بلغ .

[ابن رشد : معنى المسألة أنها إجارة ، ولذلك وجب له من الأجرة بحسب ما بلغ] (٥) ، لأن الجعل فى هذا لا يجور ، ولو كانت جعلاً لم يجب له مما سار شيء إلا على القول بأن الجعل الفاسد إذا فات يرد فيه لإجارة مثله .

وكذلك من استؤجر على تبليغ كتاب فسقط منه فى الطريق ، يكون له من أجرته بحساب ما سار ، ولو كان جعلاً لم يكن له فيما سار شيء .

فمعنى قوله فى المسألة : «ويجعل له جعلاً» ، أى يسمى له فى ذلك أجر .

وقوله : «ولا ضمان عليه فى إياها» ، صحيح لا اختلاف فيه ، لأن الأجير لا يضمن ما تلف مما استؤجر عليه إلا أن يضيع أو يفرط ، وهو محمول على غير التفريط [والتضييع] (٦) حتى يثبت عليه التفريط والتضييع ، فإن لم يثبت [ذلك] (٧) عليه فالقول قوله مع يمينه أنه ما ضيع ولا فرط .

وقوله : «يكون له الأجرة بحسب ما بلغ» ، فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : له الأجرة كاملة ، ماتت أو بقيت ، ويستعمله المستأجر فى مثل ما بقى من [الطريق] (٨) ، وهو قول ابن القاسم وأصبغ فى أول رسم من سماع أصبغ .

(١) فى أ : هذا الرسم .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

(٨) فى ج : التفريط .

والثانى : أنها تفسخ ماتت أو بقيت ، وله من الأجرة بقدر ما سار ، وهو قول ابن وهب فى أول رسم من سماع أصبغ ، وهو قول ابن القاسم وأصبغ [فى سماع أصبغ ] (١) من كتاب كراء الرواحل [والدواب] (٢) لقولها : «إن الإجارة تفسخ بتلف الشيء المستأجر على حمله وإن لم يكن للأجير فى تلفه سبب » ، فهو إذا كان له فيه سبب من نوم أو غفلة أخرى .

وثالثها : الفرق بين الموت والإباق ، يعنى : ففى الموت له الإجارة كاملة .

وفى الإباق بحساب ما سار ، وهو قول مالك فى أول رسم من سماع أصبغ [بعد هذا] (٣) ، وينبغى حمله على التفسير لقوله [فى هذه الرواية لأنه تكلم فيها على الإباق وسكت على الموت ] (٤) ، وهذه التفرقة نحو تفرقته فى «المدونة» بين تلف [الشيء ] (٥) المستأجر على حمله من قبل الله تعالى أو من قبل [ق/٧٨ح] ما عليه استحتمل ، إلا أنه قال : لا ضمان عليه ولا كراء له ، فهو قول رابع فى المسألة . أ . ه .

وفى رسم «طلق» أيضاً من هذا السماع [بعد المسألة بإثرها: وسئل مالك عن استؤجر أن ] (٦) يحرس بيتاً فينام ويسرق [البيت، أترى عليه ضماناً ؟ قال : لا] (٧) وله الأجرة ، كمن استؤجر أن يحرس نخلاً أو غنماً أو إبلاً، لا ضمان عليه وله أجرته .

ابن رشد : معناه : له أجرته كلها ، ويستعمله المستأجر بقية المدة فى مثل ما

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : هنا قال .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : بإثر هذه المسألة فيمن .

(٧) فى أ : منه لا ضمان عليه .

استأجره عليه ، ولا خلاف في هذا ، بخلاف المسألة التي قبلها ، لأن الاستئجار على الحمل بخلاف الاستئجار على الحراسة والرعى ، فلا يختلف في عدم انتقاض الإجارة بتلفها . أ . ه .

ابن يونس : عن ابن حبيب : لا يضمن الراعى إن نام فضاعت الغنم وإن كان نومه نهاراً في أيام النوم ، إلا أن يأتي من ذلك ما يستنكر [ويؤدى إلى] (١) الضيعة فيضمن ، أو يكون بموضع مخوف .

وفسر اللخمي رحمه الله هذا ، فقال : يضمن إذا خرج عن المعتاد في النوم كالشتاء أو في الصيف [أو] (٢) في أول النهار وآخره لا في القائلة ، إلا أن يطول فيضمن ، أو بموضع يخاف عليها لكثرة الوحش أو يرجع إلى منزله ويدعها .

قلت : في كتاب الغصب من « النوادر » : لو قلت : احرس لى ثيابى هذه أو طعامى أو دابتى حتى أرجس أو حتى أنام ، فقال : نعم ، فغلب عليه [النوم فسرق] (٣) لم يضمن .

قال : وهو ضامن في نوم النهار [ق/١٤٥ب] ، وأما [ في ] (٤) نوم الليل المعروف الذى لا بد منه فلا شيء عليه [ قال : ولو غلبه النوم في النهار حتى لا يقدر على دفعه ، فلا شيء عليه ] (٥) ، وسواء جعل له [ أجراً ] (٦) أم لا .

ولو قال : غلبنى النوم ولم أتهدأ له ، قبل قوله وحلف .

(١) في ج : ويدل على .

(٢) سقط من أ .

(٣) في (١) : نوم قصده .

(٤) سقط من (١) .

(٥) سقط من ( ج ) .

(٦) في ج : أمد .

## مسائل من الصلح والشركة والمغارة والقراض

(١٤٣) [١] وسئل رحمه الله: عن رجل خاصم قوماً في أرض بأيديهم فأنكروه، ثم تطوعوا له بأن يدفعوا له كل سنة ثمانية أو سق ما عاشوا، فإذا انقضى هؤلاء الذين تطوعوا له يسقط حقه ولم يكن له قبل عقبهم شيء، وأسقط الدعوى المذكورة؟

[فأجاب] (١): هذا صلح على الإنكار وإن كان ذكره باسم الطوع، فهو [إنما] (٢) أسقط دعواه على ذلك الذي التزموا له، وإذا ثبت أنه صلح وليس بطوع فقد أخذ عوضاً مجهولاً عن دعواه، وهذا لا يجوز، فيبطل الصلح ويرد ما قبض ويرجع إلى الدعوى.

قلت: قال عياض رحمه الله: الصلح على الإنكار المحض يعتبر فيه مالك ثلاثة أشياء:

ما يجوز على دعوى المدعى، وإنكار المنكر، وظاهر الحكم، فإذا صحت المعاوضة [المذكورة] (٣) على [الأوجه] (٤) الثلاثة صح الصلح. ومذهب ابن القاسم أنه يعتبر في كل واحد منهما على انفراد، فإذا صح [الصلح] (٥) على ذلك أمضاه ولم يلتفت [إلى] (٦) ما يوجب الحكم.

ثم حكى الخلاف في فسخه إذا كان يتوقع الفساد في حق أحدهما، كأن يدعى عليه [عشرة] (٧) دنانير فينكره، فيصالحه على مائة درهم إلى أجل، فإنه في حق المدعى لا يجوز، والمدعى عليه يقول: لا شيء له على فافتديت بما أعطيت من اليمين، فمالك وأصحابه يفسخونه، وأصبغ يرضيه.

(٢) في ح: أنه .

(٤) في أ: الوجوه .

(١) في (١): فقال .

(٣) سقط من أ .

(٥ - ٧) سقط من ج .

قال : واختلف في المكروه ، وهو أن يقع على [ وجه ] (١) ظاهره الفساد ، ولا يتحقق [ ذلك ] (٢) من جهة واحدة منهما .

فقال مطرف : يمضى .

وقال عبد الملك : يفسخ [ بالقرب ] (٣) ، ويضمن بالبعد .

ومثاله مسألة الكتاب في مدعى مائة درهم على رجل [ وهو ينكر ] (٤) ، فصالحه على خمسين منها إلى شهر أو على [ تأخير ] (٥) الجميع ، لأن كل واحد يقول : لاحرام فيما فعلت [ ق / ١٧٩ ] المدعى يقول : [ اخترت أو حططت وأخذت ] (٦) بغير عوض ، والمدعى عليه يقول : « افتديت من يمين وجبت على » .

وظاهره أن المدعى أسلف بتأخيره لنفع ، وهو خوف قلب اليمين [ عليه ] (٧) ، أو لثلا يحلف المدعى عليه [ له ] (٨) فيذهب ماله .

وكذا لو ادعى كل واحد منهما علي صاحبه حقاً ، فيؤخر كل واحد منهما صاحبه به ، لأن كل واحد [ منهما ] (٩) يقول : أنا محسن . وظاهره أن كل واحد منهما مسلف لصاحبه ليسلفه ، فمالك رعى الأصول الثلاثة التي قدمنا في مسألة الكتاب ، وشرط فيها [ أن يكون ] (١٠) مقرأ ، لأنه إذا أقر ثم أخره فهو محسن فاعل معروف ، فلم تبق تهمة في حقهما ، ودليل قوله إنه إن كان منكرًا لا يجوز ، وإلا فما فائدة قوله : « وإن كان مقرأ » ، وشرطه ذلك ، وهو نصب مالك في « العتية » وغيرها .

فأجازه ابن القاسم مع الإنكار على أصله المتقدم في مراعاة الصحة في كل واحد منهما على انفراده ، فالمنكر يقول : التزمت ما [ لا ] (١١) يلزمني دفعاً للخصام ويمين

(٢) سقط من أ .

(٤) في أ : وانكره .

(٦) في أ : أخذت أو جمعت أو أخرت .

(١٠) في أ : إذا كان .

(١) سقط من ج .

(٣) في أ : في القرب .

(٥) في ج : تاريخ .

(٧ - ٩) سقط من ج .

(١١) سقط من ج .

الدعوى ، والمدعى يقول : آخرته لثلا يجحدنى أو يرد على اليمين وهى تشق على ، وذلك جائز فلم [ أسلم النفع ] (١) .

قلت : قوله فى « العتبية » الذى أشار إليه هو فى رسم « البيوع » من سماع أشهب من كتاب المديان فيمن له على رجل عشرة دنائير بشاهد واحد ، فكره أن يحلف معه وأخره على أن يسقط عنه اليمين .

فقال مالك : ما ذلك بحسن .

ابن رشد : قول مالك هذا على أصله فى « المدونة » بدليل قوله فى كتاب الصلح منها فيمن ادعى على رجل مائة دينار ، فصالحه عنها على خمسين إلى أجل ، إن ذلك جائز إذا كان مقرراً ، لأن علة المنع عنده إذا أنكر إسقاط اليمين عنه على أن يؤخره ، إذ له ردها على المدعى ، فهو إنما أخره ليسقطها عنه ، خلاف قبول ابن القاسم إن ذلك يجوز وإن كان منكرًا ، وقوله أظهر لأن الأيمان إنما هى شرع [تعبد] (٢) الناس بالحكم [ فيها ] (٣) [ بالظاهر ] (٤) وهى غير واجبة فى الباطن ، إذ لو كشف لنا عن حقيقة الأمر لم تكن ثم أيمان ، فالمدعى يعلم [ أن ذلك ] (٥) محققًا أنه لا يمين عليه ، وإن قلب المدعى عليه اليمين ظلم منه له ، فلم [يكن التأخير واجب] (٦) عليه ، فالذى أقول به أن تأخير الحق عنه على أن يسقط عنه اليمين جائز إن كان المدعى عليه يعلم وجوب الحق عليه ، وغير جائز إن شك فيه ، لأن من حقه أن يحلفه إذا كان يشك فيما يدعيه قبله ، ولا يحل له ذلك إذا علم به . انتهى .

وفى رسم [ البيوع ] (٧) والصرف « من سماع أصبغ من هذا الكتاب أيضًا : من له على رجل حق فجحده فأراد إحلافه ، فقال [ له ] (٨) : لا تحلفنى وأخرنى سنة وأقر لك » ، فلا خير فيه ويفسخ ويرجعان إلى الخصومة .

(١) فى جـ : أسلف لنفع .

(٢) فى حـ : تعتبر .

(٣) فى أ : بها .

(٤) فى أ : فى الظاهر .

(٥) فى أ : إذا كان .

(٦) فى أ : يجب التأخير .

(٧) فى أ : البيع .

(٨) سقط من أ .

ابن رشد : هذا على [ أصل ] (١) مالك [ فى ] (٢) سماع أشهب [ فى رسم «اليوع» ] (٣) ، وعلى أصله فى « المدونة » [ وذكر ] (٤) مسألة كتاب الصلح .  
ابن عرفة : فقول ابن القاسم [ فى « المدونة » ] (٥) خلاف قوله فى سماع أصبغ هذا .

(١٤٤) [٢] وسئل عليه السلام : عن امرأة صالحها الورثة فى عقدة واحدة [ عن ] (٦)  
صداقها وميراثها ؟

فقال : المنصوص : لا يجوز ، وهى مركبة على مسألة كتاب الصلح ، والعلة [الجهل] (٧) بما يبقى من التركة بعد إخراج الصداق ، إذ لا ميراث إلا بعد أداء الدين .  
قال : ولكن لا بد من التفصيل ، فإن كان ما أخذت أكثر من مبلغ صداقها ، فسبح الصلح لأن الزائد عوض عن نصيبها من باقى التركة . وإن كان ما أخذت مقدار صداقها فأقل ، فكأنها أخذت صداقها [ أو بعضه ] (٨) وهبت ميراثها ، فلا إشكال فى الجواز .

قلت : مسألة كتاب الصلح التى أشار إليها الشيخ رحمه الله هى المسألة المشهورة ، وهى : « الزوجة يصلحها الولد » ، وفيها تفصيل معروف .  
وأشار أيضاً فى « التقييد » فى كلامه على المسألة إلى ذلك .

قال : وهو منصوص فى « الوثائق » ، قالوا : وإنما يجوز إذا انعقد الصلح على الكالىء ثم انعقد بعده على ميراثها .

ثم قال : ولا فرق عندى بين أن ينعقد على الكالىء والميراث فى عقد واحد ، أو ينعقد على الكالىء ثم [ بعده ] (٩) على الميراث ، لأنه مجهول حتى الآن إلا أن

---

(١) فى أ : مذهب .  
(٢) سقط من أ .  
(٣) سقط من ج .  
(٤) فى أ : المجهولة .  
(٥) سقط من أ .  
(٦) فى أ : على .  
(٧) فى ح : وذلك .  
(٨) فى ح : على .  
(٩) سقط من ج .  
(١٠) فى أ : على .

يخرج ماينوب [ ق / ١٤٦ ب ] الكالىء ، فحيثذ يصح . أ . هـ .

قلت : حكى أهل الوثائق المنع الذى ذكره عن أشهب ، ومثّل المسألة فى [ «الطرر» ] (١) بما إذا ترك الميت [ زوجة وعاصباً ، وترك ] (٢) داراً ، والكالىء عشرة مثاقيل ، فصالحها [ العاصب ] (٣) بخمسة عشر [ على الكالىء ] (٤) والميراث ، لأنها لا تعلم [ مبلغ ] (٥) ، ما يقع للعشرة من الدار ، فتصير قد باعت بخمسة مالم تعلم قدره .

وكذا العكس لو قال لها : خذى فى ميراثك وكالك ثلاثه أثمان الدار ، لم يجز أيضاً ، لأن الوارث باع بعشرة ما لم يعلم مبلغه ، إذ لم يعرف ما يقع للعشرة .

ابن عرفة : فصلح الوارث بقدر حظه [ من نصف ] (٦) ما أخذه واضح ، لأنه واهب لما سواه لخوف نزاع أو بزائد على [ ق / ٧٩ ج ] حظه فى غيره بالزائد ، فيعتبر البيع والصرف وتعجيل قبض ما معه ، وشرط بيع الدين بحضور المديان وإقراره ، فلو صلحت زوجة على دنائير من التركة قدر حظها فيها ، جاز اتفاقاً مطلقاً ، وعلى أكثر من حظها فيها فى كونه كذلك أو شرطه استيعابها كل دنائير التركة ، قولان لهما .

ولمحمد [ و ] (٧) عياض القطع بأن مذهب الكتاب ما أشار إليه شيوخنا من خلاف . محمد : ليس بظاهر .

وفى [ «الطرر» ] (٨) : الذى يفسد به صلح الورثة خمس علل :

« الجهل » ، ولذلك اشترطت المعرفة . « وفساد الصرف » ، ولذلك شرط أن لا يأخذ دراهم إلا عما لا يكون مثقالاً ، [ وكذلك لم يجز أن يعطوها ] (٩) من أموالهم

(٢) سقط من أ .

(٤) فى أ : عليه وعلى .

(٦) فى ج : عن صنف .

(٩) فى أ : ولا يجوز أن يملوا .

(١) فى أ : الطراز .

(٣) فى أ : الوارث .

(٥) سقط من ج .

(٧) فى أ : بن .

(٨) فى أ : الطراز .



دنانير ولا دراهم ، لأنه صرف مستأخر .

« وضع وتعجل » ، [ لأنه إذا أخذت ] (١) أقل مما يصير [ لها ] (٢) و [ كان ] (٣) في التركة ديون [ صارت كأنها وضعت من حقها وتعجلت ودين بدين بأن يصالحوها ] (٤) بشيء لا يتعجل قبضه وفيه ديون .

و « بيع طعام قبل قبض استيفائه » ، كأن يكون له طعام من مسلم ، فإذا سلم من هذا كله جاز الصلح ، وإلا لم يجز .

(١٤٥) [ ٣ ] وسئل رحمه الله : عن رجل ترك أرضه بيد أخيه لأمه على وجه الشركة في الغلة ، وغاب إلى الحجاز مدة طويلة ، ثم سمع أنه مات فقام بنو عمه [ يتزعمون ميراثهم من يد أخيه لأمه ، فنازعهم ثم اصطالحوا على أن اقتسموا ما ترك ، فأخذ الأخ للأم جزءً وأخذ بنو عمه ] (٥) جزءً على المصالحة ثم بقوا كذلك مدة ، وحيث ثبت بالسماع المستفيض موته وأنه كان مات قبل عقد الصلح المذكور ، فأراد بنو العم نقضه حين قسم وهم لا يحققون موته ، فهل يفسخ أم لا ؟

فقال : هذه كمسألة ابن حبيب قال في رجل عقد على امرأة النكاح وهو يعتقد أنها في عصمة رجل ، ثم بعد ذلك تبين أنه قد [ كان ] (٦) مات وانقضت العدة ، وحيث وقع العقد ، بل هذه أخرى لأنهم لو قسموا وهم يحققون حياته ثم تبين أنه قد كان مات ، فهي التي تكون [ وزانها ] (٧) ، وأما هنا فلم يقتسموا إلا بعد أن سمعوا موته فاعتقدوا أنه مات ، فوافق إن كان قد مات القسم ماضٍ لا إشكال فيه ، بخلاف من كانت تحت يده وديعه فباعها وهو يحقق حياة المودع ثم مات فورثه المودع ، أنه ينقض البيع ، لأنه حين باع كان حياً .

نعم لو باع وهو يعتقد حياته أو موته وتبين أنه قد كان مات قبل البيع لنفذ ،

(١) في أ : فإذا أخذ .

(٢) في أ : له .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : فقد وضع وتعجل ودين بدين كأن يصالح .

(٥) ، (٦) سقط من أ .

(٧) في أ : وراثتها .

فافترقا .

قلت : قول ابن حبيب هذا نقله صاحب « المقدمات » وشبهه به من سلم شاكاً في تمام صلاته ثم أيقن بعد [ تمامها ] (١) أن صلاته تامة .

وقال : وقيل : [ إن صلاته ] (٢) فاسدة [ ق / ٨٠ أ ] ، واستظهرة ، وعزاه اللخمي لسحنون في « المجموعة » و استحسنة .

قال : إلا أن يكون ممن يجهل أو يظن أن له إذا شك أن يسلم وتجزئه ، لأنه لم يقصد العبث في صلاته . أ . ه .

قلت : الأشبه بمسألة ابن حبيب [ مسألة ] (٣) من صلى ظاناً أنه محدث ثم تبين [ له ] (٤) أنه متطهر ، ومسألة من أداه الاجتهاد إلى جهة فصلى إلى غيرها ثم تبين أنه صلى إلى الكعبة، والمنصوص في [ المسألتين ] (٥) بطلان الصلاة لعدم [تصميم] (٦) المصلى على العبادة .

ومن معنى مسألة المسلم شاكاً في التمام من شك في الإحرام أو في الطهارة وهو في الصلاة ، أو تعمد زيادة ركعة أو سهى في زيادتها ثم تبين عدم الزيادة أو فساد الأولى ، أو سلم من اثنتين ساهياً وصلى ما بقى بنية النافلة ثم تبين الصواب ، والخلاف في ذلك كله .

ولهذا المعنى نظائر كمسألة أول رسم من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن مرت [ به ] (٧) امرأة [ في الظلام ] (٨) فوضع يده عليها وهو يرى أنها امرأته، فقال : « أنت طالق إن وطئتك الليلة » ، فإذا هي غيرها ، أو وطئها قبل أن يعلم ، فإنه لا شيء عليه ، لأنه وطئ غير امرأته ، وتعارضها المسألة الثانية في رسم « أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق .

(٢) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٦) في ح : تصحيح .

(٨) في ح : بالظلام .

(١) في أ : سلامه تمامه .

(٣) سقط من ج .

(٥) في ج : المسألة .

(٧) سقط من ج .

ابن رشد : قولان في هذا المعنى قائمان من مسألة مرزوق وناصح وكمسألة «نوازل ابن الحاج» فيمن أفطر في يوم ثلاثين من رمضان عامداً ثم [جاءت البيئة] (١) أنه يوم الفطر ، هل عليه كفارة - وهو قول ابن الحاج - أولاً - وهو قول غيره .

وكمسألة كتاب الأيمان والنذور فيمن حلف بالله ما لقي فلاناً أمس ، وهو لا يدري ألقية أم لا ، ثم علم أنه كما حلف ، فقال : قد برّ وخاطر .

عياض : معناه ، وافق البر لأن الإثم ساقط عنه ، وهو قول غير واحد من الشيوخ ، لكن ليس إثم الحالف على الشك [كإثم] (٢) الحالف على [الغموس] (٣) ، وليس وجود ما حلف عليه بعد الشك كما حلف ، فالذي يزيل عنه إثم الجرءة لا في التعمد ولا في الشك .

وفهم بعضهم معناه على سقوط الإثم ، [ولا يصح] (٤) إلا على ما قلناه ، وهذه المسألة - [مسألة] (٥) كتاب الأيمان والنذور - أقرب [شيئاً بمسألة] (٦) من شرب مباحاً ظاناً أنه خمر ، فإنه لا يحد وتسقط عدالته ، قاله عز الدين ابن عبد السلام رحمه الله .

ومن هذا ما أخذه بعضهم من مسألة كتاب الأيمان والنذور أيضاً فيمن حلف [بالطلاق] (٧) ماله مال ، وله مال غائب لم يعلم به ، حنث . إن من قال [ق / ١٤٧ب] عبدى فلان حر ، ثم انكشف [الأمر] (٨) أنه ورثه قبل قوله ذلك ، فإنه يعتق عليه ، لأنه كما حنثه باعتبار ما في نفس الأمر في غير المعلوم ، فكذا يعتق عليه بما في نفس الأمر .

(١٤٦) [٤] وسئل عليه السلام : عمن مات وترك عاصبين وبناتاً وعاصباً أسيراً ، فقام العاصبان الحاضران على البنات في التركة ، فاصطلحت معهما على ثمانين ديناراً

(٢) في ح : كمثل .

(٤) سقط من أ .

(٦) في أ : شيء به .

(١) في أ : جاء الثبت .

(٣) في أ : القصد عامداً .

(٥) في أ : كمسألة .

(٧ ، ٨) سقط من ج .

وأشهدت عليهما أنهما سلما في حظهما ، ولم يبين فى رسم الإشهاد هل حظهما النصف أو الثلث ، ثم قام محتسب بحق الغائب فصالحته على ذلك ستة دنائير ونصف ذهباً ، ثم قام أحد الحاضرين فقال لها : كيف نصالح فى حق الغائب بهذا ولم تعطنى أنا إلا أربعين ديناراً وحظى مثل حظها ؟! فأعطته نصف دينار آخر وسكت عنها ، ثم تبين أن الغائب كان مات قبل الموروث وأن لا عاصب إلا الحاضران فقط فطلبنا نقض الصلح ، فقالت البنت : كنت عالمة حين صالحتكما أنه قد كان مات وإنما صالحتكما على جميع النصف الذى لكما ، ولم تقدر على إثبات ذلك ؟

فقال [ الشيخ ] (١) : صلحهما الظاهر أنه على الثلث خاصة وأنهما اعتبرا حق الغائب ، [ يدل عليه طلب أحدهما إياها وأخذه للنصف دينار ، أو حجته عليها بإيقاف حق الغائب ] (٢) ، فالصلح فى حقهما نافذ ويرجعان إلى ما أوقف للغائب ، فإن رضيا به وإلا نظرت ، فإن كان الصلح على الإقرار ، خيرا بين الرضى به أو أخذ حظهما وهو السدس الباقى مما أقرت به .

وإن كان على الإنكار ، خيرا بين أخذ ما أوقف أورده ورجعا للحجة وردت من [ صلحه ] (٣) .

قلت : لمطرف فى « أحكام ابن حبيب » فى رجل أتى إلى رجل لأبيه عليه دعوى ، فقال : إن أبى وكلنى على مصالحتك ، فصالحه والأب غائب ، فذهب إليه ليوثق [ الحق ] (٤) فألفياه ميتاً ، فرجع أحدهما على الصلح ، أنه إن كانت الوكالة بيينة لزم الابن الصلح وجميع الورثة ، وإن لم يثبت الوكالة خير الورثة غير الابن المصالح الذى ادعى الوكالة فى إمضائه ورده .

وحكى ابن حبيب أيضاً عنه وعن ابن الماجشون وأصبخ فى القوم يصطلحون فى موارث بينهم وبعضهم غيب ، فيضمن الحاضر رضى الغائب إن كره الصلح أو ادعى شيئاً ، إن هذا لا يجوز ويفسخ .

(١) سقط من أ .

(٤) فى أ : الصلح .

(١) سقط من ج .

(٣) فى ح : طنجة .

(١٤٧) [٥] وسئل رحمه الله : عن رجل اشترى نصف دويرة نخل ، فبقيت الدويرة كلها بيد المشتري نحو ستة أعوام يخدمها المشتري ويقتسمان الغلة أنصافاً ، ثم إن الدويرة نقصت عما كانت عليه ، ثم إن البائع قام على المشتري وقال له : « وقع البيع بيننا فاسداً ، لأنى كنت اشترطت عليك الخدمة لجميع الدويرة ، ولم تضرب لمقدار الخدمة أجلاً » ، فخاف المشتري من ذلك وصالحه على شيء دفعه له ، ثم بعد مدة سأل فقيل له : لا تخف منه ، فإن صح الشرط وثبت فساد البيع فقد فات ، لأنه يفوت بحوالة الأسواق التى تكون أدنى مدة ، فكيف بستة أعوام؟! وإن لم يثبت الشرط صح البيع فلا يتفسخ ، فأراد الرجوع فيما صالح به ، فهل يبطل [ ق / ٨٠ جـ ] الصلح أم لا ؟

فقال : هذه مسألة القاتل خطأ يظن لزوم الدية ، فيدفعها ثم يعرف أنها لا تلزمه ، أو من عوض عن صدقة ظن أنه يلزمه ثم تبين أن ذلك لا يلزمه ، وإن وجد [دفع] (١) بعينه أخذه وإلا مضى ، لأنه سقط عليه ، وهذا إن وجد عين ما صالح وإلا فقد سلطه عليه .

قلت : مسألة القاتل خطأ يظن لزوم الدية ، نصفها فى كتاب الصلح من «التهذيب» : والقاتل خطأ إذا صالح الأولياء على مال نجموه عليه ، فدفع إليهم نجماً ثم قال : ظننت أن الدية تلزمنى ، فذلك له وتوضع عنه ، ويتبعون العاقلة بالدية ، ويردون إليه ما قبضوا منه إذا كان يجهل ذلك .

ابن يونس : قال جماعة من أصحابنا : وعليه اليمين أنه ظن أن الدية تلزمه .

قالوا : وينظر فيما دفع فى الصلح ، فإن كان قائماً أخذه .

وإن فات ، فإن كان هو الطالب للصلح فلا شيء له قبلهم ، وإن كان مطلوباً به رجع عليهم بمثل ما دفع أو بقيمته إن كان معلوماً . أ هـ .

[ ودل ] (٢) قوله فيما إذا كان يجهل ذلك أنه لو كان فقيهاً عالماً [ بحاله وعلمه ] (٣) فى ذلك ، لمضى الصلح .

(١) سقط من جـ .

(٢) فى ١ : فدل .

(٣) فى ١ : بماله وعليه .

وصرح عياض رحمه الله بذلك . قال : قبض ذلك منه أم لا ، لأنه لزم نفسه ما لا يلزمه .

الشيخ : فيقوم من هنا أن من ادعى الجهل فيما الغالب أن جنسه يجهل ، أنه يصدق .

وفى « المدونة » : لو أقر رجل بقتل خطأ ولم تقم بيته ، فصالح الأولياء على مال قبل أن تلزم الدية العاقلة بقسامته ، وظن أن ذلك يلزمه ، فالصالح جائز لازم .

ابن يونس : جهل صلحه كحكم حاكم عليه بالدية فى ماله ، فلا ينقض للاختلاف فيه ، قاله بعض القرويين . أ . هـ .

ويلزمه ذلك بالعقد عند أبي عمران .

وقال ابن محرز : لا يلزمه إلا بالدفع والقبض ، حكاه عياض عنهما .

قال : فجعل ابن محرز القبض فيه أثراً قوياً كالحكم به إذا دفعه تطوعاً .

قال : وإن للقبض على وجه التأويل [ تأثيراً ] (١) فيما اختلف فيه كالدخول [ق/ ١٨١] فى الأثكحة المختلف فيها وقبض البيوعات المكروهة عنده المختلف فيها . أ . هـ .

وأقيم من هذه المسألة أن من التزم ما لا يلزمه علي قول أنه لا رجوع له إلى غيره .

وفى « نوازل أصبغ » من شهادة « العتبية » فيمن شهد لابنه وأخيه بحق على رجل ، فدفع الحق من قبل نفسه بغير حكم حاكم ، ثم قال : ظننت أن شهادة الأب جائزة إذا شهد لأجنبى وابنه ثم أخبرت أن شهادته لا تجوز ، فأنا أرجع .

قال : لا رجوع له ، وأراه كالمنفق على مطلقة قبل تبين حملها ، وقال : ظننت أن ذلك يلزمنى ، فلا رجوع له إن أنفست الحمل .

وكذا إن شهد شاهد بحق فدفعه بغير يمين ، ثم أتى [ بعد ] (٢) يتبعه يمين ، وقال : [ لا ] (٣) أظن أن لى عليه يميناً فأنا أريد أن يحلف لى ، وهذا أبعد ألا يكون له قول .

ابن رشد : إنما [ق/ ١٤٨ب] لم يكن له رجوع إذا دفع بشهادة الأب ، لأنه حمل عليه أنه علم أن ذلك لا يلزمه ولم يصدقه فيما ادعى من ظنه لزوم ذلك له .

(٢) سقط من جم .

(١) فى حد : تأويلاً .

(٣) فى ١ : لم .

وقيل : إنه يصدق في ذلك إذا كان ممن يشبه أن يجهل مثله ، وهو الذى على ما فى كتاب الصلح فيمن صالح عن دم خطأ وهو يظن لزوم الدية .

وعلى ما فى كتاب الشفعة [ على ] (١) الميثب على الصدقة لظنه لزوم الثواب له ، وكذا اليمين إذا تطوع بتركها ، فلا رجوع له فيها ، لأنه لا يصدق فيما ادعى من ظنه أنه [ ليس ] (٢) له عليه يمين ، ويدخله الخلاف الذى فى الدافع بشهادة الأب .

[وسأل عياض ابن رشد عن ماء عليه جنات وأرحى ، ولم تزل الأرحى تطحن به والجنات تسقى منه إلى أن وقع بين الفريقين تشاح منذ عشرين سنة ، فتصالحوا على أيام معلومة تكون لأصحاب الجنة أيام شهور السقى المعلومة ، وسائر ذلك لأصحاب الأرحى ، وعقدوا عقداً بينهم يتضمن قطع الحقوق لبعضهم عن بعض فى غير ما تصالحوا عليه ، ثم إنه يحترث فى بعض السنين إذا كان جذب وقحط حاجة بالجنات إلى سقى فى غير الشهور المعروفة ، فقام أصحاب الجنات بذلك فادعوا أن الصلح إنما كان على العادة ، وكيف يحكم من لم يرضى الصلح ولا انعقد عليه منهم ، فلما قام قال له أصحاب الأرحى : قد جريت على عادة الصلح هذه المدة ، فهو رضى منك بما صالح أشراكك وجيرانك ، وكيف إن شهد أن الجنات إن لم تسق هذه الضرورات هلكت ؟

فأجاب : إذا كان الماء غير متملك فمن حق أصحاب الجنة أن يبدؤا بالسقى على أصحاب الأرحى على ما يدل عليه ما جاء عن النبى ﷺ نهرور ومرينيب ، فالصلح الواقع فيه بينهم هو رضى عن أصحاب الجنة بترك بعض حقوقهم من السقى ، فيحلفون أنهم إنما رضوا بما أشهدوا به على أنفسهم من ذلك ما لم ينقص الماء عما هو عليه انتقاصاً يضرهم فيما يحتاجون إليه من سقى جناتهم ، فإذا حلفوا فهم على حقهم فى التبذئة بالسقى على أصحاب الأرحى .

وإن نكلوا لزمهم ما أشهدوا به على أنفسهم ، ومن لم يحضر منهم فهو على حقه فى السقى دون يمين تلزمه .

(٢) فى أ : لم يكن .

(١) فى أ : وفى .

وذكر محمد بن عياض في كتابه الذي جمع فيه نوازل أبيه المسألة ، قال فيها جواب ثان عليها ، نصه : وإذا كان الأمر كما ذكرته فإن كل من أشهد على نفسه بالصلح المذكور وعلم منه الرضى به ، فإنه يلزمه .

وأما من كان غائباً أو سفيهاً تحت ولاية ، فلا يلزمه ، قاله محمد بن إسماعيل<sup>(١)</sup> .

(١٤٨) [٦] وسئل رحمه الله : عمن حرث مع آخر أرضاً مدة من خمسة أعوام ، فمات مالك الأرض وكان له أخ ، فاستظهر الذي كان يحرثها برسم أنه اشتراها من الميت ، فقال القائم : لم أعلم بشرائك وظننت أنك تحرث على الشركة ، وطلب الشفعة في المبيع بحكم الشيع ، لأن له أرضاً معه زعم أنها شائعة وكتمتها ، فقال القائم : قسمنا قسمة محارثة ، ثم اصطالحنا على أن يكون للقائم الخمس ، فلما تم الصلح بينهما وجد المشتري بينة أنهما اقتسما ولكن لم تبين قسمة أصل أو قسمة منافع ، وأراد المشتري نقض الصلح بهذا ؟

فقال : أما الصلح فلا سبيل إلى نقضه ، لأن الصلح على الإقرار أو على السكوت بالإقرار ، والإنكار ماضٍ .

وأما الشهادة ، فإن طال الزمان وهو يغتفل فقسمة كانت عاملة في قسمة الرقاب ، مثل دعوى الشراء .

وإن لم يطل ، فحملها على قسمة المنافع .

قلت : لمطرف وأصبح في كتاب ابن حبيب رحمهم الله فيمن ضاع له ذكر حق فيه بينة ، فقال له غريمه حركك حق فات بالصك فامحه وخذ حركك ، فقال له : قد ضاع وأنا أصالحك ، فيفعل ثم يجد ذكر الحق : إنه لا رجوع له .

ابن يونس : لأن غريمه مقر به وإنما طلبه بإحضاره لمحو ما فيه ، فقد رضى بإسقاطه واستعجال ما صالحه عليه ، [ وانظر لو أنك القسمة رأساً القائم هنا ، هل



يتنقض الصلح أم لا ؟ [ (١) ] .

(١٤٩) [٧] وسئل من قاضى سلان رحمهما الله وحرسها : عن مسألة رجل ادعى أنه اصطلاح مع رجل آخر فى شىء كانا يتنازعا فىه بشىء معلوم ، وأما المدعى بينة شهدت بأنهما لما تنازعا دخل بينهما ناس بالصلح ورغبوا المدعى بالصلح بشىء ، ثم حلف ألا يصالح بذلك ، فرغبوه بشىء آخر فرضى ووكل على قبضه ، والمدعى عليه ساكت لم يسمع منه رد ولا قبول إلى أن افترقا ، فهل الشهادة عاملة ويعد سكوته فى ذلك رضى منه بالصلح ، أم لا بد من الإفصاح بالرضى بذلك فلا تكون الشهادة عاملة ؟ جوابكم مشكورين مأجورين والله ببيحكم للعلم ترفعون مناره وتحيون آثاره ، والسلام .

**فأجاب :** أكرمكم الله ، إذا كان الأمر كما ذكرتم فالصلح المذكور لازم للمدعى عليه لسكوته على إنكاره حين عقد عليه حتى افترقا من المجلس ، ويعد سكوته رضى به كالتصريح باللفظ على المنصوص فى غير موضع أن من يبيع عليه شيئه وهو حاضر المجلس فلم ينكر حتى افترقا منه ، أن البيع يلزمه .

نعم لو أنكر حين فهم العقد عليه لم يلزمه البيع ولا يمين تلزمه ، ولو سكت حتى عقد البيع ثم أنكر بالفور قبل افتراق المجلس لزمه اليمين أنه لم يرضى به ، ولم يلزمه البيع .

فهى ثلاثة أوجه ، ولا فرق بين من اشترى عليه شىء غيره أو يبيع عليه شيئه فيما ذكرنا أن [ ق / ٨١ ج ] المتبايعين كلاهما بائع ومبتاع ، فمُخرج السلعة بائع لها ومبتاع لثمنها ، ومُخرج الثمن بائع له ومبتاع لثمنه ، ومسألتكم وإن كانت فى الصلح [ ق / ١٤٩ ب ] فالصلح يبيع من البيوع ، كان على الإقرار أو الإنكار ، لأنه إن كان على الإقرار فالثمن عوض المدعى فيه .

وإن كان على الإنكار فالثمن عوض إسقاط الدعوى .

فإذا عرفتم أن الصلح يبيع من البيوع ، وعرفتم أن من يبيع عليه شيئه أو ابتاع عليه

شئ غيره وهو حاضر المجلس فلم ينكر حتى افترقا منه ، أن ذلك يلزمه عندهم ، إن الصلح المذكور لازم للمدعى عليه حسبما تقدم ، وبالله التوفيق ، وكتب على بن محمد بن عبد الحق الزرويلي ، والسلام .

قلت : هذه من غرر أجوبة الشيخ رحمه الله ، وهذه الأجوبة التي ذكر قد قررها صاحب « البيان » رحمه الله بتكرار في كتاب الاستحقاق وغيره ، وتأمل مسألة كتاب النكاح الأول فيمن زوج ابنه وهو حاضر ساكت ، وتقسيم عبد الحق واللخمي ، وانظر أول مسألة من سماع سحنون من كتاب جامع البيوع .

وقوله رحمه الله : « لأن المتبايعين كلاهما بائع ومبتاع » ، دليله الحديث « البائعان بالخيار » .

وقال : [الهروي] (١) : هما البائع والمشتري ، يقال لكل واحد منهما بيع وبائع .

(١٥٠) [٨] وسئل رحمه الله : عن رجل اغتال أرضاً مدة فضاغ له عقد شرائها ،

فقام البائع وقال : لم أبع ، فصالحه المشتري بشيء دفعه له ، ثم وجد عقد الشراء ؟

قال : يرجع عليه ، بدليل من وجد بينة بعد الحكم .

قلت : في [ سماع ابن القاسم من ] (٢) رسم « أخذ يشرب خمرًا » من [ سماع

ابن القاسم من ] (٣) كتاب المديان [ والتفليس ] (٤) فيمن له على رجل ذكر حق

بمائتين ، فضاغ وجحدته مائة [ وصالحه ] (٥) على أن يزيده على المائة ويحط عنه من

المائتين ، ثم وجد ذكر حق .

[ قال ] (٦) : إذا عرف هذا من قوله غرم له بقية حقه .

ابن رشد : قوله : « إذا عرف هذا من قوله » قبل الصلح أن له ذكر حق قد

ضاغ ولا يعرف شهوده ، يدل أنه إن لم يعرف ذلك من قوله فلا قيام له في نقض

(١) في أ : الهروي .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فصالحه .

(٦) سقط من أ .

الصلح ، وهو خلاف ما فى كتاب الصلح من « المدونة » : إذا صلحه ولا يعرف أن له بينة ، فله القيام عليه ببقية حقه إذا وجد بينة ، مثل ما فى كتاب الجدار لمالك : إذا صلحه جاهلاً [ بيئته ] (١) ، أنه لا حق له .

ويحتمل أن يكون معنى قوله إذا عرف هذا من قوله رجع ببقية حقه دون يمين ، وإن لم يعرف ذلك من قوله لم يرجع عليه إلا بعد يمينه أنه إنما صلحه وصكه قد ضاع ولا يعرف شهوده ، فلا يكون خلاف ما فى المدونة » ، بل هو مفسر له فى إيجاب اليمين .

وقد فرق فى كتاب الجدار بين المسألتين ، فيتحصل فى صحة قيامه [ ق / ٨٢ أ ] بالبينة وبذكر الحق ثلاثة أقوال ، ثالثها : يرجع عليه بذكر حقه لا بينة لم يكن علم بها .

[ ويحتمل أن يقال فى هذه الرواية على ظاهرها : إنها ليست بخلاف لما فى « المدونة » وإنما فرق بين المسألتين .

فيأتى على هذا - وهو تأويل ظاهر المسألة - قول رابع : وهى التفرقة بعكس ما فى كتاب الجدار [ (٢) ، ولا خلاف أنه إذا صلحه ثم أقر له أن له الرجوع عليه ، واختلف إذا كانت بعيدة الغيبة فاستحلفه وصلحه فلما قدمت أراد القيام بها [ عليه ] (٣) .

وثالثها : وهو مذهب « المدونة » ، ذلك إذا استحلفه إلا إذا صلحه .

ابن يونس : روى أصبغ عن ابن القاسم : إن بعدت غيبة البينة جداً فأشهد أنه إنما يصلحه لذلك ، فله القيام بها . ابن يونس : ينبغى ألا يختلف فى هذا إذا أعلن بالشهادة ، كقوله للحاكم : بيتى بعيدة الغيبة فأحلفه لى فإن قدمت فمت بها ، فيحلف له وله القيام بيئته .

وإن لم يشهد على الغريم بذلك وإنما أشهد به سرًا ، أو صلحه ولم يعلم بيئته

(١) فى أ : سنة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

ثم علم ، أو صالح عالمًا بها ، ففي صحة قيامه بها قولان .

قلت : مذهب «المدونة» كما تقدم لا يد أنه إذا صالح ولم يعلم بيئته ثم علم بها ، إن له القيام لا إن صالح عالمًا بها ، ونصها : [ قلت ] <sup>(١)</sup> فمن ادعى قبل رجل مالا أو دارًا فأنكره ، فصالحه [ من ذلك ] <sup>(٢)</sup> على شيء أخذه ، ثم وجد بيته ، فإن كان الطالب عالمًا بالبيته فلا قيام له .

ولو كانت بيته غائبة فخاف موتهم أو إعدام الغريم قبل قدومهم فلا حجة له بذلك ولو شاء تربص ، وإن لم يعلم بالبيته فله القيام بيقية حقه ، فهذا يدل على مسألتكم .

عبد الحق : بعض الأندلسيين : معنى ما ذهب إليه ابن القاسم فيمن صالح على الإنكار ، ثم إنه أقر أنه إن كان الطالب صالح وهو يعلم أن له بيته أن الصلح تام ، ولا يتقض بإقرار المقر .

قلت : وعزاه المتيطى لمحمد وابن أبي أويس .

عبد الحق : وقال بعض شيوخنا من القرويين : إنما شبهها [ ابن القاسم ] <sup>(٣)</sup> بمسألة الذي يقسم بيته وهو يعلم بها أو لا يعلم ، فجعل إقرار المطلوب بعد الصلح مثل ما إذا لم يعلم بالبيته ، فلما كان له القيام بها كذلك إذا أقر له المطلوب يقوم عليه إن شاء .

المتيطى : إذا ذكر في الصلح إسقاط [ البيته ] <sup>(٤)</sup> ، فلا قيام له بها ولو لم يكن علمها .

وإن لم يذكر فيه فله القيام بما لم يعلمه حين الصلح بعد حلفه ما كان عالمًا بها ، وحلفه هذا إنما يكون بعد قبولها ، لأنه لو حلف قبله ثم ردت لم يستفح بحلفه ، إلا أن يكون في الخصام تطويل وتعينت للمطلوب بحيث يدفعه على شغله إلى مجلس الأداء للشهادة على عينه ، فالقياس الخلاف الطالب أنه لم يعلم بشهوده ، وكذا يمكن

(٢) في أ : المدعى .

(٤) في أ : البيئات .

(١) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

من أتعب خصمه ، وقاله غير واحد من الموثقين .

ابن سهل : من قام على رجل وقال : الزرع الذى بكذا بيننا سواء ؛ تشاركنا فى زراعته الدواب والبقر التى بها تولينا الزراعة كانت بيننا ، فأنكره وقال : لاحق لك فيه وإنما هو زرعى ، فحلف له وانعقد بينهما كتاب فى آخر من أشهده كل واحد منهما أنه لم يبق له قبل صاحبه دعوى ولا تباعة ولا يمين ولا علاقة بوجه من الوجوه كلها قديمها وحديثها [ق/ ١٥٠ ب ] ، ثم أتى المدعى بيينة أن ذلك المطلوب أقر عندهم المرة بعد المرة أن البقر والزرع بالموضع المذكور الذى زرعه سنة كذا مشترك بينهما ، فأفتى ابن عتاب بأن المسألة مختلف فيها .

وإن رواية ابن القاسم عن مالك أنه إذا حلف المدعى المدعى عليه وهو عالم بيئته ، لا قيام له بها بعد ذلك .

وإن أحلفه وهو لا يعلم بها ، فله القيام بها ، والقول لصاحب الحق أنه لم يعلم بها مع يمينه .

قال : وبهذه الرواية أقول ، فيحلف هذا القائم بالله ما أعرف شهوده حين إحلافه فلائاً ، فإذا حلف حكم له بما شهد به .

قال : ولا يضره إشهدهما على أنفسهما أنه [ لم يبق ] (١) لواحد منهما قبل صاحبه دعوى ولا تباعة ولا يمين ولا علاقة بوجه من الوجوه قديمها ولا حديثها ، لأن ظاهر هذا الإشهاد لم يقصد فيه إلا إسقاط البيئات .

(١٥١) [٩] وسئل رحمه الله : عن رجل ادعى حقاً فى موضع فى يد رجل فشهدت له بيينة ، ثم إن القائم استحفظ بيئته أنه عقد مع الذى بيده الملك فى ذلك الحق بيعاً ، فأعما يفعله ليقر له بحقه لكونه جرده ومنعه حقه ، ثم إن الذى بيده الملك اعترف بالحق وعقد معه فيه البيع وقبض ثمنه ، ثم قام ينقض البيع ، فهل ينفذ الاستحفاظ مع أنه شهد له بيينة وهو ممكن من أن يحكم له بها ، أو لا ينفذ ويتم البيع ؟

**فأجاب :** لا مقال للبائع فى نقض البيع الذى عقده فى النصيب المذكور لمن هو بيده بعد أن شهدت البيئنة بصحة تملكه له ويعد اعترافاً حائزه مشتريه بذلك أيضاً ، واستحفاظ القائم البيئنة بأنه متى باعه فإنما يبيعه من أجل جحوده ، لم يصادف محلاً لارتفاع المجحود بالإقرار وأن البيئنة شهدت بصحة الملك ، والسلام .

قلت : قال ابن فتحون والمتيطى : لا يتنفع بالاسترعاء إلا مع ثبوت إنكار المطلوب ورجوعه فى الصلح إلى الإقرار ، فإن ثبت إنكاره وتمادى عليه حتى صالح لم يتنفع المسترعى بالاسترعاء ، كما تقول العوام : إن صلح المنكر يشبت حق الطالب ، وهو جهل منهم ، وإنما له القيام بيئنة تعرف حقه قبل المطلوب إن وجدها بعد الصلح ولم يكن عرفها قبل الصلح .

(١٥٢) [١٠] وسئل عليه السلام : عن رجل دفع له رجل برأ [ ليبيعه ] (١) فباعه ، ثم طلبه الرجل الدافع بثمنه ، فقال له : لا شيء لك قبلى ، فأنكره ثم أقر ، وادعى أنه [ ق/ ٨٢ ح ] دفع الثمن له ، وأتى على ذلك بيئنة واستظهر بيئنة كان استحفظها قبل إنكاره أنه إنما ينكر خوف أن ينكره هو فى قبض الثمن ، ما الحكم [ فى ذلك ] (٢) ؟

فقال : العمل كله أن من أقر بعد أن أنكر لا ينفعه ما استظهر به من البراءة ، إلا أن هذا لما أتى بالبيئنة التى استحفظ فكأنه رجع إلى شبهة ، مثل من كانت بيئته غائبة فخاف السجن ، وما فى معناه ، فيتنفع بذلك .

قلت : فى « الطرر » عن أصبغ فى « الموازية » فىمن اتهم رجلاً بسرقة ، فأقر له فى الطريق أو صالحه على إنكاره ، ثم نزع عن صلحه وعن إقراره وقال : إنما خفت السلطان ، لم يلزمه ذلك إذا كان سلطاناً عادياً تخاف بواده ، وإن كان مأموراً لزمه .

وفى كتاب ابن سحنون : لا يرجع عليه بشيء ، لأن الناس لا يتداعون إلى السلطان إلا أن يعلم أن للمدعى ناحية من السلطان وأنه عن يطاوعه ، فينظر السلطان فى ذلك باجتهاده . أ . ه .

واعلم أن من استرعى فى شيء تطوع به كالعنتق والحبس ، نفعه استرعائه

(٢) سقط من ج .

(١) من أ : ليتولى بيعه .

وصدق في يمينه ، ولا ينفعه فيما يخرج على عوض كالبيع ونحوه إلا بيئته على السبب .

وفي « الطرر » : [ إن ] (١) الموثق [ ق / ٨٣ أ ] إذا ذكر في استرعائه أنه إن قطع عن نفسه الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء إلى أقصى تناهيه ، فإنما يفعله للضرورة إلى ذلك وأنه غير قاطع [ لشيء من ذلك كله راجع في حقه ، فله ذلك ولا يضره ما شهد به من قطع ] (٢) ذلك كله . أ . هـ .

[ وإن ] (٣) تقييد عليه أنه لم يودع شهادة استرعاء ، فمتى قامت له بيئته بذلك فهي كاذبة .

فقال ابن رشد : لم أر في ذلك نصاً ، وكثير ما يكتب عندنا بقفصة ومقتضى النهي أنه لا قيام له بذلك .

## انتهى الجزء الأول ويليه الجزء الثاني

(٢) سقط من أ .

(١) في أ : عن .

(٣) في أ : فإن .

## فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

٢٢	..... مسائل من الطهارة والصلاة
٣٥	..... مسائل من الذبائح والأيمان
٧٦	..... مسائل من النكاح
١٧٥	..... مسائل من الرضاع
١٧٧	..... مسائل من الطلاق والخلع والعدة والحضانة والنفقة
٢٧٩	..... مسائل من البيوع والإجازات ونحوها
٤٤٤	..... مسائل من الصلح والشركة والمغارسة والقراض



# الدُّبُّ الثَّيْبِيُّ

عَلَى أَجُوبَةِ أَبِي الْحَسَنِ الصَّغِيرِ

تأليف  
إبراهيم بن محمد السجلماسي  
رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى  
(ت / ١٠٤٥هـ)

اعتقابه  
أبو الفضل الديرمياطي  
أحمد بن علي  
عَفَا اللهُ عَنْهُ

الجزء الثاني

دار ابن خزيمة

مركز التراث والثقافة العربي  
الدار البيضاء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حُقوقُ الطَّبَعِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

ISBN 978-614-416-162-3



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار  
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : [ibnhazim@cyberia.net.lb](mailto:ibnhazim@cyberia.net.lb)

الموقع الإلكتروني : [www.daribnhazm.com](http://www.daribnhazm.com)

## ( مسائل من المزارعة ) (١)

(١٥٣) [١] وسئل رحمه الله : عن رجل اشترك مع رجل على حراثة فدان بالذرة أنصافاً على أن يخرج صاحب الأرض نصفه من البذر والأرض ويخرج الآخر العمل ونصفه من البذر ، ويزيد مع ذلك عشرين درهماً برسم الإنزال ، فقلب الذرة ثم زرعها ، فحدثت فتنة في الموضع منعتهما من الوصول إلى الفدان لنقش الذرة ، وعادة الذرة إذا لم تنقش قبل أن تنجب فسدت ، ولم يأخذ منها شيئاً ، فطلبه بالدرهم ، هل له ذلك أم لا ؟ وهل للعامل على رب الأرض أجره في القليب الذي قلب وثنى لأنه بقي في الأرض نفعه أم لا ؟

فقال : الدرهم المذكورة كراء ، وكأنه أخرج الدرهم والعمل في مقابلة الأرض ، فهذا جائز .

قيل له : إن بعض الطلبة يقول لا يجوز .

فقال : إذا كان على هذا الوجه فهو جائز لا مانع فيه ، وإذا تقرر أنه كراء فالمنصوص في الجراد إذا أكلته بعد ما نبت ، أنه جائحة نزلت بالمكثري ويؤدى الكراء ، إذ لا يسقط عنه إلا ما كان من قبل الأرض مثل [ قلة ] (٢) المطر أو دود أو عفن أو غرق وشبهه ، والجيش كالجراد في هذا .

قال : ولا شيء له فيما عمل في القليب وغيره ، لأنه إنما عمل لنفسه لم يمنعه الآخر من الانتفاع به ، وعلى ذلك دخل .

قلت : لا فرق بين اشتراط رب الأرض دراهم معلومة على العامل وبين شرطه عليه كباشاً معلومة في العيدين وفي النيروز والمهرجان حسبما نص على ذلك أهل الوثائق وسطروه في عقد المزارعة إذا كانت قيمة ذلك مع قيمة حمله مساوياً لكراء الأرض ويعد ذلك كراء .

ولذلك لا يجوز اشتراط جزور مذبوحة أوتيس خصى أو حيوان لا يراد للحم أو

(٢) في أ : قلت .

(١) سقط من ج .

بيض ، لأنه كراء الأرض بطعام .

ابن فتحون : ومن الموثقين من يعقد ذلك علي الطوع .

ابن عات : أين هذا من قولهم : لا تجوز شركة وبيع إذا كان البيع ليس في نفس الشركة ، إلا أن يقال : هذا البيع وإن كان ليس من معنى الشركة ولا مما تفتقر إليه . [ق/ ١٥١ ب] .

**قلت** : اعتراض ابن عات هذا وجوابه عنه سبقه به ابن حبيب رحمه الله ، انظره .

ونقله عنه فضل في «مختصر الواضحة» ونصه : وإن تعادل المزارعون في الأداة والبذر والعمل وكانت الأرض لأحدهما ، فأخرج الذي لا أرض له نصف كرائتها لصاحبه دراهم ودنانير أو عرض من العروض ، فلا بأس به .

فإن قيل : كيف يجوز هذا وهو لا يجوز بيع وشركة ، والكرء هنا بيع والشركة المزارعة ؟

قيل : إنما يكره إذا كان البيع خارجاً من الشركة . أ. ه .

وقال ابن الحاج : المزارعة التي تنعقد اليوم بقرطبة بالجزء لرب الأرض وبجعل زريعته ، ويزيد العامل رب الأرض مثقالاً على الزوج ، فيخرج جوازها على قولين ، فمن يقول : المزارعة كالشركة ولا يجيزها إلا على التساوى يمنع من ذلك لعدم التساوى .

وقال أيضاً : على القول بلزومها بالعقد يجوز ذلك ، لأنه كالهبة تقارن البيع ، وعلى أنها لا تلزم بالعقد فمن أكل المال بالباطل . [ قلت : فعلى قول بعض الطلبة يمنع ذلك في نازلة الشيخ على القول بالمنع هنا ] (١) .

وقول الشيخ رحمه الله : « ولا شيء له فيما عمل في القليب لأنه عمل لنفسه » ، هو كقولهم في « وثائق الجزيري » : وإذا احتسب المطر وقد قلب الأرض ، لم يكن لمن

قلبا على ربها شيء ، وكذلك المكترى ، وهى مصيبة به . أ . ه .

[ وقال ابن حبيب أيضاً : إذا تزارعا فى إبان القليب ، فإذا كان إبان الزرع ورويت ، أعطاه نصف الزريعة وجعل العامل نصفها ، فقلب الأرض فلم ترو فى إبان الزراعة ، فهى مصيبة عليهما لأنهما شريكان ، كما لو زرعاها فأتى عليهما قحط أهلك الزرع فالمصيبة عليهما ، ولا يرجع العامل على رب الأرض بشيء كما يرجع المكرب بالكراء إذا زرع فعطش وهلك الزرع ، ولا حجة للمكترى فى قلبه ولا كراء له .

قال فضل : إنما يجيز هذا ابن القاسم فى أرض مأمونة ، وهو الذى ينبغى أن يقع عليه كلام ابن حبيب وإجازته ذلك فى غير المأمونة خير للتى لا يقع للعامل فيها عمل إلا بعد ربها [ (١) ] .

(١٥٤) [٢] وسئل رضي الله عنه : عن رجل له أرض فشارك عليها رجلاً ليزرعها ، فحرت بعضها فلم يجد رب الأرض زريعة ، فوجه الشريك ابنه إلى رب الأرض فلقى أخاه ، فقال له : أعطونا الزريعة ، فقال : لا شيء عند أخى ، فقال ابن الشريك : وأبى لا يقدر على الحرت ، فعقد رب الأرض الشركة على الباقي مع رجل آخر فشرع فى حرثه ، وحرثه ثم جاء الشريك الأول فمنع الثانى وقال : عقد شركتى سبق ، كيف الحكم ؟

فقال : هذه شركة لم تنفسخ إذ لم يفسخها الشريكان ، ولو فسخها لصح ما فعل ، وإذا لم تنفسخ فشركة الأول ثابتة ، وكون رب الأرض عقد عليها فقد تعدى على نصف الشريك منها إذ ملكه بالشركة ، وعليه لرب الأرض عوضه وهو المنافع ، وهى حرثه للنصف الثانى ، فعقده الشركة إسقاط لمنافعه ، إذ يقول الشريك : لو تركت الأرض لحرثتها لك ، وهل لرب الأرض أن يعطيه أيضاً مثلها يحرثها له [ (٢) ] على من استأجر رجلاً يحصد له فدائناً ، ثم بادر رب الأرض فحصده ، وإن كان

(١) فى أ : ونحوه لابن حبيب انظر مختصر فضل .

(٢) بياض بالأصول .

القولان إنما هما فيما إذا حصده الأجير من غير عقد هل يأخذ الأجرة أو يأتي بفدان يحصده له رب الفدان الأول؟ رجع الشيخ أن لا شيء له ، ثم يكون الشريك الثاني إن لم يعلم بالتعدى فله نصف الزرع على شركة والنصف الثاني إن كان في الإبان ، كأن بين رب الأرض والشريك الأول ، كمن تعدى على أرض رجل [بحرثها] (١) ، فالحرث لرب الأرض بلا شك .

قلت : هذه المسألة في غاية الإجمال سؤالاً وجواباً .

وفي « مختصر الواضحة » لفضل : لو أن رجلاً دفع إلى رجل أرضه ونصف البذر على أن يزرعها الداخلة ببقره ونصف بذره ، فقلبها فلما كان إبان الزرع عجز عنها ، فقال لرجل : هذه أرضي ونصف بذري ، فأعطني نصف بذرك وبقرك أزرعها بيتنا ، ففعل فالزرع كله بين الأول وبين الآخر [ ولا ] (٢) شيء للأوسط من الزرع ولا من غيره ، وسواء علم الآخر [ لمعاملة الأول الأوسط أو لم يعلم ] (٣) .

[ قال فضل : سحنون يجعل للأوسط على الآخر كراء القليب . وقوله : « هذه شركة لم تفسخ إذ لم يفسخها الشريكان » ، يريد على قول ابن كنانة الذي به العمل والفتيا بقرطبة ، لأن العامل شرع إذا حرث بعض الأرض ، وكذا على قول من يرى لزوم المزارعة بالعقد لا على قول من يقول لا تلزم إلا بالبذر ، فتحقق تعدى رب الأرض على الشريك [ ق/٨٣جـ ] وقوله : « ثم يكون للشريك الثاني إن لم يعلم بالتعدى نصف الزرع على شركته والنصف الثاني إن كان الإبان لرب الأرض والشريك الأول » ، يقتضى أن هذا الشريك الثاني زرع الأرض من عنده .

ومقتضى قول الشيخ : « في النصف الثاني من الزرع أنه لرب الأرض والشريك الأول إن كان في الإبان » ، أن زراعته الأرض بغير إذن ربها ، وإلا لو كان بإذنه لكان الزرع كله له ، لأن مزارعته فاسدة وهو قد أخرج البذر وتولى العمل ، فعليه الكراء خاصة يؤديه لرب الأرض والشريك الأول ، فتعين تعديه في زراعة نصف

(٢) في أ : فلا .

(١) في أ : فحرثها .

(٣) في أ : كراء القليب .

الأرض ، فلذلك قال الشيخ رحمه الله : يكون نصف الزرع لرب الأرض والشريك الأول في الإبان ، فلو خرج الإبان لكان عليه الكراء على القاعدة ، والمسألة في غاية الإجمال سؤالاً وجواباً [ (١) ] .

(١٥٥) [٣] وسئل رحمه الله : عن رجل اشترك مع خماس على الحرث ، فحرث الزرع ثم حرث قطعاً ، ثم أخذ الغلة في وقتها ، فلما كان في العام القابل خدم رب الأرض والزوج القطن فقال الخماس : أخدم معك لأن نصيبى فيه أنا حرثته ، فنصيبى باق ما بقيت أصوله ، فقال له رب الأرض : ليس لك إلا السنة الأولى ، ولم يكونا بيننا أولاً شيئاً ولا عرف لهم في بلدهم ؟

فقال : بالنظر إلى ما دخل عليه الخماس السنة الأولى خاصة ، وبالنظر إلى أن هذه الأصول الثابتة للقطن هي من عمله فخمسه باق ، فتوقف في ذلك .

قلت : في كتاب كراء الأرضين من « البيان » : قال ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب المزارعة في بعض الروايات : من آغار رجلاً أرضاً فزرع فيها قطعاً فأثمر في عامه وجناه وبقيت أصوله ، فرقى وأثمر في عام قابل فتنازعا ، فقال رب الأرض : لم أمنحك إلا العام الأول [ ق / ٨٤ أ ] وقال زارع القطن : هو لى ومن زريعتى ، أنه إن كان القطن فى البلد يزرع كل عام كالزرع ، فهو كالزرع لرب الأرض .

ثم قال أيضاً : القطن لمن غرسه وعليه [ ق / ١٥٢ ب ] كراء ما استغل من الأرض ، إلا أن يكون الكراء أكثر من القطن فلا يلزمه أكثر منه ، وثبت على هذا لأنه أصول . أ . ه .

وفى « المتطية » : إن زرع العامل العمارة ولم يتم الزرع وأراد البقاء على ما عمر من الأرض [ خاصة ] (٢) ، وزعم أن منفعة العمارة باقية [ فيها ] (٣) ، إذا لم يتم ما زرع فيها فلا شيء [ للعامل ] (٤) إذا ثبت الزرع ثم بطل ، وإن لم ينبت فهو باق على عمارته . أ . ه .

(٣) سقط من ج .

(١ ، ٢) سقط من أ .

(٤) فى أ : له .

وفى « مختصر الواضحة » لفضل : قال عبد الملك : لو أن متزارعين ذهب السيل بزرعهما فى إبان [ المزارعة ] (١) ، فدعى أحدهما صاحبه إلى أن يعود [بيذر آخر ] (٢) وأبى [ ذلك ] (٣) صاحبه ، لم يجبر [ الأبى ] (٤) على العودة لأن عملهما الذى تعاملوا عليه قد تم ثم ذهب .

وتأمل مسألة كتاب [ كراء ] (٥) الأراضين فى الحب ينتشر فى حصاده للمكترى فينبت قابلاً ، ومن زرع فحمله السيل قبل أن ينبت إلى أرض غيره ، [ كان ] (٦) لرب الأرض .

وذكر ابن يونس والمتيطى مسائل ليست من هذا المعنى بإثر مسألتى « المدونة » هاتين ، فرأينا إيرادها هنا ، منها : مسألة الزرع [ بعد ] (٧) نباته فيجره السيل إلى أرض غيره ، هل هو لربه وعليه كراء الأرض ما لم يكن أكثر من الزرع ، أو هو لرب الأرض وعليه قيمته مقلوعاً ؟ قولان لسحنون .

ومسألة [ الشجرة ] (٨) يقلعها السيل فيصيرها إلى أرض رجل فينبت فيها .

قال سحنون : إن كان إن قلعت وردت إلى أرضه نبتت ، فله قلعها .

وإن كان [ إنما ] (٩) يقلعها للحطب لا ليغرسها ، فله قيمتها مقلوعة إن شاء [رب] (١٠) الأرض أو يأمره بقلعها .

ومسألة أصبغ فى « العتبية » فيمن زرع فى أرضه كموتاً فلم ينبت وأبطأ حتى لم يشك أنه هلك فأكراها من غرسها مقتاتاً فنبت معها الكمون ، إنه لرب الأرض ، والمقتات لغارسها ، وبعض الكراء ، فيسقط ما [ أصاب ] (١١) الكمون ، وليس له قلعه إن أضر بالمقتات ، ولكن يوضع عنه من الكراء [ قدر ] (١٢) ما نقصها .

(٢) فى حـ : فيبذر آخرًا .

(٤) سقط من جـ .

(٦) فى أ : أنه .

(٨) فى أ : الشجرات .

(١٠) فى أ : لرب .

(١٢) سقط من جـ .

(١) فى أ : المزارعة .

(٣) سقط من أ .

(٥) سقط من جـ .

(٧) فى حـ : يعود .

(٩) سقط من جـ .

(١١) فى أ : ناب .



(١٥٦) [٤] وسئل عليه السلام : عن خماس عقد الشركة مع صاحب الزوج ثم غاب قبل الشروع ، فحرث صاحب الزوج [ أياماً ] <sup>(١)</sup> ، فقدم الخماس فقال : لا أحرث حتى تدخلني فيما حرثت بيدك وأنا غائب ، فأدخله [ فيه ] <sup>(٢)</sup> فحرث ، هل يجوز هذا أم لا ؟

[ فأجاب ] <sup>(٣)</sup> : أما على القول أن الشركة لا تلزم إلا بالشروع وعليه العمل ، فلا يجوز هذا ، لأن العقد اليوم لزم ، فكأنه عقد معه الشركة على أن أعطاه خمس هذا المحرث [ المجهول ] <sup>(٤)</sup> ولا يجوز .

وعلى القول أنها تلزم بالعقد يجوز ، لأنه مجرد طوع .

وفرع عليه : لو غاب [ بعد الشروع ] <sup>(٥)</sup> .

فيجوز أن يدخله فيه اتفاقاً ، لأنها هبة خمس من هذا [ الحارث ] <sup>(٦)</sup> .

وفرع : لو حرث بعد ما شرع ، هل هو للخماس [ أم لا ؟ فقال : هو للخماس ] <sup>(٧)</sup> بدليل مسألة المساقاة ، نص عليه ابن يونس أنه يطالبه بما عمل [ قال : ] <sup>(٨)</sup> وليس كالشريكين في حضر البئر يتسامح في البئر ، لأن تلك هما عاملان ، وهو هنا لعامل واحد ، فافترقا إلا أن تجرى عادة بالتسامح في هذا .

قلت : لأصيح في « نوازله » [ في ] <sup>(٩)</sup> كتاب المغارسة : من غارس رجلاً فغرس البعض أو الجبل ولم يتم ، ثم عجز أو غاب ، فأدخل رب الأرض من قام به وعمل ما بقي منه أو [ عمله ] <sup>(١٠)</sup> رب الأرض بنفسه ، ثم قدم العامل فقام في ذلك . قال : يكون على حظه إذا قدم ، وكذا إذا كان حاضراً لم يسلم ولم ير أنه ترك ذلك ، ويعطى الذي عمل قدر ما كفاه بغير سرف .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : فقال .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : ما شرع .

(٦) في أ : الحرث .

(٧) سقط من أ .

(٨) في ح : من .

(٩) سقط من ج .

(١٠) في ح : عامله .

ابن رشد : قول أصبغ عندي هو خلاف قول ابن القاسم [ فى ] (١) أول مسألة [ من ] (٢) سماع [ يحيى ] (٣) من كتاب البضائع والوكالات فى الخصام ، ولقول ابن القاسم وسحنون فيمن استأجر رجلين [ على حفر ] (٤) بئر ، فمرض أحدهما ويحضر الآخر ، إن الحافر متطوع .

قال ابن القاسم : لصاحبه .

وقال سحنون : لصاحب البئر ، انظره . وما ذكره الشيخ أنه نص عليه ابن يونس ، هو ما نقله عن بعض القرويين فى شريكى الصنعة يقبل أحدهما شيئاً بعد طول غيبة صاحبه أو مرضه ، فهو له .

وإذا تقبلا جميعاً ثم غاب أحدهما غيبة [ طويلة ] (٥) ، فالأجرة بينهما ويرجع العامل على شريكه بأجرة مثله ، إنما كان حميلاً [ عن ] (٦) صاحبه بالعمل ، بخلاف حاضرى البئر يستأجران فيمرض أحدهما ، فالباقي لا يلزمه أن يعمل ما وجب على صاحبه ، فإن عمل فجعله ابن القاسم متطوعاً لصاحبه ، كمن خاطر لإنسان ثوباً بغير إذنه ، فلا غرم على صاحبه .

ومن رأى أنه متطوع لرب البئر فكأنه رأى أن بالمرض انفسخت الإجارة لضرر الصبر عليه ، فأشبهه مرض الدابة فى السفر ، أن المكترى إذا أكرى فهو فسخ للإجارة للضرر الداخلى عليه .

ابن يونس : والفرق بين البئر وما تقبله من المتاع [ أن المتاع ] (٧) يضمن . إذا ضاع ، فلما تحملا بضمانه وجب عليهما عمله ، والبئر مما لا يضمن [ فلم ] (٨) يجب على الصحيح حفر حق المريض ، فصار متطوعاً بالحفر . أ . هـ .

ولصاحب « المقدمات » هنا كلام حسن ينظر فيها .

- |                    |                     |
|--------------------|---------------------|
| (١) سقط من أ .     | (٢) سقط من ج .      |
| (٣) سقط من ج .     | (٤) فى أ : لحفر .   |
| (٥) فى أ : بعيدة . | (٦) فى ح : على .    |
| (٧) سقط من ج .     | (٨) فى أ : فمن لم . |

وفى كتاب الشركة : إذا مرض أحد شريكي الصنعة أو غاب يوماً أو يومين فعمل صاحبه ، فالعمل بينهما ، لأن هذا جارٍ بين الشركاء إلا ما تفاحش من ذلك وطال ، فإن العامل إن أحب أن يعطى صاحبه نصف ما عمل جاز ذلك إن لم يتعاقدا أولاً على أن من مرض أو غاب فما عمل الآخر بينهما .

فإن عقدا على هذا لم تجز الشركة ، فإن نزل ذلك فما اجتمع فيه من العمل فبينهما على قدر عملهما ، وما [ انفراد ] <sup>(١)</sup> به أحدهما فهو له خاصة .

ابن يونس : يريد : [ قل ] <sup>(٢)</sup> أو أكثر .

التونسي : فإن لم يعقد على هذا لا ينبغي أن يكون القدر الذي لو صح هذا كان بينهما [ أن يكون بينهما ] <sup>(٣)</sup> ، ويكون الزائد على ذلك للعامل وحده ، ويسمح في الشركة الصحيحة [على] <sup>(٤)</sup> التفاضل اليسير ، فإن فسدت لم [ يصلح ذلك ] <sup>(٥)</sup> .  
أ . ه .

وقال اللخمي : لا يكون ذلك القدر له .

وأجرى الشيخ رحمه الله اختلافاً على الخلاف في الجزء من الجملة هل يستقل بنفسه [ ق / ١٥٣ ب ] أو لا ؟!

(١٥٧) [ ٥ ] وسئل رحمه الله : عن أخذ ثوراً بال عشر ، فعلقه مدة ثم وجده لا

يحرث ؟

فقال : لا يجوز أخذه ابتداءً على هذا الغرر ، ثم إنه يرجع بما علف لكونه لم

يحرث .

قلت : [ لأن ذلك إجارة مجهولة ] <sup>(٦)</sup> وفى « نوازل عياض » التي جمعها ابنه محمد رحمهما الله : جوابك فى رجل دفع ثوراً يحرث فى بلده على وجه الشركة ، فضم له الرجل ثوراً آخر وجميع آلات الحرث ، وزرع جميع الزريعة ويده مع صاحب الثور ، فلما فرغا من الحرث قال الزارع لشريكه : رد على نصف [ ق / ٨٤ ج ]

(٢) سقط من ج .

(٤) فى أ : عن .

(٦) سقط من أ .

(١) فى أ : تفرد .

(٣) سقط من ج .

(٥) فى أ : يسمح بذلك .

مازرعت من بذر ، فامتتع .

فأجاب : الزرع كله لصاحب الزريعة وعليه لصاحب الثور والعمل معه أجرته ،

قاله ابن عياض .

( مسائل من المغارسة )<sup>(١)</sup>

(١٥٨) [١] سئل رضي الله عنه : عن رجل دفع أرضاً مغروسة إلى رجل مغارسة [ق/١٨٥] بجزء إذا أطعمت على سنة المغارسة كلها سوى كون الأرض مغروسة ، وسكن حتى أطعمت وفاتت ، وبعد مدة قام عليه رب الأرض بدعوى فساد العقد ؟

[ فأجاب ] (٢) : أما كونها مغروسة فالسنة في المغارسة أن تكون الغروس من غير رب الأرض ، فهي هنا من عنده ، نعم زاد غرسها والحفر لها هو الذي كان على الغارس ، فإذا فات بالإطعام فتجرى على القول الثالث من الأقوال الثلاثة التي ذكر ابن رشد إذا جعل له جزءاً من الأرض ، وهو أنه يبيع فاسد في نصف الأرض قد فات بالغرس ، فيكون على الغارس قيمته يوم غرسه ، وإجارة فاسدة في النصف الثاني ، فيكون على رب الأرض فيه قيمته مقلوعاً يوم وضعه الغارس وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، انظر « المقدمات » .

قلت : هذا الجواب غير مطابق للسؤال ، لأن الأرض دفعها رب الأرض بعد كونها مغروسة ، وقال في الجواب : إن الذي دفعت إليه زاد غرسها والحفر لها ، وهذا مع كونها مغروسة بعد متناف ، فلم يظهر في السؤال إلا أن الأرض دفعها ربها لمن يقوم على ما فيها من المغروس لما يحتاج إليه من الخدمة والسقى إن لم يكن [ فعل أو حفر الساقية ] (٣) إلى أن تطعم بجزء ، وإذا كان الأمر على هذا فلا إشكال أنه إجارة مجهولة خارج من معنى المغارسة على كل حال ، فلا يدخل قول من الأقوال الثلاثة المشار إليها ، فتأمله .

وفي « الوثائق المجموعة » : ومن دفع أرضاً فيها غرس عام إلى رجل ليغرس باقيها ، ويقوم على جميع ما فيها من الغرس على أن الجميع بينهما ، لم يجز ذلك .  
أ . ه .

وأعرف لبعضهم أن مغارسة البياض التي بين السواد لا تصح على دخوله فيها ،

(٢) في أ : فقال .

(١) سقط من ج .

(٣) في أ : جعلاً ودفع .

وأما على إخراجها فإن لم تصله منفعة سقى أو غيره فهو جائز، وإلا لم يجز . قلت : وينظر فيه مع ما في «الطرر» عن الاستغناء ، وما كان في الأرض من شجرة مطعمة أو نابتة فهو لرب الأرض والعامل فيه سقيه وعلاجه ، ولا يجوز له أن يشترطها وما نبت فيها مما لم يعلمانه ، فذلك على العامل على شرطه .

والقول الثالث الذى أجرى الشيخ رحمه الله [ المسألة ] (١) عليه من الأقوال الثلاثة التى ذكرها صاحب «المقدمات» ، وزاد فيها بعد ذكره الشيخ هنا مفرعاً عليه : قيل : يكون للغارس نصف قيمة الغرس قائماً يوم الحكم فيه من أجل سقيه وعلاجه ، وهى رواية عيسى [ عن ابن القاسم ] (٢) وقيل : قيمة نصف غرسه يوم بلوغ وتم ، وأجرته من يومئذ فى قيامه عليه إلى يوم الحكم ، وهو قول ابن حبيب .

والغلة بينهما فى جميع ذلك على ما اشترطاه .

قال : والصحيح ما بدأنا به [ أن ] (٣) عليه نصف قيمة الغرس مقلوعاً يوم وضعه فى الأرض وأجرة مثله فى غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، وهذا يأتى على أن الغرس نصفه على [ ملك ] (٤) الغارس ونصفه على [ ملك ] (٥) رب الأرض .

والقولان الباقيان :

أحدهما : [ أنما ] (٦) إجارة فاسدة يكون على رب الأرض للغارس قيمة غرسه يوم وضعه فى الأرض وأجرة مثله فى غرسه وقيامه عليه ، [ والغلة ] (٧) له يرد الغارس المكيلة إن عرفت أو غرسها إن جهلت ، وهو قول سحنون ، وهو يأتى على من علل بأن الغرس على ملك رب الأرض ، فكأنه استأجره على غرس جميع الأرض بنصف الأرض والغرس عند بلوغه الحد المشترط وبنصف ما أثمر الغرس .

(٢) سقط من ج .

(٦) فى أ : أنه .

(١) فى أ : مسألة السؤال .

(٣، ٥) سقط من أ .

(٧) فى أ : وتكون الغلة كلها .

قلت : وعزى هذا القول فى « البيان » لابن القاسم أيضاً ، وبه أفتى ابن الحاج [فى نوازل له ] (١) .

والقول الآخر من الثلاثة : [ إنه ] (٢) بيع فاسد ، فنصف الأرض قد فات بالغرس ، فعلى الغارس قيمته يوم غرسه وكراء فاسد فى النصف الثانى ، فىكون عليه لرب الأرض كراء مثله يوم أخذها أو يوم وضع الغرس أو يوم [ أنمرت ] (٣) على الخلاف ويقلع الغارس غرسه [ زاد فى البيان من النصف الذى لرب الأرض بعد أن يقسم ] (٤) إلا أن يشاء رب الأرض أخذه بقيمته مقلوعاً .

وعلى قول يحيى لا يأخذه إلا بقيمته قائماً ، وجميع الغلة للغارس يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها المكيلة إن عرفت أو خرسها إن جهلت ، وهو قول ابن القاسم فى رواية حسين بن عاصم عنه ، وهو يأتى على أن الغرس على ملك الغارس .  
زاد فى « البيان » : إن هذا القول أظهر من القول الثانى .

قلت : وهو القول الثالث فى « المقدمات » الذى أشار إليه الشيخ فى الجواب ، لأنه جعله فى « البيان » ثانياً وجعله فى « المقدمات » [ ق/١٥٤ ب ] ثالثاً .  
قال : لأن اجتماع البيع والكراء فى هذا أولى من اجتماع البيع والإجارة فيه ، لأنهما يصيران كأنهما قد فسد بينهما .

قلت : وتقدم عزوه القول الثالث لابن حبيب أيضاً ، ونقله عنه ابن يونس وعن مطرف وأصبع .

قال : ورواه عن ابن القاسم على أنه اختلف فيه قوله ، وهذا أحسنه .  
ابن يونس : واستحسنه عيسى عن ابن القاسم ، وقد كان روى عنه مثل رواية ابن عاصم - يعنى القول الثانى - قال : ثم رجع ابن القاسم وثبت على مثل رواية ابن حبيب وكتب به إلى عيسى . أ . ه .

(٢) فى أ : أن ذلك .

(٤) سقط من ج .

(١) سقط من أ .

(٣) فى أ : أقرت .

وعليه فلو بلغ الغرس قبل بلوغ الشباب المشترط ، فقال ابن حبيب : لا شيء للغارس من الأرض ، لأن المغارسة جعل ، فإذا لم يتم فلا شيء للغارس . وإن بطل بعد بلوغه الحد المشترط وجب نصف الأرض ، [ فقيمتها ] (١) للغارس يوم قبضها ، وله على ربها قيمة غرسه يوم بلغ ويكون ذهاب الغرس منهما . وذكر ابن رشد أيضاً حكم المغارسة الفاسدة إذا لم يجعل للغارس جزءاً من الأرض ، في « المقدمات » وفي رسم « استأذن » من سماع عيسى من كتاب المغارسة في « البيان » .

(١٥٩) [٢] وسئل رحمه الله : عن رجل غرس موضعاً ثلثه شعراء وثلثاه بياض ، فقلع الشعراء وغرس أكثر من ذلك ، ثم عجز حتى هلك ما غرس لقلعة الخدمة ، هل له شيء أم لا ؟

فأجاب أعزه الله : إن الغرس ابتداءً غير جائز لأجل ما قلع من الشعراء ، ولكن لما هلك الغرس ليس لهذا إلا قيمة تسهيله لتلك الأرض التي قلع منها الشعراء وللأرض الأخرى إن [ كان ] (٢) زاد شيئاً [ أو يسهل ] (٣) أخذ قيمته ، والله الموفق . قلت : من شرط المغارسة في الأرض كونها منقبة ، فإن كانت مشعرة لم تجز المغارسة فيها ، لأن تنقيتها من الشعراء لها قدرًا وبالأل ، وقد يهلك الغرس قبل بلوغ الحد المشترط [ فترد ] (٤) الأرض إلى ربها وقد انتفع بتنقيتها وذهب عمل العامل باطلاً .

قالوا : فإن كان فيها لُمع يسيرة من الشعراء تخف إزالتها ، فلا بأس باشتراط ذلك كاشتراط إقامة زرب أو حفر موضع شرب الأشجار .

وقال أصبغ في « العتبية » : إذا غارسه [ على أن يضرب ] (٥) حولها جداراً أو يحفر سياجاً ويخاف أن لا يتم الغرس إلا بذلك لكثرة الماشى والمرور عليها ، أو لأنه

(٢) سقط من ج .

(١) في أ : بقيمتها .

(٤) في أ : فترجع .

(٣) في أ : وسهل .

(٥) سقط من ج .



إن كانت مؤنة ذلك يسيرة مثل ما يستحق شرطه في المساقاة جاز ، وإلا لم يجز .  
وأجاز ابن القاسم في سماع حسين [ ق / ٨٦ أ ] وأصيح في « الواضحة » أن  
يشترط رب الأرض على العامل عمل نصيبه سنين مسماة بعد المغارسة ، وأنكره  
سحنون .

ابن رشد : وإنكاره صحيح .

وقول الشيخ رحمه الله : « قيمة تسهليه » ، فهو مقتضى قوله في « الوثائق  
المجموعة » : وإن غرسته في شعراء على أن يقلها الغارس ويغرسها ويسيحها  
ويزرعها ، ولم يشترط عليه تسيحاً أو تزيلاً له قدر وبال فغرس وعلا الغرس ، فإن  
الأرض والغرس تقسم بينهما على ما تعاملنا عليه وعلى الغارس قيمة ما صار إليه من  
الأرض براحاً على صفتها شعراء ، ويكون للغارس عليه قيمة ما صار إلى صاحب  
الأرض قائماً مع قيمة عمله في قلع الشعراء ويحتسبان ، فمن شاط له شيء رجع .

وقيل : إن للغارس قيمة ما صار لصاحب الأرض مقلوعاً ، فإن بطل الغرس  
ولم ينبت فلا شيء [ ق / ٨٥ ج ] للغارس وتنفسخ المغارسة ، وترجع الأرض إلى  
ربها .

فإن قلع الغارس شعراها وبنى جداراً رجع بقيمة عمله قائماً على رب الأرض .

قلت : وهذا منه اعتماد على القول الثالث في « المقدمات » الذي ثبت عليه ابن  
القاسم وكتب به إلى عيسى حسبما تقدم من نقل ابن يونس .

وقوله : « فإن قلع الغارس شعراها » ، هو قول الشيخ في الجواب : له قيمة  
تسهيله .

وفي « المقدمات » : اختلف إن نبت من الغرس يسير فيبلغ الحد وبطل سائرته أو  
بطل منه يسير وثبت سائرته ، فروى عيسى عن ابن عاصم عن ابن القاسم أن القليل  
تبع للكثير إلا أن يكون الذي ثبت أو بطل له قدر وبال ، فإن كان الأقل فلا يكون

تبعًا ويثبت حقه فيما ثبت ويبطل فيما بطل ، وهو الذى يأتى على المشهور أن المغارسة على جزء من الأرض لازمة لهما معًا . وقيل : إن حقه يثبت فيما بلغ ويبطل فيما لم يبلغ ، يسيراً كان أو كثيراً ، تبعًا كان أو غير تابع ، وهو الآتى على القول أن المغارسة على جزء من الأرض لا تجوز إلا على وجه الجعل أ . هـ .

وانظر كلامه فى رسم « طلق » من سماع ابن القاسم على هذا فى « البيان » .

وفى « الوثائق المجموعة » أيضاً : فإن وقعت المغارسة صحيحة فغرس الغارس فخاب الغرس إلا اليسير منه ، فعن أشهب وابن القاسم وأصيح : إن ما ثبت بينهما وباقى الأرض لم تعلق الغرس ، فهى لصاحبها .

وروى سحنون عن ابن القاسم أنه لا شيء للعامل إذا لم يعلق إلا اليسير من الغرس ولا من الأرض ، وإن علق منه الكثير كان للغارس نصيبه منه ومن الأرض .

وقال ابن العطار : إن كان المطعم منه يسيراً مفترقاً فى الأرض فلا شيء للغارس وترجع الأرض إلى ربها .

وإن كان إلى ناحية بعينها وكان يسيراً قُسم هو والأرض التى بها بينهما على ما تعاملت وبطلت المغارسة فى سائر الأرض ورجعت إلى ربها .

قال فضل بن مسلمة : إذا لم يثبت إلا اليسير قيل لرب الأرض : اعطه قيمته قائماً ويكون له إلا أن يشاء أن يعيد العمل فى غرس ما بقى .

وفى « المقدمات » : إن بطل الغرس قبل بلوغه الحد المشروط لم يكن للعامل شيء ، ولكن من حقه أن يعيده مرة أخرى . أ هـ .

وانظر فى سماع حسين [ق/ ١٥٥ ب] ابن عاصم من « البيان » .

ابن يونس : قال ابن القاسم : إن غرسه إلى حد الإثمار فأثمر بعضها وبقي البعض ، فإن أثمر الجُل فالتافه تبع له ويسقط العمل عن العامل ، وقاله ابن حبيب .

وإن كان مالم يثمر بما له بال وقدّر أو متناصف ، فإن كان متناصفاً سقط عنه السقى والعمل فيما أثمر ، ولزومه ذلك فيما لم يثمر . وإن كان ما أثمر مختلطاً فى

الشجر لزمه الجميع حتى يثمر كله أو جلّه . قال : وأما ثمرة ما أثمر بينهما ، قلّت أو كثرت ، كان متماثلاً أو مختلطاً .

(١٦٠) [٣] وسئل عنه : عن الغارس يزرع فولاً بين الأشجار المغروسة قبل الإطعام ، فيطلبه رب الأرض قبل الإبان أو بعده ؟

فقال : هو متعد ، إذ لا شيء له في الأرض إلا بعد الإطعام ، فلهذا القلع في الإبان أو السكراء بعده أو يمنع أيضاً رب الأرض من زراعة الأرض المغروسة ، لأنه ضرر بالغرس إلا أن تكون هناك عادة .

قلت : لأنه لا يجب للغارس شيء إلا بعد الحد المتفق عليه ، وقد وقع لابن الحاج رحمه الله في نوازل له أنه إذا أراد بيع نصيبه قبل بلوغ الشباب المتفق عليه ، أن البيع لا يجوز . قال : لأنه لا يجب له نصيبه إلا إن بلغ الشباب .

قال : وقد نزل في رحي فلان ما يشبهها أعطاها رجلاً على أن يبلغها إلى كذا فيكون بينهما ، فباع نصيبه قبل ذلك ، فتجاريتها مع ابن رشد وظهر لنا أن البيع غير جائز كالمغارسة .

قلت : في « نوازل ابن رشد رحمه الله » عن مغارس بجزء ثم يعجز عن العمل أو يريد انتقالاً قبل تمام المغارسة ويذهب إلى بيع ما عمل لمن يقوم على المغارسة إلى تمامها بذلك الجزء الذي أخذها به ؟

فأجاب : بأن ذلك غير جائز ، ولا كلام لرب الأرض إذا أدخل غيره مكانه بشيء ويأخذه وذكر الشيخ في « التقييد » في كتاب أمهات الأولاد قول ابن رشد هذا ثم قال : انظر هل لرب الأرض الشفعة فيما باع الغارس من عمله أم لا ؟ توقف الشيخ فيها .

قلت : ومقتضى جواز البيع يقتضى ما ذكر .

وأجرى البرزلى رحمه الله هذا الخلاف في المغارسة ، هل تجرى على المساقاة فيجوز البيع ، أو على الجعل فلا ؟!

قال بعض المتأخرين عن الرماح أو غيره : الجواز إذا كان المشتري يعمل في ذلك

كعمل البائع . قال : وإذا تعارضا على الوجه الجائز جاز أن يعمل في الأرض التي بينهما ما شاء في صفقة واحدة .

(١٦١) [٤] وسئل رحمه الله : عن رجل بقى في يده جنان نحو أربعين سنة يغتل ربه ويدفع ثلاثة أرباع الغلة للملكه ، وقد كان هذا الذي بيده هو الغارس له ، فمات وادعى رب الأرض أنه إنما كان أجيراً فيه ولا شيء له في الأرض ، وادعى ورثة الغارس أن موروثهم غرس بالجزء المعلوم ؟

فقال : القول قول الغارس حتى يثبت رب الأرض أن الغارس أجيراً .

قلت : الحيازة الطويلة ودعوى التملك بالمغارسة عاملة ، ويكون القول قول مدعيه ما لم يثبت أنه أجير في الملك فيحمل عليه ، لأن الحائز لا يستفيع بحيازته إلا إذا جهل وجه مدخله في الملك .

وقد نص سحنون رحمه الله في اختلاف الزارع ورب الأرض في الزرع بعد طيبه بأن قال رب الأرض : الزرع لى وأنا آجرتك ، وقال العامل : هو بيننا وقد تساونا في الزريعة ، إنه إن كان معروفاً بأنه أجير لرب الأرض فالقول قوله ، ونحوه لابن حبيب .

قال : وإن عرفت الزريعة أنها من عند أحدهما ، فالقول قوله مع يمينه .

وإن لم يعلم مخرجها ، فالقول قول العامل وإن لم يعرف بملك بقر ولا زرع وإنما يعرف بالإجارة ، إلا أن يكون أجيراً معروفاً له بالإجارة كما قدمنا ، نقله ابن يونس والمتيطى .

وفى آخر ترجمة من كتاب الدعوى والسيئات من «النوادر» : وقال مطرف فى أجير الفران يبيع الفران بمحضر مستجيره ثم يريد قبض الثمن لنفسه ويقول : الفران لى فما أعمل لنفسى ، وينكر ذلك مستأجره ويقول : أنت أجير فلا شيء لك معى ، إن كان مثله يعمل لنفسه ويبيع وهو أجير كما هو ، فالثمن له ، كان مستأجره حاضراً

أو غائبًا بعد أن يحلف أن القرن له .

وإن كان العمل لنفسه ولا يبيع ، فالثمن لمستأجره بعد يمينه أن دعوى الأجير باطلة .

وسئل ابن رشد عمن استأجر راعيًا لغنم له إلى أمد معلوم ، فلما كان بعض الأجل أو عند انصرافه اختلف في عدد الغنم ، فقال له ربه : استأجرتك على مائتي شاة - وهى جملة ما بيد الراعى وقت التنازع - وقال الراعى : بل على مائة وخمسين والخمسون الزائدة التى بيدى مالى وملكى كانت وقت الاستئجار أو أفدتها بعده بوجه سائغ يدعيه ، وكيف إن لم [ يدعيها ] (١) الراعى لنفسه وقال : إنها لأجنى حاضره أو غائب [ على ] (٢) وقت الدعوى ، والغنم فى وقت اختلافهما قد يمكن أن يأوى بها الراعى بالليل إلى داره أو إلى دار رب الغنم أو إلى دار أجنى أو لا يأوى إلى مكان وتكون فى الفحص ؟

فأجاب عنه : الذى أراه ألا يصدق الأجير إلا أن يأتى [ بسبب ] (٣) يدل على صدقة فيحلف معه ، وإن أقر بشيء منها لغير الذى استأجره فهو له شاهد تقبل شهادته إن كان عدلاً ، وسواء فى ذلك كله كان مأوى الراعى إلى داره أو إلى دار الذى استأجره .

ولما نقله ابن عات فى « الطرر » [ قال ] (٤) : وانظر بعد هذا بورقتين ، يريد ما نقله عن المشاور فيمن طلب اختلاط عند راع فصدقه الراعى فى ذلك وأنكره رب الغنم وادعاها لنفسه ، أن القول قوله مع يمينه ولا يقبل قول الراعى ولا إقراره ، لأنه أمين على الرعاية وليس له فى رقاب الغنم شيء .

قلت : لأنه فى حوز مستأجره ، وليس كالزوجة فإنها إذا كان [ فى يدها ] (٥) شيء وانفردت بحيازته وادعاه الزوج ، فإنه يكون لها .

(٢) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(١) فى أ : يدعيها .

(٣) فى أ : بسببه .

(٥) فى أ : يدها .

وقد اختلف الأندلسيون إذا قامت تطلب زوجها [ق / ١٥٦ ب ] بكسوتها فقال لها : الثوب الذى عليك لى ، وقالت : بل هو لى ، هل القول قولها أو قوله ؟  
الخلاف مبنى على اعتبار كونها فى حوز الزوج أو اعتبار حوزها فى نفسها .

## (مسائل) (١) من القراض

(١٦٢) [١] وسئل رحمه الله : عن وصى بيده مال محاجرة خاف عليه من الزكاة أن تفنيه ولم يجد من يدفعه له [ق/٨٦ج] قراضاً خوف فساد الناس ، فهل له أن يعمل به عن قراض مثله ؟

فقال : هو معزول عن نفسه فيخاف أن يتعقب ذلك ، ولكن يرجع [ إلى ] (٢) القاضى فإن رآه أهلاً دفعه له قراضاً ، أو يكون حكمه حكم سائر العاملين بالقراض . قيل : هذا لا يتخوف من التعقب إنما خاف فيما بينه وبين الله تعالى ، فهل يسوغ له ذلك ؟

فقال : إذا عمل فيه كما يعمل غيره من غير محاباة ، فذلك جائز فيما بينه وبين الله تعالى .

قلت : فى كتاب الرهون من «المدونة» : ولا يعجبني أن يعمل به الوصى وفى رسم «البز» من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا من «البيان» : قال فى كتاب الزكاة من تفسير ابن مزين : فإن عمل به بقراض مثله جاز ، ولا يضمن إن تلف . وإن عمل به فى أكثر من قراض مثله بغير إذن اليتيم فى ذلك [رد] (٣) إلى قراض مثله ، وضمن المال إن تلف .

قال يحيى بن إبراهيم : قوله فى الضمان ضعيف .

(١٦٣) [٢] وسئل رحمه الله : عن رجل عليه دين حال وهو معسر ، وبيده سلع كان اشتراها بمال بيده على وجه القراض ، فأراد أن يتولى من تلك السلع شيئاً يبيعه ليقضى به دينه ، فقوم منها سلعاً بثمن إلى أجل كما يتبايع أهل الديون إلى ذلك الأجل ، ورب المال لا يعلم شيئاً من هذا ، هل يجوز للعامل ذلك أم لا ؟ فقال : لا يجوز لوجوه ، لأنه لا يبيع بالدين حتى يأمر بذلك .

(٢) سقط من ج .

(١) بياض فى أ .

(٣) فى أ : فرد .

الثانى : أنه معسر ، فليس كغيره ممن يبيع له بالدين لو أذن له فيه .  
الثالث : أنه لو أذن له فى البيع بالدين [ فهو ] (١) معزول عن نفسه حتى ينص عليه .

قلت : وإن اشتراها إلى أجل من رب المال ، فقال صاحب « البيان » : اختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال : الجواز ، وعزاه لثيب ويحيى بن سعيد ولرواية ابن وهب عن مالك ولنقل ابن حبيب عن أصحاب مالك غير ابن القاسم .  
والمنع ويفسخ ، وإن فات كانت فيه القيمة ، وعزاه لابن القاسم فى كتاب ابن المواز .

قال : ومعنى ذلك إذا اشتراها بأكثر من رأس المال أو اشترى بقيتها بأكثر مما بقى من رأس المال .

وأما إن اشتراها بمثل رأس المال فأقل ، جاز اتفاقاً ، فيبينه ما فى رسم « تأخير صلاة العشاء لعذر » وما فى رسم « القطعان » من سماع عيسى .

وثالثها : إن كانت السلع حاضرة لم يفسخ البيع ، وإن كانت غائبة فسح فى القيام ويرد فى الفوات إلى القيمة ، ولا فرق بين شرائه جميع السلع أو بعضها ، انظر أول مسألة من كتاب القراض .

وعزى ابن يونس رحمه الله هذا القول الثالث لابن المواز .

(١٦٤) [٣] وسئل رضي الله عنه من قاضى مدينة تازى عن رجل كان من تقدم من القضاة دفع له مالاً لمحجور قراضاً بيده نحو أربعة عشر عاماً، فحوسب الآن على ذلك المال ، فقال : إنه لم يقبض سوى اثنين وسبعين ديناراً ذهباً ومائة وعشرون ديناراً دراهم ، وأنه كان يتجر بذلك كله ، فسئل عن الربح فقال : لم يربح فى ذلك شيئاً ، فسئل عن السبب فقال : لا أدرى ، وثبت على ذلك ولم يبين وجهها ، فطلب برأس المال فاستظهر برسوم تتضمن أنه نقد منه فى نفقة المحجور المذكور منها بإذن ومنها

(١) فى أ : فإنه .



بغير إذن، والمحجور كان يقبض [ لنفسه ] (١) إذ هو حاضن نفسه ، ومنها خمسون ديناراً دراهم أشهد على نفسه المحجور أنه كان يقبضها في أوقات مختلفة ، فقيل : إنه لما كان يظن أن النفقة كلها من الربح فقال : هي كله من رأس ماله ولا ربح فيه ، فاستظهر المحجور برسم استرعاه فيه جم غفير يتضمن أنه يشبه أن يكون [ حصل ] (٢) له من الربح في ذلك المال من التجارة في السوق الذي كان يتجر به من مدينة تازى في الأعوام المذكورة كذا وكذا قدرًا ، وذلك على التقليل والغبن الكثير على المحجور ، ولا يعلمون العامل المذكور اتفقت عليه آفة في تجارة ولا خسارة ولا كساد طول المدة المذكورة ، وأن من كان يتجر معه في ذلك السوق وغاب مدة واستبد هو بربح السوق وحده ، فهل هذه الشهادة [ تكون ] (٣) كما ذكر اللخمي فيما إذا ذكر العامل أنه خسر أم لا ؟ وهل يجوز اعتراف المحجور بقبضه القدر الذي اعترف به ثم ظهر بعد ذلك كذب العامل [ المذكور ] (٤) باعترافه ، قبل هذا في رسم أنه تحصل له من الربح في ستة أشهر ثلاثون ديناراً ذهباً وربحاً وظهرت عليه رسوم أنه قبض أكثر رأس المال الذي ذكر ، فما ترى فيه وقد سجن لأنه امتنع من إعطاء ما يجب عليه وطال سجنه لدا ، وكذلك رجل سجن في مال كثير ترتب قبله للمحاجير وغيرهم من قرابته وطال سجنه ورضى بالمقام فيه لدا وقد تعود السجن قبل هذا على هذه الصفة ، فهل عليه وعلى الذي قبله الضرب لأجل اللداد أو لا ؟

**فأجاب :** ما قاله اللخمي صواب ، وما أظن المخالفة تنأتى فيه ، [ ق/١٨٧ ] وأن المرجوع إلى ما يشهد به التجار ، ولا فرق بين دعوى العامل الخسارة أو عدم الربح ، لأن قاعدتهم أن من صدق وجعل القول قوله فيما يدعيه فإنما ذلك ما لم يتبين كذبه ، فإن تبين كذبه طرح قوله لانخرام صدقه بتبين كذبه . وأما ما سألت عنه من ضرب المللدين ، فعن سحنون مع ابن أبي الجواد ما لا يخفى .

(٢) في ج : خطأ .

(١) في أ : بنفسه .

(٣) في أ : يكون .

(٤) سقط من أ .

ابن رشد : وليس بخلاف لقول مالك فى « المدونة » ، لأنه قال فيها : ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لده وظلمه .

قال : « ولا لدد أعظم ممن تقعد بأموال الناس وامتنع من أذائها إليهم » ، أو كلاماً هذا معناه إلا أن ذلك ينبغى أن يكون على سبيل التدرىج فإن أثر السجن كفى ، وإن لم يؤثر وأثر التهديد كفى أيضاً ، وإلا فالضرب اليسير [ق/١٥٧ ب ] وإن لم يؤثر فالكثير حتى يؤدى أو يثبت عدماً .

قلت : قول اللخمي المشار إليه هو أنه إذا ادعى خسارة لأجل نزول الأسواق ، فإنه يسأل أهل تلك الصنعة هل أتى بما يشبه أنه خسره فى تلك المدة فى ذلك ، وكذا إن سافر سئل أهل الثقة ممن سافر معه ، فإن كان أتى مما يشبه صدق ، وإلا لم يصدق ورد لما يشبه .

وإن اختلف فى ثمن ما قوم به سئل عن أثمانه بذلك الموضع الذى اشترى به ، فإن عدت البينة وأشكل الأمر ، قبل قول العامل دون يمين إن كان ثقة ، إلا إن قام دليل تهمة . وإن شهدت [ بينة مستورة لم تبلغ العدالة بخلاف قوله حلف وقال الباجى : إن ادعى ] (١) خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفاً ، بأن يكون من سافر مثل سفره أو تجر مثل تجارته [ فأصابه ] (٢) ذلك ، فهو مصدق ، وإن ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن عن مالك أنه ضامن . وأهمل الشيخ رحمه الله الجواب عما أشهد به هذا المحجور أنه قبض من هذا العامل فى نفقته والمحجور حاضن نفسه ، والذى نص عليه ابن العطار - رحمه الله - أن اليتيم إذا قبض نفقة نفسه ونفقة بنيه الأصاغر فى حضانتهم من وصيه من قبل الأب أو القاضى [ فإنه ] (٣) يكون قبضه وإقراره بالقبض براءة للوصى ولو كان غير بالغ مالم يكن صغيراً جداً لا يستطيع أن يحضن نفسه ، ويجوز له دفع نفقة الأشهر إليه .

وقال ابن الفخار : الصواب ألا يدفع إلا نفقة المدة اليسيرة الشهر فدون .

وقال ابن الهندي : لا يجوز له إلا قبض نفقة نفسه خاصة ، ومتى قبض نفقة

(٢) فى ١ : أصاب .

(١ ، ٣) سقط من ١ .

غيره ضمن الوصى .

والظاهر [ هنا ] (١) أن العامل هنا لا ينتفع بإشهاد المحجور بالقبض منه لنفسه ، لأنه ليس بوصى عليه [ ولا مقدم ] (٢) .

(١٦٥) [٤] وسئل رحمه الله : عن رجل أشهد على نفسه أنه أخذ قراضاً من رجل ولم يحضر المشهود له وهو رب المال ، هل يصدق إذا قال : رددت ذلك أم لا ؟

فقال : نص عبد الحق وغيره [ أنه يصدق ] (٣) حتى يحضر رب المال فى الوديعة والقراض ويقول : اشهدوا أنه قبض ، وحيث لا تقبل دعوى الرد إلا بالإشهاد وأما كونه أشهد على نفسه وحده فليس بإشهاد ، إلا خوف الموت مثلاً .

قلت : نص قول عبد الحق رحمه الله فى « النكت » : من أخذ وديعة بحضرة قوم ولم يقصد إشهادهم عليه فادعى الرد ، فهو مصدق وليس كمن أخذها بيينة .

وكذا إذا أقر المودع عند بيينة أنه قبض من فلان وديعة ، وإنما يكلف البيينة من أخذ بيينة قصد بها الإشهاد عليه . أ . ه .

وحكى ابن يونس نحو هذا عن ابن الماجشون ، ونصه : من بيده مال وديعة أو دين فأشهد بذلك على نفسه قوماً ورب المال لا يعلم بالشهادة ثم ادعى رد الوديعة وقضاء الدين ، إنه مصدق فى الوديعة وعليه البيينة فى الدين .

وحكى الشيخ فى « التقييد » عن ابن [ ق/٨٧ جـ ] زرب أنه لا [ يبرأ ] (٤) إلا بالإشهاد ، لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد ، وحكاه عنه ابن عات أيضاً .

وفى آخر كتاب الشركة : إذا مات أحد الشركاء فأقام صاحبه بيينة أن مائة دينار من الشركة كانت عند الميت فلم توجد ولا علم بسقطها ، فإن كان موته قريباً من أخذها فيما يظن [ أنه لم يستغلها ] (٥) ، فهى فى حصته ، وما تطاول [ زمانه لم يلزمه ] (٦) ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) بياض فى أ .

(٤) فى أ : يصدق فى الوديعة أيضاً .

(٥) فى أ : أن مثله لم يستغلها فى تجارة .

(٦) فى أ : وقته لم تلزمه .

أرأيت لو قالت البيّنة : إنه قبضها منذ سنة وهما يتجران أتلتزمه أم أنه لا شىء عليه؟!  
ابن يونس : عن ابن المواز : إن أشهد على نفسه بأخذها لم يبرأ إلا بيّنة على  
ردها ، طال ذلك أو قصر .

وأما إن كان إقراراً من غير قصد الإشهاد ، فكما قال ابن القاسم من طول المدة  
وقصرها .

الشيخ : وانظر هذا مع ما تقدم أن العامل فى القراض إذا أشهد على نفسه  
[بأخذ المائة شاهدين ، لم يبرأ فيها إلا بيّنة على ردها وإن طال ذلك . وأما إقراره  
من غير تعمد إشهاد ولا بيّنة ولا كتب ، فكما قال من التفصيل .

ابن عرفة : وانظر قوله : « ولا كتب » ، ظاهره إن كان يكتب لم يبرأ إلا بيّنة ،  
ووجهه أنه إذا أخذها بذلك فقد وثق أخذها ، فلا يبرأ إلا بدليل على البراءة .

وقال اللخمي : إن كان القبض بيّنة ليكون الرد بيّنة لم يقبل قوله إلا بيّنة .

وإن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته ، أو قال المودع : أخاف أن  
يقول هى سلف فأشهد لى أنها وديعة ، أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق  
من القابض ، فالقول قوله فى ردها] (١) [بالقراض وربّه غائب أن له رده] (٢) بغير  
بيّنة .

(٢) سقط من ج .

(١) سقط من أ .

## مسائل (فى) (١) الرهن

## (والحجر والإقرار والوكالة) (٢)

(١٦٦) [١] وسئل عليه السلام بسؤال أورد عليه من قاضى [ مدينة ] [٣] تازى أبى على عمر بن الفقيه أبى محمد عبد السلام فى رجل هلك وترك ديوناً يعقود على رجل رهنه الغريم ببعضها حلياً وبعضها مساكن من داره ، وشهد شهود بمعاينة حوز الرهن ، ثم هلك رب [ الرهن ] [٤] فقام ورثته يطلبون ذلك ، فتقدم عنهم عمهم وادعى أنه صير له الدار فى الدين ، فكلف إثبات التصيير ، فعجز فحكم بعجز ، [ فقام ] [٥] الآن يطلب دينه ورهنه ، وكان هذا الغريم المطلوب قد صير جميع الدار لزوجه وزوج ابنة وأولاده فى ديون لهم عليه ، فقال الوكيل : إذا طلب التصيير فرهنى ثابت [ وقد ] [٦] صير رهن الآيتام فلا يلزمهم ذلك ، فهل دعواه التصيير للآيتام يزيل الرهن أو هو من باب الإقرار عليهم فلا يبطل ؟ وهل تصييره ذلك لورثته مع كونه فى الخصومة أم لا ؟ بين لنا ذلك فإن صاحبها قد شغب على [ فيها ] [٧] .

**فأجاب** [ ق/١٥٨ ب ] : لا تقدر دعوى المرتهن فى تصيير الرهن فى دينه ، وعجزه باطل إذا كان تصييره وهو بيد المرتهن محوز ، وإن لم يكن فى حوزة وقت التصيير بل فى حوز الراهن ثبت التصيير وبطل الرهن ، لأن من شرط صحة الرهن استصحاب حوزة [ على ما لا يخفى ] [٨] عليكم ، إلا أن يكون الراهن بسط يده على الرهن بغير رضى المرتهن [ ونوزع ] [٩] المرتهن فى ذلك وأنشأ من أجل ذلك الخصام فيه ، وصيره الراهن والحالة هذه ، لم ينفذ التصيير وحكم الرهن باق عليه ، وإنما لم [ تعم ] [١٠] دعوى المرتهن تصيير الرهن فى دينه إذا عجز عن إثباته فى الرجوع إلى أصل دينه [ الذى ] [١١] الرهن فيه ، لأن قصاره أنه ادعى اشتراء الرهن

(٢ ، ٣) سقط من أ .

(٥) فى أ : ثم قام .

(٧) فى أ : ذلك والسلام .

(٩) فى أ : ونازع .

(١١) بياض فى أ .

(١) سقط من ج .

(٤) فى أ : الدين .

(٦) فى أ : فقد .

(٨) سقط من أ .

(١٠) فى أ : يقدم .

بالدين فأنكر ذلك الراهن ، فإنكاره إقرار بأن الأمر باقٍ على ما كان عليه ، فإذا عجزه المرتهن عن إثبات ما ادعى وجب الرجوع إلى ما اعترف به الراهن .

قلت : بيع الراهن الرهن قبل قبضه نافذ .

قال في كتاب الرهن : وإن بعث من رجل سلعة على أن يرهنك عبده ميموناً بحقه ففارقته قبل قبضه ، لم يبطل الرهن ولك أخذه منه رهناً ما لم يقم [ ق / ٨٨ أ ] عليه الغرماء ، فيكون [ أسوة وإن ] <sup>(١)</sup> باعه قبل أن يقبضه منه مضى البيع ، وليس لك أخذه برهن غيره ، لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك لذلك ، وبيعتك كتسليمك الأول غير متقضى .

عياض : دل قوله : « لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك لذلك » ، أنه لم يتراخى في القبض فبادر الراهن ببيعه ، لم يبطل الرهن ومضى البيع وكان عنه رهناً ، وهذا تأويل أبي محمد .

وقال غيره : بل لا يجوز هنا [ بيعه ] <sup>(٢)</sup> ويرد ويبقى رهناً [ وإلى هذا أشار بعض شيوخنا وهو على قولهم مسألة جواز الهبة إذا مات الواهب قبل التراخي في حوزها انتهى .

اللخمي : وأرى أن يرد بيعه إذا كان الرهن شرطاً في عقد البيع والقرض إن باعه مبادرة أو بعد التراخي اليسير ما يرى أن المرتهن لم يسقط مقاله فيه [ <sup>(٣)</sup> ] ، فإن فات به مشتره كان الثمن رهناً .

قال : وإن أحب ألزمه برهن آخر مكان الأول .

وقد قال ابن الماجشون فيمن غرس الرهن : أنه يجبر على رهن آخر ، فهو في التعدي [ على الرهن ] <sup>(٤)</sup> بعد صحته أبين ، وإن لم يجد له شيئاً خيراً في سلعته إن كانت قائمة بعد امضائها بالثمن إلى أجل أو أخذها ، وهو قول ابن القاسم وغيره في

(٢) في أ : بيع .

(١) في أ : أسوتهم فإن .

(٣ ، ٤) سقط من ج .

الاستحقاق .

وقال صاحب « البيان » : إن باعه أو أسلفه على أن يرهنه عبداً سماه ، فباعه أو أعتقه قبل أن يقبضه المرتهن ، فإن فرط فى قبضه حتى باعه الراهن أو أعتقه ، فلا حق للمرتهن فيه ولا شيء له على الراهن .

وإن كان أعتقه أو باعه بغير رهنه دون أن يطول ولم يكن من المرتهن تفريط فى قبضه ، نفذ البيع والعتق وكان المرتهن فسخ البيع على نفسه ، لأنه إنما باعه على ذلك الرهن بعينه ، فلما فوته عليه كان أحق به بسلعته إن كانت قائمة ، أو قيمتها إن كانت فائته ، هذا معنى ما فى الرهون من « المدونة » .

وقيل : يوضع له الثمن هنا ، قاله أبو إسحاق التونسي على قياس قول أشهب فى الرهن ، فكاتب العبد الرهن قبل أن يقبضه المرتهن أن الكتابة تكون رهناً .  
وفى كتاب ابن المواز : أنه يوضع له رهن مكانه .

وقد سأله فى « المدونة » [ عن (١) ] هذا فلم يجبه عليه ، وهذا كأن المرتهن قد دفع السلعة أو السلف .

وأما إن لم يخرج سلعته ولا سلفه من يده فهو أحق بها ، سواء فرط فى القبض أو لم يفرط .

عياض : فأما ما تطوع به من الرهن بعد العقد ، فحكمه فى بيعه قبل قبضه حكم بيع الهبة قبل قبضها وفى كتاب محمد : سواء قرب أو بعد [ ينقد البيع ] (٢) .

عبد الملك فى « المجموعة » : كان بتفريط أو غيره فالبيع نافذ .

ومقتضى قول ابن القاسم فى سماع عيسى أنه إن كان الراهن موسراً فإنه يؤخر منه الدين ويعجل للطالب ، ونصه : وكل رهن لم يقبض من الراهن فأمر الراهن فيه جائز إن عتق أو وطء أو باع أو وهب ، وكل ما صنع فيه جائز إذا كان موسراً ، ويؤخذ ما عليه من الدين ويعطى صاحبه ، وإلا لم يجز منه شيء إلا أن يطاء أمة

(١) فى أ : غير .

(٢) سقط من ج .

فتحمل منه أو شيئاً فيبيعه فينفذ بيعه ، فأما عتق أوهبة أو صدقة فلا يجوز له إلا أن يكون موسراً .

ابن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف فى شيء من وجوهها .

قال : وهذا إذا طاع الراهن للمرتهن بالرهن بعد عقد البيع أو بعد عقد السلف . أ . ه .

وأشار اللخمي رحمه الله إلى أنه يجرى فى نقض البيع فى الرهن وفى تعجيل منه أو إلزامه برهن آخر ما تقدم له فى الرهن المشترط فى العقد .

وأما بيع الراهن الرهن بعد حوزة فضى « المدونة » : إذا باعه بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه ، فإن أجازاه المرتهن جاز البيع وعجل المرتهن حقه ، شاء الراهن أو أبى .

وفى رسم « كتب ذكر حق » من سماع ابن القاسم من « العتبية » : إذا باعه رأيت أن يعطى المرتهن الثمن فى حقه ، حل الأجل أو لم يحل ، ومضى البيع .

ابن رشد : وهو نص ، فإنه لا خلاف أن للمرتهن فسخ البيع [ ومعناه إذا باعه بمثل حقه فأكثر ، إذ لا منفعة له فى نقض البيع ] <sup>(١)</sup> بل فيه ضرر عليه على الراهن .

وأما إن باعه بأقل من حقه فله نقض البيع ويبقى له رهناً ، لأنه يقول : أرجو ارتفاع أسواقه أو يبيعه إن كان حيواناً عند حلول الأجل [ ق / ١٥٩ ب ] .

وما وقع فى « المدونة » من قوله : « إن البيع لا يجوز إلا أن يجيزه المرتهن » ، معناه : إذا باعه بأقل من حقه أو كان الدين عرضاً ، إذ لا يلزمه قبض العرض قبل حلوله إلا أن يكون من قرض .

(١) سقط من ج .



ولو كان الدين عيناً فباع الراهن الرهن بعرض خير المرتهن ، بين رده أو إجازته ، فيوقف العرض [ إلى الأرض ] (١) ، فليس على ما فى « المدونة » بخلاف هذه الرواية على ما تأولناه فيها ، انتهى وهذا كقول المازرى : إذا باع الرهن بدنانير أو دراهم والثلث [ الذى ] (٢) باع من جنس [ الدين ] (٣) الذى عليه وثلث الرهن فليس [ مثل الدين أو أكثر فالمشهور من المذهب تعجيل ثمن الرهن للمرتهن وليس له ] (٤) الإبابة من ذلك إذا كان دينه مما يجبر على قبضه قبل أجله ، لأنه إضرار بنفسه وبغيره ، وبه علله ابن المواز وابن الماجشون .

قال : وإن كان أنقص من الدين فللمرتهن [ ق/٨٨ ج ] فسخ البيع ، لأن ما يبقى من الدين بقى بلا رهن ، وله إمضاء البيع وأخذ الثلث الذى بيع به الرهن ويبقى على المطالبة ببقية الدين . أ . ه .

وقال اللخمي رحمه الله : إن بيع بغير أمره بمثل الثمن والدين عين ، مضى البيع وعجل الدين . وكذا إن كان الدين عرضاً من قرض ورضى الراهن أن يشتري بثمنه ويعجله وفيه وفاء بالعرض ، ولم يجتمعا علي التعجيل ، لم يجز البيع .

قال : وإن كان ذلك وقت نفاق الرهن أو موسم بيعه ولم يوف بالدين ، لم يرد البيع لأن المنع ضرر على الراهن من غير منفعة للمرتهن . أ . ه .

وإن باعه بإذن المرتهن ، ففي « المدونة » : وإن قال : لم آذن له فى البيع إلا لإحياء الرهن لا لياخذ الراهن الثلث ، حلف على ذلك وقيل للراهن : إن

(١) فى أ : وهنا إلى الاجل .

(٢) فى ح : إذا .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

أتيت برهن ثقة يشبه الرهن الذى بعث و [ يكون ] (١) قيمته كقيمة الرهن الأول فلك أخذ الثمن وإلا بقى رهناً إلى الأجل ولم يعجل للمرتهن حقه .

ابن رشد: عن سحنون: إذا لم يأت برهن يشبه الرهن الذى باع عجل له الثمن ، إذ لا فائدة فى توقيفه .

قال : وهو ظاهر ما فى كتاب التجارة إلى أرض الحرب فى النصرانى يرهن عبده بعد أن أسلم ، أنه يباع [ عليه ] (٢) فيقضى الغريم دينه إلى أن يأت برهن ثقة ، وكذا روى ابن عبد الحكم عن مالك أنه يعجل له الثمن إذا لم يأت برهن ، [ وهو ] (٣) قوله فى كتاب الرهن من « المدونة » قال : ولا فرق بين أن يبعه بإذنه أو بغير إذنه ، فيجبر على البيع . أ . ه .

قال فى « المدونة » هذا إذا يبيع بإذن المرتهن ولم يسلمه من يده على المتباع وأخذ منه الثمن .

وأما إن أسلمه إلى الراهن فباعه ، خرج من الرهن .

(١٦٧) [ ٢ ] (٤) وسئل رحمه الله : عن محجور ثبت رشده عند الحاكم ، فأطلق يده فباع فى خلال تلك السنة ولم يبق لنفسه من ذلك شيئاً ، وباع ذلك بمال كثير على ما ذكر [ ق / ٨٩ أ ] القائم الآن ، فهل فعله يباثر ترشيده يوهن ذلك الترشيح أم لا ؟

فأجاب : [ أعزه الله ] (٥) بأن يبعه جائز وإن باع بقرب الإطلاق ، إذ لا يطلق حتى يتجه إطلاقه ، وإذا أطلق جازت أفعاله وإذا وقعت بقرب الإطلاق كما تقدم ، ولا تقول : حتى تطول المدة ، لأننا نقول : إن كان مخافة أن يصدر منه التبذير فهو مصادم ، والسلام . [ قلت : كما إذا دفع الوصى إليه ماله بعد إطلاقه إياه فأبرأه وأسقط عنه الدعاوى ، فإنه يلزمه ما أشهد به على نفسه ] (٦) قال فى « الوثائق

(١) فى أ : تكون .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : خلاف .

(٤) فى أ : مسائل من الحجر والإقرار والوكالات .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

المجموعة « و« المتيطية » [ (١) : ولا قيام له [ فيه ] (٢) إلا أن يثبت أنه كان في حين إطلاق الوصى [له] (٣) يحال سفه ، فيرجع إلى الولاية إن لم يكن عند الوصى مدفع في ذلك ، ويسقط عنه ما أشهد به على نفسه و[يكون] (٤) تهمة [يوجب] (٥) عزل الوصى وتقديم غيره .

[وفي « الطرر »] (٦) عن المشاور: إذا أطلق الوصى اليتيم ثم باع ماله أو أفسده ، وقامت البينة أنه لم يزل سفيهاً منذ عرفوه إلى وقتهم هذا، لزمته الولاية ورد فعله بعزل الوصى وجعل عليه غيره ، ولم يضمن الوصى شيئاً مما أتلفه ، لأنه فعل باجتهاده .

قلت: ومقتضاه [ أنه ] (٧) لو علم سفه فأطلقه يضمن، وبه أفتى البرجيني .

قال : لأنه عرضه للتلف وإليه أمره بتصديقه .

[ وفي « الطرر » عن المشاور أيضاً : أنه إن علم الوصى برشده فلم يدفع إليه ماله وتلف عنده ، فإنه يضمنه ، سواء تلف بيينة أو بغير بيينة ، لأنه متعد في حبس ماله ظالم له أو غاصب لمال من لا ولاية له عليه في الأصل ، وكذا إن قامت بيينة برشده وقت تلف ماله ضمنه الوصى ] (٨) .

البرزلى : سئل شيخنا أبو القاسم الغبريني رحمه الله عن محجور مات وصيه وله ربع يساوى مائتى دينار ذهب ، فطلب رجل من المحجور بيع رهنه واعتذر بالحجر ، فقال [ له ] (٩) : اسعى في ترشيدك ، فإذا أطلقت بعث منه الربع ، فتواطأ على

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فى ذلك .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : تكون .

(٥) فى أ : توجب .

(٦) فى أ : ابن عات .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من ج .

ذلك وسعى ذلك الرجل فى ترشيده حتى رشده [ الموجه ] (١) ، فبعد يوم أو يومين باع للساعى المذكور الربع المذكور بشمانين ، فتصرف المحجور فى ذلك تصرفاً فاسداً يدل على عدم رشده ، وشهد آخرون أنه لم يكن وقت البيع رشيداً بوجه ، ثم أراد المحجور الآن القيام على المشتري منه ، فهل له مقال لبيعه إياه إثر الترشيح أولاً لأن من شهد برشده لم يكونوا من أهل المعرفة والخبرة بأحواله أو بالغبن الكثير الحاصل للشهادة بضرر رشده أو لتصرفه الفاسد فى الثمن .

فأجاب: لا قيام له بكونه ياتر إطلاقه من الحجر باع أو بالغبن الحاصل فى بيعه ، ولا بشهادة من شهد بعدم رشده إن كانوا حضوراً حين الشهادة بالرشد علمين بذلك وتأخر قيامهم بشهادتهم إلى أن رشده القاضى وحكم برشده ، ولا مانع يمنعهم من القيام شرعاً .

ولو كانوا غير حاضرين فى البلد أو فيه ولا علم عندهم ، فشهادته أمضى وأعمل .

قلت : قوله : « فشهادتهم أمضى وأعمل » ، هو قوله فى « الوثائق المجموعة » : [ وإن أتى الوصى بشهيدى عدل أن اليتيم بحال سفه ، كانت شهادتهما أمضى من الدين شهدوا بالترشيح ] (٢) [ ق/ ١٦٠ ب ] .

[ وفى « الطرر » ] (٣) عن المشاور: إنه [ ينظر إلى أعدل البيتين ويقضى بها ] (٤) ، فإن تكافتتا سقطتا ، وكان على أصل السفه .

[ ومقتضى فتيا الغبريني رحمه الله رد بيعه إذا استقلت الشهادة بسفهه ] (٥) .

ابن عات: وانظر لو شهد عند القاضى بترشيده وسلم الوصى ، فأطلقه القاضى [ (٦) ثم باع واشترى ، ثم قام بعقد يتضمن أنه لم يزل سفيهاً منذ علموه قبل

(١) فى أ : بموجه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : وحكى ابن عات .

(٤) فى أ : يقضى بأعدل البيتين .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

مدة الإطلاق وبعدها هل تمضى أفعاله فى الفترة لأن القاضى حكم بترشيده ، سيما إن كانت بينة الرشد أعدل ، فىكون قد وافق قول قائل من أهل العلم ، ويرد ذلك إن كانت بينة السفه أعدل ، لأنه حكم بخطأ . وأشار إلى تأمل ما قدمناه للمشاور [ فى إطلاق الوصى له ] (١) من رد فعله فى الفترة [ فى إطلاق الوصى له ] (٢) .

قلت : وفى « [أجوبة ] (٣) عياض » فى السفه معروف بالسفه رشده أبوه وأطلقه عند موته ثم ظهر منه سفه : إنه فى أفعاله كالسفيه المهمل يدخله الخلاف الذى فى ذلك .

(١٦٨) [٣] وسئل رضي الله عنه : عن يتيمة كان عليها أخوها مقدماً ولها عقار ، فلما تزوجت شورها من ماله وأشهد أن كل ما شورها به من ماله وأنه سلف حتى يرجع فى عقارها ، فبقى بعد ذلك [نحو] (٤) خمس عشرة سنة ثم رشدت البنت وبقى بعد ترشيدها ، فباعت له البنت ذلك العقار واقتطع من ثمنه ما شورها به ؟

فقال : البيع نافذ ، والمقاصة صحيحة ، وما شورها به ثابت لكونه أشهد عند الإخراج ، فهو سلف .

قال : وإنما تحرز بقوله : « بقيت بعد [ الرشد ] (٥) مدة » ، خيفة من أن يرشدها فتبيع منه بالفور ، فهنا يتهم أنه إنما رشدها للبيع ، فإذا أثبت بعد ذلك سفهها سقط البيع للثمة المذكورة .

قلت : صريح جوابه رحمه الله عن المسألة الأولى و [ظاهر] (٦) جوابه عن الثانية صحة بيعه مطلقاً ، سواء باع بقرب الإطلاق أو بعده ، [وكتب أنه] (٧) دفع إليه الوصى ماله بغير إطلاقه إياه فأبرأه وأسقط عنه الدعاوى ، فإنه يلزمه ما أشهد به

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : نوازل .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : الترشيده .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : وكما إذا .

على نفسه .

ابن العطار : وإن دفع إليه الوصى ماله وعقدت ذلك فى كتاب الإطلاق ، جاز ولا قيام له فيما يقر به من قبض ماله وقطع الدعاوى عنه .

ابن الهندى : لا يصلح إن كان محاسبته إياه فى كتاب الإطلاق ولا فى فوره وجرارته وقربه حتى يمضى لذلك وقت لثلا يتهم ، إنما كان إطلاقه على أن يبرئه المحجور ويقطع دعواه عنه .

قال فى « الوثائق المجموعة » و« المتيطة » : [ ولا قيام ] (١) له [ فى ] (٢) ذلك إلا أن يشبث أنه كان فى حين إطلاقه الوصى [ له ] (٣) بحال سفه ، فيرجع إلى الولاية إن لم يكن عند الوصى فدفع فى ذلك ، ويسقط عنه ما أشهد به على نفسه ، وتكون [ تهمة ] (٤) توجب عزل الوصى وتقديم غيره . وقول الشيخ فى الجواب السؤال الثانى : « وما شورها به ثابت » ، قريب مما فى « مختصر الحديرية » أن بعضهم سئل عن زوج ابنته ودخل بها زوجها وكتب عليها [ قيمة ] (٥) الثياب التى أخرجها به ، وهل للأخ أن يفعل ذلك بأخته ويكون مقاصة فى الموارث ؟ فقال : الأخ يجوز له ذلك ولا يجوز للأب . أ هـ .

وتأمل هذا مع ما فى « نوازل ابن الحاج [ له ] (٦) فى رجل عنده يتيمة [ وكتب ] (٧) عليها خمسة عشر مثقالاً عن بعض شورتها وأشهد عليها بذلك ، ثم قام يطلبها بعد عام [ أو نحوه ] (٨) ، أنه إن وجد الثياب بعينها أخذها وإلا لم يتبع ذمتها بشيء كمن عامل سفيهاً ، قال : ولو أشهد على أن يراد الثياب فى بيت البناء لكان أشبه له

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى حـ : قيمة .

(٥) سقط من جـ .

(٦) سقط من جـ .

(٧) فى أ : فكتب .

(٨) فى أ : ونحوه .

[فى] (١) القيام .

وفى « التحقيق » : لا ينتفع بشيء إلا أن يجد الثياب بأعيانها . أ . هـ .

وتأمل ما قدمناه من نقل ابن عات عن ابن مسعود الحجازى وغيره فى هذا المعنى فى آخر مسائل النفقات ، والله الموفق وهو المستعان .

(١٦٩) [٤] وسئل رحمه الله : عن رجل أوصى زوجته على صغار بنيه ، ثم بلغ أحدهم نحو العشرين سنة [ق/ ٨٩ جـ] اشترت منه الوصية المذكورة نصيبه فى دار ، وكتب الموثق : « اشترت فلانة من فلان نصيبه فى كذا بعد أن رشده وأطلقته من ثقاف الحجر الذى لزمه » ، ثم قال آخر الوثيقة : « وعرفها وعرف رشد البائع فلان وعرف السداد فى الثمن والصلاح فى البيع ، وهما بحال صحة وجواز [ وطوع ] » (٢) ، فهل ينفذ هذا البيع أم لا ؟

فقال : إطلاقها له إطلاق ، سيما وقد عرف الشهود رشده ، إذ فيما ينطق به [المدعى] (٣) عليه ثلاثة أقوال : بمجرد إطلاق الوصى ، وقيل : بإطلاقه وبشروط رشده ، وقيل بمجرد ثبوت رشده وإن لم يطلقه الوصى ، لكن تتهم الوصية فى إطلاقها عند عقد البيع ، فكان يعاد ما اشترت منه إلى السوق ، [ إلا ] (٤) أن قول الموثق : « وعرف رشده وعرف السداد فى البيع » ، يكفى عن ذلك فهذا بيع ماضٍ .  
قلت : مقتضى جوابه أنه لو عريت [ ق/ ٩٠ أ ] الوثيقة من تضمين رشده لأعيد المبيع إلى السوق [ كما لو لم يطلقه ] (٥) .

وقد قال ابن الهندى : لا يصلح أن تكون المحاسبة فى كتاب الإطلاق ولا فى فوره وحرارته وقربه ، لئلا يتهم إنما كان إطلاقه له على أن يرثه المحجور ويقطع دعواه عنه . وأشار بالإعادة إلى السوق إلى قوله فى كتاب كراء الدور : ولا أحب

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الموصى .

(٤) فى ج : إلى .

(٥) سقط من أ .

للوصى أن يشتري لنفسه شيئاً من مال يتيمة أو يكتري أرضاً له من نفسه ، فإن نزل أعيد ما اشترى إلى السوق ، فإن زيد عليه بيع وإلا لزم الوصى ما سمي .  
وفى كتاب الجعل والإجارة: تعقبه الإمام ، فما كان خيراً لليتيم أمضاه .  
[ وتكررت المسألة ] (١)

فى كتاب وصايا الأول: [ولا يكتري الوصى لنفسه من تركة الميت ولا يوصى ولا يوكل من يشتري له ، فإن فعل تعقب ذلك ، فإن كان فيه فضل كان لليتامى وإلا مضى] ، والقولان حكاهما الشيخ رحمه الله فيما ينطلق بهما الوصى عليه ، عزى ابن رشد أو لهما لظاهر ما فى رسم «سلعة سماها» من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا .  
المتيطى : وهو المشهور ، وبه القضاء والعمل .

والثانى لرواية أصبغ عن ابن القاسم ، ونحوه لعبد الوهاب . وأما القول الثالث فهو على مذهب ابن القاسم الذى يعتبر الحالة دون الولاية [ (٢) ] .

(١٧٠) [٥] وسئل رحمه الله : عن رجل ترك ثلاثة من الذكور وبتاً واحدة مهمله ، فتصدقت على إختها بميراثها ، فسكنت حتى تزوجت وبقيت عشرين سنة ثم طلبت ميراثها ، فقيل لها : وما منعك من طلبه قبل هذه ؟ فقالت : ظننت أن فعلى فى حال السفه يلزمنى ، فأما الآن فأخبرت أنه [ق/١٦١ ب] لا يلزمنى ، فهل ينفعها العذر أم لا ؟ وإذا نفع ، فهل تبطل مقاسمة الإخوة أم لا ؟ وهل يفسخ ما باعه بعضهم أم لا ؟ وهل [ ترجع ] (٣) الغلة أم لا ؟ وهل تعطى قيمة الغرس والبناء قائماً أو مقلوعاً أو لا قيمة ؟ وهل لها شفعة فيما بيع [ أم ] (٤) لا ؟

فأجاب أعزه الله : بأن فعل المهمله بعد البلوغ وقبل الرشد جرى عمل الموثقين على إخراجها من السفه بالسنة بعد [ البلوغ ] (٥) ، فإذا لم تخرج منه وعقدت الهبة قبل ذلك فاختلف فى فعلها ، [ فهى على ] (٦) قول الغير فى النكاح الأول تمضى ،

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : يرجع .

(٤) فى أ : أو .

(٥) فى أ : البناء .

(٦) فى أ : فعلى .



وهي أيضاً رواية زياد الذى يقول : بالبلوغ تخرج من السفه فعلى هذا لا ترجع ولا مقال لها .

وعلى قول ابن القاسم فى النكاح الأول يفسخ فعلها لو لم يكن عذر ، ثم رجع إلى العذر ، هل ينفع أم لا ؟

ففى « المجموعة » فى امرأة تصدقت والزوج كاتب الوثيقة ، فقيل له : إنك أجزت لكونك كتبت الوثيقة فرضيت ، فقال : لم أعلم أن لى فى ذلك مقالا ولو علمت لرددت . فقال : يعذر بذلك ويكون له المقال ، فأحرى أن تعذر هذه هنا فى قولها : ظننت يلزمنى ما عقدت ، لأنه أغمض ، سيما وجماعة يقولون : لا يلزم ، فتعذر ويكون مقالها ثابتاً .

إذا ثبت فهل تنقض القسمة ولا غلة لها لأنهم اغتلاوا بشبهة ، [ والقيمة ] (١) قائماً للشبهة المذكورة قلت : فى آخر كتاب الصدقة ، قال ربيعة : كل امرأة أعطت وهى فى سترها ، فلها الخيار - بعد أن يبرز وجهها - بين رد ما أعطت والرضى به فينفذ .

وفى أول رسم من سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات ، سئل مالك عن البكر تصدق على أبيها [ بصدقة ] (٢) ثم تزوج [ ويدخل بها ] (٣) فتقوم فى ذلك؟

[ فقال : ليس ذلك بشيء من المرأة المولاة ، وذلك عليها رد . قال ابن نافع : ولو تزوجت ودخل بها زوجها فأقامت سنتين أو أكثر من ذلك ، ثم قامت بذلك وقالت : لم أكن أعلم أن ذلك لا يلزمنى ، رأيت ذلك لها ] (٤) وتحلف ، وذكرتها بلفظ ابن يونس وهى مسألة الشيخ بعينها ، فلا حاجة إلى الاستدلال بمسألة « المجموعة » التى

(١) فى حـ : والقائمة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فذلك رد ولها أخذه ، ابن نافع : ولو أقامت بعد البناء سنتين أو أكثر ثم قامت وقالت لم أكن أعلم أنها لا تلزمنى ، فلها رد ذلك .

هي نظيرتها .

(١٧١) [٦] وسئل عليه السلام : عن هذه المسألة بعينها ، وهي : رجل توفي وترك [ثلاث] (١) بنين وابنة فتصدقت البنت بجميع ميراثها من أبيها على إختها وهي بكر مهملة ، ثم تزوجت [ البنت ] (٢) المذكورة واقتسم الإخوة جميع التركة المذكورة على عين الأخت المذكورة ، [ وكانوا يبيعون ويتصرفون بأنواع التصرف مدة من عشرين سنة ، فقامت الآن الأخت المذكورة ] (٣) على إختاتها وعلى من اشترى منهم طالبة ميراثها من أبيها ، فقيل : ما منعك من القيام هذه المدة المذكورة وقد عاينت تصرف إختك بالبيع وغير ذلك ؟ فقالت : ما معنى من القيام إلا ظني أن الصدقة التي كنت عقدت تلزمني ، والآن قيل لى : لا تلزمك ، فهل تعذر فيما ادعت من الجهل أم لا ؟ وإذا كان لها ذلك ، فهل يتنقض عقدة إختها من القسمة أم لا ؟

وإذا استحقت ما يبيع ، هل لها الشفعة فيما زيد على نصيبها ؟

وهل تسوغ الغلة للمشتري والإخوة أم لا ؟ وإذا [ غرس وبنى ] (٤) ما الحكم ؟

**فأجاب :** القول قول القائمة المذكورة أن سكوتها المدة المذكورة على طلب حقها إنما كان لأنها لم تعلم أن هبة البكر المهملة غير لازمة إلى يوم القيام أو إلى يوم ما تعذر فيه من الزمان من وقت علمها بالحكم إلى وقت قيامها مجيزة لهبتها المذكورة مع يمينها فى مقطع الحق ، لأن ما ادعت من الجهل فيه مما يجهله العوام غالباً ولا يعرفه إلا أهل الفقه ، وقاعدتهم أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالباً ، أن القول قوله فى جهله . و[ المنصوص ] (٥) على هذا المعنى كثير ، ففى كتاب محمد عن مالك : لأشهب فى امرأة أوصت بوصية لبعض ورثتها ، فقال زوجها : كنت كاتب الصحيفة وما علمت أنه لا وصية لوارث ؟ فقال مالك : « إذا حلفت

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : الإبنة .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : بنا أو غرس .

(٥) فى أ : المنصوص .

أنك ما علمت لم يلزمك ذلك « ، على أن الحكم في الوصية للوارث اشتهر ، إذ لا خلاف أنها موقفة على إجازة الورثة من صنيع البكر البالغ المهمله إنما يرد على المشهور، وإلا فغير ابن القاسم يمضيه .

والضابط لهذا المعنى هو ما تقدم ، وإذا كان لها رد هبتها فلها أن تأخذ نصيبها وإن كان بيد مشتري وتأخذ الباقي بالشفعة بعد أن تدفع قيمة البناء والغرس فيما غرس وبني قائماً في نصيبها وفيما تأخذه بالشفعة ، ولا رجوع لها بغلة نصيبها على المشتري للشبهة ، وهي هنا قوية جداً ، إلا أنه لو اشترى من الأخ الجميع من غير أن تهب له نصيبها لكان شبهة ، لأنه من ناحيتها وسببها والقيم بأمرها حسبما ورد عن سحنون ، فكيف إذا اشترى بعد أن وهبته لأخيها نصيبها، إذ يظن العوام أنها لازمة حسبما تقدم .

قلت: أفنى ابن لبابة وأصحابه في ملتزم قلع شجرة قديمة مظلة على دار ، وقال : جهلت أنه لا يلزمه ذلك ، وكان مثله ممن يعذر بالجهل ، إنه يحلف على ذلك ولم يكن عليه قطعها .

وفي رسم « أوصى » من سماع عيسى من كتاب الهبات والصدقات فيمن تصدق على ابنه بدنانير ، فمات وهي في يده ، فانفذها له الورثة وأرادوا الرجوع أنهم إن كانوا ممن يعرف بالجهل ، حلفوا ويرجعون فيها .

ووقع لسحنون في نظير هذه المسألة أنهم لا يصدقون في دعوى الجهل إلا بدليل يصدقهم وهو إقامة بينة على أنه غمر ، وانظر « البيان » .

(١٧٢) [٧] وسئل رحمه الله : عن نحو هذه المسألة [ أيضاً ، والسؤال ] (١) [عن ] (٢) بئمة مهمله بكر كفلت أباها صغيراً مدة تباع وتشتري وتصرف في جميع مصالحها إلى أن بلغت حد النكاح، ثم تصدقت على أخيها المذكور بجميع ما ترثه معه، ثم تزوجت وبقيت مع الزوج مدة من خمسين سنة ساكنة عالمة لاتدعى شيئاً ، ثم ماتت وقام زوجها وولدها [يطلبان] (٣) [ق/ ٩٠ جـ] أباها ، فهل يبطل صنيعها أم لا؟

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : هي .

(٣) في أ : يطلبون .

**فأجاب [ق/١٦٢ ب ]** أعزه الله : فعلها فى تلك الحالة قبل أن تبلغ مبلغ من يرشد لا يصح وإن كانت أفعالها فى التصرف تدل على الرشد ، لكن هبتها لمالها يدل على السفه ، وسكوته هذه المدة لا يلزمها إتمام ما فعلت ، لأنها تظن أنه يلزمها .

وتدل عليه مسألة مالك فى [ الذى ] (١) كتب وثيقة ما تصدقت زوجته بيده وسكت ، ثم قال : ظننت أنه يلزمنى ، فعذره .

فمن باب أخرى هذه ، ثم إنها لو كانت حية لسئلت [ ق / ٩١ أ ] لماذا سكتت؟ [فقلت ] (٢) : ظنى أن ذلك يلزمنى ، حلفت وأخذت نصيبها .

وأما الأب ، فإن ادعى العلم على الوارث حلف ، وإلا فلا . وتحلف ما سكتت إلا ظناً أنه يلزمها .

قلت : حكى ابن يونس رحمه الله فى آخر كتاب الصدقة عن مالك رضي الله عنه من رواية محمد أن للبكر رد ما صنعت قبل أن تصير إلى زوجها .

قال : ولو أجاز الزوج ما صنعت لم يجز ذلك ، وإنها لو ماتت ولم يرد وليها ما صنعت أو لم يعلم فلورثتها رد ما أعطت ، كما يكون لها لو وليت نفسها ما لم تجزه بعد أن تلى نفسها أو تركه بما يعلم أنه رضى .

قال : ولو مات العبد الذى أعتقته لم يورث إلا بالرق ، ولا يرث هو الأحرار أيضاً . أ . ه .

وتأمل هذا مع فتيا الشيخ ، إنما رأى لها القيام إذا ادعت رضى اللزوم وهى ممن يجهل ، والخلاف الذى فى رد فعل السفه بعد [ رشده معلوم مشهور ] (٣) .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فإن قال .

(٣) فى أ : موته مشهور معلوم .

(١٧٣) [٨] وسئل عليه السلام: من قاضى مدينة تازى: عن المحجور إذا استحق عرضاً ، كيف العمل فى يمينه على ذلك وعلى ما يثبت له من دين على ميت ، وهو ممن يظن به علم ذلك ، كيف الحكم فى يمين القضاء عليه ، فإن الذى ذكر أبو الفضل عياض وابن رشد لم أجد فيه شفاء ، فإن آخر يمينه كيف يعمل فيما يثبت له من ذلك ؟

فأجاب بما نصه : المحجور يحلف مع الشاهد فى استحقاق الأموال ، وإن نكل كان على حقه متى شاء أن يحلف إن كان بالغاً ، قاله أبو الفضل القاضى .  
وحكى ابن رشد الخلاف فى نكوله عن اليمين مع شاهده هل له أن يحلف إذا رشد أم لا ؟

وأما يمين القضاء فيما يظن به العلم ، فالذى اختاره قول ابن عتاب أنه يحكم له وترجى اليمين إلى رشده ، فإن حلف وإلا رد ما حكم به بعد يمين المطلوب كما لو نكل الرشيد عن يمين القضاء .

قلت : ما أشار إليه من نقل ابن رشد الخلاف فى نكول السفيه عن اليمين مع شاهده هل له أن يحلف إذا رشد أم لا ؟ حكاه فى « المقدمات » وعزى الأول لابن كنانة والثانى لابن القاسم .

قال فى سماع أصبغ من كتاب الشهادات من « البيان » بقول ابن كنانة .

قال مطرف : وهو أظهر من قول ابن القاسم .

وما حكاه ابن عتاب من إرجاء يمين القضاء عليه إلى رشده ، ذكره عنه ابن سهل والمتبطل وغير واحد .

وقال عياض فى كتاب الأقضية من الشهادات : اختلف شيوخنا فى وجوب يمين القضاء على السفهاء ، فمعظم الأندلسيون يسقطونها إذا لم يستحق الطالب بنكولهم حقاً .

وذهب الأصيلى فى آخرين إلى إيجابها .

وثالثها : لابن ذكوان وابن عتاب [ترجى عليهم إلى رشدهم] (١) ، وحكاه ابن

الهندي عن بعضهم .

فإن حلفوا حيثئذ وإلا صرفوا ما حكم لهم به [ قبل ] (١) .

ثم قال : اختلفوا إذا رشد المحجور فقام بحقه . وقد مات وصيه ، هل يحلف الآن ، وذلك مثل الجارية البكر والمحجورة يموت زوجها ويموت أبوها أو وصيها ثم ترشد ، فذهب بعضهم إلى أنه لا يمين عليها إذ لم تجب عليها قبل ، فتأخذ حقها الآن بغير يمين ، وهو مقتضى فتيا الشيوخ في « أحكام ابن زياد » عن بعض المتأخرين ، وإليه ذهب ابن بسام القاضي .

قال : إلا أن يدعى عليها علمها بقبض الأب أو الوصي ذلك ، فتحلف .

قلت : مسألة الشيوخ في « أحكام ابن زياد » نقلها ابن سهل فيمن له بينة أنه لم يطلب فلاناً برهن إلى أن مات فلان وله أخت محجور عليها ، فادعى الطالب أن الرهن عندها وأنكرت ، ثم ثبت رشد عند القاضي فأطلقها من الحجر .

فقال ابن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان : لا يمين عليها للطالب بسبب الرهن ، لأنها محجور عليها وقت الدعوى .

ابن سهل : وفي قول ابن عتاب وقول مطرف وابن كنانة دليل على سقوط اليمين عنها ، إلا أن يقال : كانت حسنة الحال بعيدة عن التهمة .

عياض : وذهب ابن عتاب وابن سهل والقاضي ابن بدر وغيرهم أنها إذا رشدت صارت كغيرها ، وهو عندى الصحيح ، إذ يمكن قبضها له أو علمها بقبض أبيها أو وصيها .

قيل : سواء ادعى عليها [ بذلك ] (٢) أم لا ، إلا إن كان الزوج حاضراً ولا يدعى عليها شيئاً من ذلك ، فلا يمين هنا بوجه ، ويقضى القاض لها به .

وقد كان بعضهم لا يرى للقاضي أن يحكم بشيء من مثل هذا حتى يحلف

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

المحكوم عليها يمين القضاء ، حاضرًا كان مطلوبه أو غائبًا على ظاهر ما فى «المدونة» ونص ما فى « المستخرجة » ، والصحيح أنه لا يلزمه ذلك فى الحاضر إلا بدعواه ، فيحلف على ما ادعى خصمه [ عليه ] (١) لا غير .

وكذا نص عليه فى كتاب ابن شعبان ، إلا ما ليس عليه يد لأحد مخافة أن يكون لغائب فيه حجة أقوى مما قوم به الحاضر .

ثم قال : ثم اختلفوا إذا ادعى السفية دعوى وجبت فيها اليمين فردت على السفية ، فقييل : يحلف ، وقيل : لا لأن نكوله لا يجب شيئًا . والصواب أن يحلف ويستحق حقه ، فإن نكل فهو على حقه متى شاء أن يحلف حلف واستحق ، كما لو شهد له شاهد ولم يحلف [ الآن ] (٢) معه لكان على حقه .

قلت : [ على ] (٣) قول ابن كنانة ومطرف لا على قول ابن القاسم ، فإن مذهبه أنه إن نكل عن اليمين مع شاهده ، حلف المدعى عليه وبرى .

ومسألة دعوى السفية حقًا فرد المدعى عليه اليمين ، حكى ابن سهل عن ابن الهندى أنه يغرم بنكوله ، وترجع اليمين على المحجور حتى يرشد ، وضعفه ابن سهل ، وصح أنه يحلف ويأخذ إذا رد المطلوب اليمين كما يحلف مع شاهده .

(١٧٤) [٩] وسئل رحمه الله من مدينة سلا - كلاًها الله - من قاضيهما رحمه الله: عن رجل أوصى أخته على أربع بنات له أصاغير ، فبقيت الوصية تجرى النفقة على جميعهن وعلى مملوكة لهن والكسوة وكل ما يحتاج إليه من المواسم [ق/١٦٣ب] والأعياد ، وهن عند حاضتهن أمهن مدة من ثمانية أعوام وشهرين ، ثم إن الوصية رشدت بعضهن فأرادت المحاسبة ، فلم تحقق الوصية المذكورة قدر ما أنفقت فاحتسبت الثواب ، وألزمت كل واحدة من البنات المذكورات درهماً ونصف درهم ، ورأت أن ذلك أقل ما يمكن وأشهدت على نفسها بذلك ، وحضرت لهذا

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : عن .

الإشهاد الحاضنة المذكورة فوافقت على أن جميع ما ذكرته الوصية المذكورة طول المدة المذكورة إنما كان من قبل الوصية ، وشهد بذلك عليها أيضاً ، ولم يكن للبنات من أين تجرى عليهن ما ذكر سوى كراء موضع ورثتها [ من أبيهن ولم يكن ذلك الكراء يفي بجميع المؤن المذكورة فكانت الوصية تتم ما نقصهن من مال نفسها سلفاً ] (١) على ذمة البنات فشط الآن للوصية مما أنفقت على ما قبض من الكراء دراهم كثيرة من النفقة ومن عرس أقامته للبنات بواحدة منهن وهي المرشدة ، فلم تجد الوصية من أين تأخذ الزائد إلا من ثمن بعض الملك المذكور ، فلما طلبت بيعه قالت الرشيدة من البنات : كان الوصى قد استثنى في إيصائه بيع الربع ، فقال : حاشى تفويت أصل ثابت أو ما يؤدي إليه إلا بواجب السنة في ذلك ، وثبت هذا الشرط في رسم الإيضاء ، فاحتجت الرشيدة على الوصى بأن قالت : لم زدت على الغلة فيما أنفقت علينا ، هل استأذنت القاضي فيأمرك بالاستدانة ؟ ! فلما لم تفعل لا يلزمنا ما زدت على غلتنا ، فهل يسمع مقالها أم لا ؟ وهل تلزم الوصى اليمين على ما أنفقت أم لا لكونه مقطوعاً به لغلته حسب [ ق / ١٩٢ ] [ ما ] (٢) وصف ؟ وهل تحاسب الوصى بما أنفقت في العرس المذكور بنفقة المعتاد بحسب حالها [ الآن ] (٣) أو بحسب منصبها ونسبها لكون إقامة العرس بحسب حالها مما تلحقها به معرفة لكونها ذات منصب ؟ وكيف إن قالت الحاضنة الآن : إنما كنت أقبض لكل بنت نصف درهم خاصة في جميع المؤن ، و[ ذكر ] (٤) أنها لم تؤد من عند نفسها شيئاً وأن ذلك كان يكفيهن ، هل تصدق [ ق / ٩١ ج ] إن أشهدت على نفسها أنها كانت تقبض ما ذكرت الوصى أم لا ؟ والسلام .

**فأجاب :** أكرمكم الله ، للوصى أن يتسلف للمحجور أو يسلفه من مال نفسه إذا لم يجد له ناصراً يصرفه في لوازمه ، ويكون ذلك على ريع اليتيم أو على عروضه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : الأول .

(٤) في أ : ذكرت .



إن كانت له عروض ، وهذا لا بد منه وإلا مات جوعاً ، ولا تتوقف استدانة الوصى عن إذن القاضى فيها أصلاً ، لأن الموصى قد [ فعل ] <sup>(١)</sup> بيده جميع ما كان بيده إلا تفويت الأصول ، ولأنه لو توقف عن إذن القاضى لم يسحبها على [ إثبات ] <sup>(٢)</sup> التقرير إلا بعد إثبات موجبها عنده ، فيضيع المحجور فى خلال ذلك وهذا باطل ، ولذلك جاز بيع الحاضنة على الصحيح من القول فى بلد فيه قاضٍ وليس لهامن قبل والد الأيتام مستند، فكيف يوصى الأب العالم الإيضاء فى جميع أفراد النظر عدى ما ذكر ، فقول الرشيدة : « هلا كنت تستأذنى القاضى فى الاستدانة » غير مسموع ، ولا يمين على الوصى فى دعوى [ جميع ] <sup>(٣)</sup> ما حسبتة لاغتراف الحاضنة ، فإن اعترافها بذلك يبرىء الوصى على ما لا يخفى ، ولولا اعترافها بذلك لم تصدق فى الدفع إلا ببينة كدعوى الوصى دفع المال لليتم إذا ترشد على المشهور الذى عليه العمل ، غير أن الرشيدة فى مسألتكم مقرة فى ظاهر كلامها بالاستدانة ، إلا أنها نسبت الوصى فيها إلى التعدى لما عريت عن إذن القاضى ، وإنما يسأل عن يمين الوصى لو كانوا فى حضانتها، وإن أرادت أن تحسب مالا يشك إن أقل منه لا يكفى، وتسقط ما فوق ذلك إلى درجة الأشباه ، وتسقط ليمين عن نفسها .

فقال الشيخ أبو محمد : إن لها ذلك ولا يمين .

وقال القاضى أبو الفضل : لا بد من اليمين .

وأما نفقة العرس فهى بقدر منصبها ومالها ، ولا تنقص من عرس مثلها فى المنصب والمال ولا تزداد ، لأنها إن نقصت وضع قدرها ونفاقها عنه ، إلا زواج الذى هو رأس مالها ، والزيادة سرف فلا تزداد ، وهذه الحكمة مرعية فى الشرع ، ولذلك جاز عفو الأب عن نصف الصداق فى طلاق ابنته البكر قبل البناء وإن لم يجز ذلك للوصى ، لأن ذلك يعظم قدرها عند الأزواج ، ولأنهم قالوا : يجوز للوصى أن يسلف من مال محجوره الكثير المال ما يقيم به وجهه مع الناس من يسير المال .

(١) فى أ : جعل .

(٢) فى أ : هذا .

(٣) فى أ : دفع .

وإن كان معه وفاء فإن ذلك مصلحة في حقه ، وهذا واضح ، والسلام .

(١٧٥) [١٠] وسئل عليه السلام : عن هذه المسألة أيضاً ، ونصها : رجل أوصى أخته على بناته وهن أربع ، فبقين في حضانة أمهن فكانت تنفق عليهن إلى أن تزوجت الكبرى منهن ، ورشدتها فطلبت المحاسبة ، فأشهدت على نفسها الوصية المذكورة أنها إنما تطلب درهماً ونصف درهم في كل يوم لكل بنت خاصة ووافقتها الحاضنة في ذلك وأنها قبضته منها ؛ وصنعت لها عرساً لرفافها إلى بيتها ، فشط في المحاسبة للوصى مال على البنات ولهن ربع ، فقالت الآن الحاضنة : لم أقبض من الوصى المذكور سوى درهم ونصف في كل يوم للبنات الأربع ، فهل على الوصى يمين « لقد دفعت درهماً ونصف درهم لكل واحدة أم لا ؟ وهل يعطاها الزائد وأن يبيع فيه الربع أم لا ؟

[فأجاب] (١) : قولان في اليمين ، أبو عمران : لا تلزم .

عياض : تلزم .

وأما المحاسبة فلا بد منها وتأخذ الزائد وإن دعى إلى بيع الربع ، ولا فرق بين ما أنفقت أو صنعت به العرس إن كان عرف مثلها في القدر والحال .

قيل له : فالأبواق والأنفار ؟

فقال : لا .

قلت : قوله رحمه الله في جواب السؤال : « للوصى أن يتسلف المحجور أو يسلفه من مال نفسه إذا لم يجد له ناصراً » ، صرح به [ق/١٦٤ ب] اللخمي .

فقال : ويجوز أن يتسلف إذا رأى ذلك حسن نظر لتغير السوق فيما بيع له أو يشتري وليتقدم مال له غائب ، وتكون المدينة [معلقة بعين] (٢) ذلك أ . هـ . وفي «الطرر» عن المشاور : وإن تسلف الوصى عن الأيتام حتى يبيع مالهم فأنفق

(١) في أ : فقال .

(٢) في أ : بغير .

[ ذلك ] (١) عليهم ، ثم تلف عرض اليتامى ، لم يضمن الوصى شيئاً إذا قال لليتامى : أتسلف ، وإذا لم يقل ذلك ضمن . أ . ه .

وعقد غير واحد من الموثقين وثيقة إسلافه وإشهاده به ليرجع عليه .

ابن فتحون : إن سقط من الوثيقة أنه إنما أسلفه ليرجع عليه ، لم يرجع عليه إلا بعد يمينه . أن إسلافه ليرجع به ، فإن نكل فلا شيء له .

قال : وإن أسلفه وله [ فى يده ] (٢) ناض ، لم يرجع عليه ، لأنه غير محتاج إلى سلفه ، وإنما يرجع إذا لم يكن له ناض وإنما له سلع كاسدة أو أصول يكون فى بيعها طول أ . ه .

فإن لم يكن له أصل أو أسلفه على أنه يرجع إذا استفاد مالاً ، فليس له الرجوع عليه . أ . ه . [ (٣) ] .

وتأمل ما أفتى به بعض المتأخرين من الأندلسيين ، وهو فقيه غرناطة أبو سعيد ابن لب رحمه الله فى امرأة توفى ولدها فطلبت تركته بما أنفقت عليه من وفاة والده إلى وفاته ، ثم توفيت هى وكانت اشترت له موضعاً وأشهدت أنه [ إنما ] (٤) اشترته من ماله ، وقام ورثتها يطلبون ما طلبته من النفقة ، أن إبقاء المرأة مال محجورها بيدها لم تنفقه عليه و [ لا ] (٥) . أقطعتة فيما أنفقت إسقاط لحقها [ فى النفقة ] (٦) من لدن مصير المال بيدها إلى تاريخ الشراء .

قال : لأنهم قالوا فى الأب المتفق على ولده إذا استبقى العين بيده للولد ، فذلك مسقط للطلب بالنفقة ، فلو أشهدت حين اشترت بأنها على حقها فى طلب النفقة ،

(١) سقط من جـ

(٢) فى أ : بيده .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى حـ : إلا .

(٦) سقط من أ .

[كان ذلك لها] (١) . أ . ه .

ابن فتوح: فإن لم يكن له مال أصلاً وأسلفه على أنه يرجع إذا استفاد [مالاً] (٢) ، لم يرجع عليه وفي كتاب تضمين الصناع: [إذا] (٣) قال من في حجره يتيم عديم: إنما أنفق عليها فإن أفاد مالاً أخذته [منه] (٤) وإلا فهو في حل ، فذلك باطل ولا يتبعه بشيء .

[اللخمي] (٥) : وقال أشهب : يتبعه .

قال ابن عرفة : والأولى إن كان بحيث إن لم ينفق عليه هذا الشرط [طاع] (٦) أن يوفى له بشرطه .

قال : وأظن اللخمي قاله . وقول الشيخ : « ولولا اعترفهما بذلك لم تصدق إلا بيينة » ، هو قوله في كتاب الوصايا : وإن ولى النفقة غيره ممن يحضنه من أم أو غيرها لم يصدق على دفع النفقة إليهم إلا بيينة .

المتيطى : وإن صدقته الحاضنة برىء فيما وافق السداد ، فإن كان اليتيم فى حضانة وصيه وكان يأكل معه دون أن يبرز له نفقة ، وجب له قيمة أكله على التوسط من الأكل ، ومن [أسعار الأمد] (٧) .

وإن كان [أبرز له] (٨) نفقة عن طعام ، فله عليه مكيلة ذلك الطعام لا ثمنه ولا قيمته ، فإن ابتاعه له حاسبه بثمانه ويلزم الوصى عقد قيامه عليه بذلك إن ثبت ابتداء أمد الحاضنة . وما ذكر أنه أنفقه عليه فى تلك المدة مما يشبه ويكون سداداً ويرجع بذلك فى ماله . أ . ه .

(١) فى أ : لكان لها ذلك .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : ضاع .

(٧) فى ج : استعاره لأمم .

(٨) فى ج : أبرزه .

وقد قدمنا أن ابن العطار أجاز أن يدفع لليتم نفقة الأشهر وبيراً الوصى ، وأن محمد بن عمر منعه وقال : الصواب ألا يدفع له إلا نفقة الشهر فدون .

وسئل ابن زرب عن الوصى يقول : دفعت عن اليتيم [ ق / ٩٣ أ ] المغارم والجعائل والعشر [ للشرطى ] <sup>(١)</sup> ونائب العامل .

فقال : إن كان ذلك معروفاً بالبلد وادعى ما يشبه أن يؤخذ به عنه ، صدق .

وفى « أحكام ابن بطال » عن ابن لبابة : أجمعنا أن من الأشياء التى يليها الوصى والوكيل ما يكون القول قوله فيه ، مثل النفقة وإصلاح مال اليتيم والاستئجار له فى حصاد الزرع والبنيان وكراء الدواب وشبه ذلك إذا كان ما قاله يشبه . وقول الشيخ : « وقالوا يجوز للوصى أن يسلف مال [ محجوره ] <sup>(٢)</sup> الكثير المال ما يقيم به وجهه مع الناس » وهو قول اللخمي . ولا يسلف ماله ، لأن ذلك معروف إلا أن يكون كثير التجر له فيسلف الشيء اليسير مما يصلح به وجهه مع الناس ، فلا بأس .

وسئل ابن رشد رحمه الله عن وصى على أيتام كان بيده غنم وبقر وحرث ، ثم عزل ، فأقام بينة أنهم كانوا فى حضانتها ، ولم تدر البينة هل كان ينفق عليهم من مالهم أو ماله ، فادعى أنه كان ينفق عليهم من ماله ، وأراد الرجوع بذلك ، وادعى أن المال الذى كان بيده من الغنم والبقر والحرث لم تكن له غلة ، [ وشهدت بينة أن مالهم الذى بيده كانت تقوم غلته بنفقتهم ؟

فأجاب <sup>(٣)</sup> : إذا شهد أن فى غلة ما كان بيده للأيتام يقوم بنفقتهم بينة عادلة لا مدفع فيها ، فلا شيء له فيما ادعاه من أنه أنفق عليهم من [ ماله ] <sup>(٤)</sup> .

(١٧٦) [ ١١ ] وسئل عليه السلام : عن وصى على [ ق / ٩٢ ج ] أولادها فأقام

(١) فى أ : للشرط .

(٢) فى أ : المحجور .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ح : مالهم .

أحدهم عليها فقال لها : مكنيني من نصيبي في داري ، فقالت له : كان أبوك [ صيرها لى في دين ، ثم قام ابن آخر فقال لها : مكنيني من نصيبي ، فقالت له : كان أبوك ] (١) تصدق بها على ، فتخاصم الولدان معها ، فقيد عليها أنها أشهدت على نفسها أنها إن لم تأت برسم الصدقة فكل ما تدعيه في الدار باطل ، وأنها أسقطت ما [ ادعته ] (٢) ، ثم أخرجت رسم التصيير ولم تأت برسم الصدقة ، فهل ينفعها ذلك أم لا ؟

[ فأجاب ] (٣) : قد أبطلت حكم عقد التصيير بقولها : كل ما عدى رسم الصدقة فهو باطل ، [ وهى ] (٤) لم تجد رسم الصدقة ، فلا شيء لها في الدار بهذا الوجه . قلت : انظر هل يوجب خصامها عزلها [ عنهم ] (٥) !؟

وقد أفتى ابن رشد رحمه الله في مشرف [ جرى ] (٦) بينه وبين من في نظره شتان ومخاصمات بسقوط إشرافه .

قال : لأن العدو لا يؤمن على عدوه .

وفى « المتطية » : أنه اعترض في البينة الشاهدة برشد محجوره وعجز عن الدفع فيها ، أنه يقضى بإطلاقه ووجب استرابة الوصى ، ويأمر القاضى [ بل ] (٧) يجتهد في محاسبته ، ويقبض اليتيم باقى ماله .

وفى « الطرر » : عن ابن لسابة : إذا دفع الوصى فى إطلاقه وجب التحفظ منه والبحث عنه وعن فعله ، فإن كان سوء معاشرة ومطالبة فهو أسهل ، لأنه تسقط شهادة الشاهد بالعداوة ، ولا تكون جرحه .

وإن كان على وجه الظلم لليتيم ، لم يترك النظر [ على غيره ] (٨) ووجب

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : عداه .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) فى أ : فهى .

(٥) فى ح : عندهم .

(٦) فى ح : جار .

(٧) فى أ : من

(٨) سقط من أ .

سقوط شهادته وسخطته إذا لم يجد مخرجاً يعذر به .

وفى « الوثائق المجموعة » : وما يجوز للولى عليه طلب [ ق/١٦٥ ب ] حقوقه [ متى ] (١) شاء عند قاض أو غيره ، لا يمنع [ من ] (٢) ذلك فى حياة وصيه وحضوره ومغيبه ، إلا أنه لا يوكل عن نفسه ويوكل عنه الوصى .

المتيطى : وقال ابن بقی : له أن يوكل [ من ] (٣) يطلب حقه [ ليعلم ماله ] (٤) .

(١٧٧) [ ١٢ ] وسئل عنه : من مدينة مراکش : عن رجل مات وتخلف أولاداً أوصى عليهم أهمهم ، وتخلف ديوناً على الناس بعقود بيد الزوجة ، فوكلت عن نفسه وعن محاجرها وكياً على طلب الديون وكالة التفويض ثم رأت عزله ، فلما خاف العزلة أقر بعض الغرماء بدين كثير نحو مائة دينار ذهب إلى عام ، ثم عزلته ، فهل تبطل التأخير أم لا ، وقد أفتى الطلبة كلهم بطلانه ، وتوقف القاضى فى ذلك ؟

فأجاب [ بما نصه ] (٥) : أكرمكم الله ، لا يجوز تأخير الوصى لغريمه اليتيم إلا أن يكون تأخيراً يسيراً أو لخوف الجحود أو لخوف المخاصمة أو إذا شك فيه هل هو نظر أم لا ؟

وإذا عرى تأخير الوصى عن أحد هذه الأمور رد ، فلا شك أن أمد التأخير فى مسألتكم طويل فهو لو وقع من الوصى ، فكيف إذا وقع من وكيل الوصى الذى هو أضعف منه لكونه لسببه ، وإذا تقرر هذا وجب رد التأخير المذكور فى حق الأيتام على ما أفتى الطلبة ، وكتب فلان ، والسلام .

قلت : أجاز ابن القاسم فى « المدونة » التأخير على وجه النظر ، ولم يجزه غيره - وهو أشهب - لأنه معروف .

ابن يونس عن « كتاب ابن المواز » : لا يؤخر الوصى إلا على وجه النظر من

(١) فى أ : حيث .

(٢) سقط من أ .

(٣) من ح : ما .

(٤) فى ح : لم يعلم حاله .

(٥) سقط من ج .

خوف جحود أو تفلّيس فيكون نظراً ، وكذا لو وضع من دينه أو صالح عنه على هذا المعنى مما هو خيراً لليتيم .

قال : ولو كان يرى بعض الناس أنه خير له ولا يرى ذلك بعضهم ، ففعله جائز ما لم يفعله محاباة لمن يفعله .

قال : فإذا كان بيننا أنه ليس نظراً رد .

وقال أشهب في « المجموعة » : وله بيع متاعهم بتأخير بأن يحتال بدينهم ، فإن أحال على معدم مفلس وإلاخير بين الفضل عليه في الملاء ، بطل احتياله والدين على الأول بحاله .

(١٧٨) [١٣] وسئل رحمه الله من قاضى مدينة تازى : عمن توفى وترك تركته بداره ، وتخلف أولاداً ضغاراً وزوجة أمهم ، [ فغيرت ] (١) التركة [ وتلف ] (٢) بعضها وبقي سائر ما بيد الزوجة ، لم يتبين بأى وجه هل بأمر من يجب أو بغفلة ، [ فبقي ] (٣) الأمر كذلك أعموماً ، والآن سئلت عما بيدها مما قيده المقيد عليها ، فلم تحضر شيئاً واعترفت أنها باعت بعض ذلك فأنفقت الثمن على نفسها وبنيتها لأنهم فى كفالتها ، فقيل لها : وباقي التركة ؟ قالت : لا أدرى ما أنفق ، ولم تبد وجهاً يظهر به صدقتها ولا كذبها ، فما الحكم فى ذلك كله وفيما باعته [ بالثمن ] (٤) ولا يدري هل هو ثمن للمبيع حين البيع أم لا ؟ وهل كان بيعه ضرورياً أم لا ، سيما وهو مما لا يفسد مع طول الزمان ، وكان بيدها مما [ تلف ] (٥) هو أولى بالبيع للخوف عليه من الفساد ؟ وإن كان يلزمها غرمه ، ما الذى يلزمها ، هل [ وزنه ] (٦) مما يوزن وهو قصد يرى وثمته الذى ادعت بيعه به ؟ وما لم يحضره وبقي بيدها وهى شريكتهم فيه هل المصيبة

(١) فى أ : فعديت .

(٢) فى أ وثبت .

(٣) فى أ : وبقي .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : اتلف .

(٦) فى أ : زنته .



فيه عليهم جميعاً أو عليها وحدها أو تكلف إحضاره؟ وهل تسجن في حقهم لكونهم محاجير أو لا لكونها أمهم؟

**فأجاب :** سدد الله أنظاركم وحسن في الأعمال الصالحات آثاركم ، القول قول أم الأولاد المذكورين فيما باعته من التركة أنها باعته بضمن ، [ مثله ولا تضمن ما باعته ]<sup>(١)</sup> مما كان أولى بالبيع وغيره ، وإنما للأولاد حصتهم من أثمان ما باعته ، غير أنه يفسخ البيع فيما كان غيره أولى بالبيع إن كان قائماً وكان الفسخ نظراً ، ولا يمين عليها ولا حبس فيما يتوجهان فيه على غيرها ، وتصديق فيما ادعته أنها أنفقت عليهم فيما مضى من المدة إذا كان يشبه نفقة مثلهم ، وتطلب بإحضار ما بقي بيدها ، فإن أحضرته وإلا سئلت هل ضاع أو تصرفت فيه .

فإن ادعت ضياعه صدقت أنه ضاع بغير تفريطها ، ولا يمين حسبما تقدم .

وإن قالت : تصرفت فيه ، طلبت بحق الأولاد بالمثل فيما له مثل والقيمة فيما له قيمة ، وإن باعته فحظهم من الأثمان ، وكله إذا لم تدعها إلى النفقة في أموالهم حاجة .

قلت : قال في كتاب الزكاة الثاني في باب زكاة الفطر : ومن في حجره يتيم بغير إيصاء أحد وله بيده مال وربع ، أمره إلى الإمام فينتظر له ، فإن لم يفعل وأنفق عليه منه وزكى عنه الفطر وبلغ الصبي ، فهو مصدق في نفقة مثله في تلك السنين .

وقد روى عبد الملك عن مالك وغيره من أهل العلم إجازة نظر العم وغيره كالأم [ ق / ٩٤ أ ] والأخ الرشيد دون تقديم سلطان وأب ، وأجازوا له ما يجوز للوصى إذا أحسن النظر ولم يتهم .

[ حكى الشيخ عن شيخه أن أبا محمد صالح كان يقول : رواية عبد الملك جيدة لأهل البوادي لسبعدهم عن القضاة ، لأن عبد الملك أيضاً قال ذلك بالمدينة وحيث القضاة ]<sup>(٢)</sup> .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

وقول الشيخ رحمه الله : « ولا يمين عليها ولا حبس فيما يتوجهان على غيرها » ، هو المنصوص عليه في كتاب المديان .

ابن رشد : في رسم « صلى نهاراً » من سماع ابن القاسم من كتاب الأفضية من « البيان » : وهذا فيما يدعى الولد ، وأما إن ادعى الولد عليه بدعوى فنكل عن اليمين وردها عليه ، وكان له شاهد على حقه عليه ، فلا يقضى له عليه في الوجهين إلا بعد يمينه اتفاقاً .

وكذا إن تعلق بيمينه حق لغيره ، حلف اتفاقاً ، كدعواه تلف صداق ابته والزوج يطلبه بالجهار ، أو يدعى عليه غلة انعقد عليها [ النكاح ] (١) قال : وانظر إذا قام الأب طالباً النفقة عليه وأثبت [ عليه ] (٢) العدم ، هل يقضى له بها دون يمين ، أو إلا بعد يمينه لأنها يمين الحكم وهو يؤخذ بها ، والأمر في ذلك محتمل ، وأحسب أني قد رأيت الخلاف في ذلك ، والأظهر عندي وجوب الحكم عليه باليمين .

قلت : وهو الذي عزاه ابن بطلال والمتيطى لابن لبابة ، لأن الحكم حلفه لابته ، وكان ابنه لم يحلفه ، والسلطان [ ق/١٦٦ ب ] لا ينفذ الحكم حتى يستبرىء ما يجب استبرأؤه .

ابن أبي زمنين في « منتخب الأحكام » : يكلف السلطان الأب إثبات العدم ، فإذا أثبته حلف ، وفي اليمين اختلاف .

كان بعض مشايخنا يقول : اليمين هنا إنما هي استبراء من الحاكم فيما يحكم به .

وقال بعضهم : بل هي للابن ، فلا ينبغي له أن يحلف أباه .

وحكى المتيطى عن بعض الموثقين أن القضاء بالقول : إنه لا يحلف ، وعليه

العمل .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

## (مسائل من الإقرار) (١)

(١٧٩) [١] سئل عليه السلام : عن رجل أقر عند موته في مرضه أن لولده الكبير مائة دينار ذهباً ترتبت له في ذمته من قراض عمل له به فلم يعطه ربحه ، فأشهد بذلك ، فهل ترون إقراره غير عامل كما في « المدونة » على ما في علمكم من غير تقييد ، أو إنما ذلك إذا لم يسبب لذلك سبباً كما نسبوا « للموازية » ، فهل هو خلاف « للمدونة » أو يحمل على التفسير مع أن بعض الورثة استظهر بعقد فيه شهود ، وربما حاز بعضهم أن الموصى له بالدين لم [ يعلم ] (٢) له مال لكن [ قال ] (٣) : [ ق/٩٣ جـ ] يتجر بمال أبيه ، فهل ترون هذا سبباً يصدق قول الأب [ أم لا ] (٤) ؟

فأجاب أعزه الله : إقرار المريض لولده بالدين وصية لو ارث على ظاهر الروايات ، والمنسوب « للموازية » من التقييد بعدم ظهور سبب يعضد الإقرار ، يشبه أن يكون تفسيراً « للمدونة » ، ففي كتاب المديان منها : إن المقر لأخته في مرض بدين وعليه [ لأجنبي دين ] (٥) محيط بماله ، أن لا شيء لها إلا بينة على أصل الدين ، وتقيم بينة أنها كانت تقتضيه في حياته .

قال سحنون : يعنى : فيلزمه إقراره لها .

فأمضى إقراره للوارث بأدنى سبب و[ هو ] (٦) كونها تطلبه في الصحة ، مع أنه فار إلى وارث عن الغرماء الأجانب وعن سائر الورثة ، وهو دليل على أنه يكفى في دفع تهمة الفرار بأدنى سبب كما ترى غير أن العرف في الأولاد عملهم للأباء بلا أجر ، فتضعف دلالة تجره على القولين ، وبهذا النوع أبطلوا شهادة حيازة الولد ملك أبيه في وجهه على [ تملكه ] (٧) عنه ، واعتلوا بأنهم كالحوَّز لآبائهم ، ولا بأس أن

(١) سقط من جـ .

(٢) في حـ : يعمل .

(٣) في أ : قالوا كان .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : دين الأجنبي .

(٦) سقط من جـ .

(٧) في أ : مليكه .

[يندب] (١) الورثة فى ذلك إلى الصلح، والسلام .

قلت : لم يجزم الشيخ رحمه الله بالجواب لتقابل دليلى الصحة والبطلان ، فـدليل الصحة قيام البينة بتجر الولد فى مال أبيه ، ودليل البطلان العرف الذى أشار إليه ، لكن القاعدة فى تقابل الدليلين سقوطهما والرجوع إلى الأصل ، والأصل هنا هو البطلان .

وفى « البيان » فى رسم « ليعرفن [ أمراً ] » (٢) من سماع ابن القاسم من كتاب المديان [والتفليس] (٣) ، ونقلت بعضه على ما فى « مختصر ابن عرفة » : إقرار من سوى الزوجين [ أحدهما لصاحبه ] (٤) بدين فى المرض [ لا يخلو ] (٥) [ من ] (٦) أربعة أوجه :

الأول : الإقرار لو ارث قرب منه كسائر الورثة ، كأحد أولاده أو إخوته أو بنى عمه [ أو أقرب ] (٧) من سائرهم ، كإقراره لابنته وله عصبه ، أو لأخ شقيق وله أخ لأم ، أو لأمه وله أخ شقيق أو لأب أو لأم أو عم أو ابن عم ، ساقط اتفاقاً .

قال فى « المدونة » : إذا لم يكن [ له ] (٨) وجه أو سبب يدل على صدقه وإن لم يكن قاطعاً ، قيل : إلا أن يكون المقر له عاقاً ومن لم يقر له بار فإقراره جائز ، كالزوجة [ يقر لها ] (٩) وقد عرف الشثان والبغض منه لها .

وقيل : لا يجوز بخلاف الزوجة على اختلاف الرواية فى « المدونة » .

(١) فى د : ينوب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : على .

(٧) سقط من ج .

(٨) فى أ : لذلك .

(٩) فى أ : يعزلها .

وإن كان المقر له أبعد ممن لم يقر له من الورثة ، كإقراره لعصبة وله ابنة ، أو لأخ لأم وله أخ شقيق ، [ أو لأب ] (١) وله أم ، جاز إقراره اتفاقاً .

وإن كان من لم يقر له من ورثة بعضهم أقرب إليه من المقر له وبعضهم بمنزلته ، كإقراره لبعض إخوته أو [ العصبة ] (٢) وله ابنة ، أو لبعض بنى عمه وله أخت ، أو كان [ من ] (٣) لم يقر له منهم أقرب إليه من المقر له وبعضهم أبعد منه ، كإقراره لأمه وله ابنة وأخ وأخت وشبه ذلك ، ففى جوازه قولان بناءً على أن نفى التهمة باعتبار حال الأقرب وثبوتها باعتبار حال الأبعد .

الثانى : إقراره لقريب غير وارث أو صديق ملاطف فى جوازه مطلقاً أو إن ورث بولد ، ثالثها : إن ورث جاز الإقرار من رأس المال ، أو إن ورث بكلالة فمن الثلث لأحد قولها والمشهور مع سحنون ونقل ابن رشد .

الثالث : أن يقر لأجنبى ، وهو جائز اتفاقاً ، فإن طلب فلم يوجد تصدق به كاللقطة بعد التعريف على ما قاله فى رسم « اغتسل » من هذا الكتاب من كتاب الوصايا .

الرابع : أن يقر لمن لا يعرف ، فإن ورث بولد جاز من رأس المال وإن أوصى الله يتصدق به عنهم أو يوقف لهم .

وإن ورث بكلالة ، فقيل : إن أوصى أن يحبس ويوقف [ له ] (٤) حتى يأتى له طالب ، جاز من رأس المال .

وإن أوصى أن يتصدق به عنهم سقط ، قاله فى رسم « إن خرجت » من سماع عيسى من هذا الكتاب .

وقيل : إنه من الثلث ، وهو قائم من كتاب المكاتب من « المدونة » .

(١) فى أ : مطلقاً .

(٢) فى أ : عصيته .

(٣) فى أ : ممن .

(٤) سقط من ج .

وقيل : إن كان يسيراً جاز من رأس المال وإلا سقط ، قاله في سماع عيسى من كتاب الوصايا . أ . هـ .

وذكر ابن سهل فتيا ابن لبابة وأصحابه ببطلان إقرار من يقر لبناته بحق وورثته معهن عاصب ، وأن على العاصب اليمين أنه لا يعرف ذلك .

وسأل عياض ابن رشد - رحمه الله - عن توفى عن زوجة وابنة منها وابن عم ، وكان وهب لابنته في صحته دارين وحوانيت ، وأشهد لها أن أمها تصدقت عليها بمائة مثقال ونجر فيها فربح ثلاثين مثقالاً ، وأن لها بيده من غلة الربع الذي وهبه سبعين مثقالاً ، ثم توفى بعد سنين ولم يوجد له إلا دار سكناه ونحو عشرة مثاقيل وثياب ظهره وغيرها لا تبلغ ما أقر به لها، وترك ثياباً وحلياً وماعوناً كان وهبه لها ، وسلط على ذلك كله حكم الاعتصار ، ووجد وثائق ذلك في خزانته ، فقال العاصب : ذلك كله توليج للبنت ، واحتج بأن بينه وبين الميت منافرة ، ووجد في لوح يقال أنه خطه أنه اجتمع بيده من غلة الربع ثلاثة وثلاثون مثقالاً سوى السبعين ، وكيف إن لم يشهد على خطه إلا شاهد واحد ؟ وهل نحاسب الابنة بنفقته عليها في هذه الأعوام ؟ وكيف لو كانت البنت غير بالغ ؟

فأجاب : بأن ما وهبه لها من الربع نافذ ، لأنه الحائز [ ق / ٩٥ أ ] لها ، وكذا الثياب والحلى وماعون النحاس يجوز إذا ثبتت الهبة بالشهادة على عينه ، وما شهد به أنه استقر لها عنده [ ما استغل لها ] (١) من الربع الذي وهبه لها نافذ يحكم لها به فيما تخلفه إذا أشبه أن يغتزل ذلك [ ق/١٦٧ ب ] العدد منه من يوم الهبة إلى يوم إشهاده لها به .

وأما ما شهد به لها من أمها تصدقت عليها به وأنه نجر لها به فربح ثلاثين مثقالاً ، فباطل لأن الصدقة بالعين على الصغير لا تصح إلا أن يخرجها المتصدق من ماله ويضعها على يد من يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك ، وسواء في ذلك علمت بين العاصب والمتوفى منافرة أم لا .

(١) في أ : مما استغل .

فأما ما وجد في اللوح ، فإن ثبت أنه خطه ومضى من المدة من يوم إقراره لها أنه استغل لها سبعين مثقالاً إلى يوم كتب ذلك في اللوح ما يشبه أن يغتال لذلك أيضاً ، فإن لم يشهد على الخط إلا شاهد واحد حلفت معه [واستحقت ذلك في ماله] (١) ، لأن الشهادة على خط المقر كالشهادة على الإقرار على القول بإجازة الشهادة على خط المقر ، وهو المشهور المعروف في المذهب ، ولا تحاسب بما أنفق ، لأنه لما أشهد لها دل على أنها لم يرد محاسبتها ، والرواية بذلك مأثورة عن مالك .

وإن كانت الابنة غير بالغة ، وقف لها ما يجب لها الحلف فيه مع الشاهد حتى تبلغ فتحلف إن شاءت ، ولا بد من ذكر السبب الذي ترتفع به التهمة عن الأب في إقراره لابنته من معرفة ذلك السبب الذي ذكره بما تصح به المعرفة من الشهادة التامة لقوله في الرواية : فإن سبب لذلك سبباً يعرف جاز ، وإن لم يسبب له سبباً يعرف لم يجز .

وذكر محمد بن عياض [ المسألة ] (٢) في الكتاب الذي جمع فيه نوازل أبيه هذه المسألة ، وذكر أيضاً جواب ابن الحاج فيها وهو كجواب ابن رشد ، وجوابين آخرين لغيرهما .

(١٨٠) [٢] وسئل رحمه الله عن نحو هذه المسألة أيضاً ، وهي : رجل اعترف في مرضه أن لولده عليه كذا وكذا وذكر أنه كان أسلف ولده مالا ليتجر به فربح فيه مالا وصار في ذمة الولد ديناً عليه فهل يقبل [ قول ] (٣) هذا ويكون ديناً عليه يؤخذ به أم لا ؟ وربما يشهد للولد أنه كان سافر ، [ ولكن شهد أناس كثير أنه ] (٤) كان يسافر بمال أبيه ، وأشهد أيضاً أن لزوجته عليه كذا عينه ، وقال : هو مالها من خدمتها ، ولم يعلم لها حين خروجها إليه ، بين لنا ذلك ؟

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

[ فأجاب ] (١) : إن الدين بسبب قراض عمل به الولد ، ولا شك أن نسبة ذلك إلى القراض أبعد من التوليج لظهور السبب وإن احتمل أن يكون فيه نائباً عن أبيه كما هي العادة في الكثير من الناس من نسبه إلى السلف ، إذ لا سبب له مع شهادة الناس أنه كان يتجر بمال أبيه والسكوت عن ذلك إلى حين المرض ، غير أنه يجب أن ينظر في صفة المرض من كونه مخوفاً أو غير مخوف مشرفاً على الهلاك أو لا ، فإنه ذكر لي أن بينهما منافرة اتصلت بزمان الإقرار .

وقد اختلف في الوارث بالنسب يقر لوارثه على قولين قائمين من كتاب المديان على اختلاف الرواية فيه ، إلا أن « التهذيب » فيه أن الوارث [ ليس ] (٢) كالزوجة ، ووجهه : أن الزوجة سبب عارض والنسب سبب لازم ، [ والسلام ] (٣) .

قلت : صرح في « المدونة » بجواز إقراره للزوجة إذا لم يعرف منه إليها انقطاع وناحية [ ق/ ٩٤ ج ] وله ولد من غيرها ، قيل : أغيرها من الورثة بهذه المنزلة فيمن له انقطاع أو بعد .

فقال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، وأرى ألا يجوز ذلك .

عياض : كذا في رواية إبراهيم بن محمد عن سحنون ، وعليه اختصر أكثر المختصرين ، وعليها حمل مذهبه في الكتاب .

والذي عند ابن وضاح وآخرين : « أرى أن يجوز » ، بإسقاط « لا » ، [ وذكر في كلامه في « اللباب » عن « المدونة » ما يدل لكلا الروايتين ] (٤) وقول الشيخ في توجيهه القول بالفرق بين الزوجة وغيرها من الورثة أن الزوجة سبب عارض والنسب سبب لازم ، وسبقه إليه عبد الحق في « النكت » ، [ ونصه ] (٥) : وإنما فرق بين

(١) في أ : الجواب .

(٢) بياض في أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .



إقراره للزوجة [ وبين ] (١) إقراره لغيرها من الورثة ، لأن الورثة فى الظنة أقوى ، لأن سببهم باقٍ غير منقطع وسبب الزوجة ينقطع بالموت والطلاق .

وفى رسم « الرطب باليابس » من سماع ابن القاسم من كتاب المديان قال : قال مالك : من قال لامرأته : « علىَّ مهرها كذا » ، فى مرضه وله ولد منها أو من غيرها ، لم يتهم أن يولج ذلك إليها دون ولدها .

ابن رشد : حاصل هذه المسألة عندى على منهاج قول مالك وأصحابه رحمهم الله أنه إن علم منه ميل إليها وصباة بها ، لم يجز إقراره لها إلا أن يجيزه الورثة .

وإن علم بغضه فيها والشئتان لها ، جاز ، وإن جهل حاله معها ، فإن ورث بكلالة بطل إقراره ، وإن ورث بولد ، فإن كانوا إناءً يرثه مع العصبية ، فسواء كن واحدة أو عدداً ، صغاراً أو كباراً ، منها [ أو من غيرها ] (٢) ، فجواز إقراره يتخرج على القولين .

فإن كن صغاراً منها بطل اتفاقاً ، وإن كان الولد ذكراً واحداً جاز إقراره ، صغيراً كان أو كبيراً ، منها أو من غيرها ، وإن تعدد الولد فكذلك ، إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً من غيرها ، فيبطل .

فإن كان الولد الكبير فى الموضع الذى يرفع [ التهمة ] (٣) عن الأب فى إقراره لزوجته عاقلاً له ، لم يرفع التهمة عنه ، بطل الإقرار على ما فى سماع أصبغ ، وأخرى روايتى « المدونة » .

وإن [ كان ] (٤) بعضهم عاقلاً وبعضهم باراً ، [ يخرج عن ] (٥) الخلاف فى إقراره لبعض العصبية إذا ترك ابنة وعصبية ، وكذلك الحكم سواء فى إقرار الزوجة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : المتهمة .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : تخرج على .

لزوجها ، ولا فرق بين الإقرار بالدين أو بقبضه .

(١٨١) [٣] وسئل عنه من أسفى : عن رجل اعترف [ لابنة ] <sup>(١)</sup> [ له ] <sup>(٢)</sup> محجورة بمملوكة [ مسماة ] <sup>(٣)</sup> فلانة ، وقال : إنما هي مال من مالها وملك من أملاكها ، فشهد عليه شهود بذلك فى مرضه الذى مات فيه ، فلما توفى وجد شاهد آخر شهد أنه اعترف عنده فى [ الصحة ] <sup>(٤)</sup> بمثل ما اعترف به [ فى المرض ] <sup>(٥)</sup> ؟

[ فأجاب ] <sup>(٦)</sup> : يثبت الاعتراف بالشهادة ، ثم المرض يورث التهمة على التوليج ، لكن لما [ قام ] <sup>(٧)</sup> شاهد الصحة انتفت التهمة [ له ] <sup>(٨)</sup> ، ولا يقال : إنما ثبت الاعتراف به [ فتلزمها ] <sup>(٩)</sup> اليمين معه ، بل ثبت بشهود المرض وانتفت التهمة بشاهد الصحة ، لأنها تتنقى بأى دليل قام على نفيها ، دليله مسألة الاختلاف فى كتاب المديان إذا قام لها دليل أنها كانت تطلبه قبل ذلك .

قال : وقد أجبت [ عن ] <sup>(١٠)</sup> نحو هذا من تازى فى رجل اعترف لابنه بمائة دينار ذهب فى مرضه ، فقال : إن قام للابن دليل ينفى تهمة التوليج ثبت ، وإلا فلا .

قلت : مسألة الأخت المشار إليها هو قول مالك رحمه الله فى « المدونة » فىمن عليه دين فأقر لأخت له بدين ، فلا شيء لها إلا بينة على أصل الدين ، أو تقييم بينة أنها كانت تقتضيه فى حياته .

قال سحنون : يعنى فيلزمه إقراره لها .

(١) فى أ : لابنت .

(٢) فى ح : لها .

(٣) فى أ : السمات .

(٤) فى أ : صحته .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : فقال .

(٧) فى ح : قال .

(٨) فى أ : به .

(٩) فى ج : فيلزمه .

(١٠) فى أ : على .

أبو عمران : بعد اليمين .

الشيخ : انظر اليمين هنا هل لأن هذه [ القرينة ] (١) ضعيفة ؟!

ابن يونس : عن بعض القرويين : إن كان [ لمن ] (٢) يتهم عليه دليل على

تصديق الميت في إقراره نفذ ، كقوله في الأخت [ التي كانت اقتضت ] (٣) .

قال : [ وكسل ] (٤) صغير عرف له ميراث ورثه ، [ فيقول ] (٥) له أبوه في

مرضه : إن هذه الدار [ ق / ٩٦ أ ] والدابة والعبد كان اشتراه بمال [ ورثه ] (٦) ، وإن

له عندي من ماله كذا وكذا ، فإن كان ما يذكر يشبه صدق ، لعلمنا بصدق ذلك .

وقال ابن القاسم في سماع أصبغ [ ق / ١٦٨ ب ] من كتاب الوصايا من

« العتبية » في رجل يوصى عند موته يقول : هذا المتاع ، أو هذه الدار لابني فلان كان

ذلك له من ميراثه من أمه ، ولا يعلم أحد ما يقول ولا يشهد على ما سمي ، [ فإنه

لا ] (٧) يقبل قوله إلا أن يعلم أنه كان له مال أو عرض ، فإن علم ذلك وأتى بأمر غير

مستنكر قبل ذلك منه .

ابن رشد : إقرار الرجل في مرضه بما في يده من الدور والمتاع - الذي لا يعرف

ملكه [ له ] (٨) - أنه لابنه من ميراثه ، كإقراره له في مرضه بدين من ذلك ، لا

يجوز إلا أن يشبه قوله بأن يعلم أنه لأمه من المال نحو ما أقر [ له به ] (٩) .

وكذا في « الموازية » أن إقراره له في مرضه بالدين لا يقبل إلا أن يكون له وجه

(١) في ح : القرينة .

(٢) في ح : لم .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : وكذا .

(٥) في أ : فيقر .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : فلا .

(٨) سقط من أ .

(٩) في أ : به له .

أو سبب يدل [ على صدقه ] <sup>(١)</sup> وإن لم يكن قاطعاً .

وإن كانت الدار التي أقر بها لابنه من ميراثه في أمه يعرف ملكه لها، بطل إقراره، ولو أقر له بها في صحته [ لكانت الهبة ] <sup>(٢)</sup> تصح له إن حازها له بما تحوز به الآباء لمن يولون أمره منهم على ما في رسم « الشجرة » من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات وفي غيره ، خلاف قول أصبغ في سماعه هناك . [وأفتى ابن رشد فيمن توفي وأشهد لابنته أنه تصدق عليها بمائة مثقال ، وأنه تجر فيها فربح فيها ثلاثين مثقالاً ، فإنه لا يحوز ذلك لها ، لأن الصدقة بالعين على الصغير لا تصح إلا إن أخرجها المتصدق من ماله ويضعها على يد أمين يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك ، فإذا لم يكن إلا إقرار الأب بذلك وتصديق الأم له فيه ، اتهم الأب أن يكون أراد أن يولج إليها ذلك من ماله بعد وفاته ، فلا يجوز ذلك إلا بمعايته على الصدقة] <sup>(٣)</sup> .

(١٨٢) [٤] وسئل رحمه الله : عن رجل أشهد على نفسه في مرضه الذي مات منه أن عقاراً أو ثياباً سماها في ذمته وماله تحت يده لابنته فلانة الصغيرة في حجره ، فمات وبقي وصيه ينظر في التركة ما شاء الله ، ثم مات الوصي المذكور ورشدت البنت فقامت تطلب ، فهل لها ذلك ؟

[ فأجاب ] <sup>(٤)</sup> : لا شيء لها إلا بالبينة على أصل الدين ، وأن ذلك عليه لها، وإلا فهو إقرار للوارث في المرض ، فسمى ولم يتعين شيء مما ذكر .  
نعم، لو تعين أمكن أن تشهد بينة أن ذلك لها [ يعرفونه ] <sup>(٥)</sup> من وجه يعينونه ،

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : لكان كالهبة .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : فقال .

(٥) في أ : يعرفونها .

كميراث عن أمها وشبه ذلك فتستحقه ، وأما هذه فلا شيء لها إلا بيئته على أصله .  
قلت : إذ لا دليل على صدقه ، [ لأن ] (١) إقرار المريض لوارث بدين كوصية له ،  
وفى التنزيل ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ ، فقول الله عز وجل ﴿ غَيْرَ  
مُضَارٍّ ﴾ (٢) راجع إلى الوصية والدين .

ابن العربي : أما رجوعه إلى الوصية فبأن يزيد على الثلث أو يوصى لوارث .  
قال : و أما رجوع المضرة إلى الدين [ فما أقر به ] (٣) في ماله لشخص لا يجوز  
له الإقرار به ، كما لو أقر في مرض لوارث بدين .

[ وفى « نوازل ابن الحاج » فيمن أقر في مرضه الذى توفى منه لابنته قبله وفى  
ماله وذمته كذا وكذا ذهاباً مما كان قبضه لها ليجهزها به إليه ، ثم نازع أحد الورثة فى  
ذلك ؟

فأجاب ابن رشد : إن كان الصداق معلوماً على الزوج ملياً به ، جاز إقرار الأب  
فى مرضه لابنته وأخذها من ماله .

قلت : وقعت المسألة فى سماع أصبغ من كتاب النكاح من « العتبية » لأشهب :  
أن من أقر فى مرضه بقبض مهر ابنته ومات ، إن كان له مال أخذ من ماله ، وإلا  
فليس للزوج البناء إلا بدفع المهر ، ويتبع به الميت المقبر .

أصبغ : هذه عندى كمسألة من أوصى أن تزوج ابنته ابن أخيه ويمهر عنه من  
ماله ، وقد قال فيها : إنها وصية لابنته ، فأحدهما ترد الأخرى من قوله وهذه غفلة ،  
فلا أرى جواز إقراره إذا كان فى مرض حاجب له من القضاء فى ماله ، فهى تهمة  
لأنها وصية لها ، وإن كان ابن وهب قال فى مثل قول أشهب بإجازته لم يزل قول  
ابن وهب .

ابن رشد : قول أشهب فى المقر فى مرضه يقبض مهر ابنته ومات : « إنه يؤخذ

(١) فى ١ : و .

(٢) النساء : ١٢ .

(٣) فى ١ : به لأقاربه .

من ماله ، معناه أنه إن كان الزوج موسراً له مال ، إذ لا تهمة في إقرار الأب ، لأنه حق الزوج أقر له به لا منفعة للبتت فيه ، لأنه إن لم تأخذه من مال أبيها أخذته من مال زوجها لثبوتها قبل الإقرار .

وأما إن كان معدماً فوصية لابنته لا تأخذه من ماله ، لأنه يتهم أن يولجها إليها من ماله الذي قد قرر بكونه على معدم ، فلا تشبه المسألة مسألة من أوصى أن تزوج ابنته لابن أخيه ويمهر عنه [ ق/ ٩٥ جـ ] من ماله ، لأن المهر لم يجب على الزوج قبل الوصية وإنما وجب للابنة في مال الأب ، فقبول الزوج النكاح على ذلك ، فلذلك قيل إنها وصية للابنة ولزوج ابنته بصدائق مسمى ، فأوصى في مرضه أن يوصى من ماله على الزوج لابنته ، والزوج موسر ، لجاز ذلك وكان وصية اتفاقاً ، فتفرقة أشهب بين المسألة صحيحة ، وما نسب إليه أصبغ من الغفلة في ذلك لاثقة به في المساواة بينهما .

وقول أشهب : « إن لم يكن له مال لم يكن للزوج البناء إلا بدفع المهر ويتبع به الميت المقر » ، خلاف مذهب ابن القاسم ، يعني في براءة الزوج من ذلك [ (١) ] .

(١٨٣) [ ٥ ] وسئل رحمته : عن أخوين مات أحدهما وترك ابنه وبقي صغيراً ، وبقيت الأملاك كلها بيد الأخ الحى ، ثم بعد مدة اعترف لابن أخيه أن جميع الأملاك مشتركة بينه وبين أخيه الميت ورثاها من أبيهما ، فاستظهر أولاد الحى المعترف بعقد صدقة يتضمن أن والدهم المعترف المذكور تصدق عليهم بجميع الأملاك التى ورثها من أبيه ، وتاريخه قبل تاريخ الاعتراف بأربعة أعوام ، واحتجوا بأن إقرار أبيهم إنما كان بعد الصدقة عليهم وقد كانوا حازوا الصدقة ، والأب المذكور ليس بعد فيشهد ؟

[ فأجاب ] (٢) : إن قوله فى عقد الصدقة إنما تصدق بميراثه ، إقرار بأن تلك الأملاك موروثه من والدهما ، فقد أقر أنها ملك لموروثهما قبل انبرام الصدقة ، إذ لا تنبرم إلا بقبول أولاد المتصدق عليهم ، فيلزمه أن أخاه معه فيها حتى يأتى بشيء

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فقال .

يختص به عنه ، ولا يضره تقدم التاريخ [ لها ] (١) ، اللهم لو كان أقر بعد انبرام الصدقة فلا يلزمه لأنه مقر على غيره ، إلا أن يكون عدلاً فتقبل شهادته .

قلت : يظهر - والله أعلم - أن عدالته ساقطة بتفويته مال غيره عنه تعدياً وهو عالم ، فتأمله [ وما في ] (٢) الجواب بين ، والله أعلم .

(١٨٤) [٦] وسئل رحمه الله : عن رجل أشهد على نفسه أن لأمه قبله مائتي دينار وإحدى وأربعين ديناراً ، منها ستة وسبعون قبضها سلفاً ، ومنها مائة وخمسة وستون ثمن عقد جوهر كان باعها لها ، فلزم ذمته وذلك باقى العدة ، وكتب الرسم على هذا النص ، فمات [ المشهود ] (٣) ، فهل تطلب تركته بالجملة المذكورة [ أم لا ] (٤) ؟ [ فقط ] (٥) وتطالب بالتفسير وهو أكثر من الجملة ، إذ جملة [ ذلك ] (٦) ثلاثمائة وإحدى وأربعون ؟

فقال : إذا لم يوجد من ثمن العقد أو قرينة تجبر الغلط على ما يعول عليه ، فالعمل على الجملة والتفسير [ ق/١٦٩ ب ] غلط ، سيما وهو يقول : « وذلك تمام العدة المذكورة أولاً » .

قيل له : هل كانت الجملة الأولى هي الغلط ؟

قال : هو بمنزلة من قال : تزوج فلان فلانة بمائة ، منها ستون نقداً وستون كائناً ، فالحكم للجملة والتفسير غلط .

قلت : لأن الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا بأمر متيقن ، والمتيقن هي الجملة الأولى فقط ، وذلك أن الغلط إما فيها وإما في التفسيرين ، ولا دليل على رجحانه في أحدهما دون الآخر ، فيلغى الزائد على الجملة الأولى لاحتتمال أن يكون غلطاً ،

(١) في أ : لهذا .

(٢) في أ : وباقى .

(٣) في أ : المشهد .

(٤) في أ : أو لا .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

والذمة لا تعمر بأمر محتمل ، ويثبت ما عداه لأنه مقر به أيضاً فى التفسير ، فقد اجتمع مع الجملة الأولى عليه .

(١٨٥) [٧] وسئل رضي الله عنه : عن رجلين استغلا أرضاً مدة من ثلاثين عاماً ، فماتا فورثت عنهما ، فقام رجل فقال : هى ملكى ، واستظهر بشاهد واحد أن أحد الأخوين أقر بها لهذا القائم ؟

فأجاب : إقرار المقر لازم بعد ثبوت شهادة هذا الشاهد الذى سمع منه الإقرار ويمن المقر ، فيلزم فى نصيبه .

وأما شهادته على أخيه ، فلو كان حياً وهو عدل ، [ لحلف مع ] (١) القائم واستحق ، فلما مات ولم ينقل عنه إلا واحد ، بطلت إذ لا يصح النقل إلا باثنين .

قلت : فى كتاب الشركة [ من « المدونة » ] (٢) : ولو أن شريكين فى دار أو متاع أو غير ذلك [ من العروض ] (٣) أقر أحدهما لأجنبى بنصف ما فى أيديهما ، حلف المدعى [ واستحق ] (٤) ، لأنه شاهد ، كإقرار وارث بدين على ميت .

وقال أيضاً : إن مات أحد المتفاوضين ، فأقر الحى منهما أنهما رهنا متاعاً من الشركة عند فلان ، وقال ورثة الهالك : بل أودعته أنت إياه بعد موت ولينا ، فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحى ويستحق الجميع رهناً ، وإن أبى فله حقه المقر هنا .

وفى « البيان » فى كتاب الوصايا من سماع أشهب : إقرار الرجل فى صحته أو مرضه بما يعرف ملكا بشيء بعينه أنه لفلان - وارث أو غير وارث - يجرى مجرى الهبة والصدقة إن حاز ذلك المقر له فى صحته جاز ، وإلا بطل اتفاقاً ، إلا أن يكون إقراره بذلك على سبيل الاعتذار فلا يلزمه .

(١) فى أ : حلف معه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .



قال : ولو لم يعرف ملكه لذلك لكان كإقراره بدين ، انظره .

وفى « نوازل ابن الحاج » : من أقر فى مال بيده أنه لرجل ، فهو كالهبة إن قام فى صحته [ حكم ] (١) له عليه به ، وإن لم يقم إلا فى مرضه أو بعد موته فهو ميراث .  
[ قلت ] (٢) : لعله مال عرف ملكه له ، فلا يكون خلافاً لقول ابن رشد .

وقد أفتى ابن رشد فيمن ابتاع ثلثى دار وسكنها مع زوجه أزيد من ستة أعوام ، ثم اشترى بعدها الثلث الباقي لزوجه [ باسمه ] (٣) ، وذكر فى العقد أن الدار كلها خاصة لها لتقدم ملكها سائرهما ، وتقيد عليه أن ابتاعه ثلثى الدار إنما كان لزوجه بمالها وأمرها ، وتمادى على سكنها إلى أن [ توفى ] (٤) ، ثم تزوجت غيره وتوفيت ، وقال ورثتها : جميعها لها إذ أقر أن الثلثين كان ابتاعها لها بمالها وأمرها ، وقد كان لها عنده مال من استغلاله له لأملأها ومن ثمن ثياب لها باعها لها ، فإنه لا يكون لها إلا الثلث الذى كان ابتاعه [ ق / ٩٧ أ ] لها [ لأنه ] (٥) لا يصح قبول إقرار الزوج بعد المدة الطويلة أنه اشترى الثلثين لها ، فيحمل محمل الهبة ، فتبطل بسكناء جميع الدار إلى أن توفى ، لأن من اشترى باسمه شيئاً حمل على أنه اشتراه بماله [ حتى ] (٦) يثبت خلاف ذلك أو يقر به فى فور ذلك إقراراً لا تهمة فيه عليه .

قال : ولا يؤخذ بالثمن ، إذ لو صح قوله فيه لصح قوله إن الشراء لها .

(١٨٦) [ ٨ ] وسئل رحمه الله : عن رجل ادعى فى ملك بيد ورثة ، فأقر اثنان من

الورثة أن هذا الملك اشتراه أبونا من أبى القائم ؟

فقال : إن لم يكونا عدلين ثبت الإقرار فى حقهما خاصة وكلفا بإثبات الشراء ، وإلا رد من نصيبهما إلى المقر له وبقي سائر الورثة على الخصام ، لأن الملك فى

(١) فى أ : فحكم .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : باسمها .

(٤) فى ح : توفت .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى ح : حيث .

أيديهم .

وإن كانا عدلين ، فأما نصيبهما فكالأول ، وأما نصيب سائر الورثة فهل هما فيه شاهدان على الورثة للقائم ، وكونهما قالاً : « اشتراه أبونا » فقد شهدا للقائم بالأصل ثم شهدا لأنفسهما ولإخوتهما أنه انتقل ذلك إليهم ، فتبطل شهادتهما في حق أنفسهما فيكون إقراراً ، وهل تبطل في حق إخوتهما أو لا ؟ فتوقف الشيخ ، فتأمله .

قلت : الذي يظهر أنهما لم يشهدا للقائم أصلاً ، بل شهدا عليه لأنفسهما ولغيرهما من ورثة أبيهما ، لكنهما أخذتا بما أقر به من الملك لأبي هذا القائم وانتقل عنه بالشراء لأبيهما ، فوجب عليهما بيانه ، وذلك في نصيبهما منه خاصة ، فهما في الحقيقة مقران مدعيان لأنفسهما ولغيرهما من ورثة أبيهما لا شاهدان على غيرهما منهم للقائم بل عليه ، فلم يظهر لى وجه توقف الشيخ رحمه الله .

وعلى أنهما شاهدان للقائم فقد أبطلا شهادتهما أيضاً لأنفسهما لتناقضها [بالشهادة إذا رد بعضها للتهمة ردت كلها على المشهور ، فتأمله ] (١) .

(١٨٧) [٩] وسئل رضي الله عنه : عن رجلين اقتسما أرضاً ولهما أخ غائب ، فاتفقا على أنه قد مات ، فاقتهما نصفين ، فلما مات أحدهما زعم الثاني أن الغائب لم يموت حاكم ، فإن موته الآن انفرد بميراثه ونقضت القسمة ، فقال له والد الميت : قد اعترفت حين قسمت مع أخيك بأنه قد مات ، فلا قول لك الآن ؟

[ فأصاب ] (٢) : اعترافه لازم [حتى ] (٣) يثبت أنه حتى بعد ذلك ، وبالله التوفيق .

قلت : واضح بأن المقر يؤخذ بإقراره ، فيلزمه ما أقر به .

(١٨٨) [١٠] وسئل رضي الله عنه : عن رجل ادعى ملك بيد أخيه أنه موروث عن

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فقال .

(٣) في ح : حيث .

والدهما معاً ، فأنكر المدعى عليه ثم استظهر بوثيقة تقتضى أن الذى بيده [ الملك ] (١) اشترى من والده الملك المذكور ، وفيها شهود ماتوا لا تعرف خطوطهم ولم تثبت الوثيقة ، هل ذلك إقرار [ ق/٩٦ جـ ] منه أنه لوالدهما ؟ [ وهل يكلف إثبات ما يختص به بالملك أم لا ؟ وسكوت المدعى مدة طويلة هل يضره أم لا ؟

فأجاب : المدعى عليه اعترف لوالدهما [ (٢) ] ، ثم إن كان هذا الأخ يعرف أن الملك لوالدهما و [ يسمع ] (٣) أخاه يدعى الاشتراء [ وسكت عنه مدة الحياة ، بطلت دعواه ، وإن كان لم يسمع دعواه الاشتراء ] (٤) ولا علم أنه لهما ، فدعواه ثابتة حتى يأتى [ الآخر ] (٥) بوجه يختص به .

قلت : الظاهر - والله أعلم - أنه أراد الحوز المعتبر بين القرابة .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : سمع .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : الأخ .

## (مسائل من الوكالة) (١)

(١٨٩) [١] وسأله قاضى [ق/ ١٧٠ ب] مدينة سلا رحمهما الله : عن رجل فوض لرجل فى جميع أموره وعامة شؤنه على الدوام والاستمرار ، وغاب الموكل منذ عشرة أعوام أو نحوها وانقطع خبره ولم تعرف حياته من موته ، فقام الآن وكيله المذكور فى مملوكة هى بأيدى أطفال أيتام مهملين ، وادعى أن لموكله المذكور فيها حظًا ، وسأل من القاضى النظر له فى ذلك ، فطلب القاضى من [يقوم] (٢) على كافة أمور الأيتام المذكورين وعامة شؤونهم ، فلم يجدهم ووجد من ينصب عنهم للخصام خاصة ، فهل يسوغ للقاضى أن [يقوم] (٣) على الأطفال من يخاصم الوكيل المذكور خاصة أو لا ؟ وإن ساغ وأثبت الوكيل دعواه المذكورة ، فهل يمكن من بيع الحظ الذى أثبتته فى المملوكة المذكورة على موكله المذكور مع فقدته وانقطاع خبره [أم] (٤) لا ؟ وإن مكّن منه فقام والد الموكل أو أحدهما فادعى أن الوكيل عديم متهم على المال ، [فخاف] (٥) عليه إن هو قبض ثمن الحظ المذكور أو غيره من مال الموكل المذكور أنفقه فى مصالح نفسه ويمنع [من] (٦) ولده إن كان باقياً بقيد الحياة أو من وارثه إن كان ميتاً ، وسأل أن يوقف ثمن الحظ المذكور مع ما [سمى] (٧) أن يظهر من المال لولده المذكور بيد أمين ثقة حتى يستقصى خبر الغائب ويظهر موته أو حياته ، فإن ظهر موته وجد ورثته ماله أخذوه من يد الأمين ، وإن ظهر حياته كتب له بحال الوكيل ، فإما أقره وإما عزله ، فهل للقائم من أبوى الموكل فى ذلك كله حق أم لا ، ويمكن الوكيل من قبض ذلك كله ؟ والسلام .

(١) سقط من ج .

(٢) [٣] فى أ : يقدم .

(٤) فى أ : أو .

(٥) فى أ : يخالف .

(٦) فى أ : حق .

(٧) فى أ : عسى .

**فأجاب :** إن كان الأمر كما ذكرتم فليس لو كبل المفقود المذكور أن يتكلم عنه بالتوكيل الذى جعل ، لاحتمال موته ، وإذا لم يكن له أن يتكلم عنه للاحتمال المذكور سقطت فروع وكالته ، ويوقف القاضى جميع ماله عند أمين حتى ينكشف أمره .

وأما توكيله عن الأطفال المذكورين ، فلا يصح عند ابن القاسم ، إلا أن يجعل لهم ناظرًا فى جميع أمورهم لا فى خصوص الخصام ، والسلام .

قلت : قال فى كتاب طلاق السنة [ من « المدونة » ] (١) : وينظر الإمام فى مال المفقود ويجمعه ويوقفه ، كان بيد وارث أو غيره ، ويوكل به من يرضاه ، وإن كان فى ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه [ له ] (٢) وينظر فى ودائعه وقراضه ويقبض ديونه ، ولا يبرىء من دفع من غرمائه إلى ورثته ، لأنهم لم يرثوه بعد .

وأما [ ما ] (٣) أسكن أو أعار أو أجر إلى أجل أرجىء إليه .

اللخمي : ينظر السلطان فيما خلفه المفقود من ربايع وأموال وديون [ وقراض ] (٤) وودائع وعوارى ، فأما الرباع فإن كانت مما يصلح للكرء أكرأها ، وإن كان فيها ما يحتاج إلى إصلاح ولا يخشى انهدامه ، أصلح [ له ] (٥) .

وإن كان [ ينفق ] (٦) عليه أو تعظم النفقة والبيع أحسن ، بيع ، وما يخشى فساده من متاجره بسوس أو بدون باعه وإلا تركه ، إلا إن أتى على شىء منه نفاق أو غلاء وعلم أنه لو حضر باعه ، [ فإنه يباع ] (٧) ، وإن لم يخش على رقيقة إباق وفى خراجهم ما يقوم بمؤنتهم وكسوتهم لم يباعوا وإلا يبعوا .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : يتقى .

(٧) فى أ : بيع .

وكذا دوابه إن كان في غلتها ما يقوم بعلوقتها ولم تبلغ من السن [ ما يخشى عليها ] (١) ، لم تبع ويقبض ديونه بعد أجله وقراضه بعد نضوضه ، ويجعل ذلك [بيد] (٢) ثقة ، وكذا عواريه إن انقضى أجلها ، أو ما تعار لمثله فيما لا أجل له .

وإن أعار أرضاً فبني فيها المستعير ومضى ما تعار لمثله ، أمره بأخذ نقضه إلا إن كان له مال فيأخذه له بقيمته منقوضاً ، وودائعهم إن كانت بيد أمين تركت وإلا نزع ، وإن كان المفقود رضى أمانته لتعلق حق [ غير ] (٣) الورثة بها لإمكان موته ، فإن كان الورثة مأمونين كان وقف جميع ذلك على أيديهم أولى من الأجنيين لإمكان موتهم ، وأنه ما لهم اليوم ، ومراعاة لمن قال : إنه يورث [ عنه بانقضاء ] (٤) أربع سنين . أهـ . وقد اختلف في تمكين القائم [ على ] (٥) الغائب من المخاصمة عنه دون توكيل على أقوال معروفة ذكرها أهل الوثائق ، وحصلها ابن رشد في كتاب الأفضية من « البيان » في سماع أشهب ، ثم قال : [ وإنما ] (٦) لا يعرض السلطان لمن غاب وترك مالا [ له ] (٧) بيد رجل أو ديناً له قبله إذا سافر كما يسافر الناس .

وأما إذا طالت غيبته وانقطع خبره ، فالسلطان ينظر [ له ] (٨) ويحوز عليه ماله على ما وقع في كتاب طلاق السنة من « المدونة » .

البرزلى : ووقعت مسألة قديماً رأيت فيها تقييداً لابن أبي [ ذئب ] (٩) القيرواني الغافقى رد على قاضى [ ق / ٩٨ ] بلده فيه فى المسألة ، وهى : رجل وكل وكيلأ ينظر له فى ماله بأتم وجوه النظر ، وغاب غيبة بعيدة ثم سمع أنه أسر ، فقام أولياؤه

(١) سقط من جـ .

(٢) فى أ : فى يد .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : عند انقضاء .

(٥) فى أ : من .

(٦) سقط من جـ .

(٧) سقط من جـ .

(٨) سقط من جـ .

(٩) فى أ : دويب .

على الوكيل وأثبتوا وثيقة بأنه سيء النظر في مال الغائب ، وأنه يخشى عليه التلف ، فحكم القاضي بعزله عنه بعد الإعدار ، [وعارضه] (١) هذا الغافق بعد أن ألح عليه [ في القول ] (٢) وأبطل حكمه ، وألف تأليفاً في الرد عليه وأنه لا يعترض عليه أصلاً ما دام [ الوكيل ] (٣) حياً ، واحتج على ذلك [ بمسألة ] (٤) جلبها من «الموازية» وغيرها .

قلت : يؤيد هذا ما في « أحكام ابن بطال » ، [ وإن ] (٥) شجرة بن عيسى القاضي كتب إلى سحنون رحمه الله فيمن سافر ووكل عند سفره على ضيعته وولده نصرانياً ومن لا ترضى [ حاله ] (٦) ، فطول مغيبه ورفع قرابته إلى القاضي سوء نظره ، فكتب له : ما أرى أن يعرض له وقد استخلفه الغائب .

(١٩٠) [٢] وستل عليه السلام : عن رجل تزوج امرأة وقد كانت تزوجت قبل رجلاً آخر ، ولها على زوجها الأول الذي مات عنها في كالتها اثنا عشر رأساً من البقر وأربعة وعشرون من المعز وخادم ، فلقى هذا الزوج الذي [ هي ] (٧) الآن في عصمته رجلاً من جيران ورثة زوجها الذي مات عنها ، فباع له موروث زوجها في زوجها الأول الميت بأربعة دنانير وربع من الذهب ، وقبض من ذلك ديناراً وربعاً ذهباً [ق / ١٧١ ب] ، فلما علمت الزوجة ببيع زوجها لموروثها من زوجها [الأول] (٨) الميت بالثمن المذكور امتنعت أن تميز ببيعها ، فأعلم زوجها [ المشتري ] (٩) بامتناعها ورد إليه [ الدنانير ] (١٠) وربعاً المقبوضة ، فقال له المشتري : قد كانت وكلتك قبل هذا فلم

(١) في ح : وعرضه .

(٢) في أ : بالقول .

(٣) في أ : الموكل .

(٤) في أ : بمسائل .

(٥) في أ : من أن .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ : هو ، وسقط من ج .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من ج .

(١٠) في ح : الدينار .

تنقض على صفقتي، وأتى على التوكيل الذي ادعى بشاهد واحد، فهل يثبت [البيع] (١) أم لا؟ وهل بيع الوكيل مثل هذا البيع بمثل هذا الثمن جائز أم لا؟ وهل يجوز شاهد واحد على الوكالة أم لا؟

**فأصاب :** لا يقضى بالشاهد واليمين في الوكالة ، ولا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين في الأموال ، [ وإلا ] (٢) بطلت الوكالة لقصور شهادتهما على النصاب ، ولم يلزم المرأة بيع زوجها عليها كالثمن الذي مات عنها ، وليس لها أن تميز البيع المذكور لوقوعه فاسداً ، إذ هو شراء دين على ميت .

قال ابن رشد في جامع البيوع من « البيان » : قولاً واحداً ، والخلاف إنما هو في شراء دين على غائب ، ثم لو ثبتت الوكالة بما تثبت به لفسخ البيع المذكور بالفساد حسبما تقدم .

ولو ثبتت وكان البيع صحيحاً ، لكان للمرأة رده بالغبن الفاحش ، إذ قاعدة المذهب أن للمغبون رد ما بيع عليه بالوكالة إذا بلغ الغبن [ مثل ] (٣) ثلث قيمة المبيع [ المذكور ] (٤) ، فصار [ البيع ] (٥) المذكور يتنقض مع صحة الوكالة ، فكيف مع عدم صحتها ، وبالله التوفيق .

قوله : « إنما هو في شراء دين على غائب » ، قال ابن رشد : فيه ثلاثة أقوال : يجوز مطلقاً ، كان بيئته أو غيرها ، ووجهه أن الغائب قد يقر بالدين ، وقد لا يجرح البيئته إذا كان بيئته .

الثاني : لا يجوز مطلقاً ، ووجهه أنه يمكن أن ينكر أو يجرح [ في ] (٦) البيئته .

الثالث : الفرق ، يجوز [ أن يكون ] (٧) بيئته ، ولا يجوز إن كان

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فإذا .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : إن كان .



[ بغيرها ] (١) .

قلت : كذا وجدت هذا [ الدليل ] (٢) من قوله : « إنما هو في شراء دين . . . إلى آخره » في الأصل الذي نقلته منه ، وأظنه من تذييل مقيدها الشيخ أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن بن أبي بكر التسولي التازي رحمه الله وإيانا جميعاً بمنه ، [ ق/٩٧ ج ] [ وكرمه ] (٣) .

وفي سماع سحنون من شهادة « العتبية » : قال أشهب في رجل يقيم شاهداً على أن فلاناً وكله على حق له يطلبه [ قَبْلَ هذا الرجل ، يحلف الوكيل مع شاهده أنه وكيل .

قال ] (٤) : لا يحلف الوكيل مع شاهده ، وكذلك سمعت ، ولا تثبت الوكالة إلا بشاهدين .

ابن رشد : إن كانت الوكالة في المال على معنى ما في « المدونة » وغيرها .

وقال ابن دحون : يلزم من أجاز شهادة النساء على الوكالة في المال أن يجيزها بالشاهد واليمين في المال ، لأنها تؤول إلى المال ، وليس بصحيح إذ ليس كل ما يجوز فيه شاهد ويمين يجوز فيه شاهد وامرأتان أ . ه .

وحكى ابن رشد في [ رسم ] (٥) « جاع » من سماع عيسى الاتفاق على عدم ثبوتها بالشاهد واليمين .

وهذا خلاف نقل اللخمي والمازري [ الخلاف ] (٦) في ذلك [ انظرهما ] (٧) وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من أن [ للمغبون ] (٨) رد ما بيع عليه بتوكيله إذا بلغ

(١) في أ : بغير بينة .

(٢) في ج : الزائد .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : سماع .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : للموكل .

الثالث ، هو ظاهر قول ابن عبد البر في « الاستذكار » .

ابن عرفة : وكان [ بعض ] <sup>(١)</sup> من لقيناه ينكر ذلك ، [ ويقول ] <sup>(٢)</sup> : غبن بيع الوصى والوكيل ما نقص عن القيمة نقصاً بيناً وإن لم يبلغ الثلث قال : وهو صواب ، لأن مقتضى الروايات في « المدونة » وغيرها [ كقولها ] <sup>(٣)</sup> إذا باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه [ من ] <sup>(٤)</sup> الثمن ، لم يلزمك .

قلت : وهو ظاهر قول أبي عمران في « الكافي » .

وبيع الأبناء والأوصياء وأولياء الحاكم جائر على النظر لمن في حجرهم ، وإذا بان الغبن والمحابة والظلم في بيع واحد منهم ، فسح .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

## مسائل الحمالة والغصب والتعدى والاستحقاق

(١٩١) [١] سئل رحمه الله : عن رجل زوج ابنته نكاح تفويض على عادة البلد، ثم عند الدخول رضيا بصداق المثل ، فنقد الزوج بعض [الصداق] <sup>(١)</sup> وبقي سائره كالتأ ، فضمنه عنه رجل آخر وبقيت الزوجة فى عصمته ، ثم مات وترك ما بقى بالصداق ، فطلبت الزوجة الضامن يؤدي لها الكالىء ، هل يتوجه طلبها عليه مع حضور التركة أم لا ؟

فأجاب : لا سبيل للزوجة إلى الضامن ، لأن الزوج قد خلف ما يفى بكائها ، لأن ضامن الصداق بعد عقد النكاح كضامن غيره من الديون ، والصحيح الذى رجع إليه مالك أن البداية بالغريم المطلوب ، فمسألتكم بهذه المثابة .

قلت : القول الذى رجع إليه مالك ، به أخذ ابن القاسم ورواه ابن وهب .

قال فى كتاب الحمالة : من تحمل برجل أو بمال عليه ، فليس الذى له الحق إذا كان الغريم حاضرًا مليًا ، أن يأخذ من الكفيل شيئًا إلا ما عجز عنه الغريم ، وكان مالك يقول : يتبع أيهما شاء فى ملاء الغريم .

ثم رجع إلى هذا الذى أخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب .

قال مالك : وإن كان الغريم غائبًا مليًا أو مديانًا حاضرًا ، فخاف الطالب إن قدم عليه المخاصمة فله اتباع الحميل ، [إلا أن يكون الغريم حاضر يعدى فيه ، فلا يتبع] <sup>(٢)</sup> .

وقال غيره : إلا أن يكون فى تشييت ذلك ، وفى النظر فيه بعد فيؤخذ من

الحميل .

(١) فى أ : المهر .

(٢) سقط من أ .

ابن رشد : وفى [ « الأجوبة » ] <sup>(١)</sup> وهو تفسير لقول ابن القاسم - : لا اختلاف له على ذلك ، حملناه عمّن أدركنا من الشيوخ ، وبه جرى العمل .

وفسر ابن المواز - فيما نقل عنه ابن يونس - قول مالك : « فخاف المخاصمة » ، [ فقال ] <sup>(٢)</sup> : مثل أن يكون رجلاً كثير الدين إن اقتضى [ منه ] <sup>(٣)</sup> خاف أن يحاص فيما يأخذ [ بعد ذلك ] <sup>(٤)</sup> .

وفى « المقدمات » : اختلف على هذا القول - يعنى الذى رجع إليه مالك - إذا قال المتحمل [ له ] <sup>(٥)</sup> : [ الغريم ] <sup>(٦)</sup> عديم ، وقال الحميل : ملئ .

[ قال ] <sup>(٧)</sup> : فعلى ما لسحنون فى نوازله من كتاب الكفالة : [ إن ] <sup>(٨)</sup> القول قول المتحمل له وعلى الحميل البينة أنه ملئ ، فإن عجز غرم .

[ وظاهر ] <sup>(٩)</sup> ما فى سماع يحيى من كتاب النكاح أنه محمول على اليسار ، فعلى المتحمل له إذا البينة بعدمه .

قال : واختلف على هذا القول إذا شرط أن يأخذ أيهما شاء بحقه .

فقال ابن [ ق/١٧٢ب ] الماجشون وابن كنانة وأشهب : شرطه باطل ولا سبيل له [ إلى الحميل ] <sup>(١٠)</sup> فى عدم الغريم .

واختلف فى ذلك قول ابن القاسم ، والمشهور المعلوم من مذهبه فى « المدونة »

(١) فى أ : نوازله .

(٢) فى أ : بقوله .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : هو .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : وعلى .

(١٠) فى أ : إليه إلا .

وغيرها أن الشرط جائز عامل ، وبه قال أصبغ ، ومرة قال : لا يجوز الشرط إلا في فسخ المطالبة أو ذى سلطان [ ق / ٩٩ أ ] وقد تأول عليه أنه إنما عمل الشرط من غير استثناء إذا كانت الحماله في أصل البيع ، وبالإستثناء إن كانت بعد عقده . والصحيح ما بدأنا به أنه اختلاف من قوله ، وأن لا فرق بين كونها في عقد البيع أو بعده .

[ قال ] (١) : وكذا اختلف إذا شرط أن حقه عليه وأبى الغريم ، فظاهر قول ابن القاسم في كتاب الحوالة [ أن ] (٢) الشرط جائز ولا رجوع له على الغريم .  
وروى ابن وهب عن مالك : [ في الواضحة ] (٣) لا رجوع له إلا أن يموت الحميل أو يفلس .

وروى مطرف عن مالك في « الواضحة » أن له الرجوع على الغريم إن شاء ، ولم يشترط موتاً ولا فلساً .

وقال ابن الماجشون : شرطه باطل ، ولا يعدى عليه حتى يفلس الغريم ، لأنها حمالة حتى يسميها حوالة ، يقول : « أحال عليك مرجعي » ، فحينئذ يكون حقه عليه ولا رجوع له على غريمه الأول .

ابن رشد : وهذا الاختلاف فيه عندى إذا وقع الشرط على ألا تباعة للمتحمّل له [ قبله ] (٤) ولا رجوع له عليه ، وأن الحميل يرجع عليه بما يؤدى عنه له .

وأما إذا وقع الشرط على ألا تباعة قبله للمتحمّل له ولا للحميل بما أدى ، فقد سقط عنه الدين اتفاقاً ، ولا رجوع لأحدهما عليه في حال لا الحميل إن أدى ولا الطالب إذا أعدم الحميل أو مات ، ومن الناس من يحمل رواية ابن وهب عن مالك في « المدونة » على التفسير لقول ابن القاسم فيها ، ويقول معنى ما ذهب إليه ابن القاسم إنه لا رجوع للمتحمّل له على غريمه الأول ، إلا أن يموت أو يفلس .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : قبل .

قال : ويحتمل عندي أن يتأول قول ابن القاسم على أنهما أبرء معاً الغريم ، فيكون ابن القاسم تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه في رواية ابن وهب .

اللخمي : فإن قيد الحمالة فقال : أنا حميل إن افتقر أو جحد أو لدَّ أو غاب أو مات لم تبطل إلا بوجود ذلك الشرط .

فإن شرط إن أعسر ، لم يطلب إلا بعد إثبات فقر الغريم ، [وإن] (١) أيسر أو فر أو جحد [أو غاب] (٢) أو مات فلا شيء عليه ، لأنه على القضاء بشرط الفقر وهذا موسر ، إلا أن يثبت أنه افتقر في مغيبة .

وإن قال : أنا كفيل إن [عجز] (٣) ، فافتقر أو لدَّ ولم يجحد ولم يغب ،

فلا شيء عليه ، كما إذا قال : «إن غاب» ، فجحد أو افتقر ولم يغب . ولو كان الغريم حاضراً بعد محل الأجل وهو قادر على أخذ حقه منه ففرط حتى غاب ، سقطت الحمالة ، لأنه علقها إن غاب عند محل الأجل وفي الوقت الذي يتوجه عليه الطلب .

وإن قال : «إن جحد أو افتقر» ، لم يلزمه إن لدَّ أو غاب .

(١٩٢) [٢] وسئل رضي الله عنه : عن رجلين اشتريا سلعة بمال مؤجل ، فبعث به ولد أحدهما في البحر فعطب ، فأثبت ولد المبعوث [بالمال] (٤) أن الشراء بينه وبين الآخر ، وأن الدين عليهما بينة وأثبت الآخر بينة أن ولد المبعوث أقر لصاحب الدين أنه عليه كله ؟

[فأجاب] (٥) : هذا لا يضره إلا أن يصرح بالحمل ، كمسألة : «حرق» (٦)

(١) في أ: فإن .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: جحد .

(٤) في ج: بمال .

(٥) في أ: فقال .

(٦) في أ: حرق .

صحيفتك التي لك على فلان وأنا بما فيها حميل ، « ، وإلا فالأصل أنه بينهما كما ثبت بتلك البينة ولا يعارضها .

قلت: في «المقدمات» : الحمل والحماله فى اللغة سواء فى المعنى ، لأنهما مصدر حمل ، و[يعرف]<sup>(١)</sup> معناهما عند الفقهاء بعرف التخاطب ، فالحماله أن يتحمل بحق على أن يؤديه [عن المطلوب]<sup>(٢)</sup> ويرجع به عليه .

[قال:] <sup>(٣)</sup> والحمل [عندهم]<sup>(٤)</sup> أن يتحمل بحق على أن يؤديه ولا يرجع به عليه ولفظ « الضمان » عندهم محتمل للوجهين ، فإذا ضمن المال فى عقد البيع أو بعده ، أو ضمن عنه الصداق بعد عقد النكاح ، فهو على الحماله حتى يثبت أنه أراد الحمل اتفاقاً .

وإن ضمن على الزوج الصداق فى عقد النكاح - ابنه كان أو أجنبيًا - فمذهب «المدونة» وقول ابن حبيب فى نكاح «الواضحة» وقول ابن القاسم فى رواية سحنون عنه من «العتبية» : إنه على الحمل حتى يريد به الحماله .

وروى عيسى عنه فى غير «العتبية» : إنه على الحماله حتى يريد به الحمل .

فإذا حمل المال أو الصداق فى عقد البيع وفى عقد النكاح ، لزمه فى ماله حياً أو ميتاً .

وإذا حمل ذلك بعد عقدهما ، لزمه فى الحياة وسقط بعد وفاته ، كالهبة التى لم تقبض ، واه أصبغ عن ابن القاسم ، وقاله ابن حبيب فى نكاح « الواضحة » . وقال ابن الماجشون فى الحملات منها : يلزمه ذلك حياً أو ميتاً كالحماله . [ق/ ٩٨ ج ] ، واختاره ابن حبيب هنا خلاف ما وقع له فى النكاح .

(١) فى أ: يعترف .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

ومسألة: «حرَّق صحيفتك» التي أشار إليها الشيخ رحمه الله وقعت في كتاب الحوالة، ونصها في «التهذيب» وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل: حرَّق صحيفتك التي لك على فلان واتبعتي بما فيها من غير حوالة بدين، كان له عليه إلا حمالة، فاتبعه حتى فلس الضامن أو مات ولا وفاء له، إن للطالب الرجوع على الأول، وإنما يثبت من الحول ما حيل به على أصل دين . أ.هـ.

وهو يائر قول ابن القاسم : ولو علمت حين أحالكك عليه أنه لا شيء للمحال عليه، وشرط عليك الحميل براءته من دينك فرضيت، لزمك ولا رجوع لك على الحميل إذا كنت [علمت] (١) ، [وإن] (٢) تعلم فلك الرجوع .

وقد قدمنا عن ابن رشد رحمه الله في المسألة التي قبل هذه أن من الناس من حمل رواية ابن وهب على التفسير لقول ابن القاسم ، وأن معناه : إلا أن يموت أو يفلس فيرجع على غريمه، وأنه جوز أن يتأول قوله على أن رب الدين أبرأ الغريم ، فيكون تكلم على غير ما تكلم عليه في رواية ابن وهب .

فالحاصل أنه اختلف في رواية ابن وهب هل هي خلاف لقول ابن القاسم ، وإليه ذهب سحنون رحمه الله ، فإنه قال: ورواية [ق / ١٧٣ ب] ابن وهب أجود ، حكاه أبو عمران وهو مقتضى سياق ابن رشد أول المسألة .

أو هي وفاق وتفسير، وعليه ففى كيفيته تأويلان:

أحدهما: ما حكاه ابن وهب عن غيره من بعض الناس، وعزاه ابن يونس لمحمد.

قال: واحتج بأنه لو دفعه المحال عليه لكان له الرجوع على المحيل.

**والثاني:** ذكره ابن رشد احتمالاً

قلت: وبه جزم الشيخ أبو عمران، فكان ابن رشد رحمه الله لم يطلع عليه.

(١) في ج: عليك.

(٢) في أ: فإن



وحكى ابن يونس فى كيفية ذلك تأويلاً ثالثاً لبعض القرويين أن معنى قول ابن القاسم فى قول المحال عليه: «اتبعنى» أنه حمل، فلا رجوع له على المحال .

ومعنى ما أراد ابن وهب: أنه ليس بحمل، إلا كأنه شرط أن يبرأ بطلب المحال عليه، فمتى مات ولم يوجد عنده شيء رجع إلى غيره.

(١٩٣) [٣] وسئل رحمه الله من مدينة سلا: عن قصارين يعمل كل واحد منهما على حدة، وليس بينهما شركة، فتضامنا أن كل ما يلزم أحدهما فالآخر ملتزم له، فلزم أحدهما غرم ستين ثوباً ففلس، هل [يفرغه] (١) الآخر أم لا؟

**فأجاب:** لا غرم عليه وهذا ضمان لا يجوز، اللهم لو كانا شريكين يعملان عملاً واحداً فيلزم الضمان، والسلام .

قلت: لأنه من ناحية الضمان بالجعل، وقد منع مالك رحمه الله ورضى عنه الشركة بالذمم لأجل ذلك، [لأنها شركة بغير مال ولا صناعة] (٢) إذا كان كل واحد منهما تحمل غيره بنصف ما اشترت على أن تحمل عنك بنصف ما اشترت، [وذلك غرر ومخاطرة] (٣) .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

### [مسائل من القصب والتعدي]<sup>(١)</sup>

(١٩٤) [١] وسئل رضي الله عنه : عن رجل من أهل القهر والسلطان اشترى من بعض الورثة ، فبقي يعتل ذلك ، فجاء رجل فقال له : نصيبي في هذه الأملاك ، فقال : لا شيء لك معي ، فبقي الأمر حتى مات هذا المشتري الموصوف بالسلطانية والقهر وصار ورثته [من السوق]<sup>(٢)</sup> كسائر الناس ، فأقام ذلك المدعي فأثبت النصيب واستحقه ، وأراد الأخذ بالشفعة [ق/ ١٠٠ أ] وأخذ الغلة وأخذ البناء والغرس بقيمته منقوضاً ، فقبل له : قد كنت [عاملاً]<sup>(٣)</sup> ، فقال : منعي من القيام إذ ذاك ظلم هذا الرجل والخوف منه ، فمكّن من الشفعة فطلب الغلة وأن يعطي القيمة منقوضاً فهل يكفيه كون المشتري ظالماً أم لا؟

فأفتى الشيخ بأن هذا القائم لا بد له أن يثبت أن المشتري كان قبل بنائه [وغرسه]<sup>(٤)</sup> واغتلاله عاملاً [بأن النصب]<sup>(٥)</sup> لهذا باق في هذا الملك ، فأثبت أنه قال [له]<sup>(٦)</sup> ذلك حيث اشترى ، فاحتج الوارث بأن القائم وإن كان قال ذلك للمشتري بلفظه دون إثباته فهو دعوى لا تقبل ، ولا يلزمه ذلك إلا بيينة ، ووافق المشتري على ذلك ، فقال القائم : إنما منعي من إثباته إذ ذاك الخوف من ظلم المشتري على نفسه وعلى من يشهد لي ، وها أنا الآن قد أثبت ذلك الذي ادعيت ، فهل لا يضره هذا الإعلام حتى يثبت بيينة أو موافقة ، أو يكفيه [مجرد]<sup>(٧)</sup> الإعلام ويكون اغتال وهو عالم ؟

(٤) سقط من أ.

(٢) في ج : على السواء .

(٣) في ج : عاملاً .

(٤) سقط من أ .

(٥) في ج : بالنصيب .

(٦) سقط من ج .

(٧) في ج : في

**فأجاب** بعض الفقهاء المدرسين الكبار: إنه لا يلزمه ذلك، ويكفى تعريفه دون إثبات لا اعتداره بالخوف المذكور.

**فأجاب** الشيخ بعكسه، أنه لا يلزم المشتري كونه عالمًا حتى يثبت النصيب، فإنه يقول: كنت قلت لي: نصيبى فيه ثابت فلم أصدقك، فلو أثبتته لرفعت يدي عنه، فلا يعد عالمًا إلا بما أثبت عنده.

وكتب بذلك جوابًا ذكر لي من لفظ، ولم أقف على خطه.

قلت: ما فى «نوازل سحنون» من كتاب الغصب من «العتبية» يعضد فتوى الشيخ، فإن فيه: قيل لسحنون فى الأمير الغاصب للأموال يدعى فى يده شيء فيثبته المدعى، أنه يكلف البينة بأى شيء تصير له ذلك؟! فإن أتى بها وإلا لم يكن له شيء ولا ينتفع بإقامة بيينة الحوز على المدعى.

قيل له: هل عليه ما أكل وقيمة غرسه وبنائه مقلوعًا كالغاصب؟

فقال: لا يكون كالغاصب فيما اغتلت وفيما غرس إلا بيينة على غضبه ذلك.

ابن رشد: قوله [فى الأمير المعروف بالغصب] (١) كالغاصب فيما اغتلت [وفىما بنى] (٢) وغرس، صحيح لأن الغلة قد قيل: إنها للغاصب وإن ثبت الغصب عليه، لقوله ﷺ «الخراج بالضمان» (٣)، لأنه لفظ [عام] (٤) مستقل بنفسه فيحمل على عمومه فيما كان بوجه شبهة وبغير وجه شبهة على القول بأن اللفظ العام المستقل بنفسه الوارد على سبب يحمل على عمومه ولا يقصر على سببه الذى خرج عليه من الرد بالعيب، فكيف إذا لم يثبت عليه الغصب [وكذا بناءه وغرسه، له قيمته قائمًا ما لم يثبت عليه الغصب] (٥) وقد تقدم له ذلك فى [أول] (٦) البيوع.

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، وأحمد (٢٤٢٧٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.

قال الترمذي: حسن صحيح غريب.

وقال الألباني: حسن.

(٤) سقط من ج.

(٥) سقط من ج.

(٦) فى أ: أوائل.

وكتب إليه قاضي الريف رحمه الله بما نصه: رجل كان [عاملاً على] (١) بعض البلاد بتولية السلطان إياه على ذلك، فادعى عليه رجل من جيرانه أنه بسط يده على أرضه مدة تنيف على ست عشرة سنة، فلما طلبه القائم عليه أجابه بأنه وارث من أبيه، فأنبت القائم المذكور أن الأرض ملكه وثبت الأصل له، وأن العامل المذكور ووالده قبله كان وليا بلاد بطوية، وكانا يأخذان جبايتها من قبل السلطان، ولم يزل [الوالد] (٢) كذلك إلى أن مات وترك ولده [عماً] (٣) كان عليه وأشد تعدياً على أموال الناس والاستيلاء عليها، وقد وقفنا على نص سحنون في «العتبية» أن الأمير يكلف البينة بأى شيء تصير إليه ذلك الشيء، فهل يكلف هذا العامل بعده ما كان يكلف أبوه لكونه مثله وأشد في التعدي والظلم والقهر والغلبة للناس، أو لا يكلف ذلك؟ وقد وقفنا في مسألة سحنون المشار [ق/ ١٧٤ ب] إليها أن ولد الأمير الغاصب لا يكلف ما كلف أبوه، هكذا مجملاً من غير تفصيل من أن يكون الولد مثل أبيه ونزل إلى حالته من يتصف منه، أجبنا في ذلك ماجور إن شاء الله.

**فأجاب:** أكرمكم الله، إذا كان الأمر كما ذكرتم فإن وارث من ذكرتم فيه يكلف بإثبات الانتقال إليه بوجه صحيح في الملك الذى أثبت القائم أصله لنفسه ما كان يكلف أبوه، سيما إذا كان مثله في الظلم للناس وغصبهم وسجنهم بسبب ذلك وضربهم، لأن استدامة يده على الملك المذكور يعد كابتداء أخذه.

والوجه الصحيح الذى يتتبع الظالم بإثباته فى قولهم أجمع فى علمى هو إثبات الإشتراء، ومن فى معناه ممن يأمن سطوته وغائلته، وإلا فلا يتتبع [فيه] (٤) وإن كان [فسي] (٥) الإشتاء بالطواعية، [لأن البائع يقول: إنما شهدت له فى رسم الإشتراء

(١) فى أ: عالماً فى.

(٢) فى ج: الولد.

(٣) فى أ: على.

(٤) فى أ: به.

(٥) فى أ: فيه.

بالطوعية<sup>(١)</sup> خوفاً على نفسه من ظلمه .

وكذلك لو قال : لم أقبض من الثمن ، وقد أشهد على نفسه بقبضه ، لأنه يقول : لو لم أشهد له بقبضه لسقيت منه شراً ، وكذا سائر مقدمة الانتقال لا يتنفع بإشهاد مالك الأصل على نفسه ، لأنه يحتج بمثل الحجة المذكورة .

وإذا تقرر هذا وعجز الوارث عن إثبات الانتقال لأبيه على الوجه الذى تقدم ، حكم عليه برد المالك إليه بعد [يمينه]<sup>(٢)</sup> ما باع للموروث [إلا]<sup>(٣)</sup> خوفاً من سطوته وظلمه إذا أثبت الوارث الإبتاع .

وأما ما ذكرتم عن سحنون رضى الله عنه من أن وارث الظالم لا يكلف من إثبات الانتقال الصحيح أو كلاماً هذا معناه ، لا يكلف موروثه فقد اعترضه ابن رشد ، وقال : جعلهم يتنفعون بحيازة والدهم [ق / ٩٩ج] وما كان هو يتنفع بها أو كلاماً هذا معناه .

والذى قال رحمه الله هو الذى يظهر ، وحمل كلام سحنون على الوارث غير الظالم ، لأنه قال : إلا أن تطول حيازة الوارث فيكون القول قوله مع يمينه : «لقد اشتراه أبوه» ، ومعلوم أن الوارث إذا كان طالباً بمثابة أبيه ، لا يتنفع بحيازة ملك أثبت القائم أصله لنفسه على أن سحنوناً قد قال : فقام القائم يوم مات الظالم ، ولا شك بأن الوارث الظالم وغير الظالم ، سواء إذا أقيم عليه بقرب موت موروثهم ، غير أن ابن رشد ضعفه كما تقدم ، والسلام .

قلت : نص كلام ابن رشد فى «البيان» : وأما قوله : إن سحنوناً [قال]<sup>(٤)</sup> : إن ورثة [أي]<sup>(٥)</sup> الغاصب لا يكلفون ما كلف أبوهم على الوجه الذى صار إليه به ، وإن

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : بنية .

(٣) فى ج : الآخر .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

كان قام عليهم مكانه حين مات ، ففيه نظر ، لأنه جعلهم يتفجعون بحيازته وهى غير عاملة على القائم من أجل أنه ظالم ، فالقياس بيينة على الوجه الذى تصيرت به الدار لموروثهم كما يكلف ذلك موروثهم ، إلا أن يكون قيامه عليهم بعد موته بمدة تكون لهم حيازة ، فلا يلزم ذلك ويكون القول قولهم مع أيمانهم «لقد اشتراها وما غضبها ولا يعلمون بأى وجه صارت إليه ولا أنه غضبها» ، على اختلاف فى [ذلك] (١) هل يتفجع الورثة بحيازتهم دون أن يدعوا الوجه الذى تصيرت به إلى موروثهم أو حتى يدعوا ذلك كهو ، إلا أن يأتى المستحق بيينة أنه غضبها ، فإن أتى [به] (٢) استحق إلا أن يأتوا بيينة تشهد لهم أنه [اشتراها] (٣) منه بعد الغضب اشتراءً صحيحاً بعد أن ردها إليه ، أو هو قد عاد [لم] (٤) تجر عليه الأحكام . أ. هـ .

وفى سماع يحيى فى قوم عرفوا بالغضب من ذوى الاستطالة ثم جاء إليهم من يتتصف منهم ، فلا يجد طلب الحق قبلهم بيينة على حصول الغضب ، وإنما يشهدون [أنهم] (٥) يعرفون الحق له إلى أن صار للظالم المعروف بالغضب لا [يرون] (٦) كيف صار إليه ، وصاحب الحق كان يشكو غضبه إياه ، ولا يذكرون ذلك ، أنه إذا كان معروفاً بالتعدى على أموال الناس والقهر ولم يقدر على ذلك ، وجب للمدعى أخذ حقه إن كان شهوده عدولاً إلا أن يأتى [ق/ ١٠١ أ] الظالم بعدول على شراء صحيح أو عطية بمن يأمن [ظلمه] (٧) وتعديه أو يأتى بوجه حتى ينظر له فيه .

فإن زعم المدعى أنه إنما باع منه خوفاً من شره وهو ممن يقدر على ضره لو امتنع ، فسخ البيع إذا ثبت أنه موصوف بمثل ما زعم البائع من استطالته وظلمه ، وأنه قد عمل

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بها .

(٣) فى أ : اشتر لها .

(٤) فى أ : ممن .

(٥) فى ح : إنما .

(٦) فى أ : يعرفون .

(٧) سقط من ج .

ذلك لغيره .

فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية ثم دس إليه من أخذه [سراً] ولو لم يفعل لقي [١] منه شراً، لم يقبل قوله وعليه دفع الثمن بعد يمين الظالم «لقد دفعه إليه ولم يرتجعه ولا أخذه» .

ابن رشد: روى [عن] (٢) يحيى : إذا قال البائع إنه أعطاه الثمن في الظاهر ودس عليه من أخذه منه، أنه ينظر إلى حاله، فإن عرف بالعداء والتسلط فالقول قول البائع مع يمينه .

قال : [وهذا اعتراف] (٣) إذا أقر أنه دفعه إليه ثم ادعى أنه أخذه منه .

وأما لو لم يقر أنه قبضه وقال: إنما أشهدت على نفسي بقبضه تقيّة وخوفاً منه على نفسي، لا شبه أن يصدق في ذلك مع يمينه في المعروف بالفصب والظلم، وإنما يكون ما قال يحيى إذا أشهد له أنه قد فعل ذلك بغيره، وقد تقدم لنا الإشارة [في] (٤) هذا، وذكره في أول مسائل البيوع .

(١٩٥) [٢] وسئل رحمه الله : عن رجل صير لزوجته داراً في دين لها عليه فماتت ، فقال الولد لأبيه: ذُكر لي أنك صيرت الدار لأمي، فأنكر ثم أراد الأب بيعها، وقال للابن: سلم للمشتري في البيع، فامتنع الابن فأمر الأب بسجنه، فسلم من السجن مكرهاً، فسكت مدة من ستة [ق/ ١٧٥ ب] أعوام فعزل الوالي الذي كان سجنه ، ثم سكت بعده خمسة أعوام ، وحيث ظهر على عقد التصيير لأمه فقام يطلب الدار ، فهل سجنه إكراه؟ وهل يضره سكوته بعد زوال الإكراه أم لا؟ يضره لكونه لم يعلم بالعقد إلى الآن ؟ وهل يصدق أنه لم يعلم به إلا اليوم؟

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: وهو غراق .

(٤) في أ: إلي .

**فأصاب:** إذا ثبت الإكراه بيينة لم يلزمه ذلك التسليم طول بقاء الإكراه، ثم سكوته بعد الإكراه لو علم بالرسم رضا، لأن سكوته تسليم في جميع ما يملكه، علم به أو لم يعلم، وليس كمن سلم فى شفعة يملكها ثم بعد ذلك ملكها، بل كمن أعطى مالاً يعلمه، لكن هذا لما لم يعلم بالعقد إلى الآن يعذر بذلك، ويصدق أنه لم يعلم إلى الآن مع يمينه إن ادعى عليه العلم.

قلت: قوله: «ثم سكوته بعد الإكراه [للو]»<sup>(١)</sup> علم بالرسم رضا»، [أي]»<sup>(٢)</sup> بعد زوال الإكراه، يريد ويعود الرسم ويمكن منه، وإلا فالظاهر أنه يعذر.

قال ابن الحاج رحمه الله فى نوازله: إذا قام الرجل بعقد ابتياع من المقوم عليه أو من أبيه قبله، وتاريخ الابتياح قبل القيام [بنحو]»<sup>(٣)</sup> عشرين عامًا فى أملاك، فقال المقوم عليه له: لى عشرون سنة أتملك هذه الأملاك وأنت حاضر ولم تقم، فقال: لم أجد وثيقة ابتياع إلى الآن.

[فالجواب]»<sup>(٤)</sup>: أن ليس هذا من باب الحيابة فينقطع حق القائم، ولكن يحلف القائم بالسه الذى لا إله إلا هو ما تركت القيام فى الأملاك تسليمًا منى لذلك، ولا رضى منى بترك حقى فيها، ولا تركت القيام إلا لأنى لم أعلم بالعقد ولا وجدته، وبأخذها.

وقال الشيخ فى «التقييد» على قوله فى كتاب الشهادة: قال مالك: ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عدد يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبنى، فأقام الرجل البيينة أنها داره وأنها لأبيه [أو جده]»<sup>(٥)</sup> وأثبت الموارث، فإن كان [هذا]»<sup>(٦)</sup> المدعى حاضرًا

(١) فى ج: لم.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) فى أ: فالواجب.

(٥) فى أ: أوجدته.

(٦) سقط من أ.



رأه يبني ويهدم ويكرى ، فلا حجة له ، وذلك يقطع دعواه .

وانظر لو قال : علمت ولم أجد ما أقوم به ووجدته الآن ، هل يعذر أم لا ؟

ثم أشار إلى تخريج المسألة على قول ابن القاسم والأبهري [فيمن اشترى ووطنها وهي عالمة بأنها حرة ، هل تحذ أم لا؟ فعلى قول الأبهري] (١) «إنها تحذ» لا يعذر .

وانظر هل يعذر على قول ابن القاسم : «إنها لا تحذ» ، لأنه يقول : خفت أن أرفع إلى الحاكم فيعجزني ويطلب حقي . أ . ه .

وسياتى إن شاء الله فى نوازله نحو هذا المعنى ، وأنه يعذر . وفى «الوثائق المجموعة» : وثيقة الاسترعاء فى ترك القيام من جهة التقية .

ثم قال يآثر نصها : وإذا ذهب التقية وقام المسترعى بهذه [التقية بفور] (٢) ذهب التقية .

قال : قضى له ، فإن ترك القيام مدة طويلة نحو عشرة أعوام بعد زوال التقية بلا عذر يمنعه ، فلا قيام .

ابن عات : هذا كلام ابن الهندى ، ولابن سهل فى مسائل فى المحجور تضعيف .

قال ابن الهندى : فى عشرة أعوام بعد التقية ، وإن العامين فى ذلك كافٍ .

**قلت** : قال ابن سهل : إنه متى زال الخوف ، فكأن البيع وقع حيثذ .

[وكان] (٣) أيضاً أشار إلى تضعيف قول ابن [عات] (٤) : سفيهة ملكها ثم

تزوجها وأقامت مع الزوج عشر سنين ، فلها نقض بيعها ولا يسقط حقها [بمروها لا سيما إن كان لها عذر يعلم ولا يسقط حقها] (٥) إلا الأمر البين .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الوثيقة فى فور .

(٣) فى أ : وكذا .

(٤) فى أ : عتاب .

(٥) سقط من ج .

واحتج لتضعيف [قوله] (١) بمسائل جلبها من «العتبية» وغيرها، انظره .

(١٩٦) [٣] وسئل رحمه الله : عن رجل توفي وترك زوجة وابنته منها وأمه وثلاثة أخوة، وخلف [في] (٢) جملة متروكة أرضاً، ولم يقسمها الورثة حتي عدي إليها أحد الإخوة الثلاثة فناقل بقطعة منها رجلاً أجنبياً، فصار الأجنبي يتصرف في القطعة بالفرس، فقامت عليه الابنة بقرب المناقلة فوكلت زوجها ليستحق ويأخذ بالشفعة، فمنعه الرجل من ذلك ظلماً وهو ممن لا تنال الأحكام، وكانت الزوجة غائبة إلى أن ماتت فورثتها ابنتها وعصبتها، فهل تجب الشفعة أم لا؟ وإذا وجبت فكيف تكون قيمة الفرس قائمة أو منقوضة ؟ بينوا لنا [ذلك] (٣) .

**فأجاب:** إذا قامت المرأة أو وكيلها في داخل السنة من وقت علمها بالمناقلة المذكورة فلم تقدر على الانتصاف من المبتاع للقطعة فلوارثها الآن أخذ حظها بالاستحقاق والشفعة في باقيها بما ينوبه من قيمة عوضها يوم المناقلة، كل ذلك إذا صح ما ذكرتم، والسلام.

قلت: فلو نزل المقوم عليه إلى حال من يتصف منه وزال جاهه [ق/ ١٠٠ ج] وحضرت المرأة وسكتت ، لكانت المسألة مثل مسألة ابن الهندي رحمه الله في «الوثائق المجموعة» المتقدمة قبل هذه المسألة التي اعترضها ابن سهل وضعفها ، لأنها مفروضة في شريكين أخوين أو ابني عم باع أحدهما نصيبه من دار ممن يعلم اشتراكهما فيها، وله سلطان ومقدرة ، فخاف الآخر ضرره إن قام عليه طالب للشفعة فاسترعى أن سكوته عنه فيها لما يتوقعه من ضرره .

ولم يجب [الشيخ] (٤) رحمه الله عن الفرس إذا وجبت الشفعة هل للمشفوع منه قيمته قائماً أو منقوضاً لوضوح أمره.

(١) في أ: قوليهما.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من ج.

والجواب - والله أعلم - أنه إن علم بتعدى الأخ، فالواجب قيمته منقوضاً وإلا فقاماً .

(١٩٧) [٤] وسئل رضي الله عنه : عن رجل غاب فعمد ابنه إلى موضع من أرض الغائب [فغرس فيه] (١) ، ثم بعد أن أطمع الفرس باع حصة أبيه لرجل ، وبقي ذلك في يد المشتري حتى غرس زيادة فيه نحو سبعة أعوام ، وسلم سائر ورثة الغائب لهذا المشتري في ذلك البيع، ثم مات البائع وهو الابن المذكور ثم إنهم عمروا الغائب ومات الآن ، فلما موت قام ورثته وهم الذين سلموا في البيع فطلبوا المشتري فيما بيده، وقالوا سلمنا في وقت لا نملك ؟

فقال: ذلك لهم ويبطل البيع والتسليم والمغارسة وكل ما عقد قبل التمويت ، لأنه عقد في غير ملكه، وهو كمسألة [كتاب] (٢) الغرر إذا باع [الغاصب] (٣) سلعة ثم مات المغصوب منه فصار البائع [وارثاً] (٤) ، نقض البيع، [وكذلك] (٥) هذه .

وأما الغلة فإن كان عالماً [ق/ ١٧٦ ب] بالغائب، وأنه لم يميت، لزمته وإلا فلا . قلت: [ق/ ١٠٢ أ] تقدم لنا من الكلام على هذا المعنى فى مسائل التصيير ، فراجعه .

(١٩٨) [٥] وسئل رحمه الله: عن رجل سار في بعض الطرقات ومعه فرس وخدام ، فلقيه رجل فوقع في نفسه أنه سارق فنثقه وحال بينه وبين الفرس والخدام، فادعي الحامل أنه خديم لصاحب الفرس والخدام وأنه حملها بإذن صاحبها، فقال [له] (٦) الذي نثقه : اتسني بمن يعرفك، فأتى إلى رجل كان يعرف أنه صهر الرجل

(١) في أ: فغارس فيها رجلاً .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ: وارثه له .

(٥) في أ : فكذلك .

(٦) سقط من ج .

الذي نسب إليه الفرس والخادم، فقال له: جئت بفرس وخادم لصهرك [فلان]<sup>(١)</sup> فشقت فخلصني، فذهب معه إلى الذي ثقفه فأعطى الفرس والخادم في يد هذا الرجل، وخرج معه المتهم [الموضع من المواضع]<sup>(٢)</sup> فاخفى عنه وذهب بالفرس والخادم إلى حيث لا يدري، ثم أخبر بذلك المنسوب إليه الفرس والخادم فقال: [هما]<sup>(٣)</sup> ملكي وهذه الصفة [ملكي]<sup>(٤)</sup> فهل يلزم من أرسلنا في يده شيء أم لا؟

**فأجاب:** أكرمكم الله، ذكرتم أن الحامل للفرس والخادم المذكورين لما طلبه الذي ثقفه أن يأتي بمن يعرفه فأتى بصهر الذي نسب إليه الفرس والخادم المذكورين، فأطلقه مثقفه من يد الصهر وذهب معه إلى الموضع الذي ذكر [المثقف]<sup>(٥)</sup> أنه بعث بالفرس والخادم إليه، فلما كان ببعض الطريق ويقرب الموضع الذي مشيا إليه كاد الرجل المثقف حتى تواري عنه وذهب بالفرس والخادم [إليه فلما كان ببعض الطريق ويقرب الموضع الذي مشى إليه]<sup>(٦)</sup> ولم يجد له أثراً، وأراد صاحب الفرس والخادم تضمين الصهر الذي سار معه، وذكر أن تلك الصفة ماله وملكه، فهل يتوجه عليه الضمان قبل أن يثبت أن هذا ماله؟

**وأجاب:** أن لا ضمان عليه على تقدير أن يثبت أن تلك الصفة ملكه، المنصوص في «المدونة» وغيرها أن العبد الأبق الذي [تحقق]<sup>(٧)</sup> إياقه لآخذه لا ضمان عليه فكيف يتعلق الضمان بالصهر في هذه المسألة؟ ! لأنه غير متعدٍ في الذهاب مع المثقف إلى الموضع الذي زعم أنه بعث إليه، بل هو [ساع]<sup>(٨)</sup> في مصلحة على ظاهر

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: لبعض المواضع.

(٣) في أ: لها.

(٤) سقط من ج.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من ج.

(٧) في أ: يحقق.

(٨) سقط من ج.

صدق المثقف فيما أخبر به من أنه مأذون له فيما يفعل، وليس ظهور كذبه الآن بالذى  
يوجب كون الصهر فى الذهاب [معه]<sup>(١)</sup> متعدياً حتى يناط به الضمان أيضاً.

بسبب المفارقة التى كاده فيها حتى توارى عنهم، لأنهم نصوا فى الأبق المحقق  
[الإباق]<sup>(٢)</sup> إذا أرسله آخذه فى حاجة لا يوبق فيها لقربها فأبق فى إرساله فى الحاجة  
المذكورة، أنه لا يضمن، فكيف بهذا؟!

وأما إن لم يثبت أن تلك الصفة ملكه، فذلك أبعد أن ينتفى تعلق الضمان به .  
فيتخلص من هذا أن لا ضمان على الصهر على تقدير أن يشبت القائم أن تلك  
الصفة ملكه أو لا يثبت ذلك .

قلت: نص غير واحد، وحكاه فى «الذخيرة» أن أسباب الضمان ثلاثة : الإفساد  
بغير إذن : كإحراق الثوب .

والتسبب : كإيقاد نار بقرب زرع .

ووضع يد الغير المؤتمنة : كالغاصب وكقبض المبيع بيعاً فاسداً.

(١٩٩) [٦] وسئل رضى الله عنه : عمن رفع رجلاً إلى حاكم جائر، فبعث إليه

أجناده فخسره فى مال [ق/ ١٧٧ ب] فهل يلزمه ما خسره فيه أم لا؟

فقال: نص أبو محمد على أن من دل لصوصاً على مطمرة رجل، وذكروا فى  
هذا المعنى قولين، وهذا وقد كان الحاكم يحكم بحق تارة ويباطل أخرى، وأما الآن  
فلا يحكم إلا بالباطل ويقصد الرافع له خسارة من يرفع، ويجرى هذا على ألسنتهم  
كثيراً فلا ينبغى أن يختلف أنه يغرم ما خسره .

قيل له: كم يغرم، هل كل ما ادعاه؟

فقال: حتى يثبت بالبينة.

(١) سقط من ج.

(٢) فى ج: الأبق.

(٢٠٠) [٧] وسئل رضي الله عنه : عن نحو هذا، وهو: من ادعى على رجل أنه شجبه ، فشكى إلى حاكم فبعث معه أجناداً فتقدم به إلى والد المدعي عليه، فأخذوا ثيابه ومتاعه فبقي عندهم حتى افتداه منهم، فهل يضمن [المدعي]<sup>(١)</sup> ما خسر والد المدعي عليه أم لا؟

**فأجاب:** إذا كان الأمر كما وصفتم فالذى تقدم بأجناد الحاكم الجائر إلى والد المدعي عليه ولولا ذلك لم يتوصلوا إلى أخذ ماله، وقد علم حين حملهم إليه أنهم يأخذون ماله، وقد أفتى أبو محمد بن أبي زيد رحمه الله فيمن دل اللصوص على مطمر [رجل]<sup>(٢)</sup> فحملوه. ولولا ذلك لم يتوصلوا إليه بالضمان، وبالله التوفيق.

قلت: حكى ابن يونس رحمه الله في آخر كتاب الغصب اختلاف الشيوخ فيمن استعدى على رجل [فقدمه]<sup>(٣)</sup> إلى السلطان، [والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه تجاوز في ظلمه وأغرمه]<sup>(٤)</sup> ما لا يجب عليه، [فقال أكثرهم]<sup>(٥)</sup>: عليه الأدب [وقد أثم]<sup>(٦)</sup>.  
وقال بعضهم : يضمن .

وكان بعض [شيوخنا]<sup>(٧)</sup> يفتى بالضمان .

وإن كان الشاكي [إلى هذا السلطان الظالم]<sup>(٨)</sup> ظالماً [في شكواه، فإنه ضامن لما أغرمه بغير حق]<sup>(٩)</sup> وإن كان [الشاكي]<sup>(١٠)</sup> مظلوماً ولا يقدر أن يتتصف منه إلا

(١) في ج : الداعي .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: وقدمه .

(٤) في أ: وهو لا يعلم ظلمه له إذا قدمه إليه وأنه يغرمه .

(٥) في أ: وإن أكثرهم قال .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ: شيوخه .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من أ .

الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير \_\_\_\_\_ ١٠٣  
بالسلطان، فلا شيء على الشاكي ، لأن الناس إنما يلجؤون من الظلمة [للسلطان]<sup>(١)</sup>،  
وما أغرمه الرسول مثل ما أغرمه السلطان.

يفرق بين [ظلم الشاكي وغير ظلمه، وكان بعض شيوخنا يفتي أن ينظر إلى  
القدر .

لو استأجر الشاكي رجلاً في المسير في إحضار المشكو ، فيكون على الشاكي على  
كل ، وما زاد على ذلك مما أغرمه الرسل فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسبما  
قدمناه]<sup>(٢)</sup> .

ولما [نقله البرزلي]<sup>(٣)</sup> عن شيخه الإمام ابن عرفة رحمه الله إباحة الترافع  
والتحاكم لمثل حاكم الفحص والمدينة لكثرة أهل الفساد والفسق، وأن سطوة العمال  
أرجر لهم فيخافونهم أكثر مما يخافون القضاة، قال: لا سيما أنه كثر الآن امتناع  
وصول الضعيف إلى القضاة [لعظمة]<sup>(٤)</sup> حجابهم بكثرة الأعوان [وجل الأعوان]<sup>(٥)</sup>  
عن لا يتقى الله تعالى ويقبل [الرشوة]<sup>(٦)</sup> في تعمية الحق .

قال: فكذلك كنت أنا أفتي في الرعاة ومن يكثر مد يده إلى أموال الناس بالباطل  
من ثمرة [حائط]<sup>(٧)</sup> أو فساد ، أنه يسعى به إلى الحاكم ، وتكون غرامته من الظالم  
التي عليه مع جهل أربابها على القول أنه كالقبيء تصرف في مصالح المسلمين، وهذا  
منها لحفظ أموالهم لشدة سطوة الحاكم .

قال: وقد شاهدت فتوى شيخنا الإمام - يعني ابن عرفة رحمه الله - إن كان  
الحيوان ترعى في كرم الناس [أنها]<sup>(٨)</sup> إذا غارت عليهم الأعراب ويكون الإنسان قادراً

---

(١) في أ: إلى السلطان .

(٢) في أ: كون الشاكي ظالماً أو مظلوماً .

(٣) في أ: ولما نقل البرزلي رحمه الله هذا .

(٤) في أ: لغلط .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ: الرشي .

(٧) في أ: أو حطب .

(٨) سقط من ج .

على استفادهم [ثم] (١) إنه لا يفعل ، فيتركها يمشون بها [تقليلاً] (٢) للمفسدة وردعاً لامثالهم من أهل الفساد .

ثم حكى عن [سحنون] (٣) مسألة الشيخ الأخيرة [فتوى] (٤) ابن محرز رحمه الله بنحو [فتوى] (٥) الشيخ فيها .

وما حكاه الشيخ من [ فتوى ] (٦) أبي محمد بضمنان الدال لصوصاً على مطمر رجل ، إنما حكاه أبو محمد في « النوادر » عن بعض متأخري أصحابه ، ونصه في ترجمة « الحارس يعدو أو يفرط » من [ ق / ١٠١ ج ] كتاب الغصب : وأعرف مسألة نزلت فيمن أخبر لصوصاً بمطمر فلان وأخبر به غاصباً قاهراً ، وقد بحث عن مطمر فلان فدلّه عليه رجل ، فأخذه اللصوص أو الغاصب ولولا دلالة الدال ما عرفوه ، فضمنه بعض متأخري أصحابنا ، ولم يضمنه بعضهم .

وأجرى غير واحد مسألة الدال على قولى ابن القاسم وأشهب رحمهما الله فى محرم دل محرماً على صيد فقتله ، والعجب من ابن العربى رحمه الله فإنه حكى فى « العارضة » الاتفاق على أنه لا ضمان على من دل عدواً على أحد أو [على] (٧) مال أحد فأتلفه .

(٢٠١) [٨] وسئل رضى الله عنه : عمن رمى بحجر إلى شاته فوقعت على شاة أجنبي فسقطت الشاة، فبادرها رجل آخر فدبحها، هل ضمانها عليه أو على الضارب؟

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : تقيلاً .

(٣) فى أ : نحو .

(٤) فى أ : فتياً .

(٥) فى أ : فتياً .

(٦) فى أ : فتياً .

(٧) سقط من أ .



وهل تؤكل أم لا؟

[فأجاب] (١) : أما الضارب فالأصل أنها منه حتى يتبين أنها من غيره، فهو قد ضمن لصاحبها .

وأما الذابح فذبحه بحضرة الضارب وهو ساكت عنه دليل على رضاه بما فعل، وإن قدرنا أنه لم يرض فيجربى فى الذابح القولان اللذان حكى ابن محرز وغيره فيمن مر بشاة فخاف فواتها فذبحها، هل يضمن أم لا؟  
وأما أكلها ، فإن لم ينفذ مقاتلها ولم تبلغ مبلغاً لا تعيش معه أكلت اتفاقاً .  
[ق/ ١٠٣ أ].

وإن لم تنفذ مقاتلها لكن بلغت مبلغاً لا تعيش معه [فقول عبد الملك وظاهر «الرسالة» لا تؤكل ، وعلى قول ابن القاسم : تؤكل .

وإن أنفذها وبلغت مبلغاً لا تعيش معه] (٢) . جرت على القولين ، المشهور : لا تؤكل ، وعلى رواية أبي زيد : تؤكل .

قلت : [قوله] (٣) : « أما الضارب فالأصل أنها منه » ، هو مقتضى قول ابن القاسم فى سماع يحيى من كتاب الجنائيات من «العتبية» فيمن كسر بقرة رجل أو شاته فخاف [ربها] (٤) عليها الموت ، فذبحها .

وما ذكره رحمه الله من أن ابن محرز حكى قولين فيمن مر بشاة فخاف فواتها فذبحها، هل يضمن أم لا ، فيه نظر لأن ابن محرز لم ينص على الشاة بعينها بوجه ، وإنما أشار إلى النظر فى ضمان من مر بصيد لم ينفذ جارح صائده مقاتله فترك ذكاته قادراً عليها، وفى عدم ضمانه .

(١) فى أ: فقال .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

ثم قال: فإن وجب [عليه]<sup>(١)</sup> ضمانه بتركه إياه، فهو كمن رأى مال رجل في الهلاك، ثم [ذكر]<sup>(٢)</sup> مسائل من هذا المعنى، لكن الشاة داخلة في عموم المال من قوله: «فهو كمن رأى مال رجل» ثم على دخول الشاة في هذا العموم فالخلاف في الضمان إنما هو إذا لم يذبحها بل تركها حتى ماتت، وأما إذا ذبحها فقد فعل ما يجب [عليه]<sup>(٣)</sup> من صون مال أخيه المسلم، والشيخ رحمه الله نقل عن ابن محرز عكس ما قال، فتأمل.

وقد حكى الخلاف في ضمان المار غير ابن محرز كالمازرى وابن بشير وأتباعهما. قال المازرى: [جزم]<sup>(٤)</sup> بعضهم [بتضمينه]<sup>(٥)</sup> لأنه مال مسلم قدر على صونه عن التلف فتركه.

وقال ابن بشير: المنصوص تضمينه، قاله محمد، ويجرى في [المذاكرات]<sup>(٦)</sup> جريه على القولين، وكذا حكاه اللخمي.

قال: وقد كان يتنازع في إغرام المار قيمة ذلك الصيد وأن لا شيء عليه أحسن. قال: وإن كان ممن يجهل ذلك ويظن أن ليس له أن يذكيه، وأن ذلك ليس [له]<sup>(٧)</sup> كان أبين أن لا غرم عليه.

قال: ولو مر بشاة يخشى عليها الموت فلم يذبحها حتى ماتت، لم يضمن لأنه يخشى أن لا يصدقه ربها أنه [خاف]<sup>(٨)</sup> عليها، ويضمنه، وليس كالصيد لأنه تقدم له

(١) سقط من ج.

(٢) في ج: أجرى.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: جنح.

(٥) في أ: لتضمينه.

(٦) في ج: المذكورات.

(٧) في أ: عليه.

(٨) في أ: خيف.

ما يخاف عليه منه، [وهو ما أرسل عليه من سهم أو باز] (١) .

وقال صاحب «البيان» فى رسم «شهد» من كتاب الدعوى والصلح : لوقال من جاء بجلد ثور إلى ربه وقال: وجدته على [حال] (٢) أن يموت فذبحته نظراً لك قبل أن يموت [ق/ ١٧٨ب] لزمه ضمانه قولاً واحداً. أ. هـ.

فاتضح من هذا أن تارك ذبح الشاة لا قاتل بضمانه، وإنما الخلاف فى المار بصيد يتركه حتى مات .

والفرق هو ما ذكره اللخمي رحمه الله، وانظر على مقتضى ما فرق به إذا تقدم للشاة ما يخاف عليها منه فترك ذبحها ، هل تكون كالصيد فيجربى فى ضمانه الخلاف الذى فى المار بالصيد فتركه حتى [مات] (٣) أم لا؟

ومقتضى ما فى رسم الأفضية الثانى من سماع أشهب من كتاب البضائع والوكالات على ما فسره ابن رشد [أنه] (٤) لا يضمن ، بل يضمن إذا ذبحها .

[وإذا] (٥) علم السبب فإنه قال فى السماع فى عبد بعث معه بعيرين وهو لا يزال يبعث معه مثل ذلك، فتهشم أحدهما [فى الطريق] (٦) فنحره ثم أكل منه، وقال: تهشم فنحرته فأكلت منه، ولا بينة له على ذلك ؟

فقال: أين أصابه ذلك ، أفى قرية أو لا يعلم ذلك أحد من أهل القرية؟

قيل له: كان فى صحراء فخفت [عليه] (٧) أن يموت .

فقال: عليه أن يفرم، أرايت رجلاً أخذ بعير إنسان فنحره ثم قال: وجدته يموت،

أيصدق؟ فهذا مثله .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) فى أ: فات .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ: فإن .

(٦) فى أ: بالطريق .

(٧) سقط من أ.

قيل : إنه يقول : إني مؤتمن .

فقال : ليس على هذا أوتمن ، إنما أوتمن على أن يبلغه ، ولو تركه حتى يموت فلا شيء عليه .

ابن رشد : ووجه ما ذهب إليه مالك أن العبد ليس له نحر البعير المرسل معه وإن خشى عليه الموت ، لأنه متعدد في ذلك إذا لم يؤذن له فيه ، ولعله [لوا] (١) لم ينحره لم يموت ، فهو كمن [نحر] (٢) بعير رجل فقال : وجدته يموت ، فسواء كان للعبد بيعة على ما زعم من أنه خشى عليه الموت ولذلك نحره أو لم تكن ، وسواء [إن] (٣) كان في قرية علم ذلك [أهل القرية أو لم يعلم ، إلا أنه أمين في الضمان إذا لم تكن له بيعة أو لم يعلم ذلك أحد من أهل القرية ، وهذا هو الذي أراد مالك أن يبين لأنه إن علم ذلك] (٤) أحد من أهل القرية أو كانت له بيعة سقط عنه الضمان . أ. هـ .

وفى كتاب الجعل والإجارة : وإذا خاف الراعى على شاة الموت فذبحها ، لم يضمن . ويصدق إذا جاء بها مذبوحة .  
وقال غيره : يضمن ما [نحر] (٥) .

ابن يونس عن ابن حبيب : وقال ابن كنانة وأصبيح كقول مالك : لا يضمن .

اللخمي : فإن كانت الشاة مريضة صدق قولاً واحداً .

قال : وإن كانت صحيحة رأيت أن يصدق ، إلا إن جرى بينه وبين رب الغنم شتان فيتهم أن يقصد ضرره بذلك .

قال : وقد ذكر أن العادة عند قوم فيما سقط أو ذبح ، أن الراعى يأخذ سواقطه ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ذبح .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : انحرو .

الدر الثبير على أجوبة أبي الحسن الصغير \_\_\_\_\_ ١٠٩  
فمن تلك عاداتهم كان الأمر أشكل، هل فعل ذلك تعدياً لمنفعة نفسه أو لأنه خاف  
عليها؟! أ.هـ.

[ابن حبيب]<sup>(١)</sup> : من استعار ثوراً للحرث فأتى به مذبحاً وقال: خفت عليه  
الموت، ضمن إلا أن يأتي بسبب بين ولطخ ظاهر يعرف بخلاف الراعي، لأن الراعي  
مؤمن مفوض إليه النظر فيما يغيب عليه من أمرها، نقله اللخمي وغيره.

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من ضمان من رمى شاته فأصاب غيرها بين، لأن  
ذلك جناية يده، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وقد نص ابن حبيب رحمه  
الله أن الراعي يضمن إذا رمى صيداً فأخطأه وأصاب شاة.

والتفصيل الذي أشار إليه الشيخ في الشاة المصابة بغير مرض أشار [إليه]<sup>(٢)</sup> غير  
واحد.

قال أبو الوليد الباجي رحمه الله : إن انتهت منها من كسر أو نحوه إلى حد  
الموت وشبهه ما يئأس فيه من حياتها أو يشكل، [فأدركها صاحبها فذبحها]<sup>(٣)</sup> فطرفت  
بعد الذبح بعينها أو استفاض نفسها أو حركت ذنبها أو ركضت برجلها، فروى ابن  
حبيب عن ابن القاسم وأصبغ أنها تؤكل، وهو في «المختصر» من رواية ابن القاسم  
عن مالك.

وعن ابن الماجشون وابن عبد الحكم [وروى]<sup>(٤)</sup> عن مالك: لا تؤكل.

الباجي: والأول أظهر.

**قلت:** وحكى ابن رشد قولاً ثالثاً، وهو الفرق بين أن يعلم أنها لا تعيش [أو  
يشكل أمرها، فلا تؤكل إذا علم أنها لا تعيش]<sup>(٥)</sup>، وتؤكل إن أشكل أمرها.

(١) في ج: قلت.

(٢) في أ: إليها.

(٣) في أ: فيدركها صاحبه.

(٤) في ج: ورواه.

(٥) سقط من أ.

قال: وهذا القول [يقوم]<sup>(١)</sup> من سماع أشهب، وعزى القول الأول لمذهب المدونة، والعتبية، وأجرى رواية أشهب عنه في «العتبية» بناءً على أن الاستثناء [في قول الله عز وجل ﴿إِلا ما ذكيتم﴾ متصل، وعزى القول الثاني لقول مالك في رواية أشهب عنه أم الثاني بناءً على أن الاستثناء]<sup>(٢)</sup> منفصل، وعزاه الشيخ هنا لظاهر «الرسالة»، وكذا عزاه لظاهرها [أيضاً]<sup>(٣)</sup> في «التقييد» وكذا الزناتى رحمه الله في شرحه لها لعموم قوله فيها: «إن بلغ [ذلك]<sup>(٤)</sup> منها في هذه الوجوه مبلغاً لا تعيش معه، لم تؤكل بذكاة». فظاهره سواء انفذت مقاتلها أم لا .

الباجي: وإن نفذت المقاتل فقد فاتت الذكاة وإن ظهرت حياة بعد الذبح، لأن ما وصل إلى ذلك الحد فقد استحال دوام حياته، فحركته بعد ذلك من باب اضطراب الميت وتحركه [بعد فوات]<sup>(٥)</sup> نفسه قال: وإن رجع بقاء حياتها فلا خلاف في جواز ذكاتها.

(٢٠٢) [٩] وسئل رحمه الله: عن رجل عدي علي دابة رجل فحمل عليها حمل مثلها ثم ردها، فلما كان من الغد ماتت، فادعى ربها أن موتها بسبب الحمل [الذي حمل]<sup>(٦)</sup> عليها ومن تعدية، وادعى المتعدي أنه إنما تعدى للعادة [بالتسامح]<sup>(٧)</sup> بين الناس في ذلك، و[أنه]<sup>(٨)</sup> إنما حمل عليها حمل مثلها وأنه ردها صحيحة؟

[فأجاب: ]<sup>(٩)</sup> هذا تعدى بالدابة، وقد تقدم غير مرة أن ابن رشد ذكر أنها من أنواع التعدى .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ: عنده وفاة .

(٦) سقط من ج .

(٧) في ج: للتسامح .

(٨) سقط من ج .

(٩) في أ: فقال .

قيل له: العادة أنها لو سلمت لم [ق/ ١٠٢ ج] يطالبه بكرائها . فقال : إنما ذلك لأنهم [ق/ ١٠٤ أ] يأنفون من أخذ الكراء لا لكونهم يتسامحون في دوابهم ، ألا ترى أنهم إما أن يعطوا أو يمنعوا ، فلا يخرجهم هذا عن كونه تعدياً .

وإذا ثبت العداء فهي في ضمانه ، فمتى هلكت بسببه فهي منه ، حمل [عليها]<sup>(١)</sup> حمل مثلها أم لا ، ردها صحيحة أم مريضة ، حتى تظهر صحتها بعد ردها صحة بينة ، فأقرارها بالتعدي يلزمه الضمان حتى يبرأ منه بكونه ردها وصحت صحة بينة .

**قلت** : وتأمل هذا مع [ما]<sup>(٢)</sup> في «نوازل ابن الحاج» لأصبغ بن محمد رحمه الله في ثغر أغارت [عليه]<sup>(٣)</sup> خيل النصارى ، والعادة عندهم إذا غارت خيل العدو أن يغيروا الناس فمن وجد فرساً لجاره [ركبها]<sup>(٤)</sup> دون [مشورة صاحبها]<sup>(٥)</sup> لينجى الفرس ويمسكه على صاحبه وينجو هو أيضاً به ، فوجد رجل فرساً لبعض جيرانه فركبه ، فهزقته الخيل بعد هروبه مرة فتطارح عنه ورقى الخيل [وأخذت خيل العدو الفرس]<sup>(٦)</sup> ، فقال صاحبه : [لا بد أن أضمنك ، لأنك في ركوبه متعد؟

فأجاب أصبغ بن محمد: إذا كان الأمر كما وصفتم ، فلا ضمان عليه]<sup>(٧)</sup> ، لأن العادة كالوكالة قياساً على مسألة الأضاحي . أ.هـ .

[فلم يضمن الراكب هنا للعادة ، فتقوم مقام التصريح بالإذن]<sup>(٨)</sup> .

والفرق ما أشار إليه الشيخ رحمه الله من قوله: «ألا ترى أنهم إما أن يعطوا أو يمنعوا» ، فانتفت عادة التسامح ، والله أعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ج : عليهم .

(٤) في أ : ركب .

(٥) في أ : مشاورة صاحبه .

(٦) في أ : وأخذته خيل العدو .

(٧) في أ : تضمنته لتعديك في ركوبه ، إنه لا ضمان عليه .

(٨) سقط من أ .

وفى «نوازل ابن الحاج» أيضاً فى رجل له صهر، فمشى إلى قرية يستعير منه حمارة، فلم يجده ووجد الحمارة [ق / ١٧٩ ب] عند باب الدار فأخذها بعد أن شاور فيها زوجة صهره، وركبها إلى قرية بينها وبين التي أخذها منه ثلاثة أميال، وهى فلوة جذعة قد سخرت، فأمسكها يومه وليته وأرسلها فى اليوم الثانى مع أخى صهره وهى مريضة، فعطبت بعد وصولها [دار صاحبها]<sup>(١)</sup>، وصاحبها فى ذلك كله غائب لا علم له، [ويزعم]<sup>(٢)</sup> أخذها أنه اطلع على مرضها حين أخذها، فلما قدم صاحبها أنكر مرضها وزعم أنها صحيحة وادعاه [إلى]<sup>(٣)</sup> غرمها بعد سكوته ثلاثة أعوام، ولم يطلب صهره إلا لخصام بينهما؟

فأجاب ابن القطان: له طلب حقه، ويضمن أخذ الدابة قيمتها.

وقول ابن رشد الذى أشار إليه الشيخ رحمه الله هو قوله أول كتاب الغصب من «المقدمات»: التعدى على رقاب الأموال والأخذ لها على سبعة أقسام، وكلها محرمة بالكتاب والسنة والإجماع، وهى: الخرابة، والغصب، والاختلاس، والسرقه [والخيانة]<sup>(٤)</sup> والإدلال، والاقطاع [بالجحد]<sup>(٥)</sup>.

وللقاضى عياض رحمه الله فى هذا تقسيم آخر، [قال]<sup>(٦)</sup> فى أول كتاب السرقه من «التبسيهات»: أخذ الأموال بغير حقها ورضى أربابها محرم، [وهو]<sup>(٧)</sup> على ضروب عشرة: خرابه، وغيلة، [وغصب]<sup>(٨)</sup>، وقهر، [وخيانه]<sup>(٩)</sup>، وسرقه،

(١) سقط من أ.

(٢) فى أ: ويلزم.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من ج.

(٥) فى أ: والجحد.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

(٨) سقط من أ.

(٩) فى ج: وجناية.



واختلاس، وخديعة، وتعد، وجحد.

واسم الغصب ينطلق عليها [كلها]<sup>(١)</sup> لغة، ولكل واحد منها في الشرع حكم على حياله :

فالحرابة: «ما أخذ مكابرة ومدافعة». والغيلة: «ما أخذ بعد قتل [صاحبه]<sup>(٢)</sup> بحيلة لأخذ ماله من القائه بمهواة أو سقى سم، وحكمه حكم الحرابة».

والغصب: «ما أخذه ذو قوة وسلطانة ممن لا [قدرة]<sup>(٣)</sup> له على دفعه».

والخيانة: «كل ما كان لأخذه عليه قبل أمانة أو يد وللمتصرف فيه إذن».

والسرقة: «ما أخذه على خفية أو ستر».

والاختلاس: «كل ما أخذ بحضوره صاحبه أو القائم عليه أو الناسى ظاهراً على غفلة وفر به أخذه بسرعة».

والخديعة: «كل ما أخذ بحيلة اختدع بها صاحبه [كالتشبه]<sup>(٤)</sup> بصاحب الحق أو الوديعة، أو المرء [يدعى]<sup>(٥)</sup> الصلاح أو الفقر وليس منهم لياكل بذلك ما لا يحل له ممن أبيع له ذلك، أو ساقى السكران أو [ما]<sup>(٦)</sup> يخبل عقله فيأخذ ماله أو يشبه عليه بشعوذة ونحو ذلك».

والجحد: «إنكار ما تقرر في ذمة الجاحد وأمانته من مال أو غيره».

والتعدى: «ما أخذ بغير إذن صاحبه بحضوره أو مغيبة لا على وجه القهر

والاختلاس، وهو نحو الغصب». أ. ه.

(١) في أ: كافة.

(٢) في أ: أصحابه.

(٣) في أ: قوة.

(٤) في أ: كالتشبه.

(٥) في أ: يرى.

(٦) سقط من أ.

**قلت:** فتندرج الدلالة فيه .

ابن يونس : قال سحنون في كتاب ابنه: من زرع أرض رجل غائب أو حاضر على [الدلالة]<sup>(١)</sup> ، فإن قام عليه في إبان الزراعة فله قلع زرعه، وإن قام بعد [الإبان]<sup>(٢)</sup> فله الكراء كالمتعدي والغاصب . انتهى .

وقال ابن رشد في سماع ابن غانم من جامع «البيان»: من امتلخ من شجر غيره غرساً وله قيمة بغير إذنه [دلالة]<sup>(٣)</sup> عليه لسبب بينه وبينه يقتضى الإدلال [عليه]<sup>(٤)</sup> ، فعليه تحلله وإلا غرم له قيمة عود مكسور يوم امتلخه ، وليس له قلعه وأخذه ، وعليه ما نقصت من الشجرة .

فإن فعل ذلك غصباً لا دلالة فلربه قلعه وإن علق، إلا بعد طول وبعد [نماء فله]<sup>(٥)</sup> قيمته يوم [امتلاخه]<sup>(٦)</sup> عوداً مكسوراً ، وعليه ما نقص من الشجرة، قاله أصبغ في «الواضحة» .

وقال سحنون: إنما له قلعه إذا كان ينبت إذا غرسه ، وإلا فله قيمته ولا يقلعه .

[وكان ربيعة يقول: إن نبت فله قيمته أو غرس مثله .

وأما إن قلع غرساً دلالة فغرسه، فله قلعه وإن نبت وعلق إلا إن طال أمره ونما، فله قيمته يوم قلعه نابتاً، لأن دلالاته إذا كان من أهلها شبهة تمنع من قلعه، ولو قلعه غصب غير مدل لكان له قلعه وإن ثبت ونما وطال زمانه ، سواء كان ينبت إن غرس بعد قلعه أم لا ، إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته نابتاً يوم قلعه فذلك له ، حكاه ابن حبيب .

**قلت:** وفي «المدونة» : ومن غصب ودياً صغيراً ، فلربها أخذها كصغير من

الحيوان يكبر .

(١) في أ: الدالة .

(٢) في أ: الآن .

(٣) في أ : دالة .

(٤) سقط من أ .

(٥) في ج : بناء فعليه .

(٦) في أ: امتلخه .

ابن يونس: قال سحنون: إذا كانت تنبت في أرض أخرى إذا قلعت .

ثم ذكر أيضاً قول أصبغ المتقدم<sup>(١)</sup> .

وفى سماع ابن القاسم من «جامع العتبية»: سئل مالك عن أعتاب الأجنة وفاكهتها يمر بها الناس، فقال: لا أحب لأحد أكلها.

قيل: إن أجراءها يطعمون الناس [منها]<sup>(٢)</sup> ؟

قال: لا أحب لكم [أن تأكلوه]<sup>(٣)</sup> .

ابن رشد: [وكذا]<sup>(٤)</sup> إذا مر بجنان [أبيه]<sup>(٥)</sup> أو [أمه أو]<sup>(٦)</sup> أخيه على ما فى سماع أشهب بعد وإن أذن له أجيره وأطعمه، لأن الأجير لم يؤذن له فى ذلك، واختلف فى تصديقه فى الإذن له فى ذلك إذا أشبه أن يؤذن له على قولين للمالك فى سماع أشهب من كتاب الضحايا، وظاهر سماعه فى كتاب المديان والتفليس .

وقال هنا فى الثمن: «لا أحب لأحد أكلها»، ولم يقل: لا يحل [له]<sup>(٧)</sup> ذلك، وإن كان عنده ذلك لا يجوز له إلا للضرورة المبيحة لأكل الميت إذا أمن أن يعد سارقاً على ما قاله فى «الموطأ» .

ثم ذكر مذهب من أجاز ذلك، وهو خلاف مذهب مالك .

وقال ابن وهب عنه: إن دخل الحائط فوجب الثمار ساقطاً فلا يأكل إلا أن يحتاج أو يعلم طيب نفس ربه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ: تأكلون .

(٤) فى أ: وكذلك .

(٥) فى أ: أبويه .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

يريد: لصداقة بينهما ، فقد ذكر الحارث بن مسكين عن أشهب قال: خرجنا مرابطين إلى الإسكندرية ، فمررنا بجنان الليث بن سعيد فأكلنا من الثمر ، فلما رجعت أردت أن أستحله ، فقلت له ذلك، فقال : يا أخى لقد نسكت نسكاً أعجبياً، أو ما سمعت الله عز وجل يقول ﴿ أَوْ صَدِيقِكُمْ ﴾ (١) .

ومن أهل العلم من لم يجز أكل شيء منه وإن كان صديقاً له إلا بإذنه، وهو مذهب مالك .

[قال] (٢) فيتحصل فى المسألة إذا لم يحتج ثلاثة أقوال: الفرق بين الصديق وغيره، وهو أعدل الأقوال وأولاها بالصواب ، ولا خلاف أنه يجوز [له] (٣) أن يأكل [إن] (٤) احتاج أهـ .

وفى كتاب الجعل والإجارة : من مر براع لم يمتنع له أن يستسقيه لبناً .

اللخمي: يريد إذا كان الغالب إباحة ذلك، فكرهه [لاحتمال] (٥) [أن يكون] (٦) صاحبها ممن يمنع ذلك . فإن كانوا يمنعونه أو أكثرهم لم يجز له ذلك، وإن كانوا يبيحونه ولا يمنعونه ، لم يكره .

الشيخ: فيؤخذ منه جواز الأكل من جنان الغير إذا علم [أن تطيب] (٧) نفسه [بذلك] (٨) .

(١) النور : ٦١ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ: إذا .

(٥) فى أ: لإمكان .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ: طيب .

(٨) سقط من أ .

قلت: وشرب النبي ﷺ في هجرته إلى المدينة من الغنم التي حلب [له] (١) منها أبو بكر الصديق رضى الله عنه حين مروا براعيها .

قال في «الإكمال»: إما لأنه العادة عندهم لكل واحد، أو لأنه لا قيمة للبن الغنم هناك وإنما هو للرعاة الذين يلون أمرها ويتمعشون به في فلواتهم، وقد تكون الغنم لمن يعلم - عليه السلام - أنه يسره شرب لبنها .

ابن العربي في «أحكامه»: الأكل من بيت الأزواج يجوز لكل واحد منهما فيما ليس [ق/ ١٠٣ ج] بمحور عنه، وأما بيت الابن فلا ينسب الأب عليه في هتك حرز وأخذ مال، وإنما يأكل [ق/ ١٠٥ أ] دون فساد ولا استغنام فيما لم تقع فيه حيازة .

قال: ولا يجوز أن يتجاوز إلى الإدخار ولا إلى [ما] (٢) ليس بمأكول وإن كان غير محرز [ق/ ١٨٠ ب] إلا بإذن، والابن للأب مثله ولكن ينسب الابن أقل من تبسط الأب، وأما سائر القرابات فلا سبيل إليه .

وأما الخازن فيأكل مما يخزن إجماعاً إذا لم تكن له أجرة، فإن استأجره على الخزن حرم الأكل .

وأما الصديق فإذا استحكمت الأخوة جرى التبسط عادة، فقد كان محمد بن واسع وأصحابه يدخلون منزل الحسن فيأكلون بغير إذن، فإذا دخل الحسن ووجدهم سرُ بذلك .

وقال [مالك] (٣) : هكذا كنا، وكذا يروى عن سفيان الثوري، وقال [لهم] (٤) : ذكروني أخلاق السلف أ.هـ .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

وفى سماع أشهب من «جامع العتبية» فى الثمار تجذ ثم يخلى عنها فيكون فيها الشيء المعلق، قال: إن كان يعلم طيب أنفسهم بأخذه، فليأخذه.

وستل عن الزرع يحصد فيبقى فيه السنبل والشيء الذى يخلى عنه أصحابه؟

فأجاب: لا يأكل إلا ما يعلم أنه حلال، وقد كان يقول: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك .

ابن رشد: تحصيله: إن علم أن ربه [قد]<sup>(١)</sup> تركه لمن أخذه من غنى أو فقير، جاز أخذه للغنى والفقير.

وإن علم أنه ترك للمساكين، لم يجز أخذه إلا للمساكين.

وإن لم يعلم هل تركه على أن يعود إليه أم لا، لم يحل أخذه دون إذنه.

وإن غلب على ظنه أنه قد تركه لمن أخذه ولم يتعين ذلك، كره أخذه، ويقال له [فيه]<sup>(٢)</sup> دع ما يريبك إلى ما لا يريبك .أ.هـ.

وفى «جامع مختصر الشيخ أبى محمد» عن رواية أشهب: لا يرعى فى الإقراط إلا أن يعلم أن صاحبه أذن فيه.

قيل: إنه يراه.

قال: ما أحبه إلا بإذنه، ولعله يستحى منه أو يخافه.

وأفتى الإمام عز الدين بن عبد السلام رحمه الله بجواز المرور فى الكروم ونحوها

[إن]<sup>(٣)</sup> جرت العادة بالمسامحة فى [المرور]<sup>(٤)</sup> فيها، وإن لم تنته إلى ذلك أو شك [فيه لم تجز]<sup>(٥)</sup>.

(١) سقط من ج.

(٢) سقط من ج.

(٣) فى أ: إذا.

(٤) فى أ: العبور.

(٥) فى أ: فيها لم تجز.

وقول الشيخ «ياقراره بالتعدى يلزمه الضمان حتى يبرأ منه [بكونه]»<sup>(١)</sup> ردها، وصحت صحة بينة «، هذا نقل اللخمي من كتاب ابن سحنون فيمن استودع دابة فركبها، أو ثوبًا فلبسه ثم ادعى أن ذلك هلك بعد نزوله ونزعه ، إنه لا يصدق لأنه مقر بالعداء مدع لرفع العداء .

قال: فقال: [محمد] <sup>(٢)</sup> إن شهدت بينة بركوبها ولباسه لم يصدق وإن لم يعلم ذلك إلا من إقراره [صدق] <sup>(٣)</sup> ، اللخمي: وهذا بين .

قال: إلا أن يرى أنه قال ذلك لما [يخاف] <sup>(٤)</sup> أن تكون تشهد عليه بينة أنها عاينت ذلك .

(٢٠٣) [١٠] وسئل رضي الله عنه: عن رجل غاب فولد له مولود في غيبته، فعمدت خنتته إلى المولود يوم سابعه فأنت بحجام فختته فمات، فهل يلزمها أو الحجام شيء أم لا؟

[فأجاب] <sup>(٥)</sup> : لا شيء على الختنة ، لأنها فعلت ما العادة أن يفعل الناس مثله وإن كان الختان يوم السابع مكروهًا، فلم يبق معها إلا القول ولم تباشر، أما الحجام الذي باشر فلأنه أذن له، سيما إن لم يعرف أن هناك أبا غائبًا، فغايبته أن يكون مثل حجام لقي صبيًا فختته بغير إذن، فهذا فعل ما يجوز شرعًا بغير إذن .

انظر من ذبح شاة غيره وجدها تموت فخاف عليها ولم يؤذن له، يضمن .

قيل: هذا لو قامت له بينة أنها تموت ، لم يضمن .

قال: انظر الراعي إذا أنزى على الغنم ، يضمن .

(١) في أ: بكونها .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) في ج: يخالف .

(٥) في أ: فقال .

قيل : هذا تعدى ما أذن له فيه .

وقال الغير فيه : لا يضمن .

قال الشيخ : نظير مسألة الحجام من حصد زرعاً بغير [إذن]<sup>(١)</sup> مالكة فحملة الريح [فذهب]<sup>(٢)</sup> .

اختلف ابتداءً هل له الأجر أم لا ؟

فإذا ذهب هل يضمنه؟ فوقف على النظر .

قلت : قول المعترض : «لو قامت له بينة أنها تموت لم يضمن»، خلاف قول ابن رشد في سماع أشهب من كتاب البضائع والوكالات من «البيان» : لا يضمن ولو قامت له بينة .

وقد قدمنا كلامه هذا في كلامنا على المسألة التي قبل المسألة التي قبل هذه، والعجب من الشيخ رحمه الله إذ ترك الرد عليه بقول ابن رشد المشار إليه فيقنعه .

وقول الشيخ رحمه الله : «فغايتة أن يكون مثل حجام لقي صبيًا فختته بغير إذن صاحبه، فهذا فعل ما يجوز له شرعًا بغير إذن»، فيه تنافٍ ، وذلك أن قوله : «فهذا فعل ما يجوز شرعًا» . إلخ يقتضى تعلق الضمان به، وهو كذلك والنصوص عليه في «المدونة» وغيرها كثيرة فلا نطيل بإيرادها . وجلبها .

وقوله : «فغايتة أن يكون مثل حجام لقي صبيًا فختته بغير إذن»، ظاهره ولا يتعلق الضمان به إن نشأ عن ذلك هلاك وتلف عضو، وفيه نظر إذ لم يأذن له ولي الصبي، ولا إشكال أن إذن الصبي لغو وإلا سقط الضمان على من أمره أن ينزل بترًا أو يرقى نخلة أو دفع له دابة يمسكها أو يسقيها أو سلاحًا لتعلق الضمان به في ذلك

(١) في أ: من .

(٢) في أ: وذهب .



مع حصول إذنه فيه، فسقوط الضمان على خاتن الصبى بغير إذن وليه إذا عطب بعيد.

نعم، أشار ابن عبد السلام رحمه الله على قول ابن الحاجب فإن كان الطيب [جاهلاً ولم يؤذن له أو أخطأ، فيه الرأي].

قال: فالضمان كالأخطأ، إلا أن الطيب<sup>(١)</sup> [إذا عزم على<sup>(٢)</sup>] فعل ولم يؤذن له فيه فآل إلى تلف العضو، أنه لو قيل بعدم ضمانه لكان له وجه.

قال: [لأنه<sup>(٣)</sup>] كالمأذون له بالعرف إذا كان من المشهورين [بالطب]<sup>(٤)</sup> وخيف الموت في العلاج. أ. هـ.

وليس أمر الختان كالعلاج، لقوله أيضاً على قول ابن الحاجب: «وإذن [العبد]<sup>(٥)</sup> أن يحجمه أو يختنه غير مفيد»، ما نصه: يعنى فإن نشأ عن الحجامة أو الختان [شيء]<sup>(٦)</sup> ضمنه الحجام، وهذا ظاهر فى الختان.

وأما الحجامة فالعرف مطرد - والله أعلم - بعدم الحاجة إلى إذن [السيد]<sup>(٧)</sup>، ولا سيما إن كان موجب الحجامة ظاهراً.

وأما من حصد زرع غيره بغير إذنه فحمله الريح، فالظاهر ضمانه لانتفاء إذن المالك وإذن الشرع، والضمان [ق/ ١٨١ ب] فى مثل هذا إنما يسقطه الإذنان، فإذا انتفيا ثبت الضمان كالمغاصب حسبما قرر القرافي رحمه الله هذا المعنى.

(١) سقط من أ.

(٢) فى أ: إذا قدم على.

(٣) فى أ: كانه.

(٤) سقط من ج.

(٥) فى أ: له.

(٦) سقط من أ.

(٧) فى أ: السادات.

### [مسائل من الاستحقاق]<sup>(١)</sup>

(٢٠٤) [١] سئل رضي الله عنه : عمن اشترى من رجل مهرة وهو يعلم أنها ولدت عند البائع على ملكه، فقام رجل فادعى أنها ولدت عنده [فاستحقها، هل لهذا المشتري رجوع بالثمن على البائع مع أنه يقر أنها ولدت عنده؟]<sup>(٢)</sup> .  
[فأجاب]:<sup>(٣)</sup> لا رجوع له عليه .

**قلت:** هذا قول ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق .

ابن رشد: لأشهب في «المجموعة» أن له الرجوع على البائع بعد أن علم صحة الظلم الذي قام به المستحق، ولا يضره ذلك .

وقد تقدم لنا من الكلام على هذا المعنى في مسائل البيوع، فراجعه .

(٢٠٥) [٢] وسئل رضي الله عنه: عن رجل استحققت من يده جارية فادعى أنه كان أولدها، فهل يقبل قوله أم لا؟

[فأجاب]<sup>(٤)</sup> : أما إن كان معها ولد فاستحقه، فإن [استلحاق]<sup>(٥)</sup> النسب يقطع كل تهمة وأما إن لم يكن معها ولد ولا سمع ذلك منه ، قُبِلَ ذلك ولا رؤى لها ولد يدعيه قبل ، فيتهم أن يريد إمساكها فادعى ذلك ، سيما إن كان الحاكم يرى الحكم بأنه يعطى قيمتها ، ويمسكها على الأقوال الثلاثة ، فتأمله .

**قلت:** هذه مسألة كتاب اللقطة فيمن باع جارية ولا ولد معها، فقال: بعد ما باعها ولدت منى قال: [أترى]<sup>(٦)</sup> أن ترد إليه إن لم يتهم فيها، وكذا بلغني عن مالك

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ: فقال .

(٤) في أ: قال .

(٥) في ج: استحقاق .

(٦) في أ: أرى .

هكذا في رواية أكثر القرويين، وهي رواية يحيى وعلى ذلك [اختصر]<sup>(١)</sup> أبو محمد والبرادعي وابن أبي زمنين وأكثرهم ، وكذا ذكر ابن حبيب عن ابن القاسم .

وفي رواية [ق / ١٠٦ أ] أكثر الأندلسيين: «لا أرى [أن ترد]»<sup>(٢)</sup> ، بإثبات «لا» ، وهي رواية ابن اللباد والديباغ .

وفي «البيان» من سماع [يحيى]<sup>(٣)</sup> من كتاب الاستبراء وأمهاة الأولاد: [ولو باعها ولا ولد]<sup>(٤)</sup> معها ثم ادعى أنها ولدت معه ، لم يصدق ولم ترد [إليه]<sup>(٥)</sup> في مشهور المذهب ، خلاف ما في اللقطة من «المدونة» [من]<sup>(٦)</sup> أنها ترد إذا لم يتهم ، وهو بعيد طرحه سحنون .

(٢٠٦) [٣] وسئل رضي الله عنه : عن أخ وأخت ورثا أحًا لهما شقيقًا ، ثم صالح الأخ أخته عن جميع موروثها في أخيها المتوفي بنصف جنان من التركة المذكورة ، ثم فوت الأخ النصف الباقي له من الجنان المذكور [ق / ١٠٤ ج] بالبيع لرجل آخر ، ثم استحق النصف شائعًا في الجنان المذكور ، ثم مات الأخ المصالح وورثه أولاده صغارًا أوصى عليهم وصيًا ما الحكم ؟

فأجاب: إن كان الأمر كما ذكرتم فالذي أخذته الأخت من حظ أخيها من الجنان المذكور المستحق نصفه السدس عوضًا عن ثلثها في سائر التركة ، وقد استحق نصف السدس المذكور في استحقاق نصف الجنان المذكور ، فوجب أن ترجع على أخيها بنصف ما خرجت عنه له من سائر التركة ، وقد عرفتم أن حظها بالإرث من التركة الثلث ، فترجع بسدس ما عدى الجنان من سائر التركة .

(١) في أ: اختصرها .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ: عيسى .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ: في .

قلت: وهذا واضح ، فترجع بقيمة [ميراثها] <sup>(١)</sup> فيما فوته الأخ على القاعدة فيمن باع عرضاً بعرض ثم استحق أحدهما ، فإنه يرجع في عين عرضه ، فإن فات بحوالة سوق فأعلى ، رجع بقيمته .

(٢٠٧) [٤] وسئل رحمه الله: عن صالح أخيه عن ميراثهما معه في الأملاك تخلفها أبوهما بفدانين محوزين، فرضينا بذلك واحتازناه عنه، ثم اقتسمنا الفدانين بينهما فأخذت كل واحدة ما صار لها بالقيمة فباعته ، وبقي نصيب الآخر، فقام رجل آخر كان غائباً في الفدان الذي صار لهذه التي لم تبع فاستحقته ، فما الحكم في رجوعها على أختها البائعة [وأخيها] <sup>(٢)</sup> المصالح؟

[فأجاب] <sup>(٣)</sup> : تجمع [الثلث] <sup>(٤)</sup> الذي قبضت البائعة في نصيبها مع ما بيد الأخ من التركة كلها أو ثمن ما باع إن كان باع شيئاً ، ويقسم بينهم [على] <sup>(٥)</sup> حسب الموارث ، وإنما المشكلات في كتاب القسم .

قلت في كتاب القسم من «المدونة» : وإذا اقتسم شريكان داراً أو أرضين أو رقيقاً أو عروضاً ، فوجد أحدهم ببعض ما أخذ عيياً ، فإن كان وجه ما نابه أو أكثر رد الجميع وابتدأ القسم ، إلا أن يفوت ما بيد صاحبه يبيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو هدم أو بناء ، فرد قيمته يوم قبضه [فيقتسمان] <sup>(٦)</sup> تلك القيمة مع الحاضر المردود .

وقال أيضاً : والموصى له بالثلث إذا قاسم الورثة فأخذ ثلث الربع ثم استحق ، انتقض القسم فيرجع فيقاسم الورثة ما بأيديهم من الربع ، إلا أن يفوت بيناء أو بيع

(١) في أ: منابتها .

(٢) في أ: ولغيرها .

(٣) في أ: فقال .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ: فيقتسمها .

فيرجع [عليهم] (١) بقيمة الربع [يوم] (٢) قبضوها فيقتسمون تلك القيمة .

عياض : أمر سحنون بطرح لفظة «أو بيع» في المسألتين ، وقال : هو حرف سوء .

وقال : إذا باعوا إنما عليهم الثمن .

وقد قال قبل هذا : إذا أصاب عيباً وفات ما أخذ أصحابه ببيع ، رد الثمن .

وقول الشيخ رحمه الله : «وإنما المشكلات في كتاب القسم» ، يريد - والله أعلم -

مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصاء بعد القسم [المعروفة فيه] (٣) .

قال عياض رحمه الله : جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة

اضطرب بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم ، فمنهم من ردها كلها على المعلوم من مذهبه

وتأولها على معروف [قوله] (٤) ، ومنهم من [جعلها أقاويل له مختلفة ومذاهب

مفترقة] (٥) ، ومنهم من خالف مشهور قوله منها أوهاماً أو [أغلاطاً] (٦) حتى حكى

أن أحمد بن محمد العتيبي قال في كتاب القسمة : أوراق خطأ علم عليها في كتابه .

ومنهم من قال [إن] (٧) بعض الأجوبة على قول غير ابن القاسم من كلام عبد

الملك ، وهو أضعف التأويلات ، لأن كتاب القسم مختلط لم يره سحنون ولا عمل

فيها شيئاً ، فهو على أصل أسد بن الفرات .

ومنهم من قال : [مذهبه] (٨) في الاستحقاق والعيب في القسمة بخلاف مذهبه

في البيع .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : مذهبه .

(٥) في أ : جعل ما اختلف فيه لاختلاف الأسئلة .

(٦) في أ : واختلاطاً .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : مذهبهم .

ثم أطال عياض رحمه الله الكلام فى التنيهات ونقل تأويلاتهم، [فأجاد]<sup>(١)</sup> جزاه الله خيرًا.

وقال بعض القرويين : الذى يتحصل عندى فى وجود العيب [ق/ ١٨٢ ب] والاستحقاق ويطرأ بعد القسمة أن ينظر ، فإن كان [ذلك]<sup>(٢)</sup> كالربيع فأقل رجع بحصة ذلك ثمنًا، وإن كان [ نحو ]<sup>(٣)</sup> النصف [والثلث كان بحصة ذلك شريكًا فيما بيد صاحبه ، ولا ينتقض القسم .

وإن كان فوق النصف]<sup>(٤)</sup> انتقض القسم وابتدأه .

ابن يونس : وهذا التحصيل حسن ليس فى الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ ربعها والآخر ثلاثة أرباعها ويستحق نصف نصيب أحدهما، قال : يرجع بربع قيمة ذلك فيما بيد صاحبه .

[ولو قال : بربع ما بيده]<sup>(٥)</sup> [استوت]<sup>(٦)</sup> المسائل وحسن التأويل ولم يكن فى الكتاب تناقض .

(١) فى ج : فأجاب .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فوق .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : ولاستوت .

## مسائل الشفعة والقسمة

## مسألة:

وهي، أن رجلاً يعرف بالمليلى اشترى أشقاصاً من جنان بفاس، وكتب وثيقة عند الموثق [وكان للموثق] (١) الكاتب [للوثيقة] (٢) وإخوته فى الجنان المذكور شقص يسير جداً، ثم بعد ذلك كتب المشتري المذكور عقداً عند الموثق المذكور أنه عهد بغلة ثلث الجنان المذكور [لستفرق بعده على أشخاص معلومين أبداً ثم بنى فى الجنان المذكور] (٣) أدراجاً كثيرة وغرس شجراً كثيراً، وكان بإزائه [مالك] (٤) الشقص التافه المذكور جنان آخر، وكانت أيام الفاكهة فادعى المشتري أنهم عرفوا بشرائه وعابنوا بناءه وتصرفه، ثم بعد عقد الشراء بثمانية أشهر طلب أصحاب الشقص الشفعة فاجتمعوا مع المشتري وتنازعوا، ثم انفقوا على عقد الصلح فى الجنان المذكور أنصافاً ویتراجعوا فى الثمن حتى يساوا فيه وانفصلوا عن ذلك المجلس على مشاورة امرأة غائبة من الطالبين للشفعة [ثم بدا لهم فى الصلح المذكور ورجعوا لطلب الشفعة، فأفتى القاضى ابن عمران وبعض الفقهاء معه بوجود الشفعة] (٥) بعد إيمان الطالبين أنهم ما سلموا ولا علموا بالبناء والغرس، وأفتى [الفقهاء] (٦) أبو الحسن وأبو إسحاق بسقوط الشفعة، واحتجوا بأن هذا الصلح أشد من المساومة القاطعة للشفعة، وبأن [كتب هذا] (٧) الموثق لهذه الوثائق وسكوته هذه المدة كلها رضى بالتسليم، سيما مع علمه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج: أملاك .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ: الكاتب .

بالعقد الذى [عقد]<sup>(١)</sup> فيه بالوصية بالثلث، وأن هذا الغرس والبناء الغالب علمهم به لقربهم [من الجنان]<sup>(٢)</sup> المذكور.

**قلت:** إن قطعنا النظر عن بناء المشتري وغرسه، [فتوى]<sup>(٣)</sup> [الأول]<sup>(٤)</sup> أصوب وأظهر، لأن [ق/١٠٧ أ] الشفعاء تراضوا مع المشتري على استشفاع نصف الشقص بلفظ الصلح لا بلفظ الشفعة، ووجه إطلاقهم لفظ الصلح هنا لأن من [حقهم]<sup>(٥)</sup> الامتناع إلا من استشفاع [الجميع]<sup>(٦)</sup> ما عليه من الضرر بتبعيض صفقته، ومن حقهم أيضاً أخذ الجميع، فلما لم يكن أخذ البعض إلا برضا المشتري ولا له التمسك بالبعض إلا برضاها.

وإطلاق لفظ الصلح هنا على مال أخذ [من]<sup>(٧)</sup> أجل ذلك، وقد أطلق فى كتاب السلم صلح كيل طعام و[أسلم]<sup>(٨)</sup> رب الطعام لنفسه بمثل رأس [المال]<sup>(٩)</sup> على التولية والنظر إنما هو للمعاني لا للألفاظ حسبما صرح بذلك فى «المدونة» فى مواضع، و[احتجاج]<sup>(١٠)</sup> الشيخ وأبى إسحاق [بقولهما]<sup>(١١)</sup> : «إن هذا الصلح أشد من المساومة»، إنما يتم لو كان على حدة فى الثمن أو على زيادة فيه، فإذا لم يتم الصلح بينهم على أخذ البعض فلهم الرجوع إلى ما وجب لهم من الشفعة، إذ ليس فى ذلك ما يدل على تسليمهم ولا على تركها والإعراض عنها، بخلاف المساومة أنها

(١) فى ح: عهد.

(٢) فى ح: بالجنان.

(٣) فى أ: فتيا.

(٤) فى أ: الأولين.

(٥) فى أ: حقه.

(٦) سقط من ج.

(٧) سقط من ج.

(٨) فى أ: السلم.

(٩) فى أ: مالي.

(١٠) فى أ: احتج.

(١١) فى أ: قولهما.



مبايعة وإعراض عن الشفعة وترك [لها]<sup>(١)</sup> ، والشفعة إنما تسقط بالتصريح بتركها وبما يدل عليه حسبما نص عليه غير واحد .

وأما ما بناه المشتري وغرسه في الشقص وإنكار الشفعاء عليهم بذلك ولهم ملك بإزائه وقربه بحيث لا يخفى لهم في الغالب ، فالحكم فيه جارٍ على تعارض الغالب والأصل فيما يقدم . وتأمل جواب الشيخ عن المسألة الثانية من عشرين من مسائل هذا الباب بعد هذه الورقة بخمسة أوراق .

وأما كتب الشفيع وثيقة الشراء ووضع شهادته فيها، فقال ابن رشد : إن سكت شهرين سقطت شفيعته ، لكنه خلاف ظاهر «المدونة» لقوله : وإذا علم بالاشترء [ولم] <sup>(٢)</sup> يطلب شفيعته سنة، فلا يقطع ذلك شفيعته، وإن كان قد كتب شهادته في الاشترء نبه عليه ابن عرفة رحمه الله .

(٢٠٨) [١] وسئل رحمه الله: عن رجل اشترى نصيباً من جنان فوجبت الشفعة للشفيع، فبقي المشتري مع الشفيع يدخل ويخرج مدة حتى قاسمه الثمن بعد يسها ، وأقام بعد ذلك يطلب الشفعة ؟

**فأجاب:** أما قسم الغلة فقد حكى [قد / ١٠٥ جـ] ابن القاسم أنه غير مسقط للشفعة، حكى هذا القول الدبوسى عنه فى كتابه .

وأما سكوته عن القيام أمدأ يرى أنه دليل على تركها ، فلا قيام له بعد، وأقله سنة على مذهب أشهب ، وعليه عمل القضاة، والسلام .

**قلت:** لما حكى الدبوسى - رحمه الله - قول ابن القاسم أن مقاسمة الثمر لا تسقط الشفعة، حكى عن أشهب سقوطها بها .

الشيخ رحمه الله: ورأيت فى بعض الطرر أن صورة ذلك أن يقول أحدهما بعد الاعتدال : خذ أنت هذا وآخذ أنا هذا .

(١) فى أ : بها .

(٢) فى أ : فلم .

قال: وهذا يفتقر إلى تصوير جائز، وصورته الجائزة أن يقتسما بعد الخرص للحاجة فيما ينقسم بالخرص.

**قلت:** ذكر الباجي سبعة شروط للجواز، انظرها .

الشيخ وأما إن [جذت] <sup>(١)</sup> الثمرة فاقسما بالكيل والوزن فيما يوزن، فلا يقطع بالشفعة .

وأقيم من قوله في «المدونة» سقوط الشفعة باكتراء الشفيح الشقص من المبتاع، أن الشفيح إذا قاسم المبتاع الأرض للحرث أن تسقط الشفعة ، لأن كل واحد أكرى نصيبه من صاحبه .

الشيخ: وقاله ابن عبد الغفور، ونص ابن عرفة على بطلان شفعة الشفيح إذا زرع المشتري بإذنه .

وفي أواخر «الحديرية»: لبعض المفتين فيمن ابتاع نصف فدان على الإشاعة، فقال لصاحب النصف الثاني: خذ في أى طرف الفدان شئت ، فاختر أحد الطرفين، وعمل المبتاع جميع الفدان مشاعاً على ما كان عليه قبل أن يكون للشريك حصة من الزرع؟

**فأجاب:** إذا رضى بمقاسمة بعد معرفته بالبيع ومبلغ الثمن، فلا شفعة له وإن لم يفصل بالمقاسمة . أ.هـ. [ق/ ١٨٣ ب].

وفي كتاب الشفعة : من اشترى شقصاً من أرض فزرعها ، فللشفيح أخذها [بالشفعة]<sup>(٢)</sup> ولا كراء له، والزرع للزارع.

الشيخ: ظاهره ولو كان في الإبان، وهو جارٍ فيما بعد ذلك في النصف المستحق والنصف المستشفع .

(١) في ج: وجدت .

(٢) سقط من ج .

يريد قوله بعد ذلك: فإن استحق نصف الأرض واستشفع ، فله كراء ما استحق وإن كان في الإبان، ولا كراء له فيما استشفع .

وفرق ابن يونس رحمه الله بأن النصف المستحق قد كان في ملكه .

وفى «الكافي» ما نصه: ومن اشترى أرضاً فزرعها وجاء الشفيع ، فعليه الثمن وله مثل كراء الأرض على الزارع ولا شيء له في الزرع، هذا إن شفع في وقت تمكنه الزراعة [فيه لو أرادها .

فأما إن كان وقت الزراعة قد فات فلا شيء له من كراء الأرض وعليه جميع الثمن [ (١) أ.هـ .

**قلت:** وهذا خلاف ما فهم الشيخ «المدونة» عليه، وهذا كله إذا طرأ الشفيع والزرع قد نبت وإن لم ينبت ففي «المنتقى»: من اشترى أرضاً فزرعها [فقام] (٢) الشفيع قبل أن ينبت الزرع أخذها بزرعها بالثمن وقيمة الزرع على الرجاء والخوف، ولو قيل: بالثمن وبما أنفق ، لم أعبه بل هو أقيس ، والاستحسان الأول .

قال محمد: بالثمن وبقيمة ما أنفق من بذر وعلاج .

وقال ابن القاسم : يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة ، كمن اشترى نخلاً لم يؤبر فأخذ الشفيع بعد الإبار .

ابن عرفة : كذا وقع في «المنتقى» وابن زرقون، والقول الأول غير معزو، وذكر ابن القاسم إثر قول محمد قال: وتصور المسألة دون فرضها في الاستحقاق عسير، لأن المشتري إن زرع دون شريكه فهو متعد، وبعد إذنه تبطل شفيعته ، فتأمله . ولصاحب «المقدمات» رحمه الله في هذا تفصيل وتحصيل وتفريع وإجراء يقف عليه من أرادته .

واستشكل ابن عرفة رحمه الله مسألة قيام الشفيع قبل نبات الزرع بتناول مسألة

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وقام .

«المدونة» فى قيامه بعد نباته، إذ لا يفرق بجامع الزراعة، غير أن إطلاقه التعدى إذا زرع بغير إذن الشفيح فيه نظر، وإنما يصح تعديه فى شقص الشفيح لا فيما اشتراه، ألا ترى أنه ليس لشريكه عليه شيء فيما ينوبه من الأرض لا من الزرع ولا من الكراء، وإنما الخلاف فى نصيب الشريك.

[فقيلى]:<sup>(١)</sup> ليس عليه فيه إلا الكراء فقط، وهو الذى فى رسم «القطعان» من سماع عيسى من كتاب الشركة.

ابن رشد: ظاهره وإن لم يفت الإبان، بناءً على أن [الشريك]<sup>(٢)</sup> بشبهة يوجب كون الزرع له وإن لم يفت الإبان، وقيل: لا، فيكون للشريك أخذ نصيبه بزعه إذا لم يفت الإبان، ويوضحه تفريق ابن يونس رحمه الله الذى قدمنا فيمن استحق نصف أرض مزروعة واستشفع، أن له كراء ما استحق إن كان فى الإبان لا فيما استشفع، فإن النصف المستحق قد كان فى ملك الشفيح قبل أن يزرع، وإنما تعديه فى [التصرف]<sup>(٣)</sup> فى الشيء المشترك بغير إذن الشريك فقط، فتأمله.

وكتب إليه رضى الله عنه فى الشفيح إذا اتهم أنه إنما أراد الأخذ بالشفعة لغيره، هل عليه يمين أم لا؟ وهل اتهام الأم كالأجنبي إذا أرادت أن تأخذ بالشفعة لولدها الكبير لا لنفسها إما بإقرار [منها]<sup>(٤)</sup> [ق/ ١٠٨ أ] أو ظهر [ذلك]<sup>(٥)</sup> [بقرائن]<sup>(٦)</sup> الأحوال؟ وكيف إن [صرحت]<sup>(٧)</sup> بذلك؟

فكتب بخط يده رضى الله عنه: أكرمكم الله، الجواب [عن المسألة]<sup>(٨)</sup> أن

(١) سقط من أ.

(٢) فى أ: الشركة.

(٣) فى أ: النصف.

(٤) فى أ: منها.

(٥) سقط من ج.

(٦) بياض فى أ.

(٧) فى أ: مدحت.

(٨) سقط من أ.

الشفيع إذا أخذ بالشفعة وانتقل الشقص إلى غيره واتهم بأن الأخذ كان له، فإن علم ذلك بالبينة رد الشقص للمبتاع .

وإن لم يعلم إلا بإقرار الشفيع أو الغير لم يلتفت إليه للتهمة التى تلحق المقر على الندم فى عقده ، أما الغير [فلأنه] <sup>(١)</sup> يتهم على أنه ندم [على] <sup>(٢)</sup> الشراء إن كان الانتقال إليه .

وأما الشفيع فيتهم أنه ندم على البيع ، قاله أشهب رحمه الله .

قال : ثم يأخذ الشفيع لنفسه أخذًا مستأنفًا إن شاء الله .

قال ابن زرب رحمه الله : ليس له أخذ ، لأن أخذه على الصفة الأولى إسقاط للشفعة ، فإذا لم [يعتبر] <sup>(٣)</sup> إقرار أحدهما للتهمة كما سبق ، لم تجب عليه يمين ، إذ لا فائدة لها .

ويحسب هذا لو اتهم الشفيع قبل حصوله فى ملك الغير إنما أخذ لغيره ، فإن كان من يتهم [بمثل ذلك وجبت عليه اليمين ، كما لو أظهر الصدقة واتهم بالشراء وكان من يتهم] <sup>(٤)</sup> بذلك ، لزمته اليمين كما فى آخر كتاب الشفعة من «المدونة» ، لأن هذه اليمين لها فائدة ، [وهو] <sup>(٥)</sup> الحكم عليه بمجرد النكول عنها على قاعدة النكول عن يمين التهمة ، والام كغيرها [فى الأخذ] <sup>(٦)</sup> بالشفعة للغير ، فإن علم بإقرارها قبل الأخذ وبعده وقبل حصوله فى ملك ابنها ، [رد] <sup>(٧)</sup> الشقص للمبتاع ، وبالجملة فحكمها فى هذا المعنى حكم غيرها .

(١) فى ج : فإنهم .

(٢) فى أ : فى .

(٣) فى ج : يعتقد .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : وهي .

(٦) فى ج : بالأخذ .

(٧) فى أ : إذا كان .

قلت: ما حكاه الشيخ رحمه الله من قوله: « [فإن] <sup>(١)</sup> علم ذلك بالينة . » إلى قوله : [قاله] <sup>(٢)</sup> أشهب رحمه الله ، نقله عنه صاحب «النكت» .

وما حكاه عن ابن زرب نقله عنه ابن سهل .

عبد الحق : فإن أخذ بالشفعة فى أرض لغيره ولم يعلم المتاع ذلك ، فبنى فيها [من أخذها] <sup>(٣)</sup> له وغرس ، ثم عثر على ذلك ، فقال ابن شبلون : وإن كانت قيمة الأرض أكثر من الثمن الذى أخذت له به ، رجع المتاع عليه بتمام القيمة .

وإن لم يكن فيها فضل ، مضت الأرض لمن أخذت له بالثمن ، ولا يرجع عليه

بشيء .

وقال أبو محمد بن أبى زيد : يرجع الشقص إلى المشتري ، كان فيه فضل أم لا ، [ويكون] <sup>(٤)</sup> فيما بنى كمن بنى فى أرض بشبهة فاستحقت منه .

ابن رشد: وليس للشفيع [أن يأخذ بالشفعة] <sup>(٥)</sup> لغيره ، ولا [له أن يأخذ] <sup>(٦)</sup> للبيع ، وقد قالوا فى المديان: له الأخذ بها فبياع لغرمائه ، وفيه نظر .

وقد استحسّن أشهب أن لا يكون له ذلك ، وللمريض الأخذ بها وإن كان أخذه [فى هذا الحال] <sup>(٧)</sup> لورثته ، لأنه إن لم يأخذ [فى مرضه كان لهم أخذه لأنفسهم بعد موته .

ابن يونس [ق/ ١٨٤ ب] عن ابن المواز: قال أشهب: وإذا مات فليس لغرمائه أخذ شفيعته ، وذلك لورثته إن شاؤا ، فإن أخذوا بمال الميت بيع فى دينه ، فإن فضل

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فيكون .

(٥) فى أ : الأخذ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : حيثئذ .

شيء فللورثة. وإن أخذوا بما لهم بيع أيضاً ودفع لهم رأس مالهم وقضى بفضل الدين، فإن لم يكن فيه فضل عن رأس المال لم يبيع عليهم .

وقال ابن عبدوس: وقال سحنون: لمالك: فإن أبوا بيع في الدين ولا شفعة لهم، لأن الشقص المستشفع به قد يبيع ولم يملكوه بحال ولا حلوا محل الميت بتبديتهم من تركه.

قال المغيرة: ولا شفعة أيضاً للغرماء ، لأنهم لا يملكون الشقص الذى به الشفعة<sup>(١)</sup>.

(٢٠٩) [٢] وسئل رحمه الله: عن رجل كانت له دار فباع نصفها لرجل [ق/ ١٠٦ ج] على الإشاعة ، ثم مات البائع فورث ورثته نصفه وبقيت بينهم وبين المشتري النصف الآخر، ثم باع بعضهم موروثهم من النصف الثانى الذى ورثوا وتعدوا على الجميع فباعوا للمشتري النصف الأول، وبقي بعضهم لم يبيع ، فقام فاستحق نصيبه فى هذا النصف فأراد أخذ ما باعه ورثة أبيه من هذا النصف الثانى من يد مشتريه فقال لهم المشتري : أشارككم فى الشفعة، فأشفعوا بالنصف المتقدم ، وأراد القائم الاختصاص بالشفعة فى هذا النصف ؟

[فأجاب]<sup>(٢)</sup> : لا يدخل المشتري مع هذا القائم فى الشفعة ، وهو أحق بها لأن القائم والبائع أهل موروث واحد ولم يدخل المشتري معهم فى ذلك الموروث، وهى أخرى من مسألة أهل السدس فى «المدونة» الذى [جعل]<sup>(٣)</sup> أهل السدس والربع مثلاً أحق بالشفعة فيما باع بعضهم من أهل نصيب آخر، وتوقف فى خلاف اللخمي [وتلك]<sup>(٤)</sup> هل يدخل [في]<sup>(٥)</sup> هذه أم لا، ولكن فتياه بأن لا يدخل المشتري مع

(١) فى أ: فلهم الاخذ بعد موته.

(٢) فى أ : فقال .

(٣) فى أ: فعل .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

القائم على المشهور.

**قلت:** القاعدة في هذا المعنى أن الشريك الأخص [أشفع]<sup>(١)</sup> من الأعم، فإن أسقط فالأعم.

وفي أوائل كتاب الشفعة من سماع يحيى من «البيان» ما يوضح هذا المعنى إيضاحاً.

ابن الحاج: في مثل بنين انتقل إليهم شقص من أبيهم أو من غيره بهبة أو صدقة هل يكونوا شفعاء بينهم كأهل سهم واحد، أو إنما ذلك إذا انتقلت إليهم ميراث [نزلت؟]

فأفتى أنهم كأهل سهم واحد، وكأنه ظهر لى إنما ذلك فيما إذا انتقل إليهم بالميراث<sup>(٢)</sup> فتدبر ذلك وفتشه في مواضعه أ. ه .

ابن رشد: اختلف في العصبية والموصى لهم بجزء والمشتريين أهل السهام كضمن الزوجات أو سدس الجدات أو ثلث الإخوة للأم وشبهه والمشتري لحظ واحد من الورثة فقبل في كل طائفة منهم: يتشافعون فيما بينهم، وهو قول أشهب وأحد قولى مالك في العصبية. وقيل بدخول الورثة كلهم عليهم ولا يدخلون هم على أهل السهام، إلا أن يبيع جميعهم أو يكونوا واحداً، وهو مذهب ابن القاسم.

والظاهر أنهم يدخلون على المشتريين شركاء البائع منهم وإن لم يكونوا ورثة على مذهب ابن القاسم، فإن ابن يونس رحمه الله نقل المسألة في ثلاثة اشتروا داراً فباع أحدهم نصيبه من نفر وسلم الشريكان، ثم باع أحد نفر المشتريين نصيبه، وأن قول أشهب بقية نفر أشفع من شريكى البائع، وقول ابن القاسم إن الشفعة لمن بقى منهم

(١) في أ: الشفع.

(٢) سقط من أ.



ولسائر شركاء البائع على الحصص بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشترين .

أصيغ : وهذا هو الحق .

ابن يونس : وهو الصواب .

وذكر ابن يونس عن بعض القرويين أنه وقع في «الموازية» فيمن ترك زوجة وابناً وابنة، فمات الابن وترك أمه وأخته وعصبة فباع بعض العصبة ، إن الأخت والأم يتشافعون مع بقية العصبة فيما ورثتا من الميت الأول دون الثاني .

قال : وفيه نظر [لأنهما]<sup>(١)</sup> في [موت]<sup>(٢)</sup> الابن أهل وراثة ثانية، فلا يضربان مع العصبة إلا بالقدر الذي ورثوه معهم من موروث الابن، [لأنهما]<sup>(٣)</sup> متى [ضربتا للموروثين ضربتا]<sup>(٤)</sup> بالعصبة وصاروا ليدخلوا مع أهل الوراثة الثانية بالورثة الأولى، فيلزم على هذا إذا مات وترك أولاداً ثم مات [أحد أولاده]<sup>(٥)</sup> وترك ورثة ، فباع أحد ورثته، إن عمومته يدخلون فيما باع أحد ورثة الابن، إذ لا فرق بين أن يكون لهم ميراث في الثاني أم لا .

ابن يونس : والصواب ما قال، لكن الذي عندي في «الموازية» أن الأم والأخت [يشافعهنهم]<sup>(٦)</sup> بما ورثا من السهم الآخر كما فسر بعض القرويين، وخلاف ما ذكر أنه في «الموازية» .

(٢١٠) [٣] وسئل رضى الله عنه : عن رجل توفى فأحاط بميراثه أولاده ذكران وأنثان ، أحد الذكرين صغير مهمل وباقيهم رشيد، فعمد الابن الكبير إلى أرض من متخلف والدهم فباعها قبل القسمة وقبض ثمنها بمحضر أختيه وعلمهما ، ثم بعد

(١) في أ : لأنهم .

(٢) في أ : موروث .

(٣) في أ : لأنهم .

(٤) في أ : ضربوا بالموروثين واضربوا .

(٥) في أ : مات أحد ولده .

(٦) في أ : يتشافعون .

ثمانية أشهر من يوم البيع قامت إحدى البتتين على المشتري؟

**فأجاب:** إذا كان الأمر كما ذكرتم فالبيع المذكور إنما لزم في حظ الكبير البائع لجملة الأرض الموروثة ، وهو في حظ البتتين موقوف على إجازتهما إياه أو رده بعد يمين كل واحدة منهما ما سكتت راضية ببيع حظها، إن لم تكونا حاضرتين مجلس البيع .

وهو في حظ المهمل أيضاً موقوف على إجازته بعد أن يملك أمر ماله ، أو رده الناظر له إن جعل له ناظراً، وللمبتاع رد البيع في حظ المهمل لبعده زمان النظر له فيه، إذ من حجته ألا يتمسك ببيع غيره عليه فيه بالخيار ، وأما حظ البتتين فوقت النظر فيه قريب لا ضرر عليه فيه ، فيتوقفان على الإجازة والرد، فإن ردتا فبعد اليمين حسبما تقدم .

وإن [أجازتا] <sup>(١)</sup> لم يبق له من الصفقة إلا حظ المهمل ، ثم يكون لهما الشفعة إن ردتا في حظ الكبير ، لأنه هو الذي لزم فيه البيع .

وإن ردت واحدة وأجازت الأخرى ، فإن لسراة الشفعة في حظ أخيها [وأختها] <sup>(٢)</sup> .

وإن آل الأمر إلى أن يبقى بيد المبتاع بعض ما اشترى وخرج من يده بعضه ، فإن كان الخارج منه عن يده النصف فأكثر، فله رد الباقي بيده لضرر التبعض ، كتبها من خطه بعد أن قرأتها عليه .

**قلت:** قوله رحمه الله: «وللمبتاع رد البيع في حظ [ق/ ١٠٩ أ] المهمل [ق/ ١٨٥ ب] لبعده زمن النظر فيه»، هو مقتضى قوله في كتاب [الغصب] <sup>(٣)</sup> : «وإذا

(١) في ج: أجازت .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

باع الغاصب ما غصب والمغضوب منه [غائب]<sup>(١)</sup> ، فللمبتاع رد البيع [بحجة]<sup>(٢)</sup> أنه يضمه، ويصير ربه مخيراً عليه إذا قدم، وليس للغاصب أن يقول: أنا أستأني رأى صاحبها، ولو حضر المغضوب منه وأجاز البيع لم يكن للمبتاع رده ، [وكذا]<sup>(٣)</sup> من افتيت عليه في بيع سلعة في غيبة ربه أو حضوره .

[وكسره]<sup>(٤)</sup> في رسم «باع غلاماً» من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات وفي رسم «الصلاة» من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق.

اللخمي : إنما يكون ذلك للمبتاع إذا كان بعيد الغيبة وإلا فلا، [نقله]<sup>(٥)</sup> الشيخ في «التقييد» وهو يبين ، فيمكن أن يكون تفسيراً، واعتمده رحمه الله هنا لقوله في الجواب: «وأما حظ الابتين فوقت النظر فيه قريب . . إلى آخره».

ولابن رشد رحمه الله كلام وتحصيل حسن في العمدة هل تنتقل أم لا، ينظر في سماع أصبغ من كتاب الغصب .

وفي سماع يحيى من كتاب الاستحقاق : وعلى الخلاف في ذلك خرج رد المبتاع المبيع إذا جاء ربه ، انظره .

ولا كلام في الشفعة إذا وجبت للمبتاع رد البيع باستحقاق أكثر صفقته فتمسك .

وأما إن قال: «أرد» ، فقال ابن سهل : مذهب الشفعة للشفيع أيضاً .

وقال سحنون: إذا رد فلا شفعة، لأن البيع قد انتقض، ذكر هذا على مسألة من ادعى عليه في دار فأنكر معاملة المدعى فيها ، ثم أظهر ابتياعه إياها منه .

وقوله: «وإن آل الأمر إلى أن يبقى بيد المبتاع بعض ما اشترى وخرج من يده

(١) في ج : بائع .

(٢) في أ : الحجة .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : ونحوه .

(٥) في أ : فقال له .

بعضه، فإن كان الخارج النصف فأكثر، فله رد الباقي»، هو قول مالك في كتاب ابن المواز في مسألة الدار بين رجلين أنصافاً يبيع أحدهما منها نصفه بعينه قبل القسم، فلم يجز شريكه ولم يشفع، ذكر في غير ما موضع من «المدونة» أن استحقاق النصف من الأرض والنخل يوجب الخيار.

والمعنى : إذا لم يقل البائع للمبتاع: «الأرض لى والأختان وكلتانى على البيع ثم أنكرتا، وإلا لزمه نصيب البائع.

وقال ابن سهل : [لأنه] (١) [على] (٢) التبعض دخل، ولم يتوثق لنفسه] (٣).

(٢١١) [٤] وسئل رحمه الله : عن ثلاثة اشتركوا داراً، لأحدهم نصفها وبناء، وللثانى نصف الأصل خاصة، وللثالث نصف البناء خاصة، فباع أحدهم - وهو مالك النصف فى الأصل والبناء - جميع نصفه، فطلب مالك النصف فى الأصل الشفعة و[طلبه] (٤) أيضاً مالك نصف النقض، فلمن تكون منهما؟

[فأجاب]: (٥) أما النصف فى الأصل فلا إشكال أن الشفعة فيه لمالك الأصل، ولا شيء لمالك البناء.

وأما نصف البناء فهل يكون مالك نصف الأصل أحق به أو مالك نصف البناء؟ [هي] (٦) مثل مسألة كتاب الشفعة إذا كان جميع الأصل لواحد وبني رجلان عليهما بناء، فباع أحدهما نصفه فى البناء، فإن صاحب الأصل أحق بالشفعة [ق/ ١٠٧ ج] فإن امتنع عرض على صاحب البناء، فكذلك هذه.

**قلت:** مسألة كتاب الشفعة المشار إليها، نصها فى «التهذيب»: وإن بنى

(١) سقط من ج.

(٢) فى ج: عن.

(٣) فى ج: يتوقف فى نفسه.

(٤) فى أ: طلب.

(٥) فى أ: فقال.

(٦) فى أ: هو.

رجلان فى عرصة رجل بأمره ثم باع أحدهما حصته من النقص، فلرب الأرض أخذ ذلك النقص بالأقل من قيمته .

[ابن يونس : يريد مقلوعاً] (١) أو من الثمن الذى باعه به ، فإن أبى فلشريكه الشفعة فيه للضرر، والضرر أصل الشفعة .

ابن رشد : اختلف ممن يأخذ رب العرصة النقص وبما يأخذ ؟

فقيل : يأخذه من المبتاع بالقيمة مقلوعاً [ إلا بالثمن الذى ابتاعه به ، وقيل : بالأقل من القيمة أو الثمن ، وقيل : إنما يأخذه من المبتاع بقيمته ] (٢) مقلوعاً أو بالأقل من القيمة أو الثمن، وينسخ البيع فيه بينه وبين المبتاع [ويرجع] (٣) على المبتاع بالثمن الذى [دفعه] (٤) إليه ، وكل ذلك قد تأول على «المدونة»، والأظهر منها أنه إنما يأخذه من المبتاع بالأقل من القيمة أو الثمن .

والأظهر فى القياس أن يأخذه من المبتاع بالقيمة مقلوعاً، وهذا كله على القول بجواز بيع الأتقاض قائمة [على] (٥) القلع، وهو مذهب ابن القاسم فى «المدونة» ، خلاف قول أشهب وسحنون .

(٢١٢) [٥] وسئل رضى الله عنه: عن رجل له أرض أعطاها مغارسة بالنصف [من] (٦) رجلين ، فغرسها وقاما عليها حتى أطعم الغرس، ثم باع أحد الغارسين نصيبه - وهو الربع - فلمن تكون الشفعة؟

[فأجاب]: (٧) الشفعة لهما معاً على حسب اشتراكهما، لأنهم قد صاروا معاً

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) فى أ: فيرجع.

(٤) فى أ: دفع.

(٥) فى أ: عن.

(٦) سقط من ج.

(٧) فى أ: فقال.

شركاء فى الأرض والغرس بالإطعام ، فلهذا نصفها ولهذين نصفها ، فباع أحدهما الربع فبأخذه [الباقيان] <sup>(١)</sup> على حسب اشتراكهما ، بخلاف مسألة النقض التى ذكرت ، إذ لم يشتركا فى كل شيء .

**قلت** : هذا هو الجارى على مذهب ابن القاسم رحمه الله فى المشترين يبيع أحدهما أنه [يشاركه] <sup>(٢)</sup> فى استشفاعه غيرهم من الشركاء خلافاً لأشهب .

**مسألة** : ولو باع الغارس نصيبه قبل بلوغ الحد المشترط فى الغرس ممن يقوم على الغرسة إلى تمامها ، فقال ابن رشد فى «نوازله» : له ذلك ولا كلام لربه إذا دخل غيره مكانه ، كمن أقطع الإمام معدنًا فإن له بيعه من غيره ، ولأنه باعه تلك الأولوية .

ولما ذكر الشيخ رحمه الله المسألة فى كتاب أمهات الأولاد من «التقييد» قال : انظر هل لرب الشفعة؟ وتوقف فيها] <sup>(٣)</sup> .

(٢١٣) [٦] وسئل رحمه الله: عن رجل اشترى شقصًا له شفعاء ، فشفعه بعضهم من مقدار حظه من المشتري خاصة، وقال له: إن امتنع سائر الأشرار من الأخذ شفعتك فى الباقي، فجاء أحد الأشرار وسلم له فى الشفعة على عرض دفعه له، ثم إنه طلبه هذا الشفيع الأول بالاستشفاع فى النصيب الذى سلم له [بيعه] <sup>(٤)</sup> ، هل يأخذه بمنابه من الثمن أو به وبالعوض الذى أعطاه الآن؟

[فأجاب] <sup>(٥)</sup> : يأخذ بالجمع وليس كالزيادة للبائع ، لأن هذا إنما دفع العوض

(١) فى أ: الباقون .

(٢) فى أ: يشاركهما .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ: فيه .

(٥) فى أ: فقال .

الثاني ليستقر له الملك [بيده] (١) ، ومسألة الزيادة للبائع مجرد زيادة لا شيء .

قال : وهي منصوصة ، أظنها مركبة على مسألة الشفعة .

**قلت** : هذا قريب مما ذكر ابن كوثر رحمه الله أنه إذا كان أحد الشفيعين أحق بالشفعة فصالحه المبتاع على [إسقاط الشفعة] (٢) بمال ، فأراد غير الأحق أن يشفع ، فليس له الشفعة إلا بجميع ما دفعه المشتري وما صالح به ، لأنه لم يصل إلى ملكه إلا بجميع ذلك .

قال : ولو كان له ثلاثة شفعاء فغاب الأحق بالشفعة وسلم أحد الحاضرين وصالح الآخر ، ثم [قام الغائب ، فإنه يأخذ] (٣) بالثمن ، بخلاف من قتل رجلين عمداً فصالح أولياء أحدهما واستقاد منه أولياء الآخر ، إن المال يرد . أ. هـ .

**قلت** : (٤) : ونحو [هذا] (٥) لابن رشد رحمه الله في «نوازل» ، قال : إذا صالح المشتري أحد الشفعاء على [تسليم شفته] (٦) في مغيب أشراكه ، ثم قدموا فأخذوا شفعتهم فلا رجوع له على الذي صالح (٧) بشيء مما صالحه به .

وفرق بين [المسألتين وبين] (٨) مسألة سماع يحيى في كتاب الدعوى والصلح في كتاب الديات فيمن [قتل] (٩) رجلين عمداً ، فصالح أولياء أحدهما واستقاد منه أولياء الآخر ، [فإن] (١٠) القاتل لا منفعة له في الصلح إذا قتل بوجه ، وفي القود منه منفعة

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : إسقاطهما .

(٣) في أ : قدم الأحق لاخذ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : تسليمها .

(٧) في أ : فشفعوا لم يرجع على مصالحه .

(٨) سقط من أ .

(٩) في ج : قاتل .

(١٠) في أ : بأن .

[لأولياء [القتيلين] (١) ، معاً ، لأن الدم لا يتبعض والمصالح في الشفعة [ق/ ١٨٦ ب] له في الصلح منفعة] (٢) ، إذ يقل ضرر الشركة بقلة الأشارك ، وقد يكره شركة من صالحه خاصة .

وفي «التقييد» في النقل عن ابن رشد هنا وهم في نوازل ابن رشد في شفيح له أختان وهب ماله من الشفعة للمبتاع على مال أخذه منه ، وطلبت إحدى أختيه الشفعة : [فقال] (٣) : [أنه] (٤) لا شفعة لها إلا بقدر ما نايها على مذهب أصبغ بجواز هبة الشفيح للمبتاع [بعد الموت] (٥) أو يبعه إياها منه .

وأما على القول بأنه لا يجوز - وهو معنى ما في «المدونة» وهو الأظهر الذي أقول به - فيرد [الأخ] (٦) على المبتاع ما أخذ منه على ذلك ، لأنه يبيع من البيوع ، ويكون أحق بشفيعته إن شاء [أخذ بها] (٧) وإن سلمها [فللاختين] (٨) أخذ الجميع بالشفعة . أ. ه .

وفي أول مسألة من سماع ابن القاسم : إن سلم بعض الشركاء الشفعة وأبى بعضهم ، فللابي أخذ جميع المبيع ، [نصيبه ونصيب من سلم] (٩) .

ابن رشد : إن سلمها بعد وجوبها ولم يقل : «لك» ولا «له» على وجه تركها وكراهة الأخذ بها ، فلمن بقى أخذ خطه وحظ من سلم [من] (١٠) [شركائه] (١١)

(١) في ج : القاتلين .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : شفيعته بعد البيع .

(٦) في أ : الآخر .

(٧) في أ : أخذها .

(٨) في أ : فللاخر .

(٩) سقط من أ .

(١٠) في أ : منها .

(١١) سقط من أ .



اتفاقاً .

وإن قال: سلمت للمشتري أو لمن سأله ذلك [شفعتي]<sup>(١)</sup> ، فلاصبع فى «الواضحة» : إن سلم على وجه الهبة والعطية للمشتري اختصت المشتري بنصيب من [سلم]<sup>(٢)</sup> ، وكذلك البيع على هذا [ق/ ١١٠ أ] يتنزل المشتري منزلة الشفيع البائع للشفعة ، فلا تكون لمن سواه من الشفعاء شفعة إلا أن [يكون]<sup>(٣)</sup> بمنزلة ، [فيكون]<sup>(٤)</sup> لهم منها بقدر حظوظهم .

وعلى هذا تأول ابن لبابة رواية ابن القاسم عن مالك : لا يجوز أن يبيع الرجل شفعة وجبت له ولا يهبها .

فقال: معناه من غير المبتاع ، واستبدل برواية فى كتاب الدعوى والصلح بجواز بيع شفعة من المبتاع بعد وجوب صفقته قبل أن يستشفع ، ولا يجوز له بيع ذلك من غيره .

وحكى مثله عن مالك من رواية أشهب أنه قال: لا يجوز له بيعها من غير المبتاع قبل أخذه بها ، واختار رواية أنه لا يبيعها ولا يهبها من المبتاع ولا من غيره ، وهو الصواب .

والرواية التى جلب ليست بجلية لاحتمال تأويلها على أخذ العوض من المبتاع على تسليمها له بما يجوز بعد وجوب الصفقة ، وسمى ذلك بيعاً لما فيه من معنى البيع ، وقول أصبغ شاذ بعيد فى النظر .

وحكى ابن لبابة أيضاً أنه رأى [ابن الحاجب]<sup>(٥)</sup> عقد لنفسه وثيقة شراء نصيب

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ: المسلم .

(٣) فى أ: يكونوا .

(٤) فى أ: ويكون .

(٥) فى أ: ابن الحباب .

رجل من مال أو ما وجب [له] <sup>(١)</sup> من الاستشفاع [في] <sup>(٢)</sup> نصيب [من الاستشفاع] <sup>(٣)</sup> كان يبيع من ذلك المال قبل ذلك، فلما [ثبت] <sup>(٤)</sup> الوثيقة قال لى : هذا من غرائب السجلات التي لا يعرفها والله غيرنا، يريدنى ونفسه .

فالذى يتحصل فى هذا أنه لا يجوز للشفيع أن يهب ما وجب له من الاستشفاع لغير المبتاع ولا يبيعه منه .

واختلف هل له هبة ذلك للمبتاع أو يبيعه منه [أو لا] <sup>(٥)</sup> ؟ على قولين :

[أحدهما] <sup>(٦)</sup> : جواز [ذلك] <sup>(٧)</sup> ، فيخلص للمشتري فلا يكون لغير البائع أو الواهب من الشفعاء [عليه] <sup>(٨)</sup> شفعة، إلا أن يكون بمنزلة فيكون لهم بقدر حقوقهم .

[والثاني] <sup>(٩)</sup> : [أن ذلك لا يجوز] <sup>(١٠)</sup> وينسخ البيع، [فيكون] <sup>(١١)</sup> الشفيع على شفعتة وينسخ [حكم] <sup>(١٢)</sup> الهبة ، فيمضى على حكم التسليم .

وأما بيع الشفيع نصيبه الذى يستشفع أو [وهبه] <sup>(١٣)</sup> قبل أن يأخذه بالشفعة ، فلا يجوز اتفاقاً ، وتسليمها بمال بعد وجوبها له جائز اتفاقاً .

(٢١٤) [٧] وسئل رضى الله عنه: عن رجل اشترى من رجل نصف فدان، ثم إن

- 
- (١) سقط من أ.
  - (٢) سقط من ج.
  - (٣) سقط من ج.
  - (٤) فى أ: تمت .
  - (٥) سقط من أ.
  - (٦) سقط من أ.
  - (٧) سقط من أ.
  - (٨) سقط من أ.
  - (٩) سقط من أ.
  - (١٠) فى أ: وعدم الجواز.
  - (١١) فى أ: ويكون.
  - (١٢) سقط من أ.
  - (١٣) فى أ: وهبته .

رجلاً آخر ادعى على المشتري بدعوى فى غير هذا الفدان فأنكره فيها، ثم صالحه على الإنكار بأن [دفع] (١) له ذلك النصف المشتري من الفدان المذكور صلحاً على الدعوى المذكورة ، فرضية ثم قام مالك النصف الثانى مطالباً لهذا المصالح فى النصف الثانى بالشفعة للشياح الثابت ، فهل له الشفعة عليه أم لا؟ وإذا ثبتت الشفعة بماذا تكون؟

[فأجاب] (٢) : الشفعة ثابتة، وهى مسألة السدس فى دار فى كتاب الشفعة ، وتكون الشفعة فيه بقيمة المدعى فيه المذكور الذى أنكر ودفع عنه هذا الشقص ، وإنما الذى لا شفعة فيه لو قام شريك المدعى فيه يشفع المدعى عليه ، لأنه يقول: لا شيء له قبلى [ق/ ١٠٨ جـ] ولم أعاوضه إلا قطعاً للدعوى لا عوضاً له ، والله الموفق .

**قلت:** قوله رحمه الله: «وهى مسألة السدس فى دار فى كتاب الشفعة»، يريد قوله فى «المدونة»: وإن ادعيت سدساً فى دار بيد رجل [فأنكر] (٣) فصالحك منه على شقص دفعه إليك من دار له أخرى ، فالشفعة فى الشقص الذى لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه [لأن قابضه مقر أنه إنما اشتراه ودفع فى ثمنه السدس المدعى فيه] (٤)، ولا شفعة فى الشقص المدعى فيه، لأن قابضه يقول: [إنما اقتديت منه] (٥) بما دفعت فيه ولم أشرته .

أبو محمد: ولو كان الصلح على إقرار كانت الشفعة فى الشقصين.

عياض : يقوم من هذا أن الشفعة فى المناقلة على إحدى الروايات، لأن من حجة دافع السدس أن يقول : إنما لم أبع أصلاً إلا بالأصل ولم أبعه بثمن، فلا شفعة على فيما أخذت .

(١) فى أ: دفعه .

(٢) فى أ: فقال .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ: أخذت حقه واقتديته .

ثم ذكر اختلافهم فيها على أربعة أقوال ، ثالثها لرواية الأخوين : سقوطها إن أخذ كل واحد من صاحبه شقصاً له معه فيه شريك .

ورابعها لمطرف : بسقوطها فيما فيه شركة وثبوتها في جهة أخذ ما لا شركة له فيه مع صاحبه ، والقول بثبوتها على الإطلاق رواه ابن القاسم عن مالك في «العتبية» وكتاب ابن حبيب ، وسقوطها مطلقاً لرواية ابن القاسم عن مالك وربيعة وغيرهما من المدنيين . أهـ .

وبالقول الرابع القضاء ، قاله ابن فتحون والمتيطى .

ولصاحب «البيان» في تعيين [المناقلة]<sup>(١)</sup> المختلف في إيجاب الشفعة فيها طريقة تنظر في رسم «حلف ليرفعن» من سماع ابن القاسم .

وفي «المدونة» [أيضاً]<sup>(٢)</sup> : ومن ادعت عليه أنه قتل دابتك وصالحك على شقص ، ففيه الشفعة [بالقيمة]<sup>(٣)</sup> .

(٢١٥) [٨] وسئل رحمه الله : عن رجل اشترى داراً فاستحق منها جزء بعد أن هدمها المشتري ليجدد بناءها فأخذ بالشفعة، فهل يأخذ الأصل والنقص الذي وجد مهدوماً وكيف يأخذه لو فات منه شيء كيف يقوم؟

[فأجاب]<sup>(٤)</sup> : هذه مسألة كتاب الشفعة، وهي مشكلة إلا أن الذي تصح به الفتيا في هذه أن يأخذ بالشفعة كل ما وجد من عرصه ونقص بجميع الثمن، ولا شيء على المشتري في هذه ، لأنه هدم لوجه جائز، نقصت من الثمن أو زاد، فإن فات النقص أو بعضه فض الثمن على الباقي والفائت ونقصت عن الشفيع بمقدار الفائت من الثمن، والشفعة في الانقاض هي إحدى الأربع مسائل التي اختصت بها مالك .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ: بقيمة الدابة .

(٤) في أ: فقال : .

[قلت] (١) : هذه النازلة لا إشكال فيها .

قال فى كتاب الشفعة: ولا يضمن المبتاع للشفيح ما حدث عنده فى الشقص من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من عين أو بئر ، ولا يحط الشفيح لذلك من الثمن شيئاً ، فإما أخذ بجميع الثمن أو ترك . [وكذلك لو هدم المبتاع البناء لبينيه أو ليوسع فيه ، فإما أخذ ذلك الشفيح مهدوماً مع نقضه بجميع الثمن أو ترك] (٢) .

وقال أيضاً : ولو هدم المبتاع ثم بنى ، قيل للشفيح : خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمّر فيها وإلا فلا شفعة لك .

ابن يونس : قال أشهب : يوم القيام ، وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء ، يحسب كم قيمة العرصه بلا بناء وكم قيمة النقض مهدوماً ، ثم يقسم الثمن على ذلك ، فإن وقع للنقض منه نصفه أو ثلثه فهو الذى يحسب للشفيح على المشتري ، ويحط عنه من الثمن ويغرم ما بقى مع قيمة البناء قائماً .

ابن المواز وهو قول مالك وأصحابه .

وهذه المسألة قال الشيخ إنها مشكّلة لأنها اقتضت أن يعطى المشتري قيمة بنائه قائماً ، وهو متعدٍ فيه .

فأجاب محمد لما قيل له : كيف يمكن أن يحدث بناء فى مشاع؟

قال : يكون قد اشترى الجميع فبنى وغرس ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعاً ، أو يكون شريك البائع غائباً فيرفع المشتري إلى السلطان يطلب القسم فقسم السلطان .

ابن عرفة : يريد إن قسم عليه على أنه شريك غائب فقط لا على أنه وجبت له الشفعة ، ولو علم ذلك لم يجز له أن يقسم [عليه] (٣) إذ لو جاز قسمه [عليه] (٤) لكان

(١) فى أ: فقلت .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ: عنه .

(٤) فى أ: عنه .

كقسمة نفسه ، إذ لا يجوز للحاكم أن يفعل على الغائب إلا ما يجوز للغائب أن يفعله ، فلو جاز قسمه عليه مع علمه بوجود [ق/ ١٨٧ ب] الشفعة لما كانت له شفعة ، ولما تقرررت للغائب شفعة لقدرة المشتري على إبطالها [بها] (١) .

وأشار إلى أنه لم يجد المسألة في «المدونة» إلا في «التهذيب» وابن يونس .

**قلت:** وقعت أيضاً في مختصر الشيخ أبي محمد ، وذكر ابن شاس رحمه الله [ق/ ١١١ أ] أجوبة أخرى ، وتبعه ابن الحاجب عليها ، وقبلها ابن عبد السلام وابن هارون وزيفها ابن عرفة ، وإن بعضها يرجع لجواب أبي محمد .

وقد نقل الشيخ في «التقييد» ما ذكره ابن شاس .

**قلت:** تبع ابن شاس فيها ابن العطار رحمه الله في «عيون الأدلة» له ، وذكر القاضى رحمه الله في «المعونة» أنه يتصور ذلك بوجوده ، قال منها: أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع ، فطالبه شريكه بالبناء والغرس ، وكنمه [البائع] (٢) ، ثم ظهر على ذلك .

ومنها: أن يكون [الشفيع] (٣) طالبه بالقسمة فقاسمه ، [فبنى] (٤) وغرس ثم علم بذلك .

ومنها: أن يكون الشفيع كان غائباً ، فأذن الحاكم للمشتري فى البناء والغرس ثم جاء الشفيع .

الشيخ: لو قاسم البائع بتوكيل المبتاع إياه الشفيع ولم يعلم أنه باع ، لسقطت شفيعته .

(١) فى أ: بهذا .

(٢) فى أ: البيع .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ: وبني .

قال: إذ لو شاء لثبتت ولم يعجل.

(٢١٦) [٩] وسئل رضى الله عنه: عن رجلين قاما بشفعة على رجل فآثبنا الجزء والشياع، وحكموا رجلاً فحكم لهما عليه بثبوت الشفعة، فامتنع من تسليم ذلك وأبى أن يمكن من الشفعة وطلب الصلح [فاستحفظ أحد الطالبين بالشفعة أنه إنما يعقد معه الصلح لأجل قهره وغلبته وليس براض ثم عقدوا الصلح]<sup>(١)</sup> على أن قسموا الأرض المذكورة، وبقي ما أخذ كل واحد بيده يغتله سنين كثيرة حتى مات الثلاثة، فقام وريثة المستحفظ بالاستحفاظ، هل لهم الأخذ أم لا؟ فإن كان لهم الأخذ، هل يأخذ الطالب الذى لم يستحفظ أم لا؟ وإذا أخذاً معاً، هل على المأخوذ من يده [أن يرد]<sup>(٢)</sup> غلة فى المدة المذكورة أم لا؟

[فأجاب]<sup>(٣)</sup>: إن أثبت المستحفظ التقية التى زعم أنها منعه إذ ذاك من طلب حقه بيينة، وأنه إنما عقد الصلح لأجلها أخذ بالشفعة وانتفع بها الذى لم يستحفظ، وكذلك إن أثبت التقية لو لم يستحفظ واحد منهما.

وأما الغلة فهى ثابتة لهما، يدل عليه مسألة الشركة فى الذى منع تمكين الحق بجحده، فأقام الآخر بيينة، فهلك المال بيد الجاحد فى الخصومة، فإنه ضامن لحصة الآخر كالغاصب، وهى التى قبل آخر كتاب الشركة.

**قلت:** ونص المسألة: وإن جحد أحد المتفاوضين الشركة فأقام الآخر عليه بيينة، فهلك المال بيد الجاحد فى الخصومة، فإنه ضامن فى حصة الآخر [كأنه الغاصب]<sup>(٤)</sup> بمنعه.

وفى رسم «حمل صبيًا» من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فىمن ادعى عبداً

(١) سقط من ج.

(٢) فى أ: من يرث.

(٣) فى أ: فقال.

(٤) فى أ: كالغاصب.

أو دابة قبل رجل، ويزعم أنه استودعها إياه ، وأنكر أن يكون عرف شيئاً مما طلب  
مخاصمة ، فموت العبد أو الدابة قبل أن يستحقها صاحبها ثم يستحقها .

قال: الجاحد غارم لقيمتها ، لأنه حين جرده صار ضامناً ، كالدار يجردها  
فيستحقها صاحبها وقد انهدمت أو غرقت أو احترقت بعد الجحود، فيضمن قيمتها  
يوم جردها لا يوم يقضى عليه إذا ثبت ذلك بوديعة، أو غضب الغاصب يوم  
غصبها، والوديعة يوم جردها .

ابن رشد: هذا بين علي ما قال إنه إذا ادعى عليه الغصب أو الإيداع فأنكر ، ثم  
ماتت الأمة .

فأقام المدعى بينة بعد موتها بما ادعاه من الغصب أو الإيداع، وأقر بذلك على  
نفسه أنه ضامن .

ولو تداعيا فيها ولم يدع أحدهما على صاحبه فيها غضباً ولا إيداعاً، فماتت ثم  
أثبت أنها له ولم يثبت غضباً ولا إيداعاً ، يضمنها اتفاقاً .

ولو ادعى عليه الغصب والإيداع فأنكره، ثم ماتت فأقام بينة أنها له ، ولم يقم  
بينة على ما ادعاه من الغصب والإيداع، لتخرج ذلك على القولين .

قال: فقف على افتراق هذه الوجوه الثلاثة .

وقد مضى بيان ذلك في «نوازل سحنون» من كتاب الرهون .

**قلت:** والذي في «نوازل سحنون» من كتاب الرهون هو ما نقله عن أشهب  
رحمه الله فيمن ادعى قبل رجل حقاً فقضى له به عليه، فسأله أن يؤخره به على رهن  
حيوان يجعله بيده، فمات [عند]<sup>(١)</sup> المرتهن ، فأقر أن دعواه وما قضى له به باطل؛  
أنه يضمن الرهن، لأنه أخذه منه في غير حق، فكانه غصبه إياه .



ابن رشد: قول أشهب : «إنه ضامن للحيوان الذى ارتهن»، صحيح لإقرار على نفسه بالعداء على الراهن، [سيما]<sup>(١)</sup> فى ارتهانه إياها منه دون حق وجب له عليه، ولو قامت للراهن بيته على بطلان ما ادعاه قبله مما أمكن، ينبغى أن يضمن إذا لم يأخذ على الضامن [ولا ادعى]<sup>(٢)</sup> ملكه، بخلاف أمة بين شريكين يجحد أحدهما نصيب صاحبه ويدعيها ملكاً لنفسه ، فتموت [ق/ ١٠٩ ج] عنده، ثم يقيم شريكه بيته أنها بينهما ، فيضمن على ظاهر ما فى كتاب آخر الشركة من «المدونة» إذ لم يفرق بين الحيوان وغيره.

وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يضمن الحيوان.

ثم قال: وهذا الاختلاف عندى إذا لم يقر الشريك بالغصب ولا قامت له عليه بيته، وإنما قامت على أنها بينهما يمين ، هذا ما وقع فى رسم «حمل صيباً» من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، انظره.

فأخذ الشيخ رحمه الله من مسألة كتاب الشركة كون المشتري غاصباً [يمنعه]<sup>(٣)</sup> من تمكين الشفيع من الشقص أخذاً أحرورياً.

وانظر لو أشهد الشفيع على المتاع بحضرته أنه أخذ بالشفعة وسكت مدة، ثم طالبه الشفيع بغلة الشقص التى استغلها ، هل [يقضى له بها عليه كما لا يسقط بعد إشهاده عليه شفعة وإن مضى أمدها كما نص عليه فى «المجموعة»]<sup>(٤)</sup> أم لا.

ابن الحاجب: وتملك بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء.

ابن عبد السلام: يعنى أن الشفعة يملكها الشفيع بأحد هذه الوجوه الثلاثة [ق/ ١٨٨ ب] ويعنى بالإشهاد أنه بحضرة المشتري ، وإلا فلا معنى له.

(١) فى أ: فيها.

(٢) فى أ: فادعى.

(٣) فى أ: يتمنه.

(٤) سقط من أ.

ابن عرفة: لا أعلم هذا المعنى لأحد من أهل المذهب إلا لابن شاس، وقد تبع فيه القرافي على عاداته في إضافته كلام الغزالي للمذهب، لظنه موافقته إياه، وهذا دون بيان لا ينبغي، وظاهر كلامهم أن المملوك بأحد هذه الوجوه نفس الأخذ بالشفعة لا نفس الشقص المشفوع فيه، ورواية المذهب واضحة بخلافه، وأن ملك الأخذ نفسه إنما هو [بإثبات] <sup>(١)</sup> الشفيع لشقص شائع من ربع واشتراء غيره منه، فهذا هو الموجب لاستحقاقه الأخذ، ولهذا يكلفه القاضي [ذلك] <sup>(٢)</sup>.

قال: ولا أعلم نصاً جلياً في ملك الشفيع الشقص المشفوع [فيه: انظره] <sup>(٣)</sup> وفي «نوازل ابن الحاج»: إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن وطال خصامهما في ذلك ووقعت الغلة ثم حكم بالشفعة، فهي للمشتري.

وقال أبو عمر في «الكافي»: والشفعة تجب بالبيع التام، وتستحق وتملك بأداء الثمن.

(٢١٧) [١٠] وسئل رحمه الله: عن أخ وأخت ورثا ملكاً [من] <sup>(٤)</sup> أبيهما، وبقي بيد الأخ وتزوجت الأخت على مسيرة خمسة أميال من موضعهما فباع الأخ النصف شائعاً في الملك وبقي بيد المشتري عشرين سنة، ثم قامت الأخت فأخذت نصيبها، وطلبت الشفعة وادعت أنها لم تعلم؟

[فأجاب] <sup>(٥)</sup>: [المنصوص] <sup>(٦)</sup> في غير ما موضع لابن القاسم أنها على الجهل حتى يثبت العلم وبه الفتيا.

وقيل: الغالب أنها عالمة لقربها وطول المدة، سيما إن كانت ممن يتصرف،

(١) في أ: بثوت.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ج.

(٤) في أ: عن.

(٥) في أ: فقال.

(٦) سقط من ج.

وسبب [الخلاف]<sup>(١)</sup> الأصل معارض للغالب، فقدم ابن القاسم الأصل مطلقاً ، كانت ممن تنحجب أم لا ، وإن [كانت ساكنة]<sup>(٢)</sup> فى الموضوع ، وقاله فى الرجل فأحرى فى المرأة حتى يثبت العلم ، وحيثذ تسقط [ق/ ١١٢ ] الشفعة ويتنفى الغالب باليمين ما علم بالبيع .

**قلت:** قال صاحب «البيان»: إن قال الشفيع : لم أعلم بالبيع ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان حاضراً بالبلد وإن كان بعد أربع سنين ، قاله ابن عبد الحكم .  
زاد ابن يونس والباجى عن محمد : وإن الأربعة لكثير ولا يصدق فى أكثر منها ، وقاله ابن عبد الحكم .

**قلت:** ولا بن عبد الحكم أيضاً نحو هذا فى غرماء العتق يقومون على العبد وقالوا: لم نعلم بعقته ، إنه لا يقبل قولهم فى أكثر من أربع سنين ، نقله ابن يونس وغيره .

ابن بطال عن ابن مزين عن عيسى : إن علم كذبه فى دعواه جهل الشراء ، مثل أن يرى المبتاع يحرث الأرض أو يصلح شيئاً فى الدار ، سقطت شفيعته .  
وكذلك المرأة إن كانت ممن تخرج ومثلها لا يخفى عليها ويتبين كذبها ، فتبطل شفيعتها .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من الخلاف فى تعارض الأصل والغالب أيهما يقيم ، أشار إليه غير واحد .

وفى «التنقيح»: اتفقوا على تغليب الأصل على الغالب فى الدعاوى ، وتأمل مسألة الحر يتزوج أمة فيدعى الغرر وتنكره .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : سكت .

(٢١٨) [١١] وسئل رحمه الله: عمن اشترى نصيباً من وارث يعلم أن له فيه شركاء غائبين، فكتب رسماً وأشهدا أن الثمن أربعون ديناراً، واتهما أنهما عقدا بأقل من ذلك، والنصيب تافه لا يساوي أربعين ديناراً التي أشهدا بها فوضع يده على الجميع نصيب الحاضر والغائب وبني وغرس، ثم إن الغائب قدم وأراد الاستحقاق والأخذ بالشفعة، وادعى أن الثمن أقل مما شهدت به بالبينة كيف العمل في ذلك؟

**فأجاب:** أما الجزء المستحق فيأخذه ويؤدى قيمته منقوضاً لا إشكال، فإن أراد الشفعة دفع ما شهدت به البينة من الثمن بعد أن يحلف [المشتري]<sup>(١)</sup> لقد دفع ما شهدت به البينة للبائع، ولا يوجب هذا العرف مع البينة سوى اليمين، ولا عبرة بتفاهة المبيع بقيامه، ولأننا إنما نقول هذا لو كانا يتحالفان، وأما هنا فلا، ثم يأخذ بالشفعة.

واختلف هل عليه القيمة منقوضاً - قاله ابن زرب وعليه العمل - أو قائماً.

قال في «مختصر الوقار»: والقولان قائمان من «المدونة»، أما الأول فيمن اشترى جارية من المغنم يعرف مالها المسلم الذي أخذها الكفار منه، فلا يطأها حتى يعرضها على ربها، [فكذلك]<sup>(٢)</sup> هذا يلزمه أن يعرضها، وحينئذ يغرس، فلما غرس قبل العرض تعدى.

**قلت:** قال في كتاب الشفعة: وإن اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن، صدق المبتاع لأنه مدعى عليه، إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله، فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاحقة بداره في ثمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه.

وقال مالك في سماع أشهب فيمن ابتاع شقصاً قيمته عند الناس عشرون ومائة

(١) سقط من ج.

(٢) في أ: وكذلك.

دينار، فزعم المشتري والبائع ابتياعه بماتى دينار، [ولم يأتيا على ذلك بينة] (١) إن كان سلطاناً أو شريكاً أو جاراً فلا يمين [على أحد منهم، لأن هؤلاء يرغبون فى ذلك] (٢).

وإن كان المشتري من غير هؤلاء حلف إذا اشترى بما يستنكر ولا يعرف .

ابن رشد : كان الشيوخ يحملون هذه المسألة على خلاف ما فى «المدونة»، إذ قال هنا: «لا يمين على المشتري إلا أن يأتى بما لا يشبه»، وقال فى «المدونة»: «القول قول المشتري»، يريد مع يمينه، إلا أن يأتى بما لا يشبه فلا يصدق، يريد فيكون القول قول [المشتري] (٣) الشفيح، وليس عندى بصحيح، لأن معنى ما هنا أن الشفيح لم يحقق الدعوى ولا ادعى معرفة الثمن، وإنما أراد أن يحلفه بالتهمة، فلم يوجبها عليه إلا حيث تظهر، وهو أن يأتى بما لا يشبه، وذلك بين من سياق المسألة.

ومعنى ما فى «المدونة» حقق كل واحد منهما دعواه، فالقول قول المشتري إذا أتى بما يشبه، وإلا فالقول قول الشفيح إن أتى بما يشبه، وإلا حلف على دعواهما وكانت الشفعة بالقيمة، ومن نكل فالقول قول الحالف وإن أتى بما لا يشبه، لأن صاحبه قد مكنه بنكوله من دعواه.

قال : وإن لم يحقق الشفيح دعواه على المشتري وأتى المشتري بما يشبه .

فقال مالك هنا : لا يمين عليه ، وقيل : يحلف إلا بينة بتقارره مع البائع على ما ادعاه .

**قلت:** نقله فى هذا الوجه قريب من نقل اللخمي رحمه الله، ونصه: واختلف إذا لم يدع المعرفة واتهمه، فقيل: لا شيء عليه.

وقيل: يحلف بالله لقد أخرج فيه من الثمن ما سمي وما أعلن شيئاً وأسر غيره

(١) فى أ: ولا بينة.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ج.

ولا ابتاع دين ولا عرض، ثم قيل: لالشفيح: خذ أو دع، [قال] (١) والأخذ باليمين [اليوم] (٢) في هذا أحسن [من] (٣) كثرة تحميل الناس فيما يرون أنه يدفع الشفيح عن الأخذ، إلا من كان من أهل الثقة والدين، فلا يحلف. أ. هـ.

ابن رشد: وإن أتى المشتري بما لا يشبه ولم يحقق الشفيح عليه الدعوى، فقال مالك في هذا السماع ومطرف في «الواضحة»: القول قول المشتري مع يمينه، ويخير الشفيح بين الأخذ [ق/ ١٨٩ ب] بذلك والترك، وقيل: الشفيح بالخيار، إن شاء الأخذ بالقيمة أخذ، لأن المشتري يستهم على الغيب بالثمن لقطع الشفعة، إلا أن تكون له بينة على مشاهدة الصفقة والنقد، فيخير الشفيح بين الأخذ بذلك أو يترك، وهو قول سحنون [ق/ ١١٠ ج] واللخمي ومحمد.

قوله: «إنه إن أتى بما لا يشبه أن يباع به في الغالب، وأما إن قال فيما ثمنه خمسون اشتريته بمائتين، لم يقبل قوله، وهو في معنى المستحيل وبمنزلة من غيب بالثمن، ولا تأثير بالبينه في هذا على تقارر البائع مع المشتري على الثمن الذي ادعاه، قاله ابن حبيب. أ. هـ.

ونص كلام ابن حبيب في «الواضحة» على ما في «مختصر فضل»: قال أصبغ في اختلاف الشفيح والمشتري في الثمن ولا بينة، إن ادعى المشتري من الثمن ما يشبه حلف وكان القول قوله.

وإن لم يشبه وجاء بسرف، سئلت البينة فإن قالوا: شهدنا على [إقرارهما] (٤)، فهو على ما وصفنا.

وإن قالوا: شهدنا الصفقة والنقد قيل للشفيح: خذ بذلك أو دع.

(١) سقط من ج.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: قرارهم.

قال عبد الحق : وهو أحسن ما سمعت فيه .

قال : وقد سمعت مطرفاً يجعل القول قول المشتري فى ذلك مع يمينه وإن جاء بسرف ولا يعجبني . أ.هـ .

• وقد نزلت مسألة من هذا المعنى بتلمسان وكتب فيها إلى شيخنا [الفقيه] (١) الحافظ المشاور أبى عبد الله سيدى محمد بن قاسم [القروى] (٢) رحمه الله ، وهو أن شخصاً ابتاع من مقدم قاض على رجل ضعيف العقل شقصاً من بيت رحى بحضرة القاضى المقدم وإذنه بثمان دفعه بمعاينة بينة البيع ، ثم زعم الشفيع أن ما أظهره المتبايعان من الثمن لا حقيقة له و[أن] (٣) البيع بدونه ، وطلب يمين المتبايع ؟

فأفتى رضى الله عنه بأن لا يمين على المتبايع ، لأن اليمين فى الباب مبنى على التهمة ، وقد حصل ما ينفيها وهو معاينة الدفع ، وأنه يقتضى للغير .

قال رحمه الله : والذى جرت به الفتيا فى غير هذه وجوب اليمين ولو حصل الدفع بمعاينة عدول ، هذا إن اتهمها على الزيادة فى الثمن ، ولا تقلب اليمين لكثرة تحيل الناس واتهامهم ، إلا المبرز فى الصلاح فلا يحلف .

**قلت :** وهو خلاف ما تقدم لابن رشد ، وما لأصبع فى «الواضحة» أنه [إن] (٤) قامت بينة على مشاهدة الصفقة والنقد [بلا يمين] (٥) ، فتأمله .

وانظر مسألة اختلاف المتبايعين فى الصحة وقامت البينة على أصل [ق/ ١١٣] [معاملتهما وكونها على ظاهر صحيح ، فإن العتبى رحمه الله قال : تسقط اليمين .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : القوري .

(٣) فى ج : أما .

(٤) فى أ : إذا .

(٥) سقط من أ .

عياض: قال فضل : إلا أن يقول مدعى الحرام: كنا أشهدنا فى الحلال وتعاملنا فى السر على الحرام، فيحلف مدعى الحلال إن كان ممن يتهم بمثل ذلك .

ابن عتاب عن ابن بازان: إن قال المشتري : لا أحلف إلا أن يلتزم - أى الشفيع - الأخذ بالشفعة ولا يكون عليّ بالخيار ، فذلك له ، ومتى حلف لزمه الأخذ على ما أحب أو كره .

قال: وهذا خلاف لقول غيره ، وبهذا قال الأبهري . أ هـ .

ومقتضى قول ابن أبان أنه إن لم يقل ذلك فله الخيار فى الأخذ والترك، وصرح القاضى رحمه الله بذلك فى «المعونة» .

قال: إذا اختلف الشفيع والمشتري فى الثمن ، فالقول قول المبتاع لأنه مدعى عليه فكان عليه اليمين ، فإن حلف فيما أخذ الشفيع بما حلف عليه وإلا ترك .

(٢١٩) [١٢] وسئل رحمه الله : عن رجل له أختان شقيقتان، فكان قاسم أخته لأبيه فى تركة والدهم وجدهم ، وفى كل ذلك يضم نصيب أخته إليه ويستغله بعلمهما لا ينكران ذلك، ومن جملة التركة موضع فيه الشعراء، فوهبه الورثة لرجل فغرسه واغتله عشرة أعوام ثم باعه للورثة المذكورين بعشرة دنائير ذهب على حسب موارثهم، فاشتري هذا الأخ نصيبه ونصيب أخته ودفع الثمن مع سائر الورثة، وبقي بأيديهم عامين ثم [أقالوا]<sup>(١)</sup> فيه البائع، إلا هذا الأخ بقى بيده [نصيبه]<sup>(٢)</sup> الذى اشتراه يغتله مع الغارس مدة من عشرة أعوام أيضاً، ثم قامت الآن إحدى الأختين على الغارس وطلبت نصيبها، فقال [لها]:<sup>(٣)</sup> قد وهبته فيمن وهب، وأيضاً فقد اشترى أخوك منى نصيبك ، فقالت : لا علم لى أن هذا الموضع من تركة أبى أو جدى ، والمرأة ليست ساكنة بالبلد إلا أنها مترددة، وقد سكنت فيه [أعواماً متواليًا]<sup>(٤)</sup> ، فهل

(١) فى أ: قالوا.

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ: عاماً متواليًا .



يقبل دعواها الجهل؟ وإذا قبل، هل ترجع على أخيها بالثمن أو نأخذ نصيبها؟ وهل له عليها قيمة ما قلع وغرس أم لا؟

**فأجاب:** [إن القول قول المرأة] <sup>(١)</sup> في دعواها الجهل مع يمينها إذا لم تقم بينة بعلمها ، وتأخذ نصيبها مما بيد الغارس وبقية بالشفعة ، وليس عليها في نصيبها قيمة الغرس قائماً لعلمه بأن لها نصيباً فيما غرسه وأنه لم يشتر ذلك من الورثة ، فيكون ذلك شبهة تسوغ الغلة وتوجب قيمة الغرس قائماً لكون البائع من ناحية المبيع عليها ومن سببها ولكن لها أخذه بالشفعة ، وليس شأن الوكلاء أن يهبوا ، فصار الواهب متعدياً في الهبة والموهوب [له] <sup>(٢)</sup> متعدياً لدخوله على تعدى الواهب ، فلذلك لا يكون عليها قيمة الغرس قائماً على قاعدة المتعدين في البناء والغرس أنهم لا يستحقون قيمة البناء والغرس [قائماً] <sup>(٣)</sup> ، وكذا في الباقي المأخوذ بالشفعة على قول ابن زرب في المشتري يبني في أرض يعلم أن [له] <sup>(٤)</sup> شفيعاً قبل البيع ، أن للمشتري قيمة ما بنى منقوضاً ، وتفعل مع أخيها مثل ذلك ، إلا أن الأخ إن كان أخذ [بالشفعة] <sup>(٥)</sup> نصيب أخته مع نصيبه ، فالأخت مخيرة بين إمضاء تلك القسمة ثم كلامها مع أخيها لا غير أو نقضها وتأخذ نصيبها من المجموعة وتشفع إن شاءت .

**قلت:** قال في كتاب الدور: ومن وكل رجلاً يكرى داره فأكراها بغير العين أو حابى في كراثها ، فهو كالبيع لا يجوز .

[قال]: <sup>(٦)</sup> ولو أعارها أو وهبها أو تصدق بها أو أسكنها أو حابى فيها ، رجع فيها

(١) في أ : القول للمرأة .

(٢) في أ : أيضاً .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : لها .

(٥) في أ : بالقسمة .

(٦) سقط من أ .

على الوكيل بالكراء فى ملائه ، ثم لا رجوع للوكيل على الساكن أ.هـ ، و[إن كان الوكيل عديماً رجع على الساكن ، وأما إذا علم]<sup>(١)</sup> فربها مخير بين أن يتبع أيهما شاء .

**قلت:** قوله فى كتاب الاستحقاق : «ومن غضب داراً أو عبيداً فوهبهم لرجل ، فاغتلهم وأخذ كراءهم ثم قام مستحق ، فإن كان الموهوب له عالماً بالغصب فللمستحق الرجوع بالغلة على أيهما شاء .

وإن لم يعلم الموهوب له بالغصب فإن المستحق يرجع أولاً بالغلة على الغاصب ، و[إن]<sup>(٢)</sup> كان عديماً رجع بها على الموهوب له . « أ.هـ .

الشيخ : هذه المسألة تفيد جميع إطلاقات الكتاب حيث جعل البداية بالسلط ، فمعناه إذا لم يعلم الموهوب له .

وقد تقدم وقول ابن زرب [وما]<sup>(٣)</sup> فى «مختصر الوقار» فى المشتري يبنى فى شقص يعلم أن له شقيقاً [تقدم قريباً]<sup>(٤)</sup> .

قال الشيخ فى كتاب [كراء]<sup>(٥)</sup> الدور : وهذا الخلاف إنما هو فى الشقص المبيع ، وأما ما بنى [فى الشقص]<sup>(٦)</sup> المستشفع فقيمه [منقوضاً]<sup>(٧)</sup> اتفاقاً .

(٢٢٠) [١٣] وسئل رضى الله عنه : عن دار مشتركة بين ورثة وأجنبي ، [بباع

(١) فى أ: فقوله رجع على الوكيل بالكراء قال الشيخ معناه : إذا لم يسكن .

(٢) فى أ: فإن .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

الورثة<sup>(١)</sup> كلهم أنصباهم شيئاً بعد شيء إلى أن بقيت منهم بكر واحدة بنت خمسين سنة [ق/ ١٩٠ ب] ، وهي حاضرة عالمة بالبيع تتصرف مع كل من يشتري طول المدة المذكورة ثم باع الأجنبي [المذكور]<sup>(٢)</sup> الآن ، فأرادت الأخذ بالشفعة في جميع الصفقات الأولى وهذه؟

[فأجاب]<sup>(٣)</sup> : تعيس المهمله اختلف فيه ، قيل : دون ثلاثين ، وقيل إلى أربعين ، فهذه سقطت شفعتها في كل ما يباع وسكتت عنه بعد تعيينها سنة ، وهذه سكتت بعد الأربعين عشرة أعوام ، إلا على القول إن تعيسها أن تقعد عن المحيض ، وليس بمشهور .

وأما البيع الآخر فلها الشفعة فيه بالشياع إن لم تمض له سنة .

**قلت** : حكى ابن رشد في تعيس المهمله خمسة أقوال : ثلاثون سنة ، وهو قول ابن الماجشون .

ابن نافع : أقل من ثلاثين .

مطرف وأصبع عن ابن القاسم : أربعون .

سحنون عن ابن القاسم : [خمسون]<sup>(٤)</sup> إلى ستين .

ابن القاسم عن مالك في «المدونة» لا تجوز أفعالها حتى تعنس وتقعد عن المحيض .

(٢٢١) [١٤] وسئل رحمه الله : عن شريكين في أرض بقي [يستغل]<sup>(٥)</sup> كل

واحد منهم جهته منها اثنا عشر عاماً ، فمات أحدهما ثم باع ورثته نصيبهم الذي يفتله أبوهم ، فقام الشريك فقال : أشفع [لأننا لم نقسم]<sup>(٦)</sup> إلى الآن ولم

(١) في أ : باع للورثة .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : فقال .

(٤) سقط في ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) في ج : لأن البلد لم تقسم .

[نزل]<sup>(١)</sup> على الشيع، فقال الورثة : ما زال أبونا ونحن بعده نقول : إنما نغتل بالمقاسمة طول المدة؟

[فأجابها]<sup>(٢)</sup> : إن أثبتوا دعوى المقاسمة كانت كمن حاز ملكاً وكان طول الحوز يدعى [أنه ملكاً له حتى]<sup>(٣)</sup> يأتي بأثبت من هذه الحيازة ، وكذلك هنا .

وأما لو لم يكن يدعى المقاسمة وإنما كان يغتل ساكتاً ، فاحتج الآن ورثته على الشريك بالاعتلال وهو ساكت فليست [ق/ ١١١ جـ] بحجة توجب زوال الشيع ، والله الموفق .

**قلت:** في «نوازل ابن الحاجب» : إذا ادعى المشتري أنها كانت قسمة بت ، وقال الشفيع : كانت قسمة اغتلال ، [وانتفاع]<sup>(٤)</sup> [إن القول]<sup>(٥)</sup> قول الشفيع وعلى المشتري البينة أنها قسمة بت .

وفي سماع عيسى : من اشترى أرضاً ثم قام الشفيع فزعم المشتري أنه اشترى شيئاً مقسوماً ، وادعى الشفيع أنها لم تقسم ، فالقول قوله إلا بيينة .

ابن رشد : إنما هو إذا علم أن الأرض كانت مشتركة بين البائع والشفيع بيينة على ذلك أو بإقرار البائع قبل البيع وأما بعده فلا يقبل قوله على المشتري ، إلا أنه شاهد [للشفيع يحلف]<sup>(٦)</sup> معه إن كان عدلاً ويشفع ، إلا أن يأتي المشتري بيينة أن البائع قاسم الشفيع قبل البيع . أ.هـ .

وقال اللخمي رحمه الله : إن قال المشتري : اشتريت مقسوماً فلا شفعة لك ، وقال الشفيع : شائعاً قبل القسم ، فالقول قوله ، لأن الأصل الشركة [فكأن القول قول

(١) في ج : نزل .

(٢) في أ : فقال .

(٣) في أ : ملكه أنه متى .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : فالقول .

(٦) في أ : الشفيع يحلفه .

من ادعى ما كان عليه الأمر حتى يثبت غيره ، ولأن نصف ما يقول المشتري أنه اشتراه  
للسفيح ، فلا يقبل قول المشتري عليه أنه باعه بالذى اشترى هو منه . أ . هـ .

اللخمي : وعكسه لو قال المشتري : اشتريت النصف شائعاً ، وقد مات البائع أو  
غاب ، وقال السفيح : قاسمت شريكى قبل أن تشتري أنت منه ، لكان القول قول  
المشتري أنه شائع حتى يعلم أنه قاسمه [ (١) ] .

[مسائل القسمة] <sup>(١)</sup> [ق/ ١١٤ ]

(٢٢٢) [١] سئل أعزه الله ورضى عنه [من حصن أصيلة] <sup>(٢)</sup> ، ونصه :  
 جوابكم فى رجل توفى وترك أولاداً كباراً وصغاراً ، فأخذ الكبير التركة [التي] <sup>(٣)</sup>  
 ترك [أبوهم] <sup>(٤)</sup> فقسّموها دون أمر قاضي، والتركة كلها حيوان، فأخذوا نصيب  
 المهملين - وذلك بقرة واحدة - فوضعوها بيد واحد منهم، فوصلت البقرة سبعة  
 عروض، ثم أخذوا البقرة كلها من يده فعملوها فى يد آخر، فاشتري من البقر  
 المذكورين ثوراً للحرث بثلاثة دنائير ونصف ذهب، فباع هو منهم أيضاً ثوراً بدينارين  
 وربع ذهب، وباع من البقر أيضاً بقرة بدينارين ونصف ذهب، كل ذلك بمشاورة بعض  
 الإخوة، وما فعل ذلك إلا لينمى مال الأيتام ، فاشتري من [الذهب] <sup>(٥)</sup> المذكور بقرًا  
 إناءً وشركهم مع بعض الناس ، فما زال [بشاركهم] <sup>(٦)</sup> ويقسم إلى أن بلغ البقر  
 جملة كثيرة حتى كبر الأيتام فطلبوا مالهم، [فأقر لهم] <sup>(٧)</sup> بالأقل، وقال: مات الباقي  
 ولم يبق من ذلك إلا ما رأيتم ، فقال بعض الطلبة بيلدنا: هو ضامن لكل ما مات من  
 البقر، لأنه تصرف فى البقر وأخذها بغير قاض ولا وصى .

وقال طلبة آخرون: لا ضمان عليه لأن الإخوة الكبار يقومون مقام القاضي،  
 ويشهد على هلاك البقر الإخوة المذكورين الكبار، [وقال] <sup>(٨)</sup> الأيتام يا إخواننا أنتم  
 ترفعون عن أنفسكم ، فهل تجوز شهادة الإخوة على الأيتام؟ [فردوا علينا جواباً] <sup>(٩)</sup>

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من : أ .

(٣) فى ج : الذي .

(٤) فى أ : والدهم .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : يشارك .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : فقال :

(٩) فى أ : فردوا لنا جواب ما .

نعتمد عليه في ذلك مأجوراً مشكوراً، والسلام.

فأجاب رحمه الله بما هذا نصه، وكتبته من خطه: أكرمكم الله ، القسمه المذكورة ماضية لظهور السداد فيها، ولأن الصغير إذا كان في حضانة الكبير [جازت] (١) قسمته عليه، قاله ابن القاسم في قسمه ملتقط اللقيط في كتاب القسمه من «المدونة» ، ونزله بالكفالة منزلة الوصي، وهي رواية ابن غانم عن مالك ، كان الكفيل قريباً أو أجنبياً . ومثله في كتاب النكاح الأول من «المدونة» في الرجل من الموالى يكفل صبياً من صبيان الأعراب، إنه يزوجهها.

قال: ومن نظر لها منه .

قال بعض الشيوخ: وإن [كان] (٢) أبوها حياً إذا كان غائباً ويجبرها على النكاح .

وإن كان غيره من الشيوخ [قد] (٣) خالفه في إنكاحها في حياة الأب وفي جبرها على النكاح ، فقد اتفق الفريقان على أنه [ولي] (٤) وأنه من أهل الولاية الخاصة .

وكذلك الجواب إذا كان في حضانة غيره في مضي القسمه المذكورة وجميع ما وافق السداد من نظره .

وفي كتاب الزكاة الثاني فيمن بيده مال يتيم بغير إيضاء أحد ، فأنفق عليه منه، وزكى عنه منه الفطر ، فذلك ماضٍ .

قال: كان في حجره أو في حجر الأم فأمضى نظره وإن لم يكن في حجره .

وإن كان أجنبيّاً فجعله كالوصي، إلا أنه في [مسألتكم] (٥) يتعقب اشتراؤه لما اشترى لنفسه من البقر المذكورين .

(١) في ج: جاز .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ: مسألة لم .

فإن [اشتراه] <sup>(١)</sup> ببخس من الثمن، أغرم ثمن المثل كما يفعل ذلك في الوصي .  
وتلخص لكم من هذا المجموع أن حكم الأخ المذكور حكم الأمين يصدق في  
هلاك ما ادعى هلاكه مع يمينه ما لم يتبين كذبه، مثل أن يدعى موت شيء منها في  
وقت معين في موضع عمارة ولا يوجد من [أهل] <sup>(٢)</sup> تلك العمارة من يعلم ذلك،  
هذا فيما ادعى هلاكه من البقر وهو بيده، وإن كانوا بيد الأشراك فالكلام في الضياع  
إنما يكون معهم .

وبالجمله فالأخ والأشراك كسائر الأمانة يصدقون في الضياع ما لم يتبين كذبهم  
على ما تقدم، ولا يضمنون إلا بتضييع أو تفريط ، وهو واضح والحمد لله وحده .

وإن كان الوجه في القسمة التعقب لكون القاسم على الصغار من جملة الأشراك  
خوفاً أن يحابى نفسه ويواطئه الملك أمر ماله من كبار الورثة على ذلك ، فقد ظهر  
السداد بحيث لو رفعت [للقاضي] <sup>(٣)</sup> لم يسعه نقضها ولا [طلب] <sup>(٤)</sup> للقائم ، لأن  
تضمن الأخ الكبير [لمن هلك] <sup>(٥)</sup> مما صار له بالقسمة إجازة لها على تقدير كونها لم  
تكن موافقة للمصلحة في حقه، وبالله التوفيق، وكتب على بن محمد بن عبد الحق  
الزرويلى [والسلام] <sup>(٦)</sup> .

**قلت:** تكررت هذه المسألة [باللفظ] <sup>(٧)</sup> في أجوبته سؤالاً وجواباً، فلا معنى  
لكتبتها ثانياً .

واعتمد الشيخ رحمه الله في مسألة اللقيط ، ووقع له في «المدونة» بإثرها متصلاً

(١) في أ: اشتر له .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: من قاض .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ: بهذا النص .



[به] (١) .

ومن كفل أخًا صغيرًا أو ابن أخ له احتسابًا، فأوصى له أحد بمال فقام فيه، لم يجز بيعه له ولا قسمته .

وكذا لو وثب على تركة أخيه أو ولده بغير إيصائه ، فهو كالأجنبي .

عياض: قال سحنون : هو اختلاف ، وهذه الأصل ومسألة اللقيط لا شيء .

**قلت:** فلعل الطلبة المفتين بالضمان إنما اعتمدوا ما قال سحنون أنه الأصل .

ورواية ابن غانم المشار إليها وقعت في مسائل زونان من كتاب الوصايا، ونصها: روى ابن غانم عن مالك : كل من ولي يتيماً أجنبياً أو قريباً من غير خلافة ولا وصى إلا القرابة أو حسبة ، فتجوز مقاسمته وحيازته وصدقته التي يتصدق بها عليه هو أو غيره .

سحنون : وهي عندي رواية ضعيفة .

وفي رواية ابن القاسم عن مالك : [وكذا] (٢) كل ولي يتيماً أجنبياً كان أو قريباً .

ابن رشد: ورواية ابن القاسم [هذه التي] (٣) حكى سحنون [ليست] (٤) في كل الروايات ، ويمكن تأويلها على معلوم مذهبه بأن يقال : معنى ذلك بخلافة من أب أو سلطان . أ.هـ .

وانظر لما عدل الشيخ رحمه الله عن الفتيا بغير معلوم مذهب ابن القاسم ، إما لظهور السداد بناءً على مضي من فعل فعلاً لو رفع إلى القاضى لفعله ، وإما لتعسر الأمر في الرفع إلى القضاة ، لأن نظرهم [على] (٥) إثبات أمور قد تتقرر أحياناً أو

(١) في أ: بها .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: هذا الذي .

(٤) في ج: ليس .

(٥) في ج: عن .

لعدم إصلاح أحوالهم ، لا سيما قضاة غير القواعد ، وبما أفنى به كان يحكم القاضى أبو بكر بن العرى رحمه الله . قال فى «أحكامه» على قول الله عز وجل ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ...﴾ (١) ، إما إذن الله للناس فى مخالطة الأيتام مع قصد الإصلاح (٢) . بالنظر لهم وفيهم ، كان فيه دليل على جواز التصرف للأيتام كما يتصرف للأبناء .

قال [بعض] (٣) علمائنا: إنه يجوز للحاضن التصرف فى مال اليتيم تصرف الوصى فى البيع والقسمة وغير ذلك ، وبه أقول ، وأحكم بنفوذ فعله فى القليل والكثير على الإطلاق لهذه الآية .

قال: وإن لم يقدمه وال عليه ، لأن الآية مطلقة ولأن الكفالة ولاية عامة .

واعلموا أنه لم يؤثر عن أحد من الخلفاء أنه قدم أحداً على يتيم مع وجودهم فى أزمتهم ، وإنما كانوا يتصرفون على كونهم عندهم .

وقول الشيخ رحمه الله: «فإن اشتراه ببخس من الثمن أغرم تمام ثمن المثل كما يفعل ذلك فى الوصى» ، هو قول ابن يونس [ فى كتاب الوصايا الأول أنه إن فعل الوصى ذلك تعقب ، فإن كان فيه فضل كان لليتامى وإلا مضى ] (٤) .

وفى كتاب كراء الدور : [إنه] (٥) يعاد ما اشترى إلى السوق ، فإن زيد عليه بيع وإلا لزم .

ابن يونس عن بعض القرويين: إنما يعاد إلى السوق إن لم يحل [أسواقه] (٦) من يوم الشراء وإلا نظر ، فإن اشترى بالقيمة يوم الشراء مضى ، وإن كان بأقل غرم

(١) البقرة: ٢٢٠ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ: سرقة .

قال: ولو اشترى ما لا يفتيه حوالة سوق كالمكيل والموزون [ق/ ١١٢ ج] بقيمته يوم اشتراه ، إلا أنه اليوم زاد سوقه ، فالأشبه أن يمضى ولا يرد للسوق ، لأنه ضرر بالوصى وهو لم يضر باليتيم ولا خانه .

وقد قال ابن القاسم : إذا اشترى الوصى شيئاً بالقيمة لم يرد . أ. هـ .

وقف على قول الشيخ رحمه الله : «إن للأخ المذكور حكم الأمين يصدق في هلاك ما ادعى هلاكه مع يمينه ما لم يتبين كذبه» ، مثل دعواه موت شيء منها في وقت معين [ق/ ١١٥ أ] بموضع عمارة ولا [يوجد منهم] (١) من يعلم ذلك .

(٢٢٣) [٢] وسئل رحمه الله: عن رجل ورث عبيداً من زوجته هو وابنتاه منها ووالد الميتة المذكورة، فوضع يده على مملوكة من العبيد فأصدقها لامرأة تزوجها ، وقال : هذا نصيبى من العبيد ، وما بقى للورثة [ثم مات] (٢) ؟

[فأجاب] (٣) : أما قسمته على نفسه وابنتيه منها فتجوز ، إلا أن يظهر أنه حابى نفسه فترد ، فالأصل الجواز .

وأما على والد الميتة فلا ، ويأخذ نصيبه من المملوكة بطريق الاستحقاق من يد الزوجة ، وترجع الزوجة على تركة زوجها كمن استحق بعض ما بيده .

**قلت** : الصواب تعقب ذلك كيبعه من نفسه ، لثمته في محاباة نفسه .

وقوله فى كتاب القسم : «ويجوز أن يقاسم على الصغير أبوه أو وصيه الدور والعقار وغير ذلك ، ملك ذلك بموروث عن أمه أو بغير ذلك» .

قال عياض : فقوله : «على الصغير» ، ظاهره أنه مع أجنبى لأنه بين محجوريه ، فقسمه عليه بينه وبين نفسه أحرى .

(١) فى ج : يوجهه .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فقال .

وفى «نوازل ابن الحاج»: قال أبو عمر بن عبد البر: لا يجوز عند الجميع أن يكون أحد مقاسماً عن نفسه لنفسه، ولا أخذاً منها ومعطياً لها، ولو كان الشريك وصياً للأيتام ما جاز أن يقاسم نفسه على أيتامه، وإنما يقاسم [عنهم]<sup>(١)</sup> وكيل القاضي، ذكره فى باب المحاسبة [فى القراض]<sup>(٢)</sup>. أ. هـ.

وفى كتاب القسم: ولا يقاسم الوصى بين الأصغر حتى يرفع إلى الإمام ويراه نظراً، وإن كان معه أكابر أحببت له أن يرفع إلى الإمام، فإن قاسم الكبار للصغار دون الإمام جاز إن اجتهد، حضر الأصغر أو غابوا.

عياض: ذهب ابن شبلون إلى أن مذهبه فى الكتاب مفصل على ثلاثة أوجه: فإن كانوا صغاراً كلهم لم يقسم بينهم إلا بأمر السلطان.

فإن كان معهم كباراً استحب لهم استئذان السلطان، فإن لم يفعل مضى.

فإن كانوا مع أجنبي جاز قسمه دون استئذان.

ولأبى الحسن اللخمي رحمه الله تحصيل ينظر فى «تبصرته».

قال: واختلف فى قسمته بينهم إذا كانوا كلهم صغاراً بالمنع والجواز والكراهة.

فقال فى «المدونة»: ولا يقسم إلا السلطان.

وقال أيضاً: يكره، فإن نزل مضى. وقال سحنون: ذلك جائز.

**قلت:** وعزاه عياض «للواضحة» وأنه يجوز مقاسمة الوصى بينهم كالأب، ولا مدخل فى ذلك للقاضى عليه.

قال فضل: وهو أشبه من قول ابن القاسم، واحتج بمقاسمة اللقيط والحاضن، ومثله ليحيى بن عمر، وأخذه اللخمي من قوله فى كتاب الرهون: «يجوز للأب والوصى أن يشتريا عن بعض من يلىان من بعض».

(١) فى أ: عليهم.

(٢) سقط من ج.

الشيخ: بل القسمة أحب .

وسئل ابن أبي زيد رحمه الله عن توفيت زوجته وتركت [له] (١) ولدًا، فهل يقسم التركة من غير قاضٍ؟

فأجاب: ينبغى الرفع إلى القاضى ويجعل له من يلى القسم للابن مع الأب ، فإن قاسم لنفسه مضي، إلا أن تظهر محاباة بينة، فللولد القيام بها ورده أو لمن رفع إليه من القضاة قبل بلوغه .

قال: وإن لم تكن محاباة ففعل الأب ، جاز حتى يتبين المحاباة أ.هـ.

و[هو] (٢) نحو فتيا الشيخ هذه .

(٢٢٤) [٣] وسئل رضى الله عنه : عن شركاء كانت بينهم أملاك منها حانوتًا لهم فيها النصف والأيتام مهملين النصف، فقاسموا المهملين من غير تقديم قاضٍ ولا غيره فى الحنوتين، وأخذوا واحدة وأبقوا للأيتام واحدة، ثم ضموا التى أخذوا إلى كفالة أملاكهم واقتسموا الجميع بينهم ، هل تصح هذه القسمة أم لا؟

[فأجاب] (٣) : ينظر القاضى إن كانت القسمة [على الأيتام] (٤) صلاحًا لهم وسدادًا ، أجازها وصحت قسمة الشركاء أيضًا لأملاكهم .

وإن ردها الإمام للأيتام أعيد قسم الحانوتين ، فإن أزيلت الحانوت الصائرة للشركاء من أيديهم نظرت ، فإن كانت الأملاك التى اقتسموا لم تغير بالبناء والغرس وشبهه ، نقض القسم الثانى [أيضًا] (٥) .

وإن تغيرت [جرت] (٦) على مسألة كتاب القسمة إذا استحق من يد أحد الشركاء

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ: فقال .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) بياض فى أ .

شيء بعد القسم، فانظرها وهي قوله: «فإن اقتسما داراً فبني أحدهما أو غرس ثم استحق... المسألة».

**قلت:** قال ابن رشد: إن باع الصغير أو اشترى [وفعل] (١) ما يشبه البيع والشراء مما يخرج على عوض ولا يقصد فيه إلى فعل معروف وقف على نظر وليه، فإن رآه سداداً أو غبطة أجازه [وأنفذه] (٢).

وإن رآه بخلاف ذلك رده، وإن لم يكن له ولي قدم من ينظر له في ذلك بوجه النظر والاجتهاد.

وإن غفل عن ذلك حتى ولي أمره، فله النظر في إجازته [في] (٣) ذلك أو رده.

واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً مما يكون يلزم الولي أن يفعله، هل له رده إن آل الأمر إلى خلاف ذلك بحوالة سوق، أو نماء فيما باعه ونقصاناً فيما ابتاعه، وما أشبه ذلك، فالمشهور المعلوم أن ذلك له.

وقيل: ليس له ذلك، وهو الآتى على ما لأصبغ في الخمسة، وعلى رواية يحيى في كتاب التخيير والتملك [ق / ١٩٢ ب] خلاف ما يقوم مما لأصبغ في «نوازل» من كتاب المديان والتفليس.

ومسألة كتاب القسمة التي أشار إليها الشيخ رحمه الله أن تنظر، نصها: وإن اقتسما داراً وأرضاً، فبني أحدهما أو غرس نصف نصيبه، فذلك فوت.

وكذا إن استحق نصف نصيب الذي لم يبن، و[ليرد] (٤) الذي بنى ما بقي، وليرد الذي غرس أو بنى قيمة جميع حظه لفوته بالعمارة، ويقتسمان ذلك كله إن كان ما استحق كثيراً، وإن كان يسيراً تركت القسمة ونظر إلى ما قابل ذلك مما بيد صاحبه، فيرجع عليه بنصف قيمته.

(١) سقط من ج.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ج.

(٤) في أ: فليرد

ولو كان الاستحقاق في نصيب الذي عمر ، فإما دفع إليه المستحق قيمة ما عمر قائماً وإلا دفع إليه هذا قيمة أرضه، إذ ليس بغاصب، وينظر فإن كان الذي استحق قليلاً قدر ربع ما بيده، لم يتقضى القسم ورجع على صاحبه بثمن قيمة ما في يده، ولا يرجع بذلك في حظ شريكه وإن كان قائماً.

قال ابن القاسم: وانظر أبداً إلى ما استحق ، فإن كان كثيراً كان له أن يرجع بقدر نصف ذلك فيما بيد صاحبه فيكون شريكاً فيه إن لم تفت، وفي اليسير يرجع بنصف قيمة ذلك ثمناً من دنانير أو دراهم، وكذلك في العبيد.

(٢٢٥) [٤] وسئل رضى الله عنه: عن أخوين ورثا أرضاً فصار كل واحد منهما يحرث جهة منها معلومة إلى أن توفيا، فادعى ، ورثة أحدهما أنهما اقتسماها قسمة بتلة ، وقال ورثة الآخر: بل قسمة [انتفاع]<sup>(١)</sup> للحراثة خاصة، وأثبت كل فريق ما ادعاه ؟

[فأجاب]<sup>(٢)</sup> : يقضى بالأعدل ، فإن وقع التكافؤ كانا كمن لا بينة لهما ويكون النظر لمدعى الحياة، فإن انقضت فالقول قول مدعى الشيع لأنه الأصل.

قلت: في «طرر ابن عات» : سئل أبو محمد بن أبي جعفر رحمه الله عن شريكين في أرض ادعى أحدهما أنهما اقتسماها قسمة بتة بتلة ، وادعى الآخر أنهما اقتسماها قسمة منفعة واعتمار ، القول قول من يكون منهما؟

فقال: القول قول من يدعى البتل إن شاء الله، وتأمل ما يأتي على قول أشهب.

قلت: أى فإن القول قول مدعى الخيار في اختلاف المتبايعين في الخيار والبتل.

وقال ابن القاسم: القول قول مدعى البتل، وهو مذهب «المدونة».

(١) فى أ: الشيع.

(٢) فى أ: فقال.

وعلى قوليهما أجريت المسألة أيضاً فى قول ابن الحاج ، وقد تقدم اختلاف الشفيح والمشتري فى ذلك [عن<sup>(١)</sup>] [ق/ ١١٦ أ] نوازل ابن الحاج رحمه الله، وأن القول قول الشفيح، ونصه: ولو ادعى المشتري أنها كانت قسمة بت فعلية السينة، والقول قول الشفيح .

(٢٢٦) [٥] وسئل رضى الله عنه: عن رجلين اشتريا ملكاً شائعاً فاقترسماه ، وبقي كل واحد يغتل ما صار [إليه]<sup>(٢)</sup> ثمان عشرة سنة، ثم مات أحدهما وترك ورثته [فبقوا]<sup>(٣)</sup> على ما كان عليه مع الميت ستة أعوام، وقد ضاع عقد القسمة فادعى الورثة [ق/ ١١٣ ج] أنه على الشياح باق، وقال [الآخر]<sup>(٤)</sup> : هو مقسوم، فهل هذه المدة دليل على القسمة أو يحكم بالأصل الذى هو الشياح ؟

[فأجاب]<sup>(٥)</sup> : اغتلال كل واحد [جهة]<sup>(٦)</sup> حجة لهذا أنها مقسومة .

قلت: هذه المسألة من سلك المسألة [التي]<sup>(٧)</sup> قبلها .

(٢٢٧) [٦] وسئل رضى الله عنه: عن امرأتين اشتركتا داراً ، لإحداهما ثلاثة أرباعها وللأخرى ربعها، فباعت إحداهما وبقيت الأخرى مع المشتري مدة من عام [نحوها]<sup>(٨)</sup> ، فقال لها: معنى نصيبك ، فامتنعت وطلبتها بالقسمة فلم تحمل الدار القسمة ، فقال لها: أنا أريد البيع فبيعى معي، فقالت: لا أبيع معك لأنك دخلت وحدك وأبقى فى نصيبي، فهل يلزمها ذلك أم لا؟

(١) فى أ: على .

(٢) فى أ: له .

(٣) فى أ: فبقيا .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ: فقال .

(٦) سقط من ح .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ: نحوه .



[فأجاب] (١) : الشريكان إما أن يكونا دخلاً مدخلاً واحداً أو لا ، فإن دخلاً مدخلاً وكانت لا تنقسم فأراد أحدهما البيع ، أجبر على البيع من أباه .  
[وإن لم يدخل مدخلاً واحداً ، لم يجبر على البيع من أباه ، ويبيع نصيبه] (٢) إن شاء .

**قلت :** هذا مقتضى ما للقاضي أبي الفضل عياض رحمه الله أنه لا يجب الحكم بالبيع إلا فيما ورث أو اشتراه الأشرار جملة في صفقة [واحدة] (٣) .  
[فأما] (٤) لو اشترى كل واحد منهم جزءاً مفرداً وحده دون صاحبه على التعاقب ، فلا يجبر واحد منهم على البيع مع صاحبه ، لأنه كما اشترى مفرداً يبيع مفرداً ، [فلا] (٥) حجة له في بخر الثمن في بيع حظه مفرداً ، لأنه كذلك اشترى . أ.هـ .  
وقد قدمنا كلامه هذا في مسائل البيوع .

(٢٢٨) [٧] وسئل رضى الله عنه من بعض الفقهاء المدرسين رحمهم الله وإيانا برحمته جميعاً فيما نبه عليه عياض : [من أن] (٦) من اشترى مفرداً عقاراً لا يتقسم ، أنه لا يجبر شريكه على البيع معه ويبيع وحده كما اشترى ، ولا يكون جبراً إلا لمن اشترى صفقة واحدة أو ورث ، هل يحمل على التفسير أو الخلاف ، وهو الظاهر من أقوالهم ، والله أعلم .

**فأجاب :** ما ذكره أبو الفضل [المذكور] (٧) من التفصيل بين المشتري [بما لا

(١) فى أ: فقال .

(٢) فى أ : فلا تجبر هذه ويبيع لنفسه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : وأما .

(٥) فى أ : ولا .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

ينقسم<sup>(١)</sup> من العقار صفقة واحدة وبين المشتري [منه]<sup>(٢)</sup> فى صفقات ، تفسير [لظاهر]<sup>(٣)</sup> أقوالهم ، لأن علة إجمال البيع عندهم فى المشتري جملة ، [فيزاد]<sup>(٤)</sup> فى بيع الجملة فى الثمن حسبما زاد فى اشترائها ، ولا تنهض هذه الحجة فى المشتري مبعوضاً ، وكذلك الموروث من الملك مما لا ينقسم الحجة واحدة ، وإن لم يكن فى الميراث ثمن إلى أن البيع مبعوض يتقصص عن ثمنه لو بيع جملة ، إذ جبر الميراث مجموعاً .

وإذا كانت علة الجبر على إجمال البيع هذه ، رجعت أقوالهم إلى التفصيل الذى فصله رحمه الله ، وقد فصل غيره من الشيوخ هذا التفصيل ، وليس هو خاصاً [به]<sup>(٥)</sup> ، والسلام .

**قلت** : قال عياض أيضاً : كان شيخنا القاضى أبو الوليد - يعنى ابن رشد رحمه الله - يذهب فى رباغ [الغلة]<sup>(٦)</sup> وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد من أراد بيع [نصف]<sup>(٧)</sup> نصيبه أو [مقاومته]<sup>(٨)</sup> ، وأنه لا يجبر شريكه ، لأن رباغ [الغلات]<sup>(٩)</sup> إنما المراد منها الغلة ، وقلّ ما يحط ثمن بعضها إذا بيع عن بيع جملتها ، بل ربما كان الراغب فى شراء بعضها أكثر من الراغب فى شراء جميعها ، بخلاف دور السكنى وما يريد أحد الأشرار الاختصاص به لمنفعة ما .

ابن عرفة : المعروف عادة أن شراء الجملة أكثر ثمناً فى رباغ الغلة وغيرها ، إلا أن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : الظواهر .

(٤) فى أ : ليزداد .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : الغلات .

(٧) سقط من أ .

(٨) يياض فى أ .

(٩) فى أ : الغلة .

يكون ذلك عندهم بالأندلس، وإن كان فهو نادر ويلزم على مقتضى قوله ألا شفعة فيها.

**قلت:** قوله: «لأن رباع الغلة إنما المراد منها الغلة . . . إلى آخره» هو من كلام عياض رحمه الله لا من قول ابن رشد فى «نوازله» على المسألة، فإنه قال [فيها]<sup>(١)</sup>: ولا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعى إلى ذلك أحد الأشرار، إلا فيما كان فى التشارك فيه ضررٌ بين كالدَّار والحائط، وأما مثل الحمام والرحى وشبهه [ذلك]<sup>(٢)</sup> مما هو للغلة فلا.

**قلت:** وخالفه صاحبه أبو عبد الله بن الحاج رحمهم الله وإيانا جميعاً، فأفتى بأن من دعى إلى البيع فى ربع الغلة أجبر شريكه عليه، ففى «نوازله» الجواب رضى الله عنك فى رحين فى بيت واحد مشتركين بين رجلين، لأحدهما ثلثاهما وللثانى الثلث، وطحنهما مستمر وتتعدَّر إحداها فى زمن الصيف لهروب الماء، ولا ينقسمان بينهما على أقل سهام الشركة، فدعى صاحب الثلثين إلى المقاومة والانفراد بالرحين أو تعريضهما للبيع، فأبى صاحب الثلث من البيع ومن المقاومة، وذهب إلى التمسك بحظه فهل يجبر أم لا؟ وكيف إن أجبر على البيع، هل صاحب الثلثين الذاهب إلى الانفراد أولى بهما بما وصلتا من الثمن أو بزيادة على ما وصلتا من الثمن، ويكون أحق بحظ شريكه من أجنبى أم لا؟

**فأجاب:** إن كان الأمر كما وصفتم فمن دعى من الشريكين إلى البيع أجبر شريكه عليه، فإذا سوقت الرحيان وبلغتا ثمننا ما كان، فللذى طلب [الزيادة]<sup>(٣)</sup> ودعى إليها [أخذها]<sup>(٤)</sup> بذلك الثمن، إلا أن يزيد عليه الآخر فيتزايدان [فيهما]<sup>(٥)</sup> حتى يسلمهما

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) فى أ: الزائدة.

(٤) فى أ: أخذهما.

(٥) فى أ: عليهما.

أحدهما لصاحبه بالزيادة فتلزم من سلمت إليه، وبالله التوفيق [ق / ١٩٣ ب] قاله ابن الحاج.

وذكر محمد بن القاضى عياض رحمه الله فتيا ابن رشد على نحو ما ذكرناها فيما جمعه من نوازل أبيه، ثم قال: وقد حكم أبى رحمه الله عليه بهذا وقضى به فيما [يستقبل] (١).

قال: وكان قضاؤه بذلك، وقد تبين له من طالب البيع الضرر بإشراكه وإخراج ملكهم عنه.

(٢٢٩) [٨] وسئل رضي الله عنه من قصر عبد الكريم: عن رجل توفي وخلف ورثة محاجير ورشداء، والمحاجير إلى نظر مقدم من قاض، ومن جملة ما ورثوه عنه مملوكة، فأراد المقدم بيعها علي المحاجير إذ لا حاجة لهم بها، فرفع الأمر إلى القاضى فأنفذ القاضى فيها البيع في حظ المحاجير منها من ابن أخ القاضى بعد إثبات الملك للموروث حتى مات، وموته وعدة ورثته واستمرار ملك الورثة عليها، وأن يبيعها صلاح والثلث سداد، وامتنع الرشيد من بيع حظه منها، فأراد القاضى جبره علي البيع مع المحاجير، فهل عليه ذلك أم لا، سيما وهو لا يتقصص من الثلث في حق المحاجير، وقد أراد الرشيد التزامها بما تساوي كلها؟

فأجاب بما نصه: إذا كان الأمر كما ذكرتم فوجه، فلا يلزم الرشيد بيع حظه من المملوكة، لأن المشتري قد رضى باشتراء حظ المحاجير مبعوضاً، ولأن المحاجير لم ينقصوا [فى] (٢) ثمن حظهم من قيمة جملة المملوكة شيئاً فلا معنى لإجبار الرشيد على بيع حظه.

نعم، لو كان لما أراد المقدم البيع دعى الرشيد إلى إكمال البيع لثلاً يتقصص حظ محاجره من الثلث [لجبر] (٣) على إكمال البيع، غير أنه أولى بأخذها بما تقف عليه من

(١) فى أ: يستغل.

(٢) فى أ: من.

(٣) فى أ: بجبر.

الأجنبي على أنه قد قيل : إنه لا يجبر أحد على بيع مع أحد، وإن كان الأول [أشهد]<sup>(١)</sup> .

ومسألتكم خارجة عن هذا الرضا المشتري بالتبويض ، ولا بخس على المحاجر [لأجله]<sup>(٢)</sup> ، والسلام .

**قلت** : ولأن القاضى الذى هو ولى المحاجر البائع عنهم أبرم البيع فى نصيبهم وحده على التبويض ، فليس له بعد ذلك إجبار الرشيد على بيع حظه، إذ لو أجبره على ذلك فلم يبيع حيثنذ [ق/ ١١٧ أ] إلا حظه مفردا لا مشتركا معهم .

وقوله : «على أنه قد قيل لا يجبر أحد على بيع مع أحد»، نقله عياض عن الداوودى رحمه الله .

(٢٣٠) [٩] وسئل رضى الله عنه: عن شريكين فى فرس أنصافاً و[هو]<sup>(٣)</sup> بيد أحدهما ، فباع ربعها من رجل آخر من غير استئذان شريكه ودفعها للمبتاع ، فمضى بها فتلفت عنده بأمر من الله تعالى ؟

[فأجاب]<sup>(٤)</sup> : أما يبعه للربع فهو نصف نصفه لم يتعدى فيه، وإنما تعدى فى دفعها لهذا المشتري منه، إذ من حق شريكه ألا يخرج هذه الأمانة عن يد هذا المؤمن، فلما تعدى ضمن نصف شريكه .

قيل له: أليس كان لشريكه أن يأخذ بأخذ زائد فيها ويقضى على هذا بأن يوليها له ولا يبيعها من غيره ؟

فقال: نعم، هو المنصوص فى القسمة فى قوله : «وإذا دعى أحد الشريكين إلى قسم ثوب بينهما لم يقسم . . .» ، إلى قوله : « و[إن]<sup>(٥)</sup> بيع، ولكن لما تعدى وأوقع

(١) فى أ: أشهر .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ: هي .

(٤) فى أ: فقال .

(٥) فى أ: إلا .

البيع، نفذ.

ونظيره من بنى [ق/ ١١٤ ج] فى عرصة رجل ياذن ربهأ أو بكرأء، فأنقضى الأمد، أليس من حق صاحب العرصة أن يأخذ النقص بقيمته منقوضاً، ويتركه مبنياً إن شاء أو يأمر بقلعه ، فلو تعدى صاحب النقص فقلعه من غير أن ياذن صاحب العرصة، فلا شيء عليه كما نص عليه فى كتاب القسمة.

قال الشيخ: وكذا إذا طلب أحدهما البيع وأبى الآخر، أن الأب يأخذه بما يقف عليه، فلو بادر طالب البيع فباع لم يمنع ولم يكن للأب غير الأخذ بالشفعة إن كان مما فيه شفعه ، وهو منصوص ولا خفاء به ، إذ لا يمنع من بيع جزءه وحده، وإنما منع إذا طلبه مع شريكه .

**قلت:** قوله رحمه الله بنفوذ بيع الطالب [للبيع] <sup>(١)</sup> فيما لا ينقسم ولا كلام [للأبى] <sup>(٢)</sup> ، نقله فى «التقييد» عن ابن زرب على قوله فى «المدونة» فيما لا ينقسم من ثوب أو عبد أو غيره أن من دعى إلى البيع أجبر عليه صاحبه فإذا استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه بما بلغ ولا يبيع . ثم قال الشيخ بعد نقله قول ابن زرب إلا أن ينفذ فيه الآخر البيع قبل ذلك، فلا يكون له أخذه ، وهذا عندى كمسألة الأنقاض إذا قلع ذلك قبل أن يختارها رب العرصة . أ . ه .

وهذا هو الذى أجاب به هنا، وأخذ غير واحد من قوله فى «المدونة» : فلمن أبى البيع أخذه بما بلغ أنه ليس لطالب البيع أخذه إلا بزيادة على ما [وقع] <sup>(٣)</sup> عليه من الثمن وهو مقتضى نقل ابن يونس عن بعض شيوخه: إذا طلب أحدهما المزايدة والآخر البيع، نودى على السلعة ، فإذا بلغت ثمنًا كان لطالب المزايدة أخذها به ، إلا أن يزيد عليه الآخر فيتزايد [ فيها ] <sup>(٤)</sup> حتى يسلم أحدهما لصاحبه بالمزايدة.

(١) سقط من ج.

(٢) فى أ: للأب.

(٣) فى أ: وقف.

(٤) فى ج: إن.

وقد قدمنا نحو هذا عن ابن الحاج رحمه الله .

وقال ابن عرفة: ويحتمل أن يكون الشركاء في الأخذ بما بلغه [البيع] (١) من الثمن سواء ، لأن قولها: «لن أبي البيع الأخذ [بذلك]» (٢) ، أعم من كونه أباه أولاً ولا يجبر عليه، أو أباه حين بلوغه الثمن المذكور ، وهو ظاهر قول أبي عمر في «كافيه» ما نصه: ما لا يتقسم جبر فيه الشريكان على المقاومة أو البيع، وصاحبه أولى بما بلغ في النداء إن أرادته .

**قلت:** وهذا مشكل إذا تنازعا في أخذه، والاحتجاج عندي [على ذلك يقول] (٣) ابن سهل رحمه الله: «ما لا ينقسم إلا بضرر بيع واقتسموا ثمنه، ومن أراد منهم أخذه بما بلغ [من الثمن فذلك له] والاحتجاج لكون الشركاء كلهم في الأخذ» (٤) «أبين وأجلى ، وإن تشاحوا [فيه]» (٥) تزايدوا حتى يقف على أحد الزائدين فيأخذه [كما]» (٦) في «الكافي» ، وذلك واضح إذا اتفقا على [البيع] (٧) ، وأما إن أباه أحدهما وتنازعا [فيه]» (٨) أخذه بما بلغ من الثمن فمشكل وإذا قلنا إنهما حيثئذ يجب أن يتزايد حتى يقف على أحدهما، فليس ذلك خاصاً بهذا، بل وكذا على القول بأن [من]» (٩) «أبي البيع أولى بأخذه بما بلغ إذا زاد عليه طالب البيع كما تقدم لابن الحاج ومن نقل ابن يونس، فالإشكال على ما أشار إليه ابن عرفة [حيث يريد]» (١٠) كل واحد الأخذ ولم يزد أحدهما على صاحبه، فتأمله .

(١) في أ: البيع .

(٢) في أ: من ذلك .

(٣) في أ: لذلك فقوله .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ: بما .

(٧) في أ: بيعه .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

(١٠) في ج: يرد .

ابن عرفة : وذكر عياض ما حاصله : إن قصد بدعواه البيع إخراج [الشريك]<sup>(١)</sup> والانفراد [بالببيع]<sup>(٢)</sup> عنه ، فليس له أخذه بما وقف عليه من الثمن ، وإن لم يقصد ذلك فله أخذه بذلك .

قال في أول كلامه «إنه ظاهر مسائلهم» ، وفي آخره : قاله ابن القاسم وبه أفتى الشيوخ وعمل القضاة .

قال : وفي لفظه إجمال حاصله عندي ما [ذكرته] <sup>(٣)</sup> أ. هـ .

[ثم قال]<sup>(٤)</sup> : فالحاصل ثلاثة أقوال في أيهما أولى به .

---

(١) في أ : شريكه .

(٢) في أ : بالببيع .

(٣) في أ : ذكره .

(٤) سقط من أ .



### مسائل من الأقضية والشهادات

(٢٣١) [١] سئل رضي الله عنه من قاضى مدينة تازي أبي علي عمر بن الفقيه أبي محمد عبد السلام رحمه الله وإيانا بمنه، ونص السؤال : إذا ورد خطاب قاضٍ على قاضٍ آخر، هل لابد من شاهدين يشهدان عليه وإن كان يعلمه إما بمعاينة وضعه إياه وقتاً آخر أو بتكراره وتردد الشهادة [على خطه، أو يكتفي في الحكم به بمعرفة الخط كما لو شافهه بصحة؟ بين لنا ذلك، وربما ترد] <sup>(١)</sup> علي خطابات من جهة تلمسان حرسها الله ، ولم أجد من يشهد عليها [عندي] <sup>(٢)</sup> بأنها خطاب قاضيهما، وكثر ذلك على وأنا مع ذلك متوقف فيها حتى أجد من يعرفني بها، فهل ترون - رضي الله عنكم - تواتر تلك العلامات توجب حكماً أو لا حتى يشهد علي أنه خطه؟ وهل يكتفي بالمرة الواحدة إن شهد به عدلان ويعمل ذلك في ثاني حال للضرورة اللاحقة للناس؟ بين لنا ذلك ، والسلام .

فأجاب أعزه الله بما هذا نصه من خط يده: استناد القاضى إلى علمه فيما يرد عليه من الخطابات دون أن تثبت عنده [بشهادة] <sup>(٣)</sup> شاهدين على ما ظهر لى من قبيل ما نهى القاضى عنه أن يعتمد على علمه فيه إلا العدالة والجرح لا غير على ما فى علمكم لأحد أمرين: إما التسلسل وهو محال ، أو إعمال علمه بعد أبعد الغايات وأمضى النهايات فيعلمه ابتداءً ، وأما غير العدالة والجرح فلا يتعذر على القاضى [تلقينه] <sup>(٤)</sup> [ق/ ١٩٤ ب] من الشهود ، فلا يعتمد فيه على علمه ومن [جملمته معرفة] <sup>(٥)</sup> الخطاب ، وبالله التوفيق .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ: تلاقيه .

(٥) فى ح: معرفته جملة .

قلت: في «نوازل عياض» التي جمعها ابنه محمد رحمهما الله وأضاف إليها غيرها في كتاب «ترجمة مذاهب الحكام في نوازل الأحكام»، قال فيه: رأيت لابن أبي زيد: إذا كتب قاض إلى قاض، والمكتوب إليه لا يعرف خط القاضى، فلا يحكم به إلا إن شهد عليه عدول، إلا أن يأتيه ذلك الخط مراراً في [عين]<sup>(١)</sup> شيء واحد لا يختلف [الخط]<sup>(٢)</sup> عليه، فليقبله وإن كان القائمون بالكتاب لهم فيه أسباب ولم يكونوا عدولاً، لأن ذلك كالتواتر الذى لا يمكن التواطؤ به على الكذب.

قال محمد بن عياض: وأخبرنى من أثق به أن القاضى عبد النعيم بن مروان بن سحنون مدة كونه قاضياً بالمدينة خاطب ابن عمه عبد الله بن على وهو حينئذ [قاض]<sup>(٣)</sup> بتلمسان، يقول له: إنك [تعرف]<sup>(٤)</sup> خطى وأعرف خطك، [فلا]<sup>(٥)</sup> معنى [عندي]<sup>(٦)</sup> للناقيلين مع هذا.

وكان عبد النعيم من أهل العلم والنبل بالمكان السنى . أ.هـ.

وقال ابن [المناصف]<sup>(٧)</sup>: إذا لم تقم بينة على خط القاضى، والقاضى المكتوب إليه يعرف خطه، فجائز عندي قبوله [ق/ ١١٨] [لمعرفة]<sup>(٨)</sup> خطه.

قال: وقبول سحنون كتب أمثاله يدل على ذلك، وليس من باب قضاء القاضى بعلمه الذى لا يجوز له القضاء به، لأن ورود كتاب القاضى إليه بذلك الحق كقيام البينة عنده بذلك [بقبوله الكتب]<sup>(٩)</sup> بما عرف من خطه، كقبول البينة بما عرف من

- 
- (١) فى أ: غير.
  - (٢) سقط من أ.
  - (٣) سقط من أ.
  - (٤) فى أ: نكرت.
  - (٥) فى أ: ولا.
  - (٦) سقط من أ.
  - (٧) بياض فى أ.
  - (٨) فى أ: بمعرفته.
  - (٩) فى أ: فقبوله الكتاب.

عدالتها .

ويحتمل أن يقال: لا بد من الشهادة عنده على خطه .

وأشار ابن عرفة والبرزلى - رحمهما الله - إلى أن في كتاب ابن سهل ما يدل على قبوله بمجرد [معرفة] (١) خطه في مسألة محمد بن شماخ قاضى غافق لما خاطب محمد بن الليث قاضى قرطبة بخطاب أدرج فيه كتاب عيسى بن عتبة [قاضى] (٢) مكناسة .

ابن عرفة: ونحوه قول ابن سهل: «إن أثنى بخير على شهيدين [كتاب] (٣) القاضى ، وإن لم يكن تعديلاً بيناً أو زكى أحدهما دون الآخر أو توسم [فيهما] (٤) صلاح [العدالة] (٥) وخطه وختمه بمعرفة [المكتوب] (٦) ، واستحسن إنفاذه لعمل صدر الأمة بإجازة الخاتم .

وقال البرزلى : والأظهر أنه إنما اجتزئ بذلك لأن الخط بالمغرب على كيفية خاصة غالباً ، فهي كجعل الخواتم فى [الكتاب] (٧) ، فمن يجيز كتاب القاضى بالخواتم يجيزه بهذا الخط الخاص ، انظره .

ابن الحاج: فى البخارى عن ابن عباس أن النبى ﷺ بعث [بكتابه] (٨) رجلاً ، [ففيه] (٩) من الفقه أن الرجل الواحد يجزئ حمله لكتاب الحاكم إلى حاكم آخر إن لم

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ: فقيه .

(٣) فى أ: كاتب .

(٤) فى أ: فيهم .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ: مكتوب .

(٧) فى أ: الكتب .

(٨) فى أ: بكتابه .

(٩) فى ج: فقيل .

يشك الحاكم فى الكتاب، وإلا أنكره.

قال: وليس من شرطه أن يحمله شاهدان ما يصنع اليوم القضاة والحكام، وإنما حملهم على شاهدين فى ذلك [بما] (١) دخل الناس من الفساد واستعمال الخطوط وتفشى الخواتم، فاحتيط لتحصين الدماء والأموال بشاهدين . أ.هـ.

وفى البخارى : [أول من سأل البيه على كتاب القاضى ابن أبى ليلى وسوار ق/ ١١٥ ج] بن عبد الله العبدى [٢] .

وقال ابن رشد : والعمل عندنا اليوم بإفريقية على ما كان عليه السلف فى القديم من الشهادة على خط القاضى ، يكتب القاضى تحت شهود الرسم : «أعلم بشوته فلان»، ثم يأتى به صاحب الحق أو وكيله إلى قاض بلد آخر، ويأتيه بعدلين على أنه خط فلان، ويمضى ما فيه، ولو كلف رب الحق شهيدين يشهدان على القاضى لتعذرت الحقوق لخوف الطرقات وغير ذلك .

ابن المناصف: اتفق أهل [عصرنا] (٣) فى البلد التى ينتهى إليها أمرنا على قبول كتب القاضى فى الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضى دون إشهاده على ذلك ولا خاتم معروف ، ولا يستطيع أحد فيما أظن صرفهم عنه مع أنى لا أعلم خلافاً فى مذهب مالك أن كتاب القاضى لا يجوز بمجرد معرفة خطه، بل قولهم فى القاضى يجد فى ديوانه حكماً بخطه وهو لا يذكر أنه حكم به، لا يجوز له إنفاذه إلا أن يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان .

وكذا إن وجده من ولى بعده وثبت أنه خط الأول، فإنه لا يعمل به، ولا يتخرج القول بعمله بما تيقنه من خطه . دون [ذكر] (٤) حكمه به [من] (٥) الخلاف فى الشاهد

(١) فى أ: لا .

(٢) سقط من أ.

(٣) فى أ: عهدنا.

(٤) سقط من أ.

(٥) فى أ: هل .

تيقن خطه بالشهادة [بالخط] (١) ، ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد، إذ ذلك مقدور كسبه، والقاضى كان قادراً على الشهادة [على] (٢) حكمه .

ثم وجه عمل الناس بأن الظن الحاصل بأنه كتاب القاضى الباعث به حصوله بالشهادة على خطه [على القول بجواز الشهادة على خط] (٣) الغير، فوجب كون هذا الظن [كالظن] (٤) الناشيء عن ثبوته [بيينة] (٥) على أنه كتابه لضرورة مشقة مجيء البيينة مع الكتاب مع انتشار الخط وبعد المسافة .

فإن قيل : تندفع المشقة بإشهاد القاضى على كتابه بيينة يشهد على خطها فى بلد المكتوب [إليه] (٦) كما يفعله كثير من أهل الزمان [لنكت] (٧) تذكر .

**فالجواب:** إن ثبوته بالشهادة على خط القاضى أقوى من ثبوته بالشهادة على خط البيينة، لأن ثبوته بالشهادة حالة توقفه على مجرد الشهادة على الخط فقط وثبوته بالشهادة على خط البيينة حالة توقف [على] (٨) الشهادة على الخط مع شهادة البيينة على القاضى ، وما توقف على أمر واحد فقط أقوى مما توقف عليه مع غيره [لنطرق احتمال - وهو ذكر الغير - كاحتمال فسق البيينة ونحو ذلك] (٩) .

البرزلى: والعمل اليوم عندنا على قبول خطاب القاضى وإعماله بخطه ، وكذا لو تكررت العلامات مع كثرة البلد أ. ه .

وقيد [ابن] (١٠) المناصف العمل به [إذا] (١١) لم يزل صاحب الإعلام باقياً على

(١) فى أ: بالحق .

(٢) فى أ: بما فى .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ: لنكتة

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من ج .

(١١) فى أ: فيما .

ولايته وإلا فلا، إلا إذا أشهد القاضى الكاتب على كتابه.

[قال<sup>(١)</sup>] : لأن الكتاب المشهود عليه كالإشهاد على حكم مضى، فيجب إنفاذه.

وأما على ما جرت به العمل الآن من الاجتراء بمعرفة خط القاضى الكاتب دون إشهاد منه على كتابه، فلا يصح العمل به إذا مات أو [عزل]<sup>(٢)</sup>، لأن أعلى مراتبه أن يقوم مقام قول القاضى بنفسه: «ثبت عندى كذا»، لأن ذلك هو مدلول الكتاب، وهذا إنما يقبل منه ما دام والياً على ما صرح به فى «المدونة».

ابن المناصف: وخالفه فى ذلك جماعه من الطلبة وأجازوا ذلك، وهو غلط وخروج [عن]<sup>(٣)</sup> القاعدة فى ذلك.

وقول ابن الحاجب رحمه الله : [ويجوز]<sup>(٤)</sup> قبول ما يرد إليه [عن]<sup>(٥)</sup> الحكام فى المال والقصاص والعفو والعقوبات وغيرها إن كان أهلاً.

قال ابن عرفة : هو قولها فى كتاب الأفضية والقذف: ويجوز كتاب القضاة [إلى القضاة]<sup>(٦)</sup> فى القصاص والحدود وغيرها.

وقوله: «إن كان أهلاً»، هو نقل الشيخ عن «المجموعة» إن ثبت عند المكتوب إليه [أن من كتب إليه]<sup>(٧)</sup> مستحق القضاء فى فهمه ومعرفته ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابه.

قال أشهب : لا يقبل كتاب غير العدل إلا ما كان من أمر لا يشك فى صحته.

(١) فى أ: قيل.

(٢) فى أ: نزل.

(٣) فى أ: من.

(٤) فى أ: ويجب.

(٥) فى أ: علي.

(٦) سقط من ج.

(٧) سقط من ج.

ابن عرفة : وهو قولها في كتاب الرجم : «إن دعاك إمام جائر إلى قطع يد رجل في سرقة، أو قتل في حراية ، أو رجم في زنا، وأنت لا تعلم صحة ما قضى به إلا بقوله، فلا تجب إلا أن تعلم صحة ما أنفذ وعدالة السنية ، فعليك طاعته لثلاث تضيع الحدود. أ.هـ.

وقال أبو حفص في جواب له : ولا يقبل كتاب قاضي ليس بثقة، ودخل الوهم على القضاة في قبولهم كتاب غيرهم وليسوا بعدول ، وذلك إما رهبة أو ليقبلوا كتبهم إذا وردت عليهم، فيخافون الناس في الله ولا يخافون الله في الناس فيستبدلون طيباً بخبيث، فيقبل القاضي باطلهم كي يقبلوا حقه و[ما دعى عليهم]<sup>(١)</sup> ، ولو ردوا كتابه فما ضر الأنبياء عليهم الصلاة والسلام جحود من جحدهم ولا سب من سبهم، و[فيهم]<sup>(٢)</sup> أسوة حسنة لمن كان يرجو الله [ق/ ١٩٥ ب] واليوم الآخر، ولو تلطف هذا القاضي فرد كتابه بوجه جميل لوجد إليه سبيلاً، ومن يتق الله يجعل له مخرجاً.

**قلت:** ويجد الآن في هذا الزمان الفاسد كما قال القائل، ولله دره:

ذهب الرجال المقتدى بفعالهم      والمنكرون لكل أمر منكرو

وبقيت في خلف يزين بعضهم      بعضاً ليسكت معور عن معور

تجاوز الله عنا بفضلته . . أمين.

وفي «النوادر»: عن ابن حبيب عن أصبغ: إن [جاءه كتاب]<sup>(٣)</sup> قاض [ق/ ١١٩] لا يعرفه بعدالة ولا سخطة، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة كالمدينة ومكة والعراق والشام ومصر والقيروان والأندلس ، فلينفذه وإن لم يعرفه، ويحمل مثل

(١) في أ: وماذا عليه.

(٢) في أ: فيه.

(٣) في ج: جاء بكتاب.

هؤلاء على الصحة .

وأما قضاة القرى الصغار فلا ينفذه حتى يسئل عنه .

**قلت:** هذا كنفل ابن الحاج عن محمد بن الفرغ الفقيه كان يقول : قضاة الخواضر [والقواعد]<sup>(١)</sup> تمضى قضاياهم ومخاطباتهم - يريد إلا أن يتبين فيها جور - وقضاة الكور يتوقف في أمورهم ويسئل عنهم . انتهى .

وسأل عياض ابن رشد رحمهما الله عن استنابة من يستنبيه القاضي بكتابه إلى أمير المصر أو جماعة، وخطه هناك مشهور، هل يكتفى بذلك فيه كما يكتفى بخط السلطان في التقليدات كلها حسبما نصه أهل العلم إذ هي استنابة كلها، أو لابد من ذلك بشاهدين كالأحكام؟ .

**فأجاب:** يكتفى في هذا بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه، إذ ليس يقتضى ذلك حكماً يلزم ثبوته، ولو نهض المستناب [في]<sup>(٢)</sup> ذلك دون كتاب لما أمر به فامثله [لكون]<sup>(٣)</sup> الأمر ماضياً كما لو نهضت بكتاب .

قال محمد بن عياض جواب ثان على هذا السؤال: يكتفى في ذلك بكتاب القاضي، قاله محمد بن إسماعيل .

(٢٣٢) [٢] وسئل رضي الله عنه من قصر عبد الكريم: عن البراءة التي يحملونها أهل الدعاوي للاستعداد على الخصوم ولرفعهم إلى مجالس القضاة، علي من يجب كتبها، وهل يجوز أخذ الأجرة عليها [أم لا]<sup>(٤)</sup>؟

**فأجاب** أعزه الله: كتبها إنما يجب على القاضي، إذ عليه يجب أمر الخصوم

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: لكان .

(٤) سقط من ج .



بالارتفاع إلى مجلسه ، وقد صنع سحنون الطوايع المشهورة ، [عنه]<sup>(١)</sup> فهذه البراءة عوض عنها .

فإذا تقرر هذا، فإن امتنع القاضى من كتبها فقد منع واجباً عليه، فإن طاع واحد من الناس بكتبتها [عنه]<sup>(٢)</sup> جاز بلا أجره .

وإن لم يتطوع [واحد]<sup>(٣)</sup> بذلك ولم يوجد من يكتبها إلا بأجرة، ساغت لغير القاضى ولا [يسغه]<sup>(٤)</sup> الأخذ عليها ولا الامتناع من كتبها، والله الموفق .

**قلت:** قال ابن فتوح رحمه الله : إن سأل الطالب القاضى أن يرفع [مطلوبه]<sup>(٥)</sup> إلى مجلس نظره، فينبغى للقاضى إذا كان قريباً أن يأمر غلامه الذى له الأجرة من بيت المال [بالمسير عنه، لم يكن للغلام]<sup>(٦)</sup> أجره فى بيت المال .

قال محمد بن أحمد - يعنى ابن العطار - : [فليسرفع]<sup>(٧)</sup> القاضى طابعاً إلى [الرافع]<sup>(٨)</sup> يرفع [به]<sup>(٩)</sup> خصمه، فإن لم يرتفع [فليجعل]<sup>(١٠)</sup> القاضى من رزقه للأعوان جعلاً إذا رفع المطلوب عليه [وهو]<sup>(١١)</sup> مما يلزمه ، فإن لم يفعل القاضى ذلك فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب عوناً يأتيه بالمطلوب، إلا أن يتبين [أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه]<sup>(١٢)</sup> [إلى]<sup>(١٣)</sup> الارتفاع إلى القاضى [فأبى ومنعه حقه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ: أحد .

(٤) فى ج: يمنع .

(٥) فى أ: مطلبه .

(٦) فى أ: فإن لم تكن له .

(٧) فى أ: فليدفع .

(٨) فى أ: الطالب .

(٩) سقط من ج .

(١٠) فى أ: جعل .

(١١) سقط من أ .

(١٢) سقط من أ .

(١٣) فى أ: من .

يقر به ويمطله فيه ، فتكون على المطلوب أجره العون لا على الطالب<sup>(١)</sup> .

وقال محمد بن عمر : لا [نعلم]<sup>(٢)</sup> ذنباً يوجب استباحة مال الإنسان إلا الكفر ، وليس بمطله تجب استباحة ماله ، وأن تكون أجره العون [عليه]<sup>(٣)</sup> ، وإنما هو ظالم [لمطله فتبطل شهادته ويستحق اسم الظلم]<sup>(٤)</sup> وماله محرم لا يؤخذ منه شيء .

**قلت** : وأجاب ابن عرفة بأن الظلم الذي لا يوجب استباحة مال الظالم هو الظلم الذي لا يؤدي إلى إتلاف مال على المظلوم ، وأما إن [أدى]<sup>(٥)</sup> إليه [ق/ ١١٦ ج] فلا يبعد إغرامه كما قالوا فيمن منع آلة تذكية [لمن]<sup>(٦)</sup> اضطر إليها حتى مات ما افتقر إلى التذكية بها . أ . ه .

[قلت]<sup>(٧)</sup> : وزيف المتيطى أيضاً [قول ابن الفخار]<sup>(٨)</sup> وصحح قول ابن العطار ، وقال : لأن الإنسان جبل على حب المال والشح عليه ، [ومتي]<sup>(٩)</sup> علم أنه يرزء [في ماله]<sup>(١٠)</sup> بشيء ، أسرع إلى الوصول [إلى الحاكم]<sup>(١١)</sup> ولم يعنت الطالب ولا استخف به إلا بالحاكم [الذي دعى إليه]<sup>(١٢)</sup> .

قال : والصواب للحاكم متى علم بلد المطلوب واستخفافه ، [فله]<sup>(١٣)</sup> أن يؤديه

(١) في أ : ومطله بحق فتكون عليه أجره العون على الطالب .

(٢) في أ : يعلم .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : مجرح الشهادة بمطله .

(٥) في ج : ادعى .

(٦) في أ : ممن .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) في أ : فمتى .

(١٠) في أ : فيه .

(١١) سقط من أ .

(١٢) سقط من أ .

(١٣) سقط من أ .

[على ذلك، فيبيح للعون]<sup>(١)</sup> الذي يمضى [فى]<sup>(٢)</sup> أثره أخذ أجرته منه، [وإن لم يفعل ذلك استخف به وبأحكامه]<sup>(٣)</sup>.

ابن فتوح : قال محمد بن أحمد : فإن ثبت عند القاضى تعنيت المطلوب طبع عليه باب مسكنه بعد أن يعين [المسكن]<sup>(٤)</sup> ثقات جيران [المطلوب]<sup>(٥)</sup> عند القاضى ، وهو خير من التسمير [لأنه يفسد الباب ثقب المسامير، إلا أن لا يضر به فيسمر .

فإن رأى التسمير]<sup>(٦)</sup> ولم يرى أن يطبع عليه، فليثبت عنده [أنها]<sup>(٧)</sup> دار [المطلوب]<sup>(٨)</sup> ، وكذلك يسمرها ويخرج ما فى المسكن من الحيوان ومن بنى [آدم]<sup>(٩)</sup> وغيرهم .

المتيطى : إذا اتسع نظر القاضى وتباينت أقطار مصره، فلا يرفع الخصوم إلى المصر إلا فيما قرب من الأميال [القليلة]<sup>(١٠)</sup> ، لأن ما بُعد يشق على الناس، ويُقدم فى الجهات البعيدة حكماً ينظرون فى أحكامهم ، هذا هو المشهور من المذهب .

ومنع من ذلك ابن عبد الحكم إلا بإذن الإمام، [وقال]<sup>(١١)</sup> : إذا لم يتفق فى بعض الجهات البعيدة تقديم حاكم لأن الإمام لم يأذن له أو لعدم من يوليه، فلا يرفع من فيه إلى المصر إلا بشبهة قوية كشاهد عدل أو مثل ذلك من أثر ضرب أو جرح،

(١) فى أ: ويبح للعون.

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ: أنه .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من أ .

(١١) سقط من أ .

وإلا فلا ، [انظره] (١) .

[ولعله شخص الرجل البعيد ولا شيء له عنده .

قال سحنون في مسائل ابن حبيب : لا شخصية إلا بشاهد عدل أنه له حق ، ولا يقبل قول الطالب في ذلك وإن كان عنده عدلاً .

وكان سحنون يؤدب الخصم إذا رفع خصمه بغير طابع يرفعه إليه .

وقال ابن أبي زمنين في «أحكامه» : من سير حكام العدل أن يرفع إلى الطالب طابعاً يرفع به إلى المطلوب وإن كان في محضر الحكام أو على الأميال اليسيرة منه .

وإن رأى أن يرسل فيه من أعوانه فعل ، وإن بعد فليكتب برفعه .

قال : ولأصيح في «الواضحة» : إن استعدى الخصم القاضى على خصمه النائى وسأله أن يكتب له فيه ، فليكتب إلى أهل العدل بموضعهما أن يجمعوهما إلى التناصف بينهما ، فإن أبيا فانظروا في أمرهما فإن رأيتم للمدعى وجهاً لحقه لم يرد به تعينت خصمه فارفعوه إلينا معه وإلا فلا ترفعوه ، وهذا إن كان بحيث لا مؤنة في القدوم على المدعى عليه معه ولا على الشهود .

وإن بعد المكان من موضع القاضى فلا يكتب برفعه وليكتب لمن يثق بفهمه ودينه من أهل ذلك الموضع أن ينظر في دعواه وجميع أمرها ويسمع بينهما ثم اكتب إلينا بما ثبت عندك .

فإذا خاطبه بما ثبت عنده ، فإن رأى أن يكتب إليه إنفاذ الحكم فعل ، وإن رأى رفعهما إليه لإنفاذ ما ثبت عند المكتوب إليه فعل ، ولا يشخص البيئات .

قال سحنون في كتاب ابنه : فإن عصى المدعى عليه ولد ، أمر بعقل ضياعه وسد بابه حتى يضطره ذلك إلى ارتفاعه آ . هـ .

وقريب من هذا المعنى ما نقله الشيخ أبو محمد بن عبد الحكم أن من استعدى

الحاكم على من معه بالمصر وقريب منه، أعطاه طابعا في جلبه أو رسولا.

وإن بعد من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهد، فإن ثبت عنده كتب لمن يتق به من أمنائه إما أنصفه وإلا فليرفع معه، والقريب من المدينة كمن يأتي ثم يرجع يبيت بمنزلة والطريق آمنة يرفع بالدعوى كمن بالمصر.

وحدد الباجي القريب في «سجلاته» بثلاثة أميال<sup>(١)</sup>.

وقول الشيخ رحمه الله : ولا يسع القاضي الأخذ على براءة الدعوى.

**قلت:** لوجوب كتبها عليه كما لا يجوز للشاهد أخذ الأجرة على أداء الشهادة لتعين الأداء عليه.

[قال]<sup>(٢)</sup> اللخمي: الأجرة على الفتوى والقضاء رشوة، وكذلك كل ما هو بين رجلين، لأنه إن أخذ من أحدهما اتهم بالميل معه.

وإن اتفق الخصمان على أجرة لم يجز، لأنه باب فساد وذلك يؤدي إلى أن يعطى أحدهما أكثر من الآخر.

(٢٣٣) [٣] وسئل رحمه الله: عن رجل أثبت لولده ملك، وأنه ما باعه حتى مات وورثه ورثته وهم فلان وفلان، ولم يبيعه حتى غاب أحدهم منذ خمس وستين عاماً، وكان عمره خمسة [ق/ ١٩٦ ب] وثلاثين [عاماً]<sup>(٣)</sup>، واتصل ملكهم إلى الآن وحيزت الأملاك على الشاهدين شهداها بعد أن خاطب عليهما مسدد قبله القاضي ولم يشهد علي صحة الحوز لكن أدى شهوده، فقبلهم وأجل المقوم عليه الذي بيده الأملاك أجلاً شهد عليه فيه، وتغوفل عن ذلك حتى مات القاضي وجميع الشهود، وذلك منذ [ثلاثين]<sup>(٤)</sup> عاماً، هل يبني القاضي الناظر الآن في ذلك على ذلك الأجل

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: ثلاثة وعشرين.

أو يستأنف الأجل ويعمل على صحة ذلك صح عند غيره أم لا؟

[فأجاب<sup>(١)</sup>]: يعمل عليه، لأن التأجيل حكم بصحة الرسم، أما مجرد الحيابة فلا يشهد بصحة رسم إثبات الملك، لأنه تكميل له، وهذا هو الصحيح.

قلت: لأن القاضى يبنى على حكم من قبله، ولا يستأنف [النظر على<sup>(٢)</sup>] ما فى كتاب الأفضية من «المدونة»، وكذلك إذا انتقل إلى خطة حكم من خطة حكم، وقد نظر فى صدر خصومة فى الخطة الأولى [بين يديه<sup>(٣)</sup>] وبه أفتى ابن عتاب وغيره من القرطبيين، وقيل: يستأنف النظر، وهو ضعيف.

وقد سئل ابن رشد رحمه الله: عن بينة شهدت عند قاضٍ فى عقد وأشهد على نفسه بثبوته عنده، ثم عزل القاضى أو مات وولى غيره والشهود أحياء، هل يكررون الشهادة عند القاضى الثانى أم لا؟.

فأجاب: بأن إشهاد القاضى على نفسه بثبوت العقد عنده حكم بعدالة البينة عنده، فلا يلزم أن يعيد الشهود شهادتهم عند غيره، لأن ذلك يوجب ألا يحكم [بشهادتهم<sup>(٤)</sup>] إلا إن علم عدالتهم أو بعد تزكيتهم عنده، وإذا ثبت عنده أن القاضى الأول أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الإعذار دون تزكية وإن لم يعرف عدالتهم وتزكيتهم.

(٢٣٤) [٤] وسئل رضى الله عنه من قاضى مدينة تازي بما نصه: مسألة قاض كتب عنده رسم بإثبات ملك وعدة ورثة، فأمر بحيازنه وحيز ثم مات [ق/ ١٢٠ أ] أو عزل، هل يكون أمره بالحيابة فقط إذا ثبت بتأدية شهودها عند الذى يأتي بعده إثبات الصحة رسم إثبات الملك والورثة أم لا؟ فإن [لم<sup>(٥)</sup>] يثبت ذلك وكان الذى تقدم زاد

(١) فى أ: فقال.

(٢) فى أ: على مقتضى.

(٣) سقط من أ.

(٤) فى أ: بها.

(٥) سقط من أ.

بعد الحيازة عقد الملك، هل يجرى ذلك عن الشهادة بصحته أم لا؟ وهل يجرى في الملك لا في الورثة والموت، وكل ذلك من إثبات ملك وموت ووراثه في رسم واحد، أو لا يجوز في جميع ذلك إلا الإشهاد بصحته أو الأجل بعد الحيازة و[العقل]<sup>(١)</sup>، أو [لا]<sup>(٢)</sup> يجرى إلا الإشهاد؟

فأجاب: أمر القاضى الأول بالحيازة على شهود إثبات الملك والورثة يتضمن صحة رسمه عنده، فهو إذا ثبت عند الثانى كالإشهاد من الأول بصحة رسمه، إذ لا يصح للقاضى أن يأمر بالحيازة على شهود إثبات الملك إلا بعد معرفة عدالتهم أو بتعديلهم أو باختيار أحوالهم، غير أنه لا بد للثانى من إعادة الحيازة عليهم ولا يكتفى بأمر الأول بالحيازة عليهم، إذ لا يحكم بتلك الحيازة إلا من وجههم للحيازة دون غيره، إلا أن يشهد على نفسه برسم الحيازة، فحيثذ يعتمد عليها من جاء بعده لأن إشهاد القاضى بصحة الرسم حكم منه بتصحيحها لا ينتقض ويبنى عليه على المشهور والصحيح، فإذا أمر الأول بالعقد فهو كالإشهاد بصحة الحيازة لا يصح إلا بعد صحة الحيازة [إذ لا يصح العقد إلا بعد صحة الحيازة]<sup>(٣)</sup>.

قلت: هذه المسألة من نمط [ما] <sup>(٤)</sup> قبلها.

(٢٣٥) [٥] وسئل رحمه الله من مكناسة الزيتون عن رجل ادعى على رجل حقاً، فأنكره المدعى عليه ثم ادعى الطالب عنده بينة بذلك الحق، فأجله القاضى خمسة عشر يوماً، وكان موضع البينة التي ادعاها قريباً من البلد بنحو يوم أو أقل، فلما خرج المدعى من البلد أدركه خبر موت السلطان أي ثابت، وكان أهله بتامسني فخاف على أهله وولده وعلى نفسه، فأبطأ حتى انقضى الأجل، وكان قد شرط عليه المدعى أنه إن لم يأت بالبينة في هذا الأجل، فليس عليه إلا اليمين، فهل يسقط إبطاؤه حقه أم لا؟

(١) فى أ: الغلاء.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من ج.

(٤) فى أ: التي.

**فأجاب:** [ق/ ١١٧ ج] يقضى للطالب على المطلوب بما ادعاه عليه إذا أقام عليه بينة مقبولة بعد الإعذار فيها إلى المطلوب وبعد يمين القضاء إن كان الحق دينًا في ذمة المطلوب وادعى قضاؤه ، ولا يبطل الشرط المذكور حقه إن أثبت بوجه لا مطعن فيه كما تقدم، إذ قد تكون له أعذار توجب تخلفه في الأجل وأكبر الأعذار ما اعتذر به ، وليس قول مثل ذلك من الخصم اعترافًا بأن لا حق له ، وإلا لكان من غير شرط ، ولكنه اعتراف بالعجز عن إثبات ما خرج بسبيله ، ثم لا يلزمه [اعترافه بالعجز على تقدير تخلفه عن الحضور بمجلس الحكم في الأجل ، إذ قد يكون له] (١) عذر مانع من الحضور كما تقدم ، فلم يبق إلا ما لخصته وهو واضح ، وبالله التوفيق .

**قلت:** في كتاب الحمالة: إن أنكر المدعى عليه ثم قال للطالب: أجلنى اليوم فإن لم أوفيك غداً فالذى تدعيه على حق، فلا شيء عليه وهي مخاطرة.

وفي كتاب بيع الخيار : لو شرط أنه إن لم يأت المتاع بالشوب قبل غروب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع، لم يجز [هذا البيع] (٢) رأيت لو مرض أوجبسه السلطان .

الشيخ : ومن ذلك ما يقوله الناس اليوم : « ومن لم يحضر وقت كذا مجلس القاضى فالحق عليه » ، إن ذلك لا يلزمه .

(٢٣٦) [٦] وسئل رضي الله عنه من قاضي مدينة تازي رحمه الله وإيانا : ما المختار فيما قيل في حكم القاضى يقوم به شاهد واحد، هل يثبت أم لا؟

**فأجاب:** حكم القاضى [بالمال] (٣) يثبت بشاهد ويمين ، وهذا المنصوص [لابن الماجشون ومطرف] (٤) ، وهو القائم من كتاب الأفضية والنكاح الثانى من «المدونة» .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من أ.

(٤) فى أ: وأصبح.



أما إقامته من كتاب الأفضية فمن قوله : «وإن مات [القاضي]»<sup>(١)</sup> أو عزل وفي ديوانه شهادة البيئات وعدالتهم» .

ثم قال : «وللطالب أن يحلف المطلوب بالله أن هذه الشهادات التي في ديوان القاضي ما شهد بها على أحد، فإن نكل حلف الطالب وتثبت الشهادة، وما يثبت بالنكول واليمين فثبوته بالشاهد واليمين أولى ، ثم لا فرق بين الحكم التام وبين شعبة من شعبه وأما إقامته من كتاب النكاح [الثاني]»<sup>(٢)</sup> [فمن]»<sup>(٣)</sup> اختلاف الزوجين في مقدار فريضة القاضي أن القول قول الزوج مع يمينه فيما يشبهه، وإن أتى بما لا يشبهه .

يريد : أو نكل عن اليمين، فالقول قول الزوجة ، ففيه أيضاً ثبوت حكم القاضي بالشاهد واليمين ، لأنه إذا ثبت بيمين الزوجة ونكول الزوج فلأن يثبت بالشاهد واليمين [أولى]»<sup>(٤)</sup> .

قال [ق/ ١٩٧ب] ابن رشد: وهو الصحيح في النظر، لأن المستفاد بالشاهد واليمين على حكم القاضي بالمال هو نفس المال ، بخلاف اليمين والشاهد على الشهادة بمال أو على الوكالة على مال .

قلت : ما أقامه من مسألتى «المدونة» في كتاب الأفضية والنكاح الثاني سبقه به ابن رشد وعياض، والمنصوص لابن القاسم في رسم «جاء» من سماع عيسى من كتاب الشهادات أنه لا يجوز فيه إلا شاهدان، وقاله ابن الماجشون في «الواضحة» واختاره ابن حبيب وشهره ابن الحاجب .

ابن رشد: وأما كتاب القاضي إلى قاضي فلا يجوز فيه شاهد ويمين اتفاقاً كالشهادة على الشهادة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ: من .

(٤) في أ: أولاً .

**قلت**؛ وفي [نقله] (١) الإتفاق نظر، لقول ابن يونس: اختلف في شاهد ويمين على كتاب القاضى فى الاموال ، فلم يجز ذلك فى كتاب محمد وأجازه فى غيره، وعزاه الباجى لمطرف .

(٢٣٧) [٧] وسئل رضى الله عنه: عن المحكم هل يحكم فيما عدا الاموال من النكاح والدماء وشبهه؟

[فأجاب] (٢) : لا يحكم ويفسخ حكمه ولا يحكم المحكم إلا فى الاموال خاصة .

**قلت**؛ لما ذكر ابن العربى فى «الأحكام» قول مالك: يمضى حكم المحكم ويمضيه القاضى إن رفع إليه ما لم يكن جوراً بيناً .

قال: وذلك فى الاموال والحقوق التى تختص بالطالب، وأما الحدود فلا يحكم فيها إلا السلطان .

[قال] (٣) : والضابط أن كل حق اختص الضمان به جاز التحكيم فيه ونفوذ حكم المحكم . أ.هـ .

وصرح غير واحد بأن [التحكيم إنما هو فى الاموال] (٤) فلا يحكم فى حد ولا قصاص ولا عتق أو طلاق أو نسب أو ولاء .

الباجى: قال أصبغ : فإن حكم فيما ذكر نفذ حكمه ونهاه السلطان عن العودة ، فانظره مع قول الشيخ رحمه الله : ويفسخ حكمه .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ: فقال .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

المازرى : كل من ساغ للإمام أن يوليه الحكومة جاز للخصمين أن يحكماه ، فإن حكما من لا يجوز أن يوليه الإمام كعبد أو امرأة أو صبي أو من ليس بعدل ، ففي رد تحكيمه قولان لمطرف وأصبغ، وثالثها لأشهب: يستثنى الصبي خاصة .

ورابعها لعبد الملك : يستثنى الصبي ومن ليس بعدل .

ابن رشد: فلمن يصح تحكيمه على مذهب مطرف سبعة أوصاف: العقل، والبلوغ، والإسلام، والحرية، والعدالة ، والذكورية، وعدم الولاية .

وعلى مذهب أصبغ وصفان: العقل، والإسلام .

وعلى مذهب أشهب أربعة أوصاف: البلوغ، والعقل، والإسلام، والعدالة .

المازرى : وجميع ما قدمته في الحكم بين الخصمين يشترط فيه أن يكون المحكم عارفاً ، وأما تحكيم الجاهل و [من] (١) لا علم عنده ولا يستفتى فيما يحكم به بينهما، فلا يجوز، ولا يختلف في مثل هذا لأن تحكيم مثله غرر ومخاطرة وزاد بعض الشيوخ [ق/ ١٢١ أ] أنها إذا حكماها وهما [يعتمدان] (٢) أنه لا يخرج في حكمه [على] (٣) مذهب مالك، فلا يلزمهما [حكم] (٤) إذا حكم بغير المذهب الذي يتبعانه ويتبعه هو في نفسه .

**قلت** : بعض الأشياخ هو اللخمي .

الباجي: قال ابن القاسم : إن قضى بما اختلف فيه ويرى القاضى خلافه، مضى إلا في جورٍ بين ، وقاله سحنون في كتاب ابنه [فانظره] (٥) .

وما ذكره المازرى في تحكيم الجاهل ذكره اللخمي [أيضاً] (٦) وصرح برده .

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : يتعقدان .

(٣) في أ: عن .

(٤) في أ: حكمه .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

قال المازري: ولأحد الخصمين تحكيم الآخر فيما يختصمان فيه إذا كان المحكم عدلاً عارفاً.

زاد اللخمي: مجتهداً أو عامياً يسترشد العلماء ، وهو هنا أشد تخاطراً من تحكيم غيره.

ابن يونس : عن مطرف وابن الماجشون: [ويصح<sup>(١)</sup>] حكمه وإن حكم لنفسه ما لم يكن جوراً بيناً، [وليس كتحكيم خصم القاضي للقاضي].

ابن الحاجب: ولو حكم خصمه، فثالثها: يمضى ما لم يكن المحكم القاضي.

ابن عرفة : القول بغير مضية مطلقاً وإن قبله.

ابن هارون وابن عبد السلام: لا أعرفه ، ولم يحكه ابن شاس.

وقال ابن عبد السلام : أشار بعض الشيوخ أو خرج أنه لا خلاف أن حكم القاضي غير ماضٍ لا أعرفه [٢].

المازري : وحكم المحكم إنما يلزم المتراضيان به خاصة، ولا يتعدى [إلى<sup>(٣)</sup>] من لا علاقة بينهما فيما حكماه فيه.

قال: فإن ارتبط كتنازع اثنين في قتل خطأ فحكما رجلاً، ففي لزوم الدية للعاقلة قولان للشافعية.

[ابن رشد: لا خلاف أنه ليس لأحد الخصمين النزوع بعد حكم المحكم، وهل له النزوع قبل الحكم؟ قولان لمطرف وابن الماجشون مع أصبغ لابن القاسم، وعزى ابن يونس الأول لسحنون قال: وقول ابن القاسم أصوبهما<sup>(٤)</sup>].

---

(١) في أ: ومضى.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٢٣٨) [٨] وسئل رضي الله عنه: عن محكم تشاغب الخصمان بين يديه وكثر كلامهما ، [وقال] (١) لهما: اذهبا عني فلست أنظر بينكما في هذه المسألة ، فخلع نفسه من تحكيمهما إياه، هل له ذلك بعد مضي مجالس أم لا ويلزمه التحكيم لقبوله ولا محيص له عنده ؟

فأجاب: المحكم المذكور ليس له أن يعزل عن القضية التي [حكّم] (٢) فيها بعد أن نظر بين الخصمين في بعض فصولها لما تعلق للخصمين من الحق بالنظر الملتزم المشروع فيه إلا برضاهاما .

قلت: لأنه كالوكيل [كما] (٣) لا يكون [للموكل عزل وكيل الخصام عنه] (٤) إذا قاعد [خصمه] (٥) المرة والمرتين على المشهور إلا [لعذر] (٦) ، فكذلك لا يكون للمحكم الإنحلال [وهل لأحد الخصمين النزوع ، أما بعد الحكم فليس ذلك إتفاقا .

قال ابن رشد : وهل له النزاع قبله؟ قولاً لمطرف وابن الماجشون وأصبغ عن ابن القاسم ، وعزا ابن يونس الأول لسحنون أيضاً .

قال: وقول ابن القاسم أصوب] (٧) .

ابن يونس : عن أصبغ في الخصمين يتجه للقاضي الحكم على أحدهما فيستغيث بالأمير، وهو جائز [فأمر] (٨) بترك النظر في ذلك أنه إن توقعنا عنده الحجج ونظر حتى يتبين له الحق، فلينفذ له حكمه ولا ينظر إلى نهى [الإمام] (٩) ، إلا أن يعزله

(١) في أ: فقال .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ: فكما .

(٤) في أ: للوكيل الإنحلال .

(٥) في أ: الخصم .

(٦) في أ: بعذر .

(٧) سقط من ج .

(٨) في أ: فيأمر .

(٩) في أ: الامير .

رأساً، وإن كان في مبتدأ أحدهما قبل أن يتبين له حق أحدهما، [فليتنبه] (١) ويدعهما .  
البرزلى : وكثير ما يقع في زماننا ينهى الأمير القاضى عن تمام الحكم فى قضية،  
أو ينهأ عنها ابتداءً فيحجر عليه إلا بحكم على الأجناد أيام الحركة، فإن كان قبل  
ظهور الحكم عزل [نفسه] (٢) وبعد [ق/ ١١٨ ج] ظهوره يجب عليه السعى فى تمامه  
إن أمكن ولم تنشأ عنه مفسدة، وإن ظن إنشاء المفسدة ترك وكان كالمكره وله مندوحة  
عند الله تعالى .

(٢٣٩) [٩] وسئل رحمه الله من قاضى ساحل الريف: عن مسألة، نصها:  
تخاصم عندنا رجلان فى شيء وسجل على المطلوب، وبعد فراغه من رسم التسجيل  
ذكر فى بعض فصوله، فأعذر بعد ذلك إلى القائمين المذكورين بما وجب أن يعذر  
إليهما، فلم [يكن] (٣) لهما حجة، فلما ثبت عجزهما وتحقق لدهما أسقط حجتهما  
من الأرض المذكورة وأوجب لهما [اليمين على المقوم عليهم المذكورين وأثبت  
الأرض المذكورة بيد المقوم عليهم المذكورين شهد هكذا نص التسجيل وغفل عن  
إقتضاء] (٤). اليمين التي أوجب على المقوم عليهم للقائمين، ولم يذكر اقتضاءهم  
إياها قبل إبرام الحكم وثبوتها عنده، فما الذى يعول عليه فى اليمين المذكورة إذا لم  
يقنضها من وجبت عليه [قبل تمام الحكم؟ وهل اقتضاؤها] (٥) شرط فى ثبوت الحكم  
المذكور أم شرط كمال؟

فأجاب: اقتضاء اليمين المذكورة شرط فى ثبوت الحكم المذكور، وكذلك ما يقوم  
مقام اقتضاؤها من إسقاطها، وكالإعذار إذا غفله القاضى وحكم [قبل] (٦) أن يعذر  
إلى من وجب أن يعذر إليه، وليس من شروط كمال الحكم .

(١) فى ج: فليتنبه .

(٢) بياض فى أ .

(٣) فى أ: تكن .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ: له من تمام الحكم كذا .

(٦) فى أ: من غير .

وإذا تقرر ذلك، فإن من رفع إليه الحكم المذكور [من الحكام]<sup>(١)</sup> ينقضه حتى يحصل شرطه وحيثذ يسجل.

**قلت:** إذا قد ينكل [عن يمين]<sup>(٢)</sup> من توجهت عليه إذا اقتضاها من وجبت [عليه]<sup>(٣)</sup> فتقلب عليه، فيبطل الحق المحكوم به ويبطلانه يبطل الحكم.

وما خرج به رحمه الله من نقض الحكم المنفذ بغير إعدار، وقع فيه لبعض أصحاب ابن عرفة - وهو الفقيه العلامة الأوحى أبو عبد الله محمد بن خليفة الوشتاتي الشهير بالأبى رحمه الله - فى «إكمال الإكمال» له [فيه]<sup>(٤)</sup> تردد، ونص كلامه: وانظر إن أنفذ القاضى الحكم ولم يعذر، هل يفسخ أو يتم بالإعدار دون فسخ؟

قال: والفسخ أظهر، لأن الإعدار شرط فى التقييد أ. هـ .

وقال مالك رضى الله عنه فى كتاب الأفضية: وجه الحكم فى القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضى عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة، فإن قالوا: لا، حكم بينهما.

ابن محرز: جعل فهمه هنا مقام ما سمعه منهما.

وقال عياض: ليس مراده هذا وإنما فهم عنهما وحققه تحقيقاً يرفع عنه الريب والاحتمال من مقاصدهما، لا أنه فهم من معرض كلامهما ولحن خطابهما، فليس هذا مما يقوم به الأحكام.

وقد قال أشهب وسحنون وغيرهما: [لا يقضى القاضى حتى لا يشك أن قد

(١) سقط من ج.

(٢) سقط من ج.

(٣) فى أ: له.

(٤) سقط من أ.

فهم، فأما أن يظن قد فهم وهو يخاف أن لا يكون قد فهم لما يجد من الكسل والحيرة<sup>(١)</sup> فلا ينبغي له أن يقضى بينهم، فهذا هو الفهم الذي أراد في الكتاب لا غيره. أ.هـ.

[قلت]<sup>(٢)</sup> : وأجرى ابن عرفة رحمه الله قولي ابن محرز وعياض [هذين]<sup>(٣)</sup> على الخلاف في صحة الشهادة بالفهم.

(٢٤٠) [١٠] وسئل رضي الله عنه: عن رجل ادعى على رجل في أرض بيده أنها له، [وادعى الحائز أنها له]<sup>(٤)</sup>، فتنازعا ثم حكما بينهما محكماً رضياً به وشرعاً في الخصام إلى أن حكم المحكم بها للحائز لها وقطع عنه حجة القائم، وأشهد على حكمه بينة عادلة، ثم بعد ذلك استظهر القائم بحكم المحكم المذكور له بالأرض المذكورة وأنكر ما بيد الذي بيده الأرض من الحكم بقطع دعواه، فأراد الذي بيده الأرض المرافعة إلى محكم آخر أو إلى القاضي المنصوب للأحكام بين المسلمين، فقال المحكم الأول: لا اختيار [لأحد على]<sup>(٥)</sup> فيما حكمت به، أنا أثبت الحكمين، فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا فرغ المحكم من الحكومة التي حكم فيها فلا يقبل قوله بعد ذلك أنه حكم لفلان بكذا أو لم يحكم له إلا بكذا، لأنه لما فرغ منها صار معزولاً عنها كالقاضي المنصوب لأحكام القضاء من قبل السلطان لا يقبل بعد عزله قوله: إني [كنت]<sup>(٦)</sup> حكمت بكذا، فلا يثبت هذا الحكم إلا بينة على الحكم.

فإذا ثبت الحكم بينة، فإن كان المحكم [ق/ ١٩٨ ب] المذكور غير بصير بأحكام

(١) سقط من ج.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ج: على الآخر.

(٦) سقط من ج.



القضاء ولا يسترشد البصراء بها، فإن حكمه ينقض وإن وافق ، لأن التحاكم إلى مثل هذا الخطر أشد من [المخاطرة]<sup>(١)</sup> في البيع، قاله اللخمي .

وإن كان بصيراً بها أو استرشد البصراء بها فإن صدر منه في النازلة حكمان يثبت الأول منهما إن توفرت فيه شروط الحكم [ق/ ١٢٢ أ] ونقض الثاني ، وإن لم تتوفر فيه الشروط لم يثبت ، وبالله التوفيق .

قلت: قال في كتاب الأفضية : ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به .

وفي اختصار ابن يونس : وكل حكم يدعى القاضى المعزول أنه قد حكم به ، فلا تقبل شهادته فيه ، لأنه هو الحاكم به .

قال الشيخ في «تقييده» : وكذا لا تجوز شهادة المحكم فيما حكم به ، لأنه بنفس الفراغ من القضية صار معزولاً .

المازرى : إن أنكر المحكوم عليه أن يكون خاصم عند القاضى أو شهد عليه عنده أو حكم عليه ، وقال القاضى : بل خصمت عندى وشهدت عليك وحكمت بعد الإعذار إليك ، [فإن]<sup>(٢)</sup> القاضى ما دام على ولايته لم يعزل ويقبل قوله ، هذا هو المعروف من المذهب ، ذكره ابن حبيب عن أصبغ .

وفي كتاب ابن الجلاب : لا يقبل ذلك من القاضى إلا بيينة ، والأصل الأول ، لأن القاضى إذا كان باقياً على [ولايته]<sup>(٣)</sup> فله أن يقول الآن مستأنفاً لإيقاع الحكم : [أشهدوا]<sup>(٤)</sup> على أنى قضيت على هذا لهذا بكذا أن استقصيت الواجب ، ولا يقدح فيه تكذيب المحكوم عليه .

قال : وكان الذى فى الجلاب بناه على حماية الذرائع .

(١) فى ج : تخاطر .

(٢) فى أ : قيل قول .

(٣) فى أ : قضائه .

(٤) سقط من أ .

**قلت:** صوب اللخمي ما فى الجلاب، وقال : هو الأشبه فى قضاة اليوم لضعف عدالتهم.

وأشار ابن عبد السلام إلى أن كلام [ابن] (١) الجلاب ليس نصاً فى المخالفة ، لأن مسألة المشهور لم يخالف الخصم فى الحكم وإنما خالف فى سببه وهو الإقرار ، بخلاف مسألة الجلاب فإن الخصم نازع فيها فى أصل الحكم.

ولو عرضت مسألة المشهور على ابن الحاجب [لاحتمل] (٢) أن يوافق المشهور.

قال الشيخ أبو المودة [خليل] (٣) رحمه الله بعد أن ذكره: وهو إن كان كلاماً ظاهراً إلا أنه خلاف ما فهم اللخمي والمازرى وغيرهما.

**قلت:** ونقل ابن يونس عن ابن القاسم فى «المجموعة» فى القاضى يقول: قضيت عليك بكذا بشهادة عدول، فأنكر الرجل وقال : ما شهدوا علىّ ، وستل الشهود فأنكروا أنه يرفع ذلك إلى السلطان ، [فإن كان القاضى معروفاً بالعدل لم ينقض قضاؤه ، أنكر الشهود أو ماتوا.

ولو لم يعرف بالعدل ، لم ينفذ حكمه وابتدأ السلطان] (٤) النظر: أ.هـ.

وفى سماع أصبغ من كتاب الأفضية: قال ابن القاسم فى القاضى [يشهد على] (٥) قضاء قضى به وهو معزول أو غير معزول ويرفعهما إلى إمام غيره، إن شهادته لا تقبل ولا يجوز ذلك القضاء إلا بشاهدين عليه غيره أنه قد قضى به، وقاله أصبغ.

ابن رشد : هذه مسألة صحيحة وفيها معنى خفي، وهو أن قول القاضى وهو

(١) سقط من ج.

(٢) فى ج: لا احتمال.

(٣) سقط من ج.

(٤) سقط من أ.

(٥) فى أ: شهد.

على قضاائه : «حكمت لفلان بكذا»، لا يصدق إذا كان قوله بمعنى الشهادة، كان يتخاصم رجلان عنده فيكون من حجة حكم لى بكذا أو ثبت [لى عنده] (١) كذا، فسأله بينة على ذلك فذهب إليه فيأتى بكتابه قد حكمت له على فلان بكذا وثبت له عليه، فهذا لا يجوز ، لأنه على هذا الوجه شاهد . ولو أتى الرجل ابتداءً إلى القاضى فقال له : خاطب لى قاضى بلد كذا بما ثبت لى عندك على فلان أو بما حكمت لى به عليه ، فخاطبه بذلك لجاز، لأنه مخبر لا شاهد كما يجوز قوله وينفذ فيما يسجل على نفسه ويشهد من الأحكام ما دام على قضاائه .

وقد وقع لابن الماجشون ومطرف وأصبع فى «الواضحة» ما يعارض رواية أصبغ هذه ، وقد ذكرناه أول سماع ابن القاسم .

(٢٤١) [١١] وسئل رضى الله عنه : عن محكم حكم بشاهدين ثم ادعى أحدهما أنه لم يشهد قط فى القضية؟

[فأجاب] (٢) : فإن ثبت أنه شهد ببينة وشهدت بينة على الحكم وإنفاذه على شروطه وأنه مما يجوز للمحكم فيه، لزم ولم ينفع رجوعه ، ولا يقال: إن هذا رجوع حيث يفرم أو لا يفرم، إذ لم يصرح بالرجوع .

قلت: قال المازرى رحمه الله: إذا وقعت المناكرة بين القاضى وبين من حكى عنه أنه شهد عنده بأن يقول: لم أشهد عندك قط بهذا، فذهب ابن القاسم إلى أن ذلك لا يقبل منهما، ولا يرتفع الحكم بجحودهما للشهادة ، كما لو قال بعد الحكم: رجعنا عن شهادتنا ، إلا أنهم لا يفرمون هنا.

ومذهب ابن المواز أن الحكم ينقض بذلك ، [انظره] (٣) .

(٢٤٢) [١٢] وسئل رحمه الله من قاضى مدينة تازي رحمه الله: عما لا يصلح

(١) فى : له عليه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

فيه اليمين مع الشاهد إذا جاء رسم بشاهدين أحدهما القاضي الذي رفع إليه الحكم [به] (١) ، كيف يصنع ، هل يصرفه أو يقدم من يؤدي عنده ويحكم [به] (٢) أو يصرفه لعمل غير عمله أو ما يفعل [ق/ ١١٩ ج] فيه فإنه كثير ما يقع هذا عندي؟

فأجاب: إذا كان القاضي تمام نصاب الشهادة بشهادته ، [فما شهد به] (٣) فإنه يرفع القضية إلى من فوقه [وشهد] (٤) عنده ، ولا يحكم في ذلك بعلمه ، ولا يقدم من يؤدي عنده ، لأن مقدمه كهو على مالا يخفى .

قلت: قال في كتاب الأفضية : وإذا وجد السلطان حداً على أحد من حدود الله عز وجل ، رفع ذلك إلى من فوقه .

[قال فيها] (٥) : ولو أقر أحد الخصمين عنده بشيء وليس عنده أحد ، ثم [يجحد ، فلا يقضى عليه إلا بينة] (٦) .

فإن لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك عند من فوقه .

وكذا ما اطلع عليه من حدود الله أو رأى من غضب أو سمع من قذف ، فليرفع إلى من فوقه ويكون شاهداً .

ابن رشد: في رسم «الجواب» من سماع عيسى من كتاب الأفضية: حكم القاضي على الرجل بما أقر [به] (٧) عنده قبل ولايته لا يجوز بلا خلاف بين أحد من أهل العلم ، فإن فعل رده هو ومن بعده من الحكام .

وما أقر به عنده بعد أن استقضى في غير مجلس القضاء ، لا يجوز حكمه عليه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ: ويشهد .

(٥) في أ: وقال أيضاً .

(٦) في أ: يعيد إليه المقر فيجحد ذلك الإقرار ، لم يقضى عليه سواه .

(٧) سقط من ج .

به دون بيته به عليه بلا اختلاف في المذهب ، وأجازه أهل العراق في الحدود .

وعنهم : يقضى بعلمه في الحدود أيضاً ، وهو بعيد ، فإن قضى عليه بذلك الإقرار نقض حكمه بذلك ما لم يعزل على المشهور ، ولم يرد من بعده .

وأما ما أقر به عنده أحد الخصمين في مجلس قضاائه [ثم جرده] <sup>(١)</sup> ، فلا اختلاف فيه موجود في المذهب ، وإن كان ابن المواز قد ذكر أنه لا اختلاف في ذلك بين أصحاب مالك .

وقال ابن الماجشون : الذي عليه قضاتنا بالمدينة وقاله علماؤنا ولا أعلم مالكا قال غيره ، إنه يقضى عليه بما سمع منه وأقر به عنده ، وإليه ذهب مطرف وأصبخ وسحنون .

والمشهور في المذهب أنه لا يقضى عليه إذا جحد ، إلا أن يشهد عليه من عنده ممن حضر مجلسه . أ. هـ .

**قلت :** وعلى المشهور فقد علمت ما قدمنا عن «المدونة» [أنه] <sup>(٢)</sup> يشهد [بذلك] <sup>(٣)</sup> عند من فوقه بذلك .

وحكى ابن محرز في شهادته بذلك قولين ، وصوب شهادته . قال : لأنه أمر علمه ، [وهو] <sup>(٤)</sup> لا يحكم بعلمه ولكن يشهد [به] <sup>(٥)</sup> عند غيره كسائر ما [يعلم] <sup>(٦)</sup> .

(٢٤٣) [١٣] وسئل رحمه الله من قاضي الريف رحمه الله : عن بلد لا قاضي به ، هل تقوم [فيه] <sup>(٧)</sup> جماعة العدول مقام القاضي في كل مسألة [ق/ ١٩٩ ب]

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : فهو .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : يعلمه .

(٧) في ج : به .

يفتقر فيها إلى تنفيذ حكم القاضي المولي من قبل من يجب، أم ذلك في بعض المسائل؟ وكيف إن كان ذلك في بعضها؟ [فبينوا لنا] (١) ما يجوز فيه حكم الجماعة مما ليس كذلك؟ وهل يصح ذلك في الدماء والحكم على الغائب والصغير أم لا؟ وكتب لكم بذلك يوسف بن عبد الملك الصنهاجي وأبو بكر بن عبد الحلیم البطوي.

فأجاب بما نصه: جماعة العدول في البلاد النائية عن السلطان وحيث يتعذر [الانتهاء] (٢) إلى السلطان تقوم مقامه في كل حكم حتى في الحدود والقصاص، قاله أبو عمران رحمه الله في التعليقات، [والسلام] (٣).

قلت: بهذا أفتي [غير واحد] (٤)، وحكاه محمد بن عياض عن فتيا الداودي.

قال: وكذلك [ق/ ١٢٣] البلد الذي فيه سلطان غير عدل أو [تضييع] (٥)

الحدود، [ونصه: وسئل أحمد بن نصر الداودي عن بلد المصامدة ربما لم يكن عندهم سلطان وتجب الحدود على السُّراق، وشربة الخمر وغيرهم من أهل الفساد، هل لعدول ذلك الموضع وفقهائه أن يقيموا الحدود إذا لم يكن سلطان وينظروا في أموال اليتامى والغياب والسفهاء؟

فقال: ذلك لهم، وكل بلد لا سلطان فيه أو فيه سلطان يضيع الحدود أو سلطان

غير عدل فعُدول الموضع وأهل العلم يقومون في جميع ذلك مقام السلطان .  
أ.هـ] (٦).

وأعرف مثله للسيوري رحمه الله وهو واضح، لأن الفاسق ساقط الولاية شرعاً.

(١) في أ: فعينوا.

(٢) في ج: الإنهاء.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: عبد الواحد.

(٥) في أ: يضيع.

(٦) سقط من أ.

البرزلي: [سئل<sup>(١)</sup> أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن عمن مات في سفر ولم يوص لأحد، فاجتمع المسافرون وقدموا رجلاً باع هناك تركته ثم قدموا لبلد الميت وأرادوا نقض البيع إذ لم يبع عن إذن حاكم، وبلده بعيد عن موضع موته؟

**وأجواب:** إن من مات في سفر وموضع لا قرار فيه ولا قضاة ولا عدول، فما فعله جماعة الرفقة من بيع وغيره جائز، وقد وقع مثل هذا لعيسى بن مسكين فصوب فعله وأمضاه .

[وسئل السيوري عمن غاب إلى مصر وله زوجة، لم يخلف نفقة إلا ما يفى بصدقتها، وليس في البلد قاضٍ وربما كان فيه من قبله فحلف بالمشى إلى مكة أنه لا يحكم فيها ولا ينظر في الطلاق، وربما كان بين البلد والأمير نحو ثمانية أميال والخوف بينهم عام، وربما انجلى الخوف في بعض الأوقات، فهل تقوم الجماعة مقام القاضى في هذه النازلة وغيرها، أم يجب أن يحث نفسه ويحكم؟

**فأجاب:** إذا عدم القضاة أو كانوا وهم غير عدول، فالجماعة كافية في الحكم في ذلك في جميع الأشياء، يجتمع أهل الدين والفضل ويقومون مقام القاضى في ضرب الأجل والطلاق وغير ذلك<sup>(٢)</sup> .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

### [مسائل من الشهادات]<sup>(١)</sup>

(٢٤٤) [١] وسئل رضي الله عنه من مدينة تازي: عن رجل شهد مع رجل آخر في ملك، وثبت الملك المذكور بشهادتهما وحيز، وتأخر الحكم سنين كثيرة لأمر أوجب التأخير، حتى تزوج أحد الشاهدين امرأة لها في ذلك الملك نصيب، فماتت الزوجة تحت الشاهد المذكور فورث منها، [فهل]<sup>(٢)</sup> يقدر ذلك في شهادته أم لا؟

فأجاب: إن كان [الأمر]<sup>(٣)</sup> كما ذكرتم، فذلك غير قادح في شهادة الشاهد المذكور، قاله أصبغ في نوازل من «العتبية» وإذا لم يقدر ذلك في شهادته وجب أن يحكم بها لورثة المرأة بعد وفاتها لبعث التهمة، سيما وإن كان موروثه منها يسيراً في جنب ذلك الملك المشهود به، كتبت لها من خطه بعد أن قرأتها عليه بلفظه سؤالاً وجواباً.

**قلت:** لأن حدوث تهمة الجرح والدفع والعداوة بعد أداء الشهادة [لا يبطل الشهادة]<sup>(٤)</sup>.

ابن رشد: إن شهد الشاهد وهو عدل غير متهم في ظاهر أمره، فقبلت شهادته ثم حدث بعد قبولها وقبل الحكم بها ما لو علم به قبل قبولها لم تقبل، ففيه تفصيل: أما التهمة بالعداوة أو الظنة، فلا تؤثر في شهادته، إلا أن يعلم لذلك سبب قبل أدائها كأن يشهد لامرأة ثم يتزوجها فيشهد عليه أنه كان يخطبها قبل أن يشهد لها، وما أشبه ذلك، فإنها تبطل بدليل قول ابن القاسم في سماع حسين بن عاصم في الشاهد على رجل أنه حلف بطلاق امرأته البتة إن تزوجها قبل أن يتزوجها، فأتى

(١) سقط من ج.

(٢) في أ: هل.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.



المشهود عليه بيينة أن الشاهد كان يخطبها قبل أن يتزوجها، وهو أن شهادته تبطل .

ولأصبغ في «الثمانية» : إن الشاهد إذا خاصم المشهود عليه بعد الشهادة ، لم [تقبل] (١) شهادته إلا أن يقر أن ما يطلبه به من ذلك [كان] (٢) قبل إيقاع الشهادة .

وأما الجرحة بالأحداث تظهر منه كأن يقتل أو يجرح أو يزني أو يسرق أو يشرب خمرًا أو يقذف أو ما أشبه ذلك، فقال مطرف وأصبغ، ورواه عن ابن القاسم: إن ذلك كله [تبطل] (٣) الشهادة [به] (٤) .

وقيل: ما كان يستتر به [من ذلك كالزنى والسرقة والشرب وشبه ذلك تبطل به الشهادة إذ لا يؤمن في أن يكون قديماً قبلها وما لا يستتر به] (٥) ويعلم أنه كان خلى منه يوم شهد كالقتل والجراح والقذف وشبه ذلك، لم تبطل به الشهادة كما لا تبطل بالخصومة والتزويج، وهو قول ابن الماجشون . أ.هـ .

وفي كتاب السرقة : إن ارتد الشهود أو [فسقوا] (٦) قبل الحكم ، لم يحكم بما شهدوا به وسقطوا .

(٢٤٥) [٢] وسئل رحمه الله: عن رجل شهد عليه رجلان في العام الفارط بحق لرجل، فكلف القاضي فيهما العدالة فعدّلا ، فأعذر فيهما للمشهود عليه فلم يجد مدفعاً، فأمضى الحكم وأنفذه، فلما كان الآن شهد الشاهدان للمشهود عليه [فلم يجد مدفعاً فأقضى عليه الحكم] (٧) أولاً أن له قَبْلَ رجل حقاً، فقبل القاضي شهادتهما أيضاً وأعذر فيهما للمشهود عليه، فأتي للقاضي بالذين كانا زكياهما عنده في العام الفارط

(١) في أ: تبطل .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ: يبطل .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ: يسرقوا .

(٧) سقط من ج .

فشهد بتجريحهما ، فهل للقاضي أن يعمل [على] (١) شهادتهما أم لا؟

فأجاب: أكرمكم الله ، للقاضي أن يقبل من المجرحين المذكورين ما شهدا به عنده من التجريح المذكور وإن كان قد شهدا بعدالتهما أولاً ، ولا يقدح في [عدالة] (٢) المجرحين كونهما عدلاًهما أولاً ، لأن السخطة تحدث كما أن [ق / ١٢٠ ج] العدالة تحدث ولو كانت الجرحه قديمة ، و[لو] (٣) لم يعلمها وقت التعديل ثم علمها الآن ، لم يقدح ذلك في شهادتهما لأن العمدة في العدالة على الظاهر لاحتمال أن يكون الباطن خلافه ، إذ هو أكثر المقدور ، ولا يظن بالشاهدين أنهما عدلاًهما أولاً مع علمهما بسخطتهما ، وظاهر عدالتهما ينزههما عن ذلك .

ولوثبت ذلك عليهما كانا مسخطين حيث شهدا بعدالة مسخوط ، إذ هي شهادة زور على ما لا يخفى .

قلت: قوله: «لأن العمدة في العدالة على الظاهر» ، هو مقتضى قول سحنون في «نوازل»: قيل: كيف يعدل الرجل ؟ قال : أن يقول : هو عنده من أهل العدل والرضي .

ابن رشد: لأن القطع على ذلك [ق / ٢٠٠ ب] لا يصح ، وإنما يشهد بما يغلب على ظنه من عدالته بما ظهر إليه من أحواله .

وهو نحو قول أصبغ: لا أرى أن يقول في التعديل : «هو عدل» ، وليقل : «أراه عدلاً» ، ولو قال : «هو عدل» لم يقل عندي كما قال سحنون هنا . ولو قال : «أراه عدلاً» كما قال أصبغ لجازت شهادته ، ولم تكن غموساً وإن كان ظاهرها القطع بما لا يصح القطع عليه ، لأن المعنى فيه عند الشاهد ما يغلب على ظنه من عدالته ولا يدخله الاختلاف الذي فيمن شهد كمستحق عرض أنه ما باع ولا وهب .

(١) في ج: عن .

(٢) في أ: شهادة .

(٣) سقط من أ .

ابن يونس: عن ابن سحنون: قال ابن كنانة: التعديل أن يقول: [أعرفه أو] (١) أعلمه إلا عدلاً، [رضى ولا يقبل منه أن يقول: لا أعلمه إلا عدلاً رضي] (٢) وذكر نحوه عن مالك . أ. هـ.

**قلت:** ولا ينافى في هذا كله ما لسحنون في سماعه من «العتية».

وفى كتاب ابن المواز: لا يزيه حتى يعلم باطنه كما يعلم ظاهره .

قال اللخمي رحمه الله مفسراً له: يريد، يعلم باطنه في غالب الأمر ليس عليه أن يقطع بذلك .

وأشار ابن عرفة إلى قول سحنون وابن المواز ذلك كالمنافى لنقل الشيخ أبى محمد عن ابن سحنون عنه: من عدل رجلاً لم يعرف اسمه قُبِلَ تعديله .

وقال ابن الحاجب تبعاً لابن شاس: ويعتمد - أى الشاهدان - على القرائن المغلبة للظن فى التعديل وفى الإعسار بالخبرة الباطنة وضرر أحد الزوجين .

ابن عبد السلام: [فهذه] (٣) صور أجازوا فيها للشاهد أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوى القريب من اليقين، لأنه هو المقذور على تحصيله، فلو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم فى التعديل والإعسار، وأما ضرر الزوجين وإن كان يمكن حصول القطع به للشاهد ولكنه فى غاية السندور والعسر، فيلزم تعطيل الحكم فيه أيضاً، ولعسر ذلك قال فى الرواية: ومن أين العلم بذلك؟! .

ابن عبد السلام: ولكنه قد يكون الشاهد به من الجيران ومن بعض القرابة ممن يدخل عند الزوجين فى أوقات كثيرة أ. هـ. [فتأمله] (٤) .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ: هذه .

(٤) سقط من ج .

**قلت:** وما أشار إليه من كون القطع بالضرر إنما يحصل به العلم للجيران والأقارب الذين يدخلون على الزوجين في أوقات كثيرة دون غيرهم من الأبعاد النائين، صحيح ويعضده [ق/ ١٢٤] نقل المتطيطى عن ابن الهندي في [مقالته] (١): إذا شهد بالضرر صالحات النساء والخدم واللواتى يدخلن إليها، جاز ذلك.

وتعقب ابن عرفة قوله: «والخدم» بأن الرق مانع من الشهادة في الذكور، فأحرى في النساء.

قال: وصرف ذلك للخبر يؤدي إلى حكم الحاكم بعلمه.

وقال ابن عرفة بإثر نقله قول ابن الحاجب المتقدم: وهذا الظن الناشيء عن القرائن إنما هو كافٍ في حزم الشاهد [كما] (٢) به يشهد على وجه البت، ولو صرح بأداء شهادته بالظن لم يقبل إلا في التعديل من قوله: أراه عدلاً، ولعله مراد ابن رشد فيتفق الطريقان.

(٢٤٦) [٣] وسئل رضي الله عنه: عن رجل شهد عليه شاهد مبرز بحق، فقال المشهود عليه: هذا الشاهد مُجْرَحٌ ساقط العدالة [ولو] (٣) مكنت منه لأجرحته بأعدل منه، فبقي الأمر [كذلك] (٤) مدة ثم شهد المبرز المذكور للرجل المذكور بحق قَبِلَ رجل آخر، هل يقبل له مع أنه كان اعترف بجرحته أم لا؟

[فأجاب] (٥): هذا رجل اعترف بأن شاهده مُجْرَحٌ، فلا يقبل له [في] (٦) شيء

(١) في ج: مقالة.

(٢) في أ: بما.

(٣) في أ: ولئن.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: فقال:.

(٦) سقط من ج.

بما شهد له به .

قلت هو كقول ابن كنانة فيمن شهد بعدالة [رجل]<sup>(١)</sup> ، ثم إن الشاهد شهد على المُعدّل ، فشهادته مقبولة ولا يكلف تعديلاً ، لأنه قد رضى بشهادته إذ عدّله ، نقله ابن عات عن الاستغناء عن «المجموعة» .

وفي «الكافي» : إن شهد عند القاضى شهود لم يعرفهم ، واعترف المشهود عليه بعدالتهم ، قضى عليه بهم إذ لم يكذبهم ، ولا يقضى بهم على غيره إلا أن تعرف عدالتهم .

وأشار ابن عرفة إلى أن قول ابن الحاجب رحمه الله : «ولو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصة» ، خلاف قول أبى عمر فى «الكافي» ، [المقدم]<sup>(٢)</sup> لأن قول أبى عمر : «إذ لم يكذبهم» يصير المسألة إلى باب الإقرار لا الحكم بالبينة .

قال : ولا أعرف ما ذكره ابن الحاجب لأحد من أهل [العلم]<sup>(٣)</sup> .

[قال]<sup>(٤)</sup> : ونقله ابن شاس وابن الحاجب عن المذهب يقتضى أنه نصّ فيه والله أعلم ، هل وفقاً عليه فى المذهب نصّاً أو إنمّا وجداه للغزالي فظننا أنه جارٍ على أصول المذهب .

قال : وفى جريه على المذهب نظر ، لأنه إقرار متناقض فيجب طرحه بتناقضه ، وتقريره أن الخصم أقر بحقيقة ما شهد به صار موجب الحكم إقراراً ، وقد فرضناه ببينة وهذا خلف .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : المذهب .

(٤) سقط من أ .

وإن نفي حقيقة ما أشهد به كان حاكماً عليه بالكذب عمداً أو تغافلاً ، وكلاهما منافٍ للعدالة المعتبرة فى الحكم . أ.هـ.

وقال ابن عبد السلام : ينبغى أن يتأول ما ذكره ابن الحاجب أن الخصم أقر بعدالة الشاهد بعد أدائه للشهادة ، وأما إن أقر بعدالته قبل [أدائها]<sup>(١)</sup> ففى لزومها نظر، فقد قالوا: إذا قال أحد الخصمين : كل ما شهد به فلان بيننا حق، فيشهد عليه، فإنه لا يلزمه ما شهد به .

خليل: ويفرق بينهما أنه إذا أقر بعدالة فقد أقر بأمر متقدم يعلمه منه، بخلاف من التزم ما يشهد به ، لأنه يقول: ظننت أنه لا يشهد إلا بحق.

قال: وقول ابن الحاجب : «خاصة» أى لا يحكم بها على غيره، وظاهره: ولو تضمنت شهادته هذه حقاً على المشهود له، وفيه نظر لقول ابن لبابة فى «منتخبه»: الذى نعرف من فتيا من أدركنا من الشيوخ أن المشهود له يلزمه ما شهد له عليه شاهده إذا كان لا يصل إلى حقه إلا بشهادته.

قالوا: يقال له: إن قلت : «صدق الشاهد»، فيلزمك ما شهد به، وإن قلت : «كذب فى البعض»، كنت قد جرحته فلا تعطى بشهادته شيئاً.

وفى أجوبة الشيخ رحمه الله [ما نصه]<sup>(٢)</sup> مسألة ذكر ابن عبد البر فى بعض كتبه أن الأصل فى طلبه العلم أنهم يحملون على العدالة حتى يثبت الجرحه بدليل ما جاء فى الحديث «يحمل هذا الشأن أو [هذا]<sup>(٣)</sup> العلم من كل خلف عدوله» ، فهذا نص على عدالتهم ، وبالله التوفيق .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) سقط من ج.

**قـ:** لعله في نقل العلم، والحديث حتى يتبين الجرح لا في الشهادة على الحقوق، ويعضده أن ابن الصلاح رحمه الله في باب «صفة من تقبل روايته من أهل الحديث» نقله عنه، وأشار إلى أن ذلك منه توسع، ونص كلامه فيه: وتوسع ابن عبد البر الحافظ في هذا، فقال: لكل حامل علم معروف العناية به فهو عدل محمول في أمره أبداً على العدالة حتى يتبين جرحه، لقول النبي ﷺ: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله»<sup>(١)</sup>.

ابن الصلاح: وفيما قاله اتساع غير مرضى .

قال شيخ شيوخنا الحافظ المحدث الرواية النقاد الإمام الشهير زين الدين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين بن العراقي رحمه الله مشيراً إلى هذا في «ألفيته» .  
ولا بن عبد البر:

كل من ع\_\_\_\_\_ بحمله العلم ولم يوهنا

فإنه عدل لقول المصطفى يحمل هذا العلم لكن تولفا

قال في شرحه لها: وممن وافق ابن عبد البر على قوله هذا من المتأخرين أبو بكر بن [المواق، فقال]<sup>(٢)</sup> في كتابه بقية النقاد: أهل العلم محمولون على العدالة حتى يثبت منهم خلاف ذلك.

وأشار ابن العراقي إلى ضعف هذا الحديث الذي احتج به ابن عبد البر بأن العقيلي أورده في «الضعفاء» رسلاً عن إبراهيم بن عبد الرحمن العزوي، ورواه ابن أبي حاتم في مقدمة «الجرح والتعديل» وابن عدي في مقدمة «الكامل»، وهو مرسل معضل [ق/ ٢٠١ ب]، وإبراهيم الذي أرسله قال فيه ابن القطان: لا [نعرفه]<sup>(٣)</sup>

(١) أخرجه الطبراني في «مسند الشاميين» (٥٩٩) من حديث أبي هريرة . وأخرجه تمام في «الفوائد»

(٨٩٩)، وابن عدي في «الكامل» (٣/٣١) من حديث ابن عمر .

(٢) في أ: المواز، وقال .

(٣) في أ: يعرفه .

البتة في شيء من العلم غير هذا [ق / ١٢١ ج] وذكر تضعيفه عن ابن [معين]<sup>(١)</sup> وابن أبي حاتم وابن حبان وغيرهم، فلا يصح الاستدلال به، ولأنه ليس بخير لوجود من يحمل العلم وهو غير عدل ولا ثقة، فلا يصح حمله على الخير فلم يبق له محل إلا على الأمر، ومعناه أنه أمر الثقات بحمل العلم، لأن العلم إنما يقبل على الثقات.

والدليل على أنه للأمر أن في بعض طرقه عن أبي حاتم «يحمل هذا العلم»<sup>(٢)</sup> بلام الأمر، والحديث بتمامه «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الضالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين»<sup>(٣)</sup>، هكذا أورده أبو جعفر العقيلي.

**قلت:** والعالم المشتهر بالفضل [والدين]<sup>(٤)</sup> لا يحتاج إلى تزكية إذا شهد، لقوله في كتاب الأفضية: ومن الناس من لا يسأل عنه ولا تطلب [منه]<sup>(٥)</sup> تزكية لشهرة عدالته عند القاضى والناس.

[اللخمي]<sup>(٦)</sup>: ويحمل على ما عرف به حتى يثبت غير ذلك، وقد شهد ابن أبي [حازم]<sup>(٧)</sup> عند قاضى مكة فقال: أما الاسم فعدل، ولكن أثبت أنك صاحب هذا الاسم.

يريد: أنه لا يحتاج إلى تزكية.

ابن عرفة: ذكر لى بعض شيوخى عن بعض شيوخه أن الشيخ الفقيه أبا زكرياء البرقى شهد فى مسيره للحج عند قاضى الاسكندرية، فلما قرأ اسمه قال: أنت البرقى فقيه المهديّة؟ فقال له: نعم، فكلف المشهود له البينة على أنه هو، وحكم بشهادته دون طلب تعديل.

(١) فى أ: صخر.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سقط من ج.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من ج.

(٧) فى أ: جعفر.



(٢٤٧) [٤] وسئل رضي الله عنه : عمن استحق دابة فشهدت له بينة أنها نتجت عنده، ولم يزل ملكه عنها، وقبل السلطان البينة، ثم إن الذي وجدت بيده ذهب بها فوجد بينة تشهد له أنها ملكه نتجت عنده [أيضاً]<sup>(١)</sup> وهم من سكان موضع القاضي المشار إليه، ثم خرجوا إلى قاضي موضع آخر فأدوا عنده وخاطب عليهم، فهل شهادتهم عاملة أو يتهمون في خروجهم من موضع القاضي إلى موضع آخر؟ وعلي ماذا يعمل؟

[فأجاب]<sup>(٢)</sup> : إن كانوا من أهل الموضع معروفين به فخروجهم تهمة، وإن كانوا إنما طرؤا على الموضع ولا يعرفون به جازت وكانتا شهادتين [ق / ١٢٥ أ] متناقضتين ينظر القاضي في تكافئهما ويقضى بالأعدل.

(٢٤٨) [٥] وسئل رحمه الله: عن هذه المسألة أو [عن]<sup>(٣)</sup> مثلها، ونص السؤال : رجل استحق حيواناً وشهد له أنه نتج عنده وثبت ذلك عند قاضي بلد، ثم ذهب المستحق من يده بالحيوان المذكور إلى قاضي موضع آخر، فأثبت عنده أنه ملكه نتج عنده أيضاً بشهود من بلد القاضي الأول، فهل تلحقهم تهمة لكونهم لم يشهدوا عند الأول وشهدوا عند الثاني مع أن الأول قاضي بلدهم وهو أقرب؟ وإذا ثبت الرسمان معاً، فما الذي يغلب القاضي الذي وقع الخصام بين يديه؟ وهل ما ثبت لديه بالشهادة أو ما ثبت لديه بخطاب من القاضي الثاني؟ والسلام.

فأجاب قدس الله روحه بما نصه [وكتبت]<sup>(٤)</sup> من خطه : المستحق للحيوان إذا ثبت ملكه بإثبات نتاجه عند قاضي بلد آخر يشهدون من بلد القاضي الأول، فإنه ينظر في شهود المستحق من يده، فإن كانوا معروفين في بلد القاضي الأول، فذلك رية في شهادتهم لأن تركهم الأداء عندهم إنما هو لمعنى، والمعنى يحتمل أن يكون بما

(١) سقط من ج.

(٢) في أ: فقال.

(٣) سقط من ج.

(٤) سقط من أ.

يمنع القاضى القضاء بشهادته ويحتمل غيره، فلا يقضى بها مع الشك فيها حسبما تقدم كما قالوا فى أهل الحاضرة يُشهدون أهل البادية على نكاح أو بيع، أن عدولهم عن شهود الحاضرة المنتصين للشهادة بها إنما كان لمعنى يحتمل أن يعود على الشهادة بعدم إعمالها ويحتمل غيرها، فأبطلوها للشك فيها، فكذلك سألتكم ، وبالله التوفيق ، وكتب فلان.

**قلت:** ترك أداء الشهادة لدى قاضى البلد وأداؤها لدى قاضى بلد آخر ريبة جلية، [وهو]<sup>(١)</sup> كقول اللخمي : إن التعديل إنما يقبل من جيران الشاهد وأهل سوقه ومحلته لا من غيرهم ، لأن وقفهم على تعديله مع كونهم [أبعد منهم]<sup>(٢)</sup> ريبة فى تعديلهم وإن لم يكن فيهم عدل قبل من سائر [بلده]<sup>(٣)</sup> .

وقال المتيطي: لا يزكى الشاهد إلا أهل مسجده وسوقه وجيرانه إلا أن يكون مشهوراً بالعدالة ، رواه أشهب عن مالك وبه قال مطرف وابن الماجشون . أ.هـ.

وللشيخ الفقيه أبى عبد الله السطى رحمه الله فى هذا المعنى حكاية حسنة اتفقت له بتونس حين ملك السلطان أبو الحسن المرسى رحمه الله إفريقية ، ذكرها ابن عرفة رحمه الله فى «مختصره» وفى «أحكام ابن بطلان»، قال من أتق به عن محمد بن عمر بن لبابة : من قام بذكر حق عند قاضى على رجل [فأنكره]<sup>(٤)</sup> ، فأتى الطالب بيينة لم يعرفهم القاضى، فرام تعديلهم فلم يقدر ، فطلب الطالب أن يرفعهم إلى غيره من الحكام ، وقال: أرجو أن يعرفهم غيرك، وأبى ذلك المطلوب، فإن على القاضى فى ذلك الاجتهاد ، فإن كانت بيينة مما يمكن أن يقبلها حاكم ويردها آخر، فلا بأس أن يكف عنهما لعل حقه يصح عند غيره [من غير أن يكون فى ذلك قطع بيينة وإن

(١) فى أ: وهذا.

(٢) فى أ: أقعد به.

(٣) فى أ: بلدهم.

(٤) فى أ: فانظره.

كانت بينة] (١) ضعيفة [ليس مثلها تزكى] (٢) ، فلا يخرجها من عنده ويعجزه ، وقاله أصحابه .

**قلت:** وذكر المسألة ابن سهل أيضاً واعترض ذلك ، وقال : هذا من لحن الفقه ، ولو سوغ [للناس مثل] (٣) هذا وشبهه لكان عوناً على التشغيب وتطويل الخصام على المطلوب .

وأطال في الاحتجاج على منع ذلك ، ثم قال: وقد كان من ينزل به ذلك من الحكام بقرطبة يوكل من بلغه عنه مثل ذلك في الرجوع إليه لإتمام محاكمه لديه، وهو الذي لا ينبغي غيره .

(٢٤٩) [٦] وسئل رضي الله عنه من مدينة سلا عن فريقين تخاصموا في أرض، فرضوا جميعاً بشهادة شهود محضر القاضى والشهود على الأرض المذكورة ، وحازها الشهود الذين رضوا بهم بحضرة القاضى وسائر الخصوم ، فرضوا جميعاً بذلك وحكم القاضى لكل فريق بما حاز له الشهود، وشهد شهود آخرون على جميع ذلك وكتبوا به رسماً بالقضية كلها، فلما وصل الموثق إلى ذكر التسليم ذكر تسليم فريق الآخر ولم يذكر تسليم فريق الثانى، وضمن الإشهاد على جميعهم بالرضى بالحكم والشهادة حسبما وقع ، ثم بعد ذلك رجع الشهود الذين حازوا الأرض عن الشهادة ؟

**فأجاب:** أما الحكم فلا إشكال أنه ماضٍ بلا خلاف ، لأنهم اتصل رضاهم بما شهدوا به حتى حكم وبعد الحكم، بخلاف من رضى بشهادة شهود، ثم بدا له قبل الحكم له ذلك .

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

وأما ما نسيه الموثق أو غفل [عنه] (١) من تسليم الفريق الثاني، فلا يضر ويكفى عنه رضى الخصوم بالانفصال من ذلك المجلس ، وأن لا تباعة لأحد على أحد .

وأما غرم الشهود لما أتلفوه بعد رجوعهم بعد الحكم، فينظر فإن كان الخصوم رضوا بالشهادة بعد أن وقع الحكم فاعترفوا أنها حق فلا غرم .

وإن كانوا لم يعترفوا بأنها حق وإنما وقع الحكم بشهادتهم [ق/ ٢٠٢ ب] ، فيغرمون على قول ابن القاسم من غير شرط، وعلى ما فى «الرسالة» للمدنيين: إن اعترفوا أنهم شهدوا بزور .

**ق** : قوله: فإن كان الخصوم رضوا بالشهادة بعد أن وقع الحكم واعترفوا أنها حق ، فلا غرم - أى على الشهود - لأن الحكم حينئذ مستند إلى إقرار الخصوم لا إلى شهادة الشهود الراجعين .

[وقوله : أولاً: لأنهم اتصل رضاهم بما شهدوا به حتى حكم، هو كما فى «أحكام ابن سهل» لابن زرب فيما أظن فى القائل : إن شهد على فلان بكذا فأنا ألتمه، فشهد عليه فلان أنه إن أنكر حين شهد ورجع عن رضاه الذى كان قبل الشهادة ، فله ذلك، وإن شهد عليه ورضى وسكت وأراد الرجوع بعده، فليس له ذلك .

قال: وهذا أصل فى كل من التزم ما لا يلزمه، فحكم ذكر هذا على مسألة من قال لخصمه: احلف بالطلاق وأنت برئ، فحلف فأراد أن يحلفه بالله، فإنه إذا كان يآثر يمينه بالطلاق فله ذلك، وإن كان بعد نفوذ يمينه بالطلاق ورضاه به فليس له ذلك، لأنه يعد رضاً منه والتزاماً . أ. هـ] (٢) .

ومسألة الراضى بشهادة فلان فأنكرها لما شهد [بها] (٣) عليه ، حصلها صاحب

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) فى ح: به.

«البيان» فى رسم «الشجرة» من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات.

قال: إن قال ذلك على وجه التنكىت [لصاحبه والاشتراط] <sup>(١)</sup> للشاهد على الكذب ، لم [يلزمه ما شهد به عليه] <sup>(٢)</sup> اتفاقاً .

[وإن لم يقله على وجه التنكىت فى لزومها له سواء تحقق ما نازعه فيه خصمه] <sup>(٣)</sup> أو لا ، [ففى] <sup>(٤)</sup> ثالثها: إن كان لا يحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه كحدود أرض ونحوها ، وإلا لم تلزمه . [ق/ ١٢٢ جـ] لمطرف وابن القاسم مع ابن الماجشون وأصبغ وعيسى وابن كنانة [مع] <sup>(٥)</sup> ابن دينار [مع اختيار] <sup>(٦)</sup> سحنون: وسواء كان الشاهد عدلاً أو مسخوطاً أو نصرانياً .

وقيل: [لا يلزمه الرضى بشهادة] <sup>(٧)</sup> [إلا] <sup>(٨)</sup> النصرانى وإذا لم يتبين التنكىت [من غيره، وما نازعه من قول قاله أو فعل فعله محمول على التنكىت] <sup>(٩)</sup> حتى يفهم منه الرضى بقوله والتزام الحكم به على نفسه على كل حال، وما نازعه فيه من حدود أرض أو دين أو شبه ذلك محمول فيه على غير التنكىت حتى يتبين منه التنكىت ، [وله] <sup>(١٠)</sup> الرجوع عن الرضى بقوله فى جميع الوجوه قبل أن يشهد اتفاقاً .

**قلت:** وفى قول ابن رشد رحمه الله : «حتى يتبين منه الرضى [بقوله] <sup>(١١)</sup> والتزام الحكم به على نفسه على كل حال» ، إيماء إلى أنه إذا تبين رضاه بشهادته بعد

(١) فى ج: والاتراء .

(٢) فى أ: تلزمه شهادته .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من أ .

(١٠) فى أ: لهما .

(١١) فى ج: قبوله .

أن شهد بها عليه، أنه لا رجوع له فيها كما صرح به ابن زرب رحمه الله في «أحكام ابن سهل» بقوله: «إن أنكر حين شهد ورجع عن رضاه قبل الشهادة، فله ذلك، فإن شهد عليه ورضى وسكت فأراد الرجوع بعده، فليس له ذلك».

قال: وهذا أصل في كل من التزم ما لا يلزمه بحكم. ذكر هذا على مسألة من قال لخصمه: احلف بالطلاق وأنت بريء، فحلف فأراد أن يحلفه بالله، فإنه إن كان يائثر يمينه بالطلاق فله ذلك، وإن كان بعد نفوذ يمينه بالطلاق ورضاه بها فليس له ذلك، لأنه يعد رضى منه بذلك والتزاماً.

**قلت:** ويدل على ذلك أيضاً قول ابن القاسم رضى الله عنه في رسم «يوصي» من سماع عيسى: إن رضى بشهادة مسخوطين فأبى أحدهما بعد ما شهدا، [فقال ابن القاسم] (١): [له] (٢) إذا علما بشهادتهما ورضيا، لزمهما ذلك، وليس لهما أن ينكصا كما لو رضى [ق / ١٢٦ أ] بغير شهادتهما.

ابن رشد: يريد أن ذلك يلزمهما إذا رضى بما شهدا به بعد الشهادة والعلم بما شهد به.

(٢٥٠) [٧] وسئل رضى الله عنه: عن شاهدين نظرا وثيقة بيد رجل تتضمن إثبات حق، وتحققا ما فيها وحفظاه، ونظرا إلى شهودها فتأملا خطوطهما فتحققا أنها خطوط قوم ماتوا، وعلما أنهم كانوا بوسم العدالة وقبول الشهادة حين الوضع، واتصل ذلك إلى أن ماتوا ثم ضاعت الوثيقة، فاستظهر صاحب الحق بشهادة هؤلاء فأديا عند القاضي حسبما وصف، هل يعمل ذلك كما لو لم يضيع الرسم فأحيا شهادة شهوده أم لا؟

[فأجاب] (٣): سئلت عن مثل هذا مرتين فأجبت عنه جوابين بأن القاضي يعمل على ذلك، إذ لا فرق بين ما تقرر عند القاضي الآن مع غيبه الوثيقة وبين ما تقرر

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ج.

(٣) في أ: فقال.

عنده مع حضورها لاستيفاء هذين جميع ما فيها وإحيائهما الشهادة الواقعة فيها، وهو الذى يفعل لو حضرت .

قلت له: من أى أصل تكون هذه الشهادة إن كانت من باب النقل فلا يصح ، لأن النقل من شرطه الإذن ولا إذن ؟

فقال: هى مثل النقل، ولم يشترط الإذن لتعذره، إذ لا فائدة فى الإذن فى النقل إلا رفع ما يتوهم من استعمال الشاهد المجاز أو الهزل .

وإذا مات الشاهد الذى ينقل عنه فقد اتفقا على إحياء شهادته ، ولا يلتفت إلى احتمال المجاز والهزل، ويشهد لهذا ما نص عليه ابن الموار فيمن سمع شاهداً يؤدى عند القاضى شهادة، ثم بعد ذلك احتيج إلى نقلها، أنه يؤديها هذا الناقل كما سمعها [وتكون]<sup>(١)</sup> نقلاً، ولا يحتاج إلى الإذن .

فدل أن الإذن إنما فائدته رفع ما يتوهم أنه لم يشهد جاداً .

قال: وهذا لا إشكال فيه .

**قلت:** أفتى ابن عبد السلام رحمه الله بخلاف هذا، وأن من شرط الشهادة على الخط حضوره لتقام الشهادة على عينه، ولا تصح عليه فى غيبته .

فقول الشهود : «وقف شهوده على رسم يقتضى كذا»، لا يعول عليه عنده .

وذكر ابن عرفة رحمه الله فى «مختصره» فتياً [شيخه ابن عبد السلام]<sup>(٢)</sup> هذه ، وقال [صواب]<sup>(٣)</sup> وهو ظاهر تسجيلات الموثقين المتيطى وغيره ، وإن اشترط التحوير فى الشهادة باستحقاق الدور والأرضين يدل على ذلك .

**قلت:** ويفرق للشيخ رحمه الله بين الشهادة على شهادة من لم يأذن فى نقلها عنه إن عورض [به]<sup>(٤)</sup> وبين الشهادة على خط الشاهد الميت، بما فرق به بعض القرويين، بأن كانت شهادته لا يكتبها إلا بعد أن يتحقق مع علمه بأنها ستنقل عنه .

(١) فى أ: ويكون .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج: له .

وذكر المازرى رحمه الله هذا الفرق ، وقال : لأن العدل يتحرز أن يضع خطه فى صحيفة ، إذ قصده أن يجعلها عدة لما بعد اليوم وحجة على المشهود عليه .

وما حكاه الشيخ عن ابن المواز [ لمن سمع شاهداً يؤدى عند القاضى شهادته ، نقلها عنه إنما ] (١) [ نقله ] (٢) الباجى عن مطرف فى « الواضحة » ، و [ نقله ] (٣) بعض القرويين أيضاً عن « المدونة » .

ونقل الباجى عن أشهب فى « الموازية » أنه لا ينقلها عنه ، ونقله عن أصبغ أيضاً. المازرى : وكذا اختلف فى شاهدين أذنا لشاهدين فى النقل عنهما وآخران حاضران لم يأذن لهما فى النقل عنهما فلم يوجد [ ق / ٢٠٣ ] المأذون لهما فى النقل ، هل يجوز لغير المأذون لهما فى النقل أن يشهدا بالنقل عنهما .

ثم قال : وأصل ابن القاسم القبول ، وأصل أشهب عدمه .

(٢٥١) [ ٨ ] وسئل رضى الله عنه : عن الشهادة على الخط لمن لم يعاصر إذا صح عنده بتوالى الخطوط والتواتر أن هذا خطه ، وأنه كان عدلاً مبرزاً فى العدالة ؟

[ فأجاب ] (٤) : المشهور لا يجوز حتى يراه يكتب ، ولم أر غيره سوى أنى رأيت حاشية نسبت لابن رشد ، ولم أرها [ له ] (٥) فى كتبه وهو أنه ذكر فيه قولين يجوز ولا يجوز ، فتأمله .

(٢٥٢) [ ٩ ] وسئل رحمه الله أيضاً : عن هذه المسألة [ أو مثلها ] (٦) ، وهى

الشهادة على خط من لم يره يكتب ؟

[ فأجاب ] (٧) : المعروف أنها لا تجوز مطلقاً ، ورأيت حاشية بخط بعض الفقهاء نسبها لابن رشد أنه إذا تحقق أنها شهادة ذلك الميت بما نقل إليه ، وتظافرت لديه أمثالها ، ففى جواز الشهادة قولان ، ولم أره لابن رشد فى كتبه . فإن كان هذا

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : حكاه .

(٣) فى أ : حكاه .

(٤) فى أ : وقال .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : فقال .



يجوز ، فينبغي إذا علم بالعدد المتواتر أن هذا خط فلان حتى أفاده ذلك القطع وانتقل عن رتبة غلبة الظن وتوالت تلك الأمثال بذلك الخط عنده ، فحيثئذ يجوز .

قيل له : والشهادة على العدالة ، إذ لا بد لمن يشهد على الخط أن يثبت عدالة المشهود على خطه ، فهل يشهد فيها بهذا أيضاً ؟

فقال : لا فرق ، وأما بمجرد غلبة الظن فلا ، ولكن ينظر هذا كله ، والذي عليه الفتيا أن لا يشهد على خط إلا من رآه يكتب .

(٢٥٣) [١٠] وسئل رحمه الله : عن مسألة فيها هذا المعنى ، وهو قوم بأيديهم موضع يغتلونه ويمنعونه أزيد من ثمانين سنة ، فادعى رجل أن موروثه كان اشترى نصيباً منه من غير الحائزين ، ولكن ذكر في الرسم أنه اشترى من أحد إخوة أجداد القوم الحائزين ، وحد الموضع في الرسم من ثلاث جهات بأرض قوم لا يوجد الآن من يعرفها ، وحدها من الجهة الرابعة بالخندق الهابط من كذا وهو الآن معروف ، وذكر أيضاً في الرسم أن الموضع كان حين الأشتراء جنازاً ولا يوجد الآن من يعرفه أنه كان هناك الجنان إلا الأرض البيضاء حتى غرسها هؤلاء الحائزون له الآن مدة قريبة ، وتاريخ الرسم نحو مائة سنة وثمان عشرة سنة ، ولا يوجد من يعرف خطوط الشهود الذين فيه إلا رجلان شهدا أن هذا هو خط فلان وفلان الذين كانا يحييهما فلان وفلان ، وكانا يذكران أنهما ماتا بوسم العدالة وقبول الشهادة ، ومات المحييان أيضاً كذلك ، فهل يجب لهذا القائم بهذا الرسم شيء أم لا ؟

**فأجاب :** لا يقضى للقائم المذكور يرسم اشتراء النصف المذكور من الموضع المذكور لأحد ثلاثة أوجه :

أحدها : عدم الشهادة بالاشتراء ، إذ لا يسمع إحياء الشهادة إلا من عاصر الشاهد المشهود على خطه ، وشاهده يكتب اسمه في الرسوم ، وذلك معدوم في مسألتكم .

وثانيها : تحديد الموضع المشتري منه النصيب المذكور بالحدود غير المعروفة .

وثالثها : عدم إثبات القائم أن بائع النصيب من موروثه باع ما ملك ، وهو ضروري لا بد منه في مسألتكم .

قلت : صرح ابن عرفة رحمه الله بأنه لا يشترط في الشهادة أن يكون قد أدرك

هذا الخط .

قال: وحضرت يوماً بعض من قدمه القاضى ابن قداح للشهادة بتونس وقد تأول القاضى ابن عبد السلام وثيقة ليرفع على خط شاهد [ فيها ] (١) مات ، فقال [ له ] (٢) القاضى ابن عبد السلام : إنك لم تدرك هذا الشاهد الذى أردت أن تشهد [ ق / ١٢٣ جـ ] على خطه ، ورد عليه الوثيقة ومنعه من الرفع على الخط فيها ، وأنا جالس عنده فلما انصرف قال لى : أنا لم أقبل شهادته على الخط [ فيها ] (٣) ، لأنه ليس من أهل المعرفة بالخط ، وليس عدم إدراك الرفع على الخط كاتب بمانع من الشهادة على خطه إذا كان الشاهد عارفاً بالخطوط فأنا أعرف كثيراً من خطوط [ ق / ١٢٧ أ ] من لم ندركه كخط الشلوبيين وابن عصفور وابن السيد ونحوهم لتكرر خطوطهم علينا مع ما تلقيناه من غير واحد من الشيوخ أنها خطوطهم .

قلت: وما حكاه ابن عرفة عن شيخه ابن عبد السلام رحمهما الله خلاف ما يعطيه كلامه فى شرح قول ابن الحاجب : وفى الاعتماد على الخط فى ثلاثة مواضع : خط المقيم ، وخط الشاهد الميت أو الغائب . . إلى آخره ، فإنه صرح بضعف كون الشهادة على خط من لم يعاين كتبه لكنه مدرگا للعلم والشهادة .

ثم قال : وأحرى إذا شهد على خط من لم يره يكتب ولم يجمعه وإياه مكان أو زمان لكثرة ما وقف على خطه الذى ينسب إليه . أ . هـ .

وما حكاه عنه ابن عرفة هو نحو قول اللخمي فى جواب له : ولو تكرر عليه الخط حتى لا يشك فيه صح أن يشهد أنه خطه ، لأنه تكرر وطال حصل العلم به كما نقطع بخطوط قوم ماتوا وما أدركناهم ، وهذا [ عنده ] (٤) فى خطوط كثيرة كما يقال عندنا خط فلان وخط رجلين سماهما .

قلت: وهو قريب من جواب الشيخ رحمه الله فى المسألة الثانية .

وأجاب السيورى رحمه الله بنحو جواب اللخمي أيضاً ، فقال : إذا استقر فى نفسه أنه خط فلان من كثرة الترداد بعد أن كان أصله تحقق عنده ، فليشهد به .

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى أ : عندنا .

(٢٥٤) [١١] وسئل رحمه الله : عن الشهادة إذا اختلفت في خط الميت ، فشهد ناس أن ذلك خطه ، وشهد آخرون أن ذلك ليس بخطه ، فهل تطرح الشهاداتان أم لا لأن اختلافهم في [ ذلك واضح ]<sup>(١)</sup> ، أو أن من أثبت حكماً أولى ممن نفاه ؟

فكتب بخط يده رحمه الله : اختلف البيئتين في خط شاهد ميت ، إحدى البيئتين تثبته والأخرى تنفيه ، قيل : هو من التهافت .

وقيل : يقضى بالثبته ، وهو الأظهر .

قلت : لأن من أثبت أولى ممن نفى ، وبه أفتى ابن زيتون رحمه الله .

قال : شهادة من جزم أنه [ ليس ]<sup>(٢)</sup> بخطه غير عاملة ، بل لا يجوز لهم القطع . وقال مالك في نحو هذا : إنه زور .

ولو قالوا : « في علمنا » ، لكانت شهادة من قطع بشبوته أعمل ، وليست شهادة من توقف بمعارضه .

(٢٥٥) [١٢] وسأله رحمه الله الوزير يوسف : عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون [رجلاً]<sup>(٣)</sup> ، هل [ يكتفى فيه ]<sup>(٤)</sup> بمجرد العدد أو لا بد من عدلين ؟

[فأجاب]<sup>(٥)</sup> : لا بد من عدلين أو ينتهي حال القاضى الذى أدوا عنده إلى العلم القطعى كالتواتر ، واعترض بمسألة المتحملين ، فقال : هم عدول وطلبت الكثرة فيهم خيفة الحمية ، والعدل ترد شهادته للظنة كالأخ والاب وشبهه .

واعترض بما قال أبو محمد في « النوادر » فى بلد لا عدول فيه ، فقال : العدول كثير اليوم .

قلت : ما انفصل به الشيخ رحمه الله عن مسألة المتحملين هو قول أبى بكر بن عبد الرحمن ، فإنه حمل قول ابن القاسم بإعمال الشهادة [ العشرين منهم على أنهم عدول ، وأنه إنما رد شهادة ]<sup>(٦)</sup> النفر اليسير منهم مع عدالتهم ، لكونهم يتهمون

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : يكتفى .

(٥) فى أ : فقال .

(٦) سقط من أ .

بحمية البادية فيهم ، بخلاف العدد الكثير كالعشرين لانتفاء تلك التهمة فيهم ، إذ يبعد تواطؤ الجمع الكثير على الكذب .

وقيل : [ إنما رد ابن القاسم شهادة السير منهم لأن بعضهم شهد ]<sup>(١)</sup> لبعض ، وأنه إن شهد عدلان منهم لغيرهم جازت الشهادة وإن كانوا نفرًا يسيرًا .  
وقد خالف سحنون ابن القاسم ، فلم ير العشرين عددًا كثيرًا يتوارثون به ، وصححه ابن رشد .

وفى «نوازل ابن الحاج» مثل ما ذهب إليه الشيخ فيمن أثبت في خادم بيد رجل أنها ابنته [ ق / ٢٠٤ ب ] وأنها حرة ، وشهد فيه جماعة أزيد من خمسين ، غير أن القاضى لم يقبلهم .

قال : فى الفتيا أن لا تعمل الشهادة وتبقى ملكًا لصاحبها ، ولها ولايها وضع القيمة و [ تذهب ]<sup>(٢)</sup> إلى حيث تثبت [ حريتها ]<sup>(٣)</sup> . ١ . هـ .  
ثم مع هذا كله فالأمر كما قيل لكل قوم وزمان عدول .

قال القاضى منذر بن سعيد فى « أحكام ابن حدير » : ولكل أهل بلد قوم قد ترضى عليهم عامتهم فيهم تنعقد أنكحتهم ويوعهم ، فالواجب على من استقضى فى موضع قبول أمثالهم وأصحاب صلواتهم وفقهائهم ، وإلا ضاعت حقوقهم وبطلت أحكامهم .

قال : فإن استراب فى بعضهم سأل عنهم فى الظاهر والباطن ، فمن لم تثبت عليه كبيرة حمل على العدالة حتى يثبت غيرها .

وما أشار إليه فى « النوادر » نحو ما [ فى « طرر » ]<sup>(٤)</sup> ابن عات « [ لبعض ]<sup>(٥)</sup> المتأخرين أن أهل البادية إذا شهدوا فى حق لامرأة أو غيرها ولم يكن فيهم عدول ، أنهم يستكثر منهم ويقضى بشهادتهم .

(١) فى أ : التهمة فى نفر ليس منهم شهادة بعضهم .

(٢) فى أ : ذهب .

(٣) فى أ : حديثها .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : عن بعض .

وقد أفتى اللخمي رحمه الله : فيمن توفي في غير البادية ، وله ابن عم فيها ، فشهد قوم منهم - وربما كانوا ثلاثين - بأنه ابن عمه وارثه ، ولا يجد من يشهد غير هؤلاء ، فإنه إذا عدم العدول بالموضع وأجمعوا أنه ابن عمه أنه يرثه ، إلا أن يشهد أحد بخلاف ذلك ، فينظر في الشهادتين والعدد المذكور كثير .

وفي « الطرر » أيضاً : سئل بعض المفتين من ثقات شيوخ المتأخرين عن القرى البعيدة عن المدن على ثلاثين ميلاً والأربعين ، وفيها ثلاثون رجلاً وأربعون وأقل وأكثر ، وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة ، وفيهم مؤذنون وأئمة وقوم موسومون بخير ، غير أن القضاة لا يعرفونهم بعدالة ولا يجدون من يعرفهم ، يجتمعون على الشهادة عندهم في الأملاك والديون والمهور والنكاح وغير ذلك ، ولا يخالف أحد منهم ، هل تجوز شهادتهم ويقضى بها أم يتركون من غير أن ينظر في أمرهم ؟

فكتب : لكل قوم عدولهم ، ولا بد من معرفة القاضي لهم بنفسه ، ونحوه لأبي إبراهيم صاحب « النصائح » .

وقال غيره : إن شهادة الأمثل فالأمثل منهم جائزة ، ونحوه عن أبي صالح .

قال غيره : ولو لا ذلك [ لما ] (١) جاز لهم بيع ولا تم لهم نكاح ولا عقد في شيء . أ . ه .

وسأل عياض شيخه ابن رشد رحمهما الله عن شهادة [ العامة ] (٢) غير الموسومين بالعدالة ، وكيف إن كان فيهم أهل ستر وصيانة وتوسم ، ما الحد الذي يقطع بشهادتهم به ، إذ لم أقف على شيء يشفني منه على كثرة بحثي ومطالعتي وفتشى عنه وعن مثله ، [ قال ] (٢) ولست أريد باب الشهادة في السفر ولا ما سطره المتكلمون ولا الأصوليون في حد نقله متواترة الخبر .

فأجاب : من لم يبلغ من عدد الشهود حد التواتر الموجب للعلم ، فلهم حكم الشهادة على وجهها ، والشهود على إحدى عشر مرتبة ، منها : المعلوم بالعدالة ،

(١) في أ : ما .

(٢) سقط من ج .

والموسوم بها ، والذي [ لا يتوسم ]<sup>(١)</sup> فيه جرحه ولا عدالة .

فأما المعلوم بالعدالة تجوز شهادته فى كل شىء إلا فى ستة مواضع على اختلاف فى بعضها ، واثان [ فما فوقهما ]<sup>(٢)</sup> فيما عدا الزنا بمنزلة سواء فى ثبوت الحق بشهادتهم إلا ما قاله بعض العلماء فى الترشيده أنه لا يعمل به إلا بشهادة الجماعة .

وأما الشاهد الموسوم بالعدالة ، فلا تجوز [ شهادته ]<sup>(٣)</sup> إلا فيما يقع بين المسافرين فى السفر على ما ذهب إليه ابن حبيب . والاثان فما فوقهما بمنزلة سواء .

وأما الذى لا يتوسم فيه جرحه ولا عدالة ، فلا تجوز شهادته فى موضع من المواضع ، وقد [ تكون ]<sup>(٤)</sup> شبهة توجب حكماً .

قال : ولا أدرى من أجاز [ ق / ١٢٨ ] شهادة الكافة منهم كما ذكرت فى المذهب على سبيل الشهادة ، وإنما تجوز إذا وقع [ العلم بخبرهم ]<sup>(٥)</sup> من جهة التواتر . أ . ه .

وقد ذكر رحمه الله فى مقدماته بقية الاحدى عشر مرتبة تنظر فيها .

وأشار فى أول كتاب الاستحقاق من « البيان » أنه لا حد فى عدد التواتر ، وأنه لا يكون إلا فى العدد الذى لا يمكن تواطؤهم على القول بالكذب .

قلت : وهو الصواب عند الإمام فخر الدين .

قال : والحق أن عددهم غير محصور .

ابن الحاجب فى « أصوله » : وضابطه ما حصل العلم عنده ، وأشار إلى أنه يختلف باختلاف قرائن التعريف وأحوال المخبرين والاطلاع عليها وإدراك المستمعين والوقائع . أ . ه .

ومقتضى فتيا ابن رشد رحمه الله والحكم بحصول العلم بالتواتر ، واعترضه ابن

(١) فى أ : توسم .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يكون .

(٥) فى أ : بهم الخبر .

عرفة رحمه الله بأنه من باب حكم القاضي حيثذ بعلمه . [ ق / ١٢٤ ج ] .

وأجاب بعض نبلاء أصحابه - وهو الشيخ الحافظ أبو القاسم البرزلى رحمه الله - بأن هذا قد شاركه بالعلم به جماعة ، فليس هو مما استأثر بعلمه ففشوا تلك الشهادة وظهورها يقوم مقام شاهدين مع علم القاضي .

قلت : والصواب فى هذا ما رأيت للشيخ عبد الحميد رحمه الله أن الحاكم إذا أخبره بالقضية من يحصل له العلم بخبره ، فإنه يقيم شاهدين ممن يميز بالظن والشك والاعتقاد فيسمعان ممن أخبرهما ، فإذا حصل العلم [ لهما ]<sup>(١)</sup> بذلك شهدا به على القطع عند [ الحاكم فيعمل به ، لأن العلم هو « معرفة المعلوم به على ما هو » ]<sup>(٢)</sup> .  
أ . هـ .

وهو حسن ، فلا يكون القاضي حيثذ حاكماً بعلمه .

قيل : والإعذار حيثذ فى ذلك بمنزلة من تحمل الشهادة على مقر فى مجلس القاضى ، وقد اختلف الفقهاء بقرطبة فى الإعذار إلى أبى الشر الزنديق ، فمن لم ير الإعذار إليه جعل مسألته من باب التواتر ، ومن رآه [ جعلها ]<sup>(٣)</sup> من باب الشهادة .

وقد قال ابن سهل رحمه الله : [ فى مسألة ]<sup>(٤)</sup> والبيّن أن من تظاهرت عليه الشهادات فى الحاد أو غيره أو كثرت البينة العادلة عليه هذه الكثرة ، فالإعذار إليه معدوم الفائدة ، إذ اليقين حاصل أنه لا يمكنه الإتيان بما يسقط به شهادتهم .

وأشار البرزلى رحمه الله إلى أن العدد الكثير من أهل هذا الزمان تطلب فيهم التزكية ، ويعذر فيمن زكى منهم [ أو زكى ]<sup>(٥)</sup> .

قال : لما شاع وذاع أن القبيلة أو الجماعة الكثيرة يشهدون بإخبار غيرهم إياهم فيشهدون به اعتماداً منهم عليهم .

قلت : وهو حسن جداً ، غير أن الصواب سؤالهم عن مستند علمهم فى

(١) فى أ : لهم .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : جملة .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

ذلك ، فإن ذكروا وجهاً تصح شهادتهم وإلا ألغيت رأساً .

وقد نص علماؤنا أنها لا تقبل الشهادة من غير العالم حتى يذكر مستند علمه ، ولا تقبل منه جملة ولا ملفقة .

قال المتطى رحمه الله : وليس للشهود تلفيق الشهادة بأن يقولوا : نشهد [بأن]<sup>(١)</sup> هذا العبد مأذون له فى التجارة ، ولا يفسرون الوجه الذى علموا به ذلك ، وهو أصل فى علم الشهادة والأحكام . ومثل هذا من التلفيق أن يشهدوا أن لفلان على فلان كذا ، ولا يفسرون وجهه ، فليست الشهادة بشئ حتى يبينوا أصلها وكيف كانت ، فيقولون : أسلفه بمحضرنا أو أقر عندنا أنه أسلفه .

ولو كان الدين من بيع فسر لذلك أيضاً بأن يقولوا : باع منه بمحضرنا أو بإقراره [ق / ٢٠٥ ب ] عندنا ، قاله محمد بن حارث .

قال محمد بن عبد الحكم : إذا أشهد أن له عليه مائة دينار ، ولم يقولوا : أقر بذلك ولا غيره ، وإنما أطلقا الشهادة هكذا ، لم يجز ذلك لأنهما كالخصمين فى ذلك حتى يقولوا : أسلفه أو أقر عندنا أو ما يبيننا به ما شهدا به وقد يوجد من الناس من [ يحل بيع ]<sup>(٢)</sup> النبيذ المسكر ويوجب به ثمناً .

المتطى رحمه الله : وإنما لم تجز الشهادة إلا على ما قدمنا ، لأن الشهود أكثرهم جهلة لا يعلمون ، فقد يتوهمون [ وجوب ]<sup>(٣)</sup> الدين من حيث لم يجب ، [ وقد تقدم علمهم الذى يشهدون به من حيث لا تجب الشهادة ]<sup>(٤)</sup> ، فإن سوغوا كانوا فى شهادتهم الحكام والعلماء ، وليس هذا مقامهم ولا مكانهم إنما حسبهم أن يضعوا علمهم من جهة ما رأوه بأعينهم أو سمعوه بأذانهم ، فإذا فعلوا ذلك قبلت شهادتهم إذا كانوا عدولاً . أ . هـ .

وهو من الحسن فى غاية ، فإذا كان الأمر كذلك فى شهداء الأزمنة الفاضلة بالنسبة إلى زماننا الفاسد عافانا الله فكيف بشهداء زماننا ، والله الموفق .

(١) فى أ : أن .

(٢) فى أ : يجعل بين .

(٣) فى أ : أنه وجب .

(٤) سقط من أ .



وفى « المتقى » : وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها ، فذكر منها أن يكون عارفاً بالشهادة وصفة تحملها التي تجوز معها إقامتها متحرراً فيها .

وفى « التلقين » : من شروط العدالة كون الشاهد عارفاً بالشهادات .

قال فى « المعونة » : شرطها أن يكون عارفاً بالشهادة ووجه تحملها ، لأنه متى لم يكن كذلك لم يكن مرضياً ، وقد شرط الله تعالى الرضا فى قبول الشهادة ، والجاهل ليس بمرضى وليس يكفى فى ذلك كونه من أهل الدين دون أن ينضاف إليه العلم بما يشهد به ومعرفة أداء الشهادة ، ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحمل الشهادة لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع قبولها معه .

(٢٥٦) [١٣] وسئل رحمه الله من قاضى مدينة تازى رحمه الله وإيانا : عن جمع كثير بلغت شهادتهم فى حد الاستفاضة وحصل بشهادتهم العلم أو غلبة الظن شهدوا فى إثبات ملك ، وهم مجهولون لا يعرف أحد بعدالة ولا جرحه ، كيف يعمل فى حيازة ذلك الملك الذى شهدوا به لا يتمكن حضور جميعهم لتعذره فى أماكن متفرقة متباعدة ، والخصم يخالف فى الحدود ، وهل تعمل شهادتهم إذا لم تفد إلا الظن أو لا تعمل حتى يفيد العلم ؟

**فأجاب :** إذا لم يمكن الحوز على جميع من ثبت بهم الملك ووجد من يعرف حدوده ممن لا يعرف ملكه ، اعتمد على تحديدهم وتعيينهم .

ابن رشد رحمه الله : وهو كالحرم أحكامه معروفة عند من بعد منه من العلماء وحدوده غير معروفة عندهم ، والعوام يعرفونها لقربهم منه ولا يعرفون أحكامه وإن لم يوجد من يعرف حدوده واتفق المتنازعون على حدود مسمى الملك ، حيز [عليهما] (١) إذ هو أكثر المقدور ، ويكون اتفاقهما على حدوده كاتفاقهما على غير الحيوان الذى تنازعا فيه .

قلت : قال ابن رشد : هذا وقع له فى « البيان » فى رسم « تأخير [صلاة] » (٢) العشاء » من سماع ابن القاسم فى كتاب الأفضية على مسألة من قام على ورثة رجل فى أرض ، فأقاموا بينة أنها أرضهم ولم يشهدوا على الحدود ، وشهد قوم على حدودها وقالوا : لا علم لنا لمن هى .

(١) فى جـ عليها .

(٢) سقط من جـ .

فقال مالك : إذا شهدوا على الحدود ثبتت شهادة من شهد أنها لهم ، ورأيتهما لهم .

ابن رشد : هذا كما قال : إن الشهادة في الأرض على الملك تلتق إلى الشهادة فيها على الحد ، لأن المعنى في ذلك إنما هو في الأرض المشهورة المعلومة المنسوبة المسماة التي تتميز بالنسبة والتسمية عن سواها عند من عرف حدودها ، فإذا قال الشهود : نعلم أن الأرض الفلانية لفلان ولا نحدها ، وقال غيرهم : نعلم حدودها ولا ندري لمن هي ، وجب تلفيق الشهادة في ذلك ، إذ لا يقدر في علم من شهد بأحد الأمرين جهله بالأمر الآخر الذي شهد به غيره ، ثم ذكر مسألة الحرم .

ابن سهل : وأفتى ابن مالك في جنة شهد شهودا باتباعها [إلا أنهم] [ق / ١١٢٩] لم يعرفوها] (١) وعرفها غيرهم ، أن العارفين لها يشهدون عند الحاكم بمعرفتها ثم يحوزونها ، فكتب في ذلك عقدان ، عقد معرفتهم لها وعقد حيازتهم إياها .

قال لي : هذا أحسن ، وبه رأيت العمل لابن سهل ، وهذا فصل لا يحسنه كثير من القضاة والحكام ، ويجهلون كيفية تهذيبه .

ابن فتوح والمتيطى عن ابن أبي زمنين : رأيت بعض الموثقين يسقط حيازة الشهود لما شهدوا فيه من الربع والعقار ، ورأيت بعضهم لا يخلي كتاب الحكم من ذكرها . زاد المتيطى عنه : والقول بها هو الذي رأيت وأدركت عليه أمر فقهائنا .

ابن فتوح : إن لم يقطع الشهود بالخروج إلى موضع الأرض لحيازتها ، لم يكن للقاضي إكراههم على ذلك وإن كان أقرب من كل قريب ، ولكن يقول للمشهود له : انت بمن يعرف حدودها ، فإن أتى بمن يحدها بمن يعرفها وإن لم يشهدوا أنها لهذا قضى له بها ، فإن لم يجد من يشهد له على تحديدها ، فعلى القاضي أن يكتب له بما شهدت به بينة إلى سلطان تلك القرية أو إلى عدول من أهلها إن لم يرض سلطانها ، [ ويأمره ] (٢) أن يسأل العدول عنده على حدود تلك الأرض ويكتب بما ثبت عنده ، فإذا جاء ذلك ولم يعترض فيه أحد ، مضى حكمه له .

قال مطرف وابن الماجشون : وهذا الذي لم يزل عليه حكامنا ويقوله علماؤنا .

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : فيأمره .

ابن العطار : ولا يحضر حيازة شهود الملك للعقار إلا شاهدان يعرفان ذلك العقار وحدوده ، أو تكون له حدود مشهورة لا تخفى [ معرفتها ] (١) على من نظر إليها كالمسجد والحمام من الحدود البينة التي يعرفها الشاهدان للحيازة بالنظر إليها أنها الحدود التي قال شهود الملك عند القاضى ، وأما إذا لم يعرفا العقار المشهود فيه ولا وقفا على الحدود ، لم يتتفع [ ق / ١٢٥ ج ] بحضرتهما للحيازة .

المتيطى : ومن غصب عقاراً [ فغير ] (٢) إعلامه حتى لا تحوزه البينة ، فإن عين الشهود [ الحيازة ] (٣) الناحية حيل بين الغاصب وبين ذلك كله ، ووقف وقيل له : أبرز للقائم فما عينه الغاصب وحلف عليه أخذه المشهود له ، وإن أبى اليمين حلف المشهود له على ما يقطعه ويحوزه من ذلك وأخذه ، وقاله مطرف .

وروى أبى يحيى [ بن يحيى ] (٤) عن ابن القاسم أنه يكلف المشهود عليه حيازة ما شهد عليه أنه غصبه ، فإن حاز شيئاً له بال حلف عليه ولم يكن للمشهود له أكثر منه ، وإن حاز شيئاً لا قدر له ولا بال قيل للمشهود له : خذ ما شهد لك به ، واحلف عليه وانزل فيه ، والظالم أحق أن يحمل عليه .

قال أحمد بن سعيد الهندي : وقد حضرت الفتيا بذلك .

قلت : ورواية يحيى هذه [ ق / ٢٠٦ ب ] وقعت فى سماعه من كتاب الاستحقاق من « العتبية » ، وهى مثل قول مطرف لقول صاحب « البيان » عقبها فى الشرح : مثل هذا حكى ابن حبيب فى « الواضحة » عن مطرف .

قال : وزاد : [ إن ] (٥) قال المدعى : لا أعرفها لأن [ الغاصب قد ] (٦) غير حدودها ، حيل بينه وبين الأرض جميعاً حتى يقر له بحقه [ منها ] (٧) .

قال : وقد قال مالك ذلك فى غير الغاصب ، [ فالغاصب أحق بالحمل عليه ] .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فغير .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : فإن .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

المتيطى : إذا ثبت للطالب استحقاق طائفة من دار المطلوب بغير غضب [١] إلا بملك يعرفونه له ، وقد تغيرت أعلامه وحدوده بينان وعمارة ، وعرفوا الناحية ولم يعرفوا موضعها ، حلف المطلوب أنه لا يعرف للطالب فى ذلك حقاً برئ ، وهذا بخلاف الغاصب ، لأنه لا يدرى بما يقضى له به .

وقيل : إن ذلك يخرج عن يده ويوقف أبداً ، لأنه لا يمكن من حق ثبت لغيره حتى يقر بشيء ويحلف [ عليه ] [٢] .

وروى ابن نافع عن مالك أن من أقام بينة له على رجل حقاً لا يدرى كم هو ، فهو كمن لا بينة له ، فيحلف المطلوب ويبرأ .

وروى مطرف عنه : يقال [ للطالب ] [٣] : كم هو ؟ فإن قال : كذا وكذا ، حلف عليه .

وإن قال : ليس عندى شيء ، قيل للطالب : احلف وخذ ، فإن قال : لا أعرفه لأن محاسبتى ضاعت ، سجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه أو يجبس حتى يحلف .

قلت : وعلى رواية مطرف هذه اقتصر فى « الوثائق المجموعة » فى الحق مطلقاً حتى فى الدار إذا لم يجدوا مبلغه ، وذكر الرواية تامة ، انظرها .

وحصل صاحب « البيان » فى سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فى ذلك ستة أقوال .

وأغفل الشيخ رحمه الله الجواب عن شهادة الجمع الكثير إذا لم تفد العلم بل غلبة الظن خاصة ، هل يعمل بها أم لا ؟!

وقد تقدم من فتيا ابن رشد رحمه الله أنه إذا لم يبلغ عدد الشهود حد التواتر الموجب للعلم ، فلهم حكم الشهادة فتطلب العدالة حينئذ ، والتواتر يفيد العلم ، خلافاً للسمية [ فقالوا : إنما يفيد الظن خاصة ] [٤] .

(١) سقط من أ

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : للمطلوب .

(٤) سقط من أ .

(٢٥٧) [١٤] وسئل رحمه الله : عن رجل جرى عمل قاضى بلده باعماله شهادته المرة بعد المرة وله ولد ، فاتهمه بعض الناس بتهمة فرغه إلى حاكم ، فآلزم والده أن يحلف أنه برئ من تلك التهمة ، وإن لم يحلف أخذوه بالتهمة المذكورة ، فحلف عليه الوالد المذكور ، فهل يمينه المذكورة جرحه في شهادته [ أم لا ] (١)؟

**فأجاب :** الحالف على براءة ولده بما اتهم به إن كان قاطعاً ببراءته ، مثل أن يعين الطالب للفعل وقتاً فيقول الوالد : كان معى فى ذلك الوقت أو بغير ذلك من الوجوه التى يتوصل بها إلى القطع ، فلا إشكال أنها ليست يمين غموس .

وإن كان غير ذلك وحلف على شك ، فلا شىء عليه على القول بأن الإكراه فى المال إكراه ، كالإكراه بضرر البدن ، وهى مسألة أربعة أقوال فلا ترد شهادته إلا أن يقلد منها القول بأن ذلك ليس بإكراه .

وأما إذا قلد القائل بالقول الآخر أو لم يقلد كما هو الظاهر من أحوال الناس ، فلا ترد شهادته .

**قلت:** قوله : « إلا أن يقلد منها القول بأن ذلك ليس بإكراه » ، بين لأن القدم على أمر مباح عند فاعله لا يوجب فسقه ، وهو مقتضى قول الشيخ أبى محمد بن أبى زيد رحمه الله فى مكرى الأرض بجزء مما يخرج منها ، أنه لا يجرح بذلك إلا إن علم عدم الجواز ، إما لأنه مذهبه أو قلد مانعه ، وبه فسر مطلق قول سحنون بجرحته ، وتبعه ابن رشد فى « نوازله » فقال : إن فعل ذلك جاهلاً أو متأولاً [ لما جاء به من الخلاف ، فلا يكون ذلك جرحه فيه ] (٢) ، وإن فعله معتقداً عدم جوازه جرح به . وتأمل مسألة الشارب اليسير الذى لا يسكر من النيذ ولا يعتقد تحريمه من مجتهد أو مقلد ، والذى نقله المازرى فى الشهادات من « شرح التلقين » والقرافى فى « الذخيرة » و « التنقيح » عن مالك رضى الله عنه أنه يحد وترد شهادته .

وعن الشافعى رضى الله عنه : حده وجواز شهادته .

وقال ابن عرفة فى باب الشرب من « مختصره » ما نصه : وقد تقدم أن مالكا

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بما جاء فيه الخلاف ولا يجرح .

يحدّه [ ويقبل شهادته . انتهى .

ونقل البرزلى فى كتابه كلامه ، ثم قال : والذى أحفظ فى نقل الأصوليين أن مالكًا يحدّه [ (١) ] ولا يقبل شهادته ، والشافعى يحدّه ويقبل شهادته . أ . ه .

[ وكانه ] (٢) لم يقف على [ كلام ] (٣) المازرى والقرافى .

قلت : وهذا من ابن عرفة عجيب ، فإنه ذكر فى كتاب الشهادات من «مختصره» المسألة ، وحكى فى جرحته قولين وعزاهما لنقل المازرى من [ ظاهر ] (٤) سماع أشهب .

وقول ابن رشد : « فأرى » ما فى كتاب حد الشرب من « مختصره » تصحيحًا والله أعلم .

قلت : ونص السماع : وسئل عن الرجل المرضى فى كل حالة ، لا تعرف له زلة إلا أنه يشرب النبيذ .

قال : إن كان يسكر [ فأرى أن ترد شهادته .

ابن رشد : يريد إن كان النبيذ يسكر [ (٥) ] ، [ فإن ] (٦) شرب منه قليلاً لا يسكر لقوله ﷺ « ما أسكر كثيرة [ فقليله ] (٧) حرام » (٨) ، وهذا إذا شربه غير متأول ولا متمذهب [ بمذهب ] (٩) من أباح منه ما دون السكر ، وهو مذهب [ ق / ١٣٠ أ ] أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد بن الحسن .

وأما إن شربه متمذهب بمذهبهم معلوم بالصلاح والفضل غير متهم باستباحة ما

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فكانه .

(٣) فى أ : نقل .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : وإن .

(٧) فى أ : وقليله .

(٨) أخرجه أبو داود (٣٦٨١) ، والترمذى (١٨٦٥) ، وابن ماجه (٣٣٩٣) ، وأحمد (١٤٧٤٤) من

حديث جابر رضى الله عنه ، قال الألبانى : حسن صحيح .

(٩) فى أ : يذهب .

لا يحل له ، فلا ترد شهادته إلا إن يُسكِر منه .

وهكذا قرأته : « إن كان يُسكِر » بضم الياء وكسر الكاف ، ويحتمل أن يقرأ بفتح الياء والكاف إن كان هذا الرجل الشارب [ النيذ ]<sup>(١)</sup> يسكر فترد شهادته وإن كان على الصفة التي وصفت من الرضا في جميع أحواله ، إذ لا اختلاف بين الأئمة أن السكر من جميع الأنبذة حرام . أ . ه .

فالخاص أن ابن رشد لا يرى سقوط شهادة المقلد المبيح ، وعليه تأول قول مالك خلاف نقل المازرى .

وقال ابن الحاجب في « أصوله » وابن التلمساني في « شرح المعالم » ، واللفظ لابن التلمساني : من شرب يسيراً من نبيذ لا يعتقد تحريمه من مجتهد أو مقلد أو فعل فعلاً نحوه من الفروع الظنية ، فليس بفاسق .

وإن قلنا : إن المصيب واحد ، لأنه يؤدي إلى التفسيق بما يجب عليه اتباعه .  
أ . ه .

وتعقب قول الشافعي رحمه الله بأن حده مع قبول شهادته متناف .

وأجيب بمنعه ، لأن موجب الحد الشرب وقد وجد ، والقدم على مباح عند فاعله لا يوجب فسقاً .

وأورد أيضاً على قوله وعلى قول مالك بحده ، بسقوطه على من تزوج بغير ولي مع اتفاقهما على شروط الولاية في عقد النكاح .

وأجيب بأن مفسدة النكاح يمكن تلافيها بالإصلاح [ ق / ٢٠٧ ب ] وردها إلى العقد الصحيح كما يفعل في سائر الأنكحة الفاسدة ، ولا يمكن مثل ذلك في الأشربة فلا بد من الزجر [ عليها ]<sup>(٢)</sup> ، وهو الحق .

ابن عبد السلام : وفيه نظر . أ . ه .

وحد المتأول نقله الباجي من رواية ابن المواز عن مالك وأصحابه .

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : عنها .

قال : ولعل هذا [ البناء ] (١) [ إنما ] (٢) هو فيمن ليس من أهل [ الإجتهد ] (٣) والعلم وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم ، فالصواب أنه لا حد عليه إلا أن يسكر منه ، وقد ناظر مالك سفیان الثوري وغيره من الأئمة ممن كان يرى شرب النبيذ مباحاً ، فما أقام على أحد منهم حداً ولا دعى إليه مع إقرارهم بشربه ومناظرتهم فيه .

وقد روى عن مالك رحمه الله أنه قال : ما ورد علينا مشرقى مثل سفیان الثوري أما إنه آخر ما فرقنى عليه ألا يشرب النبيذ ، فهذا يقتضى أنه لم يفارقه قبل ذلك على هذا .

ولما نقل ابن عرفة كلام الباجي هذا قال : قلت : ومقلد مبيحة مثله ، وما صوبه الباجي نقله في « الإكمال » عن أبي ثور [ ومال إليه ] (٤) بعض شيوخنا المتأخرين ، [ ويعنى ] (٥) - والله أعلم - أبا الوليد الباجي .

(٢٥٨) [ ١٥ ] وسئل رضى الله عنه : عما إذا كتب الموثق في الرسم من عرف بالمشهود عليه ، هل تبطل بذلك [ ق / ١٢٦ ج ] الوثيقة والحكم بها إلا مع موت المعرف أو غيبته ، فتصح بناءً على أن ذلك [ نقل ، فيكون هذا ترك تسميته والاقتصار على قبول الموثق وعرف به من وثق أولاً ، أو تصح مع التصريح باسمه بناءً على أن ذلك ] (٦) من باب الخبر لا الشهادة ، أو [ أن الشاهد إنما عرفه ] (٧) بالتعريف إذ ليس قصد المعرف والشاهد النقل ، وإنما ذلك كما يقول الشاهد وعرف كذا من جهة كذا كالإيضاء مثلاً وعرف صحته بشهادته فيه أو من قبل من يجب ، فعسى الجواب ؟ .

فأجاب بما هذا نصه : أكرمكم الله ، أما شهادة الشاهد [ عن ] (٨) من لا يعرفه ، فقد قال ابن القاسم في « المجموعة » : إن شهد عند القاضى رجلان أن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : من يريد .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : الشهادة إنما عرفه .

(٨) فى أ : على .



المشهود عليها فلانة بنت فلان ، أيشهد الشاهد أنها فلانة أو لا يشهد ؟

فقال : لا يشهد إلا على شهادة الشاهدين أنها فلانة .

وقال ابن نافع : يشهد .

وقال ابن رشد : إن ابتداء الشاهد بالسؤال ، جاز أن يشهد وإن لم يخبره إلا رجل واحد أو امرأة إذا وثق [بهما] (١) وإن كان المشهود له هو الذى جاء بالرجلين ، لم يشهد إلا على شهادتهما ، ولو أخبره من اللقيف من حصل به العلم ، جاز أن يشهد .

وسئل مالك : هل يشهد الرجل على من لا يعرف ؟ فقال : أحب إلى ألا يفعل ، والناس يشهدون ويكون بعضهم يعرفهم ، وفى ذلك بعض السعة .

قال ابن رشد : إن أشهد الرجل على نفسه جماعة يعرفه بعضهم فلمن لا يعرفه أن يضع شهادته ، إذ قد أمن بمعرفة بعضهم أن يكون تسمى باسم غيره .

وأما إذا لم يعرفه أحد منهم فيكره لهم أن يضعوا شهادتهم عليه فى الكتاب مخافة أن يتسمى باسم رجل ، فيقر أنه باع داره من هذا ، فيكتبون شهادتهم عليه ، فيشهد على خطوطهم بعد موتهم .

وقد رأيت بعض الموثقين إذا وضع شهادته فى الرسم عن من لا [ يعرفه ] (٢) عقب [ من يعرفه يزيد متصلاً بشهادته بتعريف من تقدم ] (٣) .

وظاهر ما تقدم لمالك وابن رشد أنه لا يحتاج إلى تذييل ، وهو مطابق لما تقدم لابن نافع ، وهو مبنى على ذلك لأنه من [ باب الخبر ] (٤) لا من ناحية الشهادة ، وما تقدم لابن القاسم مبنى على أنه من ناحية الشهادة ، وتفصيل ابن رشد أنه قول ثالث ، وهو موجود فى غير موضع أن ما يبتدئ القاضى فيه السؤال يكتفى فيه بالواحد كالمكشوف والذى يبعثه فى استعلام الهلال .

وإذا شهد عنده بذلك قبل أن يبحث فيه ، لم يكتف إلا بنباب الشهادة ، فعلى ما تقدم لابن نافع يجوز للشاهد أن يسوق شهادته مساق المعرفة اعتماداً على الوثوق

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : يعرف .

(٣) فى أ : [ شهادة من يعرف يزيد بتعريف من تقدم ] .

(٤) فى أ : ناحية مخبر .

الحاصل له من ناحية الخبر ، وظاهره أنه لا يحتاج إلى زيادة عرفه به من وثق به .  
وعلى ما تقدم لابن القاسم لا يجوز له ذلك ، وإنما يسوقها مساق الشهادة على  
الشهادة ، وعلى هذا لا بد من تسمية الأصل وأنه لا يعتمد على الفرع في هذا  
الأصل الذى هو ناقل إلا لضرورة من موت الأصل أو مغيبة الغيبة المعتبرة .

وقول ابن رشد بعد ذكر الخلاف : « إذا شهد عنده اللفيف وحصل له العلم ، جاز  
أن يشهد » ، يدل على ذلك الخلاف المتقدم إنما هو غلبة الظن والمعتمد على الخبر فى  
ذلك لأن المحذور إنما هو أن يتسمى باسم غيره ويكتفى مع الخبر الموثوق به كما تقدم .  
قلت : ما حكاه رحمه الله عن ابن رشد فيمن أشهد على نفسه جماعة يعرفه  
بعضهم ، أن لمن لا يعرفه وضع شهادته .

قال ابن عرفة : ظاهره أنه لا يشترط فيمن عرفه من الجميع بلوغهم عدد ما  
يحصل به العلم ، بل ظاهره إن عرفه اثنان أو واحد كفى فى ذلك .

قال : والأظهر تقييده بما يفيد العلم بكثرة أو قرائن أو الظن القوى .

وقول الشيخ رحمه الله مفرعاً على قول ابن القاسم : « لا بد من تسمية  
الأصل » ، يقرب منه قول ابن عبد السلام رحمه الله فى كلامه على قول ابن الحاجب  
ولو عرفهما رجلان فى جواز أدائهما عليه قولان إذا كان الرجلان عدلين ، والأقرب  
أنه نقل شهادته عنهما ، فيتفجع عند تعذر أدائهما ويسميها [ ليعذر فيهما ] (١) .

وقال ابن عرفة : والذى عليه العمل عندنا أنه إن عين الشاهد من عرفه بالمشهود  
عليه ، فإنها شهادة ساقطة وصارت كالنقل عن عرفه ، ولذلك تحرز بعضهم  
فيكتب : وعن عرفه فلان .

ابن عبد السلام : ما يفعله أهل الزمان من الاعتماد فى التعريف خارج عن  
الأميرين ، لأنه غير مفيد للعلم فى غالب الحال . وإذا أفاد ظناً فذلك الظن غير  
مستند لخبر عدلين ، ولا خفاء على من نظر فى شيء من العلم أن الشرع ما اعتبر  
مطلق الظن فى غالب المسائل ، وإنما يعتبر ظنوناً مقيدة مستفادة من [ أمارات  
مخصوصات ] (٢) . أ . هـ .

(١) فى أ : ليعذر فيهم .

(٢) فى أ : أمور مخصوصة .

وتبع ابن الحاجب رحمه الله ابن رشد فى قوله : إن سأل رجلاً يثق به أو امرأة ، لجاز له [ ق / ١٣١ أ ] أن يشهد ، فقال : أما لو حصل العلم ولو بامرأة فلا إشكال .  
ابن عبد السلام : لأن خبر الواحد قد [ تحقق ]<sup>(١)</sup> به قرينة فيفيد العلم أ . هـ .  
وحكى ابن الحاج عن ابن شعبان : جواز قبول المعرفة بالمرأة المشهود عليها وإن لم يكن عدلاً .

البرزلى : وعليه عمل الناس اليوم ، ويطلبون تعريف المجاهل وغيرهم .  
قال : وكان شيخنا - يعنى الغبرنى - يقبل تعريف الصغير والأمة [ ق / ٢٠٨ ب ] يسألها عن غفلة ، ويترك تعريف المعرفة المقصود .

وأفتى ابن رشد رحمه الله فيمن شهد على متوفاة بوصية [ وأدى ]<sup>(٢)</sup> شهادته وقطع بمعرفتها ، وشهد عليه رجلان بإقراره عندهما بعد الأداء أنه لم يكن يعرفهما قبل الإشهاد ، وإنما عيبتها له حيثئذ امرأة وثق بها بجواز شهادته إن كان ابتداء سؤالها وإن لم يبتدئ سؤالها ، مثل أن تكون الوصية أتت بها لتعرفه بها ، فلا تجوز شهادته [ إن كان ابتداء سؤالها عليها بتعيينها فى هذا الوجه ولو كانت ثقة ، فإن شهد جهلاً سقطت شهادته فيما سواها .

[ قلت : وما حكاه عن ابن القاسم وابن نافع ومالك رحمهم الله ، قال ابن رشد فيه : وإذا كتب الرجل شهادته على من لا يعرفه بالعين والإسم ، فلا يصح له أن يشهد بها بعد موته ، ولا يؤديها إلا فى حياته على عينه ، وكذلك لا يشهد على شهادته بها إلا على عينه ، وهذا كله لا اختلاف فيه .

وإن علم أنه لا يقف إلا على عين المشهود إذا غاب عنه ، فهى شهادة لامتفعة فيها ، وإنما اتسع العلماء والخيار فى وضع شهادتهم على من لا يعرفونه بعين ولا اسم سياسة منهم فى نفع العامة ولئلا ينبههم على من لا يعرفه فيتجرؤن على جحد الحقوق المتعقدة عليهم إذا علموا أن الشهادة عليهم لا تصح إذا أنكروا ، ففى جهلهم بالحقيقة فى ذلك عظيم نفع وتحصين للحقوق ، ولأن المشهود عليه يهب الوثيقة ويسبق إليهم أن يشهد كلهم ، فيشهد عليه إن جحد فيقر ولا يجحد ]<sup>(٣)</sup> .

(١) فى ١ : تخلف .

(٢) فى ١ : وودى .

(٣) سقط من أ .

(٢٥٩) [١٦] وسئل رحمه الله : عن رجل أرسل مع ثلاثة رجال ذهباً ليشتروا لابنته داراً ، فاشتروها وكتبوا وثيقة بذلك ودفعوها للأب ، ثم بعد ذلك أمر أحد الثلاثة أن يقبض من كراء الدار [ المذكورة ] [١] بقية [٢] كان دفعها المتولى للشراء من عنده ، ثم مات الأب المذكور وغاب أخوه على الوثيقة ، وادعى أن الدار مورثة عن أخيه ، فشهد الثلاثة المذكورون بأنه أمرهم بشرائها للبنت ، وهي صغيرة في هذا كله ؟

[ فأجاب ] (٣) : شهادتهم عاملة ، وقبضهم للذهب ليشتروا به حوز للبنت سيما وهو يحوز لها ، فأحرى حين جعله [ فى ] [٤] يد غيره ، ولا يقال : إن شهادتهم على فعل أنفسهم لا تجوز ، لأنهم لو شهدوا عليه وهو حى أنه كان أمرهم بشرائها [ ليست ] [٥] للبنت ، لزمته .

نعم ، إذا أنكر البائع للدار لا تجوز شهادتهم عليه .

قلت : إنما جازت شهادة المأمورين لأن المال خرج من أيديهم وصدقوا فى الابتاع به ، فلم تعلق بهم تهمة جر ولا دفع ، وهذا كمسألة كتاب [ الوديعة ] [٦] : وإن بعثت إلى رجل بمال وقال : تصدقت به على ، وصدقته الرسول وأنت منكر [ للصدقة ] [٧] ، فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ، ويكون المال صدقة عليه .

وفى كتاب الشهادات : ومن أودعك وديعة فشهدت عليه أنه تصدق بها على فلان ، أو أقر له [ بها ] [٨] ، حلف فلان مع شهادتك واستحقها إن كان حاضراً .

فإن غاب لم تجز [ شهادتك ] [٩] إن كانت غيبة تنتفع [ ق / ١٢٧ ج ] أنت فى مثلها بالمال .

(١) سقط من أ .

(٢) بياض بالاصول .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) فى أ : على .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : الوصية .

(٧) فى أ : الصدقة .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى ج : شهادته .

ولأثمتنا كلام على المسألتين ليس مما نحن بسبيله ، فينظر فى كتاب ابن يونس وفى « تنبيهات عياض » .

[ قلت : قال ابن الحاج : سئلت عن شهادة الدالين فى بيع ما باعوه وأنكروا عليه الأجرة ، ثم أنكروا المبتاع ؟

فقلت : بإعمال شهادتهم إذا كانت العدالة موجودة فيهم .

وأفتى ابن رشد : بجواز شهادة الخاطب فى النكاح ] (١) .

(٢٦٠) [ ١٧ ] وسئل رضى الله عنه : هل للمشهد عليه أن يستفهم شهود عقد الاسترعاء عند المبرزين ، [ وإنما ذلك للقاضى ، وإذا كان ذلك للقاضى فهل هو له على الإطلاق ] (٢) أو إنما يكون ذلك فى وثيقة يكون فيها الإيهام ؟ وإذا أدى شهود عقد الاسترعاء عند القاضى قبلهم وشهد عليه بصحة الرسم الذى شهدوا فيه ، ثم عزل ذلك القاضى المشهد عليه بصحة الرسم أو مات ، فهل للقاضى الذى يأتى بعده أن يستفهم الشهود مرة أخرى أم لا ؟ وإذا كان له أن يستفهم مرة أخرى فقالوا : ما عندنا إلا ما شهدنا به أولاً عند القاضى المعزول لأن عهدنا طال بذلك ، فهل تكون شهادتهم عاملة أم لا ؟

**فأجاب :** إنما يجب على شهود [ رسم ] (٣) الاسترعاء أداء شهادتهم عند القاضى لا عند الشهود المبرزين ، فإذا أدوها عنده على [ مقتضى ] (٤) الرسم وكان الرسم بيتاً لا إجمال فى شىء من فصوله عمل على شهادتهم ، وإن زادوا على مقتضى الرسم أو نقصوا منه نبهوا على ذلك ، ثم لا يلزم أداء ثان ، لأنهم أدوا على ما يجب عليهم فبرئت منه ذمتهم ، إذ لا يشترط استصحاب ذكرها من حين أدائها إلى حين الحكم بها ، ثم لو لزم أداء ثان لزم أداء ثالث ورابع إلى ما لا نهاية له ، وهو باطل . ولا يكتفى القاضى من العوام فى تلقى الشهادة منهم بما يكتفى فى تلقيها من نقاد الطلبة بأن يقول له : أهذه شهادتك ؟ فيقول الشاهد : نعم ، لأن من لا يقرأ لا يعرف ما فى الرسم الذى قيدت فيه شهادته ، بل وبعض من يقرأ ، فيمكن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : نص .

أن تكون ألفاظه مطابقة لما فى علم الشاهد أو تزيد عليه أو تنقص أو يؤتى برسم فيه غير القضية التى له بها علم ، فيظن [ أنها ]<sup>(١)</sup> القضية المعهودة [ فيأدر ]<sup>(٢)</sup> فى وضع شهادته فيه ، إذ قد يكتب الرسم من لا تجوز شهادته كالمتعلمين ، وإن [ كتبه ]<sup>(٣)</sup> العدل الناقد أمكن أيضاً أن تكون ألفاظ الرسم مطابقة لما [ فى ]<sup>(٤)</sup> علم الشاهد فيه أو أزيد أو أنقص ، فتكون الشهادة على هذا مشكوك فيها ، ولا يقضى بشهادة مشكوك [ فيها ]<sup>(٥)</sup> كما لا يقضى للمدعى بغير شهادة بل بمجرد دعواه ، وكما لا يقبل من [ العوام ]<sup>(٦)</sup> مطلق التجريح حتى ينص على سببه لعدم معرفته بما يجرح به [ الشاهد ، بخلاف العالم بذلك .

كذلك لا يقبل من العوام مطلق الأداء ، سيما إذا كان أمياً حتى ينص على [ (٧) الشهادة نصاً لا احتمال [ فيه ]<sup>(٨)</sup> ويبينها بياناً لا إجمال فيه .

وإن قرئ الرسم على العامى فقد لا يفهم معانى ألفاظه ، ومن تصفح أحوال [ العوام ]<sup>(٩)</sup> فى أداء الشهادة عرف بأنه لا بد أن يشترط فى أدائهم ما قدمناه من أنه لا يكتفى من أحدهم [ فى الأداء ]<sup>(١٠)</sup> بأن يقول : هذه شهادتى ، حسبما تقدم .

ولا يقال : إن العدل الكاتب لا يضع شهادة الشاهد فى الرسم حتى لا يشك بأنها مطابقة لألفاظ الرسم ، فكيف يقال : إنها شهادة مشكوك فيها ؟ ، لأننا نقول : قد نظر عليه حين السماع من الشاهد غفلة تمنعه استيفاء الفهم [ منه ]<sup>(١١)</sup> لسبب يوجبها ، فلا تكون مطابقة لألفاظ الرسم ، فتكون شهادة مشكوكاً فيها كغير العدل

(١) فى جـ : أن .

(٢) فى جـ : فيأذن .

(٣) فى أ : كتب .

(٤) سقط من جـ .

(٥) سقط من جـ .

(٦) فى أ : العامى .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : فيها .

(٩) فى أ : العام .

(١٠) فى جـ : بالأداء .

(١١) فى جـ : عنه .

الناقد [ على ] (١) سواء ، ثم لو قدرنا عدم موانع استيفاء الفهم ، لم يجوز للقاضي أن يكفى من [ العامى ] (٢) بمطلق الأداء اعتماداً على عدالة الكاتب ونباهته ، لأن القاضى على هذا التقدير يكون [ معتمداً ] (٣) فى أداء الشاهد فى الرسم على تلقى الكاتب [ منه ] (٤) لا على تلقى نفسه منه ، و [ المعتمد ] (٥) على ما لا يخفى إنما هو تلقىه بنفسه من الشاهد ، وإلا لم يكن الشاهد مؤدياً عنده .

وأما استفهام شهود الرسم عند المبرزين ، فلا يجوز للقاضى أن يبيحه البتة ، إذ ليس الاستفهام عند المبرزين هو الأداء المعتبر ، بل الأداء المعتبر إنما يكون عند القاضى حسبما تقدم ، وإنما هو نقل شهادة ولا يخفى على أحد أن القاضى لا يجوز له أن يرتب حكمه على هذه الشهادة ، إذ من شروط النقل تعذر أداء الأصل عند القاضى لمرض أو غيبة معتبرة ، والأصل هنا حاضر والقاضى متمكن من استفهامه على ما أفهم ، فبطل اعتماده على استفهام المبرزين إياه ، وليس ذلك [ نيابة ] (٦) عن القاضى كما يتخذ كاشفاً فى بعض الأمور ، فيرجع إليه فيما يقوله فى الأمور التى أقامه لها ، إذ لو أراد ذلك وقدرنا جوازه لاختار لذلك شخصاً معيناً ، والواقع إباحة الاستفهام عند [ عدد ] (٧) غير معين من المبرزين ، فكان نقلاً ، فبطل اعتماد القاضى عليه حسبما تقدم .

[ فتلخص ] (٨) [ ق / ١٣٢ أ ] من هذا كله أن اكتفاء القاضى من العوام بمطلق الأداء باطل ، وأن رده الاستفهام إلى المبرزين خطأ صراح ، فيجب رفض هاتين الطريقتين المفضيتين إلى الخروج عن القواعد الشرعية ، سيما الأخيرة منهما ، والرجوع إلى الجادة التى لا يضل من ركبها .

وتبين لكم منه حكم ما سألتم عنه وأن الشاهد لا يلزمه أداء ثان عند القاضى بعد

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : العام .

(٣) فى أ : متعمداً .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : المعتبر .

(٦) فى أ : ساقط .

(٧) سقط من ج .

(٨) فى أ : فتخلص .

أن أدى عنده على نص الرسم ، ولا إجمال فى شىء من فصوله ، وكذلك عند غيره من القضاة إذا [ ثبت ] (١) [ عنده ] (٢) أنه أدى عند من قبله أداء لا إجمال فيه ، وحسبه أن يقول : [ قد ] (٣) أدت شهادتى أداءً بيئاً لا إجمال فيه ، فلا يلزمنى أداء ثان ، فيجب على القاضى الاكتفاء [ بالأداء ] (٤) الأول .

وقد تقدم بيانه ، وهذا كله واضح ، وبالله التوفيق .

قلت : أفاد رحمه الله بجوابه هذا فائدتين :

**الأولى :** منع هذا الاستفصال المحدث المهود الآن [ بشهود عقود الاسترعاءات ] (٥) يسألهم عدلان بعد أدائهم عن كيفية شهادتهم ، فإن نصوها على ما فى الوثيقة أعملت ، وإن زادوا أو نقصوا عنها ألغيت ، وهذا أمر لم يكن قديماً ، [ وقيدت ] (٦) [ أنه ] (٧) أحدث فى عشرة الثمانين بعد سبعمائة ، والمحدث له بفاس الفقيه الفشتالى رحمه الله ، ثم اتبع على ذلك .

وقد أفتى الشيخ الفقيه المشاور الحافظ أبى محمد سيدى عبد الله بن محمد بن موسى العبدوسى رحمه الله [ بمنعه ] (٨) كما أفتى به الشيخ .

**الفائدة الثانية :** أنه لا يكتفى من العوام فى الأداء بأن يقول شهادتى فى الرسم حق كما تقيدت فيه ، وأنه لا بد أن ينصها نصاً يرفع الاحتمال والإجمال ، هذا منصوص عليه فى رسم « إن خرجت » من سماع عيسى من كتاب الشهادات ، وسئل عن [ رجل ] (٩) أمى قرئ عليه كتاب ، فقال : أشهد على ما فيه ، أتجوز شهادته وهو لا يصف ما فيه حتى يقرأ [ عليه ] (١٠) ؟ قال : نعم [ تجوز

(١) فى ج : تبين .

(٢) فى أ : عنه .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : بأداء .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : وفى تقاسمه .

(٧) فى ج : أنها .

(٨) فى أ : بمنه .

(٩) سقط من أ .

(١٠) فى أ : ما فيه .



شهادته [١] ، وليس كل الناس يستوفون كل ما أشهدوا عليه وإن كان ممن يكتب حتى [ يقرأ عليه ] [٢] [ الكتاب ] [٣] ، فإذا [ قرئ عليه الكتاب ] [٤] عرف شهادته وحفظها ، ولو قيل له بعد ما قرأها : استظهرها ، لما استظهرها .

فإن كان عدلاً وأثبت ما قرئ عليه جازت شهادته .

ابن رشد : [ هذا ] [٥] كما قال ، لأنه [ ليس ] [٦] على الشاهد استظهار الكتاب الذى وضع فيه شهادته ، وحسبه أن يعرف ما تضمنه إذا قرأه أو قرئ عليه ، فيقول : أشهد بما فيه .

وهذا فى الاسترعاءات التى تكتب على معرفة الشاهد فيضع [ فيها ] [٧] شهادته ، ثم يشهد بما تضمنت ، وهذا إذا كان الشاهد من أهل اليقظة والفهم بمعانى ما تضمنه الكتاب إذا قرأه أو قرئ عليه .

وأما إذا كان على غير هذه الصفة فلا ينبغى للحاكم أن يجيز شهادته إلا أن يؤديها لفظاً فيقيدها عنه الحاكم أو كاتبه على ما يشهد به المتعاملان على أنفسهما ، فليس على الشاهد أن يقرأ الكتاب ولا أن يُقرأ عليه إن كان أمياً ، وحسبه إذا ذكر الشهادة أن يقول : أشهدنى فلان وفلان على ما فى [ هذا ] [٨] الكتاب عنهما ، وإن لم يقرأه ولا عرف ما فيه ، [ ق / ١٢٨ ج ] إلا إن كان الشاهد من أهل العلم ، فيستحسن إذا شهد على شىء مكتوب أن يقرأه لئلا يكون فيه فساد ، فإن رآه فيه نبه عليه فاستدرك فسحبه قبل فواته . أ . ه .

ولابن زرب فى « أحكام ابن سهل » قريب من هذا التفريق بين وثائق الاسترعاء

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : يرى .

(٣) فى ج : الكتب .

(٤) فى أ : قرأه .

(٥) فى ج : هما .

(٦) فى أ : لا شىء .

(٧) فى ج : فيه .

(٨) سقط من أ .

وغيرها .

وأشار الباجي [ أيضاً ] (١) إلى ذلك ، وقول ابن رشد : « [ وحسبه ] (٢) إذا ذكر الشهادة أن يقول : [ أشهدنى ] (٣) فلان وفلان على ما فى هذا الكتاب عنهما » ، يدل على أن قول الشاهد [ ذلك ] (٤) عند [ أداء الشهادة ] (٥) [ عند ] (٦) الحاكم كاف فى أدائها .

وفى سجلات أهل الوثائق : إن الأداء هو قول الشاهد شهادتى حق حسبما وقوعها ، والأمر واسع .

قال ابن عرفة : الأداء عرفاً إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به .

وفى « النوادر » عن أشهب : قوله : [ هذه شهادتى أداءها ] (٧) .

وقال القرافى فى لفظة : « أودى معى » إنها إنشاء لا خبر .

قال : فلو قال : « أديت » ، لم [ يقد ] (٨) عكس لفظ الإنشاء فى بعت واشترت ، ما بيع واشترى لغو .

ابن عرفة : الأظهر أنه لعرف تقرر لا [ لذات ] (٩) حقيقة الأداء .

قال : والأظهر أن الإشارة [ المفهمة ] (١٠) ذلك تكفى .

قال : وشهدت بعض المفتين أداها إشارة فلم يقبلها منه من أداها إليه . أ . هـ .

وقول ابن عرفة : « والأظهر أنه لعرف تقرر لا [ لذات ] (١١) حقيقة الأداء » ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : رواية الشاهد .

(٦) فى أ : لدى .

(٧) فى ج : شهادة أدائها .

(٨) فى أ : يعد .

(٩) فى أ : أداءه .

(١٠) فى أ : المبهمة .

(١١) فى أ : أداءه .

ينبنى أنه لم يقف على كلام القرافي في ذلك في الفرق السابع والعشرين والمائتين من « قواعده » ، فإنه صرح [ فيه ]<sup>(١)</sup> بما استظهره ابن عرفة ، ونصه : وسبب الفرق الوضع العرفي ، فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء ، وما لا فلا .

فإن اتفق أن العوائد تغيرت وصار الماضي موضوعاً [ لإنشاء الشهادة والمضارع لإنشاء العقود ، جاز للحاكم الإعتماد على ما صار موضوعاً ]<sup>(٢)</sup> للإنشاء ، ولا يجوز [ له ]<sup>(٣)</sup> الإعتماد على العرف الأول . ا . هـ .

وأشار القرافي في هذا الفرق إلى [ أن ]<sup>(٤)</sup> الشهادة لا يصح أداؤها إلا بلفظها ، ولا تصح إلا بلفظ الخبر<sup>(٥)</sup> ونحوه .

وأنكره عليه أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون في « تبصرته » ، وقال : ما ذكره هو مذهب الشافعية ، ولم أره لأحد من المالكية .

وكذا أنكره شمس الدين بن الجوزي [ الحنبلي ]<sup>(٦)</sup> وأطال في رد ذلك على القرافي ، فقال : إن مذهب مالك وأبي حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل أنه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ « أشهد » ، بل متى قال الشاهد : رأيت كذا أو سمعته ، كان شهادة منه ، ونقل [ كلام ]<sup>(٧)</sup> ابن فرحون .

قلت : وهذا منهما عجيب ، فقد سبق القرافي إلى ذلك ابن العربي .

قال : وأداء الشهادة بلفظ الشهادة تعبد ، [ لا إدراك ]<sup>(٨)</sup> عند العلماء لمعناه ولا يجزئ غيره [ ق / ٢٠٩ ب ] عنه . ونقل إجماع الأئمة على أن الرجل لو قال للحاكم : أنا أبين عندك ، أو أعلم كذا ، بدلاً من قوله « أشهد » لما صغى إليه ولا قضى بقوله حتى يقول : « أشهد » .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ج : بلفظ الإنشاء ، ولا تصح بلفظ الخبر .

(٦) في ج : الحنفى .

(٧) في أ : كلامه .

(٨) في ج : لأن ذلك .

قال : وقد طال بحثى عن المعنى فى ذلك عند الأخيار بسؤالى فيه جميع المناظرين ، فما وجدت عندهم أكثر من [ أنه ]<sup>(١)</sup> متعبد من الشرع بلفظة لا يجوز تبديلها ولا يقوم غيرها مقامها . أ . ه .

وحكى المازرى فى « شرح التلقين » عن ابن القصار ما حكاه ابن العربى من ذلك ، وإن أشهد بلفظ مخصوص [ يعتد ]<sup>(٢)</sup> به فى أداء الشهادة .

وقال المازرى : وعندى أنه لو استدعى الخصمان شاهداً للشهادة وجلس عند القاضى مجلس شاهد بقرائن الأحوال ، [ فقال : ]<sup>(٣)</sup> رأيت كذا أو سمعت فلاناً يقذف فلاناً ، و [ فهم ]<sup>(٤)</sup> منه ضرورة أنه قصد بذلك الشهادة [ لحسن أن يقضى ]<sup>(٥)</sup> بذلك كما يقضى به لو قال : أنا أشهد به .

قلت : وليتأمل ما فى كتاب العلم من البخارى فى ترجمة عظة الإمام النساء وتعليمهن من قول ابن عباس رضى الله عنهما « أشهد على النبى ﷺ »<sup>(٦)</sup> ، فعبر بلفظ الشهادة تأكيداً لتحقيقه وبياناً [ لوثوقه بوقوعه ]<sup>(٧)</sup> .

الجوهرى : فالشهادة خبر قاطع .

وفى أقضية [ المدونة ]<sup>(٨)</sup> : إذا عرف [ ق / ١٣٣ أ ] الشاهد خطه [ فى ]<sup>(٩)</sup> كتاب فيه شهادته ، فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها ، ولكن يؤدى ذلك كما علم ، ثم لا ينفع الطالب .

عياض : ولا يجب أن يؤديها كما علم ، إلا أن يكون على بصيرة ويقين من نفسه أنه لم يضعها مسامحة وأنه لم يضع قط اسمه على غير صحة ، إما لقلة ورع أو

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : تعبد .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : علم .

(٥) فى أ : لقضى .

(٦) أخرجه البخارى (٩٨) ، ومسلم ( ٨٨٤ ) .

(٧) فى أ : لوقوعه .

(٨) فى ج : المدينة .

(٩) فى أ : و .

دين أو جهالة بأن هذا مما لا يحتاج إليه ، ثم راجع [ بصيرته ]<sup>(١)</sup> فلا يحل لهذا أن يؤدي شيئاً يجده بخطه إلا ما ذكر من شهادته أو حقق من تاريخها أنه بعد توبته وتحقيق شهادته . وكذلك [ كل ]<sup>(٢)</sup> من شهد على خط نفسه عند من يجيزه ، أو على [ خط ]<sup>(٣)</sup> غيره في [ شهادة ]<sup>(٤)</sup> ، [ إذ ]<sup>(٥)</sup> لا يصح من ذلك إلا ما ثبت أن [ كاتبها ]<sup>(٦)</sup> كان عدلاً [ عند ]<sup>(٧)</sup> إيقاع تلك الشهادة ورسم ذلك [ الخط ]<sup>(٨)</sup> وتاريخه إن كانت مؤرخة وإلا لم تقبل ، لأن الرفع عليها حينئذ كأدائها [ وحصل ]<sup>(٩)</sup> صاحب « البيان » في رسم « الشجرة » من سماع ابن القاسم في شهادة الشاهد على خطه إذا لم يذكرها خمسة أقوال ، انظره وانظر « المتقى » .

(٢٦١) [ ١٨ ] وسئل رحمه الله من مدينة سلا حرسها الله تعالى من قاضيتها عام خمسة عشر وسبعمائة : عن رجل ادعى أن له حظاً في فدان بين أقوام ، وترافع مع المدعى عليه إلى القاضي ، وذكر المدعى عليه أن الفدان ماله وملكه ، فاستظهر المدعى برسم [ يتضمن ]<sup>(١٠)</sup> معرفة شهوده الفدان المذكور وأنه [ لوالد ]<sup>(١١)</sup> المدعى وملكه [ لا ]<sup>(١٢)</sup> يعلمون له [ فيه ]<sup>(١٣)</sup> تفويتاً إلى أن توفي ، ولا لورثته إلى حين أداء شهادتهم بذلك ، وثبت الرسم المذكور بشهادة [ شاهدين ]<sup>(١٤)</sup> من شهوده زكياً ،

- 
- (١) في أ : بميرائه .
  - (٢) في أ : نقل .
  - (٣) سقط من ج .
  - (٤) في ج : شهادته .
  - (٥) سقط من أ .
  - (٦) سقط من ج .
  - (٧) في أ : حين .
  - (٨) سقط من ج .
  - (٩) في ج : وحمل .
  - (١٠) سقط من ج .
  - (١١) في أ : مال واللد .
  - (١٢) في أ : ما .
  - (١٣) سقط من أ .
  - (١٤) في ج : شهيدين .

وأعذر القاضى إلى المدعى عليه ، فادعى مدفعاً وتأجل فى ذلك ، ثم أتى فى أثناء الأجل إلى القاضى وذكر له أن أحد الشهيدين الذين ثبت بهما الرسم المذكور لما سأله عن كيفية [ علمه بملكية ]<sup>(١)</sup> والد المدعى [ المذكور ]<sup>(٢)</sup> للفدان المذكور ، أجابه بمحضر شاهدين ، بأنه [ لا ]<sup>(٣)</sup> يعلم كيفية تملك والد المدعى المذكور للفدان المذكور إلا من اعترافه [ له ]<sup>(٤)</sup> بذلك ، فأتى المدعى عليه القاضى وعرفه بذلك وسأل منه أن يؤدى الشاهدان على الشاهد المذكور ما سمعاه منه ، فلم يبح له القاضى ذلك مع عدم تعذر أداء الشاهد المذكور ما قيل عنه عند القاضى ، فبعث القاضى إلى الشاهد المذكور وسأله عن ذلك ، فقال له : ما عندى إلا ما شهدت به أولاً ، فهل شهادة الشاهدين على الشاهد مع عدم تعذر أدائه عاملة ثم مع إنكاره ؟ وإذا لم تكن عاملة ، فهل شهادة الشاهد بمعرفته بالملك عاملة من غير أن يذكر وجه التملك أو لا بد [من]<sup>(٥)</sup> أن يبين وجه معرفته بالتملك إذا كان غير [ عالم ]<sup>(٦)</sup> بما تصح به الشهادة ؟ وإذا بين فهل يلزمه ذلك فى الأصل وفى أصل الأصل [ أو ]<sup>(٧)</sup> لا يلزمه ؟ وفى أثناء مخاصمتها ذكر المدعى أن الفدان المذكور تصير لأبيه من جده ، وبعد أن ثبت الرسم المسترعى المذكور المتضمن أن الفدان [ كان ]<sup>(٨)</sup> ملك أبيه إلى أن توفى ، وأعذر القاضى فيه للمدعى عليه ، فهل يلزم المدعى أن يثبت ما ذكر من أنه كان لجده وأنه تصير لأبيه من جده والحالة ما ذكر ، أو لا يلزمه ذلك بل يكفى ما أثبت من أنه لأبيه وورثه وورثته ؟ جوابكم فى ذلك مستوفياً ، والله تعالى يصل حفظكم ، وكتب على بن عبد الله بن أحمد ، والسلام .

فأجاب : أكرمكم الله ، إن كان الأمر كما ذكرتم فالجواب عن المسألة أن ليس

(١) فى ج : تملك .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ما .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى ج : عامل .

(٧) فى أ : أم .

(٨) سقط من ج .

لأحد أن يسأل الشاهد عن وجه شهادته بعد أدائها عند القاضى ، سواء كان السائل الخصم أو غيره ، وإنما ذلك للقاضى إذا أجمل الشاهد عند الأداء شيئاً فيما شهد به عنده ، أما إذا لم يجمل شيئاً فليس للقاضى أن يسأله عنها ، إذ ليس على الشاهد فى شهادة واحدة إلا أداء واحد لا أداءان ، فكون القاضى لم يبيح للشاهدين أن يشهدا عنده بما سمعا من الشاهد على الملك بما يتوهم بظلمان شهادته هو الحق ، سيما مع إمكان سؤاله عما نسب إليه ولو تعذر أداء لبعده وما فى معناه ، لم يسمع القاضى من الشاهدين إذا لم يأذن لهما الشاهد المذكور بأن ينقلا عنه ما سمعا منه ، لأن هذا من باب نقل الشهادة ، ومن شرطه اتفاقاً إذن الأصل فى النقل ، [ ثم ] (١) لو توفرت شروط النقل فأنكر الأصل ما نقل عنه قبل الحكم كان أولى بشهادته قولاً واحداً فى ظنى ، ومع الخلاف إنما هو بعد الحكم ، فالشاهد فى مسألتكم غير متعذر السؤال ولم يأذن للسامعين منه فى نقل ما سمعا إذا أنكر ما نسب إليه [ ق / ١٢٩ ج ] فشهادته ماضية لا يقدر [ ذلك ] (٢) فيها ، [ هذا ولو أقر بما نسب إليه .

وقال : قلت ذلك اعتذاراً للخصم وخوفاً من شره كما وقفنا عليه فى سؤال غير هذا ] (٣) ويقبل قوله إنه إنما قال ذلك اعتذاراً وخوفاً من شره .

وكذلك قال ابن حبيب رضى الله عنه فى « الواضحة » فىمن لقي رجلاً فقال له : بلغنى أنك شهدت على بكذا ، فقال الرجل : لا شهادة لى عليك ، وكل شهادة لى عليك فهى باطلة ، وقال : إنما قلت ذلك [ معتذراً ] (٤) وأنا باقى على شهادتى ، إن شهادته ماضية .

قال ابن رشد رحمه الله : وهو محمول على التفسير لقول مالك وابن القاسم فى « العتبية » رحمهما الله تعالى ، فإذا تقرر هذا فلا يحمل الشاهد فى هذا النوع على الرجوع حتى يرجع فيها رجوعاً [ بيناً ] (٥) لا احتمال فيه .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : متعذراً .

(٥) سقط من ج .

وأما الشاهد بمعرفة الملك ، فإن عرف خمسة أشياء ساغ له أن يشهد بالملك وإلا فلا ، فإن كان الشاهد يعرف ما تصح به الشهادة بالملك قبل منه إطلاق معرفة الملك - وقليل ما هم - وإلا فلا حتى يفسر الخمسة أشياء : أن يعرف الشاهد لمدعى الملك كون يده على ما يدعى ، وأنه يعرف تصرفه تصرف المالك ، وأنه ينسبه لنفسه ، وأنه لا ينازعه فيه منازع ، وأن تطول مدة ذلك عامًا فأكثر .

وفى « المدونة » ما يقوم منه [ إلى ]<sup>(١)</sup> عشرة أشهر طول .

قال : هذه التى تشترط فى الشهادة بالملك لا غير .

وأما إذا نسب المدعى ما أثبت لوالده أو لجده ، فعليه أن يثبت تملكه لجده واستمراره بالواجب إلى أن ورثه عنه والده ، وبالله التوفيق ، وكتب على بن محمد بن عبد الحق الزرويلي ، والسلام .

قلت : هذا من معنى ما تقدم له رحمه الله قبل هذه المسألة أنه لا يجوز للقاضى أن يبيح استفهام الشهود [ غير ]<sup>(٢)</sup> المبرزين بعد أدائهم لديه ، ولم يظهر لى كون ما سمعه الشاهدان من شاهد الملك لما سئل عن مستند علمه بالملك نقلاً بل سمعا منه ما يوهن شهادته بالملك ، فالصواب عندى - والله أعلم - أن يباح للشاهدين أداء ما سمعاه [ منه ]<sup>(٣)</sup> ، ثم ينظر فى القضية .

ويتأمل مسألة سحنون فى سماع ابن القاسم فيمن لقى من شهد عليه فعاتبه ، فقال : إن شهدت عليك فأنا مبطل ، وستأتى ، [ وهذا ]<sup>(٤)</sup> إذا [ لم ]<sup>(٥)</sup> يقل إنما قلت ذلك متعذراً له ، ويتأمل ما لابن الحاج فى « نوازله » : إذا شهد الشهود عند القاضى فقبلهم ، ثم أرادوا الرجوع عن الشهادة [ ق / ٢١٠ ب ] ، أنه لا يكون

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : عند .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .



رجوعهم إلا عند القاضي ، وإن شهد عليهم بالرجوع فلا يعمل على ذلك ، وكان ابن بشير [ ق / ١٣٤ أ ] القاضي [ يقول : ]<sup>(١)</sup> عندى شهدوا وعندى يكون رجوعهم .

ابن الحاج : وقيل : إذا شهد عليهم بالرجوع بطلت شهادتهم .

وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من قول مالك وابن القاسم فى « العتبية » ، [ أما قول مالك فهو قوله ]<sup>(٢)</sup> فى أول رسم من سماع ابن القاسم فى كتاب الشهادات فىمن سئل عن [ شهادته ]<sup>(٣)</sup> وهو مريض ، فأنكرها وقال : كل شهادة أشهد بها بين فلان وفلان فهى باطلة ، ثم شهد بها بعد ذلك ، فإنه يستل لم قال ذلك ؟ فإن قال : كنت مريضاً فخشيت أن لا أثبت ما أشهد به وما أشبه ذلك من القول الذى [ له ]<sup>(٤)</sup> وجه يعرف ، فأرى أن تجوز شهادته إذا كان عدلاً لا يتهم .

ابن رشد : قوله : « إذا كان عدلاً لا يتهم » ، معناه إذا كان عدلاً مبرزاً فى العدالة ، وهذا إذا كان إنما سئل فى مرضه عن الشهادة لتنقل عنه إلى الحاكم أو ليشهد عليها تحصيئاً لها أ . هـ .

وأما قول ابن القاسم فهو قوله فى رسم « الكبش » من سماع يحيى فىمن سئل عند القاضي ، فقيل له : إن فلاناً ادعى أنك تشهد له فى حق على فلان ، فقال : ما أذكر أنه أشهدنى فى شىء وما له عندى علم ، ثم انصرف فعاد إلى القاضي بعد أيام فشهد فى ذلك الحق ، إن شهادته تجوز إن كان ممن لا يشك فى عدله ولا يتهم فى شىء من علمه .

ابن رشد : [ وأما ]<sup>(٥)</sup> لو لقيه الذى عليه الحق فقال له : بلغنى أنك تشهد على بكذا فقال له : لا أشهد عليك به ولا عندى منه علم ، وإن شهدت عليك به

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : وقع قول مالك .

(٣) فى ج : شهادة .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

فشهادتى [ باطلة ] (١)، ثم جاء فشهد لم يقدح ذلك فى شهادته ولم يضرها وإن كان على قوله بينة ، قاله ابن حبيب فى « الواضحة » ، وهو يحمل على التفسير لقول مالك [ هذا ، ولقول ] (٢) ابن القاسم [ فى سماع يحيى ] (٣) .

والفرق بين الموضعين أن له أن يقول فى الوجه الثانى : إنما قلت ذلك معتذراً ولم أزل عالماً بما شهدت به . وفى الوجه الأول لا عذر له فيما أقر به على نفسه من الجهل بالشهادة ، فوجب أن تبطل شهادته إلا أن يأتى بأمر يشبه من أنه تذكر الشهادة بعد ذلك ، وأنه خشى ألا يقوم بها فى مرضه ، فيصدق إذا كان مبرزاً فى العدالة .  
أ.هـ.

وفى سماع ابن القاسم بإثر المسألة الأولى [ مسألة مالك ] (٤) : قيل لسحنون : من شهد على رجل فلقية [ المشهود عليه ] (٥) فقال : بلغنى أنك شهدت على [ بكذا ] (٦) ، فقال : إن شهدت عليك به فأنا فيه مبطل ، وقد كان شهد به ، فقال : أرى [ فى ] (٧) هذا رجوعاً إذا كان على قوله بينة .

ابن رشد : حكى ابن حبيب فى هذه المسألة عن مطرف وابن الماجشون وأصبح وأشهب أن قوله هذا لا يضر بشهادته ولا يكون رجوعاً عنها وإن كانت عليه بينة ، إلا أن يرجع عنها رجوعاً بيناً كما إذا قال ذلك له قبل أن يشهد لما وقف على ما بلغه عنه أنه يريد أن يشهد عليه .

ووجهه أنه لما احتتمل قوله [ أنه أراد به ] (٨) تكذيب نفسه [ فى ] (٩) الشهادة

(١) فى أ : باطل .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

والرجوع عنها ، [ وأن يكون اعتذار ] (١) [ أوجب ] (٢) ألا تبطل شهادته إلا بيقين ولم يجب على الحاكم أن يسأله هل أراد الرجوع أم لا ، إذ لو أراد لفعله ، إذ لا ضرر عليه فيه ، لأنه لا يضمن قبل الحكم .

ولم يصدق سحنون أنه أراد الاعتذار وجعله رجوعاً .

يريد : بعد الإعذار إلى المشهود له فيمن شهد عليه بذلك القول .

ولو شهد عليه أنه قال ذلك ابتداءً دون أن يعاتب على الشهادة لكان ذلك رجوعاً عنها اتفاقاً بعد الإعذار إلي المشهود له إن كان ذلك قبل الحكم وإلى الشاهد إن كان ذلك بعد الحكم ، لأنه ضامن والحكم ماض على مذهب « المدونة » خلاف ما في أول سماع عيسى أنه لا يضمن إذا ثبت عليه ولم يعتمد الزور .

وقول الشيخ رحمه الله : « لا يسوغ للشاهد أن يشهد بملك حتى يعرف الخمسة الأشياء التي أشار إليها » ، المازرى رحمه الله فقال : لا يباح للشاهد أن يشهد بالملك بمجرد مشاهدته شخصاً باع سلعة من آخر ، لأنه قد يبيعها غاصب أو مودع ومن لا يجوز له البيع ، ولكن حقيقة الشهادة به يستدل عليه بالحوز ووضع اليد على الشيء والتصرف فيه تصرف المالك مع دعوى المالك وإضافته إلى نفسه وطول الزمان ولا يظهر من ينازعه في ذلك .

قال : فإذا شهد بأن هذه الدار لفلان وعول على ما أطلق من الشهادة بالملك على معرفة هذه الأمور قبلت شهادته . وإن أطلق الشهادة ولم يصفها إلى هذه الأمور لم تقبل إلا إن كان عارفاً .

[ قال ] (٣) : وإلى هذا أشار سحنون وغيره من أصحابنا . أ . هـ .

[ وقوله : « لأنه قد يبيع السلعة غاصب أو مودع ومن لا يجوز له البيع » ، يدل على أن مجرد الشراء لا يثبت به الملك ، وقد نص عليه غير واحد .

وفي « المدونة » : ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان وأنه باعه ما ملك ، فأقام من هي في يده بينة أنه يملكها قضى بأعدلها .

(١) في أ : والإعتذار .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

المسألة قال الشيخ : لا بد من فصلين أنه ابتاعها منه وأنه باعه ملكه ، فإن لم يثبت إلا بالشراء لم يعارض الحوز وحده ، انظر « التقييد » [١] .

وقول الشيخ : « وأما إذا نسب المدعى لجده ما أثبت له لوالده فعليه أن يثبت ملك جده إياه » .

ووجهه والله أعلم : أن الشهود إنما شهدوا بملكية الملك لأبيه لا لجده ، فكأنه كذبهم ، وفيه نظر لأنه قال : تصير له منه إما بمراث أو نحوه . وفي « مختصر الحديرية » فى شهود شهدوا بالملك لمن لا يعرفون عينه ولا أدركوه بأسنانهم ، واستمراره إلى أن توفى [ وورثه ] [٢] ورثته ، واستمرار ملك الورثة على ما يجب إن ذلك غير عامل ، قاله ابن رشد .

(٢٦٢) [١٩] وسئل رضى الله عنه : عن رجل بيده أملاك ، فقام عليه بعض أقاربه واستظهر بشهود يشهدون بالسماع المستفيض على السنة العدول وغيرهم أن هذه الأملاك لجده فلان الذى يجتمع فيه القائم والمقوم عليه وطلبوا موروثهم [منها] [٣] ، فقال الذى [ هو ] [٤] بيده : ملكى منذ خمسين سنة هو بيدي ، ما الحكم؟ [فأجاب] [٥] : إن شهدوا بالاستفاضة التى أورثتهم القطع ، فهى عاملة ، فيكلف المقوم عليه بماذا اختص ، فإن ادعى ما يوجب نقل الملك والاختصاص مع هذه الحيازة ، [كلف القائم القدح فى هذه الحيازة] [٦] ، فإن أبطلها بوجه ما كان جميعهم شركاء ، إلا أن يثبت الذى هو بيده ما هو أقطع من الحيازة ، وإن كانت شهادتهم إنما أفادتهم الظن خاصة ، فلا يزال بها هذا الملك لأنها لا تزال ما تحت اليد .

نعم ، تُقر اليد على ما هى عليه ويستحق [ بها ] [٧] ما لا يدعيه .

قلت : أفاد رحمه الله أن شهادة السماع تنقسم إلى ما يفيد العلم وإلى ما يفيد

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فورثه .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : هى .

(٥) فى أ : فقال .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

الظن ، فما أفاد العلم يصح للشاهد القطع والجزم به لارتفاعه عن شهادة السماع ، مثل أن نافعا مولى ابن عمر ، وكما قيل لابن القاسم رحمه الله : أيشهد أنك ابن القاسم من لا يعرف أباك ولا يعرف أنك ابنه إلا بالسماع ؟

فقال : نعم .

وأما ما لم يفد إلا الظن فلا يعمل إلا في أشياء مخصوصة ، ولا يستخرج من يد حائز ، وانظرها في قوله : « إن شهدوا بالاستفاضة التي أورثتهم القطع » ، ما يدل أن قولهم الآن في الوثائق : سمعوا سماعا فاشيا مستفيضاً على السنة أهل العدل وغيرهم أفادهم العلم أنه شهادة بت وجزم أم لا ؟ وقد رأيت للبرزلي رحمه الله ما يقتضى أنه ليس بشهادة قطع ، فقد قال : وما يكتب أهل الوقت من قولهم من أهل الثقات وغيرهم [ سمعوا ]<sup>(١)</sup> سماعاً يقوم مقام العيان ويحصل العلم ، هو تشديد منهم .

قال : وقد فاوضت في ذلك شيخنا الإمام - يعنى ابن عرفة - وقلت : إنها شهادة علم فحذف السماع .

فقال : إنما قصدهم المبالغة ، لأن العامة تستسهل شهادة السماع . [ وقوله : فيكلف المقوم عليه بماذا اختص بالملك مع أنه وارث ] ، هو قول مطرف وأصبع [ ق / ٢١١ ب ] في رسم « إن خرجت » من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق أن الوارث إن قال : لا أعلم الوجه الذى تصير به الملك إلى أبى إلا أنى ورثته عنه وحرثته ، لكان القول قوله مع يمينه فى ذلك ، وهو قول ابن الماجشون وصوبه ابن رشد .

وقوله : « لا يزال ما تحت اليد بشهادة السماع التى لا تفيد العلم » ، حكاه غير واحد عن محمد .

وحكى اللخمي أنه وقع لابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبع ما يقتضى أنه يستخرج بها من اليد [ (٢) ] .

(٢٦٣) [ ٢٠ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل باع أرضاً ثم قام ابن أخته على المشتري فى الأرض المذكورة فى ميراث أمه أخت البائع منه [ ق / ١٣٥ ] ، وزعم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أن الأرض ملك جده أبي أمه ، فأنكره المشتري والبائع ، فأقام بينة تشهد بالسماع الفاشى المستفيض أنها ملك البائع ، فهل تجوز شهادة السماع فى هذا أم لا ؟ وإذا جازت فهل لا بد من عدلين أو يقبل الكثير من العدد ؟

[فأجاب] (١): شهادة السماع إما أن يكون الشاهد قطع بما سمع حتى أورثه

العلم ، فهذه كشهادة المعاينة فيجزئ فيها اثنان ، وتجاوز فى كل شىء .

أو تفيد الظن عند الشاهد خاصة ، فهذه تقر ما عليه اليد وتثبت ما لا يد عليه [ولا ترفع اليد عما هى عليه ، وهنا يد البائع كانت على الملك ثم يد المشتري عليه بعده ، فلا ترفع هذه الشهادات اليد عما هى عليه] (٢) ، فلا فائدة فيها هنا ، فلا حاجة لنا إلى قبول الجماعة أو تزكيتهن ، إذ لا تفيد ولو قبلوا .

قلت: يكتفى [ بشاهدين فى السماع القاصر عن العلم ] (٣) خلافا لابن

الماجشون ، ولا بد من عدالتهما .

(٢٦٤) [٢١] وسئل رحمه الله عن رجل كان يحرق أرضاً تحت يد المخزن

بكرام ، ولم يكن بتلك الجهة من يدعى [ ملك ] (٤) الأرض إلا رجل واحد ، ولكن إن كلف إثباتها لجده لم يجد [ بينه إلا السماع ] (٥) أنها لجده ، ما حكم هذا الذى يحرقها ؟

[فأجاب] (٦) : إن كانت بينة السماع [ هذه ] (٧) أورثتهم القطع ، فالأرض له

ويأخذ من هذا الزارع كراؤها . وإن أورثتهم الظن فقط ، ففي شهادة السماع أربعة أقوال : هل يحكم بها فى كل شىء ؟

لا يحكم بها فى [ كل ] (٨) شىء ؟

(١) فى أ : فقال .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فى السماع الذى لم يفد العلم بشاهدين .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : إلا بينة على السماع .

(٦) فى أ : فقال .

(٧) فى أ : لهذا .

(٨) سقط من ج .

يحكم بها في أربعة ؟

لا يحكم بها في أربعة ؟

ذكرها [ ابن رشد ]<sup>(١)</sup> في [ شهادات ]<sup>(٢)</sup> « المقدمات » ، ومنهم من قال : شهادة ما تقر عليه اليد لمن شهدت له [ ويحكم ]<sup>(٣)</sup> ولا تزيل ما عليه يد غير من شهدت له ، ويحكم بها فيما لا يد عليه ، وهذا المخزن هل هو يد فيقال حكمها حكم ما عليه يد ، فلا يحكم لهذا المدعى بها بناءً على أنه استحرثها بوجه جائز إما بإرث مال المسلمين أو لعدم مَلَائِهَا حتى لم يوجدوا بالكلية ؟ أو ليس بيد لكثرة ما شوهد منهم من التعدي والغصب فيجزي [ في هذا ]<sup>(٤)</sup> مجرى ما لا يد عليه [ فيحكم ]<sup>(٥)</sup> لهذا بها ، فيكون له الكراء عليه بجميع ما حرث فيها من السنين [ مستوفياً ]<sup>(٦)</sup> على هذا الوجه بخلاف الذي قبله .

قلت : ما عراه [ لشهادة ]<sup>(٧)</sup> « المقدمات » لم أجده فيها ، وإنما ذكره ابن رشد في « نوازل سخنون » من [ شهادة ]<sup>(٨)</sup> « البيان » ، وعزى القول الأول لدليل ما حكاه ابن حبيب في « الواضحة » من إجازة شهادة السماع في الملك دون الحيابة ، و [ عزى ]<sup>(٩)</sup> الثاني لمذهب ابن القاسم .

قال [ ابن القاسم ]<sup>(١٠)</sup> لا يثبت بها النسب ولا الولاء وإنما يقضى بالمال ، ولم يراها عاملة في الأحباس إلا مع القطع على المعرفة بأنها تحترم بحرمة الأحباس ، ولا في الشراء المتقادم إلا مع الحيابة ، انظره .

وتردد الشيخ رحمه الله في المخزن هل هو يد [ أو ليس بيد ، قصارى أمره أن يكون ]<sup>(١١)</sup> كعفو من الأرض ليس في حوز أحد .

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : سماع .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) بياض في أ .

(٦) في ج : مستوفى .

(٧) في أ : لشهادات .

(٨) في أ : شهادات .

(٩) سقط من أ .

(١٠) في أ : لأنه قال في « المدونة » .

(١١) في أ : أم لا فيكون إذاً .

وقد حكى المازرى فى تمكين المشهود له بالسماع منها قولين ، وبناهما على الخلاف الذى فى بيت المال هل [ هو ] (١) مالك أو حافظ !؟

(٢٦٥) [٢٢] وسئل رحمه الله : عمن [ استلحق ] (٢) ولدًا من أمته وبقي بعد موته مدة طويلة يدعى فلان بن فلان ، ثم قام ورثة أبيه فادعوا أنه ليس من أبيهم المذكور ، فاستدعى بيته شهدت [ له ] (٣) بالسماع الفاشى أنهم لم يزالوا يسمعون أن عبد الكريم المذكور لم يزل يسمع يقول فلان ابنى ، فهل يصح ذلك النسب أم لا ؟

فأجاب : إذا صح السماع المذكور بشهادة العدول الذين لا مطعن [ فيهم ] (٤) ثبت النسب المذكور ، لا سيما إذا أفاد السماع المذكور للشهود السامعين العلم .

قلت : وفى [ « الطرر » ] (٥) عن نوازل ابن رشد : والشهادة على السماع الفاشى بأن فلان ابن فلان ، فأما فى حياة الأب فلا تجوز إلا أن يكون [ هذا ] (٦) السماع بحيث يقع به العلم عندهم .

وأما بعد موته ففى ثبوت المال [ والنسب به ] (٧) ، ثالثها لابن القاسم : يكون له المال ولا يثبت به النسب .

والمسألة فى « نوازل ابن رشد » [ هى ] (٨) فىمن ادعى على رجل أنه غلامه من أمة كانت له ، وقال المدعى عليه : أنا ابنك من امرأة حرة [ بنت حر ] (٩) ، وشهد له رجال عدة بإقرار الأب أنه ابنه وهم غير عدول ، [ وشهد ] (١٠) عدول بالسماع الفاشى أنه ابنه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : استحق .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : « الطراز » .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ج : والنسبة .

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من ج .

(١٠) فى أ : وشهود .



وأجاب ابن الحاج أيضاً فيما نقله محمد بن عياض : لا [ يعمل ]<sup>(١)</sup> بدعواه في العبودية ولا بدعوى [ الآخر بالنبوة ]<sup>(٢)</sup> ، وشهادة السماع هنا ضعيفة ، لا سيما الأب يكذبها وهو حى ، وإنما الاختلاف بين ابن القاسم وأشهب في شهادة السماع هل توجب النسب مع المال في وفاة الموروث !؟

وفى [ « الطرز » ]<sup>(٣)</sup> أيضاً ذكر ابن عبد الغفور : شهادة السماع فى الأنساب جائزة إذا نفى من نسبه .

(٢٦٦) [ ٢٣ ] وسئل رضى الله عنه : عن عقد ابتياع ملك مؤرخ بعام تسعة وسبعين وستمائة بثمان مائة فضة جديدة [ حدودية ]<sup>(٤)</sup> ولم يذكر هل ثمانية دراهم أو دنانير ، والحق بين إلا سطر دنانير ، ولم يعتذر عليه فى الوثيقة ، هل يبطل الشراء أم لا ؟ وإن لم يبطل الشراء فبكم يحكم إن طرأ استحقاق ؟ وما يوجب الرجوع بالثمن ؟

[ فأجاب ]<sup>(٥)</sup> : إذا وجد محو فصل أو لحقه واستريب فيه ، نظر فإن كانت جملة الوثيقة معتمدة عليه ، بطلت كلها .

وإن كان كل فصل يستقل بنفسه ، صح ما لا استرابة فيه وبطل ما فيه استرابة . وأوعب الكلام على هذا اللخمى فى الوصايا الأولى فى كتاب الوصية ، وهذا كله إذا مات الشهود ، ولو كانوا أحياء لسئلوا ، فإذا ذكروا فلا إشكال والعمل على ما ذكروه ، ولا عبرة بالوثيقة .

وإن لم يذكروا ، فعلى القول بأن لا يعمل عليها بطلت ، وعلى القول بالإعمال فكما لو ماتوا وإن كان يؤدى [ على ]<sup>(٦)</sup> ما لا شك عنده أنه من خطه أو خط الوثيقة ويترك ما استراب فيه ، وإذا [ ثبت ]<sup>(٧)</sup> الفصل من هذه ثبت الشراء ، وقدر الثمن :

(١) فى أ : يعتمد .

(٢) فى أ : الأخ فى النبوة .

(٣) فى أ : « الطراز » .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : فقال .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : أبطل .

أمر ثان : يرجع إلى اختلاف المتبايعين في الثمن بعد اتفاهما على عقد البيع [ ق / ١٣١ ج ] فينظر إلى [ قيمة ] (١) تلك السلعة في ذلك الوقت .

وأما هذه المسألة فلو قدر بطلان الوثيقة [ ق / ٢١٢ ب ] ، فحوزه للملك بدعوى اشتراء ثلاثين سنة يكفيه في ثبوت الشراء .

قلت : في « الطراز » : إذا وقع في الوثيقة محو أو بشر أو ضرب في غير مواضع العقد ، مثل عدد الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة ، [ لم يضر الوثيقة ] (٢) ولم يوهنها إن لم يتعذر عنه .

وإن كان في تلك المواضع سئلت البينة ، فإن حفظت الشيء بعينه الذي وقع فيه ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضت . وإن لم يحفظوه سئلوا عن البشر ، فإن حفظوه مضت أيضاً ، وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة .

وفي « الحديرية » في وثيقة وجد تاريخها مصلحاً ولم [ يعتذر عنه ] (٣) ، فقالوا أجمعون : نرى أن [ تُسأل ] (٤) البينة التي في الوثيقة ، فإن وافقت أن الإصلاح في الوثيقة حين عقد شهادتهم ، لم يضرها ذلك .

وإن شكت فيه ولم يأت بيينة غيرها تشهد بذلك ، سقط التاريخ .

وفي « نوازل عياض » التي جمعها ابنه محمد رحمهما الله وإيانا في عقد أدى شهوده شهادتهم فيه ، وفي العقد بشر لم يعتذر عنه ، وسئل [ عنه ] (٥) الشهود فقالوا : لا علم لنا .

فالجواب : إذا كان البشر يحتمل أن يكون [ ق / ١٣٦ أ ] في موضعه ما يبطل العقد أو لا يبطله ، لم يكن عاملاً . وإن انتفت عنه هذه المعاني كان عاملاً ، وبالله التوفيق ، قاله يوسف بن أحمد .

جواب ثان : إذا استراب الشهود من البشر الذي وصفته في جميع فصول العقد ،

(١) في ج : عقد .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : يتعذر منه .

(٤) في أ : تسعيد .

(٥) سقط من أ .

ولم يحققوا منه ما يوجب حكماً ، بطل كله [ وكذا ]<sup>(١)</sup> إن غابوا أو ماتوا قبل أن يستكشفوا ، والبشر أشد من المحو عند بعضهم وأكبر ريبة ، والله الموفق للصواب ، قاله ابن عرجون .

قال محمد بن عياض : هذا جواب حسن أعرب عن صدق صاحبه وقول الأول : « ما يبطل العقد أو لا يبطله » ، مراده - والله أعلم - لا يصلح أن يكون في موضع البشر غير ما كتب عليه .

وقول الشيخ رحمه الله : « إن اللخمي أوعب الكلام على هذا في كتاب الوصايا الأول » ، لا يجرى إلا في الوصية دون غيرها ، ويظهر ذلك لمن [ يتأمله ]<sup>(٢)</sup> ويتأمل [ كلامه و ]<sup>(٣)</sup> كلام غيره في هذا المعنى .

وفي « أحكام ابن سهل » عن « أحكام ابن زياد » في امرأة قامت في صداقها ، وفيه جل سطر محو ذكر فيه الرحيل : إن الكتاب كله يصح غير هذا [ السطر فيسقط إن محى ، إلا أن تثبته البيئنة ، فإن لم يشهد عليه ]<sup>(٤)</sup> حلف الزوج ما يعرفه ولا شرطه على نفسه ، ثم يسير بزوجه حيث شاء .

وفي سماع أشهب من كتاب المديان [ والتفليس : سئل مالك ]<sup>(٥)</sup> [ عمن ]<sup>(٦)</sup> أتى على امرأة بذكر حق بعد موتها ، فيه كذا وكذا صاعاً من تمر عجوة ، فمحي الموضع الذي كتب فيه العجوة في السطر ، ولم يأت على ذكر حق بشاهد إلا كاتب الصحيفة ، فيشهد أنه يعرف كل ما في الكتاب إلا تسمية العجوة [ إنها ليست كتابتي ]<sup>(٧)</sup> ، وقد محى [ ولا يدري ]<sup>(٨)</sup> أعجوة هو أم لا ؟ فقال : أما أنتم فلستم تحلفون أنه غير عجوة ، فأرى أن يحلف مع شاهده أنه عجوة وأن هذا الحق له ، ثم يعطاه .

(١) في أ : وكذلك .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : الشرط إلا أن تثبته البيئنة وإلا .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : من .

(٧) في ج : إنه ليس كتابه .

(٨) في أ : ولا أدري .

ابن رشد : قوله : « أما أنتم [ فليستم ]<sup>(١)</sup> تحلفون أنه غير عجوة » ، معناه :  
أما أنتم فإذا لم تحلفوا أنه غير عجوة ، فأرى أن يحلف مع شاهده أنه عجوة ، لأن  
القول قولهم إنه غير عجوة ، لأنه لما ثبت له شاهده بالعدة وأنها تمر قيل له : احلف  
مع شاهدك على صحة ما شهد به ، ثم [ يقال ]<sup>(٢)</sup> للورثة : احلفوا على أى صنف  
من الثمر تقررون به ، فإن حلفوا على صنف ما ، أخذه ولم يكن له غيره .  
وإن لم يحلفوا قيل له : احلف على أى صنف تدعيه وخذه ، فتكون يمينه يميناً  
واحدة على الصنف وعلى أن شاهده شهد بحق وعلى أنه لم يقبض ذلك .

---

(١) فى ١ : فليس .

(٢) فى ١ : قال .

## مسائل من الدعاوى والحيازات

(٢٦٧) [١] سئل رضى الله عنه : من قاضى مدينة تازى أبو على محمد بن الفقيه أبى محمد عبد السلام رحمنا الله وإياهم عام ثمانية وسبعمائة : عن رجل قام طالباً لأخيه فى موضع ادعى أنه مال أبيهما وملكهم إلى أن مات وترك لهما ، وثبت ذلك بواجبه ، فكلف المدعى عليه إثبات ما يوجب الاختصاص به ، فاستظهر بعقد يتضمن تصيير أبيه ذلك الموضع لأمه بشهود غير مرضيين ، فكلف التزكية فمعجز عنها ، ثم ادعى أنه باع هذا الموضع لرجل آخر وهو بيده الآن ، وأخوه هذا المدعى عالماً ببيعه منذ أزيد من عشرين [ سنة ]<sup>(١)</sup> ولم ينكر عليه ، فقرر المدعى على ذلك فاعترف بعلمه [ بالبيع ]<sup>(٢)</sup> وادعى أنه كان يطلبه ، ويقول له : أخذته بالتصيير لأمى ويظهر لى عقداً ، فاعتقد صحته وشهدت له بينة أنه كان يطلبه فى الموضع ، فيقول [ الأخ ]<sup>(٣)</sup> المطلوب : تصير لأمى ، فهل ترون جهله بصحة العقد نافعاً له أو ضاراً ، ولا يعذر بجهله ؟ وإن أعذر ، فهل للمبتاع الذى فى يده الشقص مقال فى [ أن لا تنقض ]<sup>(٤)</sup> صفقته ويكون رجوع القائم على أخيه بالثمن ؟ بين [ لنا ]<sup>(٥)</sup> مأجوراً مشكوراً .

فأجاب رحمه الله بما هذا نصه وقيدته من خطه : أكرمكم الله [ إنه ]<sup>(٦)</sup> ليس للقائم الآن رد البيع لسكوته الأمد الطويل عن رده وقد أمكنه الرد ، ولا يرفع حكم سكوته إلا الخصام حتى أن سحنوتاً رحمه الله لم يجعل مطلق الخصام رافعاً لحكم السكوت فيمن [ ادعى ]<sup>(٧)</sup> أصلاً بيد حائز بما يجب ، وأثبت الحائز الحيازة الخاصة ، وأثبت القائم [ أنه ]<sup>(٨)</sup> خاصمه فى الحوز .

(١) فى أ : عاماً .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الآخر .

(٤) فى ج : الانتفاض .

(٥) فى أ : ذلك .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : أثبت .

(٨) فى أ : فإنه .

فقال رحمه الله : إن أقام البيّنة بأنه لم يزل يخاصم نفعه ، ليس له أن يخاصم المرة والمرتين ثم يسكت ، فكيف بالفائم في مسألتكم [ التي ] (١) يصدر منه مطلق الخصام ، ولا حجة أنه ظن صحة الرسم المتضمن للتصيير ولأجله سكت عن الرد لتفريطه في الكشف عن حاله حتى يعلم صحته أو سقمه ، فلما فرط في الكشف عن حق نفسه والاحتياط لها صار كالساكت عن رد البيع مع علمه بسقم رسم التصيير ، ولم يعذر أشهب رحمه الله مشروط البكارة في عقد النكاح ثم يجد المنكوجة ساقطة العذرة ، لجهله البكر في اللسان أنها غير التي وطئت بنكاح وظنه أنها القائمة العذرة .

ولم يعذر سحنون رحمه الله مشترى [ العبد ] (٢) إذا قيل له : إنه قائم العينين في معرض بيان صفته ، وهو عند الناس الذي لا يبصر ، لجهله بمسماه عند الناس وظنه أنه الصحيح العينين إذا كان قادراً على الكشف عن حاله والاطلاع على حقيقة أمره ، فصار كأنه اشتراه وهو عالم بعينه مع الإحتمال أن يكون القائم مع هذا الطول قد علم بسقم رسم التصيير ، وهذا واضح والله أعلم .

قلت : قوله : « إن سحنوناً رحمه الله لم يجعل مطلق الخصام رافعاً لحكم السكوت . . إلى آخره » ، أشار به إلى ما حكاه ابن يونس من رواية ابنه [ عنه ] (٣) فيمن أثبت بيّنة في أرض أنها له ، وأثبت الذي هي بيده أنه يحوزها عشر سنين بمحضر الطالب ، فأقام الطالب بيّنة أنه طلبها ونازعه فيها ، أنه إن قالوا : لم يزل يخاصم ويطلب ، ليس [ له ] (٤) أن يخاصم يوماً أو يومين ثم يمسك ، نفعه ذلك وإلا لم ينفعه .

وأما ما أشار إليه من أن أشهب وسحنوناً لم يعذر الناكح والمشتري [ ق / ٢١٣ ب ] في مسألتيهما ورأيا أن الجاهل لا يعذر في ذلك بجهله ، [ فهو ] (٥) أحد الأقوال في هذا المعنى ، وفيه ثلاثة أقوال حكاه ابن رشد .

ثالثها : لا يعذر إلا أن يعلم أنه جهل بدليل يقيمه على ذلك ، انظر كلامه في

(١) في أ : الذي لم .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : هو .

«البيان» فى رسم «أوصى» من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات على مسألة المتصدق على ابنه بدنانير وعمل له [ فيها ]<sup>(١)</sup> فمسات وهى فى [ يده ]<sup>(٢)</sup>، فأنفذها له الورثة ثم أرادوا الرجوع .

قال ابن القاسم : أرى أن يحلفوا إن كانوا ممن يعرفون بالجهل أنهم إنما أنفذوها وهم يرون أن ذلك قد لزمهم ، ويرجعون فيها فيأخذونها .

(٢٦٨) [٢] وسئل رضى الله عنه : عن فصول فى مسألة التصيير المتقدم ذكرها هنا ، وهى التى كان الرجل طلب أخاه ، بموروثه ، فادعى أنه صير لأمه واستظهر برسم يتضمن ذلك ، فأجبتهم بما تقدم ذكره ، فادعى الخصم أن الشاهد المذكور الذى لا يزكى الآن كان قبل هذا [ هو ]<sup>(٣)</sup> قاضيهم وكان مشهوراً عندهم ، فهل هذا مخيلة لقبوله ؟ فإن [ لم ]<sup>(٤)</sup> يقبل الشاهد ، فهل يرجع على [ أخيه ]<sup>(٥)</sup> بالثمن الذى باع به أم لا ؟ وهل إن كان قد تطوع المبتاع للبتاع [ بالإقالة ]<sup>(٦)</sup> يبقى للقائم تعلق [ ق / ١٣٢ ج ] بالرجوع مع أخيه فى ذلك إن استرجع أم يسقط - حقه ببيعه الأول ؟ بين لنا ذلك .

فأجاب : [ ق / ١٣٧ أ ] بأن شاهد التصيير الذى لا يزكى الآن غير مسقط الآن [ عن ]<sup>(٧)</sup> القائم صفة التفريط التى من أجلها عد كالعالم بما يجب وكالمجيز لما لم يلزمه إجازته ، لأنه لم يبحث عن شهادته فى رسم من هو ، فلا خفاء بتفريطه . وإن بحث فوجد قاضيهم المشهود عندهم وإن لم يقدر على تجريح ، [ وعلى ]<sup>(٨)</sup> أنه لا يتوصل إليه فقد فرط ، إذ لم يشهد بأنه باق على حقه [ ويتحفظ ]<sup>(٩)</sup> فى ذلك ، سيما مع الزمن الطويل ، وللقائم مقال فى الثمن حين عجز مدعى التصيير عن

- 
- (١) سقط من ج .
  - (٢) فى أ : يديه .
  - (٣) سقط من أ .
  - (٤) سقط من أ .
  - (٥) سقط من أ .
  - (٦) سقط من أ .
  - (٧) فى ج : على .
  - (٨) فى أ : وعلم .
  - (٩) فى أ : ويستحفظ .

إثبات ما ادعى ، وإن صحت إقالة المشتري رجع الملك للمالكه أو لا موروثاً عنه [على] (١) الفرائض إن عجز أيضاً مدعى التصيير فى تصيره .

قلت: فى « نوازل أصبغ » من كتاب الشهادات فىمن شهد لابنه بحق ، فيدفع المشهود عليه [ المال إلى الابن بشهادة الأب بغير حكم سلطان .

وفىمن قام له شاهد على حقه فيرفع المشهود عليه [ (٢) الحق إلى الذى شهد له الشاهد بغير يمين ، ثم طلب يمينه بعد ذلك .

وفىمن طلق امرأته فتدعى حملاً وهو غير ظاهر ، فينفق عليها ثم ينفش الحمل ، أنه لا كلام لواحد منهم ولا رجوع .

ابن رشد : إنما لم يكن له الرجوع إذا دفع بشهادة الأب ، لأنه تحمل على أنه علم أن ذلك لا يلزمه ولم يصدقه فيما ادعى أنه ظن أن ذلك يلزمه .

وقيل : يصدق فى ذلك إذا كان ممن يشبه أن يجهل مثل هذا ، وهو الذى يأتى على ما فى كتاب الصلح فىمن صلح [ على ] (٣) دم خطأ ظاناً أن الدية تلزمه ، وعلى ما فى كتاب الشفعة فىمن يثبت على صدقته ظاناً لزوم الثواب له ، ويدخل مسألة الدفع بغير يمين مع الشاهد هذا الخلاف ولو حكم عليه بالدفع بشهادة الأب أو بغير اليمين مع الشاهد لاسترجاع ماله اتفاقاً إذا استحلفه فنكل ، ثم ذكر الخلاف المعلوم فى المنفق على المطلقة تدعى الحمل فينفش حملها .

(٢٦٩) [٣] وسئل رضى الله عنه : عن أخوين كانا بينهما كل ما يقع عليه اسم مال ، وأحدهما هو المتصرف بالبيع والشراء [ والأخذ ] (٤) والإعطاء ، ومن جملة ما اشترى فداناً ، ثم اقتسما مالهما وكان أحد الفدادين بيد الأخ المتصرف والآخر بيد أخيه يستغل كل واحد منهما ما بيده مدة [ من عشرين سنة ، ثم توفى الآخر الذى لم

(١) فى ج : عن .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : عن .

(٤) سقط من ج .



يكن له النظر والتصرف وترك الفدان لورثته يستغلونه أيضاً مدة [ (١) من عشرة أعوام ، ثم إن الأخ الحى ادعى أن الفدان الذى بيده ليس من الشركة وإنما [ كان ] (٢) اشتراه لنفسه خاصة من مال كان بيده [ مستودعاً ] (٣) لا من مال الشركة ، فلما اقتسما رد الثمن من نصيبه خاصة ، وأن الفدان الذى بيد ورثة أخيه لم يدخل فى القسمة ونصيبه فيه لم يأخذه عوضاً ، فهل يختص بالفدان الذى بيده لزعمه أنه اشتراه من غير مال الشركة ويكون نصيبه فيما بيد ورثة الأخ أم لا ؟

فأجاب رحمه الله وكتب من خطه : ليس للمتصرف المذكور الاختصاص بالفدان المذكور لوجوه :

منها : أن الأخوين المذكورين شريكان فى جميع ما بأيديهما من كل ما ينطلق عليه اسم مال ، فهذا دليل على اشتراء المتصرف له من مال الشركة .

ومنها : أن كونه نائباً عن أخيه فى التصرف كالوكيل له ، فهو دليل على أنه [ اشتراه ] (٤) لنفسه ولأخيه ، ولا يجوز له إلا ذلك ، لأن الوكيل لا يجوز له أن يعزل نفسه عن الشراء لمن وكله عليه ليشتريه لنفسه ، ثم إن فعل لم يستبد بما اشتراه ، وشأن أهل البادية أيضاً أن تصرف الكبير على الأصغر اتكالا منهم بأنه سيفعل بغير إيصاء بالكبير مع الأصغر فى البادية لحق هذا العرف يتنزل منزلة الوصى ، على هذا درجوا .

وقد أنزله مالك فى رواية ابن غانم عنه رحمه الله : إذا كان كافلاً منزلة الوصى بدون هذا العرف ، وهو ظاهر ما فى كتاب القسمة من « المدونة » فى مسألة ملتقط اللقيط وظاهر مسألة صبيان الأعراب منها ، وقاله ابن الهندي فى « وثائقه » .

وظاهر هذه الرواية وإن كان مع إمكان مطالعة السلطان ، وكان الشيخ أبو الفضل يحكى عن الشيخ أبى محمد صالح - رحمه الله - أن هذه الرواية جيدة لأهل البوادي لإهمالهم الإيصاء والتقديم ، ولا يبعد أن يكون هذا الحكم فى البادية لتعذر مطالعة السلطان مع العرف الذى قدمنا .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : وديعة .

(٤) سقط من ج .

ومنها : [ أن دخول ] (١) الفدان المذكور فى القسمة يدل على أن الاشتراء له ولاخيه .

ومنها: أن سكوته عن أخيه يغتل ما بيده عشر سنين دليل على ذلك، فسبت بهذا المجموع أن ليس للمتصرف ما ادعى من الاختصاص بالفدان المذكور، وأن أمرهما يجرى على ما جرت عليه القسمة والاعتلال المذكور، وبالله التوفيق [ لا شريك له ] (٢).

قلت : الوجه الأول من الوجوه التى أشار إليها الشيخ رحمه الله كافٍ فى إبطال دعوى الأخ اختصاصه بالفدان ، لنقل ابن يونس عن بعض الفقهاء القرويين أنه لو أقام رجل بينة أن الأخ شريكه ، أنه يكون شريكه فى جميع ما بأيديهما إلا ما قامت بينة أن ذلك لأحدهما .

قال : ونحوه لسحنون .

وفى كتاب الشركة : ومن أقام بينة على أن فلاناً مفاوضه ، كان جميع ما بأيديهما [ بينهما ] (٣) إلا ما قامت فيه بينة أنه لأحدهما بميراث أو هبة أو صدقة عليه أو كان له قبل التفاوض وأنه لم يفاوض عليه ، فيكون له خاصة .

قال القروى المذكور : لا فرق بين اسم الشركة والمفاوضة .

ولا يأتى هنا خلاف اللخمي للقروى وسحنون أنه لا يقضى بالشركة فى جميع [ ق / ٢١٤ ب ] أملاكهما ، لأن ذلك يقع على البعض وعلى الجميع إذا ثبت .

[ ومسألة الشيخ هذه ثبت ] (٤) [ أن ] (٥) الأخوين هنا شريكان فى جميع ما بأيديهما ، [ فيوافق اللخمي أيضاً ] (٦) .

وقوله رحمه الله : « لأن الوكيل لا يجوز له أن يعزل نفسه عن الشراء لمن وكله عليه ليشتري لنفسه ، فإن فعل لم يستبد بما اشتراه لنفسه » .

قال ابن زرقون فى كتاب القراض : اختلف فى المسألة على ثلاثة أقوال ، فروى

(١) فى أ : أن إذا قال .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : كون .

(٦) سقط من أ .

أصبع عن ابن القاسم في « الثمانية » أن السلعة للأمر .

وروى ابن نافع [ عن مالك ]<sup>(١)</sup> أنها للوكيل ، قاله ابن الماجشون في « الواضحة » ، وثالثها لمطرف : وإن كان ذلك في البلد فالسلعة للوكيل ، وفي غير البلد للأمر .

قال : فعلى أنها للوكيل ، فروى ابن نافع عن مالك : يصدق أنه اشتراها لنفسه . وقال ابن الماجشون : لا يصدق إلا أن يشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لنفسه . قال : وهذا مبنى على الخلاف في الوكيل هل له عزل نفسه ، فالمشهود له ذلك إذا لم يوكل بأحد .

وقيل : ليس له ذلك . أ . ه .

وعزى ابن رشد لرواية محمد بن يحيى السبائي عن مالك مثل رواية ابن نافع في تصديقه وإن لم يشهد ، ويحلف إن اتهم .

الباجي : ولم يختلف أصحابنا في المبضع معه المال يتناع لنفسه ويتسلفه ، أن رب المال يخير في أخذ ما ابتاع [ لنفسه ]<sup>(٢)</sup> أو يضمه رأس المال .

(٢٧٠) [ ٤ ] وسأله قاضي مدينة تازي رحمهما الله : عن رجل قام على آخر في نصيب من دار بيد المقوم عليه وأثبت القوائم موجبات الطلب من إثبات ملك ووارثه وحيازة ، وأعذر للمقوم عليه في ذلك ، فقال : إن القوائم على شراء جميع الدار المذكورة من غيره منذ أربعة أعوام سلفت ولم يغيره فوافقه على معرفة البيع منذ المدة المذكورة إلا أنه قال إنما منعه من الطلب الاشتغال بإثبات الموجبات ، فقبل له : ولعله لو طلبته إذا علمت لوافقك على مطلبك ولا تحتاج إلى إثبات ، فقال : إنه [ ق ١٣٨ / أ ] لا يفعل وخفت أن يحضر لى بالأجال ، واستظهر برسوم استرعاء تاريخها منذ أربعة أعوام أو أزيد من [ مبياعته ]<sup>(٣)</sup> المذكورة ، فقبل له : يحتمل أن يكون غيرك هو الذي كان يتولى محاولة [ عمل ]<sup>(٤)</sup> هذه الرسوم ممن له في الدار حتى يرجو إثباته ، فقال :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : منافعه .

(٤) سقط من أ .

لا؟[هل] (١) يصدق ويصح له النصيب والشفعة [له] (٢) أو لا تصح له الشفعة أو لا يعذر فيها بذلك أو لا يستحق ولا يشفع ولا يصح من الثمن شيء ، ما الحكم ؟  
**فأجاب :** إن قام بعد عام فأكثر من تاريخ تمام الموجبات حمل على إجازة البيع ، وكان مقاله فى الثمن على البائع إلى تمام أمد الحيازة إذا لم يمنعه من القيام بعد تمام الموجبات مانع معتبر .

وإن قام [ق / ١٣٣ ج] بحدثنان تمام الموجبات [بعد] (٣) عام ، لم يبطل حقه وحجته بأنه منعه من الطلب من حين علم اشتغاله بالموجبات ، وإن طلبه مجرداً دون إحضار موجبات لا ينفعه ، إذ لا يصدق المقوم عليه ، وإن طلبه دون موجب أدى لبطلان حقه بحصره بالأجال مسموعة على أصل ابن القاسم رحمه الله فى كتاب [الرجم] (٤) فيمن اشترى حرة يعلم بحريتها أو أقر بوطنها أنه يحد ، ولا تحد [المرأة] (٥) إن علمت بحريتها ، لأنه لا [ينفع] (٦) دعواها الحرية إذ لا بينة لها تقوم بها ، ولم يقل : تحد هي إذ لم تدع الحرية ، فلعله كان يوافقها لو ادعتها ، ومسألتكم أبين فى سكوت القائم فى قبول حجته بحصره بالأجال ، فيؤدى إلى بطلان حقه ، وهذه لو ادعت الحرية لم تزدها الدعوى المذكورة إلا خيراً ، لأنها إذا صدقتها بقيت على حريتها وإلا فبطاها مكرهة فتعذر فقد ضيعت الحزم ، ومع ذلك عذرنا ابن القاسم على ظاهر قوله ، وإن كان الأبهري قال : إنها تحد لأن الواجب عليها دعوى الحرية ، فيصدقها أو يطأها مكرهة ، غير أن الفرق بينها وبين مسألتكم - وهو ما تقدم - واضح .

قلت : [ هذا الإجراء فيه نظر لأن ] (٧) الحرة الموطوءة بالشراء علمت بعلم المشتري بحريتها فتيقنت باجترائه على استرقاقها وعلى وطنها أنه لا يصدقها فى دعواها الحرية ، ولكونها تنقيه لأنها فى رقبته فعذرت ، والقائم على المشتري هنا لا يخشى منه ضرراً فى بدنه ، ولم يتغير مع ذلك [ علمه ] (٨) [ بل ] (٩) له نصيب فى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قبل .

(٤) فى ج : الرسم .

(٥) فى أ : الحرة .

(٦) فى أ : تنفعها .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : بأن .

الدار باشتراء من غيره ، وإنما الذى يتلمح أن يعذر به ما أشار إليه من حصره بالأجال فيعجزه السلطان .

وقد أشار رحمه الله فى « التقييد » إلى المسألة فى كتاب الشهادات على مسائل الحيازات .

ثم ذكر قوله فى « الرسالة » : ومن حاز دار على حاضر عشر سنين تنسب إليه ، وصاحبها حاضر عالم لا يدعى شيئاً ، فلا قيام له ، وقال : إنى عالم بمعلومين تصرف الحائز وأنها ملكه .

قال : وانظر لو قال : علمت ولم أجد ما أقوم به ووجدته الآن ، هل يعذر أم لا ؟

ثم ذكر مسألة كتاب الرجم وقول الأبهري ، وقال : فعلى قول الأبهري لا ينفعه ذلك ، وانظر على قول ابن القاسم هل ينفعه ذلك لأنه يقول : خفت أن أرفع إلى الحاكم فيعجزنى ويبتل حقى .

ثم قال : والفرق بين المسألتين أن الحدود تدرء بالشبهات ، [ فتردد رحمه الله فى المسألة كما ترى ، وأشار لما ذكره من الفرق إلى ترجيح <sup>(١)</sup> نفى انتفاعه بذلك ، وجزم [ فى فتواه هذه ] <sup>(٢)</sup> بانتفاعه به ، فتأمله .

قلت : والظاهر أنه يعذر ، فيكون كمن ترك القيام فى ملكه لعدم وجدان وثيقته بذلك ، فلما وجدها قام .

وفى « النوادر » لمطرف فى كتاب ابن حبيب فى الغريم يموت فيقسم الورثة تركته والطالب حاضر لم يقم ، فلا شىء له إلا إن اعتذر بغيبة بينة أو أنه لم يجد ذلك الحق ، فإنه يحلف أنه لم يترك القيام إلا لذلك ، فإن نكل حلف الورثة لا يعلمون له حقاً قبل وليهم ، فإن نكلوا غرموا .

وقد تقدم فى مسائل الغصب [ ما ] <sup>(٣)</sup> لابن الحاج رحمه الله فى « نوازله » من ذلك ، راجعه والله الموفق .

(١) فى أ : وأشار إلى رحجان .

(٢) فى أ : هنا .

(٣) فى ج : من .

(٢٧١) [٥] وسئل رضى الله عنه : عن رجل كان يطلب بدم ، فغاب بسبب ذلك عن بلده ، فوضع رجل يده على أرضه وأملاكه وادعى انتقالها إليه بالبيع أو غيره ، ثم بعد ذلك احتج رب الأملاك مع الرجل المذكور وقال له : ارفع يدك [ عن ] (١) أملاكى ، وتنازعا فى ذلك ، ثم إن الرجل الذى وضع يده على الأملاك أشهد على نفسه أنه لا حجة له فى الأملاك [ المذكورة ] (٢) ، وأن كل ما أحدثه فى ذلك من بناء أو غرس فهو [ لرب ] (٣) [ الأرض ] (٤) ، ثم سأل رب الأرض المذكورة أن يشاركه فيها للحرث ، فاشتركا فى ذلك على الواجب وبقيت بيده كذلك مدة ، فلما أراد الآن رب الأرض أخذ أرضه منه منها الذى هى بيده وادعى انتقالها إليه بالابتاع ، وأقام على ذلك شاهداً واحداً يشهد بأنه سأل رب الأرض المشار إليها ما فعلت فى أرضك؟ فقال : بعثتها من فلان ، يعنى المدعى شراءها ، فسئل الشاهد عن التاريخ فقال : لا أدرى هل كان قبل إسهاد المدعى على نفسه أنه لا حجة له فيها أم لا ، وأقام [ ق / ٢١٥ ب ] رب الأرض بينة على الذى بيده الأرض لم يزل يدفع له نصيبه على وجه الشركة الموصوفة ، فهل ترى لشهادة الشاهد المذكور تأثيراً مع جهله بالتاريخ على الوجه المذكور أم لا ؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكرتم فشهادة الشاهد المذكور فيه غير نافعة للحائز للأرض المدعى انتقالها إليه عمن أشهد قبل [ بأنها له ] (٥) لا حجة له معه فيها ، لاحتمال أن الشهادة المذكورة كانت قبل إسهاد الحائز لها للمالك أصلها ، مع كونه بطول المدة يأخذ شركته من فائدها الذى هو فى مقابلة احتمال كون الشاهد بعد إسهاد الحائز المذكور بها للمالك أصلها ، فلا تقبل هذه الشهادة البتة ويقضى بها للمالك أصلها بعد يمينه على نفى دعوى الحائز .

قلت : ولأن الأصل بقاء الأملاك على ملك المالك فلا تنتقل إلا بأمر محقق ، ولأنه لا يقضى بأمر محتمل .

وأشبهه شىء بهذه المسألة من أقام بينة على فلان بعشرين ديناراً وجاء المشهود عليه

(١) فى ج : على .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : لربها .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ج : بأنه ما له .

بيينة على إقراره أنه لا حق له قبله ، وبيينة الطالب والمطلوب لا تعرفان هل قبل إقراره بالإبراء أو بعده ، والمنصوص لابن القاسم في سماع أبي زيد رحمهما الله من كتاب الشهادات ، وفي سماع أصبغ من كتاب المديان أنه يقضى بيينة المطلوب .

ابن رشد : والمعنى أن المطلوب لم ينكر العشرين ، وإنما ادعى البراءة منها واستظهر بإقرار الطالب أنه لا شيء له عنده ، والطالب يقول : إنما أقرت بذلك قبل أن تجب لى عليه العشرين ، والمطلوب يقول : إنما أقر بعد وجوبها [ له ] (١) على ، وقيل : القول قول الطالب وهو الآتى على قول ابن نافع في سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح ، وهذا إذا كانت بينهما مخالطة وإلا فالقول قول المطلوب قولاً واحداً ، واستظهر ابن رشد القول الثانى .

ولو أقر المطلوب بالعشرين وأتى ببراءة العشرين ، فقال : هى التى أقرت بها ، وقال الطالب : غيرها ، فالقول قول الطالب إن كان له قبله غيرها ، وإلا فالقول قول المطلوب .

ابن رشد : ويختلف إن كانت بينهما مخالطة على القولين المذكورين ، وتفريق سحنون فى « نوازله » من كتاب المديان بين أن يأتى المطلوب ببراءة تستغرق العدد أو براءات مفترقات ، ضعيف .

وإن كان [ ق / ١٣٩ أ ] المطلوب منكر للعشرين التى قامت بيينة [ عليه ] (٢) بها ، فلا خلاف أن القول قول الطالب ، إذ لا تسقط البيينة بأمر محتمل . أ . ه . مختصراً .

وتكررت المسألة فى سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح فى مواضع من كتاب المديان .

قال أصبغ : وهو كالطلاق وللطلاق [ تفسير ] (٣) .

ابن رشد : ومعناه أن يطلق الرجل امرأته فيدعى بعد انقضاء عدتها أنه قد راجعها قبل انقضائها ، ويأتى برجعة مكتوبة قبل ذلك بمدة لا يعلم إن كانت قبل

(١) سقط من ج .

(٢) فى ح : عليها .

(٣) سقط من ج .

الطلاق أو بعده ، فيقول : [ من ]<sup>(١)</sup> بعد الطلاق ، وتقول المرأة : بل هي قبله من طلاق آخر ، فيدخل في ذلك من الاختلاف ما يدخل في البراءة التي لا يعلم إن كانت متأخرة عن ذلك الحق أو متقدمة عليه .

(٢٧٢) [٦] وسئل رحمه الله : عن رجل قام برسم يقتضى أن فلاناً [ أشهد ]<sup>(٢)</sup> على نفسه أنه صير لزوجته عمة القائم بالرسم جميع أملاكه بكذا في حق ثابت لها قبله تصبيراً صحيحاً ، لم يذكر فيه قبضاً ولا غيره ، مؤرخاً بمدة [ نحو ]<sup>(٣)</sup> ستين عاماً سألقة ، ولم يبين من أى شيء كان الحق ، ووجدت الآن الأملاك [ كلها ]<sup>(٤)</sup> بيد ورثة الزوج ليس منها بيد ورثة الزوجة شيء ، وورثتهما معاً قرابة متحاسنون فيما بينهم ، فهل يصح التصبير أم لا ؟ وإذا صح هل يحمل على أنه كان حيز وقبض لقوله تصبيراً صحيحاً أو لا لأجل وجود الأملاك بيد ورثة الزوج ؟ وإن لم يحتج [ ق / ١٣٤ ج ] إلى حوز ، هل يبطل [ بطول ]<sup>(٥)</sup> مكنه بيد ورثة الزوج هذه المدة أو لا لكونهم أقارب ؟ وإن قيل ببطلانه ، فهل يرجع إلي قيمة عوضه إذ لم يذكر إلا حقاً ثابتاً أم لا ؟ فأجاب : اختلف في التصبير هل يحتاج إلى حوز أم لا ، والقولان في الأجال والبيوع الفاسدة من حمل على التناقض قولان .

وقيل : تفسدها مسألة البيوع الفاسدة يفسد إن لم يحز ، لأنه فسح دين في دين .  
وقيل : أما في الرباع وما لا بيان [ به ]<sup>(٦)</sup> وينقل فلا يحتاج إلى حوز ، إذ معاينته قبضه .

وقيل : يحاز ما لم يطل ، فإذا طال فسد وبطل الحوز .  
فعلى القول بصحته وأنه لا يحتاج إلى حوز لكونه رباعاً فحوزها معاينتها ، يصح التصبير ثم ينظر إلى بقائه في يد المصير وورثته ، فإن كانوا يدعون طول المدة أنه انتقل إليهم بعد هذا التصبير بوجه مما تنقل به الأملاك ، كانت حيازة إذ الخلاف فيما

(١) في أ : هي .

(٢) في أ : شهد .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : له .



يقع به الحوز بين الأقارب هل عشرة أعوام كالأجانب ، أو الخمسون [ أو الستون ؟  
وقيل بالفرق إن كانوا يتشاحون وعرفوا بذلك فكالأجانب وإلا فالخمسون ] (١).  
وإن كانوا إنما يغتلون بغير دعوى بل بمجرد التسامح ، فليس بحوز ، لأن الحوز  
إنما يفيد مع دعوى الملك فيصح التصيير .

وأما على القول بأنه يحتاج إلى حوز ، فإن لم يحز بطل ، فلا إشكال في بطلانه .  
وهل يرجع إلى قيمة [ العوض ] (٢) أم لا حين لم يبين الموثق ذلك ؟

الأولى بيانه ، ولكن لما قال حقًا ثابتًا فمحملة على الصحة حتى يتبين خلافه ،  
تردد الشيخ بماذا يرجع هل بقيمة العوض أو الصلح كمسألة : « ومن لك عليه دراهم  
[نسيتم] (٣) مبلغها » في كتاب الصلح ، لأنهما لو عاشا لسئلا ، فلما لم يبق إلا  
الورثة فلا علم لهم بذلك فالصلح .

قلت : قد قدمنا من الكلام على التصيير في حوزة [في مسأله] (٤) ما فيه كفاية .

وفي « المتبعية » : قال بعض الأندلسيين في « أحكامه » : لو قال : إنه صير له  
في حق ولم يبين ذلك الحق ، لم ينتفع بالعقد حتى يبين ما هو ، قاله أصبغ ابن  
سعيد وذكر أنه قول منذر بن سعيد القاضي .

[ قال ] (٥) : وهو الذي به القضاء . أ . هـ .

وحكى ابن مغيث وغيره عن منذر بن سعيد نحو هذا في عقد الدين إذا قيل إنه  
من معاملة جائزة حتى تفسر المعاملة ، إذ قد تكون غير جائزة .

وقوله : « تردد الشيخ . . إلى آخره » انظر مسألة كتاب تضمين [ الصناعات ] (٦)

إذا تجاهل ورثة المتبايعين [ الثمن ] (٧) وتصادقا في البيع ، ومسألة اليمين من سماع

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : العروض .

(٣) في أ : نسيتم .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

عيسى من كتاب العيوب [ بجهل ]<sup>(١)</sup> ثمن المردود بالعيب ، هل هو فوت أو ليس بفوت فيرجع بقيمته ؟

(٢٧٣) [٧] وسئل رضى الله عنه من أصيلاً : جوابكم فى رجل اشترى داراً وسكنها وتصرف فيها ببناء وهدم كثيرين أزيد من عشرين سنة ، فقام عليه فيها الآن قائم أثبت أنها كانت لأبيه ، واستمر ملكه عليها إلى أن مات فورثها ورثته ، والقائم أحدهم وهو نائب عن سائرهم بوجه صحيح ، فسأل المقوم [ ق / ٢١٦ ب ] عليه البائع له عن عقد شرائه من أبى القائم ، فتعذر عليه وأراد الانتقال إلى إثبات الحوز ، فأقام بيئته عادلة [ أن ]<sup>(٢)</sup> البائع الأول أنه كان يتصرف بالبناء والهدم فى الدار المذكورة وينسبها لنفسه ، وأبو القائم [ الآن ]<sup>(٣)</sup> إذ ذاك حاضر التصرف عالم به ، وبأن الدار داره لا يجهل شيئاً من ذلك ، ولم يصدر منه إنكار لشيء من ذلك ، ثم غاب عن ذلك الموضع إلى مدينة فاس - حاطها الله - واستوطنها - وبينهما [ نحو ]<sup>(٤)</sup> أربعة أيام - [ مدة ]<sup>(٥)</sup> أزيد من ثلاثين عاماً ، ولم يصدر منه طلب بنفسه ولا بناية إلى أن قام الآن ورثته ، فهل تنفع هذه الحيازة على ما وصف وتزيل دعوى الملك المذكور أم لا ؟ وكيف أعزكم الله إن ثبت الرسم الذى تضمنه الملك لأبى القائم بالإحياء ، وأحد شاهدى الإحياء ولد المحياة شهادته ؟ وكيف إن حكم قاضى البلد للقائم المذكور من غير أن يكلف حوز الدار المذكورة ومن غير أن يعذر للمقوم عليه [ ولا ]<sup>(٦)</sup> تلوم له ولا مكَّنه من موجبات الاستحقاق [ للخصم ]<sup>(٧)</sup> أو ليرجع [ الخصم ]<sup>(٨)</sup> على البائع [ له ]<sup>(٩)</sup> وأذن للقائم أن يضع يده على الدار المذكورة ، وفيها بناء كثير للمقوم عليه ، فهل ذلك حوز غير لازم أم لا ؟

(١) فى أ : فى جملة .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : وما .

(٧) فى ج : ليخصم .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

**فأجاب :** إذا كان الأمر كما وصفتم فحيازة حائز الدار المذكورة في وجه من أثبت ملكها لنفسه عشر سنين وما قاربها [ لما ] (١) ذكرتم من التصرف قبل أن يرتحل لسكنى مدينة فاس يوجب أن يكون القول قول الحائز مع يمينه أن ملك الدار قد انتقل إليه ، ويقضى له [ بها ] (٢) بعد الإعذار إلى القائم ، وكذا لو حازها في وجهه قبل أن يرتحل أقل من عشر سنين وما قاربها ، وكان ارتحاله إلى المدينة المذكورة ليسكن بها تمام عشر سنين بالمدة التي حازها الحائز المذكور في وجهه قبل أن يرتحل فضلاً عن أن يكون ارتحاله لسكنى المدينة المذكورة رفضاً لسكنى بلده ، وعليه يحمل إذا لم يرجع لسكنى بلده فإن القول قول الحائز أيضاً مع اليمين حسبما تقدم ، [ وهذا إن لم يحكم للمحوز عنه مع سكنى المدينة بحكم الحاضر ببلده ، وأما إن حكم له بحكم الحاضر فإن الحيازة المذكورة قاطعة لدعوى القائم مع اليمين حسبما تقدم ] (٣) محل الكلام ، لأنه بارتحاله من بلده إلى المدينة المذكورة ليسكن [ بها ] (٤) تمام الحيازة المعتبر في دعوى انتقال الأملاك فضلاً عن أن يكون رافضاً لسكنى بلده كما هو الظاهر يعد معرضاً عن طلب الدار المذكورة ، وإعراضه عنه دليل على انسلاخ ملكه عنها إن كانت ملكاً كالشفيع يسافر بعد علمه بوجود الشفعة له سفيراً لا يؤوب منه غالباً إلا بعد مضي ما تقطع فيه الشفعة من الزمان ، فإذا جاوزه سقطت شفته وعد تاركاً لها .

و [ قد ] (٥) قيل : إن شفته بنفس شروعه في السفر البعيد ساقطة وإن رجع من الطريق .

وأما إن حكم القاضى للقائم دون أن يعذر للحائز أو من تنزل بالاشتراء منه منزلته فضلاً عن أن يحكم له دون أن يثبت عنده موجبات الحكم باستحقاق الدار ، فالحكم على هذا الحال خطأ صراح ينقضه كل من رجع إليه من القضاة .

ولو أقر الحائز بعد بيعه للدار المذكورة بما يوجب للقائم الحكم بها ، لم يقبل

(١) في أ : بما .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : فيها .

(٥) سقط من ج .

إقراره للتهمة على ما لا يخفى على نقض بيعه .

وأما [ ق / ١٤٠ أ ] إن كان أحد الشاهدين على الخط ولد المشهود على خطه فهو كما لو شهد على شهادة أبيه ، وقد قال أصبغ : شهادته غير عاملة ، وكذلك قال سحنون إلا أن يكون مبرزاً ، وتبريز الشاهد هو بروزه في الفضل والورع لا نصبه - [ أى ] (١) انتصابه - للشهادة كما يعتقد العوام ، وهذه الصفة اليوم عزيزة الوجود .

قلت : قف وتأمل ما أشار إليه الشيخ رحمه الله من كون المنتقل من بلد رافضياً سكنها أنه يعد معرضاً عن طلب ملك حيز عنه أقل من مدة الحيابة ، وإعراضه دليل على انسلاخ ملكه عنه .

يريد : إذا أهمل طلبه حتى انقضى أمدها ، ويكون كالحاضر .

وتأمل هذا وما أشار إليه في التبريز حسن جداً ، بل كونه عزيزاً جداً هو والله كذلك ، وقد كان شيوخ شيوخوا يشهدون [ بالتبريز ] (٢) في زمانهم لسيدى عمر الرجراجى نفعنا الله ببركاته وأمثاله ، ولكن كما قال أبو محمد العبدوسى : لكل زمن مبرزون .

(٢٧٤) [ ٨ ] وسئل رحمه الله : عن هذه المسألة أيضاً ، [ ونص السؤال ] (٣) :

رجل كان يغتسل داراً يسكن ويبنى ويهدم وينسبها لنفسه ويتصرف أعواماً على عين رجل ، ثم غاب الرجل المتصرف على عينه إلى موضع مسافته عن الأول ثلاثة أيام نحو ثلاثين سنة ، وانتقلت الدار إلى يد ملاك وهدمت وبنيت ، ثم مات هذا الطالب وقام ورثته في الدار وأثبتوها لو الدهم بشهود [ لم يجد ] (٤) من يحيى شهادتهم إلا رجل واحد وهو ابن أحد الشهود ، فقضى القاضى بذلك [ ق / ١٣٥ ج ] من غير إعذار ولا يمين ولا شيء من الموجبات ، فهل يصح أم لا ؟

[ فأجاب ] : (٥) لو فسر الأعوام التى حازها على عينه وهو حاضر لكان أولى ،

(١) فى أ : أو .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ونصها سؤال وجوابا .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فقال .

الدر الثبير على أجوبة أبي الحسن الصغير \_\_\_\_\_ ٢٩٣  
ولكن هذه الغيبة قريبة لأن حكم الثلاثة [ أيام ] (١) حكم اليومين فى موانع كثيرة ،  
سيما إن كانت المسافة مأمونة .

فإذا تقرر أن حكمه فى غيبته حكم الحاضر ، فهذا حوز عليه بلا إشكال لأنها  
مدة طويلة ، ثم ينظر فإن قال الذى هى بيده : مالى وملكى ، وسكت فاختلف هل  
يلزم بالتفسير أم لا ؟ على قولين .

وإن قال : دخلت من قبل فلان ، وهو الساكت ، فقد انقطع حقه وحق من  
يدلى به من وارث بهذه المدة ، وحكم القاضى ليس بشىء ، والإحياء لا يكون بواحد  
ولا يحيى أحد شهادة أبيه .

قلت : قال المازرى رحمه الله : الغائب غيبة بعيدة كالأندلس من مصر ، لا  
حيازة عليه .

وإن كانت قريبة كأربعة أيام ونحوها ، فإن ثبت عذر الغائب وعجزه وضعفه عن  
القدم والتوكيل على طلب حقه ، فلا حجة عليه بالحيازة .

[ فإن ] (٢) أشكل أمره ، فالظاهر أن المذهب على قولين .

قال ابن القاسم : لا يسقط حقه ، لأنه قد يضعف عن القدم .

فقيل له : إنه لم يتبين عجزه عن ذلك ؟

فقال : كم بمن لا يتبين عذره للناس [ وهو ] (٣) معذور .

وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه إذا كان على مسافة قريبة ، إلا أن يثبت  
عذره . أ . ه .

وقول ابن القاسم الذى ذكر وقع فى سماع عيسى وفى سماع يحيى فى كتاب  
الاستحقاق ، ووقع له أيضاً فى سماع عيسى مثل قول ابن حبيب ، وبقوله الأول  
العمل ، قاله المشاور ، حكاه فى « الطرر » .

ابن رشد : وقد حكى عيسى فى كتاب الجدار اختلاف قول ابن القاسم ، ثم

(١) فى أ : الأيام .

(٢) فى أ : وإن .

(٣) سقط من أ .

قال: وأحب قوليه إلى أن يكون على حقه إلا أن يقدم ، وحقه فى يد الذى حازه فى غيبته ، فعلم بذلك ثم رجع ولم يذكر شيئاً حتى قام اليوم وقد طال زمان ذلك بعد أن علم ، فهو كالحاضر الذى يستحق عليه بالحياة .

ولما حكى فى « الطرر » قول عيسى هذا نقل عن بعض المفتين أنه إنما يكون له القيام فى الملك إذا اتصلت غيبته ولم يأت منها إلى وقت قيامه ، وأما من سافر وبقى فى سفره عاماً أو عامين ، فعل ذلك مراراً ثم قام ، فلا قيام له . وكذلك المتغيبون فى أبواب السلطان يغيبون فى ذلك الشهر والشهرين ، فلا قيام لهم .  
ابن رشد : والقريب الغيبة المختلف فيه ما كان على مسيرة الثمانية الأيام ونحوها .

قال : ولم يختلف أنه لا يحاز على البعيد الغيبة بطول [ المدة وإن علم .  
أ. هـ ] (١) .

قلت : ولابن حبيب عن مطرف أن الثمانية الأيام والتسعة طول من الغيبة ، وأن قربها خمسة أيام ونحوها .

وقول الشيخ رحمه الله : « فإن قال الذى هى بيده : مالى وملكى ، وسكت فاختلف هل يلزم بالتفسير أم لا ؟ على قولين » ، أشار به إلى ما حكاه عياض رحمه الله عن قوله فى « المدونة » : فإن كان المدعى حاضراً بالبلد الذى الدار فيه وقد حيزت دونه السنين ، فلا حق له فيها .

وإن كان إنما قدم من بلد آخر فأقام بينة أنها دار أبيه أو جده وأثبت المواريث ، سئل الطالب .

ذهب بعض المشايخ إلى أن الحاضر المذكور لا يلزم الذى الدار بيده الكشف من أين صارت له ، واحتج بقول مالك هنا وبقوله فى المسألة التى قبلها : « لا أرى له فيها » ، [ حق ] (٢) [ ويقول ] (٣) عيسى بن دينار : « إن الذى ذلك بيده أحق إذا ادعاه لنفسه بأمر لا يريد أن يظهر » ، وبذلك أفتى ابن أبى زمنين ، وخالفه غيره

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : ونقل .

وأفتى بتوقيفه للحاضر كما يوقف للغائب إذا أثبت القائم حقه ، ويكشف من أين صارت له ، لعله يقر بما ينتفع به ، وحجة الآخرين لعله لا يقدر على إثبات سبب التصيير لطول المدة ، فيبطل حقه . أ . ه .

ونقل هذا الخلاف ابن رشد رحمه الله أيضاً في رسم « الكبش » من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق من « البيان » .

وقال : قال بعض أهل النظر فيه دليل أنه إذا حاز [ رجل ] (١) داراً أو أرضاً بحضرة القائم المدة المذكورة - يعنى [ ق / ٢١٧ ب ] كعشر سنين ونحوها - أنه لا يكشف عن أصل ملكه ، لأنه لو ألزمه وقال : صار إلى بهبة أو صدقة ، وضعف عن إثبات ذلك فقد أعان على إبطال حقه ، قال هذا القائل .

وقيل : يلزمه أن يقول من أين صار له .

قال : والأول أحسن .

[ قال ] (٢) الشيخ بعد [ حكاية نقل ] (٣) عياض المتقدم : لعل القائل بالترقية بين البيع والهبة هو الذى يقول : لا يكشف ، وأما القائل بالتسوية فلا فائدة [ فى كشفه ] (٤) .

قلت : وهو كذلك بغير احتمال ، للتصريح به فى نقل ابن رشد ، والذى أقول به أن هذا مما لا ينبغى أن يختلف فيه ، وإنما الجواب فيه بحسب اختلاف الوجوه ، فإذا لم يثبت الأصل للمدعى ، ولا أقر له به حائزته فى وجهه عشر سنين ونحوها ، [ ثم ] (٥) يُسئل من أين صار له ، ولا يمين عليه إلا أن يدعى أنه إنما أعاره فيحلف ، ولو لم تنقض مدة الحياة حلف له بمجرد دعواه فيه أنه ماله وملكه .

وأما إن ثبت الأصل للمدعى أو أقر [ له به ] (٦) الحائز ، فإنه يُسئل من أين صار له ، ويصدق فيه مع يمينه ولا يكلف بينة عليه .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : حكايته قول .

(٤) فى أ : لكشفه .

(٥) فى أ : لم .

(٦) سقط من ج .

قلت : وظاهر عمومه ولو قال : صار له بهبة ونحوها ، أنه لا يكلف عليه بينة .  
[ قال ] (١) : ولو ثبت الأصل للمدعى أو أقر له به الذى هو بيده قبل انقضاء  
مدة الحيابة لوجب سؤاله من أين صار له ، ويكلف البينة عليه .

(٢٧٥) [٩] وسئل رضى الله عنه : عن الحيابة هل تلفق أم لا ، مثل أن يحوز  
الرجل شيئاً عشر سنين أو خمساً ، ثم يموت فيحوزه وارثه مثل ذلك ؟

فكتب : إن الحيابة التى تشهد بنقل الملك لمن ادعاه كمن يحكم بها على ساكت  
واحد كذلك يحكم بها ملفقة من سكوت وارث وموروث ، وكالمدة التى تنقطع فى  
مثلها الشفعة يحكم [ بلا سكوت ] (٢) الملفق من وارث وموروث [ مثلها ] (٣) ، وكذلك  
سكوت المحجور بعد خروجه من الولاية تجتمع إلى سكوت وليه قبل خروجه منها .

قلت : أجاب الشيخ رحمه الله عما لم يُسئل عنه ، لكن فى ضمن جوابه ما  
يفهم منه الجواب عما سئل عنه ، وهو يشبه أسلوب الحكيم ، وذلك أنه سئل عن  
الحوز الملفق من حائزين فأكثر ، فعدل عن الجواب عنه إلى الجواب عن الحوز الملفق  
على غير واحد ، وأخبر بإعماله واعتباره [ ق / ١٤١ أ ] وإذا لفق على مالكين  
ساکتين ، فتلفيقه من مالكين [ على مالك واحد ساكت ] (٤) أخرى ، لأن المالك  
الثانى من سبب الأول فى عدمه متزل متزلته وحله محله .

وقد صرح ابن رشد رحمه الله بذلك فى رسم « سلف » من سماع ابن القاسم  
من كتاب الاستحقاق من « البيان » ، وهذا نحو قول النبى ﷺ [ فى حديث ابن عمر  
رضى الله عنه أن رجلاً قال : يا رسول الله ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فقال رسول  
الله ﷺ ] (٥) « لا يلبس القميص والعمائم ولا سراويلات ولا البرانيس .... » (٦)  
الحديث .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بالسكوت .

(٣) فى أ : فى جملتها .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) أخرجه البخارى (١٣٤) .



وقال ابن دقيق [ العيد ]<sup>(١)</sup> رحمه الله : يستفاد منه أن المعتبر في الجواب ما يحصل منه المقصود كيف كان ولا تشتط المطابقة .

(٢٧٦) [ ١٠ ] وسئل رحمه الله : عمن رحل من أرضه إلى مسيرة يوم ، فولد له أولاد ثم مات ، وبقي أولاده مدة ثم [ قام ]<sup>(٢)</sup> اثنان فباعا نصيبهما في الأملاك ، ثم بقي ثالث منهم يتردد إلى البلد مدة ولم يسكنه ، فلما كان الآن قدم هذا الثالث البلد فذكر له بعض اليهود أن والده كان تخلف موروثاً عنه أملاكاً وأن أخويه [ باعا ]<sup>(٣)</sup> نصيبهما ، فشهدوا له بإثبات الملك لوالده وأنهم لا يعلمونها انتقلت إلى أن مات وإلى الآن ، والأملاك بأيدي هؤلاء الذين هي بأيديهم نحو خمسين سنة ، فهل له نصيب أم لا ؟ وهل يضره التردد مع دعواه الجهل أم لا ؟ وهل تصح شهادة اليهود مع سكوتهم أم لا ؟ وهل له الشفعة فيما باع أخواه أم لا ؟

[ فأجاب ]<sup>(٤)</sup> : يصدق في دعواه الجهل ، [ ويحلف إن ادعى عليه العلم ، ويقبل شهوده مع سكوتهم على قول سحنون ، وهو عندي ]<sup>(٥)</sup> أولى في هذا الوقت للجهل في الناس من قول ابن القاسم الذي يقول بجرح [ ق / ١٣٦ ج ] الشاهد حين لم يعلمه [ به ، ]<sup>(٦)</sup> اللهم إلا في الحر يستخدم أو الفرج يوطء فيجرح .

قال : ولا أعلم خلافاً أنه يصدق ولا يضره ترده ، ثم إن أثبت هؤلاء الشراء بقاطع أو سماع فاش لأجل طول المدة ، انتفعوا به وله الشفعة [ وإن لم يتبعوا شيئاً ]<sup>(٧)</sup> فيما ثبت أن أخويه باعاه .

قلت : في « الوثائق المجموعة » : حال الورثة محمول على الجهل حتى يثبت أنهم علموا .

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : قدم .

(٣) في ح : باع .

(٤) في أ : فقال .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : بها .

(٧) سقط من ج .

وفى « نوازل ابن الحاج » : إذا [ سكن ] (١) رجل داراً أو بنى فيها وهدم عشر سنين فأزيد ، فقام عليه رجل وقال : كان أبى اشتراها منك ووجدت وثيقة بذلك وما علمت [ بها ] (٢) ولا بالابتياح إلى الآن ، وثبت عقد الابتياح والمدعى عليه ينكرها ، تكون الحيازة عاملة وهو لا يعلم ابتياح أبيه ؟ وكيف [ إذا ادعى ] (٣) الابتياح لنفسه وقال : نسيت وثيقة الابتياح ؟

فأجاب : الوارث محمول على الجهل ، وله القيام ولا يلتفت إذا ادعى الابتياح لنفسه مع تلك المدة .

وقول سحنون الذى أشار إليه الشيخ نقله الباجى وابن يونس عنه فى كتاب ابنه بإثر نقلهما قول ابن القاسم فيمن رأى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله أن ذلك جرحه فيه حين رأى ذلك ولم يعلم بعلمه .

قال غيره فى « المجموعة » : إذا كان المشهود له غائباً أو حاضراً لا يعلم ، وإلا فهو كالإقرار .

قال ابن سحنون عن أبيه : لا أرى ذلك إلا فيما هو حق لله كالحرية والطلاق لا العروض والرباع والحيوان فلا يبطل ذلك شهادته .

[ قال : لأن صاحب الحق ] (٤) إن كان حاضراً فهو أضاع حقه ، [ وإن ] (٥) كان غائباً فليس للشاهد شهادة ، [ فلذلك لا يضر الشاهد إن لم يقم بها ] (٦) .

ابن يونس : يلزم على هذا التعليل أنه إن كان حاضراً لا يعلم أن ذلك له مثل أن تكون الرباع لأبيه ، فأعارها هذا الذى بيده أو أكرها منه مدة ، ثم مات الأب فباعها الذى هى بيده أو وهبها والولد لا يعلم أنها كانت لأبيه ، فعلى الشاهد أن يعلمه بذلك وإلا بطلت شهادته .

واستظهر صاحب « البيان » قول سحنون بأن الشاهد لا يقطع بأن الملك الذى

(١) فى أ : اشترى .

(٢) فى أ : منها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : لأن ربها .

(٥) فى أ : فإن .

(٦) سقط من أ .

يعلمه لغير من يراه يتصرف فيه تصرف المالك فى ملكه [ بأنه ظالم ]<sup>(١)</sup> ومتعمد لاحتمال [ أن يكون ]<sup>(٢)</sup> من يعلمه له قد باعه أو وهبه له ، فلا يكون لهذا الإحتمال مجرّحاً بترك إعلام المشهود بشهادته مما له عنده من الشهادة إن كان حاضراً [ ولا بترك ]<sup>(٣)</sup> رفع شهادته إلى السلطان إن كان غائباً .

قلت : وليس هذا الخلاف ما أخذه ابن يونس [ عن تعليل سحنون ، لأن كلام ابن يونس إنما هو ]<sup>(٤)</sup> إذا تيقن الشاهد [ أن صاحب الملك لا يعلم أنه ملكه ]<sup>(٥)</sup> ، وكلام ابن رشد [ إذا علم الشاهد علم صاحب الملك بكونه ملكه لكنه ظن انتقاله عنه إلى المتصرف فيه ]<sup>(٦)</sup> .

ولما حكى الباجى رحمه الله قولى ابن القاسم وسحنون ، قال : وهذا إنما يكون عندى جرحه فى الشاهد إذا علم أنه إذا كتمها ولم يعلم بها بطل الحق ، فكتم ذلك حتى صولح على أقل مما يجب له ، أو [ حتى ]<sup>(٧)</sup> نالته بكتمان شهادته معرفة ودخلت عليه مضرة بكتمانه إياها .

وأما على غير هذا فلا يلزمه القيام بها ، لأنه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه .

وقال عياض فى « الإكمال » : اختلف مذهبنا فى تجريحه بسكوته على الشهادة بحقوق الأدميين وترك رفعها وهو يرى حقوقهم بيد غيرهم ، وصاحب الحق حاضر غير عالم .

وهكذا أطلق بعض شيوخنا عن مذهب ابن القاسم أنه جرحه ، وعند بعضهم

(١) فى أ : بالمظالم .

(٢) فى أ : كون .

(٣) فى ج : أو لا يترك .

(٤) فى أ : لأن كلامه .

(٥) فى أ : عدم علم صاحب الملك بكونه ملكه .

(٦) فى ج : فيما إذا علم الشهود له بالملك أو ظنه .

(٧) سقط من ج .

[ أنه جرحه ] (١) في الشهادة نفسها [ وهو الأظهر ] (٢) وقيل : إنما يكون جرحه إذا سكت حتى رأى صاحب الحق صالح [ عن حقه ] (٣) واضطر إلى شهادته فلم يعرفه بها حتى بطل حقه ، فأما بمجرد سكوته فلا ، إذ لعل صاحب الحق لا يطلب حقه أو وهبه له أو باعه ممن هو [ بيده ] (٤) .

[ قلت : وإلى هذا ذهب الباجي .

عياض : ] (٥) وأما سحنون ومن وافقه فيرى القيام بالشهادة وإن طال حوزها على الشاهد إلا فيما كان من حقوق الله تعالى . أ . ه .

[ وإلى القول الثاني ذهب الباجي رحمه الله كما قدمنا عنه ] (٦) وأفتى ابن رشد وعياض رضي الله عنهما في شهود شهدوا على رجل أنه أدخل طريق المسلمين في أرضه منذ عشرين سنة ، وطعن المشهود [ عليه ] (٧) فيهم بحضورهم وعدم إنكارهم وأنه وقعت بياعات في الأرض التي فيها هذه الطريق بشهادتهم ولم يغيروا واعتذروا بالجهل عما يلزمهم ، وأن المشهود عليه من أهل الظهور ، ومن كان له حكم واتساع يعلم وقال : إنما شهدنا على بيع الأرض ولم نشهد بدخول هذه الطريق ، فإنه لا تبطل شهادتهم لعذرهم [ على ] (٨) ترك القيام بشهادتهم لأجل أنهم لم يدعوا إليها .

وكذلك أفتى ابن الحاج أيضاً بأن الشهادة عاملة على ما ذكر محمد بن عياض في « تقييده » في « نوازل أبيه » ، وأفتى ابن رشد [ أيضاً ] (٩) بنحو فتياه هذه عن نحو هذا السؤال ، [ قاله ] (١٠) عنه عياض ، وليس فيه أن المشهود عليه من أهل الظهور ممن له حكم .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : في يده .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : عن .

(٩) سقط من ج .

(١٠) في أ : سأل .

قال : [ إذ ] (١) يكون في ترك القيام بالشهادة [ للشاهد ] (٢) عذر أو تأويل [ فيعذر ] (٣) به ، ونحو هذا لسحنون في أحد قوليهِ في المسألة نفسها ، انظر ترجمة « القوم عندهم شهادة في المال أو جرح أو غيره فلا يرفعون شهادتهم إلى الحاكم » من « النوادر » ، وتأمل هل يعذر الشاهد [ بعدم ] (٤) قيامه بشهادته في الطلاق والحرية في هذه البلد الشاغرة من الحكام ومن ترفع إليه الشهادة أم لا ؟ والأظهر عندي - والله أعلم - يعذر .

(٢٧٧) [ ١١ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل باع لرجل أرضاً ، فقال له المشتري : أليس الأرض ملك فلان ؟ فقال : نعم ولكن اشتريتها منه وعندى رسم وشهود ، فاشتري منه ثم أخذ يحرثها ، فجاء [ مالكةا ] (٥) الأول فمنعه ، فحضر الثلاثة فقال البائع الثانى للبائع الأول : ألم أشرها منك ؟ فأنكره ، فقال [ له ] (٦) : احلف أنك ما بعته ، فلم يحلف وسكت ، وانفصلوا وبقي المشتري الثانى يحرث ولم يمنعه البائع الأول بعد ذلك مدة من ستة أعوام ، ولم يخرج المشتري رسماً ولا وجد بينة ولم يحلف البائع الأول ما باع ، فهل سكوته يقطع حقه أو كونه منع أولاً يجزئه ويقول : إنما سكت هبة منى للذى يحرثها ؟

[ فأجاب ] (٧) : لو كانت مدة الحياة لا تقطع مقاله بلا إشكال ، لأن منعه أولاً ثم سكت ، ليس منعاً حتى يخاصم المرة ويتكرر منه التردد إلى الحاكم .

قال الشيخ أبو محمد صالح : حتى يتخرج على الأغبياء وحين لم يتكلم مدة الحياة ، هل يكون لمن بيع عليه شيئه وهو حاضر فسكت [ فيعد ] (٨) منه رضا ، فيلزمه البيع ، لأن أدنى درجاته [ ق / ١٤٢ أ ] [ أن يقول : لا ] (٩) شيء للمشتري

(١) فى أ : إنه قد .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : يعذر .

(٤) فى أ : لعدم .

(٥) فى ج : ملكه .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : فقال .

(٨) فى أ : يعد .

(٩) فى ح : الا يكون إلا .

الأول ولم يصح له شراء ، فكان باع فضوليًا وسكت هذا السنة الأعوام ، فهو بيع الفضولي وتردد فيه ، فتأمله .

قلت : ما فى « نوازل ابن الحاج رحمه الله » فى امرأة اسمها لبابة قامت فى أرض بيضاء على مشتريها من أخيها وابن أخيها ، وأثبتت موجبات الاستحقاق ، وكان فيما أجاب به ابن الحاج : إن أثبت المبتاع أنها حضرت مجلس التباعد فلا قيام لها ، إلا أن ثبت هى أنها أنكرت قبل انقضاء المجلس ، [ وقالت : (١) ] إنما كان سكوتى لأنى علمت أن ذلك لا يلزمنى ، فيكون القول فى ذلك قولها مع يمينها .

(٢٧٨) [ ١٢ ] وسئل رحمه الله : عمن طلق زوجته وغاب سنين كثيرة ثم رجع ، فطالبته بكالثها فادعى أنها أسقطته عنه ، إلا أنه لم يحقق [ ق / ٢١٨ ب ] ما بلغه ، فهل تحلف أم لا ؟ وإذا لزمها اليمين وأرادت ردها عليه ، هل تنقلب أم لا ؟

فأجاب : إذا لم يحقق ما بلغه عنها لم تحلف ، لأنها يمين تهمة فى معروف ، [ ولا أعلم فى ذلك خلافاً وإن حقق ما بلغه عنها ] (٢) وأنها قالت ، وجبت اليمين عليها على نفى ذلك وانقلبت على المدعى إن نكل ، على القول بأن اليمين تلزم المدعى عليه [ فى دعوى ] (٣) المعروف ، ولا تلزمها على القول بأن اليمين لا تلزم فى دعوى المعروف ، والقولان فى « المدونة » .

قلت : الخلاف فى وجوب اليمين فى دعوى المعروف معروف ، فى كتاب الديات : إذا ادعى [ ولى ] (٤) القاتل على ولى المقتول أنه عفا عنه ، [ أنه يحلف ] (٥) ، فإن نكل حلف القاتل .

وقال أشهب : لا يحلف .

وفى كتاب كراء الدور : ومن أسكنته دارك [ ثم سألته الكراء ] (٦) فادعى أنك

(١) فى ح : وقال .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : حلف .

(٦) سقط من ج .

أسكتته بغير كراء ، فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع [ يمينك (١) ] .

وفى [كتاب] (٢) العارية فيمن ركب دابة رجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها ، وقال ربها : بل اكتريتها [ منى ] (٣) ، فالقول قول ربها إلا أن يكون مثله ليس ممن يكرى الدواب لشرفه ، قالوا : مع يمينه .

وفى كتاب [ الصدقات ] (٤) : ومن تصدق على رجل بحائط وفيه تمر ، فزعم أنه لم يتصدق بالتمر ، فإن كانت [ ق / ١٣٧ ج ] الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر ، فهي للمعطي له ، وإن كانت مأبورة ، فهي للمعطي كالبيع ويقبل قوله ولا يمين عليه ، فمن الأشياخ من حمل ذلك على أنه اختلاف قول ، وإليه ذهب ابن سهل ، نقله [عنه] (٥) عياض ، ونقله بعضهم عن ابن رزق [ أيضاً ] (٦) وقيل : بل هو اختلاف حال ، فلا تلزم اليمين بمجرد ادعوى وتلزم مع وجود الشبهة ، وحكاها بعضهم عن ابن حمدين ، وهو الذى استحسنته ابن رشد ، وقال فى « نوازله » : وأما دعوى الإقالة ونحوها [ فمن ] (٧) باب دعوى المعروف ، وقد كان بين شيوخنا فى ذلك اختلاف ، منهم من كان يذهب - فيما وقع من ذلك فى الأمهات - إلى أنه اختلاف من القول وأنها مسألة فيها قولان جملة من غير تفصيل ، ومنهم من كان يقول : ليس [ ذلك ] (٨) باختلاف من القول ، وأن المعنى فى ذلك واحد ، لأن الشئ المدعى فيه إن كان بيد المدعى أو كان له به تشبث وجبت اليمين فيه على المدعى عليه ، وإلا لم تجب ، وهو تفصيل حسن له وجه من النظر وهو مراعاة الخلاف فى وجوب الحكم [ بما لم يقبض من الهبات ، فالأظهر فى دعوى الإقالة وجوب اليمين ، إذ لا

(١) فى أ : يمينه .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : منه .

(٤) فى أ : الصدقة .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : فهى من .

(٨) سقط من أ .

اختلاف في وجوب الحكم [١] بها ، إلا أن يدعى [ أنه أقاله ] [٢] فيها قبل التفرق بالأبدان فتضعف اليمين ، مراعاة لمن [ يقول : إن ] [٣] البيع لا يلزم إلا بالتفرق بالأبدان . أ . هـ .

ابن عات : وكان ابن عتاب لا يوجب اليمين في دعوى الإقالة إلا بشبهة وكذا ابن القطان .

وقال ابن سهل : إن كان المدعى ممن يظن به طلب [ الباطل ] [٤] كلف الشبهة ، وإن كان ممن يظن به أنه [ محقق ] [٥] في دعواه لصالح حاله لحقت اليمين .

ومن لم يراع الخلطة وأوجب اليمين دونها ، فاليمين في دعوى الإقالة على أصله أقوى للمعاملة المتقدمة بينهما التي يدعى الإقالة منها . أ . هـ .

وقال محمد بن عياض رحمه الله : أخبرني من أثق به أن رجلين تخاصما بين يدي أبي رضى الله عنه فوجب لأحدهما يمين على الآخر بعد طول تنازع وشدة خصام ، فادعى الذى وجبت عليه اليمين أن [ صاحبه ] [٦] قد وهبه يمينه عند قيامه ليقبض يمينه ، [ فارتفعا إليه رحمه الله ] [٧] فأنكره صاحب اليمين ، وذهب مدعى هبة اليمين إلى تحليفه على ذلك ، فلم [ يوجب ] [٨] الشيخ اليمين وقال : هذا ما لا يشبه بينكما من المنازعة والخصام ما لا يمكن معه أن يهبك اليمين الواجبه [ له ] [٩] عليك ، وقضى به رحمه الله . أ . هـ .

الباجى : دعواه الهبة إن كانت معينة في غير [ ذمة ] [١٠] المدعى ، فلا يمين على ظاهر المذهب للخلاف في لزومها وحاجتها عند ذلك إلى الحيازة .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : أنها إقالة .

(٣) فى أ : قال .

(٤) فى ج : الباطن .

(٥) فى أ : يحق .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : يجب .

(٩) سقط من ج .

(١٠) سقط من أ .



وقال الشيخ أبو القاسم في «تفريعه» : تجب اليمين ، وإن نكل حلف مدعيها وأخذها .

وأما إن كانت في ذمة مدعيها ، كدين عليه يدعى أنه وهبه له ، فالظاهر أنه لا يحكم له إلا بعد يمينه أنه وهبه .

قال : ويحتمل عندي قسمة أخرى : إن كانت بغير يد الموهوب له فلا يمين ، وإن كانت بيده لم ينزعها منه إلا بعد يمينه [ إنه ]<sup>(١)</sup> ما وهب ، عرضاً كان أو عيناً .  
ويصحح هذا من استحق عرضاً بيد من زعم أنه اشتراه ، لم يأخذه حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب .

المازري : اختلف العلماء في المدعى إذا طلب يمين المدعى عليه فقال له : استحللني فأحلف على ذلك ، قال : ومضى القضاء في هذه المسألة والفتيا عندنا أن يحلف له ما استحللته ، أو يرد عليه اليمين أنه قد استحللته ، ثم لا [ يحلله ]<sup>(٢)</sup> مرة أخرى .

وذكر أيضاً اختلاف العلماء فيمن أقام بينة وعُدلت ، فقال المطلوب : يحلف لي أنه لا يعلم كونهم مجرحين ، فقيل : يحلف [ له ]<sup>(٣)</sup> ، وقيل : لا يحلف .

ثم قال رحمه الله : قاعدة المذهب أن كل دعوى لو أقر بها المدعى عليه لا يتنفع بإقراره المدعى ، فإنه إذا لم يقر وأنكر تعلقت عليه اليمين على الجملة ما لم يخرج ذلك أصلاً من قواعد الشرع ، كأن يطلب المحكوم عليه أو المشهود عليه القاضى باليمين أنه ما جار عليه أو [ أنهم ]<sup>(٤)</sup> لم يكذبوا في شهادتهم ، أو المرأة أو العبد يدعيان الطلاق أو العتق ، فلا يختلف في سقوط هذه الدعوى لما فيه من حط منزلة القاضى والشهود ولما يؤدي إليه ذلك إلي الوقوف [ عن ]<sup>(٥)</sup> القضاء والشهادة ، ولا تشاء امرأة ولا عبد أن يستحلف الزوج والسيد كل يوم إلا فعل ذلك .

(٢٧٩) [١٣] وسئل رضى الله عنه : عن ورثة اقتسموا أرضاً ، فبعد مدة طويلة

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : يحلف .

(٣) سقط من ج .

(٤) في ج : أنه .

(٥) في ج : على .

من نحو مائة سنة قام بعض أحفاد المتقاسمين فاشترى من آخر من أحفادهم أيضاً نصيبه ، وكان إلى جهة شعراء لم تعمر قط ، فوضع يده هذا المشتري فيها وحرثها وبقي يغتلتها خمسة عشر عاماً ، فقام عليه أولئك الورثة وقالوا : تلك الشعراء لم يقسمها أجدادنا وهي إلى الآن مشاع ، وأخرج عقد القسمة ولم تذكر فيه الشعراء نفيًا ولا إثباتًا ، فسئل بماذا يغتلتها ؟ فقال : اغتلتها على أعينكم طول المدة ، فحكموها رجلاً فحكم له بها لاغتلاله الذي ذكر ؟

فقال الشيخ : أخطأ المحكم ، لأن [ هذا ] (١) الحائز لها إن كان لم يدع إلا كونه يغتلتها مع سكوتهم ولا يدعى شراءً ولا مقاسمة ولا غير ذلك ، فليست هذه الحيازة بنافعة .

وإن كان يدعى ذلك ، فلا بد أن ينظر إن كان هؤلاء قرابة غير مشاهين فليست هذه حيازة بينهم لقلتها ، وإلا فهي حيازة .

قلت : الظاهر من مجرى السؤال والجواب أن الشعراء ملك للورثة من موروثهم ، وليست [ كدار ] (٢) من قرية تعمر منها شيئاً بحضرة أهل القرية من لاحق له فيها وليس له فيها إلا مسكن أو حقل بعينه ، ووقعت المسألة في آخر سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار وفي آخر سماعه أيضاً من كتاب [ ق / ١٤٣ ] الاستحقاق ومن « العتبية » ، ووقع أيضاً في سماع زونان من كتاب الاستحقاق مسألة البور والشعراء يعمره بعض أهل المنزل ، والذي [ له ] (٣) في كتاب السداد والأنهار أنه إن عمر منه أرضاً زماناً ، وأهل القرية حضور لا يغيرون ، أن لهم إخراجهم إلا إن أقام بينة على شراء أو هبة [ فيه حق ] (٤) حتى يترك له [ به ] (٥) ما عمر إلا أن يطول زمانه جداً ، وليس أهل القرية في ذلك كمن حيز عليه ماله في المدة ، [ كالورثة ] (٦) إلا أن يكون لرجل أو رجلين أو نفر القليل ، فيحملون حينئذ مجمل

(١) سقط من جـ .

(٢) في أ : كما مر .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من جـ .

(٦) في جـ : وإلا فالورثة .

من حيز عليه أرضه وهم فيما يعمر بعضهم منه أعذر في السكوت وإن طال الزمان جداً .

ابن رشد : حكم غامر القرية أن يصدق فيه أهلها أنه لهم على أصل سهامهم [فيه] (١) ، فإذا عمرَّ منه شيئاً من لا حق له فيه من غير أهلها أو [ من ] (٢) ليس له فيها إلا مسكن أو حقل بعينه بحضرة أهل القرية ، فحكمه حكم من حيز عليه ماله وهو حاضر لا يغير ، إلا أنه رأى مدة الحياة فيه على أهل القرية أطول من مدتها على الأجنبي [ ق / ٢١٩ ب ] لما يعذرون به من أفتى أن سهامهم أدون مدة الحياة على الوارث ، وإنما يستحق ما عمرَّ بطول المدة التي ذكر إذا ادعى أنه عمره بالشراء منهم أو هبة أو صدقة .

وإن لم يدع ذلك وأراد استحقاقه [ إياه ] (٣) لعمارتها إياه بحضرتهم ، فليس ذلك [ له ] (٤) ، هذا الآتي على قياس قول ابن القاسم أن عامر القرية محمول على أنه لأهلها ، ويأتي على قول ابن وهب ومن قال بقوله إنه لا يصدق أهل القرية أنه لهم ، ولا يقسم بينهم إلا أن يثبتوا أنه لهم أن يكون ما عمره بطول المدة بمجرد دعواه أنه له ، وفي سماع عبد الملك بن الحسن من كتاب الاستحقاق من قول ابن وهب ما يدل على هذا .

وقال في الرواية : إذا قاموا عليه قبل طول المدة ، فلهم إخراجها ، وهل له قيمة بنائه قائماً أو منقوضاً ؟ والذي يوجهه النظر قيمته قائماً إن قاموا عليه بحدثانه ، وإلا فمنقوضاً على مذهب ابن القاسم ، وعلى رواية المدنيين عن مالك قائماً .

وقوله : « فيما يعمره بعضهم من عامرهم المشترك أعذر في السكوت وإن طال الزمان جداً » ، معناه أنهم محمولون في أمد الحياة محمل الأصهار والقراة من أهل الأشتراء ، وقد اختلف في ذلك فذهب مطرف إلى أن الشركاء في حياة بعضهم على بعض كالأجنيين .

وقال أصبغ : هم كالأوراث والقراة ، هذا الذي ينبغي أن يحمل عليه قوله : وإن

(١) في أ : فيها .

(٢) في أ : ممن .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ح : كله .

طال الزمان جداً .

قال : ولم يشترط سحنون في « نوازله » من هذا الكتاب هذا الحد من الطول ،  
قال : وهو خلاف قول ابن القاسم [ فيهما ]<sup>(١)</sup> .

وقول الشيخ رحمه الله في القرابة: إن كانوا متشاحين فذلك [ ق / ١٣٨ ج ]  
حيازة ، هو كقول اللخمي رحمه الله : الحوز بين الأقارب والأصهار والموالي من  
علمت منه المشاحة وقلة المسامحة منهم كالأجنيين ، ومن علمت منهم المسامحة في  
مثل ذلك إلى [ مثل ]<sup>(٢)</sup> تلك المدة أو أشكل أمره ، فهو على حقه وإن طال  
السنون .

واعتمده المتيطى مقتصرًا عليه ، ولم يعزه له كأنه المذهب ، وجعله في « الوثائق  
المجموعة » قولاً من الأقوال في القرابة .

**قلت** : لابن القاسم في رسم « الأفضية » من سماع يحيى من كتاب  
الاستحقاق: الموالى والأختان إنما يحملون محمل القرابة إذا عرف من أهل الموضع  
التوسع للموالى والأختان .

ابن رشد : قوله تفسير لما أجمل من قوله ، إذ لا اختلاف عندي أنهم كالأقارب  
إذا عرف التوسع من بعضهم لبعض ، وكالأجنىبى إذا عرف التشاح بينهم ، وإنما  
الخلافاً إذا جهل حالهم فحملهم مدة محمل القرابة ومدة محمل الأجنيين .

وحكى ابن يونس نحو قول اللخمي عن بعض الفقهاء في القرابة ، فقال :  
اختلف في الحيازة على القرابة ، فإن كانوا يتسامحون في حيازة بعضهم على بعض  
فيما ورثوه عشرين سنة وثلاثين ، لم يكن ذلك حيازة .

وانظر أيضاً ما الغالب أنهم لا يسكنون إليه فتكون حوزاً ، وإن كان يقع بينهم  
التشاح فهم كالأجنيين .

وهل الهدم [ والبناء ]<sup>(٣)</sup> بينهم حوز ؟ فينبغي أن ينظر ، فإن كانوا لا يفعلون

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

ذلك إلا بعد المقاسمة فهو حوز ، وإن كانوا يتسامحون [ فى ]<sup>(١)</sup> هذا فليس بحوز إلا أن يطول الزمان كالخمسين سنة ونحوها .

وأما ما حازه [ الوارث ]<sup>(٢)</sup> بالوطاء والبيع والتدبير والكتابة والعطية ، فذلك يقطع حق باقى الورثة اتفاقاً .

أبو عمر : الحد فى حيازة الأقارب اضطرب فيها الفقهاء من أهل المدينة ، وضرب الحدود فى مثل هذا بغير أثر ليس من شيم أهل الفقه والنظر بحسب الحاكم والمفتى فيما لا نص فيه ولا إجماع أن يجتهدوا ولا يخرجوا عن أقاويل من مضى ، وعشرون سنة إلى ثلاثين غاية اليوم فى حيازة الأقارب والشركاء فى الموارث لكثرة تشاح أهل هذا الزمان [ وقلة مسامحتهم ]<sup>(٣)</sup> لذوى أرحامهم .

قلت : وقد أشار الإمام المازرى رحمه الله لضبط هذا ، فقال : اعلم أن الحيازة والتصرف يقع على وجه لا يشك فيه من جهة [ العادة أن ]<sup>(٤)</sup> المدعى ادعى باطلاً ، ويقع على وجه لا يكون دليلاً على دعوى الباطل ، وربما وقع على وجه [ تلتبس ]<sup>(٥)</sup> الدلالة فيه على أحد الأمرين ، فعقد هذا الوجه الضابط [ لجميع ]<sup>(٦)</sup> فروع على كثرتها فى الروايات أن الفعل والتصرف الذى يصح كونه دلالة على أحد الأمرين قضى بموجب هذه الدلالة ، ومتى أشكل والتبس وجه الدلالة فيه لم يسقط حق من ثبت له الحق ، ويستظهر عليه باليمين إذا ادعى الاجتهاد إليه ، وكذلك اعتذار المحوز عنه بعرض [ على ما أصلناه ، فما اتضح صحة عذره فيه ]<sup>(٧)</sup> [ قُبِل ] ، وما تبين كذبه فى عذره لم يقبل ، وما التبس لم يسقط الحق مع التباسه ورجع إلى استصحاب الحق الذى كان فى الأصل ، فعلى هذا يجب أن يعرض الفقيه كل واقعة يستفتى فيها]<sup>(٨)</sup> .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ووله فحايهم .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : تيس .

(٦) فى ح : بيع .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ب .

(٢٨٠) [١٤] وسئل رحمه الله : عن رجل توفى وترك ابناً وبتناً وأملاكاً ، فبقي الابن يغتال الأملاك على عين [أخته] (١) مدة من ستين سنة ثم ولده من بعده على عين أولادها بعدها ، ولم يغير أحد منهم مدة كثيرة [أيضاً] (٢) ، وربما كان الابن [باع] (٣) بعض الأملاك على عين البنت ، فهل هي حيازة ؟  
[فأجاب] (٤) : إن كان يدعى نقل الملك [منها] (٥) بشراء أو صدقة أو عن والدها ، فهي حيازة .

وإن لم يدع ذلك وإنما كان يتصرف دون دعوى ، فلا تنفع .

قال ابن رشد : لا خلاف أن الحيازة إنما تكون مع دعوى الملك ، وأما ما باع على عينها فلها المقال في المثلون داخل السنة ، ثم لها المقال في الثمن أبداً كالباقى من الأملاك .

قلت : سئل ابن رشد رحمه الله عن توفى وترك ابناً وابتين وملكاً ، وعاشت الابنتان مدة طويلة إلى أن تزوجتا ثم ماتتا وتركتا أولاداً وأزواجاً ، فعاش الأزواج مدة طويلة بعد موتهما ، ولم يعرف لهم طلب في الملك الذى تركه الميت الأول ، فقام الآن أولاد البنتين المذكورتين يطلبون [نصيب] (٦) أمهاتهم في الملك المذكور وعاش أخو البنتين المذكورتين بعد موتهما من نحو خمسة وعشرين عاماً يهدم ويبنى ويغرس بعلم الأزواج وبنى الأختين ولم يتعرضوا قط فى شيء من الملك المذكور ؟

فأجاب رضى الله عنه : إن كان الابن قد حاز الملك المدة التى ذكرت بالهدم والبناء والغرس وبنى الأختين وأزواجهما [ق / ٢٢٠ ب] (٧) حضور لا يغيرون ولا ينكرون ولا يدعون ولا يتعرضون ، وادعى أنه صار إليه بمقاسمة أو شراء أو انفرد به دونهم فالقول [ق / ١١٤٤] قوله فى ذلك مع يمينه .

(١) فى أ : البنت .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فقال .

(٥) فى أ : عنها .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ب .

قلت : تقدم تليفق الحيازة على ساكتين فأكثر ، فيحتمل أن الأختين [ هنا ] (١) سكتتا مدة تكون بإضافتها إلى سكوت أولادهما وأزواجهما عن الأخ تعتبر شرعاً في الحيازة بين الأقارب لطولها ، ولم ير في سماع يحيى : أربعين سنة بطول [ جداً ] (٢) بين الورثة ، فعلى هذا ليس فتيا الشيخ خلافاً لفتوى ابن رشد .

ووقع لابن القاسم في سماع يحيى أن حوز الشركاء بالميراث على بعضهم بالهدم والبناء عشر سنين حيازة كالأجانب ، وقاله مطرف في « الواضحة » .

وقول الشيخ : « لها المقال في الثمن أبداً » ، لأن الأخ لم يدع نقل الملك إليه ، ولو ادعاه فالحكم مستوفى في رسم « يسلف » من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق من « البيان » ، ينظر فيه .

(٢٨١) [ ١٥ ] وسئل رحمه الله : عن رجل كان له ثلاثة من الولد ذكر وإبتان ، [ وأوصى ] (٣) في صحته وجواز أمره لحفدته من ابنه الذكر بثلث جميع ما [ تخلفه ] (٤) ، ومن ذلك ستة فدادين ، ولم يزل يغلها بالحرثة إلى أن مات فاقتسما [ ورثته ] (٥) بنوه والحفدة الموصى لهم [ وهم محاجير إلى نظر أبيهم ، فصارت الفدادين بالقسمة لولد الموصى لهم ، فلم يزل يحرثها هو وابنه أحد الموصى لهم ] (٦) نحو خمسة عشر سنة إلى أن باع الفدادين والموصى لهم بالغون حاضران عالمون بالبيع ، ثم بقيت بيد المشتري نحو عشرين سنة ، فقام الآن الموصى لهم بالثلث على المشتري واستظهروا برسم الوصية وهو مؤرخ بنحو ثلاثين سنة ، وزعموا أنهم لم يعلموا بالوصية وطلبوا أن يحلفوا أنهم ما علموا بها إلا حين قيامهم ، فهل لهم الثلث بالوصية والباقي بالشفعة أم لا ؟ وهل للمشتري أن يكلفهم إثبات الفدادين لجدهم واستمرار الملك له ، وأن اليد التي كانت لولده معه إنما هي عارية وأن الجدل لم يرجع عن الوصية إذ قد طال الزمان ؟ وهل للمشتري أن يحلفهم أنهم لم يرضوا القسمة ولا قاسم عليهم أبوهم ؟ والسلام .

(١) في أ : ما .

(٢) في أ : حد .

(٣) في أ : فأوحى .

(٤) في أ : يتخلف .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

**فأجاب :** إن كان الأمر كما ذكرتم فالقول قول الموصى لهم ما علموا بالوصية المذكورة مع أيمانهم على أصل ابن القاسم ، إذ الأصل الجهل ، وعليهم أن يثبتوا ملك الجد الموصى للموصى به إلى حين موته ، وإن ادعى المشتري أن الجد رجع عن وصيته المذكورة ، حلف الموصى لهم ما علموا برجوعه إن كانوا ممن يظن بهم العلم برجوعه ، وإلا فلا يمين عليهم ، وعلى المشتري إثبات الرجوع وإلا قضى بامضاء الوصية ، ولا يمين على الموصى لهم ما قسموا ورثة الموصى ولا قاسم [ عنهم ] (١) أبوهم ، لأنهم لما حلفوا ما علموا بالوصية تضمن ذلك اليمين على نفى جميع فروع العلم بالوصية ، وكتب فلان .

**قلت :** لأنهم لما حلفوا ما علموا بالوصية . . . إلخ صحيح حسن لانتفاء الفرع بانتفاء الأصل ، إذ لا ثبوت له إلا به ، وليست كمسألة كتاب الشهادات فيمن اشترى مكتوباً ونقدك ثمنه وجحدته الاقتصاء وطلبت يمينه ، [ وأراد ] (٢) أن يحلف أنه لا حق لك قبلى ، لم يكن له ذلك .

قال مالك : ولك أن تحلفه أنه ما اشترى منك كذا بكذا ، لأنه يريد أن يورى .

ابن القاسم : يعنى بقوله : « يورى » الألغاز . انتهى .

لأن شرط اليمين أن تطابق الإنكار ، فليست من معنى مسألة الشيخ رحمه الله فى شىء .

الباجى : وقاله مطرف .

وقال ابن الماجشون : إذا حلف ما لك على من كل ما تدعيه قليل ولا كثير ،

فقد برئ به .

وأخذ ابن حبيب إن كان المدعى عليه [ ممن ] (٣) لا يتهم ، والمدعى من أهل

الظنة والطلب والشبهة .

ابن عبد السلام : والتحقيق عندى [ ق / ١٣٩ ج ] مذهب ابن الماجشون ،

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فأراد .

(٣) سقط من أ .



لأن نفي الأعم يستلزم نفي الأخص .

وحكى نحوه أبو عمر فى « الكافى » فقال : روى ابن أبى أويس وابن وهب عن مالك أن المدعى عليه السلف والدين يحلف أنه ما له عليه شيء مما يدعيه [ قبله ]<sup>(١)</sup> .

زاد ابن وهب : وما الذى يدعيه إلا باطل ويبرأ ، وليس عليه أن يحلف ما أسلفه ، وهو قول [ عبد الملك ]<sup>(٢)</sup> وأبيه عبد العزيز والمدنيين .

وعلى هذه الرواية العمل والفتوى عندنا ، خلاف قول ابن القاسم ، وفى « العتبية » لابن القاسم عن مالك مثل رواية ابن وهب .

وقال أصبغ : حضرت ابن القاسم وقد [ حكم ]<sup>(٣)</sup> بأن يحلف ما أسلفه شيئاً .

قال ابن حارث : قال أحمد بن زياد لابن عبدوس : فيضطر ليمين كاذبة أو غرم ما لا يجب .

قال : ينوى [ شيئاً ]<sup>(٤)</sup> يجب رده ويبرأ من الإثم .

وانظر ما ذكره أهل الوثائق فى يمين أهل القضاء على من أثبت حقاً على غائب أو ميت أنه يحلف ما قبضه ولا شيئاً [ منه ، ولا قد أحال أحداً ]<sup>(٥)</sup> بقبضه منه ، وأنه باق عليه إلى حين يمينه هذه ، فإن قوله : « إنه باق عليه » ، أى إلا أن يستلزم نفي الاحتمال والهبة .

وأجاب ابن عرفة بأن ذلك لكمال الاحتياط الغائب الميت ، فوجب أن تكون ألفاظ اليمين الدالة على نفي ما يتوهم أنه مسقط للحق بما يدل على ذلك نصاً لا تضمناً ولا التزاماً . أ . هـ .

وأشار ابن الحاجب رحمه الله بقوله : واليمين مع الشاهد على وفق الشهادة بأنه أقر ، ولا يلزمه أن عليه كذا .

وإن كان عن غائب زاد : وإنه باق عليه إلى الآن ، أنه يكفى بما ذكره على بقية

(١) سقط من جـ .

(٢) فى أ : عبد الحكم .

(٣) فى حـ : حكى .

(٤) فى أ : سلفاً .

(٥) فى أ : عنه ولا استحال به على أحد ولا أحال به أحداً عليه ولا وهبه ولا شيئاً ولا قدم أحد .

تلك الفصول لاندراجها فيه .

وتأمل قول من قال فى مسألة اختلاف المتبايعين أنه يحلف على نفى دعوى خصمه وإثبات دعواه لثلا يحلف يمينًا ثانية إذا نكل صاحبه أن [ له أن ] (١) يأتى فى يمينه بلفظ يجمع الأمرين ، فيقول : « ما بعث سلعتى إلا بكذا » ، ويستغنى به عن قوله : « ما بعثها بكذا ولقد بعثها بكذا » لشمول هذه العبارة لهما حسبما نص عليه ابن رشد فى « نوازل سحنون » من كتاب جامع البيوع من « البيان » وفى أكرية « المقدمات » .

(٢٨٢) [١٦] وسئل رحمه الله : عن امرأة تصدقت بملك على أبيها فبقى فى يده يحوزه مدة ، ثم مات فورثته هى وإخوة لها بنوه ، [ فغاب الإخوة ] (٢) ووضعت البنت يدها على الملك وباعت جميعه وبقى مدة ، فقام بعض الإخوة وسكتوا مدة ثم إنهم وجدوا عقد صدقة البنت على أبيها ، فادعوا أنهم لا يعرفون ذلك ؟

[ فأجاب ] (٣) : يصدقون مع اليمين إن اتهموا بالعلم ، لأن كون الملك كان لها قرينة تصدقهم فيقولون : لم نعلم هل خرج عن ملكها أم لا ، فتأمله .

قلت : [ وانظر ] (٤) هل عليهم إثبات موجبات الاستحقاق [ حين ] (٥) ملكية الأب له واستمرار ملكه له إلى أن توفى على ما يجب فى ذلك ، والظاهر أنه لا بد من ذلك لاحتمال تفويت أبيهم له فعاد إلى البنت البائعة بملك مستأنف . وقد نزلت مسألة من هذا المعنى قديمًا ، وهى : رجل وهب أحد أولاده أرضًا وحازها [ له ] (٦) لكونه صغير فى حجره ، وتوفى الواهب بعد خمسة أعوام وبقى الموهوب له فى كفالة أخيه الكبير ، وكان أخوه يجعل الغبار فى الأرض الموهوبة مما يلى حدًا من حدودها إلى أن كبر الموهوب له وتزوج وولد له ثلاث بنات ، ثم توفى وورثه أخوه [ المذكور ] (٧) وبناته ، فنصدق الأخ بحظه فى جميع متروك أخيه على بنات أخيه

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فقالت الأخت .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : من .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

المذكورات وتوفى بعد ذلك فورثه عمه ، وقام العم فباع الموضع الذى كان يجعل فيه موروثه الغبار ، وكبرت البنات وأردن القيام على المشتري برسم الهبة الذى بأيديهم وبرسم الصدقة ، وتلك القطعة المذكورة داخلة في الأرض الموهوبة .

فأفتى الشيخ الفقيه الحافظ أبو عمران موسى بن محمد بن معطى العبدوسى الفاسى بما نصه : [ ق / ١٤٥ أ ] الحمد لله ، سيدى أكرمكم الله ، الجواب : للبنات أن يزلن القطعة المذكورة من يد المشتري إذا وجدت القطعة داخلة في حدود الموهوب من الأرض ، وإن ادعى المشتري أن البائع تملكه من غير جهة الأب الواهب لم يصدق إلا بيينة ، هكذا قال الفقهاء إن الوارث إذا صح أن مدخله فى موضع إنما هو بميراث من رجل ، ثم [ ادعى ]<sup>(١)</sup> أن بعض الأرض دخل يده من غير الميراث فعليه البينة ، والله ولى [ التوفيق ]<sup>(٢)</sup> ، وكتب موسى بن محمد بن معطى لطف الله به .

ثم سئل عن ذلك [ خاتمة علماء الأندلس ]<sup>(٣)</sup> الشيخ الفقيه الأوحى أبو سعيد فرج بن لب الغرناطى رحمه الله ، فقال : هذا الذى تضمنه الجواب غير معروف فى المذهب ، لأن ذلك الموضع الذى بيد المشتري ربما فوت عن المحجور بوجه صحيح ، [ إذ ]<sup>(٤)</sup> فوته هو بعد ملكه أمر نفسه وصار [ ق / ٢٢١ ب ] إلى عمه بعد ذلك فباعه ، ولا يقبل قول العم ، إلا إن قال : إنه باع ما لا يملك لتعلق حق المشتري ، وعقود الأصول بالبيع والهبة لا توجب استحقاقا من يد من الشئ بيده ، إذ ليست حجة إلا على البائع أو الواهب .

قال : والحكم المعروف فى ذلك ما جرت به العادة فى مثله ، وهو أن يكلف البنات إثبات ملك ذلك الموضع لوالدهن إلى وفاته ثم لورثته بعده وهم بناته الثلاث وأخوه العاصب على ما يجب فى ذلك ، وثبوت الموت وعدة الورثة ، ويعذر للمشتري فيما يثبت من ذلك ، وبعد هذا كله يجب لهن الموضع بطريق الاستحقاق

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : المتقين .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أو .

من يد المشتري .

قال : وما حكاها المفتى في جوابه عن الفقهاء إنما ذلك إذا كان الموضع الذى ادعى أنه من غير الميراث يعرف أصله للموروث ، فإنه يكون ميراثاً ، ولا يقبل منه ما يدعيه من خروجه عن الميراث ليستبد به دون سائر الورثة حتى يثبت سبباً ناقلاً ذلك إليه على ما يجب ، ذكر هذا كله ابن الحاج في « نوازله » ، ولا يعرف الأصل للموروث إلا بقيام البينة على ذلك .

قلت : قول ابن لب رحمه الله : « وما حكاها المفتى في جوابه عن الفقهاء إنما ذلك إذا كان الموضع الذى ادعى أنه من غير الميراث يعرف أصله للموروث ، فإنه يكون ميراثاً . . . . إلخ لا يخفى عن صغار الطلبة ، فكيف بالعبدوسى أبي عمران موسى الذى انتهت إليه فتيا المغرب فى زمانه رحمه الله ، وذلك أن الأصل بقاء الأملاك على ملك المالك ، فلا تنقل إلا بأمر محقق لاستصحاب الملك .

وقد حكى ابن بطلال هذا نصاً عن ابن حبيب ، وإنما أشار العبدوسى إلى ما إذا علم أن الوارث لم يدخل فى القرية إلا بسبب موروثه ، فزعم أن له ملكاً فيها خاصاً كان استفاده بغير الميراث ، الذى أراد ، وذلك أعم من كون الملك عرف لموروث لو لم يعرف له ملكه إلا بيينة عليه بعينه ، إلا أنه وجد فى حوز الابن وفى تصرفه وادعى ملكيته ، فإن المنصوص لأبى بكر اللؤلؤى فى « أحكام ابن بطلال » ، ولابن زرب فى « أحكام ابن سهل » أن الوارث الحائز لا يختص به وحده .

قال ابن بطلال : رأيت كتاباً كتبه أحمد بن قاسم الفقيه البطليوسى بخطه إلى أبى بكر اللؤلؤى [ بقرطبة ] (١) ، وكان حاز الفتيا فى زمنه : ما تقول يرحمك الله فيمن له أملاك كثيرة بقرية ، فقالت أخته : أملاك أبيتنا بيدك فقاسمنا ، فقال : ليس بيدي منها شيء بهذه القرية وإنما بيدي أملاكى ومالى مما صار إلى بالابتياح ووجوه المكاسب ، وأما مال أبيتنا فليس بيدي منه شيء ، وهم يقرون أن أباهما له ملك فى القرية ، فهل يجب على الأخت إثبات مال أبيها وحيازته ، أو يقال لأخيها : اثبت ملكك فى هذه القرية وقاسم أختك سائره إذا قررت أن أباك له بها مال ؟

فأجاب بخط يده : فى ذلك اختلاف بين أهل العلم ، والذي عليه أهل الفتيا أن يكلف أخوها إثبات ما ذكره ، وإلا حلفت الأخت أو ردت اليمين .

وكذلك كتب إليه : ما تقول يرحمك الله فيمن توفى وترك ابناً وابنة وأملاً بقرية ، فعمراً الابن [ المال ] (١) سنين [ كثيرة ] (٢) غير أنها لم تبلغ الخمسين حتى قامت عليه الأخت تطالب ميراثها من أبيها فى أملاكه بهذه القرية ، فقال [ أخوها ] (٣) : قد ابتعت بعد [ موت ] (٤) أبينا بهذه القرية أملاً معروفة ، فلا حق لك فيها وسائر ذلك من مال أبينا حقه فيه خذ به متى شئت ، فغفلت المرأة عن ذلك حتى مات أخوها ، فلما قامت على ابنه أنكر مال أبيها ، [ فقال ] (٥) : هذا مال ورثته عن أبى ولا أعلم أكان لجدى فيه حق أم لا ، فهل [ يجب ] (٦) على المرأة حيازة مال أبيها وقد ثبت لها إقرار أخيها [ بما ذكرنا من ] (٧) مقالته [ بشاهدى عدل ] (٨) أم لا يجب [ ق / ١٤٠ ج ] [ ذلك عليها ويجب ] (٩) على ابن أخيها إثبات ما تزايد [ أبوه ] (١٠) بعد أبيه وحيازة [ ذلك ] (١١) ؟

فأجاب : إذا ثبت إقرار أخيها فعلى ورثته البينة بما استفاد بعد أبيه وإلا حلفت ما علمت باستفادته ، [ ولأن ] (١٢) ذلك بينهما وبين ورثة أخيها ، وقاله محمد بن لباة فى ورثة تنازعوا فى أملاك بقرية وادعى بعضهم أن له فيها ملكاً غير الوراثة فيكلف البينة والحيازة .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : وقال .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من ج .

(١١) سقط من أ .

(١٢) فى أ : وكان .

وفى « أحكام ابن سهل » : قال ابن زرب : هذه مسألة ينبغي لكم أن تحفظوها ، الرجل يتخلف ملكاً فى قرية فيزعم بعض الورثة أن له ملكاً فيها بغير ذلك الميراث ، فإن علم أنه كان له فيها ملك بغير الميراث بابتياح أو غيره ، فالقول قوله مع يمينه فيما يقر به من جملة ما فى القرية من تركة المتوفى .

وإن لم يعلم ذلك وعلم أنه لم يكن له ملك بغير ذلك الميراث فجميع ذلك موروث ، إلا أن يقيم بينة على أن له ملكاً خالصاً بغير ذلك الميراث .

وكذا من شهدت عليه بينة أنه غصب ملك لرجل بقرية ، ولا يعلم أن له فيها ملكاً غير الذى شهد عليه بغضبه ويزعم أن له بها ملكاً ، فإنه يحال بينه وبين ذلك ويكلف البينة على أن له [ فيها ] (١) ملكاً غيره ، فإن أقامها وإلا أخرج .

وإن شهدت عليه بينة بالغصب ولم يعرف الملك المغصوب ولا علم إن كان له بالقرية ملك غيره أم لا ، فإنه يقال [ له ] (٢) : إبرز الملك المغصوب المشهود به عليه واحلف على الباقي ، فيكون [ له ] (٣) .

وسئل القاضى [ أيضاً ] (٤) - يعنى ابن زرب - : عن هلك عن بنين و [ ترك ] (٥) أرضين وقرى وعقاراً ، فتزوجوا وخرج كل واحد إلى داره ، وملك البنون جميع العقار وكانت تحت أيديهم ، واكتسبوا أرضاً لأنفسهم وعقاراً غيرها أضافوها إلى ما بأيديهم من أملاك أبيهم وملكوا ذلك عشرين سنة ، وكانوا يعطون البنات أنصباهن من غلة موارثهن عن أبيهن طول هذه المدة ، فأرادوا جميعاً قسمة ما تخلف [ عن أبيهم ] (٦) ، وقال البنون : بعض هذه الأملاك من كسبنا ، وقال البنات : بل جميعها موروث عن أينا ؟

[ فأجاب ] (٧) : إذا كان دخول البنين فى القرى بسبب ميراثهم فى أبيهم ،

(١) فى أ : بها .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : لك .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : بنات .

(٦) فى أ : أبوهم .

(٧) فى أ : فقال .

فعلیهم إثبات ما يدعونه من الاکتساب الزائد على الموروث ، فإن عجزوا عن ذلك حلف البنات على إنكار ذلك ورد اليمين على إخوانهن [ أ . هـ ] (١) ، هذا الذى أراد العبدوسى رحمه الله وأشار إليه فى جوابه .

[ وقول ] (٢) اللؤلؤى وابن زرب كما تراه عام ، سواء عرف الملك بعينه ملكاً ثابتاً للأب أم لا إلا [ لكونه ] (٣) فى حوز [ الابن ] (٤) وتصرفه خاصة إذا لم يعرف كونه للابن بما يدعيه من الاکتساب ، وهو مع ذلك لا يعلم له دخول فى القرية ولا ملك خاص إلا من جهة الأب .

وقال [ ذلك ] (٥) محمد بن غالب أيضاً فى « أحكام ابن زياد » ، وقال نحوه عبد الله بن يحيى وابن لبابة فى نحو هذا المعنى ، وهو من حبس ملكه بقرية على [ بنيه ] (٦) وقال الكبيران من بنيه : إن المال لهما بغير سبب أبيهما ، إنه يجب عليهما إثبات ما ادعياه بشهادة الشهود أنهم لا يعلمون لهما بها ملكاً . أ . هـ .

وفى « النوادر » : قال ابن حبيب : من عمّر منزل أبيه حتى مات الأب فقامت ورثته ، فقال : لم يكن لأبى فيه إلا كذا وباقه لى : أنه إن كانت القرية كلها لأبيه فليس [ ق / ١٤٦ أ ] له منها إلا ميراثه ، إلا أن يقيم بينة أنها كانت لأبيه و[ كان ] (٧) له فيها اشتراك ، فزعم أن ما بيده [ منها صار إليه ] (٨) من غير أبيه ، فهو مصدق وعلى إخوته البينة .

(٢٨٣) [ ١٧ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل هلك وترك ابنين وبنت ، وبقيت تركته كلها بيد الابنين يتصرفان [ فيها بجميع أنواع التصرفات ] (٩) من بيع وغيره على عين أختهما المذكورة مدة من ستة عشر عاماً [ ق / ٢٢٢ ب ] ، فمات أحد

(١) سقط من جـ .

(٢) فى جـ : وقال .

(٣) فى أ : بكونه .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من جـ .

(٦) فى حـ : ابنته .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : الجميع بأنواع التصرف .

الابنين وترك ابنين أيضاً ، فبقيا مع عمهما كما كان مع [ أبيهما ]<sup>(١)</sup> مدة من خمسة أعوام ، ثم اقتسموا جميع المال النصف لأخيها والنصف لابنى أخيها بحضرتها ولم تدع شيئاً ، وسكتت بعد القسمة سبعة عشر عاماً أخرى ثم ماتت ، فطلب ورثتها لأخيها وابنى أخيها حظها فى متروك والدها ، فهل القسمة مع طول المدة حوز عليها أم لا ؟

**فأجاب :** أكرمكم الله ، لورثة الأنثى حظها مع أخويها من متروك أبيها مما كان قائماً من كل ما بيد كل واحد من أخيها وابنى أخيها ، [ ويحمل ]<sup>(٢)</sup> رضاها على تفريق حظها بالقسمة لا على هبة لأخيها وما بيع من ذلك فللورثة المذكورين حظ موروثهم من الأثمان من كل ما باع شيئاً مما صار له بالقسمة المذكورة ، لأن الأخوين لم يدعيا نقل الملك عن أختها بالبيع أو الهبة أو بما تنقل به [ الأملاك ]<sup>(٣)</sup> فيحتجون بالسكوت المدة المذكورة ، وبيع ما بيع من أعيان [ الشركة ]<sup>(٤)</sup> المذكورة قصارى أمرهم أن يعتقدوا أن الأخت كانت لأجل سكوتها مضمرة لإرادة الهبة ، ولا شك أن هذا تخرص لا يخفى بأنه لا عبرة به .

**قلت :** فى سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فى امرأة مات زوجها وترك منزلاً ورقيقاً ، فعاشت ولده من غيرها زماناً وتزوجت زوجاً أو زوجين ثم هلكت ، فقام ولدها من زوجها الآخر [ يطلبون موروثهم من ]<sup>(٥)</sup> زوجها الأول [ فى رباعه ورقيقه ، فقال ولد زوجها الأول : قد ]<sup>(٦)</sup> [ عاشت أمكم زماناً ]<sup>(٧)</sup> طويلاً [ وكانت أعلم بموت حقها ، ووجه خصومتها ]<sup>(٨)</sup> منذ عشرين عاماً لم تطلب شيئاً حتى ماتت .

فقال ابن القاسم : لا يقطع حقها طول سكوتها [ فى مورثها من زوجها الأول ،

(١) فى أ : أبوها .

(٢) فى أ : محمل .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : التركة .

(٥) فى أ : يطلب مورثها فى ذلك فقال ولد .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : عايشتنا زماناً .

(٨) سقط من أ .



لأن حال الورثة من هذا مخالف لسواهم [ (١) ] إلا أن يكونوا اقتسموا بعلمها حتى حاز كل واحد نصيبه من الأرض والرقيق والعروض ، وهي ساكنة عالمة لا تدعى شيئاً ولا تطلبه ، فهذا يبطل حجتها ويبطل طلبها .

ابن رشد [ فى « الشرح » ] (٢) : إن كانت [ مشاهدة ] (٣) للقسمة حين وقوعها ، يبطل حقها بسكوتها العام ونحوه على قياس ما فى البيع ، لأن القسمة بيع من البيوع ، وقد قيل : إنها تميز حق ، فبطلان حقها بمرور الحول على ذلك أخرى .  
وأما إن لم تشهد القسمة وإنما علمت بها بعد وقوعها ، فلا يبطل حقها إلا بمرور مدة الحياة .

(٢٨٤) [ ١٨ ] وسئل رحمه الله : عن أخوين اقتسما تركة أبيهما بمحضر أختهما ولم تأخذ شيئاً ، فقوتتا التركة ، وهى على نحو الميل أو الميلين تتردد من دار زوجها إلى دار أخويها نحو ثلاثة أعوام ، فباها أرضاً فطلبته بالاستحقاق والشفعة ؟  
فأجاب : إن عادة الأخوات السكوت على الاغتلال ولا يسكتن على البيع ، فلا تنقطع دعواها بالسكوت عن الاغتلال ولا بالبناء والغرس وشبهه .  
فإذا وقع البيع وسكتت ثلاثة أعوام ، فإن قالت : علمت ، سقط مقالها من الشفعة .

وإن ادعت الجهل ، صدقت اتفاقاً فى داخل الأربعة الأعوام ، لأن كل من يظن به الجهل يصدق فى داخل الأربعة الأعوام فإذا مضت ، فهل يصدق أو لا يصدق ؟ قولان .

قلت : قوله : « فإن قالت : علمت ، سقط مقالها من الشفعة » ، يريد ومن الأرض على المبتاع وبقي [ مقالها ] (٤) فى الثمن على أخويها ، وفيه تفصيل ذكره فى كتاب الاستحقاق من سماع ابن القاسم وفى غيره صاحب « البيان » ، ومذهب

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : وهى شهادة .

(٤) فى ح : مالها .

«المدونة» : إذا قال الشفيح : لم أعلم [ بالبيع ]<sup>(١)</sup> ، [ فإنه ]<sup>(٢)</sup> يصدق .

وقال ابن عبد الحكم [ وابن المواز ]<sup>(٣)</sup> : [ لا يصدق ]<sup>(٤)</sup> في أكثر من أربعة

أعوام .

(٢٨٥) [١٩] وسئل رحمه الله من بلدة بنى زرويل : عن امرأة باع إختونها ملك

أبيهم وهي وارثة معهم ، وهي ساكنة بالقرب من موضع إختونها ، فبعد خمسة عشر سنة قامت تطلب نصيبها فأثبتت أن الملك لأبيها ، وأثبتت الوراثة ، فهل تأخذ نصيبها لأنها ادعت أنها [ لم ]<sup>(٥)</sup> تعلم بالبيع ، أو يسقط مقالها لطول المدة ؟ وإذا ثبت نصيبها ، هل لها شفعة أم لا ؟ وإذا ثبت لها الشفعة وقد نسي الشهود مقدار الثمن أو مات الشهود ، ووجد بخطهم الشراء دون ذكر الثمن ، فهل يسقط الجهل بالثمن الشفعة أم لا ؟ وإن لم يسقطها ، فهل تأخذ بالقيمة أم لا ؟ [ ق / ١٤١ ج ] .

فأجاب رحمه الله بخطه : نصيبها ثابت بعد أن تحلف في مقطع الحق ما

[ علمت ]<sup>(٦)</sup> بالبيع ، وهذا مذهب «المدونة» .

ويصدق الذي ادعى أنه نسي الثمن ، لأن المدة مقدار ما يشبه أن ينسى فيها ،

لأنهم قالوا : الخمسة [ عشر ]<sup>(٧)</sup> والعشرون كثير .

ولم يجب على باقى الفصول ، إلا أنه سئل بعد ذلك فقال : الشفعة ثابتة ،

والله الموفق .

قلت : قال اللخمي رضى الله عنه : اختلف إذا قال المشتري : نسيت الثمن ،

وطالت السنون مما ينسى فيه الثمن أو مات المشتري ، وقال الوراثة : لا علم عندنا إن

كان الشفيح غائباً أو صغيراً .

فقال ابن القاسم فى كتاب محمد : الشفعة ساقطة .

(١) فى أ : بالشراء .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فيما حكى ابن المواز .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : لا .

(٦) فى ح : علمنا .

(٧) سقط من ج .

قال وإن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص .  
يريد : إذا لم [يتغير] (١) .

وقال ابن عبدوس : قال عبد الملك : إذا أتى الشفيع إلى ولد المتباع بعد طول الزمان ، حلف الولد ما عنده علم ، ثم يأخذه [ بقيمته ] (٢) ، وكذا لو كان حياً وقال : لا أدري بم اشتريت ، فليحلف . [ انظره ] (٣) .

اللخمي : فأسقط ابن القاسم الشفعة إذا طالت السنون ، وأثبتها عبد الملك بالقيمة .

وقال أبو عمر في « الكافي » : لو جهل ثمن الشقص ، فإن كان لطول زمان سقطت الشفعة ، وإن كانت المدة قريبة ، فللشفيع أخذ الشقص بقيمته ، هذا قوله في « الموطأ » ، وهو تحصيل مذهبه .

وروى عنه : أنه إن جهل ثمن الشقص حلف المشتري أنه ما يعرفه ولقد نسيه وما غيب ، ثم تبطل الشفعة [ بالجهل ] (٤) ، والقول الأول عليه العمل . أ . ه .  
فقوله هنا : إلا أنه سئل بعد ذلك فقال : [ إن ] (٥) الشفعة ثابتة ، إن كان في هذه النازلة بصورتها ، فهو على غير المشهور [ المعمول ] (٦) به ، فتأمله .

[ ٢٨٦ ] [ ٢٠ ] وسئل رحمه الله : عن امرأة تزوجت فباع أخوها نصيبه ونصيبها من موروثهما من أبيهما ، وبقيت سنين كثيرة وهي لا تدخل لذلك الموضع إلا قليلاً ، لم تدخله إلا مرتين طول المدة ، لم تعلم بفعل أخيها ؟ [ ق / ٢٢٣ ب ] .

[ فأجاب ] (٧) : حقها ثابت إذا حلفت أنها لم تعلم [ بفعل أخيها ] (٨) .

قلت : لأن الأصل الجهل .

(١) في أ : يبق .

(٢) في أ : بالقيمة .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : للجهل .

(٥) سقط من ج .

(٦) في ج : المعلوم .

(٧) في أ : فقال .

(٨) سقط من ج .

[٢٨٧] [٢١] وسئل رضى الله عنه : عن رجل اشترى ملكاً ، فبقى بيده [مدة] (١) يغتله من نحو ثلاثين عاماً ، فقام رجل [ وادعى ] (٢) أن جدته كان لها فيه نصيب ، فأثبتته واتصال ميراثه ، وزعم أنه لم يعلم بشراء هذا له ، وهو قريب من البلد بنحو مسيرة عشرة أميال ؟

[فأجاب] (٣) : أما العلم فمحمول على عدمه حتى يثبت أنه علم .

قلت : إن لم يعلم أن الملك لجدته فلا حيازة [ عليه ] (٤) بعد أن يحلف على ذلك ، لأنه وارث إلا أن يثبت الحوز المعتبر شرعاً على الجدة ، وكذا إن علم وادعى أنه لم يعلم [ بابتياح المشتري ] (٥) . وأما دعواه [ جهل حيازة المشتري له وتصرفه فيه ] (٦) ، فمقتضى قول ابن رشد فى رسم « الجواب » من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق من « البيان » أنه إن كان حاضراً بالبلد حمل على العلم حتى [ يثبت ] (٧) أنه لم يعلم . [ ق / ١٤٧ أ ] وانظر هل يحكم لهذا بحكم الحاضر فى دعوى جهل الحوز والتصرف لقربه من البلد أم لا ؟! وتأمل ما تقدم من فتيا الشيخ أبى إسحاق أول مسألة من مسائل الشفعة بأن الغالب [ علم ] (٨) الشفيع ببناء المشتري وغرسه لقربه من الملك المبيع منه .

(٢٨٨) [٢٢] وسئل رضى الله عنه : عن أخت باع أخوها [ نصيبها ] (٩) ، فسكتت مدة طويلة ، هل لها نصيبها أم لا ؟ وهل لها الغلة أم لا ؟ وما سكتت عنه وهو فى يد الأخ يغتله ، هل لها الغلة ؟

[فأجاب] (١٠) : أفتى أبو الوليد بن رشد فى أجوبته فى مسألة أخت كان

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : وزعم .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : بهذا البيع .

(٦) فى أ : أنه لم يعلم بالحيازة والتصرف فى الملك .

(٧) فى أ : يتبين .

(٨) فى أ : على .

(٩) فى أ : نصيبه .

(١٠) فى أ : فقال .

أخوها يقتل نصيبها ويقول لها : أزيد بالغلة ملكًا ، ولم يزد شيئًا ، فقامت عليه ، بأنها تأخذ غلتها .

[ قال ] (١) : ولم يثبت قوله : « أزيد بالغلة [ ملكًا ] » (٢) إلا من دعوها ، وقد كان بعض المدرسين بجهة ورغة يفتى بأن لا غلة لها قبل [ الفقيه ] (٣) أبي الفضل راشد ، ثم سئل الفقيه أبو الفضل راشد عنها فأفتى بالغلة .  
وسأل في ذلك الشيخ أبا محمد صالحًا فأفتى بالغلة .

قال الشيخ : وذلك [ أن ] (٤) عادة نساء السبادية اليوم لا يطلبن الميراث من قرابتهن ولا يطلبن الغلة ، ويسكتن عن ذلك خوفًا من قطع رحمهن ، فإنهن إن طلبن [ قطعهن ] (٥) أهلهن [ وجفوهن ] (٦) وهجرهن ويعيرهن [ الناس ] (٧) بذلك ، فهن كالمقهورات ، فلهن غلتهن متى قمن بها .

ولا فرق بين هذه وبين مسألة [ الذى ] (٨) أجاز الوصية وهو فى عيال الوصى ، فقال بعد الموت : خفت أن يمنعنى رفته فلذلك أجزت ، لأنه لا تلزمه الإجازة كما فى كتاب الوصايا من « المدونة » وغيرها .

هذا مع القرابة ، وأما إذا بيع النصيب وعلمت به فالشأن أن يقمن على المشتري ولا يسكتن عنه ، فيُعد [ سكوتهن ] (٩) رضاً إن لم يمنعها مانع .

قيل : فالحواضر على هذا ؟ فقال : الغلة لهن مثل مسألة ابن رشد ، ولا فرق إذًا فى الحواضر وحيث الأحكام ، أفتى أبو الوليد بذلك ، فتأمله .

(٢٨٩) [٢٣] وسئل رضى الله عنه : عن نحو هذه المسألة أيضًا ، وهى : أخ ورث

(١) فى أ : وقالوا .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : قطعن .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ج : النساء .

(٨) فى أ : التى .

(٩) فى ح : سكوتها .

هو وأخته أملاكاً ، فتزوجت الأخت وبقيت الأملاك بيد أخيها يغتلبها ، فكانت ترسل من يطلب منه أن يواسيها بشيء من غلة [ نصيبها ] (١) فلا يفعل فلم تستطع هي أن تطلبه مشافهة ولا أن ترافعه لما تخاف من قطيعته إن طلبته بذلك ، [ وذلك ] (٢) نحو أربعين سنة ، ثم إن الأخ اشترى شقصاً من شريك لهما في موضع وبقي بيده ، وعلمت الأخت باشترائه وبأن لها الشفعة لحق الشيع الذي بينهما وبين الشريك البائع ، ثم ماتت الأخت ومات الأخ ، فقام ورثة الأخت على ورثة الأخ يطلبون نصيب الأخت وغلة ذلك النصيب في جميع المدة المذكورة ، ويطلبون الشفعة فيما اشتراه الأخ من الشريك ، فهل سكوتها يبطل لذلك أم لا ؟

[ فأجاب ] (٣) : الأصل [ أن الغلة لها لثبوت ] (٤) خوفها من القطيعة ، إذ ذاك معلوم من أحوال الناس ، ولا يكون هذا التخوف بأضعف من خوف الوارث يستأذنه موروثه في الوصية بأكثر من الثلث وهو في عياله فيجيز له في الحياة ، فلما مات قال : إنما أجزت [ خوف ] (٥) أن يمنعني رفته ، فعُدَّ بذلك ولم تلزمه الإجازة [ كما ] (٦) في كتاب الوصايا ، فكذلك هذه .

وأما الشفعة فإنها تقول : لم أمكن من الأصل فكيف أمكن من [ حق ] (٧) الشفعة الذي هو [ تبع ] (٨) ، فالمانع لها من الأصل هو المانع من الأخذ بالشفعة ، وانظر تكلم ابن رشد في الأجوبة على الغلة .

قلت : تقدم في جوابه [ عن ] (٩) المسألة الأولى فتيا ابن رشد رحمه الله بوجود الغلة ، ووجدت مقيداً بظرة المسألة الأولى - أعنى التي قبل هذه من الأصل الذي نقلت منه هذه الأجوبة - بخط شيخنا الفقيه الحافظ المشاور الأنبل سيدى أبى

(١) فى ح : نفسها .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) فى أ : والغلة بثبوت .

(٥) فى ح : قول .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : بيع .

(٩) فى أ : على .

عبد الله محمد بن قاسم القورى رحمه الله مكتوباً عليها : سئل أحمد بن نصر الداوودى عن الإخوة يبيعون من الملك ناحية والأخوات حضور ؟

فقال : إن كان الأخوات فى [ ذلك ] (١) البلد يدركن حقوقهن ، فالبيع عليهن جائز إذا علمن ، والحيازة قاطعة لهن .

وإن كان بلد لا ينتصف [ فيه للبنات ] (٢) ولا يعطاهن حقوقهن ، فهن على حقهن متى قمن ويأخذن نصيبهن مما بقى [ إن ] (٣) بيع من عند إخوتهن ، وهن مخيرات فى إجازة البيع أو فسخه .

قلت : مقتضى ما لأبى عمر رحمه الله فى « الكافى » : أن الحيازة إنما تسقط [ حق ] (٤) المحوز [ عنه ] (٥) [ فى ] (٦) ملكه [ المحوز ] (٧) فى بلد يمكنه الانتصاف [ فيه ] (٨) من الحائز على الإطلاق ، [ ونصه ] (٩) : وإذا أقامت دار بيد رجل مدة طويلة أقلها عشرة أعوام يتصرف فيها تصرف المالك بالكرام والسكنى والهدم والبنيان ، ثم قام فيها قائم كان حاضراً يرى فعله ولا ينكره ببلدة يمكنه الاستعداد عليه فيها والانتصاف منه ، ولم يتعرض فى شىء من ذلك ، فلا مقال له إن كان أجنبياً ، [ ولا حق فى شىء منها ، وهى [ ق / ١٤٢ ج ] لمن ثبتت حيازته لها ] (١٠) .

ومسألة الوارث يستأذنه الموصى أن يوصى بأكثر من [ ثلثه ] (١١) المشار إليها فى

(١) فى أ : هذا .

(٢) فى ح : منه البنات .

(٣) فى ح : لم .

(٤) فى ج : عن .

(٥) فى ح : منه .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ح : فيه .

(٨) سقط من ج .

(٩) فى أ : ونص كلامه .

(١٠) سقط من أ .

(١١) فى ج : ثلاثة .

الجوابين [ المذكورة ] (١) في [ كتاب ] (٢) الوصايا الثاني من « المدونة » [ وهى ] (٣) قوله : [ قلت ] (٤) فيمن أوصى فى مرضه بأكثر من ثلثه ، فأجاز ورثته ذلك قبل موته من غير أن يطلبهم الميت بذلك [ وطلبهم بذلك ] (٥) ، فأجازوا ثم رجعوا بعد موته .

قال : قال مالك : [ إذا ] (٦) استأذنتهم فى مرضه فأذنتوا له ثم رجعوا بعد موته ، فمن كان [ ق / ٢٢٤ ب ] عنه نائباً من ولد [ أو ] (٧) أخ أو ابن عم ، فليس ذلك لهم .

ومن كان فى عياله من ولد قد [ احتلم ] (٨) أو بناته أو زوجاته ، فذلك لهم ، وكذلك ابن العم الوارث إن كان ذا حاجة إليه ويخاف إن منعه وصح أضر به فى منع رفته ، إلا أن يجيزوا بعد الموت ، فلا رجوع لهم بعد ذلك ، ولا يجوز إذن البكر والابن السفية وإن لم يرجعا .

الشيخ : قوله : « وكذلك ابن العم الوارث إن كان ذا حاجة . . . » إلخ يؤخذ منه أن الأخت إذا سكتت وتركت ميراثها لأخيها سنين أو تصدقت عليه بطلبه ذلك منها ، إن لها الرجوع فى ذلك .

قال : وهى [ أولى ] (٩) من هذه ، لأنها تقول : لو طلبت ذلك منه لقطعنى ومنعنى رفته ، ولم يكف عنى ظلم زوجى . أ . ه .

وكلام الأشياخ على مسألة الموصى المشار إليها معروف .

قال عياض رحمه الله : لم يفسر إذا لم يطلب المريض ذلك وتبرعوا به ، فذهب

- 
- (١) سقط من ج .
  - (٢) سقط من ج .
  - (٣) سقط من ج .
  - (٤) سقط من أ .
  - (٥) سقط من أ .
  - (٦) سقط من ج .
  - (٧) سقط من ج .
  - (٨) فى ح : اختلفوا .
  - (٩) سقط من ج .



بعض الصقليين إلى أن جوابه في الوجهين يكون سواء ، لأنهم يقولون : بادرنا بالإجارة [ لتطيب ]<sup>(١)</sup> نفسه وخشينا منعه إن لم نبادر .

وذهب بعض القرويين إلى أنه متى كانت إجازتهم قبل استئذانه ، لم يكن لهم رجوع ، كانوا في عياله أو لم يكونوا ، وإليه نحى التونسي وغيره .

وقال اللخمي رحمه الله : لا يخلوا الوارث من أن يكون ولدًا أو عاصبًا أو زوجة [ فإن كان ولدًا أو عاصبًا رشيدًا وليس في نفقة الميت ، لزمه ذلك ولم يكن له أن يرجع ، سواء كانت إجارة ]<sup>(٢)</sup> طوعًا أو بعد أن استؤذن ، وكذا إن كان في نفقته أو [ في ]<sup>(٣)</sup> رفقة فأجاز قبل أن يستأذنه .

وإن كانت الإجارة بعد أن استأذنه ، [ ثم ]<sup>(٤)</sup> قال : إنما أجزت [ خيفة ]<sup>(٥)</sup> أن يصح فيقطع معروفه ، حلف على ذلك ولم تلزمه الإجارة .

واختلف في الزوجة ، فقال مالك : لها أن ترجع .

وقال أشهب في كتاب محمد : ليس كل زوجة لها أن ترجع ، رب زوجة لا تهرب منعه ولا تهاب ذلك ، فهذه لا ترجع .

قال : وكذلك الأب الكبير يكون في عياله [ وهو ]<sup>(٦)</sup> غير سفيه ، فلا رجوع له إذا كان ممن لا يخدع .

قلت : لأشهب رحمه الله في كتاب محمد في الزوجة إذا تكلفت لزوجها وادعت أنه أكرهها أنه ينظر ، فإن كان ظاهره الإساءة بينة عادلة [ وقد زعموا ]<sup>(٧)</sup> قهره وتحامله عليها لما لا يحل معروفًا إن لم تفعل ركبها بما لا يحل ، فالحمالة ساقطة إذا حلفت [ ق / ١٤٨ ] وإلا حلف ما أكرهها ولا أخافها ، ولزمتها الحمالة .

قال : وإن تكلفت بالأجنبي لم يقبل قولها إنه أكرهها إلا بينة أو كان صاحب

(١) في أ : لتطيبها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ح : حقيقة .

(٦) في أ : وهم في .

(٧) في أ : وقلت ورعه و .

الحق عالمًا بذلك ، فإن أنكر العلم فالقريب الجوار يحلف .

فإن نكل حلفت لقد علم ، وبرئت [ من ]<sup>(١)</sup> غير الجار ومن لا يمكنه علم ذلك فلا يحلف ، نقله ابن يونس في « المدونة » .

[ ابن يونس ]<sup>(٢)</sup> : إن تكلفت [ به ]<sup>(٣)</sup> ثم ادعت أنه أكرهها ، لم تصدق .

وفى سماع أصبغ من كتاب الرهون : إذا أخذ الزوج لها حلياً فرهنه وقال لها : أنا أفكه ، فخشيتها فسكتت حتى مات ثم طلبته ، قال : تحلف ما رضيت ولا كان سكوتها رضاً وتأخذه .

ابن رشد : فحبسته وخشيته .

قال : فعلي رواية « خشيته » تعذر بالخوف من زوجها [ على نفسها ]<sup>(٤)</sup> ، ويكون لها أخذه بعد يمينها ما سكتت حتى مات إلا لخوفها إياه على نفسها .

قال : وإن لم يعرف ما ادعته من مخافتها ، فذلك على ما يعلم من حالها معه في غلظ الحجاب والشدة والسطوة ، فإن جهل ذلك فالقول قولها .

(٢٩٠) [٢٤] وسئل رحمه الله : عن رجل له نصف جنان فباع شريكه فيه النصف الثاني ، فاستشفعه هو وبقي جميع الجنان بيده نحو عامين يتصرف فيه [بحق]<sup>(٥)</sup> تملكه إياه ، وذلك بمحضرة زوجة البائع المذكور وعلمها وعدم نزاعها واعتراضها في شيء من ذلك دون مانع يمنعها ، ثم ادعت بعد مضي المدة المذكورة أن زوجها البائع المذكور كان ساق لها حين عقد نكاحها معه نصف المبيع المذكور وهو الربع في جميعه ، [ وقبلته ]<sup>(٦)</sup> منه لنفسها لأنها حينئذ ثيب رشيدة ، فهل يقبل قولها مع كونها بحال ما وصف من حضور [ وغيره ]<sup>(٧)</sup> أم لا ؟

(١) في أ : و .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : نحو .

(٦) في أ : وقبلتها .

(٧) سقط من ج .

**فأجاب :** أكرمكم الله ، لا شيء لزوج البائع فيما باع من الجنان المذكور ، أثبتت السياقة أم لا ، [ لأنها إن ]<sup>(١)</sup> لم تثبتها بدعوى مجردة عن البرهان وإن أثبتتها بحيازة ، لبيعها بمضى [ عام ]<sup>(٢)</sup> بعد عقد البيع وهي ساكنة من غير عذر يحملها على السكوت ، إذ لا تصدق بأنها لم تعلم بالسياقة لسيان توالى عليها جميع المدة المذكورة ، إذ لا يتوالى النسيان [ إلا من الزمان ]<sup>(٣)</sup> الطويل ، [ ولها ]<sup>(٤)</sup> إن أثبتت السياقة المذكورة على بائعها ثمنها ، والسلام .

**قلت :** هذا كفتيا ابن الحاج رحمه الله فيمن حاز داراً بالسكنى والهدم والبناء عشر سنين ، فقام عليه فيها رجل وادعى ابتياعه وقال : نسيت وثيقة الابتياح ووجدتها ، أنه لا يلتفت لدعواه الابتياح مع تلك المدة . أ . ه .

وتأمل مسألة كتاب العيوب فيمن دلس بعيب وزعم أنه نسي العيب حين باعه ولم يعلم بتدليسه ، فإنه يحلف أنه نسي العيب [ حين ]<sup>(٥)</sup> باعه وما ذكره ، ويكون كمن لم يدلس ، وانظر لو علمت الزوجة يبيع زوجها السياقة ، لكن جرت عادة بأن مرافعتها الزوج إلى القاضى عار عليها ويمنعها من الوصول إلى ذلك ، فسكتت .

وقد سئل الشيخ الفقيه أبو سعيد بن لب رحمه الله عن ناس من أهل البادية تنعقد أنكحتهم على سياقة مشاع فيها على ملك الزوج من عقار وغيره ، ثم يبيع الزوج ما ساقه دون علم زوجته ولا إذنها ثم إذا علمت بفعله بعد زمان طويل [وعند ]<sup>(٦)</sup> جميعهم أن ترفع الزوجين إلى القاضى عار عليهم ، ولا تكاد امرأة تصل إلى معرفة ما باع لها لكونه يمنعه من ذلك ويخوفها [ ويسد عنها ]<sup>(٧)</sup> أسباب الوصول إلى ذلك ، ومنهم من يبيع ببخس فإن جاء من يزيد في الثمن عرف زوجه بفعله [ويعزم]<sup>(٨)</sup> عليها فى القيام رجاء نقض البيع ، فهل تعذر الزوجة فى القيام بحققها

(١) فى ج : وإن .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : بالأمد .

(٤) فى ج : وأما .

(٥) فى أ : حتى .

(٦) فى أ : وعقد .

(٧) فى ج : ويسوغها .

(٨) فى ج : ويلزم .

بعد طول الزمان لما تقدم ؟

**فأجاب :** الأصل الفقهي إذا طالت المدة وثبت علم الزوجة نفذ البيع عليها ، هذا مقتضى الروايات ، لكن حصل العلم بأن مستند هذا الحكم إنما هو أن العادة قاضية على من علم ببيع ملكه ومصيره إلى حكم غيره وأمسك [ عن (١) ] الاعتراض فيه مع تمكنه من طلبه بأنه مسلم لمشتريه ، فلإذا ثبت في نازله [ من (٢) ] السنوازل تخلف هذا المستند وخروجه عن الغالب والمعتاد كما وقع في السؤال ، وجب بقاء من بيع عليه ملكه واستحقاقه حقه بعد يمينه أنه ما باع ولا فوت ولا رضى ولا سلم ولا كان سكوته تلك المدة رضاً بما وقع .

(٢٩١) [٢٥] وسئل رضى الله عنه : عن رجل بيده أرض فادعى عليه قائم أن تلك الأرض له وأنه رهنها بيد الذى هى بيده منذ مدة ، فقال الذى بيده الأرض : أما بعضها فقد رهنته بيدي وبعضها بيدي خالص لى ، فقام هذا القائم بينة أن تلك الأرض كلها له ، وأنه رهنها بيد من هى بيده ؟

**فأجاب :** أما القائم على حائز الأرض يدعى أنها له وأنه رهنها إياه ، والحائز يدعى أن بعضها ملكه وبعضها رهن كما [ ق / ٢٢٥ ب ] قال القائم ، فما أقر منها بأنه رهن فقد صدق فيه القائم وارتفع النزاع .

والذى ادعى أنه ملكه منها ، إن زعم أنه ملكه عن القائم كلف إثبات ذلك ، فإن أثبتته بوجه لا مطعن فيه قضى له به .

وإن احتج على ذلك بالحيازة ، لم تنفعه إذا زكيت بينة القائم أن الجميع رهن ، لأن الحيازة لا تنفع الحائز إلا إذا جهل أصل [ ق / ١٤٣ ح ] ما حاز به .

وإن زعم أنه ملكه ولم يعرف بأنه انتقل إليه عن القائم ، فكذلك لا تنفعه دعواه مع البينة تشهد بأنه ارتهنه من القائم ، وهو واضح ، وبالله التوفيق .

قلت : قال ابن رشد رحمه الله : الحائز لا يتنفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله .

قال : وهذا أصل فى الحكم بالحيازة .

(١) فى ج : على .

(٢) فى ج : مع .

وقال المازرى رحمه الله : من علم أصل حيازته أنها بكراء من المالك أو ما فى معنى ذلك ، فإنه لا يكون حوزة دليلاً على انتقال الملك إليه ، وإنما يكون ذلك أصل انتقال الملك إليه كيف وقع .

(٢٩٢) [٢٦] وسئل رحمه الله : عن رجلين كان بينهما حائط على الإشاعة ، فسلم أحدهما لصاحبه فى الانتفاع به ، ثم مات فقام ولد المسلم لأبيه وطلب الانتفاع بالذى سلم لأبيه فيه ، فأذن له أولاد المسلم الأول على أن يبنى ذلك الحائط لأنه كان خرباً ويفرز فيه ، ولم يأذن له واحد منهم فى ذلك ولا أنه رغب [فسكت ، وبنى على] (١) هذا وتصرف نحو الثمانية أعوام ، ثم مات الذى لم يسلم وقام وصيه الآن [ يطلب ] (٢) نصيب الميت ، وادعى أنه لم يسلم ، فاحتج عليه الذى بنى بسكوته هذه المدة وكونه لم يغير ولا مانع له من التغيير ، فهل للوصى مقال أم لا؟

فأجاب رضى الله عنه وسمعت من لفظه : بأن لا حق للوصى وطلب الورثة ، لأن موروثهم حين سكت هذه المدة لم يكن له مقال ، لأن هذا إن كان الذى سلموا أولاً فى الحائط على أن يبنيه من باب الإجارة ، صحت إذا كان إلى أمد معلوم و[إن] (٣) كان ما يتفق فى بنائه معلوماً .

وإن كان من باب البيع لمنافع هذا الحائط ، فيجوز أيضاً إذا علم ما يتفق فى هذا البناء ، ويكون مثل صاحب العلو وصاحب السفلى ، [ فيجب على صاحب ] (٤) السفلى إصلاحه ، وليس على صاحب العلو منه شيء ، فكذلك هذا .

قال : وهى منصوطة ، ورأى أن صاحب السفلى هنا [ ] (٥) أن صاحب العلو الذى بناه .

(١) فى أ : وسكت فىنا .

(٢) فى أ : فطلب .

(٣) سقط من ج .

(٤) بياض فى ج .

(٥) بياض بالأصول .

قلت : [ كذا وجدت هذه المسألة فى الأصل الذى نقلت منه على ما ترى من البياض فى الجواب ، وأظن أن موضع البياض الأول « ينهدم فعلى صاحب » ] (١) .  
ولم ير رحمه الله لوصى الأولاد كلاماً لسكوت [ والدهم ] (٢) عن تفويت إخوته الحائظ المذكور ، إما بالإجارة إلى أمد [ معلوم ] (٣) وإما بالبيع المؤبد .

ثم أشار مع ذلك إلى جواز السوجهين ، أما الإجارة فلقوله فى كتاب الجعل والإجارة : « ولا بأس بإجارة الحائظ لحمل خشب أو بناء سدة عليه أو لضرب وتد أو لتعليق ستر كل شهر بكذا » [ والحديث فى غرز الخشب أيضاً ولا يقضى به ] (٤) .

وأما البيع فلقوله فى كتاب بيع الغرر : « ويجوز [ لك ] (٥) شراء [ طريق فى دار رجل أو ] (٦) موضع جذوع من جداره لتحمل عليه جذوعك إذا وصفتها ، [ ق/ ١٤٩ أ ] ويجوز هذا فى الصلح .

ابن يونس : إن اشترى موضع الجذوع شراءً مؤبداً فانهدم الجدار الذى يحمل عليه ، فعلى ربه أن يبنيه على حسب ما كان ليحمل هذا جذوعه عليه ، وإن كان إنما اشترى منه حمل مدة معلومة فانهدم ، لم يلزم ربه بناؤه وتنفسخ بقية المدة بما يخص ذلك ، لأن ذلك كراء والذى اشترى ذلك مؤبداً قد ملك موضع الحمل ، فإذا انهدم لزم ربه بناؤه ، كأنهدم السفلى على ربه بناؤه ، [ ويبنى ] (٧) صاحب العلو فوقه .

(٢٩٣) [ ٢٧ ] وسئل رضى الله عنه : عن أرض لرجل على حافة خندق قديمة ، وفوق هذه الأرض أرض لغيره حدث فيها خندق صغير اتصل بأرض الرجل المذكور ، فغرس صاحب الأرض السفلى جنائناً وبقي يسقيه بماء الخندقين معاً ، ثم غرس صاحب الأرض العليا التى حدث فيها الخندق الصغير جنائناً آخر بعد الأول ، فقطع الخندق الصغير عن الغارس أولاً ، فطالبه بإرساله [ الماء ] (٨) فامتنع ؟

(١) سقط من أ .

(٢) فى ح : أولادهم .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : لبيته .

(٨) سقط من ج .

[فأجاب] (١) : أما من حدث في أرضه قديماً فهو له ولا يلزمه إرساله لغيره ، وإن غرس عليه أحد فله قطعه عنه متى شاء ولا يحاز عليه بهذا ، لا سيما إن كان [له] (٢) به منفعة [ وأما إن لم تكن له به منفعة ] (٣) مثل أن يكون في أسفل فدانه لا يمكنه أن يسقى به شيئاً من أرضه ، ففيه ثلاثة أقوال : يعطيه لمن ينتفع به بغير ثمن جبراً .

وقيل : بثمان .

وقيل : إن كان للماء في تلك البلد ثمن فبالثمن وإلا فلا .

قلت : في رسم « البراءة » من سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار : وسئل عمن له أرض قريبة من ماء قوم ، فغرس بمائهم ونبت وهم يعلمون ، ثم أرادوا حبس مائهم ، فقال الغارس : تركتموني حتى غرست فأردتم [ أن تحبسوه ] (٤) ؟ ! فقالوا : [ إنما غرست ] (٥) عليه وهو لا نستطيع حبسه .

فقال : ليس لهم [ أن يحبسوا ذلك ] (٦) عنه إلى أجل يضرب له لحفر بئر أو استنباط عين ، إلا أن لا يكون في الماء فضل عن حاجة أصحابه وإن أخذ منه شيئاً دخل عليهم الضرر ، [ فيكونون ] (٧) أولى به .

ولقد سمعت مالكا قال في رجل له بئر عليها زرع ونخل ، [ فانهدمت ] (٨) بثره ، ولجاره فضل ماء : أرى أن يقضى له بفضل مائه حتى يصلح بثره بلا ثمن ، فهذا يشبهه .

[ قال ] (٩) ابن القاسم : ولو لم يعلموا بذلك فأرادوا صرف مائهم وفيه فضل ،

(١) في أ : فقال .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : حبسه .

(٥) في أ : غرسته .

(٦) في أ : حبسه .

(٧) في أ : فهم .

(٨) في أ : فانهيار .

(٩) سقط من أ .

أنه إن لم تكن لهم فى الفضل منفعة رأيتة أولى به .

وإن كانت لهم فيه منفعة [ فهم ] (١) أحق بمائهم ، وليس له [ فى ذلك ] (٢) قول وإن باعوه ، إلا أن يرضوا أن [ يبيعه ] (٣) منه .

قال عيسى : أرى أهل الغرس أولى بالماء بالثمن الذى يبيعه به أهله .

ابن رشد : قوله : « فغرس بمائهم » ، يريد بفضل مائهم .

قال : ولا خلاف أن الرجل أحق بجميع مائة إذا لم يكن فيه فضل [ عما ] (٤) يحتاج إليه .

وأما ما فضل عن حاجته ، فإن لم يكن لغيره إليه حاجة إلا ما يريده من ابتداء الانتفاع به بزرع أو خضر يزرعها عليه أو نخل يغرسه عليه ، فلصاحبه منعه منه إلا بثمر يوجهه عليه ، وجد فيه ثمناً عند سواه أو لم يجد .

وأما إن [ كانت ] (٥) لغيره به حاجة [ لسقى ] (٦) نخل قد كان غرسها عليه فنبتت به ، فإن كان يعلم ذلك صاحب الماء ، كان أحق به بغير ثمن إلى أن يحفر بئراً أو يستنبط عيناً ، وجد صاحبه به ثمناً عند سواه أو لم يجد .

وإن كان ذلك بغير علم صاحب الماء ، كان أحق به بغير ثمن إلى أن يحفر بئراً أو يستنبط عيناً إن لم يجد صاحبه فيه ثمناً عند سواه .

وإن وجد عند سواه باع [ لمن ] (٧) شاء ، وما لم ينفذ البيع فيه فهو أحق به بالثمن الذى يعطى غيره به على ما قاله عيسى .

هذا معنى قوله عندى لا أنه يكون له أن يأخذه بعد نفوذ البيع بالثمن كالشفعة .

وإن كان قد زرع أو غرس على أصل ماء له من بئر أو عين ، فإنه

(١) فى ح : فهو .

(٢) فى أ : فيه .

(٣) فى ح : يبيعه .

(٤) فى أ : لما .

(٥) فى أ : كان .

(٦) فى أ : يسقى .

(٧) فى أ : بما .



يقضى له به إلى أن يصلح بثره ، قيل : بثمن ، وقيل : بغير ثمن ، والقولان في «المدونة» .

ومعنى ذلك: إن كان يجد له ثمنًا عند سواه ، وإلا فبغير ثمن قولاً واحداً .

وقيل : إن ذلك ليس باختلاف قول ، وإنما معناه بغير ثمن إذا لم يوجد له ثمن عند سواه ، وبثمن إذا وجد له ثمنًا عند سواه ، والأظهر أنه اختلاف قول إذا وجد له ثمنًا عند سواه .

ووجه هذا الاختلاف: اختلافهم في قول النبي ﷺ « لا يمنع نقع ولا رهو ماء»<sup>(١)</sup> فمن حمله على هذا الوضع ، قال : إنه يقضى [ له ]<sup>(٢)</sup> بغير ثمن .

ومن حمله على بثر [ يكون ]<sup>(٣)</sup> بين شريكين يسقى به هذا يوماً وهذا يوماً ، فيروى أحدهما حائطه في بعض يومه ويستغنى عن الماء بقية يومه : [ أنه ليس ]<sup>(٤)</sup> له [ أن يمنعه ]<sup>(٥)</sup> من شريكه في بقية ذلك اليوم .

قال : [ إنه ]<sup>(٦)</sup> يقضى له بالثمن ، [ فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ]<sup>(٧)</sup> .

وقول الشيخ رحمه الله في الجواب [ ق / ٢٢٦ ب ] : « ولا يحاز عليه بهذا» ، حكى بعض حذاق أصحاب ابن عرفة ، وهو الشيخ [ الفقيه ]<sup>(٨)</sup> المتفتن النسيب أبو موسى عيسى بن صالح الوانوغى رحمه الله في تعليقه على « التهذيب » [ عند ]<sup>(٩)</sup> قوله في الواهبة أيامها لضررتها : ولها الرجوع متى شاءت . [ قال ]<sup>(١٠)</sup> بعضهم فيمن وهب لرجل ما يسقى به عشر سنين مثلاً : إن [ للواهب ]<sup>(١١)</sup> الرجوع متى شاء ،

(١) أخرجه أحمد ( ٢٤٨٥٥ ) من حديث عائشة - رضى الله عنها - بسند رجاله ثقات .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : فليس .

(٥) في أ : منعه .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ج .

(٩) في أ : على .

(١٠) في أ : عن .

(١١) في أ : للوارث .

كقوله هنا .

قال : وقال به غير واحد من فقهاء [ سبتة ] (١) وأنكره آخرون .

واحتج الأولون بأن صاحب الأرض لو أراد طمس العين حتى يغور الماء من ناحية أخرى ، له ذلك .

قال البوانوغى : والصواب قول المنكرين ، ودليلهم واضح أ . ه .

قلت : ظاهر سماع محمد بن خالد يشهد للأولين إذا احتاج إليه ، وعلى ما حمّله عليه [ ق / ١٤٤ ح ] ابن أبى زيد وابن رشد رحمهما الله يشهد للمنكرين ، ونصه : وسألته عن من له ماء يسقى به وفيه فضل عنه ، فيغرس قوم على فضل ذلك الماء بعطية منه فيطعم الغرس ، فيريد صاحب الماء أن يقطعه عنهم .

قال : ليس له ذلك ، إلا أن يحتاج إليه فيكون أولى به منهم .

ابن رشد : [ كان ] (٢) القياس [ ألا يكون ] (٣) له قطع فضلكه [ عنه ] (٤) وإن احتاج إليه ، لأنه أعطاه إياه ، والمعنى فى ذلك عنده إذا لم يصرح [ له ] (٥) بعطية الفضلة وإنما قال له : اغرس [ كل فضلة ] (٦) مائى أو خذ فضله فاغرس عليه ، فمن حقه أن يقول : [ إنما ] (٧) أردت أن يأخذه على العارية إن احتاج إليه ، فيحلف على ذلك ويأخذه [ إن ] (٨) احتاج إليه .

ولو صرح بالعطية والهبة فقال : قد وهبتك فضل مائى أو أعطيتك [ لم يكن ] (٩) له أخذه وإن احتاج إليه .

(١) فى ج : ستة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : على أفضل .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : إذا .

(٩) فى أ : فليس .

ولو صرح بالعارية [ إلى ] (١) مدة [ لكان له ] (٢) الرجوع إذا انقضت ، أو إذا مضى ما يرى أنه أعار إليه إن لم يضرب [ له ] (٣) أجلاً .

وقد قال ابن أبي زيد : قوله : « بعطية » ، يريد العارية لا التمليك .

قال : وأعرف نحوه لسحنون . أ هـ .

وما احتج [ به ] (٤) الأولون بأن صاحب الأرض لو أراد طمس العين حتى يغور الماء من ناحية أخرى يبيِّن إن كان لوجه منفعة أو قصد مصلحة ، وإلا ففيه نظر .

وفى أول رسم من سماع عيسى فيمن له ماء وفيه فضل يجرى على قوم تحته فى أرضهم ، فغرس من تحته عليه ، ثم بدا له أن يحفر له بركة ليحبسه فيها عنهم ، ليس [ له ] (٥) ذلك .

ابن رشد : هذا كما قال ، لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٦) ، [ ومن ] (٧) الضرر البيِّن . منعه ما لا حاجة [ له ] (٨) فيه [ فيصرفه ] (٩) فيما لا منفعة له فيه . أ . هـ .

ومن سلك هذا المعنى ما لابن هب رضى الله عنه فى سماع عبد الملك بن الحسن فيمن له جنان ليس له حائط ، وفيها عين يغسل فيها من جاورها من النساء ثيابهن ويقصرن شققهن ويرتفقون بها زماناً طويلاً ، فأراد صاحبها أو من ابتاعها أن يحصر عليها بجدار ويقطع مرتفقهم بماء العين ، وادعوا أن لهم فيه هذا المرفق ، وشهد لهم

(١) سقط من جـ .

(٢) فى أ : فله .

(٣) فى أ : لها .

(٤) فى أ : إليه .

(٥) سقط من أ .

(٦) أخرجه ابن ماجة (٢٣٤١) ، وأحمد (٢٨٦٧) ، والطبرانى فى « الكبير » (١١٨٠٦) وفى .

« الأوسط » (٣٧٧٧) .

من حديث ابن عباس مرفوعاً .

قال الالبانى : صحيح .

(٧) فى جـ : لان .

(٨) سقط من جـ .

(٩) سقط من جـ .

عليه [١] شهود ، وزعم صاحبها أن العين له وفي جناحه ، وأن اختلاف الناس إليها أضرب به .

[فقال] (٢) : له منع مائها إذا شاء ، وليس ما كان قبل ذلك من إباحته بالذي يقطع منعه إذا كان ذلك معروفاً منه لا عن صدقة بأصل العين أو تحييس على الناس ، وأحب [ له ] (٣) أن لا يمنع الشرب ، وقاله أشهب .

وليس له منعهم قبل أن يحصر إلا أن يكونوا [ يغسلون ] (٤) في موضع يخاف على بعض ما في الحائط [منهم] (٥) ، فله منعهم وإن لم يكن الحائط محصراً .  
ابن رشد : هذه مسألة بيّنة [ ق / ١٥٠ أ ] لا إشكال فيها ولا اختلاف في شيء من معانيها . أ . ه .

وعقد في هذه المسألة أهل الوثائق سجلاً ذكره ابن فتوح ، وبنحو هذا أفتى ابن رشد رحمه الله [ فيمن ] (٦) حفر في حائطه بئراً وعلى مقربة منه حوائط لقوم ، وشرعوا في حفر ماء في حوائطهم ، غير أنه غير كاف فرغبوا أن يمدهم من فضل مائة ، [ فتوسع ] (٧) لهم مدة طويلة إلى أن جفت لكثرة القوم منهم ومن أولادهم وعيالهم ، [ فأضرب به ] (٨) ذلك وأندمه ، فهل صبره عليهم وتوسعه لهم هذه المدة توجب لهم حجة بدعوى ملك إن ادعوه ؟ وكيف إن احتجوا عليه بيئر قديمة دائرة كانت لجميع المسلمين فوق حائطه قريب منه ، قد خفي موضعها لتفاهتها ، فقالوا له : هذا الماء الذي استجاب لك في حائطك [ إنما هو ] (٩) ماء البئر [ القديمة التي كانت للمسلمين فوق حائطك ] (١٠) فلا ندعه لك وحدك دوننا ، وجماعة المسلمين لا تطلب شيئاً من ذلك لغناهم عنها مع علمهم بضعفها ، مع أنهم على يقين مما زعم أولئك ؟

- 
- (١) في أ : عليهم .  
(٢) في أ : أن .  
(٣) سقط من أ .  
(٤) سقط من ج .  
(٥) في أ : منه .  
(٦) في ج : في .  
(٧) في أ : فتوضع .  
(٨) في أ : فأخرجه .  
(٩) سقط من أ .  
(١٠) في أ : المذكورة .

**فأجاب :** لا يستحق جيران الرجل فى بئر جارهم حقاً فى انتفاعهم بفضل مائة على الوجه المذكور إن طال زمانه ، وله منعهم ، وإن احتاج الناس إلى ماء البئر التى بقاء المسلمين ومن حقوقهم ، وثبت على هذا الرجل أنه استفرغ مائها وصيره إلى بئر نفسه ، [ قضى ]<sup>(١)</sup> عليه بردم بثره حتى يرجع الماء إلى البئر التى [ لجماعة ]<sup>(٢)</sup> المسلمين .

(٢٩٤) [٢٨] وسئل رحمه الله : عن الماء إذا غرس رجل على ماء رجل ، فبقى يسقى به مدة ثم منعه صاحب الماء ، هل يكون ذلك حوزاً ، [ علم ]<sup>(٣)</sup> رب الماء أم لا ؟

**فأجاب :** إن كان أصل الماء فى أرض حازها هذا الحائز وجعل يتصرف فيها وفى مائها ، فتحاز بما يحاز به غيرها من الأرضين ، وإن كانت باقية تحت حوز ربها ولم يأخذ [ هذا ]<sup>(٤)</sup> غير ما يسقى به كل يوم ، فليس بحوز لأن كل ما أخذ كل يوم انقطع وذهب ، فتأمله .

فبأى شىء يحاز ما وهب من هذا النوع .

قلت : لا أدرى سبب هذا التوفيق .

وفى كتاب حريم البئر ذكر ارتهان عين أو قناة أو جزء من شرب بئر أو عين أو نهر ، فانظره .

(١) فى أ : بقضى .

(٢) فى أ : لجميع .

(٣) فى أ : على .

(٤) سقط من ج .

## مسائل المفقود

(٢٩٥) [١] سئل رضى الله عنه : عن مفقود وجد عمره مائة وثلاثون عاماً ، هل يحتاج إلى حكم حاكم [ بتمويته ]<sup>(١)</sup> [ أم لا ]<sup>(٢)</sup> ؟

[ فأجاب ] : (٣) كان شيخنا الفقيه أبو الفضل راشد يفتى أن ما زاد على المائة والعشرين منتهى الخلاف فى المسألة ، لا يحتاج فيه إلى حكم حاكم ، [ كما ]<sup>(٤)</sup> لو مات بين أظهرهم ، أليس يقتسمون [ ميراثه ]<sup>(٥)</sup> من غير رفع إلى حاكم ؟!

قال : وإنما يحتاج إلى الحاكم لقطع الخلاف من ستين إلى مائة وعشرين .

قال : ولم يجد فيها نصاً .

قلت : الخلاف الذى فى حد تعمير المفقود معلوم ، ومختار الشيخين أبى محمد والقابسى ثمانين سنة .

ابن رشد فى سماع أشهب من كتاب الوصايا [ من البيان ]<sup>(٦)</sup> : وبه جرى العمل ، وهو أعدل الأقوال .

[ قال ]<sup>(٧)</sup> ابن العطار : واختاره القضاة عندنا .

ابن الهندي : وبه كان يقضى ابن السليم .

وقوله : « وإنما يحتاج إلى الحاكم لقطع الخلاف » ، يقتضى أنه يورث بمجرد بلوغه سبعين [وثمانين أو مائة حتى يحكم بموته حاكم ما لم يبلغ مائة وعشرين]<sup>(٨)</sup> .

وهو كذلك ، فقد سئل المازرى رحمه الله : [ عمّن ]<sup>(٩)</sup> موت بالتعمير ،

(١) فى أ : لتمويته .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : ميراثهم .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

(٨) فى أ : عاماً ولا ثمانين ولا مائة .

(٩) فى أ : عن .

فاستفتى القاضى فى المسألة فمات أحد الورثة قبل خروج الجواب ، [ ثم خرج الجواب بالحكم بميراثه فحكم القاضى بموته حينئذ ، هل يكون لورثة المتوفى زمن الاستفتاء شيء أم لا ؟

**فأجاب :** لا يرثه [ (١) إلا الحى يوم نفذ [ الحكم ] (٢) بموته ، لأن تمويته ببلوغ السبعين فيه خلاف مشهور ، فلا يتحقق الحكم إلا بعد نفوذه وإمضائه .

البرزلى : [ وبذلك ] (٣) أفتى [ فى هذه ] (٤) المسألة شيخنا ابن عرفة وأبو العباس [ ابن ] (٥) حيدرة ، وفى « تعليقة » أبى حفص العطار ما يدل على ذلك .

(٢٩٦) [ ٢ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل غاب وهو ابن ثمانية وأربعين عاماً ، وترك ثلاث بنين وبنتين وغاب إلى جهة الأندلس برسوم الغزو ، ثم ماتت إحدى البنات منذ سبعة أعوام ، فقال أولادها : تراث أمنا من جدنا الغائب ، وذكروا أن له منذ غاب خمسون سنة ، وقال أولاده : لا تراث [ منه ] (٦) ، وذكروا أن له منذ غاب ستين سنة ، فمتى يقضى بتمويته ؟

**فأجاب [ (٧) ]** [ ق / ٢٢٧ ب ] : قد اتفق جميعهم أن عمره ثمانية [ وتسعين ] (٨) عاماً وزاد [ المذكور ] (٩) من ولده ، بلا شك لو رفع إلى القاضى حين تمت له [ ثمانون ] (١٠) سنة لموته ، [ فلذا ] (١١) يقضى الآن أنه مات حين أكمل الثمانين ، لأنه المشهور الذى عليه العمل إن كان الخلاف من ستين إلى مائة وعشرين ، فإذا موته ابن ثمانين نظر من كان حياً من ورثته فهو الذى يرثه ، وهذا كله بعد أن

- 
- (١) سقط من أ .
  - (٢) فى ج : الحاكم .
  - (٣) فى أ : وكذلك .
  - (٤) سقط من أ .
  - (٥) سقط من ج .
  - (٦) سقط من ج .
  - (٧) فى أ : فقال .
  - (٨) فى ج : وسبعين .
  - (٩) فى أ : الذكر .
  - (١٠) فى أ : ثمانين .
  - (١١) فى أ : فذلك .

ثبتت غيبته ، وكم كان عمره ، وكم غاب ، ولا يموته إلا قاضٍ من قبل السلطان .  
**قلت** : وتجاوز الشهادة في سنه على القطع بمعرفته بالتقدير والحرز ، فإن  
 اختلف الشهود في سنه أخذ بالأقل مما يشهد به شهيدان احتياطاً ، قاله في « الوثائق  
 المجموعة » .

فإن استند الحكم إلى الشهادة بالحرز فلا بد من أيمان الورثة على مبلغ سنه ، قاله  
 ابن الهندي في « مقالاته » .

(٢٩٧) [٣] وسئل رضى الله عنه : عن رجل غاب وترك ملكاً وأولاداً فبقي بيد  
 ولده حتى مات ، ثم بقي ولد ابنه فأصدقه لزوجة تزوجها ، وبقي بيدها حتى مات ابن  
 الابن ، فبقي بيد الزوجة نحو خمسة عشر [ ق / ١٤٥ جـ ] عاماً ، فقامت ابنة الابن  
 الغائب أخت هذا الزوج في الملك على الزوجة ، وقالت : أصدق أخى مال جدنا  
 الغائب قبل أن يحكم بموته ، وله منذ غاب أزيد من تسعين سنة ، والآن يموت فأرث  
 [ منه ] (١) دون أخى الذى له منذ غاب خمسة عشر عاماً فقد تصرف فيما لا يملك ،  
 فهل لا بد من حكم [ حاكم ] (٢) بموت الغائب أو لا يحتاج إلى حكم وتأخذ ابنة  
 الابن ميراثها من جدتها الغائب ؟ ومن يحكم فيه ، هل المحكم أم لا بد من السلطان ؟

**فأجاب** : أرض الغائب على ملكه حتى يموت بالتعمير ، فتكون لمن يرثه يوم  
 مَوْتِ بالتعمير لا يوم فُقد ، ولا يرث منه من مات قبل تمويته من ولد أو ولد ابن ،  
 كما لا يرث الغائب من مات من ولده أو ولد ابنه ، لأنه ميراث شك ، فإذا حكم  
 الآن بتمويته كان ماله لورثته الآن ، ويأخذ من الزوجة ما أصدقت من الأرض إن  
 ثبت أنها للغائب ، وترجع في تركه زوجها بقيمة ذلك يوم عقد النكاح إن أصدقت  
 عينه .

وإن دفعه لها عن كالثها المقرر في ذمته ، رجعت بكالثها إن وجدت له مالا ،  
 وإلا فلا شيء لها .

**قلت** : ما أحسن قوله رحمه الله : « المقرر في ذمته » ، واحترز [ به ] (٣) [ بما

(١) في أ : معه .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .



إذا [١] عرض لها ذلك فى المهر المسمى فى عقد النكاح قبل تقرره فى الذمة ، فإنها ترجع حيثئذ بقيمة الأملاك ، إذ لا فائدة للتسمية حيثئذ إلا النفخة والسمعة .

قال ابن أبى زمنين : إلا أن يتفقا على ذكر العدد ويتراضيا به ويشهد عليه ، [فيلزمها] (٢) .

(٢٩٨) [٤] وسئل رحمه الله من قصر عبد الكريم عن رجل سافر إلى مكة ، فلما رجع من حجه وبلغ الصحراء مرض وانتفخت رجلاه وضعف حاله ، وصار بسبب ذلك ينقطع عن أهل الركب ثم يلتحق بهم بعد نزولهم فى أضعاف الليل ، فلما كان فى ليلة اشتد به الألم وأشرف على الهلاك فانقطع عن أصحابه فتركوه ، ثم نزلوا رجاء أن يلتحق بهم على عادته ، ثم رحلوا ولم يعلموا له خبر إلى الآن ، و [كان] (٣) سفره فى أوائل خمسة وسبعمائة ، وسنه حين سافر نحو ستين عاماً ، فهل حكمه حكم المفقود فى معترك بين المسلمين نظراً إلى مرضه وانقطاعه دون راحلة ولا زاد واتصال مغيبة إلى الآن أم لا ؟

فأجاب : [ ق / ١٥١ أ ] إذا كان الأمر كما ذكرتم وكان الرجل المذكور يخاف عليه الموت من الألم الذى نزل به ، فحمله على الموت كما روى عن مالك فى فقيه معترك المسلمين فى الفتن التى تكون بينهم .

قال : وتعتد زوجته من يوم اللقاء .

قال : وقد كان ذلك فيما مضى يوم صفين والحرة وقديد .

وقال ابن القاسم : تتربص سنة من يوم اللقاء ، والعدة داخلة فيها .

وقال أيضاً : [ هى ] (٤) زائدة عليها ، لأن سبب الموت موجود بهذا الرجل ، وهو مخوف المرض الذى به وانقطاعه عن الناس بالصحراء ، وكقول مالك رحمه الله فيمن فُقد بطريق مكة عام السعال ، [ من حمل أمرهم على الموت ، وكما قيل :

(١) فى أ : بما .

(٢) فى أ : فيلزمها .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

فقيده سنة المجاعة من حمل أمره على الموت أيضاً ، وهذا عندي أولى بهذا الحكم من فقيده عام السعال [١] لأن السعال لم يعلم نزوله بكل شخص ، وإنما علم نزوله بالغالب .

وكذلك الجوع ، والرجل المذكور نزل به سبب الموت لا محالة ، لا سيما وقد بلغ مدة التعمير على أحد الأقوال ، وبالله التوفيق .

قلت : ما أشار إليه من قول مالك في مسألة السعال نقله اللخمي ، فقال : من فُقد في بلده زمن الطاعون أو في بلد توجه إليه وفيه طاعون ، فمحملة على الموت .

قال : و [ قد ] (٢) ذكر بعض أصحاب مالك في أناس أصابهم بطريق مكة سعال ، وكان الرجل لا [ يسعل ] (٣) إلا يسيراً حتى يموت ، ففقد أناس عن خرج إلى الحج فلم يأت لهم خبر حياة ولا موت ، فرأى مالك [ أن ] (٤) تقسم أموالهم ولا يضرب لهم أجل المفقود .

قال : وكذا شأن البوادي ينتجعون في الشدائد من ديارهم إلى غيرها من البوادي يفقدون ، أنهم على الموت .

البرزلى : شاهدت عام حججت وهو عام تسعة وتسعين وسبعمائة وعام ثمانمائة نوعاً من ذلك ، أخذتنا ريح في الأكرع ، فيمشى الرجل [ ثم ] (٥) يسقط ميتاً بريح أصابهم يقال له : ريح السويداء ، وشاع وذاع أنه فقد من الحمل والتجريدة أزيد من ألف نسمة ، وكذا يفقد من الركب الغزوى [ والغربى ] (٦) بشر كثير أيضاً .

قال : ولما [ وردنا ] (٧) على أرض برقة مات من الركب ومرض كثير ، ومن فقد [ منهم ] (٨) لم يظهر له خبر ، وانتجع معنا بعض بوادي برقة من شدة الغلاء ،

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى أ : يسعال .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : حتى .

(٦) فى أ : والمغرب .

(٧) فى أ : وردت .

(٨) فى أ : منه .

فذكروا أنهم فقدوا بشراً كثيراً من الجوع والغلاء ، فعلى هذا يكون حكمهم على ما قال اللخمي ، ويكون حكمهم كحاضر الزحف ، وعليه وردت مسألة سأل عنها قاضي طرابلس : [ هل ] (١) حكم هؤلاء حكم المرضى لا يجوز تبرعه إلا في الثلث ، أو حكمه حكم الصحيح ؟ .

قال : فأفتيت : إن كان الوباء ذريعاً يذهب بكثير من الناس مثل النصف أو الثلث أو نحوه ، فحكمه حكم حاضر الزحف أو هو أشد .

قال : وأفتى صاحبنا الفقيه قاضي الجماعة أبو مهدي عيسى الغبريني : أن حكمه حكم الصحيح حتى يصيبه المرض المذكور كما إذا كان الوباء خفيفاً .

قلت : [ وبهذا ] (٢) أفتى [ فقيه فاس ] (٣) أبي العباس القباب رحمه الله .

البرزلي : والصواب فيمن يفقد من ركب من المسلمين فلا يدرى أغرق أو أخذ العدو ، ولم يظهر خبره البتة ، أنهم محمولون على الموت بعد الفحص عنهم .

---

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : وبه .

(٣) في أ : الشيخ .

## مسائل من الحبس والصدقة والهبة

(٢٩٩) [١] سئل رضى الله عنه : عن رجل حبس على بنيه الذكور وبنينهم وبنى بنينهم الذكور دون الإناث وأعقابهم دون إناثهم جميع ما يملك من أرض وجنات ودور ، واستثنى أنه يسكن حيث شاء من دوره ، هل يصح أم لا ؟ فإن صح ، هل يقسم [ البنون ] <sup>(١)</sup> منافعه [ ق / ٢٢٨ ب ] أو الأصول ؟ ومن انقرض منهم هل يرجع للباقيين من الذكور ؟ وإن تعدى أحدهم فباع شيئاً ، هل يفسخ أم لا ؟ وإذا فسخ ، هل يلزم المشتري الغلة لعلمه بالحبس أم لا ومن يقوم يأخذه من يد المشتري ؟ وهل للمشتري حبسه حتى يأخذ الثمن من البائع أم لا ؟

[ فأجاب ] (٢) : إن كان الموضع الذى سكنه ومات فيه تافهاً بالنظر إلى باقى الحبس ، صح الجميع ولا ينظر إلى جميع [ المساكن ] <sup>(٣)</sup> ولا ما ينتقل عنه ، وإنما تقسم منافعه ، [ لأنها المحبسة ] <sup>(٤)</sup> وأما الأصول فحق من يأتى باقى فيها حتى ينقرضوا ، ومن انقرض رجع لباقى ذكور المحبس عليهم ، ولا يجوز البيع وفسخ ، ويقوم به من بقى منهم ، وهل [ يلزم ] <sup>(٥)</sup> برد الغلة [ أم لا ] <sup>(٦)</sup> ؟ قولان يقومان فى المستحقة بحرية على قول المغيرة يرد ، وعلى مذهب الكتاب لا يرد ، انظر كتاب الاستحقاق .

وليس للمشتري [ حبسه ] <sup>(٧)</sup> ، بل يسلمه للمحبس عليهم ، ويتبع البائع بالثمن ، والله الموفق .

قلت : جعل الشيخ رحمه الله الأشياء المختلفة والأنواع المتباينة من الأموال

(١) فى أ : البنين .

(٢) فى أ : فقال .

(٣) فى أ : المساكن .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

كالأشياء المتفقة في أن الأقل منها تابع للأكثر ، وهذا حكاة في « البيان » في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات عن ابن زرب .

قال : ولا يصح عندي على مذهب مالك ، لأنها أنواع من الأموال فلا يجعل الأقل منها تبعاً للأكثر ، وإنما ذلك في النوع الواحد .

قلت : وهذا عجب منه رحمه الله ، فإنه اعتمد في أجوبته قول ابن زرب وأفتى به ، وذلك فيمن تصدق على ابنه المالك لأمره بملك له مع دار في قرية فحوزه الملك ولم يحوزه الدار لكونها تبعاً للملك ، وسكنها المتصدق حتى مات ، إنها داخلة في الصدقة وهي تبعاً للملك [ المحور ] (١) .

قال : وقد قال ابن زرب رحمه الله فيمن تصدق على ابنته البكر بنصف جميع ماله ، وله عقار وثياب ودواب وعين : إن الصدقة تجوز لها فيما سكن من الدور وما لبس من الثياب ، وفيما له من ناض إذا كان ذلك كله تبعاً لما لم يسكنه ولا لبسه من العروض والعقار والحيوان .

قال : وهو بين ، إذ لا معنى للاعتبار بكون ما سكن من جنس ما حوز أو من غير جنسه . أ . هـ .

وذكر ابن الحاج رحمه الله في « نوازل » نحو هذا عن القاضي أبي مروان .

قال : كان أبي وهبني وأخى جميع دوره ورباعه وكتبه من الطب والفقه والأدب في صحته ، ثم إنه قرأ في الكتب وأرادوا إبطال الهبة ، فكتب فيها إلى الشيخين أبي عبد الله ابن عتاب وأبي عمر أحمد بن عيسى بن القطان ، فأفتيا [ أن ] (٢) الكتب إذا كانت ثلث جميع الموهوب من الدور [ ق / ١٤٦ جـ ] وغير ذلك فأقل ، فالهبة جائزة ولا يوهنها قراءته في الكتب ، قياساً على مسألة آخر كتاب الرهون من « المدونة » ، وهي فيه بينة لمن تدبرها . أ . هـ .

والمسألة هي قوله : من حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم ، فذلك جائز وحوزه لهم حوز ، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو [ في ] (٣)

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : بأن .

(٣) سقط من أ .

جلها حتى مات ، فيبطل جميعها .

[قال : (١)] وأما الدار الكبيرة ذات المساكن ليسكن أقلها وأكرى لهم باقيةا ،  
فذلك نافذ لهم فيما سكن وفيما لم يسكن .

ولو سكن الجلل وأكرى الأقل بطل الجميع ، وكذلك دور يسكن واحدة منها هي  
أقل حبه أو أكثر على ما ذكرنا .

عبد الحق : قال بعض شيوخنا القرويين : إذا سكن الأب [ المتصدق بالدار ] (٢)  
الأقل ، مضى الجميع للولد ، كان الولد صغيراً أو كبيراً .  
وإذا سكن الأكثر ، فإن كانوا كباراً صح لهم ما حازوه .  
وإن كانوا صغاراً ، بطل الجميع .

قلت : وعزاه صاحب « البيان » في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب  
الحبس لابن القاسم وأصيح في « الواضحة » .

قال : وفي آخر كتاب الرهون من « المدونة » في بعض الروايات أن الكل يبطل  
إذا سكن الأب [ الأكثر ] (٣) منها ، وسواء حاز الأب البقية للصغار أو حازه الكبار  
لأنفسهم .

ومثله لابن القاسم في رسم « إن خرجت » من سماع عيسى من هذا الكتاب .  
قال : وأما الدور [ إذا ] (٤) سكن الأب أكثرها وحاز الكبار لأنفسهم بقيتها ،  
[ فيجوز ] (٥) لهم ما حازوه ، على ما قاله ابن القاسم في رسم « إن خرجت » ، ولا  
أعرف فيه نص خلاف .

عبد الحق : عن بعض [ ق / ١٥٢ أ ] شيوخ بلده : إذا سكن أبو الأصغر  
أكثر من النصف ، يبطل الجميع ، وإن سكن النصف ، صح ما لم يسكن ويبطل ما  
سكن .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : أكثر .

(٤) في أ : فإذا .

(٥) في أ : جاز .

وإن سكن أقل من النصف ، صح [ ما سكن وما لم يسكن ] (١) .

قلت : ونحوه لابن زرب فى « أحكام ابن سهل » .

قيل له : أين وقع هذا ؟

قال : فى سماع يحيى .

ابن سهل ليس فيه ما يدل على ذلك ، وفى سماع عيسى فى كتاب الحبس إشارة إلى بعض ما ذكر ، وهو غير بين .

عبد الحق عن بعض شيوخ بلده : إذا سكن القليل وأبقى الكثير خالياً ، لم يجز ذلك لهم حتى يكرهه للأصغر ، لأن تركه لكرائه منع له ، فكأنه أبغاه لنفسه ، [فذلك كاشتغاله إياه بنفسه] (٢) .

قلت : وحكاها ابن يونس عن شيخه أبى بكر بن أبى العباس ، قال : واستدل بظاهر الكتاب وأكرى لهم باقيها .

عياض : وهو صحيح فى النظر [ ظاهر ] (٣) من لفظ الكتاب .

المتيطى : وحكاها أبو المطرف الشعبى عن جماعة من شيوخه الأندلسيين .

وقول الشيخ رحمه الله فى الجواب : « وإنما تقسم منافع الحبس ، وأما الأصول فحق ما يأتى باقٍ فيها » ، بين ذلك أن الأموال المثمرة تقسم قسمة اغتلال وانتفاع إلى أمد معلوم ، ونقله ابن بطال فى « أحكامه » عن سحنون رحمه الله .

قال ابن أبى زمنين : وإذا دعى بعض أهل الحبس إلى قسمة اغتلال وأبى بعضهم ، فذلك لمن دعى إلى ذلك إذا كان أرضاً بيضاء .

وإن كانت أصول شجر ، لم يجز قسم الأصول ، وإنما يقتسمون الغلة فى أوانها ، قاله غير واحد من أهل العلم .

وفى « أحكام ابن بطال » أيضاً : وقالوا : لا بأس بقسمة أرض محبسة إذا لم [يكن فيها ثمر] (٤) يقسم معها على من حبست عليهم وإن تورك أحدهم وتغيب

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وكأنه أشغله .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : تكن بقضاء ثم .

وثبت ذلك عند القاضى وكل من يقبض له نصيبه ويشهد على ذلك ، ولا يجوز قسمة الشجر المحبس ، كان فيها ثمر أو لم يكن ، ولا يقسم ثمرها ولا مجموعاً من شجره .

وفى « النوادر » : عن ابن القاسم : لو [ تراضوا ]<sup>(١)</sup> فى نخل أو شجر ، يأخذ هؤلاء نخلاً يأكلون ثمرها والآخرون مثل ذلك دون قسم أصل ، لم يجز كالدور والأرضين ، وهل يجوز قسم [ ق / ٢٢٩ ب ] [ الحبس ]<sup>(٢)</sup> غير الأصول المثمرة قسمة اغتلال وانتفاع إلى أمد معلوم ويجبر على القسم من أباه إلى أن يحدث من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة أو نقصان ، أو لا يقسم بحال ؟

**ثالثها :** إن تراضى المحبس عليهم على قسمة جاز [ هذا ]<sup>(٣)</sup> ، لنقل صاحب «المقدمات» ، وبالأول أفتى عبد الله بن يحيى وابن لبابة وأيوب بن سليمان وابن الوليد ، وهو مقتضى ما تقدم لابن أبى زمنين وابن بطال .

وقال الميتطى : اختلف فى قسم الحبس قسمة اغتلال وانتفاع فكرهه قوم وأجازه آخرون .

وقد جرى العمل بقسمة لما فى الإشاعة من التعطيل والتضييع .

والخلاف الذى حكاه الشيخ فى رد مبتاع الحبس الغلة ، إنما هو إذا لم يعلم به وإلا ردها .

ابن سهل : عن ابن العطار : إذا فسخ بيع الحبس ، فالغلة فيما سلف قبل ثبوت تحييسه للمبتاع ، لا يرجع عليه بها إذا لم يعلم بالحبس بعد أن يحلف أنه لم يعلم . وما كان فى رؤوس الشجر من الثمرة وقت الاستحقاق ، فلمن ثبت لهم أصل التحييس ، وأما الزرع فلزارعه .

(١) فى أ : تهاونوا .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .



وإن ثبت التحبب حين نباته ، فإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض ، فإن كان البائع هو المحبس عليه رجع عليه بالثمن ، وإن لم يكن له مال وأثبت عدمه وحلف ، فللمبتاع أخذه من غلة الحبس عاماً بعام .

فإن مات المحبس عليه قبل استيفاء الثمن ، رجع الحبس إلى مرجعه ولا شيء للمبتاع ، وإن كان [ البائع ]<sup>(١)</sup> كبيراً عالماً بالتحبب ، عوقب بالأدب والسجن إن لم يكن له عذر .

ابن سهل : وينبغي إن كان مالكا لنفسه ألا يكون له طلب المبتاع بشيء من الغلة وإن علم حين ابتياعه أنه حبس .

وقد نزلت بقرطبة فأفتيت فيها بذلك ، وكان غيرى [ قد خالفنى ]<sup>(٢)</sup> فيها ، [ وخلافه ]<sup>(٣)</sup> خطأ .

(٣٠٠) [٢] وسئل رحمه الله : عن رجل حبس على ابن له كبير ملكاً ، وذلك في الوثيقة أنه حبس عليه وعلى ولده من بعده وولد ولدهم الذكور دون الإناث ما تناسلوا [ وامتدت ]<sup>(٤)</sup> ، ومن انقضى منهم رجع نصيبه إلى من بقى الأقدم فالأقدم ، وحاز الابن المذكور ذلك واغتله في حياة والده المحبس حتى مات ولم يترك وارثاً سواه ، ثم أخرج الوثيقة وقد انقضت شهودها ولم تعرف خطوطهم ، فأشهد [ على نفسه ]<sup>(٥)</sup> في صحة وجواز أمر أن ما تضمنته صحيح لا مدفع له فيه ولا مقال ، وكتب بذلك [ رسماً ]<sup>(٦)</sup> يتوصل بالوثيقة [ المذكورة ]<sup>(٧)</sup> وبقي الملك بيده يغتله ما فوته بوجه إلى أن توفي وترك أولاداً ذكوراً وإناثاً وزوجة ، فهل يصح هذا الحبس بإقرار المحبس عليه إذ لم يترك والده سواه ، ويختص [ بالذكور ]<sup>(٨)</sup> من ولده دون سائر ورثته ، أو يورث عنه ؟

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : خالفه .

(٣) في أ : وخلاف .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : عليه .

(٦) في أ : رسم .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : به الذكور .

[فأجاب] (١) : إذا ثبت أنه لا وارث للأول سوى هذا الابن المعترف ، وبقي يغتال الملك بالتحبيس لم يخرج من ملك بوجه ، فإن اعترافه لازم له ولكل من يدلى به من الورثة ، فيختص به الذكور من ولده على شرط المحبس ، والله الموفق .

قلت : نص غير واحد من الموثقين أنه يجوز أن يشهد [ بعض ] (٢) الأعيان أو الأعقاب بتجديد حبس قد باد شهوده أو ذهب عقده ، وينفذ الحبس بإشهاده ويلزم المشهود ورثته التحبيس [ وتسبل ] (٣) غلته [ فى الوجوه التى ] (٤) ذكرها المشهد ويحمل من ذلك ما تحمله وتقلده وعقدوا فى ذلك وثيقة مضمونها أن الملك الذى بيده حده كذا ، محبس عليه من تحبيس غيره .

قالوا : وإنما قلنا : « من تحبيس غيره » ليتبين أن ليس من قبله ، إذ لا يجوز تحبيس أحد على نفسه ، ولا يذكر المحبس ولا يسمى لثلا يكلف القائم بوثيقة إثبات ملك المحبس وتناسخ ورثته ليعذر إلى الورثة ، والعقد دون هذا تام وبه ضعف .

وإن قلت قبل : شهد عن يعرف سكنى فلان فى الدار ، كان حسناً وإلا استغنى عنه ، وإن تبين أن الملك الذى [ أقر به هو ] (٥) ، فلا ينفذ التحبيس فيه إلا [ ق / ١٤٧ ج ] أن يكون قد خرج عنه العام ونحوه [ وحيز فينفذ ] (٦) ، لأنه كأنه حبسه فى ذلك الوقت ، وكذا يجوز إقرار جميع الورثة به ، وينفذ على حسب ما أقرأوا به إلى أن ظهر كتاب الحبس وفيه خلاف ما أقرأوا به ، فينقض الإقرار ويعول على ما فى الأصل .

وإن شركهم أحد فى الميراث ، لم ينفذ إقرارهم إلا فى حصصهم فقط ، ويكون نصيب المنكر مطلقاً ، وإنما عليه اليمين لأنه لا يعرف ذلك ، وليس له رد اليمين .  
وحكى الباجى فى « وثائقه » قولين فى وجوب اليمين عليه .

(١) فى أ : فقال .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : على الوجه الذى .

(٥) فى أ : المقر به كقوله .

(٦) فى أ : وحيز ينفذ جيش .

[ وفى « نوازل ابن الحاج » : إذا أقر الرجل فى أملاك بيده أنها حبس من قبل أبيه عليه ]<sup>(١)</sup> وعلى عقبه ، فإن علم الملك فيها له ولأبيه ، فلا ينتفع بالإشهاد حتى يحوزها ويخرجها عن يده ، لأنه يتهم [ أن ]<sup>(٢)</sup> يقصد إبطال الحيازة لتبقى يده عليها حتى يموت .

وإن جهل ملكها له أو لأبيه ، فإشهاده بالتحسيس جائز حتى يظهر خلافه ، مثل أن يظهر فى كتاب التحسيس خلاف لما أقر به ، ينتقض الإقرار ويرجع إلى ما فى كتاب التحسيس ، أو يعرف له الملك أو لأبيه قبله ، فينتقض إشهاده ويكون حكمه حكم الملك .

(٣٠١) [٣] وسئل رضى الله عنه : عمن حبس على ابنين له صغيرين كل ما يملكه من الجنات ، ثم بعد انعقاد الحبس تزوج امرأة ومكث معها زماناً ، ثم توفى أحد الابنين ثم مات أبوه بعده بزمان طويل نحو اثنا عشر عاماً ، فبقى الابن الثانى فقامت [ عليه ]<sup>(٣)</sup> الزوجة بكالئها قبل أبيه ، ورفعتة إلى بعض الطلبة فنظروا [ إلى الابن فكل من نظر ]<sup>(٤)</sup> [إليه يقول : ليس ببالغ ، فتذاكر الطلبة فى توكيله ، هل يصح أم لا ؟ فقال [ ق / ١٥٣ أ ] بعضهم : نظرنا إليه فلم يثبت ، وحسبوا عمره إحدى وعشرين سنة ، فأمروه بالتوكيل فوكل رجلاً ، فتحاكم هو ووكيل المرأة فأخرج صداقها وتاريخه ست ]<sup>(٥)</sup> عشرة سنة ، وفيه أن من انقرض منهما رجوع إلى من بقى حبساً لا يباع ولا يوهب ، وأخرجت وثيقة أشهد فيها الميت على نفسه أن تصرفه فى الجنان إنما هو برسم الحيازة لابنيه المذكورين ، وثبتت الرسوم كلها بيينة قبلت ، والسلام ؟

**فأجاب :** الحبس صحيح تام لا يتعلق الكالى المذكور ، لأنه حادث بعد التحسيس المذكور ، و [ إذ ]<sup>(٦)</sup> هو محوز بتصريح الأب [ فإنه ]<sup>(٧)</sup> حائز لابنه ، بل

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : وعقد الحبس له سبع .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : بانه .

لو سكت عن ذكر الحوز [ لابنه ] (١) حمل عليه ، ولا يحمل على الحوز لنفسه [ رجوعاً ] (٢) في الحبس المذكور ، هذا هو المنصوص في غير ما موضع من أمهات مذهبنا ، والابن المذكور محكوم له بحكم البلوغ وفاقاً في علمي ، وهو جائز الأفعال إذا كان معلوم الرشد ومجهول الحال ، غير أن إقراره بأن أباه كان يتتفع من الجانبين بإجارة عمله غير جائزة في الحبس المذكور ، ولا قاذح في حوزة .

**قلت :** قال في كتاب الهبة : والأب يحوز لصغار ولده وما بلغ من كبار بناته ما وهبهم هو وأشهدهم عليه ، ولا يزول حوزة حتى يبلغ الذكور ويدخل بالإناث أزواجهن بعد المحيض ويؤنس من جميعهم مع ذلك رشد وإن مات الأب [ قبل رشدهم فذلك ناقد وإن بلغوا مبلغاً تجوز حيازتهم فلم يقبضوا حتى مات الأب بطلت هبة الأب ] (٣) من ذلك .

وليس للابنة وإن ولدت الأولاد وهي سفية ولا الابن البالغ السفيه حوز ولا أمر وكذلك إن كانت الابنة بالغة مرضية لم بين زوجها ، وذلك إلى الأب والوصي .

ابن فتوح والتميطي رحمهما الله : إن مات الأب [ بقرب ] (٤) بلوغ الابن وقبل تبين رشده ووضوحه كل الإيضاح نحو العام من بلوغه نفذ الحبس .

وإن بلغ وملك نفسه في مرض الأب ولم يقبض إلى موته ، جاز أيضاً ، وذلك كبلوغه بعد موت الأب وقبضه في مرض الأب ، لا يزيد الحبس أو الصدقة قوة ولا يوهنها ترك القبض ، إلا أن تكون غلة متطاولة لا تمنع قضاؤه في ماله ، فهو كالصحيح وللأب القبض على هذا الحال . أ . ه .

وفي سماع [ ق / ٢٣٠ ب ] يحيى من كتاب الصدقات والهبات في غلام بلغ الحلم قد قرأ القرآن ، لم يعرف بصلاح ولا فساد ، عمى في حجر أبيه بحدائث احتلامه ، فتصدق أبوه عليه .

فقال ابن القاسم : سمعت مالكا يقول : يحوز الأب لابنه المحتلم حتى يؤنس منه الرشد .

(١) في أ : لابنيه .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : بعد .

[ قال ] (١) : وليس الاحتلام [ بالذى ] (٢) يخرج من ولايته حتى ترضى حاله ويشهد العدول على صلاح [ أمره ] (٣) .

ابن رشد : هذا نص أنه لا يخرج من ولاية أبيه بالاحتلام ، وإنه محمول على السفه حتى يثبت رشده ، ومثله فى كتاب الحيس من « المدونة » ، وهو ظاهر سائر الروايات [ فى « المدونة » ] (٤) وغيرها ، إلا ما فى [ أول ] (٥) نكاح « المدونة » أنه إذا احتلم فله أن يذهب حيث شاء ، فإن ظاهره أنه يحمل على الرشد بالاحتلام ، وتجاوز أفعاله حتى يعلم سفهه ، وهى رواية زياد عن مالك فى البكر أنها تخرج من ولاية أبيها بالحيض ، فكيف بالغلام !؟

وقد تأول ابن أبى زيد قوله فى « المدونة » : « فله أن يذهب حيث شاء » ، أن معناه : بنفسه لا بماله ، فعليه تنفق الروايات كلها ولا يخرج عنها إلا رواية زياد .

وقد تأول أن قوله : « فله أن يذهب حيث شاء » ، معناه : [ إن ] (٦) احتلم ورضيت [ حالته ] (٧) ، وإليه ذهب ابن لبابة . أ . ه .

وقال فى « المقدمات » : واستحسن بعض الشيوخ أن لا يخرج عن ولاية أبيه حتى يمر به بعد الاحتلام العام ونحوه ، وإليه ذهب ابن العطار على أنه اضطرب فى ذلك قوله ، فذكر أنه لا يجوز للأب تسفيهه إلا إن علم سفهه ، [ ولم يفرق بين قرب ولا بعد .

وحكى غيره من الموثقين جواز تسفيهه ] (٨) إذا كان بجواز بلوغه قبل انقضاء عامين . أ . ه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : حاله .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : أوائل .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : حاله .

(٨) سقط من أ .

وقال ابن زرب فى « أحكام ابن سهل » : من وهب لابنه هبة وحازها له لصغره وبقيت بيده حتى مات ، والابن حين موته بالغ وعرف بالرشد من وقت [ بلوغه ولم يقبض الهبة ] (١) بطلت ، وإن عرف بالسفه نفذت وإن طال تركه لها ، وإن كان مشكوكاً فيه لا يقضى برشده ولا بسفهه ، [ فإن ] (٢) مضت سنة بعد موت الأب وهو بالغ ، بطلت الهبة .

وسئل الشيخ الفقيه أبو سعيد بن لب رحمه الله عمّن تصدق على ابن له فى حجره ، والابن مع والده يتصرف فى المال ، ثم توفى الواهب وقام الابن وهو بالغ بعقد الهبة ، وكان بلوغه فى حياة والده ولم [ يزل ] (٣) يتصرف فى مال والده قبل البلوغ وبعده ؟

**فأجاب :** إن بقى الابن المذكور محجور والده إلى أن توفى ، فالهبة صحيحة وإن كان مالك أمره فى حياة أبيه .

فإن كان الموهوب تحت يده وفى علمه والغلة له وقت وفاة والده تمت له الهبة . وإن كان ذلك تحت [ يد الواهب ] (٤) ، والغلة للوالد إلى وفاته كما كانت قبل الهبة فثبت ذلك بالبينه ، بطلت الهبة .

(٣٠٢) [ ٤ ] وسئل رحمه الله : عن رجل حبس على بنيه الأصاغر أملاكاً ، فبقى يغتلبها ويتصرف فيها حتى مات ، فطلبت زوجته ميراثها وزعمت أن الحبس بطل بالتصرف ، واسترعت شهود أنه إنما كان يتصرف لنفسه [ ويصرف ] (٥) الغلة فى مصالحه، وظهر فى وثيقة التحبيس أنه إنما يتصرف لأولاده المذكورين بحكم النيابة التى له ؟

**فأجاب [ ٦ ] :** لو قيم عليه فى حياته [ أخذ ] (٧) منه بلا إشكال ، وكذلك فى

(١) فى أ : لا يقضى برشده .

(٢) فى أ : وإن .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : ويتصرف .

(٦) فى أ : فقال .

(٧) فى أ : لأخذ .

الدار ، وهو متعدٍ فيما قبض من الغلات .

وأما بعد الموت فمسألة الدار [ إن كان ] <sup>(١)</sup> [ خرج منها ] وتبين [ <sup>(٢)</sup> الحوز ثم بعد ذلك عاد ، فهو متعدٍ أيضاً وثبت الحوز .

وإن كان يتصرف لنفسه غرم ذلك من ماله ، وإن كان لم يخرج من الدار بطلت ، لأن الحوز لم يحصل فيها حين لم يزل ساكناً فيها .

وأما الأملاك التي يتصرف فيها بالاغتلال ، فهو محمول على أنه يقتل للأولاد على ما عقد في الحبس والصدقة ، هذا قول أصبغ .

وقال الموثقون : يبطل حين لم يحزه أصلاً ، وهذا [ ذكره ] <sup>(٣)</sup> في الصدقة ويلزم مثله في الحبس ، إذ لا فرق .

قلت : في رسم « سلف » من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات : أرأيت لو تصدق بالدار عليه ثم تكارها [ منه ] <sup>(٤)</sup> قال : إن [ ق / ١٠٤٨ ج ] جاء من ذلك بشيء بين ، رأيت [ ذلك ] <sup>(٥)</sup> جائزاً .

[ قال : ذلك بعد أن ينقطع بهذا الذي تصدق بها عليه انقطاعاً بيناً ] <sup>(٦)</sup> .

ابن رشد : هذا كما قال ، وهو عما لا اختلاف فيه أنه إذا تصدق على الرجل بالدار أو حبسها عليه وتمادى على سكنها ، أو عاد إليها عن قرب باكتراء أو عارية أو ارتفاق حتى مات فيها ، فالصدقة أو الحبس فيها باطل .

وأما إذا رجع إليها بالسكنى بركاء أو إرفاق بعد أن انقطع بالحيازة لها دونه انقطاعاً بيناً السنة فما زاد ، [ فلا ] <sup>(٧)</sup> يبطل ذلك حيازته ، وهذا في الأجنبي أو الولد الكبير الذي يحوز لنفسه .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وبين .

(٣) في أ : ظهوره .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : ولا .

وأما الولد الصغير الذى يحوز له أبوه ، فتبطل الصدقة برجوع الأب [ إلى سكنى الدار ] (١) وإن كان بعد مدة طويلة ، قاله [ محمد ] (٢) بن المواز ، وهو بين من قول ابن القاسم فى رسم « أوصى » من سماع عيسى بعد هذا ، فهو بين قوله وروايته عن مالك حيثما وقع .

وحكى ابن الحاج قول ابن المواز كما حكاه ابن رشد .

قال : وقوله صحيح عند ابن رشد .

قال : والعمل جرى بأنه إذا أخلاها سنة فهى حيازة فى الصغير والكبير . أ. هـ .

قلت : وبه أفتى ابن عتاب ، وعزاه لرواية ابن القاسم وغيره .

ابن سهل : [ وبه جرى العمل ] (٣) .

المتيطى : وهو المشهور المعمول به ، وقاله ابن القاسم وعبد الملك .

وحكى ابن سهل عن مطرف وابن الماجشون أنها تبطل برجوعه إلى سكنها وإن

كان قد أخلاها الزمن الطويل إذا سكنها فى رجوعه حتى يموت ، وبه أخذ ابن حبيب .

المتيطى : وحكى فضل عن ابن القاسم قولاً ثالثاً [ أنها تبطل ] (٤) إلا إن رجع

إليها بعد عام وقد أسند حوزها إلى غيره ، فلا تبطل .

ابن سهل : سأل ابن دحون ابن زرب عمن وهبت له دار ثم أعمارها الواهب

بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة ، ثم علم أن ذلك يبطل هبته فأراد إبطال

[ ق/ ١٥٤ أ ] العمرى وقبض الدار ، فأطرق ابن زرب فيها حيناً ثم قال : إن كان

الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمرى إبطال للهبة ، لزمه ما صنع وبطلت الهبة .

[ وإن ] (٥) كان ممن يرى أنه لا يعلم ذلك ، انفسخت العمرى ورجعت الدار

(١) فى أ : لسكنها .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : عن مطرف .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : فإن .



للموهوب له .

وقول الشيخ رحمه الله : « وأما الأملاك التي يتصرف فيها بالاغتلال فهو محمول على أنه يغتل للأولاد » ، هذا قول أصبغ ساقه مساق التقسيم ، فهو قسيم الدار ، والمراد أن الأملاك وغير دار السكنى يحمل على أن اغتلاله وتصرفه فيها [هو] (١) لأولاده المحبس عليهم حتى يثبت أن ذلك لنفسه ، فحيث يطل الحوز فيها ، هذا هو المنصوص لأصبغ في نوازل له من كتاب الصدقات والهبات .

وحكى ابن سهل عن أبي صالح وابن لبابة وابن وليد في « أحكام ابن زياد » فيمن تصدق على ابنته البكر بنصف دار إلى ناحية بعينها ، إن على من ادعى أنها كانت معروفة بسكنى الأب المتصدق البينة .

قال أبو [ محمد ] (٢) صالح : وهو قول سلفنا ، وقاله سعيد بن معاذ ويحيى ابن عبد العزيز .

وأشار ابن رشد في شرح مسألة أصبغ إلى أنه في الدار يحمل [ على ] (٣) أنها دار سكناه حتى يثبت أنه لم يكن قبل يسكنها .

ابن عات : وهو خلاف ما تقدم لأبي صالح وأصحابه .

قلت : حكى ابن حبيب عن أصبغ نحو ما لأبي صالح والشيخوخ ، ونصه عند ابن يونس : فإن جهل أن يكون [ كان سكنها ] (٤) ، [ فهو ] (٥) على غير السكنى ، إلا أن تعرف قبل الصدقة بسكناه فعلى الصغار البينة أنه تخلى من سكنها .

وقول الشيخ : « وقال الموثقون : يبطل » ، يريد إذا قامت بينة بتصرف الأب في الهبة واستغلالها لنفسه من حين الهبة إلى أن توفي ، وهو عندهم بمنزلة سكنى الدار إذا لم يخليها من نفسه حتى مات فيها .

ابن رشد : في « المدونة » لابن كنانة مثل ذلك .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : يسكنها .

(٥) في أ : فهي .

قال : ودليل قول مالك فى رسم « يريد » من سماع عيسى وقول ابن القاسم فى آخر رسم « شهد » منه وفى أول سماع أصبغ : أن الصدقة جائزة .  
وحكى ابن الحاج ذلك فى « نوازله » أيضاً ، قال : لأنه وإنما وقع التعدى منه فى الغلة على ابنه فعليه غرمها .

قال : وكذا قال أصبغ فى « الواضحة » أن الصدقة جائزة ، وأن ذلك بخلاف السكنى .

قال : وأخبرت عن أبى عبد الله بن عتاب أنه قال فى جواب له فى هذه المسألة : وقيل : إن الصدقة جائزة ، وإنما تعدى الأب على الغلة ، كمثل قول أصبغ ودليل « العتبية » [ ق / ٢٣١ ب ] وبمثله أفنى ابن رشد .

وقول الشيخ : « وهذا ذكره فى [ الصدقات ]<sup>(١)</sup> ويلزم مثله فى الحبس إذ لا فرق » .

**قلت** : قد ذكروا [ ذلك ]<sup>(٢)</sup> فى الحبس أيضاً ، ففى « الوثائق المجموعة » و« المتبوية » عن ابن العطار : ولولا اجتماع الشيوخ على هذا لكان النظر والقياس أن لا يكون تعدى الأب على غلة الحبس لبينه نقضاً لحبسه ، لكن جرت الفتوى ببلدنا بفسخ الحبس إذا ثبت ما فى الوثيقة ، يعنى من اعتماد الأب للحبس وإدخال غلته فى مصالحه ، ولم يكن عند الدافع عن الحبس مدفع .

وبهذا كان يفتى الشيوخ ويقضى القضاة إلى هلم جرا .

وفى « الطرر » : وكذا حكى أبو زيد بن أبى [ الغمر ]<sup>(٣)</sup> فى « مختصره » .

قال : وذلك أن تكون [ قريباً ]<sup>(٤)</sup> فيأكل قمحها وشعيرها الذى يخرج منه بعينه .

قال أبو زيد : وإن أكل ثمن الغلة بعد بيعها وثبت أنه أدخله فى مصالحه ، فالصدقة ماضية ولا يفسدها ذلك .

(١) فى أ : الصدقة .

(٢) سقط من ج .

(٣) بياض فى أ .

(٤) فى أ : قرية .

ففرق أبو زيد بين نفس الغلة وثمنها . أ . هـ .

وقد عقد أهل الوثائق وثائق بإشهاد الأب لأولاده الصغار بما اجتمع عنده من غلة ما حبسه عليهم ووهبه لهم .

وقالوا : يثبت لهم ما أقر به بعد موته من ذلك ، إلا أن يتبين أن الأصل لا يستغل منه ذلك في تلك المدة ، فيكون حينئذ لهم بمقدار الغلة ويورث الباقي .

ورأيت فيما قيد من نوازل الشيخ الفقيه أبو سعيد بن لب رحمه الله أنه سئل عن من وهب لولديه الصغيرين في حجره أملاكاً معينه ، وقبضها من نفسه لهما في صحته وجواره ، ثم أشهد لهما بفوائد المواضع الموهوبة ، ثم بعد ذلك أشهد لهما أيضاً بذلك في أعوام ، ثم مات وقام من يدعى أن ذلك توليج ، وأن الواهب له ولد كبير منافر ، وأن الهبة كانت فراراً منه .

**فأجاب :** الذي أراه أنه إذا بقيت الأملاك بيده حتى مات وصار يستغلها قبل الهبة ويكتب لهما بفوائد يسميها ، أن الهبة باطلة لعدم الحوز ، وذلك أن الأب يصح حوزه لبنيه حتى يعلم أنه انتفع بالهبة إلى أن مات فإنها تبطل .

وقد نص على هذا في الدار في كتاب ابن حبيب ، [ فقال : لو سكنها الأب على أن ألزم نفسه الكراء لبطلت الصدقة .

فإن قيل : الفرق بين الأرض والدار أن الدار إذا [ (١) سكنها لم [ تصح ] (٢) فيها الحيازة ، والأرض إذا وهبها لابنه الصغير وحرثها لم يضر ذلك في الحيازة على ما نص عليه في كتاب ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون وأصبيغ .

قيل : إنما قيل ذلك في الأرض لأنه إذا حرثها حمل على أنه يعمرها [ لابنه وهو فيها محمول على أنه يعمرها له ] (٣) حتى يتبين أنه كان يعمرها لنفسه فتبطل الهبة ، وهنا قد بين أنه يعمرها لنفسه حين أقر أن لهم كراءها .

وقد أقام ابن رشد من « السعتبية » لمالك خلاف قول ابن الماجشون ومطرف [أن] (٤) ما عدا الملبوس والمسكون في أن انتفاع الأب بعد الهبة كانتفاعه به قبلها يبطل

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يصح .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

الهيئة ، فهذا الحكم إن كان إقراره لابنيه بكراء [ وأنه ]<sup>(١)</sup> إنما قال : لهما عندي كذا وكذا دينار من كراء ما وهبت لهما على أنه استغله لنفسه بالكراء .

وأما إن كانت الفوائد التي أشهد لهم بها طعامًا أو كتابًا أو دراهم من ثمن غلة أرضهم مما يقول : اشهدوا على أن لبنى قبلى كذا وكذا مما زرعت فى أرضهما ، فإن ذلك لا يبطل الهبة لهما ، وهو محمول على أنه كان يعمرها [ لهما ]<sup>(٢)</sup> حتى تثبت أنه كان يعمرها لنفسه وما أقر به من الفوائد لهما .

(٣٠٣) [ ٥ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل حبس على [ ق / ١٤٩ ج ] ولده جميع أملاكه ، فذكر الموثق فى الوثيقة بعض المواضع وترك بعضها ، فهل ما لم يذكر فى الوثيقة يدخل فى التحسيس تبعًا لما سمي لكونه ذكر جميع أملاكه أول الرسم [ أم لا ]<sup>(٣)</sup> ؟

فأجاب : جميع أملاك الرجل [ المحبس حبس ]<sup>(٤)</sup> على ولده بلفظ « جميع » المستغرق لجميع ما يملكه من الأملاك وإن خص بعضها بالذكر وترك بعضًا ، غير أن المخصوص بالذكر دخل بلفظ المخصوص ولفظ العموم ، وغير المخصوص بالذكر دخل بلفظ العموم ، وهو كافٍ فى الدخول .

ونحو هذا فى سماع أصيخ فيمن حبس جميع موروثه ، وهو كذا فى الغنم والبقر والرمك والرقيق والثياب والدور والبور ، ومن جملة الموروث جنان لم يخصه بالذكر . فقال رضى الله عنه : يدخل الجنان لقوله « جميع » .

ومثله قال ابن زرب فيمن أوصى على أولاده فلان وفلان من الأولاد غير من سمي ، [ أن ]<sup>(٥)</sup> غير من سمي يدخل كمن سمي [ بعموم ]<sup>(٦)</sup> اللفظ الأول .

ومثله قال فيمن قال : عبيدى أحرارًا فلان وفلان وفلان ، وله من العبيد غير من سمي ، أن جميع عبيده أحرار بعموم اللفظ الأول ، وهذا لا إشكال فيه ، لأن غير

(١) فى أ : وإن كان .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : دخلت فى الحبس .

(٥) فى أ : و .

(٦) فى أ : لعموم .

من سمى لم يستثنه ، والله الموفق ، وكتب على بن محمد بن عبد الحق الزرويلي ،  
[والسلام] (١) كتبه من خط يده .

**قلت** : مسألة سماع أصبغ التي أشار إليها رحمه الله نصها : وسئل عن الرجل  
يتصدق بميراثه على رجل ، فيقول في صدقته : أشهدكم أني قد تصدقت على فلان  
بجميع ميراثي ، وهو كذا وكذا في البقر والغنم والرمك والرقيق والدور و [ البور ،  
إلا ] (٢) الأرض البيضاء فإنها لى ، وفي تركة الميت [ جنان ] (٣) لم ينصها أو غير  
ذلك ، هل جميع ما نص وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما استثني ، أم لا يكون له  
إلا ما نص وقد قال في أول صدقته : بجميع ميراثي [ في ] (٤) كذا وكذا إلا كذا  
وكذا؟

قال أصبغ : أرى له كل [ ق / ١٥٥ أ ] شيء إلا ما استثني إذا كان يعرفه ،  
وأرى الجنان إذا كان يعرفه داخلاً في الصدقة ، لأنه إنما [ استثني الأرض البيضاء ولم  
يستثن الجنان ، إلا أن تكون الأرض هي الجنان ] (٥) عند الناس وكذلك تسمى  
وتنسب وتعرف فتكون باستثنائه . أ . ه .

وليست مسألة أصبغ كمسألة الشيخ ، فإن مسألة أصبغ أدل على التعميم من  
مسألة الشيخ لأن فيها قرينة تشعر باندرج كل شيء من ميراثه وهي أداة الاستثناء ،  
إلا ما أخرجها بها ، [ و ] (٦) ما أخرجها بها على التعيين [ لا يندرج ] (٧) فيه غيره ،  
فإن [ الاستثناء ] (٨) مخصص بالاستثناء وهو مانع من تناول غير المخرج به يريد  
ذلك ، ويوضحه قوله في السؤال : « وقد قال في أول صدقته : بجميع ميراثي ،  
وقال : ميراثي [ كذا ] (٩) » .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : وقال بميراثي .

(٥) في أ : هي للحمل .

(٦) في أ : إلا .

(٧) سقط من ج .

(٨) في أ : المستثنى .

(٩) سقط من أ .

وقول أصبغ في الجواب : « لأنه إنما يستثنى » ، [ يدل ] (١) على أن موجب دخول الجنان ما اقتضته [ أداة ] (٢) الاستثناء لا لفظة « جميع » وحدها ، لقوله : « قال في أول صدقته : بجميع ميراثي ، وقال : ميراثي » ، فدل أن ذكر « جميع » وعدم ذكره سواء .

فالحاصل أن مسألة أصبغ بالاستثناء أدل على دخول ما سمي وما لم يسم من ذلك من دخول ما لم يسم في مسألة الشيخ .

وقول ابن زرب الذي احتج به زيفه ابن رشد في [ نوازل ] (٣) ، [ وقال ] (٤) هو : « [ خطاب ] (٥) الفتوى لا يحتج به ولا يلتفت إليه ولا يعرج عليه إن صح ذلك عنه » ، مع أنه خالفه في ذلك .

والأظهر في مسألة الشيخ إجراؤها على [ مسألة ] (٦) قولى ابن العطار وغيره فيمن انعقد عليه أنه باع جميع أملاكه [ في قرية ] (٧) كذا في الدور والأفنية والدمن والزيتون والكرم ، ولم يزد في العقد على هذا ، وله في القرية أرحى لم تذكر في العقد ، فقال المبتاع : هي لى ، و [ قال البائع : ] (٨) إنما بعثك [ ملكى فيما ] (٩) نصصت في العقد ، وما لم أذكره وهي الأرحى لم [ تدخل ] (١٠) في البيع .

فاحتج عليه المبتاع بقوله في العقد « جميع أملاكه في القرية » .

فقال ابن العطار : الأرحى للمبتاع وجميع ما فى القرية من العقار .

وقال غيره : بل الأرحى للبائع ، ولا يدخل فى البيع إلا ما سمي لا غير ذلك .

(١) فى أ : فدل .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : نوازل له .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : خطأ من .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : بقرية .

(٨) سقط من ج .

(٩) فى أ : بما .

(١٠) فى أ : يدخل .

قلت : وصوبه الفقيه الحافظ أبو علي الحسن بن إبراهيم بن زكور في كتابه «اعتماد الحكام [ في مسائل الأحكام ] (١)» .

ومن هذا المعنى مسألة كتب إلى ابن رشد فيها بعض أصحابه رحمهم الله ، وهي : رجل حبس فرناً على مسجد ليكون في منافعه من وقيد وحصر وبناء ما رث من [ الجدارات ] (٢) ، هكذا انعقد في عقد التحيس ، هل يعطى من ذلك للإمام بالمسجد والأئمة لا يتصرفون في المسجد [ بأكثر ] (٣) من الإمامة ، فهل يدخل في قوله « منافع المسجد » أم يحمل الأمر على التفسير الخاص آخرأ أو على اللفظ العام أولاً ؟

[ فذكر ] (٤) مسألة سماع أصبغ المتقدمة ومسألة سماع يحيى [ ق / ٢٣٢ ب ] من كتاب الدعوى والصلح إذا وقع الصلح على موروث بالأندلس ، وفي الموارث حصة من قرية [ بمصر والقيروان لم يدخل في الصلح ] (٥) .

قال : وقد رأيت بعض المتأخرين يختلفون في هذا المعنى ، فذكر ابن زرب من قال : فلان وصي علي ولدي فلان وفلان ، وترك ولدأ ثالثاً لم يذكره ، إن قوله : « ولدي » يتناوله ويدخل [ الولد ] (٦) المسكوت عنه فيه . ورأيت [ لغيره ] (٧) أنه لا يدخل [ في ذلك ] (٨) لسكوته عنه ولا يتناوله قوله « علي ولدي » ، وكيف [ إذا ] (٩) لم يدخل الإمام في منافع المسجد فدفع إليه الناظر في هذا التحيس بمعرفته ، هل [ يرجع ] (١٠) بذلك على الإمام كالغسل يدفع الثوب لغير ربه للخطأ في المسألتين في

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الجدار .

(٣) في أ : في أكثر .

(٤) في أ : ثم ذكر .

(٥) في أ : لم يذكر في الصلح أشار فيها إلى نحو ما في كتاب الصدقة من إعمال اللفظ العام أو لا .

(٦) سقط من أ .

(٧) في ح . في غيره .

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من أ .

مال دفع لغير مستحقه ، أم تفترق المسألتان لأن الغسال لم يؤذن له [ بالتصرف ] (١) في الثوب واجتهاد ، فتكون كمسألة من أعطى من [ زكاة ] (٢) يتيمة غنياً بظنه فقيراً؟

**فأجاب :** الفرق ، المحبس على منافع المسجد من كذا وكذا ، لا يتعدى فيه ما سمى ، ولا حق فيه للإمام لأنه قد بين المنافع التي أراد من منافع المسجد ، ولا يخالف هذا ما في سماع يحيى [ من كتاب الدعوى ولا ] (٣) ما في سماع أصبغ [ من كتاب الصدقات ] (٤) ، لأنه نص على العموم [ في المسألتين ] (٥) بقوله فيهما « جميع » ، فوجب أن لا يختص من ذلك بشيء إلا بيقين ، وهو الاستثناء على ما وقع في مسألة سماع أصبغ .

ومما يبين هذا أن من قال : نسائي طوالق ، وله أربع فأتى مستفتياً وقال : أردت فلانة وفلانة وفلانة ، نوى وصدَّق ولم يلزمه طلاق الرابعة التي قال لم يردها بقوله . ولو قال : جميع نسائي طوالق لم ينو في أنه أراد بعضهن لنصه على جميعهن ، إلا أن يقول : استثنيت فقلت : إلا فلانة ، [ فيصدق ] (٦) إذا [ أتى ] (٧) مستفتياً على الخلاف في الاستثناء بـ « إلا » دون تحريك اللسان [ إن قال : كنت نويت إلا فلانة ] (٨) والمسألة التي [ اختلف فيها ] (٩) ابن زرب وغيره [ من المتأخرين ] (١٠) ليست من هذا المعنى ، لأن لفظ « الولد » يقع على الواحد [ وعلى الجميع ] (١١) وقوعاً واحداً في لسان العرب ، فإذا سمى ما سمى منهم ، وجب ألا يتعدى فيما

(١) في أ : يتصرف .

(٢) في ح : زكاته .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فيهما .

(٦) في أ : فإنه يصدق .

(٧) في أ : جاء .

(٨) سقط من ج .

(٩) في أ : حكيت الاختلاف فيها بين .

(١٠) سقط من ج .

(١١) في أ : والجمع .



سمى ، [ وقول ]<sup>(١)</sup> ابن زرب خطأ [ من الفتوى ]<sup>(٢)</sup> لا يحتج به ولا يلتفت إليه ولا يعرج عليه إن صح ذلك عنه .

[ وأما الذى ]<sup>(٣)</sup> دفع إلى الإمام فى أجرته من غلة [ الفرن المحبس ]<sup>(٤)</sup> على الوجه المذكور ، لا يرجع به عليه ولا ضمان على دافع ذلك إليه ، لأن المحبس [ لما ]<sup>(٥)</sup> لم ينص على أنه داخل فى التحبب ولا [ أنه ]<sup>(٦)</sup> خارج عنه ، حكما بظاهر اللفظ [ فلم ندخله فيه ]<sup>(٧)</sup> إلا بيقين ، [ وإذا قبض من ذلك شيئاً لم يقومه إياه أيضاً إلا بيقين ]<sup>(٨)</sup> ، ولا يقين عندنا من ذلك لاحتمال أن يكون المحبس أراد بحبسه خلاف ظاهر لفظه ، ولعل إبهام ذلك تقصير من الكاتب .

[ وما ]<sup>(٩)</sup> يؤيد هذا [ ما فى سماع ابن القاسم ]<sup>(١٠)</sup> من كتاب الصدقات والهبات فيمن تصدق على ولده بماله فرأى أن النساء لاحق لهن فيها ، فاقسمها للذكور زماناً ثم [ بلغ النساء ]<sup>(١١)</sup> أن لهن فيها حقاً [ فطلبته ]<sup>(١٢)</sup> ، أنهم يأخذن فيما يستقبل ولا حق لهن فيما مضى . أ . ه .

وقد بان بما ذكرته لمثلك من أولى الفهم الفرق بين هذه المسألة ومسألة الغسال ، ولم [ يكن ]<sup>(١٣)</sup> على [ ولى ]<sup>(١٤)</sup> اليتيم أكثر مما صنع . قال : ولا خلاف أنه يجب أن [ يشتري ]<sup>(١٥)</sup> منه إذا علم به وقدر عليه ، لأن الله قد نص على أنه لا حق له

(١) فى أ : وما حكيت فى ذلك .

(٢) فى أ : لفتوى .

(٣) فى ح : وما .

(٤) فى أ : فرن المسجد .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : ولم نقدمه .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من ج .

(١٠) فى أ : قول ابن القاسم وروايته عن مالك فى سماعه

(١١) فى أ : بلغهن .

(١٢) فى أ : وطلبن ذلك .

(١٣) فى أ : يذكر .

(١٤) سقط من ج .

(١٥) فى أ : يسترد .

فى الزكاة بقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ ..... ﴾ (١) الآية .

(٣٠٤) [٦] وسئل رضى الله عنه : من قاضى مدينة تازى رحمهما الله عن دار حبست على إمام مسجد ، فاحتاجت إلى الهدم والإصلاح ، فطلب الإمام أن تصلح من مال المسجد ، فهل ترون ذلك أم لا ؟ وهل تكرى وتصلح من كرائها ؟ [ ق / ١٥٠ ج ] وكيف ترون إن امتنع الإمام من الإمامة إذا كلف الكراء ؟ وإن خرج لتكرى حتى تصلح ولا يوجد من يؤم بهم ، فهل يبيح هذا إصلاح ذلك ؟ بين لنا [ جواب ] (٢) جميع ذلك فصلاً فصلاً ، والسلام .

فأجاب رضى الله عنه : [ رم ] (٣) دار إمام المسجد من غلة أحبسه واجب إذا امتنع الإمام من أداء الكراء والخروج لتكرى بما ترم به كما يعطى هو وسائر قوامه المسجد من غلة أحبسه ، وانتفاع الإمام بمنافع دار الإمامة [ كالأجرة ] (٤) له على الإمامة ، ولذلك أوقفها الواقف ، ولا تحبى تلك المنفعة إلا بالإنفاق فى إصلاح الدار بما يصرف من غلة الحبس فى الإصلاح على وزان ما يعطى من الغلة للإمام إجارة على الإمامة ، ولأن رفع الحبس لا يترك للخراب بل يصلح من فوائد الحبس ، إذ بالإنفاق فى إصلاحه تدوم حياته ، وبدوام حياته على ما لا يخفى يحصل مقصود محبسه ، والسلام .

قلت : وليس هذا كمسألة كتاب الحبس فيمن حبس داراً على رجل وعلى ولده و [ على ] (٥) ولد ولده ، واشترط [ ق / ١٥٦ أ ] على المحبس عليه إصلاح ما رث [ منها ] (٦) من ماله ، إن الحبس يمضى ولا مرمة [ عليه ] (٧) وترم من غلتها ، لأن مسألة السؤال قصد المحبس [ انتفاع ] (٨) من يؤم [ فى المسجد ] (٩) بمنافع الدار .

(١) التوبة : ٦٠ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : كالإجارة .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى ج : الانتفاع .

(٩) فى أ : بالمسجد .

وقد حكى عبد الحق عن يحيى بن عمر فى مسألة « المدونة » [ أنه إذا ] (١) احتاجت الدار إلى مرمة أخرج منها وأكرت من غيره بقدر مرمتها .

فإذا رمت وانقضى الأجل ، رجع فسكن إلا أن يقول المحبس عليه : أنا أسكن وأرم بقدر ما تكرى من غيرى ، فذلك له .

وكذلك إن احتاجت بعد ذلك [ على ] (٢) ما فسرنا ، وهذا معنى ما فى « المدونة » إلا أن هذا أفسر .

وقسم اللخمي رحمه النفقة على الحبس إلى ستة أقسام ، فقال : ديار الغلة ، والخوانيت ، والفنادق نفقتها إن احتاجت إلى إصلاح من غلتها ، وإن كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج فتكرى بما تصلح به ثم يعود ، انظره [ (٣) ] .

وتأمل [ فتيا الشيخ ] (٤) رحمه الله مع قول البرزلى : وهذا الزمان كثير فيه أكل خراج حبس المساجد من الأئمة ويدعون الحبس متهدماً ، وربما تعطل ، فلذلك شدد عليهم صاحبنا الشيخ الفقيه قاضى الجماعة ، [ يريد والله أعلم أبا مهدى عيسى الغبريني رحمه الله . قال : ] (٥) وألزمهم بناء الأحباس ، وربما سجن بعضهم [ وضيق ] (٦) عليه ، وربما صرح بجرحة من فعل ذلك لأنه أخذ ما لا يجوز له أخذه ، فهو كالغاصب .

البرزلى : لأن حل الأحباس إنما تحبس بشرط أنه لا يكون للإمام أو المؤذن إلا ما فضل عما يحتاج إليه الحبس ، فلا يحل له أن يأخذ إلا ما زاد عما يحتاج إليه من إصلاح على وجه السداد والتوسط [ فيه ] (٧) .

قال : وسألت شيخنا الإمام [ - يعنى ابن عرفة - ] (٨) عن ريع الحبس إذا لم

(١) فى أ : إن .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : وأشار فى ديار السكنى إلى أن المحبس عليه يخير بين أن يصلح أو يخرج فتكرى بما تصلح به ثم يعود .

(٤) فى أ : فتياه .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : رضى .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

يأخذ الإمام شيئاً من خراجة ، هل يجب عليه إصلاحه من غيره ؟

**فأجاب :** إذا كان الحبس [ على ] (١) واحداً فيجب على الإمام النفقة على

المهدوم من غيره ، وإن لم يكن الحبس واحداً فلا يجب عليه إلا ما كان أخذ منه .

(٣٠٥) [٧] وسئل رضى الله عنه : عما فضل من خشب أو شبهه عن مسجد ،

هل يباع أم لا ؟

**فأجاب [ (٢) ] :** اختلف فى بيع [ ذلك ] (٣) ، وكذلك ما ابلى من الحصر على

قولين كما فى مسألة الثياب [ من ] (٤) كتاب الحبس ، والبيع أولى ليتنفع بالثمن .

**قلت :** مسألة كتاب الحبس معروفة ، وقول ابن القاسم [ فيها ] (٥) جواز بيع ما

ابلى من الثياب وضعف من الدواب المحبسة فى سبيل الله ، ويشترى بالثمن مثل

ذلك .

وروى غيره أنه لا يباع ذلك كما لا تباع الرباع الدائرة .

قال الشيخ : والخلاف فى ذلك مبنى على مراعاة اللفظ ، والمقصد هو الانتفاع .

فعلى الأول لا تباع وتبقى حتى تبنى ، وعلى الثانى يباع [ ذلك ] (٦) إذا كان لا

يتنفع بعينه .

وبجواز بيع أنقاض الحبس الخرب يخاف عليها الذهاب أفنى ابن لبابة وأصحابه ،

وأفتى [ به ] (٧) ابن زرب وقال [ له ] (٨) بعض أصحابه : قد رأيت مساجد تباع

حصرها ؟

فقال : إذا كان يستغنى عنها فما يبيعها بأس .

(١) فى أ : عن .

(٢) فى أ : فقال .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

قيل له : وكذلك ما بقى من أنقاض المساجد واستغنى عنه .

قال : بيعه جائز ، ذكر هذا كله ابن سهل .

قال : ومذهب ابن عتاب فى نقض مسجد تهدم ولا جيران له ولا معه ما ينفق فى بنائه وإعادة نقضه فيه ، [ أنه ]<sup>(١)</sup> يترك ذلك النقض ولا ينقل إلى [ق/ ٢٣٣ب] مسجد غيره حتى يعفى ولا يزال عن موضعه .

والى الأول ذهب ابن عرفة ، فقد أفتى رحمه الله فى فندق تهدم ببيع أنقاضه وأن يغير عن حاله دار ، وحكم القاضى بفتواه فيه .

ومن هذا ما أفتى به أبو سعيد بن لب رحمه الله فى طراز محبس على رابطة ثبت أنه قد تداعى للسقوط ، وأنه يضر بحيطان الجيران ، وأنه لا بد من حله ، ولا يعلم للرابطة ما يشد به بناؤه ، أنه يسوغ بيع الطراز على الصحيح من القولين فى ذلك ويعوض بثمانه للمحبس بما يكون له أنفع .

قال : وإن وجد من يعامل فيه بربيع آخر للمحبس ، فهو أحسن إن أمكن . أ.هـ .

وقد أفتى ابن رشد رحمه الله بجواز المعاوضة فى أرض محبسة على رجل وهى متصلة بدار لا تنفل من أذى أهل الدار غالباً ولا حيلة فى كف أذاهم عنها ، وذلك إذا انقطعت المنفعة منها جملة بما غلب عليها من ذلك ، فلم يقدر من أجله على اكترائها ولا على كرائها ، فبقيت معطلة لا فائدة فيها .

قال : ويكون ذلك بحكم من القاضى بعد ثبوت السبب المبيح للمعاوضة لديه والغبطة للمحبس . وأفتى فقيه المغرب فى زمانه [ الشيخ ]<sup>(٢)</sup> أبو مهدى عيسى بن علال رحمه الله فى سدس جنان بتازى لا تفى غلته بخدمته ، [ بأنه يباع ]<sup>(٣)</sup> ويعوض بثمانه ما هو أغبط للمحبس .

ابن عات : عن ابن عبد الغفور : لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف ، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف [ عليه ]<sup>(٤)</sup> الفساد للضرورة إلى ذلك ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ح : عليها .

وتوقيفه لها إن رجي عمارتها أمثل ، وإن لم تُرج بيع وأعين بثمانه في غيره أو صرف النقض إلى غيره .

**قلت** : في كتاب الصلاة الأول قال ابن القاسم : المسجد حبس من الأحباس .  
[ وفي « إرشاد » (١) السالك ] لشهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر رحمه الله : ولا يجوز بيع المسجد وإن انتقلت العمارة عنه . أ . ه .  
ابن عات : وحكى عن ابن حنبل : إن فقد أهل المسجد ولم يرج له عمارة ، فإنه يباع أصله وينفق في أقرب المساجد ، وهو أشبه بما قيل في الفرس المحبس يكلب .

[ **قلت** : ] (٢) وحكى ابن العطار عن الثوري : إنه إن خرب بيع واشترى بثمانه ما يبني به مسجد في محلة عامرة .  
واحتج للمذهب [ بأن ] (٣) العمل جارٍ على المنع من بيع المساجد [ الخربة ] (٤) ، وكل [ من ] (٥) تعرض لذلك وقع النكير عليه واستحسنوا منعه منه ، وقد قال النبي ﷺ : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (٦) .  
قال المشاور : وذكر ابن مزين أنه يؤخذ نقضه ويتفجع به في سائر المساجد ، ويترك ما يكون علماً له لثلا يدرس أثره .  
[ ونحوه ] (٧) حكى ابن حبيب عن غير ابن القاسم ، وابن القاسم لا يرى ذلك وإن تهدم وخرب ولا يغير [ منه ] (٨) شيء .  
وأفتى ابن عرفة بما ذكر ابن مزين في أنقاض مساجد بتونس [ أنه ] (٩) ينقل نقضها إلى حبس آخر .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : بلغ .

(٤) في أ : الخراب .

(٥) في أ : ما .

(٦) أخرجه أحمد (١٦٠٠) ، والحاكم (٤٤٦٥) ، والطيالسي (٢٤٦) ، والطبراني في « الكبير » (٨٥٨٣) ، والبزار (١٨١٦) ، من حديث ابن مسعود موقوفاً ، وإسناد أحمد ، حسن .

(٧) في أ : وغير .

(٨) في أ : فيه .

(٩) سقط من أ .

(٣٠٦) [٨] وسئل رحمه الله : عن رقعة تعرف بـ « رقعة الجامع » ليس لها اسم سوى ذلك ، وليس عليها يد أحد من الناس ولا تعرف لأى جامع هي ، ولا هل هي محبسة على الجامع أم لا ، إلا مجرد هذه التسمية ، فهل تثبت بها للجامع أم لا ؟ وإذا ثبت فلأى جامع ، هل لأقربها إليها أم لا ؟ وهل المسجد والجامع فى ذلك سواء ، لأن أهل البوادي لا [ يفرقون فى الاصطلاح ]<sup>(١)</sup> بينهما أم لا ؟

[ فأجاب ]<sup>(٢)</sup> : هي للجامع حين لم يكن عليها يد أحد [ ولا ادعاها أحد ]<sup>(٣)</sup> ونظيره ما نقل ابن تونس عن سحنون فى كتاب الجهاد فى الفرس يوجد موسوماً فى فخذة « حبس » ووجد فى المغنم ، فإنه لا يقسم ويكون حبساً فى السبيل ، وقاله أصبغ .

وكذلك هذه بل هذه أخرى ، إذ لا يد عليها ، وإذا تعين أنها للجامع [ ق / ١٥١ جـ ] فالمنصوص لأقرب المساجد إليها .

وإذا كان [ العرف ]<sup>(٤)</sup> أن إطلاق المسجد والجامع عندهم مترادف فلأقرب المساجد ، سيما مسجد يحتاج إلى رم وإصلاح ، لأننا إن قدرنا تحببها على غيره بما فضل ، فالمنصوص أنه يصرف لغيره ، لأن قصد المحبس الانتفاع به فى مسجد .

قلت : قال البرزلى رحمه الله : العادة فى أحباس القرى إذا جهلت مصارفها [ أنها ]<sup>(٥)</sup> على المساجد التى فى تلك القرية وعلى أئمتها .

قال : ووقعت بتونس وُضرفوا أحباسها لصاحب الحبس الكبير بتونس . أ . هـ .  
وأجاب ابن الحاج رحمه الله فى حبس على مسجد ما نصه : والواجب على القاضى أن يفحص على أهل هذا التحبب ، فإذا وجد [ على مسجد ]<sup>(٦)</sup> وثبت عنده امثل نصه .

(١) فى جـ : يعرفون فى الأرض .

(٢) فى أ : فقال .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى جـ : الفرق .

(٥) فى أ : أنه .

(٦) سقط من جـ .

وإن لم يجده وعمى [ خبره ] (١) تحرى [ فى الحبس ] (٢) وصرفه [ ق / ١١٥٧ ] فى الأهم من مصالح الجامع [ من زيت وحصر ] (٣) وبنيان ما رث [ و وهى ] (٤) من حيظانه ، فإن [ فضل ] (٥) شىء من الغلة استأجر من يقيم فيه الصلاة والخطبة إن أبى عن الطوع بذلك .

وبمثل هذا أفتى ابن رشد ، تقدم مصالح [ ذات ] (٦) المسجد على أجرة الإمام والخطيب [ فيها ] (٧) أ . ه .

وأجاب الشيخ أبو سعيد بن لب رحمه الله عن سؤال نصه : إذا فضلت فضلة من أحباس مسجد ، هل يعطى الإمام منها ، والعادة أنه يأخذ من الناس لا من الأحباس ؟

[ فقال : ] (٨) يجوز صرف الفاضل من فائد الحبس فيما ذكره السائل ، لا سيما إن كان الحبس مجهول المصرف ، أو على مصالح مسجد فإن إمامه من أعظم مصالحه وأكدها و [ قد ] (٩) قال بعضهم : لا بأس فيما هو لله أن يصرف فيما هو لله .

وفى « نوازل ابن الحاج » [ أن ] (١٠) ابن القطان أفتى فيما جهل سبيله من الأحباس أن يوضع فى بناء السور .

قال : و [ أنا ] (١١) أقول : لا يوضع إلا فى الفقراء والمساكين على قول مالك رحمه الله .

قلت : يريد - والله أعلم - [ على ] (١٢) قوله فى « المدونة » : ومن قال :

(١) فى أ : امره .

(٢) فى أ : فيه .

(٣) فى أ : كرينة وحصره .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : أناب .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

(٨) فى أ : فهل .

(٩) سقط من أ .

(١٠) سقط من أ .

(١١) فى ج : إنما .

(١٢) سقط من أ .



دارى حبس فقط ، ولم يجعل لها مخرجاً ، فهي حبس على الفقراء [والمساكين]<sup>(١)</sup> ، إلا أن يرى لذلك وجه يصرف [ إليه ، مثل أن ]<sup>(٢)</sup> يكون بموضع رباط كالإسكندرية فجل ما يحبس الناس فيها للسبيل ، فيجتهد الإمام .

عياض : [ الحبس ]<sup>(٣)</sup> المبهم كقوله : « دارى حبس » ، و « وقف مؤبد » لا يرجع ملكاً اتفاقاً ، ويصرف عند مالك فى الفقراء والمساكين ، إلا أن يكون فى الموضع عرف فى الوجوه التى توضع فيها الأحباس فيحمل عليه .

وعند ربيعة : يسكنها أقارب المحبس .

وما أشار إليه الشيخ من نقل ابن يونس عن سحنون وأصبح رحمهما الله فى مسألة « الفرس يوجد موسوماً فى فخذة حبس » ، وقع لهما ذلك فى « العتبية » فى أول رسم من سماع عيسى من كتاب الجهاد .

ولسحنون أيضاً فى كتاب ابنه : إن ذلك لا يمنع من قسمه ، لأن الرجل قد يسم فخذ فرسه ذلك ليمنعه ممن يريد من يريده [ منه ]<sup>(٤)</sup> .

قال : ولئن فعل ذلك بفرسه أن يبيعه إذا زعم أنه لم يرد به الحبس .

ابن رشد : وهو القياس ، إذ لا يجب الحكم بالوسم ، فلو وجد فى يد رجل فرس [ موسوم ]<sup>(٥)</sup> بالحبس لم يصح إخراجه من يده ، فكذلك إذا وجد فى المغنم ، لأن أهل الحبس قد استحقوه بالغنيمة ، فلا يخرج من أيديهم إلا بما تستحق به الحقوق .

قال : والقول الأول استحسان مراعاة لقول من يقول : [ إن العدو لا يملكون ]<sup>(٦)</sup> على المسلمين ما حازوه من أموالهم ، وإن صاحب المال أحق بماله بغير ثمن ، [ قسم أو لم يقسم ]<sup>(٧)</sup> .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كان .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : موشوم .

(٦) فى أ : لا يملك العدو .

(٧) فى أ : وإن قسم .

**قلت** : وبه أفتى ابن زرب رحمه الله ، إذ كتب إليه القاضى أبو بكر بن السليم فى رجل من أهل الثغر على فرس [ موسوم ]<sup>(١)</sup> على فخذة « حبس لله » ، فلما كشف عن ذلك قال : اشتريته [ بيلد ]<sup>(٢)</sup> البربر ، فلما أتيت سجلماسة خفت أن أغرم عليه أو يتزع منى فوسمته بهذا رجاء أن يطلق لى .

فكتب [ إليه ]<sup>(٣)</sup> : إن لم يعرف ملكه لهذا الفرس قبل هذه السمة ولا أقام بينة بما ادعاه فحل بينه وبينه وامضه فى سبيل الله على ما ظهر من وسمه ، ولا يصدق التعدى على هذا إن شاء الله إلا بينة .

وفى « الطرر » [ عن الموثق ]<sup>(٤)</sup> : إذا وجد رجل يبيع فرساً حبسها ، وقال : إنما وسمته مخافة العمال لأستدفعهم بذلك ، ولم أحبسه ، وعرف ذلك من ناحية الناس ، حلف وأطلق على بيعه .

ثم ذكر قول [ ق / ٢٣٤ ب ] سحنون فى كتاب ابنه المتقدم .

وقول ابن رشد : « لا [ يحكم بمجرد الوسم ]<sup>(٥)</sup> » ، يقتضى أن الكتب [التى]<sup>(٦)</sup> يوجد عليها « إنها حبس » لا [ يوجب ذلك كونها ]<sup>(٧)</sup> حبساً ، وهو كذلك .

وأشار إليه البرزلى رحمه الله ، [ قال : ]<sup>(٨)</sup> وكثير ما يقع من الكتب فيه مكتوب « حبس » ولا يعول عليه قال : ورأيت مدونة من رق [ عليها ]<sup>(٩)</sup> مكتوب فى كثير من أوراقها « حبس » ويبعث ولم يعمل بذلك الكتب .

(١) فى أ : مرشوم .

(٢) فى أ : ببلاد .

(٣) فى أ : له .

(٤) فى أ : من الوثائق .

(٥) فى أ : لا يجب الحكم بالوسم .

(٦) فى ج : الذى .

(٧) فى ج : يوقف لكونها .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من ج .

قال : ووقع أيضاً بعض الكتب [ بخط ] (١) مشهور [ لشخص ] (٢) وأقيمت عليه البينة .

قال : فسألت شيخنا الإمام عن ذلك - يعنى ابن عرفة - فأجاب : [ لا يشبته ملكاً ] (٣) لاحتمال أن يكون خرج عن ملكه حتى يقيم البينة أنه لم يزل تحت يده حتى توفى [ وأورثه ] (٤) ورثته على حسب [ عقد ] (٥) الاستحقاق .

وقول الشيخ فى الجواب : لأننا إن قدرنا تميمها على غيره بما فضل ، فالمنصوص [ (٦) أنه [ يصدق لا غيره ] (٧) ، لأن قصد المحبس الانتفاع به فى مسجد تصريح منه [ بصرف ] (٨) ما فضل [ عن مسجد من حبسه لمسجد آخر .

وفى « الطرر » : كتب إلى بعض شيوخ الشورى بقرطبة فيما فضل [ (٩) عن ] (١٠) أحباس المساجد عن [ فرشها ] (١١) ووقيدها وجميع أسبابها ، وتراكت غلة أحباسه ، أتصرف فى نفع سائر المساجد التى لا غلات لها [ أم ماذا ] (١٢) يصنع بها ؟

**فأجاب :** قول ابن القاسم ألا يصرف إلى غيره من ذلك شيء ، ويتناع له به أصول ودور تجرى غلاته عليها ، ويبقى سائر ذلك لنفقاته وما هى منه ، ويوسع من ذلك عليه فى جميع ما يحتاج إليه من وقيده وحصره وجميع آلاته [ وعلى قومته ] (١٣)

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لشيخ .

(٣) فى أ : أنه لا يثبت ملك أنه .

(٤) فى أ : وورثه .

(٥) فى أ : العقد فى .

(٦) فى أ : المنصوص .

(٧) فى أ : يصرف لغيره .

(٨) فى أ : يصرف .

(٩) سقط من أ .

(١٠) فى أ : من .

(١١) فى أ : بنياتها .

(١٢) فى أ : أو ما .

(١٣) سقط من أ .

وغير ذلك من أموره .

قال : وغيره يجيز صرفه إلى غيره من المساجد التي لا أحباس لها بعد أن يعلم صحيحاً أنه لا يحتاج إلى ما صرف منه إلى غيره .

وحجة ذلك : أن [ المسبل ]<sup>(١)</sup> إنما سبلها للمنفعة لا للاستفاد [ ونحوه كله لغيره ]<sup>(٢)</sup> .

قال : فإن أخذ أحد هذا القول لم يضمن ما أنفق من ذلك على غيره .

وعلى القول الأول - الذى هو قول ابن القاسم - أكثر الروايات ، [ من ]<sup>(٣)</sup> لم يجز صرف بعضها إلى بعض لم يجز السلف من بعضها لبعض ، ومن أجاز السلف منها :

[ قال أصبغ وابن الماجشون : إن الأحباس كلها إذا كانت لله انتفع بعضها فى بعض ، وبه قال بعض أصحابنا ]<sup>(٤)</sup> .

**قلت :** ويقول الغير أفتى ابن رشد ، [ فإنه ]<sup>(٥)</sup> سئل عن مسجد جامع تهدمت بلطات داره ، وليس فى مستغلاته ما تبنى به بعد نفقات وقيده وأجرة أئمة وخدمته ، وعندنا مساجد قد فضل من غلاتها كثير ، فهل ترى أن تبنى البلطات المذكورة من فضلات هذه المساجد ، فقد جاء : « لا بأس أن تصرف الأحباس بعضها فى بعض ؟ » وإن كنت تراه جائزاً ، فهل تؤخذ الفضلات عن السلف إلى أن تقضى من [ غلة ]<sup>(٦)</sup> المسجد الجامع ولا يكون من فعله متعدياً إن لم يفضل من [ غلة ]<sup>(٧)</sup> المسجد الجامع [ شئ ]<sup>(٨)</sup> يقضى منه السلف المذكور إلا بقطع وقيده وأجرة أئمة وخدمته ؟

(١) فى ج : السبل .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فقد .

(٦) فى أ : غلات .

(٧) فى أ : غلات .

(٨) سقط من أ .

**فأجاب :** [ ما ] (١) كان من المساجد لا يفضل من غلات [ أحباسه ] (٢) إلا سيراً ، فلا يجوز أن يؤخذ [ منها ] (٣) شيء لبنيان الجامع مخافة أن تقل الغلة فيما يستقبل ، فلا تقوم بما يحتاج إليه ، وما كان منها يفضل من غلات أحباسها كثير حتى يؤمن احتياج المسجد إليها أو إلى بعضها فيما يستقبل ، فجائز أن يبني ما انهدم من الجامع بها إذا لم يكن في غلة أحباسه ما يبني به ما انهدم منه على ما أجازته من تقدم من العلماء في مثل هذا المعنى ، والواجب أن يقدم بنيانه ورمسه على أجر أئتمته وقومته ، إلا أن لا يوجد من يؤم فيه ويخدمه بغير أجر ، فيكون ذلك سبباً لتضييع الجامع وتعطيله .

وأخذ بعض أئمة المتأخرين من الأندلسيين - وهو ابن علاف رحمه الله - من هذا [ ق / ١٥٢ ج ] الفتيا أن ما حبس على [ طلاب ] (٤) العلم الغرباء ، أنه إن لم يوجد غرباء فإنه يدفع لغير الغرباء .

وأفتى بذلك واحتج أيضاً بمسألة فضل الزيت على المسجد أنه يوقد به في مسجد آخر .

وأفتى ابن دحون في حبس على حصن [ تغيب ] (٥) [ عنه ] (٦) يدفع في حصن آخر .

قال : وما كان لله واستغنى عنه ، فجائز أن يستعمل في غير ذلك الوجه مما هو لله .

**قلت :** في « صحيح مسلم » عن عائشة رضي الله عنها [ قالت ] (٧) : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لولا أن قومك [ حديثوا ] (٨) عهد بالجاهلية - أو قال بكفر -

(١) في أ : من .

(٢) في أ : أحباسها .

(٣) في أ : منه .

(٤) في ج : طلباء .

(٥) في أ : تغلب .

(٦) سقط من ج .

(٧) في ج : قال .

(٨) في أ : حديث .

لأنفقت كنز [ الكعبة ]<sup>(١)</sup> في سبيل الله ولجعلت بابها بالأرض ولأدخلت فيها من الحجر»<sup>(٢)</sup> .

قال في « الإكمال » : في تجويز النبي ﷺ لفعله لولا مراعاة [ ق / ١٥٨ أ ]  
النفر لقريش ، دليل على جواز نقل ما جعل في سبيل الله إلى سبيل آخر ، وهو أحد  
الروايتين عندنا .

وفي رسم « سن » من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس من « البيان » : إذا  
عفت المقبرة وانقطع الدفن فيها ، فلا بأس ببناء مسجد عليها للصلاة فيه ، لأن  
المسجد والمقبرة حسان على المسلمين لصلاتهم ودفن موتاهم فيها ، فلا بأس أن  
يستعان ببعض ذلك في بعض ، وينقل بعضه إلى بعض على نفع ذلك لهم ورفقة بهم  
وأحوج ما هم إليه ، قال ذلك ابن الماجشون في « الواضحة » . أ . هـ .

وفي « المنتقى » في أرض محبسة للدفن ، فضاقت وبجانها مسجد ، فأرادوا  
دفن ميتاً به فلا بأس به ، قاله ابن الماجشون .

وقال أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت : لا بأس أن يبني [ فيها ]<sup>(٣)</sup>  
مسجداً ، وكل ما كان لله [ لا يتعلق به حق لغيره ]<sup>(٤)</sup> فلا بأس [ أن يستعان ببعضه  
على ]<sup>(٥)</sup> بعض . الباجي : ووجه ذلك ما أشار إليه من أنه إذا كان الحسان لله  
تعالى لا يتعلق بهما حق [ لغيره ]<sup>(٦)</sup> ، فلا بأس بصرف بعضهما إلى بعض على  
الوجه الذي ذكره من نقل المقبرة إلى المسجد ودفن الميت في المسجد على سبيل  
التوسع ، أما ما كان للمخلوقين من الحقوق ، فلا يصح له [ لأنه ]<sup>(٧)</sup> نقل منفعة أحد  
[ الحسين ]<sup>(٨)</sup> إلى [ ملك ]<sup>(٩)</sup> غيره ، وفي مسألتنا لا ينقل عن ملك وإنما ينقل من

(١) في أ : الكتب .

(٢) صحيح مسلم (١٠٥٩) .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من جـ .

(٥) في أ : بصرف بعضها إلى .

(٦) سقط من جـ .

(٧) سق من جـ .

(٨) في جـ : الحسين .

(٩) في حـ : ملكه .

وجه منفعة إلى وجه آخر ، فهو كله لله عز وجل .

**قلت** : تأمل توجه الباجي رحمه الله [ وأمعن ] (١) النظر فيه .

(٣٠٧) [٩] وسئل رضى الله عنه : عن رجل بنى بيتاً وسماه « بيت الضياف » ،

هل يكون بهذا حبساً ؟

فقال : لا حتى ينوى الحبس أو يصرح به .

**قلت** : لأن غاية أمره أن يكون [ كبناء المسجد ] (٢) فى ملكه ، وقد نص

الشيخ أبو الطاهر بن بشير رحمه الله أنه لا [ يخرج ] (٣) عن ملكه بنفس البناء إلا أن يظهر منه قول أو فعل يدل على أنه قصد إخراجه عن ملكه وتحييسه ، ومن الفعل أن يخلى بين الناس وبينه .

قال ابن العربي رحمه الله فى « أحكام القرآن » على قول الله عز وجل « وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ ... » الآية (٤) : لو بنى رجل بداره مسجداً وحجره [عن] (٥) الناس واختص به لنفسه ، بقى على ملكه ولم يخرج إلى حد المسجدية ولو أباحه للناس كلهم لكان حكمه حكم [ سائر ] (٦) المساجد العامة وخرج عن اختصاص الأملاك . أ . ه .

وحكى الشيخ أبو القاسم بن ناجى عن شيخه ابن عرفة رحمهما الله : إن من عمل مسجداً فى طرف جنانه ، عليه بناء أو براح ، ويحوز عليه ويبيحه لبعض الناس دون بعض ، [ فإنه ] (٧) لا يكون حبساً .

قال : [ وهذا ] (٨) الذى ذكره شيخنا رأيت كثيراً فى أجوبة تونس ، ففهم عنهم أنهم لم يقصدوا بذلك تحييسه .

(١) فى أ : وأنعم .

(٢) فى أ : كبنائه مسجداً .

(٣) فى ج : يحتاج .

(٤) البقرة : ١١٤ .

(٥) فى ج : على .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى ج : وهو .

**قلت** : وهو مقتضى قول ابن العربي المتقدم ، وسيأتي نحوه لابن رشد .

وقال أبو الوليد الباجي رحمه الله : ظاهر قول مطرف ، وهو معنى « المدونة » ، أنه لا يلزم تحييس بمجرد البنيان .

قال : وفيه نظر ، وقد كان يجب أن يلزم [ بمجرد البنيان ]<sup>(١)</sup> ، إلا أنه لا يتم حيازته إلا بإباحته وإقامة الصلاة فيه .

ابن شعبان : [ إذا خلى بينه وبين الناس فهو ماضٍ ولا يحتاج إلى جعله بيد قيم ، سواء كان بابه داخل باب داره [ ق / ٢٣٥ ب ] يغلغ عليه أو خارجه .

**قلت** : قول ابن شعبان [ (٢) قريب مما حكاه ابن رشد في سماع سحنون من كتاب الصلاة من « البيان » : إن من أهل العلم من ذهب إلى أن من بنى فى داره مسجداً وخلى بين الناس وبينه حتى صلوا فيه صلاة واحدة ، فإنه يحترم ذلك بحرمة المسجد ، ويرتفع ملكه عنه .

ابن رشد : والذى أقول به أن من بنى مسجداً فى داره أو محراباً للصلاة ، فإنه يحترم بحرمة المسجد فى أن [ ينزه عما تنزه عنه ]<sup>(٣)</sup> المساجد دون أن يرتفع عنه ملكه ما لم يخرج من علو داره .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : ينزهه عما تنزهه .



## [ مسائل من الصدقة

## والهبة ] (١)

(٣٠٨) [١] سئل رضى الله عنه : عن رجل تصدق بمواضع من أرض على أولاد له صغار ، فحرث الأرض المتصدق بها مع أرض له باقية على ملكه ، وخلط زرع ذلك كله فى أندر واحد ، فمات بعد ذلك وهم لم يشهدوا على حوزة ولا على جملة ما قبض من الزرع ولا عرف أين موضعه ولا غير ذلك إلا الإشهاد بالصدقة أولاً ، فلما مات وجد الرسم ووجد [ رسماً ] (٢) آخر بأنه كان تصدق على بنات له غير هؤلاء مالكات أمورهن منذ عشرين سنة ببعض [ تلك ] (٣) المواضع التى تصدق بها على الأصغر ، ولم يكن المالكات علمن بذلك ، فما الذى يصح من ذلك ويبطل ؟

فقال : أما صدقته على الصغار فنافذة ولا يضرهم عدم الإشهاد على الحوز ، وهو محمول على أنه حاز وأنه تصدق فى الغلة [ للصغار ] (٤) فى منافعهم أو فى كسوتهم [ ونفقاتهم ] (٥) حتى يعلم بإقراره أو بما يقوم مقامه أنه إنما تصرف لنفسه ، فحيثنذ يبطل .

وأما لو كانت الصدقة بمشاع فيبطل .

وأما صدقات المالكات فلو عثر على [ ذلك ] (٦) وهو حى ، لصحت لهن وأجبر على تجويزهن ، ولم تصح للأصغر ، فلما مات كانت لهن باطلة وصحت للأصغر ، هذا قول ابن القاسم فى العتق الثانى خلافاً لأشهب .

قلت : حكى ابن رشد رحمه الله فى سماع أصبغ من [ كتاب ] (٧) « البيان » وفى رسم « خرجت » من سماع عيسى من كتاب الحبس فى صحة حيازة الأب لولده الصغير الجزء الذى تصدق به عليه من ماله على الإشاعة ثلاثة أقوال ، ثالثها : لابن

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : رسم فى .

(٣) فى ج : ذلك .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : وعولتهم .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : صدقات .

القاسم [ الجواز ] (١) إن أبقى الباقي لنفسه أو تصدق به فى السبيل لا [ إن تصدق به ] (٢) على كبير إلا إن حازه على كبير له ولنفسه ، والأول للمالك والثانى لأصبغ .

[ فاعتمد الشيخ رحمه الله قول أصبغ ] (٣) ، وظاهر فتيا ابن عتاب [ و ] (٤) صريح فتيا ابن مالك فى « أحكام ابن سهل » رحمهم الله فى مسألة من وهب لابنه الصغير نصف أملاكه مشاعاً ، وسكن داراً منها هى أكثر من ثلثها حتى مات [ فيها ، بصحة حوز الأب له ذلك ، وعزاه ابن سهل للأكثر ] (٥) .

وما أشار إليه الشيخ من مسألة العتق الثانى إنما خالف أشهب [ فى قيام ] (٦) المتصدق عليه أولاً على الثانى الحائز [ ولم يمت ] (٧) المتصدق [ عليه ، فقال الثانى : إذا قبض وإن لم يمت الواهب ] (٨) .

واختاره ابن المواز ، وقال : ليس قول ابن القاسم بشيء .

الباجى : فإذا قلنا بقول ابن القاسم فقال أصبغ فى « العتبية » : إن علم المتصدق عليه بالصدقة ، فلا شيء له .

وإن لم يعلم أو علم ولم يفرط فعاجله المتصدق فتصدق بها على غيره ، فالأول أحق إن أدركها قائمة ، وإن فاتت فله قيمتها على المتصدق .

قلت : ونقل ابن يونس نحوه عن ابن القاسم ، ونصه : وروى ابن القاسم أنه إن تصدق به أو وهبه لآخر والأول عالم ، فلا شيء له إذا [ حازه ] (٩) الآخر وإن لم يعلم ما لم يمت الواهب .

وقال ابن رشد : مذهبه فى « المدونة » : الأول أحق [ بها ] (١٠) وإن قبضها

(١) فى أ : يصح .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أو .

(٥) فى أ : هذا القول بعدم صحته .

(٦) فى أ : إذا قام .

(٧) فى أ : قبل موت .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى ج : جاء .

(١٠) سقط من ج .

الثانى ، علم أو لم يعلم ، فرط أو لم يفرط .

وانظر لو لم يتصدق الأب بما تصدق به على البنات المالكات أمورهن ، هل يعذره بالجهل بها لأنهن لم يقرطن فى حوزها أم لا لعدم الحوز فتبطل ؟

والذى ذكره الشيخ أبو عبد الله محمد بن راشد القفصى رحمه الله فى « شرح مختصر ابن الحاجب رحمه الله » ونقله عنه الشيخ ضياء الدين أبى المودة خليل رحمه الله فى « توضيحه » ، وينبغى إذا لم يعلم بالهبة فلما مات الواهب دفع له عقد الهبة وعلم ذلك ، ألا تبطل .

قال : وقد نزلت بتونس ووقع [ ق / ١٥٣ حـ ] [ فيها ] (١) اضطراب ووجدت أنه معذور لعدم علمه ، والله أعلم .

**قلت** : قلبت طرر ابن عات فلم أجدها فيها ، وهذا خلاف ما أفتى به ابن رشد رحمه الله ، فقد سئل عن حبس على ابن له صغير فى حجره وقبض له الحبس إلى أن يبلغ [ ق / ١٥٩ أ ] ، فبلغ [ ولم يقبض ] (٢) ولم يعلم به حتى مات الأب أو لم يحز الأب عقد التحبىس ؟

[ **فأجاب** : إن بلغ الابن المحبىس عليه وملك أمره فى حياته أو لم يحز عنه الحبس ] (٣) إلى أن توفى ، فهذا باطل ، علم الابن بالحبىس أو لم يعلم ، كان الابن قد حازه أو لم يحزه .

قلت : وهذا أصل مختلف فيه هل يعذر الموهوب له بعدم تفريطه فى الحوز أم لا ، والقولان مخرجان من مسألة كتاب الصدقة فيما يشتريه الرجل من هدية لأهله فى سفره من كسوة ونحوها ، فمات قبل أن يصل إلى بلده ، ومن مسألة كتاب الهبة فيمن تصدق بدار حاضرة أو غائبة فلم يحزها المتصدق [ عليه حتى مات المعطى ، إنها تبطل وإن لم يفرط .

وقد أشار إلى تخريج [ (٤) هذا الخلاف ] صاحب [ (٥) « التنبهات » .

(١) فى جـ : عليها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

وقد سئل عياض فيما نقله محمد ابنه عنه رحمهما الله : عن رجل له ابن كبير مالك أمره وابنة صغيرة فى حجره ، وهجر ابنه المذكور وقطعه وساء ما بينهما وماتت أمه وتزوج بعدها امرأة لها ولد ، فباع الأب من ابنه المذكور داراً ورغبه أن يعمره فيها ، فأعمره فيها مدة حياته ، ثم زوج الأب ابنته من ربيبه وجهازها بجهاز كبير [يستغرق] (١) ثمن الدار المذكورة وبدار أخرى ، ومكثت الابنة مع زوجها مدة طويلة وخرجت [ عن ] (٢) ولايته ، ثم توفى الأب وقالت : إن هذه [ الدار ] (٣) تصدق بها على أبى ، واستظهرت بوثيقة تتضمن الصدقة بالدار المذكورة وبثلاثة حوانيت قبل أن تتزوج ، فقال الابن : الدار اشتريتها منه وأعمرته فيها ، وقد جهزك بأضعاف ثمنها وبدار غيرها ، وتوفى وأنت رشيدة ، ولم يدفع لك الحوانيت ولا غيرها مما ادعيت فيه الصدقة ، وقد كان معك ومع زوجك وأمه زوج الأب فى دار واحدة وعلى نفقة واحدة ، فقالت : لم أعلم بالصدقة إلا بعد موته ؟

**فأجاب :** إذا كان الأمر كما ذكرتم ولم يجد الأب على الابنة سفهاً ولا عرف منها سفه بين ، وعرف أنها ممن لم تخف عليها الصدقة ، فلا قيام لها فى شىء منها .

وإذا كان ممن يمكن أن تخفى عليها فى ذلك نظر ، فإن كان الأب لم يحزها لها بإخلاء أو بما يحوز به الآباء للأبناء ، فلا قيام لها جملة .

وإن ثبت أنه قد حازها مدة كونها فى حجره ، فعليها أن تحلف أنها ما علمت بالصدقة المذكورة إلى حين قيامها ، ثم تقوم فيها على مذهب من يقول من أصحابنا : إن عدم التفريط فى الحوز [ ق / ٢٣٦ ب ] لا يقدح فى الصدقة ، ولا قيام لها على المذهب الآخر .

والقولان معلومان متأولان على « المدونة » منصوبان فى غيرها ، لكن الدار التى باعها الآن لا قيام لها فيها جملة ، صحت الصدقة أو بطلت ، ولا قيام لابنته فى ثمنها ولو صحت ، لما ذكرت من تجهيزه لها بأضعاف ثمنها ، إلا أنه يجب الوقوف على لفظه فى الجهاز ، هل يقر بلفظ الصدقة أو النحلة أو غير ذلك من

(١) فى أ : ليغرق .

(٢) فى أ : من .

(٣) سقط من أ .

الألفاظ ، فينظر في ذلك بحسبه وما يطابق أن يجعل عوضاً من ثمن الدار عطية مستأنفة وبالله التوفيق ، قاله عياض .

**قلت** : يريد إن كان بلفظ الصدقة ونحوها كان لها ثمن الدار ، وإن كان بما لا يقتضى تبرعاً حل على أن ثمنها كان في الجهاز ، لأن الإنسان إنما يدفع في الغالب ما لزم ذمته .

وقد أفتى الشيخ رحمه الله فيمن شور ابنته ولها عليه دين فمات الأب وطلبت دينها ، فقال الورثة : قد شورك به ، وقالت : من ماله ، إن القول قول الورثة .

قيل له : وهل كذلك ولو أخرج تلك الأسباب من عنده ، ويحمل على أنه عاوضها ، انظر كتاب الودعة [ من التقييد ] (١) .

وذكر محمد بن عياض جواباً ثانياً على هذا السؤال ، نصه : الهبة غير جائزة لعدم الحوز ، والبيع جائز إن شاء الله ، وبه التوفيق ، قاله الإيباني .

وجواباً ثالثاً نصه : إذا كان الأمر كما ذكرت فبيع الأب جائز ولا حق للأخت في الدار ولا في شيء من الحوائث إذا لم تحزها في حياة أبيها ، وترجع الحوائث ميراثاً ولا اعتراض لأخيها في شيء مما جهزها به [ أبوها ] (٢) .

وإن كانت الدار قد نحلها بها أبوها فهي لها ، وإن لم ينحلها [ لها ] (٣) ووهبها لها ولا احتازتها في حياته ، فهي مردودة وترجع ميراثاً .

**قلت** : وهذان الجوابان الأخيران كجواب ابن رشد الذي قدمنا ذكره .

وتأمل - أرشدك الله - جواب أبي الفضل عياض رحمه الله ، فقد اعتبر حيازة الأب للصغير في حال كونه في ولايته ، وأنه يفيد وإن لم يحز الولد بعد رشده من ذلك إذا لم يعلم بالهبة على القول بأن عدم التفريط في الحوز غير قادح في الهبة ، وهو مشكل فإنه إن اعتبر وكان له أثر ، وجب أن يكتفى به وإن ملك أمره مع العلم بالهبة ومع التفريط في حوزها [ في حصوله ] (٤) وإن لم يعتبر ولا كان له أثر ،

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في أ : بها .

(٤) في أ : لحصوله .

وجب نفوذ الهبة للموهوب له الذى لم يعلم ولم يفرط فى القبض مطلقاً وإن لم يحصل حوز الأب للهبة له أم لا ، لأن القادح فيها إنما هو التفريط فى حوزها وقبضها ، فانظره .

وفى أول كتاب الصدقات : ومن تصدق بدار فلم يقبضها المعطى حتى باعها المعطى ، فإن علم المعطى بالصدقة ولم يقبضها حتى بيعت ، تم البيع وكان الثمن للمعطى .

وإن لم يعلم فله نقض البيع فى حياة الواهب وأخذها .

فأما إن مات المعطى قبل أن يقبضها المعطى فلا شيء له ، بيعت أو لم تبع .

وقال أشهب : إن خرجت عن ملك المعطى بوجه ما وحيزت عليه ، فليس للمعطى له شيء .

قال [ فى ] (١) « الوثائق المجموعة » : ولو دفع المبتاع فيما ثبت به الصدقة لأضره ذلك إذا عجز عن الدفع ، لأنه صدق البائع [ أنه ] (٢) باع ما وجب له يبعه [ وأن ] (٣) المتصدق عليه ظلمه .

(٣٠٩) [ ٢ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل تصدق بملك على بنيه وفيهم كبير وصغير ، [ وبقى ] (٤) الملك فى يده يفتله لم يحزم منه حتى مات الابن الكبير ، ثم بقى حتى مات المتصدق ، فهل تصح أم لا ؟

[ فأجاب ] (٥) : لو كانوا كلهم صغار لحمل على أنه يحوز لهم حتى يثبت خلافه .

ولو حاز الكبير الجميع فلا إشكال .

ولو حاز هو لنفسه وولده الصغير على الشيع ، فعلى مذهب ابن القاسم فى الكتاب يبطل الحوز للكبير ، لأن حوز المشاع لا يصح عنده ، ولما لم يحزم بطل

(١) فى أ : أهل .

(٢) فى أ : له .

(٣) فى أ : إلى .

(٤) فى أ : فبقى .

(٥) فى أ : فقال .

الجميع ، لأن نصيب الكبير بطل لكونه لم يحزه ، ونصيب الصغير لا يمكن حوزة لكونه بقى نصيب الكبير بيده لنفسه ونصيب الأصغر معه وهو مشاع ، فلا يمكن حوزة .

قال : وهى منصوصة هكذا ، ويقول ابن القاسم العمل ، وقول على ومن معه فى الكتاب هو الثانى بصحة الصدقة للصغار .

**قلت :** أما إن شارك الأب فى ميراث الكبير غيره فلا إشكال فى البطلان ، لأن الصدقة حيثذ صارت على من يحوز [ له الأب وعلى من يحوز لنفسه ، ومن حق من يحوز لنفسه أن يقاسم الأب فيحوز لنفسه ما يصير له إلى [ (١) ] (٢) ] وأما إن انفرد الأب بميراثه ، فالظاهر [ عندى ] (٣) أن المسألة تتخرج على الخلاف الذى فى حيازة الأب للولد الصغير ما تصدق [ عليه ] (٤) به مشاعاً بينه وبينه ، وتتخرج أيضاً على الخلاف فى الدوام هل هو كالإنشاء أم لا ؟

وقد أشار اللخمي رحمه الله إلى أن الخلاف الذى فى صدقة الأب وحبسه على صغير وكبير ولم [ يحز ] (٥) ذلك من يده إلى أن توفى ، هل يصح نصيب الصغير ؟ مبنى على الخلاف فى حوز المتصدق عليه [ ق / ١٦٠ أ ] مع المتصدق ما كان بينهما مشاعاً .

قال : فعلى القول بجواز ذلك يصح نصيب الصغير .

وعلى القول بعدم جوازه يطل ، ونقله صاحب « التنبهات » أيضاً .

(٣١٠) [٣] وسئل رحمه الله : عن رجل له أولاد كلهم رشداء ، بعضهم معه فى بيته وتحت إنفاقه ، وبعضهم بائون عنه ، فتصدق بأرضه على الذين معه خاصة ، فقام عليه البائون بصدقات أهمهم فقالوا : كيف تتصدق والصدقات يفترق كل ما عندك من

(١) بياض فى ج .

(٢) فى أ : حوز الأب له وعلى من لا يحوز حوزة له ، فيجوز حيثذ دفع الأب جميع الصدقة للوارث فيحوز لنفسه ولغيره من الأولاد الصغار أو مقاسمتها فيحوز نصيبه ويحوز الأب نصيب الأولاد الصغار .

(٣) فى أ : عنهم .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : يخرج .

أرضٍ وغيرها ؟ فقال : إنما تصدقت عليهم [ ق / ١٥٤ جـ ] [ بشرط ]<sup>(١)</sup> أن ينفقوا على ، وذكر أنها باطلة ، فسكتوا عنه مدة من عام ثم سافر الرجل وبقي مدة من عام والأرض بأيدي المتصدق عليهم على حسب ما كانت عليه وهم مع أبيهم ، ثم رجع وعاد معهم على ما كان عليه ، فطلب البائتون صدقاً أمهم ، فهل تصح الصدقة ويكون سكوت [ الأولاد ]<sup>(٢)</sup> عن طلبه طول المدة المذكورة رضاً بإجازتها أم لا ؟ وإذا كان رضاً ، هل غيبته وبقاؤها [ بأيديهم ]<sup>(٣)</sup> حوز أم لا ؟

**فأجاب :** إذا ثبت بيينة أنه اعتذر لهم إذ ذاك بالعدر المذكور ، فلا يضرهم السكوت وإن صحت الصدقة ، وأما إقراره الآن بذلك فلا يقبل ، لأنه قد يريد إبطالها .

وأما إن ثبت الشرط بطلت الصدقة لا إشكال ، ثم إن صحت الصدقة نظر ، إن كان له مال غير الأرض صحت أيضاً وكان الدين في المال ، ويسجبر على التحويز الآن .

وأما الحوز الذي أبقاهم عليه على ما كانوا فلا يصح ، وإن لم يكن له مال غيره فالدين أولى ، وإن لم تكن لهم بيينة على ما قال لهم وثبت علمهم بالصدقة ، صحت الصدقة ، وإن لم يثبت علمهم [ فهم ]<sup>(٤)</sup> على عدم العلم حتى يثبت العلم .

**قلت :** إذا تصدق عليهم على أن ينفقوا عليه ، فبيع فاسد وتكون الغلة للمتصدق عليه بالضمان ، ويرجع بما أنفق أو بقيمته أو بما أنفق إذا لم يكن في عياله ، [ ونفقة ]<sup>(٥)</sup> ما أنفق إذا كان في عياله ، وترد الصدقة ما لم تفت فترد القيمة ، ونص على هذا في كتاب الشفعة ، وفي كتاب الحبس وفي السلم الثاني .

ابن بشير : وإن أجازته أشهب . وقوله : إما لأن النفقة [ بالمعلوم ]<sup>(٦)</sup> قدرًا

(١) في جـ : شرط .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في جـ : فهي .

(٥) وقيمة .

(٦) في أ : فالعمر .



وعليه لا يختلف فى الجواز ، وإما لأنه خارج مخرج المكارمة والمسامحة فيعطى الإنسان الدار الكثيرة الثمن لمن ينفق عليه ما يعلم أنه بعض ثمنها ، وقاله اللخمي . ولم ير الشيخ رحمه الله كون الأرض المتصدق بها بأيدى الأولاد المتصدق عليهم على حسب ما كانت عليهم هم مع أبيهم ، وقد غاب المتصدق عامًا [ وهى ] (١)

[بأيديهم] (٢) حوزًا .

[ قال ] (٣) : ويجبر على التحويز الآن ، وأما الحوز الذى أبقاهم [ ق / ٢٣٧ب ] عليه على ما كانوا ، فلا يصح إما لأنه رأى الدوام كالإنشاء ، وإما [ لأنه ] (٤) رأى تصرف الولد فى مال أبيه بحكم النيابة [ عنه ] (٥) عادة .

وقد قال مالك رضى الله عنه فى رسم « يسلف » من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق من « العتبية » : [ أن يكون ] (٦) الولد فى مال أبيه [ يدبر ] (٧) أمره [ وغيره ] (٨) ممن لا يدبر بمنزلة واحدة ، فلما كان الأمر كذلك استصحب حتى يعلم أنه تصرف لنفسه .

وفى كتاب الهبة : ومن وهب لرجل هبة لغير ثواب ، فقبضها الموهوب بغير [ إذن ] (٩) الواهب ، جاز قبضه إذ يقضى على الواهب بذلك .

(٣١١) [ ٤ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل تصدقت عليه أخته ، فقبل منها وأشهد [ على ذلك ] (١٠) ثم قال لها : أشهدك أنه متى احتاجت إلى ما تصدقت به فهو مصروف عليها ، فبقيت فى يده [ الصدقة ] (١١) المذكورة مدة ، ثم [ إنه ] (١٢)

(١) فى أ : وهو .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) فى ج : إن .

(٥) فى ج : عند .

(٦) فى ج : ليكون .

(٧) فى ج : يزيد .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : أمر .

(١٠) فى أ : عليها .

(١١) سقط من أ .

(١٢) فى أ : إنها .

لحقتها حاجة شديدة وفاقة مفدحة فطلبت ما تصدقت به ، فهل لها [ ذلك أم لا ] (١) ؟  
 [ فأجاب ] (٢) : الصدقة صحيحة ، إلا أنه حين وعدّها بصرفها عليها إذا  
 أصابتها حاجة فهي عدة على سبب وقد حصل ، وهي مسألة فيها أربعة أقوال مذهب  
 ابن القاسم منها : إن كانت على سبب وحصل لزم ، فيلزمه صرفها عليها ثم  
 يرجع الكلام [ عليها ] (٣) هل هو عود في الصدقة أم لا ؟ فلا شك أنه عود فيها .  
 وقد اختلف هل يحرم العود في الصدقة أو يكره ؟ المشهور الكراهة ، فتعود إليها  
 على هذا .

وقد نص عيسى - أظنه عن ابن القاسم - فيمن وهب لرجل جميع ماله ثم وهب  
 الموهوب للواهب جميع الهبة ولا يملك سواها ، أن الواهب الأول يدفع ثلث ماله ،  
 وأن الموهوب يدفع [ ثلث ] (٤) ذلك الثلث .

[ قال ] (٥) : وهي مسألة الدور ، لأن كل ما عاد إلى أحدهما شيء من ذلك  
 لزمه [ ثلثه ] (٦) ، انظر ما نقلت عن الهبات .

قال الشيخ : [ واجعله ] (٧) أصلاً تعتمد عليه في هذا المعنى .

قلت : الأقوال الأربعة المشار إليها في العدة حكاه صاحب « البيان » في  
 رسم « طلق » من سماع ابن القاسم من كتاب العارية .

ابن العربي في « الأحكام » على قول الله سبحانه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ  
 مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ (٨) : [ فإن ] (٩) كان القول منه وعداً [ فلا يخلو أن يكون ] (١٠)

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فقال .

(٣) في أ : إليها .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : قالوا .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : فجعلها .

(٨) الصف : ٢ .

(٩) في أ : وإن .

(١٠) سقط من أ .

منوطاً بسبب كقوله : إن تزوجت أعتكك بدينار ، أو ابتعت حاجة كذا أعطيتك كذا ، فهذا لازم [ من الفقهاء ]<sup>(١)</sup> إجماعاً .

وفى كتاب بيع الغرر : ومن ابتاع جارية بمائة دينار فقام فيها بعيب ، فأنكره البائع فتطوع أجنبي بأخذها بخمسين على أن يتحمل البائع بنصف الخمسين الباقية والمتاع نصفها ، فذلك لازم كمن قال لرجل : ابتع عبدى فلاناً وأنا أعينك بألف درهم ، فاشتراه لزمه ذلك الوعد .

وقول الشيخ : « والمشهور كراهة العود فى الصدقة » ، نحوه للخمى لكن مساق كلامه هو فى شرائها .

قال : وقد قال الداودى : ذلك حرام .

فعلى القول [ الأول ]<sup>(٢)</sup> إذا نزل مضى ، وعلى القول الآخر يفسخ .

المازرى فى « المعلم » : وفيه نظر للاختلاف ، ولأنه ليس كل نهى يدل على فساد المنهى ، وعزى لظاهر « الموازية » نحو ما للداودى .

قال : واختلف فى المنافع هل هى كالرقاب ؟

قال ابن المواز : « كل من تصدق بغلة سنين ولم يثبت الأصل ، فلا بأس أن يشتري المتصدق ذلك » ، وأباه عبد الملك واحتج بالنهى عن الرجوع فى الصدقة ، والحجة لمالك حديث العرية .

وقال بعض الشيوخ : العرية أصل قائم بنفسه جائز للرفق ورفع الضرر ، فلا يقاس عليه غيره .

وفى رسم « حلف » من سماع ابن القاسم : اختلف فى جواز شراء المتصدق من المتصدق عليه ما تصدق به عليه .

قيل : يجوز ، قياساً على العارية ، وكرهه أشهب وهو الصواب .

قال : ويجوز شراء غلتها من غير المتصدق عليه اتفاقاً ، وفى جواز شراء أصلها من غير المتصدق عليه قولان لرواية ابن وهب عن مالك من « المدونة » .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

ومسألة الدور التى أشار إليها الشيخ هنا وقعت فى رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهيئات ، وهى فى مريض وهب لمريض ، وتأمل [ لم يذكرها ] (١) الشيخ - رحمه الله - فى جوابه إذ لا تعلق لها بمسألة السؤال .

(٣١٢) [٥] وسئل رحمه الله من حصن بادنس حاطه الله تعالى : عن رجل تصدق على ولد له كبير بالغ مالك لنفسه ، فحاز الولد المذكور الصدقة المذكورة وتصرف فيها ستة أعوام ، فلما أراد بيع الصدقة المذكورة استظهر المتصدق المذكور بعقد استحفاظ كان كتبه قبل الصدقة المذكورة يتضمن أن الوالد المذكور [ ق / ١٦١ أ ] لم يتصدق على الولد [ بما ذكر ] (٢) إلا خوفاً من شر والدته ، ولا يجد من يثبت أن التقية المذكورة موجودة ؟

فأجاب رضى الله عنه : بأن عقد الاستحفاظ مبطل للصدقة ، إذ معناه كل ما أفعل فهو باطل. ولا أعتقد منه شيئاً ولا ألزمه ، وسواء ثبتت التقية أو لم تثبت ، لأن استحفاظه هذه الشهادة يكفيه عن ثبوت التقية .

نعم لو لم يستحفظ وأثبت التقية نفعته وكان من فعل المكره ، فلا يلزمه .

وهذا فى غير المعاضات كالصدقة والهبة ، وأما البيع فلا بد من ثبوت التقية لأنه بعوض ، وتكررت للشيخ رحمه الله [ هذه المسألة ] (٣) ونصها سؤالاً وجواباً .

(٣١٣) [٦] وسئل رضى الله عنه : عن رجل تصدق على ولد له كبير [ بالغ ] (٤) مالك [ أمر ] (٥) نفسه [ وماله ] (٦) ، فحازه الولد حوزاً تاماً وبقي يغتله ويتصرف [ فيه ] (٧) ستة أعوام ، ثم أراد تفويت الملك فمنعه والده من البيع واستظهر برسم استحفاظ يقتضى أنه إنما كان تصدق على الولد بالملك اتقاء شر زوجته أم الولد خوفاً أن تتغير عليه ، فهل يقدر فى الصدقة أم لا ؟

(١) فى ج : لما ذكرها .

(٢) فى أ : المذكور .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

**فأجاب :** الاستحفاظ المذكور قادح في الصدقة [ المذكورة ] (١) ، عرفت التقية المذكورة أو لم تعرف ، بخلاف عقود المعاوضات يشترط فيها معرفة التقية على المنصوص من غير موضع ، لأن الإنسان لا يلزمه من [ ق / ١٥٥ ح ] المعروف إلا ما يقربه ، وقد ثبت أن هذا لم يلتزم هذه الصدقة بشهادة شهود الاستحفاظ المتقدم تاريخه على تاريخ الصدقة ، وأن ما يعتقده في المستقبل صدقة ليس بصدقة ، فوجب أن يرد [ الملك ] (٢) المذكور إلى يده حسبما كان أولاً إن أراده .

**قلت :** حكى ابن فتوح والمنيطي عن ابن الهندي أنه إن كان تاريخ الاسترعاء والحبس واحد لم يضر ذلك ، وتقديمه أتم .

ابن سهل عن ابن زرب : من استرعى في عتق أو طلاق فقال : متى عقدت لعبدي فلان عتقاً [ فإني إنما ] (٣) أعتقه خوفاً من أن أكرهه على بيعه من حيث لا أستطيع أن أمتنع ، وأنا غير ملتزم [ لعتقه ] (٤) ، لم يلزمه العتق إذا أعتقه .

وكذا إن قال : إن طلقت امرأتى فلانة فإنما أفعله خوفاً أن تؤخذ عني من جهة السلطان بأشياء أطلب بها وأنا غير ملتزم [ لطلاقها ] (٥) ، ثم طلقها بعد ذلك لم يلزمه الطلاق .

ابن سهل : وأصل هذا أن كل من استرعى في شيء تطوع به [ لا يضر ] (٦) ، كالعتق والطلاق والحبس ، نفعه الاسترعاء ويصدق المسترعى فيما يذكره من التوقع وإن لم [ يعرفه ] (٧) شهود الاسترعاء .

قال : وإن استرعى في العتق أنه متى عقد لمملوكه فلان عتقاً بتلاً أو مؤجلاً ، فإنما يفعله لتخلفه [ عنه ] (٨) مسترضياً له مستجلباً لاستقامته ، نفعه الاسترعاء وإن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : فإنما .

(٤) في أ : بعتقه .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : لا يضم إليه .

(٧) في أ : يعرف .

(٨) سقط من ج .

لم يعرف الشهود التخلف الذى ذكره ، والأصل فيه ما فى سماع ابن القاسم - يعنى فى كتاب العتق - فيمن فر عبده إلى العدو ، فغزاهم المسلمون فرآه سيده ، فقال له : اخرج إلى وأنت حر ، فإن كان قد قال للشهود قبل أن يقوله للعبد أنه إنما يقوله استجلاباً له نفعه ، وإلا فهو حر ولا يصدق فى قوله .

فإن قيل : الاسترعاء فى العتق نافع لأن سببه ظاهر معروف وهو فراره إلى العدو ، والحبس بخلافه لأن السبب فيه لا يعرف ؟

فالجواب : إن من المحال أن يلزم ما أشهد على نفسه أنه لا يلتزمه [ متى ] (١) فعله ، [ وقد ] (٢) أجمع عليه الشيوخ .

قلت : قال ابن رشد رحمه الله فى شرح مسألة سماع ابن القاسم فى كتاب العتق : هذا أصل مختلف فيه ، [ وقد ] (٣) قال مالك فى رسم « أخذ يشرب خمرًا » من كتاب المديان فيمن له على رجل حق فيجده ويدعوه إلى الصلح ، فيصالحه وشهوده غيب ويُشهد [ ق / ٢٣٨ ب ] [ فى السر ] (٤) أنه إنما يصالحه لأنه جده فخاف أن يذهب حقه ، وأنه على حقه إن حضرت بيته : إن الصلح يلزمه ولا ينتفع بذلك .

وقال أصبغ فى نوازل من كتاب الدعوى والصلح : إنه ينتفع بالإشهاد فى الغيبة البعيدة .

البرزلى رحمه الله : ونزلت مسألة من هذا ، وهو أنى لما عزمتم على الرحيل من القيروان إلى تونس أبت زوجتى أن ترحل معى [ إلا ] (٥) أن أجعل بيدها طلاق كل من [ أتزوج ] (٦) عليها ، وتغيرت على [ فى ذلك ] (٧) [ فبايتنى ] (٨) كل المباينة

(١) فى ج : شئ .

(٢) فى أ : من .

(٣) فى أ : فقد .

(٤) فى أ : سرًا .

(٥) فى ج : إلى .

(٦) فى أ : تزوجت .

(٧) سقط من ج .

(٨) فى أ : وبايتنى .

حتى أفعل ذلك ، فأودعت عند شيخنا أبي [ محمد الشيبى وأخينا الفقيه ] (١) أبى عبد الله الفاسى أن كل ما أكتب لها من جميع وجوه التمليكات أو الطلاق أو غير ذلك فإنى غير ملتزم له ، بعد أن ذكرت أن الرفقة مأمونة وغير ذلك من جميع وجوه الأسباب الموجبة للرحيل ، ولم يعلم ذلك إلا من قولى ، ثم إنى انتقلت بها إلى تونس وأخذت ما كنت استرعيته بعد أن كتبت لها اختيارها ، وأتيت بها شيخنا الإمام [ المفتى ] (٢) - يعنى ابن عرفة رحمه الله - فكتب تحته : « إن الاسترعاء المذكور عامل [ حسبما ] (٣) نص عليه المتقدمون والمتأخرون .

قال : ثم قُدِّر بعد ذلك أنى تزوجت وأخرجت هى ما بيدها ، وقدمت أنا أخرج ما بيدى لمن بيده القضاء من أصحابنا ، [ فأبطلوا ] (٤) ما بيدها من ذلك بما استرعيته فى يدى من رسم الاسترعاء وتصحيحه ، وكتب المفتى بصحته ، وكان شهود الاسترعاء هم شهود التملك ، وكذا ينبغى وهو أحسن .

(٣١٤) [٧] وسئل رحمه الله : عن رجل وهب لولده الصغير جزءاً معلوماً من أملاك فى البور والمعمر ، غير أنه لم يحز [ له ] (٥) ذلك إلا [ الحوز المكتوب ] (٦) فى وثيقة الصدقة المذكورة ، ثم [ وجب لأجنبى ] (٧) جزء آخر فى العامر خاصة ، واحتازه الموهوب [ له ] (٨) بما تحاز به الهبات ، وبقي فى حوزه أربعة أعوام ، ثم أنكر الأب الهبة التى وهب للأجنبى وقال له : إن الذى وهبت لك قد كنت وهبته لابنى قبلك ؟

فأجاب : إن الهبتين المذكورتين [ فيه ] (٩) لازمتان للواهب المذكور فيه ،

- 
- (١) سقط من أ .
  - (٢) فى أ : الفقيه .
  - (٣) فى أ : على حسب ما .
  - (٤) فى أ : فأبطل .
  - (٥) سقط من ج .
  - (٦) فى أ : بحوز الكتب .
  - (٧) فى أ : وهب لرجل أجنبى .
  - (٨) سقط من أ .
  - (٩) سقط من أ .

وقوله للموهوب له الأجنبي : « [ أن ]<sup>(١)</sup> ما وهبته لك كنت وهبته لابنى قبلك » ، غير مسموع منه إذا لم ينص أن الموهوب ثانياً هو الموهوب أولاً ، فتبين أنهما هبتان حسبما تقدم ، لاسيما والهبة الثانية مختصة بالعامر .

**قلت** : فى « أحكام ابن سهل » فيمن ساق [ لزوجته ]<sup>(٢)</sup> ربع أملاكه بقرية كذا ثم ساق إلى كتب له لأخرى ربع أملاكه [ بالقرية ]<sup>(٣)</sup> ، فإنه يكون للأولى ربع أملاكه وللثانية ربع ثلاثة أرباع الباقية بعد إخراج الربع الأول ، لأنه ربع الجميع [ إلا بيان كشف ، مثل أن يسوق إليها ثلث جميع أملاكه الباقية بيده وهى ثلاثة أرباع ، فحيثذ يكون ربع ]<sup>(٤)</sup> الجميع . أ . ه .

واختلف ابن عتاب وابن القطان فيمن ساق لزوجته نصف أملاكه فباع جزء منها .

فقال ابن عتاب : إنما يقع البيع فى نصيب الزوج .

وقال ابن القطان : يجرى ذلك الجزء فى جميع ذلك .

وفى كتاب القسم من [ « المدونة » ]<sup>(٥)</sup> : ومن اشترى عبداً فباع نصفه ثم

استحق رجل ربع جميع العبد ، فقد جرى الاستحقاق فيما باع وفيما بقى .

ابن يونس : قال سحنون : هذا خطأ وإنما يقع الاستحقاق [ ]<sup>(٦)</sup> فيما بقى بيده

دون ما باع ، ويرجع المشتري على بائعه بقدر ما استحق ، وليس له أن يرد ما بقى

لأنه قد باع نصف العبد .

الشيخ : لو قال : « أبيعك النصف الذى فى ملكى » ، [ ما اختلف ]<sup>(٧)</sup> اثنان

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : إلى كتب .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : فاختلف .



الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير \_\_\_\_\_ ٤٠١  
في أن البيع إنما [ وقع ] (١) في نصيبه خاصة .

وقوله في السؤال : « غير أنه لم يحز ذلك إلا الحوز المكتوب في وثيقة [ ق / ١٦٢ أ ] الصدقة » .

وأعرض الشيخ رحمه الله عن الكلام عليه ، إذ لا يضر ذكره ، بل [ قد ] (٢) ذكره في سماع ابن القاسم ، ذكره وتكلم ابن رشد في « البيان » على وجه كراهيته ذكره .

ونقل عن كتاب التفسير [ ليحيى ] (٣) أن ابن القاسم رحمه الله قال : لا يفسد الصدقة .

وذكر المتيطى وابن عتاب أن أحمد بن ثابت السرقسطى ذكر في تفسير [ حديث ] (٤) بريرة أن أهل العلم اختلفوا في ذلك ، فقال بعضهم : تبطل الصدقة ، وقال بعضهم : تنفذ ، فذكر مالك هذا الشرط للاختلاف المذكور .

وقول ابن عبد السلام رحمه الله : إنه يقال في ذلك : « رفع يد الملك ووضع يد الحوز » ، قبله أبي المودة خليل رحمه الله بالسكوت عنه ، واعترضه أبو عبد الله بن راشد رحمه الله .

وحكى الأبي عنه رحمه الله أنه لما وهب [ لولده ] (٥) كتابه المسمى بـ « الفائق في علم الوثائق » كتب على ظهره بخطه : « أشهد على نفسه مؤلف هذا الكتاب أنه وهبه لولده فلان الصغير في حجره » .

[ قال ] (٦) : ولا أقول ما يقول جملة الموثقين : « ورفع يد الملك ووضع يد الحوز » أ . هـ . وصوبه أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله .

(٣١٥) [ ٨ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل وهب لابنته نصفه في بقر في يد

(١) في أ : بقع .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من جـ .

(٥) في أ : لابنه .

(٦) في أ : فقال .

شريك له غائب والبنت صغيرة [ كما ذكر ]<sup>(١)</sup> ، فمات قبل علم الشريك الذي بيده البقر بذلك ولم يأمره بالخوز ؟

فقال : هو حائز لها لصغرهما ، وقد اختلف فيما بيد المودع إذا لم يعلم هل هو حوز [ للموهوب له ]<sup>(٢)</sup> أم لا ؟

قلت : مذهب « المدونة » عن ابن رشد رحمه الله أن المودع [ يكون ]<sup>(٣)</sup> حائز للموهوب له ، سواء علم المودع [ بالهبة ]<sup>(٤)</sup> أو لم يعلم إذا قبلها الموهوب له [ لأنه جعل فيها قبض المحرم والمستعير قبضاً للموهوب له .

وقال ابن القاسم في كتاب سحنون من كتاب الوديعة : إنه لا يكون حائزاً له إلا أن [ ق / ١٥٦ ج ] يعلم .

قال : وهذا كله إذا قبل الموهوب له [ الهبة ]<sup>(٥)</sup> .

وإن لم يعلم منه قبول حتى مات الواهب ، فلا شيء له إذا كان الموهوب له حاضراً ، وإن كان غائباً صحت حيازة [ المودع له وإن مات الواهب قبل أن يقبض الموهوب له .

وفي رسم « يوصى » من سماع ابن القاسم من كتاب [<sup>(٦)</sup> الصدقات والسهبات فيمن تصدق على رجل بمائة دينار وكتب إلى وكيله يدفعها له ، فأعطاه الوكيل خمسين ومات المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية ، لا شيء له غير ما قبض ، لأن وكيله بمنزلة .

ابن رشد : هذا [ يدل ]<sup>(٧)</sup> على ما قاله الباجي ، ورواه ابن حبيب عن مطرف وأصيح .

قال : والفرق بينه وبين المودع أن الوكيل مأمور بالدفع ، فهو نائب عن المعطى ، والمودع غير مأمور به وإنما هو مأمور بحفظ الوديعة ، فإذا علم أنها صارت للمعطى له

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : بهبة .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : يمر .

صار حافظًا له وصارت يده [ كيده ] (١) .

الباجي : وهل تصح الحيابة بغير أمر المعطى ؟

وروى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته وهي ذات زوج بمسكن ، فحزَنَ فيه الزوج طعامًا حتى مات الأب : إن ذلك حيازة لابنته ، مع أن الأب إنما أسلم ذلك إليه ليحوزه لها .

وقال أصبغ : لا يكون ذلك حيازة لها إلا أن توكله . ورواه عن ابن القاسم .

(٣١٦) [٩] وسئل رحمه الله : عن رجل أشهد شاهدًا واحدًا أنه وهب لابنه الصغير في حجره مائة دينار ، ثم أشهد آخر بذلك أيضًا وبأن المائة هي التي بيد المقارض فلان ، ثم مات الواهب فوافق المقارض على أن بيده للواهب مائة دينار ، وشهد شهود آخرون أن الواهب كان يقبض ربح هذه المائة التي بيد المقارض ويتصرف فيه طول حياته إلى أن مات ، فهل تصح هذه المائة أم لا ؟

فأجاب بأن قال : أما لو أمر الواهب المقارض بحوزها للابن فليس هنا ما يقدر فيها إلا تصرفه في الربح ولعله للولد ، فالأصل صحة الهبة حتى يثبت أن تصرفه لنفسه ، ولما لم يثبت أنه أمره بالحوز كانت كمن وهب وديعة بيد رجل فلم يقبضها الموهوب ولا علم المودع حتى مات الواهب ، فهي مسألة على قولين .

فأما قول أشهب الذي يقول : يكون حائزًا للموهوب وإن لم يعلم كما تحت يد الغاصب إذا وهب ، فلا إشكال أيضًا .

وعلى قول ابن القاسم في رهن فضلة الرهن حتى يأذن في ذلك المرتهن لا يكون حائزًا حتى يعلم .

ومسألة الدنانير إذا وهبها الأب وطبع عليها حوزًا للمحاجيز تكون هذه أخرى ، لأنه عين الموهوب وأبانه عن نفسه بيد المقارض ، فالتحق بسائر المعينات التي يكون حائزًا لها لولد الصغير كالدار والأرض وشبهه مما يعرف بعينه .

فإن كان ذلك فيما طبع عليه وأشهد فأحرى فيما إذا أشهد به وأبانه عن نفسه .

قلت : التخريج على قول ابن القاسم في مسألة رهن فضلة الرهن هو لابن

رشد رحمه الله .

قال : إلا أن يفرق بين الرهن والصدقة بأن الحيازة فى الرهن أقوى منها فى الصدقة .

وفى رسم « جاع » من سماع عيسى فيمن تصدق على ولده بدنانير أو دراهم [ق / ٢٣٩ ب ] ، وقال لشريك له : خذها [ له ] (١) ، فقال شريكه : اشهد أنها له عندى قد حزتها ، ثم مات الأب فطلب الصبى صدقته ، فزعم الشريك أنه دفع ذلك لأبيه ، وإنما كانت من شركته فى يدى ، إنه يلزمه غرمها له .

ابن رشد : هذا كما قال ، لأنه لما حاز لابن شريكه ما تصدق به عليه أبوه بما بيده من مال الشركة ، وجب ذلك للابن وخرج من الشركة ، ووجب عليه أن يضمه إن دفعه إلى شريكه بعد أن حازه له وأشهد على نفسه بذلك .

وفى رسم « استأذن » من سماع عيسى أيضاً : لو كان للأب على رجل عبد موصوف ، فتصدق به على ابنه ، جازت صدقته له ، قبضه الأب [ له ] (٢) أو لم يقبضه حتى مات .

ولو تصدق عليه بدنانير له على رجل ، فقبضها الأب ثم مات وهى فى يده ، جازت الصدقة وتؤخذ من [ مال ] (٣) الأب ، لأنها قد حيزت مدة حين كانت على الغريم .

وكذا لو تصدق بدنانير فوضعها له بيد رجل فأخذها منه إذا أراد سفرًا أو مات ، فأخذها ثم مات الأب وهى فى يده .

ابن رشد : ولا خلاف فيما ذكره من أنه إذا تصدق على ابنه الصغير بدين له على رجل فقبضه ، أو بدنانير فوضعها له بيد غيره ثم قبضها منه عند سفره أو من ورثته بعد موته ، إنها جائزة للابن تؤخذ له من ماله بعد وفاته .

قال : ولا يشترط فى الدين بقاؤه على من هو عليه بعد الصدقة حولًا كاملاً ، كالدار إن قبضها منه باختياره لغير عذر من سفر أو موت قبل الحول ، بطلت الحيازة .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٣١٧) [١٠] وسئل رضى الله عنه : عن امرأة وهبت لابنتها جميع ما جره الإرث إليها من زوجها والد الصبية المذكورة ، فحازت البنت بعضها وبقي بعضها ، ما الذى يصح منه ؟

فأجاب أعزه الله : إن كانت الهبة بالموروثين بلفظ واحد فى عقد واحد ، وكان الموروث المحوز وجهها ، والذى لم يحز من الموروثين تبع للمحوز منهما ، صحت الهبة فيما حيز منهما [ وما ]<sup>(١)</sup> لم يحز .

وإن لم يكن غير المحوز تبع للمحوز ، بطلت [ وصح ]<sup>(٢)</sup> فى المحوز ، والله الموفق .

قلت : [ قد تقدم لنا من الكلام على ]<sup>(٣)</sup> هذا [ المعنى ]<sup>(٤)</sup> فى أول مسألة من مسائل الحبس ، فراجعه هناك ، والله الهادى المستعان [ ق / ١٦٣ أ ] .

---

(١) فى أ : والذى .

(٢) فى أ : فى غير المحوز وصحت .

(٣) فى أ : قدمنا من .

(٤) سقط من أ .

## مسائل من الوديعة والعارية ونفى الضرر

(٣١٨) [١] سئل رحمه الله : عن امرأة أودعت عند رجل كساءين ، ثم اشترى منها [ أحدهما وبقي الآخر ]<sup>(١)</sup> ، فضاغ الباقي على ملك المرأة فقالت له المرأة : تغرم [ لها ]<sup>(٢)</sup> ، فقال لها : ضاع ولا أتهم أحداً إلا أن ضيقاً بات عندي أشك هل أخذه أو لم يأخذه ، فسئل الضيف فأنكر ، فحكم عليه حاكم [ كان ]<sup>(٣)</sup> عندهم بالضمان لقوله : « بات عندي ضيف أشك هل كان أخذه » ، فهل يلزم المودع الضمان بهذا أم لا ؟ وهل ينفذ حكم هذا المحكم عليه أم لا ؟

فأجاب : لا ضمان على المودع بمقالته تلك ، كما لو قال : سرق واتهمت به [ فلاناً ]<sup>(٤)</sup> ، ولم يفرط فيه ، وعليه اليمين ما فرط ، وإن كان متهماً حلف لقد ضاع وما فرط .

وإلزام المودع الضمان بتلك المقالة خطأ صراح من الحاكم .

قلت : ما أفتى به الشيخ رحمه الله من التفريق في اليمين هو كقول ابن زرب حكاه عنه صاحب « المقدمات » في كتاب تضمين الصانع منها .

وفي « النكت » : [ ذكر ]<sup>(٥)</sup> إسماعيل القاضي عن ابن نافع عن مالك إذا [قال]<sup>(٦)</sup> : ضاعت ، يحلف [ إذا ادعى ضياعها ]<sup>(٧)</sup> ، متهماً كان أو غير متهم .

(١) في جـ: إحداهما وبقيت الأخرى .

(٢) في أ : بي .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : قالت .

(٧) سقط من أ .

وفى « النوادر » : قال أصحاب مالك : [ إذا ادعى ضياعها ]<sup>(١)</sup> [ هو ]<sup>(٢)</sup> مصدق إلا أن يتهم فيحلف .

وهكذا ذكر ابن القاسم فى « المدونة » من كتاب الوكالات فيمن سأل [ رجلاً شراء شىء ]<sup>(٣)</sup> من بلد وينقد عنه ، فاشتراه بيينة ثم ادعى هلاكه ، وهو مما يغاب عليه ، إنه مصدق لأن ذلك عنده وديعة ويرجع بالثمن .

قال : فإن اتهم حلف .

ابن عبد الحكم : فإن نكل عن اليمين ضمن ، ولا يردها على ربها .

وحكى اللخمي قولاً ثالثاً : أنه لا يحلف فى دعوى الضياع مطلقاً [ قال ]<sup>(٤)</sup> : لأنه أمين .

[ وفى سماع أصبغ : من طلب بوديعة فقال : ضاعت منذ سنين وكنت أرجوها وأطلبها ، ولم يسمع ذلك منه ، وربها حاضر لا يذكر ذلك له ، فهو مصدق إلا أن يكون طلب بها فأقر بها ، ثم قال : ضاعت منذ سنين فيضمنها ، والقراض مثله .

أصبغ : إن لم يعرف منه طلب ولا ذكرها لربها ولا لغيره ، ولا وجه مصيبة ولا [ ق / ١٥٧ جـ ] سماع سرق ولا غرق ، ضمن إذا طال هذا جداً وادعى أمداً قريباً .

ابن رشد : قول ابن القاسم أظهر ، لأن الأصل براءة الذمة ، وهو قول محمد ابن عبد الحكم .

وقال أصحابنا : إن سمع ذلك أو سمع ذلك منه قبل ذلك الوقت الذى طلب فيه ، ولم يسمع ذلك إلى ذلك الوقت الذى طلب فيه ، لم يقبل .

قال : وأنا أرى أن يحلف ولا شىء عليه .

وحصل ابن رشد فى مسألة من اعتذر عن دفع وديعة لربها فقال : وإن كان لعذر ذكره ثم قال : تلفت قبل أن يلقاه ، ضمن اتفاقاً إلا إن قال : لم أعلم فى ذلك بتلفها ولذلك اعتذرت فى دفعها إليه ، فإنه يحلف ، وإلا ضمن ، وكذا إن قال : لا أدري متى تلفت ، هل قبل طلبها أو بعده ، وأما إن قال : تلفت بعده ، فإن منعه

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فهو .

(٣) فى أ : من يشتري له شيئاً .

(٤) سقط من ج .

عذر ألبأه إليه ، لم يضمن وإلا ضمن .

وفى حمله على العذر حتى يتبين عذاه وعكسه ، قولان لظاهر قول أصبغ وظاهر قول ابن القاسم .

وفى « النوادر » لمحمد بن عبد الحكيم : ولو أبى من دفعها إلا بالسلطان فتلفت فى خلال الرفع ، لم يضمنها لعذره بقوله : خفت شغبه وأذاه .

وذكر فى آخر سماع أبى زيد عن ابن دحون أنه يضمن وإن قبضها بيته ، لأنه يقدر على أن يشهد عليه بالرد .

وقال ابن القاسم : إن قبضها بيته ضمن [١] .

(٣١٩) [٢] وسئل رضى الله عنه : عن رجل ادعى على رجل وديعة ، فأنكر المدعى عليه وقال له : لم تكن بينى وبينك مخالطة ولا معرفة ، ثم اعترف بالوديعة بعد ذلك وادعى أن المودع باعها ، هل عليه شىء أم لا ؟

فأجاب : إن لم يكن له عذر فى جحوده الوديعة ، لزمه غرمها الآن بإنكاره إياها ولا معترف بعدم ردها ، وإقرارها ثانياً ثبت الإيداع ، وإن كان له عذر فى جحوده صدق فى الرد مع اليمين .

قلت : فى رسم « إن خرجت » من سماع عيسى من كتاب الشركة من « البيان » : وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه اختلافاً كثيراً فىمن سئل أمانة فأنكرها ، ثم ادعى الرد أو الضياع ، [ فى ] [٢] تصديقه [ ثلاثة أقوال ] [٣] ثالثها : يصدق فى دعوى الضياع لا فى الرد ، وكلها لمالك فى رسم « أسلم » من سماع عيسى من كتاب القراض .

وفىمن ادعت عليه أيضاً دعوى فأنكرها ، فلما قامت عليه بيته بها جاء بما يخرج منها من بيته على البراءة منها [ فقيل : إن ] [٤] ذلك لا يقبل منه لأنه كذبها أولاً .

وقيل : إنها تقبل منه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فى .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : وما أشبهه .



وقيل : لا تقبل منه إلا في اللعان إذا ادعى الرؤية بعد إنكاره القذف وأراده [ أن يلاعن ]<sup>(١)</sup> ، وهو قول ابن المواز [ وقيل ]<sup>(٢)</sup> [ ورابعها لابن كنانة وابن القاسم في « الموازية » ]<sup>(٣)</sup> : ولا تقبل منه إلا في اللعان والأصول ، ولا [ يقبل ]<sup>(٤)</sup> منه في الحقوق [ وهذا قول ابن كنانة وابن القاسم في « المدونة » ]<sup>(٥)</sup> أ . هـ .

وهذا المعنى متكرر في رسم « أسلم » من كتاب الدعوى والصلح ومن كتاب القراض وفي سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات ، وبالقول الأول أفتى عبد الله بن يحيى وابن لبابة وابن وليد في دار قيم فيها على من هي بيده ، وأنكر كمقالة القائم عليه فيها وأقر أنها ماله وملكه ، فلما أثبتها القائم أظهر كتاب ابتياعه منه .

ابن سهل : أقاموا هذه المسألة على ما رواه عيسى عن ابن القاسم في المدين إذا أنكر معاملة طالبه ، ثم أثبت دفعه له وقضاؤه إياه ، وذكر تفريق ابن كنانة وابن القاسم في « المدونة » بين الأصول والدين .

قال : وكذا يجب أن يكون جوابهم .

[ قال ]<sup>(٦)</sup> وروى حسين بن عاصم عن ابن القاسم أن الأرض كالدين .

قال : وبروايته [ استمر ]<sup>(٧)</sup> جواب الشيوخ ، فانظره .

وقال المتيطى : القول الأول هو المعمول به .

قال : وقاله ابن العطار وغيره من الموثقين ، ثم ذكر ما في « المدونة » من التفريق .

وقال : به أفتى ابن المكوى وانظر ما في رسم « أسلم » من سماع عيسى من

(١) في أ : لغيره .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : تقبل .

(٥) سقط من جـ .

(٦) سقط من جـ .

(٧) في أ : ثم .

كتاب الدعوى والصلح ، ومن هذا ما فى « أحكام ابن سهل » [ أيضاً ] (١) لعبد الله ابن يحيى وابن لبابة وغيرهما فيمن أقر باكتراء دار وأنه ادعى كراءها ، ثم ادعى أنه سكنها متعة وأقام بينة على المتعة ، إنها لا تقبل منه إذ قد كذبها ، فيؤخذ بالكراء .

وقول الشيخ رحمه الله فى [ الجواب ] (٢) : [ ق / ٢٤٠ ب ] « وإن كان له عذر فى جحوده صدق فى الرد مع اليمين » ، لا أعرفه إلا لابن محرز فى كلامه على مسألة كتاب اللعان المعروفة ، [ فقال ] (٣) : هذه المسألة أصل لمن ادعى عليه حق [ فيجحد ] (٤) ، ثم قامت عليه بينة به فادعى القضاء .

قال : فعلى مذهب الغير لا يمكن ، وعلى مذهب ابن القاسم يعتبر جحوده على أى وجه كان ، فإن كان له عذر بجهله أو بجهل من يحكم فيه وسطوته فرأى أن إنكاره أسلم له ، فينبغى أن يمكن من ذلك .

وإن لم يكن له عذر لا يمكن من دعوى القضاء ولا إقامة البينة ، وما يعذر به أن تكون بيته على القضاء غائبة ، ويخشى أن لا يهل إلى قدمها أو كانوا ممن لا يوثق بعدالتهم ولا يأمن تجريحهم ، فإذا [ وجدت إحدى ] (٥) هذه الصفات التى يعذر فيها مكن من إقامة بيته .

وقد أشار ابن سهل رحمه الله إلى ما يعرف منه فى نقله مسألة « المدونة » (٦) « فى التفريق بين الأصول وغيرها على ما تقدم ، فإنه نقل [ عن ] (٧) ابن كنانة أنه تقبل بيته فى الأرض ، ولا يضره إنكاره [ أولاً ] (٨) لأنه يقول : كان حوزى ينفعى .

قال : وقال عيسى بن دينار عن ابن القاسم مثله إذا كان له عذر من غيبته بيته أو

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قال .

(٤) فى أ : فيجحد .

(٥) فى أ : جحد أحد .

(٦) فى أ : الصدقة .

(٧) فى أ : قول .

(٨) سقط من ج .

الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير \_\_\_\_\_ ٤١١  
كان ممن [ يعذر بالجهل ]<sup>(١)</sup> ، فلا يضره إنكاره وتقبل بيته وإن كانت حاضرة ،  
فتأمله .

(٣٢٠) [٣] وسئل رحمه الله : عن رجل خاف من أمر ، فكان في يده دراهم  
فدفعها لامرأة من جيرانه ، ففر فجاء الذين طلبوه فتوعدوا كل من والاه بأنه منى وجد  
عند أحد من الناس شيء من مال هذا الفار فجزأوه عقوبة شديدة ، فسمعت المرأة  
ذلك وخافت ، فأخذت ما أعطاهما وجعلته في حلاية وجعلته في الكنيف ، فلما ذهب  
الذين خوفهم طلبت ذلك فلم تجده ، فهل تغرم المرأة أم لا ؟

فأجاب أعزه الله : بأن مثل هذا ما نص عليه اللخمي في قوم خرج عليهم  
للصوص ، فدفع أحدهم لواحد صرة فخاف الذي وضعت عنده من اللصوص  
فطرحها في الأرض رجاء ألا يجدوها بيده ، فلما ذهب اللصوص رجع إلى الموضع  
فلم يجد شيئاً .

قال : لا شيء عليه ، فهذه مثلها ، والله أعلم .

قلت : الذي في « تبصرة اللخمي » رحمه الله هو قوله : ومن أودع وديعة  
وهو في سفر ، لم يجز له أن يودعها .

قال ابن القاسم وأشهب : إلا أن يضطره [ لصوص فسلمها ]<sup>(٢)</sup> لمن يرجو نجاته  
بها ، فلا يضمن ، ويحمل [ ذلك ]<sup>(٣)</sup> على [ أن ]<sup>(٤)</sup> الذي يسلم إليه لا يخشى  
خيانته فيها .

ولو طرحها عندما غشيه لصوص ثم لم يجدها ، لم يضمن . أ . ه .  
والمسألة أيضاً وقعت لسحنون رحمه الله في نوازله من كتاب البضائع والوكالات ،  
فقال فيمن أبيض مع رجل مالاً ، فخرج عليه لصوص فلما رهقوه ألقى البضاعة في  
شجر ليحرزها على صاحبها فذهبت ، [ ق / ١٦٤ أ ] [ لا ]<sup>(٥)</sup> ضمان عليه .

(١) في أ : يظن بالجهالة .

(٢) في أ : اللصوص فيسلمها .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فلا .

قيل : فإن دفعها إلى فارس لينجو بها ويحرزها حين رأى اللصوص ، هل يضمن ؟

قال : إذا كان هكذا فلا ضمان عليه .

ابن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن خروج اللصوص إليه في السفر كخراب منزله في الحضر ، وقد مضى هذا المعنى في رسم « شك [ في طوافه ] » (١) « من سماع ابن القاسم .

قلت : نص السماع هو قوله [ فيه ] (٢) : سئل مالك عن رجل يبضع معه [ بالبضاعة ] (٣) من مكة إلى مصر ، فيمر صاحبها بالمدينة فتكون له بها إقامة فيجد ثقة إلى مصر ، أبيعث بها معهم ؟ [ ق / ١٥٨ ح ] [ قال ] (٤) : لا أرى به بأساً . قال عيسى : وسئل ابن القاسم عن هذا ، فقال : لا شيء على المبضع معه ، ذهبت من الرسول أو من المبضع معه .

[ ابن القاسم : ] (٥) ولو لم يجد لها محملاً معه وأعطاه لبعض من يثق [ به ، [ لم يكن عليه ضمان ] (٦) .

ولو كان [ معه ] (٧) محملاً فحمله غيرها ، ضمن .

ومثله : الحاضر [ يستودع ] (٨) فيستودع غيره ، إن كان من خراب منزل أو عورة بيت وليس عنده من يحفظ منزله وأراد سفرًا فاستودع من يثق به فضاع ، لم يضمن .

ولو كان منزله في حرز ولا يخاف عليه فاستودع غيره ثم ضاع ، ضمن .

وكذا قال مالك في الحاضر ، وجل ما قاله في المسافر سمعته منه لم يكن في

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : فقال .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : لم يضمن .

(٧) سقط من أ .

(٨) في أ : يودع .

كتاب سحنون قول ابن القاسم [ هذا ]<sup>(١)</sup> ، ولم يره حسناً .

وروى سحنون فى سماعه : سئل مالك عن مكى بيعت معه ببضاعة إلى مصر فتعرض له حاجة بالمدينة فيبعث بها من يثق به إلى مصر ؟  
[ قال ]<sup>(٢)</sup> : لا ضمان عليه .

سحنون : قلت لابن القاسم : ما تقول فيها ؟

فقال : إن كانت إقامته بالمدينة الأيام اليسيرة [ فإن بعث بها رأيتَه ضامناً ]<sup>(٣)</sup> .  
وإن بدا له فى الإقامة بالمدينة وذلك يطول به الإقامة الطويلة فتلفت ، [ رأيتَه ]<sup>(٤)</sup> ضامناً .

ابن رشد : قول مالك أول المسألة : « لا أرى بأساً لمن أبضعت معه بضاعة من مكة إلى مصر [ فيمر ]<sup>(٥)</sup> بالمدينة وله بها إقامة ، فبعث بها مع ثقة إلى مصر ، لا ضمان عليه » ، معناه : ولا ضمان عليه أيضاً إن أمسكها مع نفسه ، وهو نص قول ابن القاسم من رواية عيسى : « لا شئ على المبضع معه ، ذهبت من الرسول أو من المبضع معه » ، يريد : إن أمسكها ، وإنما يسقط عنه الضمان إن ادعى الرسول تلفها إذا شهد عليه بالدفع ، [ فقول ]<sup>(٦)</sup> ابن القاسم فى رواية عيسى تفسيراً [ لا خلاف ]<sup>(٧)</sup> لقول مالك [ وقوله فى رواية سحنون : « إن كانت إقامته بالمدينة الأيام اليسيرة فبعث بها ضمن . . » إلخ ، ظاهره أنه خلاف لقول مالك ]<sup>(٨)</sup> ولا ينبغى عندى حملة على ظاهره من الخلاف لقوله إنه لم يتكلم على الإقامة اليسيرة ولا على الإقامة الطويلة ، وإنما تكلم على ما بين ذلك .

فإذا كانت إقامته الأيام اليسيرة نحو ما يستعمل المسافر فى طريقه ، ضمن إن

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فقال .

(٣) فى أ : فبعث بها ضامناً .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فيسير .

(٦) فى أ : فقال .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

بعث بها فتلفت ، لأن صاحبها قد علم أنه سيقم في طريقه لما يحتاج إليه [فيدفعها]<sup>(١)</sup> إليه على ذلك .

وإذا كانت إقامته طويلة ، ضمن إن أمسكها ولم يبعث بها وهو يجد ثقة ، لأن صاحبها لم يرد أن يودع في ذلك البلد وإنما أراد توصيلها إلى حيث بعث بها ، فإذا تعدى إرادة صاحبها فيها ضمن ، والطول السنة فما فوق على ما يأتي في سماع محمد بن خالد .

وإذا كانت إقامته الشهر والشهرين ونحوهما ، فلا [يضر إمسكها]<sup>(٢)</sup> مع نفسه أو بعث بها مع ثقة على ما قال مالك ، ولا يخالف في هذا ابن القاسم .

[ قال ] <sup>(٣)</sup> : وتمثيل ابن القاسم بالحاضر يستودع فيخاف عورة منزله أو خرابه أو عدم من يحفظه ، ليس بتمثيل صحيح ، وهو خلاف ما في كتاب الوديعة من « المدونة » من أنه لم ير السفر مثل الحضر ، لأنه إذا دفع إليه في السفر إنما دفع إليه لتكون معه ، فالذي يأتي على مذهب مالك في « المدونة » أنه ضامن للبضاعة إذا دفعها إلى غيره وإن لم يجد [ لها ]<sup>(٤)</sup> محملاً ، إلا أن يعلم صاحبها أنه لا يجد محملاً وأنه يعطيها غيره ، وإن لم يعلم بذلك ضمن ، لأن قبضه البضاعة منه دليل على أنه هو يحملها .

يؤيد هذا التأويل ما في رسم [ « الصدقة » ]<sup>(٥)</sup> من سماع يحيى فيمن بعث معه بنفقة ليشتري له متاعاً فيدفعها لمن يشتري له فتلفت ، أنه ضامن إلا إن علم [ صاحبها ]<sup>(٦)</sup> أنه لا يلي شراء مثل ذلك .

وإنما يشبه مسألة الحاضر ما قاله سحنون فيمن أبضع معه بمال ، فخرج إليه لصوص فألقاها في شجرة . . . المسألة . أ . ه .

وتأمل قوله : « وإنما يسقط الضمان إن ادعى الرسول تلفها إذا شهد عليه بالدفع » ، فإنه يقتضى ضمانه إذا أنكر الرسول الدفع أو أقر به وتلف والذي نقله في

(١) في أ : فقد دفعها .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : يضمن بامسكها .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : الصيرة .

(٦) سقط من أ .

مسألة الحاضر عبد الحق وابن يونس عن الشيخ أبي محمد أنه لا يضمن دافع الوثيقة لثقة إذا أراد سفرًا أو خاف عورة منزله وعلم ذلك إذا أنكرها الذي زعم أنه أودعها إياه، وقال : ما أودعنتى تلفت ، لأنه لما خاف عورة منزله أو [ سفره ]<sup>(١)</sup> أبيح له أن [ يودعها ]<sup>(٢)</sup> غيره ، فصدق وإن لم تقم له بينة كدفعه لزوجته أو خادمه ومن شأنه أن يدفع له .

ابن يونس : ينبغي على أصولهم أن يضمن [ إن ]<sup>(٣)</sup> لم تقم على إيداعه بينة ، لأنه دفع لغير من دفع [ إليه ]<sup>(٤)</sup> ، إلا أنهم لم يضمنوه للعذر .

وقول اللخمي : فحمل قول ابن القاسم في تصديقه في إيداعه إياها إذا ثبت الخوف والسفر على أن المودع الثاني صدقه في قبضها وقال : إنها ضاعت .

وإن قال : لم يدفع إلى شيئًا ، لم يصدق على أصله في كل من أمر أن يدفع إلى غير [ البلد الذي ]<sup>(٥)</sup> دفعت إليه إلا بينة .

وقول عبد الملك : يصدق ، وبه أرى أن يقضى اليوم ، لأن الشأن دفع الودائع بغير بينة ، ولو أراد من بيده وديعة أو بضاعة أو قراض دفعه لمن يبلغه لصاحبه ويشهد عليه ، لم يقبل منه [ أحد ]<sup>(٦)</sup> أ . ه .

[ وهذا ]<sup>(٧)</sup> خلاف قول أبي محمد واللخمي رحمهما الله في مسألة من اضطره لصوص فأعطى الوديعة لمن يرجو نجاته [ بها ]<sup>(٨)</sup> ، إن معناه : إذا كان الذي [ ق / ٢٤١ ب ] أسلمها إليه لا يخشى خيانتة ، هو كقوله في مسألة [ يخاف ]<sup>(٩)</sup> عورة منزله أو يسافر : فليودعها ثقة .

(١) في أ : سافر .

(٢) في أ : يودع .

(٣) في أ : إن .

(٤) في أ : إليهم .

(٥) في أ : اليد التي .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ : وهو .

(٨) سقط من أ .

(٩) سقط من ج .

ابن عرفة : ظاهره ، ولو كان دونه فى ثقته .

قال : ونحوه فى شفعة الشفيع فى شقص بيع بثمان إلى أجل ، فللشفيع أخذه بالثمان إلى ذلك الأجل إن كان ملياً وأتى بضامن من ثقة ملي .

ابن رشد : فى رسم « إن أمكننى » من سماع عيسى : ظاهره أنه لا يلزمه الحميل إلا إن كان معدماً ، وأما إن كان ملياً فلا يلزمه حميل وإن كان المشتري أملى منه ، وهو نص قول محمد من رواية خلاف قول أشهب أنه يلزمه حميل مثل المشتري وإن كان ملياً .

ابن عرفة : ولا يلزم تخريج قوله فى المودع ، لأنه كمضطر والشفيع بخيار .

وقال ابن القاسم فى أول كتاب الوديعه : ومن أودعته مالا فدفعه إلى زوجته أو خادمه لتدفعه له فى بيته ومن شأنه أن تدفع له ، لم يضمن ما هلك من ذلك ، وهذا ما لا بد منه .

عبد الحق : لو لم يكن من شأنه أن تدفع له زوجته أو أمته ، إما لأنه بفور ما تزوجها أو اشتراها ، [ أو ]<sup>(١)</sup> لأنه لا [ يتق ]<sup>(٢)</sup> بماله إليهما ، ضمن وليس له اختياراً ما [ تتهم ]<sup>(٣)</sup> بمال غيره ، وظاهر الكتاب يدل عليه لقوله : « ومن شأنه أن تدفع له » . وأشار إلى قوله فى الكتاب لأنه يصدق أنه دفعها إليهما لأجل أن عرف الناس الدفع إليهما بغير إشهد ، فصار العرف كشرط الدفع بغير إشهد كما فى الرسول يشترط الدفع إلى من أمر بالدفع إليه بغير بيعة ، ويحلف أنه دفع إلى زوجته إذا أنكرت إن كان متهماً ، وإلا لم يحلف ، فإن وجب أن يحلف لكونه متهماً ، [ فنكل ]<sup>(٤)</sup> غرم [ له ]<sup>(٥)</sup> ، وله أن يحلف زوجته .

وإن نكل وهو معسر فلرب الوديعه إحلها وإن لم تكن متهمة ، لأنه يقوم مقام الزوج فى مطالبتها باليمين كما يتبع الإنسان غريمه .

قال : وقاله بعض شيوخنا ، ولما نقله ابن يونس قال : ويظهر لى أن يحلف وإن

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : يشق .

(٣) فى ج : يتوهم .

(٤) فى أ : فإن نكل .

(٥) سقط من أ .



كان غير متهم لأن هنا [ ق / ١٦٥ أ ] من يكذبه ، كقوله : رددت الوديعة لربها ، فيكذبه فإنه يحلف وإن لم يكن متهماً . أ . هـ .

قلت : ويؤخذ من مسألة نفى [ ضمان ] (١) من دفع ما استودعه لزوجته أو أمته ومن شأنه أن يدفع له ذلك ، ما نقله ابن يونس رحمه الله عن ابن حبيب فيمن استعار دابة فردها مع عبده أو أجييره ، فعطبت أو ضلت ، أنه لا يضمنها لأن شأن الناس هذا .

قال : وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول ، سواء [ ق / ١٥٩ جـ ] كان مأموناً أو غير مأمون .

وانظر مسألة الشيخ : لو حمل الوديعة [ المسافر ] (٢) المذكور معه ولم يودعها أحداً ، هل يضمن ؟

ونص في « المدونة » على ضمانه إن سافر وحمل الوديعة معه .

وفي « الكافي » : [ وكذا ] (٣) لو أراد الرحيل أو الانتجاع من بلد إلى آخر وأخرجها مع نفسه فصاحت ، ضمن .

ومقتضى فتوى ابن عتاب رحمه الله في مسألة المنديل المذكورة في « أحكام ابن سهل » فيمن أخرجها السلطان عن بلده ، أنه يضمن إذا فر وتركها في داره ولم يودعها ثقة يكون مع التمكن من ذلك .

قال ابن سهل : كتبت إلى ابن عتاب فيمن دفع إليه رجلان منديلاً وقالوا له : يكون عندك حتى يعطيك هذا - لأحدهما - كذا وتدفعه إليّ ، فبقى المنديل عنده [أزيد من سنة ثم أخرجها السلطان عن البلدة ثم انصرف بعد مدة وطلب منه المنديل] (٤) فزعم أنه تخلفه في داره عند إخراجها ولا علم له به ولا بما حدث فيه ، وأقر ابنه أنه أعطاه لمن يبيعه فذهب به .

(١) في أ : الضمان .

(٢) في أ : الفار .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من جـ .

فكتب إلى : على قابض المنديل قيمته بعد يمينه ما فوته ولا أمر ابنه [ بذلك ، وصدق ] (١) في قيمته إن أتى بما يشبه ويحلف ، ثم يرجع الأب على الابن إن أحب ، وله رد اليمين على صاحب المنديل في قيمته ، يريد أو في الصفة وترتيب ذلك إذا حلف [ لقد ] (٢) ذهب [ أنه ] (٣) يصفه ، [ فإن ] (٤) تصادقا في الصفة [ قومه ] (٥) أهل المعرفة وأدى القيمة ، وإن اختلفا في الصفة فالقول قول المودع عنده مع يمينه ، إلا إن أتى بما لا يشبه فيرجع القول قول واضعه ، وإنما رأى عليه ضمانه لتركة إياه مهملاً وكان ينبغي أن يضعه عند ثقة إذا خرج .

وإذا توجه الغرم عليه لهذا وأقر ابنه بما تقدم ذكره ، فله إتيان الأب أو الابن بالقيمة ، فإن أغرم الأب فله إتيان ابنه بقيمته يوم التعدي في إعطائه للبيع ، واليمين تلحقه أيضاً أنه ليس عنده ولا يعلم [ له موضعاً ] (٦) أ.هـ. وقد علمت من هذا ضمان من أودع ما استودع بغير عذر ، وقد أفتى الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد الشهير بابن العواد رحمه الله في « نوازل ابن الحاج » فيمن قال لصاحب الخانوت : امسك لى هذا الفرو حتى أهبط من [ السقف ] (٧) فتركه ، فاحتاج صاحب الخانوت [ إلى ] (٨) القيام لحاجته ، فقال لرجل : انظر الخانوت والفرو حتى آت ، فضاع الفرو ، فإن صاحب الخانوت يضمن .

(٣٢١) [ ٤ ] وسئل رحمه الله : عن رجل أعار ثوراً [ فحرث ] (٩) به مواضع معلومة ، وأمره ألا يخرج من الدار إلا للحرث وأن يتحفظ [ به ] (١٠) ، فحرث به بعض ذلك وسافر وتركه في الدار عند أخيه ، فبعثه أخوه مع بقر الموضع إلى المسارح ،

(١) في أ : في ذلك ويصدق .

(٢) في أ : أنه .

(٣) في أ : إن .

(٤) في أ : فإذا .

(٥) في أ : قال له .

(٦) في أ : موضوعه

(٧) في ج : السوق .

(٨) سقط من أ .

(٩) في أ : يحرث .

(١٠) في أ : فيه .

فأغار عليهم أعداؤهم فأكلوه مع غيره من المسرح ؟

[فأجاب] (١): أما الأخ فلا شك فى تعديه فى إرساله إلى موضع يخاف [عليه] (٢) من الإغارة ، إذ لو تركه بموضعه ما أخذ .

وأما المستعير فإن حبسه زيادة على ما استعاره إليه ، أو مضى من الأمد ما لو أخذه فى أحرائه ما استعاره إليه لحرثه وزيادة فيضمن للمعير ، ويضمن له المتعدى .

قلت : انظر هل يضمن فى حبسه أياماً بعد الأمد الذى استعاره إليه إذا هلك بغير سبب المستعير [ وكان ] (٣) ربه حاضراً أم لا .

والمخصوص لابن القاسم فى كتاب كراء الرواحل فيمن اكرت دابة يوماً فحبسها أياماً أو شهراً أو ردها بحالها ، إن لربها كراء اليوم و [ الخلاف ] (٤) فى أخذ قيمتها يوم التعدى أو كرائها فيما حبس فيه من عمل أو حبسه إياها [ لغير ] (٥) ما بلغ ذلك وإن لم تتغير .

وقال غيره : إن كان ربه حاضراً معه بالمصر ، فإن له فيما حبسها بحساب الكراء الأول وكأنه رضى به ، لأنه كان قادراً على أخذها .

عبد الحق : قال بعض شيوخنا القرويين : إذا اكرت دابة يوماً فحبسها شهراً وربها حاضر فهلكت الدابة ، أنه لا يضمنها على قول ابن القاسم ، وإن كان يجب عليه كراء المثل فيها لا [ بحسب ] (٦) ما أكرها ، لأن ربه يقدر على أخذها ولم ينبه [ (٧) المكترى ، فلم يحصل من المكترى عداء .

وأما على قول غيره الذى يرى عليه [ كراء المثل ] (٨) فيما حبسها [ بحساب ] (٩)

(١) فى أ : فقال .

(٢) فى أ : عليهم .

(٣) فى أ : فكان .

(٤) فى ج : الخيار .

(٥) فى أ : بغير عمل .

(٦) فى أ : بحساب .

(٧) فى ج : نيه .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : بحسب .

ما أكرى لكون ربها حاضراً ، فذلك [ أين ]<sup>(١)</sup> في رفع [ ضمائه وأصح ]<sup>(٢)</sup> ،  
 [وحكاه ابن يونس وقاله التونسي ، فانظر أى فرق بين هذا وبين العارية ]<sup>(٣)</sup> .

[٣٢٢] [٥] وسئل رضى الله عنه : عن شريكين في جدار أذن أحدهما للآخر في  
 البناء ، فبنى قدراً معلوماً كان أذن له فيه ، ثم بنى بغير إذنه إلا أنه حاضراً [ في  
 البلد ]<sup>(٤)</sup> زيادة على ما كان أذن له فيه وانتفع بها ، فأراد الشريك الآن منعه ؟

[ فأجاب ]<sup>(٥)</sup> : إن أثبت أنه أذن له أو رآه ورضى ، وسكت مقدار ما يرى أنه  
 أذن ، فلا مقال له وتكون كعارية غير مؤجلة تكون قدر ما يرى ، وإلا فله المقال ،  
 لكن لا يهدم ويعطى قيمة البناء منقوضاً ، ويتنفع بجهته كما ينتفع هذا بجهته .

قلت : قال في كتاب العارية : ومن أذنت له أن يبنى في أرضك أو يغرس ،  
 فلما فعل أردت إخراجها ، [ فأما بقرب إذنك له ]<sup>(٦)</sup> مما لا يشبه أن تعيره إلى مثل  
 ذلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجها إلا أن تعطيه ما أنفق .

وقال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك  
 أعرته إلى مثله من الأمد .

وإذا أردت إخراجها بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله ، فلك أن تعطيه قيمة البناء  
 مقلوعاً [ أو تأمره ]<sup>(٧)</sup> بقلعه ، إلا أن تكون مما لا قيمة له ولا منفعة فيه من جص  
 ونحوه ، فلا شيء للبانى فيه .

وكذا لو ضربت له أجلاً فبلغه ، وليس لك [ هنا ]<sup>(٨)</sup> إخراجها وإن أعطيته القيمة  
 قائماً .

وكذلك لو لم بين فأردت إخراجها قبل الأجل ، فليس ذلك لك ، ولو لم

(١) فى أ : بين .

(٢) فى أ : ضمائها وأوضح .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فقال .

(٦) فى أ : بالقرب .

(٧) فى أ : وإلا أمرته .

(٨) سقط من ج .

تضرب أجلاً كان ذلك لك ، وإن سميت له أجلاً ولم تسم ما بيني ويغرس فليس لك [١] منعه مما بيني ويغرس إلا فيما يعلم أنه يضر بأرضك .

وإن أراد الباني أن يخرج قبل الأجل ، فله قلع بنائه أو غرسه إلا أن تشاء أن تأخذه بقيمته مقلوعاً إن كان فيه إذا قلع منفعة ، وإن لم تكن [فيه] [٢] منفعة فلا شيء له عليك .

رأى الشيخ رحمه الله سكوت الشريك عن بناء شريكه إذناً له ، فلذلك أشار إلى النظر هل مضى ما يرى أن الإذن إلى مثله أم لا ، فإن مضى فله قيمته منقوضاً وإلا فقائماً .

والخلاف في [ ق / ٢٤٢ ب ] سكوت الشريك عن بناء شريكه وغرسه هل هو كالإذن أم لا ، معروف .

قال ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق من « البيان » : فعلى أنه كالإذن إن مضى ما يرى أنه أذن إلى مثله ، فعليه قدر حظه من ذلك منقوضاً ، [ وإلا فقائماً ] .  
وعلى أنه ليس كالإذن فعليه قدر حظه منقوضاً [٣] وإن لم يمض [ ما يرى ] [٤] أنه أذن إلى مثله .

وقال : ولو كان يآذنه لكان الحكم على ما ذكر في سكوته على القول بأن السكوت كالإذن .

قال : وهذا كله إذا رضيا بالمقام على الشركة أو كان مما لا ينقسم .

قال : ولو دعوه إلى القسم وذلك مما لا ينقسم فكما قال ابن القاسم بعد هذا متصلاً : إن من غرس أو بنى في أرض بينه وبين شريك له غائباً ، فإنهما يقتسمان الأرض .

فإن صار له بنيانه كان له عليه من الكراء بقدر ما انتفع [ به ] [٥] من نصيب

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : له .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : ما رأى .

(٥) سقط من أ .

صاحبه .

وإن صار البناء والغرس في نصيب غيره ، فله عليه قيمته منقوضاً أو يأمره بقلعه .

قال عيسى : قال ابن القاسم : لو بنى بمحضر شريكه لم يكن له كراء ، لأنه كالإذن .

ابن رشد : ولم ير ابن القاسم هنا الشركة شبهة للبانى إذ قال : يقتسمان الأرض ، فإن حصل البناء في حظ من لم بين ، فليس [ عليه ]<sup>(١)</sup> إلا قيمته ، يريد طال الزمان أم لا .

وظاهر قوله إن الحكم على ما ذكره من القسمة ، سواء اتفقا عليها ابتداءً [ أو اختلفا فيها ، فدعى أحدهما ابتداءً ]<sup>(٢)</sup> ودعى الآخر إلى أن يحكم بينهما في الغرس والبناء قبلها ، ولا اختلاف في اتفاقهما [ ق / ١٦٦ ] عليه ابتداءً .

وأما إن اختلفا في ذلك فلا شيء في هذه المسألة على ما في شفعتها في دار بين رجلين [ يبنى ]<sup>(٣)</sup> أحدهما طائفة منها بعينها أن يشتركا في البنيان بأن يعطى من لم بين البانى من قيمته منقوضاً قدر حظه من الأرض [ ق / ١٦٠ جـ ] ثم يقتسمان [ إن أحب ]<sup>(٤)</sup> ولو بنى بإذن شريكه أو بعلمه وهو ساكت على القول بأن السكوت كالإذن ، لكانت قيمة ذلك قائماً إن اقتسما وصار حظ شريكه ، أو قيمة حظه منه قائماً إن رضيا بالبقاء على الشركة ، ولا ينقسم إلا إن مضى ما يرى أنه أذن له في ذلك [ من الأمد ]<sup>(٥)</sup> إلى مثله ، فتكون القيمة فيه منقوضاً ، خلافاً لرواية المدنيين أن القيمة في ذلك قائماً مطلقاً إلا أن يبنى بغير شبهة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : يبيع .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

[ مسائل من نفي الضرر ]<sup>(١)</sup>

(٣٢٢) [١] وسئل رضى الله عنه : عن رجل كانت له دار فى زنقة ، فأراد أن يجعل من الغرفة طرازاً للحياكة [ ينسجون ]<sup>(٢)</sup> فيه ، ويكون مدخله على ما كانت عليه الغرفة المذكورة ، فأراد أهل الزنقة منعه وزعموا أن نسج الحياكة فيه حركة واهتزاز واحتجوا عليه بكثرة الدخول والخروج ويدخل من يصلح ومن لا يصلح ، فهل لهم مقال أم لا ؟

[ فأجاب ]<sup>(٣)</sup> : أما الحركة والاهتزاز فإن كان فى حيطان أحد من الجيران مما يؤدى إلى الضرر بها وطلب منه ، فله ذلك .

وإن كانت فى حيطان صاحب الدار ولم يكن ضرر إلا ضرر الأصوات ، فلا يمنع على المشهور .

وأما كثرة الدخول والخروج ، فلو أسكن فى داره عدداً كثيراً لم يمنع ، فكذلك هؤلاء .

وأما كونهم ممن لا يصلح [ بهم ]<sup>(٤)</sup> ، فإن ظهر منهم فساد عوقب عليه ، ألا ترى قوله فى الكتاب : إذا ظهرت منه دعاة أو فسق [ أنها ]<sup>(٥)</sup> تكرر عليه الدار بعد أن يزجر و [ لا ]<sup>(٦)</sup> يكف ، وكذلك هؤلاء ، فلا مقال لأهل الزنقة عليه .

قيل له : ذكر ابن رشد فى أجوبته مسألة الفندق يحدثه رجل قبالة باب رجل فيمنعه .

فقال : [ إنه ]<sup>(٧)</sup> يكثر عليه المجالس وشبهه .

قلت : قال فى كتاب القسمة [ من « المدونة » ]<sup>(٨)</sup> : وما أحدثه الرجل فى

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فينسجون .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : إنما .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : لأنه .

(٨) سقط من أ .

عرصته من فرن أو حمام أو أرحية [ تضر بجدران الجيران ]<sup>(١)</sup> أو غيرها أو كبير [لحداد]<sup>(٢)</sup> أو فران لتسييل الذهب والفضة أو آبار أو كنف ، فما أضر بجاره من ذلك منع منه واستخف اتخاذ التنور ، هكذا [ قال ]<sup>(٣)</sup> في « التهذيب » ونحوه في « اختصار ابن يونس » في الأصل فيمن اتخذ رحي في داره تضر بجدران الجيران ، يمنع .

عياض : فتأمل قوله : « تضر بجدران [ الجيران ] »<sup>(٤)</sup> ، فإنما يمنعه لهذه العلة لأجل دورانها وجمععتها [ فمفهوم ]<sup>(٥)</sup> الكتاب هذا [ تفسير ]<sup>(٦)</sup> ، وهو تفسير قوله : « كل ما اتخذ الرجل من فرن أو حمام أو أرحية ، [ فما ]<sup>(٧)</sup> أضر بجاره منع من ذلك » وهو قول أكثر الشيوخ بقرطبة وغيرها ، وبه أفتى أبو عثمان بن عبد ربه وإليه مال ابن عتاب ، لأنه [ لا يرى ]<sup>(٨)</sup> ضرراً [ من ]<sup>(٩)</sup> الصوت ، وبه أفتى أبو عبد الله بن [ غلاب ]<sup>(١٠)</sup> من شيوخ بلدنا .

وأفتى غيرهم من القرطبيين بأن ضرر الصوت [ هو الذى ]<sup>(١١)</sup> يراعى ، وبه أفتى إبراهيم بن يربوع من شيوخ بلدنا [ أيضاً ]<sup>(١٢)</sup> فى مسألة ابن فتح ، وهى مشهورة .

ولابن غالب فيها جواب بشعر معلوم ، إذ كان سئل فيها أيضاً بشعر .

واحتج هؤلاء بظاهر لفظ : « [ ما ]<sup>(١٣)</sup> أضر بجاره » ، واحتج الأول بقول

(١) فى أ : ماء .

(٢) فى أ : تحديد .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ج : الجدار .

(٥) فى أ : ومفهوم .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : مما .

(٨) فى أ : لا يراعى .

(٩) سقط من أ .

(١٠) فى أ : غالب .

(١١) سقط من ج .

(١٢) سقط من ج .

(١٣) فى أ : كما .



مالك في الجواز: « إنه لا يمنع من عمل ضرب الحديد في داره وإن تأذوا بذلك جيرانه وقال: لا أقدر أن [ أنام ]<sup>(١)</sup> معه ، وإنما المراعى عند هؤلاء ضرر آخر غير هذا من [ هدم ]<sup>(٢)</sup> الجدران بتحريكها وقوة زلزلتها وما يوهى أساسها من دويها وشبه هذا . أ . ه .

ومن هذا مسألة المؤذن [ في الأسحار ]<sup>(٣)</sup> وجوف الليل وابتهاله بالدعاء الواقعة في « أحكام ابن سهل » فشكاه جيرانه ، فأفتى ابن دحون وابن فرج بمنعه . وأفتى المسيلي وابن عتاب بأنه لا يمنع .

وقسم ابن عتاب في « أحكام ابن سهل » وابن رشد في سماع يحيى من كتاب الأفضية من « البيان » ما يحدثه الرجل في ملكه مما يضر بغيره إلى أقسام ، ولفظ ابن رشد : وهو على ثلاثة أقسام : منه ما يمنع اتفاقاً ، ومنه ما لا يمنع اتفاقاً ، ومنه ما يختلف في منعه .

[ فمما يمنع اتفاقاً ]<sup>(٤)</sup> أن يحدث أندراً في جوار جدار رجل أو جنانه فيضر به [ ما يقع من تبين عند الدور ]<sup>(٥)</sup> وضرر الدخان ، [ أو كأن يحدث بقرب دار حماماً أو فرنًا ، ومنه ]<sup>(٦)</sup> ضرر الروائح [ القبيحة ]<sup>(٧)</sup> كالذبائح ، و [ منه ]<sup>(٨)</sup> ما يضر [ بالجدران ]<sup>(٩)</sup> كأن يحدث كنيماً إلى جانب حائط داره أو أرحيته [ بالجدران أو شبه ]<sup>(١٠)</sup> ذلك .

ومنه ضرر الاطلاع ، [ كأن يحدث كوة أو باباً ]<sup>(١١)</sup> يطلع على داره أو قصبه

(١) في أ : قام .

(٢) في ج : هذا .

(٣) في أ : بالأسحار .

(٤) في أ : فالأول .

(٥) في أ : التبين عند الدور .

(٦) في أ : كحمام أو فرن يحدثه بقرب داره .

(٧) في أ : القيمة .

(٨) سقط من أ .

(٩) في أ : بالجدران .

(١٠) في أ : نظر بجواره وشبهه .

(١١) في أ : كالكوة أو الباب .

يشرف منها على عياله، وفي هذا اختلاف شاذ، قيل: إنه لا يمنع، [ وقيل ] (١) : لجاره استر على نفسك إن شئت .

وروى ذلك عن أشهب وابن الماجشون ومحمد بن [ مسلمة ] (٢) ومحمد بن صدقة [ الفرقي ] (٣) .

[ ومما لا يمنع اتفاقاً : أن يحدث فرناً أو حماماً ] (٤) بقرب فرن أو حمام فتقل عمارته وتنقص غلته أو يبنى في داره بناءً يمنعه الضوء أو الشمس أو الريح [ عن جاره ، ومنه دار الأصوات كالحداد والكماد .

حكى ابن حبيب أنه لا يمنع ، ورواه مطرف عن مالك ، وفي هذين خلاف شاذ .

روى ابن دينار عن ابن نافع المنع من ضرر منع الضوء والريح ] (٥) والشمس .

وقال بعض الفقهاء المتأخرين : يمنع من ضرر الأصوات ، واستدل بما روى من قول ابن المسيب رضى الله عنه : اطردها [ القارئ ] (٦) عنى فقد آذاني ، يعنى عمر بن عبد العزيز .

[ وهذا ] (٧) لا دليل فيه ، وقد مضى القول عليه في سماع أشهب من كتاب [ الصلوات ] (٨) .

قلت : وأفتى أبو المطرف وابن [ فرج ] (٩) وابن أبي زعبل بمنع إحداث ما ينقص القيمة وخالف ابن عتاب وابن مالك في ذلك .

(١) في أ : ويقال .

(٢) في أ : سلمة .

(٣) في أ : الركي .

(٤) في أ : والثاني أحد .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : الغراب .

(٧) في أ : ولا .

(٨) في أ : الصلاة .

(٩) في أ : جريج .

والثالث : إحداث بناء في أرضه بقرب أندر جاره يمنع الريح عند [ التدرى ]<sup>(١)</sup>.

[ فقال ]<sup>(٢)</sup> ابن القاسم وابن نافع : يمنع .

واختلف فيه قول سحنون ، قال : والأظهر [ ألا ]<sup>(٣)</sup> يمنع لأن رسول الله ﷺ قال : « كل ذي مال أحق بماله وكل ذي حق أحق بحقه وكل ذي ملك أحق بملكه »<sup>(٤)</sup> ، فوجب ألا يمنع من البناء في حقه والانتفاع بملكه إلا بيقين أنه يضر بجاره أكثر مما يضر به هو تركه لا يقين في ذلك ، بل الأظهر أن الضرر عليه أشد ، لأن المنفعة بالبناء [ المتصلة ]<sup>(٥)</sup> في جميع الأزمان والانتفاع بالأندر إنما هو في زمان خاص .

وجه القول الآخر : إن صاحب الأندر قد حاز منفعتها بالسبق إليها ، فليس لأحد أن يبطلها عليه .

[ قال : وقد رأيت لابن دحون أنه لا يختلف في الكماد والطحان أنهما لا يمنعان ، لأنهما وإن كان ذلك محدثاً يضر بأسماع الجيران ، فإن أضر بالبناء منعاً ]<sup>(٦)</sup>.

[ قال : وكذلك ]<sup>(٧)</sup> الدباغ والدقاق لا يمنعان وإن أضرت الرائحة بالجيران ، فإن أضرت بالبناء منعاً .

قال : [ فأما ]<sup>(٨)</sup> الفرن والحمام [ فيمنعان ]<sup>(٩)</sup> [ إذا كانا محدثين ]<sup>(١٠)</sup> ، لأن الدخان يسود الحيطان والأبواب والسقوف [ ق / ٢٤٣ ب ] ، ولم يمنعاً من أجل

(١) في ح : الذرو .

(٢) في أ : وقال .

(٣) في أ : لا .

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٧٨٧) من حديث عمر بن المنكدر مرسلأ .

(٥) في أ : متصله .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : وحكى عن ابن حمدان : أن .

(٨) في أ : وإن .

(٩) في أ : إنما يمنعان .

(١٠) سقط من أ .

الضرر [ بالبناء ] (١) ، وعلى هذا قياسه .

قال : وليس بصحيح . أ . ه .

وقال في « نوازل أصبغ » من كتاب جامع البيوع : اختلف في حيازة الضرر [ والمحدث ] (٢) ، فقال ابن حبيب : لا يحاز أصلا .

وقال أصبغ هنا : يحاز بما تحاز به الأملاك عشر سنين ونحوها .

[ وعنه ] (٣) : لا يحاز إلا بعشرين سنة ونحوها .

قلت : قال ابن فتوح : [ ويقولوه الأول ] (٤) القضاء .

قال : إلا أن يكون المحدث عليه صغيراً أو مولى عليه أو بكر غير معنس ، حتى يبلغ الصغير وتعنس البكر وينطلق المولى عليه ، ثم يسكتون المدة المذكورة عالمين بما لهم في ذلك من القيام .

قلت : وبحيازته بالسكوت عشر سنين أفتى عبد الله بن يحيى وأيوب وابن الوليد .

وقال ابن لبابة : عشر سنين في الضرر قليل ، وهو قوله تروى عن أصبغ .

والذى روى عنه وعرف من قوله وسمعت بعض مشايخنا المفتين يقولان : لا يستحق الضرر بالعشرين سنة إلا ما زاد ، هكذا في « أحكام ابن سهل » .

والذى في « أحكام ابن بطال » : قال ابن لبابة : والذى عرف من قول أصبغ ما أفتى به [ ق / ١٦١ جـ ] جميع المفتين بقرطبة أنه لا يستحق بالعشرين إلا ما زاد عليها .

ابن رشد : وكان ابن زرب يستحسن في ذلك خمسة عشر عاماً ، وروى عن ابن الماجشون .

وقال سحنون في كتاب ابنه : يحاز بأربع سنين وخمس ، وقد قيل : إن ما كان

(١) في أ : يأنوف الجيران .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : وبها .

ضرره على حد واحد ، فهو الذى يحاز بالسكوت عليه .

[ وما كان يتزايد أبداً كالمطمر إلى جانب الحائط وشبه ذلك ، فلا حيازة فيه ، وعزاه لابن أبى زمنين .

قلت : وهو الصواب عندى ، والجارى على قول ابن القاسم فى امرأة الأجدم ترضى به فيبدو لها أنه إن كان يزيد أمره فلها ذلك ، وعزاه [ (١) الباجى وغيره لابن مزين .

[ ابن عتاب ] (٢) : وحيارة الضرر على الأقارب والأجنيين سواء على القول بالحيارة ، ولا يفرق فى ذلك بينهما [ فى ذلك ] (٣) كما يفرق فى الأملاك ، قاله ابن زرب فى مسائله [ التى جمع ] (٤) .

وفى سماع زونان من كتاب السلطان من « البيان » : اختلف [ ق / ١٦٧ أ ] إن أشكل الضرر هل هو قديم أو [ حديث ] (٥) ، ففى « أحكام ابن زياد » : إنه محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم .

ابن زرقون : وبه العمل .

وفى كتاب ابن سحنون : إنه قديم حتى يعلم أنه محدث .

وقول الشيخ رحمه الله فى جوابه : وأما كثرة الدخول والخروج ، فلو أسكن فى داره عدداً كثيراً لم يمنع ، فكذلك هؤلاء ، [ هو مقتضى قوله فى كتاب كراء الدور : ومن اكرى بيتاً وشرط ألا يسكن معه أحد ، فتزوج أو ابتاع رقيقاً ] (٦) ، فإن لم يكن فى سكتناهم ضرر على رب البيت ، لم يكن له [ أن يمنع ] (٧) وإن كان فى سكتناهم ضرر ، فله منعه ، وقد تكون غرفة ضعيفة الخشب ونحوه ، فينظر فى ذلك .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ج : حادث .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : منعهم .

وقال أيضاً : ومن اكرى داراً فله أن يدخل [ فيها ] (١) ما شاء من الدواب والأمتعة ، وينصب فيها الحدادين والقصارين والأرحية ما لم يكن [ في ذلك ] (٢) ضرر على الجدار ، أو تكون داراً لا ينصب ذلك في مثلها لارتفاعها ، ومنع ما تعارف منه .

وقوله رحمه الله : « وأما كونهم ممن لا يصلح ، فإن ظهر منهم فساد [ عوقبوا ] (٣) عليه ، ألا ترى قوله في الكتاب : إذا ظهرت منه دعارة أو فسق ، ، يعني قوله في كتاب كراء الدور : وإذا ظهر من مكترى الدار دعارة أو فسق وشرب خمر ، لم ينتقض الكراء ، ويمنع الإمام من ذلك ، ويكف [ أذاه ] (٤) عن الجيران وعن رب الدار ، وإن رأى إخراجة أخرجه وأكراها عليه .

وفي آخر كتاب السلطان من « العتبية » : قال أبو زيد : قال ابن القاسم : سئل مالك عن فاسق يأوى إليه أهل الفسق والخمر ، ما يصنع به ؟

قال : يخرج من منزله ويخارج عليه .

فقلت : [ أيباع ] (٥) ؟

قال : لا لعله يتوب فيرجع إلى منزله .

ابن القاسم : يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثاً ، فإن لم ينته أخرج وأكرى عليه .

ابن رشد : قال مالك في « الواضحة » : [ إنه ] (٦) يباع عليه ، خلاف قوله في هذه الرواية ، وقوله [ فيها ] (٧) أصح لما ذكره من أنه قد يتوب فيرجع إلى [ منزله ] (٨) .

قال : وقد روى يحيى بن يحيى أنه قال : أرى أن يحرق بيت الخمر .

(١) في أ : فيهما .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : عوقب .

(٤) في أ : أذاه .

(٥) في أ : اتباع .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

قال : وقد أخبرني بعض أصحابنا أن مالكا كان يستحب أن يحرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر [ قاله في النصراني يبيع الخمر ] (١) من المسلمين [ قال ] (٢) إذا تقدم إليه فلم ينته ، فأرى أن يحرق عليه بيته .

قال : وحدثني الليث أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حرق بيت رويشد الثقفي لأنه كان يبيع الخمر ، وقال له : أنت فويسق ولست رويشد .

وقد حكى محمد بن عياض فيما جمعه من نوازل أبيه رحمهما الله اختلاف [ فقهاء ] (٣) ذلك الزمان في امرأة أعتقت غلامها وملكته جنة وهو معلوم بالدعارة ، [ فاستضر ] (٤) جيرانه بما يفعله في الجنة من المعاصي فيها ويمن يأوى إليه فيها من أمثاله ، وخافوه فأخرجه القاضي منها ومنعه دخولها ، فأظهر التوبة ثم عاد إلى حالته الأولى من الفساد ، فأفتى محمد بن حسون وهارون بن الوليد بأن تباع على ما قاله مالك في كتاب ابن حبيب ، وأفتى محمد بن إسماعيل ويوسف بن أحمد وموسى بن زكريا الزناتي أن يخرج عنها ويضرب ويسجن ولا تباع .

(٣٢٤) [٢] وسئل رحمه الله : عمن له ساقية في أرض رجل يمر عليها ماء له معلوم ، ثم اشترى نصيباً من ماء آخر زاده مع الأول ، فأراد أن يمر به في الساقية المذكورة ، فقال رب الأرض : لا تزيد على الماء الأول لثلاث تسع على الساقية ؟ [ فأجاب ] (٥) : من حقه ألا يزيد على ذلك الأول .

قلت : في كتاب القسمة : وإن اقتسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره ، ففتح من النصيب إلى داره باباً وجعل يمر إلى داره من طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه أو سكن معه ، فذلك له إن أراد ارتفاعاً ، ولا يمنع إلا أن يجعل ذلك فيه كسكة نافذة لمر الناس ويدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق ، فليس ذلك له .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : في .

(٤) في أ : واستضر .

(٥) في أ : فقال .

وسأل عياض ابن رشد رحمهما الله عن له دار ذات مطمر غير [ مشرفة ] (١) ، بناها وأصلحها وأخرج ماءها المستقر فيها من الأمطار على بابها ، فيجتمع ما يجتمع من ماء المطر في الزقاق ويشق دار أحد جيرانه ، إذ عليها يجري ، فمنعه جاره من ذلك وقال : لا يجري إذ لم يكن يجري قبل ، فشهدت بينة عادلة من أهل المعرفة أنه لا مجرى لماء المطر منها إلا على الزقاق المذكور ، وأنه لا بد من خروجه من الدار المذكورة ، فزعم خصمه أن الدار كانت قبل أن يبنها قليلة السقف قل ما يجتمع فيها من ماء المطر ، وذلك القليل يجري في المطمر المذكور وتسعه أرض الدار المذكورة وأما على باب الدار المذكورة فلم يجد قط ، وأنه لما بناها أحدث فيها سقفاً كثيرة ومسكن تجتمع فيها مياهها ، فكثر الماء ولا يحمله المطر المذكور ، [ فلذلك ] (٢) احتاج إلى خروجه من باب الدار ، فهل له متكلم لهذا الذي ذكره من جميع الماء لسبب البنيان إن ثبتت شهادة أهل المصر المذكورة في هذا أو قامت لصاحب الدار الجديدة بينة أن ماء داره قبل بنيانه أنه كان يخرج على بابها إلى الزقاق أم لا حجة له بالماء النازل في الدار على حد واحد قبل البناء وبعده ، ولا بد لكل بقعة من [ حد ] (٣) ومرتفق بخروج مياهها الضرورية؟

**فأجاب :** إذا شهد لصاحب الدار الجديدة بدليل العيان بينة عادلة بما ذكرت من أنه لا مجرى لماء المطر منها إلا على الزقاق المذكور وأنه لا بد من خروجه عنها ، [ أو شهدت له ] (٤) بينة عادلة على معرفة خروج ماء المطر عنها على باب داره إلى الزقاق المذكور ، فمن حقه أن يخرج ماء المطر عنها إلى الزقاق ولا حجة لجاره الذي يمر ماء الزقاق على داره فيما احتج به من كثرة الماء بسبب تسطيح الدار وتكثير سقفها ، إذ من حق صاحب الدار إذا ثبت له خروج ماء المطر عنها إلى الزقاق أن يخرج جميعه إليه ، ولا [ يغور ] (٥) فيها شيء منه .

ولما نقل محمد بن عياض رحمه الله جواب ابن رشد هذا نقل جوابين آخرين :

(١) في أ : مسرية .

(٢) في أ : ولذلك .

(٣) في أ : رحتي .

(٤) في أ : وشهدت له .

(٥) في أ : يعذر .



أحدهما : إذا ثبت أن الماء كان يخرج من الدار إلى الزقاق قبل بنيانها ، فإنه [يجرى] (١) الآن كذلك ، ولا حجة لصاحب الدار التي يمر عليها الماء [ في كثرة السقوف إذ البقعة واحدة .

وإن لم يثبت أن الماء كان يخرج إلى الزقاق فلا يمر الماء] (٢) على دار جاره إلا برضاه ، قاله محمد بن إسماعيل .

[ والثاني ] (٣) : ولصاحب الدار متكلم في زيادة الماء [ ق / ٢٤٤ ب ] (٤) [الجارى عليه من أجل تسطيح جاره [ لساحة ] (٥) داره ، ويؤمر صاحب الدار بأن يضع في ساحة داره حفرة يغور فيها مقدار تلك الزيادة من الماء ، وليس له متكلم في غير ذلك ، قاله محمد بن أحمد بن الحاج .

[ واتفق هؤلاء الأئمة الثلاثة على أنه لو تصيرت [ ق / ١٦٢ ح ] له دار أخرى مشرفة على دار جاره المذكور ، فقلع سرفها وأجراه على داره القديمة ، إنه ليس له أن يحوله عن حاله إلا برضا جاره وإذنه ] (٦) .

(٣٢٥) [٣] وسئل رضى الله عنه : عن صاحب دار له دجاج يؤذى أصحاب جنات بإزائها ؟

[ فأجاب ] (٧) : [ يؤمر أن يرفعها ] (٨) ، انظر مسألة الحمام والنحل إذا آذت ، انظر ابن يونس ذكرها آخر كتاب القسمة .

قلت : المسألة مختلف فيها ، والذي أفتى به الشيخ نقله ابن سهل عن عيسى بن دينار في كتاب الجدار ، وعن مطرف من رواية ابن حبيب عنه وعن أصبغ وابن القاسم : لا يمنع من ذلك كالماشية ، وقاله ابن كنانة في « المجموعة » ، ونقله الشيخ

(١) في أ : يمر .

(٢) سقط من أ .

(٣) بياض في أ .

(٤) بداية سقط من ب بمقدار ورقة مخطوط .

(٥) في ج : والساحة .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : فقال .

(٨) في ج : يؤمرون برفعها .

أبو محمد عن بعض الأصحاب، واختار ابن حبيب قول مطرف وقال به .

(٣٢٦) [٤] وسئل رحمه الله : عن ديار خربت وطال زمانها حتى انقرض من كان يعرفها ويعرف طرقها ومواردها ، وغير ذلك بالحرث حتى لا يوجد ما يدل على ذلك ، ثم تسور من أراد أن يحيى تلك الديار وكل من دار من تلك الديار ينفى أن يكون الطريق من جهته ، وجهل ذلك المحي وأرباب الملك الدائرون بتلك الديار ، [فهل يسقط ذلك] <sup>(١)</sup> ولا يقضى لهذا بطريق ولا مورد ، أو يقضى له بالمورد بجهة من الجهات ؟ وهل يفسخ البيع إذا كان هذا الذي أراد أن يحيى ذلك مشترياً أم لا ؟

فكتب بخط يده رحمه الله : إن الديار التي خربت وجهل موضع طريقها ولم يوجد من يعلمه لطول الزمان ، [يوقف] <sup>(٢)</sup> أرباب الديار [المذكورة عن السكنى] <sup>(٣)</sup> حتى يصطلحوا على موضع يعينونه للطريق إذا تشاجروا في مصرفها ، لأنه علم أن للديار طريقاً جهل موضعه ، وحكم ما جهل ولم يقدر على التوصل إلى معرفته الصلح لاستواء المتصالحين [ ق / ١٦٨ أ ] في الجهل ، ويكون صلحهم على معنى التحلل كمسألة كتاب الصلح فيمن له على رجل دراهم نسي مبلغها ، وكمسألة كتاب الشفعة فيمن ادعى حقاً في دار نسي الفريقان قدره ، إن الصلح في الحق المدعى جائز على طريق التحلل إلى نظائر كثيرة ، والمشتري من [ تلك ] <sup>(٤)</sup> الديار [ داراً ] <sup>(٥)</sup> لا يفسد شراؤها إلا إذا علم المتبايعان ، [ فإن ] <sup>(٦)</sup> الحكم الإيقاف حتى يقع الصلح على طريق فيكون فاسداً باتفاق .

قلت : ذكر ابن سهل رحمه الله هذا المعنى في « أحكامه » ، وأنه كتب إلى قرطبة فيمن له كرم بين كرم لأناس ، فكان يسير إلى كرمه حيث [ شاء ] <sup>(٧)</sup> لا يمنع ، ثم أعمار أصحاب الكرم كرومهم فمنعوه الدخول عليها .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : توقف .

(٣) في أ : السكنى فيها .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : بأن .

(٧) سقط من ج .

قال : فكتب إلى ابن عتاب : الأرض البراح مخالفة لما حصر عليه وصرف إلى موضع يدخل منه ، فإن كان لأهل البلاد سنة فى الفدادين والأحقال حملوا عليها ، وإلا فإن كان صاحب الأرض المجهولة المدخل يعلم أنه يجهل ذلك لمغيب أو لصغر ، فيلزم كل من جاوره اليمين أنه لا مدخل له على أرضه ، فمن حلف برئ ومن نكل كان عليه المدخل .

وإن كان صاحب الأرض ممن يعلم أنه لا يخفى عليه ذلك ولا يجهله قيل له : لا يمين لك على من يجاورك بهذه الدعوى التى لا تحققها ، فإن حققت دعواك على أحد حلف أو يصررها عليك ، وإلا فلا شيء [ لك ] (١) .

ابن سهل : فأعدت سؤاله والحكم كيف يكون إن حلفوا جميعاً أو نكلوا ؟ [فكتب] (٢) إلى : ليس عندي إلا ما جاوبتك به ، إلا أنه ظهر [ لبعض ] (٣) أصحابنا مسألة ، وهى : كتب عثمان بن غازى إلى يحيى بن يحيى فيمن له أرض أحاط بها أرض قوم فغرسها ، فيختلف أحد الشركاء إليها على أرض من جاوره ، فسد القوم أرضهم شيئاً فشيئاً ، فكلما سد قوم ناحية مر على التى بقيت حتى استوعب القوم أرضهم بالسد ومنعوه الممر ، فلم يجد ممر إلى كرمه .

فكتب إليه : يؤمرون بأن يجعلوا له طريقاً إلى كرمه على غير مضرة [ بهم ] (٤) ولا به ، ثم يترادون ذلك الممر بينهم حتى يكون على جميع من [ كان ] (٥) يختلف عليه .

ابن سهل : ورأيت [ بعض هذا المعنى ] (٦) ، كتب إلى أبى محمد بن واقد فيمن له أرض فغرسها كرمًا ، وحوله أرض جيرانه وقرابته غير محصور عليها ، فكان يتخلف إلى كرمه حيث أمكنه عشرين سنة أو نحوها ، ثم غرسوا أرضهم فى كل ناحية وأغلقوا عليها ، فمنعوه الاختلاف إلى كرمه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فحلف .

(٣) فى أ : إلى بعض .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : ورأيت فى ذلك بعد هذا .

**فأجاب :** ليس لهم أن يغلقوا ما يقطعون به السلوك إلى كرمه .

ثم ذكر ابن سهل عن أصبغ في رواية ابن حبيب نحو هذا ، انظره .

ومسألة كتاب الشفعة التي أشار إليها الشيخ ، نصها في « التهذيب » : ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منها ، فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك ، وإن عرف المدعى دعواه منها فليسمه ، فإن لم يسمه بطل الصلح .

الشيخ : معناه إذا علم المدعى عليه يعلم المدعى ، وأما إن لم يعلم بعلمه فهي كالصبرة يعلم البائع كيلها دون المبتاع ، إنه مخير . أ . هـ .

والمسألة على ما هي في الأمهات نقلها صاحب « التنيهات » تُنظر فيها ، ومثلها بمسألة كتاب الصلح في الصلح على دراهم لا يعرفان عددها ، أنه لا يجوز صلحهما على دنائير ودراهم وغيرها نقداً .

قال : ومثله بيع الصبرة لا يعرفان كيلها .

ومثلها لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر في موضع إن جهلا جميعاً صفة الأرض ، ولو علم أحدهما دون الآخر لم يجز للمخاطرة ، وهناك ارتفعت لاستواء حالهما ، ولا ضروره إلى ذلك ، ولا ضرورة إذا علم أحدهما ذلك إن لم يعلم الآخر ، فيستوى علمهما .

الشيخ : وحاصله أن كل موضع يقدران على الوصول إلى معرفة ذلك ، فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة ، وكل موضع لا يقدران على الوصول إلى معرفة ذلك ، فالصلح جائز فيه على معنى التحلل ، إذ هو أكثر المقدور .

(٣٢٧) [٥] وسئل رضى الله عنه : عن امرأة معيانة أصابت امرأة أخرى بالعين ،

فطلبت وضوءها فامتنعت ؟

**فأجاب** [١] : إن ثبت أنها معيانة وثبت أنها أصابت هذه .

قيل له : بماذا يثبت أنها أصابتها ؟ قال : مثل أن يسمع منها كلام أو نظر مما جرت عادة المعيان به عند ذلك أو تقر به ، فتجبر على الوضوء لها بالحكم .

ونص عليه عياض في « الإكمال » وحكى قولين ، هل وجوباً أم لا ؟ ورجح

الوجوب من الفاظ وقعت بلفظ الأمر في الأحاديث .

وأما سجن المعيان [ أو ]<sup>(١)</sup> تغريبه ، فقال الشيخ : يثقف في داره وحيث لا يضر الناس ، وإن يكن له مال أنفق عليه من بيت المال .

وانظر هل يغرب كما تغرب البهائم العادية على الزرع إلى بلد لا زرع فيه .

وانظر أى بلد يغرب إليه ، إذ كل موضع فيه المسلمون ولا ينفي إلى بلد أهل الكفر ولا إلى الصحراء لثلا يضيع .

قلت : الذى حكى الخلاف فى جبر المعيان على الوضوء للمعيون ومال إلى الجبر هو المازرى فى « المعلم » لا عياض ، وعزاه الشيخ رحمه الله [ إلى ]<sup>(٢)</sup> «الإكمال» لأنه نقله فيه ، ونص كلامه : وقد اختلف فى العائن هل يجبر على الوضوء للمعيون أم لا ، واحتج من قال بالجبر بقوله فى « الموطأ » : « يتوضأ له » ، ويقول فى مسلم : إذا استغسلتم فاعسلوا ، وهذا أمر يحمل على الوجوب .

قال : ويتضح عندى الوجوب ويعد الخلاف فيه إذا خشى على المعيون الهلاك ، وكان وضوء العائن مما جرت العادة بالبراء به ، أو كان الشرع أخبر به خبراً عاماً ، ولم يكن زوال الهلاك على المعيون إلا بوضوء هذا العائن ، فإنه يصير من باب من تعين عليه إحياء نفس مسلم وهو يجبر على بذل الطعام الذى له ثمن ، وكيف بهذا مما يرتفع الخلاف فيه .

وفى «الإكمال» عن بعض العلماء: ينبغى إذا عرف أحد بالإصابة [ق/ ١٦٣ ج] بالعين اجتنابه والتحرز [ منه ، وينبغى للإمام منعه من مداخلة الناس ويأمره بلزوم بيته، وإن كان فقيراً رزقه ما يقوم ]<sup>(٣)</sup> به ، ويكف أذاه عن الناس ، فضرره أشد من ضرر أكل الثوم والبصل الذى منعه النبى ﷺ دخول المسجد لثلا يؤذى المسلمين ، ومن ضرر المجذوم الذى منع عمر رضى الله عنه والعلماء اختلاطهم بالناس، ومن ضرر العوادى من المواشى [ التى ]<sup>(٤)</sup> أمر بتغريبها حيث لا يتأذى منها.

(١) فى أ : لو .

(٢) فى أ : فى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : الذى .

ومن هذا المعنى قول ابن عبد البر رحمه الله : وقد شاهدت شيخنا أبا عمر أحمد ابن عبد الملك - يعنى الأشبيلي رحمه الله - [ أفنى ] (١) فى رجل شكاه جيرانه وأثبتوا عليه عند القاضى أنه يؤذيه فى المساجد بلسانه ويده ، بأنه يخرج عن المسجد ويعد عنه .

فقلت له : ما هذا وقد كان [ أدبه ] (٢) بالدرة والسوط ما يردعه ؟

فقال : الاستدلال بحديث النبى ﷺ أولى .

قال : ونزع بحديث عمر ، يعنى قوله : « يا أيها الناس إنكم لتأكلون من شجرتين لا أراهما إلا خبيثتين البصل والثوم ، ولقد رأيت النبى ﷺ إذا وجد ريحهما من أحد أمر به فأخرج إلى البقيع » (٣) .

وفى « أحكام ابن حدير » : من شهد عليه أنه يؤذى الناس بلسانه وقاعاً فيهم ، فقال سعيد بن أحمد بن عبد ربه : أرى حبسه ثلاثة أيام .

وقال ابن حارث : أرى أن تأمر بسجنه وتبيح له المدفع ، [ قال ] (٤) فإن لم يكن له مدفع وأتى من يشب [ عليه ] (٥) قذفاً أخذت [ له ] (٦) بحقه وتعهد إليه عهداً ناجزاً فاصلاً ، إما كف بالحقيقة [ ق / ١٦٩ أ ] وإما زال عن القوم ورحل منهم .

وقال ابن خزيمة : الذى أرى أن تأمر بحبسه وتبيح له المدفع ، فإن أتاك بما يوجب [ له ] (٧) نظراً وإلا كفيت الجيران شره ببيع داره عليه أو بكرائها وترحله عن الربط ، وهذا من الضرر الذى يوجب إبعاده عمن يضر به من المسلمين ، وتجتهد فى تأديبه بالسوط على قدر ذنبه وأخذه من أعراض الناس ، [ فأعرض الناس ] (٨)

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يؤدبه .

(٣) أخرجه ابن شيبه (١٣٧/٥) ، والطحاوى فى « شرح المعاني » (٦١٣٠) .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

محصنة لا ينال منها أحد إلا نيل منه [ بالأدب ] (١) بقدر ذلك ، [ والله الموفق  
للصواب ] (٢) .

---

(١) في أ : بالضرب .

(٢) سقط من أ .

## مسائل من الوصايا والعتق وما شاكله

(٣٢٨) [١] سئل رحمه الله من مدينة سلا : عن امرأة لها بنات وحفدة ،  
فمرضت فأتت بشهود فقالت لهم : أريد أن أوصي بثلثي لابنتي مريم وعائشة دون  
ميمونة لأنها تعقني ، فقال لها الشهود : [ لا ]<sup>(١)</sup> وصية لوارث ، فقالت :  
[لأولاد]<sup>(٢)</sup> مريم وعائشة ، فقالوا : نعم ، فأشهدتهم بوصيتها لحفدتها من مريم  
وعائشة بثلثها ، وكتبوا بذلك رسماً ، فلما توفيت ادعت ميمونة أنها مضارة وأنها  
قصدت الفرار ، وشهد الشهود أن القضية كذا وقعت ، ولكن لم يكتبوا فى رسم إلا  
وصية للحفدة لا غير ؟

[فأجاب] <sup>(٣)</sup> : هذه أرادت أن تعقد وصية ممنوعة فردها الشهود إلى وصية  
جائزة فعقدتها ، [ فتجوز ]<sup>(٤)</sup> ولا عبرة بكونها مضارة ، أما على قول ابن عبد  
الحكم الذى لا يراعى [ الضرر ]<sup>(٥)</sup> أصلاً فى الثلث ، فلا إشكال .

وعلى قول ابن القاسم الذى يراعيه ، تنفذ هذه لأنها أبطلت ما لا يجوز واركتبت  
ما يجوز ، واحتج بمسألة اللؤلؤى .

قال ابن زرب : أراد اللؤلؤى أن يوصى فقال : اعتقوا عبدى فلاتاً على أن يخدم  
زوجتى [ سنين ]<sup>(٦)</sup> .

فقلت : هذا لا يجوز ، فمحاها وأوصى بما يجوز .

أجاب الشيخ بالفرق أن اللؤلؤى لم يقصد مضارة أحد ، وهذه قصدت ضرر  
البنات [ الواحدة ]<sup>(٧)</sup> ، فتأمله .

قلت : [ هكذا وجدت هذا البياض فى الأصل الذى نقلت منه ، وأظن أن

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فأولاد .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .



موضعه « على أن يخدم زوجته سنين » ، فإنه ذكر في التقييد هكذا .

و [١] مسألة اللؤلؤى ذكرها ابن سهل فى مسألة إعمار الموهوب له الواهب داراً كان وهبها له بعد أن حازها منه أشهد [ أن ] [٢] ألا يكون مثلها حياة ، ثم أراد الرجوع فى الإعمار لثلا تبطل له الهبة .  
وكان ابن دحون سأل ابن زرب [ عنها ] .

قال : فقال بعد أن أطرق فيها شيئاً : إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمرى تبطل الهبة ، فقد لزمه ما صنع وبطلت الهبة .

وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم ذلك ، انفسخت العمرى ورجعت لموهوب له الدار وقبضها من الموهوب .

وذكر [ ٣ ] أن هذه المسائل إنما هى بالتكرار على درسها ، وأنها تنسى مع ترك الدرس .

قال : وشهدت اللؤلؤى عقد فى وصية خدمة فتى لزوجته ، وقال فى وصيته : فإن شاحها الورثة فى خدمته عجل له العتق .

فقلت [ له ] [٤] : هذا لا يجوز ، وأتيت بالرواية فيه ، فتذكرها وأصلح ما كان عقده من ذلك . أ . ه .

[ فقيل : هذا عجب أن يكون مثل اللؤلؤى على قدره فى الفقه يغلط فى مثل هذا .

فقال : لو تركت الدرس عامين لنسيت ما هو أهون من هذا ، فكيف بشيخ قد بعد عمره بالدرس ، وإنما هذه المسائل بأن لا يقلع عن درسها [٥] .

وفى كتاب الوصايا الثانى : ومن قال فى صحته : ثلث دارى للمساكين وأنا إلى غلتها وأفرقها ما دمت حياً ، فإن ردها ورثتى من بعدى فهى وصية فى ثلثى وتباع ويصدق بثمانها ، فذلك نافذ كما قال .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

وإن قال : هو على بعض ورثتي [ وأنا لى ]<sup>(١)</sup> قسمتها ، فإن رد ذلك ورثتي بعد موتى بيعت وتصديق بثمانها من ثلثي ، لم يجز وورثت ، وإذا أوصى بثلثه لوارث وقال : فإن لم يحزه باقى الورثة فهو فى السبيل ، لم يجز ذلك ، وهو من باب [الضرر]<sup>(٢)</sup> .

وكذلك بعبدى فإن لم يجيزوا فهو حر ، فإنه موروث إن لم يجيزوا .

ولو قال : هو حر فى السبيل ، أو قال : دارى أو فرسى فى السبيل إلا أن يشاء ورثتى أن ينفذوا ذلك لابنى ، فذلك نافذ على ما أوصى .

اللخمي : وقال أشهب فى كتاب محمد : لا يجوز ، وهو من الضرر ، سواء عنده قال : هو لابنى فإن أبوا اعتقوه أو عتيق إلا أن ينفذوه لابنى ، وحمل قوله سبحانه ﴿ غَيْرِ مَضَارٍ ﴾<sup>(٣)</sup> على العموم فيما يكون ضرراً وإن كان الثلث .

وقال محمد بن عبد الحكم : إنه عتيق ، قدم ذلك أو [ أخره ]<sup>(٤)</sup> ، وهو أحسن لأن العتق مما يراد به البر ، وإنما أراد أن يؤثر به ولده ، [ وإن لم يكن قدمه لآخرته ]<sup>(٥)</sup> ، [ قال ]<sup>(٦)</sup> : وأدنى منازله أنه مشكل هل أراد [ به ]<sup>(٧)</sup> الضرر أم لا ، وليس [ ما ]<sup>(٨)</sup> يقطع أنه أراد به الضرر ، فلا تبطل وصيته بالشك . أ . ه .

فالحاصل ثلاثة أقوال ، والتفصيل مذهب « المدونة » ، وهذا كله إن لم يجز الورثة ، فإن أجازوا جاز ، حكاه فى « النوادر » عن أشهب فى « المجموعة » .

ابن عبد البر : ورواه ابن أبى أويس عن مالك .

وروى ابن القاسم عنه أنها مردودة وإن [ أجازوا ]<sup>(٩)</sup> .

(١) فى ج : إلى أنا .

(٢) فى ج : الغرر .

(٣) النساء : ١٢ .

(٤) فى أ : ضرر .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : هذا مما .

(٩) فى أ : أرادوا .

واستشكلت روايته هذه ، لأن الحق للورثة وقد أسقطوه ، ونقل مثل هذه الرواية صاحب « المقدمات » عن جماعة من أهل العلم خارج المذهب ، وحملوا قول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » (١) على عمومه فلم يجيزوها له وإن أجاز له الورثة ، لكن إن صح ما رواه الدارقطني رحمه الله عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال : « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » (٢) بطل قولهم إن لم يكن « إلا أن يشاء الورثة » مدرجاً ، وفي الحديث مقال لأن روايته عن ابن عباس ، وعطاء الخراساني لم يدركه ، لكن وصله يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس .

قال عبد الحق : والمقطوع هو المشهور .

(٣٢٩) [٢] وسئل رضى الله عنه من مراكش : [ على المشهور ] (٣) [ فى ] (٤) القولين فى إجازة الورثة للوصية ، هل تحتاج إلى حوز كالهبة أم لا كالوصية ؟

[ فأجاب ] (٥) : [ ق / ١٦٤ ج ] المشهور أنها تحتاج إلى الحوز ، فترجح كون الإجازة إنشاء هبة .

قلت : هو مقتضى قوله آخر كتاب الوصايا الثاني : « ومن أوصى بجميع ماله وليس له إلا وارث واحد مديان ، فإن أجاز ذلك فلغرمائه رد الثلثين وأخذه [ فى دينهم ] (٦) .

عياض : فرأى التنفيذ كالهبة والعطية .

وقال ابن القصار وعبد الوهاب : [ ليس ] (٧) ذلك ابتداء عطية ، وإنما هو تنفيذ لفعل الميت ، ونقله فى « البيان » فى رسم « إن خرجت » من سماع عيسى عن أشهب . قال : وهو ضعيف .

(٣٣٠) [٣] وسئل رحمه الله : عن رجل أوصى ببيع حظه فى موضعه ويشترى

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠) من حديث أبي امامة . قال الألباني : حسن صحيح .  
 (٢) أخرجه الدارقطني (٩٧/٤) ، والبيهقي فى « الكبرى » (١٢٣١٥) ، والطبراني فى « مسند الشاميين » (٢٤١٠) . قال الألباني : منكر .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : من .

(٥) فى أ : فقال .

(٦) فى أ : أهل الدين .

(٧) سقط من أ .

بشمنه رقبة تعتق عنه ، وذلك أقل من ثلثه ، [ فمات ]<sup>(١)</sup> فاغتلت الورثة الحظ المذكور عشرين سنة ثم باعوا الموضع واشتروا عبداً فأعتقوه ، وفضل من الثمن وفضلت الغلة ، هل هي لهم أو يشترون بها ما يعتقدون ؟

فقال : هي لهم كما في آخر الحج الثاني فيمن أوصى أن يحج عنه بأربعين [ ق / ٢٤٥ ب ] فحج بعشرين ، ولا يرد الاعتراض الذي قال أبو إسحاق .

[ قلت : مسألة كتاب الحج الثاني ]<sup>(٢)</sup> ، نصها : وإن قال : اعطوا فلاناً أربعين ديناراً يحج بها عنى ، فاستأجروه بثلاثين فحج ، فالعشرة [ الفاضلة ]<sup>(٣)</sup> ميراث ، لأن مالكا قال فيمن أوصى أن يشتري له غلاماً بمائة دينار فيعتق ، فاشتروه بشمانين ، إن البقية ميراثاً .

ابن يونس : قال ابن المواز : [ إنما ]<sup>(٤)</sup> هذا إذا عرف صاحب الغلام والذي يحج بما أوصى به من الثمن فيرضى بدونه ، وإلا فالوصية نافذة .

وقول الشيخ رحمه الله : « ولا يرد الاعتراض الذي قال أبو إسحاق » ، لأن اعتراضه إنما هو على مسألة الحج لا على مسألة العتق ، وذلك أنه قال : لأن قوله : « يحج عنى بهذه الأربعين » ، إن لم يسم رجلاً كان الواجب أن [ تنفذ ]<sup>(٥)</sup> فى حج إلا أن يفهم [ عن ]<sup>(٦)</sup> الميت أنه أراد حجة واحدة ، [ وهو نحو قول ابن المواز ، انظره ، وانظر ابن رشد وسماع يحيى من « البيان » ]<sup>(٧)</sup> .

ووقع ذلك فى كتاب الوصايا الثاني : إن قال : ادفعوا ثلثى لفلان يحج به عنى ، فإن كان وارثاً لم يدفع إليه إلا قدر نفقته وكراته ويرد ما بقى من الثلث ، لأن الفاضل للورثة كمسألة الحج .

[ وإن كان أجنبياً كان له ما فضل من الثلث كالأجير ، يناقضها بعضهم بمسألة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أيضاً .

(٥) فى ج : يتعين .

(٦) فى ج : على .

(٧) سقط من أ .

كتاب الحج الثانى هذه أن العشرة الفاضلة ترجع ميراثاً .

وقال الشيخ : لا تعارض بينهما ، لأن كل واحد من الأجيرين أخذ ما استؤجر به ، فلو استأجروه عنا بأقل من الثلث لكان الفاضل للورثة كمسألة الحج الثانى<sup>(١)</sup> .

(٣٣١) [٤] وسئل رضى الله عنه : عن امرأة لها ابنان وابتنان وحفيدها ابن ابنها ، فأوصت أن له مثل نصيب أحد بنيتها ، كم له ؟

[فأجاب] <sup>(٢)</sup> : تفرض الفريضة من ستة إن لم تترك سوى ما ذكر ، لكل ابن اثنان ولكل بنت واحد ، فيعطى للموصى له اثنان ثم يقسم الباقى على الورثة ، أو يزداد على الفريضة اثنان فتكون من ثمانية على القولين [ ق / ١٧٠ ] اللذين فى المسألة .

قلت : القول الأول هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه والمعمول به والمعمول عليه ، والثانى مذهب أهل الفرائض وأبى حنيفة ، وقاله ابن أبى أويس .

وقوله : « ثم يقسم الباقى على الورثة » ، يريد وهو أربعة ، [ وربما ] <sup>(٣)</sup> أعطى الموصى له هنا اثنين أنهما نصيب أحد الابنين ، فكان جدته أوصت له بالثلث ، وهذا على المعروف من مذهب مالك كما قدمنا .

وأما على مذهب أهل الفرائض فإنه يجعل كأنه ابن آخر معهما ، فيعطى الربع لأنه ثالث الابنين [ ينوبه ] <sup>(٤)</sup> ما ينوب كل واحد منهما سهمان من ثمانية ، وهذا بين .

والحاصل أن مالكا رضى الله عنه يقول : يدفع له مثل نصيب الابن لو لم يوص ، وأهل الفرائض يجعلونه زائداً على عدد الابنين .

وأشار ابن عبد السلام رحمه الله إلى [ إجراء ] <sup>(٥)</sup> هذا الخلاف فى اعتبار اللفظ [والقصد] <sup>(٦)</sup> ، فمشهور المذهب أقرب إلى لفظ الموصى ، والمذهب الآخر أقرب إلى

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فقال .

(٣) فى أ : وإنما .

(٤) فى أ : فينوب .

(٥) فى أ : رجل .

(٦) فى أ : والعقد .

قصده عرفاً ، إذ القصد إنما هو التشبيه لا تفضيله على الوارث .

ابن يونس : عن كتاب محمد : إن قال : « فلان وارث مع ولدى » ، أو « مع عدد ولدى » ، [ أو الحقوه بولدى ]<sup>(١)</sup> أو « الحقوه بميراثي » ، أو « ورثوه في مالي » ، ففي هذا كله إن كان الأولاد ثلاثة فهو كرايع .

وإن كانوا ثلاثة ذكور وإبنتين والموصى له ذكر فهو كرايع للذكور ، وإن كان أنثى فهو ثالث مع الإناث ، فتكون وصيته تسع المال . انتهى .

وحكى نحو هذا في « النوادر » عن مالك في « الواضحة » ، وزاد : وكذا إن قال في ابن ابن له مات أبوه : ورثوا ابنه مكان أبيه .

وقال اللخمي : إذا خلف الميت ثلاثة من الأولاد وأوصى [ بمثل ]<sup>(٢)</sup> نصيب أحد بنيه فله الثلث ، وإن كانوا أربعة فالربع أو خمسة فالخمس ، وهذا قول مالك .

وقال ابن أبي أريس في « ثمانية أبي زيد » : [ له ]<sup>(٣)</sup> السدس قولاً واحداً إذا كانوا خمسة ، فإن قال : أنزلوه منزلة أحد ولدى واجعلوه كأحدهم ، كان له السدس قولاً واحداً .

وكذا إن قال : له نصيب أحد ولدى ، ولم يقل : مثله . انتهى .

وقوله : « وكذا إن قال : [ له ]<sup>(٤)</sup> نصيب [ أحد ]<sup>(٥)</sup> ولدى ولم يقل مثله » ، خلاف قول الشيخ رحمه الله في « التقييد » : لو قال : لفلان نصيب أحد بنى ، وهم ثلاثة ، لكان له الثلث .

ويوافق الفرضيون مالكا على هذا ، بل مقتضى قول اللخمي أن مالكا هو الذي يوافق الفرضيين هنا على أنه يكون له الربع .

وقد نبه الشيخ أبو المودة رحمه الله على هذا في « التوضيح » ، قال : انظر قول اللخمي : وكذا هل أراد التشبيه بالجملة الأخيرة المتفق عليها فيكون كعكس كلام

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

[أبي] (١) الحسن ، وإن أراد التشبيه بالخلاف كان مناقضاً له .

قلت : وعلى التشبيه بالجملة الأخيرة المتفق عليها فهمه العلامة الأوحى النبيل أبو عثمان سعيد العقباني رحمه الله في شرحه لفرائض الحوفى وعلى هذا ساقه فيه ، ونصه : وأخرج اللخمي عن الخلاف ما إذا قال : « أنزلوه منزلة أحد ولدى » ، أو « اجعلوه كأحدهم » ، أو قال : « له نصيب أحد ولدى » ، ولم يقل : « مثل نصيبه » .

فقال : إن هذه الصور يساوى فيها بين الموصى له وبين أحد البنين قولاً واحداً ، فقال : إذا كان البنون خمسة كان له السدس قولاً واحداً . أ . هـ .

ثم قال : ولعله خاص عنده بما إذا كانوا ذكور فقط .

قلت : والظاهر ببادئ الرأي قول الشيخ ، لأن قوله : « لفلان نصيب أحد بنى » ، نص على أن يكون له ما لأحد بنيه لو لم يوص من قوله : مثل نصيب أحدهم ، إلا إذا قلنا بالغاء لفظة « مثل » ، فيكون اللفظان حيثذ سواء ، فإن « مثل » قد تلغى ، كقولهم : « مثلك يفعل كذا » ، و « أنا أكرم مثلك » .

وقد أقمحت على أحد التأويلات فى مواضع من التنزيل ، من ذلك قول الله تعالى ﴿ فَإِنْ آمَنُوا بِمِثْلِ مَا آمَنْتُمْ بِهِ ﴾ (٢) ، وقوله سبحانه : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ (٣) ، وقوله عز وجل على قراءة غير الكوفيين : ﴿ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ ﴾ (٤) بإضافة جزاء إلى مثل .

وقد ذهب الطبرى وغيره إلى أن معنى قول الله تبارك وتعالى : ﴿ لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ ﴾ (٥) ، ليس [هو كشيء] (٦) ، ولفظة « مثل » تأكيد وقعت موقع هو .

(١) سقط من أ .

(٢) البقرة : ١٣٧ .

(٣) الشورى : ٤٠ .

(٤) المائدة : ٩٥ .

(٥) الشورى : ١١ .

(٦) فى أ : كهو شيء .

(٣٣٢) [٥] وسئل رحمه الله : عن رجل أراد عتق [ ق / ١٦٥ ج ] عبده ويشترط عليه ألا [ يخدم ] (١) عند فلان بعد العتق ، هل يصح العتق والشرط أم لا ؟  
[ فأجاب ] (٢) : إن وقع هكذا صح العتق وبطل الشرط ، كمن أعتق أمة بشرط أن تتزوجه ينفذ العتق وبطل الشرط إلا أن تشاء .

قلت : فى رسم « يلف » من سماع ابن القاسم من كتاب العتق : سئل مالك عن رجل باع غلاماً ممن يعتقه واشترط فى ذلك على الغلام أنه لا يفارقه حتى يموت . قال : هذا لا ينفعه والشرط باطل ، فإن أعتق ذهب حيث شاء .  
ابن رشد : هذا كما قال .

وفى سماع أبى زيد : من أعتق أم ولده حتى إن أسلمت له ولده الصغير منها يكون عنده رد إليها ، وليس كالحرة يصلحها [ على ] (٣) أن تسليمه إليها بذلك جائز ولا يرد إليها .

ابن رشد : قد روى عن ابن القاسم أن ذلك يلزمها كالحرة ، حكى ابن المواز عنه القولين .

قال : وأصل هذا الاختلاف أنه لما أعتقها على أن أسلمت إليه ولده حصل إسقاطها لما يجب إليها من حضانة فى حال العتق معاً ، فمرة رأى الإسقاط مقدماً [ على العتق فلم يلزمها إياه إذ لم تلزمه إلا فى حال رقتها وفى حين لا تملك نفسها ، ويعذر السيد فيه على إكراهها ، فصارت فى حكم المغلوبة على ذلك .

ومرة رأى العتق مقدماً [ (٤) على الإسقاط فالزمها إياه ، إذ لم تلزمه إلا فى حال حريتها بعد عتقها ، فأشبهت الحرة [ يصلحها ] (٥) على إسقاط حقها فى حضانة ولدها ، والأظهر أن ذلك لا يلزمها ، لأنهما إذا وقعا معاً فقد وقع كل [ واحد ] (٦) منهما قبل كمال صاحبه .

(١) فى أ : يخرج .

(٢) فى أ : فقال .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : يصلحها .

(٦) سقط من ج .



قلت : كما يقعان معاً إذا كان العتق وإسلام الولد معلقين على شروط ، وذلك كمسألة كتاب الظهار فيمن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، وأنت على كظهر أمي ، فإنه يلزمه الطلاق والظهار لوقوعهما بالعقد معاً .

قال القرافي : فلا تقول : إن الطلاق متقدم على الظهار حتى [ تمنعه ] (١) ، فإن الشرط اقتضاهما اقتضاءً واحداً فلا ترتيب في ذلك .

ابن يونس : قال غيره : وكذا لو قال لزوجته : «إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أمي» ، فتدخل الدار وقع الحث في الطلاق والظهار معاً ، فيلزمه . ومسألة سماع أبي زيد لم يعلق العتق وإسلام الولد على شيء ، ولكنه كالمعلق .

(٣٣٣) [٦] وسئل رضى الله عنه : عن رجل دبر عبداً له ، فلما زوجه قال له رجل : هل هو حر فتزوجه ؟ قال : نعم ، فشهد عليه بذلك ، وقام عليه العبد وقال : قد أقررت أنى حر بتلاً ، فقال : إنما أردت بذلك التدبير ولم أرد التبتيل ، وهو لا يعرف الفرق بينهما ؟

فقال : لا يلزمه شيء ، ويبقى العبد مديراً ويصدق في أنه أراد التدبير ، لأن الناس تقول : حرره بعد موته ، وهذا أحرى من الذى [ قال : لا ملك لى عليه ثم ] (٢) قال : إنما قلت ذلك لكونه [ ق / ٢٤٦ ب ] لا يطيعنى ، فهو كمن لا ملك عليه ، أو من قال : ما أنت إلا حر ، أى حين الفعل ، فلا شيء عليه فأحرى المستول عنه .

قلت : وفى كتاب العتق الأول أيضاً : ومن قال لعبده : أنت حر اليوم من هذا العمل ، وقال : إنما أردت أن أعتقه من هذا العمل ولم أرد الحرية ، صدق فى ذلك مع يمينه [ ولا يكون حراً ] (٣) .

للخصى : ولم يكن له أن يستعمله فى ذلك .

ابن يونس : عن ابن المواز : من قال لرجل : أعنى بعبدك اليوم ، فقال : هو حر اليوم - وهو يوم بطالته - وأراد به حر من العمل فى يومه ، [ حلف ] (٤) ولا شيء عليه .

(١) فى ج : تمنع .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : حر .

[ أشهب ] (١) : ثم له استعماله فى ذلك العمل بعينه فى يومه ذلك إذا حلف أنه أراد أن العبد رقيق فى كل شىء إلا من ذلك العمل .

وفى رسم « الرهون » من سماع عيسى [ فى رجل قام ] (٢) فى أم ولده وأراد أن يأخذ لها قسمًا أنها حرة . قال : لا تعتق عليه ويحلف بالله ما أراد عتقها .

ابن رشد : أى [ أراد أن يأخذ لها ] (٣) قسمًا من العطاء باسم الحرية .

ومثل هذا فى « المدونة » فىمن مر بجارسته على عاشر ، فقال : هى حرة ، إذا علم أنه دفع عن نفسه بذلك ظلمًا ولم يذكر فى ذلك يمينًا .

وذكر فىمن قال : أنت حر اليوم من هذا العمل ، واليمين فى هذا [ ق / ١٧١ ] يمين تهمة ، فإذا تبين أنه لم يرد بذلك الحرية سقطت .

وإذا احتمل أنه يريد بها بذلك ، حلف على اختلاف ، ولو ادعى العبد أنه قد كان أعتقه قبل ذلك لحلف اتفاقًا .

وفى رسم « لم يدرك » فىمن قيل له فى عبده : من ربه ؟ فقال : ما له رب إلا الله .

أو قيل له : أملكك هو ؟ فقال : لا ما هو مملوك .

أو قيل له : هو لك ، فقال : ما هو لى ، أنه لا شىء عليه فى ذلك كله كمن قيل له : ألك امرأة ، أو هذه امرأتك ، فقال : [ لا ] (٤) ، فلا شىء عليه إن لم يرد به طلاقًا .

قال عيسى : وعليه اليمين بالله ما أراد طلاقًا ولا عتقًا .

ابن يونس : عن سحنون فى كتاب ابنه فىمن ساوم رجلاً فى عبده فقال له : يزعم أنه حر ، فقال له ربه : إن زعم ذلك فهو صادق ، فسئل العبد فقال : نعم أنا حر ، فقال [ سيده ] (٥) : إنما وثقت به ظننته أنه يقول الحق ، فلا حرية للعبد ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : من قال فى .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : السيد .

كقول مالك فيمن رضى شهادة فلان ، فشهد عليه ثم رجع .

قال محمد : وكان الغلام ينسب إلى صلاح وحسن حال .

[ ابن المواز ] (١) : إن شاتم عبد حرّاً ، فاستأذن عليه الحر سيده فقال : هو حر

مثلك ، قال : أراه حرّاً .

ومسألة العاشرة ، قال اللخمي : ولو قال : لا أدعك إلا أن تقول : إن كانت

أمتى فهي حرة ، ففعل [ فإن قال ] (٢) ذلك بغير نية العتق ، لم يلزمه شيء .

وإن نوى العتق وهو ذاك أن له ألا ينويه ، كان حرّاً لأنه لم يكره على النية .

وإن لم تكن مهملة لذكر الواجب ولعزل النية كـ « أنت حرة » على أحد الأقوال

في الإكراه على المال .

قلت : هذا على الاختلاف في ترك التورية والألغاز .

وقد أشار ابن رشد في سماع يحيى من جامع « البيان » : أنه إن أمكن ذلك من

امتحن ، فهو حسن .

ونقل ابن العربي عن بعض المحققين وجوب ذلك .

[ قال ] (٣) : وهو الصحيح .

[ قال ] (٤) الشيخ : ويقوم من مسألة العاشر أن من ادعى الإكراه ممن عرف

بذلك ، إن له القيام وإن لم يستحفظ .

قال : ويقوم منها أيضاً أن من خاف الغضب على ربه ، فقال : هو حبس ،

ثم رجع وقال : أردت بذلك الستر ، أنه لا يلزمه شيء .

وفي « أحكام ابن سهل » في امرأة انعقدت عليها وثيقة ذكر فيها مملوكة لها أنها

مولاتها ، فقامت المملوكة بهذه اللفظة تزعم أنها حرة ، وزعمت السيدة أنها لا تعرف

الفرق بين المولاة والمملوكة .

(١) في أ : قال ابن القاسم .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

[ قال ] (١) : فافتى فيها أبو إبراهيم واللؤلؤى أنها حرة ، وقاله ابن زرب .

ابن سهل : ويدل على ما ذهبوا إليه : أن المولى لا يقع إلا على الحر ما فى سماع ابن القاسم عن مالك فيمن قال فى مرضه : ثلثى لموالى ، وفيهم المدبر [ والمكاتب والمعتنق إلى سنة .

قال : أما المدبرون [ (٢) فلا وصية لهم حتى يعتقوا فى ثلث الميت فيدخلوا مع مواليه الذين كانوا فى حياته ، ويوقف نصيب المعتقين إلى أجل المكاتبين فمن أدركه العتق أخذ ، ومن مات قبل ذلك رجع إلى من بقى من الموالى .

(٣٣٤) [٧] وسئل رحمه الله : عن أخوين بينهما شركة أمتين ، [ فاستحق ] (٣) كل واحد واحداً من غير قسمة مدة من خمسة عشر سنة ، ثم مات أحدهما فولدت الأمة التى كانت بيده بعد موته ، فادعت أنه منه ، وصدقها ورثته ، ولم يكن اعترف قط بالوطء ؟

[ فأجاب ] (٤) : إما أن عرف له بها خلوة أم لا ، فإن [ ق / ١٦٦ ج ] عرفت وكانت من جوارى الفراش ، فقال عياض واللخمي : تصدق وإن لم يعرف وصدقها الورثة أو بعضهم ، فإن كان فيهم عدلان لحق النسب وورثت وكانت أم ولد .

وإن لم يكن فيمن أقر عدل ، فلا يلحق النسب ولكن يرث إن أقر جميعهم وكانوا رشداً ، وإلا فيأخذ نصيب من لا يقر نصيب الأخ الآخر الذى لم يقاسم أخاه إلى الآن ، ولا تعتق بالتقويم ، لأنه إقرار لا إنشاء عتق .

قلت : فى رسم « الصبرة » من سماع يحيى من كتاب الشهادات من « البيان » : لو كانت الأمة تصلح للفراش ، للحق الولد وورثت ، إلا أن يشهد عليه أنه مات على استبرائها ، وأنه لم يظأها ، فلا يلزمه الولد حياً كان أو ميتاً وإن كانت تصلح للفراش ، قاله ابن دحون وهو صحيح .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : استخدم .

(٤) فى أ : فقال .

ووقع لابن رشد أيضاً في « نوازل سحنون » من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد ما نصه : وأما إن كان السيد الميت لا يظاً أو جهل حاله ، فإنه لا يلحق به ، ولو لم يقر به ولا علم [ أن أمه ] (١) كانت فراشاً له .

قلت : وربما تخيل أنه مخالف لما حكاه ابن دحون ، وليس كذلك لأن الأمة هنا لم تدع على السيد الوطء أو كانت ممن لا تصلح للفراش هنا .

وقد نقل الشيخ عبد الحميد عمن له تحقيق من شيوخه ما يقرب [ لما ] (٢) حكاه ابن رشد عن ابن دحون أن من اشترى أمة وهي من جنس الغالب عليه الوطء ، وقد علم منه قبل الشراء رغبة في الوطء ، وهي ممن تشتري لذلك ومثله لا يصبر مع الخلوة بها عن وطئها ، أن الولد لاحق ، ويقبل قول الأمة إذا ادعت ما يشبهه .

قال : ولا يقابل ما قالت رد ولا إنكار .

وقال المازري رحمه الله في « المعلم » في كلامه على قوله ﷺ « الولد للفراش ... » (٣) الحديث : الحرة تكون فراشاً بالعقد ، والأمة بالوطء عندنا ، لأن الأمة تشتري لأشياء [ غير ] (٤) الوطء .

[ وقال : وهذا منها ] (٥) .

ثم حكى عن بعض شيوخه أنه زعم أن الشاب العزب إذا اشترى جارية لا تتراد غالباً إلا للمتسرى ، وفهم أن لك غرضه منها ، وظهر من الحال أنه يسلك بها مسلك السرية ، فإنها تكون فراشاً وإن لم يثبت وطئها .

ورأى أن هذه الأوصاف تلحقها بالحرة ، وتعلق بعض الشيوخ في نصرته بما وقع في كتاب العدة من « المدونة » في أم الولد يموت زوجها وسيدها ، ولم يدر أولهما موتاً ، فإن عليها أقصى الأجلين مع حيضة إذا كان بين المدتين أكثر من شهرين وخمس ليال .

(١) في : أنه .

(٢) في أ : بما .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في ج : عند .

(٥) سقط من أ .

ورأى أنه إذا أمكن أن تحمل لسيدها [ علق على ذلك الحكم المتعلق بوطئها ، وانفصل بعضهم عن ذلك بأن أم الولد قد صارت كخزانة لسيدها ]<sup>(١)</sup> بما تقدم من استيلادها ، فلهذا لم يعتبر اعترافه بالوطء بعد رجوعها إليه عن عصمة زوجها ، بخلاف الأمة التي لم تلد قط .

وقول الشيخ رحمه الله : « فإن كان فيهم عدلان لحق النسب وورث » ، يريد : إذا شهد بذلك عند القاضى وحكم بشهادتهما .

قال فى كتاب الشهادات : وتجاوز شهادة الوارثين على نسب يلحقانه بالميت أو دين أو وصية .

وعبر الحوفى فى « فرائضه » عن هذا بقوله : لو شهد لوارث عدلان يثبت نسبه ، سواء كان من الورثة أو غيرهم .

[ قال ]<sup>(٢)</sup> ابن عرفة : وهو [ أصوب ]<sup>(٣)</sup> ممن عبر عن هذا بقوله : إن أقر وارثان عدلان بثالث ثبت نسبه .

قال : لأن الإنسان يجوز إقراره بما يظنه دون تحقيق ولا يشهد بذلك .

وفى « المعلم » : سلم ابن القصار عنا أننا نقول : إن جميع الورثة إذا اعترفوا بإلحاق النسب لحق بالميت وإن لم يكونوا عدولاً ، وزعم أن ذلك مذهبنا .  
قال : والقياس خلافه .

المازرى : وهو عندى وهم منه على المذهب ، وإنما هو مذهب الشافعى ، ولعله رأى شيئاً فى المذهب تأول منه عليه ذلك .

وقد قال بعض أصحابنا فى الرد على الشافعى : [ لو كان ]<sup>(٤)</sup> جميع الورثة إذا اجتمعوا على إلحاق نسب بالميت ، لحق به وحلوا محل الميت ، للزم إذا اجتمعوا على نفى حمل أمة ووطئها أن ينتفى حملها عن الميت ويحلون محل الميت فى ذلك ، فكما حلوا محله فى استحقاق النسب يجب [ ق / ٢٤٧ ب ] أن يحلوا محله فى نفى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ج : صواب .

(٤) فى ج : أو لأن .

المازرى : وهذا لا يلزم ، لأن هذا الحمل أحد الورثة ، ومن أصلحه مراعاة اجتماع جميع الورثة فاجتماعهم فى الاستحقاق يمكن وفى النفى استحليل ، فافتراقا .  
وقال فى « شرح التلقين » : اتفاق جميع من يستحق التركة على الإقرار بالنسب إن كانوا جماعة - اثنان فصاعداً - فلم يختلف عن الشافعى وأبى حنيفة فى ثبوت نسب الميت المقربه ، وأما نحن فلا نحفظ عن مالك نصاً [ جلياً ]<sup>(١)</sup> فى إثبات النسب ، ولكنه يوجب المشاركة فى المال .

ثم ذكر عن ابن القصار ما ذكر عنه فى « المعلم » .

قال : وأشار بعض الأشياخ إلى إبعاده عن أصول المذهب ، وسلم ابن القصار أن المحيط بالتركة لو كان رجلاً واحداً ، فإنه يشارك فى الميراث ولا يثبت نسبه .  
ابن عرفة : [ ق / ١٧٢ أ ] ما نقله عن ابن القصار من ثبوته بإقرارهم وإن لم يكونوا عدولاً ، خلاف نقل الصقلى فى كتاب الفرائض إجماع أهل العلم أن النسب لا يصح بقولهم .

قلت : وفى الإجماع نظر ، لنقل ابن العربى فى « العارضة » [ فى ]<sup>(٢)</sup> كلامه على حديث « الولد للفراش »<sup>(٣)</sup> .

قال علماؤنا : لا يستلحق إلا الأب ، [ وأما ]<sup>(٤)</sup> سواء فلا يكون ذلك إلا بيته ، لكن إن قال الأخوان : إنه أخوهما ، ثبت النسب والمال وإن لم يكونا عدلين .  
وما أشار إليه الشيخ رحمه الله فى الجواب [ من ]<sup>(٥)</sup> المقر يعطى للمقر له ما فضل فى يده مما لو قسمت التركة على الجميع [ لا يستحق ]<sup>(٦)</sup> هذا المقر له من يده ، هو المشهور .

(١) فى ج : جلياً .

(٢) سقط من ج .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) فى أ : فأما ما .

(٥) فى أ : عن .

(٦) فى أ : لاستحققه .

المازرى : قال بعض أصحابنا : بل يساويه فيما بيده ، ويقدر ما أخذ سائر الورثة كأنه لم يكن ، وكان الجائحة فيه على المقر له متساوية لتساويهما [ بالنسب ] (١) ، ولا معنى لتفضيل أحدهما على الآخر .

قال : وكأنه فى القول المشهور رأى [ أن ] (٢) الجائحة لا يختص بها هذا .

[ قال : ] (٣) وإن كان المقر إنما اعترف له بالفاضل خاصة ، فلا يزداد عليه .

وذكر اللخمي الشاذ غير معذور ، ووجهه بأن مقاسمة المقر للمنكر غير ماضية على المقر له ، ورده ابن عرفة بأن مقاسمة الغاصب إنما تلغى إذا كانت تطوعاً ، وإذا كانت بجبر الحاكم فلا ، وعزا هذا القول غير واحد لابن كنانة .

---

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .



### مسائل من الدماء والحدود

(٣٣٥) [١] سئل رضى الله عنه : عن صبى لعب مع رجل بالقصب ، فرمى الصبى الرجل بقصبة فضربه فى العين فعورت عينه ؟  
فقال : ذلك خطأ ، وذلك على عاقلة الصبى .  
قيل له : لا عاقلة له .

قال : كان الشيخ الفقيه راشد رحمه الله يفتى فيمن لا عاقلة له أن الذى يكون على العاقلة يرجع فى ماله ، ويحتج على ذلك بمسألة المعاهد يُقتل خطأ ، ولا عاقلة له هنا .

قال ابن القاسم : ذلك فى ماله لتعذر العاقلة ، ولا فرق .  
قلت : اختلف فى عقل من لا عاقلة له [ على خمسة أقوال ]<sup>(١)</sup> : قيل :  
هدر ، وخرجه اللخمي على القول بأن الجانى لا يدخل مع العاقلة .  
وقيل : على بيت المال .  
[ وقيل : ما يخصه وما يخص العاقلة على بيت المال .  
وقيل : ما يخصه وما يخص العاقلة هدر .  
وقيل : العكس ]<sup>(٢)</sup> .

(٣٣٦) [٢] وسئل رضى الله عنه : عن رجل قتل أخاه شقيقه عمداً وترك أبويه وزوجته ، فعفى الأب على غير مال ، هل للزوجة والأم شيء أم لا ؟  
[ فأجاب ]<sup>(٣)</sup> : هذه [ مثل ]<sup>(٤)</sup> مسألة كتاب الديات إذا ورثه ابن وابنة فعفى [الابن]<sup>(٥)</sup> ، فلا شيء للبنت ، وذلك أنه متى عفى أحد من الرجال [ق / ١٦٧ ج]

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فإن لم يكن أو تعذر تناوله فعليه ، وقيل : عليه .

(٣) فى أ : فقال .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : الأب .

ينظر ، إن بقى النساء فقط فلا شيء لهن .

وإن بقى رجل مع النساء ، فلهن نصيبهن من الدية أدلهن من [ يقمن ]<sup>(١)</sup> به ، وهو الذكر الباقي معهن .

قلت : صور هذا الباب ومسائله كثيرة مذكورة في « المدونة » وغيرها ، ولابن يونس رحمه الله فيها تحصيل فقال : تحصيل مسائل هذا الباب أنه إذا كان الولاية رجالاً وهم في العقد سواء ، فالقول قول من دعى إلى العفو .

وإن كان بعضهم أقرب ، فلا قول للأبعد [ في عفو ]<sup>(٢)</sup> ولا قيام .

وإن كانوا رجالاً ونساءً وهم في العقد سواء ، فلا قول للنساء في عفو ولا قتل ،

وإن كان النساء أقعد ، فلا عفو إلا باجتماعهم .

وإن انفرد بميراثه نساء واستحق الدم بقسامة ، فلا عفو إلا [ باجتماع منهن ]<sup>(٣)</sup> ومن العصابة الذين [ لم يرثوا ]<sup>(٤)</sup> .

وإن كان القتل بيينة ، فليس للعصابة عفو ولا قتل . انتهى .

وفي كتاب الديات : إن [ قال بعض البنات : نقتل ، وبعضهن : نعفو ، نظر إلى قول العصابة فإن عفو تم العفو ، وإن قالوا : نقتل ، فذلك لهم . ]<sup>(٥)</sup> .

(٣٣٧) [٣] وسئل رحمه الله : عن صفين تقاتلا ، فخرج رجل من أحدهما فلقبه

آخر من الصف الثاني فقتله ، ولم يعاين قتله [ إياه ]<sup>(٦)</sup> إلا ولد المقتول وأخوه ، فقالا : لم يقتل أخانا إلا فلان الذي ذكر أنه خرج إليه ؟

[ فأجاب ]<sup>(٧)</sup> : يسقط حقهم عن سائر الصف المقاتل لهم إلا هذا ، فإن وجدوا

(١) في أ : يتقمن .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ج : بأجمعهم .

(٤) في أ : اقتسموا .

(٥) في أ : عفى بعض البنات وبعض العصابة أو بعض الأخوات وبعض العصابة ، فلا سبيل إلى القتل ويقضى لمن بقى بالدية ، انظره .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ : فقال .

بينة قتلوه ، وإن وجدوا لونا اقتسموا عليه ، وإلا حلفوه وسقط حقهم [ عن الكل ]<sup>(١)</sup>.

قلت : فى « الموطأ » : قال مالك فى جماعة اقتتلوا ، فانكشفوا وبينهم قتل أو جريح لا يدرى من فعل ذلك به : إن أحسن ما سمع فى ذلك أن فيه العقل ، وأن عقله على القوم الذين نازعوه وإن كان القتل أو الجريح من غير الفريقين [ فعقله على الفريقين ]<sup>(٢)</sup> جميعاً . أ . ه .

وفى كتاب الديات : وليس فىمن قتل بين الصفين قسامة .

وفى رسم « الشجرة » من سماع ابن القاسم من كتاب الديات من « البيان » : قيل : قول مالك : « [ لا قسامة ]<sup>(٣)</sup> فىمن قتل بين الصفين » ، معناه بالتدمية لأنهم تقاتلوا على دخل وعداوة ، فلا تقبل تدمية لما بينهم من ذلك .

وقيل : معناه لا قسامة بحال ، لا بقول المقتول ولا بشاهد على القتل ، و[هذا]<sup>(٤)</sup> قول ابن القاسم [ من ]<sup>(٥)</sup> رواية سحنون فى رسم الجواب من سماع عيسى .

وقيل : معناه لا قسامة بينهم بدعوى أولياء المقتول .

وأما إذا ادعى المقتول على أحد منهم أو شهد عليه بالقتل شاهد واحد ، وجبت القسامة ، [ وهذا ]<sup>(٦)</sup> قول ابن القاسم أيضاً من رواية عيسى فى رسم الجواب ، [وقول ]<sup>(٧)</sup> مطرف وابن الماجشون وأصبح فى « الواضحة » ، و [ قول ]<sup>(٨)</sup> أشهب فى « المجموعة » .

قال : لأن كونه بين الصفين لم يزد دعواه إلا قوة .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : القسامة .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ج : و .

(٦) فى أ : وهو .

(٧) فى أ : وقال .

(٨) سقط من أ .

ابن المواز : وإليه رجع ابن القاسم بعد أن قال : لا قسامة في ذلك بدعوى المقتول ولا بشاهد . [ ويحتمل أن يريد بقوله : « ولا بشاهد » ]<sup>(١)</sup> إذا كان الشاهد من طائفة المدعى ، لأنه لا تجوز شهادة أحد من [ إحدى ]<sup>(٢)</sup> الطائفتين على أحد من الطائفة الأخرى على ما حكى ابن حبيب في « الواضحة » من أنه إذا جرح أحد منهم ، فعقل جرحه على الطائفة التي نازعته ، وليس له أن يقتص من أحد بقوله إلا [ بشاهد ]<sup>(٣)</sup> من غير الطائفتين ، فيحلف معه ويقتص ، لأنه يبعد أن تبطل القسامة مع شاهد من غير الطائفتين ، وأما مع شاهد من طائفة القاتل فيجرب ذلك على الخلاف في القسامة مع الشاهد غير العدل ، وأما مع شاهد من طائفة المقتول فلا إشكال أن القسامة لا تكون معه .

وقد قال ابن المواز في قول ابن القاسم : « لا قسامة في ذلك بقول المقتول ولا »<sup>(٤)</sup> [ لا ] بشاهد على القتل ، خطأ لأنه حملة على ظاهره [ من ]<sup>(٥)</sup> أن القسامة لا تكون ، وإن كان الشاهد على القتل من غير الطائفتين ، فتأويل قوله أولى من تحفظته .

وقال ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى [ في الطائفتين ]<sup>(٦)</sup> يترقون [ عن ]<sup>(٧)</sup> قتلى وجرحى ، فيقول رجل من إحدى الطائفتين : أنا قتلت من غير طائفته : إن ولاة المقتول مخيرون إن شاؤا قتلوه بإقراره ، وإن شاؤا تركوه وألزمهم الدية [ لأنه يتهم ]<sup>(٨)</sup> بإقراره في طرح الدية .

ابن رشد : الجواب صحيح والتعليل ضعيف ، إذ لو اتهم في إقراره لما لزمه ، وإنما هو مقرر على نفسه وشاهد بالبراءة لغيره ، فيلزمه إقراره على نفسه ولا تجوز

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ج : بشهادة .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ج : مع .

(٦) في ج : والطائفتان .

(٧) في ج : على .

(٨) في ج : لأنهم يتهمون .

شهادته بالبراءة لطائفته لأنه ليس بشاهد على فعل وإنما هو شاهد على نفي فعل ،  
والشهادة بالنفي ليست بعاملة .

وقال اللخمي رحمه الله : القتل بين الصنفين على أربعة أوجه : هدر ،  
وقصاص ، ودية ، ومختلف فيه هل يكون قصاصاً أو دية .  
فإن كانا متأولين فهدر ولا قود ولا دية .

وإن كانا غير متأولين ، كل طائفة منهما باغية ، فقصاص إذا عرف القاتل .  
وإن كان إحداهما متأولة والأخرى باغية ، فدم الباغي هدر ودم المتأول قصاص .  
وإن كان ذلك فيما يكون بين القبائل وإحداهما زاحفة والأخرى دافعة عن  
نفسها ، فدم الزاحفة هدر و [ دم ] (١) الأخرى قصاص .

وقال الباجي رحمه الله : لو مشت إحدى الطائفتين إلى الأخرى بالسلاح إلى  
منازلهن فقاتلوهن ، ضمنت كل فرقة ما أصابت من الأخرى ، ورواه محمد وابن  
عبدوس .

ولا تظلم الزاحفة [ ق / ٢٤٨ ب ] ، لأن المزحوف إليهم لو شأوا لرفعوا إلى  
السلطان .

قال غيره : هذا [ ق / ١٧٣ أ ] إن أمكن السلطان أن يحجز بينهم ، فإن  
عاجلوهم وناشدوهم الله ، فإن أبوا فالسيف ونحوه في « المدونة » في كتاب الجهاد :  
وإذا نزل قوم بآخرين يريدون أنفسهم وأموالهم وحريمهم ، ناشدوهم الله تعالى ، فإن  
أبوا فالسيف .

قال الشيخ رحمه الله : الحریم هو الموضع الذي يحترم ويحميه صاحبه عن  
الناس .

قال : ويؤخذ من هنا أن القبيلة إذا نزلت بالقبيلة يريدون أنفسهم وأموالهم ، أن  
القبيلة النازلة محاربون وإن كان أصل ذلك عن نائرة .

اللخمي : واختلف في الجراح [ على ] (٢) نحو ما اختلف في القتل ، فقال :

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : عن .

دية الجراح على الفرقة التي نازعت .

وقال ابن القاسم في كتاب محمد : إن انكشفا وبأحدهم جراح فادعى على بعضهم أنه جرحه ، حلف واقتص ، بخلاف من ادعى ذلك ولم يعلم اجتماع القتل ، وقاله ابن الماجشون .

ورأيا أن وجود الجرح ومعرفة الاجتماع لوث ، فأقامه مقام الشاهد . أ . هـ .

ونحوه لسحنون في « النوادر » قاله في ترجمة [ الدعوى في ] (١) النكاح والطلاق والعنق والحدود والجراح والدم .

وكتب إليه [ ابن ] (٢) شرحبيل أن قومًا من الحضرميين وجماعة من الغافقين اقتتلوا ، فجرح من كل فرقة سبعة ، وأقر كل فريق منهم أنهم جرحوا الفريق الآخر ولم يقر أحد منهم بأحد بعينه .

فكتب إليه : من ادعى من المجروحين على رجل أنه جرحه ، فأحلفه واقتص له منه إن كان مما فيه قصاص .

وإن لم يعرفوا أحدًا بعينه ، فأحمل [ جراح ] (٣) كل فريق على الفريق الآخر في أموالهم .

وقال الشيخ [ الفقيه ] (٤) العلامة الأوحى أبو عبد الله الأبي رحمه الله في « إكمال الإكمال » له : أفنتت في نازلة وقعت قريبًا من سنة خمس عشرة وثمانمائة أرسل [ إلى ] (٥) فيها الخليفة أبو فارس عبد العزيز بن الخليفة أبي العباس [ أحمد ] (٦) الحفصي رحمه الله ، فأمر أن [ أفنتى ] (٧) فيها بما يظهر لى صوابه ، والنازلة هي : أنه وقعت هوشة بين فنتين وانكشفت عن جرحى ، فبعد أيام دمی [ رجل ] (٨) من

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ج : جريح .

(٤) سقط من أ .

(٥) في ج : إليها .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : نفتى .

(٨) سقط من ج .

إحدى الفئتين على جماعة من الأخرى ، وليس به جرح ولا أثر ضرب حسبما ضمن ذلك شهود الرسم ، ثم مات من الغد .

ونص [ فتوى ] (١) : الحمد لله ، إذا لزم المدعى الفراش عقب الهوشة ، أو كان يتصرف تصرف مشتك [ عليه ] (٢) دليل المرض ، ودام به ذلك حتى مات ، وكانت أعيان المدعى [ عليهم ] (٣) معروفة ولم تكن فئة المدعى هي المبتدئة والأخرى دافعة ، فالتدمية صحيحة وإن لم يكن [ فى المدمى ] (٤) جرح ولا أثر ضرب ، ويستحقون قتل [ ق / ١٦٨ ج ] واحد .

قال : هذا اختيار اللخمي فى المسألة ، وليس ببعيد من الصواب ، والله أعلم .  
وليس من التدمية البيضاء ، لأن البيضاء هي التي [ ليس ] (٥) لها سبب حتى يستند إليه قول المدعى وليس فيها إلا قوله : دمي عند فلان ، كقضية اللؤلؤى .

وإذا لم تكن من التدمية البيضاء فترجع لتدمية [ قتيل ] (٦) الصفين ، ولا يعترض على هذا بأنه قال فى « المدونة » : « ولا قسامة فى قتيل الصفين » ، لأن معناه عند الأكثر : إذا كان ذلك بدعوى الأولياء ، وأما بقول [ القتيل ] (٧) فإنه يقسم معه .

وسئل [ عنها ] (٨) المعين [ للفتوى ] (٩) فى التاريخ ، فأجاب بأنها من التدمية البيضاء التي جرى العمل بإلغائها قال : وإليك الترجيح بين الجوابين ، والله أعلم بالصواب .

والقاتل بإعمال التدمية وإن لم يظهر لها أثر أصبغ ، وهو ظاهر إطلاق الروايات .  
والقاتل بإلغائها حتى يظهر الأثر ابن كنانة واختاره اللخمي وابن رشد ، وبه

(١) فى أ : فتياى .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : عليه .

(٤) فى أ : بالمدى .

(٥) فى ج : ليست .

(٦) فى ج : قاتل .

(٧) فى ج : القاتل .

(٨) فى أ : عنه .

(٩) فى أ : للفتيا .

العمل .

قال اللخمي : إلا أن يعلم أنه قد كان بينهما [ قتال ]<sup>(١)</sup> ويلزم الفراش عقب ذلك أو كان يتصرف تصرف مشتك عليه دليل المرض وتمادى به [ ذلك ]<sup>(٢)</sup> حتى مات .

قال : وباختيار اللخمي هذا أفيتت .

(٣٣٨) [ ٤ ] وسئل رضى الله عنه : عمن عفى عمن يقتل موروثه ، [ فقتل ]<sup>(٣)</sup> ، هل يحرم بذلك الميراث كالمباشر ؟ وهل يسقط قيامه بالدم بذلك أم لا ، وينتقل الحق إلى غيره بطلب الدم ؟

فكتب بخط يده : إن العافى عمن يقتل فى المستقبل موروثه إن لم يكن منه إلا العفو فلا يحرم به الميراث ، وإن وقع منه الأمر وكان المأمور لا يستطيع مخالفته بحيث يقاد من الأمر ، فها هنا يحرم الميراث .

ثم إن كان الواقع منه العفو قام بطلب الدم ، فقولان : لزوم العفو ، والثانى : عدمه لإسقاطه حقاً لم يجب .

قلت : قوله : «ولو كان المأمور لا يستطيع مخالفته بحيث يقاد منه» ، [ يريد ]<sup>(٤)</sup> كالسيد يأمر عبده ، والسلطان عونه .

وقد حصل القاضى أبو الوليد بن رشد رحمه الله فى أول سماع عيسى من كتاب الحدود والقذف من « البيان » مسألة الأمر غيره بالقتل ، وبين حيث يقتلان معاً وحيث يقتل الأمر وحده ، انظره .

وفى « نوازل سحنون » من كتاب الذيات فيمن قال : ليتنى أجد من يقتلنى ، فقبل له : أشهد [ لى ]<sup>(٥)</sup> أنك وهبت لى دمك وعفوت عنى فأقتلك ، فأشهد له فقتله .

(١) فى أ : قتل .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : فقبل .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .



فقال سحنون : اختلف في ذلك بعض أصحابنا ، وأحسن [ ما رأيته ] (١) في ذلك أن القاتل يقتل ، لأن المقتول عفى عن شيء لم يجب [ له ] (٢) وإنما يجب لأولياته ، ولا يشبه من قُتل فأدرك حياً فأشهد أنه عفى [ عنه ] (٣) .

قيل له : فلو قال : اقطع يدي [ فقطعها ] (٤) .

قال : لا شيء عليه ، لأن هذا ليس بنفس وإنما هو جرح .

ابن رشد : في المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها : هذا .

والثاني : لا شيء على القاتل ، وهو على القول بجواز إسقاط الحق قبل

وجوبه .

وثالثها : لا يقتص منه وعليه الدية في ماله ، وهو [ أظهرها ] (٥) وعزى ابن

يونس في كتاب الجعل والإجار لسحنون من رواية ابنه عنه فيمن قال لرجل : اقتلني

ولك ألف درهم ، فقتله ، إنه لا قود عليه ويضرب مائة ويحبس عاماً ، ولا جعل

له .

[ قال : ] (٦) وقال محمد بن عمر : أحب إليّ أن للأولياء قتله ، وعلمه بما

تقدم .

قال : ولو قال [ له ] (٧) : اقتل عبيدي ولك كذا ، أو بغير شيء ، فإن القاتل

يضرب مائة ويحبس عاماً .

واختلف هل عليه قيمته ؟ والصواب : لا قيمة عليه ، كما لو قال [ له ] (٨) :

احرق ثوبي أو ألقه في البحر ففعل ، إنه لا قيمة له عليه لأنه أباحه ذلك .

(١) في أ : ما رأيته .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ج : فقطعه .

(٥) في ج : ظاهرها .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

قلت : وما صوبه ابن يونس وقع لسحنون في سماعه [ في ] (١) كتاب الجنائيات من « العتية » قال : ويؤدب السيد الأمر أدباً وجيماً .

ابن رشد : ولأصبح في « الواضحة » كقوله هنا ، إلا أنه قال : إنما أغرمته القيمة لجرمه .

وقال : يضرب السيد والقاتل مائة سوط ويسجنان عاماً .

وقوله : « إنما أغرمته القيمة لجرمه » ، ليس بجيد لأنه من باب العقوبة [بالمال] (٢) على ذلك ، وإذا عوقب القاتل بغرم ما لا يجب عليه غرمة فالسيد أحق أن [ لا ] (٣) يعطى القيمة لجرمه في الأمر بقتل عبده ، فقول سحنون أظهر .

ولو قال أصبح : إنما أغرمته القيمة لإسقاط سيد العبد إياها عنه [ له ] (٤) قبل وجوبها عليه ، إذ لا تجب إلا بعد قتل العبد ، لكان لذلك وجه ، لأن لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه .

(٣٣٩) [٥] وسئل رحمه الله : عن رجل دمي على رجل ، ومات وترك أخاً وأختاً ، [ فعفا ] (٥) عنه قبل القسامة ، فهل عليه ضرب مائة ويسجن عاماً ؟ فإذا وجب عليه ، فهل يسجن العام من يوم وقع العفو وإن تأخر الضرب أو يحبس بعد الضرب ، فإن بعض الطلبة قال : لا يضرب لأنه لم يثبت الدم بعد ، ورأيت أبا الوليد حكى الاتفاق فيما إذا وجب اللوث [ بعدول ] (٦) وعفى الأولياء قبل القسامة ، أنه يضرب مائة ويحبس عاماً ؟

**الجواب :** حكم دم العمد يبطل بعفو ولاته أو بعضهم قبل القسامة وقد وجبت بلوث ، إن على المدعى عليه القتل ضرب مائة وسجن عام ، قاله غير واحد ، وحكى فيه ابن رشد الاتفاق كما ذكرتم .

ووجهه : أن الولاة قد ملكوا إراقة دمه [ ق / ١٧٤ أ ] لملكهم السبب وهي الأيمان

(١) في أ : من .

(٢) في أ : في الأموال .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) في ح : فعفوا .

(٦) في أ : بعدل .

كملكهم [ ق / ٢٤٩ ب ] الإراقة بعد الحلف ، وهذا الاتفاق من ابن رشد أكثر .  
 وإلا فالخلاف فى هذا الموطن موجود ، [ ومطلعه ] (١) « من ملك أن يملك هل يعد  
 مالكا أم لا ؟ » فمن [ قال ] (٢) : له الحلف هل هو كمن حلف ، غير أن الأول  
 أشهر ، وحساب العام من [ يوم ] (٣) العفو .

قلت : قال فى كتاب الديات : ومن ثبت عليه أنه قتل رجلاً عمداً بيينة أو  
 بإقراره أو بقسامة ، فعفى عنه أو سقط عنه القتل لأن الدم لا يتكافئ ، فإنه يضرب  
 مائة ويحبس سنة .

ابن الحاج رحمه الله : يضرب مائة ويسجن سنة من ملك عليه دمه ، كذلك قال  
 فى « المدونة » وأظنه من كلام ابن الماجشون ، وكان الظاهر من هذا أن الدم لا يملك  
 إلا بعد القسامة ، فحيثئذ إذا عفى وسقط القتل وجب ضرب مائة وسجن سنة .

فإن قام [ له ] (٤) لوث يوجب القسامة فلم يقسم الولاية ، فهل يجب عليه  
 ضرب مائة وسجن سنة ؟ [ فكان ] (٥) يظهر لى أنه لا يجب ذلك عليه .

وذهب ابن رشد رحمه الله إلى أنه إذا وجبت القسامة فلم يقسم الولاية ، فإنه  
 يضرب مائة ويسجن سنة ، مثل إذا اقتسموا ثم [ وقع ] (٦) ترك القتل بعفو أو غيره ،  
 وإنما يراعى وجوب القسامة دون وقوعها .

قلت : فالشيخ رحمه الله أفتى بما ذهب إليه ابن رشد ، وبعض الطلبة أفتى بما  
 ذهب إليه ابن الحاج .

البرزلى : ودليل « المدونة » يشهد لابن الحاج .

قال : وكانت وقعت بالقيروان فاحتججت [ بها ] (٧) على سقوط عقوبة من

(١) فى ج : ومعتلة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : فكانه .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : به .

[صالح] (١) قبل القسامة .

قال : وأفتى شيخنا الإمام فيها بنحوه . انتهى .

[ وقول ] (٢) ابن رشد رحمه الله هذا وقع له في « نوازلة » ، فإنه كتب إليه بعض المفتين فيما إذا شهد [ لوث ] (٣) غير عدول أو أحد عدل بمعاينة القتل ، ولم ير القاضى القسامة بذلك ورأى إحلاف المدعى عليه فحلف ، أيلزمه بعد الحلف ضرب مائة وسجن عام أم لا ؟ وإن أخذ القاضى باللوث المذكور وقضى بالقسامة فعفى من يسقط الدم بعفوه قبل القسامة أو صولح المدعى عليه فى الوجهين المذكورين هل يلزم الضرب المذكور والسجن أم لا ؟ وإن ادعى الدم على من تأخذه الظنة وتقع عليه التهمة غير أنه لا تقوم بينة بالقتل ، هل ترى ضربه للتهمة اللاحقة به ، فرمما كان المتهم بذلك ممن يجهل أمره لعدم المعرفة [ به ] (٤) ؟ وإن رأيت الضرب فما يكون مقداره ، فرمما مات منه ؟

**فأجاب :** إذا كان اللوث [ شهوداً ] (٥) غير عدول تعرف جرحتهم أو تتوسم فيهم الجرحه ، فلا اختلاف أنه لا يجب على المشهود [ عليه ] (٦) بشهادتهم ضرب مائة وسجن عام ، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل رجاء أن توجد عليه بينة [عادلة] (٧) .

وأما إن جهل حالهم فلا يعرفون بجرحه ولا عدالة ، فيجب عليه الضرب والسجن إن عفى [ ق / ١٦٩ ج ] عنه قبل القسامة أو بعدها على القول بوجوب القسامة فى ذلك ، ولا يجب عليه ضرب [ مائة ] (٨) ولا سجن سنة على القول بسقوط القسامة مع ذلك ، وقد اختلف فى ذلك قول مالك .

(١) فى أ : صولح .

(٢) فى ج : وقال .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ج .

وأما إذا شهد شاهد [ عدل ]<sup>(١)</sup> على معاينة القتل فلا اختلاف في المذهب في وجوب القسامة بذلك ، ولا في وجوب ضرب مائة وسجن سنة إن عفى عنه قبل القسامة أو بعدها ، فالقاضي الذي لا يرى القسامة بذلك قد خرج في اختياره جملة عن المذهب ، فإن ضربه مائة وسجنه سنة وافق في ذلك قول مالك رحمه الله وجميع أصحابه ، ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه الدم بالتهمة وإنما [ يسجن لها ]<sup>(٢)</sup> إذا كان ممن تليق به التهمة الشهر ونحوه رجاء أن توجد عليه بينة .

وإن قويت عليه التهمة بما شبه به عليه مما لم يتحقق تحققاً يوجب القسامة ، حبس [ الحبس ]<sup>(٣)</sup> الطويل ، قاله ابن حبيب في « الواضحة » حتى يتبين براءته أو تأتي عليه السنون الكثيرة .

قال مالك : وقد كان الرجل يحبس في الدم واللطخ والشبهة حتى إن أهله يتمنون له الموت من طول سجنه .

فإن لم يتهم وكان مجهول الحال حبس اليوم واليومين والثلاثة ، وإن لم يتهم وكان معروفاً بالصلاح لم يحبس [ ولو ]<sup>(٤)</sup> يوماً واحداً . أ . هـ .

ونحو هذا التفصيل في سجن المدعى عليه الدم وقع له رحمه الله في رسم « تأخير صلاة العشاء » من سماع ابن القاسم من كتاب [ الديات ]<sup>(٥)</sup> من « البيان » .

قال في السماع : وسئل عن امرأة نزل بها رجل فمات [ فجأة ]<sup>(٦)</sup> ، فاتهمت به فجاء وليه يسأل مالكا عن ذلك ويتهمها ، وقال : إنى اتهمتها من وجه لا أستطيع بثه .

فقال مالك : أرى أن يكشف أمرها ، فإن كانت غير متهمة لم أر أن [ تسجن ]<sup>(٧)</sup> يوماً واحداً ، ويخلى سبيلها .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يحبس بها .

(٣) في أ : السجن .

(٤) في أ : ولا .

(٥) في ج : الدية .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : تحبس .

فقبل له : أتهدد ؟

قال : لا أرى ذلك إذا كانت غير متهمة .

ابن القاسم : فإن كانت متهمة حبس ولم يعجل تسريحها [ تعين عليه ] (١) عليها بشيء .

فإن لم يوجد شيء وطال حبسها استحلف خمسين يمينا وخلقى سبيلها .

ابن رشد : ذهب بعض أهل النظر إلى أن قوله : « فإن كانت غير متهمة لم أر أن تحبس يوماً واحداً » ، مثل قوله فى « المدونة » فيمن ادعى [ على ] (٢) رجل حداً من الحدود ، فيقدمه للقاضى فيقول [ له ] (٣) : بيتى حاضرة أجيئك بها غداً أو العشية ، إن ذلك إن كان قريباً أوقفه ولم يحبسه إن رأى لذلك وجهاً وكان أمراً قريباً ، خلاف قوله فى سماع عبد الملك بن الحسن من هذا الكتاب : إن غير المتهم لا يحبس فى الدم إلا الأمد القريب ، اليوم واليومين والثلاثة .

والذى أقول به إن ذلك ليس باختلاف قول ، والفرق أن الطالب فى مسألة عبد الملك ذكر له بينة على ما ادعاه عليه من القتل [ ولم يستطل ذلك على ما ادعاه عليه ، ومن سأل أن يحبس له حتى يأتى ببينة ] (٤) ، ولم يسأل ذلك الطالب هنا ، ولو سأل له كان من حقه أن [ يحبس ] (٥) له اليوم واليومين والثلاثة كما قاله ابن القاسم فى سماع عبد الملك [ أن ] (٦) الدم الشديد يلزم فيه من الشدة والأخذ بالشبهة ما لا يلزم [ فى غيره ] (٧) ، وإنما لم ير فى مسألة « المدونة » على المدعى [ عليه ] (٨) السجن بمجرد الدعوى وإن قال الطالب : له بينة على دعواه ، لأنه إنما سأل عن الحدود لا عن القتل ، والحدود بخلاف القتل لأنها تُدرأ بالشبهات ، فالحدود التى تُدرأ

(١) فى أ : لعله يعيد .

(٢) فى أ : قبل .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : يسجن .

(٦) فى أ : لأن .

(٧) فى ج : بغيره .

(٨) سقط من ج .

بالشبهات لا يسجن المدعى عليه [ فيها ]<sup>(١)</sup> بمجرد الدعوى على ما قاله فى «المدونة» ، والقتل بخلاف ذلك ، إذا قال المدعى [ عليه ]<sup>(٢)</sup> : [ له ]<sup>(٣)</sup> بينة على دعواه حبس بمجرد الدعوى اليوم واليومين والثلاثة إن لم يتهم .

وإن كان من أهل التهم حبس الشهر ونحوه وإن قويت عليه التهمة بما شبه به عليه ما لم يتحقق تحققاً يوجب القسامة ، حبس طويلاً ، ثم ذكر ما تقدم له فى جوابه عن ابن حبيب .

قال : ويحتمل أن يقال : إن كان المدعى عليه القتل ممن لا تقع عليه التهمة للمعرفة بحاله ، لم يسجن بمجرد الدعوى ، وإن ادعى عليه [ القتل وهو مما لا تقع عليه ]<sup>(٤)</sup> التهمة للجهل بحاله ، سجن بمجرد الدعوى اليوم واليومين والثلاثة إذا ادعى [ ق / ١٧٥ أ ] الطالب بينة على دعواه على ما قاله فى سماع عبد الملك ، وهذا وجه يمكن أن يعرف بين المسألتين ولا يجعل [ ذلك ]<sup>(٥)</sup> اختلاف قول .

ويحتمل أن يفرق أنه لم يحقق الدعوى فى هذه الرواية [ وحققها ]<sup>(٦)</sup> فى سماع عبد الملك ، وفى قوله فى الرواية : « لا تهدد إذا كانت غير متهمة » ، دليل على تهديدها إذا كانت متهمة .

والوجه فى ذلك أنها قد تقر إذا هددت فستماء على الإقرار بعد ذلك [ ق / ٢٥٠ب ] [ وهى ]<sup>(٧)</sup> آمنة ، فتؤخذ به ما لم ترجع عنه ، إذ لا يلزمها الإقرار بالتهديد .

وقوله فى المتهمة : « تستحلف خمسين يميناً ويخلى سبيلها إذا طال حبسها » ، مثله فى سماع أبى زيد وهو مبين لما سكت عنه من ذلك فى سماع عبد الملك .

(١) فى أ : بها .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : وحقه .

(٧) سقط من أ .

انتهى .

والأصل في ضرب من عفى عنه في قتل العمدة مائة وسجنه [ عاماً ] (١) ، رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً قتل عبده متعمداً فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه سنة . . الحديث (٢) .

عبد الحق : وفي إسناده إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في غير الشاميين ، وهذا الإسناد حجازي .

وتعقب ابن القطان قول عبد الحق : « وهذا الإسناد حجازي » ، بأنه شامي لأنه في إسناده الدارقطني [ حدثنا ] (٣) إسماعيل بن عياش عن الأوزاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، والأوزاعي شامي .

وقال بعض الأئمة من المتأخرين : على المالكي حفظ هذا الحديث لتصحيح ابن القطان إياه ، فإنه حجة للمذهب .

ابن عبد السلام : وأجرى بعضهم هذه العقوبة مجرى الحد ، وبعضهم لم يجزها مجزاه .

وعلى الأول [ ما ] (٤) قال بعضهم فيمن أقر بقتل عبد فعفى عنه ، فلما أراد القاضي سجنه وضربه رجع [ عن ] (٥) إقراره ، أنه يسقط عنه الضرب [ والسجن ] (٦) كما تسقط الحدود المقر بها برجوع المقر بها [ عنه ] (٧) .

قلت : وهذا نقله في « الطرر » عن محمد ، وأخذه ابن عرفة من نقل الباجي عن أشهب : من اعترف بالقتل فعفى عنه ، جلد وحبس كسائر الحدود [ التي ] (٨) لله تعالى لا تسقط بالتوبة .

(١) في أ : على ما .

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٦٦٤) ، والدارقطني (١٤٣/٣) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٥٧٢٩) ، والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٤٨٠) . قال الألباني : ضعيف جداً .

(٣) في ج : حديث .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : على .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .



ابن عرفة : ومقتضاه إن رجع عن إقراره سقط [ عنه ] (١) الضرب والسجن .  
قال : وبه [ وقع ] (٢) الحكم بتونس في أواخر القرن السابع على ما أخبرني به  
بعض شيوخنا .

وتخريج الشيخ رحمه الله في جوابه الخلاف الذى فى ذلك على قاعدة « من  
ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا » ، حسن .

وتعقب القرافى رحمه الله [ على ] (٣) الأئمة إطلاقهم العبارة بذلك ، وأنه لا  
يمكن جعلها قاعدة من قواعد الشرع البتة ، معلوم .

(٣٤٠) [ ٦ ] وسئل رضى الله عنه : عن رجل من الواقفين فى الأبواب لزم رجل  
فطلبه بدرهم وآله عليه إلى أن قال له المطلوب : لقد نفذ هذا أمر الله ، فقال له البواب:  
حرام أمر الله أعاذنا الله من الزلل ، فشهد بالمقالة المذكورة أزيد من عشرين رجلاً وفيهم  
مستورون ، وربما عدل بعضهم [ فى بعض ] (٤) الحقوق ولكن لا يوثق بذلك فى  
الدماء .

فأجاب : وجب إراقه دمه بما ارتكب زجراً لغيره عن مثل هذا إذا ثبتت المقالة  
[ عليه ] (٥) بالشهادة على عينه ، وإلا عوقب بالضرب الأليم والسجن الطويل ، كذا  
فى « الشفا » وفى « أحكام ابن سهل » : وإن اعترف بالمقالة وتاب درئ عنه القتل  
وقبلت توبته كقضية اللعان .

قلت : لأن أمر الله [ هنا ] (٦) وإن كان لفظاً مشتركاً فالسياق والبساط عيناه  
لأمره القديم ، وهو الذى قصده المطلوب ، فسيبه هذا الجاهل [ المجترئ ] (٧)  
المستخف تعظيم حق ربنا جل وعلا أعاذنا الله من زلل اللسان و [ من ] (٨) نفاق

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى أ : عن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من جـ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى جـ : المتحير .

(٨) سقط من جـ .

الجنان ... آمين . آمين . آمين .

وقول الله تعالى ﴿ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ (١) [هل] (٢) على حذف مضاف ؟

قال ابن عطية : تقديره : « وكان [ حكم ] (٣) الله » ، وإلا فالأمر القديم [ق/ ١٧٠ ج ] لا يوصف [ بأنه ] (٤) مفعول .

إذا تقرر هذا فلا يكون أمر [ هذا ] (٥) الساب [ بأدون ] (٦) من سب المصحف .

وقد أفتى أبو محمد بن أبي زيد بقتله .

وفى « الشفا » : إن جحد التوراة والإنجيل والكتب المنزلة أو كفر بها أو لعنها أو سبها أو استخف بها فهو كافر ، وهذا الساب فى مسألتنا سب سباً مجرداً [ لا ] (٧) على سبيل الاستطراد من سب المخلوق إلى سب جانب الله تعالى وتقدس ، فيقال : إنه [ لا ] (٨) يقتل كما قيل ، وإنه يضرب الضرب الوجيع المؤلم الشديد ويطال سجنه .

وقول الشيخ رحمه الله : « وإلا عوقب بالضرب الأليم والسجن الطويل » كذا فى « الشفاء » وفى « أحكام ابن سهل » .

يريد ما فى « الشفا » فيمن قال لشاهد شهد عليه بشيء ، ثم قال : تهمنى !؟ فقال [ له الآخر ] (٩) : الأنبياء يتهمون فكيف أنت !؟

قال عيساض : [ فكان ] (١٠) شيخنا أبو إسحاق بن أبى جعفر يرى قتله لبشاعة

(١) النساء : ٤٧ .

(٢) فى أ : هو .

(٣) فى أ : أمر .

(٤) فى ج : به لأنه .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى ج : دون .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من ج .

(١٠) فى ج : قال .

هذا اللفظ .

وتوقف القاضى أبو [ محمد بن ] (١) منصور عن القتل لاحتمال أن يكون ذلك منه خبراً عمّن [ اتهمهم ] (٢) من الكفار ، فشدّد تصفيده وأطال سجنه ، ثم استحلفه [ على ] (٣) تكذيب ما شهد به عليه ، إذا دخل فى شهادة بعض من شهد عليه [وظفر] (٤) ثم أطلقه .

وأما ما فى « أحكام ابن سهل » فقول ابن عتاب فى مسألة العشار الذى قال : أدّ واشك إلى النبى ﷺ ، فشهد عليه شاهدان ، فعُدّل أحدهما رجلاً وعُدّل الآخر رجل واحد ، أنه إن لم يُعدّله غير الواحد فالذى يجب عليه بذلك الأدب الموجه والتنكيل والسجن الطويل حتى تظهر توبته .

وقول الشيخ : « وإن اعترف بالمقالة وتاب ، درى عنه القتل وقبّلت توبته ، كقضية اللعان » ، [ يشير بقضية اللعان ] (٥) إلى قوله فى كتاب اللعان : وإذا أقامت المرأة بينة أن الزوج قذفها ، وهو منكر حدّ ، إلا أن يدعى رؤية ، فليلتعن ويقبل قوله منه بعد [ جموده ] (٦) ، لأنه يقول : أردت الستر بإنكارى .

ابن يونس : قال فى كتاب ابن المواز : بخلاف الحقوق .

وقال غيره فى « المدونة » : لا يقبل منه رجوعه لأنه كذب نفسه ويُحد .

(٣٤١) [٧] وسئل رحمه الله : عن عبد أذن له فى دخول بيت فسرق منه

[دراهم] (٧) ، فاعترف [ أنها ] (٨) للمسروق ، وقال سيده : بل [ هى ] (٩) لى ؟

[فأجاب] (١٠) : إقرار العبد فى المال لا يلزم وفى البدن يلزم ، لكن هنا سرق

من بيت أذن له فى دخوله فأسقط عنه ذلك القطع .

وأما المال فهو لسيده ، ولا ينفع المسروق إقرار العبد ، انظر هل يحلف السيد إذا

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : اتهم .

(٣) فى ج : عن .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ج : جحدّه .

(٧) فى ج : درهم .

(٨) فى ج : أنه .

(٩) فى ج : هو .

(١٠) فى أ : فقال .

اتهم بالعلم أنه سرق ، فلهذا لم يذكره الشيخ ، وهو ظاهر .

قلت : قال فى كتاب المأذون : وإذا كان على المأذون دين محيط بماله فادعى

السيد فى مال بيد العبد أنه له ، وقال العبد : بل هو لى ، فالقول قول العبد .

ولو كان محجوراً عليه كان القول قول السيد ، كقول مالك فى ثوب بيد العبد

يقول : فلان أودعنيه ، وسيده يدعيه ، فالسيد مصدق إلا أن يقيم فلان البينة .

قال عبد الحق : إذا ادعى السيد الثوب الذى أقر به العبد ، فصورة يمينه أنه إن

قال : « هو لى » ، حلف على البت ، وكذا إن قال : « هو لعبدى » لعلم أصل

شرائه أو ملكه إياه .

وأما إن قال : « هو بيد عبدى » فليحلف ما أعلم لك فيه حقاً .

وفى كتاب السرقة : إذا أقر عبد أو مكاتب أو مدير أو أم ولد بسرقة ، قُطعوا إذا

عينوا السرقة وأظهروها [ ق / ١٧٦ أ ] فإن ادعى السيد أنها له صدق مع يمينه .

وقال مالك فى أمة ادعى رجل فى ثوب بيدها ، فصدقته وادعاه السيد لنفسه .

إنه يقضى به للسيد مع يمينه إلا أن يقيم [ المدعى ] <sup>(١)</sup> بيته .

ابن يونس : عن محمد : وليحلف السيد [ أنه ] <sup>(٢)</sup> ما يعلم له [ فيه ] <sup>(٣)</sup>

حقاً .

قال أشهب : وكذا إن قال : لا أدرى لعبدى هو أم لا ، ولكنه بيد عبدى ، فهو

للعبد [ أبداً ] <sup>(٤)</sup> ، ولا يقبل فيه إقراره إلا أن تقوم بيته بمعرفة المتاع لربه .

ابن يونس : إن ادعى السيد أن الثوب له ، حلف على البت [ أنه ] <sup>(٥)</sup> له .

وإن ادعى [ أنه ] <sup>(٦)</sup> لعبده ، حلف أنه لعبده ما يعلم لهذا فيه حقاً .

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى جـ : فيها .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من جـ .

(٦) سقط من جـ .

وإن قال : هو [ بيد عبدى ] (١) لا أدري أهو له [ أم لا ] (٢) ، فلا يمين عليه إلا أن يدعى المقر أنه [ يعلم أنه ] (٣) له ، فيحلف أنه ما يعلم له فيه حقًا ، قاله بعض فقهاءنا .

الشيخ : انظر نقل ابن يونس : هل تفسير [ لقول ] (٤) عبد الحق أم لا . قلت : صرح اللخمي رحمه الله بأن السيد إذا قال : لا أعلم لى فيه حقًا ، إن العبد يصدق ، وهو خلاف ما تقدم لأشهب وعبد الحق وابن يونس . وقيد [ أيضًا ] (٥) بطلان إقرار العبد فى مال أقر بسرقة بما إذا لم يشبه أن يكون من كسب العبد .

[ قال : ] (٦) وإن أقر العبد المحجور عليه بسرقة لم تؤخذ منه السرقة ، إلا أن تكون مما لا يشبه أن تكون من كسبه .

انتهى « الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير » بإعانة من الله التقدير التى جمعها تلميذه أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن بن أبى بكر التسولى التازى الشهير بابن أبى يحيى رحمهما الله تعالى ، تأليف الشيخ الإمام العالم العلامة المحقق أبى سالم إبراهيم بن هلال السجلماسى رحمهم الله ورضى عنهم وإيانا ووالدنا وأجدادنا وجميع إخواننا بالقرابة والصدقة والدين ، ونفع بذلك المجيب والجامع والمرتب يوم الجزاء والدين ، وغفر لنا وجميع المسلمين آمين .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين وعلى جميع النبيين والمرسلين والملائكة المقربين وجميع عباد الله الصالحين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين على يد كاتبه عبد ربه محمد المصباح بن محمد اليعقوبى الرشدى فى ١ من

(١) فى أ : بيدى .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : لنقل .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

جمادى الثانية سنة [ ] ، أحسن الله عاقبتها وما بعدها ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، والحمد لله وحده (١) .

## انتهى الجزء الثاني

### من الدر الثير على أجوبة أبي الحسن الصغير

(١) فى أ : قال الشيخ الفقيه الإمام العالم العلامة العلم ، أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن - رحمه الله - : وقد انتهت أجوبة الشيخ أبي الحسن التى جمعها وقبدها تلميذه الشيخ الفقيه أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن بن أبى بكر التسولى التازى الشهير بابن أبى يحيى - رحمهما الله - وإيانا ووالدينا وأجدادنا وجميع إخواننا بالقرابة والصدقة والدين ، ونفع بذلك المجيب والجامع والمرتب يوم الجزاء والدين ، وغفر ذنوبنا وستر عيوبنا ووقانا العذاب ورزقنا من فضله وجميل كرمه ، وجزيل إحسانه حسن المآب ، إنه ذو الفضل العظيم والإحسان الجسيم ، وهو خير الغافرين ، وأرحم الراحمين ، اللهم ارحم كاتبه وكاسبه وناظر فيه ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين .

قال : فرغ من نسخته جامعه العبيد الفقير إلى ربه الخائف الرجل من ذنبه المشفق من سوء كسبه إبراهيم بن هلال بن على غفر الله له ، ولوالديه ، ولمن نظر فيه ، ودعا لهم بالمغفرة والرحمة ، وختم لهم بالحسن ، وبلغه فى الخير ما يتمنى ، يوم عيد الأضحى عام تسعمائة ، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا .

انتهى كتاب الدر الثير المكنى بالزرويل على نوازل أبي الحسن الصغير ، والحمد لله رب العالمين ، على يد الفقير إلى الله المذنب الخاطئ الخائف من ذنوبه الراجى غفران مولاه وعفوه ، إنه غفور رحيم ، وكان الفراغ من نسخته ضحوة يوم الاثنين الرابع والعشرين من رجب عام ثمانية وسبعين وألف .

## فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مسائل من المزارعة	٣
مسائل من المغارسة	١٣
مسائل من القراض	٢٣
مسائل فى الرهن والحجر والإقرار والوكالة	٢٩
مسائل من الإقرار	٥٩
مسائل من الوكالة	٧٦
مسائل الحمالة والغصب والتعدى والاستحقاق	٨٣
مسائل من الغصب والتعدى	٩٠
مسائل من الاستحقاق	١٢٢
مسائل الشفعة والقسمة	١٢٧
مسائل القسمة	١٦٦
مسائل من الأقضية والشهادات	١٨٥
مسائل من الشهادات	٢١٦
مسائل من الدعوى والحيازات	٢٧٧
مسائل المفقود	٣٤٢
مسائل من الحبس والصدقة والهبة	٣٤٨
مسائل من الصدقة والهبة	٣٨٥
مسائل من الودیعة والعارية ونفى الضرر	٤٠٦

- ٤٢٣ ..... مسائل من نفى الضرر
- ٤٤٠ ..... مسائل من الوصايا والعتق وما شاكلة
- ٤٥٧ ..... مسائل من الدماء والحدود
- ٤٧٩ ..... فهرس الموضوعات