

# الطريق المروضية

في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية

تأليف صاحب الفضيلة العلامة المحقق

الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط

وزير العليّة الشرفي

وشيخ الاسلام المالكي

بالديار التونسية



الطبعة الثانية



تولت نشرها

مكتبة الاستقامة

٣٧ - ٣٩ سوق العطارين - تونس

مطبعة الأراقة



# الطريق إلى مرضية

في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية

تأليف صاحب الفضيلة العلامة المحقق

الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط

وزير العدالة الشرفي

وشيخ الاسلام المالكي

بالديار التونسية

الطبعة الثانية



تولت نشرها

مكتبة الاستقامة

٣٧-٣٩ سوق العطارين - تونس

مطبعة الزاودة





# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي نعمته تم الصالحات والصلاة والسلام على خير خلقه واكرم رسله وعلى آله وصحبه المحبين سنته اما بعد فان التأليف الموسوم بالطريقة التونسية في الاجراءات الشرعية كان هدفه ومطمح نظره تلقين طلاب التعليم العالي اصول القضاء المعمول بها في الديار التونسية في الزمن الحاضر ليتمكنوا من اقتعاد صوته وتسمر ذروته وتسيير القضايا على الوجه الاتم اذا القي اليهم بزمامها. ولذلك كان تسيقه متماشيا مع سير القضايا الطبيعي من النظر في الدعوى اولا والحجج ثانيا والحكم ثالثا. فرتب على ثلاثة ابواب الاول هي الدعوى وما يتعلق بها ويترتب عليها؛ الثاني في الحجج وانواعها المبرر عنها بمستندات الحكم؛ الثالث في الحكم ومتعلقاته

واذ كان الغرض المنشود منه افادة رواد العلم ما لا غنى لهم عنه حسن ان يورد فيه ما يشد سواعدهم ويفتح بصائرهم فسقت جملا من النصوص الفقهية الماثورة في كتب التوثيق والاحكام للاستدلال بها او بيان مبركها او قدها والتنبية على ما يرد عليها لثلا يعتر بها الناظر او غير ذلك من المقاصد التي تتجلى لمن يتل كنانتها ويعجم عيدانها ويستكشف خباياها. وءاثرت كثيرا مما جاء في الكتب المعتمدة ولاسيما التي لم تظمها يد الطباعة ولا حاولت ان تفتق اكمامها وتشر لطائرها فبقيت مكنونة محجوبة عن كثرة المداولة ولم يتح فتح اقفالها واستكشاف اسرارها إلا للنادر القليل كشرح العلامة التونسي الشيخ حلولو للمختصر الحليلي وشرح ابن مرزوق له وشرح ابن ناجي القيرواني للتهذيب وشرحه للجلاب وحاوي البرزلي والدكانة للشيخ محمد عظم القيرواني وبرنامج الشوارد للشيخ قاسم عظم القيرواني وحاشية الشريف التونسي المفتي على شرح ميارة للزقافة ومعين المفتي له ورسائل القاضي النظار الشريف اسماعيل التميمي وحاشية

الشيخ احمد ابن الطاهر على شرح التاودي للتحفة وحاشية القاضي النظار محمد ابن سلامة عليه ولقط الدرر للشيخ السنوسي وقصدت بذلك  
اولا - تقوية المللكات وصقل الادهان باستقداح زناد التفهم لما تضمنته  
عباراتهم ومعانة استنتاج الاحكام منها والتدريب على البحث والنقد  
ثانيا - الامام باصطلاحات الموثقين

ثالثا - التنبيه على ما يحسن حظ رجال المطالعة باكنافه من كتب التوثيق  
والاحكام لمن يشد زيادة التحقيق وانارة البصائر  
رابعا - تمتين الاواصر وتوثيق العرى بين الحاضر والغابر لثلا يتوارى  
الدابر بحجاب النسيان والاهمال

خامسا - الارشاد الى تطورات الاجراءات القضائية باختلاف الظروف  
يد ان كثيرا ممن لا تمه هذه الفوائد ولا يقصد غير الامام بالاجراءات  
القضائية من اقرب السبل واسهل الطرق اقترح ان يردف التأليف بمجالسة  
تتضمن مسائله بالفاظ دائمة القطف قريبة التناول سهلة على الافهام مجردة عن  
نصوص الفقهاء ومباحثاتهم التي ربما يشق او يتعاضى استخراج زبدة مخيضها  
على غير من اعتاد السوم في حقولها ومروجها والمشي في سهولها ونجودها  
فوكلت اجابة المقترح الى الفرص السانحة وقد رأيت الآن ان الفرصة حانت  
وتجلت والعوائق ادبرت وولت اذ نفذت الطبعة الاولى التي كانت جد متواضعة  
من ناحية الكمية الكافية لوقوعها ايام الحرب العالمية الثانية تلك الحرب الشعواء  
التي لم تبق ولم تذر وامتد سعيها وانتشر واحرق قشيتها اهل المدر والحضر  
فتعطلت دواليب المصانع وشقت المواصلات على رواد المنافع فقل في جملة ما قل  
الورق واصبح الاستحصال على الموجود منه اعز من ييض الانوق ثم من الله  
بايقاف رحاها واسكات اعصارها واخماد جذوتها وتجاوبت اصداء الطلب من كل  
ناحية في اعادة طبع الكتاب فصدرت الكتاب في هذه الطبعة الثانية بالعجالة  
المشودة وجعلتها مفصولة منه ليعلم انها مستقلة عنه وعلقت في هامش اسفل الكتب  
تعليقات اقتضاها تفسير الوضع او حبذها مراجعات علمية من بعض علماء الترميز  
او دعا اليها ما يحسن من زيادة فائدة او كمال ايضاح او تعريف بالعلماء المفكرين  
في الكتاب. والله اسأل حسن التوفيق والحفظ من الزلل لا رب غيرة ولا خير إلا خيرة.

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الحمد لله على هدايا ، والصلوة والسلام على حبيبه ومصطفاه  
وعلى آله وصحبه ومن والا ، وبعد فهذه مواد تتضمن الفقه الذي  
ذكر في الطريقة المرضية مشيراً لكل صفحة في الاصل تتضمن تلك  
المادة وقصت بذلك التقريب للافهام مع الاختصار ، والله المستعان  
وعليه التكاليف

## الباب الاول - وفيه فصول

الفصل الاول - في الدعوى - وفيه سبعة مطالب

المطلب الاول - في حقيقتها

المادة ١ - حقيقة الدعوى طلب معين او ما في ذمة معين او طلب

ما يترتب عليه معين او ما في ذمة معين

المطلب الثاني - في كيفية القيام بالدعوى

المادة ٢ - تقدم للقاضي شكايته كتابية على ورق معتاد يبين فيه

موضوع الدعوى وحاصلها

المطلب الثالث - في صفة القائم بالدعوى

المادة ٣ - يلزم فيما ليس حقاً لله ان يكون القائم بالدعوى صاحب

الحق او وكيله او ناظره من اب او وصي او مقدم قاض.

المادة ٤ - لا يشترط الرشد في قبول الدعوى من صاحب الحق نفسه

المادة ٥ - اذا كان القائم وكيلاً اشترط في قبوله ان يجعل له الاقرار، إلا اذا كان وكيلاً عن الوصي في حق محجورة او عن المحجور نفسه فلا يجعل له الاقرار،

المادة ٦ - اذا جعل الاقرار للوكيل عمل باقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما هو خارج عنها.

المادة ٧ - ليس للموكل عزل وكيل الخصام اذا اشرفت النازلة على الحكم او قاعد الوكيل الخصم ثلاث مرات. الا ان يرضى خصمه او يظهر منه تقصير او خيانة او يتبين عذر كمرض او سفر.

المادة ٨ - يقبل قول قاضي الحاضرة في ان الوكيل قاعد خصمه ثلاثاً. اما قضاة الافاق فيلزم لقبول ذلك الثبوت كتسجيل ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة او وجود ما ينشأ عن المقاعدات من التحريرات والاجال ونحوها.

المادة ٩ - اذا وقع التقييد في وكيل الخصام بالمخاصمة لدى الحاكم الفلاني فليس للوكيل التكلم عنه عند حاكم اخر. واذا وقع توكيل الخصام مطلقاً فلو كئل ان يخاصم عنه لدى كل حاكم.

المادة ١٠ - اذا لم يقم وكيل الخصام بشيء إلا بعد عامين من تاريخ توكيه او انشب الخصومة وسكت بعد ذلك حتى مضى عامان فان وقع في وكالته انها دائمة مستمرة بقي على الوكالة وممكن من المخاصمة ولا ينزل عن الوكالة إلا بنص صريح. اما اذا لم يقع التنصيب على الدوام فيبعث الحاكم الى الموكل يسأله هل ابقى الوكيل

على وكالته أو خايعه عنها . ويعمن على ما يجيبه به . و اذا كان الموكل غائبا اعتبر الوكيل باقيا على وكالته .

المادة ١١ - من وكل على الخصام فخصم في قضية انتهت بالحكم وأراد الوكيل ان يخاصم عن الموكل في غيرها كان له ذلك ان كانت الوكالة مطلقة غير مقيدة بمخاصمة فلان او في امر كذا ولم يطل ما بين القضيتين أو طال فيما اذا كان الموكل غائبا .

المادة ١٢ - ليس للوكيل ان يوكل غيره ولو كان وكيلامفوضا - على ما به العمل التونسي - إلا اذا جعل له توكيل الغير .

المادة ١٣ - لا يقبل في مرافعة الخصم اكثر من وكيل واحد .

المادة ١٤ - للناظر القيام في حق منظره ورأه أكان الحجر لصغر أو سفاهة .

المادة ١٥ - ليس للاجبر الدعوى في حق السفه في غير المال .

المادة ١٦ - للاب الواجب عليه نفقة ابنته ان يطلب من الزوج البناء ليسقط عن نفسه الانفاق .

المادة ١٧ - لا يقبل الخصام في حق الغائب من غير وكالة .

المادة ١٨ - تقبل الدعوى فيما هو حق لله من كل احد .

المادة ١٩ - اذا وقمت الدعوى على حبس او مسجد او طريق او غير ذلك مما هو حق لله فان كان لتلك الجهات مقدم اجري الخصام معه . وان لم يكن لها مقدم قدم القاضى مقدما وقتيا للمخاصمة عنها .

المادة ٢٠ - للاجنبي والمحجور كشف الوصي عن مال المحجور  
وتسلم نسخة بالشهادة على ما عندنا .

المادة ٢١ - يستكشف الاب المستراب لفقر او غيره عن مال ابنه.

### المطلب الرابع - في شروط صحة الدعوى

المادة ٢٢ - يشترط في صحة الدعوى ان تكون مبنية غير مجملتا

اذا لم يكن هناك عنر في الاجمال. وأن تكون موجهة على معين. وأن  
تكون بحيث لو أقر بها المطلوب او قامت عليه الشهادة بها لزمته.

المادة ٢٣ - يلزم في الدعاوي المتعلقة بالعقار تشخيص العقار وتعيينه

بذكر حدوده من جهاته الاربع. ولا يكفي التحديد بالاشخاص بل  
يلزم التحديد بالعقار المحاد له بيان نوعه ككونه ارضا او دارا او  
غيرهما. وبيان ملكه ان كان ملكا او مستحقه او المحبس له ان كان  
وقفا .

المادة ٢٤ - اذا عين المدعي حدودا للعقار المتنازع فيه ولم يصادقه

المدعى عليه على تلك الحدود وزعم ان حدود ما يبده مخالفة لتلك  
الحدود يلزم تقييد الدعوى والجواب على العين. ليكون المتنازع فيه  
معينا. ويجعل توجهه بعدلين لهذا الغرض ويتلقى العدلان شهادة من  
يحضره الخصمان من الشهود لتحديد المتنازع فيه.

المادة ٢٥ - المصاريف الناشئة عن تقييد المقال والجواب على العين

تحمل على المبطل من الخصمين. واذا كان انتجازف من الخصمين معا  
حملت عليهما!

المادة ٢٦ - الدعاوي المتعلقة بالمعروض والحيوان والطعام يلزم فيها تعيين نوع المدعى فيه وبيان عدده وقيمه. ويستحسن التوسع في وصفه.  
المادة ٢٧ - يلزم في دعاوي الاستحقاق بيان المقدار الذي يدعى الاستحقاقه.

المادة ٢٨ - اذا ادعى المدعى ان الاستحقاق انجر اليه بالارث من غيره يلزم ان يدلي بوفاة المورث وجميع من انتقل ارثه اليه .  
المادة ٢٩ - اذا اثبت القائم موت من يقوم بسببه وعدة ورثته وأثبت موت بعض ورثة المورث الاول وجر القائم ذلك الى نفسه ولكن ام يجد من يشهد له بعدة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به كفالة ذلك.

المادة ٣٠ - اذا مات الطالب يلزم القائمين مقامه ان يثبتوا موته ووراثته ويوجهوا دعواهم على المطلوب.  
المادة ٣١ - اذا مات المطلوب وقام رب الحق او ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلف ورثة المطلوب بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدة ورثته.

المادة ٣٢ - لا تسمع دعوى المعاوضات والتبرعات على المحجور عليه.

### المطلب الخامس

فيما يلزم اشتغال الدعوى عليه اذا سأله المطلوب  
المادة ٣٣ - اذا قال المطلوب لا اجيبك حتى تجمع مقالاتك وتصدر دعواك؛ لزم ذلك ان كانت الدعوى في غير ميراثه وان

كانت الدعوى في ميراث لم يلزم ذلك إلا ان يطلب الخصم حصرها على ما في علمه .

المادة ٣٤ - اذا حصر المدعي دعواه في الميراث على ما يعلمه ثم ادعى دعوى اخرى فللمطلوب تحليفه على انه لم يعلم بها وقت حصرها فاذا حلف كلف المطلوب بالجواب عنها .

المادة ٣٥ - اذا كانت الدعوى من حاجر في حق محجور لا يحصر دعواه .

المادة ٣٦ - اذا كان الحق لجماعة متعددين وقاموا كلهم بالمطالبة وسأل المطلوب ان لا يجيبهم حتى يوكلوا واحدا او يحضروا جميعا لمخاصمته؛ اجيب الى ذلك .

المادة ٣٧ - اذا كان الحق لجماعة متعددين وقام بعضهم دون بعض وكان غير القائم حاضرا بالايالة؛ فمن حق المطلوب ان يقول لا اخاصم حتى يوقف الحاضرون فاما ان يسلمه - والى او يوكلوا واحدا او يحضروا جميعا .

المادة ٣٨ - اذا كان الحق لجماعة وقام بعضهم وكان غير القائم غائبا؛ فان كان القائم الحاضر بالبلد واحدا أمر المطلوب ان يجيب واذا حكم للقائم فلا يقضي له إلا بحقه ولا ينزع باقي الحق من يد المطلوب . اما اذا كان الحاضر بالبلد اكثر من واحد فللمطلوب جبر الحاضرين على توكيل واحد او الحضور جميعا او التسليم .



المادة ٣٩ - جمع ذوي الحق المشترك ليسلموا او يوكلوا واحدا  
او يحضروا جميعا للمخاصمة، على القائم لا على المطلوب

المادة ٤٠ - طلب ما في ذمته معين يلزم فيه بيان السبب الذي من  
اجله ترتب ما في ذمته المطلوب، فان لم يذكر المدعي السبب لزم الحاكم  
ان يسأله عنه، فان غفل الحاكم فمن حق المطلوب السؤال عن السبب،  
فان بين الطالب السبب لزم المطلوب الجواب. وان ابى الطالب من  
بيان السبب، فان ادعى النسيان قبل منه ولزم المطلوب الجواب، وان  
لم يدع نسيانا لم يسأل المطلوب عن شيء ولا يكلف بالجواب.

المطلب السادس - في تبعيض الدعوى

المادة ٤١ - لا يتخذ القول بتبعيض الدعوى او عدم تبعيضها امرا  
مطرذا . بل يرجع في كل جزئية الى ما شهر في بابها .

المطلب السابع - في اضطراب الدعوى

المادة ٤٢ - اضطراب المدعي في دعواه موجب لسقوطها . ومن  
ذلك تحويل الدعوى في المدعى عليه او به ، والادعاء لقدر ثم ادعاء  
اكثر منها ، وادعاء الملك بالارث ثم بالشراء ، وادعاء الاستحقاق  
بالحسبية ثم الملكية .

المادة ٤٣ - اذا رجع المدعي عن دعواه لعذر عادي ، تسمع

دعواه وعذرا .

## الفصل الثاني

في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى - وفيه مباحث

المبحث الأول - في كيفية استدعاء المطلوب

المادة ٤٤ - يستدعى المطلوب للجواب طبق ما جاء به الأمر العلي

المؤرخ في ١٦ ربيع الأول سنة ١٣٥٦ و ٢٧ ٢٧ ماي سنة ١٩٣٧

المادة ٤٥ - اذا كان المطلوب رشيدا يوجه الاستدعاء اليه. واذا

كان محجورا فان كانت الدعوى غير مالية، وجه الاستدعاء الى المحجور

نفسه، وان كانت الدعوى دعوى في مال استدعي حاجر لا ان كان له

ناظر، أما اذا لم يكن له ناظر فان القاضي يقـدم من ينظر في اموره،

وحيثئذ يجري الخصام مع الناظر

المبحث الثاني - في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب

المادة ٤٦ - اذا حضر المطلوب وامتنع من الاعتراف والانكار .

بان قال لا اجيب، أو لا أقر ولا أنكر، أو لا اجيب حتى تبين لي هل ما

تدعي علي برسم أو بغير رسم . عد ذلك انكارا فيقضي للمدعي بما

ادعى بعد يمينه ان كان ما ادعاه من الحقوق التي تثبت باليمين . فان

كان من الحقوق التي لا تثبت باليمين كلف المدعي اليمينت : واذا اقامها

على الوجه المعتبر يقضى له .

المادة ٤٧ - اذا قال المطلوب لا ادري هل علي شيء مما يدعي،

وجه القاضي عليه اليمين، فان حلف كلف الطالب باثبات حقه وان

نكل عن اليمين جرى عليه حكم المدد عن الجواب .

المادة ٤٨ -- تعليق المطلوب الجواب على اثبات إلتالب اشياء لا

تلزمه، يعتبر الدادا عن الجواب .

المادة ٤٩ - اذا طلب المطلوب التاجيل على الجواب ليتثبت ويذكر،

ضرب له اجل غير بعيد .

المادة ٥٠ - اذا طلب المطلوب ان لا يجيب حتى يوكل ، فان

كانت الدعوى بسيطة سهلة أمر بالجواب في الحال ، وان كانت ذات  
فصول امهل وأجل .

المادة ٥١ - اذا قال المطلوب لا اجيب لانني اريد المحاكمة

بين يدي القاضي الحنفي ، صرفت النازلة للحاكم الذي يريد المخاصمة  
عندلا بناء على ما جاء به ترتيب دار الشريعة من ان الخيار للمطلوب .

المادة ٥٢ - اذا ندم المطلوب على التمسك و اراد الرجوع الى

التقاضى لدى القاضي الاول ، يمكن من ذلك . وهكذا دواليك الى  
المرّة الثالثة فلا يسعف فيها بطلبها (١) .

المادة ٥٣ - تمكين المطلوب من طلبها التقاضي لدى حاكم منذهب

آخر، انما يلزم اذا لم يحصل منها جواب . فان حصل منها جواب  
انقطع حقها في التمسك ، إلا اذا اجاب وقال اترجوا به هو متمسك  
بالمذهب الفلاني فانه يبقى على حقها في التمسك .

المادة ٥٤ - يقبل قول القاضي بالحاضرة ان المطلوب اجاب .

---

(١) هذا ما كان معمولاً به قبل صدور المجلة الشرعية للرافعات . وصار

الامر بعد صدورهما ان لا يمكن من الرجوع عن تمسكها .

بخلاف قضاة الافاق فلا يقطع حق التمسك عندهم الا تسجيل الجواب  
نتابة .

المادة ٥٥ - اذا قال المطلوب لا اجيب حتى ءاخذ نسخة من  
المقال لاتامل فيه ، اجيب الى مطلبه ومكن من اخذ النسخة . وأجل  
على الجواب عن الدعوى بعد احضار النسخة بما يراة الحاكم، ويحسن .  
ان يؤجل بثلاثة ايام اذا حضر المطلوب نفسه ، فاذا حضر وكيله  
زيد على الايام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكل وبعدها وما تستدعيه  
مفاهمة الوكيل مع موكله من الزمان .

المادة ٥٦ - اذا طلب احد المتخاصمين تمكينه من نسخة من  
المقال أو الجواب أو الشهادات والوثائق الاسترعاينة وغيرها أو  
الاحكام ، اجابه القاضي الى مطلبه .

المبحث الثالث - في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار

المادة ٥٧ - اذا حضر المطلوب واجاب عن الدعوى بالاقرار ،  
فالقاضي يشهد عدلين على اقراره ثم يحكم عليه . ولا يحكم عليه  
قبل الاشهاد على اقراره .

المادة ٥٨ - اذا حكم القاضي بمقتضى اقرار المطلوب قبل  
الاشهاد عليه ، وانكر المطلوب اقراره قبل الحكم عليه ، كان  
الحكم فاسدا .

المادة ٥٩ - اذا اقر المطلوب، فطلب المدعي تقييد اقراره بالشهادة،  
اجابه الحاكم . وللحاكم ان ينبه المدعي الى ذلك .

## المبحث الرابع - في حضور المطلوب وجوابه بالانكار

المادة ٦٠ - اذا اجاب المطلوب بالانكار، يلزم ان يكون الانكار هريحا، ولا يكتفى منه بالانكار الضمني، ويلزم ان يكون بصيغة الجزم . واذا امتنع المطلوب من انكار الوجه الذي ذكره الطالب أو الاقرار به، عد كالممتنع من الجواب وجرى عليه حكم الملد.

المادة ٩١ - اذا انكر المطلوب ما ترتب بسببه شغل ذمته، كانكار التزوج والطلاق في ادعاء المرأة اشغل ذمته بنصف الصداق، فقامت المرأة بينة بالتزوج ثم الطلاق، فلا يقبل من الزوج بينة بقضاءها اياه، لانه اكذبها، إلا اذا كان ممن يجهل ان الانكار للسبب يضره فيعذر .  
المادة ٩٢ - محل قبول البينة التي اكذبها صاحبها لعذره بالجهل، المالم يبين له ما ترتب على انكاره السبب من المضرة . اما اذا بين له ذلك واستمر على انكاره السبب، لم تسمع بينته.

المادة ٦٣ - الانكار الذي يفضي بصاحبها الى تكذيب بينته حتى يبطلها، لا يعتبر في الحدود الشرعية (١) ولا في العقار، فتقبل بينته التي كذبها انكاره او لا فيهما .

المادة ٦٤ - اذا اجاب المطلوب بأن المدعى فيه ليس بيده وانما هو بيد فلان؛ طولب ببيان هل يدعي ان له فيه حقا؛ فان نفى استحقاقه

---

(١) الحدود الشرعية هي زواج عن الجنايات محددة . بخلاف التعزير فانه موكول لا بجهاد الحاكم؛ وهن شرطه ان لا يصل الى الحد؛ او لا؛ خلاف . والراجح عند المالكية انه يمكن تجاوزه الحد الشرعي

لشيء منه يسجل عليه ذلك ووجه الطالب الدعوى على ذي اليد .

المادة ٦٥ - اذا قال من يبدل العقار ليس لي فيه شيء؛ هو حبس على اولادي أو هو ملك لفلان؛ يؤمر المدعي بالادلاء ببينة انه له؛ لان الحائز لا ينازعه . فان اثبت المطلوب ما ادعاه؛ جرت الخصومة بين المدعي ومن ثبت انه له .

المادة ٦٦ - اذا حصل الجواب بالانكار فأراد الطالب الاعراض عن الدعوى؛ فمن حق المطلوب ان يلزمه باتمام الخصومة الى ان تنتهي بالحكم . ويأمر الحاكم الطالب باتمام الخصومة؛ فان ابي حكم القاضي بأن لاحق له .

المبحث الخامس - في تغيب المطلوب بعد انشأ الخصام

المادة ٦٧ - تغيب المطلوب في اثناء الخصام بعد استيفاء حججه بمنزلة الحضور؛ فيعجزه الحاكم ولا تسمع له بينة بعد .  
المادة ٦٨ - تغيب المطلوب قبل استيفاء حججه لا يمنع من الحكم؛ ويمنع من التعجيز؛ فيسمع ما يدلي به بعد الحكم .

المبحث السادس - في غيبة المطلوب عن ايلالة القاضي

المادة ٦٩ - اذا لم يكن المطلوب من ايلالة القاضي وكان غير حال بولاية القاضي؛ يؤمر الطالب بالذهاب الى بلد المطلوب ليخصمه لدى حكامه .

المادة ٧٠ - اذا كان المطلوب خارجا عن ايلالة القاضي لزيارة أو

تجارة او نحوهما؛ وهو متوطن بمحل ولايته القاضي، او له مال بها، او وكيل، فالقاضي يتناول القضية .

المادة ٧١ - اذا كانت غيبة المطلوب قريبة، بأن كانت على مسافة ثلاثة ايام ونحوها مع الامن يكتب القاضي الى المطلوب اما ان يحضر او يوكل، ويضرب له اجلا يسع وصوله او وصول وكيله ويسع الطعن في البينة القائمة عليه . فاذا تمادى على المغيب ولم يجب بشيء حكم عليه وعجزه كالحاضر .

المادة ٧٢ - اذا كانت غيبة المطلوب بعيدة؛ اي على مسافة شهرين؛ او متوسطة؛ بأن كانت على مسافة عشرة ايام مع الامن؛ او ثلاثة مع الخوف؛ يحكم على الغائب بعد يمين القضاء من الطالب . وتسمع حجة الغائب اذا قدم . ويسمي الحاكم الشهود في سجل الحكم او في سجل مستقل يحفظ بالمحكمة ليتمكن للغائب التجريح في الشهود بعد قنومه .  
المادة ٧٣ - لا يحكم باستحقاق عقار الغائب في الغيبة المتوسطة .  
المادة ٧٤ - يقام للغائب البعيد وكيل للاعذار وغيره ولا يعجز .  
المادة ٧٥ - يلزم في الحكم ببيع مال الغائب اثبات موجبات البيع . فيلزم اثبات سبب البيع من نفقة او غيرها؛ واثبات غيبته؛ وانما اعذر اليها في القرينة فلم يقدم؛ وان هذا المبيع ملكه؛ وانما اولى ما يباع عليه؛ وانه تسوق به مدة شهرين، وانما لم يلف زائد في الثمن .

المادة ٧٦ - لا يحكم بالطلاق على الغائب حتى تثبت الزوجية؛ والغيبة؛ وسبب الطلاق من الاعسار بالنفقة او غير ذلك .

## الفصل الثالث - في المدعي والمدعى عليه

وفيه مباحث - الأول في بيان المدعي والمدعى عليه

المادة ٧٧ - المدعي الذي يطالب بالبينّة؛ من مجرد قوله عن الأصل والعرف . والمدعى عليه المطالب باليمين من عضد لا احدهما . فان شهد لاحدهما الأصل وللآخر العرف ؛ كان من شهد له العرف هو المدعى عليه .

المادة ٧٨ -- الأصل برائة الذمة قبل تحقق عمارتها . واذا تحققت عمارة الذمة فالأصل امتصحاب تلك الحالة حتى يتحقق الرفع .

المادة ٧٩ - الأصل الصحة؛ فزاعم المرض مدع خلاف الأصل فعليه البينّة .

المادة ٨٠ - الأصل عدم العدا؛ فاذا زاد المأذون له على ما اذن له فيه؛ وادعى عليه انه تعمد ذلك وانكر التعمد؛ فالقول قول المأذون له انه فعل ذلك خطأ .

المادة ٨١ - الأصل الجهل ، فالمدعي على غيره العلم بشيء؛ فهو المدعي المطلوب بالبينّة .

المادة ٨٢ - الأصل هو الفقير؛ والغالب هو الملا، فمن زعم الأعراس فهو المدعي فعليه البينّة

المادة ٨٣ - الأصل في العقود الصحة ، فمدعي الفساد هو المدعي المطالب بالاثبات ، مالم يغلب الفساد فيكون القول قول مدعيه .



المادة ٨٤ - من استظهر برسم دين ممزق أو مقطوع الطرقة أو سطر البسملية ، لم يفدأ شيئاً للعرف بدلالة ذلك على البرائة من الدين .  
المادة ٨٥ - القضاء بالملكية استناداً للحيازة ؛ من باب أعمال دلالة العادة اذا كان اصل المدخل مجهولاً . أما اذا علم اصل المدخل فلا تنفع الحيازة ولو طال الزمن جدا .

المادة ٨٦ - لا تشهد الحيازة بالملكية للاجانب إلا اذا كانت المدة عشر سنين فأكثر ، وكان التصرف بمثل الهدم لغير اصلاح ، والبناء الكثير والغرس في الدار والارض والاستغلال في غيرهما اذا كان الاجنبي شريكاً . فان كان غير شريك اكتفى في التصرف بمثل سكنى الدار وزرع الارض .

المادة ٨٧ - لا تشهد الحيازة بالملكية الاقارب والاصهار والموالي الذين لا عداوة بينهم ؛ إلا اذا زادت مدة التصرف على اربعين عاماً . فان كان بينهم عداوة اعتبروا كالأجانب .

المادة ٨٨ - متى كان التصرف قوياً جداً كالتفويت بالبيع والهبه والصدقة ؛ لم تشترط المدة الطويلة .

المادة ٨٩ - لا حيازة بين الاب وابنه ، إلا أن يطول الامد الى ما تهلك فيه البيئات .

المادة ٩٠ - اذا ادعى القائم على الحائز حيازة قاطعة انه لم يعلم ح إلا وقت القيام ؛ لم يقبل قوله .

المادة ٩١ - اذا ادعى القائم على الحائز حيازة قاطعة انه علم حقه ولكن لم يجد البينة إلا وقت القيام ؛ لم يقبل قوله .  
المادة ٩٢ - اذا أجاب المطلوب المنكر دعوى القائم ؛ بمليكتها للمحوز وحيازته له لها الحيازة القاطعة ؛ كلف المجيب باثبات الحيازة التي ادعاها . فان اثبتها وسلمت بينته من الطعن حكم له بالاستحقاق ؛ وان عجز حكم بتعجيزه . وكلف القائم بما يثبت استحقاقه .

### المبحث الثاني

في تكليف المدعي باقامة البينة فيقر ان لا بينة له

المادة ٩٣ - اذا اجاب المطلوب بالانكار فطولب المدعي بالبينة فأقر ان لا بينة له ؛ توجهت اليمين على المدعي عليه المنكر ان كانت الدعوى في مال او ما يتول اليه . ومن ذلك دعوى الحيازة ، لانها تتول الى المال . فان كانت الدعوى لا تثبت إلا بعدلين ، فلا يمين بمجردا ؛ كدعوى الطلاق والنكاح والولاء والنسب والرجعة والسلام والردة والبلوغ والجرح والتعديل والشركة واسقاط الحضانت . اذ ليس اسقاطها مالا ولا اياها اليه . فلا توجه اليمين فيه بمجرد الدعوى .  
المادة ٩٤ - اذا وجد الطالب بينة بعد يمين المطلوب ؛ فان كان علم بها لم تقبل منها . وصاحب البينة محمول على عدم العلم بها إلا ان يثبت خلافه .

المادة ٩٥ - لا ينتفع المدعي بينته التي لم يعلم بها بعد يمين المطلوب ، إلا اذا كانت بشاهدين . ولا يكفيه الشاهد واليمين .

المادة ٩٦ - اذا طلب المدعي من القاضي إحلاف خصمه؛ تاركاً لبينته؛ فأمر القاضي المدعى عليه باليمين؛ فلها توجه للحلف ندم المدعي وطلب ان يأتي ببينته؛ لم يمكن من ذلك.

### المبحث الثالث

في تكليف المدعي باقامة البينة فيدعي ان ييد المدعى عليه ما يعنيه عنها

المادة ٩٧ - اذا طوّل المدعي بالبينة فزعم ان ييد المدعى عليه ما يعنيه عن البينة؛ وطلب باحضار ما لديه من الحجج لتتصفح هل له فيها حجة؛ فامتنع المدعى عليه؛ لم يلزم المدعى عليه احضارها.

### المبحث الرابع

في تكليف المدعي باقامة بينة فيزعم ان له بينة

المادة ٩٨ - اذا ادعى المدعي ان له بينة قريبة؛ فللطلب سؤال الحاكم تأجيلها على احضارها.

المادة ٩٩ - يؤجل لاحضار البينة القريبة في ادعاء الاصول وفي الوراثة بشهر، وفي ادعاء غير الاصول والموارث بواحد وعشرين يوماً. والخيار للحاكم في جمعها او تفصيلها.

المادة ١٠٠ - اذا وقع الاجل مفصلاً وانقضى الاجل الاول وغفل المدعى عليه عن المتأجل فلم يرقم عليه إلا بعد مدة تنتهي فيها الاجال المفصلة كلها، فان ايام الغفلة تحسب من الاجل ولا يزداد للمتأجل اجل آخر.

المادة ١٠١ - موت الحاكم أو تخليه عن الوظيفة قبل انصرام الأجل لا يوجب استئناف الأجل ممن ولي بعده . وكذلك موت احد الخصمين قبل انقضاء الأجل الذي ضرب له ، يكمل في حق الآخر او في حق ورثته .

المادة ١٠٢ - يؤجل لاحضار البينة البعيدة بثلاثة اشهر في الاصول وفي الوراثة .

المادة ١٠٣ - اذا سأل الطالب المدعي بيئته بعيدة ، تحليف خصمه المنكر : مستبقيا لنفسه الحق في القيام بيئته اذا حضر الشهود ، اجيب الى مطلبه بشرط ان يسمي الشهود وان يحلف انه صادق في دعوى البيئته . فان ابى من تسميته الشهود لم يكن له ان يحلف المطلوب إلا على ان لا يقوم بحجة بعد .

المادة ١٠٤ - اذا سمى الطالب الشهود الذين زعم غيبتهم فلم يشهدوا له او شهد غيرهم ، بطل حقه ولم يكن له قيام على المطلوب .

### المبحث الخامس

في الاعتذار المترتب على حضور البيئته

المادة ١٠٥ - من ادلى بيئته على دعواه ، يلزم التقاضي ان يعذر فيها للخصم ، أي يسأله هل له ما يسقطها .

المادة ١٠٦ - اذا ادعى الخصم الشاهدة عليه بيئته ، ان له ما يسقطها ، اجاب القاضي بشهر للادلاء بما يفيد اسقاطها .

المادة ١٠٧ - اسقاط البيئته يكون اما باثبات مخرج منها، واما باثبات تناقض من شهودها لشهادتهم بما يناقض الشهادة المدلى بها، واما بيان استحالة ما شهد به، واما بتكذيب المشهود له ايهاها لاشتمال مقاله على ما ينافي بعض المشهود به، واما بتجريح شهودها، واما بمعارضة البيئته بيئته اخرى.

المادة ١٠٨ - القدح في الشهود اذا كانوا غير مبرزين، يكون بخصوص العداوة والقرابة.

المادة ١٠٩ - اذا وقع من شهود القدح ذكر قواعد متعددة في شهود البيئته، لم يكن التجريح ساقطاً.

المادة ١١٠ - الاعذار بمعارضة البيئته بيئته اخرى، انما يعتبر اذا لم يمكن الجمع بينهما. اما اذا امكن الجمع بينهما فلا تعارض.

المادة ١١١ - البيئتان اذا تعارضتا وتعادلتا، تساقطتا. وان وجد ما يرجح احدهما على الاخرى عمل بالبيئته اتر ارجحة.

المادة ١١٢ - الترجيح يكون بذكر سبب الملك في احدي البيئتين واهماله في الاخرى، وبذكر التاريخ في احدهما دون الاخرى، وبزيادة عدالة شهود احدهما على الاخرى. لكن الاخير في خصوص المال وما يتول اليه.

المادة ١١٣ - تقدم البيئته الناقلة على المستصحبة، والمثبتة على النافية، وبيئته الصحة على بيئته المرض، وبيئته الاكراه على بيئته الطوع، وبيئته السفه على بيئته الرشد، وبيئته اليسر على بيئته العسر، وبيئته الجرح على

بينة التعديل ؛ وبينة الكفاءة على بينة عدما؛ وبينة البلوغ على بينة الصبا ،  
والبينة ذات الشاهدين على البينة ذات الشاهدين واليمين وذات الشاهد  
والمرأتين ؛ والبينة المفصلة على البينة المجملّة .

المادة ١١٤ - اذا تكافأت البينتان فيما لا يعلم اصله ؛ بقي  
الشيء بيد حائز لا من المتداعين مع يمينه . وان كان فيما عرف اصله  
ككونه بالارث من فلان؛ وأقام كل البينة على انه وارثه؛ قسم بينهما .  
المادة ١١٥ - اذا تكافأت البينتان وسقطتا وكان المتنازع فيه  
في يد ثالث ؛ فان اقر به لو احد منهما فهو للمقر له بيمينه ؛ وان اقر  
به لغيرهما او لم يدعه لاحد ؛ كان بينهما ، ولا يعتبر قوله راسكوته  
وان ادعاه لنفسه فهو له .

المادة ١١٦ - يلزم ان يكون الاعذار قبل الحكم . والحكم  
بدونه باطل .

المادة ١١٧ - اذا ادعى المحكوم عليه ان القاضي لم يعذر اليه  
او لم يؤجله ، قبل قول القاضي في انه فعل ذلك .

المادة ١١٨ - لا اعذار في الموجهين من قبل الحاكم اما  
للاعذار للغائب عن مجلس الحكم كالمريض والمسجون ؛ او لبيات  
حدود العقار ، او لحضور اليمين ، او لتطبيق المرأة وأخذها بشرطها ،  
او لغير ذلك .

المادة ١١٩ - شاهدا الاعذار على الخصم الحاضر ، ان اديا في  
ذلك المجلس فلا اعذار فيهما ، وإلا اعذر فيهما .

## المبحث السادس

### في العقلية

المادة ١٢٠ - لا تقم العقلية بمجرد الدعوى .

المادة ١٢١ - اذا طلب الخصم عقلية الحيلولة ، يجاب الى مطلبه اذا قامت له الشهادة بعدلين على الملكية وبقي الاعذار فيهما ، او بمجهولين احتاجا الى التزكية .

المادة ١٢٢ - عقلية الحيلولة هي رفع يد المتصرف ووضع المتنازع فيها تحت يد امين .

المادة ١٢٣ - عقلية دور السكنى المتخذة للسكنى لاللكراء ، توجب اخلاءها من امتعة المتصرف فيها .

المادة ١٢٤ - عقلية ما له غلته كالبساتين ، وما له اخراج كالحوانيت ودور الكراء ، تقتضي جمع المتحصل من بيع الغلته ومن الكراء وبقائها تحت يد الامين الى ان يقع الحكم فيها فيدفع لمستحقه .

المادة ١٢٥ - عقلية الارض ، بكرائها ووضع الكراء تحت يد امين .

المادة ١٢٦ - اذا وقعت عقلية الحيلولة وكان المتنازع فيها جميع الاصل ، وقف الكراء كله . وان كان النزاع في جزء منه ، وقف ما فيه النزاع فقط .

المادة ١٢٧ - عقلية عدم التفويت والتغيير ، تكون بشهادة الواحد والمرجو العدالة وبشهادة غير العدول .

## المبحث السابع

### في التعجيز

المادة ٢٨ - اذا انتهى الاجل المضروب لاحضار البينة او لظعن فيها، فالقاضي يحكم بتعجيز المؤجل، أي عدم قبول ما يأتي به من البيئات .

المادة ١٢٩ - لا تعجيز في الحقوق التي اذا ثبتت لا يجوز اسقاطها، كاثبات الحبسية، واثبات الطلاق، واثبات النسب، واثبات تجريح الشاهدين بالقتل، واثبات العتق .

المادة ١٣٠ - اذا وقع التعجيز لاعتراف المدعي بالعجز عن البينة او لمضي الاجل المضروب لاحضارها، لم تقبل من المعجز بينة .

المادة ١٣١ - يعجز الوصي في حق محجورة اذا مضى الاجل لاحضار البينة . وليس للوصي ان يعترف بالعجز عن البينة .





## الباب الثاني

في مستند الحكم - وفيه فصول

الفصل الاول - في اليمين - وفيه مباحث

المبحث الاول - في صيغتها

المادة ١٣٢ - صيغة اليمين الواجبة في القضاء ، بالله الذي لا اله الا هو .

هو . ولا يكفي غير ذلك .

المادة ١٣٣ - اذا حلف من توجهت عليه اليمين ؛ بالطلاق ؛ باقتراح

ممن توجهت له ؛ ثم ندم وقال لا اکتفي بها ؛ فان قام بالفور فله ذلك ؛ وان قام بعد الطول فلا مقال له .

المادة ١٣٤ - تكون اليمين على البت ؛ ان ادعى لنفسه ، او لمورثه

شيئا ، او نفى عن نفسه . وتكون على نفى العلم ؛ ان نفى عن غيره

### المبحث الثاني

في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين

المادة ١٣٥ - يلزم اذا كان الحق ربع دينار او ثلاثت دراهم

فأكثر ؛ أي قرامات تسعة ؛ او ما تساوي قيمتها احدهما ؛ ان يكون

الحالف اتيا باليمين من قيام ، وان يكون مستقبل القبلة .

### المبحث الثالث

في مكاب اليمين

المادة ١٣٦ - يحلف من توجهت عليه اليمين في اقل من ربع

دينار؛ في مكانه. وفي ربع دينار فأكثر؛ في الجامع. فان ابى اب يحلف فيه، عدنا كلاً.

المادة ١٣٧ - اذا سأل المحلوف له مسجداً آخر يعظمونه؛ اجيب الى مطلبه.

المادة ١٣٨ - اذا طلب الخصم تحليف الحالف على المصحف او بأضربة الصالحين؛ اجيب الى ذلك.

المادة ١٣٩ - اذا لم يكن للخصوم جامع يحلف من توجهت عليه اليمين، الى الجامع الذي بينه وبين منازلهم مسافة ثلاثاً اميال فأقل. فان كانوا على مسافة ابعد، حلف الحالف في مكانه.

المادة ١٤٠ - اذا ادعى من توجهت عليه اليمين عجزاً عن الخروج للجامع لمرض؛ فان اثبت ذلك بينته حلف بيته. وان لم يثبت؛ حلف لا يقدر على الخروج لاراجلا ولا راصباً؛ وخير المدعى في تحليفه بيته او تأخيره لصحته. فان نكل لزمه الخروج او قلب اليمين.

المادة ١٤١ - من حلف في الجامع بغير حضرة الخصم، ولو بحضور عدلين يلزمه ان يعيد اليمين بحضرة الخصم. إلا اذا تغيب المحلوف له بعد الحكم له بها وأقام القاضي له وكيلاً يقتضيه؛ فلا حجته له حينئذ؛ وتكفي الخصم اليمين بمحضر الوكيل المقام.

المادة ١٤٢ - اذا طلب احد الخصمين تعجيل اليمين وطلب الآخر تأخيرها؛ اجيب طالب التعجيل لمطلبه.

المادة ١٤٣ - اذا كانت المرأة ممن لا تخرج لاليل ولا نهارا وتوجهت عليها اليمين ، يبعث القاضي شاهدين يشهدان على يمينها ان كانت مطلوبة . فان كانت طالبة خرجت للجامع ليلا .

المادة ١٤٤ - اذا حلفت المرأة ببيتها ، قضى للخصم بحضوره ، ويبعد عنها اقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها .

المادة ١٤٥ - اذا كانت المرأة تخرج في مصالحها نهارا ، تخرج لليمين نهارا . واذا كانت لا تخرج إلا ليلا ؛ تخرج لليمين ليلا ، طالبة او مطلوبة ، وتحلف بحضور الخصم ؛ فان ابنت هي وزوجها من حضوره ، فانه يبعد عنها لاقصى المسجد بقدر ما يسمع يمينها .

المادة ١٤٦ - اذا وقع النزاع في كونها ممن تخرج ؛ فعليها الاثبات انها من اهل الحجاب ؛ وانها ممن يحلف ليلا .

المادة ١٤٧ - اذا وجبت اليمين لورثة رشداً ؛ وحلف الحالف لبعضهم ؛ فان كان الحلف بأمر القاضي ؛ لم يكن لبقية الورثة ان يحلفوا ثانياً . وان كان بغير امره ، فكل من قام منهم يحلفه .

المادة ١٤٨ - اذا اقام غير من احلفه بينة ؛ عمل بها في حقه فقط ، ولو كان عالماً بها حين حلف القاضي المدعى عليها لغير مقيمها

### المبحث الرابع

### في اقسام اليمين

المادة ١٤٩ - يمين التهمة ، هي التي تتوجه لرد دعوى غير محققة

على المدعى عليه .

المادة ١٥٠ - يمين التهمة تتوجه على المتهم وغيره . اذا لم يثبت المنكر أن هناك عداوة بينه وبين خصمه ويقصد بيمينه احراجها .

المادة ١٥١ - لا يحلف المتهم بما ضاع او سرق ؛ إلا بعد ان يحلف المدعي انه قد ضاع الشيء المدعى ضياعه او سرق ؛ ان انكر المتهم ان يكون قد ضاع له شيء او سرق .

المادة ١٥٢ - اذا نكل المتهم عن اليمين ؛ غرم بمجرد نكوله ، ولا يطلب المدعي بالحلف على ما ادعى .

المادة ١٥٣ - يمين القضاء ؛ تتوجه في الدعوى على الغائب والميت واليتيم والمساكين والاحباس وكل وجه من وجوه البر وميت المال وعلى من استحق شيئاً من الحيوان .

المادة ١٥٤ - يحلف من توجهت عليه يمين القضاء في الديون ؛ انه ما قبض حقه ولا شيئاً منه ولا احواله ولا اسقطه ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه .

المادة ١٥٥ - اذا دفع الولي الدين قبل يمين القضاء ، ضمن اب تعذرت يمين القابض للدين .

المادة ١٥٦ - يلزم الدائن يمين القضاء اذا مات المدين ، وكان في ورثته قاصرون . وكذا اذا كانوا كلهم رشداً وأقروا بالدين وأرادوا الدفع بحكم حاكم .

المادة ١٥٧ - لا تجمع يمين القضاء مع اليمين المتممة للنصاب لقيام شاهد واحد .

المادة ١٥٨ - يجوز الصالح عن يمين القضاة ، اذا عرفت عزيمته الطالب على الحلف بقرائن الاحوال ، ويتوقف المقدم في الصلح عنها ؛ على اذنب القاضي .

المادة ١٥٩ - اذا كان الدين لميت على ميت ، توجهت يمين القضاة على ورثة الطالب انهم لا يعلمون ان مورثهم قبضه ، ولكن يحلف من الورثة الكبار والزوجة ، لا الصغار .

المادة ١٦٠ - تسقط يمين القضاة ، اذا اوصى الميت بقضا دينه من ثلث مخلفه ، او اوصى بتصديق رب الدين ، او وجبت على مسجد او غيره من الاحباس التي لا يمكن فيها الاداء ، او اقر الميت بشيء معين من عرض او غيره من قراض او وديعة .

المادة ١٦١ - اذا توجهت يمين القضاة على غير الرشيد ، يعجل الحق وتؤخر اليمين الى الرشد ، فاذا رشد طلب بالحلف ، فان حلف بقي الشيء بيده ، وان نكل رد الحق الى من اخذ منه .

المادة ١٦٢ - اذا كان الحق على ميت او غائب ، وكان رب الدين اشترط انهما مصدق في عدم قبض حقه ، عمل على الشرط مطلقا ، فلا تتوجه اليمين .

المادة ١٦٣ - يمين الانكار ، هي اليمين المتوجهة لرد دعوى ماليتها محققة ، اذا عجز المدعي عن الاستظهار بالبينات .

المادة ١٦٤ - لا يشترط في توجيه يمين الانكار ، ثبوت الخلطة بين المتداعيين ،

المادة ١٦٥ - لا يحلف المطلوب يمين الانكار إلا على ما ادعاه الطالب ، ولا يكتفى بما ينفي دعواه الا تضمننا او التزاما .

المادة ١٦٦ - اذا امتنع من توجهت عليه اليمين لاخذ مال ، من الحلف حتى يحضر المال ، اجيب الى ذلك .

المادة ١٦٧ - اذا توجهت اليمين على المطلوب المنكر للدعوى ؛ فالتزم الحلف ، ثم بدا له ان يقاب اليمين على المدعي ، لزمه ما التزمه ، ولم يكن له قلب اليمين .

المادة ١٦٨ - اذا توجهت اليمين على المطلوب ؛ فقلبها على خصمه ، ثم بدا له و اراد ان يحلف ، فليس له ذلك .

المادة ١٦٩ - اذا رضي من خصمه باليمين ؛ ثم رجع وقال آتي بالبينه ، لم يكن له ذلك .

المادة ١٧٠ - من حق الحالف ان يطلب ممن توجهت له اليمين ان يجمع مطالبه ليحلف يمينا واحدة ، اذا كان ذلك في غير ميراث .

المادة ١٧١ - لا تجمع يمين الانكار مع يمين ان-رد ، بل لا بد من يمينين مفترقين .

المادة ١٧٢ - لا تجعل يمين الانكار او التهمة على السفينة ؛ ويستأنى رشدها .

المادة ١٧٣ - اذا ادعى السفينة دعوى ؛ فنكل المطلوب عن اليمين ، حلف السفينة واستحق الحق .

المادة ١٧٤ - لا يحلف الصغير الذي شهد له شاهد بحقه، في الدعاوي المالية وما يتول إليها، ويؤمر المطلوب باليمين إذا انكر، فإن نكل، حكم للصبي في الحال، ولا يمين عليه بعد بلوغه. وإن حلف، وقف الشيء إلى بلوغه، فإن حلف بعد البلوغ، استحق، وإن نكل، أخذ المطلب.

المادة ١٧٥ - يحلف السفية مع الشاهد له، ويستحق. فإن نكل، حلف المطلوب وبقي الشيء بيد الرشد، فيحلف المرشد ويستحق.

المادة ١٧٦ - تلزم الأب اليمين في الدعوى على ولد، إذا قام للأب شاهد بحقه، أو نكل الابن عن اليمين وردها على الأب.

المادة ١٧٧ - إذا طلب الأب من ابنه أن ينفق لعدمه، فأنكر الابن العدم، فأثبت الأب، قضى له بالنفقة دون يمين.

المادة ١٧٨ - من له ديون مؤجلة فأراد سفرًا و وكل وكيلًا على اقتضاءها وسأل من القاضي أن يمكنه من الحلف على بقاء تلك الديون في ذمم المدنين، مكن من ذلك، على ما به القضاء بتونس. وتسمى هذه اليمين يمين رغبة.

## الفصل الثاني

في الأقرار - وفيه مباحث

المبحث الأول - في شروط صحته

المادة ١٧٩ - شروط صحة الأقرار أن يكون المقر بالغًا، مكلفًا،

رشيدا، طائعا، لم يكذبها المقر له، ولم يتهم المقر في اقراره، وكان الاقرار نقابل التملك.

المادة ١٨٠ - الاقرار في الصحة نافذ صحيح، اذا كان المقر به في الذمة، او معنا لا يعرف ملك المقر له. فان اقر بما يعرف ملك المقر له، جرى مجرى الهبة، ان حاز ذلك المقر له في صحة المقر جاز، وإلا لم يجز. لافرق في ذلك بين المقر له الوارث وغيره.

المادة ١٨١ - لا يعتبر اقرار البائع في ثبوت التوليج ( اي كون البيع صوريا غير حقيقي ) وانما يعتبر اقرار المشتري ان الشراء لا اصل له، وانما هو عطية.

المادة ١٨٢ - اذا ثبت التوليج باقرار المشتري او بالينة، رد البيع ان لم يقبض المشتري المبيع حتى حصل مانع من موت او تفليس. فان قبضه المشتري قبل حصول المانع مضى.

المادة ١٨٣ - اذا اشترى الاب لابنه الصغير ربعا، وافر ان المال لابن، مضى ذلك الابن مطلقا.

المادة ١٨٤ - اذا اشترى الاب لابنه الصغير بمال اقر انه وهبه له، صح ما اشتراه للابن؛ ولو لم يقبض الابن المبيع.

## المبحث الثاني

في الاقرار بنسب او وارث

المادة ١٨٥ - اذا اقر انسيبان ان فلانا ابن عمه؛ لا وارث له



غيره وأشهد بذلك ثم مات ؛ لا يثبت النسب بهذا الاقرار ؛ وانما له المال بعد التأمي ، فان لم يأت له طالب أخذ المقرر له مع يمينه .  
المادة ١٨٦ - اذا رجع المقرر بوارث عن اقراره . منع رجوعه من اب يرثه المقرر له .

المادة ١٨٧ - اذا اقر احد الورثة بوارث آخر ، يكون للمقرر له من المقرر ما أخذ زائدا على تقدير صحة الاقرار .

### المبحث الثالث

#### في الاقرار بالحسبة

المادة ١٨٨ - اذا اقر الورثة بحسب لزمهم ذلك . ويكون محسبا عليهم على حسب ما اقرؤا به ، إلا ان يظهر كتاب الحسب يوم ما ويكون فيه خلاف ما اقرؤا به من المرجع والتعقيب ، فينتقض اقرارهم في ذلك . وان شر كهم احد في الميراث لم ينفذ اقرارهم إلا في حصصهم فقط . ويلزم المنكر اليمين بالله انه لا يعلم اب مورثه بحسب عليهم شيئا ، وليس له رد اليمين .

### المبحث الرابع

#### في الاقرار بالمجمل

المادة ١٨٩ - اذا اقر الزوج الصحيح بأن جميع ما في بيته لامرأته وأشهد بذلك ؛ قضى به للزوجة بعد يمينها انه لها .  
المادة ١٩٠ - اذا اقر الزوج وهو مريض اب جميع ما في بيته

لزوجه ؛ اخذت ما كان من زيتها بغير يمين ؛ اما ما كان من غير زيتها فلا تأخذه إلا يمين .

### المبحث الخامس

فيما يقبل فيه رجوع المقر عن اقراره

المادة ١٩١ - يقبل الرجوع عن الاقرار، اذا اعتذر بما هو عذر عادي ، كالمراة تدعي ان زوجها طلقها ثلاثا فيسكرها ثم يخالعا فتريد نكاحه بعد ذلك وتقول اقراري بالطلاق الثلاث لا تخلص منه ، فانه يقبل قولها وتمكن من نكاحه. وكذلك المراة تطلق ثم تدعي الحمل ثم ترجع عن ذلك معذرة بأنها قالت ذلك ليراجعها، فانها تصدق.

### الفصل الثالث

#### في الابراء

المادة ١٩٢ - الابراء من المعين اسقاط للمطالبة به . وما يعرف اصله للمبريء يكون حكمه حكم الهبة . فان حيز قبل حصول المانع وإلا بطل .

المادة ١٩٣ - الابراء بصوراة عامة لا يشمل الربع فيحتاج الربع الى التنييم عليها بخصوصه ؛ ويتناول المعين وغيره .

المادة ١٩٤ - اذا ابرأ الانسان اخر من قليل الاشياء وكثيرها فالتزم اخر جميع ما التزمه الاول، ثم ذهب الى انها لم يقصد إلا اشياء

معينة؛ لم يلزم الملزم إلا ما نص عليه وفسرلا، بعد يمينه انه ما التزم من الأبراء إلا ما نص عليه. ولما رد اليمين على المبرأ.

المادة ١٩٥ - اذا جرى الأبراء العام على سبب، وادعى المبري انه قصد بالتعميم التعميم فيما هو السبب، قبل قوله.

المادة ١٩٦ - اذا وقع ابراء عام؛ ثم قام المبري يدعي حقا وأقام بينة عليه، فان علم تقدم البينة على البراءة او جهل لم تقبل البينة، وان علم ببينة ان الحق المدعى به بعد الأبراء؛ قبلت البينة.

المادة ١٩٧ - اذا عقد انساب انه لم يخلف عند قريبه او عند ورثته مالا ولا عرضا ولا ناضا، توجهت اليمين على المبري اذا اتهم في ذلك.

## الفصل الرابع

### في الاسقاط

المادة ١٩٨ - من اسقط حقا من حقوقه، لزمه الاسقاط اذا كان اهلا للتبرع به؛ وكان ذلك بعد وجوب الحق.

المادة ١٩٩ - ليس للمسقط حقا، الرجوع فيه إلا اذا كان هناك عذر قوي؛ كما اذا اسقطت الزوجة حقا في القسم لها، فلها الرجوع متى شئت.

المادة ٢٠٠ - اسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل البيع لا يلزم.

المادة ٢٠١ - من اسقط ارثه من مورثه او وهبه لشخص آخر،

فان كان بدم موت مورثها او حال مرضها المخوف الذي مات فيه، لزمه ولم يكن له الرجوع إلا اذا ظن انها يسير ثم بان انها كثير ، فيحلف على ذلك ولا يلزمه. وان كان في صحة مورثه لم يلزمه؛ وكان له الرجوع.

المادة ٢٠٢ - اذا وهب الوارث ميراثها لمورثها؛ فاب لم يقض

المورث فيها بشيء حتى مات رجع للوارث. وان قضى فيه بشيء جرى على وزان اجسازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث؛ فلا يلزم إلا اذا كان ذلك في المرض المخوف الذي اتصل به الموت؛ وكان الواهب رشيدا؛ ليس في نفقة الميت، ولا لها عليها دين؛ ولا سلطان.

المادة ٢٠٣ - اذا اشترط الزوج لزوجته، ان تزوج عليها او

اخرجها من بلدها فأمرها بيدها؛ فاسقطت الشرط وابتاحت له التزوج؛ فان كان الاسقاط بقرب ارادة فعل الزوج؛ لزمها الاسقاط ولا رجوع لها. وان تراخى فعل الزوج؛ كان لها الرجوع فيما ابتاحت له.

المادة ٢٠٤ - اذا ابرأت الزوجة زوجها من الصداق في نكاح

التفويض قبل البناء وقبل ان يفرض لها؛ لم يلزمها.

المادة ٢٠٥ - اذا اسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل؛ لزمها

الاسقاط.

المادة ٢٠٦ - اذا اسقطت المرأة حقها في الحضانية؛ فاب كان

الاسقاط بعد وجوب الحضانية لها، لزمها الاسقاط، وإلا لم يلزم

المادة ٢٠٧ - اذا اسقطت الزوجة حقها في الحضانية حال العصمة،

لزمها الاسقاط.

المادة ٢٠٨ .. اذا خالع الزوج زوجته على اسقاط حضانتها وهي حامل ؛ لزومها الاسقاط .

المادة ٢٠٩ - اذا اسقط مستحق في وقف حقه من الحبس ، لزمه الاسقاط . ولا يعمل هذا الاسقاط بالنسبة لمن ينتقل اليه الحق من ورثته بمقتضى نص الواقف . واذا كان الاسقاط لمعين ، يختص به المسقط له . واذا كان لغير معين ، لا يختص به واحد من المستحقين دون الآخر .

## الفصل الخامس

في الالتزام - وفيه مباحث

### المبحث الاول

في الالتزام المطلق

المادة ٢١٠ - من التزم شيئاً من المعروف لزمه . وقضي به على الملتزم ان كان الملتزم له معيناً ، ولم يحصل للملتزم مسانعة من موت او تقيس او مرض مخوف قبل حوز الملتزم له . فان حصل المانع بعد الحوز ، نفذ الالتزام . اما اذا كان الملتزم له غير معين ، فلا يقضى بالالتزام ان امتنع الملتزم .

المادة ٢١١ - من التزم انفاق شخص معين ، لزمه الطعام والملبس ، إلا اذا قال اردت الاطعام خاصة ، فانه يصدق بدون يمين . وكذا اذا

انفق مدة معينة كشهريه وقال هذا الذي اردت ، وطلب الملتزم له  
مدة حياتها ، فان الملتزم يصدق .

المادة ٢١٢ - اذا طاع الزوج بنفقة ولد زوجته أمد الزوجية ،  
جاز بعد العقد . ومنع اذا كان في العقد ، ويفسخ النكاح حينئذ قبل البناء ،  
ويثبت بعده بصدق المثل ، ويبطل الشرط .

المادة ٢١٣ - من تزوجت رجلا على ان ينفق على اولاهها من غيرها  
اجلا معلوما ، او تطوع الزوج بعد العقد بالانفاق عليهم مدة الزوجية ،  
وارادت الرجوع بذلك على ايهم ، فان كتب ذلك للولد ، فلا رجوع  
على ايهم بشيء وللاب ان يمتنع من انفاق زوج امهم على اولاده .

المادة ٢١٤ - اذا خالع الزوج زوجته على ان التزمت له مؤونة  
الحمل ان ظهر بها ، او مؤونة الحمل الظاهر ، جاز . وان التزمت مع  
ذلك ارضاع الولد ومؤنته الى فطامه ، جاز ولزمها . فان ماتت اخذ  
من تركتها ، ويوقف منها قدر مؤونة الابن الى انقضاء المدة . فان ولدت  
توأمين لزمها ارضاعهما . فان مات الولد في اثناء المدة فلا شيء للاب .

المادة ٢١٥ - اذا اعدمت الام في خلال المدة التي التزمت بانفاق  
الولد فيها ، تعود النفقة على الاب . ثم ان ايسرت ، رجعت النفقة عليها .  
ويتبعها الوالد بما انفق على ابنه مدة عدتها

المادة ٢١٦ - اذا اشهدت الام الملتزمة انفاق الولد ، انها وفورية  
المال وانها متي اثبتت انها عديمة فذلك باطل ، لم تنتفع بما يشهد لها  
من العدم حتى يشهد به معرفة ذهاب مالها الذي اقرت به ، إلا اذا كانت

معلومة بالاعسار والعدم ، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها ، ويغلب على الظن ان ما اشهدت بها من الوفور كاذب محض ، فلا يلتفت حينئذ الى ما اشهدت بها ويلزم الاب الانفاق .

المادة ٢١٧ - من اوصى ، والتزم في وصيته ، عدم الرجوع ؛ لم يازمه الالتزام وله الرجوع ، إلا اذا اشهد في التزامه انه كلما رجع كان رجوعه تجديدا للوصية وتأكيدها لها ، فليس له الرجوع حينئذ .

المادة ٢١٨ - اذا التزم الواهب الذي له الاعتصار ، عدم الاعتصار ، لزمه ذلك .

## المبحث الثاني

### في الالتزام المعلق

المادة ٢١٩ - اذا علق الملتزم التزامه على فعله شيئا ، وقصد بالالتزام الامتناع ، لم يقض عليه به . واذا قصد بالالتزام حصول الفعل ، قضى عليه بالالتزام . ان كان الملتزم له معينا ، ولم يقض عليه بها ، ان كان الملتزم له غير معين .

المادة ٢٢٠ - اذا اشترط احد الخصمين لصاحبه ان لم يحضر معه مجلس القضاء في اجل كذا فاعوالا باطلة او دعوى خصمه حق ؛ الغي هذا الالتزام . ولا يوجب التغيب حقا لم يجب ولا يسقط حقا قد وجب .

المادة ٢٢١ - اذا قال احد الخصمين ان لم آت بالبينات او بمستند

في وقت كذا فدعواي باطلتا او دعوى خصمى حق ، لم يلزم هذا  
الاتزام ولا يصح الحكم به .

المادة ٢٢٢ - من خالعت زوجها على شيء وعلى انها ان تزوجت  
قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع فعليها الف درهم ؛ فالخلع جائز  
والشرط باطل ؛ ولها ان تتزوج قبل العام ولا يقضى عليها بشيء .

المادة ٢٢٣ - من قال لنزوجه ان ولدت غلاما فلك كذا ؛ فاذا  
ولدت غلاما يلزمه ما التزمه ويقضى عليه به .

المادة ٢٢٤ - اذا قال الشخص للحاضنة ان امسقت حرك من  
الحضانة فلك كذا ؛ فاسقطت حقها ؛ يلزمه الاتزام .

المادة ٢٢٥ - اذا اعطت الزوجة زوجها على لا يتزوج عليها ؛ او  
وضعت له شيئا من صداقها لذلك ، فاذا تزوج عليها فلها ان ترجع  
عليه ، سواء أكان التزوج بالقرب ام بالبعد .

المادة ٢٢٦ - اذا اعطت الزوجة زوجها شيئا على ان يطلق ضررتها ؛  
فطلقها ثم اراد ان يراجعها ، فان كان ذلك بالقرب ، كان لها ان  
ترجع عليه ، وان كان بالبعد لم يكن لها ذلك .

المادة ٢٢٧ - اذا اخذ الرجل من زوجته مالا على ان يمسكها ، ثم  
فارقها ، فان كان فراقها بقرب العطية ، كان لها ان ترجع وان كان  
بالبعد ، لم يكن لها الرجوع .

المادة ٢٢٨ - من التزم لاجنبي بمال على ان يطلق زوجه ؛ فطلق ؛



والقصد من الالتزام اسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلقها؛ يبطل الالتزام ويقع الطلاق رجعياً.

## الفصل السادس

في الشهادات - وفيه مباحث

### المبحث الأول

في شروط قبول الشهادات وذكر موانعها

المادة ٢٢٩ - الشاهد حال تحمله الشهادة؛ يشترط فيه التمييز والضبط. وحال ادائه الشهادة؛ يشترط فيه العقل والبلوغ والحريّة والاسلام والعدالة والرشد.

المادة ٢٣٠ - موانع قبول الشهادة ست - - ١ - التغفل - ٢ - وتأكد القرابة - ٣ - وتهمته جر النفع للشاهد؛ او دفع الضرر عنه - ٤ - والعداوة النبوية - ٥ - والحرص على ازالة النقص؛ او على الاداء - ٦ - والاستبعاد.

### المبحث الثاني

في تقسيم الشهادة الى اصلية واسترعاية

وما يلزم في كل منهما

المادة ٢٣١ - الشهادة الاصلية هي الشهادة بما يملكه المشهود عليه على الشاهد؛ وتسمى لان حجة رسميتها. والشهادة الاسترعاية هي شهادة الشاهد بما في علمه.

المادة ٢٣٢ - شهادة الاصل يشترط فيها معرفة الشاهد. للمشهد، او التعريف به من غير الاصل ان يكفى في التعريف بمن يحصل العلم بخبره وبو امرأة او صبيا اذا انتفت الريبة. لكن للاحتياط صدرت الترايب بلزوم ان يكون المعرف رجلين؛ وأن يمضي المشهد والمعرفان على الشهادة التي تكتب بدفتر الشاهد.

المادة ٢٣٣ - يقوم مقام التعريف، الورقة الرسمية المرفقة ببطاقة الحالة الشخصية، عند الاضطرار.

المادة ٢٣٤ - اذا أكذب المعرف الشاهد في التعريف، بطلت الشهادة.

المادة ٢٣٥ - لا تكون الشهادة الاصلية: حجة إلا فيما سيق للاشهاد؛ وما تضمنه الرسم من غير ذلك لا يصلح للاحتجاج؛ إلا اذا ضمن الشهود شهادتهم به؛ او قالوا ان ذلك برسم وقف عليه شهيد لا يتضمن كذا وكذا؛ واتوا بما لا بد منها في شهادة الوقوف.

المادة ٢٣٦ - شهادة الوقوف (ويعبر عنها في القديم بمعانئة الرسوم) هي معانئة الشهود للرسوم ومعرفةهم لخطوطها واحاطتهم علما بما تضمنته.

المادة ٢٣٧ - شهادة الوقوف بالمعنى المتقدم يحكم بها اذا اداها الشهود لضياح الرسوم.

المادة ٢٣٨ - قول الموثق في الشهادة الاصلية: شهد بحال صحته وطوع وجواز؛ امر يدل على الصحة والطوعية ولا يدل على الرشد.

بخلاف قوله: وهو بحال كمال؛ فيدل على الطوع والرشد.

المادة ٢٣٩ - يلزم في الشهادة الأصلية؛ في التبرعات؛ تصريح الموثق بالأشهاد؛ بأن يقول الموثق أشهد فلان انه وهب او تصدق او يقول في فاتحة الوثيقة؛ وهب او تصدق؛ ويقول في آخرها؛ وشهد على اشهاد بذلك، فان لم يصرح بالأشهاد بطلت الوثيقة.

المادة ٢٤٠ - يلزم في البيئات الاسترعائية بيان مستند العلم في الشهادة. فان تعذر البيان لموت الشهود او غيبتهم. بطلت الوثيقة.

المادة ٢٤١ - يلزم في بيئتنا الارائة ان يذكر الشهود انحصار ارث المتوفى في الاشخاص الذين يعينونهم، وأن يذكروا عدم علمهم بوارث سواهم.

المادة ٢٤٢ - يلزم في البيئتنا الشاهدة بأن العاصب للميت فلا؛ ان يذكروا الجد الجامع، وإلا كانت ملغاة.

المادة ٢٤٣ - اذا عرف شهود الارائة عدد الورثة ولم يعرفوا اسماءهم، فهي شهادة تامة، إلا اذا وقع بين الورثة تنازع. واذا سموهم ولم يشهدوا على اعيانهم، او لم يذكروا انهم يعرفونهم، فهي تامة ايضا

المادة ٢٤٤ - يلزم في بيئات الملك الاسترعائية ان يصرح الشهود بصول خمسة، وهي - ١ - اليد، أي الحوز - ٢ - وتصرف الحائز تصرف المالك - ٣ - وكونه ينسب لنفسه، والناس اليه - ٤ - وعدم

علم المنازع - ٥ - وطول الحيازة عشرة أشهر فأكثر . اما عدم العلم  
بمخروجها عن ملكه ؛ فشرط صحة في وثيقة استحقاق الميت ، وشرط  
نمال في وثيقة استحقاق الحي . ولا تقبل الشهادة بالملك مجملة .

المادة ٢٤٥ - لا تقبل البيئات الاسترعاثية مجملة من غير أهل العلم ،  
في الشهادة بالملك . والتجريح ، والتعديل ، والترشيد ، والتسفيه ،  
والتوليح ، وذكر الأخر في وثيقة الوراثة ، والشهادة بالملا على من ثبت  
عدمه ، والشهادة بضرر الزوجة ، والشهادة بالغبن ، والشهادة بالرداة ،  
والشهادة بالولاء ، والشهادة بالسرقمة ، والزنى ، والقذف ، والشتم ،  
والشهادة بالتعيس ، والشهادة بالفقر ، والشهادة بأن الطريق وقف  
على المسلمين حتى يتبين ان الواقف فلان بأشهاده او بالسمع او بغيرهما ،  
والشهادة بفساد عقد ، والشهادة بلحاق الحمل بأبيها الميت .

المادة ٢٤٦ - اذا كان شهود البيئات الاسترعاثية عدولا معروفين  
بالعدالة ، ككونهم منتصبين للاشهاد او حاملين لاوامر بخولهم  
الاتصاف للاشهاد ، لم يحتاجوا الى تعديل - اي تزكية . ويكتب  
الموثق تحت اسم الشاهد هذه العبارة ( معروف بالعدالة )

المادة ٢٤٧ - اذا لم يكن شهود الاسترعاث معروفين بالعدالة ،  
احتاجوا الى التعديل . فان علم العدلان المأذونان بالرفع عليهم عدالتهم ،  
صرحا بتعديلها اياهم .

المادة ٢٤٨ - لا يقبل في التعديل إلا لرجلان عدلان معروفان  
عند القاضي ، إلا ان يكون الشاهد غريبا او امرأة ، فلا يشترط ان

يزكيهما ابتداءً معروف عند القاضي ، لكن لابد ان يزكي مزكئهما  
معروف عند القاضي بالعدالة .

المادة ٢٤٩ - يلزم في التعديل مخالطة المعدل للمعدل ، بحيث يتكرر  
اختبار له وتطول مخالطتها اياما . ويلزم ان يكون المعدل مبرزاً ناقداً  
فقط لا يخدع . ويلزم ان يقول المعدل في المعدل عدل رضى .

المادة ٢٥٠ - اذا زكى شاهد وحكم بشهادته ، ثم شهد ثانياً ،  
يطلب تعديله . وهكذا كلما شهد حتى يكثُر تعديله ويشتهر مطلقاً .  
و اذا عجز عن تعديله ، بلوت من عدله او غيبته ؛ وجب قبول شهادته .

المادة ٢٥١ - اذا عدل شخص غير فشهد المعدل ( بالفتح ) على  
المعدل ( بالكسر ) حكم عليه من غير احتياج الى تزكية .

المادة ٢٥٢ - يلزم في البيئات الاسترعاية المحتاجة الى التزكية ،  
ان تكون التزكية على عين الشهود ، إلا اذا كان الشاهد مشهور العين  
في البلد لا يشتهر بغيره في صفته واسمه ، فلا بأس بتعديله غائباً .

### المبحث الثالث

في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

المادة ٢٥٣ - الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ هو طلب المشهد  
الشهود برعي الشهادة وحفظها ليؤدوها له عند الحاجة اليها . وموجه  
الخوف او انكار الحق . فيشهد ان ما يفعله غير ملتزم له ، وانما  
حمله عليه خوف الضرر او طلب ظهور الحق .

المادة ٢٥٤ - لا ينفع الاسترعاء إلا إذا اذن فيه القاضي؛ وثبتت التقيّة في المعاوزات. أما التبرعات فلا يشترط فيها اثبات التقيّة. ويلزم ان يقوم المسترعي بالفور؛ أي داخل السنة بعد زوال التقيّة؛ فإن مضى عام على زوال التقيّة ولم يقم المسترعي بحقه؛ لم ينفعه الاسترعاء إذا لم يكن له عذر في عدم القيام.

المادة ٢٥٥ - يلزم في الاعتداد بالاسترعاء؛ تأريخه باليوم والساعة؛ ليعلم تقدمها على الصالح. فإن اتحدا في اليوم ولم يقع تعيين الساعة؛ لم يفد استرعاؤها.

المادة ٢٥٦ - إذا صالح وأشهدانه اسقط الاستحفاظ؛ فإن ذلك لازم له. ولا ينفعه استحفاظه المتقدم؛ إلا إذا شهد في استحفاظه أنه ان اسقط بالاستحفاظ فإنه غير مأنزم له. فإذا شهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء؛ قطع ذلك جميع الاسترعاءات ولم ينتفع باسترعاها.

### المبحث الرابع

في قبول خير العدول في البيئات الاسترعاءية.

المادة ٢٥٧ - يقبل اللفيف في البيئات الاسترعاءية، على ما جرى به العمل من القرن العاشر؛ للضرورة الداعية الى ذلك. ويقبل منهم الأمثل فالأمثل. ويشترط فيهم الستر أي أنهم غير ظاهري الجرحه.

المادة ٢٥٨ - يتأقى شهادة الألفيف؛ العدول المتصبون للشهاد،

ياذن من الحكام الشرعيين. ويلزم ختمها بخاتم اللآذن فيها؛ وأب

يخاطب عليها بخطه بالعمل ، بأب يكتب هذا اللفظ ( يكتب العمل )  
فالختم علامة على الأذن ، وكتابة العمل خطاب لمن يقف عليها بصحة  
الشهادة وصلوحيتها للاحتجاج بها . ولهذا لا يسوغ للحاكم ان  
يخاطب عليها بالاعمال اذا كانت غير صحيحة .

المادة ٢٥٩ - استفسار الشهود مو كول الى اجتهاد الحاكم ،  
فذا رأى استفسارهم كان له ذلك . وتخلف الشاهد عن الاستفسار  
( ويسمى بالتحريير ) موجب لسقوط الشهادة .

### المبحث الخامس

#### في الشهادة على الخط

المادة ٢٦٠ - اذا عرف الشاهد خطه في كتاب فيه شهادته ،  
يعتمد ذلك ويشهد ، وتنعف المشهود له شهادته .

المادة ٢٦١ - اذا مات الشاهد المنتصب للشهاد ، او غاب ؛ توقف  
العمل بشهادته على التعريف بأن العقد عقدا من غير شك ولا ريبة ؛  
وأنه يوسم العدلة الى ابن غاب او مات . ولا يقبل في التعريف  
بالخط إلا العدول المنتصبون المعروفون بالفطنة وعدم التباس الخطوط  
عليهم . فاذا كان القاضي يعرف عقودهم لم يحتج الى التعريف بالعقد .

المادة ٢٦٢ - اذا مات العدل المنتصب للشهاد ، او غاب ، وأريد  
الرفع على شهادته ، لانه لم يخرجها برسم من دفتره ، استأذن عدلان  
حاكما شرعيا في اخراج الشهادة من الدفتر وادراجها بالرسم .

فيكتب العدل الحاضر شهادته ويعقد عليها بعة دلا ، ثم يخرج العدلان اسفل شهادة الحفي: ما بالدفتري؛ ويعقدان على ذلك ، بعد ان يشهدا ان الامضاء امضاؤا من غير شك عندهما في ذلك ولا ريبه . وأنه بوسم العدالة الى ان توفي ، او الى ان كان غائبا ويضمنا اذن الحاكم ويختم الحاكم تلك الشهادة بختمه .

المادة ٢٦٣ - اذا كانت الوثيقة المشهود على خطها مشتملة على المعرفة او التعريف بالمشهد ، لم يشترط ان يشهد الشاهد بالخط ان المشهود على خطه كان يعرف من اشهدا معرفته عين . وان خلت الوثيقة من ذلك ، فان كان الشاهد معلوم الضبط والتحفظ ، قبلت ، والاردت ، إلا ان تكون على مشهور كالرؤساء .

المادة ٢٦٤ - ليس من تمام التعريف؛ التعرض لتعديل ذي الخط . فاذا كان الشاهد بالخط لا يعرف عدالتا صاحبه ، لا يشهد إلا بمعرفة خطه خاصة . ثم ان احتاج القاضي فيها الى تعديل ، جاز ان يعدله غير الشاهد بخطه .

المادة ٢٦٥ - يشترط في قبول الرفع على الخط؛ ان يكون بشاهدين اثنين .

المادة ٢٦٦ - الغيبة المبيحة للرفع على الخط؛ هي البعيدة ، اي التي تنال الشاهد فيها مشقة . واختلاف عمل القضاة يتنزل منزلة البعد ، وان كان ما بين العملين قريبا .

المادة ٢٦٧ - ما كان من العقود والالتزامات بخط اليد دون اشهاد؛



يحتج به ويعتمد عليه ، اذا كان ذلك بامضاء العاقد او الملتزم ، او بعلامته اذا كان عدلا منتصبا للاشهاد ، لكن بعد ان يثبت ان الامضاء او العقد خط المضي او العاقد ، بشهادة عدلين .

المادة ٢٦٨ - اذا كان المضي لا يعرف من الكتابة غير الامضاء ، وأنكر ما تضمنته الكتابة ، زاعما ان الكتابة في غرض آخر ؛ وأن الكاتب اخبره بأن الكتابة في الغرض الذي ذكره فامضى لاعتقاده صدقه . فانه اذا حلف على ما زعمه ، لم يقم الكتب المضي منه حجة عليه .

المادة ٢٦٩ - لا تعتبر الكتابة الحالية من امضاء الكاتب او عقده . ولو قامت الشهادة بأن الخط خطه .

المادة ٢٧٠ - لا يثبت الطلاق المكتوب بخط المطلق والمضي منه ؛ الا اذا ارسل الكتاب الى الزوجة او الى من يعلمها بالطلاق ؛ فيلزم الطلاق اذا شهد على خطه عدلان . وأما ان ام يخرج الكتاب من يده فلا يحكم لها بالطلاق ؛ الا ان يقر الزوج انه كتبه مجما على الطلاق ؛ او ينص فيه على انه انفذه .

المادة ٢٧١ - لا تعتبر الوصية المكتوبة بخط يد الموصي ؛ اذا ثبت ان الخط خط الموصي . إلا بعد ان يثبت بالشهادة انه دفع الكتاب الى الموصى له ؛ او الى امين في حياته ؛ فان لم يثبت ذلك لم يعتمد بالوصية ، الا اذا قال « فليشهد . على خطي من وقف عليه »

المادة ٢٧٢ - اذا لم يوجد من يشهد على خط الكاتب المنكر لخطه ؛

فطلب المدعي جبر المدعى عليه على الكتابة بمحضر العدول ، والمقابلة  
بينه وبين ما احتج به المدعي ليؤلم صدقه ، اجبر المدعى عليه على الكتابة.

### المبحث السادس

#### في شهادة النقل

المادة ٢٧٣ - شروط شهادة النقل خمسة . الاول ان ينقل اثنان  
فأكثر عن واحد فأكثر . الثاني ان يكون شهود الاصل والنقل  
عدولا . الثالث ان يبقى شهود الاصل على شهادتهم حتى يحكم بها .  
الرابع ان يقول المنقول عنهم ، اتقلوها عنا . الخامس ان يكون ذلك  
لعذر مرض او سفر، إلّا في النساء، فيجوز النقل عليهن ولو كن حضورا.

### المبحث السابع

#### في النسخ والمضامين

المادة ٢٧٤ - لا يعمل بالنسخ ولا تكون حجة ، إلّا اذا كانت مقامة  
عن اذن الحاكم الشرعي ، ومختومة بختمه ، ومخاطبا عليها منه .

المادة ٢٧٥ - كيفية الخطاب على نسخ الاحب-اس . ان يكتب  
الحاكم بخطه على النسخة ما نصه « قوبل الفرع بأصله فتطابقا وكانا  
نصا سوا » ، وأعلم بذلك فلان قاضي كذا او مفتي كذا »

المادة ٢٧٦ - اذا كانت النسخة تامة لا ريبية فيها ، ووجد خطاب  
القاضي عليها ، فانه يعمل بها . واو وجد الاصل مرتابا

المادة ٢٧٧ - لا يجوز الاذن في اخراج النسخ فيما يخشي فيه .

تكرر الحق. ويجوز اخراج ما لا يخشى فيه ذلك. واذا جهل الشهود وأخرجوا نسخة مما لا يجوز اعادة اخراجها: قضى بها .

المادة ٢٧٨ - يخاطب القاضي على نسخ غير الاحباس بقوله « ثبت لدي » والضمير في « ثبت » بصيغة الافراد والتذكير يعود على الرسم.

المادة ٢٧٩ - تخرج المضامين من رسوم الاملاك المشتركة ، اذا اراد الشريك الاستقلال برسم فيما على ملكه . فيطلب من الحاكم الشرعي الاذن لعديلين في اخراج مضمون ما بالرسم الاصيل للملك ، يذكر فيه ما على ملكه من العقار ليكون حجة فيما بيده . فيتسلم الحاكم الرسم الاصيل ويتأمل منه تأملاً شافياً ، فاذا لم يجد ريبه فيها ، وكان على الصحة والسلامة ، وعلم عدالة شاهديها ، او وقع التعريف بعقدتهما وعد التهما اذن عدلين في اخراج مضمون منه ، يحكيان فيه انتقال الملك الواقع في هذا العقار من يد الى اخرى ، ويذكران اسبابها الى ان يأتيان على جميع ما بالرسم ، ان كانت المدّة قصيرة ، فان طالت اكتفوا بذكر ثلاثة انتقالات ، وبعد تضمينهما ذاك يذكران من ال اليه استقرار هذا الملك ، ويذكران انها كتب هذا المضمون بالاذن من فلان القاضي او المفتي ؛ ليكون حجة في تملك فلان للجزء الذي يملكه منه ؛ ويعينان مقدار هذا الجزء ؛ ويؤرخان كتابة المضمون ؛ ولا يعقدان على ما كتبته الا بعد ان يطلع الاذن على المضمون ويتبعه ويجده قد استوفى ما بالرسم من الاركان ولم يترك منها الا ما لا يحتاج اليه ؛ فحينئذ يختمه ؛ ويكتب بخطه قبل وضع العدلين علامتهما

ما نصه « ختم في كذا من عام كذا » ويذكر التاريخ . ثم يضع  
العدلان اثر هذه الكتابة علامتهما . ويكتب العدلان في هامش الرسم  
الأصلي ما نصه « اخرج منه مضمون في تملك فلان لقدر كذا بشهادة  
شهيديه فلان وفلان في تاريخ كذا » ويبطل الاحتجاج بالرسم الأصلي  
في المقدار الذي اخرج فيه المضمون . ويصير المضمون حجة  
فيما اخرج فيه .

### المبحث الثامن

في اقسام الشهادة باعتبار ما توجبها

المادة ٢٨٠ - الشهادة التي توجب الحق بدون يمين انواع . الاول  
شهادة اربعة في الزنى . الثاني شهادة عدلين في غير ذلك . الثالث شهادة رجل  
وامرأتين في المال وما يتول اليد ؛ كالنكاح بعد موت الزوج والزوجة ؛  
فيثبت الارث بالشاهد والمرأتين ؛ ان لم يكن للميت وارث معلوم  
النسب يحوز المال كله ؛ وإلا فلا بد من عدلين على النكاح ؛ فاب لم  
يكونا فلا ارث . الرابع شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال ،  
كالمحيض ، والرضاع ، ان فشا قولهما قبل العقد . وكالولادة والاستهلال  
وكون المولود ذكرا او انثى ، وعيوب الفرج .

المادة ٢٨١ - الشهادة التي توجب الحق مع اليمين اربعة انواع .  
الاول شهادة العدل في المال وما يتول اليه ، فيحلف المشهود له ويقضى  
له ، كالحبس على معين ، فبان كان على غير معين حلف للمشهود عليه  
وبريء ، فان نكل حكم عليه به . النوع الثاني شهادة امرأتين في المال

وما يثول اليه . الثالث الشاهد العرفي . الرابع اليئسمة الشاهدة بظاهر الحال ، معتمدة على الظن لتعذر القطع او عسرة ، فيلزم الطالب اليمين استظهارا على باطن الامر .

المادة ٢٨٢ . لا تلزم يمين الطالب مع الشهادة الشاهدة بظاهر الحال في الفروع الاتية : وهي الشهادة فقر احد الابوين لينفق ، ولداه . والشهادة بعدة الورثة . والشهادة بالتزكية . والشهادة بالملك في استحقاق الاصول .

المادة ٢٨٣ - الشهادة التي توجب اليمين على المشهود عليه ، ولا توجب الحق للمشهد له ، شهادة العدل الواحد او المرأتين ، في الطلاق والقنف ونحوهما ، مما لا يثبت إلا بعلمين .

المادة ٢٨٤ - لا تتوجه اليمين في النكاح بشاهد واحد ، في غير الطارئين . واما فيها فتوجه اليمين على المنكر للنكاح منهما .

### المبحث التاسع

#### في شهادة السماع

المادة ٢٨٥ - شهادة السماع هي التي يصرح فيها الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير معين .

المادة ٢٨٦ - اذا شهد الشاهد بالعلم بالشيء . وبين ان سند علمه في ذلك ، السماع ، فهي بينة قطع ، وان كان مستندا السماع .

المادة ٢٨٧ - يلزم في بينة السماع ان لا يعين المسموع منه ،

وإلا كانت شهادة نقل ، وأن يجمع فيهما بين السماع من اهل العدل وغيرهم ، وإلا كانت شهادة ملغاة .

المادة ٢٨٨ - تعمل بينة السماع في النكاح ، اذا لم يكن للمرأة زوج . فان كان لها زوج ، لم تتزعم منه بينة السماع . ويلزم في بينة السماع بالنكاح ان تكون مفصلة كبينة القطع ، بأن تقول « سمي لها كذا ، وأجل لها كذا ، وعقد لها ولها فلان » ولا يكفي الأجمال .

المادة ٢٨٩ - بينة السماع بالرضاع لا يعمل بها ، اذا قامت بعد العقد على المرأة المشهود انها محرمة على العاقد بالرضاع . اما اذا قامت قبل العقد عليها ، فتفيد وتمنع من العقد .

المادة ٢٩٠ - شهادة السماع بالنسب ، لا يثبت بها النسب ، وانما يستحق بها المال ، اذا لم يكن للمال وارث مستحق .

المادة ٢٩١ - يعمل بشهادة السماع بانتقال الملك للحائز للعقار عشرين سنة فأكثر ، اذا اثبت من لا يحاز عليه ، كالأغائب ، انها لابيه ، فتفيد شهادته السماع بأن الحائز اشتراها هو او اسلافه ممن ثبت له الملك .

المادة ٢٩٢ - تعمل بينة السماع في الاحباس التي في حوز من شهدت له ، او لا يد لاحد عليها ؛ ولا يشترط تسمية المحبس ، ولا اثبات ملكه في شهادة السماع . ويلزم في شهادة السماع بالمحبس ، القطع بأنه يحاز بحوز الاحباس ويحترم بحرمتها . فان شهدوا بما ذكر بالسماع لا بالقطع بطلت الشهادة .

المادة ٢٩٣ - يثبت شهادة السماع بصرف الوقف وشروطه .

المادة ٢٩٤ - لا يقبل في شهادة السماع اقل من اثنين . ولا يلزم

المشهود له بها اليمين .

### المبحث العاشر

#### في الشهادات الناقصة

المادة ٢٩٥ - اذا شهد الشهود بحق لانسان ؛ في عقار او غيره ؛ لا

يعرفون مقداراً ؛ استنزل الشهود الى ما لا يشكون فيه ؛ وعمل بشهادتهم .

### الباب الثالث

#### وفيه تسعة فصول

#### الفصل الاول

#### في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

المادة ٢٩٦ - الحكم انشاء الزام او اطلاق ؛ فيما يقع فيه النزاع

لمصالح الدنيا .

المادة ٢٩٧ - الفتوى اخبار المفتي عن حكم الشارع ؛ في اعتقاده .

المادة ٢٩٨ - الثبوت عبء ارادة عن قيام الحجته على ثبوت السبب

عند الحاكم

المادة ٢٩٩ - الثبوت يدخل في المواطن التي يلحقها الحكم ؛ وفي

المواطن التي لا حكم فيها اجماعاً

المادة ٣٠٠ - الانواع التي يد فلها الثبوت ولا يدخلها الحكم :  
اثبات الصفات في النوات . و اثبات اسباب المطالبات . و حجج اسباب  
بلاستحقاق . و اثبات اسباب الاحكام الشرعية .

المادة ٣٠١ - التنفيذ هو تمكين الحقوق بأيدي مستحقيها ؛ و الالتزام  
بالحبس وغيره .

المادة ٣٠٢ - يلزم المنفذ ان ينفذ الحكم ؛ ولو كان عندهم  
مخالفا لما وقع الحكم به .

### الفصل الثاني

في خطاب القضاة - وفيه مباحث

المبحث الاول

في حقيقة الخطاب و أنواعه

المادة ٣٠٣ - الخطاب هو اخبار قاض قاضيا اخر بما ثبت عنده ؛  
او حكم به .

المادة ٣٠٤ - الانهاء بالمشافهة صحيح ؛ على اصل المذهب في  
جواز تعدد القضاة بالبلد الواحد و يشترط في الاعتداد به ، حلول  
كل من المنهي و المنهى اليه في محل ولايته . لكن العمل على قبول انها  
القاضي بغير محل ولايته .

المادة ٣٠٥ - الانهاء بالاشهاد ، ان يشهد القاضي ندلين بانها قضى  
بكذا او ثبت عنده كذا ، لينهيا ذلك الى قاض اخر . او أن



يكتب قاض الى قاضي بلد اخر بما ثبت عندلا من شهادة على رجل ،  
او حق ، او بقضاء ، ويشهدهما على كتابها .

المادة ٣٠٦ - اذا اشهد القاضي عدلين ، وبعث معهم كتابه ،  
من غير ان يقرأأعليهما ، فالاعتماد على ما يشهدان به ، لا على ما في  
الكتاب .

المادة ٣٠٧ - يعتمد كتاب القاضي ، اذا كان محتوما بختمه ،  
ومكتوبا عليه بخط القاضي « ختم في تاريخه ، او في تاريخ كذا » ،  
وكان مع الختم الامضاء ، ولا يكتفى بالختم وحده احتياطا .

المادة ٣٠٨ - الخطاب على الرسوم ، يكون في سائر الينيات  
الاسترعاية بكتابة هذه الجملة بخط القاضي ، او المفتي المخاطب  
« يكتب العمل » مع ختم تلك الينة بختم المخاطب . والخطاب في  
الينيات الاصلية ، ان قصد به التعريف بعدالة العدلين واتصا بهما للشهاد؛  
يكون بلفظ « ثبت لديّ العدلان » مع ختمه تلك الحجة . وان قصد  
به الاعلام بصحة الرسم وسلامته من الريب ، يكون بلفظ « ثبت لديّ »  
والخطاب في نسخ الاحباس ، يكون بختمها وكتابة « طوبق المقصود  
منه بأصله فتطابقا » او « قبل الفرع بأصله فتطابقا ، وأعلم بذلك  
فلان القاضي او المفتي » وفي نسخ رسوم غير الاحباس ، يكون بختم  
النسخة وكتابة « ثبت لديّ » والخطاب في المضامين ، يكون بختم  
المضمون وكتابة تاريخ الختم قبل وضع العدلين علامتيهما .

## المبحث الثاني

### في فائدة الانهاء

المادة ٣٠٩ - فائدة الانهاء ، بناء القاضي اجراءاته على ما تضمنه الانهاء . فان كتب المنهي بثبوت شهادتهم . لم يأمر المنهى اليه باعادة شهادتهم . ونظر في تعديلهم وان كتب بتعديلهم ، وبقبولها اياهم ؛ اعذر فيهم للمشهود عليه

## المبحث الثالث

### في العمل بالخطاب

اذا مات او عزل المخاطب المنهي

او المخاطب المنهي اليه

المادة ٣١٠ - اذا مات المخاطب (بالفتح) او عزل قبل وصول الخطاب اليه او بعدة ، وجب على من وُلِّي مكانه انفاذ الخطاب والعمل به .

المادة ٣١١ - اذا مات المخاطب (بالكسر) او عزل ، يعمل بخطابه اذا كان مسجلا بدفتر المحكمة .

## الفصل الثالث

### في ضابط ما يفتقر للحكم

المادة ٣١٢ - يفتقر الى حكم الحاكم ، ما وجد فيه احد اسباب ثلاثه : الاول ان يكون مما يحتاج الى نظر في تحرير سببه ومقدار سببه . الثاني ان يكون مما لو فوّض الى جميع الناس لادي الى

الاضطراب. الثالث ان يكون مما قوي فيه الخلاف، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق العباد.

### الفصل الرابع

#### فيما يحصل به الحكم

المادة ٣١٣ - الحكم يحصل اما بقول او فعل . فاما القول فكقوله حكمت بامضاء العقد ، او فسخه . لكن يلزم ان يكون الحكم فيما تناوله الخصام والتداعي ، وإلا اعتبر اعتبار الفتوى . ولا يشترط في الحكم القولي ان يكون متعلقه تغيير امر عن حاله ، بل لا فرق بين تغييره وتقريره . واما الفعل فانه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة ، وانما يفيد بطريق الالتزام ، اذا كان ذلك الفعل يتوقف على ابطال شيء ، فيفيد الفعل حينئذ ، الحكم بابطال ذلك الشيء .

### الفصل الخامس

في تصرفات الحكام التي ليست حكما

ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها

المادة ٣١٤ - لا يعتبر من الحكم الذي لا يمكن نقضه ولا تغييره؛

تصرف الحاكم بتوليئه عقد البيع او عقد النكاح ، او باثباته صفة لشخص ، او باثباته اسباب المطالبات ؛ او باثباته الحجج ، او باثباته اسباب الاحكام الشرعية ؛ او بجزمه وتصريحه بالوجوب او الندب او الاباحة او الكراهة او التحريم ، او بنصبه للكتاب والقسم و المترجمين والامناء في اموال الغائبين والقاصرين .

## الفصل السادس

في بيان المواضع التي يكون فيها الحكم جزئياً

والمواضع التي يكون الحكم فيها كلياً

المادة ٣١٥ - كل حكم فهو جزئي ، لا يتناول غير المتداعين .

إلا الحكم بالتصفيق ، والحكم بالصحة ، والحكم بالفساد .

## الفصل السابع

في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالاً او تضمناً

المادة ٣١٦ - لا يدخل العبادات الحكم بالصحة ؛ ولا بالموجب ؛

لا بطريق الاستقلال ؛ ولا بطريق التضمن . ويدخل الصيد والاطعمة

والايمان والجهاد ، الحكم استقلالاً .

المادة ٣١٧ - يدخل النكاح وتوابعه وسائر المعاملات ، الحكم

بالصحة ؛ والحكم بالموجب .

المادة ٣١٨ - ليس الحكم بمقتضى البيئة حكماً بصحتها ؛ حتى لا

يمكن الطعن فيها ، اذا احتج بها في غير ما حكم به .

## الفصل الثامن

في معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب

والحكم المختلف فيه وبالمختلف فيه

المادة ٣١٩ - الحكم بالصحة ، عبارة عن قضاء القاضي بصور ذلك

العقد من اهله ؛ في محله ؛ على الوجه المعتبر شرعاً . والمراد بالصحة

في العقود ؛ ترتب اثار الشيء عليه .

المادة ٣٢٠ - الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة اشياء: اهلية التصرف، وصحة الصيغة - فيما يشترط فيه صيغة خاصة - ، وكون التصرف في محله .

المادة ٣٢١ - الحكم بالموجب ؛ هو الحكم بمقتضى الصيغة عند الحاكم . ويلزم فيه ثبوت اهلية التصرف ، وصحة الصيغة .

المادة ٣٢٢ - لا يعتبر الحكم بالموجب إلا اذا وقع التنازع فيه عند الحاكم ، وأن يكون لازما للعقد لا ينفك عنه ؛ بحيث اذا وجد العقد وجد الموجب .

المادة ٣٢٣ - الاعتماد على كون الصادر من القاضي الاول حكما او ليس حكما ، انما هو على ما يراه القاضي الثاني المترافع لديه .

المادة ٣٢٤ - الحكم بشيء مختلف فيه بين المذاهب ، يرفع الخلاف . ولا يجوز لمن لا يراه نقضه .

المادة ٣٢٥ - الحكم المختلف فيه ، لا يرفع الخلاف . ولن لا يراه حكما ان يحكم بوضاه .

المادة ٢٢٦ - الحكم الضمني عند الحنفية ؛ ( وهو ما يدخل القضاة فيه ضمنا لا قصدا ؛ ولا يشترط فيه تقدم دعوى ولا خصومة ) لا يعتبر حكما عند المالكية . فهو من باب الحكم المختلف فيه ؛ الذي لا يرفع الخلاف . ويجوز للمالكين الحتم بوضاه .

المادة ٣٢٧ - الحكم الفعلي عند الحنفية ؛ ( وهو عبارة عن فعل القاضي .

ولا يشترط فيه تقدم دعوى ولا خصومة) لا يعتبر حكماً عند المالكية. فهو من الحكم المختلف فيه، الذي لا يرفع الخلاف. ولا يمنع المالك من تغييره وإبطاله.

### الفصل التاسع

في الأحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها  
وفي التحجير، المقبول وغير المقبول وفي التخصيص في القضاء  
وفي الاشتراط فيه.

المادة ٣٢٨ - يجوز تعقب أحكام العدل المقلد. فما أُلقي صواباً، أقر. وما أُلقي خطأً نُقض. لا فرق في ذلك بين قاضي الحاضرة وغيرها، باعتبار أصل الفقه. لكن جرت التراتيب بأن أحكام قضاة الأفاق يجوز تعقبها باطلاق، أما قاضي الحاضرة فلا تتعقب أحكامه؛ إلا إذا صدر اذن من الأمير بتعقبها. (١)

المادة ٣٢٩ - ينقض قضاء القاضي متى خالف المشهور وما به العمل.

المادة ٣٣٠ - لا يقبل التحجير في الاستقلال بالقضاء

---

(١) العمل بما ذكر، كان قبل صدور المجلة الشرعية للمرافعات. وصار الأمر بعد صدورهما. تعقب الأحكام الصادرة من قاضي الحاضرة إن كانت فردية؛ أما إذا كانت مجلسية فتقبل أحكامها التعقيب فيما لا تعجز فيه شرعاً. أما ما فيه تعجز فيتوقف قبول تعقيبها على صدور اذن علي بذلك، بسعي من محكمة التعقيب.

المادة ٣٣١ - لا يضر التحجير على القاضي في النظر في بعض انواع القضايا والحكم فيها.

المادة ٣٣٢ - يجوز تخصيص القاضي بالحكم في نوع من انواع القضايا ، كأحكام النكاح ومتعلقاته ، واستحقاق العقار .

المادة ٣٣٣ - يجوز ان يشترط على القاضي ان لا يحكم إلا بمذهب معين . ويلزم المقلد ان لا يحكم إلا بمشهور مذهب امامه ، وما به حكم قضاة اهل بلدة المشهورون بالعلم والعدالة.



# مقدمة الطبعة الاولى

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تبارك من استأثر بالقضاء . وانعم على الانسان بمختلف الآلاء . والصلاة والسلام على من احببى القلوب بالهدى والحكمة . وعلى آله وصحبه نجوم الملة وهداة الامة . اما بعد فهذه فقرات قيمة . وشذرات منظمة محكمة . تجمع من علم القضاء اشتاتا . وتحببى منها ما كان مواسا . وتسقي المتعطشين اليه عذبا فراتا . وتكون لما جرى به العمل التونسي في الاوضاع الحكمية والقضايا الفقهية كفاتا . (١) حدا يبي الى جمعها وتهذيبها . واحكام ترصيفها وتبويبها . اشتمال الكتب المؤلفة فيه على ما بقي حيا وما عاد رفاتا . حتى اضاع على مبتغي التمييز بين الزيف والابريز اوقاتا . وجعل مرتاد حقوله الحصبه وان ابعث النجعة كأنه مسنت اسناتا . وقد حصرتها في ثلاثة ابواب والله المسئول ان يعصمنا من الخطا والخطل . في القول والعمل . وأن يفجر منها ينابيع نفع سائغة . ويكسوها من القبول حللا سابغة . انه قدير . وبالاجابة جدير .



(١) الحكفات الموضع يضم ويجمع فيه الشيء



## الباب الاول

في الدعوى والجواب والمدعي والمدعى عليه  
والاجال والاعذار والعقلة والتعجيز  
وفيه فصول

### الفصل الاول في الدعوى

وفيه سبعة مطالب ١ - حقيقتها ومعناها - ٢ - وكيفية القيام بها - ٣ - وصفة القائم بها - ٤ - وصحتها المقتضية استدعاء المطلوب للجواب عنها - ٥ - وما يلزم اشتغالها عليه اذا سأله المطلوب - ٦ - وما يترتب على القول بتبعيضا - ٧ - وما يسقطها

### المطلب الاول في حقيقة الدعوى

حقيقة الدعوى طلب معين او ما في ذمته معين او ما يترتب عليه احدهما. فطلب المعين كدعوى ان هذه الدار اشتراها او غصبت منه وطلب ما في ذمته المعين كدعوى المرأة ان بذمة زوجها القام من جهة صداق أو نفقة ثم المعين الذي يدعى في ذمته قد يكون معينا بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الدينة على العاقلة والقتل على جماعة أو انهم اتلفوا له متمولا وطلب ما يترتب عليه معين كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب عليها حوز نفسها ؛ وهي معينة . ودعوى الوارث ان مورثه مات مسلما فيترتب عليه الميراث المعين . وطلب ما يترتب عليه ما في ذمته معين كالمطلقة تدعي المسيس وينكره الزوج فان المسيس يترتب عليه استحقاق كامل الصداق وهو في الذمة .

## المطلب الثاني في كيفية القيام بالدعوى

يقدم الطالب للقاضي في ورق معتاد كتابة (١) يبين بها موضوع الدعوى وحاصلها ليكون القاضي على بصيرة ممنا اشتملت عليه الدعوى من الفصول ولاي باب ترجع من الاصول وهل هي من مشمولات نظاره بمقتضى الترتيب

(١) يوقع القاضي على الشكاية انها من النوازل الشخصية اذا كانت موضوعها ضل نفقة او حضانه او ثبوت نكاح او طلاق او طلب فك العصمة لاضرار او ابلء ولم يغيء او طلب فسخ نكاح لفساده بفوات ركن او شرط او حصول مانع كحرمة المرأة برضاع او صهر او بكونها في عدة وفاة او طلاق وبالجملة فالدعاوي المتعلقة بالنكاح والطلاق والرجعة والرضاع والابلاء والظهار واللمان والحضانه والنفقة والارث والاستلحاق والتصيب. والولاء. يوقع القاضي عليها انها من النوازل الشخصية . ويوقع القاضي على الشكاية انها من النوازل الاستحقاقية اذا كانت الدعوى في وصية او متعلقة بمقار سواء أ كانت الدعوى في غصب او شفعة او ثبوت هبة او وصحتها او فسادها او اعصارها او ثبوت وقف او صحتها او فسادها ؛ ام كان في غير ذلك مما يوجب نقل الملك او طلب ايجاد رسم عوض رسم ضل

ووقع التقييد بالمقار وهو الارض وما اتصل بها من بناء او شجر لان الدعوى في المنقولات خارجة عن انظار المحاكم الشرعية بمقتضى الترتيب الا ما كان منها متعلقا بالموارث او كان بين الزوجين او كان بين المتراكين بعد المراكنة من الهدايا والاملاك . فانها من انظار المحاكم الشرعية ثم المقار الذي يكون الحصام في استحقاقه من انظار المحاكم الشرعية يشترط فيه ان لا يكون مسجلا بدفتر خانة الاملاك العقارية ولا مطلوبيا تسجيله قبل وقوع المقل في المحكمة الشرعية والا كان خارجا عن انظارها وهذا كله في التسجيل النهائي واما التسجيل الاستعجل المبرر عنه بالكداسترفانه لا يخرج النازلة عن نظر المحاكم الشرعية. ويشترط في كونه المقار من انظار المحاكم الشرعية ايضا ان لا يكون من الارضين المشتركة الانتفاع ولا من الارضين المعتبرة دوائر عسكرية والا كان الحكم فيها خارجا عن انظارها. وقد جاءت مجلة المرافعات اشرعية منفصلة لما هو من خصائص المحاكم الشرعية في المادة الاولى منها كما تضمنت المادة السادسة منها بيان القضايا الشخصية والقضايا الاستحقاقية.

وبعد الاطلاع على الشكاية والتوقيع عليها يحيلها القاضي على دائرة المدون ليحضر الطالب لديهم ويقيدوا عليه مقالا شرعيا ويشهدوا عليه بها تضمنه حتى لا ينكر شيئا مما تضمنه مقاله فيما بعد يوجب مؤاخذه او سقوط دعواه.

واقضت الترتيب ان القاضي لا يحيل الدعوى على دائرة المدون لكتب المقال الا بعد ان يحيل الشكاية على كاتب مكلف باعطاء ورقة خاصة يبين بها نوع النازلة يسلمها للطالب ليذهب

وهذا غير المقال الذي يكتبه العدول. فهو من وادي ما قصده الزقاق (١) بقوله في لاميته

ولتأمر بتقييد غامض ❁ لتسأل عنه او لان تتأملا

فقد قال فيه ميارة (٢) والتاودي (٣) وليست هذه المسألة المشار اليها بقول

التحفة (٤)

بها الى ادارة التسجيل ويدفع معلوما يخذف باعتبار كون النازلة شخصية او استحقاقية ويتسلم من ادارة التسجيل ورقة تتضمن دفع المعلوم وتقدمها الى القاضي يمكنه ان ينظر في القضية ويحيل النازلة الى دائرة المدول لكن المقال وتوضع هذه الورقة بعلم النازلة. فان ادعى الطالب العجز عن دفع المعلوم كله باثبات العجز ويكفي في ذلك شهادة شيخ الحومة (المحرك) بالحاضرة وشهادة شيخ التراب بغيرها. وعند الادلاء بهذه الشهادة يكتب القاضي على الشكاية ما نصه « يمنح الاعانة المدلية » وحينئذ ينفى الطالب من دفع المعلوم وتسلم له ورقة من ادارة التسجيل تتضمن انه منح الاعانة المدلية. فاذا وقع الحكم للطالب حمل المعلوم على المحكوم عليه في جملة المصاريف. وهذا كله في الامور المستعجلة كالنفقة والحضانة والمباشرة. واما النوازل الاستحقاقية فيلزم فيها مكتابة الوزارة المدلية في منح الطالب الاعانة المدلية ويقع جميع مجلس في الوزارة المدلية للنظر في تحويل الطالب الاعانة المذكورة وعندما يرى المجلس اسمافه بذلك تكتب الوزارة المدلية القاضي في الاعلام بذلك وحينئذ ينظر في القضية وربما استترق جميع المجلس لاجابة الطالب الى منح الاعانة اشهرا كثيرة. ودفع المعلوم عن النوازل سمح باعفاء الخصوم من التكاليف المالية التي كانوا يتحملون عبأها في اجراء الاعوان لتبليغ الاذون وأجور المدول لكتابة المقالات والاجوبة وتحاريرها واقامة البنات واخذ نسخ وكتب الآجال والاعذار وتلخيص الحجج وكتب الاحكام اذ صار جميع ذلك مجانا مكتوبا في ورق ممتاد غير متبر وتوات الحكومة دفع أجور للاعوان والشهود وكتاب المحاكم ودفع انعام ما يلزم من الاوراق والدفاتر.

(١) هو علي بن قاسم بن محمد التجيبي شهر الزقاق. اخذ عن القوري من شيوخ فاس وعن

المواق من شيوخ الاندلس. وتوفي سنة ٩١٢

(٢) هو محمد بن احمد ميارة. له تاليف عديدة رزق فيها القبول، من اشهرها شرحان على المرشد المين

وشرح التحفة وشرح لامية الزقاق وتبديل المنهج المنتخب وشرحه. مولده سنة ٩٩٩ وتوفي سنة ١٠٧٢

(٣) هو محمد التاودي بن محمد الطالب بن سودة لمري القناسي كاتب مشهورا بسعة العلم له

تاليف قيمة منها شرح التحفة وشرح لامية الزقاق وحاشية على شرح عبد الباقي الزرقاني المختصر

الحليلي وحاشية على صحيح البخاري وفتاوى. مولده سنة ١١١١ وتوفي سنة ١٢٠٩

(٤) صاحب التحفة هو ابو بكر بن محمد بن عاصم. اخذ عن الاستاذ ابي سعيد بن لب

والكتب يقتضي عليه المدعي \* من خصمه الجواب توقيفا دعي  
لان ذلك فيما بين الخصمين وما هنا فيما يفعله القاضي فيما صعب عليه من الدعوى

### المطلب الثالث في صفة القائم بالدعوى

يلزم فيما ليس حق الله ان يكون القائم بالدعوى صاحب الحق او وكيله او  
ناظره من اب او وصي او مقدم قاض

فاذا كان القائم صاحب الحق نفسه لم يشترط فيه الرشد فللسبي والسفيه ان  
يقوما بطلب حقوقهما البدنية والمالية وانما المنوع تمكينهما من المال . ففي  
المتبعية (١) قال غير واحد للسفيه طلب حقوقه حضر وصيه او غاب : والخصومة  
فيها وليس له ان يودل على طلبها وقال ابن بقي (٢) وغيره له ان يوكل كما له  
ان يطلب وبه مضى العمل ، اهـ . (٣) انظر شرح التحفة عند قولها « يجوز  
توكيل لمن تصرفا » البيت .

واذا كان وكيلاً (٤) افتقر في قبوله ان يجعل له الاقرار الا اذا كان وكيلاً

---

والقيجاطي والشاطبي وابن علاق وابن جزري . تولى القضاء بمدينة وادي اوش سنة ٨٢٢ وقضاء  
غرناطة سنة ٨٢٤ - مولده عام ٧٦٠ وتوفي سنة ٨٢٩

(١) صاحب المتبعية هو القاضي علي بن عبد الله بن ابراهيم الانصاري يعرف بالمتبئي  
السبتي الفاسي . له كتاب كبير سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والاحكام وهو المعروف  
بالمتبعية اختصرها اعلام من اشهرهم ابن هارون . توفي سنة ٥٧٠

(٢) هو احمد بن بقي بن مخند . قاضي الجماعة . تولى القضاء بقرطبة سنة ٣١٧ وتوفي سنة ٣٢٤

(٣) نظم هذا العمل صاحب العمليات العامة فقال :

وجاز للسفيه ان يوكله \* شخصاً له يطلب حقاً مهماً

حضر او غاب الوصي كما له \* هو الخصم ليحق ما له

انظر شرحها صفحة ٢٦٣ الطبعة التونسية .

(٤) اقتضت الترتيب ان لا يقبل القاضي من الوكلاء لمرافعة الخصم الا من كان من الوكلاء  
الرسميين ( اي الذين رخصت لهم الحكومة في المرافعة عن الخصوم لدى سائر المحاكم ) او وكلاء  
المحاكم الشرعية خاصة . ولا فرق في الوكيل بين المسلم وغيره بناء على ان وكالة الخصم ليس فيها

عن الوصي في حق محجورة او وكيلها عن المحجور فلا يجعل له الاقرار (١)  
لان الاقرار عن المحجور غير نافذ . قاله ابن سهل (٢) وخطأ ابن الهندي (٣)  
حيث ذكر في مثل هذه الوكالة الاقرار . وقال الشيخ ابن الطاهر (٤) في حاشيته  
على التاودي مانصه وعملنا اليوم فيما شاهدناه من محققي القضاة والمفتيين ان  
الوصي اذا وكل في حق محجورة يجعل له الاقرار والانكار كمقدم الفاضي  
ويعمضون له ذلك اه ذكره في قول التحفة

والنقص للاقرار والانكار من \* توكيد الاختصار بالرد قمن  
وما ذكره غريب لم يذكره ابن ناجي (٥) ولا الشيخ عظم (٦) في

---

تصرف مالي فني كالتوكيل على دفع هبة. كما اقتضت الترتيب ان وكلاء محاكم الآفاق لا يقبلون  
في المرافعة الا في المحاكم الميادين بها. وتعيين وكلاء المحكمة الشرعية يكون برخصة من الوزارة  
اللدية مع بيان المحكمة التي له الرخصة في المرافعة لديها. اما الوكلاء الرسميون وهم المحصولون على  
شهادة الحقوق فالترخيص لهم في المرافعة بأمر علي.

(١) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

ولازم لكل من قد وكلا \* على خصام غيره ان يجعل

الاقرار والانكار للوكيل \* وهو من تمتة التوكيل

الاوصياء عن يمينه فلا \* يقر لا هو ولا من وكلا

نعم يقر في الذي تولى \* فيه المعاملة ليس الا

انظر شرحها صفحة ٢٥٩ - ٢٦٠ الطبعة التونسية.

(٢) هو القاضي ابو الاصبغ عيسى بن سهل الازدي القرطبي. له كتاب الاعلام بنوازل  
الاحكام. مولده سنة ٤١٣ وتوفي سنة ٤٩٦

(٣) هو احمد بن سعيد بن ابراهيم الهمداني المعروف بابن الهندي. من فقهاء الاندلس  
المارفين بالشروط والاحكام. مولده سنة ٣٢٠ وتوفي سنة ٣٩٩

(٤) هو احمد بن الطاهر اللطيف «بالتصغير» من فقهاء تونس وفضلائهم. نسخ كثيرا من  
الكتب الفقهية كفاثق ابن راشد والبيان والتحصيل. واشتغل بالتوثيق وتولى قضاء المعلة ثم صرف  
عن القضاء والشهادة ولزم بيته. له حاشية على شرح التاودي في جزئين وتوجد بغزائن جامع  
الزيتونة نسخة منها بخطه. وشرح على السمرقندية. توفي سنة ١٢٧٣

(٥) هو قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني. اخذ عن البرزلي والنبريني ومن في  
طبقتهم وعن ابن عرفة ويرمز اليه في كتبه ببعض شيوخنا. تولى القضاء بجهات كثيرة كإباجة

برناجهم ولا الشيخ حسن الشريف (١) وعلما اليوم جار على ما لابن سهل .  
وإذا جعل الاقرار للوكيل عمل باقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما كان  
خارجا عنها .

ومتى وقع التوكيل لشخص على الخصام فليس للموكل عزله إذا اشرفت النازلة  
على الحكم او قاعد الوكيل الخصم ثلاثا الا ان يرضى خصمه او يظهر منه تقصير  
او خيانة او يتبين عذر كمرض او سفر . ويقبل قول قاضي الحاضرة في مقاعدة  
الوكيل الخصم ثلاثا . بخلاف غيره من قضاة الآفاق فلزم في ذلك الثبوت بوجود  
ماثار ذلك كوجود ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة او وجود ما ينشأ عن المقاعدة  
من التحريرات والاجال ونحوها .

وإذا وقع توكيل صرح فيه بالمخاصمة لدى الحاكم فلان فليس للوكيل التكلم  
عند حاكم غيره اما اذا كان التوكيل مجملا فله ان يخاصم عنه حيث شاء . قاله  
في التبصرة (٢) صفحة ١٢٥ من الجزء الاول .

وإذا وكله على مخاصمة رجل فلم يقيم الوكيل بشيء الا بعد سنتين او انشب

(تابع للمامش صفحة ٦)

وجربة وقابس وسوسة والمنستير والقيروان . شرح الرسالة والجلاب ونهايب البراذعي شرحين  
كبير! وصنيرا . توفي بالقيروان سنة ٨٣١

(٦) هو ابو الفضل قاسم ابن الشيخ محمد مرزوق ابن الشيخ عبد الجليل ابن الشيخ محمد  
عظوم القيرواني . من بيت اشتهر بالعلم في القيروان كان من عدول تونس ثم تولى الفتيا له  
تأليف مفيدة منها برناج الشوارد لشامل بهرام تضمن كثيرا من المسائل وما به العدل في تونس  
والقيروان وهو من الكتب التي يمتدها القضاة والمفتون بتونس وله اجوبة في اجزاء كثيرة فيها  
من الاطناب الكثير ما هو غير محتاج اليه . أتم البرناج سنة ٩٨٣ وكان حيا سنة ١٠٠٩

(١) هو الشيخ حسن ابن سيدي عبد الكبير الشريف . جمع بين شرقي اعلم والنسب وتولى  
امامة جامع الزيتونة ثم تولى الفتيا سنة ١٢٣٠ - من تلاميذه الشيخ ابراهيم الرياحي . له حاشية  
على القطر وحاشية على شرح ميارة للامية الزقاق ومعين الفتى وعاقه الاجل عن اتامه  
توفي سنة ١٢٣٤

(٢) صاحب التبصرة هو ابراهيم بن فرحون قاضي المدينة المنورة . له تذييل كثيرة من  
احسنها التبصرة والديباج . توفي سنة ٧٩٩

الخصومة قبل ذلك ثم اتى بالينة بعد هذه المدة . فان وقع في وكالته انها دائمة مستمرة بقي على الوكالة ومكن من المخاصمة ولا ينزل عن الوكالة الا بنص صريح . وان لم يقع التقييد بذلك فقال سحنون (١) يبعث الحاكم الى الموكل ليسأله أهو على وكالته . وتقل ابن سهل ان بعض شيوخه كان يستكثر الامساك عن الخصومة ستة اشهر ونحوها ويرى تجديد الوكالة ان اراد الخصومة . وقال ابن المناصف (٢) اذا خاصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته . اه . من التبصرة صفحة ١٢٤ من الجزء الاول . والقول بالتجديد جرى به عمل فاس كما في المجالس المكناسية . وقول سحنون اقتى به ابن مرزوق (٣) وهو الجاري على الاصول لان المسألة ترجع الى العمل بالاستصحاب وكون الشك في المانع غير مؤثر . ولم اعلم ان احدا من التونسيين نص على ان العمل التونسي موافق لعمل فاس فينبغي اعتماد ما لسحنون . واذا ودل على الخصام فخاصم عنه في قضية واقضت تلك القضية واراد الوكيل ان يخاصم عنه في غيرها فان كان بقرب الخصام الاول كان له ذلك ان كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها انه وكله على مخاصمة فلان او في امر كذا وكذا اذا اتصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما الايام . وان تطاول ذلك سنين والموكل غائب لم يحتج الى تجديد التوكيل اذا لم يقصر على مطلب

---

(١) هو عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني . اخذ عن كثير من اصحاب الامام مالك بن انس رضي الله عنه . واطته اليه الرئاسة في العلم ومدوته عليها الاعتماد في المذهب تولى قضاء القيروان في عهد محمد بن الاغاب سنة ٢٣٤ وتوفي وهو يتولاه في رجب سنة ٢٤٠ ومولده سنة ١٦٠

(٢) هو الحسن ابن ابي الحسن عيسى ابن اصبيغ المعروف بابن المناصف . روى عن ابن عتاب وسمع منه المدونة . مولده سنة ٥٠٢ وتوفي ٥٨٠

(٣) هو محمد بن احمد ابن الخطيب محمد بن مرزوق . صاحب الاجوبة والفتاوى النفيسة في انواع من العلم والتاليف الممتعة الجيدة منها شرح البردة واغتنام القرصة في محادثة عالم قصة واختصار الحاوي في الفتاوى وشرح على مختصر خليل لم يكمل . شرحه من اوله ومن كتاب القضاء . مولده سنة ٧٦٦ وتوفي سنة ٨٤٢

سماه كما قدمنا فاما اذا اقصره على مطلب معين وكان بين المطلبين الاشهر فليس له ان يخاصم عنه الا فيما وكله فيه . ويستحسن في مثل هذا ان يجدد له التوكيل وحيثذ يتكلم عنه . اهـ . من التبصرة صفحة ١٢٥ من الجزء الاول .  
وليس للوكيل ان يوكل غيره إلا اذا جعل له توكيل الغير او كان وكيلاً مفوضاً على الراجح . لكن العمل بتونس (١) على ان لا يوكل المفوض إلا بالنص عليه ؛ حكاه ابن ناجي . ومثله في خامسة نكاح الحاوي (٢) ونقله صاحب البرنامج في مبحث الوكالة والشيخ حسن الشريف في حاشية الزقاقية .

وليس للانسان ان يسند الوكالة في قضية واحدة الى وكلاء متعددين لان الاصل مباشرة الانسان الخصام بنفسه لكن جعل له توكيل الغير لاحتمال ان به عذرا يمنعه من الخصام كعجز او كثرة اشغال او وجل . وهذه الاعذار تدفع بتوكيل الواحد . فان اسند الوكالة الى جماعة متعددة امره القاضي ان يختار منهم واحدا يقتصر عليه في مرافعة الخصم ان لم يكن احدهم قاعد الخصم ثلاثا وإلا تعين من تكررت مرافعته ثلاثا لاتمام النازلة .

وإذا كان القائم ناظرا في حق منظوره ايا كان او وصيا او مقدم قاض كان له الخصام في حق منظوره سواء أكان الحجر لسفه او صغر . بيد ان الحجر للسفه يمنع الناظر من الخصام في غير الحقوق المالية . واذا كان للناظر محجورون متعددون عين الناظر المنظور المترافع في حقه وسماه؛ ولا يطالب باكثر من ذلك

---

(١) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

لكن اهل القيروان عملوا ❁ بأن ذا التفويض لا يوكل

(٢) الحاوي في الفتاوى كتاب لابي القاسم بن احمد البرزلي البلوي القيرواني ثم لتونسي . اخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو اربعين سنة . واحمد بن حيدرة التوزري وغيرها . واخذ عنه ابن ناجي وحلوا والرصاع ومحمد بن احمد عظم وابن مرزوق الحفيد والاخوان القلشانيان . توفي سنة ٨٤٣ او سنة ٨٤٤ او سنة ٨٤١ وعمره ١٠٣ سنوات .



كما صرح به عياض (١) في جواب له نقله صاحب المعيار (٢) في الجزء العاشر صفحة ١٢١ من الطبعة الفاسية .

وليس للناظر الدعوى في حق السفينة في غير المال (٣) كالدعوى على الزوج انه يضر بزوجه؛ وكطلب معاشرته لها؛ او طلب بنائه بها؛ إلا بتوكيل خاص من السفينة؛ كما في التبصرة صفحة ١١٤ من الجزء الاول. فان قل طلب البناء يثول الى الحقوق المالية لوجوب الاتفاق على الزوج بالدعاء الى الدخول واذا سقطت نفقتها عن نفسها بالدعاء الى الدخول فكيف لا يكون للناظر طلبه؛ قلنا للمحجورة ان تسقط نفقتها على الزوج لتبقى في عصمته ومن حجتها ان طلاقها يفضي الى ان تعول نفسها مع فوات ما ترغب من بقائها في عصمة هذا الزوج . ففي المعيار من جواب ابن لبابة (٤) وغيره فيمن قام على ابنته يطلب كالثا من زوجها والزوج يقول ان زوجتي لا تطالبني قال نزلت عند القاضي محمد بن مسلمة فقال له الشيوخ لا يجوز التكلم عنها إلا بوكالة. وكان مضى لبناء الزوج بها ثمان سنين. قال ابن لبابة هذا الذي اذهب اليه واقتي به اذا مضى لها مثل هذه المدة.

---

(١) هو ابو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن محمد اليحصبي السبتي الدار والميلاد الاندلسي الاصل . تولى قضاء سبتة وغرناطة . له التصانيف المفيدة البديعة من اشهرها كتاب الشفاء واكمال المعلم في شرح صحيح مسلم ومشارك الانوار وترتيب المدارك . مولده سنة ٤٩٦ هـ وتوفي بمراكش سنة ٩١٤ هـ

(٢) هو احمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الوائشريسي صاحب التثايف الكثيرة وقد اتم المعيار سنة ٩٠١ هـ ومن تآليفه الفائق في الوثائق . توفي سنة ٩١٤ هـ

(٣) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

ولا يقوم عن سفينة اب \* فدون، حقا بدنياً يطلب  
كضرر الزوج بلا وكالة \* لان للسفينة احتياله

انظر شرحها صفحة ٢٥٦ الطبعة التونسية

(٤) هو محمد بن عمر بن لبابة القرطبي الامام المشاور. اقرء بالقوى بمد ايوب بن سليمان ودارت عليه الاحكام نحو ستين سنة. توفي في شهر ربيع سنة ٣١٤ هـ وسنة ثمان وثمانون

واجاب ابو محمد عبد القادر ان رضيت بالطلب فلم ذلك وان كرهت لم يكن له ذلك؛ لان ذلك يؤدي الى فساد حال الزوجين واثما له النظر فيما يؤدي الى الصلاح في حالهما؛ إلا ان يكون الزوج ظهر منه تافر واتلاف بحيث يعلم انه ان لم يطلب به يتلف الكليء ولا يوجد ما يؤخذ منه ان طلب به يوما ما؛ فيكون له اخذه وان كرهت . اه . وقال بعض الاندلسيين ان للمحجورة الرضى بأن يكون زوجها في منزلها مجانا وان تنفق على نفسها لمصلحتها بأن تفعل ذلك رغبةً ومخافةً طلاقها ولتبتطها به وانه ان طلقها بقيت بدارها وتنفق على نفسها وتفقد ما ترغبه من زوجها . وبه افتى ابن عتاب (١) . عياض وبه قال شيخنا هشام بن احمد (٢) والقاضي ابن حمديس (٣) وهو الذي يوجب النظر . وواقفهم الشعبي (٤) في اسكان زوجها دون الانفاق . اه .

وينبغي ان يتفطن الى ان المسالمة في بنت محجورة . ولعلها جدد عليها الحجر اثر البناء؛ لان المكث ثمان سنين في بيت الزوج يوجب انطلاقها من ولاية ابيها ان لم يكن جدد الحجر عليها . ومراد ابن لبابة بقوله اذا مضى لها مثل هذه المدة هو ان مرور هذه المدة يحقق الالفة والمعاشرة بين الزوجين وتعلق كل بصاحبه؛ فلا

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبي شيخ المفتين بها . تفقه بآبئ التجار وابن ابي الاصبع وابن بشير؛ صحبه اثني عشر عاما وكتب له في مدة قضاؤه . اخذ عنه ابن سهل وابو جعفر بن رزق . مولده سنة ٣٨٣ وتوفي سنة ٦٢٤ .

(٢) هو هشام بن احمد بن هشام الهلالي يكنى ابا الوليد . من اهل غرناطة وولي قضاها . مولده سنة ٤٤٤ وتوفي سنة ٥٣٣ .

(٣) هو قاضي قرطبة الناظم على احياء الغزالي وما ورد فيه؛ حتى كفر مؤلفه واغرى السلطان باحراقه واستشهد فقهاه فأقتى هو وهم بذلك؛ فامر علي بن يوسف بن تاشفين فأحرق باب قرطبة . وكان تاريخ هذا الاحراق سنة ٥٠٧ .

(٤) هو ابو المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي الهاتمي . كان عالما بالنوازل والاحكام واخرد في بلده برئاسة الفتوى . نحو من ستين سنة . له فتاوي في غاية الجودة . مولده سنة ٤٠٢ وتوفي في رجب سنة ٩٧٤ .

يمكن الاب من اثاره ما يفسد تلك العلائق . وتعرض للمسألة شارح (١) العمليات الفاسية عند قول ناظمها (٢)

وبرضاها يطلب الكاليء لا \* ان كرهت ما لم يخف نفي الملا

وفي التبصرة الفرحونية صفحة ١١٦ من الجزء الاول؛ ليس للاب القيام بطلب تطليق ابنته البكر بعدم النفقة إلا بتوكيل منها اه  
واللاب الواجب عليه نفقة ابنته لفقرها ان يطلب من الزوج البناء يسقط عن نفسه الاتفاق

ولا يقبل القاضي الخصام في حق الغائب من غير وكالة. هذا الذي جرى به العمل التونسي من اقوال في المسألة نقلها شراح التحفة عند قولها « وغائب ينوب في القيام » البيتين . ونقل حكاية هذا العمل عن الشيخ الشاذلي بن صالح (٣) كبير اهل الشورى . ويؤيده قول البرزلي في الخامسة والثمانين من اقصيته؛ ظاهر قسمة المدونة يقام له بلا وكالة؛ والذي به العمل ان لا يقام له ولو من قريب القرابة . انظر برنامج الشوارد للشيخ عطوم قبيل مبحث الشهادات .

## الدعوى فيما فيه حق الله

تقبل الدعوى فيما فيه حق لله من كل احد؛ وهو معنى القيام حسبة؛ كدعوى ان هذه الارض مقبرة او هذا البناء مسجد او الموضع الذي بني فيه اقتطع من

(١) شارح العمليات الفاسية هو ابو عبد الله محمد بن قاسم السلاجسي الرباطي . وقد شرحها شرحا مطبعا يدل على ما لصاحبه من طول باع وسمعة اطلاع .

(٢) ناظم العمليات الفاسية هو ابو زيد عبد الرحمن الفاسي ابن الشيخ عبد القادر الفاسي من البيت الفاسي المشهور بالعلم والفضل . توفي سنة ١٠٩٦

(٣) هو محمد الشاذلي بن الشيخ عثمان بن صالح . من ذوي الرسوخ والاضطلاع في العلوم بتونس وبالأحص الفقه المالكي . له مسائل محررة وفتاوي كثيرة . تولى القضاء بإردو ثم الفتيا سنة ١٢١٧ ثم رئاسة المفتين ثم صرف عنها سنة ١٣٠٢ - توفي سنة ١٣٠١

الطريق العام او ان هذه المرأة التي يرخي فلان الستر عليها مبتوتة له او ان هذا المكان الميع حبس على الفقراء او طلبت العلم او ان المقدم عاث في مال منظورة فسادا او ما اشبه ذلك . وعكس المسألة ان تقع الدعوى على حبس او مسجد او محجة . وحينئذ يقيم الحاكم وكيلها يدفع عنه فان وجب عليه قضى به وإلا فلا . قاله في التبصرة صفحة ١٢٧ من الجزء الاول . قلت وعملنا جار على ان تلك الجهات ان كان لها ناظر استدعي لها واجري الخصام معه وان لم يكن لها ناظر قدم القاضي مقدما وقتيا لخصم عنها . وهل للاجنبي كشف الوصي عن مال المحجور وتسلم نسخة بالشهادة على ما عنده : وهل للمحجور ذلك ، ذكر ابن ناجي في الحادية عشرة من هبة كبيرة عن شيخه البرزلي ان لكل من المحجور والاجنبي الحق في ذلك ، وسلمه مقتصرا عليه . ونقله صاحب البرنامج في ص ١٤٣ - وفي كتب الاحكام عن احمد ابن نصر (١) لا يكشف على الوصي قريبا كان القائم أو بعيداً إلا ان يستراب في نظره ؛ مثل ان يلحقه دين لكثرة ما بيده من المال او ينفق على نفسه اكثر مما يحمل ماله ، وقال غيره وهذا اذا كان اصل المال عنده معروفاً فان لم يكن معروفاً وجب تعرف قدر ما عنده ، وكذلك الاب في ابنه الصغير . انظر حاشية الشريف عند قول الزقاقة

« هكذا منع والد ❁ فقير من اخذ المال للولد فاعملا »

## المطلب الرابع في شروط صحة الدعوى

يشترط في صحة الدعوى ان تكون مبينة غير مجملة كلما امكن ذلك ولم يكن

---

(١) هو احمد بن نصر بن زياد الهواري . أخذ عن ابن عبدوس وابن سحنون ويحيى بن سلام وحامس القاضي . وثقه عليه اكثر القرويين . مولده سنة ٢٣٥ - او سنة ٢٣٦ وتوفي سنة ٣١٩ قال ابن فرحون وفي المالكيين من يشبهه به وهو احمد بن نصر الداودي الاسدي ابو جعفر المتوفى بتلسان سنة ٤٠٢

هناك عذر في الاجمال ؛ وان تكون موجهة على معين ؛ وان تكون بحيث لو أقر بها المطلوب أو قامت عليه الشهادة بها لزمته . وقيدنا بالامكان وعدم قيام العذر لادخال نحو لي عليه شيء من المال أو لي حظ من هذه الارض ؛ فان الطالب اذا كان يعرف قدر حقه وامتنع من البيان لم تسمع دعواه؛ بخلاف ما اذا جهل قدرة كدعوى الرجل منابا من وقف كثر مستحقوه فانه يعذر لغلبة الجهل بكيفية قسمة الاوقاف . قال المازري (١) وأما لو ايقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء جهل مبلغه وأراد من خصمه ان يجاوبه عن ذلك باقراره بما ادعى على جهة التفصيل وذكر المبلغ الحق ؛ لزم المدعى عليه الجواب . وأيده الخطاب (٢) قائلا ؛ مسائل المدونة وغيرها صريحة في سماع الدعوى بالمجهول اذا كان لا يعرف قدرة . وصوب البساطي (٣) ما للمازري . وحكى الرهوني (٤) عن شيخه الجنوي (٥) جريان العمل به - اي في المغرب ، وفي التبصرة لو ادعى حقا في هذه الدار او الارض ، وقامت بينة ان له فيها حقا لا يعلمون قدرة ؛ فهي دعوى مسموعة. انظر شروح التحفة عند قولها

---

(١) هو محمد بن علي بن عمر التميمي الهزري المدروف بالامام. كان حافظا نظارا مجتهدا في المذهب. له من التأليف شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب وشرح البرهان لامام الحرمين والمعلم شرح لصحيح مسلم وغيرها. ومن شيوخه الخمي وعبد الحميد الصائغ. توفي في المهدي سنة ٥٣٦ ودفن بالنستير

(٢) هو محمد بن محمد الخطاب المكي المولد والقرار. له تأليف قيمة منها شرح المختصر الحليي وتحرير الكلام في مسائل الالتزام. مواده سنة ٩٠٢ وتوفي سنة ٩٥٤

(٣) هو محمد بن احمد البساطي الطائي قاضي القضاة بمصر. أخذ عن بهرام والاقهسي واخذ عنه السنهوري والقنصادي والسخاوي وغيرهم. مولده سنة ٧٦٨ وتوفي سنة ٨٤٢

(٤) هو محمد بن احمد الرهوني صاحب الحاشية النفيسة على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني للمختصر الحليي. توفي سنة ١٢٣٠

(٥) هو محمد بن حسن الجنوي الحسني الطائوني. اخذ عن الشيخ محمد جسوس وعمر الفاسي والتاودي وغيرهم. واخذ عنه الرهوني وغيره. له تقايد على شرح الزرقاني والخطاب والرماسي والبناني. وطرز على شرح ميارة للتحفة. مواده سنة ١١٣٥ وتوفي سنة ١٢٢٠

ومن لطالب بحق شهدا وامر يحقق عند ذاك العدد  
والنصرة ص ٢١٥ من الجزء الثاني .

وانبنى على شرط البيان ورفع الاجمال ان المقال في استحقاق العقار تستدعى صحته تعيين ناحية العقار وتشخيصه بذكر حدوده من جهاته الاربع (١) على وجه مفصل كان يقال ارض أو دار أو حانوت ببلد كذا يحده قبلته ارض لفلان بن فلان أو بستان لفلان بن فلان أو واد يعرف بكذا أو طريق عام . وكذلك يفعل في بقية الحدود . ولا يكفي التحديد بالاشخاص كان يقال يحده فلان . ولو عين المدعي حدودا للعقار المتنازع فيه؛ فزعم المدعى عليه ان حدود العقار الذي بيده مخالفة للحدود التي ذكرها المدعي وعين حدودا اخرى لكان من اللازم ان تقع الدعوى والجواب على عين المتنازع فيه ليكون معينا؛ ويؤمر الخصمان باحضار شهود يشهدون بحيازته؛ أي حدوده . ويتلقى شهادة هؤلاء الشهود وتقييد الدعوى والجواب عدلان يأذنها القاضي بالخروج الى محل النزاع لتلقي الشهادة وسماع الدعوى والجواب . ومن هنا سمى العامة ما ذكره بالتوجه . ولقاضي الحاضرة اذا كان المتنازع فيه ببلد فيه قاض ان يكتب قاضي بلد العقار المتنازع فيه بان يختار عدلين من عدول بلده للقيام بهذه الاعمال . يأذنها بذلك ويختم بختمه ما يتمانه ويوجه للقاضي .

والمصاريف الناشئة عن تقييد الدعوى والجواب على العين تحمل على المطلب في التحديد فان كان التجازف من الخصمين معا حملت عليهما .

(١) المذهب الحنفي يرى ان تحديد العقار لا يكون بذكر الاشخاص المالكين لا يحيط بالعقار من القارات وانما يكون ذكر العقار المحاد له وبيان نوعه ككونه ارضا او دارا او جناة وبيان مالكة ان كان ملكا او مستحقه او المحبس له ان كان وقفا. ويلزم ان يبين مع اسم المالك اسم ابيه واسم جده الا اذا كان له لقب مشهور به فذكر اللقب ينفي عن ذكر اسم الجد. واذا كان المحدود به على ملك متمددين ورتة او غير ورتة فذكر واحد منهم كاف. وتذكر

وأقال في دعوى استحقاق العروض والحيوان والطعام يلزم فيه تعيين النوع وبيان العدد والقيمة . فيذكر في الثياب انها اقمصة او برانس وان عددها كذا وانها من حرير أو صوف أو كتان وان قيمتها كذا . ويستحسن التوسع في الوصف ككونها بالية أو جديدة وكونها من صنع بلد كذا . ويذكر في المصوغ انه من ذهب أو فضة وانه قرط أو سوار وانه مرصع باليواقيت أو خال منها وان قيمته كذا . ويستحسن التوسع كذكر نوع الحجارة يواقيت أو زمرد . ويذكر في الحيوان نوعه وانه ذكر أو أنثى وان سنه كذا وان قيمته كذا . ويذكر في الطعام نوعه كقمح أو ذرة ووزنه أو كيله وان قيمته كذا .

وابنى على شرط البيان ورفع الاجمال لزوم بيان المقدار الذي يدعي استحقاقه ككونه الكل او النصف او الثلث؛ ولا يكفي انما يستحق جزءا من النصف ، ال اليه هذا الجزء بالارث من فلان بن فلان المالك للنصف المذكور اذا تعددت الوراثات . ومن هنا يلزم الحاكم ان يأمر الطالب باقامة فريضة يتبين بها مقدار الجزء الذي يستحقه من النصف على دعواه . ويلزم اذا ادعى ان الحق لمت ، ال اليه كله أو بعضه بطريق الارث ان يدلي بوفاة المورث وجميع من انتقل ارثه اليه : اذ من حجة الخصم ان يقول هذا الذي تسب اليه الملك حي ولو حضر لاقرب ان الملك لي . فاذا اثبت موت من يقوم بسببه وعدة وراثته واثبت موت بعض ورثة الموروث الاول وجبر القائم ذلك الى نفسه ولكن لم يجد من يشهد له بعدة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به ؛ كفاة ذلك على ما ائق به الشيخ عمر الفاسي (١)

---

المواصل الطيمية او الصناعية بين الحد والحدود . ويكتفي بثلاثة حدود ولحسن اذا ذكر الرابع يلزم ذكره محررا على الوجه الاتم .

(١) هو عمر بن عبد الله بن يوسف بن العربي الفاسي من بيت الفاسي الشهير . كان نظارا فقيها اصوليا له تاليف ورسائل عديدة قيسة . من اشهر مؤلفاته شرح التحفة وشرح لامية الزقاق . توفي في رجب سنة ١١٨٨

قائلا؛ يحكم للقائم بقدر ميراثه لعلم نسيبه وتحققه وليس عليه ان يثبت تناسخ الوراثات الذين لا يدلي بهم .

ولا يكفي في اثبات وفاة من نسب اليه الملك وعدة ورثته؛ اقرار المطلوب بذلك؛ فقد قال المشاور ان قال المدعي أنت عالم بموته وعدة ورثته قال وان أقر بذلك لم يقبل؛ لما فيه من الزام الحقوق وانما يكون شاهدا . اهـ ومعنى قوله لما فيه من الزام الحقوق ان الحاكم لو قبل اقرار المطلوب بوفاة من نسب اليه الملك وحكم به لكان حاكما بموت المنسوب اليه الملك فتعتد زوجته وتزوج عند انقضاء العدة وتنفذ وصاياه وتحل ديونه؛ ولا يصح شيء من ذلك دون ثبوت سواء قيل ان قوله المذكور اقرار او شهادة؛ اذ الشهادة لا بد فيها من عدلين والاقرار لم يكن هنا بالحق وانما كان بالموت الذي يتضمنه. وفي كون مضمن الاقرار كالاقرار خلاف اختلف الترجيح فيه بحسب الفروع فألني هاهنا بالكلية لما يترتب عليه مما ذكر. وما ذكره المشاور مثله لعياض في الاكمال على وجه يفيد انه متفق عليه عند المالكية؛ وما بحث به الشيخ التسولي (١) في شرح التحفة في كلام المشاور لا معول عليه؛ وعملنا جار على كلام المشاور الذي اشار اليه الزقاق بقوله

ومن يدعي حقا لميت ليثبتن له الموت والوراث بعد لتفصلا

لكن قال ابن سلامة (٢) في حاشية التحفة كنت استشكل عدم كفاية اقرار الخصم بالورثة والموت مع ان المقرر بوارث يلزمه الاقرار فيما يسده كما في المختصر

---

(١) هو علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديديش. كان فقيها بعامته له من المؤلفات شرح التحفة وشرح شاهل بهرام وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق وفتاوى، توفي سنة ١٢٥٨

(٢) هو محمد بن محمد الطيب بن احمد بن علي بن سلامة. تولى قضاء الجماعة بتونس ثم القتيا وكان شديد الذكاء. تفقه بقاضي الجماعة الشيخ محمد البحري بن عبد الستار. له حاشية على شرح التاودي للتحفة بقيت في مسودتها. وتوفي سنة ١٢٦٦



وغيره حتى رأيت الابي (١) على مسلم (٢) قال في حديث الحضرمي والكندي (٣) حيث قال كانت لابي وغلبنى عليها ما حاصله ان محل اثبات الموت إذا ادعى أخذ المستولي من يد الميت أما إذا ادعى الاخذ من يده ونسبه للميت فلا؛ والاقرار بالموت والورثة فيما ينسب للميت ويحتاج لاثبات الورثة؛ يوجب رفع يد المقر عن

(١) هو محمد بن خاف المعروف بالابي الوشة اتي. من اكابر اصحاب ابن عرفة أخذ عنه ولازمه وانتفع به. وأخذ عنه ابن ناجي وعمر التلشاني واو زيد الثمالي. له شرح على صحيح مسلم سماه اكمال الاكمال وهو مشهور متداول ولا سيئا بعد طبعه؛ وشرح المدونة. تولى قضاء الجزيرة سنة ٨٠٨ وتوفي سنة ٨٢٨

(٢) هو ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المجمع على جلالته وامامته الف. كتابه الصحيح الذي انفرد بحسن الترتيب وتلخيص طارق الحديث. توفي بنيسابور سنة ٢٦١ وهو ابن خمس وخمسين سنة.

(٣) حديث الحضرمي والكندي اخرجه مسلم في كتاب الايمان عن سماك عن علقمة ابن وائل عن ابيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا قد غلبني على ارض لي كانت لابي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله ان الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتوزع عن شيء فقال ليس لك منه الا ذلك فانطلق ليحلف فقل رسول الله صلى الله عليه وسلم لها أدير أما لئن حلف على ماله لياكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض.

ثم اخرجه ابن عبد الملك بن عمير عن عاقمة بن وائل عن وائل بن حجر عن ابيه قال كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأناه رجلا من خصمات في ارض فقال احدهما ان هذا اتزى على ارضي يا رسول الله في الجاهلية وهو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ابن عبيد ان فقال بينتك قال ليس لي بينة قال يمينه قال اذا يذهب بها قال ليس لك الا ذلك قال فلما قام ليحلف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقتطع ارضا ظلما لقي الله وهو عليه غضبان. واخرجه ابو داود في سننه في كتاب الايمان والنذور عن اسمك بعث ما اخرجه مسلم وعن الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله ان ارضي اغتصبنيها ابو هذا وهي في يده قال هل لك بينة قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها ابوه فتها الكندي لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقتطع احد مالا يمين الا لقي الله وهو اجنم فقال الكندي هي ارضه.

واعاد الحديث بطريقه في كتاب الاضية،

المتنازع فيه فقط ولا يحكم به للدعي اذ قد يكون له وارث اخر فلا يحكم فيما لثالث بين اثنين؛ بخلاف ما اذا ثبت الارث فانه اعتراف فيما ثبت انه له وخصام مع مالك .

وللافتقار الى اثبات الوارثات في دعاوي الاملاك المسبوبة لمت جرت العادة في كتب المقالات بتصديرها بتضمن الوفيات ثم تذكر الدعوى: فابتداء الدعوى من قول الموثق فهو يطلب كذا وما قبله تمهيدات لتصحيح الدعوى وايضاها وكما ان المطلوب لا يكلف بالجواب اذا مات رب الحق حتى يثبت الطالب موته ووراثته؛ كذلك اذا مات المطلوب وقام رب الحق أو ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلف ورثته بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدة ورثته من اجل ما يحتاج من الاعذار اليهم كما في المتطية .

وانبنى على اشتراط ان تكون الدعوى بحيث لواقر بها المطلوب او قامت عليه اليقينة بها لزمته عدم سماع دعوى البيع والشراء والقبض والابراء والتبرعات على المحجور؛ بخلاف دعوى الغصب والتعدي والاضرار وترك الاتفاق الواجب والطلاق والارتجاع والظهار والايلاء: فان الدعوى بها تسمع عليه.

### المطلب الخامس فيما يلزم اشتمال الدعوى عليه اذا سأل المطالب

هناك اشياء تلزم في الدعوى اذا سألها المطلوب؛ منها حصرها: فاذا قال المطلوب لا احبيك حتى تجمع مقالاتك وتحصر دعواك؛ فان كانت الدعوى متعلقة بالميراث لم يلزمه ذلك لان الميراث لا يحاط به؛ وان لم تتعلق بالميراث لزمه. هذا الذي به العمل من اقوال في المسألة حكاهم الزقاق بقوله في لامته

وهل مدع يلجأ لجمع حقوقه نعم ان بدا تعنيته او نأى ولا

وقيل يجمع عند اخلافه فقط وتميز ارث من سواه قد انجلا

لكن محل عدم حصر الدعوى في الميراث اذا لم يطلب الحصر ان يحصرها

على ما في علمه وإلا لزمه ذلك. ويترتب عليه إنه إذا ادعى دعوى أخرى يحلف  
أنه لم يعلم بها وقت حصره لغيرها ويكلف المطلوب حينئذ بالجواب عنها. انظر  
شرح العمل عند قوله جمع الدعاوي في يمين. ويوضحه ما في نوازل الدعاوي من  
الميعار ص ١٧٤ من الجزء العاشر من الطبعة الفاسية سئل البرقي (١) عن توفي  
زوجها فقام يطلبها بعض ورثته عن أشياء وصاها بها وأشياء من التركة لم يوص  
بها وأشياء من قبلها لم يسمها؛ فانكرت الجميع وأرادت الحلف يميناً واحدة لأنها  
مطالب مالية؛ فيتجمع عليها من التركة جميع ما يعلمه ويحلفها عليه وطلبت حلفه  
أنه ما يعلم من التركة سوى ما ذكر مما لم يسمه لثلاث تكرر عليها اليمين مما  
لم يذكره أولاً؛ وقال الطالب بل لكل دعوى يمين لاختلافها في أصل الدعاوي؛  
فهل يعمل على قوله أو قولها؛ فاجاب كل دعوى ذكرها من قبل وصية ميت أو  
ادعى كل من يستحق الدعوى على مطلب واحد فانها تجمع في يمين واحدة؛  
وما وقع في المذهب أن دعاوي الموارث لا يلزم جمعها فمعناه أن الوارث ربما  
كان موروثه حق لا يعلمه حين القيام فلو جمع في اليمين لادى إلى إبطاله فيضرب به؛  
وإذا ذكر الوارث مطالب وسمها جمعت في يمين واحدة، ويبقى ما لا يعلمه حين  
القيام فيقوم به متى علمه؛ وما طلبته من يمينه عما لم يسمه فينبغي سؤال الوارث  
عنه فإن انكر قوله وعلمه فينبغي تقييد الشهادة عليه ولا قيام له بعد ذلك إلا باظهار  
أمر يعلم أنه لم يكن معلوما عنده ويعرف ذلك عند الأشهاد به عليه. اهـ. لكن ما  
اقتضاه هذا الجواب من وجوب يمين واحدة للدعاوي المتعددة؛ هو الذي عليه  
العمل بقربطبة في قتل القاضي ابن سهل وغيره أن الدعاوي إذا كانت لشخص  
واحد تجمع في يمين واحدة ولا تعدد الايمان بتعدد الدعاوي. والذي به العمل

---

(١) هو محمد بن عبد الله البرقي من بيت علم بمصر. اخذ عن عبد الله ابن عبد الحكم وأشبه  
وابن كثير وأصاغ بن الفرج. من مؤلفاته اختصار مختصر ابن عبد الحكم توفي سنة ٢٤٩

في القيروان تعدد الايمان بتعدد الدعاوي ولو لشخص واحد. ذكره الشيخ ابن نمير وقوله عظم في برنامج وخرج عليه فتواه في نازلة اختلف فيها مع بعض معاصريه وساقها في البرنامج فارجع اليه ان شئت .

وما تقدم من لزوم حصر الدعوى في غير الموارث اذا سأل المطلب؛ محله اذا لم تكن الدعوى من ناظر في حق محجوره وإلا لم يحصر الدعوى في تقيده لان حصرة معناه لا حق لمحجوري عليك إلا ما ذكرته في التقييد؛ فهو اقرار من أب أو وصي في حق محجور وهو باطل . قاله عظم في البرنامج وقوله الشريف في حواشي الرقاقة قبيل قولها «يمين قضاء لا تعاد سوى لمن» بنحو ورقة.

ومنها اذا كان الحق لجماعة متعددة كحق في دار ورثة جماعة، او دين على شخص ورثة متعددون؛ وكأصحاب جنات لهم حق في ماء؛ ان يجتمعوا على مطالبته او توكيل واحد اذا سأل المطلب ذلك وأبى من الجواب حتى يقوم جميعهم على مطالبته أو يجتمعوا على توكيل واحد؛ فيؤمرون اذا قاموا كالمهم بأن. يوكلوا واحدا أو يحضروا جميعا لمخاضته ولا يتعاونونه واحداً بعد واحد لما في ذلك من اعنائه وادخال الحرج عليه. أما اذا قام بعضهم وبعض غائب فيمكن القائم من الدعوى وليس للمطلب ان يقول لا أحيب حتى يحضروا. ثم ان كان القائم الحاضر بالبلد واحداً امر المطلب ان يجيب، ولا يقضى له إلا بحقه ولا ينزع باقي الحق من يد المحكوم عليه، اذ لعل الغيب يقرون بانه للمحكوم عليه. وأما اذا كان القائم الحاضر اكثر من واحد فلا بد من توكيل واحد فقط أو الحضور؛ كما اذا قام جميعهم. وان كان غير القائم حاضراً فمن حق المطلب ان يقول لا اخاصم حتى يوقف الحاضرون فأما ان يسلموا لي ويوكلوا واحداً أو يحضروا جميعا؛ فمتى طلب الخصم ذلك اجابه الحاكم اليه وكلفهم باحضارهم ذلك. ولا يجب ذلك على الحاكم ان لم يطلبه المدعى عليه.

وجمع ذوي الحق المشترك ليسلوا أو يوكلوا واحداً انما هو على القائم لا على المطلوب؛ كما تدل عليه عباراتهم خلافاً لما استظهره الشيخ الرهوني؛ وقد اشبع الشيخ مهدي (١) في حاشية الزقاقة النقل بما يفيد ذلك؛ فارجع اليه ان شئت . ومنها ان يبين السبب الذي من اجله ترتب ما في ذمة المطلوب كأن يقول المرأة لي عشرة تزوجته بها أو انفقتها على ولده الواجب انفاقه عليه. ويحمل ما ادعى على الصحيح؛ فان لم يذكر المدعي السبب لزم الحاكم ان يسأله عنه؛ فان غفل الحاكم فمن حق المطلوب السؤال عن السبب؛ فإن بين الطالب السبب وقف المطلوب على ذلك ولزمه ان يقر أو ينكر؛ وان أبى الطالب من بيان السبب فان ادعى النسيان قبل منه بغير يمين. وقال الباجي القياس ان لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يذكر سبب ما يدعيه؛ لانه قد يجد منه مخرباً اذا ذكره، واذا كتبه لم يمكنه المخرج، فيكتمه ليلزمه اليمين، وان لم يدع الطالب نسياناً وامتنع من التبيين مع ذكره لم يسئل المطلوب عن شيء. قاله اشهب (٢) في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سحنون (٣) .

---

(١) هو محمد المهدي بن خضر الحسيني الوزاني الفاسي مفتي فاس وفتيها. له مؤلفات تدل على سعة اطلاع منها حاشية على شرح التاودي للتحفة وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق وكتاب في الفتاوى توفي عن سن عالية سنة ١٣٥٢

(٢) هو اشهب بن عبد العزيز بن داود بن ابراهيم ابو عمرو القيسي العامري الجمدي . اسمه مسكين واشهب لقب مصري من اصحاب مالك. روى عن الامام والدي والفضيل بن عياض. وروى عنه الحارث بن مسكين وسحنون بن سعيد . أتى عليه الشافعي وانتهت اليه الرئاسة بصصر بعد ابن القاسم وكتب سماعه عشرون . وتوفي بمصر سنة ٢

(٣) هو محمد بن سحنون العالم بن العالم فقهه بأبيه ورحل الى المشرق فأخذ عن أعلامه وأثنى عليه علماء عصره في مختلف الاقطار . رزق المونة في التأليف فألّف مؤلفات كثيرة عد جلة منها ابن فرحون في الديباج . مولده سنة ٢٠٢ وتوفي بالساحل سنة ٢٥٦ وحيه به من الساحل الى القفروان فدفن بها

## المطلب السادس في تبعض الدعوى

اختلف هل تبعض الدعوى (١) ومن هذا من قال اعتقتك على مال وقال العبد بغير شيء؛ فقال في الكتاب القول قول العبد (٢) بناء على التبعض؛ وقال اشهب القول قول السيد بناء على عدمه؛ كما لو قال أنت حر وعليك كذا؛ بخلاف الزوجة؛ أي يقول لها أنت طالق وعليك كذا، ومنه من اقر بالطلاق وادعى انه على شيء وانكرته الزوجة، فقيل يلزمه الطلاق (٣) بعد ان تحلف على ما قاله، وقيل القول قوله يحلف ويستحق. ومنه من قال طلقت وانا مجنون او صغير، فقال ابن القاسم (٤) لا يلزمه اذا علم انه جن، والزمه اللخمي

(١) مما يرجع الى تبعض الدعوى اذا قال رجل اقررت لك بألف درهم وانا صبي؛ وقال الطالق بئني اقررت لي بها وانت رجل. فنقد ابن القاسم القول قول المرمع يمينه ولا شيء عليه. قال اهل العراق وكذلك لو قال اقررت لك بها في نومي او قبل ان اخلق؛ كان ذلك كله باطلا في قول ابن القاسم واهل العراق ولا يلزمه عندهم شيء من ذلك لانه نسبة الى حال لا يثبت فيها اقراره. وبه الحكم. وقال سحنون يلزمه ما اقر به لان قوله وأنا صبي او في نومي او قبل ان اخلق ندم منه. ٥١٠ من المفيد. ونقله شرح العمليات الدامة صفحة ٢١٧ وفي شرح المواق للمختصر الحلبي عند قول خليل « او اقررت بكذا وانا صبي » ما نصه ابن رشد قوله غصبتك الف دينار وانا صبي لا خلاف في لزومه لان الصبي يلزمه ما افسد او كسر؛ وقوله اقررت لك وأنا صبي يخرج على قولين احدهما انه لا يلزمه اذا كان كلامه نفاقا. وهو الاصح وعليه قوله في اندونة طلقك وانا صبي ٥١٠؛ انظر شرح المواق صفحة ٢٢٦ ج ٥

(٢) جرى صاحب المختصر هنا على القول بالتبعض فقال « والقول للسيد في نفي العمه لا في عتق بمال »

(٣) هذا الذي درج عليه خليل في مختصره حيث قال « وان ادعى الخلم او قدرا او جنسا حلفت وبانت » وشرحه المواق بقوله ابن عرفة فيها مع سماع ابن القاسم من اقر بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بينه؛ وقم الفراق. ولا شيء له وحلفت ما خالته. ابن الحاجب اذا اقر بالطلاق واختلفا فيما وقع به الخلع او في وقوعه بهما فالقول قولها مم يمينها. واذا تنازعا في اصل الفرض حلفت وبانت خلافا لمبد الملك؛ وفي جنسه وقدمه حلفت وبانت. ا. شرح المواق صفحة ٣٨ ج ٤

(٤) هو عبد الرحمن بن القاسم المتني. روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الاجشوب وغيرهم. وروى عنه اصبع وسعنون وعيسى بن دينار والحارث بن مسكين ويحيى بن يحيى

وسحنون؛ واصله تبعيض الدعوى (١) انظر شرح المنهج المنتخب عند قول الناظم  
«وهل تبعض دعوى» صفحة ٩٣

## المطلب السابع في اضطراب الدعوى

إذا اضطرب المدعي في دعواه سقطت؛ لان ذلك علم على بطلانه في دعواه.  
ولذلك امثلة؛ منها ان يدعى شخص بشي كان ادعى به على غيره؛ فان ذلك يوجب  
الحكم ببطلان حقه وسقوط دعواه؛ لان الدعوى على شخص ابراء لغيره. ولا فرق  
في تحويل الدعوى بين ان يكون ذلك في المدعى عليه او به. قاله في برنامج  
الشوارد وتظمه الشيخ السنوسي (٢) في لقط الدرر صفحة ٢٠٨ - ومنها من ادعى  
حظاً من ارض أو دار بطريق الارث من ابيه ثم استظهر بالشراء من المقوم عليه؛  
فان ذلك يوجب الحكم ببطلان حقه على ما قاله العبدوسي (٣) لتناقضه. ويبان  
التناقض ان المدعي بحجة قائل بما فيها؛ فثال الامر الى انه قائل بان هذه الارض  
له بطريق الارث وبطريق الشراء وذلك تهاتف. ومنها ان يدعي بشي؛ ثم يدعي  
اكثر منه؛ فذلك يوجب بطلان دعواه على ما اقتى به عظام. وقال الشيخ التسولي  
ويدل على بطلان الدعوى بالاضطراب مسائل وقعت في المذهب متفرقة؛ منها ما

---

الاندلسي ومحمد بن الحكم وغيرهم، صحب ما الكا عشرين سنة وثقة به وبظرائه وكان اعلم الناس  
بعلم مالك وءامنهم عليه. توفي بمصر في صفر سنة ١٩١ وهو ابن ٩٣ سنة  
(١) ينبغي في كل مسألة تروح الى تبعيض الدعوى ان ينظر الى ما رجع فيها؛ لان يجعل  
القول بدم التبعيض مطرداً او القول بعكسه مطرداً، لانه فروع على كل من القولين فروع  
اختلف الترجيح باختلافها.

(٢) هو محمد السنوسي الكافي التونسي، اخذ عن علماء تونس الذين منهم الشيخ صالح  
للكواش والشيخ اشحمي والشيخ الغرياني، الف رجزاً في الاحكام سماه « لقط الدرر » اشتمل  
على كثير مما جرى به العمل في تونس. تولى قضاء الجماعة وتوفي سنة ١٢٥٥

(٣) هو ابو عمران موسى بن محمد بن معطي العبدوسي؛ وبه عرف؛ الفاسي عالم فاس وهفتيا.  
اخذ عن القوري والجزولي. من تاليفه تقييدان على المدونة وتقييد على الرسالة. توفي سنة ٧٧٦

هو على العموم ومنها ما هو على الخصوص . فمن الاول قولهم من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته. ومنها ما في العيار عن العبدوسي من تناقض كلامه فلا حجة له. ومنها ما نقله بعضهم عن ابن يونس (١) عن اشهب ان من اختلفت دعواه بأمر بين فلا شيء له ؛ هذا قول مالك (٢) اهـ. ومنه ما في التوضيح (٣) ان الدعوى على شخص ابراء لغيره . ومن الثاني قال في المعيار عن عياض ان من ادعى الارث ثم الشراء سقطت دعواه. ومنه ما في القضاء من معين الحكم فيمن ادعى في دار انها وراثه من آباءه فلها اثبت غيره الملكية اقام هو بينة بالشراء منها. ومنها مسائل مضمن الاقرار المذكورة في القضاء والوكالات والوديعة. ومنه ما في نوازل الدعاوي من المعيار (٤) في مريض تصدق

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن يونس. تميمي صفلي الف كتابا جامعا للدونة اضاف اليها غيرها من الامهات؛ وهو من الكتب المتمددة. توفي سنة ٤٥١

(٢) هو امام دار الهجرة مالك بن انس بن ابي عامر بن عمرو بن غيثان بن خثيل بن عمرو بن الحارث وهو ذو اصبح. وذو اصبح من قحطان. وابو عامر بن عمرو جد ابي مالك من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد المغازي كلها خلا بدرا. وابنه مالك جد مالك كنيته ابو انس من كبار التابعين يروي عن عمر وطلحة وعائشة وابي هريرة وحسان بن ثابت رضي الله عنهم. وقد اختلف في مولد الامام اختلافا كثيرا والاشهر انه سنة ٩٣ وزوى عن مالك جماعة من شيوخه والمبصرين له معن هو اسن منه. وشهد له بالامامة شيوخه ومبصره واثنوا عليه كثيرا. له مؤلفات اشهرها الموطأ. وقد اقترح عليه تأليفه ابو جعفر المنصور. ومناقب الامام خصت بالتأليف. توفي رضي الله عنه سنة ١٧٩

(٣) هو الابي المودة حليل بن اسحاق الجندي احد شيوخ العلم والصلاح. اخذ عن ابن الحاج صاحب المدخل وابي عبد الله المنوفي وغيرها. واخذ عنه بهرام والاقهسي والبساطي وغيرهم. له تاليف نافعة مفيدة رزقت القبول من اشهرها شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي المسمى بالتوضيح ومختصره الفقهي الذي وقع الاعتناء به من علماء مختلف الاقطار فشرحه علماء من مصر والمغرب وتونس والجزائر والاندلس. توفي سنة ١٧٦

(٤) وقع اجحاف في نقل التسولي لما في المعيار ربما يوقع لبسا في كيفية الاستدلال به. وتوضيحه بنقل كلام المعيار في صفحة ١٩٤ من الجزء الماشر بالطبعة القياسية. قال : وسئل سحنون عن رحى تصدق على اخيه بنصف مائه وهو مريض .رضا طويلا دام سنين؛ يخرج في حوائجه ويقضيها؛ فقبض اخوه الصدقة وحازها سنين؛ ثم ان الاح المريض مات؛ وقام عليه ورثة للمتصدق؛ فقالوا للمتصدق عليه :



على اخيه فقبض الاخ الصدقة وحازها ثم مات المريض فرد على ورتته ما زاد على الثلث ثم تبين ان الصدقة في الصحة وانها جائزة كلها. ومنه من ادعى في ملك انه من اوقاف فلان ثم ادعى انه ملك لموروثه، افتى الخطاب بأنه لا حق له. ومنه من ادعى في ملك انه من مخلف ابيه فأثبت غيره انه ملك لموروثه فادعى انه أوصى له به، ومنه من ادعى في دار انها وراثته بينه وبين اخوته ثم ادعى انه انفرد بها بوصية أو صدقة من المورث، قال سحنون لا تقبل دعواه ولا يثبت. وذكر الثلاثة الاخيرة الخطاب في باب الاقرار وذكر عن القرافي (١) انه اعتمد في المسألة الاخيرة خلاف قول سحنون فذكر في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين ان ضابط ما يقبل الرجوع فيه ان يكون الرجوع لغير عذر عادي؛ وضابط ما يقبل فيه الرجوع ان يكون هناك عذر عادي كأن يقر الوارث للورثة ان ما تركه ابوه ميراث بينهم ثم جاء شهود اخبروه او وجد رسماً بأن اباه كان تصدق عليه بهذه الدار في صغره وحازها لته؛ فانه اذا رجع وادعى انه لم يكن عالماً بذلك تسمع دعواه وعذره؛ ولا يكون اقراره السابق مكذباً لبيته. اه. ويؤيده ما في البرزلي عن المازري فيمن اقسّم تركته موروثاً مع الورثة ثم وجد بينه تشهد له ببعضها؛ انه يحلف ما علم بيته إلا الآن ويستحق. ونحوه في نوازل الزياتي فيمن سلم في شيء ظننا منه انه لا

---

لا يجوز لك الا الثالث؛ وقد سألنا الفقهاء فقالوا لا يجوز لك الا الثالث. فدفع اليهم المتصدق عليه ما زاد على الثلث؛ ثم علم ان الصدقة جائزة. فأجاب بأن قال من علم انك كنت جاهلاً ان الصدقة لك كلها؛ انت تدفع اليهم مالك وتوجه لهم بعد ما قد حزته ومكته؛ وقت الان تدعي الجهالة؛ ما ارى لك فيما دعت اليهم حقاً. قال له السائل ان اقيم البينة انهم قالوا ان هذه الصدقة لا يجوز لك منها الا الثلث؛ وقد سألت عن ذلك الفقهاء فآخروني بذلك. فقال له اما ان اقت البينة على هذا فأرى لك ان ترجع عليهم بما اخذوا منك. وبالله التوفيق. اه.

(٧) هو شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي الصنهاجي المصري الاصولي الفقيه. اخذ عن ابن الحاجب وعز الدين بن عبد السلام والفاكهاني والبغوري وغيرهم. له تاليف بديعة من اشهرها التنقيح والذخيرة والفرق والاحكام في الفرق بين الفتاوى والاحكام والعقد المنظوم في الخصوص والعموم وشرح المحصول. توفي سنة ٦٨٤

يستحقه<sup>١</sup> تبيين انه يستحقه فان التسليم لا يلزمه. وهذه النصوص كلها ظاهرة في ان تحويل الدعوى يبطلها حيث لم يتضح العذر؛ سواء حصرها واشهد انه لا دعوى له غيرها ام لا. فلا ينبغي ان يعتمد ما في التبصرة من ان محل ذلك اذا شهد انه لا دعوى له سواها؛ ولا ما في افضية البرزلي عن ابن حارث (١) ليس من ادعى دعوى يحجر عليه فيما سواها ان ادعى نسيانا؛ إلا ان يكون في الكشف؛ اي التقييد؛ اقرار المدعي ان الذي كشف عنه هو آخر دعواه. انظر شرح التسولي للتحفة في قولها

لانه اضبط للاحكام # ولا تحصر ناشيء الخصام

## الفصل الثاني

في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى - وفيه مباحث

### المبحث الاول في كيفية استدعاء المطلوب

بعد تقديم الدعوى على الصفة المبينة بالفصل الاول وطلب استدعاء المطلوب للجواب؛ فأما ان يكون المطلوب محجورا أو رشيدا؛ فان كان محجورا وكانت وكانت الدعوى في غير مال كالطلاق والحضانة والمعاشرة؛ استدعي المحجور نفسه؛ وان كانت الدعوى في مال استدعي حاجره ان كان له ناظر؛ وان لم يكن له ناظر قدم القاضي من ينظر في اموره وحينئذ يجري الخصام مع الناظر. وأما اذا كان المطلوب رشيدا؛ فاما ان يكون غائبا عن ايالة القاضي او حاضرا بها؛ واذا كان حاضرا بها، فاما ان يحضر بعد الاستدعاء أو يتخلف عن الحضور؛ واذا حضر فاما ان يجيب أو يمتنع من الجواب؛ واذا اجاب فاما ان يقر أو ينكر.

(١) هو محمد بن حارث بن اسد الحشني. تفقه بالقروان على ابن اللباد ورحل فسمع من ابن ايمن وقاسم بن اصبغ ومحمد بن يحيى بن لبابة. له تاليف. توفي بقرطبة سنة ٣٦١ وقيل سنة ٣٦٤

وإذا حضر وأنكر فكلف الطالب بالادلاء بينته؛ فإما إن يستمر المطلوب على الحضور الى ان تنتهي النازلة بالحكم أو يلد عن الحضور في اثناء الخصام. اما كيفية استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى فانها تكون على ما جاء به الامر العلي (١) المؤرخ في ١٦ ربيع الاول ١٣٥٦ وفي ٢٧ ماي ١٩٣٧ وقد جرى هذا الامر على احد الاقوال الثلاثة في المتعيب ابتداء عن حضور مجلس الحكم المشار اليها بقول الزقاق

إذا اختي خصم بيت فأرسلن عدولا له مع من نادي ألا  
لتحضر وإلا فوكيل ثلاثة يتام وبعد استكم ويمضي وحصلا  
لبعض به هجما وقيل يفتشه بعدلين والاعوان والنسوة اعقلا

فان حاصل ما ذكروه في المسألة ان المتعيب ان كان له مال ظاهر وأثبت الطالب حقه حكم عليه؛ وان لم يكن له مال ظاهر ففيه ثلاثة اقوال. احدها ان يرسل اليه القاضي عدلين مع رسول ثقة ينادي يا فلان ان فلانا رفعك الى القاضي فلان فلتحضر لديه لتخاصمه فان أبيت اقام لك وكلا يخاصم عنك؛ يقول ذلك ثلاثة ايام في كل يوم ثلاثة مرات؛ فان لم يحضر اقام له القاضي وكلا وحكم عليه ويرجى له الحجة . الثاني ان يهجر عليه في بيته على حين غفلة فيخرج من مكانه الذي اختفى فيه . الثالث ان يعث اليه عدلين والاعوان . والنسوة فيهجم عليه النسوان ويعزلن حرمة بمحل خاص فيدخل الاعوان والظاهر ان القولين الاخيرين بمعنى واحد كما جزم به التسولي في حاشية الزقاقة. فالامر العلي جار على اول الاقوال: لان امضاء المطلوب بجذر الاستدعاء دليل على بلوغ الاستدعاء اليه؛ فهو بمنزلة شهادة العدلين بوقوع استدعائه . والتصيص في الاستدعاء الاخير انه اذا لم يحضر يسمي له القاضي وكلا ويحكم

---

(١) هذا الامر العلي صدر قبل صدور المجلة الشرعية للامرافات المؤرخة في ٢٨ شوال سنة ١٣٦٨ وفي ٢ سبتمبر سنة ١٩٤٨ وقد تضمنت ما جاء به الامر المذكور الا استدعاء الطالب فانه كان مرتين فصار مرة واحدة.

عليه؛ بمنزلة نداء المتادي بذلك، فان قيل ما ذكروه في المتعيب الذي احتفى  
والامر العلي لم يفرق بين احتفاء المتعيب وظهوره مع ان حكم الحاضر الذي لم  
يختف الرفع الى القاضي كما قال خليل «وجلب الحضم بخاتم أو رسول ان كان  
على مسافة العدوى (اي مسافة القصر) لا أكثر كستين ميلاً إلا بشاهد» اهـ .  
وكما قال ابن سلون (١) «ومن له على غيره دعوى دعاه الى القاضي فان أجاب  
وإلا دفع اليه القاضي طابعاً (اي بطاقة مختومة بختم القاضي) ليرتفع بها المطلوب  
ان كان في مصر الحاكم أو على الاميال اليسيرة؛ ولا يشخص من البعد خصماً  
ولا شاهداً. والبعد ستون ميلاً ذكره سحنون في العتبية.» (٢) قلنا محل كلام  
خليل وابن سلون اذا كان في وسع القاضي جبر المطلوب على الحضور، اما اذا  
سلب من القاضي قوة الجبر على الحضور كما جاء به الفصل الاول من الامر

---

(١) هو سلون بن علي بن عبد الله بن عبد الله بن عبد العزيز بن سلون  
النكثاني النراطي. تولى القضاء بمرات وكان بصيراً بمعرفة الشروط والاحكام. الف في الوثائق  
كتاباً عليه اعتماد القضاء. وتوفي بمرات سنة ٧٦٧

(٢) هي المساة المستخرجة ايضاً. وهي لمحمد بن احمد ابن عبد العزيز بن عقبة بن حميد بن  
ابي عقبة العتيبي الاندلسي. سمع من يحيى بن يحيى ورحل فسمع من اصبغ وسحنون. وكان  
حافظاً للمسائل جامعا لها عالياً بالنوازل. انسى عليه ابن لبابة وكان يراه منقطع القرين في الفقه  
والصهم. قال ابن لبابة هو الذي جمع المستخرجة وكثر فيها من الروايات المطروحة والمسائل الشاذة.  
وكان يؤتمى بالمسألة الترية فاذا اعجبه قال دحاها في المستخرجة. وقال ابن وضاح في المستخرجة  
خطأ كثيراً. توفي العتيبي سنة ٢٥٥٠ قبل سنة ٢٥٤

﴿فائدة﴾ في تفسير اصطلاح العتيبي وابن رشد في البيان. وقوله في رسم القبلة مثلاً؛ وفي رسم  
جبل الحبله ورسم سلف ونحو ذلك. وذلك ان العتيبي رحمه الله لما جمع الاسمعة سماع ابن القاسم  
وسماع اشهب وابن نافع عن مالك وسماع عيسى بن دينار وغيره من ابن القاسم كيحيى بن يحيى  
وسحنون وموسى بن معاوية وزونان ومحمد بن خالد واصبغ وأبي زيد وغيرهم؛ جمع كل سماع  
في دفاتر واجزاء على حدة؛ ثم جعل لكل دفتر ترجمة يعرف بها وهي اول ذلك الدفتر؛ فدفتر  
اوله الكلام على القبلة وءاخر اوله جبل الحبله وءاخر اوله جامع فباع امرأته وءاخر اخذ يشرب  
خمرًا ونحو ذلك. فيجعل تلك المسألة التي في اوله لقباً له؛ وفي كل دفتر من هذه الدفاتر مسائل  
مختلطة من ابواب الفقه؛ فلما رتب العتيبي على ابواب الفقه جمع في كل كتاب من كتب الفقه ما في هذه  
الدفاتر من المسائل المتعلقة بذلك الكتاب؛ فلما تكلم عن كتاب الطهارة مثلاً؛ جمع ما عنده من مسائل

العلي المذكور؛ فان المطلوب الممتع من الحضور يصير بمنزلة المتغيب لانتفاء مقدرة القاضي في كل منهما على الاحضار. وقد صرح بهذا المعنى ابن فرحون في تبصرته والشيخ التسولي في حواشي الزقاقية. في صفحة ٥١ من الحاشية المذكورة ما نصه: والحاصل ان المتغيب اذا ثبت تغيبه وعصيانه: وفي معناه المريض والمحجوس يمتنعان من التوكيل؛ يحكم عليه القاضي بعد التلوم بالاجتهاد؛ سواء تغيب من اول الامر أو بعد ان انشب الخصومة، اهـ، فجعلهما المريض والمحجوس الممتنعين من التوكيل بمنزلة المتغيب؛ يفصح بأن العوارض الحائلة دون احضار المطلوب تجعله بمنزلة المتغيب .

### المبحث الثاني في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب

اذا حضر المطلوب وامتنع من الاقرار والانكار؛ بأن قال لا احبب؛ أو لا أقر ولا أنكر؛ أو قال لا احببك حتى تبين لي هل ما تدعي علي برسم أو بغير رسم، ففي ذلك ثلاثة اقوال. الاول يجبر المطلوب على الجواب بالسجن ثم بالضرب ان لم يزدجر بالسجن، وذلك بحسب الاجتهاد، فان تمادى على ابيته حكم للطالب بدون يمين على الصحيح؛ بناء على ان الامتناع بمنزلة الاقرار؛ وقيل يمين؛ بناء على ان الامتناع بمنزلة النكول، وقيل لا يسجن ولا يؤدب ويعد ذلك نكولا منه، فيقضى للمدعي بما ادعى بعد يمينه وهو لاصبع، (١) وان كان من

---

الطهارة كلها؛ ويبدأ من ذلك بما كان في سماع ابن القاسم؛ ثم بما كان في سماع اشهب وابن نافع؛ ثم بما في سماع عيسى بن دينار؛ ثم بما في سماع يحيى بن يحيى؛ ثم بما في سماع سحنون؛ ثم بما في سماع موسى بن معاوية؛ ثم بما في سماع محمد خالد؛ ثم بما في سماع زونان وهو عبد الملك بن الحسن - ثم بما في سماع محمد بن اصبغ؛ ثم بما في سماع ابي زيد - فاذا لم يجد في سماع احد منهم مسألة تتعلق بذلك الكتاب اسقط ذلك السماع - وقد تقدم ان كل سماع من هذه الاسمعة في اجزاء ودفاتر فاذا نقل مسألة من دفتر عين ذلك الدفتر الذي نقلها منه؛ ليعلم من اي دفتر نقلها اذا اراد مراجعتها واطلاعه عليها في محلها؛ فيقصد الدفتر المحال عليه ويطلبه بترجته - اهـ - فتكوب الاسمعة كالاتي للكتاب، والرسوم التي هي التراجم بمنزلة الفصول للاتي.

(١) هو اصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع. مصري محدث فقيه، سمع من ابن القاسم وشبه

الحقوق التي لا تثبت باليمين؛ كلف المدعي البينة وقضي له. وبالقول الثالث صدرت احكام مجلسية، لما ذكره ابن سهل في احكامه بعد ان ذكر قول مالك وقول اصبح رحهما الله من ان القاضي مخير في الاخذ بأيهما رءاه سداداً. اهـ. وقول اصبح انسب بالظروف (١). و اذا قال المطلوب لا ادري هل علي شيء مما يدعي، وجهه القاضي عليه اليمين، فان حلف قيل للطالب اثبت حقك، وان نكل عن اليمين جرى عليه حكم المدد عن الجواب ومثله اذا قال لا احبيك حتى تقيم بينتاك، فلو طلب المطلوب بعد ان وجهت عليه الدعوى ان يترك ليثبت ويذكر، ضرب له اجل غير بعيد.

ولو طلب المطلوب ان لا يجيب حتى يوكل، فان كانت الدعوى بسيطة سهلة، امر بالجواب في الحال ووكل بعد، وان كانت ذات فصول امهل. هذا الذي عليه عمل قضاة تونس؛ ففي حاشية القاضي ابن سلامة على التاودي ما نصه والذي عليه العمل عندنا عدم التوكيل في المجلس فيما سهل، ولو كان المدعي عليه ممن لا يباشر الخصومات، ولكنهم يجب ثم يودل، وشاهدنا به القضاء وبه تقضي، وفي حاشية الشريف على الزقاقية حضرت مجلس قاضي الحضرة ابي حفص المحجوب (٢) وقضى بالزام الجواب من ليس من اهل مباشرة الخصم. ولو قال لا اجيب لاني اريد التحاكم بين يدي القاضي الحنفي، صرف الى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده، بناء على ما جاء في ترتيب دار الشريعة من ان الخيرة للمطلوب. وهو خلاف ما جرى عليه خليل في مختصره حيث قال

---

وابن وهب. واتفق به ابن المواز وابن حبيب وابن مزين وغيرهم. من مؤلفاته كتاب الاصول وتفسير حديث الموطأ وكتاب سماعه من ابن القاسم. توفي بمصر سنة ٢٢٥  
(١) لان الجبر بالجن والضرب صار متقدرا بسبب الحجر على القاضي استعمال هذا التاوي وخاصة الضرب.

(٢) هو عمر ابن الاملامة قاسم المحجوب المساكني التونسي. اخذ عن والده. وحمودة بن عبد العزيز العزيز والرياني. واخذ عنه اسهليل التميمي و ابراهيم الرياحي وغيرها. توفي سنة ١٢٢٢

«وجاز تعدد مستقل أو خاص بناحية أو نوع، والقول للطلاب ثم من سبق رسوله وإلا أقرع» اهـ. قال الشيخ حلولو (١) في شرحه: إذا تنازع الخصمان عند من يكون تحاكمهما من القاضيين؛ فقال بعض الشيوخ يكون الحكم عند من يهول الطالب، وقال غيره يكون عند أقربهما مكانا، فإن استوى المكانان أو كان كل واحد منهما طالبا؛ فأشار المازري إلى أنه يكون الخصام عند من جاء رسوله أولا منهما، فإن لم يوجد وجه يقع الترجيح به أقرع بينهما حينئذ، فإن قيل كيف يمكن الحاكم المطلوب من المحاكمة عند غيره ويفعل خلاف مشهور مذهب؛ وهل القاضي يحكم بالأوامر والقوانين أو يحكم بمشهور مذهب. قلت لا حرج على القاضي في تمكينه المطلوب مما اختاره، لأن القاضي يكون معزولا عن القضاء، في صورة ما إذا اختار المطلوب القاضي عند غيره، بمقتضى أمر الأمير، فلم يحكم بخلاف مذهب وإنما تخلى عن القضية لعزله عنها وقد نص العلماء على أن ولاية القضاء تخصص باعتبار الزمان والمكان والنوع وقد حكى الشيخ حلولو في شرح المختصر عند قول خليل «وجاز تعدد مستقل» أنه جرت العادة بتونس بافراد قاض للنساء في الانكحة وتوابعها. ونقل عن شيخه أنهم إذا اختلفوا في قضية هل هي من عمل الانكحة حكم فيها قاضي الجماعة لأن ولايته أعم ولأن الآخر كالنائب عنه وإن كان إنما يوليه السلطان. اهـ. واشتهر التعبير عن إرادة المطلوب القاضي لدى قاضي المذهب الآخر بقولهم متمسك. (٢)

ولو قال المطلوب لا اجيب حتىءأخذ نسخة من المقال لا تأمل فيه، اجيب إلى مطلبه

---

(١) هو أحمد بن عبد الرحمن البرزلي القروي عرف بحلولو. تولى قضاء طرابلس ثم صرف عنه. أخذ عن البرزلي والقشاني وابن ناجي. من مؤلفاته شرح المختصر الخابلي وشرح تنقيح القرافي وشرح جمع الجوامع. كات حيا سنة ٨٧٥

(٢) ادخلت تنقيحات على ما يقبل فيه تخيير المطلوب المبرر بالنمسك وصار العمل على ما جاءت به المجلة الشرعية للرافعات في الباب الثالث في تخيير المطلوب. وتنبه كثير مما جاء في هامش الطبعة الأولى.

وممكن من اخذ النسخة وأجل على الجواب عن الدعوى بعد احضار النسخة بما يراه الحاكم، والغالب التأجيل بثلاثة ايام اذا حضر المطلوب بنفسه، فان حضر وكيله زيد على الايام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكل وبغده وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكله من الزمان. ويتعين على القاضي ان يجيب الطالب للنسخة، في المقال والجواب والشهادات والوثائق غير الاسترعائية. نص على ذلك المتيطي وابن سهل وابن سلمون . واختلف في تمكين المحكوم من نسخة الحكم اذا طلبها ، فأفتى التاوودي بلزوم ذلك ، وأفتى ابن عبد الصادق (١) شارح المختصر بعدم تمكينه ، وعملنا جار على ما أفتى به التاوودي وأما وثائق الاسترعاء فقال ابن هارون (٢) في اختصار المتيطية لا يجب توقيف المطلوب عليها وانما يعذر اليه فيها عند ثبوتها . اهـ. وعلله ألوانشريسي في الفائق بأن له ان يقول اذهب الى من شهد لي يقيد لك شهادته كما قيدها لي، اذا كانوا حضوراً. وقال ابن سلامة في حاشيته لا يعطى للمدعى عليه نسخة من الاسترعاء لان القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم ، فان ارتابوا أو زادوا أو نقصوا أبطلها؛ بخلاف شهادة التحمل فحسب الشهود ان يقولوا: ما فيه اشهدنا به ونعرف المشهود عليه؛ ولهم الزيادة والتقصص ان كانوا من اهل التبريز ويقبل منهم النسيان ، بخلاف الاسترعاء ، فلم يكن لاخذ نسخة من الاسترعاء فائدة؛ اذ لو خالفوا لبطلت؛ بخلاف شهادة التحمل فكان له في التحمل ان يقول لي مخرج في التخلص من الاعذار بتذكير الشهود ما نسوه، دون الاسترعاء فليس له ذلك والوسيلة التي لا يترتب عليها مقصد لا تشرع ابداً . اهـ. قات الجاري

---

(١) هو محمد بن عبد الصادق الدكالي الفقيه النوازلي المقتي . أخذ عن بيض الشاوي وناب عنه في القضاء . توفي سنة ١١٧٥

(٢) هو محمد بن هارون الكنساني التونسي احد شيوخ ابن عرفة . وصفه ابن عرفة يلوغ رتبة الاجتهاد المذهبي . من تاليفه مختصر المتيطية؛ اسقط منها نحو الثنتين . مولده سنة ٦٨٠ وتوفي سنة ٧٥٠



اليوم هو تمكين الخصم من اخذ نسخ الاسترعاء كوثائق التملك ووثائق الطلاق الاسترعائية؛ وكان ما طبقت عليه كلمتهم مبني على ان وثائق الاسترعاء كانت تؤدي الشهادة بها عند الحاكم ، وهو الذي يقيد بها، أما اليوم فالاداء يكون عند عدلين يأدئها الحاكم بالرفع على الشهود وكتب شهادتهم وتزكية المزكين لهم، ويختار الآذن بخدمته على كل من الشهادة والتزكية ، ويخاطب عليها ، وبذلك صارت مثل الوثائق الاصلية أما ذكره الشيخ ابن سلامة في التعاليل ففيه نظر ، وكلاهما في مبحث النقصان والزيادة في الشهادة يتناول الوثائق الاسترعائية وغيرها، بدليل ان غالب مثلهم لذلك من وادي الوثائق الاسترعائية كما في شرحي التاودي والتسولي للتحفة . وما ذكره من ان القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم ؛ يقال عليه ان اعتبر ان ما عند الحاكم هو الاداء فلا تضر الزيادة والنقص لما بالوثيقة . ففي التسولي . وهذا فيما اذا زاد أو نقص بعد الاداء ، وإلا فيعمل على ما أدى به؛ ميرزا كان أم لا ، وان اعتبر ان الاداء ما وقع عند الشهود، وهو الحق ، كان سؤال الحاكم للشهود غير لازم، اذ ذلك من قبيل الاستفسار المسمي بالاستفصال وهو انما يفعل اذا احتيج اليه، وهل هو من حق القاضي أو من حق الخصم أو من حقهما؛ اقول ، وقد بسط شراح الزقاية المسألة اتم بسط ووزنوها بالموازين التوسط عند قول الزقاق «وكثرن بغير عدول واجتهد وتأمل» من مبحث فصل في مسائل من احكام القضاء والشهادة. على ان التسولي في حاشية الزقاية صرح في صفحة ٦٩ بأن الذي لا يعطى هو النسخ من وثائق الاسترعاء للاستفصال ، اما النسخة من وثيقة الاسترعاء للاعذار فتعطى .

وأخذ النسخ يكون لاغراض منها سؤال الشهود عنها ليذكروا ما شهدوا به لعلمهم يرجعون ومنها سؤال اهل العلم عنها ليأتي بمدفع فيها ومنها تأمل معانيها والوقوف عند فصولها ، ومنها تعلق حقه بها ؛ وسيأتي ان شاء الله بسط الكلام

في الغرض الاخير في مبحث اخذ النسخ والمضامين من باب الشهادات انظر  
شرح التحفة عند قولها فالحكم نسخه وضرب الاجل ، والبيت بعده

### المبحث الثالث في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار

اذا حضر المطلوب وأجاب عن الدعوى بالاقرار؛ فان القاضي يشهد عدلين  
على اقراره، ثم يحكم عليه، ولا يحكم عليه قبل الاشهاد على اقراره ؛ ففي التوضيح  
مذهب مالك وابن القاسم ان القاضي اذا سمع قول الحضر لا يحكم عليه حتى  
يشهد عليه باقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما اليه ، وذهب مطرف (١) وابن  
الماجشون (٢) وأصبغ وسخون الى انه يحكم بما سمع وان لم يشهد عنده بذلك.  
والاول المشهور؛ اهـ. وفي ابن سلون ويعتمد القاضي على علمه في التجريح  
والتعديل اتفاقا؛ ولا يحكم بعلمه في شيء من الاشياء، كان مما أقر به احد المتحاكمين  
عنده او لا، الا ان يشهد عليه بذلك شاهدا عدل، قاله ابن القاسم ، وبما العمل.  
وقال ابن الماجشون يحكم عليه لما أقر به عنده ، وان لم يشهد عليه، وهو  
قول عيسى (٣) وأصبغ وسخون؛ وليس به عمل ومثله في المفيد وابن  
مرزوق عن النوادر فالخلاف هل يقدم على الحكم بما سمعه ابتداء قبل الاشهاد  
عليه أم لا ، وعلى الاول يحكم ولو انكر المقر؛ وعلى الثاني وهو المشهور لا يحكم  
إلا اذا استمر على اقراره هذا ما قرر به الشيخ مصطفى (٤) المسألة واستشهد

- 
- (١) هو ابو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سلهام بن يسار الهلالي المدني؛ من اصحاب امام دار الهجرة؛ خرَّج له البخاري في الصحيح. توفي سنة ٢٢٠ وسنه ثلاث وثمانون  
(٢) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الهاجشون القرشي مفتي المدينة؛ من بيت علم وحديث.  
تفق بأبيه وبامام دار الهجرة. وتلقه به ائمة كائن حبيب وسخون وابن المنذر. توفي سنة ٢١٢  
(٣) هو ابو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي القاضي العادل. لم يسمع من مالك وسمع  
ابن القاسم وصحبه وعول عليه واه عشرون كتابا في سماعه عنه. وبه ويحيى ابن يحيى اتشهر علم  
مالك بالاندلس. توفي ببلده طليطلة سنة ٢١٢  
(٤) هو مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماسي من بلد قريب من مازونة ، له حاشية على

عليه بكلام للامامين اللخمي (١) وابن رشد (٢) ساقه التاودي في شرح الزرقاية واعتمد كلام مصطفى، البنائي (٣) والرهوري واذا فرغنا على المشهور من عدم الحكم بالاقرار فاذا انكر اقراره قبل الحكم عليه وحكم القاضي بمقتضى اقراره؛ تقضه هو فقط اذا كان الاقرار في مجلس القضاء؛ وتقضه هو وغيره ان كان اقراره قبل مجلس القضاء .

وإذا أقر المطلوب فطلب المدعي تقييد اقراره بالشهادة اجابه القاضي . وللحاكم ان يئبه المدعي الى ذلك؛ لما فيه من تحصين الحق وقطع النزاع وتهليل الخصام . وليس ذلك من تلقين الخصوم المنهي عنه قال في التبصرة ولا بأس ان يلغن احدهما حجة عجز عنها .هـ. ولا يجوز ان يلغن الخصم ما يبطل به حقاً أو يثبت به باطلا ، لانه من باب التعاون على الاثم والعدوان . فلذلك قدح في العدالة فلو علم الانسان ان الخصم مظلوم؛ جاز تلقينه ما ينفعه؛ لانه من باب اتقاد المظلوم من الظالمات قاله البرزلي؛ وعليه يحمل ما اشتهر عن ابن علوان (٤).

---

شرح التتائي للمختصر اقتضت سهوة الاجادة وتحرير الفقه؛ وعليها مولد حواشي الزرقاني توفي وقد اسن سنة ١١٣٦

(١) هو ابو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي القيرواني، اتهمت اليه الرئاسة . تقفه بابن محرز والسيوري والتونسي . وتقفه به الامام الهازري وابو يحيى بن الضابط وعبد الحميد الصفاقسي؛ له تعليق على المدونة ساه التبصرة من المكتب المتقدمة في المذهب . توفي بصفداس سنة ٤٧٨

(٢) هو القاضي ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي زعيم الفقهاء وحافظ المذهب والمرجع في حل المشكلات . من مؤلفاته البيان والتحصيل والمقدمات . مولده سنة ٤٥٥ وتوفي سنة ٥٢٠

(٣) هو محمد بن الحسن البنائي النحرير الواسم الاطلاع . من بيت علم . أخذ عن الشيخ احمد بن مبارك والشيخ محمد جسوس وقريبه محمد بن عبد السلام البنائي . من اشهر مؤلفاته حاشية على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني . مولده سنة ١١٣٦ وتوفي سنة ١١٩٤

(٤) يحتمل ان يكون المقصود احمد بن علوان التونسي الشهير بالصرى المتوفى بالاسكندرية سنة ٧٨٧ - او عمر بن محمد بن علوان التونسي المتوفى سنة ٧١٠ أو سنة ٧١٦ - أو محمد بن احمد بن علوان الشهير بالصرى التونسي المتوفى سنة ٨٢٧

المفتي التونسي. ومما روي في ذلك ان امرأة وصيا على ولدها ضيق عليها اولياء زوجها وأقاموا عليها بيته انها سفية، لا تصلح للتقديم ؛ فأمرها ان تعترف بين يدي القاضي بالسفه واذاً طلبوها في المال تدعى تلفه في ايام السفه ؛ ففعلت وسرحها القاضي ؛ نقله الشريف في حواشي الزقاية .

### المبحث الرابع في حضور المطلوب وجوابه بالانكار

اذا اجاب المطلوب بالانكار يلزم ان يكون الانكار صريحاً، ولا يكتفي منه بالانكار الضمني. ويلزم ان يكون بصيغة الجزم ؛ فلا يكفي : ما أظن ان له علي شيئاً صرح به في التبصرة. وفي المذهب لابن راشد والحايوي للبرزلي: اذا ادعى الطالب دعوى مخصوصة فأجابه المطلوب بجواب يعمها ويم غيرها ؛ كقوله لا حق لك قبلي ؛ فمذهب ابن القاسم في المدونة لا يقنع منه بذلك ؛ ومذهب مطرف وابن الماجشون كفاية ذلك فعلى ما في المدونة وهو الراجح؛ يلزم المطلوب ان يجيب بانكار الوجه الذي ذكره الطالب أو يقر به ؛ فان أبى عدكلمتت من الجواب وجرى عليه حكم المدد . وترتب على الخلاف ان ادعت امرأة على رجل ان في ذمته الف درهم نصف صداقها الواجب لها بطلاقها منه قبل الدخول ؛ فأنكر وقال لا حق لها علي ؛ فقبل الحاكم منه هذا الجواب وطالبها بالبيته فأدلت بها ؛ فأقام الزوج بيته تشهد بدفع نصف الصداق لها أو باسقاطه عنه. فان بينته تقبل لانه لم يكذبها بانكاره. بخلاف ما لو أجاب بانكار السبب الذي ادعته، كأن ينكر التزوج والطلاق وأن بذمتها الف درهم قدر نصف الصداق الواجب لها. فان المرأة اذا ادلت بيته تشهد بما ادعت. فعارضها المطلوب بيته تشهد باسقاطها نصف الصداق عنه. أو تشهد بدفعه نصف الصداق لها ، فان بينته لا تقبل، لانه أكذبها حيث تضمنت بيته ثبوت التزوج والطلاق، وهو قد نفى ذلك ، والمسألة من باب الاقرار الحاصل بالتضمن؛ لان انكاره التزوج

والطلاق يتضمن الاقرار بكذب بينته الشاهدة له بالقضاء. اذ القضاء فرع ثبوت  
التزوج والطلاق، وقد أقر بنفيهما، لكن عدم القبول قيد بقيدتين، احدهما ان يكون  
المدعى عليه ممن يعلم ان الانكار يضره ، فان كان ممن يجهل ذلك ولا يفرق  
بين لا حق لك علي وبين لم اتزوج مثلا فيعذر بالجهل إلا اذا حقق عليه  
وقيل له انت تكرر هذا أصلا، فاذا قامت عليك بينة فلا تسمع بينتك، فانه اذا استمر  
على انكار السبب لم تسمع بينته ذكر هذا القيد الرعيني (١) ونقله عن مالك،  
وهو قول عيسى ابن دينار عن ابن القاسم، وقيد به ابن ناجي المسألة، وشرح  
المختصر كلام خليل. الثاني ان يكون ذلك في غير الحدود والعقار اما فيما  
فتقبل البينة ولا يضره الانكار ؛ هذا قول ابن القاسم وابن كنانة. (٢) وهذا كأن  
يدعي انه قذفه، فينكر، فيقيم المدعي بينة بذلك ، فيقيم المدعى عليه بينة بالعفو  
فانها تنفعه. وكأن يقول القائم بعثك هذه الدار فاقضني ثمنها فينكر المطلوب  
البيع، فيقيم المدعي بينة ببيعها له ، فيقيم المدعى عليه بينة بدفع الثمن ، فينفعه  
قال الزرقاني (٣) ولعل الفرق ان الحدود يتساهل فيها لدرئها بالشبهات. والاصول  
يظهر فيها انتقال الملك، فدعوى انها ما دخلت في ملك غير الحائز لا يلتفت  
اليها، فكأنه لم يحصل ما يكذب البينة التي أقامها.

ولو اجاب المطلوب بأن المدعى فيه، بيد فلان، طوبى بيان هليدعي. ان له فيه  
حقا، فان نفى استحقاقه لشيء منه سجل عليه ذلك، ووجه الطالب الدعوى على ذي

---

(١) هو محمد بن عبد الجبار الرعيني السوسي الفقيه المعمر. اخذ عن القاضي ابي يحيى بن  
الحداد تلميذ الامام المازري. مولده سنة ٥٦٧ وتوفي بتونس في ذي القعدة سنة ٦٦٢

(٢) هو عثمان بن عيسى بن كنانة. من اشهر اصحاب الامام مالك وجلس مجلسه بعد  
وفاته. وجلس مجلس مالك بعد ابن كنانة عبد الله بن نافع المعروف لصائح احد اصحاب مالك  
الانبيات المتوفى بالمدينة في رمضان سنة ١٨٦ - توفي ابن كنانة سنة ١٨٥ وقيل سنة ١٨٥

(٣) هو عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني. أخذ عن الاجهوري واللقاني والشبرامسلي  
له شرح على المختصر الحلبي مشهور متداول في مصر وتونس والمغرب. مولده سنة ١٠٢٠  
توفي سنة ١٠٩٩

اليد. ولو قال ليس لي فيه شيء، هو حبس على اولادي، او هو ملك لفلان، فيقال للمدعي أقم البينة انه لك فان هذا لا ينازعك إلا ان يثبت المدعى عليه ما ذكر، فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية ولو قال ليس لي، او لمن لا أسميه، فلا يمنع من تمام الحكومة، ولو قال هو لفلان، فان كان فلان حاضراً وادعاه، فللمدعي تحليفه، فان نكل، حلف المدعي وأخذ المدعى فيه، وان حلف المقر له فللمدعي تحليف المقر لانه اتلفه عليه باقراره، فان نكل، حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به من المقر وان كان غائباً، فان أثبت ذلك بالبينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب، وإلا لم تصرف، لانه يتهم ان يكون اراد صرف الخصومة عن نفسه الى الغائب. وتلزمه اليمين، فان نكل، اخذ المدعي ذلك من غير يمين فان جاء المقر له فصدق المقر، اخذ، لانه انكشف ان الاول ليس له فيه شيء، وما الزمنا اليمين إلا لتهمته صرف الخصومة، ولو علمنا صحة الاقرار لاوقفناها الى الغائب. انظر الفائق (١) لابن راشد القفصي (٢) هـ.

(١) وقع تعريف في الطبعة الاولى وسقوط بعض جل من كلام الفائق أشكل مما فهم المعنى. ونص كلام الفائق « الصورة الثانية ان يكون انكاره باقرار لغيره؛ مثاله ان يدعي عليه في ملك يده فيقول ليس لي فيه شيء وانما هو وقف على الفقراء او على ولدي او هو ملك حافل سماه؛ فيقال للمدعي اقم البينة انه لك. فان هذا لا ينازعك فيه؛ الا ان يثبت المدعى عليه ما ذكره من ذلك؛ فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية. ولو قال هو لمن لا أسميه فلا يمنع ايضاً من تمام المحاكمة. ولو قال هو لفلان؛ فان كان فلان حاضراً وادعاه فللمدعي تحليفه؛ فان نكل حلف المدعي وأخذ المدعى فيه. وان حلف المقر له فللمدعي تحليف المقر لانه اتلفه باقراره؛ فان نكل حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به. وان كان غائباً فان اثبت ذلك بينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب؛ وان لم يثبت ذلك بينة لم تصرف عنه الخصومة اذ يتهم ان يكون اراد صرف الخصومة عن نفسه الى الغائب. ولزمته اليمين؛ فان نكل اخذ المدعي ذلك بغير يمين. فان جاء المقر له فصدق المقر اخذ؛ لانه انكشف ان الاول ليس له فيه شيء. ونحن انما الزمنا اليمين لاثباتها من له في صرف الخصومة؛ ولو علمنا صحة اقراره لاوقفنا الخصومة على حضور الغائب. هـ. من كتاب القضاء مبحث الجواب من الفائق.

(٢) هو محمد بن عبد الله بن راشد القفصي. أخذ عن علماء تونس ورحل الى مصر فأخذ عن ابن المنبر وابن دقيق العيد والشهاب الأترقي. له مؤلفات قيمة مفيدة من أشهرها الفائق في

من حاشية ابن سلامة من مبحث فصل في المقال والجواب .  
وإذا حصل الجواب بالانكار فأراد الطالب الاعراض عن الدعوى فمن حق المطلوب  
ان يلزمه باتمام الخصومة الى ان تنتهي بالحكم، ويجب الحاكم المطلوب الى طلبه  
ويأمر الطالب بذلك ، فان أبي ، حكم القاضي بان لاحق له . ذكر المسألة الزرقاني  
في شرح المختصر في مبحث الصيد ، عند قول خليل « وتملك الصيد المبادر  
وان تنازع قادرين فيهم » ونصه : لو تكررت شكوى شخص لآخر ، فان  
لمشتكي ان يرفع الشاكي للحاكم ويقول له ان كان عندي شيء فيدعى به ؛  
فان أبي في ذلك حكم عليه بأن لاحق له بعد ذلك ، وليس عليه شكوى ، قطعاً  
للنزاع . وقد حكم بها البدر القرافي (١) والبرموني (٢) وقالوا : هي مشهورة في  
المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية . اهـ . وقد صرح بمثل  
هذا ابن مرزوق في شرح المختصر الحلبي عند قوله « وان أنكر ، قال ألك  
بينة ، فان نفاها واستحلفه فلا بينة » . ونصه قول (المص) « واستحلفه » لا يعطي  
بمفهومه انه لو لم يستحلفه وأراد البقاء على حقه انه يمكن من ذلك ، بل اذا  
طلب المطلوب تعجيزه وحلفه له ، ليرتفع عنه الطلب ، كان له ذلك على مذهب  
ابن القاسم .

### المبحث الخامس في تغيب المطلوب بعد انشأاب الخصام

اذا تغيب المطلوب في اثناء الخصام ، فان كان تغيبه بعد استيفاء حججه ، حكم  
عليه بلا تلوم ، وعجزه ، فلا يكون له اذا قدم ان يقوم بحجته ، بمنزلة ان لو

---

الاحكام والوثائق وشرح مختصر ابن الحاجب ، توفي في تونس سنة ٧٢٣

(١) هو القاضي بدر الدين محمد بن يحيى القرافي . توفي سنة ١٠٠٨

(٢) هو كريم الدين عبد الكريم البرهوني السراطي . أخذ عن الناصر ائمة انبي . كان حياً

قضى عليه وهو حاضر وان كان تنبيه قبل ان يستوفي جميع حججه تلوم له .  
واذا تمادى هل المغيب ، قضى عليه من غير تعجيز . واذا كان التغيب بعد الحكم  
وبقيت له اليمين ، وكل القاضي من يقضيها له ، وأشهد بذلك . انظر شراح التحفة  
عند قولها «ومن الد في الخصام وانتهج» الايات .

### المبحث السادس في غيبة المطلوب عن ايالة القاضي

اذا كان المطلوب غائباً عن ايالة القاضي ، فلا يخلو من حالتين . الاولى ان  
يكون خارجاً عنها ، لان ذلك هو وطنه ومحل قراره ، وفي هذه الحالة يؤمر الطالب  
بالذهاب الى بلد المطلوب ليخاصمه لدى حكامه . ويتنزل على هذه الصورة قول التحفة  
والحكم في المشهور حيث المدعى \* عليه في الاصول والمال معا  
ووجه ذلك انه لم يؤلّ الحكم بين جميع الناس ، وانما ولي هل اهل البلد خاصة ،  
فليس له ان يحكم إلا على رجل حاضر البلد ، أو على مال له بذلك البلد ، أو  
حميل ، أو وكيل . قاله ابن عرفة (١) ونحوه للميتطي ؛ انظر حاشية الشريف عند  
قول الزقاقية «ومن غاب عن قرب كمن هو حاضر» في الورقة ؛ - الحالة الثانية  
ان يكون خارجاً عن ايالة القاضي للزيارة أو تجارة أو نحوهما ، وهو متوطن  
بمحل ولاية القاضي : اوله مال بها ، أو وكيل ، أو حميل ؛ فيتناول القاضي  
القضية ، وحيثئذ فإما ان يكون الغائب قريب الغيبة ، اي على مسافة ثلاثة ايام  
ونحوها مع الامن ؛ أو متوسطها ؛ اي على مسافة عشرة ايام ونحوها ، ومثلها الثلاثة  
مع الخوف ، أو بعيد الغيبة . بان يكون على مسافة شهرين ، ومثلها اذا كان غير معلوم

(١) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي اقونسي . عالم تونس ؛ اتتهت اليه الرئاسة وتولى امامة  
جامع الزيتونة سنة ٧٥٦ والحطابة به سنة ٧٧٢ والفتيا سنة ٧٧٣ - من مؤلفاته القيمة السائرة  
مختصره الفقهي أخذ عنه من العلماء من لا يحصى كثرة ومن اشهرهم البيهقي والابن علقم  
وابن ناجي واحمد القشاني ومحم القشاني والغبيري والزندوي وابن علوان وابن الخطيب القسنطيني  
والزعي والوانغمي وابن السباع . توفي وقد أسن سنة ٨٠٣ ومولده سنة ٧١٦



الموضع . ففي الغيبة القريبة يكتب القاضي الى المطلوب أما ان يحضر أو يوكل ؛  
ويضرب له اجلا يسع وصوله أو وصول وكيله ، ويسع الطعن في البينة القائمة  
عليه فإذا تمادى على المغيب ولم يجب باقرار ولا انكار؛ حكم عليه في استحقاق  
العروض والاصول وجميع الاشياء من الطلاق وغيرها ويباع عليه ماله من  
اصول وغيرها لقضاء ديونه ، أو نفقة زوجته ؛ ولا ترجى له حجة ولكن لا  
يباع عليه ماله إلا بعد اثبات موجبات البيع؛ من الدين أو النفقة؛ والغيبة وقربها؛  
وأنه اعذر له في القرينة فلم يقدم وان هذا البيع ملكه ، وانه ارى ما يباع عليه؛  
وحيازة الشهود له ( اي تعيين موضعه وحدوده: ان لم تشهد بها بيعة الملك) والتسوق؛  
وعدم الفاء زائد في الثمن . ولا يشترط بلوغ الثمن القيمة لان ذلك غاية  
المقدور ؛ وانما الشرط ان لا تقع عجلة في البيع ولا تقصير قاله السيوري (١)  
وابن رشد. والمراد بعدم العجلة: ان يضرب اجل شهرين يقع اثناءهما اشهاره  
لليبع. وما قرر هنا يقرر في بيع ربيع التيمر لانفاق المحجور. وما ذكرناه من  
اشتراط ثبوت المالك لليبع عليه ، عول عليه غير واحد ، وصدر في الشامل (٢)  
بأنه لا يحتاج الى اثبات ملكه ؛ وجعله ابن عبد السلام (٣) ظاهر المذهب؛ واختلف  
في اشتراط تسمية الشهود. ولا يحكم بالطلاق على الغائب حتى تثبت الزوجية؛

---

(١) هو عبد الحاق بن عبد الوارث السيوري؛ من اعظم شيوخ اتيروان. فقهه بأي بكر  
بن عبد الرحمن وأبي عمران الداسي. وفتحه به عبد الحميد الصائغ والبخعي وعبد الحق الصقلي وابن  
سردون . له تعلق على المدونة وكان يحفظها. توفي وقد اسن بالتبر ان سنة ٤٦٤ او سنة ٦٢٤؛

(٢) مؤلفه يهرام ابن عبد الله بن عبد العزيز الدهيري الملقب بتاج الدين والمكنى بأبي البقاء.  
من اكبر علماء مصر أخذ عن الشيخ خليل ثماليفه وبه فقهه. وأخذ عنه الأقفهسي والبساطي. له  
شروح على مختصر الخليلي. والشامل حاذى ، المختصر؛ في غاية التحقيق. مولده سنة ٦٢٤ وتوفي  
سنة ٨٠٥

(٣) هو محمد بن عبد السلام الهواري التونسي. قاضي الجماعة بتونس وأحد شيوخ ابن عرفة.  
له شرح على مختصر ابن الحاجب. توفي سنة ٧٤٩

وشرطها عليه الإطلاق بغيته ؛ ان كان الطلاق به ، أو ثبوت الاعسار بالنفقة  
ان كان الطلاق به

وفي الغيبة البعيدة وما في معناها والمتوسطة حقيقة أو حكماً ؛ يحكم على  
الغائب بعد يمين القضاء من الطالب ، وترجي له الحجة ؛ ويسمي القاضي  
الشهود في سجل الحكم ، أو في سجل مستقل ، يوضع بالمحكمة ؛ ليجد الغائب  
عند قدومه مدفعا بتجريح الشهود ، لانه باق على حجته فان لم يسم اليئمة ،  
وحكم بلا تسمية ؛ تقض حكمه. ولا تفرق الغيبة البعيدة من المتوسطة ؛ إلا في  
الحكم باستحقاق عقار الغائب فيحكم به في البعيدة ، دون المتوسطة ؛ كما في  
التحفة وشروحا واختلف هل يقام للغائب البعيد وكيل للاعذار وغيرها ؛  
فالمشهور انه لا يقام له وكيل ؛ وأنها اذا ثبت عليه شيء ، دفع عنه ، وكان له ارجاء  
حجته اذا قدم وقال سحنون يقام له وكيل ولا ترجى له حجة قال ابن  
ناجي شاهدت شيخنا القاضي أبا عبد الله محمد بن قليل الهم (١) يحكم بالقيروان  
بالجمع بين القولين ؛ فيقدم له وكيلاً ؛ ثم هو على ارجاء حجته. وهو الصواب اخذاً  
بالاحتياط ؛ لان القاضي اذا قدم له وكيلاً ، فهو لا يبائع في الذب عنه

## الفصل الثالث في المدعي والمدعى عليه

### وفيه مباحث

#### المبحث الاول في بيان المدعي والمدعى عليه

يطلق المدعي على الطالب والمدعى عليه على المطلوب ويطلق المدعي على  
المطلوب باليئمة على صدق دعواه ؛ والمدعى عليه على المطلوب باليمين ، لرد

الدعوى الحالية من بينة تدعمها وهما بهذا الاطلاق مناط التوتر ومحور النظر، ومحل الاهتمام ؛ اذ بتميز احدهما عن الآخر؛ يتكبد عن الخطيأ في تكليف أحدهما بغير ما عينه الشارع له. وقد ذكر فيهما تعريفات اقربها ان المدعي من تجرد قوله عن الاصل والعرف والمدعى عليه من عضده احدهما فان شهد لاحدهما الاصل وللآخر العرف ؛ كان من شهد له العرف هو المدعى عليه. ولدقة تحقيق المناط ، وتطبيق القواعد على جزئياتها؛ صعب أمر القضاء؛ وكان علم القضاء اخص من فقه القضاء وقد استعرض الفقهاء جملة من الاصول في بعض الاشياء ؛ واختلفت الفتاوي والاحكام لاختلاف الاعراف المبنية هي عليها. وها نحن اولاء نسوق جملة صالحة مما ذكره، مشبعة بأمثلة تكسب الناظر بصيرة. قالوا الاصل براءة الذمة قبل تحقق عمارتها فاذا تحققت عمارة الذمة، فالاصل استصحاب تلك الحالة حتى يتحقق الرفع. وترتب على هذا ان من ادعى دينا على آخر فانكر المطلوب كان المنكر مدعى عليه ؛ لان الاصل براءة الذمة ، وقد عضده هذا الاصل، فكان القول له يمينه ، ان لم تكن للدعي بينة. ولو اعترف المطلوب بالدين، وادعى القضاء. لكان الطالب هو المدعى عليه، لان الاصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها فكان القول له يمينه اذا لم يكن للآخر بينة

والاصل الصحة وزاعم المرض مدع خلاف الاصل ، فعليه البينة فاذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقاً بائناً ، ثم ماتت فقامت المرأة على الورثة، تدعي انه طلق في المرض المخوف، لترث ؛ وأنكر الورثة ذلك ، فعليها البينة ، لانها مدعية خلاف الاصل ولو شهدت احدى بينتين انه تصدق وهو صحيح ، وشهدت الاخرى انه تصدق وهو مريض ؛ قدمت بينة الصحة، لانها الاصل والغالب ؛ قاله ابن القاسم . وستأتي المسألة ان شاء الله في مبحث تعارض البينات

والاصل عدم العداء ؛ فلو ادعى على الطيب العمد فيما زاد على المأثون فيه،  
وادعى الطيب الخطأ، فالقول قول الطيب؛ واضطرب قول سحنون في الزوج  
والسيد يقرأ عين زوجته او عبده، فيقول الزوج او السيد فعلت ذلك خطأ  
حين التأديب ، وتقول المرأة والعمد فعل ذلك عمداً هل يحمل على الخطأ  
ويكون القول قول الزوج والسيد، أو يحمل على العمد، ويفرق بين الطيب وبين  
الزوج والسيد: بأن فعل الطيب ابتدئ على الاذن، ولم يثبت الاذن في حق الزوج  
والسيد ، ابن رشد الاظهر في السيد (١) ان يحمل امره على الخطأ إلا ان يعلم  
انه قصد به التمثيل ، وأما الزوج فالذي اراده ان لا يحمل على الخطأ ولا على  
العمد ، ولكن يكون كسبه العمد ، وتكون فيه الدية على الجاني ( يعني بذلك  
انه لو حمل على الخطأ لكانت الدية على العاقلة ، ولو حمل على العمد لوجب  
القصاص ) زاد ابن رشد وان طلبت المرأة فراقه ؛ وقالت اخافه على نفسي ،  
طلقت عليه طلقته بائنة اه.

والاصل فيمن ادعى عليه العلم بالشيء ؛ الجهل حتى يثبت العلم . فاذا قام  
الشريك على مشتري حصته شريكه بالشفعة، بعد سنة، مدعي عدم العلم بالبيع  
إلا وقت قيامه ؛ وادعى المشتري عليه بالبيع ، فالقول للشفيع يمينه ؛ لانه  
مدعى عليه .

والاصل هو الفقر لسبقه ؛ لكن الناس محمولون على الملا لغلبته فهذا من  
وادي ما تعارض فيه الاصل والغالب ولهذا كان زاعم الاعسار - وان واقفه  
الاصل الذي هو الفقر - مدعيًا ؛ فهو المطالب بالبينة على الاعسار. فلو ادعى على

---

(١) هذا الذي درج عليه خليل فقال في باب المتق « والقول للسيد في تمي الممد » قال شارحه  
المواق: رجح سحنون الى ان من فقرأ عين عبده او عين امرأته؛ فقالوا فل بنا ذلك عمدا؛ وقال السيد  
والزوج بل أدبهما فأخطأت. انه لا شيء على السيد ولا على الزوج حتى يظهر العداء . والقول  
قول السيد والزوج . ٥١٠ من شرح المواق صفحة ٣٣٥ ج ٦

الزوجة الطالبة انفاقه اياها ؛ انها عالمة بعدمه ؛ توجهت عليها اليمين ؛ كما في  
المتيطة في مبحث النفقات

والاصل في العقود الصحة ؛ فمن ادعى الفساد فهو المدعى الذي عليه  
الاثبات فاذا غلب الفساد ؛ كان القول قول مدعيه ؛ لانه المدعى عليه . ويكون  
من قبيل ما تعارض فيه الاصل والغالب انظر شرح المنجور (١) على المنهج  
المنتخب في الورقة ١١٩

ومن الفروع التي كان حكمها مبني على شهادة العرف ، تمزيق رسم الدين ،  
او قطع طرفه . او سطر بسملته ، فانه يدل عادة على البراءة من الدين ، فلا يفيد  
المستظهر به شيئا بخلاف نحو ظاهر باطن به عقد ونحوه ؛ فانه يستظهر على  
من قام به يمين ، بناء على عدم حصول عادة في هذه الصورة ، كحصولها فيما مر .  
وانما ذلك ريبة وشبهة ، يجب رفعها باليمين ، كما ترفع ريبة التزوير فيمن قام  
بعقد ظهرت فيه تلك الريبة ، وشهدت بينة ان الشهادات التي فيه من وضع شهوده ،  
وشهدت اخرى انها ليست من وضعهم ، وانما هي مزورة عليهم ، فطلبت يمين  
القائم به ، لمكان اليقينة النافية . والشهادة المثبتة هي المقدمة . قاله الشيخ محمد  
عظوم (٢) في الدكانة .

ومن الفروع التي وقع القضاء فيها استنادا للعادة ؛ ما حكم به الشيخ احمد  
القلشاني (٣) قاضي الجماعة بتونس ، في ساقية احدثت بدرب ابي عائشة ، واتصلت  
الى شارع باب المنارة ، الذي تمر فيها فضلات مراحض دوره الى ان تصل الى  
الحنديق المعد لذلك ، وامتنع من الموافقة على احداثها من تمر عليه ، وترافعا في

---

(١) هو احمد بن علي المنجور الفاسي المستبحر في كثير من العلوم توفي سنة ٩٩٥  
(٢) هو محمد بن احمد بن عيسى بن فندار القيرواني عرف بعظوم . أخذ عن البرزلي والزعبي  
وغيرهما . له من المؤلفات مواهب العرفان والمباني اليقينية ورعاية الامامة . كان حيا سنة ٨٨٩  
(٣) هو احمد بن محمد بن عبد الله القلشاني . أخذ عن والده وابن عرفة والنبريني . له شرح  
على الرسالة وشرح مختصر ابن الحاجب الفرعي . تولى القضاء وتوفي عليه سنة ٨٦٣

ذلك، فحكم بتمكين المحدث مما أحدثه. بعد ان تذاكر في النازلة مع الشيخ محمد  
عظوم؛ فاستظهر الحكم بذلك. معللاً بأن وضع الشوارع بتونس قد علم حين  
وضعها وتخطيط دورها عدم حفرها، ابار لفضلات اهلها؛ ووضعوا السواقي  
في شوارعهم لذلك؛ واستمروا على ذلك على تعدد الازمنة والاعصر واهل  
كل زقاق قد دخلوا على ما وجدوا عليه من تقدمهم في ذلك؛ والحادث عهده  
تبع لمن سبقه الى زمن الواضع؛ وعلى هذا مشى احوالهم، واستمرت قصودهم  
وافعالهم، واذا دخل على ذلك المتقدم، وجب الحاق حكم الطاريء به؛ اذ لا  
يملك الطاريء من الشارع إلا ما يملكه من خلفه هو فيه؛ قاله في الدكارة في  
الورقة ٤٨

ومن الفروع المبنية على العادة، القضاء بشهادة الحيازة على الملك، وجميع ما يذكر  
من الشروط (وهي كما ذكر القلشاني عن المازري سبعة شروط: ١- الحوز،  
اي وضع اليد على الشيء المحوز ٢- وأن ينسب اليه. ٣- وأن يتصرف فيه  
تصرف المالك، في ملكه. ٤- وأن تطول المدة ٥- وأن لا ينازع المحوز عنه  
في تلك المدة. ٦- وأن يكون حاضراً، عالماً، بالغاً، رشيداً ٧- لم يمنعه من  
القيام مانع. اهـ.) انما منشؤة تحقيق الحال التي تكون فيها الحيازة شاهده للحائز  
بالملكية؛ اذ مجرد الحيازة لا يتقل الملك، ولكن يدل عليه؛ ولهذا لا تنفع الحيازة  
إلا مع ادعاء الحائز للملكية، وجعل اصل مدخله، هل دخل بوجه لا يقتضي  
تقل الملك، كالعارية والاسكان ونحوهما، امر لا. اما اذا تحقق ان دخوله كان  
بشيء منها؛ فلا تنفعه حيازته، ولو طالت حيازته جداً، على ما لابن قنوح. (١)  
وإلا ان يطول زمن ذلك جداً، على ما لابن رشد، قائلًا: ولم يحدث في هذه الرواية

(١) هو ابراهيم بن قنوح العقيلي المرناطي أخذ عن ابن سراج وأخذ عنه ابن الازرق

والقاضي. كان من احفظ الناس لمذهب مالك. مولده سنة ٧٨٤ وتوفي سنة ٨٦٥

حدا ، إلا انه قال قدما يخشى ان يكون من يعرف ذلك الحق قد هلك . لكن الذي في المختصر والتحفة وغيرهما انه اذا علم اصل المدخل ببراء او نحوه ؛ لا تنفع الحيابة . وظاهر كلامهم ولو طال الزمن جدا ، فيظهر انه الأقوى . قاله الشيخ مهدي في حاشيته في مبحث الحيابة

ولتحقيق الحال البشادة عرفا للحائز ، قسم الفقهاء الحائز الى اجنبي ، وقريب غير شديد القرابة ، وقريب جداً واصهار وجعلوا مدة الحيابة في الاجنبي عشر سنين لكن اذا كان شريكا اشترطوا فيه ان يكون التصرف بمثل الهدم لغير اصلاح . والبناء الكثير ، والغرس في الدار والارض ، والاستغلال في غيرهما . واذا كان غير شريك فيكتفى في التصرف بمثل سكنى الدار وزرع الارض . واذا كان قريباً غير شديد القرابة كالاخوان والاعمام والاخوال وابنائهم ، وفي معانهم الاصحار والموالي ؛ فاذا كان التصرف ضعيفا كسكنى الدار وزراعة الارض وعمارة الحاموت ، فلا تقبل دعوى الحائز الملكية لما حاز إلا مع طول المدة جداً ؛ وهو ما زاد على الاربعين سنة ، ان لم تكن بينهم عداوة ، وإلا كفى في حيازتهم عشر سنين ، كالأبعدين . واذا كان التصرف قوياً جداً ، كالتفويت بالبيع والهبة والصدقة . لم تشترط مدة ، بل سكوتهم يوجب اقطاع حقه باقضاء المجلس ، كما قال في التحفة :

وحاضر بيع عليه ماله \* في مجلس فيه السكوت حاله

الايات الاربعة . واذا كان التصرف متوسطا ، كالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء ، فمدة التصرف ما زاد على الاربعين ، على المعتمد كما في الزرقاني وغيره ؛ وقيل عشر سنين

واذا كان الحائز قريبا جدا كالأب مع ابنه والعكس ؛ فلا يعتبر التصرف بمثل السكنى والازدراع اتفاقا ، ويعتبر بمثل التفويت بالبيع والصدقة ونحوهما ، واختلف هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس على قولين .

أحدهما انه لا يجوز عليه بذلك؛ ان ادعاه ملكاً لنفسه؛ قام عليه في حياته . او بعد وفاته ؛ وهو قول مالك والمشهور في المذهب إلا ان يطول الامد جدا الى ما تهلك فيه البيئات وينقطع فيه العلم قاله ابن رشد فالاختلاف في مقدار المدة المؤثرة ونوع التصرف المعتبر، باختلاف صفته الحائز ودرجة قرابته . لان العادة قاضية بالتسامح مع الاقارب ووصل رحمهم بمثل السكنى للدار، والزرع للارض ، والاعتمار للحنوت ؛ بخلاف التصرف بما هو اقوى من ذلك.

وكذلك ما اشترط من علم المحوز عنه ، فان قال القائم ما علمت حقيقي إلا الآب ، فقيل لا يقبل قوله ، وبه كان يفتي الشيخ ابن عرفته وأبو مهدي عيسى الغبريني (١) وفتواهما جرى العمل على ما قاله الرصاع (٢) ونقله عظمور في البرنامج وقيل يقبل قوله يمينه ؛ وهو قول ابن سهل وغيره وبه افتى البرزلي ، فأدخل على الناس مشقة عظيمة في القيروان ، لان كثيراً من الناس يزهد في عقود اشريية البائع ، فيقوم على المشتري بعد الطول ويقول لا علم عندي إلا الآن ؛ وربما يضيع عقد الاصل ، أو يعزل شهوده بجرحته ، وقيل يقبل قوله يمينه ان كان وارثاً ؛ ولا يقبل قول غيره . قاله في الوثائق بالمجموعه ولو قال علمت بحقي ولم أجد ما أقوم به إلا الآن ، فاختار الشيخ الغبريني انه يقبل؛ سواء أكانت البيئمة التي قام بها استرعاء أو غيره . قال ابن ناجي والصواب عندي انه لا يقبل منه لانه كالمعترف بأن لاحق له ، مدع رفعه ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة اعوام ، فأفتى فيها رحمه الله بما صوبته،

---

(١) هو قاضي الجماعة ابو مهدي عيسى بن احمد ابن محمد الغبريني تولى خطابة جامع الزيتونة بعد ابن عرفه . ونقل عنه عصره البرزلي توفي سنة ٨١٣ - او سنة ٨١٥

(٢) هو محمد بن قاسم الرصاع الانصاري التونسي . قاضي الجماعة بتونس و امام جامعها بعد محمد بن عمر التلشاني . اخذ عن تلامذة ابن عرفه . له شرح على الاسماء النبوية وشرح على حدود ابن عرفه وشرح على البخاري وفتاوى نقلت في المعيار والمأزونية ، صرف نفسه عن القضاء وبقي في الامامة الى ان توفي سنة ٨٩٤



وهو خلاف فتاوة الاولى ، لانه اذا كان لم يقبل قوله في عدم رعله بحقه، فأجرى اذا قال عندي العلم، ولم أجد ما أقوم به، اذ هو قادر على ان يقول ذلك للشهود؛ ويبقى على حقه اهـ

وفي مطالبة الحائز بوجه ملكه ثلاثة اقوال الاول يطلب ؛ اذا اثبت المدعي الملكية، أو أقر له بها ففي التبصرة قال ابن رشد الذي مضى عليه العمل فيما ادركنا، وبه افتى شيوخنا فيما علمنا ان من ادعى عقارا بيد غيره يزعم انه صار اليه عمن ورثه عنه ، ان المطلوب لا يسأل عى شيء؛ حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى أنه ورث ذلك العقار عنه، فاذا اثبت ذلك؛ وقف المطلوب حينئذ على الاقرار والانكار خاصة، ولم يسأل من اين صار اليه؛ فان أنكر وقال المال مالي ، والملك ملكي؛ ودعواك فيه باطل ؛ اكتفى منه بذلك، ولم يلزمه أكثر من ذلك ، وكلف الطالب اثبات الملك الذي زعم انه ورثه ؛ واثبات موته، ووراثته له فان اثبت ذلك على ما يجب؛ من صحة شروطه: سئل المطلوب حينئذ من أين صار اليه ، وكلف الجواب عن ذلك ؛ فان ادعى انه صار اليه من غير موروث الطالب الذي ثبت له الملك، لم يلتفت اليه؛ ولا ينقصه اثباته ان اثبته ، وان ادعى انه صار اليه من قبل موروث الطالب، بوجه يذكرة، كلف اثبات ذلك فان اثبته؛ وعجز الطالب عن المدفع في ذلك ، بطلت دعواه، وان عجز عن اثبات ذلك؛ قضى عليه للطالب هذا مذهب ابن القاسم وروايتة عن مالك في المدونة، ولا اختلاف في ذلك احفظه اهـ

القول الثاني يطلب بيان وجه الملك ،

الثالث لا يكلف بيان وجه ملكه مطلقا وهو الذي اقتصر عليه ابن سلون وغيره ، وجرى به عمل فاس، وهو الموافق لما يفعله القضاة الذين ادركناهم ، فان المتكر دعوى القائم: اذا اجاب بملكيته للمحوز؛ وحيازته له المدة

القاطعة ؛ يكلف الموجب باثبات الحيازة التي ادعاها ؛ لان في اثباتها اختصارا لمسافة الخصام ، لان الحيازة متى ثبتت وعجز القائم عن الطعن فيها؛ يحكم باستحقاق الحائز للمدعى فيه، وبطلان دعوى القائم . فلا فائدة في تكليف القائم باثبات بينة لا تسمع، لثبوت الحيازة. أما اذا عجز المطلوب الموجب بالانكار؛ عن اثبات الحيازة التي يدعيها؛ فيعجز؛ ويطلب القائم بالبينة المثبتة للتملك؛ ويجري بعد ذلك ما نقل عن ابن رشد .

واختلف في العادة هل هي كشاهدين، فلا يمين معها؛ او كشاهد، يحتاج معها الى يمين . والمشهور توجه اليمين؛ ان كان للمدعي فيه منازع؛ غير من احتج بالعادة؛ فتجب اليمين على المحتج بها ، فان لم يكن له منازع، فلا يمين . قاله صاحب الدكاة؛ وانتزعه من تعليل القرطبي (١) وابن عرفمة عدم توجه اليمين على صاحب اللقطمة؛ بعدم منازع له فيها قلت ما ذكره عظوم غير مطرد؛ ينتقض بمسألة ما اذا زوج ابنه البالغ، وهو ساكت ، حتى اذا فرغ؛ أنكروا بحدثان ذلك . فانه يستحلف (٢) انه لم يرض ، فان نكل لزمه النكاح ، وكان عليه نصف الصداق .

---

(١) هو احمد بن عمر الانصاري الاندلسي . القرطبي . يعرف بابن الزين . رحل لمكة والقدس والاسكندرية ومصر وأخذ عنه جماعة منهم القرطبي صاحب التفسير والتذكرة . له مؤلفات منها المفهم وهو شرح على صحيح مسلم بالغ في الاجادة والتحرير . مولده سنة ٧٨٠ هـ وتوفي بالاسكندرية سنة ٦٥٦ هـ

(٢) لنزاع في لزوم النكاح موجود بين الاب وابنه الرشيد وبين الابن والزوجة ؛ واذا نكل الابن عن اليمين لزمه النكاح ؛ والنكول شاهد عرفي؛ فبني هنا بمجرد من غير يمين على الاب ولا على الزوجة . وما ذكر هنا من لزوم النكاح بالنكول؛ هو الذي ذكره ابن يونس؛ كما في شرح المواق تقول خليل « وحلف رشيد وأحسني وامرأة انكروا الرضا والامر حضورا » وحكاه صاحب اللباب عن ابن القاسم . وقال ابو عبد الله لا يلزمه شيء ؛ وعليه فاليمين استظهار فقط ؛ لعله يقر . وصوبه ابو عمران . وحكى ابن سمون عن بعض شيوخه: تطلق عليه بالنكول ويلزمه نصف الصداق . وذكر الونشريسي ان الخلاف في لزوم النكاح للتاكل مبني على الخلاف في ان المادة هل هي كالشاهد او كالشاهدين ؛ فان قلنا كالشاهدين لزمه النكاح بئذ وله وعليه نصف الصداق ؛ وان قلنا كالشاهد لم يلزمه . وقد بسط المسألة شارح العمليات القاسية عند قول الناظم « ومن تحمل عن ابنه النكاح » في الورقة ١١ من الطبعة القاسية ج ١

فلعل ما ذكره اغلبي. والعرف احدى الدعائم الخمس التي بني عليها الفقه، فقد استند اليه في معرفة اسباب الاحكام من الصفات الاضافية، كالصغر والكبر، والكثرة والقلته، في الاقوال والافعال في الصلاة، وضمن المثل في البيع والتعدي، ومهر المثل والكفء في النكاح، وتعيين المفروض من المئونة والكسوة والمسكن في النفقات واستند اليه في مقادير الحيض والطمهر في الصلاة، والعدد واقصى امد الحمل في النسب، واستند اليه في فهم الالفاظ، في الايمان، والوقف؛ والوصية، والطلاق. اما بقية الدعائم فهي اليقين لا يرفع بالشك، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، والامور بمقاصدها. انظر شرح المنجور للمنهج المنتخب صفحة ٩.

## المبحث الثاني

### في تكليف المدعي باقامة البينة فيقرر ان لا بينة له

اذا اجاب المطلوب بالانكار طوب المدعي بالبينة وحيث ان يقر ان لا بينة له، او يدعيها. واذا زعم ان له بينة؛ فاما ان يدعي انها بيد المدعى عليه، او انها غائبة عنه؛ غيبة قريبة او بعيدة

فاذا اقر ان لا بينة له، توجهت اليمين على المدعى عليه المتكبر، ان كانت الدعوى في مال، او ما يتول الى المال؛ فان ادعى المطلوب على الطالب انه كان احلفه قبل، لزم الطالب اليمين انه لم يحلفه، لتوجه اليمين على المطلوب. فان نكل، فلا يمين له على المطلوب، وله قلب هذه اليمين على المطلوب، فيحلف انه كان احلفه ويسراً. هذا الذي درج عليه صاحب المختصر، وصرح به الموتون، وجرى به عمل فاس. ويرى بعض فضلاء اخواننا من محققي عصرنا؛ ان هذه الدعوى في زماننا مستبعدة، بعد ان صارت الايمان تسجل بعدلين؛ او في دفتر المحكمة؛ فادعائها تشييب لا ينبغي الالتفات اليه.

ومن هذا الوادي ادعاء المدين علم الطالب بعدمه . فتوجه اليمين على الطالب ؛  
انه لا يعلم عدمه وجرى العمل التونسي على عدم توجه اليمين على الطالب ،  
من ايام القاضي ابي اسحاق ابن عبد الرفيح (١) وذكر ابن ناجي في كبيرة  
في باب المديان ، في توجه اليمين من المدين على رب الدين انه لا يعلم  
عدمه ، قال كان العمل بتونس على توجهها ، الى ايام ابي اسحاق ابن عبد الرفيح  
فترك الفضلاء حقوقهم ؛ هروبا من اليهين ؛ فحكم بعدمها واستمر به العمل  
بتونس ، وبه انا احكم ، وحسنه شيخنا الامام ابن عرفه ؛ فيمن لا يظن به علم  
حال المديان ، لبعده عنه . واعترض هذا الكلام الشيخ عظيم في برناجه بقوله :  
ترك الحكم بما جرى الحكم به ، ويشهد له اصل الشرع في دعاوي . من  
توجه اليمين على إنكارها ، بمجرد ترك الفضلاء حقوقهم ؛ من اشنع ما يسمع في  
الشرع . ومن أكبر الدلائل على اتباع مجرد هوى الفضلاء ، وأي فضيلة لهؤلاء  
الفضلاء الذين يتمتعون من توجه حكم من احكام الله تعالى ، جرى به العمل ،  
مع ان جري العمل به يصيره مقدماً على المشهور اذا تعارضا في فرع . بل اي  
علم ودين لحاكم يقول : تركت العمل بما به الحكم وجرى به العمل ؛ لكون  
الفضلاء اهل النخوة يأفون من قبولها اه .

ورده الشيخ حسن الشريف في حاشية الزقاقة ، بأن ما ذكره من امتناع  
الفضلاء من الحكم غير مسلم ؛ وانما تركوا موجه وهو طلب حقوقهم خوفا  
من لزوم اليمين لهم ، وذلك ادل دليل على مروءتهم حيث لم يرتكبوا ما يوجبها .  
وفرق واضح بين ترك موجب الحكم وبين الامتناع من الحكم . على انالو سلمنا انهم  
امتنعوا من اليمين فالامتناع منها جائز معهود شرعاً ؛ اذ غاية انه نكول ،

---

(١) هو ابو اسحاق ابراهيم بن حسن بن عبد الرفيح الرمي التونسي . قاضي الجماعة بتونس  
وعطيل جامعا . امتحن بالجزل والنفي والسجن . له مؤلفات من اشهرها معين الحكم . توفي سنة ٧٣٣

والنكول جائز ، لان الناس تشق عليهم الايمان ويتورعون عنها .  
وقد سئل الامام المازري عن رجل طلب رجلا ان يبيع له سلعة  
فقال : امراته طالق لا يبيعها لك ؛ فلما رآه حلف ادعى عليه انه باعها منه ، وأنكر  
هو ، فطولب باليمين انه ما باع منه شيئا ، فتورع عن اليمين وقلبها عليه ، فحلف  
المدعى لقد باعها منه . فهل المدعى عليه حائث امر لا فأجاب لا يحث لنكوله  
عن اليمين ، لان الناس تشق عليهم الايمان ويتورعون عنها . وقد قال مالك في  
الوصي ، يغرم في نكوله في اليمين ، وتوقف عن غرمة في الكثير ، لاجل مشقة  
اليمين على الناس . فكذلك هذا ، فنكوله لاجل المشقة ، ولم يقصد بأصل يمينه إلا  
انه لا يبيعها له اختياراً ، ولا يحث فيما بينه وبين الله ، ويصدق ، إلا ان تقوم عليه  
بينة في يمينه ، فيحلف انه لم يرد الا انه لا يبيعها منه طوعاً ، ثم لا شيء عليه .  
وامتاع الحاكم من الحكم بها ، من باب مراعاة المصلحة العامة ، لانه لو شاء كل  
مدين يدعي العدم ، ان يحلف رب الدين ، يحلفه ، فضيع الحقوق بتورع الناس عن  
اليمين نعم ان ثبت ان امتناع الحاكم من الحكم بها ؛ بمجرد مراعاته اهل النخوة  
والترف ، فذلك ادل دليل على ضعف دينه . وما ذكره من تقديم ما به العمل على  
القول المشهور ، نحوه للشيخ المناوي . (١) قال اذا جرى العمل ممن يقتدى به  
بمخالف المشهور لمصلحة ، فالواقع في كلامهم انه يعمل بما جرى به العمل ،  
وان كان مخالفاً للمشهور . وهذا ظاهر اذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك  
السبب . والا فالواجب الرجوع الى المشهور اه . ثم ان وجوب العمل بالقول  
المعمول به والمصير اليه ، يلحقه تفصيل وتحرير ، وذلك ان قول اما ان يقولوا  
جرى العمل به للعرف الذي اقتضته المصلحة في عرف العامة ، فهذا امر عام  
في كل موضع وبلد ؛ كمسألة تضمين الصناع ، وكمسألة بيع السلطان للفصوبات ؛

---

(١) هو ابو عبد الله محمد الشهير بالمناوي . مشهور بزيارة الـ لـ . له اجوبة كثيرة وتقايد

على اصل ابن حمديس والبطرني، (١) خلاف اصل ابن رشد وابن الحاج (٢) وغيرهما . وأما ان يقولوا جرى العمل به في هذه المسألة في بلد كذا، فهذا لا يعم بل يخص . اهـ .

ولو ادعى المطلوب على الطالب المدلي بيئته ، انه عالم بفسق شهود بيئته ، فتوجه اليمين على الطالب انه لا يعلم ذلك وأما الدعوى التي لا تثبت إلا بالشاهدين فلا يمين بمجردهما ، كدعوى الطلاق ، والنكاح ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والاسلام ، والردة ، والبلوغ ، والجرح ، والتعديل ، والشركة ، والاحلال ، والاحسان ، والوكالة ، والوصية ، عند اشهب . قاله في التبصرة صفحة ١٥٨ من الجزء الاول ، ومثله اسقاط الحضنة اذ ليس اسقاطها مالا ولا اءايلايه . فلا توجه اليمين فيه بمجرد الدعوى ، ولا يثبت بها بالشاهد واليمين . قاله الشيخ الرهوني وما في ابن سلون في ترجمة الحضنة وما اتصل بها ، لا ينبغي التحويل عليه ونضه فان ادعى الاب على الحضنة انها اسقطت الحضنة ، وأنكرت هي ذلك ، فعليها اليمين قاله ابن الهندي اهـ .

وأما الحيازة فثبت بالشاهد واليمين لانها تثول الى المال قاله عظيم في مبحث الحيازة من برنامجي ، معترضا على ما قاله ابن ناجي . واذا حلف المطلوب على رد الدعوى ، ثم ادلى المدعي بيئته ، فان لم يعلم المدعي بها ، حكم له بها . وان علم بها ، ففي المسألة روايتان ، ارجحهما قول المدونة وان استحلفه بعد علمه بيئته

---

مفيدة في انواع من العلوم . مولده سنة ١٠٧٢ وتوفي سنة ١١٣٦

(١) هو محمد ابن الحافظ ابي العباس البطرني الاضاري التونسي . ائتمنن المجاب الدعوة . استخلفه ابن عرفة في الخطابة حين سافر للحج سنة ٧٩٢ وأخذ عنه ابن خلدون والبرزلي وابو الطيب ابن علوان وابن الحطيط القسنطيني والسيلي والوانوغي . مولده سنة ٧٠٢ ووفاته سنة ٧٩٣ (٢) هو محمد بن احمد؛ يعرف بابن الحاج . كان القضاء يدور بينه وبين عصرية ابن رشد . ألفت النوازل المشهورة وقتل ظلما بانسجد الجامع وهو ساجد في صلاة الجمعة سنة ٥٢٩ ومولده سنة ٤٥٨

تاركا لها وهي حاضرة أو غائبة. فلاحق له. وفي الرسالة وإذا وجد الطالب بيته بعد يمينا المطلوب. لم يكن علم بها، قضي له بها. وإن كان علم بها، لم تقبل منه. قال ابن ناجي وصاحب البيئمة محمول على عدم العلم، وبه العمل. اهـ. والتسرك للبيئمة، لا يلزم أن يكون بالتصريح، بل الاعراض كاف. على ما للاكثر ولا يتنعم المدعي. الملفي بيئمة بعد يمينا المطلوب، إلا بيئمة بشاهدين، ولا يكفيه الشاهد واليمين. وهذا الذي حكاه أكثر أهل المذهب، وحكم به أبو إسحاق ابن عبد الرفيق بتونس حال قراءة الشيخ ابن ناجي بها. حكى جميع ذلك في شرح الجلاب (١).

فأمر القاضي المحلف الخصم لي، وأنا أترك بيئتي. فأمر القاضي المدعى عليه باليمين، فلما توجه للحلف. بدا للطالب وطلب أن يأتي بيئته، فليس له ذلك. وبهذا حكم ابن ناجي اجتهدا. ثم اطع على النص في كتاب الديات وفي كتاب الحملات.

### المبحث الثالث في تكليف المدعي بإقامة البيئمة

فيزعم أن يمد المدعى عليه ما يغنيه عنها

إذا زعم المدعي أن يمد المدعى عليه ما يغنيه عن البيئمة، وطلبه باحضار ما بيده من الحجج لتتضح هل له فيها حجة، فامتنع المدعى عليه، فأفتى الشيخ القاضي ابن سودة (٢)، والشيخ عبد القادر الفاسي (٣)، أنه لا يلزمه اعطاء موجهاته

(١) هو عبد الله بن الحسين بن الجلاب من أهل المراق تفقه بالاهري وغيره. وتفق به القاضي عبد الوهاب. له كتاب التفرغ في المذهب؛ مشهور معتمد. توفي سنة ٣٧٨

(٢) هو محمد بن أبي القاسم بن سودة؛ من بيت علم؛ كان من قضاة العدل بفاس مولده سنة ١٠٠٣ وتوفي سنة ١٠٧٦

(٣) هو عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي؛ من بيت الفاسي الشهير بالعالم منذ أكثر من ثلاثمائة سنة ومع غزارة علم هذا السيد لم يمتن بالتأليف وإنما تصدر عنه اجوبة عما يرد من الاسئلة عليه مولده سنة ١٠٠٧ وتوفي سنة ١٠٩١

التي بيده لخصمه؛ وقالوا لو مكن الخصم من هذا وشبهه لفتح على الناس باب يعسر  
سده واختار أبو علي ابن رحال (١) القضاء عليه بذلك . واستظهر انه لو  
رفع الرسم لعدل ينظر فيه ؛ أو حلف انه لم يقصد حيلة وانما اراد الاتفاق به  
لكان حسنا . واعتمد فيما قاله على جواب الشيخ ابن ابي زيد (٢) عن متخاصمين  
طلب احدهما ان يوقفه صاحبه على وثيقة بيده له فيها حق . فأجاب اذا حضر  
الحكم وجب اخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها، وليس له الامتناع، وهو من حق  
الطالب . اهـ . وعلى ما في التبصرة عن افضية ابن سهل ونصها مسألة اذا كانت  
عند رجل كتب لغائب ، فقام رجل عند القاضي ، وذكر ان له في تلك الكتب  
حقا ومنفعة . وسأله ان يأمر الرجل باحضار الكتب لينظر له فيها ، فان  
القاضي يأمر الذي عنده الكتب باحضارها وينظر فيها . اهـ . وقد رد كلام أبي  
علي؛ الشيخ الرهوني وبعض تلامذة التاودي، وقد احسن الثاني كل الاحسان .  
فأما الشيخ الرهوني فقال ليس في كلام ابن سهل ان بين الطالب لاحضار  
الرسوم وبين المطلوب خصومة ، ولا بين الطالب والغائب الذي نسبت اليه  
الرسوم خصومة، وانما مقصود ابن سهل ان نسبة المطلوب الرسوم للغائب ليس  
بعذر يمنعه من احضارها، كما ان من بيده مال لغائب؛ ليس له الامتناع من اجضاره  
لمن طلبه به وله عليه دين ونحوه . وأما فتوى الشيخ ابن ابي زيد فقد قلها  
صاحب المعيار مختصرة، ونقلها البرزلي قبيل مسائل الضرر برمتها . ونصه : سئل

---

(١) هو ابو علي الحسن بن رحال المدائني . احد قضاة العدل والعلماء المطلعين . له شرح  
جليل على المختصر الخليلي وحاشية على شرح الصحفة نياراة والارفاق في مسائل الاستحقاق وغير ذلك  
توفي سنة ١١٤٠

(٢) هو ابو محمد عبد الله بن ابي زيد عبد الرحمن النغزي القيرواني حاميا لواء المذهب  
المالكي . ثقة بفقيه بلده وعول على ابن اللباد وأبي الفضل الميسي . وثقه به جاعة كأبي بكر  
عبد الرحمن وأبي يعقوب البراذعي له مؤلفات كثيرة من اشهرها الرسالة والنوادر والزيادات  
على المدونة ومختصر المدونة . توفي سنة ٣٨٦ ودفن بداره بالقيروان



ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب احدهما صاحبه ان يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق ، فقال لا اخرجها إلا بعد بطلان العيد ، وادعى رضى خصمه بذلك . فهل يحلف له على الصبر أم لا . فأجاب اذا حضر الحكم . وجب اخراج الوثيقة للطالب لينظر ، وليس له الامتناع ، وهو حق للطالب . اهـ . فليس فيه ان تلك الوثيقة هي ملك للمطلوب وحده . وانما فيه انها بيده . وذلك أعم من ان تكون بيده على انه كتبها لمنفعة نفسه خاصة ، أو كتبها معاً لمنفعتهما معاً . فبقيت بيده . والاعم لا اشعار له بأخص معين . ويقوي الاحتمال الثاني ، احتجاج المطلوب بأنهما اتفقا على ان لا يظهرها إلا بعد مضي ايام العيد ، ولم يحتج بأنها له وحده ، فلا يخرجها له لكونها له . فالنزاع بينهما في لزوم ما اتفقا عليه من التأخير؛ وعدم لزومه . وعلى اللزوم فهل يحلف له على الصبر . ان انكر الرضى بذلك ، أم لا . اهـ . وأما بعض تلامذة التاوودي فقال يشهد لما ذهب اليه ابن سوذة والفساسي ، ما في البرزلي في اول مسائل النكاح . ونصه على اختصار حلولو : وفي الطرر رأيت في بعض الكتب ، سئل بعضهم عن شراء الرق الذي يكتب فيه الصداق واجرة الكاتب ، فقال على الذي يتوق لنفسه . وهو ولي المرأة . قلت في المدونة ما يدل على انه عليهما ، اي على الزوج والزوجة . ويدل أيضاً ما فيها ان الورثة اذا اجتمعوا على اثبات وفاة ونحوها . فأجرها على جميعهم . على عدد رؤوسهم . وكذلك القسمة . ومن طلب نسخة فله ذلك بالقضاء . بخلاف ما لو أقامها احدهم حتى تم حقه ، فليس عليه ان يعطيهم نسخة منها إلا برضاة . وقد نزلت بتونس وحكم بذلك ووقعت الفتيا به . اهـ . وما نقله ابن سهل عن ابن القطان (١)

---

(١) المراد به ابو عمر احمد بن عيسى بن هلال القطان القرطبي الذي دارت عليه الفتوى مع ابن عتاب وفتحه بابن دحون وابن الشقاق وسه القاضي ابن منيت؛ وفتحه عليه موسى بن الطلاع وابن حمديس وابن رزق . مولده سنة ٣٩٥ وتوفي سنة ٤٦٠ - وليس المراد به علي بن محمد بن عبد الملك المكناسي المعروف بابن القطان شارح احكام عبد الحق الاشبيلي؛ لوفاته سنة ٦٢٨ - فهو متأخر عن ابن سهل المتوفى سنة ٤٨٦ فلا يصح ان ينقل عنه ابن سهل .

فيمن وقف على املاك بيده من ابن صارت له ، فقال عندي بذلك وثائق فطولب  
باحضارها ، فأبى ، قال ابن القطان ليس على الموقوف احضار الوثائق ، ولا  
يسأل من أين صارت له الاملاك ، إلا ان يكون معروفاً بالغصب والتسور  
والاستطالة ، اهـ . وأما مسألة ابن أبي زيد وابن سهل فمخالفة لمسألة ابن سوادة  
والفاسي ، اذ الاولى ذكر السائل انه طلب نسخة مما له فيه حق ولا يكون  
له الحق إلا اذا كان هو ممن اقامه ، أو دخل مدخل الذي اقامه ، وثبت ذلك  
بالموجب ، كما يفيد ما تقدم عن حلوله ، ومسألة الفاسيين لم يقم القائم على ما فيه  
حق له وانما قام يطلب ما فيه منفعة له ؛ فأفتيا بمنعه ، فابن أبي زيد وابن  
سهل تكلموا على ما ثبت فيه حق للطالب ، ولم يتعرضا لما لا حق له فيه ، وانما  
له المنفعة فقط والفاسيان تكلموا على ما فيه المنفعة فقط ، والبرزلي في نقله  
تكلم على الطرفين ، والشيخ ابن رحال خالف الجميع ، فقال باعطائها فيما فيه  
المنفعة فقط ؛ فتعين عدم قبوله ، اهـ باختصار . انظر حاشية مهدي عند قول  
التحفة « وطالب التأخير فيما سهل » وقد تبين بما ذكرنا ضعف قول الشيخ  
عمر الفاسي محل كلام ابي علي مع حضور الرسم وإلا فلا يجبر على الاتيان  
به بلا خلاف ، وان صوبه ابن سلامة في حاشية التاودي ووجه الضعف ان  
مسألة ابن ابي زيد وابن سهل ، الرسم فيها غير حاضر بالمجلس . قال ابن  
سلامة وعملنا في تونس على هذا ان كان حاضرا دفع لعدل ينظر فيه ، وانظر  
دل كونه في الجيب بمنزلة الحاضر يفتش ويخرج أم كالفائب وهو الاظهر ،  
لانه اذا لم يفتش دار الغريم لتمكين الحق الثابت - ومثله جيب المفاس كما يأتي -  
فأحرى هذا ، اهـ . وانا اشك في صحة العمل الذي ذكره اذ لم ينص عليه  
عظوم ولا الشريف ولا ابن الطاهر ؛ ولعله رأى بعض شيوخه من القضاة  
فعل ذلك اغتراراً بكلام ابي علي فحكاه عملا وقد علمت ما فيه ، وتلخص

ان ما ثبت الاشتراك فيه ، أو تعين الحق فيه للطلب ، وكان مسلماً كرسوم المحاسبات والتركات والاحباس وعقود الاملاك ، لا خلاف فيه ؛ كما قاله الشيخ عمر الفاسي . وان الحججة متى كانت موروثه ، أو اقامها الجميع ، فمن اراد نسخة منها اخذ الاجر من الجميع ، اذ لا وجه لاستبداد واحد دون الآخر ؛ إلا اذا تراضوا على تمكينها من شخص واحد منهم . ومن اسقط حقه لا يلزمه اجر . قال ابن سلامة رأيت القضاء بذلك من شيخنا القاضي اسماعيل (١) والقاضي ابن عبد الستار (٢) وبه قضيت مراراً . ورأيتهما يأمران بالقرعة على الاصل والفرع . اما اخذ النسخ من عقود الاملاك المباعة المبر عنها الآن بالمضمون ، فلاجر على البائع ، او يمكنه من الاصول ؛ فان ابى التمكين . خير بين التمسك بالمبيع والرد ؛ ان لم تكن الرسوم الاصلية حاضرة ، وإلا اجبر على تمكينها . اهـ كلامه وستأتي المسألة ان شاء الله في الباب الثاني .

### المبحث الرابع في تكليف المدعي باقامة البينة فيزعم ان له بينة

اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي . فسأل القاضي المدعي أله بينة ، فادعاها ، فاما ان يدعي انها قريبة او بعيدة ؛ فان ادعى قربها ، كان للطلوب سؤال الحاكم تأجيله على احضارها . ومقدار الآجال في غير ما ورد تحديده من

---

(١) هو اسماعيل التميمي التونسي ؛ قاضي الجماعة بتونس ومفتيها ورئيس المفتين بها . اخذ عن الشيخ صالح الكوش وعمر المحجوب . وأخذ عنه الشيخ ابراهيم الرياحي والشيخ البحري بن عبد الستار والشيخ محمد بن احمد بن خوجة له رسائل وفتاوى عديدة نزع فيها منزع ابن مرزوق في التحرير والاخذ بمناخذ المجتهدين . تولى رئاسة ائقتين عوض الشيخ محمد المحجوب بعد وفاته توفي سنة ١٢٤٨

(٢) هو محمد بن عبد الستار البحري التونسي ؛ قاضي الحاضرة وفتيها الموق اخذ عن الشيخ حسن الشريف والشيخ الطاهر بن مسعود والشيخ اسماعيل التميمي والشيخ ابراهيم الرياحي . وأخذ عنه الشيخ محمد بن سلامة ولازمه توفي سنة ١٢٥٤

الشارع ؛ موكول الى اجتهاد الحاكم . غير ان المتأخرين من المنازعة ضيقوا الخناق ، حتى جعلوا مخالفة الحاكم في مقدار الآجال الذي اشتهر عن القضاة ، يوجب مغمزا في الحكم . قال التسولي في شرح التحفة قبيل مبحث الاعذار : المناسب لضعف عدالة قضاة الوقت ، ان لا يقبل منهم اقل من هذه التحديدات المذكورة ، وانه ان حكم عليه ، بعد ان اجله بأقل ، وعاجله بالحكم ، والمحكوم عليه يطلب ما وجب له على التفصيل المار ، ينقض حكمه وتعجزه ان اتى بحجة . لانهم انما استحسنوا التحديدات المذكورة وعملوا بها ، رفعا للتهم . فكما لا يقبل قول قاضي الوقت حكمت بعد ان اجلت ، ونحوه ؛ كذلك لا يقبل قوله اجتهدت في قدر اجله ، اذ ليس هو من اهل الاجتهاد . ولذا صرح غير واحد بأن العمل على التفصيل المتقدم ، اه . وهو مشكل جدا ، وتظيرة بعدم قبول قول القاضي ، حكمت بعد ان اجلت ، مبني على ما جرى به عمل فاس لا على ما جرى عملنا ، وستأتي المسألة قريبا ان شاء الله .

وقد وقع التأجيل لاحضار البينة القريبة ، في ادعاء الاصول ، وفي الزرائع ، بشهر ؛ يؤجل خمسة عشر يوماً ، ثم ثمانية ، ثم اربعة ، ثم ثلاثة تلوماً . أو يؤجل ثمانية ، ثمانية ؛ ثم يتلوم بستة ، أو عشرة ، عشرة ؛ ثم يتلوم بعشرة . أو بعشرين ، ويتلوم بعشرة .

وأجل في ادعاء غير الاصول والموارث ، بواحد وعشرين يوماً . يؤجل ثمانية ايام ، ثم ستة ، ثم اربعة ؛ ويتلوم له بثلاثة ، وهذا كاثبات استحقاق الحضنة ، واثبات النسب ، واثبات ان متاع البيت له ، أو لها .

وأجل لاثبات العدم في الصداق ؛ ثلاثة اسابيع . نقله مهدي في حاشيته الزقاقية صفحة ٥٩ - وأجل في اثبات الدين ؛ ثلاثة ايام . ولم يذكر مقدار التأجيل لاثبات العدم في غير الصداق ؛ واستظهر تأجيله بثلاثة ايام ؛ قياساً على

ثبت دين ؛ بجامع ان كلاً مثبت لحق . نقله مهدي ايضاً في حاشية الزقاية  
صفحة ٥٣ - واذا وقع الاجل مفصلاً ، واقضى الاجل الاول ، وغفل المدعى  
عليه عن التأجل ، فلم يقم عليه إلا بعد مدة تنتهي فيها الآجال المفصلة كلها ؛  
فان ايام الغفلة تحسب من الاجل ، ولا يزداد للتأجل اجل اخر . بهذا اثنى  
الشيخ قاسم عظوم كما في اجوبته ، حيث قال وأيام الغفلة يحسب بها على ما قاله  
بعض الموثقين . وعزاه الوانوغى (١) للشيخين ابي صالح (٢) وابن عتاب .  
وهو منصوص عليه في الهدية ، وساقه وحكى عن شيخه ابن عرفة تصويبه .  
وخرج البوسعيدي (٣) في اختصار الحاوي المسألة على قاعدة من فعل فعلا لو  
رفع الى القاضي لم يفعل غيره ؛ هل يكون بمنزلة ما لو رفع اليه أمر لا . اهـ .  
نقله ابن الطاهر في حاشيته في مبحث الآجال .

واذا أجل القاضي الخصم ، ثم عزل او مات قبل انصرام الآجال ، لم يستأنف  
الذي ولى بعده ضرب اجل اخر ؛ وينفذ الحكم من اليوم الذي انتهى اليه  
العزل او الموت . وكذلك الحكم في الخصمين اذا مات احدهما قبل انقضاء  
الاجل الذي ضرب له ؛ فانما يكمل في حق الآخر ، او في حق ورثته . نقله  
في التبصرة عن المفيد صفحة ١٤٠

(١) هو محمد بن حمد الوانوغى التوزري نزيل الحرمين الشريفين كان مشهوراً بالذكاء  
والحفظ والاعجاب بنفسه والازدراء بمعاصريه اخذ عن ابن عرفة وأحمد بن عطاء الله وأبي  
الحسن البطرني وابن خلدون وأبي العباس القصار واخذ عنه ابن ناجي . له طرر على المدونة  
في غاية الاجادة مولده سنة ٧٥٥ وتوفي بمكة المكرمة سنة ٨١٩ وينهب بعض الى ان  
تلك الطرر ليسى الوانوغى من اصحاب ابن عرفة الذي حج سنة ٨٠٣ ثم رجع لبلده

(٢) هو ايوب بن سليمان بن صالح بن هشيم المافري القرطبي كان فقيها حافظاً مفتياً  
ذرت الشورى عليه وعلى صاحبه ابن لبابة في ايامهما سمع من المتبي وغيره وذكره ابن سهل  
في احكامه توفي سنة ٣٠١

(٣) هو ابو عبد الله البوسعيدي البجائي . اختصر الحاوي وأتم اختصاره في ذي القعدة سنة ٨٢٦

وأما اذا ادعى القائم ان له بينة بعيدة ؛ فيؤجل على احضارها اذا كانت الدعوى في الاصول وفي الوراثة ، ثلاثة اشهر . كما في التحفة .

وإذا سأل الطالب ، المدعي بينة قريبة ، ان يأتي المطلوب بحميل بالوجه ، الزم المطلوب ذلك ، فان عجز ، حلف الطالب ان له بينة وسجن له الى اتمام الاجل المضروب فان ثبت الحق قضي به ؛ وإلا حلف المطلوب وذهب . ويتوقف سجن المطلوب العاجز عن الحمل ؛ على تسمية الطالب الشهود ؛ وإلا لم يسجن المطلوب . قاله الزقاق في لاميته ، واستظهره شراحه . وليس ذلك منصوصا لمهتقين ، وانما النص على تسمية الشهود في خصوص البينة البعيدة قلت وهذا المذكور لا يتمشى مع التمكين من الحكم على المتعيب كما تقدم ؛ فلا ينبغي للقاضي اليوم ان يسجن المطلوب اذا عجز عن الحمل وحلف الطالب ان له بينة ؛ لان القضاء بالحق بعد ثبوته ممكن ، سواء أحضر المطلوب او تغيب ؛ فلا ضرر على الطالب .

وإذا سأل الطالب ، المدعي بينة بعيدة ؛ تحليف خصمه المنكر ؛ مستقبيا لنفسه الحق في القيام ببينته اذا حضر الشهود ؛ اوجب الى مطلبه ، بشرط ان يسمي الشهود ، وان يحلف انه صادق في دعوى البينة . وقيل لا يلزمه إلا تسمية الشهود دون الحلف . واذا سمى الطالب الشهود الذين زعم غيبتهم ، فلم يشهدوا له ، او شهد غيرهم ، بطل حقه ، ولم يكن له قيام على المطلوب . واذا أبى الطالب من تسمية الشهود ، لم يكن له ان يحلف المطلوب ، إلا على ان لا يقوم بحجة بعد .

### المبحث الخامس في الاعداء المترتب على حضور البينة

إذا ادلى المدعي بالبينة الشاهدة بصدق دعواه ، أعذر القاضي فيها للخصم ، بمعنى انه يسأله هل له ما يسقطها ، فان ادعى ذلك ، اجله القاضي بشهر ، كما قال في التحفة :

وحل عقد شهر التاجيل فيه وذا عندهم المقبول

وحل العقد ، اي اسقاط البينة ، يكون أما باثبات مخرج منها ، او بتناقض فيها او استحالة؛ او بتكذيب المشهود له ايها ، او بتجريح شهودها ، وإما بمعارضة البينة .

فاثبات المخرج ؛ كأن يدعي ان الارض له ، فينكره الخصم ؛ فيدلي القائم بيينة في الملكية ؛ ويعذر فيها الى الخصم ؛ فيثبت الخصم ان القائم باعها له او وهبها له . فان هذه البينة اذا سلمت من القوادح ، تسقط حق القائم ؛ وتبطل بيئته . ومن اثبات المخرج ، ان يثبت الاستحفاظ ؛ بمعنى الابداع ؛ على شرطه ؛ وهو ان يبين التقيمة ان كان المشهود فيه معاوضة ؛ ومن غير احتياج لذلك في عقود التبرعات ؛ كأن يدعي ان الدار له ، فينكر الخصم ؛ فيدلي المدعي بيينة ان الحائز وهبها للقائم ، فيثبت المدعى عليه ايداعا قبل تاريخ صدور الهبة ان ما يفعله غير ملتزم له ؛ وانما قصده به استدراجه ليقر بحق له عليه . فذلك يسقط بيينة القائم

والحل بالتناقض ؛ كأن يدلي القائم بيينة تشهد أن الأرض ملك له ؛ فيعذر فيها الى الخصم ، فيثبت ان اولئك الشهود شهدوا في موطن ، اخر ان الارض وقف على القائم وكان يقول شهود بيينة المدعي حضرنا يوم كذا بتونس وبحضرتنا انكح ابنته فلانا ؛ او باع له داره التي بدرج كذا ، فيعذر الى المشهود عليه ؛ فيثبت انهم قالوا قبل الشهادة او بعدها وقبل الحكم بها كذا في اليوم المذكور بمصر فهذا تناقض في الشهادة يوجب سقوط الحجة ، ولا تجر الى ضرر في الدعوى ولا تناقض فيها لان المدعي أتى بها طبق دعواه فكذبها من خارج لا يبطل الدعوى . والتناقض في نفس الشهادة لا يمكن المشهود عليه من الحل به في الشهادات الاصلية ؛ لانه من باب القدح بالكذب ؛ وشاهد الاصل

هو العدل المبرز ؛ بخلاف الاسترعاء ، فقد يكون مبرزاً ، وحيشذ لا يحل به لما ذكر ، وقد يكون غير مبرز ، فيمكن من الحل به . وإيضاً فشاهد الاصل من يقول اشهدني فلان بكذا يوم كذا ، فائبات حله بالتناقض غير ممكن ، لانه ان كان بأسترعاء ، شهودة مبرزون ؛ شهدت انه ليس هناك ، فالتبث مقدر على الثاني ، كما سيأتي ان شاء الله في مبحث تعارض البيئات قريباً . وان كان باسترعاء شهودة غير مبرزين ، فكذلك مع زيادة الترجيح بالاعدلية . ولا يكون التناقض في الشهادات الاصلية إلا من المشهد ، ويرجع ذلك الى تكذيب المشهد للشهود ، وذلك لا يجز قدحاً في الشهود ، اذ لا يلزم من تكذيب المشهد للشهود كذبهم في نفس الامر الواقع . وهذا هو الفرق بين التناقض في الاسترعاء وفي الاصل ؛ ففي الاسترعاء ، قدح بالكذب في الشاهد بواسطة تناقضه ، وفي الاصل ، تكذيب من المشهد ؛ وفي الاول قبل منه بينة اخرى ، وفي الثاني لا قبل ، لان تكذيب الشهود فيما شهدوا به له في الدعوى ؛ تكذيب لنفسه فيها قطعاً ، فيتناقض قوله بالنسبة لاصل الدعوى . وهذا كأن يقوم على حائز ارض ، ويدعي انها له ، فينكر الحائز ؛ ويزعم ملكيته لها ؛ فيدلي القائم برسم تباع بين المدعي والمدعى عليه فيها بتاريخ كذا . فيعذر الى المدعى عليه في الرسم ، فيثبت انه كان ادعى عليه ان هذه الارض له بطريق الهبة من الحائز بعد تاريخ التباع ، فلا عمل على كل من الدعويين ، ولا على ما يحتج به عليهما او على احدهما ؛ للتناقض في القولين وتكذيب شهود كلتا الدعويين . قاله ابن سلامة في حاشيته وما صورنا به التناقض في البيئات الاسترعائية هو البذي ينبغي اعتماده ، اما تصويره بأن التناقض في مجلس واحد من شاهدي الاسترعاء عند الاداء ؛ فمما لا يلتفت اليه . لان البينة بهذه الصفة لا يعذر القاضي فيها ، وانما يعذر في التام الصحيح ، وغير الصحيح يردده ويطلبه . من غير اقتضاه الى قدح الخصم فيه .



والحل بالاستحالة كأن تشهد بينة ان الدار للقائم ، ملكها بالشراء من المدعى عليه عام كذا فيثبت المدعى عليه ان القائم في تاريخ الشراء . لم يبرز الى عالم الوجود ، ومن هذا ما وقع امامنا في نازله استحقاقية احتج القائم فيها برسم مدلس ، اسنفيد تدليسه من حتم به منسوب لبعض قضاة الحاضرة ؛ وتاريخ الحتم سابق على زمن الولاية؛ ومن تحديد العقار في بعض جهاته بوقف المدرسة الباشية ، مع ان التاريخ سابق على تاريخ بناء المدرسة .

والحل بتكذيب المشهود له شهود بينته ؛ تقدم التمثيل له غير مرة .

والحل بالقدح في الشهود ، يكون في غير المبرز بكل قادح ، وفي المبرز بالعداوة والقرابة . فاذا ذكر شاهد القدح جملة من القوادح في شهود البينة ، كان التجريح ساقطاً ، ففي رعاية الامانة للشيخ عظم ان ابن راشد نقل عن القرافي وسأله ، ان المجرح يجب عليه ان يقتصر على اقل ما يحصل الجرحمة المانعة ، فان زاد على ذلك ، كان غيبة ، وهي محرمة اجمالاً ، فيكون ذلك جرحاً . ومنه قولهم في التجريح نعرفه كذاباً فصيغة المبالغة في صفة الكذب زيادة لافائدة فيها ، لان ما ابيح من ذلك مقيد بقدر الحاجة ، لضرورة التجريح وتحصيل مصلحته ، ويبقى ما عداه على وفق الاصل من انها غيبة محرمة . قال الشيخ الجمد وهو صواب ، وعليه فاذا اقدم على الزيادة ، يجب أن يجرح بها ، لأن الزيادة جرحه في المجرح ؛ تبطل بها شهادته في التجريح . اهـ . قال عظم في برناجه : وهي فائدة جليلة قل من يتفطن لها ؛ وقد ابدتها في بينة جرحت حاضنة بأموار ثمانية ، عند قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد بن عزوز ، ولم يتعرض لها احد من مفتيي تونس حينئذ في عام ثمانين وتسعمائة ، ولم تقدم اذذاك للفتيا ؛ فاستغربه جميعهم ، ولم يقبله مني ، ولم يوافق عليه . عدا الشيخ سيدي عبد الكريم بن سعيد ، ومن جهل شيئاً عاداه . اهـ . قلت الذي

في الفائق ان هذه المسألة جرت في القاهرة ، و قد اختلف فيها بينهم ؛ ولم يصرح باسم القرافي . وحيث كان هذا رأيا لابن راشد ، ناشئا عن تحقيق المناط ، وهو ان الزيادة هل هي غيبة ، وهل الزائد على الضرورة غيبة ؛ ولم يكن في نصوص المذهب ابطال التجريح بهذه الزيادة ، تعين عدم اعتماد ما ذكره على ان في تجريح البينة الشاهدة بتعدد الجرحمة نظرا من وجوه الاول ان المشهود له قد يجد المخرج من بعض القوادح المعينة في شهوده ؛ كالتجريح بتكرار الكذب في شيء معين ؛ فيثبت المشهود له ان تلك الكذبات في مصلحة تبيح الكذب ؛ وكالتجريح بترك حضور الجمعية مرات فيثبت المشهود له ان ذلك لتاويل او لمرض خفي على الناظرين ، وكالتقديح بانكار وديعة ، فيثبت المشهود له ان تلك الوديعة مقدار مال للمودع ( بالفتح ) استولى عليه المودع ( بالكسر ) وتعذر اخذه منه . فالإقتصار على بعض القوادح فيه خطر اعمال الشهادة الباطلة ؛ واعانة المبطل على استباحة الاموال المعصومة الثاني ان القديح قد يكون بكبيرة اعلن بها ولم يطلع عنها ، وذلك يسلب المقدوح فيه حرمة العرض ، ويسمى بالاعلان بالفسق ، ولا غيبة في فاسق معلن الثالث ان الغرض انما هو ابطال الشهادة الزائفة ؛ لا ايداء الشاهد في وصفه بما يكره على ان التجريح بالغيبة قال فيه صاحب العمل المطلق ولا يجرح شاهد بالغيبة ، لانها عمت بها المصيبة . ونقل ابن الطاهر في حاشية التاودي ، عند قول التحفة « وغير ذي التبريز » ان ابن راشد القفصي قال في اول نكاح الفائق ما نصه فان قلت فاذا شهد في حق شخص بأوصاف عدة ، مثل كونه شارب خمر ، وممن يعمل بالربا ، وغير ذلك ، فينبغي ان يجرح هذا الشاهد ، لانه قد اغتاب المشهود عليه ، لان الزائد على وصف من تلك الاوصاف لا يفيد شيئا لان التجريح حصل بأحدها ، فيكون ما عداه غيبة ، وانت تقول ان الشاهد يجرح بالغيبة ، قلت ان الشاهد انما يقصد التجريح ، وأما لو علم ان التجريح يحصل ببعض تلك الاوصاف ،

وقدم على الزيادة مع علمه بالتجريح ، لزم على ما قلناه ان يجرح بذلك والله اعلم وقد شأنت في هذه المسألة بعض الفقهاء فقال ان الشاهد يجرح بذلك وقال غيره لم يقصد الغيبة ، وانما قصد التجريح يريد فلا يجرح وهو اصوب والله اعلم

والحل بالمعارضة يكون باقامة بينة لا يمكن الجمع بينها وبين بينة الخصم ، اما اذا امكن الجمع فلا تعارض كبينته شهدت للقائم بالملك ، وأخرى شهدت للمدعى عليه بالحوز ، لان الحوز يكون عن ملك وغيره ، فيعمل بهما معاً ، ويقضى لذي بينة الملك ، ان لم تكن هناك حيازة مستوفية للشروط . ففي الموازية: (١) لو اقام رجل بينة ان هذه السلعة ملكه ، واقام الآخر بينة انها اشتراها من السوق ، كانت لذي الملك ، اه . لان الشراء قد يكون من غير مالك . ولهذا كانت عقود الاشرية لا تفيد الملكية . ولا تكون حجة إلا بين المتبايعين . هذا الذي عليه التحويل ، وصرح به ابن الحاج . أما رد الونشريسي عليه فمفتقد . وقد اوضح المسألة التاودي في شرح الزقاية وحاشية الزرقاني .

اما اذا تعارضت البينتان ، فان وجد ما يرجح احدهما ، عمل بالبيضة الراجحة؛ وإلا سقطتا . والترجيح يكون باشياء

الاول - ذكر سبب الملك ، فاذا شهدت احدهما بالملك والاخرى به مع بيان سبب الملك كأن تشهد بينة ان الدار ملك لزيد ، واخرى ملك لعمرو بناها بيده ، فتقدم الثانية على الاولى ، ولو كانت اعدل ، او في حوز المشهود له . وهذا اذا لمرتورخاء ، او كانت الشهادة بالسبب اقدم تاريخاً . فلو كانت الشاهدة بالملك

---

(١) لمحمد بن ابراهيم الاسكندردي المعروف بابن المواز . تفقه بين الماجشون وابن عبيد الحكيم واعتمد اصبيغ . واتباه المروفي بالموازية من اجل الكتب المالكية ؛ ورجحه القاسبي على سائر الامهات جموله في رجب سنة ١٨٠ وتوفي في دمشق سنة ٢٦٩ وقيل سنة ٢٨١

وحده ابعده ، كأن يقول كان يملكها منذ ثلاث سنين ، وقول الاخرى بناها منذ سنتين ؛ كان تهاترا ، ويقضى بالاعدل انظر حاشية مهدي على الزناقية صفحة ١٣١ - ولو شهدت احدهما انها ملك لزيد ، والاخرى انه بناها عمرو . فقيل بتقديم بينة الملك ، وهو اختيار الزرقاني وابن رحال والبناني والشيخ عمر الفاسي ؛ وقيل بتقديم بينة السبب ، وهو ما في التوضيح واختاراه مصطفى وجسوس (١) والتاودي والرهوني ، وهو الاشبه لكن تقديم ذات السبب مشروط بشرطين ، الاول ان يقولوا بناها لنفسه ، والثاني ان لا يكون منتصبا للناس ، فان انتصب لهم ، لم ينتفع بالشهادة ؛ وانما يقضى له على من شهد له بالملك بقيمة عمله ؛ بعد حلفه انه ما عمله باطلا وليس حلقه المذكور مكذبا لما ادعاه اولا قاله بناني

الثاني - زيادة العدالة ، في المال وما يؤول اليه قال في المدونة قال مالك من كانت في يده دور أو عبيد أو عروض أو دراهم أو دنائير ، أو ما اشبه ذلك من الاشياء ، فادعى ذلك رجل ، واقام بينة ان ذلك له ، وأقام من ذلك بيده انه له ؛ قضى بشهادة اعدلهما ؛ وان كانت اقل عددا اه . فان كانت البيتان متساويتين عدالة ؛ الا ان مزكي احدهما اعدل من مزكي الاخرى ؛ لم يعتبر عند ابن القاسم ؛ وهو المشهور ، وقيدنا الترجيح بزيادة العدالة ؛ بكون المشهود فيه مالا اوعا يلا اليه ؛ للاحتراز عن الشهادة بالعتق والحدود والدماء في العمدة والتجريح والطلاق والنكاح ؛ فان زيادة العدالة فيها ملغاة . كما قال الزقاق بعنق نكاح ألغ زيد عدالة كحد طلاق مع دم جرح انجلا

---

(١) هو محمد بن قاسم جسوس شيخ الجماعة في وقته . اخذ عن عمه عبد السلام جسوس والمسناوي ومحمد بن عبد القادر الفاسي وولده انطيط الفاسي والربيعي بردلة وابن زكري و أخذ عنه الشيخ التاودي . له شرح علي المختصر وشرح على الرسالة وشرح على الشرائع وشرح على الحكيم الطائفة . مولده سنة ١٠٨٩ وتوفي سنة ١١٨٢

فلو ان اربعة نفر شهد اثنان منهم انه طلق امرأته في مجلس ، وشهد اخران انه لم ينطق في مجاسه ذلك بشيء من الطلاق ، ولكنه حلف بعق غلام له سماه ، سقطت الشهاداتان ، لان بعضهم كذب بعضا قاله ابن القاسم ؛ قال ، وان اختلفوا ، فقال بعضهم نشهد انه طلق امرأته فلانة ، او اعتق غلامه فلانا ، وقال الآخرون نشهد أنه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا ، او ما حلف بطلاقها ، ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة ، يريد امرأة اخرى . او قالوا نشهد انه ما اعتق الذي شهد تم له بالعقاة ، ولكنه اعتق فلانا ، غلاما له ، اخر ؛ فان الشهادة تبطل ؛ وتتقض من قبول الاولين والآخريين في الطلاق والعقاة . نقله الخطاب .

الثالث - النقل يرجح على الاستصحاب ، فمن له دار وتوفي عنها ، فادعى ولده انها لم تزل على ملك ابيه الى الموت ، وأقام على ذلك بيته ، وادعت زوجته انه اعطاها لها في صداقها ، او اشترتها منه ، وأقامت على ذلك البيته ، فتقدم بيته ، لانها ناقلة ، وبيته الابن مستصحبه والتحقيق ، كما قال الشيخ التسولي في حاشيته الزقاقة ان لا تعارض هنا ، لان المستصحبه شهدت بنفي العلم بالخروج ؛ وذلك لا يقتضي عدم الخروج ، فلا تعارض الناقلة العاملة به ، نعم اذا قالت هذه : وقع النقل بالبيع ، او الطلاق في وقت كذا ، وقالت الاخرى لم يقع بينهما بيع ولا طلاق مثلا ، في ذلك الوقت اصلا ، فيتعارضان حينئذ ، وتقدم بيته النقل . قاله التسولي وانظر هل يخالف ذلك ما نقلناه عن ابن القاسم حسب نقل ابن رشد كما في الخطاب . على ان المسألة ترجع الى الاثبات والنفي

الرابع - الاثبات على النفي والمراد اثبات الشيء المتنازع فيه فاذا تنازعا في حوز العطية فالبينة الشاهدة به مثبتة ، والبينة الشاهدة بعدمه نافية واذا تنازعا في انه اوصى وهو تام العقل ، فالتى شهدت بالتامام مثبتة فتقدم واذا تنازعا في البيع أو الطلاق أو الضرر ، فالبينة الشاهدة بها ، مقدمة على النافية لها .

وإذا تعارضت بيننا تعديل وتجريح ؛ قدمت بينة الجرح لأنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الاخرى وإذا شهدت بينة ان المحبس لم يخرج عنه الحبس الى ان توفى وهو بيده ، وشهدت اخرى ان المحبس عليه حازه ، فقال في المعيار : اختلف صحابنا في ذلك ، فقيل ينظر الى اعدل البينتين ويقضى بها ، وقيل ينظر ان كان الحبس بيد المحبس عليهم وقت الدعوى فالحبس نافذ ، وقيل شهادة من شهد بالحوز اولى بالقبول والجواز ، اذا كانت عدلة ، وان كانت الاخرى اعدل ، لان شهادة الحيازة ثمر حكما ، وتوجب حقا ، وشهادة الذين لم يشهدوا بالحيازة ينفون ذلك ومن اثبت شيئا اولى ممن نفاه هذا الذي تقرر عليه مذهب مالك واصحابه ، وبه قال حذاقهم ، وبه اقول ، اه .

الخامس - الاصلة على الفرعية يدخل تحت هذا العنوان بيننا الصحة والمرض ، وبيننا الطوع والاكراه ، وبيننا الصحة والفساد ، وبيننا الرشد والسفه ، والعسر واليسر ، والعدالة والجرحمة ، والحريية والرق ، والكفاءة وعدمها ، والبلوغ وعدمه فتقدم بينة الاكراه والصحة والسفه واليسر والجرحمة والكفاءة والحريية والبلوغ على اضدادها وانما قدمت بينة الاكراه والسفه والبلوغ لأنها ناقلته ، وان كانت اضدادها اصولا وقدمت بينة اليسر لان الاغلب التكسب ، وان كان الاصل الفقر ؛ ولان بينة العسر تشهد بنفي العلم وتعتمد على قرائن ظنية ، بخلاف بينة اليسر .

فلو شهدت بينة بنكاحه صحيحاً ؛ وبينة به مريضاً مرض المتع ، قدمت بينة الصحة وقيل بتقديم بينة المرض ، وقيل ترجيح التي هي اعدل قاله ابن عرفة واذا شهدت بينة بأنه تبرع في حال صحة بدنه ، والاخرى في مرضه المخوف ؛ قدمت بينة الصحة ، ويكون التبرع نافذا ان حيز وليس من هذا اذا شهدت بينة بأن المرأة ما زالت على عقلها الى الان ؛ وشهدت اخرى انه طراً

اختلال عقلها نحو هشرة اشهر ، فان بينة الاختلال تقدم ، لانها مثبتة وناقلة ،  
والاخرى نافية ومستصحبة فلا يلزم ما عقده من بيع او غيره في هذه المدة .  
قال المهدي في حاشية الزقاية صفحة ١٣٥ -

السادس والسابع التاريخ، وسبقه، فتقدم المؤرخة على المطلقة ، والاقدم تاريخا  
على الاحدث، فلو ادعى المرأة رجلان ، وأنكرتهما ، او احدهما ، وأقام كل  
البينة ، فسح ، فلو ارخت احدهما برمضان ، والاخرى بيوم منه ، قضي بذات  
اليوم ، الا ان تقطع الاخرى ان النكاح كان قبل ذلك اليوم ، فترجح لانها اقدم  
تاريخا. ووجه ذلك ان المشهود فيه ثبت للاقدم ، والاصل الاستصحاب ، وما  
اثبتته البينة الاخرى محتمل ، لمارضة هذه البينة له ؛ فتساقطتا فيما تعارضتا فيه ؛  
ويبقى استصحاب الحال لذات التاريخ الاقدم خاليا عن المعارض . قال ابن عبد  
السلام . وترجح الاقدم تاريخا ، ولو كانت الاخرى اعدل . وسواء أ كان الشيء  
يد احدهما ، او ايديهما ؛ او يد ثالث ؛ او لا يد .

الثامن الترجيح بكمال البينة . فيقدم الشاهدان على الشاهد واليمين ؛ والشاهد  
والمرأتين .

التاسع الترجيح بالتفصيل . فتقدم البينة المفصلة ؛ على البينة المجملته . فاذا  
شهدت بينة ان ولاء بكر لزيد ؛ وقبلت على اجمالها ؛ لان شهودها من اهل العلم ،  
وشهدت بينة اخرى انه لعمر و ، وأنه باشر عتقه أو جبر ولاء له بولادة أو عتق ،  
قدمت الثانية على الاولى

واذا لم يوجد مرجح لاحدى البينتين على الاخرى ، فإن كانت الشهادتان  
فيما لا يعلم اصله ؛ بقي الشيء يد حائزه من المتداعين مع يمينه ، على  
المشهور وان كانتا فيما عرف اصله ، ككونه بالارث عن فلان ، وأقام  
كل البينة انه وارثه فلا يختص به الحائز ، ويقسم بينهما ؛ ولو أقام احدهما

انه وارث فلان وحده ؛ وأخذ المال ثم أقام ، آخر بيته كذلك ، فهو بينهما ،  
قاله في المدونة انظر شرح الفاسي للزقاية .

وإذا كان المدعى فيه بأيديهما معاً ، أو لا يد عليه لاحد ، وتزاعاه وتكافأت  
بيتهما ، قسم بينهما على حسب دعواهما كالعول ، مع إيمانها .

وإذا كان المنازع فيه بيد ثالث ، وسقطت البيتان ، فإن أقر به لواحد منهما  
فهو للمقر له يمينه ، وإن أقر به لغيرهما ، أو لم يدعه لاحد ، فهو بينهما ، ولا  
يعتبر قوله ولا سكوته ، وإن ادعاه لنفسه ، فهو له يمينه . قاله الزرقاني

والاعذار للخصم قبل الحكم واجب والحكم بكونه باطل عند اهل المذهب .  
ويتقضى اذا ثبت عدم الاعذار بيته ، أو باقرار الخصمين والقاضي اما لو ادعى  
المحكوم عليه عدم الاعذار ، فلا يتعقب الحكم عند مطرف وابن الماجشون ،  
وعند غيرهما يستأنف الاعذار ، فان أبدى مطعناً تقضى ، وإلا فلا . قاله الزرقاني .  
وقيد الزرقاني وجوب الاعذار بما اذا ظن القاضي جهل من يريد الحكم عليه  
بأن له الطعن أو ضعفه عنه ، وإلا لم يجب ، بل يحكم ، ان لم يطلب الخصم  
التفدح اه . قلت وما نقله الزرقاني عن مطرف وابن الماجشون ، هو الذي  
به العمل التونسي ، ففي اواخر قضاء البرنامج لعظوم مانعه واذا انكر محكوم  
عليه وقوع الحكم ، وادعاه الحاكم ، صدق المحكوم عليه ؛ إلا بيته على الحكم ؛  
بخلاف اختلافهما في وجود السبب ؛ كأقرار الخصم قلت وفي مغناه تأجيله  
والاعذار اليه وحاصله وجود سبب الحكم وشرطه وانتفاء مانعه ، مصدق فيه ؛  
فالقول في وجوده وعدمه قوله ، لا قول المحكوم عليه . وقال اصبح في الواضحة :  
ان انكر المحكوم عليه ان يكون خاصم عند القاضي وأعذر اليه فتحكم عليه ؛  
قبل قول القاضي بأنه فعل ابن ناجي في الثلاثة عشر من افضة كبيرة وقع في



احكامي بالقيروان مثل هذه المسألة ؛ وأفتى شيخنا الزعبي (١) بأن قولي مقبول عليه، عملاً بقول اصبح ، ه .

والاعذار بشاهد ، واجب ، وبعدين ، مستحب . واذا أعذر القاضي بأبقيت لك حجة . فقال لا ؛ فحكم عليه ؛ ثم جاء بحجة ؛ وزعم انه لم يكن اعذر اليه ؛ فاستظهر المحكوم له بشهادة عدلين على الاعذار ، فقال المحكوم عليه ، اعذر لي فيهما ؛ لم يجبه القاضي الى ذلك ؛ اذا كان وجههما لغائب عن مجلس الحكم ؛ كالمرض والمسجون ، لان القاضي أقامهما مقام نفسه . ومثلها كل من وجهه بالنيابة عنه ، كتوجيه الشهود للحيازة ، اي بيان حدود العقار ، وتوجيههما لحضور اليمين ؛ أو لحضور تطليق المرأة وأخذها بشرطها . واما اذا كان شهيدا الاعذار شهداً على الاعذار للمختصر الحاضر مجلس الحكم ، فان ادياها في ذلك المجلس ، فلا اعذار فيهما ، وإلا اعذر ، اي مكن من الطعن فيهما . قاله ابن سهل . واختلف في الاعذار ؛ هل هو بسيط او مركب ؛ والاول مذهب الاقدمين وظاهر المدونة والمختصر والشامل وابن عرفة ، حيث عرفه بقولهم « سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه » وهو اختيار بعض حذاق الشيوخ من التونسيين . وعليه فيكون اعطاء النسخة للاعذار ، والتأجيل لذلك وسيلة له ، ووسيلة الواجب واجبة . وقيل هو مركب من قول ؛ وهو أبقيت لك حجة ؛ وفعل ، وهو اعطاء النسخة والتأجيل ؛ وهو مذهب المتأخرين . وردة اولئك الشيوخ الحذاق بأن الاعذار مجمع على اعتباره في كل نازلة ؛ وأما اخذ النسخة فغير متفق عليه في كل نازلة ، ولا يقول به احد في كل شيء ؛ فلو كان جزءا من اجزاء الاعذار لزم ان يكون مجعاً على اعتباره في كل نازلة ،

---

(١) هو ابو يوسف يعقوب بن ابي القاسم الزعبي التونسي ، قاضي الجماعة بتونس بعد الغبريني .

من اكابر اصحاب ابن عرفة . توفي سنة ٨٣٣

اذ المركب لا يتحقق إلا بتحقيق جميع اجزائه. اهـ. وقد تحصل ان اعطاء النسخة للاعذار اما وسيلة او جزء شرط لا يتم الاعذار بدونه. وقد ذكر المسألة الشيخ قاسم عطور في اجوبته . قاله ابن الطاهر في حاشيته واذا طلب المشهود عليه الاعذار في شهود البينة ، اجابه القاضي اليه ، ولا يتوقف ذلك على حضور المشهود له . قاله ابن القاسم وأصبح ، وقال هذا محض القضاء . قال ابن رشد وهذا مما لا اختلاف فيه ؛ لان من حق المشهود عليه ان يعرض عليه ما شهد له به ، ويعذر اليه فيه . ولاحق للمشهود له في ان يكون ذلك بحضوره؛ كما انه لا حق للمشهود عليه ان يشهد للشهود بحضوره. اهـ. من التبصرة صفحة ١٣٩ من الجزء الاول .

### المبحث السادس في العقلية

اذا طلب المدعي عقله الشيء المتنازع فيه ، فان لم يكن له إلا مجرد الدعوى لم يجب مطلبه على المذهب ، وهو ما به العمل عندنا ، وجرى عمل فاس بالتوقيف بمجرد الدعوى . واذا أقام البينة على ما يدعي ، أوجب الى ذلك والعقلية نوغان ، عقله حيلولة ، اي انتزاع الشيء من يد المشهود عليه ، ووضعه تحت يد امين . وعقله عدم تقويت وعدم تفسير للمدعي فيه ، واشتهر في عرف العامة التفسير عنها بالعقلية التحفظية . فاما عقلية الحيلولة ، فتكون بشهادة عدلين بالملكية ، اذا بقي للحكم بشهادتهما الاعذار فيهما ، وتكون بشهادة مجهولين احتاجا الى التزكية ، وقول التحفة « وحيثما يكون حال البينة » اليتين ، معترض ، مخالف لكلام ابن الحاجب (١) و خليل وابن عرقه . واختلف في

---

(١) هو ابو عمر. جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر بونس المعروف بابن الحاجب المصري ثم الدمشقي ثم الاسكندري. من اكار العلماء البرزين في فنون كثيرة. اخذ عنه الشهاب القرافي وابن المنير وناصر الدين الايباري والزواوي - وهو اول من ادخل مختصره الفرعي لبجاية ومنها اتشر بالغرب - له تاليف كثيرة في الفقه والاصول والعلوم اللسانية؛ من

شهادة العدل الواحد بالاستحقاق ، فقال سخنون توجب شهادته عقله الحيلولة ، وقال ابن القاسم بنفياً ، وجعل ابن العطار (١) في وثائقه قول سخنون مقابلاً لما صدر به من ترتيب حيلولة عدم التفويت بشهادته ، ونصه باختصار لا تجب العقلة بشاهد واحد ، ولكنه يمنع المطلوب ان يحدث في العقار بناء او يبعأ او شبه ذلك ، بالعقل ، ولا يخرج من يده ، وقال سخنون وان أقام المدعي شاهداً عدلاً لا عقل عليه ، اهـ ، واذا عقل المتنازع فيه عقله حيلولة ، فما له غلته كالسائس ، وما له خراج كالحوانيت ودور الكراء ، فحيلوته برفع يد المتصرف فيه ووضعه تحت يد أمين ، يجمع ما تحصل من بيع غلته او من كرائه ، ويقيه تحت يده ، الى ان يقيم الحكم ، فيدفعه لمستحقه وما ليس له غلته كدور السكنى ؛ المرادة لها لا للكراء ، فعقلتها باخلائها من امتعة المتصرف فيها .

واما الارض فقال ابن زرب (٢) عقلتها بمنع حرثها وزراعتها ، وهو الذي نظمه صاحب التحفة والزقاق ؛ وقال عيسى بن ايوب تزرع الارض وكرؤها من النظر للفريقين ؛ وتوقفها ومنعها من ذلك ضرر ؛ نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، لما فيه من اضاعه المال وقال اصبع بن سعيد الذي اقول به ان الارض تكري مما يعمرها على ما يجوز من الكراء ، ولا تعطى لمن يزرعها من قبل نفسه على المساهمة نقله الشريف في حواشي الزقاقية . قلت شاهدنا للحكام

(تابع هامش صفحة ٧٥)

اشهرها مختصره الفرعي ونهاية السؤل ومختصره الاصيلي وشرح المفصل والامالي . مولده سنة ٥٧٠ ووفاته بالاسكندرية سنة ٦٤٦

(١) هو محمد بن احمد المروفي بابن المطار الاندلسي الفقيه العارف بالشروط والاحكام . كتاب في الوثائق عليه الممول . وله رخصة اجتمع فيها بابن ابي زيد القيرواني مولده سنة ٣٣٠ وتوفي سنة ٣٩٩

(٢) هو ابو بكر محمد بن بقي بن زديب القرطبي . قاضي الجماعة بقرطبة . تفقه به ابن الحذاء وابن منيث . مولده سنة ٣١٧ وتولى القضاء سنة ٣٦٧ وتوفي وهو بتولاه في رمضان سنة ٣٨١

يجرون اليوم في الارضين على ما لاصبح بن سعيد ، وهو الذي فعلناه . وبلغنا ان غيرنا ممن تقدمنا ينتحيه ثم ان كان المتنازع فيه جميع الاصل ، وقف الكراء كله ، وان كان في حصة منه فقط ، وقف ما فيه النزاع وما لا نزاع فيه ؛ على الراجع ، ووقف ما فيه النزاع فقط ، على ما اختاره غير واحد من المتأخرين ؛ وهو الذي اتحاه القضاة اليوم .

واما عقلة عدم التقويت والتغيس ، فتكون بشهادة العدل الواحد ، او المرجو العدالة ، والشهود غير العدول ، فيعقل المتنازع فيه بمعنى انه يمنع من يده من تقويته ببيع او هبة او غير ذلك من المفوات ، ويمنع من تحويله عما هو عليه باحداث بناء فيه او هدم له او غرس او قلع ، ويبقى يد حائزة .

### المبحث السابع في التعميز

اذا انتهى الاجل المضروب لاحضار البينة بالنسبة للقائم ، اوللطن فيها بالنسبة للمطلوب ، ولم يدل المؤجل بما تأجل عليه . فان القاضي يحكم بتعميز المؤجل ؛ طالبا كان او مطلوبا . وفائدة الحكم بالتعميز ، أما على القائم . فعدم سماع ما يأتي به من البيئات على اثبات دعواه ، واما على المطلوب ، فعدم سماع قدحه في بيته المدعي . ومن هنا لزم الاعتناء بالتأجيل على اقامة البيئات أو الاعذار فيها ، وينبغي ان يتبها الى ان ابتداء الاجل يحسب من غد يوم التأجيل . ولكون التعميز يقطع حجة المعجز ، وجب ان لا يقع التعميز في الحقوق التي اذا ثبتت لا يجوز اسقاطها ، وهي التي جمعها صاحب التحفة في قوله

إلا ادعاء حبس او طلاق ❁ او نسب او دم او عتاق

فاذا ادعى قائم ان هذه الدار وقف على الفقراء او طلبته العلم ؛ وعجز عن اثباته ، ثم اثبت قبل ، بخلاف الوقف على معين كزيد فانه اذا عجز عن اثباته يمضي عليه التعميز ، قاله التاودي لكن قال التسولي في حواشي الزقاقة :

قد يقال هذا داخل في الضابط المتقدم ، اذ الحبس حق لله ، فليس للمحبس عليه بعد قبوله ، اسقاطه ويعه مثلا ، فلا تعجيز فيه ، وهل من عبر بالحبس ، اطلق فيه ، ولم يقيدة الزرقاني ولا غيره ممن وقتت عليه . اهـ . ويؤيد ما للتسولي؛ ما في شرح ابن مرزوق على المختصر في مبحث التعجيز ، ونصه: وأما الحبس على معين ، ففيه نظر ، إلا ان يقال ، فيه حق لله في امتناع يعمه ونحو ذلك . اهـ . والعمل عندنا على عدم التعجيز مطلقا . لان غالب الاحباس على محصور غير معين؛ كأولاده ثم اولاد اولاده ، ولحق المرجع . وعدم التعجيز في الوقف انما هو في اثباته ، اما ادعاء نفيه ففيه التعجيز . واذا ادعت المرأة على زوجها الطلاق ، وعجزت عن اثباته ، ثم اثبتته قبلت بينها ، ولو صدر الحكم باستمرار الزوجية بينهما وبقائها في العصمة . بخلاف الزوج ينكر الطلاق ؛ فثبتته بينته . فمعجز عن القدر فيها ، فيحكم عليه بالطلاق والتعجيز ، ثم يجد القادح ، فلا تسمع بينته ، ويمضي عليه التعجيز . واذا ادعى الرجل انه ابن لفلان ، وأنكره بقيمة الورثة ، فعجز عن الاثبات ثم اثبتته بينته ، قبلت بينته ، ولو وقع الحكم عليه باتقاء النسب . واذا اراد القاتل تجريح من شهد عليه بالقتل ، فعجز ، فحكم القاضي عليه بالقتل ، ثم وجد من يجرح البينة الشاهدة عليه بالقتل فانها تسمع منه ، ولا يعمل بتعجيزه ، لخطر الدماء . بهذا صور ابن مرزوق ، لكن قال الشيخ بناني محله اذا اتى بها قبل استيفاء الحكم ، اما ان قام ورثة المدعى عليه بعد قتله بما يجرح بينته المدعي ؛ فالظاهر ان ذلك لا يسمع منه . اهـ . فان ادعى ولي القتل القتل على انسان ، وعجز عن اثباته ، فانه يعجز ، لعدم اندراجه تحت الضابط ، اذ لم يدعي القتل اسقاطه بعد ثبوته ، بالعفو عن القاتل مجانا . او بعوض . واذا ادعى العبد على سيده الاعتاق ، وعجز عن الاثبات ، ثم شهد له عدلان به ، اعتق العبد .

وكتب التعجيز والاشهاد عليه . حق على القاضي . قاله في المقيد وابن هارون في احتصار المتيضية ، واستظهر التاودي في شرح الزقاية انه حق للحاكم والمحكوم له معاً ، لما فيه من قطع الشغب وحسم تطويل الدعاوي . والمعتمد في تصويره قول اللقاني (١) الحكم بعدم قبول بينة يأتي بها ، وأنه زائد على الحكم بالحق ، لاعينه . وذلك ان الحاكم يفعل ثلاثة اشياء اولها الاعذار ، وهو سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم أبقيت لك حجة ، وفائدته استقصاء الحجج . الثاني الحكم . وهو الزام الحق ، أو ابطاله ، وفائدته قطع النزاع . الثالث التعجيز ، وفائدته عدم سماع ما يدلي به من البيئات بعد . ولا ينبغي ان يفتر في هذا المقام بكلام الشيخ التسولي في شرح التحفة ؛ مما خالف ما ذكرناه ؛ فان فيه تخليطاً ، وقد تكفل بالرد عليه ، وأحسن ؛ مهدي في حاشية التحفة .

ولا يلزم في التعجيز التصريح بهذه المادة ؛ بل لو قال حكمت بعدم سماع ما يأتي من الحجج في القضية ، لكان تعجيزاً . والعمل جار على عدم قبول البينة بعد التعجيز ، سواء اعترف بالعجز أو أنكراه . وان جرى خلاف في أولى صورتين ؛ فقبل بالقبول ؛ وقبل بالرد ؛ وقبل تسمع من الطالب دون المطلوب . وهي التي حكاهم الزقاق في لاميته بقوله :

وان قام ذو التعجيز بعد بحجة وقد كان ينفي العجز فأردد وأبطلا

---

(١) هو محمد بن حسن اللقاني الملقب بناصر الدين اما اخوه فهو الملقب بشمس الدين . وكل منهما حافظ للمذهب محقق . فالشيخ شمس الدين مولده سنة ٨٥٧ وتوفي سنة ٩٣٥ . وناصر الدين مولده سنة ٨٧٣ وتوفي سنة ٩٨٥ . وشمس الدين له طرز محررة على المختصر . وناصر الدين اقرء بالرئاسة بعد موت اخيه . وله طرز على التوضيح وحاشية على شرح المنجلي لجمع الجوامع وحاشية على شرح السعد للقائد اما الشيخ ابراهيم اللقاني فهو من شيوخها وكان قاضي القضاة بمصر ؛ مولده سنة ٨١٤ وتوفي سنة ٨٨٩

وان كان قد القى السلاح فهل كذا نعم لا ولا ان كان مطلوباً انجلاً  
واختلف هل يعجز الوصي في حق منظورة وذكر المتيطي في ذلك  
تولين من غير ترجيح . وفي احكام ابن بطال (١) الذي به العمل إعماله؛  
وأنها تعجز للمحجور . قال عطور في برناجها ان اراد تمجيزه باعترافه  
بالمعجز ؛ ففيه إشكال ؛ لانه اقرار في حق المحجور ؛ وان اراد بتعجيزه الحكم  
عليه بالمعجز ونفود الحجمة ؛ فواضح لا اشكال فيه .



---

(١) هو سليمان بن محمد بن بطال بن ايوب البَطَلِيوسي . اخذ عنه ابن عبد البر وابن الخذاء  
له كتاب المنع في اصول الاحكام ؛ من الكتب الممتدة ؛ وكتاب الدليل الى طاعة الجليل .  
توفي سنة سنة ٤٠٢

# الباب الثاني في مستند الحكم

وهو اما يمين او اقرار او ابراء او اسقاط او التزام او شهادة  
فانحصر الكلام فيها في ستة فصول

## الفصل الاول

### في اليمين وفيها مباحث

#### المبحث الاول في صيغتها

اليمين في مقاطع الحقوق صيغتها بالله الذي لا اله الا هو . فلو اقتصر  
الحالف على اسم الجلالة ؛ أو على قوله بالذي لا اله الا هو ؛ لم يكف ذلك على  
المذهب ؛ حتى يجمع بينهما ؛ خلافاً للحمي . انظر شرح التاودي للتحفة عند  
قولها « وبالله يكون الحلف » فلو توجهت للرجل قبل خصمه يمين ؛ فأمره  
ان يحلف له بالطلاق ؛ فحلف له به ؛ ثم رجع فقال لا أكتفي بها ؛ فله ذلك  
ان قام بالفور - وان قام بعد الطول فلا مقال له . قاله ابن سهل ؛ و اشار اليه  
الزقاق في لأميته بقوله :

كجمع الدعاوي في يمين سوى التي \* ترد ومن يحلف بلا من له العلا

اعاد بقرب . . .

ولو حلف يمين تشمل اليمين بالله . كالايمان اللازمة - لا تكفيه يمينه -



ولا بد من اعادتها . قاله ابن عرفة ، وقوله الوانوغى . وذكر كلام ابن عرفة صاحب المعيار ، اخر نوازل دعاوي .

وتكون اليمين على البت ، ان ادعى لنفسه أو لموروثه شيئاً ؛ أو نفى عن نفسه . وتكون على نفي العلم ، ان نفى عن غيره ، كما قال في التحفة « ومثبت لنفسه... » اليتين .

### المبحث الثاني في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين

يلزم اذا كان الحق ربع دينار فأكثر ، الايتان باليمين من قيام ، وأن يكون الحالف مستقبل القبلة ، على ما جرى به العمل . والخلاف في المسألتين مروى . قال في العمل المطلق (١)

وغلظت فيما له ، بال على \* من وجبت قفائماً مستقبلاً

### المبحث الثالث في مكانها

يحلف من توجهت عليه اليمين في أقل من ربع دينار ؛ في مكانه . ويلزم ان يكون الحلف في ذي البال ؛ وهو ربع دينار فأكثر بالجامع . فان أبى ان يحلف فيه ؛ عدّ ناكلاً . فان سأل المحلوف له مسجداً ، اخر يعظمونه ؛ اجيب الى مطلبه . قاله ابن ناجي ، وبه العمل ، كما في حاشية ابن الطاهر . ونظمه صاحب العمل المطلق فقال

وعند ما تغلظ اليمين في \* ربع دينار مكان الحلف

المسجد الجامع هو الاعظم \* ما لم يكن في بلد يعظم

فيه سواه من مساجدهم \* فان في هذا يكون القسم

ولو طلب الخصر تحليفه على المصحف ، أو سورة براءة ، أو قد سمع ، أو

---

(١) معنى العمل المطلق : العمل الذي لم يتقيد بخصوص بلد . ولذلك يذكر ما جرى به العمل في فاس أو في الاندلس أو في تونس . وانظم ذلك هو الشيخ محمد بن ابي القاسم بن محمد بن عبد الجلالى القلايى السجلماسى . ووضع عليه شرحاً اتمه في ١٢ جادى الثانية سنة ١١٩٦

اضرحة الصالحين اجيب الى ذلك ، على ما افتى به جمع من المتأخرين لان المقصود من اليمين هو الارهاب . أما لو طلب حليفه بالطلاق فلا ينبغي ان يجاب اليه ، ولا يعتمد ما ذكره الزرقاني هنا . انظر حاشية مهدي على التحفة .

ويكون الحلف في اعظم المواضع في المسجد ، وهو ما بين المنبر والمحراب . قال ابن النازم (١) وأكثر موثقي الزمان يحلفون حيث تأتني لهم ، ولا أعلم مستدهم ؛ والغالب على الظن انه جهل منهم بالفقه . اه . قلت وقد شاهدنا الحلف في الجوامع يكون عند المصحف الموضوع بوسطها ، وما رأينا الحلف بين المنبر والمحراب اصلا . وهو جار على قول الهدوتة : ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر ؛ إلا منبر النبي صلى الله عليه وسلم ، في ربيع دينار . قال ابو ابراهيم (٢) فيه اشارة الى ان الجامع كله سواء . وهي رواية في المذهب . اه . وقال ابن عبد السلام ظاهره ان الجامع كله سواء . وهي رواية في المذهب إلا منبر مسجد المدينة ، ومنهم من تأوله . اه . اي يجعل عند ؛ بمعنى على ؛ اي يحلف على منبر المدينة ، لان له حرمة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على منبري ءائماً فليتبوأ مقعده من النار بخلاف منابر سائر المساجد ؛ فان الحالف يحلف عندها ، لا عليها ، لان الحرمة لموضعها ، لا لها . كما لو ازيلت عنه لاصلاح ، فلا يحلف إلا في موضعه ، بخلاف منبر النبي صلى الله عليه وسلم ،

---

(١) هو ابو يحيى محمد بن ابي بكر محمد بن عاصم العالم البليغ المقوم تولى وظائف صغيرة منها القضاء والكتابة والوزارة والامامة والخطابة . له من المؤلفات شرح تحفة الحكام لوالده والروض الارضي في تراجم ذوي السيوف والاقلام والتمريض وذيل الاحاطة وجنة الرضا في التسليم لما قدر به الله وقضى . وساق جملة من عيونه المقرني في ازهار الرياض كان بالحياة سنة ٨٥٧ وتوفي على ما قيل ؛ ذبيحا من جهة السلطان

(٢) هو اسحاق بن ابراهيم التجيبي اخذ عن ابن لبابة وأسلم بن خالد وبها تفقه . توفي بطليطة سنة ٣٥٢ وقيل سنة ٣٥٤ وسنة خمس وتسعون سنة .

فلا يكون الحلف إلا عليه وإنما حل قاله ابن رشد في كتاب الاقضية الاول من سماع اشهب من كتاب الهبات والصدقات من العتية .

وإذا لم يكن للخصوم جامع ، جلب من توجهت عليه اليمين الى الجامع الذي على قدر مسافة الجمعة من منازلهم . لان لهم جامعاً حكماً . فان كان الجامع على مسافة لا تجب معها الجمعة ، حلف حيث هو

ولو ادعى من توجهت عليه اليمين ، عجزه عن الخروج للجامع ، لمرض فحكى ابن عرفة في المسألة اربعة اقوال . قال ابن بتي ان ثبت ذلك بينة ؛ حلف بيته ، وإلا خرج . وقال ابن حارث ان ثبت ذلك بينة . حلف بيته وإلا حلف لا يقدر على الخروج ، لا راجلا ولا راكبا ؛ وخير المدعي في تحليفه بيته ؛ وتأخير له لصحته ؛ فان نكل لزمه الخروج ، أو رد اليمين . وقال ابن لبابة ان ثبت مرضه ، حلف بيته على المصحف ، وإلا حلف على عجزه ، وخير المدعي في الامرين وقال ابن زرب يختبره القاضي يبعث له شاهدين . وأنكر هذا القول محمد بن ميسرة . وقد اشار الزقاق الى هذه المسألة بقوله :

ومن عجزه عن مسجد يدعي فهل \* يحلف في بيت اذا عجزه انجلي

وإلا فأخرج أمر يخير مدع \* بيت وتأخير ان اقسام او لا

والا فأخرج او يميننا بمصحف \* والا فحلف ثم خير بما خلا

( اي مضى وتقدم )

ولا تكفي اليمين في مقاطع الحقوق ، اذا حلفها في الجامع بغير حضرة الخصم ؛ ولو حضر اليمين عدلان ، ويلزمه ان يعيدها بحضرة ، إلا اذا تغيب المحلوف له بعد الحكم له بها ؛ وأقام القاضي له وكيلاً يقتضيها فلا حجة له حينئذ ؛ وتكفي الخصم ، اليمين بمحضر الوكيل المقام . ولو طلب احد الخصمين تعجيل اليمين ، وطلب الآخر تأخيرها ؛ فالقول لطلب التعجيل .

والمرأة مثل الرجل ، في حلفها في الجامع ، اذا كانت تخرج في مصالحها نهاراً ، فتخرج لليمين التي تغلظ نهاراً اما التي لا تخرج إلا ليلاً ، فتخرج لليمين ليلاً ، طالبة كانت او مطلوبة ، وتحلف بحضرة الخصم ؛ فان ابنت هي او زوجها من حضوره ؛ خشية الاطلاع عليها ؛ فانه يبعد عنها اقصى المسجد ، بقدر ما يسمع لفظ يمينها ، قاله ابن عبد السلام . انظر التسوي وحاشية ابن الطاهر . والتي لا تخرج نهاراً ولا ليلاً ، يبعث اليها القاضي شاهدين ؛ شهدان على يمينها ان كانت مطلوبة فان كانت طالبة خرجت ليلاً ، قاله التاودي . واذا حلفت المرأة بيتها ، فلا يقضى للخصم بحضوره مع الشاهدين ، على ما للزرقاني ، تبعاً للاجهوري ، وجعله ابن عرفة ظاهر المدونة ، ويقضى بحضوره ، ويبعد عنها اقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها ، كما في شهادات البرزلي ونقله الحطاب في القضاء ، وهو الذي ينبغي اعتماده . واذا وقع التزاع في خروجها ، فعليها الاثبات انها من اهل الحجاب ؛ وأنها ممن يحلف ليلاً . كما في التبصرة صفحة ٧٨ عن المتيطية . قاله التسوي . وكتب في حجة اليمين ثبت عند القاضي فلان ان فلانة من اهل الحجاب ؛ وممن يجب ان تحلف ليلاً ؛ وأن القائم باليمين عليها ممن يعرف ذلك . نقله ابن الطاهر . واذا وجبت اليمين لورثة رشاء ، فحلف الحالف بأمر القاضي ؛ لم يكن لبقية الورثة ان يحلفوه ثانية ؛ لان اليمين اذا كانت بأمر الحاكم ، كان حكماً مضيئاً ؛ وان كان بغير امره ؛ فكل من قام منهم يحلفه . قاله في مختصر المتيطية ، ونحوه لابي بكر بن عبد الرحمن (١) وغيره من الموقنين ؛ وبه الحكم . وللشيخ ابن ابي زيد : ان لمن غاب منهم ان يحلفه ، وان كانت اليمين بأمر الحاكم .

---

(١) هو احمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الحولاني ؛ ابو بكر . من اهل القيروان وشيخ فقهائها في وقته ؛ مع صاحبه ابي عمران القاسي تفقه عليه خلق كثير ؛ منهم ابو القاسم بن عمرز وأبو اسحاق التونسي وأبو القاسم السيوري . توفي سنة ٤٣٢ ؛

ومثل ما في مختصر المنتطة ؛ لابن فرحون في تبصرته وعلى ما به العمل اقتصر  
الزقاق حيث قال

ولم غاب بعض من ذوي الحق يكتفي ❁ بإحلاف بعض اب بحكم تحسلا  
قال الزرقاني : واذا اقم غير من احلفه بينة ؛ عمل بها في حقه فقط ،  
ولو كان عالما بها حين حلف القاضي المدعى عليه لغير مقيمها ، وعلم بذلك ؛  
لان من حجته ان يقول : لم اقم بحقي وقت الحلف ، ولم يكن طلب الحلف مني .

### المبحث الرابع في اقسامها

اقسام اليمين اربعة : يمين تهمة ؛ ويمين قضاء ، ويمين انكار ، ويمين متممة  
للنصاب

فأما يمين التهمة ، فتكون في الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه ،  
وتوجهه على المتهم وغيره ، على ما جرى به العمل بتونس . قاله ابن ناجي ؛ وقلة  
عظوم في البرنامج ونظمه صاحب العمل المطلق فقال

وتوجه يمين التهمة ❁ جرى القضا من اهل افرقية  
ابي مطلقا وانها لا تقلب ❁ بقلب او نكول من بها طلب

قال شارح العمليات وانظر هل ما ذكر من عمل افرقية كان عاما عندهم ،  
حتى في التهمة التي في دعواها معرفة ، او خاصا بغيرها . وذكر البدوسي في  
جواب له ؛ قلة صاحب المعيار : ان التهمة التي تلحق في دعواها معرفة ، كالانها  
بالسرقة والغصب ، لا تلحق من لا تليق به ، ممن شهد فيه بالخير وإن التهمة  
في غير ذلك ، تلحق اليمين فيها جميع الناس ، برهم وفاجرهم ، على القول بايجاب  
اليمين في التهمة ، وهو المشهور من المذهب ، وبه القضاء ، وعليه العمل .

قال عظوم في برنامجي في مبحث الصداق وتوجهها مشروط بشرطين  
لاول ما قاله ابن ناجي ان التهمة انما تقرر بلفظ يقتضيها كقوله انك

فيك او اتهمك، لقوله فيها اخاف. الثاني ما قاله الشيخ ابو عبد الله المقرئ (١) في المسألة الثانية من القاعدة السابعة من قواعد الدعاوي والشهادات ان العداوة بين المتداعين، تمنع توجه يمين احدهما في دعوى الآخر عليه، لانه يقصد إضراره بتوجه اليمين عليه. ونصه: اذا دفع الدعوى بعداوة؛ المشهور انه لا يحلف، لان العداوة مقتضاها الاضرار بالحليف. وقيل يحلف لظاهر الخبر. ونحوه في تاسعة اعلام الرفاق؛ للشيخ الجدل رحمه الله . اهـ.

ولا يحلف المتهم بما ضاع او سرق، حتى يحلف المدعي يمين الضياع او السرقة. لقد ضاع الشيء الفلاني المدعى ضياعه، وحينئذ يحلف المدعى عليه. هذا اذا انكر المتهم ان يكون قد ضاع له شيء، وانما يريد ان يحرجه باليمين. بهذا كان يحكم ابو بكر بن زرب ويقول انها من دقيق المسائل. نقله ابن فرحون في التبصرة في الباب الثامن والعشرين وفي نوازل الدعاوي والايمان من المعيار ان ابا عمر بن المكوي (٢) سئل عن رجل اتهم رجلا بالسرقة، وقال له تحلف لي، فقال له الثاني اخاف انت اني سرقتها، وأغرم قيمتها. هل يجب له ذلك. فأجاب ليس عليه يمين انه سرقها، وانما يحلف لقد سرق له هذا الذي ادعى، وأنها يتهم المطلوب بسرقة، فان احب ان يرد عليه اليمين على هذه الصفة، فذلك له قال السجلماسي والفرق بين المسألتين، ان اليمين في مسألة ابن زرب، لتحقيق التهمة التي هي سبب يمين المطلوب،

---

(١) هو محمد بن محمد بن احمد القرشي التلمساني الشهير بالمقرئ، قاضي الجماعة بغاس. له من المؤلفات كتاب القواعد؛ اشتمل على الف ومائتي قاعدة؛ وحاشية على مختصر ابن الحاجب القرعي. توفي وهو يتولى القضاء سنة ٧٥٦

(٢) هو احمد بن عبد الملك الاشبيلي؛ ابو عمر المعروف بابن المكوي انتهت اليه رئاسة الفقه في الاندلس حتى صار فيها بمنزلة يحيى بن يحيى واعتلى على الفقهاء ونفذ الاحكام برأيه. توفي سنة ٤٠١

وذلك نمرتها. واليمين في مسألة ابن المكوي، مردودة بعد وجوبها على المطلوب،  
ونمرتها لزوم الغرم للمطلوب، انظر حاشية مهدي على التحفة.

وإذا نكل المتهم عن اليمين، غرم بمجرد نكوله، ولا يطلب المدعي بالحلف  
على ما ادعى هذا قول ابن عبد الحكم وابن حبيب (١) وهو الذي جرى به  
العمل. ونقل ابو عمر بن المكوي عن مالك. ان يمين التهمة لا ترد، فان ابى  
المتهم ونكل عنها، حبس ابدا حتى يحلف ذكره الونشريسي في اول نوازل  
الدعوي من المعيار. انظر حاشية ابن الطاهر.

ولكون النكول عن يمين التهمة موجبا للغرم، لم توجه يمين التهمة على  
الصغير، ولا السفیه، اما الاول فلرفع القلم عنه، واما الثاني فلانه لو اقر لم  
يلزمه ما اقر به، لانه محجور عليه في المال. انظر حاشية مهدي على الزقاقة قيل  
قولها كمن غاب والاقوال اربعة.

واما يمين القضاء، وتسمى يمين الاستبراء، فتوجه في الدعوى على الغائب،  
والميت، واليتيم، والمساكين، والاجناس، وكل وجه من وجوه البر، وبيت المال،  
وعلى من استحق شيئا من الحيوان. قاله المتطي. فمن ادعى على غائب او ميت  
دينا وأثبتته بالبينّة، لم يقض له به إلا بعد حلفه يمين القضاء انه ما قبض حقه  
ولا شيئا منه، ولا أحال ولا اسقطه ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه. ولا  
فرق في الديون بين ان تكون موقفة برهون، او ثابتة بحجج اصلية او بخط  
المدين الغائب او الميت. واذا دفع الولي الدين قبل يمين القضاء؛ ضمن ان تعذرت  
يمين القابض. قاله ابن سلمون عن ابن سهل. وقاله الونشريسي في آخر  
شهادات المعيار.

---

(١) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جناهمة بن عاص بن مرداس السلمي.  
سمع جماعة من اصحاب امام دار الهجرة؛ ورتب في طبقة المفتين بقرطبة؛ فأقام مع يحيى بن  
يحيى زعيمهما. من أشهر كتبه الواضحة. توفي سنة ٢٣٨ وقيل سنة ٢٣٩

ومتى كان في الورثة محجورون ، او كانوا كلهم محجورين ، لزمتم يمين القضاء . واذا كانوا كلهم رشداً ، وأقروا بالدين ، وأرادوا الدفع بحكم حاكم ، فقبل لا تلزم اليمين رب الدين ، وهو ما في الاستغناء ، (١) وقيل بلزومها ، وهو ظاهر ما في النوادر ، وعلمه بعض الشيوخ بخوف طرو وارث ، آخر او دين . وهو المشهور كما في حواشي الزقاية .

ولا تجمع يمين القضاء ، مع يمين تكميل النصاب ، على ما به العمل ، ولا بد من تمييزها . قال ابن ناجي في شهادات كبيره : (٢) وكذا يمين الاستحقاق ؛ لا تجمع مع يمين تكميل النصاب . ويجوز الصلح عنها ، ولا يسوغ تركها بلا صلح في حق محجور ، كما لا يسوغ صلحه عنها قبل ان يرى عزيمة الطالب على حلفها ، وتعرف عزمته بقرائن الاحوال . انظر معين المفتي وبرنامج الشوارد . والصلح عنها يتوقف على اذن القاضي ، ولا يستبد المقدم بذلك .

ولو كان الدين ميت على ميت ، لم يحلف إلا من يظن به العلم من ورثته . قال ابن عرفة يحلف اكابر الورثة : انهم ما يعلمون ان وليهم قبضه . ولو كان المطلوب حياً حاضراً ؛ لم يحلفوا حتى يدعي بذلك على الميت أو عليهم ولا يحلف الا صاغر ؛ وان كبروا بعد موته . قال ابو الحسن (٣) وانظر هل

---

(١) هو لخلف بن مسلمة بن عبد المنور وكتاب الاستغناء في آداب القضاء عظيم الفائدة .

(٢) هو الشرح الكبير المختصر المدونة المسمى التهذيب لابن سبب خاف بن ابي القاسم الازدي المعروف بالبراذعي . من حفاظ المذهب ومن كبار اصحاب ابن ابي زيد والقاسمي . اختصر المدونة اختصاراً اسماء التهذيب اشتهر اشتهاراً عظيماً وكثر احلاق اسم المدونة عليه وله اختصار الواضحة والتمهيد لمسائل المدونة . خرج الى صقلية فصصت له شهرة عظيمة بها ؛ وهناك الف غال كتبه

(٣) هو علي بن محمد بن عبد الحق الزرولبي ؛ يكنى ابا الحسن وعرف بالصفير مصفراً ومكبباً ؛ ويعرف ايضاً بالمغربي قيدت عنه تقايد على المدونة والتهذيب والرسالة ؛ وله تصاوي قيدها عنه تلازمته وأبرزت تأليفاً وولي القضاء بغاس وكان احد اقطاب الفتوى ترد عليه الاسئلة من جميع بلاد المغرب فيحسن التوقيع عليها بطريقة مختصرة محررة . توفي سنة ٧١٩ (١٢٠٤)



الزوجة ممن يظن به العلم ، أمر لا . قال ابن ناجي الاقرب حملها على العلم لان غالب الحلال انها تعرف حال زوجها ، واختار شيخنا ابو مهدي عكسه ، ولا يبعد ان يكون الخلاف فيها خلافا في حال ، يريد انه ينظر في كل نازلة بخصوصها : فان كانت الزوجة ممن لا يخفى عليها امره ، حلفت ، وإلا فلا ، من غير خلاف ، انظر شرح التاودي على الزقافية وحاشية مهدي عليها .

وتسقط يمين القضاء ، اذا اوصى الميت بقضاء دينه من ثلثه ، نص عليه ابن الهندي ، واذا اوصى الميت بتصديق رب الدين ، على احد القولين كما سيأتي ، فتسقط ، واذا أقر الهالك بشيء معين ، من عرض أو غيره ، من قراض أو وديعة ، فتسقط ، بخلاف ما اذا أقر له بشيء في ذمته ، أو بما لا يعرف بعينه ؛ ثم مات ؛ فعلى الطالب اليمين

وتسقط يمين القضاء ، اذا وجبت على مسجد أو غيره من الاحباس بحيث لا تمكن ، قاله في المعيار ، انظر حاشية مهدي على الزقافية .

واذا توجهت يمين القضاء ، أو يمين الاستحقاق ، على محجور فان كان صغيراً ، اخرت اليمين لرشده ، وتعجل حقه ، كما قال في التحفة وترجأ اليمين حقت للقضا \* لغير بالغ وحقه اقتضى

فاذا بلغ طوبأ بالحلف ، فان حلف ، بقي حقه بيده ، وتمر له الحكم به ، وان نكل عنها ، رد الحق الى من أخذ منه . وان كان سفياً كأمراة مات زوجها ولها عليه دين ؛ من صداق أو غيره ، ثابت ، ففيها اقوال ثلاثه . الاول ما اقتص به ابن عتاب وابن سهل وابن رشد وأكثر الاندلسيين انها تقبض دينها وكالهما ، وتؤخر عنها اليمين الى ان ترشدا . وحكى العبدوسي ان العمل مضى عندا كثر القضاة بتأخير اليمين الى الرشد . وهذا الذي نظمه صاحب العمل المطلق فقال

كذا عن المحجور ايمان الفضا \* ترجى قبل رشده لا تمضى  
الثاني - سقوطها عن السفهاء ، اذ لو نكلوا عنها لم يستحق الطالب بشكولهم  
حقا ، ونقل هذا عياض عن معظم الاندلسيين . الثالث - حلفها عاجلا ، وهو  
ما للاصيلي (١) في الآخرين ؛ واختاره التاودي في شرح الزقاية ، وعليه ، ضى  
في العمليات الفاسية حيث قال

ويحلف السفه والمحجور \* في كل ما يأخذ لا يضير

فان نكل ، قضي له بحقه ، وأخرت عنه الى رشده ؛ فان حلف حينئذ ،  
استمر قبضه ، وإلا ردا ما أخذ . فهو يحلفها الآن لثلا يضيع حق الحضم باستمراره  
في السفه طول عمره . قاله التسولي في شرح قولها « والبالغ السفه بان حقه »  
البيت .

وإذا اوصى الميت باسقاطها وأن يصدق صاحب الحق بدونها ، فأقتى ابن  
الحاج أنه يعمل بوصيته ، ونسبه لابن القاسم ، وقال غيره ان الحق لغير الميت ،  
فلا تسقط اليمين . وإذا كان الحق على ميت أو غائب ؛ وكان رب الدين اشترط  
انه مصدق في عدم قبض حقه ؛ فذكر ابن ناجي في شرح المدونة ان العمل على  
اعمال الشرط مطلقا ، فلا يمين . نقله التسولي في حاشية الزقاية صفحة ٩٨ ؛  
وفي شرح التحفة عند قولها « ولتي بها القضا وجوب » وقال بعضهم ذلك جائز  
في البيع وما اشبهه ، بخلاف القرض فلا يجوز ؛ لانه سلف جر تقعا . وقال  
بعضهم لا ينتفع باسقاط هذه اليمين ، إلا العدل المبرز . وحكى في  
التوضيح في البائع بضمن الى اجل ، يشترط في عقد البيع انه مصدق في عدم  
قبض الثمن هل يوفى له بذلك أو لا أو يوفى للمتورعين

---

(١) هو القاضي ابو محمد عبد الله بن ابراهيم الاصيلي رئيس علماء الاندلس حقه بالؤلوي  
وأبى ابراهيم ابن مسرة . ورحل فسمع من الايباني وابن ابي زيد وابن شعبان وابى طاهر  
البغدادي توفي سنة ٣٩٢

عن الايمان من اهل الفضل دون غيرهم ، على ثلاثة اقوال .  
قال في التوضيح ، والصحيح الجواز ؛ لانه شرط ينشأ عنه توثق ؛ فكان كالرهن  
والحميل . قال التاودي : وعلى التصديق ؛ لو مات صاحب الحق لم يورث ذلك  
عنه ، لانه انما رضي بأمانته ، واستظهر الشدادي (١) انه لو مات المدين  
لم يلزم الورثة شرط التصديق ، لان من حجته ان يقولوا لا يلزم ان  
رضي موروثنا بتصديقك وحسن اعتقاده فيك ، ان نرضى نحن منك  
بذلك .

واما يمين الانكار . فهي اليمين لرد دعوى مالية محققة ، اذا عجز المدعي عن  
الاستظهار بالبينات ولا يشترط في توجيهها ثبوت الخلطة بين المتداعين ، على ما  
جرى به العمل . ففي شرح ابن ناجي على الرسالة عند قولها « ولا يمين حتى  
ثبت الخلطة » مانصه ما ذكره الشيخ هو المشهور ، وقال ابن نافع (٢) لا  
تشرط الخلطة ، حكاه ابن زرقون ، (٣) ولم يحفظه اكثر شيوخ المذهب كابن

---

(١) هو احمد بن محمد الشدادي الفاسي اخذ عن محمد بن عبد القادر الفاسي . وتولى قضاء  
فاس والامامة والخطابة بجامع القرويين . له فتاوى كثيرة وشرح على لامية الزقاق وتقييد على تحفة  
ابن عاصم توفي سنة ١١٤٦

(٢) هو عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالهائغ روى عن مالك وحقه به .  
وهو الذي سمع منه سحنون وسمع منه كبار اتباع اصحاب مالك وهو الذي سماعه وقرون  
بسماع اشهب في الفتية توفي بالمدينة سنة ١٨٦ - وهناك من اصحاب مالك عبد الله بن نافع  
الاصغر الزبيري روى عنه عبد الملك بن حبيب وغيره وهو اصغر من ابن نافع الهائغ  
خرج عنه مسلم وتوفي سنة ٢١٦

(٣) هو محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد بن يدرج بابن زرقون . الانصاري من اهل اشبيلية . اخذ  
عن عياض ولازمه . ولي قضاء شلب وقضاء سبنة . له كتاب الانوار في الجمع بين المنتقى والاستذكار .  
مولده سنة ٥٠٢ وتوفي باشبيلية سنة ٥٨٦ وله خفي اسمه محمد بن عبد الله بن محمد بن سعيد  
بن احمد بن سعيد بن زرقون الانصاري الاشبيلي كان شيخ المالكية في عهده ومن كبار  
المتصين للمذهب المالكي له كتاب الملط في الرد على المحلى لابن حزم توفي سنة ٧٢١  
عن ثلاث وثمانين سنة

حارث وابن رشد ؛ قالوا: مذهب مالك وكافة اصحابه الحكم بالخلطة ، ويقول ابن نافع قال الاندلسيون ، واستمر عليه العمل بافريقية . اهـ . وزاد في شرح المدونة ما نصه : وأفتى شيخنا حفظه الله - لما كان عندنا بالقيروان - باشتراط ذلك في امرأة من وجوه الناس ادعى عليها وأمر قاضيا بالحكم بها ، ففعل . وبه افتى شيخنا ابو يوسف يعقوب الزغبى منذ مدة قريبة . اهـ .

ولا يحلف المطلوب إلا على ما ادعاه الطالب ، في مذهب مالك واكثر اصحابه . ولا يكتفي بما ينفي دعواه تضمناً أو التزاماً ، كقوله ما لك علي مما ادعي قليل ولا كثير . خلافاً لابن الماجشون وأشهب ؛ واختار ما لهما ابن حبيب وابن عبد البر (١) والقاضي ابن عبد السلام . انظر شرح العمليات العامة عند قولها ومن عليه يدعى نحو السلف \* نفاه في اليمين نصاً ان حلف وليس يكفي انه لا شيء له \* عليه مما يدعيه قلبه واذا امتنع من توجهت عليه اليمين من الحلف حتى يحضر المال ؛ قائلاً اخاف ان احلف ويدعي العدم فتذهب يميني باطلا ، فالاقوال ثلاثة . قيل يجاب الى ذلك ، وبه العمل بتونس ، قاله ابن ناجي ونظمه في العمل المطلق بقوله

وبعض شراح الرسالة تقل \* في شرحه ان بتونس العمل

بأن للطالب ان يؤخر \* يمينه للمال حتى يحضر

وقيل يحلف ثم يطالبه بالمال ، وبه قال ابو حفص ابن العطار ، وعليه جرى

الزقاق حيث قال « ومن ابى \* يميناً لكون الحال غاب فجهدا » وقيل يكفي ان

---

(١) هو ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري . من كبار علماء الاندلس ومحدثيها له كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعاني والاسانيد ؛ والاستذكار بمذاهب علماء الامصار ؛ وجامع بيان العلم وفضله ؛ والاكافي في الفقه ؛ وهو ممتد مشهور . مولده سنة ٣٦٨ وتوفي بشاطبة سنة ٤٠٣ ؛

يشهد المطلوب انه مليء ، ويحلف الطالب ثم يدفع له ، ولا تقبل منه بيته بالعدم .  
قاله ابن ابي زمنين (١) وفضل وغيرهما ؛ ولم يحك أكثر شيوخ المذهب  
غيره ، وهو المذهب . قال ابن ناجي وأقضى شيخنا ابو مهدي عيسى الفبريني  
- على ما بلغني - ان كان المطلوب يتكلف كلفة في احضار المال ، مثل ان يحتاج  
الى بيع داره ونحو ذلك ، فانه يحلف الطالب اولاً ، وإلاً فحتى يحضره . وما  
ذكره صواب ، وبه حكمت بالقيروان ، كادخاله في معاملة لضفه وقد لا يعلم .  
اهم انظر شرح العمليات العامة . وليس هذا الحكم خاصاً يمين الانكار ،  
بل يجري في يمين القضاء واليمين مع الشاهد ، قاله التسولي في شرح قول  
التحفة « وان نفي » فالنفي للعلم كنى « في التبيه الثاني فانظره » .

واذا توجهت اليمين على المطلوب المنكر للدعوى ، فالتزم الحلف ، ثم بدا  
له ان يقلب اليمين على المدعي؛ فله ذلك ، على ما لابي عمران الفاسي (٢) قائلاً:  
لا يكون التزامه اشد من الزام الله له . قال وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب  
(٣) ورأى ان ذلك يلزمه . والصواب ما قدمناه . اهـ . قال اللقاني ما قاله ابو  
عمران غير مسلم ؛ فان الله لم يلزمه اليمين ؛ بل خيرة بينها وبين ردها على  
المدعي ومن التزمها فقد اسقط حقه من ردها . وأبد الشيخ ابو علي بن  
رحال وغيره ما للقاني وصوب ما لابن الكاتب ، ودرج عليه ناظم العمل  
الفاسي فقال

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن ابي زمنين القرطبي من تلاميذه المنتخب في الاحكام مولده

سنة ٣٢٤ وتوفي سنة ٣٩٩ .

(٢) هو موسى بن عيسى بن ابي حاج الففجومي الفاسي القيرواني اصله من فاس

واستوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم تفقه بالقاسي ورحل فسمع من ابي بكر

الباقلاني له كتاب التمليق على المدونة . توفي بالقيروان سنة ٤٣٠

(٣) هو ابو القاسم عبد الرحمن بن محمد الككناني المعروف بابن الكاتب . اخذ عن القاسي .

وبينه وبين ابي عمران الفاسي مناظرات في مسائل توفي في القيروان سنة ٤٠٨

والخصم يختار اليمين ونكل \* فمألقبها سبيل أو محتل

ودرج الرقاق على ما لابي عمران فقال

لملتزم مطلوب ان يقرب اليمـ \* ين اما رجوع بعد قلب لها فلا

واذا توجهت اليمين على المطلوب فقلها على خصمه ، ثم بداله وأراد ان يحلف ، فليس له ذلك ، ويتم نكوله بأن يقول لا احلف ، احلف انت ، او يستمر على الامتناع .

ولو رضي من خصمه اليمين ؛ ثم رجع وقال انا اتي بالبينه ؛ فله ذلك ؛ على ما لابن عتاب ؛ كما في شرح التاودي على الزقاقية ، وأقنى ابن رشيد (١) انه لما رضي يمينه ؛ علما ببيته ، وهي حاضرة ؛ انه لا رجوع له . ووجه الرهوني مستدلا عليه بما شرح به ابن مرزوق قول المختصر « فان نقاها واستحلفه فلا بينة » ونصه : يعني ان المدعي اذا كانت له بينة حاضرة على دعواه ؛ او غائبة قريبة الغيبة على مسافة الجملة ونحوها ؛ واستحلف خصمه ، اي طلب حلفه ؛ ورضي يمينه على رد دعواه وهو عالم ببيته المذكورة ، ثم اراد المدعي ان يقوم بهذه البينة ؛ فان بيته لا تسمع ، ولا ينفعه القيام بها ، لان رضا يمين المطلوب ، مع تمكنه من اقامة تلك البينة ، لحضورها او قرب غيبتها التي لا ضرر عليه في اتيانها منه ، دليل على رفض تلك البينة وعدم الاعتداد بها ، فكيف يسوع له القيام بعد ذلك بها .

ومن وجبت له على رجل يمين لبعض المعاملات ، وقال له الرجل : اجمع مطالبك ان كان لك مطلب غير هذا ، لاحلف في الجميع يمينا واحدة . فهو من حق المدعى عليه . بخلاف مطالب الميراث ، فليس له ذلك ، لان الميراث لا يحاط بالحقوق فيه .

ولا تجمع يمين الانكار مع يمين الرد . فمن وجبت عليه يمين في دعوى .

وَرَدَّتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ ، فَلَا يَجْمَعُ ذَلِكَ فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا بَدَنٍ مِنْ يَمِينِينَ مُفْتَرِقَيْنِ ،  
فَيَقُولُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، فَإِذَا انْقَضَتْ ؛ قَالَ : وَبِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ،  
حَتَّى تَنْقُضِيَ الْيَمِينَ الْآخَرَى . وَقَدْ نَظَّمَ مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَمَلِ الْمَطْلُوقِ فَقَالَ  
فِي مَا سِوَى الْمِيرَاثِ يَلْجِئُ طَالِبُهُ \* بِجَمْعِهِ لِحْلَفِ مَطَالِبِهِ  
إِذَا الدَّعَاوِي فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ \* تَجْمَعُ مَا عَدَا الْيَمِينَ الْعَائِدَةَ  
وَنَظَّمَهُ فِي الْعَمَلِيَّاتِ الْفَاسِيَةِ فَقَالَ

وَتَجْمَعُ الْيَمِينَ فِي الدَّعَاوِي \* إِلَّا يَمِينَ الرَّدِّ فِي التَّسَاوِي

قَالَ الشَّيْخُ التَّسَوِيلِيُّ فِي شَرْحِ التَّحْفَةِ اسْتِثْنَاءُ يَمِينِ الرَّدِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَهَا  
مِنَ الْإِيمَانِ مُتَسَاوِيَةٌ فِي التَّغْلِيظِ وَعَدْمِهِ ، وَلَوْ يَمِينُ قِضَاءٍ أَوْ اسْتِحْقَاقٍ ، تَجْمَعُ ،  
وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى خِلَافِ فِيهِ ، كَمَا فِي الرَّعِينِيِّ وَغَيْرِهِ فَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا يَغْلُظُ فِي  
الْجَامِعِ دُونَ الْبَعْضِ الْآخَرَ ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَحْلِفَ وَاحِدَةً مَغْلُظَةً ، يَدْخُلُ  
فِيهَا جَمِيعٌ مَا وَجِبَ عَلَيْهِ ، أَوْ يَحْلِفُ يَمِينِينَ ، الْمَغْلُظَةَ فِي الْجَامِعِ ، وَغَيْرَهَا خَارِجَةً  
وَقَدْ جَاءَ فِي التَّبَصُّرَةِ الْفَرَحُونِيَّةِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرْدُودَةَ تَجْمَعُ وَنُصَّحَ إِذَا  
وَجِبَتْ لِرَجُلٍ يَمِينٌ عَلَى امْرَأَةٍ مِنْ ذَوَاتِ الْحِجَابِ ، وَوَجِبَتْ لَهَا هِيَ يَمِينٌ عَلَيْهِ .  
فَأَرَادَتْ أَنْ تَحْلِفَ لَيْلًا ، وَأَنْ تَحْلِفَ نَهَارًا ، فَقَالَ الرَّجُلُ أَخَافُ أَنْ أَحْلِفَ  
لَهَا نَهَارًا فَتَرُدَّ عَلَيَّ الْيَمِينَ لَيْلًا ، فَأَحْلِفُ مَرَّتَيْنِ ، مَرَّةً فِي النَّهَارِ ، وَمَرَّةً فِي اللَّيْلِ .  
فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا التَّرَمَّتْ أَنْهَا لَا تَرُدُّ الْيَمِينَ ، حَلْفَ لَهَا الرَّجُلِ نَهَارًا ، وَحَلْفَ  
الْمَرْأَةِ لَيْلًا هـ . وَهَذَا نَصٌّ فِي أَنَّ التَّرَامَهَا بَعْدَ الرَّدِّ يُلْزِمُهَا ، وَظَاهِرٌ فِي جَمْعِ  
يَمِينِ الرَّدِّ مَعَ غَيْرِهَا ، وَإِلَّا لَمْ تَتَوَقَّفْ يَمِينُهُ عَلَى التَّرَامِهَا عَدَمَ الرَّدِّ . وَقَدْ صَرَّحَ  
بِجَمْعِهَا مَعَ غَيْرِهَا ابْنُ رَشْدٍ ، كَمَا فِي الذَّرِّ الشَّيْرِ أَنْظَرَ التَّسَوِيلِيُّ عِنْدَ قَوْلِهَا  
« وَأَنْ نَفَى \* فَالنَّفْيُ لِلْعَلْمِ كَفَى » وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَمَلَ  
فِي الْقِيَرَانِ عَلَى تَعَدُّدِ الْإِيمَانِ بِتَعَدُّدِ الدَّعَاوِي . قَلَّ فِي الْبَرْنَامِجِ وَقَلَّ

الشريف عند قول الزقاق « كجمع الدعاوي في يمين سوى التي ترد »  
وإذا كان المدعى عليه سفيهاً ؛ وتوجهت عليه يمين الانكار ، أو يمين التهمة ،  
فلا يمين عليه الآن ، إذ لا توجه اليمين إلا حيث لو أقر المطلوب لزمه .

ولو ادعى السفيه على رجل بدعوى ، فنكل المطلوب ، فقال ابن الهندي في  
وثائقه يخرم المطلوب ؛ ولا يحلف السفيه حتى يرشد ، وإنما حلف مع الشاهد  
لاحياء السنّة . وقال ابن سهل الصحيح عندي ان يحلف الآن ، اذا نكل  
المطلوب ورد عليه اليمين ، لانه رضي يمينه حين نكل . اهـ انظر التسولي عند  
قولها « البالغ السفيه بان حقه » البيت .

واما اليمين المكملة للنصاب ، فهي اليمين مع الشاهد في الدعاوي المالية ،  
وما يثول اليها ، ولا يحلفها الصغير الذي شهد له شاهد بحقه ، ويؤمر المطلوب  
باليمين حيث انكر فان نكل حكم للصبي في الحال ، ولا يمين بعد بلوغه ؛  
وان حلف ، وقف الشيء الى بلوغه ، فان حلف استحق ، وان نكل اخذ  
المطلوب .

واما السفيه فيحلف مع الشاهد له ، ويستحق ، فان نكل حلف المطلوب ،  
وبقي الشيء بيده الى الرشد ، فيحلف ، ويستحق ، على المعتمد . وقيل يحلف  
المطلوب ويزيراً ، ولا يستأني به كما يستأني بالصغير . انظر شرح التحفة .

ولو ادعى الاب على ابنه وقام له شاهد بحقه ، لزم الاب اليمين ، وكذا  
لو ادعى الاب على الابن ، فنكل الابن عن اليمين ، وردهما على الاب ، لزم  
الاب اليمين وكذلك اذا تعلق بيمينه حق لغيره ، فانه يحلف ، كدعوى تلف  
صداق ابنته والزواج يطلبها بالجهاز ، او يدعي عليه نحلة انعقد عليها النكاح .  
اما لو قامت البنت ، تطلب من ابيها ما قبضه من نقد صداقها ، مدعية انه لم يجهزها  
به ، فلا يحلف لها الاب ؛ اب لم يكن لها يوم القيام زوج . قاله ابن



مغيث. (١) قال وفي ذلك اختلاف بين اصحابنا ، منهم من أوجب لها اليمين ، بعد ان تعرف ان ذلك عقوق ، ومنهم من لا يوجب لها عليه اليمين ، اهـ . ولو طالب الاب ابنه بالانفاق لعدمه ، فأنكر الابن عدم الاب ، فأثبتته الاب ، قضي للاب بالنفقة دون يمين ؛ على ما به القضاء والعمل لان تحليفه من العقوق وقيل يحلفه القاضي ؛ استبراء للحكم له . ونظم صاحب العمل المطلق مسألة حلف الاب فقال

وليس يحلف لذي حق ابيه \* في غير ما الوالد قام يطلبه

انظر شرح العمليات العامة .

وبقي من انواع اليمين يمين اختلف فيها ؛ وهي المبر عنها يمين الرغبة . وهي كما في اآخر وكالات حاوي البرزلي ؛ يمين يطلبها الحالف ليعت بها الى موضع المطلوب ؛ فهي يمين لم تطلب ، فقدمها قبل طلبها ، لضرورة طلب الحق . فقد جرى سببها ؛ وهو اثبات وثيقة الدين . فلا يقال انها استعجال الشيء قبل وجوبه بالاطلاق ، ولا يقال انها يمين لم تطلب فلا تكون ، لانه على احد امرين : اما اقراره بقاء الحق ؛ فلا تضر زيادة اليمين او ينكر ويدعي القضاء ، فتجب له اليمين ، فقدمها قبل طلبها للضرورة المذكورة . اهـ . وسميت يمين رغبة ، لان صاحبها يرغب القاضي في اذنه في ذلك ؛ وتكتب عن اذنه وفي اختصار ابن هارون للميتية . من له ديون مؤجلة فأراد سفرأ ، ووكل وكيلأ على اقتضاها ؛ فهل يمكن من حلف يمين الرغبة أمر لا ، مكّنه من ذلك بعض قضاة الاندلس ، ومنعه بعضهم . اهـ . واستظهر بعض شراح لامية الرقاق المنع ، لعدم حلولها ؛ فهي يمين غير مفيدة . وأصله لابن عرفة . لكن قال ابن

---

(١) هو ابو جعفر احمد بن محمد بن مغيث الصدي حبير طليطلة وفيها له المقنع في الروايق توفي سنة ٥٩٩ ؛

ناجبي الاقرب انه يمكن من ذلك ؛ خشية ان يدعى عليه انه عجل له جملة ما في ذمته او بعضه ؛ فهي يمين مفيدة ، لاسيما ان كان سفره طويلا كسفر الحج . وقد اذن بعض قضاة بلدنا بحلف من اراد الحج . قال الشريف في معين المفتي وحاشية الزقاقية شاهدت من قاضي الحاضرة ابي الفداد اسماعيل التميمي ؛ انه حكم بها في سنة ١٢٢٣ ؛ واذن في كتبها لبعض العدول المنتصبين للشهادة بسوق الكتبيين من تونس حاطها الله ، ولما ان بلغه الاذن في كتبها استغريها هو ومن حضر من العدول ، فسألوني عن صورتها ، فبيّتها لهم . اهـ .



## الفصل الثاني

### في الاقرار وفيه مباحث

#### المبحث الأول في شروط صحته

وهي ان يكون المقر بالغاً ، مكلفاً ، طائعاً ، لم يكذبه المقر له ، ولم يتهم المقر في اقراره ، وأن يكون الاقرار لتقابل التملك ، فلو قال رجل لآخر اقررت لك بألف درهم وأنا صبي ، وقال الطالب بل اقررت لي بها وأنت رجل ، فعند ابن القاسم القول قول المقر مع يمينه ؛ ولا شيء عليه ، وكذا لو قال اقررت لك بها في نومي ، او قبل ان اخلق لا يلزمه شيء ، لانه نسبه الى حال لا يثبت فيها اقراره ، وبه الحكم ، وقال سحنون يلزمه ما اقر به ، لان قوله وأنا صبي ، او في نومي ، او قبل ان اخلق ؛ ندم منه ، قلت : المسألة ترجع الى تبعض الدعوى والاقرار ، وقد تقدم مبثته في الباب الاول ، وقد نظم في العمل المطلق ما لابن القاسم فقال

ومن يقول انه اقر لك \* وهو صبي بكذا واستمهلك

وقلت بل اقررت لي مكلفاً \* فالقول في ذاك له ويحلفا

والاقرار في الصحة نافذ صحيح ؛ اذا كان المقر به في الذمة ؛ او معنا ؛ لا يعرف ملكه له ، فان اقر بما يعرف ملكه له ؛ من شيء بعينه ؛ انه لفلان ؛ سواء اكان المقر له وارثا او غير وارث ؛ فانه يجري مجرى الهبة ؛ ويحمل حملها ؛ ان حاز ذلك المقر له في صحة المقر ؛ جاز ؛ وإلا لم يجز . هذا ما جزم

بما العقباني (١) والوأنشريسسي والحطاب انظر حاشية الرهوني. ولا فرق في اقرار الصحيح ؛ بين ان يكون لمن يتهم عليه ؛ وغيره . فالتهمة ملغاة في باب الاقرار بالصحة . ولا يرد عليه اعتبار التهمة في مسائل التوليج ؛ لان التهمة المطروحة في باب الاقرار بالصحة ؛ التهمة الوازدة من مجرد اقراره لمن يتهم عليه ؛ مصحوبة بشواهد وقرائن ؛ تؤذن بأن ذلك الاقرار لا اصل له والتهمة المعتبرة في مسائل التوليج ؛ هي التي قامت فيها امارات على كذب المقر في اقراره ؛ حتى لمن لا يتهم عليه عادة لو لا قيام الامارات المذكورة . قاله العقباني ؛ كما في المعيار ؛ ونقله ابو علي بن رحال واستحسنه . انظر حاشية الرهوني . والتوليج يثبت بأحد ثلاثة امور الاول اقرار المشتري ان الشراء لا اصل له ؛ وانما هو عطية ولا يعتبر اقرار البائع ، ويعد منه ندما . الثاني البينة الشاهدة ان ما عقده سمعته وتوليج ؛ لا حقيقة له ؛ إذا كان الشاهد عالما ؛ فان كان غير عالم لزم التفسير ؛ بأن يقول الشاهد ؛ توسطنا العقد بين المتبايعين ؛ واتفقا على ان البيع الذي عقده في الظاهر ، انما هو سمعة لا حقيقة له . سواء أكلت توسطهما العقد باشهاد ، او بدونها ، او يقول الشهود اقر بذلك عندنا المشتري ، او يقولوا اشهدنا بذلك فلان وفلان على شهادتهما بأحد هذين الوجهين . فان وقعت الشهادة بالتوليج مجملة ، لم تقبل من غير اهل العلم الثالث توارد القرائن وقوة المخايل ، كما للشيخ عمر الفاسي وغيره ، خلافا للرهوني . انظر حاشية مهدي على الزقاقية ، اآخر مبحث التوليج .

وإذا ثبت في بيع التوليج او المحاباة ، ان المشتري حاز المبيع في صحة البائم على وجه الحيازة ، فليل يصح ذلك له ؛ ويجري مجرى الهبات ؛ وهو الراجح .

---

(١) هو ابو سالم ابراهيم بن ابي الفضل قاسم العقباني الثلماني قاضي قاسم اخذ عن والده قاسم بن سعيد العقباني المتوفى سنة ٨٥٤ - وأخذ عنه الوا أنشريسسي ونقل عنه في ميعاره . له تعليق على مختصر ابن الحاجب وفتاوى فقال بعضها المازوني مولده سنة ٨٠٨ وتوفى سنة ٨٨٠

وقيل يبطل ذلك لانه لم يخرج مخرج الهبة . انظر حاشية التسولي ومهدي على الزقاقة .

وما قرر في المحابة ، محله اذا كانت المحابة في الثمن ، كأن يبيع ما قيمته مائة بعشرة . فان كانت في الثمن كأن يبيع بعض ولده خيار ماله ، ولو زاد ثمنه على قيمته ، فلورثة تقض ذلك . قاله ابن عرفة في البيوع الفاسدة ، ونحوه لابن ناجي

والتوليج كما في المعيار قل نوازل الشفعة بورقة ينقسم الى معلوم ، ومظنون ، وموهوم فالمعلوم يوجب قبض البيع ، والمظنون يوجب اليمين ؛ الا ان يقوي جدا فبصير كالمعلوم . والموهوم لا يوجب شيئاً . والمعلوم هو ما ثبت باقرار المشتري ، او البيعة كما تقدم . ويردّ فيه البيع ، ان لم يقبض المشتري المبيع قبل حصول مانع ، من موت او تفلّيس ، فان قبضه المشتري قبل حصول المانع ، فلا توليج على المعتمد من قولين ؛ كما صرح به التسولي في حاشية الزقاقة صفحة ١٤٣ ؛ فقد ذكر هنالك ان جميع صور التوليج مقيدة بما اذا لم يحصل قبض قبل حصول المانع ، وهو ظاهر . والمظنون ما اجتمع فيه امران ميل البائع للمشتري ؛ وعدم معاينة قبض الثمن . وحكمه توجه اليمين على المشتري انه اتباع يباعاً صحيحاً ، ودفعت الثمن ؛ ان جرى نزاع له من بقية الورثة . واليمين هنا يمين تهمة لا تتقلب ؛ فان نكل عن اليمين ، يبطل البيع بمجرد نكوله ، كما في شرح التسولي عند قولها « ومع ثبوت ميل بايم لمن البيت ، اواخر الاقرار . فاذا وجدت تهمة الميل ؛ مع معاينة البيعة لقبض الثمن ؛ فلا يمين على المعتمد ،

ولو اشترى الاب لابنه الصغير في حجرة ؛ ربعا او غيره ؛ وأقر ان المال للابن ؛ فان عرف الشهود الوجه الذي ذكره الاب ؛ ككونه من ارث امه او

صدقة من فلان ؛ مضى ذلك للابن وان لم يذكر الاب وجها ؛ فقيل يصح ذلك للابن سواء اشهد الاب بعد ذلك انه يكرها للابن ؛ او اعتمرها الاب او سكنها حتى مات . قاله ابن القاسم . وبما القضاء . وعليه العمل كما في ابن ناجي في كتاب المهديان ناقلا له عن وثائق ابن الهندي ووثائق ابن قنوج . وقيل لا يصح ذلك للابن ؛ إلا ان يعرف له مال ؛ وإلا كان ذلك توليها . قاله مطرف وأصبغ . وقد نظم صاحب العمل المطلق المسألة فقال

والمشتري من غيره متاعا \* ان قال للشهود حين ابتاعا  
لابني اشترت وبما قدرزقا \* نفذ ذلك للابن مطلقا  
بين ام لا وجهه والحال \* ان ليس يعرف للابن مال

ولو اشترى الأب لابنه الصغير بمال ؛ اقر انه وهبه له ؛ فان ابرز الاب المال وحوزه لغيره ، ثم امر الحائز بدفع ذلك للبائع ، كان اصح في الاحتياز ، واجوز للابتاع وان دفع الاب ولم يحوزه احدا ، فقيل ذلك حوز تام ، وابتاع للابن نافذ ، ولو لم يقبض الابن المبيع وبما القضاء ، وعليه العمل . وقيل ليس بحوز ، واذا مات الاب رجع ذلك ميراثا . قاله في معين الحكم ومختصر الشيطيمة . ونظم المسألة صاحب العمليات العامة العلامة السجلاسي فقال

كذلك ان قال بما وهبت له \* من ثمن كان الشرا واستعمله  
لموتها فالحوز اخراج الثمن \* من يده وهو عليه مؤتمن

### المبحث الثاني في الاقرار بالنسب او وارث

اذا اقر احد . ان فلانا ابن عمه ، لا وارث له غيره ، وأشهد بذلك ثمر مات ، فمذهب ابن القاسم لا يثبت النسب بهذا الاقرار ، وانما له المال بعد التأيي ، فان لم يأت له طالب اخذه المقر له . مع يمينه . وبعد ثبوت النسب قال مالك وجماعة اصحابه . وحكاة ابن حبيب عن اهل الماجشون وأصبغ ، قال لا يلحق

نسب احد من اخ او ابن عم او عم ، ممن استلحقه ، حتى وكفن وارثه وموروثه بذلك الاستلحاق ، إلا الوالد للولد فقط ، كان الاقرار في صحة او مرض ، وقال اصبح في المستخرجة اذا لم يكن له وارث معروف ، فاقراره جائز في صحته ، ويكون له ماله ، ولا يثبت له النسب بذلك ، وقاله سخون ، وله قول اخر ، انه لا ميراث لهذا المقر له ، وان لم يكن للمقر وارث معروف ، لان ميراثه للمسلمين ، فهم كوارث معروف ، ومذهب اشهب انه لا يستحق الميراث ، إلا من استحق النسب ، وثبت له بما ثبت به الانساب ، ومذهب اشهب هو النظر والقياس ، إلا ان العنل جرى بقول ابن القاسم ، نقله ابن سهل وغيره ، وابنى على عدم ثبوت النسب بالاقرار ، فتوى فقهاء قرطبة في رجل اقر لاختين انهما وارثاه ابناء عمه ، فمات احدهما قبل المقر ، ثم مات المقر ، فأراد الباقي من الاخوين المقر لهما ، ان يأخذ جميع المال ، فقالوا ليس له إلا نصف المال ، اذ لم يقر بأكثر من ذلك ، وهو انما يأخذ بالاقرار ، لا النسب . انظر شرح العمل العام عند قوله :

والاخوان ان اقر لهما \* انهما ابنا عمه في الاتما  
وماله لاحق فيه لاحد \* معهما ان مات عن غير الولد  
فمات قبل واحد فالتالي \* لا يستحق غير نصف المال  
اذ هو بالاقرار لا بنسبه \* يأخذ والنصف هو المقر به

ومن هذا الوادي ما أجاب به احمد بن عبد الله اللؤلؤي ، (١) في رجلين اقر انهما ابنا عم لاب ، وهما غريبان في الموضع الذي اقر فيه ، فمات احدهما فورثته ابنته وزوجته والمقر به ، ثم ماتت البنت فهل يرثها المقر به ؛ وكيف ان كان الحاكم قد قضى بالميراث له بذلك الاقرار . فقال لا يرثها بإقرار ايها

---

(١) هو محمد بن احمد ؛ ويقال احمد بن عبد الله الاموي المعروف باللؤلؤي - صناعة ابيه -

قرطبي ؛ افقه اهل زمانه بعد موت ابن ابين ، توفي سنة ٣٥٠ - او سنة ٣٥١

له ، وان كان الحاكم قد قضى بالميراث لم يرد حكمه ، لاختلاف الناس فيه . اه .  
من معين المفتي .

ولو رجع المقر بوارث له عن اقراره . منع رجوعه من ارث المقر له ، لان  
اقراره دائر بين ان يكون وصية او شهادة ، وكلاهما يبطل بالرجوع . قاله  
العقباني في جواب له نقله صاحب الدرر المكنونة في نوازل مازونة . (١)  
ولو اقر احد الورثة بوارث اخر ، لكان للمقر له من المقر ما اخذه زائدا  
عما ينوبه ، على تقدير صحة الاقرار . ففي مختصر ابن الحاجب ، اخر الاستحقاق :  
ولو ترك اماً وأخاً ، فأقرت بأخ ؛ ففي الموطأ يأخذ منها النصف ، وهو السدس ،  
لنفسه ، وعليه العمل وروي يقتسمه مع اخيه . التوضيح انما كان للمقر له  
السدس ، لانها اقرت بأخوين يحجبانهما الى السدس ، ولا شيء فيه المنكر ، لان  
ييده الثلثين ؛ وهو معترف بأنه لا يستحق غيرهما وقوله روي يقتسمه مع اخيه ؛  
اي لانها انما اقرت بالسدس لهما . وعلى القول الذي به العمل اقتصر في  
المختصر .

ومن هذا الوادي ما في المجالس المكناسية في هالك ترك ابنين ، اقر احدهما  
بثالث ، ثم اقر برابع . قال سحنون يجعل الجميع كأنهم ثابتو النسب ، وقال  
هذا معنى قول ابن القاسم فان ترك الميت ستين ديناراً ، اخذ المنكر منها ثلاثين  
والثلاثون الاخرى يأخذ منها المقر له الاول عشرة ، والمقر له الآخر خمسة ؛  
ويبقى للمقر خمسة عشر . وقال اشهب انما ينظر في ذلك الى ما يجب للمقر  
له . على تقدير الاقرار بالجميع نسقاً ، فيأخذ المقر له الاول خمسة عشر . والمقر له  
الثاني خمسة عشر ، ولا يبقى للمقر في هذا الفرض شيء . ولو اقر بخامس .

---

(١) صاحب الدرر المكنونة هو ابو زكرياء يحيى بن موسى المنبلي المازوني القاضي . اخذ  
عن ابن مرزوق الحفيد وقاسم العقباني ، وبهذا الكتاب فتاوى كثيرة من علماء تونس وبجاية  
وتلمسان والجزائر وغيرها ، ومنه ومن نوازل البرزلي استمد الوانثريسي ، توفي بتلمسان سنة ٨٨٣



لضمن له من ماله قدر نصيبه . وقال احمد بن نصر الداودي يفرق في ذلك بين ان يدفع للاول بقضاء ، فلا ضمان عليه ؛ او بغير قضاء ، فيضمن . اهـ .  
تقله في معين المفتي .

### المبحث الثالث في الاقرار بالحبس

قال في مختصر التيطية يجوز لمن بيده دار او جنة ، ان يشهد انها حبس عليه وعلى عقبه وعلى كل من يذكر من المرجع ، وينفذ الحبس بشهادته . وهو في المعنى اقرار على نفسه . ويكتب في ذلك اشهد فلان بن فلان ، اقرارا بالحق وعملا بمقتضاه ؛ ان الدار التي بيده ، بموضع كذا ، وحدودها كذا ، محبسة عليه من غيره ، ثم على عقبه من بعده . وان كان العقب داخلين معه ؛ قلت : وعلى عقبه - بالواو - ماتاسلوا وتسلسلوا ، ثم مرجعها من بعدهم الى كذا ؛ ثم يكمل الاشهاد . وانما قلنا من تحبب غير ، لنبين ان الحبس ليس من قبله ، اذ لا يجوز لاحد ان يحبس على نفسه ، وانما لم يسم المحبس ، لثلا يكلف القائم بهذا العقد ؛ اثبات موت المحبس ، وتاسخ وراثته ؛ فيعذر الى الورثة ، والعقد دون هذا تام ، وبه ضعيف . وان ضمننت في العقد علم الشهود بسكنى المشهد ، وكونها بيده ، كان حسنا . وان اسقطته كان جائزا . فان تبين بعد ذلك ان الدار ملك للمقر ، لم ينفذ التحبب فيها ، إلا ان يكون قد خرج عنها ؛ وحيزت بما تجاوز به الاجباس فينفذ . ولو اقر الورثة بحبس ، لزمهم ذلك . ويكون محبسا عليهم على حسب ما اقروا به ؛ إلا ان يظهر كتاب الحبس يوما ما ؛ ويكون فيه خلاف ما اقروا به من التعقيب والمرجع ؛ فينتقض اقرارهم في ذلك . وان شره احد في الميراث ؛ لم ينفذ اقرارهم إلا في حصصهم فقط ، ويلزم المنكر اليمين بالله انه لا يعلم ان مورثه حبس عليهم شيئا . وليس له رد اليمين لانها لو ردت لردت على مدعي الحبس وأعقابهم ، ولا يحلف احد عن احد ، وايضا لو نكلوا عنها ، لم

يطلب الحبس بنكولهم ، لبقاء حق العقب . وقال الباجي (١) في وثائقهم: اختلف هل على المنكر يمين أم لا ، فقال بعضهم لا يمين عليه . وقال بعضهم عليه يمين . اه .

## المبحث الرابع في الاقرار بالمجمل

اذا اقر الزوج الصحيح ، بأن جميع ما في بيته لامرأته ، وأشهد بذلك ، فقال ابن زرب لا بد لها من اليمين بعد ذلك . قيل له ، وان نصت الاشياء التي اشهد لها بها ، ووصفت في الوثيقة ، قال وان وصفت ، فلا بد من اليمين ، لان الصفات قد تقع على تلك الاشياء وغيرها ، إلا ان توصف وينظر اليها الشهود ، يريهم اياها المقر بها لامرأته ، ويصرفونها حين اداء الشهادة ، فحينئذ تستغني عن اليمين . قال ابن زرب وكان عندنا شيخ ممن يستفتى ، كان يقول اذا ادعى ورثة الزوج انه اكتسب بعد اشهاد لزوجته اشياء وجدت في البيت ، وقالت المرأة انه مما كان اشهد لي به ، وحببت اليمين انه ما اكتسبها بعد اشهاده ، وان لم يدعوا هذا ، لم تجب اليمين . وكان ابن زرب لا يستحسن هذا القول ، ويذهب الى ان اليمين واجبة على كل حال . اه . من احكام ابن سهل ، نقله الشريف عند قول الزقاق « واشهاد زوج صح للعرس يجتلى » في مبحث التوليج .

وفي الفتاوى الاجهورية : (٢) شئل عن اقر في حال صحته ، ان جميع ما

---

(١) الباجي صاحب الوثائق هو محمد بن احمد بن عبد الله المرروف بابن الباجي . كان بصيرا بالفقود متقدما في الوثائق ؛ ألف فيها كتابا حسنا . وكتابا مستوعبا في سجلات القضاء . وولده سنة ٣٥٦ وتوفي سنة ٤٣١

(٢) الفتاوى الاجهورية نسبة للاجهوري ؛ جمعها بعض تلاميذه ؛ والمنسوبة اليه هو علي بن زين العابدين بن محمد بن زين العابدين ابن الشيخ عبد الرحمن الاجهوري شيخ المالكية في الديار المصرية . اخذ عن بدر القرافي والبرموني والسنهوري والفيشي وغيرهم . واخذ عنه الحرشي والشبرخيتي وعبد الباقي الزرقاني وابنه محمد له شرح على المختصر الخليلي توفي سنة ١٠٦٦

يملكه من تقد ودين وسائر ما بمنزله من الامتعة ، مما يليق بالزوجة وما يليق بها. لها ولولدها منه فلان وكتب بذلك وثيقة عند حاكم شرعي، فهل هذا الاقرار صحيح بمعمول به، سواء كان قاصدا حرمان بقية الورثة، ام لا ، فأجاب: نعم، الاقرار المذكور الصادر من الصحيح العاقل الرشيد . للزوجة والولد ، صحيح لازم، وان فعل ذلك قاصدا حرمان بقية الورثة ، ولا يضره الميل للزوجة ، وهو من العبة، لا بد فيه من حوز المقر له ، ما اقر به ، قبل حصول مانع للمقر ، من موت ومرض مخوف ونحوهما . اهـ .

واما اذا اقر ان جميع ما في بيته لزوجته ، وهو مريض . فعند الابهرى: (١) ان كان غير متهم ، صدق ؛ وان كان يتهم على ذلك ، نظر فيه ، لان اقراره لمن يتهم عليه وصية منه له ؛ ولما علم ان وصيته لا تجوز ، جعلها اقرارا . نقله في الطرر وأفتى ابن زرب في ذلك ؛ بأن ما كان من زيتها فانها تأخذة بلايمين ؛ وما كان من غير زيتها : فلا تأخذة إلا بيمينها ، وأفتى ابن وضاح (٢) ان ذلك عامل ؛ إلا في ذهب او فضة ، دنانير او دراهم ، وما كان من ثيابه وزيه او عروض او طعام فهو موروث ، إلا ان يعين ذلك في صحته ، ويعين الشهود ذلك انظر حاشية الشریف على الزقافية ، اخر مبحث التوليج

### المبحث الخامس فيما يقبل فيه رجوع المقر عن الاقرار

الاصل في الاقرار اللزوم . وضابط ما لا يجوز الرجوع عنه ؛ هو الرجوع

(١) هو ابو بكر محمد بن عبد الله الابهرى اتته له الرئاسة ببغداد . وأخذ عنه ابو بكر الباقلاني والقاضي عبد الوهاب وأبو جعفر محمد بن عبد الله الابهرى الذي يعرف بالابهرى الصغير وبابن الخصاص المتوفى سنة ٣٦٥ - وابن القصار وابن خوير منداد والاصيلي وابن الجلاب . له شرح على المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم وكتاب الاصول وكتاب اجماع اهل المدينة توفي سنة ٣٩٥

(٢) جملة في الدياج مشهورا برواية الحديث والزهد ، وهو محمد بن وضاح ؛ من الاندلسيين؛

الذي ليس فيه عذر عادي ، وما يجوز الرجوع عنه ، هو ما كان للمقر عذر عادي في اقراره وهذا كما اذا اقر الوارث للورثة ان ما تركه ابوه ميراث بينهم على القانون الشرعي ؛ ثم شهد له شهود : ان اباه اشهدهم ؛ انه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها له ، فانه اذا رجع عن اقراره ؛ يقبل رجوعه ؛ لانه اقر بناء على العادة ، ولا يكون اقراره السابق مكذبا للينة ، لان هذا عذر عادي ، يسمع مثله قاله القرافي في الفرق ٢٢٢ وتلقاه غير واحد بالقبول ومن هذا المعنى ان يقول علي مائة درهم ان حلف ، او اذا حلف ، او متى حلف ، او حين يحلف ، او مع يمينه ، او بعد يمينه فحلف المقر له ، فنكل المقر ، وقال ما ظننت انه يحاف ، لا يلزمه شيء . قاله المقر في القاعدة العاشرة من قواعد القسمة والمساقاة والقراض نظير ما قالوه فيمن قال رضيت بما شهد به علي فلان وفلان . فما شهدوا به فهو الحق ، فان له ان يرجع عن ذلك بعد شهادتهما ، ولا يلزمه الحق ، لان من حجته ان يقول ظننت ان لا يشهدا باطل . وهو الفرق بين هذه المسألة ومسألة ما اذا قال : رضيت بيمينك ، وخذما تدعيه . فانه ليس له الرجوع عن ذلك ، ويلزمه الحق متى حلف صاحبه وايضا فاليمين اما ان تكون في جهة المدعى عليه ، فاذا قال للمدعي احلف ، كان ذلك نكولا منه عن اليمين ، فلم يكن له رجوع ، لان بنكوله ترتبت اليمين في جهة خصمه . واما ان تكون في جهة المدعي فاذا قال للمدعى عليه احلف ، فقد نكل عن اليمين ، وترتبت في حق خصمه وليس رضاه بالشهادة نكولا منه عن شيء ، وجب عليه ، فافترقا معنى

ومن قبول الرجوع في الاقرار للعذر العادي ؛ ما فعله المجلس المالكي في

( بقیة هامش صفحة ١٠٨ )

قال . ولم يكن له علم بالبرية ولا بالفتنة ؛ وكان المجاب عنه احمد بن خالد . مولده سنة ١٩٩ وتوفي سنة ٢٨٧ - او سنة ٢٨٦

نازلة حبس الشيخ الهشري ؛ فقد تضمن رسم حبسه : ان نصفه حبس على ابنه فلان ؛ ونصفه حبس على بقية اخوته فلان وفلان وفلان الخ فرفع بعض المستحقين الامر للقاضي الحنفي ؛ يطلب تقديم مقدم على الحبس ؛ وتوزيع ريع جميعه على سائر ورثة الشيخ الهشري ، على السواء ، فأدلى المختص بالنصف برسمه المقتضى للاختصاص ، فأبدى القائم مطاعن في الرسم ، ظنها القاضي الحنفي وجيهاً ، فاستراب الرسم وحجزة ، وهدد المستظهر به بالسجن ، لتدليس الرسم ؛ وأمر بقسمة الحبس على الرؤوس ، وندب المستحقين كلهم للتقارر على الحبسية ، وقسمة الحبس على الرؤوس ، ومن حملتهم مستحق النصف ، فتقارروا على ذلك ؛ ووقعت القسمة بضع سنين على الوجه المسطر ؛ ثم قام الابن المختص بالنصف بمقتضى رسم الحبس ، على المستحقين ، مدعياً اختصاصه بالنصف ، لدى القاضي المالكي ، فاحتج عليه المدعى عليهم برسم المقارة ، الصادرة منه ومن غيره ، فاعتذر بأن حجز الرسم عنه ، ظنه حكماً باطلاً ؛ وأن تهديده بالسجن لاجل الاستظهار به ، حمله على المقارة ؛ وتبين ان الرسم صحيح لا ريبه به ، فقبل المجلس عذره ، وألغى المقارة ، بعد ان وجه عليه يميناً ان اقراره كان لما ذكر وأرجف المبطلون في ذلك ما شاؤوا ، وقد علمت ان ما فعله المجلس ، هو صريح الفقه .

ومن هذا المعنى ما ذكره المغربي (١) عند قولها في اوائل العدة وطلاق السنة: وكذلك ان طلقها وهو غائب ، فعدتها من يوم طلق ، ان قامت على الطلاق بينة ، وان لم تقم بينة ، إلا انه اقر به لما قدم . فالعدة من يوم اقراره ، ولا رجعة له فيما دون الثلاث ، اذا تمت العدة من يوم الاقرار وترثه في العدة المؤتلفة ، ولا يرثها ، ولا يتوارثان في البتات ، ولا يرجع عليها بما انققت من ماله . بعد

(١) هو ابو الحسن المترجم له في هامش عدد ٣ من صحيفة ٨٩

طلاقه ، قبل علمها ، لانه فرط ، ونص المترابي في صغيره : وانظر لو قال  
الزوج هنا انما اقررت بذلك لاتخلص من النفقة والسكنى ، هل يصدق  
وتكون له الرجعة ، أم لا . وانظر المرأة تدعي ان زوجها طلقها ثلاثا فلا  
تصدق ، ثم يخالها ، فتريد نكاحه بعد ذلك ، وتقول انما قلت انه طلقني ثلاثا  
لاتخلص منه ، فذلك لها . والمرأة تطلق ؛ فتدعي الحمل ؛ فتقول لم يكن لي  
حمل ؛ وانما قلت ذلك ليراجمني ، انها تصدق . انظر برنامج الشوارد ، اخر  
مبحث الاقرار وقيل . بمبحث الاستحقاق .



## الفصل الثالث

### في الأبراء

الأبراء من المعين ، اسقاط لمطالبته به فهو في الحقيقة هبة . (۱) فما كان يعرف أصله للبريء ( بالكسر ) ان حيز من المبرأ قبل حصول المانع ، فذاك وإلا بطل . قاله التسولي في حواشي الزقافية صفحة ۱۳۲ - ويعرف أصل الملك للمبر أو المبريء ، بأن يكون بحوزة ستة أشهر أو عشرة . قاله الونشريسي .  
والأبراء بصيغة عامة ، كقوله أبرأته من جميع الدعاوي ؛ لا يتناول الربع ؛ حتى ينص عليه ؛ على ما به العمل . قاله ابن ناجي ؛ ونظمه صاحب العمل المطلق فقال

والربع من ذاك العموم خُصاً \* إلا إذا نص عليه نصاً

وقال البرزلي وقعت مسألة اختلف فيها شيوخنا . وهي ان رجلاً أبرأته اخته من جميع تركتها ايها ؛ ما كان من ذلك في ذمة او امانة ، ابراء تاماً وقد كان في التركة ارض او دار او عين عند غيرهما ، فأراد الاخ الاختصاص

---

(۱) استنبهه بعض علماء العصر؛ لكونه يناكده تحقيق ابن عبد السلام الاتي في الاسقاط في المعين؛ وحكاية الاجماع المنقولة عن النوادر في الأبراء في المعين وأجبتنا بأن الأبراء من وادي الاقرار؛ لانه اعتراف من المبريء بأن لاحق له في المبريء منه. والاذقار بالمعين؛ الذي يعرف ملك المنقر له ؛ جار مجرى الهبة ؛ كما هو مصرح به في الدواوين المذهبية ؛ ونقله مهدي في حاشية التاودي ؛ ونهنا عليه في صفحة ۱۰۰ وكتلام النوادر صريح في ان الأبراء العام يتناول المعين ؛ كالدار والارض . واما تقوذه والقضاء به ؛ اذا كان المعين المبرؤ منه ؛ يعرف ملك المنقر له ؛ فيتوقف على الحوز قبل حصول المانع؛ كما هو صريح نصوصهم في باب الاقرار. وليس في كلام النوادر ما يعارضه ؛ لانه مسكوت عنه.

به ، للفظ البراءة وتعميمها ، فأفتى شيخنا احمد الغبريني (١) رحمه الله بأنهم ليس له منه إلا قدر ميراثه ، وإنما غير داخل تحت الابرء . وأفتى شيخنا الامام اولاً : ان الاخ يختص به ، فلما عرف بفتوى المفتي المذكور ، رجع اليه وهو الاحسن ، لانه ليس في ذمته ولا في اماتته اه .

ولا يتناول العموم في الابرء ، الابرء من المعين . فاذا قال أبرأته من جميع الدعاوي ، فلا تدخل الدابة والدار والثوب ونحوها ، حتى ينص عليها ، فيقول « من داري او دابتي » ونحو ذلك . كما في الخطاب . قاله التسولي . وقال مهدي : والابرء العام يشمل المعينات ، كالعبد والدابة ، على ما هو الصواب ، خلافاً لمن وهم . قلت : وما ذكره مهدي هو المتعين ؛ فقد ذكر الخطاب في شرح المختصر في التيسير الثاني عند قول خليل « وان أبرأ فلانا مما له ، قبله الخ » ما حاصله : ان ظاهر كلام خليل والمازري ان الابرء يشمل الامانات ، وهي معينات . وفي كتاب الدعوى من ذخيرة القرافي ان الابرء من المعين لا يصح ، بخلاف الدين فلا يصح أبرأتك من داري التي تحت يدك ؛ لان الابرء الاسقاط ، والمعين لا يسقط ؛ نعم يصح فيه الهبة ونحوها . قال الخطاب : وهو كلام ظاهر في نفسه ؛ إلا ان مراد القائل أبرأتك من داري التي تحت يدك ، اي اسقطت مطالبتي بها ، فالكلام على حذف مضاف ، مع ان ما ذكره القرافي ، خلاف ما لابن عبد السلام من الاسقاط في المعين . وان لفظ الابرء اعمر منه ، لانه يطلق على المعين وغيره . اه . كلام الخطاب . وفي النوادر : وان اقر أنه لا حق

---

(١) احمد الغبريني الاكبر هو قاضي بجاية ، وهو احمد بن احمد الغبريني ؛ مؤلف ، عنوان الرواية ، توفي سنة ٧٠٤ - او سنة ٧١٤ - واحمد الغبريني الأصغر هو ولده ابو القاسم احمد بن احمد بن احمد - ثلاثا - الغبريني ؛ فقيه تونس وعالمها وخطيبها بجامع الزيتونة ، اخذ عن ابن عبد السلام وغيره ، وأخذ عنه البرزلي وأبو مهدي عيسى الغبريني . توفي سنة ٧٧٢ وتولى مكانه في الخطابة ابن عرفة . ك . ١٥



له قبله ، فليس له ان يطلبه بقصاص ولا حد ولا ارش ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا ارض ولا رقيق . ولا في شيء من الاشياء من عروض وغيرها ، إلا ما يستأنف بعد البراءة . في اجماعنا أه . قال بعض شراح المختصر وبه تعلم ان قول القرافي ، ان البراءة في المعين لا يصح ، خطأ ، لان ذلك مجم عليه في مذهبنا ، كما في النوادر ولو ابرأ انسان اخر ، من قليل الاشياء وكثيرها ، من ميراث وغيره ، فالتزمه اخر بجميع ما التزمه الاول ، ولم يبين الاول جميع ما كان التزمه ، ثم ذهب هذا الملتزم . الى انه لم يقصد إلا اشياء معينة ، صارت له بالميراث . فاختلف فيها فتاوى العلماء ، ووقع في اقصية الحاوي عن احكام ابن حدير ، في اخ التزم لاخته وأخته ، مثل الذي التزم لهما اخوهما الرابع ، في قطع دعواه عنهما في ميراث آبيهم ، في قليل الاشياء وكثيرها ، من ميراث وغيره ، ولم يبين الرابع جميع ما كان التزمه ، ثم ذهب هذا الاخ الذي التزم لهما مثل ما التزم اخوه ، الى انه لم يقصد بالتزامه إلا اشياء معينة ؛ صارت لهما بالميراث ، لا غير ذلك . فأفتى ابن ابي عيسى وأكثر اصحابه : بأنه لا يلزم هذا الاخ إلا ما نص وفسر من الاملاك المذكورة ، بعد يمينه انه ما التزم من البراءة إلا على ما نص عليها من الاملاك المذكورة ؛ وأنه ما التزم سائر ما التزمه اخوهما الرابع . وله رد اليمين عليهما وأفتى ابن خلف انه يلزم هذا الاخ البراءة من جميع ما يتعين ، وغير ذلك مما ترك ابوهم ، من قليل الاشياء وكثيرها ؛ كما التزم اخوهما الرابع ، لانه ابرأهم مثل ابرائه ، وهو عام ؛ فحل هذا الاخ محل اخيه في جميع ذلك ، لانه عرف قدره ومبلغه وما ادعاه من ان في الوصية اشياء لم يقف عليها ، فالوصي مؤتمن على ما اوصي عليه ، والقول قوله ، إلا ان يثبت ما يوجب نظرا ، فينظر السلطان . وأفتى ابن حارث اشهاد الاخ بأن لا حق له في جميع ما

ذكر في أعلا الكتاب ، قاطع وحاسم لجميع ما فيه من ميراث في الاملاك المنصوصة ولما ذكر في آخر الوثيقة ، ويلزمه في جميع ذلك ما التزمه فيه . وليس له استثناء شيء اظهره من الجملة التي اظهرها قال البرزلي هذه كمسألة من خالغ زوجته على شيء ، ثم عمم الابرء في جميع الدعاوي كلها ، ثم ادعت المرأة انها ما كان التعميم إلا في احكام الخلع خاصة ، وادعى الزوج انه راجع الى جميع الدعاوي كلها ، مما يتعلق بالخلع وغيرها فأفتى ابن رشد بارجاع العموم الى جميع الدعاوي ، وأفتى ابن الحاج بارجاعه الى احكام الخلع خاصة ؛ واختاره ابن مرزوق قائلا انه الحق الذي لا عوج فيه ولا امنا . وقال سيدي عمر الفاسي والقولان المذكوران كلاهما معمول به ، قضاء وقتنا . ولهذا قال الزقاق

وان عمم الابرء والخلع سابق \* فقصر وتعميم جميعاً تأهلاً

اي تأهل كل منهما لان يعمل به . وقال الشدادي ما اختاره ابن مرزوق هو الذي جرى به العمل . على ما صرح به الجزولي (١) في اختصاره لتوازل البرزلي . قال البرزلي : وهو عندي يجري على الخلاف في مسألة العام اذا ورد على سبب خاص . هل يقصر سببه او يعم ويبحث فيه بعض شراح الزقاقية بأن الخلاف بين الاصوليين ، انما هو في العام المستقل ، والعام الوارد على الخلع ونحوه ليس بمستقل وحكى صاحب المعيار عن بعض المتأخرين من محققي شيوخنا (وهو ابن مرزوق كما في شرح العمليات العامة) في هذه النازلة ، ان يسئل شهود الوثيقة ، فان قالوا صرحت بما عدا الصداق من الديون ، او قطعوا بفهم ذلك

---

(١) هو محمد بن سليمان بن داود الجزولي . ولد بجزولة ولقي بتونس حين دخلها . انا القاسم البرزلي . مولده سنة ٨٠٦ . وتوفي سنة ٨٦٣ . وليس الجزولي هذا صاحب دلائل الخيرات ؛ وان توافقا اسما واسم اب ونسباً وزماناً ، اما شارح الرسالة فهو الشيخ عبد الرحمن الجزولي . ومقدم زماناً اذ توفي سنة ٧٤١ او سنة ٧٤٤

عنها ، قبلوا ان كانوا اهلا وان تعذر سؤالهم ، سئلت المرأة ، فان قالت ما اردت  
إلا الصداق ، حلفت ، وثبت لها في ذمتها ما عداه . وقد اختلف فيها ببجاية ومصر  
وما كتبت به هو الذي ارتضيه . اهـ .

ومثله في جواب للشيخ العربي الفاسي . (١) وقال البرزلي بعد ان ذكر  
الختلاف وهذا ما لم يعين السياق قصره او عمومه ، فان قصره او عممه ، حكم  
عليه بذلك ، وإلجاء القولان . واما ان لم يجز ذلك على سبب ، فلا اشكال في  
العموم . اهـ . انظر برنامج الشوارد وشرح اللامية .

ولو وقع ابراء عام ، بأن قال ابرأته مما لي قبله ؛ او من كل حق لي عليه ،  
او قال ابرأته - هل يزد على ذلك - ثم قام يدعي عليه بحق ، وأقام بيته عليه ؛  
والرسم الذي وقع فيه الأبراء خال من ذلك ، لم يتعرض لاسقاط هذه البينة .  
فان علم تقدم البينة على البرائة ، او جهل ، فلا تقبل بيته . وان علم بينته ،  
ان الحق المدعى به ، بعد الابراء ، قبلت بيته . هذا هو المشهور . وهو معنى  
قول المختصر « وان ابرأ فلانا مما له قبله ؛ أو من كل حق ، او ابرأه ، بريء  
مطلقا ، ومن القذف والسرقه ، فلا تقبل دعواه ، وان بصك ؛ إلا بيته انه بعده »  
اهـ . واما قول اللامية

ويقضى لخصم بعد نفي حقوقه \* بينته والرسم من نفيها خلا

فمعترض ، كما لشرائح . وهو وان وافق ما لابن عات في طرده ، فمخالف  
للمعتد . والراجح ما افنى به ابن الضابط (٢) في المسألة . ومن هنا يعلم ان ما  
ذهب اليه عظموم في برنامجها ؛ من احتمال التوفيق بين الكلامين ، لا ينبغي اعتماده .

---

(١) هو محمد العربي بن يوسف الفاسي . من بيت الفاسي الشهير . مولده سنة ٩٨٨ وتوفي

بطنان سنة ١٠٥٢

(٢) هو ابو عمرو عثمان بن ابي بكر حمود الصفاقسي المعروف بابن الضابط المحدث

توفي سنة ٤٤٤

ولو عقد انسان انه لم يخلف عند فلان قريبه ؛ او عند ورثته ؛ مالا ولا عرضا ولا ناضا فاختلف في سقوط اليمين عن المبريء ؛ فكان بعضهم يرى سقوطها ؛ وبعضهم يرى وجوبها قاله ابن الحاج ؛ ونقله الوانشرسي في نوازل المعيار من الاقرار قلت ؛ والمسألة ترجع الى توجه يمين التهمة ؛ وقد علمت ان العمل بتوجيهها مطلقا ولا يجوز للوصي ان يبريء عن المحجور البرائة العامة ؛ وانما يبريء عنه في المعينات . وكذلك المحجور لقرب ؛ رشده لا يبرئه إلا من المعينات ، ولا تنفعه المباراة العامة ، حتى يطول رشده ، كسنة اشهر فأكثر . ولا يبريء القاضي الناظر في الاحباس المباراة العامة ، وانما يبرؤه في المعينات ؛ وبراؤه عموما جهل من القضاة . كجعل القاضي الناظر مصدقا في دل ما يتولى دخله وخرجه ؛ دون بينة ، لثقتة بالقيام به . فهو غير جائز ، لان اموال الاحباس كأموال الايتام . قاله البرزلي ونقله الحطاب صفحة ٢٣٣ ج ٥ - وتبين بما نقلناه ، ان القاضي لا يأذن المقدم ان يحاسب نفسه بنفسه ، ولا بد من البينة في دخله وخرجه . فما يفعله المقدمون اليوم في محاسبتهم ، لا يساعد عليه النظر المالكي .

## الفصل الرابع

### في الاسقاط

اسقاط الانسان لحق من حقوقه ، لازم له ، اذا كان اهلا للتبرع به ، وكان بعد وجوبه له وليس للمسقط الرجوع ، حيث لم يكن هناك عذر قوي فان كان ثم عذر قوي ، كالزوجة تهب يومها لضررتها ، او لزوجها ، او تسقط حقها من القسم فان لها الرجوع متى شاءت ففي المدونة: اذا رضيت امرأة بتبرك ايامها ، وبالاثره عليها ، على ان لا يطلقها ، جاز . ولها الرجوع متى شاءت فاما عدل او طلق . قال اللخمي وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت ، او للابد ، لان ذلك مما يدركها فيه الغيرة ، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت ، إلا اذا كان ما وهبته ، الزمن اليسير . كاليوم واليومين - فلا رجوع لها

واذا وهبت يومها لضررتها: احتصت به الموهوب لها وللزوج الامتناع ؛ لا للموهوبة ، لان الحق في الاستمتاع بالواهبته ، للزوج ؛ فلو جاز للموهوبة قبول هذه الهبة ، بغير رضی الزوج ؛ لسقط حق الزوج في متعتها بالواهبته ؛ بغير رضاه ؛ وهذا باطل . وكذلك لو قبل الزوج الهبة ؛ لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول ، لان لها الاستمتاع بها في كل وقت ، وانما امتنع عليها لحق الزوجات الاخر ، فلما اسقطت احدها من يومها للاخرى ، ورضي الزوج بذلك ، جاز ، ولم يكن للموهوبة في ذلك مقال ولو وهبت المرأة يومها للزوج ، او اسقطت حقها من الميت ، تصير كالعدم . وليس للزوج ان يخص يومها بواحدة من البواقي . انظر المسألة الرابعة من خاتمة التزامات الخطاب .

وتقيدينا لزوم سقوط الحق ؛ بما اذا كان بعد وجوبه للمسقط ؛ للاحتراز

عما اذا كان قبل وجوبه ، فانه يجري في سقوطه خلاف ، وقد اختلف الترجيح في فروع هذا الاصل ، وقد ساق منها الخطاب في التزاماته سبع عشرة مسألة؛ تقتصر منها على ست ؛ ونضيف اليها سابعة لم يذكرها الخطاب

المسألة الاولى اسقاط الشفعة قبل بيع الشريك ، لا يلزم ، ففي كتاب الشفعة من المدونة : ولو قال للمبتاع قبل الشراء اشتر ؛ فقد سلمت لك الشفعة ؛ وأشهد بذلك ، فلم القيلم بعد الشراء ، لانه سلم ما لم يجب له ، وان سلم بعد الشراء ، على مال اخذه ، جاز ، وان كان قبل الشراء ؛ بطل ؛ ورد المال ، وكان على شفعتها ، اه . قال ابن يونس لان من وهب ما لا يملك ؛ لم تصح هبته وقال اللخمي ويختلف اذا سلها قبل الشراء ، وقال له اشتر ، فاذا اشترت فلا شفعة لي عليك فقيل لا يلزمه ذلك ، وله ان يستشفم ويجري فيها قول اخر انه لا شفعة له . قياسا على من قال ان اشترت عبد فلان ؛ فهو حر ؛ او ان تزوجت فلانة فهي طالق ومن جعل لزوجته الخيار ان تزوج عليها ، فأسقطت ذلك الخيار ، قبل ان يتزوج عليها فقد قالوا ان ذلك لازم لها ، وهو في الشفعة ابين ؛ لانه ادخل المشتري في الشراء لمكان الترك ، ولولا ذلك لم يشتره ، فأشبه هبة قارنت البيع ولانه لو قال له اشتر ذلك الشقص والتمن علي ؛ فاشتره يلزمه الثمن الذي اشتره به ؛ لانه ادخله في الشراء وهذا قول مالك وابن القاسم . وهو في الشفعة ابين ، اه . وثما كان القول المخرّج لا يقوى قوة القول المخصوص ، كان الراجح في مسألة سقوط الشفعة ، عدم اللزوم ، وقد قال ابو الحسن الصغير ؛ قيل لابي عمران ؛ اذا قال « ان وجبت لي الشفعة فقد سلمت لك » هل هي مثل مسألة الكتاب ، قال ذلك سواء ، ولا يلزمه شيء ، وقال ابن رشد اذا قال « ان كان فلان قد اشترى هذا الشقص بكذا ؛ فقد سلمت له الشفعة » فهذا يلزمه ، ان كان قد اشترى فلان .

واما ان قال « ان اشترى فلان الشقص ، فقد سلط له الشفعة » فهذا لا يلزمه التسليم ؛ ان اشترى ؛ لانه اسقط حقه قبل ان يجب له .

المسألة الثانية - من اسقط ارثه من مورثه ، او وهبه لشخص آخر . فان كان بعد موت مورثه ، او حال مرض مورثه المخوف الذي مات فيه ، لزمه ، ولم يكن له رجوع ؛ إلا اذا ظنه يسيرا ، ثم بان انه كثير ، فيحلف على ذلك ؛ ولا يلزمه . وان كان في صحة مورثه ، لم يلزمه ، وكان له الرجوع فان وهب الوارث ميراثه لمورثه ، فان لم يقض المورث فيه بشيء حتى مات ، رجع للواهب . وان قضى فيه بشيء ، جرى على وزان اجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث ، او لبعض الورثة . ولهم ثلاثة احوال . الاولى ؛ ان يكون ذلك في صحة المورث ؛ من غير سبب ، فاجازتهم غير لازمة لهم ، على الراجح كمن اعطى شيئا قبل ملكه ؛ او جريان سبب ملكه . هكذا اشار اليه مالك في الموطأ . وروي عن مالك ان ذلك لازم لهم . الحالة الثانية ان يكون ذلك في الصحة . بسبب ؛ كالسفر والغزو ؛ فروى ابن القاسم في العتبية ان ذلك يلزمهم . وقاله ابن القاسم . وقال ابن وهب (١) في العتبية كنت اقول هذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم . قال محمد وأصنغ وهو الصواب . واقتصر خليل في مختصره ، على القول بعدم اللزوم ؛ الذي رجحه اصنغ . الحالة الثالثة . ان يكون ذلك في مرض المورث . فاذا كان المرض غير مخوف . فحكمه حكم الاجازة في الصحة ؛ واذا كان مخوفا ؛ فان صح المورث منه ؛ لم تلزمهم الاجازة حتى يأذنوا له في المرض الثاني ، وان لم يصح المورث بعده ؛ لم تلزم الاجازة السفيه ؛ ولا الرشيد الذي في نفقة الموصي ؛ كزوجته واولاده ؛ او له عليه

---

(١) هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي ؛ مولاهم الامام الكبير الجامع بين الفقه والحديث . روى عن اربعمائة عالم وصح مالكا عشرين سنة . وروى عنه سحنون وابن عبه الحكم وأصنغ وزونان وغيرهم مولده سنة ١٢٥ وتوفي بمصر سنة ١٩٧

دين ؛ او في سلطانه . ولكن يحلف من في عيال الموصي ، من ولد لير او غيره . انه ما اجاز إلا خوفا منه . وتلزم البالغ الرشيد ، البائن عن الموصي الذي لا سلطان له عليه ولا نفقة . فاذا قال لم اعلم ان لي رد الوصية ، فان كان مثله يجهل ذلك ، حلف ، ولم يلزمه .

المسألة الثالثة - من شرط لزوجه ان تزوج عليها او تسرى او اخرجها من بلدها ، فأمرها بيدها . فتقول اشهدوا انه متى فعل زوجي ذلك ؛ فقد اخترت نفسي ، او اخترت زوجي ، فذلك يلزمها ، على المعروف من قول مالك . ولو شرط ذلك لها ، ثم اسقطت الشرط ، وأباحت له التزوج او التسري او الخروج ، فان كان بقرب ارادة فعل الزوج ، لزمها الاسقاط ؛ ولا رجوع لها ، وان تراخى فعل الزوج ، كان لها الرجوع فيما أباحت له . قاله ابن القاسم في سماعه عن مالك ، وبه الحكم . قاله ابن مغيث ونظمه صاحب العمل العام فقال

وان يملكها معلقاً على \* فعل له فأذنت ان يفعلها

ليس لها الرجوع في ذلك ما \* لم يتراخ فعله وتدمأ

فلو كان الشرط طلاق الداخلة ؛ وعتق السرية ، فليس لها اسقاط ذلك .

انظر شرح العمل العام صفحة ٨٠

المسألة الرابعة - اذا ابرأت الزوجة زوجها من الصداق ، في نكاح التفويض ، قبل البناء ، وقبل ان يفرض لها . قال ابن شاس (١) وابن الحاجب : يتخرج ذلك ، على الابراء مما جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب . واقتصر صاحب المختصر وصاحب الشامل على القول بأن ذلك لا يلزمها .

(١) هو عبدالله بن محمد بن شاس بن تزار الجذامي السعدي من بيت امارة ألف الجواهر الثمينة في مذهب عالم الاندلس ؛ على ترتيب وجيز النزالي . وهو الذي اقتصره ابن الحاجب توفي بدمياط مجاهدا سنة ٦١٠



المسألة الخامسة - اذا اسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل ؛ ففي لزوم ذلك قولان واقصر القرافي في الفرق ٣٣ على عدم اللزوم ، وحكاه عن الاصحاب ، وقبله ابن الشاط ؛ (١) وحمل عليه ابن غازي (٢) قول خليل في فصل الصداق « لا ان ابرأت قبل الفرض او اسقطت فرضاً قبل وجوبه » اهـ . لكن ما ذكره الموثقون المتيطي وغيره وعبد الحق في تهذيبه ، صريح في ان لزوم ذلك لها ، هو القول الراجح ، وهو الذي جزم به الخطاب .

المسألة السادسة - اذا اسقطت المرأة حقها في الحضانت ، فان كان ذلك بعد وجوبها لها ، لزمها الاسقاط ، وإلا لم يلزم . قال المشدالي (٣) قال لي ابن عرفمة الفتوى عندنا ، فيمن خالم زوجته ، على ان تسقط هي وأما الحضانت ، انها لا تسقط في الجدة ، لانها اسقطت ما لم يجب لها . اهـ . ولو تأخر اسقاط الجدة عن اسقاط الام ، للزم ذلك ، لان الحق انتقل اليها بعد اسقاط الام ، ففي المتيطية الذي عليه العمل ؛ وقاله غير واحد ان الامر ، اذا أسقطت حقها في الحضانت ؛ بشرط في عقد المبراة ، ان ذلك يرجع للجدة والحالة ؛ وقاله ابو عمران ؛ وقال غيره من القرويين يسقط بذلك حق الجدة والحالة ؛ ولا

- 
- (١) هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الانصاري السبتي . من تأليفه انوار البروق على فروق القرافي توفي سنة ٧٢٣ ومولده سنة ٦٤٣
- (٢) هو محمد بن احمد بن غازي الشمانى المكناسى ثم القاسي . شيخ العلماء بفاس . له تأليف قيمة من اشهرها تكميل التقييد وتحليل التقييد على المدونة كعمل تقييد ابي الحسن الصغير وله شرح على المختصر الحلبي مولده سنة ٨٤١ وتوفي سنة ٩١٩
- (٣) هذا اللقب لجماعة من العلماء منهم عمران بن موسى المشدالي احد شيوخ المقرئ نقل الكثير . من فتاويه الوانشرسي في المعيار مولده سنة ٦٧٠ وتوفي سنة ٧٤٥ - ومنهم محمد بن ابي القاسم المشدالي البجائي ألف تكملة حاشية الوانوغي على المدونة واختصر آليه ابن والتحصيل توفي ببجاية سنة ٨٦٦ - ومنهم الفضل محمد بن محمد المشدالي ؛ ابن المتقدم ذكره . مولده سنة ٨٢١ وتوفي بحلب سنة ٨٦٥ - وشقيقه محمد بن محمد المشدالي توفي سنة ٨٥٩

كلام لهما . ولهذا قال ابن الفخار (٤) الصواب في عقد اسقاط الزوجة حضانة  
ابنها للزوج ؛ ان يكتب على ان سلمت اليه ابناها منه ؛ وأسقطت حضانتها فيه ؛  
ثم قطعت امها فلا تترأوا اختها ؛ حجتها فيما كان راجعا اليها من الحضانة . فالتعير  
يتعين ان يكون بشم ؛ دون الواو ونظم صاحب العمل المسألة فقال

وان يخالعهما على ان تسقطا \* مع امها حضانتا ابن سقطا  
حق المخالعة لا الام كما \* افتي بتونس الشيوخ العلماء

واذا اسقطت الامر حقها في الحضانة ؛ في حال العصمة ؛ لزمتها ذلك ؛ لان  
الحضانة واجبة للام في حال العصمة . وقد قال ابن عرفة في باب الحضانة  
« ومستحقها واو الولد زوجان هما وفي افتراقهما اصناف » .

واذا خالغ الزوج زوجته على اسقاط حضانتها ، وهي حامل ، فاستظهر الخطاب  
ان ذلك لازم لها ، لقول العتية وسئل مالك عن صالح امرأته ، وهي حامل ؛  
وشرط عليها ان لا نفقة عليه حتى تضع فاذا وضعت حملها اسلمته الى ابيها ،  
فاذا طلبته ، فنفقته ورضاعه عليها حتى تطفمه ، فان لم تستقم له بذلك ، فهي  
امرأته . قال مالك الصلح جائز ، وكل ما شرط جائز إلا ما اشترط ترجع  
اليه ، فليست ترجع اليها ، وقد بانث منه . قال ابن رشد : هذا كله كما قال ، لان  
ما شرط عليها ، حق لها ؛ فجاز ان يشترطه عليها ، حاشا الرجعة . اهـ .

المسألة السابعة :- اسقاط المستحق حقه في الحبس ، نافذ ولازم له . ففي  
نوازل الحبس من الفتاوى الاجهورية سئل الاجهوري عن رجل بينه وبين  
اخوته منزل وقف من ابيهم ، فأشهد على نفسه انه لا حق له في هذا الوقف ،  
وأسقط حقه لاختوته . فهل يصح الاسقاط ، وليس لورثته من بعده شيء ، أم

---

(٤) هو محمد بن يوسف بن الفخار ويعرف بابن بشكوال كان يحفظ المدونة والنوازل  
وله اختصار النوازل واختصار المبسوط للقاضي اساعيل توفي بيلنسية سنة ٤١٩

لا لان غرض الواقف انتفاع الجميع بالوقف . فأجاب يسقط حق من اسقط  
حقه من الوقف لاختوته : ما دام حيا ؛ ما لم يكن في شرط الواقف ما يخالف  
ذلك ، كما اذا شرط ان من اسقط حقه يخرج عن الوقف ، واذا مات فلورثته  
القيام بحقه بعد موته ، حيث كان ينتقل لهم . فان كان ينتقل لغيرهم كان  
لذلك الغير القيام به . اهـ . وفي النوازل المذكورة ايضا ما نصه ذكر المحققون من  
شيوخنا ، ان حكم من اسقط حقه مما شرط له الواقف ، لم يقع التصريح به  
في المذهب ، في علمهم ، وأن بعض المحققين من اشياخهم ، اجراه على مسألتها  
اسقاط الحضانتها بناء على انها حق الحاضن ، وهو المعتمد . قائلا فاذ كان له  
اسقاط ما جعله الله له ، فأولى اسقاط ما جعله له الشرع بجعل جاعل . وقد ذكروا ان  
اسقاط الحضانتها يقع على وجهين . الاول ان يسقطها لمعين كالأب . الثاني ان  
يسقطها ، ويطلق . فيجري هذان الوجهان في هذه المسألة ، فاذا اسقط حقه لمعين من  
اهل الوقف ؛ فان اسقاطه صحيح ؛ ويتوقف على قبول المسقط له ، وهل ذلك  
بشرط ان يكون معنا اهلا ، كما اذا وقف عليه ؛ او لا بد من القبول في هذا مطلقا .  
وفرق بين اصل الوقف عليه ؛ وبين اسقاط بعض الموقوف له حقه ؛ لان هذا  
انتقل الى باب الهبة ؛ ولا بد فيها من القبول في فتاويه ان هذه المسألة تؤخذ من  
قول خليل في مختصره ؛ في باب الهبة « وصحت في كل مملوك ينقل » اذ المملوك  
شامل الذات والمنفعة ؛ ولا شك ان القدر المعين من الربع ؛ ملك لمن عين له .  
ويدل له ما ذكر في قول ( المص ) « والملك للواقف لا الغلة » اي فانها ملك  
للموقوف عليه . قال ؛ ثم رأيت للبرزلي ما يفيد ذلك ؛ وقد نقله عنه شيخنا  
البرموني في حاشيته . اخر الباب ، واذا ما اسقطه وأطلق ؛ فهو بمنزلة قوله ؛  
اسقطت حقي من هذا الوقف في كل حالة . فهو لم يقصد الاسقاط لمعين ؛ فهو  
تارة لا يتوقف على القبول اصلا ؛ كما اذا قال وهبت هذا للفقراء ؛ وتارة يتوقف

على قبول الموجود ؛ كوهبت هذا الزيد وعمره وأعقابهما . وجوز ذلك كله وقد  
أخبرت ان بعضهم أفتى بطلان الاسقاط مطلقا ؛ لعدم تعيين المسقط له ؛ وعهده  
عليه . وأعلم ان بعض الاسقاطات ، لا يشترط فيها القبول ، بل عدم الرد ،  
كاسقاط الشفعة والنفقة ، فحرره اهـ .



## الفصل الخامس

### في الالتزام

الالتزام عرفا ، الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف ، مطلقا ، او معلقا على شيء فهو بمعنى العطفية . وقد يطلق على التزام المعروف ، بلفظ الالتزام . وهو الغالب في عرف الناس اليوم . وقد يكون في مقابلة شيء ، فيكون من باب المعاوضة . فان لم يكن الالتزام في مقابلة شيء ، اشترط فيه ما يشترط في العبة ، وان كان من باب المعاوضة ، اشترط فيه ما يشترط فيها . والالتزام اما ان يكون مطلقا ، او معلقا . فانحصر الكلام فيه في مبشرين .

### المبحث الاول في الالتهزام المطلق

اذا انزل الشخص نفسه، شيئا من المعروف، كالصدقة والهبة والحبس والعارية والعمرى والاسكان ، لزمه ، وقضي به على الملتزم ، ان كان الملتزم له (بالفتح) معينا ، ولم يحصل للملتزم (بالكسر) مانع ، من موت او تقليس او مرض مخوف ، قبل حوز الشيء الملتزم به . فان حصل المانع بعد الحوز ، نفذ الالتزام . كما اذا التزم شخص لآخر ، السكنى في دار مدة ، فأسكنه اياها ثم مات الملتزم ، لم تبطل السكنى لان الحوز قد حصل . واما ان كان الملتزم له غير معين كالمساكين ، فالمشهور انه لا يقضى به ، ان امتنع الملتزم .

ونذكر من فرع هذا الاصل ، مسائل في النفقة والوصية فمن مسائل النفقة التزام الانفاق على شخص مدة معينة ، او مدة حياة المنفق او المنفق عليه ، او حتى يقدم زيد ، او الى اجل محلول . فانه يلزمه ، ما لم يفلس او

يمت . لان من التزم معروفًا لزمه ، على مذهب مالك واصحابه . قاله ابن رشد .  
واختلف في دخول الكسوة في النفقة ، والذي جزم به ابن سهل في احكامه الكبرى  
والصغرى ، ان الملتزم ان قال لانية لي في مطعم وإلا لمبس ، قضي عليه بهما ، وان  
قال اردت الاطعام خاصة ، صدق بدون يمين ، لان كل متطوع مصدق فيما يحتمله  
اللفظ . فلو التزم الاتفاق على آخر ، فأففق شهرا ، وقال هذا الذي اردت ،  
وطلب الآخر الاتفاق مدة حياته ، صدق الملتزم . ولكون المتطوع مصدقا ، كان  
الاسترعاء ، بمعنى الاستحفاظ ، نافعا في التبرعات . وان لم تعرف اليانة صدق  
المسترعي فيما يدعيه . اهـ . من الالتزامات للحطاب .

وفي معين الحكم اذا طاع الزوج بنفقة ابن امرأته ، امد الزوجية ، جاز؛  
بعد ثبوت العقد . وان كان ذلك في العقد : لم يجز للغرر ؛ وفسخ قبل  
البناء ، ويثبت بعده بصدق المثل ؛ ويبطل الشرط . فان كان لمدة معلومة ؛ في  
اصل النكاح ؛ ومات الولد قبل المدة ؛ رجع ذلك الى الامر ، وتأخذة على حساب  
ما شرطت . اهـ . وقال ابن سلون ان مات المتطوع ؛ سقط المتطوع به . وان  
كان لمدة معلومة ، وبقي من المتطوع به شيء ؛ لانها هبة لم تقبض ، ولا يرجع  
على الزوج بشيء منها ، لانها معروف منه ، وصلة للريب . ولم تترك الام من  
حقها شيئا . وقع ذلك للشيوخ ؛ فأجمعوا عليه . سواء اكان ذلك طوعا او  
شرطا . اهـ . قال الحطاب ماذكرة في المتطوع ظاهر ، لان الهبة تبطل بموت  
الواهب قبل قبضها ، واما اذا كان شرطا في العقد ، وأجزناه ، اذا كان لمدة  
معلومة ، على ما رجحه ابن رشد ، فينبغي ان لا يسقط ، وان يحل بموت الزوج . اهـ .  
ولو تزوجت المرأة رجلا ، وشرطت عليه نفقة الاولاد ، اجلا معلوما ، او  
تطوع به بعد العقد ، مدة الزوجية ، وأرادت الرجوع بذلك على ايهم . فان كان  
ذلك مكتوبا من حقوقها بحيث لها الرجوع متى شاءت ، واسقاطه لزوجها ،

فلما ان ترجع بنفقتهم على ايهم . وان كان ذلك للولد ، فلا رجوع على ايها بشيء . هذا ما وقعت به الفتيا على ما قاله البرزلي . قال البرزلي وهو جار على الاصول ، اذ في الصورة الاولى ، مال وهب لامة ؛ فاذا انفقتة على الولد ، رجعت بها على ابيه . وفي الثانية ، مال وهب للولد ، فنفقتة على نفسه ، لا على ابيه . قال الخطاب : وللاب ان يتمتع من اتفاق الزوج على الولد . اهـ .

ولو خالغ الزوج زوجته ؛ على ان التزمت له بثوثة حمل ، ان ظهر بها ، أو بثوثة حملها الظاهر ، جاز . وان التزمت له مع ذلك ارضاع الولد وبثوته الى فطامه ، جاز ، ولزماها . فان ماتت ، اخذ من تركتها ؛ ويوقف منها قدر بثوثها الابن ، الى اقصاء المدة . فان ولدت توأمين ؛ لزما ارضاعهما . فان مات الولد في خلال العامين ، فلا شيء للاب عليها ، لان المقصود من التزامها براءة الاب من بثوته ابنه . هذا هو المشهور من المذهب ، وبه القضاء . قاله في مختصر المتيطة . قال ابن سلون وللزوج محاصنة غرماء المرأة ، بنفقة ابنه المشترطة في الخلع . فان اعدمت الامر في خلال المدة . فان النفقة تعود على الاب . ثم ان ايسرت ، رجعت النفقة عليها . وفي اتباع الوالد بما انفق على ابنه مدة عدمها . قولان ، واتباعها بذلك هو المشهور ، والذي جرى به القضاء . فان كانت اشهدت على نفسها انها موفورة المال ؛ وأنها متى اثبتت انها عديمة ، فذلك باطل ؛ فلا تتفع بما يشهد لها من العدم ، حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفور حالها الذي اقرت به . قاله ابن رشد . اهـ . قال الخطاب وهذا حيث تكون المرأة مجبولة ، ولم يشهد بعدها الا شاهدان او نحو ذلك . اما ان كانت معلومة بالاعسار والعدم ، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها ، ويغلب على الظن ان ما اشهدت به من الوفور كذب محض ، فلا يلتفت الى ما اشهدت به من الوفور ، ولا الى قولها : انها متى اثبتت انها عديمة ؛ ان ذلك باطل ، ويلزمه الزوج الانفاق . اهـ .

ومن مسائل الوصايا ، الوصية اذا التزم فيها عدم الرجوع . ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ، مبني على ان الوصية من لوازمها الشرعية وخواصها صحة الرجوع عنها فهل ينزل اللازم الشرعي منزلة اللازم العقلي ، او لا . وتفرع الى ثلاثة فروع الاول ، الوصية التي التزم الموصي فيها مجرد عدم الرجوع بجملة . الثاني ، الوصية التي التزم فيها ذلك ، مستددا لاختيار قول من قال بلزومه من العلماء . الثالث ، التزامه ذلك ، ثم تأكيده اياه بقوله « وأنه مهما او متى رجع ، كان رجوعه تجديداً للوصية أو تنفيذاً لحكمها » او نحو ذلك من الالفاظ . فأما الفرع الاول ، ففي لزوم ما التزمه من عدم الرجوع اقوال اربعة ، اشار ابن عرفة الى ثلاثة منها بقوله في مختصره « فلو التزم عدم الرجوع ، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ، قال ابن علوان ثالثها ان كانت بعق لزم الالتزام المذكور ، وان كان بغيره لم يلزم » . اهـ الرابع اذا التزم فيها انه لا ينسخها . فلا ينسخها نسخ عام بعدها ، كقوله نسخ كل وصية قبلها ، إلا بالنص عليها . وللشيخ ابن عرفة في مختصر الحوفي (١) لو التزم عدم الرجوع ، لزمه على المشهور . وفي نسخة منه على الاصح . وهو ما ذهب اليه الشيخ ابو عمران الفاسي وابو اسحاق التونسي (٢) وعبد الحميد الصائغ . (٣) وبه اقتى ابو القاسم احمد الغبريني والشيخ ابن عرفة وابو القاسم القسنطيني (٤)

(١) هو ابو القاسم احمد بن محمد بن خلف الحوفي الاشيلي كان من بيت علم وعدالة ؛ بصيرا بعد الشروط ؛ فرضيا ماهرا ؛ له في الفرائض تصانيف : كبير ومتوسط ومختصر ؛ وكلها باغ من الاجادة الغاية توفي في شعبان سنة ٥٨٨ هـ

(٢) هو ابو اسحاق ابراهيم بن حسن بن اسحاق التونسي اخذ عن ابي عمران الفاسي . وأخذ عنه عبد الحميد الصائغ توفي بالقيروان سنة ٤٤٣ هـ

(٣) هو عبد الحميد بن محمد القيرواني المروف بابن الصائغ . تفقه به الامام المازري وتوفي بالقيروان سنة ٨٦ هـ

(٤) هو ابو الفضل قاسم القسنطيني الوشتاني التونسي ؛ قاضي الجماعة بتونس وامام جامعيها . اخذ عن ابن عرفة والغبريني والزعي . واخذ عنه ابن ناجي . توفي سنة ٨٤٦ هـ - او سنة ٨٤٧ هـ وهناك عالم اخر يلق بالقسطنطيني وهو احمد بن يونس القسنطيني التونسي . تولى قضاء الانكحة بتونس . اخذ عن البرزلي والزندبوي . توفي سنة ٨٧٨ هـ



والشيخ عمر القلشاني الجد . (١) وهؤلاء من مشيخة فقهاء الدولة العثمانية (٢) بتونس . والقول الثاني ، وهو عدم لزوم الالتزام اخذ من قول تخيرها لو قال انت طالق تطلقه لا رجعة لي فيها ، فله الرجعة . وقوله لا رجعة لي فيها ، ونيته ، باطل . قال ابن ناجي في سابعة تخيرها وفي سادسة ستور صغيره : وبهذا القول العمل . وقال في رهون كبيره . وبه الفتوى . قال عظم : ان اراد في عصره ، فمسلم ، وان اراد الاطلاق ، فمردود بفتاوى من تقدم .

واما الفرع الثاني ، وهو اذا التزم عدم الرجوع ، اختياراً لقول من قال بلزومه من العلماء . فقال ابن ناجي في ستور صغيره : بعد ان ذكر فرع مجرد التزام عدم الرجوع : والاخذ من المدونة انه يرجع ، وبه العمل . وفتوى الشيخ ابي القاسم الغبريني ، انه لا يرجع . قال واذا فرعنا على الاول : وأشهد على نفسه : انه عرف باختلاف العلماء فيها ، فأخذ بقول من رأى العمل بعدم الرجوع . فقال شيخنا ابو مهدي لا ينفعه ؛ ويرجع . وقال شيخنا البرزلي لا يرجع . وبالاول اقول . اهـ . والتزام قول من الاقوال . اصل مختلف فيه بين الموتقين . ذهب ابن الهندي الى انه يقضى عليه بما قضى به على نفسه . وصوبه ابن بشير . (٣) وذهب ابن العطار الى انه لا يلزمه ذلك ، قائلاً ليس له ان يتخير على الحاكم ؛ ويحكم على نفسه ، بقول قائل من اهل العلم ؛ حتى يكون الحاكم هو الذي يقضي بما ظهر له من الاختلاف في ذلك . ونظم صاحب العمل العام ما حكاه ابن ناجي من العمل فقال

---

(١) هو عمر بن محمد القلشاني التونسي . قاضي الجماعة بتونس وخطيب جامها اخذ عن ابن عرفة والابن النبريني وأخذ عنه حلوله والرصاص توفي سنة ٨٤٧

(٢) يعني دولة ابي عثمان الحفصي

(٣) هو ابو الطاهر ابراهيم بن عبد الصمد ابن بشير التنوخي المهدي اخذ عن السيوري وأمم كتاب التنبية وكتاب جامع الامهات والتذهيب على التهذيب وكتاب المختصر . اكمله سنة ٥٢٦ ومات شهيداً

ومن يقل ليس له نزوع \* عما به اوصى له الرجوع  
فيه ولو يكون فيما قيد \* عليه انه الشهود اشهد  
بأنه عرف خلف العلى \* فاختار من له اتقاالعود اتمى

واما الفرع الثالث ، وهو ما اذا زاد الموصي في وصيته « انه مهمارجع عنها ؛  
كان رجوعه تجديدا لها ، وتفيذا لحكمها » فاختار عظموم في برنامج : انه يلزمه  
الالتزام ، وأنه ينبغي ان يكون ذلك خارجا عن الخلاف وأطب في الاستدلال  
على ذلك ، في مبحث الوصية من البرنامج ، فراجع ان شئت . وبحث فيه الشيخ  
اسماعيل التميمي بما هو وجيه جدا . لكن جرى القضاء التونسي بما اختاره  
عظموم ، من لزوم التزام عدم الرجوع ، اذا قال « ومتى رجعت كان رجوعه  
تجديدا للوصية ، وتفيذا لحكمها » من زمن العلامة الشيخ الشاذلي ابن صالح  
كبير اهل الشورى رحمه الله الى زمننا هذا .

قال الخطاب وشبه مسألة الرجوع في الوصية ؛ مسألة اعتصار الابوين  
الهيئة من ولدهما ؛ حيث يجوز لهما الاعتصار فلو التزم الواهب منهما  
عدم الاعتصار فالظاهر لزوم ذلك له ولم اقف عليه منصوصا .  
اه . قلت اذا كان الاعتصار من اللوازم الشرعية لهبة احد  
الابوين ولدهما لزم جريان الخلاف في المسألة ؛ بناء على ان الالتزام  
الشرعي منزل منزلة اللازم العقلي ، ويستحيل وجود الملزوم بدون لازمه .  
او غير منزل منزلته . اللهم إلا ان يقال الرجوع في الوصية لازم متفق عليه ،  
بخلاف الاعتصار ، فمختلف فيه ، والحنفية لا يرون الاعتصار فيما يهبه احد  
الابوين لولده ؛ فلا يقاس الاعتصار على الرجوع ، لان المقيس عليه اقوى .  
فتأمل ذلك .

## المبحث الثاني في الالتزام المعلق

الالتزام المعلق ، اما ان يعلق على فعل الملتزم ، أو الملتزم له ، أو غيرهما .  
فاما المعلق على فعل الملتزم فان كان القصد بالالتزام ، الامتناع من ذلك  
الفعل المعلق عليه ، ويسمى يمينا ، كقوله لزوجته ان تزوجت عليك فلنك  
الف دينار . فاختلاف في القضاء به ، والمشهور من المذهب انه لا يقضى به ؛  
سواء أكان الملتزم له معينا ؛ او غير معين . إلا في العتق ؛ فانه يقضى به وان  
كان القصد بالالتزام حصول ذلك الفعل ؛ ويكون الشيء الذي التزمه شكر الله  
تعلى على حصوله ؛ كقوله : ان قدمت من هذا السفر فلفلان علي الف درهم ؛ او  
ان اتممت هذه الدار او هذا الكتاب ؛ فعلي كذا - ويسمى نذرا - فحكمه اللزوم ؛  
ويقضى به ان كان لمعين ؛ ولا يقضى به ان كان لغير معين ؛ على المشهور ومن  
امثلة اليمين ما في مفيد الحكم لو اشترط احد الخصمين لصاحبه : ان لم يوافه  
عند القاضي الى اجل سماه ؛ فدعواه باطلة ان كان مدعي او دعوى خصمه حق  
ان كان مدعى عليه ، فيتخلف ؛ فلا يلزم هذا الشرط ؛ ولا يوجب حقا لم يجب ؛  
ولا يسقط حقا قدوجب قاله عيسى قال ابو الحسن ومن ذلك ما يقول الناس  
اليوم « من لم يحضر مجلس القاضي وقت كذا ؛ فالحق عليه » لا يلزم من التزمه .  
اه لان ذلك من قبيل المخاطرة ؛ ليس فيه شيء من المعروف . وقال الخطاب ؛  
مثل ذلك قول احد الخصمين « ان لم آت بالبيته ؛ او بمستند ؛ في وقت كذا ؛  
فدعواي باطلة ؛ او دعوى خصمي حق » فهذا كله لا يلزم ولا اعلم فيه خلافا ؛  
فينبغي ان يحكم بطلانه ؛ ولو حكم به حاكم إلا ان يوجد قول باللزوم فيه .  
وقد كثر الحكم به من جهلة قضاة المالكية ؛ فينبغي التنبه له . واما اذا التزم  
المدعى عليه انه ان لم يوفه حقه في وقت كذا ؛ فله عليه كذا وكذا . فهذا  
لا يختلف في بطلانه ؛ لانه صريح الربا . وسواء أكان الشيء الملتزم به من

جنس الدين ؛ او غيره . وسواء أكان شيئاً معيناً ؛ او منفعة . وليس من هذا قول احد الخصمين للآخر « ان لم اوافك عند السلطان ؛ فكراء دابتك علي » ثم يخلفه فقيل لا يلزمه ذلك ؛ وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ يلزمه ذلك وصوبه ابن يونس ؛ لانه ادخله في غرم كراء الدابة ، بوعدة ، فاذا اخلفه ؛ لزمه ما اوجبه على نفسه كمن قال « اشتر عبد فلان ، وأنا اعينك فيه بكذا » فاشتراه ، فان ذلك يلزمه ، لانه ادخله فيه ، بوعدة . بخلاف ما قبله ، فانه لم يدخله في غرم شيء .

ومن ذلك ما افتى به ابن الحجاج وابن رشد - في امرأة خالعت زوجها ، على ان حطت عنه جميع كائنها ، وعلى انها ان تزوجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع ، فعليها مائة مثقال - ان الخلع جائز ، والشرط باطل ، ولها ان تزوج قبل العام ، ولا شيء عليها قال الحطاب اي في القضاء ، وان كانت تؤمر بالوفاء بذلك . واما الالتزام المعلق على فعل الملتزم له فان كان الفعل غير اختياري ، كقوله لزوجته « ان ولدت غلاما فلك كذا وكذا » فحكمه اذا وجد المعلق عليه حكم الالتزام المطلق ، في الزوم ، والقضاء به وان كان الفعل واجبا على الملتزم له ، كقوله « ان جئني بمتاعي الضائع ، فلك كذا وكذا » وكان المتاع عنده ، او يعلم مكانه ، فان ذلك غير لازم للملتزم ، ولا يحكم عليه به ؛ ورد ذلك واجب عليه ، وكذلك الاعلام بموضعه ، ولا يجوز ان يأخذ على نفسه شيئاً ، لان ذلك من باب الجعل ، ومن شرطه ان لا يكون الفعل مما يلزم المجموع له عمله . فان كان الفعل واجبا كفاثياً . لزم الالتزام المعلق عليه ، كقوله « ان غسلت هذا الميت ، فلك كذا وكذا » - وقد ابن رشد الصورة الاولى ، بما اذا لم يكن الملتزم يعلم ان ذلك الفعل يجب على الملتزم له ، ثم علق الالتزام عليه ، وإلا لزمه الالتزام ويحمل على انه اراد ان يرغب في الاتيان بذلك الفعل ،

كقوله « ان صليت الظهر اليوم ، فلك عندي كذا وكذا »

وان كان الفعل محرما على الملتزم له ، كقوله « ان قتلت فلانا ، او ان شربت

الخمر ، فلك كذا وكذا » فحكمه ان ذلك غير لازم .

وان كان الفعل جائزا . فان كان لا منفعة فيه لاحد كقوله « ان سعدت

هذا الجبل ، فلك كذا » لم يلزم الالتزام ، لانه من باب الجعل ، ويشترط فيه

حصول المنفعة ، في العمل المجمعول فيه ، على الراجح من القولين . وان كان

الفعل فيه منفعة للملتزم . فلا يخلو اما ان يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم

له ؛ للملتزم او لغيره ؛ شيئا ، او تمليكها اياه كقوله « ان اعطيتني دارك ، فلك -

عندي كذا » - لشيء يسميه - او « فقد اسقطت عنك الدين الذي لي عليك »

فيكون من باب هبة الثواب ، التي هي يعم من البيوع . وحينئذ يشترط ما

يشترط فيها . واما ان يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم له . للملتزم او غيره .

منفعة شيء ، كقوله « ان اسكنتني دارك سنة ، او سنين مسماة ، او اسكنت

فلانا فيها ، سنة او سنين مسماة ، فلك كذا » فيكون من باب الاجارة ، ويشترط

فيها شروطها . واما ان يكون الفعل المعلق عليه ، عملا يعمله الملتزم له ؛ للملتزم

أو لغيره ؛ كقوله « ان حفرت لي بئرا في ارضي ، او ان جئت ببعير فلان ،

فلك كذا » فيكون من باب الجعل ، ويشترط فيه شروطه . واما ان يكون

الفعل المعلق عليه ، ان يترك الملتزم له ، حقا من حقوقه ، لاجل ما التزمه له

الملتزم نحو قول الشخص للحاضنة « ان اسقطت حقا من الحضانة ، فلك

كذا » وكمسألة اعطاء الزوجة زوجها شيئا ، على ان لا يتزوج عليها .

وهذا يشبه ان يكون من باب الجعل . فاذا اعطت الزوجة زوجها شيئا ، على ان

لا يتزوج عليها ، او وضعت له شيئا من صداقها فالتصوص في المسألة انه

ان تزوج عليها ، فلها ان ترجع عليه ، سواء أتزوج عليها بالقرب ، أو بعد البعد .

وهو ظاهر المدونة وغيرها . واما اذا اعطته الزوجة شيئا ، على ان يطلق  
ضرتها ، فطلقها ثم اراد ان يراجعها ، فيفصل في ذلك . بين القرب والبعد .  
كما اذا اعطته زوجته مالا . على ان يمسكها ، ثم فارقتها ، فان كان فراقها  
يقرب العطفة كان لها ان ترجع . وان كان فراقها بعد ان طال الامد ، وما  
يرى انها بلغت الغرض في مقامها ، لم ترجع . وهكذا قال مالك فيمن  
اسقطت عن زوجها صداقها ؛ على ان لا يتزوج عليها ، فطلقها بحضرة ذلك ، فلها  
ان ترجع عليه ، وان طلقها بعد ذلك ، فيما يرى انه لم يطلقها لمكان ذلك ؛  
لم ترجع عليه . قال اصبح إلا ان يكون الطلاق بحدثنان الاسقاط ، ليمين نزلت ،  
ولم يعتمد ، ولم يستأنف اليمين ، فلا شيء عليه ايضا . قال اللخمي : وأرى لها  
ان ترجع في عطيتها ، وان كان الطلاق ليمين حث فيها ، لانها انما اسقطت  
صداقها لمعنى ، ولتبقى زوجة في عصمته ، فاذا لم يصح ذلك لها ، لم يلزمها ما  
اعطته . وما اختاره اللخمي مخالف لقول مالك وأصبح . ولو سقطت حضانتها  
الحاضنة ، بزواجها او غير ذلك ، ووجب للاب اخذ الولد منها ، فأرادت ابقاءه  
عندها ، على ان تلتزم نفقته ، فالتزامها لازم .

واما الالتزام المعلق على الفعل ، الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له ،  
فقوله « ان وهبت ارضك لفلان ، فلك عندي كذا . او إن اسكتته دارك سنة .  
فلك عندي كذا » فهو اما من باب هبة الثواب ، او من باب الاجارة ، او باب  
الجميل . فيشترط في كل نوع شروطه . ومن هذا النوع ما اذا بذل شخص  
لرجل مالا ، على ان يطلق ذلك الرجل زوجته ، او التزم له بمال ان فعل ذلك ،  
فانه يلزمه بذل المال ، ويقع الطلاق باثنا . كما ذكرناه في باب الخلع . ولذلك  
شرطوا في جوازه ، ان لا يكون القصد بذلك اضرار المرأة ، باسقاط نفقة العدة .  
قال القاضي ابن عبد السلام واما ما يفعله اهل الزمان في بلدنا ، من التزام

اجنبي ذلك ، وليس قصده إلا إسقاط النفقة الواجبة في العدة المطلقة على مطلقها ، فلا ينبغي ان يختلف في المنع منه ابتداء . وفي انتفاع المطلق به بعد وقوعه نظر . اهـ . وقال ابن عرفم : باذل الخلع ، من صح معروفه ، والمذهب صحته من غير الزوجة مستقلا . قلت ما لم يقصد ضررها ، باسقاطه نفقة ، فينبغي رده ، ككسراء دين العدو . وفيها من قال لرجل « طلق امرأتك ، ولك علي الف درهم » ففعل ، لزم ذلك ، الرجل ، قال الخطاب : ومقتضى قول ابن عرفة « ينبغي رده » ان يبطل الالتزام ، ويقع الطلاق رجعيا ، وهذا هو الظاهر . اهـ .

واما الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له ، فحكمه حكم الالتزام المطلق ، يقضي به ، اذا وجد المعلق عليه ، وكان الملتزم له معينا ، ولا يقضى به ، ان كان الملتزم له غير معين ، ومن امثلته ما وقع في اول رسم « ان خرجت من سماع عيسى ، من كتاب الصدقات والهبات ، في امرأة تركت زوجها وولدها وبنتا منه وأباها ، وتركت متاعا وحليا وصدقا على زوجها ، فقال ابوها للزوج « ان تصدقت بنصائبك منها من صداقها وحليها ومتاع وغيرها ، على ولديها ، فميراثي منها في جميع ما تركت ، صدقة عليهما » فقال الزوج « تصدقت بجميع نصايب عليهما » وأشهد لهما بذلك ، فمات الجد - وهو ابو الزوجة - ومات ابو الولدين ، والصبيان طفلان ؛ والمتاع والحلي وجميع ما تركت ، بيد ابيهما ، والصداق عليه كما هو . قال ابن عبد الرحمن (١) اما ما تركت من المتاع والحلي ، فهو لهما ، لان حوز ابيهما لهما ، حوز . واما الصداق ، فليس لهما منه شيء ، لا من نصيب جدهما . ولا من نصيب ابيهما ؛ لان الجد انما تصدق عليهما على ان يتصدق ابوهما عليهما ؛ فاذا لم يتصدق ابوهما عليهما ، فليس لهما من صدقة جدهما شيء ؛ اذ لم يعزل ذلك لهما الاب ؛ ويجعله على يد غيره . لان الاب اذا تصدق على ولده بناصب لم تجز صدقته ؛ إلا ان يجعل ذلك على يد غيره . اهـ . وقبله ابن رشد .

(١) هو ابو بكر بن عبد الرحمن ، المترجم له في هامش صفحة ٨٥

## الفصل السادس

### في الشهادات وفيها مباحث

#### المبحث الأول في شروط قبول الشهادة وذكر مواعيدها

الشاهد حال تحمله الشهادة ؛ لا يشترط فيه إلا الميز والضبط . وحال الاداء ؛ يشترط فيه البلوغ والعقل والحرية والاسلام والعدالة ، واختلف هل من شرطه الرشد ؛ فروى اشهب عن مالك ان شهادة المولى عليه جائزة ، ان كان عدلا . وهي رواية ابن عبد الحكم (١) ايضا عنه . وقال اشهب لا تجوز شهادته ، وان كان مثله لو طُلب ماله أُعطيهُ واختاره ابن المواز وابن عبد السلام ، قال ابن عبد السلام لان سوء التصرف في المال ، الموجب للولاية ، يدل على عدم كمال العقل ، والضعف عن مقاومة الشهوات وذلك مظنة عدم الضبط لكن زيادة اشهب ، في قوله وان كان الخ ، غير بيّنة . اهـ . وذكر في البيان ان قول اشهب هو الذي يأتي على المشهور من قول مالك وأصحابه ، ان المولى عليه لا تنفذ اقواله . واقتصر في المختصر على عدم القبول . وذكر المتطي ان به العمل . ونظمه صاحب العمل العام بقوله

ولا تجز شهادة المولى \* عليه فالمحجور ليس اهلا

ولو يكون مثله لو طلب \* اخذ متاعه ينال المطلب

(١) هو عبد الله بن عبد الحكم بن اعين افضت اليه الرئاسة بعد اشهب روى الموطأ عن مالك ، وكان من اعلم اصحابه بمختلف قوله اخذ عنه ابن المواز وابن حبيب والريبع ابن سليمان وابن نمير له المختصر الكبير والاوسط والصغير ولد بمصر سنة ١٥٥ هـ وتوفي بها سنة ٢١٤ هـ



واما مواعنها فسته .

الاول التغفل ، إلا فيما لا يلبس .

الثاني تأكد القرابة ، لان تأكدها يوجب تهمة الشاهد في استجلاب النعم  
لقريبه ؛ فلا تقبل شهادته ، ويندرج تحت خبر « لاتجوز شهادة خصم ولاظنين »  
وتأكد القرابة في شهادة الاصل ، وان علا ، لفرعه . وعكسه ، وشهادة احد الزوجين للآخر ،  
وشهادتهما لزوج ابنتهما ، ولزوجة ولدهما ، وشهادة زوج البنت لهما ؛ وزوجة  
الولد لهما ؛ وشهادة احد الزوجين لريبه ، وشهادة الريب لزوج امه او زوجة  
ايه . وتجاوز شهادة احد الابوين لولده على ولده الآخر ما لم يظهر ميل  
للمشهود له ؛ فلا تقبل حينئذ ، كما اذا شهد للصغير على الكبير ، او للبار على  
العاق وتجاوز شهادة الولد لاحد ابويه على الآخر ، ما لم يظهر ميل للمشهود  
له . فلو شهد الولد على يبه بطلاق امه ؛ جازت شهادته . ولو شهد بطلاق غير  
امه ، لم تجز ؛ ان كانت امه في عصمة ابيه ؛ او حية مطلقة ؛ وتجاوز ان كانت  
ميتة . ولو شهد لايه على جده ؛ او لولده على ولد ولده ؛ لم تجز . ولو كانت  
على العكس ؛ جازت . وتجاوز شهادة الابن مع ايه وتعتبر تامة . على ما به  
العمل عندنا ، خلافا لما في المختصر الحلي من انها واحدة . وفي العمليات العامة

شهادة الاب والابن واحدة \* وقيل ثناب لكل فائدة

كلا المقالين جرى العمل به \* لكنما الاخير اقوى فاتبه

ومثل ذلك شهادة احدهما عند الآخر ؛ وشهادة احدهما على حكم الآخر ؛

وشهادة احدهما على شهادة الآخر واما تعديل احدهما للآخر ؛ فلا يجوز  
وتجاوز شهادة الاخ لايه ، بشرط التبريز في العدالة ، على المعتمد ، كما في  
الزرقاني وقال ابن ناجي به الفتوى وبشرط ان لا يكون في عياله ، كما  
في الخطاب وبشرط انتفاء التهمة ؛ فلا تقبل فيما ينفي عنه وصحة ، او يدفع

عنه محنة؛ او نكاح من يشرف بنكاحها؛ او لها يسار والمشهود له قيسر

المانع الثالث تهمة جر النفع لنفسه؛ او دفع الضرر عنها

المانع الرابع العداوة الناشئة عن امور الدنيا. فلا تقبل شهادة العدو على عدوه، ولا على ابن عدوه؛ لتهمة ان يكون قصد بشهادته على احدهما؛ الاتقام والتشفي. ولا تضر تهمة الحجر والدفع والعداوة؛ اذا حدثت بعد اداء الشهادة وقبل الحكم بها كما لو شهد لامرأة اجنبية عنه بحق، ولم يحكم بشهادته حتى تزوجها، فلا تبطل شهادته، إلا ان ثبت انه كان خطبها قبل ذلك او شهد على رجل انه كان طلقها البتة، ثم تزوجها، وثبت انه خطبها قبل ذلك. قال ابن ناجي في شهادات كبيره اثر شهادة الاصحار قال اصبح في العتية: من ثبتت شهادته عند قاض لامرأة، فلم يحكم بها حتى تزوجها الشاهد، لم تبطل شهادته. بخلاف الوصية لغير وارث، ثم يصير وارثا يوم الموت، فلا تجوز الوصية. والفرق ان رد الشاهد معلل بالظن، وهي في الزوجة انما حدثت بعد الشهادة، والوصية ينظر فيها يوم تجب، وذلك بعد الموت. واخبرنا بعض شيوخنا القضاة، ان بعض شيوخه المحصلين المفتين، كان وقف عن الشهادة، بسبب انه شهد باسترعاء لامرأة بحق، ثم تزوجها وفهمنا منه، بذكره هذا، زجر الطلبة عن ترك التحفظ، ولو وافق بتركه قولاً منصوصاً بمذهبه ابن ناجي عزله هذا الشاهد ظلم من فاعله، لان قول اصبح هو المذهب، وهو ظاهر قولها « ولا احد الزوجين لصاحبه » وحالة شهادته، لم تكن زوجة له قط، فلا يتهم، إلا ان تكون قرينة كعبت من يخطبها له، ثم يشهد لها، ثم يعقد عليها فشهادته تبطل، كما تقرر به ابن رشد قول اصبح. ثم لا يلزم من بطلان شهادته؛ عزله. ونزلت في احكامي بياجة؛ مسالمة من هذا طرأت امرأة من المشرق علينا، واقامت بها اشهرًا؛ ثم ارادت التزوج؛ بعمل سببها؛ شهد فيها

من قبلته : ثم تزوجها رجل ممن شهد لها ؛ فلم اعرض له ، عملا بما ذكرته. اه. قال عظمور في برنامج الشوارد ، وانظر هل كتب شهادته ، يعد بمنزلة الاداء ، كما صرح به في مختصر الحديريته ، فطرو أحد هذه الامور الثلاثة بعده ، لا يؤثر اه. قلت عملنا اليوم على اعتبار الكتابة بمنزلة الاداء ، حتى ان القاضي يعتمد على الوثائق التي بها عقود العدول ، من غير ان يؤديها عنده

وإذا كانت الشهادة بأشياء ، وردَّ بعضها للتهمة ، رُدَّت كلها ، على المشهور وإذا رُدَّ بعضها للسنة ، يمضي منها ما لا ترده السنة كما اذا رُدَّت لانفراد الشاهد ، يمضي منها ما يجوز بالواحد ، كالشاهد بوصيته بعق ، ووصايا لقوم ، فيحلفون ويستحقون من الثلث ، بعد اخراج قيمة الرقبة منه ومن الرد للتهمة ، شهادة الرجل لنفسه ؛ ولغيره ، في وصيته. وقد كثر فيها الاختلاف والذي اقتصر عليه صاحب المختصر ، مضيا فيما لا يهمل فيه ، كأن يوصي له بالشيء التافه ، فتجوز له ولغيره ، وردها في الكثير ، فلا تجوز له ولا لغيره. المانع الخامس :- الحرص ، اما على ازالة النقص ، واما على التأسي ، واما على الاداء ، واما على القبول.

فالحرص على ازالة النقص ، كمن ادى شهادة ، فُردَّت لفسق او صبا ، ثم بعد روال المانع الموجب للرد ، شهد بها مرة ثانية ، فلا يقبل ، لانه يتهم ان يزيل عن نفسه عار النقص الذي لحقه ، بسبب رد شهادته والنفس - كما قال مالك - مجبولة على ذلك.

والحرص على التأسي ؛ اي على ان يكثر امثاله ؛ من المتصفين بمثل ما اتصف به من النقص ؛ حتي اذا غير ؛ وجد الكثير من امثاله ؛ فيخف عليه الامر ؛ لان الشيء اذا كثر ؛ يقل استباحه عادة . وهذا كشهادة ولد الزنى في الزنى . فلا يقبل في شهادته به على احد ؛ وان كان عدلا لانه يهمل بتكثير امثاله ؛ ليستخف

ما لحقه من العار لاجله . ومثله شهادة من حُدِّ في كسيرة ؛ خمر ، او قذف ، او زنى فاذا تاب لم تقبل شهادته فيما حُدِّ فيه

والحرص على الاداء ؛ كمبادرتهم لرفع شهادته للقاضي ؛ فيما هو حق ، آدمي محض ؛ قبل ان يسأله صاحب الحق ، تلك الشهادة . والتقيد بحق الآدمي المحض ؛ للاحتراز عما فيه الحقان فان الرفع قبل السؤال ؛ لا يضر لاجل ما فيه من حق الله . وهذا كالوقوف على معينين ثم بعدهم للمسجد . واما فيما هو حق من حقوق الله المحضة ؛ ففيه تفصيل : بين ما يستدام فيه التحريم ؛ وغيره . فالاول تجب المبادرة فيه الى الرفع ؛ في اول الازمنة الممكنة ؛ ومتى آخر الرفع في ذلك ؛ كان التأخير جرحته في شهادته ؛ لتركها الواجب . ومثاله ان يعلم تطبيق الرجل امرأته ثلاثا ؛ ثم يجدها ويستمر على وطئها ، او ان يرى وقفا على مسجد ؛ يد من يتصرف فيه بغير حق . والثاني مخير في الرفع فيه . كما لو رأى رجلا يزنى بامرأة ؛ مرة من الدهر ؛ فالرفع قبل الطلب لا يقدح ، لانه من تفسير المتكرر . وترك الرفع لا يقدح ، لانه يقتضي في الحال ، ولا يستدام فيه التحريم . بل الترتك اولى ، للستر . وما ذكرناه من بطلان الشهادة ، بالمبادرة الى الرفع قبل السؤال ، في حق الآدمي المحض ، هو ما في المختصر . وقال المحقق ابن مرزوق في شرحه له لم اره منصوصا على هذا الوجه ، إلا لابن الحاجب وابن شاس . وحكاية المازري عن الشافعية . والذي تقتضيه نصوص المذهب ، خلاف ذلك . وانما ان رفعها قبل الطلب ، لم يقدح ذلك فيها ، بل ان لم يكن فعلا مندوبا ، فلا اقل من ان لا ترد . وانما اختلفوا اذا رأى حقا لآدمي ، يتصرف فيه غير مالكة . وسكت ولم يرفع ذلك . هل يكون ذلك جرحه فيه ، مطلقا ، او في تلك الشهادة خاصة . او لا يكون جرحته . وما ذكرناه من ان نصوص المذهب تقتضي ان الرفع قبل الطلب لا يقدح ، هو مقتضى ما اخرجه مالك في الموطأ ، ومسلم ؛ من حديث

زيد بن خالد الجهني « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الا اخبركم بخير الشهاداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » قال الباجي (١) قال مالك في المجموعة وغيرها معنى الحديث ان يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها ، فيخبره بها ، ويؤديها له عند الحاكم ، اهـ . فظاهر قوله « ويؤديها له عند الحاكم » اعم من ان يكون بعد طلبه بذلك ؛ ام لا . ومثل هذا التفسير ، يقل في الاحكام . وزاد : وقيل يحتمل ان يكون فيما لا يختص بحقوق ادمي ، ويكون من حقوق الله ، التي لا ينبغي السكوت عليها . قال ابن مرزوق : والاصل العموم ؛ لان في الجميع تغيير المنكر . اذ ترك الانكار على من يتصرف في مال الغير بغير حق ؛ مع القدرة على دفعه بالشهادة عليه ، تمكين من المعصية ، وهو لا يحل . واذا كان اعلامه ربا قبل الطلب ، لا يعد حرصا على الشهادة ، فكذا اعلامه الحاكم قبل الطلب . بل اعلامه الحاكم قبل طلب صاحبها اولى ، لقدرة الحاكم على ايقاف الشيء المشهود فيه سريعا ؛ ان كان يستحق الايقاف ، وقام صاحب الحق به ، ويحال بينه وبين من هو في يده سريعا ، فيحصل الغرض من التفسير . ولا يخالف ما ذكر ، قول الباجي « يحتمل ان يكون المعنى اذا سئلها بادر لادائها » ولم يحتج الى تكرير السؤال . لا انه يأتي الحاكم بها ، قبل سؤاله . لانه لا يسمعها منه ، ان لم يقم صاحب الحق به . اهـ . لانه لم ينف سماع الحاكم اياها بالاطلاق ، بل قال « ان لم يقم صاحب الحق بها » ومفهومه انه ان قام بعد ادائه اياها ، وبعد ان قام صاحب الحق ، وأدى الشاهد ولم يسأله ذلك صاحب الحق - انه يسمعها . وانما لم يسمعها الحاكم ان لم يقم صاحب الحق ، لأن الحاكم لا يتولى اثبات الحق لصاحبه ، ولا يمكن من ذلك احدا إلا بإذنه .

---

(١) هو القاضي ابو الوليد الباجي سليمان بن خاف التميمي له مناظرات مع ابن حزم .  
أُتف نحو الثلاثين : أليفا ؛ من اشهرها وأحسنها المنتقى . وولده سنة ٤٠٣ وتوفي سنة ٤٧٤

ثم عدم سماع الحاكم اياها ، لا يدل على ابطالها ان قام بها صاحب الحق بعد ذلك . وهذا هو محل النزاع ، وبالجملة ، لم ار نضالاً على انها تبطل ، برفعها للحاكم قبل طلبه بها ، إلا لمن ذكرت . ثم ساق نصوصاً من ابن يونس والمجموعة الغيبة ، تقتضي الاختلاف في التجريح ، بترك الرفع في حقوق الآدميين . استوعبه صاحب الاكمال في قوله اختلف مذهبنا في تجريجه ، بسكوته على الشهادة بحقوق الآدميين ، وترك رفعها ، وهو يرى حقوقهم يد غيرهم ، وصاحب الحق حاضر غير عالم . فذكر بعضهم ان ابن القاسم يرى ذلك جرحاً مطلقاً ، ورأى بعضهم ان ذلك جرحاً في الشهادة نفسها ، لا في الشاهد . وقيل انما تكون جرحاً ، اذا رأى صاحب الحق صالح عن حقه ، واضطر الى شهادته ، ولم يعرفه بها ، حتى بطل حقه . واما بمجرد سكوته ، فلا . اذ لعله لا يطلبه او وهبه ، او باعه لمن هو في يده . واما سحنون ومن واقفه ، فيرى القيام بالشهادة ، وان طال حوزها على الشاهد . إلا فيما كان من حق الله . اهـ . ونقل كلام الاكمال ، الابي في شرح مسلم في الجزء الخامس صفحة ٢٤ وعقبه بقول القرطبي « قوله جرحاً في الشهادة لا في الشاهد ، ليس بشيء . لان موجب جرحته ، فسقه لعدم رفعه ، والفسق مانع بالاطلاق » قال الابي : ولو تجمل انسان شهادة . ثم طلب بادلها ، فقال « لا اعرض بنفسي . اذ لعل القاضي لا يقبلني ، او لعلني لا ازكى » فكان الشيخ (يعني ابن عرفه) يقول : ان تحملها اختياراً ، فلا حجة له بذلك ، وان لم يتحملها اختياراً ، فهو في سعة . اهـ . انظر صفحة ٢٥ من الجزء الخامس من شرح الابي ، الطبعة المصرية .

والحرص على قبول شهادته ، كمخاصمة المشهود عليه حال اداء الشهادة عليه ؛ سواء أكانت الشهادة بحق الله ، او بحق الآدمي . وكشهادته وحلفه ان ما شهد به حق ، في حق الله او في حق الآدمي . وعلل المازري القدح في هذه الشهادة :

بكون اليمين كالعلم على التعصب والحمية وشدة الحرص على اتقادها . واستثنى ابن عبد السلام ممن يهدح في شهادته لاجل حلفه ، العوام ، فانهم يتساحون في ذلك ؛ فينبغي ان يعندوا قال ابن مرزوق وحديث الصحيحين « ثم يأتي قوم تسبق شهادة اجدهم يمينه ، ويمينه شهادته » يدل على ابطال الشهادة المقترنة باليمين ، لانه في معرض الذم لمن يأتي في اخر الزمان ، اه .

وليس من الحرص الموجب للرد ، الحرص على التحمل . كشهادة المختفي بغير قاذح وفي كافي ابن عبد البر لا ينبغي لاحد دعي الى الاستتار بالشهادة ؛ ان يجيب اليه ؛ إلا ان يضطر . فان ابتلي بذلك ، فلا يشهد حتى يستوفي اخر الكلام من المقر ، وأوله ، ويشهد للذي دعا عليه . وان كان المقر ضعيفاً او مخدوعاً او مروءاً ؛ لم تقبل شهادتهم عليه . وعليه اليمين انه ما كان اقراره إلا لبعض ما ذكرناه ، وان لم يكن ذلك ، ثبت عليه الحق . لان من الناس من يُقر في الخلاء ، ولا يقر في الملأ ، ومن عرف ذلك منه ؛ جاز ان يستتر له ، لسمع اقراره . اه . قال الشيخ عمر الفاسي الشهادة على المقر من غير اشهاد ، يلزم ان يقيد بغير من يخشى ان يخدع ، لضعفه وجهله ، في شهادة الاحتفاء . وبغير المتوسط بين اثنين ؛ فلا تقبل بدون اشهاد . اه . وقد نقل في المسائل الملقوطة ، عن الكافي والمتقى : ان شهادة المتوسط ، الذي يدخل بين اثنين بالصلح ، لا يجوز ، وان استوعب كلامهما . اه . ومثله في الزرقاني ؛ معللاً بأنها تشبه الشهادة على فعل نفسه . وسله بناني . لكن قال الرهوني الظاهر ان شهادة المصلح كشهادة الخاطب ، فيكون فيها ثلاثة اقوال ، ويكون الصواب جوازه . اه . قال مهدي في حاشيته على شرح التحفة للتاودي وهذا الاستظهار مخالف للنصوص ، كما ترى . لانها لم يؤيده نص . قلت وهو قصور ففي الحدود في الزني من المدونة ؛ قيل له رجلان تمارعا في امر ، فأدخل بينهما رجلين على ان لا يشهدا بما سمعا

منهما ؛ فيقران ، ثم يفترقان ويتجاحدان . قال فليعذر الشاهدان اليهما ، ولا يعجلا ؛ فان تماديا على الجحد ؛ فليشهدا عليهما قال ابن ناجي في كبيرة : مثال ذلك ان يقول احدهما « لك علي كذا » فيقول الآخر « لك انت ايضا كذا » ثم يتجاحدان . واستشكل ابن ناجي جوازاها ؛ بأن كل واحد منهما ، يقول « ما شهدا لي به حق ، وما شهدا به علي باطل » فكان كل واحد منهما مكذبا لهذه البيعة ، فلا تصح شهادتهما لهما . وقال عبد الحق (١) الصواب قول عبد الملك ورواية ابن نافع انهما لا يشهدان ، عملا بشرطهما . وكان شيخنا البرزلي ، نصب نفسه للصلح بين الناس بتونس . فكان يصلح بينهم ، ولا يشهد . عملا يقول عبد الملك . لانه اذا شهد ، نفر الناس عنه . فكان يشترط ان لا يشهد بما يسمعه منهما . فانتفع الناس به كثيرا في مسائلهم ، الصغار والكبار . اه . وقال ابن مرزوق في شرح المختصر : قال اللخمي اختلف ان جلسا للمحاسبة ، وأجلسا معهما رجلين ، على ان لا يشهدا بينهما هل يشهدان وأن تجوز شهادتهما في كل هذا ، اصوب . وليست هذه بشهادة سماع ولا يحتاج في هذا الى اذن . اه . فكلامر المدونة واللخمي ، صريح فيما استظهره الرهوني . قال الشريف في حواشي الزقاقية وقد اتفق لي وقوع هذه النازلة سنة ١٢٢٥ وذلك ان رجلين من اهل الساحل ، تنازعا في اثاث مخلف عن ابرأة ، هي زوجة لاحدهما ، وأخت للآخر ، وادعى كل واحد منهما على الآخر بأشياء من اثاثها المخلف عنها فندبتهما للرجوع الى الحق ؛ والاقرار بما في قبل كل واحد ؛ واشترطت لهما عدم الاشهاد بما يعترفان به ، ترغيبا في رجوعهما الى

---

(١) هو عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي تفقه بشيوخ التبروان كأبي عمران الفاسي وأبي بكر بن عبد الرحمن ؛ وبشيوخ صقلية . وحج ولقي القاضي عبد الوهاب . ومن اشهر كتبه التكت والفروق مسائل المدونة وله الاستدراكات على تهذيب البراءة ي توفي بالاسكندرية سنة ٦٦٤ هـ



الحق، فاعترف كل واحد منهما، بما في قلبه، ثم انهما تآكرا، وترافعا الى الشيخ المفتي ابي عبد الله محمد المحجوب، (١) فأرسل الي؛ وطلب مني الشهادة بما في علمي، مما سمعته منهما، فقلت له اني قد اشترطت لهما عدم الشهادة، فأرسلهما الي، لتصالح بينهما؛ فندبتهما للصلح؛ فامتعا، فوعظتهما، وذكّرت كلاً بما سمعت منه. فلم تتجع الموعظة فيهما. فعند ذلك ادت شهادتي بعد طلبها مني، وأنها للشيخ المذكور؛ فصالح بينهما، اه.

المانع السادس - الاستبعاد والاصل فيه؛ حديث لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية وقد اخرجه ابو داود، من حديث ابي هريرة، وقال النسائي في هذا الحديث ليس بالقوي، ومحملة على ما يستبعد ويستراب، ففي رسم القبلة من سماع ابن القاسم في شهادة البدوي مانعه اما في الحقوق فاني لا اراها جائزة، وذلك ان الناس لا يتركون العدول والذي يشهد بدويا؛ ويترك حيرانه من اهل الحضرة، عندي مريب واما الجراح، فاني ارى؛ اذا كان البدوي عدلا، ان تجوز شهادته ابن رشد هذا فيما يقصد الى شهادتهم دون اهل الحضرة؛ فيما يقع في الحضرة، من البياعات والمناكحات والهبات وما اشبه ذلك، لان القصد الى شهادتهم دون اهل الحضرة، ريبه. فلا شهادة للبدوي في الحضرة على حضري، ولا على بدوي لحضري، ولا لبدوي؛ إلا في الجراح والقتل والزنى وما اشبه ذلك، مما لا يقصد الى الاشهاد. وتجوز شهادتهم فيما في البادية من ذلك كله على الحضري والبدوي، اذا كانوا عدولا؛ اذ لا ريبه في القصد الى شهادتهم في البادية هذا تحصيل القول في هذه المسألة، على معنى هذه الرواية، اه، ونقله في المجالس المكناسية، ونقل صاحب

---

(١) هو محمد بن قاسم المحجوب المساكني التونسي كان حافظا للذهب تقدم للفتيا مع ابيه ثم تولى رئاسة المفتين اخذ عن والده والشعبي والغرياني وغيرهم. وتوفي سنة ١٢٤٣

الدرر المكنونة ان ابا الفضل قاسم العقباني، سئل عن رجل متردد الى البادية. له فيها ضيعة ، يكثر التردد اليها ، ويسكن هنالك بأهله احيانا ، مات ؛ فادعى خاله الذي هو من اهل ذلك الموضع ، ان الميت اوصى له ؛ وشهد بذلك ناس من اهل ذلك الموضع فهل تعمل شهادتهم ، لا ؛ لانهم من اهل البادية فأجاب الشهادة في مسألتك ، من البديين عاملة ؛ لما كان هذا المشهد كثير التردد الى البادية ؛ وينقطع فيها بعض احيان ويسكن ، اذ لا يستبعد في مثل هذا ان يقع اشهادة في البادية ، قاله ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز. ويحمل الخبر الوارد في هذا ، على ما يستبعد ويستراب ، كالحضري يشهد في حضرته البادين ، ويترك جيرانه من الحضرة ، وللاستبعاد لا تقبل الشهادات الاسترائية من الليف ، فيما جرت العادة ان يقصد فيه العدول المنتصون للاشهاد ، للتوثق فاذا ادعى انسان على شريكه في ارض مشاعة بينهما ، انه وقعت القسمة بينهما ، وتعين لهذا المدعي مقسم منها ، عين حدوده ، وأدلى بشهادة استرائية من الليف في ذلك ، لم تقبل ، ومثل ذلك ادعاء المغارسة او البيع او الصدقة بعقار ، لا تقبل فيه الشهادة الاسترائية ، لان الناس يقضون في معاملاتهم ، العدول المنتصين ، فاشهاد غيرهم ، مع التمكن من اشهادهم ، مستبعد واستبعاد الشهادة ، موجب لسقوطها ، وتقل عظم في برناجهم في الورقة الثانية من مبحث الشهادات ان جده قال في كتاب مواهب العرفان في بيان مقتضى حال حكام الزمان افتى الشيوخ ابو محمد عبد الله البحيري (١) وابو العباس احمد القلشاني وابو عبد الله محمد الزنديوي (٢) بمنع قبول شهادة العامة ، في الامور

---

(١) الذي في كت التراجم ابو عبد الله محمد البحيري التونسي . قاضي الانكحة بتونس .

اغذ عن البرزلي وغيره وتوفي سنة ٨٥٨

(٢) هو محمد بن محمد بن عيسى العقدي الزنديوي التونسي . من اصحاب ابن عرفة . نولى

قضاء الانكحة بتونس . وتوفي سنة ٨٧٤

التي جرت العادة بالاعتناء بشهادة العدول فيها؛ كالمعاوضات في الربيع والنكاح ونحو ذلك؛ في بلد يكون فيه العدول منتصبين لذلك. وذلك تهمة وظنم؛ تمنع التمويل على شهادتهم في ذلك؛ مع التمكن من اشهاد العدول المنتصبين وكذلك الخروج من الحاضرة؛ الى اشهاد اهل القرى اه. ومن الرد بالاستبعاد، عدم قبول شهادة السَّوَال، إِلَّا في التافه اليسير لحصول الريبة في استشهاد الفقراء، دون من عرف بالشهادة فان الناس غالبا؛ انما يقصدون بوثاقهم المعترية؛ اعيان الشهود. ولهذا تقبل شهادة الفقراء؛ فيما لم يقصد بالاشهاد فيه. كما لو قال السائل «مررت بهما وهما يتازعان؛ فأقر فلان لفلان بكذا» فشهادة السَّوَال ترد في الشهادة الاصلية، وهي شهادة التحمل؛ للاستبعاد؛ باشهاد من لا يقصد في غالب العادة. بخلاف الاسترعاء. قال في اول الشهادات من المدونة: ولا تجوز شهادة السَّوَال؛ إِلَّا في التافه اليسير؛ فتجوز اذا كان عدلا. قال ابن ناجي: يريد اذا كان يسأل لنفسه واما ان كان لغيره، فيقبل. وظاهر لفظ «السَّوَال» يقتضي التكرار؛ بحيث يصير عادتهم، واما من فعل ذلك لعراض؛ فلا يقدح في شهادته، وهو كذلك. قاله ابو حازم، وظاهرها: وان كانوا يطلبون الزكاة. وبذلك حكم الشيخ ابو اسحاق ابن عبد الرقيق بتونس، على ما بلغني، وهو الذي كان شيخنا حفظه الله تعالى، يحمل عليه قولها، ويذكر انه المنصوص للمتقدمين. ولم يرض قول المغربي؛ لا يدخل هنا سؤالهم الزكاة، اذا كان مستحقها، لانه اخذ ما وجب له، ووقعت بالقيروان في حال صغري، في ايام شيخنا ابي عبد الله الشيبيني، (١) فوقعت الفتوى والحكم بما قال، ونظمه صاحب العمل العام فقال:

كذلك الذي الزكاة يسأل \* ولو فقيرا وعليه حملوا  
قول الامام وبه قد حكما \* بتونس والقيروان العلما

(١) هو ابو محمد عبد الله بن محمد بن يوسف البلوي الشيبيني القبرواني اخذ عنه البرزلي و ابن ناجي والزعبي والمسراتي توفي بالقيروان سنة ٧٨٢

## المبحث الثاني

### في تقسيم الشهادات الى اصلية واسترعاية وما يلزم في كل منهما

قال المحقق التاودي التوثيق بأصله ينقسم الى قسمين : اصل ، واسترعاء . فالاصل : ما يملكه المشهود عليه على الشاهد ، كاشهاد المتعاقدين بالبيع او النكاح او غيرهما ، والاسترعاء : شهادة الشاهد بما في علمه ؛ من عسر او يسر او حرية او ملك او غير ذلك ، وكيفية وثيقته يشهد من يضع اسمه عقدا عقب تاريخه ، بمعرفة فلان ، وأنها رشيد مثلا ، ان كانوا عدولا ، او شهوده الموضوعه اسماؤهم عقب تاريخه ، يعرفون فلان ابن فلان ، اسماً وعيناً ونسباً ، ان كلف غير عدل ، ويشهدون بأنه أقر لديهم ، او بحضرتهم ، ولا بد في الاسترعاء ، من قول الشهود اقر لدينا ، او باع بحضرتنا ، او اقر عندنا بالبيع وقبض المبيع ، فان سقط من الوثيقة لفظ لدينا ، او بحضرتنا ، او قبض المبيع ، في البيع ، لم تعمل الشهادة ، حتى يبينوا ذلك ، فان تعذر استفسارهم ، بأن غابوا ، او ماتوا ، سقطت كما تسقط ، اذا لم يتعرضوا لمعرفة ، ولا تعريف ، ولا صفة ، وتعذر ادأؤهم على عينه ، ولم يكونوا من اهل الضبط والتحفظ ، وإلا قبلت . قاله التسولي عند قول التحفة « ويشهد الشاهد بالاقرار » البيتين .

والاصل ان لا يشهد الشاهد إلا على من يعرف . فان لم يعرف المشهد ؛ اعتمد في التعريف به ، على المعرف العاقل (١) الذي لم يؤت به لهذا الغرض ؛ بل كان حضوره اتفاقاً ، واذا حصل العلم ، ولو بامرأة ، اکتني بذلك لان خبر الواحد ، قد تقترن به قرينة ، فيفيد العلم وفي نوازل ابن الحاج عن

(١) ينبغي الجزم بأن ورقة التعريف اليوم ؛ يكتفى بها في التعريف . لان الظن الناشئ عنها ؛ اقوى من الظن الناشئ عن تعريف امريأة او صبي غير محبوب للتعريف . اذ بها صورة الانسان ؛ ووصفه ؛ وامضاء المسكف بذلك ؛ وطابع الادارة ؛ وغير ذلك مما يحقق هوية الشخص .

ابن شعبان يجوز قبول المعرف الواحد ، بالمرأة المشهود عليها ، وان لم يكن عدلا . فان لم يجد الشاهد ذلك ، فانه يعتمد على صفات المشهود عليه . قال ابن ناجي في شهادات كبيرة : الاصل ان لا يشهد الشاهد ، إلا على من يعرف ، إلا لضرورة . وروى ابن نافع انه لا يشهد على امرأة ، إلا ان يشهد عنده عدلان ، انها فلانة . قال ابن القاسم هذا باطل ، ولا يشهد عليها . ابن الماجشون بل قول ابن القاسم هو الباطل ، وكيف يعرف النساء إلا بمثل هذا . الشيخ ابن ناجي : جرى العمل بافريقية ، بالاكتفاء بمطلق معرفة ؛ ولو حتى من الصبي ، ما لم تكن ربية ، ويقال في التعريف به « وعرف به » (١) واما ان قال « وعرف به فلان » (٢) فالعمل على بطلانها لانها كالنقل عن عرفه . فان لم يجد من يعرفه ؛ فليكتب نعتَه وصفته . وقال بعضهم يكتب اسمه وقريته ومسكنه ، ويجتزي بذلك . وضعف ، لانه قد يسمى الرجل بغير اسمه . وغير مسكنه ، وغير موضعه . وما ذكرناه من العمل ، يقتضي انه لا يقبل قول المشهود عليه بالتعريف ، انه لم يشهد عليه . هذا الذي كنت افهمه . ووقعت في احكامي ببلد القيروان ، وعملت على ذلك ، وسجنت الغريم . فأوقفتني بعض اصحابنا ، على فتوى شيخنا ابي يعقوب يوسف الزعبي ، بأنه لا عمل على ذلك ، إلا ان يعرف الشهود من عرف به ، فتكون من باب النقل عنه . وبه العمل عندنا بتونس . فاطلقتَه ، اه .

واذا تكرر التعريف بالمشهد ، مرة بعد اخرى ، في شهادات عليه متعددة ، لم يحتج الموثق الى ذكر المعرفين . وعبر عن ذلك بتقرر التعريف . فلو اكدب المعرف الشاهد في التعريف ، وقال لم اعرفه بالمشهود عليه ، احتمل ان يعول على قول الشاهد ، لانه من الحقوق ، ومن تمام الحق المشهود به ، ومن وسيلته ، فهو مشهود عليه به ، كما ان اصل الحق مشهود به على المطلوب . واحتمل ان

(١) بالبناء لثاب الفاعل (٢) بالبناء للفاعل

يغفل التعريف ، ويؤدي الى بطلان الشهادة بأصل الحق ، كما اذا كذب الاصل الفرع في باب النقل ، وهو الظاهر اذا عين الشاهد المعرف . بخلاف تقرر التعريف ، قال عظوم في برنامج الشوارد : لم اقب على نص فيها ، إلا ما يقتضيه ظاهر كلام الزغبى ، حيث جعله من باب النقل ، فعليه ، تكذيبه ابطال على اصل النقل . اذ تكذيب الاصل الفرع ، مبطل له . اهـ

ولا يسأل القاضي الشاهد ، عن عرفه بالمشهود عليه ، فان سأله ، فلا يعينه . وسؤاله عنه جهل من القضاة ، فان عين شخصه ، بطلت ، لانها صارت كالنقل ، وان عين جنسه . ففي اجوبة ابن رشد : ان الشاهد اذا قطع بمعرفة المشهود عليها ، ثم بعد ذلك قال انه لم يعرفها ، وانما عينها له حين الاشهاد عليها ، امرأة وثق بها ؛ ان الشهادة عاملة ؛ اذا كان هو الذي ابتداء بسؤال المرأة المعركة ؛ لان ذلك من باب الخبر اهـ . قال التسولي : فيفهم منه ان تعين الجنس غير مضر .

وينبغي ان يتبهن الى ان الشهادة الاصلية لا يحتج بها ؛ إلا فيما سيق للإشهاد ؛ من تعميم ذمة ؛ او عقد بيع ؛ او نكاح . مثلا ، واما ما يؤتى فيه من خبر او حكاية ؛ لم تتضمنه معرفة الشهود ؛ فلا يثبت بثبوت الوثيقة ، إلا ان يزيد الشهود عند شهادتهم ؛ او يشهد بذلك غيرهم قاله الوانشريسى في الفائق فاذا عقد في الوثيقة بعد ان استقر على ملك فلان بن فلان الفلاني جميع الدار الفلانية . وكان استقرار ذلك على ملكه ؛ بالشراء من فلان الفلاني ؛ او بالارث من فلان بن فلان ؛ واستمر ملكه لها الى ان توفي ؛ فورثه زوجها فلانة ؛ وولد له منها فلان و فلان ، وأمه فلانة ؛ وصار مناب فلانة لفلان هبة او محارجة او غير ذلك . وبعد كون ذلك كذلك ؛ حضر لدى شهيديه فلان ؛ واشترى من بقية ورثة ابيه ؛ وهم فلان و فلان ؛ جميع الدار المحدودة المذكورة ؛ بثمان قدره كذا . الخ . الى قوله : شهد عليهم بذلك ؛ بحال صحة وطوع وجواز . وعرفهم ؛ او عرف بهم ؛ في تاريخ كذا . فلا يحتج بهذه الوثيقة ؛ في النسب ولا في عدة الورثة ولا الهبة

ولا المخارجة . ولا يحتج بها إلا في خصوص البيع إلا ان ضمن الشهود شهادتهم بذلك ، كأن يقولوا : صار المبيع للبائع ، بالابتاع من فلان ، بشهادة شهيديه . فتعمل الشهادة فيما حكوا شهادتهم فيه فلو قالوا صار المبيع للبائع ، بالابتاع من فلان ، حسبما ذلك برسم وقف عليه شهيداه ، يتضمن كذا او صار له ، بالارث من فلان ، حسبما ذلك بوثيقة استرعائية تامة الموجب ، من رفع وطبع وتزكية وكتب عمل فان استوفى شهود الوثيقة ، اسما الشهود في الصورة الاولى ، ولم يتركوا شيئا يؤثر في صحة العقد ، وسموا في الصورة الثانية . شهود الوراثة ومزكيتهم ، وعينوا الآذن فيها ، احتج بهذه الوثيقة ، فيما تضمنته من الابتاع او الوراثة ، وقام ذلك مقام اعيان الوثائق التي تضمنت تلك الشهادات ، بناء على ما جرى به العمل التونسي ، من ان معاينة الرسوم مفيدة ، يعمل بها ، كما قلناه صاحب الاجوبة العظومية عن الشيخ ابي النور الاربسي احد مفتي تونس في عهد ابي عثمان الحفصي ، ومسألة معاينة الرسوم ، ( ويعبر عنها بشهادة الوقوف ايضا ، ومعناها ان الرسوم اذا ضاعت ونسيت ، بعد ان عينها الشهود وعرفوا خطوطها ، وحفظوا ما فيها ) اختلف هل يحكم بها او أن الرفع على خطوطها لا يفيد مع غيبتها وانما ينفع مع حضورها ، والشهادة على عينها . وجرى العمل الفاسي ، بأن معاينة الرسوم ، لا تفيد مع ضياعها . قال ابو زيد الفاسي وعدم الحكم بما قد عوبنا \* من الرسوم وتلاشى بفسا

وعملنا بتونس ، موافق لما افتى به ابو الحسن ، لما سئل عن شهدين نظرا وثيقة ، وحفظا مضمنا ، وعرفا خطها ، وعدالتا صاحب الخط ، وضاع الرسم ، هل يعمل بشهادتهما ، وتكون احياء له ، او لا . فأجاب أنه يعمل بها ، اذ لا فرق بينه وبين رفعها على خطها ، مع جهل القاضي به . قال في المعيار : وفي ابن عرفة والمثبطي ما يناقض هذه الفتوى ، وهو الصحيح الذي لا يلتفت الى غيره . اهـ . وفي موازل الوديعه من المعيار : سئل ابن عرفة عن اودع مرحلاه وثائق اشريه ؟

فضاعت فأجاب لا ضمان عليه . فإن طالبه صاحب الوثائق بما فيها . ان  
تحقق الملك ، جاز أن يشهد عليه ، وان لم يتحققه وتحقق شهود الوثيقة  
وخطوطهم . فكان شيخنا ابن عبد السلام رحمه الله ؛ لا يجوز الشهادة على الخط ،  
لانه يفتقر الى حضوره ، ليقع الاعذار على عينه ، وهو غير موجود ، يعني انه  
مجهول العين ، فلا بد من حضوره ، لتقع الشهادة على عينه . وقبل ابن عرفته  
هذا الكلام ، وفي نوازل الشهادات منه كان ابن عرفة ينقل عن شيخه ابن  
عبد السلام ، ان من شرط الشهادة على الخط ، حضوره ، لتقام الشهادة على عينه ،  
كالشخص المجهول اذا شهد على عينه . فقول الشهود في وثائقهم « وقف على  
رسم يقتضي كذا » لا يعول عليه ، لانه كالشهادة على مجهول ، مقصود معرفته  
عينه . اهـ . ومثله في البرزلي عن الشيخين ابن عبد السلام وابن عرفة . قال  
وكان غيرهما من الاشياخ لا يتفطن لهذا ، ويرى انه محصل لترجيح الملك ،  
وكذا التيسير على « ان فلاناً وصيي » ونحو ذلك ، واذا اريد اثبات ذلك من  
غير اشكال ؛ فيشهدون على القاضي باثبات ذلك ، فتكون شهادتهم على حكم  
القاضي . اهـ . وكتب عليه الشيخ ابو النور الاربسي ما نصه رأيت في بعض  
وثائق المتيطي بتاخر النسخة الكبرى من تاليفه ، جواز الشهادة على الخط مع  
غيته . ولم يجلبه إلا كأنه المذهب . وقوله « وكذلك التيسير على ان فلاناً وصيي  
ونحو ذلك » يريد اذا قالوا وبالوقوف على رسم الايلاء ؛ او ما يقتضي الايلاء وما  
اشبهه . والعمل اليوم مستمر بتونس ، على اعمال شهادة الوقوف ، وهو قول الاكثرين من  
الاشياخ . وما اختاره ابن عبد السلام وابن عرفة . جرى العمل بخلافه . ورأيت جواباً  
لبعض الشيوخ الحفاظ ؛ باعمال شهادة الوقوف . ونزلت ، ووقع التنازع فيها حتى اعتقد  
كثير منهم ان المنع هو المذهب . وليس يوجد لغير الشيخ ابن زيتون ، (١) معتقدا صحة

(١) هو ابو القاسم بن ابي بكر بن ميساف اليميني التونسي ؛ ويقال ابو احمد ؛ المعروف



ما اشار اليه ؛ من ان شرط الشهادة على الخط ؛ حضوره . وقد تقدم عن المتبطي خلافة ؛ ولم يحك غيره ؛ كأنه المذهب وهو الحجته اهـ . وافتي عظم بمقتضاه . واستمر به العمل الى يومنا هذا .

وقول الموثق في الشهادة الاصلية « شهد عليهما بذلك وهما بحال صحة وطوع وجواز » امر يدل على الصحة والطوع ؛ ولا يكون حجة في الانطلاق من الولاية قال في شرح التلقين ان الفتوى بترك الاعتداد بما يقوله الموثقون « شهد عليهما طوعا ؛ في صحة عقولهما ؛ وجواز امرهما » وان ذلك لا يكون ترشيداً لمن وصف بأنه جائر الامر ؛ لكونهم لم يقصدوا الشهادة به ولو قصدوا الى الشهادة بذلك ؛ لم يحل لهم ان يشهدوا ؛ حتى يختبروا من وصف بذلك ؛ ويعلموا رشده ولهذا يقولون ؛ اذا ارادوا ذلك « وعلم بكون فلان وفلان رشيدين لا ولاية عليهما » اهـ . قال التاوادي في شرح الرقاقية ؛ بعد ان نقل كلام شرح التلقين ؛ وما وافقه من كلام ابن فتحون والمتبطي فعلم من هذه القول ؛ ان عدم الكفاية ؛ انما هو في الانطلاق من الولاية ؛ واما بالعقل والطوع مما لا يخفى فلا يشهد عليه بأنه في حال عقل وطوع ؛ وهو بخلاف ذلك ؛ إلا زورا وقولهم « بحال كمال » يشمل العقل والطوع والرشد فينبغي ان يعتبر في الاولين دون الثالث ، إلا مع التصريح به اهـ والى هذا الفرع والذي قبله اشار الرقاق بقوله

ولا يشمل الاشهاد بالحكم مسندا \* لزيد على عمرو سواه من الخلا وما سيق للتفديد كابن محمد \* وطوع جواز ذا الصحيح به املا وينبغي ان يتبها الحاكم ، الى ان الشهادات الاصلية في التبرعات ، يلزم

---

باين زيتون . تفقه بأبي عبد الله السوسي الرعيني وأبي القاسم ابن البراء . وتولى قضاء الجماعة بتونس مرتين . مولده سنة ٦٢١ وتوفي سنة ٦٩١

تصريح الموثق فيها بالاشهاد ، وإلا كانت ملغاة فالصواب ان يقول الموثق « اشهد فلان انه وهب ، او تصدق » واذا قال في فاتحة الوثيقة « وهب فلان ، او تصدق ، او وكل » يلزم ان يقول في اخرها « وشهد على اشهادة بذلك » نبه عليه الشيخ التسولي في شرح التحفة

ويلزم في البيئات الاسترعائية ؛ بيان مستند العلم في الشهادة . فان اهمل ذلك ، لم يصح القضاء بها ؛ حتى يبين مستند العلم فان تعذر البيان ؛ لموت الشهود ؛ بطلت تلك البينة

ويلزم في بيئة الارائة ؛ ان يذكر الشهود ، انحصار ارث المتوفى ؛ في الاشخاص الذين يمينونهم ؛ في علمهم ؛ وان يذكروا ؛ عدم علمهم بوارث سواهم . ففي مختصر المتبوية ولا بد ان تقول « وأحاط بميراثه في علمهم » فان اسقطت « في علمهم » لم تصح الشهادة ؛ لامكان ان يكون له وارث لم يعلمه الشهود . ولا تكون الشهادة في ذلك على البت . وهو قول مالك ؛ وبه الحكم وقال في باب التدبير من المختصر المذكور الشهادة في عدد الورثة ؛ على العلم . وهو قول مالك وابن القاسم ؛ وبه الحكم اه انظر شرح العمليات العامة صفحة ٥٩ ؛

ومن هنا لا يقع التعارض ؛ بين بيتي وفاة ؛ تشهد احدهما بعدد من الورثة ؛ وتشهد الاخرى بعدد زائد . او تشهد احدهما بأن العاصب له بيت المال ؛ وتشهد الاخرى بأن العاصب له ابن عمه فلان . اذ لا منافاة بين العلم بالشيء من شخص ؛ وعدم العلم به من اخر فيعمل حينئذ ؛ بالبينة الشاهدة بالعدد الزائد ، والبينة الشاهدة بأن العاصب له ابن عمه فلان . لكن يلزم في البينة الشاهدة بتعصيب ابن العم ، ان تذكر الجدة الجامع ، وإلا كانت الشهادة بالتعصيب ملغاة . قال البرزلي : العمل اليوم ان لا بد من ذكر الجدة الجامع ، الذي يجتمعان فيه ، وإلا فلا تصح . وقال حلولو في اختصار نوازل البرزلي اذا شهد انه شقيق فلان ، فذلك

يستلزم انهما ابنا رجل واحد ؛ ولو لم يذكره ، ولا يدخلهما الخلاف . اذا لم  
يرفعهما الشاهد الى جد معين . اه . وفي العمليات الفاسية

لا بد من معرفة القعد في \* ارث وإلا فبشك يتنفي

وفي نوازل العلمي (١) عن الشيخ ميارة لا يشترط بيان القعد ، إلا في  
منازعة الأقرباء فيما بينهم لا مع بيت المال . ونقل التسولي في حواشي  
الزقائية صفحة ٩٠ انه وقف على جواب للتاودي نصه تحرير المسألة ومحصلها ،  
على ما تفيد اجوبة المحققين ، وكلام اصحاب النوازل ، انه اذا لم يكن هناك وارث  
يدعي ذلك ، إلا مقيم البينة ، كان بيان القعد فيها شرط كمال ، وصحت دونها  
كما في الميتية والفشتالي (٢) وابن سلون وغيرهم . وان كان هناك معارض  
لها ، ومن يدعي خلافها ، فلا بد من بيان القعد ليعلم الاحق منهما . اه . قلت  
ينبغي ان يعول القاضي هنا ، على ما نقلناه عن البرزلي وحلولو ، لا على ما قيد به  
المسألة ميارة والتاودي ، لان عملنا على عدم التفصيل ، بدليل اطلاقهما .

والاصل ان الشهادة في الوراثة ، انما تكون على اعيان الوراثة ، لكن اهل  
العلم اجازوها على غير اعيانهم ، وحملوا الامور على الصحة . فاب وقع بين  
الوراثة في ذلك اختلاف وتنازع ، واحتاج الحاكم الى الاعذار اليهم ، فلا بد من  
الشهادة على اعيانهم . فان غاب الشهود الذين شهدوا بالوراثة ، او ماتوا جاز  
اثبات العين بغيرهم . قاله في مختصر الميتية ، ونقله ابن غازي في تكميل التقييد ،  
وصرح بأنه الذي جرى به العمل . وفي المقصد المحمود : (٣) مجهول العين ، تقع  
الشهادة على عينه . وجرى العمل في الوراثة بخلاف ذلك . اه . وفي  
العمليات القاسمية :

(١) هو علي بن علي الشريف الملهي . اخذ عن والده وعبد القادر القاسي ومحمد العربي بردله .  
ألف النوازل المشهورة بنوازل الملهي .

(٢) هو قاضي فاس ، محمد بن احمد الفشتالي . له تأليف في الوثائق ؛ مشهور . توفي سنة ٧٧٩

(٣) المقصد المحمود في تلخيص المقود احد الكتب التي اشار اليها صاحب التختة في مقدمتها .

ومؤلفه هو ابن القاسم الجزيري . واسمه علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي نزيل الجزيرة الخضراء .  
توفي سنة ٥٨٥

وكل ماعدا وراثات المنون \* فيه على العين الشهادات تكون  
اما الوراثات فلا إلا اذا \* للوارث الاعذار فيه اخذا  
وتقل في المفيد عن اصبع، في السامعين من المنكحة وان لم يعرفها: هذا امر  
لا يجد الناس منه بدا . ثم قال ويخرج من قول اصبع ، انه لا يحتاج في ثبوت  
الموت وعدة الورثة ، الى تعيين الورثة ، اذا كانوا نساء ، وبه جرى العمل وقال  
ابن فرحون في تبصرته ، بعد ان نقل كلام المفيد فتلخص ان الزوجة ، حكمها  
حكم البنات ، لا يلزم الشهود ان يعرفوا عنها ، في استحقاق الميراث ، اه ،  
واقصر في التبيية في فصل التوارث ، على ان الشهود اذا عرفوا عدد الورثة ، ولم  
يعرفوا اسماءهم ، فهي شهادة تامة ايضا ، إلا ان يقع بينهم تنازع . وذكر فيه ايضا:  
انهم اذا سموهم ، ولم يشهدوا على عينهم ، او لم يذكروا انهم يعرفونهم ، فهي  
تامة ايضا . انظر حاشية الزقاقة للتسولي صفحة ٩٠

ويلزم في بينة الملك الاسترغائية ان يصرح الشهود بفصول خمسة : - ١ - اليد ،  
اي الحوز - ٢ - وتصرف الحائز تصرف المالك - ٣ - وكونه ينسب الى نفسه ،  
وينسب الناس اليه . - ٤ - وعدم المنازع . - ٥ - وطول الحيازة ، عشرة اشهر ، وقيل  
سنة . وهل زيادة كون المحوز لم يخرج عن ملك حائزه ، في علمهم ، شرط  
كالم ، وهو ظاهر كلام المدونة في العارية ، او شرط صحة ، وهو ظاهر شهادات  
المدونة ، لقولها في اخرها ، فيمن قامت له بينة انه ابن فلان الميت ، لم يستحق  
ميراثه ، حتى يقولوا « لا نعلم له وارثا غيره » وكذلك ان شهدوا : ان هذه الدار  
لايه او جده ؛ فلا تتم الشهادة ، حتى يقولوا « لا نعلم انها خرجت عن ملكه الى ان مات  
وتركها ميراثا » لهذا قال ابن ناجي : وحملها شيخنا ابن عرفة على انه شرط كالم فيها .  
وبه اقول ، وفصل ابن ابي جمره (١) فقال : هو شرط صحة في وثيقة استحقاق

(١) هو محمد بن احمد بن عبد الملك بن موسى بن ابي جمره المرسي ؛ القاضي المشاور .

الميت ، كما في الشهادات ، وكال في وثيقة استحقاق الحي ، كما في العارية ، لان الوارث يحلف على العلم ، والحي على البت ومثله في الوثائق المجموعتة وقبلة ابو ابراهيم والمغربي ، وبه الفتوى ، اهـ . ونظمه في العمليات القاسمية بقوله

ونفي ما كالبيع شرط صحة \* شهادة بملك خصم ميت  
اما شهادة تحقق ملك مال \* للحي فالشرط بها شرط كمال

ولا تقبل الشهادة بالملك مجمله ، وصور المنجور الاجمال ؛ بأن يشهدوا بالملك ، دون زيادة ان الشيء المستحق ، لم يخرج عن ملكه في علمهم . فيستفسرون ، فان ابوا ان يقولوا « ما علموه باع ولا وهب » الخ ، فشهادتهم باطلتة . كما لو قالوا « انه لم يخرج عن ملكه قطعاً » وصور ابو علي بن رحال والشيخ عمر الفاسي ، الاجمال ، بعدم ذكر الشروط الخمسة ، والتفسير ، بذكرها فان كان الشاهد من اهل العلم ، لم يجب التصريح بها ، وإلا اوجب ، ويدخل في الاجمال ؛ ما نقله الميطي عن ابن زرب وغيره : اذا قال شهود الملك ، انهم يعرفون دار كذا ، مسكنا لفلان المتوفى ، فقال ابن زرب يستفسرون ، فان قالوا « اردنا بمسكنه ملكه » قضي لربها . وان قالوا « اردنا انها دار سكناء » لم يقض له بها . ويدخل في الاجمال اذا قالوا « ملكه » ولم يزيدوا « مالا من امواله » فقد نقل بناني عن ابن عرفة : وفي لغو شهادة الشاهد في دار بأنها ملك فلان ، حتى يقول « ومال من ماله » وقبلها مطلقا ، ثالثا ان كان الشهود لهم نباهتة ويقظة . الاول لابن سهل عن مالك ، قائلا شاهدت القضاء به . والثاني لابسي المطرف ، (١) والثالث لابن عتاب

---

(١) هو عبد الرحمن ؛ ابو المطرف ؛ بن مروان بن عبد الرحمن الفنازعي القرطبي . تفقه بالاصلي وامي . عمر بن المكوي ، وروى عنه ابن عات وابن عبد البر . له تفسير الموطأ واختصار صكتاب ابن سلام في تفسير القرءان واختصار وثائق ابن الهندي . توفي في رجب سنة ٤١٣

وما ذكرناه ، من كون بينة الملك اذا قطعت بالشهادة ، وقيلوا « لم تخرج عن ملكه » تبطل ، هو قول مالك وابن القاسم ، وبه العمل ، كما في التوضيح ومختصر المتبعية واللباب . ولذا قال في العمل العام

قول شهود الملك ما باع ولا \* فوت في علمهم امر جلا

ككل من يشهد في نفي كلا \* نعلم وارثا سواه مشلا

وهو ما في المدونة . لقولها : فان قطعوا بالشهادة ، وقالوا « لم تخرج عن ملكه » كانت زورا . وقيد بعضهم البطلان ، بما اذا كان الشهود من العلماء ، اما اذا كانوا من العوام ، فقبل . واليه ذهب الشيخ ابن ابي زيد وأبو عمران . وتقل بعض المتأخرين انه المعتمد في الفتوى . وتقله مهدي في حاشية الزقانية . ولا بد في الشهادة بالملك للبيت ، ان يقولوا « لا نعلم الهالك فوته الى ان ينفى توفيه » . وان سقط عدم تقويت الورثة لما ورثوه ، لم يضر ذلك ، وذكره اتم . هذا ان لم يمت واحد او اكثر من الورثة ، وإلا وجب ذلك . فبني مختصر المتبعية ويشهدون انها لم يهوتها عن ملكه ، الى ان مات ، وخلفها الى ورثته . وأن احدا من ورثته ، لم يفوت حظه بوجه ، الى ان توفي وتركها الى ورثته . وهكذا فان لم يذكرها ، ان المتوفى الثاني لم يفوت شيئا مما جرت الوراثة اليه ، في علم الشهود الى ان توفي ، لم تعمل الشهادة لورثته شيئا . ونحوه في الوثائق المجموعة . وقد اشار الزقاق الى شروط شهادة المملك بقوله

يد نسبة طول كعشرة اشهر \* وفعل بلا خصم به المملك يجتلا

وهل عدم التفويت في علمهم كما \* ل ام صحة للحبي للبيت ذا اجملا

واشترط طول الحيازة ، عشرة اشهر ، انما هو فيما جهل اصله . اما حيازة ما علم اصله ، لغير الحائز ، فهي التي اشترط فيها عشر سنين . وقد افصح ابو زيد عن ذلك في نظم العمل الفاسي حيث قال

وحوز ما جهل اصله كفي \* عشرة اشهر او العام وفي

تصرف المالك والنسبة مع \* يد ولا منازع طول وقع  
هذا اذا توفرت فيشهد \* علمها بملك من له اليد  
اما الذي علم فالمشهور \* عشر سنين وله تقرير

ولا تقبل الشهادة الاسترغائية مجملة . في ملك او عتق او تجريح او تعديل  
او ترشيد او تسفيه او تولىح او ذكر اخ في وثيقة الوراثة ، إلا من اهل العلم .  
واما من غيرهم ، فلا تقبل إلا مفسرة . قاله الغرناطي . (١) فالاجمال في بينة  
الملك ، كعدم التعرض للفصول الخمسة ، وقد تقدم . والاجمال في الشهادة بالعتق  
كقولهم « نشهد انه يتصرف تصرف الاحرار » وكقولهم « نشهد انه قال له  
انت حر » لاحتمال ان يكون ذلك لمدح او ذم ، لا لانشاء حرية . والتجريح  
كقولهم « هو مجروح او فاسق » والمشهور لا بد من البيان مطلقا . قاله التاودي  
في شرح الزقايتة . والتعديل كقولهم « نعم العبد ، او ممن تقبل شهادته » فان  
كانوا من اهل العلم ، قبلت شهادتهم ، وإلا فلا . قاله ابن فرحون . قال المحقق  
التاودي ومقتضاه ، ان القول المذكور ، يكفي في التزكية من اهل العلم ، وهو  
خلاف قول المدونة ولا يجزيء في التعديل إلا القول بانهم عدول مرضيون .  
اه . وهو ما اقتصر عليه ابن الحاجب وابن عبد السلام وصاحب المختصر ،  
وخلاف ما اشترطوه في المزكي من كونه عارفا ، فمقتضاه ان غير العارف لا  
يصح تعديله ، ولو فسّر . قال وينبغي ان لا يقبل قول المزكي « عدل رضى »  
مجملا الا من العالم . واما غيرها ، فحتى يفسره . فان كثيرا من المنتصين ،  
لا يفهمون معناه اه . والعدالة ، السلامة في الدين . والرضى ، السلامة من  
البله والغفلة .

---

(١) هو ابو عبد الله محمد بن محمد الانصاري السرقسطي الغرناطي . عالم غرناطة ومفتيها .  
اخذ عن ابن سراج . وأخذ عنه ابن الازرق والقصادي . كان من احفظ الناس لمذهب مالك  
مولده سنة ٧٨٤ وتوفي سنة ٨٦٥

والاجمال في الترشيده ، كقولهم « نشهد انه رشيد » فتكني من اهل العلم ؛  
دون غيرهم ، حتى يقولوا « حافظ لماله غير مبذر » . والاجمال في التسفيه ،  
كقولهم « نشهد انه سفيه » فلا تقبل من العوام . حتى يقولوا « غير حافظ  
لماله » والاجمال في التوليج تقدم . والاجمال في الوراثة ، كقولهم « نشهد انه  
توفي فلان فورثه زوجه وبنته واخوه » ولم يبينوا كونه لاب ، او لام ، او شقيق .  
فلا بد من البيان ، لان احكام الاخوة مختلفة . إلا ان يكون عالماً بأن الاخ للامر ،  
يسقط بالنت وغيرها من عمودي النسب ، وأنها لا يرث معها إلا الشقيق والذي  
للأب . فيقبل . وأشار الزقاق الى كلام الغرناطي بقوله

شهادة اعتاق ورشد ووضده \* وجرح وتعديل وتأليج اسجلا

وابتات ملك او اخ في وراثته \* تفسر الا من ذوي العلم فاقبلا

وألحق بما ذكر نظائر ، لا تقبل من غير العالم إلا مفسرة . وهي الشهادة  
بالملا على من ثبت عدمه ، لا تقبل من غير اهل العلم حتى يقولوا « ان له مالا  
اخفاء » فاذا قالوا ذلك ، قبلت ، على ما به العمل ، عينوه ام لا . قاله الزرقاني .  
والشهادة بضرر الزوجة لا تقبل بمجمله اذ قد يكون ادبها لشوز او نحوه ،  
فيظن من لا علم له ان ذلك ضرر منه ، فلا بد من بيانه ، إلا من اهل العلم .  
والشهادة بالغبن من العامي ، لا بد فيها من بيان قدره ، لاختلاف العلماء في  
تحديده ، هل الثلث ، او اكثر او ما تقص عن القيمة تقصاً بيتاً ، وان لم يبلغ  
الثلث . ولا تقبل بمجمله إلا من العالم .

والشهادة بالردة من العامي ، لا بد فيها من بيان قول المرتد الذي صدر  
منه ، لاختلاف العلماء في الالفاظ التي يكفر بها .

والشهادة بالولاء لا تقبل من غير اهل العلم ، مجملته حتى يقولوا « باشر  
عتقه ، او جرة ولاء او عتق »



والشهادة بالسرقة من العوام ، لا بد ان يبينوا كرهى . وكيف اخذت ، هل خفية او جهارا ، وهل اخرجت من حرز ام لا وكذا الشهادة بالزنى من العوام ، لا بد فيها من بيان الصفة ولا تتم شهادتهم حتى يقولوا « رأينا كذا في كذا كالمروء في المكحلة » - وكذا الشهادة بالقذف او الشتم لا تقبل من العامي حتى يكشف عن حقيقته ، لان شرط المقذوف به ، كونه زنى او نفي نسب عن اب او جد معين ، لا عن ام ، ولا ان قال « نذ فليريد له اب ولا ام » - وكذا الشهادة بالتعيس لا تقبل من العامي جملة ، للاختلاف في حده . وكذا الشهادة بالعدم ، اذا قالوا لا مال له ظاهرا ولا باطنا « ولم يقولوا « انهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا » فيستفسرون ، هل مرادهم القطع فتبطل او نفي العلم ، فتصح . والشهادة بوقف طريق على المسلمين ، لا تقبل جملة من العامي ، اذ قد يكون المحل ينتفع به وهو مملوك فيلزم بيان ان واقفه فلان ، اما باشهاده ؛ او اخباره لهم ؛ او بالسماع الفاشي وكذا شهادة السماع ؛ لا تقبل من غير اهل العلم ؛ حتى يقولوا « نسمع سماعا فاشيا من اهل العدل وغيرهم » - وكذا الشهادة بفساد عقد من العقود ؛ لا تقبل حتى يبينوا وجه الفساد . والشهادة بالحاق الحمل بأبيه الهيت لا تقبل حتى يبينوا المدة التي بين الوضع وموت الاب . وقد نظم هذه الفروع التاودي فقال

وغبن وكفر سرقة وزنى ولاء \* وقذف وشتم عنست عدم ملاء

وضر وغصب وقف سبل سماعهم \* فساد عقود حمل ميت له تلا

واذا كان شهود البيئات الاسترعائية عدولا معروفين بالعدالة ؛ ككونهم منتصبين للاشهاد ، او حاملين لاوامر تخولهم الاتصاف للاشهاد ، لم يحتاجوا الى تعديل ، اي تزكيتا . ويكتب الموثق تحت اسم الشاهد هذه العبارة ( معروف بالعدالة ) واذا لم يكنوا كذلك احتاجوا الى التعديل . فان علم العدلان

المأذونان بالرفع عليهم عدالتهم كتبنا تحت اسم كل واحد منهم هذه العبارة (وأزكيه) وان لم يعلمها عدالتهم ، افتقرا الى ان يزكيهم رجلان عدلان معروفان عند القاضي، إلا ان يكون الشاهد غريبا او امرأة، فلا يشترط ان يزكيهما ابتداء، معروف عند القاضي، لكن لا بد أن يزكي مزكيهما، معروف عند القاضي بالعدالة. وهو معنى قول ابن عاشر

تعديل احتاج لتعديل هبا \* إلا مزكي امرأة او غربا

ومن هنا يتبين التساهل الواقع من الحكام ، في قبول تزكية من لا يعرفونه بحال ، فضلا عن معرفته بسمه العدالة قال في التبصرة ولقبول الشهادة في التعديل ثلاثة شروط. احدها في شاهدي التعديل والثاني في المخالطة المبيحة للتعديل والثالث في الوصف الكافي في التعديل. فاما شاهده فيشترط فيه ان يكون مبرزا ، ناقدا ، فطنا ، لا يخدع في غفلة ولا يخفى عليه شروط التعديل فلا تقبل التزكية من الابله والجاهل بوجوه العدالة ، وان كان في نفسه عدلا مقبولا في غير ذلك . ولا يقبل تعديل من يرى كل مسلم عدلا بمجرد الاسلام واما المخالطة المبيحة للتعديل فان يتكرر اختباره لم تطول مخالطته اياه ، ولا يقنع منه في ذلك باليسير لانه يحتاج الى معرفة ظاهرة ، وذلك لا يدرك إلا مع المطالوة ؛ فان من شأن الناس تزيين الظواهر وكتماي العيوب اه واما صفة التزكية ؛ فهي ان يشهد المزكي ( بالكسر ) ان المزكي عدل رضى ولا بد من الجمع بين الوصفين على المشهور وقال في معين الحكام به جرى العمل وقال في التوضيح كون احدي الكلمتين لا تكفي ؛ هو الذي في الجلاب قال في الكافي وهو تحصيل مذهب مالك وقال ابن زرقون (١)

(١) هو محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد ؛ يعرف بابن زرقون. سمع ابا الفضل عياض بن موسى ؛ واخص به ولازمه كثيرا ولي قضاء شك وقضاء سبتة . وكان حافظا للغة ميرزا فيه ؛ مع البراعة في التادب والمشاركة في قرص الشعر. من تاليفه كتاب الانوار في الجمع بين المنتقى والاستنكار مولده سنة ٥٠٢ وتوفي سنة ٥٨٦

المعلوم من المذهب خلافه ؛ وأنه ان اقتصر على احدهما اجزأه . وهو المعلوم  
لمالك وسحنون وغيرهما . فقد اختلف التشهير .

والمشهور ان لا تقبل تزكية النساء ؛ لا لرجال ولا لنساء ؛ ولو فيما تجوز  
شهادتهن فيه . والمسألة ذات خلاف .

وإذا عدل شاهد ؛ وحكم بشهادته ؛ ثم شهد ثانيا ؛ فلا يحتاج ؛ عند ابن  
القاسم ؛ الى تعديل اخر . ويكتفى بالتعديل الاول حتى يطول سنة . وقال  
سحنون يطلب تعديله كلما شهد ، حتى يكثر تعديله ؛ ويشتهر مطلقا . ويقول  
سحنون العمل قديما وحديثا ؛ ولو شهد في يوم تزكيته قاله ابن عرفة . فلو  
طلب تعديله بالقرب ؛ على قول سحنون ؛ او بالبعد ؛ على قول ابن القاسم  
فمعجز عن ذلك ؛ لفقد من عدله اولا ؛ وجب قبول شهادته . لان طلب تعديله  
ثانيا ؛ انما هو استحسان . قاله ابن رشد . وهو الذي ينبغي اعتماده . ولا تعويل  
على استشكل ابي علي والشيخ الرهوني . انظر حاشية مهدي على التحفة . وقد  
نظم المسألة صاحب العمل العام بقوله

ومن يعدل في شهادة فلا \* بد اذا شهد ان يعدلا

ولو مع القرب فان عدم من \* عدله فبالشهادة احكم

وإذا عدل شخص غيره ، فشهد المعدل على المعدل ؛ ( بالكبير ) حكم عليه  
من غير تزكية ؛ على ما به العمل ، على نقل ابن ناجي ، لاقراره بها . وقد نظم  
المسألة صاحب العمل العام بقوله

والقاضي ان عدل خصم عنده \* شخصا قضى به عليه وحده

من دون ما تزكيته لانه \* صار كمن اقر فاعلنه

والتزكية لا تكون إلا على العين ؛ إلا ان يكون المعدل مشهور العين في البلد ؛  
لا يشتبه بغيره في صفته واسمه ؛ فلا بأس بتعديله غائبا . قاله ابن فتوح

والتيطي، ولهذا يكتب الموثق في الشهادات الاسترعائية؛ تحت اسم الشاهد؛ لفظاً «معروف» فيمن كان معروفاً عنده، ولفظة «عرفه من كياة على العين» اذا كان غير معروف له، وينبغي؛ اذا سقط ذلك من الوثيقة؛ ان لا يعمل بها، لاجالها، حتى يتم ذلك فان لم يمكن اثباته، لموت الموثق، استونف تحرير الشهادة.

### المبحث الثالث في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ، ويسمى ايداع الشهادة، من الشهادة الاصلية، لا قسبر لها فليس هو من الاسترعاء بالمعنى المتقدم في تقسيم الشهادة، ومعناه: طلب المشهد الشهود برعي الشهادة وحفظها، ليؤدوها له عند الحاجة اليها، وموجه. اما انكار الحق، او الخوف، فيشهد الانسان الشهود، ان ما سيفعله من نكاح او طلاق او بيع او محالعة او تحسيس او ترك شفعة او صلح، انما هو لاقاء الضرر الذي يلم به، ممن طلب منه ذلك، او انكار الحق ممن عليه؛ وأنه غير ملتزم بشيء مما سيرمه، وأنه على حقه غير تارك له، وأنه يقوم به متى امكنه ذلك، ولا يكتبه العدول إلا باذن خاص فيه من الحاكم الشرعي، ففي الاجوبة العظومية ومن شرط اعماله، الرفع الى القاضي، وادنه في الايداع، لانه من صور النزاع التي لا يكفي فيها إلا الرفع للقاضي، وينفع في التبرعات مطلقاً؛ سواء أعرف الشهود ما ادعاه المسترعي من الخوف، ام لا، بخلاف المعاضات فلا ينفع فيها إلا اذا ثبت بالبينّة؛ التقيّة؛ اي ان المشتري يتقى ويخاف منه، لكونه يظلم الناس ويأخذ اموالهم. فان لم يثبت ذلك؛ لم ينفعه الاسترعاء ويشترط في الاتفاح بالاسترعاء؛ ان يقوم المسترعي بالفور؛ اي داخل السنة؛ بعد زوال التقيّة. فان مضى عام على زوال التقيّة، ولم يقم المسترعي بحقه، لم ينفعه الاسترعاء. قاله ابن سهل، إلا ان يكون

المسترعى غائباً ؛ او معذورا بما يوجب عذره ؛ فيبقى على حجته في الاسترعاء ، الى ان يمكنه القيام به ، وقد نظم الشيخ ميارة بعض شروط النفع بالاسترعاء فقال

وفي المعاوضات الاسترعاء يصح \* ان علم الاكراه علما متضح

وفي التبرعات الاشهاد كفى \* من قبل فعله لما قد وصفا

ولا بد في الاسترعاء ؛ من تأريخه باليوم والساعة ، ليعلم تقدمه ، ففي الزرقاني ما نصه ابن عرفته وشرطه ؛ تقدمه على الصلح ؛ فيجب تعيين وقته بيومه ؛ وفي اي وقت من يومه ؛ خوف اتحاد يومهما ؛ اي او وقتهما فان اتحدا ؛ دون تعيين جزء اليوم ؛ لم يفد استرعاؤه . اهـ وسلمه بناني والرهوني ، ومثله في باب انكاح السفينة ، من المتيطية . وهو مخالف لما نقله التاودي في شرح الرقاقية ، ونصه ويؤرخ فيه بالساعة ؛ ليعلم تقدمه . ابن الهندي فان كان تاريخ الاسترعاء والحبس واحدا ؛ لم يضر ذلك . وتقديمه ام . اهـ اللهم إلاً ان يحمل كلام ابن الهندي على التبرعات ؛ وكلام ابن عرفه على الاسترعاء في غيرها ، لكن ظاهر كلامهم في الاسترعاء ؛ اشتراطهم تقدمه مطلقا . وقول ابن ابي زيد في العمليات الفاسية ( وفي التبرع قبيله بدا ) يخالف ما لابن الهندي ؛ اذ الشك في الشرط مؤثر . فما ذكره الزرقاني عن ابن عرفه ؛ هو الذي ينبغي اعتماده .

ومن عقود المعاوضات التي يشترط في نفع الاسترعاء فيها ثبوت الاكراه ؛ عقد الصلح . وانكار الحق يتزل فيه منزلة الخوف . قال الشيخ ابو ابراهيم التجيبي (١) والاسترعاء لا يجوز إلا في وجهين ؛ احدهما التقيّة ؛ والثاني

---

(١) هو اسحاق بن ابراهيم بن مسرة ؛ ابو ابراهيم التجيبي . من اهل طليطلة ؛ وسكن قرطبة لطلب العلم ؛ ثم استوطنها اكثر اخذه عن ابن لبابة وابن خالد ؛ وبهما تفقه . توفي بطليطلة سنة ٣٥٢ - او سنة ٣٥٤ عن خمس وتسعين سنة

الانكار فان كان هذاف الامران ثابتين بينة لا مدفع فيها ؛ واسترعى عليها قبل الصلح ؛ او قبل البيع ؛ فالحجة في ذلك للمسترعى قائمة ؛ والاسترعاء باق له في ذلك ؛ لا يغيره شيء ؛ ولا ينقطع بشيء ، ما دامت التقيّة ، وأقام المنكر على انكاره ، ومتى ذهب التقيّة ؛ او عاد الى الاقرار ؛ وجب للمسترعى القيام بما استرعاه ؛ اذا قام في فور ذهاب التقيّة ، او اقرار المنكر ، إلا ان يكون المسترعى في ذلك غائبا ، او معذورا بما يوجب عذره ، فيبقى في الاسترعاء على حجته الى حين يمكنه القيام في ذلك . اهـ . من المعيار ، وفي حاشية ابن غازي : قال المتيطي وابن قنوح لا ينفعه الاسترعاء ، إلا مع ثبوت انكار المطلوب ، ورجوعه في الصلح الى الاقرار ، فان ثبت انكاره ، وتمادى عليه في صلحه ، لم يفده استرعاؤه شيئا ، ان لم تقم بينة تعرف حقه ، وقول العوام « صلح المتردّ اثبات لحق الطالب » جهل . اهـ .

ومما يدخل في عقود المعاوضات التي لا ينفع الاسترعاء فيها بغير ثبوت التقيّة ؛ تعمير الانسان ذمته بدين لغيره ؛ بالاشهاد . قال في نوازل الوكالات والاقراءات من المعيار سئل محمد ابن احمد بن حسون عن اشهد على نفسه بدين ؛ فلما طولب به قال « انما اشهدت به على وجه الوصية » اذا حضره سفر ؛ وأني الى القاضي بكتاب فيه « انه انما اشهد بالدين على وجه الوصية » فأجاب ذلك لازم له ، وليست تعمل شهادة من شهدوا ان فعله ذلك ، انما كان على وجه الوصية . شيئا . بل يجب ان لا يسمع منهم فيها ولو جاز مثل هذا ، ما صحت وثيقة بشراء ولا بدين لاحد ، ولا يؤمن ان يسترعى كل من يلزمه الاشهاد على حق له ، ان بينته لوجه غير الوجه الذي اشهد به على نفسه . اهـ .

ومما يندرج في عقود المعاوضات الطلاق بخلع . فلا ينفع فيه الاسترعاء ، إلا مع ثبوت الاكراه والتقيّة . فقد سئل ابو الفضل العقباني عن هربت زوجته

مع رجل، لموضع لا تناله فيه الاحكام، ثم بعد نحو العامين بعث الهارب له بالفداء، فأشهد انه مهما طلق بالفداء او صالح ، فانما ذلك ليرجم الهارب بها ، ثم وكل بعد الاشهاد وكيلا طلقها على مال . فأجاب للزوج اخذ زوجته ، ولا يلزمه الطلاق مع الاستحفاظ ووضوح عذرة ، ويرد العوض على من اعطاه وكان على الزوج الثاني ، وعلى من اعاناه على سوء صنيعه، الضرب الوجيع والسجن الطويل ، وأجاب عنها مرة اخرى بقوله استرعاؤه ينفعه ، ولا يلزمه ما طلق، على الوجه الذي وصفت ، وأخذ العوض لا يمنع صحة استرعاؤه ، مع ما علم من نشوز المرأة وامتاعها بأهل المنعة والتعدي . اهـ . فقوله في الجواب الاول « ووضوح عذرة » وفي الثاني « مع ما علم من نشوز المرأة وامتاعها بأهل المنعة والتعدي » دليل على ما ذكرناه . قاله شارح العمليات الفاسية . اما الطلاق على غير شيء ، فينفع فيه الاسترعاء ، ولو لم يثبت الموجب . ففي كتاب ابن المواز الاسترعاء في الطلاق جائز . قال في رجل كانت له امرأة لها اب غائب عنها ، فأرسلت اليه ان يزورها ، فلم يفعل ، فأرسل اليه زوجها انه طلق ابنته ، وأشهد قبل الكتاب ، انه انما يفعل ذلك لعله يأتي لابنته . قال ان كان استرعى قبل ذلك شهودا ، فانه ينفعه ذلك ، وان لم يفعل ، طلقت عليه . قال ابن عطية الوانشرسي ونحو هذا لابن زرب في الاحكام وقاله غير واحد من الموثقين وهو الغول المشهور المعمول به . اهـ . ونقل في المعيار ان الاستاذ ابا سعيد ابن لب (١) سئل عن الاستحفاظ في الطلاق ؛ فأجاب الظاهر انتفاعه به وينبغي ، اذا اخذ فيها بهذا الظاهر والبحث عليه ؛ ان يقيد شهادة عليه فيما اشهد به من التحريم ؛ انه لم يقصده ؛ ولا التزم حكمه ؛ حين اشهد به ، ولا عقد

---

(١) هو الأستاذ ابو سعيد فرج بن قاسم بن احمد بن لب الاندلسي الغرناطي ممن بلغ درجة الاختيار في الفتوى . وكان له قيام تام بأفنون وقد انتهت اليه رئاسة الفتوى في المدوم . مولده سنة ٧٠١٠ وتوفي في ذي الحجة سنة ٧٨٢

عليه نيته في نفسه، لئلا يكون قد بدا له حين اشهد بعد الاستحفاظ شهودا، انه مهما طلق زوجه فلاته او حرما، فهو غير ملتزم له فيما استحفظ. فاذا اعترف ببقائه على حكم الاستحفاظ، صدق، لظهوره في رسمه اه.

وذكر البرزلي انه اراد الرحيل من القيروان الى تونس، فأبت زوجته ان ترحل معه، الا ان يجعل بيدها طلاق من يتزوج عليها، فاسترعى ان كل ما يكتب لها من ذلك، فهو غير ملتزم له، واثقل بعد ذلك الى تونس، فكتب له الشيخ ابن عرفة في ذلك ان الاسترعاء المذكور عامل، حسبما نص عليه المتقدمون والمتأخرون، ثم ان البرزلي تزوج، فأخرجت المرأة ما بيدها، فأبطلها الحاكم بما في يده

وسئل القباب (١) عن رجل تطوع لزوجه، بأنه لا يتزوج عليها، ولا يتسرى، ومتى فعل بغير اذنها، فالداخله عليها طالق، والسرية حرة. وكان استحفظ شهودا قبل الطوع، بأنه لا يتطوع الا خوفا منها ان تطلبه بما لها عليه من الديون، من صداق وغيره، وخوفا من شرها وكيف ان كتب انه ان اسقط الاستحفاظ في ذلك، فانه غير ملتزم لذلك. هل ينفعه ذلك ام لا. فأجاب ان الذي مضى عليه العمل، ان الاسترعاء عامل في التبرعات كلها، من طلاق وعتق وغير ذلك، وان لم تكن التقيية معلومة، وبمالك ما يدل عليه في الطلاق، واما ان كتب انه اسقط الاستحفاظ، فان ذلك لازم له، ولا ينفعه استحفاظه المتقدم، إلا ان اشهد في استحفاظه، انه ان اسقط الاستحفاظ فانه غير ملتزم له. وان اشهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء قطع جميع الاسترعاءات، ولم ينتفع باسترعائه. هذا

---

(١) هو احمد بن قاسم بن عبد الرحمن؛ الشهير بالقباب. اخذ عنه ابن الخطيب القسنطيني والشاطبي والجرجاني. تولى القضاء بجبل القتح؛ ولفتيا بفاس. شرح احكام النظر لابن القطان وشرح قواعد عياض. وله فتاوى؛ نقل بعضها البرزلي والوانشريسي. وله مراجعات مع الشاطبي؛ ومناظرات مع سعيد القباني توفي سنة ٧٧٨ - او سنة ٧٧٩



الذي مضى عليه جمهور الموثقين . وفيه خلاف . اهـ . وما ذكره القباب في جوابه .  
هو الذي اقتصر عليه التاودي في شرح الزقاقة . ونصه فان صالح وأسقط في  
عقد الصلح الاسترعاء ، وكان قد استرعى ؛ واسترعى في الاسترعاء قام  
بالاسترعاء في الاسترعاء . فان اسقط الاسترعاء ، والاسترعاء في الاسترعاء ،  
فلا قيام له ، ولو استرعى فيه ، اذ لا استرعاء في الاسترعاء . على الصحيح فما  
يكتب من قولهم « ما تكرر وتاهى » لا طائل تحته . اهـ . ووضحه محشيه التسولي  
بقوله الاسترعاء ، هو أن يشهد قبل الصلح ، في السر انه انما يصلح لوجه  
كذا ، وأنه غير ملتزم له . والاسترعاء في الاسترعاء ، هو أن يشهد انه لا يلتزم  
الصلح ، وأنه متى صالح ، وأشهد على نفسه في كتاب الصلح ، انه اسقط عنه  
الاسترعاء فانه غير ملتزم لاسقاطه . فله القيام في هذا الوجه ايضا . فان اسقط  
عنه الاسترعاء . والاسترعاء في الاسترعاء ، فلا قيام له ابدا . اهـ . واذا اراد  
الانسان ان يتوثق لنفسه . في نفوذ الصلح وعدم القيام بنقضه ؛ فالاحسن ؛ كما في  
ابن غازي عن المتطي ، ان يحمل مصلحه . على الاشهاد بأن كل بينة تقوم له  
بالاسترعاء ، فهي ساقطة كاذبة ، وأن يقر ايضا ، بأنه لم يسترع ولا وقع  
بينه وبينه شيء يوجب الاسترعاء . فان ذلك يسقط ، ويخرج به من الخلاف ،  
لانه يصير مكذبا للينة ، ومبطلا لها . وهو من دقيق الفقه . اهـ . وقد اشبع الكلام  
في الاستحفاظ ، شرح الزقاقة عند قولها « كذلك الاستحفاظ فاترك » من  
الفصل الاخير ، وشارح العمليات الفاسية عند قولها

وفي المعاوضات الاسترعاء مع \* عقد قبيله وبعده نفع

الايات الثلاثة صحيفة ٢١٧ من الجزء الاول من الطبعة الفاسية ، وصاحب المعيار

## المبحث الرابع

في قبول غير العدول من اللقيف في البيئات الاسترعائية.

والفرق بين ما عليهم عملنا وما عليهم عمل اهل فاس

الاصل ان لا يقبل غير العدل في الشهادة، وشهادة العدول هي المهودة في الشريعة لترتيب الاحكام عليها، والمقصودة بالدعاء الى التحمل، فاذا لم يتفق وجودها، واتفق وجود اللقيف، على الوجه المذكور، رتب الحكم عليها، ثم توسع المتأخرون في ذلك، ففنعوا برتبة دونه، حيث لم تتفق شهادة العدول ولا اللقيف على هذا الوجه، للضرورة الداعية الى ذلك، لئلا تهمل الاحكام وتضيع الحقوق، فحدث بسبب ذلك، نوع من الشهادة لم تتناوله النصوص، ولا تعرض له تقل على الخصوص، وقد سأل القاضي عياض شيخه ابا الوليد بن رشد، رحهما الله، عن شهادة الكفاة، يريد اللقيف، فأجاب بانه ما لم يبلغ عدد الشهود حد التواتر الذي يوجب العلم، فلهم حكم الشهادة على وجهها، والذي لا تتوسم فيه جرحه ولا عدالة، لا تجوز شهادته في موضع من المواضع، ولا ادري من اجاز شهادة الكفاة منهم، كما ذكرت، في المذهب، على سبيل الشهادة، وانما تجوز، اذا وقع العلم بخبرهم من جهة التواتر وسأله ايضا عن مدع شهادة رجال عدة إلا انهم غير عدول، فأجاب بأن شهادة غير العدل كلا شهادة، اه، لكن اهمال شهادة غير العدل، لما افضى الى ضياع كثير من الاموال والحقوق، جرى العمل بقبولها، قبل الالف عند الفاسيين. وقد نص الشيخ ابن ابي زيد في النوادر، على اننا اذا لم نجد في حجة إلا غير العدول، اقمنا اصلحهم وأمثلهم، لجواز الشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم. لئلا تضيع المصالح، قال الشهاب القرافي وما اظن احدا يخالفه في ذلك وهذا

كله لئلا تهدر الدماء ، وتضيع الحقوق ، وتتعمل الحدود . وفي طرر ابن عات :  
حكى بعض شيوخنا المتأخرين من الثقة ، ان اهل البادية اذا شهدوا في حق  
لامرأة او غيرها ؛ ولم يكن فيهم عدول ، انه يستكثر منهم ، ويقضى بشهادتهم .  
وقال صاحب الاستغناء عن بعضهم اذا كان البلد لا عدول فيه . فانه يكتفى  
بالامثل فالامثل ويستكثر بحسب خطر الحقوق وحكى نحوه عن ابي  
صالح وقال غيره : لولا ذلك ما جاز لهم بيع ، ولا تم لهم نكاح ، ولا عقد  
في شيء من الاشياء . اهـ . كلام الطرر . وفي شرح ابن ناجي على الجلاب ، عند  
قوله « والعدالة شرط في قبول الشهادة » ما نصه يريد ، اذا وجد العدول ،  
وإلا فالامثل . ولما وُلِّت قضاء جزيريرة جربة ، وجدت اهلها خوارج ، كما يذكر  
عنهم ، وشهودهم منهم ، وليس فيها من اهل السنة إلا القليل ، ممن لا يعرف  
مواقع الشهادة ، كالأجناد . وأهلها من الرجال الاحرار البالغين يزيدون على  
ثلاثين الفا ، عرفني بذلك من يوثق به ، ووجدت قضاة اصحابنا بأجمعهم ،  
عملهم على جواز شهادتهم ، للضرورة . وكنت محافظا على من يشهد بالحق ، ولا  
ابالي بمذهبه وحاله في غير ذلك ، للضرورة . قال فيها ولا يتخذ القاضي كتابا  
من اهل الذمة ، ولا قاسما ولا عبدا ولا مكاتبا ، ولا يتخذ في شيء من امور  
المسلمين إلا العدول . قال المغربي : يريد ، ان وجدوا ، وإلا فالامثل فالامثل .  
فقيده لقولها . يستروح منه ما ذكرناه . اهـ . المقصود منه . وسئل الشيخ ابو عبد  
الله القوري ، (١) فقبل له ان اهل زماننا ، لاهمالهم فرائض الله تعالى ، من  
الصلاة والزكاة وغير ذلك من الواجبات . يكون في الحي منهم عدد كثير وجر  
غفير ، وقد يكون منهم من لا يشهد بالزور ، وان كان على الحالة المذكورة

---

(١) هو ابو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد اللخمي المكناسي ثم الفاسي ؛ الاندلسي

الاصل . شهر بالقوري كان شيوخ العلماء بفاس ومفتياها . مولده سنة ٨٠٤ . وتوفي سنة ٨٧٢

فاجاب ان شهادة غير العدول فيها خلاف ، فبعض الشيوخ قبل شهادتهم ، وقال يستكثر منهم ، وينظر الامثل فالامثل. والاشبه فالاشبه ، وقال لكل قوم عدول، ولكل زمان عدول. وبعضهم اتبع الاصل ، وقيل لا يقبل إلا العدول . ولا عمل على شهادة غيرهم اه . فبين من مجموع القول ، ان شهادة اللفيف انما احيزت للضرورة ، فيقتصر فيها على محل الضرورة ، ويستترط ان يكونوا ممن يتوسر فيهم المروءة، او كونهم امثل من يوجد، ولا اقل من كونهم غير ظاهري الجرحه. وأن يكونوا كثيرين . ويستكثر منهم بحسب خطر الحقوق . قاله ميارة ؛ ونقل جريان العمل عندهم بالاكتفاء باثني عشر .

ولما كان اللفيف قاصرين عن كتابته رسم ما شهدوا به ؛ ووضع اسمائهم بخطوطهم ؛ لقصورهم عنه ؛ احتيج الى كاتب يكتب ذلك عند القاضي . ويلزم ان يكون عارفا بصناعة التوثيق وهناك في المغرب الاقصى طريقتان ؛ الاولى : يطالع الكاتب القاضي بما كتب ؛ ويؤدي الشهود عند القاضي ما قيد عنهم في الرسم ؛ ويضع على اسم كل واحد شيئا ؛ إلا انه لا يتقطعا ، علامة على انه شهد ؛ ويباشر القاضي الاداء بنفسه ؛ على الاصل في الاداء الطريقة الثانية ؛ وهي الجارية كثيرا ان يعين القاضي عدلا لسماع شهادة اللفيف وتارة يباح ذلك لكل من قدمه القاضي للشهادة . ويكون التقديم للشهادة ؛ متضمنا للتقديم لسماع البينة من اللفيف ؛ مع التعيين او عدمه ؛ فكأنه مقدم من القاضي لذلك ؛ ولهذا يكتب القاضي «شهدوا لدى من قدم لذلك » واذا كان هذا المؤدى عنده ؛ مستخافا من القاضي على ذلك ؛ فقال المتيطي ينبغي لمن استخلفه الحاكم على ثبوت شيء عنده ؛ ان يجيزه به ، بحضور شاهدين ؛ يشهدان بذلك اه قال التاودي في شرح الزقاية صفحة ٦٨ من الطبعة التونسية يكتب ، اي العدل ، رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم ؛ ويضع اسماءهم عقب تاريخه ، ثم يكتب تحتها رسما اخر ، فيه تسجيل القاضي ، اي

الشهادة بثبوت الرسم وصحته عنده ويترك موضع اسم القاضي ايض ، ثم يطالع القاضي بذلك فيكتب بخطه تحت اسماء الشهود « شهدوا لدى من قدم لذلك بموجبي ، فثبت » ويضع علامته موضع البياض ، ثم يضع عدلا علامتهما عقب هذا الرسم الثاني ، شهادة على القاضي بمضمونه اه .

وعملنا بتونس، (١) على ان السامع من اللقيف، لا يكون الا من العدول المنتصين للشهاد بأوامر عليّة ويعتبر ذلك اداء ولكن لا يسمع العدل الشهادة، إلا بتقديم خاص لذلك من القاضي ، او احد المفتين ويعبر عن هذا التقديم ، بالاذن ويكتب العدل ، بعد تقييد الشهادة ، ما نصه « وذلك بالاذن من الشيخ القاضي ، او المفتي ، فلان رعا الله تعالى ، حسبما يضع حتمه اعلا » ويكتب ، بعد التاريخ ، اسماء الشهود ويضع فوق كل اسم ما نصه « شهد به » وتحت الاسم « معروف » ان كان معروفا عنده « وعرفه مزكيا على العين » ان كان غير معروف عنده ، ثم يكتب التزكية ، ان احتاجت البيعة الى التزكية ، بأن كان الشهود غير عدول ، والا كتب تحت اسم الشاهد « معروف بالعدالة » واذا كتب التزكية ، كتب بعدها ما نصه « بالاذن حررت شهادة الشهود امامه ،

---

(١) حاشية - كانت الاذن تلتقى من الاعوان؛ او مشافهة من الآذن. واقتضت التراتيب اليوم؛ لمبالغة في الضبط والتحري؛ ان تكون كتابية فيتسلم لعدل بطاقة من الآذن؛ ممضاة منه؛ بعد ان يضمن الاذن في دفتر كتاب المحكمة الشرعية تحت عدد ويضمن العدل الاذن وعدده في رسم صك الشهادة وكان المحرر للبيانات الاسترعاية واحدا؛ وقد يحررها عدلان واقتضت التراتيب اليوم؛ ان لا يحررها اقل من عدلين وقد ذكر المأاربة؛ ان الاكسقاء بالعدل الواحد؛ في سماع بيعة اللقيف؛ به عمل فاس لقول ابي زيد القاسمي والعدل يكفي في سماع البيعة؛ لانه من باب الازداه؛ والسامع من اللقيف نائب عن القاضي في ذلك. وعمل مراکش؛ انه لا بد من اثنين؛ في السماع من اللقيف لانه كانقل عنهم؛ ولا يكفي في النقل واحد. نقله مهدي في حاشية الزرقاوية صفحة ١١٧؛ وذكر انه ناطق الفتوى به اس؛ ولم يقف على رسم فيه الاكسقاء بواجد وعليه فعمل فاس موافق لمراكش؛ الا ان يكون الثاني بفاس على جهة الاستحباب وبمراكش على جهة الوجوب اه

او اعلاة او محوله ، اصلا وتزكية» ويضع العدل عقده ، ويختم الآذن بختمه في اعلا الرسم. ويختم ختما اخر على التزكية ، ان كانت ، ويكتب بخطه اسفل الوثيقة ، ان كانت الشهادة عنده صحيحة ، ما نصه « يكتب العمل » ويكتب التاريخ. فالختم ، علامة على الآذن ، وكتابة العمل ، خطاب بصحة الشهادة ، وصلوحيتها للاحتجاج بها ومن هنا لا يسوغ للقاضي ، ان يخاطب على الرسم بالاعمال ، فيما هو غير صحيح ، ولا يسوغ لقاض ان يعتمد على استرعاء من غير تسجيل القاضي الآذن فيه باعماله . وطالما اوقفنا بينات مقامة في الآفاق ، عن اذن قضاتها ، وقع اهمال التسجيل باعمالها لان عدم الخطاب دليل على ريبة للقاضي فيها وكنا نكتب القاضي الآذن في شأنها ، فان عرف ان عدم خطابها لريبة فيها ، الغناها . وان عرف انه لغفلة ، امرناه بتلافي امرها ، بالخطاب عليها . وحين يتم ذلك نعرضها على المشهود عليه ، للاعذار فيها فهذا الخطاب ، من افراد ما يعبر عنه الفقهاء بالثبوت . ويشرقون بينه وبين الحكم ، بأنه يجري فيما لا يدخله الحكم ، كالعبادات والبينات . فانها موارد للثبوت وليست محالّ لاحكام . فمعنى الثبوت نهوض الحجّة ، كما في صفحة ٩٢ من الجزء الاول من التبصرة وسيأتي لهذا مزيد بيان ، ان شاء الله في الباب الثالث

وكانوا في القديم يكتبون ، بعد خطاب القاضي على رسم الشهادة بالاعمال ، شهادة باعمالها رأينا ذلك في كثير من البينات القديمة ، وخصوصا القيروانية منها ، وبطل ذلك اليوم

وهل يلزم ، في بينة اللفيف ، الاستفسار اما في المغرب الاقصى ، فظاهر كلام المخاربة ، انه لا بد منه ، لانه قائم مقام التزكية ، ولو لم يكن في الرسم اجمال ولا احتمال وهو ظاهر قول الزقاق في اللامية ، في الفصل الذي عقده لما جرى به العمل بفاس

فمن ذاك الاستفسارُ والتزكياتِ دع \* نعم قد يتركى ذو المرووة فاقبلا  
قال شراحها ، في تفسير البيت ، ما حاصله ان الاستفسار ، هو استفهام  
الشهود عما شهدوا به ، وان لم يكن فيه اجمال وأنه اختلف في كونه حقا  
للقاضي ، او للمشهد عليه وأنه جعل عوضا عن التزكية التي هي الاصل في  
الشهود ، فترك التزكية ، لان شهادة اللفيف مدخول فيها على عدم العدالة  
الا السلامة من جرحة الكذب . وان الشهود اذا كانوا من العوام ذوى المروءة  
والسمت الحسن ، طلب من المشهد له تزكيتهم ، على اصل المذهب ، لامكان  
ذلك وقدرته عليه ، بخلاف غيرهم اه وقال الشيخ ميارة في مبحث شهادة  
اللفيف ، في شرح قول الزقاق « وكثرن \* بغير عدول واجتهد وتأملا » ما  
حاصله وهل الاستفسار غير لازم ، وانما يكون في بعض الاحوال دون بعض .  
او لازم . والاول هو مقتضى ما جرى به العمل بفاس فيما ادرناه على عهد  
المشايخ من ان الحصر لا يمكن من نسخة الاستفسار ، الا اذا طلبها ،  
والثاني هو مقتضى التعليل بكتابة غير الشاهد . قال شيخنا القاضي الفلالي :  
الاستفسار لا بد منه ولو لم يطلبه الخصم ؛ لان ذلك من حق القاضي لان كل  
من يشهد شهادة ولا يعرف كتبها ؛ وانما غيره يكتبها فلا بد للقاضي من  
استفساره ؛ اذ لعل الكاتب كتب ما لم يشهد به الشاهد من الفصول كلها او بعضها .  
اه . باختصار . ومثله في شرح التاودي على الزقاقية . لكن ذكر الشيخ  
مهدي في حاشية الزقاقية ان ترك الاستفسار ؛ مخالف لما قالوه . وذكر  
الوانشريسي ان عمل القضاة بالمغرب الاوسط والاقصى جرى منذ مائتي  
سنة ؛ باستفسار شهود الاسترعاء عند المبرزين عن شهادتهم ؛ بعد ادائها عند  
القاضي وقبوله اياهم . قال ميارة وهو شامل للعدول واللفيف . وأنكر ابو  
الحسن الصغير الاستفسار عند المبرزين ، فقال لا يجوز للقاضي ان يبصره

البتة ، اذ ليس الاستفهام عند المبرزين ، هو الاداء المعتبر ؛ بل الاداء المعتبر ،  
انما يكون عند القاضي؛ وانما هذا نقل شهادة . اه . وجرى العمل بفاس ، ان  
الاستفسار لا يكون إلا قبل مضي ستة اشهر من يوم الاداء ، فاذا مضت ستة  
اشهر من يوم الاداء ، حكم بما كذلك ، من غير استفسار شهوده . قاله الفلاي .  
وقال الوانشرسي جرى عمل بعض قضاة المغرب ، في هذا التاريخ ، وقبله  
بزمان ، باستحسان ترك الاستفسار ، بعد مضي ستة اشهر من اداء الشاهد  
شهادته ، معتلاً بأن هذه المدة مظنة نسيان الشهادة وبعضهم يقول باعتبار ستة  
اشهر ، ان اداها اثر تحملها ، واما ان طال زمن ما بين تحملها وادائها ، ثم زعم  
نسيانها بعد ستة اشهر ، فانه لا يقبل والحق خلاف هذا كله اه . بنقل ميارة .  
وقد نظم هذا العمل صاحب العمل العام فقال

واستحسنوا ان مر نصف عام \* من الاداء تسرك الاستفهام

ونظمه ناظم عمل فاس فقال

وسنة الاشهر حد استفسار \* في البيئات قاله في المعيار

هذا ملخص العمل الفاسي واما عملنا التونسي ، فهو جار على ان الاستفسار  
من حق القاضي فقد يستفسر الشهود ، ان رأى موجبا لذلك وقد يترك  
الاستفسار ، ان لم ير داعيا اليه ، ولو ألحَّ المشهود عليه في طلبه ، اذا لاح  
له ان الغرض من طلبه الاعنات والتشعب . وقد يتولى الحاكم الاستفسار  
بنفسه وقد يسنده الى من يثق به من العدول المنتصين ولا يخفى ان الاحوط  
لصيانة الحقوق ، ان يلتزم اشتراط الكثرة في شهادة اللفيق ، والاداء عند  
الحاكم ، كما هو الاصل في الشهادة واذا وقع الاداء عند العدول المنتصين  
للاشهاد ، ان يلتزم استفسار الشهود من الحاكم نفسه فاذا التزم ذلك ؛ قلت  
المجازفة ، ولم يرج الزيف لدى الصياقة ، اما الاسترسال على قبول هذه



الشهادات ، واجرائها مجرى شهادة المدول؛ فمجلبة للشرور ، ومطية لنفاق سوق الزور والفجور . والله عاقبة الامور .

### المبحث الخامس في الشهادة على الخط

الشهادة على الخط ، كما في شروح التحفة وغيرها ثلاثة اقسام الاول ، شهادة الشاهد على خط نفسه . والثاني ، الشهادة على خط الميت ، او الغائب . الثالث الشهادة على خط المنكر انه خطه . فاما القسم الاول وهو ما اذا عرف الشاهد خطه ، ولم يذكر شهادته ، فقد جرى فيه خلاف ، وعن مالك فيه قولان . والذي جرى به العمل الفاسي ، هو قوله المرجوع عنه . يؤديها اذا لم يكن في الكتاب محو او بشر لم يعتذر عنه ، وتتعم المشهود له . وهو اختيار سحنون ومطرف ، وقول المغيرة (١) وابن ابي حازم وابن دينار ، واختيار اللخمي قال لو وكل الناس اليوم الى الحفظ ، لما ادى واحد شهادته ، ولضاعت الحقوق . والقول الثاني المرجوع اليه ، هو المشهور ومذهب المدونة قال فيها اذا عرف الشاهد خطه ، في كتاب فيه شهادته ، فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها . ولكن يؤدي ذلك كما علم ، ثم لا تتفع الطالب . قال ابن ناجي ما ذكره هو المشهور ، وأحد الاقوال الخمسة قال شيخنا حفظه الله ، يعني البرزلي ، وبه العمل . اهـ . وهو الذي اقتصر عليه صاحب المختصر . وقد نظم صاحب العمليات الفاسية ما جرى به عملهم فقال والشاهد العارف خطه ولم \* يذكر شهادته ادى للحكم ان لم يكن محو به اورية \* وتتفع الشهادة المطلوبة

---

(١) هو المغيرة بن عبد الرحمن المنزومي احمد من دارت عليه الفتوى بالمدينة المنورة بعد مالك بن انس رضي الله عنه . سمع اياه وهشام بن عروة وآبا انزاد ومالك بن انس . وخرج له البخاري . مولده سنة ١٣٤ وتوفي سنة ١٨٨

وتظنر هذا العمل صاحب العمل العام فقال

ومن برسر خط نفسه عرف \* لكنه لم يتذكر ما سلف  
أدى بما علمه وعمله \* فيه ولم يتفح المشهود له  
وأهل فاس بعد هذا عملوا \* على اتفاعة بها فتقبل

وفي البيان والتحصيل اختلف كيف يؤديها، فقيل انه يقول « هذه شهادتي،  
بخط يدي ؛ ولا اذكرها » وقيل يقول « ارى كتابا يشبه كتابي ، وأظنه اياه ،  
ولست اذكر شهادتي ، ولا متى كتبتها » اهـ . وعملنا اليوم ، مطابق لما به عمل  
فاس . فان العدول المنتصبين للاشهاد ، يعملون على ما قيد ، ووضعوا علامتهم  
فيه . وان لم يذكروا الشهادة .

وحكم القاضي في ذلك ، مخالف لحكمهم . فاذا وجد حكما في ديوانه ،  
بخطه ، دون ان يذكره فليس له ان يعمل به إلا ان يشهد عنده بذلك الحكم  
شاهدان . وكذا اذا وجد القاضي المتولي بعده ، فانه لا يعمل به ، دون ان  
يشهد به شاهدان . ولذا اصلح التاودي قول التحفة « والحكم في القاضي كمثل  
الشاهد » البيت بقوله

وللحكم في القاضي بعكس الشاهد \* فلا ينفذ لمعنى زائد

ولو نسي الشاهد الشهادة ، وأخبره عدلان بأنهما سمعا شهد بكذا ، لم يجز  
له ان يعتمد في ذلك قولهما ، ليشهد به . والفرق ان الشاهد متعبد بأن  
لا يشهد إلا بما علمه ، دون ما ظنه . والقاضي على العكس في ذلك . فلا يصح  
الحاق احدهما بالآخر . ثقله عظوم في البرنامج ؛ اخر قضائه وأول شهاداته ،  
عن ابن ناجي في اول افضية كبيرة .

واما الثاني ، وهو الشهادة على خط الميت ؛ او الغائب . فقال ابن رشد في البيان  
والتحصيل : لم يختلف ، في الامهات المشهورة . قول مالك في اجازتها واءؤها . وقد قيل

انها لا تجوز. وروي ذلك عن مالك. والى هذا ذهب محمد بن المواز؛ وجعل الشهادة على خطه، كالشهادة على شهادته، اذا سمعها منه ولم يشهد عليه بقول، فكما لا يجوز ان يشهد على شهادته، اذا سمعها يقول « لفلان على فلان كذا وكذا » حتى يشهده على قوله. اذ قد يخبر الرجل بما لا يتحققه، تحققا يتقلد الشهادة به، فكذلك لا يجوز له ان يشهد؛ اذا رأى شهادة بخط يده، بحق لفلان على فلان؛ حتى يشهده على خطه. اذ قد يكتب شهادة من لا يتقلد الشهادة بها؛ ومن اذا دعي اليها استراب فيها وتوقف عنها؛ ومن لا يعرف المشهود عليه، إلا بعينه، وقد لا يعرفه بعينه ولا باسمه وقال في المفيد قال ابن حارث جرى العمل من القضاة ببلدنا؛ يعني قرطبة، باجازه الشهادة على خط الشاهد؛ ولا اعلم احدا من اهل العلم فرق في ذلك بين الاحباس وغيرها؛ في حال من الاحوال اه. وعملنا بتونس، على اعمالها في كل شيء؛ كما في حاشية ابن الطاهر على التحفة. اما عمل فاس فخصص ناظمه قبولها بالمال والحبس القديم. فقال

بخط شاهد يموت او يعيب ❁ في المال والحبس القديم اشهد تصيب  
وتقل شارحها عن المنجور، ان العمل بفاس على قبول الشهادة على الخط مطلقا.  
وذلك هو ظاهر اطلاق الزقاق في اللامية

ولا يجوز الرفع إلا على الخطوط المعروفة؛ التي لا يقدر على الضرب عليها،  
قاله في المعيار. ونحوه لابن عرضون (١) قائلا: اذا كانت العلامة يمكن الضرب عليها  
من الفجاج؛ لعدم قوة تشكيلها؛ فلا يجوز لحاكم ان يقبل الرفع عليها؛ لان  
البشك يتسرق اليها؛ وحيث يتطرق؛ يسقط الحكم واذا لم يضع ذو الخط  
علامته؛ فلا يرفع عليه؛ لانه ربهما كتب ولم يتم الامر قاله البرزلي عن

---

(١) هو ابو العباس احمد بن الحسين بن عرضون؛ الفقيه الموثق القاضي. اخذ عن المنجور  
والسراج والمجدي. وتوفي سنة ٩٩٢

الطرر قلت ما ذكره البرزلي متعين في الشهادات المدرجة برسوم مستقلة  
بها اما الشهادات المدرجة بدقتر العدل المعد لتقييد الشهادات ؛ المعروف بدقتر  
المبيضات ؛ فانه يرفع فيه على امضاء الشاهد فيه ، دون علامته لان الشاهد لا  
يضع علامته فيه ؛ وانما يضع امضاءه ، اي اسمه بخطه . ويعطف عليه بالامضاء ايضا ؛  
العدل الثاني الذي تحماها معه وقد يكتب العدل الشهادة بخطه ، وقد يكتبها  
احد كتبه ، ويمضي عليها العدل وجلسه ، كما تقدم . ولا يوضع في دقتر المبيضات  
إلا الشهادات التامة فينتفي الاحتمال الذي ذكره البرزلي

فاذا مات العدل او غاب ؛ وأريد الرفع على شهادته ؛ لانه لم يخرجها  
بالرسم ؛ استأذن عدلان ؛ الحاكم الشرعي من قاض او مفت ؛ في اخراج  
الشهادة وادراجها بالرسم . فيكتب العدل الحي الحاضر شهادته ، ويعقد عليها  
بعقده ؛ ثم يخرج العدلان ؛ اسفل شهادة الحي ؛ ما بالدقتر ؛ ويعقدان على ذلك ،  
بعد ان يشهدا ان الامضاء امضاؤه ؛ من غير شك عندهما في ذلك ولا ريبا ؛  
وأنه برسم العدالة الى ان توفي ؛ او الى الآن ان كان غائبا . ويضمن اذن الحاكم .  
ويختر الحاكم تلك الشهادة بختمه .

ولا يشترط ادراك الشاهد صاحب الخط ؛ لامكان معرفته دون صاحبه .  
قاله ابن عبد السلام . وفي شرح ابن ناجي في اول شهادة السماع من المدونة  
ما نصه قال بعض شيوخنا ؛ يعني ابن عرفة وحضرت يوما بعض من قدمه  
ابو علي ابن قداح (١) للشهادة بتونس ؛ وهو ابو العباس بن قليلو ؛ وقد ناول  
القاضي ابن عبد السلام وثيقة ؛ ليرفع فيها على خط شاهد فيها ؛ فقال له انك

---

(١) هو ابو حفص عمر بن علي بن قداح الهواري التونسي تولى قضاء الانكحة بتونس  
مرتين . وكانت الفتوى تدور عليه وعلى ابن عبد الرفيع . اخذ عنه ابن عرفة . وتولى قضاء الجماعة  
بعد ابن عبد الرفيع ؛ وتوفي وهو يتولاه ؛ سنة ٧٣٤ - وتولى قضاء الجماعة بعده ابن عبد السلام .

لم تدرك هذا الشاهد الذي اردت ان تشهد على خطه . ورد عليه الوثيقة :  
ومنعه من الرفع على الخط فيها ؛ وأنا جالس عنده . فلما انصرف ابن قليلو  
قال لي : انما لم اقبل شهادته على الخط فيها ؛ لانه ليس من اهل المعرفة بالخطوط .  
وليس عدم ادراك الرافع على خط كاتبه ؛ بمانع من الشهادة على خطه ؛ اذا كان  
الشاهد عارفا بالخطوط . فانا نعرف كثيراً من خطوط من لم ندركه كخط  
الشلوبين (١) وابن عصفور (٢) ونحوهم ؛ لتكرر خطوطهم علينا مع تلقينا  
من غير واحد من الشيوخ ؛ انها خطوطهم . اهـ .

واذا كانت الوثيقة المشهود على خطها ؛ مشتملة على المعرفة ؛ او التعريف  
بالمشهد ؛ او وصفه ؛ لم يشترط ان يشهد الشاهد بالخط ؛ ان المشهود على خطه ؛  
كان يعرف من اشهده معرفة عين . وان خلت الوثيقة من ذلك ؛ فقال ابن  
زرب باسـتـرـاط ان يشهد الشاهد بالخط ؛ ان المشهود على خطه كان يعرف مشهده .  
وصحح ؛ ودرج عليه خليل في قوله « وأنه كان يعرف مشهده » وقال ابن راشد  
القفصي ظاهر كلام المتقدمين انه لا يحتاج الى ذلك ؛ ويحمل العدل انه لا  
يضع شهادته حتى يعلم انه يشهد على خطه ؛ وأنه لا يضعها إلا عن معرفة ؛  
وإلا كان شاهداً بزور ، والفرض انه عدل . وبهذا جرى العمل عندنا بقفصته .  
وهو الصواب . اهـ . ونظمه في العمليات القاسمية بقوله

وذكر القفصي ان العملا \* عندهم الشاهد محمول على  
انه ما كتب حتى عرفا \* مشهده فليقتصر من عرفا

---

(١) هو ابو علي بن محمد الازدي الاشبيلي ؛ يعرف بالشلوبين ؛ كان في النحو والمريية بحرا  
زاخراً ! اخذ عنه ابن عصفور وجمال الدين ابن مالك وابن الابار . له كتاب التوطئة في النحو ؛  
وكتاب القوانين فيه ؛ وشرحات للجزولية ؛ وتعليق على المنصل للزمخشري توفي سنة ٦٤٥  
(٢) هو ابو الحسن علي بن موسى الحضرمي ؛ المعروف بابن عصفور ؛ النحوي الكبير  
اخذ عن ابي علي الشلوبين . له من التأليف المغرب والمتع والمغرب توفي سنة ٦٦٩

وظاهر كلام المتيطي ، ان ذلك لا يقدح في شهادته . ومثله لابن سهل ، كما في البرزلي ؛ قائلا تسميته لهما معرفة وذيَّل عليه البرزلي بقوله قلت ، قد يكون عدم التسمية اعرف وقال البناني مقتضى كلام ابن سهل وابن فتوح ، ان ذلك يبطلها ؛ ولاين عرفته تفصيل ، وهو أن الشاهد ان كان معلوم الضبط والتحفظ ، قبلت ، وإلَّا ردت ، وإلَّا ان تكون على مشهور كالرؤساء . اهـ . ولعل تفصيل ابن عرفته اسدُّ المذاهب .

وليس من تمام التعريف ، التعرض لتعديل ذي الحُط . فاذا كان الشاهد بالحُط لا يعرف عدالة صاحبه ، لا يشهد إلا بمعرفة خطه خاصة . ثم ان احتاج القاضي فيه الى تعديل ، جاز ان يعدِّله غير الشاهد بخطمه ، وان لم يحتج القاضي الى تعديله ، لمعرفته بعدالته ، لم يحتج الى تعديل . لان التعديل يستند فيه القاضي الى علمه . قال المتيطي في كتاب الحبس ، في فصل ذكر فيه ، ان قائما قام بالحبسية ، ان فلانا باع حبسا ، ما نصه وان كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتي ، في كتاب الحبس ، قلت « فأتى اليه بفلان وفلان ، فشهدا عنده ، ان شهادة فلان وفلان ، الواقعة في كتاب الحبس ، المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط ايديهما ، لا يشكان في ذلك ، وأنهما ميتان . فقبل القاضي شهادة الشاهدين المشهود على خطوطهما . » وان عدلها الشاهدان على خطوطهما . وأجاز ذلك ، قلت في اثر قولك : « وأنهما ميتان » وأنهما كانا بوسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما المذكورة وبعدها . الى ان توفيا « وان عدلها عنده غير الشاهدين الذين شهدا على خطوطهما ، قلت في الشاهدين « وقبل شهدا دهما ، لمعرفته بهما . وقبل شهادة فلان وفلان ، المشهود على خطوطهما ، بتعديل فلان وفلان لهما عنده ، بالعدل والرضى ، الى ان توفيا على ذلك » . اهـ . بنقل الخطاب ، عند قول خليل « وتحملها عدلا »

ويشترط في قبول الرفع على الخط ، ان يكون بشاهدين اثنين ، على المشهور والمعتمد . وبه افتى الشيخ ابو الحسن الصغير . وهو الجاري عليه عمل اهل تونس . ونقل الفاسيون المتأخرون ان العمل عندهم ، جرى بفاس ، على الاكتفاء بالشاهد الواحد دون يمين ، في الرفع على خط الميت والغائب . وهو قول اشهب كما في التبصرة الفرعونية .

واختلف في قدر الغيبة ؛ الميخ للرفع على خط الغائب . فقال ابن الماجشون : مسافة القصر . وحكى ابن منظور (١) ان به العمل . وقال أصبغ البعيدة جدا ؛ كمصر من افريقية . واستحسن القاضي ابن عبد السلام ؛ قول سخون : عدم التحديد ، إلا بما تتال الشاهد فيه مشقة والقاضي يعلم ذلك عند نزوله . قال ابن عبد السلام وجرت العادة عندنا ، أن اختلاف عمل القضاة ، يتنزل منزلة البعد ، وان كان ما بين العملين قريباً لان حال الشاهد يعلم في بلدة ؛ وعند قاضيه ، لا في غيره . وفيه مع ذلك ضعف . فان الذي يشهد على خطه ، كالناقل عنه . فلا بد ان يعدله ، او يكون معلوماً عند القاضي . اهـ . ونقل كلامه تلميذة ابن عرفة ، وبحث فيه بقوله مقتضى تعليله ما زعمه من الضعف ، بما ذكر ان العادة عندهم ، ان لا يفتقر في الشهادة على الخط ، الى ثبوت عدالة ذوي الخط . وهذا شيء لا اعرفه ، ولا سمعت به ، عن عادة جرت بافريقية . والذي اعرفه وشاهدته ، ان القاضي المرفوع عنده على الخط ان كان عنده ذو الخط مقبولاً ، قبله ، وإلا طلب تركيته . اهـ . وقد تقدم قريباً عن الميتي ، نظير ما قاله ابن عرفة .

واما القسم الثالث ، فهو الشهادة على خط المقر بشيء ، ثم ينكر انه خطه ، او يموت ؛ فيشهد على خطه ؛ فيلزم بما تضمنه خطه من الاقرار . قال في الشامل :

---

(١) هو القاضي ابو عبد الله محمد بن منظور القيسي الاشعبي . توفي سنة ٤٦٩ هـ

ولو كتب ذكر حق على نفسه بخطه ؛ ولم يكتب شهادته ؛ اي علامته ؛ فهو اقرار . فان كتبها ؛ يعني الشهادة ؛ اي العلامة ؛ فأقوى ؛ اي فهو اقوى في الاقرار . اهـ . ومثله لابن رشد في البيان والتحصيل . ونقله ابن عرفة ؛ ثم قال : تسوية ابن رشد ، بين الذي كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق ؛ والذي كتب ذكر الحق على نفسه يده ؛ فقال « لفلان علي كذا وكذا » ولم يكتب شهادته ، خلاف ما حكى ابن عات في طرره ، اذ قال ما نصه في المجالس ، ان كتب الوثيقة بخط يده وشهادته ، نفذت ، لانه قليل ما يضرب على جميع ذلك . وان لم تكن شهادته فيها ، لم تنفذ ، لانه ربما كتب ثم لم يتم الامر . وان كتب « لفلان عندي او قبلي » بخط يده ، مضى عليه ، لانه خرج مخرج الاقرار بالحقوق . وان كتب « لفلان على فلان » الخ الوثيقة ، وشهادته فيها ، لم يجز إلا بينة سواه ، لانه اخرجها مخرج الوثائق ، وجرت مجرى الشهادة . فلم تجز الشهادة على خطه وهو تفسير جيد . وهي مسألة فيها اختلاف . اهـ . ونقل كلام الطرر ، ابن ناجي في سابعة افضية كبره . وفي الثانية والعشرين من شهادات كبره ، والبرزلي في الواحدة والثلاثين من افضية حاويه . قال ابن ناجي في افضية كبره : ووقعت في احكامي باجة . مسألة منه : كتب الفقيه عقبه بن سرور الماكني ، انه « وكل فلانا ، على ان يعقد له النكاح على فلانة ، بما يراه ، ويسوغ شرعا ، وأذن في الرفع على خطه ، لمن يجب له الرفع شرعا » وكتب بتاريخ كذا . والسلام « وطلب مني وكيله ، مع بعض العدول ، ان يرفع على خطه ويعقد له . فقلت وقعت هذه المسألة ببلدكم فيما مضى ، وأفتى فيها شيخنا ابن عرفة : انه لا ينفع ، وان الحكم الذي للرجل . لا يصح إلا بشهادة غيره عليه ، بخلاف الحكم الذي عليه ، فيصح بشهادته وحده فبلغ ذلك شيخنا الغبريني فقال ما ذكره في فتوى شيخنا ابن عرفة حقيق ، فانه كان



به يفتي، وليس بصواب ولكن ما خالفتم في حياته، ولا اخالفه بعد وفاته وأمر باعادة الوكالة بشاهدين وبعد ذلك بقليل، جاءت الى القيروان وكالة من شيخنا الزعبي، بمثل توكيل الفقيه عقبه، وعُمل عليها. ولو علم شيخنا الزعبي بفتوى شيخنا ابن عرفة، لما فعل فتحصل في العمل وعدم العمل بها، قولان، عدم العمل بها افتى به شيخنا ابن عرفة، والعمل بها قاله ابو الخير عقبه، وشيخنا الزعبي، وصوبه شيخنا الغبريني اهـ. وما استظهره التسولي في شرح التحفة، من الغاء ما عليه شهادته، اذا لم تكن الوثيقة مكتوبة بخطه، ضعيف، غير صواب، مخالف لما شرح به الخطاب قول خليل «وجازت على خط مقرر» من انه لا فرق بين ان تكون الوثيقة بخطه، او فيها شهادته فقط، ومثله لابي علي في شرحه، ووجه ضعفه ان احتمال الضرب على ما بالرسم مع وضع الشهادة ضعيف جدا، وعملنا اليوم، في العقود والالتزامات الواقعة بخط اليد، دون اشهاد، اذا كانت بامضاء العاقد، او الملتزم، او بعلامته فيما اذا كان عدلا، جار على اعتبار ذلك، اذا ثبت الخط بشهادة عدلين. وهو صريح كلام ابن رشد. لكن ينبغي للقاضي ان يتنبه الى امرين احدهما، الى ان الاكتفاء بالامضاء، يلزم تقييده بما اذا كان الممضي عارفا بالكتابة. اما اذا كان لا يعلم من الكتابة إلا وضع اسمه، ككثير من العوام، فلا يقوم الامضاء حجة عليه، اذا انكر وقوع ما تضمنته الكتابة، وذكر انه يعتقد ان الكتابة في غرضه، وأن الكاتب اخبره بأن الكتابة في الغرض الذي ذكره، فأمضى لاعتقاده صدقه ووقعت هذه القضية امام المجلس المالكي، فوجهنا اليمين على الممضي، ولما حلف، الغينا الكتاب المشتمل على الامضاء، ووجهه ظاهر. الثاني، ان لا يعتبر الكتابة الحالية من الامضاء لان العادة عندنا، جارية على ان الكتابة لا تعتبر تامة، إلا بالامضاء. ومراعاة العادة من الاصول التي انبنت عليها الاحكام، وقد صرح

الفقهاء بأن الاحكام المستندة الى العوائد تتغير بتغير العوائد ، قاله القرافي وابن عبد السلام وغيرهما .

ولا يثبت الحق ، بمجرد ثبوت الخط ، في الوصية المكتوبة بخط يد الموصي ، والطلاق المكتوب بخط المطلق ، ويحتاج في نفوذ الطلاق ، الى ان يرسل الكتاب اليها ، او الى رجل يعلمها بذلك ، فيحكم لها حينئذ بطلاقه ، اذا شهد على خطه عدلان . واما ان لم يخرج الكتاب من يده ، فلا يحكم لها به ، إلا ان يقر انه كتبه مجمعا على الطلاق ، او ينص فيه على انه انفذه . كما قاله ابن رشد في الكتابة بالعتق وانه التسولي . ويحتاج في نفوذ الوصية ، بعد ثبوت الخط ، الى ثبوت ان الموصي ، دفع الكتاب الى الموصى له ، او الى امين ، في حياته فان وجد رسم الوصية في تركته ، فقال ابن رشد : اذا لم يشهد الموصي على خطه ، ولم يثبت للموصى له من يشهد له بأنه دفع الكتاب اليه ، سقط الحكم بما تضمنه الخط المذكور . اذ قد يكون اراد ان يؤامر نفسه . ولم يعزم على انفاذه . والرواية به عن مالك مسطورة . قال البرزلي : قلت . ما ذكره عن مالك . هو ما رواه الباجي وغيره : من كتب وصيته بيده ، فوجدت في تركته ، وعرف انها خطه ، بشهادة عدلين ، لم يثبت شيء منها ، حتى يشهد عليه ، اذ قد يكتب ولا يعزم . رواه ابن القاسم في المجموعة والعينية . ونقل البرزلي عن اللخمي ، انه قال ان قال « فليشهد على خطي من وقف عليه » فينفذ ما فيه ، وإلا ، فالزواية : لا ينفذ . اهـ . قال الشيخ التسولي في شرح قول التحفة « وصححت لولد الاولاد » البيت : معنى قوله « قال » كتب ذلك لا انه قال ذلك للناس لانه في معنى الاشهاد عليها . ولا خلاف حينئذ في تنفيذها قلت . ما استظهره التسولي ، وان كان ظاهراً في نفسه ، الا انه خلاف ما استظهره صاحب التوضيح . ونصه : انظر قوله ، يعني عياضا ، وقال « اذا مت » هل المراد ، شهد على قوله من غير خط ، او المراد

انه وجد ذلك بخطه وشهد عليه ، والاول اقرب الى حقيقة اللفظ ، اذ القول حقيقة انما هو في الملفوظ به ، اهـ . فقول ابي زيد في العمليات الفاسية وكاتب بخطه لم يشهد \* عليه او يقل تفذاردد مقيد ، بما اذا بقي عند الموصي خطه الى ان مات ، وإلا نفذت قطعاً . دون الشرطين المذكورين . قاله التاودي .

واختلف هل يقضى بالشهادة على خط المقر ، من غير يمين وهو ما اقتصر عليه في المختصر ، وذكر صاحب التحفة ان به القضاء . او لا بد من اليمين ؛ لضعف الشهادة . وهما روايتان ؛ منشؤهما هل ينزل الشاهدان على خط المقر ؛ منزلة الشاهدين على الاقرار او منزلة الشاهد فقط ولو قام بالخط شاهد واحد ؛ فهل يحلف الطالب معه ؛ ويستحق او تبطل شهادته روايتان ؛ مبنيان على الاحتياج ؛ مع الشاهدين ؛ الى اليمين ؛ فلا تقبل . او لا ؛ فتقبل مع اليمين وفي التبصرة عن الطرر ؛ ان الصواب عدم الحكم بها . اهـ . ولا ين رشد : لم يختلف قول مالك ؛ في قبول شهادة الشاهد الواحد على الخط ، مع اليمين . ونحوه لابن يونس قال التسولي وهذا اقوى مما في الطرر .

واذا لم يوجد من يشهد على خط المنكر لخطه ؛ فطلب المدعي ؛ ان يجبر المدعى عليه ان يكتب بمحضر العدول ؛ ويقابلوا ما كتبه ، بما اظهره المدعي ؛ وزعم انه خط المدعى عليه . فأفتى الشيخ عبد الحميد الصائغ بأنه لا يجبر . لانه كالزمام المدعى عليه اقامة بينة ؛ لاثبات ما ادعاه المدعي ؛ وهذا لا يلزمه . وأفتى اللخمي بأنه يجبر على ذلك ؛ وعلى ان يطول فيما يكتب ، تطويلاً لا يمكن معه ان يستعمل فيه خطأ غير خطه ورد ما احتج به الصائغ ، بأن الينة يقطع المدعى عليه بكذبها ، فلا يلزمه ان يسعى في امر يقطع بكذبها . واستظهر ابن عرفة فتوى عبد الحميد ولعل وجه استظهاره ؛ ان الخط الذي

استظهر به المدعي لا يحصل للشهود ادراك كونه خط المدعى عليه ، ليشهدوا عليه بمجرد المماثلة الحاصلة بينه وبين الخط الذي يكتب بمحضهم ، حتى تكرر رؤيتهم لوضعها ، او يسمعون بأنها خطهم سيما يحصل لهم العلم بذلك . ولم يحصل شيء من الامرين قاله غظوم في البرنامج وفي التبصرة الفرعونية : رجح اكثر الشيوخ ما اقرى به اللخمي

### المبحث السادس في الشهادة على الشهادة . وهي شهادة النقل

قال في المدونة : وتجوز الشهادة على الشهادة ؛ في الحدود والطلاق والولاء ؛ وفي كل شيء . وشهادة رجلين ؛ تجوز على شهادة عدد كثير ولا يتقل اقل من اثنين ، في الحقوق ، عن واحد فأكثر ، ولا يجوز نقل واحد عن واحد ، مع يمين الطالب ، في مال ، لانها بعض شهادة شاهد ، والنقل نفسه ، ليس بمال ، ولو اجيز ذلك ، لم يصل الى قبض المال إلا يمينين ، وانما قضى النبي صلى الله عليه وسلم ، في الاموال ، بشاهد ويمين واحدة . اهـ . قال ابن ناجي في صغيرة : اعلم ان للنقل خمسة شروط . احدها ، ما في الكتاب ، ان ينقل اثنان فأكثر ، عن واحد فأكثر . الثاني ، ان يكون شهود الاصل والنقل عدولا . وهذا يكاد لا يحتاج الى تنبيه عليه . الثالث ، ان يبقى شهود الاصل على شهادتهم ، حتى يحكم بها . الرابع ، ان يقول المنقول عنهم « اقلوها عنا » . الخامس ، ان يكون ذلك لعذر مرض او سفر ، إلا في النساء ، فانها تنقل عنهن ؛ وان كان حضوراً ، قاله مطرف وابن الماجشون ، وقال المازري لما أمر به النساء من الستر ؛ والبعد من الرجال ، وقال ابن عبد السلام فيه عندي نظر ، ولو قيل في ذلك بالفرق بين من جرت عاداتها بالخروج نهاراً ، وبين غيرها ، كما قيل في اليمين ، لكان له وجه .

## المبحث السابع في العمل بالنسخ والمضامين

النسخ لا يعمل بها ، إلا اذا كانت مقامة عن اذن الحاكم الشرعي ، ومختومة بختمه ، وخاطب عليها ، وكيفية الخطاب بالنسبة لنسخ الاجباس ، على ما جرى به عملنا التونسي: ان يكتب الحاكم، اعلا النسخة ، بخطه ، ما نصه « قوبل ، المقصود منه بأصله ، فتطابقا وكانا نصاً سواء » أو « قوبل الفرع بأصله فتطابقا وكانا نصاً سواء ، وأعلم به فقير ربه فلان القاضي بيلد كذا ؛ او المفتي بيلد كذا » وبالنسبة لغيرها ، ان يكتب اسفل النسخة « ثبت لدي » . والاصل فيما جرى به عملنا ان الاصل المنسوخ منه ، لا بد ان يثبت عند القاضي ، ويكون بحيث لو حضر لقضي به ، فمخاطبة القاضي على النسخة ، دليل على ثبوت رسم الاصل عنده ، وصحته ، لثبوت عدالة شاهديه ، وثبوت علامتهما عنده ، وسلامة الرسم مما يوهن الاحتجاج به ، من بشر ، او محو ، او الحاق ، لم يعتذر عنه ، فيما هو مقصود بالشهادة . اما اذا كانت النسخة غير مخاطب عاينها ، فأصلها محتمل للنهوض وعدمه ، وما دام هذا الاحتمال قويا ، لا يمكن التعويل على الفرع ، الذي هو النسخة ، لان قبولها ، مترتب على قبول الاصل . ولا يدفع احتمال ختلال الاصل ، عدالة شاهدي النسخة ، لانه ربما خفي عليهما من امر الاصل الشيء الكثير . وقد علمت مما سبق ، عن ابن عبد السلام ، ان الشهادة على الخط ، لا تقبل من جميع العدول ، وانما تقبل ممن له فطنة زائدة . وقد انضم الى ما قررناه ، ما علم من كثرة تحيل الناس ، ولا سيما في الاجباس . فطالما عمد من لاستحقاق له في الوقف . فيكشط من الاصل بعض اسماء الاعيان الموقوف عليهم ، او بعض حروفه ، ويبدله باسم اخر ، او حروف اخرى ، يضعها موضع الاسم الاصيل ، ليتمكن الدخول من الاسم المثبت ، ويجتهد في اخفاء ذلك ، حتى لا يتنبه له ، إلا باعمال النظر الصحيح ، ويخشى ان استظهر بالاصل ، ان يتنبه

اليه ، فيطلب اخراج نسخة من رسم الوقف . ويتلف الاصل بعد الاستحصال على غرضه . وربما اخترعوا كتب وقف ، فيما وقفته ثابتة ، وزوروا علامة شهود موسومين بالعدالة ، الى غير ذلك من مزيروب التحيل . فلزم الثبت التام في امر النسخ ، وأن لا تعتمد ، إلا حيث يغلب الظن بصحة اصولها . وقد ذكر صاحب المعيار ، والمازوني في درره المكنونة ان الشيخ ابا الفضل قاسما العقباني . سئل عن رسم ، شهد فيه شهود ، وحاطب القاضي عليه ، وأعمله قصاة اخرى . اذا نسخ من اوله الى اخر الاعلامات فيه . وقال من قابل النسخة ، قابلها بأصلها من الفاهما سواء ، وعاین الاعلامات الواقعة عقب الاصل ، فعلم انها بخط كاتبها الواقع عقب الرسم هل يحكم بالنسخة ، اذا عدم الاصل او لم يعدم ؛ او لا فأجاب اذا كان شاهد النسخة قوي العدالة ؛ والمعركة ، والفتنة لما قد يقع في الاصل ، من بشر خفي ، او زيادة مقحمة ، بما قد تتغير به المعاني ، عمل على النسخة ، ان كان الاصل مما يصح نسخه . اه . المقصود منه .

وقل ابن غازي ، في تكميل التقييد ، ما نصه : قال الامام الوانشريسي : ان النسخة اذا نسخت على خط القاضي ، وقوبلت بأصلها ، وشهد الشهود على اشهاد القاضي ، وصحة المقابلة ، من عدول الشهود ، فحينئذ يعمل بالنسخة ، اذا تعذر وجود الاصل اه . قال المحقق السجلاسي في شرح قول ابي زيد الفاسي في عملياته

والحكم بالنسخة مشروط بأن \* تقوى العدالة وحال من فطن

ما نصه قلت فمفهوم هذا الكلام ، ان النسخة . اذا لم تكن على خط القاضي ، ولا شهد عليه فيها الشهود ، بثبوت الاصل عنده ، لا يعمل بها . وهو الجاري على ما تقدم ؛ من ان الرفع على الخط الغائب لا يفيد . وظاهر مسألة الشيخ ابي الفضل العقباني المتقدمة ، واطلاق النظر ، ان النسخة يعمل بها

مطلقا ولا يأتي ذلك إلا على مذهب الشيخ ابي الحسن ، الذي لا يشترط حضور الخط عند الرفع عليه . اه . قلت ، قول الوانشرسي ان النسخة ، اذا نسخت على خط القاضي ، اي في الاصل ، باستقلال الرسم واعماله ، وقوله وشهد الشهود على اشهاد القاضي ، اي بصحة الاصل عنده ، واستقلاله ، واعماله ، فالقاضي يكتب في الاصل ، ثبوت الرسم عنده ، وصحته ، ويضع علامته ، ويشهد عدلين بثبوتها ، وصحته عنده ؛ فيضعان علامتهما شهادة على القاضي بذلك . وهذا نحو ما تقدم عن التاودي فيما يفعل عندهم في شهادة الليف وقد قدمنا ؛ ان عملنا التونسي ؛ على ان حضور الخط عند الرفع عليه ؛ غير مشروط ؛ على ما به العمل التونسي ؛ وأن المخاطبة على النسخة ، قائمة مقام المخاطبة على الاصل ، لانها لا تكون إلا بعد ثبوت الاصل عند المخاطب ؛ واعماله ، وأن الاشهاد على الاعمال ؛ غير مشروط عندنا ، وانما الشرط ثبوت خط المخاطب ؛ عند الحكم بالنسخة ؛ ان كان يعرف خط المخاطب ، او ثبوتها بشهادة عدلين ؛ ان كان لا يعرف خطه ، ولو فرضنا ان النسخة خلت من مخاطبة القاضي ، لوجب اهمالها ؛ إلا ان يثبت ان الاصل مخاطب عليه بالاعمال وانما اطنبنا في هذا المقام ، لقلته من وفاة حقه من التونسيين ؛ مع شدة احتياج الحاكم الى معرفته . واذا كانت النسخة تامة ، لا شيء فيها ، ووجد خطاب القاضي عليها ؛ فانه يعمل بها ، ولو وجد الاصل مرتابا ؛ لاحتمال ان الريبة التي به ؛ انما وجدت بعد اخراج النسخة منه ؛ وقد كان الاصل حال اخراج النسخة ؛ سالما لا ريبه به . فقد ذكر الوانشرسي في المعيار : انه سئل بعض الشيوخ ؛ عن اتباع جنازة ؛ فمكنه البائعون من نسخة رسم ؛ مسجل على القاضي ؛ وشهد عليه عدلان مبرزان ، وثبتت عنده ان سقي الجنان من ماء العين مدة كذا ، فنازعه بعض من ينتفع بالعين ، وادعى ان المدة اقل ، فاستظهر المشتري بالنسخة ، فأتم خصمه

بعدل ، شهد انه رأى اصل النسخة ، وفيه تقطيع وترقيق ولصق ، واستراب القاضي ؛ وكلف المشتري باحضار الاصل ، فلم يجده فهل يحكم القاضي بالنسخة ؛ لصحتها وثبوتها عند من له ذلك ، مع عدم احضار اصلها ، ام لا ، فأجاب شهادة النسخة ؛ المسجلة على القاضي بالصحة ، بعد المقابلة ؛ مع اتمامها بصفة العدالة ، والمعرفة بما تقتضيه الفاظ التسجيل ، وتصحيح النسخة من اصلها ، ماضيه ومعمول بها ، ويجب على القاضي الذي استظهر صاحبها بها عنده ؛ الحكم بها ولا يصده عن الحكم بها ، ما شهد به الشاهد الذي لم يشهد في النسخة ؛ لاحتمال وجوه ، تصرف شهادة الشاهد المذكور ، عن ان يحكم الحاكم برد النسخة منها انه لم يذكر الشاهد في شهادته ، محل التقطيع والترقيق ، وما ذكر معه وهل هو في محل يفسد الرسم بسببه ، او لا ، وهل فيه اعتذار عن ذلك ؛ او لا فانه يمكن ان يكون ذلك في موضع افتتاح الرسم ؛ او في تخليمة الموصوف في الرسم . ومنها ان يكون ذلك الذي رآه الشاهد المذكور ؛ مع فرض ان يكون موجبا للتهمة في النسخة ؛ في نظير هذا الذي نسخ منه الشاهدان شهادة غيرهما ؛ اذ لم يعين الشاهد المذكور انه بشهادة فلان وفلان ؛ او يكون بشهادتهما وعدلا عنه لما اتصف به من البش وغيروه ؛ وكتبا غيره سليما من ذلك ؛ وتركها الآخر لا عبرة به . ومنها تجوز ان يكون ذلك طرأ عليه ؛ بعد تسجيل النسخة ومقابلتها ؛ والشهادة فيها ؛ الى غير ذلك من وجوه الاحتمال . فيجب العمل بالنسخة اه .

ثم ان النسخ ؛ لا حرج في اخراجها ؛ اذا لم يخش تكرار الحق ؛ كالا حباس ، والوصية بالثلث لمعين ، على ما قاله مهدي في حاشية التاودي . بخلاف الوصية بعدد معين من المال والدين والكتابة ؛ والدماء كما اذا شهدوا في وثيقة ؛ بأن فلانا جرح فلانا جافة . فاذا نسخ الرسم ؛ توهم انه جرحه



جائفتين والوديعة؛ اذا قبضت بيننا مقصودة للتوثق . والقراض ؛ اذا قبض كذلك ورسوم الاكرية فاذا اريد اخراج نسخة من رسم الكراء ؛ نسه الآذن الشاهد على التنصيص ان النسخة للاحتجاج بها في غير مال الكراء والا لم يخرجها . وكذلك الاصدقة المشتملة على كالي . لا تخرج إلا للاحتجاج بها في غير المالم . ولا فرق في عدم اخراج النسخ ؛ فيما يخشى فيه تكرر الحق ؛ بين ان يكون الطالب لذلك مأمونا ؛ او غير مامون وهو قول ابن الماجشون . وهو المشهور ؛ على ما قاله ميارة ؛ والذي به العمل عند الموتين ؛ كما قاله ابو علي ابن رحال وقال مطرف بالاعادة مطلقا وقاله مالك وأصبغ . وقال ابن حبيب هذا احب الي ؛ اذا كان المدعي مأمونا وان كان غير مأمون ؛ فقول ابن الماجشون احب الي فالذي يفصل بين المأمون وغيره ؛ هو ابن حبيب وابن الماجشون يقول ؛ لا تعاد . فان سهل الشهود وأعادوها ؛ قضي بها ومطرف يقول بالاعادة ؛ خلاف ما أئمر به الزقاق في قوله

ومن يتبغي تكرير كتبك رسمه \* لزعم ضياع او اداء فأهملها  
والاوقد وديت تمضي مطرف \* اذا كآب مأمونا فكرر ولا فلا

نسب ما لابن حبيب ، لمطرف . وقول الشيخ التسولي : « ظاهر قول التحفة (وما به قد وقعت شهادة ) البيت انه ان اعادها لا يقضى بها ؛ سواء اعادها جهلا ؛ ام لا كان المشهود له مأمونا ام لا . وهو كذلك ، خلافا لابن الماجشون ، في انه يقضى بها ، ان اعادها جهلا ، ولمطرف في انها تعاد للمأمون فقط . » الخ . لا ينبغي اعتماده وينبغي اعتماد ما لابن الماجشون . وقد احسن في تزييف ما استدلل به التسولي مهدي في حاشية التحفة . فارجع اليه ان شئت . (١)

---

(١) حاشية كانوا في القديم ؛ يعددون الرسوم للعقارات المملوكة ؛ بواسطة تعداد النسخ فنجم عن ذلك كثرة الشاخر والنزاع بين المتبايعين فيمد ان يقع البيع وتمضي عليه مدة ؛ يقوم البائع ؛ او ورثته ، على المشتري ؛ رسمه بقي عنده ؛ وبدعي ان العقار ملكه .

وقولنا يخاطب القاضي على نسخ غير الاحباس ، بقوله « ثبت لدي » هو الجاري العمل به اليوم. وهل يفيد ذلك صحة الرسم مطلقا ؛ او لا يفيد إلا صحة عدالة عدلي الرسم. هذا مما اختلف فيه شيوخ شيوخنا. فكان الحداق منهم ، يرون انها يفيد صحة الرسم. وهو الظاهر ، بدليل افراد الضمير في

ورد؛ ما ضاع رسم المشتري ؛ الواقع فيه الشراء ؛ او احدث به ما يزيل صلوحته للاحتجاج فاقتضت المصلحة ؛ ان يمنع ذلك ؛ وان لا تعدد الرسوم وانبنى على ذلك ؛ ان من ادعى ضياع رسم عقار له ؛ وأراد تجديد رسم له ؛ فان كان اصل التملك موجودا في دفتر المدول فانه يقع الاعلان بضياع الرسم؛ واردة اخراجه من دفتر المدلين فلان وفلان ؛ فمن كان لديه اعتراض في ذلك ، فليقم لدى الشيخ القاضي. في مدة عشرين يوما ويعلن بذلك في الصحيفة الرسمية. ولا يتكرر الاعلان ثلاث مرات بل يكفي الاعلان مرة واحدة. فاذا لم يعترض معترض؛ فان القاضي يأذن عدلي الدفتر؛ باخراج ما في دفتريهما؛ ان كانا حينئذ ؛ او عدلين اخرين بذلك؛ ان ماتا. ويذكران سبب اعادة اخراجه؛ واذن الحاكم في ذلك؛ ويعقدان عليه؛ ويختمه الحاكم. ويقوم حينئذ هذا الرسم؛ مقام الرسم الاصيل. وان لم يكن الرسم موجودا بدفتر المدلين؛ فيقم الاعلان، بأن فلانا ادعى ضياع رسم تملكه؛ لعقار كذا ، ويسميه، ويحدده، وأنه يروم اقامة وثيقة في تملكه له، فمن كان عنده اعتراض في ذلك، فليقم باعتراضه لدى الشيخ القاضي ، في مدة سبعمين يوما من تاريخ الاعلان. ويخرج الاعلان ثلاث مرات في الجريدة الرسمية. فاذا تم الاجل، ولم يقم معترض ، اذن القاضي في الوثيقة وتكون كسائر البيئات الاسترعاية ، ويختتمها الحاكم ، ويخاطب عليها بقوله « يكتب العمل » وتقوم حينئذ مقام الرسم الاصيل . اما اذا قام معترض . فيسمع اعتراضه ، الى ان يتبين الامر ، فيعمل على ما يتبين وكثيرا ما كانت ارادة اقامة الوثائق ، مبدءا لنشر نوازل استحقاقية ولما كانت البيئات لا تقام عند الخفية ، الا في وجه خصم ، اختصت بيئات التملك بالقاضي المالكي كما انه في القديم . كانوا يكتبون بفتح المقارات، في رسوم تخالية من ثبوت اصل التملك للبايع ولما ترتب على ذلك كثرة النزاع ، اذ ربما باع الانسان ما لا يملك ، حجر على المدول المنتصين للاشهاد، اخراج عقد البيع من دفتريهما في غير الرسوم المتضمنة للتملك ، وفي غير وثائق التملك التامة الشروط ، قليلا للنزاع . وتضييقا لجمال الاحتيال وفي البصرة الفرعونية وينبغي له ، اي للشاهد ، ان لا يكتب لاحد مبايعة ، الا بعد ان يحضر كتابها فان شهد بصحة ما يطلب كتابتها ، بائعها اليه ، بشراء ، او ميراث ، او صدقة، او نحو ذلك ، كتب وكذا كتب الاجارة. ومتى لم يحضر شيئا من ذلك ، فلا يكتب له ، الا ان يكون رجلا مروفا مشهورا بالصدق والامانة وان لم يكن مروفا ، وادعى ان يبيع ملكه ، وأن كتابه ضاع ، فليحترز ، فان ذلك موضع تهمة ، فقد يبيع الانسان ملك غيره ، ويشهد عليه بذلك ، ويتسمى باسم صاحب الملك ، ويؤخر المشتري القيام

« ثبت » فهو يعود على الرسم. وحينئذ فلا يخاطب القاضي على رسم لا يصح الاحتجاج به. وان كان عدالة ثابتي العدالة عنده. وهذا مختار القاضي المحقق الشيخ الطاهر ابن عاشور (١) جد سمييه صاحبنا الحفيد احد علماء العصر. ومنهم من يرى قصر افادته على عدالة عدلي الرسم. وهو مختار العلامة الشيخ حمدة الشاهد؛ (٢) احد اهل الشورى زمن ابن عاشور الجده. وهو الذي جزم به الشيخ ابن الطاهر، في حاشية التاودي؛ في مبحث خطاب القضاة وما يتعلق به ونصه قلت، واما عملنا اليوم بافريقية؛ ان يكتب القاضي اسفل عقدي الرسم « ثبت لدي » ولا يفيد ذلك إلا صحة عدالة عدلي الرسم لا غير إلا في رسم الحسن اذا قبل المقصود منه على يد القاضي فانه يكتب اعلا الرسم

بالمشترى، حتى يصول الزمن قليلا او يموت صاحب أملاك، فيدعي على ورثته وغير ذلك من وجوه الضرر فينبغي اذا ادعى ضياع الكتب، ان يحضر جماعة يشهدون له بالملك واو عمل بذلك محضر، او شهد به عند الحاكم وأثبت على الحاكم، كان احوذ ولو فتح هذا الباب، بيعت املاك الناس بغير مستند اه. وما قاله، من انه لا يكتب رسم البيع، حتى يحضر رسم الملك، يخالف ما قاله ابن تاجي في ثالثة غرره كبير قال جعل شهود تونس يمتنعون من كتب البيع، في دور تونس لتعجيب الامير عليهم ذلك وانهم يتساهلون بالكتب في دور خارج تونس فيكتبون بيها ولو لم يحضر البائع رسم ملكه قال وامتناعهم ليس بأمر شرعي اه. قال الشيخ حسن الشريف، في معين المفتي والواقع اليوم من شهود تونس، انهم يقيدون بدفترهم وقوع العقد بين المتبايعين، ولا يكتبون رسم البيع الا بعد حضور رسم الملك فان احضر، كتبوا وان لم يحضر، وادعى البائع انه قد ضاع، فانهم يضمنون في رسم البيع ان تملك البائع له بالذکر وأن المشتري قد رضى بذلك، ان رضى اه.

(١) هو ابو عبد الله محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر ابن عاشور، الاندلسي الاصل، الجامع بين شرفي العلم والنسب. كان نسيج وحده، يتقد ذكاه. تولى قضاء الجماعة بتونس في رجب سنة ١٢٦٧ ثم الفتيا له حاشية على شرح القطر لابن هشام؛ وشرح على البردة؛ وحاشية على المطول، وحاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع لم تكمل. توفي سنة ١٢٨٤ (٢) هو ابو عبد الله ويدعى حمدة الشاهد تممر حتى انقرضت بمشيخة علماء الزيتونة. تولى التفتيا؛ وكان مرجع علماء الزيتونة. توفي سنة ١٣١١

« الحمد لله قوبل المقصود منه بأصله ، فتطابقا وكاننا نصا سواء ، وأعلم به فقير  
ربه فلان قاضي كذا » اهـ . قلت : ولم ينزل القضاة المحققون يابون من وضع  
اختتامهم على رسوم بشهادة عدول ثقات؛ اذا كان الرسم مشتملا على ما لا يجوز  
في مذهب مالك ؛ مثل بيع الكمشتة وبيع الثنيا ورهن الانتفاع .

واما المضامين ؛ فانها تكون في العقارات المملوكة المشتركة ؛ اذا اراد كل  
واحد الاستقلال برسم فيما على ملكه فيطلب من الحاكم الشرعي ؛ اذن  
عدلين في اخراج مضمون ما بالرسم يذكر فيه مقدار ما على ملكه من  
العقار ، ليكون له حجة فيما بيده فيتسلم الحاكم الرسم ويتأمل منه تأملا  
شافيا ؛ فاذا لم يجد رية فيه ؛ وكان على الصحة والسلامة ، وعلم عدالة شاهديه  
او وقع التعريف بعد التهما اذن عدلين في اخراج مضمون منه . فيعمدان الى  
حكاية انتقال الملك الواقع في هذا العقار من يد الى اخرى ؛ وذكر اسبابه ؛ الى  
ان يأتي على جميع ما بالرسم ، ان كانت المدة قصيرة ، فان طالت حكي ثلاثة  
انتقالات؛ وبعد تضمينها ذلك . يذكران من مال اليه استقرار هذا الملك ، ويذكران  
انه كتب هذا المضمون بالاذن من فلان القاضي ببلد كذا ؛ او المفتي به . وأنه  
كتب هذا المضمون ؛ ليكون حجة في تملك فلان للجزء الذي يملكه منه ؛  
ويعينان مقدار هذا الجزء ، ويؤرخان كتابة المضمون ، ولا يعقدان على ما كتباه ،  
إلا بعد ان يطلع الآذن على المضمون ، ويتبعه ، ووجهه قد استوفى ما بالرسم  
من الاركان ، ولا يترك منه إلا ما لا يحتاج اليه فيشئذ يخته ؛ ويكتب  
بخطه ، قبل وضع الشاهدين علامتهما ، ما نصه « حتم في كذا من عام كذا »  
ويذكر التاريخ ، ثم يضع العدلان ، اثر هذه الكتابة ، علامتهما ويكتب العدلان  
في اعلا الرسم الاصيل ما نصه « اخرج منه مضمون في تملك فلان لقدركذا ،  
بشهادة شهديه فلان وفلان ، في تاريخ كذا » ويسمى ذلك اعلالا ويلزم

الحاكم ان يطلع على هذا الاعلان بعد كتبه وباستيفاء المضمون لما تقرر يصير حجة يمكن الاستناد اليه والتعويل عليه ، فيما يستند فيه الى الرسوم بمعنى انه يكون حجة بين المتبايعين ومتى لم يشتمل المضمون على ما قررناه ، يلغ ، ويول شطر الاهمال ولا خلاف في ان هذا الحتم من الحاكم ، اعلام بثبوت الرسوم المضمنة عند الخاتم ، وليس لمجرد عدالة عدلي المضمون ، كما يتوهمه بعض الضعفاء .

### المبحث الثامن في اقسام الشهادة باعتبار ما توجبه

الشهادة باعتبار ما توجبه ، اربعة اقسام الاول : ما توجب الحق بدون يمين وهي انواع الاول : شهادة اربع في الزنى الثاني : شهادة عدلين في غيره ، سواء أكل حقا غير مالي ، ولا ايللا اليه ، كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة ، والبلوغ ان اريد باثباته القصاص مثلا ، والعدة لتتزوج . او كان ماليا ، او ايللا اليه الثالث ، شهادة رجل وامرأتين ، في المال وما يؤول اليه ، كاثبات البلوغ ، لآخذ مال ، والولاء ، لاستحقاق مان ، والعدة ، لاقطاع النفقة عنه ، والشركة ، لكونها بيعا ، خلافا لما في التبصرة الفرعونية ، والآجال ، اذا كان المَوْجَل به مالا ، والوكالة على الممال ، فتصح بالشاهد والمرأتين ، وبشاهد ويمين ، ان كان للوكيل نفع في الوكالة ، كما اذا وُكِّل على قبض دين ، وهبه له . فان لم يكن له نفع ، وقام له شاهد ، فلا يحلف معه ، على ما به العمل ، ولا ثبت وما ذكرناه من حلف الوكيل ، الذي له نفع في الوكالة ، سلمه الحطاب وغيره ، وظاهر كلام غير واحد ؛ ان الوكيل لا يحلف مطلقا وذلك هو الحق ان شاء الله قاله ابو علي ابن رحال ومثل الوكالة الوصية ، فان كانت على ابضاع بناته ، فلا تصح إلا بشاهدين ذكرين ، وان كانت بمال لمعين ، كزريد . فتصح بالشاهد والمرأتين ، من غير يمين . وتصح بالشاهد الواحد ، مع يمين

الموصى له، وبالمرأتين ايضا، مع يمينه، واما ان كانت بمال لغير معين، كالمساكين، فلا تصح بالعدل وحده، ولا بالمرأتين وحدهما، لانه لا معين هنا يحلف قاله ابو علي. ومثل الوصية بالمال، الوقف. فان كان على معين، ثبت بالشاهد واليمين. وان كان على غير معين، فلا بد من عدلين، ولا يكفي الشاهد واليمين، ويكفي فيه الشاهد والمرأتان. ومن هذا النوع، النكاح بعد موت الزوج، او الزوجة، فيثبت الارث بالشاهد والمرأتين، وبالشاهد واليمين. لكن محل ما ذكر من الارث، ان لم يكن للميت وارث معلوم، ثابت النسب، يحوز المال كله وإلا فلا بد من عدلين على النكاح. فان لم يكونا، فلا ارث ففي رسم الصلاة، من سماع يحيى، من كتاب الاستلحاق، ما حاصله، عن ابن القاسم في الرجل، يموت وله ولد معروف، ثابت النسب، فتدعى امرأة إن الميت زوجها؛ او يقوم معها من يدعي ميراث الميت، فيأتي كل واحد منهم بشاهد، ويريد ان يستحق ميراثه باليمين والشاهد ان ذلك لا يكون لواحد منهم، اذا ادعوا ذلك للميت وارث، قد ثبت نسبه بالبينة وانما يستحق الميراث باليمين مع الشاهد؛ من جاء يطلبه وليس للميت وارث قد ثبت نسبه بالبينة. فان كانت للميت بنت ثابتة النسب بالبينة، فجاءت امرأة تزعم انها امرأته، وجاءت بشاهد، تحلف مع شاهدها، وتأخذ ميراثها، ولا يثبت لولدها، ان كانت حاملا، نسب. قال الشيخ الرهوني بعد تقول: فتحصل ان موتها كموتها. وأن الصداق كالارث، وأن قيد نفي الوارث المعروف، لا بد منه، لانه مذهب مالك وابن القاسم وغيرهما، ولم يحك الشيخ ابو محمد ولا ابن رشد ولا اللخمي ولا ابن قنوج؛ فيه خلافا اصلا.

النوع الرابع. شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال، كالمحيض؛ والرضاع؛ ان فشا قولهما قبل العقد والولادة والاستهلال، ومثله اذا شهدتا بأنه ذكر او اثنى، فان كان الجسم غائبا؛ حلف الطالب مع شهادتهما، واستحق حقه.

قاله ابن القاسم، ولم يجزها اشبه، قاله في الميعن، وكذا الحمل، ثبت بشهادة امرأتين، فان تعارضت شهادتهما مع امرأتين في اثباته، قدمت المثبتة، وكذا عيوب الفرج، ولو في الخرائر، بناء على ما جرى به العمل، من نظر النساء اليهن، وهو مخالف للمشهور؛ من كون الحرة مصدقة، مؤتمنة على فرجها، وكذا الاقتصاص، فاذا شهدت امرأتان به، وأتكره الزوج، لزمه جميع الصداق، ولا مقال له، فان دخل بها، وقال الفيتها ثيبا، وكذبتة، وادعت انه اقتضاها، ولم يكن هناك اثر الاقتصاص، فيقبل قوله في القرب جدا، وإلا فلا. ففي جواب للاستاذ ابي سعيد بن لب ولا اعتبار بنظر القوابل، اذا نظرن الى الثيب بعد إيام من دخول الزوج، وان شهدن بأن القطع قديم، فلا حجة للزوج في ذلك، لانه قد يكون الاقتصاص في اول دخوله؛ وبدأ الجرح ينمحل؛ لان العادة انه يبرأ بالقرب. وانما يعتبر ذلك؛ على ما فيه من الخلاف؛ اذا نظرن اليه صبيحة ليلة دخوله، وما قرب منها جدا، بحيث لا يمر من الزمان ما يكون فيه براء عادة. اهـ.

القسم الثاني، الشهادة التي توجب الحق مع اليمين، وهي اربعة انواع، الاول؛ شهادة العدل في المال وما يؤول اليه، فيحلف المشهود له، ويقضى له، وهذا كدعوى اليم والبراء والاشراء والاجارة والشرقة والمساقاة والحمل والقرض والوديعة والعارية والهبة والصلح عن اقرار او انكار والحبس على معين. ففي المتيطة؛ وان شهد شاهد بصدقة او حبس على معينين، حلفوا مع شاهدهم، واستحقوها، وان كان على غير معين، حلف المشهود عليه، وبرىء، فان نكل، حكم عليه به.

قال؛ وان كانت الصدقة او الحبس على بني فلان، فروى ابن الماجشون عن مالك؛ انه يحلف الحمل معه؛ وينفذ لجميعهم. وفي كتاب ابن حبيب ان حلف منهم واحد؛ نفذ له ولغيره، وروى محمد عن اصحابه؛ انه لا يجوز فيه اليمين مع الشاهد، اهـ.

وكذا يثبت حكم الحاكم في المال ؛ بالشاهد واليمين ؛ على المعتمد ، وهو قول مطرف وأصبح ، وهو ظاهر المدونة . قاله ابو علي . وكذا الايصاء بالتصرف في المال ؛ يثبت بالشاهد واليمين .

النوع الثاني ؛ شهادة امرأتين في المال وما يؤول اليه .

الثالث ؛ الشاهد العرفي . فيحلف من قام له ، ويقضى له .

الرابع ؛ البينة الشاهدة بظاهر الحال ؛ معتمدة على الظن ؛ لتعذر القطع بذلك ،

او عسرة فلا بد من يمين الطالب ، استظهارا على باطن الامر في التوضيح ؛

كل بينة شهدت بظاهر ، فيستظهر بيمين على باطن الامر . اهـ . وهذا كالشهادة

بالعسر ؛ فيحلف مدعيه ، الذي قامت له بيته به ؛ انه ليس له مال ظاهر ولا باطن ،

وان وجد مالا ليؤدين له حقه . وحلفه انما هو على البت ، على المذهب ، كما في

التوضيح . ويستثنى من الشهادة بالعسر ، اثبات احد الابوين فقر نفسه ، لتلزم

نفقته ابنه . فلا توجه اليمين معها على الاب ، كما تقدم . ونظمه العلامة التاودي

بقوله

وكل من بظاهر قد شهدا \* له فحلفه بقطع ابدا

إلا ابأكلف بالاعسار \* لينفق ابنه على المختار

واستثنى ايضا من القاعدة العامة التي قلناها عن التوضيح ؛ مسائل الاولى .

الشهادة بعدة الورثة ، فانها على العلم ، ولا يحلف معها مقيمها ، على ما به العمل .

ففي العمليات القاسية

ومن على من رسم الارث اكمله \* من حلف بأنه لا علم له

وقد قيل باليمين في ذلك انه لا يعلم له وارثا غيره . وهو ما في سماع

اشهب . لكن قال حافظ المذهب ابن رشد ليس العمل على ان يحلف به اهـ .

الثانية ؛ الشهادة بالتزكية . فانهم يقولون « عدل رضي في علينا » وليس فيها يمين .



الثالثة ؛ الشهادة بالملك في استحقاق الاصول ، على الراجح والمعمول به ، فلا يمين على المستحق للاصول ، مع ان البينة تشهد انها ملكه في علمهم ، وأنها لا تعلم خروجها عن ملكه بوجه من الوجوه .

القسم الثالث ؛ الشهادة التي توجب العقلية . وهي شهادة العدلين قبل الاعذار فيهما . وشهادة اثنين محتاجين الى التزكية ، وشهادة العدل . وقد تقدم ذلك في مبحث العقلية في الباب الاول

القسم الرابع الشهادة التي توجب اليمين على المشهود عليه ولا توجب الحق للمشهد له . وهي شهادة العدل الواحد ، او المرأتين ، في الطلاق والعتق والقذف ونحوها مما لا يثبت إلا بعدلين . فاذا شهد عدل بطلاق المرأة . فان حلف الزوج لرد شهادته ، بريء ، وان نكل ، سجن . فان طال سجنه دين . والطول سنة ، على ما به العمل . وقيل بالاجتهاد . ففي ابن يونس ان ادعت امرأة على زوجها طلاقها ، لم يحلف الزوج ؛ إلا ان تقيم المرأة شاهداً ؛ او امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق ؛ فيحلف الزوج . قال مالك ويحال بينه وبينها حتى يحلف فان نكل ، طلقت عليه مكانها . وروي عنه انه اذا طال سجنه ، دين وتترك . والطول سنة . وبهذا اخذ ابن القاسم . اهـ . وهو الذي رجع اليه مالك ، كما في شرح التاودي على التحفة . واختلف في النكاح ، فقيل تجب اليمين فيه مع الشاهد ؛ وقيل لا تجب . وعليه اقتصر خليل . وهو المشهور . ومثله الرجعة . قال ابو علي ابن رحال عدم توجه اليمين في النكاح بشاهد واحد ، في غير الطارئين واما فيهما ، فتوجه اليمين على منكر النكاح منهما بشاهد . اهـ .

### المبحث التاسع في شهادة السماع

شهادة السماع هي التي يصرح فيها الشاهد باستاد شهادته لسماع من غير

معين . فتخرج شهادة النقل لان المتقول عنه فيها ، معين . كما تقدم . وتخرج شهادة البت ، لان الشاهد لا يصرح فيها بالسماع ، اي لا يشهد به بخلاف شهادة السماع ، فانه يشهد بالسماع ، اذ يقول لم يزل يسمع ، من الثقات وغيرهم ؛ ان فلان بن فلان عدل ، او مات بأرض كذا . وبهذا فارقت شهادة البت التي مستندها السماع كقول الشاهد يعلم شاهده ان فلان بن فلان عدل او مات بأرض كذا ، ومستنده في ذلك السماع . فهذه بينة قطع . وان كان مستندها السماع . ويدل لذلك قول ابن لب في جواب له ان الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به ، وتحققهم . وانما ذكروا السماع مستدأ لما علموا وتحققوا . والخلاف انما هو اذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط . فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث ، مع يمين المشهود له ؛ ويرى اشهب وغيره ؛ ممن يثبت بها النسب ؛ وجوب الميراث بلا يمين اما ان تضمنت الشهادة علم الشهود وتحققهم كما في النازلة ؛ فيثبت النسب ، ويجب الميراث ؛ ولا يجب في ذلك يمين على احد . اهـ . انظر حاشية مهدي على التحفة .

وصفة شهادة السماع ان يقولوا « سمعنا سماعاً فاشياً ؛ من اهل العدل وغيرهم » فيلزم ان لا يمين المسموع منه ؛ وإلا كانت شهادة نقل ؛ وان يجمع بين اهل العدل وغيرهم ؛ وإلا كانت ملغاة . هذا الذي به العمل . واعتمده الموثقون الباجي وابن سهل وابن سلمون وابن فتوح والميتطي . ونقله ابن عرفة ؛ وأقره . وتضمنه في العمل المطلق بقوله

والجمع فيها بين اهل العدل \* وغيرهم جاء صحيح النقل

بل قيل فيها انها لا تكمل \* إلا بذلك وبهذا العمل

وهي ؛ على ما اختاره ابن شلاس وابن الحاجب وغير واحد ؛ انها تجوز في

مسائل معدودة ؛ وقع التخصيص عليها

الاولى ؛ الحمل . فاذا شهدت بينة بالسماع الفاشي ، من اهل العدل وغيرهم ؛ ان الامة الفلانية حملت من سيدها فلان ؛ حملا ظاهراً لا خفاء فيه ؛ فانها تصير بذلك امر ولد ؛ ان ادعت سقوطه . وتصدق في ذلك ؛ ان كان السيد قد مات ؛ او كان حيا وأقر بوطنها ؛ وإلا فلا .

الثانية ؛ النكاح . فاذا اتى المدعي منهما بينة بالسماع الفاشي على النكاح ؛ واشتهاره بالدف والدخان ؛ ثبت على المشهور . وبه العمل . قاله في اختصار المتيطية . وقيد ابن الحاج المسألة ؛ بما اذا كانت المرأة تحت حجابها ؛ وفي حوزة ، والا لم يتنعق بها ؛ ولا يدخل بالمرأة بسببها . وقيدها ابو عمران ؛ بما اذا كان الزوجان متفقين عليه . وأما اذا انكراه احدهما ، فلا . واعترض ابو علي ابن رحال تقيدهما . فقال : اذا كان لها زوج ، فلا تنزع منه بشهادة السماع . وأما حيث لا زوج لها اصلا ، ففي ذلك خلاف ، والراجح الجواز . وأما حيث تكون تحت حوز المشهود له ، فيصح بها النكاح ، ولا اشكال . وظاهر افعالهم انه يستحقها ، ولو انكرت المرأة النكاح ، خلاف ما عند ابي عمران . وكذا حيث لا عصمة عليها ، خلاف ما عند ابن الحاج . اهـ . ونحوه في الرهوني . ويلزم في بينة السماع بالنكاح ، ان تكون مفصلة ، كينته القطع ، بأن تقول « سمي لها كذا ، تقد كذا ، وأجل كذا ، وعقد وليها فلان » كما في عبارة المتيطي ، التي نقلها الخطاب . فلا يكفي الاجمال . قاله بناني . ولا اعتداد بما استظهره التسولي هنا ، لانه خلاف المنصوص .

الثالثة ، الرضاع . فاذا قامت بينة بالسماع به ، لم يكن للرجل ان يعقد على المرأة ، وتنتشر الحرمة . اما اذا قامت بينة بالسماع به ، وكان ذلك بعد العقد على المرأة ، فليس لها ان تمنع نفسها بذلك ، لكونها في حوز الزوج وعصمته ، وبينته السماع لا ينتزع بها من يد حائز . والزوجة هنا محوزة بالعقد عليها ، فلا تفيد بينة السماع بالرضاع فيها شيئا .

الرابعة ، الحيض ، فتقبل بينة السماع به ، ويثبت البلوغ ، والخروج من العدة .

الخامسة ، والسادسة ، النسب ، والولاء . قال في الكافي الشهادة على السماع عند مالك وأصحابه ، جائزة في النسب المشهور ، وفي الولاء المشهور . فاذا قال اليهود « لم نزل نسمع ، ان فلان بن فلان مولى فلان بن فلان ، مولى عتاقة » او « انه ابن عمه » ثبت بذلك النسب ، والولاء . وقال ابن القاسم : لا يثبت بذلك نسب ، انما يستحق بها المال . إلا ان يكون امراً مشتهراً ، مثل نافع مولى ابن عمر . اهـ . باختصار . وقال ابن رشد ، في شرح المسألة الرابعة عشرة من سماع ابي زيد ، من شهادات البيان والتحصيل ، ما نصه « وأما ان لم يكن السماع بذلك مشهوراً ، يصح للشاهد به ، الشهادة على القطع . فقال « لم ازل اسمع ، من اهل العدل وغيرهم ، ان فلاناً هو ابن فلان ؛ او مولى فلان » ففي ذلك اختلاف قيل انه يثبت بذلك النسب ؛ والولاء . وهو قول اشهب ؛ والذي يأتي على قول ابن القاسم ؛ في سماع اصبغ ؛ في اجازة شهادة السماع ؛ في ضرر الزوجين ، وقيل انها لا يثبت بها النسب ، ولا الولاء . ويستحق بها الميراث . وهو قول ابن القاسم ، في هذه الرواية ، وفي المدونة . ويتخرج في المسألة قول ثالث انها لا يثبت بها النسب ، ولا يستحق بها المال ، وأن المال لا يستحق ، إلا بعد اثبات النسب والولاء . اهـ . وفي وثائق الجزيري ان بقول ابن القاسم العمل . قال في المفيد وهذا كله ؛ اذا لم يكن للمال وارث مستحق . اهـ .

السابعة ؛ الميلاد فاذا قالوا « لم نزل نسمع ؛ من اهل العدل وغيرهم ، ان هذه الامة ولدت من فلان » تصير بذلك ام ولد . **أولاد هذه المرأة** ، المطلقة ، او المتوفى عنها زوجها ، ولدت « تخرج بذلك من عدتها .

الثامنة ، والتاسعة ، الاسلام ، والردة ، وينبني على شهادة السماع بالاسلام ، ان يرثه ورثته المسلمون دون الكفار ، وعلى شهادة السماع بالردة ، ان يرثه بيت المال

العاشرة ، والحادية عشرة ، الجرح ، والتعديل . وينبني عليها قبول شهادة من عدل ، ورد شهادة من جرح

الثانية عشرة ، والثالثة عشرة ، الرشد ، والسفه ، وينبني عليها نفوذ تصرفات من شهد برشده ، ورد تصرفات من شهد بسفهه

الرابعة عشرة ، الايضاء بالنظر ، او المال فتعمد شهادة السماع فيهما

الخامسة عشرة . تملك المشهود له ، الحائز للعقار بسبب من اسباب انتقال المملك ، من القائم او من احد ابائهم ، اذا اقام العقار بيد الحائز عشرين سنة ، على ما به عمل اهل قرطبة ، كما قاله ابن رشد قال في المدونة ومن اقامت بيده دار خمسين سنة او ستين ثم قدم رجل كان غائبا ، فادعاها ، وثبت الاصل له ، واقام بينه انها لايه او جده ، وثبتت الموارث حتى صارت له ، فقال الذي في يده الدار « اشتريتها من قوم قد اقترضوا ، واقترضت البينة » وأتى بينته ، يشهدون على السماع ، فالذي ينفعه من ذلك ، ان يشهد قوم ، انهم سمعوا ، ان الذي في يديه الدار ، او احدا من ابائهم ، اتباعها من القائم او واحد من ابائهم ثم قال ولو شهدوا انه اتباعها ممن ذكر ، منذ خمس سنين ، لم ينفعه ذلك قال ابن ناجي : لا عمل على مفهوم خمسين ولا خمس ، لتعارضهما وتقل ابن رشد ، قال العمل عندنا بقول ابن القاسم ، بعشرين سنة وهو الذي نظمه صاحب العمل المطلق فقال

وشرطها الطول وأهل قرطبة \* قدما رأوا عشرين عاما اقر به

واختلف ، هل يشترط التصريح بمدة السماع في الرسم وهو الذي ذهب

اليه ابن المكوي وغيره من فقهاء الاندلس ، معللا ذلك باختلاف الفقهاء في قدر المدة التي تجوز فيها شهادة السماع او لا يشترط التصريح بذلك ، وهو الذي جرى به العمل عند غير واحد من الموثقين ، على ما قاله ابن هارون ، ونظمه في العمل المطلق بقوله

وفي وثيقة السماع اسقطوا \* مدته اذ ذاك لا يشترط

السادسة عشرة ، الاحباس القديمة ، التي مضى عليها نحو العشرين عاما اذا شهدت بينة السماع للحائزين له ، كما الخطاب والتوضيح والتبصرة . او لمن لا يد عليه لاحد ، ولا يشترط تسمية المحبس ، ولا اثبات ملكه ، في شهادة السماع . بخلاف ما لو شهد على الحبس بالقطع ، فانه لا يثبت الحبس ، حتى يشهدوا بالملك للمحبس . قاله في التوضيح . وذكره الخطاب عن ابن رشد . قال الشيخ الرهوني ما ذكره الخطاب يفيد أن الموجب لاثبات الملك للمحبس ، هو القطع بالحبس سواء سمي من شهد بالقطع ، المحبس ، ام لا . والذي افتى به شيخنا الجنوي ، ان شرط ذلك ، عند من قال به ، انما هو ان سمي المحبس ، لا ان لم يسمه ، كما في الغرناطي والبرزلي . ونص الغرناطي الاسترعاء بمعرفة الحبس ، لا بد ان تذكر فيه « يحاز بما تحاز به الاحباس ، وانه يحترم باحترامها » ولا تذكر المحبس له ، لثلا يكلف القائم بالحبس اثبات موته ، وتناسخ وراثته وملكه له اه .

ولا بد في شهادة السماع بالحبس ، من القطع بأنه يحترم باحترامها ، ويحاز بحوزها . فان شهدوا بما ذكر بالسماع لا بالقطع بطلت الشهادة . قاله ابن راشد في الفائق وعظوم في البرنامج . قال ابن ناجي وبه العمل وقد حكمت به ، كما حكم به الغبريني ، وأفتى به البرزلي . ومعنى « تحاز بحوز الاحباس وتحترم بحرمتها » ان الرجل يموت فلا ترث زوجته منه ، والابن

يموت فلا ترث امه منه . وقد اشار في العمل المطلق الى المسألة بقوله  
وان تكن بالحبس الشهادة \* فاعطف على المسموع ذي الزيادة  
اعني بذلك انه يحترم \* بحرمة الاحباس اي لا يقسم  
ولابن ناجي ان ذاك يدخل \* في القطع قال وبهذا العمل  
ولما ثبت اصل الوقف بشهادة السماع ؛ كذلك مصارف الوقف ، وشروط  
الوقف ثبت بشهادة السماع ، به عليه الخطاب في شرح قول خليل في شهادة  
السماع « ووقف » .

السابعة عشرة ، والثامنة عشرة ، ولاية الحاكم ، وعزله . ويترتب على  
شهادة السماع بالولاية ، مضي حكمه ، وبالعزل ، عدم مضيهِ .  
التاسعة عشرة ، ضرر الزوجين ويترتب على شهادة السماع بها ثبوت الخيار  
لها في تطبيق نفسها . هذا الذي ذكره صاحب التحفة . وزيد عليها الصدقات ؛  
والخلم ، والطلاق ، والقسمة ، والحراية ، والابق ، والفقر ، والملأ ، والاسر ،  
واللوث ، والعق ، والموت .

ولا يشترط طول الزمان . فيما يشهد فيه بالسماع . عند ابن هارون . إلا في ثمانية اشياء :  
الاملاك ، والاشرية والاحبس ، والانكحة ، والصدقة ، والولاء ، والنسب ،  
والحيازة . واما الموت ، فيشترط فيه تنائي البلدان او طول الزمان . واعتمد  
ابن عرفة كلام ابن هارون في حصره . وتبعه ابن غازي . واختار ابن  
عرفته في شهعة السماع في الموت ، بعد البلدان ، وقرب الزمان . قائلاً اذا بعد  
الزمان ، يمكن بت الشهادة بفشو الاخبار ، فلا تجوز شهادة السماع بقرب البلداه .  
ولا يقبل في شهادة السماع اقل من اثنين . واشترط ابن الماجشون اربعة  
كالزني . وذلك انه مشبه بالشهادة على الشهادة ، وأقل ما يجوز من الشهود في  
الزني اربعة ، فمحيط في شهادة السماع فجعل اقل ما يجوز فيها اربعة شهداء .

وصرح صاحب التحفة بأنه يكتفى فيها بعدلين؛ على ما تابع الناس عليه العمل؛  
ومثل في العمل المطلق حيث قال

وفي شهادة السماع قبل - \* عدلان والمال استحق لا الولا

وهذا هو الذي تجرى به الأحكام عندنا اليوم . واختلف هل يحتاج إلى يمين  
المشهود له . فقال ابن محرز : (١) لا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه .  
وهو الذي اقتصر عليه خليل في المختصر . وقال ابن عرفة : ظاهر المدونة ،  
إنها دون يمين . واستشكل الشيخ يعيش الشاوي (٢) اليمين في المسائل التي لا  
ثبت إلا بعدلين ، كالنكاح والطلاق ؛ إذ لا فائدة في اليمين فيها ، لعدم ثبوتها  
بالشاهد واليمين .

### المبحث العاشر في الشهادات الناقصة

قال ابن عرفة في سادسة أقرار مختصرة أصل ابن الماجنون . إن  
الشهود إذا شهدوا على حق ولم يسموه ، إن الشهادة باطلة . وهو قول أصبغ ،  
خلاف قول مطرف وروايته ، وقول ابن القاسم . اهـ . وقول مطرف وابن  
القاسم ، هو القول بالاستئزال ، كما في برنامج عظوم . ويشكل به ما صوبه  
ابن ناجي . فإنه قال في آخر ورقة من شهادات كبيرة : قال مطرف ، فيمن غضب داراً .  
فشهدت عليه بينة بذلك ، ولم يعرفوا الحدود فإن عرفها غيرهم ، تمت  
الشهادة ، وإلا قيل للغاصب ، ادفع إليه ما غضبته ، واحلف عليه . قال ابن حبيب  
قال مالك في البيعة يشهدون بحق للرجل ، ويقولون لا نعرف عدده . إلا أنا

(١) هو أبو القاسم عيد الرحمن بن محرز القيرواني تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي  
عمران الفاسي والقاسي وتفقه به اللخمي وعبد الحميد الصائغ له تعليق على المدونة ؛ سباه التبصرة  
وله الكتاب الكبير المسمى بالقصد والإيجاز توفي في حدود سنة ٤٥٠

(٢) هو أبو البقاء محمد يعيش الشاوي الفقيه النوازلي أخذ عن ابن رحال ومحمد  
المسناوي . وأخذ عنه الشيخ التاودي ومحمد بن عبد الصادق الذكالي له حاشية على شرح  
التحفة لميادة سهاها الكواكب المسيرة . مات فتلاً بفاس سنة ١١٥٠



نشهد انه بقي عليه حق؛ فيقال للمطلوب: اقر له بحقه؛ فما اقر به حلف عليه، وان جحده، قيل للطالب، ان عرفته فاحلف عليه وخذه، وان قال لا اعرفه. فليسجن المطلوب، حتى يقر بشيء ويحلف عليه؛ فان اقر بشيء، ولم يحلف، اخذ منه، وحس حتى يحلف ولو كان ذلك حظا في دار، حيل بينه وبينها ولا احبسه، لان الحق في شيء بعينه، ابن ناجي ما ذكره في غير الدار مشكل؛ والصواب بطلان شهادتهم، لعدم ضغطهم، كقولها في الايمان بالطلاق ان شهد رجلان على رجل انه طلق واحدة من نسائه معينة؛ وقالا « نسيناها » لم تجز الشهادة، ان انكر الزوج، ويحلف بأنه ما طلق واحدة منهن. وكان الجاري على ما قال مالك هنا، انه يحال بينه وبينهن، حتى يقر بالمطلقة؛ لان البيعة قطعت بأن واحدة عليه حرام، كما اختاره اللخمي، اه. قال عظموم في برناجهم، يرد تصويبه بتصويب البراذعي القول بالاستئزال، اذا نسي الشهود بعض الشهادة ويرد ايضا بمسألة الاعكام، حيث صرحوا بصحة الشهادة فيها، وما صوبه ابن ناجي يوافق فرع الشهادة بالبيع او بالنكاح ولم يسموا ثمناً ولا صداقاً فان قول اصبح، بطلان الشهادة، وبذلك افتى اسحاق ابن ابراهيم التجيبي (١) وذكرها رواية لابن القاسم، كما في التبصرة الفرعونية وهو خلاف عزو ابن عرفة لابن القاسم صحة الشهادة اذا لم يسموا الحق المشهود به، وخلاف الشهادة في مسألة الاعكام ومسألة الاعكام ذكرها في الطرر في باب التعجيز، والوانوغي في الوديعة والبرزلي في تاسعة وديعة حاويه، وهي مدع ادعى على رجل انه اودعه ثياباً فأنكره فقامت بينة انه اودعه اعكاما لا يعرفون ما فيها؛ ويظنونها ثياباً انه يسجن ويهدد؛ فان اقر بشيء حلف عليه كان القول قوله، وان تمادى على انكاره، حلف صاحب الوديعة،

---

(١) هو المذكور في صحيفة ٨٣ بعنوان « ابو ابراهيم » وقد ذكرت ترجمته هناك

على ما يشبه ان يكون يملك مثله ، ويأخذة بذلك ، والظالم احق بالحمل عليه ،  
وبه القضاء ، وقيل يحلف ، ولا شيء عليه ، بعد استبرائه بالسجن والتضييق  
والتشديد ، قال البرزلي ، تجري هذه المسألة ، على مسألة من غصب ارضا ؛  
فشهد بها الشهود ، ولا يدرون حدودها ولا يعرفون موضعها ، وفيها ستة  
اقوال ، انظرها في سماع يحيى من استحقاق البيان ، اهـ ، والاقوال المشار اليها ،  
ذكرها جماعة ، ومنهم المتيطي ، في الغصب ، مع زيادة فقه في المسألة ، الاول  
منها ، بطلان الشهادة ولا توجب شيئا ، الثاني ، انها توجب التشديد على المشهود  
عليه ، الثالث ان الينة تستنزل الى ما لا تشك فيه ، الرابع ، القول قول  
المغصوب منه ، الخامس ، القول قول الغاصب إلا ان يأتي بما لا يشبه ؛ فيصير  
القول قول المغصوب منه ، السادس الفرق بين ان يشهد الشهود على  
الارض بعينها ، ولا يعرفون حدودها ، وبين ان لا يعينوا الارض ، بل يقولوا  
غصبه ارضا في القرية ، فالشهادة في الطرف الثاني باطلة ، لا توجب حكما ،  
واما الاول فيحلف المدعى عليه ، على ما اقر به ، ولا يكون عليه شيء ، إلا ان  
يأتي من الحق بما يستنكر ، فيحلف المدعي ، ويستحق ما حلف عليه ، اهـ ، والقول  
باستنزال الشاهد الى اقل ما يستتقن ، ذكر الشيخ ابن ناجي ، في تاسعة الايمان  
بالطلاق ، فيه خلافا ، وأن اختيار شيخه البرزلي ، انه لا يستنزل ، بل تبطل  
الشهادة ، وعزاه ايضا لابن القاسم ؛ وأن اختيار شيخه ابي مهدي عيسى  
الغبريني ، انه يستنزل ، وهو قول مطرف ، اهـ ، وفي طلاق الحاوي ، عزو  
الاستنزال الى رواية مطرف ، واختاره اللخمي ، وأفتى به ابن رشد ، وعزاه  
في وديعة الحاوي ، لقول مطرف وقتوى ابن رشد وفي حاشية الطرابلسي (١)

---

(١) هو عبد الرحمن الغرياني له حاشية جيدة على المدونة . اخذ عن اصحاب ابن عرفة  
كأبي يوسف يعقوب الزععي .

عند قول المدونة قيل لمالك فيمن شهد بين رجلين بحق ، فنتسي بعض الشهادة. وذكر بعضها فقال ان لم يذكرها كلها ، فلا يشهد : ما نصه قوله « فقال ان لم يذكرها كلها فلا يشهد » قال المغربي هذا قول لمالك وابن القاسم رحمة الله تعالى عليهما وقال ابن كنانة وغيره ، يستنزل الى ما لا يشك فيه وهو عمدة اهل السجلات وهذا في الشهادة على عدد متماثل كذا فسرها مالك رحمه الله في العتبية وان كانت الشهادة على فصول ، فهي كالشهادات ؛ فلا تبطل إلاً في ذلك الفصل الذي نسيها فيه ، إلا ان يكون مرتبطا بغيره ، فتبطل فيه ؛ وفي غيره اه. قال ابو علي ابن رحال قول ابي الحسن « وهو الذي اعتمده اهل السجلات » مع قول ابي مهدي « لا ينبغي ان يختلف فيه » يدل على قوة القول بالاستئزال ، مع ظهوره في نفسه. لكن في الخطاب عن ابن رشد اذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها ؛ وسقط عن حفظه بعضها ، فانها تسقط باجماع. الخ. فانظر هذا الاجماع ومثله في الرهوني ، قائلا لا يصح الاتفاق ، فضلا عن الاجماع. اه. وقد احسن عظوم في برناججه ؛ في الجمع بين ما ذكره ابن رشد ، كما في التبصرة والبرزلي ، وبين ما ذكره ابو الحسن وابو مهدي ؛ بحمل كلام ابن رشد على ما اذا كانت ذات فصل واحد ؛ او كانت ذات فصول والفصل المنسي مرتبط بالمذكور اما اذا شهد ان لفلان ديناراً ، ولفلان عشرة ؛ ونسي عدداً اخر لرجل نسيه ؛ فانما يبطل الفصل المنسي برأسه ، دون سائر الفصول التي ذكرها. اه.

وقد تححص مما جلبناه ، ان الاقوال القوية في الشهادة الناقصة ثلاثة. الاول ، بطلانها وهو الذي رجحه الرهوني قائلا يكفي في رجحانه ، كونه قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة والعتبية ، نصاً ، مع حكاية ابن رشد الاجماع عليه. وقد علمت ما في حكاية الاجماع من الاشكال ، على ما لا يبي

علي والرهوني وفهم عظام له. الثاني ؛ امر المطلوب بالاقرار بشيء ؛ ويحلف عليه ، ليرأ فان ابى قيل للمدعى عين شيئا واحلف عليه ؛ فان قال لا اعرفه او ابى ، سجن المطلوب ، ان لم يكن المدعى فيه شيئا معينا ، فان كان شيئا معينا ، حيل بينه وبين المطلوب ، ولا يصل الى ذلك الشيء المعين ، حتى يقر منه بحق ، او يسمي من ذلك ما سمى ، ويحلف على ذلك . وهي رواية مطرف عن مالك . قال ابن حبيب قال لي مطرف ، وقد كنا نقول وغيرنا ، اذا لم يعرف الشهود الحق الذي شهدوا به او نسوه ، فلا شهادة لهم ، ولا حق لهذا ، حتى سألنا مالكا رحمه الله عنها ، وتكلم فيها ، فأخذنا بقوله ، وحكم به عندنا غير مرة ، وصار منها جلال للحكام ، ودليلا على هذا النوع من الدعوى والشهادة فيها نقله صاحب التبصرة مستوعبا ، وابن هارون في مختصر المتبصرة مختصرا ، ونظمه في العمليات القاسمية بقوله

لو شهدوا لقائم في دار \* بحصة مجهولة المقدار

قيل لمطلوب بما شئت اعترف \* منها لطالب وكمل بالحلف

فان ابى قيل لطالب الضنين \* ما شئت سمه وخذه باليمين

فان ابى فالدار اخرج من يدي \* مطلوبها حتى يقر بشي

القول الثالث ، الاستئزال الى ما لا يشك فيه . وهو قول مطرف وقول ابن

القاسم ، وأفتى به ابن رشد ، واختاره ابو مهدي عيسى الغبريني قائلا : لا

ينبغي ان يختلف فيه .



## الباب الثالث

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

وفي خطاب القضاة - وفي ضابط ما يفتر للحكم وما لا يفتر اليه  
وفيما يحصل به الحكم

وفي تصرفات الحكام التي ليست احكاما ولغيرهم من الحكام تقضاها او تغييرها

وفي المواطن التي يكون الحكم فيها جزئيا والمواطن التي يكون فيها كليا

وفي المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا او تضمنا

وفي معنى الحكم بالصحة والحكم بالوجوب والحكم الضمني والحكم الفعلي

والحكم المختلف فيه والحكم بالمتخلف فيه

وفي الاحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها

والتحجير على القاضي الذي يلزم قبوله والتحجير عليه المرود

والتخصيص في القضاء والتعميم فيه واشتراط الحكم بمذهب معين

وفيها تسعة فصول

## الفصل الاول

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

الحكم انشاء الزام ؛ او اطلاق ؛ فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا

فانشاء الالزام ؛ كالحكم على الانسان بالزمام بانفصاق ولده ؛ او والده او

بتسليم الولد لامة ؛ لثبوت استحقاقها حضانتها او بتسليم المشفوع فيه للشفيع ؛

لاستحقاقه الشفعة . وانشاء الاطلاق ؛ كالحكم بزوال الملك عن ارض زال  
الاحياء عنها ؛ والحكم بزوال الملك عن صيد نذ عن حائِزة ؛ وصار غير مقدور  
عليه . فانهما يصيران مباحين والتقييد بما يقم فيه النزاع لمصالح الدنيا ؛ لاجراج  
ما يشجر فيه الخلاف لمصالح الآخرة ؛ فانه لا يكون موردا للاحكام والحكم  
فيه ؛ على فرض وقوعه ، يتنزل منزلة الفتوى وهذا كمسائل العبادات ،  
ومدارك الاحكام قال القرافي ، في الاحكام ؛ في الجواب عن السؤال السابع  
عشر الحكم بشيء ؛ لمدرک مختلف فيه ؛ ليس حكما بالمدرک ؛ بل بمقتضاه .  
ويوضحه ؛ ان الحاكم لم يقصد الحكم إلا في اثر ذلك المدرک ، ولم يقصد الحكم  
في المدرک بل القضاء في المدارک محال لان النزاع فيها ؛ ليس  
من مصالح الدنيا ؛ بل من مصالح الآخرة وتقرير جميع قواعد الشرع ؛  
واصول الفقه ، من هذا الباب . لم يجعل الله لاحد ، ان يعين احد القولين بحكم ،  
وانما يحكم بمقتضى احد القولين

والفرق بين الحكم والفتوى ، ان الحكم من وادي الانشاء ، ويرتّب عليه  
الجبر واما الفتوى فمن باب الاخبار ، لانها عبارة عن اخبار المفتي مستقتيه ،  
عن حكم الشارع ، في اعتقاده ولا مجال فيها للالزام فللمستفتي ان يأخذ  
بقول عالم آخر ، في الحادثة التي استفتى فيها ، ويعرض عن الفتوى الاولى .  
بخلاف الحكم ، فلا خيرة فيه للمحكوم عليه ، ويلزم بالحكم ، وينفذ عليه ،  
سواء اطاب به نفسا ، او وجد حرجا فيما قضي به عليه ومن هنا يتبين ، ان  
ما كان يفعله بعض القضاة ، من امر المحكوم عليه بالدخول تحت الحكم ،  
والاشهاد عليه بالرضى به ، والادعان له ، مما لا معنى له لانه يلزمه ،  
رضي امر لا وربما غلا بعض القضاة ، فسجن المحكوم عليه ، اذا امره  
بالتصريح بالدخول تحت الحكم ، ليشهد عليه به ، فأبى ، او صرح بالامتناع  
من الدخول . وكان بعضهم يستدل بقول الله جل وعلا « فلا وربك لا يؤمنون حتى

يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما» وهو خطأ صراح لان الآية الكريمة، نزلت في قضية سراج الحرة، التي اختصر فيها الزبير وأحد الانصار؛ فأمر، عليه الصلاة والسلام، الزبير بأن يستقي، ثم يرسل الماء لجارة. فقال الانصاري: أن كان ابن عمتك. فتلون وجه النبي، صلى الله عليه وسلم، ثم قال للزبير امسك الماء حتى يبلغ الجُدُر؛ ثم ارسله. فاستوفى للزبير حقه وكيف يصح ان يقاس احد القضاة برسول الله، صلى الله عليه وسلم، والعصمة في حقه، عليه الصلاة والسلام، لا يتطرق ساحتها ريب، والارتباب في نزاهته؛ يزرع بصاحبه في ظلمة الكفر والارتداد؛ بخلاف غيره من افراد الامة. قال القاضي ابوبكر بن العربي (١)، في احكام القراءان: كل من اتهم رسول الله؛ صلى الله عليه وسلم، في الحكم؛ فهو كافر. لكن الانصاري زلزلة، فأعرض عنه النبي؛ صلى الله عليه وسلم؛ وأقال عشرته؛ لعلمه بصحة يقينه؛ وأنها كانت فلتة؛ وليست لاحد بعد النبي؛ صلى الله عليه وسلم، وكل من لم يرض بحكم الحاكم بعده؛ فهو عاصء اثم اه. والمراد بعدم الرضى؛ في كلام القاضي؛ عدم الاقياد الظاهري؛ لا الباطني يدل على ذلك قول الشهاب القراني؛ في الفرق الثالث والعشرين بعد المائتين انما حرم على المحكوم عليه؛ المخالفة؛ لما فيها من مفسدة مشاقمة الحكام؛ وانخرام النظام؛ وتشويش نفوذ المصالح واما مخالفتها بحيث لا يطلع عليه حاكم ولا غيره؛ فجائزة اه.

واما الثبوت؛ فعبارة عن قيام الحججة على ثبوت السبب؛ عند الحاكم فاذا ثبت بالبينة؛ ان السيد اعتق شقصله في عبد؛ او ان النكاح كان بغير ولي؛ او بصداق فاسد؛ او أن الشريك باع حصته من اجنبي؛ في مسألة الشفعة؛ او انها

---

(١) هو القاضي ابو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الحافظ النظار الاشبيلي له تاليف كثيرة منها عارضة الاوذى والقبس والمواسم من القواصم واحكام القراءان وترتيب الرحلة توفي ٥٤٣ هـ منصرفه من مراکش وحمل الى فاس ودفن بباب المحروق.

زوجة للميت ؛ حتى ترث ؛ ونحو ذلك من ثبوت اسباب الحكم ، فان بقيت عند الحاكم ريبة ؛ او لم تبقى ؛ ولكن بقي عليه ان يسأل الخصم ؛ هل له مطعن او معارض ؛ ونحو ذلك ؛ فلا ينبغي ان يختلف في هذا ؛ انه ليس ثبوتا ؛ ولا حكما لوجود الريبة ؛ او عدم الاعذار وان قامت الحجة ؛ على سبب الحكم ؛ واتفت الريبة ؛ وحصلت الشروط ؛ فهذا هو الثبوت والحكم من لازمهما . قاله الشهاب القرافي ، في الاحكام ، ومما يدل على ان الثبوت غير الحكم ، دخوله في العبادات والمواطن التي لا حكم فيها بالضرورة ، اجماعا . فيثبت هلال شوال ، وهلال رمضان وثبت طهارة المياه ، ونجاستها وثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين ، بسبب الرضاع ، والتحليل ، بسبب العقد ومع ذلك ، لا يكون شيء من ذلك ، حكما واذا وجد الثبوت بدون الحكم ، كان اعم من الحكم . والاعم من الشيء غيره بالضرورة . قال القاضي ابن عبد السلام وليس قول القاضي « ثبت عندي كذا » حكما منه بمقتضى ما ثبت عنده فان ذلك اعم منه قال وانما ذكرنا هذا ، لان بعض القرويين غلط في ذلك ، وألف المازري جزءا في الرد عليه ، جلب فيه نصوص المذهب ، اهـ .

وقل البرزلي في نوازله ، عن ابن رشد جوابين مختلفين في المسألة سئل عن بنتا ثبتت عند قاض ، وأشهد على نفسه بثبوتها ، ثم عزل ، وولي غيره . هل يكررون شهادتهم عند الثاني ، او لا وهل اثبات العقد عند الاول . يجري مجرى الحكم ، او الشهادة على الشهادة ، فلا يشهد الفرع حتى يتعذر الاصل . فأجاب اشهاد القاضي بثبوت العقد ، حكم بعدالة البينة عنده ، فلا يعيدون عند غيره ، لانه اذا ذلك لا يحكم بها ، إلا بعد علمه بعدلتهم ، او تزكيتهم عنده . واذا ثبت عنده ، ان القاضي الاول اشهد بثبوت العقد عنده ، قضى بشهادتهم ، بعد الاعذار ، دون تزكية . وان لم يعرف عدالة ، اهـ . وهذا الجواب يقتضي ان الثبوت



جار مجرى الحكم ، وسئل ايضا ، عمّن له حق ، ثبت بشاهدين عند قاض ،  
وأشهد القاضي بثبوت الحق عنده ، بعدلين ، ثم نقل الحكم لآخر ، هل تعيد  
بينما الاصل شهادتها عند القاضي ، واذا اعيدت فهل يعذر في بيته ثبوت الحق ،  
واذا اعذر اليه ، وكانت مبرزة ، هل يمكن من القدح بغير العداوة ، وهل  
يجرحهما من هو اقل منه عدالة . فأجاب الوجه ، إعادة شهود الاصل شهادتهما ؛  
عند المقول اليه الحكم ، او من يعثه ، ان كان في بلد آخر ولا يمكن الخصم ،  
من القدح في شهود الحكم ، بالاسفاه ، مع تبريزهما بل بالعداوة والهجر  
اذ قد يقع من البارز في الفضل والصلاح . هذا المختار . مما قيل فيه . وتجريحه  
بالعداوة ، ممن هو فوقه ، (١) او مثله او دونه اهـ .

قال البرازلي : ظاهر هذا الكلام ، ان قول القاضي « ثبت » ليس هو كإفاد حكمه  
حتى يصير محترما وهذه المسألة ، ذكر شيخنا الامام - يعني ابن عرفة - انها  
وقعت بين يدي ابن عبد السلام ، وحكم بأن « ثبت » من قول القاضي ، ليس  
بتنفيذ (٢) حكم . ونقله عن المازري . قال : لا يكون قول القاضي « ثبت عندي كذا »  
حكما بمقتضى ما ثبت عنده ، فان ذلك اعم منه . قال ابن عرفة : قلت للشيخ  
ابن عبد السلام قول المازري اختلف العلماء في اقتصار القاضي على تسمية  
بينما ثبت عدالتها عنده : هل ذلك كتنقل شهادة عن شهادة ؛ او كالقضية المنفذة . (٣)  
فمن رءاه كالقضية المنفذة ؛ تناقض في تفريقه بين ان يحكم القاضي او يسمع  
بيته عليه ويحكم بثبوتها عنده لان حكمه بثبوتها عنده يمنع القاضي الآخر  
من الاجتهاد في ثبوتها وكذلك من اجرى ذلك مجرى نقل الشهادة عن  
الشهادة تناقض ، لان القاضي واحد واذا كان قوله « ثبت عندي بشهادة فلان  
وفلان » نقل فقل واحد شهادة شهود ، لا يعول عليه لكنهم جعلوا حرمة  
القضاء ومنصبه ، يصير القاضي ، وان كان واحدا كالاثنين نقل ، لان له تنفيذ

ما شهد عنده ، فينفذ ما قضى وان كان واحدا وكذا نقله عن شهود شهدوا عنده على غائب ، ليس بقضية محضمة. ولا نقل محض ، بل هو مشوب بالامرین. فينظر اولاهما به فينسب اليه فقال لي تقلك عن المازري ؛ ان قول القاضي « ثبت عندي » انه كالقضية المنفذة عند بعضهم ، بعيد فانه الف جزءا خطأ فيه من قال ذلك فأوقفتم ، بعد اقتضاء مجلس الدرس ، على قول المازري المتقدم. فدخل منزله ، وأخرج اليّ الجزء الذي ألف المازري ، يقتضي ما ذكره الشيخ. قال ابن عرفته ولبابه ان بعض القضاة. انفذ كتابا لقاض ، ذكر فيه « وثبت لدي ان فلانا وفلانا اشترى من فلان ، في عقد واحد ، كذا وكذا بينهما ، بثمان سماه ، فسألني الحامل لهذا الكتاب ، انهاء جميع ذلك للقاضي ، ليفعل فيه موجه. » فاتق رأی الجماعة الذين استرشدوا فيه ، على انه لا يوجب نقل ملك البائع ، فتعلق به الاحكام التابعة لنقل للملك ، من الشفعة وغيرها وعن تعلق الشفعة وقم الكلام والدليل على ان هذا الكتاب لا يوجب على الشفيع اخذ الشفعة او تركها ، انها لا تجب إلا بعد انتقال الملك لان بيع الخيار لا تجب فيه شفعة ، مالم يبت ، والمملك قد انتقل فيه ، على احد القولين عندنا والمملك لا يثبت انتقاله ، إلا اذا اعترف به المتعاقدان . او حكم به عليهما ، عند الانكار. وهذا الكتاب لم يذكر فيه اعتراف البائع بالبيع ، ولا صرح من بعد ، بأنه حكم بالبيع وقضى به بل اورد لفظا محتملا للحكم ، ولما سواه ولا تلزم القضايا والاحكام بلفظ فيه اشكال وابهام واللفظ المحتمل ، هو قول القاضي « وثبت عندي ان فلانا اشترى من فلان » وقوله « ثبت عندي » لفظ يتردد بين ثبوت حكم ، وبين استماع لما اثبتته من بينة زكية ، دون ايقاع حكم وابرام قضية فان الثبوت لغته ، حصول امر وتحققه يقال ثبت خصب ارض كذا ؛ مما لا يصح ان ينصب له الحاكم ، وتطلب فيه القضايا والاحكام. والروايات مسطورة

بصحة ما قلناه قال اشهب اذا كتب قاض الى قاض بأمر مختلف فيه ،  
والمكتوب اليه لا يرى ذلك الرأي فن كتب اليه انه حكم بما في كتابه وأنفذه ،  
جاز ذلك وأنفذه هذا وان لم يكن قطع فيه الحكم . وانما كتب بما اثبت  
عنده الخصم ، فلا ينبغي له ان يعمل برأي الكاتب ومثله لابن حبيب عن  
الاخوين (مطرف وابن الماجشون) وفي الموازية يجب انقاذ ما في كتاب  
القاضي لقاض ، ان كان فيه « قضيت لفلان على فلان » وان لم يكن في الكتاب  
الفراغ من الحكم ، فعلى المكتوب اليه ان يتر الحكم ولا يستأنفه اهـ . قال الشيخ  
ابن عرفة مسألة النزاع بين المازري ومنزعيه ، مبنية على تحقيق امرين . احدهما ،  
ان فاعل « ثبت » اذا كتب قاض لقاض اخر بلفظ « ثبت كذا عندي » هل هو  
بمنزلة المقضي به عنده ، ام لا والحق انه مختلف فيه على قولين الاول . انه ليس  
كالمقضي به . وهو ظاهر قول ابن رشد ، في مسألة تسمية القاضي في كتابه من  
شهد عنده ، ما نصه لان كتاب القاضي للقاضي ، بما ثبت عنده على رجل في بلد  
المكتوب اليه ، ليس بحكم على غائب . والثاني ؛ انه كالمقضي به وهو ظاهر فهم ابن رشد  
المذهب ، حيث قال ان كتب بثبوت شهادة البينة فقط ، لم يؤمر باعادة شهادتهم ،  
وان كتب بتعديلهم ، او بقبوله اياهم . الى اخر كلامه ونص المازري في شرح  
التلقين ؛ على انه مختلف فيه بين العلماء ، ولم يصرح فيه عن المذهب بشيء .  
وتقل الشيخ عن اشهب ، انه ليس كالمقضي به . الثاني ، ان مسمى « اشترى »  
هل يقتضي ثبوت ملك المشتري لما اشترى ام لا فالمازري ، ومن واقفه على  
فتاواه من فقهاء المهديّة ، يقول انه لا يقتضي ملكه وخصمه يقول ، يقتضي ملكه .  
وهو ظاهر المدونة عندي . منها قوله في الزكاة الاول من اشترى ، بمال  
حل حوله ولم يتركه ، خادماً فماتت فعليه الزكاة . وفي الجهاد ، من اشترى  
من المغنم ، امر ولد رجل او ابتاعها من حربي ، فعلى سيدها ان يعطيه جميع

ثمها وفي الشفعة ، من ابتاع شقفا بضمن الى اجل فللشفيع اخذه بالثمن الى ذلك الاجل الى غير ذلك مما لا يعد كثير . فعلى هذا . مقتضى العدل ، ان ثبت ان قول القاضي « ثبت عندي » كالمقتضي به ، يكون الصواب فتوى منازع المازري ، وإلا فلا قال البرزلي وفي هذا الاستقراء نظر . لان هذه الاحكام مرتبة على صحة البيع قبلها فتأمل وتقل في الحاوي عن المازري ان سحنونا وأشهب ومطرفا وابن الماجشون فرقوا بين ما ينفذ من الاحكام وبين ما اقتصر فيه على الاثبات . وذكر انه سأل شيخه أبا العباس ابن حيدرة . (١) عن شهيدين شهدا على رسم ، ورفعوا عند القاضي . وأثبت الرسم بعدول ، ثم خاطب عليه القاضي ، ثم رفعت يد الاصول بجرحته . فأجابه بأنه لا يعمل بها . قلت ، قول الشيخ ابن عرفة ظاهر فهم ابن رشد المذهب على ان الثبوت كالمقتضي به لا يجابه بناء الثاني على فعل الاول ، فيه نظر لاحتمال ان وجوب البناء على فعل الاول لمصلحة تقصير زمن الخصام ، والثقة بما فعله الاول ، لعلمه وعدالته ، مع عدم طرو ما يوجب اعادة النظر . وربما يستفاد هذا مما نقله ابن فرحون في التبصرة في صفحة ٨٨ من الجزء الاول عن الشيخ تقي الدين السبكي (٢) . ان فائدة الحكم بالثبوت ، عدم احتياج حاكم آخر الى النظر ، وجواز التنفيذ في البلده . فان في تنفيذ الثبوت في البلد ، من غير ائتمانه بحكم ، خلافا . فاذا صرح بالحكم ، جاز التنفيذ . فهما فائدتان .

وتقل عنه ايضا ، ان الثبوت تارة يضاف الى السبب الذي نشأ عنه الحكم . وتارة يضاف الى قول القاضي ، وتارة يضاف الى الحكم . فالاول كاثبات جريان عقد الوقف او البيع او الهبة او النكاح . والثاني ؛ قول القاضي : ثبت عندي قيام

---

(١) هو ابو العباس احمد بن محمد بن قاسم بن محمد ابن حيدرة كان معاصرا لابي عرفة . اخذ عن ابن عبد السلام . واخذ عنه ابن علوان وعيسى العبري والبرزلي تولى قضاء الانكعة بتونس . ثم قضاء الجماعة ، وتوفي سنة ٧٧٨

(٢) هو علي بن عبد الكافي السبكي ، الشافعي المذهب ، الجامع لاشتات العلوم ، وُأبى قضاء الشام سنة ٧٣٩ من تاليفه الابتهاج في شرح المنهاج . وقد استوفى ابنه الشيخ تاج الدين ، في طبقاته ، اسما كته ، وما قاله العلماء فيه . مولده سنة ٦٨٣ وتوفي في القاهرة سنة ٧٥٦

البينة بهذه العقود ، او ثبت عندي الاقرار بها ، او بالدين ، مثلا ، وان معنى ثبوت قيام البينة ، تزكيته وقبولها ، قال وقد تردد الفقهاء ، في ان الثبوت حكم ، او ليس بحكم ، وعند الحنفية انه حكم ، ولا يتجه في معنى كونه حكما ، إلا انه حكم بتعديل البينة ، وقبولها ، وجريان ذلك المشهود به ، واما صحته ، او الالتزام بشيء ، فلا ، والثالث ، كقوله : ثبت عندي ان هذه الدار وقف ، او ملك فلان ، او أن هذه المرأة زوجة فلان ، فهذا مثل الحكم ، فلا يمكن التعرض لنقضه ، إلا ان يتحقق ان مستنده جريان عقد مختلف فيه ، كقول الحنفي « ثبت عندي ان هذه زوجت نفسها » ونحو ذلك ، فحينئذ يعود الخلاف ، في ان الثبوت حكم ام لا ، ويقوى جريان الخلاف فيه ، فان قلنا انه حكم ؛ امتنع على حاكم ، اخر ابطاله ، وان قلنا انه ليس بحكم ، لا يمتنع ، ومن يقول يقض حكم القاضي بلا ولي ، لم يمتنع عنده على الوجهين جميعا ، ولو لم يصرح القاضي ببيان السبب ، واقتصر على قوله « ثبت عندي انها زوجة » وعلم بينة اخرى ، ان مستنده تزويجها نفسها ، فالظاهر ان الامر كذلك ، لكن العلم بذلك صعب ، لاحتمال ان يكون جاء وليها ، فجدد عقدها بحضوره ، في غيبة من شهد عليه بالثبوت المطلق ، وتزويجها نفسها ، وان كان احتمالا بعيدا ، اهـ . قلت ؛ ما ذكره الشيخ تقي الدين في القسم الثالث ، لا يتمشي على المعول عليه ، عند المالكية ، في الثبوت ، فان المعتمد عندهم ، ان الثبوت من القاضي العالم العدل ؛ يعني القضاة عن اعادة النظر فيما ثبت ؛ ما لم يحصل ما يوجب اعادة النظر . لا فرق في ذلك بين الثبوت المضاف الى السبب ؛ وبين الثبوت المضاف الى ما يحكم به . على ان قول القاضي : ثبت عندي ان هذه المرأة زوجة فلان ؛ او ان هذه الدار وقف فلان ؛ او ملك فلان ؛ لا يزيد على اضافة الثبوت الى السبب ؛ إلا بظهور الاعذار فيه ظهورا بينا ، وذلك غير مؤثر ؛ بدليل انه لو طرأ ؛ بعد ثبوت قيام البينة والاعذار

فيها ؛ وقبل الحكم ؛ رجوع من الشاهد عن الشهادة ؛ لوجب ان يبطل الثبوت الاول. كما لو طرأ بعد ثبوت قيام البيئنة موجب جرح ؛ او طرأ بعد ثبوت اهلية المعاملة موجب حجر

وإذا اتضحت حقيقة الثبوت ؛ فهناك بعض انواع من تصرفات القاضي ؛ التي هي من الثبوت ، ولا تلمسها يد الاحكام ابداء.

النوع الاول ؛ اثبات الصفات في الذوات. كأن يثبت عند الحاكم ؛ الجرح ؛ او العدالة. او اهلية الامامة للصلاة. او اهلية الحضانة. او اهلية الوصية. او اهلية التصرف في ماله كالترشيد. او اهلية المنع من التصرف. فكل هذه الاشياء من قبيل الثبوت. ويجوز لغير المثبت من الحكماء. ان لا يقبل من عدله قاض. ويعتقد فسقه. اذا ثبت سببه عنده. ويقبل من ثبتت جرحته عند قاض. ان ثبتت عنده عدالته. وأن يطلق من حجّر عليه قاض. ويحجّر على من اطلقه قاض. آخر اذا تحقق عنده تقيض ما تحقق عند الاول.

النوع الثاني. اثبات اسباب المطالبات. كثبوت الدبون على الغرماء. والنفقات للاقارب والزوجات. وأجرة المثل في منافع الاعيان. فهذه الامور وما شاكلها. اذا لم يحصل حكم بها. وانما نهضت الحجة بها عند القاضي. فلقاض آخر ان يغير ما ثبت عند الاول. اذا ثبت موجه.

النوع الثالث. حجج اسباب الاستحقاق. كأن يثبت عند القاضي التحليف ؛ ممن يتعين عليه الحلف ؛ واقامة البيئات ممن اقامها ؛ والاقراءات من الخصوم ؛ ونحو ذلك. فهذه الافراد وما شاكلها. من الثبوت. ولا يحاكم ان ينظر فيها ؛ ويثبت ما اثبته القاضي الاول. او يبطله. بل اذا اطلع فيها على خلل. تعقب ما ثبت عند غيره. ولا يكون ذلك الاثبات السابق. مانعاً من تعقب الخلل في تلك

الحجج

النوع الرابع اثبات اسباب الاحكام الشرعية . نحو الزوال ، ورؤية الهلال في رمضان . وشوال ، وذى الحجة . مما يترتب عليه الصوم ، او وجوب الفطر ، او فعل النسك . فكل ذلك من وادي الثبوت . وللمالكى ان لا يصوم في رمضان ، اذا اثبت الشافعي بواحد ، لانه ليس بحكم ، وانما هو اثبات سبب . فمن لم يكن ذلك عنده سبباً لم يلزمه ان يترتب عليه حكماً . قاله القرافي في الاحكام .

واما التنفيذ فمعناه بالنسبة لحكم نفسه . الالزام بالحس ، وأخذ المال بيد القوة ، ودفعه لمستحقه ، وتخليص سائر الحقوق ، وتمكينها بأيدي مستحقيها . كتسليم الولد لحاضنته ، وارجاع المعتدة من طلاق لبيت سكنائها ، وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ، ونحو ذلك . فالتنفيذ ، غير الثبوت والحكم . بل يأتي في الدرجة الثالثة . اذ اول ما يسبق ثبوت الشيء . ثم الحكم به ، ثم تنفيذه . وقد تجعل للحاكم قوة التنفيذ . وقد تسلب منه . (١) كما هو الحال اليوم .

واما التنفيذ ؛ بالنسبة لحكم غيره ؛ فأن يقول ، فيما تقدم الحكم فيه من غيره : ثبت عندي ، انه ثبت عند فلان من الحكم ، كذا ومثله اذا قال ثبت عندي ، ان فلاناً حكم بكذا . فهذا ليس حكماً من المنفذ ؛ البتة ؛ ولا مفيداً لصحة الحكم السابق . إلا ان يقول القاضي الثاني حكمت بما حكم به الاول ، وألزمت بموجبه ومقتضاه . ومتى كان الحكم الاول مستوفياً شروط الصحة ، يلزم تنفيذه والزام المحكوم عليه به ان اتحد الحاكم الاول والمنفذ الثاني مذهباً . فان اختلفا مذهباً فهل يلزم الثاني تنفيذ حكم القاضي الاول ؛ والزام المحكوم عليه

---

(١) اقتضت التراتيب ؛ ان السلط التنفيذية تكون مستقلة عن السلط الحكمية فالمنفذ هو شيخ المدينة في الحاضرة ؛ وعامل الجهة في غيرها . واذا صدر حكم من القاضي ؛ فالمحكوم له يسلم نسخة من حكمه ؛ وينتهي الى المدينة ؛ او عامل الجهة ؛ لاجل التنفيذ

بدفع المال الذي حكم ؛ عليه به القاضي والزام الزوجة المحكوم عليها بصحة  
النكاح ؛ وتمكين الزوج منها ؛ مع ان مقتضى مذهبه خلاف ما نفذ به ذلك الحكم .  
في ذلك قولان ؛ حكاهما المازري احدهما ؛ انه يقف عن تنفيذه وابطاله .  
لانه ان نفذه ؛ والزهر المحكوم عليه ما فيه ، الزمها ما لا يرى انه الحق عنده .  
والثاني ، انه ينفذه ؛ ويلزم المحكوم عليه ما تضمنه الحكم ، لان توقفه عن انفاذه  
كابطاله . وهو ممنوع من تقض الاحكام المجتهد فيها . وذكر في المفيد ؛ ان  
الثاني هو الذي به العمل . قلت ؛ وعملنا التونسي على هذا الثاني . وذلك ان  
القاضي الحنفي اذا حكم بصحة البيع ؛ فيما بيع على الكمشة المجهولة ؛ او بصحة  
الوقف الحالي عن الحيازة ؛ وتروفع ؛ بعد هذا الحكم ؛ في القضية المحكوم فيها ؛  
لدى القاضي المالكي ؛ في الصحة والفساد ؛ فان القاضي المالكي ؛ يحكم بمثل ما  
حكم به القاضي الحنفي ، من الصحة ، ويعلل حكمه . بأن حكم الحاكم يرفع  
الخلاف ، ويجعل حكم تلك الجزئية الخاصة ، الصحة عند الجميع . هذا ما كان  
يفعله من سلف من القضاة التونسيين . وما زال العمل مستمراً به اليوم . بل كان  
القاضي المحقق الشيخ ابو عبد الله محمد الطاهر بن عاشور الجدرحمه الله ، مكن  
من الشفعة بقيمة الشقص المشفوع فيه ، فيما بيع على الكمشة المجهولة ، وصدر  
حكم من القاضي الحنفي فيه ، بصحة البيع ؛ على مقتضى مذهبه . وعلل ذلك  
بأن المشاع اذا بيع يباع فاسداً ، وطراً على ذلك البيع ما اوجب مضيه ، فان  
الشفعة تقم بقيمة الشقص المشفوع فيه ، كما قال في التحفة ، في مبحث الشفعة  
« وفي البيوع الفاسدة \* ما لم تصح فبقيمتها تجب » ، والبيع على الكمشة  
المجهولة ، فاسد عند المالكية لجهل الثمن . فاذا حكم الحاكم الحنفي بصحة  
البيع وامضائه ، ارتفع الخلاف في تلك الجزئية ، وصارت من قبيل البيع الفاسد  
الذي طراً عليه ما اوجب مضيه . ومن لوازم ذلك ، تمكين الشريك من الشفعة



فيه بالقيمة . وقد نازع الشيخ بعض معاصريه ، غير ان حجته ناهضة . قال رحمه الله وبلغنا ان القاضي اسماعيل التميمي ، كان فعل مثل ذلك ، اخذا مما تقدم وهو اخذ متين العري . وكان القضاة التونسيون في القديم ، ولم يزلوا الى اليوم ، يحكمون بما تقتضيه الفاظ الواقفين ، في الاستحقاق وشرائط الوقف ، على مقتضى مذهبهم ، في الاوقاف الحالية من الحوز ، المحصنة بحكم قاض حنفي بصحتها وما ذلك إلا من اثار اعتبار الحكم الحنفي ونفوذ

## الفصل الثاني

### في خطاب القضاة وفيه مباحث

#### المبحث الاول في حقيقة الخطاب وانواعه

الخطاب هو اخبار قاض قاضيا اخر بما ثبت عنده او حكم به وانواعه ثلاثة . الانهاء بالمشافهة ، والانهاء بالاشهاد ، والانهاء بالكتابة .

فاما الانهاء بالمشافهة ، (١) فشرط الاعتداد به ؛ ان يكون كل من المنهي والمنهى اليه في موضع ولايته . ويتصور هذا بأن يكونا قاضيين في بلد واحد ، او في بلدين متجاورين . فيقف كل منهما في طرف عمله ، ثم يخبر احدهما الآخر بما يريد من التبليغ . ووجه هذا الشرط ، ان المبلغ ( بالكسر ) اذا كان في غير موضع ولايته ، يكون معزولا . وقول المعزول « كنت حكمت بكذا او ثبت لدي كذا » لا يقبل . واذا كان المبلغ ( بالفتح ) في غير ولايته ، يهضي اعتماد

(١) الانهاء بالمشافهة ، بطل العمل به في تونس ووقع الاقتصار على الانهاء بالاشهاد ؛ او الكتابة وهو اضبط ، وأضمن حفظ الحقوق

التبليغ ، الى اعتماد علم حصل للقاضي في غير مجالس القضاء . واقتضاي لا يستند الى علمه؛ في غير التعديل والتجريح .

ثم ان الانهاء بالمشافهة . صحيح ، على اصل المذهب في جواز تعدد القضاة بالبلد الواحد . ولم يقع منصوصا لقدماء المالكية . وإنما يذكرون الاشهاد . ولهذا عزاه الشيخ ابن عرفة لابن شاس . وقد ذكره المازري ، تفريعا على مسألة من اقتصر القاضي على تسمية بينة ثبت عدالتها عنده . هل ذلك كتنقل شهادة من شهادة . او كالتضيعة المنفذة . وظاهر كلامه . ان المسألة ينبغي ان يختلف فيها . ونصه . كما في شرح ابن مرزوق على المختصر : مما يتفرع من هذا ، لو اب احد القاضيين المستقلين بمدينة ، اخبر الآخر ، انه ثبت عنده شهادة فلان وفلان لرجلين بالبلد ، وقضى شوتهما . فان قلنا ان هذا منه كتنقل شهادة . فلا يكفي بتعريف المخاطب انهما شهدا . لان المنقول عنهما حاضران ، ولا ينقل عن حاضر من غير عذر . وان قلنا انه كقضية ، فان الثاني ينفذه . ولا يطالب باحضارهما . وهذا ايضا ان قلنا ان قول القاضي وحده ، وان كان كالنقل . . . يكفي به . لحرمة القضاء . فيصح نقله . وان حضر من نقل عنه اه .

وما قدمناه ، من اشتراط حلول كل من المتهى والمتهى اليه في محل ولايته . هو الذي اقتصر عليه خليل ، تبعا لابن الحاجب . وفي المسألة خلاف . فانما بالنسبة الى المتهى ، فحكى ابن سهل عن اهل طليطلة ، انه يجوزون اخبار القاضي الحال بغير محل ولايته ، لقاضي ذلك البلد ، وينفذه ويروونه كخطابه اياه ونقل الشيخ حلوله في شرح المختصر ، عن شيخه البرزلي ، ان العمل بتونس على ذلك ؛ وأن قضاة الكور اذا قدموا الى تونس ، ووجدوا خطا باتهم . فانهم يرفعون عليها وأفتى الشيخ ابن عرفة ، في قاض حل بغير محل ولايته وكان ابتداء قضية ، فسأله اهلها ان يستيب لهم من يكملها ان ذلك له . وقال

المازري ، لو سئل من الحالِّ بغير محل ولايته ، ان يكشف له عن عدالة بينة ، هي بمحل ولايته لكان له ذلك . ولو سأله التسجيل بذلك . لم يكن له ذلك . ولو سأله سماع البينة فقط ، فقولان ، لاصبح وابن عبد الحكم . والى هذه المسألة اشار في العمليات العامة بقوله :

وجوزوا انهاء ما في خلدته \* مشافها ان حل غير بلدة  
بل بلد المنهى له ليعلمه \* كما اجاز فقها طليطله

واما بالنسبة الى المنهى اليه ، فحكى ابن سهل عن اصبح ما ظاهرة جواز

الخطاب

واما الانهاء بالشهاد ، فمعناه ان يشهد عدلين ، بأنه قضى بكذا ، او ثبت عنده كذا ، لينها ذلك الى قاضٍ آخر او أن يكتب قاض الى قاضي بلدة اخرى ، بما ثبت عنده ، من شهادة على رجل ، او حق ، او بقضاء ، ويشهدهما على كتابه . واختلف ، هل يكتفى بالشاهدين في جميع الحقوق ، وهو ما لاشهب ، وهو ظاهر المدونة ، او يلزم اربعة في الزنى ، وهو ما لسحنون . قياسا على نقل الشهادة فيها ، وعلى الاول درج المختصر الخليلي . ووجهه ، ان الشاهدين هنا شهدا على اقرار القاضي ، بأن الحكم ثبت عنده وتقرر ، واما الناقلون ، فقد نقلوا حكما عن غيرهم ، لم يثبت ، وانما يثبت بهم ، فاعتبر فيهم العدد . قاله ابن يونس ، نقلًا عن بعض القرويين . فلو شهد الشاهدان بخلاف ما في الكتاب ؛ بأن يشهدهما ، ويبعث معهما كتابه ، من غير ان يقرأ عليهما ، فالاعتماد على ما شهدا به ، لا على ما في الكتاب . قاله في الجواهر . واقتصر عليه خليل .

واما الانهاء بالكتاب وحده ، فاشتراط ابن القاسم في العمل به ، قيام البينة بشاهدين ، انه كتابه . واشتراط اشهب ، اشهادهما عليه . انه كتابه ، ولم يكتف بالشهادة من غير اشهاد . وجعل ابن رشد محل الخلاف ، في الكتاب الوارد من

كورة الى كورة واما ما جاء من اعراض المدينة الى قاضيها ، فانه يقبله بمعرفة الخط ؛ وبمعرفة الخاتم ، وبالشاهد الواحد ، اذا لم يكن صاحب القضية ، لتقرب المسافة ، واستدراك ما يخشى من التعدي ، قاله ابن حبيب في الواضحة وقاله ابن نافع وابن كنانة ، في الحقوق اليسيرة قال ابن نافع وقد كان يعمل فيما مضى بكتاب القاضي بمعرفة الخط والختم ، دون بينة ، حتى حدث اتهام الناس فأحدثت الشهادة على كتاب القاضي وأول من سأل الشهادة ، سوار ابن عبد الله ، اهـ . من شرح ابن مرزوق وكان سخون لا يقبل كتاب قاض من قضائه ، إلا بعدلين ، ولا يفكه إلا بمحضرهما ، وكان يعرف خط بعض قضائه ؛ ثم لا يقبله إلا بشاهدين ، وكان يجيب من سأله منهم في الاحكام ، في كتابه ، فيطبعه ، ولا يشهد عليه ، وينفذه من يرد عليه ذلك منهم ، وكان ينفذ كتب امنائه ، بلا بينة عليها ويأمر بعض اعوانه ، باحراز كتبهم عنده ، والخلاصة ان الروايات صريحة في لغو كتاب القاضي بمجرد معرفة خطه ، دون الشهادة عليه ، ولهذا قال ابن المناصف اتفق اهل عصرنا ، في البلاد التي ينتهي اليها امرنا ؛ على قبول كتب القاضي ، في الاحكام والحقوق ، بمجرد معرفة خط القاضي دون الشهادة على ذلك ولا خاتم معروف ، مع اني لا اعلم خلافا في مذهب مالك ان كتاب القاضي لا يجوز ، بمعرفة خطه ، قال ابن المناصف ووجه عمل الناس ؛ ان الظن الناشيء عن معرفة الخط ، مساو للظن الناشيء عن شهادة البينة بأنه كتابه ، مع ما في اشتراط البينة على الكتاب من المشقة ، مع انتشار الخطية ؛ وبعد المسافة قال الشيخ ابن عرفة : ولا تدفع المشقة بينة يشهد بها القاضي على كتابه ، ثم يرفع على خط البينة ، كما يفعل كثير من اهل زماننا ، لان ثبوته ، بالشهادة على خط القاضي ؛ اقوى ظنا من الشهادة على خط تلك البينة ، اهـ . قال ابن المناصف فاذا ثبت وجه ذلك

وقامت بينة عادلة على خطه ، وجب العمل به ، وان لم تقم عليه بينة وعرفه القاضي المكتوب به ، فجائز عندي قبوله وقبول سجنون كتب امنائهم دون بينة يدل على ذلك قال ويحتمل ان يقال ، لا بد من الشهادة على ذلك . اهـ .  
وذكر البرزلي ، ان العمل بتونس ، جرى باعتماد كتاب القاضي ، اذا عرف المكتوب اليه خطه وهو ما حكاه ابن المناصف عن اهل زمانه وحكى ابن نافع العمل به قديما قال ابن مرزوق عاد الامر الى ما قال ابن نافع ، انه كان في القديم يكتب بالخط والضرورة داعية الى ما عليه العمل اليوم والحمد لله على مصادفتهم لعمل السلف الاول . قلت العمل عندنا ، في هذا الزمان ؛ جار باعتماد كتاب القاضي ، اذا كان محتوما بختمه ، ومكتوبا عليه بخط القاضي « ختم في تاريخه » او « في تاريخ كذا » او « صح فلان » ويلزم الجمع بين الختم وهذه الكتابة ولا يكتب بالخط وحده احتياطا .

ثم الانهاء بالكتابة قسما الاول ، ان يكون الكتاب مستقلا بنفسه . الثاني ان تكون الكتابة على الرسم ، لافادة شيء يتعلق به . فأما الانهاء بكتاب (١)

(١) كان يطلق على هذا الكتاب اسم المراسلة . وما زال الناس يتالون في اقتناء مراسلات حذاق القضاة والمفتين التونسيين ، المروفين بالعلم والتحقيق كمراسلات القاضي اسماعيل التميمي ؛ المفتي محمد الحضار ؛ (\*) واضرابهما . وكان في القديم احدث دفتر للمراسلات ؛ يمسكه عدلان ؛ ويضمنان به المراسلات الصادرة . واذا وجدا مراسلة مخالفة لمراسلة صدرت في القضية من بعض الحكام ؛ يعلمون الشيخ المراسل ؛ ليتذاكر مع صاحب المراسلة السابقة ؛ ويرجع احدهما الى ما رآه الآخر . فان بقي على الاختلاف ؛ ينهي الامر نلى رئيس تلك الدائرة وهو الذي يت في المسألة . ثم انهي هذا وتعتبر هذا الاسم في هذه الازمنة القرية فاستفيض عن اسم المراسلة بلفظ « مكتوب » . وكانت المراسلة يحملها المنتفع بها الى قاضي الجهة . وصار المكتوب يوجه الى القاضي النهي اليه بواسطة البريد . واذا كان مصحوبا بحجج يخشى عليها من الضياع ؛ يرسل المكتوب والحجج على طريق ضمان البريد . والمكاتيب الموجهة الى قاض من قضاة الجهات ؛ تضمن بدفتر معد لذلك ؛ يمسكه كاتب المحكمة كما ان الوارد من الكتب ؛ يضمن بدفتر معد لذلك

(\*) هو ابو عبد الله محمد بن محمد الحضار التونسي احد شيوخ الفتوى تونس كاتب اية في الذكاء مع غفلة . وخيرا مشتهرا بجرادة الشعر وشدة التحرير في الفتاوى . حتى ان العلماء يتنافسون في اقتنائها اخذ عن الشيوخ الاعلام الطاهر بن مسعود وحسن الشريف وارايم الرياحي وغيرهم توفي سنة ١٢٦٧

مستقل ، فالعمل فيه بتونس ؛ منذ اكثر من مائة سنة ، جرى بتعيين المكتوب اليه ، وتسميته . وهو خلاف قول ابن عرقه الذي استقر عليه القضاة بافريقية ، عدم تسمية القاضي المكتوب اليه .

واما الانهاء بالكتابة ، في الرسم نفسه . فلا يسمى فيه المكتوب اليه . وقد جرى عملنا التونسي ؛ بأن الخطاب على الرسوم ؛ يكون في سائر البيئات الاسترعاثية ؛ بكتابة هذه الجملة ؛ بخط القاضي او المفتي المخاطب « يكتب العمل » مع ختم تلك البيئية بختم المخاطب . وتدل هذه العبارة ؛ على صلوحية هذه البيئية للاحتجاج بها . بحيث لا يتوقف ؛ فيما بعد ؛ على الحكم بمقتضاها ؛ الا على الاعذار فيها فالخطاب بهذه الجملة عندنا بمنزلة لفظية « اديا ؛ قبلا . وأعلم بذلك فلان » عند المغاربة . ويكون الخطاب في البيئات الاصلية ؛ كرسوم البيع والوقف والهبة والصدقة والمغارسة والنكاح والحلم ؛ بكتابة القاضي او المفتي ؛ في اسفل الرسم « ثبت لدى العدلان » (١) مع ختم الرسم بختم القاضي او المفتي المخاطب . وتدل هذه العبارة . على ان الشهود متمصبون للاشهاد انتصابا عاما ؛ متممون بالعدالة . ولا يكتب القاضي او المفتي « ثبت لدي » بصيغة الافراد ؛ اسفل الرسم ؛ الا اذا كان قاصدا الاعلام بصحة الرسم ؛ وسلامته من الريب ؛ من جميع النواحي . بناء على ما اختاره جماعة من حذاق العلماء التونسيين . وقد تقدم ذلك في الباب الثاني .

ويكون الخطاب في نسخ رسوم الاحباس ؛ بختم النسخة ؛ وكتابة القاضي او المفتي على هامشها ؛ بخطه « طابق الفرع اصله ؛ وأعلم بذلك فلان القاضي ؛ او فلان المفتي » او « قوبل الفرع بأصله ؛ فطابقه ؛ او فتطابقا ، وأعلم بذلك فلان قاضي

---

( ١ ) انما يحتاج الى هذا الخطاب ؛ اذا اريد الاحتجاج بذلك الرسم ؛ في غير البلد الذي انتص فيه العدلان للاشهاد كأن يكونا من شهود الحاضرة ؛ وهو يريد الاحتجاج به في سوسة . او بان القار مسجلا ، ويريد صاحب الرسم تضمين ما به ، في دفتر المحكمة المختلطة ، لدى دفتر دار . او قصد الاحتجاج به في محكمة اجنبية ، او خارج الازبابة ، او تضمينه في التباضة العامة .

كذا ؛ او المفتي ببلد كذا « ويدل هذا الخطاب ؛ على ان الاصل المنسوخ منه ؛  
سالم من الارتياح ؛ لاشيء فيه يوهن الاحتجاج به ، وأن شهيديه ثابتا العدالة .  
اما الخطاب على النسخ ، من غير رسوم الاحباس ، فيكون بختم النسخة ؛  
وكتابة « ثبت لدي » وتقدم في الباب الثاني ، ما يجوز اخراج النسخ منه ، وما  
لا يجوز . ويكون الخطاب في المضامين ، المخرجة للدلالة على التملك ، بختم  
المضمون ، وكتابة « حُتم في كذا » بخط القاضي ، او المفتي ، قبل عقد العدلين ،  
ثم يعقد العدلان . ويدل ما ذكر ؛ على سلامة الاصل من الخلل والارتياح  
وصحة ما تضمنه هذا المضمون ، وقيامه مقام الاصل . واذا خلا المضمون من  
ذلك . لم يبق مقام الاصل ؛ ولو كان محتوما وكتب القاضي اسفله « ثبت لدي »  
او « ثبت لدي العدلان » اذ لا تدل هذه العبارة ، في المضامين ؛ على اكثر من  
ثبوت عدالة العدلين ؛ ولا تدل على سلامة الاصل من الريب . واستيفائها لشروط  
الاعمال .

### المبحث الثاني في فائدة الانهاء

فائدة الانهاء ؛ عدم استئناف السير في المراحل التي قطعها القاضي المهني ؛  
والبناء على ما تضمنه الانهاء قال ابن رشد يجب على القاضي المكتوب اليه ؛ او  
من تولى بعده ، ان يصل نظره بما ثبت عن القاضي الكاتب فان كتب ثبوت  
شهادتهم فقط ، لم يأمر باعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم . وان كتب بتعديلهم  
وبقبولهم ايأمر ؛ اعذر للشهود عليه فيهم . وان كتب انه اعذر له ؛ فعجز عن  
الدفع ؛ امضي الحكم عليه . اه . قال التاوودي في شرح التحفة وحاصله ؛ انه  
ينبغي على فعل الاول ، وهذا اذا كان قاضي مصر ؛ لم يعرف جورا ولا جهلما ؛  
وإلا استونف . اه . وقال الشيخ التسولي في شرح التحفة وانما كان يني ؛ لان

اشهاد القاضي الاول ، بما ثبت من شهادتهم ؛ او تعديلهم ؛ او اعدار فيهم ؛ ونحوه ؛  
حُكْمٌ بذلك . فلو لم يبين ؛ لكان متعقبا لحكم الاول . وفي خليل « ولا يتعقب حكم  
العدل العامل » ولهذا اشترط في المنهبي ، ان يكون اهلا ، او قاضي مصر ؛ لم يعرف  
جوره ولا جهله . لان شأن قضاة الامصار العلم . أهـ . قلت ؛ فيما قاله الشيخ التسولي  
نظر . لان ما ذكره من قبيل الثبوت ؛ لا الحكم ، كما تقدم تحقيقه . وعندي . ان  
ليس الامر بالبناء على فعل غيره . ممن اشتهر بالعلم والعدالة ، او كان مظنة لها . بأن  
كان قاضي مصر لم يعرف جوره ولا جهله ؛ لما ذكره الشيخ التسولي ؛ وسقه  
اليه ابن عرقة . وانما هو لحصول الطمأنينة والثقة ؛ بفعل المشتهر بالعلم والعدالة ؛  
وعدم ظهور ما يوجب إعادة النظر . وفي استنباف النظر ، والحالة ما ذكر ، تطويل  
لامد النزاع ، واضرار بالخصوم . وبما ذكرناه ، يمكن التوفيق بين ما ذكرناه ،  
من البناء على فعل القاضي العدل العالم ، وبين ما حققه الشهاب القرافي ، في الاحكام ،  
في الفرق بين الثبوت والحكم ، تبعاً لما ذكره المازري ، ونقله عن اشهب وسحنون  
ومطرف وابن الماجشون . وهو الذي جزم به القاضي ابن عبد السلام . وهو  
الذي صرح به ابن رشد في بعض اجوبته . وكرر القرافي ذكر المسألة ، فأعادها  
فيما يدخله حكم الحاكم ، وما لا يدخله . وقد تقدم طرف من ذلك .

### المبحث الثالث في العمل بالخطاب

#### اذا مات او عزل المخاطب المنهبي او المخاطب المنهبي اليه

اذا مات المخاطب ( بالفتح ) او عزل ، قبل وصول الخطاب اليه ، او بعده  
وقبل البناء عليه ، لا يلغى الخطاب . ويجب ، على من ولي مكان المكتوب اليه ؛  
انفاذه والعمل به ، كما لو كان هو المكتوب اليه بعينه . لان المراد في هذا كالم ،  
السلطان الذي اذا زال من واحد . كان في آخره . هذا قول مالك وأصحابه .

انظر التبصرة الفرجونية ، صفحة ٤٢ جزء ٢



واما اذا مات المخاطب (بالكسر) او عزل ، قبل وصول كتابه . فان اشهد القاضي الكاتب على كتابه ، قبل كتابه . لان اشهادة عليه ، كاشهادة على حكم نفيه . واما ان لم يشهد عليه ، وهو الذي جرى به عمل تونس والمغرب ، من العمل بكتاب القاضي ، بمعرفة خطه دون اشهاد عليه ، فظاهر ما في مختصر الواضحة عن ابن الماجشون ، اعماله ، وقال ابن المناصف : لا يصح العمل به بوجه من الوجوه ، لان اعلا مراتبه ، اذا ثبت ، ان يقوم مقام قول القاضي نفسه « ثبت عندي كذا » لان ذلك مدلول الكتاب . وهذا يقبل منه ما دام وأيا ، فاذا عزل ؛ لم يقبل منه على حال ، إلا ان يكون على ذلك اشهاد في حال الولاية ، فيجوز ، عملا بالشهادة . وفي المدونة ان القاضي اذا عزل او مات ، وفي ديوانه شهادة البنات وعذاتها ، لم ينظر فيه ، ولا يجيزه من بعده . وان قال القاضي المعزول « ما في ديواني . قد شهدت به البينة عندي » او قال « كنت حكمت بكذا » لم يقبل ذلك منه . فكذلك كتاب القاضي المعزول قال ابن المناصف : وخالف في ذلك جماعة من الطلبة وأجازوا ذلك ، وهو غلط وخروج عن القاعدة في ذلك اهـ . من التبصرة . قال الشيخ التسولي في شرح التحفة اعتمد تقيد ابن المناصف غير واحد . وذكر ابن عرفة انها نزلت في وسط القرن الثامن ، وان شيخه ابا عبد الله السطي (١) رجع الى تقيد ابن المناصف . قال التسولي وهو الاحوط في العزل . لانه قد يفعله بعد عزله ، ويوهم انه صدر منه قبله . فاذا كان قول القاضي بعد عزله « قد كنت حكمت بكذا قبله » او « اجلت » ونحوه . لا يقبل إلا بيئته ، لاحتمال كذبه ، فكذلك هذا . اذ خطابه الوارد بعد عزله . بمنزلة قوله ذلك . واما في الموت على الولاية ، فلا يتطرق هذا الاحتمال ، مع

---

(١) هو ابو عبد الله محمد بن سليمان السطي اخذ عن ابي الحسن الصنير ووقفه بأبي الحسن الطنجي وأخذ عنه ابن عرفة وابن خلدون والمقري والقياب وابن مرزوق الجد له تعليق على المدونة وشرح على الحوفية وتعليق على حواهر ابن شاس . مات غربة . ا في سواحل بجاية سنة ٧٥٠

معرفة خطه، ووقع في شهادات المعيار، من جواب لابن زيادة الله وابن البراء:  
(١) الذي يقتضيه النظر، التفصيل بين الموت والعزل اه باختصار قلت  
عمل المحاكم الشرعية اليوم. جار على قبول كتاب القاضي، وان وصل الى  
المكتوب اليه بعد موت الكاتب او عزله، وهو مقتضى اطلاق مختصر الواضحة  
عن ابن الماجشون، ووجهه، ان تضمنه بدفتر المحكمة، بمنزلة الاشهاد عليه،  
وينفي جميع الريب والشكوك، فان قيل: قد قلت قريباً عن المدونة، ان  
القاضي اذا عزل او مات، وفي ديوانه شهادة البينة او عدلتها، لم ينظر فيه،  
ولا يجيزة من بعده، فأبطل اعتماد الديوان، (وهو الكتاب) قلت، الديوان  
الملغى، هو الذي يمسه القاضي، ويكتب بنفسه فيه، لا الذي يكون يد غيره،  
ويكتبه احد العدول وهو الواقع اليوم.

## الفصل الثالث

في ضابط ما يفتقر للحكم مع وجود سببه الشرعي  
وما لا يفتقر للحكم مع وجود سببه الشرعي

ينبغي قبل ذكر الضابط، تهديد مقدمة، يستعان بها في هذا الفصل،  
وتجري في كثير من مسائل الاحكام، والفصول الآتية، مجرى القاعدة والاصل.  
وهي ان المقصود من الحكم، انما هو سد باب الخصومات، ودرء الظلمات،  
وان الحكم يذخل في الواجب، كالحكم بوجوب النفقة للمطلقة البائن، عند من

(١) هو ابو علي عمر بن البراء التونسي قاضي الانكحة بتونس النبيه البيت توفي

سنة ٧٩٧

او هو قاضي الجماعة ابو القاسم علي بن عبد العزيز بن البراء التتوخي المهدي. مولده بالمهدية

في حدود سنة ٥٨٠ وتوفي بتونس سنة ٦٧٧

يرى ذلك. ويدخل في المحرم ، كالقضاء بفسخ النكاح الفاسد. فان معناه ؛ ابطال ما توهم انه سبب لباحة الاستمتاع ، ورد المرأة لما كانت عليها من التحريم . ويدخل في المباح كالقضاء برد الارض مواتا مباحة لكل محبي بعد زوال الاحياء ، كما هو مذهب مالك . وكاباحة الصيد والنحل والحمام اذا توحش اما المكروه والمحرم ؛ فقال القراني في كتاب الاحكام ، في الفرق بين الفتاوى والاحكام ، في الجواب عن السؤال السادس لا يتطرقهما الحكم ، اذ لا الزام فيهما ، والحكم انما شرع لدرء الخصام . ولن يندفع الخصام إلا بالالزام او الاطلاق قلت ، وفيه نظر. لان الحكم شرع كما قال لدرء الخصام واندفاع الخصام يكون بالالزام أو الاطلاق ؛ أو عدم الالزام ؛ ولا ينحصر في الاولين . وهذا كما لو طالبت مفارقة زوجها بالتمتع فامتنع فرفعتها الى الحاكم ؛ فانه يجب ان يقضي بعدم الزام الزوج بالتمتع ، ويكون حكمه حينئذ رافعا للخلاف ولو ترك الحكم ، لكان للقاضي الحنفي او الشافعي ان يحكم عليه بالتمتع طبق مذهبهما . وكذلك لو ادعى الولد على ابيه ، انه تصدق عليه بماله كله ، وامتنع من تحويزه ، لوجب على الحاكم ، اذا كان ممن يرى كراهة ذلك لا حرمة ان يحكم على الاب بالزامه بالتحويل . ومثل ذلك الوقف على الذكور دون الاناث . وفي مختصر ابن عرفة : الكراهة احد اقسام الاحكام الخمسة ، يجب رعي كل حكم منها ولازمه . وحكم المكروه عدم تقضه بعد وقوعه . اهـ . وصرح الشيخ التسولي ، في اول باب القضاء من شرح التحفة ان الحكم قد يكون بعد اللزوم فالعمدة حينئذ فيما يدخله الحكم ، ان يكون النزاع فيه لمصالح الدنيا ، اي جلب نفع او دفع ضرر .

اذا تمهدت هذه القاعدة ، فضابط ما يفتقر لحكم الحاكم ، مع وجود سببه الشرعي ، على ما قاله القراني في الاحكام ، في الجواب عن السؤال الثاني والثلاثين ،

هو ما وجد فيه احد أسباب ثلاثة . الاول ان يكون ذلك الامر مما يحتاج الى نظر وتحرير ، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار سببه . الثاني ، ان يكون مما لو فوض الى جميع الناس لادى المدي البقتن والشحناء وانخرم النظام . الثالث ان يكون مما قوي فيه الخلاف ، مع تعارض حقوق الله وحقوق الخلق . فاما السبب الاول ، وهو ما يفتقر الى نظر في تحرير سببه ومقدار سببه ، لاختلاف الحكم باختلاف احوال ذلك الامر . فكالطلاق بالاغسار والاضرار ، والطلاق على المولي لانه يفتقر الى تحقيق الاعسار ، وهل هو ممن يلزمه الطلاق بعدم النفقة . ام لا . لولو تزوجت فقيراً ، علمت بفقرة . فانها لا تطلق عليه بالاغسار بالنفقة . وكذلك تحقيق حاله . وهل هو ممن يرحى له يسر ، أم لا . وكذلك تحقيق صورة الاضرار . وكذلك يمين المولي ، وهل هي لعذر ، كمن حلف ان لا يطأها وهي مرضع ، خوفاً على ولده فلا طلاق هنا ، لقصد المصلحة لا الاضرار . او كانت لغير عذر وكذلك التطلق على الغائب ، وعلى المعترض فالطلاق في هذه الجزئيات كلها ، لا بد فيه من حكم الحاكم . لكن اختلف . هل يوقع الطلاق الحاكم ، او توقعه المرأة ، والحاكم يمضيه . فالذي ذهب اليه القاضي ابو محمد بن سراج : (١) ان ذلك للحاكم . والذي ذهب اليه ابن عتاب ان القاضي يبيح لها ان تطلق نفسها ، فان طلقها ، اشهدت على ذلك . وقد نص على ذلك ابن العطار والحجة له من السنة . حدثت بريرة فقالت لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم : انت املك بنفسك ، ان شئت اقمتم مع زوجك ، وان شئت فارقتيه . وكذلك الحاكم . يقول للقائمة عنده بعدم النفقة ، بعد كمال نظرة بما يجب ان شئت

---

(١) هو محمد بن محمد بن سراج ؛ ابو القاسم الاندلسي الفرطاني مفتيها وقاضي الجماعة بها حامل راية الفقه ؛ والجامع للفنون له تاليف منها شرعه . الكبير على مختصر خليل ؛ اكثر المواق من النقل عنه في شرحه على المختصر ، وله فتاوى كثيرة ؛ اشتمل الميار على كثير منها .  
وتفي سنة ٨٤٨ .

ان تطلقى نفسك ، وان شئت التبرص عليه ، فان طلقت ، اشهدت على ذلك قال ابن عتاب وهذا واضح ، إلا عند من عاند السنة ، وخالف الائمة والخالصة ان الحق اذا كان للمرأة خالصاً ، فانفاذ الطلاق اليها مع اباحة الحاكم لها ذلك ، كما جاء في حديث بريرة . ونسبة الطلاق الى القاضي ، لكونه ينفذه ، ويحكم به وهذا كما في الطلاق بعدم النفقة ؛ والطلاق بالعتق ، اي عتق الامة اذا كانت تحت عبد . والطلاق بالعتق ، والطلاق بتزوج الامة على الحرّة ، والطلاق بالايلاء ، اذا حلف بالطلاق ليقضين فلاناً حقه فانه يوقف عن امرئه ، فاذا جاءت اربعة اشهر ، فانه يؤمر بالفيئة ، وإلا جعل الطلاق للمرأة ، تنفذه ان شاءت بخلاف الايلاء بقوله لها « ان وطئتك فأنت طالق ثلاثاً » ففي المسألة اقوال احدها ، انه مؤل ، ولا يمكن من وطئها لان باقى وطئها ، بعد التقاء الحثانين ، حرام فاذا رفعت الى الحاكم ، فان الحاكم ينجز عليه الطلاق قاله ابن القاسم . وان لم ترفعه ، ورضيت بالمقامر ، بلاوطه ، فلها ذلك . واما الطلاق بالجذام ، والجنون ، فانه يوقعه الحاكم ، اذا طلبته الزوجة ففي ابن سهل : واما المجذوم ، فلا خيار لها ، حتى ترفع ذلك الى السلطان ، ثم ليس للسلطان ان يفوض اليها امرها ، تطلق متى شاءت ولكن على السلطان ، اذا كرهته وأرادت فراقه ، ان يفرق بينهما ، بواحدة . اذا يس من برئه وكذلك المجنون ، إلا انه يضرب له اجل سنة ، كان موسوسا ، او يغيب مرة ، ورفيق اخرى . واما الطلاق الذي لا خيار فيه للمرأة ، فانه يوقعه الحاكم وهذا كزواجها بغير ولي ، وتزويجها ممن ليس بكف . ونكاحها للفساق ، ومن تزوجت مع وجود والدها ، ولم يستأذنه وليها الذي زوجها ، وانواع الانكحة الفاسدة انظر التبصرة الفرعونية صفحة ٧٦ ج ١

واما السبب الثاني ؛ وهو ان يكون ذلك الامر ، لو فوض لجميع الناس ،

لادى الى الفتن ، وانخرام النظام ، فمن امثله ، الحدود ، فانها منضبطة في انفسها ، لا تفتقر الى بيان مقاديرها غير انها لو فوضت لجميع الناس ، فبادر العامة لجلد الزناة وقطع السراق ، لا شتدت احميت ، وثارَت الانفس ، وغضب ذوو المروءات ، فانتشرت الفتن ، وعظمت الاحن فحسم الشارح هذه المادة ، وفوض هذه الامور للولاة ، فأدعن الناس لهم ، واندفعت تلك المفسد ، وهذا السبب الذي بسطناه ، هو ضابط ما يفتقر لولاة الامور ، كقسمة الغنائم ، وجباية الجزية ، وأخذ الخراجات من اراضي العنوة ، وجمع الجيوش ، وانشاء الحروب ، وتولية الولاية ، وقتل الطغاة والبعاة .

واما السبب الثالث ؛ وهو قوة الخلاف ، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق ، فمن امثله ، العتق بالملته ، والعتق بالسراية . لتعارض حق الله تعالى في العتق ، وحق السيد في الملك ، وحق العبد في الكسب ، مع قوة الخلاف في ذلك . قال الشهاب القراني في الاحكام ، في السؤال الثاني والثلاثين ول اجل هذه القاعدة ، اتسمت الاشياء الى ثلاثة اقسام ما يفتقر للحكم اتفاقاً ، لاشتماله على سبب او اكثر من تلك الاسباب ، وما لا يفتقر للحكم اجماعاً ، لبعده عنها ، وما اختلف فيه ، للتردد في ملابسته لاحد الاسباب ، وعدم ملابسته .

فمن الاول ، تفليس من احاط الدين بماله ، والتطبيق على الغائبين ، من المفقودين وغيرهم ، وفسح الانكحة الفاسدة المختلف فيها .

ومن الثاني ، العبادات كلها ، وتحريم المحرمات ، المتفق عليها ، او المختلف فيها كتحريم السباع ، وطهارة المياه ، ووفاء الديون ، ورد الودائع والغصوب . ومن الثالث ، قبض المغصوب من الغاصب . اذا كان المغصوب منه غائباً ، وعتق

الشريك نصيبه في عبد . فتحكى ابن بونس اتفاق اصحابنا ، على انه يعتق بمجرد التقويم ، من غير حاجة الى حكم حاكم ، وذكر غيره ، افتقار العتق

الى الحكم . ومنه . عتق القريب ؛ اذا ملكه الحر الميء . المشهور عدم افتقاره للحكم ؛ وقيل بالافتقار اليه . ومنه ؛ العتق بالمثلة . قال مالك : لا يعتق إلا بالحكم . وقال اشهب لا يفترق اليه . وفسخ البيع ؛ بعد تحالف المتبايعين وفسخ النكاح ؛ بعد التحالف على قدر المهر . جرى الخلاف في توقف الفسخ فيهما على حكم الحاكم وعدم توقفه عليهما . وكذلك جرى الخلاف في المحجور عليه ؛ اذا كان له وصي من قبل الاب ؛ هل يكفي اطلاق الوصي من الحجر دون مطالعة الحاكم في ذلك ؛ أو يلزم استيذان الحاكم ، حتى يكون الاطلاق بإذن الحاكم . وكذلك ؛ اختلف في الفرقة بين المتلاعنين . قال مالك وابن القاسم تقع . بتمام التحالف ؛ دون حكم حاكم وقال ابن حبيب لا تقع حتى يفرق الامام بينهما . وكذلك ، اختلف في الحاضنة تزوج ، هل يسقط حقها من الحاضنة بالدخول ، او بالحكم بأخذ الولد منها . وكذلك ، اذا قال لزوجته « ان لم تحيضي فأنت طالق » فانه يحنث على المشهور . لكن ، اختلف هل يقع الطلاق بمجرد نطقه ، أو يفترق الى حكم الحاكم . وهو اختيار اللخمي . وكذلك ، السلم المختلف في فسادة ، اختلف هل يفترق فسخه الى حكم حاكم ، او لا . وعلى الافتقار ، فهو كالسلم الصحيح ، حتى يقع الحكم بالفسخ . وكذلك ، اختلف في القاضي هل يعزل بمجرد فسقه ، او حتى يعزله الامام . وكذلك ، اختلف في المفلس اذا قسم ماله ، وحلف انه لم يكتم شيئاً ، وواقفه الغرماء على ذلك ، هل ينفك الحجر عنه ، ويكون له التصرف فيما يكون بعد ذلك من المال ، من غير ان يزيل عنه الحاكم حجر التفلّيس ؛ وهو اكثر نصوصهم واختيار اللخمي . او لا ينفك عنه إلا بحكم ، وهو قول القاضيين عبد الوهاب (١) وأبي الحسن ابن القصار (٢)

(١) هو ابو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي اخذ عن ابي بكر الابهري . ووقفه بكبار اصحابه ، كابن القصار وبن الحلاب وابي بكر الباقلاني وارتحل من بغداد الى

## الفصل الرابع

### فيما يحصل به الحكم

الحكم يحصل ؛ اما بقول او فعل او تقريره . اما القول فكقوله حكمت بصحة كذا واعماله ؛ او فسادة وابطاله . وينبغي ان يتبّه ؛ الى ان الحكم يلزم ان يكون فيما تناوله الخصام والتداعي ؛ وإلا كان فتوى لا حكما . وهذا كأن يدعي الاستحقاق ابناء اخ في وقف سبيله واقفه على اولاده واولادهم ؛ والطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا ؛ ثم مات الواقف عن ولدين ؛ مات بعده احدهما عن اولاده واخيه . فنازعهم العم في استحقاقهم ؛ بدعوى اب كل فرد من افراد الطبقة العليا يحجب الطبقة السفلى عن الاستحقاق ؛ فحكم القاضي المالكى باستحقاق اولاد الاخ مع العمر ؛ وبأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها . فالمعتبر حكما ؛ هو استحقاق هؤلاء الاولاد مع عمهم . اما حكمه بأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها ؛ فخارج مخرج الفتوى ؛ لا يمنع حاكما ؛ يرى خلاف هذا المذهب ؛ ان يحكم ؛ فيما سيحدث ؛ في هذا الوقف من النزاع ؛ بجرمان فرد من اهل الطبقة السفلى ( من غير المحكوم لهم اولا ) من الاستحقاق ، لوجود فرد من اهل الطبقة العليا ، وإن لم يكن . اصلا للمحكوم

( بقية هامش صفحة ٢٤٠ )

مصر . فتوى القضاء بها له المؤلفات المفيدة المعتبرة ، منها المعونة ، والاشراف ، والتأمين ، وشرح الرسالة ، والتلخيص في اصول الفقه . مولده سنة ٣٦٣ وتوفي سنة ٤٢٢ او سنة - او سنة ٤٢١ بمصر .

(٢) هو ابو الحسن علي بن احمد بن القصار البغدادي فقهه لالبيهي . وكان اصوليا نظارا له كتاب كبير في مسائل الخلاف ، لا يعرف للمالكين مثله . ولي قضاء بغداد وتوفي

نسبة ٣٩٨



بحرمانه ولا يصدده عن الحكم ، حكم الاول بأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها لخروج هذا الحكم مخرج الفتوى وفتوى المفتي بشيء ، لا تمنع فتوى غيره بخلاف فتواه ، ولا حكم غيره بخلاف ما يراه ، ومما يكشف عن هذه المسألة القناع ، ويولي الناظر مزيد الاقناع ، ان الغرض من الحكم ، انما هو سد باب الخصومات ، وحسم النزاعات ، ودرء الظلمات ، وتمكين اهل الحقوق من حقوقهم فيجب ان يقتصر فيه ، على ما يفى بهذا الغرض وقد حصل هذا الغرض بالحكم باستحقاق ابناء الاخوة مع العم اما ما زاد عليه ، فهو تبرع من الحاكم ، وبيان لمعتقده في معنى عبارة الواقف . فوزانها وزان المدرك . وقد علمت في الفصل الاول ، ان القرافي ذكر ان الحكم بمقتضى المدرك المختلف فيها ، ليس حكما بالمدرك ، وانما هو حكم بأثره . وأن الحكم بالمدرك ، غير مُتَّاتٍ وسيأتي ، ان شاء الله ، في الكلام على كون الحكم جزئيا او كليا ، ما يزيد هذه الجزئية ايضاحا .

واما الفعل . فانه لا يفيد الحلام بطريق المطابقة ، وانما يفيد بطريق الالتزام ، اذا كان ذلك الفعل يتوقف على ابطال شيء ، وفسخه ، يفيد الحكم بالابطال . وهذا كاقدم الحاكم على تزويج امرأة ، زوجت زواجاً يستحق الفسخ ، ولم يقع دخول في هذا الزواج . فان نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم . وكذلك بيع الحاكم ملك المديان . فانه حكم بنقل الملك عنه ، وخروجه من يده . اذ لا شك في ان نقل الاملاك ، وفسخ العقود ، حكم .

واما التقرير فهو اضعف في الدلالة ، من القول والفعل ، لانه مجرد ترك وسكوت . وذلك قد يكون مع الانكار . ولهذا كان ترك رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، لتغيير بعض المنكرات ، بعد تقدم نهيها لا يقتضي اباحتها تلك المنكرات . وايضا ، فإن الحاكم قد يترك الواقعة ، على ما فيها من الخلاف ،

ولا يتعرض لإنشاء حكم فيها ، لان كلا القولين ، يجوز الاخذ به ، وهو طريق الى الله تعالى : فلا ضرر في الاقرار عليهما ، بخلاف اقرار الرسول ؛ صلى الله عليه وسلم ، على الواقعة ، لا يكون إلا مع ايجاب الفعل ، او يكون تقدم من الانكار ، ما يكفي في الارشاد لحكم الله تعالى في تلك الواقعة .

ولكون تقرير الحاكم اضعف من تقرير الشارع ، لما ذكرناه ، اختلف المالكية في تقرير الحاكم الواقعة ، اذا رفعت اليه ، على قولين . فقال ابن القاسم : هو حكم ، اعتبارا بأصل دلالة التقرير ، وظاهر حال الحكم . وقال عبد الملك ابن الماجشون ليس حكماً ، ويجوز لحاكم آخر تقضه . نظراً لضعف الدلالة . وهذا كما اذا زوجت امرأة نفسها ، بغير إذن وليها ، ورفع ذلك الى قاض يراه جائزاً ، فأقره وأجازة ، ثم عزل . قال ابن القاسم ليس لغيره فسخه ، واقاراه عليه كالحكم به ، واختاره ابن محرز ، وهو ظاهر المدونة . ودرج عليه المختصر الحلبي حيث قال « وتقل ملك ، وفسخ عقد . وتقرر نكاح بلا ولي ، حكم . » وقال عبد الملك ليس بحكم ، ولغيره فسخه . ومثل ذلك المخيرة . تختار طليقة واحدة ، ثم تزوج بمفارقها قبل زوج . فيرفع امرها الى حاكم يرى التخير بطلقة ، فيقر ذلك النكاح . فليس لغيره نسخ ذلك النكاح على ما لابن القاسم . اما على مذهب ابن الماجشون ، فلغيره فسخ العقد ؛ وجعل الطلاق الاول ثلاثاً . ومثله اذا علق الطلاق او العتاق ، على الملك او التزويج او تزوج وهو محرم . فرفع ذلك الى حاكم ، فأقر النكاح على حاله ، وأقر المملوك رقيقاً ، وأجاز نكاح المحرم وأقره . ثم رفع الى غيره ، فليس للغير تقض ذلك ؛ على ما لابن القاسم ؛ وله الحكم بما يرى ؛ على ما لابن الماجشون . أما إذا لم يكن من الحاكم تقرير ؛ وكان مذهبه فسخ ذلك العقد ؛ إلا انه لم يحكم بالفسخ ؛ وانما قال « لا أحيزه » او سكت ؛ فإن ذلك ليس بحكم ؛ اتفاقاً . وهذا كما اذا رفع اليه

نكاح امرأة بغير اذن وليها : فقال « لا احيز النكاح بغير ولي » من غير ان يحكم بفسخه . فهذه فتوى ؛ ولغيره من الحكم ؛ الحكم في تلك الواقعة بما يراه . وكذلك إذا ادعى على شخص بمال وأقام شاهداً ؛ فقال الحاكم « لا أحيز الشاهد واليمين » فهو فتوى ؛ اتفاقاً . وكذا لو أقام شاهداً على القتل ، فرفع لمن لا يرى القسامة ، فلم يحكم بها . فلغيره الحكم ، لان سكوت الاول عن الحكم ، ليس يحكم .

هذا . وما صورنا به التقرير من انه السكوت ، وترك الحكم ، وعدم التعرض . هو ما للقرا في الاحكام . وتبعه ابن فرحون في تبصرته . وتقله المشدالي عن بعضهم . وقال المحقق القاضي اسماعيل التميمي الشريف : ما ذهب اليه القرافي غير سديد ولا مستقيم . لان المراد ، ترك الواقعة على ما كانت عليه ، بأن لم يحدث فيها الحاكم ما يغيرها . وهكذا ذكر المسألة : الشيخ في النوادر واللخمي وابن رشد وابن عرفة فأما الشيخ : فقال عن ابن الماجشون ، بعد ان ذكر ما يفسخ من الاحكام ، وما يقر : مانصه وهذا فيما يأخذة الحاكم من هذا ، ويعطيه لهذا فأما ما هو ترك لنا فعل الفاعل ، أو امسك ان يحكم عليه بغيره ، مثل ما مر من الاختلاف ، في الطلاق قبل النكاح ، والعق قبل الملك ، ونكاح المحرم ، والحكم بالقسامة ، وطلاق الخيرة ، فيما قيل انها واحدة بائنة ، فلو خيرها ، فأختارت نفسها ، ثم تزوجت قبل زوج فرفع الى حاكم يرى ذلك ، فأقره ، ولم يفرق بينهما ؛ ثم رفع لمن بعده ، فلهذا ان يفسخ نكاحها ، ويجعلها البتة ، وليس اقرار الاول اياه ؛ حكما منه . وان أشهد على ذلك ، وكتب . ثم ذكر في الطلاق قبل النكاح ، وما بعده من المسائل انه اذا قررها حاكم ، فلن بعده ان يحكم فيها بما يراه ثم قال وقال لي مطرف مثل قول ابن الماجشون ، من اول هذا القول ، وقال انه قول مالك ، وقاله أصبغ . اهـ . ولم يحك عن ابن حبيب ، انه تعقب

شيئاً من ذلك، فلذلك عزاه ابن رشد له، فقال في البيان اختلف في الحكم بترك الامر وتجويزه هل هو كالحكم؛ فذكر مذهب ابن القاسم ومذهب ابن الماجشون هذا، إلا انه عزاه لابن حبيب، ويظهر هذا الكلام، ان الحاكم حكم بترك الامر، وتقريره على حاله، وهو صريح قول ابن الماجشون «ولو أشهد على ذلك، وكتب» فمدار هذا الاختلاف، هو أنه: هل من شرط الحكم؛ ان يكون متعلقه بتفسير امر عن حاله، أو لا الاول لابن الماجشون، والثاني لابن القاسم، وهكذا أورد المسألة شيخ المحققين الامام ابن عرفته، اذ قال بعد ان عرف الحكم، بأنه جزم القاضي بحكم شرعي، على وجه الامر به، ما نصه وفي شرط متعلقه، تفسير أمر عن حاله، أو لا قولاً ابن الماجشون وابن القاسم، اللخمي ما هو ترك لما فعل؛ وامسك عن الحكم بغير الفاعل، كالحث بالطلاق قبل النكاح، والعق قبل الملك، ونكاح المحرّم، والحكم بالقسامة، فحَكَمَ حَاكِمٌ بامضاء النكاح، واستمرار الرق، ثم رفع لمن يرى خلاف ذلك، فليحكم به، ولا يمنع من ذلك ترك الاول قاله ابن الماجشون، ورأى ان الترك ليس بحكم، وقال ابن القاسم في كتاب النكاح: ذلك حكم، وفسخه اثنتان خطأ، وهو احسن، وهو صريح فيما قررناه، وقول اللخمي «فحكم حاكم بامضاء» الخ. بين غاية فيما اسلفناه.



## الفصل الخامس

في تصرفات المحاكم التي ليست حكماً ،  
ولغيرهم من المحاكم تغييرها والنظر فيها

ذكر القرافي في الاحكام ، في جواب السؤال السادس والثلاثين ، عشرين نوعاً من التصرفات التي ليست احكاماً . تقتصر منها على ثلاثة عشر . لان ما زاد عليها ، من متعلقات الائمة والولاية ، لا من تصرفات القضاة .

النوع الاول : العقود . كعقد البيع والشراء والاجارة في اموال المحجورين والغائبين . وكعقد النكاح على من بلغ من الايتام . فجميع ذلك ليس حكماً . إلا ان يتوقف على ابطال تصرفات متقدمة على هذه التصرفات الواقعة من الحاكم الآن . كتزويجها بعد ان تزوجت من غير هذا الزوج ، والحاكم يعلم ذلك . ويبيع العين من رجل ، بعد ان بيعت من رجل آخر ، والحاكم يعلم ذلك ، فان العقود الاخيرة . تقتضي فسخ تلك العقود السابقة ظاهراً .

النوع الثاني : اثبات الصفات . نحو ثبوت العدالة عند حاكم ، او الجرح ، او أهلية الامام للصلاة ؛ او أهلية الام للحضانة ، او أهلية الوصية . ونحو ذلك . فجميع اثبات الصفات ليس حكماً ، ولغيره ان لا يقبل من قبله الاول ، وأن يقبل من رده الاول ، لثبوت السبب القاضي بذلك عنده .

النوع الثالث : ثبوت اسباب المطالبات . نحو ثبوت مقدار قيمة المتلف في المتلفات ؛ واثبات الدين على الغرماء ، واثبات النفقات للاقارب والزوجات ، واثبات اجرة المثل في منافع الاعيان ، ونحوه . فاثبات هذه الاسباب ليس حكماً ، ولغيره من الاحكام ان يغير مقدار تلك الاجرة . وتلك النفقة ، وغيرها من الاسباب المقتضية للبطلان .

النوع الرابع ؛ اثبات الحجج الموجبة لثبوت الاسباب الموجبة للاستحقاق ،  
نحو كون الحاكم ثبت عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف ، وثبوت اقامة  
البيئات ممن اقامها ، وثبوت الاقرارات من الحُصوم ، ونحو ذلك . فان هذه  
الحجج توجب ثبوت اسباب موجبة لاستحقاق مسيبتها ، ولا يلزم من كون  
الحاكم اثبتها ، ان يكون حكم ، بل لغيره ان ينظر في ذلك ويبطله ، اذا اطلع فيها  
على خلل . ولا يكون ذلك الاثبات السابق ، مانعا من تعقب الخلل في تلك الحجج .  
النوع الخامس . اثبات اسباب الاحكام الشرعية نحو رؤية الهلال في رمستان  
وشوال وذى الحجة ؛ مما يترتب عليه وجوب الصوم او الفطر او فعل التمسك ،  
واثبات اوقات الصلوات . فجميع اثبات ذلك ليس بحكم ، بل هو كاثبات الصفات .  
النوع السادس ، الفتاوى في الاحكام . اي الوجوب والتدب والكرهية والتحريم  
والاباحة ، في العبادات وغيرها ، من تحريم الابضاع ، واباحة الانتفاع ، وطهارة  
المياه ، ونجاسة الاعيان ، ووجوب الجهاد ، وغيرها من الواجبات فجميع ذلك  
ليس بحكم ، بل لمن لا يعتقد ذلك ، ان يفتي بخلاف ما افتى به الحاكم والامام  
الاعظم وكذلك اذا امروا بمعروف . او نهوا عن منكر ، فلمن لا يعتقد ذلك  
ان لا يفعل مثل فعلهم . إلا ان يدعو الامام للانكار ، وتكون مخالفتهم شقاقا ،  
فتجب الطاعة لذلك . واما الحاكم فلا يساعد ، على ما نعتقد نحن ، خلاف ما هو  
عليه ، إلا ان يخشى فتنة ينهى الشرع عنها .

النوع السابع ، تنفيذات الاحكام الصادرة عن الحاكم ، فيما تقدم الحكم فيه  
من غير المنفذ ، بأن يقول « ثبت عند فلان من الحكم كذا وكذا » ومثله إذا  
قال « ثبت عندي ان فلانا حكم بكذا » . فليس ذلك حكما من المنفذ ، ولا من المثبت .  
النوع الثامن ؛ تصرفات الحاكم ، بتعاطي اسباب الاستخلاص ، ووصول  
الحقوق الى مستحقيها ، من السجن ، والاطلاق وأخذ الكفلاء الامليات وأخذ

الرهون لنوي الأموال ، وتقدير مدة السجن بالشهور ، وغيرها ، فهذه الذرفات ؛  
كيفما قلت ، ليست حكماً لازماً ، ولغير الاول من الحكام ، تفسير ذلك وابطاله  
بالطرق الشرعية ، على ما تقتضيه المصلحة .

النوع التاسع ؛ التصرف في انواع الحجاج ، بأن يقول « لا أسمع البينة ،  
لانك حلفت قبلها ، مع قدرتك على احضارها » أو « لا احكم بالشاهد واليمين »  
أو « لا ارد اليمين على المدعي » أو « لا أحلف المدعى عليه ، لانها يمين تهمة ،  
ومذهبي انها لا تحلف » فهذا كله ليس حكماً شرعياً ، ولغيره من الحكام ، ان  
يفعل ما تركه .

النوع العاشر من التصرفات تولية الحكام ، النواب عنهم في الاحكام ،  
ونصب الكتّاب والقُسام والمترجمين والمقومين ، واقامة الحجاب والوزعة ، ونصب  
الامناء (١) في اموال الغائبين والمجانين ، واقامة من يتجر في اموال الايتام ، او  
يعمر العقار او يجبي ريعه ، فكل ذلك ليس بحكم ، ولغيره من الحكام تقض  
ذلك ، وابداله بالطرق الشرعية ، لا بمجرد التشبي والهوى

النوع الحادي عشر ، اثبات الصفات الموجبة التمكّن من التصرف في الاموال ،  
كالرشد ، او المزيلّة للمكنة من التصرف فيها ، كالسفه ، فليس ذلك حكم  
يتعذر تقضه ، ولغيره ان ينظر في تلك الاسباب ، ومتى تحقق ضد ما تحقق  
عند الاول ، تقض الاول ، وحكم بضده .

النوع الثاني عشر ؛ تعيين احدى الخصال ، في الحراية ، لعقوبة المحاربين ،  
ليس حكماً شرعياً ، فاذا رفع الى غيره ممن يرى التخير ، ورأى ان المصلحة  
في غير ما عينه الاول كان له تفسير ما عينه الاول ، وتعيين خصلة اخرى .

---

(١) هم المقدمون . فالمقدم مولى من قبل القاضي والتقديم ولاية لا فرق بين ان  
يكون على مجبور ، او على وقف . وليس التقديم من وادي الاحكام ، كما يتوهم بعض الضملاء .  
نم الترشيح والتجيب حكمان ، اما نصب المقدم فن قبيل الولاية

النوع الثالث عشر ؛ تعيين مقدار من التعزير ، ليس حكماً شرعياً ، فاذا لم يقع التنفيذ ورفع الى غيره ، فرأى خلافه ، فله ان يبطل المعين ؛ ويعين غيره .  
اذ ليس الاول حكماً شرعياً ، بل اجتهاد في سبب ، هو الجنابة . فاذا ظهر للثاني انها لا تقتضي ذلك فله الحكم بما يراه .

## الفصل السادس

في بيان المواضع التي يكون الحكم فيها جزئياً .  
والمواضع التي يكون فيها كلياً .

لما كان الغرض من الحكم ، رفع النزاع الواقع بين المتداعين ، وانصاف احدهما من الآخر ، لزم ان يختص بهما ، ولا يتجاوزهما ، وأن يتعلق بالقضية الواقعة ، لا بنظيرتها . وهذا معنى كون الحكم جزئياً ، لا كلياً . ولم يخرج عن جزئية الحكم ، إلا ثلاثة مواضع ، كان الحكم فيها كلياً ؛ لتتحقق فائدة الحكم ، وتحصل ثمرته . وهي الحكم بالتصفيق ، على المذهب المالكي . والحكم بالصحة . والحكم بالفساد . فالحكم بالتصفيق ، كأن يطلب احد المتشاركين في عقار ، غير قابل للقسمة ، من شركائه ، المتحددين معه في المدخل ؛ تصفيق العقار ، لعدم قبوله للقسمة ، ويحبه احد الشركاء ؛ دون بقيتهم بالامتناع من تصفيق جميعه ، ولا يحضر بقية الشركاء فيحكم القاضي المالكي بتصفيق جميعه . فالحكم بعم المرافع وغيره . والحكم بصحة العقد ، كالحكم بصحة الحبس الخالي من الحيازة ، على المذهب الحنفي ، والحكم بصحة الهبة في المشاع على المذهب المالكي . وبصحة الوصية للمعدوم ؛ على المذهب المالكي ايضا . فاذا قام في الحبس الخالي من الحيازة ؛



احد الورثة ؛ على مقدم الوقف ؛ او احد الموقوف عليهم لدى القاضي ؛ طالما  
تمكينه من منابه ارثا ؛ في ذلك الوقف ؛ والحكم بفساد الوقفية ؛ لخلوة من الحوز ؛  
وأجابه ناظر الوقف ؛ أو احد الموقوف عليهم ؛ بأنه وقف صحيح ؛ ليس للوارث  
حق فيه بطريق الارث ؛ فأصدر الحاكم ؛ بعد استيفاء الموجبات ؛ حكمه  
بصحة الوقف ؛ اذا كان حنيا ؛ أو بفساده ؛ (١) اذا كان مالکيا فان الحكم  
يعم جميع أهل الوقف ؛ المجيب منهم وغيره ؛ وليس لحاكم آخر ان يحكم  
بضد ما حكم به القاضي الاول ؛ في ذلك الوقف ؛ اذا تجدد النزاع فيه بين  
آخرين لان حكم الحاكم يرفع الخلاف . وقد نظم هذا الفقه ؛ القاضي  
التونسي الشيخ محمد السنوسي ؛ المتوفى سنة ١٢٥٥ في نظمه المسمى بـلقط الدرر ؛  
فقال في مبحث الوقف

والحكم بالصحة في الوقف انسحب \* وهو في الاستحقاق ليس ينسحب  
فان على حرمان زيد اصدرنا \* فما على ابنه يرى معتبرا  
وقال في مبحث القضاء

والحكم بين اثنين من قاض جرى \* عليهما بالحكم منه اقتصرا  
مثل استحقاق الوقف والقرد وما \* يعرف ولا يجري على غيرهما  
لان حكم القاضي جزئي كما \* نص على ذلك الثقات العلماء  
اما اذا بصحة الوقف حكم \* أو بفساده فحكمه يعمر  
فكل أهل الوقف فيه من حضر \* وغائب عليهم الحكم استمر  
وينبغي ان يشبه الى ان المراد بالعموم في الصحة ؛ عموم الاشخاص ؛ لا عموم

---

(١) الحكم بفساد الوقف الخالي من الحياة ، يتوقف ، في الالة التونسية ، على اذن من  
الامير ، للقاضي المالكي بأن يحكم في هذا الوقف بمشهور مذهبه ، لوقوع التحجير من عهد  
قديم ، على القضاء المالكية ، في الحكم بفساد الاحاس لخلوها من الحياة ، الا باذن وابتداء  
هذا التحجير من اثناء القرن الثاني عشر ، وما زال الى اليوم

الاحوال لان حكم القاضي بالصحة؛ انما يتسلط على الجهة التي ادعى تسرب الفساد منها، اي انما صحيح من هذه الناحية. وهي التي وقع الترافع فيها، ولا يتناول الاحوال التي لم يقع الخوض فيها، ولا التعرض لها، فالحكم بصحة هبة المشاع، المتنازع في صحتها من حيث الشيوع، انما هو من حيث الشيوع، اي ان الشيوع غير محل بصحتها، والحكم بصحة الوقف الحالي من الحيازة، المتنازع في صحته من هذه الجهة انما هو من حيث ان خلو الوقف عن الحوز، لا يخل بالصحة. فلا ينقض الحكم بالصحة من الجهة التي وقع التنازع فيها، اما لو وقع الترافع، بعد الحكم الاول، في الصحة والفساد من نواح اخرى. ككون الراهب، او الواقف، محجورا عليه، فان الحكم الاول بالصحة، لا يسلب على هذه الجهة، ولا يصد الحاكم عن الحكم بفساد هذا العقد، لثبوت الحجب، ولا يكون هذا الحكم ناقضا للحكم الاول، لاختلاف الجهة. فليتبه الي ذلك، فانه من مداحض الاقدام، ومزالق الانتظار.

وفي غير هذه المواضع الثلاثة، لا يكون الحكم إلا جزئيا. قال في المختصر « ولم يتعد لمائل، بل ان تجدد فالاجتهاد، كفسخ برضاع كبير، وتأيد منكوحة عدة، وهي كغيرها في المستقبل » اه. قال الشيخ حلولو في شرح هذه العبارة: بعني ان الحكم بالاجتهاد، لا يكون كلياً بل هو جزئي، لا يتعدى الصورة التي هي محل الحكم، وبيان ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات، هو أن معظم نظره، إنما هو فيما يحتاج فيه الى البيّنات، والبيّنة انما تشهد بما رأته وشافته، وذلك جزئي، فاذا فسخ نكاحا بين زوجين، بسبب ان احدهما رضع امر الآخر، وهو كبير، فالفسخ ثابت لا يتقضى احده، ولكنه إن تزوجها بعد ذلك، فرفع امرها اليه، او الى غيره ممن ولي بعده، لم يمنعه ذلك من الاجتهاد فيها. فان اداة اجتهاده الى ان رضاع الكبير لا ينشر الحرمة، اقره على

ذلك ولم يفسخه. وكذا من تزوج امرأة في عدتها، ورفع الى مالكي يرى مع الفسخ تأييد الحرمة، فإن حكمه لا يتعدى الفسخ، واما تحريمها في المستقبل، فلم يتعلق به الحكم. والواقعة بالنسبة للاجتهاد كغيرها. اهـ. وقال ابن فرحون في تبصرته صفحة ٧١ من الجزء الاول، نقلا عن القرافي أعلم؛ ان القاضي اذا حكم بفسخ نكاح او بيع، او اجارة. وشبه ذلك، لموجب من موجبات الفسخ وذلك في مسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف فيها اجتهادي. ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد، فان حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ، واما ما يتبع ذلك من الاحكام والعوارض، فذلك القاضي بالنسبة اليها كالمفتي. وكذلك لو حدثت قضية اخرى، مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ، في ولاية ذلك القاضي، ولم ترفع اليه، او رفعت اليه، ولم ينظر فيها حتى عزل او مات، فانها تحتاج الى انشاء نظر آخر من القاضي الاول، او من القاضي الثاني، ولا يكون حكم القاضي الاول متاولا إلا لما باشره بالحكم. وسبب ذلك، ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات، دون الكلليات؛ لان معظم ما ينظر القاضي فيه، يحتاج الى بيته، والبينة انما تشهد بما رأته او شافته، وذلك امر جزئي. وهذا هو غالب ما تشهد به البينة ويحكم القضاة به. اذا ثبت ما قرناه، فإن القاضي اذا فسخ نكاحا بين زوجين، بسبب ان احدهما رضع ام الآخر وهو كبير، فالفسخ ثابت لا ينقضه احد، ولكنه ان تزوجها بعد ذلك، فرفع امرها الى غيره، ممن ولي بعده، لم يمنع ذلك الفسخ، ان يجتهد ويبيحها له، اذ اجتهاده الى ان رضاع الكبير لا ينشر الحرمة. وكذا لو رفع اليه نفسه، وتغير اجتهاده. فله ان يبيحها له. وكذا من تزوج امرأة في عدتها، ورفع ذلك الى قاض مالكي فإنه يري مع الفسخ تأييد التحريم، ومع هذا فإن حكمه لا يتعدى الفسخ. فاذا تزوجها بعد ذلك، ورفع امرها الى قاض آخر، لا يري

تأييد التحريم ، لم يكن القضاء الاول مانعاً من أن يسحها له . ويكون الحكم في حق المرأتين : في هذا الفرع والذي قبله ؛ حكم امرأتين لم يتقدم عليهما حكم .  
( فرع ) وكذلك ؛ لو جمع رجل ، في عقد النيكاح ، بين النكاح والبيع ، او بين النكاح والاجارة ، ورفع ذلك الى قاض مالكي ، فحكم بالفسخ ، على مشهور المذهب لرأي رءاه ؛ أو لتقليده ابن القاسم في ذلك ؛ ثم تزوج ذلك الرجل ، تلك المرأة بعينها ، على ذلك الوجه الفاسد ؛ الذي حكم القاضي بفسخه بينهما ؛ فرفع امرهما الى القاضي الاول ؛ أو الى قاض غيره ؛ فإن حكم القاضي الاول ؛ لا يتناول فساد هذا العقد الثاني ، بل اذا أدى نظر القاضي الثاني ، الى خلاف ما أدى اليه اجتهاد الاول ، من امضاء النكاح أو البيع ، مطلقاً ؛ أو بشرط أن يبقى للبضع ربع دينار ؛ امضاه . اهـ . وظاهر قول القرافي « حكمه لا يتعدى الفسخ » ان للحاكم الثاني ، أن يحكم بصحة العقد المجدد ؛ سواء كان الاول حكم بالفسخ فقط ، أو حكم بالفسخ وتأييد التحريم . وهو ظاهر كلام الجواهر ؛ ونصها على ثقل المواق (١) قال في الجواهر ان كان حكم الاول باجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ؛ ليس ثقل ملك من احد الخصمين الى الآخر ؛ ولا فصل حكومة بينهما ؛ ولا اثبات عقد بينهما ؛ ولا فسخه . مثل ان يرفع الى قاض رضاع كبير فيحكم بأن رضاع الكبير يحرم ويفسخ النكاح من أجله ؛ فالقدر الذي ثبت من حكمه ؛ هو فسخ النكاح فحسب وأما تحريمها عليه في المستقبل ؛ فإنه لا يثبت بحكمه ؛ بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه ، وكذلك لو رفع اليه حال امرأة ؛ نكحت في عدتها ؛ ففسخ نكاحها ؛ وحرمها على زوجها ؛

---

(١) هو محمد بن يوسف بن ابي القاسم البدرى ؛ شهر بالمواق ؛ الاندلسي الفرناطي له كتاب سنن المهتدين في مقامات الدين ؛ وشرح على مختصر خليل ، نعا فيه طريقاً اقرده ، وهو الاختصار على عزو مسائله ؛ وفتح فقه من اصول المذهب ، بما يوافقه او يخالفه ؛ من غير تعرض للافاظه ؛ ببلغ الناية في الجودة وتحرير القول . توفي في شعبان سنة ٨٩٧

لكان القدر الذي ثبت من حكمه ؛ ففسخ النكاح فحسب ؛ واما تحريمها عليهما في المستقبل ، فمعرض للاجتهاد ، ومن هذا الوجه ، ان يحكم بنجاسة ماء او طعام او شراب ، او تحريم بيع او نكاح او اجارة ، فانه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ، ولا البياعات ، على التأيد ، وانما له ان يغير من ذلك ما شاهده ، وما حدث بعد ذلك فإنه معرض لمن يأتي من الحكم والفقهاء اياه . وهو ظاهر قول خليل ايضا « بل ان تجدد فالاجتهاد ، كفسخ برضاع كبير ، وتأيد منكوحته عدة وهي كغيرها في المستقبل » اياه . وجعل معظم شرابه ، محل ذلك ، اذا حكم الحاكم بمجرد الفسخ ، ولم يحكم بتأيد التحريم ، اما اذا حكم بهما معا ، فليس لحاكم اخر ، الحكم بصحة العقد الثاني لافضائه الى تقضى القضاء الاول .

وقد نزل سنة ١٣١٨ ان تزوجت امرأة قبل انقضاء عدتها . فحكم القاضي المالكي بفسخ النكاح ، وتأيد التحريم وبعد الاستبراء ، عقد الزوج ، المحكوم بفسخ نكاحه ، عقدا جديدا عليها على مقتضى المذهب الحنفي ورأى اهل الشورى المالكية ، ان الحكم الاول مانع من تجديد العقد عليها ، ويمنع القاضي الحنفي من الحكم بصحة هذا النكاح ، بناء على ما قيد به غالب شراح المختصر كلامه . وبلغ ذلك الوالد الشيخ يوسف جعيط ، (١) رحمه الله ، فراجع في ذلك العلامتين الشيخ عمر بن الشيخ ؛ (٢) احد شيوخ الفتوى المعروف بدقمة النظر

---

(٢) هو ابو الحسن يوسف بن احمد بن عثمان ابن قدامس جعيط ؛ النقيرواني الاصل ، التونسي الدار كان ممدودا من علماء عصره . يشهد له معاصروه بعمدة النظر ، واصالة الرأي ؛ وسعة الاطلاع تصدى للتدريس اولاً ، ثم دخل في سلك كتابة الدولة ، وهي ممدودة في عصره من الخطط العلمية ، كما هو شأنها في الاندلس والمغرب . وتدرج في مراتبها ، الى ان بلغ الوزارة الكبرى ، ومات عليها ولم تقطه هذه الوظائف ؛ عن اطالة العلمية ، ومراجعة شيوخه ومعاصريه ، في حثير من المواضيع العلمية . مولده سنة ١٢٤٧ وتوفي سنة ١٣٣٣

(٢) هو ابو حفص عمر بن الشيخ احمد ، المعروف بابن الشيخ ، من بلد رأس الجبل . احد

وجودة الفهم في تحقيق المناسبات؛ المتوفى سنة ١٣٢٩ والشيخ محمد النجار الشريف؛ (١) احد اساطين الفتوى؛ المعروف بسعة العلم؛ وغزارة الحفظ، وكثرة الاطلاع المتوفى سنة ١٣٣٠ - وألّف في الغرض رسالة، كانت سببا في رجوعهما الى ما رآه، رحم الله جميعهم، ورزقهم رضوانه، وها انا اذا اورد رسالة الوالد لاختصارها، ورشاقة ابجائها وغزارة فوائدها، واعانتها على تحقيق مباحث سنأتي في الفصول الآتية. وهذا نصها

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله الذي اوضح للحق سبيلا، والصلاة والسلام على نبيه محمد وصحبه وتابعيه القائمين بنصرة دينه جيلا فجيلا. وبعد فهذه تقريرات جمعتهما. وتحريرات أثبتها، تتعلق بمسألة رفع الخلاف بحكم الحاكم، وما أنبنى عليها من الفتاوى، في نحو مسألة المتزوجة في العدة. اذا حكم الحاكم بفسخ النكاح، وتحريمها على من تزوج بها، تحريما مؤبدا. هل اذا عقد عليها الزوج المذكور، عقداً ثانياً، ورفع ذلك لحاكم لا يرى تأييد التحريم ان يحكم بصحة العقد الثاني؛ ولا يكون ذلك نقضاً لحكم الحاكم الاول. أو لا يجوز ان يحكم بصحة العقد الثاني؛ لانه نقض لقضاء القاضي الاول؛ الحاكم بتأييد التحريم. وظاهر المختصر الخليلي على الاول؛ ومعظم شراحه على الثاني فأقول يلزم، قبل الخوض في تحرير هذه المسألة؛ تقديم مقدمتين.

---

احد الراسخين في العلم، وشيخ العلماء بتونس نقل في وظائف علمية وادارية، فزاتها بلمه وسبقته، وحنّة نظره. مولده في حدود سنة ١٢٣٧ وتوفى سنة ١٣٢٩

(١) هو محمد بن عثمان النجار الشريف، القيرواني الاصل، التونسي الدار امتاز عين علماء عصره بسعة الاطلاع، وقوة الحفظ، والشغف بالمطالعة له رسائل، وكتابات على احاديث كثيرة من صحيح البخاري، يكتبها في كل رمضان على كتابتين، وياتي احداهما في جامع حرمل، وثانيتها في ضريح الولي الصالح سيدي احمد بن عروس ويحضرها علماء عصره، والثلايد وله فتاوى كثيرة. مولده سنة ١٢٥٠ وتوفى سنة ١٣٣٩

الاولى ؛ ان التحليل والتحرير ؛ معلوم انهما احكام شرعية محضه . ليس للبعد ان يحلل ؛ أو يحرم شيئاً على العباد . وانما المحلل والمحرّم هو الله تعالى . وهو المنشيء لذلك . قال ابن شاس في الجواهر انما القضاء اظهار لحكم الشرع ؛ لا اختراع له . وهو انشاء الزام أو إطلاق ؛ يترتب على مقتضى تلك الاحكام الشرعية لا انشاء تحريم او تحليل وإلا كان تحصيلاً للحاصل . وقال القرافي ، في الاحكام ، في الفرق بين الفتاوى والاحكام ما محصله في الفرق بين المجتهد في الفتوى والحكم : انه في الفتوى ؛ يخبر عن مقتضى الدليل الراجح عنده فهو كالمترجم عن الله تعالى ، فيما وجده في الادلّة كترجمان الحاكم ، يخير الناس بما يجده في كلام الحاكم ، او خطه وهو في الحكم ، ينشيء الزاماً او اطلاقاً للمحكوم عليه ، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح ، والسبب الواقع ، في تلك القضية فهو اذا اخبر الناس ، اخبرهم عما حكم به هو لان الله تعالى فوض له ذلك ، بما ورثه عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، مما في قوله « وأن احكم بينهم بما انزل الله » واذا اخبر الناس في الفتيا اخبرهم عن حكم الله تعالى ، الذي فهمه عن الله في ادلة الشرع فهو في مقام الحكم ، كنائب الحاكم ، يحكم بنفسه ، وينشيء الالزام والاطلاق ، بحسب ما يقع له من الاسباب والحجاج . لان مستتبه جعل له ذلك بخلاف الترجمان الذي جعل متبعا لا منشئاً

المقدمة الثانية ، ان القضاء شرع لقطع النزاع والخصومات بين العباد وهو انما يتعلق بالجزئيات ، لا بالكلليات قال في التوضيح ان الحكم بالاجتهاد ، لا يكون كلياً ، بل هو جزئي ، لا يتعدى الصورة التي هي محل حكمه . وذلك ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات لان معظم ما ينظر فيه القاضي ، يحتاج فيه الى بيّنة ، والبيّنة انما تشهد بما رأته وشاهدته ، وذلك جزئي ، وقال الامام

ابن عرفة في مختصره : ولما كان حكم الحاكم انما يتعلق بجزئي ، لم يكن حكم حاكم ثان ، بنقيض حكم الاول في جزئي ، اخر تقضاً لحكمه ، ولذا قال المازري كان الصديق رضي الله تعالى عنه ، يبوي في العطاء من الفيء بين الشريف والمشروف ، فلما ولي عمر ، فاضل بين الناس ، فلما ولي علي سوى بينهم فلم يكن اختلافهم تقضاً لقضاء بعضهم بعضاً ، اهـ . اذا تمهد هذا فاعلم ؛ ان ظاهر ما ذهب اليه ابن شاس في الجواهر ، تبعاً لابن محرز ؛ ان الحاكم اذا حكم بتأييد تحريم المتزوجة في العدة على المتزوج بها ؛ وفسخ النكاح بينهما ؛ انه اذا تجدد العقد عليها من ذلك الزوج ؛ ان للحاكم الثاني ان يحكم بصحته ، ولا يكون ذلك تقضاً لقضاء القاضي الاول . ونص عبارته في الجواهر وان حكم بالاجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ، وليس بنقل ملك من احد الخصمين الى الآخر ؛ ولا فصل خصومة بينهما ؛ ولا اثبات عقد ؛ وفسخه . مثل رضاع كبير ، فيحكم بانه رضاع محرّم ؛ ويفسخ النكاح لاجله . فالفسخ حكم . والتحريم في المستقبل ؛ لا يثبت بحكمه ؛ بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه وكذلك لو رفع اليه حال امرأة انكحت في عدتها ؛ ففسخ نكاحها ؛ وحرّمها على زوجها ؛ لكان القدر الذي يثبت من حكمه ؛ فسخ النكاح فحسب ؛ وأما تجريمها عليها في المستقبل ؛ فمعرض للاجتهاد . ومن هذا الوجه ؛ ان يحكم بنجاسة طعام او شراب ؛ او تحريم بيع او نكاح او اجارة . فانه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ؛ ولا البياعات على التأيد . وإنما له ان يغير من ذلك ما شاهده . وما حدث بعد ذلك فانه معرض لمن يأتي من الحكم والفقهاء . اهـ . فأنت تراه كالصريح . في ان حكم الحاكم بالتحريم ؛ أقوى منه ؛ لا حكم لقوله ؛ انه لا يثبت بحكمه . بل يبقى ذلك معرضاً للاجتهاد فيه ؛ وان الذي هو حكمه ؛ هو الفسخ فقط . وذلك لما بيناه لك سابقاً ؛ من ان التحليل والتحريم



احكام شرعية محضة ، والله تعالى هو المنشئ لها لا غير ، والقضاء اظهار لحكم الشرع ؛ لا اختراع له . وان حكم الحاكم لا يتجاوز غير انشاء الالتزام او الاطلاق للمحكوم عليه ؛ بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح . والسبب الواقع في تلك القضية ؛ من الحكم الشرعي فالحكم الشرعي بنشر الحرمة - مثلاً - برضاع الكبير ؛ الذي اعتقده الحاكم ؛ بسبب حكمه بفسخ النكاح ؛ ما هو حكمه ، بل هو حكم الله تعالى في اعتقاده ، على مقتضى ما اداه اليه اجتهاده . والسبب غير المسبب . واذا كان متعلق حكمه الفسخ لا غيره ، فهو العقد الذي وقع النزاع فيه . فاذا تجدد عقد اخر ، فهو غير العقد الذي تعلق به الحكم . بل هو مثله . فيجري فيه الاجتهاد . ولا يكون ذلك قضاء للقضاء الاول . اذ حكم المهتهد في جزئي معين ، لا يتعدى لمماثل يحدث . لان الحكم جزئي لا كلي . فلا يكون حكمه في الاول ، حكماً للمماثل ، رافعاً للخلاف فيه ايضاً . فيان قلت قد وضع الحق لذي عينين فما مستند معظم شراح الشيخ خليل فيما ذهبوا اليه من ان الحاكم اذا حكم بتأييد تحريم المتزوجة في العدة على من تزوج بها ، فليس لقاض اخر اذ تجدد العقد عليها من ذلك الزوج ان يحكم بصحته ، لانه تقض لما حكم به الحاكم الاول . قلت مستندهم في ذلك ، ما ذكره الامام ابن عرفته في مختصره الفقهي ، بحثاً مع ابن شاس . وتابعه عليه الشيخ الخطاب في شرح المختصر الحلبي . ونص ما ذكره الامام ابن عرفته ابن شاس ان رفع لقاض رضاع كبير ، فحكم بأن رضاع الكبير يحرم ، وفسخ نكاحه لذلك ؛ فالقدر الذي ثبت من حكمه هو فسخ النكاح فقط ، لا تحريمها عليه في المستقبل بل هو باق لتعلق الاجتهاد به . وكذا فسخه نكاح معتدة وتحريمها على زوجها ، الثابت من حكمه فسخه ، لا تحريمها عليه في المستقبل . وتبعه ابن الحاجب وقبلوه . قلت وهو صواب في مسألة المعتدة . واما رضاع الكبير فغير صحيح أو فيه نظر . وبيان ، ان علة منع حكم الثاني بخلاف

حكم الاول هي كون حكم الثاني رافعاً متعلق حكم الاول بالذات وهذا لانه (١) دار معه وجوداً وعدمًا ، اما وجوداً ففي امثال حكم الحاكم الثاني ، يكون المتباع الاول ، فيما باعه الامر والمأمور ، أحق بالمبيع ، ولو قبضه المتباع الثاني بعد حكم الاول بأن قابضه أحق ، وأما عدمًا ، ففي جواز حكم عمر وعلي ، رضي الله تعالى عنهما ، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء ، وتقرر في اصول الفقه ، اعتبار الدوران ، اذا ثبت هذا ، ونظرنا وجدنا حكم الثاني ، في مسألة الناكح في العدة غير رافع لنفس متعلق حكم الاول ، لان متعلق حكمه بالذات الفسخ ، والتحرير تابع له ، فلم توجد علة منع حكم الثاني فيها ، ووجدنا حكم الثاني ، في مسألة رضاع الكبير رافعاً لنفس متعلق حكم الاول بالذات ، وهو تحريم رضاع الكبير ، وفسخ نكاح رضاع الكبير تابع لهذا المتعلق بالذات لانه متعلق حكمه بالذات ، فيجب منع حكم الثاني ، عملاً بالعلّة الموجبة لمنعه ، فتأمله . اهـ .

(١) ايضاح لكلام ابن عرفة قوله « لانه دار معه وجودا وعدمًا » اي ذن منع حكم الثاني بعد حكم الاول ؛ دار مع رافع حكم الثاني لمتعلق حكم الاول فحيث وجد من حكم الثاني رافع متعلق حكم الاول بالذات ؛ امتنع . وحيث اتفق من حكم الثاني رافع متعلق حكم الاول بالذات ؛ جاز . وقوله « اما وجودا ؛ ففي امثال حكم الحاكم الثاني يكون المتباع الاول » الخ . يريد بذلك ؛ ان الانسان اذا كان مالكا للسلعة ؛ فأمر غيره ببيعها ؛ ثم باعها صاحبها من انسان ، وباعها الوكيل للمأمور من انسان . اخر ، ولم يكن احدهما علم ببيع الآخر ، فوقع التنازع بين المشتريين ، فحكم الحاكم بأن قابضها احق بها ، ثم جدد التنازع ، فحكم الحاكم بأن المشتري اولا احق بالسلعة . فان هذا الحكم الثاني لا يصح ، لانه رافع لكون المشتري ثانيا ؛ القابض للسلعة ، احق بها . وقوله « واما عدمًا ففي جواز حكم عمر وعلي ، رضي الله تعالى عنهما ، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء » يريد ان ابا بكر سيدي في الفطاء ، وعمر فاضل فيه ، وعلياً سيدي فيه . وجاز ذلك ؛ لان حكم عمر لم يبطل ما حكم به ابو بكر وهو اعطاه بعض قدرًا خاصا من المال ، لان ذلك قد فاعلمطى هو المنظور اولا وقد قد التسوية تابعة ، غير . نظور اليها بالذات فذلك جاز قضها وفي التمثيل بهذا امثال نظر ؛ لان هذا التصرف ليس من الحكم ؛ على ما قاله القرافي في الاحكام ؛

وقال الشيخ الحطاب ما ذكر ابن عرفة من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثاليين ظاهر . لان حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح ؛ مستلزم لحكمه بتحريم رضاع الكبير اذ لا موجب للفسخ سواه . فحكم الثاني ، بصحة النكاح الثاني ؛ رافع لحكم الاول بتحريم رضاع الكبير فلا يصح حكمه بذلك بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فإنه لا يستلزم الحكم بتأييد حرمتها لان الفسخ لكون النكاح في العدة فاسداً ؛ وتأيد التحريم امر وراء ذلك . اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة ، أم لا . واما الفسخ فلا تعلق له به . نعم ، وقع في عبارة ابن شاس ، التي نقلها الجماعة منهم ابن عرفة . ان القاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمتها فإن كان مرادهم بقولهم « حرمتها » انها حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر . وان كان مرادهم ان القاضي حكم بتأييد حرمتها ، وكيف يصح حكم القاضي الثاني ؛ بصحة النكاح الثاني . ولعلمهم فهموا المعنى الاول . واما على المعنى الثاني فلا يصح للقاضي الثاني ان يحكم بصحة النكاح الثاني . وذكر بعد ذلك تبيينها ، نصه تبيينه لو رفع نكاح النكاح في العدة لفاض ففسخه ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه ، فرفع ذلك لفاض يرى تأييد حرمتها ، ففسخ النكاح حيثئذ ، فلا يصح لفاض . اخر ، ان يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك . لان فسخ هذا النكاح الثاني مستلزم للحكم بتأييد تحريمها على النكاح في العدة . اذ لا مقتضى للفسخ سواه . فتأمله . والله تعالى أعلم . اه . بلفظه . فتلقاء الشراح المذكورون بالقبول . وجروا عليه في شروحه . وبها جرت فتاوى المشايخ العصريين . وأقول إني لاعجب من تلقي الشراح لذلك بالقبول . مع ان الامام ابن عرفة ؛ انما ذكر ذلك بحثاً لا فقها . اذ لم يتقل عن احد من الفقهاء ، ما يخالف ما ذكره ابن شاس بل ذكر انهم قبلوه .

يعني الفقهاء ، وما بعد قبول الفقهاء له ، إلا تسليمه . واعتقاده الفقه . ومن المعلوم المقرر ، ان ابحاث الامام ابن عرفة ، تؤخذ تفقهاً لا فقهاً فكيف يلغى ما قبله الفقهاء ويؤخذ ما ذكر بحثاً على ان ما ذكره ابن شاس لم ينفرد به بل هو تابع في ذلك لابن محرز حيث قال في تبصرتهم وكذلك لو رفع اليه نكاح في عدة ، ففسخه ، وحرماها على زوجها ، لكان الذي يثبت من حكمها ، هو فسخ نكاحها فحسب . واما تحريمها في المستقبل ، فمعرض للاجتهاد . ثم قال ولم يحرم ذلك على التأييد . اهـ . وجرى عليه القرافي في قواعده . وقد اوضحنا لك سابقاً ، وجه الفقه في المسألة ، وأنه لا يصح من الحاكم الحكم بالتحليل والتحريم . فاذا صدر منه ذلك ، فهو جار منه مجرى الفتوى ، لا الحكم . وإنما يحكم بمقتضاه ، من فسخ أو غيره ، كما تقدم فإن قلت هل من جواب على ما أوضح به الخطاب بحث ابن عرفة مع ابن شاس . قلت الجواب عن ذلك ؛ بمنع الملازمة ، بين الحكم بفسخ النكاح برضاع الكبير ، والحكم بتحريم رضاع الكبير . إذ الذي يستلزمه الحكم بفسخ النكاح برضاع الكبير . اعتقاد نشر الحرمة برضاع الكبير . لا الحكم بنشر الحرمة برضاع الكبير . في اعتقاد الحاكم . سبب في نشر الحرمة . وترتب المسببات على أسبابها لا يدخلها حكمه . وحينئذ لا يصح ان يقال : ان الحكم بفسخ النكاح ، يستلزم الحكم بالتحريم . بل انما يستلزم اعتقاد التحريم . لا الحكم به . والذي لا ينقض ويرفع الخلاف هو حكمه . وذلك لمصلحة الاحكام ، ورفع الشاغل والحصار . لا اعتقاده . إذ لا تلزم الموافقة عليه . وحكمه بالفسخ فيما ذكر ، إنما تعلق بجزئي خاص ؛ وهو العقد الاول . فإذا تجدد ؛ فهو عقد ثان ، لم يتقدم فيه حكم . بل هو مثله . فيجري فيه الاجتهاد حينئذ . ولا يكون ذلك تقضاً للقضاء الاول . هذا ما ظهر للذهن الكليل . والله تعالى المرشد سواء السبيل . اهـ . الرسالة .

## الفصل السابع

في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالاً أو تضمناً

ذكر ابن فرحون في تبصرته ، في الفصل الثالث من القسم الاول من الركن السادس المواضع التي يدخلها الحكم استقلالاً ، أو تضمناً ، من غالب الابواب الفقيهية . ولخص ذلك من كلام الشيخ سراج الدين البلقيني (١) الشافعي . غير ان ما ذكره رحمه الله ، لا يتمشى الكثير منه مع الاصول المالكية فرأينا أن نذكر نصه ، في كل موضع ونردفه بما يوضح الحق فيه ، حتى لا يؤخذ على علته . وتقل نصه محكياً بقال . ونردفه بما رأينا ؛ بأقول . ونختم الفصل بمسألة البنات هل يدخلها الحكم استقلالاً أو تضمناً .

قال الطهارة . لا يدخلها شيء من الحكم بالصحة ؛ ولا بالموجب ؛ استقلالاً . لكن يدخلها الحكم بطريق التضمن . كتعليق عتق أو طلاق ، على طهارة ماء أو نجاسته . فإذا ثبت عند الحاكم وقوع الطلاق لوجود الصفة ؛ نهكراً بصحة الطلاق ؛ أو بموجب ما صدر من المعلق ؛ ووجود صفته كان ذلك متضمناً للحكم بالنجاسة أو بالطهارة .

أقول : الحكم بصحة الطلاق ، لا يتضمن الحكم بالنجاسة أو بالطهارة ؛ وإنما يتضمن اعتقاد الحاكم الطهارة أو النجاسة ، كما تقدم في الفصل السابق . ومما يدل عليه قول الجواهر ، في القاضى يرفع اليه رضاع كبير ، فيحكم

---

(١) هو عمر رسلان بن نصر الكيناني العسقلاني الشافعي ولد في بلقين بمصر سنة ٧٢٤ ونشأ في القاهرة وكان مجتهداً حافظاً للحديث ، من العلماء الراسخين في العلم ولي قضاء الشام سنة ٧٦٩ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٥ له تاليف في الفقه وغيره

بأن رضاع الكبير يُحرِّمُ ويفسخ النكاح من أجله . فالقدر الذي يثبت من حكمه : هو فسخ النكاح فحسب . وكذا لو رفع اليه حال امرأة تكحت في عدتها : ففسخ نكاحها ؛ وحرمتها على زوجها ؛ لِيَكُن القدر الذي يثبت من حكمه : فسخ النكاح فحسب ؛ واما تحريمها عليه في المستقبل ؛ فمعرض للاجتهاد . ومن هذا الوجه ؛ ان يحكم بنجاسة ماء او طعام او شراب ؛ فإنه لا يثبت حكم في ذلك الجنس . اه باختصار . فإذا كان التصريح بالحكم بالتحريم لا يعطيه الصبغة الحكمية فكيف ما وقع السكوت عنه . وتقدم عن القرافي ان الحكم بمقتضى المدرك ، ليس حكما بالمدرك .

قال الصلاة يدخلها الحكم بالتضمن مثل من صلى المكتوبة بوضوء خال عن النية ، او مع وجود مس الذكر ؛ لاعتقاده صحة الصلاة مع ذلك . فاذا حكم حاكم بعدالة من فعل ذلك والحاكم معتقد صحة ذلك ، كان حكمه متضمنا صحة وضوئه . وعلى هذا قياس الصلاة الحالية عن قراءة الفاتحة ، او عن الطمأنينة ، ونحو ذلك . قال الشيخ سراج الدين ، رحمه الله ؛ ولقد عجبت من قاض ، حضر عند سلطان ، ووقع الكلام في صحة اقامة الجمعة في جامع بناء ذلك السلطان . فلما تكلموا في الخلاف في ذلك . قال القاضي « نحكم بصحة اقامة الجمعة فيه » وهذا الكلام باطل . ولا يتصور ان يدخل ذلك ، ولا نحوه ، تحت الحكم استقلالا ، ولا تضمنا على الاطلاق . ولكن يدخل بالنسبة الى واقعة خاصة ، من تعليق الطلاق . او غيره . على صحة اقامة الجمعة في هذا المكان . فالحكم اذا توجه الى المطلق بما التزمه . يتضمن صحة اقامة الجمعة في هذا المكان ، بالنسبة الى الزام الشخص ، لا مطلقا .

اقول فيما ذكره نظر من وجوه الاول ؛ ان الحكم بالعدالة ، انما يتضمن اعتقاد صحة صلاة المعدل بالوضوء الحالي من النية ، او الواقع بعد مس الذكر ،

لا الحكم بذلك الثاني ان التعديل ليس من باب الحكم ، وانما هو من قبيل الثبوت . وقد ذكر ابن فرحون نقلا عن القرافي : ان اثبات الصفات ، كثبوت العدالة او الجرح ليس حكما . ولذا يجوز لحاكم اخر ان يرد<sup>د</sup> من قبله الاول ، ويقبل من رده الاول لثبوت السبب القاضي بذلك . الثالث ، انه اذا سلم انه حكم بصحة اقامة الجمعة في الجديد ، يلزم ان يعم المحكوم عليه وغيره . لان الحكم بالصحة يعم . الرابع ان الحكم بلزوم الطلاق لا يستلزم الحكم بصحة اقامة الجمعة في هذا المكان وانما يستلزم اعتقاد صحة اقامتها فيه . وقد ذكر الزرقاني المسألة في باب الجمعة من شرح المختصر ، فقال ان قوله : « والجمعة للعتيق » مقيد بثلاثة قيود : ثانيها ان يحكم حاكم بصحتها في الجديد ؛ تبعا لنذر بانيه عتق عبد بعينه ، ان صحت صلاة الجمعة فيه . فإن وقع ذلك ، وحكم مخالف بعتق العبد لصحتها ؛ صحت فيه . إذ حكمه الداخل في العبادات ؛ تبعا لنحو عتق ؛ كما اقتضى به الناصر لا ينقض . اهـ . وكتب عليه المحقق محبيه البناني ما نصه فيه نظر . إذ حكم الحاكم ؛ في المسألة المذكورة ، لم يقع إلا بالعتق ؛ لاعتماد صحة في الجديد . ولا يلزم من اعتقاد صحة فيها ، حكمه بها . فتأمل . اهـ .

قال واما الزكاة ، فيدخلها الحكم وذلك مثل ما لو حكم حاكم ، يرى جواز اخراج القيمة في الزكاة ، بصحة الاخراج ، وبموجب الاخراج عنده وهو سقوط الفرض . بذلك كان الحكم بالصحة والموجب في ذلك سواء . وليس للساعي اذا كان ذلك الحكم مخالفا لمذهبه ، ان يطالب المالك باخراج الواجب عنده ، سواء حكم بالصحة او حكم بالموجب ،

اقول : الزكاة ؛ لا يمكن ان يدخلها الحكم بالصحة ، او الموجب ، الذي هو سقوط الفرض ، استقلالاً . لان الصحة في العبادات ؛ يراد بها سقوط الفرض ؛

وهو من مصالح الآخرة ، لا من مصالح الدنيا ، والقضاء انما يكون فيما هو من مصالح الدنيا بخلاف الصحة في المعاملات ، لان المراد بها ، ترتب اثر العقد عليه ، وهو من مصالح الدنيا ، ولذا امكن الحكم بالصحة فيها وأما دخول الحكم فيها ضمنا فكأن يدفع المركزي ، لاحد الفقراء ، قيمة ما وجب عليه اخراجه ، بناء على اعتقاد جواز اخراج القيمة في الزكاة ، ثم يبدو له ان ذلك غير صحيح ، فيريد استرجاع ما اعطاه ، ليخرج بدله عين ما وجبت فيه الزكاة ، فيمتنع الفقير من تسليمه ، فيقع النزاع في ذلك لدى القاضي الذي يرى صحة اخراج القيمة ، فيحكم باستحقاق المعطى لما تسده . فان ذلك يتضمن الحكم بالصحة ، بناء على ما قرره في الطهارة والصلاة ويرد عليه ما ذكرناه سابقا ، من أن اللازم هو اعتقاد الصحة ، لا الحكم بها

قال واما الصوم ، فيدخله ايضا . وذلك اذا صام الولي الوارث ، عن الميت . وطلب الوصي ان يخرج الطعام ، فامتنع الوارث منه ، وترافعا الى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت فحكم بصحته ، او بموجبه . فليس للوصي ان يخرج الطعام حيثنذ ، ولا ان يطالب الوارث بذلك ، بخلاف ما قبل الحكم .

اقول الحكم بالصحة استقلالا لا يتأتى ، لما قررناه في الزكاة واما ضمنا . كأن يحكم في الصورة التي صورها . بعدم الزام الوارث باخراج الطعام ، فيمكن . بناء على ما قرره ، من ان ذلك يستلزم الحكم بالصحة . لا على ما قررناه . من ان ذلك يستلزم اعتقاد الصحة . لا الحكم بها .

قال : واما الاعتكاف ، فيدخله استقلالا ، وتضمنا . اما الاستقلال . ففي مسائل ، منها ، انه يقضى للمكاتب على سيده ، بالاعتكاف اليسير . ومنها . من اعتكفت بغير اذن زوجها ، فلم يمنعها وكذلك العبد . وكذا لو اعتكف المديان ، هروبا



من اداء الحق ، فان الحاكم يرى فيه رأيه . ومنها ، اذا وطئ المعتكف ، أدبته  
الحاكم واما التضمن ، فكما تقدم في الطهارة والصلاة

اقول جميع ما ذكره من الامثلة ، انما هو من وادي الحكم ضمنا لان  
النزاع بين السيد ومكاتبه ، والزوج وزوجه ، والسيد وعبدته ، والمديان وغريمه ،  
انما هو في التمكين من الاعتكاف ، وعدم التمكين منه . فاذا قضى الحاكم بالتمكين .  
تضمن ذلك صحة الاعتكاف وجوازه . بناء على ما قرره ، وتضمن اعتقاد صحته  
وجوازه . بناء على ما قررنا . واذا قضى بعدم التمكين ، تضمن فساد او عدم جوازه .  
على ما قرره ، وتضمن اعتقاد الفساد او عدم الجواز . على ما قررنا . اما تاديب  
الحاكم للوطني في الاعتكاف ، فمن باب تغيير المنكر ، لا القضاء وما ذكره  
في التضمن ، يرد عليه ان اللازم هو اعتقاد الصحة او الفساد ، لا الحكم بهما .  
قال واما الحج ، فانه لو فسخ حنبلي حجها الى عمرة . حيث يسوغ عنده .  
وله زوجة ليس معتقدها ذلك . فامتعت من تمكينه بعد التحلل فارتفع الى  
حاكم حنبلي فحكم عليها بصحة ما فعل زوجها الحنبلي او حكم بموجب ذلك  
عنده . فهما مستويان . ولو حكم عليها بالتمكين كان متضمنا للحكم بصحة ما فعله  
الزوج ؛ وهو نفس الموجب .

اقول الحكم بصحة ما فعله الزوج ؛ فتوى . لان الصحة في العبادة ؛ اثرها  
اخروي ؛ كما تقدم . والحكم بالتمكين ؛ يتضمن اعتقاد صحة فسخ الحج في العمرة ؛  
لا الحكم بها .

قال واما الاضحية ؛ فهي عبادة ؛ لا يدخلها الحكم استقلالا . وقد يدخلها  
بطريق التضمن ؛ في التعليق ؛ كما تقدم .

اقول ما ذكره ؛ من دخول الحكم فيها بطريق التضمن في التعليق ؛  
يرد عليه ما ورد على نظائره .

قال وأما الصيد ، فيدخله الحكم استقلالاً فإذا توارع اثنان في صيد ، وترافعا الى الحاكم ، وتصادقا على فعلين ، صدرا منهما على الترتيب ، مثلا ، او قامت البينة على ذلك وكان مقتضى مذهب الحاكم انه للاول ، او للثاني ، فحكم له بأنه المالك ، كان ذلك حكما مستقلا صحيحاً ، وإنما دخل الحكم في ذلك ، لانه يفضي الى الملك ، وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم .

أقول ما ذكره هنا ظاهر صحيح

قال : وأما الذبائح ، فيدخلها الحكم من جهة التقصير المقتضي للتغريم . وكذلك دفع الاجرة . لو قامت البينة انه ذبح صحيح ، فإنه يحكم له باستحقاق الاجرة . وكذا لو باع صاحب الذبيحة لشخص ، ثم ارتفعا الى حاكم . وادعى المشتري انها حرام ؛ لامر ادعاه او ظهر للحاكم ذلك ، باقرار او بيعة ، فحكم على البائع برد الثمن ، كان ذلك حكماً بتحريم الذبيحة . وكذا اذا اثبت التقصير في الذبح ، وحكم بالغرم ، كان ذلك متضمنا للحكم بحرمة الذبيحة .

أقول الحكم بالتغريم او رد الثمن ، ليس حكماً بالتحريم ، اذ التحليل والتحريم لا يدخلهما الحكم ، لان المحلل والمحرّم هو الله تعالى ، كما تقدم في الفصل السابق فالحكم بالتغريم ورد الثمن ، يستلزم اعتقاد التحريم ، ولمن لا يعتقد حرمة الذبيحة ، المحكوم بتغريمها او رد ثمنها تناولها كما ان الحكم بدفع الاجرة ، لا يتضمن الحكم بحليّة الذبيحة وانما يتضمن اعتقاد الحاكم حليتها ، وذلك لا يحلها لمن يرى حرمتها .

قال ؛ وأما الاطعمة ، فيدخلها الحكم استقلالاً . مثاله اذا نزلت برجل نخمصة ، فوجد مع رجل طعاما فامتنع من اطعاه ، ومن مواساته ، فإن له ان يقاتله ؛ فإن مات الجائع ، وجب القصاص وان اخذه الجائع قهراً ، فعليه قيمته . اقول : يلزم زيادة تحرير في هذا الفرع ، هل المراد حلية الاطعمة او حرمتها من حيث الاكل فلا يدخلها الحكم استقلالاً ، ولا تضمننا . بناء على ان

الحكم المترتب على الحلية او الحرمة ، لا يتضمن الحكم بهما وانما يتضمن اعتقادهما ، او المراد استحقاق الانتفاع بها او تسليها ، فدخلها الحكم كسائر المتمولات .

قال وأما الايمان ؛ فدخلها الحكم استقلالاً كمن حلف بطلاق امرأته ليجلدنها مائة سوط ، فإن الحاكم يمنعه من ذلك ، ويطلقها عليه . وغير ذلك كثير . وأما الجهاد فدخله استقلالاً ، في اكثر مسائله . وهو واضح لا يحتاج الى تمثيل . وأما النكاح وتوابعه ، فدخلوا الحكم بالصحة والموجب فيها واضح . وكذلك سائر المعاملات ، من البيع والقرض والرهن والاجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية والوديعة والحبس والوكالة والحوالة والحاملة والضمان ، وغير ذلك من ابواب المعاملات يدخلها الحكم بالصحة ، والحكم بالموجب . فلا نظول بالتمثيل .

أقول ما ذكره هنا ظاهر صحيح .

وهذا اخر ما اورده الشيخ ابن فرحون . ويحسن بنا في هذا المقام ؛ ان نختم هذا المبحث ؛ بمبحث البيئات اذا عملها الحاكم وقبلها هل يكون ذلك حكماً بصحتها . فأقول ليس الحكم بمقتضى البيئة ، حكماً بصحتها ، لان الحكم بمقتضاها ، انما يتوقف على اعتقاد صحتها ، لا الحكم بالصحة . فاذا شهدت بيئة بأمرين فأكثر ، ككون العقار في حوز زيد وملكا له ، فجرى النزاع اولاً في الحوز ، وحكم القاضي بكون الحوز للمشهد له استناداً لهذه البيئة ، ثم جرى النزاع بعد في التملك بين المتنازعين اولاً ، او بين المشهد له وءاخر ، فإن القاضي يلزمه ان يعذر الى الخصم في هذه البيئة فإن سلمت من المطاعن ، قضى ، مستنداً اليها ، وان سقطت ، الغاها . ولا حرج في ذلك ، لان القضاء الاول ، انما هو بثبوت الحوز ، استناد الى البيئة ، واعتقاداً لصحتها ، وذلك

لا يستلزم الحكم بصحتها وايضاً لو كان القضاء بشيء ، استناداً الى بينة ، حكماً بصحة البينة ، لا يجوز تقضه ، لا يمكن ان يتواطأ شخصان ، فينشان خصومة بينهما . ويقيم احدهما بينة ، تشهد بأشياء متعددة ، ويتظاهر المشهود عليه بالعجز عن الطعن فيها فاذا وقع القضاء استناداً لها ، انشب خصومة مع اخرين ، فيما شهدت به تلك البينة ، وحينئذ تقطع الاسباب بالمطلوبين ؛ وتعجزهم الحيلة في التفصي منها ، للحكم بصحتها . وهذا بديهي البطلان . اذ الضرر مرفوع ، والخرج مني ، في هذه الشريعة المباركة . فما يعتقد بعض الضعفاء ، من ان البينة المحكوم بمقتضاها ، لا يمكن الغاؤها ، وهم . وما ذكره القاضي ابن سلامة ؛ في حاشية التاودي ؛ في قول ابن عرفمة في تعريف القضاء « ولو بتعديل او تجريح » لا يخلو من اشكال . ذلك انه ذكر ان التعديل والتجريح من متعلق الحكم ، لان تعديل البينة طريق للحكم ؛ وطريق الشيء غير ؛ لكن لما كان تناول الحكم لهما ؛ من حيث الحكم في الطريق ، وذلك مظنة لتوهم انهما خارجان ؛ نصرت عليهما ثم قال تبييه ؛ لا يشكل على تناول الحكم هما ، ما في التبصرة عن القرافي اشياء لا تدخل تحت الحكم مثل التعديل والتجريح والتسفيه والترشيد واثبات الحجج فإن معناه أصل إقامة الحججة عنده ، وتزكيتها ؛ وهذا غير الحكم بالتعديل . لانه يكون بعد التنازع في صحة البينة ، ولا يمكن الحكم في نفس العدالة والجرحة . اهـ . والبحث في كلامه من وجهين . الاول ، ما اقتضاه كلامه . من ان طريق الحكم يلزمه ان يدخله الحكم ، لا يصح ، لما قلناه سابقاً عن القرافي ، في الفصل الاول ، من ان الحكم بمقتضى المدرك ؛ ليس حكماً بالمدرك . وما قلناه في هذا الفصل ، عن الشيخ بناني ؛ من ان الحكم بعق العبد . المعلق عقه على صحة الجمعة في الجديد ، يستلزم الاعتقاد بصحتها في الجديد ، لا الحكم بصحتها فيه . اهـ . وما

تلقناه عن الجواهر ، في الحكم بفسخ نكاح المعتدة ، وفسخ النكاح بالرضاع في الكبر ، من ان القدر الثابت من الحكم ، هو الفسخ ؛ والتحرير في المستقبل معرض للاجتهاد ، ومثلها كل حكم طريقه التحريم والتحليل

الثاني ؛ تفسيره كلام القرافي في معنى كون التعديل والتجريح لا يدخلهما الحكم ؛ بأنه لا يمكن الحكم في نفس العدالة ؛ وجزمه بمغايرة هذا المعنى ؛ للحكم بالتعديل لان الحكم بالتعديل يكون بعد التنازع في صحة البينة - فيه غموض شديد . إذ لا معنى للحكم بالتعديل إلا ثبوت عدالتها عنده ؛ وذلك من باب اثبات الصفات ولعله يريد انه اذا جرى النزاع في صحة البينة ؛ وكانت عند الحاكم صحيحة يحكم بصحتها ؛ وأن معنى الحكم بتعديل البينة ؛ الحكم بصحتها ؛ وبهذا تقع المغابرة بين كلام القرافي ؛ وما جزم به ، لكن يرد عليه حينئذ امران . احدهما ؛ ان الحكم بالصحة اخص من الحكم بالتعديل ؛ اذ قد يعدل الشاهد ولا يقبل ، لقراية او عداوة او غيرهما من الموانع ثانيهما ان جريان النزاع في صحة البينة وفسادها لا يقتضي الحكم بالصحة او الفساد ؛ وانما يوجب اعمالها او اهمالها لان خوض الخصوم في البيئات غير مقصود لذات البيئات ؛ وانما المقصود ما يترتب على ما تضمنته ؛ من اثبات حق او نفيه وذلك مورد التشاجر والخصام . والمراد من ابرام الاحكام ، فإذا خاض الخصوم في البيئات ، صحة وفساداً ، واستقصى القاضي ما ادلوا به ، يحكم بإمضاء العقد او فسخه ، وباستحقاق القائم لما ادعاه او عدم استحقاقه ايلاً ؛ استناداً لنهوض البينة او عدم نهوضها . هذا هو الطريق اللاحب ، والمنهج الواضح ، وغيره تكب عن جادة الطريق ، وبالله العصمة والتوفيق

## الفصل الثامن

في معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب  
والفرق بينهما وما يعتمد على كل منهما  
والحكم المختلف فيه والحكم بالمختلف فيه

الحكم بالصحة عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من اهله في محله على الوجه المعتبر عنده شرعا . ومعنى صحة العقد ، كونه بحيث ترتب آثاره عليه . ومعنى حكم القاضي بذلك الزامه لكل احد . فإذا كان في محل مختلف فيه ، نفذ وصار في حكم الظاهر كما يجمع عليه فلا سبيل الى تقضيه . باجتهاد مثله . اذا كان في محل مختلف فيه اختلافًا قريبا لا يتقضى فيه قضاء القاضي ، ولم يتبين بناؤه على سبب باطل . وقد يعرض الفساد في الحكم ، بالصحة ؛ من جهة تبين عدم الملك او شرط آخر فإذا تبين بطلان الحكم بفوات محله تقضى ذلك القاضي نفسه ؛ او غيره ؛ لان الحلل الذي ظهر ؛ تبين انه في محل الحكم ؛ لا في الحكم . والحكم بالصحة يستدعي ثلاثة اشياء اهلية التصرف ، وصحة الصيغة ؛ فيما يشترط فيه صيغة خاصة ؛ وكون التصرف في محله . واما الحكم بالموجب ؛ فإنه لم يوجد في كتب المالكية . وانما تعرض له الشافعية اولا ثم الحنيفة . واول من نقله من المالكية ، ابن فرحون في تبصرته . فقد نقل في فصل في الفرق بين الفاظ الحكم المتداولة في السجلات ، صفحة ٨٢ من الجزء الاول ، عن البلقيني (١) والشيخ تقي الدين السبكي ، ان الحكم بالموجب عبارة عن قضاء القاضي بالالزام بما يترتب على ذلك الامر ،

(١) هو عمر بن رسلان بن نصر الكناني الاسقلاني الشافعي ولد في بلقين بمصر سنة ٧٢٤ ونبأ في القاهرة وكان مجتهدا حيفا للحديث من العلماء الراسخين ولي قضاء الشام سنة ٨٦٩ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٥ له تاليف في الفقه وغيره

على الوجه المعبر عنده في ذلك شرعا قال وهو انما يستدعي شيئين اهلية التصرف ؛ وصحة الصيغة فيحكم بموجبها ، وهو مقتضاها والفرق بينهما ؛ ان العقد الصادر ؛ اذا كان صحيحا باتفاق ، ووقع الخلاف في موجهه ؛ فالحكم بالصحة فيه ، لا يمنع من العمل بموجهه ؛ عند غير الذي حلم بالصحة ولو حكم فيه الاول بالموجب ، امتنع العمل بموجهه . مثال ذلك التديير صحيح باتفاق ، وموجهه اذا كان تدييرا مطلقا ، عند الحنفية ، منع البيع ، فلو حكم حنفي بصحة التديير المذكور ، لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر ولو حكم الحنفي بموجب التديير ، امتنع البيع ، إلا عند من يرى تقض الحكم المذكور ، لمخالفتها السنة الصحيحة ، وهذا التقض حيثذ لمدرکء اخر اه

وأما الحنفية . فقد شرطوا لاعتبار الحكم بالموجب ، ان يكون وقع الترافع والتنازع فيه عند الحاكم ، وأن يكون لا ينفك عن ذلك العقد قال المحقق ابن عابدين (١) من اعلام متأخري الحنفية ، في حاشية الدر المختار . صحة ٥٠٦ من الجزء الرابع القضاء القصدي القولي ، دون الضمني والفعل ، يشترط فيه تقدم الدعوى ، إلا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ، ومنه الوقف على الفقراء ، واثبات الوقفية اما كونه ، ووقفا على فلان او فلان ، وأن الواقف شرط كذا او كذا فهذا حق عبد ؛ فلا بد فيه من دعواه لاثبات حقه وكذا في اثبات شروطه قال في البحر الحكم المرفوع ، لا بد ان يكون في حادثة وخصومة صحيحة ؛ كما صرح به العمادي والبزازي ، وقالوا حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء ، لانه فتوى اجماع فلو رفع الى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى ، لم

(١) هو محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي . فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره له الحاشية البديعة على الدر المختار المسماة برد المحتار ؛ عليها الممول . والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية مولده بدمشق سنة ١١٩٨ وتوفي فيها سنة ١٢٥٢

يلتفت اليه، ويحكم بمقتضى مذهبه ولا بد، في امضاء الثاني لحكم الاول، من الدعوى ايضا، كما سمعت، اهـ. اي لا بد، في حكم الثاني؛ اذا رفع اليه حكم الاول، من ان يكون ايضا بعد دعوى صحيحة، بما نقله قبله عن البرازية وهذه الدعوى والخصومة، تسمى الحادثة؛ لحدوثها عند القاضي، ليحكم بها، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة، فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيها، فلذا لم يصح حكمه به قبلها، كما يأتي بيانه في الموجب قريباً، اهـ. باختصار. وقال ابن عابدين في الحكم بالموجب: اذا وقع تنازع في موجب خاص؛ من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي، ووقعت الدعوى بشروطها، كان حكماً بذلك الموجب فقط، دون غيره، فلو اقر بوقف عقار عند القاضي؛ وشرط فيه شروطاً، وسلمه الى المتولي ثم تنازعا عند القاضي الحنفي في صحته ولزومه، فحكم بهما وبموجبه، لا يكون حكماً بالشروط، فللشافعي ان يحكم فيها بمقتضى مذهبه، ولا يمنعه حكم الحنفي السابق، وذكر في البحر ان القاضي اذا قضى بشيء، في حادثة بعد دعوى صحيحة، لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه، فاذا قضى شافعي، بصحة بيع عقار وموجبه، لا يكون حكماً منه، بأنه لاشعة للجار، لعدم حادتها وكذا اذا قضى حنفي، لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار، وان كانت الشفعة من مواجبه، لان حادتها لم توجد وقت الحكم، ولا شعور للقاضي بها، وكذا اذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة، لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل: لعدم وقته، اهـ. وقال العلامة قاسم اما كون الحكم حادثة، فاحتراز عمالم يحدث بعد، كما لو حكم بموجب اجارة، لا يكون حكماً بالفسخ بموت احد المتواجرين، لانه لم توجد فيه خصومة، اهـ. قال الشيخ ابن عابدين وقد ظهر من هذا، ان المراد بالموجب هنا، الذي لا يصح به الحكم، هو ما لم يمس من مقتضيات العقد، فالبيع



الصحيح ، مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ؛ ودخوله في ملك المشتري ، واستحقاق التسليم والتسلم ، في كل من الثمن والمثمن ، ونحو ذلك ؛ فإن هذه ، وإن كانت من موجباته ، لكنها مقتضيات لازمة له . فيكون الحكم به ، حكماً بها ، بخلاف ثبوت الشفعة فيها للخليط ، أو للجار ، مثلاً ، فإن العقد لا يقتضي ذلك أي لا يستلزمه فكلم من بيع لا تطلب فيه الشفعة ، فهذا يسمى موجب البيع ، ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية أن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء وهو والمقتضى مختلفان ، خلافاً لمن زعم اتحادهما إذ المقتضى لا ينفك ، والموجب قد ينفك فالأول كالتقال للمشتري بعد لزوم البيع ، والثاني كالرد بالعيب ، والموجب اعم لأنه الأثر اللازم ، سواء كان ينفك ، أو لا فالموجب اعم ؛ ولا يصح الحكم بالموجب ؛ ما لم يكن حادثاً بأن وقع فيه الترافع ؛ والتنازع عند الحاكم ؛ فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه ؛ فحكم بموجب ذلك البيع كان حكماً بصحته . وبإقائه مقتضياته الشرعية ؛ التي لا تنفك عنه كملك المشتري المبيع ولزومه دفع الثمن ، ونحو ذلك بخلاف موجب المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة ، لعدم الحادثته قال في البحر ومما فرغته على أن قضاء المخالف ؛ إذا رفع الينا . فإننا نمضيه ، فيما وقع حكمه به ، لا في غيره ما لو قضى شافعي بينة ذي اليد على خارج نازعه ، ثم تنازع ذو اليد وخارج ، آخر عند حنفي ؛ فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعي من سماعها بناء على أن القضاء بالملك ؛ لا يكون قضاء على الكافة بل يقتصر على المقضي عليه ؛ وهو الخارج الأول . وإن كان مذهب الحاكم تعديه فلا تعرض لحكمه على الخارج الأول وأما الثاني فلم يقع حكمه عليه ؛ على مقتضى مذهبنا ومما فرغته لو حجر شافعي على سفيه ؛ بعد دعوى صحيحة ، ثم رفعت الينا حادثاً من تصرفاته ؛ فإننا نحكم بمذهب

ابي يوسف (١) ومحمد (٢) في الحجر على السفينة ؛ فإنهما وان وافقا الشافعي في اصل الحجر ؛ لم يوافقاه في انه يؤثر في كل شيء ؛ وانما يؤثر عندهما ؛ فيما يؤثر فيه الهزل ؛ فإذا تزوجت السفينة التي حجر عليها شافعي ولم يرفع نكاحها اليه ، ولم يبطله ، بل رفع الى حقيقي ، فله ان يحكم بصحته ، لو الزوج كفؤا ، على قولهما المقتى به ، ولا يمنعه مذهب الحاجر ، لعدم وجود حادثة التزوج وقت الحجر ، ولم تكن لازمة للحجر ، حتى تدخل ضمنا ، لقبول الانفكاك ، لجواز ان لا تتزوج المحجورة اصلا وقد توقف فيها بعض من لا اطلاع له على كلامهم . اهـ . قال الشيخ ابن عابدين ويعلم منه ؛ ما يقع الآن ؛ من وقوع التنازع في صحة الاجارة الطويلة عند قاض شافعي ؛ فيحكم بصحتها ، وبعدم انفساخها بموت ولا غيره ، فان عدم الانفساخ بالموت ، لم يصر حادثة وقت الحكم ، لان الموت لم يوجد وقته . فللحنفي ان يحكم بفسخ الموت ، كما اقتى به في الخيرية ، وذكر ابن الغرس (٢) من هذا القبيل ، ما لو وهب

(١) هو القاضي ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن خنيس ابن سعد بن حبة الانصاري وسعد بن حبة احد الصحابة رضوان الله عليهم روى عنه محمد بن الحسن الشيباني وشرب بن الوليد الكندي وعلي بن الجعد واحمد بن حنبل ويحيى بن معين ولم يكن في اصحاب ابي حنيفة مثله وهو اول من وضع الكتب في اصول الفقه على مذهب ابي حنيفة وأولى المسائل ونشرها وت علم ابي حنيفة في اقطار الارض . وحمل لباس العلماء متميزا عن لباس الناس . كان النهاية في العلم والحكم والرئاسة والقدر نال الحظوة عند الرشيد العباسي . واستقضى بغداد ؛ وتوفي عليه . ولد سنة ١١٣ وتوفي سنة ١٨٢

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني . حضر مجلس الامام ابي حنيفة سنين . ثم فقه على ابي يوسف وصنف الكتب الكثيرة للادارة ؛ منها الجامع الكبير والجامع الصغير . ونشر علم ابي حنيفة وكان من افصح الناس . جرى بينه وبين الامام الشافعي مجالس ومسائل يحضرة الرشيد . وكان الامام الشافعي يثني عليه . مولده سنة ١٣٥ - او سنة ١٣١ او سنة ١٤٢ وتوفي سنة ١٨٩

(٣) هو الشيخ محمد بن غرس . الحنفي المتوفي سنة ٩٣٢ - نظم بيتين لا اقبل بالتضاه . في اطراف القضية الحكمية وهما

ابنه وسلمه العين الموهوبه ، وقضى شافعي بالموجب ثم بعد مدة رجع  
الواهب في هبته ، وترافعا عند القاضي الحنفي ، فحكم بطلان الرجوع قال :  
وقد حصل التزاع في هذه المسألة بين اهل المذهبين ؛ يقال القاضي الشافعي  
حكم الحنفي باطل ، لاني حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندي . ان  
الاب يملك الرجوع ؛ والحكم في الخلافة يجعلها وفاية ، وقال القاضي الحنفي :  
الرجوع حادثة مستقلة ، وجدت بعد الحكم بمدة طويلة فكيف تدخل تحت  
حكمه وأجيب فيها بأن الموجب هنا . امور هي خروج العين من ملك  
الواهب ، ودخولها في ملك الموهوب له ، وملك الواهب الرجوع اذا كان أباً ،  
عند الشافعي ، وعدمه عند الحنفي ، فان كان التداعي عند القاضي ليس إلا في  
انتقال العين من ملك الواهب الى ملك الموهوب له . اقتصر القضاء بالموجب على  
ذلك ، فاذا كان القاضي الاول شافعيًا ، لا يصير كون الاب يملك الرجوع ،  
محكوماً به ، واذا كان حنفيًا ، لا يصير عدم ملكه ذلك ، محكوماً به فللقاضي  
الثاني ان يحكم بمذهبه ، اي لان الامر الاول لا يستلزم الامر الثاني في الثبوت .  
قال فتبين ان القضاء في حقوق العباد ، يشترط له الدعوى الموصلة له شرعاً ،  
على وجه يحصل به المطابقة ؛ إلا ما كان على سبيل الاستلزام الشرعي ، وليس  
للقاضي ان يتبرع بالقضاء بين اثنين ، فيما لم يتخاصما اليه فيه اهـ . وهو تحقيق  
تهنئيه الاصول المالكية كما استفاد ذلك مما نقلناه في الفصل السادس من  
النصوص . فينبغي اعتماده . وقد استفيد من هذه الاقوال ، ومما ذكرناه في الفصل  
المذكور ، ان الاعتبار يكون الصادر من القاضي حكماً ، او ليس بحكم ، انما هو  
في نظر القاضي الثاني اشراف لديه ، ويترتب على ذلك ، انه اذا كان الصادر من

---

اطراف كل قضية حكيمية \* ست يدوح بدها التحقيق  
حكم ومحكوم به وله وعه \* يحكوه عليه وحاكم وطارق

وشرح هذين البيتين شرحاً ساهم بالفواكه البدرية .

الاول ليس حكماً في نظر الثاني ان لهذا الثاني ان ينظر فيما نظر فيه الاول، ويصدر حكمه فيه ، بخلاف ما يراه الاول لانه والحالة ما ذكر يصير الصادر من الاول ، من المحكم المختلف فيه ، وهو لا يرفع الخلاف ، لا من الحكم المختلف فيه ، وهذا هو الذي يرفع الخلاف. قال البرهان ابن فرحون ، في تبصرته صفحة ٨٥ من الجزء الاول ، في فصل في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب ، ما نصه لا يتقضى الحكم بواحد منهما ، اذا صدر في محال الاجتهاد التي لا يتقضى الحكم فيها ، وانما استويا في ذلك. لتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة ، اما عاماً ، عند استيفاء الشروط ، او خاصاً ، بالنسبة الى المحكوم عليه بذلك ، فكما لا يرد النقض على الحكم بالصحة ، لا يرد على ما يتضمنها ، اذا اجزناه ، فأما اذا قلنا لا يجوز الحكم بالموجب ، مع عدم استيفاء الشروط ، فيكون الحكم قد وقع مختلاً والحكم المختلف فيه . غير الحكم بأمر مختلف فيه ، فيسوغ ، لمن لا يرى الحكم بذلك ، ان يتقضه ، إلا إذا حكم حاكم قبله ، بصحة الحكم الصادر بالموجب ، وكان الحاكم ممن يرى تسويغ الحكم بالموجب على الوجه المذكور ، فانه حينئذ لا يتقضى . اهـ . قال الشيخ اسماعيل التميمي في بعض اجوبته : ويشهد له مذهب ابن الماجشون في تقرير الحاكم الواقعة وحكمه بها ؛ ان ذلك لا يمنع المخالف من الحكم فيها . وقد تقدم كلامه آخر الفصل . فأرجع اليه .

وما ذكرناه ، من ان الحكم المختلف فيه ، ليس بحكم رافع للخلاف ، وللمخالف ان يحكم في الواقعة المرفوعة اليه بما يراه ، هو مذهب الحنفية ايضا . فقد ذكر ابن غرس الحنفي ، في اوائل الفصل السابع من الفوائد الفقهية ، ما نصه قالوا ، القضاء المختلف فيه . يحتاج ، في نفوذه على المخالف ، الى امضاء قاض آخر . الى ان قال : ومثاله ، قول القاضي « ثبت عندي كذا » اذا اراد به الحكم ، لا ينفذ على

المخالف ؛ حتى ينفذه قاضٍ آخر ؛ يرى انه حكم ؛ او يحكم بصحة طريقه .هـ .  
ولكون الحكم المختلف فيه ؛ لا يرفع الخلاف ؛ يحسن ؛ في بلد تعدد فيه  
القضاة ، وتختلف مذاهبهم ، كتونس ، ففيها قاض مالكي وقاض حنفي ، ان يلم  
القاضي بكثير من الجزئيات التي اختلفت المذاهب في كونها احكاما ، لئلا يلتبس  
عليه ما له ان يتاوله ، ويصدر فيه حكما بعد قضاء غيره ، مما ليس له تعاطيه ،  
لاجل القضاء المتقدم وحيث ذكرنا فيما سلف ، الحكم بالصحة والحكم  
بالموجب ، فقد راينا ان نذكر الحكم الضمني ، والحكم الفعلي ، عند الحنفية ؛  
ليوضح للقاضي المالكي ، الطريق السالمة . فأما الحكم الضمني ، عند الحنفية ،  
فهو عبارة عما دخل القضاء فيه ضمنا ، لا قصدا ؛ وهو قسيم للقولي ، لان القاضي  
لا يصرح فيه بشيء ، ولا يشترط فيه تقدم الدعوى والخصومة قال ابن نجيم (٢)  
في الاشباه القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة ، فإذا شهدا على  
خصم بحق ، وذكر اسميه ، واسم ابيه ، وجده . وقضي بذلك الحق ، كان قضاء  
بنسبه ضمنا . وان لم يكن في حادثة النسب وعلى هذا لو شهدا بأب فلانة  
زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا ، على خصم منكراً ، وقضى بتوكيدها ،  
كان قضاء بالزوجية بينهما ، وهي حادثة الفتوى ونظيره ١٠ في الخلاصة من  
طريق الحكم بثبوت الرضائية ، ان يعلق رجل وكالته فلان بدخول رمضان ،  
ويدعي بحق على آخر ، ويتنازعا في دخوله ، فتقام البينة على رؤياه ، فيثبت  
رمضان ضمن ثبوت التوكيل هـ . انظر حاشية ابن عابدين صفحة ٥٣٥

ومن الحلي ؛ ان هذا الحكم الضمني ؛ ليس حكماً عند المالكية ، وكيف يكون  
حكماً ، والنسب والزوجية ، عندنا ، في الفرعين اللذين قدما ؛ غير مشهود بهما ،  
كما تقدم في الباب الثاني . وحيث ذكرنا الحكم الضمني ، من قبيل الحكم المختلف

---

(١) هو زين الدين بن ابراهيم بن نُجَيْم المصري الحنفي صاحب الاشباه وانتظار  
والرسائل الزينية في فقه الحنيفة والفتاوي الزينية توفي بمصر سنة ٧٠٠ هـ .

فيها فللقاضي المالكي ؛ ان يحكم بعدم النسب في الفرع الاول ، وبعدم ثبوت الزوجية في الفرع الثاني ، اذا تروفع اليه فيهما . اما الفرع الثالث ، فقد تقدم في الفصل السابع عن البناني ؛ انه ليس يحكم بالملق عليه .

واما الحكم الفعلي عند الحنفية فهو عبارة عن فعل القاضي ، كتزويجه صغيرة لا ولي لها وشراؤه وبيعه مال اليتيم ، وقسمته العقار . ونحو ذلك . وهو كالحكم الضمني في استئنائه عن الدعوى . وبنوا على كون فعله حكما ، انه لو زوج القاضي اليتيم من نفسه او ابنه لم يجز ؛ لانه من باب القضاء لنفسه او ولده وهو باطل . واستثوا من كون فعله حكما ، مسألتيه . الاولى ان يأذن ولي المرأة القاضي بتزويجها فالتزويج هنا ليس حكما ، لانه فعله بطريق الوالده . الثانية ان يعطي فقيرا من وقف الفقراء فإنه لا يكون حكما وله اعطاء غيره .

هذا حاصل ما في الدر وحاشيته لابن عابدين . وقد تقدم في الفصل الخامس ، ان ذلك لا يكون حكما عند المالكية ، إلا اذا اقتضت هذه التصرفات فسخ عقود سابقة عليها القاضي وحيث فالحكم الفعلي من وادي الحكم المختلف فيها ، لا يكون رافعا للخلاف ولا مانعا قاضيا اخر من تغيير ما فعله القاضي الاول ، اذا ظهر موجب ذلك . كما تبين ان التقديم على الوقف ، وان كان من قبيل الحكم الفعلي عند الحنفية فليس حكما عند المالكي لان التقديم من التصرفات التي ليست بحكم ، كما قلناه عن القرافي في الفصل الخامس وحيث فهو حكم مختلف فيها لا يصد القاضي المالكي عن تغييره وابطاله . والتوقف في ذلك من ضيق الطعن .

## الفصل التاسع

في الأحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها  
وفي التحجير المقبول وغير المقبول  
وفي التخصيص في القضاء والأشتراط فيه

جواز تعقب احكام القضاة ، منوط بأحوالهم . لان القاضي اما ان يكون عدلا عالما ، اي مجتهدا ، ولو في المذهب ، واما ان يكون جائرا ، واما ان يكون مسخوطا في احواله ، لم يعرف بالجور في احكامه ، واما ان يكون عدلا جاهلا . (اي مقلدا) فأما القاضي العدل العالم ، فلا ينظر في احكامه على وجه الكشف والتعقب ، ويتقضى من احكامه ما خالف فيه قاطعا ، من نص كتاب او سنة او اجماع او قياس جلي ، واختلف في الخلاف الشاذ ؛ فقليل يتقضى القضاء فيه . وقيل لا يتقضى . قال ابن رشد ، في سماع عيسى لا خلاف في تقضى حكم من قبله . ان كان خطأ لم يختلف فيها وان اختلف فيه . لم يردده وقيل يردده ان كان شاذا ، وعن ابن الماجشون يرد وان كان الخلاف قويا مشهورا ان كان خلاف سنة قائمة .

وذكر خليل في مختصره ، فروعا يتقضى فيها قضاء العدل العالم ، غالبا مبني على ان الخلاف الشاذ يتقضى به الحكم ، وهي حكم القاضي باستسعاء العبد ، وشفعة الجار ؛ والحكم على عدوه . او بشهادة كافر ، او ميراث ذي رحم ؛ او مولى اسفل ؛ او بعلم سبق مجلسه ؛ او جعل البتة واحدة ؛ او انه قصد كذا فأخطأ بينه ؛ او ظهر انه قضى بعبدين او كافرين ؛ او صبيين ؛ او فاسقين ؛ او بشهادة رجلين احدهما من هذه الانواع ؛ فيما لا يثبت إلا بشاهدين . ولما كان اكثر هذه الفروع مبحوثا فيها ؛ رأينا تتبعها .

فأما الحكم باستسعاء العبد، المعتق بعضه، فيما بقي عليه، إذا كان المعتق عديماً، فهو مذهب بعض العلماء، والمذهب المالكي على استرقاق الباقى. ونقل الشيخ في النوادر عن ابن الماجشون أن الحكم بالاستسعاء، من الخطأ الذي يتقضى فيه الحكم. ونقل المازري عن ابن عبد الحكم أنه لا يرى التقضى في ذلك. وضعف المازري تقضى الحكم بالاستسعاء، لثبوت الاستسعاء في الحديث الصحيح

وأما الحكم بالشفعة للجار ففي نقضه قولاً ابن الماجشون وابن عبد الحكم. وضعف المازري تقضه.

وأما الحكم على العدو فحكى في التوضيح أنه لا خلاف في منعه قال واتفقوا على ذلك، واختلافهم في الحكم للقريب دليل على أن مانع العداوة أقوى من مانع القرابة. وقال ابن مرزوق مسألة الحكم على العدو، لا احفظ فيها خلافاً لعالم. فإن صح الإجماع عليها، فالتقضى فيها لمخالفة القاطع لا لشذوذ الخلاف.

وأما الحكم بشهادة أهل الذمة في الوصية في السفر، فمنصوصة، وتقلها ابن يونس والمازري وغيرهما ومذهب ابن الماجشون تقضى القضاء بذلك، ومذهب ابن عبد الحكم عدم التقضى واختار ابن حبيب ما لابن الماجشون واختار المازري وابن محرز مذهب ابن عبد الحكم. انظر شرح ابن مرزوق على المختصر.

وأما الحكم بتوريث ذوي الأرحام، فحكى في النوادر عن ابن الماجشون: تقضه، مع أن الخلاف في المسألة مشهور بين الصحابة والتابعين والإمامة، إذا لم يكن ثم وارث ممن أجمع عليهم من ذوي السهام والعصبة. ونقل المازري عن ابن عبد الحكم: عدم التقضى. ويعلم ضعف التقضى من قول ابن عبد البر قول ابن الماجشون لم يقله غيره.



واما الحكم بتوريث المولى الاسفل ، فهو قول ضعيف ، ذهب اليه بعضهم وجعله وارثا للاعلى ، اذا لم يكن له وارث ، وجهور العلماء على خلافه ، لحديث « الولاء لمن اعتق » وفي تقض الحكم بالتوريث ، مذهبا ابن الماجشون وابن عبد الحكم وسيأتي قريباً عن التوضيح ، في الحكم بأن البتة واحدة ما يقتضي ان اصل ابن القاسم ، موافقة ما ذهب اليه ابن عبد الحكم

واما الحكم بعلمه السابق عن مجلس القضاء ، فحكى ابن الحاجب في تقضه قولين قال في التوضيح والقول بأنه يتقضى ، لابن القصار ، ونحوه في الموازية . قال ابن راشد : وهذا القول هو الاصل ، والقول بعدم الفسخ حكاية ابن القصار عن بعض الاصحاب ، واختاره غير واحد ، لقوة الاختلاف في ذلك ، وهو عن الائمة ابي حنيفة (١) والشافعي (٢) وغيرهما

واما الحكم بأن البتة واحدة ، ففي التوضيح عن ابن القاسم تقض الحكم بذلك ، وقال ابن عبد الحكم لا يتقضى ذلك كائنا ما كان ؛ ما لم يكن خطأ بيناً ، والذي ذكر سحنون عن ابن القاسم ، انه لا يتقضى ما اختلف فيه . يلايم ما قال ابن عبد الحكم . اهـ . وظاهر كلام ابن مرزوق ، ان هذا الفرع مما اختار المازري وابن محرز فيه مذهب ابن عبد الحكم .

---

(١) هو ابو حنيفة النعمان بن ثابت رضي الله عنه الامام الاعظم المجمع على امامته وفضله . ادرك اربعة من الصحابة . وشهد له الامام مالك والامام الشافعي بحدثة النظر وقوة الورع والامامة في القياس . ولد سنة ٨٠ للهجرة وتوفي سنة ١٥٠ - لا يشك في ورعه وتحفظه الا من اعى الله بصيرته . صلى صلاة الفجر بوضوء العشاء اربعين سنة . وحفظ عليه انه ختم القراءات سبعة الاف ختمة ومناقبه وفضائله اكثر من ان تحصى .

(٢) هو محمد بن ادریس بن العباس بن عثمان بن شافع المطليبي المجمع على امامته وتقته في الكتاب والسنة ، واتقانه وحفظه للاحادیث ، وتمكنه من اللسان العربي ، حتى قيل بالاحتجاج بكلامه . كان رضي الله عنه اية في الحفظ حفظ الموطأ في تسع ايام ، وقيل في ثلاث ايام . ولد سنة ١٥٠ وتوفي في رجب سنة ٢٤٠ هـ .

وأما تقض الحكم الذي قصد ان يحكم بغيره ، فحكم به غلطا ، وقامت بيننا على ذلك عند القاضي الثاني ، فذكره ابن محرز وابن الحاجب ، وقال فيه القاضي ابن عبد السلام هذا مما يعسر ثبوته قال حلولو يريد ؛ لان القصد لا يطلع عليه الشهود لكن الشهادة بالفهم عاملة .

وأما تقض القضاء بظهور ان الشاهدين عبدان ، او كافرين ، او صيَّاب ؛ فهو مذهب مالك واصحابه واما النقض بظهور انهما فاسقان فهو مذهب ابن القاسم ومذهب اشهب عدم النقض ، واختلف قول مالك في المدوثة ، فقال في كتاب الشهادات ينقض ، وقال في كتاب الحدود لا ينقض ، وبه اخذ سحنون . وخرج الشيخ ابن عبد السلام الخلاف المذكور في العبدین ، قال اذا لم ينقضه في الفاسقين ، بعد علمه بفسقهما ، وهو لو علم بفسقهما قبل الحكم ؛ لما جاز له القوم باجماع فلأن لا ينقض في العبدین اولی وأحرى لاختلاف العلماء في جواز شهادتهما ابتداء . واعترضه الشيخ ابن عرفة ، بما هو غير متجه ؛ كما في شرح حلولو على المختصر .

قال ابن مرزوق فإن قلت ، كيف ينقض شيء من احكام العدل العالم وهي لا تتعقب اي لا تعرض للنظر فيها . قلت ؛ قد يطلع عليها بحسب الاتفاق ، او ترفع للقاضي ، بعد الاطلاع على وجوه النقض فيها وثبوتها . اهـ . ومن هذا المعنى ما نقله البرزلي في حاويه عن الشيخ ابن عرفة ، انه نزلت مسألة عام ٧٣٦ سنة وثلاثين وسبعمائة وهي مسألة الشيخ ابي عبد الله بن الحباب (١) كان حلم عليه ؛ قبل هذه المدة بنحو عشر سنين ، القاضي ابن عبد الرفيح ، في جنته استحقها منه بنو البسطي ، ايام تمكنهم من دولة الامير ابن يحيى ، فحكم عليه .

---

(١) هو محمد بن يحيى بن عمر المعافري المعروف بابن الحباب الاصولي الجدلي اخذ عن ابن زنون وأخذ عنه المقرئ وابن عبد السلام وابن عرفة ، وكان يثنى عليه ، ونقل عنه في مختصره ، توفي سنة ٧٤٩

في بناء احدث بها بعد خروجها من يد ابن البسطي ، احدثه القائد ابن يعقوب وكان بناء رفيعا فحكم عليه بقيمته منقوضا مقابروعا فلما تقلص ظل تمكن ابن البسطي طلب الشيخ ابن الحباب ، ان يجعل له مجلس ، ينظر فيه في الحكم المذكور فأمر به السلطان ؛ واجتمع بدويرة جامع الزيتونة كل من يطلق عليه اسم فقيه حقيقة او مجازا ، ورئيس المجلس حينئذ القاضي ابن عبد السلام ؛ وكان اعتذر للسلطان عن الحكم . أن شهادته تقدمت في المحاكم المذكور فصرف الحكم بينهما للقاضي الانكحة حينئذ . وهو الشيخ ابو محمد الاجمي (١) فقال لاهل المجلس ما تشهدون به من حال الفقيه ابي اسحاق ابن عد الرافع هل كان من قضاة العدل والعلم فقال جلهم هو من قضاة العدل والعلم فقال لهم اشهدوا علي بأني امضيت حكمه هذا . وكان ذلك بمحضر الشيخ ابن عبد السلام ؛ فلم يتعرض له في ذلك بسؤال ولا انكار ؛ فكان الشيخ ابن الحباب ينكر هذا الحكم ايضا ؛ ويحتج بأن القاضي العدل العالم ؛ ينظر في حكمه المعين البين الخطأ ، ولا ايبن من خطأ الحكم بقيمة البناء منقوضا في مذهب مالك ، ومن علم منه اتباعه وتقليده وسأل البرزلي شيخه ابن عرفته عن اعتذار ابن عبد السلام بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور هل هو صحيح فقال هو خطابة ، قصد بها صرفها عنه ، ولو بحكم لجاز ونقل هذه الواقعة ابن عرفة في مختصره وصاحب المعيار في الجزء العاشر صفحة ٧٦ من النطعة الفاسية .

---

(١) المظنون ان هناك شخصين يلقبان بالاجمي احدهما هذا الذي ذكره الشيخ ابن عرفة وقد تولى قضاء الانكحة خاصة . والثاني هو ابو عبد الله محمد الاجمي وقد كان احد علماء تونس وصلحائها . تولى قضاء الانكحة ثم خلف ابن عبد السلام في قضاء الجماعة . وقد كان من الفقهاء الاعلام . اخذ عن جماعة . واخذ عنه المقرئ وابن مرزوق الجد وابن عرفة وجماعة . توفي اثر ولايته قضاء الجماعة سنة ٧٤٩

واما القاضي الجائر ، فقل الشيخ ابو محمد في النوادر ان احكامه يرد جميعها ، وان كان فيها ما ظاهرة الصواب . قال ابن حبيب وهذا قول ابن القاسم وابن الماجشون ، وانفرد أصبغ بالقول بتصفح احكامه ، ومضي صوابها . قال ابن محرز المعروف لابن الماجشون ؛ في المجموعة والمبسوطا مثل ما لاصبغ لا يرد من اقصيته ؛ إلا ما عرف فيه الجور . وكذلك قال سحنون في كتاب ابنه ؛ في قاض عزل على جور ان الصواب من احكامه يمضي والخطأ والجور يفسخ قال العلامة ابن مرزوق بعد نقله ما ذكرناه وأكثر تأويلات المتقدمين ؛ ان لا يتقضى من احكام القضاة ؛ على اي حالة كانوا ؛ إلا الجور البين . وظاهر عموم قول المدونة « ولا يفسخ القاضي قضاء من قبله ؛ إلا ان يكون جوراً يئساً فريدة » . موافق لما ذكرناه . اهـ . وقال المتطي المشهور للملك ؛ وبه العمل فسخ احكام الجائر كلها . وقال عبد الملك ؛ في الثمانية لا يبطل إلا ما عرف الحيف فيه ؛ لا ما جهل امره منها ؛ لان في ذلك ضرراً على الناس ؛ في تقضى احكامهم ؛ وليس من قاض إلا وله اعداء . ونحوه في المبسوط وكتاب فضل ؛ (١) واختلف فيه قور سحنون انظر حلوله على المختصر .

واما المسخوط في احواله ؛ اذا لم يعرف بالجور في احكامه ؛ فقال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون هو كالجائر ؛ في فسخ احكامه ولا يمضي منها إلا ما علم صحة باطنه ؛ بالبينة العادلة . وقال اصبغ يجوز من اقصيته الخلفاء والامراء وقضاة السوء ؛ ما عدلوا فيه منها . ويتقضى ما تبين فيه جورهم وما استريب فيه منها ؛ يتصفح ؛ حتى يعلم حاله .

واما القاضي العدل الجاهل ؛ اي المقلد ؛ فلين جاء بعده ان يتصفح احكامه ؛

---

(١) هو فضل بن سلمة بن جرير الجبلي البجلي كان فقيها عالمًا بالوثائق له مختصر المدونة ومختصر الواضحة والموازية وكتاب جمع فيه الموازية والمستخرجة . توفي سنة ٣١٩

ويعضي منها ما كان غير جور . قال في التوضيح وحكى المازري رواية شاذة ان الجاهل تنقض احكامه ؛ وان كان ظاهرها صوابا ، لانه وقع منه من غير قصد ، اهـ . واختار اللخمي ، في الجاهل الذي لا يستشير العلماء . ان يرد من احكامه ما كان مختلفا فيه ، لان ذلك كان منه تخمينا وحدسا ، والقضاء بمثل ذلك باطل ، قال العلامة ابن مرزوق وما ذهب اليه اللخمي ، خلاف المنصوص ، ففي النوادر عن العتبية ، من قول يحيى بن يحيى (١) واذا كان ممن لا يهتم بجور ، ولا يقبل غير العدول ، وهو مجتهد ، غير انه جاهل بالسنن . لا يستشير العلماء ، ويقضي باستحسانه فهذا تصفح احكامه ، ويعضي منها ما كان صوابا في ظاهره ، وما خالف الكتاب والسنة فسخ ، لما عرف من جهالته ؛ وان حكم بمختلف فيه ، لم ينقض ، اهـ . قال ابن مرزوق قوله « وهو مجتهد » يعني يجتهد في اصابته الحق ، فيما يظهر له ، وليس من اجتهاد الفقهاء ، لفرضه انه جاهل بالسنن وقوله « لما عرف من جهله » . اهـ . ومحل قوله « اذا حكم بمختلف فيه لم ينقض » اذا لم يشترط عليه في ولايته ، ان يحكم بمشهور المذهب المنتسب اليه ؛ فان شرط عليه ذلك كما هو الحال عندنا بتونس ، فإنه ينقض ، متى خالف المشهور ، وما به العمل . وقد نبه على ذلك الشيخ حلولو في شرح المختصر . وقال صاحب العمل :

حكم قضاة الوقت بالشذوذ \* ينقض لا يتم بالنفوذ

ومن عوام لا تجز موافقا \* قولاً فلا اختيار منهم مطلقا

ومرادة بالشاذ . ما خالف المشهور وما به العمل ، وقد ظهر بما ذكرناه ،

ان احكام القضاة العدول المقلدين كقضائنا في هذه الازمنة ، يجوز تعقبها فما

(١) هـ ابو محمد يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي . اتهمت اليه رئاسة العلم بقرطبة .

سمع المواعظ من مالك ، غير الاعتكاف . وروايته اشهر الروايات تفقه به النبي وابن مزين

وابن وضاح وبقي بن مخلد . توفي سنة ٢٣٤ عن اثنتي عشرة وثمانين سنة .

يفعل اليوم عندنا بتونس ، من تعقب احكام قضاة الآفاق ، لدى قاضي الحاضرة ومشايع الشورى وهو المعبر عنه بالمجلس جار على صريح الفقه ولبابه ، وان عدم تعقب حكم قاضي الجماعة بالحاضرة ، إلا بعد الترخيص من الامير في ذلك ، انما هو امر رءاء اولو الامر ، في بلدنا اوفق بالمصلحة ، فستوه ولو شاءوا ان يجروا حكم قاضي الحاضرة مجرى احكام قضاة الآفاق ؛ في جواز تعقبه ، لكان ذلك جاريا على مقتضى الفقه (١) وهو الواقع في الديار المصرية والديار المغربية ففيها محاكم استينافية ، والاستدلال على فساد ذلك بقول المختصر الحلبي « ولا يتعقب حكم العدل العالم » باطل ؛ لان المراد بالعالم ، المجتهد ؛ وبالجاهل ، المقابل له ؛ المقلد قال البناني في حواشي الزرقاني واعلم ان المراد بالجاهل ؛ العدل المقلد ؛ كما فسره به ابو الحسن ؛ ويفيده كلام اللخمي . اهـ . وهو الذي صرح به ابن مرزوق .

واما التحجير غير المقبول فما كان في الاستقلال بالقضاء ؛ بأب يتوقف القاضي في الحكم على غيره . ففي المنتقى لابي الوليد الباجي لا يولى قاضيا فأكثر ؛ على وجه الاشتراك ؛ فلا يكون لاحدهما الانفراد بالنظر في قضية ؛ ولا قبول بينة ؛ ولا انقاد حكم . قال الشيخ ابو اسحاق في زاهيمه : والحاكم لا يجوز ان يكون نصف حاكم ؛ فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعا ؛ حكماً في قضية واحدة ؛ واما ان يستقضى في البلد قضاة ؛ ينفرد كل منهم بالنظر فيما يرفع من ذلك اليه ؛ فجائز . قال وعمل الامة من زمانه ؛ صلى الله عليه وسلم الى زماننا هذا لا يشرك اثنان في قضية . اهـ . قال المازري : غلا الباجي في السع حتى ادعى عليه الاجماع وقال لم يتفق هذا من زمنه ، عليه الصلاة والسلام ، الى زمننا ؛ وخاف من النقص عليه بالحكمين في الصيد ؛ والشقاق بين الزوجين ، فاشار الى انه لا مضرة في اختلاف الحكمين ، لانهما اذا اختلفا ،

---

(١) بعد صدور التأليف صار حكم قاضي الحاضرة يفتى وجاء بذلك مجلة المرافعات الشرعية الواردة الأهر العلى بالعمل بها المؤرخ في ٢٨ شوال ١٣٦٧ وفي ٢ سبتمبر ١٩٤٨

انتقل الى غيرهما وفي القاضين لا يمكن التنقل عنهما لانهما بولاية لا يصح التنقل بها ، بعد انعقادها ، واختلافهما يؤدي لتضييع الاحكام . قال المازري : وعندي انه لا يقوم دليل على المنع اذا اقتضت ذلك المصلحة ؛ ودعت اليه الضرورة ؛ في نازلة ؛ يرى الامام انه لا يثلج صدره ؛ وترفع فيه التهمة ؛ إلا بقضية رجلين . وقد ذكر الباجي انه قد ولي ؛ في بعض بلاد الاندلس ؛ ثلاثة قضاة على هذه الصفة ، ولم ينكره من كان في ذلك البلد من فقهاء . قال الشيخ ابن عرفة : منع الباجي وابن شعبان ، (١) انما هو في تولية قاضين ولاية مطلقة . لا في مسألة جزئية كما فرضه المازري . قلت ، لا يشكل على هذا ماجرى به الامر عندنا في تونس ، من الاحكام المجلسية التي لا ينفرد القاضي بالنظر فيها لانها مخرجة على إن القاضي مشروط عليه ان يشاور العلماء فيما يطلب فيه الخصوم مشاورتهم . على ان ابن شعبان اورد ذلك في القاضي المجتهد ، كما يدل عليه قول ابن عرفة في مختصره في ضمن حكاية ما تقدم « واختلافهما يؤدي لتضييع الاحكام ، والغالب اختلاف المجتهدين . وان كانا مقلدين فولاية المقلد ممنوعة . اهـ . » ففرض الكلام في المجتهدين . كما ترى فتأمل .

واما التحجير المقبول ، فما كان في انواع من القضايا ، كالتحجير على القاضي الحنفي عندنا في الحكم في الممارسة صحة وفساداً ، والتحجير على المالكي ، في الحكم بطلان الحس الخالي من الحوز صحة وفساداً او كان في الحكم على اشخاص معينين ولو بالنوع كالحكم على رعايا الدول الاجنبية ،

---

(١) هو ابو اسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري : انتهت اية رئاسة المالكية بمصر .

من تاليفه الزاهي في الفقه وكتاب احكام القراء وكتاب مختصر ما ليس في المختصر

توفي سنة ٣٥٥ وسنه فوق الثمانين

في غير استحقاق العقار. قال الشيخ ابن عرفة في مختصره الفقهي . ما نصه  
المازري يصح في ولاية القضاء التحجير ولو ولاية قضاء بلد ، إلا في رجل  
سماه صح ذلك اهـ . لكن قبول هذا التحجير مقيد بما اذا كان قبل النظر  
في القضية وتبين الحق فيها ، وإلا لم يقبل ففي النوادر عن الواضحة عن  
اصبح ان منع الامام قاضيه الحكم بين خصمين فان كان قبل ان تبين له الحق ،  
اطاعه ، وان كان بعد ان تبين ؛ فلينفذه ؛ إلا ان يعزله راسا . قال البرزلي في  
الحاوي وكثيرا ما يقع في زماننا ينهى الامير القاضي عن تمام الحكم في قضية  
او ينهاء عنها ابتداء مثل تحجيرة عليه ان يحكم على الاجناد . ايام الـ لـ لـ لـ  
فان كان قبل ظهور الحق ، عزل نفسه ، وبعد ظهوره يجب عليه السعي في تيممه  
ان امكن ، ولم تنشأ عنه مفسدة وان ضن انشاء المفسدة ، تركها وكان كالمكره  
على عدم انفاذ الحكم ، فلم مندوحة عند الله تعالى .

واما التخصيص بنوع من الاحكام فيجائز . ففي مختصر ابن عرفة ويجوز  
تولية قاضين بلد على ان يخص كل منهما بناحية من البلد ، او نوع من الحكم  
فيه لان هذه الولاية ، يصح فيها التخصيص والتحجير لو استثنى في ولايته  
ان لا يحكم على رجل معين ، صح ذلك . قال ابن فتحون وقد تنفرد القضاة  
في بعض البلاد بخطط المناكح ومتعلقاتها ، فيولاها على حدة . قال ابن عرفة :  
كما في بلدنا قديما وحديثا من تخصيص احدهما باحكام النكاح ومتعلقاتها على  
حدة . اهـ .

اما الاشرط على القاضي ان لا يحكم إلا بمذهب معين ؛ ففيه اقوال . الاول ،  
الجواز وصحة الولاية . وهو ظاهر ما نقل عن سحنون انه ولي رجلا ؛  
سمع كلام بعض العراقيين ، وشرط عليهم الحكم بمذهب اهل المدينة . قال  
المازري مع احتمال كون الرجل مجتهدا . وهو ايضا ظاهر نقل الساجي ان  
ك ٣٧



الولاية بقرطبة ، كانوا يشترطون على من ولي القضاء ، في سجله ، ان لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ؛ ما وجدته . الثاني ؛ المنع ، وفساد الولاية . وبما قال الطرطوشي ؛ (١) ووصف اشتراطه بأنه جهل عظيم . الثالث ، صحة الولاية ، وابطال الشرط ، كما هو احد الاقوال في البيع المصاحب لشرط فاسد : من ابطال الشرط وصحة العقد . الرابع ، ما نقله المازري عن بعضهم ان تاب على مذهب مشهور ، عليه عمل اهل بلده ، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب . وان كان مجتهدا اذاه اجتهاده الى الخروج عنه ، لتهمته ان يكون خروجه حيفا او هوى . وهذا القول عمل بمقتضى السياسة ، ومقتضى الاصول خلافه ؛ والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده . انظر مختصر ابن عرفته . وهذه الاقوال كلها في المجتهد . واما المقلد ، فيلزمه اتباع المشهور ، وما به العمل ، لثبت احكامه ، ويعلمو يوم القيامة مقامه ، اذ بذلك يتعلق من الاستقامة بالجلب المتين ، ويحشر في زمرة القضاة العادلين .



قال الفقير الى ربه محمد العزيز جعيط قد رأيت ان القبي هنا عصا التسيار ، وأربح القلم من نصب الاصحار ، اذ فيما سقته جملة وافية من المباحث الشريفة ، والتحقيقات الطلية اللطيفة ، التي لا يستغني عنها من رام التبصر والاضطلاع والوقوف من علم القضاء على يفاع ولا يجتبي جناها ويحتسي كاس حمياها غير الخريت الطويل الباع . ولست ادعي اني استويت . فيما اصطفيت ، على صهوة الابداع ، فضلا عن ادعاء الابتكار والاختراع ، وانما ادعي اني انتخب من تنف

(١) هو ابو بكر محمد بن الوليد القرشي القهري الطرطوشي الاسكندردي . صحب ابا الوليد الباجي ؛ وسمم من ابي بكر الشاشي وأبي محمد الجرجاني وأبي علي التستري . وأخذ عنه ابو بكر بن العربي والقاضي ابن سادة . وابو عبد الرحمان الاصيلي والقاضي عياض بالاجازة من تاليفه سراج الملوك وشرح رسالة ابن ابي زيد و . تاب في مسائل الخلاف . مولده سنة ٥١٤ . وتوفي بالاسكندرية سنة ٥٢٠

الدقائق ما هو تحفةً لبصائر ونزهة في الاسباح ، وذلت من العُصي ، وقُربت  
من القُصي ، ما كُشف اللثام ، من مخدرات تنام الاحكام ، وازال عن محيا ابكارها  
القناع ، وما قصدت بذلك إلا الاصلاح بقدر الاستطاعة . تقرأ بالعجز والتصور  
وقلة البضاعة . والله المسئول ان ينفع به قارئه وناظره ، وان يجعله من الاعمال  
المتقبلة في الدنيا والدار الآخرة . وكان الفراغ من تأليفه لسبع عشرة خلون من  
شهر ربيع الانور عام ستين وثلاثمائة والف .



# فهرس مواضيع الكتاب

( لما كان الكتاب ينقسم الى قسمين اولهما صيغ في صورة مواد اشتمات عا خلاصة الففه المحرر مما وقع بسطه تفصيلا في القسم الثاني. فان عناوين المواضيع كانت متحدة في القسمين. وقد وقع ترقيم صفحات القسم الاول بحروف ( ا ب ج د ) عوضا عن الارقام. اما صفحات القسم الثاني فقد وقع ترقيم بالارقام. ولاجل ذلك فسوف تذكر المواضيع في هذا الفهرس والى جانبها حروف تشير الى صفحة الكتاب من القسم الاول وارقام تشير الى صفحة الكتاب من القسم الثاني منه. )

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
مقدمة الطبعة الثانية من الكتاب		
مقدمة الطبعة الاولى من الكتاب	١	
الباب الاول في الدعوى والجواب والمدعي والمدعى عليه والآجال والاعذار والعقلة والتعجيز	٢	أ
الفصل الاول في الدعوى	٢	أ
المطلب الاول في حقيقة الدعوى	٢	أ
المطلب الثاني في كيفية القيام بالدعوى	٣	أ
المطلب الثالث في صفة القائم بالدعوى	٥	أ
الدعوى فيما فيه حق الله	١٢	
المطلب الرابع في شروط صحة الدعوى	١٢	د
المطلب الخامس فيما يلزم اشتمال الدعوى عليه اذا سأله المطلوب	١٩	هـ

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
المطلب السادس في تبعض الدعوى	٢٣	ز
المطلب السابع في اضطراب الدعوى	٢٤	ز
الفصل الثاني في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى	٢٧	ح
المبحث الاول في كيفية استدعاء المطلوب	٢٧	ح
المبحث الثاني في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب	٣٠	ح
المبحث الثالث في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار	٣٥	ي
المبحث الرابع في حضور المطلوب وجوابه بالانكار	٣٧	ك
المبحث الخامس في تعيب المطلوب بعد انشاب الخصام	٤٠	ل
المبحث السادس في غيبة المطلوب عن ايلالة القاضي	٤١	ل
الفصل الثالث في المدعي والمدعى عليه	٤٣	ن
المبحث الاول في بيان المدعي والمدعى عليه	٤٣	ن
مبحث الحيازة	٤٧	
المبحث الثاني في تكليف المدعي باقامة البينة فيقر ان لا بينة له	٥٢	ع
المبحث الثالث في تكليف المدعي باقامة البينة فيدعي ان	٥٦	ف
بيد المدعى عليه ما يفنيه عنها		
المبحث الرابع في تكليف المدعي باقامة البينة فيدعي ان له بينة	٦٠	ف
المبحث الخامس في الاعذار المترتب على حضور البينة	٦٣	ض
مبحث تعارض البيئات والترجيح بينها	٦٨	
المبحث السادس في العقلة	٧٥	س
المبحث السابع في التعجيز	٧٧	ت
الباب الثاني في مستند الحكم	٨١	ث

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
الفصل الاول في اليمين	٨١	ث
المبحث الاول في صيغة اليمين	٨١	ث
المبحث الثاني في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين	٨٢	ث
المبحث الثالث في مكان اليمين	٨٢	ث
المبحث الرابع في اقسام اليمين	٨٦	ذ
يمين التهمة	٨٦	
يمين انقضاء	٨٨	
يمين الانكار	٩٢	
اليمين المكملمة للنصاب	٩٧	
يمين الرغبة	٩٨	
القصل الثاني في الاقرار	١٠٠	أ ب
المبحث الاول في شروط صحته	١٠٠	أ ب
مبحث التوايح	١٠١	
المبحث اثنائي في الاقرار بنسب او وارث	١٠٣	ب ب
المبحث الثالث في الاقرار بالحسبية	١٠٦	ج ب
المبحث الرابع في الاقرار بالمجمل	١٠٧	ج ب
المبحث الخامس فيما يقبل فيه رجوع المقر عن اقراره	١٠٨	د ب
الفصل الثالث في الابراء	١١٢	د ب
الفصل الرابع في الاسقاط	١١٨	ه ب
مسألة اسقاط الشفعة	١١٩	
مسألة اسقاط الميراث او هبته	١٢٠	

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
مسألة اسقاط المراءة عن زوجها شرط ان تزوج عليها	١٢١	
او اخرجها من بلدها فأمرها بيدها		
مسألة اسقاط المراءة عن زوجها نفقة المستقبل	١٢٢	
مسألة اسقاط المراءة حقها في الحضنة	١٢٢	
مسألة اسقاط المستحق حقه في الحبس	١٢٣	
الفصل الخامس في الالتزام	١٢٦	ر ب
المبحث الاول في الالتزام المطلق	١٢٦	ر ب
مسألة ائتزام الانفاق	١٢٦	
مسألة التزام الزوج لزوجها انفاق اولادها	١٢٧	
مسألة الخلع على التزام مئونة الحمل	١٢٨	
مسألة التزام الموصي عدم الرجوع في وصيته	١٢٩	
المبحث الثاني في الالتزام المعلق	١٣٢	ط ب
الفصل السادس في الشهادات	١٣٧	ك ب
المبحث الاول في شروط قبول الشهادات وذكر مواضعها	١٣٧	ك ب
مانع القرابة	١٣٨	
مانع العداوة	١٣٩	
مانع الحرص على الاداء وفيه تحقيق نقيض لابن مرزوق	١٤١	
مبحث الحرص على التحمل . وفيه شهادات المختفي	١٤٤	
مانع الاستبعاد . وفيه مبحث ما لا يقبل فيه الشهادة الاسترغائية	١٤٦	
المبحث الثاني في تقسيم الشهادات الى اصلية واسترغائية	١٤٩	ك ب
وما يلزم في كل منهما		

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
مبحث التعريف	١٤٩	
مبحث تقرر التعريف	١٥٠	
مبحث ما يصلح للاحتجاج به وما لا يصلح في الشهادات الاصلية	١٥١	
مبحث معاينة الرسوم على ما به العمل التونسي	١٥١	
مبحث ما يدل عليه قول الموثق بحال صحة وطوع وجواز الامر	١٥٤	
مبحث بيان مستند العلم في الشهادات الاسترعائية	١٥٥	
ما يلزم في بينة الارائة	١٥٥	
ما يلزم في بينة الملك	١٥٧	
مبحث الاجمال في الشهادات الاسترعائية	١٦٠	
مبحث التزكية	١٦٢	
المبحث الثالث في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ	١٦٥	ص ب
المبحث الرابع في قبول غير العدول من الليف في البيئات الاسترعائية والفرق بين ما عليه عملنا وما عليه عمل اهل فاس	١٧١	ع ب
مبحث استفسار الشهود وما عليه عمل تونس وعمل الفاسيين	١٧٥	٠
المبحث الخامس في الشهادة على الخط	١٧٨	ف ب
مبحث شهادة الشاهد على خط نفسه وما به العمل التونسي قديماً وحديثاً وما عليه عمل فاس	١٧٨	
مبحث الشهادة على خط الميت او الغائب	١٧٩	

مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
مبحث الشهادة على خط المقر بشيء ثم ينكر انه خطه	١٨٤	
حكم الوصية المكتوبة بخط الموصي	١٨٧	
المبحث السادس في ( الشهادة على الشهادة وهي ) شهادة النقل	١٨٩	ر ب
المبحث السابع في العمل بالنسخ والمضامين	١٩٠	ر ب
مبحث اخراج النسخ	١٩٣	
كيفية الخطاب على النسخ	١٩٥	
مبحث المضامين	١٩٧	
المبحث الثامن في اقسام الشهادة باعتبار ما توجيه	١٩٨	ت ب
مسائل ما يثبت بالشاهد واليمين وما لا يثبت في الوصية	١٩٨	
والوقف والنكاح والميراث		
مبحث افتقار البيعة الشاهدة بظاهر الحال الى اليمين	٢٠١	
استظهاراً على باطن الامر		
المبحث التاسع في شهادة السماع	٢٠٢	ث ب
المبحث العاشر في الشهادات الناقصة	٢٠٩	ذ ب
الباب الثالث - الفصل الاول في معنى الحكم والفتوى	٢١٤	ذ ب
والثبوت والتفويض		
الفصل الثاني في خطاب القضاة	٢٢٦	ظ ب
المبحث الاول في حقيقة الخطاب وانواعه	٢٢٦	ظ ب
المبحث الثاني في فائدة الانهاء	٢٣٢	ش ب
المبحث الثالث في العمل بالخطاب اذا مات او عزل المخاطب	٢٣٣	ش ب
المنهي او المخاطب المنهي اليه		



مواضيع الكتاب	الارقام	الحروف
الفصل الثالث في ضابط ما يفتقر للحكم	٢٣٥	ش ب
الفصل الرابع فيما يحصل به الحكم وفيه تحقيق نقيس للشيخ اسماعيل التميمي	٢٤١	أ ج
الفصل الخامس في تصرفات الحكام التي ليست حكماً ولغيرهم من الحكم تغييرها والنظر فيها	٢٤٦	أ ج
الفصل السادس في بيان المواضع التي يكون الحكم فيها جزئياً والمواضع التي يكون الحكم فيها كلياً وفيه رسالة للشيخ يوسف جعيط	٢٤٩	ب ج
الفصل السابع في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالاً او تضمناً وفيه تعقيبات كثيرة على ابن فرحون	٢٦٢	ب ج
الفصل الثامن في معنى الحكم بالصححة واليحكم بالموجب والحكم المختلف فيه وبالمختلف فيه. وفيه بيان الحكم الضمني والحكم الفعلي عند الحنفية وحكهما عند المالكية	٢٧١	ب ج
الفصل التاسع في الاحكام التي يجوز تعقبها وفي التحجير المقبول وفي التخصيص في القضاء وفي الاستراط فيه	٢٨٠	د ج
خاتمة الكتاب	٢٩٠	
فهرس مواضيع الكتاب	٢٩٢	
فهرس التراجم التي اشتملت عليها الهوامش	٢٩٩	
جدول الخطأ والصواب	٣٠٧	

# فهرس التراجم الواردة في هواش الكتاب

مرتبة بحسب الاسم الذي اشتهر به صاحب الترجمة

صفحة	حرف الالف	صفحة	حرف الالف
١٢٩	ابراهيم بن حسن بن	١١	ابن حمديس
	اسحاق التونسي ( ابو	٢٤١	ابن حيدرة
	اسحاق التونسي )	٣٥	ابن دينار
٧٩	ابراهيم اللقاني	٣٩	ابن راشد القفصي
١٨	الابسي	٥٧	ابن رحال
١٥٧	ابن ابي جمرة	٣٦	ابن رشد
٩٤	ابن ابي زنين	٧٦	ابن زرب
٥٧	ابن ابي زيد القيرواني	٩٢	ابن زرقون ( الحد - محمد
١٠٧	ابن الباجي		بن سعيد )
٢٣٥	ابن البراء ( ابو علي عمر	٩٢	ابن زرقون ( الحفيد - محمد
	بن البراء التونسي )		بن عبد الله بن محمد
٢٣٥	ابن البراء ( ابو القاسم علي		بن سعيد )
	بن عبد العزيز بن	١٥٣	ابن زيتون
	البراء التنوخي المهدي)	٦	ابن الطاهر
٥	ابن بقي	٩٤	ابن الكاتب
١٣٠	ابن بشير	٣٨	ابن كنانة
٥٦	ابن الجلاب	١٦٨	ابن لب ( ابوسعيد )
٥٥	ابن الحاج	١٠	ابن لبابة
٧٥	ابن الحاجب	٣٥	ابن الماجشون
٢٧	ابن حارث	٢٠٩	ابن محرز
٢٨٣	ابن الحباب	٨	ابن مرزوق ( الحفيد )
٨٨	ابن حبيب	٨٧	ابن الملوي

صفحة	حرف الالف	صفحة	حرف الالف
١١	ابن عتاب	٨	ابن المناصف
٢١٦	ابن العربي ( القاضي ابو بكر )	١٨٤	ابن منظور
١٨٠	ابن عرضون	٩٨	ابن مغيب
٤١	ابن عرفة	٦٨	ابن المواز
٧٦	ابن العطار	٦	ابن ناجي
٣٦	ابن علوان ( احمد )	٨٣	ابن الناظم ( ابن ناظم التحفة ، ابو يحيى محمد بن ابي بكر بن عاصم )
٣٦	ابن علوان ( عمر )	٩٢	ابن نافع ( عبد الله بن نافع مولى بنسي محزوم المعروف بالصائع )
٣٦	ابن علوان ( محمد بن احمد )	٩٢	ابن نافع الاصغر ( عبد الله ابن نافع الزيري )
١٨٢	ابن عصفور	٢٧٨	ابن نجيم
١٢٢	ابن غازي	١١٦	ابن الضابط
٢٧٥	ابن غرس	٢٧٢	ابن عابدين
٤٧	ابن قنوح	٤	ابن عاصم ( صاحب التحفة ابو بكر محمد بن عاصم )
١٢٣	ابن الفخار	٨٣	ابن عاصم ( ابن ناظم التحفة ابو يحيى محمد بن ابي بكر محمد بن عاصم )
٧	ابن فرحون	٩٣	ابن عبد البر
٢٣	ابن القاسم	١٣٧	ابن عبد الحكم
١٨١	ابن قداح	٥٣	ابن عبد الرافع
٥٨	ابن القطان ( احمد بن عيسى القرطبي )	٣٣	ابن عبد الصادق الدكالي
٥٨	ابن القطان ( علي بن محمد بن عبد الملك المكناسي )	٦٠	ابن عبد الستار البحري
٤٣	ابن قليل الهم	٤٢	ابن عبد السلام
٢٤١	ابن القصار البغدادي		
٢٢	ابن سحنون		
٢٣٧	ابن سراج		
١٧	ابن سلامة		
٢٩	ابن سلمون		

حرف الالف	صفحة	حرف الالف	صفحة
الاجهوري ( علي بن زين	١٠٧	ابن سهل	٦
العابدين)		ابن سودة	٥٦
احمد بن محمد القلشاني	٤٦	ابن الشاط	١٢٢
احمد بن محمد الشداقي الفاسي	٩٢	ابن شاس	١٣١
احمد بن نصر الداودي	١٣	ابن شعبان	٢٨٨
الاسدي		ابن هارون	٣٣
احمد بن نصر الهواري	١٣	ابن الهندي	٦
احمد بن عبد الرحمن بن	٨٥	ابن وضاح	١٠٨
عبد الله الخولاني		ابن وهب	١٢٠
القيرواني		ابن يونس	٢٥
احمد بن علوان	٣٦	الابري	١٠٨
احمد بن عيسى المعروف	٥٨	ابو ابراهيم التجيبي	٨٣
بابن القطان		ابو اسحاق التونسي	١٢٩
احمد بن يونس القسنطيني	١٢٩	ابو بكر بن عبد الرحمن	٨٥
الامام ابو حنيفة	٢٨٢	ابو حنيفة (الامام الاعظم)	٢٨٢
الامام مالك امام دارالهجرة	٢٥	ابو الحسن الصغير	٨٩
الامام الشافعي	٢٨٢	ابو صالح (ايوب بن سليمان	٦٢
اصبغ	٣٠	المعافري القرطبي)	
الاصيلي	٩١	ابو المطرف (عبد الرحمن	١٥٨
اسحاق بن ابراهيم بن -بن	١٦٦	بن مروان القنازعي	
مسرة التجيبي		القرطبي)	
اسماعيل التميمي	٦٠	ابو عمران الفاسي	٩٤
اشهب	٢٢	ابو سعيد بن لب (الاستاذ)	١٦٨
		ابو يوسف (القاضي ابو	٢٧٥
		يوسف صاحب الامام	
		ابو حنيفة)	
		الاجمي (ابو محمد)	٢٨٤
		الاجمي (ابو عبد الله محمد)	٢٨٤
حرف الباء			
الباحي (ابو الوليد الباحي			
القاضي)	١٤٢		
الباحي (محمد بن احمد بن	١٠٧		

حروف الباء والتاء والحاء	صفحة	حروف (ح - خ - د - ر - ز)	صفحة
عبد الله المعروف بابن الماجي (		حرف الحاء	
البحري بن عبد الستار	٦٠	الخطاب	١٤
البحيري التونسي	١٤٧	حلولو	٣٢
البراذعي	٨٩	حمدة الشاهد	١٩٦
البدر القرافي	٤٠	حسن الشريف	٧
البرزلي	٩	الحوفي	١٢٩
البرهوني	٤	حرف الحاء	
البرقي	٢٠	خلف بن مسلمة بن عبد الغفور	٨٩
البطرني	٥٥	خليل (صاحب المختصر)	٢٥
المطيدوسي	٨٠	الحضار (محمد المفتي التونسي)	٢٣٠
الملقيني	٢٦٢	حرف الدال	
البناني	٣٦	الدكالي (ابن عبد الصادق)	٣٣
البساطي	١٤	حرف الراء	
بهرام	٤٢	الرماسي (مصطفى)	٣٥
البو سعدي	٦٢	الرصاع	٤٩
حرف التاء		الرعيني	٣٨
التاودي	٤	الرهوني	١٤
التحبيبي (ابو ابراهيم)	٨٣	حرف الزاي	
التسولي	١٧	الزرقاني (عبد الباقي)	٣٨
حرف الجيم		الزندیوي التونسي	١٤٧
الجزيري	١٥٦		
الجزولي	١١٥		
الجلاب	٥٦		
الجنوي	١٤		
جسوس	٦٩		

حرف الميم	صفحة	حروف الطاء واللام والميم	صفحة
محمد بن الحسن الشيباني (صاحب ابي حنيفة)	٢٧٥	الزعيبي	٧٤
محمد بن محمد المشدالي البعثاني	١٢٢	الزقاق	٤
محمد بن علوان	٣٦	<b>حرف الطاء</b>	
محمد النجار	٢٥٥	الطاهر بن عاشور (الجد)	١٩٦
محمد العربي الفاسي	١١٦	الطرابلسي	٢١١
محمد عظوم (صاحب الدكانة)	٤٦	الطرطوشي (ابوبكر)	٢٩٠
مطرف	٣٥	<b>حرف اللام</b>	
المنجور	٤٦	الدؤلوي	١٠٤
مصطفى الرماصي	٣٥	الدخمي	٣٦
المغربي (علي بن عبدالحق)	٨٩	اللقاني (ابراهيم)	٧٩
الزروبي ويعرف بابي الحسن الصغير)		اللقاني (الناصر)	٧٩
المغيرة (بن عبد الرحمن المخزومي المدني)	١٧٨	اللقاني (شمس الدين)	٨٩
المغيلي	١٠٥	<b>حرف الميم</b>	
المقري	٨٧	المازري	١٤
مسلم (صاحب الصحيح)	١٨	مالك بن انس (امام دار الهجرة)	٢٥
المسناوي	٥٤	المنيطي	٥
المشدالي (محمد بن ابي القاسم)	١٢٢	المحجوب (محمد بن قاسم المحجوب)	١٤٦
المشدالي (محمد بن محمد بن ابي القاسم)	١٢٢	المحجوب (عمر بن قاسم المحجوب)	٣١
المشدالي (عمران بن موسى شيخ المقري)	١٢٢	المشدالي (محمد بن ابي القاسم المشدالي البعثاني)	١٢٢
المشدالي (الفضل بن محمد ابن ابي القاسم)	١٢٢	محمد بن ادريس الشافعي (الامام)	٢٨٢

حرف العين والغين والفاء	صفحة	حروف النون والصاد والعين	صفحة
عظوم (محمد، صاحب الدكّانة)	٤٦	مهدي الوزاني	٢٢
عظوم (قاسم ، صاحب برنامج الشوارد)	٧	المواق	٢٥٣
العلمي	١٥٦	ميسارة	٤
علي بن عبد الملك المعروف بابن القطان المكناسي)	٥٨	حرف النون	
عمران بن موسى المشدالي (شيخ المقرئ)	١٢٢	الناصر اللقاني	٧٩
عمر بن محمد القلشاني	١٣٠	النعمان بن ثابت (الامام ابو حنيفة)	٢٨٢
عمر بن علوان	٣٦	حرف الصاد	
عمر الفاسي	١٦	الصائغ (عبد الحميد)	١٢٩
عمر بن الشيخ	٢٥٤	حرف العين	
العقباني	١٠١	عبد الله بن ابي زيد القيرواني	٥٧
عياض (القاضي)	١٠	عيد الحميد الصائغ	١٢٩
عيسى بن دينار	٣٥	عبد الحق ( بن محمد بن هارون السهمي	١٤٥
حرف الغين		القرشي العقلي)	
القبريني (ابومهدي عيسى)	٤٩	عبد الرحمن الفاسي	١٢
القبريني الاكبر (احمد ابن احمد)	١١٣	عبد الملك بن حبيب	٨٨
القبريني الاصغر (ابو القاسم احمد بن احمد ابن احمد)	١١٣	عبد القادر الفاسي	٥٦
الغرناطي	١٦٠	العبدوسي	٢٤
حرف الفاء		عبد الوهاب بن نصر (القاضي)	٢٤٠
الفاسي (ابو عمران)	٩٤	العتبي	٢٩
الفاسي (محمد العربي)	١١٦	العربي الفاسي	١١٦

حروف القاف والسین والشین	صفحة	حرفا الفاء والقاف	صفحة
القسنطيني (ابو الفضل	١٢٩	الفاسي ( عبد الرحمن )	١٢
قاسم القسنطيني الوشاتي		الفاسي ( عبد القادر )	٥٦
( التونسي )		الفاسي ( عمر )	١٦
القسنطيني (احمد بن يونس	١٢٩	الفضل بن محمد بن ابي	١٢٢
القسنطيني التونسي)		القاسم المشذالي البجائي	
القوري	١٧٢	فضل بن سلمة	٢٨٥
❦		الفتالي	١٦٥
<b>حرف السين</b>		<b>حرف القاف</b>	
السبكي	٢٢١	القاضي ابو يوسف	٢٧٥
سراج الدين البلقيني	٢٧١	( صاحب ابي حنيفة )	
سخون	٨	القاضي عبد الوهاب	٢٤٥
السطي	٢٣٤	( بن نصر )	
السجلهاسي (محمد بن ابي	٨٢	القاضي عياض	١٠
القاسم)		قاسم عظوم ( صاحب	٧
السجلهاسي ( محمد بن	١٢	البرنامج )	
قاسم )		قاسم القسنطيني ( ابو الفضل	١٢٩
السوسي (صاحب لقط	٢٤	قاسم القسنطيني	
الدر)		الوشاتي التونسي )	
السيوري	٤٢	القباب	١٦٩
❦		القرطبي (احمد بن عمر	٥١
<b>حرف الشين</b>		ويعرف بابن المزين)	
الشاذلي بن صالح	١٢	القرافي (بدر الدين)	٤٠
الشافعي (الامام)	٢٨٢	القرافي (شهاب الدين)	٢٦
الشيبي البلوي القيرواني	١٤٨	القلشاني الحفيد (احمد بن	٤٦
الشداوي (احمد بن محمد	٩٢	محمد)	
الشداوي الفاسي)		القلشاني الجد (محمد بن محمد)	١٣٠
الشلوبين النحوي	١٨٢		



حرفا الواو والياء	صفحة	حرفا الشين والهاء	صفحة
الوانشريسي	١٠	شمس الدين اللقاني	٧٩
الوانوغي	٦٢	الشعبي (المالتي الفقيه)	١١
		الشهاب القرآني ( شهاب الدين )	٢٦
حرف الياء			
يحيى بن يحيى الليثي	٢٨٦		
يعيش الشاوي	٢٠٩	حرف الهاء	
يوسف جعيط	٢٥٤	هشام بن احمد	١١



# فهرس الخطأ والصواب

نشير الى ما يوجد من خطأ في العوامش بعلامة \* نضعها بجانب كل خطأ  
وارد في هذا الجدول تابع لهوامش الكتاب

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
ويان	ويان	٢	٥
اكثر	اكثر	١٥	ر
فيقضى	فيقضى	١٤	ح
والغيبية	والغيبية	٢٠	٢
وحيازته له الحيازة ...	وحيازته له له الحيازة	٤	ع
او شهد غيرهم	او شهد غيرهم	١٣	ض
على البينة ذات الشاهد واليمين	على البينة ذات الشاهدين واليمين	٢	ر
يجلب	يجلف	٧	خ
يقبل	يقبل	٥	دب
فان حيز قبل حصول المانع	فان حيز قبل حصول المانع	١٣	دب
صح وإلا بطل	وإلا بطل		
المبريء	المبريء	٥	هب
غير صحيحة	غير صحيحة	٤	فب
بوسم	بوسم	١٤	فب
فاكثر	فاكثر	١٣	خب
الخطاب	الخطاب	١٢	ش ب
ألفي خطأ	ألقي خطأ	٩	دج
واغتنام	واغتنام *	٨	٨
'فدون'	'فدون' *	٨	١٠
وانما	وانما	٢	١١
الميع	الميع	٢	١٣

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
كأن	كان	٥	١٥
او يوكلوا	ويوكلوا	٢٠	٢١
ولا ينتم	ولا ينتم	١٥	٢٣
ترجع	ترجع	٣	٢٤
المعيار	العيار	٢	٢٥
بالامامة	بالامامه	٨	٢٥
ثلاث مرات	ثلاثة مرات	١٣	٢٨
اجزاء	احزاء	٥	٣٠
وأشهب	وشهب	٩	٣٠
توفي	تووفى	٨	٣٨
وأخذ	وأخذ	٨	٣٩
المقر	لمقر	١١	٣٩
للمشكي	للمشكي	٧	٤٠
ألد	الد	٤	٤١
سنة ٤٦٠	سنة ٤٦	٣	٤٢
لانها مدعية خلاف الاصل	لانها مدعية. خلاف الاصل	٢٠	٤٤
وادعى الطيب الخطأ	وادعى الطيب الخطأ	٢	٤٥
خطأ	خطئاً	٣	٤٥
المدعي	المدعى	٣	٤٦
شاهدة للحائز	شاهدة للحائز	١٥	٤٧
المساوي	المساوي	١	٥٤
فلا توجه	فلا توجه	١٠	٥٥
لتصفح	لتصفح	١٦	٥٦
المالكي	المالكي	٥	٥٧
وسم	وسم	٢	٥٨
ولتي	ولتي	١٢	٦٢
استفيد	استفيد	٤	٦٦
اصحابنا	صحابنا	٤	٧١

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
رحلة	رحلة ⊗	٥	٧٦
وجنة	وحنة ⊗	٣	٨٣
وخير	وخير	١١	٨٤
الاول	لاول	٢٢	٨٦
(سأط من ذيل هذه الصفحة (الهامش الذي يتضمن ترجمة ابن رشيد ونصه (١) - هو محمد بن عمر القهري (السي يرف بابن رشيد. مولده سنة ٦٥٧ وتوفي بفاس سنة ٧٢١			٩٥
التسولي	الثولي	٧	٩٧
ابي الفداء	ابي الفداد	٤	٩٩
فيصير	فبصير	٩	١٠٢
ويكون	ويكتن	١	١٠٤
سئل	سئل	١٦	١٠٧
وما لا يليق	وما يليق	١	١٠٨
تأخذه	تأخذه	١١	١٠٨
باطل	باطل	١٢	١٠٩
كالسفر	كالسقر	١٣	١٢٠
الريم	الريم	١٧	١٢٤
يقضى به	يقضي به	٩	١٣٦
على ابيه	على بيه	١١	١٣٨
زوال	روال	١٦	١٤٠
يحتج	بحتج	١٥	١٤٢
قاسما	قاسم	١	١٤٧
جائز الامر	جائر الامر	٨	١٥٤
يصح	تصح	١٧	١٦٠
بالعدالة	العدالة	٢٢	١٦٢

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
عَدِلَ	عَدَل	٥	١٦٤
فَعَجَزَ	فَعَجِرَ	١٠	١٦٤
عِرْفَةٌ	عِرْفَةٌ	١٣	١٦٦
قَيْلَهُ	قَيْلَهُ	٢٠	١٧٠
وَيَشْتَرِطُ	وَيَسْتَرِطُ	٥	١٧٣
أَوْ لَوْ نَهَمَ	أَوْ كَوْنَهُمْ	٦	١٧٤
قَيْدٌ	قَيْدٌ	٨	١٧٩
رَبْمَا	رَبْمَا	٢٠	١٨٠
قِضَاةٌ	قِصَاةٌ	٧	١٩١
شَرَحَ	شَرَحَ	١٦	١٩١
يَأْتِي	يَأْتِي	١	١٩٢
فَاسْتَظْهَرَ	فَاسْتَظْهَرَ	٢٢	١٩٢
كَمَا إِذَا شَهِدُوا	كَمَا إِذَا شَهِدُوا	٢١	١٩٣
الْمَالُ	الْمَالُ	٥	١٩٤
التَّسْوِيلِي	التَّسْوِيلِي	١٥	١٩٤
التَّشَاجِرُ	التَّشَاجِرُ*	٢	١٩٤
مَوْجُودًا	مَوْجُودًا*	٣	١٩٣
فِي ثَالِثَةِ غُرُرٍ كَبِيرَةٍ	فِي ثَالِثَةِ غُرُرٍ كَبِيرَةٍ*	٥	١٩٦
أَنْ رَضِيَ	أَنْ رَضِيَ	١٢	١٩٦
يَتْرُكُ	بِتْرُكٍ	١٨	١٩٧
فَتَعْمَلُ	فَتَعْمَدُ	٨	١٠٦
يَسْتَقِنُ	يَسْتَقِنُ	١٥	٢١١
الْأَحْوَذِي	الْأَوْذِي*	٢	٢١٢
لِلْقَاضِي	لِلْقَاضِي	١٢	٢٢٠
نَسَخْتُمْ مِنْ حُكْمِهِ؛ وَنَهَيْهِ إِلَى	نَسَخْتُمْ مِنْ حُكْمِهِ؛ وَنَهَيْهِ	٣	٢٢٤
شَيْخِ الْمَدِينَةِ؛ أَوْ عَامِلِ الْحِجَةِ	إِلَى الْمَدِينَةِ أَوْ عَامِلِ الْحِجَةِ*		
بَيْنَتَا	بَيْنَتَا	١	٢٣٠

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
اسماعيل التميمي؛ والمفتي	اسماعيل التميمي؛ المفتي*	٢	٢٣٠
المنهي اليه	المنهي اليه*	٩	٢٣٠
بكتاب	كتاب	٤	٢٣٤
توفي	وتوفي*	٤	٢٣٧
وابن الحلاب	وابن الحلاب*	٢	٢٤٠
مئات	مئات	١١	٢٤٧
حكما	حكمة	١٥	٢٤٨
التعزيز	التعزير	١	٢٤٩
يعني	بغني	١٦	٢٥١
الفسخ	الفسح	٢٠	٢٥٢
ينظر	ينظر	١٠	٢٥٢
١٣٣١	١٣٣٠	٣	٢٥٥
جامع	حامع	٦	٢٥٥
يخبر	يخير	٩	٢٥٦
وحكم	ووحكم	١١	٢٦٤
تعا	سعا	١٢	٢٦٤
لاعتقاده	لاعتقاده	١٤	٢٦٤
كما تقدم	كما تقدم	٢٠	٢٦٦
يستلزم	يستلزم	١	٢٦٩
الطريق، وذلك مظنة لتوهم	الطريق، وذلك مظنة لتوهم	١٢	٢٦٩
لهما	سهما	١٤	٢٦٩
التعديل	التعديل م	١٤	٢٦٩
المغايرة	المغايرة	١٠	٢٧٠
بينهما	بينهما	٣	٢٧١
كاتقال الملك للمشتري	كاتقال للمشتري	٨	٢٧٤
يتين	يتين*	١٣	٢٧٥
من الحكم	من المحكم	٣	٢٧٧
وقضي بتوكيلها	وقضي بتوكيلها	١٤	٢٧٨

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
البين	ابين	٩	٢٨٥
الليثي	الليشي*	١	٢٨٦
وجاءت	وجاء*	١	٢٨٧
ابن شعبان	ابن شعبان	١١	٢٨٨







1

2

3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100  
101  
102  
103  
104  
105  
106  
107  
108  
109  
110  
111  
112  
113  
114  
115  
116  
117  
118  
119  
120  
121  
122  
123  
124  
125  
126  
127  
128  
129  
130  
131  
132  
133  
134  
135  
136  
137  
138  
139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184  
185  
186  
187  
188  
189  
190  
191  
192  
193  
194  
195  
196  
197  
198  
199  
200  
201  
202  
203  
204  
205  
206  
207  
208  
209  
210  
211  
212  
213  
214  
215  
216  
217  
218  
219  
220  
221  
222  
223  
224  
225  
226  
227  
228  
229  
230  
231  
232  
233  
234  
235  
236  
237  
238  
239  
240  
241  
242  
243  
244  
245  
246  
247  
248  
249  
250  
251  
252  
253  
254  
255  
256  
257  
258  
259  
260  
261  
262  
263  
264  
265  
266  
267  
268  
269  
270  
271  
272  
273  
274  
275  
276  
277  
278  
279  
280  
281  
282  
283  
284  
285  
286  
287  
288  
289  
290  
291  
292  
293  
294  
295  
296  
297  
298  
299  
300  
301  
302  
303  
304  
305  
306  
307  
308  
309  
310  
311  
312  
313  
314  
315  
316  
317  
318  
319  
320  
321  
322  
323  
324  
325  
326  
327  
328  
329  
330  
331  
332  
333  
334  
335  
336  
337  
338  
339  
340  
341  
342  
343  
344  
345  
346  
347  
348  
349  
350  
351  
352  
353  
354  
355  
356  
357  
358  
359  
360  
361  
362  
363  
364  
365  
366  
367  
368  
369  
370  
371  
372  
373  
374  
375  
376  
377  
378  
379  
380  
381  
382  
383  
384  
385  
386  
387  
388  
389  
390  
391  
392  
393  
394  
395  
396  
397  
398  
399  
400  
401  
402  
403  
404  
405  
406  
407  
408  
409  
410  
411  
412  
413  
414  
415  
416  
417  
418  
419  
420  
421  
422  
423  
424  
425  
426  
427  
428  
429  
430  
431  
432  
433  
434  
435  
436  
437  
438  
439  
440  
441  
442  
443  
444  
445  
446  
447  
448  
449  
450  
451  
452  
453  
454  
455  
456  
457  
458  
459  
460  
461  
462  
463  
464  
465  
466  
467  
468  
469  
470  
471  
472  
473  
474  
475  
476  
477  
478  
479  
480  
481  
482  
483  
484  
485  
486  
487  
488  
489  
490  
491  
492  
493  
494  
495  
496  
497  
498  
499  
500  
501  
502  
503  
504  
505  
506  
507  
508  
509  
510  
511  
512  
513  
514  
515  
516  
517  
518  
519  
520  
521  
522  
523  
524  
525  
526  
527  
528  
529  
530  
531  
532  
533  
534  
535  
536  
537  
538  
539  
540  
541  
542  
543  
544  
545  
546  
547  
548  
549  
550  
551  
552  
553  
554  
555  
556  
557  
558  
559  
560  
561  
562  
563  
564  
565  
566  
567  
568  
569  
570  
571  
572  
573  
574  
575  
576  
577  
578  
579  
580  
581  
582  
583  
584  
585  
586  
587  
588  
589  
590  
591  
592  
593  
594  
595  
596  
597  
598  
599  
600  
601  
602  
603  
604  
605  
606  
607  
608  
609  
610  
611  
612  
613  
614  
615  
616  
617  
618  
619  
620  
621  
622  
623  
624  
625  
626  
627  
628  
629  
630  
631  
632  
633  
634  
635  
636  
637  
638  
639  
640  
641  
642  
643  
644  
645  
646  
647  
648  
649  
650  
651  
652  
653  
654  
655  
656  
657  
658  
659  
660  
661  
662  
663  
664  
665  
666  
667  
668  
669  
670  
671  
672  
673  
674  
675  
676  
677  
678  
679  
680  
681  
682  
683  
684  
685  
686  
687  
688  
689  
690  
691  
692  
693  
694  
695  
696  
697  
698  
699  
700  
701  
702  
703  
704  
705  
706  
707  
708  
709  
710  
711  
712  
713  
714  
715  
716  
717  
718  
719  
720  
721  
722  
723  
724  
725  
726  
727  
728  
729  
730  
731  
732  
733  
734  
735  
736  
737  
738  
739  
740  
741  
742  
743  
744  
745  
746  
747  
748  
749  
750  
751  
752  
753  
754  
755  
756  
757  
758  
759  
760  
761  
762  
763  
764  
765  
766  
767  
768  
769  
770  
771  
772  
773  
774  
775  
776  
777  
778  
779  
780  
781  
782  
783  
784  
785  
786  
787  
788  
789  
790  
791  
792  
793  
794  
795  
796  
797  
798  
799  
800  
801  
802  
803  
804  
805  
806  
807  
808  
809  
810  
811  
812  
813  
814  
815  
816  
817  
818  
819  
820  
821  
822  
823  
824  
825  
826  
827  
828  
829  
830  
831  
832  
833  
834  
835  
836  
837  
838  
839  
840  
841  
842  
843  
844  
845  
846  
847  
848  
849  
850  
851  
852  
853  
854  
855  
856  
857  
858  
859  
860  
861  
862  
863  
864  
865  
866  
867  
868  
869  
870  
871  
872  
873  
874  
875  
876  
877  
878  
879  
880  
881  
882  
883  
884  
885  
886  
887  
888  
889  
890  
891  
892  
893  
894  
895  
896  
897  
898  
899  
900  
901  
902  
903  
904  
905  
906  
907  
908  
909  
910  
911  
912  
913  
914  
915  
916  
917  
918  
919  
920  
921  
922  
923  
924  
925  
926  
927  
928  
929  
930  
931  
932  
933  
934  
935  
936  
937  
938  
939  
940  
941  
942  
943  
944  
945  
946  
947  
948  
949  
950  
951  
952  
953  
954  
955  
956  
957  
958  
959  
960  
961  
962  
963  
964  
965  
966  
967  
968  
969  
970  
971  
972  
973  
974  
975  
976  
977  
978  
979  
980  
981  
982  
983  
984  
985  
986  
987  
988  
989  
990  
991  
992  
993  
994  
995  
996  
997  
998  
999  
1000