

هَذَا تَرْغِيبٌ  
فِي تَلْسِيرِ مَطَالَعَةِ الْأَحْكَامِ

تأليف  
السَّالِمِ الْعَلَمَةِ الْحَافِظِ  
أبي محمد بن خنيس السبلي  
رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

اعتقاه  
أبو الفضل الديرمياني  
أحمد بن علي  
عفا الله عنه

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي المغربي

هَذَا تَمَامُ الْكِتَابِ  
فِي تَنْسِيخِ مَطَالِمِ الْأَحْكَامِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# هَيَايَةُ الْمَرْءِ فِي تَيْسِيرِ مُطَالَعَةِ الْأَحْكَامِ

تَأَلَّفَ  
الْعَالِمُ الْعَلَامَةُ الْحَافِظُ  
أَبِي مُحَمَّدٍ بَنِ خَنْتَارِ بْنِ مَسْبُورِ  
رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

اعْتَقَبَهُ  
أَبُو الْفَضْلِ الدِّمِيَّاطِيُّ  
أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ  
عَفَا اللَّهُ عَنْهُ

دار ابن حزم

مركز التراث والثقافة العربي  
الدار البيضاء

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

ISBN 978-614-416-173-9



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار  
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

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

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

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ مقدمة المحقق

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

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾

[النساء : ١] .

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ [آل عمران : ١٠٢] .

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾ [الاحزاب : ٧٠ ، ٧١] .

### أما بعد :

فهذا كتاب : « نهاية المرام في تيسير مطالعة كتب الأحكام » لأبي محمد ابن ختاش المسيلي - رحمه الله - يسر الله عز وجل لنا النظر فيه والاعتناء به ، فقامت بنسخ خطه الأصلي وضبطه حسب القواعد الإملائية ، وتوثيق نصوصه وتخريج أحاديثه ، وعزو كثير من نقولاته .

ونرجو من الله القبول .

وفى الختام أسأل الله تعالى أن يشملني برحمته منه ورضوان ، وأن يغفر لي

ولوالدى وأهل بيتى وعموم المسلمين ، آمين .

وصلى الله على نبينا الأمين وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين ، وسلم

تسليماً طيباً مباركاً فيه إلى يوم الدين .

كتبه

أبو الفضل الدمياطى

**أحمد بن على**

عفا الله عنه

آمين







بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## وصلی الله على سيدنا محمد وآله

هذه أسئلة العالم العلامة الحافظ أبى محمد بن ختتاش المسيلى - برد الله ضريحه - جمعها من نصوص الفقهاء ، وكل قول منسوب لقائله .

أيها الناظر ، تأمل هذه الدررة لأنها أحكام فائقة ، وكل حكم فهو منسوب لقائله .

الحمد لله الملك العلام ، خالق الخلق بإحكام ، وخالق الكون نور وظلام ، وجعل الحق والباطل وميز كلاً بحكمة القوام ، جعل أقوام خلقه يتسبب المعاش وضبطها بمسائل تفاضل الأحكام على لسان نبيه محمد بدر التمام ، وحيًا بواسطة الملك ونوعًا بالإلهام ، نحمده جل وعز على حسن محض تفضله علينا رحمة وغيثًا للأنام ، حمدًا وشكرًا دائمين بمر الليالى والأيام ، ونصلى ونسلم على حبيبنا ومنقذنا من المهالك محمد وعلى آله وأصحابه الكرام .

هذا وإنى اتصلت بأحكام شتى فى تمييز الحق من الباطل متفرقة غير مضبوطة بأبواب ولا فصول ، بل مختلطة بعضها داخل فى بعض ، وذلك مؤدى إلى صفة المطالعة حتى قوى الانتفاع بها ، بل وتعطل جملة فرأيت بفضل الله جمعها على سبيل انضمام كل صنف إلى صنفه ، وتأليف كل نوع على نوعه على حكم ما أصله البيانىون ، ونجعله أبوابًا وفصولاً مع عزو كل حكم لصاحبه فيحصل بذلك إن شاء الله تعالى الانتفاع بها بفضلته وإحسانه وسميته : «نهاية المرام فى تيسير مطالعة كتب الأحكام» ، والله أسأل العون والعصمة من الخطأ بجاه محمد مفتاح الخير ، وهذا بفضل الله أو ان الشروع .

## باب فى الأيمان والتذور

وقدمته اقتداءً بالباجى فى « المتقى » ، ولأن الأيمان عمدة فى الدين ؛ إذ بصحتها يصح الدين ، وبالفجور فيها يختل الدين ، وفيها أحاديث ، ويطول جلبها ، وقد حذر الشارع ﷺ من الأيمان الفاجرة معظمها الغموس ، وحققتها : الحلف على تعمد الكذب أو على غير يقين أ . ه .

قال الإمام التاسانى : من حلف ثلاثة أيمان بالله فحنت فيها فكفر بعق أو طعام أو كسوة ونوى أن كل كفارة للأيمان الثلاثة .

ابن المواز : لا يجزئه ذلك وقد بطل العتق ويجزئه من الإطعام ثلاثة مساكين ومن الكسوة كذلك اللخمي : هذا غلط وأرى أن يحتسب ثمانية عشر مسكيناً على القول أن له فى الكفارة الواحدة الجمع بين الإطعام والكسوة ، وعلى القول الآخر يحتسب بتسعة ويبطل مسكين ؛ لأنه محل الاشتراك ومثله الكسوة والعتق بطل رأساً لأنه لا يتبعض ، وأما الإطعام فهو ثلث كل كفارة ثلاثة فجاء بتسعة ، ومعنى قول ابن المواز : إن الواحدة قد قصدت كالعتق فيبطل ما يقابله جملة ، والصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً بطل جميعها فى أحد قولين .

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم قولاً بالإجزاء فى التشريك ، وقال : وأظنه قول مالك ، وعدم الإجزاء لأشهب ، وهو مذهب « المدونة » وهو الصحيح .

قلت : وهذا من الأئمة مبنى على أصول فى المذهب يطول فرش الكلام فيه على مذهب الحكماء ؛ لأن المناطقة يقولون : الجزء إذا زاد على كله بطل الجميع ولزم سلب كل جزء لجميع كله ، ولأهل المعانى هنا مجال وعليه : وجود المسبب مبنى انبساط ابن المواز عدم الإجزاء ، وأما اللخمي : فيرى قاعدة أخرى يعلون فرش الكلام وهى وجود المسبب يعترى سببه ولأهل القلوب هنا ذوق بديع تستلذه الأفهام السالمة ولا تشبه القلوب الكاشفة ولله در البصير حيث قال : قد تنكر العين . . . . . إلخ ، وابن السبكي حيث قال :

## ١١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

ما يعرف الشوق إلا من يكابده ولا الصبابة إلا من يعاينها

وبالجمله فمن أراد أن يعرف أسباب اختلاف الفقهاء فعليه بثلاثة فنون : فن البيان ، والمنطق ، وإلامات بشوق الذوق .

وعلى قاعدة وجود المسبب إلخ ، ففي خليل حيث قال : ( وخصت نية الخالف . . . . . ) إلخ ، حتى قال : ( ثم بساط يمينه ثم عرف قوى ثم مقصود لغوي . . . إلخ ما ذكر وعلى هذا دون ابن الحاجب وابن عرفة ، والنية مقصودة والبساط سببٌ حاملٌ فإذا زال ارتفع موجهه ؛ ولذلك قال ابن القاسم في رجل وجد الزحام على الجزار فحلف لا يشتري [ق/١٢] الليلة لحمًا ثم وجد جزارًا خاليًا من الزحام فاشترى منه لحمًا ، فقال : لا يلزمه اليمين .

وعن سحنون : من ضاع صكه فقال للشهود : اكتبوا لى صكًا وامراته طالق لا يعلمه فى موضع ولا هو فى بيته ، ثم وجده فى بيته . إنه لا حنث عليه .

ابن رشد : لم يحنثه سحنون بمقتضى بعضه وحمله على البساط على المشهور من المذهب .

وحلفت ابنة تاشفى بصوم عام أو بغيره إذ مات زوجها الأمير لا ترجع إلى دار الإمارة أبدًا ، ثم تزوجها أمير آخر بعد موته ورجعت إلى دار الإمارة ، فقال ابن رشد فى نوازله : ترجع ولا حنث عليها ؛ لأن ظاهر أمرها أنها كرهت الرجوع على غير الحالة التى كانت عليها وهى غير متزوجة لأمير ، لأن الأيمان تحمل ببساطها .

قلت : ومن حقق المعانى وجد بين النية والبساط عموم وخصوص مطلق ؛ إذ متى وجد البساط فالنية ملاحقة معه على كل حال وتنفرد ، وقد قال ابن عباس فى أيمان الشركة واللجج : لا شىء فيها ، وأفتى به غير واحد وحكاه القاضى سليمان الظاهرى ، وقال : لا أقدر أن نحمل الناس على الفتوى بذلك .

(١) [١] وسئل : عن من صدر منه الأيمان اللازمة والحرام على وجه اللجج وتعقبه الندامة فيصعب عليه الأمر إذا أخذ بالمشهور فى مسألة الحرام ؟

فأجاب : الذى أرجحه من أقوال العلماء أن كل ما صدر من الطلاق والصوم

والحرام مصدر الأيمان لا يلزم فيه شيء ، وكذلك جميع الأيمان يمين التحريم الذى صدر على جهة اليمين ، فقد قال ابن عباس : لا يلزم من ذلك شيء إلا أنى لا أقدر على الفتوى بذلك ، فيلزم من حلف بذلك طلقة رجعية على وجه الاحتياط ، وأما الطلاق الثلاث لا يلزم منه إلا طلقة واحدة وبهذا أقول وتقع الفتوى عندي ، وليس هو عندي بل هو مقتضى الدليل الشرعى . أ. هـ .

ونقل عن ابن سلمون : أن الثلاث لا يلزم إلا مفرقاً ، وأما فى كلمة واحدة فهو طلقة واحدة وهو مذهب على وابن عباس وجماعة من الصدر الأول ، وأخذ به جماعة من أهل قرطبة كابن عبد السلام وابن زنباع وأصبغ وكنانة وابن مغيث ومحمد ابن نصر ، ونقل الشرمساحى والمغيرة عن مالك رواية صحيحة بلزوم طلقة واحدة .  
الجزيلى فى « شرحه » : روى المغيرة عن مالك لزوم طلقة خاصة .

التلمسانى عن ابن أبى زيد : طلقة ، قال فى « النوادر » : وبه قال سحنون فى نوازله ، ثم نقل عن أصبغ : أن من قلده قولاً من أقوال العلماء وعمل عليه لا إثم عليه إجماعاً ، ونقل الخطاب عن الزروق : أن الذى لا يجوز به الإفتاء إذا خرج عن نصوص المذهب وقواعده ، وأما ما وفق ذلك فجائز الإفتاء ، وهو الذى قال فيه - أى العلماء : حكم الحاكم يرفع الخلاف ، فأخذ من هذا أن الحكم بغير المشهور جائز الاعتماد عليه ؛ لأن المجتهدين قيدوا ظواهر الكتاب والأحاديث المطلقة فيكفيها قال فلان عن فلان كأننا مقلدون .

(٢) [٢] : ونزلت مسألة فى ضيف حلف لرب المحل لا يذبح له فثبت

أنه ذبح له ؟

فأجابوا : لا حنث عليه ، ذكره صاحب « التلقين » .

وعن الأبهري : أيمان البياعات لا يلزم فيها شيء وبه جزم .

فائدة من الأبي شارح « مسلم » :

الحالف بالحرام لا يلزمه شيء ، وقد أشفى الغليل فى ذلك فمن أراد فلينظره .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٣

وقال الشيخ سليمان الغمري ، ونصه : لفظ الحرام لا يلزم فيه شيء على أي وجه صدر من الخالف ، ونسبه لجماعة من الصحابة ، بل قال بعضهم : لا أبالي به أو من قصعة من ثريد ، ثم قال : وهذا ليس برخصة بل هو عزيمة بمقتضى الدليل والقياس غير أنني أستحسن كفارة اليمين من غير إيجاب ، وسواء وقع التحريم بالعدد أم لا .

(٣) [٣] ومن أسئلة البوسعدى فى رجل حلف بالحرام أن لا يتزوج فلانة ، ثم أتانى مستفتياً يريد تزويجها ؟

فأجاب : المشهور لزوم الثلاث .

القول الثانى : لمحمد ابن خويز منداد : طلقة ، ورجحه عن مالك ويراجعها بعقد وولى وصادق .

القول الثالث : طلقة رجعية ، وقيل غير هذا ، نقله محمد بن سحنون وهو صيام ثلاثة من كل شهر إلى تمام السنة أو كفارة يمين بالله أو شهرين متتابعين ، وقيل : لا شيء عليه .

(٤) [٤] وسئل المشدالى عن رجل حلف باليمين الكبير لا يلزمه إن حنث ؟

قال : ينظر لحاله ألا يليق به ويعرف من شأنه أنه ينوى الحرام وحمل عليه ، وإن كان بالعكس حمل على اليمين بالله ، وإن جهل حاله حمل على الأغلب إن أثبت يمينه ورفع ، وإن أتى مستفتياً وزعم أنه لا نية له أمر بالاحتياط فلا تحل له إلا بعد زوج ، ولكن لا يقضى له بذلك . أ . هـ .

(٥) [٥] وقد وردت أسئلة فى الحالفين على القرباء كالأب والأخ والأخت ، هل يلزم الحنث أم لا ؟

قال ابن أبى زيد فى « نواذره » : لا يلزم .

(٦) [٦] وسئل مالك عن رجل حلف بالطلاق ثلاثاً أو عتق أو صيام أو مشى إلى مكة أنه لا يساكن فلاناً أو فلانة أو لا يشاركه أو لا يخالطه أو لا يكلمه ؟

قال : فإن فعل فقد حنث إلا أن يكون الذى حلف عليه من أقاربه مثل الأبوين والأخوين وبنى العم والخال وجميع القرية من الإرث والنسب فهم لا يحنث فيهم بشيء .

وقال مالك رضي الله عنه : لا يمين على قاطع رحم .

وقال ابن القاسم : ثبت عنه رضي الله عنه : « من قطع رحمه قطع الله رجاءه في الدنيا والآخرة » ، وهذا نص مالك في « منتخب الأحكام » فى الثانى منه ، نقله عبد العزيز التاذلى .

ونقل صاحب « المعلم » عن مالك : لا يمين على الدم بطلاق أو عتق أو تحريم [ق٣/١] أو يمين بالله . أ. هـ .

وأما فى العقبانى وفى درر المازرنى خلاف ذلك ، ونصه :

(٧) [٧] وسئل أبو الفضل عمن أصابه مسغبة حتى لم يكن له عقل إلا فى بطنه وتكلم مع أخيه فى سبب المعيشة فقيضه ومن عليه لبنة فحلف بالأيان اللازمة لا يشرب له لبناً ، ثم اشتد عليه حاله فخاف عليه أخوه الهلاك وتلحقه المعرة فصار يسقيه حتى خرج إلى الوسع ، فهل يحنث ، ومع أنه كان حكمه حكم من خرج عقله لأن الجوع يذهب بالعقل ؟

فأجاب : بأنه حانث بشربه ما حلف عليه . أ . هـ .

قلت : هذا حنثه مع اللجج والرحم .

(٨) [٨] وسئل بعض من يوثق بعلمه ودينه فى رجل حلف بجميع أيان الشرع الجامعة للحلال والحرام والطلاق والعتق والصوم والمشى إلى

١٥ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

بيت الله الحرام حافياً عارى الرأس إن خاصمته شقيقته أو وكلت عليه من يخاصمه ألا يدخل لها بيتاً ولا تدخل له بيتاً ولا يقعد عند رأسها ولا تقعد عند رأسه ولا يكلمها ولا تكلمه ، ثم إنها خاصمته أو وكله عليه من يخاصمه ، وهو حين الحلف والحنث لا زوجة له ولا أمة ولا عبد ولا مال سوى حصته فى عقار ، فحلف كل مدة لم يخطر له دخوله فى يمينه ولا عادة لأهل البلاد أن يحلف أحدهم بمثل ذلك ، ولا عادة أيضاً لأهل البلاد ولا غيرهم من أقاربهم أن يحلفوا بالظهار بل يحلفون بصوم سنة ، فأمعنوا النظر وصححوا الجواب ؟

فأجاب : إن أردتم صميم المذهب إنه يلزمه ثلث الحصة التى له وطلاق زوجته إن كانت له زوجة وعتق مملوكه إن كان له مملوك ، وصوم شهرين على الخلاف وصوم سنة إن اعتيد الحلف بها وكفارة يمين والمشى فى الحج ، والمعتبر فى ثلث المال والعتق ما هو موجود حين اليمين لا حين الحنث ، والخلاف فى الطلاق والظهار لزوم الثلاث ، والمعتبر فيه الحنث للمحافظة على الفروج ، قال معناه الخطاب .

وفى البرزولى فى رجل حلف بطلاق زوجته إنه ابن فلان ، يعنى بذلك أباه ، فقال ابن زرب : لا حنث عليه ، وقال القابسى : هو حانث ، وقال : هى غموس ، وفرق البرزولى بأنه إن أراد النسب فهو بار ، وإن أراد ما هو فى نفس الأمر فهو حانث .

قلت : ومعنى قول القابسى : إنها غموس ، يريد أن لو حلف بالله فهو غموس فتخرج الحنث عنده بالطلاق على ذلك ، ومنه أيضاً من شهد عليه بثلاث وآخر شهد باثنتين وآخر بواحدة أنه يلزمه طلقتان ، وهى رواية ابن القاسم ، ومنه من طلق زوجته بقلبه لا شيء عليه والطلاق بالنية لغو عند القاضى إسماعيل .

(٨) [٨] وسئل السيورى فى رجل قال له شريك : قد تكلمت فى فلان - يعنى من يخاف باسمه - فأنكر فحلفه بطلاق ، ثم أتى مستفتياً : وقد قلت



بعض ذلك وحلفت خوفاً ؟

فأجاب : إن كان الخوف لا شك فيه فهو دافع للعقوبة فلا حنث عليه .

(٩) [٩] وسئل سيد إبراهيم الثغري عن حلف لأخته إن رجعت لزوجها لا تسكن معه ولا تدخل بيته ولا تدور به ، ثم هربت مع المحلوف عليه وبقي زماناً وطلقها ، هل تدخل لبيت أخيها ؟

فأجاب : إن قصد رجعة النكاح فلا حنث عليه ، وإن قصد اجتماعها معه فقد حنث ، ومثله للعقباني .

(١٠) [١٠] وسئل ابن عرفة عن حلف بالعجمية فقال : أريكم ، ومعناها بالبربرية: يمين سوء ، هل يلزم الثلاث أو واحدة ؟ وإن عدم النية هل يجعل على عرف إن تحققه ؟ وهل لا بد من جماعة معتبر في العرف تفهمه وتستعمله ؟

فأجاب : الحمد لله ، الواجب حمل لفظه على ما نواه ، ومع عدم النية فعلى العرف عند المتكلم الخالف لا على غيره ولو كثير ، فإن لم يكن عرف فعلى أقل سنة ذلك اللفظ فيما وقع له في لغتهم .

(١١) [١١] وسئل العقباني عن حلف بالأيمان إن لقي فلاناً إلا إذا لم يقطع فيه الحديد فلقية ولم يفعل شيئاً فأتى مستفتياً ؟

فأجاب : إن لم تكن له نية فلا شيء عليه لأنه اقتصر على القسم ولم يذكر مقسماً عليه لا لفظاً ولا نية ، وإن كان أظهر مقسماً عليه واستثنى منه حنث ، واختلف في هذه اليمين هل هي واحدة أو ثلاث .

(١٢) [١٢] وسئل العقباني عن حلف بحرام زوجته لا يدخل بيت ولده ولا يعامله ، ثم أتى رجل وادعى أن المحلوف بها زوجته وهي باقية في عصمته وأثبت ذلك بموجب في وثيقة ثم قيل له : هي ذات أولاد مع هذا

١٧ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

الزوج فطلقها ؛ لأنها إن جعلتها معك تعود إلى أولادها فطلقها برضى وطوع واعتدت وتزوجها الخالف فهل يلزمه اليمين ، ومع ذلك أنها اعتدت فى بيته ومع ذلك إن الرجل الذى استحقها كان معهما فى وطن واحد قريب نحو ست سنين ؟

فأجاب : الحمد لله ، اليمين الواقع قبل النكاح الثانى لا يلزم فيه شيء ؛ لأنها حينئذ ليست فى عصمة الخالف .

(١٣) [١٣] وسئل الإمام أبو إسحاق إبراهيم الغمرى عن تشاجر مع رجل وطلبه فحلف له بصدقة جميع ما يملك لا تركت حتى إلا إذا [ق/ ٤] غلنتى فيه بالشرع العزيز ، فقال : أنا لا أشارك خذ دابة هذه فيه سواء غلنتى فيه أم لا ، فهل إذا حاز الدابة أياماً ثم ردها إلى ربها لأجل تلفه معه بالكلام يبرأ أم لا ؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر فلا يبرأ بذلك ولا بالدابة إذ لم تف قيمتها بحقه وفى حنثه بالتأخير خلاف .

وفى أحكام ابن سهل : من حلف بماله لمسجد معين ، قال : يؤمر ولا يجبر ، وقيل : يجبر .

ومن مسائل الأبيانى : الاستثناء لا يكون إلا بالنطق ويجزئ تحريك الشفتين وإن لم يجهر .

قال ابن حبيب وأصبع : هذا إن لم يستحلف وإلا فلا بد من الجهر ، زاد ابن المواز : ولا بد من اتصال الاستثناء فى كل الأيمان .

ومن مسائل أبى العباس الأبيانى : من حلف أن لا يأكل من بيض هذه الدجاجة فباعه واشترى به شعيراً ، قال : لا يأكله ، قيل : لا يعلمه ، قال : لا بأس به .

(١٤) [١٤] وسئل أيضاً من حلف لا يأكل هذه الرمانة فسقطت فى

رمان كثير؟

قال : يأكل منه ويبرأ من يمينه .

(١٥) [١٥] وسئل أيضاً عن إمام حلف ألا يكلم فلاناً فوقف في قراءة

المحلوف عليه؟

قال : إذا لم يلتفت إلى مقالته فلا شيء عليه إلا أن يكون استطعمه فهو حانث .

(١٦) [١٦] وسئل الإمام التاذلي عن من حلف بصوم سنة ، ما يلزمه إن

حنث؟

قال : المشهور صوم سنة عملاً بظاهر لفظه ، وحكى صوم ثلاثة أيام ، وقال

أيضاً : لا شيء عليه ، وقال أيضاً : يلزمه شهران ، وقال أيضاً : عليه ستة أيام ،

وقال أيضاً : يلزمه ثلاثة أيام من كل شهر ، ومثل هذا الخائف في « تبصرة »

اللخمي .

وفي « نوارل ابن سحنون » للشيخ عبد العزيز التاذلي - رحمه الله - في الضيف

يحلف لرب البيت أن لا يذبح له فذبح له فلا شيء عليه ، صح من تقييد الشيخ أبي

الحسن المغربي ومن التاذلي .

(١٧) [١٧] سئل مالك عن الحالف بأى يمين كانت أن لا يعامل فلاناً أو

لا يساكنه أو لا يكلمه؟

قال : إن فعل حنث إلا أن يكون المحلوف عليه مثل الأبوين والأخوات والعم

والخال والخالة وجميع قرابة الإرث والنسب فهؤلاء لا حنث عنهم ، ثم قال مالك -

رحمه الله - : لا يمين على قاطع رحم ، وقال ابن القاسم : نقل عن رسول الله ﷺ

أنه قال : « من قطع رحمه قطع الله رجاءه في الدنيا والآخرة » ، ولبعض

أهل النوازل : من حلف بماله كله لولد من أولاده أو لأجنبي فهو مكروه ، وجعله

بعضهم على التحريم لقوله ﷺ : « أتحب أن يكون لك في البر سواء » ، ثم

قال : وأرى أن يمضى منه الثلث إن كان في يمين أو نذر .

## باب النذر

والنذر التزام مكلف غير واجب ومحرم لمن قال : لله على صلاة الظهر ، فهو لغو ، والمحرم ظاهر لأن من نذر المعصية فلا يعصى بإجماع .

قال ابن أبي زيد : من نذر أن يعصى الله فلا يعصيه ولا شيء عليه إلا الاستغفار .

(١٨) [١] وسئل العقباني من قال : لله على - يزيد نفلاً أو صوماً - إن

شاء زيد؟

قال : المنصوص للشافعية عدم اللزوم ولو شاء زيد ، ويستفاد من « المدونة » اللزوم وهو مشكل ؛ لأنها صارت عبادة لأجل مخلوق ومن شروط العبادة الإخلاص لله ، ثم قال : يمكن أن يكون في الحج مثلاً أو الصوم أو الجهاد يعلق بمشيئة الوالدين فيصح إن شاؤوا .

وفي العتق الأول من « المدونة » (١) : من قال لأمة : أنت حرة إن شئت ورضيت أو هويت أو أردت حتى متى يكون لها ذلك ؟ .

فقال : لها ذلك وإن قاما من مجلسهما مثل التملك في المرأة .

ثم قال : وإن قال : أنت طالق إن شئت أو شاء فلان ، لم تطلق حتى ينظر إلى ما شاءت أو شاء فلان ، وإن قال : أنت طالق إن شاء الله ، طلقت مكانها ، وإن قال قائل : الطلاق والعتق خلاف النذر فلا دليل ، فهل له : حكم الجميع واحد ، ألا ترى قول ابن الحاجب : النذر والطلاق والعتق على صفة فيهن تسمى يميناً وهي في التحقيق تعليق . أ . ه .

ومثله لابن بشير وغيره .

فإن قيل : العبادة على مشيئة الأبوين مانعة منه لله سبحانه لا لهما .

قيل : وكذلك على مشيئة زيد فهو لله لا لزيد .

فإن قيل : قد تحقق أن غايته وكَلَّ زيداً إن شاء .

قيل : النذر من باب الأيمان ولا تصح وكالة في يمين ولاظهار لأن الوكالة نيابة فيها لا تتعين فيه المباشرة ، ومن نذر صلاة ركعتين جالساً ، قال ابن شاس : جاز له القيام .

فإن قيل : ألا ترى لزوم المشى فى الحج وهو مرجوح بالنسبة للركوع ؟

قيل : رجحان القيام مجمع عليه ولا يتخرج عليه الخلاف فى غسل الرأس بدلاً من المسح ، لأن غسله فى الوضوء غير مشروع والتحصيل أن القيام هو هيئة الصلاة المطلوبة فقد أتى نادر الجلوس بالزيادة حساً ومعنى ، ومنه من وجبت عليه شاة فأخرج بغيراً ، ومن خاف من الماء وفرضه التيمم فائقح فلا يتخرج على هذا لأنه محل نهى ، والخلاف إن وقع هل يجزىء أم لا ؟ وأما القيام هنا مرغوب فيه .

وللتونسى فى قاعدة أهل اللسان : الحكم للبدل لا للمبدل وللتمييز لا للمميز .

قال : من قال : لله على أن نصوم هذا الشهر يوماً ، أنه يجزئه صيام يوم لأنه جعله تمييزاً أو بدلاً .

انظر - رحمك الله - هذا الخير العظيم فى علم العربية ولذلك نزل القرآن [ق/ ١٥] العظيم بأسلوبه مع أن بعض طلبة زماننا ممن لا خلاق لهم أو لا ذوق عندهم فهم محرمون من لذائد المعانى يذمون علم العربية ، ولعل ما وقع منهم ذلك إلا لعدم قدرتهم على تحصيله ، لأن من جهل شيئاً عاداه ، وقد بنى ابن الحاجب على هذا القاعدة حيث قال : إن بدل البعض مخصوص ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ [ آل عمران : ٩٧ ] ، ولأهل هذا القرآن بدل اشتمال مخصوص أيضاً ، ومنه : وهبتك عبدى خدمته ، قالوا : لا دخول للعبد فى الهبة ، تأمل هذه المعانى الرائقة التى تنكرها جلامد الطلبة .

قال ابن أبى زيد : ومن نذر صدقة مال غيره أو عتق عبد غيره لم يلزمه من

ذلك ، ثم قال بعد : فإن اشترى بعد ذلك شيئاً أو ورثه عتق عليه .

وقال مالك : ومن قال : إن فعلت كذا فعلى نذر كذا لشيء يذكره من ماله أو فعل بر من صدقة أو صيام أو صلاة أو مشى إلى مكة أو حج أو عمرة ، فذلك يلزمه لقول الله تعالى : ﴿ يُوْفُونَ بِالنَّذْرِ ﴾ (١) ، ولقوله تعالى : ﴿ وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ ﴾ (٢) الآية ، إن حنث وكذلك إن قال ذلك مجرداً من غير يمين ، فإن لم يسمى لنذره مخرجاً فعليه كفارة يمين ، ومن نذر مشياً في يمين معصية كفر كفارة يمين ، ومن نذر معصية من قتل أو شرب خمر أو شبهه أو ما فيه بدعة فلا شيء عليه وليستغفر الله ، ومن حلف بالله ليفعلن معصية فلا يفعل وليكفر يمينه ، فإن فعل فلا كفارة عليه وعليه إثمه ، ومن قال : على عهد الله وميثاقه في يمينه فحنث فعليه كفارتان ، وليس على من أكد في اليمين أو كررها في شيء واحد يفعله إلا كفارة واحدة ، ومن قال : شركت بالله أو كفرت أو هو يهودي أو نصراني أو مجوسي إن فعلت كذا فلا يلزمه إلا الاستغفار . أ . هـ .

وفي « التهذيب » : ومن قال : على عهد الله أو ذمته أو كفاله أو قال : على عشر كفالات أو عشر موثيق أو عشر نذر أو أقل من ذلك أو أكثر فعليه عدد ما ذكر كفارات ، وإن قال : أشهد أو أحلف أو أقسم أو أعزم ألا أفعل كذا ، فإن أراد بالله فهي أيمان ، وإلا فلا شيء عليه .

قال : وإن أعزم إلا فعل كذا فليست يمين ، وإن قال لرجل : أعزم عليك بالله إلا ما فعلت كذا فيأبى فهو كقوله : أسألك بالله لتفعلن ، فامتنع فلا شيء على واحد منهما .

وإن قال : على نذر ، أو لله على نذر ، أو حلف بذلك فحنث فعليه كفارة اليمين ، كقوله : على نذر أو عهد .

قيل : فمن قال : الحلال على حرام إن فعلت كذا .

(١) سورة الإنسان (٧) .

(٢) سورة الحج (٢٩) .

قال : لا يلزمه تحريم أكل ولا شرب ولا فى أم ولد كرهها على نفسه ولا خادم، ولا عبرة إلا فى تحريم امرأته فيلزمه الطلاق .

قال زيد بن أسلم : إنما كَفَّرَ - عليه الصلاة والسلام - فى تحريم أم ولده لأنه حلف بالله لا يقربها .

ومن « التهذيب » أيضًا : من قال : هو يهودى أو مجوسى إن فعل ، أو خرج أو بريء منى الإسلام ، فليستغفر الله مما قال .

ومن قال : لعمري أو لعمرك وهو زان أو سارق ، أو قال : الصلاة والصيام والزكاة والحج ، أو قال : هو يأكل لحم الخنزير أو لحم الميتة أو يشرب الدم أو الخنزير أو يترك الصلاة أو عليه لعنة الله أو غضبه أو حرمه الله الجنة أو أدخله النار أو كل ما دعا به على نفسه لم يكن شيء من هذا يمينًا ، وكذلك قوله : وأبى وأبيك وحياتى وحياتك وعيشى وعيشك ، وهذا من كلام النساء وضعفة الرجال .

ومن قال لامرأته : والله لأطلقك ، فليس يمين ولا يمنع من وطئها ولا يجبر على التكفير .

## باب النكاح

اشتقاقه ظاهر وهو: تملك متعة بفرج حرة أو أمة بعقد متوفر الشروط والأركان، تأمل وانتصف .

وحكمته : التنبيه باللذة الفانية إلى الحث على أسباب اللذة الباقية مع طلب الولد للتكاثر، للحديث المشهور مع إعفاف النفس وستر المروءة ، وهو باب متسع كثير متشعب الأحكام .

قالوا : لا يباريه باب من أبواب الفقه إلا باب الصلاة .

واعلم أن كل عقد يصح تعليقه على فعل أو حصول أمر إلا النكاح ، قال معناه فى « التوضيح » .

وقال : يفسخه ، ونقله الشيخ سالم فى شرحه ، فلا بد لعقد النكاح من أربعة أركان ويسمى بعضها شروطًا ، وذلك مراعاة وجود كل واحد دون الآخر فيصدق عليه أنه شرط ، تأمل .

وأما باعتبار نية العقد فهى أركان وهى :

محل ، وولى ، وصادق ، وصيغة المحل : زوجان سالمان من الخلل .  
والصادق : كعوض البيع .

الولى : مجبور وغير مجبور ذكر ، حر ، سالم من الخلل .

الصيغة : لفظ دال على الرضا ودوام العشرة لا بلفظ هبة إلا مع قرينة .

وأما صيغة العوام فيصح بها النكاح كقولهم : أعطيت فلانة لفلان ، مع قبوله بالفور .

وقولهم : الزوجة زوجتك أو امرأتك ، قاله القرافى فى «فروقه» (١) .



ابن عبد السلام : يجب على المفتى أن ينظر إلى عرف زمنه ويفتى بما اقتضاه العرف ؛ لأن الحكم يتغير بتغير العرف ، ومثله لابن فرحون .

وقال القرافي : ولو اشترط اللفظ المعلوم ما صح نكاح أصلاً .

وقال ابن الحاجب : الصيغة لفظ يدل على التأييد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت . أ . هـ .

ابن عرفة : صيغته ما دل عليه كلفظ التزويج والإنكاح .

وذهب [ق/١٦] ابن العطار وعبد الوهاب والباجي وابن العربي إلى أنه ينعقد بكل لفظ يقتضى التأييد دون التنقية ، وأشار الباجي إلى أنه قول مالك ، واستدل جماعة لذلك بما فى الصحيحين من قوله عليه السلام : « ملكتها بما معك من القرآن » ، كما قال .

ثم إن الولي لا يحل له أن يتساهل فى أمر ولايته لطمع أمر دنيوى ولا يهمل الكفاءة لأجل ذلك ، وقد جاء فى الآثار عن سيد البشر : « لعن الله رجلاً باع بوله » ، نقله الصباغ .

وجاء أيضاً فى رجل زوج ابنته وأخذ فيها حباً وأكله واستحيت منه ، قال : إنما أكل قطعة من النار ويحشر يوم القيامة فى النار .

قال أجلة الفقهاء : جرحه فى شهادته وأمانته حتى يرد ذلك إليها فهو كالغاصب .

قال عمر بن الخطاب : وهل يكون هذا أو يقع ، قال : يكون آخر الزمان فى أقوام يسمون البرابير ويكون سنة بينهم ولا يقبلون نهى العلماء .

وقال عمر فيها : يحكى فيهم من أدركهم ، قال ﷺ بالسيف فيهم لأنهم خالفوا كتاب الله وسنة رسوله . أ . هـ من كتاب « الإشراف » للقاضى عبد الوهاب ، ونقله ابن سحنون عن ابن شهاب عن ابن مسعود عن على وعثمان رضى الله عن الجميع .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٥

(١٨) [١] وسئل أبو عبد الله عن زوج ابنة البالغ الرشيد من غير إذنه ولم يرض الولد؟

قال : يفسخ ويرد ولي المرأة أو هي ما أخذته للأب .

ولمالك : من زوج لابنه كبيرة قبل بلوغه ثم خالعه الأب على ابنه وأراد أن يزوجه ابنتها ، قال : له ذلك على مذهبنا إذ لا عبرة بوطئه كمن افتض امرأة بأصبغه ، وقد نزلت وأفتى بها المشدالي بالجواز والكفاءة ولا يسقطها الولي وهي الدين والحال .

قال في « التوضيح » : الدين هو الإسلام مع السلامة من الفسق والاشتراف في المساواة لها في إصلاح الحال .

قال ابن رشد : المراد أن يساويها في الصحة سالمًا من العيوب الفاحشة ، وهذا مقتضى كلام ابن بشير وابن شاس وغيرهما من أصحابنا . أ . هـ من الخطاب<sup>(١)</sup> .

ونقل الأجهوري عن الطرطوشي : المعتبر في الكفاءة ستة أوصاف : الحرية والدين والنسب واليسار والمعرفة والخلو من العيوب الأربعة .

ونقل الفاكهاني : المشهور صحة تزويجها من فاسق بدليل قوله : وللولي تركها .

فائدة : فسق الزوج يوجب فسخ النكاح .

ابن بشير : والمطلوب من الزوج أن يكون كفؤًا في دينه وإن كان فاسقًا فلا خلاف منصوص أن تزويج الأب من الفاسق لا يصح ، وكذلك غيره من الأولياء ، وإن وقع وجب للزوجة أو لمن قام مقامها فسخه ونقله ابن سلمون .

ونقل الخطاب عن ابن فرحون في فصل : « بيان ما يفتقر إلى حكم الحاكم وما لا يفتقر إليه من الطلاق »<sup>(٢)</sup> : والذي يوقعه الحاكم بغير إذن المرأة وإن كرهت إيقاعها نكاحها للفاسق ، وظاهره سواء كان فاسقًا بالجوارح أو بالاعتقاد ، وظاهر كلامهم الفسخ قبل الدخول وبعده ، وظاهره أنه يفسخ بلا طلاق ؛ لأنه جعله من

(١) مواهب الجليل ( ٣ / ٤٦٠ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٣ / ٤٦١ ) .

الطلاق الذى يوقعه الحاكم . أ . ه .

ابن فرحون : فإن تزوجت من فاسق فسخ بلا طلاق ، ومثله نقله الأجهورى .  
قال أبو الحسن الصغير : ومن زوج ابنته من فاسق لا يؤمن عليها رده الإمام وإن  
رضيت ، قاله فى « كتاب محمد » و « العتبية » و « الواضحة » ، وقاله ابن  
يونس . أ . ه .

قال ابن عرفة : المماثلة والمقاربة مطلوبة بين الزوجين ، وفى كونها حق للولى أو  
للزوجة أو للزوجة الثيب دون وليها فيصح إسقاطها .  
ثالثها : حق لله تعالى يمنع إسقاطها . أ . ه .

ونقل الشيخ سالم كلام ابن بشير ثم قال بعد كلام : وظاهر هذا القول أن  
قوله : الحق فى الكفاءة من زوجة أو ولى يفسخ ولو بعد الدخول خلافاً لابن زرب  
فى المرأة نكحها رجل من أهل الشر والفساد ، فلا ولياؤها الفسخ إن لم يدخل ، فإن  
دخل فلا شك فى عدم الفسخ .

فائدة : فى تزويج اليتيمة المهملة .

قال ابن فرحون : من تزوجت ويدخل بها الزوج ثم إنها ادعت عدم البلوغ وأن  
العقد وقع عليها وهى بالغة أن القول قول الزوج حملاً للعقد على الصحة . أ . ه .  
وما ذكره البرزلى عن محمد على أنه قبل البناء .

ونص ما أشار إليه البرزلى فى مسائل النكاح عن « نوازل ابن الحاج » إذ قالت  
عمة الصبية : تزوجت ابنة أخى قبل البلوغ ، وقال وليها : زوجتها بعد البلوغ ، فإنه  
ينظر إلى الصبية اثنان من النساء فإن رأين بها أثر البلوغ مضى نكاحها ، زاد غيره :  
أنها أنبتت .

قلت : يحتمل أن يكون هذا على قول سحنون إذا اختلف فى الإصابة على  
أصل « المدونة » ويحتمل أن يكون هذا متفق عليه ؛ لأنه راجع إلى الصحة والفساد  
على القول بأن نكاحها قبل البلوغ من غير عذر يوجب الفساد وفيه ثلاثة أقوال . أ . ه .  
كلام البرزلى ونقله الخطاب (١) .

(١) مواهب الجليل ( ٣ / ٤٥٥ ) .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٧

فأنت ترى كيف أطلقوا الخلاف في حمل العقد على الصحة من غير التفات إلى ما عدا ذلك وهو ما ذهب إليه ابن عرفة ، ولذا جعل القول قول الزوج من أن العقد وقع على الزوجة وهى بالغة ، وما حكاه البرزلى من النظر إلى الزوجة فإن ترائين بها أثر البلوغ مضى النكاح بمقتضى هذا كله أن ظاهر هذا مخالف لهذا وليس كذلك ، بل كلام ابن عرفة إنما هو في المبني بها ، وظاهر كلام البرزلى في غير المبني بها فافترقا ولا معارضة بينهما بحال بل [ق/١٧] يحمل العقد على الصحة في المبني بها باتفاق من غير مراعاة نظر النساء إلى الزوجة .

وعلى تقدير إذا سلمنا للمناظر تسليماً جديلاً في عدم البلوغ وفقد بعض الشروط وهو عدم مشورة القاضى فقد صرح أحلولو والأجهرى بصحته مع ذلك ، قال أحلولو: وهو المشهور ، ويؤيد ذلك ما صرح به ابن رشد فى أجوبته وبيانه ونص الأجوبة :

(٢٠) [٢] وسئل : عن يتيمة بنت خمسة عشر عاماً زوجها عمها أو ابن عمها وقال: إنه وليها ولا ولى لها غيره ووافقت أمها على ذلك ، وذكر أنها بالغة فلما دخل بها الزوج ومكثت عنده أكثر من شهر كرهته وفرت منه ، وقال العم : لست عمها ، وقالت الأم كذلك وأنها غير بالغة ، هل يفسخ نكاحها لذلك وعلى من تزوجها صداقها ، أو لا يفسخ بين لنا ذلك إن شاء الله تعالى ؟

فأجاب : تصفحت - رحمنا الله وإياك - سؤالك ووقفت عليه والواجب رد المرأة إلى زوجها وإمضاء النكاح لوقوعه على الصحة فى ظاهره ولا سبيل إلى فسخه بقول العم والأم ودعواهما ، وبالله التوفيق .

من « البيان والتحصيل » ما نصه فى رسم البرزلى من سماع ابن القاسم :

(٢١) [٣] سئل مالك عن جارية بنت عشر سنين زوجها أخوها وأمها وابن عم لها ، فلما طلب الزوج الدخول قال الأخ : لا زوجة لك ، قال

الزوج : ولم ؟ قال : لم تكن رضيت ولا علمناها وأنكرت الجارية العلم ؟

قال : فإن قامت بينة على رضاها فالنكاح صحيح ، وإلا حلفت هي وأخوها وكان القول قولهما ويفرق بينهما .

قال محمد بن رشد : أجاز مالك في هذه المسألة نكاح اليتيمة قبل البلوغ إذا أقرت بالرضا أو قامت بينة على رضاها فأمضاه قبل البناء .

وصرح عز الدين بن عبد السلام بتزويج بنت سبع سنين وعزاه لأهل عصره ، وهو للجزيري وشهره الزناتى .

وقال فى « المدونة » <sup>(١)</sup> : ولا يزوج البكر اليتيمة وليها وإن كانت سفية إلا برضاها .

قال أبو الحسن : ظاهره مخالف لما ذكره ابن القصار : أن اليتيمة يزوجه الولي إجباراً إذا رأى المصلحة لها فى ذلك حذاق المشايخ فى ذلك متى خيف عليها الفساد وأبت من النكاح وإن كانت ثيباً .

عياض : وقد تقدم هذا فى كلام عبد الحميد .

تنبيه :

لو لم تتوفر شروط اليتيمة وفسخ قبل البناء فيرجع الزوج بجميع ما أعطى ولو شاة الذبح ؛ لأنها تعد من الصداق كما صرح به الجزولى عند قول المصنف : وهديّة اشترطت . . . . . إلخ ، والقاعدة أن المفسوخة قبل البناء لا شيء فيها ، ومن تأمل هذا إنما هو فى ابتداء الحال ، وأما بعد العقد والدخول فكما تقدم من كلام ابن عرفة وإن الأولياء نظر النساء .

فائدة :

إذا ادعى الولي عدم الحضور فلا عبرة بدعواه مع حصول العلم له بالعقد .

(١) المدونة ( ٢ / ١٠٢ ) .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٩

قال البساطي : قال عبد الملك بن حبيب : وإذا كان الولي الأقرب حاضراً يعلم أن غيره عقد على وليته ولا يتكلم ولا يغير ، فإن ذلك يحمل منه على الرضا والتسليم . أ . ه .

وبه جزم أبو سعيد بن لب : في يتيمة زوجها خالها بعلم عمها وحضوره بالبلد دون حضوره مجلس النكاح ، قال : يشترط حصول العلم بالعقد .  
فائدة : في أنكحه أقوام جرت عاداتهم تجديد العقد ليلة الزفاف .

وكذلك من يعقد بدراهم أو دنانير وعند الدخول يأتون بكسوة وحلى ، فهذا كله إذا مات الزوجان أو أحدهما قبل الدخول لا صداق فيه ولا إرث على المشهور من المذهب ، وأما التي تتوقف على العقد ليلة السرج وقد صرح به مفتي بجاية سيد يوسف بن سليمان وأطنب في النقل عنه ، وأما الجواب : فقد صرح الإمام السيوري بفساد ذلك ونقله البرزلي وبه أجاب الشيخ عبد العزيز بن علي بن محمد .

(٢٢) [٤] ونص السؤال : سيدنا أبو فارس في أناس يزوج الرجل ابنته للآخر بدنانير أو دراهم ويتراضون وربما منعوا وليمة ، والغالب عليهم أنهم ينظرون عقد القاضى فيطلق الزوج أو يموت أو تموت الزوجة ، وهل على الزوج صداق أم لا ؟ وهل يتوارثان أم لا ؟ جوابكم شافياً تؤجروا وترحموا .

فأجاب : أنكحة البوادى هذه مفسوخة كما نقله البرزلي عن السيوري ، لأن العقد عندهم تسمية دراهم أو دنانير في اللسان فقط ، والصداق حقيقة ما يكون عند الزفاف من حلى وكسوة ولا يقومونه إلا عند الدخول ، وقد علم جهالة ذلك عند العقد لأنه غير منضبط فالعقد السابق مستند إلى صداق مجهول ، وما كان هذا سبيله فهو فاسد لصداقه .

ولابن رشد : إذا مات أحد الزوجين في مثل هذا قبل الدخول فلا شيء فيه من الصداق على المشهور خلافاً لأصبح . أ . ه . من « أسئلة البجاويين » ، وبه أجاب

الأستاذ ابن السراج .

قال شارح تحفتى ابن عاصم : لم تزل الفتاوى صادرة من شيخنا الأستاذ أبى القاسم بن السراج بعدم التوارث مهما مات أحد الزوجين قبل البناء فى الأنكحة المنعقدة فى الجبهة الشرقية التى [ق/١٨] يتأخر فيها الكتب والإشهاد للدخول ويقدمون فيه دنائير واحد من الصداق ويسمونه المأذون ، وعلل ذلك بأنه فاتت به الصيغة وما زال الأصحاب يراجعونه فى ذلك بالبحث وهو أول فتياه بذلك . أ . هـ .

فقد صرح ابن رشد بمشهورية هذا ، وابن رشد مشهود له بالحفظ والإتقان وهو مقدم على غيره نقلاً وفهماً .

قال ابن عرفة : إذا تعارضت الأقوال فى مسألة فقول ابن رشد مقدم ، وينبغى للمؤمن إذا وجد قول ابن رشد أن لا يحكم بغيره، وهذا أمر متفق عليه عند القضاة من رمان نشأته إلى يوم القيامة .

فائدة : فى رجل تزوج يتيمة بكرًا بالغًا ، ثم ادعت قبل البناء أن الزوج ممن يسمع عنه سماعًا فاشيًا ومن أقاربه أنهم أرقاء ولم تثبت حریتهم .

قال : لا يقبل قولها ولا سبيل إلى الفسخ إلا إذا أتت بيينة ويثبت أنهم اشترطوا عليه أنه ليس فى سلفه عيب . أ . هـ .

وقال السداني عند قول خليل : ( كقول المدعى عليه : أجلنى اليوم )<sup>(١)</sup> ، قال : مسألة : من ادعى نكاح امرأة فقال لها : إن لم آتیک بالبينة إلى يوم الفلانى فقد سرحتها أو طلقها بلا زواج ، فلم يأت بها لم يلزمه شيء وبقي على دعواه .

(٢٣) [٥] وسئل الوغليسى سنة أربعين وست بعد سبعمائة عن تزوج

امرأة مكرهة أو بغير رضاها ثم طلقها هل يلزمه طلاق أم لا ؟

فأجاب : إن ثبت ذلك فلا نكاح بينهما ولا يلزمه طلاقها .

(٢٤) [٦] وسئل أيضًا عن تزوج يتيمة مهملة غير بالغ ولا حاجة

(١) المختصر ( ص / ٢١٢ ) .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣١

تدعوها للتزويج وتزوجها بولاية العامة ، هل يتوارثان إن مات أحدهما قبل البناء ؟ وهل يلزم الصداق ؟

فقال : يتوارثان ولا صداق لها .

(٢٥) [٧] وسئل أيضاً عن هرب بيتيمة وهي كارهة له غير راضية به ومكث معها مدة يخلو بها من غير أن يصيبها وعقد عليها النكاح من غير استبراء وهي لم تزل كارهة فيه ، ثم حنث بأيمان هل يلزمه ما حنث به؟  
فقال : إن كان الأمر كما ذكر فلا يلحقه طلاق .

(٢٦) [٨] وسئل عن تزوج امرأة يتيمة مهملة وهي كارهة له وجبرها أخوها أو الخاطب أو أمها ، هل يلزمه الطلاق أم لا ؟ وهل يتوارثان أم لا ؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر فلا يلزمه طلاق ولا يتوارثان .  
فائدة :

الولاية مطلوبة بالكتاب والسنة طلب إيجاب ، قال الله تعالى : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [ النساء : ٢٥ ] ، وقد اتفق أهل الصناعة أن الأمر إذا ورد من الأعلى إلى الأدنى يقتضى الوجوب ، وعكسه دعاء ، ومع تساوى الوصف استرشاد ، تأمل .

وقد ثبت في الصحيحين أنه ﷺ قال : « لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها ، وإنما تنكح نفسها الزانية »<sup>(١)</sup> فهذا لفظ نهى وخرجن أهل الصنائع من

(١) أخرجه ابن ماجة ( ١٨٨٢ ) والدارقطنى ( ٣ / ٢٢٧ ) والبيهقى فى « الكبرى » ( ١٣٤١٠ ) وابن الجوزى فى « التحقيق » ( ٢ / ٢٥٨ ) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

قال الألبانى : صحيح دون قوله : « والزانية ... » .

قلت : وليس الحديث فى الصحيحين كما زعم المصنف رحمه الله .



مثل هذا بالشكل المنطق الوجوب ، قالوا فى نصه : نكاح المرأة بصاحبها منهى عنه ، وكل ما نهى عنه فالمبادرة إلى ضده واجبة .

وقد رتب خليل الولاية حتى قال : « بكافل » (١) ، معناه : وصح النكاح بكافل لأنه ولى ، ثم أكمل تفصيل ما أجمله على قاعدة البيانين فى علم التأليف ، وهى صناعه محمودة عندهم فزاد رحمته صناعة أخرى هى علم اللسان بأن أشار للتفصيل بها فى العادات ، لأن القاعدة عندهم فى التفصيل المساوى لا بد أن تدخله آلة التعديل وهو رحمته أقعد وأدرى بهذه الصناعة ، ولذلك تعرض لهذا التأليف الغريب بجمعه لشتات العلوم ولم يترك رحمته حق صناعة من الصناعات ، ولا يكشفون فيه عن هذا وأمثاله إلا أهل الذوق .

فقال رحمته : (وهل إن كفل عشراً أو أربعاً أو ما يشفق مثله تردد ، ثم قال بعد التعديل وظاهرها شرط الدناءة) ، وبهذا الجزء الآخر ، أعنى قوله : (وظاهرها . . . .) إلخ ، وهو وصف القيد العام لا يدخل كل جزء مما تقدم من إجمال وتفصيل ، فله دره ما أحوطه بالفنون .

قال الأجهورى : وقوله : (بكافل وصح النكاح بكافل) ، هذا نص « المدونة » .  
عياض : يريد بعد بلوغها ورضاها .

وفى « الوضيحة » : وذلك إذا مات أبوها أو غاب أهلها .

وعلى ذلك حمل الشيوخ المسألة ، وحيث حضر أهلها فلا يصح نكاح الكافل . أ. ه .

وقوله : (أو ما يشفق) أى ما يعلم منه الشفقة والحنان .

فائدة :

قال المتيطى بعد كلام طويل : فقيل لمالك فى « المدونة » : أرأيت المرأة لها قدر تزوجت بغير ولى فوضت أمرها لرجل فرضى الولى بعد ذلك ، أثبت هذا النكاح ؟

(١) المختصر (ص / ١١٠) .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام

فوقف فيه .

قال ابن سلمون : يعنى وقف فى فسخه لأنه مفسوخ ، ومثله ذكره اللخمي فى « تبصرته » والباجى فى « منتقاه » .

قال : إنما توقف فى إجازته إذا أجازته الولي ، قاله فى « المدونة » .

وقال ابن القاسم : إذا أجازته الولي بالقرب جاز ، سواء دخل الزوج أم لا ، وإذا أراد فسخه بحدثان الدخول ، فله ذلك ، وأما لو طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان صواباً .

ومثله « للمدونة » على ما نقله البراذعى ، ونصها على ما عند البراذعى : وإن ثبت نكاح عقده غيره فى ذات الحال والقدر .

قال ابن القاسم : إن أراد الولي أن يفرق بينهما فعند الإمام إلا أن يرضى [ق/١٩] بالفراق دونه . أ . ه .

### فائدة :

ومما يوجب فسخ النكاح عدم الكفاءة كما مر ، وإلا لم تظهر فائدة للولي لأن الله تعالى لما علم نقصان عقلها فتضع نفسها فى غير كفاءٍ لها فيلحق بذلك معرة ، فجعل للرجال عليهن الولاية . أ . ه . من ابن هارون .

وقول خليل : كشريفة . . . . . إلى قوله : فإن قرب فالأقرب والحاكم إن غاب الرد هو معنى ما مر ، وعلى فهم ابن التبان لكلام مالك قال : إن كان قبل البناء فللولي الإجازة والفسخ ، وإن طال قبل البناء تحتم الفسخ وبعد البناء بقرب الولي مخير ، ومع البناء والطول فلا فسخ ، وعليه اقتصر ابن يونس . أ . ه .

### فائدة :

الولي إذا مسه ضرر كحياء أو خوف وقال للخاطب : إني زوجتها لفلان ، حكى « التوضيح » فى ذلك أربعة أقوال :

ثالثها : إن ادعى ذلك بأمر متقدم أو لا يدعيه إلا بذلك اللفظ .

الرابع : يلزم فى النكاح دون البيع . أ . هـ .

ومثله للقلشانى على « الرسالة » .

ابن رشد : المشهور اللزوم فى النكاح ، والأربعة أقوال إنما هى فى غير النكاح .

قال ابن سلمون : من سئل عن شيء فقال : هو لفلان ، لم يلزمه شيء بهذا

الإقرار ، بخلاف ما إذا قال : بعته لفلان أو وهبته لفلان فإن ذلك لازم . أ . هـ .

فائدة :

قال الأجهورى عند قول خليل : (ولابن عم ونحوه تزويجها من نفسه إن

عين)<sup>(١)</sup> .

تنبيهات :

الأول : أنه لا يشترط فى رضاها أن تقول : قبلت أو يشترط رضاها ولو

بالسكوت كما هو ظاهر كلامهم . أ . هـ .

ومن ذلك على العموم فى السكوت .

وقال ابن رشد : اختلفوا فى السكوت هل يعد إذنًا فى الشيء أو إقرار به ، على

قولين مشهورين فى المذهب منصوص عليهما لابن القاسم فى غير ما موضع من

كتبه . أ . هـ . من الخطاب<sup>(٢)</sup> .

ولابن رشد فى « البيان » : من ادعى عليه بشيء ولم يقر ولم ينكر بل قال

عقب كلام المدعى : أنا لى عليك مال أو شيء سماه ، فلا يكون ذلك إقرار . أ . هـ .

وفى « المواق » : إذا كانت عادة عند قوم الرجل يزوج أخته بحضورها ولا

يستأذنها حتى صارت عادة ، قال : هى وكالة عرفية يصح بها العقد كما هو فى

الأضحية ، ومثله للإمام البرزلى .

ونقل السيورى عن القرافى أن العقود تصح بجماعة المسلمين ونصه : إذا تخرج

(١) المختصر ( ص / ١١٢ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٥ / ٢٢٥ ) .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام \_\_\_\_\_ ٣٥

الناس لعدم القضاة أو لعدم عدلهم فجماعتهم كافية في الحكم في جميع الأشياء فيجتمع أهل الخير والفضل فيقومون مقام القاصي في ضرب كذا وفي النكاح والطلاق وغير ذلك .

(٢٧) [٩] وسئل سيد إبراهيم بن يوسف الغمرى عن لها يتامى بعضهم بالغ، وقصدت تزوج عمهم ليرزق بالأيتام فمنعها وليها لعدم الملاءمة فتزوجت بغير ولي ولم يذكر الأولاد بشيء ومكث الأولاد معه والكبار يخدمون معه ، ثم أنكرهم وزعم أنهم أنكروه ، واعتزل الصغار ومنع أمهم من الخير لهم فضاعوا فقالت : إنى لم أتزوجك إلا على الأولاد؟

فأجاب : أما فسخ النكاح فالأقرب فيه الجواز للطول بأولاد وسكوت الولي مع علمه ، وأما سكنهم فالذى ذكره ابن عرفة عن ابن زرب : اللزوم ، ونصه : أجب ابن زرب عن من تزوج امرأة وله ولد صغير من غيره فأبته ، فقال : إذا كان له قريب يحضنه أجبر على إخراجه وإلا أجبرت على بقاءه ، ولو بنى بها والصبى معه لم يكن لها إخراجه ، وكذلك الزوجة إذا كان لها ولد صغير ، فقيد ولدها بالصغير ولعل الكبير أكثر ضرراً .

فالأولى في نازلتكم الصلح إن أمكن انفصال الكبار والصغار عن الأم ونفقتهم من مالهم إن كان مال ، ونفقة الكبار على أنفسهم ، وإن لم يكن مال وأمکن أن تكون نفقة الصغار على عمهم ويخدمون بقدر طاقتهم وحاصله الصلح بما أمكن وإلا فليحضوا على الفرار ، وعائد السلام عليكم .

(٢٨) [١٠] وسئل العقباني عن تزوج عذراء فوجدها ثيباً وأخبر بعض أقاربه وسكت حياءً أو لعدم معرفته ، ثم بعد ثمانية أشهر أراد القيام ؟

فأجاب : بقاء الرجل مع فوت ما شرط يلزمه ولا يبقى تكلم .

(٢٩) [١١] وسئل أيضاً عن عقد على أخته البكر الصغيرة لرجل وصاحت وبكت ، فأخبرها الأخ بقدرته على الزوج فسكتت على ما بنى عليه وبنى بها مدة وطلقها ثلاثاً فلامه أناس ؟

فقال : أشهدكم متى تحل تحرم .

(٣٠) [١٢] وسئل عن هرب بمطلقة غيره ونكحها بولاية أجنبي من بنى عم وكلته بعد أن كان يدخل ويخرج عليها بعد الهروب ولم تثبت له خلوة وبنى بها نحو سبعة أشهر ، ثم أراد أخوها فسخ النكاح ؟

فأجاب : يمضى النكاح بولاية الأبعد وليس للأخ متكلم .

(٣١) [١٣] وسئل أيضاً عن وصى على يتيمتين بالجبر لمن شاء فزوج واحدة لولده وزوج الأخرى باستئمارها لرجل وصار ينفق عليها ثمانية أعوام وهى فى هذه المدة بالغ ولم يجد ما يدفعه فى نقدها ، ثم إن الوصى أخذ جعلاً وزوجها لرجل آخر وبنى بها الثانى ولم يصدر من الأول تسليم ولا طلاق إذ لا قدرة له على الزوج الثانى ولا على الوصى لكونهما ببلد العرب فتوفى الثانى وأراد الأول أن يطلبها لعدم طلاقه ؟

فأجاب : الحمد لله ، المرأة للأول لأنها لم تنفصل عنه بطلاق ولا بحكم حاكم .

(٣٢) [١٤] وسئل أيضاً عن صغير زوج له عمه بلا سمع قبل ؟

فأجاب : لا يتم هذا النكاح لأن الصغير لا قبول له ، ولو قبل له أبوه أو وصيه أو نائب قاضى لصح النكاح .

(٣٣) [١٥] وسئل أيضاً عن قال لرجل : أنا أخاف على ابنتى من الظلمة [ق/ ١٠] أعنى ظلمة العرب ، لكن أزوجها لك حتى يسمع الناس ، فلما وقع ذلك هرب بها الزوج فبقيت معه مدة ثم قال : هى حرام ، هل

يلزمه ، وهل النكاح صحيح ؟

فأجاب : إن كان الزوج والأب قاصدين قطع الظلم على البنت فلا نكاح ولا تحرم إن أراد تزويجها ، وإلا فهو صحيح والحرام لازم .

(٣٤) [١٦] وسئل أيضاً عن ثيب مالكة أمرها زوجها أبوها بغير

رضاها؟

فأجاب : الحمد لله ، لا يلزمها صنع أبيها وهى ثيب إلا إذا صدر منها ما يدل على الرضا .

(٣٥) [١٧] ومن « نوازل المازرى » : من أنكح وليته الثيب من غير

توكيل لأنه سمع من الشهود أنها رضيت بالزوج حين خطبها ، ثم إنها لم ترض حين زوجها وليها ، هل يكفى رضاها أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله ، إن رضاها حين الخطبة لا ينفع ولا يلزمها النكاح إلا إذا وكلت ورضيت بالقرب من العقد .

فائدة :

حكى ابن عات الخلاف فى شهادة الخاطب على رضا الزوجة والولى ، ونقل الخطاب عدم الجواز .

ابن رشد : إن أخذ الخاطب أجره منه وإلا فتجوز شهادته .

(٣٦) [١٨] ومن « نوازل العقباني » عن رجل خطبت منه ابنته البكر ،

فقال للرجل : إن التزمت لى بسكنى الحاضرة فقد زوجتكها فقال له : قد التزمت ما اشترطت من سكنى الحاضرة ، ثم إن الأب أراد أن يرجع ، فهل له ذلك أو يلزمه النكاح ؟

فأجاب : الحمد لله ، لا رجوع للأب ولا للزوج .

(٣٧) [١٩] وسئل الإمام العقباني عن ثيب خطبت من أبيها فأعطاها

من غير إذنها وأوصى بكنم العقد لئلا يسمع مطلقها ، فخلى بها الزوج وحملت منه فقال إخوتها : إن هذا العقد غير جائز ، فعمد الزوج إلى رجل دين وعقد له عليها مرة أخرى وهى حامل واستمر على ذلك ، وهل هذا العقد الثانى وقع فى العدة ؟ وهل تحرم به أم لا ؟

فأجاب : النكاحان فاسدان وليس النكاح فى العدة إذ لم يزل مسترسلاً بالنكاح الفاسد الأول إلى النكاح الثانى ، والواجب الآن أن يتنحى عنها الآن حتى تستبرأ ويصير خاطباً إن شاء الله . والله الموفق بفضله .

(٣٨) [٢٠] ومن « أسئلة ابن إدريس » ، من قال : من فعل كذا فابنتى فلانة معطية له ، ففعل ذلك رجل بالحضرة ، فهل يلزم ذلك ؟  
فأجاب : الحمد لله ، إن فعل ذلك بالحضرة لزم النكاح .

(٣٩) [٢١] ومن « أسئلة المازرى » : من قال : أشهدكم على أن ابنتى فلانة البكر أنى زوجها من فلان ، وفلان هذا غائب فبلغه الخبر بعد خمسة عشر يوماً ونحوها فرضى وبقي مدة وزارها فرأى منها نفوراً منه ، فقال : إن أسلم لها أبوها صداقها فهى على حرام ، فسلم له الأب ثم أراد مراجعتها هل له ذلك لفساد هذا النكاح على المشهور فلم يصادف التحريم محلاً ، أو يقال : هذا النكاح مختلف فيه وهو مما يفسخ بالطلاق ، وما هذا حكمه يلزم فيه الطلاق ؟

فأجاب : الإجزاء على المشهور أن النكاح على هذا الوصف لا ينعقد .

(٤٠) [٢٢] ومن « أسئلة الوغليسى » : كفيل أراد أن يزوج مكفولته من ولده ، هل له ذلك ؟

فأجاب : إذا كان صلاحه التزويج بنظر أهل الدين جاز له .

(٤١) [٢٣] ومنه مكفولتان كبرتتا وأرادا التزويج ولهما ولى فى موضع

مجهول ، هل يعقد الكفيل عليهما أم لا ؟

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر جاز للكفيل ويجب عليه أن يحسن النظر في مصالحهما والسداد .

(٤٢) [٢٤] ومن «نوازل ابن سحنون» : صغير تزوج امرأة على صداق مسمى ، ثم طلبته بالنفقة والصداق ؟

قال : ليس عليه نفقة ولا صداق حتى يبلغ مبلغ الوطاء .

ولأبي الحسن : يفسخ نكاح المعتدة بغير طلاق لأنه مجمع على فساد ، وإن دخل عوقب والشهود إن علموا ، ولها المسمى ويلحق الولد ولا يتوارثان لفساد العقد .

(٤٣) [٢٥] ومن أسئلة « ابن سحنون أيضاً » : بكر خطبت من أبيها ، فقال: لم أزوجها ، فهل للقاضي تزويجها بغير إذن الأب ؟ وإن زوجها هل يصح ؟

فأجاب : لا يجوز للقاضي ، وإن وقع ففيه خلاف .

ابن القاسم : يفسخ قبل البناء وبعده .

ابن وهب : قبل البناء ويثبت بعده .

وقال محمد : وأنا أقول يفسخ مطلقاً وإن ولدت الأولاد ، لأنه غضب .

فقيل له : فإن امتنع الأب من تزويجها ؟

قال : يزوجه القاضي بكرةً كانت أو ثيباً ، ولكن بعد الإعذار للأب فيقال له :

إما أن تزوجه أو نزوجه عليك .

قيل : والثيب ذات الأب يزوجه غير القاضي مثل الأخ وابنه والعم وابنه .

قال : مذهب ابن شهاب الجواز .

وقال ابن هرمز : لا ينعقد إلا إذا حضر الأب والقاضي ، قيل له : فإن زوج



الطيب أجنبي ولم يحضر حاكم ولا قريب ولا أحد من أهل العلم ؟

قال : يفسخ أبداً لقوله ﷺ : « السلطان ولى من لا ولى له » ، وأجازه جماعة من أهل العلم وهو شاذ ، وأباه الأكثرون كالحسن بن الحسن البصرى ومحمد ابن سيرين وإلياس بن معاوية والمدنى وثابت البنانى وسالم بن يسار وعبد الملك بن حبيب ومحمد بن إبراهيم والمواز ابن عبد الحكم .

وقال محمد : وبهذا آخذ ، ولم يجز العلماء مثل هذا إلا فى « المدونة » .

واليتيمة المحتاجة للنكاح يزوجها غير وليها إذا طال بها الزمان لم يفسخ ، وإذا قرب يفسخ إلا أن يعقده أحد من أهل العلم قرب النكاح أو بعد .

قيل له شهادة الأفضاذ إذا لم يجد فى العقد إلا واحداً فله أن يشهد ثانياً أو ثالثاً ولا يبنى حتى يشهد .

قيل : فإن جهل ودخل قبل أن يشهد الثانى وبعد شهر من البناء قدم ، فكيف الأمر ؟ [ق/ ١١١أ] قال : يستبرئها بثلاث حيض ويتزوجها برضاها وولى وصداق وبينة .

قيل : فإن تزوجها بالصداق الأول ولم يزد عنه شيء ؟

قال : ذلك جائز .

قيل : فإن غفل حتى ولدت الأولاد ثم مات الزوج ألها شيء من الصداق ؟

قال : لا شيء لها منه ولا ميراث لأنه معها غيرها وليس الشاهد الواحد شبهة .

قيل له : لو تزوج بشبهة محتاجة وشاهد وجهل ودخل ثم استبرأها بالحيض أو بالأشهر وأراد أن يجدد نكاحها فامتنعت ألها ذلك أم لا ؟

قال : لها ذلك ، هى وذات الأدب فى هذا سواء .

قيل له : إن تزوج بشهادة رجل وامرأة ؟

قال : لا يجوز ، قال عمر بن الخطاب : هذا نكاح السر فلا أجره ولو وقع رجمت فيه .

## ٤١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

قيل له : من هرب بامرأة ومكثت عنده أياماً وتزوجها قبل الاستبراء ؟ قال : إذا هرب بها مع ملاً من الناس وعلم أنه لم يمسه ولم تقع بينهما خلوة فالنكاح صحيح وعليه العقوبة للهروب ، وإن ثبت بينهما خلوة أو شك فالاستبراء واجب ، فإن تزوجها قبله ، ففيل : يتأبد تحريمها ، والصحيح أنه لا يتأبد .

### فائدة :

ومن « الزاهي » : من زنا بامرأة فولدت فلا يرث ، وإن ولدت بنتاً هل يحل له تزويجها ؟ فيه خلاف قوى بين أصحابنا ، فمنهم من حرمها ، وأنا أقول بتحليلها لأنها ليست ابنته وإنما هي بنت الشيطان لقوله تعالى : ﴿وَشَارِكُهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ﴾ [الإسراء : ٦٤] .

### فائدة :

من « البرجيني » : بنت زوجها أبوها من عبد ؟

فأجاب : إن لها أن تنكر على الأب .

ومن كتاب « الدلائل » لأبي عمران الفاسي رضي الله عنه وفي « الوضيحة » : إن الوصي دون الأخ والقربة وهو مذهب ابن القاسم ، وكذلك الوصي المطلق الكامل النظر .

وابن رشد يتأول ما في « الوضيحة » على الموصي ، قال : وصي فلان فقط ، ولو قال : علي ولدي أو ابنتي فلا تتعدى ولايته من ولي عليه ولا يزوج أحد من قرابة الموصي إذ لا ولاية له عليهن كان محجوره حياً أو ميتاً ، ولو قال : هو وصي علي بعض بناتي فهو ولي لعقد نكاح جميعهن كن جائزات الأمر أو محجورات وإذا أرشد الوصي محجورته فالظاهر أن ولايته لا تسقط عنها كالأب إذا أرشد ابنته ، وينكح الوصي بنات محجوره ، قاله مالك رحمه الله ، يريد إذا بلغن ويستأمرهن خلافاً لبعض المتأخرين إلا بتقديم القاضى ولو مع محجوره باتفاق ومنه مقدمة القاضى توكل من يلي نكاح ابنتها ولا كلام للأولياء إلا إذا ثبت أنه غير كفاء .

## مسألة :

إذا مات المشرف على الوصى جاز للوصى العقد وليس للمشرف فى العقد حق وإنما له المشورة ، فإذا شاوره انفرد الوصى بالعقد ، فإن لم يشاوره فالعقد فى نفسه صحيح إلا أنه موقوف على نظره ، فإن أجازة جاز كالسفيه يزوج بغير إذن وصيه فإذا زوج الوصى بعد موت المشرف نظر القاضى ، وليس النكاح بفاسد ، فإن لم يجزه القاضى أو لم يرفع إليه حتى مات الزوج وورثه ووجب صداقها المسمى إذ لا نظر لها فى حل العقد ، وإن تزوج المحجور من غير إذن وصيه ولم يعثر عليه حتى مات الزوج فقد اضطرب المذهب .

والذى اختاره القاضى أبو الوليد بن رشد: أن ينظر فى النكاح فإن كان غبطة وسدادا كان لها الإرث وإلا فلا شيء لها إلا أن يكون دخل بها فلها ما تستحل به ، وإن تزوج المحجور ولم يعلم وليه ولا أجاز حتى مات ولم يرد فهو بمنزلة إذا لم يعلم حتى مات إلا إذا دخل بعلمه فهو إجازة ، وإن تزوج محجوره الغنى من فقيرة بصداق مثلها فالنكاح جائز .

## تنبيه :

ومن كتاب « الدلائل » أيضاً : النظائر التى تفوت بالدخول : امرأة المفقود إذا تزوجت بغير ضرب الأجل ، وقيل : تفوت بالعقد ، والتى راجعها زوجها ولم تعلم بالرجعة ، وزوجة العبد تعتق فى غيبته وتختار نفسها ثم يثبت أنه عتق قبلها ، وزوجة الكافر تسلم فى غيبته ثم يثبت أنه أسلم قبلها ، وقيل : هو أحق بها وإن دخلت بالمنعى لها زوجها ، ومن أسر أو تنصر ولم يعلم أطوعاً أو كرهاً ؟ فرق بينهما ثم ظهر أنه مكرهاً ، ومن أسلم عن أكثر من أربع فاختر أربعاً ثم وجدتهن محاريم فإنه يختار من البواقي ما لم يدخلن ، وقيل : هو أحق وإن دخلن ، والغائب تطلق عليه زوجته ثم يأتى بحجة .

## تتميم :

ومنه أيضاً النظائر التى لا تفوت بالدخول : المنعى لها زوجها خلافاً للقاضى

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٤٣

إسماعيل كالمفقود ، ومن طلقت لعسر النفقة ثم أثبت أنها أسقطتها ، ومن قال : عائشة طالق وقال : أردت زوجتي عائشة الغائبة فطلقت هذه ثم أثبت أمر الغائبة . أ . هـ . باختصار وهو حسن .

## فصل

الصداق ، ورسمه : عوض مباح في مقابلة استيلاء الزوج على بضع امرأة يبيح الاستمتاع بها وهو واجب كتاباً وسنة ، فرضه الله بقوله : ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [ النساء : ٤ ] ، وناهيك بورود الأمر من الأعلى إلى الأدنى ، فلا سبيل لإسقاطه إلا النشوز والافتداء لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾ [ البقرة : ٢٢٩ ] ، أى فلا سبيل إلى إسقاط غير ذلك لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُمْ لِيَتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُمْ... ﴾ [ النساء : ١٩ ] الآية [ ق / ١١٢ ] وحكمه فى وصفه وذاته وتأجيله ونقده كإيمان البياعات فلا بد من تعيين وصفه وقدره وأجله وحلوله ، ولا بد من ظاهر متفجع به والقدرة على تسليمه وهذا مما لا خلاف فيه .

قال الشيخ يوسف بن عمر : ولا بد من تسميته ولا يكفى العرف . أ . هـ .

ولا سبيل لسقوطه إلا ما تقدم أو اشتهاى الزوجة بالزنا فإنه يسقط لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ ﴾ [ النساء : ١٩ ] .

نقل الخطاب <sup>(١)</sup> من « مسائل الملقوطة » : أن المرأة إذا اشتهرت بالزنا والسفاح وإباحة فرجها لغير بعلمها فلا صدق لها عند الزوج .

وفى كتاب « الدلائل » مثل ذلك ونسبه لابن القاسم فى أسئلته .

تنبيه :

اعلم أن الصداق ينقسم إلى قسمين : معين كعبده فلائناً ، وفى الذمة من غير تعيين كعشرين نعجة أو خمسين ديناراً ، فالأول يجب تسليمه للمرأة أطاقت الوصى أم

(١) مواهب الجليل ( ٣ / ٥٠٧ ) .

لا ؟ بلغ الزوج أم لا ؟ وإلا لزم بيع معين يتأخر قبضه وهو محرم ولها منع نفسها حتى تقبض ما ليس معيناً وهو مضموناً في الذمة ولو كانت معينة بأحد العيوب الأربعة ، يعني حدث بعد العقد ومضى به ، وأما لو بنا بها فليس لها منع نفسها حتى تقبض ما بقى بل حتى تطالبه به كالمديان .

ولأبي الحسن : إن ذلك خاص بزمان العدل ، قال : ونساء هذا الزمان لعدم الإنصاف فللمرأة أن تمنع نفسها بعد البناء حتى تقبض بقية مهرها لعدم من يقوم لها باستخلاص حقها .

ابن رشد : وأما إخراج حقوقهن فوظيفة على الأمراء وجماعة المسلمين . أ.هـ .  
ونقل الخطاب<sup>(١)</sup> في باب النفقات : أن جماعة المسلمين تقوم مقام القاضى فى كل ما ينويه وأطنب فيه ، ومثله لابن سلمون فى كتابه المسمى بـ : « العقد المنظم الأحكام فى معرفة الأحكام » .

قال التائى فى كبيره<sup>(٢)</sup> : إذا خيف عليها الفساد ولو جبراً ، ومثله ما ذكره فى بكر عضلها أبوها أن القاضى يزوجه وإن لم يكن قاضياً فجماعة المسلمين ، وكذا قالوا فى يتيمة مهملة احتاجت وخيف عليها أن القاضى يجبرها أو جماعة المسلمين .  
ونقل التائى فى صغيره : مهملة احتاجت وخيف عليها بلغت عشرراً أم لا ، شور القاضى أم لا للفساد .

يوسف البيشى عند قول خليل : ( وشور القاضى وما يقوم مقامه كجماعة المسلمين ) .

### فائدة :

قال مالك : يكره تسكين الزوجة قبل قبض ربع دينار لحق الله ولو من المؤجل فإن وقع لم يكره له الوطاء الثانى قبل قبض ربع دينار فلا لها منه شيء ، وكره ابن

(١) مواهب الجليل ( ٤ / ١٩٩ ) و ( ٦ / ٩٠ ) .

(٢) ( ٧ / ١٥٨ ) .

## ٤٥ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

القاسم الدخول بالهدية التي أهداها لها ، قال : لأنها ليست من الصداق .

قال في « البيان » : لأنه لو طلقها لم يكن له منها شيء ولو كانت قائمة .

قيل له : فإن كان النكاح مفسوخًا هل يرجع في الهدية ؟

قال : إذا أدرك منها شيئًا أخذه ، وإن فاتت لم يكن له قبلها لا قليل ولا كثير .

قيل : أيدخل بها إذا رهنها بالصداق رهناً ؟

قال : نعم .

قيل له : يجوز أن يتحمل عنه بالصداق ويبنى بأهله ؟

قال : أخبرني بعض من يوثق به أن بعض أهل العلم أجاره ، وأحب إلى أن

يقدم لها ربع دينار . أ.هـ .

ولا فرق في الوجوه بين الصحيحة والمريضة ، وليس للزوج امتناع من دفعه ولو

بلغت حد السياق كما في النفقة ويحتمل العموم .

والفرق : أن النفقة في مقابلة الاستمتاع وهو ممن بلغت السياق متعذر ،

والصداق لا يمنع المرض إذ قصاره الموت وهو موجب للصداق .

قلت : يمنع إرث نصفه أو ربعه ، وظاهر لفظها التسوية .

قلت : لعله يريد قول ابن القاسم : والمريضة كالصحيحة إن لم تكن في السياق .

وفيها لابن القاسم : المهر في هذا أوجب من النفقة . أ.هـ .

تنبيه :

قال ابن شاس : قال في « المدونة » : وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها ،

وإذا مكنته من الدخول فلها المنع من الوطاء بعده لقول مالك لمن سأله عن امرأة أنها

أذنت له بالدخول عليها والمبيت معها وإن اضطجعت معها في لحاف ومنعتني نفسها

حتى أعطى صداقها ؟

قال : لها ذلك . أ.هـ .

## تذييل :

قال الخطاب (١) : فرع : إذا قال الموثق في العقد : النقد من الصداق كذا ، فقال سحنون : ذلك براءة للزوج .

وقال ابن حبيب : لا يبرئه ذلك حتى يمضى للدافع .

وفى « الشامل » : قوله : نقدها أو أقبضها أو عجل أو قدم أو نحوه مقتض لقبضه ، وقوله : النقد من الصداق كذا مقتض لبقائه ، فإن قال : انقدها كذا ، فقولان . أ.هـ .

## تتميم :

إذا اختلف الزوجان أو الأولياء أو الورثة في قبض الصداق قبل البناء فالقول للزوجة أنها لم تقبض أو وليها أو وارثها ، وإن كان الاختلاف وقع بعد البناء فالعكس وقيد خليل هذا الجزء الثاني بقولي القاضيين .

قال الخطاب : قال التتائي في « كبيره » : قولاهما خلافاً لمذهب « المدونة » وليس بوافق حتى يصيرا قيداً والقول قوله بعد البناء هو المذهب . أ.هـ . بالمعنى .

قال الخرشي : الظاهر أنهما خلاف .

واعلم أن شروط الصداق : الطهارة والانتفاع .

قال محمد بن عبد الحكم في كافر تزوج كافرة بخمر ثم أسلما : القياس أن لها قيمة الخمر ككنكاح بثمره لم يبد صلاحها .

محمد : هذا قياس فيه نظر لأننا لو ألزمناه قيمته للزم بيعه وهو لا يصح ، وأما الثمرة آيلة إلى الصحة والخمر ليس كذلك وهو منصوص في بيع الثمرة ولو تخللت الخمر لصح قياسه .

## فرع :

لو بادرت الزوجة للبناء وعجز الزوج عن الصداق يلوم له بالاجتهاد فإن لم يجده عند الأجل طلق عليه [ق/١١٣] صرح بنقله المتيطى وابن سلمون والبوسعدى ، وكل واحد عقد به وثيقة .

(١) مواهب الجليل ( ٥١٤ / ٣ ) .

## ٤٧ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

ولفظ ابن سلمون : وحكم القاضى ينفذ الطلاق بعد انصرام الأجل ، وكذا إن كان للإعسار بالنفقة قبل الدخول فإنها تطلق عليه بعد الأجل وتملك أمر نفسها بوقوع الطلاق قبل البناء ، قاله ابن فتحون . أ.هـ .

ومثله للإمام الحافظ القلشاني ونصه : الفرع الخامس : إذا ادعى الزوج للبناء فامتنع ، فهل تجب النفقة بمجرد امتناعه بعد الادعاء أو بعرض السلطان ؟  
ثالثها : إن امتنع [ (١) ] دون إشكال . أ.هـ .

تفصيله : ومن يتول هذا الطلاق هل الزوجة أو الزوج ، فإن امتنع من إيقاعه فالحاكم ويكون على الزوج نصف الصداق وهذا محتمل الوجدان ، وأما من لا يرجأ له يسار اختلف المذهب هل يتلوم له أم لا ؟ قاله ابن عرفة ، ونصه فيها : للمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها فإن أعسر به الزوج قبل البناء تلوم له الإمام وضرب الأجل ويختلف فى التلوم لمن لا يرجأ له فإن لم يقدر عليه فرق بينهما وإن أجرى النفقة ، يريد : المهر غير المؤجل ولو كانت بكرة ففى الاستقلال الأب بتعجيل البناء وقبض المهر ووفقه على توكيلها إياه .

قول المتيطى عن ظاهر قولها مع نقله عن بعض شيوخه ، وهو ظاهر المذهب . أ.هـ .

### كيفية التأجيل والتلوم بعده:

قال ابن عرفة : المتيطى وابن فتحون : يؤجل أولاً ستة أشهر ثم أربعة أشهر ثم شهرين ثم يتلوم بثلاثين يوماً فإن أتى بشيء وإلا عجزه ، وإنما حددنا التأجيل بثلاثة عشر شهراً استحساناً ويحضر الزوج لضرب أول أجله وفى إحضاره لضرب ما سواه دون إسهاد الحاكم بحكمه بضرب الأجل .

ثالثها : ويشهد به لعمل بعض القضاة ، قائلاً : ليس على إحضاره إلا فى الأجل الأول ، ثم قال بعد : وإن كان عجزه عن المهر والنفقة فلا يوسع له أواخر الإسهاد والسنة أكثره .

ثم نقل قول ابن القاسم فى « المدونة » : لا أعرف سنة ولا سنتين من قول مالك يتلوم له مدة بعد مدة ، ولا فرق بينهما .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .



تنبيه :

فى قدر المهر ، أكثره لا غاية له لقوله تعالى : ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ الآية ، [النساء : ٢٠] وأقله ربع دينار ، فإن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة فإن فات قبل البناء ، قيل : يكمل ربع دينار أو صرفه ، وقيل : يرجع لصداق المثل .

نكتة :

أبو الحسن الصغير : من أنفق على امرأة يريد تزويجها ثم رجعت عنه فى مقالتها أنه لا رجوع له فيما أنفق .

تتميم :

الجزيرى : ما أنفقه الزانى على الزانية هدر كمن ألقى ماله فى البحر ، وأما ما أعطاه للسفير الذى يزوج بينهما ، هل يرجع على السفير أم لا ؟ قولان . أ.هـ . بالمعنى .

فائدة :

ما اشترطه الولى أب أو غيره من خباء أو كرامة ، فهل هو للمرأة إن أرادته؟ قال مالك : ما كان من شرط يقع فيه النكاح فهو للمرأة إن ابتغته ، فإن فارقتها قبل البناء فلها شرط الخباء ، هذا نص «الموطأ» (١) .

ثم نقل ابن زرقون الحديث الوارد فى الخباء قال رسول الله ﷺ : «أبما امرأة نكحت على صداق أو خباء أو عبد قبل عصمة النكاح فهو لها ، وأما بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه ، وأحق ما أكرروا لرجل عليه ابنته أو أخته» أ.هـ . من مراسيل عمر بن عبد العزيز .

نكتة :

من لم يسم الصداق وطلق قبل البناء لا شيء فيه ، قاله بعض شراح «الرسالة» ، فلو سمي مأكولة أو كسوة ولم يسم جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول فحكم ما سمي كما لم يسم فلا شيء لها ، ولو كانت لهم عادة فى المهر لا يعدونها فلا بد من

(١) الموطأ ( ٢ / ٥٢٧ ) .

## ٤٩ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

التسمية ، وقد ألزم اللخمي أن يكون بصداق المثل في هذه ، كما قال في من لم يسم لها ودخل بها والإلزام ليس بلازم له لأنه لم يقل به .أ.هـ . من الشيخ يوسف ابن عمر .

ومن «فتاوى المشدالي» : من زوج ابنته وشرط شرطاً يأكله على عوائدهم ، هل يجوز الشرط ؟ قال : إذا انعقد النكاح على ذلك ولولا شرطه ما زوجها وهو مضاف إلى الصداق ، فإن كانت رشيدة وتركته لأبيها أو لوليها فهو حلال له وإلا فلا يحل له ويرد ما أخذه .أ.هـ .

وفي اختصار ابن هارون « المتيطية » : من اشترط على الزوج ألا يفرق بينها وبين ابنتها ولو كان للولد أولياء لدخوله عليه وإن طاع لها بمؤنته بقاء الزوجية لزمه ، وإن اشترط ذلك في العقد فسخ قبل البناء ، وبعده يثبت بالأقل من المسمى ومن صداق المثل وبطل الشرط إذ الغالب أنها حطت من صداقها شيئاً ، فإن كان صداق المثل أقل من المسمى لم ينقص من المسمى شيء .

قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن في مسائله : ولو كان هذا الشرط إلى أجل معلوم لجاز لانتقال الغرر ، فإن مات الولد فنفقة بقية الأجل لأمه لأنه من صداقها وأنها تأخذه على حسب ما اشترطت .

قال ابن زرب : لا يجوز ولو لأجل معلوم ويفسخ قبل البناء ، وبعده يثبت بصداق المثل .أ.هـ .

وفي « المتيطى » : إذا اختلف الزوجان في عدد الصداق في موضعه وأتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبهه ، فلمالك روايتان :

إحدهما : يتحالفان ويتفاسخان [ق/١١٤] .

وفي الثانية: القول قول من ادعى الأثبه .

الشيخ : وهذا أصوب .

ومن كتاب « الدلائل » : وأفتى ابن رشد - رحمه الله - إلى العرف في الشروط إذا كانت ملتزمة في العقد وكتبه في الصداق على الطوع أنها تحمل على ما هو

العرف فإن ساق لها نصف أرضه بموضع كذا مشاعاً ثم بعد مدة باع فدائناً معيناً وادعى أنه استفاده بعد النكاح ، وقالت هي : بل هو من السياق ، فالقول قولها وتحلف أن لا بينة له ، وكذا إن ادعاه لنفسه ولم يبيعه .

وأفتى القاضى ابن رشد أن العادة فى السياقة أن يجهز الأب ابنته على حسابها ، والعرف جار على ذلك ، فإن امتنع الأب فالزوج بالخيار إن شاء رضى بالنكاح من غير جهاز أو حله على نفسه ولا شيء عليه ، وأن المرأة إذا ماتت وامتنع الزوج من دفع الصداق حتى يبرز الجهاز ، وامتنع الأب من إبرازه لزم الزوج صداق المثل على الجهاز لها ، وأنه إن جهزها الأب على حسب العرف ثم قام بعد زمان فقال : إنه عارية عندها ، فلا يقبل قوله . أ.هـ .

(٤٤) [٢٦] وفى أسئلة الغبرينى : رجل تحمل بنفقة ربيبة عشرين سنة فى أصل العقد ثم مات الزوج وطلبت الزوجة بقية المدة ، قال الورثة : لا شيء لك لأن النكاح فات بالدخول وبطل الشرط ؟

فأجاب : الذى وقع فى سماع ابن القاسم : أن مالكا قال : ليس هذا من عمل الناس ، وقال ابن القاسم : إن بنى بها سقط الشرط ولها مهر مثلها ، وإن لم ينفسخ ولو طرحت شرطها إذ لعل الولد لا يعيش شهراً .

فقال ابن رشد : قول ابن القاسم تفسير .

وقال ابن شقاق : اختلاف ، وأن مالكا يكره ذلك ولو ضرب أجلاً ، وابن القاسم يقول : لا بأس به إذا ضرب له أجلاً .

قال ابن رشد : قول ابن شقاق بعيد ، وكذا ذكر ابن عرفة عن المتيطى الفساد مع جهل الأجل ، وإن كان معلوماً فالمنع لابن زرب والجواز لأبى بكر بن عبد الرحمن ، فإذا بنينا على المنع ودخل فالواجب صداق المثل ويرجع الورثة بالنفقة على المرأة ، ولكن رجوع ابن رشد إلى الجواز ، فلا أعلم نصاً إذا مات الزوج والجارى على ما قاله فى من خلع زوجته بنفقة ولده منها وماتت فهى فى مالها ، فكذا هنا فهى فى مال الزوج . أ.هـ .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٥١

(٤٥) [٢٧] وفي « نوازل العقباني »: رجل تحمل على ولده بنقد صداق زوجته فنقدها بعضه وبني بها الزوج ثم مات المتحمل فقال ورثته: دفع لها جميعه ، وقالت هي : بقى بعضه ؟

قال : إن ثبت بقاء البعض بعد الدخول فالقول قولها إلا إذا قامت بينة بدفع الباقي بعد الدخول ، ومنه أيضاً: رجل تحمل لزوجة ولده بنقد صداقها فى ماله وذمته ثم مات أيؤخذ من تركته ؟

قال : يؤخذ من تركته لأنه لازم .

(٤٦) [٢٨] وفي «نوازل ابن أبى زيد»: من تزوج بمهر بعضه حاضر وبعضه مؤجل ولم يضرب له أجلاً ثم يموت أحدهما قبل البناء ؟

قال : لا شيء للزوجة لفساد الصداق ، ومثله فى « نوازل المازرى » .

(٤٧) [٢٩] وفي «نوازل المازرى» عكس هذا ، وهو تعين أجل المؤخر ، والمعجل مهمل وإنما هو للدخول ولا يعينون للدخول زماناً ؟

فأجاب : أجاز مالك تأجيل الصداق بالدخول لأنه كالمعلوم وهو فى معنى الحلول لأن من بدر أجبر له الآخر فلا جهل فيه .

ومنه : من هرب بامرأة فى النهار واختلا بها وادعت أنه وطأها غصباً وادعى أنه برضاها ؟

قال : فالقول قولها مع يمينها ويلزمه صداق المثل .

ومنه : من زوج أخته ولبست ملحفة من عند الزوج ، ثم أنكرت الرضى ؟

فقال : لا يلزمها نكاح بلبس الملحفة .

(٤٨) [٣٠] وفي «نوازل المازرى»: من تزوج بصداق نقده ثلاثين ثم طلب أن يسلم له الزوجة بأقل من ذلك ، ونقد مثل الزوجة خمسة عشر وهى موافقة لعرفهم، وقال الزوج : عسرت وقد أجلى القاضى ستين لأنه مما يرجى لى ، فهل حكم القاضى ماضٍ أو هو جور يجب نقضه ؟

قال : حكم القاضى ماضٍ وللأب أن لا يسلم ابنته حتى يقبض الثلاثين المسماة

باسم النقد على أحد قولى المذهب ، وعلى مذهب سحنون يمكن الزوج بالزوجة إذا نقد خمسة عشر ، ولسحنون : يلزم ما شبه به العرف .

(٤٩) [٣١] وفى «نوازل ابن مرزوق»: من زار زوجته وأعطها حاجة ثم ماتت فادعى أنه دفعها لها عارية لتتزين بها ، وأراد أن يعدها من صداقها؟

قال : قوله باطل والقول قول ورثتها والعرف شاهد لهم .

وفى كتاب « الدلائل » : إذا أظهر الزوج جهاز زوجته ولم تقم بينة على تلفه من غير سببه لزمه ، وإذا نحلّت الأم ابنتها نحلة عند عقد نكاحها وطلبت البنت ميراثها من أبيها ، قالت الأم : هو ما نحلّتك به ، وقالت : جهلت بيان ذلك .

فأفتى القاضى أبو الوليد أن القول قول الأم وتحلف ، وإذا نحل ولده عند النكاح استقلال شىء من ربعه ثم مات الناحل ، وقال الورثة : إنما وهبته مدة حياته ، وقال الزوج : مدة حياتى وليس فى عقد النحلة بيان ، فالظاهر [ق/١١٥] أن له غلة ذلك ما بقيت له غلة يأخذها المنحول له أو ورثته بعده قياساً على قول ابن القاسم فيمن وهب لرجل خدمة عبده ولم يقل : حياة العبد ولا حياة المخدم ، خدمة العبد ما بقى إلا أن يستدل من قرينة الحال على شىء يصرار إليه وإذا وضع أبو البكر عن زوجها قبل البناء بعض نقدها إحساناً إليه يلزمها ذلك ولا مقال لها ، وإذا التزم نفقة ربيبه مدة معلومة وجعل ذلك من حقوقها فطلقها على إسقاط ذلك ثم راجعها فلا تعود عليه النفقة إلا بشرط ، وإن طاع بها الزوج أمداً لزوجته فطلقها بائناً أو رجعيّاً وردّها فإن النفقة تعود عليه ما بقى من ذلك السلك شىء .

واختلف المتأخرون هل تلزمه الكسوة بقوله : التزمت ، على قولين ، وإذا تحملت المرأة حين نفقة ابنها مدة معلومة ثم راجعها قبل انقضاء المدة عادت نفقة ابنه عليه ، فإن طلقها بعد ذلك لزمه النفقة . أ. هـ منه وهو حسن .

(٥٠) [٣٢] وفى «نوازل سيد بن عثمان»: رجل أعار حلياً لیتزوج بها فنقدتها لولى الزوجة ولبست الزوجة مدة حتى مات زوجها فقام رب الحلى فقال الولی : أخذه ذلك ؟

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٥٣

فأجاب : على رب الحلى البينة أنه ملكه ويحلف أنه ما وهبه له ولا باعه منه ويأخذ حليه .

ومن كتاب « الاستحقاق » للرعيى : الأب لا يلزمه تجهيز ابنته بشيء من ماله ، فإن كان لها قبله حق من إرثها فى أمها مثلاً أجبر على ذلك ولو أتى على جميعه ويشهد وتورثته مقاسماً بالإشهاد فإن لم يشهد ففيه خلاف ومحاسبتها به جرى به العمل فى بلادنا للأب أو للورثة ، إذ قد يكون من يتغافل عن ذلك ويجب الستر إلا إذا استظهرت بينة أو وثيقة أن الأب وهب لها ذلك أو نحلها به ، وإن أبرز الأب مع ابنته البكر لا الشيب ثياباً وحكيماً زائداً على ما ابتعه فى نقدها ثم قام عليها بالقرب والسنة ليست بطول ، وسواء كان الحلى معروفاً أم لا ، قربت البناء أم لا فله أخذ ما وجد ليس إلا ، ولا سبيل له على البنت .أ.ه منه .

ومن « نوازل البرجيني » : إذا قبضت المرأة صداقها من زوجها أو ورثته فلا يقضى لهم بقبض العقد ولا بتقطيعه لأن فيه لها منافع ثبوت النكاح وبه تدفع من أراد دفعها من الورثة مما ورثته ، وأرى أن يكتب بين أسطاره إشهاد القبض وكذا حكم سائر الحقوق بعد الاستفاء .

### نكتة :

ذكر البرجيني فى مسائله أن صداق المثل يعتبر بمن مثلها جمالاً وحسباً ومالاً ، ولكن ينظر فى جمالها النساء ، والحسب والمال الرجال والنساء ، فيقال : ما صداق مثلها جمالاً وحسباً ونسباً ومالاً وموضعها فى الحال ، ويعتبر الوسط من ذلك فأما حالها ومالها وشرفها وموضعها فمشهور ، وأما جمالها يشتهر عند منزلها فإن لم يجد مثلها عندكم فيقال : لو كان مثلها ، كم عسى أن يزيد فى مهرها ويوسع فيه الاجتهاد ، والأمر فى ذلك واسع .

### تمة :

منه أيضاً : من ارتد بعلمها قبل البناء ، قال : روى ابن الماجشون عن مالك : أن لها نصف الصداق .

وروايته عن المغيرة عن ابن دينار واختاره هو: أنه لا شيء لها ، والتطليق هاهنا إنما هو بالغه وهو أشبه بالرضاع وملك أحد الزوجين صاحبه ، بخلاف العسر بالصداق والاتفاق قبل البناء لا صداق لها ، قال : إن الفراق جاء من قبلها ، والله ولى التوفيق .

## فصل

خيار النكاح والتنازع والضرر ، وموجب الخيار أسباب مقدمة أو طارئة ، فالمقدمة : كالعيوب المعلومة فى الزوج والزوجة ، والطارئة : من الضرر والعتق والعيوب الفادحة كالجدام .

(٥١) [١] وفى «نوازل عيسى»: امرأة لا طاقة لزوجها على رتاقتها وهى تزعم أن الزوج عنين أو معترض أو أنه أصابها بأصبغه ؟

قال : القول قولها وتختار ، ولها صداقتها .

قلت له : فإن طلب الزوج كشف النساء لها ؟

قال : ليس له ذلك .

قلت له : فإن نكلت ؟

قال : يحلف الزوج ويرد الصداق وما كان أهدها إياها وليس لها إلا ربع دينار لكشفه عن بضعها وتمتعه بالنظر .

قلت له : فإن توافق على العلاج لرتقتها ؟

قال : أجرة المعالجة من مالها .

قلت : فإن ماتت من العلاج دون التذاذ من الزوج بها ليس لورثتها على الزوج شيء إلا ربع دينار ويردون الهدية والصداق ويرد الزوج الشورة .

قلت له : فما أنفق الزوج فى عسرها ؟

قال : عليه نصفه وعلى الورثة نصفه ، وأما فى ردها وهى حية ليس عليها شيء

من العرس . أ.هـ . من البرجيني .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٥٥

ومنه : امرأة تزوجت على شرط سكنى دارها ، ثم ادعت أن زوجها ضربها وضيق عنها فكيف التوصل إلى معرفة ضرره وهي تقول : لا تخرج من داري التي بها شرطي .

قال : إذا طلبت أن يسكن معها ابنه فذلك لها ، فإذا أشهدت بالضرر وجب الزجر على ثبوت إضراره بالاجتهاد ، وأما أخذها بشرطها فلا إلا مع الإيثار ، فقد يستحسن تصديق المرأة إذا صدقتها [ق/١١٦] الوثيقة ، والقياس أن لا تأخذ بشرطها حتى يشهد بالضرر عدلان ، لكن يقوى الاستحسان بمسألة مالك فيمن أعتق عبده ثم قام عليه رجل بدين فنكل عن اليمين ، وحلف الطالب أن تزوج أمة زعم سيده أنه باعها فأقام على ذلك شاهد فحلف أن الشراء يثبت ويفسخ النكاح ، فهذا يدل على أن الشهادة يستحسن قبولها في الطلاق وفي الحدود وإن كان مثلها في الاقتداء لا يثبت بها طلاق ولا حد .

(٥٢) [٢] وفي «مسائل أبي عمران» : امرأة تدعى على زوجها أنه اعترض عنها ولا يستطيع جماعها وهو يقول : أقدر على جماعها أو أنا أجامعها ، فكيف يحلف إذا ادعى على أنه يطأها في الفرج أو يحلف أنه يطأها فقط؟

قال : إن ادعت أنه يطأها في غير الفرج ، وإن أنكرت الوطاء رأسًا حلف أنه يطأها مجملًا ، وفيه أيضًا : رجل بفرج زوجته عيب يجب الرد به وأنكرت ، ما هو المختار من الخلاف هل ينظرها النساء أم لا ؟

قال : مذهب سحنون أن الحاكم يحكم بنظر النساء وخالفه ابن القاسم ، وقد رأيت بخط الفقيه أبي محمد بن التبانى أن عليًا روى عن مالك أن النساء ينظرون إليها وفي الإجماع نظر ، ولكن إن ائتمنت المرأة على نفسها فذلك جائز ، وإن أدى الحاكم اجتهاده إلى مذهب سحنون فليس ببعيد بل هو حسن لأن ائتمانهم كان في غير زماننا لقول عائشة رضي الله عنها : « لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن من المساجد »<sup>(١)</sup> ، فكيف في زماننا .

(١) أخرجه البخارى (٨٣١) ومسلم (٤٤٥) .



وتحصيل حكم التنازع فى الزوجة قال البساطى : أقوى ثبوته حضرت العقد وشهادة ، وأدناها بينة السماع الفاشى من عدول وغيرهم على نكاحها ، ثم قال : وهذا إذا كانت المرأة تحت حجاب الزوج فتحتاج إلى إثبات الزوجية أو يموت أحدهما فيطلب الأخرى موروثه فيثبت الزوجية بالسماع الفاشى والمستفيض فلو لم تكن فى عصمة أحد ويدعيها أحد بالسماع لم يفد لأن شهادة السماع إنما تنفع مع الحياة إذ قد يكون أصلها من واحد فشأنها ولا يثبت بالنكاح .

قال البرزلى : قد نزلت فى رجل تزوج امرأة فأقام آخر بينة على السماع أن أباهما كان أعطاها لابنه فلا تنفعه لتقدم حيازته لها وقد تكون من واحد فلا تفك من يد حائزها بذلك .

قال أبو الحسن : إذا تنازع رجل مع زوجته فى عمل يدها وتعلق بالعرف الجارى يعمل النساء لأزواجهن ، قال : لا كلام لها ، ثم قال : وهذا مقابل لقول المعتمد ومخالف لظاهر الروايات فتحتاج هذه القولة إلى تقييد بكون المرأة رشيدة وكون الإنصاف ، بحيث لو قمن لاتصلن بحقوقهن إما بأمر أو جماعة ، وحيث عدم هذا كزماننا فلا يتعين على من رجع إليه أمرهن أن ينظرهن بالقول كما هى وظيفة العلماء أن البيان للأحكام الشرعية واجب عليهم ويحرر المفتى الأحكام على عرف زمانه كما صرح بذلك القرافى وابن عبد السلام ، وأما إخراج حقوقهن فوظيفة على الأمراء وجماعة المسلمين .

وفى كتاب « الدلائل » : ماتت زوجة فطولب بعلها بإحضار جهازها ، فقال : لم يؤد أبوها ولا هى بيت البناء شيئاً ، ثم أثبت الأب ذلك ، فقال الزوج بعد ذلك : لا أدرى أوصلته أم لا ؟

فقال أبو الوليد : إن الزوج لا يلزمه إلا اليمين ، وإذا تنازع زوج وزوجته فيها استغل من مالها وما سكنه فى دارها وأثبت ذلك فلها ما استغله من ريعها ولا شيء لها فى ما سكن إلا أن تكون محجورة ، ولها أن تطلبه القدر الذى كانت فيه محجورة . أ.هـ .

## ٥٧ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

والضرر بالزوجة ممنوع بالكتاب والسنة لقوله تعالى : ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ الآية، (١) ولقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٢) ، وثبوته يوجب الخيار للزوجة في البقاء والفراق فإن اختارت البقاء يجب على الحاكم زجر الزوج .

قال الخطاب : هذا هو المشهور ، وثبوت الضرر ولو بامرأة واحدة يوجب الخيار لأن بقاءها بعد ثبوت الضرر مدة زيادة لها في الضرر .

ونقل عن ابن الهندي في «وثائقه» : أن لها التطلاق بثبوته . أ.هـ .

ولم يشترط هو ولا غيره تكراره .

والمشهور أن السماع الفاشي يكفي في ثبوت الضرر من النساء والجيران وغيرهم عدول أو غير عدول ، قاله ابن الهندي في « وثائقه الكبرى » .

وفي مقالة أبي مغيث : وإن شهد شاهد بالضرر على القطع وشهد معه بالسماع نفذ أيضاً أو يخرج في شهادة السماع عدلان ، قاله ابن القاسم وهو مشهور مذهب مالك .

وقال اللخمي : فإن ثبت إساءته لها طلق عليه بلا خلع ولا يسقط عليه شيء من الصداق . أ.هـ .

وقال السدائي عند قول خليل : «ولها التطلاق» (٣) ، قال : سواء أضر بها في مالها أو نفسها أو بدنها ، ومثله في « البيان » .

وقال الثعالبي في « جواهر الإحسان » : الجمهور : إن ما أَرَادَهُ الْحَكَمَانِ يَقَعُ الْفِرَاقُ أَوْ بَقَاءُ .

قال الشيخ سالم : وقطع الكلام وتحويل وجهه في الفراش [ق/١٧] وضربها الضرب المؤلم من الضرر وتطلق به ، وسواء كان يمسهام مع ذلك أم لا ، لأن بقاء

(١) سورة الطلاق : (٦) .

(٢) أخرجه أحمد ( ٢٨٦٧ ) وابن ماجة (٢٣٤١) والطبراني في « الكبير » (١١٥٧٦) و(١١٨٠٦) وفي «الأوسط» (٣٧٧٧) وأبو يعلى (٢٥٢٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

قال الألباني : صحيح ، وصحته من مجموع طرقه وشواهده .

(٣) المختصر ( ص / ١٢٩ ) .

المس إنما يعتبر في الإيلاء ليس إلا .أ.هـ .

ثم قال : فإن أقلع الزوج عن الضرر إنما يفيد ذلك قبل الرفع للحاكم ، وكذا يشترط في كتاب الموثق شهادة الشهود بالضرر يقولون لا يعلمون أقلع عن ذلك .

وقال عند قول خليل : ( ويمينها مع شاهد أو امرأتان ) ، قال : . . . . إلخ أى على القطع أو على السماع .

ابن الهندي : إذا شهد بالضرر صالحات النساء والخدم اللاتي يدخلن إليها جاز .

قلت : فحاصل هذا أن السماع هنا كالقطع فلا يحتاج إلى يمين مع شاهد أو امرأتين ، أو يحتاج إلى اليمين مع أحدهما فهي هنا بخلاف السماع في غيرها على ما يأتي في باب الشهادة ، لكن في « الشامل » : ورد العوض مع شاهد مباشرة أو امرأتين في الضرر .أ.هـ .

وروى ابن القاسم عن مالك : من علم بزنا زوجته فلا يضارها حتى تفدى منه .

وقال الشيخ سالم : الضرب والشتم في المرأة يكون ضرراً إذا كان بغير ذنب ، وأما مع السبب الموجب فلا يكون ضرراً ، والضرب المباح اللكزة ونحوها ، فإن ادعت أنه ضربها تعدياً ، وادعى الأدب صدق إن كان مما يعنى بالأدب كأمره لها بالصلاة وإلا فلا ، وهذا في الضرب المأذون فيه ، وأما المبرح فهو من الضرر الذي يوجب تخيير به .

## فصل في الطلاق

وهو جائز كتاباً وسنة ، ومعنى جوازه أن فاعله لا إثم عليه إذا لم يكن خائفاً أسباب إيقاعه ، وقوله ﷺ : « أبغض المباح عند الله الطلاق » ، وإنما ذلك لما فيه من الغضاضة بعد البشاشة ، لأن البشاشة ممدوحة شرعاً وهي دأبه ﷺ فضدها وهي الغضاضة منكر .

والطلاق وهو: حل بعض العصمة أو كلها بقول أو فعل مع عوض أو بغيره ، وهو على قسمين : اختيار أو جبر ، فالاختيار معلوم ، والجبر طلاق الحاكم لمثله أو عسر نفقة أو إضرار ، وينقسم أيضاً إلى قسمين: معلوم ومطلق، وهما معلومان ، وينقسم أيضاً على قسمين: سني وبدعي ، الثاني يسمى طلاق الخلع ، واختلف الفقهاء فيه فمنهم من جعله بائناً وهو المذهب ، وقيل : ليس ببائن ، وقيل : هو فسخ .

الشيخ يوسف بن عمر : طلاق .

والخلع فيه ثلاثة طرق : هل هو طلاق أو هو فسخ ، وهو قول ابن عباس .

الطريقة الثالثة : إن سماه طلاقاً يعد طلاقاً وإلا فهو فسخ .أ.هـ .

وصرح غيره أن الطلقة الثالثة إذا وقعت بخلع لا تكمل العصمة بل للزوج نكاحها قبل زوج .

وحكى ابن عات في الطلاق المعلق قولان ، هل هو رجعي أو بائن ؟ وهما قولان صحيحان ، وأما طلاق الحاكم ، فهو بائن إلا في عسر النفقة والإيلاء .

تنبيه :

إذا اختلفت الزوجة والزوج فادعى هو أن الطلاق وقع منه معلقاً وادعت هي التنجيز ، نقل الخطاب عن الحلاب: أن القول قول الزوج وجعلها مدعية تحتاج إلى بينة بثبوت دعواها . أ.هـ .

ومثله فى أصل ابن عرفة ، وفيها مع سماع ابن القاسم : من أقر بخلع عن شيء فأنكرته امرأته ولا بينة وقع الفراق ولا شيء له وحلفت ما جعلته بشيء .

وفيه : لو أقر به معلقاً على الإعطاء لم يلزمه إلا به .

أصبغ وسحنون : هذا إن اتصل تعليقه بإقراره وإلا فكالمجرد .

ابن رشد : اتفاقاً . أ.هـ .

ابن عرفة : ومثله للمغرب ، ولفظ الخلاف : وإن ذكر أنه شرط عليها إن دفع المال فهى طالق وأنكرت ذلك فلا يلزمه طلاق . أ.هـ .

وأما طلاق الدين فحكى فيه البوسعدى قولين باللزوم وعدمه ، ونصه : من حلف فقال : على يمين امرأة أتزوجها ديناً فالمشهور أنه إن تزوج امرأة تطلق عليه بيمينه .

وقال ابن القاسم فى كتاب الأيمان : لا يلزمه شيء ، لأن ذمته لم تعمّر بشيء معين وهذا وعد والوعد هنا لا يلزم . أ.هـ .

والخلع : هو متمول تدفعه الزوجة أو غيرها للزوج تخلع استلاءه عليها به ، ولو وقع من الزوجة وضمنها فيه وليها أو غيره ، فيه مع ذلك تفصيل يحتاجه الفقيه .

وحكى ابن هارون فى «اختصار المتبوية» : إن من خالعت زوجته بشيء وتحمله عليها بعض من أوليائها ثم طلبته الزوجة بذلك فإن للزوج الرجوع على المتحمل .

نقل الخطاب مثله عن ابن سلمون وغيره من الشيوخ .

وحكى ابن هارون أنه مذهب المتوثقين .

ونقل الخطاب أيضاً : أن الخلع إذا عقده قريب أو أجنبى وطلبت الزوجة الزوج بالصداق فله أن يرجع على الحميل .

قال : وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فى إرخاء الستور من «المدونة»، ومثله فى «شرح أرجوزة ابن عاصم» ، ولابن القاسم أيضاً عن مالك فى كتاب الصلح : إن عقد للخلع أجنبى على يتيمة أو غيرها فلها الرجوع على زوجها والطلاق ماض . أ.هـ .

## ٦١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

وإنما الخلاف في الزوج هل له رجوع على من عقد معه الخلع أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

**أحدها :** أنه يرجع عليه وإن لم يضمنه لأنه هو الذي أدخل عليه الطلاق ، ومثله لأصنغ في « الواضحة » و « العتبية » .

**والقول الثاني :** أنه لا يرجع عليه إلا إذا ضمنه ، وهو لابن القاسم وهو ما تقدم في إرخاء الستور .

**والقول الثالث :** أنه إن كان أباً أو ابناً أو أخاً أو له قرابة للزوجة وهو ضامن وإلا فلا وهو لابن دينار ، كله نقله الحطاب <sup>(١)</sup> عن ابن سلمون .

### فائدة :

خلع المهملة لا يجوز إلا بعد البلوغ ودخول الزوج وشهادة العدول على إصلاح حالها ، هذا هو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، وهو [ق/١١٨] المشهور الذي به العمل .

### نكتة :

ومن ضمن وليته في مخالعتها وطلقت ثم بان الضرر اختلف الفقهاء هل يلزمه الضمان أم لا ؟ فلا يلزمه وهو الصحيح ، لأنه لو قبضه الزوج لوجب رده .

### تنبيه :

اعلم أنه لا يجوز للزوج الإضرار بالزوجة حتى تخالعه وإن وقع رده إلا إذا بارزت بالمعاصي لقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾ [ النساء : ١٩ ] .

قال ابن عطية <sup>(٢)</sup> : هي الزنا فإن زنت جلدت وبقيت وردت لزوجها ما أخذت منه ، قاله أبو الحسن .

وقال أبو قلابة : إذا زنت امرأة رجل فلا بأس أن يضربها ويشق عليها حتى تفدى منه .

وقال البيهقي : إذا فعلتم ذلك فخذوا مهرهن .

(١) مواهب الجليل ( ٤ / ٢٢ ) .

(٢) المحرر الوجيز ( ٢ / ٢٨ ) .

وقال عطاء الخرساني : كان هذا هو الحكم ثم نسخ بالحدود .

قال ابن عطية : وهذا قول ضعيف .

ابن عباس : الفاحشة هي البغض والنشور ، وقاله الضحاك .

وقالوا : إذا نشزت حل له أخذ مالها .

قال ابن عطية : وهذا هو مذهب مالك إلا أنى لم أحفظ له نصاً في معنى

الفاحشة إذاية باللسان وسوء العشرة قولاً وفعلاً ، وهذا في معنى النشور ومن أهل

العلم من يرى ألا يجوز فوق ما دفع لها ركناً لقوله تعالى : ﴿لَتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا

آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [ النساء : ١٩ ] ، وقال مالك وأصحابه وجماعة من أهل العلم : للزوج

أن يأخذ من الناشزة جميع ما تملك .

وقال القاضي أبو محمد : والزنا أصعب على الرجل من النشور والأذى وكل

ذلك فاحشة تحمل أخذ المال ، وقرأ ابن مسعود : « إلا أن يفحشن وعاشروهن » وهو

خلاف مطرف لمصحف الإمام .أ.هـ . وهو حسن .

### نكتة :

﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ الآية [ الطلاق : ٦ ] ، قال ابن عطية : هو خطاب خاص

بالأزواج وأما الولي فلا يحل له عضلها فإن ثبت نظر الجار للمرأة وزوجها ولا

يلتفت لأبيها . .

### تنبيه :

إذا وقع الخلع بجواز الظاهر ، ثم قامت الزوجة بالاسترعاء أنها خلعتة إتقاء شره

وضرره أو لخوف منه وإنما فعلت ما فعلت لتتخلص منه ، فليعلم الناظر أن في هذا

تفصيل يحتاجه الفقيه ، والاسترعاء من حيث هو فلا بد أن يتقدم على العقد في

الخلع والصلح والإقالة وغير ذلك ، ثم فرقوا في العقود إما أن تكون عقود معاوضة

أو تبرع ، أما في التبرعات فمن ادعى أنه حبس أو تصدق مثلاً لخوف واسترعاء فلا

يسقط في حقه بيان السبب ويكفيه تقدم الاسترعاء على العقد الذي عقده على نفسه ،

قال معناه في « درر المازني » ، ومثله للعقباني ، ونقله ابن عرفة عن « المتيطية » .  
فائدة :

المثلة التي تطلق بها الزوجة هي التي تظهر في العضو ، قاله ابن رشد : كقطع العضو وحرق الوجه بالنار ، وقاله ابن الحاجب في باب العتق وهو معتمد ابن فتحون في وثائقه ، ونصه : عقود المعاوضة على بيع أو خلع أو [ (١) من الجنين وما أشبه هذه الأمور ، فقال : لأن المبايعة خلاف التطوع وقد أخذ لذلك عوضاً وفي ذلك حق للمبتاع إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع أو الإخافة فيجوز حينئذ الاسترعاء إذا انعقد قبل البيع ويضمن العقد مطرفة الشهود بالإجابة والوقوع المذكور .أ.هـ.

ولفظ غيره من المتوثقين : الاسترعاء ينتفع به صاحبه بشرط ثبوت الخوف وهو السبب الجلي للصلح أو الإقالة أو الترك أو السكوت ، هذا في عقد المعاوضة كالصلح على بعض الحق أو الإقالة ، وأما في التبرعات فلا يشترط بيان السبب ولا بد أن يكون الاسترعاء قبل الصلح .أ.هـ .

ونص بعض وثائق المتيطى على ما عند ابن عرفة : من أشهد مسترعياً أنه ما تحبس ملك كذا لو وصفه بما يعينه ، فهو غير ملتزم له وإنما يعقده بتخوفه على نفسه أو عقاره وينحل عقده عند أمنه ، لم يلزمه ما يظهر من تحبسه إياه بعد ذلك وانفسخ بقيامه بهذا الاسترعاء ويصدق المسترعى فيما يدعيه من التخويف ، وإن لم يعرفه الشهود في الاسترعاء .أ.هـ .

فله دره بلفظ لقد جاز حسن الاقتداء في الذي اشترطه البيانون لأهل التصنيف فرحمة الله عليه وعلى جميع سادتنا الذين أصلوا لنا ومهدوه له ووضعوا عنا كلفة ذلك نفسخ فداء آثار أقدامهم .

### نكتة :

قال البوسعدى في شرحه لقول ابن الحاجب : ويتحقق الإكراه بالتخويف الظاهر : وفي بعض العبارات بالإخفاء وهو معنى التخويف ، ثم قال : ولو حصل

(١) قدر كلمة لم أتبينها .



الخوف من غير تخويف ولا أخاف الصلح أنه إكراه وهو الذى ذكره ابن عرفة فى سورة النساء ، ثم قال : وحصول الخوف باليقين وغلبة من فيصير خوفاً ظاهراً وأما الشك فلا .أ.هـ.

وله أيضاً : لو حيل بين الزوجة والزوج حتى طلقها ولم يكره على الطلاق فهو كطلاق المكره أولاً ، والظاهر أنه ليس منه ، لكن يعارضنا ما قاله فى بيع المصوب من غاصبة أنه لا يلزمه ذلك إلا بعد قبضه منه ، وأما بيعه له وهو فى يده فلا يصح ، ثم قال : وكثير وقوعهم هذا عند القبائل إلا أنه يرضى الزوج بما يأخذه من الفداء فيجربى على رضا المكره بعد ذلك ، لكن بشرط تمكنه منها فحيثئذ إذا طلقها يصح طلاقه .

قال سيد محمد بن مصباح : يعنى مثل الذى تهرب إلى غير زوجها فيمنعنا منه وهى التى يسموها المحصنة ، وقد سئل عنها الوزان فأجاب : إنه من طلاق الإكراه ، وقال : إنه لا يحل ما يفعله بعض المرابطين عن الدخول بينهم ليدفع عن من هربت إليه لزوجها فهو إكراه [ ق / ١١٩ ] .أ.هـ .

تتميم :

ولابن هارون فى « اختصار المتبوية » : لا خلاف أعلمه فى دار الخلع من الزوج إذا استرعت الزوجة البينة قبل الخلع أنها تخالعه لتتخلص من ضرره وأنها غير طائعة فيه ، وكذلك من لم تسترعى ولم تكن عالمة بالبينة التى تشهد لها بالضرر ، وأما إن علمت بها ولم تسترعى فهو محل نظر لأنها شهدت على نفسها فى الخلع أنها طائعة مكرهة فكانها كذبت نفسها .

وقد اضطرب فيها قول ابن العطار ، ثم قال ابن هارون : وظاهر قول ابن عفيف فى وثائقه أنه لا ينفعها أثبت الضرر وحده بل حتى يقدم الاسترعاء .أ.هـ .

والزوج إذا خاف من الزوجة مثله أو طعماً أو حياءً على عرضه فلا يلزمه الطلاق لأنه إكراه ، حسب ما أشار إليه البوسعدى فى اختصاره والشيخ احلولو فى اختصاره للبرزلى .أ.هـ .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٦٥

وفى أحكام ابن الرفيع : إذا خالعتة على شيء قبل البناء ولم تقل له : من صدأقي ، فلا نصف لها ، وأما إن قالت : طلقني على عشرة من صدأقي ، فلها نصف الباقي ، هذا كله قبل البناء ، وأما لو خالعتة على شيء بعد البناء فإن الصداق لا يسقط على الزوج اتفاقاً ولها المطالبة في حياته وبعد وفاته .

وفى « شرح خليل » <sup>(١)</sup> عند قوله : [ ] <sup>(٢)</sup> ، قال : ( إن خالعتك فأنت طالق ) <sup>(٣)</sup> ولم يقيد أو قيد بواحد أو اثنين ، ولم يقل ثلاثاً فخالعها بعد اليمين فلا يرد المال .أ.هـ. منه .

وفى « التوضيح » : إذا ثبت أن المرأة خيبتها رجل وزين لها حتى خلعت زوجها والتزم لها بالخلع ، فإن الزوج لا يلزمه هذا الطلاق وعلله بأنه من إدخال الضرر على الزوجة لكونها تسقط نفقتها وسكنها في المدة .أ.هـ.

وقد صرح صاحب « المحصول » : أن الرجل إذا خيب الزوجة على زوجها حتى طلقها زوجها أنها حرام على المخيب أبداً ، وإن دخل بها فسخ النكاح وإن ولدت لأنه مما يكثر الفساد ويعن عليه وهو هدم ركن من أركان الشريعة وإذا قلنا بهذا وحكمنا به ارتدع أهل الفساد واستدت الخلة .أ.هـ .

وقول خليل : ( وكفت المعاطاة ) <sup>(٤)</sup> ، الفيشي : هذا بعد المحاورة والمرأوة . ابن الحاجب : الصيغة هي كالبيع فيه الإيجاب والقبول .

قال خليل : هذا هو الركن الخامس وهو كالبيع في أنه لا بد من الإيجاب والقبول ، ولا يشترط فيه أن يكون بصيغة خاصة بل تكفيه المعاطاة .

قال في « المدونة » : وإن أخذ شيئاً وانقلبت وقالت : هذا بذلك ولم يسم طلاقاً فهو خلع .أ.هـ .

وفى « المدونة » : وإن أخذ شيئاً منها ، وقال لها : إن طلبتني في شيء منه عدتني زوجتي ، فشرطه باطل ، وإن طلبته في شيء لم تعد زوجته .أ.هـ. من ابن

(١) الشرح الكبير ( ٢ / ٣٥٦ ) .

(٢) قدر كلمة لم أتبينها .

(٣) المختصر ( ص / ١٣١ ) .

(٤) المختصر ( ص / ١٣٢ ) .

عرفة .

وله أيضاً فى من قال لها : إن طلبتنى طلقتك ، قال : هو طلاق بائن ، ثم قال : وقول ابن سعدون : إذا طلبته فى شيء عادت زوجته هى فتوى خارجة عن مسائل .

### نكتة كثيرة الوقوع :

الزوجة تقول : كلما نسألك مصدق فيطلقها ، ثم أراد التمسك بالذى [ (١) ] لها .

المذهب : أنه لا يلزمها كلما دفع لها ويجبره الحاكم برده لها هذا فى الرشيدة ، والسفيرة فلا يلزمها حتى الباقى فى ذمته .

وفى سماع ابن القاسم : من اطلع على زنا زوجته لا يحل له مضارته لتفتدى منه ولا يصلح له .

ابن رشد : هذا باتفاق مالك وأصحابه ، ومن جملة الضرر التخويف بالضرب فأحرى بالقتل أ. هـ .

(٥٣) [٣] وسئل المشدالي عن تركت صداقها ، فقال لها الزوج : خيلتك إن خليت صداقك ، ولم تكن له نية ، هل هي طلقة بائنة ومعناها المتاركة أو يلزمه الثلاث ؟

فأجاب : إن لم تكن له نية نظر إلى ما جرى به عرفهم وقصدهم فيعمل به ، وإن لم تكن له نية ولا استقر لهم عرف فنسب لابن القاسم أنه محمول على الثلاث أصل .

وقال محمد : هى واحدة حتى ينوى أكثر ، قال : وهو الأصح ، ونسبه أيضاً لابن القاسم والقولان متفقان فى النظر ، والأقرب عندى أنها واحدة إذ هى أكثر مقاصدهم فى مخالعتهم وقل من يقصد الثلاث .

(٥٤) [٤] وسئل أيضاً عن قال : تحرم عليه الدنيا والأخرى لا عاش فلان ، ثم يحنث ولم تكن له نية ؟

فقال : فلا شيء عليه . أ . هـ .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .

وفى ابن يونس : ولا يجوز خلع المريضة ، وإذا وقع يوقف إلى الموت فإن كان قدر ميراثه أخذه ، وإن كان أكثر رد الزائد ، وإن كان أقل زيد إليه ما يكمل به المسمى وإن صحت أخذه ، ثم قال : والوقوف هو أن يجعل المال فى يدها وتتصرف كيف شاءت وتتفق منه وليس لها أن تتبرع ، وإن صحت مضى ما خلعت به وإن ماتت أخذ قدر ميراثه منه وليس له أن يضع أمين . أ.هـ .

ومثله للشيخ يوسف الفيشى فى « حاشيته على المختصر » ، ومثل هذا خلع الحامل بعد ستة أشهر فإذا ولدت وصحت لا قيام لها .

(٥٥) [٥] وسئل الغمري عن تصدقت عن زوجها بصداتها وظنته نفقة ولدها ، فقال لها زوجها : إن طلقني طلقتك وإن تركتني تركتك ، ثم طلبته بالنفقة فقال : وأنا لم أطلق ، وأراد مراجعتها ، فهل له ذلك أم لا ؟ وهل هذه المسألة هي مسألة ابن سعدون التي اشترط الزوج فى الخلع أنه لو لم يصح له الخلع على [ق/ ٢٠] ما وقع فالعصمة باقية إن شرطه ينفعه وذكر فى « المدونة » : إذا خالعتها واشترط أنها إن طلبت شيئاً عادت زوجته فشرطه باطل ، وهل كلام ابن سعدون مخالف لما فى « المدونة » أم لا ؟

فأجاب : كلام ابن سعدون الظاهر أنه موافق لما فى « المدونة » اختلاف الصورة ، ويبين ذلك ابن عرفة فى الحبس إذا قال : حبس ولى الخيار فى إيقاعه فله شرطه ، وإن جعل الخيار فى حله بطل شرطه لأنه شرط مناقض لما يلتزم نفسه من عقد الحبس ، واستدل على ذلك بما تقف عليه إن شاء الله ، ومسألة ابن سعدون أوقف إيقاع الطلاق على صحة الخلع ، ومسألة « المدونة » أوقف رفعه على الطلب ، والمسألة كثيرة الوقوع ، حاصل الجواب فيها ما تقدم فإن دل لقطع الزوج السياق على رفع الطلاق وحله بالطلب لم ينفعه ودليله مسألة « المدونة » ، وإن دل لفظه أو سياقه على وقوع الطلاق على عدم الطلب صح شرطه بدليل مسألة ابن سعدون ، وإن أبهم الأمر ولم يدل لفظه على أحد الأمرين فإن راعينا الأصل بقاء العصمة حتى يثبت رفعها قلنا بعدم اللزوم وصح الشرط ، وإن راعينا الحوطة على الفروج وأنها لا تقرب مع الشك أبطلنا الشرط ويترجح أحد الأمرين ببعض قرينة من لفظ أو غيره ، ووقع

فى « المدونة » فى إرخاء الستور منها ما يدل على الفرج المذكور غير ما ذكره ابن عرفة ، وذلك أن قال : وإن خالعتها على أن تعطيه ألف درهم فأصابها عدم جاز الخلع واتبعها بالألف إلا أن يكون إنما صالحها على أن تعطيه ألف ثم الخلع فلا يلزمه إلا بالدفع .أ.هـ .

وهذا - والله أعلم - نحو مسألة ابن سعدون وكون العامة يظنون أن الشرط نافع ولو بعد تمام الخلع يرجع بطلان الشرط ، والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، انتهى من أصل « نواذر الغبريني » .

وفى نواذله أيضاً : رجل قال : إن تصدقت على بمهرك وهنيتنى من أولادى بالضمان فأنا طلقتك فأجابت : لك ذلك وطلقها ثم طلبته بعد ذلك ؟

فأجاب : الطلاق ماضٍ ولا كلام للزوج ولا له عليها رجعة إلا برضاها ونكاح جديد .

وله أيضاً : حامل فى السابع من الأشهر خالعت بصداقها وافتدت منه بدينار ثم ماتت حين الوضع ؟

قال : لازم ولا يصح له من الصداق إلا قدر ميراثه من مالها ولا يرثها إن كان لها فضل .

وفى « التوضيح » : الزوجة إذا تحملت بنفقة حملها أو ولدها وهى فقيرة فالنفقة ترجع على الأب ويقبض عليه بذلك سواء كان ولدًا أو ولدين أو أكثر .

ونقل السنهورى أيضاً فى كتاب « الدلائل » لأبى عمران الفاسى - رحمه الله : إذا شهدت المرأة فى الخلع أنها قادرة على ما التزمته من نفقة لا تدعى فيه عدمًا فلا تقبل بيتها بعد ذلك فى العدم إلا أن يشهدوا أنها كان لها مال وذهب ، وإذا خلعت ثم ثبت أنه كان مضاربها بسماع حلفت على صحت ما شهد لها به وترجع بما تركت له أو ما دفعت له .أ.هـ .

(٥٦) [٦] وسئل الإمام العقباني عن امرأة خالعت زوجها وهى بلغت ثمانية أشهر وهى رشيدة ثم قام وليها ونزع الخلع من الزوج محتجًا بأنها مريضة حين الخلع فلا يرد ذلك للزوج حتى يتبين حالها فى الوضع ؟

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٦٩

فأجاب : لا يمضى من خلعتها إلا قدر ميراثه منها .

(٥٧) [٧] وسئل أيضاً عمن ردت عليه زوجته صداقها في مشادة وقعت بينهما، فقال لها في جوابه : أنت حرام على ، فهل تحرم عليه ؟

فأجاب : إنه يلزمه الثلاث إلا إذا نوى أقل من ذلك .

(٥٨) [٨] وسئل أيضاً عمن خلعت زوجته بجميع مهرها نقده ومؤجله، وهي ذات أب وقد ولدت معه خمس بطون بغير ما هي حامل فقام أبوها على الزوج وادعى عدم رشدها ، فهل يقبل قول الأب أو المدة المذكورة كافية في الرشد ؟

فأجاب : إن مضى عليها في بيت البناء سبع سنين لحقت بالراشديات ويمضى فعلها ولا كلام لها ولا لأبيها ، وأما أقل من سبع سنين كان لها أو لأبيها التكلم بحكم الحجر .

(٥٩) [٩] وسئل أيضاً عمن خلعت زوجته بصداقها ، فقال : أنت طالق ، ثم قال : أنت حرام ، هل يلزمه التحريم ؟

فأجاب : إن كان أوقع التحريم بعد فصل بين الطلاق والتحريم لم يلزمه ، وإن كان التحريم تبعاً من غير فصل لزم .

(٦٠) [١٠] وسئل المازري عمن هرب بزوجة رجل وصارت عنده ولم يقدر زوجها عليها فأخذ مالاً من الهارب وطلقها ؟

فأجاب : إنه مكروه ولا يلزمه الطلاق .

(٦١) [١١] ومن أسئلة المازري أيضاً : امرأة خالعت واسترعت ؟

فقال : لا ينفعها استرعاء إلا إذا قامت بينة الضرر .

(٦٢) [١٢] وسئل المشدالي : عن امرأة تركت صداقها لزوجها ، فقال لها : خليتك إن تركت صداقك ولم تكن له نية ، هل هي طلقة بائنة ومعناها المتاركة ، أو هي بمعنى الثلاث ؟ ومن يقول : تحرم عليه الدنيا والآخرة لا عاش فلان ثم يحنث ولم تكن له نية ؟

فأجاب عن الأول : إن لم تكن له نية فينظر إلى ما جرى به عرفهم وقصدهم

فيعمل عليه ، وإن لم تكن له نية ولا استقر عندهم عرف فقولان : الثلاث ونسبه لابن القاسم ، وقال محمد : يلزمه واحد إلا أن ينوى أكثر ، قال : وهو الأصح ونسبه أيضاً لابن القاسم ، والقولان متقاربان في النظر ، والأقرب عندي الواحدة هي أكثر مقاصدهم في مخالعتهم .

فأجاب عن الثانية : إنه إن لم تكن له نية فلا شيء عليه . أ.هـ . منه .

ومثله للمازرى .

(٦٣) [١٣] وسئل أبو الفضل العقباني [ق/ ٢١] عن قال لزوجته : رد على كل ما هو لك عندي وما هو بيدك من صوف وغيره فترد ، فقال : ولعل بقي شيء من متاعي؟ فقالت : لم يبق شيء ، فقال : إن ثبت أنه بقي شيء فأنت باقية في العصمة ، فقالت : لم يكن إلا ما أحضرته لك فقال لها : أنت طالق ، ثم ثبت أنه بقي بعض متاعه عندها ، فهل ينفعه شرطه وهي باقية في عصمته؟

فأجاب : الطلاق لازم له وليس له إلا أخذ ما بقي عندها .

(٦٤) [١٤] وسئل ابن فرج عن خلع زوجته ثم راجعها من غير ولى على ما كانت تركته له ، ثم أخبر بعد البناء أن ذلك مفسوخ فاعتزلها وأخذت في العدة ثم سمع عنها فعلاً قبيحاً ، فقال : هي حرام هل يلزمه التحريم؟

فأجاب : لا يلزمه التحريم إن رجعت له بغير نكاح ، وإن كان بنكاح بغير ولى لزمه التحريم .

(٦٥) [١٥] ومن « نوازل الوغليسي » : رجل خلعت زوجته وقبل الخلع بقلبه من غير تلفظ بقبول أو من غيره ، فهل يلزمه الخلع؟

فأجاب : إن حرك لسانه لزمه وإلا ففيه قولان في المذهب الأظهر عدم اللزوم وهو إذا كان الخلع في ذمته ، وأما إذا دفعت له شيئاً فأخذه بيده فالفعل كالقول .

(٦٦) [١٦] وسئل أبو القاسم المشدالي عن هربت منه زوجته مع رجل وتحصن بها عند قوم فلما آيس طلب الخلع من الهارب ، فاتفق معه على مال فيطلقها ثم تنعزل للاستبراء فتموت أو تمتنع من الهارب ، هل

في تيسير مطالعة كتب الأحكام \_\_\_\_\_ ٧١

للهارب رجوع في تركتها أو عليها إن امتنعت أم لا ، لأن الباعث له على دفع المال لقصد منفعة نفسه ؟

فأجاب : ما أخذه الزوج حلال والطلاق لازم ولا رجوع للهارب لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه ، وإذا أذنت له في الدفع فهو وكيل والمال قرض في ذمتها يرجع عنها سواء تزوجها أم لا .

(٦٧) [١٧] وسئل سيد إبراهيم العقباني عن خلت زوجها وبقيت معه في البيت على السكت لأمر حدث من خوف أو خروج وطر ثم تشاجر معها فحرمها قبل رجعتها ، هل يلزمه التحريم ؟

فأجاب : إيقاع التحريم ممن بانت بخلع لا يلزم لأنها أجنبية ، وأيضاً بأن التحريم لم يتصل بالطلاق ولو اتصل لحرمت .

(٦٨) [١٨] وسئل الحفيد محمد الحاج العقباني عن غصبت لبيت أبيها لمشادة بينها وبين زوجها ، فوكل بعلها إن سلمت صداقها طلقها وغاب لبلده فسمع بأنها سلمت وطلقها الوكيل وتزوجت وبنى بها الثاني ولم ينكر ، وبعد عشرة أيام أو أكثر قامت وطالبته صداقها وزعمت أن زوجها طلقها من غير تسليم ، وقال الزوج : إنما وكلت على الطلاق إلا بعد التسليم ، فسئل الوكيل فقال : ما عقلت شيئاً لطول المدة ، ولم يجد الزوج بينة التوكيل فهل سكته [ق/٢٢٢] موافق لوقوع الطلاق ولا يقبل قوله في براءة ذمته فيؤديه ، أو هو مصدق في التوكيل أو أنه ما سكت إلا لسماعه بالتسليم ؟

فأجاب : إن لم تكن له بينة ما وكل إلا بشرط التسليم فلا يقبل قوله لأنه مقر بالموجب وهو التوكيل المطلق ، مدع للدافع وهو الشرط .

(٦٩) [١٩] وسئل : سيد أبو القاسم العبدوسي عن اشتكى لصاحبه ضرر زوجته ، فقال له : أرح نفسك منها ، فقال : ليس عندي ما أنفق عنها في العدة ، فقال له : طلقها ونفقة العدة على ، فطلقها على ذلك فهل هو خلع لأنه بعوض فلا تطلبه بنفقة العدة ويأخذ هو من صديقه ما التزم له به ، أو تطالبه بالنفقة لأن هذا لا يعد عوضاً ؟

فأجاب : الحمد لله ، هذا خلع باعتبار الرجعة ولزم الطلاق ، وغير خلع



باعتبار سقط النفقة فتطالبه هي أو يطالبها هو ، والله تعالى أعلم .

(٧٠) [٢٠] وسئل ابن مرزوق عن تشاجر مع زوجته ، فقال : إن أتيتني بكذا فإني أطلقك ، فأنت به فرجع ؟

فأجاب : إن فهم من قرينة التشاجر وسعى المرأة في تحصيل طلبه الإلزام لزمه الطلاق وهو خلع ، وإن فهم الوعد أو الفرض أنها أخذت في تحصيل مطلبه ، قولان والمعروف اللزوم ، وعلى عدمه يحلف ما أراه .

(٧١) [٢١] وسئل أبو الفضل العقباني عن خالغ زوجته واسترعى بينة أنه خائف من لص تعلقت به ، فهل ينفعه الاسترعاء مع كونه في محل آمن ولو كلف إثبات ذلك لعجز ، لأن دعواه لا تعرف إلا من قوله ، وهل الاسترعاء في الخلع نافع في الجملة ؟

فأجاب : الاسترعاء في الخلع ليس بنافع على الجملة ولا تقبل دعوى هذا الزوج .

## فصل

طلاق السنة وهو : فك بعض العصمة بطلقة لا يقارنها عوض ولا تعليق ولا حكم حاكم .

تنبيه :

اعلم أنه لم تضاف ترجمة من تراجم الأحكام إلى السنة إلا الطلاق ، وما ذلك إلا لما دخل في قسميه من تنويع أفراده من كونه يقع بحكم أو تعليق أو بغير حكم بل بعوض مقبوض أو مؤجل بمعلوم أو بمجهول أو بذكر عوض ولا قبض بل هو تسمية فقط وبغير عوض أصلاً ، لكن وقع مقارناً للحيض ، وأفراده مما لا يحصرها ديوان بل بعضها من هنا وبعضها من هناك .

فائدة :

شروط لزوم الطلاق تقدم عصمة حقيقة أو حكماً ، وأما طلاق المتسلف فقد مر الكلام عليه .

واختلف فيه الفقهاء فمن قائل يقول : يلزم طلقة في أول زوجة يتزوجها المتسلف ولو كثر وقوعه ، ومن قائل يقول بعدم اللزوم .

نكته :

نقل ابن فرحون أن من فعل بزوجه فعلاً فيه قصاص وكان شيئاً يخاف عنها منه إذا اقتصر لها منه فإنها تطلق عليه ولا يبطل القصاص إلا بعفوها .

وذكر أبو الحسن فى كتاب الطلاق وقال : ونزلت مسألة وهى أن رجلاً تزوج امرأة ثم خطبها رجل آخر وعقد عليها بحضرة الأول ، وبعد تمام العقد قام الأول وطلبها ؟

فكان الجواب : إن ذلك لا يعد طلاقاً والزواج الأول أحق بها .أ.هـ. من السنهورى .

(٧٢) [١] وفى اختصار البرزلى: وسئل عن حنث بطلاق زوجته فىقيم عليه ليفارقها وكان ذلك يسمع قبل الحنث سماعاً فاشياً ، فهل يعمل بذلك ؟

فأجاب : إن كان مستفتياً وسمع ذلك قبل الحنث قبل قوله وإلا فلا .أ.هـ. ومن المهم الذى يحلف على أمر جائز عقلاً أنه يحنث ناجزاً كما هو المتفق عليه وعليه دلت النصوص الصحاح ، فمن ذلك نص « المدونة » على ما عند البراذعى وكل يمين بطلاق لا يعلم صاحبها أهو بار فيها أو حانث ، فهو حانث .أ.هـ. وهو معنى ما أشار إليه ابن الحاجب وتبعه خليل عليه ، ولفظ ابن الحاجب : وإن كان المعلق عليه جائز مثل : لو جئت أمس لقضيتك حنثك ، حنث عند ابن القاسم .

قال خليل فى شرح هذا بعد طول : وروى ابن القاسم أنه لما احتمل أن يقضيه وأن لا يقضيه حصل الشك فتطلق عليه إذ لا يجوز القدوم على فرج مشكوك فيه .

مسألة نزلت ببلد بسكرة :

فى رجل طلق زوجته قبل البناء طلقة واحدة ثم تزوجها رجل آخر وطلقها ثم تزوجها الأول وطلقها طلقتين ثم أراد مراجعتها اختلف الفقهاء فمن قائل يقول : هذه لا تحل إلا بعد زوج وأرى أن الطلقة الأولى تضم للطلقتين الأخرتين ، ومن

قائل يقول : ليس إلا طلقتين ولا تنضم إذ قد حالت بينهما عصمة آخر ، وكنت أميل إلى هذا بل وترجح في عقلي لأنه مدلول الآية بالتأمل ووقع الحكم به وبقيت في اهتمامها حتى رأيت «شرح القلشاني على الرسالة» عند قوله : ومن طلق امرأته ثلاثاً لم تحل له بملك ولا بنكاح حتى تنكح زوجاً غيره ، قال بعد طول : وإنما حلت له لأنها صارت أجنبية بعد طلاق الثاني ومعتدة ، فإذا انقضت عدتها صارت أجنبية فإذا عقد عليها مطلقها حلت وارتفعت الموانع كلها ، أعنى أسباب الطلاق بكونها أجنبية وكونها زوجة للغير ، إلى آخر ما ذكره فانظره ، فصح تحقيق المسألة يقيناً .  
والحمد لله .

(٧٣) [٢] ومن «الخطاب» : سئل الأستاذ أبو القاسم بن السراج عمن طلق زوجته ثلاثاً ثم قال : متى حلت حرمت ، ثم تزوجت بعد ذلك وفارقها زوجها الثاني ، هل له ذلك أم لا ؟  
فأجاب : له أن يراجعها . أ.هـ .

والظاهر أنه يفصل في ذلك ، فإن أراد بقوله : متى . . . . . إلخ . أنها إذا حلت بعد زوج غيره فهي حرام عليه وأن تزويجها لا يحلها فلا يلزمه شيء كما قاله البساطي ، وإن أراد أنها إذا حلت بعد زوج فهي حرام فيلزمه التحريم فيها ، ويفصل فيه بين : « أنها » و « كلما » و « مهما » و « متى » ويأتي الكلام الذي فيه الحروف والمتبادر من اللفظ [ق/٢٣أ] إنما المعنى الأول وهو أن الحالف لما طلقها ثلاثاً وحرمت عليه وكانت حرمة نكاحها ترتفع بزواجها وأراد أن يبطل ذلك وأنها إذا حل زواجها له بعد زوج تصير عليه حراماً كما كانت فهو ظاهر ، وإذا كان كذلك فلا يلزمه شيء لأنه بمنزلة من حرم تزويج امرأة على نفسه فلا تحرم عليه ، وقد ذكر ابن سهل مسألة شبه هذه وهي أقوى من هذه ، قال : وكتبت إليهم : فمن قال لزوجه : أنت طالق ثلاثاً إن كنت لى زوجة قبل زوج أو بعد زوج فهل تحرم للأبد ؟ وكيف إن طلقت عليه ثلاثاً فيتزوجها بعد زوج إن شاء الله إلا أن يكون أراد بقوله : أو بعد زوج ، أى تزوجها بعد ثلاث ، فإن أراد هذا وعقد عليه فلا سبيل له إليها ، والله الموفق للصواب .

وقال ابن القطنى : متى طلقت عليه بالبتة فلا تحرم عليه بعد أن تزوجها بعد

زوج وله ذلك إن شاء الله .

وقال ابن مالك : إذا طلقت عليه الزوجة بعد زوج ثم تزوجها بقيت له زوجة إن شاء الله .أ.هـ.

وانظر جواب ابن مالك ، والظاهر أن فيه تقديم وتأخير ، وصوابه : إذا طلقت عليه ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج . والله أعلم .

وجواب ابن عات أتم من جوابهما ، ومسألتنا فلا يلزمه الحنث فيها بعد زوج إلا إذا حلف على ذلك الوجه وعقد عليه يمينه وأما إن لم تكن له نية ، أو نوى الوجه الأول فلا يلزمه شيء . والله أعلم .

وفى أيمان البرزلى مسائل منها هذا المعنى ، ونصه :

(٧٤) [٣] سئل المازرى عن طلق زوجته ثلاثاً والتزم عدم ردها بعد زوج فلا تكن له زوجة ما دامت الدنيا ؟

فأجاب : إن قوله : لا يردّها ، قولاً مجرداً من غير تعليق لا يوجب تحريمها ولا فهمت البينة عليه ذلك ، وليس فى سياق كلامه وقرائن أحواله ما يدل على ما ذكره فلا تحرم .أ.هـ.

(٧٥) [٤] وسئل الشيخ إبراهيم الغمري عن طلق بائناً ثم وقع بينهما كلام فقال: هو عليه حرام ما تدخل فى داري ، ثم أراد أن يتزوجها ؟

فأجاب : إن كلام السائل مجمل لتعليق التحريم على الدخول أو قصد التحريم ثم ابتداء كلاماً آخر بقوله : ما تدخل . . . . . إلخ ، والظاهر من قصد النار بمثل هذا التعليق ، فإن قصد التعليق لزمه على مشهور المذهب بلا إشكال ، وإلا فيلزمه على ما قضى مقاصد الناس بمثل هذا ، وإن قال : أردت بقولى : ما تدخل لى داراً إنشاء كلام ، ففى قبول ذلك منه نظر .

(٧٦) [٥] وسئل الإمام سيد مرابط بن زيان عن راود زوجته على الوطء فقال: إن لم تأتني الليلة فهي عليه حرام ، ولم تأته ؟

فأجاب : لا تحل له إلا بعد زوج ، وقد نزلت بيحيى بن واعز الزواوى وبعث

بها إلى السيد منصور بن علي بن عثمان فكتب تحت الجواب: فما أفتى به هو المشهور المعمول به .

ولابن القاسم وأشهب: أنه لا يلزمه شيء لأنه مكره وقصدت تحنيته .

### مسألة :

من طلق طلاقاً رجعيًا واسترسل عليها بلا رجعة ثم طلقها ثلاثًا ، هل يلزمه الثلاث ؟

فقال أبو محمد : لا يلزمه الثلاث .

وقال أبو عمران : هي رجعة مختلف فيها كالنكاح فتلزمه الثلاث وإليه رجوع ابن القاسم .

### مسألة :

نقل الإمام أبو إبراهيم الأعرج عن إبراهيم الفاسي أنه أجاب في رجل قال لزوجته : أنت طالق ما دام سيبوس يجرى ، فإنه تلزمه طليقة واحدة ، نقل ذلك أبو عمران عن المتقدمين ، وذهب سحنون وابن المواز : تلزمه البتة .أ.هـ. من مسائل الغمري .

ومن كتاب « الدلائل » لأبي عمران الفاسي - رحمه الله تعالى - : من قال : كل امرأة أتزوجها من بلد كذا طالق ، لزمه ذلك ، ومن قال : كل من يشتري شقص كذا سلمت له الشفعة فيه ، فلا يلزمه وذلك أن الطلاق حق لله والشفعة حق للآدمي يضح إسقاطه إن شاء الله .

ومنه : من أقيم بخط يده أنه كتب لزوجته طلاق كل امرأة يتزوجها عليها ، فأنكر أنه خطه فشهد عليه أنه خطه ، فلا تطلق عليه لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتق ولا حد من الحدود ، نص على ذلك ابن حبيب في « التوضيح » .

ومنه : من حلف بطلاق من يتزوجها من بلاد كذا وشك هل طلاقه واحدة أو اثنين وتزوج امرأة فطلقت عليه ، ثم راجعها فلا أحب ألا يراجعها ما دام شاكًا

## ٧٧ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

ولا يقضى عليه بذلك ، وإذا طلق الرجل واحدة فعوقب فقال : هي طالق ثلاثاً ، ثم أراد مراجعتها وقال : كان الطلاق الأول طلاق مباراة ولا بينة له وأتى مستفتياً قبل المراجعة بلا رفع كانت له بينة وصدق في ذلك ، وإن رجع بعد الاستفتاء فقيم عليه فأقر بالطلاق أو جحد وقامت عليه بينة فلا يصدق .

ومنه : قال : أفتى القاضى أبو الوليد فى رجل حلف بالأيمان اللازمة ظاناً أنه لا يلزمه طلاق .

قال : لا شيء عليه فى امرأته ما عاد ذلك مما يجب على الحانث بهذا اليمين .

وأفتى أيضاً فى شريكين فى زرع وزوجة أحدهما تخبز لهما فأرادت تلقط الزرع فمنعها الآخر فقال زوجها : الأيمان له لازمة لا أكل معه فى صحفة ، فأضافهما رجل وأكلا جميعاً ، أنه لا شيء عليه لأن بساط يمينه لا يؤاكلة فيما خبزته امرأته .  
وأفتى أيضاً أن قطع الدعاوى يرجع إلا ما يتعلق بالذمة .أ.هـ. منه .

ومنه : رجل قامت عليه زوجته شاهداً بالطلاق ونكل عن اليمين ، قال : يحبس سنة ثم يخالع زوجته ، وقيل : تطلق عليه بالنكول ، وقيل : يؤجل له .  
وفى « نوازل الإمام البرجيني » :

(٧٧) [٦] سئل عن حلف بطلاق زوجته وأراد أن يدفعها لزوجته فى حق لها قبله؟

فأجاب : هذا بيع ويلزمه الطلاق وإن [ق/ ١٢٤] وهبها لها من غير عوض ولا دينها فلا شيء عليه .

وفى « نوازل ابن سحنون » فى رجل حلف لزوجته بطلاقها حتى تأكلى هذه البيضة فوضعتها ونيتها تأكلها فأكلتها بعد مدة ، فقالت : إن فرطت وتوانت وغفلت حنث وإلا فلا ، فقيل له : وكيف أنها غفلت وفرطت إن لم تلتفت فى تلك الساعة إلى حجة عرضت لها فى بيتها فليس معها تفريط ، وإن التفتت وغفلت فهى طالق .

قلت : ومن قال : أنت طالق مائة طلقة إلا تسعة وتسعون فى كلمة واحدة ، قال : يلزمه البتات ، وقال محمد : وأنا أقول هى واحد .

(٧٨) [٧] وسئل عمن قال : امرأته طالق إن قام قبل أن يتوضأ وضوئي للصلاة ، فتوضأ وقام ثم ذكر المضمضة أو مسح الرأس ؟

فقال : هو حانث ، وأنا أقول : لا حنث عليه لقول رسول الله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكره عليه » ، وقاله مالك رحمه الله .  
(٧٩) [٨] وسئل عمن اتهم بأمر فقيل له : احلف بالطلاق ، فقال :  
الحلال على حرام ومحاشى زوجته ؟

فقال : قال ابن القاسم : لا شيء عليه ، وروى أصبغ أنها البتة .

قال محمد : وأنا أقول : إنها البتة ، وهو الصواب إن شاء الله تعالى .

قلت له : أيجوز الأكل من يد الرجعي والمكاملة معها ؟

قال : لا حتى يراجعها .

قلت : فإن كان الطلاق ثلاثاً ؟

قال : هو أشد وأشر ، وإن كانت بأولادها معه .

قلت له : المديان يحلف لرب الدين ليقضينه ، ويحنث ويشهد عليه رب الدين .

قال : في جواز شهادته عليه في ذلك ، والذي ثبت عندي إن كان حلفه فلا ،

وإن كان تطوع باليمين جازت إذا كان معه أحد ، وإن لم يقتضى منه دينه فلا تجوز شهادته عليه لأنه يتوهم إن كان له خصيماً .

(٨٠) [٩] وفي « نوازل الإمام العقباني » : سئل عمن طلق زوجته قبل البناء

واسترسل وبنا بها وبعد الدخول يحلف بالأيمان اللازمة وبالطلاق الثلاث ولا

يبالي بالحنث ولا يعرف بأيهما حنث وولدت معه فندم وتاب ، فهل له مراجعتها

بعقد جديد بعد الاستبراء لأن ما وقع لم يصادف محلاً ؟

فأجاب : الحمد لله ، إن قامت عليه بينة بالثلاث لا تحل إلا بعد زوج ، وإن

كان مستفتياً فيما بينه وبين الله ولا بينة في ما وقع بعد الحنث الأول من طلاق فلا

يلزمه لأنه لم يصادف محلاً .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٧٩

(٨١) [١٠] وسئل عمن [ (١) ] فطلقها وأخذ مزوده فجذبه من يده ، فقال : لأى شيء تريدن معي أنت مطلقة ثلاثاً ؟

فقال : لا تحل إلا بعد زوج .

(٨٢) [١١] وسئل عمن طلق طلاقاً رجعيّاً ثم حرّمها بعد ساعة أو أقل أو أكثر أو بعد يومين ، حاصلة قبل تمام العدة ، وإن قلت باللزوم فما يلزم في الحرام هل يلزمه ثلاثاً في المدخول بها وينوي في غير المدخول بها كما قال ابن القاسم ، أيلزمه في الجميع طلقة بائنة كما قال ابن خويز منداد عن مالك ، أو تلزمه في المدخول بها طلقة رجعية كما قال عبد العزيز بن سلمة ، أو يعتبر العرف أو تعتبر نيته ؟

فقال : يلزمه التحريم بالثلاث في الماضي وفي الزمان الحاضر .

(٨٣) [١٢] وسئل عمن حنث في يمين بطلاق زوجته واستمر عليها أربع سنين وطلقها وارتجعها وبعد زمان طلقها ، فهل له نكاحها قبل زوج ؟

فقال : لا تحل له إلا بعد زوج .

(٨٤) [١٣] وسئل عن رجل له زوجة لم يدخل بها وحلف بالأيمان تلزمه حتى لا يبقي في هذا الموضع ونيته الرحيل ، فأخذ في نقل متاع أبيه فمنعه أبوه وقال : زوجتك في بيت أبيها ولا متاع عندك تنقله ؟

فقال : لا شيء عليه ، وإنما يخشى عليه لو كان عنده متاع وبقي .

(٨٥) [١٤] وسئل عمن تزوج بنتاً واشترط عليه أبوها أن لا يخرجها من دشرة بنى درجة أو القلعة المرابطة ومهما ارتحل من أحدهما من غير إذنها فهي عليه حرام ، ثم ارتحل بها على القرب قهراً .

فقال : لها أخذها بشرطها ولا تحل له إلا بعد زوج .

(٨٦) [١٥] وسئل عمن خالع زوجته بمالها في ذمتها ثم شاددته ، فقال لها : أنت حرمت على في الدنيا والآخرة ؟

فقال : لا يلزمه التحريم بعد الخلع .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .



(٨٧) [١٦] وسئل عمن خالع ثم راجع ثم حنث واسترسل من غير نية رجعة ، فهل يحتاج إلى استبراء من الماء الفاسد ويجدد عقداً ؟

فقال : إن كانت قد خرجت من عدة الطلاق الثاني فليستبرئها وله أن يجدد عقداً برضاها ورضى وليها ، وإن كانت باقية في العدة فليشهد بأنه ارتجعها ثم يعزلها حتى تستبرئ من الماء الفاسد ثم يأوى إليها .

(٨٨) [١٧] وسئل عمن حنث بحرم زوجته ثم ثبت أنها في عصمة غيره والزوج الأول بالبلد أو بالقرب وولدت مع الثاني أولاداً وأخرج الأول رسماً وخرجت عن الثاني ، ثم طلقها الأول راضياً طائعاً وبعد تمام العدة تزوجها الحادث بعقد جديد ، فهل يلزمه اليمين الواقعة قبل نكاح الثاني ؟

فقال : لا تلزمه لأنها زوجة الغير حينئذ .

(٨٩) [١٨] وسئل عن القائل : ما يحل للرجال يحرم على ، ولم ينو إدخال زوجته ولا إخراجها ؟

قال : يلزمه التحريم في زوجته وإن لم ينوها لدخولها في عموم اللفظ .

(٩٠) [١٩] وسئل عن رجل قيل له : تزوجت فلانة ؟ فقال : تحرم هي ونساء قومها لا أتزوج منهن ، ثم تزوج فهل يفسخ لكونه أوقع التحريم في بساط التزويج كمن خالع إحدى زوجتيه فقال للأخرى إنك استرجعتها فقال : هي طالق أبداً ، ولا يلزمه لكونه لم يعلق التحريم ولا نواه ؟

فقال : لا يلزمه في ذلك شيء لأنه إنما [ق/٢٥] حرم اللفظ الذي ذكره لا يتزوج منهن وأن لا يتزوج هذا التزويج ، ولأن التحريم في النكاح في التزويج كالتحريم في المآكل والمشرب لا يلزم على ما علم في الشريعة .

(٩١) [٢٠] وسئل عمن خطب من رجل إحدى ابنتيه فقال : أعطيتك الصغيرة ، فقال : إن تزوجتها فهي على حرام ، فقيل له : أقصدت التأيد أم الحال ؟ فقال : هذا لفظ ولم أقصد حالاً ولا تأييداً ؟

فقال : إن تزوجها لزم التحريم ولا يتكرر عليه مرة أخرى واللازم له الثلاث ما لم ينو أقل .

٨١ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

(٩٢) [٢١] وسئل عن رجل من بصائر وطنه ادعت زوجته طليقة وانعزلت عنه واعتدت ، وبعد عام تزوجت وهو ساكت لا يدعي شيئاً ، والذي تزوجته ادعى من الأول فقام وقال : لم أطلق قط ، فهل سكوته فى هذه المدة يعد طلاقاً ؟ فقال : طول المدة فى هذا لا عبرة به وليس هذا كبيع ملك الغير بحضرته أو غيبته لأن البيع صحيح وهو موقوف ، بخلاف العقد على المحصنة .

(٩٣) [٢٢] وسئل عن من قيل له : نساء قريش يبغضن تزويجك ، فقال : هن على حرام ، وتحرم عليه كل ما بانت بقريتهن ليلة واحدة لا أتزوج من الجميع ، وصارت العوام تحلف يمينه ، فهل يفسخ نكاح من حلف بهذا أو يقرون على نكاحهم لكونهم يجهلون التعليق وليست لهم نية بل نيتهم التزويج نفسه ؟ وأجبنا على من حلف بالطلاق بالدين هل يلزم أم لا ؟ وهل يلزم من حلف به مراراً ثم تزوج فينحل بينه وبين زوجته ، هل له مراجعتها قبل زوج ؟ وهل يلزمه فى غيرها ؟

فقال : أما الذى قيل له : يبغضن تزويجك ، فقال : هن حرام ، هل يلزمه التحريم إن تزوج منهن ، وأما من قال يمين فلان وهو يعتقد تحريم التزويج فلا شيء عليه ومضى أهل العرف على عرفهم من أن القائل يمين فلان فلا يلزمه شيء ، فإن كان هذا المعنى الذى هو التحريم التزويج وهو المتعارف عندهم ، وأما الطلاق بالدين فالذى أفهم وأخبرنى من يعرف لغة مستعمليه أنه طلاق متعلق على التزويج فيلزم ويتكرر اللزوم بالأيمان التى وقع الحنث بها إلا أن ذلك لا يتعدى تزويجها أم لا .

(٩٤) [٢٣] وسئل عن من طلق طلاقاً رجعيًا واستمر ولم ينو رجعة وصار يحلف ويحنث بالثلاث وغيره ، هل يلزمه ؟ وهل وطؤه رجعيًا أم لا ؟

فقال : مذهب الليث وابن وهب : أن وطأه من غير نية يعد رجعة قياساً على مبتاع الأمة بالخيار إذا وطئها لزمه البيع ولا يصدق فى دعواه عدم الرضا ويدراً عنه الحد ، ومشهور مذهب مالك أنه لا يعد رجعة وعليه كل ما وقع من حنث بعد انقضاء العدة من يوم الطلاق لا يلزمه ، وبه أخذ ابن أبى زيد وجماعة خلافاً لأبى عمران لأنه قال : هو نكاح مختلف فيه ، وبه أخذ الأكثرون وركبوا المشهور على الشاذ .

(٩٥) [٢٤] ومن «نوازل المازري»: رجل قيل له: تزوج من بني فلان يعني رجلاً ميتاً، فقال: هي على حرام ولم يرد، هل يحرم عليه؟  
فأجاب: من حرم على نفسه ألا يتزوج من قبيلة بعينها لا يلزمه شيء بلا خلاف من العلماء، وسواء خلقن حين اليمين أو لا فلا يلزمه التحريم حتى يقول: إن تزوجتھن فھن حرام.

فأجاب: إن لم يكن مسراً بينة فليستبرئها ويخطبها إن شاء الله.

(٩٦) [٢٥] وسئل عمن طلق زوجته قبل البناء واستخلا بها ثم بنى، وحلف بالثلاث، هل يلزمه الثالث الواقع؟ وهل يحتاج الآن إلى الولي والصداق وعقد أو يردها بعدلين خاصة؟

فأجاب: إن أسرته بينة على الثالث لم يقبل قوله أنه حنث قبل البناء ولا تحل إلا بعد زوج وإن كان مستفتياً فلا يلزمه إلا طلقة واحدة قبل البناء.

(٩٧) [٢٦] وسئل عمن قال لزوجته: أنت على حرام ولم ينو الثلاث واطلع على ما في المسألة من الخلاف هل يقلد هو والزوجة بطلقة واحدة فلهما أن يعقدا النكاح وليس للقاضي التعرض لهما؟  
فأجاب: لهما ذلك.

(٩٨) [٢٧] وسئل عمن اشترط على الزوج أن يأتي بالصداق لأجل كذا فغاب وانصرم الأجل وخاف الولي على الزوجة الفساد فعقد عنها لرجل آخر فقام الأول قبل بناء الثاني؟  
فأجاب: إن النكاح الثاني صحيح ولا حجة للأول.

(٩٩) [٢٨] وسئل البرزلي عمن هرب بزوجة غيره وتمتع بها ولم تناله الأحكام وعجز زوجها فأخذ مالا من الهارب وطلقها، فهل هذا إكراه لعجزه أو لأخذه المال، فبلغني أن الإمام سيد سعيد العقباني أفتى بأنه إكراه وأن الإمام سيد علي بن عثمان أفتى بأنه ليس بإكراه لأنه لم يجبره على إيقاع الطلاق؟

فأجاب: يجري في المسألة الخلاف الجاري في النفقة على أنها زانية لا يقدر على التوصل إليها فمن قال: تجب النفقة وهروبها لا ينجيه منها فيلزمه الطلاق،

## ٨٣ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

وعلى القول الآخر فهو مكره ولو أشهد أن طلاقه ليتخلص من النفقة لكان حسناً ، والصواب : أنه إكراه كما ذهب إليه الفاسي وغيره ، وهو بمنزلة من اشترى مغصوباً ممن هو مغصوب منه أو يشتريه أجنبي ، والذي عليه ابن رشد وغيره : أنه بمنزلة من اشترى ما لا قدرة له على تخليصه ، وإن كان ظاهر « المدونة » خلافه .

(١٠٠) [٣٤] وسئل سيد علي بن عثمان عمن رد زوجته من الغضبة قهراً للغيرة التي حملته وحلف بالحرام لا تدخل بيت أحد فدخلت بيت رجل [ق/ ٢٦] ومنعها منه، فهل يحنث أو يعد مكرهاً؟ وكيف إن كان رب البيت هو الذي أدخلها خوفاً عليها؟

فأجاب : هو حانث ويعذر بالإكراه لأن المشهور أن من حلف على فعل غيره يحنث ولا يعذر بالإكراه ، ولا فرق بين دخولها أو إدخال رب البيت ؟

(١٠١) [٣٥] وسئل أبو الفضل العقباني عمن هربت زوجته مع رجل بحيث لا تناله الأحكام وتمتع بها نحو العامين ، ثم بعث إلى زوجها بالفداء فأشهد بعلها أنه إن طلقها إنما يرجع بها على الهارب إلى موضع الحاكم ووكل وكيلاً على ذلك ، فطلق الوكيل ورجع الهارب بها إلى موضعها الذي هربت منه ولا زالت تحته ، فهل ترجع لزوجها بعد الاستبراء ويرد الفداء للهارب ؟ وإذا قلت بلزوم الطلاق ، فهل تحرم على الهارب أبداً لاسترساله عنها بعد الطلاق؟

فأجاب : للزوج أخذ زوجته ولا يلزمه الطلاق مع الاستحفاظ المذكور ووضوح غدره ويرد العوض على من أعطاه ، وعلى الهارب ومن أعانه الضرب الوجيع والسجن الطويل .

(١٠٢) [٣٦] وسئل سيد سعيد العقباني عمن أخرجته زوجته لقول قبيح فأخذ برأسها يجرها ويضربها وحلف باليمين الكبير حتى تسرى قدامي للدار يريد ضربها في الدار قال بعض من شهد عليه قال : وتعلم بديني ، ثم قام العدول إليه وضربه ضرباً متتابعاً وخلصها منه فهربت لغير داره وكان هروبها من يده بغير اختيار منه ، فهل تلزمه هذا اليمين أو لا لتوالي الضرب عليه حتى انفلتت قهراً؟

فأجاب : إذا نوى بيمينه تنجيز الضرب فقد حنث ، إلا إن لم يقدر على دفع ذلك الذي أزالها من يده فلا حنث ، وإن كان لم ينو التنجيز فله أن يضربها بعد

ذلك ضرباً جائزاً وبيراً ، وإن أراد الضرب الفاحش فلا يمكن ويحثه القاضي .

(١٠٣) [٣٧] وسئل ابن مرزوق عن تشاجر مع زوجته فقال : صوم عام لا أعلمتك امرأة؟

فأجاب : يخير بين صوم العام وإلا لزمه الثلاث إذ هو فائدة ذلك اللفظ وإلا فهو عبث لأنها امرأة ولا يقدر أحد أن يجعلها رجلاً ولا امرأة أخرى وإنما معناه : لا أعلمتك زوجة .

(١٠٤) [٣٨] وسئل سيد إبراهيم الثغري عن طلقت أخته فحلف لها إن رجعت إليه لا تدخل بيتي ولا أدخل بيتك ولا تدور معي ولا تدور معك ، ثم هربت طائفة مع مطلقها وبقيت ما شاء الله من غير مراجعة ، وطلقها أيضاً ، فهل ترجع لبيت أخيها ولا يلزمه ؟

فأجاب : إن قصد يمينه مراجعة النكاح لم يلزمه شيء .

(١٠٥) [٣٩] وسئل أبو الفضل العقباني عن شارره غريمه وجحده في دينه فقال : الطلاق على حتى نقتلك على حقي ، ثم أقر له ودفع له دينه ، هل يحنث ؟ ولو ادعى نية أنه إن لم يخلصه لما في ظاهر لفظه أو لقرينة تخلصه مع قصد الناس في مثل هذا ؟

فأجاب : الدين لا حنث عليه لحصول القضاء ، وقد قيل في مثل هذا : إنه يحنث على كل حال لحلفه على ما لا يمكن منه شرعاً .

(١٠٦) [٤٠] وسئل ابن مرزوق عن حلف بالطلاق ليرحلن ولا نية له واستمر على زوجته شهراً أو أكثر ثم رحل ؟

فأجاب : إن لم يعين زمان الرحيل ولا نواه لم يحنث ببقائه شهراً وبيراً برحيله ، وأما من قال : لا سكنت موضع كذا ، ولم يبادر وبقي المدة المذكورة حنث .

(١٠٧) [٤١] وسئل سيد سعيد العقباني عن حلف لا يعطي أخته لأمها إذا تزوجت أمها ، ثم تزوجت الأم وسكت على أخته حتى بنى بها الزوج وربما أعطاها لها أخوه الآخر؟

فأجاب : إن كان الحالف من أهل الحضنة حتى بنى الزوج بالأم حنث ، ولو سلمها أخوها لأمها .

٨٥ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

(١٠٨) [٤٢] وسئل سيد أبو البركات البرواني عن قال لزوجته بسبب قدارة ولدها ، فقال: أنت لاحقة بأهلك إن زاد لك مولود ؟

فأجاب : لا يلزمه اليمين إلا إن أراد إن ولدت فلا تحل له إلا بعد زوج .

(١٠٩) [٤٣] وسئل ابن مرزوق عن رجل يخطب امرأة فذكر له ما يكره ، فقال : زواج النساء وهى عليه حرام ثم أراد ذلك ؟

فأجاب : تكلمه بهذا عند ذكر التزويج قرينة توجب حمل كلامه على التعليق كما ذكره فى « المدونة » فالذى قالت له : امرأتك أنك تراجع فلانة تعنى امرأة كان قد خلعها فقال : هى طالق بحمل لفظه على التعليق ، فإن لم ينطق به ولا نواه ، وهكذا نصوص الأشياخ فى مثل هذا فمساؤهن يحرمن عليه .

(١١٠) [٤٤] وسئل سيد سعيد العقباني عن جرى البغض بينه وبين زوجته وصارت تحلف فيه تغلظ عليه أهل الفساد فحلفوا على قتله إن لم يطلقها فلما سمع خاف وخلعها ؟

فأجاب : الطلاق لازم له ولا يعذر .

(١١١) [٤٥] وسئل : عن شك هل حلف بالأيمان تلزمه لا يفعل كذا ، وفعله وهو سالم الخاطر من الوسوسة ؟

فأجاب : إنه لا شيء عليه بمجرد الشك .

(١١٢) [٤٦] وسئل سيد إبراهيم العقباني عن رجل بيده حبة فأراد صاحبه أن يخطفها فرمى بها وحلف له بالطلاق لا أكلتها ، فبادر إليها المحلوف عليه فأراد الحالف منعه فقبضه أناس فأكلها المحلوف عليه ؟

فأجاب : إن كانت يمينه على بر لم يقع عليه حنث بالإكراه ، وإن كانت على حنث لم يرتفع عليه الحنث بالإكراه .

(١١٣) [٤٧] وسئل سيد أبو الفضل العقباني عن حنث واستمر حتى جاوزت العدة وطلقها واستمر كذلك ؟

فأجاب : إن كان موسراً بيينة بالثلاث فلا تحل له إلا بعد زوج ، وإن أتى مستفتياً لدينه فلا يلزمه إلا طلقة الأولى .

(١١٤) [٤٨] وسئل أيضاً عن حث [ق/٢٧] واستمر من غير رجعة وما يحلف ويحنت ويطلق ويرد بلا ولي ولا شهود؟

فأجاب : كل ذلك لازم له لأنها كالزوجة المرتجعة ، حيث لم يرتفع عنها حتى تكمل العدة لأن الوطاء رجعة في بعض أقوال العلماء والنكاح المختلف فيه يلزم طلاقه .

(١١٥) [٤٩] وسئل أيضاً عن قال : أنت طالق في الدنيا والآخرة ، هل هو بمنزلة قوله : أنت طالق أبداً أو عليه طلاقه بائنة ، فما يعتمد عليه ؟

فأجاب : ليس عنده نص في هذه ، ولكن لا أتوقف فيها أنها من طلاق الأبد لأن هذا قصد التأكيد في التأيد .

(١١٦) [٥٠] وسئل عن قالت لزوجها : إن كان النساء يطلقن الرجال فإني طلقتك ، فقال لها : أنت طالق مائة طلاقة ثم ادعى أنه وقع بينهما فساد قبل التزويج ، واسترسل عليها حتى نكحها من غير استبراء ؟

فأجاب : لا يقبل قوله ولا تسمع بينته إلا إذا منعها من الرفع مانع ولم يتأخر الرفع بعد زوال المانع .

(١١٧) [٥١] وسئل سيد موسى ابن الإمام عن رجل طلق زوجته بقلبه ولم يتلفظ بلسانه ؟

فأجاب : لا يلزمه شيء ترجيحاً لإحدى الروايتين ، وبه قال ابن عبد الحكم .  
(١١٨) [٥٢] وسئل سيد بركات البرواني عن الطلاق المعلق ، هل يلزم أم لا ؟ وجلب له السائل أنقال العلماء .

فأجاب : وقعت على ما جلبت من الأنتقال ، فاعلم أن مشهور مذهب مالك وابن القاسم لزوم التعليق ، وما وقع لهما من الإفتاء بعدم اللزوم المشهور عنهما يقابله إذ هو إبراء للذمة ، ومال المازري إلى عدم اللزوم ، ولكنه قال : لا أفتى به كراهية مخالفة المشهور ، وفي قوله هذا بحث ونظر ، والحديث الذي ذكرته أيها السائل لو صح لكان الحجة البالغة ومدار المسألة على قاعدة وهي أن وقوع الشرط هل يقدر مع مشروطه في الزمان الواحد إشكال قوى التدافع وإجزاء الشرط هاهنا مع

مشرطه أجزاء العلة مع معلولها إذ لا يشترط فيهما تقديم الزمانى ، وعلى هذه القاعدة يتخرج لك قول القائل : إن بعثت فأنت حر ، وقال المشتري : إن اشتريتك فأنت حر ، ثم قال للسائل : ولا تطيل النقل لترى أنك تعرف وتمسك بأذيال العلماء ينقدح لك الحق . والله تعالى أعلم .

(١١٩) [٥٣] وسئل قاضي الجزيرة ابن ذيال عن شاررته زوجته ، فقال لأبيها : والله ما سلعتك إلا حرام ، هل تحرم عليه ، وهو يقول : لا أقصد تحريمها ؟

فأجاب : إنه عبر بالسلعة على الزوجة فالتحريم واقع عنها ولا ينفعه مقاله .

(١٢٠) [٥٤] سئل الوغليسي عن طلق زوجته ثلاثاً ثم ذكر أنه عقد عنها قبل الاستبراء من زناه ، ولم يقبل قوله الحاكم فأتى بيينة منهم ممن يقبل وأنه كان يعرف بذلك قبل العقد ولا يعلمون أنه استبرأها أم لا ، فهل تباح له قبل زوج ؟

فأجاب : إن كان عذر البينة فى ترك الرفع من البناء إلى حين القيام بهذا عمل عليها وتباح له قبل زوج وإلا فلا لأنهم مجروحون فى عدم رفعهم ، فشهادتهم ساقطة .

(١٢١) [٥٥] وسئل أيضاً عن قال لزوجته : ما يحل للرجال يحرم على إن وصلنا إلى فلان لأطلقنك ، فوصل إليه فلم يفعل وبعد انفصالهما عنه خاف من الحنث فطلقها ثم راجعها بيسير ، فهل يلزمه التحريم لظاهر لفظه أنه بنفس الوصل يطلق أو يكفيه ما وقع ؟

فأجاب : يكفيه ما وقع وهو بار إلا إذا نوى الفور فيلزمه التحريم للتراخى .

(١٢٢) [٥٦] وسئل أيضاً عن باع زوجته بعد أن أغضبته وصار يعدد فى قبيح أفعالها ، فقال له رجل : بعها منى بثمانية دنانير ، فقال له : احملها بدرهم ، فقبل وهما ما قصدا إلا المزح ، فقيل له : يلزمك الطلاق ، ورفع للقاضي فأنكر وقال : إنما قلت له : غالية بدراهم ؟

فأجاب : لا يلزمه فيها طلاق ، ولو كان الزوج مقراً بالبيع لأن البينة شهدت بالمزاح والبيع بالمزاح لا يلزم ، وإنما اختلف الفقهاء فى لزوم الطلاق بالبيع الجازم .

(١٢٣) [٥٧] وسئل الإمام العبدوسي عن كثير الأيمان بالطلاق الثلاث وبالحرمان وبالطلاق الواحد ، ولا يدري ما حنث به أو لا ، ثم تاب وأراد التخليص ؟



فأجاب: مذهب ابن القاسم يقول: يلزم الثلاث في هذا ، ومذهب ابن الماجشون يقول بالواحدة ويستحب التنزه .

(١٢٤) [٥٨] وسئل سيد عبد الله الشريف عمن قال لزوجته : أنت على حرام ، ولم ينو الثلاث واطلع على ما في المسألة من الخمسة عشر قولاً ، منها لزوم الواحدة بعد الدخول بائنة أو رجعية واتفق مع الزوجة على تقليده وعقد النكاح ؟

فأجاب : يتركان على ما قلناه ولا يتعرض لهما القاضى .

(١٢٥) [٥٩] وسئل أبو الفضل العقباني عمن أصابه مرض شديد ولا يدري ما يصنع ، فجلست زوجته إليه ، فقال لها : أنت عندي في عوض أمي أو أختي ، وبعد الإفاقة أخبر بذلك فقال : ما تكلمت به أبداً ؟

فأجاب : ما صدر منه وهو لا يضبط عقله لا يلزمه شيء منه على أن هذه الألفاظ لو صدرت منه في عقله لنوى أنه أراد الملاطفة والرفق فلا يلزمه لا طلاق ولا ظهار .

فأجاب فيها سيد محمد بن أبو القاسم المشدالي : إذا شهد من حضره أنه في عمدة المرض وهو يخلط في كلامه ويختل ويهذى حلف بالله أنه لا أعلم له بما صدر منه ويخلى بينه وبين زوجته .

(١٢٦) [٦٠] وسئل أبو الفضل العقباني عمن قال لزوجته : أنا طلقتك طلاقاً رجعيًا، فقالت هي : بل بائناً ولا بينة لأحدهما ؟

فأجاب : القول قول الزوج [ق/١٢٨] .

### مسائل التخيير والتمليك

(١٢٧) [١] وسئل أبو الفضل العقباني عمن شاررته زوجته فأتى وليها ووقع بينهما كلام كثير أو وكلت الزوجة وليها للخصام فلما علم الزوج بذلك قال لهما : أنا خيرتكما فإن توافقتما على الطلاق فافعلا ، فطلقها الولي عليه ، فقال : ليس هذا قصدي وإنما أردت أن تجتمعا معاً وتتحدثا وتشاوران فإن

اتفقتما فعلتما ؟

فأجاب : فعل الولى هذا غير ماض واقتصاره وحده على الطلاق غير نافذ ، وفى كتاب « الدلائل » و « جمع النظائر » لأبى عمران الفاسى : إذا جعل الرجل طلاق زوجته بيدها إن غاب عنها ، فغاب فخلعت عصمتها بمحضر جماعة من جيرانها ، قال : إذا لم يكن فى المكان حاكم مضى فعلها إذا كان بمحضر عدول يعرفون المغيب .

ومنه أيضاً : إذا جعل أمرها بيدها إذا غاب عنها مدة ، فغاب تلك المدة ولم تفعل حتى قدم فليس لها أن تأخذ بشرطها بعد قدومه .

ونظيرها الأمة تعتق تحت عبد ولا تختر حتى يعتق ، وقد قال بعض الموثقين خلاف ذلك مما لا يلتفت إليه .

ومنه أيضاً : إذا اشترط لزوجته أنه متى رجع زوجته المطلقة ولم يقل على زوجة ، فطلق زوجته فليس له مراجعة مطلقته هذه ولا يصدق أنه نوى ما دامت الأخرى فى عصمته وله نية فيما بينه وبين الله عز وجل ، وإن لم تكن له نية لزمه الطلاق إن تزوجها ثم لا يتكرر عليه .

ومنه : إذا تطوع لها بطلاق الداخلة عليها فتزوج فطلقت عليه فإذا راجعها طلقت عليه مراراً ولا خلاف ، وإنما اختلف قول ابن القاسم فى المرأة المعينة خاصة .

ومنه : إذا اشترط لها طلاق الداخلة عليها ثم حلف بالأيمان اللازمة ليتزوج عليها ، فتزوج بغير أمرها ودخل قبل أن تعثر عليه برئ فى يمينه ، وإن عثر عن يمينه قبل أن يتزوج طلقت عليه زوجته بالبتات ، ولو حلف بالأيمان اللازمة ليتزوج عليها ، ثم قال : كل امرأة أتزوجها عليها طالق ، لم يبرأ بالتزوج عليها ، قاله ابن القاسم فى سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق .

ومنه : رجل قالت له زوجته : لا أحب البقاء معك على هذه الحالة ، فقال لها : إن شئت ، فقال : قد تركتك ، فإن كان لم يرد بقوله : إن شئت ، التملك فلا يلزمه بقولها : قد تركتك ، شيء ، وإن أراد طلقت عليه بالثلاث إلا أن ينكرها إن ادعى البينة ويحلف ويصدق أنه لم يرد التملك ، إن أتى مستفتياً وإن أخفرتة البينة فلا يصدق . أ.هـ .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله .

## مسألة الرجعة

وشروطها : طلاق سنى ، وثبوت البناء ، والمبيت ، وبقاء جزء من العدة ، وصيغة أو فعل مع نية وفى الفعل القوى كالجماع بغير نية خلاف شهير معتبر .

فالصيغة : راجعة وارتجعت وعدتها إلى عصمتى ، والفعل من غير الجماع لا بد معه من النية وإلا لم يفده ، هذا هو المذهب .

وفى « نوازل ابن سحنون » : قال محمد عن سالم : سألته عن مطلقة وطئها مطلقها وهى مكرهه على وجه الغلبة أن يكون ذلك رجعة أم لا ؟

قال : أخبرنى سحنون عن ابن القاسم عن مالك أنه قال : إذا وطئها فى الفرج ونوى به الرجعة فهى رجعة صحيحة ، سواء كانت طائعة أو مكرهه ويشهد بقرب ذلك ، قاله عبد العزيز بن أبى سلمة وأشهب .

خليل : (وصحت رجعته إن قامت بينة على إقراره ) (١) وفى « المدونة » : وإن قام بينة بعد العدة أنه أقر بالوطء فى العدة فهى رجعة إن ادعى وطأها إياها أراد به الرجعة .

وحكم الرجعية حكم الزوجية .

قال فى الجلاب : ومن طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً فلا يجوز له أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ما دامت الأولى فى عدتها ، وكذلك لا يجوز له أن يتزوج خامسة سواها ، وإن طلقها طلاقاً بائناً ثلاثاً أو طلاق خلع جاز له ذلك كله فى عدتها لأن حكمها حكم الأجنبية لا ترثه ولا يرثها .

تنبيه :

إذا راجع بالقول أخذ بظاهر لفظه فإن ادعى أن قوله مقارناً للنية فجيد ، وإن ادعى عدم النية أخذ بما صدر منه ولا يصدق ، ودعواه عدم النية إنما تعتبر فيما بينه وبين الله تعالى ، نقله ابن رشد فى « المقدمة » ونقله ابن غازى .

تكميل :

فإن رجع وادعت أنها رأت الدم الثالث وانقطع فالخلاف فى المذهب صريح ،

(١) المختصر ( ص / ١٤٥ ) .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٩١

فإما أن يرى الخروج من العدة برؤية الدم الثالث ولا يشترط التماذي فلا تصح رجعته ، والأكثرون يشترطون اعتبار التماذي في العدة والاستبراء ، فإن انقطع الثالث بعد ساعة فقالت : خرجت من العدة ، ثم ادعت انقطاعه فهي مصدقة لأنها كما ائتمنوها على وجوده كذلك ائتمنوها ، قاله في « التوضيح » .

تنبيه :

ما تقدم من الخلاف في الوطاء المجرد عن النية فإن عملنا على أنه ليس برجعة على مذهب ابن وهب والليث وهو الصحيح ولذلك عرج عليه خليل ، وعليه فهو وطاء شبهة ولا حد عليه ولا صداق ولا يلزمه الاستبراء منه وله مراجعتها ما دامت في العدة بغير وطاء بل بالإشهاد .

ابن عرفة : وعلى إلغاء وطاءه روى محمد وسمع عيسى ابن القاسم ، له مراجعتها فيما بقي من العدة بالقول والإشهاد ولا يطأها إلا بعد استبرائها من مائة الفاسد بثلاث حيض .

السداني : له أن يراجعها قبل [ق/١٢٩] انقضاء العدة ولكن بعد الاستبراء ، فإن انقضت مدة الاستبراء قبل العدة له الرجعة ، وبالعكس فلا رجعة له ، وإن تزوجها في ذلك الاستبراء فرق بينهما وحمله لاحق وتحرم عليه للأبد بخلاف ما تقدم .

ونقل الفيثي أن له الرجعة في زمان الاستبراء بغير الوطاء .  
وصلى الله على سيدنا محمد .

### مسائل من الإيلاء

تنبيه :

قولهم في رسمه : يمين الزوج . . . . . إلخ ، إنما هو تغليب ، أي الغالب إنما يكون يمين أو هو مجرى [ الوغث ] .

وأما حكم الإيلاء اصطلاحاً فقد وجدنا مسائل في المذهب يحكم فيها بحكم الإيلاء فيوقف الزوج أربعة أشهر وتطلق عليه ، وذلك كمن ترك الوطاء إضراراً أو حلف ليدخلن الدار أو إن لم أدخل ، ولم يفعل يوقف أمد الإيلاء ، نقله ابن عبد السلام ، ومن قطع ذكر نفسه خطأ على رواية ابن شعبان ، ومن سرمد العبادة -

على رواية - إذا طلبته الزوجة .

وشرط الإيلاء: زوج مسلم مكلف يمكن وطؤه .

ابن عرفة : لو حلف على نفيه في أجنبية فعادت زوجته ففيها هو مؤلى من يوم تزوجها .

ولابن حارث عن ابن نافع: ليس مؤلياً لقوله تعالى : ﴿مَنْ نَسَاهُمْ﴾ [المجادلة: ٢] ، وعزاه غيره لروايته ، ولو حلف كافر ثم أسلم فلغو على المشهور في يمينه ، وإيلاء المجنون لغو ، ولو جن بعده لم يسقط .

الللخمي : في إيلاء من لا وطء له كالمحصور والعين والمجبوب والشيخ الفاني ، قول ابن القاسم مع مالك .

وقول أصبغ : المجبوب مؤل لمنفعة الزوجة بالاستمتاع بمضاجعته ومباشرته لا الشيخ الذي قطع الكبر المتعة به .

ابن رشد : قال أصبغ : الإيلاء على المحصن ومن قطع ذكره قبل البناء أو بعده وجبها .

قال مالك : كل من تزوج امرأة فوطئها مرة ثم أصابه ما منعه من الوطء فإنه لا يفرق بينهما أبداً .

قلت : فإن ألى الشيخ العاجز عن الوطء ؟

قال : ما سمعت شيئاً ولا إيلاء عليه ، ومثله الخصى ومن قطع ذكره بعد الإيلاء لا وقف عليه . أ.هـ. من ابن عرفة .  
تنبيه :

لو ترك الوطء لمصلحة الولد مثلاً أو مصلحة الزوجة أو مصلحته ، فيه روايتان صحيحتان ، ففي « الموازية » : من حلف لا يطأ حتى تظلم ولدها هو غير مؤل ، وهو مذهب « الموطأ » .

ولأصبغ : أنه مؤل ، وصوبه اللخمي .

ابن عرفة : لو وقته بعام فمات الولد وبقي من العام أكثر من أربعة أشهر ففي

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٩٣

كونه مؤل من يوم موت الولد أو من يوم الحلف ، قال محمد مع الصقلي ونقله عن بعض أصحابه .أ.هـ.

### تتميم :

من ادعى أنه حلف على الوطاء أو تركه ، وتركه لضرره به وظاهره صحة بنيته لم يصدق ، وإن كان ضعيف البنية فزمان ضرره به كزمان رضع الولد ، وزاد عليه كما زاد على موت الصبي .

واعلم أن الدلالة على ترك الوطاء يحكم الإيلاء بها كالصريح كمن حلف ألا يلتقى جسده مع جسدها .

### نكتة :

نقل ابن عرفة أن المؤلى إذا وطىء مكرهاً لا يخرج من حكم الإيلاء .  
ونقل سيد عبد الرحمن الأجهورى فى حاشيته : من علق الإيلاء أو الظهار على زواج أجنبية ثم تزوجها لزمه ، وهو المذهب .

والفرق بين الإيلاء والظهار : أن الإيلاء يلزم معلقاً وغير معلق أنه يمين انعقد عليه ، وأما الظهار فلا يكون إلا فى الزوجة .أ.هـ.

### فائدة :

من له زوجتان حلف بطلاق كل منهما ألا يبطأ الأخرى فإنه مؤل منهما ، نقله ابن غازى من كلام ابن عبد البر ، ونصه على ما فى الكلام : ولو حلف لكل واحدة منها بطلاق الأخرى ألا يبطأها فهو بذلك مؤل منهما ، فإن رفعته واحدة منهما إلى الحاكم ضرب له أجل الإيلاء من يوم رفعته ، ثم وقف عند انقضاء الأجل ، فإن فاء فى واحدة منهما حث فى الأخرى ، وإن لم يفئ فى واحدة منهما طلقنا عليه جميعاً .أ.هـ.

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله .

## مسائل من الظهار

وهو منع الرجل وطء زوجته والتمتع بها بسبب تنزيلها منزلة محرمة كلها بكلها أو بعضها ببعضها أو كل ببعض أو عكسه ، فيمنع منها لوقوع قسم من الأربعة حتى يكفر ، وفي تنزيل الزوجة منزل الذكر خلاف قوى صرح به في المذهب ، وقد لوح إليه خليل .

ولا يصح الظهار إلا في محل كالطلاق ، وإن علقه على تقدير حصول المحل لزمه كالطلاق .

قال أبو عمران بن الفاسي في كتاب « النظائر » : قال ابن القاسم في « المدونة » : من قال : إذا تزوجت فلانة فهي طالق وهي على كظهر أمي ، لزمه الطلاق أو الظهار إن تزوجها ، والذي قدم الظهار في اللفظ أبين .

يريد : أن اللفظ يدل على ما في النفس وهو لو نوى تقدم الظهار لكان لزوم الظهار أبين ، ولو نوى تقدم الطلاق لم يلزمه الظهار . أ.هـ .

تنبيه :

الظهار إذا قارنه ما يوهنه من قرينة لا يلزم كمن قال لزوجته : أنت كأمي أو كأختي ، وأراد باللفظ الرفق وقد ظهر ذلك منها قبل ذلك لم يلزمه ، قاله العقباني .

تنبيه آخر :

وفي الصحيح أقوال المذهب وهو المشهور ورواه ابن القاسم عن مالك أن من ظاهر من زوجته وقال : نويت الطلاق ، أنه لا يصدق ، ولو كان مستفتيًا قال [ق/ ١٣٠] في « التوضيح » : ويلزمه الطلاق بنيته والظهار بلفظه ، فإن نوى ثلاثًا لزمه ذلك ، ثم إن أراد أن يتزوجها فلا تحل له حتى يكفر ، وهكذا أشار إليه سحنون .

وروى أشهب عن مالك : أنه يكون ظهارًا فقط ولا يكون طلاقًا ولو نواه .

وتأول بعض الأشياخ « المدونة » عليه ، وأما ابن رشد تأول « المدونة » عليها ، والتأويل الثاني لا يلزمه إلا الظهار .

فائدة :

فعند أهل الأصول قاعدة وهي أن الأصل زيادة الكل عن البعض في العدد أو في

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٩٥

المعنى والحكم ، وقد يزيد البعض عن الكل ، وعليه بنيت فروع :  
منها : إن قال : أنت كظهر أبي ، فهو زائد في المعنى الحكمي على قوله : أنت  
كأبي ، لأن الأول صريح الظهر ، والثاني كناية وناهيك بحكم الصريح من الكناية .  
ومنها : المرأة تساوي الرجل في الأطراف حتى تبلغ الثلث ثم ترجع إلى نصفه ،  
ومن صبر وجد .

تتميم :

(١٢٨) [١] وسئل مالك عن كل كلام تكلم به الرجل ينوي به الظهر  
والإيلاء والتملك والتخير ، أيكون ذلك كمن نوى ؟

قال : نعم إذا أراد : إنك بما قلت مخيرة أو مملكة أو مظهرة أو مطلقة .  
قال أبو الحسن الصغير : يريد وكذلك كل كلام لا يحكم له في نفسه مثل :  
كلى واشربى . أ.هـ . من كبير بهرام .

نكتة :

من علق ظهر زوجته على فعلها لشيء ثم بانث منه وفعلته فلا يلزمه ، وإن  
ردها وفعلته لزمه إن كان بقي من العصمة الأولى شيء .

قال في « المدونة » : وإن قال : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي ، وطلقها  
واحدة أو اثنتين ، فبانث ودخلت الدار وهي في غير ملكه لم يحنث بدخولها وهي  
في غير ملكه ، وإن تزوجها ودخلت الدار وهي تحته عاد عليه الظهر إلا أن يكون  
أولاً طلقها بالثلاث فإن الظهر يسقط عنه إن تزوجها بعد زوج . أ.هـ .

تنبيه :

من علق الظهر على فعل شيء أي قال : إن لم أفعل فأنت . . . . إلخ ،  
وضرب لذلك أجلاً فلا يمنع من وطئها وإلا منع ، قاله ابن أبي زيد .

فإن رفعته أجل حينئذ ووقف لتمامه فإن فعل برأ ، وإن قال : التزم الظهر وأخذ  
الكفارة لزمه ولم تطلق عليه بالإيلاء حين دعى للفيئة وصار كذي سجن أو مرض ،



فإن فرط في الكفارة كمؤل يقول : أفيء ، يختبر المرة والمرتين وتطلق عليه بما لزمه من الإيلاء .

قال أصبغ : وهو كمظاهر مضار تطلق عليه بعد أربعة أشهر من يوم لزمه الظهار وهو من يوم وقف في الإيلاء ولم يقدر أن يعين فيه ، لأنه من يومئذ وجب عليه وإن كان قادراً إلا أن يسقطه بفعل ما حلف عليه .

ابن عرفة : وإن قال قبل البناء : امرأته عليه كظهر أمه ، إن بنى بها حتى يتزوج عنها فليكفر أحب إلى من أن يتزوج ، إذ لعله يتزوج من ليس مثله .

وله أيضاً : من قال : أنت على كظهر أمي اليوم ، فهو مظاهر كمن قال : أنت طالق اليوم ، فجعل الظهار كالطلاق . أ.هـ.

### فائدة :

من له أربع نسوة وظاهر منهن في كلمة واحدة ، تجزئه كفارة واحدة ، قال في « المدونة » وزاد في سماع عيسى : إنه إن جهل فظن أن لا يجزئه إلا كفارات فصام عن إحداهن أجزاءه عن جميعهن .

ابن رشد : اتفاقاً ، نقله ابن عرفة .

ومثله من علق الظهار على زواج أربع نسوة .

ولربيعه في « المدونة » : من قال : أنت على مثل كل شيء حرمه الكتاب ، هو مظاهر .

ابن شهاب : وكذا ، كبعض ما حرمه الكتاب .

الصقلى يقول ربيعه .

قال ابن الماجشون وابن عبد السلام وأصبغ ، وقال ابن نافع : هو البتات ، والصواب لزومهما ، قاله ابن عرفة .

وقال أيضاً : ومن قال : أنت على كظهر أمي أو غلامي ، ففي كونه ظهاراً أو لغوا ففيهما نقلاً الشيخ عن أصبغ مع ابن القاسم بن حبيب قائلاً : هو المنكر من

القول .

قال : ولو قال : كأبى وغلأمى فهو تحريم .

الصقلى : الصواب قول ابن القاسم لأن الأب والغلأم كلام لازم فى تأييد التحريم ، وخرجها ابن رشد على قياس ابن القاسم وابن وهب فى إباحة إتيان النساء فى أدبارهن وحرمة .

### فائدة :

سمع عيسى ابن القاسم : أن وجوه الظهر ثلاثة : على كظهر أمى دون حلف ، أو إن كلمتُ فلانًا فانت كظهر أمى فكلمه ، لا يسقطهما طلاق الثلاث ولو تزوجها بعد عشرين زوجًا ، وقيل : حنثه يسقطه لأن ذلك النكاح الذى حلف عليه ذهب ويسقط الأولين فوتهما إن لم يكن وطئها .

ابن رشد : معانى اقترافها بنية وفيها لا يسقط المعلق ما قصر عن الثلاث من الطلاق لبقاء متعلق اليمين له من العصمة وثبوت معلق على تزويج الأجنبية واضح .

### نكتة :

مجوسى أسلم عن مجوسية فظاهر منها ثم أسلمت بالقرب ، هل يلزمه ظهار ؟ قال فى « المدونة » : هو مظاهر .

ابن رشد عن أشهب : لا ظهار عليه ، وفى سماع ابن القاسم : من تزوج أمة فظاهر منها ثم اشتراها فأعتقها لظهاره عنها ثم تزوجها أجزاء عن ظهاره منها .

ابن القاسم : معناه أنه اشتراها غير حامل وإلا كانت أم ولد ، وقد قال مالك : لا يجوز عتق أم الولد عن ظهار .

ابن رشد : إنما يجزئه ذلك على القول بأن العود هو العزم على الوطء .

ابن عرفة : وسمع القرينان : من طلق من ظاهر [ق/ ٣١] منها يرتجع ثم يكفر .

ابن نافع : قول مالك : وإن كفر قبل ارتجاعه أجزاء إن كان فى العدة .

أشهب : إن بانث منه قبل تمام الكفارة سقط ما كفر به من صوم أو إطعام وعليه كفارة مبتدأة إن هو تزوجها .أ.هـ .  
صلى الله على سيدنا محمد وآله .

### مسائل من اللعان

اختلف ، قيل : هو الحلف من الزوج على أمرين تحقيق الزوج فرج رجل فى فرج زوجته ، أو نفى حملها السابق على زمان اللعان مع حلفها على تكذيبه فيما يفيد تكذيبها إياه ، هذا هو المعتمد وعليه عرج ابن عرفة فى حدوده .  
وفائدة تحريمها فى الدنيا اتفاقاً ، وقيل : حتى فى الآخرة ونفى الحد ونفى الإرث وتكليف الزوج وإسلامه وصحة عصمة الزوجة وإن ماتت .

فروع :

الفرع الأول :

قال فى « المدونة » : من قال : وجدت مع زوجتى رجلاً فى لحافها ، أو قال : تجردت لرجل أو اضطجعت معه متجردين ، لم أسمع فيه شيئاً ولا لعان فيه ، فإن لم يكن له بينة أدب .

محمد : لو قال لأجنبية : حُدَّ ، هذا تفريع قولنا : تحقيق . . . . . إلخ .

الفرع الثانى :

لو رماها بالزنا دون رؤية فأكثر الروايات يحد ولا لعان .

قال ابن نافع : ملاعن ولا حد ، وبه قال ابن القاسم ، وصوب اللخمى مذهب الأكثر ، وقال الباجى : هو المشهور .

الفرع الثالث :

قولنا : نفى حمل سابق ، فلو قال : إن حملت فذلك لغيرى ، فلا لعان وفى الحد اضطراب على ما فى التعريض من الخلاف .

### الفرع الرابع :

يشترط فى نفى الحمل أن يدعى الزنا ولم يطأها بعد ذلك فيعتمد على ذلك ، ويشترط أن يكون الحمل المنفى قبله استبراء وإلا فلا لعان وعليه الحد على مذهب الأكثر .

### الفرع الخامس :

العبد فى العبد كالححر ، قاله فى « المدونة » ونقله ابن عرفة .

### الفرع السادس :

لعان الميتة لازم بناءً على أن حلفها على تكذيبه شرط كمال ، وهو الصواب . وفى سماع ابن القاسم : من ولدت زوجته فى غيبته فلما قدم نفى ما ولدته لعان .

### الفرع السابع :

من أسلمت تحت كافر أو مسلمة تزوجت كافرًا على القول به غير زانى ورمائها لاعن ولا حد إن نكلت ، قاله اللخمي .

### تنبيه :

قولنا : حلف الزوج ، أى سواء كان زوجًا فى الحال أو قبله بدليل لعان الزوج لزوجته الميتة أو المطلقة طلاقًا بائنًا ، وكذا من اشترى زوجته فوطئها ونفى ما وضعته لسته أشهر من وطئه بيمين ، وحلفت على تكذيبه ، قاله ابن عرفة .

### نكته :

قولنا : تحقيق الزوج . . . . إلخ ، وإن لم يتحقق لحقه الولد ووقع بقياس فى امرأة أتت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يومًا ، فاختلف فقهاء المغرب ، الصحيح : عدم لحوقه بالثانى إذ لا يصح تولى ستة أشهر نواقض ، والتزمه أحمد بن القاضى ومحمد بن العجوز وعبد الله بن المسيلى ، وخالفهم أبو على القابسى .

ووقع بتونس : امرأة تزوجت قبل حيضة فأتت بولد لخمسة أشهر ثم يتأخر

لشهر، وصدرت الفتوى بأن الأول للأول والثاني للثاني ، وفرق بعضهم بين هذه وبين ما اشترطوه أنه لا يكونان بطنين إلا يفصل أقل من أمد الحمل بأن هذه هنا أن الزوج متعمد .

تنبيه :

إذا فصل بين الولدين ستة أشهر فأكثر ففي لعان الزوج تفصيل ، فإنه يصح لعانه للثاني دون الأول ، وإن لاعنها فيها صح .

قال في « المدونة » : وإن وضعت الثاني لستة أشهر فأكثر فيها بطنان ، وإن قال : لم أجامعها بعد ما ولدت الأول ، وهذا الثاني ولدى فإنه يلزمه لأن الولد للفراش ، وسئل النساء ، فإن قلن : إن الحمل يتأخر هكذا لم يحد وكان بطن واحد ، وإن قلن : [ إنه لا يتأخر إلى مثل هذا ، جلده الحد ، ولا أجلده إذا كان يتأخر عندهن ، وكان عندهن بطناً واحداً ] (١) .

تنبيه :

إذا نكل الزوج على اللعان ثم أراه ، فعلى الطريقة الصحيحة أنه يقبل باتفاق ، ذكرها ابن شاس .

قال خليل في « التوضيح » : لأنه مدع عليهما ، وأما المرأة إذا نكلت ثم أرادت اللعان فقد رجح ابن رشد القبول ، ولفظه في « المقدمات » : والصحيح قبولها ، وانظر هل يدخل هذا الخلاف في الزوج إذا نكل على اللعان ثم أراد أن يرجع إليه ، فقد قيل : إنه يدخل في ذلك ، والصحيح أنه لا يدخل فيه ، والفرق بين المرأة والرجل في ذلك : أن نكول المرأة من اللعان كالإقرار منها على نفسها بالزنا ، ولها أن ترجع على الإقرار به ، ونكول الرجل عن اللعان كالإقرار منه على نفسه بالقذف ، وليس له الرجوع على الإقرار به . أ.هـ .

ولفظ « التهذيب » : لو نكلت المرأة عن اللعان ، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو علي بن خلدون : بقبول رجوعها إليه محتجين بالقياس على قبول رجوعها عن إقرارها بالزنا .

وقال ابن الكاتب وأبو عمران : بعدم قبول رجوعها محتجين بالقياس على عدم

(١) سقط من الأصل فاستدرسته من « المدونة » ( ٦ / ١١١ ) .

## ١٠١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

قبول رجوع من أسلم إعدار بينة عليه بحق ، لأن لعان الزوج كينة عليها ، ولعانها قدح فيها ، وبالقياس على عدم قبول رجوع من نكل عن اليمين إلى الحلف بها ورد قياس أبي بكر الأول بالفرق بأن الحق في الزنا لله فقط ، واللعان فيه حق الزوج وهو بقاء عصمته إن كانت أمة أو غير أمة وفي الإقرار بالزنا إقرار بما لم يثبت إلا به ، وباللعان إقرار بما ثبت بزائد عليه وهو أيمان الزوج ، هذا تلخيصه عند عبد الحق في « تهذيبه » اختصار لطول إطنابه .

### تقييد :

قال الباجي : قال أبو بكر : قول ابن القاسم في « الموازية » وسحنون في « العتبية » مثل قول ابن الكاتب له وجه لتعلق حق الزوج ، ولكن [ق/١٣٢] لعله أراد بقوله : لا ترجع إلى اللعان ، بمعنى أنها تبق زوجته على القول ، إنما تقع الفرقة بلعانهما معاً إذ يتعلق بنكولها حق لله وحق للزوج ، كمن أقر بسرقة مال رجل يجب به قطعه ثم يرجع فيسقط حق الله تعالى في قطعه لا حق الأدمى في المال .أ.هـ.

واختصرته لطول إطنابه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله .

### مسائل من العدة

والعدة عبارة عن : منع تزويج المرأة محدودة بالزمان فقط أو بأقراء في زمان غير محدود لفقد الزوج أو موته أو تطليقه والاستبراء فأعم في المنع خاص بأنه بالحيض فقط ، تأمل ترشد .

### تنبيه :

ليعلم الناظر أن حكماء علم التأليف كالمناطق والبيانين اتفقوا على أن التعاريف في تراجم الأبواب من حسن صناعة التأليف ، ثم اختلفوا في أجودها فمنهم من يرى أن الحدود أجود وهو الذي اعتمده الإمام ابن عرفة رحمته الله ، ومنهم من يرى التبديل بالمرادف ، وارتكب خليل رحمته الله هذين الآخرين ومن اختبر كلامه وجدته ، ثم إن الحدود والرسوم لا يخلوان من إجمال بل ولا يصحان إلا به لأنهم اشترطوا فيهما

دخول الجنس والجنس هو غير الإجمال إلا أن الجنس على ثلاثة أقسام كما هو مقرر في فنه ، وقد بان لنا بفضل الله تفصيل ما هو مجمل في الحد .

فقلنا : عمنع تزويج المرأة ، جرياً على الأكثر في وقوع الغالب في الحكم كما هو مقرر في علم التأليف وبه صرح الونشريسي ، إذ قد يمنع الرجل من التزويج ويسمونه في اللغز عدة الذكر ، وذكر إذا كان تحته أربع نسوة فطلق واحدة طلاقاً رجعيّاً فإنه يمنع حتى يبينها أو تخرج من العدة ، قاله ابن عرفة وأصله لمالك في «المدونة» ، وكذا إن طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً فلا تحل له أختها أو خالتها حتى يبينها أو تخرج من العدة، قال معناه في «التوضيح» .

وقولنا : منع الزوجة ، أى التى يمكن حملها ، وأما الصغيرة جداً لا عدة طلاق عليها ، قاله في «المدونة» ، ونصها : ليس على من لا يظاً مثلها عدة الطلاق . وفى «المقدمات» : قال ابن لبابة : والصغيرة التى ليست فى سن من تحصن ويؤمن عليها الحمل لا عدة عليها وهو شذوذ .أ.هـ.

وقولنا : لفقد الزوج أو موته أو تطليقه ، أى الزوج الذى يمكن منها الحمل ويطبق الوطاء ، وأما غيره فلا .

ابن عرفة : والصبى الذى لا ماء له قطعاً فلا تعتد زوجته قطعاً ، وأصله للصقلى .

قال : ولو أطاق الوطاء .

ولابن عرفة فى زوج مقطوع الأثنين قائم الذكر قولان .

وقولنا : مدة محدودة بالزمان فقط ، هى عدة الوفاة فى الحرة أربعة أشهر وعشرة أيام ، وفى الرق نصفها ، والكتابية إذا مات زوجها المسلم تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام .

## فصل

من أسلمت تحت كافر ومات فى عدتها ، فلا تعتد إلا بثلاث حيض من يوم إسلامها ، ولمن أسلم زوجها فى العدة ثم مات انتقلت لعدة الوفاة من يوم موته .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٠٣

ولو أسلم دونها فعليها ما على المسلمة إن كانت كتابية وإلا عرض عليها الإسلام فإن أبت أجبرت على ثلاث حيض وإن لم يعرض عليها حتى مات فقيل : عليها أربعة أشهر وعشرًا أو نصفها إن كانت أمة ، وقيل : ثلاث حيض لأنه كان بريًا من عصمتها .أ.هـ ، نقله ابن أبي زيد عن أشهب .

وقولنا : أو بأقراء ، أى فى ثلاثة وهى الأطهار وتحسب الطهر الذى طلقت فيه ، ولو أدرك الطلاق منه ساعة فإذا رأت الدم الثالث حلت .

ابن عرفة : وفيها طهر الطلاق ظهر قرء ولو فى آخر ساعة منه ، وانقضاء العدة بأول آخر دمها اضطراب .

سمع القرينان : للمعتدة أن تتزوج إذا حاضت الحيضة الثالثة قبل طهرها ، ولكن لا تستعجل حتى تقيم أيامًا وتعلم أنها حيضة .

ابن رشد : قوله : ولا تستعجل على الاستحباب والانتقاض .

وقول أشهب فيها : غير أنى أستحب ألا تعجل حتى تعلم أنها حيضة مستقيمة بتماديها ، يأتى على سماعه هذا ، وعلى أن القول لدم الحيض والاستبراء حد فى كونه ثلاثة أيام أو خمسة قولان ابن سلمون وابن الماجشون .أ.هـ .

### تمهيد :

العدة فى كل من فيها نزاع فى تطليق أو فسخ إنما يكون من يوم الحكم ، نقله الخطاب والقتائى فى « الكبير » والشيخ سالم ولم يحك فيه خلافا .

وفائدة العدة : دفع اختلاط الأنساب ، ولذلك حافظوا على الزيادة محافظة على نسب الأحرار ، وأما المتزوج فى العدة فيفسخ نكاحه قبل البناء وبعده أبدًا اتفاقًا ، وإنما الخلاف فى تأييد التحريم والمشهور التأييد .

وقيد خليل فى « التوضيح » الخلاف فى العالم ، وأما الجاهل فبالاتفاق ، وأما إذا كانت مستبرأة من مائه أو معتدة منه وتزوجها فى الاستبراء فإنها لا تحرم عليه بل يفسخ نكاحه ويستبرأها ويتزوجها إن شاء الله ، وهو الصحيح .



## تنكيت :

عدة الحامل داخلة في قولنا : مدة محدودة بالزمان لأن الغالب في الحوامل تسعة أشهر ، والحكم يجرى مجرى الغالب على الاتفاق بين أهل علم التأليف وعليه مبنى أحكامهم ، وعدة الحامل وضع حملها إذا كان حملاً صحيحاً محضاً أو فاسداً محضاً ، وأما ذات الزوج إذا زنت لاحقاً ، وأما حمل الزنا فلا يبرىء الرحم ، هذا في المتزوجة إذا زنت أو غصبت وحملت ووقفها الزوج فلا تحل بوضعه ، فإن طلقها قبل الوضع [ق/١٣٣] فعليها أقصى الأجلين ، لأن المنفى قطعاً كولد المجبوب لا تنقضى عدة بوضعه ، وأما من لا زوج لها إذا حملت من زنا أو غصب أو سبي فلا نعلم خلافاً أنها تحل بوضع الحمل إذ لا معنى لطلب الحيض بعد وضع الحمل ، نقله أبو العباس الونشريسي في كتاب « فتاوى إفريقييا والأندلس وأهل المغرب » وقال : قوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ ﴾ الآية [ الطلاق : ٤ ] ، محمول على ذات الأزواج ، لأن أول السورة : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ [ الطلاق : ١ ] ولا طلاق إلا في ذات الزوج الثابتة عصمته ، لأن الأحكام تنزل على الغالب ، وأما الرحم الفاسد فلا يبرأ إلا بثلاثة أقرء ، والحمل الفاسد لا يبرأ أصلاً ، وهذا هو المتفق عليه عند أهل المذهب ولا يلتفت إلى غيره من الأجوبة .

قال صاحب « الجواهر » : وأما الحمل المنفى قطعاً كولد الزنا ، والذي لا يولد لمثله كالمجبوب والصغير فلا تنقضى العدة بوضعه ، وأما من لا زوج لها إذا حملت من زنا أو غصب أو سبي فيتم استبزاؤها بوضع حملها حرة كانت أو أمة ، هذا هو المعتمد عليه ، والله أعلم .

وقولنا : لفقد الزوج ، فيه تفصيل ، منهم من يحمله على الموت فتعتد زوجته بعد حكم الحاكم ، مثل من فقد في قتال المسلمين أو العدو أو في زمان الطاعون أو في المسغبة فتعتد زوجته بعد زوال الشدة ، قاله في « المدونة » .

قال الغبريني في « شرح المدونة » : وهو المشهور ، لأنه قسم المفقود إلى أربعة أقسام ، ثم قال : وزاد اللخمي قسماً خامساً وهو المفقود في زمان المسغبة وزمان الطاعون ، ونصه : ويحمل من فقد في بلاده وفيه طاعون أو توجه إلى بلاد فيه

طاعون على الموت ، وكذلك الشأن فى أهل البوادي فى الشدائد ينتجعون من باديتهم ثم يفقدون أنهم محمولون على الموت ، فقد علم ذلك من حالهم إذا توجهوا للبلاد يمضون إليه تلحقهم الضعة والموت .أ.هـ.

ومثله للشيخ سالم عند قول خليل: كالمنتجع لبلاد الطاعون أو فى زمانه (١).

تنبيه :

اختلف فى الحيض المشروع هل هو كله لبراءة الرحم أو الأول لبراءة الرحم والباقى احتياطاً أو تعبدًا ، وتظهر فائدة الخلاف فى الكتابية ، فإذا قلنا : لبراءة الرحم ، يلزمها الثلاث ، وإن قلنا : الأول لبراءة الرحم فقط اختلف هل يلزمها الثلاث بناءً على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة وإن قلنا : ليسوا مخاطبين فليس عليها إلا واحد .

فائدة :

ذكر فى « التوضيح » فى باب الرجعة : من وطأ رجعية ولم ينو بوطنه رجعتها لا يجوز له وطئها إلا بعد الاستبراء من ذلك الوطء بثلاث حيض - ونحوه لابن عرفة - ثم يطأها .أ.هـ.

وأما إذا كانت مستبرة من زنا غيره وتزوجها ووطأها قبل تمام الاستبراء ففى تأييد تحريمها قولان ، والقول بالتأييد لمالك وبه أخذ مطرف وجزم به فى « الشامل » .

الخطاب (٢): تحصيل الحكم أنها إذا كانت مستبرة من زناه فلا تحرم عليه ويصح له نكاحها بعد الاستبراء فيما نقله ابن رشد ونقله البرزلى عنه وعن ابن الحاجب ، ولم أر فى ذلك خلافا ويؤيد ما شهر المصنف وما ذكره فى « التوضيح » فيمن وطأ مطلقة رجعية ولم ينو بوطنه الرجعة ، ونص ابن عرفة : إذا تحققت المرأة الحمل فلا تنكح ، وإن زנית ولم يتحقق حملها تربصت أقصى أمد الحمل وهو أربع سنين أو خمس سنين .

وفى الجلاب : لو تزوجها فى العدة جاهلاً وبني بها ثم علم فله ردها ، وهو بمنزلة العيوب الأربعة .

(١) المختصر ( ص / ١٥٨ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٣ / ٤١٤ ) .

قال القرافي : قال السراج : مراد قول ابن الحاجب : وهو بمنزلة العيوب الأربعة ، يريد في كونها يرجع عنها باللمس ، واستشكله شيخنا ابن علاق .  
 وإن قلت : إلا أن يحمل قوله : فله ردها ، أن « السلام » بمعنى « على » أى عليه ردها إلى أهلها . أ. هـ .

(١٢٩) [١] وفي أسئلة الغبريني : إن البادية المطلقة أو المتوفى عنها زوجها تزعم حيثذ أنها حامل ثم تمكث أمد العدة وأضعافه ثم تخطب فتأذن فتزوج ويبنى بها الزوج فتأتى بولد لسته أشهر فأكثر فيدعيه الزوج الأول أو ورثة متمسكين بقولها أولاً ، ويدعيه الثانى متمسكاً بسكونتها عند العقد وإنها في التزويج وبأمد الحمل ، فتارة تصدق الثانى وتقول : إنما أوبنى ربح وأنفش أو هنت نفسي بقولى خوف الهروب أو الغصب ، وتارة الأول أو الورثة وتقول : إنما سكت جهلاً مني أو لأنهم لم يستفسروني ؟

فأجاب : إن قالت : توهمت الحمل فظهر أنه ليس بحمل وأت بولد لسته أشهر فصاعداً فهو للثانى ولا يعتبر قولها الأول ولا قول القوابل ، وأما إن قالت : إنى لم أزل مسترة بالحمل ولم تحض إلا أنهم لم يستفسروني عند العقد فهو للأول ، وإن رأت حيضاً قبل البناء فهو للثانى . أ. هـ .

ونقل القلشاني في « شرح الرسالة » عن ابن عرفة تفصيلاً : أنها إن استمرت على دعواها إلى حين العقد أن الولد للأول مطلقاً ، وإن قالت : نفش حملى أو سكتت فحيثذ إن أتت به بعد الحيض لسته أشهر فهو للثانى ، وهذا التفصيل إنما هو فى المرتابة [ق/ ١٣٤] وأما محققة الحمل فهو للأول على كل حال ولا يحل نكاحها واعلم أن الزوج لزمه الصداق ، وإن غرته رجع عنها به ، ومثله نقله المشدالى ونقله الخطاب .

وفى كتاب « الدرر المكنونة » <sup>(١)</sup> : أن امرأة أسقطت جنينها بعد سبعة أشهر من

(١) الدرر المكنونة فى نوازل مارونة ، طبع .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٠٧

البناء وشكت أنه بقي آخر في بطنها وقالت القوابل . هو جنين راقد بعد ذلك بسبعة أشهر ، طلقها زوجها وأقرت قبل الطلاق أو بعده بذلك ، ثم تزوجت بعد العدة وآتت بولد لتسعة أشهر فصاعد ، ونساء العرب يزعمون أن الراقد يبقى ثلاثة أعوام أو أكثر إلى سبع سنين ؟

فأجاب ابن مقلش رحمته الله : إن كانت من ذوات الحيض وتزوجها الثاني بعد ثلاثة قروء ، فالولد له وإلا فالنكاح فاسد وهو للأول وعلى الثاني المهر .

وقال الشيخ سالم عند قول خليل : وتربصت . . . . الخ <sup>(١)</sup> ، قال : وتحل للأزواج بعد خمس سنين ، ولو بقيت على ربيبتها إذا شكها لحركة حمل أو ربح ، أما لو تحققت أنها حركة حمل لم تحل أبداً وعلى الزوج النفقة للحمل ، ثم قال : ولو مات الحمل في بطنها لم تحل أبداً وتسقط النفقة ، نقله المشدالي .

ونقل المغربي عن ابن المواز : إنها إذا قالت : مات الولد في بطني فهي مصدقة وتسقط النفقة والسكنى ولا تنكح ما دام في بطنها ميتاً .

ونقل البرزلي عن ابن عبد الرحمن بن عيسى في مطلقة بائناً مات حملها في بطنها ، فأفتوا بوجوب النفقة حتى طال الأمر على الزوج فأفتوه بإسقاط النفقة ، لأنه بعد الموت صار داء لا نفقة له ويحرم النكاح . أ.هـ . بالمعنى .

وعن ابن عرفة : إن غرور الزوجة يوجب رد المهر ما عدا ربع دينار لحق الله تعالى ، قال : لأن القاعدة أن الغرور إذا تضمن عقداً فهو غرور بالفعل يوجب الضمان .

(١٣٠) [٢] ولابن أبي زيد ، سئل : ابن القاسم عن رجل هرب بامرأة على أن يتزوجها فأدخلها في داره أو دار أحد من أقاربه ؟

فقال : لا يتزوجها حتى يستبرأها وإن كانت معه رفقة وقت الهروب من نساء أو غيرهن ما عدا أبيه أو أمه أو أحد من قرابته .

(١) المختصر ( ص / ١٥٥ ) .

وقال أشهب : لا يستبرئها إن كانت فى جماعة ، وقاله ابن عبد الحكم .

وقال ابن ميسرة : لا تحل له أبداً كالنكاح فى العدة .

وقال غيره : تحل له بعد استبراء .أ.هـ. من أبى الحسن الصغير على « المدونة» .

(١٣١) [٣] وفى أسئلة الشيخ إبراهيم بن يوسف الغمري: فى رجل زنا بامرأة

وتزوجها قبل الاستبراء وطلقها وردها وطلقها ، فهل تحرم له قبل زوج ؟

فأجاب : إن الزنا لا يفيد ، ولكن سل عن طلاقه هل وقع لمحلله بخلع أو

بعضه ؟ وهل ردها بغير نكاح أو بعقد فاسد بغير سبب الزانى لأن الزانى لا يقبل

قوله فيه ، فإن ثبت فساد النكاح الأول أو الثانى فيجربى على حكم الطلاق ، وفى

النكاح الفاسد .

وأجاب غيره من فقهاء بجاية : فإن نكاحه إلا فاسد ولا يلزمه طلاق ، وإن

استبرأها بثلاث حيض حلت له .

(١٣٢) [٤] وسئل أيضاً عن امرأة قالت : تمت عدتى ، وتزوجها وبنى بها الزوج

وسمع منها أنها حملت من الزوج الآخر ، ثم وقع بينهما عيار ، فقالت : حملى هذا من

الزوج الأول ؟

فأجاب : إن مضى لها بين الطلاق والنكاح ما تنقضى به العدة فلا يقبل قولها

الأخر .

وسئل أيضاً عن رجل توفى عن زوجة وهى ترضع ؟

قال : تعتد بأربعة أشهر وعشراً ولو لم تحض ، ووجد مقيداً عن خليل الاتفاق

على أن المريضة والمرضعة تحل بأربعة أشهر وعشراً .

(١٣٣) [٥] وسئل أيضاً عن امرأة سئلت عن العدة فقالت : انقضت عدتى

وشهد عنها رجلان بعثهما الزوج الذى عقد عنها ، فقالت : حضت ثلاثاً وعقد عنها ،

وبعد مدة قالت للزوج : ما حضت إلا حيضتين ، فقال لها : غريتنى بقولك للشهود ،

فهل يقبل قولها أم لا ؟

## ١٠٩ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

فأجاب : يسأل عن حالها فلعلها طلقت في طهر وحاضت حيضتين ودخلت في الطهر الثالث ، فيرفع الإشكال لأنها حيثئذ تمت عدتها وإلا فلا تصدق في قولها الآخر إلا إذا تحقق أن العقد وقع وهي حامل ، وإنما ذكروا الخلاف إذا عقدوا عنها وهي ساكنة ، والله تعالى أعلم .

ومن كتاب « الدلائل » لأبي عمران الفاسي : أن المعتدة الساكنة في دار الزوج إذا قالت بعد مضي أربعة أشهر : أنها لم تنقض عدتها بالأقراء ، صدقت بغير يمين ، فإن ذكرت ذلك بعد ستة أشهر ونحوها حلفت ، وإن ادعت ذلك بعد الحول ، قيل : إنها لا تصدق إلا أن يكون سمع ذلك قبل ذلك ، وقيل : تصدق مع يمين ، وإن ذكرت بعد الحولين نظر إليها النساء .

ومنه أيضاً ، قال : مسألة : إذا سكن الرجل ولده أو غيره حياته أو مدة معلومة فطلق الساكن زوجته فلها السكنى ما لم ينقض الأجل أو يموت زوجها ، فإن مات أو انقضى الأجل كان لرب الدار إخراجها إلا أن يرضى [ق/ ١٣٥] بكراء المثل فليزيمهما ذلك ، وإن كان الإسكان إلى غير أجل نظر إلى قدر ما يرى أنه أسكنه فيكون ذلك في الأجل .

(١٣٤) [٦] وسئل الإمام العقباني عن من طلقت طلاقاً بائناً وقالت للشهود: إني

حامل ، ثم تزوجت بحدثان ذلك من غير استبراء ، فهل يفسخ نكاحها ؟

فأجاب : إن كان رجعت عن قولها : إني حامل وادعت انقضاء العدة لأمد يقضى فيه العدة صدقت وثبت نكاحها ، وكذا لو ذكرت أنها أرلقت ، وأما إن دامت على مقالتها فالنكاح فاسد يجب فسخه .

(١٣٥) [٧] وفي أسئلة ابن سحنون : من هرب بامرأة ومكثت عنده أياماً ثم

تزوجها قبل الاستبراء ، يحل هذا النكاح أم لا ؟

قال : إذا هرب بها في ملا من الناس وعلم أنه لم يمسه ولم تقع خلوة بينهما فالنكاح صحيح وعليه العقوبة للهروب ، فإن ثبتت الخلوة أو شك فيها فالاستبراء واجب والنكاح قبل الاستبراء فاسد .

واختلف العلماء فى تأييد التحريم قال محمد بن سالم : فقلت لسحنون من تزوج امرأة فى عدتها فولدت ، لمن ترى الولد ؟ وهل عليه حد وتحرم عليه للأبد ؟ قال : النكاح فاسد وتحرم عليه أبداً ، سواء كان عالماً أو غير عالم ، وأما الحد فإن كان غير عالم فلا يلزمه حد ولا عقوبة ، وإن كان عالماً اختلف فيه ، قيل : يحد ، وقال مالك : يعزل ولا يحد .

وأما الولد فإن أنت به لأقل من ستة أشهر فهو لغيره ولا يلحق به ، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر فإنه يلحق به ويتوارثان .

واختلف فيما بينه وبين الزوجة فقيل : لا ميراث بينهما ، وهو الصحيح ، وقيل : يتوارثان لأنه نكاح اختلف فيه العلماء ، وأما الصداق فيلزمه بالميسر على كل حال .

(١٣٦) [٨] وسئل سيد مخلوف بن عامر برابطة هوازة عن رجل توفى وهرب لص بزوجه بعد أربعة أيام من وفاته ، وبعد تسعة أشهر ونصف أنت بولد ، فهل يلحق بالأول : إذ « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ؟

فأجاب : إنه يلحق بالميت ويجب على الهارب الحد إن اعترف بالولد ، وإلا فليعاقب بما يراه الإمام .

وأجاب سيد قاسم العقبانى بمثله .

(١٣٧) [٩] وفى أسئلة المازرى : من عقد على امرأة بعد وفاة زوجها بستين وبنى بها فنوزع بأنها حامل أو لم تحض الحيضة التى تطالب ، فعلى من تكون البينة ؟

فأجاب : إن أقرت عند العقد أو قبله بانقضاء العدة كما تفعل الناس فى مثلها - وهو الواجب - فالنكاح صحيح ولا يقبل فيه خصام .

(١٣٨) [١٠] ومنه أيضاً : من هرب بذات زوج وهى حامل وخلعها زوجها وبقيت عند الهارب حتى وضعت فهل يصدق فى عدم الميسر ويتزوجها بعد

## الوضع وهو تائبًا مستفتيًا ؟

فأجاب : لا شيء فيه فيما بينه وبين الله إذا توفرت شروط النكاح فهو صحيح ،  
وأما لو رفع وأقام عليه حاكم لفسخ ولم يصدقه والله تعالى أعلم .

(١٣٩) [١١] ومن نوازل المازري أيضًا : فيمن زنا بامرأة وتزوجها قبل  
الاستبراء وبني بها ثم طلقها ثلاثًا وكان يراجعها عقب كل طلقة قبل كمال  
العدة، ثم رجع إليه وتاب وأتى مستفتيًا ، هل يسوغ له مراجعتها قبل زوج أم لا؟  
فأجاب : إن لم يكن موسرًا بيينة فله ذلك قبل الاستبراء .

(١٤٠) [١٢] وفي « نوازل سيد أحمد بن إدريس » ، من توفي وترك زوجة  
مع أخيه في بيت واحد فواقعها في العدة ، فلما كمل عدد عدة زوجها ولدت  
ولدين معه ، وكان حلف ولم يتحقق عنده أنه حنث والآن تاب ؟

فأجاب : إن حنث لزمه الطلاق ولا يقبل قوله أنه وطأها في العدة ، وإن لم  
يحنث قضى عليه بإقرارها لاعترافه بفساد النكاح ، وإن عقد عليها وهي حامل من  
الوقوع المذكور حرمت عليه للأبد على مذهب ابن القاسم ، وإن كان عقد عنها غير  
قبله تزوجها برضاها إلا بعد الاستبراء .

وفي « نوازل الوغليسي » : من زنا بامرأة وتزوجها قبل الاستبراء ثم حنث ،  
هل يلزمه طلاق ما حنث به ؟

فأجاب : إن لم تسره البينة ولم يظهر من حاله أنه يخالف المرافعة لم يلزمه وإلا  
لزمه ، ولو لم يقصد إلا أن تقوم له بينة على الفساد .

ومنه أيضًا : من زنا زمانًا على ولده على قصده وقصدها مجرد النكاح لا السفاح  
فهل عليه صداق ، وما الحكم ؟

فأجاب : الولد ليس بلاحق ، وإن كان أمرهم على أنهم يقصدون في المستقبل  
وعلى ذلك مضى حالهم لم يلزمه الصداق ، وإن كان غير ذلك وما مكنته  
نفسها [ ] (١) صداق لزمه .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .



(١٤١) [١٣] وفي « أسئلة ابن مرزوق »: « ومن تزوج بامرأة قبل الاستبراء من عدتها [ (١) ] ويحنت ثم تاب واستبرأها وعقد عليها ، فهل فعله صحيح أم لا ؟ وإن بعض المفتين فرق بين الوطء بين الفخذين ، وفي معناه من حلف ويحنت إلا أن يستوفى الثلاث ثم يتوب ويزعم أن عقده كان فاسداً لوقوعه في زمان [ق/١٣٦] الاستبراء من زناه ، هل يصدق وتحل له دون زوج ؟

فأجاب : حكم المسألتين واحد ، فأما من يقول بتأييد التحريم فيمن عقد على مستبرأة أو معتدة من مائه فلا حاجة للحاكم ، وأما على غيره فلا يصدق في دعواه بعد إقراره بالحنث أو ثبوت السنة بذلك لوقوع نكاح ظاهر وجه الصحة ، وإنما ينفعه ذلك بينه وبين الله تعالى إن أمكنه تجديد نكاحها على وجه لا تعلم البينة حال تجديد النكاح على ما صدر منه ، وأما من فرق بين الوطء بين الفخذين وغيره فلا أدري ما معناه .

(١٤٢) [١٤] وفي « نوازل العقباني »: « من تقدم له فساد مع زوجته وتزوجها قبل الاستبراء وصار يطلقها ويردها ثلاثاً ، هل تسمع دعواه وتقبل بيته ؟

فأجاب : لا تسمع دعواه بعد إقراره بالطلاق وتسمع بيته إلا لعذر في ترك الرفع فيعمل حيثئذ على البينة ، فإن علمنا بها فلينظر ، إن كان ارتجاعه من الطلقة الأولى والثانية قبل كمال العدة لم يلزمه شيء من الطلقات ، وإن راجعها بعد كمال العدة من الأولى لزمه الثانية والثالثة ، وإن كان قبل كمال العدة من الأولى وبعد كمالها من الثانية لزمته الثانية فقط .

(١٤٣) [١٥] ومنه أيضاً : رجل تحته امرأتان تزوج واحدة بعد الاستبراء من زناه بولاية أجنبي والأخرى تزوجها إثر زناه بها وبني بها ، وكان يحلف ويحنت ولا يبالي ثم تاب إلا أنه يتحقق قبل أن تدخل الثانية يداه حلف بالطلاق وحنث ولم ينو ارتجاعها فضلاً عن الإشهاد ، أيحل له نكاح من أراد منهما بعد الاستبراء أو لا يحل له إلا بعد زوج ؟

(١) قدر كلمة لم أتبينها .

فأجاب : يتزوجها بعد كمال الاستبراء فإن تكرر منه حتى كمل الثلاث فلا تحل له إلا بعد زوج ، وإن لم يكمل الثلاث لزمه ما حثت به ، والأخرى نكاحها فاسد ولا يلزمه فيها طلاق لأنها أجنبية .

(١٤٤) [١٦] وعنه أيضاً : من تزوج قبل الاستبراء من زناه ، وبعد مدة طويلة طلقها طلقة خلعية وراجعها وبعد مدة طلقها طلاقاً رجعيًا وراجعها ، وبعد زمان طلقها طلاقاً خلعياً ، فهل صادف ذلك أو بعضه محلاً أم لا ؟

فأجاب : إن أقر بالثلاث أو قامت به بيينة فلا تحل له إلا بعد زوج ، وإلا فإن كان مستفتياً فيما بينه وبين الله فالنكاح الأول فاسد والطلاق لم يصادف محلاً ، وأما المراجعة بعد هذا الطلاق فإن كانت في العدة فهي أيضاً فاسدة والطلاق بعدها لم يصادف محلاً ، وإلا فهي صحيحة والطلاق بعدها لارم .

(١٤٥) [١٧] وسئل سيد علي الأشهب عن الحامل من الزنا هل تحل بالوضع أم لا ؟

فأجاب وقال : الأرامل إذا حملت إحداهن من زنا تحل بمجرد الوضع ولا معنى لطلبها الحيض ، وأما ذات الزوج إذا زنت وهي حامل من زوجها ، فقال القاضي أبو عبد الله بن الحاج : لا يجوز لزوجها وطؤها حتى تحيض .

وأخبرني من أعتمد عليه أن فيها لا يجوز الوطء ، وسبب المنع مخافة أن يكون حملها ریح أو ليس بحمل فيجوز أن تحمل من الزنا فيطأها والحمل لغيره ، فيسقى زرع غيره بمائه وقد ورد النهي عن ذلك ، وأما الاستمتاع بغير الوطء فجائز .

(١٤٦) [١٨] وسئل الإمام موسى بن فرحان عمن تاب وجعل لزوجته العدة، ولكن كان في زمان العدة يراها وتراه ويدخل ويخرج وتناول له الطعام والماء ، ولا كانت خلوة بينهما ، سكنا مع رجل بزوجته وأولاده ؟

فأجاب : عدته صحيحة .

(١٤٧) [١٩] وسئل أبو الفضل العقباني عمن توفى بعلمها وهربت مع

رجل بقرب الوفاة ، ومكثت عند الهارب تسعة أشهر أو قرابها وولدت ، هل يكفى ذلك الوضع عدة الوفاة والاستبراء أو لا بد من عدة الوفاة لأنها لم يمر عليها زمان وهى خالية من الوطاء ؟ ولمن يكون الولد إن زعمت أنها حاضت بعد الأول وهى عند الهارب ؟

فأجاب : الحمد لله ، الولد لاحق بالفراش ، ووضع الحمل كمال لعدتها من وفاة الزوج ، وهو أيضاً يهدم أثر الوطاء الفاسد ، والله تعالى أعلم .

(١٤٨) [٢٠] وسئل العقباني عن توفى زوجها وادعت أنها حامل ، وبعد عشرة أيام دخل أخوه عليها للبيت وصار يبيت على عرف بلادنا يبادر القريب إلى بيت قريبه بقرب موته ويجعلون ذلك علامة على أن لا يخطب أحد زوجته وقد حاضت مراراً فى الأربعة أشهر وعشراً ، ثم سئلت عن الحمل الذى كانت تدعيه وتصحح به فى كل ساعة ، فقالت : لم يكن بى حمل ولا ريبة ، وإنما كنت أظنه أولاً ، وقبلها عوارف النساء وقلن : ليس بها حمل ، الآن لأخ الميت لانقضاء عدة الوفاة وللحيض الواقع بعد مبيته عندها ، وماذا يصنع ؟

فأجاب : يجوز له أن يخطبها بعد مضى ما ذكرت .

(١٤٩) [٢١] وسئل عن توفى بعلمها وادعت الحمل ، ثم صارت تقول: رقد فى بطنى حتى خطبت فتزوجته فقام الزوج الثانى بينة من النساء أنها كانت تحيض قبل العقد ، فهل ترون إقرارها على نفسها بالحمل مع العلم أن من رقد جنينها تحيض فيكون الولد للأول ؟ أو ترون ثبوت حيضها يبطل قولها بالحمل والرقد فيكون الولد للثانى ووضعها من [ق/ ١٣٧] حين عقد الثانى إلى الوضع كان لمثل ما يوضع إليه النساء ؟

فأجاب : الحمد لله ، إن كانت المرأة مستمرة على دعوى الحمل حتى فى حين العقد فلا نكاح للثانى ولا فراش والولد للأول ، وإن كانت حين العقد قد ذهبت وأن العدة قد انقضت فنكاح الثانى صحيح والولد له ، وكذا إن لم تقل : ذهبت الريبة ولكن أباحت نفسها للخاطب ، وقالت بعد ذلك : إنما أبحت نفسى

لذهاب الريبة .

(١٥٠) [٢٢] وسئل سيد علي بن عثمان مفتي بجاية عن توفى بعلمها وادعت أنها حامل وسمع منها ذلك ، ينهض إلى ذلك تصديق القوابل لها ، فمكثت أيام عدتها أربعة أشهر وعشراً فصاعداً فتخطب وتزوج بعد إذنها قبل أن يستفسر عما كانت تذكرها ، فأنت بولد لسته أشهر فصاعداً فيدعيه ولي الزوج الأول محتجاً بقولها أولاً وبشهادة القوابل ، ويعتمد الزوج الثاني على تمام العدة وسكوتها عند العقد وبالوضع لأمد الحمل ، وربما صدقت الثاني واعتذرت بأنها حصنت نفسها بذلك مخافة الهروب بها أو تغصب أو نحو ذلك وقد تستفسر عند العقد فتزعم انقضاء العدة وبراءة رحمها وتعذرت كما تقدم فتزوج وتأتي بولد لسته أشهر فصاعداً ، فهل يطرح قولها الأول وينسب الوهم والخطأ للقوابل ؟

فأجاب : هي مصدقة في زوال الريبة ، وإن أتت بولد لسته أشهر فأكثر من يوم دخولها وقد حاضت حيضة فهو للثاني ، وإن لم تحض وأتت بولد لأقل من ذلك فهو للأول ، هذه نصوص المذهب ومقتضى قواعده ، وما رأيت غير هذا .

(١٥١) [٢٣] وسئل قاضي جماعة بتونس يعقوب الزعبي عن بقيت بعد وفاة زوجها ثلاث سنين خالية من الأزواج ، ثم حملت وأتت بولد ، وادعت أنه من الزنا وأنها حاضت قبل ذلك مراراً وأكذبها أهل بعلمها وقالوا : الولد ابن أخيها ، وإنما قالت ذلك للعداوة ، ونزلت بالجزائر فأفتى مفتيها بلحوق الولد بالنسب ولا يتنفي بنفي الأم ، وأفتى فقهاء بجاية بأن الولد للزنا ، فاستظهر الأول بظاهر « المدونة » وغيرها ، وزعم أهل بجاية بأن ما في « المدونة » معناه إذا ألحقته الأم للزوج ، فبينوا لنا وجه الصواب ؟

فأجاب : الحمد لله وحده ، ما أفتى به مفتي الجزائر هو الصواب ، والله أعلم .

(١٥٢) [٢٤] وسئل سيد علي بن عثمان عن وجب عليه استبراء زوجته فكف نفسه عن مباشرتها بقصد الاستبراء إلا أنه يخاطبها مخاطبة الأزواج أو

مخاطبة الزوج لزوجته ويأمر وينهى ، فهل يصدق فى الفتوى ويصح استبوابه ويعقد بعد انقضائه إن كان معها فى المنزل من تتفى به الخلوة ليلاً ونهاراً ؟

فأجاب : إن كان معه من تتفى به الخلوة والمظنة صح ذلك ، وإن كان هو خير متحفظ على خلاصه مع الله فهو فيما بينه وبين الله لا حرج عليه ، وينبغى للمفتى ألا يشيع ذلك لفساد الزمان ، هذا ما أدركنا عليه فتوى أشياخنا رحمهم الله .

(١٥٣) [٢٥] وسئل العقبانى عن امرأة بعد وفاة بعلها وشهد عليه أنه تزوجها فى العدة ، وشهدت عليه بيعة أخرى أنه بعد العدة ، والحال أنه لم يبن بها ؟

فأجاب : بيعة انقضاء العدة أعمل ، وهى مقدمة .  
وصلى الله على سيدنا محمد وآله .

### مسائل من الحضانة والرضاع والنفقة

الحضانة هي : انضمام الولد لمن يشفق عليه ويلطف به ، وقيل : هى طيب قلب الحاضن وهدانة قلبه .

وعلى الأول إن الحاضن يستحق أجره على ذلك ، وعلى الثانى فلا أجره له ، واشترط فى الحاضن أمور ، منها : العقل ، والأمانة ، وحرز المكان فى البنت التى يخاف عليها ولو كان الحاضن أباً أو أمّاً ، ويشترط فى الحاضن القدرة على القيام بالحضانة والكفاية فى ذلك البلد .

قال ابن الحاجب (١) : ويشترط للحضانة العقل والأمانة والكفاية وحرز المكان فى البنت التى يخاف عليها ولو كان أباً أو أمّاً ، ويأخذها الأبعد منه .

قال : لمن يستحق الحضانة شروط :

أولها : العقل ، فلا حضانة لمجنون ولو كان غير مطبق ، ولا لمن به طيش .

ثانيها : الكفاية ، فلا حضانة لمن به زمانة أو به مرض ، أو لكبير إلى ما لا يمكنه

معه التصرف .

اللخمي : أو يمكنه بمشقة .أ.هـ.

ثم قال بعد كلام : واحتجوا لذلك بما في إرخاء الستور من « المدونة » إن الحضانة يستحقها من الأولياء من كان فيه كفاية وحرر ومحسن .أ.هـ.

قال في « المختصر » : وشرط الحضانة ، العقل والكفاية لا كمسنة .

قال شراحه : لا إن كانت الحضانة مسنة لا تطبق التصرف أو تطبيقه بمشقة فإنه لا حضانة لها ، وتنقل عنها إلى من هو أبعد منها .أ.هـ.

ومثله للمتيطى في الفصل الذي تكلم فيه على مدة حضانة الإناث ونصه بعد كلام : لا تسقط الحضانة مع وجود الحياة إلا لأحد خمسة وجوه: إما ترك الحضانة منها ، أو تزويجها ودخول الزوج بها وانتقالها إلى بلد بعيدة عن الولي ، ولو انتقل الأب أو الأولياء مثل ذلك ، ولا يكون المحضون تحت حرر من الحاضن لفساده أو لقله كفاية ، فإذا وجد أحد هذه الوجوه تسقط الحضانة [ق/١٣٨] وعادت إلى من هو أولى بها بعده .أ.هـ.

ومثله لابن سلمون والبوسعدى وغيرهما من الموثقين ، وبه صرح ابن عرفة والبرزلى .

تنبيه :

السفر الذي تسقط النفقة معه الحضانة هو سفر النقلة وحده على ظاهر « المدونة » بريددين وبحافض المذهب برود ، ويشترط فيه حرية الولي والولد ، فإن كانا حرين أو أحدهما فلا عبرة بالسفر وإن بعد .

تتميم :

ويشترط سلامة الحاضن من المعديات كالجدام والبرص والجرب ولو كان قادراً على التصرف ، ويشترط الرشد ، فإذا توفرت الشروط الوجودية وانتفت العدمية وجبت الحضانة للحاضن ولو كان كافراً ، لكنه يضم للمسلمين .

تذييل :

قال أبو عمران الفاسى فى كتاب « النظائر » : وإذا سافرت الحاضنة ونزع منها الولد ثم بعد حين رجعت فلها أخذ الولد .

قلت : ولعل هذا مبنى على زوال السبب .

وقال أيضاً : إذا ترك الأب ابنه عند أمه سنة بعد تزويجها فله نزعها .

وقال أيضاً : يجوز للكافلة إسقاط الحضانة على عوض تأخذه .

قلت : هذا مبنى على أن الحضانة طيب قلب الحاضن وهدانته ، وهى عليه حق

للحاضن لا للمحضون وفى نوارل الغمرى : إذا تزوجت أم الولد وصيه ، أتسقط حضانتها ؟ قال : [ (١) سقوطها فالوصى كالأب .أ.هـ .

مسألة :

قال ابن سلمون : شرط رجوع المنفق على اليتيم أن يعلم له مال غير عين ، ويحلف أنه أنفق ليرجع ولم تكن لليتيم خدمة .

قال خليل فى باب الاستلحاق (٢) : ورجع بالنفقة إن لم تكن له خدمة على الأرجح .

ابن عرفة : من ادعت زوجته إلى البناء فأنكر النكاح فثبتته ، قال : فإن خاصمها بتأويل وشبهة فلا يطالب بنفقة أيام الخصام ، وإن كان خاصمها بباطل واضح لها بذلك .أ.هـ .

وفى كتاب تضمين الصناع من « المدونة » : ومن أنفق على صبي له الرجوع ما لم يشهد على نفسه أنه أنفق صلة ، ويرجع عليه بشروط منها : بقاء المال الذى علمه المنفق .أ.هـ .

وقد اشترط بعضهم شروط علم مال غير عين ، وبقاؤه إلى حين القيام ويحلف

(١) قدر كلمة لم أتبينها .

(٢) المختصر ( ص / ٢٢٤ ) .

ما أنفق إلا ليرجع . . . . الخ .

مسألة :

من زوج أمه لمعتقه ثم إنه غاب عنها ولم يترك لها نفقة ، الحكم أنها تطلق عليه لعسر النفقة إذا ثبت عند حاكم نكاحه وعسره ، سواء حضر أو غاب .

قال خليل : وإن غائباً .

قال الحافظ الخطاب<sup>(١)</sup>: إن حكم الغائب فى الطلاق بعدم النفقة كحكم الحاضر .

قال فى « التوضيح » : ولا بد أن تثبت الزوجية وأنه قد دخل بها أو دعى إلى الدخول والغيبه بحيث لا يعلم موضعه ، أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه ، وأما إن علم أو أمكن الإعذار إليه فإنه يعذر إليه ، ولا بد أن تشهد لها بينة ، وإن شهدت البينة بأنه لم يترك لها شيء ولا له مال يدعى فيه ، ثم بعد ذلك يضرب لها القاضى أجلاً على حسب ما يرى .أ.هـ .

وقد صرح ابن عرفة بتحديد الأجل بشهر ثم تحلف أنه ما ترك شيئاً ولا أرسل إليها ويطلقها القاضى أو يأمر سيدها فيطلقها .

قلت : وزاد أكثرهم أنها تزيد فى اليمين أنها ما أسقطتها عنه .

وفى فقه وثائق المتيطى :

فصل : ومن غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة وكان له مال حاضر فرض القاضى لها نفقتها فيه بعد يمينها أنه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها إليها ولا أسقطتها عنه ، وتباع فى ذلك عروضه أو أملاكه .

قال ابن الماجشون : بعد تأجيله فى الأملاك ، كما لو قيم عليه بحق ، وإن كانت له ودائع أو مال قراض أو دين أحد ، فرض لها فيه .

غ : وهذا هو المشهور المعمول به فى « المدونة » وغيرها لمالك وابن القاسم وغيرهما أنه تقضى ديونه وينفق على زوجته من ودائعه ، ونحوه لسحنون فى « أسئلة

(١) مواهب الجليل ( ٤ / ١٩٦ ) .



ابن حبيب . أ.هـ . منه .

### ضابط في النفقة :

ذكره أبو عمران الفاسي ، وذكر أن نفقة المرأة على قدر الزوج وعسره من عيش البلد ، ولا يعتبر غيره ، وربما لا يكون عيشهم إلا نكدًا كالحشيثة واللبن مثل أهل العمود والبادية ، يفرض ذلك للمرأة ، فعيشهم على قدر أموالهم ، ومنهم من يكون عيشهم نبات الأرض وعروقتها .

قال سحنون عن ابن القاسم : لا يجوز للحاكم أن يحكم على أهل البادية إلا بما هم فيه من العيش ، وهو نص من كتاب العدة .

(١٥٤) [١] وسئل عن امرأة فرض لها كسوة سنة ، فلما تمت السنة أرادت كسوة أخرى فطلب الزوج أن يتبع فضل الكسوة الماضية ؟

فأجاب : إن كان لها بال وثمان فالقول قوله . أ.هـ . من «نوازل الفاسي» .

فائدة :

قال في « مفيد الأحكام » : ومن « التبصرة » : وعلى الابن أن ينفق على أبويه وجوباً إذا أعسرا ، وإن كان للولد دار أو خادم لا فضل فيهما لم تسقط نفقة الأبوين . أ.هـ .

وفي « نوازل أبي إسحاق المغربي » :

(١٥٥) [٢] مسألة : امرأة تزوجت رجلاً وأرادت أن تنفق من مالها على ولدها من غيره ، وقال وليه : إن لم تنفقي عنه ننزعه منك ؟

فأجاب : للزوج الآخر أن يمنعها من النفقة على ابنها من غيره ، ولو أنفقت أقل من الثلث ، ولا ينظر هنا إلى الثلث .

(١٥٦) [٢] ومنه أيضاً : أن من اشترطت في أصل العقد على زوجها نفقة ولدها من غيره [ق/ ١٣٩] عشرين سنة وبعد مدة مات الزوج فطلبت هي وابنها بقية النفقة المشترطة من التركة ، وقال الورثة : نرجع بما أنفقته وليس لك إلا

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٢١

صداق أمثالك ، لأن النكاح فاسد وفات بالدخول فيرجع إلى صداق المثل ، فبين لنا الحكم في ذلك ؟ وإن قلنا بالرجوع ، فعلى من يكون الرجوع ؟ على الأم لأنها تسببت أو على الابن لمباشرته؟

فأجاب : الحمد لله ، وقع في سماع ابن القاسم أن مالكا قال : ليس هذا من عمل الناس ، وقال ابن القاسم : إن بنى بها سقط الشرط ولها مهر مثلها ، وإن لم يبن فسوخ ، ولو طرحت شرطها إذ لعل الصبي لا يعيش شهراً أو يعيش عشر سنين : فقال ابن رشد : قول ابن القاسم تفسير .

وقال ابن شقاق : إنه خلاف وإن مالكا يكرهه ولو ضرب أجله ، وابن القاسم يقول : لا بأس به إذا ضرب أجلاً .

وقال ابن رشد : إن قول ابن شقاق بعيد .

ونقل ابن عرفة عن المتيطي : أنه إذا كان الأجل مجهولاً فهو فاسد ، وإن كان معلوماً فقال ابن زرب : يمنع ، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : يجوز ، فإذا بنينا على المنع ودخل فالواجب صداق المثل ويرجع الورثة بالنفقة على المرأة ، وإذا قلنا بالجواز - وهو الذي رجحه ابن رشد - فلا أعلم نصاً فيما إذا مات ، والجاري على القياس فيما قاله فيمن خالعتها زوجها على أن التزمت نفقة الولد وماتت أن النفقة تلزم في مال الزوجة . والله تعالى أعلم .

### فائدة :

في « جمع النظائر » لأبي عمران الفاسي : ومن نظائر الاختلافات إذا اختلف وصى اليتيم أو كافله مع أهله في قدر النفقة عليه أو على ماله فالوصى مصدق ، وكذا ولي السبية إذا أتى بما يشبهه ، لأن النفقة لا بد منها وإتيان البينة على كل شيء يشق وقد يتعذر ويؤدي إلى خراب ربع اليتيم .

ومنه إذا اختلف الزوجان في عدد الصداق وفي موضعه وأتى أحدهما بما يشبهه والآخر بما لا يشبهه ، ففيهما روايتان عن مالك :

أحدهما : يتحالفان ويتفاسخان .

والثانية : القول قول من أشبه ، وبه قال الشيخ أبو الحسن ، وهو الصواب .  
ابن فرحون : وإذا اختلف المكري والمكثري فيما وقع به الكراء بعد انقضاء المدة ،  
فالقول قول الساكن إذا ادعى ما يشبه ويحلف ، وإن لم ينقض الأمد فإنهما  
يتفاسخان .

ومنه : إذا اختلف الشفيع والمشتري فيما يشبه بغير يمين .

ومنه : لو ادعى رجل على رجل أن له عنده شيئاً من سلف أو من قراض أو  
وديعة أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صدقة أو حق من الحقوق  
فجحدته فإنه يكون فيه اليمين .أ.هـ.

وفي كتاب « الإشراف » : إن نفقة الأولاد الذكور إن لم يكن مال على أبيهم  
حتى يحتلموا ، ونفقة الأبنات حتى تدخل لزوجها ، فإن كان للأولاد  
والبنات مال فعن مالهم إلا أن يتطوع الأب ، وكذلك نفقة الأبوين على الأولاد  
صغاراً كانوا أو كباراً ، ولا ينبغي للرجل أن يؤاجر ابنه فيما ينفق عليه - أى على  
ابنه - ويترك باقى الأولاد والبنات .أ.هـ.

(١٥٧) [٣] وفي « نوازل العقباني » : من أنفق على ابن أخيه عامين بنية  
الرجوع وقد كان للولد مال ورثه من أبيه واتصل بيد الخال المذكور ، فهل  
يحاسب ورثة الولد ؟

فأجاب : للمتفق الرجوع بما ليس بسرف وعلى قدر الحال الذى كان عليه  
حين الإنفاق .أ.هـ.

(١٥٨) [٤] وفي « نوازل المازرى » : من أنفق على ولدى زوجته من غيره  
وهما صغيران ، وكان ذلك على السكوت من غير التزام ، ثم بعد مدة قام عليها  
بما أنفق ؟

فأجاب : ففى « المدونة » وغيرها : من أنفق على يتيم فقير لا أب له فلا  
رجوع له عليه ، ويكون ذلك احتساباً ، وإن كان له مال فإن شهد بالرجوع عليه حين

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٢٣

الإنفاق ، وإن لم يشهد حلف أنه أنفق قاصد الرجوع ، ويرجع .أ.هـ.

(١٥٩) [٥] وسئل الإمام الحافظ ابن مرزوق ، من أنفق على ربيبه ثمانية أعوام إلى أن توفيا ثم أراد الرجوع في تركتهما ، وادعت الزوجة أنه تحمل بنفقتهما ولا بينة ؟

فأجاب : إن كان لهما مال حين الإنفاق فله الرجوع إلا إذا ثبت أنه التزم ذلك .  
وفى « شرح المغربي » : المنفق على اليتيم إن كان له مال غير عين فله الرجوع بغير يمين على المختار ، وكذلك إن كان له مال عيناً ويتعذر الوصول فلا رجوع إلا أن يشهد فيرجع بلا يمين بلا خلاف .

وفيه : المنفق على من له مال فالقول قوله إنما أنفق ليرجع ، وفى يمينه نظر لأن ظاهر الكتاب عدمه .

ونقل ابن القاسم فى مسألة الأب ، ونقل عن غيره اليمين .

وابن شاس : حيث أشكل الأمر حكى اليمين على الإنفاق مواساة أم لا ؟

وإذا قلنا بالرجوع على اليتيم فبالقيمة يقومه أهل المعرفة بحسب الطعام والكسوة دراهم على اختلاف الأعوام بالرخاء والشدة على اجتهادهم .

ولبعض الموثقين : يحلف بعد ذلك أنه ما أنفق أقل من هذا ، وهذا استظهار من احتياط الحكام للأثار والقائمين ، وهو حسن .

(١٦٠) [٦] وسئل العقباني عن خالعت على أن على الزوج نفقة الحمل فولدت توأمين ، فقال الزوج : لا أقرض إلا المعتاد والغالب وهو واحد ولم أدخل إلا عليه ؟

فأجاب : بلزوم الفرض لهما معاً .

(١٦١) [٧] وسئل سيد قاسم العقباني عن تزوج امرأة مات عنها زوجها فلما رآها كرهها وأراد فراقها ، فقالت لا أسلم لك ، فقال : لا أتركك فى عصمتى إلا إذا سقطت عنى مؤنتك ، فقالت : قد أسقطتها عنك ، فهل عليه

شيء أو ذنب ؟

فأجاب : صلح الزوجة مع زوجها على ما ذكر جائز ، وليس على الزوج حرج .

وفى « التوضيح » : إن نفقة الزوجة لا تسقط بالاعتراض إذا أجل له سنة ، وصححه ابن غازى وضعف ما فى « المختصر » [ق/ ٤٠] واعترض على المصنف بما هو له بـ « التوضيح » .

وفى كتاب ابن هارون : وإن شهد بالرضاع أبواه ، فاختلف فى ذلك قول مالك ، فقال مرة : لا يقبل قولهما ، وقال مرة : يقبل ، ثم ذكر فرعاً إن اقترنت شهادتهما بانتشار ذلك فى الجيران والمعارف وفشا من قول غيرهما فقول مالك فى كتاب محمد : لا يقضى بشهادة الأبوين إلا أن يكون فشا فى صغرهما عند الأهل والمعارف ، ونحوه فى « المدونة » .أ.هـ.

وفى شرط ابن ناجى : إن الولد إذا استغنى فى الحولين استغناءً بيئاً لا ينشر رضاعه حرمة ، ونصه : ولو فصل قبل الحولين فصلاً استغنى فيه بالطعام لم يحرم رضاعه بعد ذلك ، ومثله فى « كتاب ابن الحلاب » وأصله للمدونة .

ونقل المازرى فى « الدرر » : عن شيخه العقبانى : أن شهادة النقل لا تجوز من النساء ، وإنما تجوز شهادة امرأتين على الرضاع مع الفشو قبل العقد ، قاله ابن عرفة .

قال : وفيها لابن القاسم : إن شهد برضاع الزوجين أمهاتهما لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون من قولهما قبل النكاح .

قلت : فهما كالأجنبيات فى قول مالك ؟

قال : نعم .

وفى رواية الأجهرى : إن شهادة الزوجين واحدة كالأب مع ابنه .

وفى « التوضيح » : إذا لم يبادر شاهد الرضاع مع علمه حتى استبيح الفرج فهو باطل ولا يعذر بجهله ، ومثله لبهرام الكبير فى الثلاثين مسألة لا يعذر فيها بالسكوت مع الجهل . أ.هـ.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله .

## مسائل البيع وأنواعه

مشروع فى شريعة محمد ﷺ كتاب وسنة ، وهو عمدة من الدين ، ولذلك تشعبت أحكامه ، وهو من العقود التى تلزم بالعقد ، وقد جمعها أبو عمران الفاسى فى كتاب « النظائر » فقال : المسائل التى تلزم بالعقد ، من ذلك : البيع والنكاح والإجارة والكرى والمساقاة ، وأما التى لا تلزم بالعقد مثل : الشركة والقراض والجعل والمعاوضة والوكالة .

وقال سحنون : تلزم الشركة بالقول .

وقال ابن حبيب : القراض يلزم بالعقد ، وكذا الجعل - على قوله - يلزم بالعقد ، وكذلك من حكما وجعلا لا يلزمهما عند ابن القاسم ما لم يشرعا ، فإن شرعا لم يلزمهما ترك ذلك ، وقيل : يلزمهما ما حكما به بينهما وإن لم يشرعا فى الخصومة وهو عقد لازم ، وقيل : لهما الرجوع ما لم يشرف على الحكم ، وقيل : لهما الرجوع ما لم يقع الحكم .أ.هـ.

وحقيقة البيع بالتقريب : هو عقد معاوضة صحيحة لازمة يفيد ملك الرقبة ، فيدخل فيه بيع الثمار إذا بدا صلاحها .

وحقيقة الملك فى قولنا : يفيد ملك الرقبة ، الملك : هو تمام التصرف ، فإذا وقع البيع بيع الحجير فى بعض التصرف بطل ، مثل أن يبيع فرساً على شرط أن لا يبيعه أو لا يهبها ونحو ذلك .

وأما إذا وقع التحجير معلقاً على قبض الثمن ففيه تفصيل ذكره أبو عمران فى كتاب « الدلائل » ، ونصه : إذا حجر البائع على المشهور إذ لا يفوت المبيع حتى يقبض الثمن أو حتى يدعى خدمته كذا أو لا يطلب للمقاسمة قبل ذلك ولم يفت المبيع أجبر البائع ، إما أن يسقط شرطه ويصح البيع ، فإن أبى فسخ البيع ومن الوانقى فى تعليقه على « المدونة » : إن من باع نصف بقعة واشترط المشتري على البائع ألا يقاسمه بل تدوم الإشاعة بينهما ، فالبيع صحيح والشرط باطل .أ.هـ.

وقولنا : معاوضة صحيحة ، يخرج أنواع الجهالة فى الثمن والمثمن والأجل ، ويخرج عدم التمييز من البائع والمشتري ، ويخرج بيع النجس من الثمن والمثمن ، تأمل بالتحقيق .

وقولنا : ملك الرقبة ، يخرج الإجارة والجعل والأكرية ، لأنها ملك منافع .  
**فرع :**

وإن ادعى أحد البائعين الجهل فى الثمن أو المثمن ولم تكن بينة ولا وثيقة فالقول قول مدعى الصحة ، وإن كانت بينة عمل بمقتضاها ، فإن كانت وثيقة عمل على ما وثقه الموثق ، لأن وثائق المسلمين محمولة على الصحة .

ونقل ابن هارون عن الإمام المقدسى عن ابن رشد ، ونصه : الغائب وإن كانت غيبته قريبة فهو محمول على عدم العلم حتى يثبت عليه العلم ، وقد نقل الحافظ الخطاب (١) عن ابن رشد ، قال :

**فرع :** إذا وقع فى الوثيقة [وعرفا] (٢) الثمن والمثمن ، ثم ادعى أحدهما الجهل لم يكن له قيام ، وقاله المتيطى وابن سلمون .

قال فى «نوازل ابن رشد» : وسئل عن باع أملاكه فى قرية وهو غائب منها ولم يعلم أنه لم يدخلها قط ، وانعقد عليه أنه لا يعرف قدرها ولا مبلغها ولا يحوزها قبل الابتياح ولا بعده ؟

فقال : إذا انعقد عليه ذلك فلا يلتفت إلى دعواه ، ولا يكون له بذلك قيام إلا أن يدعى أن المبتاع يعلم بذلك ، فيجب عليه اليمين .أ.هـ.

وأما القاعدة فى المذهب : أن القول قول مدع المعرفة دون مدع الجهل والناس محمولون على العلم حتى يثبت الجهل ، وعلى الصحة حتى يثبت السقم ، وعلى الملاء حتى يثبت العدم .

وللخطاب فى أول شرح البيوعات (٣) : خليل ، ونصه ناقلاً له ابن فرحون : الناس محمولون على الطوع حتى يثبت الإكراه ، وعلى الملاء حتى يثبت العدم ،

(١) مواهب الجليل ( ٤ / ٢٧٧ ) .

(٢) فى الأصل : عرف ، والمثبت من « المواهب » .

(٣) مواهب الجليل ( ٤ / ٢٧٧ ) .

وعلى الرشد حتى يثبت ضده ، وعلى الصحة حتى يثبت الفساد . . . . الخ .

ثم قال : والإكراه المعتبر هو المحقق منه الخوف على النفس أو المال والضرب والسجن ، لقولهم : فخوف مؤلم من ضرب أو سجن .

ابن سلمون : وحال الورثة محمول على الجهل حتى يثبت أنهم علموا .

ومثله لابن فرحون في « التبصرة » ، وابن رشد قولان له [ق/١٤١] .

وقولنا : معاوضة صحيحة ، فلو كانت السلعة حراماً لا يفيد ملك المشتري لها ، سواء كان عالماً أم لا ، علم البائع ذلك أم لا ، وعلى هذا العقد يترتب باب الاستحقاق ، تأمل .

ثم إن الخلاف بين الفقهاء في رجوع المشتري بالثمن على البائع إن كان المشتري عالماً بأنها حرام .

قال أبو الحسن : من اشترى حراماً عالماً بحرمة ثم استحق من يده ، فهل يرجع بالثمن أو لا ؟ قولان ، المشهور منهما : الرجوع .

الشيخ أحمد الزرقاني في باب الاستحقاق عند قول خليل (١) : كعلمه صحة ملك بائعه ، قال : وأما لو علم عدم ملك البائع كمن اشترى وهو عالم بغصبه فاستحقت ، للمشتري أن يرجع بالثمن على الغاصب ، ولو كان عالماً - وهو قول ابن القاسم عن مالك وشهر - ، ثم قال : ونص المشذالي في هذه المسألة قوى .

قال : إن المشتري إذا استحقت السلعة من يده وهو عالم بتحريمها حين الشراء ، وجب له الرجوع بالثمن على البائع ، ولفظ المشذالي إلى حين سئل عنها في جوابه في المسألة قولان صحيحان ، المشهور : الرجوع بالثمن على البائع . أ.هـ .

والقول بعدم الرجوع لابن أبي زيد ، وصححه جمع من المتأخرين وعلله بأنه إن المشتري حين علم عند العقد دخل على عدم المعاوضة وصار كمن ألقى ثمنه في البحر ، ولأن البيع لم ينعقد فصار واهباً لما فيه .

(١) المختصر ( ص / ٢٣٨ ) .



قلت : ولا تدخل هذه السلعة في ضمان المشتري بالقبض وليست هي [ (١) ] كالبيوعات الفاسدة ينتقل ضمان السلع فيها للمشتري بالقبض على ما في المذهب .

ومن عوارض قولنا : معاوضة صحيحة ، أن بيع المضغوط مردود ، وهو المذهب ، وفيه فرع في الجواب ذكره السيوري - رحمه الله - وبالغ فيه بالجواز حتى قال : بيعه جائز لازم والمشتري منه مأجور ، وعلله بأنه خلصه من السجن والعذاب نقله خليل في « التوضيح » فلا نطيل بلفظه شهره عند الطلبة .

وإذا قلتم بعدم الجواز ففيه تفصيل لأن المضغوط تارة يجبر على بيع السلعة وتارة يجبر على غرم مال فيؤديه ذلك إلى بيع سلعته ، وتارة للظالم عنده شبهة كما إذا كان عاملاً من عماله ، وفيه أيضاً تفصيل لأنه تارة يحاسبه على ما دخله من المال بسبب الشرط فجبره حيثئذ ماض والبيع لازم كقضية عمر بن الخطاب مع أبي هريرة كما ساقه الخطاب ، وتارة يضغظه في غير ذلك ، والظاهر أنه لا يمضى ولا يلزم ، وأما إن أجبر على بيع سلعة فلا خلاف أنه لا يمضى ببيعته ولا يلزمه ويرجع عليه متاعه بلا ثمن مهما وجد سبيلاً لذلك ويرجع المشتري بالثمن على الظالم أو نائب الظالم ، ولا يعذر نائب الظالم أنه مقهور ، وسواء دفع المشتري الثمن للظالم أو للمظلوم ودفعه هو للظالم ، قال هذا كله في « التوضيح » .

وأما إن كلف المضغوط بمال وخرج من السجن وباع سلعة في ذلك ، قال اللخمي : ببيع ماضٍ لأنه مصلحة ، ولولا ذلك لأبقاه في السجن أو نفاه وعذبه قلت : وهذا محاذي لما قاله السيوري .

قال في « التوضيح » : والمذهب على خلافه .

تنبيه :

فلو باع المضغوط السلع وقبض الثمن ولم يدر أدفعه للظالم أو دفعه في مصالحه؟ قال في « التوضيح » : فإن كان ظلمه له وعداؤه عليه وقهره ومعدوماً حتى باع متاعه ، ويحمل على أنه من الثمن وصار للظالم حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه ، فلا يصل إلى أخذ متاعه إلا بدفع الثمن . أ.هـ .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .

وقد أطلال فى « التوضيح » فى تحصيل ذلك .

تكميل :

إذا تحمل أحد على المضغوط وما صالح عليه بماله ، فلا يلزم المضغوط بعد تسريحه غرم إذا كان بغير إذنه .

(١٦٢) [١] وسئل الشيخ أبو على ناصر الدين على : رجل أخذ ظالم وطلب منه مالاً وصار يدفع له ، وله إخوة فدفعوا معه شيئاً من المال للظالم ، فبعد زمان وقع بينهما خصام فطلبه فى ذلك فقال : لم آمركم بدفع ذلك؟

فأجاب : لا يلزمه غرم ، ويدل على هذا مسألة المضغوط حين أعطى حميلاً وغاب ودفع الحميل فلا غرم على المضغوط للحميل ، قاله التتائى فى كبيره ونقله الشيخ عن السنهورى وهو المشهور .

وأصل هذا كله فى « التوضيح » ولفظه : ولو أعطى المضغوط حميلاً فتغيب وأخذ المال من الحميل لم يرجع عليه الحميل بشيء ، ثم قال : ولو أخذ ما أضغط به من رجل سلفاً ، فقال أصبغ : يرجع عليه بما أسلفه لأن السلف معروف .

قال فضل بن سلمة : وعلى أصله فيرجع الحميل لأن الحمالة معروف ، ولو باع ولد المضغوط أن زوجته متاع نفسه برسم فداية فالبيع لازم ، لأن هؤلاء لم يضغطوا.أ.هـ. من « التوضيح » .

تذييل :

إذا أخذ الظالم ما فى ذمة المديان باسم رب الدين فإنه يبرأ مما فى ذمته ، قاله الوائى فى تعليقه على « المدونة » .

قال : وقول ابن عرفة : والصحيح عدم إبرائه المديان ، خطأ .أ.هـ.

وقد اقتصر الإمام البرزلى على القول ببراءة المديان ، قال : وبه أفتى أبو إسحاق ابن عبد الثورى .

ومن عوارض قولنا : صحيحة لازمة بيع مال الغير ، وهو المعبر عنه عند الفقهاء

بيع الفضولى ، وهو غير لازم ، لكن فيه تفصيل ذكره ابن رشد فى « البيان » ، ولبتداء برب السلعة المبيعة ، فإن كان بائعاً قد غصبها وباعها فهى موقوفة على رضا المغصوب ، ويشمله قول خليل : [ق/١٤٢] ووقف ملك الغير على رضاه (١) ، وذكره ابن عرفة ، وبه شرح الخطاب كلام خليل .

ثم قال الخطاب (٢) :

الفرع الثانى : قال فى « التوضيح » : ومنهم من يقول بلزوم هذا البيع للمشتري إذا كان حاضراً أو قريب المكان ، وأما إن كان بعيد المكان فلا يلزم لما يلزم بسبب الثانى من الضرر .أ.هـ .

ومثله فى كتاب الغصب من « المدونة » وصرح به ابن رشد فى رسم الصلاة من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق ، أنه لا يعلم فى ذلك خلاف . وقد صرح فى « الذخيرة » بفساد هذا البيع .

وقال المازرى : إذا علم المشتري بغصبه فسد البيع لاتفاق المتعاقدين على الفساد ، بخلاف علم أحدهما .

وقال ابن رشد فى « الفائق » : الفرع السادس : إذا علم المبتاع بالغصب والمغصوب منه غائب ، فله رد البيع بحجته أنه يضمه ، ويصير ربه عليه بالخيار إذا قدم ، ولا حجة للغاصب .أ.هـ .

وأما إذا كان البائع ليس بغاصب بل هو فضولى محض فلا يخلو رب السلعة إما أن يكون حاضراً ساكتاً بلا مانع فافتراق المجلس يلزمه البيع .

قال ابن رشد : فإن كان المباع ماله حاضراً للصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن ، وإن سكت بعد المجلس حتى انقضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه أنه انفرد به بالوجه الذى يذكره من مقاسمة أو شبه ذلك ، وأن لا يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه حين علم إخفاء حقه ، وإن لم يعلم إلا بعد عام ونحوه لم يكن له إلا الثمن ، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز بما ادعاه بحيازة إياه .أ.هـ .

ونقل الخطاب : أن الغائب الذى ليس فى البلد ولا فى حكمه ، وحين بلغه الخبر

(١) المختصر ( ص / ١٦٩ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٤ / ٢٦٩ ) .

## ١٣١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

قام بنزاع في دار ملكه إن كانت منازعته عند حاكم ، وتكرر ذلك منه مراراً ينزع المرة والمرتين وسكت ومثل هذا نقله الفيشي .أ.هـ. من رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق من « البيان » .أ.هـ. منه .

ومثل هذا نقله الخطاب واللقاني والخرشى والمتيطى والبرزلى وابن سلمون واحلولو في « اختصار البرزلى » .

وقال الخطاب (١) : لا فرق في هذا بين القرابة وغيرهم ، ذكره في فصل الحيازة، ونصه : ولا خلاف أن الحيازة تكون بين القرابة وغيرهم بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير والوطء إن لم تطل المدة اتفاقاً .

قال : والاستخدام في الرقيق ، والركوب في الدابة كالسكنى .

قلت : وتفويت الرقبة بالبيع ونحوه كالوطء ليس هو كتفويت المنفعة كالاستخدام .

تنبيه :

فإن قام وادعى عدم العلم وهو بالبلد أو قريها بيومين فدعواه باطلة لأن الحاضر محمول على العلم ، وكذا من هو في حكم الحاضر ، كمن كان على يومين ، نقله ابن رشد القفصي في « الفائق » ، وصرح به ابن عرفة في آخر الحيازة ، وهو مذهب ابن رشد الذي فتواه مقدمة على غيره ، ومعلوم من صميم حفاظ المذهب أن فتوى ابن رشد مقدمة صرح به اللقاني عند قول خليل (٢) : مبيئاً لما به الفتوى ، ومثله نقله المغيلي في « جامع الدرر المكنونات » .

تكميل :

ذكر الخطاب في الحيازة ما نصه في التنبيه الخامس في « المدونة » :

التي يسقط بها طلب الدين .

قال في « المسائل الملقوطة » : السكوت عن طلب الدين ثلاثين سنة ، لا قول له

(١) مواهب الجليل ( ٦ / ١٢٨ ) .

(٢) المختصر ( ص / ٧ ) .

ويصدق الغريم في دفع الدين ولا يكلف بيئته .أ.هـ.

ثم اختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرين سنة ، وهو قول مطرف ، أو ثلاثون ، وهو قول مالك ، واتفقا جميعاً على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الديون . أ.هـ.

ومن عوارض قولنا : صحيحة لازمة ، بيع الجيعان فادح الجوع ، فيه خلاف ، ومن ذلك في « نوازل ابن نصر الداوي » ، قال : مسألة : قال مالك وابن القاسم وابن وهب وابن عطاء الله وابن رباح وابن الماجشون : لا يجوز بيع الجائع ولا شراؤه ولا هبته ولا صدقته ، لأنه لا يملك من أمره شيئاً وحاله حال من اختل في عقله ، ولو باع قليلاً أو كثيراً فإن البيع فاسد على كل حال وله القيام على كل حال ولا تقطعه الحيازة ولو طال الزمان ، ولو مكث في يد المشتري مائة عام فأكثر فإنه يفسخ أبداً .أ.هـ. وهو عجيب .

### نكتة :

ومن عوارض قولنا : صحيحة لازمة ، أنه لو وقع الجهل بثمان أو بعضه أو مئتمون أو بعضه ، فإن كان الجهل من المتعاقدين فسد العقد ، ومن أحدها ففيه خلاف نقله المازرى .

وقال الشبرخيتي عند قول خليل : ( وجهل بثمان أو مئتمون ) ، ثم إن كلام المصنف يوهم فساد العقد بالجهل ولو من أحدهما مع علم الآخر ، وهو خلاف ما ذكره ابن القاسم من الفساد إذا جهلا معاً ، أو من أحدهما وعلم الآخر بجهله ، وإن لم يعلم به فلا فساد وإنما هو بيع غش وخديعة يوجب للجاهل الخيار بين إمضاء البيع أو رده ، ولم يذكر في ذلك خلافاً ، ومثله لأبي الحسن ، لكن نقل شيخنا الفيشي في حاشيته أن الصواب إطلاق المصنف في الجهل ، وأن الطريقة المفصلة ضعيفة .أ.هـ.

ابن رشد : وإن جهل أحدهما دون الآخر صح على المشهور ، وهو مذهب « المدونة » والجاهل مخير .

قال الشيخ سالم : ولو من أحدهما على اختصار أبي سعيد خلافاً لما اختاره ابن رشد .

قال فى كتاب القسم من « المدونة » : ومن باع من رجل موروثه من دار أو أرض ، فإن عرفا مبلغه جاز [ق/١٤٣] وإن لم يسمياه ، وإن جهله أحدهما أو كلاهما لم يحل .أ.هـ .

تتميم :

ومن عوارض قولنا : لا بد من تعيين البائع والمشتري فى الوثيقة ، ولا بد من تعيين المحكوم له والمحكوم عليه والمحكوم به ، ولا بد من تعيين الحاكم ، ولا بد من شهادة عدلين فصاعداً ، ولا بد من التأريخ لما يترتب عليه من أحكام ، مثل تعارض الوثيقتين فينظر أيهما أقدم تاريخاً ، كما صرح به أهل تأليف الأحكام أن أقدم تاريخاً مقدمة على غيرها ، وكذا فى تعارض البيئات ، فإن أرخت واحدة دون الأخرى قدم المؤرخة على الأخرى على المشهور ، ومثل وثائق النكاح ووثائق الطلاق فيترتب عليهم الإرث والعدة ، وربما يقع التناكر بين الزوجين ، إلى غير ذلك فرحم الله الموثقين حيث قالوا : الوثيقة إذا قطع رأسها بحيث لا يعرف المحكوم له والمحكوم عليه بطلت ، ذكره البرزلى وغيره .

فيتحصل أنه لا بد من ذكر المتعاقدين باسمه وحيلته وصنعتة ونسبه إذا احتيج لذلك ، وأما اسمه واسم أبيه فلا بد من ذكر ذلك على كل حال .

نكتة :

فإن ذكر الموثق اسم المتعاقدين محمد ، كقوله : باع بنو فلان مثلاً ، أو اشترى بنو فلان ، فمذهب الموثقين البطلان ، ذكره ابن عات ، ولفظه : وإن كان البائعون اثنين فصاعداً .

(١٦٣) [٢] وسئل مالك - رحمه الله - عن من باعوا رقيقاً فى ميراث ، فأراد المشتري أن يكتب على أحد البائعين دون صاحبه ، فأبى ذلك عليه وقال : إنما بعناه لك جميعاً فلا تكتب إلا جميع ، فقال : نريد أن تكتب لى بما يصيبك من ملك ؟ فقال مالك : ووجه ما كنا نعرف إلا أن يكتبوا له جميعاً .

قال ابن رشد : الذى يوجهه القياس النظر له أن يكتب بما يصيبه من الثمن ، ثم

وجه ما قاله مالك أنه قد يضرنا غريم بدين له على الميت ، فإذا وجد الكتاب عليه بما باع من تريكة الميت كان من حقه أن يأخذ حقه منه ويقل له : ارجع على من باع معك ، ولعلمهم ينكرونه ، فإذا وجد الكتاب عليهم جميعاً أخذ دينه منهم جميعاً ، وهو استحسان لأن من حقه أن يقول : إن كنت تخاف فحصر لنفسك بالإشهاد على من باع تريكة الميت معك .أ.هـ .

وقال في « الوثائق المجموعة » : لا بد أن يذكر الموثق البائع كلهم بالعين والاسم والنسب ، ونصه : وإن كان البائعون جماعة ذكرتهم ، وقلت : اشترى فلان بما لهم على الإشاعة من فلان وفلان وفلانة جميعاً صفقة واحدة ، فإذا بلغت دفع الثمن ذكرت دفع المتبايعين له وبالغ حتى تستمعهم كلهم .

ولكن رأيت ما هو منسوب لابن رشد أن تفصيل أولاد فلان شرط كمال ، وأما حصرهم تحت أيهم يعينهم ، ولفظه : وحصر المجهول في المعلوم يعينه .

قلت : لو كان في وقتنا فقيهاً بأنواع العلوم لبحثنا معه في لفظ ابن رشد هذا ، فنقول : إنه صحيح يوجب مراعاته لأنه بناء على قاعدة أصولية ومأخذ بياني وقضية منطقية والإطناب فيه طويل .

قال ابن مالك في علم التصريف : وحصر القضية بسور أو سلب أو تجزئ بزيل اللبس عنها ، وأهل الأصول يقولون : اجتماع المجهول والمعلوم إذا كان المعلوم متضمن للمجهول أخذ حكمه منه ، ولا شك أن قول الموثق : أولاد زيد مثلاً هو من باب حصر المجهول تحت المعلوم ، وتفصيله كمال ، وحصر المجهول في المعلوم فرشه في فن البيان طويل فرح الله فقهاء الدين فيما تعرضوا للتصنيف والتأليف إلا بعد جمعهم لفنون العلوم ، فلذلك صعب فهم كلامهم على من ليس له ذوق ، وأنت أيها الناظر إذا تأملت مذهب ابن رشد هنا وجدته صحيحاً معمولاً به .

ودليل ما صرح به ابن بشير من قوله ، فإن قال : وقف على بنى فلان ، عمل به وهو وقف صحيح .

قلت : والذي يوجب السليم أن خليلاً في مختصره أشار إلى هذا ورجحه ،

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٣٥

حيث قال في باب الزكاة (١) : وفي إلحاق ولد فلان المعين . . . إلخ ، فإن تأملت وانتصفت رأيت الصواب .

تنبيه :

فإن وقع اختلاف بين المتعاقدين في السلعة ، فإن ادعى أحدهما أنها رهن ، والآخر ادعى أنها بيع ففيه إجماع نقله أبو الحسن المغربي في شرحه على « المدونة » بأن القول قول مدع الرهن دون مدع البيع ، ونصه : وكذا لو قال : اشتريته منك ، وقال ربه : بل رهنته ، فالقول قول ربه لأنه ادعى الأصل .

وصرح الشيخ سالم في شرحه : أن القول قول مدع نفى البيع إجماعاً .

قال ابن عاصم :

والقول قول مدع الأصل أو صحة في كل فعل

قال شارحه : وإذا اختلف المتعاقدان مطلقاً ، وكذا كل متحاكمين فادعى أحدهما الأصل والآخر خلافه ، أو ادعى أحدهما الصحة والآخر الفساد ، فالقول قول مدع الأصل أو مدع الصحة .أ.هـ.

فائدة :

قال الفيشي : إذا اتفق الشهود على البيع واختلفوا في قدر الثمن ، فالبيع ماضٍ ويرجع إلى ثمن وسط .أ.هـ.

وإن وقع الاختلاف في بعض السلعة فالحكم فيه ما نقله شراح خليل من كلام «الموازية» ، ونصها : ومن باع ثياباً معينة من رجل وهي عشرة ، فقال البائع : بعثك منها تسع بثمانية دنانير وهذا العاشر بقى على ملكي ، وقال المشتري : اشتريت العشرة بعشرة دنانير [ق/٤٤] فإن العاشر لم يلزم البائع بيعه وهو مصدق فيه والمشتري يدعى نقل الملك ، فالقول قول صاحب الثوب اتفاقاً ، وهذا الحكم لا يتعين في هذا الثوب العاشر لكونه مضافاً إلى التسعة أثواب الأخرى ، وأما التسعة الأثواب فإن

(١) المختصر ( ص / ٦٣ ) .



كانت قائمة بيد البائع ولم يقبضها المشتري فيتحالفان ويتفاسخان لكونهما اختلفا في ثمنها ، وإن قبضها المشتري ولم يبن بها صدق على رواية ابن وهب ، وإن بان بها صدق على الرواية .

في كتاب المكاتب أن رجال سوقها أو تغيرت في نفسها على حسب ما بيناه في الرواية المتقدمة ، وأما الثوب العاشر فيرد إلى ربه وإن تغير ، وهذا مثال الاختلاف في المضمون ، وهذا جارٍ في المكيلات والموزونات والمعدودات .أ.هـ.

وأما بيع الحاضن مال محضونه ففيه تفصيل ، لأنه إما بيع قليل أو كثير ، فالقليل يبعه ماضٍ ومحل اتفاهه وعليه درج خليل ، لكن قال التتائي : ظاهره أنه لا يجوز ابتداءً فإذا وقع مضى .

وفي « العتبية » جوازه ابتداءً ، ثم قال : وعموم قوله : حاضن ، يشمل الذكر والأنثى والقريب والأجنبي وهو كذلك ، قاله ابن فتحون ، ثم ذكر الخلاف في حد اليسير ، فقال : قال صاحب « التكميلات » : بالنسبة لليتيم واحد تردد فيه المتأخرون ، فلابن الهندي عشرة ، ولابن العطار عشرون ، ولابن زرب ثلاثون ديناراً .

قال أبو الحسن الصغير : وعلى الثاني الأكثر ، وأما العم والأخ فهو وصى بالعادة ، وهي رواية أبو محمد صالح .

قال شرف الدين الطخيشي : وهي رواية حسنة عند أهل البوادي الذين يهملون الأمر وليس لهم حاكم ، بل نسبها لابن يونس وذكر الاتفاق واقتصر عليها ابن هارون في « اختصار المتيطية » وجعلها المذهب ، وذكرها ابن سلمون في وثائقه في بيع الحاضن والوصى .

ونص الطخيشي : البادية الذين يهملون فيها الإيماء اتكالاً على الأقارب يتنزل فيها الأقرب منزلة الوصى المصرح به في الوصية فيجوز له ما يجوز للوصى ، ونقله البوسعدى في وثائقه .

تذييل :

قال أبو عمران الفاسي في كتاب « النظائر » ما نصه : مسائل : اختلاف المتبايعين في قلة الثمن وكثرته ، فإن كانت السلعة في يد البائع فالقول قوله مع يمينه

إن أشبه بلا خلاف ، وإن لم يشبه فقيل : يفسخ على كل حال ولا ينظر إلى قول من أشبه منهما ، وقيل : القول قول من أشبه وهو قول عبد الملك ، وأما إن قبضها المتباع ولم تفت فقولان ، قول ابن القاسم : يتحالفان ويتفاسخان ما دامت السلعة قائمة .

والقول الآخر: قول المتباع لأنها بيده ، وقال ابن وهب : إن قبضها المتباع فالقول قوله لحصولها فى ضمانه ولا كلام للبائع لها ، وإن فاتت بيد المتباع فالقول قوله عند ابن القاسم مع يمينه .

وقال أشهب : يتحالفان ويتفاسخان أبداً ، وإن فاتت تكون قيمتها فى فوتها كردها بعينها ، ثم والاختلاف فى المثلون كالاختلاف فى الثمن ، وكذلك الاختلاف فى قبض السلعة وإن قبض والاختلاف فى نوعها أو نوع الثمن أو قبض الثمن والاختلاف فى السلعة التى وقع فيها البيع ، وكذا الاختلاف فى النكاح والبيع كما تقدم ، ومثله فى قلة الأجل أو كثرته ، أو كونه نقداً أو نسيئة .

فأما اختلافهما فى قبض الثمن فينظر إلى السلعة ، فإن كان مما ينقد فى مثلها فالقول قول المتباع واختلف إن لم تفارقه ، وأما ما لا ينقد فى مثله كالدور والأرضين والحيوان فالقول قول البائع إلى ما يجوز فيه البيع كالعشرين سنة ، وأما اختلافهما فى قبض السلعة فلا يصدق أنه لم يقبض السلعة ، وقيل : على البائع البينة بالقبض ، وقاله ابن عبد الحكم وابن أبى ليلى ، وأما اختلافهما فى النقد والأجل يتحالفان ويتفاسخان مع قيام السلعة ، فإن فاتت فالقول قول البائع ها هنا عند ابن القاسم ، وقيل : قول المتباع إن ادعى أجلاً قريباً لا ينكر ، وهو فى الوكالة إلا لم يذكر ، هل فاتت أم لا ؟ وفى الرهن قال مالك : إذا ادعى ما يستنكر وقد فات صدق ، وقال ابن القاسم : لا يصدق الثمن حال ، وقيل : القول قول المتباع إذا فاتت فى بعض روايات « المدونة » .

وأما إذا اختلف فى الصحة والفساد فالقول قول مدع الصحة فاتت أو لم تفت ، وقيل : يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت ، وقيل : إن كان اختلافهما فى الصحة

والفساد لا يؤل إلى الاختلاف في الثمن ، مثل أن يقول المشتري : لم تصفها لى ، ويقول البائع : قد وصفتها لك ، فالقول للبائع في الصحة والفساد ، وأن لا يؤده إلا الاختلاف في الثمن ، مثل أن يقول : اشتريها بالثمن إلى موت زيد ، أو وقوع مطر أو بالإباق ، هنا يتحالفان ويتفاسخان مع قيامهما ، وأما الاختلاف في حلول الأجل فالقول قول الذى عليه الحق إن أشبه مع يمينه ، وأما اختلافهما في المثلون فيتحالفان ويتفاسخان مع قيامها ، والقول قول المشتري في فواتها ، وأما اختلافهما في الخيار فالقول قول مدع البت عند ابن القاسم خلافاً لأشهب ، وأما اختلافهما في موضع قبض السلعة فالقول قول الذى عليه السلم إن أشبه ، وإن لم يشبه قول واحد منهما يتحالفان ويتفاسخان ، وهذا إن ادعى غير موضع التبايع ، وإن ادعاه أحدهما فقوله مع يمين ، وأما اختلافهما في قلة السلم وكثرته فإن كان بقرب العقد تحالفاً وتفاسخاً وقيل : [ق/١٤٥] النقد فوت ، فالقول للذى عليه السلم ، وأما مع الطول وحلول الأجل فالقول للذى عليه السلم إن أشبه ، وإن لم يشبه حمل على سلم الناس ، وأما اختلافهما في السكن يتحالفان ويتفاسخان أبداً ، وأما اختلافهما في السكن يتحالفان ويتفاسخان مع قيام السلعة ، والقول للمبتاع يمينه مع فواتها إن ادعى نقد البلد وأشبه ما قاله ، وأما اختلافهما في النكاح والبيع ، فإن قال السيد : زوجتكها ، وقال الآخر : بل ابتعتها منى فالقول للسيد ، وإن قال السيد : بعتكها ، وقال الآخر : زوجتنيها ، قال ابن القاسم : تبقى الحرية بيده .

وقال سحنون : توقف .أ.هـ. وهو حسن .

فرع :

إذا اختلفا في ثمن الطعام بعد فواته ، فالمشهور عند ابن القاسم أنه كالعروض فالقول للمشتري مع يمينه .

فرع :

ومن أنواع الاختلاف إذا وجد شيئاً بيد رجل وهو معلوم قبل ذلك أنه ملك لرجل آخر فادعى الذى هو بيده أن ربه وهبه له أو تصدق به عليه ، وقال ربه : بل

بعته لك ، فالقول قول مدع المعاوضة ، وهو المشهور من مذهب الإمام وهو أصل فى مذهب مالك وعليه تضافرت نصوص المؤلفين ، وأما الرجلان يدعى كل واحد أنه اشتراها - أى هذه السلعة - ويقر بائعها لواحد ، فالقول قول من أقر له البائع ، نص عليه فى « المدونة » وتلقاه المغربى وغيره بالقول ، وكل واحد يقول : هو الصحيح .

قلت : وظاهر هذا القول قول من أقر له البائع ، ولو كانت السلعة قائمة بيد الآخر وهو كذلك بلا يمين .

وقد قال محمد بن رشد فى شرحه « للمدونة » و « العتبية » وفى « نوازله » : فى بيع الرجل سلعته من رجلين أحدهما بعد الأجل ، قال : لا تخلو المسألة من وجهين :

أحدهما : أن تكون السلعة بيد البائع ولم يدفعها لأحدهما .

والوجه الثانى : أن يكون قد دفعها لأحدهما فقبضها منه وصارت بيده ، وفى كل وجه خمس مسائل ذكر منها : أن يقر البائع بأنه باعها من أحدهما بالثمن الذى ادعاه وينكر الثانى فيقول : ما بعته منك شيئاً وقد دفعها لأحدهما وصارت بيده ويدعى كل واحد أنه اشتراها قبل صاحبه أو دونه ، ولا يعلم أن صاحبها قبله ولا بينة لواحد منهما على دعواه ، فالحكم فى ذلك أن يقبل إقراره لمن أقر له أنه باعها منه كان هو الذى قبضها أو الذى لم يقبضها ولا يمين عليه للآخر ، إلا أن يكون فى قيمتها أو فى الثمن الذى أقر أنه باعها به فضل عن الثمن الذى ادعى الآخر أنه اشتراها به ، فيحلف له ، فإن نكل عن اليمين حلف الآخر ويغرم له ما زاد ، ثم ذكر المسألة الثانية وهى أن يقر البائع لأحدهما أنه هو الذى باع له أولاً بالثمن الذى ادعى لأنه باعها به ، أو لم يعلم أحد منهما أنه الأول وأنه اشتراها قبل الآخر ولم يعلم أنه صاحبه اشتراها قبله ولا بينة لأحد على ما ادعاه ، وقد دفعها لأحدهما ، فالحكم فى ذلك أن ينظر ، فإن كان الذى دفعها إليه هو الذى أقر له أنه باعها منه أولاً قبل قوله ولم يكن للآخر عليه ، إلا أن يكون فى قيمة السلعة فضل أو فى

الثلث الذي أقر أنه باعها به للذي قبضها فضل عن الثمن الذي ادعاه الآخر فيلحف ، فإن نكل حلف الآخر ورجع عليه بالزائد ، وإن كان الذي أقر أنه باعها منه أولاً لم يدفعها له لم يصدق في ذلك وكان له الفضل دون اليمين ، ونقله البرزلي عنه ولم يحك فيه خلافاً .

(١٦٤) [٣] وسئل لو ادعى الخصمان السلف وادعى رب المتاع أنه دفعه له عوضاً عن كذا فالقول قول مدع العوض للقاعدة المتقدمة ، ولما نقله البرزلي عن ابن رشد في نوازله فيمن ابتاع طعاماً إلى أجل معلوم فلما حل الأجل طلب البائع ثمنه؟

فقال له : إن كان الطعام سلفاً فالقول قول مدع العوض . أ. هـ .

(١٦٥) [٤] وفي « نوازل الغمري » : سئل عن سفينة مهمل احتاج إلى ما ينفق ، فمن يبيع بعض أملاكه للنفقة ؟

فأجاب : الأصل في البيع على الغائب والسفينة إنما هو القاضى ، والذي يظهر لى أن هذا السفينة إذا خيف عليه الضيعة فجماعة المسلمين اليسير النفقة .

(١٦٦) [٥] ومنه أيضاً : سئل عن بيع الغلة بالخرس فإن ظاهر المذهب عدم الجواز كما قاله الباجى والجلاب ، والذي عليه لو طلب أحدهما الفسخ أسعف أم لا ؟

فأجاب : الظاهر أنه مفسوخ كما قاله الباجى والجلاب .

وفى « مسائل البرجيني » : ما باعه الرجل من دور ولده الصغير المحجور فهو بيع تام ، وفى بيع الأم خلاف ، فإن كان تافه فهو جائز تام ، وإن كان له بال فسخ طال الزمان أو قصر ، صح من كتاب « الإشراف » لابن عبد الحق .

وفى كتاب « الجدار » لعيسى : من باع سلعة وذهب البائع ليات بشمنها ، ثم باعها لرجل آخر بأقل أو أكثر ، وكان يبيعه الأول مؤجلاً ، ثم باعها نقداً ، قال مالك فى ذلك كله : يخير للمبتاع الأول فإن أراد الرد خير البائع على رد السلعة ويخير المبتاع على ردها قهراً شرعياً ؛ لقوله ﷺ : « لا يخطب الرجل على خطبة

أخيه ولا يسوم على سوم أخيه» (١) ، قيل له : فإن لم يعلم الثانى ؟ قال : يجبر على ردها ، لأن البائع باع ملك غيره .

قيل : فإن ذهب لىأتى بالثمن واعتقل ثم علم بالبيع فأتى يطلب السلعة ويفتدى منه مصالحة ؟

قال : ينظر إلى موضعه وكم يكفيه من الزمان ذهاباً وإياباً ، فإن جاور ذلك ليس له حجة ولا يقبل عذره .

قيل له : فمن ندم من بائع أو مبتاع ؟

قال : لا تنفعه ندامة ويجبر البائع على دفع السلعة والمبتاع [ق/١٤٦] على دفع الثمن .

قيل : فإن ندم وادعى العلم ؟

قال : ينظر ، إن وجد له ذمة على أى وجه كانت تباع السلعة ، وما نقص فى ذمته ، وإن لم تكن له ذمة وظهر يترك وترك السلعة إلى ربها .أ.هـ.

(١٦٧) [٦] وسئل العقباني عن قوم أخرجهم السلطان عن أرضهم نحو عشرين سنة وصاروا يبيعون بعضاً ويصدقونها للنساء ؟

فأجاب : إن كان السلطان لم يضع يده عنها وإنما أخرجهم عنها ، والذي يشتري يمكنه التوصل إليها فيبيعهم جائز لازم لمن يعرفها أو توصف له .

وفى « نوازل المازرى » : عن من وجد سارقاً يبيع سلعة سرقها ولا يتوصل ربها إليه ، فاشتراها بنية حفظها لربها فليس لربها أخذها إلا بدفع الثمن الذى اشتراها به .  
وقيل : له أخذها بلا ثمن ، والأول أظهر .

(١٦٨) [٧] ومنه أيضاً ، الفضلة والملحفة يحكها ربها بالحجر ويدلكها ، والدلس فيها ظاهر ، هل يجوز بيعها للبوادى أو حتى يخبره بالغش ؟

فأجاب : إن ذلك غش لا يجوز بيعها للبوادى حتى يبين له .

(١) أخرجه مسلم (١٤٠٨) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(١٦٩) [٨] ومنه أيضاً : سئل ابن أبي زيد عمّن له سلعة فتخوف عليها فباعها ، أو خاف خصومة أو حذاراً من شيء ؟

فأجاب : لا يجوز بيعه ولا يلزم سواء باعها بضمن مثلها أو أقل أو أكثر .

وفى كتاب « التقسيم والتبيين » للشبلى ما نصه : لا يباع للشارق واللصوص والمحاررين كل ما فيه تقوية على إذاء المسلمين مثل السلاح ، وحكم بيع الطعام لهم فى الشدائد كحكم بيعه لأهل الحرب إذا رجا التمكن منهم بسبب المنع ، وأما الشعير لا يباع لهم فى شدة ولا فى رخاء ، لأن إذابتهم على الخيل أشد من إذابتهم على رجليهم ، وكذلك المنصان التى تظهر فى قوائم الخيل ، لأن المعهود اليوم لا يريدون بها إلا الأذى ، نقله المازرى .

ثم قال : قال أبو الحسن اللخمي : ومن أكرى لهم شيئاً ولم يعلم حتى تمت المدة ، أو علم وتاب يتصدق بالأجرة ، كمن أجر حانوتاً لبيع الخمر .

وأما اشتراء أموال الأعراب ، فيها قولان ، حكمه حكم المال الذى جهل مالكة من المسلمين ، فيجوز للفقراء ، وفى الأغنياء خلاف ، مثل مال مستغرق الذمة فمن شبه بمال الفيء أباحه لهم ، ومن شبه بمال الزكاة .

والقول الثانى فيمن صح أنه غير غاصب جاز بيعه وشراؤه ، ومن ثبت غصبه فإن كان المال المغصوب قائماً بيد لم يجز قليله ولا كثيره ، وولد المغصوب المال كلمه ، واختلف إذا ماتت الأمهات وبقي نتاجها ، المشهور المنع ، صح من « شرح التقريب » للتونسى .

وأجاب ابن عبد السلام حين سأله أهل سوسة عن شراء أموال الأعراب وهل يباح أكله للضيف المرابط والطالب ، فإنه قد اختلف فى المذهب فى الغصاب وأمثالهم ممن أكثر ماله حرام ولا تعين أعيان المغصوب ، هل حكمهم حكم المفلس ، أو حكم من أحاط الدين بماله ولم يفلس ؟ وهو ظاهر القولين عندى وهو الذى تجرى عليه فتوى أهل إفريقية فى القرن الخامس ، فعلى الأول المنع ، وعلى الثانى لا بأس بمعاملتهم إذا دفع لهم قيمة ما أخذ منهم فأكثر ، ولا يجوز قبول معروفهم وتبرعهم كمن أحاط الدين بماله ، ولا فرق فيما غصبوه من بعضهم بعضاً أو ما غصبوه من الرعية إلا أن يرجى لربه معرفته ، والفرق حيثئذ ظاهر لا يخفى عليكم ، ويجب

## ١٤٣ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

وقفه ما دام يرجى لربه معرفته ، وأما الطعام الذى نقله غصباً من مكان بعيد فأشهر القولين شراؤه منهم ، لكن يشترط التوثق لأربابه وهذا الشرط فى زماننا متعذر ، هذا إن عرف أربابه وإلا فحكم ما تقدم ، وطبخ اللحم كنقل الطعام فى جواز شراؤه .

وأما النقود التى بأيديهم كسائر ما مر ، إلا أن استحقاقها عسير فلا بأس أن تباع منهم العروض وغيرها بتلك الدراهم على الشرط الذى ذكرناه من اعتبار القيمة وإيصال الكلام .

(١٧٠) [٩] وسئل ابن مرزوق عن نسل المواشى المفصوبة إذا ماتت أمهاتها ؟

قال : لا أعلم خلافاً أنه لا يجوز شراؤها ولا استخدامها إلا بإذن ربها أو بعد أن يدفع الغاصب القيمة لأربابها .

### فرع :

فى « أحكام ابن عبد الحكم » : من باع داراً وفيها جراراً كبيراً أو جمال صغار وكبروا ، فأراد البائع إخراج أبعرته أو أجراره فلم يسعها الباب فلا يجبر رب الدار على قلع الباب ويذبح الآخر أبعرته ويكسر أجراره ، وقد نزلت هذه بأشبيلية وكتب بها إلى القيروان ، فقال أبو عمران : الاستحسان أن يهدم الباب ويبنى البائع إن لم يبق بعد البناء عيب ، فإن بقى بعد البناء عيب يبغض الدار ، قيل للمبتاع : ادفع قيمة الأجرار ، فإن أبى قيل للبائع : اهدم ما بنى وأعطى قيمة العيب ، فإن أبى ترك حتى يصطلحوا .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : إن علم المبتاع بها ووقع الشراء على أنها للبائع لزمه إخراجها ، وإن لم يعلم وكان الذى يهدم لها يسير هدم وأصلحه .أ.هـ. من «التوضيح» .

وفى كتاب « الدلائل » لأبى عمران الفاسى : بيع أصل الكروم للنصارى وهم يعصرون عنها خمراً مكروه ولا يبلغ فيه الفسخ .



تتميم :

وفى كتاب « الدلائل » لأبى عمران الفاسى : المسائل التى يجبر فيها الشخص على بيع ماله من ذلك : الماء للمسافر إذا خاف العطش ومعهم الأثمان وإلا فبلا ثمن ، وطعام المحتكر يخرج [ق/١٤٧] من يد المحتكر ويباع جبراً ، وما هو قرب للطريق إذا أفسدها السيل ، ومثلها الساقية إذا أفسدت يجبر جارها ، والمسجد إذا ضاق يجبر جيرانه الدائرين والفردان الذى فى شاهق يحتاجونه الناس ليتحصنون فيه ، ويكلف السلطان الناس به ، ومثله الجارية إذا خاف العقوب أجبر تغليياً لأخف الضررين ، ومن تغليب أحد الضررين دينار يقع فى معجرة أحد ودجاجة لقطته فيجبر صاحب القليل منهما لصاحب المضرة الكثيرة ، وكذا السفية يخاف عليه الغرق يجبرون على رمى مثل من متاع ويغرمون أهل السفية ما رمى على قيمة ما معهم من المتاع .

واختلف فى القيمة ، فقيل : قيمته فى موضع الطرح ، وقيل : موضع تحمل إليه .

وصلى الله على سيدنا محمد .

## مسائل الصرف والمبادلة والريا

هو فى « نوازل المازرى » .

قال فى « العتبية » : من اكرى دابة بنصف دينار ويدفع ديناراً لربها ويأخذ منه نصف دينار ، قال : لا بأس به .

قال ابن رشد : لا يجوز على أصل ابن القاسم الذى قال : من كان له على رجل ديناراً فلا يكرى به دابة ليركبها ، لأنه صرف متأخر ، وأما على أصل أشهب الذى يرى قبض الأوائل كقبض الأواخر فجائز .

وفى « أحكام ابن الفخار » : ويجوز إبدال الدينار بنصفين ، والنصف بربعين ، والربع بثمانين .

الجزيلى : وفى إبدال الأرباع والأنصاف بالدنانير الكاملة قولان ، منعه مالك ، وأجازه ابن القاسم .

وأما المرافلة فتجوز من غير خلاف .

واختلف الشيوخ فى الدراهم الصغار بالدراهم الكبار بالمنع والجواز والوقف .

وأما الطعام فتجوز مبادلة المأكول - أى المسوس والعفين - بالصحيح والسالم على وجه المعروف ، والقليل والكثير على ما وقع فى رسم القبلة من سماع ابن القاسم .أ.هـ. من الخطاب (١) .

وفرق عبد الحق بين العفين والمبلول من الطعام ، فقال : جاز العفين لأنهم لا صنع لهم فيه إذا تقارب عفن الطعامين ، وأما المبلول ربما كان من فعلهم ، وأيضاً فإنه يقدر على تركه حتى يجف ، والعفين لا يزول عفنه ولو ترك فالضرورة فيه أكثر ، فأبيع عفن بعفن ولا يباح مبلول بمثله .أ.هـ. من كتاب « النكت » .

ومن « التقسيم » لأبى عمران : من له على رجل دينار قائم يحصل عليه ثلاثاً

(١) مواهب الجليل ( ٤ / ٣٥٩ ) .

أو خمسًا أو غير ذلك ، فإن شرطت صرف الجزء امتنع ، وإن سكت جرت المسألة على قولين الأظهر : عدم الجواز .

ومنه ، من اشترى طعامًا بجزء من دينار فدفع له دينارًا على أن يرد له بقية دراهم ، فتأخرت الدراهم فالبيع منقوض ويرد القمح ويأخذ ديناره ، ولا يصح أن يأخذ بقية الدينار طعامًا ولا عروضًا .

مسألة :

إذا اختلف في الذهبين من نحاس وفضة ، فلا تجوز مراطلتها على الأصح .

مسألة :

إذا وقعت المعاملة بسكة ثم قطعت ، فالواجب ما كان يوم التعامل . أ. هـ . منه .

(١٧١) [١] وفي أسئلة العمري عن أخذ قراطين في درهم ؟

قال : يؤخذ حكمها من ما وقع في « العتبية » في كتاب الصرف من سماع ابن أبي زيد ، ونصه : قال ابن القاسم : كلمنا مالك في القرايط التي يتعامل بها أربعة وعشرين دينارًا فكرهه ، وقال : لا أعرف هذا ، ولم يرخص لنا فيه .

وقال ابن القاسم : لا أرى فيه بأسًا .

قال ابن رشد : منعه مالك إذ لعل أن يكون رب القرايط ترك فضل عدد قرايطه لفضل غير الدينار لأن الصرافين يزعمون أن الدراهم إذا وزنوها ثم فرقت ثم جمعت نقصت ، وأجازه ابن القاسم استحسانًا على وجه المعروف .

(١٧٢) [٢] وعنه أيضًا : سألت المفتين ببلد الزاب عمّن له على رجل

دراهم من دين فعسرت عليه فدفع له حليًا ، ومن باع تمر بدراهم سداسية فيأخذ أنصافًا ، أو باعه بالأنصاف القصر طينية فيأخذ دراهم ميلية ؟

فأجاب : أما الأولى ذكر ابن عرفة عن الصقلي أن القابسي توقف في ذلك .

وقال ابن عبد الرحمن : لا يجوز ، والذي يظهر لي المنع سواء اتفق في الجوهريّة

أم لا [ (١) ] لدوران الفضل بالباضعة والسكة ، ولعل ابن عبد الرحمن راعى هذا .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٤٧

وأما الثانية فذكر ابن عرفة ما نصه : وسمع أبو زيد ابن القاسم : لا خير في اقتضاء نصفين وازنين بدينار إلا أن يكون للدينار جريان بمعاينة عنده .

ابن رشد : معنى جريان ، أى وزناً معلوماً ، فيجوز عنه نصفان وازنان كوزنه وأفضل لم يجز كفضل ترك العين بزيادة العدد .

ابن عرفة : ذكره الشيخ ولم يزد إلا قوة ، والدينار من قرض وبه كان يفتى بعضهم ولو تساويا صفةً وقدرًا ، وكذا في القراطين الجديد بالدرهم الجديدة ، والصواب .

قال ابن رشد : فالذى يظهر في مسألة السؤال الجواز ، وأما الثانية فالذى يظهر لى فيها مراعاة ما تقدم ، فإن استوى الوزن والجوهرية والجريان جاز وإلا منع .أ.هـ. منه .

وفى نوازل أصبغ : لا بأس ببيع ذكر التين إلى أجل متفاضلاً وغيره مثل النوى بالتمر .

ابن رشد : هذا صحيح ، لأن الذكر لا يؤكل ، فحكمه حكم العروض اتفاقاً .  
وأما التمر بالنوى اختلف فيه قول مالك ، من أجل أن التمر من النوى فأجازه مرة وكرهه أخرى ، وفضل مرة بين النقد والأجل ، وشبهه أصبغ عن مذهبه .أ.هـ. من الشيخ سالم .

(١٧٣) [٣] وسئل ابن عرفة عن لبن الأدميات من أى صنف هو ؟

فأجاب : بأنه كلبن الأنعام يحرم التفاضل بينه وبينهما .أ.هـ. من كبير التثائي .

وقول خليل (١) : وسويق وسمن [ق/٤٨] إذا لتا صاراً جنساً على السويق بلا

لت .

قالوا : وبمعنى مع ما قاله الخطاب (٢) .

(١) المختصر ( ص / ١٧٤ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٤ / ٣٥٦ ) .

وقال أيضاً : ويحتمل أن يريد أن السويق جنس غير القمح ، لأنه إذا كان القلى وحده ناقلاً ، فأحرى القلى والطحن .

وأما السمن فنأقل بنسبته إلى اللبن الذى أخرج زبده ، وأما بلبن فيه زيد فلا يعد ناقلاً ، نص عليه فى « المدونة » .

وأما الأسواق بالنسبة إلى بعضها بعضاً فجنس واحد ، نقله القباب عن ابن رشد . أ. هـ .

### فائدة:

أنواع البيع الفاسد ، قال فى « التوضيح » : فائدة : شرط « ضع وتعجل » و« حط الضمان وأزيدك » اتحاد الجنس أشار التونسى وغيره ، ونص مالك فى « الموازية » ، قال : إنه لو أخذ عرضاً عن دينه قبل أجله يساوى أقل مما له عليه مع تحالفهما ، إن ذلك جائز وإن كان أقل من القيمة كثيراً ، ولم يخالف فى ذلك إلا الليث ، وكذلك نص ابن يونس على أن « ضع وتعجل » لا يدخل إلا الجنس الواحد ، لكنه قال : وأما « حط الضمان وأزيدك » فيدخل الجنس والجنسين فيما لا يجب تعجيله ، ولهذا تأول صاحب النكتة .

قال مالك فى هذه المسألة : إنه يدخل « ضع وتعجل » .

وقال ربيعة فى التى بعدها على أن المراد أيضاً هو خوف أن يقصد بهذا الفعل « ضع وتعجل » ، وليس ذلك نفس « ضع وتعجل » ، فإذا تقرر هذا ظهر أنه لا ينبغى أن يعلل هذا بـ « ضع وتعجل » و « حط الضمان وأزيدك » لاختلاف العوضين وهما الفرض والأثواب ، ولهذا لم يعتمدوا الشيوخ إلا على المانع الأول وهو بيع وسلف ، ولأنه عام سواء بسواء خمسة أو أقل أو أكثر . أ. هـ .

ومن شروط الإقالة فى الطعام أن يقبض المقييل رأس ماله بالحضور فإن تأخر ولو ساعة فسدت الإقالة .

وهو مذهب « المدونة » وهو المشهور .

ومذهب ابن القاسم الذى رجع إليه فى غير « المدونة » أن الإقالة إذا وقعت على رأس المال بعينه يوفى للمقييل بذلك ، ومذهب « المدونة » لا يوفى له بذلك الشرط وبعض العلماء يشترط أن تقع الإقالة بلفظها ، خلاف مذهب « المدونة » .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٤٩

ولأبى عمران: أنها تجوز بمثل رأس المال مطلقًا ، وبأكثر لا تجوز مطلقًا ، أو بأقل في النقود والعروض دون الطعام عند ابن القاسم ، وجوزه أشهب في الطعام وغيره ، ومنعه عبد العزيز وغيره .

وفرق ابن القاسم : بأن الطعام فيه علتان ، التفاضل والضمان ، وليس في النقود إلا الضمان .

### تطوية :

قال ابن القاسم : إنما ينتقل ضمان البيع الفاسد بالقبض .

قال في « التوضيح » : وأما الملك فلا ينتقل إلا بضميمة الفوات ، ونص ابن القاسم - وهو المشهور - أن المبيع بيعًا فاسدًا لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بعد القبض ، فإذا قبض المشتري السلعة كانت مما يغاب عليه أم لا ، خلأً لسحنون أنه يضمه المشتري ضمان الرهن ، أى ضمان التهمة ، لأن السلعة باقية على ملك البائع ، وهو شاذ .

قال ابن الحاجب (١) : قال ابن القاسم : لا ضمان في الفاسد إلا بالقبض .

وقال أشهب : أو بالتمكين أو بنقد الثمن .

قال شارح « الموضحة » : وتصوير كلام ابن القاسم ظاهر ، وزاد ابن القاسم سببين آخرين للضمان ، وهما تمكين المشتري للسلعة ، وإعطاء الثمن للبائع .

قال سحنون : إنما يضمّن بعد القبض ضمان الرهان ، والأظهر قول ابن القاسم ، لأن المشتري إنما يقبض لحق نفسه على نحو ما يقبضه المالك ولم يقبضه للانتفاع بالثمن كالرهن ، ولا للانتفاع بالغلة مع بقائه ، ولا يدخل على اجتماع رده كبيع الخيار ، ثم قال ابن الحاجب : ولا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض والفوات .

قال خليل في شرحه : لا بد من ضميمة الفوات مع القبض ، فحيث ينتقل الضمان .أ.هـ تحصيله بالمعنى وفي بعض النسخ : على المعروف إشارة إلى قول

(١) جامع الامهات ( ص / ٣٦٢ ) .

سحنون : إن الملك لا يتنقل في الحرام البين .

### فائدة :

قال ابن عبد السلام : قال في كتاب البيوع الفاسدة : لا بأس بشراء زرع قد استحصد كل قفيز بكذا ، نقد الثمن أم لا ، وإن تأخر درسه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً .

قال المواق (١) : قال ابن السراج : هذا مستثنى من بيع المعين يتأخر قبضه أكثر من ثلاثة أيام .

ولما ذكر ابن رشد هذه المسألة قال : إنما فيها اتباع العلماء .

### تنبيه :

الفساد يدخل البيع من وجوه فساده بالعقد وفساده بالثمن ، ووجه آخر وهو شرط سلامة الثمن من الفساد .

قال أبو عمران : من ذلك اجتماع البيع والسلف ، وبيوعات الشروط ، فالفساد في الثمن والعقد عند ابن القاسم سواء ويرجع إلى القيمة .

وقيل : الفاسد في العقد فيه الثمن المسمى كالنكاح ، وأما بيوعات الشروط فإذا أسقط الشرط مشرطة في البيع وإلا فسخ إن كان قائماً ، فإن فات ففي الشروط الأكثر من القيمة أو الثمن ، وفي البيع والسلف إن كان السلف من المشتري ففيه الأكثر من الثمن أو القيمة .

قال ابن عبد الحكم : يفسخ ولو أسقط الشروط مشرطه ، وأن القيمة فيه محدودة ، وأما إن أسقط السلف مشرطه ، فقال ابن القاسم : يصح البيع قبض السلف أو لم يقبض .

وقال سحنون : إن قبض لم يصح إسقاطه وإلا صح .

وقال ابن عبد الحكم : لم يصح على كل حال قبض أو لا .

### تنبيه :

البيوع الفاسدة [ق/٤٩] منها ما يفسد أبداً كالدرهم بالدرهمين

(١) التاج والإكليل ( ٤ / ٢٨٠ ) .

والدينار بالدينارين .

ومنها ما يفسخ قبل الفوات وإلا ففيه القيمة ، وهو ما كان فساده فى عقده أو ثمنه كما مر .

ومنها ما يكره ابتداءً فإن نزل مضى ، مثل من أسلم فى زرع قد أفرك واشترط أخذه يابسًا ، ومثل من باع على أنه إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا وإلا فلا بيع ، ومثل من باع سلعة واشترط ألا يقبضها المشتري إلا بعد يوم أو يومين لمنفعة ركوب أو توثق ، فهذه كلها تمضى ويبطل الشرط ، وكرهها مالك فى كتاب الرواحل ، وأجازه فى باب السلم .

وأما مثل البيع عند النداء ، وبيع المصحف للكافر ، وبيع العبد المسلم لكافر ، وبيع الولد إن لم يشغر دون أمه .

فقال ابن الماجشون وغيره : ينقض البيع .

وقال ابن القاسم : يباع عليه ، نقله أبو عمران .

وصلى الله على سيدنا محمد .



## مسائل الخيار والاختيار والرد بالعيب

فائدة :

الخيار فى البيع توسيعه من تيسير شريعة سيدنا محمد ﷺ ، ولذلك لم يجر فى النكاح .

فرع :

من اشترى سلعة على خيار ولم يجد للخيار أجلاً ، قال فى « المدونة » : جاز ذلك ويمضى بأجل تلك السلعة .

ومن « المدونة » : من انصرم عليه أمد الخيار ولم يختر ، والسلعة بيده وأراد ردها أو أراد أخذها وهى بيد البائع ، فإن بعد من أيام الخيار تلزم ممن هى بيده ، وليس لمن أراد الرد أو الأخذ كلام وإن قرب ، مثل غروب الشمس أو العدو أو قرب فله ذلك .

تنبيه :

تضافرت النصوص على أن السلعة المختبرة إذا هلكت فى حال التقليب أو الاختبار فزمانها من البائع من ذلك ما هو .

وفى « نوازل الفاسى » : من اشترى فرصاً على شرط الاختيار ، فاختره المشتري أو من أمنه هو أو أمنه البائع فانكسر فلا ضمان عليه ، وبه قال ابن المواز فيمن دفع لؤلؤة يثقبها فانكسرت ، وكذلك البيطار يطرح الدابة فتموت ، والسيف يكسر عند الإصقال ، والمريض يسقيه الطبيب دواءً أو يكويه فيموت ، أو يقلع الحجام السن فيموت ، وكذا إختان الصبيان فيموت الصبي فلا ضمان على واحد من هؤلاء ، وكذا لا يضمن أجير الخدمة ما كسره من آلة البيت ، وما يهرق من لبن أو ماء [ (١) ] وهى فكسره أو أحرقه .أ.هـ. منه .

ومن ذلك ما هو فى كتاب « النظائر » لأبى عمران : من اشترى بذراً لا يراد إلا

(١) مقدار كلمة فى الأصل لم أتبينها .

للزراعة فلم يثبت ، فإن دلس رجع عنه بالثمن وإلا فقيمة العيب .

وأما ما يراد للزراعة وغيرها كالقمح والشعير وغيرهما فإن باعه بشرط الزراعة وقال : لا علم لى من يعدم النبات ، بل هى عندى جديدة ، حلف فى ذلك ولزمه قيمة العيب فىقوم على أنها نبتت أو لا تنبت ، وكذا إن باعها من غير شرط وهو يعلم أنها لا تنبت ، فعليه قيمة العيب فقط .

ولفظ المغربى : زريعة للبذر فلم تنبت ، فإن دلس رجع عليه بجميع الثمن ، وإلا فقيمتها على أنها نبتت أو لا تنبت ، وهذا إذا كانت فيه منفعة لغير البذر وإلا فمصيبتها من البائع كالحنى والنيل ونحوهما ؛ إذ لا منفعة فى هذه سوى القدر .

فائدة :

من اشترى سلعة وامتنع من دفع ثمنها لدعواه أن بها عيبا ، فإن كان ظاهراً لا طول فى القيام به لم يلزمه حتى يحاكمه ، نقله القلشاني عن ابن رشد .

وفى السلعة المعلق بيها على دفع ثمنها فلا بد من أهل التقويم يقومونها بأعدل قيمتها .

تنكيث :

إذا اختلف الشهود فى العيب فقال بعضهم : قديم ، وقال بعضهم : ليس بعيب .

قال فى « الكتاب » : هذا تكاذب لا يعمل به ولا ترد به السلعة .أ.هـ .

وهو أعم من هذا فى كل حكم اختلف فيه بيتان تحالفت فأثبتت إحداهما حكماً والأخرى نفته ، فقال ابن عات : يقضى فى ذلك بأعدلها .

وقال ابن القطان : يقضى بالمشبته قال : فهو معنى ما فى « المدونة » و« العتبية » .أ.هـ .

وفى كتاب « عيون المسائل » من « المدونة » لأبى عمران : من باع قطعاً واشترط أكثر من وضعه ، فإن كان فى أصل العقد يجب رد البيع ، لأنه فاسد وإن

كتباه على التطوع فادعى أحدهما أنه شرط فالقول قوله ، وإن اتفقا أنه كان على الطوع جاز البيع ولزم المشتري ذلك ما دام حياً .

وفيه : من باع داراً واشترط أن خيرها مشتركة مع الجار ، فاطلع المشتري على أن الجار الشريك يهودياً ، فليس ذلك بعيب ولا رد .

وفيه : من باع سلعة ثم اشتراها من مبتاعها بأكثر مما باعها به ثم اطلع فيها على عيب ، فإن كان مدلساً فلا رجوع له بالزائد وإلا تراجعاً فيما بينهما ويردها المشتري الأول عليه ويقاص في الثمن ، ومن له فضل رجع به ، هذا إذا ثبت قدم العيب عند البيع الأول ، فإن أمكن حدوثه عند المشتري الأول كان للآخر رده عليه ، ثم لا يكون للمشتري الأول رده ويحلف له البائع ما علمه حدث عنده إن كان مما يخفى ، وإلا حلف على البت وإن أمكن حدوثه عند المشتري الثاني حلف المشتري الأول أنه ما علم أنه حدث عنده ولزم للآخر .

وفيه من غاب ووكل على رد السلعة بالعيب وأنكر المدعى عليه أنه ما باعها منه ولزمته اليمين فردها على الغائب ، فأفتى ابن رشد أنه [ق/ ١٥٠] يعطى حميلاً باليمين حتى يكتب للغائب فيحلف ، قال : وهذا بخلاف من ثبت عليه حق فادعى دفعه ثم قال : ومن أقيم عليه بعيب فأنكر أن يكون باع تلك السلعة هل تلزمه اليمين قبل إثبات العيب ؟

قال ابن رشد : تلزمه اليمين قبل إثبات العيب حتى تتضرر في العهدة ، وللمقام عليه رد اليمين ، وفي « فتاوى أبي الوليد بن رشد » : من اشترى طعاماً مطبوخاً بيض ثم ثبت أن الطابخ لم يغسل البيض عند فسقه وهي مصابة بأذى الدجاجة ، فأفتى بأن غسله حسن ولكن لا ينقض البيع ، لأن ذلك لا يفسد الطعام .

وفي « المتيضية » : إذا ثبت قدم العيب عند البائع وامتنع من الرد وليس ثم سلطان يجبره ، فللمشتري بيع السلعة ويرجع ببقية الثمن إن وجدنا ، وإن كان ثم حاكم فلا بد من الرفع إليه وسجل لذلك وثيقة .

قلت : وإن لم يكن حاكم فى البلد فلا بد من الإشهاد على مقتضى ما فى «التوضيح» .

وفى «نوازل التونسي» : من باع حيواناً وبه أثر جرح قد برئ ، فقال : المشتري : ما هذا ؟ فقال البائع : أثر جرح قد برئ وهو لا يضر ، ثم مكث عند المشتري سنة ونحوها ثم ظهر غور بالجرح فتنازعا فيه فماتت البقرة أو البعير مثلاً منه وهى فى يد المشتري ، فقال : الضمان من البائع .أ.هـ.

فائدة :

التنازع فى العيب على ثلاثة أقسام : فإن شهدت البينة بقدمه فالضمان على البائع ، وإن شهدت بحدوثه فعلى المشتري ، وإن لم تقطع بقدمه ولا بحدوثه ولم يترجح واحد منهما فالقول للبائع ، والأصل فى العيوب الحدوث ، والأصل فى العقود الصحة .أ.هـ. الشيخ سالم .

فائدة :

نقل الشعبى عن محمد عن عبد الملك الخولانى فىمن باع خاوية يعلم بكسرها ودلس وهو يعلم أن المشتري يجعل فيها الزيت ، فلما جعل ذلك فيها اندفق الزيت . قال : لا ضمان عليه فى الزيت ولو أكرهاها لعمل الزيت لضمن لغروره من نفسه .

قال : فالأول بمنزلة من باع عبداً ودلس فيه بسرقة فلا ضمان عليه فيما سرق من سيده .

قال البرزلى : والثانية بمنزلة من باع عبداً ودلس فى إباقه فمات فى الإباق أو قتل فىضمنه .

قلت : وقد سبق لنا فى مدرستنا مع الأشياخ ببلاد بسكرة ، فيجب عليه الفحص وفرط فيما يلزمه فمصيبته من نفسه ، والمشتري ملك المنفعة فليس عليه فحص فى الذات .

## فائدة صحيحة الطرد والعكس على منهاج المناطقة :

وهى المشتري ضامن للسلعة بالعقد الصحيح ولو هلكت فى الفور ، وفى الفاسد بالقبض ، وعلى هذه القاعدة بنى أهل التأليف نصوصهم ، ولكنهم خصصوا منها ما يحتمله مبناها ، وذلك ما لم يكن تدليس ، أو يثبت أن الهلاك سبب قول البائع .

وفى « نوارل المازرى » : من باع عبداً وأخبر أنه أبق مرة لمكان عينه ورجع بنفسه ، ثم ثبت أنه أكرى عليه من رده بالقهر .

قال : المشتري مخير ، ثم قال : من ابتاع فرساً ولم تأكل علفها ومن القدى كذلك فحملها لربها ، فقال له : عندك وقع هذا ، فتركها عند بائعها فماتت ، ممن يكون ضمانها ؟

فقال : البيع ماضٍ والقول للبائع فيما ادعاه إلا بينة بقدم العيب . أ.هـ .  
تنكىت :

من باع عبداً مثلاً والتزم للمشتري أنه إن مات فى السنة فهو ضامن له ، فالشرط باطل ، قال معناه الخطاب فى باب الخيار ، ثم قال : اللهم إلا إذا قامت بينة عادلة على عيب قديم فيقوم صحيحاً ومعيباً ويأخذ المشتري ما نقص ، وفرضها الخطاب فى دابة .

تنبيه :

تفصيل البينة فى شهادتهم على العيوب ، فإن كانت فى حياة البهيمة فيقبل العدل وغيره للتعذر كما صرح به خليل وخصصه شراحه بالحياة ، وأما بعد موت الحيوان فلا يقبل إلا العدول .

تتميم :

فإن ظهر عيب بالسلعة فى غيبة بائعها فقد اختلف فى ذلك ، فمنهم من جعل الإشهاد شرط أو الرفع إلى الحاكم ، وهو معتمد ابن شاس وابن الحاجب واعتمده خليل حيث قال <sup>(١)</sup> : ودخلت فى ضمان البائع إن رضى بالقرب أو ثبت عند حاكم وإن لم يحكم .

(١) المختصر (ص / ١٨٥) .

قال شارحه : وإن لم يقبضها بائعها ولا مضى لها زمان يصيبه القبض فيه على مشهور المذهب ، وكذا إذا ثبت العيب عند حاكم وإن لم يحكم به ، فهى داخلة فى ضمان البائع ، وأخرى إذا حكم .

فقال فى شرح كلام ابن الحاجب : وهذا ظاهر مذهب المصنف لابن القاسم فى شهادتها ، وهو الذى يأتى على مذهب مالك فى « الموطأ » .أ.هـ.

ومنهم من يرى أن الإشهاد والرفع شرط فى إبقاء المشتري على حقه فى الرد ، وقال آخرون : بل هو على حقه ، وإن لم يشهد فله رد السلعة على بائعها مهما أمكنه الرد ، قاله ابن الحاجب واستدل على ذلك بقول اللخمي ، وعلمه بأن الناس يستثقلون الرفع للحاكم لأنه يرجع أن البائع يصدقه ، نقله ابن عرفة عن اللخمي عن ابن القاسم .

تذييل :

إذا حاول المشتري الرد ولم يجد له سبيلاً مثل مانع الخوف أو بعد الغيبة وقربها مع خوف الطريق وجب عليه إعلام القاضى بعجزه فيلزم له فى بعيد الغيبة وقربها مع الخوف ، فإن رجاى قدومه لم يحكم عليه بعد أن يثبت المشتري أن الشراء على عهدة الإسلام إلى آخر الشروط ويحكم ، فإذا حكم دخلت فى ذمة البائع وفى ضمانه ، قال هذا ابن هارون فى شرح ابن الحاجب .

تفصيل :

هذا كله مقيد [ق/١٥١] بعلم التدليس وإلا فهو فى ضمان البائع على كل حال ، ولا يحتاج إلى رفع ولا إشهاد ولا حكم حاكم .

تنكيث :

قول ابن الحاجب (١) : إذا كان البائع غائباً أشهد شاهدين .

قال ابن عرفة : يقتضى أنه شرط فى رده أو سقوط اليمين عليه إن قدم ربه ولو لم يدع عليه ذلك ، ولا أعرفه لغير ابن شاس ، وله القيام فى غيبته .أ.هـ.

(١) جامع الأمهات (ص / ٣٦٠) .

قلت : لفظ ابن عرفة : يقتضى بقربه ، معناه أنه لو سكت لا يضره ولا يعد منه رضا ، فالإشهاد عنده شرط كمال ، وهو كذلك بل صرح به بعض شراح ابن الحاجب .

فائدة :

لو ظهر عيب بقرب الشراء وقال أهل النظر : لا يمكن حدوثه فى هذه المدة ، فهو من البائع ، وبه صرح أبو الحسن وإليه لوح خليل بقوله (١) : ( والقول للبائع فى العيب) أى فى نفيه وحدثه ، ثم قال : الإشهاد عادة للمشتري .

قال فقهاء المغرب : ومثل شهادة العادة كما لو ظهر به العيب بقرب الشراء ، بحيث لا يمكن طرئان العيب فى تلك المدة .

فائدة :

قال ابن القاسم فى « المدونة » : ولو تبرأ البائع من كى بالأمة فوجد الكى بالظهر أو بالفخذين ، فقال المشتري : ظنته يبطنها فلا رد له ، إلا إذا كان متفاحشاً فيرد به على ما ذكرناه فى الدبر والإباق .

ابن المواز : وقال أشهب : يفسخ البيع ما لم يصف شنع الكى وقدر كل كية ويريه ما يجوز أن ينظر إليه من ذلك ، وكذلك قروح الجسد وجراحاته ، وكذلك ذكر البراءة إذا لم يصف له قدرها وغورها فالبيع مفسوخ .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم فى ذلك أحب إلينا ، وقد ضعف أشهب جوابه فى مسألة الإباق ، قال هو وابن القاسم فيمن تبرأ من الإباق فوجد إباقه كثيراً أو بعيداً فله الرد .

قال بعض شيوخنا : إذا اشترى عبداً فوجد به كياً خفيفاً ، فقال أهل الفلسفة : إنه يكون لعله كذا نظر ، فإن كان من البرابر لم ينظر إلى قولهم ، لأن البرابر معلوم أنهم يكونون لكل علة ، وإن كان من أهل الدوم فليرده ، لأنهم لا يكونون إلا لعله مخوفة .

(١) المختصر (ص ١٨٥) .

ومن « المدونة » لابن القاسم وابن المواز وأشهب : وإن تبرأ من عيوب الفرج ، فإن كانت عيوب الفرج مختلفة ومنها المتفاحش ، لم يبرء حتى يذكره ، أى عيب هو ، أمن اليسير أو ضده ؟ فإنه يبرأ .

وأما الرتق وما تفاحش فلا يبرأ ، فلو تبرأ من الرتق فوجد بها رتق لا يقدر على علاجه ، فإن كان من الرتق ما يعالج ومنه ما لا يعالج لم يبرأ البائع حتى يبين .  
وقال أشهب : إذا كان العظم لا يقدر على علاجه إلا بخوف على الجارية فله الرد .

ومن « المدونة » : قال أشهب : قال مالك فيمن باع عبداً أو دابة أو غير ذلك وكثر فى براءته وذكر أسماء العيوب ، فلا يبرئه إلا من عيب يريه إياه ويوقفه عليه ، وإلا فله الرد إن شاء .

وروى ابن وهب : أن عمر بن عبد العزيز منع أن يذكر فى البراءة عيوباً ليست فى المبيع إرادة التأليف .

قال التحفى : لو قال : أبيعك لحماً على بارئة ، لم يبرأ حتى يسمى العيب .

قال شريح : قال أشهب عن مالك : لا تنفع البراءة من كل عيب علم به ، ولو سماه بعينه لم يقل أنه به وإلا فهو مردود ، وإذا باع عبداً أو دابة أو غيرها وبه عيب فسماه وسمى معه عيوباً ليست به ، فإن ذلك لا ينفعه حتى يوقفه عليه - أى العيب الذى هو به - وإلا فله الرد .

وقال ابن المواز : لا ينفعه ولو أفرده ، ولو قال : أبيعك بالبراءة من كذا وكذا حتى يقول : إن ذلك به ولا يخلطه بغير ، يريد ما جرى من عادة النخاسين يذكر من ذلك تليفياً وإطماعاً للمشتري ، فيضمن أن ذلك ليس به ، وأرى أن يبرأ بذكره إذا أفرده ولو لم يقل إنه به .

ومن « الواضحة » : وإذا سمي فى البراءة عيوباً بعضها بالعبء وبعضها ليست به ، لم يبرأ مما هو به حتى يفرده ، اللهم إلا إذا كان المبتاع عالماً ، أو العيب ظاهراً ، أو يخبر به غير البائع عند التبائع فيلزمه ، وقاله مالك وأصحابه .



قال أبو محمد : وهذا مثل ما فى كتاب محمد بن يونس .

ونقل الشيخ فى أول الخلاصة ومعظمها فله رد البقرة بعيب يذهب منفعتها ، وإن ظهر عيب بعد اللبن أو آخره ، فإن كان هو وجه الصفقة فله ردها ، وإلا فله رده ولا خيار له فى البقرة .

وفى « مختصر ابن عبد الحكم » : من وضع من ثمن الدابة على عيب بها ، ثم وجد عيب آخر فله الرد ، ثم قال : وإن اشترط حين البيع عيوباً كثيرةً ، فقال المبتاع : رضيت بالدابة وبكل عيب بها ، فقال مالك : ذلك يلزمه له ، لأن كل من ألزم نفسه شيئاً فى البيع فهو على ما التزم إلا فى البيوعات الفاسدة التى يدخلها الفسخ ، مثل الشيء المحلل حراماً أو المحرم حلالاً .

### فصل فى الاختيار :

من اشترى ثوباً فأخذ اثنين ليختار واحداً ويرد الآخر لربه ، فادعى ضياعهما ، ضمن واحد بالثمن المسمى والآخر هو فيه أمين .

### تنبيه :

ظاهر قولهم : فادعى ضياعهما . . . إلخ ، وأما إن صدقه ربهما فى الضياع أو قامت بينة فلا شيء عليه ، ويلزم البائع ثوب ثلاثة ، هذا قوة ما ضمنه لفظ الفقهاء ، لكن الذى يحسن هذا إذا ضاعا معاً قبل الاختيار ، وأما بعد الاختيار فالمختار على القابض اتفاقاً ، وهذا إذا تبرع له البائع بالدفع ، وأما لو طلبه منه فإنه يضمن نصف واحد ، كذا إذا ضاع واحد ، وإذا شاء .

وإن قبضهما ليختارهما فحكمهما حكم السلعة المبيعة على الخيار ، فإذا مضى خيار تلك السلعتين وهما بيده لزمته .

وأما إذا طلب أنه ضاع واحد فى هذه المسألة فما ضاع فعليه نصفه وهو شريك فى الباقي [ق/ ١٥٢] وكذا من له ديناً فى ذمة رجل فدفع له ثلاثة دنائير ليختار واحداً ، فادعى تلف اثنين فهو شريك ، هذا مضمن « المدونة » .

## فصل

(١٧٤) [١] سئل أبو العباس أحمد الإيبانى أن السلعة إذا تركها الدلال بيد مريدها بعد انتهاء سوماها وذهب يشاور ربها فضاعت ؟

فأجاب : إذا أقر التاجر فتلزمه القيمة مع البينة على الضياع ، لأنه قبض على الشراء لا على الائتمان .

قلت : ولو لم تقم بينة فعليه الثمن المسمى للعلة المتقدمة ولاتهامه على إخفائها على ربها ، لأن الخيار للبائع على مقتضى السؤال ، تأمل .

(١٧٥) [٢] ومن هذا الدلال إذا اطلع على عيب بالسلعة وكتمه هل يرد عليه أم لا ؟

فأجاب الإيبانى : إنه لا يرد عليه وإنما عليه ما نقصه العيب ، ومن هذا قول السمسار للتاجر : ادفع لى دراهم السلعة أذهب بها إلى ربها فإن قبلها دفعتها له وها هى السلعة بيدك ، وتركها بيده على هذا الوجه فضاعت الدراهم .

قال الإيبانى : يضمن الدلال ما سقط ، لأنه لم يؤمنه ، وإن تبرع التاجر بذلك فلا ضمان على السمسار فيما سقط لأنه آمنه ، وإن ترك السلعة بيد التاجر وأخذ منه الثمن وذهب ليدفعه لرب السلعة فضاع ، قال : لا ضمان عليه لإذن ربها له .

وإن قال له : نادى بالسلعة وشاورنى ، فتركها عند التاجر ليشاوره فأنكره التاجر فيها .

فقال : ضمانها على السمسار لعدم الإشهاد ، وإن نسى من تركها عنده فإنه يضمن . أ.هـ ، هذا كله من « أسئلة الإيبانى » .

تتميم :

إذا استغل المشتري السلع ثم وجد بها عيبا وردها ، لأن الاتفاق على أنه لا يرد الغلة لأن الغلة له إلى يوم الرد ، وفى البيع الفاسد الغلة للمشتري إلى يوم الفسخ ، لأن ضمان السلعة من المشتري إلى يوم الفسخ ، ومن كان عليه الضمان فالغلة له ما دام عليه الضمان لقوله ﷺ : « الخراج بالضمان » (١) .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذى (١٢٨٥) والنسائى (٤٤٩٠) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد (٢٤٢٧٠) وابن حبان (٤٩٢٧) والحاكم (٢١٧٦) من حديث عائشة رضى الله عنها .  
وصححه الترمذى والحاكم والذهبي ، وقال الألبانى : حسن .

قلت : ولهذه نظائر لا ترد الغلة فيها ، لكن على تفصيل نبينه إن شاء الله .

### مجموع النظائر :

الرد بالعيب والفسخ والشفعة والاستحقاق والتفليس .

أما الرد بالعيب والفسخ ترد الغلة مع السلعة ما لم تزهو ، فإن زهت فهي للمشتري ، وترد في التفليس إن لم تجذ ، فإن جذت فاتت ، وهذا التفصيل كله ما لم تفارق أصولها ، فإن فارقت أصولها فاتت .أ.هـ . من «التتائي على الرسالة» .

### تنبيه :

مشهور مذهب مالك أن الولد ليس بغلة فيرجع مع أمه إذا رجعت بعيب أو فسخ أو استحقاق ، وهذا هو المعتمد .

وللسيوري قول بأنه غلة ويحكم له بحكم الغلة .

ونقل الشيخ يوسف بن عمر في باب الغصب : إنه ليس بغلة ، ولفظه : ومن غصب دابة وولدت عنده ، قال ابن القاسم : يرد الأصل والفرع إذا وجد .

وقال أشهب : إذا ذهب الفرع فليس له إلا الأصل .

وقال ابن القاسم : عليه غرم الفرع .أ.هـ.

قلت : ولعل هذا خاص بالغصب لمحض التعدي وعدم الشبهة ؛ ولذا لم يجرى فيه خلاف كما في غيره .أ.هـ.

### مسائل من السلم

ونقل المازرى أن سكك الحرث يجوز السلم فيها على مثل سكة حاضرة من غير وزن ، وعلل ذلك بأنها تباع كذلك من غير وزن .

قلت : وعلى مقتضاه أن كل ما جرى به العرف يباع من غير وزن ولا كيل ، لأنه يجوز السلم فيه على مثل نوعه .

(١٧٦) [١] وفى « نوازل العقبانى » : من أسلم فى أحمال نحاس وقناطير زيت فى قرض ثم سافر المسلم إليه وبعث وكيله لقبض النحاس فامتنع المسلم من الدفع إلى الوكيل ، فلما قدم وحل الأجل وقد قبض القرض فلما طلبه فيما بقى من القرض ، قال له : فوتنى غرضى من النحاس وفاتنى الانتفاع به ومنعت وكيلى ؟

فأجاب : فإن كان قدر وزن النحاس وكيل الزيت أو وزنه ولم ينقله فالسلم صحيح ، وكذا إن كانا معينين وإلا فهو فاسد ويفسخ .

وفى « الدرر » : إن سلم المضغوط لا يلزم إذا كان الذى أسلم له عالماً بضغطة ، قال : وهو المشهور .

(١٧٧) [٢] وفى « أسئلة الوغليسى » : هل ينعقد البيع بالغنم وهى غائبة فى الذمة ، وفى الزرع وهو فى المطمورة ؟ وهل يكفى ذكر السن أو لا بد من وصف اللون - شقراء مثلاً - ورطوبة الصوف ؟

فقال : كل ما تختلف به الأغراض فلا بد من ذكره ، ويكره تأخير قبض الطعام ونحوه من المعينات .

وفى « أسئلة العقبانى » : من أخذ دراهم على الزرع ولم يؤجل له بل على فتح المطمور ؟

فأجاب : إن كان فتح المطمور موكلاً إلى خيار صاحبها ولم يضرباً أجلاً قريباً

كاليومين والثلاثة الأيام فالأمر فاسد ويرد دراهم الناس .

وأما لو ضربا أجلاً قريباً وعلم المشتري بالوصف صح ذلك .

(١٧٨) [٣] وفي «نوازل القاضى ابن زرب» ، فى رجل اشترى طعاماً

ورأى بعض الحب وساومه عليه ودفع العربون ولم يقبضه حتى غلا سعره ، فامتنع ربه من الدفع ؟

قال : يلزمه كل ما عقد عليه البيع قليلاً أو كثيراً ، وإن استهلكه ربه فعليه

الإتيان بمثله صح .

والمسألة من أول السلم الثانى من « المدونة » وفى القباب شارح ابن جماعة مثل

كلام ابن زرب .

(١٧٩) [٤] وفى أسئلة المشدالى : مضت بجاية ، من دفع سلعة فى طعام

أو يعطى دراهم على قبض ذلك العدد ويتأخر القبض ولم يكن الطعام معيناً ثم يرتفع سعره ، وطلب صاحبه الفسخ لعدم القبض ؟

فأجاب : الطعام المشتري بالسلعة أو بالدراهم بكيل معلوم ، وإن كان مضموناً

فى الذمة يفسخ لأنه سلم حال يجب فسخه ، وإن كان [ق/١٥٣] معيناً ، مثل أن يكون عنده طعام فى بيته أو مطمورة فيصفه له أو يريه بعضه على أن يكيل له الأمداد التى تعاقد عليها فيؤخر الكيل بغير شرط ، فالبيع صحيح فلا سبيل إلى فسخه غلا الطعام أو رخص .

ونقل الخطاب من « المسائل الملقوطة » : من فى ذمته طعام فأبى ربه من قبضه أو

عجز ، ثم جنى على الطعام ، قال مالك : ليس له إلا قيمته يوم عجز عن قبضه ، ولم يختلف فيه .

وفى الكرمى شارح ابن أبى زيد : من دفع ثمن طعام وغفل عن قبضه حتى

غلا ، قال الشيخ : نزلت بفاس فقال أكثر فقهاء فاس : البيع فاسد ، لأنه بيع معين يتأخر قبضه .

وقال الفقيه السومنان : يصح ، واستقرأه من « المدونة » ، لأن التأخير المضر هو

الشرط ، وهنا وقع التأخير بغير شرط ، تأمل .

(١٨٠) [٥] وفى « نوازل الإمام المازرى » : أنه سئل عما يضطر الناس إليه فى هذا الزمان مع أن الضرورة تبيح المحظورات ، الفقير يحتاج إلى الطعام بالدين ، وعند الأجل يقول : ما عندى إلا الطعام ، فيضطر رب الدين إلى أخذه منه خوفاً أن يذهب به بأكل أو غيره لفقره ، وربما كان رب الدين حضرياً والمدين بدوياً فيتعذر الخروج إليه مع ما فى ذلك من الرخصة ، حيث لم يكن شرط ولا عادة وأباحه كثير من فقهاء الأمصار لذلك وغيره من بيوع الأجل خلافاً لسد الذريعة ؟

فأجاب : هو ممنوع فى المذهب ولا رخصة عند أهل المذهب والورع ، قل : بل كاد أن ينعدم ، وكذا الدين انعدم وكثرت الشهوات وكثيراً ممن يدعى العلم يتجاسر على الفتوى ، فلو فتح لهم باب فى مخالفة المذهب لاتسع خرقة وارتكبوا الموانع وهتكوا حجاب المذهب ، وهذا من الفساد الذى لا خفاء فيه ، نقله ولد ابن عاصم فى شرحه لتحفة أبيه .

وقال البرزلى : من تمام جواب المازرى ولفظ الزيادة الذى نقلها البرزلى من كلام المازرى بعد قوله : لا خفاء ، ولكن إذا لم يقدر على خلاص الثمن إلا بالطعام فيعطاه على وجه سائح يأخذ الطعام ويوكل به وكيلاً يبيعه على ملك ربه وينفذه للحاضر ويقضى ويدفع بإشهاد من تحيل .

قلت : ومثله ما يقع اليوم عندنا إذا لم يجد المسلم عند الأجل الزرع إما لجذب أو جراد ، فيعطيه حيواناً أو يعطيه قطنية ، والسؤال فيه كالسؤال ، والجواب فيه كالجواب .

وفى القباب شارح ابن جماعة : لا يجوز اقتضاء الطعام عن ثمن الطعام إذا كان مدخولاً عليه فى العقد أو مشروطاً أو عرفاً جرياً به ، وأما إن وقع اتفاقاً فلا بأس .

(١٨١) [٦] وفى «مسائل البرزلى» : وسألت شيخنا إذا لم يجد ما يعطيه إلا الشعير عن قمح وهو أقل منه ؟

قال : يعطيه الشعير عن القمح ويكون كالمكروه فى أخذ بعضه ، ولو كان الشعير أكثر كان كالمسألة المتقدمة ويبيعه ويقبض من سلمه .أ.هـ.

وقال ابن هارون فى « اختصار المتيطة » : مسألة فى السلم : اقتضاء الشعير عن القمح بعد الأجل لا قبله ، ولا يجوز أخذ الذرة عنه لأنها جنس آخر ، ولا يأخذ دقيق عن قمح أو شعير قبل الأجل أو بعده ، وأما يبيعه به يداً بيد مثلاً بمثل فأجازه مالك .

وروى عنه ابن الماجشون أن ذلك لا يجوز إلا فى القليل من الجيران والرفقاء ، وأجازه عبد العزيز متفاضلاً .أ.هـ.

وفى « نوازل الإمام أبى الفاسى الإيبانى » : وسئل عن الرجل يرى الطعام ويرضاه، ثم باعه ربه ؟

فقال : عليه أن يأتى بمثله وليس للمشتري أن يقبله حتى يريه ذلك .

قيل : فإن سرق الطعام أو حملة السيل أو احترق ؟

قال : ليس على بائعه إلا رد الثمن .

قيل : أيجوز بيع طعام السلم قبل قبضه .

قال : نعم ، لكن لا بد من قبض عوضه قبل المفارقة وإلا فهو ربا .

قيل : أيجوز بيع اللوبيا بطعام إلى أجل .

قال : جائز لأنه أدوية .

قيل له : الرجل يعرض طعاماً للبيع فيقبله رجل ويرضاه ولم يدفع ثمنًا ولم يقبض ولم يكيه فتحول الأسعار .

قال : هو على ذمة المشتري دفع الثمن أم لا ، والأصل فى جميع ذلك إذا رأى العوض ورضيه فهو لازم له .أ.هـ. من أصله .

والذى لابن الحاجب ما هو أعم فى الاقتضاء المسلم فيه ، ولفظه : أداؤه بقدر أجله بردىء أو بنوع آخر يجوز .

## مسائل من الضمان

الضمان ويسمى الكفالة والحماله ، والأصل فى جوارزه قوله تعالى : ﴿وَأَنَابِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف : ٧٢] ، ومشهور مذهب مالك أن من تحمل على ميت ما هو فى ذمته أو على غائب فإنه يلزمه ما ثبت فى ذمة الميت أو الغائب ، ولا تضر جهالته للشيء المتحمل به ولا بكثرتة ولا قلته ، وإنما يشترط ثبوت دين لازم أو آل إلى اللزوم .

وقد حكى ابن يونس الاتفاق على لزوم ضمان الرجل عن شخص غائب ، وتبعه ابن عرفة على ذلك وحكى غيرهما الخلاف ، والمشهور اللزوم .

ونص « المختصر » : لا إن ادعى على غائب فيضمن ثم أنكر .

قال بهرام فى « كبيره » : مفهومه أنه لو أقر المضمون عليه ، فإنه يلزم ذلك وهو كذلك .

ولفظ ابن يونس : من قال : لى على فلان دراهم ، فقال له رجل : أنا بها كافل ، فأتى فأنكر لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك بينة .

ثم قال بهرام بعد كلام ابن يونس : ظاهر اعتلاله فى « المدونة » أنه لو أقر لزم الحميل الغرم .

قلت : ولو تحمل رجل على غائب وثبت الدين بينة قبل قدوم الغائب ، فإن الضامن يلزمه الغرم باتفاق .

تنبيه :

لو التزم رجل الضمان على غائب وهو ثبوت الدين بإقرار أو بينة أو يمين ، ورجع المتحمل ، فإن رجعه لا ينفعه ويلزمه الغرم .

ونقل الخطاب عن ابن يونس ناقلاً عن مالك ، ولفظه : قال مالك فيمن قال لرجل : احلف أن الذى تدعيه قبل فلان حق وأنا ضامن ، ثم رجع ، فإن [ق/١٥٤]



رجوعه لا ينفعه ، ويلزمه ذلك إن حلف الطالب ، وإن مات كان ذلك فى ماله ، فإن أقر المطلوب بما عزم الحميل غرم له ذلك ، وإن أنكره كان للحميل أن يحلفه فإن نكل غرم ، وليس له أن يحلف الحميل عنده ، وليس له أن يحلف الطالب لأنه قد حلف أولاً ، وأشبعت يمينه يمين التهمة التى بالنكول عنها يغرم ، نقله الخطاب عن أبى الحسن .

تنكىت :

معنى قولهم : بدين لازم ، ظاهره وهى الديون المترتبة فى الذمم بمعاوضة الرشيد معاملة صحيحة ، فهذا لازم فى الحال ، ومعنى قولهم : أو آل إلى اللزوم ، مثال المعاملة الفاسدة إذا فاتت السلعة ولم يتأتى فسخ ، ويرجع إلى القيمة فقد آل إلى اللزوم ، ويبيع الفضولى إذا أجازته رب السلعة ويبيع الغاصب إذا أمضاه رب السلعة بعد القدرة على التمكن من سلعته ومن ذلك الرشيد إذا باع لسفيه فإذا صرفه السفيه فيما لا غناء له عنه فقد لزمه فى ماله على القول الراجح فقد آل إلى اللزوم ، فلو ضمنه شخص فى ذلك حين العقد لزمه الضمان ، لأنه آل إلى اللزوم فيغرم الضامن ذلك ، فيرجع به فى مال السفيه ، لأنه صرفه فيما لا بد له منه فقد صان به ماله ، نقله الخطاب من كلام ابن رشد .

وفى مسألة الذهب تفصيل نقله الخطاب ، ونصه : لا يخلو الضامن لمحجوره والمضمون له من أن يعلم المضمون بأنه محجور عنه أم لا ، أو يعلم الضامن دون المضمون له ، أو يعلم المضمون له دون الضامن ، فإذا علمه المضمون له دون الضامن فلا شيء على الضامن اتفاقاً ، وعكسه يلزمه اتفاقاً ، وفى علمهما معاً أو جهلها خلاف ، فعند ابن القاسم اللزوم ، وعند غيره لا يلزم ، ثم قال : هذا ما لخصه ابن رشد من «نوازل أصبغ» من كتاب الحمالة ، ثم قال : ولا شك إذا لزم الضامن غرم ما ضمن لا يلزم به على المحجور من هذا الباب .

قلت : قوله : ولا شك . . . . إلخ ، يريد - والله أعلم - لعلمه بحجره .

تنبيه :

قاعدتهم فى قولهم : تصح الحمالة فى الدين اللازم أو الأيل إلى اللزوم ، فلما

أمعنه النظر فيها لا يصح رده على شرط الحكماء من قويل المناطقة ، وذلك أنى وجدت دينًا لازمًا لا تصح فيه ، وذلك فى رجل باع قمحًا بدراهم وضمنه رجل على أن يعطيه عند الأجل طعامًا ، وكذا من باع لحمًا بدراهم وضمنه رجل على أن يعطيه حيوانًا من جنس ذلك اللحم ، وكذا فى جميع الاقتضاءات التى لا تجوز ، فالبيع لازم والحالة باطلة ، فإذا حل الأجل يقول الضامن : لا يلزمنى دفع طعام فى ثمن طعام باتفاق لأنه مدخول عليه ، فلا خلاف فى منعه ، وأنا لم أتحمّل لك إلا على ذلك وقد منعى منه الشرع فيرجع الطالب إلى غريمه فيأخذ منه دراهمه إن كان حاضرًا موسرًا ، وإلا فعلى الضامن الأقل من قيمة الطعام أو الثمن ، لأنه ورطه لتوثقه به .

قلت : وهذا إذا جهل ، وأما لو علم أنه لا يجوز أخذ طعام عن ثمن الطعام فلا شيء له .أ.هـ.

وضابط الاقتضاءات الفاسدة التى لا يجوز على ما حرره الشيخ سالم ، حيث قال : وضابطه كل ما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نقدًا فلا يجوز اقتضاؤه عن ثمن آخر كاللحم عن ثمن الحيوان من جنسه وعكسه ، وكالطعام عن ثمن كراء الأرض ، وكل ما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز اقتضاؤه عن ثمن الآخر ، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام ، وأخذ ثوبين عن ثوب أو العكس ، أو أخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها غزله ، وأخذ ثيابًا عن ثمن غزل بعد مدة يمكن فيها النسج ، وأخذ قصيل عن ثمن شعر بعد مدة يمكن فيها نباته .أ.هـ.

تنكىت :

كل ما تبطل فيه الحالة تبطل فيه الإحالة ، وكل ما يصح هنا يصح هناك .

وفى «نوارل البرجيني» : قال مالك : من اشترى جارية وتكفل له رجل بكل ما يدركه فيها ، فهى كفالة لازمة .

قال : هذا إن قال له : إن أدركك فيها درك فعلى إن أراد الثمن ، وإن قال له : إن أدركك درك فعلى أن تخلصها بلغت ما بلغت ، فهى كفالة باطلة ، لأن هذا

لا يلزم البائع ، فكذلك الكفالة به لا تلزم .

قال ابن القاسم : لا يخرج الكفيل من الكفالة ، لأنه قد أدخل المشتري في دفع الثمن لثقتة به فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم الاستحقاق أو الثمن ، إلا إذا كان البائع حاضراً موسراً فلا شيء على الضامن ، وكذلك من استأجر رجلاً وأخذ منه كفيلاً بالخدمة فلا ضير ، فلو مات الأجير لم يكن على الكفيل أن يأتي برجل مكانه ، قاله مالك . والله أعلم .

وقال مالك : لا خير في ضمان بجعل ، فإن وقع وكان يعلم صاحب الحق سقط الضمان ورد الجعل ، فإن لم يعلمه فالحمالة لازمة ويرد الجعل .

قال ابن رشد : إذا قال رجل لرجل : اشترى عبد فلان فإنه ثقة ، فوجده سارقاً فيدخل في الغرور بالقول .

وفي « الطرر » : قال رجل لرجل : أعطني على سلعة كذا ، فقال : لا أعرفك ، فقال له آخر : هو ثقة ، ثم فلس أو غاب أو مات ، أيجوز أن يأخذ منه ؟ قال : لا يجوز حتى يقول : في ضمانى أو أنا ضامن .

قلت : ويجرى فيه قول بالضمان كما سبق لابن رشد ، وتأخير رب الدين للغريم تأخير للحميل غير مسقط للحمالة عند ابن القاسم ولا يمين .

وقال ابن المواز : يحلف أنه لم يرد إسقاط الضمان .

وفرق غيرهما إن كان موسراً أو أخره تأخيراً بيناً سقط ، والمعسر فلا فإن أبى الكفيل من التأخير للمعسر فلا كلام له ، وهو في الموسر بالخيار لأنه يقول : أخاف أن يفلس ، فإن لم يقل حتى حال أجل التأخير فالكفالة [ق/١٥٥] على حالها ، هذا كله من أصول المذهب .

تتميم :

من جاء بمن تحمل بوجهه فبرئ ، فإن كان عديماً ، وكذا إذا أتى به وكيله وحده لم يبرأ الكفيل ، وكذا إن فلس .

## ١٧١ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

ولابن مرزوق : الوجه لا يسقط ضمانه بلقاء رب الدين للغريم مراراً وطلبه إياه فى بلاد الحاكم والأنصاب . أ.هـ. منه .

وذكر الوغليسى : أن الضمان على الفقير بشرط إن فتح الله عليه بشيء من الزكاة أو فيء أو نحوه أدى .

قال : وهو جائز والدين فى ذمة الفقير .

قال ابن القاسم : وإذا لم يحكم على الحميل بالوجه حتى مات الغريم بالبلد قبل الأجل أو بعده ، قرب ذلك أو بعد فلا شيء على الحميل .

قال ابن المواز : وهو المعروف من قول مالك وعليه جماعة .

قال : وإن مات فى غيبته وهى قرية أو بعيدة لزم الحميل الغرم ، إلا أن تكون الحماله بوجه فيموت الغريم قبل الأجل فلا شيء عليه .

قال ابن المواز : وقال أشهب : لا أبالى إذا هو مات فالحماله تسقط بموته فى غيبته أو فى بلاد ، واختاره بعض الشيوخ وهو نحو ما فى « المدونة » .

## مسائل الرفق ورفع الضرر

### والدعاوى والخصومات

قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، قال أهل العلم : الحديث معناه لا يفعل ما يضره ولا يلحقه ضرره .

وقال غيره : لا ضرر على أحد ، أى لا يلزمه الصبر عليه ، ولا إضرار أى لا يجوز له إضرار غيره .

وقيل : هما بمعنى واحد وأراد التأكيد ، فلا ينبغي لمؤمن أن يحدث على جاره شيئاً يضره به .

وفى « مسائل البرجيني » : كل ما أحدثه الرجل على جاره من حمام أو فرن يضر به دخانه ، أو رعى يضر به صوته بجداراته ، أو حفر بئراً أو كنيفاً قرب جداره فيضر به ، أو يحدث إصطلاباً عند بيت جاره فيضر به زيل الدواب وبولها منع من ذلك كله .

وقال أشهب : إن كان يجد من ذلك بدأ منع ، وإن اضطر إلى ذلك ولم يجد عليه مندوحة مثل الكنيف يحفره فى حقه فله ذلك وإن ضر بجاره ، لأنه يضر به منعه كما يضر بجاره حفره فهو أولى بدفع الضرر عن نفسه بحفره فى حقه وماله ، وكذا قال فيه مالك .

قلت : ومعناه القاعدة الأصولية العامة لأحكام المذهب أن من أذن له فى فعل وسرى بسببه ضرر لجاره فلا ضمان عليه .

فرع :

وكذا له منع الروائح القبيحة ، مثل الدباغ يؤذى جاره بما يحدث من الدباغ .

مسألة :

من أحدث فرناً لم يضر بجاره إلا أنه نقص من ثمن داره خاصة ، فقال ابن عتاق : لا كلام لصاحب الدار فى حط الثمن ، ووافقه ابن مالك .

وأفتى أبو المطرف عبده بمنعه لما فيه مما يصيب الدار ، ووافق محمد بن سعيد بن زعل ، واحتج كل واحد بحجج يطول ذكرها .

تنبيه :

نقل ابن رشد الخلاف فى حوز الضرر وهو يحاز عشر سنين وتنقطع حجة القائم أو لا حوز فيه ، وكذلك حكى ابن عتاب فى « الطرر » ، ومثله لابن سحنون عن أبيه .

البرجيني : مسألة :

قال ابن رشد : اختلف فى حيازة الضرر المحدث ، فقيل : لا يجوز أصلاً وإليه ذهب ابن حبيب ، وفيه أنه يحاز لما تحاز فيه الأملاك العشرة أعوام ونحوها وهو قول أصبغ .

قال بعض الموثقين : وبه القضاء .

وروى عن أصبغ أيضاً أنه : لا يحاز إلا بعشرين سنة ونحوها ، كابن زرب يستحسن فى ذلك خمسة عشر سنة ، وروى ذلك عن ابن الماجشون .

وقال ابن مزين : ما كان على الضرر يبقى على حالة واحدة لا يزيد ، كالأبوين والكوى التى يطلع منها ، وشبه ذلك بأنه يستحق ذلك بطول الزمان وحضور القائم ، وما كان يتزايد ضرره كالكنيف والنتن والدخان فلا يحاز بطول الزمان ، ويقطع عن القائم متى قام .

(١٨٢) [١] وسئل ابن رشد عن عين الماء فى جنان رجل صنع عليها رحى فعمد صهره المجاور لجنانه يحفر عيناً بينها وبين الأولى خمسين ذراعاً ، فضعت عين الأول وتعطل طحنه ، وشكى من فعل صهره وزعم أن ماءه هو الذى عنده ، إلا أنه لم يخاصمه ، ثم نصب الصهر رحى على عينه المحدثه وطحن ستة أعوام بعلم الأول وحضوره وهو ينكر ولا يخاصم ، ثم قام يطلب المخاصمة ، فهل بناء الثانى ونفقته الأولى حوز يقطع دعواه كما وقع لابن القاسم ، لا سيما وهو لا يخاصم وإنما يشكى ، وقد علمت ما حكاه ابن سحنون

عن أبيه فيمن خصم ثم ترك أنه لا يدفع الحوز إلا أن يقولوا : لم يزل يخاصم ويطلب ؟

فأجاب : الذى أراه أن يحلف صاحب العين الأولى فى مقطوع الحق بالله الذى لا إله إلا هو ما رضى بإسقاط حقه فيما أضر به صهره من انتقاص مائه باستنباط العين ولا سكت هذه المدة إلا على أن يقوم بحقه متى شاء ، ثم له ردم العين إن قال أهل النظر والمعرفة : بها ماء عين صهره وضر به ضرراً شديداً لا يشكون فيه . أ.هـ .  
(١٨٣) [٢] وفى «نوازل البرجيني» : فرع : وسئل سحنون عن دارين بينهما زقاق سلوك وفى إحدهما كوة يرى منها ما فى الدار الأخرى ، فبنى الآخر غرفة وفتح فيها كوة قبالة الكوة القديمة يرى منها ما فى غرفة الأولى فطلبه الأول فى سد الجديدة ، فقال له : سد أنت كوتك القديمة ، فإنى إنما سكت عنها نحو خمس سنين إلا لحسن الجوار ، وكل واحد يكشف جاره ؟

فأجاب : يحلف صاحب الكوة الجديدة أنه ما ترك القديمة فى تلك المدة إلا لحسن الجوار وما ترك حقه ، ثم يسدان إن شاء .

فرع :

وحيازة الضرر على الأقارب والأجانب سواء لا فرق ، وليس هو كالأستحقاق إلا حتى [ق/١٥٦] يفرق به بين الأقارب والأجانب ، قاله القاضى ابن زرب .

فرع :

ولا حيازة عن صغير ولا سفيه ولا غائب حتى يبلغ ويرشد ويقدم .

مسألة :

ولذا اختلف فى قدم الضرر وحدوثه نظروه أهل البصيرة والعدالة ، فإن شهدوا بقدومه على دليل نظرهم قيل لمدع الحدوث : أقم بينة على دعواك وإلا فلا ، وإن دل النظر على الحدوث منع من الضرر ، وإن أشكل الأمر وجب التوقف وقيل لمحدثه : أقم بينة على أنها جارت بجور ، وإلا فالعداء مغلب لظهوره ، ومحكوم بدفعه حتى يتبين ما يسقطه .

وفى كتاب ابن سحنون : إنه محمول على القدم حتى يثبت الحدوث .

قال بعض الشيوخ : وهو الذى جرى به العمل .

وفى « الطرر » : إذا أشكل أمره أنه على الحدوث حتى يثبت القدم ، والله

تعالى أعلم .

مسألة :

إذا شهدت بينة بأن هذا الأمر المحدث مما يضر بالجدار ، وشهدت أخرى أنه لا يضر ، فالذى شهدت أنه يضر أحق بالعمل وهى أولى وعليه جرى العمل وبه العمل .

مسألة :

إذا كانت دار أسفلها لشخص وعلوها لآخر ، وانهدمت ، قال ابن القاسم :  
يجبر صاحب الأسفل على البناء أو البيع لمن يبنى .

قال سحنون : إنه يجوز البيع إذا كان البائع عديمًا ، وإلا لم يجز البيع بشرط البناء .

قال اللخمي : يريد ، ويجبر على البناء .

وقال ابن القصار : يجبر صاحب الأسفل على البناء إلا أن يختار صاحب العلو بناءه من ماله ، ويمنع صاحبه من الانتفاع حتى يعطيه ما أنفقه .

فرع :

فإن تسبب الهدم وهو الأعلى ، وكان صاحب الأسفل حاضرًا عالمًا ولم يتكلم يضمنه ، واختلف إذا كان غائبًا [ (١) العلو مما لا يخفى سقوطه ، هل يضمن أم لا ؟ لأنه لم يقم عليه ، وإن أقام عليه ولم يفعل ضمن قولاً واحداً ، وكذلك إذا كان سبب الانهدام هو والأسفل سواء .

واختلف فى تعليق العلو حتى يصلح الأسفل ، قولان المشهور منهما أنه على صاحب الأسفل .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .



وفى كتاب ابن سحنون : قال أشهب : ليس على صاحب العلو أن يبنى فوق علوه إلا ما خف وظهر عدم ضرره ، ولو انكسرت خشبة فى سقف العلو لا يدخل فى محلها وهو ثقل .

وحكى ابن عبد السلام : أن ابن القاسم قال : بناء السلم على صاحب الأسفل إذا كان له علو أن يبلغ به علوه ، ثم على صاحب العلو الأعلى ما أدرك العلو الأول إلى علوه .

قال أبو محمد : وأعرف لبعض أصحابنا أن على صاحب الأسفل بناء السلم إلى حد العلو ، وإن كان ثم علو آخر فعلى صاحب العلو الأول بناء السلم على حد علوه إلى حد سقف علوه الذى عليه علو الآخر .

فرع :

قال ابن عبد الحكم : عن ابن القاسم : وبناء المرحاض على الأسفل إلى السقف وعليه كنهه .

مسألة :

وصلاح السقف على صاحب الأسفل ويحكم له به إذا ادعاه الأعلى .

بعض الشيوخ : والإجماع على ذلك ، ولصاحب العلو الانتفاع من جلوس وغيره .

فرع :

قال ابن عبد البر : من له مسيل ماء على سطح رجل ، فانهدم السطح فأصلحه على ربه ، ولا على رب المسيل شيء من بقيته .

فصل :

قال ابن عبد الحكم : عن ابن القاسم : وإذا اختلفا فى جدار بين ديارهما كل واحد يدعيه ، فإن كان عقد بنائه إلى ديارهما فهو بينهما بعد تحالفهما ، وإن كان عقد إلى دار أحدهما خاصة فهو لمن إليه العقد ، وإن كان منقطعاً عنهما فبينهما ،

وإن كان لأحدهما فيه كوة ولا شيء للآخر وهو منقطع دارهما فهو لمن إليه مرافقه ، وإن كان فيه كوة لكليهما فهو بينهما وإن كان عليه خشب لأحدهما ولا عقد عليه لواحد منهما فهو لمن عليه الحمل ، وإن كان لهما معاً عليه حمل فهو بينهما ، وإن كان لهذا عشر خشبات وللآخر سبع فهو على حاله وليس لأحدهما زيادة خشب إلى خشبه إلا برضا صاحبه وإن انهدم بناؤه جميعاً ويراد أنه على حاله .

ولابن سحنون عن أبيه : إن كان لأحدهما خشبة وللآخر عشر ولم يكن معقود إلى أحدهما فهو بينهما نصفين ، وإن كان معقود إلى أحدهما وللآخر عليه جذوع قضى به لمن إليه عقده ، ولصاحب الجذوع بموضع جذوعه ، فإن انكسرت فله أن يجعل مكانها أخرى .

فرع :

إذا كان حائط فوق حائط وعقد الأسفل إلى أحدهما وعقد الأعلى إلى الآخر ، قضى بكل حائط لمن له عقده .

فصل :

(١٨٤) [٣] فى «نوازل أصبغ» : أرضان متجاوران بينهما نهر أو جبل أو طريق ، فأراد رب أحدهما أن يجاور النهر أو الجبل أو الطريق ، فقال الآخر : هذا حاجز بيننا ولا يتعدى أحد ؟

فأجاب : إن كان هذا النهر عظيمًا أو الجبل شامخ أو الطريق واسعة معهودة للسلوك ، فليس له التعدى ، والقول قول من ادعى أنه حاجز ، وإن كان النهر صغيراً غير دائم الجرى وربما انقطع فى زمان الصيف ، فإنه لا يشبه ما تقدم ، ومثل هذا ينظر فيه بالاجتهاد ، فإن كان من الأنهار الحادثة التى تحدثه الأمطار والسيول لم يكن حاجزاً ، وإن كان قديم الجرى بين الأمر والطريق مسلوكة دائماً ، إلا أن النهر ليس بعظيم حتى يرى أنه حاجز ، فإنه كالنهر العظيم والجبل الشامخ على نحو ما أخبرتك .

ومن كتاب الدعوى والإنكار : إن الدعوى لا بد أن تكون محققة مشبهة موافقة

للعرف ، فإن اختلف من هذا شيء بطلت .

قال ابن الحاجب آخر باب الشهادات : الدعوى غير المشبهة لا تسمع من مدعيها [ق/١٥٧] .

وللإمام الحافظ القلشاني على الرسالة : الدعوى التي ينفىها العرف وتكذيبها العادة غير مقبولة لقوله : « وَأَمْرٌ بِالْعُرْفِ... » [الأعراف : ١٩٩] ، فوجب الرجوع إلى العرف عند الدعوى .

ما صرح به المغربي أن الخصم إذا ادعى على الخصم ، فقال له : إن لم أحضر مجلس قاضى كذا فكل ما تدعيه على حق ، أنه لا يلزمه ، بخلاف الزوج تدعيه الزوجة أو وليها للبناء ، فيقول : إن لم أبين إلى أجل كذا فأمرك بيدك .

ووقع الاتفاق أن من ادعى قبل رجل ديناً لم يدر قدره وأنكره المدعى عليه أصل الدين ، أن دعواه باطلة لعدم التحقيق .

قال عيسى بن دينار فى كتاب الجدار : من ادعى على رجل ديناً لم يدرى كم هو؟ ولا يعرف المطلوب من أى وجه ؟ لا يلتفت إليه .

وذكر ابن رشد فى « البيان » من سماع من كتاب التفليس : إن من حضر لقسم التريكة وسكت سكوتاً طويلاً ، ثم قام مدعيًا حقه أو ديناً قبل الهالك ، إن دعوته ساقطة وحقه باطل ، وللمغربي فى كتاب « التحصيل والتقسيم » مثله .

ونقل الخطاب فى حاشيته (١) عند قول خليل : ( وإن ظهر دين ) فى رجل له ذكر الحق ، فلا يقوم به حتى يموت الذى عليه الحق ويقسم ورثته ماله وهو حاضر ينظر ثم يقوم به .

قال : فلا شيء له ، لكن شرط قسمة الجميع ، بل وسقط حقه ولو قام عليه فى حياته .

وفى « المدونة » : وإذا كانت داراً لرجلين ولأحدهما داراً تلاصقها فأراد أن يفتح فى الدار المشتركة باباً يدخل منه إلى داره ، فللشريك منعه لشركته معه فى موضع الفتح ، فإن قسما ، قال : اجعلوا نصيبى إلى جنب دارى حتى أفتح باباً ، لم يقبل

(١) مواهب الجليل (٥ / ٤٦) .

## ١٧٩ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

منه وقسمت الدار بالقيمة ، فحين وقع سهمه أخذه وإن كان في الناحية الأخرى ، وإن قسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره ففتح إلى النصيب من داره باباً وجعل مصيره إلى الطريق هذا النصيب هو ومن اكرى منه مسكنه ، فذلك له إن أراد ارتفاعاً ، وإن جعله كسكة نافذة لمر الناس ويدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق ، فليس له ذلك .أ.هـ.

قال أبو الحسن : قوله : فللشريك منعه . . . . إلخ ، ولو لم يكن له شريك لكان له أن يفتح .

قال أبو محمد : لو فتح في حائط نفسه ليدخل منه في دار الشريك لم أرى فيه بأساً وكان له ذلك .أ.هـ.

ونقل ابن يونس كلام أبي محمد وقبله .

وقال أبو إسحاق بعد أن ذكر كلام أبي محمد : وفي هذا نظر ، لأنه لا يحدث على رأس الشريك باباً من دار فقد يطول الأمر فينظر أن يفتح الباب حق على دار الشركة وذلك يحط من ثمنها .أ.هـ .

وما قاله أبو إسحاق ظاهر لا شك فيه ، فالظاهر بقاء كلام « المدونة » على إطلاقه وأنه ليس له أن يفتح باباً للشركة معه في موضع الفتح من الأرض وإن كان الجدار له .أ.هـ .

ثم قال أبو الحسن : قوله : وقسمت الدار . . . إلخ ، زاد ابن يونس : فإن وقع سهمه بجانب داره فتح له باباً إن شاء ، ثم قال أبو الحسن : قوله : ثم اشترى أحد النصيبين . . . إلخ ، قال أبو إسحاق : ما لم يغلق باب الدار الأخرى فلا يكون ذلك .أ.هـ .

قلت : الذي أراد أبو إسحاق إذا أحدث باباً يخرج منه إلى باب داره ، فقد خفف على صاحب النصيب الآخر ، بعض المرور ، لأنه قد كان له مسكن النصيب الذي صار له بالقسمة الباطلة ثم يمر منه على نصيب صاحبه .

(١٨٥) [٤] وسئل بعض أهل التحقيق عن رجل ادعى على رجل أن ثوره

نطح ابنه فقتله ، وشهدت بينة أنه لم يصدر منه نطح ولا ضرب عند ربه ولا عند من باعه له ؟

فأجاب : إن هذه الدعوى باطلة ولا على صاحب الثور حق ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « العجمة فعلها جبار » (١) ، اللهم إلا أن يشتهر الثور بالضرب ويتقدم منه مراراً [ (٢) ] إن لم يبعه أو يضع به ما يمنع الضرب ، وأما حيث لم يثبت منه ضرب إلا على هذه المرة فلا ضمان قولاً واحداً .أ.هـ .

(١٨٦) [٥] وسئل الشيخ داود : من ادعى على رجل أنه عقد على زوجته؟ فقال : لا تقبل دعوته ولا تتوجه .

قيل له : فإن ثبت عنه ذلك بموجب الثبوت ، أتقبل ؟

قال : لا ، ولا على الإمام تعزيره ومعاقبته .

تنكيت :

من وقع به ضرر واشتكى ذلك لحاكم ولم يحكم له بدفع الضرر حتى باع ملكه الذي وقع فيه الضرر ، فلا قيام لمن اشترى منه ذلك الملك .

(١٨٧) [٦] وسئل عن امرأة اشترطت سكنها في دارها أو دار أخرى لا تخرج منها ، وادعت ضرر زوجها فكيف التوصل لمعرفة ذلك ، وهي تقول : لا نخرج من دار شرطى ، أيأتى الزوج بأمين يسكن معه حتى يتبين حاله أم تخرج ؟ فأجاب : إن دعواها الضرر لا تصدق فيه ، فإذا طلبت أن تسكن معها أمانة فلها ذلك ، فإن شهدت وجب الزجر بما يظهر للحاكم ، والقياس أن لا نأخذ بشرطها حتى يشهد عدلان بالضرر ، لكن قد يقوى استحسان تصديقها بمسألة مالك فيمن أعتق عبده ثم قام عليه رجل بدين ولا بينة له ، فنكل عن اليمين وحلف الطالب ، ومن تزوج أمة فزعم سيدها أنه باعها منه ، وأقام شاهد فحلف ، إن الشراء يثبت ويفسخ النكاح ، وهذا يدل على أن تقبل مع شهادة الأمانة ولو استند إلى طلاق واحد ، وإن كان مثلها في الاقتداء لا يثبت به حد ولا طلاق .

(١) أخرجه مالك (١٥٦٠) والبخارى (١٤٢٨) ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه .

(٢) قدر كلمة لم أتبينها .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٨١

(١٨٨) [٧] وسئل أبو عمران عن امرأة أن بعلها لا يقدر على وطئها ،  
أيحلف مجملًا أنه يطأها ، أو لا بد أن يقول : أطأها في الفرج ؟  
فقال : اليمين على دعوتها ، فإن ادعت أنه لا يطأها في فرجها حلف على  
ذلك .

وفي كتاب الجزولي : عطار ودباغ تداعيا جلدا وهو تحت أيديهما معًا قضى به  
للدباغ مع يمينه ، لأن العرف يكذب العطار فلا شيء له ، ومثله تنازع الخرار مع  
الطالب في كتاب [ق/١٥٨] .

وفيه : إذا تنازع رجلان في خروف ، أنه يطلق على نعجتين أيهما قبلته فهو  
لربها ، وإن قبلاه معًا فحكمه ما تقدم .

وفيه أيضًا : امرأتان ولدتا ذكراً وأنثى والتبس ، فأفتى بأن لبن الذكر خفيف .

وروى أنها وقعت في زمان سليمان بن داود عليهما السلام ، فقال لهما : نقسم  
بينكما الذكر نصفين فرضيت واحدة ومنعت الأخرى ، وقالت : يا نبي الله لا تعذبه  
واتركه حيًا وهو عندها فأعطاه لها ، وقال : هي أمه حقًا .

ومن ادعى أن بفرج زوجته عيبًا ترد به وتنكر هي ؟

فقال : مذهب سحنون أن الحاكم يحكم بنظر النساء إليها ، وخالفه ابن القاسم .

وقال محمد بن التبان : روى عن مالك أن النساء ينظرون إليها ، وفي الجبر  
نظر ، ولكن إن أمكنت من نفسها فهو جائز ، وإن أدى الحاكم اجتهاده إلى مذهب  
سحنون فهو حسن فيوثق بالمأمونات في وقتنا ، ألا ترى أن قول عائشة رضي الله عنها : « لو  
أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد » (١) .

وفي « نوازل ابن حدير » : من شهد على نفسه في وثيقة بقطع دعواه عن  
خصمه ، ثم قام يدعى وزعم أنه لم يفهم الوثيقة ولا قرئت عليه ، وأظهر حسان  
كتاب الاسترعاء وطلب إثباته .

فقال ابن حجاج : إنه ساقط وإن كانت بينه مسترعاة أو غير مسترعاة ، قديمة أو

(١) أخرجه مالك (٤٦٨) والبخاري (٨٣١) ومسلم (٤٤٥) .

حادثة ، فهي ساقطة .

فقال حسان : لم يفهم الوثيقة ولا قرئت عليه .

فقال هشام بن أحمد : لو كان من عقدت عليه وثيقة وذكر بعد انعقادها أنه لم يفهمها ولا لقنها ، عمل به لم يصح حكم لأحد ، وهذا باب من أبواب الحمل الذي لا أحبه ولا أحب حاكماً يسمعه ولا جرى به عمل ، ولو عمل به لتغير شرع محمد وفسدت أحكام المسلمين .

وفى كتاب « المجموعات » : من ادعى على صبية أنها غير بكر يكلف بيينة أو ينظرها النساء .

قال : لا نظر إلا ما قاله سحنون ثم رجع عنه ، ولم يثبت به عمل لما يدخل ذلك من كبير الضرر والعار على بنات المسلمين ، وقد قال ﷺ في الأموال : « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(١)</sup> ، فكيف فى الأبدان ؟ فأعجز عن الثبوت ، فعلى الحاكم أن يجعلها فى دار ثقة من المسلمين خمس وأربعون يوماً ، فإن حاضت برئت من دعوته ، وإن ظهر بها حمل فيقام عليها الحد بعد الوضع .

ومن كتاب عبد الملك : قال مطرف : من ادعى أن فلانا شجه أو ضربه ولا بيينة ، قال : إن كان المدعى عليه من أهل التهم يسجن الشهر ونحوه ، وإن لم يكن من أهل التهم يسجن اليوم واليومين ونحو ذلك يستثبت فى أمره .

قال ابن القاسم : سألت مالكا فى المدعى على السارق ، أيحلف ويرسل ؟

فقال : إن كان متهماً امتحن بالسجن والضرب ، فإن تلجلج فى قوله نكل على ما يراه الإمام على قدر الفعل وقت السؤال ، فإن أقر وإلا استحلف ، وإن كان ممن لا يتهم فضيلاً فلا سبيل عليه بشيء ، بل يعاقب المدعى ، وبه جرى العمل .

وأنت المرأة فى الفور والساعة مستغيثة وادعت أن فلاناً جامعها مكرهة ، وأنت بقرينة وسبب ، إن كان ذلك الرجل حاضراً فى ذلك الموضع وأدخل عليها فى بيتها أو استغاثت وتحيل لها أنه زوجها أو محرم لها فليمتحن بالسجن والسؤال وينكل على ما يراه الإمام ، فإن أقر وإلا حلف وليس عليها عقوبة ، وإن ادعت على رجل فاضل لا يليق بمثله وهى من أهل التهم فعليها حد الفرية ، وإن ادعت على رجل جامعها

(١) تقدم تخريجه .

أو راودها ، أو رأت نفسها حاملاً وادعت على رجل بعد شهر ونحوه ، فلا ينظر إلى قولها ولا يسجن الرجل إلا أن يكون متهمًا ، وإن كان لتخلفها على الدعوى عذر ، مثل غيبة بعلها أو قريبها ، وقالت : كرهت أن أتقدم بغير إذنه فليُنظر الإمام قوة السبب ووجهه ويعتمد على نظره ، وكذا ينظر إن ادعت على رجل أنه خادعها وعرضها للمعصية ، إن كان عازبًا يشتغل بالعاهرة سجنه طويلًا وعزمه صداقها على المثل إذا أتت تائبة مستغيثة ، وإن أقامت بعد أيام فلا ينظر لقولها ، والأمر فى ذلك كله لنظر الإمام ، وهذا كله اقتداء بقول عمر بن عبد العزيز : تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوه من الفجور ، وكذا الرجل يتعلق بالرجل إلى الحكم يدعى أنه سرقة ولا يعلم ذلك إلا من قوله ، فإن كان من أهل الفضل أدب المدعى أدبًا موجعًا ، وإن كان من أهل الريب سجن كما تقدم .

قال ابن القاسم : قلت لملك : من أين تعرف التهم فى الرجل ؟ قال : إذا علم أنه يتخذ العينين والعينيات ويطرب نفسه بالعواهر والراقصات يشرب القهوة والخمور ، لا يبالي بما يفعل .

وللتهمة وجوه غير هذا ، منها تلجلج اللسان عند السؤال ، أو يوجد شيء من التوه ، أو ينكر الموضع وقد رؤى فيه ، أو يدم لا قربه أو قريبًا منه أو يضرب عند المنازلة فيهما ، أو يدعى للحكم ويأبى .

قلت : فإن اصفر وجهه أو احمر هو تهمة ؟

قال : لا ، وذلك من حرارة مزاجه وقد يفعل ويأتى ضاحكًا لما ركب الله فى الرجال قال الله : ﴿ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴾ [ الانفطار : ٨ ] .

قلت : فإن اجتمعوا فى موضع خالٍ وادعى بعضهم على بعض وشهد بعضهم على بعض ، أيقبل ؟

قال : أما الحر فلا يقام إلا بشهادة العدول لقوله ﷺ : « ادروا الحدود بالشبهات » (١) .

(١) قال الزيلعى : غريب بهذا اللفظ .

وقال الحافظ : أخرجه الترمذى والحاكم والبيهقى . . . وفى إسناده يزيد بن زياد الدمشقى ، وهو ضعيف ، قال البخارى : منكر الحديث ، وقال النسائى : متروك .  
وقال الألبانى : ضعيف .



قال الأزهرى : أى اتركها إذا لم يثبت بالعدول .

وأما غير ذلك فللإمام النظر فيه مع قوة السبب كما مر .

قلت : والرجل يجتمع فى بيته أهل الخصم فرق واحد منهم .

قال سحنون : ييرثوا أقربهم تهمة فإن استقروا واحد منهم .

(١٨٩) [٨] وسئل الإمام العقبانى على أهل مزية قدموا شيئاً عليهم ، ثم

ادعوا أنه استهلك أموال بعضهم وأحال عليهم [ق/ ١٥٩] مخدومه فأخذ منهم

بعد السجن والضرب ، هل يضمن ما استهلكه أو لا ؟ والحال أنه معروف

بالظلم ، وهو ممن يتولى قبض الوظائف الظلمية من أهل القرية المذكورة ؟

فأجاب : الحمد لله ، إن علم بالظلم لأموال أهل القرية وهلكت بسببه أو

أخذها مخدومه من أجله كان لهم ضمان عليه فى كل ما أهلكه فى غير حق .

(١٩٠) [٩] وسئل عن رجل ادعى على زوجته أنه تزوجها ثيباً ، فوجدها

تدمى فسألها ، فقالت : هو حيض ، فتمادى إلى خمسة عشر يوماً ، فتحير وسأل

فقيهاً ، فقال له : أقصى الحيض خمسة عشر يوماً ، فلما تمت أراد وطئها فوجده

متمادياً ، ثم أخبر بذلك أنها مستحاضة من نحو عامين ، فانعزل منها ، فهل له

الرد أم لا ؟ وهل عليه صداق أم لا ؟ وهل لها نفقة فى مدة العزل أم لا ؟

فأجاب : إن ثبت أنه من عامين فله الرد بعيب الاستحاضة لأنها تمنع الاستمتاع

ويمنع لذته ، وكنت أفتى أنه ليس بعيب لعدم عد الفقهاء له فى العيوب ، ثم رأيت

لغير واحد أن الاستحاضة عيب .

(١٩١) [١٠] وسئل عن رجل ادعى على رجل أنه ضربه فقلع أسنانه ، ثم

رجع إلى الجماعة ، وقال : أنتم راجعون إلىّ وأنا الآن نطلب حقى عندكم ؟

فأجاب : دعواه على المعين يوجب إبراء الجماعة ، ودعواه على الجماعة يبطل

دعواه على المعين ، فلا كلام له عند المعين ولا عند الجماعة .

وفى « نوازل المازرى » : من ادعى على غيره أنه رهنه خلخالاً ، فادعى هو أنه

أمانة عنده ووضعه عند والدته فضاع ، والمدعى عليه فى منزل واحد ، فهل يضمن

لإيداعه عند غيره ؟

قال : هو ضامن لإيداعه ما هو بيده عند غيره .

وفى رسم حلف من سماع ابن القاسم عن مالك : إن الزوجة إذا ادعت على زوجها أنه باع متاعها تعدياً ؟

قال : تصرف الزوج فى مال زوجته محمول على التوكيل له حتى يثبت التعدى .

وذكر الإيبانى فى رجل ادعى على رجل أنه زاد فى السلعة وهى فى يد الدلال ، هل تلزمه .

قال : نعم إلا إذا زاد غيره عليه فلا تلزمه .

وقال ابن رشد : تلزمه ولو زاد غيره بعده .

وذكر الخطاب : ويقول الإيبانى جرى العرف فى مكة وغيرها ، وظاهر كلام ابن رشد أن لربها أن يلزمها لكل من زاد فيها ، ولو جرى العرف بخلافه ، ولم يذكر ابن عرفة غير كلام ابن رشد الأقفهسى الذى فى المذهب ، أن المذهب ما قاله ابن رشد . أ.هـ .

انظر الخطاب (١) فإنه ذكر أن رب السلعة إذا شاوره السمسار وأمره بالبيع ، ثم زاد فيها شخص فإنه تلزمه وتلزم المزايد ، أما لو زاد قبل ذلك فربها مخير ، رواه ابن القاسم عن مالك .

وفى « البيان » لابن رشد : من ادعى على ورثة بعد قسم التركة أن له حق من إرث .

قال : إذا اقتسموا التريكة وهو حاضر مشاهد للقسمة بطل حقه بسكوته بعد ذلك العام ، ونحوه عن قياس ما ذكر فى البيع .

وفى سماع أشهب : إن القسمة بيع ، وقد قيل : إنها تميز حق ، فيبطل حقه بمرور السنة أخرى وأولى ، وأما إن لم يشهد القسمة وإنما علم بها لم يسقط حقه إلا

(١) مواهب الجليل ( ٤ / ٢٣٩ ) .

بمرور أمد الحياة .

(١٩٢) [١١] ومن نوازل الادعاء والخصومات : رجل له ساقية رحي تمر في أرض رجل فنبت في قعرها أو بحافتها شجر كثير ، فهل هو لرب الأرض أو لرب الساقية ؟ لأن كل واحد يدعيه ، وإذا كان لرب الأرض ، فهل لرب الساقية تنقيته ؟ وهل لرب الأرض حرث حافتي الساقية ؟ وهل يلقي الكناسة على حافتها أو يؤمر بإخراج الكناسة ؟

فأجاب : إن كانت رقبة الساقية مملوكة لرب الرحا ، فله كل ما نبت بحافتها أو قعرها ، إن شاء قلعه أو تركه ، وإن لم يملك إلا مرور الماء فهو لرب الأرض ، وإن تداعيا لمن ملك الرقبة ولا بينة فالقول قول رب الرحا يمين ، ولرب الساقية طرح الكناسة على حافتها .

وتداعيا أصل الإملاك لهم نهر ملكه جميعهم .

قال : الماء للأعلى فالأعلى ، إلا إذا اقتسموه فهو على قدر حصصهم .

(١٩٣) [١٢] وسئل ابن عبد الرحمن عن رجل له نخلة في ضيعة رجل فطلعت تحتها غرسة فادعاها كل واحد ؟

قال : لا بد للنخلة من حریم ، فإن طلعت فهي لرب النخلة لملكه النخلة ، ولا حجة لرب الضيعة بأنها قد تخرج ، لأنها إذا خرجت عن الحریم وجب قطع ما خرج .

وفي « المدونة » : إن انقلعت نخلة فليس له غرس نخلتين في محلها لقوة الضرر ، ومن طلع شجر نبت شجره في أرض جاره وهو يعيش إذا قلع فله قلعه ، وإن كان لا يعيش فلجاره الخيار في دفع قيمته حطاماً أو تركه يفعل على ما قاله في الرواية .

(١٩٤) [١٣] وسئل الإمام ابن مرزوق عمن بيده حلوى فضاع ، فادعى أنه رهن عنده في دين ، فأقر له بالدين وادعى أنه بغير رهن وأن الحلوى بيده أمانة ؟

فقال : القول قول مدعى الأمانة حتى يثبت موجب الضمان .

## مسائل من الصلح

ابن عرفة : الصلح هو انتقال عن حق أو دعوى بعوض لدفع نزاع أو خوف وقوعه .

وفى « المقدمات » : ينبغى للقاضى أن يندب الخصمين للصلح الذى سماه الله خيراً ، ما لم يتبين الحق لأحدهما ، فإذا تبين الحق حكم به ولا يرجى شيئاً ، وقال عمر رضي الله عنه : « احرص على الصلح ما لم يتبين لك الحق ، فإذا تبين قضى به » ، وهكذا قبل استخراج الوثائق ، وأما بعدها فلا بد أن يتبين فصل القضاء ، فإن وقع الصلح بعدها فسخ على كل حال ، وبه قال ابن القاسم فى شفعة « المدونة » .

قال : من ادعى [ق/ ١٦٠] على رجل فصالحه ، فإن جهلاه جميعاً أو علماه جاز الصلح ، وإن علمه أحدهما فقط لم يجوز وبطل ولا منفعة فيه وبه قال فى صلحها .  
والصلح عند مالك وابن القاسم بيع من البيوع .

وفى « نوازل أبى عمران » : ولا يجوز صلح المرأة عن ميراثها حتى تعلم قدره ، لأن الصلح بيع فيما يحل ويحرم ، ولأن أكثر النساء لا يعرفون ربعاً ولا سدساً إلا بالتعيين والتعديل والتحديد ، وهو ظاهر « المدونة » .

وإذا صالحت زوجها وادعت الإكراه فعليها البينة وإلا حلف الزوج ، ولا يجوز صلح المرأة حتى تعرف حدود قدر كل شخص وقيمته وإلا فهو مجهول ، ولا سيما فى البوادرى لا يعرفون مقدار الربع والثلث يعزل بالحدود ويسمى .

وفى « الدرر المكنونة » : إذا صالحت عن إرثها ولم يتبين الصلح على ميراث الزوج أو الابن الذى مات بعده أو هما ، وغاية البينة سلمت فى متروك زوجها ، وبعد خمس عشرة سنة قامت وادعت الحجر ، وإنما سلمت بصداق ولا علم بقدر الصداق قال : لا يسمع قيامها بعد هذه المدة وسكوتها عامين أو ثلاث بغير عذر مبطل لقيامها .

وفى « الأجوبة » : من ادعى ديناً على شخص ، فقال له : عندى بينة على

براءتى ، فخاف فصالحه ، ثم تبين أنه لا بينة له .

قال : له القيام ببقية دينه ، إذ لا يجوز صلح تهديد ، وهذا منه .

وقال : كل من باع شيئاً خوفاً عليه أو خوف خصومة أو تحرق من شيء لم يجوز بيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر .

وروى عن سفيان الثورى : أنه يجوز بيع الخائف وإجارته .

وصرح الإمام القرافى أن الصلح إذا انعقد بشروطه سالماً من تحليل حرام وتحريم حلال ، أنه لا يجوز نقضه ، وقد انعقد الإجماع على ذلك ، وعلله بأنه فتح باب الفتن ودخل الفساد .أ.هـ.

ومثل ذلك حكى عن واحد فى منع أحكام القضاة المتوفرة الشروط ول بعضهم : إذا انعقد الحكم وانبرم بشروطه وأتى المحكوم عليه بما يناقضه من عقد أو بينة فلا تسمع دعواه ولا بينته ، وهو مذهب سحنون إذ فائدة الحكم قطع النزاع ، وهو مختار المتأخرين .

قلت : ومثله ما إذا حكم الحاكم بعد تعجيز الخصم ، كما جزم به خليل فى باب النزاع ، وإنما الخلاف إذا أقر بالعجز وحكم عليه ثم أتى يدعوه هل تسمع أم لا؟ والظاهر قبولها كما قاله خليل .

مسألة :

من صلح البرجيني : من له مائة دينار على شخص فأنكره ، جاز صلحه على خمسين من صفتها إلى أجل .

قال مالك فى « المدونة » : وقال فى غيرها : لا يجوز إلى أجل ، وبه قال ابن القاسم ، انظر « التنبهات » لعياض فظاهرة عكس هذا ، وأن أصل مالك الجواز من الجهتين ، وأصل ابن القاسم من جهة واحدة ، وأصل ابن القاسم فى هذه المسألة الجواز ، وأصل مالك المنع .أ.هـ.

ومنه : من ادعى جزءاً فى دار لم يسم مبلغه ربعاً ولا ثلثاً ، ثم طلب الصلح

فى ذلك ، فلا يجوز لأن الصلح بيع وهذا مجهول فإن لم يفعلا فالصلح فاسد على مذهب ابن القاسم ، وأباه مطرف وأصبغ كيفما وقع ، وجعله من المعروف - والله أعلم - .

قال مالك فيمن أقام شاهداً بعشرة دنانير ، فقال للمدعى عليه : اطرح عنى اليمين وأؤخرك بها سنة ، ليس بحسن ، رأيت إن قال : أعطيك عرضاً .

(١٩٥) [١] وفى « أسئلة المشذالى » : طمار مات ولم يعين ما لكل واحد وترك الرتبة مهمة ، وتنازع الناس بعده ووقع التداعى ، وكل واحد يدعى مظموراً ويدعيها الآخر فواحد يدعى عدداً ، وواحد يدعى أنه خزن فى ناحية وينكره الآخر ؟

فقال : يحلف كل واحد على دعواه ويقسم الزرع على حسب الدعاوى .

مسألة :

من له بينة غائبة بحق على رجل ، فجحده وصالحه واسترعى أنه ما صالحه إلا لغيبة بيئته وإن حضرت قام ببقية حقه ، فإن كانت قريبة الغيبة لم ينفعه استرعاؤه قولاً واحداً ، وفى البعيدة خلاف .أ.هـ. منه .

وقال سحنون فيمن جحده خصمه ويقر له سرّاً ويقول له : أخرنى سنة وأنا أقر لك ، ففعل وصالحه على هذا ، ثم قام عليه ، قال : استرعى أنه جحدهنى وإن وجدت بينة قمت ، فذلك له إن أشهد به قبل الصلح وقد علمت البينة أنه يطالبه ويجحده .

وقال غيره : لا ينفعه ذلك .

والشيوخ : لا خلاف أن من صالح على إنكار ثم أقر له ، إن له القيام ، ولا خلاف أن من ادعى ضياع الصك وصالح ثم وجده فله القيام .

قال سحنون : إن صالح وهو عالم بيئته فلا قيام له بها ، فإن ادعى عليه خصمه أنه عالم بها حين الصلح فالأصل الجهل بيمين ، فإن علمها بعد الصلح فله

القيام .

قال بعض الشيوخ : ويحلف ما علمها وقت الصلح .

(١٩٦) [٢] وفي كتاب الجدار : سئل عيسى عن صالح عن إنكار ولا

علم له بالبينة ، ثم عثر عليها ؟

قال : لا شيء له .

وفي « تبصرة » ابن فرحون : من صالح على إنكار وذكر أن وثيقة الحق ضاعت

ثم وجدها ، فله القيام بلا خلاف .

فرع :

فإن وقع الصلح على إسقاط البينة والمجهولة لم يكن للقاتم بها حجة ، علم بها

حين الصلح أم لا .أ.هـ.

وللرعي : من جحده غريمه في حقه فصالحه ثم أقر له وقد كتب في وثيقة

الصلح قطع الدعاوى والمطالبه والبيانات والاسترعاء ، قال : لا ينفعه ذلك وهو مخير

إن شاء قام عليه ، لأنه صالحه خيفة أن يخسر جميع حقه إلا إذا كتب في العقد

انقطاع الإقرار ، إذا أقر يوماً ما فهذا ينفعه وإلا فلا .

(١٩٧) [٣] وفي كتاب الجدار : سئل عيسى عن قوم يصطلحون في

الموارث ويضمن الحاضر منهم الغائب إن أبي على الصلح ؟

قال : لا أراه بجائز وأراه مفسوخاً وإنما يلزم ضمان الشريك [ق/ ١٦١] في البيع ،

والأخ على الإخوة الصغار والكبار في شيء مشاع بينهم ، وباع أحد الإخوة أو

الشركاء وضمن فرجع الدار للمشتري ممن يقوم من الإخوة أو الشركاء فهذا يجوز ،

وأما الصلح في الموارث وغيرها فلا يجوز ، لأن الصلح لا يقوم مقام البيوع ،

فانهم .

وكتاب الاستحقاق للرعي : فمن خاصمه غريمه وقضى له عليه بحقه ثم صالحه

بقيمة ذلك ، ثم ظهر للقاضي الخطأ أو الجور فيما دفع ، ولو كتب في العقد أن لا

رجوع لواحد منهما قبل صاحبه .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ١٩١

قلت له : فإن كان الطالب لما صالح مع هذا رجع يطلب ذلك الوجه الذي صالح به يطلب الرجوع آخر وأثبت حقه ، أو صالح كذلك معه .

قال : يجبر على رد ما أخذه من المطلوب الأول ، ولو ثبت حقه قبل الآخر وصالحه عليه ، لأنه عارف أن حقه عند المطلوب الآخر .

ومن « المختصر » لمحمد بن لبابة : بقرطبة نزلت واقعة بين علي بن يوسف الداودي وبين إبراهيم الحضرمي فاصطلحا وعقدا وثيقة مشهود فيها عند فقيه من نواحي قرطبة اسمه عطية بن عطية وكان ضعيف الكتب قليل الهجاء إلا لم يقصر في التاريخ والإثبات ، فقام علي بن يوسف يريد إسقاط الصلح فرفعت الوثيقة بحالها لمحمد بن لبابة فتأملها منطوقاً ومفهوماً ، فقال : الصلح عامل والتفاضل سائغ يعضده الشرع ، ولا رجوع في ذلك لواحد من المنفصلين المذكورين ، لأن من أشهد على نفسه بشيء وهو صحيح جائز الأمر ، فلا رجوع له فيه ، طال الزمان أو قصر ، وكيف يباح الرجوع له ، وهو قد اعترف بالرضا بعدما تفاصلا فيه وقطع فيه الدعوى والمطالبة ، ولو صح ذلك لم تصح مفاضلة ولا صلح ولا معاملة بين المسلمين ، والله عز وجل قوم ذلك في كتابه المنزل على نبيه المرسل ﷺ وقال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] ، وقال : ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ [النساء : ١١٤] ، والمحققون من مذهب أهل الرشاد المعمول به بين المسلمين أن من ادعى على رجل حقاً وتصالحا فيه ، فإن عرفا جميعاً قدر ذلك أو جهلاه جميعاً ، فالصلح جائز معمول به عند جمهور العلماء .

ومن « مختصر ابن لبابة » : رجل مرض وله ولد ماتت أمه ، وولدين من غيرها ، فدخل الذي ماتت أمه وقال له : يا أبت أبرز لي حقي في أمي في مالك ، فقال له : نعم ، فبرز له حقها في جنته وكتب وثيقة بذلك وحضر أخواه وشهدا في الوثيقة بخطوطهما ، وتوفى الأب بعد أيام وميزوا حق الأم المذكورة لولدها واقتسموا التريكة وعقد صلحاً في وثيقة ، وبعد خمسة عشر عاماً ، وصارت الفتوى لمحمد بن لبابة ، قام الأخوان على الأخ في الحصة المذكورة ، وقالوا : إقرار أبينا في مرضه ولا يلزم



إقرار المريض لوارث ، أثبت حق أمك بوجه آخر ، فعجز عن ذلك واستظهر بوثيقة الصلح فلم تنفعه .

وقال ابن لبابة : إنما الصلح سائغ على ما وقع ، وإنما الحصة فى وقت الصلح قد كنت حرثتها لنفسها ولم تدخل فى الصلح ، ولا ذكرت فى وثيقة الصلح ، فاستظهر بشهادة الأخوين فى وثيقة الصلح ورضاهما ولم ينكر على الأب شيئاً ، فإقرار الأخوين بذلك إلا أنها قالوا : خشينا عقوق أبينا وأردنا إكمال غرضه ، لأنه مريض على السفر على الدنيا ، فخشينا دعوة سوء منه ، فحكم ابن لبابة لهما بذلك و حكم لهما بالغصب واستحق الحصة لهما وجبرهما على الاستقلال للمدة .أ.هـ.

وفى سماع عيسى بن زياد : من له أولاد وزوجهم ، ونحل كل واحد وأشهد للصغار أن يأخذوا من ماله كذلك ، ثم مات .

قال : إن أبرز لهم شيئاً وأشهد عليه جاز ، وإلا فلا شيء لهم .أ.هـ. من «مفيد الحكام» .

(١٩٨) [٤] وفى « الدرر المازونية »<sup>(١)</sup> : سئل العقبانى من تحمل على ابنه بصداق بنت فى حجر أبيها ومات الزوج قبل البناء ، فصالح أبوها على شيء وقبضه لابنته من المحتمل ولم يسقط بقية ذلك ، وكتب فى الرسم أنه صالح بعد المخاصمة وأنه فعل ذلك لما رآه لها من المصلحة فى دفع الحلف وقطع النزاع ؟

فأجاب : الصلح كما ذكر ماضٍ لمحجوره ولعدم ثبوت الحق ثبوتاً معيناً ، ولو ثبت كان لها رد فعل الأب فى قول مالك .

(١) وهى : « الدرر المكنونة فى نوازل مازونة » .

### مسائل من الحجر والفلس

(١٩٩) [١] وسئل الإمام العقبانى عن ابنة ذات أب تحت رجل من ثلاث سنين ، وتصدقت بثلاث صداقها ولم يعلم أبوها حتى ماتت ، وقد علمت ما فى ذلك من الخلاف وأن المعمول عليه أن له الرد قبل سبعة أعوام بعد البناء ، أو ليس له ذلك كما هو فى تصرف الزوج بأكثر من الثلث ولم يعلم الزوج حتى ماتت ، وفى زواج السفية ولم يعلم الولى بذلك ، فخلاف فى كل ذلك ، ولفظ ابن رشد : واختلف فيما فوت السفية بالبيع والهبة والصدقة والعتق ، ولم يعلم وليه حتى مات على قولين ؟

فأجاب : مسألتك فى ذات الأب خلاف ، وقد ذهب كثير من أهل المذهب إلى إمضاء فعلها بعد ثلاث سنين ، ولو كانت حية ورأوا أنها خرجت من الحجر .

ولابن نافع فى كتاب الصدقة والهبة من « العتبية » : إن ذات الأب تخرج من ولاية أبيها بخروج عامين .

وقال ابن رشد : هذه رواية غراء غفلها المتقدمون وحكموا برواية شاذة ينسبونها لابن القاسم لا يعلمونها موضع .

ولابن القاسم فى مثل هذا : أن النظر يفوت بفوت المحجور .

والذى فى « التوضيح » ومحصوله : أن الذكر يخرج من الحجر لبلوغه مع استثناس الرشد منه ، وأما الأنثى فحصل فيها تفصيل لأنها إما ذات أب أو وصى أو مقدم القاضى ، هذا قسم والقسم الثانى : اليتيمة المهملة إذا مات الولى أب أو وصى أو مقدم ، المشهور أنها تخرج من الحجر بدخول الزوج [ق/١٦٢] ومرور سنة وبالاستثناس منها الرشد .

وحكى المازرى واللخمي : أنها كالذكر تخرج من الحجر بالبلوغ والرشد .

وذكر أنه وقع لمالك فى كتاب الحبس من « المدونة » .

وقال ابن رشد : قول ابن الحاجب : وقيل : إنها كالذكر ، يريد أنها تخرج

بمجرد البلوغ ، وهى رواية ابن غازى وزياد عن مالك .

قال ابن رشد : ومعنى هذه الرواية عندى إذا علم رشدها أو جهل حالها ، وأما إن علم سفيها فهى باقية فى ولايته .

ثم حصل القول الخامس وهو المشهور على ما فى « البيان » : أنها فى ولاية الأب حتى يشهد العدول على إصلاح حالها ، وهى على هذه الرواية ترد أفعالها قبل دخول الزوج ، ولو علم رشدها ، فإذا دخل وظهر رشدها خرجت من ولاية أبيها ، وإن كانت بقرب البناء .

قال : وهذا قول مالك فى « الموطأ » و « المدونة » و « الواضحة » ، واستحب مالك فى رواية مطرف إن تأخر العام من غير إيجاب ، ونحوه لعياض فى باب النكاح .

وقال : ومعنى صلاح الحال أنها لا تعرف بسفه ، وأما إذا تعنست فلا يشترط فيها زوج بل الرشد كاف ، وجعلوا علو السن يقوم مقام التزويج ، وسواء كانت ذات أب أو وصى أو مقدم أو مهملة ، ولهذا قال : قال ابن القاسم : إنما يكتفى بالرشد فى المهملة .

ونقل التتائى فى « كبيره » فى المهملة : أن الحجر يرتفع عنها ببلوغها ، ونقل فيها « الشامل » ستة أقوال ورجح القول بأن الحجر يرتفع عنها بالبلوغ وأفعالها جائزة ، واختاره القاضى .

وأما ذات الأب والوصى فلا ، وهذا هو المعروف من قول ابن القاسم ، والذى فى « المدونة » جواز فعل المعنسة إذا تبين منها الرشد وإن لم يجزه أبوها .  
وقال مالك : يجوز إن أجازه الأب .

وقال فى رواية عبد الرحيم : يجوز بشرط التعنيس فقط ، ثم ساق حد التعنيس .  
فرع :

لم يتعرض المصنف للمهملة إلا إذا كانت معنسة .

قال فى « المقدمات » : واختلف فى اليتيمة التى لم يول عليها أب ولا وصى

على قولين :

الأول : أفعالها جائزة إذا بلغت الحيض ، وهو قول سحنون فى « العتية » ، وقول غير ابن القاسم فى « المدونة » ورواية زياد عن مالك .

والثاني : أن أفعالها مردودة ما لم تعنس ، وهو مذهب « المدونة » لأن فيها : لا يجوز فعلها حتى تعنس وتقعد عن الحيض ، وأما إذا لم تزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها على الرشد ، قيل : أقصاها العام ، وهو قول ابن الماجشون وإليه ذهب ابن القاصار فى وثائقه .أ.هـ .

وقيل : ثلاث ، وقيل : عامين .

قلت : يتحصل من الجميع أن عمدة جواز الأفعال ظهور الرشد ، وعمدة الرد ظهور السفه .

وفى « درر المازرى » : من توفى أبوها بعد البناء وقبل انقضاء مدة حجرها ، الظاهر أنها كالمهملة .

وفىها : بكر تحت زوج عام ونصف ومات أبوها ، وبعد موته بثلاثة أشهر خالعت زوجها ، فلها الرجوع ولا يمضى فعلها إلا بعد موت أبيها بسنة .

وفىها : يهودى حين راهق ولده أو بلغ جدد الحجر عليه ، وأشهد أنه أدخله فى ثقاف الحجر ، ثم باع الولد أو اشترى فى ذمته ، فلما طولب بالثمن استظهر بالرسم؟

قال : إن كان الرسم تضمن أن الشهود تحققوا سفه الولد حين التجديد صح الحجر ، وإلا فلا أثر للتجديد .أ.هـ .

وهذا أيضاً يقتضى المدار على الرشد والسفه .

تنبيه :

إذا طلبت البينة على الرشد أو على الترشيذ ، فيكفى فى ذلك عدلان مع اللفيف .

(٢٠٠) [٢] وفى «نوازل العقبانى» : غرماء اجتمعوا على بيع دار مدينهم

بعد موته واقتسموا أثمانها ، ثم طرأ غريم وادعى غيبة رسمه وأنه وجدته الآن ؟

فأجاب : إن حضر المحاصة ولم ينه بلا عذر فليس له كلام ، وإن كان غائبًا أو له عذر فله الرجوع ، وإن كانت الدار بيعت ببخس فله ردها .

وفى « المدونة » : وللغرماء بيع دار الميت بإذن القاضى .

قال شارح هذا : وأما بغير إذنه فلا يجوز لأنه من باب [ (١) ] .

تنبيه :

إذا ترتب لرجل دين على رجل ، وترتب له هو عليه دين ثم فلس أحدهما ، فليس للآخر الاختصاص بما هو فى ذمته دون الغرماء ، بل يحاخص معهم ، خلافاً لأشهب ذكره السنهورى فى باب بيوعات الأجل ، أو قال : وعدم الاختصاص هو المشهور .

فرع :

لو دفع الرجل بقعة لمعلم وأجره على بنائها ثم فلس رب البقعة بعد البناء ، فإن كان الصانع سلم البقعة لربها قبل التفليس ولم يقبض الأجرة فيعتبر ما زاده البناء فى ثمن البقعة فيكون به شريكاً للغرماء بما بقى ، قاله ابن القاسم فى « الموازية » .

وقال فى « العتبية » : يكون شريكاً بقيمة البناء .

تنكىت :

وعلى هذا فإن كان أقل من قيمة البناء حاصصهم بما بين ذلك ، وأما إذا بقيت بيد المعلم حتى فلس فهو شريك بقيمة بنائه .

قال ابن القاسم : وهذا جار فى الفلس والموت .

وحكى ابن رشد الاتفاق على ذلك .

قلت : وكذا كل صانع كالخياط يخيط ، والصباغ يصبغ ، وقس على ذلك .

وأما إذا لم يكن للمعلم إلا صنعة يده فهو أسوة للغرماء إذا أسلمه لربه ، قاله ابن رشد فى « البيان » . أ . ه .

(١) قدر كلمة لم أتبينها .

## مسائل الدين والاقتضاء

الأصل فى كل دعوى التحقيق ، وقد تقدم .

ابن عرفة : ومن ادعى قبل رجل ديناً أو غضباً أو استهلاكاً ، فإن علمت تهمته فيما ادعى قبله من غضب أو تعدى أو غيره ، نظر الحاكم ، وإن لم تعلم تهمته فيما ادعى قبله فى ذلك لم يتعرض له .أ.هـ.

ونقل ابن هارون فى «اختصاره» الإجماع على أن المتهم لا يحلف ويرسل ، بل يغرم أو يسجن حتى يقر على نظر الإمام .أ.هـ.

وإن ثبت حق على غريم ومنعه أحد فإنه يغرم ما عليه ، قاله ابن أبى زيد فى كتاب «الفصول» .

وفى «اختصار ابن عرفة» : إن الشركاء فى الدين إذا طلب واحد منهم الخروج إلى طلب الدين وأشخص لشريكه فلم يسعفه ، فإنه [ق/١٦٣] يختص بكل ما خلصه من الدين .

ونصه : عاطف على الاختصاص ومشبهاً فيه كشريكين فى دين على رجل ملك ، فطلب أحدهما شريكه فى طلبه معه اقتضاؤه فأبى فلا دخول له على المقتضى بشيء .

فأجاب : قال ابن رشد فى «البيان» : إن الوظائف المخزنية المجرية من ثبتت عليه فهى لازمة له ، وإن دفعها غيره عنه فله الرجوع .أ.هـ.

المغربى : عن ابن رشد : من غرم على غيره لظالم إن كان ذلك عادة مجرية عليهم أو غفارة فله الرجوع بما غرم ، وبهذا قيد كلام «المدونة» .

تنبيه :

من سكت على طلب دينه عشرين سنة فقد سقط حقه ، على خلاف واتفق على الإسقاط بثلاثين .

قال الخطاب (١) : يفهم أن ما بعد الثلاثين مجمع عليه ، ثم ذكر تفصيلاً بين الأجنب والأقارب ، وجعل الأقارب المتشاحين كالأجنب .  
وقال ابن عاصم (٢) :

والأقربون حوزهم مختلف بحسب اعتمارهم يختلف  
فهو بما يجوز الأربعين وذو التشاحح كالأبعدين

وفى « فتاوى البرزلى » : الديون الثابتة فى الوثائق والأحكام مع حضور ربها وسكوته مع تمكنه من الطلب .  
قال مطرف : عشرون سنة .  
وقال مالك : ثلاثون .

قال : وأحفظ لابن رشد أنه لا يبطل وإن طال ، وتقدم الحديث وهو قوله ﷺ :  
« لا يبطل حق امرء مسلم » ، واختاره التونسي إذا كان برسم بيد الطالب ، وبه أفتى شيخنا الغبريني .

قال : وسواء كان من بيع أو سلف أو صدقة .

تكميل :

إذا ثبتت المحاسبة بين الغرماء وشهدت البينة بعض الدين وبقاء بعضه أو بأدائه كله أو المبراة ، ثم قام صاحب الدين ببينة على بقاءه أو بقاء أكثر مما شهدت به البينة الأخرى ، فلا تقبل بينة صاحب الدين ولا تسمع لأن الأولى حفظت ما لم تحفظ الثانية ، وأيضاً فإن الأولى شهدت بالحساب وقدرت الباقي فهى أولى ، وإن لم تكن بينة فلا شيء على الغريم ، لأن القول قوله فى أنه لم يبق عليه شيء أو بقى كذا ، فهو مصدق فيما يدعيه ، قاله ابن رشد فى « البيان والتحصيل » .

قلت : وهذا إذا وافقه خصمه على دفع البعض ولا بينة ، وأما إذا قال له : دينى كله باقى ولم تدفع لى منه شيئاً ، ولا بينة فالدين ثابت وعلى الغريم البينة وإلا حلف رب الدين ، هذا هو الجارى فى الأصول .

(١) مواهب الجليل (٦/٢٢٩) .

(٢) انظر : « شرح ميارة » (٢/٢٨٤) .

وفى «كتاب ابن العطار» : فى رجل له على رجل عشرة دنانير فدفعت له خمسة بحضرة البينة ، ثم بعد حين طلبه بالخمس الباقية بحضرة البينة ، فقال له : كم دفعت لك ؟ فقال له : خمسة دنانير ، فقال له : ذلك الذى بقى فى ذمتى .

قال : القول قول الذى عليه الدين مع يمينه .

وقال سحنون : ومن قبض دينه ثم أتى بعد ذلك يطلب بقية دينه فقال الذى عليه الدين : قد دفعت لك مالك وما بقى لك شيء .

وقال صاحب الدين : بقى لى كذا وكذا ، فالقول قول الدافع مع يمينه ويبرأ إلا إذا نكل ورد اليمين على خصمه وحلف ، فيغرم له ما ادعاه .

والحجة فى ذلك : أن من قبض بعض دينه وجب عليه الإشهاد بما بقى ، لأن المديان حين دفع أقر له الآخر بالقبض ، ثم قام يطلب بسبب المدائنة الأولى بعد إقراره بالبعض القول قول الدافع ، وكذا فى جميع المعاملة ، وكذا إذا ادعت المرأة أنها أخذت بعض الصداق ، فإنها فرطت على الإشهاد على الباقى ، وسواء هذا المعجل أو المؤجل .

تتميم :

من حل أجل دينه فقال لغريمه : إن أتيتنى كذا فلك عندى وضيفة كذا ، المشهور أنه يلزمه الوضيفة لسلامته من « ضع وتعجل » .

(٢٠١) [١] وسئل سيد عبد الرحمن المشذالى عن البوادى يتبايعون بالخروفة البكرية ويتأخر القبض عامًا أو عامين ، ف قيل له : نأخذ نعجة ، فهل القول قوله فى اقتضاء نعجة فى بكرية ؟ وهل يفرق البائع لبكريته فى كل زمان ويلد عليه ويماطله ، ويقول بعضهم : إن أتيتك فى الربيع فهى بكرية ، وإن أتيتك فى الخريف فلى ضامنة وإلى الربيع الآخر فنعجة ؟

فأجاب : الماشية لا تكبر فى الذمة ولا يتغير سنها ولا عبرة بتكرار الطلب ، ولا حجة للبائع فيه .

وأما قوله : إن أتيتك فى الربيع . . . إلخ ، فهو بيع فاسد يفسخ مع قيام السلعة ، وإن فاتت وجبت قيمتها يوم القبض .

وفى «نوازل الفاسى» : من عليه دين وأراد رهن سلعة ولا يفوتها بالبيع وأبى



غريمه ذلك وأراد بيعها قضى على المدين بالرهن ويؤجل رب الدين ما لا ضرر فيه ،  
وأما إقرار المدين بشيء قبل أن يفلس أو يسجن جائز لمن لا يتهم عليه ، وإن لم  
تعرف مداينة له ، وإن وجد متاع المفلس بيد بعض الغرماء فقال : رهنه لى قبل  
التفليس فلا يقبل قوله إلا بينة ولا ينفعه تصديق المفلس ، والقول قول الغرماء ،  
ومن ادعى عليه العلم حلف .

وفى «كتاب الجدار» لعيسى بن دينار : من حل أجل دينه فقال لغريمه : إن  
جتنتى بمالى - مثلاً - فلك عندى وضیعة كذا ، فإن جاءه فى ذلك اليوم أو ثانيه أو  
ثالثه تلزمه الوضیعة وبعد ذلك فلا .

ومن الرعینى : من له دين على رجل حمل فلا بأس أن يؤخره بحميل أو رهن ،  
ولو قال الضامن : لا أضمن حتى تضع عليه كذا وكذا ، فلا خير له ، وإن وقع  
بطل الشرط ولرب الدين أخذ ما وضعه ، ولا يجوز شراء دين عن ميت ولو أحاط  
بتريكته ، لأنه لا يدرى ما يطرأ من الديون ، ولا بأس ببيع الدين على الرجل  
الحاضر أو تصديره له أو لغيره فى دين حل أو بثمان يقبضه أو يحيله عليه ، ويفسخ  
اشترى ثوب من حوكة يبقى فيه شيء يكمله ، ولا يجوز سلف الطعام [ق/١٦٤] ،  
المسوس ليأخذ أحسن منه ، ولا يجب إلى دفع قيمته يوم سلفه ، وإن كان أسلفه  
للمجاعة والحاجة فلا بأس ، على غير شرط ويجوز اقتضاء ما هو أحسن بغير  
شرط . أ.هـ .

وللإمام العقباني : تصيير الزرع الأخضر فى الدين مفسوخ والدين باق على  
حاله .

وفى «نوازل المازرى» : إن اقتضاء الطعام من الطعام وهو جنس مخالف فهو  
ممنوع على المشهور ، نقله شارح التحفة .

وزاد البرزلى : من تمام جواب المازرى ولكن إذا لم يقدر على خلاص الثمن إلا  
بالطعام ، فيأخذ ويوكل من يبيعه على ملك ربه وينفذه للحاضرة من البادية ،  
ويقضى لربه ويدفع بالإشهاد .

وقال البرزلى :

قلت : ومثله ما يقع اليوم عندنا أنه يعطى السلم للبادية فلا يجد ما يأخذ لجذب

أو جراد مثلاً فيعطيه الحيوان ، السؤال كالسؤال والجواب كالجواب ، وكذا إن أعطاه قطنية .

وسألت شيخنا : إذا لم يجد إلا الشعير ؟

قال : يعطيه الشعير عن القمح إذا كان أقل منه ويصير كالمكره فى أخذ بعض دينه ، ولو فرضنا أن الشعير أكثر فيوكل من يبيعه كما تقدم .

قال ابن هارون فى « اختصار المتيطة » : ويجوز فى السلم اقتضاء الشعير عن القمح بعد الأجل لا قبله ، ولا يجوز أخذ الذرة عنه ، لأنها جنس آخر ، ولا يأخذ دقيقاً عن قمح أو شعير بعد الأجل ولا قبله ، وأما يبيعه به يدأ بيد فأجازه مالك .

وروى عنه عن ابن الماجشون أن ذلك لا يجوز إلا فى القليل بين الجيران والرفقاء ، وأجازه عبد العزيز متفاضلاً .أ.هـ.

(٢٠٢) [٢] وفى «نوازل العقباني» : رجل له دين على رجل معدومًا لا تناله الأحكام ، فلما طلبه مراراً فيقول له : عندى زيت والزيت رخيص فنسلفه لك حتى لغلاته ونقطعه بقيمته ، فلما لم يجد بدأ فتوصل إلى أخذ الزيت برسم السلف ؟

فأجاب : هذا سلف فاسد ، لأنه « أسلفنى وأسلفك » ، لأن رب الدين لما أخذه صار مسلفًا ، وقد اختلف العلماء فى القرض الفاسد إذا فاتت هل يرد إلى صحيح السلف أو صحيح البيع ، وهذا معنى قولهم : إلى صحيح نفسه أو إلى صحيح أصله ، إلا أن المشهور المعمول به يرد إلى صحيح أصله وهو البيع ، وقد علمت أن البيع الفاسد تفوته حوالة الأسواق وهو مسلم فيه فى غير المثلى والعقار ، فمن أقرض ثوبًا أو عبدًا قاصدًا نفع نفسه لا نفع أخيه وفات فله قيمته ، وأما قرض المثلى الفاسد فلمالك وابن القاسم : ليست حوالة الأسواق فوت خلاقًا لابن وهب وغيره ، وصوب قول ابن وهب أعلام الشيوخ .

قال أبو إسحاق التونسي : فى المثلى أحرى فى الفوت بحوالة الأسواق ، لأن مثل المثلى أنزل رتبة من عينه ، فإذا كان المقوم مع قيام عينه تفيته حوالة الأسواق ،

فالمثلّى مع ذهاب عينه ووجود مثله أخرى .

ولللخمي : واختلف إذا تغير سوقه مع وجود عينه أو فواته ، فلمالك وابن القاسم : ليس بفوت .

ولابن وهب وغيره : إنه فوت ، وهو أبين ، لأن وجود المثل كقيمة العين في الفوت ، وقد اتفقوا أن حوالة الأسواق في العروض فوت وإن كان قائم العين ، فلا يكون وجود المثلّى أو الموزون على رتبة من وجود عين العرض للمضرة التي تدخل على البائع والمشتري ، وربما كانت المضرة في المطاعم أبين لتباين الأسعار .

ولابن رشد : إن حوالة الأسواق في المثلّى فوت بالأحرورية ، لأن بنقض السعر يتضرر البائع ، وضده بالضد ، وإنما اتفقوا عليها في العروض لما يدخل الضرر على أحد المتبايعين ، وقد يباع الطعام بيعاً فاسداً ويعثر على فساده في الرخاء ، والعكس . وبالغ في هذا حتى قال : القضاء بمثل المثلّى ظلم إما على البائع أو على المشتري .

قال سيد سعيد العقباني : الذي قاله ابن رشد في غاية الوضع ، فلا ينبغي لمن استبان له الحق أن يعدل عنه ، لا سيما مع هؤلاء المرجوع إليهم في تحصيل المذهب حفظاً وفهماً ، فلذلك أخذ به ، وبه أفتى . أ.هـ .

وفي «نوارل المازرى» : من لد بحق وماطل بعد ثبوت الدين وحلول أجله ، فلربه أن يأخذ من ماله كفاف حقه كيفما وجد السبيل لذلك لقوله ﷺ : «مطل الغني ظلم»<sup>(١)</sup> ، وأما عرشه وقبيلته إن كان منهم من يذب عليه ويحميه ويخاصم له فله أخذه ، وهو لأبي عمران الفاسي ، لأن الظالم أحق أن يحمل عليه ، ولقول ابن عبد العزيز : تحدث للناس أقضية على قدر ما يحدثونه من الفجور . أ.هـ .  
وصلّى الله على سيدنا محمد .

(١) أخرجه مالك (١٣٥٤) والبخارى (٢١٦٦) ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه .

## مسائل من الرهن

قال الإمام أبو عمران الفاسى : الأصل فى مشروعيته قوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [ البقرة : ٢٨٣ ] ، وعليه فلا يتم رهن إلا بالقبض والحيازة ولا ينفع فيه الإشهاد إلا بمعاينة القبض كالصدقة .

قال ابن القاسم : ومن ارتهن رهنًا فقبضه ثم أودعه لربه أو أعاره أو رده فقد خرج من الرهن ، ومتى خرج من يده بعد قبضه فقد خرج من حكم الرهن .أ.هـ .  
قلت : وكذا إذا جالت يد الراهن مع المرتهن فيه ولو بأقل التصرف .

(٢٠٣) [١] وفى «أسئلة سيد إبراهيم بن يوسف الغمرى» : من رهن جنانًا فى معاملة وقال للمرتهن : لا تخلص إلا من غلته ولا يدفع لك من يده شيئًا ؟

فأجاب : المعاملة فاسدة وترد إن كانت دراهم ، وإن كانت عروضًا فقيمتها يوم دفعها بالدرهم الجارية وقت المعاملة ، وإن لم تفت فهى ويرد الغلة ، وإن باعها فيرد ما باع به .

وفى كتاب «الدلائل» : قولهم : الرهن شاهد فى قدر الدين ، هذا إذا فاتت السلعة ، وأما مع قيامها فلا .

ولأبى عمران قال : واتفق فىمن رهن رهنًا على أن فداءه لأجل كذا وإلا فهو [ق/١٦٥] للمرتهن فى دينه فتصيبه مصيبة قبل الأجل فالمصيبة من البائع ، وبعد الأجل فهو من المشتري ، وإن اختلفا فى مبلغ الدين ، فوجب أن ينظر فى قيمة الرهن يوم الارتهان أو يوم الحكم ، قولان ، واختلف إذا قام المرتهن فى بيع الرهن فعلى من يكون الجعل فى بيعه ؟

قال ابن القاسم : الجعل على من طلب البيع والتقاضى .

وقال عيسى : هو على الراهن .أ.هـ . من كتاب «الاتفاق والاختلاف» .

وله أيضًا : إن كانت سلعة فى يد رجل ، فقال : ارتهنها ، وقال ربها : ودیعة ، صدق رب المال .أ.هـ. من وكالة « المدونة » .

وفى رهونها : إذا ادعى من هى بيده الرهن ، وادعى ربها العارية أو الودیعة ، صدق ربها ، وكذا العبد .

وإن اختلفا من له أصل من الملك مع من زعم أنه دخل بيده بشبهة غير البائع ، فالقول قول من له أصل الملك ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .

وفى « متخب الأحكام » : من اشترط أنه إن لم يأت بالدين إلى أجل كذا فالمرتهن أو الأمين الذى بيده الرهن وكيل على بيعه .

قال : فإن كان الرهن رقيقًا أو عقارًا لم يكن له بيعه إلا بأمر السلطان ، وإلا فإن باع بغير إذنه نفذ عند ابن القاسم ، ومثله فى « تذكرة » أبى محمد المكى بن أبى طالب الأندلسى ، ومثله فى كتاب ابن يونس .

ولابن فرحون : لا يجوز رهن الأشجار واشترط غلتها فى السنة الأولى إذا بدا صلاح الثمرة فهو جائز ، وإن كانت قدر الثلث فأقل فتجوز فى البيع ، لأن قدر الثلث إذا أجاز اغتفروه فى البيع والكراء الذى لا يجوز فيه الغرر ، فجوازه فى الرهن أخرى لأنهم جوزوا فيه الغرر ، وأيضًا فإن العرف جار بهذا ، والعرف يعمل به وإن كان فاسدًا على مذهب ابن القاسم دون مذهب مالك ، والذى يليق بالحكام اتباع مذهب ابن القاسم لثلا يقع الشر بين الناس ، وأيضًا فتقطع المعاملة بين الضعفاء ، وربما أدى إلى الضرر أعظم من ذلك .

وفى « نوازل أبى عمران » ما نصه : اشتراط منفعة الرهن إلى أجل كذا يمنع فى القرض من غير تفصيل .

وفى البيع إن كان الرهن عقارًا جار لأنه كراء وبيع ، وفى الثياب والعروض يجوز عند ابن القاسم ، ويمنع عند مالك ، وإن كان الرهن أشجارًا فإن كان فيها ثمرة طابت فاشتراطه فى تلك السنة يجوز ، لأنه حصه مبيع ، وإن كانت قبل الطيب وقبل التمكّن منع جملة ، وإن كان الرهن أرضًا وشجرًا والشجر تابع جار ،

## ٢٠٥ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

وإن كان متبوعاً جاز بعد الطيب وقبله فلا ، والاختلاف في الأربعة وجوه والمشهور ما قلناه والكل إذا وقع الشرط في الأصل العقد لأنه هبة مديان ، ومن ارتهن أرضاً وعطلها من الكراء حتى قبض دينه ، فقال ربها : أعطني كراء أرضي ، فقال : لو لم أكرها فهي معطلة لأنك لم تأمرني .

قال ابن حبيب : إنه ضامن لكرائها إلا إذا رآها ربها فارغة ولم ينكر فلا شيء له .

وقيل : لم يضمن ولو أمره ، لأنه كالوكيل إذا لم يفعل ما وكل عليه . أ.هـ .

تنبيه :

قال مالك في « المدونة » : وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره فالنفقة يرجع بها على ربه .

ابن يونس : لأن القضاء أن نفقة الرهن ومؤنته على الراهن لأنه مالكة وغلته له .

تكميل :

فإن فلس الراهن فالنفقة فيما فضل على الدين ، لأنه في رقة الرهن ، فإن نقص عن الدين والنفقة أو عن النفقة خصص بذلك .

وللأجهوري ، قال : فائدة : من له دين على شخص فامتنع من دفع الدين فأخذ له مالاً فهلك ذلك المال ، فقيل : يضمنه ولو هلك بسماوى ، لأنه متعدى وقيل : يتنزل منزلة الرهن ، وهو المشهور ، ويفرق فيه بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، وما هلك بسببه أو لا سبب له فيه . أ.هـ . من « منتخب الأحكام » .

قلت : ومن هنا يؤخذ الحكم فيما يقال له الوثيقة عند العامة ، فإنه يفرق فيه بين ما لا يغاب عليه وغيره ، لأن كل منهما محبوس للثمن .

وذكر فيها ابن مغيث في « المنتخب » قولين :

الأول : إنه يضمن لأنه متعدى .

الثاني : حكمها حكم الرهن فيهن وفيها بين ما تلف بسببه فيضمنه مطلقاً ، لأن

الخطأ والعمد فى أموال الناس سواء ، وإن لم يهلك بسببه فيضمنه للتهمة ولا ما يغاب عليه فلا ضمان عليه . أ. هـ .

ذكره عند قول خليل (١) : ( إلا المحبوسة للثمن أو للإشهاد فكالرهن ) ، وأما لو حبسها برضا ربها فهو رهن حقيقة .

### تكميل :

المحبوسة للثمن أو الإشهاد أو الوثيقة إذا أنفق عليها من هي بيده فإنه يرجع على ربها على المشهور الذى حكاه صاحب « المنتخب » ، وأما إذا بنينا على الشاذ وأنه متعدى غاصب فالنفقة فى مقابلة الاستغلال كما صرح به خليل بقوله (٢) : وما أنفق فالغلة ، لأن معناه : كل ما أنفق الغاصب محصور فى الغلة لا يتعدها ، لكن إذا بنينا على أنها رهن فالنفقة فى ذمة ربها .

وإن قلنا : إنه غاصب ، فالنفقة فى الغلة ، وإن استعملها ولا نفقة لها ، فعليه الغلة لقول خليل (٣) : ( وغلة ما استعمل ) فإن أعطاهها فلا أجره للبطالة ، وهو مذهب « المدونة » .

وفى ابن عبد الحكم الكبير : فإن تعدى المرتهن وباع الرهن أو جعل فيه ما لا يليق من الفوات فإن له رده ، ولصاحبه أخذه حيث ما وجده ولا يجوز بيعه الرهن إلا بإذن حاكم بعد الإعدار بثلاثة أيام إن كان فى المصر ، أو على أى موضع كان صاحب الرهن وجد له بقدره ، فإن قبل الإعدار وإلا مضى عليه البيع بعد أن يكتب ذلك فى ديوانه ، ثم يأمر السمسار [ق/١٦٦] فى مظان الزيادة ويكتب فى ديوانه اسم السمسار بعد إثبات المرتهن ما له من الديون ، وعلى هذا جرى العمل .

وفى « أسئلة الوغليسى » : من دفع دينًا عليه ، ثم طلب من صاحب الدين خرصًا كان بيده قبل هذا ، فقال : أعطنى الخرص الذى رهنته لك ، فقال : هو عندى أمانة ، وتلف ولا بينة ؟

فقال : القول قول من ادعى الأمانة حتى يثبت موجب الضمان . انتهى .

(١) المختصر (ص/ ١٨٦) .

(٢) المختصر (ص / ٢٢٩) .

(٣) المختصر (ص/ ٢٢٩) .

### مسائل من الاستحقاق

(٢٠٤) [١] وفي « نوازل العقباني » : من استحق فرساً بغير بلاده فرجع إلى بلاده وأثبت عند القاضي أنها فرسه وحلف يمين الاستحقاق ، وكتب وثيقة وأتى بها فلم يقبلها قاضي تلك البلاد ، وقال : كيف يحلف قبل الإعذار للمستحق منه ؟ إذ لعله يخرج البينة أو يدعى دفعها ، ومع أنه عجز بحضر اليمين ولاقتضائها ؟

فأجاب : بأن اليمين ماضية والمستحق منه على حقه في التجريح ، فإن عجز اكتفى باليمين .

(٢٠٥) [٢] وسئل سيد حمو الشريف عن أمة صيرها رجل لزوجته في صداقها ، ثم بعد قبضها باعها وأتى مشتريه وباعها مشتريه ، وبعد ثمان سنين وهي بيده قامت الزوجة وأثبتت أنها ملكها ، فقال لها : وما منعك وقد أعطيتها لك ورددتها إلى بطيب نفس ؟ فقالت : خفت من الزوج .

فأجاب : إن قامت بأثر زوال المانع فهي على حقها ، وإن زال المانع وسكتت فلا .

(٢٠٦) [٣] وسئل ابن مرزوق عن غاصب معروف بالغصب واستحق من يده عقار فادعى شراؤه ؟

فأجاب : إذا ثبت ملك القائم ولا بينة للحائز أنه اشتراه طوعاً فهو للقائم مع يمين الاستحقاق .

(٢٠٧) [٤] وسئل الحسن عمن بيده أرض وعمّر فيها عمارة ، ثم استحققت فطلب حقه في العمارة ؟

فأجاب : إن حازها بشبهة بيع أو هبة أو إرث فله قيمته قائماً ، وإلا فقيمه مقلوعاً .



(٢٠٨) [٥] وسئل الغمرى قال : وفى «نوازل الشعبى» ، وسئل ابن الفخار عن استحقاق دابة وقضى له بها ، هل عليه يمين الاستحقاق أنه ما باع ولا وهب أم لا ؟

فأجاب : إن وجدها بيد غاصب ، أو الضالة بيد الناشد واستحقها بيينة فلا يمين عليه ، ولو وجدها بيد مشتر لم يعلم بالغصب ولا بالضالة الدابة فلا يأخذها إلا بعد ثبوتها ويمين الاستحقاق وصفتها أنه ما باع ولا وهب ولا خرجت من يده بوجه من الوجوه .

ولأبى عمران فى « النظائر » : إذا استحق أكثر المبيع أو ظهر عيب فى أكثره فله رد الجميع ، وإن استحق القليل أو ظهر به عيب فلا رد له وأنه له الرجوع بعد ذلك .

(٢٠٩) [٦] وفى «أسئلة ابن سحنون» : قال محمد بن سالم : سألت محمد بن سحنون عن بيده سلعة حرام فسامه رجل ، فقال له : أنا لا أغشك من جنبها فهى حرام ، فاشتراها على ذلك ، ثم استحققت من يده ، هل يرجع بالثمن أم لا ؟

قال : اختلف فى ذلك قول ابن أبى سلمة - رحمه الله - فمرة قال : لا ينعقد البيع فى مثل هذا وله الرجوع بالثمن على البائع ، ومرة قال : البيع لازم ولا رجوع على البائع .

وقال مالك : لا رجوع له بشيء ، لأنه عرض ماله للتلف حين اعتمد شراء الحرام .

قلت : ما تقول فى رجلين تنازعا فى سلعة وليست بيد واحد منهما وأقام كل واحد البينة أنها له ؟

فقال : قال ابن القاسم ومالك : يقضى بأعدل البيتين ، ولا عبرة بكثرة العدد .

وقال أشهب وعبد الملك وابن الماجشون : يقضى بأكثر البيتين عدداً .

وقال مطرف وابن حبيب وسحنون : يقسم الشيء بينهما كمن لا بينة لهما ، وبه

أخذ .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٠٩

وقال ابن أبي سلمة : يقسم بينهما بعد أيمانهما ، بأن يحلف واحد ما باع ولا وهب ولا رهن وأنه باق على ملكه ، وكذلك يحلف الآخر ، فمن نكل سقط حقه ، ومن حلف استحق .

(٢١٠) [٧] وسئل سيد سعيد العقباني عن بيده شيء وأقام عليه رجل برسم قديم في ذلك فسلم ما بيده ، وبعد حين حمل الرسم إلى القاضي فلم يثبت عنده كتابه ولا خطوط شهوده ؟

فأجاب : إن كان سلم له ذلك له إقرار سقط حقه ، وإن كان لأجل دفع الخصام فهو على حقه .أ.هـ.

### مسائل من الإقرار

ابن عرفة : الإقرار هو قول يوجب حقًا على قائله ، والشهادة توجب حقًا على المشهود عليه ، فلا إشكال في تقديم الإقرار على البينة وليس للمقر في ذلك رجوع إجماعًا كما صرح بذلك الإمام البرزلي .

وخص ابن عرفة بتمامه ، قال : الإقرار هو قول يوجب حقًا على قائله بلفظه أو لفظ نائبه .

وقال ابن فرحون : من أدخل على نفسه شيئًا من المظالم اختيارًا ثم باع ملكه في ذلك فلا رد له ، وليس هو بيع تحت ضغطه .

وقال الإمام التتائي في كبيره : وإذا أشهدت بينة على المقر بإقراره بحق ثم رجع فلا يسمع رجوعه ولا عبرة به ، لأننا لو اعتبرنا رجوعه لم تبق فائدة للحديث النبوي وهو قوله ﷺ : « أحق ما يؤخذ به المرء إقراره عن نفسه » (١) وحاشا وكلا وربنا أعلى أن يخلو كلامه ﷺ من الفوائد ، مع أنه ﷺ أوتي مجامع الكلام .

تنبيه :

اشترط أعيان أهل المذهب في الإقرار : لا بد من شاهدين ، ولا يثبت بشاهد ، انظر شارح ابن الحاجب .

(١) لم أف عليه .

ونقل ابن سلمون : لا بد من قول المقر للشاهد : اشهد على .

وذكر ابن رشد في ذلك قولين ، والقول بعدم اشتراط ذلك لابن القاسم وأشهب .

وللبرزلى : رجوع المقر للخصام بعد الاعتراف لا يعمل به ولا يفيد إجماعاً .

وقال أبو عمران في مسائله : قال أحمد بن سعيد في وثائقه : اتفق أهل العلم فيما علمت أن كل من أقر على نفسه بشيء فأقراره لازم له لقوله تعالى : ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ [ق/١٦٧] عَلَىٰ نَفْسِهِ بِصِيرَةٍ﴾ [القيامة : ١٤] ، وهو يفيد أن التحقيق والبينة العادة تفيد غلبة الظن ، والتحقيق مقدم على غلبة الظن .

ولابن سلمون : نقل أن من له شيء وسئل عنه فقال : هو لفلان ، لا يلزمه شيء بهذا الإقرار ، بخلاف ما إذا قال : بعته من فلان أو وهبته لفلان ، فإن ذلك لازم له .

وفي « النهاية » للمتيطى : ويجوز إقرار الورثة بحبس أملاك أوليائهم ويلزم إقرارهم وينفذ عليهم وعلى ورثتهم من بعدهم ، ويكون حبساً عليهم على ما أقر به ، إلا أن يظهر كتاب الحبس يوماً ما ويكون خلاف ما أقرؤا به من التعقيب والمرتجع انتقض ويرجع إلى ما فى الأصل .أ.هـ .

ومثله فى « الوثائق المجموعة » .

وفى « نوازل ابن مرزوق » : فى رجل طلق زوجته فتزوجت ، ثم أنكر الطلاق ، فاستظهر عليه برسم الطلاق ، فأثبت رجوع شهوده وأثبت عليه الاعتراف بعد الطلاق بعد إنكاره ، إلا أنه قال : ما طلقت إلا خوفاً من القاضى لما سجننى فى حقها .

فقال : إقراره هذا مبطل لقيامه .

ف قيل له : ولو سبق إقراره هذا الإنكار ، وبعده قال : ما طلقت إلا كرهاً ولا طوعاً ؟

فقال : قوله : ما طلقت إلا كرهاً ولا طوعاً ، يوجب أنه لا ينفعه القهر ولو

ثبت لتكذيبه شهوده ، فالحكم ما ذكرناه من عدم قبوله .

تنبيه :

المشهور من قول ابن القاسم أن من أقر بغاصب ولا غاصب له ثابت النسب أن له الميراث فقط ، وخالفه سحنون وقال : هو لبيت المال ، واختلف فى اعتماد كل واحد ، فقالوا : اعتماد ابن القاسم على مذهب العراقيين أن من ليس له وارث جاز له أن يوصى بجميع ماله لمن أحب .

وفى مذهب مالك الخلاف ، فيكون هذا الإقرار سبيله سبيل الوصايا ، ومن المجتهدين من يرى أن هذا المقر شاهداً ، فلهذا أبطلوه ولا يوجب للمقر له شيء من المال إلا بعد يمينه ، كمن أقام شاهد على دعوى ميراث رجل مات ولا ولد له ، فيشهد له رجل بالنسب فيأخذ المال بعد يمينه ولا يثبت له نسب ، وهذا كله ما لم يرجع ، فإن رجع بطل إقراره لأنه رجوع عن وصية أو عن شهادة .أ.هـ. من المغيلى .

فائدة :

وعن زيد بن وهب عن ابن مسعود رضي الله عنه : « أول من استحق أرض العنوة عقبة ابن عامر وخلف فيها أهلها فرجع بعض أهلها إلى الكفر ، فأخذ الولاية بعده موسى ابن نصير فاستحقها أيضاً وقاتل من كفر من أهلها وصارت عنده إلى الآن » .

واختلف هل تقرر فيها الإملاك مخافة الهرج ، لأنها إذا لم يتقرر فيها ملك لأحد ولم يختص أحد بشيء منها فيهبج القتال بين المسلمين ، وهل يستوى فى تقرر الملك والإرث الرجال والنساء ؟

والمشهور أنه لا ميراث للنساء لتقرر الملك والإرث للرجال مخافة الهرج وهو منتف فى حق النساء .

وأما حدها ، روى عن زيد بن وهب قال : قال لى ابن مسعود رضي الله عنه : إنها من إفريقية إلى فارس ، وأما عرضها من جهة الظهر من ولد مشدال ، ومن ناحية القبلة لا نهاية لها .أ.هـ. من المازرى .

وكذا ذكر القضية في « مفيد الحكام » ، ونص على ذلك البجاويين وكل ما وجد بيد النساء من الدور والأرضين إنما هو من جهة الإصداق لا من جهة الإرث ، وأما الشاذ فحكاه القرافي .أ.هـ .

وذكر ابن رشد في « البيان » في السكوت هل هو إذن في الشيء أو إقرار به أم لا ؟ والأظهر أنه ليس بإقرار .أ.هـ باختصار .

والصحيح أن الوكيل المفوض إذا أقر على موكله بشيء لزمه ، إذ لا فائدة للتفويض إلا ذلك ، وأما غير المفوض فلا .

لابن خويز منداد : اتفق العلماء على ما أقر به فلان على لازم ، أنه لا يلزمه .

قلت : وهذا في غير المفوض وإنما هو في رجل اتفق له هذا القول فيه .أ.هـ .

### مسائل من الوكالة

صرح الأجهوري أن الوكالة لا تثبت إلا بعدلين .

وفي « مسائل البرجيني » : قال بعض الموثقين : الذي جرى به العمل أن من وكل رجلاً والتزم بإقرار عليه أنه ما أقر به عند القاضي وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل مذهب مالك أنه لا يلزمه إقراره ، وهذا في غير المفوض .

قال : وقد اتفق الفقهاء فيمن قال : ما أقر به فلان على لازم ، أنه لا يلزمه .

قال : وكان فقهاء طليطلة يذهبون إلى من وكل على طلب حقوقه والمخاصمة عنه والإقرار والإنكار بإقرار الوكيل أن موكله وهب داره لزيد ، أو قال : لفلان على موكلى مائة دينار ، إن ذلك لازم لموكله ، وأنكر ذلك ابن عتاب وغيره .

وقال : إنما يلزمه إقراره فيما كان من معنى المخاصمة التي وكل عليها .

وقال أبو الأصبغ : وهذا هو الصحيح عندي .

وقال ابن القاسم في شفعة « المدونة » : من وكل على قبض شفعة فأقر موكله قد سلمها ، فهو شاهد يحلف المشتري معه وتبطل الشفعة ، والله تعالى أعلم .

(٢١١) [١] وسئل ابن رشد - رحمه الله تعالى - عن الوكيل إذا قيدت

عليه مقالته فلما طلب بذلك الإقرار استظهر بوثيقة أنه عزله قبل الإقرار المذكور دون أن يعلم الوكيل شيئاً من ذلك ، هل يسقط الإقرار ؟

فأجاب : إن ما أقر به الوكيل لازم لموكله إلا أن يكون عزله قبل مناشد الخصام أو قبله سراً ، فلا يجوز عزله .

ومن البرجيني : مسألة : الوكيل على بيع شيء فله قبض ثمنه ، وإن لم يجعل له موكله ذلك ، ويبرأ المبتاع ، ولو تعاین البينة القبض قال أبو عمران : ولو كانت العادة عند الناس أن وكيل بيع الرباع لا يقبض الثمن ، فلا يبرأ المشتري بالدفع إليه ، ويحمل هذا على العادة الجارية دون الوكيل ، وأما من وكل رجلاً على تقاضى ديونه وقبضها وعلى الإبراء منها ، فقال الوكيل : قبضت من فلان كذا [ق/١٦٨] وضاع منى ، فالغريم ضامن لما دفعه للوكيل ، إلا أن يكون أشهد على الدفع على معاينة ذلك ، أو على إقرار الوكيل ، فإن لم يشهد ضامن .

قال مطرف : وهذا فى كل وكيل مخصوص ، وأما المفوض إليه أو الوصى فهو مصدق ويبرأ من دفع إليهما إذا صدقاه .

قال مطرف : فإذا ادعى الغريم ما يلزمه فله أن يرجع على الوكيل ، لأنه مفروض فى دفعه حتى ضاع .

وقال ابن الماجشون : لا يرجع عليه إلا إذا تحقق التفريط .

وفى مختصر ابن أبى زيد : من باع لرجل بسلعة وبعث معه عبده أو أجيره ليقبض منه الثمن ، فقال العبد أو الأجير : قبضته وضاع منى ، فإن قامت بينة للمشتري بالدفع للعبد أو الأجير برىء وإلا ضمن .

(٢١٢) [٢] وسئل ابن القاسم عن من بعث رسولاً إلى رجل ليسلف له عشرة دنانير ، فقال: ليس عندي إلا خمسة خذها واحملها إليه ، فأخذها الرسول ومضى بها إلى الذى بعثه فضاعت فى الطريق ؟

فأجاب : ضمنها من ربها لأنه أجابها حين دفعها ، لأن المتسلف يقول : إنما طلبت عشرة ، وأما الخمسة فلم أردّها ولم أمرك بدفعها .

وقال ابن القاسم فى الوكيل المفوض أو المخصوص أو الزوج يوكلان على قبض حق فيدعون أنهم كانوا قبضوه ودفعوه لمن وكلهم ، قال : هم مصدقون فى ذلك كله مع إيمانهم .

وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وقال مطرف : هم إذا أنكروا الموكل ، فإن كانوا بحضرة قبض المال أو صورته بالأيام اليسيرة ، فيحلف الذى وكله ويغرم الوكيل أو الزوج .

وفرق بين الوكيل على شيء بعينه وبين المفوض ، فالمخصوص غارم إلا بيينة عن الدفع وإن طال الأمد ، والمفوض مصدق فى القريب مع يمينه ، وفى البعيد دون يمين .

قال مطرف : فلو مات الوكيل أو الزوج بحدثان ما طرأ على ما بأيديهما فذلك فى أموالهما إذا أنكر الأمر أو الزوجية وعلم القبض وجهل الدفع ، وإن يكن بحدثان الأمر فلا شيء فى أموالهما .

### فرع :

فإن مرض الوكيل أو الزوج أو سافر أو أشهد ببقاء ذلك فى أيديهما ثم اختلف بعد الصحة أو القسوم ، فالقول قول الموكل أو الزوجة مع إيمانها أن ذلك باق عندهما ويغرم الوكيل .

### فرع :

فإن زعمت الزوجة أن بعلها باع ذلك من غير إذنها فلها أن تحلف وتأخذ الثمن ولا يصدق ، وإن قال : دفعته إليها طال الزمان أم لا .

### تنبيه :

لا يجوز لأحد أن يوكل على غريمه من هو عدو له ، ومثله فى الإحالة .  
ولأبى عمران : وإذا قام غريم وادعى على غائب وثبت وأراد بيع داره ، فقال للذى بناها : نأخذ ما بنيت به ، وقال الغريم : هو من مال ربها ، فالقول للبانى ويحلف أنه بناها من ماله إذا ثبت أنه هو المتولى بذلك .

تنبيه :

نقل الخطاب عن ابن فرحون فى « تبصيره » ، قال فى وثائق ابن عطار : لا يصح أن يوكل أباه ليطلب له حقه ، لأن ذلك من استهانة الأب .أ.هـ .  
ومثله فى الإحالة .

### مسائل من الحوالة

الأصل فيها قوله ﷺ: « مطل الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم فليتبع » .

قال البرجيني فى مسائله : وهذا وجه النذب إذ لا مضرة فيه على الطالب ، وفيه منفعة للمطلوب وهى رخصة مستثناة من محذور الكالىء ، فلا يعد بها عن ستهها ، ولا يقضى بها عن من أباها إلا أن يرضى ، فإذا رضى باتباعه تحول حقه عليه وبرئت ذمة غريمه وهو المحيل ، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه ويعتبر حضوره .

وفى « الشامل » : لا تجوز الحوالة إلا على حاضر مقرر ، فإن أحيل عليه وهو غائب لم يجر ذلك وفسخ وإن كان للمحيل بينة ، لأنه قد يكون للغائب من ذلك براءة ، فإذا حضر وأقر صحت ، رضى الحوالة أو لم يرض بها .

تنكيت :

لو فلس المحال عليه بعد الإحالة أو مات فلا رجوع على المحيل إلا إذا كان علم إفلاسه ولم يخبر المحال فله الرجوع لأنه غره .

تفصيل :

فلا يجوز أن تحتال بما لم يحل من دينك على ما حل ولم يحل ، وإذا حل دينك فيجوز أن تحتال على ما حل ولم يحل إذا كان فى صفته وفى جنسه .

فرع :

فلو أحاله على من ليس له قبله دين وعلمت بذلك وشرط عليك براءه من الدين ورضيت بذلك ، لزمك ولا رجوع لك على المحيل ، وإن لم تعلم فلك الرجوع



عليه ، وإن قال المحال بعد موت المحال عليه : أحلتنى على غير مال ، فالقول قول المحيل ، لأنه تحويل ثابت .

وفى « المدونة » من كتاب محمد : وإذا أحلته على ثمن عبد أو سلعة عند ملى ، ثم استحق أو رد بعيب .

قال ابن القاسم : التحويل ثابت عليه يؤديه ويرجع به عليك .

قال : ويلغنى ذلك عن مالك .

قال ابن المواز : وقال أشهب : التحويل ساقط ويرجع غريمك عليك ، وكذلك لو قبض ما أحلته به ليرجع به عليه من دفعه إليه .

وقال الإمام أبو عبد الله المازرى : والقولان مشهوران ، ومذهب أشهب هو اختيار ابن المواز وغيره من الأشياخ المحققين .

وسمع يحيى من ابن القاسم : من طلبه غريمه فذهب إلى غريم له ، فقال له : خذ منه ويأمر الآخر بالدفع فيتقاضاه ويقبض البعض أولاً يقبض شيئاً أن للطالب أن يرجع على الأول ، لأنه ليس إحالة بحق ويقول : أردت أن نكفيك التقاضى ، وإنما وجه التحويل أن تقول : أحيلك بحقك على هذا أو أبرأ إليك بذلك . أ.هـ .

### مسائل من الشركة

وفى كتاب « الاستغناء » : فى الإخوة إذا مات أبوهم وبقي المال بينهم بلا قسم إلا أنهم يخدمون ويعالجون فيه حكمهم حكم المتفاوضين [ق/١٦٩] فيما باع أحدهما أو ابتاع من ذلك ، فقال : لا ، ولا فضل لأحدهم على صاحبه إلا بإذنه لأن شركتهم شركة عنان وليست شركة مفاوضة ، وأن التفويض فى التجر لا فى الميراث .

قال : فإن التجر وكانوا متفاوضين وما اشتراه من الأصول على وجه التملك ، فليس فيه متفاوضين ، إلا إذا اشتراه للتجر بالإشهاد على ذلك صح منه ، ومثله لابن سلمون .

مسألة :

قال ابن أبى زمنين : ما صفى من الزرع واكتاله أحد الشركاء لنفسه ليأخذ شريكه غداً أو بعد غد ، مثله ، فإن كان أخذه على وجه السلف جاز ، وإن أخذه على وجه المعاوضة لم يجز .

ونقل ابن عرفة من سماع أصبغ أنه سئل على دار محبسة على قوم فبنا فيها أحدهم .

قال : يختص بما بناه دون غيره .

وذكر ابن سلمون فى باب القسمة ما نصه : مسألة : إذا بنا أحد الشريكين فى الأرض التى بينهما وغرس ، فإن كان بعلم شريكه وإذنه ومضى من المدة ما يرى أنه إذن إلى مثلها ما كان شرطه إلا قيمة حقه منقوضاً ، وإن لم يمض فقيمه قائماً ولا كراء عليه .

فائدة :

نقل الشيخ سالم عند قول خليل فى باب الرهن (١) : ولا يستأذن شريكه . . . . إلخ ، قال : هو على تفصيل ذكره فى « الذخيرة » (٢) فيها إذا كانا شريكين فى حيوان بميراث أو غيره لا يجوز لأحدهما التصرف إلا بإذن شريكه ، فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه ، فمقتضى القواعد أنه يضمن ، وبه أفتى شيوخنا والشافعية ، لأن أحسن أحواله أن يكون كالمودع والأمين ، والمودع إذا وضع الوديعة تحت يد أجنبى ضمن لتعديه ، ونقله الطخينى .

والذى لابن عرفة : إذا باع أحد الشريكين نصفه فى حيوان فأبى شريكه ، وقال : لا أرضى ، فليس له ذلك .

قال : وهو مخير إن شاء بقى شريك مع المشتري ، وإن شاء باع أيضاً نصيبه فى فرس أو بقرة أو غنم بغير إذن شريكه .

ولفظ « المدونة » على ما شرحه أبو الحسن : ومن اشترى عبداً فباع نصفه ، ثم قال : كعبد بين رجلين باع أحدهما نصفه فليس للآخر أن يدخل فيما باع بأن يقول : بعث نصف عبد هو بينى وبينك ، هذا ليس له شيء فيبايع ، وليس هذا فضل

(١) المختصر ( ص / ١٩٩ ) .

(٢) الذخيرة ( ٨ / ٦٦ ) .

الطعام بينهما فباع أحدهما نصف الطعام . أ.هـ.

### مسألة :

صرح أبو الحسن في « شرحه للمدونة » أن الابن إذا كان يخدم مع الأب صار شريكاً وله النصف في جميع ما بأيديهما من المال ، بخلاف الأصل الذي في ملك الأب وحده من إرث أو هبة أو غير ذلك مما يملك وحده فإنه يختص به .

والذي لابن رشد : أنه أجبر لعدم أركان الشركة ولا بعضها ، وهو الجارى على أصل المذهب .

### فائدة :

قال الخطاب (١) عند قول خليل (٢) : ( إن خلطا ) إن الخلط شرط في حصول الشركة بينهما بالنسبة إلى الربح والخسر ، وليس كذلك ، وإنما هو شرط في الضمان .

قال الرجزاجي : ذهب ابن القاسم إلى أن الخلط شرط في الانعقاد في الثمن ، أى الهلاك لا في النماء ، لأنه قال : وما اشتراه أحدهما بماله قبل الخلط فهو بينهما ، وأما بالعوض فهو من صاحبه . أ.هـ.

وأما الحرث فقد قال في « المدونة » : ولا تصح شركة الزرع إلا أن يخرج البذر نصفين ويستويا في قيمة كراء ما يخرجانه ، كإخراج أحدهما الأرض والآخر البقر والعمل عليهما أو على أحدهما إن تساويا فيما سوى ذلك .

ونقل الخطاب : أنه لا بد من تماثل البذر .

والذي لابن يونس : لا يشترط ذلك إذا .

وفي « العتبية » : روى أبو زيد عن ابن القاسم في الشريكين في الزرع يحرثا الأرض ، ثم غاب أحدهما عند الزريعة وخاف شريكه الفوات فأخرج جميع الزريعة من عنده فزرعها فقال ابن القاسم : ليس لصاحبه شرط وإنما له كراء مثل نصف

(١) مواهب الجليل ( ٥ / ١٢٥ ) .

(٢) المختصر ( ص / ٢١٤ ) .

الأرض محروثة والزرع لزارعه .

قيل : فإن حضر رجلاً فقسم الأرض بمحضرهم وحرث نصيبه .

قال : لا ينفعه وعليه كراء نصف ما زرع إلا أن يقسم ذلك بأمر السلطان ، وكذا فى كتاب ابن المواز .أ.هـ. من ابن يونس .

(٢١٣) [١] وفى « تلقين » الثعالبي : سئل القضيان عن الرجل يحرث أياماً

لنفسه ثم يشرك مع غيره ، ويشترط عليه الذى جاء الدخول فيما حرثه ؟

فأجاب : لا يجوز ذلك ، قالوا : وكذلك الخماس إذا اشترط الدخول فيما مضى

لا يجوز ، لأنه بيع زرع قبل نباته أو بعد نباته وقبل بدو صلاحه .

قال ابن أبى زيد فى « النوادر » : فإنه لا يجوز .

وفى نوازل الوغليسى : مسألة : لو اشترط الخماس السلف لكان له أجره مثله .

ابن وهب : ولو اشترط الخماس نفقة أو كسوة لم يجوز ، وأجازه سحنون ، نقله

ابن عبد السلام .

ولو هرب من تلقاء نفسه فلا شيء له .

البرزولى : وأما على لزومها فهو شريك فيؤدى حصته من العمل ويأخذ ما

يجب له من الزرع .

(٢١٤) [٢] وفى « أجوبة البجاويين » : إذا ترك أحد الشريكين ثوره عند

شريكه لضيق بيته ، ثم تشاحا وطلب منه كراء بيته ولم يدخل على ذلك ؟

فأجاب : إن جرت عادة أنه لا يأخذ الناس كراء على مثل ذلك فلا شيء له ،

وإلا فله كراؤه فى موضع ربط الثور .

قال : وكذلك إن كانت آلة الحرث من عند أحدهما من غير شرط ، ثم تشاحا

وطلب كراء النصف فإنه يرجع فى جميع ذلك للعادة .

فائدة :

صرح ابن رشد فى « البيان » فى رجل بيده دابة الشركة وهو يتصرف عليها

برؤية شريكه وهلكت ، إنه لا ضمان عليه .

(٢١٥) [٣] وسئل ابن مرزوق [ق/ ١٧٠] عن رمكة مشتركة بين رجلين

فأعارها الذى هى بيده لرجل فماتت ؟

فأجاب : إذا أعارها فى مثل ما تعار فيه فلا ضمان عليه ، ومثله الوغليسى .

ابن مرزوق : لا يجوز إعارتها إلا بإذن صراحة أو عرفاً لا يشك فيه فإن كان عاماً حتى فى الركض والقتال عليهما فلا ضمان فى شيء من ذلك وإن جرى بما لا خطر فيه وأعارها فيما فيه الخطر فعليه الضمان دون شريكه ، فإن لم يكن عرف ولم يأذن شريكه فالضمان على المعير فى الجميع ، وإذا علم المستعير ، وله فى جواب آخر حين سئل عن شريكين فى فرس أو بغل أو حمار ، وهو يبد أحدهما فأعاره بغير إذن شريكه فغصب أو مات من غير تفريط .

فقال : إن لم تجر عادة بمثل ذلك فهو ضامن ، وإن جرت عادة فلا ضمان عليه ، وأما شركة الطلبة على جمع العشور فلا تصح إلا إذا اجتمعوا فى أندر واحد ، قاله الونشريسى .

ولعياض قال : شركة الذمم على ثلاثة أنواع :

إما فى شيء بعينه من غير تحمل فلا تجوز ، سواء اتفقا أو اختلفا واتبع كل واحد بحصته .

والثانية : فى معين وتحمل كل واحد منهما لصاحبه ، فإن كانا متعادلين فيها جازت الشركة وصح البيع ، وإن كانا مختلفين لم تجز .

والثالثة : أن يشتركا فى غير معين فلا تجوز . أ.هـ. من الزروق فى «شرح الرسالة» .

فائدة :

ذكر البرزلى فى كتاب الغصب فى شريكين فى طعام فغاب أحدهما فجاء الظالم فأخذ نصيب الغائب من الطعام ، فهل ذلك على الغائب وحده ؟

فأجاب : الذى عندنا ، فالأخوذ عليهما والباقى بينهما . أ.هـ. من التتائى

الكبير .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٢١

(٢١٦) [٤] وسئل أبو إسحاق عمن ترك ولدين أحدهما متزوج وله أولاد ، والثاني من غير تزويج ، وكل ما يسعيان ويخدمان بينهما فيه شركاء مع متروك أبيهما وهما في عولة واحدة ، وبعد زمان اقتسما ما كان بينهما ، فقال العازب : تعاوضني في أكل زوجتك وأولادك ، فهل يحاسبه ، وكان الأخ الآخر تزوج امرأة وخالها بمال ، فقال العازب : مال الخلع لي وحدي ؟

فأجاب : له أن يحاسبه بما أكل أولاده وزوجته ، إلا أن يكون له ما يبرئه من ذلك كما إذا كان أبوه أو مثله لا يطلب ذلك ، وأما الخلع فلا مقال لأخيه فيه .

وفي أسئلة الوغليسي : إن خدمة الزرع تجرى على العرف الجاري ، فإن كان على الخماس النصف أو أكثر أو أقل عمل به في الحصاد والدراس ، وكذلك في حراسته من الطير والحلوف وتنقيته .

والخماس : هو الذي لا يخرج لا سكة ولا محراث ولا زريعة ، وإنما يتبع الزرع فقط ، فليس عليه من حراثة الزرع وخدمته إلا ما جرى به العرف ويكون مشروط حين العقد .

(٢١٧) [٥] وفي « أجوبة الشيخ يحيى بن عمر » : من دفع لرجل أرضه يحرثها بالنصف ، فتركها حتى فات زمان الحرث ، هل عليه كراء النصف أم لا ؟ قال : لا أرى عليه شيء غير أنه مأثوم بخدعه . أ.هـ .

(٢١٨) [٦] وسئل ابن فركال عمن يعطى للخماس من عادة طعام أو دراهم أو سلف شيء ، ولا تنعقد الشركة إلا عليه ، ورب الزرع يضطر إلى ذلك لعزار الخماسين وقتلهم ؟

فأجاب : لا تجوز هذه الشركة ، وإذا وقعت فله أجر أمثاله ولا له من الزرع ويرد ما أخذه من الجعالة .

ثم قال له السائل : فإن لم يشترط ذلك بعد العقد أعطاه تبرعاً ؟

قال : لا بأس به .

ثم قال له : أخاف أنهما عملا على إعطاء ذلك ، والناس يقولون : المبهمات والعادات كالشرط .

قال : نعم ، قال سيد عثمان : لا تجوز الزيادة للخماس على ما وقع به الواقع ولو عز وجوده ، إلا إذا جعلوا له ذلك فى مقابلة خدمة من رعى وسقى وإدخال وإخراج وحشيش .

وقال الإمام سيد عبد الرحمن الوغليسى : لا تجوز المزارعة على أن الخماس لا شيء له من التين ، بل يكون له حقه على حساب شركته ، والعادة الجارية بمنعه فاسدة .

واختلف البجاويون فيمن اشترك فى الحرث مع من ماله حرام وذمته مستغرقة ، هل يحل له نصيبه أم هو حرام ؟ ومنشئ الخلاف الجزء المشاع ، هل يحاز أم لا ؟ وقال الفاسيون : هذه رخصة جيدة أنه إذا أخذ مثل حقه فأقل ، حل له على أحد القولين .

(٢١٩) [٧] وفي « مسائل العقباني » : الشركة فاسدة بتفاوت البذر ، أو كان فى مقابلة الأرض إذا فاتت لمن يكون الزرع ؟

فأجاب : صابة الزرع للعامل ، وعليه أجرة البقر ، وإن شرط أحد الشريكين أنه لا يشاركه إلا بسلف الزريعة أو بشيء يسلفه له يسميه له وأخذ ما شرط وفاتت ، وكذا الخماس فى شد المسغبة يشترط .

قال : الزرع بينهما على حسب ما وقعت إن سلمت من كراء الأرض بما ينبت ، ويتراجعان حتى يتعادلان فى جميع ما أخرجوه .

ومن قال لشريكه : أخدم على الثور ولك عشر ما حرثته .

قال : هذه شركة سالمة من كراء الأرض بما ينبت .

وحصل الحكم بالتصحيح ، قال : إن أسقط المشترط شرطه وسلمت من كراء الأرض بما ينبت ، صحت على القول الصحيح .

وقال : الخماس إذا صير خمسه فى دين عليه والزرع أخضر .

قال : الدين باقى فى ذمته والزرع له .

«مسائل المازرى»: إذا جنا الخماس على ثور بضربته أو أصابته السكة أو رماه ليرده فمال المحراث فكسره فعليه ضمانه ، كالراعى كلما جنا بيده ضمنه ، وإن اشترط كسوة أو نفقة أو سلفاً فلا يجوز عند ابن وهب وأشهب ، ويجوز عند [ق/١٧١] سحنون .

(٢٢٠) [٨] وسئل الوغليسي عن الشركاء يقسمون الفريك إغمار؟

قال : يجوز للضرورة فى اليسير ، وقسمة البصل بالتحرى تجوز بشرطين ، إذا كان البصل على صفة واحدة وأن لا يأخذ أحد الشركاء أكثر من الآخر .

(٢٢١) [٩] وسئل سيد على عمن وطئ ومهد فى أرض الشركة وغرس

وبنا نحو عامين أو ثلاثة ، ثم اقتسما الأرض فطلب أجره تمهيداً وغرسه وبنائه؟

قال : له ذلك .

وعليه البينة فى دفع الثمن ، وإلا فيحلف القائم أنه لم يدفع إليه منها الباقي ، ويرجع بالثمن إن كان ما يدعيه الذى بيده الأرض يشبه ثمن ذلك ، وإن لم يشبه لزمته القيمة فى ذلك ، ولم [١] الثمن عن مدعيه الشراء إلا بالأمد الذى لا يتبايع الناس إلى مثله .

قال : وهو قول شيخنا فيها ، قول الحائز : اشترت ، ليس بإقرار للقائم بالملك ، لأنه إنما يكون ذلك إقرار إذا لم يستند إلى حوز ، وأما معه فهو مصدق إن قال : حزته بالشراء اتفاقاً .

قال : وإن قال : حزته بهبة أو صدقة على المشهور ، ونبه على ذلك الحافظ الخطاب فى كلامه على الحياة .

وذكر الخطاب (٢) عند قول خليل (٣): وملك غيره على رضاه ، إلى من يبع ملكه مع علمه به وسكت سنة ، فلا حق له فى الثمن ولا فى المثلن ، وأما إذا تكلم قبل مضى السنة فله الحق فى الثمن دون المثلن .أ.هـ.

وفصل فيه ابن رشد تفصيلاً أبين منه إذا كان غائباً وقدم وسكت سنة بعد القدم

(١) بياض فى الأصل مقدار كلمة .

(٢) مواهب الجليل (٤ / ٢٦٩).

(٣) المختصر (ص / ١٦٩).



فحكّمه ما تقدم ، ومنها إذا بلغه العلم وسكت سنة فكذلك .

وأما مسائل التفويض فلا يشترط فيها ، فلا تطلب فيها طول المدة ، فكذلك التفويض لا يفعله الإنسان إلا في ملكه قطعاً ، مثل البيع والوطة .

قال « معين الحكام » : لا خلاف أن الحيابة تكون بين أهل الميراث بالتفويض بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير وما أشبه ذلك من الوطة الذي لا يصح ولا يحل أن يفعله أحد إلا فيما خلص من ماله وإن لم تطل المدة .

### ويتفرع على ذلك فروع :

منها : إذا فوت المكيل بالبيع ، فإن كان الشريك حاضراً للصفقة وسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في صحته وكان له الثمن ، وإن سكت بعد المجلس استحق البائع الثمن بالحيابة بعد يمينه أنه انفرد به بالوجه الذي يدعيه من ابتياع أو مقاسمة أو ما أشبه ذلك .

وأما إن لم يعلم بالبيع إلا بعد سنة فقام حين علم أخذ حقه فيه ، وإن سكت بعد علمه سنة ونحوها فليس له الثمن ، وأما إن سكت بعد العلم حتى مضت مدة الحيابة لم يكن له شيء من الثمن واستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه . أ.هـ .

### تنبيه :

يتفرع عن جميع ما مر أن الحيابة دليل عرفي وليس بملك ولا تنقل الملك [ (١) ] ، عين الصواب ، وقد صرح غير واحد بذلك ، ومن ذلك قول الإمام ابن [رشد] (٢) :

الحيابة بشروطها لا تنقل الملك للحائز ، وإنما تدل على الملك كالستور ومعرفة العفاص والوكاء ، فيكون القول قوله مع يمينه إذا كان بحضرة صاحبه وادعى ملكه لنفسه بشراء أو هبة أو صدقة ، وصاحبه حاضر عالم ساكت بلا عذر . أ.هـ . مختصراً .

قلت : قوله : حاضر ، يريد بالبلاد أو هو في حكم الحاضر كالיום واليومين كما قاله ابن رشد أيضاً ، ونقله ابن رشد في باب الشفعة .

(١) بياض في الأصل مقدار كلمة .

(٢) بياض في الأصل ، والمثبت من « مواهب الجليل » ( ٦ / ٢٢١ ) .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٢٥

قوله : عالم بأمرين لا بد منهما وإلا فلا يضره [ق/ ١٧٢] سكوته ، وذلك بأن يعلم بالحوز ، والمراد به التصرف ، هذا مقصودهم به لأن الحوز هو التصرف ، وإن المحوز ملكه [ (١) ] له .

أبو الحسن الصغير في « شرح التهذيب » عند قوله : من أقامت بيده دار سنين ذوات العدد يحوزها ، وأقام رجل بيته أنها لأبيه أو جده ، فإن كان هذا المدعى حاضراً يراه يبنى ويهدم ويكرى ، فلا حجة له وذلك يقطع دعواه .أ.هـ.

قال أبو الحسن : قوله : حاضراً ، يراه لا بد له من العلم بشيئين ، وهما : العلم بأنه ملكه ، والعلم بالتصرف ، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول : ما علمت بأنه ملكي ، كما يقول الرجل : الآن وجدت الوثيقة عند فلان ، فيقبل قوله ويحلف ، والعلم بهذين الوصفين .

قالوا في « الوثائق المجموعة » وأيضاً في « المدونة » : الإنسان محمول على الجهل وعدم العلم ، ونصها : والناس فيما ادعى عليهم علمه محمول فيه على الجهل حتى يثبت عليهم لقوله تعالى : ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِّنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا﴾ [ النحل : ٧٨ ] .

### تنكيث :

وقول ابن رشد : لا يصدق إن كان مما يعلم بذلك العلم ، خلاف مذهب «المدونة» ، ومذهب «المدونة» هو المعمول به .

ونقل الإمام المشد إلى مثل ما هو في «المدونة» بتفصيل ، ولفظه : لا يخلو حال المدعى إما أن يدعى جهل النصيب ، فإن كان حاضراً أو في حكم الحاضر كاليومين فأقل في حق الرجل واليوم ونصفه في حق المرأة وادعى الجهل بالشراء فلا يصدق ، وإن ادعى الجهل بالنصيب فلا يصدق ، ولا سيما إن كان وارثاً .أ.هـ.

قلت : وهذا كله يدل أيضاً على أن الحيازة من دلائل العرف والعوائد ، تأمل ذلك وتدبره ، فلا تصح مع ثبوت ملك القائم أو ملك أوائله وهو مذهب ابن رشد على أصل «المدونة» ، وإنما تصح الحيازة في مجهول الأصل الذي لا يدرى أهو

---

(١) بياض في الأصل مقدار كلمة .

للقائم أو للحائز أو لغيرهما .أ.هـ.

وفى « البيان والتحصيل » : إن الحرث والازدراع لا يفوت وحده على كل حال ، طال الزمان أو قصر ، لأن أثر الحرث أو الازدراع لا يدوم فإذا انضم إلى ذلك شيء من هدم أو غرس مما له أثر دائم صار حوزاً .

ونقله ابن عرفة وبه صرح الخطاب فى حاشيته على خليل حيث قال (١) : وإن حاز أجنبى . . . . إلخ ، لا يخلو حال المدعى جهل النصيب أو يدعى عدم العلم ببيع ملكه مع علمه بالنصيب ، فإن كان حاضراً أو فى حكم الحاضر كاليومين فأقل واليوم ونصفه فى حق المرأة وادعى الجهل بالشراء فلا يصدق فى ذلك ، وأما إن ادعى الجهل بأن له نصيب فهو مصدق ، ولا سيما إن كان وارثاً .

قلت : وهذا كله يدل أيضاً على أن الحيابة من دلائل العرف والعوائد .

قال ابن عرفة : وصدر الشيخ فى باب الحيابة بتقريره أن مدلول عوائد الناس كالإقرار .

قلت : ومسائل « المدونة » وضحت به ، ولهذا قال ابن شاس مستدلاً على اعتبار الحيابة بقوله : لأن كل دعوى ينفىها العرف وتكذبها العادة مرفوضة ، قال تعالى : « وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ » [ الأعراف : ١٩٩ ] ، وواجب الرجوع إلى العرف عند الاختلاف فى الدعاوى كالنقد والحمولة واليسير والأبنية ومعاهد القحط وموضع الجذوع على الحائط .

ولابن سحنون : ومن أقام بينة أن قناته تجرى على جاره مقدار سنة ليس بحوز ، وإن جرت عليه أربع سنين كانت حيابة .أ.هـ.

من « الدعاوى والإنكار » للرعىنى ما نصه : ومن رأى أجنبياً يحوز عليه أرضه أو داره بالحرث والسكنى عشر سنين وهو حاضر عالم لا يغير عليه ولا ينكر ، ثم قام بعد ذلك وأثبت أن الأصل أصله ، فلا حق له فى ذلك وحجة ما قام به داحضة لا منفعة له فيها إذا ادعى الحائز ذلك ملك نفسه بوجه الملك لا بالحيابة وحدها ، وتكون الحيابة كشهادة قاطعة .

تنبيه :

هذا إذا ادعى الحائز أنه تصير له بالشراء من الطالب فالقول قوله ويحلف ، قاله

ابن القاسم فى سماع عيسى .

وأما إن قال : صارت لى بهبة أو صدقه كلف إثبات ذلك ، فإن عجز حلف القائم على إنكار ما ادعاه واسترجع متاعه .أ.هـ. من « المفيد » .

ومثل هذا فى « تبصرة » ابن فرحون ، ومثله فى البرزلى .

ولفظ ابن عرفة : وحيارة بعض الأجنيين على بعض فيما لا شركة بينهم فيه ، فالمشهور أنها عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بناء .

وفى « كتاب الجدار » لابن القاسم : لا تكون الحيازة إلا معهما .أ.هـ.

وقال الفيشى عند قول خليل (١) : (وتصرف) ، أى بأى نوع من أنواع التصرف فات يهدم أو بناء أو اغتلال أو سكن ، إلا أن الهدم والبناء مقيد بما إذا كانا لغير ضرورة وأنواع التصرفات من غير البيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والوطء ، لأن هذا لا يحتاج إلى طول المدة إذا علم به ولم يتكلم ، هذا فى جميع الأقسام التى ذكرها المصنف والتى لم يذكرها .أ.هـ. مختصراً .

ثم قال : قوله : (حاضرًا) فإن قدم الغائب أو علم استؤنف له عشر سنين ، وكذلك إن كان صغيراً أو مجنوناً أو بكرًا غير معنسة ، فلا بد من عشر سنين بعد زوال المانع ، والمراد بالعلم العلم والحوز بالتصرف والملك ، وزاد فى « الرسالة » قيداً آخر لا بد منه وهو: أن تكون الدار تنسب لحائزها ، فلو ادعى عدم علمه بالملك فالقول قوله بيمينه ، فإن قال : علمت بالملك ولم أجد ما أقوم به من وثيقة أو بينة ، قبل منه على الأصوب ، ولو قال : إنما سكت لغيبة بينتى فلا يقبل منه ، ولو ادعى عدم العلم بالتصرف قبل .أ.هـ.

ثم قال : قوله : (لم تسمع) ، أى لم ينتفع بها إذا تمادى الحائز [ق/ ١٧٣] على الإنكار ، وإلا فهى متوجهة ويطلب الحائز بالإقرار والإنكار ، وهذا كله فى دعوى غير الحبس ، وأما فيه فإنها تسمع ولو من حاضر ساكت ، ولو طال الزمان ولو ظهر منه ما ينافى ذلك كادعاء الرهن ، فلا يمنعه من ادعاء الوقفية .أ.هـ.

(١) المختصر ( ص / ٢٧٢ ) .

وللبرزلى : الحيازة لا تنفع فى الحبس ولو طال الزمان ، وأصله للمتيطى .  
ونقل ابن سلمون ، ولفظه : وينزع من يد مبتاعه ولو طال الزمان ، ويعاقب  
البائع والمبتاع إن علما .أ.هـ.

### فائدة :

إذا تعارضت بينة الملك والوقف وجهل التاريخ قدمت بينة الملك ، ذكره الفيشى  
أيضاً ، ثم قال : قوله : وفى الشريك ، معناه وفى المدة التى تعد حيازة فى حق  
الشريك القريب قولان ، هل هى عشر سنين أو مثل الأربعين والخمسين ، وليس  
المراد فى الحيازة وعدمها ، أى هل يكون الشريك القريب حائزاً أم لا ؟ لأن هذا لا  
يقوله .أ.هـ.

ونقل الخطاب عن ابن رشد : أن الحرث والازدراع بين الأقارب لا يعد حوزاً .  
قلت : هذا فيما عدا مثل الابن وأبيه ، وأما الابن مع أبيه فلا حوز بشيء ،  
وقد صرح به خليل فى باب الهبة حيث قال (١) : (لا بين الابن وأبيه) ، قال جل  
شراحه : أى فلا تقيد الحيازة ولو مع البناء والهدم والغرس والازدراع ، قاله عبد  
الباقى .

وأما حوز أحد الإخوة فى حياة أبيه فلا يفيد أيضاً ، ولو أذن له الأب ، قاله  
خليل فى قوله : لا بابن ، مع قوله : داره ، لأن معناه إذا قال الأب لأحد بنيه :  
ابن هذه العرصة داراً ، ففعل الابن ذلك وصار الأب يقول : هى داره ، فلا يختص  
بها دون إخوته إلا بإشهاد أنه وهبها إياه أو تصدق عليه أو باعها له ، ولا معنى له  
غير هذا .

ابن بزيمة : ولو قال الأب لابنه : ابن هذه داراً ، ففعل فى حياة الأب والأب  
يقول مع ذلك : دار ابنى فلان ، الآن لا يستحق من ذلك إلا قيمته منقوضاً .  
وقوله فى شيء يعرف له : هذا كرم ولدى مثلاً ، وهذه دابة ولدى ، ليس

(١) المختصر ( ص / ٢٧٢ ) .

بشيء ولا يستحق منه الابن شيئاً إلا بإشهاد بهية أو صدقة أو بيع ، صغيراً كان الابن أو كبيراً .أ.هـ .

وأما حوز أحد الشركاء فى أرض الشركة فلا يفيد أيضاً ، نقله الخطاب .

قال : فإن غرس أحد الشركاء أو بنا أو زرع فى أرض الشركة قسمت بينهم ، فإن ناب الغارس ما غرس اختص به ، وإن نابه غيره فله أجرته فى غرسه وبنائه منقوضاً . انتهى بالمعنى ، ذكره فى باب القسمة .

### مسائل من العواري والودائع

ابن عرفة : العارية : منافع مؤقتة بغير عوض ، فتدخل العمري والإخدام لا الحبس .

بهرام : هى تملك منفعة بلا عوض .

وذكر الجلاب فى الإجارة : أن من استأجر عبداً أو استأجره فى عمل بغير إذن سيده فهلك فيه لزمه ضمانه ، وكذا من استعان صبيّاً فى شيء من الخطر فمات فيه فديته على عاقلته .أ.هـ .

[٢٢٢] (١) وسئل الإمام العقباني عن استعار فرساً فركبها وأتى إلى قوم يطلب دينه ، فقال : أعطوني ما ندفع فى هذه لأننى اشتريتها ، ثم غصبها غاصب فطلبه ربها بضمانه ، فقال : هى عارية ، فوقفه على العارية وأراد أن يغرمه بإقراره وأنه باعها منه بعد الإعارة ، فجاءت البينة على قوله : إنه اشتراها ، فقال : إنما قلت ذلك لإخلاص ديني ؟

فأجاب : إنه لا يؤخذ بذلك ولا شيء عليه إلا بيينة على الشراء بعد الإعارة .

[٢٢٣] (٢) وسئل سيد سعيد العقباني عن أعار فرس الشركة لرجل ، ثم إن ذلك الرجل أعارها لزوجته ابنة فركبتها ، ثم أتى صاحب النصف الآخر ورآها راكبة ومشى معها حتى وصلت إلى المحل ، فلما وصلت ماتت الفرس ؟

فقال : لا شيء له لأن سكوته يقطع دعواه عن المعير ، أعنى شريكه والمستعير

المرأة . أ . هـ .

[٢٢٤] (٣) وسئل سيد علي بن عثمان عن أعراف مقاييس فضة لآخر ليتزوج بهما ، فأخذهما غيره فدفعهما ، فأخذهما ولي الزوجة في نقدها ، وربما لا علم له بالنقد حتى ماتت المرأة وهما في يدها ، فقال وليها : هما لها نقداً ، وقال ربهما : لم أعلم بذلك ؟

فقال : يحلف ما هما إلا عارية مع بينة الملك ويأخذ متاعه .

ونص الجزيري : أن الشريك لا يجوز له أن يعير إلا بإذن شريكه إما تصريحاً أو بجرى العادة ، بحيث يجرى بذلك العرف مستمراً لا يشك فيه ، لأن القاعدة أن العرف الجاري المستمر يقوم مقام الإذن نطقاً ، نص على ذلك ابن مرزوق في «أجوبته» والتلمساني في «نوازل»، ثم إذا جرى العرف بإعارة الشريك ، فإن كان عاماً حتى للركض والقتال على الفرس فلا ضمان عليه في شيء من ذلك ، وإن كان خاصاً فيما لا خطر فيه فأعارته فيما فيه خطر يضمن لتعديه .

ثم قال في تمام الجواب : وحيث وجب الضمان على المعير لتعديه إما مطلقاً أو فيما دل العرف على منع الإعارة فيه فالضمان فيه وحده دون المستعير ، إلا إذا كان المستعير عالماً بالشركة .

فخ : يلزمه الضمان وكان منهما غريم لرب النصف بمن أخذ منه فلا رجوع له على الآخر ، لأن كل واحد منهما متعدي على رب الدابة . أ . هـ .

وفي « مسائل البرزولي » : من أخذ دابة غيره فحمل عليها فعطبت فادعى أنها عارية، وأنكره ربها ؟

فقال : يحلف ربها ما أعاره ويغرمه قيمتها . أ . هـ .

وفي « المدونة » : قال مالك : وما ملك من إعارة الحيوان فلا ضمان على مستعيرها ، إلا إذا تعدى أو فرط ، ثم قال :

تنبيه :

ولو اشترط المعير الضمان في إعارة ما لا ضمان فيه لم ينفعه ، هكذا البراقعي .

## ٢٣١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

وفصل صاحب «المفيد» المودع والأمين ، فقال : المبرز لا ضمان عليه ولا يمين في الأمانة أو الوديعة مطلقاً ، والمشكوك الحال ففي حقه خلاف ، والمتهم يحلف .

قلت : وعليه درج صاحب «المختصر» حيث قال (١) : وحلف [ ق / ١٧٤ ] المتهم ، ثم قال صاحب «المفيد» : وأما المشهور بالإعارة الذي لا يبالي بأموال المسلمين ففي تضمينه خلاف . أ . ه .

وحكى ابن زرب تضمين المتهم .

قالوا : هذا شاذ .

وفي كتاب الاستغناء : لو قال رب الوديعة لمن هي بيده : ألقها في النار أو في البحر ففعل ضمن في قول بعضهم لنهيه ﷺ عن إضاعة المال ، كمن قال لشخص : اقتلني أو اقتل ولدي ، أنه يؤاخذ به .

فائدة :

لو كانت الوديعة طعاماً أو عرضاً فباعه الذي هو بيده بثمان أو جارية ، فربها مخير في مثل طعامه أو قيمة سلعته إن فات ذلك ، وإن لم يفت أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ ما أخذ فيها من ثمن أو جارية ، نقله ابن رشد عن ابن يونس .

ونقل الخطاب مثله ، ونصه (٢) :

فرع :

قال في «الرسالة» (٣) : وإن باع الوديعة وهي عرض فربها مخير في الثمن أو القيمة يوم التعدي .

الجزولى : وإن كان مكيلاً أو موزوناً فربه مخير في [مثل المثل] (٤) .

قلت : والتحقيق الذي يوجب النظر أن الضمان مرتب على المخالفة لغير عذر كسفر أو عورة حدثت في محل الأمانة ، ولذلك قال الأجهوري عند قول خليل :

(١) المختصر ( ص / ٢٢٧ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٥ / ٢٥٤ ) .

(٣) ( ص / ١٢٠ ) .

(٤) في « مواهب الجليل » : الثمن أو المثل .



وبيعته . . . إلخ ، وضمن لمخالفته إذا لم يعلم ربها .

وقال المواق عند قوله : وبيعته ، لا مفهوم للبعث ، وكذا لو ائتمن عليها غيره ، ومفهوم بعته لو ذهب بها هو ، فلا ضمان وهو خلاف .

وفى « التوضيح » : من أن الوصى بالإسكندرية يرسل للورثة بالمدينة فلم يأتيه خبر عنهم فيسافر بها إليهم ، أنه ضامن . أ . ه .

وقال خليل فى باب الوديعة (١) : إلا لعورة حدثت .

ابن عرفة : من دفع الأمانة لمن ظن نجاته بها كصالح أو عالم ثم هلكت ، فلا ضمان عليه ، ومثله للتائى فى «الكبير» .

والقاعدة : أن من قبض الأمانة وهو المودع فلا ضمان عليه بحال ، ومن قبض بالذمة يضمن فيما يغاب عليه .

وعبارة أخرى : من قبض لنفع نفسه ضمن ولنفع غيره لا يضمن ولنفع المالك مع نفع نفسه ضمن ما يغاب عليه .

وأما الحراس إنهم أمناء والأمين لا ضمان عليه ، ولا فرق عند ابن شاس بين حارس الطعام وغيره ، ولكن صرح ابن رشد فى «شرح ابن الحاجب» أن الطمار ضامن لما يدعى ضياعه من الطعام ، لما فى ذلك من المصلحة العامة .

ونقل الوانغى فى تعليقه على «المدونة» وعلمه بالمصلحة العامة ويسرعة اليد إلى الطعام ، ونقله الخطاب فى باب الحجر وعلمه بذلك .

ومن أعار وديعته أو أودعها لغيره وعلم ربها بذلك فلا ضمان عليه إذا علم وسكت كما مر فى فرس الشركة .

### تحصيل :

قال مالك وأصحابه : ومن موجبات الضمان هو سبب قوى من قول أو فعل ، والأسباب التضمينية لذلك عشرة :

الأول : أن يدعوها عند من لا تجرى عادته بالحفظ والإيداع من غير غدر .

والثانى : نقل الوديعة من بلاد إلى بلاد .

(١) المختصر ( ص / ٢٢٦ ) .

والثالث : خلطها بما لا تتميز عنه مما هو غير مماثل لها كالقمح مع الشعير مثلاً .

والرابع : الانتفاع بها مثل لبس الثوب وركوب الدابة فتهلك فإن ادعى أنه هلك بعد ذلك لم يصدق .

والخامس : المخالفة فى كيفية الحفظ شرعاً أو عرفاً ، إلا أن يخالف إلى ما هو أحوط بما ليس فيه شهرة ، فإن كان فيه شهرة ضمن .

السادس : التسبب ، مثل أن يدل عليها سارقاً أو يسعى بها إلى ظالم .

والسابع : إذا طلبها ربها فجحدها .

والثامن : الامتناع من التسليم .

والتاسع : عدم الشهادة عند الموت .

والعاشر : التجارة فيها والربح له والخسارة عليه . أ . هـ .

قلت : وكذا لو عرضها لذكور الخيل فهو متعدى على ما يقتضيه الحال من غزارة الفحل وسوء خلقه ، ولذلك قال خليل<sup>(١)</sup> : وبإنزائه عليها فماتت ولو من الولادة . أ . هـ .

ابن زرب وابن عات : فمن رفع الأمانة وادعى أنها ضاعت ، فإن قام ببينة على ضياعها بتجريد ثيابه أو جرح أو جاء ملطخاً بالدم عرياناً فلا ضمان عليه ، وإن لم تكن له بينة إلا بدعواه فهو ضامن . أ . هـ من سيد عبد الرحمن الوغليسى .

وفى «التلقين» : مسألة : من وضع عنده شيء وادعى ضياعه دون انتقاب بيته ولم يوجد أثر سارق ولم يفتح له باب ولا ضاع له شيء ، أنه ضامن ، وهذا الذى عليه ابن أبى زيد وابن عمران .

ونص ما أشار له : قال سحنون : ومن وضع عنده شيء على وجه الأمانة أو استؤجر عليه أو أكرهه ، فذهب من بيته دون متاعه أو متاع عنده فى البيت ، أنه خائن والخائن غارم إن كان من أهل التهمة ، ولا يقبل يمينه ، إلا أن ينقب بيته بالسارق فلا ضمان عليه ، وقد نص عليه مالك فى كتاب «البيان الكبير» لابن أبى زيد .

القرواني : وهو موافق للمذهب ، لأن القرائن الحالية تخالف ما ادعاه رب البيت من الضياع ، وهو شاهد عرفي ، واختلف في الشاهد العرفي هل يقوم مقام الشاهدين أو الشاهد العدل ؟ قولان ذكرهما المغربي .

وما ذكره الشيخان تقييد للمذهب والمقيد مقدم على المطلق ، والمثبت على المنفي ، ومن حفظ على من لا يحفظ . انتهى من صاحب «التلقين» .

### فائدة :

قال ابن سحنون : ومن كان له دين على أحد فأراد الذي في ذمته الدين الخروج إلى مكة ، فأمره رب الدين أن يشتري له به شيء ، ثم إنه اشترى له ذلك وأشهد عند الشراء أنه لفلان بالدين الذي له عليّ ، فسلب في رجوعه بحضرة البيعة .

فأجاب : بأن مصيبته [ ق / ١٧٥ ] من ربه ، وليس على رب الدين شيء .

قلت له : لأي شيء ؟

فقال : لأنه فسخ دين في دين . أ . ه .

وصرح أبو الحسن المغربي : أن الأمين إذا ادعى أنه حول الأمانة لعورة حدثت في منزله ، وقال ربه : لم تحدث عورة ، فإن الأمين مصدق في تحويلها لذلك ، وفي إيداعها للغير لذلك ، وسواء أودعها بيينة أم لا . أ . ه . من تعليقه على «المدونة» .

وللخطاب ما نصه (١) :

### فرع :

قال في «المسائل الملقوطة» : لا يجوز دفع الوديعة بأمانة أو كتابة ، فإن فعل وجاء ربه فأنكر ، حلف ما أمره ولا كتب وأنه لا حق له عليه ، وضمنه المثل أو القيمة ، ويرجع هو على القابض منه ، ولا يمنعه تصديقه إياه أولاً معرفته بصحة ما جاءه به وشهادته بذلك ، قاله ابن سهل في كتاب «الإقرار» . أ . ه . وذكر غير

(١) مواهب الجليل ( ٥ / ٢٦٠ ) .

واحد من الموثقين أن الأمين يكون شاهداً فيما ائتمن عليه ، كحارس وغيره . أ . هـ . من مسائل الطليطلى باختصاره .

ونقل الطخيشى ما نصه :

فرع :

وفرق : قال ابن الحاجب والقاضى عبد الوهاب : من أودع إليه مال فى سفر ليجعله إلى بلد فعرضت له إقامة ، فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان عليه .

والفرق بينه وبين مبتدئ السفر بالوديعة أنه يضمن ، هذا إذا أذن له ربها فى السفر بها إلى تلك البلد ، فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة ، والحاضر بخلافه .

وفى الخطاب ما نصه :

فرع :

رجل حمل بضاعة لرجل فجاء إلى موضع خوف فى الطريق ، فوضعها فى يده ، ثم نزل ليبول فوضعها فى الأرض ، ثم قام ونسيها ، فلما تذكرها رجع فلم يجدها ولم يدرى أين وضعها .

قال ابن الحاجب : أفيتت أنا وابن رشد بأنه ضامن ، وذكر لى عن الباجى أنه أفتى بعدم الضمان . وللخطاب ما نصه (١) :

مسألة :

كان رجل جالساً فجاء إنسان فوضع أمامه متاعاً وذهب ، فقام الجالس وتركه فضاء ، فالظاهر أنه ضامن له لأن سكونه حين وضعه بين يديه يدل على قبوله للوديعة . أ . هـ .

قال فى «مختصر المتىطية» لابن هارون : ومشهور مذهب مالك أن الحافظ لا ضمان عليه . أ . هـ . (٢) .

وعليه عول خليل بقوله (٣) : (كحارس) ، يشمل حارس الزرع والدار وغير ذلك . أ . هـ .

(١) مواهب الجليل ( ٥ / ٢٥٨ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٥ / ٢٥٢ ) .

(٣) المختصر ( ص / ٢٤٦ ) .

## مسائل الرعاة

وللشيخ يوسف بن عمر ما نصه :

حراس الحوائط والطمار وغيرهم ممن يحرس الطعام فلا يضمن ما هلك منه، ولا ضمان على الراعى إلا بتفريط ويتبين تفريطه، فإن نعى أول النهار فهو مفرط، وفي آخره ليس بمفرط، وفي القائلة: إن تهيأ للنوم فهو مفرط، وإن لم يتهيأ فليس بمفرط. وإذا ذبح شاةً وادعى إشرافها على الهلاك وكانت العادة أنه يأخذ [ (١) ] فإنه يضمنها، وإن لم يكن له عادة فلا ضمان، وإن تركها حتى ماتت فلا ضمان عليه عند ابن القاسم.

وقيل : الضمان .

وفي «أجوبة التونسي» : إن الراعى لا يضمن ما دخل في غنمه من غنم غيره ، ولو أقر بأنه دخل ولم يدر متى ضاعت . أ . ه . ولا ين رشد في شرح ابن الحاجب : أن الطمار يضمن ولا يصدق لمصلحة العامة .

وقول خليل : (وهو مصدق) ، قال التتائي في «كبيره» : أشعر كلام المصنف بأن غير الراعى لا يصدق وهو كذلك في «مختصر البيان» ومن وجد ثوراً ميتاً وسلخه ، وقال لربه : وجدته ميتاً وسلخته ، فقال له : بل قتلته وسلخته ، حلف أنه ما قتله ولا تعدى عليه ، إذ لا يؤخذ بأكثر ما أقربه على نفسه .

ولو قال : وجدته أشرف على الموت وذبحته ، نظر لك ضمن قولاً واحداً ولا يدخله خلاف الراعى يخاف على موت الغنم فذبحها ، لأن هذا لم يتأمنه صاحبه على شيء فهو متعدى .

[٢٢٥] (١) وفي الخطاب (٢) : وسئل بعضهم عما كسره الراعى من الغنم ؟

(١) بياض في الاصل مقدار كلمتين .

(٢) مواهب الجليل ( ٥ / ٤٣٠ ) .

فقال : أما ما كسره بعضا حين يذودها فلا ضمان عليه ، وأما ما كسره بالحجر فعليه الضمان ، لأنه متعدى .

فرع :

قال ابن لبابة : إذا عقر الراعى من الغنم مرة وثانية وثالثة ولم يضمه صاحب الغنم وأمضاه على فعله ولم ينكر عليه ورضى ، لم يضم بعد ذلك .

فائدة :

قال ابن القاسم : ليس للراعى أن يأتى بعبده أو غيره ليرعى مكانه ولو رضى رب الغنم بذلك .

ابن يونس : لأنه فسخ دين فى دين .

[٢٢٦] (٢) وسئل أهل العلم عن أهل قرية يرعون مواشيهم بالنوبة فجاءت نوبة أحدهم فأكرى من يرعى عنه فضاع شيء من الماشية هل يضم صاحب النوبة أم لا ؟

فأجاب : إن كان عرفهم أن يكرى من شاء منهم فلا ضمان عليه ، لأن الناس يحملون على المتعارف عندهم ، بخلاف الراعى إذا أسلمها لراع آخر يرعاها عنه .

[٢٢٧] (٣) وسئل ابن مسعود عن الراعى يسترعى غيره وضاع بعض الغنم ، فادعى ربها أنها ضاعت فى ذلك الوقت ؟

فأجاب : حلف ولزم الراعى القيمة ، فإن جهلا معاً حلف الراعى أنه ما علم أنه ذهب فى ذلك الوقت ولا ضمان عليه .

وأجاب غيره : بأنه إن كان الراعى مكتفياً فلا ضمان عليه ، وإلا فيضمن .

وقيل : يضم مطلقاً .

[٢٢٨] (٤) وسئل الوغليسي عن راع ربطوا له على عدد معلوم ، وبعد نحو أربعة أشهر باع رب الغنم أو البقر بعضها ، هل له أجره السنة كاملة إذ له أن يخلف ما يكمل به ، وقيل له : فإن غار العدو على الغنم وسلبوها ؟

فقال : له أجرته ، ولرب الماشية [ق/١٧٦] خلفها أو يؤجره فى ذلك .

وقيل له : الراعى يتنزّه فى العرس ويترك الماشية فيأكل السبع منها بقرة أو شاة ،

فقال الراعى لربها : أنت عالم بغيبتي عنها ، وأنكر ربها ؟

فقال : القول قول رب الغنم ، يريد أن يخدم الراعى فى غير الرعاية والأجير

على خدمة البيت يريد أن يسوق له الأسواق ونحوه .

فأجاب : إن كان العمل من جنس الأول أو قريباً منه ، جاز وإلا فلا ، إلا فى

اليسير برضاه ، وإن لم يرض لم يجز فى شيء .أ.هـ.

### مسائل من الشفعة

[٢٢٩] (١) سئل العقباني عمن باع شقصه وقبض ثمنه ثم رد له بعضه

لمحبة أو قرابة من غير شرط ولا عادة ولا سابق كلام ؟

فأجاب : لا يحط ذلك على الشفيع .أ.هـ.

فائدة :

قال أبو الحسن : كل ما لا ينتفع بالحيازة معه لا تسقط به الشفعة له ، كما

يشترط فى القائم أن يكون عالماً بملكه وحوزه .أ.هـ. منه .

مسألة :

[٢٣٠] (٢) قال الشعبي فى « نوازله » ، وسئل الفقيه أبو على حسن أبا

محمد بن غالب السبتى وعبد الرحيم عن دار إذا قسمت على اثنين انقسمت

بينهما ولا تنقسم على ثلاثة ، فهل تثبت الشفعة ؟

ففى فتاوى عبد الرحيم : فيها الشفعة ، وعلى الآخر لا شفعة فيها إذا كانت بين

عدد لا تنقسم بينهم ، محمل ذلك إذا ثبتت القسمة ثبتت الشفعة وإلا فلا .

وفى «مسائل البرزلى» : إن الحاضن كالوضى فى جميع الأحكام حتى فى الأخذ

بالشفعة ، ولفظه : ويبيع الحاضن على محضونه وشرائه وتزويجه له وأخذه له

بالشفعة وغير ذلك من مسائل العقود الجائزة .

قال : وهو مذهب « المدونة » ، وقول مالك فيها : وهو المشهور .

وفى أجوبة اللخمي ما نصه : اليتيم الذى لا مال له حين بيع شريكه تسقط شفيعته ، ولو بلغ غنياً ، لأن العبرة فيه حين البيع .أ.هـ.

ولو باع الأخ حصته وبعد سنة قامت الأخت ، فلا شفعة لها ، لأن تصرف الأخ عن صغار إخوته البادئة جائز ، وهو مذهب « المدونة » وهو المشهور ، لأن حكم الأخ فى البادئة كالوصى ، وقد نزل مالك فى رواية ابن غانم منزلة الوصى ، لأن أهل البادية يتهمون الوصى ويتركون ذلك لأقاربهم يتصرفون عنهم من غير تنصيب .

وفى البرزلى : الكافل حكمه حكم الوصى فى بيعه وشرائه وتزويجه .

قال : هو نص الأخوين ، وهو مذهب « المدونة » وهو المشهور .

فقال أبو الحسن : إذا ترك الوصى الشفعة لليتيم وهو أحسن ومضت خمس سنين أنها ساقطة .

وروى أنها بمنزلة الشراء ، والاشترى ليس بمحجور عليه .أ.هـ.

فائدة :

إذا اختلفا فى الثمن ولم يشبها ، حلفا ويرد إلى الوسط ، قاله خليل .

لكن قال يوسف الفيشى : المراد بالوسط القيمة .

فرع :

فى حكم الغائب أخذه بالشفعة إذا حضر .

قال خليل : وكان أسقط بعضهم أو غاب ولمن حضر حصته .

قال ابن غازى : معناه ، صار حاضراً بعد الغيبة .

ابن عرفة : والحاضر محمول على العلم حتى يثبت خلافه .أ.هـ.

وفى « الطرار » : إن علم كذبه فى دعواه جهل البيع سقط شفيعته كرؤيته خراب

المبتاع أو إصلاحه شيئاً فى الدار ، وكذلك المرأة المتصرفة ومثله لا يخفى .أ.هـ.

ونقل البرزلى : وقد صرح أئمتنا بأن الغيبة المعتبرة خمسة أيام ، وأما الأربعة



والثلاثة فحكما حكم الحاضر ، والحاضر محمول على العلم كما مر لابن عرفة ، وكل ما تسقط به شفعة الرجل تسقط به شفعة المرأة المتصرفه ، ولا تصدق في عدم العلم حيث لا يصدق الرجل وذات الزوج المتصرفه فهي أخرى في عدم التصديق في غيبة ثلاثة أيام فأقل فلا خلاف في سقوط شفعتها أم لا .

وما نقله القلشاني عن ابن رشد ، ونصه : قال ابن رشد : وإن قال : لم أعلم بالبيع ، قُبِلَ قوله يمين ولو كان حاضراً ، وأما بعد أربع سنين ، قاله ابن عبد الحكم .

وزاد الباجي : قال محمد : إن الأربعة لكثير ، ولا يصدق في أكثر منها اتفاقاً . وفي شرح ابن عبد السلام ، ومثله قال القلشاني .

قال ابن يونس : قال أشهب : وما قرب ولا مؤنة في الشخص من هو فيه كالحاضر .

وفي « الطراز » عن بعض المتأخرين : الغائبة عن مسافة يوم وليلة لا تقطع شفعتها لحديث : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر سفر يوم وليلة إلا ومعها ذو محرم »<sup>(١)</sup> ، ومفهومه : إن أقل من ذلك جائز ، لأنه في حكم الحاضر . أ.هـ .

وقد صرح أهل العلم في أي ما موضع أن القيمة فيها طريقتان :

الأولى : ألا تحديد فيها ، وإنما تختلف باختلاف الأشخاص والأمن والخوف .

والثانية : لابن رشد ، ونصه : اتفق المذهب في سبعة أيام فأكثر بعد ، واتفق المذهب في ثلاثة أيام فأقل قرب ، وحكمه حكم الحاضر ، واختلف فيما بينهما .

والشفعة إما أن يدعى الجهل بالبيع فلا يصدق في أكثر من أربعة سنين اتفاقاً ، وإنما يقبل قوله في ثلاث سنين فأقل ، ولا يقبل قوله في أربع على خيار ابن عمر .

وفي « وثائق الجزيري » ما نصه : وفي المدة التي تنقطع بها الشفعة في الحاضر

(١) أخرجه مالك ( ١٧٦٦ ) وأبو داود ( ١٧٢٣ ) وابن ماجه ( ٢٨٩٩ ) وأحمد ( ٧٢٢١ ) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وهو عند مسلم ( ١٣٣٨ ) من حديث ابن عمر .

غير السفية أقوال جرى العمل بها بما زاد على سنة وشهرين ، ويجب عليه اليمين فيما زاد على سبعة أشهر من يوم العلم بالابتياح ، وفى ما دون ذلك خلاف .

ثم قال بعد كلام : والغائب على شفעתه وإن طال الزمان ، إلا أن يكون قريب الغيبة فحكمه القيام بها ، إلا أن يكون شيخاً كبيراً أو صغيراً أو امرأة ، فيعذر . فإذا علم أو قدم الغائب فله الشفعة بعد اليمين على الحاضر أو القريب الغيبة ، ولا تسقط شفعتهم إلا بمضى المدة المذكورة .

وقال ابن أبى زيد فى الكتاب المسمى بـ « اختصار التبيين » [ق/١٧٧]: قال ابن القاسم : فلا يأخذ الشفيع شفעתه إلا بعد السنة أو فى السنة حتى يحلف أنه ما كان سكوته تركاً ، وإن نكل فلا شفعة له ولا يمين على المشتري ، ثم قال : والغائب المنقطع والمقهور والمغضوب كلهم على شفعتهم أبداً ، وبينهم كذلك . وفى الخطاب<sup>(١)</sup> :

فرع :

ومن اشترى لرجل غائب شقصاً فى دار كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة .أ.هـ.

فرع :

قال ابن ناجى فى « شرح المدونة » : وهذا فى الغيبة البعيدة ، وأما بأقرب ولا مؤنة فى الشخوص منه على الشفيع ، فهو فيه كالحاضر نص عليه أشهب .أ.هـ.

[٢٣١] (٣) وسئل أبو إسحاق الغمرى عن رجل اشترى خمسة أسداس بجنان ، وصاحب السدس منحدر إلى الجنان ، ويتكلم المشتري ويقول له : نشفع ويداوسه باللسان ، فيقول له : خذ بالشفعة وأعطنى دراهمي ، ويقوا ذلك عامين؟

فأجاب : لا شفعة له على مشهور المذهب ، بل ذكر «ابن عات» عن بعض الموثقين أنه قال : إذا أخذت بالشفعة من غير توقف ، لم يكن له ذلك إلا بحكم القاضى ، إلا أن يسلم إليه المشتري ذلك ، وكذا حكم أبو القاسم البرزلى ، ومثله

(١) مواهب الجليل ( ٥ / ٣٢٣ ) .

ما يفعل اليوم إذا سمع بشريكه باع فيقول : أخذت بالشفعة ويمضى على السكوت من غير توقف المشتري ، فلا ينفعه ذلك حتى يشهره ويظهر للحاكم إن سكت حتى مضى أمد الشفعة سقطت شفעתه ، ووقعت فأفتى بهذا .أ.هـ .

### مسائل من القسمة

وفى « أسئلة الغمرى » نقل ابن عرفة عن اللخمي : أن البسر يجوز قسمه بالعراجين إذا اختلفت إليه الحاجة أو كان الشر يفسده .

[٢٣٢] (١) وسئل العقباني عن أخوين قسما متروك أباهما مرضاة ، وأشهد أحدهما على الآخر أنه راض طيب النفس ، وأنه أسقط الاسترعاء ، والاسترعاء في الاسترعاء ، ومهما أراد فساد القسمة فدعوته باطلة وقيامه باطل ، ثم قام وقال : إني مقهور بمن لا قدرة له عليه ، وإنى قد استرعت أن إسقاط الاسترعاء ملتزماً به ؟

فأجاب : إن الاسترعاء لا عبرة به فى القسمة لأنها بيع ، والمعاوضة لا يفيد فيها الاسترعاء ، ولكن إن ثبت قهره فلا بد من أحد أمرين : تعديل حكم الحاكم القسمة بمحضر العدول ويرمى القرعة ، فمن خرج سهمه إلى جهة مضى عليها إقضاء الأمر :  
الثانى : تمكين القاهر نفسه وتسليم أمره بمحضر القاضى ، فإن تسلم له فلا كلام له بعد ذلك .

وفى « شرح الأجهورى » : من ادعى الغبن فى القسمة لا يسمع إذا أبان وقام به فى السنة ، وكذا له القيام إذا كانت القسمة بالقرعة ، ونقله ابن سهل .

وفى « أجوبة الزواوى » : قسمة الدراهم بالعدد تجوز إن علم وزنها ، وإلا فلا على الصحيح من المذهب .

ووقع فى « العتبية » و « المدونة » الجواز .

قال الأشياخ : هذا بناء على أن القسمة تميز حق إلا إذا تبين الفضل من جانب وإلا كان الحظر .

٢٤٣ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

وفى «أجوبة العقبانى» : إنما يقسم بالتحرى كاللحم تجوز فيه القرعة ، وأنها إذا جازت فى المكيل والموزون فأحرى بالتحرى ، لأن أصل القرعة فيما تردد فيه النفوس فى تفاوت الإسهام .

وفى «أجوبة الزواوى» : تجوز قسمة البصل بالتحرى إذا لم يظهر حيف بين ، وأن يكون على صفة واحدة .

وفى أجوبة الوغليسى : تجوز قسمة أغمار الفريك فى القدر اليسير كما جرت عادة الحرائين .

[٢٣٣] (٢) ومن « الدرر » : وسئل ابن مرزوق عن من غاب شريكه وصفى الزرع وأراد القسم ؟

فقال : قسمة بغير حاكم باطلة ، وما ضاع أو غصب قبل إذن الحاكم فيبينهما .  
ف قيل لبعضهم : هل يعتبر قسم الغائب لم ذكر ، أى محمد والقابسى وابن شبلون أنهم قالوا : المصيبة فيها من الغائب ، وبه دام فتواهم من وقت أفتى بها يحيى بن عمر .

فقال : نعم يكون ذلك قسماً معتبراً إن ثبت بالعدالة .

وسئل البرزلى عن ذلك .

ورقع فى سماع عيسى بن يحيى من كتاب الصدقة : إذا تصدق على بنيه الثلاث بأرض وأحدهم غائب ، فقسم له الأب ، فقدم بعد موت أبيه وأراد الدخول مع إخوانه .

قال ابن القاسم : لا حق له .

وقال أصبغ : يشبه أن يدخل معهم ، لأن قسمة الأب لا تجوز عليه .

قال ابن رشد : هذا هو القياس ، ووجه إعمال قسمته أن الهبة لا تجب إلا بالقبض ، ولو حفظ ابن رشد القول بصحة قسمة الغاصب لوجه به ، فهل تحفظونه لم هو أقدم من ابن بشير .

فقال : ذكر ابن بشير صحة قسمة الغاصب عن الغائب ، يشهد له غير ما مسألة من « المدونة » ، ويؤخذ من كلام اللخمي في مسائل كتاب القسم ، وعدم حفظ ابن رشد باطلاً يبطله ، فحكم من قول صريح في كتاب ابن يونس ، وفي اللخمي غير محفوظ لابن رشد .أ.هـ.

### مسائل الغصب وأنواع التعدي

ابن يونس : وفى « العتبية » : قال ابن القاسم عند مالك فىمن انتهب صرة وينظرون إليه ، فطرد فطرحها فى متلف ، وادعى ربها دعوة وأكذبه الآخر ولم يفتحها ولم يدري المنتهب كم فيها ، أو لم يطرحها ثم يختلفان .

قال : القول قول المنتهب مع يمينه .

ومطرف وابن كنانة وأشهب يقولون فى هذا : وشبهه القول قول المنتهب منه إن ادعى ما يشبهه ، وأن مثله يملكه .

ابن يونس : يريد ، ويحلف ، ثم قال ابن يونس : أما إذا طرحها ولم يفتحها ولم يدر ما فيها ، فالقول قول المنتهب منه مع يمينه ، لأنه يباع تحقيقاً .

وأما إن غالب عليها وقال : فيها كذا ، فالقول قول المنتهب مع يمينه .

الشيخ : فهى ثلاثة أقوال .

قال ابن رشد : وقول مالك هو القياس [ق/١٧٨] لقوله ﷺ : « البينة على ما من ادعى واليمين على من أنكر » (١).أ.هـ. من أبى الحسن .

[٢٣٤] (١) وفى أجوبة سيد إبراهيم العقباني : من تعدى على أرض غيره وحرثها على وجه الجراءة والظلم ، فأنكر عليه ونهى فصمم ، فهل يحرم من الزرع عقوبة له والزرع لرب الأرض وليس للظالم إلا العناء ؟

فأجاب : من تعدى على أرض غيره ، فإن أقام ربها بعد إبان الزراعة فالمعروف أن الزرع للغاصب وعليه كراء الأرض .

وعن مالك رواية : أن الزرع لرب الأرض وإن طاب وحصد ، واختار هذه الرواية غير واحد لما فى الترمذى من أنه ﷺ قال : « من زرع أرضاً لقوم بغير إذنه

---

(١) أخرجه الترمذى (١٣٤١) والدارقطنى (٤ / ٢١٨) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال الالبانى : صحيح .

فالزراع لرب الأرض وعليه نفقته» (١) .

وبعض الشيوخ يرجح الفتوى بهذه الرواية ردعاً للغاصب ، ولأن الظالم أحق أن يحمل عليه .

وفى ابن عبد السلام : إذا ولدت البهيمة عند غاصبها أنه يردها ويرد نسلها .

قال ابن القاسم : يرد الأصل إذا وجد .

وقال أشهب : إن وجد الفرع وذهب الأصل ، ليس له إلا ما وجده .

وقال ابن القاسم : عليه غرم ما ضاع .

وفى أبى الحسن الصغير : من اشترى مغصوباً عالمًا به واستحقه ربه ، إنه لا

رجوع له على الغاصب قال : وهو المشهور ، وهو قول مالك .

وقيل : له الرجوع ، وهو قول ابن سلمة .

وفى البرزلى : إذا أتى الغاصب وقسم الزرع وحمل نصيب الغائب وترك سهم

شريكه .

ابن أبى زيد : ما ضاع بينهما ، وما بقى بينهما .

صح التتائى الكبير .

وفى أجوبة ابن مسعود : من غصب بقرة غزيرة اللبن فى زمان المسغبة تقوم

بدار؟

قال : عليه قيمتها فى ذلك الوقت قيل له : فإن لم يوجد من يعرف قيمتها ؟

قال : يحلف ربها على قيمتها ويأخذها . أ.هـ . من « الدرر » .

وفى كتاب المواق : قال :

مسألة :

فى أناس تغير عليهم الغصاب أو عدوهم ، وبعضهم يركب فرس بعض ،

فركب أحدهم فرس غيره فضيق عليه العدو ، فتزل عنها وهرب ؟

قال : لا ضمان عليه لجرى عرفهم بذلك ، ولأن العادة كالوكالة .

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٠٣) والترمذى (١٣٦٦) وابن ماجه (٢٤٦٦) وأحمد (١٧٣٠٨) من

حديث رافع بن خديج ، قال الألبانى : صحيح .

٢٤٧ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

وفى القلشاني : من ضرب فرساً فطرحت ، ففى كتاب محمد : عليه ما نقصها .

وبعض مدرسى تونس : بعشر قيمتها .

قال المغربى فى « شرح المدونة » ما نصه : الشيخ : وفى حديث : « العمدة والخطأ فى أموال الناس سواء » (١) .

قال : هذا فيما هلك فى تصرف لم يأذن فيه ، وأما ما هلك فى تصرف مأذون فيه فلا ضمان .

وقال القلشاني : الاتفاق على الخطأ كالعمد فى فعل غير مأذون له ، وأما المأذون له فليس كذلك ، كالأعوى يضرب الشاة ضرب مثلها فتهلك لا ضمان عليه ، والوكيل على شراء عبد فيشتري أباً لموكله خطأ لا ضمان عليه ، والشاهد مطلوب بالشهادة فالقول بعدم ضمانه بناء على أنه يطلب عندى كالمأذون له فى الفعل منطقاً ، إلا أن الأصل عدم الضمان .

وعند ابن رشد : لا ضمان عليه إلا مع العمدة ، كسماع عيسى ابن القاسم وابن الماجشون .

وقال ابن حبيب : هو قول جميع أصحابنا ، المغيرة وابن دينار وغيرهم .أ.هـ . ذكره عند قول الشيخ : إن اعترف أنه شهد بزور ، يعنى : لا يلزمه الغرم إلا مع العمدة .  
تنبيه :

المذهب أن عمدة الصبى خطأ ، ووطء الدابة جبار لا ضمان فيما أفسدته بوطنها ، وإنما ذلك حيث كانت بنفسها .

وأما لو كان لها راكب أو قائد أو سائق ، صرح به ابن شاس وابن أبى زيد .  
وفصل أهل التوازل ، قال : إن اتحد الراكب فالضمان عليه ، وإن تراد فانظر

---

(١) لم أقف عليه .



للمتقدم إن كان الزمام بيده فما وطئته عليه ، وإن رمحت برجلها نظر ، هل نخسها المتقدم أو الآخر .

وأما الصبى تفصيله : إن عمدته في الدماء إذا بلغ ثلث الدية فأكثر فهو على عاقلته ، قاله ابن أبي زيد .

قال التتائي : فإن كان أرش ما جناه الصبى عمداً أقل من الثلث فهو في ماله إن كان له مال وإلا اتبع به .

وحكى الأجهورى طريقة الرجراجى أنه لا يتبع في ذمته ، ولفظه : لا خلاف أنه لا يتبع في ذمته .

ولتاج الدين الإمام بهرام : ما أهلكه الصبى والسفيه فإن صرفه فيما لا منفعة فيه ولم يصن به ماله فلا يتبع به ، وإن صرفه فيما لا غناء له عنه فإنه يتبع به في ماله الموجود وإن لم يكن له موجود من المال فلا يتبع به في ذمته ، ذكره عند قول المصنف : وإن أودع صبياً . . . . . إلخ ، وأما حد سن الصبى الذى يضمن فيه ، قال التتائي في « شرح الرسالة » : ظاهر « المدونة » أنه يضمن مطلقاً مميزاً أو غير مميز .

قال التتائي : وهو كذلك ، لكن المميز باتفاق .

وحكى ابن الحاجب في غيره ثلاثة أقوال :

المال في ماله والدم على عاقلته أو المال هدر ، أو كلاهما هدر .

ومثل هذه الأقوال للكرايمى ، لكن الكرايمى حدد السنين .

قال : ابن ستة أشهر ، لا شيء عليه لا في المال ولا في الدم ، وأما ابن ستة ونصف فيه ثلاثة أقوال ، وساقها :

الثالث : يفرق .

وقال خليل في حكم الصبى ، ما نصه<sup>(١)</sup> : وضمن ما أفسد .

قال الأجهورى : سواء كان مميزاً أم لا .

وقال أيضاً : يضمن حيث لم يؤمنه عليه ربه ، ويضمنه في ماله لا في ذمته ،

(١) المختصر ( ص / ٢٠٦ ) .

قاله الرجراجى .

قال الرجراجى فى كتاب المأذون : لا خلاف أنه لا يتبع فى ذمته ، وأما المجنون لا يتصور تأمينه .

والمنقول فيما يتلفه المجنون ثلاثة أقوال :

الأول : فى ماله والدية على عاقلته .

والثانى : أنهما هدر .

والثالث : المال هدر والدية على عاقلته .

ثم قال - أعنى الأجهورى - وبقيت هنا مسألة ، وهى أن المميز إذا اتّمن غيره على شيء فتلف عند المودع ، عندى أنه ضامن ، وظاهره وإن لم يعلم أنه غير جائز التصرف .

تنكىت :

ابن شهر : لا يضمن ، لأنه كالعجمى فى فعله ، قاله ابن عرفة .أ.هـ.

قلت : وهذا كله على حكم الأموال والدماء من خطاب الوضع ، لا من [ق/١٧٩] خطاب التكليف ، وهو إذ لو كان من التكليف لم يضمن .

تنبيه :

ما أذى من يد الغاصب بنية أهله أن الفادى له أخذ فدائه ، نقله التائى على «الرسالة» .

ابن هارون : إذا قصد فداءه لربه ، وإن قصد ملكيته فيلزمه أخذه مجاناً كالاستحقاق .أ.هـ.

وللمراكشى على «الرسالة» : ومن وجد سارقاً يبيع السرقة بموضع لا يقدر عليه فاشتراها بنية حفظها لربها ، فليس لربها أخذها منه إلا بدفع ما اشتراه به من السارق ، ويرجع ربه على السارق بما دفع إن قدر عليه ، وقيل : لربها أخذها بلا شيء ، والأول أظهر .أ.هـ. منه .

قال أبو الحسن فى آخر كتاب الدور والأرضين ، ما نصه : ظاهر « المدونة » :  
إن من غرم على غيره ما لا يجب عليه لم يكن له رجوع به عليه ، إلا فى الفداء من  
الحرب ومن اللصوص ، نقله اللقانى .

وأما ما يأخذونه عن سبيل الغفارة سئل عنها أبو إسحاق ، أهو حلال أو  
حرام أو يفرق بين الجاه والشجاعة ؟

فأجاب : رأيت فيها عن الشيخ أبى الحسن الصغير أنه إن أخذه بجاهه لم يجز ،  
وإن أخذه على شجاعة أو قوة جار .

وأفتى شيخنا أبو عبد الله محمد بن عرفة بالجواز حتى فى الجاه ، لأنه رأى  
مشيه وانقطاعه معه ليس بواجب عليه ، وكان قد أفتى بذلك المرابطى فى إفريقية ،  
وكتب لبعضهم بذلك بخط يده فصار ذلك المرابط يذهب بالقوافل من تونس إلى  
قسطنطينية بجاعة .أ.هـ. من سيد عيسى الغبرينى .أ.هـ.

[٢٣٥] (٢) وسئل عن لص فتح مظمورة وأخذ منها وتركها مكشوفة فجاء  
غيره وأخذ ما بقى؟

فأجاب : إن كانت فى جريم دار أو مثله ، ليس عليه إلا ما أقر به ، وإن كانت  
خارجة غرم الجميع .أ.هـ.

ابن القاسم : ومن حل دواباً من مرابطها فذهبت ضمن ، لأن مالك قال : من  
فتح حانوتاً أو داراً فسرق المتاع وتركها مفتوحة فذهب ما فيها ، إنه يضمن إن لم  
يكن رب الحانوت أو الدار فيه ، ولم يضمنه إذا كان ربها فيها خوفاً أن يكون ربها  
علم بفتحها ولم يقفلها فلم يضمنه بالشك ، والله تعالى أعلم .أ.هـ. من ابن  
يونس .

تنبيه :

الغاصب إذا باع ما غصبه ، ثم اشتراه ، ثم مات ربها فورثه الغاصب .

قال فى آخر كتاب الغرر من « المدونة » : له نقض البيع وله نقض الشراء .

وأما لو باعها ثم اشتراها من ربهها وأراد نقض البيع الأول ليس له ذلك .  
وفرق بين الشراء تسبب فيه ، والإرث هجم عليه جبراً .

وقال فيه : من تعدى على وديعة فباعها ثم ورثها إن له رد البيع ، لأن الحقوق تورث كالأموال ، وحكم التعدى فى حكم الوديعة فى إرثها وشرائها كالغاصب .  
قال المغربى : يقوم المسألة مثل ما حكاه ابن بطال فيمن باع نصيبه ونصيب أخيه الغائب أو الصغير ، ثم ورثه ، إن له نصيب أخيه بالاستحقاق ونصيبه بالشفعة لأنه لا تنزل منزلة لو قدم أو بلغ .

وفى بعض التقايد ، ما نصه : وانظر على هذا من كان من ماله فأحدث فيه بيعاً أو صدقة أو غير ذلك ، ثم ارتفع المانع ، فقد نزلت مسألة فى قرطبة من هذا المعنى فى رجل باع أملاكاً وهى فى الإنزال ، وبعد زوال ذلك قام يريد نقض البيع ، فمن أهل قرطبة من منعه ، واحتج بمسألة كتاب الغصب ، ومنهم من قال : له النقض ، واحتج بمسألة التعدى هذه ، وهو مختار ابن حمديس وابن سهل فى مسائل الأجباس .

لا خلاف أعلمه أن بيع المنزل وهو من باع منه يفسخ ما لم يتغير ولم يدخله فوت ويرد إلى ربه ، فإن دخله فوت فمن الأشياخ من يجريه على البيع الفاسد ، ومنهم من ذهب إلى فسخه على كل حال .

أحمد بن خالد : وخالفهم على غير رواية ، وكنت أذهب إلى قولهم حتى وقفت لمالك فى بعض الروايات ما أوجب المصير إلى مذهب ابن خالد .أ.هـ. من المغربى وفى كتاب ابن يونس ما نصه : مالك وابن القاسم وسحنون فى الظلأم وقطاع الطريق ، كبدوى العرب وشبههم : إن مالهم حلال ودمهم هدر .  
وقيل لهم : مسلمون .

قال : لو كانوا مسلمين ما أضروا بإخوانهم المسلمين .

قال ابن القاسم : الجهاد فيهم أفضل من الجهاد فى الروم ولو صلوا وصاموا وقالوا « لا إله إلا الله محمد رسول الله » .

قال ابن المسيب - رحمه الله - : ما لهم سائغ حلال لمن أخذه بوجفة أو بغير وجفة أو بسبب من الأسباب .أ.هـ .

[٢٣٦] ( ٣ ) وسئل بعض الأندلسيين : الأولى : زوجة الغاصب المشهور وهي عالة وتأكل معه ؟

فأجاب : يلزمها غرم ما أكلت وهي عالة ، لأن المشتري من الغاصب مع علمه فهو غاصب .

والثانية : من علم بدراهم حراماً أخبره ربهم وأبدلهم من حلاله ؟

فقال : هو غاصب مثله ، وقد انتقل الحرام إلى ذمته من ذمة الأول ، ورب الدراهم مخير أيهم شاء أخذ منه ، فلا رجوع له على الآخر .

[٢٣٧] ( ٤ ) وسئل أيضاً : هل يحل للفقراء زكاة الغاصب المشهور ؟

قال : إن كان ما بيده أو الأرض التي يحرقها لها أرباب معلومون فلا يحل وإلا جاز للمضطر منهم .

قلت : ومثل هذا يجرى في أضياف الغاصب ، والله تعالى أعلم .

[٢٣٨] ( ٥ ) وسئل العقباني عن ظفر بغاصب فوجده عديماً ، هل يباع ما معه من اللباس ؟

قال : ليس الغاصب كالمديان ، فإن المديان دخل على أنه لا يباع ما يصلح به من اللباس ، فالغاصب بخلافه ، فيباع كل ما معه ولا يترك له إلا ما يستر عورته .

وفي « أجوبة [ق/ ٨٠] المازرى » : إن رب المتاع المغصوب والمسروق لا يلزمه قبضه في غير بلاده التي سرق منها ، قال : فإن وجده بعينه طعاماً كان أو غيره .

وفي « أجوبة الزواوى » : إن وديعة الغاصب لا ترد عليه ، فإن كان أهلها معينين فتدفع لهم وإلا تصدق بها على الفقراء والمساكين .

وفي « أجوبة المازرى » : من تعدى على عجل فنقص حلاب أمه ، وكذا من ضرب شاة أو ناقة فنقص حلابها .

قال : قال ابن يونس فى أول كتاب الغصب : الشاة ربها مخير فى قيمتها أو نقصها إن كان المقصود منها اللبن ، وهذا هو نقل .

وإن لم يكن لبنها مقصود فعليه ما نقصها ، وأما الناقة أو البقرة فلإنما عليه ما نقصها ، لأن فيها منافع من غير اللبن .

### مسائل من السرقة

قال فى « منتخب الأحكام » حاكياً عن مطرف وابن الماجشون ناقلين عن مالك : إن أهل المدينة إذا سرق بعضهم بعضاً وشهد بعضهم على بعض أنهم سرقوا ، إن شهادتهم جائزة نساء ورجال .

قال أبو عمر بن عبد البر : كذلك كل موضع يتعذر فيه العدول كأهل الوديعه إذا شهدوا أن فلاتاً أخذ من الوديعه وأنكر ، فهم جائزون من غير مراعاة العدالة للضرورة الداعية لذلك .

وفى « أسئلة المتيطى » حاكياً عن ابن رشد ، قال : رأينا مالكا وأصحابه يقول : تجوز شهادة الرفقة بعضهم على بعض إذا عرض لهم خصام فى البيع والكره والسلف ، ولا يشترط بينهم العدالة .أ.هـ.

وقال ابن أبى ريد فى « النوادر » : أحب إلى التغليظ على أهل الفساد .

قال شريح : لأن أهل الفساد كلما أحدثوا أحدث لهم الحكام لثلا تهدر أموال المسلمين بغير حق ، وإنما الحكم بمراعاة الأصل لأهل الصلاح ، قال الله تعالى : ﴿جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ﴾ [ التحريم : ٩ ] .

قال شريح : فمن اتبع فى أهل الدعارة حظ الشريعة فقد أهلك أموال للناس بالباطل .

قال ابن ناجى عند قول المصنف : وكل واحد من اللصوص ظالم . . . . الخ .

قال : وأما السراق كلما أقر واحد وأنكر الباقر فإنهم يؤخذون بإقراره إذا كانوا متهمين بذلك .

وأما إذا جازوا على مال ولم يجز غيرهم وضاع منه فإنهم يضمنون ذلك بلا خلاف .

وفى كتاب ابن فرحون : إن اللص المعروف بالإذاية والصوصية يغرّم بمجرد التهمة ، ومثله فى « مفيد الحكام » .

وقال فيه : السارق يغرّم باقتفاء الاثر إلى منزله .

ونص ابن نصر على أنه يؤخذ باقتفاء الاثر ويتلجلج كلامه وبوجود الفرث والدم بإزاء منزله .أ.هـ. من فتاوى فقهاء طليطلة .

وفى « المنتخب » : إذا منع التفتيش ضمن قولاً واحداً .

[٢٣٩] (١) وفى « أجوبة المشدالى » : قوم كثرت فيهم السرقة ، فاجتمعوا وجعلوا أن كل من ظهرت عليه السرقة فيذبحون من ماله ثمانية شياه ، فسرق واحد منهم فدلهم عليه واحد فذبحوا عليه ذلك العدد ، فهل يلزم الدال فيما بينه وبين الله شيء ؟ وهل يلزمه فى ذلك غرم ؟

فقال : لا شيء على الدال ولا على الجماعة ، وهذا أمر لازم لكل من سرق منهم ، لأنه كالنذر عندهم .

[٢٤٠] (٢) وفى « التبصرة » : سئل مالك عن من دخل عليه السراق فسرقوا متاعه وانتبهوا ماله وأرادوا قتله فنازعهم وحاربهم ، ثم ادعى أنه عرفهم أو لم يعرفهم ، أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها ، أترى أن يكلف بالبينة ؟

قال : هو مصدق ، وقد نزلت هذه بالمدينة فى زمن عمر رضي الله عنه فيمن دخل عليه سراق بالليل ونهبوه وحاربوه ، فلما أصبح قيل له : من فعل هذا ؟

فقال : فلان وفلان ، فعرفهم عمر رضي الله عنه بقوله ونكلهم عقوبة موجعة ، ولم يكلفهم بالبينة عليهم .أ.هـ. من الرعيني .

مسألة :

نص أبو إسحاق فى أجوبة السارق المتهم بالسرقة إذا رأى بمكان وقد ذهب منه

شيئاً فهو لازم له .

وقال سحنون : تجوز على السارق شهادة من لقيهم من الناس من السيارة على الطريق من المسافرين والنساء والصبيان والرعاة إذا عرفوهم ، وقالوا : فلاناً رأيناه سرق دابة فلان ، أو قالوا : رأينا فلاناً فى حوزة كذا ، أو مرعى بنى فلان ، وتجوز شهادة السيارة مع الطريق سواء كانوا عدولاً أم لا ، ليس قول من قال : لا يجوز عليهم إلا العدول عندنا بشيء ، لأن مالكاً سئل عن مثل هذا الأمر فى لصوص برقة ، فقال : تجوز عليهم شهادة من لقيهم أو رآهم من الناس .

ف قيل : غير عدول ؟

فقال : وأين يوجد العدول على السارق واللص ، لأنه يلتمس الخلوات التى ليس فيها ناس ، وهو قول محمد بن سحنون عن أبيه .

وقال : إنه إذا رأى فى مراعى قوم وسرقت من هناك دابة يضمن ما سرق وشهادة من رآه جائزة ، وما رأينا سارقاً ولا لصاً فى مجلس ، ولا أحد من أهل العلم وإنما شياطين الإنسان يتبعون الخلوات والفلوات وحيث لا يكون الناس ولا يرون ، لقوله تعالى : ﴿إِنَّهُ يَرَأَكُمْ هُوَ وَقَبِيلُهُ مِنْ حَيْثُ لَا تَرَوْنَهُمْ﴾ [الأعراف : ٢٧] ، واللص والسارق من قبيل الشيطان ، وقال تعالى : ﴿وَأَجْلِبْ عَلَيْهِم بِخَيْلِكَ وَرَجِلِكَ...﴾ [الإسراء : ٦٤] الآية ، بعساكر الباطل .

قال سحنون : هذا كله سمعناه من ابن القاسم ورواه عن مالك .

وقيل لمالك : أتجوز شهادة غير العدول على السارق ؟

فقال : أترى شهادة الصبيان فيما بينهم جائزة فى الجراح والقتل ؟ وأين يوجد

العدول ؟

وكذلك [ق/١٨١] الشهادة على السارق واللص ، وشهادة بعضهم لبعض ، وإنما جوزناها للضرورة .

وقد جوزها من عليه اعتماد المؤمنين منهم على بن أبى طالب وابن عباس وابن



الزبير رضي الله عنه أجمعين .

وقال سحنون وعيسى بن مسكين وابن وهب : ما أنفق الرجل على ذلك أو جاعل به فهو على السارق أو اللص ، وقال أشهب به .

وقال عبد الملك : ما جاوز الشيء المسروق لا يلزم السارق ، قاله ابن أبي زيد .  
وقال سحنون : أحب إلى التغليظ على الظالم .

ابن ناجي : ولا يكون قدحاً أخذ البشارة في شهادة من شهد بالشيء المغصوب أو المسروق ، وعلله بما فيه من المصلحة العامة ، لأننا لو منعنا ذلك لانسد هذا الباب وهلكت أموال الناس .

وقال علي - كرم الله وجهه : لا يسمع قول المتهم ولا يتبع فيه سبيل الصالحين فيهلك أموال الناس بغير حق ، وبذلك قضى عمر رضي الله عنه .

وقيل لسحنون : فلو شهد عليه واحد ، أيحلف معه رب المتاع ؟ قال : لا يحلف إذا كان مشهوراً بالسرقة فهي موضوعة على رب المتاع ، وإنما يحلف على أمر يرى أنه ضاع له ما ادعاه وأنه اتهمه به .

وعن ابن أبي زيد ناقلاً عن سحنون وابن القاسم وعيسى بن مسكين : إن المشهور بالسرقة يضمن بمجرد التهمة .

قال ابن القاسم : الظالم أحق أن يحمل عليه .

وفى الخطاب ، ما نصه :

**مسألة :**

في « البشارة » : قال مالك وعبد العزيز : يلزم السارق كل ما أعطى على السرقة ، لأنه هو المتسبب في ذلك .

وقال غيرهما : لا يلزم السارق إلا غرم السرقة فقط .

## فرع :

فصل اللخمي فى غرم السارق قال : قولهم : ليس على السارق إلا ما أقر به ويحلف على الباقي .

قال : الصحيح أن هذا خاص بمن أتى تائباً وأقر .

وأما من جحد حتى ظهرت عليه السريقة بتبشير أو غيره فلا يصدق ، ورب المتاع مصدق فيما يدعيه عليه إن أشبه أن يكون ذلك .

وقال عمر رضي الله عنه : أرى أن يحكم على السارق بأشد الحكم تنكيلاً له وعقوبة ، وقول مالك وعبد العزيز هو الأصوب ، قالوه لابن عباس .أ.هـ.

وفى « أجوبة ابن سحنون » (١) : من ذهب له مال على سبيل السرقة أو الضالة أو اللقطة ، فقال له رجل : أعطنى كذا وكذا وأنا أدلك على مالك ، فقال له : نعم؟ فأجاب سحنون : إن كان هذا الرجل عالماً بالمال أو بموضعه فلا يحل له ، وإن أخذه على البحث والفحص فهو جائز .

وفى بعض شراح « الرسالة » : فالماكولة التى تعطى على جبر المال ، فإن رجع المال إلى ربه فله أخذ ذلك ممن قبضه منه ، فإن عدم ولم يقدر عليه فاختلف فى السارق ، هل عليه غرم ذلك أم لا ؟

وستل الغمري عن مسألتين :

الأولى : رب الدار إذا قتل السارق فى داره ؟

والمسألة الثانية : الحطب الذى يسوقه السيل إلى جنان رجل أو أرضه ، أهو لرب الجنان أو الأرض أو لمن سبق إليه ؟

فأجاب عن الأولى ما نصه : قال ابن العربى : لا شيء على رب الدار فى قتل السارق فى داره .

وعن الثانية : فهو لمن سبق إليه من الناس .

وفى « كتاب الجدار » لابن دينار : إذا ضرب السارق حتى مات ثم بان السرقة عند غيره ، أيرجعون أولياءه على المدعى أو على صاحب الحكم ؟

فقال : لا رجوع لهم بشيء لأنه مات بالسنة وقوانين الشرع ، ثم فصل تعزير الحاكم للسارق وعلى أنواع ، قال : لا يقطع إلا في إخراج نصاب حرز .

وأما إن أخرجه واسترده فإنه يضرب أربعين سوطاً ، وإذا سرق نصاباً فأكثر من غير حرزه ضرب اجتهاداً للألم .

ولمن سرق من الحرز أقل من النصاب ضرب ستين سوطاً ، وأقل من غير حرز ضرب على ما يراه الإمام من الخمسة وثلاثين إلى الخمسين .

وإن اتّمن على شيء وأخذ منه نصاباً أو أكثر أو أقل ضرب خمساً وثلاثين سوطاً ، وفي ذلك كله يضمن في ماله إن كان له مال أو يتبع في ذمته ، وإذا انقلب ودخل ولم يأخذ شيئاً ضرب ثلاثين سوطاً ، وإذا انقلب ولم يدخل عشرين سوطاً ، وإذا تعرض للنقب أو لفتح الباب ولم يكمله عشرة أسواط .

وإن وجد براشد ومعه منقب فباجتهاد الحاكم ، وكل حد وتعزير تجوز فيه العقوبة والشفاعة إلا حدود الفرائض .

### تتميم :

اعلم أن المتهم بالدعارة له أحكام تخصه ولا يراعى فيه حكم غيره ، وعلى ذلك دونت الدواوين وفيه إيثار ، فمن ذلك ما نقله ابن فرحون عن ابن القيم الجوزي ، قال<sup>(١)</sup> : ما علمت أحداً من أئمة المسلمين الأربعة يقول : إن المدعى عليه بهذه الدعاوى كالسرقة وقطع الطريق وما أشبهه أنه يحلف ويرسل بلا سجن وتنكيل ، وليس تحليفه وإرساله بمذهب لأحد من الأربعة ولا غيرهم ، ولو حلفناه خلينا سبيله مع اشتهاره بالفساد لكان ذلك مخالفاً لسياسة الشرع ، ولنص رسول الله ﷺ .

ومن قال : إنه كغيره ممن لم تجر فيه تهمة يحلف ويرسل فقط ، غلط غلطاً فاحشاً . أ.هـ .

وقد حكم لبيد بن سهل على ابن أبيرق حين أتى به رفاعة وادعى أنه سرقه ، فحكم عليه باشتهاره ولم يكلف رفاعة بيينة وكان ذلك في زمان رسول الله ﷺ وبلغته القضية لعبيد : اعتمدت لأهل بيت إسلام وإصلاح ، ولم يرد حكمه بإقراره<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر : « بدائع الفوائد » ( ٣ / ٦٧٤ ) و « إعلام الموقعين » ( ٤ / ٣٧٤ ) .  
 (٢) أخرجه الترمذى ( ٣٠٣٦ ) والحاكم ( ٨١٦٤ ) والطبرانى فى « الكبير » ( ٩ / ١٩ ) وقال الألبانى : حسن .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٥٩

[ق/ ١٨٢] وفي « الدرر المكنونة » : إن رجلاً أتى مجروحاً مسلوباً من كسوته ومتاعه ، فسأله الإمام ، فقال : خرج على رجلان لم أعرفهما ولم أشعر إلا بالضرب والسلب .

فقال الإمام لأهل الموضوع : من فعل هذا هنا ؟

فقالوا : ليس هنا من يفعله إلا عبد الواحد وصاحبه .

فقال عبد الواحد : كنت أفعل ، وأما الآن لم أقطع طريقاً ، فأخذه السلطان ونكله وضمنه ، وجعل لسراق المغرب حكماً يخصهم ، وهو [ (١) ] وحرّم معاملة آكل الربا والمتهكين في الدعارة .

وإنما ذلك لوصف فيهم خاص .

(٢٤١) [٣] وسئل العقباني : هل يجبس المتهم بمجرد التهمة ؟

قال : وقد قال مالك فيمن اتهم بسرقة : إنه يضرب ضرباً وجيعاً ولا يجهل .

(٢٤٢) [٤] وسئل المازري عن يطلب البشارة على السرقة ، هل عليه

ضمان أم لا ؟

فقال : لا ضمان عليه إلا إذا كان متهماً .

وقال ابن عاصم - رحمه الله - آمين :

وإن يكن مطالباً من يتهم فمالك بالضرب والسجن حكم

قال شارحه « ابن عات » : قال في « المدونة » : وإن ادعى رجل بسرقة واتهم بها من لا يعرف بذلك ولا يتهم ولا يكشف على حاله ، وأما أهل التهم فلا بد أن يكشفوا ويستقصى عليهم ، وربما يكون عليهم الضرب ، وهو قول مالك والليث والعلماء ، ومثله في ابن يونس ، وأصله لابن المواز وأصينغ ومطرف .أ.هـ .

(٢٤٣) [٥] وسئل العقباني : هل يغرم المتهم أو يحلف كغيره ؟

فقال : حكم عليه بتحليفه ، فليس بشيء .أ.هـ . مختصراً .

وقد قال عمر بن عبد العزيز : تحدث للناس أحكام بقدر ما أحدثوا من الفجور .

وفي « تبصرة » ابن فرحون : إذا عرف عند المتهم بعض المتاع المسروق وادعى أنه

اشتراه ولا بينة فهو لا تأفهاً بالسرقة ، وليس لربها إلا ما وجد بيده .

(١) بياض بالأصل مقدار كلمتين .

## مسائل من اللقطة والضالة

قال ابن عرفة (١): اللقطة مال معصوم عرض للتلّف ولو فرسًا أو حمارًا أو كلبًا  
أذن في اتخاذه .أ.هـ.

ويجب على من صادفه أخذه وحفظه لأربابه .

وقيد بعضهم المذهب بأنه إن يخف خيانة نفسه ، ووجب لخوف خائن وكرهه في  
غيره .

وقيل : يستحب مما له بال ، وقيل : مطلقًا ، والتعريف باللقطة واجب ولو دلوا  
لا تأفيها .

قلت : في اللقطة والضالة حديث زيد بن خالد أن رجلاً سأل رسول الله عن  
اللقطة فقال له : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرف بها سنة فإن جاء صاحبها وإلا  
فشانك بها » قال له : فضالة الغنم ؟ قال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » قال :  
فضالة الإبل ؟ قال : « مال لك ولها فإن معها سقاءها وحذاءها ترد الماء وتأكل  
الشجر حتى يلقاها ربها » (٢) . الحديث .

قال الإمام البرجيني : تُعرف في الموضوع الذي وجدت فيه أو بقربه أو عند  
مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضوع ، فإن جاء من عرف عفاصها ووكاءها أو  
عددتها إن كانت دراهم مثلاً أو ما يغلب على الظن صدقه ، ودفعها بلا بينة ،  
واختلف المذهب: هل لا بد من معرفة العفاص والوكاء والعدد إلا أن يكون الخطأ من  
العدد إذ قد يؤخذ منه ولا يدري ، أو يكتفى بوصفين إذ قد يتعذر في الباقي بالنسب  
أو بواحد أم لا بد من معرفة العفاص والوكاء من جملة الأوصاف .

واختلف في الدينار هل يعطى لمدعيه إذا سقط منه ؟

فقيل : لا حتى يصف شيئاً منه أو علامة .

واختلف المذهب إذا أعطاه بالصفة: هل يحلف أخذها ؟ وإن مضت السنة ولم

(١) انظر : « شرح حدود ابن عرفة » ( ٢ / ٥٦٢ ) .

(٢) أخرجه مالك ( ١٤٤٤ ) والبخارى ( ٢٢٤٣ ) ومسلم ( ١٧٢٢ ) .

يأت لها طالب فهو مخير بين أن يتركها بيده أمانة ولا شيء عليه فى تلفها أو يملكها أو يتصدق بها ، وهو ضامن إن جاء ربها ، فإن أجاز التصدق وإلا غرمها له ويكره التملك .أ.هـ.

ثم قال : فإن أخذها بنية اللقطة والحفظ فلا يجوز له ردها إلى محلها ، وإن فعل ضمن ، وإن أخذها بغير نية الالتقاط ، بل يضمن الثوب لأناس أمامه فلما سألهم لم يدعوه ، فله ردها إلى محلها ولا ضمان عليه .

فإن دفعها إلى من يعرف بها فضاعت فلا شيء عليه ، قاله ابن القاسم وابن كنانة .

وكذلك لو قال له : اعمل بها ما شئت ، فإن ادعى الملتقط ضياع اللقطة فلا شيء عليه .

وقال أشهب وابن نافع : عليه اليمين .

تذييل :

قال الجزورى : المار إذا وجد غنماً وأراد الحليب فحلب ، هل يعد متعدياً أو مأذوناً له ؟

فحكى ابن القاسم الخلاف فى اللبن والفواكه ، وفرق أهل المذهب بين المحتاج للبن والفواكه والفول الأخضر فله ذلك ، ولو لم يؤذن له .  
وأما غير المحتاج فليس له ذلك .

وقيل : الفرق بين اللبن فيباح ، وغيره لقوله ﷺ : « إذا مر أحدكم بغنم فليستأذن ربها ، فإن أذن له حلب وشرب ، وإن لم يجد ربها صوت ثلاثاً ثم يحلب ويشرب » (١) .

وأما حكم الضالة ، قال خليل : وشاة بفيفاء .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٦١٩) والترمذى (١٢٩٦) والطبرانى فى « الكبير » (٦٨٧٧) والبيهقى فى

« الكبرى » (١٩٣٨) من حديث سمرة بن جندب رضى الله عنه .

قال الترمذى : حسن غريب .

وقال الألبانى : صحيح .

فصل فيه القرافى .

قال : يريد ، وجدها وحده أو مع من لا حاجة له بشرائها .

فح : يباح له سواء أكلها هناك أو نقلها للحاضرة لحمًا ، إلا أن يجد ربها لحمًا فله .

وإن كان فى رفقة باعها ووقف ثمنها ، وإن أكل أو تصدق ضمن .

وإن كانت غنمه معه ضمها إليها سنة أو أكثر وله حلابها ولا يطلب به ، وإن ذبحها قبل السنة اختياراً ضمنها ، وإن كان خوقاً عليها فلا ضمان ، إلا أن يقدر على بيع لحمها ، وإن قرب قرية ضمها وعرف بها ، فإن لم يفعل وأكلها ضمنها إن كانت لأهل القرية بلا خلاف ، وإن لغيرهم فقولان .أ.هـ .

ومثله فى « مسائل البرجيني » ، ونسبه لابن نافع عن مالك ، وزاد فيه : إذا وجدها [ق/١٨٣] بمدينة أو قربها فهى لقطه ، ولا يتبع بلبنها إذا جاء ربها ، وإنما عليه الشاة ونسلها فقط .

وفى « المدونة » : ضالة الإبل من وجدها فى الفلاة تركها ، فإن أخذها عرف بها سنة ، وليس له أكلها ولا بيعها ، فإن لم يجد ربها ردها إلى موضع وجدها فيه ، ولا يبيعها الإمام إن رفعت إليه وليفعل بها هكذا .

وكذلك فعل عمر رضي الله عنه ، وكان عثمان يبيعها ويوقف ثمنها لأربابها .

قال الشيخ أبو محمد : وأخذ به بعض الرواة لفساد الزمان .

وأما ضالة البقر فهى كالإبل إذا خيف عليها سبباً أو ذئباً فهى كالغنم .

وأما الخيل والبغال والحمير فهى لقطه ولا يأخذها ربها حتى يدفع ما أنفق الملتقط أو يسلمها له .

وقال مالك : من وجد عبداً أبقاً وعرف ربه - كأخيه أو جاره - أخذه وإلا فلا يقربه .

قال ابن القاسم : إن لم يعرف استحب أخذه وهو فى سعة من تركها .

قال البرجيني :

فرع :

فإن أخذ أبقاً وأبق منه فلا شيء عليه ، فإن أخذه ثم أرسله ضمنه ، قاله فى

وقال فى « العتية » : أرى أن يحد صاحبه أرسله خير من بيعه فيهلك ثمنه أو يطرحه فى السجن فلا يجد من يطعمه .

قال بعض الشيوخ : رواه فى هذه الرواية: سعيه من تركه ، بخلاف الثوب والبيعير إذ لا كلفة فى حملة ، ولا يتكلف للبيعير نفقة والرعى يجريه حتى يوصله إلى ربه ، فإن رفع العبد إلى الإمام وقفه سنة ثم باعه وأخذ ما أنفق عليه وبقي ثمنه .

وقيل : يجعله فى بيت المال .

وقيل : يوقف لربه .أ.هـ.



### مسائل من القراض

والقراض ، المشهور أن السلف أفضل من الصدقة ببون عريض ، وعلله بأنه لا يطلبه إلا المضطر ، ومكروه إذا كان لسبب نفع جره المتسلف .

وحكى الشافعي خلافه وقيده حفظاً ومذهباً ، لأن الخلاف الذى فى خراج المذهب إنما هو فى تهمة بجر النفع .

وأما الصريح فى جر النفع فالإجماع على تحريمه ، فإذا انفسخ رجع حكمه إلى حكم البيع ، قاله العقباني فى « نوازله » .

والخلاف فيه بين العلماء ، فيقولون : السلف هل يرد إلى صحيح نفسه أو إلى صحيح أصله ؟ والبيع هو أصله ، والصحيح المنصوص رده إلى البيع ، قاله العقباني .

ثم قال : وقد علمت أن البيع الفاسد تفيته حوالة الأسواق ، فاعلم .

وهذا كالسلم وفاقا فى غير المثل والعقار ، فمن أقرض عبداً أو ثوباً قاصداً نفع نفسه وقال ذلك ، فعلى المقترض قيمته لا مثله والقيمة يوم القبض ، فلو كان الشيء المقترض مثلياً فلمالك وابن القاسم : إن حوالة الأسواق ليست فوتاً .

وقال ابن وهب وغيره : هى فوت وصوبه أعلام الشيوخ .

قلت : سلف جر نفعاً حرام إلا فى [ ] <sup>(١)</sup> والفول الأخضر ، فسئل ابن مسعود عن ذلك إذا احتاج الناس للسلف ؟

قال : هو جائز فى وقت الشدة والحاجة للجماعة من إحياء النفوس .

(٢٤٤) [ ١ ] وفى « أجوبة ابن أبى زيد » : فى رجل أخذ السلطان غنمه فى

مغرم عليه ، فتسلف من رجل دراهم ليفتدى بها غنمه ، فأخذ السلطان الدراهم ولم يرد الغنم ؟

فأجاب : إن السلف لازم لرب الغنم ، وإنما لا يلزمه لو أن السلطان أخذه لغرم

مال فأسلفه فى حال طلب السلطان .

(١) بياض بالأصل مقدار كلمة لم أتبينها .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٢٦٥

وله أيضاً في رجل يأتي لیسلف دراهم يدفعها في مغرم وقلع عليه أو يأتي بالرجل للموصد فيقول: أحق القبانة علىّ وعليك حتى أرد عليك، فأفنى باللزوم.

فائدة :

من تعدى على مال القراض فأكل بعضه أو أكله كله فهو في ذمته ولا يحسب ربح ما أكله ، قاله في « المدونة » ، ولفظها عند ابن عرفة والمتطى : وإن ربح في مائة مائة ، فأكل منها مائة واتجر بالثانية فربح مالا فما أكله في ذمته ، ولا ربح له ، وما ربح أولاً وثانياً فعلى ما اشترطه ، ولو تلف ولم يبق إلا ما أكل ضمنها لربها ولا ربح لذلك .أ.هـ.

ونقل ذلك أيضاً ابن رشد .

(٢٤٥) [٢] وسئل أبو محمد الغمري عن ما يدفعه المقارض في سفره

للقبالة ؟

قال : هو على رب المال ، ثم قال : ومن ملك ما لا تجب فيه الزكاة فلا تحل له ، ومن دفعها له تجزئه .

(٢٤٦) [٣] وفي أجوبته أيضاً : رجل سلف منه ماله القراض وفكه بعض عرفاء بلاد من اللصوص ، فجاعلوه أهل المال على أن ينصرف إلى العرفاء لعله يجمع لهم شيئاً ، وجعلوا للعامل ربعاً مثلاً مما يجمعه أو أقل أو أكثر .

فقال : يجوز ذلك له ، لأن حكم القراض قد ارتفع وصار الآن مجاعلاً ، فإن لم يحصل شيئاً فلا شيء له .

فقيل له : فإن جمع شيئاً ، فهل يجوز له أن يعمل فيه قراضاً ؟

قال : نعم .

وفي « نظائر أبي عمران » : إن رأس مال القراض إن كان مسكوكاً فجائز اتفاقاً ، وإن كان نقاراً أو فلوساً فكره وأجيز ، وعروضاً لا يجوز .

والقراض الفاسد فيه ثلاثة أقوال : فقيل : كل قراض فاسد يرد إلى أجره المثل .

وفرق ابن القاسم فرد بعضه إلى أجره المثل ، وبعضه إلى قراض المثل .  
فالذى فيه قراض المثل ، القراض بالضممان ، والقراض إلى أجل ، والمبهم ،  
وعلى أن يشتركا فى المال ولم يسمياه ، والقراض بالعروض ، وعلى أن يشتري عبد  
فلان ويبيعه ثم يعمل بثمانه فله أجره المثل فى شرائه ويبيعه ، وله بعد ذلك قراض  
أمثاله .

و «خلص دين فلان وأعمل به» فله أجره الخلاص وله بعد ذلك قراض المثل .  
وكذا ، صرف هذه الدنانير وأعمل بها قراضاً ، وما سوى ذلك فهو فيه أجير ،  
وكل ما فيه قراض المثل يفسخ ما لم يشرع ، وما فيه أجره المثل يفسخ فيه أبداً وله  
أجره المثل ، وكل ما فيه قراض المثل أو مساقاة [ق/ ١٨٤] المثل ، فهو أحق من  
الغرماء به فى الفلوس والموت ، وما فيه أجره المثل فهو أسوة للغرماء فى الموت  
والفلوس ، وكل مساقاة ترد إلى أجره المثل فهو أحق بها فى الفلوس وفى الموت أسوة ،  
وكل زيادة فى المؤنة فى المساقاة فهو أجير ، فقليل : يرجع إلى مساقاة مثله .

وقال محمد : هو أجير .

وقال سحنون : إن اشترط عونه .

والمساقاة على ثلاثة أوجه فى الأصول الثابتة التى يجنى ثمرها ويبقى أصلها فيها  
جائزة ، لضرورة أو غير ضرورة ، وما هو كالزراع فلا تجوز إلا لضرورة .

وأما الأصول التى تجنى وتخلف فلا تجوز بحال . أ.هـ .

ومن اتجر فى بعض رأس المال لنفسه فالربح له ولرب المال ، واختلف فى خسره  
هل هو على العامل لتعديه ؟

وكذا من اتجر فى وديعة أو مال مبضع .

أما الوديعة فالصحيح أنها فى ذمته والربح له .

وأما المبضوع فربحه لربه .

قال الخطاب (١) عند قول خليل (٢) : ككل آخذ مال للتقية متعد ، قال : بعض

أن العمال إذا تعدى فى الصور المتقدمة وقلنا : إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر فلا

(١) مواهب الجليل ( ٥ / ٣٦٥ ) .

(٢) المختصر ( ص / ٢٣٩ ) .

يختص بالربح ، بل يكون على ما اشترطاه .

قال فى « التوضيح » : لأنه بينهم على أن يكون قصد الاستبداد بالربح ، فعوقب بنقيض قصده ، ولأننا لو قلنا : إن الربح للعامل لتعديه لكان حاملاً له على التعدى ، ولهذا قلنا : إن كل من أخذ مالاً ينميه فتعدى - كالوكيل والمبضع معه - فالغرم عليه والربح لرب المال إن حصل فيه ربح ، وهذا حيث عمل فيه .

وقال الأجهورى والفيشى : قوله : ككل . . . . إلخ ، تشبيهه على الوجه الثانى فيما يضمنه .

وقوله : والربح لهما ، ولا ربح للمخالف لأنه متعد .

وقوله : ككل أخذ ، فلا ربح له لأنه متعد .أ.هـ.

وفى كتاب ابن يونس ، ما نصه : كل ما نشأ عن مال القراض قبل القسم فهو بين العامل ورب المال .

قال : وهو المشهور من المذهب ، ومثله للإمام ابن رشد القفصى .

وفى « التوضيح » وفى قراض « المدونة » : إن المحاسبة إذا وقعت بين الشريكين ، ثم قام أحدهما بعد المفاصلة لا يقبل قوله ، ولو ادعى وهماً أو غلطاً .

## مسائل من الأكرية

وفى تأليف الإمام أبى الفضل راشد بن رشد ، ما نصه : واختلف فيمن اكرى أرضه لرجل أو أعاره إياها ليبنى أو يغرس مدة ، وبعد المدة يبقى البناء والغرس لربها ، يعنى : ولا شيء من قيمة الانقراض بل هو لربها مجاناً ، قال : ذلك كله على مذهب ابن القاسم كراء فاسد ، ولو وصف البناء والغرس لأن المدة الطويلة لا يدري ما يصير البناء والغرس إليه .

وأجاز ذلك محمد إذا وصف البناء وكل مأمون لا يتغير إلى انقضاء المدة .

وأجاز أشهب فى الغرس والبناء مطلقاً ، ثم قال :

### فصل :

. واختلف فى علة ذلك على القول بالفساد ، فقيل : هى للعامل وعليه كراء الأرض .

وقيل : البناء والغرس لرب الأرض فله غلتها وللعامل أجره عمله ، وهذه العلة تقوى قول محمد : إن ذلك جائز إذا وصف . . . . إلخ ، إذ حكمه حكم من اكرى ذلك ليسكنه بعد تمام البناء مدة معلومة وأن أجره عمله معلومة فأخذ منها سكنى مدة معلومة ، وتكون المدة محسوبة من يوم العقد ، لأن أمد فراغها كالمعارف فصار كالأجل لوقت ابتداء السكنى ، وقد اختلف فيمن اكرى داراً غائبة سنة ، هل تكون السنة محسوبة من يوم العقد أو بعد مقدار مسافة البلد .أ.هـ .

وفى «مسائل البرجيني» : من اكرى أرضاً وحرثها ثم توالى القحط على الزرع فلم يرفع منه شيئاً ؟

قال : قد سقط الكراء على المكترى ، ومن اكرى أرضاً غير مأمونة لا يصح النقد فيها ثم مات ، فلا يستعجل ربها من تريكته كراءها ، ويوقف قدر ذلك من تريكته إلى أن يأتى الورثة بكفيل ، وكذلك الكراء المنجم لا يحل بموت المكترى ولا يفلسه لأنه لم يقبضه السكنى بعد ، وقد اضطرب قول ابن القاسم فى هذا الأصل ويوجد له غير هذا فى كتاب التفليس .

## مسائل من موات الأرض

الأصل فيه قوله ﷺ : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » (١) ، فاستخرج أهل المعرفة بعلم المعانى من هذا الحديث أحكاماً عديدة ، لأن فيه الفصل بالضمير وله عند أهل البيان شأن عظيم ، وما فهمه خليل من فصل الضمير ففيه بنى متأوله بقوله (٢) : موات الأرض ما سلم من الاختصاص . . . إلخ ، وتحصيله من سبق إلى موات وأحياء بأسباب الإحياء فهو أحق به ، ومن أراد أن يحيى بقربه يحتاج إلى إذن الإمام ، لأنه بإحيائه لذلك الموضع صار عمراتاً ، قاله فى «التوضيح» ونقله بهرام فى «شرح الكبير» .

وأما الأسباب التى يصح بها الإحياء فهي كل ما كان معتبراً كقطع الأشجار وتنقية الأحجار والحرق المعتبر .

قال أبو الحسن فى شرح « المدونة » : الحرق القليل الذى لا بال له لا أثر له فى الإحياء ، وإذا ثبت إحياء أحد واختص بأرض فليس لأحد أن يجرى عليه أو فوقه ماء إلا بإذنه ، قاله ابن يونس فى كتاب «حریم البئر» .

ونصه : قال مالك : إذا كان لرجل «أرض» خلف أرضك ، فأراد أن يجرى ماء فى أرضك إلى أرضه فله منعه من ذلك ، وكذلك لو كان له فى أرضك مجرى ماء فأراد أن يحوله فى أرضك إلى موضع آخر أقرب منه فلك منعه .

وفى كتاب «حریم البئر» من « المدونة » : إذا كان خليج بإزاء أرض أو فى حریمها فليس لأحد [ق/ ١٨٥] منع صاحب الأرض من مائه ، لأن الماء غيث يسقيه الله لمن

(١) أخرجه أبو داود ( ٣٠٧٣ ) من حديث سعيد بن زيد .

قال الألبانى : صحيح .

وأخرجه الترمذى ( ١٣٧٩ ) وأحمد ( ١٤٣١٠ ) والدارمى ( ٢٦٠٧ ) من حديث جابر بن عبد الله .

قال الترمذى : حسن صحيح ، وقال الألبانى : صحيح .

(٢) المختصر ( ص / ٢٥٠ ) .

شاء ، وكذلك فضل الماء ليس لأحد منعه .أ.هـ .

وإذا اختص واحد بأرض ثم تركها واندرست ، ثم أحيها بعد ذلك غيره ، فخرج ابن عرفة أنها للثاني تخريباً على الصيد إذا ند من صاحبه وصاده غيره فهو للثاني على المشهور كما صرح به خليل بقوله (١) : وإن ند ولو من مشتريه فهو للثاني .

فتشمى هذه المسألة على ذلك أن الأرض للمحیی الثاني عند ابن عرفة وغيره ولو قطعها الأول عند الإمام .

وأما عدم قطع الإمام فهي للثاني بلا خلاف .

ونقل الخطاب من كلام « التوضیح » شرط ذهاب أثر الأول ، ثم قال بعده (٢) : وينبغي عدم حصول علم الأول بإحياء الثاني .

وأما إذا علم وسكت فسكوته دليل على تسليمه ، وأما إذا ادعى عدم العلم فلا يصدق مع كونه بالبلاد أو قربه بنحو ثلاثة أو أربع كما نص عليه غير واحد في باب الشفعة .

وقد صرح أبو الحسن في تعليقه على « المدونة » بما نصه : الاندراس ينقل ملك الأول ، وشهادة الاندراس ناقلة فهي مقدمة على المستصحبة .

قلت : هذا لفظ « المدونة » ، حصله بالمعنى ، وهو الذى اعتمد عليه ابن شاس ، وعرج عليه ابن سلمون وابن عرفة وصاحب « المفيد » وابن رشد في « البيان » .

وإنما يكون الثاني أحق إذا طالت المدة بعد عوده إلى حالته الأولى .

وأما إن كان أحيها بحدثان عودها إلى الحالة الأولى ، فإن كان عن جهل ففيه تفصيل . . . إلخ .

(١) المختصر ( ص / ٩١ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٣ / ٢٢٣ ) .

## ٢٧١ في تيسير مطالعة كتب الأحكام

قد صرح غير واحد مثل الشيخ أبي يوسف بن عمر: أن المنازعة لا تفيد إلا بإيقاف عند حاكم ، وقد سبق في باب الشفعة ، وبه قيد الخطاب والأجهوري والفيشي كلام خليل ، حيث قال (١) : ثم ادعى حاضر . . . إلخ .

تكميل :

فإذا اختص أحد بأرض فأراد آخر أن يحيى فوقه ، فليس له ذلك كما صرح به الإمام ابن رشد ، ولفظه :

فرعان :

الأول : فلو أحيى المسفل قبل الأعلى ، ثم أراد غيره إحياء ما فوقه وأن ينفرد بالماء ويسقى به قبل الأسفل السابق ، ولذلك يبطل عمله ويتلف غرسه ، له المنع .

وقال سحنون : إذا كان بعض الجنة أقدم من بعض ، فالقديم أحق بالماء ، لأن فعل المتأخرين يمنع المتقدم ما سبق إلى استحقاق ، وليس ذلك له .أ.هـ.

ونقل التائي في « الكبير » : له منعه مطلقاً أضر أم لا .

قلت : يؤخذ من الجميع لو أحيوا في فور واحد فلا منع ، وهو منصوص .

وكذا لو أحيى الأسفل بعد الأعلى فلا منع .

---

(١) المختصر ( ص / ٢٧٢ ) .



## مسائل من كراء الدواب والإجارة

وفى « أجوبة الوغليسي » : من اكرى ثوراً للحرث من أوله إلى آخره بشيء من الطعام إلى زمان الصيف وحرث أياماً ، فنزل الثلج وكان يعلفه ويسوسه وينظر زوال الثلج ، فلم يزل حتى مضت أيام الحرث ، فطلب ربه كراءه ، وطلب هو علفه وسياسته فى أيام البطالة ؟

فأجاب : إن لم يجد موضعاً يحرث فيه يشبه موضعه ذلك ، فليس لصاحب الثور إلا محاسبته بما حرث ثوره ، ويفسخ الكراء فيما بقى يقومه أرباب المعرفة بحسب ما شرط على عدد الأيام ، وما دخل عليه بالعرف ولا شيء للمكترى فى السياسة .

وفى حاشية الخطاب (١) : يجوز للمكترى أن يحمل ثوباً أو ثوبين لغيره ولا يخير الجمال ، ثم قال :

### فرع :

الشعافعي عن أحمد بن عبد الله : إذا حمل على الدابة المكتراة إلى موضع أقرب من المشترط غلطاً منه ، ثم وصل فعليه الكراء كاملاً إذ لو شاء لتثبت فى أمره . أ.هـ .

وله أيضاً : وليس التعدى فى الدابة وزيادة المسافة كالتعدى فى زيادة الحمل إذا تعدى فى المسافة ، خير ربهما فى أخذ قيمتها مع كرائها الأقل ، أو يأخذ كراءها يوم التعدى ولا كراء له .

وله أيضاً :

قنبيه :

قول المصنف (٢) : وضمن . . . . إلخ ، معناه أن ربهما مخير فى أخذ قيمتها أو أخذ الكراء وكراء الزيادة إذا زاد عليها ما تعطب بمثله من أول سيره ، وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار ربهما قيمتها يوم التعدى ونصف كراء الأول ، وكذا فى

(١) مواهب الجليل ( ٥ / ٤٣٩ ) .

(٢) المختصر ( ص / ٢٤٨ ) .

ثلث الطريق وربعها له كراء ثلث الكراء أو ربعه مع قيمة الدابة ، ولو شاء أخذ قيمة كراء جميع المحمول ولا قيمة له .

وأما زيادة المسافة فإن زاد ميلاً وعطبت الدابة فلربها الكراء الأول وخير فى أخذ كراء المثل فى الزائد من المسافة بلغ ما بلغ أو قيمة الدابة يوم التعدى .

(٢٤٧) [١] وفى « أجوبة أبى محمد » : قوم اكتروا مركباً من صقلية

فجاوزوا البلد المشروط فأرخوا فيه فغرق وفسد القمح أو تلف من الحب ؟

فقال : لا كراء لربه إن فسد الحب أو تلف ، إلا إذا تراخوا أرباب القمح تراخياً بيناً يمكنهم تفريقه ، وأما ما أخذ بعضهم مما ساقوا فإن كان على التقديم برضى الجميع أنه حصته فهو قسمة لازمة ، وإن لم يكن كذلك فلهم مشاركته فيما أخذ .

(٢٤٨) [٢] وفيها أيضاً : رجل اكتروى دابة وضاع منه تليس ربها ورواها

الذى تربط به ؟

فأجاب : إن كان التليس لا بد للدابة منه عرفاً بينهم أو اشتراطاه فلا ضمان ، وكذا اللواء ، وإن كان عارية فهو ضامن إلا لبينة على هلاكها .

وفى البرزلى : الطيب المشهور لا ضمان عليه [ق/١٨٦] ونصه : قال ابن رشد: تحصيلها أن الطيب إذا عالج أحداً فسقاه فمات منه أو كواه فمات من كيه أو قطع منه شيئاً فمات من قطعه ، أو الحجام يخنق المحتجم فيموت من خنقه ، أو أقلع ضرساً فمات من ذلك فلا شيء على واحد منهم إلا على عاقلته إذا لم يكن خطأ فى الفعل ، وإن كان خطأ فى فعله مثل أن يسقى المريض ما لا يوافق أو يتزل فى الختان وهو من أهل المعرفة ويخطئ فيما هو دون ثلث الدية ، فهو فى ماله وغيره على عاقلته .

وفى « الرسالة » <sup>(١)</sup> : والصناع ضامنون لما غابوا عليه ، عملوه بأجر أو بغير أجر .

ومثله لابن الحاجب ، وهو صريح نص عليه ابن عرفة وأصله فى « المدونة » كلفظ « الرسالة » ولا يصدق ، وعللوه بأن تضمينه وعدم تصديقه للمصلحة العامة ، وهذه القواعد التى بنى عليها مالك مذهبه ، وعلى هذا تضافرت نصوص أهل

المذهب ، وبه وقعت الفتاوى فى زولة حين فتحوها الروم ، إلا المازرى فأفتى بعدم الضمان وانفرد به ، فلذلك ضعف .

وفى « النظائر » : من أجر رجلاً للحرث شهراً معيناً فمنعه المطر يوماً ونحوه ؟

قال : لا أجره عليه فيما عطل ، فإن انكسر المحراث أو هلك الزوج فله الأجرة فيما بطل ، والمرأة التى تلقط وزوجها يحصد وبعد انقضاء الصيف يطلقها ؟

قال : لا يختص بذلك فى جميعه بل لها وحدها ما التقطته وله ما حصده. أ.هـ.

(٢٤٩) [٢] وسئل سيد عثمان بن على عن خازن المطمر فخرن مظموره ثم أراد إظهار ما فيها فبحث إلى أن وقع فى مظمورة لجاره فعرفها فرد عليها ترابها ، ثم وجد متاعه فحملها ، ثم جاء لصوص وحملوا مظمورة جاره ، هل يغرم أم لا ؟

فأجاب : لا شيء على البدوى ، لأنه فعل ما يجوز له مما لا يمكنه غيره ، ومسائل « المدونة » دالة على ذلك وجاءت الرواية بذلك فى غير « المدونة » . أ.هـ. من المازرى .

## مسائل الأحباس

الحبس من نوافل الخير ، وهو من قواعد هذه الأمة ، ويجوز ابتداء من رب الملك ويصح بشروطه .

قال ابن رشد : لا يصح من الحبس إلا ما حيز وحد .

وأفتى ابن عرفة بصحة ما حبس ولم يحد ، ولا يصح الحبس إلا بعدلين ، قاله عبد الباقي عند قول خليل : [ (١) ] واختلف هل يصح بشاهد واحد ؟

ابن ناجى : لا يصح .

وقيل : يصح ويحلف مستحقه ، قاله الخطاب .

وإذا وقع الوقف بغير تحديد ولا وصف فباطل .

ابن الحاجب : إن الحياة فى الأملاك المحبسة إذا كانت ليست بمحدودة ولا موصوفة فى عقد الحبس بغير شهود الأصل .

وهم قد بدؤوا كما ذكرنا ، فلا سبيل إلى نفوذ الحكم بالتحبيس . أ.هـ .

البرزلى : ويصح الحبس بإقرار الورثة بعد أسلافهم أهل الملك ، وقد صرح الإمام المتيطى بأنه يصح بإقرارهم ويجرى على ما أقروا به ، فإن وجدوا وثيقة أسلافهم عملوا عنها وطرح إقرارهم وعقدوا واثقوا أشهد فلان ابن فلان ، وفلان ابن فلان شهداء هذا العقد فى صحتهم وجواز أمرهم لما يلزمهما من القول بالحق والانتهاء إلى الصدق والوقف عنده أن جميع أملاك أسلافهم وتحد كل موضع هو محبس من أسلافهم إلى آخر ما تقررروا عليه من تخصيص أو تعقيب أو مرجع أو غير ذلك ، فإذا صح الحبس على كلا الوجهين بشروطه ثم حرم بيعه وارثه والتصدق به وهبته .

قال ابن سلمون : وإذا تعدى المحبس عليه وباع الحبس ، فإنه يؤخذ من يد

(١) بياض بالأصل مقدار كلمتين .

المبتاع ، ولو طال الزمان ، ويعاقب البائع إن علم ولا تنفع فيه حيازة أبدًا ، ومثله للمتيطى والبرزولى .

وأما قسمه:

ابن غارى: وفى « مفيد الحكام » : واختلف العلماء فى قسمة الحبس - اغتلال وانتفاع - فكرهه قوم وأجازه آخرون ، وقد جرى العمل باقتسامه لضرر الإشاعة .

ولابن عبد الغفار : قسمة الحبس لضرر الإشاعة ، ولأن قسمته لا تخرجه عن أصله .

وأما من هدم وقفًا فعليه إعادته هو قول ابن كنانة وضعفه شراح « المختصر » .  
وقال : المذهب أن عليه قيمته كغيره من المقومات فيقوم قائمًا ومهدومًا ويأخذ ما نقص ، والنقص باق على وقفيته .

الشيخ سالم والفيشى : وقولهم : ولم يخرج ساكن لغير هذا ، إذا كان على معينين محصورين ، وأما غيرهم كالفقراء أو الأرامل أو الضعفاء مثلاً ، فيجب إخراج من زال ذلك الوصف منه .

قال الفيشى : إذا زال الفقر خرج ، وإذا كان من طلبة العلم وترك طلب العلم خرج .

ولابن غازى : إن الوقف أقوى من الهبة فلا يبطله إلا التفليس أو قيام الغرماء عند إحاطة الدين بماله ، وأما إحاطته مع عدم قيام الغرماء فليست معتبرة فيه ، وهى معتبرة فى الهبة ، نقله الفيشى .

وأما اشتراط تجديد الأملاك المحبسة فى المذهب خلاف صرح ابن رشد فى أجوبته أن التجديد فى الحباسة شرط كمال وساقه فى الأجوبة سؤالاً وجواباً .

(٢٥٠) [١] وفى نص السؤال : استظهر بوثيقة ونص ما فيها فقد عقد الحباسة ، وأغنى اشتهاها عن تحديدها ؟

فأجاب : بصحة الحبس ، وقال فى محل آخر : والذى يشترط التجديد فى

الحباسة مخافة أن يكون هناك حبس غيره مسمى باسمه وإلا فهو كمال .

وكذا صرح ابن سلمون أنه شرط كمال لا شرط صحة ، ومثله [ق/ ١٨٧] لصاحب « المقصد المحمود » .

وصرح ابن فرحون فى باب شهادة السماع بالحبس ، قاله هناك وإذا فقد فى الرسم تجديد البينة فهو باطل ، قاله احلولوا فى « اختصار البرزلى » .

ولابن رشد فى غير الأجوبة على ما نقله البرزولى ، ونصه :

(٢٥١) [٢] وسئل ابن رشد عن بيده أملاك شتى بقرية معينة محبسة عليه

وعلى عقبه ثم على مسجد كذا بعد انقراض العقب ، فباعها من رجل ، هل يصح بيعه ؟

فأجاب : إنه لا يقضى بالحبس إلا بعد إثبات التحبيس لذلك يوم التحبيس وتعيين الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما ينبغى وأعذر إلى المقوم عليه ، فإن لم يجد مدفعاً فحينئذ يحكم بالتحبيس .أ.هـ.

ثم قال طول ما نصه ابن الحاجب : الوثيقة إذا فقد منها تحديد الأملاك فلا يعمل بها .

ولفظ ابن الحاجب على رواية أخرى بتمامه ما نصه : لا تصح حيازة الأملاك بالأحباس التى ليست بمحدودة ولا موصوفة فى عقد الحبس بغير شهود الأصل وهم قد بادوا كما ذكرت ، فلا سبيل إلى نفوذ الحكم بالتحبيس .

قلت : لأن بينة الحيازة قد لا تأتى على موضع الحبس لجهله ، لأن الشهادة على المجهول من شروطها أن تكون على عينه كما حكاه شيخنا عن شيخه ابن عبد السلام أنه لا تجوز الشهادة على الخط إلا بحضوره ، وقول الشهود وقع على رسم كذا غير نافع .أ.هـ.

وفى « طرر » ابن عات : الشهادة على الخط والأحباس ماضية وبه الفتوى قديماً ولا تتم فى ذلك ، إلا أن يشهدوا أنهم لم يزالوا يسمعون ، لأن الذى يشهدون فيه

حبس محاز بما تجاوز به الأحباس ، فإذا ثبت ذلك كان الحكم للحبس وكانت الشهادة فيه أعمل ، وإن لم يثبت ما وصفنا أو تبين التدليس في وثيقة الحبس تبيناً يقطع بصحته بطل الحبس وبقيت الأملاك بيد المظلومين بها .أ.هـ. أن نفسر العقيب والمرجع في « التوضيح » ، ومثله للمتيطى .

وزاد غيره: أن تعرف كيفية القسمة هل على السواء أو على التفاضل ؟ .أ.هـ.

وكذا أيضاً أن شهادة السماع في الحبس وغيره ولا تنزع بها من يد حائز ، قاله غير واحد من شراح خليل عند قوله : ووقف . . . إلخ ، قاله الشارح والتثنائي والبساطى وعبد الباقي والشيخ على الأجهورى .

وقال بعد كلام : وعلى ظاهر ابن عرفة وخليل أنه ينزع بها من يد الحائز .أ.هـ. مختصراً .

ومثله لابن سلمون ، لأنه لا ينزع بها من يد حائز في الوقف وغيره ، ومثله لابن فرحون ، قال : وهو المشهور ، ونقله ابن الموار وغيره .أ.هـ.

وصرح ابن عبد الرفيع في « معين الحكام » له : أنه لا بد في الوثيقة من شهادة البينة للحبس ، وإلا كانت الوثيقة باطلة ، وإذا طال أمره ولم يحترم بحرمة الأحباس باطل ، سيما إذا لم يضمن في عقد الحبس ، والحوز بالحبس والنظر فيما عليه بالإشهاد واجب ، وإذا لم يضمننا ذلك في عقد الحبس فالرسم باطل ، ذكره ابن فرحون في باب شهادة السماع بالحبس .

قلت : وكذا إذا لم يذكر في الرسم المحبس فهو باطل ، لأنه مما ينبنى عليه الحكم ، ذكره المتيطى .

وذكر البرزلى في « الوصايا » ، ولفظه شاع عندنا : أن الرسم إذا قطعت منه البسمة أنه باطل ، فإن ثبت عادة فيعمل عليه ولا يرجع فيه إلى ما ذكره المتيطى وغيره إذا وجد في ذكر الحق محواً وبشر غير معتذر عنه ، فإن كان ذلك لا يخل شرطاً أو قيد في الرسم فلا يضر ، وإن أبطل قيداً من قيود الرسم سقط بذاته ، مثل أن يخل بعدد أو تاريخ أو نحوه ، وإن كان مما ينبنى عليه الرسم مثل اسم المحكوم

عليه أو له بطل جميعه .

قلت : وهذا فى « طرر » ابن عات ، ولا بن فرحون مثله .

ومن شروط الحبس وغيره : أنه لا بد من معرفة كاتب الوثيقة أو من كتبت بإذنه مختومة بخاتمه ، ولا بد من معرفة خطها كما نشخص المعين ، وإن اختل شيء من ذلك فلا عمل على تلك الوثيقة فى كل حكم ، نقله المتيطى والبرزلى وحرره التائى فى كبيره ، وزادوا : أنه لا بد من شهادة عدلين على الخط وأنه كان يعرف مشهوده وتحملها عدلاً ، وهذا مختصر ابن عرفة ، وقاله ابن الحاجب .

ولفظ الشارح فى « كبيره » : لا تجوز الشهادة على خط الميت أو الغائب إلا بثلاثة شروط :

أن يكون يعرف خطه قطعاً بلا شك حتى يصير عنده كالشخص المعين .

وأن يعلم أن الشاهد الميت يعرف من أشهده على نفسه .

وأن يعلم أنه تحملها عدل .أ.هـ.

وهو هكذا فى « طرر » ابن عات ، ونقله عنه ابن فرحون والبرزلى .

ولفظ البرزلى وابن عات : الخط عندنا شخص قائم ، ومثل ممثل تقع عليه العين ويميزه العقل كما يميز سائر الأشخاص والصور .أ.هـ.

وفى « طرر التهذيب » لأبى عمران الأعرج ، ما نصه : الوثيقة المجهول كاتبها إذا لم يكن فى زمانه نائباً ولا نبيه حاكم وهو على خطه فى زمانه ، لا يحل للنائب أو القاضى المتأخر أن يقضى بخطه بعد موته ولا بثبوتة .أ.هـ.

وأما الحوز فهو شرط معتبر فى الصدقة والهبة والوقف ، ولا يصح واحد من هؤلاء إلا بالحوز البين الذى فيه الانفصال المعنوى .

وأما الحسى فيجوز للمحبس أن يحوز لمن لم يصح منه الحوز كأولاده الصغار ، وأما المعنوى وهو خروجه عن صرف الغلة فى مصالح نفسه فلا بد منه ، وإن حاز لصغير صرف الغلة لمصالح ذلك الصغير ، ولا بد أن يضمن ذلك فى الوثيقة حتى



يقول فيها : ورفع يد الملك ووضع يد الحوز ، هكذا اشترطه الموثقون وعليه عقدوا وثائقهم [ق/١٨٨] وهو ظاهر « المدونة » عندهم ، وقول ابن القاسم : لا يشترط ذلك وهو المذهب ، انظر : البرزلى .

تنبيه :

فإن حبس شخصاً ملكاً له ولم يقطع الحوز فيه حتى مرض أو مات بطل ويكون موروثاً أو لأهل الديون ، وكذا إن لم يحز حتى طرأ عليه دين مستغرق فإنه يبطل ، فإن استغرق الدين بعضه بطل ما استغرق وإن حبسه وهو مدين بطل ، وكذلك إن لم يحز حتى فلس ، ولا بد من إحاطة الدين وقيام الغرماء كما تقدم فإن حاز الدار مثلاً ثم عاد لسكنائها وكان المحبس عليه يحوز لنفسه بطل الحبس .

وفى « الوثائق المجموعة » ، ما نصه : وثيقة حبس على ولده الصغير ، فإن كان فى دار لا يسكنها الأب عقدت الإشهاد على الاكتفاء بأنه أشهد لولده وأعلن ، وذلك كاف وكانت حيازته لولده على بنه بالإشهاد ، والإعلان حيازة نافذة ، وكذلك فى الأملاك ، وإن كان دار سكناء فلا يصح إلا بإخلائها والانتقال عنها ، وكذا فى الثياب إذا كان لابسها فلا بد من نزعها والتخلى عنها ، ولا يكفى الإشهاد والإعلان .أ.هـ.

ونص البوسعدى : إذا كان عليه كبيراً رشيداً فلا بد من معاينة الشهود للقبض ، وأما الصغير أو السفیه فلا يلزم فيه معاينة القبض والتخلى ، بل الإشهاد بالصدقة أو الوقف والإعلان كافٍ ولو سكت فى الوثيقة عن قوله وحازه له بما يحوزه الآباء لمن يولون عليه من الأبناء ، فلا يضره ذلك إلا فيما يسكنه الأب أو يسلبه ، فلا بد من ذكر التخلى ومعاينة القبض كما تقدم .أ.هـ.

ونقل الشيخ أحمد القلشاني عن المتيطى ما لفظه : شهادة الأب على الصدقة والحبس يغنى عن الحيازة إلا الملبوس والمسكون ولا يوهنه عمارته للأملاك المنعقد فيها التحيس إذ هو الناظر لبنيه .

وقال فى « المدونة » : والأب يحوز لصغار أولاده أو لأبكار بناته ما وهبهم

ولا يزال حتى يأنس رشده .

(٢٥٢) [٣] وفى البرزلى : وسئل الصائغ عمن حبس على ولده الصغير قاعة من خلاص بيت يجمع فيها الغارة ، ثم توفى الأب ورشد الولد هل يصح الحبس أم لا ؟ وهل تكون فيه الشفعة أم لا ؟

فأجاب : إذا تم الحبس والصدقة بالقبض للأب والحيازة مضى ذلك ، وإن لم يحز الأب حتى مات بطل وصار ملكاً وتجب فيه الشفعة .

قلت : يريد بالحيازة الأب ، وقبضه شهادته فقط ، ولا يفترق إلى أن يقول : رفع يد الملك ووضع يد الحوز . أ.هـ .

ولابن رشد فى « البيان » : وإذا حبس على من يحوز له بدار سكناه ثم باعها قبل أن يرحل عنها ولم يعثر على ذلك حتى مرض أو مات ولا عثر عليه فى حياته لفسخ البيع وصح الحبس ، وهو فى رسم أوصى من سماع عيسى ، وهو فى البرزلى كذلك . ومثله نقله المحاجي .

وفيه : وليس للمشتري إذا بنا وغرس إلا نقضه ولا حجة له بأنه مغرور ، إذ ليس له دفع قيمة البقعة ، وليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً . أ.هـ .

وأما الصدقة على الصغير إذا باعها استرجعها لها ولم يعثر حتى مات بطلت ، وإن عثر عليه فى حياته صحت وفسخ البيع ، قاله ابن رشد .

وله أيضاً فى « البيان » : إذا حاز المحبس للعاجز من أولاده ثم تعدى وباعه ، إن بيعه باطل لأنه حاز لغيره .

تنبيه :

وفى شرطية تعميم الذكور والإناث خلاف ، فمنهم من اشترطه وقال : إذا حبس على الذكور دون الإناث بطل ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وصحيح مذهبنا كما درج عليه خليل ثم إن فى ذلك تفصيل .

قال المتيطى : مشهور قول ابن القاسم بطلانه .

وله أيضاً : عدم البطلان .

وله ثالث : يفرق ، فإن مات المحبس مضي ، وإن عثر عليه في حياته بطل .

وله رابع : إذا كان المحبس حياً ورضى به مضي .

ولفظ « المدونة » : وكره مالك التحبيس على البنين دون البنات .

وقال الأجهوري في شرح خليل : الأشهر أنه يصح ، وعزاه للمدونة . أ.هـ .

وفي « التوضيح » ما نصه : ووقع في « المجموعة » أن عائشة رضي الله عنها نهت عن

إخراج البنات وقالت مثل ذلك ، إلا كما قال الله تعالى : ﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ

الأنعام خَالِصَةً لِّذُكُورِنَا . . . ﴾ الآية [ الأنعام : ١٣٩ ] .

وقال ابن الحاجب <sup>(١)</sup> : وكره مالك إخراج البنات ، هكذا روى على وغيره عن

مالك ، فإن وقع فروى ابن القاسم عن مالك : الشأن يبطل ، وقاله ابن شعبان .

وزاد في « العتبية » : إنه يبطل إذا اشترط أن من تزوجت منهن بطل حقها .

وقوله : وقال ابن القاسم ، يوهم أنه قاله ، وإنما رواه وفهم اللخمي وابن عبد

السلام الكراهة على بابها ، فإن وقع مضي ، والمراد بالكراهة يريد إذا تزوجت ،

يعنى واستغنت وإلا فيتفق على عدم إحرامها ، وهو في وثائق الأندلس ، إذا قال في

الرسم : من تزوجت سقط حقها ، والمراد بها التحريم بدليل تعليقه بأنه من فعل

الجاهلية ويكون موافقاً للقول الثاني .

وقوله : الشأن ، أي عمل الصحابة رضي الله عنهم . أ.هـ . باختصار .

وفي « المفيد » : من حبس على بنيه دون بناته وشرط أن من تزوجت فالحبس

خارج منها ، فذلك مكروه عنده . أ.هـ .

وفي الزرقاني : إذا حبس على بنيه وعقبهم ، فإذا انقرض عقب الذكور رجع

للبنات هل يبطل لأن فيه حرمان البنات حين الوقف ويقاس عليه إخراجهن إذا

تزوجن؟

(١) جامع الامهات ( ص / ٢٢٩ ) .

قال : الظاهر عن الشيخ البطلان ، لكن فى مسألة إخراجهن عند التزويج أحرى فى البطلان ، لأن إخراجهن [ق/١٨٩] على التأيد ، ومسألتك مقيدة بوجود الذكر ، فهو أهون .أ.هـ. بالمعنى .

ابن عرفة : وفيها يكره إخراج البنات من تحبيسه .

وسمع ابن القاسم : من حبس حبسًا على أولاده وأخرج منه من تزوج من بناته ، لا يجوز وهو من أمر الجاهلية .

قلت له : أيبطل ويستحل ؟ قال : نعم .

ثم قال ابن رشد : ظاهر قول مالك إبطاله على كل حال .

وروى العتبي : إن إخراجهن إن تزوجن يبطل الحبس ، وقاله ابن شعبان .  
أ.هـ. مختصرًا .

ولبعض الموثقين كالمطي وابن سلمون : يكره ابتداءً ويمضى بعد الوقوع ، ومثله للقلشاني على الرسالة .

تنكيث :

وفى بيع الوقوع بعد صحة تفصيل :

قال ابن سهل : أجمع مالك وأصحابه على منع بيع الأصول المحبسة العارضة ، وهو المشهور من أقوالهم ، وإن خربت واحتج ببقاء أحباس المدينة دائرة خرابًا ، وهو كذلك لمالك فى « الموازية » ، وقاله ابن أبى زيد ، ولفظه : ولا يباع المحبس وإن خرب .

تتميم :

والمعاوضة بيع فيلزم فيها ما يلزم فيه .

وفى « موطأ » ابن وهب : جواز بيع عقار هدم وريع تعطل ويعوض بثمنه ما هو أعود نفعًا وأحصى معاوضته بأفضل منه ، ثم لا غلة على من ابتاعه من المحبس عليهم وإن علم المتباع به وله رد ثمنه كله منه ، وأحرى إن لم يعلم هذا إن كان

ابتاعه بغير فتوى عالم أو حكم حاكم ، وإلا فات بوجه من وجوه الفوات .

وأما إن كان بفتوى عالم فيمضى للقاعدة عند القرافي في « المتفق » ، بل المجمع عليه أن مسائل الخلاف إذا اتصل ببعض أقوالها حكم حاكم تعين ذلك القول وارتفع ذلك الخلاف ، ولا يحل لأحد تعقبه وإن كان ذلك القول ضعيف . أ.هـ . كلام القرافي .

وأما إذا فات بوجه فيخرج عدم رده على جلود الأضحية إذا بيعت وفاتت وفيها خلاف ، وصرح اللخمي : إذا كان في وسط ملك الغير ودخل منه ضرر على رب الملك .

ونصه : وسئل عن غرفة محبسة في وسط دار رجل يكرهونها الظلمة ودخل على رب الدار من ذلك ؟

فقال : يباع ويعوض بثمنها غيرها ما هو أعود نفعاً . أ.هـ .

وصرح ابن رشد في « الأجوبة » بأن الحبس إذا خرب أو قرب للخراب تجوز مناقلته بما هو أصلح ، ويراعى فيه الأصلح ، ومثله له في « البيان » .

قلت : وفرش ذلك بعض الشيوخ ، وصفة مثال الحبس إذا عوض به مكاناً آخر ، وأظنه الشيخ يوسف بن عمر نقله عن غيره ، ولفظه : صورته أن يباع الخراب ويعوض بثمنه ما هو صحيح بما كان حبساً ينحل تحبسه ويصير غير حبس ، وما كان ليس بحبس فيصير حبساً ، فالخراب يصير ليس حبساً ، وما أخذ فيه بثمنه أو معاوضته يصير حبساً ، وخشوب الحبس إذا بليت تعوض بثمنها خشب ، ومثله الحصرات إذا أخلقت ، ومن تصدق بدرهم على مسجد أو شيء بعينه كزيت ، فإنه لا يحل إلى غيره ، وإذا خرب جامع ولا ترجى له عمارة يجوز نقل أنقاضه لمسجد آخر في غير ذلك الموضع ، وإذا ضاق المسجد وبازائه حوانت حبسا وديار حبساً فإنها تباع له ويشتري بثمنها مثلها يكون حبساً . أ.هـ .

قلت : وكل ما هو في بيع الحبس من الخلاف حيث لم يكن فيه تضييع المال من المحبس ، وإلا فالفاظ المحبس وشروطها يجب اتباعها كما يجب اتباع

رسول الله ﷺ .

قال أحلولو فى اختصاره ما نصه : أفاظ المحبس تتبع ولا ينبغى العدول عنها ، لأن المعتبر لفظه لا قصده ، قاله أبو عمران وبه جزم الأقفهسى .

ابن عرفة : وبيع المحبس عليه يشترط من المحبس فى عقده راجع إلى شرط تحييسه بنقض ما جعله المحبس سبباً فى بيعه لا إلى إعمال شرط مناقض للمحبس .أ.هـ .

وفى سماع ابن القاسم : من جعل داراً له حبساً صدقة على أولاده لا تباع إلا أن يحتاجوا إلى بيعها ، فإن احتاج إلى بيعها واجتمع ملؤهم عليه باعوا واقتسموا ثمنه سواء ذكورهم وإنائهم ، فإن لم يبق إلا رجل منهم فله بيعها إن احتاج ، ولا ميراث فى ثمنها لو ارثه المحبس .

ابن رشد : قوله : إلا أن يحتاجوا إلى بيعها ، يريد أو احتاج أحدهم لبيع حصته منها قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم ، فمن احتاج كان له بيع حصته واختص بثمنه ، ولو لم يبق إلا واحد اختص بثمنه جميعه ، ومن مات منهم قبل احتياجه سقط حقه ولم يورث عنه .أ.هـ .

تذييل :

من اشترى حبساً غير عالم فلا رجوع عليه بالغلة ، قاله ابن فتحون ناقلاً له عن ابن رشد واختاره ابن العطار فى «وثائقه» وقواه غير واحد من الموثقين .

وإن ثبت ذلك فى حياة البائع رجع عليه بالثمن إن كان ملياً ، وإلا من خراج المبيع عاماً بعد عام ما دام البائع حياً ، وإن مات ففى تركته إن خلف ما يورث عنه ، وإن مات المشتري وبقي الملك بيد ورثته فلا رجوع عليهم بالغلة ، وهو المشهور من المذهب ، قاله غير واحد عن ابن رشد خلافاً لابن القاسم القائل بالرجوع علم أو لم يعلم .

تكميل :

فى غلة الأعباس وكيفية التحاوص فيها .

صرح ابن رشد : بأن أهل المرجع ليسوا بمقصودين فى الحبس ، لأنهم لا يدرون هل يصل إليهم أم لا ؟ فهو فى معنى الاحتياط .أ.هـ .

وعليه فلا يجوز بيع الحبس لهم إن كان مصوغاً المحبس عليهم [ق/ ١٩٠] ولا مناقلة معهم ولا مغارستهم فيه لأنهم أجنب .

وفى البرزلى : مغارسة أرض الحبس لا تجوز ، وأما دخول عصبة المحبس على من فوقهم . وفى البرزلى ما نصه :

- (٢٥٣) [٤] وسئل ابن رشد عن حبس على ولديه فلان وفلان وعلى أعقابهم أو أعقاب أعقابهم ما تناسلوا ، فمات الابنان ولهما بنون وبنو بنين ، فهل يدخلون مع من فوقهم أم لا ؟ وهل يكون الترتيب فيها ثم على أعقابهم المعينين ، أو فيها وما بعدها؟ وإن كان فيها خلاف فما تختاره ووجهه لنا موفقاً ؟

فأجاب : إن ثبت ما ذكر فلبنى البنين الدخول مع البنين الذين فوقهم ، هذا قول مالك فى « المدونة » ، ولا أحفظ فى ذلك اختلافاً .أ.هـ .

وقال ابن رشد وغيره : إن لفظ المحبس : ثم على أعقابهم ، تأكيد بمعنى ثم بعد انقراض الطبقة العليا ترجع لا ترجع لأولادهما ، ولا يرجع إلى غيرهم ، هذا معنى قول المحبس : ثم ، ولا تقتضى الترتيب .

وأما من مات منهم - أى من المحبس عليهم - أو من أعقابهم فنصيبه على [ (١) ] أو دخول الأسفل ، وإن لم يعين ولا وقع له لفظ فى عقد حبسه يتبع عرف غالب أهل البلاد ، لأن لفظه لا يخالف فى جميع قيوده .أ.هـ . منه .

وله فى موضع آخر : ومن حبس على ولديه واشترط أن الطبقة السفلى لا تدخل على العليا فمات واحد من الطبقة العليا أن حقه لولده ولا شيء لإخوته .أ.هـ .

وأما قول خليل فى « التوضيح » فى تصويبه عن ابن الحاجب بقوله : لأن عصبة

(١) بياض بالأصل .

المحبس ، فهو الموافق لهذا إذا تأملته تجده موافقاً .

ابن رشد فى « الأجوبة » : من حبس على بنيه وعلى من بعدهم طبقة بعد أخرى ، فإن أهل الطبقة السفلى يدخلون مع العليا ، والعم وابن أخيه والابن وابنه فى ذلك سواء ، ولا يختص به بعض دون بعض ، ونقله الخطاب فى حاشيته .

ابن عبد السلام : قال مالك فى « المجموعة » : من حبس على ولديه وعلى أعقابهم ولا عاقب له ثم بقى بنوه وبنو بنيه ، فإنه يسوى بينهم ، وإذا دخل ولد الولد مع ولد الصلب هل يورث العم على ابن أخيه ؟ والقول بعدم التأخير هو الأقرب . أ.هـ .

وفى « الأجوبة » للجاويين : إنه إذا لم يعم لفظ المحبس أو تعذر سؤاله حتى مات فإنه يجرى مجرى الميراث فى قسمة اغتلاله ، وصرح به أبو الحسن على « المدونة » فى باب الهبة عند قولها : من حبست على ابنتها دنائير بشرطها ما لم تمس البنت الحاجة كبيرة أو فاقة ، فإن مسها ذلك فلها أن تنفقها فى حاجتها ، لأن المحبسة لو كانت حية ورأت ما مس ابنتها لأجازت لها ذلك . أ.هـ .

وفى « نوازل ابن رشد » : إن حبس على ولديه وأعقابهم ، فيكون قسمة على أعقاب الولدين جميعاً على عددهم ، وإن كان عقب الولد الواحد أكثر من عقب الولد الآخر فبالسواء .

وحمل ابن فرحون فى « تبصرته » وفى كتاب « الحبس » من « المقنع » إذا كان كتاب الحبس باقياً وفيه ترتيب أمور الحبس خلاف ما يعلمه ولاية الحبس ، فيعمل على ما فى كتاب الحبس ، ولو تلف الكتاب ولم يعرف ما فيه فيحمل أمر الحباسة على ما درج عليه ولاتها ولعلمهم على ما فى كتابها عملوا ، وإن لم يجر لهم فى الحباسة أمر حمل على عرف أهل البلد فى أحباسهم . أ.هـ .

تنكيث :

وفى « المتيطى » ما نصه : ابن هندی : فإن حبس على معينين فالغلة بينهم على السواء حتى يذكر التفاضل ، لأن الفاظه تتبع كالألفاظ الشارع ﷺ ، وكذا فى الهبة



والصدقة والعمرى .

ابن العطار : إذا لم يشترط في الحبس التفاضل ولا قال : للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون على الأعيان على السواء ، وفي الأعقاب يؤثر الأوج.أ.هـ. ومثله لابن شاس في الفرع الرابع في قسمة الحبس بين أهله في الغلة والسكنى . قال مالك في « المجموعة » فيمن حبس على قوم وأعقابهم ، وكذا في الصدقة يوصى أن تفرق على المساكين ، فلمن يليها أن يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال ، وكذا في غلة الحبس يفضل أهل العيال بقدرهم والفقير الكبير على الصغير لعظم مؤنة الكبير والمرأة الضعيفة يفضل بقدر ما يراه من يليها ، ولا يعطى الغنى منها شيئاً ، ويعطى المسكين بقدر حاجته ، وإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم .

وفي « المفيد » ما نصه : في كتاب « الكافي » : من حبس داراً على أربعة نفر من أولاده وشرط في تجبيسه إن من مات منهم فأولاده على نصيب أبيه من الحبس ، فمات منهم اثنان وتركوا أولاداً كان أولادهم في نصيب آبائهم ، فإن مات رجل من الباقين من أولاد الأعيان ولم يخلف ولداً فحوصته من الحبس راجعة على أخيه الباقي وعلى بنى أخويه الهالكين قبله ويورث في ذلك أهل الحاجة دون الأغنياء ولا تكون فيه قسمة ، لأن الحاجة تنتقل من بعض دون بعض .

وإن قال الرجل في حبسه : على ولدى وولد ولدى ، لم يدخل أحد من أولاد الأولاد مع أولاد الأعيان حتى ينقرضوا ، وإذا قال : على ولدى وولد ولدى ، اشتركوا ويؤثر بذلك أهل الحاجة.أ.هـ.

وفيه أيضاً ما نصه : قال ابن أبي زمنين في « متخبه » : وإذا كان الحبس معقباً على قوم بأعيانهم خاصة وكانت الثمرة تنقسم ، فإنما يدخل فيه من كان حياً موجوداً يوم القسمة على مذهب ابن القاسم في رواية سحنون عنه .أ.هـ.

وفي سماع زونان : في كل حبس لبنى رجل أو لموالى رجل أو لقبيلة ، فما كان منه ينقل [ق/ ١٩١] فإنما يقسم على من وجد حياً يوم القسمة ويسقط منه حظ من

مات ، ويدخل فيه من ولد ، ويقسم بينهم على قدر حاجتهم ، ويفضل الأوج ولا يكون سهم الغنى منهم كسهم الفقير ، وإن كان الحبس داراً تسكن أو مزدرع يزدرع فإن لكل واحد بقدر حاجته ، ويفضل الفقير على من هو أغنى منه بشيء ، وإن لم تسد حاجة الفقير منهم إلا بإخراج الأغنياء منهم سقط حقوق الأغنياء منهم حتى تبدى عليهم الفقراء ، ويورث الأوج فالأوج على أكثر حاجتهم وكثرة عيالهم .أ.هـ.

وروى ابن وهب عن مالك فى من حبس له غلة ، وقال : هو حبس على ولدى ، فإن أولاد الولد يدخلون مع الآباء ويبدى الآباء .

وإن قال : على ولدى وولد ولدى ، دخلوا أيضاً وبدى بالولد وكان لهم الفضل إن كان له الفضل .

قال سحنون : وكان المغيرة يسوى بينهم .أ.هـ.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا قال : حبس على ولدى ، دخل فيه ولد ولده ، وإذا قال : على بنى ، لم يدخل فيه ابن ابنه ، لأن قوله : ولدى ، يتعدى إلى ولد ولده ، ولا يتعدى ابنه إلى غيره .أ.هـ.

### تذييل :

المرجع وحكمه ، فإن لم يكن شرط من المحبس أو مات قبل أن يستفسر ، فالمذهب أنه يرجع إلى أقارب الناس بالمحبس ، ويعتبر الأقرب فى يوم رجوعه لا فى يوم التحبيس ، وبهذا يلهج كل مؤلف من مشاهير تأليف مذهب مالك .

قال الإمام : إلا واحد أبو عبد الله محمد بن أبى زيد فى « الرسالة » .

وإن انقرض من حبس عليه رجعت حبساً إلى أقارب الناس بالمحبس يوم المرجع .

قال الشيخ أبو الحسن : أى يوم رجوع ذلك لا يوم التحبيس ، لأنه يصير البعيد يوم التحبيس قريباً يوم المرجع كما لو كان له يوم التحبيس أخ شقيق وأخ لأب ، ثم مات الشقيق وترك ولداً ، فإن الأخ لأب أولى من ابن الأخ الشقيق ، لأنه أقرب

الناس بالمحبس يوم المرجع .أ.هـ.

ويوم المرجع : يوم انقطاع العقب ، ثم إذا قام فيه الأقرب وانقطع عقبه يسمى أيضاً بالمرجع ، وكذلك إلى هلم جرا ، ولذلك قال أبو الحسن : يعتبر الأقرب في كل جيل وكل طبقة .أ.هـ.

وفي كتاب « الدلائل » لأبي عمران : إذا حبس واشترط المحبس رجوع الحبس إليه يوماً ما وجب أن ينفذ الحبس من ثلثه ، وإذا حبس على وارث واشترط مرجعه إليه إن انقرض الوارث في حياته ، فإن انقرض بعد وفاته كان حبساً على غير وارث ، فهذا الحبس يخرج من الثلث ، فإن خرج دخل الورثة كلهم مع المحبس عليها حياتها ، فإذا ماتت كان ذلك لغير وارث ، وإن حمل الثلث بعضه فهكذا حكمه أيضاً ، وسواء حيز عليه في حياته أم لا .

### تنكيت :

قال في «نوازل أبي محمد» : من حبس على قوم بأعيانهم فلا يجوز لأحد أن يبيع حصته من صاحبه ، ولا بأس أن يعير بعضهم لبعض ولا يعير الحبس على حاله .

### فصل :

وعطية الملك المحبس ، فإن كان مدة حياة المعطى أو المعطى له فهي عمرى ، أو يحكم فيها بحكم العمرى ، وإن دفعت بلفظ مطلق فهي عارية ، فإن قيدها المعطى بزمان فتلزم لانقضائه إن كان جياً ، وإن مات انتقل الحبس لمن يستحقه ، وإن لم يقيدها بزمان فللمعير إخراج المستعير إن دفع ما أنفق كما هو فى باب العرية ، هذا إذا كان المعير عالماً بالحبس ، وأما إذا كان غير عالم به ثم وجد الوثيقة فيعمل بما فى الوثيقة وي طرح غيره كما قاله المتيطى ، ونصه : ويجوز إقرار ورثته بالحبس ، ويلزم إقرارهم وينفذ عليهم وعلى ورثتهم من بعدهم ويكون محبساً عليهم على حساب ما أقروا به من التعقيب والمرجع وغير ذلك ، فإن ظهر وثبت ما يسقط الإقرار فى التعقيب والمرجع أو غيره كتحبس البعض دون البعض رجع إلى ما فى الأصل .أ.هـ.

## مسائل الهبات والصدقات

ربط الباب - شرط صحة الحبس والهبة والصدقة - الحوز ، فلا يصح شيء من ذلك دون حوز ، وهذا أمر متفق عليه ، فإن لم يقع حوز لم تتم هبة ولا صدقة .

**وتفصيله :** فإن لم يقع حوز حتى مرض أو مات أو فلس أو أحاط به دين بطلت ، هذا هو المذهب ، وأما إذا باع الواهب ما وهب قبل حوزة ففيه بحث ، فإن باعه قبل علم الموهوب له بطلت كما صرح به خليل ، لكن قال الشارح : وهذا ليس بظاهر ، وإنما يبطل البيع خاصة إن رده الموهوب له ويأخذ الهبة .

قال فى « المدونة » : وإن لم يعلم فله نقض البيع فى حياة الواهب ، وأكدها ابن يونس .

وكذا إن علم ولم يفرط [ (١) ] . التصديق بالبيع ، ثم قال : وإلا فالثمن للمعطى - روى بفتح الطاء - وهو الموهوب له ، وروى بكسرها وهو الواهب .

وأما إذا علم ولم يحز حتى باعها الواهب ، فاختلف هل الثمن للواهب أو الموهوب له ، وأما لو قبضها الموهوب له ثم باعها الواهب فحكمه حكم من يبيع ماله . وهو حاضر ساكت .

ابن رشد : إذا حضر الصفقة وسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وله الثمن ، وإن سكت بعد المجلس عامًا ونحوه لا حق له فى الثمر واستحققه البائع بالحيازة مع يمينه .

قال أشهب فى سماعه : فإن تكلم قبل انقضاء المجلس لم يلزمه البيع ويحلف ، وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فلما علم قام فله أخذ سلعته ، وإن لم يعلم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن ، وإن علم وسكت حتى انقضت مدة الحيازة لم يكن له شيء . أ.هـ . من رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب

(١) بياض بالأصل مقدار كلمتين .

«الاستحقاق» وفي سماع أشهب منه وفي رسم الكيش من سماع يحيى من الأفضية  
وفي سماع سحنون من جامع البيوع وفي آخر سماع يحيى من كتاب الشفعة .أ.هـ .  
وفي كتاب ابن سلمون مثله ، وكذا البرزلى وابن عرفة .

وإن تمت الهبة والصدقة بالحوز ثم أراد [ق/ ١٩٢] ربها الرجوع فيها فعن أبي  
عمر: الإجماع على منع الرجوع في الهبة والصدقة إذا حيزت، وبالع في آخر النقل  
حتى قال : وهو حرام محرم .

وأما من وهب لمن هو تحت ولايته ممن يحوز حوزة له ، فقد تقدم في الحبس ،  
وفي « البيان » ما نصه :

### مسألة :

إذا تصدق الأب عن ابنه الذى يحوز له بدار سكناه ثم باعها قبل أن يرحل عنها  
لكان الثمن للأب ، وإن مات الأب فى الدار ، لأنه إذا مات فيها فهى للمشتري لا  
لابنه ، إلا أن يكون باعها لنفسه استرجاعاً للصدقة ولم يعثر على ذلك حتى مات  
فإن الصدقة تبطل ، ولو عثر على ذلك فى صحته وحياته لفسخ البيع وردت الدار  
لولده ، ولو باعها بعد أن رحل منها وحازها لابنه لجاز البيع على الابن وكان له  
الثلث فى مال أبيه حياً كان أو ميتاً ، إلا إذا نص على أنه باعها استرجاعاً للصدقة  
فبيعه مردود إلى الولد حياً كان أو ميتاً والثلث للمشتري فى مال الأب .أ.هـ .

وفى كتاب «الاستغناء» : نظر لو تصدق الأب على واحد من ولديه بدار سكناه  
وألحق بالصدقة ما فى الدار ، ثم سكنها الأب ثم مات ، هل تصح الصدقة لأنه  
ألحق ما فى الدار فصار سكناه طالباً النظر لأنه ما فيها كما لو ألحق بالأملك الزرع  
الثابت فيها وقد ذكرنا أن فى « وثائق ابن الطلاع » جواز ذلك .أ.هـ .

ابن عرفة : من وهب لغائب مائة دينار وكتب لوكيله ليدفعها له ، فدفع له  
خمسين ومات الواهب ، فلا شيء للموهوب له إلا ما قبضه لأن الوكيل نائب  
الواهب .أ.هـ .

قلت : وإذا نزلوا الوكيل بمنزلة الواهب على ما علله ابن عرفة فينبغى فيه مراعاة

التفصيل من كونه جد فى الطلب أو فرط ولا يبعد هذا من الحكم .

ولابن عرفة : من وهب وديعة لمن هى بيده فلا يصح حوزها له إلا بعلمه ورضاه ، وفى صحة جواز أحد الزوجين إذا وهب له الآخر دار سكناهما أو خادمًا يخدمهما أو متاع البيت ، ثلاثة أقوال المشهور : الصحة .  
ثالثها : هبة الزوج .

ومن « المتيطية » : من وهب أرضًا وماؤها فيها ، ثم قال : إنما وهبت الأرض دون الماء ، فالقول للموهوب له ، وإن كان الماء فى غيرها فالقول للواهب .  
ومن وهب أرضًا بزرعها ثم قال : إنما وهبت الأرض دون الزرع فالقول للواهب .أ.هـ.

وفى « أحكام ابن سهل » ما نصه : وفى « مسائل ابن زرب » : من تصدق على زوجته بدار وقبضتها منه وسكنها معها ، فقال جل مجلس القاضى : هى حيازة ، وقال القاضى : كيف تكون حيازة وعليه سكنها؟! فكأنها لم تخرج من يده .  
قيل له : فما تقول فيها ؟

قال : هى شبهة ، ولم يفصل فيها بشيء .

ابن سهل : كذا وقعت له ، وفيها دليل على تضييع العلم وقلة الاجتهاد إذ هى منصوصة فى صدقات « العتبية » من سماع عيسى : من تصدق على امرأة بمسكن وهما فيه يسكناه ، فليس حوزها حوزًا حتى تخرج منه وتمحور بما تحاز به الصدقات لأن سكنها عليه ، وإن كانت هى المتصدقة عليه فسكنها معه كما كانوا هو حوز ، لكنه حكى عن بعض شيوخه أن السائل لا ينبغى أن يغفل عنها بالدرس ولكل شيء آفة وآفة العلم النسيان .أ.هـ. من البوسعدى .

## فصل :

الصدقة والهبة بين الأقارب .

## مسألة :

(٢٥٥) [١] امرأة تحت نفقة رجل وتصدقت عليه بضیعة ، ثم أرادت الرجوع محتجة أنها إنما تصدقت خوف القطیعة ؟

فالجواب : أن لها الرجوع وصدقها باطلة .

ثم قال أبو الحسن المغربي في كتاب «الوصايا» حين تكلم على إجازة الورثة ما أوصى به ميتهم إذا زاد على الثلث وطلب منهم في حياته أن يجيزوا ذلك ، فقال : وإجازة من كان في نفقته لا تصح اتفاقاً ، وسواء كان ابناً أو غيره لاحتجاجه بعذر قطع نفقته عنه إن صح ، ثم ذكر أن صدقة الأخت لا تصح إذا طلب ذلك منها ، لأنها تقول : لو طلبت ذلك منه لقطعني ومنعني رفته ولم يكف عني ظلم زوجي .أ.هـ.

ومثله للبرزلي في كتاب «الهبات» ، وذكر من ذلك هبة البنت لأبيها أملاً كما وهي في نفقته ، فلما تزوجت طلبت ذلك منه .

فأجاب : إن لها الرجوع في ذلك وللأب أن يحاسبها بالنفقة وتحاسبه بالخدمة .

وفي نوازل أبي عمران الفاسي ما نصه : هبة البنات والأخوات والعمات باطلة مردودة ، ولهن الرجوع في حياتهن ، ولورثتهن القيام بعد موتهن لأنهن لو امتنعن من ذلك لوجب قطعهن واستهانتهن فلا حيازة عليهن في ذلك لأنهن مغلوبات مقهورات يقبل قولهم فيما يدعين من الحياء والحشمة فلا فرق بين المتجاللات ذوات الأولاد وغيرهن ، ذكره أبو الحسن بن القصار في كتاب «عيون الأدلة» ، وذكره أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعيد الباجي في كتاب «المنتقى» و«الكشف عن الحجب» في باب هبة القرية ، وذكرها أبو حامد رحمته في كتاب «إحياء علوم الدين» في باب الغرر .

قال الشيخ : المرأة إذا وهبت مالها فلها الرجوع فيما وهبته .أ.هـ.

وذكر مثل هذا الجزيري وغيره من شيوخ المذهب .

وفي « درر المازري » مثل هذا ، وزاد من كلام الغزالي ما نصه : ويقال سيف العيا أقطع من سيف الجوا .

ومن البرزلي مثله ، وزاد فيه : أنها ترد ولو كانت من غير سؤال من الأخ لجرى العادة بالحياء ، وإن تقرر عرف بذلك وأنهن تلحقهن الحشمة والمعرة فلهن الرجوع ولو طال الزمان ، إذ لا حوز عليهن .

(٢٥٦) [٢] وفي « الدررة » أيضاً : أفتى ابن رشد في أخت كان أخوها يغتل نصيبها فقامت عليه؟

فأجاب : إنه يرد الغلة ، وبه أفتى أبو محمد صالح ، وغلله بأن نساء البادية لا يطلبن ميراثهن مع إخوانهن ويتركونه [ق/١٩٣] خوفاً من الحياء فهن مقهورات ، فلهن حقوقهن متى قمن .أ.هـ.

ومن الجزولي ما نصه : ما تركته الأخت لأخيها على وجه الحياء حرام ، وسمعت الفقيه راشد يقول : يرد ذلك ولو طال الزمان ، لأن نساء البادية مقهورات عرفاً ، معذورات شرعاً ، ومهما [ (١) ] فيما ثبت لهن من إرث أن يفسخن جميع ذلك ، وسكوتهن تقية من وجوه :

إما من خوف أو غير ذلك ، فلو سلمن صريحاً فلهن القيام بذلك ، وهكذا نسبه لفقهاء فاس .

وقال السداني في شرحه لخليل في باب الوصايا حيث قال : إلا لعذر في كونه في نفقته .أ.هـ.

قال : فرع : وتذكرنها :

مسألة :

في الأخت إذا سكنت على حقها عند أخيها ، ثم قامت فلها ذلك لوجود الحياء .أ.هـ. منه .

(١) بياض بالأصل .



وقال الإمام أبو القاسم المشدالي : هبات الأخوات لإخوانهن والعمات والبنات وسكوتهن على حقوقهن عند إخوانهن أو بنى عمهن أو أبنائهن أو بنى إخوانهن لا يضرهن ولا يبطل حقهن ، لأنهن إذا طلبن ذلك ينسبن إلى السلب وقلة الحياء ، ولهن الرجوع فى الغلة ولو طال الزمان .

فائدة :

قال ابن هارون فى شرح ابن الحاجب ما نصه :

فرع :

لو نحل الرجل ابنته البكر جاز ، وهى كالهبة فى الحوز ، إلا أن تكون فى عقد النكاح فلا تحتاج إلى حوز على المشهور .

وفى البرزلى ناقلاً عن المتقدمين : إذا نحل الرجل ابنته وكتب وأشهد أن ذلك ميراثها مع إخوانها صح ذلك ويحاسبها به . أ.هـ .

وفى شرح ابن هارون : من تصدق على ولده بصدقة واشترط ألا يكون له ميراث مع إخوته ، فإن كان يسيراً أو الشرط وقع فى أصل الصدقة بطلت ، وإن كان بعدها جازت وإن قرب ، قاله مطرف وابن الماجشون وأصبخ .

واختلفوا إن كان صغيراً ، فقال أصبخ : هو بمنزلة الكبير ، واختاره ابن حبيب .

وقال ابن الماجشون : الصدقة ماضية والشرط باطل ، كان الشرط مع الصدقة أو بعدها .

وقال مطرف : إن كان معها أو بعدها بالفور كالיום واليومين بطلت وإلا صحت . أ.هـ .

وفيه أيضاً : حيازة الأم ما وهبته لابنها غير جائزة ، إلا إذا كانت وصية عليه من أبيه أو قدمها القاضى ، وكذلك خاله وعمه ، رواه ابن القاسم عن مالك وبه العمل .

وقال مطرف : يجوز حوزها ولو لم تكن وصية فيما وهبته هى وغيرها . أ.هـ .

وفى « اختصار التبيين » للإمام ابن أبى زيد ما نصه : قال مالك : ويكره للرجل أن يهب ماله كله لبعض أولاده دون بعض ، والشئ اليسير فلا بأس به ، فإن حازوه جاز وإن استمتع به حتى مات فهو ميراث .

وقال ابن سحنون : ومن وهب ماله كله لأولاده الذكور دون الإناث وهم فى حضائته ولم يزل بيده حتى مات فهو ميراث ، وليس للذكور إلا ما حازوه وهم بالغون منقطعون عنه أو نكحوا به فهو لهم دون غيرهم بمنزلة ما هو للأجنبي .أ.هـ .

وفى أجوبة أهل بجاية ما نصه : الشيخ الكبير إذا تصدق بجميع ماله أو جله فهو من الحوز البين - يريد فى حياته أو بعد مماته - وأما الكراهة فمتفق عليها ، صرح به ابن رشد فى « الرسالة » .أ.هـ .

وفى « درر المازرى » : من نحل كل واحدة من بناته وأبرزها لها إلى بيت بناتها ، وله ولدان صغيران عين لهما شيئاً واشترى به لهما ملكاً ، ثم قال له بعض الطلبة : صدقتك على الولدين دون البنات ، فخشى من فسخ بعض القضاة ، فسئل المشدالى عنها فقال : لا يدخلها خلاف لتسويتهم بينهم ولإرضائه للجميع ، وإنما الخلاف فى التخصيص علته خوف العقوق على ما قاله ابن رشد ، لأنه إذا سوى بين أولاده جاز ولو لم يترك لنفسه شيئاً ، وحيث أبقى لنفسه سوى بين أولاده وأرضاهم فلا خلاف فى إرضائها ، بل إن أبقى لنفسه تمضى ولو لم يعمهم باتفاق .

قال ابن رشد بعد أن ذكر الخلاف فى المتصدق بجميع ماله على بعض أولاده فى رسم الشجرة من سماع ابن القاسم ما نصه : إن من أعطى بعض أولاده دون بعض ماله وأبقى لنفسه ، فلا خلاف فى المذهب ولا بين فقهاء الأمصار فى جوازه ، إلا أنه مكروه .أ.هـ .

وفى الخطاب (١) :

**فرع :**

من وهب لرجل هبة واشترط عليه ألا يبيع ولا يهب ، لم يجز إلا أن يكون

سفيهاً أو صغيراً ، فإن كان بعد خروجه من الولاية لم يجز .  
ومعنى : ألا يبيع مع أنه لا يصح بيعه ، أراد : ألا يبيع عليه إذا احتاج إلى نفقة .

وفي كتاب «الجدار» : سئل مالك عن تصدق على ولده الصغير بمسكن أو أرض أو جنة ولم يزل في يده يستغله حتى مات ؟

قال : هو ميراث ، إلا إذا قال في العقد : وتولى الأب الحياة ، فهو ميراث ، ولو أشهد بالحياة وقتها صحيحة ، وإن تصدق على الكبير والصغير ولم يحز الكبير حتى مات الأب فلا شيء للكبير ، وللصغير حصته ، وليس على البنات حوز حتى يدخل بهن الأزواج أو تعنس ، والاختصار في الصدقة [ (١) ] [ق/١٩٤] من السلطان أو ممن ثبت حقه قبله ، فإن ثبت حقه بمرهان وإلا بقيت فقيراً عرياً من حقه ما عدى السرقة لمن لا يليق به .

وإن ادعيت على رجل السرقة فسجن وامتنحن بالسؤال والسجن وإلا حلف ويخل سبيله ، وليس من قام على متهم بالسرقة عقوبة على أصح المذهب .

(١) هنا بياض بالأصل عدد سبعة أسطر .

## القضاة وحقبة القضاء

قال ابن عرفة (١) : هو صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعى ولو بتعديل أو تجريح لا فى عموم مصالح المسلمين .

(٢٥٧) [١] وفى البرزلى : إذا علم القاضى جرحه الشاهد وزكاة إنسان ، هل يعمل على علمه أو على تزكية المزكين ، سيما إذا كثروا ؟

قال : من علم القاضى جرحه لا يسمع للمزكين ولو كثروا ، لأن القاضى أمره الشرع أن يعمل على علمه فى التعديل والتجريح ، وإذا حكم القاضى بشاذ ، فإن كان لهوى نفسه أو رشوة وليس هو من أهل النظر والتصويب نقض حكمه .

وأما إذا ظهر عنده وجه وهو أهل للنظر ، فذهب ابن الماجشون إلى فسخه ، ومثل ذلك كحكمه بالشفعة للجار ، وتوريث العمة إذا حكم فى ذلك بمذهب أهل العراق .

وقد حكى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم : أن القاضى إذا حكم بخلاف كائن ما كان فلا ينقض حكمه .

قال ابن محرز : وهو الصواب .

(٢٥٨) [٢] وفى « أجوبة إسحاق الغمرى » : إذا ثبت العمل بالشاذ فى قطر كتونس أو القيروان مثلاً ، هل يسوغ لقضاة غير ذلك القطر أن يعمل به لجريان العمل به عند غيره ؟

فأجاب : إن كان عملهم به موجب سبب عرفى كما ذكره فى كناية الطلاق ، وكما ذكر ابن عبد السلام فيما جرى به العرف بالأندلس أن المرأة تزوج من دار أبيها ، فيكون القول قول المرأة إذا تنازعت هى والزوج ، فهذا لا إشكال فيه أنه تعدى إلى غير ذلك القطر .

وفى « نوازل الإمام العقبانى » : إذا حكم الرجل فى قضية بقول منصوص ومشهور وهو يعرفه وهو جاهل لغيره أن حكمه فى تلك القضية ماضٍ لعلمه بحكمها ، ولا يضره جهله بغيرها ، والأولى مشاورة العلماء .

(١) انظر : « شرح حدود ابن عرفة » ( ٢ / ٥٦٧ ) .

(٢٥٩) [٣] وفي « أسئلة ابن سحنون » : عن أبيه إذا باع القاضى عن الأيتام وكتب الوثيقة بيده وحده ، وضمن فيها أنه قبض الثمن وصرفه فى منافع الأيتام وأنه أولى ما يباع ؟

قال : يجوز هذا من غير إشهاد للضرورة لأجل مصلحة الأيتام ، والمطلوب الإشهاد .

وصرح ابن عبد السلام وغيره بأن قول القاضى : ثبت عندى كذا وكذا ، لا يكون ذلك حكماً بما ثبت عنده .

### قاعدة :

لأن النصيحة أنهم احذروا الحكم من الأخذ بأحاديث الفقهاء وتجميلات الشيوخ وتخريجات المتفقيين وإجماعات المحدثين ، حتى قال بعضهم : احذروا أحاديث عبد الوهاب والقرافى ، وإجماعات ابن عبد البر والغزالى ، واتفاقات ابن رشد أن يحكم بقول اللخمي .

وفى نقل اللقانى ما لفظه : لا يحل لمسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يخالف نقل ابن رشد ، لأنه هو المقدم .

وفى « أجوبة سحنون » (١) : لأنه إذا حكم القاضى لأحد بحق ، ثم تذكر فى نفسه أنه أخطأ أنه لا ينقض حكمه .

قال محمد : فقلت : ألا ترى رجوع عمر عن حكمه ؟

فقال : عمر ليس كغيره الآن أجراً بأمير بين وروايته صحيحة .

وقال غيره من أصحاب مالك : يجوز للقاضى نقض حكمه ولا ينقضه غيره ، وهو الصحيح إن شاء الله .

قال محمد (٢) : فقلت لسحنون : أيجوز للقاضى أن يرد المرأة إلى الخالف بالطلاق الثلاث فى كلمة واحدة وإن أتاه مستفتياً ؟

(١) ( ص / ١٢٩ ) .

(٢) ( ص / ١٣٠ ) .

قال : يجوز ذلك إن كان الحالف من أهل الدين والفضل ، غير مكثر من الأيمان، وإنما وقع ذلك منه فلتة ، وكذا إن كان من ضعفاء المسلمين ذا عيال فلك أن تردها له .

وأما أهل الإسراف بالأيمان فلا .

قلت له (١) : أيجوز لقاضى البادية أن يحكم فى الحاضرة ؟

قال : إن كان مرتحلاً إلى الحاضرة جاز فى اليسير ، وأما وهو فى البادية فلا يحكم لأهل الحاضرة فى يسير ولا فى كثير .

### فصل فى الحكم بالوثائق

قال غير واحد : وثائق المسلمين محمولة على الصحة والجواز ولا يحل الخدش فيها ، قاله ابن سهل وابن فرحون .

ولفظه : ولا يتعرض لها وإن عارض فيها عارض خصم لا يتعرض لها بكشف [ (٢) ] ، إلا إذا كانت مجهولة الكاتب وكانت بخط غير نائب ولم يثبتها ولا ختمها نائب ، هذا هو المعتمد .

وفى « طرر التهذيب » لأبى إبراهيم الأعرج ما نصه : الوثيقة المجهول كاتبها إذا لم يكن فى زمانه نائب ولا نيبه حاكم وهو على خطته فى زمانه لا يحل للنائب أو القاضى المتأخر أن يقضى بخطه بعد موته ولا بثبوتة .أ.هـ.

وقال ابن عاصم فى منظومته :

من حاكم نيبه الإمام .

وصرح أحلولو فى « اختصار البرزلى » : بأن الوثيقة تبطل إذا لم تحدد البينة الشيء المحكوم به .

ولفظ ابن فرحون : وإذا فقد فى رسم تحديد البينة فهو باطل ، كذا فى رسم

(١) الاجوبة ( ص / ١٣١ ) .

(٢) بياض بالأصل .

الحبس إذا لم تحقق البيينة الحوز فالرسم باطل ، لأن الحوز فى الأحباس لا يستغنى عنه ، وكذا إذا طال الزمان ولم يحترم الملك بحرمة الأحباس فهو باطل ، قاله القلشاني .

وصرح المتيطي : أنه لا يحكم بإتقان الأملاك لملاكها إلا بعدل مرضى الشهادة .

وقاله القرافي فى كتابه المسمى « تمييز الأحكام وبيان تصرف القاضى والإمام » ، وقاله ابن عات البقزوى فى « طرره » .

ومن ذلك الوثيقة المنقولة لا يجوز الحكم بها إذا لم يكن مع الناقل لها شاهد غيره ولو كان مثل عمر بن عبد العزيز .

وفى « الوجيز » ما نصه : ولا يعمل بنقل الوثيقة إلا إذا كان كاتبها الذى كتب أسماء الشهود ناقلاً عن كتب شهادته وكان هو عدلاً مرضياً ناقلاً عالمًا بشروط نقل الشهادة وفى [ق/ ١٩٥] شهادته ولا يستمالى بالطمع وكان منه مثله فى النقل فقد تم النقل وصحت الشهادة وعمل بالرسم ، وإن لم يكن مع كاتب الوثيقة غيره فى النقل فلا يعمل بالرسم ويطرح ، لأن ناقل الوثيقة ناقل عن كتب شهادته ، ونقل الواحد لا يجوز وحده ولو كان فى العدالة والترتيب مثل عمر بن عبد العزيز ، وهو قول مالك وجميع أصحابه ، وبه جرى العمل عند حكام العدل .

قال ابن هارون : والذى عمل به شيوخنا أن يصل ناقل الأصل بآخر النسخة : ونقل شهود الأصل شهادتهم من عقد آخر هذه النسخة حرقاً بحرف بعد المقابلة له ، تاريخه كذا ، ثم يكتب شهود النقل شهادتهم . أ.هـ .

وفى « أحكام الإمام أبى القاسم البرزولى » : إن الحاكم لا يحل له أن يحكم بشهادة العدل إذا كان شاهداً بحبس ، ثم هو فى رسم بيعه ، ونصه : من شهد بحبس ثم ألفت شهادته فى بيعه ، فشهادته باطلة ولا عمل بها .

## فصل فى القضاء بالشهادة

### المكتوبة بعذر أو بغير عذر

قال الإمام القرافي فى قواعدہ : لا يكون الحكم إلا بأمر محقق ولا يجوز بمكشوف عن مكشوف ، ونقل هذا فى أحكام ابن سهل ، قال برهان الدين ابن فرحون : يجوز الحكم بشهادته كانت مكتومة ، أى لم يبادر بها .

(٢٦٠) [١] وفى « درر المازرى » ما نصه : وسئل ابن محسود عن قبول شهادة الشاهد بعلم رجل بيع ملك غيره فيسكت عن ذلك ولا أعلم به مالكة ولا أنكر على المتبايعين ، ثم يقوم ربه على المتبايع بشاهد هذا الساكت ، فيطعن فيه المتبايع لرؤيته ملك غيره يباع ولم يعلم صاحب الحق بحقه ، فيعذر بقوله : سكت ظناً منى أنه باعه ؟

فأجاب : شهادته عاملة وعذره مقبول .

وقد روى سحنون وغيره : أن الشاهد لا تضره معرفته بالبيع ، وقاله مطرف . ابن عرفة : سمع عن ابن القاسم : من ترك القيام بشهادته فى عقار أو مال يراه بيده غير ربه يبيعه أو يهبه أو يحوله عن حاله ثم يقوم بها لم تقبل .

وقيد الإمام ابن رشد هذا بما إذا كان صاحب الحق لم يعلم بحقه ، وإلا فلا جرحه مطلقاً ، سواء كان حق الله أو غيره ، ومثله لابن فرحون .

ونقل الخطاب عن التائى فى « الكبير » : أن عدم المبادرة جرحه ، حيث كان الشاهد بأن سكوته يقدر فيه ، ومثله فى السدائى .

ونقل الشيخ يوسف بن عمر فى « شرح الرسالة » : أن ذلك جرحه حيث لم يصل إلى الحاكم موجب الحق .

ونقل ابن فرحون : أن عدم الرفع جرحه إذا علم أنه لم يرفع ، بطل الحق .

ونصه : قال الباجى : إنما يكون سكوت الشاهد جرحه إذا علم أنه إن كتم بطل الحق ، وإلا فلا يلزمه الرفع ، وكذا لا يلزمه ولا يكون سكوته جرحه إلا فى بلاد قيام الأحكام الشرعية ، وأما فى البلاد السابية فلا .



وقيد الطخينخي أن المبادرة في الوقف لا تجب إلا في المعقب وإلا فلا بد من الطلب، وأطلقه شراح خليل ، كما أطلقه ابن رشد .

ولفظ التثائي عند قول خليل : ووقف ، وأطلق في الوقف ليشمل على ما على معين أو غيره ، وكذا أطلقه الباجي وابن رشد خلافاً لما في الجوهري .

ولابن فرحون : إن سكوت النساء عن أداء فيما هو في علمهن لا يعد جرحاً ، لأنهن قواصر لا يعضلن على الأمور كالرجال .

وقيد ابن هارون أن المبادرة تجب ، وعدمها جرحاً في الزمان المتقدم حيث نفوذ الأحكام واستطال الحاكم .

وأما الحكم بشهادة السر فهو من الأمور المعهودة ، ولو لم يكن فيه إلا قضية ابن بشير لكان كافياً ، لكن بشرط أن يكون المشهود عليه ممن يتقى شره ، كما وقع للقاضي ابن بشير حين حكم على الوزير ، فأتاه الوزير وقال له : أخبرني بمن شهد على ؟

فقال له : مثلك لا يخبر بمن شهد عليه ، وحكم عليه بما ثبت عنده .

وأما الحكم بالقرينة فهو معمول به عند الاحتياج إليه ، كما صرح به ابن فرحون في « تبصرته » وعقد لذلك فصلاً ، واحتج لذلك بقميص يوسف عليه السلام .

والحكم على المتهم المشهور بالدعارة لا يبالي بأخذ أموال الناس شهادة غير العدول معمول به ، وقد حكم عمر عليه بشهادة رب الدار ، كما نقله ابن فرحون من كتاب الرعي .

ومثله لابن سحنون عن أبيه ، قال : يحلف صاحب الحق ويأخذ حقه ، فقد قال على كرم الله وجهه : إنما الأخذ بخط الشريعة لأهل الصلاح والديانة ، وأما أهل [ (١) ] والدعاوى فلا يسلك بهم مسلك من ذكر ، بل يجب استخراج الحق منهم كيف ما أمكن ، ومن اتبع خط الشريعة على أهل الدعارة من السراق والمحاربين فقد تعمد لإتلاف أموال الناس ، وكذلك من ادعى معرفة المحاربين والسراق فهو مصدق ، صرح به ابن فرحون في « تبصرته » .

وأما العمل بشهادة الاستغفال فيها كرهه وأجاره قوم .

قال ابن الهندي في وثائقه :

(١) بياض بالأصل .

وصفتها أن يدخل الرجل الشهود خلف ستر ثم يستخبر من يستغفل حتى يقر  
يشيء ، فأجاز ذلك قوم وكرهه آخرون .  
والمشهور: أن ذلك لا يضر .

وقيد ذلك محمد بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا خائف .

واحتج من أجازها بشهادة الأعمى على معرفة الصوت ، وأخذ الناس عن أزواج  
النبي ﷺ وهن من وراء الحجرات ، وقال ﷺ : « إن بلالاً ينادى بالليل ، فكلوا  
واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم » (١) .

وإنما كان الناس يسمعون أصواتهم وهم فى بيوتهم .

واحتج أهل الكراهة أن الشهود شركوا فى التدليس ولا يحل لهم ذلك ، وروى  
من حدث أخاه فالتف ونهى تبيت الطير . أ.هـ . باختصار .

وأما الحكم بالعرف الجارى المستمر فهو معمول به عند [ق/١٩٦] القضاة من لدن  
السلف الصالح .

قال الشيخ يوسف بن عمر : العرف الجارى المستمر يقوم الحكم منه شرط  
كاللفظ ، ومثله للقرافى .

قلت : وهذا لفظ الأصول .

وقال حذاق المذهب : العرف ركن من أركان الأحكام .

وفى العقبانى : وللعرف أربعة أركان :

تخصيص العام ، وتقييد المطلق ، وتفسير المبهم ، ويشهد لمدعيه . أ.هـ .

قلت : قوله : ويشهد لمدعيه ، أى أن من ادعى دعوة موافقة للعرف جار فى  
بلاده ، أن العرف شاهد له .

فمن الفقهاء من قال : يحلف معه ، ومن الفقهاء من قال : العرف يقوم مقام  
العدلين ، فيقضى لمدعيه بلا يمين حتى فى النكاح والطلاق ، وبه صرح الغمري .

(١) البخاري (٦٢١) ومسلم (١٠٩٣) ، وأبو داود (٢٣٤٧) ، والنسائي (٦٤١) ، وابن ماجه

ولفظ الشاهد العرفى أقوى من الشاهد الشخصى ، لأن أهل المذهب اختلفوا فى الشاهد العرفى ، هل يقوم مقام العدلين أو مقام عدل واحد ؟

ومثله فى القلشاني على « الرسالة » ومثّل له كمن حضر لقسم التركة وهو ساكت سقط حقه بالشاهد العرفى ، لأن صاحب الحق إذا رأى حقه يهمل لا يسكت ومثل هذا ذكره ابن سلمون .

قلت : ومنه من يبيع ملكه وهو حاضر ساكت بلا مانع كما ذكر ابن رشد فى « البيان » .

وقال ابن عاصم :

والقول قول مدع الأصل      وصحة فى كل فعل فعل  
ما لم يكن لذاك عرف جارى      على خلاف ذلك ذا استمرار

قلت : وهذا أيضاً من قولهم : يخصص العام ويقيد المطلق ، وها أنا أسوق لك لفظ القرافى كما نقله ابن فرحون لوضوحه ، ولفظه : الأحكام المرتبطة المبنية على العوائد يتغير بتغيرها ، والجسمود على المنقولات أبداً إضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين ، بل كلما تغير العرف تغير تلك الأحكام ، ويتبع العرف فى جميع ذلك . أ. هـ .

قلت : ومن التخصيص بالعرف أن من باع أرضاً ، فإن العقد يتناول ماءها ، إلا إذا كان عرف جار يبيعه عارياً عن الماء .

وأما حكم غير القاضى - وهو المحكم فى النازلة - فهو جائز لارم ويقطع النزاع كحكم القاضى المنيب ، ويلزم الخصماء بالشروع على الصحيح .

وأما بعد الإشراف على الحكم فباتفاق وبعد الفراق يلزم بالإجماع .

الصقلى : فى منع رجوع المحكم ولو لم يقاعده وصحته مطلقاً :

ثالثها : إن أقيمت البيئة .

وقال ابن الموار فى « سنن الصالحين » له : وفائدة الحكم : قطع النزاع ورفع الهرج بين المسلمين ونقض الأحكام الشرعية الجارية على الطريق النبوية حرام

بإجماع ، فإن حكم حاكم ثم رجع أحد الخصماء فلا يسمعه لا هو ولا غيره من الحكام ، فإن قال القاضى : ثبت عندى من حجتك أو إقرارك كذا وكذا ، وأنكر الخصم فالقاضى مصدق .

قال فى « منتخب الأحكام » : القاضى مصدق فى ثبوت الخصماء وتحاكمهم إليه ، وهذا كله فى « التوضيح » .

وقال ابن الماجشون : والذى عليه قضاة المدينة - ولا أعلم أن مالكا قال بغيره - أن القاضى يقضى بما سمع من الخصم أو أقر به عنده . أ.هـ .

ابن عرفة : إن رجوع أحد الخصمين بعد الحكم لغو .

ابن رشد : اتفاقاً فى حضور الخصماء وتعيين أشخاصهم وأوصافهم فى وثيقة الحكم وتحقيق البينة لهما وبما وقع الحكم ، ولا بد من الإعدار للمحكوم عليه ، فيقول : قد قامت حجة خصمك لدينا وأبقيت لك حجة ، فإن عجز حكم عليه ثم إذا قام بحجة ، فهل تسمع منه أو لا ؟ قولان صحيحان فى المذهب ، لأنه عجز عن نفسه .

وإن قال : لى حجة ، وأمهله إليها بقدر الإمكان ، فإن لم يأت بمدفع عجزه القاضى وحكم عليه ، ثم بعد ذلك لا تسمع منه دعوته ولا بيته .

قال المتيطى : الحكم بغير إعدار باطل ولا بد من إحضار المحكم عليه ، ونقله الخطاب ، وبعضهم يعبر عنه بالمشهور ، وبعضهم يعبر عنه بالصحيح .

وفى كتاب « المعالى » لأحمد الحوفى الدمشقى : وفى الحكم على المحكوم عليه بالتعيين إذا كان غير معروف عند البينة قولان ، ومثله لأبى عمران .

قال المتيطى : ومدار الوثيقة على عقد الإشهاد ، فما وقع تحقيقه فهو صحيح لا مطعن فيه ، والأصل فيه أن يتضمن معرفة الشهود بالمشهود عليه عيناً واسماً أن يكون القيام به بعد موته أو غيبته أو يتضمن نعوت المشهود ، ويثبت أنه كان بتلك النعوت ، أو يقول عند الأداء : إنه يعرفه بالعين . أ.هـ .

وفى نصب أبى عمران فى لفظ الوثيقة : وشهود هذا له وبه قال المحققون .

وفى « نوازل المازرى » المسماة بـ « حلية الذهب » ناقلاً عن مالك - رحمه الله -

ما نصه : ثبوت الصفات والنعوت فى الغائب تعيينه عند الحاكم وتوجب به الحكم كوجوبه بحضوره ، فإذا أراد الصلح فهو على قسمين : مندوب ، وواجب ويحتملها قول خليل (١) : وأمر بالصلح . قال الخطاب (٢) والأجهورى : إذا خاف تفاقم الأمر فالصلح واجب .

وأما الحكم على الغائب ، ففي الغائب تفصيل : قريب ، وبعيد ، ومنقطع ، قاله ابن فرحون (٣) ، ونصه :

مسألة :

قال القاضى أبو الوليد بن رشد : الحكم على الغائب فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام :

أحدها : غائب قريب الغيبة على مسافة اليوم واليومين والثلاثة ، فهذا يكتب إليه ويعذر إليه فى كل حق ، فإما وكل وإلا أقدم .

فإن لم يفعل حكم عليه فى الدين وبيع ماله عليه من الأصول وغيره واستحقاق العروض والحيوان والأصول ، وفى جميع الأشياء من طلاق وعتق وغير ذلك ولم ترج له حجة فى شىء من ذلك ، لأنه أعذر إليه .

والثانى : بعيد على عشرة أيام وشبهها ، يحكم عليه فيما عدا الاستحقاق وفى الرباع والأصول والدور والحيوان والعروض ، وترجى له الحجة .

والثالث : منقطع الغيبة كمكة من إفريقية ، والمدينة من الأندلس وخراسان ، فهذا يحكم عليه فى كل شىء ، وترجى له الحجة . أ . هـ .

وله أيضاً :

مسألة :

قال أشهب : ينبغى للقاضى إذا سجل بين الخصمين أن يذكر فى الكتاب أسماء الشهود [ ق / ١٩٧ ] فإن لم يفعل حتى مات أو عزل نفذ الحكم ، إلا على الغائب ، لأنه إذا قدم فقال : من شهد على فعندى تجريحه ، فالقضية مردودة ، والخصومة مؤتلفة والبيئة معادة ولا حجة للحاضر الذى نصب الحكم عليه فى ترك تسمية القاضى

(١) المختصر ( ص / ٢٦١ ) .

(٢) مواهب الجليل ( ٨ / ٣٥٩ ) .

(٣) التبصرة ( ٧٦ / ١ ، ٧٧ ) .

وفى « المتيطى » مثله ، وزاد : فإن لم يسمهم الحاكم وكان غير مشهور بالعدالة فإن ذلك يبيح لمن بعده أن يتعقب ذلك الحكم ، لأن هذا لا يمضى إلا من الحاكم العدل .

فإذا قدم وأراد الرد وتعلل فى الشهود فله .

قال المازرى مثل ذلك ، و زاد : ووقع فى المذهب رواية أن ذلك ينفذه ، ولكنها مطروحة عند القضاة المالكية . أ . هـ .

وأما الحكم على المتلدد الذى ينفر من الحكم ولا يحضر مجلس الحكم فهو أمر معمول به ، صرح به ابن شاس وابن الحاجب .

ولفظ ابن الحاجب عطفاً وتشبيهاً فى الحكم على الغائب ، فقال : وكذلك إذا كان غائباً من البلاد أو متوارياً معتذراً .

قال ابن رشد : إذا كان مختفياً خوفاً من القاضى ، قضى عليه كما لو حضر . وفى « أسئلة أبى عمران » ما نصه :

ومن كتاب أحكام القاضى عبد الوهاب فالحكم على المختف بعد الإعذار والإنذار والتربص ، جائز بالكتاب والسنة وإجماع الأئمة ، فمن القرآن قوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ (٢) ، وقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَسْأَلْنِي عَنْ شَيْءٍ حَتَّى أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْرًا ﴾ (٣) .

ومن السنة قول النبى ﷺ : « من دعى إلى حاكم من حكام المسلمين ولم يجب فهو ظالم ولا حق له » (٤) .

ومن الإجماع : أن عمر - رضى الله عنه - كتب إلى أبى موسى الأشعري واسمه عبد الله بن قيس : اضرب للمطلوب أجلاً يتهى إليه ، فإن أحق حقاً وإلا فأوجب

(١) جامع الأمهات (ص/٤٦٧) .

(٢) سورة الإسراء (١٥) .

(٣) سورة الكهف (٧٠) .

(٤) أخرجه الدارقطنى (٢١٤/٤) والبيهقى فى «الكبرى» (٢٠٢٧٢) من حديث الحسن مرسلأ .

والطبرانى فى «الكبير» (٦٩٣٩) من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً .

قال ابن العربى : حديث باطل .

القضاء عليه . قاله ابن العربي في «أحكام القرآن»<sup>(١)</sup>، وبه قال في «منتخب الحكام» .

وفي كتاب «البيان والتحصيل» مستوعباً ونصه : قال أبو محمد عبد الوهاب :  
إذا حكم القاضي على من عجز عن حجته بعد الإعذار والإنذار والاستقصاء لم تقبل  
له حجة بعد ذلك ، إلا في ثلاثة : الولاء ، والنسب ، والطلاق .

وأما ابن الماجشون لا يرى التعجيز على أحد الخصمين ، وبه قال سحنون وأصنغ .

ولابن رشد في «البيان» أيضاً ما نصه : ففي تعجيز المطلوب قولان . أ. هـ .

تتميم :

المخاصم بالنيابة على غيره ، هل يكتب الحكم عليه؟

وفي «أحكام ابن سهل» ما نصه : فإذا قام رجل يطلب شيئاً للعمامة فرأى القاضي  
أن لا حق للعمامة فيه ، وقضى به لحق العمامة ، يكتب الحكم على العمامة أم على  
القائم عنها ؟

قال : يكتب عليه وحده ، ويذكر فيه أنه قام يطلب للعمامة كذا .

ولو أرى له حقاً وحكمه عليه ، فإن أقام بعد ذلك إلى مخاصمة المقضى له سمع  
القاضي من قوله وحجته من قول المقضى عليه وحجة حكم عليه وألحقه به .

وإن جاء بغير ذلك نصب له فيه ، وكذلك قال مالك في أحد الشركاء في الشيء  
يقضى عليه ، ثم يقوم أحد شركائه يريد المخاصمة فيه .

تذييل :

إذا اعتمد قولاً ضعيفاً وحكم به ، فيجوز تعقبه .

ابن عرفة : بل يجب نقضه ، وأصله للقرافي .

وأما الحاكم إذا أغر بالقول فلا ضمان عليه عند ابن رشد .

ابن عرفة : يضمن ما فوته بغروره .

تمة :

البررلى عن سحنون : ويجوز الكتب من القاضي إلى غيره من القضاة في كل  
حق من حقوق الناس في بيع أو شراء أو وكالة ، ثم ذكر كيفيته ، ثم قال : ويقرأ  
الكتاب على شاهدين ويختمه ويشهدهما عليه أنه كتابه .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣١١

ثم قال بعد كلام: والعمل عندنا اليوم على قبول خطاب القاضى وإعلامه بخطه .  
وفى «أحكام ابن سهل» عن ابن الطلاع : المشهور من مذهب مالك وأكثر أصحابه جواز الشهادة على الخط . أ . ه .

### مسائل من الشهادة

قال القلشاني فى «شرح ابن الحاجب» ما نصه : وأما العدالة فهى حق الله تجب مراعاتها ، ومثلها لابن سلمون : الشهادة على الخط تجوز بشروط عديدة ، كادت فى زماننا لا تتوفر ، بل لا بد من تخلف بعضها .  
وعليه فلا تصح فى زماننا ، من جملتها :

أن يعرف مشهوده ، ولا يوجد ، وأن يشهده على أن هذا الخط خطه وهذا لا يوجد .

ومنها : أنه راه يكتب فيه ، وأنه من أهل زمانه ، كما نقله ابن عبد السلام وهى كثيرة يعز توفرها ، هذا فى خطاب الحى .

وأما الميت فهى أحرى وأولى فى النصف ، قاله ابن عبد السلام وحكم طريقة صحيحة بعدم الجواز وبالغ فى ذلك ، لا نطيل به .

وكثرة شرائطها دليل على أنها غير أصل فى المذهب ، وقد صرح بعضهم بأنها رخصة .

قلت : ولذلك اشترطوا فيها أن تكون من حاذق فاطن لبيب ممارس للخطوط تتشخص له عنده كعين صاحبها ، وهذا أيضاً قليل ما يوجد اللهم إلا إذا اشتهر خط شهرة ظاهرة فاشية بكثرة وثائق صاحبه وتوارثها واتصال العلم بها من زمانه إلى الآن ، كما قاله ابن عبد السلام فى خط الشلوبيين عنده .

(٢٦١) [١] وسئل أبو جعفر عن كتاب القاضى عند قاضٍ آخر يعرف خطه وخاتمه أيجتزئ به أم لا بد من عدلين عليه ؟

فأجاب : لا يقبل كتاب القاضى إلا بشاهدين على شهادة لهما بما فى الكتاب ، ولا يقبل كتاب قاضٍ ليس بثقة .

ودخل اليوم الوهم على القضاة فى قبولهم كتاب غيرهم وليسوا عدولاً .

(٢٦٢) [٢] وسئل المازرى عن قاضٍ ولى آخر على المناكح ، فتأنيه امرأة بطلاق فيه شاهدان يعرفهما القاضى ويعرف خطهما ، فهل يكتفى بذلك ويأذن



لهما فى التزويج لأن العادة قد جرت بذلك أو لا بد من إحضار الشاهدين مع  
أنهما قد يشق عليهما الرفع ؟

فأجاب : لا يكفى فى هذا بمعرفة خطهما لاحتمال حضورهما وإنكارهما  
والشهادة على الخط مختلف فيها ، وقد يضرب عليها ، وفيه من القوادح ما فى النقل  
عن شهود حضور غير معذورين لما فيه من الريبة ، وقد يحضرون وينكرون .

وسئل عبد الجليل الربعى : إذا أخبرك أبو عمران أن هذا خط فلان ، أتقطع به  
من غير إسناد إلى شىء لثقتك بالشيخ وصدقه ؟ [ ق/١٩٨ ]

فأجاب : إذا أخبرنى أنه رآه يكتبه فهو عدل واحد لا يوجب خبره العلم ، ولو  
أخبرنى عن رأيه فيه لدخلنى الشك لتجوز التزوير عليه .

قلت : هذا نحو قول سحنون : لو أخبرنى عمر بن عبد العزيز برؤية الهلال ما  
صمت ولا فطرت ، يريد : عدل واحد لا يحصل العلم وحده أ.هـ .

قلت : هذا كله يشهد لما قدمناه فى الترجمة ، ويدل على أنه إذا أجزنا الشهادة  
على الخط فلا بد من عدلين فى المال وغيره . أ.هـ .

قال البرزلى : ولو تكرر على المشهود معرفة الخط حتى لا يشكون فيه ، صح أن  
يشهدوا أنه خطه ، لأنه إذا تكرر وطال حصل العلم به كما نقطع بخطوط قوم سلفوا  
وما أدركناهم .

وهذا عندنا كثير نقطع بخط ابن عرعر وابن حرمة .

ثم بعد كلام قال : وما ذكرت من حال الشهود على الخطوط التحيس وقلة  
معرفةهم بها ولم يكن عندهم مدفع بعد الإعذار ، فالوجهان يوهنان عقد الحبس  
ويبطل العمل به إلا إذا ثبت عند القاضى الأعلى بعدول يعرفون خطوط عقد التحيس  
وأنهم كانوا على عدالة حتى ماتوا وتعين بالحيازة عنده مع تعين الحبس عليه ، فإن لم  
يجد المطلوب مدفعاً وجب الحكم بالحبس للقائم ، ولا تتم شهادة على الخط حتى  
يشهدوا أنهم لم يزالوا يسمعون الذى شهد فيه حبس يحاز بما تحاز به الأحباس .

وإن لم يثبت ما وصفناه أو تبين التدليس فى وثيقة الحبس تبيناً قطع بصحته بطل  
الحبس وبقيت الأملاك بيد المطلبين بها .

ابن عات : الخط عندنا شخص قائم ومثال ممثل تميزه العين كما تميز الأشخاص

والصور .

ومن شروط جواز الشهادة عليه : حضوره لتقام الشهادة على عينه ، وقول الشهود فى وثائقهم : ووفقاً على الرسم يقتضى الملك ، لا يعول عليه .أ.هـ .

قلت : وتشعب شرائطها كثيراً يؤدى إلى ضعفها ، لأن من شروط الشهادة أن تكون على عين المشهود عليه ، ولا بد أن تكون من عدلين كما فى القرآن .

قال فى « الذخيرة » : العدالة عندنا حق لله ، فعلى الحاكم ألا يحكم بغير حكم ولو لم يطالبه الخصم بها ، وبه قال الشافعى وأحمد .أ.هـ من التثنائى على «الرسالة» .

قلت : هذا ما لم تستفرض ، فإذا استفاضت فلا يشترط ذلك ويؤخذ هذا من الآية لمن تأمل .

وفى البرزلى ما نصه : إذا كثر عدد البينة لا تشترط فيها عدالة ، لأن كثرتهم تغنى عن العدالة ، ومثله فى « نوازل العقبانى » .

قلت : ومثله للمازونى فى « الدررة » .

قالوا : وهو الراجع من المذهب ، وأصله للتونسى .أ.هـ .

وقوله : والعدالة مشروطة مع الإمكان ، فإذا وجدت ضرورة جازت الشهادة على إمكان أهل تلك الضرورة ، كما قال عمر بن عبد العزيز .

وقال سحنون : تجوز على السراق ، وكل من رآه أو مر به فى الطريق من السيارة ، وبه حكم وتلقاه غيره بالقبول .

وقال خليل : وقبل للتعذر غير عدول وأن مشكرين .

وقال الإمام القرافى فى باب السياسة : قال ابن أبى زيد فى « النوادر » : إذا لم يجد فى بلد أو قطر عدول أقمنا أصلحهم حالاً وأقلهم فجوراً للشهادة لثلا تضيع المصالح والأحكام .

قال : ما أظن أن يخالف هذا أحد فإن التكليف شرطه الإمكان ، وهذا كله

للضرورة لئلا تهدر الدماء وتضيع الحقوق وتعطل الحدود .أ.هـ .  
وسياتى إن شاء الله حكم الشهادة على أهل التوهم والدعارات .  
تنبيه :

فإن وقع تجريح أو تزكية فلا يصح جميع ذلك إلا من العدول لئلا يقع التناقض ،  
وهو محرم عقلاً ونقلاً وعليه ائتملت التأليف وصنفت به التصانيف ، فإن اختلفتا بينة  
تجريح وتعديل ، فالمشهور أن بينة التجريح مقدمة على بينة التعديل ، ذكره الحافظ  
الخطاب ، نقله عن ابن فرحون .

قال البرزلى : وفى « المدونة » : ومن أقام بينة فى دار أنه ابتاعها منه - يعنى ممن  
هى بيده - قضى بها للحائز عند تكافؤ البيتين .

وإن لم تقم للحائز بينة قضى بها للقائم ، إلا إذا طالت حيازته بعشر سنين ،  
والمدعى حاضراً ساكناً بلا عذر ، فذلك قطع لدعوته ، ولا بد من ثبوت الشراء والملك  
فيه ، ولو لم يكن فى الرسم إلا الشراء خاصة فلا يعارض الحوز والبينة .أ.هـ

وفى « النوادر » : إذا شهدت بينة بالشراء فلا تنفع إلا أن تشهد له بطول الملك  
والحوز والتصرف وعدم التنازع ، سواء ثبت ذلك شهود الشراء أو غيرهم ، وسواء  
ذكروا الشراء أم لا .أ.هـ .

وقد جزم المازرى بأن رسم : اشترى فلان ليقضى بثبوت ملك المشتري قال :  
وهو ظاهر كلام « المدونة » .أ.هـ .

قلت : وفى صحيح المذهب إن بينة الملك مقدمة على الحوز ، وإذا تعارضتا  
فالمؤرخة مقدمة ، فإن أرختا معاً قدم الأقدم تاريخاً .

وكذا من أثبتت حكماً مقدمة على من نفته ، قاله الخطاب فى تعارض البيتين  
فيما إذا شهد شاهدان بقتل رجل ، وشهد آخرون بأن المشهود عليه كان فى ذلك اليوم  
فى غير بلاد القتل ، إن شهادة من شهد بالقتل أولى من غيرها ، وقاله ابن رشد فى  
« شرح المسائل المجموعة » ، هذا كله فى مشاهر النصوص المالكية انظر « التوضيح » .

وأما شهادة النساء فى الأعراس فإنها جائزة فيما بينهن للضرورة ولا تعديل .

المازرى : على رواية الجواز الاتفاق على شرط حرمتين .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣١٥

وحكى اللخمي رواية بمنع الجواز لا في الأعراس ولا في غيرهم في كل محل لا يحضره الرجال ، وأصله لا يحضره الرجال ، وأصله للجلاب .

ولفظه : لا تجوز شهادة النساء في بعضهن على بعض حيث لا يحضرهن الرجال كالحمام والعرس والمآتم .

وقال بعض أصحابنا : تجوز في جميع ذلك .

وأما شهادة الصبيان ، قال ابن عرفة : قال ابن رشد : وفي سماع أشهب ما نصه : أما شهادة الصبيان والمجانين والممالك فلا أحفظ في المذهب خلافاً أنها لا تجوز [ ق/١٩٩ ] وكذلك صبيان أهل الذمة .

قال ابن زرقون : حكم القاضي في « شرح الرسالة » أن شهادة العبيد منهم جائزة ، ويشترط تعددهم فيما لا تجوز فيه شهادتهم .أ.هـ .

قلت : وهذا في غير ملاعب الصبيان وأما في الملعب حيث لا يحضرهم كبير فشهادتهم فيما بينهم جائزة معمول بها وهي من السنة القديمة صوتاً للدماء ، لكن اشترطوا فيهم سبعة شروط .

قال صاحب « التلقين » : كونهم أحراراً ، ذكوراً ، محكوماً بإسلامهم ، عاقلين بالشهادة والمشهود به ، دبر أو جرح أو قتل ، وذلك فيما بينهم لا لصغير على كبير ولا عكسه ، وكونهم اثنين فصاعداً وإتقانهم في الشهادة من غير اختلاف .أ.هـ .

قلت : والصحيح زيادة شرطين وهما : عدم تفريقهم ، وعدم التخيير ، وهذا أمر متفق عليه قد أغفله صاحب « التلقين » ، وها أنا أنشر طيه إن شاء الله .

قوله : أحراراً ، وأما العبيد فقد تقدم حكمهم .

قوله : ذكوراً ، هذا اختلاط في الملعب صبيان ، فلا بد من الذكور ، وأما الصبايا إذا انفردن في ملعب أو مشهد ففي جواز شهادتهن بعضهن على بعض روايتان ، مذهب المغيرة الجواز .

ولمالك وأشهب المنع حتى حكى العقباني في « نوازل » ، حتى قال ابن زرقون عن التونسي : ظاهر قول ابن القاسم وعبد الملك أن شهادتهن وحدهن جائزة ، وهو الواجب .أ.هـ .

وقوله : بإسلامهم ، وأما صبيان أهل الذمة فقد مر حكمهم .

وقوله : عاقلين ، وأما مجانين الصبيان فقد مر حكمهم ، وباقى الشروط ظاهر .

وأصل جواز ذلك ما صح عن عبد الله بن الزبير وشريح .

قال أبو زياد : وهى السنة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز .

قال مالك : وهو الأمر المجتمع عندنا .

قال فى « المدونة » : ولا تجوز إلا شهادة اثنين منهم فأكثر ، ولا تجوز شهادة من

على غير الإسلام .

وعلى ابن فرحون : أن ذلك للضرورة إذ لو أهملوا لأدى ذلك إلى ضرر كبير ،

ولا بد من إحدى عشر شرط :

الحادى عشر : قال القرافى : لا بد من حضور الجسد المشهود بقتله ، ولو شهدوا

ثم رجعوا فالعمل على ما قالوه أولاً ، وكذا إذا بلغوا وشكوا فالعمل على ما قالوه

أولاً ، قاله اللخمي .

والعدالة والتجريح لا عبرة به فيهم .

قلت : ومثل هذا فى « المقصد المحمود فى تفصيل الأحكام والعقود » ، ولا بن

سلمون مثله .

قلت : وإن اختلفت شهادتهم فهى على قسمين : إما مخالفة ، كقول واحد :

ابن زيد قتله ، ويقول الآخر : بل ابن عمر ، أو اختلاف كقول واحد لآخر : ائت

به ، فقال له : هو أنت به .

أما فى خلافهم فهى ساقطة على كل حال .

وأما فى مسألة اختلافهم ، فحكى اللخمي قولين :

الأول : ساقطة .

والثانى : إن الدية على عواقل الصبيان الذين تدافعوا ، وقصه الصقلى .

روى ابن وهب فى سنة صبيان يلعبون فى الماء ، فعرف واحداهم فشهد اثنان

على الثلاثة أنهم غرقوه ، وقال الثلاثة : أنتما غرقتماه .

قال : العقل على جميعهم .

محمد : هذا منهم غلط ، ولا تجوز شهادتهم ، وقاله ابن حبيب عن مطرف ، لأنهم لو كانوا كباراً لكانت ديتهم فى أموالهم .

وقال اللخمي أيضاً : اختلف إن اختلفت شهادتهم ولم يخرجوا القتل عنهم فشهد اثنان أن هذين قتلاه ، وقال المشهود عليهما : بل أنما قتلتماه .  
ف قيل : يسقطان .

وقال : الدية على عواقل الأربعة .

وفى هذا الأصل فى الرجل لو اختلف قاتل بآخر ، فقال كل واحد لصاحبه : أنت القاتل .

قال : لا شىء عليهما .

وقيل : الدية على عواقلهما ، والأول أحسن ، لأن أحد العاقلتين مظلومة قطعاً .  
ولعبد الملك : لو شهد صبيان أن صبياً قتله ، وشهد آخر أن دابة أصابته ، قضى بشهادة القتل .

والصحيح سقوطهما لاختلافهم ، وإن قيدت شهادتهم ثم اختلفوا عمل بأولهما .  
قال أصبغ : إن شهد صبيان بقتل صبى صبيلاً الساعة ، وشهد رجلان أنهما كانا حاضرين حتى سقط الصبى ومات ، قبلت شهادة الصبيين .

قال ابن سحنون : أنكر سحنون قول أصبغ .

وقال : قول أصبغ محايياً شهادة الكبيرين أحق .

بعض فقهاؤنا : هذا أصوب لأن حضور الكبار يسقط شهادة الصبيان أثبتت أو نفت . أ.هـ كلام اللخمي .

وقال أيضاً : إن شهد واحد بالقتل ، وعلى قول مالك : لا يقسم معه .

ولابن نافع فى كتاب ابن مزين : يقسم .

ولابن رشد فى سماع أشهب : لا تجوز شهادة الواحد على قول ابن القاسم

وروايته .

وقيل : تجوز شهادته مع يمين المشهود له ، قاله ابن الماجشون وابن نافع فى «المبسوطة» .

وفى أبى الحسن المغربى : فى شهادة الابن على أبيه تفصيل فى الحقوق والعتق جائر .

وأما فى الطلاق فإن كان شهد على طلاق غير أمه فهى جائزة إن كانت أمه ميتة ، وإلا فلا .

ثم قال : وتجوز فى طلاق أمه إن كانت منكراً ، واختلف إذا كانت هى القائمة فمنعها أشهب وأجازها ابن القاسم .

ولابن عبد الرفيق فى شهادة السماع : إذا وقعت من حدثاء السن .  
فهى باطلة لوجود الريبة ، وقد اشترط فى شهادة السماع شروطاً منها : نفى الريبة .أ.هـ .

قلت : ولذلك قال خليل رحمه الله : إن شهد اثنان فلا ريبة .أ.هـ .  
وأما إن شهد رجل بالسماع وآخر بأصل الحبس والحوز فلا عمل عليهما حتى يشهدان على أصل واحد ، قاله ابن عرفة وابن وهب .

وزاد ابن هارون : ولا تنفع بينة الحبس حتى تفسر العقب والمرجع .أ.هـ .  
ونقل عيسى عن ابن القاسم : إن أعرض الخصم عن وثيقته عند المحاكمة وعدم رفع الشهود أمرهم حيثئذ كل ذلك مبطل لقيامه به ، نقله فى « التوضيح » ، ومثله لابن عرفة .

وفى « نوازل عيسى بن دينار » :  
خصمان يتراضيان بشهادة رجل ، فلما شهد قال المشهود عليه : لا أرضى لأننى كنت أرجو أن يشهد [ ق / ١١٠٠ ] لى ؟

فأجاب : الأشهر عن مالك أنه لا يلزمه .

وإذا قلنا باللزوم فيحلف الآخر معه .أ.هـ .

ولابن الحاجب : إن حلف فلان ، فحلف : إن شهد فلان ، فشهد ، لم

يلزمه .

قال خليل فى شرح هذا : لأن من حجته أن يقول : ظننت أنك لا تحلف إلا على الحق ، أو ظننته أنه لا يحلف إلا على الحق ، وقد تبين لى خلاف ذلك ، ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى .

ونقل سحنون الاتفاق على من قال : إن لفلان علىّ مائة دينار إن حلف فلان ، أو أن يحلف مع يمينه ، أو فى يمينه ، فيحلف ويرجع المقر وقال : ما ظننته أن يحلف بباطل ، فلا يلزم المقر إجماعاً ، وكذلك قال محمد : من قال : لفلان علىّ مائة دنانير إن حلف فيها بالعتق أو الطلاق أو الصدقة ، ففعل فلا شىء على المقر بهذا . وكذلك إذا قال : إذا استحل ، أو قال : إن أعارنى رداه أو دابته أو غلامه ، فلا شىء على المقر فى ذلك كله .

وأما إن قال : إن حكم بها فلان - لرجل سماه - فتحاكما إليه ، فحكم بها: عليه، إنه يلزمه ذلك .

ونصب مالك : إن قال : إن شهد فلان ، فشهد على أنه لا يلزمه ويقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلاً .

وأما العدل فيلزمه ، ومثله فى « المجموعة » .

ولا بد من قيد فى قوله : إن حلف فلان ، بما إذا لم يكن ذلك طريق الدعوى بأن قال له ابتداءً : له علىّ كذا إن حلف .

وأما إن ادعى عليه بألف مثلاً ، فقال : احلف وخذها ، فهذا يلزمه ولا رجوع له .

ونصب عليه ابن يونس فى « البيان » : إن نازعه فى شىء ، فقال : إن شهد بذلك فلان .

### تحصيل المسألة :

إن قال ذلك على وجه التبكيث لصاحبه والإبراء للشاهد عن الكذب فلا خلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه ، كان تحقق ما نازعه فيه خصمه أم لا ، إلا أن يحكم



عليه به مع شاهد آخر أو مع يمين المدعى عليه ، وهو قول ابن القاسم وسحنون وأصبغ وعيسى بن دينار .

ثانيها : أنه يلزمه ما شهد به عليه ، كان تحقق علم ما نازعه فيه خصمه أم لا ، ويؤخذ المدعى ، وهو قول مطرف .

ثالثها : إنه إن كان لا يتحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه لزمه ، ولا يلزمه إن تحقق ذلك ، وهو قول ابن [ ] (١) وابن كنانة واختيار سحنون ، وسواء كان الشاهد في هذا عدلاً أو مسخوطاً أو نصرانياً ، وقد قيل : لا يلزم الرضا بشهادة نصراني بخلاف المسخوط .

وأما إذا تبين من صورة تراجعها تبكيت من غيره ، فهو في صورة ما نازعه فيه من قول قاله أو فعل فعله محمول على التبكيت حتى يتبين منه الرضا من قوله ، وإلزام الحكم به على نفسه على كل حال وفيما نازعه من حد أو أرض وما أشبه ذلك محمول على غير التبكيت حتى يتبين منه التبكيت ، ولا خلاف أن له الرجوع لقوله : قبل أن يشهد .أ.هـ .

ولأبي الحسن ما نصه : انظر قول أحد الخصمين للآخر : من لم يحضر مجلس القاضى الفلانى غداً فالذى تدعيه قبلى حق ، إنه لا يلزمه بخلاف الزوج تدعوه الزوجة للبناء ، فيقول لها : إن لم نأت إلى أجل كذا فأمرك بيدك ، فهذا يلزمه .

فائدة :

لا تنفع يمين إلا في دعاوى ، ومعنى قول خليل : إن حلف في غير الدعوى . قال الفيشى : المراد بالدعوى المنازعة عند الحاكم .

فصل

في الشهادة على أهل التهم في السرقة أو المشهورين بذلك أو بالتلصيص

في «نوازل عيسى بن دينار» ما نصه : قال ابن القاسم : قلت لمالك : فمن أين تعرف التهم في الرجل إذا علم أنه يتخذ العنايان والعنيات ويطرب نفسه بالعواهر والراقصات وهو مع ذلك شارب القهوات ، ومن التهم أن يختلج لسانه عند السؤال ،

(١) بياض بالأصل .

## في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٢١

أو يوجد في الموضوع بشيء من [ (١) ] أو ينكر الموضوع وقد رؤى فيه أو قربه ، أو يدعى إلى الحاكم ويأبى ، وليس منه اصفرار الوجه أو احمراره أو اسوداده .

وأما الشهادة فلا تجوز إلا بالعدول ولا يقام حد من حدود الله أو حق من حقوق بني آدم إلا بالعدالة .

وأما في اجتماع أهل التهم والزنا ومجامع العواذب وشهادة بعضهم على بعض ، فللإمام الاقتداء فيهم بقوة السبب والتنكيل على ما يراه وعلى قدر الفعل والمفعول به ومن اجتمعوا معه في منزله للشرب ، فسرق واحد منهم يبدأ بالضرب من هو أقرب تهمة ، فإن أقر واحد وإلا حلفوا ، حاشا رب المنزل فإنه يغرم بعد سجنه ، لأن عليه حفظ كل من دخل لمنزله ومعرفة من دخل إليه ، وقد فرط .أ.هـ .

قال ابن سحنون عن أبيه : يعرف المتهم بظهور الأمر عليه مرة ، وأنه تعد متهماً بتكرار الدعاوى عليه ولو لم يظهر عليه شيء .

روفي «أحكام ابن سهل» : إذا وجد عند المتهم بعض المتاع المسروق أنه يكلف من أين يصير إليه ، ولا ينفعه قوله : إنى لقيته ، وهو كذلك في «تبصرة» ابن فرحون .  
اللخمي في تبصرته : شهادة السارق على الذي حضر معه إن غرم جازت ، ولا بن عبد السلام مثله .

وللمازري ما نصه : إذا قال الشاهد : رأيت فلاناً أكل بقرة فلان ، جازت شهادته عليها .

وأما إذا قال الشاهد : أنا أعطيت لفلان بقرة ، أو سرق معي ، أو أكل معي ، فلا تقبل شهادته قولاً واحداً ، قاله ابن حازم ونبه سحنون عليه .

وجزم ابن عبد السلام بجواز شهادة اللصوص بعضهم على بعض .

ومثله في «تبصرة اللخمي» ، وأصله لإمام دار الهجرة مالك بن أنس رضي الله عنه أنه أجاز على السارق شهادة كل من رآه ، سواء كان عدلاً أو فاسقاً ، نقل ذلك عنه سحنون ، وبه قال ابن فرحون في تبصرته ، وذكر أن الحكم بالسنة إنما هو في الزمان المتقدم وحين كانت الأحكام جارية والناس مستقصية ، وأما زماننا فيجوز

(١) بياض بالأصل .

على [ ق/ ١٠١ ] السارق حتى النساء والصبيان ، ومن اتبع خط الشريعة فى زماننا فى حق أهل التهم فقد أهلك أموال الناس .

وقد قال الإمام القرافى فى قواعده : ينبغى للمفتى أن ينظر إلى عرف زمانه ، والأحكام تختلف باختلاف الزمان ، وكل زمان وعدوله .أ.هـ .

قلت : ولعل هذه الخلافات فى غير المتهم ، وأما المتهم فيلزمه الغرم بشهادة من حضر معه اتفاقاً لمقام التهمة مقام الشاهد العدل ، صرح به ابن يونس عن أبيه .

وأما دعوى اللص أنه اشترى ما وجد بيده لا يقبل إلا بينة عادلة ، قاله ابن فرحون ، وأصله فى « المدونة » ولا تشترط العدالة ، لأن اللص والسارق لا يقصدان إلا الخلوات فتعذر العدالة .

قال ابن فرحون : ويؤخذ اللص والسارق بالقرائن الحالية ، ولم يحك فيه خلاف .

وقد قال خليل (١) : وقبل للتعذر غير عدول وإن مشركين .

وأما قول الفقهاء : الكذب قاذح فى الشهادة ، ليس على إطلاق إذ فيه قيدان : الأول : أن يكون متفاحشاً .

والثانى : ألا يكون له وجه .

وفى نوازل المازرى المسماة بـ « حلية المذهب » : سأل ابن سحنون ابن أبى زيد عن أهل قرية ليس فيهم عدول ، وتجرى بينهم وبين من يطرأ عليهم المعاملات والنكاح وغيره من الدماء ؟

فأجاب : تجوز شهادة أمثالهم ، ولو تركوا لأكل بعضهم بعضاً .

وأجاب أبو بكر بن عبد الرحمن : بجواز شهادتهم فيما بينهم على التوسم ، إذ لو تركت لبطلت الأحكام .

وقال الداودى : إذا تعذرت العدالة فى محل قبل أخفهم حالاً ، وكان الصدر الذى فيهم رسول الله ﷺ على العدالة حتى ظهر الجرح ، والناس اليوم على الجرح

حتى يتبين العدل ، ومثله للقرافى ونقله عن أبى محمد .

وراد أبو محمد : قال : ولأجل عموم الفساد جاز التوسم فى الأحكام .

قال : ولا شك أن قضاة زماننا وشهودهم أراذل ذلك الزمان الذى قبلنا ، وأئمتهم كذلك ، ولو كانوا قضاتنا وأئمتنا فى زمان غير ما ولوا فقد حسن فى زماننا ما كان قبيحاً ، واتسع ما كان ضيقاً ، واختلاف الأحكام باختلاف الزمان . انتهى .

وقد ذكر المازونى فى «الدرة» : أنه لا يجرح فى شهود زماننا بما عمت به البلوى .

قال الغزالى : وعمل به القضاة بأن الغيب لا يجرح بها لعمومها ، وإذا قلنا بالتجريح فى الاستفاضة مع ضعف القول به وبما هو مشروط فى الصدر الأول ، لأن عدالة كل زمان معتبرة على حال أهله ، قاله أبو إسحاق الشاطبى .

قال : وها نحن نقطع بأن عدالة الصحابة لا تساويها عدالة من بعدهم من التابعين ، وعدالة التابعين لا تساوى عدالة من يليهم ، وكذا كل زمان مع ما بعده إلى زماننا ، فلو قابلنا عدول زماننا بعدول من قبلنا لم يعدوا عدولاً ، وكذا من قبلنا مع من قبلهم لبعد ما بينهم من التقوى والمروءة ، ولو لم يعتبر كل زمان بأهله ما قامت ولاية ، ولو فرض زمان يعرى عن عدول جملة لم يكن إمامة الأشبه فهو عدل فى ذلك الزمان ، إذ ليس بجار على قواعد الشرع وتعطيل المراتب الدينية لإفضائه إلى مفساد عامة يتسع خرقها ، وهذا الأصل مستمد من قاعدة المصالح المرسلة .أ.هـ .  
وهكذا فى «طرر ابن عات» .

وأما قاعدة « كل من القول قوله » ، مقيد بما إذا لم يتبين كذبه ، فإن ظهر كذبه انتفى عنه التصديق ، قاله المغربى فى « شرح المدونة » عند قولها : أتت وهى مستغيثة وهى تدمى (١) .

فإنه قال الشيخ : وكذا إن وجد بها قطع جديد ، لأنه قد يسيل دم يسير ويقطر فى غير ثوبها ، وهذا لا بد منه فى البكر ، ولو جاءت غير متعلقة به لأن ذلك مما يصدقها .

وإن لم تدم ولا وجد القطع جديد ، فلا تصدق لأنها قد تبين كذبها ، وإنما كان

(١) المدونة (٦/٣٧٣) .

القول قولها ما لم يتبين كذبها ، وكذلك من جعل القول قوله إنما ذلك ما لم يتبين كذبه وهي قاعدة متفق عليها .أ.هـ .الخطاب .

التنبيه الخامس : قال فى « الذخيرة » فى الباب الثانى فى أحكام ولاية الظالم : نص ابن أبى زيد فى « النوادر » على أنا إذا لم نجد فى جهة غير العدول أقمنا أصلحهم ، فيجوز أصلحهم للشهادة عليهم ، ويلزم مثله فى القضاة وغيرهم لثلا تضيع المصالح ، وما أظن أحداً يخالف فى هذا ، لأن الإمكان شرط فى التكليف ، وإذا جاز نصب شهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع فى أحكام المظالم .أ.هـ .

تذييل :

إذا شهد الشهود عند حاكم بلفظ عام ، فالواجب عليه ألا يخصصه ، وإن وقع فيه ذكر البعض دون البعض فإنه يحكم على من ذكر ومن لم يذكر ، وهى قاعدة أصولية .

مثاله :

شهدت بينة بأن فلاناً أوصى فلاناً على أولاده زيد وعمر ، وهو له بنات وأولاد غير من ذكر ، فإن الوصية تعم الجميع ، قاله ابن عبد الرفيق فى « معين الحكام »<sup>(١)</sup> .

وزاد : وكذلك من قال : عبيدى أحراراً فلان وفلان وسكت عن آخرين ، فإن العتق يعم من سماه ومن لم يسمه عملاً بعموم اللفظ . وكذا من تصدق أو وهب جميع ميراثه [ ]<sup>(٢)</sup> وحيوان وسكت عن غيره ، فإن الصدقة تعم الجميع .أ.هـ .

قلت : وهذا ما لم يدخله استثناء أو قرينة ، قاله ابن عبد الرفيق أيضاً قبل هذا . والذى قاله القرافى ما نصه : اللفظ العام وهو الموضوع لمعنى كلى ، يمكن تتبعه فى محاله ، ومثله بقوله تعالى ﴿ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾<sup>(٣)</sup> الآية .

وقال فى « جمع الجوامع » : اللفظ العام يستغرق الصالح له من غير حصر .أ.هـ .

(١) معين الحكام (٢/٦٩٨) .

(٢) قدر كلمة لم أتيناها بالأصل .

(٣) سورة النساء (٨٩) .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٢٥

قلت : وهذا عند إمعان النظر مبنى على أصول المنطق وهو المسمى عندهم القضايا المهمة ، ومن ذاق هذا في فنه على حقيقته صح له الاستنباط بلا مغمز .

تكميل :

من طلب الشفعة عند شخص [ ق/١١٠٢ ] وشهدت البينة أنه كان حاضراً من يوم البيع إلى الآن سنة مثلاً أو أكثر ، فادعى أنه لم يعلم ، فللمشايع فيها طريقتان :

ابن سهل : هو محمول على الجهل حتى يثبت علمه .

ابن رشد : هو محمول على العلم .

وقد قال ابن عرفة ، والمغيلي في « درره » : إن طريقة ابن رشد مقدمة عند اختلاف الطرق .

وذكر العجاجي في « تبين التسهيل في شرح مغفلات خليل » : ونقل الخطاب عند قول خليل (١) : وعدم جهل بثمان أو مئتين ، عن ابن فرحون ، ما نصه (٢) : الحاضر محمول على العلم حتى يثبت جهله .

وذكر نظائر ، قال الخطاب : وما ذكره كله صحيح إلا في مسألة الخلاف في التجريح والتعديل ، فإن المشهور تقدم الجرح على التعديل .

تمة :

الواجب على الشهود في عقد البيع أن تقع شهادتهم بتسمية المشتريين إذا تعددوا ، وكذلك الباعين ويجب ذلك على الموثق ، قاله الإمام ابن فتوح في وثائقه ، ولفظه : ولا بد أن يسمى الباعين إذا تعددوا ، وكذلك المشتريين .

(١) المختصر (ص/ ١٦٩) .

(٢) مواهب الجليل (٤/٤٧٦) .

## مسائل من أحكام الدماء وأسباب الضمان

قال البساطى فى « شرح خليل » عند قوله : باب إن تلف مكلف : هذا باب متسع متروك ينبغى الاعتناء به والالتفات إليه ، ولا شك أن حفظ الدماء والنفوس مجمع عليه ، وهو من الخمس المجمع على حفظها فى كل ملة .

قال ابن عرفة : ونقل إجماع الملل على حفظ الأديان والنفوس والعقول والأعراض والأموال ، وذكر بعضهم الأنساب بدل الأموال . أ. هـ .

قلت : وترتيب هذا يؤخذ من قوة الأول على الذى بعده ثم كذلك ، فالمحافظة على الأديان مقدمة على الدماء كما هو فى أثر صحيح ، وهو قوله ﷺ « اجعل نفسك دون دينك » (١) .

وفى « التوضيح » : قتل المسلم عمداً عدواناً ، كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منها ، وفى قبول توبته وإنفاذ الوعيد فيه خلاف بين الصحابة ومن بعدهم .

وأخذ مالك القولين ، وأخذ من قوله : لا تجوز إمامته ، عدم القبول وأخذ من قوله : وليكثر من العمل الصالح والصدقة والجهاد والحج ، القبول .

اختلف فى تخليده ، الصحيح : عدم تخليده ولا يلزم من عدم الإمامة عدم قبول التوبة ، لأن التوبة أمر باطن ، وموجب نصب الإمامة أمر ظاهر ، فلا يلزم من توبته عرض نفسه على ولى المقتول قوداً أو دية .

فرع :

قال فى « الذخيرة » (٢) : فإن قتل القاتل قصاصاً ؟

قيل : ذلك له كفارة لقوله ﷺ « الحدود كفارة لأهلها » (٣) ، وقيل : ليس

(١) أخرجه السيدهى فى « الشعب » (٢٠٣٢) وابن عساكر فى « تاريخه » (٤١٧/٣٦) من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً .

قلت : فيه عبد القدوس بن حبيب الشامى ، ضعيف جداً .  
وأيضاً سماع الحسن من سمرة فيه ما هو مشهور .

(٢) (٢٧٣ / ١٢) .

(٣) قال البخارى : حدثنا أبو اليمان قال أخبرنا شعيب عن الزهري قال أخبرنى أبو إدريس عائذ الله بن عبد الله أن عبادة بن الصامت رضى الله عنه وكان شهد بدرًا وهو أحد النقباء ليلة العقبة أن رسول الله ﷺ قال وحوله عصابة من أصحابه : « بايعونى على ألا تشركوا بالله =

بكفارة لأن المقتول لا منفعة له في القصاص ، بل المنفعة للأحياء زجر أو شفعة ، والمراد بالحديث حقوق الله تعالى المحضة .أ.هـ .

قلت : يشترط في ثبوت الدم العدالة ما عدا ما هو في دماء الصبيان في بعضهم بعضاً كما سبق في باب الشهادة فإن ثبت الدم بغير بينة بل بلطخ وإدماء فلا بد فيه من اتحاد الدعوة كما صرح به غير واحد ، لأن اللوث على خلاف الأصل .

فمن ذلك ما قاله ابن رشد في «الأجوبة» من أن الجريح إذا تلجلج قوله وادعى عند شخص ، ثم انتقل إلى آخر فإنه يبطل حقه ، وهو متكاذب بعض قوله الآخر ، فبطلت دعوته . أ.هـ . بالمعنى .

وله في محل آخر ما لفظه : من ادعى بجناية على جماعة ثم انتقل إلى معين بطل حقه ، لأن دعواه على الجماعة إبراء المعين ، وبانتقاله إلى المعين أبرأ الجماعة ، فقد بطلت دعوته رأساً .أ.هـ .

وفي « التوضيح » : إذا ادعى المدعى بشيء وخالفته البينة الحاضرة ، فالعمل على ما شهدت البينة .

ووجهه : لأن التدمية من الحكم بالقرائن والبينة أعمل وأبين من القرائن .أ.هـ .  
وفي البرزلي ما نصه : وفي « النوادر » : من « الموازية » : إذا ادعى الورثة خلاف الميت فلا قسامة لهم ولا دم ولا دية ، وليس لهم الرجوع إلى قول الميت ، وهو لأشهب ومثله في « المجموعة » وصرح به بهرام .

وشرط القصاص التكليف ، فلا قصاص على صبي أو مجنون .

وأما الأموال والدماء ، فقيل : هدر ، وقيل : الكل في أموالهم ، وقيل : المال في أموالهما والدية على عواقلهما ، وهو المشهور .

فلو قتل ثم جنُ انتظرت إفاقة إن رجيت ، فإن لم ترج فقيل : عليه الدية في ماله ، وقيل : ولي الدم مخير في الدية أو قتله .

---

= شيئاً ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا بيهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف فمن وفي منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئاً ثم ستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه . فبايعناه على ذلك أخرجه البخارى (١٨) ومسلم (١٧٠٩) .

أما ما أورده المصنف هنا فقد أخرجه أبو داود بلفظ : « ما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا » وهو صحيح .



ولو ارتد ثم جن انتظر قولاً واحداً ولو شكت البينة هل قتل في حال جنونه أو عقله فلا شيء عليه ، لأن الحاكم لا يحكم إلا ببينة جازمة أ.هـ من الفيشى .

ومثله ما قال البرزلى : وسقط القصاص على المغلق ، كما إذا وجد رجلاً في فراشه فقتله ، فليس عليه قصاص ، لأن الغيرة أقتلته .

وكذلك الجراحات المتلفات فلا قصاص فيها .

### تحصيل :

الإدعاء واللوث إلا في النفس ، وأما الجراحات فلا بد من البينة ، وفيه تفصيل سأفرشه .

### مسألة :

نقل الخطاب ما يثبت بالشاهد واليمين فيمن ادعى جرحاً على رجل ثم انتقل لآخر ، ما نصه : وليس على المدعى عليه إلا اليمين ، واختلاف قوله مبطل لحقه في النفس ، فأحرى في الجرح ، بل لا تقبل دعوته في الجرح من غير بينة ، ولو جاء بعضوه أو سنه مقلوعاً على مذهب « المدونة » وهو المشهور أ.هـ . بالمعنى .

وفي التدمية تفصيل وهي مرتبطة لضعف موجبها بخمسين يميناً على أولياء الدم ، ويصح دماء الميت الواحد والجماعة على الصحيح .

وإذا لطح جماعة وأرادوا أولياؤه القتل فإنهم يعينون واحداً ويقسم عليه ، قاله ابن الحاجب في متنه (١) ، ولفظه : وعلى المشهور فيكون معيناً بالقسامة إن كان اللوث على جماعة لهم .

وفي « البيان » : وقال في « المدونة » : وإذا ادعى الدم ورثة المقتول وأتوا بلوث ، أو تكلم بذلك المقتول ، أو قامت بينة على أنه ضربوه .

قال مالك : لا يقسم في العمد إلا على واحد .

وفي [ ق/١١٠٣ ] « الوثائق المجموعة » : من ادعى على جماعة ، لم يقسموا

(١) جامع الأمهات (ص/ ٥١٠) .

إلا على واحد ، ونقله البرزلى عن أبى محمد فى « النوادر » ، وأصله لأصبع .

قلت : وشرطه التدمية حروف لفظها ، وأما البيضاوى فالمشهور بطلانها .

ابن رشد فى « البيان » : سئل ابن كنانة عن رجل ادعى على رجل أنه أسقاه سمًا ، وأشهد رجلاً على دعواه ، وقال لهم : ها هو فى جوفى فإن مت فدمى عنده .

قال : لا تكون القسامة فى مثل هذا إلا فى الضرب المشهود عليه والآثار البينة من الجراح أو الضرب ، ثم قال : والخلاف فى أصل التدمية ، والصحة البينة قاطعة للتدمية .

وفى البرزلى : قلت : والإدماء بالسم لا عمل عليه ، لأن النبى ﷺ حين جعلت له اليهودية فى الذراع وأخبره الذراع بذلك بعد أن أكل منه هو وصاحبه بشر ، فأما هو ﷺ لم يضره فى الحين لعصمة الله له تعالى حتى يبلغ الرسالة ويتم ما أراد الله ، وأما بشر فقد مات فلم يحكم عليها رسول الله ﷺ حتى أقرت ، فقال لها : « ما عملك ؟ » .

فقلت : أردت قتلك ، فقال ﷺ : « ما كان الله ليسلطك على » .

قال بهرام فى « الكبير » : إنه ﷺ لم يقتلها .

وشرطها أيضاً : ملازمة الدعوى إلى الموت ، فلو رجع بطل ، وملازمة الفراش أو التشكى مع معانة التصرف فلو صح صحة بينة وتصرف تصرف الأصحاء بطلت .

وفى « درة المغيلى » : فى رجل جرح وادعى على رجل ، ثم برئ وتصرف وسافر ويريض فرسه ، ولكن بقيت رطوبة فى جرحه فى حلقه وأشرف على الموت ، وقال : إنما أثر فى الجرح القديم لا جرح الحلق ؟

فأجاب : بصحة تدميته لبقاء الرطوبة ، وأجاب أيضاً بطلانها لصحته وتصرفه .

وفيه أيضاً فيمن جرح مصرانه ، وقال الطيب : لا يمكن إدخال مصرانه إلا بزيادة الشق ، ففعل وأدخله وأخاط الشق ، ثم ادعى الجريح على الطيب .

فقال : سئل أهل الطب فإن قالوا : إن الطيب أصاب وجه العلاج فلا تدمية على الطيب وإلا فهي صحيحة .

تنبيه :

قال الأجهوري : السم وأثر الضرب ليس هو من التدمية البيضاء ، وبه جرى العمل ، وعند الموثقين .

ونصب البوسعدى : تدمية من ركض أو ضرب أشهد فلان وهو مضطجع ملازم الفراش أن فلاناً ضربه ضرباً مبرحاً يجد منه ألم الموت - فى زعمه - على وجه العمدة منه والعدوان ، وأنه متى حدث به الموت الذى لا بد منه ولا محيد لمحدث عنه من ضربه ، هذا قبل أن يظهر برؤه وتبين إفاقته ، ففلان المذكور هو المؤاخذ بدمه ، المتسقاد له منه شهد على إسهاد فلان . . . إلخ .

ثم قال :

مسألة :

ومن تمام الشهادة أن يشهد عدول على الجريح لم يبرأ من جرحه فى علمهم إلى أن توفى ، وبعد ذلك تكون القسامة .

قال : وبه العمل ، ومثله لابن هارون فى اختصاره ، إلا أنه عقد الوثيقة على جريح .

وابن سلمون : له كما فى البوسعدى .

وقال أبو الحسن فى شرحه على « الرسالة » : وأما أثر الضرب فحكمه حكم الجرح .

وقال الجزولى : إذا صح الجريح صحة بينة ، ثم رجع عليه بعد ذلك ومات ، إن دمه باطل ولا قسامة فى تدميته وهو المنصوص .

وفى شرح الشيخ يوسف بن عمر على « الرسالة » ما نصه : قال العلماء الأجلة : يؤخذ من مسألة الطلاق فى المرض إذا طلق فى مرضه ، ثم صح صحة بينة ، ثم مرض ومات أنها لا ترثه لأن الحس أبرز أن الطلاق وقع فى الصحة لإبراز الحس

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٣١

بذلك وكشف الغيب عنه ، وكذلك من جرح ثم صحح من جرحه ثم أعاد إليه الجرح فأدعى به الجراح أنه لا عمل على قوله وتدميته باطلة لأنه لما صحح منه بطل قوله ، لأنه بقدر سبب حدث غير الجرح لصحة الجرح . أ.هـ .

ابن عرفة : وفي شرط إعمال قوله : قتلنى فلان ، بظهور أثر الضرب به اضطراب .

اللخمي : اختلف إن قال : قتلنى عمداً ، ولا جرح به وأبين ذلك ألا يقسم مع قوله إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال ، ويلزم الفراش عقب ذلك ، أو تصرف مشتكى عليه دليل المرض وتمادى به ذلك حتى مات .

قلت : وآخر سماع عيسى : سئل ابن كنانة عن قال : اشهدوا أن فلان سقانى سمأ ... إلخ .

قال : لا قسامة فى هذا ، إلا فى الضرب المشهود عليه أو الأثر البين من الجراح والضرب ، ثم قال : وقول ابن كنانة أظهر من قول ابن القاسم .

وفى سماع أبى زيد : إن الخلاف فى هذا إنما هو فى التدمية التى لا يعلم فيها سبب حسى يستند إليه بقول المدعى ، ولذلك سميت تدمية بيضاء .

وسماع أبى زيد هو قوله عن رجل ركض رجلاً فى بطنه ، فمكث أياماً فزعم أنه يجد الركضة المشايد ، أو فى فؤاده .

قال : يخوف عليه ويذكره فاصم وقالوا : والله ما زلت من يوم ركضنى بشر ، وما قتلنى إلا ركضته ، أقسموا معه واستحقوا دمه إن كان مضطجعاً من يوم ركضه حتى مات .

وإن لم يضطجع إذا رأى به ضرر ذلك كان بمنزلة الاضطجاع .

ثم قال : قلت : فى إعمال التدمية البيضاء ، ولغوها قولان .

ابن رشد وأصبع مع خليل سماع يحيى .

ونقل ابن سهل عن عيسى بن دينار فى «تفسير ابن مزين» : وأخذ ذلك من

إطلاق الروايات ، وعن أصبع لقوله : سقانى سمأ ومنه أموت .

وقول ابن كنانة من اختيار اللخمي وابن رشد ، وبه العمل . أ. هـ . كلام ابن عرفة .  
وفى « تبصرة » ابن فرحون : إذا ثبتت التدمية ولم يبرأ فى علم الشهود فما به  
وجب سجن المدعى عليه حتى يبرأ فيطلق ، ويموت المدعى على تلك الحالة قبل أن  
يصح صحة بينة ، فيقسم الورثة ويستفيد وإذا صح بعد ذلك فلا تقبل تدميته ولا  
قسامة .

ولفظ ابن فتوح : إذا ثبتت الصحة [ق/٤١٠٤ أ] فلا كلام لمدم ، وتبطل تدميته .

ولفظ وثيقة المتيطى : يشهد من يتسمى أسفل هذا العقد من الشهداء أنهم يعرفون  
فلان ابن فلان معرفة صحيحة بعينه واسمه ، وأنهم رأوه يوم كذا وكذا ليلة دخلت أو  
بقيت من شهر كذا صحيحاً جائياً وذاهباً ومتصرفاً فى حوائجه ، ساعياً فى أموره ،  
لا يشكو سقماً ، ولا يجد ألماً ، شهد بذلك من يعرفه حسب نصه وتحققه حال  
وصفه ، وواقع شهادة إذ سئلها لتاريخ .

ونقل الطليطلى عن ابن مغيث ما نصه : وإذا لم يلزم الفراش ، ولم يميت على  
تلك الحالة ، فلا يقبل قوله : دمي عند فلان ، وهو المشهور المعمول به .

وأما إن مات على تلك الحالة ومات وهو ملازم لها فيقبل قوله : دمي عند  
فلان ، وهو المشهور المعمول به . أ. هـ .

والقسامة هى خمسون يمينا على البت وإن من أعمى أو غائب عن القتل ، قاله  
فى « المدونة » .

ابن عرفة (١) : القسامة حلف الولاية خمسين يمينا أو جزءها على إثبات الدم ،  
ويحلف ولاية الدم ، ويحلف العاصب غير الوارث .

واختلف فى دخول النساء ، ففى « التهذيب » ما نصه : ولا يقسم النساء فى  
عمد ، ويقسمن فى الخطأ ، وإنما يحلف الولاية فى الخطأ على قدر موارثهن من  
الميت ، فإن لم يدع الميت إلا بنتاً واحدة وعصبة حلفت خمسين يمينا وأخذت نصف  
الدية وإن جاءت مع العصبة خمسا وعشرين يمينا .

وإن كانت بنتاً وابناً غائباً ثلث الدية حتى تحلف خمسين يمينا ، وإن قدم الابن  
حلف ثلثي الأيمان وأخذ ثلثي الدية .

(١) « شرح حدود ابن عرفة » (٢/٦٢٦) .

وإن انكسرت عليهم يمين نظر من يقع له أكثرها فيجبر عليه .

وإن لزم أحدهم نصف اليمين وآخر ثلثًا وآخر سدسًا حلفها صاحب النصف .

وإن كان للمقتول أخ وجد وأتوا بلوث من بيته ، أو ادعوا الدم عمدًا وخطأ ،

فيحلفان ويستحقان .

وإن كانوا عشرة إخوة وجد ، حلف ثلث الأيمان وللإخوة الثلثين ، فإن عفى

الجد عن القتل دون الإخوة جاز عفوه ، فهو كأحد .أ.هـ .

ابن الحاجب : والعصبة غير الوارثين إذا ثبت القود بقسامتهم مع النساء كذلك

قال فى « التوضيح » .

قوله : غير الوارثين ، يريد : أن النساء حُزن جميع المال ، وهن لا يُحزن

الجميع وهن فى درجة واحدة .

قوله : إذا ثبت . . . إلخ ، شرط فى مساواتهم للنساء فى القيام بالدم ، فلا

عفو إلا باجتماعهم ، ومن قام بالدم فله ذلك كما تقدم فى الوارثين ، وهو معنى قوله

كذلك ، وهذا مذهب « المدونة » (١) .

وفى « العتبية » من سماع عيسى : إن العصبة أحق بالقيام والعفو ، وفهم من

كلامه أن لا حق للعصبة إذا لم يثبت الدم بقسامتهم ، وهو متفق عليه .أ.هـ .

وقال ابن عبد السلام فى شرح هذا الفرع : قسم الذى قبله وهو أن يكون العصبة

غير الوارثين لأن فى النساء من حاز جميع سهام الفريضة كبنت وأخت وعمين ولم

يثبت القود إلا بقسامة المعين ، فإنه يكون حكمها مع المرأتين حكم العصبة مع النسوة

فى الفرع الذى فوقه ، فلا يتم العقود إلا باجتماعهم ولو ثبت القود على القاتل بالبينة

لم يحتج إلى قسامة لسقوط كلام العصبة فى القتل والعفو ، هذا ما يتعلق بتصوير

كلام المؤلف .

قال القاضى عن بعض الأندلسيين : أما إذا كان الإناث بنات وأخوات يُحزن

جميع الميراث وثبت الدم ببينة فلا حق للعصبة معهن فى عقود ولا قيام .

وأما إذا لم يُحزن جميع السهام ، فيه ثلاثة أقوال :

(١) جامع الأمهات (ص/ ٤٩٦) .

مذهب « المدونة » وهو المشهور : لا عفو إلا باجتماع من جميعهن .  
ومن قام بالدية فذلك له ، كان بينة أو قسامة .

الثانى : مذهب فى سماع عيسى فى « التنبية » ، التفريق بين ثبوته بينة أو قسامة على ما تقدم .

الثالث : رواية مطرف وعبد الملك أنه إن كان بثبات فالنساء أولى بالعفو والدم وإن كان بقسامة فلا عفو إلا باجتماعهم ، ومن قام بالدم فهو أولى ، قاله عياض .  
ثم قال : والنساء التى لهن مدخل فى الدم على المشهور عندهن البنات دينة دون بناتهن ، وبنات الأبناء وأبناء الأبناء الذكور وإن سفلن دون بناتهن ، والأخوات لأب كن شقائق أم لا .

واختلف فى الأم ، فروى ابن القاسم أن لها القيام بالدم ، وأباه أشهب .  
فائدة :

وفى « أجوية ابن نصر » رضى الله عنه ما نصه :  
مسألة :

فى رجل وعد رجلاً بالشر فى ماله أو ولده أو فى أهله ، فذهب المال ولم يعرف له أثر أو قتل أو جرح ولم يتهم غير الذى قيل له ذلك ؟

فأجاب : قال ابن القاسم : « الواعد بالشر ضامن » (١) ، رواه عن النبى ﷺ ، قال الله العظيم ﴿ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ ﴾ (٢) ، وقاله سعيد ابن جبير وعمر بن الخطاب وأبو بكر الصديق رضى الله عنهم أجمعين . أ. هـ .

## فصل

### فى أحكام الجراحات والأعضاء

قال ابن رشد فى « البيان » : من جرح جرحاً أداه إلى خدمته فلا شيء له على

(١) لم أقف عليه .

(٢) سورة آل عمران (١١٨) .

الجراح ، لأن منفعة الحر لا تكون إلا بالتفويت مثل من بيع حراً ، وإنما بالفوات كالجرح المبطل له فلا يقضى بها وهو نص « المدونة » ، ومثله في « المذهب الرائق في علم الوثائق » .

تحصيل :

لا يخلو للنفس من عمد أو خطأ ، فالعمد ليس فيه إلا العفو أو القصاص ، سواء ثبت بيينة أو إقرار أو لوث .

واللوث يثبت بعدل فأكثر ، أو برؤية الجاني بإزاء الميت وهو يتشحط في دمه كما هو مقرر ، أو بقول الميت .

وأجاز أشهب الصلح في العمد بقليل أو كثير .

وأما الخطأ ففيه الدية على عاقلة الجاني .

قلت : وهو نص القرآن العظيم وهو من تخصيص السنة للقرآن على الصحيح ، لأن الله تعالى قال : ﴿ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ ﴾ (١) ولم يذكر عاقلة ، بل ظاهره على العاقلة ، والسنة فرضت ذلك تخصيصاً لعموم الآية .

وأما حكم الجراحات [ ق/ ١١٠٥ ] والأطراف ففي الخطأ كل عضو بقدره ، كما هو في مطولات التأليف ، وبلوغ ثلث الدية على العاقلة ، وشرط العاقلة أن تكثر من الخمسين إلى الستين .

وأما عمد الأعضاء فليس فيه أيضاً إلا العفو أو القصاص ، إلا في ماضية للتلّف ، كرض الأثنيين والجائفة والهاشمة .

ويجوز أيضاً في عمدها الصلح بما قل أو كثر ، هذا ما في المذهب مغفل تدارك .

ومن عوارض اللوث : قتل الصفين ، وقد أعطى خليل حكم ذلك بقوله (٢) : وإن انفصلت بغاة عن قتيلين ولم يعلم القاتل . . . إلخ .

وفي النوازل : اختلف قول مالك في دعوى الجراح فمرة أجراها مجرى النفس بشرط أن يدخل النائرة سالماً فيخرج جريحاً ، فإذا عين أحد من الصف المقابل فيؤخذ به قصاصاً أو دية ، وإن لم تعين البينة الضرب من الضارب للمضروب ، لأن القرائن للظن تقضى صحة بقبول قوله ، لأن الجريح لا يدعى غالباً للأعلى من جرحه .

(١) سورة النساء (٩٢) .

(٢) المختصر (ص/ ٢٨١) .



وقال مرة : حكم الأموال ، لا سيما إذا كان الجرح لا يقتص منه كالجائفة والمنقلة ، وإلى هذا القول رجع الضابط ، وأفتى به آخرون في الجراح المخوفة التي لا قصاص فيها ، وبالقول الأول أفتى البرجيني وابن عبد البر .

(٢٦٣) [١] وقد سئل البرجيني عن نائرة وقعت بين رجلين ، فجاء أحدهما وبه منقلة ثابتة ، جرحني فلان بعصى كانت بيده ، فأقر خصمه بالنائرة وأنكر الضرب ، وشهد باعترافه عدلان ؟

فأجاب : إن شهد رجلان بالنائرة وحضروه سالماً وانفصاله جارحاً فعقله على ضاربه المجتمع سالماً المنفصل عنه وبه الضربة ، وكذلك إذا كانت طائفة بينهما مشاجرة على نحو ما تقدم .

وفى «أحكام ابن حارثة» ما نصه : إذا ثبت مشاجرة بين رجلين ومضاربة وادعى أحدهما على الآخر جناية من جرح أو كسر سن أو فقاء عين أو موضحة ، صدق مع يمينه ، ودليله ما فى « المدونة » : فى مدعية استكراه فى وطء على رجل ، وهى متعلقة به دائمة وجاءت مستغيثة فى الحي ، أنها تصدق ويقبل قولها .

قلت : وقيد الجزولى فى شرحه على « الرسالة » قبول دعوة الجريح إذا ادعى ذلك بالحضرة حين المفاصلة ، ولفظه : فإن تشاجر اثنان فانفصلا ، وادعى أحدهما على الآخر أنه شج رأسه أو كسر سنه مثلاً ، وادعى ذلك بالحضرة قبل قوله وإلا فلا لاحتمال أن يكون انصب على جرح ، أو فعل ذلك بنفسه ، أو غير ذلك من التعميلات : ﴿ وَكَانَ الْإِنْسَانُ أَكْثَرَ شَيْءٍ جَدَلًا ﴾ (١) . أ.هـ .

وفى «نوازل أصبغ» ، ما نصه :

مسألة :

فى لعب البوادرى فى الأعراس والكورة وغيرها ، فيدعى واحد على آخر أنه كسر سنة ، أو جدد أنفه أو فقاء عينه ، فإن تعلق به بنفس الضرب حين اللعب وشهدت له بينة عادلة غير دافعة على ثبوت دعوى المدعى تعين الضمان على الضارب قولاً واحداً ، وبه جرى العمل .

ولعباض ما نصه : وإذا وقعت نائرة بين رجلين فأكثر وانفصلا وبأحدهما جرح أو سقوط سن ، ولم يشهد من حضرهما غير الفتنة ، فالقول قول الجريح مع يمينه أن

الذى نازعه هو الذى أصابه ، إن شهد مع حضرهما الفتنة حتى انفصلا عن جرح .  
قال : وإن لم يحضرهما أحد وادعى المصاب ذلك ، فالقول قول المنكر مع يمينه  
وفى شرح الميوسى عن « الرسالة » ، ما نصه : خليل : مذهب ابن القاسم فى  
رجلين فأكثر إذا انفصلا من النائرة وبأحدهما جناية : إن القول قول الجريح مع يمينه  
إذا رأيت البينة العادلة سقوط السن أو الجرح بعد الانفصال بقرب ، وأن يدعى ذلك  
فى الحال وإلا فلا قول ، خلافاً لأشهب وابن عبد الحكم وابن عبدوس .  
قلت : وفى « درر المازرى » اختلاف حكى : أنه لا بد من معاينة البينة  
للضرب وما صدفة المحل ، وهو مذهب أشهب وابن عبد الحكم .  
ولفظ أشهب : لا يثبت حق للمدعى حين خروجه من النائرة إلا بمعاينة البينة  
العادلة ضرباً من الضارب ومصادفة المحل وظهور سقوط السن الثابت غير المضطرب  
جداً ، لأن ثبوت اضطرابه بالبينة العادلة قبل المشاجرة يصير كالمنقلع .  
وأما على مذهب ابن القاسم أنه لا بد من ثبوت المشاجرة والدعوة فى حين  
الانفصال ورأيت البينة للجرح والدم .  
وقيد أبو الحسن فى « تعليقه الكبير » : أنه لا بد أن يكون الدم معتبراً كثيراً ،  
ولا بد من الدعوى فى الحين . أصبغ : وإن ادعى بعد المعرفة فلا قيام له بمجرد دعواه  
على المعول عليه المعمول به من المذهب .  
عياض : ناقلاً عن « التوضيح » ، ما نصه : وإذا تراخى المدعى حتى غاب فلا  
دعوة له .  
وحد ابن القاسم التراخى بأن يتوارى بالمنكب والمنكين ، والصف والصفين . أ.هـ .  
(٢٦٤) [٢] وسئل المشهدالى عن رجل وقع بينه وبين ابن أخيه منازعة فى  
أمر ، فشدّه ابن أخيه من صدره وأطلقه ، ثم بعد ثلاثة أيام أو أربعة مرض فادعى  
أن مرضه من زم ابن أخيه أنه حين أطلقه عود فى الجدر بين كتفيه ، وما زال يدعى  
ذلك حتى مات فقام أولاده ، فأنكر الرجل ولم يقر إلا بزومه من صدره ؟  
فقال : هذه تدمية بيضاء ، والمشهور أنها لا توجب القسامة ، وغاية الأمر أن  
يحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبيراً من دمه .

(٢٦٥) [٣] وفي « درر المغيلي » : البدو والقبائل تنور بينهم النوادر ، فمنهم من لا يباشر قتالاً ويعين بالصباح والتحريض ويريد أن تغلب قبيلة الأخرى ؟

فأجاب : إذا كانت طائفتا القتال باغيتين فلا يجوز الحضور لهما فضلاً عن الأمانة ، ولا يكون من لم يباشر كالمباشر إلا إذا كان لولا هو ما قدر المباشر على القتال .  
وقد صرح المغارى [ق / ١٠٦ أ] في «كتاب المحاربين» ما نصه : قال ابن مسعود : من كثر سواد القوم فهو منهم ، ومن رضى عمل قوم كان شريكاً في عمله . أ.هـ .  
تنبيه :

وإذا رجعت بينة الجرح أو القتل قبل الحكم بطل الأمر ، صرح به مالك في «المدونة» حتى قال : ولا قسامة ولا قود ، وكذا قتيل الصفين إذا لم يعلم قاتله على المشهور ، ولا قود ولا دية .

قال الفيشى : هو المذهب ، وهو مذهب «المدونة» ، خلافاً للموطأ أن العقل على كل قرية .

ونقل ابن عرفة عن ابن رشد : أن شهادة طائفة القتيل لا عمل عليها ، ولم يحك خلافاً .

وفي «مسائل ابن الحاجب» (١) : إن المتصادمين والمتجاذبين إذا ماتا معاً فالدية على عواقلهما ، وإن مات واحد فديته على عاقلة الآخر ، لأنه شبه العمدة وليس بعمدة . أ.هـ .

ونقل الشيخ راشد : أن من لا عاقلة له أو تعذر الأخذ منهم فالدية في ماله ، وشهره الخطاب .

ولفظ ابن عرفة : وعلى المعروف من المذهب من رواية دخول العاقلة إن كانت ، فإن لم يجد من يعينه فيها عادت عليه وعلى مقابله ، وهو الذى يقول بعدم دخوله مع العاقلة ، فإن لم تكن له عاقلة سقطت الدية عنه .

وقيل : هى على بيت المال ، فإن لم تكن أو عسر تناولها كانت عليه ، وبمثله صرح الخطاب عند قول خليل (٢) : على العاقلة والجاني .

(١) المختصر (ص ٢٧٩) .

(٢) مواهب الجليل (٦/٢٦٥) .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٣٩

قال : هذا هو المشهور ، الجانى يؤدي معهم ويدخل ، وعليه إن لم يكن معه عاقلة ولم يجد من يعينه عادت عليه .

وحد العاقلة على ما فى « البيان » عن رواية سحنون : إذا كانت العاقلة خمسمائة أو ألف فهى قليل ، ويضم إليهم أقرب القبائل . أ. هـ .

وأما من قال : إن الزيادة تصدق بالواحد فضعيف ، لأنه جعل الألف قليلاً وتحتاج إلى ضم ، فكيف يصح الاكتفاء بالواحد الزائد فوق السبعمائة أو الألف ، بل لا بد من عد معتبر .

مخ : لا ضرر .

وقال ابن فجلة عند قول خليل (١) : وهل حداها ، أى حد لا يضم من بعده بلوغه ، وليس الحد الذى تضرب عليه الدية ، بحيث لو قصروا عنه لا يضربوا عليهم لفساده ، لأنه يضرب على كل من له قوة وإن قل بقدر ما لا يضربه ثم يكمل من غيره .

وقال الفيشى : هذا بيان لأقل عدد إذا وجد لا يضم غيره إليه ، وأما أكثرها فلا حد له .

قاعدة :

إن البيتين إذا حفظتا معاً وتناقضتا قدمت الأعدلية وإن حفظت واحدة ما لم تحفظ الأخرى من حفظ مقدم .

(٢٦٦) [٤] وعليه فى كتاب الدم لابن رشد على ما عند المتيطى ما نصه : وفى « نوازل سحنون » فيمن شهد له بدم على رجل أصابه عمداً ، فجاء المشهود عليه يقوم يشهدون أنه كان فى يوم القتل فى بلاد نائية عن موضع القتل .

فقال فى الجواب ما نصه : إذا حق الحق لأهله فلا مخرج من شهادة الشهود الذين شهدوا بالقتل إلا بجرحه ، وهو مذهب أصبغ ، وبه قال ابن الماجشون .

ونقل ابن هارون أن القاضى إسماعيل قال : إن شهادتهم بأنه كان يومئذ بعيداً عن موضع القتل مانع من قبول الشهادة بالقتل .

وفى « الوثائق المجموعة » : إذا آدم رجل على رجل بالحضرة ، فثبت أن المدعى عليه كان بعيداً فى ذلك الوقت عن موضع المدعى سقطت التدمية لتبين كذب المدعى

(١) المختصر (ص/ ٢٨٠) .

وإن ثبت الجرح بعدل أو شاهدين وأن ذلك كان بقربه ، وثبت أن المدعى عليه كان فى ذلك النهار بمصر أو بموضع بعيد من المشرق وثبتت التدمية وجبت القسامة والقتل إن مات الجريح .

وكذا يقتل المطلوب إن شهد عدلان بمعاينة القتل ، ولا يبطله ثبوت مغيبه ، إلا أن يثبت أنه كان إماماً لأهل الموسم فى ذلك النهار ، فإن ثبت سقط الحد ، لأن أهل الموسم لا يشبه عليهم لكثرتهم . أ.هـ من ابن فتوح .

### تكميل :

اختلف أهل المذهب فى التى تنام على ولدها وتقتله ، أو تسقيه دواء فيموت ، أو تشرب هى دواء فيسقط الحمل .

وفى مختصر أبى محمد المسمى بـ « اختصار التبيين » : إذا نامت المرأة على ولدها فقتلته ، فالدية على عاقلتها لأنه خطأ ، ونسبه لبعض المتقدمين ، ونلفظه : وقال مالك : وإذا قتلت امرأة ولدها عمداً وهو مريض أو فطيم فعليها الدية كاملة ، ولا يلزم منه العاقلة شيئاً ، إلا أن يكون ذلك منها خطأ فهى على عاقلتها ، مثل أن تضربه ضرب أذب فيموت ، أو ترقد عليه أو تطعمه فيموت ، أو تطرده أو تحمله على دابة فيموت ، فديته فى الجميع على عاقلتها .

وإن سقطت المرأة ولدها من بطنها ، ففيه خمسون ديناراً ووليدة سواء كان ذكراً أو أنثى ، ولا تورث منه شيئاً ، ولا شىء على عاقلتها فيه .

فإن لم يكن لها مال ولا عاقلة ففى صداقتها أو ميراثها من أبيها وغيره . أ.هـ . من « اختصار التبيين » .

وفى « درة المغيلى » ، ما نصه :

(٢٦٧) [٥] وسئل الوغليسى : أن المرأة ترقد على ولدها ، وقد كنتم قلتم لنا: إن الدية على عاقلتها ، والعاقلة اليوم فى حكم العدم ، إذ ليس فيها من يناقد للشرع ، وأبو الطفل أراد أن يأخذ صداق أمه ؟

فأجاب : إنه ليس للزوج قبل الأم شىء ويحلف عليه أن يوفىها بصداقتها .

وفى تعليق الونوغى على « المدونة » ما نصه : قال أبو الحسن الصغير : قال فى « العتبية » : من نامت على ولدها ليلاً فأصبح الولد ميتاً ولم يظهر أثر ، وخافت أن تكون قتله ؟

قال : تكفر بعق رقبة أو صيام شهرين إن لم تجد رقبة .

قلت : أفترى على عاقلتها دية ؟

قال : ومن أين يعلم أنها قتلته ؟

قلت : إن تبين حضوره من عمها إياه .

فقال : إن علم أنها قتلته فالكفارة عليها واجبة ، وإن شككت فمستحبة وإن صح

أنها قتلته بوجه لا يشك فيه فالدية واجبة على عاقلتها .أ.هـ .

(٢٦٨) [٦] وسئل ابن عبد السلام على من نام مع زوجته [ :ق/ ١٠٧ أ ]

في فراش ، فأصبح ولدهما ميتاً لا يدرى أيهما رقد عليه ؟

قال : لم أر فيه نصاً ، وعندى أنه هدر .

وسئل ابن عرفة عن هذه .

فأجاب بذلك .

وقال غيرهما : يصوم كل واحد شهرين .أ.هـ .الخطاب .

وقال قبل هذا (١) : قال ابن فرحون في تبصرته :

فرع :

إن سقت المرأة ولدها دواء فشرق فمات ، فلا شيء عليها ، وكذا لو انقلبت على

ولدها وهي نائمة فمات فلا شيء عليها غير الكفارة .أ.هـ .

ومسألة السقى ذكرها في « العتبية » ومسألة النوم ذكرها في « المدونة » في

« كتاب الديات » ، وزاد فيها : وديتها على عاقلتها .أ.هـ . من الخطاب .

وفي « الأم » : إن ألق الحرة المسلمة جنيناً يضرب على رأسها أو ظهرها أو

عضواً ، فحصل منه انزعاج ولازمت الفراش ودام ذلك إلى أن ألقته ، سواء كان

ذكراً أو أنثى ، مصوراً أو علقه أو دماً ، مجتمع عند ابن القاسم غرة عبد .

وقال خليل : إلا أن يحيى بقسامة .

وفي « المدونة » : إن المرأة إذا قالت : دمي عند فلان أو جنيني واستهل الجنين

صارحاً ، فالقسامة في الجنين ، كما إذا قالت : قتلني فلان ، أو قتل فلان فلاناً .

وفى شرح الشيخ عبد الباقي فى كلام خليل فى باب الصيد ما نصه :  
تمة :

(٢٦٩) [٧] سئل عن طلق ولها ولد عمره عام وشهر ، وفرض أبوه رضاعه ففطمته بعد نحو عشرين يوماً ، ولم يشعر أبوه به ، فضعف الولد من يوم الفطام ومكث عشرين يوماً ومات من ذلك ، فهل يلزم فيه شيء أم لا ؟

فأجاب : إن كان الولد فيه قوة على الفطام بالعرف والعادة فى مثل هذا السن ففطمته ومات بقرب الفطام ، فلا شيء عليها .

وإن كان مثله يخاف عليه الموت من الفطام بالعرف والعادة فعليها دية خطأ . أ. هـ .  
وفى « مفيد الحكام » ما نصه : وقال ربيعة : إذا شهدت امرأة واحدة بقتل فهو لوث ، ويقسم معها ، وقاله يحيى بن سعيد .

قال : وكذلك كل ما يشهد فيه النساء والعبيد والصبيان واليهود والنصارى والمجوس من قتل فجأة أو جرح أو ضرب ولا يحضره غيرهم فإن شهادتهم فى مثل هذا لوث تجب به القسامة ، ومن اللوث أن يرى المتهم بقرب المقتول ولو لم يروه حين أصابه .

وفى سماع أشهب : المرأة لوث والعبد ليس بلوث .

وفى « أجوبة العقبانى » : من عض رجلاً ف جذب العضوض يده فسقط سن للعاض ، إن عليه القصاص .

ثم قال : واختار كثير من الشيوخ إهدار السن .

أما فى « صحيح البخارى » وفى « أجوبة المازرى » : إن من أشار بسيفه على رجل فى لعبهم فأصابه فمات ، قال : الدية على العاقلة .

وفيه أيضاً : صبيان يلعبون فى الغدير فأصيب واحد بضربة على رأسه فما خرجوه إلا ميتاً ، فتفرق الصبيان هاربين ، فنازع أبو الميت آباءهم فكل واحد ينفى عن ابنه ، وربما كان مع الصبيان من هو بالغ .

قال : لا شيء على العواقل لاحتمال أن يكون انصب على حجر فى الغدير أو ما أشبه ذلك .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٤٣

وفي «أجوبة ابن مرزوق» : قوماً طلبوا للحصاد فتضارب اثنان بمناجلهما ، فأصيب واحد بيده فشلت .

قال : وأصلها مسألة المتصادمين نصف ديتهما على عاقلة الآخر ، لأنها خطأ .

وأجاب بمثله سيد على بن عثمان .

وفي «أجوبة العقباني» : صبيان يلعبون وهم في سن اثني عشر فضرب واحد شاة ، فأصاب عين صاحبه ففقاها ، ولم يقع القيام حتى بلغوا رشداً .

قال : ديتهما على عاقلته وعليه ، وهو المعمول به ، وأفتى به غير واحد .

وفيه أيضاً : رجل دخل دوار قوم سمع بهم يتكلمون بالسوء ويحلفون فيه ، فدخل ليلومهم ولم ير بعد ذلك .

فقالوا : وقف معنا طويلاً ومشى .

فأجاب : ليس عليهم شيء من ذلك كله ، ومن هويت فيه التهمة منهم سجنه الإمام باجتهاده .

وعن رجل قام عليه رجل وقربه بسكين وانغلق جرحه فمرض به ، ويقول : من حين ضربني لم ألق خيراً ، ثم مات .

فقال : تدمية صحيحة .

وقال : الضرب والسجن حق لله في كل قاتل عمداً عدواناً فلا يسقطان مع العفو ولا مع الدية .

وفيه : من حضرته الوفاة وقال : إن مت فبيت فلان ، ولا جرح ولا أثر ضرب ، إنه لا تصح تدميته .

وقوم هجموا على أناس فمسكوا منهم واحداً ، فهدده القاضي وضربه فأقر أنهم هم الهاجمون ، وأنهم قتلوا الرجل ، وثبت من حالهم أنهم لصوص وأصحاب الدعارة وفساد ، وقتلهم القاضي ، ثم نكت عليه بعض الطلبة .

فأجاب : المنوب من قبل السلطان له إقامة الحدود والقصاص .

وأما قتل الرجلين بإقرارهما فإن كان حين الإقرار من غير سجن ولا قيد ، فالقتل ماض ، وإن كانا مكرهين كما ذكروهم من أهل التهم ، فاختلف العلماء في لزوم



الإقرار لهما ، فسحنون يراه لازماً ، وابن القاسم خلافه .

فإن كان هذا القاضى اختار قول سحنون - وهو الأصوب فى أهل التهم فى زماننا - فلا ضمان عليه ولا قود على من تولى على ذلك ، وذلك كله بعد ثبوت الإقرار المذكور والإعذار فيه .

وأما الهاربون فلا يلزمهم قتل بهروبهم .

نعم إن ثبت حرابتهم عمل على حكمها .

ف قيل : إن للقاضى قتلهم دون مشورة قاضى الجماعة .

فقال : إن ثبت دعارتهم صح فعله والمشهورة ليست بواجبة فى إنفاذ الحكم ، فلو أقر القاضى بالجور أو ثبت أنه قتلهم فى غير حق فإنه يقاد منه .

(٢٧٠) [٨] وقال محمد بن ذبال قاضى الجزائر : فى سؤال الوارد عليه :

إنهما لم يقرؤا وأن القاضى مكنهما من أهل القتل قتلوهما قبل استيفاء الحكم ، والقاضى أن تمكينه إياهما بعد استيفاء موجبات القتل .

فأجاب : لا يجوز للقاضى أن يحكم قبل استيفاء الحجج من إعذار أو غيره ، والسارق إذا فر لا يجوز قتله ، وإذا كافر قتل .

نعم إذا فر وهو مشهور بالسرقة قبل ذلك سجن أبدأ [ ق / ١٠٨ ] حتى يموت فى السجن ، وإذا كان يدخل الحرز بالعصى والحديد قتل لأنه محارب .

والقاضى إن أخطأ فى حكمه فلا دية على عاقلته ، وقيل : لا شىء عليه إلا أن يتعمد الجور .

وفى «أجوبة ابن مرزوق» : الجرح البارئ على غير شين إن كان عمداً ففيه القصاص والأدب .

وحكى عبد السلام سقوط الأدب وإن كان خطأ فلا شىء فيه .

## فصل

### فى الضمان بالأسباب

قال ابن شاس : وكل ما يحصل الهلاك معه فىكون علة ، كتردية فى البئر ، أو يحصل معه لعله ولولا هو لم تؤثر العلة ، كالحفر مع التردية فهو سبب ، فلو ضرب حاملاً فتمخضت وألقت فعليه غرة .

وكذلك تهديدها وتخويفها فإنه سبب أيضاً .

وقد وقع لعمر بن الخطاب رضى الله عنه ، بعث عماله لرجل فأخافوا زوجته ، فقال عبد الرحمن بن عوف : لا شيء عليك فإنك مؤدب .

فقال على بن أبى طالب : إن لم يجتهد فقد غشك ، وإن اجتهد فقد أخطأ ، وأنا أرى عليك الدية .

وقال ابن شاس : اجتماع العلة كالحفرة والتردية ، ومهما كانت العلة عدواناً فالضمان على المردي لا على الحافر .

وإن لم يكن عدواناً بأن يخطئ إنساناً فيردى جاهلاً ، نظر إلى الحافر ، فإن كان عدواناً ضمن ، وإلا فلا ومن حفر بئراً فى ملكه ليجرى به ماء أو غير ذلك من منفعة ملكه فليس بعدوان .أ.هـ .

(٢٧١) [١] وسئل سيد حمد بن أبى القاسم عمن حمل صبيّاً على دابة وأعطاه رمحاً فى يده ونهز الدابة ، فنفرت فأصاب الصبيّ أمر من الرمح أو من الدابة ؟

فقال : تجب الدية عليه .

وفى « المدونة » : من جاء يحمل متاعاً على دابة فنظرت إليه دابة رجل فنفرت براكبها فقتلته ، ضمنه الذى نفرها إن كان خطأ فعلى العاقلة ، وفى عمده القود .

وقال ربيعة : من رقد على قارعة الطريق فنفرت منه ، وإن كان نائماً على غير الطريق فلا ضمان إلا لتحركه .

وقال ابن المواز : هو هدر إلا أن يتحرك فتنفر من حركته .

وقال ابن يونس : من طلب غريقاً فلما أخذه خاف على نفسه الموت فطرحه ، فلا شيء عليه .

وقال ابن يونس : ولو ذهب بشخص ليعلمه العوم ، فلما خشى على نفسه تركه ، فهو ضامن .

ولو ترك رجلاً فى بئر فطلب رجلاً يدلى له حبلاً ، فدلاه إليه فجذبته فخشى على نفسه فتركه ضمن ، وكذلك لو فلتت من يده .أ.هـ من ابن يونس .

ولو انقطع الحبل فلا شيء عليه ، ومن رمى رجلاً بحجر ، فتلقاها بيده فرجعت على غيره فقتله ، فإن ردها حتى وقعت على غيره فالدية على عاقلة المرمى .

وإن ألقاها دون رد فالدية على عاقلة الرامي ، لأنه إنما رمى غيره . أ.هـ . من «شرح الصقلي» .

ابن الحاجب : ولو أشار عليه بسيف فهرب ، فطلبه حتى مات وبينهما عداوة فأربعة أقوال : القصاص ، والدية ، والقسامة ، فإلحاقه نسبة العمدة ، فلو أشار بسيف فمات منه فخطأ .

قال شارحه : من أشار على آخر بالسيف فهرب منه فتبعه حتى مات وبينهما عداوة ، القول بالقصاص لابن المواز .

والقول بالقصاص بقسامة ، يعنى يقسمون : لما تخوفاً منه لابن القاسم .

وذكر ابن القاسم أنه سقط ومات ، ابن القاسم : فلو أشار عليه بالسيف فقط وبينهما عداوة ، فهو من الخطأ .

قلت : وفرض المسألة في كل وجه مات من الخوف .

قال الفيشي : وقول خليل : ورميه حية عليه (١) ، سورة المسألة لدغته ، ففيه القصاص .

وأما لو مات من الخوف فالدية ، كانت ميتة أو حية . أ.هـ .

وفي «أجوبة ابن مرزوق» : في مصاب اللعب أنه عمداً لا خطأ .

ونقل ابن سلمون عن ابن الحاجب : في رجلين بينهما عداوة ومخاصمة وذكر أحدهما على الآخر فأدمى عليه من غير جرح ولا أثر ضرب .

قال : هي باطلة .

قال ابن العطار : تدمية الزوجة على زوجها باطلة ، لأن له أدبها وضربها ، وهذا أحسن من مذهب «المدونة» .

ابن سلمون : وسئل عنها ابن الحاجب ، فقال : ماثلة على الضعف ولا يقام القود عليه بها إلا أن تقول : ضربني برمح ، أو سيف وفيها أثر ذلك ، أو يتبين

(١) المختصر (ص/ ٢٧٣) .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٤٧

للشاهدين الجرح مما لا يمكن للإنسان أن يفعله بنفسه ، فتدميتها عاملة عليه ، ويكون عليه القصاص ، لأن ضرب المسكين وما أشبه ذلك ليس مأذون فيه ، ويكون معتمداً ، قاله تحصيلاً فيما أصابته الدابة .

قال الشيخ يوسف بن عمر : فإن انفلتت وقال ربها لأحد : امسكها لى ، فأصابته ، فإن كان صيباً أو عبداً ، ضمنه وإلا فلا .

وإن لم يقل لأحد : امسكها ، فلا شيء عليه فيما أصابته ، لأنه مغلوب إلا أن يكون عطشها أو أطلقها ، وجرب إلى الماء مسبب فى جريها ، يضمن ما أصابته ، ومن نفرها أحد وأصاب أحد ، إن كان قاصداً لذلك ضمن ، وإلا فلا وإن كان راقداً على الطريق وتحرك ولم يقصد تنفيرها ، فقولان ، وإن رقد على غير الطريق وسرت إليه فنفرت ، فلا ضمان عليه .

وقائد الأول من القطار يضمن ما أصابه الأخير ، وإن كان القائد والسائق يصيح .

فقال : لا ينفعه صياحه ، وقيل : ينفعه .أ.هـ .

وفى « المدونة » : ولو كان رجلان على دابة ، فأصاب رجلها بيدها أو رجلها فقتلته ، فديته على المتقدم إلا أن يكون المؤخر حركها أو ضربها فهو عليهما لجامها وإذا أنه بسبب المؤخر ، بحيث لم يقدر المقدم على دفعها ، كما لو ضربها المؤخر فرمحت رجلاً فمات ، فهذا أو شبهه على عاقلة المؤخر ، وكذا عكسه .

وإن كان المقدم صيباً يضبط الركوب فحكمه فيما تقدم كالرجل .

ثم قال : ولا يضمن المقدم ما قدمه إلا أن يكون ذلك من سبيه ، وكذلك الراكب على الدابة وحده ، لا يضمن ما قدمه إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها ، ويضمن ما وطئت بيدها أو رجلها ، لأنه هو الذى يسيرها .أ.هـ .

وفى « شرح الونوغي » ما نصه : سئل ابن زرب عن راكب فى سوق ، فطارت حجر ، فرمت دابته فكسرت آنية ؟

قال : لا ضمان عليه .

وأفتى الأشبيلي بالضمنان .

البرزلى : وإن أعابتها ولم يضربها وكان ذلك من شزنها ولم يحفظ فيما بما يمنعها وكان [ق/١١٠٩] هو السبب فيه بفعل فعله ، ضمن . وإن لم يرها حتى فعلت ولا هو من شأنها ولا فعله ما أوجب ، لم يضمن ، وإذا اتهم فالقول قوله ويحمل أنه جناية منها لا سبب له فيه حتى يتحقق سببه .

وإن أصابته بيدها لم يضمن إلا إذا تسبب .أ.هـ .

قال أبو عمران : من صاح فى طريق إياك إياك ، وفى سوق مع اتساع وسماع الناس له ، فلا شىء عليه .

وإن لم يكن سماع والطريق ضيق وفيه زحام ، فإن صاح : إياك إياك ، فالواجب عليه أن يأخذ برأس دابته ويرفق فى السير حتى يخرج من الضيق .

قال الشعبى : إن سمعهم الرجل لم يضمن ، وإلا ضمن .

وقال مالك : من ربط جبلاً فى رجل ودلاه فى بئر للحمام ، وربط جبلاً آخر فى حجر أو خشبة فانقطع الجبل الذى فيه الخشبة ، فخشى الرجل أن يذهب به فى البئر فترك الجبل الآخر الذى يحبس الرجل فمات ، فهو ضامن .أ.هـ من ابن يونس .

وفى «أجوبة أبى محمد» : فمن وضع حجراً على حائطه ليحبس به ساتراً أو يغيب الشمس أو نحوه من المنافع فهبت ريح فسقط الحجر على رجل فمات ، إن كان الحائط على طريق ضيق تجوز الناس فيه تحت الحائط ، فالدية على عاقلته .

وإن كان غير طريق أو على طريق فسيح ، فلا شىء عليه لأنه فعل ما يجوز له ، ونحو هذا فى «أجوبة الإيبانى» .

وحكى عن «الإيبانى» أيضاً: أن الجناية فى مال واطع الحجر، لا على العاقلة .أ.هـ من الونوغى عن « المدونة » .

ابن يونس : ولو ربط كلباً للصيد فى داره فدخل شخص فعقره ، لم يضمن إلا أن يعلم أنه يفترس بنى آدم ، ولو ربطه لعقر من يدخل ، ضمن .

وإن ربطه فى غنمه يرد السباع لم يضمن إن أصاب أحداً .

وإن ربطه ليحرس الدار من الداخل من طارق أو سارق فهو ضامن .

وقيل فى مثل هذا كله : لا ضمان عليه . أ.هـ . الونوغى .

عياض : عن ابن حارثة : كان رجل واقفاً على جدار فرماه ، فحاد عن الرمية فسقط فاعتل فمات ، فرفع ورثة الرامى إلى عيسى بن مسكين فطلب ثبوت الرمية ، فلما ثبت قضى لهم بقتله بعد القسامة لمن رميته حاد ومن حيدته سقط ومن سقطته مات . قال الونوغى : ذكر لى شيخنا ابن عرفة : أنه جرى بتونس مثل هذا ، وذلك أن الشيخ ابن علوان سئل عن من صاح برجل وهو على حائط فالتفت إليه فسقط فمات ، إنه هدر أو ليس هو من باب الخطأ . أ.هـ .

ومن كتاب الإجارة من « المدونة » : فيما يضمنه الأجير وما لا يضمنه ما نصه : ولا ضمان على من جلس ليحرس ثياباً من داخل الحمام ، لأنه أجير ولا يضمن أجير الخدمة ما كسره من صحن ، أو ما أهرقه من ماء أو لبن ، أو وطء عليه فكسره ، أو أحرقه إلا أن يتعدى .

قال المغربى : لا يضمن حارس الثياب فى الحمام ، لأنه أجير على المذهب وإن كان مشتركاً لكن غير مؤثر .

وقال الأوزاعى وسعيد بن المسيب وابن عبد الحكم : يضمن الأجير المشترك .

ابن يونس : قال مالك فى « العتبية » : ولقد أمرنا صاحب السوق أن يضمن الحمامات ثياب الناس أو يأتوا بمن يحرسها .

وقال ابن حبيب وابن الماجشون : من جلس على ثوب رجل فى الصلاة ، فقام الرجل فتمزق الثوب فلا ضمان ، إذ لا بد للناس فى مجالسهم من هذا .

قال ابن علوان : والذي جرى لنا فى المناظرة فى هذا الأصل وشبه قولان ، ومنه من أسند قلة خل أو زق زيت على باب رجل ورب الدار لا علم له ، ففتح بابه فسقطت ففى ضمانه قولان .

وكذا من أدخل أصبعه فى فم رجل فعضه فأخرج أصبعه ، فأزال سنه ، قولان . وفى « المدونة » : ولو أن حرأ وعبدأ اصطدما فماتا ، فقيمة العبد فى مال الحر ، ودية الحر فى رقبة العبد يتقاصان ، فإن زادت قيمة العبد يتقاصان ، فإن زادت أخذ

سيده الزائد من مال الحر فإن زادت الدية فلا شيء على السيد .

قال محمد : إلا أن يكون للعبد مال ففي ماله ، صحح من الزناتى على «الرسالة» .

وفيه : من دفع إنساناً فوق دابة فوقع على أحد فقتله ، فديته على الدافع دون المدفوع .

ولو رماه بشيء فحاد عنه فسقط فديته على عاقلة الساقط ، وترجع على عاقلة الرامى .

وإن ماتا معاً فديتهما على عاقلة الرامى ، إلا أن دية المسقوط عليه على عاقلة الساقط ، وترجع كما سبق .

قال أشهب : ومن أقاد دابة فمرت به جارية فصاح بها : إياك إياك ، فوطئنا فقطعت أئمتها ، فعليه الغرم .

وفى « العتبية » ، ما نصه : الثور الطاغى والكلب العقور والجدار الواهى ، لا ضمان فى الجميع إلا بتقديم الإنذار .أ.هـ . من الزناتى .

قلت : فلو ادعى ربه عدم العلم بطغيانه صدق ؛ إذ إنه يطرأ .

وفى «أجوبة الباجى» رحمه الله ، ما نصه : قال ابن رشد فى « البيان » : قال مالك : ولو أن رجلاً أضاف قرية وطلب الدخول فمنعه فنزل تحت حيطانهم فأصابه برد أو لص أو سبع ، ضمنوا ديته أو ماله .

وكذا عند ابن عبد الحكم وابنه وعمر بن عبد العزيز .

تحصيل فى طرد المواشى على الزرع :

التونسى : إن رمى هارب الزرع بالحجارة ، أو عنفا فى الطرد ، أو شلى عليها كلباً فمات بعضها ، فلا ضمان عليه إن قال : رميت حولها أو فى أثرها ولم أصادفها .

وأما إن أقر بالإصابة أو رآته بينة فإنه يضمن .أ.هـ . منه .

وفى «أحكام ابن أبى رمنين» ما نصه : وفى سماع يحيى عن ابن القاسم : فإن خرج صاحب الزرع الماشية من زرعة نهاراً فعطبت ، فإن ساقها سوق أمثالها لا شىء عليه وإن عنفها أو شلى عليها كلباً أو صاح أو رماها ضمن .

وإن عنفها حتى خرجت من الزرع فتركها ، وادعى ربها أنها عطبت بعنفها فى حال الإخراج بالعنف ، وأنكر رب الزرع وقال : خرجت سالمة ، فلا ضمان عليه إلا لبينة أنها عطبت ، أو أنه أصابها .

وإن أخرجها من زرعة ليلاً وأدخلها فى داره فأصبح وقد مات ، فلا شىء عليه .

فإن أتى ربها فقال : والله لأخرجتها من دارى حتى يموت بعضها ، ضمن [ق/ ١١٠ أ] وإن ساقها نهاراً وأدخلها لمنزله حتى يشهد ربها ، فمات بعضها ، فإن ماتت من سبب فعله من عنف أو نحوه ، وإلا فلا .

وقال ابن وهب : بحيث أدخلها لداره ليلاً أو نهاراً فضاع منها شىء أو خرقت الزرب فأكلها سبُع فهو ضامن فى الجميع ، لأنه متعدٍ ولا ينبغى له إدخالها لداره ، وإنما ينبغى له أن يشهد على ما أفسدت وهى فيه .

وفى « الواضحة » : قال ابن الماجشون : لو طلب رجل رجلاً ففر منه فعثر قبل أن يلحقه فمات ، قتل به .

وقاله أصبغ والمغيرة وابن القاسم ، وفى كتاب « الفصول والاستيعاب » : من باع حرّاً يسجن سنة ويجلد ألفاً ، فإن آيس منه دفع ديته إلى أهله .

وفى « النوادر » : من أخبر لصوصاً أو سراق بمطمورة ، أو دل أحد على مال رجل فأخذه فى غير حق ولولا دلالة ما عرفه ، فضمنه بعض أصحابنا مع العقوبة ، لم يضمنه بعضهم .

قال أبو محمد : وأنا أقول بتضمنه لأن ذلك من وجوه الضمان لقوله ﷺ : «الظالم أحق أن يحمل عليه» .

وفى كتاب «التقسيم» : إذا اشتكى لظالم وهو عالم أنه يجاوز فى ظلمه ، فعليه الأدب والإثم ، ولا غرم .



ولشيوخنا : إذا كان الشاكي ظالماً متعدياً ضمن وعوقب وإن كان مظلوماً ولا يقدر على أن ينتصف إلا بشكواه ، فلا شيء عليه ، لأن الناس إنما يلجئونه أبدأ إلى السلطان ، ومثل هذا فيما أخذ الرسول .

وفى كتاب ابن الموار : الحر إذا سبى وبيع فى المقاسم وهو ساكت ، إذا كان مثله يجهل هذا ويظن به ذلك ، فلا شيء عليه ويخرج من يد مشتريه ، ومن لا يظن به هذا يضمن الثمن للمشتري لما أتلفه بسكوته .

وقال محمد : من دل السلطان على مواضع قوم أو مالهم وهو يعلم أنه يأخذهم فى غير حق ، فهو ضامن .

وفى ابن يونس : وفيه خلاف من دلالة المحرم مثله على صيد ، هل الجزاء على الدال أو على المدلول ؟

وأما حكم الأجير فالأصل فيه أنه أمين كالمودع ، وضمنه أهل الحل والربط لمصلحة العامة التى هى أصل مذهب مالك ، إذ لا غناء للناس عليهم ، فكان تضمينهم أصلح .

ومن الحكم بالمصلحة العامة نهيه ﷺ من بيع الحاضر للبدوى ، ومن تلقى الركبان حتى يهبطوا للسوق .

وقد قضى عمر - رضى الله عنه - بتضمين الصناع والخلفاء من بعده .

وعن على - كرم الله وجهه - أنه قال : لا يصح للناس إلا ذلك .

وقال يحيى : ما زال الخلفاء يضمونهم ، قاله مالك فى كتاب محمد .

ابن حبيب : ويضمن جميع ما عملوه ، بأجر أو بغير أجر ، كثير العمل أو قليله ، سواء كان ربه حاضراً يتدبر فى فساده ، أو غائباً لأنه أجير خاص فى حانوته ، فهو أجير مشترك أ.هـ. من ابن يونس .

## مسائل من الوصايا والموارىث

أصل الوصية من الكتاب والسنة .

أما القرآن فذكر الوصية على العموم ولم يعين لا ثلثًا ولا غيره .

وأما السنة فيها التخصيص ، والمشهور من مذهب الأصوليين أن السنة تخصص القرآن ، وهذا منه .

يؤخذ من الحديث حكم الوصية وكونها لا تصح إلا فى الثلث ، وهو قوله ﷺ :  
« إن الله أعطاكم ثلث أموالكم ، وصلاة المؤمنين عليكم زيادة فى أعمالكم » .

وفى رواية : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم » ، والمعنى واحد .

قلت : يؤخذ من الحديث النذب لأنه قال : « أعطاكم » أو « تصدق » على رواية ،  
ثم أضف الحديث بقوله « وصلاة المؤمنين » يعنى بدعاء الموصى لهم ، فهو نذب .

وشرط الوصية تمييز الموصى فى عقله حين الإصاء وعدم رجوعه على الخلاف ،  
والأصح صحة بينة ، والألا يزيد على الثلث ، فإن زاد وأجازه الورثة صح وإلا بطل  
الزائد ونفذ الثلث ، بخلاف تبرع الزوجة فى مالها بالزيادة وهى فى عصمة الزوج فإن  
الجميع يبطل .

وفرق الحافظ التتائى : أن الزوجة إذا أراد زوجها جميع تبرعها حيث زاد على  
الثلث فهى فى سعة من إدراك غرضها فتبرع بالثلث بعد ذلك وقد تم غرضها وانتهى  
مقصودها ، بخلاف المريض والموصى فينفذ غرضه فى الثلث ويبطل الزائد ، إلا إذا  
أجازه الورثة ، ونقله الشيخ سالم فى شرحه عند قول خليل فى باب الحجر : وليس  
لها . . . إلخ .

مصدق الجميع ما فى « المدونة » .

ومن أوصى فى مرضه بمال عد ثلثه جاز منه الثلث ورد ما زاد وهذا كله فى  
« فتاوى البرزلى » .

وفى « أجوبة الغمرى » ما نصه : وسئل - رضى الله عنه - عن امرأة أوصت فى  
مرضها لولد ولدها بنصف مالها ؟

فأجاب : إن كان مرضها مخوفاً ولم يجوز الورثة ذلك ، فليس لولد ولدها إلا الثلث .

وفى « المدونة » من الوصايا ما نصه : وتجزر الوصية للصدىق الملائف وغيره بالثلث فأقل منه ، لأنه لو شاء بتل له ذلك .

ثم قال : وإن زاد على الثلث لم يجز منه إلا الثلث إلا أن يجوزه الورثة .

قال المربى فى شرح هذا الممل ما نصه : انظر هل يفتقر ذلك إلى الءوز عن الءورثة أم لا ؟ المشهور أنه يفتقر .

وهو كذلك فى أصل الباجى وابن يونس ، وقاله صاحب « التنبهات » ، وصرء به اللءمى .

وفى « البىان » لابن رشاء فى رسم الوصايا الأول من سماع أشهب : قال أشهب : قال وسمعه يقول : لما ءوفى إسماعىل بن عبد الله المربى وءصءق بكل شىء ملك عنه ، فرفع ذلك إلى هشام بن عبد الملك فأجاز ءلئه وءء ءلثيه .

قال محمد بن رشاء : فما قضى به صءىء على مذهب مالك .أ.هـ .

وهو كذلك فى « ءبصرة » اللءمى .

وذكر صاحب « التنبهات » ءىن ءعرض الشروط صءة الوصية .

قال : ولا ءصح فى مال الغير بل لا بد أن يوصى فى ماله ءام الملك ، ونصه : ولا وصية للوصى فى مال غيره .

قلت : وعليه فقد وءءء نازلة فى رءل قال فى وصيته : إذا مات ولى بءدى على مال فءلئه لفلان - رءلاً عىنه - ومات ابنه بءده مع بقاء ماله بعىنه لم ءعب عىنه [ق/١١١١] فوقع فىها بىن علماء وقءه ءبء ءءى اءفقوا على كلام صاحب « التنبهات » فءءققوا أنها وصية ببال الغير ، لأن هذا بنفس موءه اءءقل ماله إلى ملك وءءه ، فلا ءصح وصية فىه .

وفى « نوازل الغمرى » : من له أولاء ذكر وءناء ، وأوصى عىلهم فى مرضه رءلاً وقبل الوصية وءاب الوصى فءزوج وءء منهم فى ءبته ؟

فأجاب : إن له فسخ النكاح ، وله إمضاؤه .

وقيل : يتحتم فسخه ولو طال وولدت الأولاد .

وقيل : إن كان سداداً فليس له فسخه .

وأما من تزوج قبل بلوغ أو مكرهه فسخ على كل حال .

(٢٧٢) [١] وفى « أجوبة بعض البجاويين » : من مات ولده فى حياته فترك

ولداً فعمد إليه جده وأنزله فى جميع ماله بمنزلة أبيه مع أولاد الصلب ؟

فأجاب : الوصية لولد الابن هذه ماضية لأنه غير وارث . أ.هـ .

والمعمول به فى المذهب أن شروطه تتبع كالمحبس ، وأشار لذلك ابن الحاجب

بقوله (١) : وإذا أوصى بترتيب اتبع . . . إلخ .

وفى « وثائق الجزيرى » ما نصه : فإن شرط الوصى فى وصيته إن مات أحد من

الأعيان الذين أوصى لهم فى حياته كان ما أوصى به لورثته ، جاز .

وإن أوصى لميت ، فإن علم بموته حين أوصى فهى لورثة الميت .

وإن لم يعلم بموته بطلت وصيته ، ولو كان قد مات .

واختلف فى محاصة الورثة بها لأهل الوصايا ، والصواب محاصتهم . أ.هـ .

وفى « التهذيب » : ومن قال فى صحته : غلة دارى فى المساكين وأنا أولى

عليها وأفرقتها ما دمت حياً ، فإن ردها ورثتى بعد موتى فهى وصية فى ثلثى تباع

ويتصدق بثمانها ، فذلك نافذ كما قال . أ.هـ .

قلت : وهذا دليل على وجوب اتباع شروط الوصى .

وفى « التهذيب » أيضاً ما نصه : من وصى لأولاد ولده بثلثه ولا يرثونه ،

فذلك جائز .

قيل : فإن مات أحدهم وأولاد غيرهم بعد موت الوصى وقبل قسمة المال ، فإن

ذلك قول مالك فى الوصى لأخواله وأولاده ولمواليه .

قال ابن القاسم : أو لبني عمه أو بني فلان بثلثه ، فذلك لمن حضر القسمة ، ولا يحبس من مات بعد موت الموصى ، ولا يحرم من ولد ، لأنه لم يسم قوماً بعينهم .

وقال ابن القاسم في باب بعيد هذا فيمن أوصى بثلثه لموالى فلان فمات بعضهم وولد بعضهم وأعتق آخرون : فإن ذلك لمن حضر كالوصية لولد الولد .

فإن قال : ثلثى لهؤلاء نفر فهم عشرة ، فإن مات منهم يرث نصيبه ورثته .

قيل له : فإن قال : ثلثى لولد فلان وولد فلان ، وذلك عشرة ذكور وإناث ؟

قال : الذى سمعته من مالك أنه إذا أوصى بحبس داره أو ثمر حائطه على ولد فلان ، أو على ولد ولده ، أو على بنى فلان فإنه يورث أهل الحاجة منهم فى السكنى والغلة .

وأما الوصايا فلا أحفظ قول مالك فيها ، ولكن أراها بالسوية .

ثم قال بعد كلام : ومن قال : ثلثى لولد فلان ، وقد علم أنه لا ولد له ، جاز ويتنظر أيولد له ؟

وفى « أحكام البرزلى » ما نصه :

(٢٧٣) [٢] وسئل أبو عبد الله بن زيادة الله عن أوصى بثلثه لمن يولد لأولاده الثلاثة ، ويكون نصيب كل واحد بيده حتى يتزايد له الولد ، فإن آيس من الولد فهو يرجع لأولاد إخوته ، فهل تبطل الوصية من أجل شرط إبقاء نصيب كل واحد تحت يده أم لا ؟

فأجاب : الوصية جائزة ، إلا أن قوله : ويبقى تحت يده ، فهو ساقط بل ينفذ بين جميع الورثة حتى يوجد الولد أو يئأس منه فيكون كما قال .أ.هـ .

اللخمي : ومن أوصى لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له ، جاز ويتنظر أيولد له أم لا ؟

ثم قال : فإن كثروا ، فإن ولد وولداً اتجر له بذلك المال ، ثم كذلك كلما ولد اتجر له بذلك المال مع الأول ، ومن بلغ لسن التجر ولم يبلغ الحلم ما اتجر لنفسه فإن خسر فيه أوضاع منه شيء لم يضمن ، لأن الصغير لا تعمر ذمته بذلك وقد رضى الوصى بالوصية له على ما تجب به الأحكام فى الضمان ، ومن بلغ الحلم واتجر لنفسه

ضمن الخسارة والتلف .أ.هـ .

(٢٧٤) [٣] وقد سئل شيخنا أبو القاسم الغبريني عن أوصت لعقب ولدها بالثلث ، وإن لم يعقب رجع ذلك لأخوة لها ثلاثة ، ولم تنص على أنه إن توفى أحد الإخوة رجع نصيبه لأخويه ، ثم توفى أحد الإخوة بعد أخته بيسير ، ثم الولد بعد خاله بنحو عشرين عاماً فهل يرجع نصيب الأخ لأخويه أو يرجع ميراثاً عن الوصية ؟

وكيف لو باع الموصى لعقبه ثلثى جنة مورثه عن أمه ، إذ لا إرث لها غيره وذلك بالعلم ونحوه ، فأراد الأخوان الباقيان الأخذ بالشفعة ، فهل لهما ذلك ؟ فأجاب : إن مات الولد ولم يعقب رجع الثلث لأختها أثلاثاً إن كانوا بالحياة ، ومن مات منهم رجع نصيبه لأخويه ولهم الشفعة إن شاؤوا . وكذا أجاب شيخنا الإمام أن أولاد الموصى لهم أحق .

وفى « الوثائق المجموعة » : إذا كان الحبس معقياً ولمن سيولد له ، فاستحقه صنف ، ثم إنه انقرض فى حياة المحبس ، وبقي الحبس موقوفاً لمن سيولد له .

قال : لا يوقف الحبس فى الفترة بعد موت المحبس عليهم فى حياة المحبس أن يولد له ، لأنه يمكن ألا يولد له أصلاً حتى يموت ، فيكون توقف الغلة عن يجب له المرجع الذى جعل مرجعه إليه ضرر .

قال الإمام البرزلى : وهذا نحو ما تقدم فى المسائل المتقدمة أن الولد لا يستحق الوصية إلا بعد وجوده ، وإذا لم يوجد فاستحقه من كان حاضراً ولو كان بعد الولد رية .أ.هـ . من البوسعدى بلفظه .

قلت : ويشترط فى الذى يولد ويستحق نصيبه من الوصية أو الحبس إذا استهل صارخاً .

قال فى كتاب الوصايا من « المدونة » : ومن أوصى لحمل امرأة ، فلا شىء عليه إلا أن يستهل صريخاً .أ.هـ .

قلت : ولو ألقته غير صريخ فى حياة الموصى لم تبطل ، لأنه يصح منه إنفاذها ، وعليه اعتمد خليل [ق/١١١٢] حيث قال (١) : كمن سيولد . وعليه شرح كل شراحه .

فى الخطاب :

تنبيهات :

الأول : ظاهره أن الموصى به يوقف إلى أن ييأس وجود الموصى له ، ولم أر من صرح بذلك ، والله أعلم .

الثانى : إذا أوصى لولد فلان ولا ولد له ، فادعى فلان الموصى يعلم ذلك ، وادعى الورثة أن الموصى يظن أن له ولد ، فهل القول قول الورثة أو قول فلان ؟ لما أولى فيه أيضاً نصاً ، والظاهر أن القول قول الورثة .

وانظر إذا لم يعلم الورثة ولا فلان أن الموصى يعلم ذلك أو ما له لا يعلم ، فهل يحمل على العلم أو عدمه أ.هـ .

قلت : الصحيح أنه يحمل على الجهل لما تقرر من قواعد المذهب فى غير ما محل أن الأصل الجهل حتى يثبت العلم ، واستدلوا به بقوله تعالى : ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا﴾ (١) ، واعتمده ابن هارون وابن عرفة ، وعلى هذا يحمل على عدم العلم ، لأن القواعد المذهبية والأحكام الكلية التى لا يقع فيها نزاع ولا اختلاف ، ولا يحتاج إسنادها لقائل ولا عزوها لإمام الأئمة ، وإنما يتعذر إلى ذلك فى مواضع الاختلاف والأقوال وتباين المذاهب لىتمسك المستدل والمقلد بقول إمام يعتمده أو يقلد فى نازلته فى الاعتراض فى هذا تعرض للنكر فضعف النظر .

قلت : وهذا هو من أول الحكم فى قوانين المنطق التى عليها مبنى التأليف ، لأن الكلية الموجبة المهملة التى لم تسور بحيز ولا مكان ولا يدخلها التجزئ تعم بأحكامها ولا تحتاج إلى إسناد ، مثاله قوله ﷺ : « كل مسكر حرام » (٢) ، وتأمل يا نعم الناظر إن كان لك ذوق فى الفنون ، فإن هذه القضية صارت الآن كالمثل فلا يحتاج ذاكرها إلى إسنادها ، بل يقوه بها ولا حرج عليها ، بل وكذلك سامعها فلا يطلب فيها إسناد ولا غرر ولا تفصيل .

(١) سورة النحل (٧٨) .

(٢) أخرجه ابن ماجة (٣٠٦٢) وأحمد (١٤٨٩٢) والطبرانى فى «الأوسط» (٨٤٩) و(٣٨١٥) و(٩٠٢٧) وابن أبى شيبه (٢٧٤/٣) والبيهقى فى «الشعب» (٤١٢٨) وفى «الكبرى» (٩٤٤٢) والخطيب فى «تاريخه» (١٧٩/٣) و(١٠٠/١٦٦) وابن عدى فى «الكامل» (١٣٦/٤) وابن حبان فى «المجروحين» (٢٨/٢) والعقبلى فى «الضعفاء» (٣٠٢/٢) وابن عساكر ، وصححه السيوطى والالبانى ، وجماعة .

وقد أسبقنا الكلام على هذا فى المناسك التى وضعناها ونحن ببلاد بسكرة وآتينا بأمثلة ، منها قوله ﷺ : « ماء زمزم لما شرب له » فهو أيضاً من هذه ، تأمل .

وفى «تعليق المغربى» ما نصه : قال أبو إسحاق التونسى : ولو قال : لولد فلان ، ولا ولد له يوم أوصى وهو يعلم بذلك ، ثم ولد له لا ينبغى أن يحبس ذلك حتى يكبر فينتفع ويوقف لغيره حتى ينتفعوا ، لأنه لما لم يكن له ولد يوم أوصى ، فكأن الموصى أراد بالإيصاء إلى جملة من يولد لفلان ، فلا تختص بالانتفاع به بعضهم دون بعض حتى ينقضوا فيكون لورثتهم كلهم .

وقد حكى بعض الناس أن أول ولد يولد لفلان يأخذ ذلك بتلاً ، والأول أبين . أ.هـ .

تنبيه :

وللوصية أربعة أركان :

الأول : الموصى ، شرطه : حر ، مميز ، مالك ، فلا تصح من عبد ولا من مجنون وغائب العقل كالطافح بالخمير .

وقيل : تصح منه ، لأنه أدخله على نفسه ، وفيه خلاف كطلاقه وإقراره .

ولا تصح من الصبى الذى لا يميز وقال فى « التهذيب الكبير » : وتصح من السفية المبذر ، لأنه لا يخاف عليه الفقر بعد موته .

وتصح وصية المجرى إذا كان يعقل وجه القربة ، وأصاب وجه الوصية ، وذلك بالأى يكون اختلاط ، والكافر تنفذ وصيته إلا أن يوصى بخرم أو خنزير .

ولا تنفذ وصية المرتد ولو تقدمت على حال رده . أ.هـ .

الركن الثانى : الموصى له ، وهو كل من يصح ملكه ، كالحمل الموجود ، أو سيوجد كما تقدمت أحكامه ، وصحة الملك إما مباشرة كزيد ، أو بواسطة كإيصائه لقنطرة مثلاً ، فهو ملك لمن يعبر عليها انتفاعاً ، تأمل .

وتصح لقاتل النفس لدخوله فى رسم الركن المذكور ، وكذلك العبد .

قلت : وفى العبد تفصيل يؤخذ من أحكام الوصايا ، لأنه إما أن يكون لأجنبى أو لوارث أو للموصى ، فالأول : تصح مطلقاً .



وتصح للثاني في اليسير في الثوب والدينار وما أشبهه ، الذي لا يقصد به في الغائب إلا انتفاع العبد .

وكذلك الكثير إذا أجازته الورثة ، لأن الوصية تصح للوارث وتوقف على إجازة الورثة ، فإن أوصى لوارث فحجب بولد طراً بعد الوصية مثلاً ، أو أوصى لغير وارث فصار وارثاً .

قال في « المدونة » : العمل على المال ، وفي الجميع خلاف .

وفي كتاب الوصايا : من أوصى لعبد بثلث ماله ، إن حملة عتق كله وإلا فثلثه حر وما نابيه .

وإن حملة وبقي شيء من الثلث أخذ العبد . أ. هـ .

قلت : مبنى عند ابن القاسم - والله أعلم - على حكم قرائن الأحوال فكأنه فهم من قرينة حال الموصى أنه قدره يملك الثلث كله بعد عتقه ، لأرباب الوصايا كلها مبنى على قاعدة من ملك أن يملك لا يعد ملكاً ، تأمل .

وتصح للميت إن علم الموصى بموته فتضرب في ديونه ولو دين زكاة أو كفارة ، وإن لم يكن دين فلورثته .

وتصح للقاتل ، أعنى قاتل الموصى وذلك إذا جرحه مثلاً جرحاً ، أو ضرباً يموت منه وعلم به أنه هو الذي فعل ذلك ، وفيه تفصيل ، لأنه إذا علم صحت ، وإن لم يعلم ففيها خلاف ذكره في « التهذيب » القاضى .

وقال : وأما لو أوصى له وبعد الوصية قتله ، فإن كان عمداً بطلت ، وخطأً تنفذ في ثلث ماله دون دينه .

ولو تراخى الموت بعد جرحه عمداً أو ضربه وعلم به الموصى ولم يغير الوصية صحت ، فإن ذلك يعد رضا .

الركن الثالث : الموصى به ، فتصح في كل ما يقبل نقل ملكه من مالك للمالك ولو لم يكن موجوداً ، أو لم يكن ذاتاً ، لأنها تصح بما تلده الفرس أو الأمة مثلاً ، أو بغلة أشجار ، أو بخدمة عبد ، ولا يشترط كونه معلوماً ولا مقدوراً عليه لصحتها

فى قوله : إحدى عبد ، أو بعده الأبق ، أو بحمل أمته كما مر .

مسألة :

لا تصح وصية فى محرم كخمر ، ولا فى الزائد على الثلث إلا إذا أجزى ، فإن أوصى بثلاث ماله ثم طراً مال بعد موته لم يعلم به ، ففيه قولان ذكرهما فى «التهذيب» .

قال : يخرجان على إجازة [ ق/١١٣ ] الورثة زائد ، هل تنفذ لغرض ميتهم أو هى عطية ؟

الركن الرابع : صيغتها ، المذهب المشهور : أن الوصية لا يتعين لها لفظ ، بل تصح بكل ما يفهم منه قصد الوصية ، كقوله : أوصيت له أو قال : أعطوه ، أو اجعلوا له ، ولو قال : هذا له ، أو هو له وفهم من قرينته قصد الوصية فهو وصية فلو وجد خطه وثبت بعدلين أنه خطه فيه وصية لا عمل عليه ، إلا إذا شهد عليه ، قاله ابن القاسم فى «المجموعة» و«العتبية» .

قال محمد عن أشهب : ولو قرأها على جماعة ولم يشهد عليها ، فليس بشىء حتى يقول : إنها وصية وأن ما فيها حق ، فإن قال ذلك صحت ولو لم يقرأها ، وكذا لو قرأها فقبل له : ما فيها حق ، أو اشهد أنها وصيتك ، فقال : نعم أو قال برأسه : نعم ، ولم يتكلم .

تتميم :

القبول شرط بعد الموت إن كانت لمعين ، وإن كانت لمساكين توقف لهم ، قاله القاضى أبو محمد ، لا فى حياة الموصى ولو وقع فلا أثر له ، ولا يشترط فورىة القبول بنفس الموت .

قال فى «التهذيب» : فلو مات الموصى له كان لورثته القبول .

وقال الشيخ أبو بكر : إن يكون ميراثاً لأنها على ملك موروثهم على أصل مالك ، ولا تنتقل إلا بقبول الموصى له .أ.هـ .

## تذييل :

فى الوصايا ذوات الأطراف ، فإن أوصى بتعيين عمل به ، وإن سكت فلا يخلو بأن نص على فرع وسكت على الأصل فلا تنقل إلا فى الفرع .

وإن كان قد نص على الأصل وسكت عن الفرع نفذت فيهما ، هكذا فى علم القبول على ما عند المناطق وأهل البيان .

ومثال من ذلك ، إذا قال : اعطوه فرسى وهى حامل ، فالحمل داخل .

وإن قال : اعطوه حمل أمتى ، لم تدخل الأمة ، وكذا هو فى الأشجار ذوات الغلة ، ومصادق هذا فى علم الفروع كثير كما فى تناول العقود .

وإن أوصى بمشترك الأسماء حمل على غالبه ، وهذا يسمونه أهل البيان : الجناس التام ، ومثاله ، لو قال : اعطوه قوساً فيعطى قوس النشاب لا قوس البندق ولا قوس الندف ولا غيره ، إلا إذا قال : اعطوه قوس كذا ، تعين .

ولو قال : اعطوه قوساً من أقواسى ، وليس عنده إلا الندف مثلاً فهو شريك مع الورثة فيهم بنسبة قوس واحد .

وكذا لو قال : اعطوه ناقة من إبلى ، أو شاة من غنمى .

ولو قال : شاة ، وسكت جار أن يشتروا له أو يعطوه واحدة من غنمة متوسطة .

فلو قال : اعطوه شاة من غنمى ومات ولا غنم له ، فلا شىء للموصى له .

ولو قال : اعطوه شاة من غنمى ومات وله شاة واحدة صغيرة أو كبيرة ، عالية أو دانية ، فهى له إن خرجت من الثلث ، وإلا فما حمله الثلث منها حتى ثلثها هى .

ولو قال : اعطوه ثلث غنمى ، فله ثلثها ، فإن مات منها شىء فله ثلث ما بقى .

ولو سمي عدداً فكان مساوياً لعدة ثلث الغنم ، فهل هو بمثابة لو قال : اعطوه ثلثها ، فيكون شريكاً بالثلث فيما زاد أو نقص ، أو له ذلك العدد ولو لم يبق إلا هو ، ولو بقى أكثر منه أخذ بحصته وأخذ الورثة بحصته ما زاد عليها .

مثاله : لو أوصى له بعشرة من غنمه وعددها خمسون مثلاً ، فعلى القول الأول

في تيسير مطالعة كتب الأحكام ٣٦٣

إذا هلك بعضها فله خمس ما بقي ، ولو زادت فله خمس الزائد ، وكأنه أوصى له بخمس غنمه صريحاً .

وعلى القول الثاني لو هلك منها عشرة ضرب له في الباقي بالربع وإن بقي ثلاثون أخذ ثلثها ، وعشرون أخذ نصفها .

وإن بقيت عشرة أخذها كيف ما كانت عالية أو أشرار ، ولا ينظر إلى وصفها ، لأنها تعينت إلا أن يحملها الثلث فيأخذ محمل الثلث .

قال أشهب : وإن أوصى له بتيس من غنمه فيكون شريك بواحد في تيوسه ، ولا يقع على البهم ولا الإناث .

وإن قال : شاة من غنمي ، فهو شريك بواحدة في عددها كلها ضأن وماعز كبير وصغير .

ولو قال : كبشاً ، لم يدخل في العدد إلا كبار الضأن .

ولو قال : نعجة ، فكبار إناث الضأن .

ولو قال : ثور ، لم يدخل إلا ذكور كبار البقر .

ولو قال : بقرة من بقري ، دخل الذكور والإناث .

ولو قال : عجلاً ، لم يدخل إلا صغار ذكور البقر .

ولو قال : بقرة من عجولي ، دخل فيه الذكور والإناث من العجول .

ولو قال : شاة من بهمي أو ضأناً من خرفان ، لم يدخل كبارها .

ولو قال : اعطوه رأساً من رقيق ، ومات وله رأس واحد تعين .

قلت : وباب الوصايا ذوات الأطراف واسع ولا يضبط إلا بالقياس ، وفيما ذكرناه

كفاية إن شاء الله .

## فصل

## في أنواع الوصايا الحسابية

فإذا قال : أوصيت لزيد بمثل نصيبى ابنى ، وله ابن واحد فهو أوصى بجميع ماله ، فإن أجازره الابن فجيد ، وإلا فله الثلث .

ولو كان له ابنان وأوصى بنصيب واحد ، فهي وصية بنصف المال فإن كانوا ثلاثة فبالثلث ، وأربعة فبالربع ، وخمسة فبالخمس ، وقس .

ولكن يحتاج هذا الباب إلى العمل كما هو فى فن الفرائض وسيأتى إن شاء الله هناك ، لكن نمثل هنا بمثال أو مثالين ، فإن كانوا ثلاثة مثلاً وأوصى له بنصيب واحد وكان قد ترك مثلاً ثلاثين ديناراً فيعطى له عشره ، لأنها هى كنصيب كل واحد لو لم يكن وصية ، ثم تبقى للعشرون كأنها هى جملة ما خلفه الهالك ، فتقسم على ثلاثة فينقص لكل واحد ثلث ما كان يحصل له لو لم تكن وصية ، ولو كانوا أربعة لأخذ ربع المال والباقى يقسم على الأولاد الأربعة كأنه لم يخلف إلا ذلك ، فينقص لكل واحد ربع ما كان يحصل له لو لم تكن وصية ، وقس على هذا هو كيفية العمل فى الفرض .

## فصل

### فى مقدار الوجود وهو ليس فى حال بوجود

وقاعدته : أن يكون فرضه نصيباً خارجاً ، عكس ما تقدم .

مثال ذلك : رجل له ابنان فقال : اعطوا لزيد نصيب ابن ثالث ، ويصير كأنه أخ ثالث ، فنسبة أخذه خارج .

وأما فى الذى قبل فنسبة داخله إذا أجازوا له الزائد ، وإلا فهى مساوية لهذه ، ولا يظهر فرق فى العمل إلا إذا كانوا ثلاثة أولاد وأوصى له [ ق/ ١١٤ أ ] بنصيب رابع ، أن لو كان فيكون له الربع ، ومع الأربعة الخمس ، ومع الخمسة سدس ، وقس .

وإن كان له بنون مع ورثة قسمت التركة على الفرائض ، فما خص أحد الابنين أخذ مثله ، ثم يقسم ما بقى كأنه هو المتروك لا غيره ، ولو أوصى له بنصف أحد ورثته فله جزء عدد رؤوسهم ثلث إن كانوا ثلاثة ، أو ربع إن كانوا أربعة ، أو خمس إن كانوا خمسة ، وقس .

ولو أوصى بجزء أو سهم من ماله ، فله سهم مما بلغت سهام الفريضة .

وقيل : له الثمن ، لأنه هو أقل سهم سماه الله تعالى فى كتابه الكريم .

وقيل : له الأكثر من السدس أو من سهم سهام الفريضة ، لأن السدس هو أقل السهام فى الأصل والثمن إنما يستحق بالحجب .

ومن أوصى بضعف نصيب ولده ، فقد قال القاضى أبو الحسن : لست أعرف حكمها منصوصة غير أخ وجدة لبعض شيوخنا أن له مثل نصيب ولده مرة واحدة .

فإن قال : ضعفين ، أعطى مثل نصيبه مرتين ، لأن ضعف الثانى مثله .

ثم حكى عن الشافعى وأبى حنيفة - رضى الله عنهما - أنهما يقولان : إن ضعف النصيب مثله مرتين ، ثم قال : وهذا فى نفسى أقوى من جهة اللغة .

ولو قال : فلان وارث مع ولدى ، أو مع عدد ولدى ، أو الحقوه بولدى

أو الحقوه بميراثه ، أو ورثوه فى مالى ، أو يكون له ابن ابن قد مات أبوه فيقول :  
ورثوه مكان أبيه ، ففى هذا كله إن البنون اثنان فهو ثالثهم ، أو ثلاثة فهو رابعهم ،  
أو أربعة فهو خامسهم ، وقس .

وإن كانوا ثلاثة ذكور أو ثلاثة إناث كان رابع مع الذكور .

ولو كانت الوصية لأثنى كانت رابعة مع الإناث .

تكميل :

تقدم أن الوصية لا تتم إلا بالموت والقبول بعد الموت ، وعلى هذا فللوصى  
الرجوع فيها ما شاء ، والرجوع بأمور : قول صريح كرجعت ، ونقضت ، ونسخت .

والثانى : ما يدل على الرجوع بعقود العبد ، وتدييره ، وإيلاد الأمة .

قال أشهب : لو باع ما أوصى به ، ثم اشتراه عادت الوصية فيه ، وحصاد الزرع  
وجذاذ الثمرة وجز الصوف ليس برجوع إلا أن يدرس الزرع ويكيّله ويدخله لبيته ،  
فهو رجوع . أ. ه .

ولابن القاسم وأشهب فى صبغ الثوب أو غسله ، وتخصيص الدار وزيادة البناء  
فيها ، فالورثة شركاء بما زاد .

أما لو أوصى بعبد لزيد ، ثم أوصى به لعمر فشريكان فيه ، وكأنه أوصى لهما  
معاً ، قاله ابن القاسم .

ولو عطف بـ « واو » فى نفس واحد : أوصيت به لزيد وأوصيت به لعمر ،  
فهو رجوع ، قاله ابن القاسم وأشهب .

ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبجميع ماله لآخر ، فليس برجوع والثلث بينهما  
عند ابن القاسم على أربعة أسهام .

ولو أوصى بثلث ماله ثم باع المال كله ، لم يكن رجوع عند أشهب ، لأن الثلث  
المرسل لا ينحصر فى العين .

والثالث : معدمات ، ما يفوت كقرض الموصى به للبيع ، ومجرد الإيجاب فى

الرهن فليس برجوع ، بل الرهن ليس برجوع ويبدى أمر رأس المال وتزويج الأمة والعبد وتعلمهما ليس برجوع والوصى مع العزل ليس برجوع .

والرابع : ما يبطل ما ينقل الأسهم وهو مؤثر ضر قوى ، كما لو أوصى بشقة فقطعها قميصاً .

قال أشهب : ولو أوصى بقميص ثم جعله قباء فهو رجوع ، أو ببطانة ثم بطن بها ، أو بظهارة ثم ظهر بها ، أو بقطن فجنى به أو غزله ، أو صاغ الفضة ، أو ذبح شاة .

وأما بناء العرصة داراً فقال أشهب : رجوع ، وقال غيره : هو موجب للشركة بقدر قيمة البناء وقيمة البراج .

ولو هدم الدار التي أوصى بها حتى صارت براحاً ، فليس برجوع وللموصى له ثلث العرصة لا في النقوض ، قاله محمد .

وقال ابن القاسم : له ثلث البراج وثلث النقض .

والأمر الخامس : اجتماع المثال والتخالف .

قلت : هذا النوع وقد أصل فيه الأصوليون والحكماء أموراً واسعة لا يصح إبرازها ، وتحصيل الحكم : إن اجتمع المثالان من صنف في وصية مع زيادة العدد ، فيه تفصيل كما لو أوصى لزيد بخمسين صاعاً قمحاً ، ثم أوصى له أيضاً بأقل من ذلك العدد أو أكثر منه من قمح ، فإن كان الأكثر هو الأخير فيندرج فيه الأول ، ويأخذ الموصى له الأكثر عند ابن القاسم وغيره .

وإن كان الأخير هو الأقل ، فعند ابن القاسم وابن عبد الحكم يأخذ الأكثر ، سواء تقدم أو تأخر ، لأنهما جعلاهما له احتمالين هل يعد رجوعاً أو زيادة على ما تقدم ، وقد تعين ما تقدم وبطل المحتمل .

وروى مطرف وابن الماجشون وهو في « المجموعة » من رواية علي بن زياد : إن له الوصيتين معاً إذ لا تناقض واللفظ يقتضيهما ، وقيل : إن كان الأول أكثر أخذهما معاً ، وإلا فله الأكثر فقط لأن مقصوده الزيادة على الأول .



وأما اختلاف الوصيتين فى الصنف أو الجنس ، فهما له معاً باتفاق من تقدم .  
 قلت : يريدون - رضى الله عنهم - إذا حملها الثلث ، إذ هو المقصود فلا يحتاج  
 إلى تصريح ، ومن أوصى بعشرة دنانير لزيد ، ثم أوصى له بثلث ماله فله الأكثر .  
 قال أصبغ وسحنون : هذا إذا كان ماله كله عيناً .  
 قال محمد : قال أصبغ وأشهب : فإن كان فى ماله عين وعرض أخذ ثلث  
 العرض وأخذ الأكثر من ثلث العين أو العدد المسمى أ.هـ .  
 تذييل :

تفرقة غلل الأحباس وتفرقة الوصايا وعلى الأولاد ، وهو باب متحد فى  
 الأمهات ، وله أربعة أركان يبنى عليها ، ومهما اختل ركن منها بطلت الوصية ويكون  
 النظر للقاضى عند تحصيله :

الركن الأول : وهو عمدة الأركان وهو « الموصى » ، فيه أربعة شروط :

مكلف ، فلا تصح من صبي ولا مجنون .

مسلم ، فلا يصح ذمى .

عدل ، فلا يصح فاسق بجرحة ولا فاسق فى التصرف .

مكفى ، ببال وصح النظر ، فلا يصح فقير فادح ولا زمين فاحشاً [ (١) ]

تصرفه ، ولا سفیه لعدم النظر فى نفسه فأحرى [ ق/١١٥ أ ] غيره .

قلت : ولا أرى من اشترط الذكورية ولا الحرية فى مذهبنا ، ولعلها خارجة .

الركن الثانى : الموصى ، وهو كل من له ولاية شرعية ، وهو أب أو وصى ،

وأجاز مالك وصية الأم فى اليسير نحو الخمسين ديناراً .

قال ابن القاسم : وهذا منه استحسان .

قال مالك : عند هذا إذا لم يكن للولد أب أو وصى .

(١) بياض بالأصل مقدار كلمتين .

في تيسير مطالعة كتب الأحكام \_\_\_\_\_ ٣٦٩

وقال سحنون : ومنع أشهب وصية الأم مطلقاً ، هو أعدل ولا يجوز نصب الوصى على الذكر البالغ الرشيد .

وقال بعضهم : إلا في قضاء الديون وتفريق الوصايا والحبس ، ومن الجائز الوصية من الأب على أولاده في حياة أبيه ، وله أن ينصبه هو .

الركن الثالث : الصيغة ، وهو كل لفظ يؤخذ منه الإيضاء ، إما بتفويض أو تخصيص نحو : أوصيته ، أو جعلت له الأمر عليهم ، أو هم في يده ، أو أمرهم بيده ، أو أمرهم إليه ، أو فوضت إليه ، أو أسندتهم إليه ، أو توكلت عليه فيهم ونحو ذلك ، ثم عند الإطلاق يعم تصرفه في أى نوع عمل به (١) .

---

(١) لم يذكر الركن الرابع كما ذكر في بداية التذييل في الصفحة السابقة .

## مسائل من الفرائض

### وثبوت النسب

وفى « مختصر ابن عرفة » ، ما نصه : الذى أقوله على مذهب ابن القاسم أنه إن قال : فلان وارثى ، ولم يفسر ومات إن له جميع الميراث ، ثم قال كلاماً طويلاً . وكذا إن قال قاصد الإشهاد له كقوله : اشهد أن هذا أخى يرثنى وكذا لو قال : هل لك وارث ؟ فقال : نعم ، هذا ونحو ذلك .

ولو قال : هذا أخى من غير سبب لم يرث منه إلا السدس ، لاحتمال كونه لأمه . ولو مكث مدة سنين كل واحد يخاطب صاحبه باسم الأخوة أو العممة فإنهما يتوارثان بذلك . أ. هـ .

ولفظ ابن شاس فى « الجواهر » : وإن لم يكن له وارث معروف ولا يثبت لأحد معه نسب ولا مولى غير هذا المقر له ، فإنه يرثه بذلك الإقرار سواء كان ذلك فى الصحة أو فى المرض .

قلت : وهذا فيه خلاف مبنى على أن بيت المال كالوارث المعروف المعين أم لا ، قاله فى « التهذيب » وهو أيضاً سبب الخلاف فيمن أوصى بجميع ماله ولا وارث له

مسألة :

من استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد عن مال ، قال ابن القاسم : لا يأخذ الأب ويوقف ، فإن مات الأب كان لورثته وتقضى منه ديونه ، وإن قام غرماؤه عليه وهو حى أخذوا ذلك المال فى ديونهم .

قال فى « التهذيب » : هذا هو الحكم فى استلحاق الولد .

وأما لو تعداه الإقرار بولد الولد أو بأخ أو عم أو غير ذلك فهو إقرار على الغير بالنسب ، فلا يقبل ولا يثبت بذلك له نسب ، ثم إن كان له وارث معروف فلا يرث منه شىء .

وإن لم يكن له وارث معروفاً ولا موالى غير هذا الذى أقر له فإنه يرثه .

ولو أشهد بينة أكثر من واحد بعثت الولاء وإن شهد واحد ففى كتاب محمد: يستنى بالمال فإن لم يأت من يستحقه حلف ودفع له ووقع فيه القضاء .

وقال أشهب : لا شىء له حتى يثبت الولاء بعدلين .

مسألة :

لو شهد شاهدان لم يزالا يسمعان فلان يذكر أن فلاناً ابن عمه أو مولاه .

فقال ابن القاسم : هو شاهد واحد ، وإن لم يكن للمال طالب غيره أخذه مع يمينه بعد الثانى ، ولكن لا يثبت النسب .

وروى أشهب أن الولاء يثبت بذلك ، ولكن لا يعجل .

مسألة :

امرأة ولدت بنتاً وقامت فلما رجعت إليها وجدت معها أخرى ولم تدر أيتها منها .

قال ابن القاسم : لا تلحق بالزوج واحدة ، وبه قال ابن المواز .

وقال سحنون : تدعى القافة .

وقال عبد الملك وسحنون : لا تلحق القافة ولداً إلا بأب حى ، فلو مات الأب فلا قول للقافة إذ لا تعتمد على شبه غير الأب .

قال فى « التهذيب » : لو قال قبل موته : إن جاريتى فلانة ولدت منه ، وأن فلانة ابنته منها ولها ثلاث بنات ، ثم مات ونسيت البينة التى عينها ونسوا الورثة وأقروا بأنه عينها ونسوها .

قال : كلهن أحرار ولهن ميراث بنت ، ولا نسب لواحدة ، فإن لم يقرروا الورثة فلا تعتق واحدة لنسيان البينة .

ولو نزل ضيف على رب المنزل وولدت زوجته فى ساعة واحدة صبيتين ، ولم يعرفا أو يدعيان فى واحد ، قال : القافة تفرق .

فرع :

هلك هالك وأتت جماعة يدعون أنهم عصابة محتجين بأنهم يدعون هم وهو بأولاد فلان ، فالمشهور من المذهب أن لا إرث بالشك والظن مفرع ، ولا يصح الإرث لهؤلاء إلا بعد ثبوت اجتماعهم مع الهالك في جد واحد معلوم خاص غير الجد العام ، نقله ابن ناجي في « شرح الرسالة » في آخر زكاة العين والحرف عن الإمام يعقوب عن ابن رشد قائلاً : وهذا مما لا خلاف فيه ، ومثله للأجهوري والبرزلي في « أحكامه » .

فإذا لم يثبت عاصب فقد اختلف المذهب في المال هل يرد لذوى السهام أو يعطى لذوى الأرحام الذين ليسوا بعصابة كأخوال وأبنائهم والخالات والعمات وبنات العم حيث لم يكن لهم تعصيب أو يدفع لبيت المال .

وفي كتاب ابن يونس ما نصه : فإن لم يكن بيت مال للمسلمين ، أو كان ولا يصل إليه ، أو ليس له إمام عادل يصرفه في وجهه فأولو الأرحام أولى بمال الهالك ، لما في ذلك من الآثار ، لا سيما إذا كانوا أهل حاجة فيجب اليوم أن يتفق على توريث ذوى الأرحام الذين ليسوا بعصابة ولا موالى ، هكذا رأيت كثيراً من فقهاءنا ومشايخنا يذهبون في زماننا إليه ، ولو أدرك مالك وأصحابه مثل زماننا هذا لجعل الميراث لذوى الأرحام إذا انفردوا ، والرد على من يجب عليه الرد من ذوى السهام .

قال الشيخ زروق في « شرح الإرشاد » : أبو محمد بن أبى زيد : من لم يكن له عصابة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعاً في وجهه ولا يرثه ذوو الأرحام ولا يرد على ذوى السهام . أ . ه .

ونقل الخطاب (١) : إن صرف المال لبيت المال بشرط [ ق/١١٦ أ ] عدالة الإمام وصرفه في مصارفه كعمر بن عبد العزيز ، وإلا فلا يدفع له ، بل يصرف لذوى الأرحام ، ولفظه عند قول خليل (٢) : ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوى الأرحام ، يعنى إذا لم يكن للميت من يرثه بالنسب ولا من يرثه بالولاء ، فما له لبيت مال المسلمين ، وقد أطلق رحمه الله ولم يقيد بما إذا كان الولي يصرفه في مصارفه ، فأطلق أن بيت المال وارثه ، والذي ذكره غير واحد عن المذهب : أن بيت المال وارثه إذا كان الإمام يصرفه في وجهه .

(١) مواهب الجليل ( ٦ / ٤١٥ ) .

(٢) المختصر ( ص / ٣٠٥ ) .

٣٧٣ \_\_\_\_\_ فى تيسير مطالعة كتب الأحكام

قال ابن عرفة : قلت : وقال الطرطوشى فى تعليقه : إنما يكون لبيت المال فى وقت يكون الإمام عادلاً ، وإلا فليرد إلى ذوى الأرحام . أ.هـ .

وحكى الشيخ سليمان البحرى عن صاحب « عيون المسائل » : اتفق شیوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوى الأرحام والرد على ذوى السهام . أ.هـ .  
وقال القاضى إسماعيل ما نصه : متى كان للبيت عصبه من ذوى الأرحام ، فهى أولى من بيت المال .

وقال ابن ناجى عند قول ابن أبى زيد : وفى الركاز الخمس ، ما نصه : فإن كان الإمام عدلاً دفع واحد الركاز الخمس إليه بصرفه فى محله ، وإن كان غير عدل فقال مالك : يتصدق به ولا يدفع لمن بعث به ، وكذلك العشر وما فضل من المال عن الورثة ، وإذا عرف اليوم بيت المال وإنما هى بيت ظلم .  
ولنقدم إمام العمل فى الفرائض وفقهها وحسابها .  
كليات : (١) القدماء ينضبط لنا ضربها الحكم إن شاء الله .

قال الإمام القرافى فى فرائض «الذخيرة» ما نصه [٢]: الباب التاسع فى كليات نافعة فى علم الفرائض وعلى كل كلية استثناء ينتفع بها ، وباستثناءها ولنذكر منها عشرين كلية ، كل كافر لا يرث المسلم إلا أربعة : الزنديق والمرتد والذمى والمعاهد .  
كل عبد ومن فيه بقية رق لا يرث ولا يورث ، إلا المكاتب فيرثه من كان معه فى الكتابة أو الزوجة على خلاف فى ذلك .

كل ذكر وأنثى اجتماعاً فى درجة فللذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا الإخوة لأم فالأنثى مثل الذكر .

كل من لا يرث لا يحجب إلا إخوة الأم يحجبون الأم ولا يرثون والإخوة لأب يحجبون الجد مع الأشقاء ولا يرثون .

كل من يدلى بشخص مع وجوده إلا الإخوة لأم مع الأم فالإخوة للأم مستثنون من كليات قواعد .

كل من مات بعد مورثه لا يسقط حقه إلا الجنين إذا مات فى بطن أمه بعد موت المورث .

(٢) بياض بالأصل بمقدار كلمة .

(١) الذخيرة (١٣/٦٧) .

كل فريضة لا تخرج فيها الأم عن الثلث والسدس ، إلا مع زوجة وأبوين لها  
الربع وهو ثلث الباقي .

كل فريضة لا يفرض فيها للأخت مع الجد شيء إلا فى الأكدرية .

كل وارث يمكن أن يسقط إلا أربعة الأبوان والزوجان والأبناء والبنات .

كل من ورثَ ورثَ منه إلا اثنان الجد للأم والمعتق الأعلى .

كل من يورث يرث إلا أربعة العممة و بنت الأخ و بنت العم والمولى الأسفل .

كل أخ لا يرث دون أخته إلا أربعة العم وابن العم وابن الأخ وابن المولى المعتق .

كل ذكر لا يعصب أخته إلا أربعة يعصبون أخواتهم الابن وابن الابن والأخ

الشقيق والأخ لأب .

كل قاتل لا يرث إلا قاتل عمد غير عدو إن لحق من حقوق الله تعالى بأمر الإمام

أو نحوه فإنه يرث ، وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية .

كل من كان أنثى أو يدلى بأنثى لا يعصب إلا الأخوات مع البنات .

كل ذكر يعصب أنثى لا بد أن يكون من نوعها إلا الجد مع الأخت .

كل ذكر عاصب أنثى من نوعه لا بد أن يكون فى درجتها إلا ابن الابن ابن

يعصب بنت الابن ، وهو أسفل منها .

كل أخوان يتوارثان فإنهما شقيقان فلهما أب ثابت شرعاً إلا ثلاثة توأما الملاعنة ،

والمسيبة ، والمحتملة بأمان .

كل شخصين يفرض لهما فرض واحد فهما فى درجة واحدة إلا الجدتين فإن

القريبة من قبل الأب والبعيدة من قبل الأم يكون السدس بينهما .

كل بائن الطلاق لا يرث إلا المطلقة فى مرض الموت .أ.هـ .

(٢٧٥) [١] وفى الغمرى : هلكت هالكة ، وتركت حلياً عند أمها ولم يقع

كلام حتى مات زوجها ، فقام ورثته على أمها ، فقالت أمها :

لى وهو عندى عارية ، وقال ورثة الزوج : بل صاغه الزوج وهو ملكه ، ولا

فأجاب : إن القول قول ورثة الزوج ، فإن كان فيهم كبير يظن به العلم حلف .

(٢٧٦) [٢] وفيه : من توفى عن أربع بنين من زوجتين ، وزوج واحد منهم وجهاز له ، ثم ماتوا وتركوا ورثة فقام ورثة كل واحد يطلب صدقة جداتهم وأمهاتهم من رباغ جدهم . وقال بعضهم : قد أنفق جدنا على أبيكم ، وقال الآخرون : وقد جهاز جدنا لأبيكم؟

فأجاب : إن كان عرف أمثالهم بالنفقة على أبنائهم فلهم ذلك .

قال ابن سهل : وقال : وكذلك للجهاز وإن لم يكن عرف فالرجوع ، وإن كان البعض يرجع والبعض لا يرجع عمل على الأكثر ، فإن تساويا أو تقاربا ييسر ، فخلاف ذكره ابن سهل ونقله عن البرزلى وفيه لابن رشد تفصيل ، ونصه : القسم الثالث : إن كتب الأب لابنه بالجهاز وثيقة فلا رجوع ، رواه زياد ، وهو تفسير لما فى سماع ابن القاسم من رسم الشجرة .

قال الغمرى : ولا فرق ، سواء كان فى ذمته باستهلاكه أم لا ، لكن إذا استهلكك بعد الإنفاق يكون أقوى . أ.هـ .

وفيه أيضاً ما نصه :

مسألة :

(٢٧٧) [٣] المتيطى عن ابن القاسم فى « العتبية » فى ورثة قام أحدهم يدعى فى شىء صدقه عليه أبوه وله شاهد بحوزه ، فدفعه القاضى لشاهد آخر فلم يأت ، فحكم القاضى بقسمه فقسم ، ثم وجد شاهداً آخر ؟

فأجاب : ما كان حاضراً رجع فى عينه ، وما بيع رجع فى ثمنه ، وعلى هذا لا يصح الحوز بشاهد واحد ، وإليه ذهب سيد عمر المسيلى ، واحتج بظاهر مسألة « العتبية » هذه .

وذهب شيخنا سيد إبراهيم إلى أنه يصح الحوز بشاهد ، وحمل مسألة « العتبية » على أن المدعى [ ق/١١٧ أ ] أبى أن يحلف .

وذكر عن ابن سهل ما يدل على ذلك : أنه يصح مع اليمين بعد أن ذكر مسألة



الدار التي تصدق بها الأب على ولده ، وزعم بعض الورثة أنه كان يسكنها .

قال : وقال سعد بن معاذ : إن الهبة جائزة إن شهد شاهدان حتى يأتي من شهد على أن الأب كان يسكنها ، وإن لم يكن إلا شاهد حلفت مع شاهدها أى شاهد الحيازة عن الصدقة .

فظاهر هذا أن ذلك بعد موت الأب فلم يشترط للحيازة شاهدان ونقل عن ابن عرفة المسألة وصحفها ، فقال : بقى من كلام ابن سهل : إن لم يأت مدعى سكن الأب إلا بشاهد واحد حلفت مع شاهد الحيازة على الصدقة .

ابن عرفة : فى هذا نظر ، والصواب أن يحلف مدعى السكنى مع شاهده وتبطل الصدقة ، لأنها دعوة مال قام بها شاهد واحد . أ.هـ .

وكلامه يدل على جواز شهادته فى الحوز ، إذ لا فرق بين [ (١) ] وغيره . أ.هـ .

## فصل فى أصول

### الورثة وموجب الإرث

اعلم أن موجب الإرث شيان : إما سبب أو نسب ، فالسبب : عام ، كصرف المال لبيت المال على المشهور .

وخاص ، كالإعتاق ، ولا يرث صاحبه إلا بالتعصيب والنكاح ، ولا يرث صاحبه إلا بالفرض .

وأما النسب قسمان :

قسم يرث بلا وسطة كالآباء والأبناء .

وقسم بالوسطة ، وهم أربعة أنواع : ذكر بوسطة ذكر ، وهم العصبه كبنى البنين وإن سفلوا ، وآباء الآباء وإن علوا ، والإخوة وبنوهم وإن بعدوا ، والأعمام وبنوهم كذلك ، فلا يعصب من هؤلاء إلا من كانت وسطته التى بينه وبين الهالك ذكر كما تقدم .

وضداهم لا تعصيب لهم وإن كانوا ذكوراً كبنى البنات وبنى الأخوات وبنى الجدات وبنى العمات وكالجد للأم وبنى الإخوة للأم ، لأن أصل مدلى أيهم فلا يتعداه التوسط وإلا دلى ، وإن كان أبوهم ورث بوسطة أمه فهم ضيافة من الله خاصة به ، وليس هو من التعصيب حتى يقول القائل : أتحمم أصولكم ، تأمل منصفاً فإن تأليفنا هذا مبنى بحول الله على (١) الفنون ، فمن كان له ذوق ذاق ومن لا فلا .

النوع الثانى : عكس الأول وهو إناث بواسطة إناث ، كالجدة للأم والأخت للأم ، وإرثهن بالفرض .

واعلم أنه تقدم فى الكليات ، كل أنثى مع ذكر لها نصف نصيبه إلا أخت للأم مع الأخ للأم فلها مثله ، لأنهما يرثان من [ (٢) ] ثلثا مع عدم الحاجب من أصل الهالك

(١) بياض بالأصل مقدار كلمة .

(٢) بياض بالأصل مقدار كلمة .

أو فرعه ، فلها السدس وله سدس .

النوع الثالث : ذكور واسطتهم أنثى وهم الإخوة للأم .

النوع الرابع : عكسه ، وهم الجدة للأب والإخوة للأب وبنات البنين .

تحصيل :

اعلم أن ورثة الذكور عشرة وهم : الابن وابنه وإن سفل ، والأب والجد وإن علا ، والأخ وابنه وإن بعد ، والعم وابنه كذلك ، ولكن يقدم الشقيق في اتحاد الدرجة ، والزوج ، ومولى النعمة .

ورثة النساء وهن : البنات ، وبنات الابن وإن سفلت - أعنى ابنة بنت ابن الابن وإن سفلوا الأبناء وبناتهم ، لا بنات الأبناء فلا يرث لهن كما مر - والأم والجددة وإن علت ، والأخت ، والزوجة ، ومولاة النعمة .

وأما أب الأم ، وأبيه ، وأولاد البنات والأخوات ، وأولاد الأخوات ، وبنو الإخوة للأم ، والعم للأم وأولاده والعمات والأخوال والخالات وأولادهم وبنات الأعمام ، فلا يرث لهؤلاء ، ولكنهم من ذوى الأرحام فيدخلهم الخلف المتقدم عند عدم بيت المال حساً وحكماً كما مر .

تنبيه :

استحقاق النصيب يفرض مقدراً أو تعصيباً ، وإن انفرد العاصب أخذ المال كله ، وإن كان مع ذوى الفروض أخذ ما فضل عن فروضهم ويرث بالتعصيب كل ذكر يدلى بنفسه أو بذكر ، وأهل الفروض ثلاثة أصناف :

صنف لا يرث إلا بالفرض وهم ستة : الأم ، والجددة ، والزوج ، والزوجة ، والأخ للأم ، والأخت وصنف قد يجمعون بين الفرض والتعصيب ، وهما : الأب ، والجد .

فالأب يفرض له السدس في ابنه وابن ابنه ، ثم إن فضل له شيء أخذه بالتعصيب ، ومثله الجد .

وصنف تارة وتارة ولا يجمعون بينهما وهؤلاء الأربعة : البنات ، وبنات الأبناء ، والأخوات الشقائق ، والأخوات للأب .

فالبنت وحدها أو مع أختها بالفرض ، ومع أخيها أو بنيه بالتعصيب ، وقس .  
ويدخلهن فى التعصيب أربعة : الجد ، والأخ فى درجتهم ، وبنات الصلب وبنات  
الابن .

### فصل

الفروض المقدرة : أصلية أو عارضة .

فالأصلية : النصف ، والرابع ، والثلثان ، والثلث ، والسدس .

النصف : فرض الزوج من غير حاجب ، والبنت ، وبنات الابن ، والأخت  
مطلقاً إذا انفردت .

والرابع : فرض الزوج مع الحاجب ، والزوجة والزوجات مع عدمه .

الثلثان : فرض الزوجة والزوجات مع وجود الحاجب .

والثلثان : كل اثنين فصاعداً استحققت إحداهن النصف إذا انفردت ، وهما البنتان  
أو الأختان ، سواء كانتا شقيقتين أم لا ، أو إحداهما شقيقة ، لكن إن كانت  
إحداهما شقيقة فلها النصف وحدها ، والتي لأب لها السدس تكميلاً للثلثين .

والثلث : للأم مع فقد الحاجب ، والأخوان فصاعداً للأم .

والسدس : لسبعة ، لكل واحد من الأبوين مع وجود الحاجب ، والجددة إذا  
انفردت أو كانت معها أخرى تشاركها ، والواحدة من بنات الابن فأكثر إذا كان هناك  
بنت صلب ، والأخت للأب فأكثر مع الشقيقة كما مر ، والواحد من ولد الأم ذكراً  
كان أو أنثى ، والجد مع الولد أو ولد الابن .

وقد يفرض له أيضاً مع الأخت وذوى السهام .

وأما الخارج عن هذه ثلث ما بقى فى ثلاث فرائض ، وهى : زوج وأبوان ، أو  
زوجة وأبوان .

وفى مسائل الجد مع الإخوة إذا كان ثلث فاضل السهام خص له ، ثم كل واحد  
من ذوى الفروض فذلك فرضه إذا انفرد عمن يحجبه عنه .

واعلم أن الحاجب مانع أو ناقل ، فالمانع هو ما يحرم المحجوب ويعطله ،

والناقل يحجبه من الكثير إلى القليل .

فالأول : البنون ، الابن يحجب ابن الابن ، والقريب من ذكور الحفدة يمنع البعيد ، والأب يحجب الجد ، والقريب [ق/١١٨ أ ] من الأجداد يمنع البعيد ، والابن وإن سفل يحجب الإخوة ، والأخ يحجب ابن الأخ والجد ، لأنه معهم كالأب ، والأعمام يحجبهم بنو الإخوة .

واعلم أن حاجب الحاجب حَاجِبٌ ، لأن سيدَ السيدِ سَيِّدٌ ، وذلك إذا كان ابن الأخ يحجب العم ، فالأخ أولى بذلك ، وقس .

والأخ للأم يحجبه عمود النسب الأصل وإن علا ، والفرع وإن سفل .

وأما حجب الإناث ، فبنات الابن يحجبهم واحد من ولد الصلب وبتى الصلب فصاعداً ، إلا إذا كان معهن ذكر في درجاتهن أو تحتهن ، والشقيق الواحد يحجب الأخوات للأب والشقيقتين فصاعداً إذا لم يكن معهن ذكر ، والأب يمنع الشقيقة ، وكذا الابن وابنه ، والأم تمنع الجدات مطلقاً ، والأب يمنع الجدة من جهته ، والجدة القريبة من جهة الأم تمنع البعيدة من جهة الأب ، والمولى المعتقد يمنع مولاة النعمة .

وأما حاجب النقل فثلاثة أقسام : نقل من فرض كثير إلى فرض أقل منه ، ومن فرض إلى تعصيب ، وعكسه .

الأول : الفرع وإن سفل مطلقاً ينقل الأم من الثلث إلى السدس وكذا الأجنحة مطلقاً ، لكن يشترط في الإناث اثنان فصاعداً ، والفرع أيضاً مطلقاً يرد الزوج من النصف إلى الربع ، والزوجة من الربع إلى الثمن ، وبتى الصلب ترد بنت الابن من النصف إلى السدس ، وترد الاثنتين فصاعداً من الثلثين إلى السدس ، والأخت الشقيقة تنقل الأخوات للأب إلى السدس .

وأما النقل الثاني فهو ما تقدم في البنات مع بنات الابن والأخوات الأشقاء مع اللاتي للأب إلا في الغراء لانفرادها بحكم تخصيص به ، وتسمى الأكدرية لتكدر قول زيد فيها .

زوج وأم وجدة وأخت شقيقة أو لأب ، مقتضى الحكم فيها أن الجد يعصبها فتقسم معه ، والقسمة تنقصه عن السدس ، فلا بد أن يفرض له النصف وتعول الفريضة بمثل نصفها ، فتصير تسعة فلها ثلاثة وله سهم ، ثم يرجع عليها فيقاسمها

للمذكر مثل حظ الأنثيين ، وأربعة على ثلاثة منكسر ، فتضرب ثلاثة في تسعة بسبعة وعشرين وتعول من له شيء في تسعة أخذه مضروب في ثلاثة بتسعة وللأم ستة ، لأن لها اثنين مضروبين في ثلاثة ، وللجد ثمانية ، وللأخت أربعة ، وإن كان الأخت أخ لحجبه ولو كان للميت .

وأما الثالث : الابن وإن سفل ينقل الأب أو الجد إلى السدس ولا يعصبان معهما واستغرقت السهام المال فرض للأب أو الجد السدس ، كزوج وابنتين وأب وأم وجد .

تذييل :

فإذا اجتمع سببان في ورثة واحدة أخذ بالأقوى فقط ، وذلك ككون الأم أختاً أو بنتاً تكون أختاً .

قلت : والله أعلم ، هذا في المجوس إذا أسلموا ، ولا يلزم على هذا في ابن العم يكون أختاً لأم ، لأن المقصود أن للورثة فرضان كما مثلنا .

تتمة :

إذا لم يكن عاصب النسب فعاصب العتق وإن علا ، وإن لم يكونا فبيت المال لها ما فضل عن ذوى السهام ، وإن لم يكونا فالمال كله لها .

قال الإمام أبو عمر : فإن لم يكن عصبه ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعاً في وجهه ، ولا يرثه ذوى الأرحام ولا يرد على ذوى السهام .

قال الأستاذ أبو بكر : قال أصحابنا : هذا في زمان يكون الإمام عدلاً ، فإن كان غير عدل فينبغي أن يورث ذوى الأرحام أو يرد على ذوى السهام .

ورأيت لابن القاسم في كتاب محمد ، قال : من مات ولا وارث له يتصدق بماله إلا أن يكون الولي يخرج في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فيندفع له ، هذا حكم المسلمين .

وأما الكافر من أهل الجزية فهو لأهل دينه ، وإن كان مصالحاً فلاهل صلحه ، قاله أبو إسحاق .

تحرير :

وللورثة طوارئ وأصول تمنعهم من الميراث ، من الطوارئ : الشك في سببية الموت ، والردة ، واللعان ، وعدم الاستهلال ، والزنا ، وقتل العمد .

والأصول : الكفر ، والرق ، وقد رمزها بعض حذاق المذهب من غير مراعاة للترتيب أو الأصلى من الفرع .

فقال : « عش لك رزق » ، العين عدم الاستهلال ، والشين الشك ، والكاف كفر ، واللام لعان ، والراء رق ، والزاي زنا ، والقاف قاتل العمدة .  
وأما قاتل الخطأ فيرث إلا من الدية فلا .

وأما الشك فى الذكورية والأنوثة فليس بمنع ، وإنما هو مغير من حالتين إلى ما بينهما فيأخذ من تقدير كل طرف فيأتى نصيبه وسطاً ، وعمله فى أصول عمل الفرائض .

مثاله : بالتقدير هلك هالك وترك خنثى وعاصباً إن قدرنا الولد الخنثى الذى شككنا فيه وأشكل أمره إذا قدرته ذكراً محققاً ، فله المال كله وهو حاجب للعاصب .  
وإن قدرناه أنثى فله نصف المال فرضاً ، وللعاصب الباقي تعصياً فيأخذ الولد نصفاً مما نابه ثانياً ، وذلك ثلاثة أرباع المال وهذا أقرب مثوله ، وقس ترشد إن كان معك عمل .

تنكيت :

الشك فى سببية الموت مانع ويرجع المال إلى محقق الحياة أو محقق الميراث بعد رب المال وإلا فللعاصب أو المولى أو بيت المال على تفصيله .

وأما الشك فى الموت والحياة فهو مانع فى صرف المال فى حال دون حال كالأسير المتقطع خبره والمفقود ، فيوقف ماله إلى سبعين سنة أو ثمانين على الخلاف .

و [ (١) ] يصرف لورثته الموجودين يوم الحكم ، فإن كان هو الوارث ففيه عمل جيد إن شاء الله .

مثاله : ماتت وتركت زوجاً وأماً وأختاً وأباً مفقوداً ، فعلى أنه ميت فالفريضة من ستة وتعول بثلاثيها تنتهى إلى ثمانية فللأم اثنان هما المعال بهما ، وللأخت ثلاثة نصف الأولى ، وللزوج ثلاثة نصف الأولى ، وما حصل للأم فهو المعال به .

(١) بياض بالأصل مقدار كلمة .

وعلى كونه حياً فكذلك من ستة للزوج نصفها ، وللأم ثلث ما بقى وهو واحد ، وللأب سهمان ، ويقال للأخت : لو [ ق/١١٩ أ ] علمت موت أبيك فلك نصف كما مر .

ويقال للأم : ولو علمت حياته فلا شيء لك لأنه حاجب إسقاط لك فقد منعت بالشك .

قلت : ومن هنا سموا الفقد مانعاً ، والله تعالى أعلم .

ثم نظرنا ما بين الفريضة ففهما متوافقتان بالنصف فضربنا أحدهما بتمامه فى النصف الآخر ، فالخارج أربعة وعشرون ، فللزوج مع كونه ميتاً ثلاثة من ثمانية مضروبة فى ثلاثة بتسعة ، وعلى حياته فلك ثلاثة من ستة تضرب فى أربعة لكن لم تعلم حياته فممنعت من ثلاثة لا شك .

ويقال للأخت : لا يتحقق لك شيء إلا بموت أبيك قبل أختك ، ولا علم به فلا شيء لك .

ويقال للأم : لك السدس يقيناً وهو واحد مضروب فى أربعة بأربعة ، وممنعت من اثنين للشك وبقيت أحد عشر سهماً موقوفة ليست يعلم مصرفها ، فإن تحقق حياته حين موت ابنته يعطى للزوج ثلاثة فيكمل له نصف الفريضة وهو اثنى عشر .

وقيل للأم : ما بيدك هو حقك ، وللأب اثنان فى أربعة بثمانية هى له ، وإن تحققت موته قبل ابنته ، أو مضى له أمد التعمير فالحكم فى الزوج سواء ، ويزاد للأم اثنان ، لأن لها اثنان من ثمانية وهى المعال بها أولاً فتضرب فى ثلاثة بستة ، فيبدها أربعة ويزاد لها اثنان ، وتدفع التسعة الباقية للأخت ، لأن لها ثلاثة من ثمانية تضرب فى ثلاثة . أ.هـ ، وهو مما يقاس عليه .



## فصل فى أصول

### الحساب

كان كانوا كلهم عصبه ذكور ، فالمسألة من عدد رؤوسهم ، وإلا فتحل الذكر باثنين وإن كانوا أهل سهام ، فالأصول سبعة اثنان ، وضعفها ، وضعف ضعفها ، وثلاثة ، وضعفها ، وضعف ضعفها وهى الاثنى عشر ، وضعفها وهى أربعة وعشرين ، والمقصود الأهم قسمة السهام بعدد صحيح لا كسر فيه .

والثانى : طلب أقل عدد تصح منه فيقولون عليه ، فالاثنان لكل مسألة اشتملت على نصف ونصف كزوج وأخت ، أو على نصف وما بقى كزوج وأخ .

والأربعة لكل فريضة اشتملت على ربع وما بقى كزوج وابن ، أو ربع ونصف وما بقى كزوج وبنت وأخ ، أو ربع وثلاث وما بقى كزوج وأبوين .

والثمانية للفريضة التى فيها ثمن وما بقى كزوجة وابن ، أو ثمن ونصف وما بقى كزوجة وبنت وأخ ، ولا يتصور اجتماع الربع والثمن ولو كان محصوراً لخرجا منها .

وأما الثلاثة فلذلك الثلث والثلثين كإخوة الأم وإخوة الأب أو ثلث ، وما بقى كأم وأخ ، أو ثلثان وما بقى كبنتين وعم .

والسته لذات السدس وما بقى كجدة وابن ، أو سدس وثلث وما بقى كجدتين وأخوين لأم وأخ لأب ، أو السدس وثلثان كأم وابنتين وأخ ، ونصف وثلث وما بقى كأخت وأم وابن أخ .

والاثنى عشر لذات ربع وسدس وما بقى كزوج وأم وابن ، أو ربع وثلث وما بقى كزوجة وأم وأخ ، أو ربع وثلثان وما بقى كزوج وابنتين وأخ .

والأربعة والعشرون لذوات ثمن وسدس وما بقى كزوجة وأم وابن ، أو ثمن وثلثان وما بقى كزوجتين وابنتين وأخ ، ولا يتصور اجتماع الثمن والثلث ، ولو صور لخرجا منها .

واعلم أن هذه الأصول منقسمة وقد لا يقوم بعضها إلا بتعدد الفرائض كالاثني عشر والأربعة والعشرين .

ووجه الخلاص فيه النظر إلى مخرج الفريضتين ، فإن كانتا متباينتين ضربت إحداهما في الأخرى فما انتهى إليه هو مخرجها ، فإن كان بين مخرجهما توافق ضربت وفق إحداهما في كل الأخرى ، وما حصل فهو مخرجها .

الثالث والرابع مخرجهما اثني عشر ، وكذا ربع وسدس .

ومخرج الثمن والسدس أربعة وعشرين .

ثم إن هذه الأصول قد يطرأ عليها العول وهو نقص السهام على الورثة وهي الستة وضعفها وضعف ضعفها .

فالسنة بأوترها وأشفعها وينتهي إلى عشرة فتعول بواحد ، كأخوات لأب وأخوات لأم وجدة ، وبائنين كزوج وأختين لأب وأخ لأم ، وبثلاثة كزوج وأختين لأب ، وبأربعة كزوج وأختين لأب وأختين لأم وجدة .

وأما الاثني عشر فلا عول لها بالإشفاق وإنما تعول بأوتار ، فبواحد كزوجة وأختين شقيقتين وأخ لأم ، وبثلاثة كأخوات لأب وأخوات لأم وزوجة ، وبخمس إذا كانت في هذه الأمثلة جدة .

وأما أربعة وعشرين فلها عول واحد بثلاثة ، وهي فريضة على كرم الله وجهه التي مزجها بخطبته وهو على المنبر ، وسئل على حكمها وهو يخطب ، فأجاب على ارتجاس خطبته فقال : صار ثمنها تسعاً ، اللهم اجعلنا متعلقين بأذياله ، بجاه محمد وآله ، كابنتين وأبوين وزوجة .

ومعنى العول : الزيادة لينطرح النقص على كل ذي فرض منه شيء .

تنبيه :

لا يزيد أصناف الورثة على أربعة أصناف ، فالكسر لا يقع إلا على ثلاثة أصناف فأقل ، إذ لا بد من فرض صحيح للنصف الرابع ، فإن وقع الكسر على صنف واحد ، فلو ضربنا الرؤوس المنكسر عليها في أصل الفريضة أو في أصلها بعولها

لحصل مقصودنا من التصحيح ، ولنا أن نعتبر التباين أو التوافق ، فالأول كما تقدم ، والثاني تكتفى فيه بوفق الرؤوس في أصل الفريضة ، والأول أخصر .

مثال التباين : ثلاث بنات وابن عم ، من ثلاثة .

ومثال التوافق : ست بنات وزوج وعاصب ، من اثني عشر .

وإن وقع على صنفين فتضرب صنفاً في صنف وما حصل تضربه في أصل الفريضة أو تعتبر عدد رؤوس كل صنف مع سهامه كما مر ، وهو ثلاثة حصولات : إما أن يتوافقان معاً ، أو يتباينان معاً ، أو أحدهما [ ق / ١٢٠ أ ] موافق والآخر متباين ، فما وفق قمنا وافقه مقامه وتنظر بين العددين أعنى من الوفيين ، أو الكلين ، أو الوفي والكل ، وتعتبر نسبة بعضها إلى بعض بالتماثل والتباين والتوافق والتداخل ، فإن تماثلاً ضربت أحدهما في أصل المسألة ، وفي التداخل ضربت الأكثر ، وإن تبايناً ضربت الكل في الكل ثم الحاصل في أصل المسألة ، وإن توافقا ضربت الوفي في الكل ثم في أصل المسألة ، وحصر من الجميع فينتهي عملنا إلى اثنتي عشرة صورة .

مثال تماثل الوفيين : أم وأربع أخوات لأم وستة أخوات لأب ، من ستة .

ومثال تداخل الوفيين : جد وثمانية إخوة لأم وستة إخوة لأب ، من ستة .

ومثال توافق الوفيين : أم وثمانية إخوة لأم وثمانية عشر عاصباً في درجة ، من ستة .

ومثال تباين الوفيين : أم وست أخوات شقائق وأربعة إخوة لأم ، من ستة وتعول بواحد .

ومثال تباين أصل العددين : جدتان وزوجتان وأخوان لأب ، من اثني عشر .

ومثال تداخل أصل العددين : زوجتان وبنات وأربعة إخوة لأب ، من ثمانية .

ومثال توافق أصل العددين : تسع بنات وست إخوة لأب ، من ثلاثة .

ومثال أحد العددين لكامل الآخر : أم وست بنات وثلاث بنات ابن ، من ستة .

ومثال تداخل وفق أحد العددين وكامل الآخر : أربع زوجات وستة إخوة لأب ،

من أربعة .

ومثال توافق وافق أحد العددين وكامل الآخر : ثمان بنات وستة بنى ابن ، من ثلاثة .

ومثال تباين توافق أحد العددين لكامل الآخر : أربع بنات وابن ابن وبنات ابن ، الفريضة من ثلاثة ، لبنات الصلب سهمان لا ينقسمان عليهن وهو موافق لعددهن بالنصف ، ولبنى الابن سهم غير منقسم عليهم مباين وفق البنات ، فهو اثنان فى كامل عدة بنى الابن وهم ثلاثة ، الخارج ستة فتضربها فى أهل الفريضة الخارج ثمانية عشر ومنها تصح .

وإن وقع كسر على ثلاثة أصناف تضرب إحدى المنكسر عليه فى الآخر والخارج فى الثالث ، وما خرج فى أصل المسألة حصر المقصود ، وهو أخصر ولك النظر فيما تقدم ويتسع العمل ومنتهاه ثمانى عشرة صورة ، ولنضرب منها مثال وإليه يفتح الباب فى التدرج إلى غيره .

مثال جامع لعمل الكوفيين والبصريين : سبع وعشرون بنتاً ، وست وثلاثون جدة ، وخمس وأربعون أختاً لأب ، فعلى مذهب عمل الكوفيين القائلين بالتوفيق : فالسبع والعشرين مع الست والثلاثين يوافقان بالتسع ، فتضرب تسع أحدهما فى كامل الآخر يخرج مائة وثمانية ، فتوفى بينهما وبين الخمسة والأربعين ، فيتوافقان أيضاً بالتسع ، فتضرب تسع أحدهما فى كامل الآخر وما حصل وهو خمسمائة وأربعين تضرب فى أصل المسألة وهو ستة فالخارج ألف وأربعون ومائتان ، ومنها تصح وعلى مذهب البصريين فتنظر ما بين الوفقيين - أعنى وفق السبع والعشرين والخمس والأربعين - فتأخذ وفق الأقل وهو ثلاثة - تسع السبع والعشرين - ثم توفى بين الستة والثلاثين والخمس والأربعين وتأخذ تسع الأقل وهو أربعة ، وتنظر بينهما فهما مختلفان فتضرب أحدهما فى الآخر فيحصل اثنى عشر تضربها فى العدد الموقوف يخرج خمسمائة وأربعون تضرب فى أصل الفريضة يخرج ثلاثة آلاف ومائتان وأربعون ويرجعان إلى وفاق ، وهذا باب متسع وعمله فسح .

## فصل

### فى إقرار بعض الورثة بوارث

فالحكم أنه لا يصح نسبه ، ولا إرث له ، فإن أوجب الإقرار نقصاً من نصيب المقر أعطى منه بقدر ما أوجبه الإقرار على تقدير ثبوته وإلا فلا شيء له ، هذا هو فقهه والعمل فى ذلك تنظر فريضة الجماعة على الإنكار ، وفريضة المقر كأنه ليس ثم غيره ، فتعرف سهامه فى إقراره وحده .

فإن تماثلت الفريضتان أجزأتك واحدة ، وفى التداخل فى الأكثر ، وفى التوافق ضربت وفق أحدهما فى كامل الآخر ، وإن تباينا ضربت أحدهما فى الآخر ، وهكذا إذا كانت ثلاث فرائض أو أكثر ، ثم اقسم أولاً على الأصل وهو الإنكار ، ثم اقسم على الإقرار فما حصل للمقر فى إقراره فهو له وحده وما فضل بيده من فريضة الإنكار فأعطيه للذى أقر له ، فإذا أردت القسمة فاضرب لكل وارث ما حصل له من فريضة الإنكار ، ففى فريضة الإقرار أو فى وفق إن كان لها وفق .

وإن أردت أن تعرف ما له من فريضة الإقرار [ (١) ] سهامه منها فريضة الإنكار ، أو فى وفق إن كان لها وفق فتعرف ما فضل من يده ولا تضرب من ليس له من فريضة الإقرار نصيب .

مثاله : أم وأخت لأب وعم ، أقرت الأخت للأب بأخت للميت شقيقة أو لأم ، فهى من ستة فى كل حال فتستغنى بأحدهما فللأم فى الإنكار ثلث ، وللأخت نصف ، وللعم واحد ، وليس للأخت للأب إلا السدس تكملة الثلثين وهو سهم ، فضل بيدها سهمان تدفعهما للمعرة بها . ولو أقرت للأم لدفعت سهماً ولا يلتفت إلى العم فى كل فريضة ، لأن نصيبه فيهما سواء .

تنبيه :

إذا تعدد المقر والمقر له فتتظر بالأحوال كما تقدم من توافق وغيرها .

(١) بياض بالأصل مقدار كلمتين .

## فصل

إذا دخلت وصية فى التركة وفى عمل حسابها شأن فى إخراج الجزء الموصى به شائعاً كان أو مثل نصيب وارث، هذا هو الأهم .

وأما لو أوصى بعدد أو بشىء معين فسهل بداية إن أوصى بجزء شائع مسمى كنصف ، يعنى إذا أجزى ، أو ثلث أو ربع ، مفتوحاً كان أو أصماً ، كجزء من إحدى عشر ، أو اثنى عشر ، أو ثلاثة عشر ، أو ما زاد على ذلك ونقص وله ورثة ففى عمل هذا طريقتان :

الأولى : تصحيح فريضة الورثة عائلة أم لا ، وتجعل [ ق/١٢١ أ ] لأهل الوصية سهاماً تنقسم عليهم على كيفية ما أوصى به ، واجعلها فريضة وحدها وتخرج الوصية وتنظر ما بقى ، فإن انقسم على الورثة فجيد ، وإلا انتظرت بينهما ، فإن تباينا ضربنا فريضة الميراث فى الوصية ، وما خرج منه تصح .

الثانية : تزيد على فريضة الميراث ما تحت جزء الوصية ، فإن كانت بالثلث ردت اثنين ، وبالربع ردت ثلاثة ، وبالخمس ردت أربعة .

ويطرد ذلك فى المفتوح والأصم . وإن أوصى بنصف ردت على الفريضة مثلها ، لأن الذى قبل مخرج الوصية واحد ، ومعلوم أن القسم على الواحد كل ، يضاف إلى الفريضة مثلها كلياً ، ولأن النصف هو أكثر الأجزاء وأول الكسور .

تنبيه :

وإن وقع كسر بسبب الزيادة تضرب المسألة والكسر فى مخرج ذلك الكسر ، والخارج منه تصح .

مثاله : ترك أربعة أولاد وأوصى بالثلث ، فعلى الطريق الأولى : الفريضة من أربعة والوصية من ثلاثة ، يخرج جزء الوصية واحد تبقى اثنان لا تنقسم على أربعة وهى موافقة بالنصف ، فتضرب اثنين فى ثلاثة بستة ، جزء الوصية اثنان والباقى مقسوم .

وأما على الثانى : تحمل ما قبل مخرج جزء الوصية فتخرج كذلك ، هذا بلا كسر .

وأما ما طرئ فيه كسر بسبب الزيادة كما لو أوصى فى هذه بالسدس ، فإذا أخرجنا جزء الوصية وهو واحد بقيت خمسة منكسر غير موافق .

فعلى الطريق الأولى : تضرب الأربعة فى الستة .

وعلى الثانى : حملنا على الفريضة مثل خموسها ، وهو ما قبل مخرج الوصية وهو أربعة أخماس ، فانكسرت السهام فضربنا الأربعة والأربعة أخماس ، فخرج أربعة وعشرون ، ومنها تصح وهذا أوسع فى العمل مما قبله .

## فصل

### فى عمل المناسخات

وحقيقتها : بقاء التركة بلا قسم حتى يموت بعض أهلها واحد أو اثنان فصاعداً ، والعمل فى ذلك .

اعلم أن من الفقهاء من يخرج نصيب الميت ويقسمه وحده ، أى كل فريضة وحدها ، وأباه أهل الاختصار وحذاق المذهب أهل النباهة والتدبير ، ووجه العمل على مقتضى طريقهم إن تصحح مسألة الميت الأولى من عدد يقسم نصيب كل ميت بعده منه على مسأله ، وطريق ذلك أن تنظر فإن كان ورثة الثانى أو الثالث مثلاً هم ورثة واحدة ويرثون ، بمعنى واحد فهى كالتركة الواحدة يرثها من بقى .

مثالها : ثلاثة إخوة أشقاء وأربع أخوات شقائق ، مات أحد الإخوة على آخر ، ثم أخت ، ثم أخت ، فنقسم التركة على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين ، للأخ الباقى سهمان وللأخت سهم .

وإن كانوا ورثة الثانى غير ورثة الأول ويرثونه بوجه غير ما يرثون به الأول ، صحح مسألة الأول ، واعرف نصيب الثانى منها ثم صحح الثانية ثم اقسام نصيبه من الأولى على فريضته فإن انقسم فقد صحت الأولى والثانية معاً بما صحت منه الأولى .

مثاله : ابن وبنت ، الفريضة الأولى من ثلاثة مات الابن وخلف أخته وعمه ، ففريضته من اثنين ، ونصيبه من الأولى سهمان .

وإن لم ينقسم نصيبه من الأولى على فريضته ، فانظر بين نصيبه ومسأله ، فإن لم يتوافقا ضربت ما صحت منه المسألة فيما صحت منه الأولى وما خرج منه ، تصح المسألتان .

مثاله : ابنان وابتنان ، فهى من ستة ، مات أحد الابنين وخلف ابناً وبنتاً ، المسألة من ثلاثة ونصيبه من الأولى سهمان ، فلا ينقسم على فريضته ولا يوفقها ، فاضرب المسألة فى الأولى تخرج ثمانية عشر ، فتقول : من له شىء من الأولى أخذه مضروباً فى المضروب فيها ، ومن له شىء من الثانية أخذه مضروباً فيما مات عنه الميت



الثانى .

وإن كان بين نصيب الميت الثانى وبين ما صحت منه فريضته موافقة فخذ الوفق من فريضته ، لأنها نصيبه واضربه فى الأولى وتصح القسمة من المبلغ فى المسألتين .  
 مثاله : ابنان وابتان ، مات أحد الابنين وخلف زوجة وبتاً وثلاثة بنى ابن ، فالأول من ستة ، ونصيب الهالك الثانى سهمان ، وفريضته من ثمانية لا ينقسم نصيبه عليها ، لكن يوافقها بالنصف ، فاضرب نصف مسألته فى الفريضة الأولى تبلغ أربعة وعشرين ومنه تصح المسألتان ، فمن له شىء من الأولى أخذه مضروباً فى نصيب الثانية ، ومن له شىء من الثانية أخذه مضروباً فى نصف ما مات عنه مورثه ، فإن كان هنا فى مسألتنا هذه ميت ثالث ، فصحح فريضته مفرقاً ثم عد نصيبه لما صحت منه الأولتان ، وانظر فإن انقسم على الفريضة فجيد ، وإلا فإن توافقاً فاضرب وفق مسألته لا وفق حصته فيما صحت منه الأولتان ، وما خرج منه تصح المسائل الثلاث .

وإن لم يتوافقاً ضربت ما صحت منه مسألته فيما صحت منه الأولتان ، والخارج منه تصح المسائل الثلاث ، وهكذا لو مات أربع فصاعداً ، وقد اتسع هذا الباب فسحاً لا يكاد يبلغ طرفه ، ومن فتح الله له وذاق سهل الأمر - إن شاء الله - عليه .

## فصل

### فى قسمة الترائك

اعلم أرشدنى الله وإياك لطريق الصواب أن التركة هى الأصل المضروب فيه ، والفريضة هى الأصل المقسوم عليه ، وهذا أساس القسمة ، ثم لا يخلو إما أن تكون التركة مقدرة كالمكيل والموزون والمعدود من المطعوم والنقد ، فانظر عددها وعدد الفريضة من حيث تنقسم ، فإن اتفق عدد الفريضة والتركة بجزء ، فتجعل جزء كل واحد مقامها ، وتضرب لكل وارث أو موصى له بجملة سهامه فى المضروب فيه ، وتقسم على المقسوم عليه ، فما خرج من القسم فهو نصيب [ق/١٢٢ أ] الذى ضربت له .

مثال الأول : ترك أم وأختين لأب وأختين لأم ويخلف خمسة عشر ديناراً ، فالفريضة من ستة وتعول بمثل سدسها تصير سبعة ، فللأم سهم ، ولكل أخت لأم سهم ، ولكل أخت لأب سهمان فذلك ، فلا توافق التركة بجزء ما بيد كل واحد فى خمسة عشر وهى عدد التركة ، والخارج اقسمه على سهام الفريضة وهى هنا سبعة فسهم الأم هنا واحد فى خمسة عشر بخمسة عشر ، لأن الواحد لا يتضاعف إن ضربت فيه أو ضربته ، فإذا قسمناه على سبعة خرج لكل واحد اثنان وسبع الواحد فللأم ديناران وسبع الدينار ، ولكل أخت لأم كذلك ، ولكل أخت لأب أربعة وسبعان .

ومثال الموافقة : ترك أبوين وابنتين ، وأوصى بالثلث وتركته إحدى وعشرون ديناراً ، فريضته من ستة ، للأم سهم ، وللأب سهم ، ولكل بنت سهمان ، ثم تحمل على الفريضة للموصى له بالثلث ، مثل نصفها على فنون ما تقدم وهو هنا ثلاثة ، فتبلغ تسعة . وهى موافقة للتركة ، فيكون المضروب به سبعة ثلث التركة ، والمقسوم عليه ثلاثة ثلث الفريضة والوصية ، فاضرب للموصى له سهامه من أصل الفريضة وهى فى سبعة ، يحصل إحدى وعشرين ، فاقسمها على ثلث الفريضة والوصية وهو ثلاثة يخرج فى القسم سبعة ، وكذلك نصيب الموصى له ، واضرب للأب بواحدة

فى سبعة يخرج له دينار وثلث دينار ، ومثله للأم ، واضرب لكل بنت بائنين فى سبعة ، فيخرج لكل بنت أربعة دنائير وثلث دينار .

وان كان فى عدد التركة كسر فابسط العدد كله من جنس التركة ، ذلك بأن تضرب الصحيح فى مخرج ذلك الكسر وتزيد عليه الكسر فما بلغ كأنه كله صحيح ، فاعمل فى قسمة ما تقدم فما خرج لكل واحد من القسمة والضرب فالقسمة على مخرج ذلك الكسر الذى جعلت الكل من جنسه فما خرج فهو نصيبه .

مثاله : ترك أم وأختين لأم وأختين لأب ، والمال أربعة وعشرون ديناراً ونصف دينار، فتضرب جملة صحيح عدد التركة فى مخرج كسرها وهو اثنان ، لأن مخرج النصف اثنان والثلث ثلاثة ، والربع أربعة ، والخمس خمسة ، إلى هلم جراً ، فتبلغ ثمانية وأربعين ، وتحمل عليها النصف تصير تسعة وأربعين فيصير ذلك مبلغ التركة ، فتضرب فيه للأم بسهم ثم على سبعة يخرج لك سبعة ، وكذلك كل أخت لأم ، ويخرج لكل أخت لأب أربعة عشر ، فإذا قسمت ما بيد كل واحد على اثنين فخرج النصف حصل له مع نصف ما بيده ، فذلك جملة المال أربعة وعشرين ونصفاً ، ولو قسمت جملة التركة على حملة السهام كان الخارج حصة كل سهم من جملة سهام الفريضة ، فإذا ضربت عدد سهام كل وارث فى الخارج كان مبلغ الضرب حصته من جملة التركة ، وذلك كله يظهر فى مثالنا هذا ، ولهم طريق أخرى تسمى قسمة النسبة ليس فيها ضرب ولا قسم ، وذلك أن تنسب سهام الفريضة من عدد التركة فما كانت نسبتها فهى نسبة سهام كل وارث من نصيبه من جملة التركة وبيانه فى مثالنا السالف : أن نسبة السبعة إلى التسعة وأربعين نسبة السبع ، وللأم سهم فهو سبع نصيبها ، فنصيبها إذا وقع تقدم أب لها سبعة ، وهكذا العمل فى سائر سهام الورثة .

وأما إذا كانت التركة غير مقدرة فما ذكرناه جاز فى قسمة قيمتها . وكذلك إن اشتملت على مقدر وغير مقدر كعين وعرض أجريت النمط المتقدم فى عدد العين وقيام العروض .

ولو أخذ وارث العرض فى نصيبه أو فى بعض نصيبه بأن أخذ معه بعض العين أو زاد من يده وأردت أن تعرف ثمن ذلك العرض ، ففى النوع الأول وهو إذا أخذه

في حصته فتسقط سهام آخذ العرض من سهام الفريضة واقسم على الباقي ، ثم خذ سهامه واضربها في الباقي من التركة بعد العرض ، والخارج اقسمه على باقي السهام فالخارج هو ثمن ذلك العرض .

مثاله : خلف ثلاثين ديناراً وثوباً وورثته أم وثلاث أخوات مفترقات ، فأخذت الأخت للأب سهم إذ سقط بقي خمسة عليها يجب القسمة ، ثم تضرب السهم المسقوط في عدد العين وهو ثلاثون فتخرج ثلاثون ، فاقسمه على الخمسة ، فتخرج لكل سهم ستة فهي قيمة الثوب .

ومثال النوع الثاني : أبوان وابنان خلف إحدى وعشرين ديناراً أو خاتماً ، فأخذ الأب الخاتم وديناراً في ميراثه ، فأسقط ما خرج من يده من المال فتبقى عشرون ، ثم تسقط سهم الأب من سهام الفريضة تبقى خمسة فعلية القسمة ، ثم تضرب سهام الأب في العشرين بعشرين تقسمها على خمسة يخرج أربعة ، هو ثمن الخاتم مع الزيادة .

فإذا نزعت الدينار المزيد من الأربعة يبقى ثلاثة وهي محط ثمن الخاتم .

ومثال النوع الثالث : خمسين ديناراً وداراً ، وترك أبوين وأربع بنات ، فتأخذ الأم الدار وترد من يدها عشرة دنانير ، سقطنا سهم الأم بقيت خمسة أسهم ، تزيد على الخمسين عشرة تكون ستين ، وهذا عكس ما مر لأن هنا تزيد وهناك تنقص ، فتقسم الستين على خمسة ، فالخارج اثنا عشر ، وذلك حظه فاحمل العشرة الزائدة على اثني عشر تصير اثنين وعشرين ، هي قيمة الدار ، وكذا العمل في كل ما يزداد أو يأخذ في هذا النوع ، ولك أن تجرى النسبة هنا كما مر ، ففي النوع الأول سهم الأخت للأب من بقية سهام الفريضة خمس ، لأن سهامها واحد وباقي الفريضة ، فيكون قيمة العرض الذي أخذته بقيمة التركة ، وذلك ستة [ق/١٢٣ أ] والله تعالى أعلم بغيه وأحكامه ، وعلم الفرائض بحر لا ساحل له ، وصلى الله على سيدنا محمد مفتاح الخيرات وعلى آله وأصحابه الثقات .

وكان الفراغ من جميع التأليف المبارك ، المغنى من لازمه عن غيره بحول الله وقوته يوم إحدى وعشرين من رمضان سنة تسع وعشرين ومائة وألف على يد مؤلفه

المسمى أول طالعه ، وأما ناسخه العبد الفقير الحقير ، المقر بالعجز والتقصير ، الغارق في بحر شهواته العاصي لطاعة مولاه : أبو القاسم بن عبد القادر بن يعقوب بن أحمد ابن عمر بن سيد يونس نسباً ، المالكي مذهباً ، الأشعري اعتقاداً غفر الله له ولوالديه ولأشياخه ولأعمامه ولإخوانه ولأجداده ولمن انتسب إليه . . آمين يارب العالمين .

وكان الفراغ من نسخه يوم السبت عند الزوال في شهر الله المعظم حرمة ربيع الأول بعد ما نخلت منه ستة عشر يوماً ، وتمامه يوم السابع عام تسعة وأربعين بعد المائتين وألف ، وفقنا الله خيره وخير ما بعده ، ووقانا شره وشر ما بعده ، بجاء من لا نبي بعده ، محمد ﷺ ، نسخته لنفسى ثم لمن شاء الله من بعدى ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .



## فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

٥	..... المقدمة
٧	..... المخطوطات
١٠	..... باب في الأيمان والنذر
١٩	..... باب النذر
٢٣	..... باب النكاح
٤٣	..... فصل
٤٧	..... كيفية التأجيل والتلوم بعده:
٥٤	..... فصل
٥٩	..... فصل في الطلاق
٧٢	..... فصل
٧٣	..... مسألة نزلت ببلد بسكرة
٧٦	..... مسألة
٧٦	..... مسألة
٨٨	..... مسائل التخيير والتمليك
٩٠	..... مسألة الرجعة
٩١	..... مسائل من الإيلاء
٩٤	..... مسائل من الظهار

٩٨	مسائل من اللعان .....
١٠١	مسائل من العِدَّة .....
١١٦	مسائل من الحضانة والرضاع والنفقة .....
١٢٠	ضابط في النفقة .....
١٢٥	مسائل البيع وأنواعه .....
١٤٥	مسائل الصرف والمبادلة والربا .....
١٤٦	مسألة .....
١٥٢	مسائل الخيار والاختيار والرد بالعيب .....
١٥٦	فائدة صحيحة الطرد والعكس على منهاج المناطقة .....
١٦٠	فصل في الاختيار .....
١٦١	فصل .....
١٦٢	مجموع النظائر .....
١٦٣	مسائل من السلم .....
١٦٧	مسائل من الضمان .....
١٧٢	مسائل الرفق ورفع الضرر والدعاوى والخصومات .....
١٨٧	مسائل من الصلح .....
١٩٣	مسائل من الحجر والفلس .....
١٩٧	مسائل الدين والاقتضاء .....
٢٠٣	مسائل من الرهن .....
٢٠٧	مسائل من الاستحقاق .....
٢٠٩	مسائل من الإقرار .....

٣٩٩	فِي تيسير مطالعة كتب الأحكام
٢١٢	مسائل من الوكالة
٢١٥	مسائل من الحوالة
٢١٦	مسائل من الشركة
٢٢٩	مسائل من العواري والودائع
٢٣٦	مسائل الرعاة
٢٣٨	مسائل من الشفعة
٢٤٢	مسائل من القسمة
٢٤٥	مسائل الغصب وأنواع التعدي
٢٥٣	مسائل من السرقة
٢٦٠	مسائل من اللقطة والضالة
٢٦٤	مسائل من القراض
٢٦٨	مسائل من الأكرية
٢٦٩	مسائل من موات الأرض
٢٧٢	مسائل من كراء الدواب والإجارة
٢٧٥	مسائل الأحباس
٢٩١	مسائل الهبات والصدقات
٢٩٤	فصل
٢٩٩	القضاة وحقيقة القضاء
٣٠١	فصل في الحكم بالوثائق
٣٠٣	فصل في القضاء بالشهادة المكتوبة بعذر أو بغير عذر
٣١١	مسائل من الشهادة



٣٢٦	مسائل من أحكام الدماء وأسباب الضمان .....
٣٣٤	فصل : فى أحكام الجراحات والأعضاء .....
٣٤٤	فصل : فى الضمان بالأسباب .....
٣٥٣	مسائل من الوصايا والموارث .....
٣٥٨	تنبيهات .....
٣٦٤	فصل : فى أنواع الوصايا الحسائية .....
٣٦٥	فصل : فى مقدار الوجود وهو ليس فى حال بوجود .....
٣٧٠	مسائل من الفرائض وثبوت النسب .....
٣٧٧	فصل : فى أصول الورثة وموجب الإرث .....
٣٧٩	فصل .....
٣٨٤	فصل فى أصول الحساب .....
٣٨٨	فصل : فى إقرار بعض الورثة بوارث .....
٣٨٩	فصل .....
٣٩١	فصل فى عمل المناسخات .....
٣٩٣	فصل فى قسمة الترائك .....
٣٩٧	فهرس الموضوعات .....

